وسائل الحماية المدنية المتأخرة لحق الدائن في الضمان العام

Late of civil protections Measures for
The creditor's right to general Insurance

م.د. خضير مخيف فارس

مركز الدراسات الاستراتيجية – جامعة كربلاء

Khudiar.m@uokerbala.edu.iq

تاريخ استلام البحث ٢٠٢٤/٨/١٠ تاريخ قبول النشر ٢٠٢٤/١١/٢٥

الملخص:

يعد موضوع وسائل الحماية المدنية المتأخرة لحق الدائن في الضمان العام ذو أهمية في الدراسات القانونية، وقد وضع المشرع تحت تصرف الدائن للمحافظة على الضمان العام المقرر لحماية حقوقه، عدة وسائل منها يستعمل ضد أهمال المدين كالدعوة غير المباشرة والأخر ضد غش المدين كدعوى عدم نفاذ التصرف، وسمينها متأخرة، أذ أستعمالها يتأخر بعد ثبوت حق الدائن ولا يمنع وقوع الخطر بل يحد من تفاقمه، وترتيبها بالمحافظة على الضمان العام لم يأتي اولاً، بحيث يمنح القانون الدائن بموجب الدعوى غير المباشرة سلطة مباشرة حقوق مدينه نيابة عنه لا بأسمهم الشخصي على العكس من دعوى عدم النفاذ التي تكون بأسم الدائن لا بأسم المدين، ويشترط حتى يستطيع الدائن رفع تلك الدعوتين توافر شروط سواء في الدائن أو المدين أو الحق الذي يستعمله أو التصرف المطعون فيه حسب نوع الدعوى، وعند ثبوت تلك الدعوتين تترتب أثارها التي تكون في دعوى مع أستمرار توافر صفة الدائن فيها وانتفاء حالات نفيها، بأتجاهين الأول عندما يخسر الدائن الدعوى لا يكون للحكم الصادر ضده حجة على الدائنين الآخرين وبهذا يستطيع كل دائن استوفى شروطها رفعها باسمه، اما في حالة كسبها يتقرير عدم نفاذ التصرف بحق الدائن الطاعن وكذلك الدائنين الأخرين من يستفاد منه، ويظل صحيحا نفاذاً بحق أطرافه وخلفهما وبحق من لم يتخذ إجراءات التنفيذ من الدائنين سواء أهمالاً أو عدم توافر شروطها فيهم، في حين أثار الدعوى غير المباشرة بقاء المدين صاحب الحق الذي رفعت الدعوى فيه وتكون له كامل الحرية عليه، كما لا تنتج أي أثر بالنسبة للخصم (المتصرف اليه) ويبقى محتفظا أتجاه الدائن بكافة الدفوع التي كان له التمسك بها أتجاه المدين دون التمسك الخاصة له مع الدائن، ولا يعطي الحكم الصادر بالدعوى أي أفضلية للدائن رافع الدعوى على غيره من الدائنين الأخرين ومن ثم لا يستأثر بالحكم الدائن وحده.

الكلمات المفتاحية: الدعوى غير المباشرة، دعوى عدم النفاذ التصرف، الدائن، المدين، الضمان العام.

Abstract:

The subject of late civil protection is the creditor's right to the general guarantee of importance in legal studies. The legislator has placed under the protection of the creditor to preserve the general guarantee that is intended to protect his rights, several means, including those used against the most important debtor, such as non-renewal, and another against the debtor's fraud, such as a lawsuit for the invalidity of the transaction, and it is called late, since its use is delayed after the creditor's right is proven and does not prevent the occurrence of the danger, but rather is expected from its occurrence. And its arrangement by preserving the general guarantee did not come first, so that the law grants the creditor, by virtue of the indirect suit, the authority to directly enforce the rights of his debtor on his behalf, not in his personal name, unlike the suit of non-enforcement, which is in the name of the creditor, not in the name of the debtor. And it is required that in order for the creditor to be able to file these two suits, the conditions be met, whether in the creditor or the debtor or the right he uses or the disputed action, according to the type of suit. When these two claims are proven, their effects are established as in a claim with the continued availability of the creditor's status in it and the absence of cases of its denial, in two directions. The first is when the creditor loses the claim, the ruling issued against him is no argument against the other creditors, and thus every creditor who has met its conditions can file it in his name. However, in the event of winning it, it is decided that the disposition is not enforceable against the appellant creditor, as well as the other creditors who benefit from it. It remains valid and enforceable against its parties and their successors and against those creditors who did not take enforcement measures, whether due to negligence or the lack of fulfillment of its conditions, while the effects of the indirect lawsuit are that the debtor remains the owner of the right for which the lawsuit was filed and has complete freedom over it, and it does not produce any effect with respect to the opponent (the one to whom the transaction was made) and he remains preserving towards the creditor all the defenses that he had to adhere to towards the debtor without his own adherence with the creditor. The judgment issued in the lawsuit does not give any preference to the creditor filing the lawsuit over other creditors, and therefore the judgment does not belong to the creditor alone.

Keywords: Indirect action, action for non-enforceability of the action, creditor, debtor, general guarantee**.**

المقدمة:

بدا لنا واضحا أن موضوع وسائل الحماية المدنية المتأخرة لحق الدائن في الضمان العام يحتل مكانته في الدراسات القانونية، ويرجع ذلك لما تحققه تلك الوسائل من حماية لحق الدائن سواء من أهمال المدين أو غشه بالإضافة لتوفير المساواة بين الدائنين، سيما وأن الواقع العملي في الحياة اليومية يظهر أن تقصير المدين عمداً أو أهمالاً في المحافظة على أمواله التي تمثل ضماناً عاماً يبدو وارداً مما يؤدي الى إساءة حالته المادية، وفي ضوء تلك الحقيقية العملية كان لأبد لنا أن نبحث في الوسائل القانونية المختلفة التي صاغها المشرع ووضعها تحت تصرف الدائن في سبيل المحافظة على الضمان العام للمدين المقرر لحماية حقوق الدائن، وتلك الوسائل التي نظمها المشرع للمحافظة على الضمان العام للمدين والتي يطلق عليها دعاوي الضمان، منها يستعمل ضد أهمال المدين كالدعوة غير المباشرة والأخر ضد غش المدين كدعوة عدم نفاذ التصرف والدعوى الصورية، وهي وسائل لا يستعملها الدائن الأ بعد ثبوت حقه، كما أنها تأتي وسطاً بين التحفظية التي تقتصر على مجرد التحفظ على أموال المدين والتنفيذية التي تؤدي مباشرة إلى استيفاء الدائن حقه، فتكون أقوى من الأولى لأنها تمهد للتنفيذ وأضعف من الوسائل التنفيذية لأن التنفيذ يعقبها مما جعلنا نطلق عليها وسائل متأخرة، أذ أستعمالها يتأخر بعد ثبوت حق الدائن، ولم يأتي ترتيبها أولا بالمحافظة على الضمان العام للدائن تنفيذ المدين لالتزاماته.

سبب اختيار الموضوع: كثرة قيام العلاقات الدائنية في الحياة العملية الأقتصادية تجعلنا نبحث لمعرفة الضمانات التي اقرها المشرع لحمايتها وكذلك الرغبة بالتوسع في معرفة تلك الحماية لغرض محاولة بيان كيفية معالجته بها، لما رأينا فيها من حماية لحق الدائن يجهلها الكثير في حياتنا الواقعية، فطرحنا الإشكالية الآتية: هل يشجع توفر وسائل حماية الضمان العام للأفراد على زيادة علاقة الدائنية بينهم؟ وهل تقدم تلك الوسائل للدائن الحماية الكافية.

أهمية الدراسة: تظهر أهمية البحث بالأهداف التي يحققها وتتمثل بأظهار مدى فاعلية ونجاعة تلك الوسائل في توفير الحماية اللازمة للدائن من إهمال وغش المدين الذي يسبب نقص بأمواله التي تمثل الضمان العام للدائن، ومن ثم عدم الوفاء بديونه، ضف لما قد يحققه البحث من أضافة علمية يستفاد منها الباحثين والدارسين ويسمح لهم تحديد الخلل في النصوص القانونية وأقتراح الإضافة عليها، سيما والقانون سريع الحركة والتأثر بالمتغيرات.

منهجية البحث: سنتبع المنهج التحليلي الاستقرائي للإجابة على الإشكالية التي طرحناها، وذلك باستقراء النصوص القانونية الخاصة بهذه الوسائل في القانون العراقي والقوانين المقارنة عند الحاجة اليها وتحليلها وكذلك الآراء الفقهية والقرارات القضائية عند تيسرها، لبيان مدى تحقيق تلك الوسائل لحماية حق الدائن بالضمان العام للمدين.

خطة البحث: تناولنا دراسة موضوع وسائل الحماية المدنية المتأخرة لحق الدائن في الضمان العام بخطة علمية دقيقة تتألف من مبحثين، يكون أولهما لبيان دعاوى حماية الضمان العام من إهمال المدين

ونتناول منها الدعوى غير المباشرة، وخصصنا الثاني لدعاوي حماية الضمان العام من غش المدين ونتناول منها دعوى عدم نفاذ تصرف المدين، وسوف نختم البحث بأهم النتائج التي توصلنا اليها.

المبحث الأول: الدعوى غير المباشرة وسيلة لحماية حق الدائن من إهمال المدين

المدين في معاملاته اليومية قد تكون له حقوق لدى الغير إلا أنه يتقاعس في أجراء المطالبة بحقه مما يؤدي إلى نقص أمواله في الضمان العام وبذات الوقت الأضرار بالدائن، وفي سبيل تجنب تلك الأضرار منحت التشريعات ومنها المشرع العراقي للدائن الحق في رفع دعوى بإسم مدينه تعرف بأنها دعوى غير المباشرة لغرض المطالبة بحقوق المدين لدى الغير، لذا سوف نقسم هذا المبحث للمطلبين نبين في المطلب الاول مفهوم الدعوى غير المباشرة، ونخصص المطلب الثاني لآثار استعمال الدعوى غير المباشرة.

المطلب الأول: مفهوم الدعوى غير المباشرة

يمثل الضمان العام الجانب الإيجابي من ذمة المدين، ولما كان هذا الأخير قد يُقصر عمدا أو اهمالا في المحافظة على هذا الجانب، خاصة إذا ساءت حالته المالية، لعلمه أن أثر ذلك لن يناله بضرر بقدر ما ينال دائنيه، ولتجاوز ذلك منح القانون الدائنون سلطة مباشرة حقوق مدينيهم نيابة عنهم من أجل الحفاظ على ضمانهم العام عن طريق ما يسمى بالدعوى غير المباشرة، وللتعرف على مفهوم تلك الدعوى سنقسم هذا المطلب الى فرعين نبين تعريف الدعوى غير المباشرة في الفرع الأول، ونفصل شروطها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف الدعوى غير المباشرة

لما كان التعريف ليس من اختصاص المشرع هو ما جعلنا لم نجد تعريف للدعوى غير المباشرة بالنصوص القانونية التي تناولتها في القانون العراقي أو ما أمكننا الاطلاع عليه لبعض القوانين المقارنة الأخرى، والتي اكتفى ببيان أحكامها التي تناولتها المادتين(٢٦١ و٢٦٢) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، وبالتالي تصدى لتعريفها الفقه، ومن التعريفات الواردة في هذا الشأن نجد من يعرفها 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 عسر المدين أو يزيد فيه))[١]، كما عرفت بأنها ((وسيلة قانونية تخول للدائن أن يستعمل باسم مدينه حقوق هذا المدين التي يقعد هذا الأخير عن استعمالها أو المطالبة بها وذلك للمحافظة على الضمان العام))[٢]، وهناك من يعرفها بأنها((دعوى يرفعها الدائن باسم مدينه بالنيابة عنه، وهي لا تفترض وجود علاقة مباشرة بين الدائن الذي يرفعها وبين مدينه لكنه يقاضيه باسم ذلك المدين، حيث أنها تؤدي إلى إدخال الحق الذي يطالب به الدائن مدينه في ذمة ذلك المدين، وبالتالي في الضمان العام للدائنين))[٣]، كما ورد لها تعريف بأنها ((وسيلة قضائية رخص بموجبها القانون للدائن ومن أجل حفظ حقه في الضمان العام بمباشرة جميع حقوق المدين المهمل لهذه الحقوق ضمن شروط معينة))[٤]، ما يتبين من التعاريف

أعلاه أنها لم تستخدم مصطلح دعوى فقط وانما استخدمت مصطلحات أخر ويبدو أن ذلك موفقاً لكون أستخدام لفظ الدعوى هنا قد يكون غير دقيق، لإمكانية أن يشير بأن استعمال حقوق المدين لا يكون الا عن طريق اللجوء الى القضاء، في حين يمكن للدائن أن يستعمل حق المدين بغير طريق الدعوى، كما لو قام الدائن بتسجيل عقد اشترى به مدينه عقارا حتى تتنقل ملكية هذا العقار الى المدين، وبالتالي التنفيذ عليه، كما يستنتج منها بأنها وسيلة ممهددة للتنفيذ وليس وسيلة تنفيذ وبالتالي هدفها تحقيق مصالح الدائنين من خلال المحافظة على الضمان العام للمدين مع مراعاة مصلحة المدين، وتتحقق تلك الوسيلة الممهدة للتنفيذ بما تعطيه للدائن عن مدينه من نيابة قانونية محددة بحدود الغرض الذي قررت من أجله وكذلك تضمن عدم تدخل الدائنين في شؤون المدين وأخضاعهم لسلطاتهم وتقييد حرياتهم الشخصية. وبالتالي يمكن أن نعرفها (وسيلة قانونية ممهدة للتنفيذ قررها المشرع للدائن القيام بها بأسم المدين للمحافظة على أمواله في الضمان العام عند أهمال المدين بالمحافظة عليها)، ونرى في هذا التعريف أوضح من غيره وبين المقصود من الدعوى وأهدافها.

الفرع الثاني: شروط الدعوى غير المباشر

عند التمحيص بالنصوص القانونية التي سبق الاشارة اليها والمتضمنة الأحكام المتعلقة بتلك الوسيلة القانونية– الدعوى غير المباشر–ومنها المادة (٢٦١) مدني عراقي والتي تنص على أنه (يجوز لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الاداء ان يستعمل باسم مدينه حقوق هذا المدين الا ما اتصل منها بشخصه خاصة او ما كان منها غير قابل للحجز، ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه الا اذا ثبت ان المدين لم يستعمل هذه الحقوق وان اهماله في ذلك من شأنه ان يسبب اعساره او ان يزيد في هذا الاعسار، ولا يشترط اعذار المدين ولكن يجب ادخاله في الدعوى)[٥]، أذن يتبين لنا بأن شروطها تتحدد بموجب ركيزتين أساسيتين هما اهمال المدين ووجود مصلحة مشروعة للدائن، وعليه نرى تلك الشروط ما يتعلق منها بالدائن وبالحق الذي يستعمله وأخرى تخص المدين، لذا سنتناولها بالفقرات التالية:

الفقرة الأولى: الشروط المتعلقة بالدائن: يشترط قانوناً لكي يستعمل الدائن تلك الوسيلة القانونية أن يكون حقه ثابتا ومحقق الوجود وخال من أي نزاع ولو لم يكن مقدرا، أي أن مديونية محققة الوجود خالية النزاع[٦]، وبهذا لا يكون مهما التاريخ الذي تحقق فيه هذا الوجود حتى ولو كان لاحقا على قيام حق المدين الذي يستعمله الدائن، مما يجعل جواز أن يكون دين الدائن مؤجلاً أو معلقا على شرط واقف أو فاسخ، ومن ثم لا يشترط لممارسة تلك الدعوى أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، ولا يشترط كذلك أن يكون هذا الحق معلوم المقدار[٧]، فالمتضرر من العمل غير المشروع يمكن له أستعمال حقوق المسؤول عن ذلك العمل دون أن ينتظر تقدير مقدار التعويض الذي يستحقه لكون المسؤول عن العمل غير المشروع مدينا بالتعويض، وبالتالي لما كان إستحقاق الأداء وتعيين المقدار مستبعدا فلا يشترط أن يكون بيد الدائن سند تنفيذي لكون الدعوى غير المباشرة هي ليس من الأجراءات التنفيذيه وأنما وسيلة وقائية ممهدة للتنفيذ، أضف الى ذلك أن الضمان العام يقوم على فكرة جوهرية الأ وهي أن كافة أموال المدين

ضامنة للوفاء بديونه، وعليه فإنه سواء كان حق المدين الذي يستعمله الدائن قد ثبت بعد ثبوت حق الدائن أو قبل ذلك فهو في الحالتين داخل في الضمان العام للدائن وله أن يستعمله بإسم المدين، ولا يعتبر حصول الدائن على إذن من القضاء بحلوله محل المدين من شروط تلك الدعوى، أذ نيابته عن المدين من نوع خاص وهي تختلف عن النيابة العادية المألوفة كونها تقرر لمصلحة الدائن لا الأصيل وهي مستمدة من القانون مباشرة فأشارت اليها المادة(٢٦٢) مدني عراقي أذ نصت (يعتبر الدائن في استعماله لحقوق مدينه نائباً عن هذا المدين، وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل في اموال المدين وتكون ضماناً لجميع دائنيه)[٨]، كما وأن طبيعة الدعوى غير المباشر لا تقتضي هكذا أذن، ونتيجة لذلك يكون الحصول على ترخيص من المحكمة ليس ضروري.

الفقرة الثانية: الشروط المتعلقة بالمدين: يستلزم في مباشرة تلك الدعوى من قبل الدائن أن يكون المدين مقصرا في ممارسة حقوقه لدى الغير، ويقع أثبات ذلك التقصير على الدائن الذي يكفيه أن يثبت بأن المدين لم يستعمل حقه بنفسه[٩]، أما إذا اعتزم المدين وأراد أن يباشر بنفسه استعمال حقه حتى بعد أن يكون الدائن قد باشر استعمال الحق بالنيابة عنه، فإن ذلك يكون من حقه ويستطيع ممارسة ويجب في هذه الحالة على الدائن أن يمتنع عن المضي في الإجراءات التي بدأها وأن يترك إتمامها للمدين، ومع ذلك للدائن أن يطلب أدخاله خصماً بالدعوى ليراقب إجراءات دفاع مدينه ويدعمها ليضمن عدم خسارة حقه ودفع تواطؤ المدين وغشه مع مدينه[١٠]،والحال كذلك على الدائن أن يمتنع عن الاستمرار بالإجراءات في حال أتخذ المدين موقفاً أيجابياً في مباشرة حقه بعدما أدخله الدائن خصماً بالدعوى[١١]، بينما الشرط الثاني يتعلق بعدم إستعمال المدين لحقوقه أذ لا يكفي بذاته لرفع الدعوى غير المباشرة، بل يشترط أن يكون في عدم إستعمال المدين لحقوقه من شأنه أن يؤدي إلى إعساره إن لم يكن معسرا أو إلى زيادة إعساره[١٢]، ويقصد بالأعسار هنا الأعسار الفعلي الذي تزيد فيه ديون المدين على حقوقه وليس الأعسار القانوني الذي يتطلب حكماً قضائياً بشهره[١٣]،ويقع عبء الإثبات على الدائن لا المدين، وليس المدين ملزما أن يثبت أن عدم إستعماله لحقه لا يسبب إعساره أو لا يزيد في هذا الإعسار بل الدائن هو الذي عليه أن يثبت هذا الحق[١٤]، إما الشرط الثالث من تلك الشروط فأنه يشترط على الدائن أن يدخل المدين في الدعوى غير المباشرة فطالما أن الحكم الذي سيصدر في الدعوى سيرتب أثارا بالنسبة للمدين، وحتى يكون له حجة على المدين ولم يستطيع دفعه فيستلزم ذلك إدخال المدين في الخصومة، بحيث يترتب عدم قبول الدعوى في حال عدم إدخال المدين فيها[١٥]،مع العلم أن هذا الشرط كان غير ضروري في التقنين المدني الفرنسي والتشريعات العربية المتأثرة به[١٦]، الأ أن الفقه والقضاء الفرنسيين قد عدلا عن هذا التأصيل الى ضرورة إدخال المدين خصماً في النزاع تحت عذر عدم قبول الدعوى بالإضافة بإن الحكم لا يسري على المدين وفق القاعدة العامة المقررة في حجية الشئ المقضي فيه[١٧]، وبالتالي أشارت النصوص القانونية لهذا الشرط وهوما نجده في نهاية المادة (٢٦١) مدني عراقي أذ تنص (... ولا يشترط اعذار المدين ولكن يجب ادخاله في الدعوى)[١٨]، وبتلك النصوص قطع الاجتهاد والتأويل لان القاعدة الفقهية تقضي لا اجتهاد في مورد النص.

الفقرة الثالثة: الشروط المتعلقة بالحق المستعمل: يتضح من أستقراء نص المادة القانونية (٢٦١) مدني عراقي أذ ورد((يجوز لكل دائن ... ان يستعمل باسم مدينه حقوق هذا المدين الا ما اتصل منها بشخصه خاصة او ما كان منها غير قابل للحجز...))[١٩] أنها عالجت الشروط المتعلقة بالحق المستعمل من خلال قاعدة عامة واستثناءات لها، أذ القاعدة تتمثل بأستعمال الدائن جميع حقوق ودعاوى مدينه التي تدخل بالضمان العام ومن شأنها زيادة قدرة المدين على الوفاء بديونه ويتأثر بها الدائنون عند عدم أستعمالها ومن امثلتها الدعاوى التي يستطيع الدائن ان يباشرها باسم مدينه دعوى دائن البائع على المشتري بدفع الثمن الذي في ذمته او تكملته رفعا للغبن او فسخ عقد البيع لعدم دفعه، بينما الاستثناءات أي لا يمكن للدائن أستعمالها فتتمثل في حقوق المدين غير قابلة للحجز والتي لا يستطيع الدائن التنفيذ عليها، بالإضافة إلى الحقوق غير المالية أو بعض الحقوق المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية التي لا يجوز للدائن إستعمالها، وأخيرا عدم جواز إستعمال رخص المدين كالحقوق مسموح للدائن أن يستعملها نيابة عن المدين، وهي تُعرف على أنها المنزلة الوسطى بين الحرية والحق كحرية التملك وحق الملك فالأولى حرية للشخص والثانية حق له وبينهما فسحة هي حق الشخص في أن يتملك، ومصداقها شخص تولدت له الرغبة في شراء أرض هذه حرية التملك وبعد صدور أيجاب المالك وقبول الراغب بالشراء انقلبت تلك الحرية الى الحق بالملك، ولكن بين الإيجاب والقبول مركز وسطي يستطيع فيه الراغب بالشراء أي القابل أن يصبح بإرادته مالكا وهذه هي الرخصة[٢٠]،وبهذا الرخصة تهدف الى اكتساب المدين حق أو مركز قانوني جديد، ومن ثم لا يمكن للدائن أن يتدخل في شؤون مدينه بحيث يقبل عن المدين صفقة لا يريدها وإن كانت رابحة أو يلغي عقد إيجار بإسم مدينه بحجة مبالغا فيه[٢١]، مع العرض بأن استعمال الدائن لحقوق المدين ليس من النظام العام، مما يعني يمكن الاتفاق على منع الدائن المطالبة بحق معين. وبتحقق تلك الشروط واستعمال الدائن للدعوى الغير المباشرة تترتب أثارها التي نتناولها بالمطلب القادم.

المطلب الثاني: آثار استعمال دعوى غير المباشرة

يترتب على الطبيعة الخاصة للنيابة التي منحت للدائن في استعمال حقوقه مدينه دون أستعمالها تحديد أثار الدعوى غير المباشرة، لذا نقسم هذا المطلب لثلاث فروع ليكون الأول خاص بالآثار المتعلقة بالمدين صاحب الحق، والثاني التي يتأثر بها الخصم الذي رفعت الدعوى ضده والثالث لبيان الأثار بالنبة الدائن رافع الدعوى:

الفرع الأول: آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة الى المدين

يفضي إستعمال الدائن للدعوى غير المباشرة بموجب النيابة التي قررها له القانون أثران بالنسبة المدين أولهما: بقاء المدين محتفظا بحقه، فعلى الرغم من قيام الدائن بممارسة الحق الخاص بمدينه نيابة عنه، مع ذلك يبقى المدين هو صاحب الحق الذي رفعت به الدعوى وتكون له كامل الحرية في التصرف به، فلا تغل يده عن قيام بأي أجراء عليه، فله نقله للغير سواء ببيع او مقايضة او هبة او ان يتصالح عليه مع خصمه او ان يتنازل عنه فيبرأ مدينه منه، وهو ما تأييد بالفقه والقضاء أذ جاء بقرار محكمة

النقض المصرية الصادر بتاريخ ٢ فبراير ١٩٥٠ فيه((أن المدين الذي يرفع دائنه بأسمه الدعوى غير المباشرة يبقى محتفظاً بحرية التصرف في الحق المطالب به فيها، ومن ثم يكون هذا التصرف نافذاً في حق الدائن شأنه فيه شأن المدين الذي صدر منه ويكون للخصم المرفوع عليه الدعوى (مدين المدين) حق التمسك به في مواجهة الدائن))[٢٢]، مع الأشارة بوجود أتجاه فقهي يضادد هذا الرأي السابق ويذهب بأن استعمال الدعوى غير المباشرة يغل يد المدين في المال موضوع الدعوى ويبقيه محبوساً عنه ولا يحق له التصرف فيه ولا القيام بعمل من شأنه الأضرار بدائنيه[٢٣]، والأثر الثاني: سريان الحكم الصادر في مواجهة المدين: بهذا الأثر عند الرجوع للقواعد العامة نجد النيابة القانونية تكون مقررة لمصلحة الأصيل (المدين) وليس لمصلحة النائب (الدائن)، بينما نجد في الدعوى غير المباشرة النيابة المخولة للدائن مقررة لمصلحته وحده بصفته نائبا عن الأصيل، وبالتالي هذا يعد خروجا عن الاصل، والسبب يرجع لما قلنا سابقا كونها نيابة ذات طبيعة خاصة ويكون الحكم الصادر في الدعوى ساريا في مواجهة المدين الاصلي، وهذا الحكم إما يكون لصالح المدين او يكون ضده، الأ أن نتيجته تدخل في ذمة المدين المالية، ليندرج ضمن الضمان العام للدائنين مستفيد منه جميعهم وليس فقط من دخل خصماً بالدعوى[٢٤]،وهذا ما أشارت أليه المادة(٢٦٢) مدني عراقي((يعتبر الدائن في استعماله لحقوق مدينه نائباً عن هذا المدين، وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل في اموال المدين وتكون ضماناً لجميع دائنيه))[٢٥]، وبالتالي وللأسباب السابق ذكرها هو ما يفسر ندرة تلك الدعوى في الحياة العملية، مما يجعل الدائنين أما أن يذهبوا لأجراء الحجز ما للمدين لدى الغير والابتعاد عن الدعوى المباشرة، أو لجوئهم لطريق دعوى عدم نفاذ التصرف المدين اذا توافرت شروطها[٢٦] كأحدى وسائل حماية حق الدائن في الضمان العام من غش المدين التي سنتناولها في المبحث الثاني بهذا البحث، لذا ندعوا المشرع العراقي لمعالجة النصوص الخاصة بأحكام الدعوى غير المباشرة ويجعلها ذات فاعلية أكثر كوسيلة يعتمد عليها الدائن للمحافظة لحقوقه بالضمان العام.

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

لما كانت الدعوى غير المباشرة تخول للدائن صفة النيابة عن المدين إذا أهمال في أستعمال حقوقه، بالتالي لا ينتج أي أثر يذكر بالنسبة إلى الخصم، الأ أن الدائن يعتبر في مواجهة الخصم نائبا عن المدين ويبقى الخصم محتفظا بكافة الدفوع التي كان يملكها [٢٧]، فالسؤال الذي يطرح هل تتعدى هذه الدفوع إلى دفوع خاصة بشخص الدائن أم تقتصر بالدفوع العامة التي كان سيحتج بها ضد مدينه الأصلي؟ وللأجابة على هذا التساؤل، سوف نتعرض للدفوع العامة التي يستطيع الخصم الدفع بها (أولا) ثم الدفوع الخاصة (ثانيا) .

أولا: الدفوع العامة: أذا كان بموجب الدعوى غير المباشرة لا ينجم أي أثر يذكر بالنسبة للخصم، الأ أن الخصم يستطيع أن يدفع في مواجهة دائنه وهو مدين الدائن رافع الدعوى غير المباشرة، كما لو كان هو الذي رفع الدعوى بنفسه، فيمكنه أن يدفع في مواجهة الدائن بكافة الدفوع التي كان يستطيع أن

يدفع بها في مواجهة المدين، وهذا كله تحت ظل النيابة التي يفرضها القانون للدائن عن المدين، تقديرا منه لمصلحة الدائن المشروعة في استعمال حقوق مدينه[٢٨]، فله أن يدفع بأن الحق تم انقضاؤه سواء بالتقادم أو غيره حتى وأن تم ذلك بعد رفع الدعوى غير المباشرة[٢٩]، حيث لا يكون للدائن أستعمال حق ليس للمدين، مما يعني أن للخصم أن يستعمل كل الدفوع بمواجهة الدائن التي كان له استعمالها بمواجهة المدين الذي هو دائنه.

ثانيا: الدفوع الخاصة بالدائن: وهي دفوع ترجع إلى روابط قانونية نشأت بين الخصم والدائن وبذلك لا يجوز للخصم أن يدفع بدفوع خاصة بشخص الدائن، فليس له في سبيل هذا أن يتمسك بالمقاصة بين دين ترتب في ذمته للمدين وهو الذي يطالب به الدائن، وبين دين ترتب له في ذمة الدائن شخصيا، لأن القاعدة تقضي أن الدائن ليس له صفة في الدعوى، الإ باعتباره نائبا عن مدينه.ومع ذلك يمكن للخصم أن يقوم بتصرفات يجب معها على الدائن توقف سير بالدعوى لانعدام صفته ومصلحته لأنه قد استوفى حقه، ومنها أن يوفي للدائن الدين الذي له في ذمة المدين عندما يكون الدين الثابت في ذمته أكبر من الدين الثابت في ذمة المدين للدائن، أما علاقة الخصم بالمدين تبقى علاقة دائن بمدينه، ومن ثم يستطيع أن يفي ما بذمته من دين للمدين، أو يجدده أو يعقد صلحا عليه[٣٠].

الفرع الثالث: آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للدائن

لما كان هدف الدائن من مباشرة الدعوى غير المباشرة المحافظة على الضمان العام لمدينه بالإضافة الى انعاشه، وذلك من خلال أدخال ما ينتج من فائدة عن ذلك الانتعاش في ذمة المدين المالية وتكون ضامنة للوفاء بجميع ديونه، وبالتالي يبدو أن تلك الآثار تدور ضمن هذا الأطار، بحيث أن الحكم الصادر في الدعوى لم يستأثر به الدائن، ومن ثم هذا الحكم لا يعطى أية أفضلية للدائن على غيره من سائر الدائنين الآخرين، لكون ما حكم به على مدين المدين (الخصم) بدخل في أموال المدين أي في الضمان العام، وتستخلص تلك الأحكام من نص المادة(٢٦٢) مدني عراقي بقولها ((...، وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل في اموال المدين وتكون ضماناً لجميع دائنيه.))[٣١]، بمعنى أن الحكم الذي يصدر في الدعوى ضد الخصم إنما يصدر لصالح المدين لا لصالح الدائن، ويترتب على ذلك أيضا أن الدائن يطالب الخصم في الدعوى غير المباشرة بمقدار الحق الثابت في ذمة الخصم للمدين لا بمقدار الحق الثابت في ذمة المدين للدائن، وأخيرا أن ما حكم به للمدين نتيجة ما كسبه الدائن بالدعوى غير المباشرة يدخل في أموال المدين ويندرج ضمن الضمان العام للدائنين يستفيد منه جميع الدائنين سواء من دخل منهم خصما في الدعوى ومن لم يدخل، ولا يستأثر به الدائن الذي رفع الدعوى أو الدائنون الذين دخلوا في الخصومة، بحيث يستطيع الدائن رافع الدعوى وغيره من الدائنين التنفيذ على هذا المال فيتزاحمون ويقتسمون الحصيلة بينهم قسمة غرماء، زد على ذلك أن الدائن رافع الدعوى أو من دخل خصما فيها قد لا يأخذ شيئا إذا كان دين أحد الدائنين مضمون برهن أو امتياز واستغرق جميع أموال المدين[٣٢].

والخلاصة القول يتبين قصور هذه الدعوى ولم تعد وسيلة فعالة لتحقيق غاية الدائن عند اللجوء اليها وذلك؛ لكون نتائجها لا يحصل عليها الدائن وحده رغم ما ينفقه من جهد ومال ووقت بل تدخل في الضمان العام المقرر لجميع دائنين بل قد لا يصيبه شيئا مما نتج، سيما واذا كان حق أحد الدائنين مضمونا برهن أو امتياز، أضف لذلك فأن مباشرتها لا يحرم المدين من التصرف في الحق موضوع الدعوى، وبالتالي فأن تلك الأسباب تضعف مجال_ممارستها وتقلل من استعمالها في الواقع العملي مما يستدعي مراجعة تنظيم نصوصها القانونية، بحيث تعطي لمن يباشرها من الدائنين أفضلية على غيره من الدائنين ولو على المال الذي أنصبه عليه موضوع الدعوى، كذلك منع المدين من التصرف فيه، وهذا القصور يستدعى منا البحث بالوسائل الاخرى التي قررها المشرع للحماية من غش المدين لمعرفة مدى توفيرها للحماية المطلوبة لحق الدائن ليمكن لنا التوصية بها في توفير الحماية.

المبحث الثاني: دعوى عدم نفاذ التصرف وسيلة لحماية الدائن من غش المدين

دعوى عدم نفاذ التصرف أو كما يطلق عليها(البوليصية أو البوليانية) والتي ترجع تسميتها الى البريتور الروماني بولص(Paulus) حيث يعتقد بأنه أول من قال بها في القانون الروماني، وقد شرعت تلك الدعوى كوسيلة للطعن في تصرفات المدين وطلب الحكم بعدم نفاذها، وتعتبر آلية من آليات الحفاظ على الضمان العام للدائنين، بحيث يباشرها الدائن لمواجهة مدينه وذلك في حالة ما إذا تصرف المدين غشا وبسوء نية، وألحق ضرراً بحقوق الدائن،اذ أنه بمقتضى هذه الدعوى يكون للدائنين الحق في طلب عدم نفاذ تصرفات المدين الأيجابية الضارة، أي يتعطيل الأثر القانوني لتصرفات المدين وعدم نفاذها في مواجهتهم، لذا سنقسم هذا المبحث لمطلبين سنتعرض مفهوم دعوى عدم نفاذ التصرف بالمطلب الاول، ونتناول آثارها من خلال المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم دعوى عدم نفاذ التصرف

عندما لم تنجح الدعوى غير المباشرة كوسيلة وقائية في حماية حق الدائن أو تأخر الدائن عن أستعمالها في الوقت الملائم وتصرف المدين ببعض أو كل أمواله بهدف الأضرار بالدائن من خلال أنقاصه الضمان العام، مما حدى بالمشرع أيجاد وسائل علاجية كدعوى عدم نفاذ التصرف يحافظ بها الدائن على ضمانه العام، وتعد تلك الدعوى وسيلة قانونية يلجأ إليها الدائن إذا توافرت شروطها ليحصل على الحكم بعدم نفاذ تصرف مدينة بحقه الذي عمد على الإضرار بدائنه، وعليه سوف نتناول تلك الوسيلة من خلال فرعين نبين بالفرع الأول تعريفها ويكون الفرع الثاني مخصص لشروطها.

الفرع الأول: تعريف دعوى عدم نفاذ التصرف

أورد الفقه القانوني لدعوى عدم نفاذ التصرف عدة تعريفات، أذ 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)) [٣٣]، وتعرف كذلك بأنها((دعوى تقام من قبل الدائن للطعن في تصرفات مدينه المعسر التي تكون ضارة به، بقصد حمايته من تصرفات المدين الضارة

وللمحافظة على الضمان العام لحقوقه وحقوق بقية الدائنين واعتبار تلك التصرفات غير نافذة بحقه))[٣٤]، وتعرف أيضا أنها((دعوى يرفعها الدائن للطعن في تصرفات مدينة المشوبة بالغش))[٣٥] في حين عرفها أخر((وسيلة يلجأ اليها الدائن ليطعن بواسطتها في تصرف ضار يصدر عن مدينه المعسر بقصد الغش والاضرار بحقوقه، فيجعل ذلك التصرف غير نافذ بحق 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))[٣٦]، وورد لها تعريف بأنها((وسيلة تمنح الدائنين للطعن في تصرفات مدينهم وطلب الحكم بعدم نفاذها في حقهم))[٣٧]، ويعرفها الفقيه الفرنسي مازو بأنها((دعوى تمارس من طرف الدائن وباسمه الشخصي وهي تختلف عن الدعوى المنحرفة، أي يمارسها الدائن باسمه مدينه))[٣٨]. أما من الجانب القضائي فنجد محكمة النقض المصرية تعرفها بكونها ((الدعوى البولصية ليست في حقيقتها وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة، ألا دعوى بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين إضرارا بدائنيه، ولا يمس الحكم الصادر بصحة العقد من المدين، بل يضل هذا العقد صحيحا وقائما بين عاقديه منتجا لكافة آثاره القانونية بينهما))[٣٩]، وبالرجوع إلى القرار المرقم قرار رقم ٤٦١ لسنة ١٩٩١ والصادر عن محكمة التمييز الأردنية بحيث يعرف دعوى عدم نفاذ التصرفات بأنها ((دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين المعسر في حق الدائن هي طريق يسلكه الدائن لينال من القضاء حكما بأنه من الغير في تصرف صدر عن مدينه المعسر أضر بحقوقه أي أنها دعوى بطلان من نوع خاص، وحيث أن البطلان لا يكون إلا فيما بين المتعاقدين، فليس للغير أن يطلب إلا عدم نفاذ العقد في حقه))[٤٠]، بينما نجد التشريعات أكتفت بالنص عليها تاركتاً تعريفها للفقه، فالمشرع العراقي تناولها في المواد (٢٦٣-٢٦٩) مدني عراقي[٤١]، وبالتالي من خلال ما تقدم يمكننا القول بأن دعوى عدم نفاذ التصرف (وسيلة قانونية أقرها المشرع للدائن وفق شروط معينة لتمكينه من الطعن في تصرف قانوني تم بين مدينه والمتصرف إليه، وغايتها تجنب غش المدين ولا يترتب ذلك التصرف أي أثر بحق الدائن).

الفرع الثاني: شروط دعوى عدم نفاذ التصرف

تعتبر دعوى عدم نفاذ التصرف أستثناء من قاعدة حرية المدين في إبرامه تصرفات نافذة في حق دائنيه، وتؤدي إلى تعطيل آثارها وهذا يجعلها تتميز بالخطورة، وبالتالي القانون لم يفسح المجال لممارسة هذه الدعوى لكافة الدائنين، ولم يوسع من أطار التصرفات التي يجوز الطعن فيها، لذا أشترط لمباشرة تلك الدعوى توافر شروط، فمنها خاص بالتصرف المطعون فيه، وأخرى يجب توافرها بأطراف الدعوى.

الفقرة الأولى: شروط التصرف المطعون فيه: تتلخص بكون التصرف المطعون فيه يجب أن يكون قانونيا، أي إتجاه الأرادة إلى إحداث أثر قانوني، وبالتالي لا يمكن الطعن بعدم النفاذ بتصرفات المدين الغير أرادية كأعمال المدين المادية وأن ترتب عليها تحميل المدين بالالتزامات[٤٢]،ومنعا للتكرار ولمزيد

من المعلومات في بيان الفرق بين التصرف القانوني والوقائع المادية نحيل بالرجوع للقواعد العامة التي اسهبت في تفصيلها، كما يشترط بالتصرف للطعن فيه أن يكون من التصرفات المفقرة والضارة، ويقصد بالتصرف المفقر هو الذي ينقص من حقوق المدين أو يزيد في التزاماته[٤٣]، وهذا المعنى للتصرف المفقر قد أشارت اليه التشريعات في نصوصها القانونية فالمادة (٢٦٣) مدني عراقي نصت (... اذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين او زاد في التزاماته وذلك ...متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية)[٤٤]، في حين الأمر يختلف في القانون المدني الأردني فلم يورد نصا بهذا الموضوع، أذ العبرة في القانون الأردني هي ((بإحاطة الدين حالا أو مؤجلا بمال المدين بالزيادة أو المساواة))، وهو ما تجسد بالمادة (٣٧٠) مدني أردني، إما القانون المدني الفرنسي استقر على فكرة أعتبار تصرف المدين مفقرا إذا كان من شأنه إنقاص حقوقه أما التي تزيد من التزاماته لا تعتبر من قبيل التصرفات المفقرة وثم لا يجوز الطعن فيها بدعوى عدم نفاذ التصرف.

وكقاعدة عامة يجوز للدائن الطعن بعدم النفاذ في جميع تصرفات مدينه المفقرة متى تحققت الشروط الأخرى، ولكن تلك القاعدة لا تنطبق على حالة إمتناع المدين من الاغتناء أي زيادة حقوقه أو إنقاص التزاماته كأن يرفض المدين قبول هبة عرضت عليه[٤٥]، وبالتالي لا يسمح للدائن الطعن في تصرف مدينه أذا رفض قبول الهبة، لكون تصرفه هذا لا يعتبر مفقراً ولا يضعف الضمان العام للدائن الذي اعتمد عليه نشوء حق[٤٦]، ومع ذلك نجد من التشريعات ومنها المشرع العراقي أجازت للدائن الطعن ببعض التصرفات رغم أنها ليس محلا للطعن بدعوى عدم النفاذ لكونها ضمن قاعدة إمتناع المدين من الاغتناء، ومصداقها تنازل المدين عن الدفع بالتقادم[٤٧] وكذلك رفض المدين لوصية أو تركة عرضت عليه، أما المشرع الفرنسي وإعمالا بنص المادة ١٠١٤ مدني الذي اعتبر الموصى له مالكا للشيء الموصى به بموجب الوصية مما أجاز للدائن الطعن في رفض المدين للوصية أو التركة على أعتبار إنقاص لحقوقهما[٤٨].

ويبدو أن الأخذ بالمفهوم الواسع للتصرف المفقر جعل التشريعات العربية ومنها المشرع العراقي أن يوسع من دائرة التصرفات القانونية التي يجوز للدائن الطعن فيها بدعوى عدم النفاذ، أذ لم يقتصر على التصرفات المفقرة فقط وإنما أضاف إليها تصرفين هما تفضيل المدين لدائن على أخر دون حق بقصد الغش والوفاء الحاصل لبعض الدائنين نتيجة التواطؤ، وهذا ما نصت عليه المادة(٢٦٨) مدني عراقي[٤٩].

وأخيراً يجب أن يكون التصرف المطعون فيه غير متصلا بشخص المدين أذ تقوم في أساسها على اعتبارات أدبية منوط تقديرها بالمدين وحده [٥٠]، كما لا يكون مال غير قابل للحجز كالحق في النفقة إستنادا إلى القاعدة العامة التي تقضي ما لا يجوز التصرف فيه لا يجوز الحجز عليه، بالإضافة إلى التصرفات المتعلقة بالحقوق الغير مالية ولو ترتب عليها نتائج مالية كعقد الزواج [٥١].

الفقرة الثانية: الشروط المتعلقة بأطراف الدعوى: يعد الدائن والمدين هما طرفا دعوى عدم النفاذ وأن أستعمال تلك الدعوى يستلزم توافر شروطاً فيهما وسنبينها بالنقاط الأتية:

أولا: الشروط المتعلقة بالدائن: يستلزم قبل التطرق للشروط الخاصة التي يتطلب توافرها لدى الدائن في دعوى عدم نفاذ التصرفات الأشارة للشروط العامة المتمثلة بأن يكون للدائن الصفة في رفع الدعوى وله مصلحة مشروعة يحميها القانون، وذلك طبقا للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية، أما الشروط الخاصة تتلخص في أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وسابقا على وجود التصرف المطعون فيه والميعاد القانوني لرفع الدعوى وسوف نبينها بالتعاقب:

(١) – حق الدائن مستحق الأداء: يعني هذا الشرط بأنه لا يكفي في حق الدائن أن يكون موجوداً وخالياً من النزاع كما هو الحال في الدعوى غير المباشرة بل لابد أن يكون مستحق الأداء، وهو مايستخلص من نص المادة(٢٦٣) مدني عراقي أذ نصت (يجوز لكل دائن اصبح حقه مستحق الاداء وصدر من مدينه تصرف ضار به ... متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية) [٥٢]، وبذلك لايمكن للدائن الذي لم يحل أجل حقه مباشرة دعوى عدم النفاذ، والأمر لا يختلف كذلك عندما يكون الحق معلقا على شرط واقف أومضاف الى أجل واقف، وهو بعكس الحق المعلق على شرط فاسخ أو مقترناً بأجل فاسخ لكونهما لا يمنعان أن يكون الحق مستحق الأداء، كما لا يشترط في الحق أن يكون معلوم المقدار ولا يكون لدى الدائن سنداً تنفيذياً لأن تلك الدعوى تعد من قبيل مقدمات التنفيذ لا أجراءات التنفيذ[٥٣].

(٢)– تقدم حق الدائن على التصرف المطعون فيه: يعد شرطاً بديهياً ومنطقياً وعادلاً وأن لم ينص القانون عليه ولكن الفقه والقضاء مجمع عليه كما أن طبيعة دعوى عدم النفاذ تقتضيه،أذ الدائن لا يستطيع مباشرة تلك الدعوى الأ أذا كان تصرف المدين وارداً على مال أعتمد عليه الدائن في أستيفاء حقه،وبالتالي المنطق يفرض أن يكون حق الدائن يتقدم عن تصرف مدينه الذي أجراه، وبعكس ذلك لايمكن للدائن التمسك بعدم نفاذه بحجة كون التصرف قد أنقص حماية ضمانه[٥٤]،اذاً العبرة بتقدم حق الدائن بتاريخ نشوء حق الدائن لا بتاريخ استحقاقه ولا بتاريخ الفصل به اذا كان متنازعاً عليه ولا بتاريخ شهره ممن يستلزم أجراءات التسجيل في الدائرة المختصة، وأستثناءاً لهذا الاصل يحق للدائن الطعن بتصرف مدينه السابق على نشوء حقه، فيما أذا كان المدين قد أجرى ذلك التصرف قاصداً الأضرار بشخص يحتمل أن يكون دائنه مستقبلاً عندما يبني على غش المدين[٥٥].

إما عبء الإثبات يقع على عاتق الدائن بإعتباره مدعيا، ويكون بكافة طرق الإثبات طبقا للقواعد العامة التي تقضي بأن البينة على من أدعى ولعدم التكرار نحيل للقواعد في بيان الأثبات فيما كان مصدر الحق واقعة مادية أو تصرف قانوني ثابت تاريخه في محرر رسمي أو عرفي[٥٦].

(٣)– الميعاد القانوني لرفع الدعوى: بين المشرع العراقي بالمادة (٢٦٩) مدني مدة سقوط دعوى عدم نفاذ التصرف أذ نص (لا تسمع دعوى عدم نفاذ التصرف بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف، ولا تسمع في جميع الاحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف)[٥٧]، أذ جعل حق للدائن برفع الدعوى خلال ثلاث سنوات من يوم علمه بسبب

عدم نفاذ التصرف، لا من تاريخ علمه بالتصرف ولا من تاريخ أبرام المدين التصرف، أذ قد يعلم الدائن بتصرف المدين ولكنه لا يعلم بالأسباب التي من شأنها عدم نفاذه كإعسار المدين وغشه وغيرها، وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ أجراء التصرف علم الدائن أم لم يعلم بصدور التصرف أو بسبب عدم نفاذه، وحكمة المشرع بتحديد مدة الثلاث سنوات كان للمحافظة على مبدأ أستقرار المعاملات، وتطبيقاً لقاعدة الأثر الجماعي للدعوى فأن سقوط الدعوى لآحد الدائنين بمضي تلك المدة أي الثلاث سنوات لا يمنعه ذلك من مشاركة الدائنين الآخرين بتنفيذ على أموال المدين[٥٨].

ثانياً: الشروط المتعلقة بالمدين: لما كانت غاية دعوى عدم النفاذ التصرف محاربة إعسار المدين وغشه، لذا يشترط لمباشرتها أن يتوفر في المدين شرطا الإعسار والغش أو قصد الإضرار، وسوف نتناولهما بالتعاقب:

١. **شرط الإعسار:** لإمكانية الطعن في تصرف المدين بتلك الدعوى، يشترط أن يؤدي تصرفه هذا الى إعساره أو الزيادة في إعساره، فالإعسار نتيجة تقيد حرية المدين في التصرف بأمواله ويتحقق لعدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه المستحقة الأداء[٥٩]، وهذا ما تناوله المشرع العراقي بنص المادة (٢٦٣) السابق ذكرها بالقول(...وترتب عليه اعسار المدين او الزيادة في اعساره ...)[٦٠]، وما يتبين من ذلك النص أرتباط شرط الإعسار بما يلحق الدائن من ضرر بحيث يتجلى ذلك الضرر بعدم أمكانية الدائن أستيفاء حقه أو أقدام المدين على تصرفات تزيد من إعساره، أذا لطالما يوجد إعسار للمدين يتحقق ضرر للدائن والعكس وارد، إما وقت تحقق الإعسار لقبول الدعوى أن يكون قائماً حتى رفعها، أي اذا أعسر المدين بتصرفه أو أزداد في أعساره ولكن أصبح بعد ذلك موسرا نتيجة ميراث مثلا فهذا ينفي مصلحة الدائن في الطعن بتصرف المدين، أما بخصوص عبء إثبات إعسار المدين فيقع على عاتق الدائن باعتباره المدعي في الدعوى ويكفي في ذلك إثبات ديون مدينه وأن أنكر المدين الإعسار عليه إثبات بأن أمواله لا تكفي للوفاء بما عليه من ديون أو تزيد عليها وبخلافه يعتبر معسراً[٦١].

٢. **الغش أو قصد الإضرار:** يعد شرط غش المدين أحد أهم شروط دعوى عدم نفاذ التصرفات، أذ هي تقوم على محاربة الغش، ونجد الاساس لهذا الشرط في القاعدة الاصولية التي أشار اليها فقهاء القانون الروماني ((بأن الغش يفسد كل شئ)) وهي قاعدة أخلاقية واجتماعية لها مكانتها من الناحية القانونية، ليس فقط أثناء تنفيذ العقد بل أيضا في فترة تكوينه وانعقاده، بينما الفقه الإسلامي أخذ بمبدأ حسن النية وبه يلتزم المتعاقدان بالصدق والابتعاد عن الغش[٦٢]، ويقصد بالغش وجود نيه الأضرار لدى المدين بدائنيه وقت تصرفه، وتتجلى تلك النية بقصد المدين التخلص من الوفاء بالتزاماته في مواجهة الدائن بإنقاص ضمانه العام على أمواله[٦٣]، وبهذا يعد الغش عامل نفسي لا يمكن التوصل اليه بأمارات خارجية وهو الباعث الدافع لتصرف المدين[٦٤]، والغش هنا يختلف عن التدليس كعيب في الرضا، أذ الأخير يتم بطرق احتيالية وموجه للمتعاقد الأخر ويكون جزاءه البطلان بينما الغش لا يقترن بتلك الطرق وموجه للغير –الدائن– وجزاءه عدم نفاذ التصرف.

ويشترط لتحقق الغش من جانب المدين أذا كان تصرفه بعوض فأن لحظة قيامه بالتصرف سيسبب إعساره أو زيادة إعساره، بالإضافة إلى علم المتصرف إليه بإعسار المدين المتصرف، وهو ما يستخلص من المادة (٢٦٤) مدني عراقي، وبذلك سهل المشرع عبء الإثبات على الدائن عندما جعل علم المدين بإعساره قرينه بسيطة على الغش قابلة لإثبات العكس بأن يثبت المدين أنه لم يقصد الإضرار بدائنه، بينما أذا كان تصرفه تبرعاً فأنه لا ينفذ بحق الدائنين ولو لم يتوفر الغش من جانب المدين ولا المتصرف اليه[٦٥]،أذ لا يعقل نفاذ تبرع المدين في حق دائنيه وهو ليس لديه ما يكفي لسداد ديونه، لا سيما والدائن أولى بالرعاية من المتصرف إليه[٦٦].

إما فيما يشترط لعدم نفاذ التصرف بحق الدائن عندما يتصرف المتصرف اليه الى خلفه والتي يستلزم أن يحكمها تحقيق التوازن بين مصلحة الدائن ومصلحة خلف المتصرف اليه، لا سيما عندما يكون التصرف معاوضة وبحسن نية[٦٧]، وتناول المشرع تلك الشروط وتفاصيلها بالفقرة الثالثة من المادة (٢٦٤) مدني عراقي أذ نص(واذا كان الخلف الذي انتقل اليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض الى خلف آخر فلا يصح للدائن ان يتمسك بعدم نفاذ التصرف الا اذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين عند تصرفه للخلف الاول ان كان المدين قد تصرف بعوض او كان هذا الخلف الثاني يعلم اعسار المدين وقت تصرفه للخلف الاول ان كان المدين قد تصرف له تبرعاً)[٦٨]، فيستخلص من ذلك النص عدة فروض:

الأول: المتصرف إليه حسن النية والتصرف القانوني من قبل المدين له معاوضة فهنا لا يحق للدائن الطعن بتصرفات المتصرف اليه اللاحقة وتكون نافذة سواء كانت نية الخلف الثاني حسنة أم سيئة.

الثاني: يحق للدائن الطعن بعدم نفاذ التصرف ولا يكلف بإثبات الغش في مواجهة أي طرف، وذلك عندما يتلقى المتصرف إليه تبرعاً ويتصرف فيه كذلك تبرعاً.

الثالث: يكون فيه المتصرف اليه تلقى الحق معاوضة وتصرف فيه تبرعا فيستلزم من الدائن إثبات غش المدين وعلم المتصرف إليه بالغش مع عدم أشتراط علم الخلف الثاني (المتصرف الثاني) بغش المدين.

الرابع: يكون فيه تصرف المدين تبرع وتصرف المتصرف اليه معاوضة فما يشترط هنا فقط علم المتصرف اليه الثاني بأن المدين كان معسرا وقت تصرفه، على أعتبار تصرفه أصلاً غير نافذ بحق الدائنيين لكونه تبرعاً، **الخامس:** وهذا هو الفرض الأخير وأحتمالية بأن يكون التصرفان معاوضة لذا يشترط فيه أثبات الدائن علم المتصرف اليه الثاني بغش المدين وعلم المتصرف اليه بذلك الغش[٦٩].تلك هي الشروط الواجب توافرها في أطراف الدعوى حتى يتمكن الدائن من رفع دعوى وتترتب أثارها بجعل تصرف المدين غير نافذ بحق الدائن وهو ما نتناوله في المطلب القادم.

المطلب الثاني: آثار دعوى عدم نفاذ التصرف

ينتج عن الحكم الصادر في دعوى عدم نفاذ التصرف عدة آثار قانونية، منها ما يتعلق بالدائنين سواء رافع الدعوى أو غيره وأخرى ما يتعلق بأطراف التصرف، لذا سنتعرض لتلك الأثار من خلال الفرع الأول لآثار دعوى عدم النفاذ بالنسبة للدائنين، والفرع الثاني لآثار دعوى عدم نفاذ التصرف لأطراف التصرف.

الفرع الأول: آثار دعوى عدم النفاذ بالنسبة للدائنين

قد يرفع أحد دائني المدين دعوى عدم النفاذ ويتمكن من الحصول على حكم فيها يقضي بعدم نفاذ التصرف المطعون فيه في حقه، فهذا الحكم سيخلف مما لا شك فيه جملة من الآثار سواء أتجاه الدائن رافع الدعوى أم بقية دائني المدين اللذين لم يطعنوا في التصرف، وهذا سنتاوله الفقرتين التاليتين:

الفقرة الاولى: الآثار المتعلقة بالدائن رافع الدعوى: يتطلب من الدائن رافع دعوى عدم نفاذ التصرف لكي يستطيع التمسك بآثارها، أستمرار توافر صفة الدائن فيه حتى تنفيذ الحكم الصادر فيها، لأن بدون أستمرارها لم تعد له مصلحة في ذلك طبقاً للقاعدة العامة التي تقضي لا دعوى بدون مصلحة، وهو لا يفقد تلك الصفة الأ أذا أستوفى حقه سواء من جانب المدين أم المتصرف اليه وفق مبرراتهم في ذلك[٧٠]، ومع ذلك توجد حالات لايمكن فيها للدائن الطاعن الأستمرار بالدعوى أو تنفيذ حكمها رغم عدم أستيفاء حقه وهي التي نصت عليها الفقرات الثلاثة من المادة(٢٦٧)مدني عراقي، والتي مضمونها أنتفاء شرط أعسار المدين وأثبات المتصرف اليه المال الكافي للوفاء بحق الدائن أو أيداع المتصرف اليه ثمن ما تلقا من المدين في صندوق المحكمة[٧١]، وبالتالي فأن أثار دعوى عدم نفاذ التصرف بالنسية للدائن الطاعن مع أستمرار توافر صفة الدائن وانتفاء حالات نفيها تكون:

عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن: اذ عدم أستيفاء الدائن حقه سيجعله يستمر في الدعوى حتى أستحصال حكم يقضي بعدم نفاذ تصرف المدين بحقه، لأنه سيكون من الغير وله أن يعتبر المال المتصرف به وكأنه لم يخرج من دائرة الضمان العام، وبهذا يمكن للدائن أتخاذ الاجراءات القانونية بالتنفيذ عليه[٧٢]، وقد يكون التصرف الذي تقرر عدم نفاذه يتضمن انقاصا لحق من حقوق المدين أو يزيد من ديونه، بحيث أذا كان ينقص من حقوقه، فإن هذا الحق لا يخرج من الضمان العام ويستطيع الدائن رافع الدعوى وغيره من الدائنين الذين تتوفر فيهم شروط الدعوى التنفيذ عليه، وبالتالي لا يعتبر المال المتصرف فيه أذا كان شيئاً عينياً داخلاً في ضمان دائني المتصرف اليه، لذا لا يستطيعوا أن يشاركوا دائني المتصرف(المدين) في هذا التنفيذ، بينما اذا كان محل التصرف مبلغا من النقود ومسلما الى المتصرف اليه او دينا ابرئ منه، فانه يجوز لدائني المتصرف اليه مزاحمة دائن المدين عند التنفيذ على هذا المال وقسمته قسمة غرماء بينهم، 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، في حين اذا كان التصرف الذي أجراه المدين يزيد من ديونه ومصداق لذلك عقد القرض فان المقرض وأن بقى دائنا للمدين، الأ أنه لا يستطيع مزاحمة الدائنين المحكوم لهم بعدم نفاذ التصرف في التنفيذ على اموال المدين، لعدم سريان حقه في مواجهتهم، لانه لا يعتبر دائنا للدائن رافع الدعوى، إما اذا كان المدين قد سدد مبلغ القرض هنا على المتصرف اليه رد ما قبضه لان لا يكون نافذا بحق الدائن، ومع ذلك فأن حق الدائن بأتخاذ الأجراءات التنفيذية يقيدها بعض التحفظات، أذ لا يكون للدائن الجمع بين النقيضين أي لا يمكن للدائن الاستفادة من تصرف المدين، بمعنى كما يمكن للدائن عدم اللحاق الضرر به نتيجة عدم نفاذ التصرف بحقه، أيضا عدم أفادته من ذلك التصرف، والتحفظ الثاني أخذ بالاعتبار حسن أو سوء نية

المتصرف اليه والتي تسري عليه القواعد العامة في ذلك، وأخيراً قابلية تصرف المدين للتجزئه فيكون غير نافذ بالقدر اللازم لمنع الضرر عنه وكافي للوفاء بحقه، وبغير ذلك القدر يكون نافذاً بحقه[٧٣].

٣. حق الدائن في التعويض: قد يحدث ان الدائن يستحصل على حكم بعدم نفاذ تصرف المدين بحقه، ومع ذلك لا يستطيع القيام بأجراءات التنفيذ عليه، بسبب عدم أمكانية استعادة المال الذي خرج من ذمة المدين الى ضمانه العام، ومصداق ذلك تصرف المدين في عين مملوكة له بعوض لمتصرف اليه حسن نية، وهذا الأمر بالتأكيد يسبب ضرراً للدائن سيما اذا أقترن تصرف المدين بسوء نية او مشوب بغش، مما يجعل للدائن مطالبة مدينه بالتعويض عن الفعل الغير مشروع طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، وأشارت لذلك المادة(٢٠٤) مدني عراقي ونصها (كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض)[٧٤]، اما اذا ثبت سوء نية المتصرف اليه، وتعذر استرداد العين محل التصرف فان المتصرف اليه يكون مسؤولا ايضا عن الضرر الذي اصاب الدائن، وبذلك يكون متضامنا مع المدين في دفع التعويض للدائن لاشتراكهما في الفعل غير المشروع، لأن التضامن بين المدينين في المسؤولية التقصيرية مقرر بنص القانون[٧٥]، وهذا ما اشارت اليه المادة(٢١٧) مدني عراقي[٧٦] والتي نصها(اذا تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر دون تمييز بين الفاعل الاصلي والشريك والمتسبب)، وهذا يجعلنا أمام مسؤولية مدنية وليس بصدد دعوى عدم نفاذ، أذ تلك الدعوى 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[٧٧].

الفقرة الثانية: الآثار المتعلقة بالدائنين الأخرين: يتبين بأن الآثار الناتجة عن دعوى عدم نفاذ التصرف والخاصة بالدائنيين الذين لم يرفعوا تلك الدعوى تكون بأتجاهين الأول عندما يخسر الدائن الدعوى الذي رفعها فهنا لا يكون للحكم الصادر ضده حجة على الدائنين الآخرين ومن ثم يستطيع كل دائن منهم استوفى شروط هذه الدعوى أن يرفعها باسمه هو، بينما الأتجاه الأخر عندما يكسب الدائن الدعوى فنجد أحكام التشريعات بشأنها ليست موحدة، ففي القانون الفرنسي وكذلك البناني أثرها يقتصر فقط للدائن الذي رافعها أذ هو وحده المستفيد من الحكم الصادر فيها، وتعليل هذا الأستئثار أنسجام ذلك مع قاعدة نسبية الاحكام وأنتفاء فكرة النيابة عن الدائنئن وتشجيع الدائن بمباشرة تلك الدعوى[٧٨]، بينما تشريعات أخرى ومنها القانون العراقي جعل أستفادت جميع الدائنئن الذين صدر التصرف أضرار بهم من الحكم الصادر بتلك الدعوى متى توافرت بهم شروطها، وبينت ذلك المادة(٢٦٦) مدني عراقي ونصها(متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف اضراراً بهم)[٧٩]، وتبرير ذلك تحقيقا لمبدأ المساوات بين الدائنين التي تقره قاعدة الضمان العام وكذلك قيام الدائن رافع الدعوى دون غيره من الدائنين الأخرين لا يعني أهمالاً منهم وأنما قد لا يكون لديهم علم بصدور تصرف المدين أو أعساره حتى يسعوا لرفع الدعوى، بالأضافة لتبريرات أخرى ذكرها الفقه[٨٠]، مما يعني 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 شروطها أن يتدخل فيها ليستفيد من الحكم الصادر

بشأنها، مما سبق يتضح بأن المشرع العراقي وبعض التشريعات العربية تأخذ بالأثر المطلق لدعوى عدم نفاذ التصرف في حين التشريع الفرنسي أخذ بالأثر النسبي أي نسبية حكم عدم نفاذ التصرف.

الفرع الثاني: آثار دعوى عدم نفاذ التصرف بالنسبة لأطرافها

ظهر لنا أن هدف دعوى عدم نفاذ التصرف الحفاظ على الضمان العام للدائنين وتأكيد قاعدة المساواة بين الدائنين في استيفاء حقوقهم، وسبيلها في تحقيق ذلك تقرير عدم نفاذ التصرف في حق الدائن الطاعن وفي حق من يستفاد منه من الدائنين، ويظل صحيحا نفاذاً بحق أطرافه وخلفهما وبحق من لم يتخذ أجراءات التنفيذ من الدائنين سواء أهمالاً أوعدم توافر شروطها فيهم، وذلك لأن دعوى عدم النفاذ التصرف ليس دعوى بطلان[٨١]، وبذلك يترتب على أن التصرف القانوني الذي يكون نفاذاً بين المتعاقدين أنه يبقى منتجاً لكل أثاره القانونية بين طرفيه متى أستجمع أركانه وشروط صحته، وهو ما نجده بأحد قرارات محكمة النقض المصرية، الذي جاء فيه أن ((الدعوى البولصية ليست في حقيقتها، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة إلا دعوى عدم نفاذ التصرف الصادر من المدين إضرارا بدائنيه، ولا يمس الحكم الصادر في صحة العقد الصادر من المدين، بل يظل هذا العقد صحيحا وقائما بين عاقديه منتجا كافة آثاره القانونية بينهما)) [٨٢]،الأ ما تعارض منها مع عدم نفاذه بحق الدائنون كأثبات قصد الاضرار بالدائنين من وراء ذلك التصرف، بحيث لو كان التصرف بيعاً أنتج عقد البيع كافة الالتزامات المترتبة على طرفية، واذا نفذ الدائن على ثمن الشيء محل التصرف وبقي من ذلك الثمن بعد التنفيذ فيكون من نصيب المتصرف اليه (المشتري) وأن كان سيء النية، كما أن تلك الآثار تنتقل الى خلف المتصرف اليه العام والخاص، أضف الى ذلك بأن هذا التصرف يبقى نافذا في حق دائني المتصرف اليه (المشتري) وتنتقل اليهم حقوقه ولهم أن يتخذوا كافة الاجراءات القانونية للحصول على حقوقهم[٨٣]، في مقابل ذلك يتم معالجة التعارض بين مبدأ قيام التصرف في حق طرفيه وعدم نفاذه بحق الدائنين برجوع الى القواعد العامة وتطبيقها يرتب الآتي:

أولا: التصرف المطعون فيه معاوضة: ومن مصاديقه عقد البيع فالدائن الطاعن والتصرف غير نافذ بحقه فلا شك فأنه سيستوفى دينه من ثمنه الذي سينفذ عليه، فهنا المشتري–المتصرف اليه– وهو لم يتصرف بالحق محل التصرف والتصرف نافذ بحقه فله لكي يحافظ على حقه لدى المدين – البائع وهو المتصرف – الخيار بين دعوتين هما الدعوى الناشئة عن العقد أي ضمان الاستحقاق وفقا لأحكام عقد البيع أو دعوى الاثراء بلا سبب لكون الدائن استوفى دينه من ثمن المبيع الذي هو مال المتصرف اليه، وبالتالي سيكون كأي شخص وفى دينا عن الغير، إما اذا كان قد تصرف بحقه لشخص أخر بحيث أصبح المتصرف غير المدين الاول، فهنا يكون للمتصرف اليه الثاني –المشتري الثاني –ففي تلك الحالة تتفرغ تلك الدعوتين اذ ترفع دعوى ضمان الاستحقاق ضد البائع بينما دعوى الاثراء بلا سبب ترفع ضد المدين الاصلي[٨٤].

ثانيا: التصرف المطعون فيه تبرعا: ومن مصاديقه عقد الهبة بأي نوع كانت، فلا يكون للموهوب له بعد صدور حكم عدم نفاذه بحق الدائن وتنفيذه الرجوع على المدين بضمان الاستحقاق أن لم يكن اشترط ذلك بالتصرف تطبيقاً للقواعد العامة [٨٥].

الخاتمة:

أولا: النتائج:

١. تبين لنا أن دعوى عدم نفاذ التصرف والدعوى غير المباشرة هدفهما واحد هو المحافظة على أموال المدين لتقوية الضمان العام للدائنين، وهما يشتركان بأنهما يواجهان مدينا معسراً، ولكن يختلفان كون الدائن يمارس الدعوى غير المباشرة بأسم المدين عندما يتخذ موقفا سلبيا وهو تقاعسه في المطالبة بحقوقه، بينما الدائن يباشر دعوى عدم نفاذ التصرف بنفسه حين نكون أمام مدين سيئ النية، غاية تصرفاته ضياع فرصة دائنيه في استيفاء حقوقهم، بتخاذه موقفا إيجابيا عنده تصرفه في أمواله قصد الإضرار بدائنيه وأضعاف الضمان العام.

٢. لاحظنا مباشرة الدائن لتلك الدعاوى وان نجح فيها لا ينفرد بحصيلتها لوحده، لكون نتيجة الحكم الصادر عنها يكون لمصلحة المدين، أذ ما حكم به يدخل بذمة المدين المالية ومن ثم بالضمان العام لجميع الدائنين، وهذا الأمر يُقلل من استعمالها ويضعف نتيجتها، مما يجعل تلك الدعاوى غير آمنة ولا فعالة في تأمين الحماية اللازمة للدائن مما يؤدي حتما نفور الدائنين من اللجوء إليها، إذ أن الدائن بعد أن ينفق وقتا ومالا في مباشرتها يجد غيره من الدائنين يزاحمونه في ثمرة نجاحه. مما يستوجب تدخل المشرع لمعالجة ذلك الخلل بتعديل النصوص التي تتناول تلك الاحكام.

٣. ظهر لنا بإن الحماية التي تحقيقاهما كلا الدعوتين تكون متأخرة، أذ لا يمكن للدائن اللجوء إلى أي منهما إلا بعد إعسار المدين أو الزيادة في إعساره، فهما يهدفان فقط إلى إنقاذ ما تبقى من أموال المدين فلا يمنعان وقوع الخطر بل يحدان من تفاقمه.

٤. تبين أن أثر حكم عدم نفاذ تصرف المدين فائدته يستفاد منها جميع الدائنين ذوي الحقوق تحقيقا لمبدأ المساواة بين الدائنين الذي تفرضها قاعدة الضمان العام أي الأثر المطلق للدعوى.

٥. ان مدة تقادم دعوى عدم نفاذ التصرف ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمسة عشرة سنة من اليوم الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه.

ثانيا: المقترحات

١. بالنسبة لدعاوى حماية الضمان العام من إهمال المدين، فالأجدر بالمشرع العراقي إعادة النظر في المواد القانونية المنظمة للدعوى غير المباشرة بخصوص الأثر المترتب عليها وذلك بجعل الدعوي غير مباشرة وسيلة للتنفيذ على مال المدين، وتوسيع نطاق الدعوى المباشرة.

٢. بالنسبة لدعاوى حماية الدائن من غش المدين، فالمشرع في دعوى عدم نفاذ التصرف أغفل وضع نص صريح بشأن اشتراط ثبوت التاريخ، وعليه البد من أن يتداركه حتى لا تقع منازعات في هذه المسألة.

الهوامش

(١) أوباجي محمد، الضمان العام ووسائل حمايته، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسة، كلية الحقوق والعلوم، جامعة البليدة، العدد٢ المجلد٧، ص٢٣٣

(٢) نبيل أبراهيم سعد، أحكام الألتزام والاثبات، الجزء الأول، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠١١، ص ١٠٤.

(٣) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، طبعة جديدة، دار الهدى، الجزائر، ٢٠١٩، ص ١١٤.

(٤) عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني، دار الثقافة، الأردن،٢٠٠٨، ص ٩٤.

(٥) تقابلها المادة (٢٣٥) مدني مصري، (٢٧٦) موجبات لبناني، (١٨٩) مدني جزائري، (١١٦٦) مدني فرنسي أذ ورد نصها الاجنبي كالآتي:

((Les créanciers peuvent exerted Tous les droits de leurs debater, à exception de crux qui sont exclusivement attachés à la personne.))

(٦) د. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، سنة٢٠٠٤، ص١٢١.

(٧) بينما قانون الموجبات والعقود اللبناني بالمادة (٢٧٦) يشترط عكس ذلك أذ يستلزم أن يكون الحق مستحق الأداء

(٨) تقابلها المادة(٢٣٦) مدني مصري، (٢٧٦) موجبات لبناني، (١٩٠) مدني جزائري، (١١٦٧) مدني فرنسي أذ ورد نصها الاجنبي كالآتي:

((Ils peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits)

(٩) د. محمد صبري السعدي، مصدر سابق، ص ١١٩.

(١٠) د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية الألتزام بوجه عام الإثبات، أثار الألتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، ط٣، لبنان٢٠٠٩، ص ٩٥٤.

(١١) د. سليمان مرقس، شرح قانون المدني في الالتزامات، مصادر الالتزام وأثاره وأوصافه وأنقضائه، القاهرة، ط٤، ١٩٦٤، ص٦٤٩

(١٢) وليد ميره، الدعوى القضائية كوسيلة لحماية الضمان العام في ضوء التشريع الجزائري، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور خنشلة، ج٩، ع٢، سنة٢٠٢٢، ص٨٥٨.

(١٣) د. رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص١٧١.

(١٤) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص٩٥٤.

(١٥) وليد ميره، الدعوى القضائية كوسيلة لحماية ...، مصدر سابق، ص٨٥٨.

(١٦) د. سليمان مرقس، شرح قانون المدني في الالتزامات...، مصدر سابق، بند ٦٧٠، ص٦٥١.

(١٧) لرزق بن عودة، وسائل حماية الضمان العام، رسالة ماجستير كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران الجزائر، ٢٠١٤، ص١٦

(١٨) بذات الاتجاه نص المادة(٢/٢٣٥) مدني مصري، والمادة(٢/١٨٩) مدني جزائري.

(١٩) بذات الاتجاه نص المادة(١/٢٣٥) مدني مصري، والمادة(١/١٨٩) مدني جزائري.

(٢٠) لرزق بن عودة، وسائل حماية الضمان العام، مصدر سابق، ص١٩.

(٢١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص٩٦٢.

(٢٢) نقلا عن د. عبد الرزاق السنهوري، هامش رقم(١) ص٩٧٦.

(٢٣) د. سليمان مرقس، شرح قانون المدني في الالتزامات...، مصدر سابق، بند ٦٧٢، ص٦٥٣.

(٢٤) د. أحمد عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص٩٠٤.

(٢٥) بذات الاتجاه مواد التشريعات المقارنة أنظر هامش رقم (٨) من هذا البحث.

(٢٦) د. رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص١٢٦-١٢٧.

(٢٧) لزرق بن عودة، مصدر سابق، ص٢٧.

(٢٨) منى نسرين هلال، الضمانات العامة لحماية الدائن في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أكلي، الجزائر،٢٠١٦، ص٣٢.

Pierre GHIHO, Goerges PEYRARD, Droit civil, les obligations, 3ème édition, L'Hermès, Lyon, 1992, p 54.

(٢٩) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، المجلد الرابع، أحكام الالتزام، الطبعة الثانية، منشورات مكتبة صادر، بيروت، لبنان، ١٩٩٢، ص ٢٩٨.

(٣٠) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص٩٧٧.

(٣١) وبذات الاتجاه جاء نص المادة (١٩٠) مدني جزائري، وكذلك المادة (٢٣٦) مدني مصري.

(٣٢) عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني، دار الثقافة، عمان،٢٠٠٥ ص ٨٩.

(٣٣) د. محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، د. ط، الدار الجامعية الجديدة، سنة ٢٠١٠، ص١١٧.

(٣٤) د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ج٢، دار العلمية الدولية ودار الثقافة، الأردن،٢٠١١، ص ٣١٨

(٣٥) لزرق إيمان شهرزاد، دعوى عدم نفاذ التصرفات (الدعوى البوليصية) -دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، الجزائر،٢٠١٨، ص١٢.

(٣٦) د. حسن علي ذنون، محمد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام ط١، ج٢ دار وائل، الاردن، ٢٠٠، ص١٢٩.

(٣٧) رمضان محمد أبو السعود، أحكام الالتزام، د ط، المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر،٢٠٠٦، ص ١٧٠.

(38) MAZEAUDL (H.L et J) et CHABAS (F), Leçons de droit civil, Tome II, Volume 1er, obligations, Théorie générale, 9eme Ed, Montchrestien, Paris, 1998, N° 980, P 1055.

(٣٩) نقض مدني مصري ١٩٧٢/٦/١٣، س٢٣، طعن رقم ٣٩٢ لسنة ٣٧ق.نقلا عن لزرق إيمان شهرزاد، دعوى عدم نفاذ التصرفات، مصدر سابق، ص١٤.

(٤٠) نقلا عن لزرق إيمان شهرزاد، دعوى عدم نفاذ التصرفات، المصدر نفسه، ص١٣.

(٤١) وذكرها القانون المدني المصري بالمواد(٢٣٧-٢٤٣)، والقانون الجزائري بالمواد (١٩١) والقانون الفرنسي في المادة ١٣٤١-٢ دون تنظيم أحكامها بالتفصيل في شروطها وآثارها، حيث اقتصرت المادة على تقرير حق الدائنين في الطعن باسمهم في تصرفات مدينهم التي تصدر غشا منه بقصد الإضرار بحقوقهم،

(٤٢) د. محمد صبري السعدي، مصدر سابق، ص ١٣٥-١٣٦.

(٤٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص١٠١٢.

(٤٤) وبذات الاتجاه المادة(٢٣٧) مدني مصري، والمادة(٢٩١) مدني جزائري.

(٤٥) لزرق بن عودة، مصدر سابق، ص٨٠.

(٤٦) د. محمد صبري السعدي، مصدر سابق، ص١٣٨.

(٤٧) تنص الفقرة ثانيا من المادة(٤٤٣) من مدني عراقي على (وانما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه ان يتنازل ولو دلالة عن الدفع بعد ثبوت الحق فيه على ان هذا التنازل لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر اضرار بهم).

(٤٨) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص١٠٢٠-١٠٢٢.

(٤٩) ذات الاتجاه(٢٤٢) مدني مصري و(١٩٦) مدني جزائري.

(٥٠) د. ياسين محمد الجبوري، مصدر سابق، ص٣٤٤.

(٥١) د. محمد صبري السعدي، مصدر سابق، ص١٣٥.

(٥٢) ذات الاتجاه(٢٣٧) مدني مصري و(١٩١) مدني جزائري وخلافا لذلك لم يشترط المشرع الأردني لتمكين الدائن من استعمال دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين بحقه أن يكون مستحق الأداء بل الأمر له سيان فيما يتعلق بكونه مستحق الأداء أو مؤجلا. عامر محمد الكسواني مصدر سابق، ص١٧٤.

(٥٣) د. رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص١٤٥.

(٥٤) لزرق بن عودة، مصدر سابق، ص٦٦.

(٥٥) وبهذا يقول د. السنهوري ((ونرى من ذلك أن أشترط تأخر تصرف المدين على حق الدائن في الوجود ليس في الواقع الأ عنصراً من عناصر شرط الغش في جانب المدين، أذ لا يمكن توافر هذا الشرط عادة إلا أذا كان تصرف المدين تالياً لحق الدائن، فاذا أمكن توافر الغش دون هذا التأخير فالتأخير لا يشترط)) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، بند ٥٨٠، ص١٠٢٣.

(٥٦) د. مصطفى عبد الحميد عدوي، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، ط الثالثة، مصر، ٢٠٠٠، ص١٦٥-١٦٦

(٥٧) ذات الاتجاه(٢٤٣) مدني مصري و(١٩٧) مدني جزائري.

(٥٨) د. سليمان مرقس، شرح قانون المدني في الالتزامات...، مصدر سابق، بند ٦٨٩، ص٦٧٩.

(٥٩) د. محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مصدر سابق ٢٠٠٠، ص٨٩.

(٦٠) ذات الاتجاه(٢٣٧) مدني مصري و(١٩١) مدني جزائري.

(٦١) لزرق بن عودة، مصدر سابق، ص٩١-٩٢.

(٦٢) لزرق بن عودة، مصدر نفسه، ص٩٥.

(٦٣) عبد القادر الفار، مصدر سابق، ص١١٧.

(٦٤) د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، مصدر سابق، ص ٣٤٥-٣٤٦.

(٦٥) أذ تنص المادة (١-إذا تصرف المدين بعوض يشترط لعدم نفاذ تصرفه في حق الدائن ان يكون هذا التصرف منطوياً على غش من المدين وان يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش ومجرد علم المدين انه معسر كاف لاقتراض وقوع الغش منه كما يفترض علم من صدر له التصرف بغش المدين إذا كان قد علم ان هذا المدين معسر او كان ينبغي ان يعلم بذلك. ٢-اما إذا كان التصرف تبرعاً فانه لا ينفذ في حق الدائن حتى لو كان من صدر له التبرع حسن النية وحتى لو ثبت ان المدين لم يرتكب غشاً) بذات الاتجاه(٢٣٨) مدني مصري و(١٩٢) مدني جزائري، بينما القانون المدني الأردني في المادة(٣٧١) لم ينص على واقعة الغش بل اكتفى ببيان واقعة علم المدين بمطالبة الدائن له.

(٦٦) د. محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مصدر سابق ٢٠٠٠، ص١٣١-١٣٣.

(٦٧) نبيل أبراهيم سعد، أحكام الألتزام والاثبات، ...مصدر سابق ص ١٣٠.

(٦٨) بذات الاتجاه (٤/٢٣٧) مدني مصري و(٤/١٩٢) مدني جزائري، بينما القانون المدني الأردني في المادة (٣٧١)

(٦٩) لزرق بن عودة، مصدر سابق، ص١٠٨-١١١.

(٧٠) د. عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي، ج٣، أحكام الالتزام-تنفيذ الالتزام، مطبعة الزهراء-ب غداد ١٩٧١، ص٣٠٤.

(٧١) بينما نجد المادة (٢٤١) مدني مصري تقتصر على حالة ايداع الثمن خزانة المحكمة، وبذات الاتجاه المادة (١٩٥) مدني جزائري.

(٧٢) د. رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص١٦٠.

(٧٣) د. عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي، ج٣، أحكام الالتزام-تنفيذ الالتزام، مصدر سابق، ص٣٠٧-٣٠٨.

(٧٤) وبذات الاتجاه المادة (١٦٣) مدني مصري والمادة (١٢٤) مدني جزائري.
(٧٥) د. رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص١٦٢.
(٧٦) وبذات الاتجاه المادة(١٦٩) مدني مصري والمادة (١٢٦) مدني جزائري.
(٧٧) د. محمد صبري السعدي، مصدر سابق، ص١٥٦.
(٧٨) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ف٧٤٦، الوسيط ج٢، ص١٠٦٢.
(٧٩) وبذات الاتجاه المادة (٢٤٠) مدني مصري والمادة (١٩٤) مدني جزائري.
(٨٠) أنظر في تلك التبريرات، د. عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي، ج٣، أحكام الالتزام، مصدر سابق، ص٣١١.
(٨١) د. محمد صبري السعدي، مصدر سابق، ص١٥٧.
(٨٢) نقض مدني مصري ١٣/٦/ ١٩٧٢، س ٢٣، طعن رقم ٣٢٢ لسنة ٣٧ ق، سبق الاشارة اليه هامش رقم (٣٩).
(٨٣) د. عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي، ج٣، أحكام الالتزام، مصدر سابق، ص٣١٣.
(٨٤) د. محمد صبري السعدي، مصدر سابق، ص١٥٨.
(٨٥) لزرق بن عودة، مصدر سابق، ص١٢٧.

قائمة المصادر

أولا: الكتب:

١) نبيل أبراهيم سعد، أحكام الألتزام والاثبات، الجزء الأول، دار الجامعة الجديدة، مصر،٢٠١١.

٢) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، طبعة جديدة، دار الهدى، الجزائر، ٢٠١٩.

٣) د. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، سنة٢٠٠٤.

٤) د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية الألتزام بوجه عام الإثبات، أثار الألتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، ط٣، لبنان، ٢٠٠٩.

٥) د. سليمان مرقس، شرح قانون المدني في الالتزامات، مصادر الالتزام وأثاره وأوصافه وأنقضائه، القاهرة، ط٤، ١٩٦٤.

6) Pierre GHIHO, Georges PEYRARD, Droit civil, les obligations, 3ème édition, L'Hermès, Lyon, 1992.

٧) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، المجلد الرابع، أحكام الالتزام، الطبعة الثانية، منشورات مكتبة صادر، بيروت، لبنان، ١٩٩٢.

٨) عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني، دار الثقافة، عمان،٢٠٠٥.

٩) د. محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، د. ط، الدار الجامعية، سنة ٢٠٠٠.

١٠) د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ج٢، دار العلمية الدولية ودار الثقافة، الأردن،٢٠١١.

١١) د. حسن علي ذنون، محمد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام ط١، ج٢ دار وائل، الاردن، ٢٠٠٤.

١٢) د. مصطفى عبد الحميد عدوي، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، ط الثالثة، مصر، ،٢٠٠٠.

١٣) د. عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي، ج٣، أحكام الالتزام–تنفيذ الالتزام، مطبعة الزهراء–بغداد ١٩٧١.

١٤) عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٥.

١٥) د. محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، د. ط، الدار الجامعية، سنة ٢٠٠٠.

١٦) د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ج٢، دار العلمية الدولية ودار الثقافة، الأردن،٢٠١١.

١٧) د. مصطفى عبد الحميد عدوي، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، ط الثالثة، مصر، ،٢٠٠٠.

١٨) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، فـ٧٤٦، الوسيط ج٢.

١٩) د. رمضان محمد أبو السعود، أحكام الالتزام، د ط، المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٦.

20) MAZEAUDL (H.L et J) et CHABAS (F) , Leçons de droit civil, Tome II, Volume 1er,obligations ,Théorie générale, 9eme Ed, Montchrestien, Paris, 1998, N° 980.

ثانيا: الرسائل

١) لرزق بن عودة، وسائل حماية الضمان العام، رسالة ماجستير كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران الجزائر، ٢٠١٤

٢) منى نسرين هلال، الضمانات العامة لحماية الدائن في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أكلي، الجزائر،٢٠١٦

٣) لزرق إيمان شهرزاد، دعوى عدم نفاذ التصرفات (الدعوى البوليصية) -دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، الجزائر،٢٠١٨.

ثالثا: البحوث

١) أوباجي محمد، النظام العام ووسائل حمايته، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسة، كلية الحقوق والعلوم، جامعة البليدة، العدد٢ المجلد٧.

٢) وليد ميره، الدعوى القضائية كوسيلة لحماية الضمان العام في ضوء التشريع الجزائري، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور خنشلة، ج٩، ع٢، سنة٢٠٢٢.

رابعا: القرارات القضائية

١) نقض مدني مصري ١٩٧٢/٦/١٣، س٢٣، طعن رقم ٣٩٢ لسنة ٣٧ق.

خامسا: القوانين

١) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل

٢) القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨

٣) القانون المدني الجزائري رقم 58-75 المؤرخ ٢٠ رمضان ١٣٩٥ الموافق ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥،

٤) القانون المدني الفرنسي

٥) قانون الموجبات اللبناني لسنة ١٩٣٢ المعدل.