الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد بوضياف . المسيلة

كلية الحقـوق و العلــوم السياسية **ميدان : الحقـوق والعلـوم السياسية**

قسم : الحقوق **فرع : الحقوق**

رقم: ..... **تخصص : قانون أعمال**

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي

إعداد الطالبة: دفاف سارة

تحت عنوان

وسائل حماية الضمان العام

لجنة المناقشة:

د.

د. مقدم ياسين **جامعة محمد بوضياف المسيلة** **مشرفا و مقررا**

د.

السنة الجامعية: 2021/2020

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم : الحقوق

المرجع: القرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لانجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة) ..... خنافسيارة .....

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم ..... طالبة .....

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: ..... 200338858 .....

الصادرة بتاريخ ..... 2016-04-24 ..... عن دائرة/ بلدية ..... المسيلة .....

المسجل(ة) بكلية ..... الحقوق والعلوم السياسية ..... قسم : ..... الحقوق .....

والمكلف بانجاز أعمال بحث (مذكرة ماستر، مذكرة ماجيستير، أطروحة دكتوراه) الموسومة بـ :

..... مذكرة ماستر بعنوان: "وسائل حماية الضمان العام" .....

.....

.....

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ ..... 08 جوان 2021 .....

إمضاء المعني

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

بداية اشكر المولى عز وجل على توفيقه لي في إتمام هذا العمل الذي أرجو أن اكون قد وفقت فيه .

كما يسعدني أن أتقدم بخالص عبارات الشكر والامتنان إلى الأستاذ الفاضل "**مقدم ياسين**" على ما قدمه لي من توجيهات ونصائح وإرشادات لإنجاز هذا البحث .

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى جميع الأساتذة الذين ساهموا في تعليمي ، واخص بالذكر الاستاذ **رويصات المسعود** على ما قدمه لي من عون لإنجاز هذا العمل، و الاستاذ **الوخش الطيب** الذي بفضله بلغنا اسمى المراتب،

والى كل من قدم لي يد العون من قريب أو بعيد .

والشكر موصول ايضا لأساتذتي اللذين سيتفضلون بمناقشة هذه المذكرة على الجهد المبذول منهم .

إهـــــــداء

اهدي هذا العمل إلى من أمر الله بطاعتهم بعد طاعته،

إلى الرجل المقدام الذي جعل الحياة أملا وإشراقا في عيني،

إلى من رسم لي درب النجاح منذ طفولتي حتى شبابي

إلى الذي ضحى بالغالي والنفيس من اجل أن ابلغ أسمى المراتب

-أبي الغالي-.

إلى التي لم تعرف الراحة لأحظى بها،

إلى التي سهرت الليالي لأجل راحتي إلى التي كانت دوما بجانبي في السراء والضراء،

إلى الحنونة والصبورة -أمي الحبيبة-.

إلى والدي أطال الله في عمرهما وحفظهم دوما وأبقاهم ذخرا وسندا .

الى جدتي الغالية التي كانت لنا مدرسة تعلمنا منها معنى الحياة،

رحمها الله واسكنها فسيح جنانه.

إلى الذين شاركوني معنى الحياة بحلوها ومرها:

إخوتي وأخواتي حفظهم الله ورعاهم.

إلى كل الأصدقاء والزملاء كل باسمه ومقامه.

دفاف سارة

قائمة المختصرات:

أولا: باللغة العربية

ق م ج..... القانون المدني الجزائري.

ق ا م و ا ج.....قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

ق أ ج.....قانون الأسرة الجزائري.

م.....المادة.

ص.....الصفحة.

ف .....الفقرة.

ج ر.....الجريدة الرسمية.

ط.....الطبعة.

د ط.....دون طبعة.

د.ج.....دون جزء.

د د ن.....دون دار نشر.

د ب ن.....دون بلد نشر.

د س ن.....دون سنة نشر.

ثانيا: باللغة الفرنسية

1.P..... page.

مقدمـــــة

مقدمة:

تقوم العلاقة بين الدائن والمدين أساسا على الثقة التي يضعها الدائن في المدين، لكن هذا الأخير قد لا يكون أهلا لهذه الثقة وذلك إما لسوء نيته أو نتيجة لظروف خارجة عن إرادته.

فقد كشفت الحياة العملية أن تقصير المدين عمدا أو إهمالا في المحافظة على ضمانه العام يرد خاصة إذا ساءت حالته المالية، وهذا الفعل الصادر من المدين قد لا يصيب طبقة الدائنين وحدهم، بل يمكن أن يمتد أثره إلى الإخلال بنظام الائتمان المدني وتقليص دائرة المعاملات المالية، لذلك أصبحت جميع اموال المدين تكفل حقوق دائنيه، وهذا ما عبر عنه المشرع الجزائري في نص المادة 188 من ق . م ج بقوله:" **أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه.**

وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فان جميع الدائنين متساوون اتجاه هذا الضمان".

فالحق الذي منحه المشرع الجزائري للدائن يسمى بالضمان العام، ويقصد به أن جميع أموال المدين الحاضر منها والمستقبلي ضامنة للوفاء بديونه إلا ما استثني منها لأسباب شخصية أو إنسانية.

والضمان العام لا يخص دائن معين بالذات، بل جميع الدائنين متساوون فيه فهو مقرر لهم جميعا، فإذا اشترك عدة دائنين في التنفيذ على مال المدين ولم يكن هذا المال كافيا لسداد كل الديون، اقتسم الدائنون حاصل التنفيذ قسمة غرماء كل بنسبة دينه.

يتضح مما تقدم أن الدائن العادي قد يتعرض لخطرين شديدين أولهما خطر تصرف المدين في أمواله والثاني خطر مزاحمة الدائنين الآخرين له، لذلك فقد لجأ المشرع الجزائري

إلى توفير حماية لهذا الدائن تقيه من هاذين الخطرين، فوضع تحت تصرفه عدة وسائل يحمي بها حقه ويحافظ بها على ضمانه. [1]

وتعتبر هذه الوسائل وسائل وسط ما بين الوسائل التحفظية المتمثلة في الحجز التحفظي، وبين الوسائل التنفيذية المتمثلة في الحجز على المنقول لدى المدين وحجز ما للمدين لدى الغير والتنفيذ على عقار المدين، فهي أقوى من التحفظية التي تقتصر على مجرد التحفظ على أموال المدين، واضعف من التنفيذية التي تؤدي مباشرة إلى حصول الدائن على حقه. [2]

ولقد احتلت وسائل حماية الضمان العام مكانة بارزة ضمن الدراسات القانونية نظرا لما تحققه من حماية لحقوق الدائنين من غش المدين أو إهماله وما توفره من مساواة بينهم، لذلك أولى لها المشرع الجزائري أهمية خاصة ونظمها وفقا لنصوص قانونية في القانون المدني الجزائري في الفصل الثالث منه من الباب الثاني الخاص بآثار الالتزام، تحت عنوان ضمان حقوق الدائنين في المواد من المادة 188 إلى المادة 202.

وتتمثل هذه الوسائل في الدعاوى الآتية:

الدعوى الأولى– الدعوى غير المباشرة– l'action oblique indirecte_ وهي دعوى يباشرها الدائن نيابة عن مدينه إذا أهمل المدين في المطالبة بحقوقه لدى الغير.

والثانية– الدعوى المباشرة –l'action directe–وهي دعوى يرفعها الدائن باسمه الشخصي على مدين مدينه في حالات محددة للحصول على حقه مباشرة دون مزاحمة من باقي الدائنين الآخرين.

والثالثة– الدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ التصرفات–l'action paulienne– وهي دعوى يدفع بموجبها الدائن عن نفسه غش مدينه إذا عمد هذا الاخير في التصرف

[1]– محمد صبري السعدي، الواضح في شرح ق م، النظرية العامة للالتزامات – أحكام الالتزام – الطبعة الاولى، دار الهدى، الجزائر2010، ص111 .

[2]– رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، د. ط، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، سنة 2004، ص113.

بأمواله قصد الإضرار بدائنه، فيطعن الدائن بموجبها في هذا التصرف ليجعله غير نافذ في حقه.

والرابعة – دعوى الصورية –action en simulation – وهي دعوى يدفع بها الدائن عن نفسه أيضا نتائج غش المدين إذا عمد هذا الأخير إلى التظاهر بالتصرف في ماله ليخرجه من الضمان العام بتصرف صوري، فيلجا الدائن إلى الطعن في هذا التصرف بالصورية حتى يكشف عن حقيقته، وبذلك يستبقي مال المدين في ضمانه العام تمهيدا للتنفيذ عليه بحقه.[1]

فالدائن بهذه الدعاوى إما أن يبقي ما كاد أن يخرج من ذمة مدينه بطريق الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة، و إما أن يعيد ما خرج من ضمانه بطريق الدعوى البوليصية، و إما أن يستبقي ما لم يخرج من ضمانه إلا ظاهرا بطريق دعوى الصورية.

إضافة إلى هذه الدعاوى الأربعة هناك وسيلة أخرى نص عليها المشرع الجزائري أيضا في ق. م .ج تتمثل في الحق في الحبس، وهو حق معطى لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الطرف الثاني لم يفي بالتزام ترتب عليه، وله علاقة سببية وارتباط بالتزام الطرف الأول.[2]

وقد كانت من أسباب اختياري للموضوع هو انتشار وتواجد العلاقات الدائنية بكثرة في الحياة الاقتصادية، فدفعنا الفضول إلى الرغبة في التعمق فيه لمعرفة أسباب قيام هذه العلاقات، وكذا معرفة مكانة الدائن لدى المشرع الجزائري، أي أن هذا الأخير قد منح للدائن حماية كافية عند تعرضه للخطر الصادر من المدين، أم تركه يواجه كل تصرفات مدينه الضارة بنفسه.

وبناءا على ما تقدم يظهر أن لهذا الموضوع أهمية كبرى سواء من الناحية النظرية أو من الناحية العملية، فمن الناحية النظرية تعد كل من الدعوى المباشرة والدعوى غير المباشرة

[1]– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني – نظرية الالتزام بوجه عام، الاثبات –.آثار الالتزام، الجزء الثاني، د. ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1938، ص 876.

[2]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص 941.

من الآليات الوقائية التي تقي الدائن من إهمال المدين في استعمال حقوقه، وتعد كل من الدعوى البوليصية ودعوى الصورية والحق في الحبس من الآليات العلاجية التي يدفع بواسطتها الدائن عن نفسه غش المدين إذا عمد في ذلك، كما انه يكشف بواسطتها تصرف المدين الغير حقيقي إذا تظاهر هذا الأخير بإخراج ماله من الضمان العام.

أما من الناحية العملية فتكمن أهميته في مدى فعالية ونجاعة هذه الوسائل في توفير الحماية والضمان اللازمين للدائن من خطر نقص أموال المدين وقصورها عن الوفاء بجميع ديونه.

حيث تهدف هذه الوسائل إلى المحافظة على الضمان العام، وتجنب إضعافه نتيجة تصرفات المدين الضارة في أمواله غشا منه أو تهريبا أو الإنقاص منها بأي طريقة.[1]

كما تهدف أيضا إلى حماية الدائنين وتمكينهم من استيفاء حقوقهم وتوفير المساواة بينهم، وفضلا عن هذه الأهداف نجد أن لها غايات أخرى تتمثل في تامين العلاقات القانونية والتي تعزز مبدأ الثقة في المعاملات المدنية والتجارية.

لذلك يمكن طرح الإشكالية الآتية:

ما مدى فعالية هذه الوسائل في توفير الحماية اللازمة للدائنين من خطر نقص أموال المدين و قصورها عن الوفاء بجميع ديونه؟.

للإجابة على هذه الاشكالية يتعين علينا طرح عدة تساؤلات فرعية كالآتي:

1.ماهو مفهوم الدعوى غير المباشرة؟.

2.ماهو مفهوم الدعوى المباشرة؟.

3.ماهو مفهوم الدعوى البوليصية؟.

4.ماهو مفهوم دعوى الصورية؟.

[1]– رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، لمرجع السابق، ص 113.

5.ماهو مفهوم الحق في الحبس؟.

وللإجابة على هذه الإشكالية يمكننا إتباع المنهج الاستقرائي التحليلي، حيث نقوم باستقراء النصوص القانونية الجزائرية الخاصة بهذه الوسائل، وتحليلها تحليلا علميا دقيقا مبني على دراسات علمية وكتابات سابقة، وذلك من حيث فاعليتها وكفايتها في تحقيق الضمان للدائن، ومن حيث تحقيق الائتمان الذي يسعى المدين للحصول عليه.[1]

وللإشارة انه كانت هناك دراسات سابقة حول هذا الموضوع بعنوان "وسائل حماية الضمان العام" أيضا للطالب لزرق بن عودة، حيث تناول الموضوع وفقا لثلاث فصول، فتطرق في الفصل الأول للدعوى المباشرة والدعوى غير المباشرة، أما الفصل الثاني فقد تطرق للدعوى البوليصية ودعوى الصورية، أما الفصل الثالث فقد تناول فيه الحجز التحفظي.

أما دراستي فقد تناولت الموضوع وفقا لفصلين حسب الخطة التالية:

الفصل الأول: تعرضنا فيه الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة باعتبارهما وسيلتين وقائيتين يحميان الضمان العام من إهمال المدين، حيث قسمناه إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول الدعوى غير المباشرة من خلال التعريف بها، وتحديد طبيعتها القانونية، ثم بيان الشروط الواجب توافرها لممارستها، وكذا الآثار المترتبة على استعمالها. وتناولنا في المبحث الثاني الدعوى المباشرة من خلال التعريف بها أيضا، وبيان طبيعتها القانونية، ثم شروط استعمالها، وأخيرا بيان الحالات الخاصة لممارستها والآثار المترتبة عنها.

أما الفصل الثاني: فتعرضنا فيه إلى الدعوى البوليصية ودعوى الصورية والحق في الحبس باعتبارهم من الوسائل العلاجية التي اقرها المشرع للدائن لرفع الضرر إذا لم تفلح الوسائل الوقائية، أو لم يتمكن الدائن من اتخاذها في الوقت المناسب.

ولغرض الإلمام بهاته الوسائل تعين علينا تقسيم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث:

[1]– سليمان بن الشريف، التفاضل بين وسائل الضمان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار– عنابة، عدد35، سبتمبر2013، ص 205.

خصصنا أولهم لدراسة الدعوى البوليصية، وتناولنا فيه التعريف بهذه الدعوى وكذا تحديد طبيعتها القانونية، والشروط الواجب توافرها لقيامها، ثم بيان الآثار المترتبة عنها.

وثانيهم، لدراسة دعوى الصورية، وتناولنا فيه تعريف وشروط هذه الدعوى، ثم تطرقنا إلى مجال استعمالها، وأخيرا تعرضنا إلى إجراءات رفعها وتقادمها.

وثالثهم، خصص لدراسة الحق في الحبس، فتناولنا فيه التعريف بهذا الحق وبيان طبيعته وشروط استعماله، ثم تطرقنا إلى بيان بعض التطبيقات لهذا الحق، وأخيرا تطرقنا الى الآثار المترتبة عنه وطرق انقضائه.

الفصل الأول

الوسائل الوقائية لحماية الضمان العام

المبحث الأول: الدعوى غير المباشرة

المبحث الثاني: الدعوى المباشرة

تمهيد:

وضع المشرع تحت يد الدائن عدة وسائل قانونية تكفل له الحفاظ على الضمان العام وتقويته، لذلك خول له القانون سلطة مباشرة حقوق مدينه التي اهملها نيابة عنه وهذا ما يطلق عليه مصطلح الدعوى غير المباشرة، كما مكنه ايضا في بعض الحالات المطالبة بهذه الحقوق باسمه شخصيا وهذا ما يطلق عليه بالدعوى المباشرة .[1]

وباعتبار أن الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة هما من بين الدعاوى التي تدخل ضمن الوسائل الوقائية التي تحمي الدائن من اهمال المدين في استعمال حقوقه، ارتأينا أن نخصص هذا الفصل من هذه المذكرة الى هاتين الوسيلتين الوقائيتين، حيث قسمنا هذا الفصل الى مبحثين: نتناول في المبحث الأول الدعوى غير المباشرة، وفي المبحث الثاني الدعوى المباشرة .

وسنفصل ذلك في الآتي :

المبحث الأول: الدعوى غير المباشرة

المبحث الثاني: الدعوى المباشرة

[1]: لريبي نبية، فيلالي فوزية، غريبي بختة، وسائل حماية الضمان العام، مذكرة التخرج لنيل شهادة ليسانس في الحقوق، نوقشت بقسم الحقوق، المركز الجامعي مولاي الطاهر، سعيدة، السنة الجامعية 2010-2011، ص4.

المبحث الأول: الدعوى غير المباشرة

تقوم الدعوى غير المباشرة نتيجة اهمال المدين في استعمال حقوقه، مما يؤدي الى اعساره أو الزيادة في اعساره، حيث يجوز للدائن أن يستعمل هذه الحقوق باعتباره نائبا قانونيا له، فيؤدي ذلك الى حفظ هذه الحقوق بما يدعم حق الضمان العام المقرر لكل الدائنين.[1]

فالقانون وضع هذه الدعوى كوسيلة في يد الدائن ليحمي بها حقه في الضمان العام نتيجة تقصير المدين في استعمال بعض حقوقه أو المطالبة بها، فهدفها هو حماية الدائن من تقصير المدين، وذلك بأن يباشر الدائن بنفسه حقوق المدين ودعواه نيابة عنه .[2]

نص المشرع الجزائري على الدعوى غير المباشرة في الفصل الثالث من الباب الثاني من القانون المدني الجزائري تحت عنوان "ضمان حقوق الدائنين" وهذا على أساس أن أموال المدين جميعا ضامنة للوفاء بديونه حسب ما قررته المادة 188 من ق .م .ج في الفقرة الأولى منها: "**أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه**".[3]

وسنتناول في هذا المبحث مفهوم الدعوى غير المباشرة (المطلب الأول) ثم آثارها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الدعوى غير المباشرة

لما كان قوام الضمان العام هو الجانب الايجابي من ذمة المدين، ولما كان هذا الأخير مقصرا عمدا أو اهمالا في المحافظة على هذا الجانب، خاصة اذا ساءت حالته المالية، لعلمه أن أثر ذلك لن يناله بضرر بقدر ما يناله دائنيه لذلك خول المشرع للدائن أن يستعمل

---

[1]– سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والاثبات الطبعة الاولى، مكتبة الوفاء القانونية، ص266.

[2]–محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص114.

[3]– الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر، المتضمن القانون المدني المعدل و بالقانون 07–05 المؤرخ في 19 ماي 2007، الجريدة الرسمية العدد 31 لسنة 2007، المادة 188 ف 1.

باسم مدينه الحق الذي قصر المدين في استعماله، فهذه السلطة المخولة للدائن في استعمال حقوق مدينه يطلق عليها اسم الدعوى غير المباشرة.[1]

فالمدين أحيانا يتقاعس عن المطالبة بحقوقه لدى الغير (أي مدينيه) ويكون من شأن ذلك التقاعس أن يسبب ضررا بالدائن الذي من مصلحته أن يزيد من الضمان العام ليطمئن بذلك الى استيفاء حقوقه كاملة غير منقوصة، لهذا الغرض مكن المشرع الدائن من رفع دعوى للمطالبة بديون مدين لدى الغير بالنيابة عنه.[2]

فتعرضنا في هذا المطلب الى مفهوم الدعوى غير المباشرة، حيث تناولنا فيه تعريفها(الفرع الأول)وطبيعتها القانونية، (الفرع الثاني)، وأخيرا قدمنا الشروط الواجب توافرها عند ممارسة أو اقامة هذه الدعوى (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الدعوى غير المباشرة

في كثير من الأحيان يشعر المدين بسوء حالته المالية و تدنيها، وباقتراب دائنيه لتجريده أمواله قصد التنفيذ عليها، يقعد عن المطالبة بحقوقه و يهملها تحايلا منه، وذلك نكاية بهم، كأن يكون دائنا لشخص آخر فلا يطالبه بحقه قبله، فمن أجل ذلك منح القانون للدائنين سلطة مباشرة حقوق مدينيهم نيابة عنهم من أجل الحفاظ على الضمان العام عن طريق ما يسمى بالدعوى غير المباشرة.[3]

حيث وردت عدة تعريفات للدعوى غير المباشرة نذكر البعض منها في الآتي:

عرفت بأنها" دعوى استعمال حقوق المدين باسمه عن طريق القضاء، بمعنى أن الدائن يكون نائبا قانونيا في المطالبة بحقوق المدين التي لم يقم باستعمالها نتيجة قعوده أو تقصيره عن استعمال بعض حقوقه أو المطالبة بها،[4] وذلك حسب ما جاء في نص المادة 189 من

---

[1]– أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام – أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1997،ص14.

[2]– دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى، دار العلوم، الجزائر،2004، ص 31.

[3] –مصطفى محمد الجمال، أحكام الالتزام، الطبعة الأولى، د. د . ن، مصر،2000، ص 404.

[4]– بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر،2015،ص 249.

القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه: "**لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، الا ما كان منها خاصا بشخص أو غير قابل للحجز ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا الا اذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق، وأن هذا الامساك من شأنه أن يسبب عسره أو أن يزيد فيه.**

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

ويترتب على ذلك أن ما يحكم به في هذه الدعوى سيدخل في الذمة المالية للمدين، ويكون ضمانا عاما لجميع دائنيه، تمهيدا للتنفيذ عليها حسب ما جاء في المادة 190 من ق. م .ج التي نصت على ما يلي:" **يعتبر الدائن في استعماله حقوق مدينه نائبا عن هذا المدين، وكل ما ينتج عن استعمال هذه الحقوق يدخل في أموال المدين ويكون ضمانا لجميع دائنيه**".[1]

كما عرفت بأنها: "دعوى تخول الدائن حتى ولم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، اذا أثبت أن مدينه قد تقاعس أو أهمل استعمال حقوقه، وأن ذلك التقاعس أو الاهمال من شأنه أن يتسبب في سر المدين أو يزيد فيه".[2]

وذلك حسب ما جاء في المادتين 189و190 ق. م. ج السالفتين الذكر.

عرفت أيضا بأنها:" دعوى يرفعها الدائن باسم مدينه بالنيابة عنه، وهي لا تفترض وجود علاقة مباشرة بين الدائن الذي يرفعها وبين مدين مدينه لكنه يقاضيه باسم ذلك المدين، حيث أنها تؤدي الى ادخال الحق الذي يطالب به الدائن مدين مدينه في ذمة ذلك المدين، وبالتالي في الضمان العام للدائنين.[3]

---

[1]– بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 249.

2– أوباجي محمد، الضمان العام ووسائل حمايته، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة البليدة 2، العدد 14، ص 233.

[3]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص114.

عرفت بأنها:" عبارة عن وسيلة قانونية تخول للدائن أن يستعمل باسم مدينه حقوق هذا المدين التي يقعد عن استعمالها أو المطالبة بها وذلك بهدف المحافظة على الضمان العام.[1]

عرفت بأنها:" سلطة مقررة للدائن في استعماله حقوق مدينه باسم هذا المدين بهدف حماية الدائنين من اهمال المدين في المطالبة بحقوقه.[2]

وبمقتضى هذه الدعوى يتقرر للدائنين نيابة قانونية في المطالبة بحقوق مدينهم.

عرفت بأنها:" وسيلة قضائية رخص بموجبها القانون للدائن مباشرة جميع حقوق المدين المهمل لها، وذلك من أجل حفظ حقه في الضمان العام، فهي ليست دعوى معينة منفردة يمارسها الدائن، وانما هي كل دعوى من دعاوى المدين ويسعى الدائن ممارستها باسم مدينه.[3]

ومن خلال هذه التعاريف نستنتج أن لفظ "الدعوى" هو لفظ غير دقيق لأنه يوحي بأن استعمال حقوق المدين لا يكون الا عن طريق اللجوء الى القضاء وهذا غير صحيح، لأنه يمكن للدائن ان يستعمل حق المدين بغير طريق الدعوى، كما لو قام الدائن بقيد رهن مقرر لضمان حق المدين قبل الغير، أو أن يقوم بتسجيل عقد اشترى به مدينه عقارا حتى تنتقل ملكية هذا العقار الى المدين، ومن ثم يستطيع التنفيذ عليها.[4]

أما مصطلح "غير مباشرة" فهو مصطلح صحيح ودقيق لأن الدائن لا يستعمل حق المدين باسمه الشخصي وانما باسم ذلك المدين.[5]

---

[1]–نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، د . ط . دار الجامعة الجديدة لنشر، الاسكندرية، سنة 2003، ص 105.

[2]– أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام والاثبات، د . ط . منشأة المعارف، الاسكندرية، سنة 2004، ص 69.

[3]–عبد القادر الفار، د . بشار عدنان ملكاوي، أحكام الالتزام، الطبعة الثالثة عشر، دار الثقافة، سنة 2011، ص 94.

[4]– أنور سلطان، المرجع السابق، ص 14،15 .

[5]– وسميت ب"غير المباشرة" لأن الدائن لا يستفيد منها بطريق مباشر، وانما تعود عليه بطريق غير مباشر، لأن المال الذي يحصل عليه لا يستفيد منه وحده بل يذهب الى ذمة المدين ليزيد في الضمان العام، كما سميت بغير مباشرة ايضا لأن الدائن لا يرفعها باسمه شخصيا، بل باسم مدينه ونيابة عنه، راجع في ذلك : بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 251.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للدعوى غير المباشرة

اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للدعوى غير المباشرة لذلك ظهر رأيان حول ذلك يتمثلان في:

الرأي الأول: اعتبر أصحاب هذا الرأي أن الدعوى غير المباشرة هي اجراء أو طريقا تحفظيا، لكن انتقد هذا الرأي لأن هذه الدعوى لا تقتصر على مجرد التحفظ على ذمة المدين بالحالة التي هي عليها، بل تهدف الى المحافظة على الضمان العام كما يجب أن يكون لو أن المدين استعمل حقه بنفسه، لذلك فإنها ترمي الى استعمال حق أو دعوى قصر المدين في استعماله، بما قد يؤدي الى اضافة مال جديد الى أموال المدين.[1]

الرأي الثاني: اعتبر أنصار هذا الرأي أن الدعوى غير المباشرة هي عمل من أعمال التنفيذ، غير أن هذا الاتجاه أيضا منتقد، لأنه لا يمكن اعتبار هذه الدعوى أنها طريق من الطرق التنفيذية لأنها لا تؤدي الى استفاء الدائن لحقه مباشرة، بل تعمل على المحافظة على حقوق المدين من الاهمال تمهيدا للتنفيذ عليها.[2]

الرأي الراجح: أن الدعوى غير المباشرة تعد اجراء وسط بين الاجراءات التنفيذية والتحفظية، فهي اقوى من الاجراءات التحفظية، اذ هي تمهيدا للتنفيذ على الاموال التي تم ادخالها في الضمان العام، وهي أضعف من الاجراءات التنفيذية لأن التنفيذ يعقبها.[3]

الفرع الثالث: شروط استعمال الدعوى غير المباشرة

نصت المادة 189 من القانون المدني الجزائري على أنه :" **لكل دائن و لو لم يحل اجل دينه ان يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، الا ما كان منها خاصا بشخص او غير قابل للحجز ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا الا اذا اثبت**

[1]– نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 106.

[2]– عبد القادر الفار، د . بشار عدنان ملكاوي، المرجع السابق، ص 95.

[3]– جبارة نورة، الدعوى غير المباشرة في القانون المدني الجزائري بحث لنيل الماجستير في القانون الخاص، نوقشت بقسم الحقوق، جامعة الجزائر، 2000–2001، ص 31.

ان المدين امسك عن استعمال هذه الحقوق وان هذا الامساك من شأنه ان يسبب عسره او ان يزيد فيه.

ولا يجب على الدائن ان يكلف مدينه بمطالبة حقه غير انه لا بد ان يدخله في الخصام".

يتضح من خلال هذا النص ان المشرع الجزائري حدد الشروط التي يجب توافرها لاستعمال الدعوى غير المباشرة، حيث تقوم هذه الشروط على فكرتين أساسيتين هما:

الاولى: اهمال من المدين لان هدف هذه الدعوى هو حماية الدائن من تقصير المدين واهماله؛

الثانية: تتمثل في المصلحة المشروعة للدائن.[1]

وعليه نجد ان هناك شروط تتعلق بالدائن (اولا)، وشروط تتعلق بالمدين (ثانيا)وشروط تتعلق بالحق الذي يستعمله الدائن باسم مدينه (ثالثا).

اولا: الشروط المتعلقة بالدائن

يجوز لكل دائن ان يستعمل حقوق مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة، فلا فرق في ذلك بين دائن عادي، او دائن صاحب تأمين خاص، كالدائن المرتهن او الدائن صاحب حق الامتياز، والدائن هو من يكون له حق دائنية قبل شخص اخر أيا كان مصدر حقه او محله.[2]

غير ان القانون اشترط على الدائن الذي يريد استعمال هذه الدعوى ما يلي:

1/ ان يكون حق الدائن ثابتا ومحققا

يكفي في الدائن لكي يستعمل حقوق ودعاوى مدينه ان يكون له حق موجود، اي يجب ان تكون دائنيته محققة، بمعنى ان تكون خالية من النزاع، فإذا نازع المدين في وجوده وجب

[1]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 118.

[2]–محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، د. ط، الدار الجامعية، سنة 2000 ص 108.

الفصل اولا في ذلك النزاع، فشرط ثبوت دائنية الدائن هي شرط لقبول الدعوى غير المباشرة، ويقع على الدائن عبء اثبات هذه الدائنية.[1]

وفي نفس الصدد لا تتحقق دائنية الدائن اذا كان حقه احتماليا كحق الوارث قبل موت المورث، او كان هذا الحق غير خال من النزاع لان القانون لا يعتد بمجرد الاحتمال.[2]

2/ لا يشترط ان يكون حق الدائن مستحق الاداء او معلوم المقدار

حسب نص المادة 189 / 1 من ق .م .ج التي تنص على انه :"**لكل دائن و لو لم يحل اجل دينه ان يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين....**".

فإنه يتضح ان المشرع الجزائري نص صراحة على انه لا يشترط في الدائن الذي يستعمل حقوق مدينه ان يكون حقه مستحق الاداء، ومن ثم فان هذا الحق لا يكون معلوم المقدار.[3]

فيجوز للدائن رفع دعوى غير مباشرة اذا كان حقه معلقا على شرط واقف او فاسخ او مضافا لأجل في حين لا يشترط ان يكون حق الدائن معلوم المقدار ما دام انه حق ثابت ومؤكد، كحق المضرور من الفعل غير المشروع، فيجوز له استعمال دعوى مدينه المسؤول دون انتظار لتقدير التعويض.[4]

3/ لا يشترط في حق الدائن ان يكون قابلا للتنفيذ

معنى ذلك انه لا يشترط ان يكون بيد الدائن سند تنفيذي، لان الدعوى غير المباشرة ليست اجراءا تنفيذيا، بل تمهد للتنفيذ فقط، فهي كما اشرنا سابقا تعد اجراء وسط بين الاجراءات التنفيذية والاجراءات التحفظية.[5]

---

[1]– رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 121.

[2]– رمضان ابو السعود، أحكام الالتزام، المرجع نفسه، ص 121.

[3]– لزرق بن عودة، وسائل حماية الضمان العام، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في ق. خ، نوقشت بقسم القانون الخاص، جامعة وهران، 2013–2014، ص 121.

[4]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 121.

[5]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 253.

4/ لا يشترط ان يكون حق الدائن سابقا على حق المدين

لا يشترط ان يكون حق الدائن سابقا على حق المدين الذي يستعمله الدائن بالدعوى غير المباشرة، لان الضمان العام مقرر على كل اموال المدين الحاضرة والمستقبلية، ومقرر ايضا لكل الدائنين بغض النظر عن تاريخ نشوء حقوقهم او تاريخ اكتسابها.[1]

5/ لا يشترط ان يحصل الدائن على اذن من القضاء بحلوله محل مدينه في استعمال حقوقه

ذلك ان نيابة الدائن عن مدينه في مباشرة هذه الدعوى يستمدها من القانون مباشرة، فهي مقررة بحكم القانون.[2]

ثانيا: الشروط المتعلقة بالمدين

يمكن رد الشروط التي ترجع الى المدين الى فكرة المصلحة المشروعة للدائن، فالمشرع لما قرر للدائن الحق في ان يتدخل في شؤون مدينه، ويقيم دعوى باسمه كان ذلك بهدف حماية مصلحة مشروعة ألا وهي المحافظة على الضمان العام، حيث تتحقق هذه المصلحة اذا اثبت الدائن ان المدين مهمل في استعمال حقوقه وان هذا الاهمال يسبب له ضررا الذي يتمثل في اعسار المدين او الزيادة في اعساره.[3]

وهذا ما نصت عليه المادة 189/ 1 من ق .م. ج بقولها : "... **ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا الا اذا اثبت ان المدين امسك عن استعمال هذه الحقوق، وان هذا الامساك من شانه ان يسبب عسره او ان يزيد فيه**".

وعليه فالشروط التي ترجع الى المدين تتمثل في:

_ تقصير المدين في استعماله حقه بنفسه.

_ اعسار المدين او الزيادة في اعساره .

---

[1]– محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 109 .

[2]– خليل احمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، 57.

[3]– جبارة نورة، المرجع السابق، ص 58.

غير انه يضاف الى هاذين الشرطين شرط ثالث نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 189 من ق .م . ج بقولها:"... **ولا يجب على الدائن ان يكلف مدينه بمطالبته حقه غير انه لابد ان يدخله في الخصام**".

فيتمثل هذا الشرط في :

وجوب ادخال المدين خصما في الدعوى .

1/ تقصير المدين في استعمال حقوقه

يجب ان يكون المدين مقصرا في عدم استعمال حقه بنفسه، ويستوي ان يكون هذا التقصير نتيجة اهمال المدين او سكوته عن حقه بقصد الاضرار بدائنيه، ويقع على الدائن عبء اثبات ذلك التقصير بان يثبت ان المدين لم يستعمل حقه بنفسه.

لكن اذا نشط المدين في استعمال حقه حتى بعد رفع الدائن دعوى نيابة عنه، فله الحق في ذلك ويتعين في هذه الحالة على الدائن ان يمتنع عن السير في الدعوى، فيترك للمدين اتمامها والسير فيها، واذا خشي تواطئ المدين مع مدينه فله الحق ان يدخل خصما ثالثا ويراقب عمل مدينه.[1]

2/ اعسار المدين او الزيادة في اعساره

لا يكفي اثبات الدائن تقصير المدين في استعمال حقه، بل يجب عليه ايضا اثبات ان عدم استعمال المدين لحقه يسبب في اعساره او يزيد فيه وهذا ما نصت عليه المادة 189/ 1 من ق .م. ج صراحة بقولها: "... **الا اذا اثبت ان المدين امسك عن استعمال هذه الحقوق، وان هذا الامساك من شأنه ان يسبب عسره او يزيد فيه**".

والمقصود بالإعسار هنا هو الاعسار الفعلي، وهو زيادة ديون المدين عن حقوقه، وليس الاعسار القانوني الذي يستلزم حكما بشهره.[2]

[1]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 119 .

[2]– نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 111 .

ويترتب على ذلك، ان المدين اذا كان موسرا امتنع على الدائن استعمال حق مدينه حتى وان ادى عدم الاستعمال الى ضياع حق المدين، ذلك لان في اموال المدين الاخرى ما يكفي للوفاء بديونه.[1]

واثبات اعسار المدين يكفي فيه ان يثبت الدائن مقدار ما في ذمة المدين من ديون، وعلى المدين نفسه اثبات ان ما في ذمته من اموال يكفي للوفاء بهذه الديون وذلك حسب ما جاء في نص المادة 193 من ق . م .ج :" **اذا ادعى الدائن عسر المدين فليس عليه الا ان يثبت مقدار ما في ذمته من ديون وعلى المدين نفسه ان يثبت ان له مالا يساوي قيمة الديون او يزيد عليها**".

3/ وجوب ادخال المدين خصما في الدعوى

نص المشرع الجزائري على هذا الشرط صراحة في المادة 189/ 2 بقوله :"**غير انه لابد ان يدخله في الخصام**".

يستنتج من هذه المادة انه لا يجوز للدائن ان يرفع الدعوى غير المباشرة دون ان يدخل المدين خصما فيها والا كانت الدعوى غير مقبولة .[2]

كما لا يشترط اعذار المدين لإدخاله خصما في الدعوى، لان المشرع الجزائري اكتفى بالنص على ادخال المدين في الدعوى مباشرة وسكت ولم ينص على الاعذار المسبق .[3]

ثالثا: الشروط المتعلقة بالحق الذي يستعمله الدائن باسم مدينه

لما كانت الدعوى غير المباشرة تهدف الى الحفاظ على الضمان العام للدائنين الذي يرد على ذمة المدين المالية وذلك توطئة للتنفيذ عليها، وكان التدخل في شؤون المدين من

[1]–J.flour et jean lue aubert droit civil les obligations VI l acte Juridique collection V Armand Colin P 342 .

[2] – نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 112 .

[3]– جبارة نورة، المرجع السابق، ص 65 .

ناحية اخرى خروجا عن الاصل، اذ لا يجوز ان يصل هذا التدخل الى حد اعدام حرية المدين في ادارة امواله.[1]

وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة الاولى من المادة 189 بقوله:" **لكل داء و لو لم يحل اجل دينه ان يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين الا ما كان منها خاصا بشخص او غير قابل للحجز...**".

يفهم من هذا النص ان هناك قاعدة عامة وذلك من خلال عبارة"... **ان يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين** ...".

ويرد على هذه القاعدة استثناء وذلك من خلال عبارة"... **الا ما كان منها خاصا بشخص او غير قابل للحجز...**".

1_ الحقوق التي يجوز للدائن استعمالها باسم مدينه (الاصل)

تقضي القاعدة العامة الواردة في نص المادة 189/ 1 من ق .م. ج على انه يجوز للدائن ان يستعمل جميع حقوق المدين المالية الموجودة بذمته فعلا، فلا يمكن التمييز بين حق وحق، فيستوي ان تكون حقوق شخصية ام عينية، او قد تكون تصرفات قانونية او اجراءات مادية التي يمكن تقويم محلها بالنقود، بمعنى كل الحقوق التي تدخل في دائرة الضمان العام والتي يجوز الحجز والتنفيذ عليها قانونا (مثل العقارات، المنقولات، الحقوق المالية، وحقوق الانتفاع....).[2]

ومن امثلة الدعاوى التي يستطيع الدائن ان يباشرها باسم مدينه نذكر:

- دعوى دائن البائع على المشتري بدفع الثمن الذي في ذمته، او تكملته رفعا للغبن او فسخ عقد البيع لعدم دفعه؛
- دعوى المدين اذا كان مشتريا في الرجوع على بائعه بضمان الاستحقاق وضمان العيب الخفي؛

[1]– هلال نسرين منى، الضمانات العامة لحماية الدائن في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، قسم القانون الخاص، جامعة اكلي محند أو لحاج، البويرة، 2016، ص 15–16 .

[2] – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 256 .

- دعوى دائن المضرور بالتعويض عما اصابه من ضرر؛
- دعوى المدين الشريك في شركة في الطعن ببطلان اتفاق على تعديل الشركة او حلها؛
- دعوى المدين في الطعن بالصورية في سند بدين في ذمته؛
- دعوى الدائن في ابطال العقد لعيب في الرضا كان مدينه طرفا فيه؛
- دعوى الدائن المستأمن على المؤمن عند تحقق الخطر المؤمن منه للحكم له بمبلغ التأمين.[1]

2- الحقوق التي لا يجوز للدائن استعمالها باسم مدينه(الاستثناء)

اورد المشرع عن القاعدة العامة التي تقضي بأن الدائن يستطيع ان يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين استثناءات، والمحددة بعبارة "...**الا ما كان منها خاصا بشخص او غير قابل للحجز...**".

وعليه يمكن حصر هذه الاستثناءات في الاتي:

أ* الحقوق المتصلة بشخص المدين

وهي تلك الحقوق اللصيقة بشخصية المدين، التي يتوقف استعمالها على اعتبارات شخصية او عائلية او ادبية يختص المدين وحده بتقديرها، وهي لا تدخل في نطاق الدعوى غير المباشرة، حتى ولو كان استعمالها من شانه ان يؤدي الى نتائج مالية، ومثالها حق الرجوع في الهبة، وحق الطلاق الذي يؤدي الى انقطاع الالتزام بالنفقة، وحقوق المؤلف في نشر او عدم نشر مصنفه، وحق المشترط في قبول او نقض الاشتراط لمصلحته.... .[2]

ويجدر بالذكر في هذا الصدد ان للدائن ان يرفع باسم مدينه دعوى المطالبة بالميراث، ولو ادى ذلك الى إثارة مسالة النسب كطريق من طرق الدفاع.[3]

---

[1] – بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 256 .

[2]– بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص257 .

[3]– محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 107.

ب* الحقوق غير القابلة للحجز او الخارجة عن الضمان العام

لما كانت الحكمة من الدعوى غير المباشرة هي المحافظة على الذمة المالية للمدين التي هي الضمان العام للدائنين تمهيدا للحجز على الحق الذي يعيده الدائن الى ضمانه العام، فاذا كان الحق الذي يريد الدائن ارجاعه الى ذمة مدينه لا يمكن الحجز عليه، فعندها لا يكون له مصلحة في اقامة الدعوى غير المباشرة بشأنه لأنه لا يستطيع استيفاء حقه منه، ومن ثم تنعدم الحكمة التي من اجلها اجاز القانون للدائن ان يتدخل في شؤون مدينه، ومثال الحقوق التي لا يجوز الحجز عليها : حق السكن، حق الاستعمال، دعاوى النفقة .... .[1]

ج* عدم جواز استعمال رخص المدين

الرخصة هي حق متروك استعماله او عدم استعماله الى تقدير الشخص المعني، اي الى محض ارادته ورغبته، كما انها لا تمثل قيمة مالية، وعليه لا يجوز للدائن استعمالها نيابة عن مدينه.[2]

فمثلا لا يجوز للدائن قبول هبة نيابة عن المدين، ولا يجوز له قبول شراء صفقة رابحة معروضة عليه، كما لا يجوز له ان يطلب الشفعة باسمه، ولا يجوز له ان يقبل ايجابا موجها اليه... .[3]

المطلب الثاني: آثار الدعوى غير المباشرة

ان غاية الدعوى غير المباشرة هي المحافظة على الضمان العام، والأداة المستخدمة في تحقيق هذه الغاية هي النيابة القانونية، و هذا ما نصت عليه المادة 190 من ق .م. ج بقولها: "**يعتبر الدائن في استعماله حقوق مدينه نائبا عن هذا المدين وكل ما ينتج عن استعمال هذه الحقوق يدخل في اموال المدين ويكون ضمانا لجميع دائنيه**"، فنيابة الدائن عن مدينه هي نيابة من نوع خاص، لأنها مقررة لمصلحة النائب وحده لا لمصلحة الاصيل،

[1]– عبد الرحمان احمد جمعة الحلالشة، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني – احكام الالتزام – د ج، ط 1، دار وائل، د ب ن، 2006، ص 145.

[2]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 258 .

[3]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص118 .

و لأنها ايضا مقصورة على استعمال الحق دون التصرف فيه، حيث ان كل فائدة تجنى من استعمال حقوق المدين تدخل في امواله وتكون ضمانا لجميع دائنيه.[1]

وعلى هذا الأساس يمكن ان نحدد آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة الى المدين (الفرع الاول)، ثم آثار الدعوى بالنسبة للخصم (الفرع الثاني)، واخيرا الآثار بالنسبة للدائن وسائر الدائنين (الفرع الثالث) .

الفرع الاول: آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة الى المدين

يترتب على اعتبار الدائن في استعمال حقوق مدينه نائبا عنه ما يلي : بقاء المدين محتفظا بحقه (اولا)، صدور الحكم ساري في مواجهة المدين الاصلي (ثانيا) .

اولا: بقاء المدين محتفظا بحقه

على الرغم من قيام الدائن بممارسة الحق الخاص بمدينه نيابة عنه، الا ان هذا المدين يظل مع ذلك محتفظا بحقه، اي انه تبقى له كامل الحرية في التصرف بحقه بعدم رفع هذه الدعوى، فلا تغل يده عن التصرف فيه، ويكون له ان يتصرف فيه بكافة انواع التصرف فيجوز له ان ينقله الى الغير ببيع، او مقايضة، او هبة، او ان يتصالح عليه مع خصمه، او ان يتنازل عنه فيبرأ مدينه منه، وليس لدائنه الحق في الاعتراض على هذه التصرفات الا عن طريق الدعوى البوليصية اذا توافرت شروطها.[2]

ثانيا: صدور الحكم ساريا في مواجهة المدين

طبقا للقواعد العامة فان النيابة القانونية تكون مقررة لمصلحة الاصيل (المدين) وليس لمصلحة النائب (الدائن)، لكن النيابة المخولة للدائن في الدعوى غير المباشرة تكون مقررة لمصلحته وحده بصفته نائبا عن الاصيل، ويعد هذا خروجا عن الاصل، والسبب في ذلك يرجع كما ذكرنا سابقا كونها نيابة من نوع خاص، ويكون الحكم الصادر في الدعوى ساريا

[1]– دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 33.

[2]– رمضان ابو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 126-127 .

في مواجهة المدين الاصلي، فإما ان يكون هذا الحكم لصالحه او عليه، غير ان نتيجته تدخل في ذمته المالية.[1]

الفرع الثاني: آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للخصم (مدين المدين) .

يستطيع الخصم الذي يستعمل الدائن حق مدينه ضده ان يدفع في مواجهة الدائن بكافة الدفوع العامة التي كان يستطيع ان يدفع بها في مواجهة المدين، فالدائن ليس إلا نائبا عن هذا المدين، فللخصم ان يدفع بجميع اسباب انقضاء الدين (التقادم، والوفاء، والمقاصة) حتى ولو تم هذا الوفاء او توافرت شروط هذه المقاصة بعد رفع الدعوى غير المباشرة، كما ان للخصم ايضا ان يتمسك بأوجه البطلان التي تشوب العقد، فلا فرق بالنسبة للخصم ان يكون المدين قد باشر حقه بنفسه وبين ان يكون الدائن قد باشر هذا الحق نيابة عنه.[2]

ولكن ليس للخصم ان يتمسك في مواجهة الدائن بدفوع خاصة، اي التي تستند الى العلاقة القائمة بينهما، كوقوع مقاصة بين الخصم والدائن شخصيا، فالدائن ليس الا نائبا عن المدين.[3]

الفرع الثالث: آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للدائن وسائر الدائنين

نصت المادة 190 من ق .م.ج على ان الدائن عندما يستعمل حق مدينه فان المدين هو صاحب الحق، على الرغم مما يتخذه الدائن من اجراءات لاستعماله، فالحكم الصادر في الدعوى غير المباشرة يستفيد منه المدين مباشرة، وكل فائدة تجنى من استعمال هذه الحقوق تدخل في ذمة المدين المالية، وتكون ضمانا لجميع دائنيه.[4]

اولا: آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للدائن

لما كانت نيابة الدائن عن المدين في الدعوى غير المباشرة ينتج عنها الا يدخل الحق الذي توصل اليه في ذمته، بل يدخل في ذمة المدين، لذا فللدائن ان يطالب الخصم بما كان يستطيع ان يطالبه به المدين حتى ولو كان حق الدائن اقل من حق المدين، فمثلا لو كان

---

[1]– هلال نسرين منى، المرجع السابق ص 32.

[2]– نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 114 .

[3]– عبد الرحمان احمد جمعة الحلالشة، المرجع السابق، ص 149 .

[4]– هلال نسرين منى، المرجع السابق، ص 34.

حق الدائن قيمته 2000 دينار، وكان حق المدين في ذمة الخصم 5000 دينار فللدائن ان يطالب الخصم بالخمسة الاف دينار.[1]

ومع هذا فالدائن لا يستطيع ان يطالب الخصم في هذه الدعوى بأن يؤدي اليه الحق الثابت في ذمته للمدين، لان الدعوى غير المباشرة ليست من الوسائل التنفيذية وانما تهدف كما اشارنا آنفا الى المحافظة على الضمان العام وانعاشه، لذلك بعد صدور الحكم ما على الدائن الا ان يتخذ الاجراءات التنفيذية في مواجهة مدينه.[2]

ثانيا: آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة لسائر الدائنين

اذا نجح الدائن في دعواه فلا يستأثر وحده بنتيجة هذه الدعوى، وذلك لأنه نائب عن المدين، وان المال الذي يحصل عليه من خلال هذه الدعوى يدخل في ذمة المدين، وبالتالي في الضمان العام لدائنيه، وعليه يستطيع الدائن رافع الدعوى وغيره من الدائنين التنفيذ على هذا المال، دون ان يختص به الدائن الذي باشر الدعوى.[3]

فيكون لهم جميعا ان يشتركوا في التنفيذ على ثمرة الدعوى غير المباشرة ويقتسمونها بينهم قسمة غرماء، وليس للدائن رافع الدعوى افضلية عليهم، فبعد ان قام بإنفاق جهد و مال ووقت لمباشرة الدعوى يجد غيره من الدائنين يشاركونه حصيلة نجاحه، كما انه قد لا يأخذ شيئا اذا كان احد الدائنين الاخرين مضمونا برهن او امتياز، واستغرق جميع اموال المدين.[4]

من خلال دراستنا للدعوى غير المباشرة تبين لنا بوضوح قصور هذه الدعوى في حماية الدائن حماية كافية، لأنها تعد وسيلة غير فعالة لتحقيق مصالح الدائن الذي يحركها، لأنه لا يحصل على نتائج تعبه في مباشرتها لوحده بل يزاحمه الدائنون الاخرون في ذلك حتى وان لم يشاركوا في تحريكها معه، بل قد لا يأخذ شيئا اذا كان احد الدائنين الاخرين مضمونا برهن او امتياز فبذلك يستغرق جميع اموال المدين.

---

[1]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 124-125 .

[2]– رمضان ابو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 128 .

[3]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 125 .

[4]– رمضان ابو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 128 .

ولهذه الاسباب نجد انه هناك ندرة في استعمالها في الميدان العملي ونفور الدائنين في اللجوء اليها، لذلك عمل المشرع في بعض الحالات على وضع دعوى اخرى الى جانب الدعوى غير المباشرة تسمى بالدعوى المباشرة وذلك من اجل منح الدائن حماية خاصة من خلال رفعه دعوى على مدين مدينه مباشرة دون ان يكون نائبا فيها، فيستأثر فيها بالحق الذي يجنيه من وراء رفعها لوحده دون مزاحمة من الدائنين الاخرين، فيصبح دائن له امتياز على هذا الحق ويتقدم على جميع الدائنين ليستوفي حقه. وهذا ما سنتعرض اليه في المبحث الثاني .

المبحث الثاني: الدعوى المباشرة

رأينا فيما قدمناه سابقا عن الدعوى غير المباشرة انها نادرة الاستعمال وقليلة الفائدة بالنسبة للدائن الذي يباشرها، ويرجع ذلك الى تزاحم الدائنين مع الدائن الذي رفعها، بأن يزاحمونه في الحق الذي حصل عليه من ورائها ويقتسمونه قسمة غرماء، ولهذا عمد المشرع في بعض الحالات ان يولي للدائن حماية خاصة، وذلك بان يجعل للدائن الى جانب الدعوى غير المباشرة دعوى اخرى تسمى بالدعوى المباشرة، و بفضل هذه الاخيرة يستأثر الدائن بالحق الذي لمدينه في ذمة مدين المدين ويصبح بمثابة دائن له امتياز على هذا الحق يتقدم بمقتضاه على سائر الدائنين ليستوفي منه حقه.[1]

وعليه سوف نتناول في هذا المبحث مفهوم الدعوى المباشرة (المطلب الاول)، ثم حالات الدعوى المباشرة واثارها (المطلب الثاني) .

المطلب الاول: مفهوم الدعوى المباشرة

ان الدعوى المباشرة هي دعوى يقيمها الدائن على مدين المدين عندما يقرر القانون ذلك بموجب نص تشريعي خاص، وذلك باعتبار انها حماية استثنائية للدائن تقوم على فكرة حق الامتياز، حيث يطالب فيها الدائن باسمه الشخصي بحقوق مدين مدينه، فينتقل بذلك حق المدين الى ذمة الدائن مباشرة دون ان يمر الى الذمة المالية للمدين، ودون ان يدخل في الضمان العام.[2]

مع وجوب انذار الدائن للمدعى عليه (مدين المدين) بالوفاء بالحق المطالب به والمتمثل في الحصول على ما هو ثابت في ذمة هذا الاخير للمدين الاصلي، بشرط ان يكون هناك ارتباط بين التزام مدين المدين تجاه المدين الاصلي وبين التزام المدين الاصلي تجاه دائنه.

---

[1]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 978 .

[2]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 265 .

ويعد الهدف من وراء هذه الدعوى هو تامين الدائن بحمايته من خطر مزاحمة الدائنين والخضوع لقسمة الغرماء، وذلك لان الدائن يستوفي حقه مباشرة دون ان يمر المبلغ المطلوب الوفاء به بذمة مدينه.[1]

ومن هذا المنطلق يتعين علينا ان نتعرض في هذا المطلب الى تعريف الدعوى المباشرة (الفرع الاول)، ثم تحديد طبيعتها (الفرع الثاني)، ثم تحديد شروطها (الفرض الثالث).

الفرع الاول: تعريف الدعوى المباشرة

عرفت الدعوى المباشرة بانها :" دعوى مدنية استثنائية مقررة بنص قانوني خاص، يرفعها الدائن باسمه ولحسابه تجاه مدين مدينه، لمطالبته بالحق الثابت للمدين في ذمته و بحدود ما للدائن في ذمة ذلك المدين حيث يستأثر الدائن بنتائجها دون ان يتعرض لمزاحمة غيره من دائني المدين".[2]

وعرفت ايضا بانها :" وسيلة قانونية يقررها المشرع للدائن لحماية ضمانه العام، تسمح له بان يسعى مباشرة باسمه شخصيا الى مدين المدين ليسأله عن الوفاء بما هو مستحق في ذمته للمدين ".[3]

كما عرفت ايضا بانها :" دعوى يرفعها الدائن على مدين المدين ليطالب بحقه قبل المدين، وتحقق للدائن ضمانا اكيدا لأنه يطالب بحق لهو يستأثر بحصيلتها، ويصبح بمثابة دائن له امتياز في استفاء حقه ولا يشاركه الدائنون الاخرون في ذلك".[4]

فالمركز المميز للدائن هنا لا يتقرر الا بموجب نص قانوني محدد ومعين، ويلجا اليها الدائن لمطالبة مدين مدينه بشكل مباشر بما له من حق عليه، [5] وبهذا يعد خروجنا على مبدا نسبية العقد الذي نصت عليه المادة 113 من ق .م. ج :" **لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز ان يكسبه حقا**".

---

[1]– نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 115 .

[2]– ياسين أحمد القضاه، الدعوى المباشرة في القانون المدني، د .ج، ط1، دار الثقافة، الاردن، 2014، ص 33 .

[3]– نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 115 .

[4]– محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 114 .

[5]– مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 413 .

ومن خلال هذه التعاريف نستنتج خصائص الدعوى المباشرة والمتمثلة في الآتي:

- ان الدعوى المباشرة تتقرر بموجب نص خاص؛
- انه يتقرر للدائن بموجب رفعه لهذه الدعوى حق امتياز على باقي الدائنين اي انها تحقق له افضلية؛
- ان الدائن يرفعها باسمه الشخصي ضد مدين مدينه وليس بصفته نائبا عن مدينه.1
- ان الدعوى المباشرة تعد استثناءا عن مبدأ اثر نسبية العقد، فالأصل ان العقد ينصرف الى اطرافه ولا يتعدى اثره الى الغير؛
- بساطة وسرعة الاجراءات فيها لان الدائن الذي يباشرها يحصل على حقه مباشرة من مدين مدينه، فالمال الذي يحصل عليه ينتقل الى ذمته مباشرة دون دخوله في ذمة المدين الاصلي.2
- غل يد المدين عن التصرف في حقه القائم في ذمة مدينه، حماية للدائن المباشر.3

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للدعوى المباشرة

اختلف الفقهاء حول تحديد الطبيعة القانونية للدعوى المباشرة، اي حول تحديد طبيعة حق الدائن في المطالبة المباشرة بحق مدينه قبله، وهذا في حد ذاته يعتبر استثناءا عن الاصل ويتعدى النطاق العقدي، بمعنى خروجها عن مبدا نسبية اثر العقد فيما بين المتعاقدين (المدين ومدين المدين) .[4]

ولقد ظهرت عده نظريات حول تحديد طبيعة هذه الدعوى القانونية، فمنها من ردها الى فكرة حوالة الحق ومنها من ردها الى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير، ومنها من ردها الى فكرة الاثراء بلا سبب، من جعلها تقوم على فكرة الحق الممتاز، ومنها من ردها الى فكرة الإنابة

[1] – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 265.

[2]– هلال نسرين منى، المرجع السابق، ص 41 .

[3]– ياسين احمد القضاه، المرجع السابق، ص 68 .

[4]– محمد ياسين الجبوري، الدعوى المباشرة في القانون المدني الاردني، مجلة الشريعة القانون، كلية القانون، جامعة الامارات، عدد 52، السنة السادسة والعشرون، ذو الحجة 1433، اكتوبر 2012، ص 274 .

القانونية وغيرها من النظريات....، الا ان كل هذه النظريات لم تنجح في ضبط وتحديد هذه الطبيعة .[1]

والدعوى المباشرة لم تكن معروفة منذ القدم، فهي تعد من الانظمة الحديثة المنشأ، وبالتالي لا يمكن نسبها لأي من النظريات والانظمة المعروفة قديما.[2]

وكما سبق ذكره فان الدعوى المباشرة لا تهدف الى المحافظة على الضمان العام، بل تقرر للدائن رافعها اولوية في استفاء حقه مباشرة دون ارجاع القيمة المتحصل عنها الى ذمة المدين، ويؤدي ذلك الى عدم اقتسامها بين جميع الدائنين قسمة غرماء، فهي تعد ضمانا خاصا للدائن وبالتالي فهي نوع من انواع التامين التي انشأها المشرع الحديث.[3]

لكن السؤال المطروح هنا ما موقع هذا التامين من التأمينات الشخصية والعينية؟.

الدعوى المباشرة هي لا تنتمي الى التأمينات الشخصية ولا الى التأمينات العينية فهي تامين من نوع خاص يمنح للدائن مركزا ممتازا بالنسبة لسائر الدائنين.[4]

ونجد ان الدعوى المباشرة تستند الى نص قانوني لان نطاقها ضيق فهي لم تقرر بنظرية عامة، فالدائن كما سبق ذكره لا يستطيع اللجوء اليها الا في حالات محصورة ومحددة بنص القانون، لذلك فالنص القانوني هو الاساس الوحيد الذي تقوم عليه هذه الدعوى وهذا هو التكييف المعاصر للطبيعة القانونية لها.[5]

الفرع الثالث: شروط استعمال الدعوى المباشرة

سبق وان راينا ان الدعوى المباشرة لا تثبت الا بنص قانوني خاص، وان هذه الدعوى تعتبر دعوى مدنية كأي دعوى مدنية اخرى، لذلك فهي لا تتحقق ولا تثبت الا بتوافر شروط شكلية (اولا)، وشروط وموضوعية (ثانيا).[6]

اولا: الشروط الشكلية للدعوى المباشرة

---

[1] – انور سلطان، المرجع السابق، ص34، ياسين احمد القضاه، المرجع السابق، ص 95 وما يليها.

[2] – هلال نسرين منى، المرجع السابق، ص 41 .

[3] – رمضان ابو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 137 .

[4] – رمضان ابو السعود، أحكام الالتزام، المرجع نفسه، ص 138 .

[5] – هلال نسرين منى، المرجع السابق، ص 42 .

[6] – ياسين احمد القضاه، المرجع السابق، ص 81.

لما كانت الدعوى المباشرة عبارة عن دعوى مدنية مثلها مثل سائر الدعاوى المدنية الاخرى التي يرفعها الدائن ضد مدينه امام القضاء، فانه يمكن ارجاع شروط توافرها الى القواعد العامة التي تشترط في اي دعوى، [1] حيث تم النص على هذه الشروط في قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري تحديدا في نص المادة 13 منه، والتي تنص على انه: " **لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة او محتملة يقرها القانون...**".[2]

فيفهم من هذا النص ان الشروط الشكلية للدعوى المباشرة تتمثل في الآتي:

1_ الصفة: معناها ان يكون للدائن او المدعي رافع الدعوى صفة لرفعه تلك الدعوى، بمعنى ان يكون هو صاحب الحق المطالب به؛

2_ المصلحة: هي الفائدة او المنفعة المشروعة التي تعود وتتحقق للدائن رافع الدعوى، وان تكون مصلحة موجودة ومحققة وليست محتملة او مستحيلة، ويجب ان تكون المصلحة شخصية ومباشرة، وان تكون قائمة وحالة، بمعنى ان يكون حق رافع الدعوى قد اعتدي عليه بالفعل وحصل لهم منازعة وتحقق الضرر الذي يبرر اللجوء الى القضاء.[3]

3_ الاهلية:(اهلية التقاضي) ومعناها ان يكون المدعي قادرا على استعمال حقوقه والتنازل عنها، اي ان تكون له القدرة على المطالبة بالحق الثابت موضوع الدعوى او الدفاع عنه امام القضاء.[4]

حيث تنطبق هذه الشروط ايضا على مدين المدين باعتباره مدعى عليه مع ضرورة اعذار المدين و مدين المدين بضرورة التنفيذ، ومراعاة قواعد الاختصاص النوعي والاقليمي.[5]

ثانيا: الشروط الموضوعية للدعوى المباشرة

---

[1]– هلال نسرين منى، المرجع السابق، ص 44 .

[2]– قانون رقم 08–09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية، الجريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة في 23 فبراير 2008.

[3]– نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية، د ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص 46 .

[4]–ياسين احمد القضاه، المرجع السابق، ص 81.

[5]– محمد ياسين الجبوري، المرجع السابق، ص 300 .

يشترط لاستعمال الدعوى المباشرة مجموعة من الشروط الموضوعية التي تتمثل في الآتي:

1_ ان يكون حق الدائن مؤكدا وثابتا

ومعنى ذلك انه يشترط ان يكون حق الدائن غير متنازع فيه، لأنه اذا كان حق الدائن متنازعا فيه وجب اولا الفصل في هذه الدعوى قبل رفع الدعوى المباشرة، اضافة الى ان دائنية الدائن تتحقق عندما تكون خالية من النزاع، بمعنى ان صفة الدائن تكون ثابتة في مواجهة مدينه وليست محل نزاع.[1]

وتجدر الاشارة بان خلو الدين من النزاع يتحقق بان يكون ذلك الدين محقق الوجود ومحدد المقدار، لذلك لا تقبل دعوى الدائن تجاه مدين مدينه اذا انقضى حقه تجاه المدين الاصلي سواء بالوفاء، او بالمقاصة، او باتحاد الذمة، او بالتقادم، لان وجود الدعوى المباشرة مرتبط ارتباطا وثيقا بوجود الدين موضوع تلك الدعوى.[2]

2_ ان يكون حق الدائن مستحق الاداء

يشترط على الدائن حتى يباشر اجراءات الدعوى المباشرة ان يكون اجل دينه قد حل، اي يجب ان يكون الدين مستحقا الاداء، بمعنى انه اذا كان دينه مؤجلا فلا يجوز له اقامة هذه الدعوى، كأن يكون دينه معلق على شرط واقف او مضاف الى اجل واقف، لكن اذا كان هذا الحق معلق على شرط فاسخ او مضاف الى اجل فاسخ، فانه بموجب هذا الحق يستطيع الدائن اللجوء الى الدعوى المباشرة، لأنه في هذه الحالة يعد الحق مستحق الاداء قبل تحقق الشرط او حلول الاجل.[3]

3_ الارتباط بين الديون

حتى يمكن تقرير مبدا السعي المباشر للدائن الى مدين المدين، لابد من وجود ارتباط بين التزام مدين المدين تجاه المدين الاصلي، وبين التزام المدين تجاه الدائن الاصلي، ويتحقق هذا الارتباط بين الديون عندما يكون محل عقد المدين وعقد مدين المدين واحدا، وقد

---

[1]– رمضان ابو السعود، الدعوى المباشرة، اطروحة دكتورا، جامعة الاسكندرية، 1973، ص 323.

[2]– ياسين احمد القضاه، المرجع السابق، ص 84 .

[3]– هلال نسرين منى، المرجع السابق، ص 43.

يتحقق هذا الارتباط ايضا عندما تكون الواقعة المسببة لالتزام المدين والتزام مدين المدين واحدة .[1]

4_ وجود نص قانوني

يجب ان يوجد نص قانوني صريح يمكن الدائن من اقامة الدعوى المباشرة، حيث من دون هذا النص لا يستطيع الدائن ان يرفع مباشرة دعوى على مدين مدينه، فالملاحظ ان القانون المدني الجزائري لم ينظم الدعوى المباشرة بمقتضى نظرية عامة، وانما تقررت هذه الدعوى بموجب نصوص خاصة محددة وفقا لحالات معينة سوف نفصل فيها لاحقا.[2]

5_ ادخال المؤمن له في الدعوى المباشرة

لما كانت القاعدة العامة في الدعوى المباشرة تقضي بان الدائن لا يحتاج الى ادخال مدينه الاصلي في الدعوى، الا انه هناك استثناء على هذه القاعدة وهو في حالة التامين من المسؤولية، حيث يجب على المتضرر ان يدخل المؤمن له في الدعوى المرفوعة على المؤمن، الا اذا كان هذا الاخير قد اقر بمسؤولية المؤمن له، او كان قد حكم هذا الاخير قبل رفع الدعوى المباشرة، لان الهدف من هذا الادخال هو تثبيت مسؤولية المؤمن له وتحديد ذمته، فان صدر حكم بهذا الشأن او اعتراف المؤمن بذلك فلا نحتاج الى هذا الادخال.[3]

المطلب الثاني: حالات الدعوى المباشرة وآثارها

ان القانون المدني الجزائري كغيره من القوانين المقارنة لم يتطرق الى تنظيم الدعوى المباشرة بنص عام، ولم يقرر لها نظرية عامة، وذلك كونها تعد خروجا عن مبدا اثر نسبية العقد، لما تمنحه للدائن من مركز متميز، فيتحول بذلك الى دائن ممتاز، فيجنبه مزاحمة باقي الدائنين الاخرين، بل اكتفى فقط بالنص عليها في نصوص تشريعية خاصة متفرقة.

ووفقا لهذه الحالات فان الدعوى المباشرة بعد قيامها فإنها تنشأ رابطة التزام مباشرة بين شخصين من الغير مرتبطين على سبيل التبادل بنفس الشخص الا وهو المدين الأصلي،

---

[1]– رمضان ابو السعود، احكام الالتزام، المرجع السابق، ص 132 .

[2]– ياسين احمد القضاه، المرجع السابق، ص91 .

[3]–ايدار عبد الله، الاعسار المدني والافلاس التجاري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، نوقشت بقسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2016 – 2017، ص 31 –32.

فالمدين الأصلي يعد مدين للدائن ودائنا لمدينه ومن ثم اذا تحققت شروط الدعوى المباشرة فإنها حتما سوف ترتب اثار قانونية لطرفيها.[1]

لذلك تطرقنا في هذا المطلب الى تطبيقات وحالات الدعوى المباشرة(الفرع الاول)، ثم الى بيان الآثار المترتبة عن هذه الدعوى(الفرع الثاني).

الفرع الاول: حالات الدعوى المباشرة وتطبيقاتها

اذا قمنا بتحليل المواد التي اقر فيها المشرع للدائنان يرفع دعوى مباشرة ضد مدين مدينه، فإننا نجد ان السبب في وجود حق الدائن في ذمة مدين المدين يتمثل في منفعة قدمها الدائن للمدين، او خسارة تحملها.

وما دام ان الدعوى المباشرة لا تتقرر للدائن الا في حالات معينة، وانها جاءت بموجب نص قانوني محدد وصريح وواضح، فانه يتعين علينا التعرض الى هذه الحالات في الاتي:

اولا: في عقد الايجار (المؤجر مع المستأجر من الباطن او الفرعي)

تنص المادة 507 على انه:" **يكون المستأجر الفرعي ملتزما مباشرة تجاه المؤجر بالقدر الذي يكون بذمته للمستأجر الاصلي وذلك في الوقت الذي انذره المؤجر.**

ولا يجوز للمستأجر الفرعي ان يحتج تجاه المؤجر بما سبقه من بدل الايجار الى المستأجر الاصلي الا اذا تم ذلك قبل الانذار طبقا للعرف او للاتفاق الثابت والمبرم وقت انعقاد الايجار الفرعي".

يفهم من استقراء هذه المادة ان المؤجر له الحق في اقامة دعوى مباشرة ضد المستأجر من الباطن او الفرعي، اذا لم يستوفي بدل الايجار من المستأجر الاصلي، وبموجب تلك الدعوى يستطيع ان يطالبه بالأجرة وغيرها من الالتزامات التي انشاها عقد الايجار من الباطن في ذمة المستأجر الفرعي للمستأجر الاصلي، كالتعويض عن الحريق او التلف...الخ.[2]

والمقدار الذي يطالب به المؤجر المستأجر الفرعي هو المقدار الذي في ذمة المستأجر الفرعي للمستأجر الاصلي وقت توجيه الانذار من المؤجر للمستأجر الفرعي، ولا يعتد

[1]– لعموري خلوفي، الدعوى المباشرة، ضمان غير مسمى، دفاتر السياسة والقانون، العدد 19، جوان 2018، ص 141 .

[2]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 127.

بالأجرة التي عجلها المستأجر الفرعي للمستأجر الاصلي عن مدة انتفاع مستقبلة، الا اذا كان تعجيل الأجرة قد تم قبل الانذار او متفقا مع العرف او طبقا لعقد الايجار المبرم بين المستأجر الفرعي والمستأجر الاصلي.[1]

ثانيا: في عقد المقاولة(المقاول الفرعي والعمال مع رب العمل)

تنص المادة 565 / 1 من ق .م. ج على انه:" **يكون للمقاولين الفرعيين والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الاصلي وقت رفع الدعوى، ويكون لعمال المقاول الفرعي مثل هذا الحق تجاه كل من المقاول الاصلي ورب العمل** ".

يتضح من هذا النص ان المشرع الجزائري منح لعمال المقاولين والمقاولين الفرعيين رفع دعوى مباشرة ضد رب العمل، يطالبون فيها بما في ذمته للمقاول الاصلي وقت رفع الدعوى، بشرط ان يكون المقدار المطالب به في حدود ما يستحقونه تجاه المقاول الاصلي كما يجوز لعمال المقاولين الفرعيين (من الباطن) رفع دعوى مباشرة ضد المقاول الاصلي وهو مدين مدينهم، بل وحتى ضد رب العمل والذي هو مدين مدين مدينهم.[2]

كما تجدر الاشارة الى انه هناك خطأ مادي في الفقرة الاولى من المادة 565 في عبارة "... **بما يجاوز القدر**..." ولتصحيح ذلك ينبغي اسقاط كلمة" **لا** " قبل لفظ يجاوز لتصبح العبارة كالآتي" ... **بما لا يجاوز القدر**.." وهذا هو التعبير الصحيح لان النص باللغة الفرنسية يقول :

...est une action directe contre le maître de l'ouvrage j'usqu'à"....
Concurence des sommes dont it est debiter… .

كما نجد ايضا ان المشرع منح للمقاولين الفرعيين وعمال المقاول الاصلي وعمال المقاول الفرعي حق امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الاصلي اوالمقاول الفرعي في ذمة رب العمل وقت توقيع الحجز، فيكون لكل منهم نصيب بقدر حقه،[3] فيخول لهم هذا الامتياز

[1]– محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 128.

[2]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 265 .

[3]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 128–129 .

حق التقدم على دائني المدين المحجوز عليه وعلى كل من تنازل له المحجوز عليه عن حقه قبل المحجوز لديه حتى ولو كان تاريخ التنازل سابقا عن تاريخ توقيع الحجز.[1]

ثالثا: في عقد الوكالة(الموكل مع نائب الوكيل)

نصت المادة 580 من ق . م. ج على انه:" **اذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون ان يكون مرخصا له في ذلك كان مسؤولا عما فعل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية.**

اما اذا رخص للوكيل في اقامة نائب عنه دون ان يعين شخص النائب فان الوكيل لا يكون مسؤولا الا عن خطئه في اختيار نائبه او عن خطئه في ما اصدره له من تعليمات.

ويجوز في الحالتين السابقتين للموكل والنائب الوكيل ان يرجع كل منهما مباشرة على الاخر ".

يتضح من نص المادة انه يجوز للموكل ان يرجع مباشرة على نائب الوكيل كما يجوز لنائب الوكيل ان يرجع مباشرة على الموكل، فيستطيع الموكل بمقتضى هذه الدعوى ان يرجع مباشرة على نائب الوكيل بجميع حقوق الوكيل، ويستطيع نائب الوكيل الرجوع مباشرة على الموكل بجميع حقوق الوكيل.[2]

كما تجدر الاشارة الى انه هناك خطا في الفقرة الاخيرة من هذه المادة في كلمتي: "و"**النائب الوكيل**"، فالأصح هو ان تكون عبارة و" **لنائب الوكيل** " .

غير انه اذا اناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة وكان مرخصا له في ذلك، فهنا لا حاجة له بنص ينشئ الدعوى المباشرة، لأنه يصبح وكيلا للموكل مباشرة، لكن في حالة ما اذا اناب الوكيل عنه غيره دون ان يكون مرخصا له في ذلك، ففي هذه الحالة يكون مسؤولا عن عمل النائب كما لو كان ذلك العمل قد صدر منه شخصيا، فعندها يكون الوكيل ونائبه

---

[1]– فبهذا نجد ان المشرع دعم الدعوى المباشرة بحق امتياز، حسب الفقرتين الاخيرتين من المادة 565 من ق. م .ج التي نصت على انه: " ولهم في حالة توقيع الحجز من احدهم على ما تحت يد رب العمل او المقاول الاصلي امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الاصلي او للمقاول الفرعي وقت توقيع الحجز، ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه، ويجوز اداء هذه المبالغ اليهم مباشرة . وحقوق المقاولين الفرعين والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة، مقدمة على حقوق الشخص الذي تنازل له المقاول عن دينه اتجاه رب العمل ." راجع في ذلك: بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 266.

[2]– محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 117 .

متضامنين في المسؤولية، ويكون بذلك للموكل ولنائب الوكيل ان يرفع كل منهما دعوى مباشرة على الاخر.[1]

رابعا: في التأمين من المسؤولية(المضرور مع شركة التامين)

نصت المادة 619 ق .م .ج على انه:" **التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه ان يؤدي الى المؤمن له او الى المستفيد الذي اشترط التامين لصالحه مبلغ من المال او ايراد او اي عوض مالي اخر في حالة وقوع الحادث او تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك مقابل قسط او اية دفعة مالية اخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن** ".

من خلال هذا النص يتضح ان المشرع الجزائري رتب للمستفيد من التامين والذي هو المضرور اقامة دعوى مباشرة ضد شركة التامين اي المؤمن، مطالبا اياها بما في ذمتها للمسؤول اي المؤمن له.[2]

خامسا: في علاقة رب العمل ونائب الفضولي

نصت المادة 154/ 2 من ق .م .ج على انه: " **اذ اعهد الفضولي الى غيره، بكل العمل الذي تكلف به او ببعضه كان مسؤولا عن تصرفات نائبه، دون اخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب**" .

يستنتج من هذا النص ان رب العمل يجوز له اقامة دعوى مباشرة ضد نائب الفضولي الذي عهد اليه الفضولي بكل العمل او ببعضه.[3]

الفرع الثاني: آثار الدعوى المباشرة

تعتبر الدعوى المباشرة وسيلة اختيارية للدائن الذي ترتبت له، فأحيانا يشأ ان يستعملها ويسعى الى مدين مدينه، واحيانا لا يشاء ان يستعملها فيقتصر سعيه الى مدينه الاصلي ويطالبه بحقه الذي في ذمته، وقبل ان يستقر راي الدائن في هذا المجال اي على استعماله للدعوى المباشرة او عدم استعماله لها وقبل ان يرفع دعواه، يكون للمدين السلطان المطلق

[1] – عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 914–915 .

[2] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 130.

[3] – محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 130.

على حقه، لكن عد ان يرفع الدائن هذه الدعوى ويسعى الى مدين المدين فان سلطان المدين عن حقه تجاه مدينه ينقطع.[1]

لذلك فانه يترتب على رفع الدعوى المباشرة آثار عدة، منها ما يتعلق بالدائن (اولا)، ومنها ما يتعلق بالمدين الاصلي (ثانيا)، ومنها ما يتعلق بمدين المدين (ثالثا) .

اولا: آثار الدعوى المباشرة بالنسبة للدائن

عندما يقيم الدائن الدعوى المباشرة على الغير، فانه يقيمها باسمه الشخصي ولحسابه، فالنصوص القانونية المنظمة للدعوى المباشرة التي سبق ذكرها لم تشترط عليه ادخال مدينه طرفا في الدعوى، وبما ان الدائن ينفذ مباشرة على اموال الغير فان ذلك يعني انه سيستأثر بالحق موضوع الدعوى المباشرة لنفسه بصفته مدعيا، والاستئثار بالحق يعني منع الدائنين الاخرين للمدين او للغير من منازعته في هذا الحق وقسمته معه قسمة غرماء.[2]

والقاعدة في الدعوى المباشرة هي ان للدائن الخيار في الرجوع على المدين او مدين المدين، او عليهما معا اذا لم يكفي الحق الموجود لدى احدهما لاقتضائه حقه، غير ان المدين الاصلي ومدين المدين لا يتضامنان اذا كان الدين مدنيا، لان التضامن السلبي في الديون المدنية لا يفترض، اما اذا كان الدين تجاري فالتضامن يفترض.[3]

والدائن اثناء رجوعه على مدين المدين لا يطالبه الا بما هو مستحق له في ذمة المدين الاصلي، ولا شان له بما زاد في ذمة مدين المدين، واذا كان دينه اكبر مما هو في ذمة مدين مدينه رجع بالفارق على المدين الاصلي.[4]

ثانيا: آثار الدعوى المباشرة بالنسبة للمدين الاصلي

بمجرد رفع الدعوى المباشرة فانه تغل يد المدين الاصلي عن التصرف في الحقوق التي يطالب بها الدائن مدين مدينه، فلا يحق له الاعتراض او المساس بهذه الحقوق لان الدائن

---

[1]– رمضان ابو السعود، الدعوى المباشرة، المرجع السابق، ص 380 .

[2]– احمد محمد الحامدة، عيسى غسان الريضي، دور الدعوى المباشرة في المحافظة على حقوق الدائنين مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد 46، العدد 01، 2016، ص 128 .

[3]– سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، احكام الالتزام، ط2، دار الكتب القانونية، مصر 1992، ص 585 .

[4]– لعموري خلوفي، المرجع السابق، ص 141 .

حينما يطالب بهذه الحقوق فانه يطالب بها باسمه ولحسابه وليس بصفته نائبا عن مدينه، وبالتالي يستطيع التصرف بالحق الذي يحصل عليه وله كامل الحرية في استعماله، غير ان غل يد المدين قد يسبق رفع الدعوى في بعض الحالات.[1]

ثالثا: آثار الدعوى المباشرة بالنسبة لمدين المدين

تظهر آثار الدعوى المباشرة بالنسبة لمدين المدين بمجرد رفعها تجاهه، فهو بذلك يعتبر مدعى عليه، والدائن الذي يرفعها تجاهه تكون باسمه و لحسابه الخاص، ويعتبر اصيلا في الدعوى وليس نائبا عن مدينه، لذلك فهو يعتبر مدعي في هذه الدعوى، مما يترتب على ذلك ان مدين المدين يمتنع عن الوفاء بالحق الى المدين الاصلي، ومدين المدين لا يستطيع ان يدفع دعوى الدائن المباشرة بالدفوع التي يدفع بها تجاه المدين الاصلي.[2]

اضافة الى انه تبرأ ذمة مدين المدين تجاه دائنه (مدين الدائن) ان وفى بالدين للدائن (دائن مدينه).

اما اذا انقضى الدين الذي للمدين في ذمة مدينه (مدين المدين) باي سبب من اسباب الانقضاء كالمقاصة، او التقادم، كان هذا ساري المفعول في مواجهة الدائن، بشرط ان يكون هذا الانقضاء حدث قبل توجيه الانذار له اي قبل توجيه الانذار من الدائن لمدين مدينه.[3]

لكن يثور اللبس في حالة ما اذا قام مدين المدين بالوفاء بالدين لدائنه هو(المدين الاصلي)، ففي هذه الحالة السؤال يطرح نفسه : هل هذا الوفاء يعتبر صحيحا ومنتجا لآثاره في مواجهة الدائن رافع الدعوى المباشرة أم لا ؟.[4]

---

[1]– مثلا بالنسبة للدعوى المباشرة للمؤجر، فان المستأجر من الباطن يكون ملزما بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتا في ذمته للمستأجر الاصلي وقت انذاره من المؤجر، فغل يد المستأجر الاصلي عن التصرف في حقه قبل المستأجر من الباطن لا يبدأ من وقت رفع دعوى المؤجر المباشرة على المستأجر من الباطن، بل يسبق ذلك بأن يبدأ من يوم انذار المؤجر للمستأجر من الباطن، راجع في ذلك: رمضان ابو السعود، المرجع السابق، ص 154 .

وكذلك بالنسبة للدعوى المباشرة للمضرور ضد شركة التامين، فان حق المدين الاصلي فيها (المؤمن له) تجاه مدين المدين (شركة التامين) ينشأ عند تحقق الخطر المؤمن ضده، فلا يترتب غل يد المدين الاصلي فيها من وقت ممارسة الدعوى، بل يتحقق قبل رفع الدعوى، أي من وقت تحقق الخطر المؤمن منه . راجع في ذلك : ياسين احمد القضاه، المرجع السابق، ص 226 .

[2]– رمضان ابو السعود، الدعوى المباشرة، المرجع السابق، ص 395 .

[3]– هلال نسرين منى، المرجع السابق، ص 51 .

[4]– ياسين احمد القضاه، المرجع السابق، ص 228 .

للإجابة على هذا السؤال وجب التفرقة بين حالتين هما:

الحالة الاولى: قبل الاعذار

اذا لم يقم الدائن بإعذار مدين مدينه بالدعوى وقام هذا الاخير بالوفاء لدائنه مع عدم علمه بأمر الدعوى، اي بعد اقامتها وقبل تبليغه بها، فان الوفاء هنا يعد صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية .

الحالة الثانية: بعد الاعذار

اذا تم الوفاء بعد تبليغ مدين المدين وعلمه بالدعوى المباشرة، فان هذا الوفاء يعتبر غير صحيح وغير نافذ في حق الدائن صاحب الدعوى.

ويستنتج من هاتين الحالتين ان امر الاعذار بات ضروريا (اعذار المدين ومدين المدين بالدعوى المباشرة)، وذلك من اجل المحافظة على حق الدائن المباشر الذي تكفل المشرع بحفظه بفضل اقامة هذه الدعوى.[1]

[1]– ياسين احمد القضاه، المرجع نفسه، ص 228، محمد ياسين الجبوري، المرجع السابق، ص301، وما بعدها.

الفصل الثاني

الوسائل العلاجية لحماية الضمان العام

المبحث الأول: الدعوى البوليصية (دعوى عدم نفاذ التصرف)

المبحث الثاني: دعوى الصورية

المبحث الثالث: الحق في الحبس

تمهيد:

كما سبق القول أن المشرع الجزائري كان يحس بالظلم المسلط على الدائن من تصرفات مدينه، لذلك سعى في الاجتهاد للتخفيف من هذا الظلم وذلك عن طريق منحه وسائل وقائية تقيه من خطورة تقاعس المدين او اهماله في المطالبة بحقوقه، وكان من شأن هذا التقاعس او الاهمال أن يؤثر بالنقصان في قيمة ما للدائن من ضمان عام، فخول للدائن أن يباشر بنفسه حقوق مدينه نيابة عنه بطريق الدعوى غير المباشرة فيحافظ بذلك على ضمانه العام تمهيدا للتنفيذ عليه مستقبلا، او أن يرفع دعوى مباشرة في حالات معينة باسمه شخصيا على مدين مدينه ويستأثر بنتائج سعيه دون مزاحمة من باقي الدائنين.

واذا لم تفلح هذه الوسائل الوقائية أو تأخر الدائن في استعمالها وقام المدين بالتصرف في أموالها كلها أو بعضها، وكان يقصد من وراء هذا التصرف الاضرار بالدائن عن طريق انقاص ضمانه العام سواء كان تصرفه حقيقيا أم صوريا، فإن المشرع أوجه للدائن وسائل أخرى يحافظ من خلالها على ضمانه العام، ويطلق عليها باسم الوسائل العلاجية، فتتمثل الاول في الدعوى البوليصية وبواسطتها يدفع الدائن عن نفسه غش المدين اذا عمد في ذلك، وتتمثل الوسيلة الثانية في دعوى الصورية والتي من خلالها يكشف الدائن تصرف المدين اذا تظاهر هذا الأخير بإخراج ماله من الضمان العام، أما الوسيلة الأخيرة تتمثل في الحق في الحبس.

لذلك سوف نتناول في هذا الفصل الدعوى البوليصية (المبحث الاول)، ثم الدعوى الصورية (المبحث الثاني)، وأخيرا الحق في الحبس (المبحث الثالث).

المبحث الأول: الدعوى البوليصية (دعوى عدم نفاذ التصرف)

الأصل أن الشخص حر في التصرف بأمواله بجميع أنواع التصرفات القانونية سواء تلك التي تعود عليه بالنفع أم بالضرر أم الدائرة بينهما، طالما أنه كامل الأهلية وأنه سليم في قواه العقلية وغير محجور عليه أو لم يعلن اعساره أو افلاسه، اذ أن تصرفاته تكون صحيحة في حقه وفي حق من يخلفه من الورثة.[1]

ولكن قد يتخذ المدين موقفا ايجابيا قاصدا به الاضرار بدائنيه بإضعاف ضمانهم العام، فيمكن أن يقوم هذا المدين بالتصرف في أمواله قاصدا ابعادها عن نطاق الضمان العام واخفاء ما حصل عليه من مقابل، وقد يقوم أيضا بالتصرف في أمواله للغير عندما تضطرب أحواله بقصد الاضرار بدائنيه كأن يبيع أشياء بثمن بخس أو يهب ماله للغير، فهنا لابد ان يكفل القانون للدائنين وسيلة معينة لمحاربة هذا الفعل الضار الصادر عن مدينهم، لأنه مدين سيئ النية لم يقصد بتصرفه سوى اضعاف الضمان العام لدائنيه وتفويت الفرصة عليهم لاستفاء حقوقهم، لذلك قرر المشرع لهؤلاء الدائنين وسيلة للطعن في تصرفات مدينهم وطلب الحكم بعدم نفاذها في حقهم. [2]

لذلك سوف نتناول في هذا المبحث مفهوم الدعوى البوليصية (المطلب الأول)، ثم نتطرق الى آثارها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الدعوى البوليصية

تدخل الدعوى البوليصية أو البوليانية ضمن الدعاوى التي يستهدف منها الدائن المحافظة على ضمانه العام، وترجع تسميتها الى البريتور الروماني "بولص" (**paulus**)، الذي ساد الاعتقاد أنه أول من قال بها في القانون الروماني، اذ أنه بمقتضى هذه الدعوى يكون للدائنين الحق في طلب عدم نفاذ تصرفات المدين الضارة التي تضر بضمانهم العام، أي بتعطيل أثرها القانوني وعدم نفاذها في مواجهتهم.[3]

حيث نص المشرع الجزائري على الدعوى البوليصية في المواد من 191 الى 197 من القانون المدني الجزائري.

---

[1] – منذر الفضل، المرجع السابق، ص 102.

[2] – رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 138–139.

[3] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 266.

وعليه سوف نتعرض في هذا المطلب الى تعريف الدعوى البوليصية (الفرع الأول)، ثم بيان طبيعتها القانونية (الفرع الثاني)، واخيرا نتعرض الى الشروط اللازمة لتوافرها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الدعوى البوليصية

نصت المادة 191 من ق.م. ج على أنه: " **لكل دائن حل دينه، وصدر من مدينه تصرف ضار به ان يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، اذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين او زاد في التزاماته وترتب عسر المدين او الزيادة في عسره، وذلك متى توافر أحد الشروط المنصوص عليها في المادة التالية**". وعليه فالدعوى البوليصية تعرف بأنها وسيلة قانونية اعطاها المشرع للدائن لتمكينه من الحصول على دينه من ثمن العين المطلوب ابطال التصرف الحاصل من مدينه فيها في مواجهة المتصرف له .[1]

كما تعرف الدعوى البوليصية أيضا بأنها "وسيلة قانونية يلجأ اليها الدائن لمنع نفاذ تصرفات مدينه التي اختلت أحواله المادية، ويقصد بها حماية الضمان العام"، فيرفعها الدائن أمام القضاء مع تقيده بالإجراءات اللازمة لرفع الدعاوى.[2]

كما عرفت بأنها " دعوى يرفعها الدائن باسمه مباشرة، وليس باسم مدينه، ويقصد بها عدم نفاذ التصرف الضار بالدائن في حقه، اي ان هذا التصرف لا يسري في مواجهته او ان اثره لا ينصرف اليه.[3]

كما عرفت ايضا بأنها: "دعوى يرفعها الدائن باسمه الخاص، ليدفع بها عن نفسه نتائج غش مدينه، اذا عمد هذا الأخير الى التصرف في أمواله اضرارا بحقوق دائنيه، فبموجب هذه الدعوى يصبح التصرف الذي أبرمه المدين او المشوب بالغش نافذ في مواجهة دائنيه، بحيث يعود المال الى الضمان العام تمهيدا للتنفيذ عليه.[4]

كما عرفت بأنها: "وسيلة يلجأ اليها الدائن ليطعن بواسطتها في تصرف ضار يصدر عن مدينه المعسر بقصد الغش والاضرار بحقوقه، فيجعل ذلك التصرف غير نافذ بحق

---

[1] – لريبي نبية، المرجع السابق، ص 23.

[2] – عبد الرحمان احمد جمعة الحلالشة، المرجع السابق، ص 172.

[3] – محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 118.

[4] – يوسف فتيحة، دعوى عدم نفاذ تصرف المدين (الدعوى البوليصية) في القانون المدني الجزائري المقارن، مذكرة تخرج للحصول على دبلوم الماجستير في العقود والمسؤولية المدنية، نوقشت بمعهد الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر، 1996، ص 04.

الدائنين اللذين يعتبرون من الغير بالنسبة له، فالمدين عندما يشعر بضيق وعجز يتخوف من احاطة الدائنين بما بقي له من اموال فيعمد الى محاولة تهريبها عن طريق هبتها الى ذويه او بيعها بأبخس الاثمان قصد حرمان الدائن من حجزه واستفائه حقه منه.[1]

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للدعوى البوليصية

اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للدعوى البوليصية، فجرت عدة محاولات لتأصيل هذه الدعوى وذلك بردها الى احد النظم القانونية المعروفة، فظهرت عدة آراء في ذلك تتمثل في الآتي:

أولا: الدعوى البوليصية دعوى بطلان

ذهب رأي من الفقهاء بالقول ان الدعوى البوليصية هي دعوى بطلان، وذلك بالنظر الى انها قد تؤدي الى سقوط تصرف المدين وعدم الاعتداد به، ولكن لا يمكن ان تعد هذه الدعوى بدعوى بطلان لتصرف المدين لأن هذا الرأي يتعارض مع الآثار التي تترتب عنها من جهة، وبالأطراف التي تقيمها من جهة اخرى.[2]

فبالنسبة للآثار نجد أنه لا يترتب عليها بطلان التصرف الذي ابرمه المدين، بل يعتبر ذلك التصرف غير نافذ في حق الدائنين، فالعقد بين المدين والخلف يبقى قائما، وهذا يتناقض مع البطلان باعتبار ان الباطل لا يترتب عليه أي أثر، اما بالنسبة للأطراف فنجد ان الدعوى البوليصية يقيمها شخص ليس طرفا في العلاقة العقدية التي تربط المدين بخلفه، فيقيمها شخصا من الغير طاعنا بها التصرف الضار الصادر عن المدين، وذلك على خلاف دعوى البطلان التي يقيمها أحد طرفي العقد.[3]

ثانيا: الدعوى البوليصية دعوى تعويض

يرى جانب من الفقه أن الدعوى البوليصية هي دعوى مسؤولية او دعوى تعويض عن فعل خاطئ، وانها مجرد تطبيق لدعوى المسؤولية المنصوص عنها في المادة 124 من

---

[1] – حسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام – أحكام الالتزام – ج2، ط1، دار وائل، عمان الاردن، 2004، ص 129 .

[2] – رمضان ابو السعود، المرجع السابق، ص 139 .

[3] – عبد الرحمان احمد جمعة الحلالشة، المرجع السابق، ص 188.

[3] – عبد الرحمان احمد جمعة الحلالشة، المرجع السابق، ص 188.

ق. م .ج التي تنص على أنه:" **كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض**" .

ويستند أنصار هذا الرأي الى أن ركن الغش في الدعوى البوليصية يقابله ركن الخطأ في دعوى المسؤولية، وأن المخطئ يتحمل عبئ خطئه وحده في دعوى المسؤولية، فنفس الشيء ايضا في الدعوى البوليصية أن الغاش هو من يتحمل وحده نتائج غشه، وبذلك يتوافر في الدعوى البوليصية نفس الركنان الأساسيان الواجب توافرهما في دعوى المسؤولية ألا وهما الخطأ و الضرر .[1]

ويرون أن الدعوى البوليصية هي دعوى تعويض لأن الدائن يطلب تعويضا عن ضرر أصابه نتيجة تواطؤ المدين مع خلفه (المتصرف اليه)، والتعويض هنا ليس نقديا، بل هو تعويض عيني يتمثل في عدم نفاذ التصرف المطعون فيه في حق الدائن رافع الدعوى البوليصية.[2]

لكن انتقد هذا الرأي باعتبار ان الخطأ يعد ركنا جوهريا في المسؤولية، وقد لا يتحقق أي خطأ من جانب المدين في الدعوى البوليصية، كأن يتصرف في ماله هبة للغير دون ان يكون هناك أي غش او اهمال او تواطؤ مع المتبرع له، فمثل هذا التصرف التبرعي لا يكون نافذا في حق الدائن رافع الدعوى البوليصية.[3]

ثالثا: الدعوى البوليصية هي من قبيل الدعاوى المباشرة

يرى جانب آخر من الفقه أن الدعوى البوليصية هي من قبيل الدعاوى المباشرة، بالنظر الى أن الدائن يمارسها باسمه الشخصي وليس نيابة عن مدينه، لجعل التصرف الضار غير نافذ في حقه، بهدف المحافظة على الضمان العام، لكن هذا الرأي لم يسلم أيضا من النقد باعتبار أن الدعوى المباشرة تثبت بنص تشريعي خاص بها وفي حالات محددة.[4]

---

[1]– لزرق بن عوة، المرجع السابق، ص 57.

[2] – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 270 .

[3] – رمضان ابو السعود، المرجع السابق، ص 140.

[4] – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 270.

رابعا: الدعوى البوليصية دعوى عدم نفاذ التصرف المطعون فيه

يرى الفقه الحديث أن طبيعة الدعوى البوليصية تأخذ من أثرها، ولما كان من أثر هذه الدعوى هو عدم نفاذ التصرف المطعون فيه في حق الدائن، فانه لا بد من ان يكون التكييف الصحيح لطبيعة هذه الدعوى هو عدم نفاذ او عدم سريان التصرفات التي يجريها المدين اضرارا بحق دائنيه حيث يترتب على اعتبارها دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه، أنه يتعين على الدائن رفعها على المدين وخلفه ليحصل على حكم بعدم نفاذ التصرف بحقه، وهذا هو الرأي الراجح الذي استقر عليه الفقه والقضاء.[1]

بعد ان انتهينا من تحديد طبيعة الدعوى البوليصية، بأنها ليست دعوى بطلان ولا دعوى تعويض ولا هي من قبيل الدعاوى المباشرة، بل تكيف على انها دعوى عدم نفاذ التصرف المطعون فيه، فإن السؤال المطروح هنا هو: هل الدعوى البوليصية هي دعوى شخصية أم عينية أم انها دعوى مختلطة ؟.[2]

---

[1] – عبد الرحمان احمد جمعة الحلالشة، المرجع السابق، ص 188.

[2] – للإجابة على هذا السؤال نجد انه ظهر ثلاث اتجاهات فقهية تتمثل في الآتي:

الاتجاه الأول: يرى أنصار هذا الاتجاه أن الدعوى البوليصية هي دعوى عينية، حيث بنو رأيهم على أساس ان الدعوى البوليصية تعتبر من قبيل دعوى البطلان، ونحن نعلم ان دعوى البطلان هي دعوى عينية، تهدف الى ارجاع العين محل النزاع الى ملك المدين، لكن في الدعوى البوليصية نجد ان الدائن رافع الدعوى لا يطالب بحق عيني، حتى وان نجح في الطعن بهذه الدعوى فان العين محل او موضوع النزاع لا تؤول ملكيتها له مباشرة بل تدخل في ضمانه العام.

الاتجاه الثاني: يرى أنصار هذا الاتجاه ان الدعوى البوليصية هي دعوى مختلطة وان اساسها هو مزيج بين الحق العيني والحق الشخصي، فهي دعوى تبدأ شخصية وتنقلب عينية ،لان الدائن لما يطالب عدم نفاذ تصرف المدين في حقه فانه يبني طلبه على اساس غش المدين وهو حق شخصي للمدين، فاذا اجيب الدائن عن طلبه انقلب هذا الحق الشخصي الى عيني برجوع العين محل النزاع الى ذمة مدينه، غير ان هذا الرأي انتقد لأنه لو أجيب الدائن رافع الدعوى عن طلبه، لا يعني ذلك رجوع العين الى ذمة المدين بل ترجع الى ضمانه العام، مع بقاء التصرف الذي اجراه المدين بينه وبين المتصرف اليه قائما .

الاتجاه الثالث: يرى انصار هذا الاتجاه ومن بينهم الفقيه عبد الرزاق احمد السنهوري ان التكييف الصحيح للدعوى البوليصية هو انها ليست دعوى عينية او دعوى مختلطة، فهي دعوى شخصية لكن ليست بدعوى تعويض، لان الدائن عندما يطلب عدم نفاذ تصرف المدين في حقه يبني هذا الطلب على التزام المدين بألا يتصرف في ماله اضرارا بدائنيه وهذا التزام شخصي مصدره القانون، فالدعوى البوليصية اذن دعوى شخصية هدفها حماية الضمان العام ووسيلتها في تحقيق هذا الهدف هو عدم نفاذ تصرفات المدين المعسر في حق دائنيه، فيعود بذلك ما خرج من اموال المدين الى الضمان العام تمهيدا للتنفيذ عليه، راجع في ذلك : عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 1055، لزرق بن عودة، المرجع السابق ،ص 62.

الفرع الثالث: شروط الدعوى البوليصية

سبق أن رأينا أن المدين بحسب الأصل حر في القيام بأي تصرف يرغب فيه لأن علاقة الدين لا تؤدي الى الحجر على ارادته، ومع ذلك فقد اجاز الشرع للدائن ان يعترض على تصرف المدين اذا كان طابعه الغش والتواطؤ بما يؤدي الى الاضرار بحق الدائن، وتتحد هذه الفكرة العامة بمجموعة من الشروط يرجع بعضها الى الدائن (أولا)، والبعض الآخر يرجع الى المدين(ثانيا)، اضافة الى انه هناك شروط ترجع الى التصرف المطعون فيه (ثالثا).[1]

اولا: الشروط المتعلقة بالدائن

قبل التطرق للشروط الخاصة بالدائن في الدعوى البوليصية او دعوى عدم نفاذ التصرفات، فإنه يشترط ان يتوفر لدى الدائن شرط الصفة والمصلحة كشرطان بديهيان وذلك طبقا للقواعد العامة في اصول المحاكمات المدنية واجراءات التقاضي، فلا بد ان يكون للمدعي(الدائن) الصفة في رفع الدعوى، وان تكون له مصلحة مشروعة يحميها القانون،[2] وذلك طبقا للقاعدة العامة المنصوص عنها في المادة 13 من ق. ا .م .و. ا. ج التي نصت على انه:" **لا يجوز لأي شخص التقاضي، مالم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة، أو محتملة يقرها القانون...**".

حيث نجد الشروط التي ترجع الى حق الدائن لكي يباشر بإجراءات رفع الدعوى البوليصية في نص المادة 191 من ق. م. ج والتي نصت على أنه :" **لكل دائن حل دينه، وصدر من مدينه تصرف ضار به ان يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، اذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين او زاد في التزاماته وترتب عسر المدين او الزيادة في عسره...**".

وتتمثل هذه الشروط في الآتي :

[1] – سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 267.

[2] – لزرق ايمان شهرزاد، دعوى عدم نفاذ التصرفات (الدعوى البوليصية) – دراسة مقارنة – مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص عقود و مسؤولية، نوقشت بقسم القانون الخاص، جامعة اكلي محند اولحاج، البويرة، 2018، ص 43 .

1- ان يكون حق الدائن حالا ومستحق الاداء: يشترط في الدعوى البوليصية ان يكون حق الدائن مستحق الاداء وهذا ما نصت عليه صراحه المادة 191 من ق. م. ج بأنه: "**لكل دائن حل دينه وصدر من مدينه تصرف ضاربه ان يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه...**".

وعلى ذلك لا يجوز للدائن الذي لم يحل اجل حقه استعمال الدعوى البوليصية وكذلك الامر اذا كان حق الدائن معلقا على شرط واقف لم يتحقق بعد او مضاف لأجل واقف.[1]

اما اذا كان الحق مقترنا بشرط فاسخ او باجل فاسخ فإن الدائن يستطيع استعمال الدعوى البوليصية لأنهما لا يمنعان من ان يكون الحق مستحق الاداء.[2]

كما يجب ان يكون حق الدائن خاليا من النزاع لأنه لو كان متنازع فيه لا يكون مستحق الاداء وليس لصاحبه حق استعمال الدعوى البوليصية.[3]

فإذا توافرت الشروط السالفة الذكر ضمن حق الدائن في استعمال الدعوى البوليصية، ولا فرق بين دائن عادي او ممتاز او دائن مرتهن فالكل سواسية في استعمال الدعوى البوليصية فيجوز للدائن المرتهن او صاحب حق الامتياز ان يطعن في تصرف مدينه اذا تصرف هذا الاخير في غير العين الضامنة لدينه، بل ويستطيع رفع هذه الدعوى حتى في شأن العين المثقلة بالضمان، كما يستطيع الدائن استعمال دعوى عدم نفاذ التصرف أيا كان مصدر ومحل حقه، سواء كان مصدره عقد او عمل غير مشروع او كان محله مبلغا من النقود او عملا او امتناعا عمل او عين معينه بالذات، لكن لا يشترط ان يكون في حوزه الدائن سند تنفيذيا، لأن الدعوى البوليصية تعتبر من قبيل مقدمات التنفيذ لا اجراءات التنفيذ.[4]

---

[1]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 144.

[2] - رمضان ابو السعود، المرجع السابق، ص 144 .

[3]- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 122 .

[4] - رمضان ابو السعود،، المرجع السابق، ص 145 .

كما لا يشترط ان يكون حق الدائن معلوم المقدار، فقد يجوز للمضرور من فعل ضار ان يطعن في تصرف المسؤول عن الضرر حتى قبل تقدير التعويض المستحق اذا عمد المسؤول الى تهريب امواله حتى ينفذ من التنفيذ عليها من قبل المضرور بالتعويض.[1]

ونشير الى ان شرط استحقاق الدين قد يصطدم بنص المادة 212 من ق. م .ج التي نصت على: "**اذا كان الالتزام مقترنا باجل واقف فانه لا يكون نافذ الا في الوقت الذي ينقضي فيه الاجل على انه يجوز للدائن حتى قبل انقضاء الاجل ان يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقوقه وله بوجه خاص ان يطالب بتامين اذا خشي افلاس المدين او عسره واستند في ذلك الى سبب معقول....**".

يفهم من هذا النص انه يجوز للدائن بعد اثبات اعسار مدينه ان يطلب من المحكمة اسقاط اجل استحقاق دينه وعندها يمكنه الطعن في تصرف مدينه المعسر بطريق الدعوى البوليصية، وان يطلب الحكم بعدم نفاذ هذا التصرف في حقه، غير ان اثبات الاعسار وشهره يستلزم رفع الامر الى القضاء وفق احكام واجراءات خاصة للتحقق من وجوده او عدمه وهذا ما يعجز عن تنظيمه ق.م .ج .[2]

فالمشرع الجزائري لم ينظم في غير حالة الافلاس بالنسبة للتجار نظام شهر الاعسار المدني واكتفى بتنظيم الافلاس التجاري ورتب على شهره سقوط آجال كل ديون المدين التاجر، فتصبح جميع هذه الديون مستحقه الأداء بقوة القانون،[3] وهذا ما اشارت اليه الفقرة الاولى من الماده211 من ق. م .ج بقولها: " **يسقط حق المدين في الاجل اذا شهر افلاسه وفقا لنصوص القانون**".

وهذا بخلاف المشرع المصري الذي نظم الاعسار المدني و اشترط لشهره صدور حكم من القضاء.

2_ **ان يكون حق الدائن سابقا على التصرف المطعون فيه:** لم ينص القانون على هذا الشرط، ولكن الفقه والقضاء مجمع عليه، كما ان طبيعة الدعوى البوليصية تقتضيه، فيجب ان يكون المال الذي تصرف فيه المدين موجودا في ذمته وقت نشوء حق الدائن، اي يجب

[1] – انور سلطان، المرجع السابق، ص 38 .

[2] – لزرق بن عودة، المرجع السابق، ص 69.

[3] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 144–145 .

ان يكون التصرف الذي يطعن فيه الدائن تاليا لتاريخ سنده، وهذا الشرط عاده ما يلحق بشرط الضرر، باعتبار انه لا محل لتضرر الدائم من تصرف المدين الا اذا كان المال محل التصرف موجودا في ذمه المدين وقت نشوء حق الدائن حتى يمكن القول ان الدائن قد اعتمد على هذا المال في استفاء دينه وان تصرف المدين قد اضعف ضمانه العام.[1]

وعلى ذلك فانه يجوز للدائن ان يطعن في تصرف المدين حتى لو كان هذا التصرف سابقا على نشوء حقه اذا كان المدين قد عقد هذا التصرف بقصد الاضرار بحق الدائن المستقبل مثل ان يبيع المدين او يهب بعض ماله في وقت يسعى فيه لعقد قرض لأن تمام البيع او الهبه قبل القرض قصد به ابعاد المال المتصرف فيه عن متناول يد المقرض.[2]

كما ان للدائن حق الطعن في تصرف المدين السابق على وجود حقه اذا كان هذا التصرف قد صاحبه الغش من جانب المدين، حتى ولو لم يقصد من ذلك الغش اضرارا بهذا الدائن اللاحق بالذات، بل الاضرار بالدائنين اللاحقين على وجه العموم.[3]

واذا كان الأصل هو وجوب كون حق الدائن سابقا في الوجود على تاريخ التصرف المطعون فيه فإن العبرة بذلك تكون بتاريخ نشوء هذا الحق وليس بتاريخ استحقاقه، فيكفي ان يكون الحق موجودا قبل التصرف لكي يستطيع الدائن ان يطعن فيه بالدعوى البوليصية عند استحقاق ادائه، حتى ولو كان ذلك الحق غير مستحق الاداء، او كان متنازعا في مقداره.[4]

اما بالنسبة لتصرف المدين فإن العبرة فيه تكون بتاريخ انعقاده وليس بتاريخ شهره اذا كان من التصرفات الواجب شهرها فاذا باع المدين عقارا فالدائن لا يستطيع رفع الدعوى البوليصية الا اذا كان حقه سابقا على انعقاد هذا البيع، حتى ولو لم يسجل البيع او يقيد الا

---

[1] – انور سلطان، المرجع السابق، ص 39 .

[2] – نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 126 .

[3]– انور سلطان، المرجع السابق، ص 39.

[4] – ومثال ذلك ان يتفق مقاول مع قطعة أرض بأن يقوم له بأشغال البناء مقابل مبلغ مالي يستحق بعد تمام الأشغال خلال مدة معينة، وقبل تمام أشغال البناء عمد المالك الى التصرف في أمواله، فهنا يكون حق المقاول سابقا على تصرف مالك البناء، فيجوز للمقاول الطعن بعدم نفاذ تصرفات هذا الأخير في حقه حتى ولو كان حقه مستحق الأداء بعد تمام الأشغال أو بعد مدة معينة لأن العبرة بتاريخ وجود الحق وليس بتاريخ استحقاقه، راجع في ذلك، رمضان ابو العود، المرجع السابق، ص 146، سليمان مرقص، المرجع السابق، ص 669.

بعد نشوء حق الدائن، لأن التسجيل او القيد شرط لازم لانتقال الملكية الى المتصرف اليه، وليس شرطا لانعقاد التصرف ذاته.[1]

ويقع عبئ إثبات اسبقية حق الدائن على التصرف المطعون فيه على الدائن الطاعن باعتباره مدعيا ويتم ذلك بكافه طرق الاثبات طبقا للقواعد العامة للإثبات التي تقضي بأن "**البينة على من ادعى**"، هذا بالنسبة اذا كان مصدر حق الدائن واقعة قانونية او مادية.[2]

اما اذا كان مصدر الحق تصرف قانوني فهنا نميز بين حالتين:

الحالة الاولى: اذا كان التصرف ثابتا في محرر رسمي فهنا لا اشكال في الامر.

الحالة الثانية: اذا كان التصرف ثابتا في محرر عرفي، فالقاعدة تقضي ان المحرر العرفي لا يكون حجه على الغير في تاريخه الا منذ ان يكون له تاريخ ثابت.[3]

وعليه يمكن طرح السؤال الآتي: هل يشترط ان يكون التصرف المنشئ لحق الدائن ثابت التاريخ قبل صدور التصرف المطعون فيه؟.

إن المشرع الجزائري لا يشترط ان يكون تاريخ التصرف المنشئ لحق رافع الدعوى البوليصية ثابت التاريخ في سنه الدين، خاصه ان الدائن لا يعتبر من الغير بالنسبة لهذا التاريخ قبل ثبوت توافر شروط الدعوى البوليصية، ولم يرد في التقنين المدني الجزائري ما يفيد ذلك لقد اغفل المشرع الجزائري حقيقه اشتراط ثبوت التاريخ وهذا نص تشريعي يجب تداركه بنص صريح و واضح لتجنب وقوع اختلالات ومنازعات في هذه المسألة.[4]

و في كل ما تقدم، فإنه اذا كان التاريخ السابق غير ثابت (عرفيا)، فإنه يجوز للخصم ان يثبت عدم صحته بجميع طرق الاثبات واما اذا كان التاريخ السابق ثابتا، فإنه يكون حجة على المتصرف اليه ولن يستطيع الخصم ان يدحض حجيته الا عن طريق الطعن بالتزوير.[5]

---

[1] – رمضان ابو السعود،، المرجع السابق، ص 146.

[2] – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 275.

[3] – لزرق بن عودة، المرجع السابق،ص 68.

[4] – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 276.

[5] – محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 124 .

3 _ ان يكون التصرف ضارا بالدائن: يقصد بالضرر عدم تمكن الدائن من الحصول على حقه كاملا، ويتحقق ذلك اذا كان تصرف المدين يؤدي الى اعساره او الزيادة في اعساره.[1] فاذا كانت تصرف غير ضار بالدائن فان مصلحته في الطعن في ذلك التصرف بالدعوى البوليصية تنعدم حتى ولو كان هذا التصرف مفقرا.[2]

وقد نص على هذا الشرط المشرع الجزائري في المادة 191 من ق. م .ج بقوله :" **.... وصدر من مدينه تصرف ظهر به ان يطلب...**".

وسواء كان هذا التصرف ملزم لجانبين كالعقد (البيع، المقايضة، الهبة)، او ملزم لجانب واحد(كإبراء الدائن مدينه من دين او كتنازله عن حق عيني كرهن او انتفاع...)، ويستوي ان يكون تصرف معاوضة ام تبرعا عن حسب ما جاء في المادة 192 من ق. م .ج.

فاذا كان تصرف المدين بعوض فانه يشترط لعدم نفاد تصرفه في حق دائن ان يكون هذا التصرف منطويا على غش او تواطؤ من المدين وخلفه اضرارا بالدائن، اما اذا كان التصرف تبرعا فإنه لا ينفذ في حق الدائن حتى لو كان من صدر اليه التبرع حسن النية وحتى لو ثبت ان المدين لم يرتكب غشا.[3]

غير ان الاعمال المادية (الالتزامات غير التعاقدية بسبب الفعل الضار او الفعل النافع)، التي تصدر من المدين وترتب التزاما لصالح الغير سواء عمدا او اهمالا ملتزم بالتعويض نتيجة الفعل الضار، فإن الدائن هنا لا يستطيع الطعن في هذه الاعمال بالدعوى البوليصية لأنه لا يمكن التصور انها نشأت لإلحاق الضرر بالدائن، ولا يتصور ايضا ان المدين يرتكب بصددها غشا قاصدا به الاضرار بدائنيه، لكن اذا تصالح المدين مع المضرور على مبلغ التعويض فاننا نكون بصدد التعرض قانوني يقبل الطعن فيه بالدعوى البوليصية.[4]

---

[1] – عبد الرحمان احمد جمعة الحلالشة، المرجع السابق، ص 177 .

[2] – محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 127 .

[3] – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 277.

[4] – بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 277 .

4_ **وجوب رفع الدعوى في الميعاد القانوني:** تنص الماده197 من ق. م. ج على انه: " **تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف من قضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف وتسقط في جميع الاحوال بانقضاء 15 سنه من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه**".

يتضح من نص هذه المادة ان المشرع منح للدائن مدة ثلاث سنوات لرفع دعوى عدم نفاذ التصرفات وذلك من يوم علمه بسبب عدم نفاذ التصرف وليس من يوم علمه بتصرف. اي انه جعل لتقادم دعوى نفاذ التصرفات مدة ثلاث سنوات تبدا من تاريخ العلم بسبب عدم نفاذ التصرف، لا من تاريخ العلم بالتصرف فقد يعلم الدائن بتصرف المدين في امواله ولا يعلم ان من شان هذا التصرف ان يسبب اعصار للمدين وينقص من ضمانه العام، او انه يجهل انطوائه على غش المدين وعلم المتصرف اليه اذا كان التصرف معاوضة .[1]

كما يلاحظ ان المشرع قد وضع لتقادم الدعوى البوليصية مدة مشابهة لمدة تقادم دعوى البطلان عن الرغم من انها ليست دعوه بطلان، بل هي دعوى عدم نفاذ التصرف فيمكن ان يرجع ذلك الى رغبه منه في الا يظل مصير التصرف الصادر من المدين معلقا بمده طويلة.[2]

وفي جميع الاحوال تسقط الدعوى البوليصية بالقضاء 15 سنة من تاريخ صدور التصرف حتى ولو لم يعلم الدائن بصدور التصرف او بسبب عدم نفاذه.[3]

غير انه وتطبيقا لقاعده الاثر الجماعي للدعوى البوليصية اذا سقطت الدعوى بالنسبة لاحد الدائنين بمرور ثلاث سنوات وتمسك بها بقية الدائنين فإنه يجوز لهذا الدائن ان يشارك هؤلاء البقية في التنفيذ على اموال المدين، ولا يجوز للدائنين الذين صدر حكم عدم النفاذ لصالحهم ان يتمسكوا به في مواجهته لمنعه من مشاركتهم في التنفيذ على اموال المدين، اما اذا تم التقادم بانقضاء 15 سنة من يوم تاريخ التصرف فإنه يتم بالنسبة لجميع الدائنين على حد سواء.[4]

---

[1]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 150.

[2] – رمضان ابو السعود،، المرجع السابق، ص 109 .

[3] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 150 .

[4] – لزرق بن عودة، المرجع السابق، ص 70، سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 679.

ثانيا: الشروط المتعلقة بالتصرف المطعون فيه (التصرف محل الدعوى)

يقصد بالتصرف كل عمل قانوني صادر من المدين، سواء كان عقدا او إرادة منفردة، والعقد سواء كان ملزم لجانب واحد او لجانبين، واي تصرف لابد ان يكون مرهونا بشروط معينه.[1]

فيجب لكي يستطيع الدائن ان يستعمل دعوى عدم النفاذ، ان يكون التصرف الصادر عن المدين تصرف قانوني، ويشترط في هذا التصرف ان يكون مفقرا من مدينه اضافه الى عدم تعلقه بحق متصل بشخص المدين.[2]

1_ ان يكون التصرف قانونيا: يجب ان يكون التصرف المطعون فيه قانونيا، وهو اتجاه الارادة الى احداث اثر قانوني معين وعلى ذلك لا يمكن الطعن بالدعوى البوليصية في اعمال المدين المادية سواء كانت هذه الاعمال ضارة (عمل غير مشروع)، او نافعة (الاثراء بلا سبب) فلو تسبب المدين عمدا او اهمالا في الاضرار بالغير بعمل غير مشروع والتزم بالتعويض مما ادى الى اعساره، فلا يستطيع الدائن الطعن في هذا العمل الغير مشروع بحكم انه عمل مادي وكذلك لو ترك المدين عين مملوكة له في يد الغير حتى ملكها الغير بالتقادم فلا يجوز ايضا للدائن ان يطعن في هذا العمل المادي السلبي، غير انه يجوز قبل تمام التقادم التدخل باسم المدين لقطع ذلك التقادم ويسترد العين بالدعوى غير المباشرة.[3]

غير ان العمل المادي اذا كان اثراء على حساب الغير فان المدين لا يلتزم الا بما اثري به هو بقيمه ما افتقر به دائنه، فهذا الالتزام لا يكون سببا في اعسار المدين او الزيادة في اعساره لذلك لا يكون الاثراء على حساب الغير قابلا للطعن فيه بالدعوى البوليصية ليس لأنه عمل مادي فقط بل لأنه ايضا لا يؤدي الى اعسار المدين.[4]

وعليه فتصرف المدين يجب ان يكون ارادي حتى يمكن القول انه ابرم بقصد الاضرار بالدائن.

---

[1] – عبد الرحمان احمد جمعة الحلالشة، المرجع السابق، ص 177 .

[2]– محمد حسن قاسم، مبادئ القانون – المدخل الى القانون و الالتزامات – د ط، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2010، ص 412.

[3]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 937 .

[4]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص937 .

فيكفي ان يكون العمل الصادر من المدين تصرفا قانونيا حتى يستطيع الدائن الطعن فيه بالدعوى البوليصية اذا توافرت باقي الشروط لذلك وسواء كان هذا التصرف تبرعا (كالهبة والوصية)، او معاوضة (كالمقايضة والقسمة)، أو كان صادرا من جانب واحد او من جانبين.[1]

اذا كانت القاعدة تقضي ان الطعن بالدعوى البوليصية لا يكون الا في التصرفات القانونية، فانه هناك حالات خاصه تتخذ فيها هذه الدعوى صورتين خاصيتين تتمثل احداهما في ان تكون امام تصرف قانوني فيه الدعوى البوليصية شكلا خاصا والمتمثل في التدخل في القسمة، اما الصورة الثانية فلا تكون امام تصرف قانوني وانما امام حكم قضائي، وهو عمل غير ارادي يتصور فيه الغش من المدين.[2]

أ/ التدخل في القسمة:

قد يعمد المدين الى استغلال العقد القسمة لإضعاف ضمان العام بهدف الاضرار بدائنيه، بأن يتواطأ مع شركائه في القسمة كأن يفرز لنفسه حصه اقل من حصته الشائعة او ان يتفق مع باقي المقتسمين على اعطائه مبلغ من النقود حتى يتمكن من تهريبه اتقاء التنفيذ عليه من قبل دائنيه، فاذا تمت القسمة على هذا الوجه يكون من حق الدائن الطعن فيها بالدعوى البوليصية، لكن عاده ما تتطلب القسمة اجراءات طويله ومعقده تمس مصالح اطراف متعددين، لذلك مكنا المشرع الدائن من اتقاء الضرر قبل وقوعه، فبدلا من انتظار اكمال القسمة ثم الطعن فيها اجاز له ان يتدخل فيها من اجل مراقبة تصرفات مدينه في حصته المفرزة.[3]

كما خول له القانون ايضا معارضة هذه القسمة اذا عمد الشركاء الى تقسيم المال عينيا او بالمزاد العلني دون تدخله اما اذا عارض الدائن هذه القسمة واغفل الشركاء ادخاله وتمت قسمة المال المشاع فان هذه القسمة لا تكون نافذه في حقهم، وهذا ما اشارت اليه

---

[1]– مثال التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد : نزول المدين عن حق عيني (كحق انتفاع او ارتفاق او رهن) و نزوله عن وصية صادرة له، نزوله عن اشتراط لمصلحته، ابراءه لمدينه ....، اما امثلة التصرفات القانونية الصادرة من الجانبين : الهبة، البيع، المقايضة، الوفاء بمقابل ...، راجع في ذلك : عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 938 .

[2]– لزرق ايمان شهرزاد، المرجع السابق، ص 29 .

[3]– انور سلطان، المرجع السابق، ص 44 .

المادة 729 من ق .م .ج بقولها : " **لدائني كل شريك ان يعارض في ان تتم القسمة عينا او ان يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم. وتوجه المعارضة الى كل الشركاء ويترتب عليها الزمهم ان يدخل من عارض من الدائنين في جميع الاجراءات والا كانت القسمة غير نافذة في حقهم....**".

ومن بين الشروط الجوهرية التي جاءت بها المادة 729 من ق .م .ج في فقرتها الثانية هو وجوب ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم كالدائن المرتهن او صاحب حق التخصيص والامتياز في دعوى القسمة فورا رفعها تحت طائلة عدم نفاذ عقد القسمة في حقهم حتى ولو لم يعارض هؤلاء الدائنين المقيدين عقد القسمة، وهذا ما جاء به المشرع بقوله: " **... ويجب على كل حال ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة...**".

غير انه اذا اغفل الدائن معارضة القسمة ولم يتدخل في اجراءاتها رغم استدعائه من قبل الشركاء او كان من اصحاب الحقوق المقيدة واستدعي من قبل الشركاء ولم يتدخل، فاذا تمت القسمة وافرزت حصص الشركاء دون ان يتدخل هؤلاء الدائنون كان عقد القسمة نافذة في حقهم، الا اذا اثبت الدائن غش المدين وتواطئه مع باقي الشركاء للأضرار بحقه، ففي هذه الحالة لا يبقى امام الدائن الا طريق واحد ما هو الطعن في القسمة بعد تمامها بالدعوى البوليصية،[1] وهذا ما نصت عليه الفقرة الاخيرة من المادة 729 بقولها: " **.... اما اذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها ان يطعنوا فيها الا في حالة الغش**".

ب / الطعن في الاحكام (اعتراض الغير الخارج عن الخصومة)

خروجا عن القواعد العامة التي قررها ق .م. ج في المحافظة على الضمان العام للدائنين نجد ان المشرع كفل في ق .إ .م .و .إ . ج حقوق الدائنين بتمكينهم من الطعن في الاحكام او القرارات او الاوامر التي تصدر نتيجة افتعال مدينهم خصومة قضائية، يصدر فيها من المدين موقف سلبي بان يتواطأ مع خصمه لتهريب امواله او اخفائها حتى لا يجد دائنوه ما ينفذوا عليه ففي هذه الحالة اجاز القانون للدائنين تقديم اعتراض على الحكم او القرار او الامر الذي يصدر ضد مدينهم ويمس بحقوقهم بأن يطالب بمراجعه او الغاء هذا

[1] – انور سلطان، المرجع نفسه، ص44.

الحكم او القرار او الامر وهذا ما يعرف باعتراض الغير الخارج عن الخصومة،[1] الذي نصت عليه المادة 383 من ق .إ .م .إ .ج .[2]

وترفع دعوى اعتراض الغير الخارج عن الخصومة في اجل 15 يوم من تاريخ صدور الحكم او القرار او الامر المطعون فيه ويمدد هذا الاجل الى شهرين اذا تم تبليغ الحكم او القرار او الامر الى الغير حيث ترفع امام الجهة القضائية التي اصدرت الحكم او القرار او الامر المطعون فيه كما يمكن رفعها بطريقه الاستعجال غير انه لا يقبل الاعتراض الا اذا كان مصحوبا بوصل ايداع مبلغ مالي لدى امانه الضبط يساوي الحد الاقصى من الغرامة المنصوص عنها في المادة 388 من ق إ .م و. ا ج .[3]

يفهم مما تقدم ان اعتراض الغير الخارج عن الخصومة هو تطبيق خاص للدعوى البوليصية تتخذ في هذه الدعوى طريق من طرق الطعن بالنقض ويترتب على طعن الدائن في الحكم القضاء الصادر ضد مدينه النتائج التالية :

– لا يشترط في الدائن سوى اثبات ان الحكم او القرار او الامر المطعون فيه قد مس بحقوقهم بسبب غش المدين وتواطؤه مع خصمه؛

– لا يستفيد من الطعن في هذه الصورة الخاصة الا الدائن رافع الاعتراض دون سائر الدائنين.[4]

2 / ان يكون التصرف مفقرا للمدين

يشترط للطعن في التصرف بالدعوى البوليصية ان يكون من التصرفات المفقرة، اي كل تصرف قانوني يصدر من المدين يؤدي الى انقاص حقوقه او يزيد في التزاماته، وهذا ما اشارت اليه المادة 191 من القانون المدني الجزائري بقولها: "**لكل دائن حله دينه وصدر من مدينه تصرف ضار به ان يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه اذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين او زاد في التزاماته وترتب عسر المدين او الزيادة في عسره..**" .

---

[1] – لزرق بن عودة، المرجع السابق، ص 75 .

[2] – نصت م 383 من ق .إ .م .إ .ج على انه :" يجوز لدائني احد الخصوم او خلفهم حتى ولو كانوا ممثلين في الدعوى ن، تقديم اعتراض الغير الخارج عن الخصومة على الحكم او القرار او الامر، بشرط ان يكون الحكم او القرار او الامر المطعون فيه قد مس بحقوقهم بسبب الغش ".

[3] – انظر في هذا الصدد المواد من 380 الى 389 من ق .إ .م .إ .ج.

[4] – محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 130 .

ويتضح من هذه المادة ان الدائن بإمكانه ان يطعن بالدعوى البوليصية في تصرفات مدينه اذا قصد بها هذا الاخير انقاص حقوقه كان يقدم على بيع امواله بثمن بخس او يبرا مدينا له من حق من حقوقه.[1]

كما بإمكان الداء الطعن بهذه الدعوى في تصرفات المدين التي من شانها ان تزيد في التزاماته كان يقدم المدين على ابرام عقد تامين مقابل اقساط لا تتناسب مع حالته المالية او قام بإبرام عقد قرض.[2]

ويستنتج مما تقدم انه يجوز للدائن الطعن بعدم النفاذ في جميع تصرفات مدينه الضارة متى توافرت باقي الشروط الاخرى وان الضرر الذي اشترطه المشرع في المادة 191 من القانون المدني الجزائري مقرون بتصرفات المفقرة التي يعقدها المدين بغض النظر عما اذا كانت هذه التصرفات المفقرة ستؤدي الى زيادة التزاماته او انقاص حقوقه طالما ان النتيجة واحدة والمتمثلة في اضعاف الضمان العام للدائن.

وعلى ذلك فاذا لم يكن تصرف المدين مفقرا، فليس للدائن الحق في الطعن فيه بدعوه عدم النفاذ كما لو امتنع المدين من سياده حقوقه او امتنع عن انقاص التزاماته لأن هذا الامتناع لا يدخل في معنى الضمان العام بل يدخل ضمن التصرفات التي يرفض فيها المدين الاغتناء.[3]

ومن امثلة التصرفات التي يمتنع فيها المدين عن زياده حقوقه رفضه قبول هبة عرضت عليه فهنا لا يجوز للدائن الطعن في تصرف المدين لأن رفض قبول الهبة لا يعتبر من التصرفات المفقرة، كما يعد من بين التصرفات التي يمتنع فيها المدين من انقاص التزاماته اقراره لدين في ذمته بعد مرور سنه من سقوطه وهذا ما اشارت اليه المادة 321 من القانون المدني الجزائري، غير ان مضي مدة سنة ليس دليلا كافيا وحده على انقضاء الدين من ذمة المدين بل يجب على المدين ان يحلف يمينا انه قام بالوفاء بذلك الدين الذي في ذمته،[4] وهذا ما نصت عليه المادة 312/ 3 من القانون المدني الجزائري.

---

[1]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 136.

[2]- محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 137.

[3]- انور سلطان، المرجع السابق، ص 46 .

[4]- انور سلطان، المرجع نفسه، ص 47.

اضافة الى ان المشرع الجزائري يعتبر رفض المدين للإبراء من قبيل التصرفات المفقرة التي تزيد من التزاماته، لان الابراء يتم بالإرادة المنفردة للدائن فاذا قام الدائن بإبراء مدينه فإن الدين الذي له في ذمته ينقضي، اما اذا رفض المدين هذا الابراء جاز لدائنيه ان يطعنوا فيه بالدعوى البوليصية وهذا ما نصت عليه المادة 305 من القانون المدني الجزائري.[1]

وعليه فاذا رفض المدين التمسك بالتقادم فلا يعد تصرف مفقرا بل رفض اغتنائه غير ان القانون المدني الجزائري نص في المادة 322 / 2 من ق.م . ج على انه : "... **غير ان هذا التنازل لا ينفذ في حق الدائنين اذا صدر اضرارا بهم**"، واليه فالنزول عن التقادم لا يسري في حق الدائنين، وبالتالي لا يستطيع الدائن الطعن في هذا النزول بالدعوى البوليصية.[2]

والجدير بالذكر انه في حاله رفض المدين لوصيه او تاركه عرضت عليه فإن تصرفه هذا يعتبر من قبيله تصرفات المفقرة التي تؤدي الى انقاص حقوقه فأجاز بذلك المشرع لدائني المدين الطعن بالدعوى البوليصية في هذا الرفض او التنازل.[3]

الواضح ان المشرع الجزائري قد وسع من دائرة التصرفات القانونية التي يجوز للدائن الطعن فيها بالدعوى البوليصية، فلم يقتصر على التصرفات المفقرة فقط وانما اضاف اليها تصرفين اخرين اقرتهم المادة 196 من القانون المدني الجزائري يتمثلان في :

التصرف الاول: تفضيل دائن على آخر دون حق بقصد الغش

قد يحدث ان يلجا المدين الى اثار احد دائنيه بميزه على باقي الدائنين بأن يهيئ له سببا من اسباب التقدم يكون له وقت نشوء حقه، كأن يرتب له رهن رسميا او حيازيا يتقدم به على باقي الدائنين كأن يرهن له عقارا مملوكا له، فقد اعتبر المشرع ان منح المدين ضمانا خاصا دون حق بمثابه تصرف مفقر يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية، فاذا كان تقرير هذا الضمان قد تم بمقابل فإن هذا التصرف يعد من قبيل المعاوضات فيجب ذلك اثبات التواطؤ بين المدين والدائن المتصرف اليه، اما اذا قرر هذا الضمان بدون مقابل فان

---

[1]– لزرق بن عودة، المرجع السابق، ص 81 .

[2]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 138 .

[3]– لزرق بن عودة، المرجع السابق، ص 83 .

تصرف المدين يعتبر تبرعا وبالتالي لا يلزم اثبات الغش، ويترتب على الطعن في هذا التصرف بالدعوى البوليصية حرمان الدائن المتصرف اليه من الميزة التي قررها له المدين.[1]

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

يتضح من المادة 196 / 2 من ق .م. ج ان المشرع قد اجاز الطعن بالدعوى البوليصية في الوفاء الحاصل من المدين المعسر لاحد دائنيه قبل حلول الاجل فقد اعتبر هذا الوفاء من قبل التبرعات، لذلك لم يشترط للطعن فيه بعدم النفاذ اثبات ان هذا الوفاء المعجل كان منطويا على غش المدين او تواطؤه اما الوفاء الحاصل من المدين عند حلول الاجل فقد اعتبره المشرع من قبيل المعاوضات واشترط لإمكان الطعن فيه بالدعوى البوليصية اثبات ان هذا الوفاء قد تم نتيجة غش المدين وتواطؤه مع الدائن الذي استوفى حقه.[2]

3/ ألا يكون التصرف متعلقا بحق متصل بشخص المدين او بأموال غير قابلة للحجز عليها

لا يجوز للدائن ان يطعن في تصرف يتعلق بحق من الحقوق المتصلة بشخص المدين، كما لو تنازل هذا الاخير عن حقه في التعويض عن ضرر ادبي لحقه او انه قام بالتصالح عليه لان هذا التنازل لا يعتبر من التصرفات المفقرة، وحتى لو اجيز الطعن فيها بدعوى عدم النفاذ فان الدائن لن يستفيد شيئا من هذا الطعن وذلك لعدم جواز استعمال تلك الرخص باسم المدين، وكذلك الامر بالنسبة الى الخيارات المتصلة بشخص المدين كنزول الواهب عن حقه في الرجوع في الهبة، لأنه حتى ولو نجح الدائن في الطعن وحكم له بعدم نفاذ هذا النزول في حقه فانه لن يستطيع مباشرة حق الرجوع في الهبة لاتصاله بشخص المدين.[3]

---

[1]– نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 128.

[2]– نبيل ابراهيم سعد، المرجع نفسه، ص 128 .

[3]– ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 344 .

كما لا يجوز الطعن بالدعوى البوليصية في التصرفات المتعلقة بالحقوق غير المالية، اي التي لا تدخل في الذمة المالية للمدين، ولو ترتب على تصرف المدين نتائج مالية، كعقد الزواج او اقرار بالبنوة.[1]

كما لا يجوز ايضا الطعن بالدعوى البوليصية في حق من الحقوق التي لا يجوز الحجز عليها كالنفقة والمرتبات.

ثالثا: الشروط المتعلقة بالمدين

تستند دعوى عدم نفاذ التصرف الى فكرتين اساسيتين هما اعسار المدين ونيته في الاضرار بحقوق دائنيه، اي ان هذه الدعوى لم تتقرر الا لمحاربه اعسار المدين وغشه في الاضرار بدائنيه وعلى ذلك يشترط في المدين شرطان هما :

1/ الإعسار: يشترط لإمكان الطعن في التصرف بالدعوى البوليصية ان يكون المدين معسرا، فالإعسار هو الذي يبرر تقييد حرية المدين في التصرف ويتحقق ذلك الاعسار نتيجة عدم كفاية امواله للوفاء بديونه[2]، فاذا كان المدين موسرا فلا داعي للطعن في تصرف المدين بالدعوى البوليصية.

حيث تناول المشرع الجزائري هذا الشرط في المادة 191 من ق . م ج بقوله : " **لكل دائن حل دينه وصدر من مدينه تصرف ضاربه ان يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه اذا كانت تصرف قد انقص من حقوق المدين او زاد في التزاماته، وترتب عسر المدين او الزيادة في عسره....**" .

والمقصود بالإعسار في الدعوى البوليصية هو الاعسار الفعلي وليس القانوني، فالإعسار الفعلي لا يتحقق الا اذا زادت ديون المدين عن حقوقه كما يشترط ان تكون هذه الديون مستحقة الاداء، فلا يكفي مجرد نقص حقوق المدين عن ديونه لاعتباره معسرا بل يجب الى جانب ذلك ان تزيد هذه الديون عن الحقوق المستحقة الاداء.[3]

ويقع عبئ اثبات اعسار المدين على الدائن، وذلك بأن يقيم الدليل على مقدار الديون الثابتة في ذمة المدين وأنها اكثر من حقوقه واذا اراد المدين التخلص من الدعوى البوليصية

---

[1]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 135 .

[2]- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 131 .

[3]- انور سلطان، المرجع السابق، ص 47 .

عليه ان يثبت ان له من الاموال ما يساوي قيمة الديون او يزيد عليها،[1] وهذا ما نصت عليه المادة 193 من ق. م . ج بقولها:" **اذا ادعى الدائن عسر المدين فليس عليه الا ان يثبت مقدار ما في ذمته من ديون، وعلى المدين نفسه ان يثبت ان له ما يساوي قيمة الديون او يزيد عليها**".

ويجب لقبول الدعوى البوليصية ان تظل حالة الاعسار قائمة حتى وقف رفع الدعوى، فاذا ابرم المدين تصرفا ادى الى اعساره او الى الزيادة في هذا الاعسار، ولكن بعد ذلك اصبح موسرا نتيجة ميراث او وصية او حصل على صفقة رابحة من عقد، فلا يحق للدائن عندها الطعن في ذلك التصرف، اذ ان مصلحته تنتفي، فمن المعروف انه لا دعوى بلا مصلحة.[2]

2/ الغش أو قصد الاضرار

يعتبر الغش من أهم الشروط في الدعوى البوليصية، فهو العمود الفقري لها وهي أساسا تقوم على محاربته، فالغش لا يتوافر في جانب المدين الا اذا تصرف تصرفا مفقرا ادى الى اعساره أو زاد في ذلك الاعسار بهدف الاضرار بالدائن الذي له حق ثابت قبل هذا التصرف، فلا يكفي اذا أن يكون التصرف المطعون فيه قد تسبب في اعسار المدين أو زاد فيه، بل يجب أن يكون هذا التصرف قد صدر من المدين غشا.[3]

والغش في الدعوى البوليصية يختلف عن التدليس الذي يعيب الرضا، فالتدليس يتكون من أفعال احتيالية تستعمل ضد أحد طرفي العقد، أما الغش في الدعوى البوليصية فهو موجه من أحد طرفي التصرف ضد شخص خارج عنه وهو الدائن لذلك يكون أثره عدم نفاذ العقد في حق الدائنين، كما يفترض شرط الغش أن المدين قصد الاضرار بالدائن، والعبرة فيه أن يكون موجودا وقت التصرف المطعون فيه .[4]

ولإثبات غش المدين أقام المشرع قرينة لمصلحة الدائن لتسهيل ذلك الاثبات، فجعل من مجرد علم المدين بإعساره قرينه على توافر الغش، أي يكفي لاعتبار التصرف منطويا

---

[1]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 146 .

[2]- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 132 .

[3]-عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 960-961 .

[4]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 147.

على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم بأنه معسر[1]، حسب ما جاء في المادة 192 /1 من ق. م. ج بقولها: " ... **يكفي لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم بعسره...**".

ولكن هذه القرينة ليست قاطعة، فقد يجوز للمدين أن ينفي دلالتها بإثبات أنه رغم علمه بإعساره الا أنه رغم علمه بإعساره الا أنه لم يقصد بتصرفه الاضرار بدائنيه بل قصد توفير حاجاته الضرورية من مأكل و ملبس أو مسكن، أو أن التصرف الذي أبرمه كان من التصرفات العادية التي تقتضيها مهنته أو أنه أبرمه املا في الحصول على ربح ترويج لأعماله، وأن اعساره مؤقت وسوف يزول لو أبرم هذا التصرف.[2]

غير أن القانون اشترط أيضا أن يكون الغش صادرا من جانب المتصرف اليه، واكتفى بأن يكون المتصرف اليه عالما بأن المدين في حالة اعسار حتى يعتبر ذلك غشا من جانبه، وهذا ما أقرته المادة 2/192 من ق. م. ج بقولها:" **كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين اذا كان قد علم أن هذا المدين في حالة عسر**".[3]

والجدير بالذكر هنا أن تصرفات المدين متنوعة ومتعددة منها ما هو معاوضته ومنها ما هو تبرعا.[4]

فالسؤال المطروح هنا: هل يشترط توافر شرط الغش في جميع أنواع تصرفات المدين حتى يقبل الطعن فيها بدعوى عدم النفاذ، أم أن هذا الشرط يقتصر على تصرفات محددة؟.

للإجابة على هذا السؤال ينبغي التمييز بين حالتين هما:

الحالة الأولى: اذا كان تصرف المدين معاوضة

نصت المادة 1/192 من ق. م. ج على أنه: "**اذا كان تصرف المدين بعوض، فانه لا يكون حجة على الدائن اذا كان هناك غش صدر من المدين، واذا كان الطرف الآخر قد علم بذلك الغش يكفي لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم بعسره**".

---

[1]- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص133.

[2]- أنور سلطان، المرجع السابق، ص 50 .

[3]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 148.

[4]- أنور سلطان، المرجع السابق، ص 50 .

كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين اذا كان قد علم أن هذا المدين في حالة عسر".

يتضح من استقراء نص هذه المادة أنه يجب اشتراط توافر شرط الغش في تصرف المدين اذا كان معاونته حتى يطعن فيه بالدعوى البوليصية، حيث يسر المشرع على الدائنين عبئ اثبات ذلك الغش، وذلك بأن يثبتوا أن المدين قد تصرف وهو عالم بأن هذا التصرف حتما سيؤدي الى اعساره أو يزيد فيه، اضافة الى اشتراط علم المتصرف اليه بذلك.[1]

ويستطيع الدائنون استخلاص هذا العلم من بعض القرائن القضائية كأن يتصرف المدين لأحد أبنائه او زوجته، في حين هذا الابن والزوجة لم يكن لهم مال ظاهر وقت صدور التصرف لدفع الثمن، أو يمكن استخلاصها من السرعة التي يتم بها التصرف او من تفاهة الثمن.[2]

الحالة الثانية: اذا كان تصرف المدين تبرعا

اذا كان تصرف المدين تبرعا فإنه لا يشترط توفر شرط الغش للطعن فيه بالدعوى البوليصية، فليس من الضروري أن يثبت الدائن غش المدين او علم المتصرف اليه بذلك الغش، بل يكفي ان يثبت ان هذا التبرع يؤدي الى عسر المدين او الزيادة في اعساره، ولا ينفذ ذلك التصرف في حق الدائن، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية، وحتى لو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا .[3]

وهذا ما نصت عليه المادة 3/192 من ق. م. ج بقولها: " **...أما اذا كان التصرف الذي قام به المدين تبرعا فانه لا يحتج به على الدائن، ولو كان المتبرع له حسن النية** ".

ولكن قد تتعقد الأمور أكثر اذا تصرف المتصرف اليه الى شخص آخر، فاذا انتقل المال المتصرف فيه من المتصرف اليه الاول(الخلف الاول) الى متصرف اليه ثاني (الخلف الثاني)، فان الدائن لا يستطيع أن يرفع الدعوى البوليصية على المتصرف اليه الثاني الا اذا اقام الدليل على ان المتصرف اليه الاول والمتصرف اليه الثاني كانا يعلمان بغش المدين اثناء نقله للمال الى المتصرف اليه الاول، وذلك اذا كان التصرف بعوض، أما في حالة ما

---

[1]- لزرق بن عودة، المرجع السابق، ص 101 .

[2]-نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 131.

[3]- أنور سلطان، المرجع السابق، ص 51 .

اذا كان التصرف تبرعا، فعلى الدائن أن يثبت بأن المتصرف اليه الثاني كان يعلم بإعسار المدين وقت تبرعه للمتصرف اليه الاول.[1]

وهذا ما جاء في نص المادة 4/192 من ق.م. ج .

المطلب الثاني: آثار الدعوى البوليصية

تنطوي دعوى عدم نفاذ التصرفات فيما يتعلق بالتصرف المطعون فيه على نوعين من العلاقات القانونية، علاقة قانونية بين المتصرف (المدين) والمتصرف اليه، وعلاقة قانونية بين المتصرف والدائن الطاعن.[2]

لذلك نجد ان هذه الدعوى يترتب عنها مجموعة من الآثار، منها ما يرجع الى الدائن الطاعن وسائر الدائنين (الفرع الاول)، ومنها ما يرجع الى المدين والمتصرف اليه (الفرع الثاني). [3]

الفرع الاول: آثار الدعوى البوليصية بالنسبة الى الدائن وسائر الدائنين

اذا افلح الدائن رافع الدعوى في الحصول على حكم يقضي بعدم نفاذ التصرف المطعون فيه في حقه، فلا شك ان لهذا الحكم جملة من الآثار تترب بالنسبة للدائن الطاعن في التصرف وبالنسبة لبقية دائني المدين اللذين لم يطعنوا في التصرف .[4]

وسوف نوضح ذلك في الآتي:

أولا: آثار الدعوى البوليصية بالنسبة للدائن الطاعن

1. سقوط الدعوى اذا لم تعد للدائن مصلحة:

ان الدائن في الدعوى البوليصية لا يرفعها الا بصفته دائنا، فاذا توافرت فيه هذه الصفة وقت رفع الدعوى، ثم فقدها بعد ذلك او بعد صدور الحكم كأن يستوفي حقه مثلا، فإنه لا يستطيع الاستمرار في الدعوى او في التنفيذ لأنه لم تعد له مصلحة في ذلك بعد أن استوفى حقه.[5]

---

[1]- خليل احمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 79 .

[2]- عامر محمود الكسواني، احكام الالتزام – آثار الحق في القانون المدني – د ج، ط1، دار الثقافة، د ب ن، 2008، ص 174.

[3]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 152 .

[4]- لزرق بن عودة، المرجع السابق، ص 114 .

[5]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 180-181 .

فتسقط دعوى عدم النفاذ اذا قام المدين نفسه بوفاء الدين، ومصلحته في ذلك أنه يفي بدين في ذمته، لكن غالبا لا يستطيع المدين الوفاء للدائن نظرا لإعساره، فيقوم عندها من تصرف المدين بالوفاء عنه، بهدف تخلصه من الحكم في هذه الدعوى او ايقاف الدعوى ثم يرجع بعدها بما وفى على المدين.[1]

وعلى ذلك فان المتصرف يستطيع أن يتخلص من الحكم في الدعوى بإحدى الطريقتين :

– اذا أدى المتصرف اليه الى الدائن (رافع الدعوى) ما هو مستحق له في ذمة المدين.

– اذا أودع ثمن المثل للشيء الذي كسبه في خزانة المحكمة، حسب ما جاء في نص المادة 195 من ق. م. ج سيقصها على أنه: " **اذا كان من تلقى حقا من المدين المعسر لم يدفع ثمنه فانه يتخلص مما ينتج عن دعوى الدائن متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل، وقام بإيداعه الخزانة".** [2]

2. عدم نفاذ التصرف في حق الدائن

اذا توافرت شروط الدعوى البوليصية، ولم يستوفي الدائن حقه بعد رفعها، وأن المتصرف اليه لم يقم باستعمال ما خوله له القانون من رخصة ايداع ثمن المثل في خزانة المحكمة، قضت المحكمة بعدم نفاذ التصرف المطعون فيه، ويترتب على هذا الحكم عدم سريان التصرف المطعون فيه في حق الدائن، اذ يعتبر من الغير، كما يعتبر الحق الذي تصرف فيه المدين أنه لم يخرج من الضمان العام، فيستطيع الدائن بذلك التنفيذ على هذا الحق.[3]

وتطبيقا لذلك اذا كان التصرف الذي تقرر عدم نفاذه يتضمن انقاصا لحق من حقوق المدين (كبيع او هبة او ابراء)، فإن هذا الحق لا يخرج من الضمان العام ويستطيع الدائن الطاعن وغيره من الدائنين الذين تتوفر فيهم شروط الدعوى البوليصية التنفيذ عليه، وينتج عن ذلك أن المال المتصرف فيه لا يعتبر في ضمان دائني المتصرف اليه، فيمتنع عليهم بذلك أن يشاركوا دائني المتصرف في هذا التنفيذ، غير أنه اذا كان محل التصرف مبلغا من النقود مسلما الى المتصرف اليه او دينا ابرئ منه، فانه يجوز لدائني المتصرف اليه مزاحمة

---

[1]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص 182.

[2]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 155 .

[3]– رمضان ابو السعود، المرجع السابق، ص 160 .

دائن المدين عند التنفيذ على هذا المال وقسمته قسمة غرماء، لأن الدائن في هذه الحالة لا ينفذ على شيء معين بالذات، وانما ينفذ بالمبلغ المستحق على جميع أموال المتصرف اليه والتي تعتبر الضمان العام لدائنيه.[1]

اما اذا كان تصرف المدين من التصرفات التي تزيد من ديونه، مثلا عقد قرض فان المقرض يبقى دائنا للمدين، ولا يستطيع مزاحمة الدائنين الذين صدر لصالحهم الحكم في التنفيذ على اموال المدين، لعدم سريان حقه في مواجهتهم، لكن يستطيع ان ينفذ على ما تبقى من اموال المدين بعد استيفاء الدائنين لحقهم.[2]

3. حق الدائن في التعويض:

في كثير من الاحوال يحدث ان الدائن لا يستطيع التوصل الى استعادة المال الذي خرج من ذمة المدين الى ضمانه العام، كما لو تصرف المدين في عين مملوكة له بعوض، وثبت حسن نية المتصرف اليه، وكذلك اذا ما انتقل هذا المال الى متصرف اليه ثاني وكان قد تلقاه بعوض وبحسن نية ايضا، فلا شك ان الدائن في هذه الحالة قد اصابه ضرر من تصرف مدينه بسوء نية او المشوب بالغش، فعندها يستطيع الدائن ان يطالب مدينه بالتعويض عن الفعل الضار الغير مشروع، طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية.[3]

وهذا ما اشارت اليه المادة 124 من ق. م. ج بقولها:" **كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض**".

اما اذا ثبت سوء نية المتصرف اليه، وتعذر استرداد العين محل التصرف فان المتصرف اليه كون مسؤولا ايضا عن الضرر الذي اصاب الدائن، وبذلك يكون تضامنا مع المدين في دفع التعويض للدائن لاشتراكهما في الفعل غير المشروع، لأن التضامن بين المدينين في المسؤولية التقصيرية مقرر بنص القانون،[4] وهذا ما اشارت اليه المادة 126 من ق. م. ج.[5]

---

[1]– نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 133.

[2]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 155–156.

[3]– محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 156.

[4]– رمضان ابو السعود ،المرجع السابق، ص 162.

[5] – نصت المادة 126 من ق. م. ج على أنه:" اذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي الا اذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض" .

ففي هذه الحالة نكون أمام مسؤولية مدنية وليس بصدد دعوى بوليصية حيث أن الدعوى البوليصية كانت في أول ظهورها تهدف الى مسؤولية المدعى عليه على اعتبار أنه ارتكب جريمة غش الدائنين، ثم تطورت من دعوى مسؤولية الى دعوى عدم نفاذ التصرف.[1]

ثانيا: أثر الدعوى البوليصية بالنسبة الى سائر الدائنين

اذا نجح الدائن رافع دعوى عدم النفاذ في الحصول على حكم يقضي بعدم نفاذ تصرف المدين الذي صدر اضرارا به، جاز لأي دائن آخر توافرت فيه شروط رفع هذه الدعوى أن يتدخل فيها ليستفيد من الحكم الصادر بشأنها، وذلك تحقيقا لمبدأ المساوات بين الدائنين التي تقره قاعدة الضمان العام، والمال الذي انصب عليه التصرف المطعون فيه يظل في ذمة المدين، ويعتبر كأنه لازال عنصرا من عناصر الضمان العام لجميع الدائنين ولهم التنفيذ عليه واستيفاء حقهم منه .[2]

وهذا ما قررته المادة 194 من ق.م. ج بقولها: " **متى تقرر عدم معارضة التصرف للدائن استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف اجحافا بحقهم**".

وتجدر الاشارة الى أنه يمكن أن يتقدم أحد هؤلاء الدائنين على الدائن الطاعن نفسه في استفاء حقه، وذلك اذا كان لهذا الدائن تأمين عيني يخول له حق التقدم على بقية الدائنين وحتى على الدائن الطاعن، وهذا ما اشارت اليه المادة 188 من ق. م. ج.

الفرع الثاني: آثار الدعوى البوليصية بالنسبة الى المدين والمتصرف اليه

سبق القول أن هدف الدعوى البوليصية هو المحافظة على الضمان العام وتأكيد قاعدة المساواة بين الدائنين في استيفاء حقوقهم، ووسيلتها في ذلك هي تقرير عدم نفاذ التصرف في حق الدائن الطاعن وباقي الدائنين، وعلى ذلك فإن دعوى عدم النفاذ لا تؤدي الى ابطال التصرف فهو يبقى صحيحا بين الطرفين (المدين والمتصرف اليه)، بل تجعل ذلك التصرف غير نافذ في حق الدائنين. [3]

ويترتب على نفاذ التصرف بين المتعاقدين ما يلي:

---

[1]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 156.

[2]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 283-284 .

[3]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 157.

– اذا نفذ الدائن على ثمن الشيء محل التصرف، وبقي من ذلك الثمن بعد التنفيذ فان هذا الباقي يكون من حق المتصرف اليه (مثلا المشتري من المدين)، وليس من حق المدين وفي مقابل ذلك يلتزم المتصرف اليه بتنفيذ التزاماته كالتزام المشتري بدفع الثمن؛

– جواز المتصرف اليه الرجوع على المدين بالدعاوى الناشئة عن العقد، فله ان يطلب الفسخ لعدم تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية، وله أن يطلب التنفيذ بمقابل (التعويض)، وله أن يرجع على المدين بدعوى ضمان الاستحقاق الناشئة عن عقد البيع، واذا كان المدين مشتريا والمتصرف اليه بائعا فيستطيع المتصرف اليه فسخ العقد لعدم استيفاء الثمن من المدين المشتري ويسرد العين المبيعة؛

- جواز رجوع المتصرف اليه على المدين (المتصرف) بدعوى الاثراء بسبب، اذا قام بالوفاء بحق الدائن.[1]

[1] – محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 157.

المبحث الثاني: دعوى الصورية

في كثير من الأحيان نجد المدين اذا استشعر قرب تنفيذ الدائنين على أمواله فيعمد الى التصرف في تلك الأموال تصرفا صوريا غير حقيقي، فالأصل أن هذه الاموال تظل ملكا له بينما تبدو ظاهريا أنها مملوكة للغير، وذلك بقصد اخراجها من نطاق الضمان العام للدائنين، لذلك وضع المشرع في يد الدائنين دعوى الصورية للكشف عن حقيقة تصرفات مدينه، ورد الاموال المتصرف فيها صوريا الى ذمته المالية محافظة على الضمان العام المقرر للدائنين. [1]

وعليه سوف نتناول في هذا المبحث مفهوم دعوى الصورية (المطلب الاول)، ثم الآثار المترتبة عنها (المطلب الثاني).

المطلب الاول: مفهوم دعوى الصورية

تعتبر دعوى الصورية وسيلة من وسائل المحافظة على الضمان العام للدائنين فعندما يتصرف المدين تصرفا غير جدي في أحد امواله، فيخرج هذا المال من ذمته المالية ظاهريا وليس في الواقع، لذلك حماية للدائن وضع القانون في يده هذه الدعوى لإثبات صورية ذلك التصرف من أجل التنفيذ على ذلك المال الذي لا يزال ملكا للمدين.[2]

وعليه سوف نتناول في هذا المطلب تعريف لدعوى الصورية (الفرع الاول)، ثم بيان شروطها (الفرع الثاني)، وأخيرا نتطرق الى مجال استعمالها (الفرع الثالث).

الفرع الاول: تعريف دعوى الصورية

من خلال دراستنا لنصوص ق. م. ج وجدنا ان المشرع الجزائري لم يتعرض لتعريف دعوى الصورية، ولم يضع لها نظرية عامة خاصة بها وانما اكتفى فقط بالنص عليها في المادتين 198و199 من ق. م. ج في الفصل الثالث من الباب الثاني تحت عنوان "**ضمان حقوق الدائنين**"، وهذا أمر غير معاب عليه لأن مهمة المشرع ليست التعريف، بل هو مسألة متروكة لاجتهاد الفقهاء.[3]

---

[1]– محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 415 .

[2]– نبيل ابراهيم سود، المرجع السابق، ص 140.

[3]– لزرق بن عودة، المرجع السابق، ص 132.

فعرفت دعوى الصورية بأنها: "وسيلة منحها المشرع للدائن للطعن بصورية تصرفات مدينه مع الغير، في حالة لجوء المدين الى ابرام تصرفات صورية بهدف انقاص حقوقه وزيادة التزاماته، كأن يبيع بعض أمواله بيعا صوريا بغرض اخراجها من الضمان العام للدائنين، أو يقترض من الغير قرضا صوريا فيدخل المقترض مع الدائنين في اقتسام امواله مما يؤدي الى انقاص ما يحصل عليه كل منهم عند التنفيذ على أموال المدين.[1]

كما عرفت بأنها:" الوسيلة القانونية التي يصل بها الدائن لكشف حقيقة تصرف مدينه، مطالبا بإعمال الارادة الحقيقية للمتعاقدين، والحفاظ على حقوقه ببقاء المال محل التصرف الصوري في ذمة المدين، عن طريق إظهار صورية التصرف الكاذب.[2]

وعرفت ايضا بأنها:" الدعوى التي يرفعها الدائن باسمه ليثبت أن المدين قد تظاهر بأنه تصرف في مال معين مملوك له، سواء كانت هذه الأموال عقارات أو منقولات لا يسهل اخفائها، ويكون هذا التصرف قد أنقص من الضمان العام للدائن في الظاهر، أما في الواقع فلا يزال هذا المال في ذمة المدين ويدخل في الضمان العام.[3]

ويجدر بالذكر أن أساس دعوى الصورية هو الضرر الذي يصيب الدائن سواء كانت الصورية مشروعة أم غير مشروعة، أي قصد بها الاضرار بحقوق الدائنين، لأن المدين الذي يلجأ الى التظاهر بالتصرف في ماله لإبعاده من الضمان العام يكون قد اخل بالتزام تبعي الى جانب التزامه الاصلي.[4]

الفرع الثاني: شروط دعوى الصورية

لما كان الهدف المرجو من دعوى الصورية هو الكشف عن حقيقة التصرف أو الاتفاق المبرم بين طرفيها والذي يقصد به اخفاء حقيقة عقد معين او اتفاق معين عن اعين الدائن والاخلال بفكرة الضمان العام، فبذلك يستطيع الطاعن (الدائن او الخلف العام) من

---

[1]– عبد الله عبد الكريم عبد الله، الضمانات القانونية لحماية الدائن في ق. م. القطري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية والادارية، العدد السابع والعشرون، فيفري 2020، ص 289.

[2]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 289.

[3]– تيغرمت جهيدة، بركان سلوى، الصورية في التعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصصها القانون الخاص الشامل، نوقشت بقسم القانون الخاص جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، سنة 2013/2012، ص 27.

[4]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 167.

خلال دعوى الصورية أن يثبت أن المال المتصرف فيه تصرفا صوريا لا يزال في ذمة المدين وانه لم يخرج أساسا من نطاق الضمان العام.

فمن هذا المنطلق ينبغي للطعن بدعوى الصورية أن تكون هناك شروط ترجع للطاعن (اولا) وشروط ترجع الى المدين (ثانيا).

أولا: الشروط المتعلقة بالطاعن بدعوى الصورية (الدائن، الخلف العام)

1) **أن يكون للطاعن صفة قانونية او مصلحة:** يجب على الطاعن بالصورية أن يكون ذا صفة قانونية، أي أن تكون له مصلحة شخصية يحميها القانون، ومن أجل هذه الحماية فإنه يطعن بالصورية، واذا لم يتوفر فيه هذا الشرط فان دعواه لا تقبل ويكون مصيرها الرفض.[1]

ومن الواضح أن هذه المصلحة تتحقق عندما تكون أموال المدين غير كافية لوفاء ديونه بسبب التصرف الصوري الذي قام به، أما اذا كانت كافية او قام المدين بإثبات ان لديه من الاموال ما يكفي لوفاء جميع ديونه، فعندها لا يكون للدائن الطاعن مصلحة في اقامة دعوى الصورية ويكون ايضا مصيره الرد وعدم القبول، الا اذا كان من شأن التصرف الصوري الذي أجراه المدين يؤدي الى اعساره او الزيادة في اعساره، فبذلك يستطيع الدائن الطعن بالصورية ولا تزل عنه المصلحة او الصفة القانونية.[2]

2) **أن يكون حق الدائن الطاعن ثابتا وخاليا من النزاع:** يشرط في الدائن بالدعوى الصورية أن يكون حقه الذي ينقل ذمة المدين ثابتا وخاليا من النزاع، كما لا يشترط ان يكون هذا الحق مستحق الأداء، لذلك يجوز لمن كان دينه مؤجلا او معلقا على شرط ان يطعن بدعوى الصورية.[3]

3) **عدم اشتراط أسبقية الحق عن التصرف المطعون فيه:** لا يشترط في دعوى الصورية ان يكون حق الدائن سابقا على التصرف المطعون فيه، لذلك يجوز للدائن حتى ولو كان

---

[1]– عامر محمود الكسواني، المرجع السابق، ص166.

[2]– عامر محمود الكسواني، المرجع نفسه، ص167.

[3]– عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص 105.

دينه لاحقا لتصرف المدين ان يطعن بالصورية، لان الدائن لا يطلب في دعوى الصورية أكثر من تقرير عدم وجود تصرف المدين، وهذا أمر لا يتأثر بتاريخ نشوء حق الدائن.[1]

4) **لا يشترط أن يكون بيد الدائن سندا تنفيذيا:** لأن هذه الدعوى شأنها شأن الدعوى البوليصية والدعوى غير المباشرة فهي ليست من إجراءات التنفيذ حتى وإن كانت تعتبر تمهيدا له.[2]

ثانيا: الشروط المتعلقة بالمدين

1/ لا يشترط ان المدين قصد من تصرفه الاضرار بالدائن: في دعوى الصورية لا يشترط أن يقصد المدين في تصرفه الاضرار بحقوق الدائن، لأن الغرض من هذه الدعوى هو تقرير الحقيقة والكشف عن صورية التصرف مهما كان نوعه (معاوضة، تبرع)، فالدائن غير ملزم بإثبات قصد المدين في الاضرار به.[3]

2/ عدم اشتراط اعسار المدين او الزيادة فيه: لا يشترط في دعوى الصورية أن يكون تصرف المدين قد تسبب في اعساره او زاد في هذا الاعسار، لأن الدائن هنا كما سبق ذكره لا يطالب الا بتقرير حقيقة الواقع، وهو ان تصرف المدين لا وجود له، وهذا أمر لا علاقة له مطلقا بإعسار المدين، غير ان هذا الحكم حتى وان كان سليما من الناحية النظرية الا أنه من الناحية العلمية لا يمكن تصور أن الدائن يكلف نفسه مشقة رفع الدعوى والسير فيها اذا كان باقي أموال المدين التي لم يتناولها هذا التصرف الصوري تكفي للوفاء بديونه .[4]

الفرع الثالث: مجال استعمال دعوى الصورية

تقوم دعوى الصورية في مجال محدد، فهناك مجموعة من التصرفات يجوز الطعن فيها بهذه الدعوى، وهناك تصرفات لا يجوز الطعن فيها فغالبا ما يكون الطعن بالصورية في العقود العرفية، أو في العقود الرسمية الا ما استثني منها قانونا، غير أن ذلك لا يمنع من امكانية الطعن بها أيضا في الأحكام النهائية.[5]

---

[1]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص163.

[2]– محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص163.

[3]– عبد الرحمان احمد جمعة الحلالشة، المرجع السابق، ص 168.

[4]– عبد الرحمان احمد جمعة الحلالشة، المرجع نفسة، ص 169 .

[5] -تيغرمت جهيدة، بركان سلوى، المرجع السابق، ص 30.

أولا: العقود العرفية

تنص المادة 327 من ق. م. ج على أنه: " **يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة اصبعه مالم ينكر صراحة ما هو منسوب اليه...**".

وعليه فالعقود العرفية هي العقود التي تقم بين الافراد دون خضوعها الى رسمية او شكلية معينة، ويجوز الطعن فيها بالصورية الا ما استثنى منها بنص قانوني، لاعتباره تصرفا جديا لا سبيل للطعن فيه بالصورية، كالعقود والتصرفات التي اقتضت المصلحة العامة ان يمنح لها القانون حماية خاصة.[1]

ثانيا: العقود الرسمية

يجوز الطعن في العقود الرسمية بالصورية فيما أثبته الموثق في الورقة الرسمية، كلما كان الطعن منصبا على اقرارات العاقدين أمام موثق العقود، دون الحاجة الى الطعن بالتزوير، لأن العقد لا يكون له صفته الرسمية الا فيما يثبته الموثق من الوقائع التي تحصل امامه، كان يقر البائع امامه بالبيع و المشتري بالشراء واعترف الأول بقبض الثمن، فليس هناك ما يمنع من اثبات صورية ذلك بالطرق المقررة قانونا لإثبات الصورية.[2]

اما البيانات التي يثبتها الموثق في العقد والتي حصلت أمامه فلا يجوز الطعن فيها بالصورية، بل يجوز طعنها عن طريق التزوير، فاذا أثبت على لسان المشتري أنه يشتري لحساب غيره، فلا يجوز الطعن في هذه البيانات بالصورية، وكذلك اذا أثبت الموثق أن المشتري سلم البائع الثمن أمامه فلا يجوز اثبات عدم صحة هذه الواقعة الا بالطعن بالتزوير، غير أنه يجوز للغير أن يثبت أن هذا الذي حصل امام الموثق وأثبته كان تصرفا صوريا .[3]

ثالثا: الأحكام النهائية

---

[1] – تيغرمت جهيدة، بركان سلوى، المرجع نفسه، ص 30.

[2]– شريف أحمد الطباخ، الموسوعة القضائية الحديثة في الدعاوى المدنية – دعوى الصورية في ضوء القضاء و الفقه، ج 5 د ط، د د ن، د ب ن، 2012، ص 19.

[3] – عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، الصورية في ضوء الفقه والقضاء، د ج، الطبعة السابعة، د د ن، د ب د، 2003.

ان الأحكام النهائية التي لها قوة الشيء المقضي فيه أو المحكوم فيها، والواجبة الاحترام، هي تلك الأحكام التي تصدر في خصومة جدية، وفي هذا الصدد تنص المادة 338 من ق .م .ج على أنه : " **الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية الا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب** ..." .

فقد يحدث أن تكون دعوى الصورية التي يراد بها تأكيد حق أحد العاقدين على الآخر أو تأكيد حقهما معا أو حق أحدهما على الغير، كأن يتفق شخص مع آخر على أن يقرضه مبلغا بفوائد فاحشة، ولكن هذا الشخص (الدائن) يخشى طعن المدين بالصورية عند مطالبته بالدين، مما يجعله يتفق مع المدين على أن يحرر له السند بدين ليرفع به الدعوى عليه، بغرض الفصل فيها بحكم نهائي فهنا نجد خصومة صورية بين العاقدين، لذلك يجوز الطعن في الحكم الصادر فيها بدعوى الصورية، وقد يكون الغرض من الصورية بين الخصمين الاضرار بالغير وغالبا ما يكون الغرض منها هو الاضرار بدائني بأحد العاقدين .[1]

ويحدث الطعن بالصورية خاصة في أحكام رسو المزاد، التي تقتصر فيها مهمة القاضي في مراقبة استيفاء الاجراءات الشكلية ثم ايقاع البيع لمن يظهر ان المزاد قد رسى عليه،[2] وهذا ما اكدته محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 24 س 11 ق. ج 1941/12/11 .

واذا كان الأصل انه يجوز الطعن بالصورية في الاحكام النهائية، الا انه هناك استثناء عليه يتمثل في عدم الطعن بهذه الدعوى في الاحكام النهائية التي تصدر بإثبات نسب الولد بناءا على اقرار والده، فاذا رفعت الزوجة ضد زوجها دعوى تطالب فيها اثبات نسب ولده، واقر الزوج أمام المحكمة بالبنوة وصدر الحكم بذلك، فاذا توفي هذا الزوج فلا يجوز للورثة ان يرفعوا دعوى يطالبون فيها اثبات وفاة الزوج ومنع تعرض ذلك الابن لهم في

[1] – تيغرمنت جهيدة، بركان سلوى، المرجع السابق، ص 34.

[2] – تيغرمنت جهيدة، بركان سلوى، المرجع نفسه، ص 34.

تركته ادعاءا منهم ان الحكم الذي صدر بإثبات النسب صدر صوريا بناءا على اتفاق طرفي الدعوى.[1]

وعليه فانه لا مجال لدعوى الصورية في الاحكام الشرعية، لأن الاقرار بالنسب هو اقرار شرعي غرضه اثبات نسب مجهول او لقيط تحقيقا لمصلحة كل منهما، لذا يقبل الاقرار بالنسب دون الحاجة لبينة،[2] وهذا ما أقر به المشرع الجزائري في نص م 44 من ق. أ. ج بقوله:" **يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، او الأبوة او الامومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة** "، هذا ما أقرته المحكمة العليا للجزائر العاصمة في الملف 202430 قرار بتاريخ 1998/12/15.

المطلب الثاني: آثار دعوى الصورية وتقادمها

اذا توافرت شروط دعوى الصورية، فإنها حتما سوف ترتب مجموعة من الآثار(الفرع الاول)، كما ان هذه الدعوى كثيرا ما يتساءل حول تقادمها، اي انها تخضع للتقادم كسائر الدعاوى العادية المعروفة ام انها تختلف عنهم، لذلك سوف نتطرق الى بيان ذلك التقادم (الفرع الثاني). [3]

الفرع الاول: آثار دعوى الصورية

يترتب على دعوى الصورية مجموعة من الاثار منها ما يرجع الى الدائن رافعها (اولا)، ومنها ما يرجع الى المتعاقدين (ثانيا)، ومنها ما يرجع الى الغير (ثالثا).

اولا: آثار دعوى الصورية بالنسبة للدائن الطاعن

يترتب على دعوى الصورية انها تخول للدائن الذي يرفعها ان يكشف للقضاء بان هناك عقدين احدهما صوري والاخر حقيقي فهي بذلك تخول للدائن الكشف عن غش المدين وجعل التصرف السوري منطويا على الغش وغير نافذ فيما بين المتعاقدين وخلفهم العام، بالتالي اذا كان العقد الصوري عبارة عن عقد بيع مثلا والعقد الحقيقي هو عقد تبرع فإن القانون يأخذ بالعقد الحقيقي في ما بين المتعاقدين اي بعقد التبرع.[4]

---

[1]- شريف احمد الطباخ، المرجع السابق، ص 49 .

[2]- شريف احمد الطباخ، المرجع نفسه، ص 49 .

[3]- تيغرمنت جهيدة، بركان سلوى، المرجع السابق، ص 41.

[4]- أوباجي محمد، المرجع السابق، ص **236** .

فإذا ادعى الدائن أن العقد الظاهر مخالف للحقيقة فيقع عليه اثبات ما يدعي ولا يجوز للمتعاقدين وخلفهما العام ان يثبتا ما يخالف الكتابة الا بالكتابة لذلك وجب على المتعاقد اذا عقد تصرفا صوريا مكتوبا ان يأخذ احتياطه وذلك بأن يحصل على وثيقة مكتوبة أيضا يبين فيها حقيقة التصرف والمسمات بورقة الضد.[1]

فاذا انعدمت هذه الورقة لا يجوز اثبات عكس التصرف الظاهر المكتوب بالشهادة او القرائن وهذا هو الاصل.[2]

لكن هناك حالات استثنائية يجوز الاثبات فيها بالبين الشهادة والقرائن في ما يجب اثباته بالكتابة وتتمثل في:

- حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة يدل على الصورية؛
- حالة مانع مادي او ادبي يحول دون الحصول على ورقة الضد؛
- حالة فقد الورقة بعد الحصول عليها بسبب اجنبي.[3]

واذا كانت القاعدة العامة تقضي بأن المتعاقد او خلفه العام، لا يستطيع اثبات صورية العقد المكتوب الا بالكتابة في ما عدا الحالات المذكورة سابقا الا انه يرد عليها استثناء ايضا يتمثل في ما اذا كان هدف الصورية هو التحايل على القانون او التهرب من احكامه، فعندها يجوز للمتعاقد او خلفه العام اثبات الصورية بكافة طرق الاثبات كان يكون سبب الدين قمارا ويكتب المتعاقدين ان سببه هو القرض.[4]

ثانيا: آثار الدعوى الصورية بالنسبة للمتعاقدين

اذا اخفى المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر، فالعقد الذي يسري في ما بينهما وبين ورثتهما هو العقد الحقيقي وليس العقد الظاهر.[5]

---

[1]- رمضان ابو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 171.

[2]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 301 .

[3]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 164 .

[4]- محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 165 .

[5]- رمضان ابو السعود، المرجع السابق، ص 169 .

وهذا ما اكدته المادة 199 من ق . م. ج بقولها: "**اذا اخفى المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر في العقد النافذ في ما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي**".

ثالثا : آثار الدعوى الصورية بالنسبة للغير

يقصد بالغير في دعوى الصورية هو كل شخص ليس طرفا في العقد الصوري او خلفا عاما له، فبذلك يعتبر الغير كل من الخلف الخاص او دائنوا المتعاقد او اي شخص اخر يتأثر حقه بالتصرف الصوري. .[1]

حيث نصت المادة 198 من ق .م .ج على انه : " **اذا ابرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية ان يتمسكوا بالعقد الصوري**".

يفهم من هذا النص ان الغير يستطيع التمسك بالعقد الصوري، أي العقد الظاهر متى كان حسن النية، اي انه يجهل صورية التصرف وأنه ليس على دراية بالتصرف الحقيقي.[2]

الفرع الثاني: تقادم دعوى الصورية

لا تسقط دعوى الصورية بالتقادم سواء رفعت من احد طرفي العقد الصوري او من الغير، لأن هدف هذه الدعوى هو تقرير ان العقد الظاهر صوري ولا وجود له اساسا، وهذه حقيقة قائمة و مستمرة لم تنقطع حتى يبدا سريان التقادم بالنسبة لها.[3]

لكن اذا كانت دعوى الصورية تتضمن دعوى اخرى، كما لو طعن الورثة في الهبة الصادرة من مورثهم بالبطلان وكانت مستترة في صورة عقد بيع فانه يصبح هناك دعويين هما:

- **الدعوى الاولى:** تتعلق هذه الدعوى بصورية عقد البيع وهي لا تسقط بالتقادم.
- **الدعوى الثانية:** تتعلق هذه الدعوى بالطعن بالبطلان في عقد الهبة (اي العقد المستتر) بالبطلان، وعليه فهي دعوى تسقط بالتقادم مثلها مثل سائر دعاوى البطلان. [4]

[1]– أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 111.

[2] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 165 .

[3] – عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 1027 .

[4] – عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع نفسه، ص 1028 .

المبحث الثالث: الحق في الحبس

لما كانت القاعدة العامة تقضي بأن جميع الدائنين متساوون في حق الضمان العام الا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون، فانه من المتفق عليه ان هذا القانون لا يكون الا بناءا على اتفاق كالرهن الرسمي او الحيازي او حكم كحق الاختصاص او نص القانون، كحقوق الامتياز غير انه يمكن الخروج عن هذه القاعدة وذلك لوجود احد الدائنين في مركز متميز لم يسعى اليه وانما وجد فيه مصادفة، فاذا كان القانون يمنح صراحه احد الدائنين اولويه معينه لصفة في الدين، الا انه احيانا ما يسمح لاحد الدائنين ان يستمد من امر واقع ضمانه للوفاء بحقه فيستمد الدائن مركزه المتميز من مجرد حبس شيء معين في ظروف بشروط معينه فيستمد هذا التميز من موقف سلبي محض اي من مجرد الامتناع عن تسليم الشيء.[1]

لذلك يتعين علينا ان ندرس في هذا المبحث مفهوم الحق في الحبس (المطلب الاول)، ثم نتطرق الى اثار هذا الحق وانقضاءه (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: مفهوم الحق في الحبس

في الاصل أن المدين اذا لم يقم بتنفيذ التزامه اختياريا فانه يمكن التنفيذ عليه جبرا، فالمشرع قد وضع في يد الدائن عده وسائل قانونيه لحث المدين على التنفيذ الاختياري او اجباره على التنفيذ بإرادته، ومن بين هذه الوسائل الحق في الحبس والذي يقوم على فكره الضمان حيث نص المشرع الجزائري على نظام الحق في الحبس واحكامه في المواد 200، 201، 202 من ق .م .ج.[2]

وعليه سوف نتعرف في دراستنا لهذا المطلب الى تعريف الحق في الحبس (الفرع الاول)، ثم بيان شروطه طبيعته القانونية (الفرع الثاني)، واخيرا نتطرق الى تطبيقات هذا الحق (الفرع الثالث).

[1] – نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 157 .

[2]– لريبي نبية، فيلالي فوزية، غريبي بختة، المرجع السابق، ص 46.

الفرع الاول: تعريف الحق في الحبس

نصت المادة 200 من ق. م .ج على انه :" **لكل من التزم بأداء شيء ان يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ترتب عليه وله علاقة سببية وارتباط بالتزام المدين او ما دام الدائن لم يقم بتقديم تامين كاف تقديم للوفاء بالتزامه هذا. ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء او محرزه اذا هو انفق عليه مصروفات ضرورية او نافعة، فإن له ان يمتنع الرد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له الا ان يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع**".

حسب نص هذه المادة يمكن تعريف الحق في الحبس على أنه: " الحق المعترف به في بعض الحالات لاحد الدائنين الذي يلتزم بأداء شيء معين في حوزته بان يمتنع عن رده حتى يتم الوفاء بحق نشا له بمناسبة التزامه ومرتبط به."[1]

اي ان الحق في الحبس يفترض وجود التزامين كل منهما مترتب على الاخر ومرتبط به سواء كان مصدر هذا الارتباط هو العمل القانوني (كالعقد)، او الواقعة القانونية (كالإثراء بلا سبب)،[2] فاذا طولب من له الحق بتنفيذ التزامه كان له ان يمتنع عن الوفاء حتى ينفذ الدائن التزامه المقابل، فمثلا اذا طالب المشتري البائع بتسليم المبيع فإنه يحق للدائن حبس ذلك المبيع حتى يستوفي ثمنه كما ان للمشتري ان يحبس الثمن حتى يستلم المبيع وكذلك الحال بالنسبة للمودع لديه اذا انفق على الشيء المودع نفقات ضرورية او نافعه فإن له الحق في حبس حتى يستوفي ما انفق وعليه يمكن القول بان الحبس هو وسيلة فعالة من وسائل الضمان.[3]

كما عرف ايضا بانه:" وسيلة لحمل المدين على تنفيذ التزامه فهو يفترض وجود شخصين احدهما يحوز شيئا عليه اداؤه للآخر وفي نفس الوقت له حق قبله مرتبط بهذا الالتزام فيكون من حقه حبس الشيء الذي التزم بأدائه الى ان يستوفي حقه".[4]

---

[1]- نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 157 .

[2]- انور سلطان، المرجع السابق، ص 74.

[3]- لحاق عيسى، الحق في الحبس كوسيلة اجرائية لحماية الضمان العام، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، جامعة الاغواط، العدد 18، د س ن، ص82 .

[4]- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 417 .

عرف ايضا بانه:" الحق الذي يستطيع به حائز شيء مملوك للغير حبس هذا الشيء حتى يستوفي حقه يستوفي حقه مالكه ما دام ان التزامه بتسليم هذا الشيء مرتبطا بالحق الذي يطالب بالوفاء به.[1]

وعليه فالحبس يفترض ان الدائن مدين في نفس الوقت بتسليم شيء تحت يديه وهو يمتنع عن تنفيذ ما عليه من اداء الى ان يوفي له الاخر حقه حيث ان الحق في الحبس يستند الى اختبارات العدالة وحسن النية التي يجب ان تسود المعاملات لان العدل والمنطق القانوني يقضيان بان الشخص من واجبه ان يقوم بأداء ما عليه للآخر قبل ان يطالبه باستيفاء ما له تجاهه.[2]

من خلال هذه التعاريف نستنتج ان الحق في الحبس يتميز بالخصائص الآتية :

1- هو حق يفترض وجود التزامات تبادلية: ومعناه ان كل التزام من هذه الالتزامات مترتب على الاخر بين حق الدائن والتزامه بتسليم الشيء الذي يحوزه بطريق المشروع فيتولد الارتباط القانوني او المعنوي، فبهذا يصبح الحق في الحبس يشبه الدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة لجانبين، فالدائن يجوز له الامتناع عن تنفيذ التزامه بتسليم شيء تحت يده حتى يستوفي حقه المرتبط بهذا الشيء لذلك جعل ق. م. ج من الحق في الحبس مبدأ عاما يخول للدائن ان يكون في نفس الوقت مدينا شيء معين ان يحبس ما عليه اداءه بغية استفاء ما له من حق (م200 ق. م .ج).[3]

2- هو حق غير قابل للتجزئة: لأن صاحب الحق له حبس الشيء في يده حتى يستوفي حقه كاملا من اصل الدين ومصروفاته وفوائده، فكل جزء من الدين مضمون بكامل الشيء المحبوس ويضمن هذا الاخير كل جزء من الاجزاء الباقية من الحق.[4]

3- هو حق يتعلق بالعقار والمنقول على حد سواء: أي ان مجال الحق في الحبس يتمثل في جميع الاشياء والاموال الداخلة في دائرة التعامل الشرعي والقانوني، غير انه اذا تعلق

---

[1]- عدنان هاشم جواد الشروفي ،الحق في الحبس للضمان، د ج، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، ص 21 .

[2]- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 162-163 .

[3]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 312.

[4]- عبد الرحمان احمد جمعة الحلالشة، المرجع السابق، ص 211 .

هذا الحق بالعقار فانه لا يخضع لنظام الشهر العقاري واجراءات القيد لأنه ليس حقا عينيا محضا ومن ثم فهو لا يخول لصاحبه ما تخوله الحقوق العينية من تتبع وافضلية.[1]

4- هو وسيلة من وسائل الضغط على المدين للتنفيذ: يعتبر الحق في الحبس وسيلة خاصة من جانب الدائن للضغط على مدينه محاولة منه الحصول على حقه بنفسه لذلك لم يمنح هذا الحق بطريقة مطلقة وبدون قيد او شرط، وانما احيط بشروط معينة تحقق الغرض منه وتمنع ما قد ينشا عنه من سلبيات.[2]

5- هو حق يقتصر على الاموال دون الاشخاص: لا يقتصر الحق في الحبس على الاشخاص لأنه من غير المنطق ان يتم حبس شخص ما، فاذا امتنع مريض عن دفع نفقات علاجه واقامته في مستشفى خاص فليس لإدارة المستشفى الحق في حبسه في المستشفى وعدم السماح له بالمغادرة حتى يدفع ما بذمته هل يجوز لها ان تطالب بحقوقها.[3]

6- هو حق من حقوق الضمان الخاص : يعد الحق في الحبس من احدى وسائل التامين او الضمان المشروعة التي يراد بها حمل او اجبار المدين على تنفيذ التزامه، اي يعد من الوسائل الفعالة التي تكفل للدائن استفاء حقه كاملا فيرتب على اعتباره حق من حقوق الضمان انه حقا تابعا فهو لا يتصور ان ينشا مستقلا بل يجب ان يستند الى الالتزام الاصلي الذي يوفر ضمان الوفاء به.[4]

7- حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه: يستمد الحق في الحبس قوته من حيازة الشيء والسيطرة عليه، دون ان يثبت للحابس حق امتياز على هذا الشيء فدائن الحابس ليس له حق افضليه او تتبع كما هو في الحقوق العينية التبعية،[5] وهذا ما نصت عليه الماده201/ 1 من ق. م. ج بقولها: " **مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه...**".

---

[1]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 312 .

[2]- نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 162.

[3]- عبد الرحمان احمد جمعة الحلالشة، المرجع السابق، ص 211 .

[4]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 313 .

[5]- نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 159 .

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للحق في الحبس وشروطه

نتعرض في هذا الفرع الى الطبيعة القانونية للحق في الحبس (اولا)، ثم الى بيان شروطه (ثانيا).

اولا: الطبيعة القانونية للحق في الحبس

أثارت مسألة تحديد الطبيعة القانونية للحق في الحبس خلافا كبيرا، فهناك من الفقهاء من يقول بانه حق من الحقوق العينية، وهناك جانب آخر يقول بأنه حق من الحقوق الشخصية ويرجع ذلك الخلاف الى القانون الفرنسي القديم لأنه لم يضع لهذا الحق نظرية عامة بل اكتفى بالتعرض له في نصوص متفرقة.[1]

لذلك نجد اتجاهين متناقضين حول تحديد هذه الطبيعة يتمثلان في الآتي:

الاتجاه الأول : يرى أصحاب هذا الاتجاه بأن حق الحبس هو من بين الحقوق الشخصية، وأن الحابس بنظرهم ليس سوى دائن ومدين في نفس الوقت فيمتنع بتسليم شيء بحوزته الملزم بتسليمه الى أن يتم تسديد ما يستحقه.[2]

حيث وجه لهذا الاتجاه عدة انتقادات كون أن الحق في الحبس لا يعد رابطة بين شخصين، يلتزم بمقتضاها المدين بالقيام بعمل لصالح دائنه فحق الحبس لا يرد على العمل الذي يلتزم به المدين وانما يرد على الشيء الذي يمتنع الدائن عن تسليمه بغية استفاء ما له من دين.[3]

الاتجاه الثاني: يرى اصحاب هذا الاتجاه أن حق الحبس هو من بين الحقوق العينية وعلى رأسهم الفقه التقليدي في فرنسا حيث صنفوه ضمن الحقوق العينية التبعية، شأنه في ذلك شأن الرهن والامتياز والاختصاص فقد كان ينظر الى صاحب الحق في الحبس على انه دائن غير عادي، ويندرج تحت طائفة الدائنين ذوو الحقوق العينية .[4]

---

[1]– لريبي نبية، فيلالي فوزية، غريبي بختة، المرجع السابق، ص 47.

[2]– وجدي حاطوم، حق الحبس في القانون المدني كوسيلة ضمان غير مباشرة، د ج، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007، ص 132 .

[3]– رمضان ابو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 183 .

[4]– محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 163 .

لكن هذا الاتجاه ايضا لم يسلم من النقد لأنه لما كان حق الحبس يتقرر لدائن معين وهو أحق من باقي الغرماء في استفاء حقه منه، فهذا لا يعني القول بأن حق الحبس هو حق عيني بل هو وسيلة من الوسائل المشروعة لحماية التنفيذ، فهو يمنح صاحبه ان يحبس ما لديه من اموال حتى يقوم الطرف الآخر بتسديد ما في ذمته من دين لصالح الحابس.[1]

ويمكن تبرير القول بأن هذا الحق ليس حق عيني في الآتي:

– ان الحق اذا ورد على عقار فإنه لا يحتاج الى التسجيل وذلك على خلاف الحقوق العينية التي يشترط فيها التسجيل؛

– ان انقضاء الحق في الحبس يكون بخروج الشيء من يد حائزه او محرزه(الماده202/ 1 من ق .م. ج)، اما في الرهن نجد الراهن يحتفظ بالعين المرهونة وينقضي متى تنازل عنه الدائن المرتهن.[2]

ولهذا استقر الفقه السائد على ان الحق في الحبس ليس حقا عينيا ولا حقا شخصيا، بل هو حق المدين في ان يقف الوفاء بدينه حتى يستوفي الدين الذي له في ذمة دائنه، فهو دفع بعدم التنفيذ، وهو بمثابة ضمان خاص اعطاه القانون المدني الجديد لكل دائن يكون مدينا في الوقت نفسه لدائنه فيحبس الدين الذي عليه حتى يستوفي الدين الذي له ومن ثم فان هذا الحق يندرج ضمن ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل ضمان.[3]

لذلك فالحق في الحبس اصبح نظرية عامة تنبسط على نواحي القانون ولا تنحصر في حالات معينة تتناثر في نصوص متفرقة، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري.[4]

ثانيا: شروط الحق في الحبس

تنص المادة 200 من ق. م .ج على أنه:" **لكل من التزم بأداء شيء ان يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ترتب عليه وله علاقة سببية وارتباط بالتزام المدين ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا.**

[1]– عبد الرحمان احمد جمعة الحلالشة، المرجع السابق، ص 208 .

[2]– عبد الرحمان احمد جمعة الحلالشة، المرجع نفسه، ص 208 .

[3]– رمضان ابو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 283 .

[4]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 171 .

ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء او محرزه اذا هو انفق عليه مصروفات ضرورية او نافعة فإن له ان يمتنع عن رد هذا الشيء متى يستوفي ما هو مستحق له الا ان يكون الالتزام بالرد ناشئ عن عمل غير مشروع".

يستخلص من هذا النص ان الحق في الحبس لا يتحقق الا بتوافر الشروط الآتية:

1: التزام الحابس بأداء شيء معين

الأصل ان الجميع الاشياء يمكن حبسها، فالحق في الحبس يقع على جميع الاشياء الداخلة في دائرة التعامل القانوني سواء كانت عقارات، ام منقولات، و سواء كانت من القيميات ام من المثليات، او كانت من الاشياء المادية ام غير المادية، بل وحتى يمكن ان يكون محل الحبس عملا او امتناعا عمل، الا ان هذا الأصل يرد عليه استثناء يتمثل في ان هناك اشياء لا يجوز الحجز عليها،[1] ومن بين هذه الاشياء ما يلي:

- لا يجوز الحجز على الاموال العامة لحرمتها، لأنها مخصصة للمنفعة العامة و لعدم جواز التصرف فيها او الحجز عليها؛
- لا يجوز الحبس على الجسم البشري او الجثة الآدمية وذلك نظرا لخروجها من دائرة التجارة او المعاملات؛
- لا يجوز الحجز على المؤلفات والأبحاث واجرة العامل والنفقة الخاصة بالمدين. [2]

وتجدر الاشارة الى انه لا يهم مصدر الدين محل الحبس، فسواءا كان هذا المصدر العقد، او العمل غير المشروع، او الاثراء بلا سبب، أو نص القانون، كما انه لا يشترط ان يكون حق الحابس محدد المقدار، او ان يكون صادرا بشأنه حكم قضائي، او ان يكون مزودا بسند تنفيذي.[3]

وليس من الضروري ان يكون الشيء المحبوس مملوكا للمدين، بل يجوز ان يكون مملوكا للغير او لنفس الدائن الحابس الذي عليه التزام متقابل بأداء شيء للمدين، فمثلا

---

[1] – انور سلطان، المرجع السابق، ص 75 .

[2]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 316.

[3] – محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 166–167 .

المؤجر هو مالك العين المؤجرة له ان يمتنع عن تسليمها للمستأجر حتى يستوفي الأجرة المستحقة مقدما.[1]

غير ان الحق في الحبس يثبت بوجه خاص لحائز الشيء او محرزه بحسن نية نتيجة لحيازته كالمودع لديه و المستعير والمستأجر والفضولي والنائب عن عديمي الاهلية وناقصيها، لكن اذا كان الحابس قد توصل الى حيازة الشيء بطريقة غير مشروعة (كسرقة منقول او اغتصاب عقار) فلا يكون له الحق في حبسه لذلك الشيء مقابل ما انفقه عليه مصروفات، بل يجب عليه رد العين الى مالكها وبعد ذلك يطالب بما انفق عنها.[2]

وهذا ما نصت عنه صراحة المادة 200/ 2 من ق. م .ج بقولها:" **ويكون ذلك بوجه خاص للحائز الشيء او محرزه اذا هو انفق عليه مصروفات ضرورية او نافعة فإن له ان يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له الا ان يكون الالتزام بالرد الناشئ عن عمل غير مشروع**".

2: وجود حق للحابس مستحق الاداء

يشترط لمباشرة الحق في الحبس ان يكون للحابس دين في ذمة مدينه يحبس الشيء حتى يستوفيه، لذلك يشترط ان يكون حق الحابس غير متنازع عليه، وان يكون مستحق الاداء، فلا يجوز الحبس اذا كان حق الحابس مضافا الى اجل واقف او معلقا على شرط واقف.[3]

ويجب ان يكون التزام الحابس(الحق المقرر للحابس) مدنيا ومحقق الوجود لأنه لا يجوز للدائن حبس الشيء اذا كان حقه قبل المدين هو مجرد دين طبيعي لأن مثل هذا الدين لا جبر على المدين في أداءه لتخلفه على عنصر المسؤولية.[4]

غير ان الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين لا يحول دون استعمال الدائن الحق في الحبس، ونفس الحكم بالنسبة للأجل الذي يتبرع به الدائن لمدينه ما لم يثبت المدين ان

---

[1]- نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 164 .

[2]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 317 .

[3]- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 417 .

[4]- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 167 .

الدائن لما منحه اجلا جديدا قد تنازل عن حقه في الحبس وقد يفترض المشرع هذا التنازل كما في حالة ما اذا منح البائع المشتري اجلا بعد البيع لدفع الثمن.[1]

اضافة الى انه يجب ان يكون حق الحابس لاحقا على حيازة الشيء المحبوس او على الأقل معاصرا لحيازته، فلا يجوز للحابس حبس الشيء الذي تسلمه بموجب عقد لاحق لضمان استفاء ما هو مستحق له بمقتضى عقد سابق وذلك لانعدام الارتباط بين الديون.[2]
علاوة على ذلك فإنه لا يشترط التناسب بين قيمة حق الحابس وقيمة الشيء المحبوس، فقد يجوز حبس الشيء حتى ولو تجاوزت قيمته مقدار حق الحابس بكثير، فيبقى الحق في الحبس قائما لحين استيفاء الحق بالكامل.[3]

3: الارتباط بين الدينين

عبرت عن هذا الشرط المادة 200 من ق. م .ج بقولها:" ... **وله علاقة سببية وارتباط بالتزام المدين...**" فلا يكفي لقيام الحق في الحبس ان يحوز الدائن شيء واجب الاداء لمدينه، وان يكون هناك دينان متقابلان بل يجب ايضا ان يقوم ارتباط ما بين هذين الدينين، اي ان يكون حق الحابس قد وجد بمناسبة التزامه بالرد.[4]

وينشأ الارتباط عن العقد الملزم لجانبين، او عن الفضالة، او القانون، فالعقد الملزم للجانبين ينشئ التزامات متقابلة في ذمة المتعاقدين، بحيث نجد كل منهما مدين ودائنا في نفس الوقت، كما ينشأ عن عمل الفضول التزامات متقابلة على الفضول ورب العمل ويقوم الارتباط بين هذه الالتزامات ولكل من الطرفين ان يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يستوفي التزامات الطرف الاخر، اضافة الى ان القانون ايضا يعد مصدر للارتباط بين الدينين، فللمرتهن ان يحبس المرهون حيازيا الى ان يستوفي كامل دينه.[5]
ويتخذ هذا الارتباط صورتين هما:

---

[1]- محمد حسين منصور، المرجع نفسه، ص 167.

[2]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 319 .

[3]- بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 319 .

[4]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1060 .

[5]- عبد الرحمان احمد جمعة الحلالشة، المرجع السابق، ص 219 .

أ: الارتباط القانوني او المعنوي: هو الارتباط الذي ينشا عن علاقة قانونية تبادلية بين التزامين متقابلين، حيث يكون كل منهما سببا لوجود الاخر و سواء كانت هذه العلاقة عقدية ام غير عقدية.[1]

ومن امثلة العلاقة العقدية، حبس البائع للمبيع لجبر المشتري على الوفاء بالثمن وفق لنص المادة 390 من ق. م .ج، والدفع بعدم التنفيذ طبقا للماده123 من ق.م .ج، وكذا حق المشتري في حبس الثمن حتى يقوم البائع بضمان التعرض وضمان العيوب الخفية وفقا للمادة 388 من ق. م .ج، اما العلاقة غير العقدية كحق الولي بتسليم المال قاصر تحت رعايته لحين استيفاء ما انفق عليه، وكامتناع الفضولي عن رد ما استولى عليه بسبب الفضالة لحين استيفاء ما تحمله من نفقات من صاحب العمل.[2]

حيث ان هذه العلاقة التبادلية قد يكون مصدرها العقد الملزم للجانبين، ويقوم كل من الطرفين بالامتناع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم الطرف الاخر بوفاء ما تعهد به، وقد يكون مصدرها العقد الملزم لجانب واحد، مثل حق المودع لديه في حبس الوديعة حتى يستوفي ما انفق من مصروفات في حفظها، ويمكن ان توجد ايضا دون وجود علاقة تعاقدية بين الطرفين، كالالتزامات المتبادلة بين الفضولي ورب العمل التي مصدرها الفضالة.[3]

وفي حالة فسخ العقد او ابطاله، فان الارتباط القانوني يبقى ويجب على كل من المتعاقدين ان يرد ما اخذه الى الاخر، و بالرغم من انحلال العقد الا ان الارتباط التبادلي بين كل من الالتزامين يبقى قائم، فيحق لكل من الطرفين عدم انهاء العلاقة العقدية وذلك بامتناعهما عن رد ما اخذه كل طرف من الآخر حتى يسترد ما اعطاه.[4]

ب: الارتباط المادي او الموضوعي

---

[1]- عدنان هاشم جواد الشروفي، المرجع السابق، ص 320 .

[2]- بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 321.

[3]- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 172 .

[4]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 176 .

هو ذلك الارتباط الذي ينشا عن واقعة مادية قوامها حيازة الشيء المحبوس وحقوق الحائز التي نشأت بسبب تلك الحيازة دون ان تكون هناك علاقة تبادلية ما بين الدينين، اي ان الارتباط ينشا بمناسبة الشيء ذاته وبسببه فهناك دين مرتبط بالشيء.[1]

وتطرقت الى ذلك الماده200 /2 بقولها:" .... **ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء او محرزه اذا هو انفق عليه مصروفات ضرورية او نافعة فإن له ان يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له....**". .

فمن وضع يده على شيء وانفق عليه مصروفات له الحق في حبسه عن مالكه الحقيقي حتى يسترد تلك المصروفات، فهنا الرابطة مادية لأن العلاقة بين حائز الشيء ومالكه قد نشأت عن مجرد الحيازة دون رابطة اخرى، كما في حالة التزام مالك المنقول المسروق او الضائع الذي يسترده ممن اشتراه بحسن نية من السوق او ممن يتجر في مثله او بالمزاد العلني بما ان يؤدي الى حائزه حسن النية الثمن الذي دفعه عند شرائه طبقا لنص المادة 836 من ق. م .ج.[2]

ومن امثلة الارتباط المادي ايضا ما يلي:

_ قيام حق الدائن الحائز بحسن نية ان يحبس الشيء الى غاية استيفاء ما انفقه على هذا الشيء من مصروفات ضرورية او نافعة حسب ما تم النص عليه في المواد(784، 785، 839 من ق. م. ج)؛

_ نشوء حق الدائن في التعويض عن الضرر الناتج عن الشيء، لأنه يجوز لمن تضرر من الحيوان مثلا ان يحبسه تحت يده لحين اقتضاء حقه في التعويض؛

_ في عقد الوديعة فقد يلتزم المودع لديه بالمحافظة على الشيء المودع ورده، فإذا انفق عليه نفقات ضرورية او نافعة فإنه ينشأ له حق قبل المودع وهو مرتبط بالتزامه برد الوديعة فمن المودع لديه ان يحبس الوديعة حتى يسترد ما انفقه.[3]

والجدير بالذكر ان عبئ اثبات الارتباط(سواء ان الارتباط القانوني او المادي) يقع على الدائن الذي يتمسك بالحق في الحبس، وذلك بأن يثبت ان هناك علاقة تبادلية بين حقه في

---

[1]- رمضان ابو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 193 .

[2]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 176 .

[3]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 321 .

الحبس والتزامه بتسليم الشيء، كما لا يشترط على الدائن الذي يستعمل حقه في الحبس ان يقوم بإعذار المدين ولا يشترط عليه ايضا ان يحصل على ترخيص من القضاء.[1]

الفرع الثالث: تطبيقات على الحق في الحبس

اذا كان التقنين المدني قد أورد الحق في الحبس في قاعدة عامة، الا أنه قد أورد بعض التطبيقات على هذه القاعدة في نصوص متفرقة، كما ان هناك تطبيقات اخرى لم ينص عليها القانون لأن الحق في الحبس اصبح قاعدة عامة وعليه سوف نتطرق الى بيان هذه التطبيقات المنصوص عنها في القانون(اولا)، ثم نعرض تلك الغير منصوص عنها في القانون(ثانيا) .[2]

اولا: التطبيقات المنصوص عليها في القانون

من خلال دراستنا لنصوص ق. م .ج نجد ان المشرع الجزائري اورد عن الحق في الحبس بعض التطبيقات بنصوص قانونية واضحة ومتفرقة، فهناك تطبيقات تقوم على الارتباط القانوني، وهناك منها ما تقوم على الارتباط المادي، [3]ونميز ذلك في الآتي :

1 : التطبيقات التي تقوم على الارتباط القانوني

أ * مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد

نصت المادة 123 من ق. م .ج على أنه:" **في العقود الملزمة للجانبين اذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين ان يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به**".

يتضح من هذا النص ان هناك علاقة قانونية تبادلية بين التزام الحابس وحقه وان هذا العقد ملزم للجانبين.

ب * حق البائع في حبس المبيع

نصت عليه المادة 390 من ق. م .ج بقولها:" **اذا كان تعجيل الثمن كله او بعضه مستحق الدفع في الحال جاهز للبائع ان يمسك المبيع الى ان يقبض الثمن المستحق ولو قدم له المشتري رهنا او كفاله هذا ما لم يمنحه البائع اجلا بعد انعقاد البيع. يجوز كذلك**

---

[1]- بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 323 .

[2]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1066 .

[3]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 179 .

للبائع ان يمسك المبيع ولو لم يحل الاجل المتفق عليه لدفع الثمن اذا سقط حق المشتري في الاجل طبقا لمقتضيات المادة 212 ".

ج * حق المشتري في حبس الثمن:

نصت عليه الماده388 من ق. م. ج **بقولها : " يكون ثمن المبيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق او عرف يقضي بخلاف ذلك.**

فإذا تعرض احد للمشتري مستندا الى حق سابق او آل من البائع او اذا خيف على المبيع ان ينزع من يد المشتري جاز له ان لم يمنعه شرط في العقد ان يمسك الثمن الى ان ينقطع التعرض او يزول الخطر، ومع ذلك يجوز للبائع ان يطالب باستيفاء الثمن اذا ظهر للمشتري عيب في الشيء المبيع".

2: التطبيقات التي تقوم على الاعتبار المادي او الموضوعي:

أ * حق الحائز في حبس العين لاسترداد ما انفقه عليها من مصروفات

سبق وان راينا في نص المادة 200 /2 من ق. م .ج التي نصت على انه:" **ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء او محرزه اذا هو انفق عليه مصروفات ضرورية او نافعة فإن له ان يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له.....**"، وعليه فالحائز اذا انفق مصروفات ضرورية على العين فإن له الحق في استردادها جميعا من المالك(حسب ما جاء في الماده839 من ق. م .ج)، فإذا كانت المصروفات نافعة وكان الحائز حسن النية فإن المالك يلتزم برد مقدار هذه المصروفات او الزيادة في ثمن العين بسببها(المادة 785 / 1)، اما اذا كان الحائز سيء النية فإن المالك يرد له اقل القيمتين، اي قيمة الزيادة في ثمن العين بسبب هذه المصروفات او قيمة ما تم استحداثه في العين مستحقة الإزالة(المادة 784 / 1 من ق. م .ج).[1]

ب* حق صاحب العلو في حبس السفل بعد قيامه بإعادة بنائه

تقوم هذه الحالة على فكرة ان المصروفات التي انفقت كانت ضرورية لحفظ الشيء وفي انشاء ذلك الشيء مرة اخرى، فإذا كان بناء له صاحب للعلو وصاحب للسفل وانهدم فهنا يجب على صاحب السفل ان يعيد بناء سفله حتى يتمكن صاحب العلو من اعادة بناء

[1]– محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 179.

علوه، فإذا امتنع عن ذلك فيجوز لصاحب العلو ان يعيد بناءه لكن على نفقة صاحب السفل فإذا امتنع عن اداء ما التزم به وجب على صاحب العلو حبس السفل حتى الى حين يستوفي حقه من صاحب ذلك السفل.[1]

ج* حق صاحب العلو في حبس السفل لما يقوم بأعمال ترميمه وصيانته

ينشأ هذا الالتزام مما لصاحب العلو من حق القرار على السفل، فمن واجب صاحب السفل ان يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة التي من شأنها منع انهيار العلو وسقوطه، كترميم الجدران، او اصلاح السقف وترميمه، لكن في حالة امتناعه عن ذلك واخلاله بالتزاماته فانه يحق لصاحب العلو اللجوء الى القضاء من اجل الزام مالك السفل بتنفيذ التزامه، كما يحق له ايضا القيام بتلك الاعمال بنفسه لكن مع وجوب اذن من المحكمة او من صاحب السفل حتى يحصل على حقه في حبس السفل اذا لم يستوفي حقه من صاحب ذلك السفل.[2]

ثانيا: التطبيقات الغير منصوص عنها في القانون

ومن هذه التطبيقات ايضا ما يقوم على الاعتبار القانوني، ومنها ما يقوم على الاعتبار المادي.

1 : التطبيقات التي تقوم على الارتباط القانوني:

- حق المؤجر في حبس العين عن المستأجر حتى يستوفي الأجرة؛
- حق المستأجر في حبس الأجرة حتى يستلم العين؛
- حق المقاول في حبس العمل؛
- حق رب العمل في حبس الأجرة. [3]

2 : التطبيقات التي تقوم على الارتباط المادي

- حق المستعير في حبس الشيء حتى يستوفي حقه من المعير؛
- حق المودع لديه في حبس الوديعة لاستيفاء حقه من المودع.[4]

---

[1]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1080 .

[2]- غازي عبد الرحمان ناجي، الحق في الحبس للضمان، د ج، ط1، دار اليازوري، الاردن، 2011، ص 110 .

[3]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1076-1077 .

[4]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 180 .

- حق الحبس في حالات الالتصاق؛
- حق المنتفع في حبس العين؛
- حق المشتري في حبس المنقول المسروق او الضائع.[1]

المطلب الثاني: أحكام الحق في الحبس

عند تحقق شروط الحق في الحبس السابق ذكرها، فان هذا الحق يترتب عنه مجموعة من الآثار(الفرع الاول)، اضافة الى انه هناك اسباب وطرق تؤدي الى انقضاءه (الفرع الثاني).

الفرع الاول: اثار الحق في الحبس

ان الشيء المحبوس قد يكون عينا او دينا، اي انه شيء معين بالذات او معين بالنوع، و الشيء المحبوس اذا كان معين بالنوع يسمى الحبس عندها بالدفع بعدم التنفيذ، كما ان حبس العين في العقود الملزمة للجانبين هو ايضا دفع بعدم التنفيذ، وعليه فالأثر الذي يترتب على الحبس في حالة حبس الدين يختلف عن الأثر المترتب على حبس العين من حيث اثر الدفع بالنسبة للغير ومن حيث حقوق حابس العين وواجباته، وعليه سوف نتناول في هذا الفرع الآثار المترتبة على حبس الدين (اولا)، ثم الآثار المترتبة على حبس العين (ثانيا). [2]

اولا: الآثار المترتبة على حبس الدين

يشكل الدفع بعدم التنفيذ صورة من صور حق الحبس، فالدفع بعدم التنفيذ يقتصر نطاقه على العقود الملزمة لجانبين على عكس حق الحبس الذي يشمل العقود الملزمة للجانبين والملزمة لجانب واحد، ويشمل ايضا حالات لا تجمع بين الطرفين علاقة عقدية، اما نطاق الدفع بعدم التنفيذ فيقتصر على العقود الملزمة للجانبين، وعليه فان هذه العقود تخضع لقواعد هذا الدفع ولقواعد حق الحبس.[3]

لذلك يترتب على حبس الدين آثار في ما بين المتعاقدين، وآثار بالنسبة لغيرهما.

1 _أثر الدفع بعدم التنفيذ في ما بين المتعاقدين :

---

[1]- غازي عبد الرحمان ناجي، المرجع السابق، ص 121 .

[2]- عبد الرحمان احمد جمعة الحلالشة، المرجع السابق، ص 221 .

[3]- عبد الرحمان احمد جمعة الحلالشة، المرجع نفسه، ص 222 .

اذا كان المتعاقد في حالة يستطيع ان يستعمل معها الدفع بعدم التنفيذ، فلا يمكن حينها اجباره على التنفيذ، فاذا طالبه المتعاقد الاخر بتنفيذ التزامه يحق له ان يدفع مطالبه بوجوب تنفيذ التزامه هو ايضا، مثلا اذا طالب المشتري البائع تسلم المبيع، ولم يكن هو قد دفع الثمن فان البائع عندها له ان يدفع اتجاه المشتري بوجوب قيامه بدفع ثمن اولا.[1]

2_ أثر الدفع بعدم التنفيذ بالنسبة للغير:

هنا نميز بين حالتين من الآثار، لأن آثار الدفع بعدم التنفيذ بالنسبة لحق الغير تختلف بينما اذا اكتسب الغير الحق بعد ثبوت حق المدين في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ وبينما اذا اكتسب الغير الحق قبل ثبوت حق المدين في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ.[2]

الحالة 1: اكتساب الحق بعد ثبوت الدفع بعدم التنفيذ

اذا اكسب الغير الحق بعد ثبوت حق المدين في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، فان الدفع يسري في حقه، فالمشتري مثلا اذا احال شخص ثالثا للمطالبة بالمبيع ولم يكن قد دفع الثمن الذي عليه، فهنا للبائع ان يدفع تجاه المحال له بعدم تسليم المبيع قبل ان يقبض الثمن.[3]

الحالة 2: اكتساب الحق قبل ثبوت الدفع بعدم التنفيذ

اذا اكتسب الغير الحق قبل ثبوت حق المدين في التمسك بعدم التنفيذ، فان الدفع لا يسري في حقه، فمثلا اذا اتفق البائع والمشتري على تأجيل الثمن وقام المشتري بإحالة شخص من الغير عند البيع وقبل استحقاق الثمن للمطالبة بالمبيع، فعندها يلتزم البائع بتسليمه المبيع ويسقط حقه في حبس ذلك المبيع.[4]

ثانيا: الآثار المترتبة على حبس العين

ان وجود الشيء في يد الحابس وتحت سيطرته الفعلية يعطي له حقوقا ويفرض عليه التزامات، اضافة الى ان هذا الحق يسري في مواجهة الغير.[5]

---

[1]– عدنان هاشم جواد الشروفي، المرجع السابق، ص 191.

[2]– عبد الرحمان احمد جمعة الحلالشة، المرجع السابق، ص 223 .

[3]– عدنان هاشم جواد الشروفي، المرجع السابق، ص 204 .

[4]– عبد الرحمان احمد جمعة الحلالشة، المرجع السابق، ص 223 .

[5]– نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 169 .

1 : حقوق الحابس

يتضح من تنظيم حق الحبس في ق. م. ج ان المشرع الجزائري اعطى للحابس حقوقا تتمثل في الآتي :

أ*امتناع الحابس عن تسليم الشيء المحبوس

نصت المادة 200 / 1 من ق. م. ج على انه :" **لكل التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ترتب عليه ....**" .

يتضح من نص المادة ان للدائن الحق في ابقاء الشيء في يده الى ان يستوفي ما له، فمالك الشيء لا يستطيع ان يطالب الحائز برد العين حتى يقوم بوفاء ما في ذمته من الدين للحائز، فالحبس بذلك هو دفع يدفع به الحابس طلب تسليم الشيء او هو امتناع مؤقت عن تنفيذ الالتزام الى ان يحصل الحابس عن حقه، وعليه فالحبس بهذا المعنى لا يؤدي الى انقضاء الالتزام بل هو امتناع مؤقت كما تم ذكره.[1]

غير ان حق الحابس لا يتأثر اذا وفى المدين جزءا من الدين، لان هذا الحق لا يقبل التجزئة حتى ولو كان الشيء قابلا للتجزئة، حيث ان ما يسري في حق المالك يسري في حق ورثته، فللحائز حبس العين في مواجهة ورثة المالك اي خلفه العام حتى يستوفي حقه، كما ان الحق في الحبس ينتقل الى ورثة الحائز بعد وفاته فيكون لهم ان يحبسوا الشيء حتى يستوفوا الحق الذي انتقل اليه من مورثهم.[2]

ب *لا يخول الحق في الحبس امتيازا للحابس

نصت على هذا الشرط المادة 201 /1 من ق. م. ج بقولها:" **مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه....**".

وذلك لان حق الحبس ليس حقا عينيا على الشيء المحبوس كما اشرنا سابقا، فلا يتقرر للحابس اي نوع من انواع الامتيازات على هذا الشيء، كما انه ليس له سلطة الافضلية او سلطة تتبع هذا الدين ولا يمنحه مركزا قانونيا متميزا عن باقي الدائنين باعتباره

[1]– رمضان ابو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 197.

[2]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 181 .

دائنا عاديا، بل هو مجرد دفع يستعمله الحابس مطالبا استفاء حقه والتنفيذ على العين المحبوسة.[1]

ج *الاحتجاج بالحق في الحبس على ورثة المدين ودائنيه العاديين

سبق وان راينا ان ورثة المالك يحلون محله ولا يعتبرون من الغير، فيسري الحبس في حقهم كما كان يسري في حق المالك مورثهم، اما الدائنون العاديون له فهم يعتبرون من الغير لكن مع ذلك يسري الحبس في حقهم ايضا كما لو كان يسري في حق المالك.[2]

د *الاحتجاج بالحق في الحبس على الغير

ان المقصود بالغير هو الخلف الخاص، والخلف الخاص هو كل من انتقلت اليه ملكيه العين المحبوسة من المالك، او انتقل اليه منه حق عيني على العين المحبوسة، كحق رهن او انتفاع او ارتفاق، لان حق الحبس لا يعطل حق المالك في التصرف في ملكه فيستطيع بيع العين المحبوسة وهي في يد الحابس، كما يستطيع ان يرتب عليها حق من الحقوق العينية.[3]

وعليه لمعرفة ما اذا كان للدائن الحق في الاحتجاج بالحق في الحبس على الغير وجب التفرقة في سبب الحبس ما اذا كان انفاق مصروفات على الشيء المحبوس، او بينما اذا كان ذلك يرجع الى سبب اخر.[4]

_ اذا كان سبب الحبس هو انفاق مصروفات على العين، فإن الحق في الحبس دائما يسري ضد الخلف الخاص سواء كانت العين المحبوسة منقولا ام عقارا، وسواء كان حق الخلف قد شهر ام نشا قبل او بعد ثبوت الحق في الحبس، والحابس يعتبر دائنا بهذه المصروفات في مواجهة الجميع لان هذه المصروفات قد افادت العين ذاتها، وبذلك فهي تفيد كل من له حق عليها.[5]

---

[1]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 325 .

[2]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1094 .

[3]– عدنان هاشم جواد الشروفي، المرجع السابق، ص 222 .

[4]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 182 .

[5]– احمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 135.

_ اذا كانت العين المحبوسة عقارا، وانتقلت ملكيتها الى مالك اخر وقام الخلف الخاص بشهر حقه قبل ان يثبت للحائز الحق في حبس العين، فان هذا الحق لا يسري في مواجهتهم، لان حقوقهم العينية على العين المحبوسة قد حفظت بالشهر قبل الحبس وعليه فالحابس لا يستطيع عندها ان يحبس عنهم العين.[1]

_ اذا كانت العين المحبوسة منقولا، فإن الحق في الحبس يسري في حق من ترتبت لهم حقوق عينية بعد الحبس، وقبل الحبس ايضا اذا كان الحابس حسن النية اي لا يعلم بهذه الحقوق.[2]

ج *امتناع الحابس عن تسليم غلة او ثمار العين المحبوسة

عندما يمارس الحابس حقه في حبس العين، وانتجت هذه العين غلة او ثمار فلا يحق للحابس ان يأخذ هذه الثمار لنفسه، ولا ان يخصم قيمتها من الدين بل عليه ان يحبسها، فبفضلها يترتب له حق امتياز عليها، لكن يكون شانه شان غيره من الدائنين، فاذا باعها استيفاءا لحقه فقد حقه في حبسها وتعرض لمزاحمة باقي الدائنين.[3]

2 / واجبات الحابس

حددت المادة 201 / 2،3 من ق .م. ج هذه الواجبات صراحة بنصها على: "**وعلى الحابس ان يحافظ على الشيء وفقا لأحكام رهن الحيازة وعليه يقدم حسابا عن غلته.**

واذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك او التلف فللحابس ان يحصل على اذن من القضاء في بيعه وفقا للأحكام المنصوص عليها في المادة 971، وينتقل الحق في الحبس من الشيء الى ثمنه".

وعليه يمكن توضيح هذه الواجبات في الاتي:

أ *المحافظة على الشيء المحبوس

يلتزم الحابس بالمحافظة على الشيء المحبوس وفقا لأحكام رهن الحيازة التي اشارت اليها المادة 201 /1 الواردة في نص المادة 955 من ق. م .ج .

---

[1]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1092 .

[2]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 183 .

[3]- عدنان هاشم جواد الشروفي، المرجع السابق، ص 218 .

وعليه فالالتزام الذي على الحابس وفقا لهذا النص هو التزام ببذل عنايه وليس التزام بتحقيق نتيجة، والمعيار في ذلك موضوعيا، ينظر فيه الى عناية الشخص المعتاد بصرف النظر عن عناية الحابس بشؤون نفسه، اي ان الحابس مطالب ببذل عناية الرجل العادي في المحافظة على الشيء المحبوس. ويترتب عليه انه اذا هلك الشيء في يد الحابس، فعليه ان يتحمل تبعة الهلاك ما لم يثبت ان ذلك يرجع الى سبب اجنبي وان اثبت ذلك فان الطرف الاخر هو من يتحمل تبعة الهلاك.[1]

ب * تقديم حساب عن غلة الشيء المحبوس

سبق وان اكدنا ان للحابس سوى حبس العين، وعليه اذا كانت العين المحبوسة تنتج ثمرة أو غلة، فان ما تنتجه يكون من حق مالكها ويقع على الحابس حبس تلك الثمار تبعا لحبس الشيء ذاته، ولذلك يقع على عاتق الحابس التزام بتقديم حساب عن غلة الشيء المحبوس الى المدين وان يردها اليه اذا ما استوفى حقه، اما اذا كانت هذه الثمار او الغلة سريعة التلف فللحابس ان يبيعها بعد حصوله على اذن من القاضي و الثمن الذي يجنيه من ورائها يقوم بحبسه.[2]

ج * رد العين المحبوسة

يلتزم الحابس برد العين المحبوسة لمالكها عندما يستوفي حقه، فالحبس هو امتناع مؤقت عن تنفيذ الالتزام بتسليم العين فاذا زال سبب عدم التنفيذ، فان الالتزام بالتسليم يعود وفقا للعلاقة القانونية التي كانت قائمة بين الدائن الحابس والمدين.[3]

د * بيع العين المحبوسة اذا كان يخشى عليها الهلاك او التعييب

اذا كان المحبوس من الاشياء القابلة للهلاك او التلف فمن واجب الحابس بيع ذلك الشيء، وينتقل حقه في الحبس الى ثمنه الذي يحل حلولا عينيا محل الشيء المحبوس، لكن بعد حصوله على اذن من القاضي وفي هذه الحالة يعين هذا الاخير الجهة التي يودع فيها الثمن فقد تكون خزانة المحكمة، او عند الحابس نفسه او يعين شخص ثالث.[4]

---

[1]– انور سلطان، المرجع السابق، ص 89 .

[2]– نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 172 .

[3]– رمضان ابو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 203.

[4]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 184 .

الفرع الثاني: انقضاء الحق في الحبس

نصت المادة 202 من ق. م. ج على انه:" **ينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه او محرزه.**

غير انه لحابس الشيء اذا خرج من يده بغير علمه او بالرغم من معارضته ان يطلب استرداده اذا هو قام بهذا الطلب خلال 30 يوما من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده ما لم تنقض سنه من وقت خروجه".

يتضح من هذا النص ان احد اسباب انقضاء الحق في الحبس هو خروج العين المحبوسة من يد الحابس، اي بزوال الحيازة عن الدائن الحابس بإرادته او بعلمه وعليك فإن زوال حيازة الحابس تنتهي اما بصورة اصلية (اولا)، او بصورة تبعية (ثانيا).[1]

اولا: الانقضاء بطريقة اصلية

ينقضي الحق في الحبس بطريقة اصلية واستقلالا عن الحق الذي قام لاستيفائه، اي ان الحبس ينقضي وحده مع بقاء الحق المضمون به ويتحقق ذلك في الحالات الآتية:

- تقديم تأمين كاف للوفاء بالحق المضمون بالحبس؛
- اخلال الحابس بالمحافظة على العين؛
- هلاك العين المحبوسة؛
- خروج العين من يد الحابس خروجا اراديا.[2]

ثانيا: الانقضاء بطريقة تبعية

يقصد من هذه الطريقة انه اذا زال الاصل زال الفرع، بمعنى انه اذا انقضى الالتزام الاصلي بالوفاء، او بما يقوم مقامه كالتجديد، او المقاصة، او اتحاد الذمة، او انقضى دون الوفاء كالإبراء من الدين، او سقوطه لاستحالة تنفيذه لسبب اجنبي لا يد المدين فيه، فان الحق في الحبس ينقضي تبعا لذلك.[3]

والجدير بالذكر ان الحق في الحبس كما سبق ذكره هو ليس حقا ابديا، وانما هو حق مؤقت اي امتناع مؤقت من الدائن الحابس لحمل المدين على الوفاء بالتزامه ومن ثم

---

[1]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 335 .

[2]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 188 .

[3]– غازي عبد الرحمان ناجي، المرجع السابق، ص 163 .

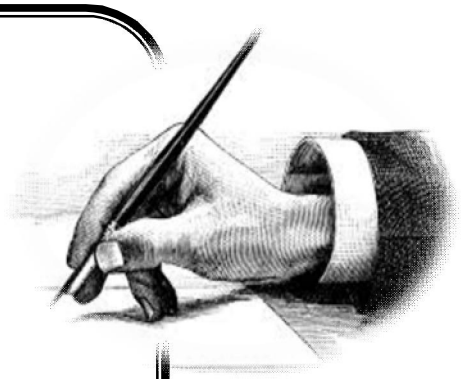
حصوله على حقه، وعليه نلاحظ ان الحق المضمون بالحبس لا يسقط بالتقادم وفقا لما جاء في المادة 318 من ق. م .ج ما دام ان العين المحبوسة باقية تحت يد الدائن الحابس وفي حيازته.[1]

غير انه اذا خرج الشيء المحبوس خفية من يد الحابس او رغم ارادته فان حقه في الحبس لا يزول وله طلب استرداده، سواءا كان من استولى على الشيء مالكه او شخص اخر، ويكون طلب الاسترداد خلال 30 يوما من وقت علمه بخروجه من تحت يده و يشترط ان يكون طلب الاسترداد خلال سنة من وقت خروج الشيء في القانون المدني الجزائري.[2]

[1]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 336 .

[2]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 188.

خاتمة



خاتمة:

في ختام بحثنا هذا اتضح لنا بوضوح ان الوسائل التي اقرها المشرع الجزائري للدائن تحتل اهمية بالغة جدا، فاذا لم تكن هذه الوسائل موجودة فان الضمان العام الذي هو موضوع الحماية يتجرد من كل قيمة نتيجة عبث المدين واهماله.

لذلك حظيت وسائل حماية الضمان العام بعناية خاصة، فهي السبيل الوحيد في يد الدائن لكي يضع بواسطته حدا للغش المدين والقضاء على نيته السيئة.

و من خلال الدراسة التفصيلية لهذه الوسائل تبين لنا انها لا تحقق الحماية الكافية لحقوق الدائنين، فالحماية التي تحققها كل من الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية تكون حماية متأخرة، ولا يجوز للدائن اللجوء الى اي منهما الا بعد اعسار المدين او الزيادة في اعساره، فهما يهدفان فقط الى انقاذ ما تبقى من اموال لدى المدين، فلا يحولان دون وقوع الخطر، بل يهدفان الى منع تفاقمه.

اضافة الى ان كل من الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية ليست طرقا من طرق التنفيذ بل هي وسائل تمهد فقط لهذا التنفيذ، في حين ان ما يسعى اليه الدائن هو التنفيذ بحقه.

علاوة على ذلك فان الحماية التي تكفلها دعوى الصورية ليست قاصرة على الدائن وحده، بل تثبت لكل ذي مصلحة.

كما نجد ان الحق في الحبس نادر الوجود، والدعوى المباشرة لا تتقرر الا بنص خاص وفي حالات محددة.

وعليه توصلنا الى عدة نتائج واقتراحات تتمثل في الآتي:

اولا: النتائج:

1.ان الدعوى غير المباشرة هي من حق كل دائن ثبت له حق دائنية مهما كان مصدر هذا الحق، بشرط ان لا يكون الحق المهمل متصلا بشخص المدين او غير قابل للحجز، وان يكون متعلقا بالحقوق المالية دون الرخص.

2. ان الدائن عند رفعه للدعوى غير المباشرة يرفعها باسم مدينه بصفته نائبا عنه.

3. اثناء رفع الدعوى غير المباشرة يبقى المدين هو صاحب الحق المطالب به فيها ويجوز له التصرف في ذلك الحق.

4. انه يجوز للمدعى عليه ان يتمسك اتجاه الدائن رافع الدعوى غير المباشرة بكل الدفوع التي يجوز له ان يتمسك بها تجاه مدينه الاصلي.

5. الدائن في الدعوى غير المباشرة لا يستفيد شيئا منها لنفسه، حتى ولو حقق نجاحا برفعها، فالحكم الصادر عنها يكون لمصلحة المدين ويدخل ما حكم به في الذمة المالية للمدين.

6. على الدائن رافع الدعوى المباشرة ان يرفعها باسمه شخصيا لا باسم مدينه، ولا يستطيع المدين ان يمنعه من ذلك او ان يبعده عنها، حيث لا يشترط في استعمالها ان يكون المدين معسرا.

7. ان الدعوى المباشرة تخول للدائن حقا مباشرا تجاه مدين مدينه، ويمتنع بموجبها عن مدين المدين الوفاء بهذا الحق الى المدين ولا يؤثر تصرف المدين في حق الدائن او تنازله عنه بعد رفعها.

8. لا يجوز للمدعى عليه(مدين المدين) في الدعوى المباشرة ان يتمسك قبل المدعي(الدائن) بالدفوع التي يمكن له ان يتمسك بها ضد المدين.

9. ان الدائن يستأثر في الدعوى المباشرة لوحده بنتيجة الحكم الصادر عنها دون ان يزاحمه بقية الدائنين الآخرين المدين.

10. ان الدعوى البوليصية لا هي دعوى بطلان ولا دعوى مسؤولية، بل تعد دعوى شخصية هدفها المحافظة على الضمان العام، ووسيلتها في تحقيق ذلك الهدف هو عدم نفاذ تصرفات المدين المعسر في حق دائنيه.

11. ان المشرع الجزائري في الدعوى البوليصية اعتبر التصرفات التي تعد من قبيل التبرعات قرينة على الغش، ولم يلزم الدائن رافع الدعوى اثبات غش مدينه.

12. تقبل الدعوى البوليصية في جميع حالات الطعن في التصرفات الموجهة ضد المتصرف اليه بدون عوض، ولا تقبل اذا وجهت ضد متصرف اليه بعوض بحسن النية.

13. ان ق.م .ج وسع من دائرة التصرفات القانونية التي يجوز الطعن فيها بالدعوى البوليصية، فلم يقتصر على التصرفات المفقرة التي تنقص من حقوق المدين، بل وسعها لتشمل الزيادة في الالتزامات.

14. ان فائدة اثر حكم عدم نفاذ تصرف المدين المشوب بالغش تعم على جميع الدائنين الذين تتوافر فيهم شروط ممارسة الدعوى البوليصية.

15. ان المشرع الجزائري جعل مدة تقادم الدعوى البوليصية ثلاث سنوات تبدا من يوم علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف، وتتقادم في جميع الاحوال ب 15 سنة.

16. ان الصورية ليست سببا للبطلان.

17. ان دعوى الصورية ترفع من قبل احد طرفي التصرف اومن قبل اي شخص له مصلحة في التمسك بالتصرف الحقيقي المستتر كدائن المتصرف او خلفه الخاص او وارثه.

18. ان اثبات الصورية فيما بين المتعاقدين يخضع للقواعد العامة في الاثبات.

19. ان اثر الحكم الصادر في دعوى الصورية لا يقتصر على الدائن رافعها وحده، بل يمتد اثره الى سائر الدائنين، لان مهمة الدائن رافع هذه الدعوى هي مجرد كشف لحقيقة العلاقة القانونية القائمة بين طرفي التصرف.

20. ان دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم مهما طال الزمن.

21. ان المشرع الجزائري من خلال نص المادة 198 من ق. م. ج نجده قد وحد بين مصلحة دائني المتصرف اليه وخلفه الخاص، وبين مصلحة دائني المتصرف وخلفه الخاص.

22. ان الحق في الحبس يثبت لكل دائن يكون مدين في الوقت نفسه بتسليم شيء تحت يده.

23. ان الحق في الحبس يفترض وجود التزامات تبادلية.

24. ان الحق في الحبس يتعلق بالعقار والمنقول على حد سواء.

25. ان الحق في الحبس ليس محصور في حالات محددة واردة على سبيل الحصر.

26. ان الحق في الحبس يعد بمثابة ضمان خاص.

27. ان وجود الشيء في يد الحابس يعطي له حقوقا كما يفرض عليه التزامات.

28. ان للحق في الحبس اسباب انقضاء، اما بصورة اصلية اوتبعية.

ثانيا: الاقتراحات:

1. نقترح على المشرع الجزائري ان يعيد النظر في احكام المواد المنظمة للدعوى غير المباشرة بطريقة تكفل حقوق الدائنين في الحفاظ على ضمانهم العام، وذلك بان يجعل الدائن رافعها متعلقا بالحق الذي يستعمله باسم مدينه تعلق الدائن الحاجز بالمال المحجوز عليه لدى الغير.

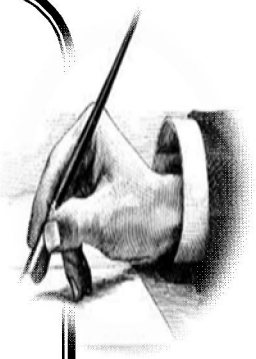
2. نقترح على المشرع الجزائري ضرورة ضبط المصطلحات القانونية و توحيدها، فنجده من خلال المواد 191،192،194 منق. م. ج، لم يوحد اللفظ الدال على معنى واحد، ففي المادة 191 استعمل لفظ "**عدم النفاذ**" ثم عدل عنه في المادة 192 في ف الاخيرة منها الى لفظ "**عدم الاحتجاج**" ثم عدل عن هذا اللفظ ايضا في نص المادة 194 الى لفظ "**عدم المعارضة**"، وهذا بخلاف النص باللغة الفرنسية الذي جاء بمصطلح واحد والذي هو "**عدم النفاذ**"، فكان على المشرع الجزائري ان يستبعد هاذين اللفظين ويبقي فقط على مصطلح "**عدم النفاذ**".

3. نقترح على المشرع الجزائري وضع نص صريح وواضح حول ثبوت تاريخ التصرف المنشئ لحق الدائن، وذلك تجنبا لوقوع منازعات واختلالات حول هذه المسالة.

4. نقترح على المشرع الجزائري ان يأتي بالتفرقة بين دائني المتصرف وخلفه الخاص وبين دائني المتصرف اليه وخلفه الخاص، كأن يخضع الاول لحكم القاعدة العامة التي تقضي بان العبرة بما اتجهت اليه الارادة الحرة والمشتركة للمتعاقدين، ويبقي الثانية خاضعة للاستثناء الوارد على القاعدة العامة في التمسك بالتصرف الظاهر كلما كانت لهم مصلحة في ذلك.

5. نقترح على المشرع الجزائري ان يعيد صياغة الفقرة الاولى من نص المادة 198 من ق.م .ج وذلك بإضافة حكم الغير الذي يتمسك بالتصرف المستتر(دائني المتصرف اليه وخلفه الخاص)، وان يخول لهم الحق في التمسك بالتصرف الحقيقي، وان يثبتوا صورية التصرف الذي اضر بهم بكافة طرق الاثبات المعدة ذلك.

6. نقترح على المشرع الجزائري اضافة فقرة ثانية للمادة 198 من ق. م .ج بهدف التصدي لمسألة التعارض بين مصالح الغير.



قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

المراجع باللغة العربية

أولا: القوانين

1. الأمر رقم 75 – 58 المؤرخ في 26 سبتمبر، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 07_05 المؤرخ في 19 مايو 2007، الجريدة الرسمية العدد 31 لسنة 2007.
2. القانون رقم 08 – 09 المؤرخ في 25 فبراير2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية رقم 21،المؤرخة في 23 فبراير2008.
3. القانون رقم 84 – 11المؤرخ في9 رمضان عام 1404 الموافقل9 يونيو سنة 1984،المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

ثانيا: الكتب

1. احمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام والإثبات في الفقه وقضاء النقض، د ج، د ط، منشاة المعارف، الإسكندرية 2004.
2. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام– أحكام الالتزام–د ج، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1997.
3. بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، د ج الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2015.
4. وجدي حاطوم، حق الحبس في القانون المدني كوسيلة ضمان غير مباشرة، دراسة مقارنة، د ج، الطبعة الأولى، د د ن، د ب ن، 2007.
5. حسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام– أحكام الالتزام– الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار وائل، عمان– الأردن، .2004
6.ياسين احمد القضاه، الدعوى المباشرة في القانون المدني، د ج، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، .2014
7. محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، د ج، د ط، الدار الجامعية، الإسكندرية، .2000
8. محمد حسن قاسم، مبادئ القانون –المدخل إلى القانون والالتزامات–د ج، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010.

9. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات- أحكام الالتزام- د ج، د ط، دار الهدى، الجزائر، .2010

10. مصطفى محمد الجمال، أحكام الالتزام، د ج، الطبعة الأولى، د د ن، مصر، .2000

11. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام – أحكام الالتزام-،د ج، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، .2003

12. نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، د ج، د ط، دار الهدى، عين مليلة – الجزائر، دس ن .

13. سليمان مرقص، الواضح في شرح القانون المدني في الالتزامات، - أحكام الالتزام-، د ج، الطبعة الثانية، دار الكتب القانونية، مصر، .1992

14. سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والإثبات، د ج، الطبعة الأولى مكتبة الوفاء، الإسكندرية، .2000

15. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام- الإثبات – آثار الالتزام، الجزء الثاني، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1938.

16. عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني- آثار الالتزام-الجزء الثاني، د ط، د د ن، د ب ن، 2007 _.2008

17.عبد الرزاق دربال، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، د ج، د ط، دار العلوم، .2004

18. عبد الرحمان احمد جمعة الحلالشة، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني،- آثار الحق الشخصي، أحكام الالتزام-د ج، الطبعة الأولى، دار وائل، الأردن، .2006

19. عامر محمود الكسواني، أحكام الالتزام، - آثار الحق في القانون المدني- د ج، الطبعة الأولى، دار الثقافة،عمان،2008.

20.عدنان هاشم، جواد الشروفي، الحق في الحبس للضمان، دراسة مقارنة، د ج، الطبعة الأولى، د د ن، د ب ن، 2010.

21.عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، الصورية في ضوء الفقه والقضاء، دج، الطبعة السابعة، د د ن، د ب ن، 2003.

22. عبد القادر الفار، بشار عدنان ملكاوي، أحكام الالتزام – آثار الحق في القانون المدني–، د ج، الطبعة الثالثة عشر، دار الثقافة، عمان، 2011.
23. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، د ج، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
24. شريف احمد الطباخ، الموسوعة القضائية الحديثة في الدعاوى المدنية، دعوى الصورية في ضوء القضاء والفقه، الجزء الخامس، د ط، د د ن، د ب ن، 2012.
25.خليل احمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
26.غازي عبد الرحمان ناجي، الحق في الحبس للضمان، د ج، الطبعة الأولى، دار اليازوري، عمان– الأردن، 2011.

ثالثا: الرسائل و المذكرات

1. ادار عبد الله، الإعسار المدني والإفلاس التجاري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الشركات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة 2016 _2017.
2. جبارة نورة، الدعوى غير المباشرة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص عقود و مسؤولية كلية الحقوق والعلوم الإدارية –بن عكنون–جامعة الجزائر، 2000 _2001.
3. هلال نسرين منى، الضمانات العامة لحماية الدائن في التشريع الجزائري(الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة والحجز التحفظي)،مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، 2016.
4. يوسف فتيحة، دعوى عدم نفاذ تصرف المدين(الدعوى البوليصية)في القانون المدني الجزائري المقارن، بحث للحصول على دبلوم الماجستير في العقود والمسؤولية المدنية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1996.
5. لزرق إيمان شهرزاد، دعوى عدم نفاذ التصرفات(الدعوى البوليصية)–دراسة مقارنة–، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، قسم القانون الخاص، جامعة أكلي محند اولحاج، البويرة، 2018.
6. لزرق بن عودة، وسائل حماية الضمان العام، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة وهران، 2014.

7. لريبي نبية، فيلالي فوزية، غريب بختة، وسائل حماية الضمان العام، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس في الحقوق، كلية العلوم القانونية والإدارية، سعيدة، 2010-2011.
8. رمضان أبو السعود، الدعوى المباشرة، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 1973.
9. تيغرمنت جهيدة، بركان سلوى، الصورية في التعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012 - 2013.

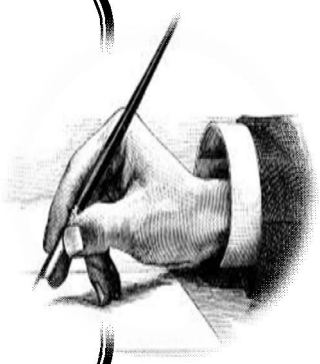
رابعا: المقالات

1. احمد محمد الحوامدة، عيسى غسان الريضي، دور الدعوى المباشرة في المحافظة على حقوق الدائنين، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد 46،العدد01، 2016.
2. اوباجي محمد، الضمان العام ووسائل حمايته، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة2،العدد 14.
3. الجبوري محمد ياسين، الدعوى المباشرة في القانون المدني الأردني، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات،العدد52، السنة السادسة والعشرون، ذوالحجة1433، اكتوبر 2012.
4. لحاق عيسى، الحق في الحبس كوسيلة إجرائية لحماية الضمان العام، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الاغواط، العدد18.
5. لعموري خلوفي، الدعوى المباشرة ضمان غير مسمى، دفاتر السياسة والقانون، العدد19، جوان 2018.
6. عبد الله عبد الكريم عبد الله، الضمانات القانونية لحماية الدائن في القانون المدني القطري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، العدد 27 فيفري 2020.
7. سليمان بن الشريف، التفاضل بين وسائل الضمان، كلية الحقوق والعلوم العلوم السياسية، جامعة باجي مختار – عنابة، العدد35، سبتمبر 2013.

المراجع باللغة الفرنسية

1. J. Flour et jean lue aubert Droit civil les obligations V .Armaud Colin.

فهرس المحتويات



فهرس المحتويات:

الفهرس	الصفحة
شكر وتقدير	
إهداء	
مقدمة	أ- و
الفصل الأول: الوسائل الوقائية لحماية الضمان العام	
تمهيد:	08
المبحث الأول: الدعوى غير المباشرة	09
المطلب الأول: مفهوم الدعوى غير المباشرة	09
الفرع الأول: تعريف الدعوى غير المباشرة	10
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للدعوى غير المباشرة	13
الفرع الثالث : شروط استعمال الدعوى غير المباشرة	13
المطلب الثاني : آثار الدعوى غير المباشرة	21
الفرع الاول: آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة الى المدين	22
الفرع الثاني: آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للخصم (مدين المدين) .	23
الفرع الثالث: آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للدائن وسائر الدائنين	23
المبحث الثاني: الدعوى المباشرة	26
المطلب الاول: مفهوم الدعوى المباشرة	26
الفرع الاول : تعريف الدعوى المباشرة	27
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للدعوى المباشرة	28
الفرع الثالث: شروط استعمال الدعوى المباشرة	29

المطلب الثاني: حالات الدعوى المباشرة وآثارها	32
الفرع الاول : حالات الدعوى المباشرة وتطبيقاتها	33
الفصل الثاني: الوسائل العلاجية لحماية الضمان العام	
تمهيد:	41
المبحث الأول: الدعوى البوليصية (دعوى عدم نفاذ التصرف)	42
المطلب الأول: مفهوم الدعوى البوليصية	42
الفرع الأول: تعريف الدعوى البوليصية	43
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للدعوى البوليصية	44
الفرع الثالث: شروط الدعوى البوليصية	47
المطلب الثاني: آثار الدعوى البوليصية	65
الفرع الاول: آثار الدعوى البوليصية بالنسبة الى الدائن وسائر الدائنين	65
الفرع الثاني: آثار الدعوى البوليصية بالنسبة الى المدين والمتصرف اليه	68
المبحث الثاني: دعوى الصورية	70
المطلب الاول: مفهوم دعوى الصورية	70
الفرع الاول: تعريف دعوى الصورية	70
الفرع الثاني: شروط دعوى الصورية	71
الفرع الثالث: مجال استعمال دعوى الصورية	73
المطلب الثاني: آثار دعوى الصورية وتقادمها	76
الفرع الاول: آثار دعوى الصورية	76
الفرع الثاني : تقادم دعوى الصورية	78
المبحث الثالث : الحق في الحبس	79
المطلب الأول: مفهوم الحق في الحبس	79

الفرع الاول: تعريف الحق في الحبس	80
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للحق في الحبس وشروطه	83
الفرع الثالث: تطبيقات على الحق في الحبس	90
المطلب الثاني: أحكام الحق في الحبس	93
الفرع الاول: اثار الحق في الحبس	93
الفرع الثاني: انقضاء الحق في الحبس	99
الخاتمة	102
قائمة المصادر والمراجع	107
فهرس المحتويات	112

ملخص:

تطرقنا في هذه المذكرة إلى وسائل حماية الضمان العام الذي احتل مكانة جد بارزة ضمن الدراسات القانونية، حيث تتمثل هذه الوسائل في أربع دعاوى هي:

الدعوى غير المباشرة والتي يرفعها الدائن نيابة عن مدينه إذا أهمل هذا الأخير في المطالبة بحقوقه لدى الغير، والدعوى المباشرة يرفعها الدائن باسمه الشخصي على مدين مدينه في حالات محددة ليتمكن بواسطتها من الحصول على حقه مباشرة دون مزاحمة من باقي الدائنين، والدعوى البوليصية ودعوى الصورية وبهما يدفع الدائن عن نفسه غش المدين إذا عمد إلى التصرف في أمواله تصرفا جديا أو صوريا.

إضافة إلى هذه الدعاوى الأربعة هناك وسيلة أخرى أيضا تتمثل في الحق في الحبس، وهو حق خوله القانون للدائن الذي يكون مدينا في نفس الوقت لحبس الشيء لديه حتى يستوفي كامل حقه.

الكلمات المفتاحية: القانون المدني الجزائري/ الضمان العام/ الدائن / المدين

Abstract:

In this memorandum, we discussed the means of protecting the general security, which has occupied a very prominent position within the legal studies, as these means are represented in four lawsuits: In his personal name against a debtor in specific cases, in order for him to be able to obtain his right directly without competition from the rest of the creditors, the police suit and the fictitious lawsuit, in which the creditor pays for himself the debtor's fraud if he deliberately disposes of his money in a serious or fictitious manner. In addition to these four lawsuits, there is another method as well represented in the right to imprisonment, which is a right granted by law to a creditor who is in debt at the same time to confine the thing in his possession until he fulfills his full right.

Key words: Algerian civil law / general security / creditor / debtor

الحمد لله