جامعة قاصدي مرباح – ورقلة
كلية الحقوق و العلوم السياسية

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر LMD

الميدان: الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة حقوق

الفرع: قانون خاص

التخصص: قانون الشركات

مقدمة من قبل الطالب: إيدار عبد الله

تحت عنوان

الإعسار المدني و الإفلاس التجاري

نوقشت و أجزت بتاريخ: .....

أمام اللجنة المناقشة المكونة من السادة:

الدكتورة/ مجوج إنتصار أستاذة محاضرة ب جامعة قاصدي مرباح ورقلة / رئيسا

الدكتورة/ لعجال ياسمينة أستاذة محاضرة أ جامعة قاصدي مرباح ورقلة / مشرفا

الأستاذة/ قدة حبيبة أستاذة مساعدة جامعة قاصدي مرباح ورقلة / مناقشا

الموسم الجامعي : 2017/2016

شكر

الحمد والشكر لله الذي وفقني للإتمام هذه المذكرة وبمناسبة هذه الأخيرة أتقدم بالشكر الجزيل للأستاذة لعجال ياسمينة على كل ما قدمته لي من إرشادات وتوجيهات كما أتقدم بالشكر إلى كل من عزيز الطاهر

عبد القادر و حمزة رعاش على كل ما قدموه لي من تسهيلات وتوجيهات فيما يتعلق بالبحث وإلى كل من ساهم في هذا البحث من قريب أو بعيد.

إهداء

أهدي بحثي إلى اللذان قال الله تعالى فيهما:

(وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَّبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا) والديا الكريمين اللذان تعبا وتألما لأستريح وقدما لي النصح والتوجيه في مساري الدراسي فأرجوا من الله أن يكون هذا العمل ثمرة تعبهما من أجل بلوغ هذه اللحظة لساني يعجز عن الشكر والبيان.

وإلى كل من إخوتي وإلى كل من أقاربي من بدون إستثناء وإلى كل من أصدقائي و الأصدقاء في كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة قاصدي مرباح ورقلة وإلى كل من له حق علينا أوكل أمر تقديره إلى الله عز وجل.

مقدمة:

لقد أغفل المشرع الجزائر النص على موضوع الإعسار المدني، إلا أنه قد ذكره كشرط لقيام بعض الدعاوى التي تكفل للدائنين حماية حقوقهم لدى مدينهم، إلا أن هناك بعض التشريعات نظمت الإعسار المدني وخصت له مواد قانونية، ومن بين هده التشريعات التشريع المصري والتشريع الليبي والتشريع الإسباني، ويعتبر نظام الإعسار نظام وليد، نظرا لقصور الوسائل التي منحت من طرف المشرع، وهي وسائل حماية الضمان العام، و لذلك سنتطرق لدراستها في موضوعنا، وهي بدورها احتلت مكانة بارزه ضمن الدراسات القانونية، لما تحققه هذه الوسائل من حماية للدائنين ومن غش المدين أو اهماله و ما توفره من مساواة بينهم .

فقد كشفت الحياة العملية أن تقصير المدين عمدا أو إهمالا في المحافظة على الضمان العام، وخاصة إذا ساءت حالته المالية، وهذه النتيجة قد لا تصيب طبقة الدائنين وحدهم، وإنما يمتد أثرها إلى الإخلال بنظام الائتمان المدني وتقليص دائرة المعاملات المالية، وفي ضوء هذه الحقيقة كان لبد أن نتحرى الوسائل القانونية المختلفة التي وضعها المشرع، بين يدي الدائن حرصا منه للمحافظة على النظام العام الذي يستوفي منه حقوقه.

ولقد نضم المشرع في القانون المدني وسائل وسطى في هذا الصدد ما بين التحفظية والتنفيذية، فهي ليست قاصرة على مجرد الحفاض على أموال المدين، كما انها لا تؤدي الى استيفاء الدائن لحقه، وتهدف هذه الوسائل جميعها الى ملاقاة ما يمكن أن يتعرض له حق الدائن من خطر، فحق الضمان العام الذي للدائن لا يحول دون تصرف المدين في أمواله، وقد يؤدي التصرف الى الإضرار بالدائنين، ومنه يتضح لنا أن القانون خول للدائن أربعة دعاوى وهي الدعوى المباشرة والدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية والدعوى الصورية.

الأولى الدعوى المباشرة يباشرها الدائن باسمه شخصيا على مدين مدينه في حالات معينة ليحصل على حقه مباشرة دون أن يزحمه باقي الدائنين الأخرين، والثانية الدعوى الغير المباشرة يباشرها الدائن بالنيابة عن مدينه شخصيا إدا أهمل المدين في المطالبة بحقوقه لدى الغير.

أما الثالثة الدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاد التصرف يرفعها الدائن دفعا عن نفسه من غش المدين ادا عمد هدا الأخير الى التصرف في أمواله إضرار بحق دائنيه فيطعن الدائن في هدا التصرف ليجعله غير نافد في حقه.

رابعا وأخيرا الدعوى الصورية، ويدافع بها الدائن عن نفسه نتاج غش المدين إذا اعتمد المدين الى التظاهر بالتصرف في أمواله، لإخراجها من الضمان العام بتصرف صوري مخالف للحقيقة في جميع نواحيها أو بعضها، فيطعن الدائن في هذا التصرف بطريق الصورية حتى يكشف عن حقيقته.

فالدائن بهذه الدعاوى إما أن يبقي ما كاد أن يخرج من دمه مدينه بطريق الدعوى المباشرة أو الدعوى غير المباشرة، وهي وسيلتين وقائيتين وإما أن يعيد ما خرج من ضمانه بطريق الدعوى البوليصة أو الدعوى الصورية وهما وسيلاتان علاجتين.

أهمية الموضوع:

وبناء على ما تقدم، يظهر أن الموضوع دو أهمية بالغة، ليس من الناحية النظرية فقط بل حتى من الناحية العملية ودالك من خلال الوقوف على مدى فعالية هده الوسائل، في توفير الحماية اللازمة للدائنين من خطر نقص أموال المدين وقصورها عن الوفاء بجميع ديونه.

أسباب اختيار الموضوع:

وتختلف أسباب اختيارنا للموضوع منها ما هو ذاتي وأخري موضوعي، فالأسباب الذاتية تتمثل في رغبتنا وميولنا إلى البحث في هذا الموضوع ودراسته بصفة خاصة، وبصفة عامة تزويد المكتبة القانونية ولو بجزء بسيط بدراسة حديثة في هذا الموضوع.

اما الأسباب الموضوعية كون موضوع حماية حقوق الدائنين من إعسار المدين،

الهدف من الدراسة:

أما بخصوص الهدف من دراسة الموضوع فهو التعرف على حماية حقوق الدائنين من إعسار المدين، وكذا محتوياته وتفاصيله، وكيفية تنظيم المشرع الجزائري للموضوع قيد الدراسة.

المنهج المتبع:

وبالنسبة للمنهج المتبع في هذا الموضوع بكثرة هو المنهج التحليلي، لأنه مناسب لطبيعة الموضوع، بالإضافة إلى المنهج الاستدلالي وذلك لتدعيم الأفكار والآراء، كما تم التعرض أحيانا إلى المنهج المقارن لتوضيح المقارنة على مستوى التشريعات الأجنبية.

الإشكالية:

ما مفهوم الإعسار المدني، وماهي الوسائل القانونية التي تكفل حماية حقوق الدائنين؟

وللإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا معالجة هدا الموضوع في فصلين

– الفصل الأول الإعسار المدني في والدي قسم بدوره الى مبحثين تطرقنا في المبحث الأول الى مفهوم الإعسار المدني في التشريعات الحديثة أما المبحث الثاني فقد خصص الى شهر حالة الإعسار.

–أما الفصل الثاني فقد خصصناه للوسائل القانونية لحماية الضمان العام وهو بدرره قسم الى مبحثين عنون الأول بالوسائل الوقائية لحماية الضمان العام أما المبحث الثاني فعنون بالوسائل العلاجية لحماية الضمان العام.

الفصل الأول الإعسار المدني

المبحث الأول: الاعسار المدني في التشريعات الحديثة

المطلب الاول: مفهوم الاعسار في التشريعات الحديثة

الفرع الاول: الاعسار المدني في التشريع السويسري

الفرع الثاني: الاعسار المدني في التشريع الاسباني

المطلب الثاني: الإعسار المدني في القانون المدني الجديد

الفرع الأول: الاعسار الفعلي

الفرع الثاني: الاعسار القانوني

المطلب الثاني: التمييز بين الاعسار المدني والافلاس التجاري

المبحث الثاني: شهر حالة الاعسار

المطلب الأول: شروط شهر الاعسار

الفرع الأول: عدم كفاية الاموال لسداد ديونه المستحقة

الفرع الثاني: وجوب طلب شهر الاعسار وعبء اثباته

الفرع الثالث: سلطة المحكمة ازاء شهر الاعسار

المطلب الثاني: اجراءات دعوى الاعسار

الفرع الاول: المحكمة المختصة بشهر الاعسار

الفرع الثاني: وجوب العلانية لحكم شهر الاعسار

المطلب الثالث: زوال حالة الاعسار

الفرع الاول: انتهاء حالة الإعسار بحكم قضائي

الفرع الثاني: انتهاء حالة الاعسار بقوة القانون

المطلب الثالث: اثار انتهاء حالة الاعسار

خلاصة الفصل الأول:

الفصل الثاني: الوسائل القانونية لحماية الضمان العام

المبحث الأول: الوسائل الوقائية لحماية الضمان العام

الطلب الأول: الدعوى المباشرة

الفرع الأول: تعريف وخصائص الدعوى المباشرة

الفرع الثاني: شروط ممارسة الدعوى المباشرة

المبحث الثاني: الدعوى غير المباشرة

الفرع الأول: تعريف وشروط ممارسة الدعوى غير المباشرة

الفرع الثالث: آثار الدعوى غير المباشرة:

المبحث الثاني: الوسائل العلاجية لحماية الضمان العام

المطلب الأول: الدعوى البولصية

الفرع الأول: تعريف وشروط ممارسة الدعوى البولصية:

الفرع الثاني: آثار الدعوى البولصية

المطلب الثاني: الدعوى الصورية

الفرع الأول: تعريف وأنواع الصورية

الفرع الثالث شروط ممارسة الدعوى الصورية

خلاصة الفصل الثاني:

الفصل الاول

الفصل الأول: الإعسار المدني

لقد أغفل المشرع الجزائري النص على نظام الاعسار في المسائل المدنية، والتي يقابلها في المسائل التجارية نظام الإفلاس، مع أن القانون المدني الجزائري ذكر الاعسار كشرط من شروط رفع الدعوى غير المباشرة، في المادة 189 من القانون المدني الجزائري، وكشرط لرفع الدعوى البوليصية، وهذا ما تم النص عليه في المواد من (191 الى 196 من القانون السابق الذكر) دون التعرض لتعريف الاعسار نفسه، وقد تناولته التشريعات الحديثة كالتشريع الاسباني والسويسري، وتناولته بعض القوانين العربية بالتفصيل، فخصص له القانون المدني المصري ستة عشر مادة من (249 الى 264)، وكذلك فعل القانون السوري والقانون المدني الليبي، لدلك ارتأينا تقسيم هدا الفصل إلى مبحثين:

الإعسار المدني في التشريعات الحديثة (المبحث الأول)

شهر حالة الإعسار (المبحث الثاني)

المبحث الأول: الاعسار المدني في التشريعات الحديثة

نظرا لقصور بعض الأنظمة التشريعية والوسائل الموضوعة من طرف المشرع، لحماية الدائنين من المدين المعسر، استحدثت التشريعات الحديثة وسائل لحماية حق الدائنين منها الدعوى المباشرة وغير المباشرة والدعوى الصورية والدعوى البوليصية، بالإضافة الى الحق في الحبس إلا أنها اثبت عدم قدرتها في حماية حقوق الدائن العادي ضد غش المدين، وذلك لصعوبة تطبيقها وتوفير شروطها، بالإضافة الى السهولة والمرونة للهروب من احكامها، حيث يصعب في كثير من الاحيان اثبات الصورية، أو اهمال المدين في استعمال حقوقه كشرط للدعوى غير المباشرة، او التواطؤ كشرط الدعوى البوليصية، وبالتالي خروج المال من ذمة المدين مما يصعب على الدائن التنفيذ عليه، لدا ذهب المشرع المصري في القانون المدني الى نظام آخر لتحقيق نفس اهداف نظام الافلاس في القانون التجاري، ووضع نظام جديد وهو الاعسار المدني وجعله خاصا لغير التجار، لأنه يشبه كثيرا الافلاس التجاري، الا انه يختلف عليه في بعض الوجوه، حيث تم تنظيم الاعسار والمسائل المدنية من اجل تقديم حماية، وصيه للدائنين من المدين وتجعل من المساواة حقيقة واقعية[1].

وعليه يتفرع هدا المبحث الى مطلبين

مفهوم الإعسار المدني في التشريعات الحديثة (المطلب الأول)

تنظيم الإعسار المدني في القانون المدني الحيث (المطلب الثاني)

المطلب الاول: مفهوم الاعسار في التشريعات الحديثة

قبل تطرقنا الى الاعسار المدني في بعض التشريعات الحديثة، يجب علينا اعطاء ولو مفهوم بسيط لنظام الاعسار.

الاعسار لغة: مأخوذ من كلمة عسر (عسر) الامر وعسارة صعب واشتد ويقال عسر الزمان فهو عسير[2].

ويقال ان العسر او العسرى هي ضيق ذات اليد والعجز عن الوفاء بالدين.

[1]/نبيل إبراهيم ومحمد حسين منصور، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، د. ط، 2002

[2]/ قدري عبد الفتاح الشهاوي، نظرية الحق في الحبس ودعوى الاعسار المدني، ص 113

اما من **الناحية الاصطلاحية:** فان القوانين الحديثة لم تعط تعريفا واضح للإعسار، على خلاف الفقه الذي عرف الإعسار بأنه عدم قدرة المدين على تسديد ديونه، او الاعسار هو من لا يملك مالا لتسديد التزاماته.[1]

وهكذا فان التشريعات الحديثة جاءت مختلفة اختلافا واضحا حول نظام الاعسار، فهناك بعض التشريعات كالنرويج والدنمارك والسويد، لا تمييز بين الافلاس التجاري والاعسار المدني، فتجعل كل من المدين المعسر والتاجر خاضعا لنظام الإفلاس، وعيب هذه التشريعات انها تحمي المدين المعسر، ما تحمله التاجر المفلس مما تعتبر معاملة قاسية ضد المدين المعسر،[2] وهناك بعض التشريعات التي نظمت كل من الافلاس التجاري والاعسار المدني، وسندرس في الفرعين القادمين بعض حالات التشريعات الحديثة حول تنظيم الاعسار المدني.

الفرع الاول: الاعسار المدني في التشريع السويسري

ذهب النظام السويسري او التشريع السويسري الى تنظيم ما يسمى بنظام الافلاس التجاري، الا انه ترك الاعسار المدني دون تنظيم، موكلا ذلك الى اجراءات الحجز المعتادة، كما انه اخضع بعض المدنيين المعسرين الى نظام الافلاس على سبيل الاجبار. وترك الاختيار للبعض الآخر، اي أن الراغب في نضام الافلاس يجب ان يقيد اسمه في سجل خاص، ويظهر عيب هذا النظام كونه لا يزال يترك الاعسار المدني دون تنظيم، واقتصر فقط الى نقل بعض المدينين المعسرين الى نظام الافلاس التجاري، إلا أن هذا النظام لا يتلاءم مع طبيعة المسائل المدنية.[3]

الفرع الثاني: الاعسار المدني في التشريع الاسباني

يعتبر التشريع الاسباني من اهم وانجع التشريعات الحديثة، فيما يخص مسألة الاعسار المدني، فهو ينظم الاعسار المدني تنظيما مستقلا عن الافلاس التجاري، ويسير كل نظام وفق مقتضياته، اذ ان التاجر يخضع الى نظام الافلاس التجاري، بحيث يطمئن دائنيه ويقر المساواة في تصفية امواله تصفية جماعية، يقوم بها المصفى باسم جميع الدائنين، على خلاف المعسر الذي تغل يده على التصرف في أمواله، وهو نظام كفيل بحماية الدائنين، دون ان ترفع يده على أمواله دون ان تتخذ اجراءات جماعية شديدة التعقيد، الا ان النظام الاسباني لا

[1]/ عصام خلف العنزي، تعطل المؤسسات المالية الإسلامية والطرق المقترح لمعالجتها، ص 9
[2]/ حمد محمود خليل، الإفلاس التجاري والإعسار المدني،منشأة العارف الإسكندرية د.طص9
[3] أحمد محمود خليل مرجع سابق ص9

يميز كثيرا بين تنظيم الافلاس التجاري والاعسار المدنين، في حالة التصفية الجماعية وهوما توقاه المشرع المصري، حيث اقتصر في التشريع المدني على الاجراءات الفردية فقط [1]

اما بالنسبة للتشريعات العربية فنجد انها تناولت الاعسار المدني على غرار التشريع المصري والسوري والليبي، وكذلك الشريعة الاسلامية التي نظمت الاعسار، وبرجوعنا الى القانون المدني الجزائري نجده قد أغفل النص على تنظيم الاعسار، واكتفى بذكره كتوطئة لرفع الدعوى الغير المباشرة في المادة (189 ق م ج) وكشرط لرفع الدعوى البوليصية، وذلك في المواد من 191الى غاية المواد 196 دون ان يتعرض الى تعريف الاعسار نفسه وربما يعود دلك لتأثره بالمشرع الفرنسي[2]

المطلب الثاني: الإعسار المدني في القانون المدني الجديد

كما سبق القول فإن بعض التشريعات الحديثة ذهبت الى تنظيم الاعسار المدني والافلاس التجاري تنظيما محكما، ووضعت لكل نظام اجراءاته الخاصة، ولا يمكن ان يبلغ المعسر المدني مبلغ المفلس التجاري نظرا لمراعات الاختلاف مركز المدني المعسر عن المدني التاجر المعلن إفلاسه، وهو ما جعل التشريع الحديث يميز بين نوعين من الاعسار الفعلي والاعسار القانوني ومن خلاله سنقوم بدراسته في فرعين.

الإعسار الفعلي (فرع أول)

الإعسار القانوني (فرع ثاني)

الفرع الأول: الاعسار الفعلي

تعريف: هي حالة واقعية تنشأ من زيادة ديون المدين سواء كانت مستحقة الأداء أو غير مستحقة ما دمت محققة الوجود على حقوقه .[3]

[1] احمد محمود خليل المرجع نفسه ص 10
[2] علي علي سليمان، ضرورة إعادة النضر في القانون المدني الجزائري دوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر 1990ص
[3] أحمد محمود خليل مرجع سابق ص11

أي أنه ذلك الاعسار الذي يجعل المدين المعسر تزيد ديونه على حقوقه، وبالتالي متى زادت ديون المدين جميعها سواء الحالة منها أو المؤجلة، على قيم أمواله وتكون تلك الديون محققة الوجود، فهنا يجب الحكم بشهر الاعسار المدين [1]

الفرع الثاني: الاعسار القانوني

هي حالة قانونية تنشأ عن زيادة ديون المدين المستحقة الأداء على حقوقه، ولا بد من شهرها بموجب حكم قضائي يجعل المدين في حالة إعسار.[2]

أي أن الديون المستحقة الأداء هي وحدها التي يجوز شهرها دون الديون المؤجلة، أي أنه لا يكفي بمجرد نقص حقوق المدين عن ديونه، بل يشترط أيضا أن تكون هذه الحقوق أقل من الديون المستحقة الأداء، أي أقل من جزء معين من مجموع الديون.

ومن هنا نستنتج أن الاعسار الفعلي أوسع نطاقا من الاعسار القانوني فقد يتوفر الأول دون الثاني [3]

المطلب الثالث: التمييز بين الاعسار المدني والافلاس التجاري

بعد تطرقنا في المطلب الأول الى مفهوم الاعسار في التشريعات الحديثة، والمطلب الثاني الى الاعسار في التشريع المدني الحديث، نتطرق في المطلب الثالث الى التمييز بين الاعسار المدني والافلاس التجاري.

أولا: الافلاس حالة خاصة بالمدين التاجر الذي توقف عن دفع ديونه، أما الاعسار حالة خاصة بالمدين غير التاجر، وهي الحالة التي تكون فيها ديون المدين المستحقة الأداء، أكثر من حقوقه فالإفلاس يخضع للقانون التجاري بينما الاعسار يخضع للقانون المدني.

ثانيا: يؤدي الافلاس الى وقف الدعاوى والاجراءات الفردية، ويؤدي الى إئتلاف للدائنين –بقوة القانون– في جماعة تقوم على اتخاذ مصالحهم ووحدة مصيرهم، كما يؤدي الى تحقيق المساواة بينهم في توزيع ثمن الأموال التفليسة، عليهم وفقا لقسمة الغرماء بينما شهر الاعسار لا يحول دونه اتخاذ الدائنين اجراءات فردية ضد المدين

[1] نبيل إبراهيم سعد – محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية د.ط 2002
[2] عصام خلف العنزي، تعثر المؤسسات المالية الإسلامية (نقص السيولة) والطرق المقترحة لمعالجته د.ط ص
[3] نبيل إبراهيم سعد – محمد حسين منصور، أحكام الالتزام مرجع سابق ص

فيجوز لكل دائن –على حساب مصلحته الخاصة –أن يبارد قبل غيره من الدائنين الدعوى، واتخاذ اجراءات ضد المدين لاستفاء حقه ولو ترتب على ذلك حرمان الدائنين الآخرين من حقوقهم كلها أو بعضها، ويكون للدائن في سبيل ذلك الحجز والتنفيذ عليها لكن بالقدر الذي يكفي لاستفاء حقه كاملا .

ثالثا: لا يجوز شهر الإعسار دون تصرف المعسر في أمواله ولو بغير رضى الدائنين أما شهر الافلاس فيؤدي الى غل يد المفلس تماما عن ادارة أمواله والتصرف فيها[1].

رابعا: الافلاس يتحقق بمجرد ثبوت توقف المدين التاجر عن دفع ديونه التجارية الحالة ولو كانت أمواله تزيد هذه الديون، فإذا ما توقف عن دفع ديونه أفلس وان لم يتوقف عن دفع ديونه لم يفلس ولو كان معسرا أما الاعسار فهو حجز المدين عن سداد ديونه.[2]

المبحث الثاني: شهر حالة الاعسار

يكون شهر اعسار المدين عن طريق دعوى الاعسار التي يرفعها في اغلب الاوقات احد الدائنين على المدين المعسر، يطالب فيها بشهر اعسار مدينه، وهذا من اجل غل يده في امواله بطريقة تضره، وكذا من اجل وقف السباق بين سائر الدائنين في التنفيذ على اموال المدين، او من اجل اسقاط اجل حقه، كما يكون الغرض منها منع احد المدينين حقوق اختصاص على عقارات المدين تمكنهم من التقدم في استفاء حقوقهم، وشهر اعسار المدين لبدا من توفر شروط واجراءات لرفع هذه الدعوى، كما ان هناك حالات تؤدي بنا الى انهاء حالة اعسار المدين، وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث الذي قسمناه إلى ثلاثة مطالب

شروط شهر حالة الاعسار (مطلب أول)

إجراءات دعوى الاعسار (مطلب ثاني)

انتهاء حالة الاعسار (مطلب ثالث)

[1] عصام خلف العنزي، مرجع سابق، ص11.
[2] عصام خلف العنزي، مرجع سابق ص11

المطلب الأول: شروط شهر الاعسار

من المعلوم ان الفصل في تحديد إعسار المدين هو عدم كفاية اموال المدين لتسديد ديونه، ففي حالة الاعسار يوجب شهر اعسار المدين المعسر، وهذا الشهر له شروط يجب اتباعها من اجل شهر اعسار المدين، وهو ما سنتطرق اليه في الفرعين الثلاثة القادمة، حيث تناولنا في الفرع الاول عدم كفاية اموال المدين لديونه المستحقة الأداء، اما الفرع الثاني وجوب شهر الاعسار وعبء اثباته والثالث في سلطة المحكمة ازاء شهر الاعسار.

الفرع الاول: عدم كفاية الاموال لسداد ديونه المستحقة

بما ان دعوى الاعسار برفعها أحد الدائنين على المدين المعسر، فلا جدل حول المدعى عليه في الدعوى هو المدين المعسر، وبما ان الاعسار القانوني ليس هو بالضرورة الاعسار الفعلي رغم عدم صدور الحكم برفض شهر الاعسار الا إذا كان حقا.

وبما ان الاعسار القانوني حدد بنص قانوني، فهو قليل الوقوع على خلاف الاعسار الفعلي، إذ ان المشرع لم يجعل توقف المدين عن سداد ديونه قرينة على اعساره،[1] كما ان المشرع لم يقف على الاعسار الفعلي ليجعله قرينة على اعسار المدين، ودالك بان يكون مال المدين لا يكفي بالوفاء بجميع ديونه، وبالتالي لا يكفي لشهر إعسار المدين ان تكون امواله غير كافية للوفاء بجميع ديونه، ولا يكفي ان يتوقف عن دين مستحق الاداء بل يجب ان يكون اشد اعسار من كل ذلك، فاذا كانت امواله كافية للوفاء بالديون المستحقة لن يضع شهر اعساره حق ولو كانت هذه الاموال غير كافية لتسديد جميع ديونه المستحق الاداء وغير مستحقة الأداء، وحتى ولو توقف عن دفع دينه في الحال، وبالتالي نلاحظ ان الاعسار القانوني اضيق وأصغر نطاق عن الاعسار الفعلي، اذا ان المعسر أعسر فعليا ليس بالضرورة ان يكون عسرا اعسارا قانونيا والعكس صحيح.[2]

[1] قدري عبد الفتاح الشهاوي، نظرية الحق في الحبس ودعوى الإعسار المدني، منشأة المعارف الإسكندرية، د.ط. 2002
[2] أحمد محمود خليل، مرجع سابق ص14

الفرع الثاني: وجوب طلب شهر الاعسار وعبء اثباته

لشهر اعسار المدين لابد ان يقوم أحد الدائنين بطلب شهر الاعسار برفعه الى المحكمة المختصة. ولا يمكن لمحكمة او النيابة العامة ان تقوم بدالك من تلقاء نفسها.

وذهب المشروع المصري الى ان المدين المعسر لكي يطلب شهر اعساره، وذلك من اجل ان يثبت حسن نيته وكذلك من ان يستفيد، مما يوفر له نظام الاعسار من مزايا كحصوله على نفقة تقتطع من اراده او تمديد اجل ديونه الغير مستحقة.... الخ.

الا ان الواقع يكون خلاف ذلك، بحيث نرى ان دائني المدين هم من يطلبون شهر اعسار المدين، لأنهم لهم المصلحة في ذلك، خاصة إذا تيقنوا من اعسار المدين ومصلحتهم في ذلك، هي عدم تسديد المدين لأمواله او اصطناع ديون صورية او المبالغة فيها قصد الاضرار بهم او في حالة الخوف من الدائنين.

اما عبء اثبات الاعسار فهو دائما يقع على المدين الذي يطلب شهر الاعسار، ويمكنه ان يثبت ذلك بجميع الطرق، على اعتبار ان الاعسار هو واقعة مادية كما يمكن للمدين ان يتمسك بقرينة عدم دفع المدين إحدى ديونه المستحقة الأداء، فهي تعتبر قرينة على اعساره، وعليه ان يثبت بان امواله كافية لسداد ديونه مستقيلا.[1]

الفرع الثالث: سلطة المحكمة ازاء شهر الاعسار

حتى إذا توفرت الشروط السابقة واثبت عدم كفاية اموال المدين للوفاء بديونه المستقبلية الاداء ورفع ضده طلب لشهر اعساره، الا ان المحكمة ليست مجبرة بان تقضي بشهر اعسار المدين، بل لها السلطة التقديرية الواسعة في دالك اذ ان المحكمة تراعي ظروف المدين، سواء كانت هذه الظروف عامة او خاصة.

اما الظروف العامة كأن تقع ازمة اقتصادية ادت الى اعسار الكثير او الحرب في البلاد او فيضانات.... الخ.

اما الظروف الخاصة التي يجب ان تراعيها المحكمة، فهي تقدير مدى مسؤولية (المدين المعسر) عن الاسباب التي ادت الى اعساره، وهل كان حسن او سيئ النية، كما تدخل في الحساب مصالح دائنيه المشروعة

[1] قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص134

ومدى خبرة المدين بالإضافة الى احتساب موارده المستقبلية، ومدى قدرته الشخصية في امكانية الكسب فيمكن للمحكمة ان تعتمد على ذلك من اجل تفادي شهر اعساره.

وخلاصة القول ان لمحكمة سلطة تقدير ظروف المدين العامة، والخاصة قد تلتمس له الاسباب التي تقيه من الاعسار.[1]

المطلب الثاني: اجراءات دعوى الاعسار

بعد تطرقنا في المطلب الاول الى شروط شهر الاعسار، والتي يجب ان تتوفر حتى يمكننا القول ان المدين معسر، نتطرق في هذا المطلب الى اجراءات دعوى الاعسار، والذي قسمنا الى فرعين فالفرع الاول خصصنا الى المحكمة المختصة بشهر الاعسار اما الفرع الثاني فخصصناه بالعلانية لحكم شهر الاعسار.

الفرع الاول: المحكمة المختصة بشهر الاعسار

على خلاف القضايا المدنية، فإن المحكمة الابتدائية التابعة لموطن المدين المعسر، هي المختصة في الحكم شهر الاعسار، ويجب على المحكمة ان تنظر في دعوى الاعسار على وجه السرعة والحكم الصادر عنها، سواء كان بإعسار المدين او برفضه، هو حكم قابل للطعن بشتى طرق الطعن سواء بالمعارضة او بالاستئناف، وتعتبر هذه الطرق هي الطرق العادية للطعن.

حيث ذهب المشرع المصري الى جعل اجال المعارضة بثمانية أيام، إذا كان الحكم غيابيا وخمسة عشر يوما بالنسبة للاستئناف تحسب من تاريخ اعلان الحكم، وهذ بالرغم من انه لا يجوز المعارضة بالأحكام الصادرة في المواد المستعجلة، ولا في المواد التي بموجب القانون حكم فيها على وجه السرعة، اذ انه استثنى من الاصل حكم شهر الاعسار.[2]

[1] قدري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع نفسه ، ص 136-137
[2] نبيل إبراهيم سعد – محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 206

الفرع الثاني: وجوب العلانية لحكم شهر الاعسار

إذا أصدر حكم من المحكمة المختصة بإعسار المدين فقد حرص المشرع على وجوب ان يحيط هذا الحكم بالعلانية الكافية حتى يعلم به الغير ويبني على اساسه تعامله وكذلك يعلن به دائني المدين من اجل ان يتقدموا في الاشتراك في التنقيد على امواله.[1]

رغم احاطة المشرع بوجوب علانية حكم شهر الاعسار، الا انه حافظ على صمعة المدين المعسر، اذ انه لم يلزم بشهر حكم الاعسار، عن طريق الصحف او المجلات او اللوحات الاعلان بالمحكمة، الا انه مع دالك مصلحة

الدائنين الذين يجب اعلامهم بشهر الاعسار المدين، ودالك اما عن طريق كتابة ضبط المحكمة على مستوى المجلس او المحكمة العليا.[2]

المطلب الثالث: زوال حالة الاعسار

نتطرق في هذا المطلب الى انتهاء حالة الاعسار والكيفية التي تنتهي بها حالة الاعسار، وذلك حتى خلال ثلاث فروع ندرس في الاول انتهاء حالة الاعسار بحكم قضائي اما الثاني ندرس فيه انتهاء حالة الاعسار بقوة القانون ونختم الثالث بأثار انتهاء حالة الاعسار.

الفرع الاول: انتهاء حالة الإعسار بحكم قضائي

يزول اعسار المدين بحالتين اما بقوة القانون او بحكم قضائي وهو ما سنتناوله في هذا الفرع.

حيث تنتهي او تزول حالة الاعسار المدين بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التابعة لموطن المدين وذلك متى زال سبب حكم شهر اعسار ويتحقق ذلك بطريقتين:

اولا: إذا اصبحت ديون المدين لا تتجاوز أمواله، بمعنى اخر ان اموال المدين اصبحت كافية لسداد ديونه سواء المستحقة منها او غير المستحقة، لأن هذه الاخيرة تصبح حالة الاجل بمجرد شهر الاعسار، وتكون زيادة اموال المدين، اما عن طريق ميراث او وصية او نتيجة لنقص ديونه، وذلك لإبراء بعض الدائنين مدينهم.[1]

[1] نبيل إبراهيم سعد – محمد حسين منصور، المرجع نفسه ص 207
[2] أحمد محمود خليل مرجع سابق ص 20

ثانيا: إذا تبت المدين انه قد وفى بجميع ديونه التي كانت حالة وقت طلب انهاء حالة الاعسار سواء كانت هذه الديون حالة وقت شهر الاعسار او بعد دالك لان هذه الديون سيعود اليها الاجل الذي سقط فتصبح غير حالة وقت طلب انتهاء الاعسار وإذا ما تتحقق هذين الشرطين، فان الاعسار لا يزول بقوة القانون وانما يجب ان يصدر حكم قضائي في الإعسار، وهو حكم منشئ لا كاشف اي يقبل الطعن فيه بالطرق المقررة قانونا.

والمدين هنا هو من تكون له المصلحة في انتهاء حالة الاعسار متى تحقق أحد الفرضين، وبالتالي يكون سبب من اجل طلب انهاء حالة الاعسار من المحكمة.

الفرع الثاني: انتهاء حالة الاعسار بقوة القانون

تزول حالة الاعسار بقوة القانون، وبدون الحاجة الى حكم قضائي وذلك بانقضاء خمسة سنوات من تاريخ التأشير على حكم لشهر اعسار المدين، حتى لو كان السبب الذي اشهر الاعسار من اجله لا يزال قائما[2]، وهنا يختلف حالة زوال الاعسار بقوة القانون على حالة زوال الاعسار بحكم قضائي، اذ ان زوال الاعسار بموجب حكم قضائي هو زوال الاعسار، اما الغرض من زوال الاعسار بقوة القانون فهو يرمي الى زوال حالة الاعسار القانوني، ويضل الاعسار الفعلي قائما ويرتب اثاره، والغرض في انهاء الاعسار القانوني بمرور مدة خمسة سنوات، وهو ان هذا الاعسار يغل يد المدين عن التصرف في أمواله، مما قد يلحق به ضرار كبيرا اذا استمر الحال مدة طويلة، ولذلك حاول المشرع التوفيق بين مصلحة المدين ومصلحة الدائنين، فهو قيام حالة الاعسار القانوني على هذه المدة، وهي مدة كافية لكي يتخل الدائنون من الاجراءات الفردية، ما يكفي لهم استفاء حقوقهم.[3]

[1] نبيل إبراهيم سعد – محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 211
[2] نبيل إبراهيم سعد – محمد حسين منصور، المرجع نفسه، ص 213
[3] أحمد محمود خليل، مرجع سابق ص 32

المطلب الثالث: اثار انتهاء حالة الاعسار

لانتهاء حالة الاعسار جملة من الاثار فيما يلي:

1) استعادة المدين حرية التصرف في امواله:

بعد زوال حالة الاعسار فان من اهم اثارها استعادة المدين لحرية التصرف في أمواله، ومن ثمة فان المدين يكون له الحق في التصرف في جميع أمواله، وتنفيذ تصرفاته في حق دائنيه، لكن يبقى للدائنين في ان يباشر الدعوى غير المباشرة او الدعوى البولصية.

كذلك تنقطع النفقة التي تقدرت له إذا ان النفقة لا تبقى الا ببقاء حالة الاعسار القانوني.[1]

2) رجوع الاجل بعد سقوطه:

إذا زالت حالة الاعسار عن المدين زالت اثارها في اسقاط اجل الدين وعاد الدين الى اجله السابق وسنبينه في الحالات التالية:

ا) إذا زال الاعسار بموجب حكم قضائي، فان الديون القانونية والتي كانت اجالها قد سقط بشهر الاعسار فإنها تعود الى اجلها السابق فتصبح ديونا مؤجلة، ولا تحل الا بانقضاء اجلها انقضاء طبيعيا بانقضاء المدة عن طريق سقوط الاجل.

ب) إذا زال الاعسار بحكم قضائي، بسبب كفاية اموال المدين للوفاء بدوينه الحالة منها والمؤجلة، هنا تأخذ الديون صنفين الصنف الاول يحل اجلها واجلا طبيعيا سواء كانت حالة وقت شهر الاعسار، او بعد ذلك بانقضاء الآجال فهذا الدين مستحقة الاداء وعلى المدين الوفاء بها، والا اتخذ الدائنون إجراءات التنفيذ الجبري لاستيفاء حقوقهم من امواله.

[1] أحمد محمود خليل، مرجع سابق، ص 33

اما الصنف الثاني فهي ديون لم يحل اجلها، وانما سقطت بسبب شهر الاعسار فاذ كانت لم توفى، فإنها تعود الى اجالها السابقة، هي ديون مؤجلة وعند انقضاء اجالها يجب على المدين الوفاء بها، ان في الأول لديه من المال ما يكفي له وإذا لم يوفي بها وجب اتخاذ اجراءات التنفيذ الجبري ضده.

ج) إذا زال الاعسار بقوة القانون، اي بانقضاء مدة خمسة سنوات وكان قد وفى بالديون قد حل اجلها، فهنا من حقه ان يطلب ارجاع الآجال السابقة للديون التي تكون اجالها قد سقطت بسبب شهر الاعسار ولم يكن سبق الوفاء بها.[1]

3) خضوع المدين لأحكام دعوى غير المباشرة والدعوى البولصية بعد زوال حالة الإعسار:

– أن المدين الذي زال إعساره بحكم قضائي او بحكم القانون، يعود له التصرف في أمواله يمكن أن يبقى معسرا فعليا وبتالي في هذه الحالة يصبح خاضعا لأحكام الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية.[2]

وبصفة عامة فإنه لا يترتب عن انتهاء حالة الإعسار سواء بحكم القانون أو القضاء حرمان الدائنين من الطعن في تصرفات المدين بالدعوى البولصية أو من استعمال حقوقه بالدعوى غير المباشرة، فيجوز للدائنين أن يستعلموا حقوق مدينهم بعد زوال إعساره القانوني، عن طريق الدعوى غير المباشرة على اعتبار ان الذي يشترط في هذه الدعوى في الإعسار الفعلي دون الإعسار القانوني.

4) يمكن لمن يحصل من الدائنين على حق اختصاص بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار أن يحتج به على من تنشأ ديونهم بعد حالة الإعسار، ذلك انه ابتداء من تاريخ تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا ينفذ أي اختصام يرتب على عقارات المدين في حق دائنيه دوي الديون الثابتة التاريخ، قبل هذا التسجيل حتى تتحقق المساواة بين الدائنين السابقة حقوقهم على تلك الدعوى على نحو يقلل من عناء التزاحم والتدافع.

يكون لحق الاختصاص فيها عدا ذلك جدواه بالنسبة للدائنين من أصحاب الحقوق السابقة على الدعوى فيما لو انتهت حالة الإعسار.[3]

[1] قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص 177-178
[2] قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص178
[3] نبيل إبراهيم سعد – محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 213-214

خلاصة الفصل الأول:

بعد دراستنا للإعسار المدين ولو بالشيء القليل، يمكن القول أن نظام الإعسار المدني واجه العديد من المراحل في مختلف التشريعات الحديثة، حيث نجد أن هناك من التشريعات التي لم تنظمه كالتشريع الفرنسي، وحاد حذفه المشرع الجزائري الذي أشار إليه في بعض مواده لا أكثر، وهناك من التشريعات من تركت الاختيار إلى المدين حول الذهاب إلى نظام الإفلاس أو تركه، إلا أن أهم التشريعات الحديثة هو التشريع الاسباني الذي نظم الإعسار المدني تنظيما دقيقا مغايرا لنظام الإفلاس التجاري، وبالرجوع إلى مفهوم الإعسار المدني نجد انه هو الحالة الواقعية التي تجعل المدين المعسر غير قادر على الوفاء بديونه، كما أن الإعسار المدني هو نوعين إعسار فعلي وإعسار قانوني كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

ورغم تنوعه فان القانون لا يأخذ بالإعسار القانوني، ويترك أثار الإعسار الفعلي لتصرف الدائنين، بالدعوى المباشرة او الدعوى البولصية.

وللإعسار المدني عدة إجراءات قبل الحكم على المدين بإعساره، ويجب توفر شروط شهر الإعسار كعدم كفاية أموال المدين لسداد ديونه وكذا وجوب إثبات إعسار المدين بالإضافة إلى وجوب وجود طلب إعسار المدين من قبل الدائنين أمام المحكمة الابتدائية المختصة، إلا أن هذه المحكمة لها السلطة التقديرية حول إصدار حكم إعسار المدين خاصة بعد مراجعة الضرورة العامة والخاصة، وإذا ما أشهر إعسار المدين بحكم قضائي وجب على المحكمة إعلان ذلك الحكم حتى يستفيد الدائنين من استيفاء حقوقهم.

كما أن الإعسار يمكن أن يزول وتنتهي حالته سواء كان هذا الزوال بحكم قضائي، أو بقوة القانون وفي هذه الحالة فهو يرتب أثار منها رجوع حرية المدين في التصرف في أمواله، وكذا رجوع الأجل بعد سقوطه سواء بقوة القانون أو يطلب من المدين في حالة ما إذا كان زوال الإعسار بقوة القانون، بالإضافة إلى خضوع المدين إلى الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة بعد زوال إعساره.

الفصل الثاني

الفصل الثاني: الوسائل القانونية لحماية الضمان العام

إنه ولضمان حق الدائنين تجاه مدينهم وضع المشرع (ج) جملة من الطرق أو الوسائل للحفاظ على حق الدائنين، وسميت هذه الوسائل أو الطرق بالضمان العام، وإذا ما رجعنا إلى نص المادة 188 من (ق.م.ج) نجد أن المشرع الجزائري جعل أموال المدين ضامن للوفاء بديونه، حيث ذهبت المادة في فقرتها الأولى بقولها "أموال المدين جميعها ضامنة لديونه".[1] كما ذهبت الفقرة الثانية من نفس المادة إلى جعل جميع الدائنين متساوون في الضمان، إذا لم يكن هناك أفضلية لأحد الدائنين طبقا لنصوص القانون المدني، حيث جاء فيها " وفي حالة عدم وجود أفضلية مكتسبة طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون اتجاه هذا الضمان"[2].

ولما جعل المشرع أموال المدين جميعها ضامنة لديونه، وضع في يد الدائن حق الرقابة على جميع تصرفات المدين في أمواله، وذلك من خلال منحه مجموعة من الوسائل لفرض الرقابة، وهذه الوسائل تتمثل في الدعوى البولصية والدعوى الصورية التي هي وسائل علاجية، كما أن هناك دعاوى أخرى وقائية وتتمثل في الدعوى المباشرة والدعوى غير المباشرة، أما الحق في الحبس هو اجراء تحفظي، ولذلك نتطرق في الفصل الثاني إلى الدعاوى التي تكفل حقوق الدائنين.

وعليه يتفرع هذا الفصل إلى مبحثين

الوسائل الوقائية لحماية الضمان العام (المبحث الأول)

الوسائل العلاجية لحماية الضمان العام (المبحث الثاني)

المبحث الأول: الوسائل الوقائية لحماية الضمان العام

– نتطرق في هذا المبحث الى الدعوى المباشرة والدعوى غير المباشرة باعتبارهما وسيلتين وقائيتين يقي بهما الدائن خطر تقصير المدين واهماله في المطالبة بحق له لدى الغير.[3]

[1]/ الأمر رقم75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 19 ماي 2007 الجريدة الرسمية العدد 31 لسنة ، 2007 المادة 188 ف1

[2]/ انظر الفقرة 2 من المادة 188 من الاقنون المدني الجزائري.

[3]/ ماجد راشد محمد، الدعوى المباشرة في العلاقات القانونية غير المباشر دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008

وسنحاول التطرق الى هتين الوسيلتين كافة الجوانب في مطلبين

الدعوى المباشرة (المطلب الأول)

والدعوى غير المباشرة (المطلب الثاني)

المطلب الأول: الدعوى المباشرة

نلاحظ أن الدعوى غير المباشرة هي دعوى قليلة الاستعمال نظرا لفائدتها للدائن الذي يباشرها، وهذا راجع إلى الدائنين مع الدائن الذي يرفع الدعوى، ولهذا اعتمد المشرع في بعض الحالات التي يرى فيها أن يولي الدائن حماية خاصة، إذ أن يجعل هذا الدائن دعوى اخرى هي الدعوى المباشرة، لدلك لابد من التطرق لماهية هذه الدعوى في فرعين

تعريف وخصائص الدعوى المباشرة (الفرع الأول)

شروط ممارسة الدعوى المباشرة (الفرع الثاني)

فرع الأول: تعريف وخصائص الدعوى المباشرة

1) تعريف الدعوى المباشرة:

إن المشرع الجزائري لم يتعرض مثل بقية التشريعات العربية إلى تعريف واضح للدعوى المباشرة، وإنما اقتصر على معالجتها في بعض الحالات التي نظمها بنصوص خاصة، لذلك حاول الفقه اعطاء بعض تعاريف الدعوى المباشرة ومن بينها:

– حيث عرفها البعض " الدعوى المباشرة هي سعي مباشر من الدائن إلى مدين مدينه على نحو يمكنه من الاستئثار وحده دون الدائنين بثمار هذا السعي ".[1]

[1]/ ماجد راشد محمد،مرجع سابق ص 82

–ويعرفها البعضالآخر " بأنها دعوى أو وسيلة قانونية يرفعها الدائن على مدينه يمارس فيها بإسمه ولحسابه الحق الذي يكون لمدينه في ذمة ذلك المدين، دون أن توجد أي علاقة قانونية بين صاحب الدعوى المباشرة و مدين مدينه ".[1]

– والدعوى المباشرة كما ذهب إليها الدكتور خليل أحمد حسين قدادة "فهي دعوى لا تقرر بالاتفاق وإنما بنص تشرعي خاصة على أساس أن الدعوى المباشرة تعتبر استثناء وارد على مبدأ نسبية أثر العقد وهو استثناء لا يتقرر إلا بنص".[2]

– كما عرف الدكتور بالحاج العربي الدعوى المباشرة "بأنها دعوى يرفعها الدائن الذي هو على ذمة مدين مدينه باسمه الشخصي وعلى حسابه الخاص".[3]

ومن خلال التعاريف السابقة الذكر نرى أن مؤدى نظام الدعوى المباشرة هو أن يطالب الدائن بحقه على مدينه من مدين هذا المدين (الدائن)، وذلك بإعتباره أصيل ولحسابه لأنه يستأثر بها وحده ولا يخضع لمزاحمة الدائنين الآخرين.

كما نستنتج من التعاريف السابقة أن الدعوى المباشرة تعتبر خروجا عن القواعد الخاصة من ناحيتين.

* الناحية الأولى تتمثل في خروج الدعوى المباشرة على مبدأ نسبية أثر العقد، إذ بواسطتها يمكن للأجنبي عن العقد والذي لم يكن طرفا فيه أن يطالب أحد المتعاقدين بتنفيذ الالتزام الناشئ لمصلحته، بدلا من الوفاء به للمتعاقدين الآخرين، أي أنه يستفيد وينتفع من عقد لم يكن طرفا فيه.

* أما الناحية الثانية فإن الدعوى المباشرة تعتبر خروجا عن مبدأ المساواة بين الدائنين العاديين، إذ بمقتضاها يتحصل الدائن على امتياز الدين الذي في ذمت مدين المدين، وبالتالي يستطيع الدائن أن يؤمن نفسه من مزاحمة الدائنين الآخرين المزاحمين له، وبالنظر إلى هذه الصفة الاستثنائية للدعوى المباشرة فإنها لا تقرر إلا

[1]/ لزرق بن عودة، وسائل حماية الضمان العام،مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير،جامعة وهران، 2014/2013
[2]/ خليل أحمد قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري أحكام الالتزام، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص63
[3]/ بلحاج العربي، النظرية العامة في القانون المدني الجزائري، (التصرفات القانونية والارادة والمنفردة)، طبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2005، ص234.

بمقتضى نص خاص في القانون،[1] ويرى الفقيه الفرنسي لابيه أن الدعوى المباشرة مؤسسة على فكرة حق الامتياز للدائن.[2]

2) خصائص الدعوى المباشرة:

نظرا لطبيعتها الاستثنائية تتميز الدعوى المباشرة بجملة من الخصائص نوردها فيما يلي:

1) الدعوى المباشرة سعي مباشر للدائن إلى مدين مدينه أي، الدائن هو الذي يسعى ويقوم برفع الدعوى باسمه ولحسابه، دون أن يكون نائبا لمدينه ودون أن يحتاج إلى تدخل مدينه في هذه الدعوى، وهذا خروج عن القاعدة العامة التي تقضي بأن سعي الدائن إلى مدينه يجب أن يتم بطريقة غير المباشرة (الدعوى غير المباشرة).
2) الدعوى المباشرة تعد استثناء على مبدأ نسبية أثر التصرفات القانونية، لأن المدعي في هده الدعوى هو الدائن ويعتبر من الغير بالنسبة للمدعي عليه (مدين الدائن)، ولا توجد علاقة قانونية بينهم (المدعي والمدعي عليه) إذا أن الأصل في العقد أن تنصرف أثاره المتعاقدين وخلفهم العام والخاص.
3) الدعوى المباشرة تحقق للدائن ضمان خاصا تحميه من خطر تعرضه لمزاحمة باقي الدائنين، هذا لأن الدائن في هذه الدعوى يستأثر وحده بفوائدها، لأنه هو من سعى إلى مدين مدينه، لذلك تعتبر هذه الدعوى خروجا عن مبدأ المساواة بين الدائنين والتي تنص عليها القوانين المدنية.
4) الدعوى المباشرة تغل يد المدين في حقه حماية للدائن المباشر أي أنه بمجرد رفع هذه الدعوى تغل يد المدين في حقه قبل مدين المدين، كما يمتنع المدين عن الوفاء بالحق لغير الدائن رافع الدعوى المباشرة، أي أن حق المدين يجمد بين يد المدين لمصلحة الدائن، ولا يجوز له المساس بهذا الحق لا في مقداره ولا في وجوده لا بالوفاء ولا بالمقاصة ولا بالتقادم، ولا يجوز له حجز مال المدين لدى الغير.

5) إن الدعوى المباشرة هي دعوى كاملة أي تتوفر على جميع عناصر الدعوى من خصومة ومرافعات وإصدار حكم ...الخ.

[1]/ بلحاج العربيالمرجع السابق ،ص234، 235

[2]/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام دراسة مقارنة في القوانين العربية، طبعة 2010، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، عين مليلة الجزائر

6) في الدعوى المباشرة يصبح الدائن رافع الدعوى دائنا مباشرا لمدين المدين، وبذلك يصبح هو صاحب الحق الشخصي.[1]

فرع الثاني: شروط ممارسة الدعوى المباشرة

بما ان الدعوى المباشرة مثلها مثل باقي الدعاوى المدنية تتوفر على جملة من الشروط العامة لقبولها، بالإضافة إلى وجود شروط خاصة بها متعلقة بالدعوى المباشرة، وهذا ما سنتناوله في النقطتين القادمتين.

الشروط العامة المتعلقة بالدعوى المباشرة:

إن الدعوى المباشرة هي الدعوى بالمعنى الدقيق أي أنها تتوفر على الشروط العامة كباقي الدعاوى، طبقا لما جاء في نص المادة 13 من (ق إ م إ) على أن " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له الصفة والمصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون "[2]

وقبل أن نلجأ إلى الشروط العامة، للدعوى يجب أن نضع تعريف للدعوى بصفة عامة، فالدعوى كما يراها الفقه القديم والحديث، هي الحق في اللجوء إلى القضاء للحصول على تقرير حق أو لحمايته، ويعرفها أحد الشراح بأنها سلطة االلجوء إلى القضاء بقصد الوصول إلى احترام القانون، وبهذا المعنى يعرفها الفقيه الفرنسي ديجي إذ يقول أنها "حماية لقاعدة مقررة في القانون"[3] ومن المعروف أن كل دعوى تحتوي على ثلاث عناصر وهي: أشخاص الدعوى المحل السبب، أما بالنسبة لأشخاص الدعوى فهم من يوجه الإدعاء باسمهم بناء على ما لهم من صفة بالنسبة للحق، أو بالنسبة للمركز القانوني المدعى، وهما أساسا المدعى والمدعى عليه أما محل الدعوى، وهو ما يطلب المدعي في دعواه، أي ما يطلب القضاء به على المدعى عليه أو في مواجهته.

أما سبب الدعوى فهو الواقعة القانونية أو التصرف القانوني الذي تولد عنه الالتزام أو الحق، فهو الأساس القانوني الذي يبني عليه الطلب، سواء كان هذا السبب يستند إلى عقد ام إرادة منفردة إم يجعل غير مشروع إم نص في القانون.

---

[1]/ ماجد راشد محمد، مرجع سابق، ص85-103

[2]قانون رقم،08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون لإجراءات المدنية الإدارية الجريدة الرسمية رقم 21الؤرخة في 23 فبراير 2008 المادة 13.

[3]/ نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، دار الهدى لطباع والنشر والتوزيع، عين مليلة الجزائر ص 23.

وفيما يخص شروط الدعوى، فإن الفقه والقانون يتفقان على أن هناك شروطا عامة يجب أن تتوفر لقبول الدعوى، وهي أن تستند إلى حق ومصلحة صاحب صفة في رفعها، وألا يكون قد سبق صدور حكم في موضوعها، وهو ما ذهبت إليه المادة (13 من ق إ م إ) السابقة الذكر.

أما إذا تخلفت إحدى الشروط السابقة (الصفة، المصلحة)، فهذا يؤدي إلى انعدام الحق ووجود حق في رفع الدعوى يرادف قيام الصفة القانونية، وبما أن الدعوى المباشرة هي كغيرها من الدعاوى الأخرى تتوفر على الشروط العامة، فسوف نتطرق إلى هذه الشروط العامة ولو بإيجاز.

1- الصفة: الأصل في الدعوى أن ترفع من ذي صفة، وألا كانت غير مقبولة ويرى بعض الفقهاء أن الصفة هي ليست هي المصلحة الشخصية والمباشرة للحكم، بل هي شرط مستقل وتعني السلطة التي بمقتضاها يمارس الشخص الدعوى أمام القضاء، وهي تكون عادة لصاحب الحق المدعي به أو لمن تلقى الحق عنه بأي طريق قانوني، كما تكون للممثل الشخصي لاعتباري ولممثل صاحب الحق أو لمن أحله القانون محله في الادعاء هي تكون النيابة العامة في حالة معينة، وترى أن هذا الرأي يمنح الصفة لممثل صاحب الحق ونشير إلى أن الصفة يعتبرها القانون من النظام العام، فطبقا لنص المادة 13 سالفة الذكر فعن القاضي يشير انعدام الصفة تلقائيا في المدعي أو المدعى عليه، أما الصفة في رأي الفقه الغالب فتكون لصاحب الحق وحده، فصاحب الصفة في الدعوى هو صاحب الحق الذي يراد حمايته المعنى لا يختلف عن منى المصلحة الشخصية[1].

2-المصلحة: المقصود بالمصلحة هي المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية من التجائه للقضاء، فهذه المنفعة هي الدافع لرفع الدعوى، وهي الهدف من تحريكها ويقال عادة في هذه الصدد لا دعوى بغير مصلحة.

فهي الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له بطلباته كلها أو بعضها، فالمصلحة إذا هي الضابط لضمان جدية الدعوى وعدم خروجها عن الغاية التي رسمها القانون لها، وهي وسيلة لحماية الحق فقد ذهب الفقه والقضاء وجزاهما المشرع خاصة في المادة 13 حينما اعتبروا أن المصلحة شرط لرفع الدعوى وقبولها بحيث لا توجد دعوى ولا دفع بغير مصلحة، وكما أن المصلحة شرط لقبول الدعوى، فهي كذلك شرط لقبول أي

[1] – نبيل صقر، مرجع سابق، ص 37-38 .

طلب دفع أو طعن في الحكم، وبالتالي هي شرط لاستمرار قبول الدعوى أمام المحكمة ويجب في المصلحة أن تتوفر على مجموعة من الخصائص وهي:

1-أن تكون المصلحة شخصية مباشرة.

2-أن تكون المصلحة قائمة وحالة بمعنى أن يكون حق رافع الدعوى قد اعتدى عليه بالفعل أو حصل له منازعة وتحقق الضرر الذي يبرز اللجوء إلى القضاء[1].

الشروط الخاصة المتعلقة بالدعوى:

إن الدعوى المباشرة تحتوي على الشروط الخاصة بالإضافة إلى الشروط العامة السابقة الذكر، وهذه الشروط الخاصة لا تقوم الدعوى إلا بتوفرها ويمكننا أن نجملها في النقاط التالية:

1-يشترط رفع الدعوى المباشرة أن يكون الدائن له حق في ذمة مدينه المباشر، وأن يكون هذا الأخير دائن لمدين مدينه، في حدود الحق الذي يطلبه الدائن صاحب الدعوى المباشرة، أي أن هذه الدعوى تقوم وتنقضي تبعا لهذا الحق بمعنى، ذلك أنه متى وجد دين في ذمة المدين، فإن ذلك دائن له حق في رفع الدعوى المباشرة متى توفرت شروطها، أما إذا انقضى هذا الحق بسبب من أسباب سواء كان وفاء أو مقاصة أو اتحاد ذمة أو تقادم، فإن ذلك يؤذي إلى انقضاء الدعوى وزوالها.

2- أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وخالي من النزاع، أي يشترط في حق الدائن حق يتمكن من إقامة دعواه في مواجهة مدين المدين أن يكون ثابتا في الذمة مستحق الأداء فليس الدائن أن يطلب مدينه إذا لم يكن الحق خالا وبالتالي ليس في مقدوره رفع الدعوى المباشرة ضد مدين المدين[2] لأن الدعوة المباشرة تشكل إجراء من إجراءات التنفيذية التي يتخذها الدائن لاستيفاء حقه من أموال المدين الذي يشهر اعساره وبالتالي فهي إجراءات أقوى من الإجراءات التصفية التي تغل يد المدين في التصرفات في ماله.

3- إدخال المؤمن له في الدعوة المباشرة المرفوعة على المؤمن أن القاعدة العامة في الدعوى المباشرة تذهب أن الدائن لا يحتاج إلى إدخال مدينه المباشر في الدعوى إلا أن هناك استثناء عن هذه القاعدة وهو في حالة التأمين من المسؤولية حيث يجب على المتضرر أن يتدخل المؤمن له في الدعوى المرفوعة على المؤمن،

[1] – نبيل صقر ، مرجع سابق، ص 46.

[2] – بوشمال بن عمر، الدعوة المباشرة، مذكرة مقدمة للاستكمال شهادة ليسانس أكاديمي في القانون الخاص، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة 2013/2012، ص 15.

إلا إذا كان هذا الأخير قد أقر بمسؤولية المؤمن له، أو كان قد حكم الأخير قبل رفع الدعوى المباشرة لأن الهدف من هذا الإدخال هو تثبيت مسؤولية المؤمن له وتحديد ذمته، فإن صدر حكم بهذا الشأن أو اعتراف المؤمن بذلك فلا نحتاج إلى هذا الإدخال.

4-تقادم الدعوى المباشرة: إن الدعوى المباشرة مثلها مثل الدعاوى الأخرى تخضع لأحكام التقادم سواء كان هذا ضمن المدة القانونية التي حددها القانون[1].

كما يمكن في الأخير بأنه على الدائن رفع الدعوى على مراعاة اختصاصات المحكمة سواء كان هذا الاختصاص محلي أو نوعي وذلك كشرط لشكلية لقبول الدعوى.

المطلب الثاني: الدعوى غير المباشرة

لما كانت الدعوى المباشرة والدعوة غير المباشرة من الدعاوي التي تدخل ضمن الوسائل الوقائية التي تقي الدائن من إهمال المدين في استعماله لحقوقه وبعد التطرق لدراسة الدعوى المباشرة ارتأيت تخصص المطلب الثاني لدراسة الدعوى غير وعليه يتفرع هذا المطلب الى فرعين

تعريف وشروط ممارسة الدعوى غير المباشرة (الفرع الأول)

أثار الدعوى غير المباشرة (الفرع الثاني)

فرع الأول: تعريف وشروط ممارسة الدعوى غير المباشرة

1) تعريف الدعوى غير المباشرة:

- لم يتعرض المشرع الجزائري إلى تعريف واضح للدعوى غير المباشرة وإنما اقتصر على معالجتها في المادة 189 ق م ج والتي تنص " لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها خاصا للشخصية أو غير قابل للحجز ولا يكون استعمال الدائن لحقوقه مدينه مقبولا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق وأن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسر أو يزيد فيه"[2].

[1] - ماجد راشد محمد، مرجع سابق، ص 107-113.

[2] - ق م ج، المادة 189، مرجع سابق.

كما عرفها بعض الفقهاء على أنها وسيلة وضعها القانون في يد الدائن ليحمي بها حقه في الضمان العام نتيجة تقصير المدين في استعمال بعض حقوقه في الضمان العام، أو المطالبة بها فهدفها حماية الدائن من تقصير المدين، وذلك بأن يباشر الدائن بنفسه حقوق المدين ودعواه نيابة عنه[1].

كما عرفها نبيل إبراهيم سعد ومحمد حسين منصور على أنها الوسيلة التي تهدف إلى حماية الدائنين من تقصير المدين، عن طريق تمكين الدائن من أن يباشر بنفسه حقوق المدين ودعاواه نيابة عنه فإذا كان للمدين مثلا حق في المطالبة استطاع أحد دائنيه أن يقوم بذلك مكانه.

فاستعمال الدائن حقوق مدينه على هذا الوجه يقصد به المحافظة على أموال المدين تمهيدا للتنفيذ عليها، فالدعوى غير المباشرة تعد وسيلة لحماية حق الدائن في الضمان العام من أن ينتقص نتيجة تقاعس المدين عن استعمال بعض حقوقه أو المطالبة بها[2]:

وهناك تعريف أخر للدعوى غير المباشرة هي وسيلة أوجدها القانون للدائن يدافع بها عن نفسه تقاعس للمدين، إذا أهمل هذا الأخير استعمال حقه بنفسه.

وبمعنى أخر هي وسيلة يترتب عن استعمالها أو الدفع بها المحافظة على عناصر الضمان العام أو زيادتها، فكل المدين في استعماله كان الدائن ويباشره بنيابة عنه وذلك وفقا بشروط محدودة ومعيشة[3].

2) شروط ممارسة الدعوى غير المباشرة:

تقوم شروط ممارسة الدعوى غير المباشرة على فكرتين أساسيتين الأولى إهمال المدين لأن هدف الدعوى هو حماية الدائن من تقصير المدين وإهماله.

والفكرة الثانية: المصلحة المشروعة للدائن بالإضافة إلى ضرورة كون الحق الذي يستعمله الدائن يدخل في مجال الدعوى غير المباشرة وهذه الشروط ترجع إلى المدين وأخرى ترجع إلى الدائن.

[1] – محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 125.

[2] – نبيل إبراهيم سعد – محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، ص 109، 110.

[3] – لزرق بن عودة، مرجع سابق، ص 7.

أ) **الشروط التي ترجع إلى المدين:** ونستخلصها من نص المادة 189 (ق م ج) السابقة الذكر:

1- تقصير المدين في استعمال حقه بنفسه: يجب أن يكون المدين مقصرا في عدم استعمال حقه بنفسه، ويستوى أن يكون هذا التقصير نتيجة إهمال أو يكون سكوته عن حقه بقصد الإضرار بدائنيه ويكفى لإثبات تقصير المدين أن يثبت الدائن أن المدين لم يستعمل حقه بنفسه.

وإذا بدأ المدين في استعمال حقه بعد رفع الدائن الدعوى نيابة عنه، وفي هذه الحالة يمتنع على الدائن السير في الدعوى ويترك للمدين اتمامها والسير فيها، وإذا خاف الدائن تواطؤ المدين مع مدينه خصما ثالثا يراقب عمل مدينه[1].

2- اعتبار المدين: لا يكفي إثبات الدائن تقصير المدين في استعمال حقه، ولكن يجب على الدائن أن يثبت أن عدم استعماله المدين لحقه يسبب إعساره أو يزيد من هذا الإعسار وهذا ما نصت عليه المادة 189 (ق م ج) السابقة الذكر.

3- ادخال المدين خصما في الدعوى: لذا شرط شكلي نصت عليه المادة 189 السابقة الذكرفي فقرتها الثانية .

والقانون المدني المصري نص صراحا على أنه لا يشترط إعدارالمدين قبل استعمال الدائن الدعوى غير المباشرة فنصت المادة 235 /2 ق م المصري على أنه لا يشترط إعذار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب إدخاله خصما في الدعوى ونرى نفس الحكم في القانون المدني الجزائري طبقا لنص المادة 2/189 السالفة الذكر[2].

هذا في ما يخص الشروط المتعلقة بالمدين أما الشروط التي ترجع إلى الدائن فهي:

4) الشروط التي ترجع إلى الدائن:

1- وتتخلص هذه الشروط في أن يكون حق الدائن ثابتا أي غير متناع فيه وبذلك يتحقق شروط المصلحة المشروعة فلو كان حقه احتماليا فلا يكون محققا وإذا نازعه خصمه أو من يدعي أنه مدينه في وجود حقه يجب أولا الفصل في هذا التنازع لان ثبوت صفة الدائنة شرط لقبول الدعوى غير المباشرة وهذا الشرط يكفي وحده في

[1] - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 120.

[2] - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 121.

القانون المدني الجزائري والمصري لاستعمال الدعوى غير المباشرة فلا يشترط أن يكون حق الدائن قابلا للتنفيذ أو مستحق الأداء أو معلوم المقدار.

3- ولا يشترط أن يكون حق الدائن معلوم المقدار ما دام أنه حق ثابت ومؤكد ومثاله حق المضرور من فعل غير مشروع، فيجوز له استعمال دعوى مدينه المسؤول دون انتظار لتقدير التعويض.

4- ولا يشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وقد نصت المادة 189 (ق م ج) صراحة على ذلك ومن ثم يجوز للدائن رفع الدعوى غير المباشرة إذا كان حقه معلقا على شرط واقف أو مضافا إلى أجل.

5- ولا يشترط أن يكون حق الدائن سابقا على حق المدين الذي يستعمله الدائن بالدعوى غير المباشرة ذلك أن الضمان العام يدخل فيه أموال المدين جميعا بغض النظر عن تاريخ دخلوها في ذمة المدين.

6- ولا يشترط أن يحصل الدائن على إذن من القضاء بحلوله، محل المدين ذلك أن نيابته عن المدين يستمدها من القانون مباشرة فهو ليس في حاجة إلى أن يستمد نيابته من القضاء[1].

الفرع الثالث: آثار الدعوى غير المباشرة

يستعمل الدائن الدعوى غير المباشرة باسم المدين أي نيابة عنه وذلك بقصد المحافظة على الضمان العام، فالدائن ينوب عن المدين بحكم القانون في استعمال حقوقه وهذه النيابة القانونية مقررة لمصلحة النائب لا لمصلحة الأصيل فهي قاصرة على استعمال الحق دون التصرف فيه وانطلاقا من هذه الفكرة يمكن تحديد آثار الدعوى المباشرة بالنسبة لكافة الأطراف: أولا بالنسبة إلى المدين، ثانيا بالنسبة للخصم أي مدين المدين، ثالثا بالنسبة على الدائن وهو النائب.

أولا: آثار الدعوى بالنسبة للأطراف

أ) يضل المدين محتفظا بحقه حتى بعد أن يستعمله الدائن باسمه، إذ يبقى المدين صاحب الحق وتبقى له سلطاته بشأن هذا الحق كاملة فله أن يتصرف فيه بكافة أنواع التصرفات، فله أن ينقله إلى الغير بمقابل أو على سبيل التبرع، وله كذلك أن يصطلح عليه أو يبرئ مدينه منه فإن فعل ذلك تنتهي الدعوى غير المباشرة ولا يستطيع الدائن أن يعبر على هذه التصرفات إلا من خلال الدعوى البولصية.

[1] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 122-123.

ويستطيع المدين أن يقتضي حقه من مدينه فإذا قام هذا الأخير بالوفاء بالدين للمدين يكون وفاؤه صحيحا ونافذا لذلك يفضل الدائنون اللجوء إلى حجز ما للمدين لدى الغير، بدلا من اللجوء إلى الدعوى غير المباشرة لأن من شأن ذلك الحجر حبس المال المحجوز عن المدين المحجوز عليه[1].

ب) بالنسبة للخصم (مدين المدين):لما كان الدائن يعتبر دائنا عن المدين فإن الخصم في الدعوى يستطيع أن يتمسك بكل الدفوع التي يستطيع التمسك بها ضد المدين نفسه فله أن يمسك بانقضاء الدين بالتقادم أو المقاصة أو الإيواء كما يستطيع أن يتمسك بأوجه البطلان التي تشوب السند التي أنشاء الدين، وخصم الدائن هو مدين المدين[2].

ج) بالنسبة للدائن: الدائن ليس إلا نائبا عن المدين لذلك فإن الحكم الذي يصدر في الدعوى غير المباشرة إنما يصدر للمدين أو عليه وما يحكم به يدخل في الذمة المالية للمدين مباشرة ولا يستفيد منه الدائن إلا باعتباره من أموال المدين الضامنة لسداد ديونه أي الحكم الصادر رغم أنه قد تم بناء على سعي أحد الدائنين إلا أنه يستفيد منه الجميع المدين، وسائر الدائنين.

فالدعوى غير المباشرة لا يستأثر بشخصيتها الدائن الذي باشرها بل تندرج تلك الحصيلة ضمن الضمان العام للدائنين حيث يتقاسمونه فيما بينهم قسمة غرامة لذلك يقل اللجوء من الناحية العملية إلى هذه الدعوى حيث لا يستأثر الدائن الذي يباشرها ويتكبد فيها الكثير من الجهد والنفقات بثمرتها.

ويمكن أن يتفاد الدائن أحيانا هذه النتيجة إذا اتخذ بجانب إجراءات رفع الدعوى إجراءات التنفيذ على ما يحكم به لاستيفاء حقه من قبل أن يتقدم الدائنون الآخرون، أما نتيجة هؤلاء إلى ذلك وهذا ما يحدث غالبا وتقدموا في الوقت المناسب فإنهم يشاركون الدائن في حصيلة التنفيذ ويتقاسمونها فيما بينهم قسمة غرماء[3].

المبحث الثاني: الوسائل العلاجية لحماية الضمان العام

لقد سبقت الإشارة على أن المشرع الجزائري على غرار التشريعات الأجنبية، حاول التخفيف من معانات الدائن في حالة تقاعس المدين أو إهماله وذلك بتوفر عدة وسائل منها الوقائية ومنها العلاجية فخول لدائن ان يباشر بنفسه حقوق مدينه، بنفسه وحقوقه مدينه نيابة عنه بالطريق الدعوى غير المباشرة وبذلك يحافظ على ضمانه العام تمهيدا للتنفيذ عليه مستقبلا أو أن يرفع دعوى مباشرة في حالة مهنية باسمه شخصيا على مدين

[1] – محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2006، مصر 2006، ص 111.

[2] – محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص 125.

[3] –محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق،ص 112–113.

مدينه ويستأثر بثمرة سعيه دون ان يزحمه بقيد الدائنين أو يحجز تحفظيا على أموال مدينه حتى ينفيها في ضمانه العام تمهيدا للتنفيذ عليها واستفاء حقه منها فإذا لم تفلح هذه الوسيلة الوقائية أو تأخر الدائن في استعماله في الوقت المناسب وتصرف المدين في أمواله كلها أو بعضها وكان القصد من وراء هذا التصرف هو الإضرار بالدائن بإنقاص ضمانه العام فسواء كان تصرف المدي حقيقيا أو صوريا، فقد أو جد المشرع وسيلتين علاجيتين يحافظ من خلالهما على ضمانه العام.

فالأولى هي الدعوى الولصية يدافع بها الدائن عن نفسه من غش المدين إذا عمد هذا الأخير إلى الإضرار بدائنه فيطعن الدائن في هذا التعرف ليجعله غيرنا قد في حقه فيرجع المال المتصرف فيه إلى الضمان العام تمهيدا للتنفيذ عليه.

والثانية في الدعوى الصورية ويكشف من خلالها الدائن تصرف المدين إذا تظاهر هذا الأخير بإخراج ماله من الضمان العام فيكشف حقيقته يستغني بذلك المال في الضمان العام[1].

وتبعا لذلك سنخصص المبحث الثاني للوسيلتين العلاجيتين فسوف نتطرق في المطلب الأول إلى الدعوى الصورية بالتعريف بها وشروط ممارسة هاته الدعوى وإلى الآثار المترتبة عن هذه الأخيرة كما سنخصص المطلب الثاني للدعوى الصورية وسوف نتطرق في فروعها إلى التعريف بها وشروط ممارستها كما سنتطرق إلى الآثار المترتبة عن ممارسة هذه الدعوى.

المطلب الأول: الدعوى البولصية

وقد ورد أحكامها في المادة 191 وما يليها من القانون المدني الجزائري وعليه سنتعرض أولا للتعريف بها لتفق عند شروط ممارسة هذه الدعوى والآثار المترتبة على ممارستها.

فرع الأول: تعريف وشروط ممارسة الدعوى البولصية:

1) تعريف الدعوى البوليصية:

هي وسيلة قانونية أقرها المشرع للدائن للطعن في التصرفات الضارة الصادرة من مدينه يطالب بمقتضاها الحكم بعدم نفاذ هذه التصرفات الضارة في حقه، ذلك لأن المدين إذا ساءت حالته المالية فقد يعمد إلى بيع بعض أمواله أو كلها أو إخفاء ثمنها عن دائنيه أو أن يحاجي بعض أقاربه بأن يبيعهم ماله بثمن بخص، أو أن

[1] – لزرق بن عودة، مرجع سابق ، ص 44.

يلجأ إلى مجاملة أحد دائنيه يوفيه دينه كاملا حتى يخرجه من قسمة الغرماء، لذلك كان لابد من ان يكفل القانون للدائنين حقهم بتشريع الدعوى البولصية يدفع من خلالها الدائن غش المدين وتواطؤه إذا اعتمد هذا الأخير إلى التصرف في أمواله إضرار بحقه فطعن في هذا التصرف ليجعله غير نافذ في حقه فيعيد بذلك ما خرج من هذه الأموال إلى الضمان العام.

وتشترك الدعوى البولصية مع الدعوى غير المباشرة في مواجهة مدينا معسرا لذا فالهدف واحد هو المحافظة على أموال المدين، وذلك لتقوية الضمان العام للدائنين.

ولكن في حين أن الدعوى غير المباشرة يقصد منها تأمين الدائن خطرا أكبرا ألا وهو تصرفات المدين التي يجريها إضرارا به كأن يقوم ببيع أمواله بثمن بخص ثم يهرب ما قبض من ثمن فرارا من التنفيذ على المال وترفع الدعوى البولصية باسم الدائن مباشرة وليس باسم المدين كالدعوى غير المباشرة ويقصد بها نفاذ التصرف الضار بالدائن في حقه أي أن التصرف لا يسري في مواجهته أو لا ينصرف إليه أثره[1].

2) **شرط ممارسة الدعوى البولصية:**

ولقد تناول المشرع الجزائري هذه الشروط في المواد من (191 إلى 193 ق م ج) ويقابل هذه النصوص في التقنين المصري المواد من (237 إلى 239) فالشروط منها ما يتعلق بالدائن (الطاعن) وهناك شروط ترجع إلى المدين وأخرى تقتضي رفع دعوى في الميعاد القانوني.

ومن الشروط التي يجب توافرها في حق الدائن شرطان:

الشرط الأول: أن يكون حق الدائن قد قبلا صدور التصرف المطعون فيه.

الشرط الثاني: أن يكون حق الدائن مستحق الأداء: وقد نص على هذا الشرط صراحة القانون المدني الجزائري في المادة (191 ق م إ) وعلى ذلك لا يجوز للدائن الذي لم يحل أجل حقه استعمال الدعوى البولصية وكذلك الأمر إذا كان حق الدائن معلقا على شرط واقف لم يتحقق بعد.

أما في حالة اقتران حق الدائن بشرط فاسخ أو أجل فاسخ فإن الدائن يستطيع استعمال الدعوى البولصية لأنهما لا يمنعان من أن حق الدائن مستحق إلا إذا اشترط القانون في حق الدائن أن يكون مستحق الأداء فمن البديهي أنه يجب أن يكون هذا الحق خاليا من النزاع، فإذا كان حقه متنازعا فيه لا يستطيع استعمال الدعوى البولصية.

[1] – نبيل إبراهيم سعد –محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، 2002، مصر، ص 124.

ونلاحظ أن اشتراط الدين مستحق الأداء وعدم استطاعة الدائن بدين مؤجل استعمال الدعوى البولصية قد يبدو متناقضا مع اشتراط اعذار المدين ونفسر ذلك بقول إن القانون المدني الجزائري كالقانون الفرنسي واللبناني لا يعرف في غير حالة الإفلاس بالنسبة للتاجر نظاما جماعيا في حالة اعتبار المدين غير التاجر.

فالحكم بشهر الإفلاس يترتب عليه سقوط أجال الديون بقوة القانون فتصبح جميعها مستحقة الأداء (المادة 211 /1 ق م ج)، أما إذا كان المدين غير تاجر فإنه يلتزم رفع الأمر إلى القضاء ليتحقق من وجود الاعتبار وذلك نظرا لعدم وجود نظام الاعسار وشهره في القانون الجزائري.

ولهذا نرى أن شرط استحقاق الذين عديم الجدوى من الناحية العملية، إذا يستطيع الدائن بعد إثبات إعسار مدينه أن يطلب من المحكمة اسقاط الأجل فيتوفر له عندئذ ما يشترط لرفع الدعوى البولصية من كون الحق مستحقا الأداء[1].

ب) الشروط التي ترجع إلى المدين: وتنقسم هذه الشروط إلى شرطين الشرط الأول هو وقوع حالة الإعسار أما الشرط الثاني هو نية الإضرار أو الغش.

1) شرط الإعسار: وهنا على الدائن أن يثبت أمرين وهما:

– أن التصرف المطعون فيه قد تسبب في إعسار أو زاد في إعساره.

والأمر الثاني هو أن حالة الإعسار مازالت قائمة وقت رفع الدعوى.

– أولا يشترط أن يكون التصرف المطعون قد أدى إلى إعسار المدين أو زاد في إعساره حتى يتسبب في الإضرار بالدائن وعلى ذلك إذا كان المدين مؤشرا وقت إبرامه التصرف ولم يترتب عليه إعساره فلا يجوز للدائن استعمال الدعوى البولصية حتى لو طرأت حالة الإعسار للمدين بعد ذلك.

والمقصود بالإعسار في الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة أيضا هو الاعتبار الفعلي وقد نص القانون المدني الجزائري في المادة 193 على أنه يكفي أن يثبت الدائن مقدار ما في ذمة المدين من ديون وعلى المدني إثبات أن له مالا يساوي قيمة هذه الديون أو يزيد عليها وفي ذلك تخفيف عن الدائن من عبأ إثبات الاعسار.

[1] – محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 145–146.

* ويشترط ثانيا أن تضل حالة الإعسار قائمة حتى وقت الدعوى فإن أصبح المدين مؤشرا كما لو حصل على صفقة رابحة من عقد أو تلقي ميراث أو وصية فلا يحق للدائن الطعن في التصرف إذا أن مصلحته قد انتفت ومن المعروف أنه لا دعوى بلا مصلحة.

2) شرط الغش أو قصد الإضرار:

ولما كان إثبات نية الإضرار من الأمور الشاقة على الدائنين فقد قررت الإدارة التشريعية تيسيرا على الدائنين أنه يكفي لاعتبار التصرف منطويا على غش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالما أنه معبر (المادة 192 ق م ج) على أن هذه القرينة غير قاطعة فيجوز للمدين بالرغم من علمه باعتباره إلا أنه لم يقصد الإضرار بالدائن فكان تصرفه لا يستهدف ذلك ويثبت أن الباعث على تصرفه كان أمرا أخرا كحصوله على ما يقوم بحاجات معيشته أو صيانة زراعية أو صناعية فإذا ما أثبت ذلك أمتنع على الدائن الطعن بالدعوة البولصية.

على أن القانون اشترط بها أن يكون الغش من جانب التصرف إليه ، وقرر أنه يكفي على المتصرف علم المتصرف إليه بأن المدين في حالة إعسار حتى يعتبر ذلك غشا من جانبه، وعلى الدائن إثبات هذا العلم ،وتنص على ذلك المادة 2/192 بقولها (كما يعتبر در له التصرف عالما بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين في حالة عسر)[1].

أما إذا كان التصرف الذي قام به المدين تبرعا فلا يشترط الغش سواء من المدين أو من جانب المتصرف إليه فالتبرعات لا يحتج بها على الدائن ويمكن تلخيص شرط الغش فيما يلي:

1) يشترط للطعن في المعاوضات أن يكون ثمة غش من المدين ومن المتصرف إليه.

2) أما بالنسبة للتبرعات كالهبة فإنه لا ينفذ في حق الدائن حق ولو كان المتبرع له حسن النية ونصت المادة 192 فقرة 3 " أما إذا كان التصرف الذي قام به المدين تبرعا فإنه لا يحتج به على الدائن ولو كان المتبرع له حسن النية "[2]. ونحن نرى أيضا أن التصرف تبرعا لا ينفذ في حق الدائن ولو ثبت أن المدين يرتكب غشا.

[1] –الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني المادة 192 فقرة 2.

[2] – الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني المادة 192 فقرة 3.

كما أن المتبرع له قد تلقى حقا دون مقابل فإذا تعارض حقه مع الدائن الذي يسعى إلى درء ضررا صابه من التعرف كان حق الدائن أولى بالرعاية.

أما عن خلف المتصرف إليه: إذا تصرف المتصرف إليه (الخلف) إلى شخص ثالث فهل يجوز في هذه الحالة استعمال الدعوى البولصية ضده؟

– نص القانون المدني الجزائري على هذه الحالة في الفقرة الثالثة من المادة 192 السابقة الذكر ويمكن تلخيص الحكم في هذه الحالة كما يلي:

1) إذا كان المدين قد تصرف إلى الخلف الأول (المتصرف إليه) تبرعا فإنه يلتزم في هذه الحالة أن يكون الخلف الثاني الذي تلقى المال بعوض على علم باعتبار المدين وقت صدور تبرعا للمتصرف إليه (الخلف الأول).

2) إذا كان المدين قد تصرف إلى الخلف الأول (المتصرف إليه) بعوض فإنه في هذه الحالة يجب أن يكون كل من المتصرف إليه وخلفه (الخلف الثاني) للمدين على علم بغش المدين أي الخلف الثاني يكون سيء النية.

3) إذا كان تصرف المدين إلى الخلف الأول تبرعا، وتصرف هذا إلى الخلف الثاني تبرعا كذلك فلا يشترط غش المدين أو المتصرف إليه الأول أو المتصرف إليه الثاني.

ج) وجوب رفع الدعوى في الميعاد: تنص المادة (197 من ق م ج) على أنه "تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه"[1].

ويتضح من نص المادة أن الإرادة التشريعية جعلت لتقادم دعوى البوليصية أو عدم نفاذ التصرف مدة قصيرة رغبة منها في ألا يصل مصير التصرف معلقا لمدة طويلة وهذه المدة وهي ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ العلم بسبب عدم نفاذ التصرف، لا من تاريخ العلم بالتصرف فقد يعلم الدائن بالتصرف ولكن لا يعلم بالأسباب التي تتبع عدم نفاده، كإعسار المدين وغش خلفه على حسب الأحوال وفي جميع الأحوال تسقط الدعوى بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ التصرف سواء لم يعلم الدائن بصدور التصرف أو بسبب عدم نفاده[2].

[1] – القانون المدني الجزائري المادة 197.

[2] – محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 151.

الفرع الثاني: آثار الدعوى البولصية

أ) آثار الدعوى البولصية بالنسبة إلى الدائن:

* **سقوط الدعوى إذا لم تعد للدائن مصلحة:** أثر الدعوى البولصية هي تعويض الدائن عن الضرر الذي أصابه من جراء التصرف المطعون فيه وذلك بتقرير عدم نفاد التصرف في مواجهته وعلى ذلك فإن المتصرف إليه يستطيع أن يتخلص من الحكم في الدعوى بإحدى الطريقتين:

1- إذا أدى المتصرف إليه إلى الدائن (رفع دعوى) ما هو مستحق له في ذمة المدين كما يسقط حق الدائن في رفع الدعوى أيضا إذا قام بنفسه بالوفاء الدين.

2- أو إذا أودع إليه ثمن المثل الشيء الذي كسبه الخزانة المادة 195 القانون المدني الجزائري.

* **عدم نفاد التصرف في حق الدائن:** إذا لم يستوف الدائن حقه بعد رفع الدعوى ولم يودع المتصرف إليه ثمن المثل بالخزانة فيحكم بعد نفاد التصرف في مواجهة الدائن رافع الدعوى وبالنسبة للجميع الدائنين الاخرين فيعتبر هذا التصرف كأنه لم يوجد أصلا المادة (194ق م ج).

وعلى ذلك إذا كان تصرف المدين في صورة إخراج مال من ذمته كبيع أو هبة على هذا المال دون استطاعة دائني المتصرف إليه مزاحمتهم في هذا المال أما إذا كان التصرف من التصرفات التي تزيد من ديون المدين عقد قرض مثلا فإن المقرض يبقى دائنا للمدين لكن لا يستطيع مزاحمة الدائنين الذي صدر لصالحهم الحكم في التنفيذ على أموال المدين ولكن له أن ينفذ على ما قد يتبقى من أموال بعد استيفاء الدائنين الذين لم ينفذ التصرف في مواجهتهم لحقوقهم.

* **حق الدائن في التعويض:** قد يحدث في أحوال كثيرة أن الدائن لا يستطيع التوصل إلى إعادة المال الذي خرج من ذمة الدين إلى ضمانة العام كما في حالة وجود المال في يده من اكتسبه بعوض بحسن نية وكذلك إذا ما انتقل هذا المال إلى متصرف إليه وكان قد تلقاه بعوص وبحسن نية وفي هذا الحالة لا شك أن الدائن قد أصابه ضرر من تصرفات مدينه بسوء نية.

ويستطيع الدائن عندئذ أن يطالب المدين بالتعويض عن الفعل الضار غير المشروع ،وكذا المتصرف إليه إذا كان سيء النية، يكون مسؤولا عن الضرر الذي أصاب الدائن وجه التضامن مع الدين لاشتراكهما في الفعل غير المشروع، وهذا تطبيق لقواعد المسؤولية التقصيرية، وفي هذه الحالة لا نكون بصدد دعوىبولصية بل بصدد دعوى مسؤولية مدنية، وبالفعل فإن الدعوى البولصية كانت تهدف –في أول تطورت – الى مسؤولية المدعى

عليه على اعتبار أنه ارتكب جريمة غش الدائنين، ثم تطورت من دعوى مسؤولية إلى دعوى رد ، أي دعوى بعدم نفاد التصرف[1].

ب) آثار الدعوى البولصية بالنسبة إلى المدين المتصرف إليه:

التصرف يبقى صحيحا بين المتعاقدين: سبق القول إن الدعوى البولصية لا تؤدي إلى إبطال التصرفات فهو يبقى صحيحا بين الطرفين، مع عدم نفاده في حق الدائن ويترتب على نفاذ التصرف في حق الدائن ويترتب على نفاد التصرف بين المتعاقدين ما يلي:

1) إذا بقي من ثمن الشيء التصرف شيء بعد التنفيذ هذا الباقي يكون من حق المتصرف إليه (المشتري من المدين مثلا) لا من حق المدين، ويلتزم في مقابل ذلك التزاماته، كالتزام المشتري بدفع الثمن.

2) يحق للمتصرف إليه أن يرجع على المدين بالدعوى الناشئة عن العقد فله أن يطلب الفسخ لعدم تنفيذ المدين للعقد وله أن يطلب التنفيذ بمقابل (التعويض) فإذا كان التصرف بيعا مثلا فالمتصرف إليه (المشتري) وقد تم نزع المبيع من تحت يده بمقتضى الحكم في الدعوى يستطيع الرجوع إلى المدين بدعوى ضمان الاستحقاق الناشئة عن عقد البيع وإذا كان المدين مشتريا فالمتصرف إليه (البائع) يستطيع الفسخ لعدم استيفائه الثمن من المدين المشتري ويشتري العين المبيعة.

3) إذا أوفى المتصرف بحق الدائن فله أن يرجع على المتصرف المدين بدعوة الاثراء بلا سبب[2].

المطلب الثاني: الدعوى الصورية

– قد يقوم المدين بإبرام بعض التصرفات الصورية التي لا وجود لها في الحقيقة بهدف تهريب أمواله عن الضمان العام ومثال ذلك أن يتفق المدين مع شخص أخرى أن يظهر بمظهر المشتري لأحد أمواله هنا يظل المدين البائع محتفظا بملكية المبيع لأن البيع الظاهر ليس إلا تصرفا صوريا وبقصد من هذا البيع الإضرار بدائنيه ومن هنا يستوجب على أحد الدائنين أو كلهم رفع دعوى تكفل لهم حماية حقوقهم هي الدعوى الصورية، إذن ما لمقصود بالصورية؟ وما هي أنواعها؟ وما هي شروط الدعوى الصورية.

وسنتطرق لكل عناصر هذه الأخيرة:

[1] – محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 156، 157.

[2] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 157، 158.

تعريف وأنواع الصورية (الفرع الأول)

شروط الدعوى الصورية (الفرع الثاني)

ولقد أوردت الإرادة التشريعية أحكام الدعوى الصورية في التقنين المدني الجزائري في المادتين 198، 199 والتي تنص 198 "إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية أن يتمسكون بالعقد الصوري".

والمادة 199 من القانون السالف الذكر أن "إذا أخفى المتعاقدين عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي"[1].

الفرع الأول: تعريف وأنواع الصورية

1) تعريف الصورية:

تتمثل الصورية في اتخاذ مظهر كاذب عند إجراء تصرف قانوني فهو موقف ظاهر غير حقيقي يستر موقفا خفيا فإذا كنا بصدد عقد نجد هناك عقدين: عقد ظاهر وهو العقد الصوري وأخر مستتر وهو العقد الحقيقي ويطلق عليه ورقة الضد[2].

كما يتضح من النصين السابقين أن المشرع الجزائري لم يتعرض لتعريف دعوى الصورية ولم يضع لها نظرية عامة خاصة به، بل لم يخصص لها بابا خاصا بجمع أحكامها ووضعها في الفصل الثالث من الباب الثاني تحت عنوان ضمان حقوق الدائنين ووسائل التنفيذ في الجانب المتعلق بأثار الالتزام ولذلك فلا مناص من تتبع اجتهاد الفقه في تعريفه الصورية بأنها اتفاق بين طرفي التصرف القانوني على اصطناع وضع ظاهري يحظى وراءه حقيقة العلاقة القائمة بينهما وهي على هذا النحو تفترض قيام تصرف ظاهري واتفاق مستتر يكون من شأنه إما محور كل أثر للتصرف الظاهر واما تعديل بعض أحكامه ويتبين لتحقيق الصورية أن تتوفر على الأقل معاصرة ذهنية بين التصرف الظاهر والاتفاق المستتر وإلا كنا بصدد اتفاق جدي تعدلت أحكامه باتفاق لاحق[3].

2) أنواع الصورية:

[1] – القانون المدني الجزائري المادة 199.

[2] – محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 146.

[3] – لزرق بن عودة، مرجع سابق، ص 132.

وتنقسم إلى ثلاثة أنواع يتم عرضها كالتالي:

1) الصورية المطلقة: وفيها يكون العقد الظاهر صوريا بحثا مجرد مظهر لا وجود له في الحقيقة فالصورية تنصب على وجود التصرف، لأن المتعاقدين لم يقصد بالتصرف الظاهر أن يترتب عليه أثار قانونية.

ومثال ذلك أن المدين المهدد بالحجز على أمواله يقدم بيعها لأحد أقاربه ويتفق أن البيع هو صوري محض وأن المدين هو صوري محض وأن هذه الأموال مازالت ملكه.

2) الصورية النسبية: وتنقسم بدورها إلى ثلاثة إما تكون بطريق التستر أو بطريق المضادة أو بطريق التسخير.

أ) الصورية بطريقة التستر: ويكون الهدف منها إخفاء الهيبة في صورة عقد بيع ويكون العقد الصوري هو بيع أما العقد الحقيقي فهو هبة والقصد في هذه الحالة هو التهرب من الأحكام الرسمية التي يجب توافرها في الهبة.

ب) الصورية بطريقة المضادة: هي تنصب عن شرط من شروط التعريف أو ركن من أركانه كما إذا ذكر في عقد البيع ثمن أعلى من الثمن الحقيقي حتى يمتنع على الشفيع الأخذ بالشفعة أو أقل من الثمن الحقيقي تهربا من رسوم العقار ونجد أن المتعاقدين في هذه الحالة يحتفظا بعقد مستتر (وهي ورقة الضد) يثبتان فيه الثمن الحقيقي[1].

ج) الصورية بطريقة التستر: ويكون القصد إخفاء أحد طرفي التصرف وراء شخص أخر لأن القانون يمنع شخصا لصفته إبرام تصرفات معينة وقد نص القانون على حالات كثيرة من هذه الصورية منها ما نصت عليه المادة (402 ق م ج) " لا يجوز للقضاة ولا للأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا للمدافعين القضائيين ولا للموثقين ولا لكتاب الضبط أن يشتروا بأنفسهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلا "[2].

[1] – محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 161، 162.

[2] – الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المادة 402.

ومنها ما نص عليه المادة 403 من (ق م ج) على أنه لا يجوز للمحامين ولا للمدافعين القضائيين أن يتعاملوا مع موكليهم في الحقيقة المتنازع فيها، سواء كان التعامل بأسمائهم أو بأسماء مستعارة إذا كانوا هم الذين تولوا الدفاع عنها وإلا كانت المعاملة باطلة[1].

الفرع الثالث شروط الدعوى الصورية

يشترط لقبول دعوى صورية أن تكون بصدد صورية طبقا لما أوردناه سابقا ويتحقق ذلك بالشروط الآتية:

1) أن يوجد عقدان أو موقفان أحدهما ظاهر أو صوري والآخر مستتر أو خفي اتحدا فيهما الطرفان والموضوع.

2) اتجاه إرادة المتعاقدين إلى إخفاء العلاقة الحقيقية أو جانب منها وراء العقد الظاهر.

3) أن يتعاصر العقدان بأن يصدرا معا في وقت واحد، والعبرة في هذا بالمعاصرة الذهنية، فهي تعتبر متحققة إذا اتفق على الصورية وقت إبرام العقد الأول حتى لو حررت ورقة الضد في تاريخ لاحق.

كما تختلف شروط الصورية عن شروط الدعوى البولصية في:

1) أن يكون حق الدائن ثابتا أي خاليا من النزاع ولا يشترط أن يكون هذا الحق مستحق الأداء إذا أن للدائن مصلحة برغم هدم حلول أجل حقه ولذلك يجوز لمن كان دينه مؤجلا أو معلقا على شرط أن يطعن بدعوى الصورية.

2) لا يشترط أن يثبت الدائن قصد المدين في الأضرار به لأنه يطلب تقرير الحقيقة والكشف عن صورية التصرف.

3) ولا يشترط أن يكون تصرف المدين سبب إعساره أو زاد في هذا الإعسار لأن الصورية لا علاقة لها بإعسار المدين بل هدف الدعوى الكشف عن الواقع غير أن هذا مقبول من الناحية النظرية فقط أما إذا كانت لدى المدين أموال تكفي الوفاء بدينه فلا يكون للدائن مصلحة في الطعن في تصرف مدينه بدعوى الهوية[2].

[1] – الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني المادة 403.

[2] – محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 163، 164.

خلاصة الفصل الثاني:

في خاتمة الفصل الثاني نشير إلى أننا تطرقنا إلى مجموعة الوسائل التي منحها المشرع إلى الدائن ليحمي حقه لدى دائنيه وتسمى بوسائل الضمان العام والذي احتل مكانة بارزة ضمن الدراسات القانونية وتتمثل هذه الوسائل في أربع دعاوى وهي الدعوى المباشرة يرفعها الدائن باسمه شخصيا على مدين مدينه في حالات معينة ليحصل على حقه مباشرة دون ان يزحمه باقي الدائنين والدعوى غير المباشرة والتي يباشرها الدائن بالنيابة عن مدينه إذا أهمل المدين في المطالبة بحقوقه لدى الغير والدعوى البولصية والدعوى الصورية يدافع بها الدائن عن نفسه غش المدين إذا عمد هذا الأخير إلى التصرف في أمواله بتصرف جدي أو صوري كل هذه الوسائل التي منحها المشرع للدائن حصرها المشرع في القانون المدني الجزائري في الباب الثالث من المواد 188 إلى 199.

الخاتمة

الخاتمة:

بعد تطرقنا لموضوع حماية حقوق الدائنين من إعسار المدين، يتبين لنا أن المشرع الجزائري قد أغفل النص على تنظيم هدا الأخير رغم أن التشريعات قد تناولته، فالتشريع الإسباني قد نظمه واتخذ فيه نضام التصفية الجماعية مثله مثل الإفلاس التجاري.

أما بالنسبة للنظام السويسري قد ترك الإعسار دون تنظيم، وأنه قد أخضع المدينين المعسرين إلى نظام الإفلاس التجاري على سبيل الإجبار وترك الاختيار للبعض الأخر أي أنه من أراد أن يطبق عليه نظام الإفلاس فعليه أن يسجل اسمه في سجل خاص.

وبالنسبة للمشرع المصري نجده قد نظم الإعسار المدني وصنفه الى إعسار فعلي وإعسار قانوني

بالنسبة للإعسار الفعلي فهو لأوسع نطاق من الإعسار القانوني أما الإعسار القانوني لا يتحقق إلا بصدور حكم، ويتم دلك برفع دعوى من أحد مديني المدين المعسر يطلب فبها شهر إعساره وتتم وفق إجراءات الشهر المقررة قانونا، مع العلم أن للمحكمة السلطة التقديرية في شهر هدا الأخير.

كما يتبين لنا ومن خلال دراستنا للموضوع أن المشرع الجزائري في القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية وبعض التشريعات المقارنة نتوصل الى مجموعة من النتائج يمكن تلخيصها في النقاط التالية

أولا بالنسبة للدعوى المباشرة:

-إدا كان قصور الد عوى غير المباشرة أكثر وضوحا في عدة حالات، فإن من شأن الدعوى المباشرة أن توفر للدائن المزايا الأتية

-إنها تجعل الدائن يستمد حقه قبل مدين مدينه مباشرة من نص القانون في كل حالة على حدي، ويترتب على دالك أنه لا يجوز للمدعى عليه أن يتمسك قبل المدعي (الدائن) الدفوع التي يكون له أن يتمسك بها ضد المدين، فلا يجوز لمدين المدين أن يدافعها بالمقاصة بين ما عليه من دين وما له من حق قبل المدين.

-يرفع الدائن الدعوى بإسمه شخصيا لا بالنيابة عن مدينه في استعمالها أن يكون المدين معسرا

أن الحكم الصادر فيها يجعل المحكوم به حق خالصا للدائن لوحده دون أن يزحمه بقية دائني المدين

- وتخول هده الدعوى للدائن حق مباشرا قبل مدين مدينه، وبموجبها يمتنع عن مدين المدين أن يبقي بهدا الحق إلى المدين.

ثانيا بالنسبة للدعوى غير المباشرة:

نستنتج أن حق استعمال الدعوى غير المباشرة مقرر لكل دائن ثبت له حق دائنة قبل شخص أخر أيا كان مصدر هدا الحق شريطة ألا يكون الحق المهمل متصلا بشخص المدين أو غبر قابل للحجر وأن يكون متعلقا بالحقوق المالية أما من حيث الشكل، فيجب أن ترفع الدعوى باسم المدين مع ضرورة إدخاله في الخصام ويترتب على دلك:

-أن المدين في أثناء الدعوى هو صاحب الحق المطالب به فيهاو أنه يجوز له وفق للرأي الراجح أن يتصرف فيه فينفد هدا التصرف في حق الدائن وقد يؤدي دلك إلى تصير الدعوى غير ذات الموضوع

-أن الدائن رافع الدعوى يكون فيها بصفة نائب عن مدينه نيابة قانونية، وعلى ذلك فإن المدين إذا تولى الدعوى بنفسه بإجراء الدعوى، وجب على الدائن أن يتخلى له عنها، ولو لم يكن له إلا أن يبقى فيها كخصم ثالث ليراقب مسلك المدين ويحافظ على مصلحته.

-انه يجوز للمدعى عليه أن يتمسك قبل رافع الدعوى غير المباشرة (الدائن) بكافة الدفوع التي يجوز له أن يتمسك بها ضد المدين.

-أنه حتى بعد نجاح الدائن في الدعوى، فأنه لا يستفيد منها لنفسه، بل أن الحكم يصدر لمصلحة المدين ويدخل المحكوم به في الذمة المالية للمدين، فيزاحم الدائن رافع الدعوى مع غيره من الدائنين في الاستفادة من قيمة المحكوم به فتتضاءل هده الفائدة كلما كثرت ديون المدين، من هنا يظهر جليا ان هده الدعوى تكاد لا تخول لرافعها فائدة تذكر.

-ومن هنا كان من الفروض أن المشرع الجزائري أن يعيد النضر في المواد المنضمة لهدها لدعوى بطرية تكفل حقوق الدائنين في المحافظة على ضمانهم العام بأن يجعل الدائن رافع الدعوى غير المباشرة متعلقا بالحق الدي يستعمله باسم مدينه الحاجز بالمال المحجوز عليه تحت يد الغير.

ثالثا بالنسبة للدعوى البولصية:

يمكن إبراز أهم سمات هده الوسائل القانونية في النقاط التالية:

-ان الدعوى البولصية كما استقر عليه الفقه والقضاء بأنها ليست دعوى بطلان، كما أنها ليست دعوى مسؤولية بل انها دعوى شخصية تهدف الى المحافظة على الضمان العام ووسيلتها في تحقيق هدا الهدف عدم نفاد تصرفات المدين المعسر في حق دائنيه.

-أن القانون الجزائري وعلى غرار التقنيات العربية فقد اعتبر التصرفات التي تعتبر من قبيل التبرعات قرينة في حد ذاتها على غش المدين، ولم يلتزم الدائن رافع الدعوى عدم النفاد بإثبات غش المدينه.

من حيث قبولها أن الدعوى أن الدعوى البولصية تقبل في جميع حالات الطعن في التصرفات الموجهة ضد التصرف إليه بدون عوض، والعكس لا تقبل هده الدعوى إدا ما رجعت ضد المتصرف اليه بعوض بحسن نية.

-انه أوسع من دائرة التصرفات القانونية التي يجوز الطعن فيها بالدعوى البولصية، فلم يقتصر على التصرفات على التصرفات المفقرة التي تنقص من حق المدين.

- حسم المشرع الجزائري الأمر بشأن تفضيل المدين لأحد دائنيه بالوفاء له أو بمنحه سببا من أسباب التقادم، فانزل الوفاء الحاصل قبل حلول الأجل منزلة المفاوضات التي اكتفي فيها بإثبات العلم

بالإعسار، نفس الحكم يتعلق بترتيب المدين ضمانات لدائنيه .

وخلصنا في المقابل إلى المأخذ التي يجب على المشرع الجزائري أن يتداركها و التي احملها في ما يلي

سد النقص الذي اكتنف نص المادة 192فقرة 3من (ق م ج) بما يطابقها للمادة 233 من التقنين المدني المصري من حيث أن المادة 192 فقرة 3من القانون الساف الذكر لم تشير الى إشتراط غش المدين إدا جاء نصها خاليا من ذيل المادة 233 فقرة 3 من تقنين المدني المصري التي نصت على –وو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا-

-ضرورة ضبط المصطلحات القانونية وتوحيدها، حيث أن المشرع الجزائري قد استعمل لفض عدم النفاد في نص المادة 191 (ق م ج) ثم عدل عنه الى لفض، عدم الاحتجاج في الفقرة الأخيرة من نص المادة 192 من (ق م ج) ، ثم عدل عن عدل عن هذا الأخير إلى لفض ، عدم المعارضة في نص المادة 194 (ق م ج)، وهذا بخلاف النص بالغة الفرنسية لذي جاء بمصطلح واحد وهو عدم النفاد ، وكان. وكان أولى بالمشرع الجزائري أن يحو المشرع المصري في تنظيمه للإعسار المدني لمواجهة صعوبات مباشرة الدعوى البولصية التي قلمل تتوفر شروطها.

رابعا:بالنسبة للدعوى الصورية :

الدعوى الصورية تعالج حالة المدين الدي تصرفا تصرفا صوريا، أي تصرفا في الظاهر فقط فلا ينتج أي أثر بين المتعاقدين، ولا يكون له أثر بالنسبة للغير إلا بقدر ما يكون ذلك لازما لاستقرار المعاملات وينبني على ذلك النتائج التالية:

-قد ترفع الدعوى الصورية من قبل أحد طرفي التصرف، من أي شخص تكون له مصلحة في التمسك بالتصرف الحقيقي المستتر كدلك فمن المستبعد أن نرفع دعوى الصورية من قبل الغير فيما يتعلق بأثر الصورية لأن مصلحة هؤلاء تكمن في التمسك بالتصرف الصوري الظاهر.

-أخضع المشرع إثبات الصورية فيما بين المتعاقدان للقواعد العامة للإثبات ورغم ذلك فإن من يدعى الصورية فعليه أن يثبت ادعاؤه، والقواعد العامة في هذا الصدد لا يجوز للمتعاقدين وخلفهم العام إثبات ما يخالف الثابت بالكتابة، أما بالنسبة للغير، فالعبرة بحسن النيه أو بسوء النية.

-أن الصورية ليست بداتها سببا للبطلان، فإدا لجأ المتعاقدان إلى الصورية بقصد التحايل على أحكام القانون، فأن أثر هذا التحايل يختلف باختلاف الأحوال، فقد يترتب على اعلان الصورية بطلان التصرف الحقيقي لعدم مشروعيته، وقد يقتصر الجزاء تفويت قصد المتعاقدين بمنع تحقيق الغرض الدي قصداه بتحايلهما.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

القوانين:

1- الأمر رقم75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 19 ماي 2007 الجريدة الرسمية العدد 31 لسنة 2008.

2-. قانون رقم،08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون لإجراءات المدنية الإدارية الجريدة الرسمية رقم 21الؤرخة في 23 فبراير 2008.

الكتب:

1- أحمد محمود خليل، الإفلاس التجاري والإعسار المدني،منشأة العارف الإسكندرية د.ط

2- بلحاج العربي، النظرية العامة في القانون المدني الجزائري، (التصرفات القانونية والارادة والمنفردة)، طبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2005.

3– بوشمال بن عمر، الدعوة المباشرة، مذكرة مقدمة للاستكمال شهادة ليسانس أكاديمي في القانون الخاص، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة 2013/2012.

4- خليل أحمد قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري أحكام الالتزام، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر

5 - عصام خلف العنزي، تعطل المؤسسات المالية الإسلامية والطرق المقترح لمعالجتها،

6- علي علي سليمان، ضرورة إعادة النضر في القانون المدني الجزائري دوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر 1990

7- قدري عبد الفتاح الشهاوي، نظرية الحق في الحبس ودعوى الاعسار المدني، منشأة المعارف الإسكندرية، د.ط. 2002

8- ماجد راشد محمد، الدعوى المباشرة في العلاقات القانونية غير المباشر دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية،2008

9- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام دراسة مقارنة في القوانين العربية، طبعة 2010، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة الجزائر.

10- نبيل إبراهيم ومحمد حسين منصور، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، د. ط ،2002.

11 –محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2006، مصر 2006.

المذكرة:

1– بوشمال بن عمر، الدعوة المباشرة، مذكرة مقدمة للاستكمال شهادة ليسانس أكاديمي في القانون الخاص، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة 2013/2012.

2– لزرق بن عودة، وسائل حماية الضمان العام، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة وهران، 2014/2013

.

الفهرس

العنوان	الصفحة
الشكر	
الإهداء	
مقدمة	2
الفصل الأول :الإعسار المدني	5
المبحث الأول :الإعسار المدني في التشرعات الحديثة	6
المطلب الأول :مفهوم الإعسار في التشريعات الحديثة	6
الفرع الأول :الإعسار المدني في التشريع السويسري	7
الفرع الثاني :الإعسار المدني في التشريع الإسباني	8
المطلب الثاني :الإعسار المدني في القانون المدني الحديث	9
الفرع الأول :الإعسار الفعلي	10
الفرع الثاني:الاعسار القانوني	11
المطلب الثالث :التمييز بين الاعسار المدني والافلاس التجاري	13
المبحث الثاني :شهر حالة الاعسار	13
المطلب الأول :شروط شهر الاعسار	13
الفرع الأول :عدم كفاية الأموال لسداد ديونه المستحقة	14
الفرع الثاني :وجوب طلب شهر الاعسار	15
الفرع الثالث :سلطة المحكمة إيزاء شهر الاعسار	16
المطلب الثاني :إجراءات دعوى الاعسار	17
الفرع الأول :المحكمة المختصة بشهر الاعسار	18
الفرع الثاني :وجوب العلنية لحكم شهر الاعسار	20
المطلب الثالث:زوال حالة الاعسار	20
الفرع الأول :انتهاء حالة الاعسار بحكم قضائي	22
الفرع الثاني :انتهاء حالة الاعسار بقوة القانون	22

الفهرس:

المطلب الثالث :اثار انتهاء حالة الاعسار	23
خلاصة الفصل الأول	24
الفصل الثاني:	
الفصل الثاني :الوسائل القانونية لحماية الضمان العام	25
المبحث الأول :الوسائل الوقائية لحماية الضمان العام	25
الطلب الأول :الدعوى المباشرة	26
الفرع الأول :تعريف وخصائص الدعوى المباشرة	27
الفرع الثاني :شروط ممارسة الدعوى المباشرة	27
المبحث الثاني :الدعوى غير المباشرة	28
الفرع الأول :تعريف وشروط ممارسة الدعوى غير المباشرة	29
الفرع الثالث :آثار الدعوى غير المباشرة:	33
المبحث الثاني :الوسائل العلاجية لحماية الضمان العام	35
المطلب الأول :الدعوى البولصية	38
الفرع الأول :تعريف وشروط ممارسة الدعوى البولصية:	38
الفرع الثاني :آثار الدعوى البولصية	39
المطلب الثاني :الدعوى الصورية	39
الفرع الأول :تعريف وأنواع الصورية	39
الفرع الثالث شروط ممارسة الدعوى الصورية	45
خلاصة الفصل الثاني:	47
الخاتمة	49
قائمة المصادر والمراجع	