جامعة غرداية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

الضمان العـــام

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي في مسار الحقوق

تخصص: قانون خاص

إعداد الطلبة :
– عبد النبي يسين
– قرادي عبد القادر

– إشراف الأستاذ:
– بلقاسم بودينار

لجنة المناقشة:

الاسم والقب	الجامعة	الصفة
د. شوقي ندير	جامعة غرداية	رئيسا
د. بلقلسم بودينار	جامعة غرداية	مشرفا مقررا
د. زروقي عاسية	جامعة غرداية	منقشا

السنة الجامعية: 2020/2019

جامعة غرداية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

الضمان العـــام

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي في مسار الحقوق

تخصص: قانون خاص

إعداد الطلبة :
– عبد النبي يسين
– قرادي عبد القادر

– إشراف الأستاذ:
– بلقاسم بودينار

لجنة المناقشة:

الاسم والقب	الجامعة	الصفة
د. شوقي ندير	جامعة غرداية	رئيسا
د. بلقلسم بودينار	جامعة غرداية	مشرفا مقررا
د. زروقي عاسية	جامعة غرداية	منقشا

السنة الجامعية: 2020/2019

بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿وَلاَ تُفْسِدُوا فِي الأَرْضِ بَعْدَ إِصْلاحِهَا وَادْعُوهُ

خَوْفاً وَطَمَعاً

إِنَّ رَحْمَةَ اللَّهِ قَرِيبٌ مِّنَ المُحْسِنِينَ ﴾

[سورة الأعراف :56]

الاهداء

مصداقا لقوله تعالى بعد بسم الله الرحمان الرحيم:

«وَقَضَى رَبُّكَ أَلاَّ تَعْبُدُواْ إِلاَّ إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا» [الإسراء: 17]

أولا أهدي ثمرة جهدي إلى أعز ما أملك في هذا الكون ،

والدتي ووالدي الكريمين –أطال الله في عمرهما–

وإلى أعمامي وأخوالي وإلى الإخوة والأخوات

وإلى أصدقاء الدراسة قسم الحقوق، تخصص قانون خاص

وإلى كل من ساهم معي في إنجاز هذا البحث أهدي هذا العمل.

عبد القادر

الإهداء

الحمد لله رب العرش العظيم، الذي جاد علينا بنور العلم، فأنعم علي بتوفيقي في إنجاز المذكرة، وأزكى الصلاة والسلام على نبينا محمد خاتم الأنبياء والمرسلين.

اهدي عملي هذا :

إلى قرة عيني و نور حياتي و أقرب النا إلى قلبي إلى من جلبتني إلى هذه الحياة

إلى التي تحت أقدامها الجنة أمي الحبيبة – أطال الله في عمرها–

إلى الشمعة التي احترقت لتضيء لي، تاج الرؤو وكبرياء النفو أبي الغالي

– أطال الله في عمره–

إلى إخوتي وأخواتي

إلى كل من وسعتهم ذاكرتي ولم تسعهم مذكرتي.

يسين

شكر وعرفان

الحمد لله على أن أنعم وسهل وأرشد فله الحمد كله

وله الشكر كله على ما توصلنا ومنحنا الصبر ومكننا لإنجاز هذا العمل

وبعد:

نتقدم بالشكر الجزيل و وافر الامتنان والعرفان مع فائق الاحترام و التقدير

للأستاذ المشرف الدكتور بلقاسم بودينار

على قبوله الإشراف على الموضوع، حيث لم يبخل علينا بتوجيهاته ونصائحه السديدة

كما نقدم بخالص الشكر للجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذا العمل

كما نتقدم بخالص الشكر إلى الأساتذة الكرام أعضاء الهيئة التدريسية

في قسم الحقوق، تخصص قانون خاص

عبدالقادر ، يسين

ملخص

أشار هذا البحث الى حق الضمان العام و ذلك من خلال التطرق الى ماهية حق الضمان العام باعتباره حق للدائن اقره لصالحهم القانون ضد المدين لاستيفاء حقوقهم المترتبة عليه من حق المديونية الذي يربط الطرفين ، ويقع هذا الحق على جميع أموال الدين بص قانوني صريح فللدائنين الحرية في اختيار المال الذي يستوفوا من خلاله حقوقهم وقد حاول المشرع الموازنة بين الوفاء بالالتزام لصالح أصحاب الحق وافراغ الذمة المالية للمدين بنظرة الميسرة اتجاه هذا الأخير .

هذا وقد اوجد المرع آليات بعضها وقائي وبعضها الاخر علاجي لحماية حق الضمان العام من المخاطر التي قد تحدق به التي يكون مصدرها تصرفات الدائن .

Summary

This research referred to the right to public security by addressing security by addressing what is the right of general security as it is a right security as it is a right for the debtors approved by the law against the by the law against the debtor to fulfill their rights from the right of the rights from the right of the debtor that binds the two parties. This right two parties. This right falls on all debt funds with an explicit legal text. an explicit legal text. Creditors are free to choose The money through choose The money through which they fulfill their rights. The legislator rights. The legislator has tried to balance between fulfilling the obligation between fulfilling the obligation in favor of the right holders and right holders and emptying the debtor's financial liability with a simple liability with a simple view towards the latter.

Al–Maraa has created mechanisms, some preventive and some preventive and some remedial, to protect the right of general security of general security from the risks that may be faced by the creditor's faced by the creditor's actions.

قائمة المختصرات

ق م ج: القانون المدني الجزائري

أولا: باللغة العربية

- ع: العدد
- ص: الصفحة
- ط: الطبعة
- ج: الجزء

ثانيا باللغة الفرنسية

- P: page
- PP: de page a la page
- OP.Cit : Ouvrage Précité
- Ibid : Même Ouvrage
- N ° : Numéro

مقدمة

تترتب عن العلاقات بين الأفراد التزامات التي بدورها تحدد مراكز قانونية تجعل البعض في مركز المدين والبعض الأخر في مركز الدائن تقوم بينهما رابطة يكون محلها حق المدونية التي يطلب على أساسها الدائن مدينه بالوفاء بالإلزام اتجاهه قد تقع في بعض الحلات أمام احتمالية أن لا يكون هذا الأخير أهلا للثقة التي وضعها فيها الدائن إما لسوء نية أو نتيجة لظروف خارجة عن إرادته أمام هذا الوضع وجد المشرع نفسه أمام حتمية تنظيم هذه العلاقة .

وذلك راجع لأن هذه النتيجة قد تصيب طبقة الدائنين وحدهم، وإنما قد يمتد أثرها إلى الإخلال بنظام الائتمان المدني وتقليص دائرة المعاملات المالية .

وفي ضوء تلك الحقيقة كان لابد من إيجاد حلول قانونية لمواجه ما قد يضر لالتزامات بين الأفراد من بين هذه الحلول حق لضمان العام وهو حق أوجده المشرع بين يدي الدائن في سبيل الحصول على حقه إذ تمثل فكرة الضمان العام مرحلة متقدمة من مراحل مسؤولية المدين اتجاه دائنه، انتقلت منها المسؤولية من مرحلة الإكراه البدني الذي كان يصل إلى حد استرقاق المدين إلى مرحلة المسؤولية المدنية ، أي مسؤولية المدين في حدود ذمته المالية فالذمة المالية هي التي جعلها المشرع محل حق لضمان العام للدائنين باعتباره تأمينا للدين فامتدا التنفيذ بعدما كان يقع على شخص المدين وبدنه إلى جميع أمواله .

ويقصد بالضمان العام إن جميع أموال المدين ضامنة لحقوق الدائنين فإذا لم يوفى المدين ما عليه لصالح الدائنين جاز لهم أن ينفذوا على أي مال يكون مملوكا لمدينهم وقت التنفيذ سواء كان موجودا وقت نشوء الحق الذي يراد استيفائه أن وجد بعد نشوء الحق .

وتظهر في حق لضمان العام وجه العمومية حيث أن الدائنين في مرتبة واحدة وعلى قدم المساواة فلا يستأثر لهذا الحق دان دن غيره فإذا اشترك عدة دائنين في التنفيذ على ذمة مالية واحدة ولم تكن قيمتها كافية لسداد الديون جميعا اقتسم الدائنون ما في جعبتها قسمة غرماء

إلى أن حق الضمان العام قد لا يسلم من بعض الأخطار التي قد تضر بحقوق الدائنين وهو ما يجعله غير كاف لسداد جميع الديون فقابل المشرع ذلك باستحداث وسائل رادعة لتصرفات المدين

سواء كانت التصرفات مادية أو قانونية أهمل بها المحافظة على حقوقه فتؤدي إلى إنقاص أمواله وإفراغ ذمته المالية الضامنة لحقوق دائنيه، فيتسبب بإضرار لهم فتعمل هذه الآليات إلى حماية الدائن.

نجد القانون المدني وضع الوسائل بين ما هو وقائي وما هو علاجي يحمي بها حقوق الدائنين وتتمثل في:

الدعوى المباشرة وهي وسيلة من الوسائل المشروعة المهمة لحماية الضمان العام للدائن فقررها المشرع له وتسمح له بأن يسعى مباشرة باسمه شخصيا إلى مدين المدين ليسأله الوفاء ما هو مستحق في ذمته المالية ويستأثر الدائن من خلالها بالحق .

دون أن يزاحمه الدائنين الآخرين والدعوى الثانية فهي الدعوى غير مباشر يباشرها الدائن بنيابة عن مدينه إذا أهمل في المطالبة بحقوقه لدى الغير يدفع بها الدائن عن نفسه تهاون المدين أو غشه إذا كف عن المطالبة بحقوقه لدى الغير فيباشر الدائن بنفس حقوق مدينيه نيابة عنه وبذلك يحفظ على ضمانه العام تنفيذا بحقه بعد ذلك

أما دعوى الثالثة هي الدعوى البوليصية التي بمقتضاها يستطع الدائن إذا كان حقه مستحق الأداء أن يطب عدم نفاذ أي تصرف قانوني يقوم به مدينيه فكون ضارا به وهذا إذا أدى هذا المصرف إلى إنقاص من حقوق مدينيه أو يزيد من التزاماته

أما الدعوى الصورية هي الدعوى التي يستعملها الدائن لي بين القضاء إن+ هناك عقدان احدها عقد صوري والثاني عقد حقيقي ويقوم المتعاقدان بإخفاء العقد الحقيقي بعقد الصوري

والملفت للانتباه أن الضمان لا يقيد يد المدين من تصرف في أمواله أو إدارتها أوحتى إهماله في المحافظة على حقوقه مما يؤدي إلى نقص أمواله الضامنة لحقوق دائنيه و لإضرار بهم وبتالي يكون مهددين بخطر تمكنهم من الحصول على كامل الحقوق .

لدى تكمن أهمية موضوع بحثنا في إيضاح مفهوم حق الضمان العام لدائين وتبيان محله ومحاولة معرفة المخاطر التي لقد تعتريه جراء تصرفات المدين إلى الوصول لحماية القانونية التي أولاها المشرع لهذا الحق في القانون المدني أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية فلذلك كانت لأهمية بالغة سواء كان ذلك من ناحية النظرية أو العملية التي تبرز في حماية الدائن من إهمال المدين والوقوف على فعلية هذه الحماية من خطر نقص الأموال .

أما عن سبب اختيارنا للموضوع فكانت رغبة منا في التوسع فيه ومحاولة معالجته ،لي ما رأينا فيه من حق يجهله الكثير في حياتنا الواقعية فطرحنا لإشكالية الآتية : هل يشجع حق الضمان العام الأفراد على العلاقة الدائنية ؟ وهل يقدم الحماية للدائن؟

وخلال بحثنا استعنا بدارسات المشابهة السابقة . :

- لزرق بن عودة وسائل حماية الضمان العام مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص .
- هلال نسرين منى الضمانات لحماية الدائن في التشريع الجزائري مذكرة لنيل شهادة ماستر في تخصص عقود و مسؤولية .

من أجل معالجة هذا الموضوع وضعنا خطة متضمنة فصلين حيث تطرقنا في الفصل الأول للإطار المفاهيمي لحق الضمان العام وتعرضنا فيه الى مفهوم الضمان العام وتقدير هذا الحق

اما الفصل الثاني فقد سلطنا الضوء على اهم وسائل حماية الضمان العام فصنفناها الى وسائل وقائية وأخرى علاجية

الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي لحق الضمان العام.

المصل الأول: الإطار المفاهيمي لحق لضمان العام.

ينشأ عن العلاقات بين الأفراد التزامات تضع البعض في مركز المدين والأخر في وضع الدائن ومن أثار هذه الأخيرة حق للدائن اتجاه مدينه يعرف بحق لضمان العام. نحاول التوسع فيشرحه في هذا المصل كمبدأ قانوني أقرته عدة تشريعات عربية وأجنبية من خلال مبحثين .

المبحث الأول: مفهوم حق الضمان العام

المطلب الأول: تعريف حق الضمان العام

الضمان لغة:

يعني الالتزام وهي مشتقة من الضَمَن أي الكفيل ضَمَن الشيء وبه ضمنًا وضمانًا أي كفل به [1] . وفي كفل به [1] . وفي الحديث قول النبي صلى الله عليه وسلم: "الإمام ضامن . . "

من استعملات كلمة الضمان في اللغة .ضمان الدرك: وهو رد الثمن للمشتري عند استحقاق المبيع استحقاق المبيع وضمان الرهن: ما يكون مضمونا بالأقل وضمان الهَب: ما يكون مضمون بالقيمة وضمان المبيع: بالقيمة وضمان المبيع: ما يكون مضمون ب الثمن قل أو أكثر. والضمان الاجتماعي: قيام الدولة بمعونة الدولة بمعونة المحتاجين [2] .

الضمان اصطلاحا:

كان الفقه الإسلامي كان سباقا في التطرق لموضوع الضمان حيث اختلف فقهاء الإسلام في إعطاء مفهوم في إعطاء مفهوم الضمان فهناك من اعتبره كفالة ومنهم من اعتبره التزام غير أن التعريف الأقرب إلى الدقة

[1] لسان العرب

[2] معجم الوسيط كلمة ضمن ص4.

الأقرب إلى الدقة هو الذي جاء به الدكتور وهبة الزحيلي بأنه: الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف من تلف المال أوضياع المنافع أو الضرر الجوي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية[3] .

وقال الفقيه "بوتييه" الضمان هو دفاع عمن يتقرر له الضمان عندما يهدد الغير حقوقه[4] .

.

اهتم الفقه القانوني بموضوع الضمان وكان محل اختلاف فتباين القانونيون فيعتبر الفقيه مصطح الضمان صالحا لكل شيء في لغة القانون وتبعا في هذا نادى بعض الفقهاء بضرورة استبدال مصطح المسؤولية بدل الضمان .

ومن أحسن النظريات التي نأت لضمان هي تلك النظرية التي أتى بها الفقيه ستارك والتي تحل فيها فكرة الضمان محل المسؤولية الشخصية عن الفعل الشخصي حيث يلتزم كل من تسبب بضرر لغير بتعويض سواء كان مخطئا أم لا .

والضمان في معناه العام هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل أو هو ما يلتزم به به الإنسان في ذمته من المال المثل أو النقود في معظم الحالات الموجبة لثبوت المال في الذمة كالتلف والغصب كالتلف والغصب وهناك من الفقهاء من يرادف بين الضمان في الفقه الإسلامي ومفهوم الضمان في الفقه الضمان في الفقه القانوني من قبيل ذلك تعريف الشيخ علي الخفيف بقوله: "أن الضمان عبارة عن شغل الذمة عن شغل الذمة بما يجب بالوفاء به من مال أو عمل لسبب من أسباب الموجبة له[5] .

---

[3] حساني علي؛ الإطار القانوني الالتزام في المنتوجات دراسة مقارنة؛ رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان 2012 ص51 .

[4] ضمان العيوب الخفية في بيع الأشياء المستعملة؛ دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي دار النهضة لعربية 1991 ص15.

[5] علي الخفيف. الضمان ن في الفقه الإسلامي معهد البحوث ودراسات العربية 1971ص09.

نص المشرع الجزائري على مصطلح الضمان من خلال القانون المدني في عدة أوجه كضمان العيوب الخفية وضمان صلاحية الاستعمال . . . . الخ ولا يسع المقام لذكرها والتفصيل فيها. ومما يلاحظ في هذا الصدد أن المشرع الجزائري لم يعطي تعريفا خاص لمصطلح الضمان بل وظفه في عدة مواضيع على أنه التزام وحق في الروابط القانونية.

ومن بين أهم استعمالات مصطلح الضمان في القانون المدني الجزائري هو حق الضمان العام التي جاءت به المادة 188 ق.م الجزائري التي تنص: "أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه . . . . الخ "المنصوص عليها في الباب الثاني المُضمن أثار الالتزام في الفصل الثلث المُعنون بضمان حقوق الدائنين ونرى أن المشرع الجزائري لم يعرف الضمان العام كمبدأ قانوني بل اكتفى بتوظيفه بعلاقة المديونية بين الأفراد. وأبرز وجهي العمومية فيه من حيث انه حق للدائن منح له بقوة القانون.

هذا على غرار العديد من التشريعات المدنية التي لم يخالفها في طريقة إقرار حق الضمان العام وعمد على توسيعها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية كالمادة 234 في التقنين المدني المصري والمادة 235 في التقنين المدني السوري و260 في التقنين المدني العراقي و237 في التقنين المدني الليبي . . . . .

عكس الفقه الذي نجد فيه بعض التعريفات لفكرة الضمان العام فقد عرفه السنهوري بأنها أموال بأنها أموال المدين محل لتنفيذ من قبل الدائنين[6] . في حين تطرق له بلحاج العربي الذي عرفه بأنه: جميع الأموال بأنه: جميع الأموال التي توجد في ذمة المالية للمدين وقت التنفيذ إلا ما يخرجه منها بنص خاص حين لا يجوز الحجز حين لا يجوز الحجز عليها[7] .

[6] عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني دار الإحياء التراث العربي بيروت لبنان ص871 .

[7] بلحاج العربي ، أحكام الالتزام القانون المدني الجزائري دار هوما جزائر 2013 ص 25.

– أركان حق الضمان العام:

يرتكز حق الضمان العام على ثلاث أطراف هي:

– الدائن (الطرف الإيجابي): هو صاحب الحق ويعرف بطلب التنفيذ وهو كل من يجري التنفيذ لصالحه على مال معين.

المدين (طرف السلبي):

يقصد به الطرف الذي تتخذ ضده إجراءات التنفيذ فهو من يلزمه القانون بالأداء الثابت بسند بسند التنفيذي ويطلق على هذا الطرف لفظ المحجوز عليه أو المدين[8].

حق الدائنية : يعتبر أساس حق الضمان العام ويرتبط ارتباطا وثيقا بمبدأ المساواة بين الدائنين

الذي يضمن لكل دائن الاستفادة من هذا الضمان[9].

محل حق الضمان العام:

يقصد بمحل حق الضمان العام هي الأشياء أو الأموال التي يقع عليها التنفيذ بمقتضى العلاقة العلاقة القانونية التي تربط الأفراد حسبما نصه القانون صراحة عند ذكره وحصره لحق الضمان بالأموال ولا الضمان بالأموال ولا شيء غيرها فلا يسأل المدين إلا عما في ذمته المالية لا في جسمه فلا يجوز التنفيذ بطريق التنفيذ بطريق الإكراه الذي يوجب حق الضمان العام.

[8] وجدي راغب، النظرية العامة للتنفيذ في قانون المرافعات الدنية والتجارية ،دار الفكر العربي ط 2 القاهرة، ص 244.

[9] Aldo Rizzi la protection es créance à travers l volution des prodcédures collective préfacece de CLAUDE Champaud avant propos de jacquiline Amièl Donat par Henry solus dirige paejacque GHESTINE lgdj 2007 N381 P378 11111111

وفي هذا نص المادة 600 وما يليها من ق غ م ا الجديد الصادر بالقانون رقم 08 / 09 المؤرخ 2008/02/25 على انه يجوز لكل من صدر في مصلحته حكم حاز قوة الشيء المقضي فيه أو المقضي فيه أو كان في يده سند تنفيذي قابل للتنفيذ بدين مستقر في الذمة حال الأداء وقد تحصل (على نسخة تحصل (على نسخة تنفيذية وان يطب التنفيذ الجبري لاستيفاء حقه من أموال المدين[10] .

كما أحكام المواد [11] من 646و650 و652 و667 وما يليها من القانون نفسه تقضي بأنه تقضي بأنه يجوز في حالة الضرورة وضع أموال المدين المنقولة المادية والعقارية بموجب أمر استعجالي أو استعجالي أو حكم مشمول بالنفاذ المعجل تحت يد القضي لمنعه من المصرف فيها إضرارا بدائنة بالإضافة إلى هذا بدائنة بالإضافة إلى هذا فانه يجوز لكل دائن طب حجز ما يكون لمدينه لدى الغير مستحقة الأداء وما يكون الأداء وما يكون له منقولة في يد الغير .

والأصل أن جميع أموال المدين يجوز التنفيذ عليه إلا ما استثني بنص من القانون 188م من من القانون المدني 642/1 من ق ا م الاعتبارات الإنسانية وقواعد العدالة التي توجب عدم المساس بالحرية الشخصية للمدين كالأموال التي لا يجوز الحجز عليها كالفراش والثياب والأدوات الشخصية والأدوات الشخصية والمنزلية الضرورية وأدوات صنعة المدين التي يعيش بها منها مع أفراد عائلتهما لم عائلتهما لم المدين ناشئا عن ثمنها التي لا تزيد قيمتها عن 100000 ألف دينار جزائري[12] .

غير انه يجوز الحجز على الأجور والمرتبات والمخصصات بعد تقدير الكفاية للمحجوز عليه وعائلته من عليه وعائلته من غذاء ونفقة ومؤونة ضرورية أساسية المادة 636 و637و 638 ق ا م ا وتحكم وتحكم هذه الأموال بعض القواعد هي:

---

[10] المحكمة العليا غ م 1991/03/01 ملف رقم 66014 غير منشور 1988/06/22 ملف رقم 53615 م ق 1990 العدد، 4 ص 90.

[11] المحكمة العليا غ م 031978/08 ملف رقم 15078 غير منشور .

[12] بلحاج العربي، مرجع سابق 27 ص.

القاعدة الأولى: أن كل أموال المدين يجوز الحجز عليها:

لأصل إن جميع أموال المدين يمكن التنفيذ عليها إلا ما منع المشرع التنفيذ عليها بص خاص وأسا ذلك ما جاءت به المادة 188 ق م فلم تعطي حقا مباشرا للدائن على مال معين من أموال معين من أموال المدين وإنما هي فقط تعطي للدائن إمكانية إخضاع أموال المدين للتنفيذ وهذه الإمكانية الإمكانية لأنها لا تقع على مال معين فيكون محلها جميع أموال المدين الموجودة وقت التنفيذ كما يمكن إن تكون كما يمكن إن تكون لكل دائن لان نفس المال يكون ضامنا لكل التزام اتجاه صاحبه فلضمان العام لايخص دائنا العام لايخص دائنا واحدا[13] .

بل يخص جميع الدائنين لأنه لا يميز بين أنواع الدائنين ومعنى ذلك إن أي دائن ومعنى ذلك إن أي دائن ولو كان عاديا أي غير مضمون بتأمين خاص له فانه يستطيع توقيع الحجز على أي مال من أموال المدين داخلا في ضمانه العام ولو كان هذا المال مثقلا برهن أو امتياز لدائن آخر ممتاز إذ يجب التمييز بين جواز الحجز على مال للمدين من ناحية وتوزيع حصيلة التنفيذ من ناحية أخرى فالدائن العادي والدائن الممتاز يكونان على قدم المساواة فيما يتعلق بالحجز بينما عند توزيع حصيلة التنفيذ .

فان الدائن الممتاز يتقدم على الدائن العادي في استيفاء حقه كما انه إذا كان لأحد الدائنين الدائنين العاديين حق الحبس على مال من أموال المدين فان ممارسة هذا الحق لا يمنع غيره من الدائنين من توقيع الدائنين من توقيع الحجز على المال المحو باعتباره عنصرا من عناصر المال العام الخاص بالمدين[14] .

بالمدين[14] .

[13] العربي شحط عبد القادر نبيل صقر مرجع سابق ص 42.

[14] د.احمد أبو الوفاء، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية وتجارية مكتبة وفاء القانونية ،الإسكندرية طبعة 2015 ص297.

ويلاحظ أن الدائن بما له من حق الضمان العام على جميع أموال المدين فانه يكون غير ملزم بإثبات ملزم بإثبات أن الأموال المحصل عليها التنفيذ مما يجوز حجزها وإنما على من يتمسك ببطلان الحجز أن يثبت الحجز أن يثبت عكس ذلك[15] .

كذلك فان المال المملوك للمدين يكون محلا للتنفيذ بنزع الملكية [16].سواء كلت ملكيته مفرزة أو مفرزة أو شائعة لان القانون لم يشترط أن يكون المال مفرزا بل يجوز الحجز على المال الشائع للمدين للمدين ويصبح للمشتري مالكا على الشيوع ولكن أجاز المشرع في قانون الإجراءات المدنية في حالة الحجز حالة الحجز على حصة شائعة في عقار أن يطب الدائن ذي الحق المقيد على هذا العقار وقف التنفيذ على التنفيذ على الحصة الشائعة للتنقيد على العقار المفرز بأكمله وذلك حتى يتفادى تجزئة ضمانه وبيع الحصة وبيع الحصة الشائعة بثمن بخس ويقدم الدائن هذا الطب إلى قضي الأمور المستعجلة عن طريق الاعتراض على طريق الاعتراض على قائمة شروط البيع.

ويحدد حكم القضي بوقف لإجراءات المدة التي يجب أن تبدأ خلالها إجراءات التنفيذ على العقار على العقار المفرز وإلا التنفيذ على حصة شائعة. واستثناءات يجوز إجراء التنفيذ على أموال غير مملوكة للمدين ويكون ذلك في حالة مواجهة الكفيل ومن آلت إليه ملكية العقار المرهون فالتنفيذ في فالتنفيذ في هذين الحالين على مال لم يكن مملوكا للمدين أو كان مملوكا وزلت الملكية ومع ذلك يجري التنفيذ ذلك يجري التنفيذ عليه[17] .

15

16

17 عمارة بلغيث التنفيذ الجبري وإشكالاته دراسة تحليلية مقارنة لطرق التنفيذ وإجراءاته ومنازعاته دار العلوم عنابة 2004ص 2014.

ومن هذه الاستثناءات أيضا ما قرره القانون من جواز الحجز على المنقولات الموجودة بالعين بالعين المؤجرة والفنادق(م 995.996 ق م ج)سواء كلت مملوكة للمستأجر أو النزيل أم لم تكن كذلك ما تكن كذلك ما دام المؤجر لصحب النزل لا يعلمان بحق للغير عليها[18] .

القاعدة الثانية يجب إن يكون محل التنفيذ مملوكا للمدين في السند التنفيذي:

فيجب أن يكون محل التنفيذ مالا مملوكا للمسؤول شخصيا عن الدين أي المدين أو الكفيل[19] وعلة ذلك الكفيل[19] وعلة ذلك أن المدين يضمن تنفيذ التزامه بأمواله لا بأموال الغير كما ان التنفيذ الذي يتم الذي يتم على أموال مملوكة للغير يعتبر اعتداء على حقوق الغير ولذلك يكون التنفيذ بطلا.

وأسا بطلانه انتفاء المحل وتطبيقا لذلك يكون بطلا التنفيذ على مال تصرف فيه المدين تصرفا نافذا قبل الحجز عليه كما يكون بطلا أيضا التنفيذ على مال الشركة استيفاء لدين على الشريك لان للشركة شخصية مستقلة عن أشخاص الشركاء فيها .

ونتيجة لهذه القاعدة حق الدائن في التنفيذ على أموال المدين يتأثر بما تتأثر به ملكية المدين لهذه الأموال فلا يجوز للدائن أن يحجز على ما كان مملوكا للمدين ثم زلت ملكيته بسبب إبطال أو فسخ إبطال أو فسخ المصرف الذي تلك به المدين حتى لو كلت جميع الإجراءات التي اتخذها الحاجز صحيحة. ولكن الحاجز صحيحة. ولكن هناك بعض الاستثناءات عن هذه القاعدة يجوز فيها توقيع الحجز مال غير مملوك للمدين غير مملوك للمدين وأسا هذه الاستثناءات هو وجود حق للدائن على هذا المال[20] .

---

[18] بوشهدان عبد العالي إجراءات التنفيذ وفق قانون الإجراءات المدنية الجزائري (بدون الدار والطبعة والتاريخ) ص60 .

[19] أحمد خلاصي قواعد التنفيذ الجبري وفقا لقانون الإجراءات المدنية الجزائري والتشريعات المرتبطة به منشورات عشاش الجزائر(بدون طبعة بدون تاريخ)ص237 .

[20] عمارة بلغيث المرجع سابق ص 107.

ويرى الفقه أنه يجب أن تثبت ملكية المدين عند البدء في التنفيذ فيكون التنفيذ بطلا إذا دخل المال في ذمة المدين بعد إجراءات التنفيذ وتطبيقا لذلك إذا حجز على عقار اشتراه المدين بعقد غير مسجل فان إجراءات التنفيذ تكون باطلة ولا يصححها تسجيل عقد البيع بعد بدء الإجراءات إذ ليس للتسجيل أثر رجعي.

كذلك لا يقع عبء الإثبات على عاتق طلب التنفيذ إذ يكفي لكي يقوم القائم بالتنفيذ بواجبه مجرد تأكيد الدائن لهذه الملكية وينظر المحضر إلى ما يبدو له من مركز واقعي يفترض معه ملكية المدين للمال على أن يبقى للمالك الحقيق أو من يدعي حقا على الشيء يتعارض مع التنفيذ إثبات حقه والاعتراض على التنفيذ بالطرق التي رسمها القانون فإذا ثبت ملكية المال للغير كان التنفيذ بطلا وأنتج البطلان إحكامه بأثر رجعي أي أن إجراءات التنفيذ باطلة من بدئها.

القاعدة الثالثة: يجب أن يكون محل التنفيذ مالا:

فلا يجوز التنفيذ على جسم المدين بطريق الإكراه البدني إلا في حالات استثنائية نادرة بل يجب أن يهب يجب أن يهب التنفيذ على مال المدين والمقصود بالمال الحقوق المالية سواء كانت حقوقا عينية أو شخصية أو شخصية ولذلك يجب استبعاد الحقوق غير المالية كما يتعذر الحجز على الحقوق المتعلقة بشخص المدين أيضا بشخص المدين أيضا وتطبيقا لذلك لا يجوز التنفيذ على حق المؤلف ويشتمل هذا الحظر الجانب الأدبي كما يشمل حق الأدبي كما يشمل حق استغلاله المالي وذلك لأنه لا يمكن إلزام المؤلف بنشر مؤلفه أو استمرار أو إعادة استمرار أو إعادة نشره لان ذلك حق أدبي يكفله القانون للمؤلف وحده لشخصيته التي تجلت فهي نتاج تجلت فهي نتاج فكره[21].

[21] وجدي راغب فهمي النظرية العامة للتنفيذ القضائي ذار الفكر العربي 1974 ص5.

وذلك يرى الفقه انه يجوز الحجز على النسخ التي تم نشرها كما يجوز التنفيذ على حق الاستغلال المالي الاستغلال المالي للمؤلف بعد وفاته إذا كان أقر نشر مؤلفه قبل الوفاة[22] .

كذلك لا يجوز الحجز على الرسائل الخاصة لان الخطب وان كان يعتبر ملكا للمرسل اليه بمجرد وصوله إلا انه يظل للرسائل حق أدبي على مضمونه وحق في سيرته ولذلك لا يجوز الحجز عليه لما يقتضيه بيعه جبرا من إفشاء ما يضمنه من أسرار كما لا يجوز الحجز أيضا على الأوراق الخاصة للمدين ولا الشهادات أو الأوسمة أو التذكارات العائلية المتعلقة بها أيضا .

القاعدة الرابعة: إن الدائن حر في اختيار ما يشاء من أموال المدين لإجراء التنفيذ عليها

يستهدف الحجز بيع الأموال المحجوزة بحلول سلطة التنفيذ في الدولة محل صاحب الأموال عندما تقوم بنزع الأموال عندما تقوم بنزع الملكية بمقتضى إجراءات التنفيذ الجبري[23] .

فيكون للدائن مطلق الحرية في التنفيذ على أي مال من أموال المدين اذ يقتضي مبدأ الضمان العام أن يباح للدائن التنفيذ على ما يشتهي من أموال المدين باعتبارها جميعها ضامنة لحقوقه فالدائن له أن يحجز على عقار معين دون عقار أخر ويحجزه على منقول دون أخر فالقانون لا يفرض على الدائن مالا معينا للتنفيذ عليه سواء كان دائنا عاديا أو ممتازا ولذلك يجوز للدائن المرتهن أن يحجز على مال أخر للمدين غير المال المرهون له وقد تكون مصلحة في هذا نظرا لتأخر مرتبته في الرهن كذلك يجوز للدائن العادي إن يطلب الحجز على مال مرهون .

كذلك لا يشترط البدء بالتنفيذ على مال معين فللدائن إن يبدأ الحجز على أي مال ولو كان التنفيذ كان التنفيذ

[22] محمود محمد هاشم مذكرات في التنفيذ القضائي 1979/978 ص 88 .

[23] احمد خليل أصول التنفيذ الجبري الدار الجامعية للنشر بيروت لبنان 2000 ص

عليه أكثر كلفة على المدين من التنفيذ على غيره أو كانت لهذا المال قيمة خاصة لديه فيكون للدائن فيكون للدائن أن يحجز أولا على المنقول أو العقار وان يحجز على المال ذي القيمة القليلة أو ان يبدأ يبدأ بالحجز على مال كبير القيمة فلا يلتزم الدائن بترتيب معين لكنه وبالرجوع لأحكام قانون الإجراءات الإجراءات المدنية [24] الجزائري فانه لا يجوز الحجز على عقار المدين قبل المنقول إلا في حالة عدم وجود هذا عدم وجود هذا الأخير أو كان الدين مضمونا بعقار فهي هذين الحالين يجوز البدء بالتنفيذ على العقار إلا العقار إلا أن الإجراءات الشرعية تفضل أن يبدأ التنفيذ على النقود الموجودة عينا ثم المنقولات ثم المنقولات ثم على العقارات في حالة عدم وجود عقار والحكمة من هذا الاستثناء هي أن يبدأ التنفيذ على التنفيذ على مال اقل كلفة على المدين وهو ما ينطوي على المسير على المدين والرأفة به وفقا لمبادئ لمبادئ الشريعة الإسلامية[25] .

وينتقد البعض حق هذه القاعدة على أساس أن الضمان العام للدائن لا يحول دون القيام المشرع بواجبه في التوفيق بين مصلحة الدائن ومصلحة المدين وأنه يجب في تنظيم إجراءات التنفيذ فضلا عن ضمان استيفاء الدائن لحقه المسير على المدين وعدم إرهاقه ولن يضار الدائن من البدء بالتنفيذ على مال دون أخر كما أنه من الناحية العملية يمكن أن تترك مهمة اختيار الأموال التي يبدأ التنفيذ عليها إلى المدين فإذا لم يفعل قام المحضر بهذه المهمة وفقا لما قرره له القانون.

ويجب ملاحظة انه ينبغي على الدائن أن يعين مالا أو أموالا يطلب الحجز عليها فلا يجوز الحجز على جميع الحجز على جميع أموال المدين وذلك لان التنفيذ القضائي لا يجرى كالإفلاس تصفية شاملة لذمة المدين لمصلحة جميع

[24] محمد حسنين التنفيذ القضائي وتوزيع حصيلته في قانون الإجراءات المدنية لجزائري مكتبة الفلاح ط2 بيروت لبنان 198ص 248

[25] عبد الرحمان بربارة طرق التنفيذ من الناحتين المدنية والجزائية منورات بغدادي الجزائر 2009 ص 118 .

لذمة المدين لمصلحة جميع الدائنين إنما هو نظام فردي يقتصر على التنفيذ على مال معين تحقيقا لجزاء يفوضه القانون لصالح دائن معين أو أكثر من دائن .

القاعدة الخامسة: أنه لا يشترط توافر تناسب بين مقدار دين الحاجز وقيمة المال المحل التنفيذ عليه:

فيجوز للدائن بمبلغ بسيط أن يحجز على ما يشاء من أموال مدينه والحكمة من عدم اشتراط التناسب بين اشتراط التناسب بين دين الحاجز والأموال المحجوزة تكمن في أن جميع أموال المدين تعتبر ضمانا[26] .

ضمانا[26] .

عاما لدائنيه كما أن حجز الدائن على مال لا يمنع غيره من الدائنين من توقيع حجوز أخرى على نفس المال وبالتالي مشاركة الجميع في اقتسام الثمن ولذلك فان من مصلحة الدائن إلا يكتفي بتوقيع الحجز على ما يوازي قيمة دينه احتياطيا لمزاحمة دائنين آخرين.

ويلاحظ أنه إذ كان للدائن أن يحجز على ما يشاء من أموال مدينه دون مراعاة للتناسب بين قيمة حقه والمال المحجوز إلا ما يوازي حقه فقط.

كذلك أنه تخفيفا من قسوة هذه القاعدة المقررة لمصلحة الدائن ورعاية المدين فقد نص المشرع على العديد من الوسائل التي بمقتضاها يمكن الحد من أثر الحجز ومن هذه الوسائل :

-الإيداع والتخصيص:

يقصد به إيداع مبلغ المال خزانة المحكمة أو لدى المحضر القضائي المخصص للوفاء بديونه المحجوز من المحجوز من أجلها فينتقل الحجز إلى المبلغ المودع ويزول عن الأموال المحجوزة ابتداء [27] .

[26] احمد ابو الوفاء مرجع سابق ص300.

وقد يكون الإيداع والتخصيص بدون حكم أو بناء على حكم وقضت عليه المواد 420 الى 426 من قانون الإجراءات المدنية

فضلا عن وسائل الحد من أثر الحجز هناك وسائل أخرى للحد من البيع لتحقيق التناسب بين الدين المحجوز من أجله والأموال التي يتم بيعها حتى لا يحرم المدين من أمواله إلا بالقدر الذي يقتضيه الوفاء بديونه وهذه الوسائل هي :

(أ) الكف عن بيع المنقولات :

يجب على المحضر أن يكف عن المضي في البيع إذا نتج عنه مبلغ لوفاء الديون المحجوز من أجلها هي والمصاريف وما يوقع بعد ذلك من الحجوز تحت يد المحضر أو غيره ممن يكون تحت يده الثمن

يتناول إلا ما زاد على وفاء ما ذكر[28] .

(ب). وقف بيع بعض العقارات المحجوزة :

حيث أنه يجوز لكل من المدين أو الحائز أو الكفيل العيني أن يطلب بطريق الاعتراض على قائمة شروط البيع وقف إجراءات التنفيذ على عقار أو أكثر من العقارات المبينة في التنبيه إذا ثبت أن قيمة العقار الذي تظل الإجراءات مستمرة بالنسبة إليه تكفي للوفاء بحقوق الدائنين الدائنين الحاجزين وجميع الدائنين الذين صاروا طرفا فيها .[29]

(ج)-تأجيل بيع العقار المحجوز :

---

[27] وجدي راغب ،التنفيذ، النظرية للعمل القضائي، منشأة المعارف، مصر ،1974 ص 280

[28] عربي شحط عبد القادر ، نبيل سقر مرجع سابق ص48

[29] عملا بنص المادة 743 من ق إ م د.

كمايجوز للمدين أن يطلب تأجيل إجراءات بيع العقار إذا أثبت إنصافي ما تغله أمواله في سنة في سنة واحدة تكفي لوفاء حقوق دائنيه وكذلك المدخلين في الحجز.[30]

القاعدة السادسة: يجب أن لا يكون المال مما يمنع القانون التنفيذ عليه إذا كان الأصل أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه فانه استثناءا هناك بعض الأموال لا يجوز الحجز عليها وهذه الأموال قد لا تكون قابلة للحجز عليها بسبب عدم قابليتها للتصرف فيها أو ان المشرع قرر عدم جواز الحجز عليها أو اقر إرادة الأفراد في منع الحجز عليها وإذا وقع الحجز على مال غير قابل للحجز يكون بطلا ولكن لا يتعلق البطلان في هذه الحالة بالنظام العام فيجب على صاحب المصلحة فيه أن يتمسك به في الوقت الملائم فإذا لم يتمسك المدين ببطلان الحجز لوقوعه على أموال غير قابلة للحجز فلا يبطل الحجز كما لا يكون له أيضا يطلب بتعويض عن الضرر الذي أصابه من التنفيذ على أموال تخرج عن الضمان العام للدائنين ويلاحظ أن الأموال التي لا يجوز الحجز عليها بعضها نص عليه قانون الإجراءات المدنية والبعض الأخر منصوص عليها في قوانين أخرى .

وإذا منع المشرع الحجز على مال من الأموال المدين فإن معنى ذلك أنه يمنع توقيع الحجز بجميع صوره و بجميع صوره و أشكاله. سواء كان حجزا تنفيذيا أو تحفظيا كما يمتنع تعيين حارس قضائي لأن هذا سيؤدي إلى هذا سيؤدي إلى نتيجة منقضة لروح القانون ومخالفة لحكمة المنع وما يرم إليه المشرع من عدم حرمان حرمان المدين من ماله و إذا تم توقيع الحجز كل صورته على مال يمنع المشرع الحجز عليه كان الحجز بطلا على كان الحجز بطلا على أن يتمسك المدين بهذا البطلان لان قاعدة عدم جواز الحجز على أموال المدين لا تتعلق أموال المدين لا تتعلق بالنظام العام إلا بناء على نص صريح في القانون أو إذا كان المنع من الحجز لتحقيق الحجز لتحقيق مصلحة عامة فإذا لم يتمسك المدين بطلان الحجز من خلال منازعة في التنفيذ (دعوى رفع الحجز و

[30] عملا بنص المادة 744 من ق إ م د.

التنفيذ(دعوى رفع الحجز و دعوى الاعتداد بالحجز أو الاعتراض على شروط بيع العقار) أو عن طريق إشكال في عن طريق إشكال في التنفيذ(دفع بالبطلان في دعوى صحة الحجز المرفوعة لجزما للمدين لدى الغير). فإن كوته يعتبر لدى الغير). فإن كوته يعتبر بمثابة تنازل ضمني عن البطلان صحح إجراءات الحجز بالتبعية للملك.

للملك.

ويقسم الفقه حلات عدم جواز الحجز على أسا العلة من تقريرها إلى حلات ترجع إلى طبيعة المال أو الغوض منه وحلات ترجع إلى اعتبارات تتعلق بالصلحة العامة وحلات ترجع إلى الرغبة في احترام إرادة الأفراد بالإضافة إلى حلات تعود إلى الرغبة في رعاية المدين وعائلته.

أولا: الأموال التي لا يجوز الحجز عليها بسبب طبيعتها:

1_ الأموال العامة أو الخصة المملوكة للدولة

لا يجوز الحجز على الأموال العامة و خصة للدولة [31] أو لإحدى الأشخاص الاعتبارية العامة العامة والمخصصة للمنفعة العامة بالفعل، فهذه الأموال لا يجوز للصرف أو الحجز عليها أو تملكها بمضي تملكها بمضي المدة، فشرط اعتبار المال عاما هو تحقيقه للصلحة العامة وتخصيصه لخدمة الجمهور مباشرة أو الجمهور مباشرة أو لخدمة المرافق العامة في الدولة سواء كان لازما لسير المرفق العام أو غير لازم لازم وهذا طبقا للمادة 689 من القانون المدني.

وقد يحث أن يفقد المال صفته العامة بانتهاء تخصيصه للمنفعة العامة بفس الطريقة التي خصت بها خصت بها للنفع العام أي بالفعل أو القانون بمرسوم أو بقرار وزاري أو بانتهاء الغوض الذي خصت خصت من اجله تلك الأموال العامة وهنا يمكن الحجز عليه وعدم الحجز على الأموال اللازمة لسير المرافق

[31] أحمد ابو الوفاء مرجع سابق ص320

اللازمة لسير المرافق العامة مشروط بأن يكون من شأن الحجز تعطيل ر المرفق العام، فإن لم يكن الأمر كذلك يكن الأمر كذلك جاز الحجز .

أما أموال الدولة الخاصة وهي تلك الأموال التي تمتلكها الدولة ولا تكون مخصصة للمنفعة العامة فلي للمنفعة العامة فلي هناك نص يقرر عدم جواز الحجز عليها وهناك خلاف في الفقه حول ذلك.[32]

ذلك.[32]

ويأخذ حكم الأموال العامة الموقوفة، حيث لا يجوز التصرف فيها بالبيع أو غيره بالتالي لا يجوز حجزها سواء للدين على الوقف أو للدين على الوقف فلا يجوز الحجز مطلقا على أعيان الوقف وإن جاز الحجز على ريع الوقف كذلك لا يجوز الحجز على المساجد ودور العبادة وما يلزم لأداء العائر الدينية غذ تعتبر المساجد ملك لله، على أنه لا يجب أن يكون وقف المال بهدف التهرب من ديون دائني الوقف إذ أن المدين يجب عليه الوفاء أولا الوفاء بديونه ثم بعد ذلك يوقف ما يشاء من أمواله .

2_حقوق الملكية المعنوية:

هناك بعض الحقوق الشخصية التي تأبى طبيعتها الحجز عليها و يستعصي بيعها ،مثل حقوق الملكية الفكرية حقوق الملكية الفكرية الأدبية والصناعية والفنية ، فحق المؤلف يكون له قيمة مالية ولهذا وفق القاعدة العامة انه يمكن الحجز عليه غير ان ارتباط هذا الشيء بحق معنوي للمؤلف يقضي عدم التنفيذ عليه التنفيذ عليه إذا كان هذا التنفيذ يمس بسمعة المؤلف العلمية أو الأدبية والفنية .فحق المؤلف له جانبان جانب أدبي و جانب مالي والجانب الأدبي يتمثل في حق المؤلف في أن ينسب عمله إليه وفي حقه أن يقرر وفي حقه أن يقرر نشر أو عدم نشر مؤلفه وحقه في سحبه من التداول بعد نشره ، ويطلب القانون الجانب

[32] مروك نصر الدين: طرق التنفيذ في المواد المدنية، دار هومة للطباعة . والنشر،الجزائر 2005 ، ص60.

القانون الجلب الأدبي على الجلب المالي فيقرر عدم جواز الحجز على حق المؤلف طالما أن الكتاب المخطوط لم الكتاب المخطوط لم ينشر فلا يجوز الحجز عليه.

أما الحق المالي الذي يرد على ما لهذه الأفكار من القيمة المالية فيمكن الحجز عليه لأنه يكون محلا للاستثمار أو الاستغلال المالي .

وهذا ما يصدق في حق الملكية الفنية من عمل مسرحي أو إذاعي أو سينمائي.

وإذا تعلق الأمر بلوحة فنية وتمثال فانه لا يجوز الحجز عليها إلا إذا أعلن الرسام أنها قد تمت من الناحية الفنية على أن يمتنع الحج أذا كان الرسام أو المثال هاويا لا يبيع تلويحاته أو تماثيله

وصدد الملكية الصناعية، وهي تشمل براءات الاختراع وعلامات المصنع والعلامات التجارية والاسم التجاري فحكمها ذات القاعدة لا يجوز الحجز على الجلب المالي بينما يمكن الحجز على الجلب المالي منها .

أخيرا فإنه لا يجوز الحجز على المذكرات الخصة والرسائل[33]، نظرا لأنها من المسائل المصيقة المصيقة بالشخصية، ولارتباطها الوثيق بالأسرار الداخلية للأسر وأدق خصوصيات الأفراد بحيث تتعوض بحيث تتعوض للذيوع والانتشار رغم إرادة أصحابها إذا ماسمح بالحجز عليها وبيعها ن وتستند هذه الحصانة وتستند هذه الحصانة إلى قواعد الأخلاق والآداب العامة وما تفوضه من حرمة الأفراد وخصوصياتهم.

وخصوصياتهم.

لقد نصت المادة 378 على الحالات التي لا يجوز فيها الحجز على المنقول لدى المدين وهي:

وهي:

[33] احمد ابو الوفاء مرجع سابق 319

1 الأشياء التي يعتبرها القانون عقارا بالمخصيص:

من المعلوم أن العقار بالمخصيص هو أصلا شيء منقول يضعه صاحبه لخدمة عقاره كالجرار فإن كان هذا كالجرار فإن كان هذا المنقول لا يجوز الحجز عليه لوحده بصفة مستقلة[34] عن العقار المخدوم لأن هذا يؤدي لأن هذا يؤدي إلى إنقاص قيمة العقار فما يضعه صاحب العقار فيه من منقولات ويرصدها لخدمة هذا العقار لخدمة هذا العقار و استغلاله لا يجوز الحجز عليها استقلالا عن العقار ، وتكتسب هذه المنقولات لصفة المنقولات لصفة العقارية من تبعيتها للعقار فلا تشملها إجراءات حجز المنقول ولا إجراءات حجز حجز العقار بل يشملها الحجز على العقار الذي رصدت لخدمته .

فيجوز الحجز عليه مع العقار المخدوم بإجراءات الحجز على العقار كما يجوز الحجز على العقار بالمخصيص لوحده إذا زالت عليه صفة المخصيص وانقطعت لصلة التي كانت تلابطه مع العقار .

2 الفراش لضروري للمحجوز عليه و لأولاده الذين يعيشون معه والملابس التي يرتدونه وما يلتحفون به وشروطه:

– أن يكون المنع منصبا على ما يعتبر فراشا مهما كانت المادة المصنوعة منه ومهما بلغت القيمة النقدية له .

– أن يكون الفراش ضروريا للمحجوز عليه وأولاده فقط أما الفراش الزائد أو المعد لمصنوف لمضوف فيجوز الحجز عليه[35] .

[34] السيد صاوي التنفيذ في الجبري في المواد المدنية والتجارية دار النهضة العربية القاهرة 2005ص 115.

[35] احمد أبو الوفاء مرجع سابق ص320.

– أن تتحقق حياة الأولاد مع المحجوز عليه فإن كان هؤلاء الأولاد أو بعضهم لا يعيشون مع المحجوز عليه وإنما جاء واضيوفا فإنه يجوز الحجز عليه .

– يمنع الحجز على ملابس المحجوز عليه وملابس أولاده مهما كلت قيمتها وأوصافها ويلاحظ هنا أن المشرع لم ينص على الملابس الضرورية خلافا لما نص عليه في الفراش .

3– الكتب اللازمة لمهنة المحجوز عليه في حدود 1500دج والحجر للمحجوز عليه كان المحجوز عليه يمتهن مهنة ما فإن الكتب التي يستعين بها على أدائها والتي تعتبر لازمة لذلك يمنع الحجز عليها والمشرع نص على اللزوم دون بيانه وترك أمر تقديره للقضي ، كما اشترط الكتب اللازمة للمهنة بمعنى أن يكون المحجوز عليه يمارس مهنة فعلا ،فإن كان متوقفا عن تلك المهنة فإنه يجوز الحجز عليها وإن كلت الكتب كثيرة وقيمتها مرتفعة فإن منع الحجز يجب على ما قيمته 1500دج فإذا زادت عن ذلك عليها ويترك للمحجوز عليه اختيار الكتب اللازمة لمهنته في حدود المبلغ المذكور ويلاحظ أن تحديد المبلغ المذكور جاء اقتباسا لما ذهب إليه المشرع الفرنسي الذي حدده ب 1500 فرنك فرنسي وهذا تقليد من مشرعنا لا معنى له وكان عليه أن يترك ذلك للقضاء لينظر في اللزوم من عدمه من غير تحديد القيمة بالمبلغ المذكور أعلاه الذي يخضع لعوامل زمنية ومكانية واقتصادية .

4– الآلات والمعدات المستعملة في التعليم العملي أو التي تستعمل في العلوم :

عن الآلات المستخدمة في التعليم العملي كالمخابر و أدوات الأطباء ، المهندسين و الرسامين وغيرهم من الرسامين وغيرهم من رجال الفن لا يجوز الحجز عليها في حدود 1500دج وإن فقت قيمتها خذا المبلغ فالخيار خذا المبلغ فالخيار للمحجوز عليه .[36]

[36] عملا بنص المادة 636 ف 8 من ق إ م .

ونفس النقد الذي وجه للمشرع في تحديد مبلغ الكسب وجه له في تحديد قيمة الآلات.

5-لايجوز الحجز على عتاد المسكرين ورتبهم

إن العتاد الذي يتوفر لدى المسكرين كالسلاح والكتب العسكرية والخرائط والملابس لاجوز الحجز عليها. غير أن النص على عتاد المسكرين يثير استفهام لان الحجز يكون على أموال المدين وعتاد العسكر هو مملوك للدولة وليس للعسكرين وفق التنظيم الجزائري.

6- الأدوات الضرورية لصناع واللازمة لعملهم:

ويجب أن تكون الأدوات لازمة لعمل المحجوز عليه[37] وأن يستعملها بنفسه إما إذا كلت تستعمل من كلت تستعمل من طرف عماله فإنه يجوز الحجز عليها.

7- الدقيق والحوب اللازمة لقوت المحجوز عليه وعائلته لمدة شهر:

لايجوز الحجز على ما يلزم المدين وعائلته والمقيمين معه في معيشة واحدة مما يلزمه من الغذاء لمدة شهر وهذا المنع من الحجز دعت إليه الاعتبارات الإنسانية فهو مقرر لرعاية المدين وأسرته ورغب في عدم تعرضهم للفاقة.

تقديرا من المشرع بأن مدة شهر كافية للمحجوز عليه في أن يكسب ما يكفيه وعائلته للعيش منع حجز الدقيق والحوب اللازمة لقوت عائلته لمدة شهر، في نفس هذه المادة منع المشرع الحجز على بعض المواشي مع ما يلزمها من غذاء.

إذا لم يكن للمدين دقيق أو حوب فإنه حسب هذه المادة يجوز الحجز على المواد الغذائية الأخرى التي قد تكون عليه وهو ما يعاب على المشرع بهذا.

[37] احمد ابو الوفاء مرجع سابق ص322

المطب الثاني :خصص لضمان العام :

الفرع الأول: لضمان العامحق مالي في الذمة المالية للمدين

أي جميع الأموال التي تدخل في الذمة المالية للمدين وقت التنفيذ، وليس على مال معين بالذات. فإن كل أموال المدين هي لضمان العام للدائنين بما تحتويه من الحقوق والأموال القابلة للتنفيذ والحجز عليها المنقولة والغير المنقولة غير المصلة بشخص المدين ولا تلك المستثناة شرعا وقانونا ومن ثم يستبعد من لضمان العام للدائنين العاديين الأموال التي تخرج من الذمة المالية للمدين نتيجة تصرفه في هذه الأموال قبل تنفيذ الدائن بحقه.

ومن المعلوم أن الذمة المالية في القانون الوضعي هي مجموع ما لشخص من حقوق مالية وما عليه من ديون والتزامات تقدر بالنقود في الحضر وللمستقبل فإذا زادت الديون والالتزامات المترتبة عليه على الحقوق المقررة له كلت الذمة المالية لشخص معسرة.

فإذا لم يفي المدين بالتزاماته كان للدائن ان يقضي حقه بالتنفيذ الجبري على أي مال من الأموال المملوكة للمدين أي يقع على جميع أموال المدين التي تكون مملوكة له وقت التنفيذ وليس على مال معين من أمواله هذا باستثناء الأموال التي لا يجوز الحجز عليها وعلى هذا فإن الأموال التي لم تكن موجودة في الذمة المالية للمدين وقت نشوء الالتزام والمكتسبة بعده تدخل في موجودات الجانب الإيجابي للذمة المالية وبالتالي دخولها في لضمان العام .

وتدخل في ذمة المدين التي يعقدها الوكيل ،كما تتحمل بالالتزامات التي يرتبها هذا الأخير لأن أثار الأخير لأن أثار هذه المصرفات تصرف مباشرة إلى ذمة الموكل. وعلى ذلك فإذا كان المدين هو الذي يلتزم

هو الذي يلتزم شخصيا فيجب أن يكون أهلا لذلك[38] . هذا بالنسبة للنيابة الاتفاقية أما بالنسبة للنيابة بالنسبة للنيابة القانونية فإن الأصيل ملزم بما يقوم به النائب من تصرفات قانونية صحيحة في الحدود التي الحدود التي رسمها له القانون.

الفرع الثاني: يتساوى جميع الدائنين قانونا أمام الضمان العام

إن مبدأ المساواة بين الدائنين هو مبدأ هو مبدأ مستوحى من مفهوم المساواة، الذي يعد بشكل عام بشكل عام من المبادئ السامية التي ناضلت البشرية من أجل تحقيقها على مر العصور[39] .

الضمان العام لا يخص دائنا معينا بل هو يخص جميع الدائنين ، ولذلك فان الضمان العام من حيث حماية حقوق الدائنين لا يميز بين أنواع الدائنين ، فلا يمنع الدائن العادي من الحجز على عين مملوكة للمدين و لو كانت مثقلة برهن أو امتياز أو المخصص لدائن آخر لان الرهن أو الامتياز أو المخصص تمنح صاحبها التقدم على غيره من الدائنين في استيفاء دينه من ثمن البيع بعد حصوله و إنما هذا الامتياز لا يؤكد للدائن الممتاز عند الحجز أية أولوية لأي دائن عن غيره من الحاجزين فهو يكون في مرحلة الحجز على قدم المساواة مع الدائن العادي بمعنى انه لا تترتب عن واقعة الحجز بذاتها توليد أي أولية لأي دائن أو اختصاص لحصيلة التنفيذ .

كما أن حق الحبس لا يمنع بقي الدائنين من توقيع الحجز على المال المحبوس تحت يد الحابس باعتباره عنصرا من عناصر المال الخاص بالمدين[40] .

[38] عبد الرزاق السنهوري مرجع سابق ص210.

[39] المساواة بين الدائنين مذكرة ماجستير جامعة الجزائر 2014/2013 ص4 ريمة برمضان المراكز القانونية المتميز ومبدأ

[40] العربي شحط عبد القادر طرق التنفيذ في المواد المدنية والإدارية دار مرجاجو للنشر الجزائر 2008 ص61 وما يليها.

فلا يتقدم احدهم على الآخرين أمام الضمان العام، وكلهم سواسية أمام التنفيذ بحقوقهم على أموال بحقوقهم على أموال المدين ولا فرق في ذلك لدائن نشأ حقه بتاريخ متقدم ودائن آخر قام حقه بتاريخ لاحق حقه بتاريخ لاحق إلا إذا كان له حق التقدم أو الأفضلية على غيره بموجب تأمين أو ضمان خاص كالرهن أو خاص كالرهن أو الامتياز وهذا هو الدائن الممتاز الذي يملك حق التقدم لاستيفاء ديونه من أموال أموال مدينه فلا يخضع لقسمة الغرماء[41] (م 642/726/727 ق إم إ الجديد)

وهو معنى ملفت عليه المادة 2/188 من ق م أن جميع الدائنون متساوون في هذا الضمان، إلا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون ومن هذا المنطلق يكون الدائنون العاديون على قدم المساواة في استيفاء حقوقهم بالتنفيذ على أموال المدين كمجموعة واحدة فإذا اتسعت لهم جميعا استوفوا حقوقهم منها كاملة وأما إذا لم تكف هذه الأموال المحجوزة للوفاء بحقوق جميع الدائنين وتساوت الديون في القوة فإنها تقسم عليهم قسمة الغرماء أو قسمة تناسبية أي بنسبة مقدار كل واحد منهم في الدين .

وهؤلاء الدائنون المتعدد وأنهم الذين يتعرضون للخطر فقد لا يتبقى لهم شيء من أموال المدين بعد المدين بعد استيفاء الدائنين الممتازين أصحاب الضمانات لحقوقهم من هذه الأموال قبل غيرهم من الدائنين من الدائنين العاديين. فقضت المادة 686 من ق إم إ على انه: إذا كانت المبالغ المالية المحجوزة المحجوزة كافية للوفاء بحقوق جميع الدائنين يتم الوفاء بموجب أمر بالتخصيص بين الدائنين كل بحسب قيمة دينه بحسب قيمة دينه 2- وأما إذا كانت المبالغ المالية غير كافية يجري تقسيمها بين الدائنين قسمة غرماء .[42]

غرماء .[42]

[41] بلحاج العربي مرجع سابق ص32.

[42] محمد حسنين، طرق التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1982 ، ص37

فمثلا إذا كلت أموال المدين المحجوزة للوفاء بديونه تقدرب50000 د.ج ويوجدلاث دائنين عاديين الأول له70000 د.ج والثاني له 30000 د ج والثلث له 20000د.ج فإن الأموال تقسم بينهم كالتالي :

أ- نصيب الدائن الأول :(50000*70000)/120000=29166

ب- نصيب الدائن الثاني :(50000*30000)/120000=12500

ج- نصيب الدائن الثلث :(50000*20000)/120000=8333

ومما تقدم فإنه إذا كان المدين معسرا فإن الدائن لن يحصل إلا على جزء من حقه كما انه إذا تخلف احد الدائنين عن قسمة الغرماء فقدلا يتبقى له شيء من أموال المدين لينفذ عليها .

3- لضمان العام لا يخول حق التتبع لأي مال من أموال المدين:

و التتبع يقصد بيه قدرة الدائن على ما كان ذمة المدين وانتقل الى الغير.[43] وهذا ما لا لايحتويه حق لضمان العام ،باعتباره حق محله اموال المدين وقت التنفيذ ويقتصر عليه .[44]

فإذا خرج مال من ملك المدين بالبيع مثلا يسري البيع في مواجهة الدائنين كُل عام، دون أن يكون لهم اعتراض على هذا التصرف أو سلطة تتبع المال المتصرف فيه في يد من انتقل إليه المال.

وعلى هذا فان تصرفات المدين في أي مال من أمواله بعد نشوء الدين قد يترتب عليه زيادة أمواله زيادة أمواله وتقوية لضمان العام وقد يكون من شأنها إنقاص أموال المدين وإضعاف لضمان العام العام مما يضر بحقوق الدائنين وعلى كل حال فأنه يستبعد من لضمان العام للدائنين العاديين الأموال التي

[43] فكرار غنيمة ،دكون زوينة ،حق التتبع كوسيلة ضمان للدائن المرتهن مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص عقاري 2017

[44] جلال محمد ابراهيم ،احمد محمود سعد ،الحقوق العينية التبعية ،الجزء الاول بدون دار نشر ص10

الأموال التي تخرج من الذمة المالية للمدين نتيجة تصرفه في هذه الأموال قبل تنفيذ الدائن بحقه .[45]

بحقه .[45]

4- الضمان العام لا يخول للدائن حق التدخل في إدارة المدين لأمواله:

أي انه طالما لم تتخذ إجراءات التنفيذ الجبري يظل المدين محتفظا بحقوقه كاملة على أمواله من حيث الإدارة والتصرف.

المبحث الثاني: تقدير حق الضمان العام

المطلب الأول: تمييز الضمان العام عن الضمان الخاص

الضمان الخاص يقسم إلى تأمين شخصي وتأمين عيني. في التأمين الشخصي يظل

الدائن دائنا عاديا ولكن هذا التأمين في الواقع يضم مدين أو أكثر إلى المدين الذي يريد ضمان ضمان دينه فيكون أمام الدائن مدينين أو أكثر بدلا من مدين واحد وحقه في الضمان العام يمتد بذلك إلى يمتد بذلك إلى ذهين أو أكثر[46] .

أما التأمين العيني بالمعنى الدقيق فهو التأمين الذي يكفل للدائن الوصول لحقه كاملا عن طريق تخصيص مال طريق تخصيص مال معين أو أموال معينة من أموال مدينه للوفاء بحقه قوام الخصوصية في التأمين الشخصي هو أن الشخصي هو أن للدائن العادي أن يرجع على الضمان العام لأكثر من مدين حتى يستوفي حقه في الضمان العام حقه في الضمان العام فأن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بالالتزام وبالتالي يمكن التنفيذ على أي منها عكس أي منها عكس الضمان الخاص فإنه يتعلق بجزء معين من أموال المدين بالإضافة إلى ذلك يترتب عليه حيازة

[45] سوار،محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني الحقوق العينية التبعية ،الكتاب التالث ،ط الاولى دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 2006 ص7

[46] نبيل ابراهيم سعد ،النظرية العامة للالتزام ، دار الجامعة الجديد ، مصر 2002 ص125

عليه حيازة الدائن صاحب الضمان الخاص للمال المخصص لضمانه وبالتالي خروجه من الضمان العام الذي لا الضمان العام الذي لا تترتب عليه أي حيازة لأي مال من أموال المدين فللمدين سلطة التصرف في أمواله ما التصرف في أمواله ما لم يتم التنفيذ عليها .

على عكس حق الضمان العام فان التأمين العيني يعد حقا عينيا تبعيا . وبناء على ذلك فإن للدائن صاحب التأمين العيني أن يتمتع بكل خصائص الحق العيني التبعي .أي أن يكون له حق التقدم على سائر الدائنين الآخرين عند توزيع ثمن العين المبيعة كما له حق تتبع العين في أي يد كانت ليباشر عليها حق الأفضلية أو التقدم ، بينما إعطاء حق التتبع للدائن العادي نتيجة لحقه في الضمان العام غير متصور .لان ذلك سيؤدي إلى شلل المعاملات والتجارة حيث أن أموال المدين تكون موجودة في ذمته وقت نشوء حق الدائنية ستجمد بين يديه نتيجة لاستعمال حق التتبع ،هذا يؤدي بطبيعة الحال إلى نزع كل ثقة و وائتمان عن المدين وبالتالي إلى حرمانه من حريته في التصرف بل ومن أهليته .

وبالنسبة لحق التقدم فإن الدائن العادي السابق لا يتمتع بأي أفضلية عن الدائن اللاحق وغنما الكل يتزاحم على ثمن بيع أموال المدين بما يضمنه ذلك من خطر عدم استيفاء حقوقهم كاملة إذا كانت الأموال المباعة لا تكفي لسداد جميع ديونهم، أما بالنسبة للدائن الممتاز أي المزود بتأمين عيني فإنه غالبا يحاط لذلك ويأخذ حق عيني على مال قيمته تفوق قيمة دينه حتى إذا ما بيع هذا المال يستطيع استيفاء حقه كاملا و بسهولة وبالأفضلية على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة .

حق الضمان العام يعبر عن علاقة حق شخصي وليست علاقة حق عيني لأنه إذا كان للدائن حق على ذمة مدينه للدائن حق على ذمة مدينه أي على جميع أمواله باعتبارها امتداد مالي له إذن هو حق في مواجهة الخصم نفسه

مواجهة الخصم نفسه وبناء على ذلك فان الضمان العام يترجم إلى فكرة الائتمان الشخصي وذلك بالمقابلة وذلك بالمقابلة بالائتمان العيني.[47]

حق الضمان العام يلعب دوره بصورة واضحة عند عدم تنفيذ المدين التزاماته وخصة إذا كانت تضمن آجالا معينة أي تضمن ائتمانا معينا وهو ما يعبر عنه بالائتمان الشخصي لان ليس هناك ضمانا لهذه الالتزامات إلا شخص المدين وذمته دون تخصيص مالي معين لضمان الدين كما هو الحال للائتمان العيني بينما في الائتمان العيني نجد صاحب رأ المال يبحث عن توظيف رأ ماله عن عنصر ثروة في ذمة ماليه وعن ترتيب الحقوق العينية التبعية حتى يسنى للضمان دينه بطريقة فعالة وممتا ز ة .

وبالرغم من الطابع الشخصي لحق الضمان العام فانه في الواقع يترجم إلى سلطة الدائن على أموال مدينه وهذا ما دعى البعض إلى القول بأن حق الضمان العام حق عيني وحجتهم في ذلك أن حق الضمان العام يخول للدائن لسلطة ممارسة بعض المميزات والخصائص التي يتيحها حق المدين على محتوى هذا الضمان فإذا كان الأمر يتعلق بأشياء يملكها المدين فانه بمقتضى هذا الضمان يستطيع الدائن إن يتصرف في هذه الأشياء وذلك عن طريق بيعها والحصول على مقابل مالي فسلطة التصرف هذه ليست إلا إحدى المميزات والخصائص المكونة لحق الملكية وهي كسلطة التصرف المخولة للمالك وبناء على ذلك فإن سلطة التصرف المخولة للدائن تتحلل في النهاية إلى سلطة على شيء مادي يعني إلى حق عيني .

المطلب الثاني: مخاطر الضمان العام

أن الضمان العام رغم ما فيه من امتداد حق الدائن إلى كل أموال المدين وما فيه من مساواة بين مساواة بين جميع الدائنين ، إلا أنه ينطوي على سلبية ظاهرة تتمثل في أن الدائن لا يستطيع أن يعترض على

[47] حسين عبد اللطيف حمدان :التأمينات العينية دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن و التامين و الامتياز ص 25

يفرض على تصرف المدين في أمواله، ولا يستطيع على أن يتتبع أموال المدين بعد خروجها من ذمته، ولا ذمته، ولا يستطيع منع المدين من إنشاء ديون جديدة على عاتقه ولا يستطيع ادعاء أية أفضلية على على الدائنين الذين نشأت حقوقهم بعده[48]. حيث أنه لا يتم التنفيذ ألا على ما يوجد تحت يد المدين ، من المدين ، من أموال منقولة وغير منقولة وقت التنفيذ، فأن الضمان العام للدائنين يتأثر بالمصرفات بالمصرفات القانونية التي يباشرها مدينهم[49].

مهما يكن فإن الضمان العام لا يقدم للدائن الحماية القانونية اللازمة والتأمين الكافي لاستيفاء حقه كاملا الذي قد يضيع جزئيا أو كليا بسبب إعسار المدين بأن تكون أمواله غير كافية لسداد ديونه المستحقة وغير المستحقة أو بسبب مزاحمة بقي الدائنين له في استيفاء حقوقهم وذلك لأن أموال المدين المحجوزة تقسم بين الدائنين العاديين قسمة غرماء وبالتالي قد لا يحصل الاعلى جزء من أمواله.

ومن جهة أخرى فإن وسائل حماية الضمان العام من المصرفات الضارة التي قد يجريها أضرار بحقوق الدائنين ويترتب عليها إنقاص حقوقه أو زيادة التزاماته تبقى هي الأخرى غير كافية

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

[48] د.سمير عبد السيد تناغو ،أحكام الالتزام والإثبات مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية الطبعة الأولى 2009ص 265 .

[49] د.بلحاج العربي مرجع سابق ص34.

ومن مخاطر حق الضمان هو اشتراك عدة دائنين في هذا الحق وبالتالي احتمالية عدم استيفاء الحقوق كاملة في حالة عدم تحمل الذمة المالية لجميع الديون بأن تكون الاولى اقل من الثانية حيث يتم تقسيم حصيلة الذمة المالية قسمة غرماء .

ويقصد بقسمة الغرماء حصول كل دائن على نسبة معينة من مال المدين تعادل ما له من حق ومع ذلك فإن حق ومع ذلك فإن قسمة الغرماء تمثل نوع من العدالة لانه متى تشبثت المراكز القانونية للدائنين ،فمن للدائنين ،فمن العدل كل منهم قدر من الخسارة مساوية للمقدار الذي يحمله الاخر .[50]

[50] محمد ابراهيم بنداري الكفالة في ضوء قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة مطبوعات جامعة الامارات المتحدة ط الاولى 2005 البند 7ص 13.

الفصل الثاني

الفصل الثاني: وسائل حماية الضمان العام

إن دراسات القانونية لوسائل حماية حقوق الدائين من غش المدين أو إهماله . . لها أهمية بالغة لما توفره من مساواة وحفظ حقوق الدائين. لقد وضع المشرع الجزائري وسائل قانونية بين يدي الدائن من اجل المحافظة على الضمان العام المقرر لحقوقه .

المبحث الأول: الوسائل الوقائية لحماية الضمان العام

المطلب الأول: مفهوم الدعوى المباشرة

تقتضي دراستنا لهذه الدعوى أن نبدأ بتعريفها خصائصها وثم نتطرق إلى شروطها ممارستها و أخيرا ذكر طبيعتها أو أساسها القانوني لهذه الدعوى.

الفرع الأول: تعريف الدعوى المباشرة

لم يعطي المشرع الجزائري تعريفا خاصا بدعوى المباشرة وهذا انتهاج لي نفس مسار التشريعات التشريعات العربية بل اكتفى بمعالجتها وتنظيمها عكس الفقه الذي حاول تعريفها بطرق مختلفة. إذ يقول مختلفة. إذ يقول عنها عبد الرزاق السنهوري أنها دعوى قبل مدين المدين يستأثر بها الدائن بفضلها بالحق بفضلها بالحق الذي لمدينه في ذمة مدين المدين، ويصبح بمثابة دائن له امتياز على هذا الحق يتقدم بمقتضاه على يتقدم بمقتضاه على سائر الدائين لي يستوفي منه حقه .[51] والدعوى المباشرة كما ذهب إليها الدكتور خليل الدكتور خليل أحمد حسين قدادة فهي دعوى لا تقرر بالاتفاق وإنما بص تشريعي خاصة على أساس أن الدعوى أساس أن الدعوى المباشرة تعتبر استثناء وارد على مبدأ نسبية أثر العقد وهو استثناء لا يتقرر إلا إلا بص[52] .

[51] عبد الرزاق السنهوري مرجع سابق ص978

[52] خليل احمد قدادة, الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري أحكام الالتزام ،الجزء الثاني ،ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ،ص63.

ويعرفها بلحاج العربي بأنها دعوى يرفعها الدائن الذي هو على ذمة مدين مدينه باسمه الشخصي على حسابه الشخصي على حسابه الخاص [53] .

وفي هذا الصدد تعرف الدعوى المباشرة على أنها وسيلة قانونية يقررها المشرع تسمح للدائن أن للدائن أن يسعى مباشرة باسمه شخصيا إلى مدين المدين ليسألها الوفاء بما هو مستحق في ذمته للمدين[54] .

للمدين[54] .

فنظام هذه الدعوى يهدف إلى تأمين الدائن بحمايته من خطر الخضوع لمسمة الغرماء في استيفاء ماله من استيفاء ماله من الحق الثبت لمدينه في ذمة الغير، والوسيلة إلى ذلك بجعله دائنا مباشرا لمدينه بص بص القانون[55] .

أن الدعوى المباشرة خارجة عن مألوف ومتعارف عليه وقد اختلف الفقهاء في تحديد طبيعتها طبيعتها القانونية أي حول تحديد طبيعة حق الدائن في مطالبة المباشرة بحق مدين هذا لأخير وهذا في حد ذاته وهذا في حد ذاته استثناء عن لأصل ويتعدى النطاق العقدي ، الخروج عن مبدأ المسببة أثر العقد فيما العقد فيما بين المتعاقدين (المدين ومدين المدين)[56] .

ثانيا: تتمثل في خروج الدعوى المباشرة عن مبدأ المساواة بين الدائنين العاديين إذا بمقتضاه يحصل بمقتضاه يحصل الدائن على امتياز الدين الذي في ذمت المدين، وبتالي يستطيع الدائن أن يؤمن نفسه من

[53] بلحاج العربي النظرية العامة في القانون المدني الجزائري طبعه 4 ديوان المطبوعات الجزائرية2005ص234.

[54] نبيل إبراهيم سعد نظرية العامة للالتزام –أحكام الالتزام–دار الجامعة الجديدة طبعة 2003 ص 115.

[55] د.أنور العمروسي ،الدعاوى المسماة في القانون المدني ,دار الفكر الجامعي ,الإسكندرية ,بدون طبعة ,2002,ص675.

[56] محمد ياسين الجبوري ص 274.

نفسه من مزاحمة الدائنين الآخرين المزاحمين له، وبالنظر إلى هذه الصفة الاستثنائية للدعوى المباشرة فإنها لا المباشرة فإنها لا تقرر المقتضى نص خاص في القانون[57] .

ويرى الفقيه الفرنسي "لابيه" أن الدعوة المباشرة مؤسسة على فكرة حق الامتياز للدائن[58] .

للدائن[58] .

خصائص الدعوى المباشرة:

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

1- الدعوى المباشر سعي مباشر للدائن إلى مدين مدينه أي الدائن هو الذي يسعى ويقوم برفع الدعوى باسمه ولحسابه، دون أن يكون نائبا لمدينه ودون أن يحتاج نيل سعد/محمدجمين هصو ر ، أحكام الالتزام 2002مصر إلى تدخل مدينه في هذه الدعوى، وهذا خروج

عن القاعدة العامة التي تقضي بأن سعى الدائن إلى مدينه يجب أن يتم بطريقة غير المباشر –دعوة المباشرة–

2- الدعوى المباشرة استثناء على مبدأ النسبية أثر التصرفات القانونية، لان المدعي في هذا 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 تصرف أثاره المتعاقدين وخلفهم العام والخاص .

[57] بلحاج العربي المرجع السابق ،ص234،235.

[58] 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.

3- الدعوى المباشرة تحقق للدائن ضمان خاصا تحميه من خطر تزاحمه لمزاحمة بقي 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 عليها القوانين المدنية.

4- الدعوى المباشرة تقل يد المدين في حقه حماية لدائن المباشر أي انه بمجرد رفع هذه الدعوة تقل يد المدين في حقه قبل مدين المدين كما يمتنع المدين عن الوفاء بالحق لغير الدائن رافع الدعوى المباشرة أي أن حق المدين يجمد بين يدي المدين لمصلحة الدائن ولا يجوز له المساس بهذا الحق لا في مقداره ولا في وجوده لا بوفاء ولا بالمقاصة ولا بالتقادم ولا يجوز له حجز مال المدين لدى الغير.

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

-في الدعوى المباشرة يصبح الدائن رافع الدعوى دائن مباشر لمدين المدين وبذلك يصبح هو صاحب الحق هو صاحب الحق الشخصي[59].

شروط ممارسة الدعوى المباشرة :

بما أن الدعوى المباشرة مثلها مثل بقي الدعاوي المدنية تتوفر على جملة من لشروط العامة لقبولها بالإضافة إلى وجود شروط خاصة بها والتي ستطرق لها من خلال نقطتين كالتالي :

الشروط العامة المتعلقة بالدعوى العمومية :

[59] ماجد راشد محمد الدعوى المباشرة في العلاقات القانونية الغير مباشرة دراسة تحليلية تطبيقية ط1 منشورات الحلبي الحقوقية 2005 ص85.

جاء في نص المادة 13 من ق إ م إ "لا يجوز لي أي شخص التقاضي ما لم تكن له لصفة ولمصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون"

فمن المعروف أن كل دعوى تحوي على ثلاثة عناصر هي أشخاص الدعوى محل السبب أما بسبة لي أشخاص الدعوى فهم من يوجه الادعاء باسمهم بناء على ما لهم من صفة بسبة لحق أو بسبة للمركز القانوني للمدعي وهما أساسا المدعي والمدعى عليه أما محل الدعوى فهو ما يطب المدعي في دعواه أي ما يطب القضاء به على المدعي عليه أو في مواجهته .

أما سبب الدعوى فهو الوقعة القانونية أو المصرف القانوني الذي تولد عنه الالتزام أو الحق، فهو الأسا القانون الذي ين عليه الطب ، سواء كان هذا السبب يستند إلى عقد أم إرادة منفردة أم يجعل غير مشروع من نص القانون .

وفيما يخص شروط الدعوى ،فإن الفقه و القانون يتفقان على أن هناك شروط عامة يجب أن تتوفر لقبول الدعوى ، وهي أن تستند إلى حق ومصلحة صاحب صفة في رفعها، وألا يكون قد سبق صدور حكم في موضوعها .

أما إذا تخلفت إحدى الشروط السابقة فهذا يؤدي إلى انعدام الحق ووجود حق في رفع الدعوى يرادف الدعوى يرادف قيام لصفة القانونية، وبما أن الدعوى المباشرة هي كغيرها من الدعاوي الأخرى تتوفر الأخرى تتوفر على الشروط العامة ألا وهي ان تكون للدائن صفة ومصلحة قائمة او محتملة [60] ، فسوف [60] ، فسوف نتطرق إلى هذين الشرطين:

1- الصفة:

[60] المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم08 09المؤرخ 25-02-2008 تنص على أنه (لا يجوز لاي شخص تقاضي ما لم يكن له صفة او له مصلحة قائمة او محتملة يقرها القانون)

لأصل في الدعوى أن ترفع من ذي صفه وألا كلت غير مقبولة ويرى بعض الفقهاء أن الصفة هي ليت المصلحة الشخصية والمباشرة للحكم بل هي شرط مستقل وتعني السلطة التي بمقتضاها يمار الشخص الدعوى أمام القضاء ، وهي تكون عادة لصاحب الحق المدعي به أو لمن تلي الحق عنه بأي طريق قانوني ،كما تكون للممثل الشخصي الاعتباري ولممثل صاحب الحق وتشير أولمن أحله

القانون محله في الادعاء هي تكون النيابة العام في حالة معينة ونرى أن هذا الرأي يمح الصفة لممثل صاحب الحق ونشي إلى أن الصفة يعتبرها القانون من النظام العام .

2- المصلحة:

المقصود بالمصلحة المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية من النجائه للقضاء ، فهذه المنفعة هي الدافع لرفع الدعوى، وهي الهدف من تحريكها ويقال عادة في هذا الصدد لا دعوى دون 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 لها القانون، وهي وسيلة لحماية الحق فقد ذهب الفقه والقضاء واتبعهما المشرع في ذلك حينما اعتبروا أن المصلحة شرط لرفع الدعوى وقبولها بحيث لا توجد دعوى ولا دفع بغير مصلحة، وكما أن المصلحة شرط لقول الدعوى فهي كذلك شرط لقول أي طب دفع أو طعن في الحكم وشرط لاستمرار قول الدعوى أمام المحكمة ويجب في المصلحة أن تتوفر على مجموعة من الخصائص وهي:

1- أن تكون المصلحة شخصية مباشرة

2- أن تكون مصلحة قائمة وحالة بمعنى

الشروط الخاصة المتعلقة بالدعوى

إن الدعوى المباشرة تحوي على الشروط الخاصة بالإضافة إلى الشروط العامة وهذه الشروط الخاصة لا الشروط الخاصة لا تقوم الدعوى إلا بتوفرها ويمكننا أن نجملها في النقاط التالية:[61]

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 وتقضي تبعا لهذا الحق بمعنى انه متى وجد دين في ذمة المدين فإن ذلك دائن له حق رفع دعوى مباشرة متى توفرت شروطها أما إذا انقضى هذا الحق بسبب من الأسباب وراء كان وفاء أو مقاصة أو اتحاد ذمة أو تقادم يؤدي إلى انقضاء الدعوى المباشرة وزوالها.

2- أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وخلي من النزاع، أي يشترط في حق الدائن حق يتمكن من إقامة دعواه في مواجهة مدين المدين أن يكون ثابتا في الذمة مستحق الأداء فليس للدائن أن يطلب مدينه إذا لم يكن الحق حالا وبالتالي ليس بمقدوره أن يرفع دعواه المباشرة ضد مدين المدين لأن الدعوى المباشرة تشكل إجراءات من الإجراءات التنفيذية التي يتخذها الدائن لاستيفاء حقه من أموال المدين الذي يشهر إعساره وبالتالي هي من أقوى الإجراءات التي تعل يد المدين في المصرفات في ماله.

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

[61] عبد الوهاب بوضرسة ،الشروط العامة و الخاصة لقبول الدعوى بين النظري و التطبيقي دار هومة الجزائر 2005 ص178.

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

4- تقادم الدعوى المباشرة: إن الدعوى المباشرة مثلها مثل الدعاوى الأخرى تخضع لأحكام التقادم لأحكام التقادم سواء كان هذا ضمن المدة القانونية التي حددها القانون[62] .

المطلب الثاني: الدعوى غير مباشرة

إن الدعوى مباشرة وغير مباشر من الوسائل القانونية التي من شأنها حماية حقوق الدائنين من إهمال المدين. وبعد إن تطرقنا لدراسة الدعوى المباشرة فكان لابد من تخصيص المطب الثاني لدراسة الدعوى المباشرة وعليه قد فصلناه على النحو التالي:

تعريف وشروط ممارسة الدعوى غير مباشرة (الفرع الأول)

أثار الدعوى غير المباشرة (الفرع الثاني)

الفرع الأول: تعريف وشروط ممارسة الدعوى غير المباشرة

1-تعريف الدعوى غير المباشرة:

لم يتعرض المشرع الجزائري إلى تعريف واضح للدعوى غير مباشرة وإنما اقتصر على معالجتها في المادة معالجتها في المادة 189 من ق م ج والتي تنص[63]: "لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها خاصا بشخصية أو غير قابل للحجز ولا يكون

[62] ماجد الراشد مرجع السابق ص107-113.

[63] ق م ج المادة 189،مرجع سابق.

الحجز ولا يكون استعمال الدائن لحقوقه مدينه مقبولا إذا أثبت أنه المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق استعمال هذه الحقوق وأن هذا الإمساك من شأنه يسبب عسر أو يزيد فيه " .

كما عرفها بعض الفقهاء على أنها وسيلة وضعها القانون في يد الدائن ليحمي بها حقه في الضمان في الضمان العام نتيجة تقصير المدين في استعمال بعض حقوقه في الضمان العام، أو المطالبة بها فهدفها حماية فهدفها حماية الدائن من تقصير المدين، وذلك بان يباشر الدائن بفسه حقوق المدين ودعواه نيابة عنه[64] .

نيابة عنه[64] .

الدعوى غير المباشرة

كما عرفها كل من نبيل إبراهيم سعد ومحمد حسين منصور على إنها وسيلة التي تلف إلى حماية الدائنين من تقصير المدين، عن طريق تمكين الدائن من أن يباشر بفسه حقوق المدين ودعا واه نيابة عنه فإذا كان للمدين مثلاحق في المطالبة استطاع أحد دائنيه أن يقوم بذلك مكانه .

فاستعمال الدائن حقوق مدينه على هذا الوجه يقصد به المحافظة على أموال المدين تمهيد التنفيذ التنفيذ عليها، فالدعوى غير المباشرة تعد وسيلة لحماية حق الدائن في الضمان العام من أن ينقص نتيجة ينقص نتيجة تقاعس المدين عن استعمال بعض حقوقه أو المطالبة به[65] .

وهناك تعريف أخر هي وسيلة يترتب عن استعمالها أو الدفع بها المحافظة على عنصر الضمان العام أو الضمان العام أو زياداتها فكل المدين في استعماله كان الدائن ويباشر بنيابة عنه وذلك وفقا بشروط بشروط محدودة ومعينة[66] .

---

[64] محمد صبري العدي مرجع سابق ص125.

[65] نبيل إبراهيم سعد-محمد حسين منصور، أحكام الالتزام ص 109،110.

[66] لزرق بن عودة، مرجع سابق ص7.

شروط ممارسة الدعوى غير المباشرة:

تقوم شروط ممارسة الدعوى غير المباشرة على فكرتين أساسيتين:

الفكرة 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 الدائن يدخل في مجال الدعوى غير المباشرة وهذه الشروط ترجع إلى المدين وأخرى ترجع الدائن[67] .

الدائن[67] .

أ- الشروط التي ترجع إلى المدين: ونستخلصها من نص مادة 189 ق م ج السابقة الذكر:

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

وإذا بدأ المدين في استعمال حقه بعد رفع الدائن الدعوى بنيابة عنه، وفي هذه الحالة يمتنع على الدائن المسير في الدعوى ويترك للمدين إتمامها والسير فيها، وإذا خلف الدائن تواطؤ المدين مع المدين مع مدينه خصما ثالثا يرقب عمل مدينه[68] .

2- اعتبار المدين: لا يكفي إثبات الدائن تقصير المدين في استعمال حقه،

[68] محمد صبري السعدي ،مرجع سابق ص120

ولكن يجب على الدائن أن يثبت أن عدم استعماله المدين لحقه يسبب إعسار أو يزيد من هذا ماضت عليه المادة 189 ق م ج السابقة الذكر .

3- إدخال المدين خصما في الدعوى: لذا شرط شكلي فرضت عليه المادة 189 السابقة الذكر في فقرتها الثانية .

4- الشروط التي ترجع إلى الدائن: وتتلخص هذه الشروط في ان يكون حق الدائن ثابتا أي غير متنازع فيه وبذلك تتحقق شروط المصلحة المشروعة فلو كان حقا احتماليا فلا يكون حقا محققا وإذا نازعه خصمه أومن يدعي انه مدينه في وجود حقه يجب أولا الفصل في هذا التنازع لأن ثبوت صفة الدائنة رط لقبول الدعوى وهذا الشرط يكفي وحده في القانون المدني الجزائري لاستعمال الدعوى غير المباشرة فلا يشترط أن يكون حق الدائن أو مستحق الأداء أو قابلا للتنفيذ .

1-لا يشترط أن يكون حق الدائن حقا معلوم المقدار ما دام انه حق ثبت ومؤكد ومثاله حق المضرور من فعل غير مشروع فيجوز له استعمال دعوى مدينه دون انتظار لتقدير التعويض.

2- لا يشرط 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 واقفا مضافا إلى أجل.

3- لا يشترط أن يكون حق الدائن سابقا على حق المدين الذي يستعمله الدائن بالدعوى غير المباشرة ذلك أن الضمان العام يدخل فيه جميع أموال المدين بغض النظر عن تاريخ دخولها في ذمة المدين .

4- لا يشترط أن يحصل الدائن على إذن من القضاء بحلوله محل المدين ذلك أن نيابته عن المدين يستمدها من القانون مباشرة فليس بحاجة إلى أن يستمد نيابته من القضاء .

الفرع الثاني: آثار الدعوى غير المباشرة:

يستعمل المدين الدعوى غير المباشرة باسم المدين أي نيابة عنه وذلك بقصد المحافظة على الضمان الضمان العام، فالدائن ينوب عن المدين بحكم القانون في استعمال حقوقه وهذه النيابة القانونية مقررة مقررة لمصلحة النائب لا لمصلحة لأصيل فهي قاصرة على استعمال الحق دون التصرف فيه وانطلاقا من هذه وانطلاقا من هذه الفكرة يمكن تحديد آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة لكافة الأطراف: أولا بالنسبة إلى بالنسبة إلى المدين، ثم بالنسبة للخصم أي لمدين المدين، ثالثا بالنسبة إلى الدائن وهو النائب.[69]

أولا: آثار الدعوى بالنسبة للأطراف :

أ)بالنسبة الى المدين: يظل 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 يتصالح عليه أو يبرئ مدينه منه فإن فعل ذلك تنتهي الدعوى غير المباشرة ولا يستطيع الدائن أن يعبر على هذه التصرفات إلا من خلال الدعوى البوليصية.

ويستطيع المدين أن يقتضي قه من مدينه فإذا قام هذا الأخير بالوفاء باليين للمدين ويكون وفاؤه ويكون وفاؤه صحيحا ونافذا لذلك يظل الدائنون إلى اللجوء إلى حجز ما للمدين لدى الغير، بدلا من

[69] محمحد صبري السعدي ص 122

الغير، بدلا من اللجوء إلى الدعوى غير المباشرة لأن من شان ذلك الحجز حبس المال المحجوز عن المدين المحجوز عن المدين المحجوز عليه[70] .

ب) بالمسبة للخصم(مدين المدين): لما كان الدائن يعبر دائنا عن المدين فمن الخصم في الدعوى يستطيع ان الدعوى يستطيع ان يتمسك بكل الدفوع التي يتمسك بها ضد الدائن نفسه فله أن يتمسك بالقضاء الدين بالقضاء الدين بالتقادم أو المقاصة أو الإبراء كما يستطيع أن يتمسك بأوجه البطلان التي تشوب السند تشوب السند وخصم الدائن هو مدين المدين[71] .

ج) بالمسبة 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 منها الدائن إلا باعتبارها من أموال المدين لضامنة لسداد ديونه أي الحكم لصادر رغم انه قد تم بناء على سعي أحد الدائنين إلا انه منه الجميع المدين وسائر الدائنين.

فالدعوى غير المباشرة لا يستأثر بشخصيتها الدائن التي بارها بل تندرج تلك الحصيلة ضمن لضمان ضمن لضمان العام للدائنين حيث يتقاسمونه بينهم قسمة غرماء لذلك يقل اللجوء إلى رفع الدعوى غير الدعوى غير المباشرة من الناحية العملية حيث يتكبد فيها رافعها خسائر من الجهد والنفقات ولا يستأثر ولا يستأثر بها. ويمكن أن يستفيد الدائن أحيانا من هذه النتيجة إذا اتخذ بجلب إجراءات رفع الدعوى الدعوى إجراءات التنفيذ على ما يحكم به لاستيفاء حقه قبل أن يتقدم الدائنون الآخرون إما نتيجة نتيجة هؤلاء إلى ذلك وهذا ما يحث غالبا وتقدموا في الوقت المناسب فإنهم يشاركونه الحصيلة ويتقاسمونها بينهم الحصيلة ويتقاسمونها بينهم قسمة غرماء[72] .

---

[70] محمد حسن منصور، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام ،دار الجامعة الجديد للنشر ،2006مصر ص111.

[71] محمدى صبري سعدي ، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام ،دار الهدى عين مليلة الجزائر ص125.

[72] محمد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزام مرجع السابق ص 112-113.

المبحث الثاني: الوسائل العلاجية لحماية الضمان العام

لقد سبق وقد اشرنا على أن المشرع الجزائري على غرار من تشريعات العربية و الأجنبية حاول حماية الدائن من تقلص و إهمال وذلك بتوفير عدة وسائل قانونية ومنها علاجية فقد سنح للدائن لي مباشرة في طب حقوقه بشكل علني ومباشر وذلك من اجل محافظة على ضمانه العام تمهيدا للتنفيذ عليه مستقبلا أو أن يرفع دعوى مباشرة في حالة مهنية لاسم شخصيا على مدين مدينه ويستأثر بثمرة سعيه دون أن يحمه بقية الدائنين أو يحجز تحفظيا على أموال مدينه حتى ينفيها في ضمانه العام تمهيدا للتنفيذ عليها واستفاء حقه منها فإذا لم يفلح هده 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 تمهيدا لتنفيذ 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 لإضرار بالدائن بإنقاص ضمانه العام فسواء كان التصرف الذي حقيقيا أو صوريا، فأولى هي الدعوى البوليصة يدافع بها الدائن عن نفسه من غش المدين إذا عمد هذا الأخير إلى لإضرار بدائنة فيطعن الدائن في هذا التصرف ليجعله غرنا قد في حقه المال المتصرف فيه على لضمان العام تمهيد ا .

والثانية هي الدعوى لصورية يكشف من خلالها الدائن تصرف المدين إذا تظاهرة هذا الأخير لإخراج الأخير لإخراج ماله من لضمان العام فيكشف حقيقته يسعفي بذلك المال في لضمان العام[73] .

العام[73] .

[73] لزرق بن عودة مرجع السابق ص40.

وبهذا الصدد فقد خصصنا المطلب الثاني لمعالجة الوسيلتين حيث تطرقنا في المبحث الأول إلى الدعوى البوليصية تعريفها وشروط ممارسة هاته الدعوى وذلك ما ينجم عن هذه الأخيرة، أما المطلب الثاني فقد سوف نتطرق الدعوى الصورية إلى فروعها ومفهومها بالإضافة إلى شروط ممارستها كما سنتطرق إلى الآثار المترتبة عن ممارستها .

المطلب الأول: الدعوى البوليصية

وقد ورد في المادة 191 وما يليها من القانون المدني الجزائري وعليه سنستعرض أول للتعريف بها لنقف على شروط ممارسة هذه الدعوى والآثار المترتبة على ممارستها .

الفرع الأول: تعريف وشروط الدعوى البوليصية

1-تعريف الدعوة البوليصية :

هي وسيلة قانونية أقرها المشرع للدائن للطعن في التصرفات الضارة الصادرة من مدينه يطلب يطلب بمقتضاها الحكم بعدم نفاذ هذه التصرفات الضارة في حقه ، ذلك لأن المدين إذا ساءت حالته حالته المالية فقد يعمد إلى بيع بعض أمواله أوكلها أو إخفاء ثمنها عن دائنيه أو أن يلجي بعض أقاربه بأن يبيعهم ماله بثمن بخس ،أو أن يلجأ على مجاملة أحد دائنيه يوفيه دينه كله لاحتى يخرجه من قسمة يخرجه من قسمة الغرماء [74] ،لذلك كان لابد من أن يكفل القانون للدائنين حقهم بتشريع الدعوى البوليصة الدعوى البوليصة يدفع من خلالها الدائن غش المدين وتواطؤه إذا اعتم هذا الأخير على التصرف في أمواله التصرف في أمواله بحقه فطعن في هذا التصرف ليجعله غير نافذ في حقه فيعيد بذلك ما خرج من هذه الأموال إلى من هذه الأموال إلى الضمان العام وتشترك الدعوى البوليصة مع الدعوى غير المباشرة في مواجهة مدينا مواجهة مدينا معسرا لذلك فالهدف واحد وهو المحافظة على أموال المدين ، وذلك لتقوية الضمان العام الضمان العام للدائنين.

[74] عبد الودود يحي ،الموجز في النظرية العامة لالتزامات، المصار، الاحكام، الاثبات القسم الاول ،دار النهضة العربية ، 1994 ص445

ولكن في حين الدعوى غير المباشرة يقصد بها تلين الدائن الأكبر خطر إلا وهي تصرفات المدين التي يجريها تصرفات المدين التي يجريها أضرارا له كأن يقوم ببيع أموال بثمن بخس ثم يهب ما قبض من ثمن فرارا من ثمن فرارا من التنفيذ على المال وتقع الدعوى البوليصية بلسم الدائن مباشرة وليس بلسم المدين كالدعوى غير كالدعوى غير المباشرة يقصد بها عدم نفاذ المصرف لضار بالدائن في حقه أي أن المصرف لا يجوي في مواجهته يجوي في مواجهته أولا يصرف إليه أثر[75].

شروط ممارسة الدعوى البوليصية :

تناول المشرع الجزائري هذه الشروط في المواد (191 الى 193 ق م ج) فلشروط منها ما يتعلق بالدائن (الطاعن) وهناك شروط ترجع إلى المدين وأخرى تقضي رفع الدعوى في الميعاد القانوني.

واهم الشروط التي يجب أن تتوفر في حق الدائن شرطان هما:

أ) الشروط المتعلقة بالدائن:

الشرط الأول:

أن يكون حق الدائن قد قبل صدور المصرف المطعون فيه

الشرط الثاني :

أن يكون حق الدائن مستحق الأداء [76] وقد نص على هذا الشرط صراحة ق م ج في المادة 191 منه المادة 191 منه وعلى ذلك لا يجوز للدائن الذي لم يحل اجل حقه استعمال الدعوى البوليصية وكذلك الأمر وكذلك الأمر إذا كان حق الدائن معلقا على شط وقف لم يتحقق بعد أما في حالة اقتران حق الدائن بشرط

[75] نبيل سعد/محمد حسين منصور، أحكام الالتزام 2002مصر

[76] سليمان مرقس ،مرجع سابق ،بند679 ص 622 و663

الدائن بشرط فسخ أو أجل فسخ عن الدائن يستطيع استعمال الدعوى البوليصية لأنهما لا يمنعان من أي حق يمنعان من أي حق دائن مستحق غلا إذا اشترط القانون في حق الدائن أن يكون مستحق الأداء فإنه من فإنه من البديهي أن يكون هذا الحق خاليا من النزاع ، فإذا كان الحق متنازع فيه فلا يمكن استعمال استعمال الدعوى البوليصية ، ونلاحظ أن اشتراط الدين المستحق الأداء وعدم استطاعة الدائن استعمال استعمال الدعوى البوليصية بدين مؤجل قد يبدو متناقضا مع اشتراط إعذار المدين ونفس ذلك بالقول أن ق م بالقول أن ق م ج كالقانون الفرنسي واللبناني لا يعرف من غير حالة الإفلاس بالمسبة للتاجر نظاما جماعيا في نظاما جماعيا في حالة اعتبار المدين غير تاجر . فالحكم بشهر الإفلاس يترتب عليه سقوط جل الديون بقوة الديون بقوة القانون فصبح جميعها مستحقة الأداء (المادة 1/211 ق م ج) أما إذا كان المدين غير غير تاجر فإنه يلتزم رفع إلى القضاء ليتحقق الاعتبار وذلك للنظر لعدم وجود نظام الإعسار وهره في وهره في القانون الجزائري ولهذا نرى أن شرط لاستحقاق عديم الجدوى من الناحية العملية غذ يستطيع غذ يستطيع الدائن بعد إثبات إعسار مدينه أن يطب من المحكمة إسقاط الأجل فيتوفر له عندئذ ما يشتط لرف عندئذ ما يشتط لرف الدعوى البوليصية لكون الحق مستحق الأداء [77] .

الشروط التي ترجع إلى المدين: وتقسم إلى شطين :

أ) الشرط الأول:

هو وقوع حالة الإعسار ويقصد به زيادة ديون المدين المستحقة الأداء او غير مستحقة ما دامت محققة ما دامت محققة الوجود على حقوقه[78] .

وهنا على الدائن أن يثبت المصرف المطعون فيه تسب في إعسار مدينه وزادا في إعساره بان بان يكون المصرف يسب أضرارا لدائن وعلى ذلك إذا كان المدين مؤشرا وقت إبرامه المصرف ولم يترتب

[77] محمد صبري السعدي مرجع سابق145ص.

[78] احمد محمود خليل مرجع سابق ص 11

المصرف ولم يترتب عليه إعساره فلايجوز لدائن استعمال الدعوى البولصيةحتى ولو طرأت حالة الإعسار بعد حالة الإعسار بعد ذلك وجاء في المادة 193 ق م ج على انه يكفي أن يثبت الدائن مقدار ما في ذمة في ذمة المدين من ديون وعلى المدين أن له ما يساوي له من ديون أو يزيد عليها في ذلك تخفيف على دائن من تخفيف على دائن من عبأ إثبات الإعسار .

ويشترط ثانيا أن تظل حالة الإعسار قائمةحتى وقت الدعوى فان أصبح المدين مؤشرا كما لوحصل على صفقة رابحة من عقد أو تلقي ميراث أو وصية فلايحق لدائن طعن في المصرف إذ ان مصلحته قد انفت ومن المعروف أن لا دعوى من دون مصلحة .

ب)-شرط الغش أو قصد الأضرار :

ولما كان إثبات نية الإضرار من الأمور الشاقة على الدائنين فقد قررت الإدارة التشريعية تيسير على الدائنين أنه يكفي لاعتبار المصرف منطويا على غش أن يكون قدصدر من المدين وهو عالما أنه معبر (المادة 192 ق م ج) على أن هذه القرينة غير قاطعة فيجوز للمدين بغرم من علمه باعتباره أنه لم يقصد الضرر بدائن فكان تصرفه لا يستهدف ذلك ويثبت أن البحث على تصرفه كان أمر أخركحصوله على ما يقوم بحاجات معيشته أو صيانة زراعية أو صناعية فإذا ما أثبت ذلك امتنع على الدائن الطعن الدعوى البولصية .

على أن القانون اشترط بها أن يكون الغش من جلب المصرف إليه، قرر انه يكفي على المصرف علم المصرف علم المصرف إليه بان المدين في حالة إعسار حتى يعتبر ذلكغش من جانبه، وعلى الدائن إثبات الدائن إثبات هذا العلم، ونص على ذلك المادة 2/192 ق م ج بقولها(كما يعتبر له المصرف عالما المصرف عالما بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين في حالةعسر[79] .

[79] الامر 75 -58المتضمن القانون المدني المادة 192 فقرة 2.

أما إذا كان المصرف الذي قام به المدين تبرعا فلا يشترط الغش سواء من المدين أو من جلب المصرف إليه فتبرعات لا يحتج بها على الدائن ويمكن تلخيص شرط الغش في ما يلي:

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

2) أما بالنسبة للتبرعات كالهبة فإنه لا ينفذ في حق الدائن حتى ولو كان المتبرع له حسن النية وهذا حسن النية وهذا المادة 192 فقرة 3 :" أما إذا كان المصرف الذي قام به المدين تبرعا فإنه لا يحتج به يحتج به على الدائن ولو كان المتبرع له حسن النية "[80] .

ونحن نرى أيضا أن المصرف تبرعا لا ينفذ في حق الدائن ولو المدين يرتكب غشا .

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

أما عن خلف المصرف إليه: إذا تصرف المصرف 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 (المصرف إليه) تبرعا فإنه يلتجأ في هذه الحالة أن يكون الخلف الثاني الذي تلقى المال بعوض على علم باعتبار المدين وقت صدور تبرعا للمصرف إليه (الخلف الأول).

[80] الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المادة 192 فقرة 3.

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

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

ج- رفع الدعوى في الميعاد:

نص المادة 197ق م ج على انه " تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ المصرف بانقضاء 3 سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ المصرف وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء 15 سنة من الوقت الذي صدر فيه المصرف المطعون .

ويتضح من نص المادة أن الإرادة التشريعية جعلت لتقادم الدعوى البوليصية أو عدم نفاذ المصرف نفاذ المصرف مدة قصيرة رغبة منها في أن لا يصل مصير المصرف معلقا بمدة طويلة وهي3 سنوات تبدأ من سنوات تبدأ من تاريخ العلم بسبب عدم نفاذ المصرف، لا من تاريخ العلم بالمصرف فقد يعلم الدائن بالمصرف الدائن بالمصرف ولكن لا يعلم بأسباب التي تتبع عدم نفاده ، كإعسار المدين وغش خلفه على حب الأحوال، وفي حب الأحوال، وفي جميع الأحوال تسقط الدعوى بانقضاء 15 سنة من تاريخ المصرف سواء لم يعلم الدائن لم يعلم الدائن بصدور المصرف أو بسبب عدم النفاذ[81] .

الفرع الثاني : آثار الدعوى البوليصية

أ) آثار الدعوى البوليصية بالنسبة للدائن:

- سقوط الدعوى إذا لم تعد للدائن مصلحة[82]:

[81] محمد صبري السعدي مرجع ابق ص151.

[82] ياسين محمد الجبوري المرجع السابق ،ص 361

أثر الدعوى البوليصية هي تعويض الدائن عن الضرر الذي أصابه من جراء المصرف المطعون فيه وذلك بتقرير عدم نفاذ المصرف في مواجهته وعلى ذلك فإن المصرف إليه يستطيع ان يتخلص من حكم الدعوى بإحدى الطريقتين:

1- إذا أدى المصرف إليه الى الدائن (رافع الدعوى) ما هو مستحق له في ذمة المدين كما يستطيع الدائن في رفع الدعوى أيضا إذا قام بنفسه بوفاء الدين

2- أو أودع لديه ثمن المثل الشيء الذي كسبه المادة 195 ق م ج.

-عدم نفاذ المصرف في حق الدائن:

إذا لم يستوف الدائن حقه بعد رفع الدعوى ولم يودع المصرف إليه ثمن المثل بالخزانة فيحكم بعد نفاذ المصرف في مواجهة الدائن رافع الدعوى وبالنسبة لجميع الدائنين الآخرين فيعتبر هذا المصرف كأنه لم يوجد أصلا المادة (194 ق م ج).

وعلى ذلك إذا كان تصرف المدين في صورة إخراج مال من ذمته كبيع أو هبة على هذا المال دون المال دون استطاعة دائني المصرف إليه مزاحمتهم في هذا المال أما إذا كان المصرف من المصرفات التي المصرفات التي تزيد من ديون المدين عقد قرض مثلا فإن المقرض يقي دائنا للمدين لكن لا يستطيع مزاحمة يستطيع مزاحمة الدائنين الذين صدر لصالحهم الحكم في التنفيذ على أموال المدين ولكن له أن ينفذ على ما قد ينفذ على ما قد يبقى من أموال بعد استيفاء الدائنين الذين لم ينفذ المصرف في مواجهتهم لحقوقهم.[83]

لحقوقهم.[83]

-حق الدائن في التعويض:

[83] محمد صبري السعدي، النظريات العامة للالتزامات ،أحكام الالتزام ،ط1،دار الهدى، الجزائر 2010،ص 131.

قدتحدث في أحوال كثيرة إن الدائن لا يستطيع الوصل إلى إعادة المال الذي خرج من ذمة المدين إلى ضمانه العام كما في حالة وجود المال في يده من اكتسبه بعوض بحسن نية وكذلك إذا انتقل هذا المال إلى متصرف عليه وكان قد تلقاه بعوض وبحسن نية وفي هذه الحالة لاشك ان الدائن قد أصابه ضرر من تصرفات مدينه بسوء نية .

ويستطيع الدائن عندئذ أن يطلب المدين بالتعويض عن الفعل الضار غير المشروع ، وكذا المتصرف إليه إذا كان سيئ النية ، يكون مسؤولا عن الضرر الذي أصاب الدائن وجب التضامن مع المدين

لاشتراكهما في الفعل غير المشروع ، وهذا تطبيق لقواعد المسؤولية التقصيرية ، وفي هذه الحالة لا الحالة لا نكون بدعوى بوليصية بل بصدد دعوى مدنية ، وبالفعل فإن الدعوى البوليصية كانت تتلف –في أول كانت تتلف –في أول تطوراتها – إلى مسؤولية المدعى عليه اعتبار أنه ارتكب جريمة غش الدائنين ، ثم الدائنين ، ثم تطورت من دعوى مسؤولية إلى دعوى رد ، أي دعوى عدم نفاذ المتصرف إليه[84] .

إليه[84] .

ب) آثار الدعوى البوليصية بالنسبة إلى المدين المتصرف إليه:

المتصرف يبقى صحيحا بين المتعاقدين: سبق القول إن الدعوى البوليصية لا تؤدي إلى إبطال التصرفات فهو يبقى صحيحا بين الطرفين، مع عدم نفاذه في حق الدائن ويترتب على نفاذ المتصرف في حق الدائن ويترتب على نفاذ المتصرف بين المتعاقدين ما يلي:

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

[84] محمد صبري السعدي مجع سابق ص156.

2)يحق للمتصرف إليه أن يرجع على المدين بالدعوى الناشئةعن العقد فله أن يطب المسخ لعدم تنفيذ المدين للعقد وله أن يطب التنفيذ بمقابل (التعويض) فإذا كان المتصرف 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 المسخ لعدم استيفائه الثمن من المدين للمشتري ويشتري العين المبيعة.

3) إذا أوفي المتصرف بحق الدائن فله أن يرجع على المتصرف المدين بدعوة الإثراء بلاسب[85].

سب[85].

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 أوكلهم رفع دعوى تكفل لهم حماية حقوقهم هي الدعوى الصورية، إذن ما المقصود بالصورية؟ وماهي أنواعها؟ وماهي شروط الدعوى الصورية.

وستطرق لكل عنصر هذه الأخيرة:

تعريف وأنواع الصورية (الفرع الأول)

شروط الدعوى الصورية (الفرع الثاني)

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

ولقد أوردت الإرادة التشريعية أحكام الدعوي الصورية في التقين المدني الجزائري في المادتين 198، 199 والتي تنص 198 "إذا أبرم عقدصوري فلدائني المتعاقدين والخلف 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"[86].

الفرع الأول: تعريف وأنواع الصورية

1) تعريف الصورية:

تتمثل الصورية في اتخاذ مظهر كذب عند إجراء تصرف قانوني فهو موقف ظاهر غير حقيقي يستر موقفا خفيا حقيقي يستر موقفا خفيا فإذا كنا بصدد عقد نجد هناك عقدين: عقد ظاهر وهو العقد الصوري وأخر مستتر وهو وأخر مستتر وهو العقد الحقيقي ويطلق عليه ورقة الضد[87].

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 بآثار الالتزام.

ولذلك فلا مناص من تتبع اجتهاد الفقه في تعريفة الصورية بأنها اتفاق بين طرفي التصرف القانوني على التصرف القانوني على اصطناع وضع ظاهري يخفي وراءه حقيقة العلاقة القائمة بينهما وهي على هذا النحو

[86] القانون المدني الجزائري المادة 199.

[87] حسين منصور، مرجع سابق، ص 146. د- لزرق بن عودة، مرجع سابق، ص 132.

على هذا النحو تفترض قيام تصرف ظاهري واتفاق مستتر يكون من شأنه إما محو كل أثر للتصرف الظاهر و للتصرف الظاهر و أما تعديل بعض أحكامه ويتبين لتحقيق الصورية أن تتوفر على الأقل معاصرة ذهنية بين معاصرة ذهنية بين التصرف الظاهر والاتفاق المستتر وإلا كنا بصدد اتفاق جديد تعدلت أحكامه باتفاق لاحق.

أحكامه باتفاق لاحق.

2) أنواع الصورية:

وتقسم إلى ثلاثة أنواع يتم عرضها كالتالي:

1) الصورية المطلقة: وفيها يكون العقد الظاهر صوريا بحتا مجرد مظهر لا وجود له في الحقيقة فالصورية تقتضي 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 ما زلت ملكه.

2) الصورية النسبية: وتنقسم بدورها إلى ثلاثة إما تكون بطريق الستر أو بطريق المضادة أو بطريق التخيير.

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

ب) الصورية بطريقة المضادة: هي تقتضي عن شرط من شروط التعريف أو ركن من أركانه كما إذا ذكر في أركانه كما إذا ذكر في عقد البيع ثمن أعلى من الثمن الحقيقي حتى يمتنع على الشفيع الأخذ بالشفعة أو أقل

بلشفعة أو أقل من الثمن الحقيقي تهربا من رسوم العقار ونجد أن المتعاقدين في هذه الحالة يحفظا بعقد مستتر يحفظا بعقد مستتر (وهي ورقة الضد يثبتان فيه الثمن الحقيقي[88] .

ج) لصورية بطريقة المستر: ويكون القصد إخفاء أحد طرفي المصرف وراء شخص أخر لأن القانون يمنع شخصا لصفته إبرام تصرفات معينة وقدض القانون على حلات كثيرة من هذه لصورية منها ملضت

عليه المادة (402 ق مج): لايجوز للقضاة ولا للأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا للمدافعين القضائيين ولا للموقين ولا لكتب لضبط أن يشتروا بأنفسهم ولابلسم مستعار الحق المتنازع فيه كله

أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا دائرتها وإلا كان البيع بطلا[89] .

ومنها ما نص عليه المادة 403 من (ق مج) على أنه لايجوز للمحامين ولا للمدافعين القضائيين أن القضائيين أن يتعاملوا مع موكليهم في الحقيقة المتنازع فيها، سواء كان التعامل بأسمائهم أو بأسماء بأسماء مستعارة إذا كانوا هم الذين تولوا الدفاع عنها و إلا كلت المعاملة باطلة[90] .

الفرع الثاني: شروط الدعوى الصورية

يشترط لقول الدعوى لصورية أن تكون بصدد صورية طبقا لما أوردناه سابقا ويتحقق ذلك بلشروط الآتية:

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

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

[90] 75-58 المتضمن القانون المدني المادة 403.

1) أن يوجد عقدان أو موقفان أحدهما ظاهر أوصوري والآخر مستتر أو خفي اتحدا فيهما الطرفان فيهما الطرفان والموضوع[91] .

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

3) أن يتعاصر العقدان بأن يصدرا معا في وقت واحد ، والعبرة في هذا المعاصرة 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 البوليصة في:

1) أن يكون حق الدائن ثابتا أي خاليا من النزاع ولا يشترط أن يكون هذا الحق مستحق الأداء إذا أن الدائن 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 يطب 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 الصورية لا علاقة لها بإعسار المدين بل هدف الدعوى الكشف عن الواقع غير أن هذا مقبول من الناحية من الناحية النظرية فقط أما إذا كانت لدى المدين أموال تكفي الوفاء بدينه فلا يكون للدائن مصلحة في مصلحة في الطعن في تصرف مدينه بدعوى الهوية[92] .

[91] سليمان مرقس المرجع السابق ،ص 687-686 ومحمد صبري السعدي المرجع السابق ص 163-164

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

خاتمة

تبين لنا من خلال دراستنا المتواضعة أن حق الضمان العام هو حق أقره المشرع لتنظيم العلاقات بين الإفراد وتوفير حماية الدائن لاستيفاء حقوقه من مدينيه وهذه الحماية ليست حماية موجة لصالح دائن معين أو مجموعة من دائنين فأنها هذه الحماية القانونية التي يخولها هذا الضمان نت ذمة المدين هي حماية عامة موجة لصالح جميع الدائنين العاديين وغير العاديين بدون استثناء مهما كلت طبيعة حقوقهم المجودة في ذمة مدينهم سواء كلت هذه الحقوق متعلقة برهن أو دونه أو عليها امتياز أوليس عليها حقوق امتياز هذا ما جاء في نص المادة 188 تقنين المدني التي نصت بان تكون جميع أموال المدين ضامنة بالوفاء بدينه ،فهذا الضمان ليس خاص بأموال المدين المنقولة منها أو العقارية فحسب إنما يشمل جميع ما ذمة المدين ، وتكون جميعها ضامنة لجميع الدائنين فلا يستأثر بها دائن ولا بعض من الدائنين فهي للجميع يكونون فيها على قدم المساواة .

وقاعدة المساواة هاته تكون صالحة إلا في حدود الحجز على أموال المدين وتقضي عندما يكون أحد الدائنين أو بعضهم يملك حق الأفضلية بامتياز أ ورهن أو تقنين خاص أو ما شابهه

وحق الضمان العام ليس ضمانا مستقر بمعنى أموال المدين من منقولات وعقارات ليس مستقرة وثابتة داخل وعاء الذمة المالية للمدين من وقت إنشاء المديونية إلى وقت إنهائها بل إن اعتبار أموال المدين جميعها ضامنة بوفاء بديونه فهذا لا يعني أن المدين ليس له الحق في التصرف في أمواله وإخراج بعض من أمواله من ذمته المالية في شكل بيوع أو تبرعات أو قروض فهذه التصرفات القانونية التي قد يقوم بها الدائن قد تقص من ذمة المالية للمدين، وبتالي إضرار بحقوق الدائنين.

عندما يقوم المدين بإجراء هذه التصرفات القانونية إخراج أمواله من الذمة المالية عن طريق طريق البيع أو التبرع يصبح الدائن غير قادر على التنفيذ على هاته الأموال التي أخرجها مدينه لان

لان الدائن العادي لا يخوله القانون تتبع هاته الأموال وتنفيذ عليها وذلك لفقدانه حق التتبع ،وهو ما ،وهو ما يخلف فيه حق الضمان العام عن الضمان الخاص .

اوجد المشرع وسائل لحماية حق الضمان العام من المخاطر التي تواجهه قد يتسبب فيها الدائن بإهماله في المحافظة على حقوقه سواء كانت بسوء نية أو خارج عن إرادته .

هذه الوسائل وقائية تضمت كل:

الدعوة المباشرة هي تلك الدعوى التي تخول للدائن الرجوع مباشرة على مدين مدينه لاستيفاء حقه منه مباشرة وذلك في حالات خاصة وضمن شروط معينة .

الدعوة غير مباشر هي دعوى تخول للدائن حتى ولا لو لم يحل اجل دينه أن يستعمل اسم مدينه جميع حقوق المدين إذا اثبت أن مدينه قد تقاعس أو أهمل استعمال حقوقه ، وأن هذا التقاعس أو هذا الإهمال، من شانه أن يتسبب في عسر المدين أو يزيد في عسر .

وضمت كذلك وسائل حماية الضمان العام وسائل علاجية :

– الدعوى البوليصية هي دعوى بمقتضاها يستطيع الدائن إذا كان حقه مستحق الأداء أن يطعن بعدم يطعن بعدم النفاذ أي تصرف قانوني يقوم به مدينه ويكون ضارا به وهذا إذا أدى هذا التصرف من إنقاص التصرف من إنقاص حقوق مدينه أو يزيد في التزاماته وتنتج عن هذا التصرف القانوني عسر المدين أو المدين أو زيادة في عسره. الدعوى الصورية هي الدعوى التي يستعملها الدائن ليبين للقضاء أن هناك هناك عقدان احدهما صوري و آخر حقيقي، فيخفي حقيقي بصوري.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

1. القرآن الكريم

2. الأوامر والقوانين

1) الامر 75 –58المتضمن القانون المدني المادة 192 فقرة 2.

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

3) القانون المدني الجزائري المادة 199.

4) الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني المادة 402.

5) 75–58 المتضمن القانون المدني المادة 403 .

6) المحكمة العليا غ م 1991/03/01 ملف رقم 66014 غير منشور

1988/06/22ملف رقم 53615م ق 1990العدد 4

7) المحكمة العليا غ م 031978/08 ملف رقم 15078 غير منشور .

ثانيا: المراجع

1. الكتب:

1) احمد أبو الوفاء إجراءات التنفيذ في المواد المدنية وتجارية مكتبة وفاء القانونية الإسكندرية طبعة 2015

2) أحمد خلاصي قواعد التنفيذ الجبري وفقا لقانون الإجراءات المدنية الجزائري والتشريعات المرتبطة به منشورات عشاش الجزائر (بدون طبعة بدون تاريخ).

3) احمد خليل أصول التنفيذ الجبري الدار الجامعية للنشر بيروت لبنان2000

4) بلحاج العربي ، حكام الالتزام القانون المدني الجزائري دار هوما جزائر 2013

5) بلحاج العربي، النظرية العامة في القانون المدني الجزائري طبعه 4 ديوان المطبوعات الجزائرية2005

6) بوشهدان عبد العالي إجراءات التنفيذ وفق قانون الإجراءات المدنية الجزائري (بدون الدار والطبعة والتاريخ).

7) حسين عبد اللطيف حمدان :التأمينات العينية دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن و التامين و الامتياز.

8) خليل احمد قدادة, الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري أحكام الالتزام ،الجزء الثاني ،ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر

9) د. أنور العمروسي، الدعاوى المسماة في القانون المدني ,دار الفكر الجامعي ,الإسكندرية ,بدون طبعة ,2002

10) د. نبيل إبراهيم سعد النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر 2020

11) السيد صاوي، التنفيذ في الجبري في المواد المدنية والتجارية دار النهضة العربية القاهرة 2005

12) ضمان العيوب الخفية في بيع الأشياء المستعملة؛ دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي دار النهضة لعربية 1991

13) عبد الرحمان بربارة طرق التنفيذ من الناحتين المدنية والجزائية منورات بغدادي الجزائر 2009

14) عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني دار الإحياء التراث العربي بيروت لبنان

15) عبد الوهاب بوضرسة، الشروط العامة و الخاصة لقبول الدعوى بين النظري و التطبيقي دار هومة الجزائر 2005.

16) العربي شحط عبد القادر طرق التنفيذ في المواد المدنية والإدارية دار مرجاجو للنشر الجزائر 2008

17) علي الخفيف. الضمان ن في الفقه الإسلامي معهد البحوث ودراسات العربية 1971

18) عمارة بلغيث التنفيذ الجبري وإشكالاته دراسة تحليلية مقارنة لطرق التنفيذ وإجراءاته ومنازعاته دار العلوم عنابة 2004

19) ماجد راشد محمد الدعوى المباشرة في العلاقات القانونية الغير مباشرة دراسة تحليلية تطبيقية ط1، منشورات الحلبي الحقوقية 2005

20) محمد حسن منصور، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديد للنشر، 2006 مصر.

21) محمد حسنين، التنفيذ القضائي وتوزيع حصيلته في قانون الإجراءات المدنية لجزائري، مكتبة الفلاح ط2 بيروت لبنان198ص128

22) محمد حسنين، طرق التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1982.

23) 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.

24) محمد صبري السعدي، النظريات العامة للالتزامات ،أحكام الالتزام ،ط1،دار الهدى، الجزائر 2010.

25) محمود محمد هاشم مذكرات في التنفيذ القضائي1979/978

26) مروك نصر الدين، طرق التنفيذ في المواد المدنية، دار هومة للطباعة . والنشر، الجزائر 2005.

27) نبيل إبراهيم سعد نظرية العامة للالتزام –أحكام الالتزام–دار الجامعة الجديدة، طبعة 2003

28) نبيل سعد/محمد حسين منصور، أحكام الالتزام 2002، مصر

29) وجدي راغب فهمي النظرية العامة للتنفيذ القضائي ذار الفكر العربي 1974

2. البحوث الجامعية:

1) ريمة برمضان، المساواة بين الدائنين، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 2014/2013ص4 المراكز القانونية المتميز ومبدأ

2) حساني علي؛ الإطار القانوني الالتزام في المنتوجات دراسة مقارنة؛ رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، في القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان 2012.

3. الكتب الأجنبية

1. Aldo Rizzi la protection es créance à travers l volution des prodcédures collective préfacece de CLAUDE Champaud avant propos de jacquiline Amièl Donat par Henry solus dirige paejacque GHESTINE lgdj 2007 N381 P378 11111111

فهرس المحتويات

قائمة المحتويات

الإهداء

شكر وعرفان

ملخص

قائمة الاختصارات

مقدمة ..... **Erreur ! Signet non défini.**

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لحق الضمان العام. 6

المبحث الأول: مفهوم حق الضمان العام 6

المطلب الأول: تعريف حق الضمان العام 6

المبحث الثاني: تقدير حق الضمان العام 30

المطلب الأول: تمييز الضمان العام عن الضمان الخاص 30

المطلب الثاني: مخاطر الضمان العام 32

الفصل الثاني: وسائل حماية الضمان العام 36

المبحث الأول: الوسائل الوقائية لحماية الضمان العام 36

المطلب الأول: مفهوم الدعوى المباشرة 36

الفرع الأول: تعريف الدعوى المباشرة 36

المطلب الثاني: الدعوى غير مباشرة 43

الفرع الأول: تعريف وشروط ممارسة الدعوى غير المباشرة 43

الفرع الثاني: آثار الدعوى غير المباشرة: 47

المبحث الثاني: الوسائل العلاجية لحماية الضمان العام 49

المطلب الأول: الدعوى البوليصية 50

الفرع الأول: تعريف وشروط الدعوى البوليصية 50

الفرع الثاني : آثار الدعوى البوليصية 55

المطلب الثاني: الدعوى الصورية 58

الفرع الأول: تعريف وأنواع الصورية 59

الفرع الثاني: شروط الدعوى الصورية 61

الخاتمة ..... **Erreur ! Signet non défini.**

قائمة المصادر و المراجع ..... **Erreur ! Signet non défini.**

قائمة المحتويات 73