الدعوى المباشرة بين التكييف التقليدي والحديث

د. بدري جمال
أستاذ محاضر - ب-
كلية الحقوق جامعة الجزائر 1

مقدمة:

ينجم عن تنظيم القانون للعلاقات القانونية حقوق والتزامات يكون بموجبها الشخص إما دائنا أو مدينا في تلك العلاقات، ولا يتوقف الأمر هنا بل يتعداه إلى ضرورة حماية تلك الحقوق الناتجة، فالحق يعتبر مهددا ما لم تقرر له حماية خاصة عن طريق الدعوى التي تتميز بخصائص وشروط لا بد منها لتتجسد الحماية القانونية المرجوة، ومن أهم تلك الشروط أن يكون هناك علاقة قانونية بين المدعي والمدعى عليه بشأن أمر متنازع فيه، كما يجب أن تتوفر لدى المدعي مصلحة يهدف من خلالها حماية حقه محل التنازع.

لكن في إطار الاستثناءات التي تقرر لكل قاعدة عامة، يمكن هنا أيضا أن يرفع الدائن دعوى على شخص لا تربطه به علاقة قانونية سابقة، أي خروجا على قاعدة نسبية العقد، كما لو يرفع دعوى على مدين مدينه الذي يعتبر بالنسبة إليه غيرا في هذه الحالة، ويمكن هنا أن نكون إزاء نوعين من الدعاوى تسمى الأولى الدعوى غير المباشرة والثانية الدعوى المباشرة.

تخول الدعوى الأولى للدائن سلطة مباشرة حقوق مدينه نيابة عنه محافظة على ضمانه العام على أن يرفع الدعوى باسم المدين ذاته ووفق الشروط التي يتطلبها القانون، وبمأن الهدف من هذه الدعوى هو حماية الضمان العام للدائنين فلا يستأثر الدائن بما ينتج عنها بل يشترك معه باقي الدائنين.

أما في ما يخص الدعوى الثانية أو الدعوى المباشرة التي لا تتقرر إلا بنص قانوني، فهي تأتي في سياق العلاقات القانونين غير المباشرة وتتقرر كقاعدة عامة للدائن للمطالبة بحق مدينه المباشر في ذمة مدين هذا الأخير.

تعرف الدعوى المباشرة بأنها «دعوى أو وسيلة قانونية يرفعها الدائن على مدين مدينه يمارس فيها باسمه ولحسابه الخاص الحق الذي يكون لمدينه في ذمة ذلك المدين وذلك دون أن توجد أية علاقة قانونية بين الدائن صاحب الدعوى المباشرة ومدين مدينه»1.

كما عرفها البعض على أنها «الدعوى التي يرفعها الدائن باسمه ولحسابه على مدين مدينه للمطالبة بالحق المترتب في ذمته للمدين وليستأثر بالمحكوم به فيها»2.

وفي سياق ما تتميز به الدعوى المباشرة في حماية خاصة لحقوق الدائنين فهي بذلك تمثل أهمية بالغة في هذا المجال خاصة في ظل التطورات الاقتصادية والاجتماعية، حيث تكاثرت العلاقات القانونية غير المباشرة وأصبحت الحاجة لتعزيز حماية الدائن في تلك العلاقات أمرا غاية في الأهمية تبعا لذلك، الأمر الذي جعل من الدعوى المباشرة وسيلة ناجعة وفعالة لدى الدائن في تلك العلاقات لضمان حقه دون مزاحمة الدائنين الآخرين.

ما تتميز به الدعوى المباشرة أنها لا تتقرر إلا بنص قانوني في بعض الحالات وهي تسمح للدائن بأن يستحوذ على حقه قبل الغير دون وساطة أحد، فهي بذلك تحقق ضمانا من نوع خاص يختلف عن الأنظمة القانونية التقليدية كالتأمينات الشخصية والعينية مثلا، ولو أنها تتشابه معها في بعض الوجوه.

لقد جرت في هذا السياق محاولات عدة من قبل الفقه خاصة لإدراج الدعوى المباشرة ضمن أحدى تلك الأنظمة التقليدية المعروفة وذلك للتشابه الموجود فيما بينها، ولكن باءت تلك المحاولات بلفشل بسبب الاختلاف الظاهر بينها، ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد بل تعداه إلى ظهور نظريات حديثة لتكييف الدعوى المباشرة بما يتناسب

والتطور الحاصل في المنظومة القانونية وبالأخص في مجال العقود، أين الحاجة ملحة إلى دراسة قانونية لإجلاء حقيقة التكييف القانوني للدعوى المباشرة في ظل تلك التطورات.

في سبيل إجراء هذه الدراسة سوف يتم تقسيم الموضوع إلى مبحثين، يدرس الأول التكييف التقليدي للدعوى المباشرة، ويتناول المبحث الثاني التكييف الحديث لها.

المبحث الأول: التكييف التقليدي للدعوى المباشرة

في إطار بحثه عن تكييف ملائم للدعوى المباشرة، حاول بعض الفقهاء إرجاعها إلى إحدى الأنظمة القانونية المعروفة سلفا في الساحة القانونية خاصة تلك المعروفة في القانون المدني، الأمر الذي جعل من مقارنة هذه الأنظمة مع الدعوى المباشرة أمرا في غاية الأهمية للتأكد بصفة نهائية من حقيقتها وإعطائها التكييف القانوني الحقيقي.

في سبيل ذلك، كان لزاما مقارنة الدعوى المباشرة مع بعض تلك الأنظمة القانونية المتمثلة أساسا في الاشتراط لمصلحة الغير (المطلب الأول)، وحق الامتياز (المطلب الثاني)، ثم حوالة الحق (المطلب الثالث).

المطلب الأول : الدعوى المباشرة والاشتراط لمصلحة الغير

لقد مر بنا تعريف الدعوى المباشرة على أنها «الدعوى التي يرفعها الدائن باسمه ولحسابه على مدين مدينه للمطالبة بالحق المترتب في ذمته للمدين وليستأثر بالمحكوم به فيها»3، أما فيما يخص الاشتراط لمصلحة الغير فقد نص عليه المشرع في المادة 116 مدني على أنه: "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية.

ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد.

ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك».

كما عرفه بعض الفقه على أنه تلك العملية التي يتعاقد من خلالها شخص يسمى المشترط (stipulant) باسمه لا باسم المنتفع ودون أن يتدخل المنتفع في العقد، مع شخص آخر يسمى المتعهد (promettant)، بحيث يشترط عليه حقا مباشرا للمنتفع (bénéficiaire)، على أن يكون له من وراء هذا الاشتراط مصلحة مادية أو أدبية4.

وعرفه البعض الآخر على أنه: «عقد يشترط فيه أحد المتعاقدين – ويسمى المشترط – على الطرف الآخر ويسمى المتعهد – التزاما لمصلحة شخص ثالث ليس طرفا في العقد – ويسمى بالمستفيد أو المنتفع – بحيث ينشأ عن هذه العملية القانونية حقا مباشرا للمستفيد قبل المتعهد»5.

من خلال ما سبق سوف نحاول إجراء مقارنة بين النظامين واستخراج أوجه الشبه (الفرع الأول)، وأوجه الاختلاف (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أوجه الشبه بين الدعوى المباشرة والاشتراط لمصلحة الغير

ما يلاحظ من التعريف المعطى للنظامين أن كلا منهما يدخل تحت عنوان العلاقات القانونية غير المباشرة أي تلك التي تنشأ بين أحد الأطراف المتعاقدين وشخص أجنبي عن العلاقة، كما أن كليهما يعد بحق خروجا عن مبدأ نسبية العقد، بحيث يكتسب شخص أجنبي في الدعوى المباشرة وكذا في الاشتراط لمصلحة الغير حقا مباشرا من العقد نفسه، وهذا الشبه في النظامين جعل بعض الفقهاء يقيمون الدعوى المباشرة على أساس الاشتراط لمصلحة الغير خاصة في مجال التأمين على المسؤولية، بحيث أن الدعوى المباشرة التي تكون للمتضرر قبل المؤمن المسؤول إنما تقوم على عقد التأمين بناء على اشتراط لمصلحة الغير يكون مدرجا في وثيقة التأمين ضمنا أو قانونا.6

وفي سبيل اتقاء نتائج مسؤوليته، يشترط المؤمن له لمصلحة المتضررين الاحتماليين

الذين يستطيعون بوصفهم منتفعين من الاشتراط، أن يتمسكوا بالحقوق التي تنشأ عن العقد7، وقد أدى هذا التشابه بين بعض عقود التأمين واتفاقات الاشتراط لمصلحة الغير إلى الخلط بين للنظامين، مع أن الحقيقة تأكد وجود فروق جوهرية بينهما.

الفرع الثاني

أوجه الاختلاف بين الدعوى المباشرة والاشتراط لمصلحة الغير

ابتداء يختلف أساس كل من الدعوى المباشرة والاشتراط لمصلحة الغير لأن حق الدائن صاحب الدعوى المباشرة تجاه مدينه خارجة عن إرادة كل من المدين المباشر ومدين المدين، لأن هذا الحق يستند أساسا إلى القانون بينما من خلال تعريف الاشتراط لمصلحة الغير يتبين قيام المشترط بالتعاقد باسمه ولمصلحة الغير ويتمثل قصده عند انعقاد العقد في إنشاء حقوق لمصلحة هذا الغير، في حين ينصرف قصد المؤمن له عند انعقاد عقد التأمين مع المؤمن إلى حماية نفسه من الأخطار المحتملة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإنه يجوز للمشترط في الاشتراط لمصلحة الغير مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه تجاه المستفيد وهذا ما لا يمكن تصوره في عقد التأمين من المسؤولية خاصة، حيث يفترض من المؤمن والمؤمن له الدفع معا بعدم المسؤولية حتى يقع على المضرور إثباتها8.

حق الدائن صاحب الدعوى المباشرة خارج عن إرادة مدينه وهو كذلك خارج عن إرادة مدين مدينه لأن هذا الحق مقرر بنص القانون بينما في الاشتراط لمصلحة الغير ينشأ حق المنتفع من إرادة كل من المشترط والمتعهد من خلال عقد الاشتراط، فهو بذلك ذي أساس عقدي على عكس حق الدائن في الدعوى المباشرة كما رأينا.9

لقد اعتمدت الكثير من البلدان تشريعات خاصة متعلقة بالتأمين10 ولم تكتف بالقواعد العامة المنصوص عليها في القوانين المدنية، لعدم كفاية وانسجام هذه الأخيرة مع الواقع المتطور في أغلب الفروض، وقد تطرقت تلك التشريعات الخاصة إلى تنظيم مسألة رجوع المتضرر على المؤمن بكل تفاصيلها، والقول بغير ذلك هو القبول برجوع

المتضرر على المؤمن وفق أحكام الاشتراط لمصلحة الغير في كل الأحوال وهو ما لم ينص عليه المشرع ولم يتبناه القضاء11.

إذا كان مقبولا في الاشتراط لمصلحة الغير أن يقبل المنتفع أو يرفض الاشتراط الذي تم لمصلحته فهذا الأمر لا يتصور وقوعه في الدعوى المباشرة المكفولة بنص القانون، وهذا الأخير هو من يمنع كذلك كل من المدين المباشر ومدينه من الطعن في هذه الدعوى، فالأمر خارج عن إرادتيهما12 وهذا على عكس الاشتراط لمصلحة الغير أين يجوز للمتعهد أن يتمسك تجاه المنتفع بالدفوع المترتبة على عقد الاشتراط13.

كنتيجة لما تقدم فلا يمكن تأسيس الدعوى المباشرة خاصة تلك الناشئة عن عقد التأمين على أساس الاشتراط لمصلحة الغير، كما لا يمكن اعتبارها إحدى تطبيقاته14 الأمر الذي يجعل منهما نظامين مستقلين لكل منهما مفهومه وخصوصياته.

المطلب الثاني: الدعوى المباشرة وحق الامتياز

لقد أدى ضعف الدعوى غير المباشرة وقلة فائدتها بالنسبة للدائن الذي يرفعها إلى إعطائه في بعض الأحوال بنص قانوني دعوى مباشرة قبل مدين المدين15، كما أنه قد يمنح الدائن أحيانا حق امتيازا يستطيع من خلاله استيفاء حقه بالأولوية وفق ما يقرره القانون.

من خلال ما سبق سوف يتم التطرق إلى أوجه الشبه بين الدعوى المباشرة وحق الامتياز (الفرع الأول)، وأوجه الاختلاف بين النظامين (الفرع الثاني).

الفرع الأول : أوجه الشبه بين الدعوى المباشرة وحق الامتياز

لقد نصت المادة 982 مدني على أن «الامتياز16 أولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته. ولا يكون لدين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني»17، كما عرفته المادة 1095 مدني فرنسي على أنه حق تمنحه صفة الدين للدائن في التقدم على غيره من الدائنين حتى المرتهنين منهم18.

فصاحب حق الامتياز لا يخضع لقاعدة المساواة بين الدائنين ويتقدم على جميع الدائنين العاديين ويتزاحم مع الدائنين المتمتعين بضمان عيني عند بيع المال المحمل بحق الامتياز، ويستوفي حقه طبقا لمرتبته بالنسبة لهؤلاء الدائنين19.

لا يتقرر حق الامتياز إلا بنص قانوني، ويمثل هذا الأخير المصدر المباشر له، فلا يمكن تبعا لذلك ترتيب حق الامتياز من خلال اتفاق الأطراف على ذلك كما أنه يمتنع على القاضي تقريره مهما كانت صفة الدين.

إن قراءة أولية في تعريف كلا من الدعوى المباشرة وحق الامتياز يظهر التشابه بينهما من خلال الأولوية التي يعطيها النظامان للدائن في تحصيل الحق الذي للمدين وكذلك في أنهما يعززان حقوق الدائن.

وقد أدى التشابه السابق بكثير من الفقهاء إلى الخلط بين النظامين والقول في كثير من الأحيان أن الدعوى المباشرة ما هي إلا امتياز على الحق المرفوعة بشأنه الدعوى20، ولكن المتمعن جيدا في كلا النظامين يكتشف فروق جوهرية بينهما.

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف ما بين الدعوى المباشرة وحق الامتياز

بالنظر لحق الامتياز فإنه يفترض تزاحم عدة دائنين أمام المدين21، ولكن من أجل صفة في دينه يُعطى الدائن الممتاز الأولوية في استيفاء حقه على الدائنين العاديين التاليين له في المرتبة ولكنه مع ذلك يبقى عرضة لمزاحمة الدائنين السابقين22، الأمر الذي يحتم على الدائن سلوك طرق تنفيذية أخرى كما هو الحال في حجز ما للمدين لدى الغير، وهنا أيضا يمكن أن يتقدم عليه دائن آخر يتمتع بامتياز أعلى درجة من امتيازه، وفي هذا الشأن تنص المادة 983 مدني على أن: « مرتبة الامتياز يحددها القانون، فإذا لم يوجد نص خاص يعين مرتبة الامتياز يأتي هذا الامتياز بعد الامتيازات المنصوص عنها في هذا الكتاب. وإذا كانت الحقوق الممتازة في مرتبة واحدة، فإنها تستوفى عن طريق التسابق، ما لم يوجد نص قانوني يقضي بغير ذلك».

في إطار الحديث عن حق الامتياز ومفهوم الأولوية الذي يمثل جوهره، تأتي الأولية كأثر غير مباشر لممارسة الدعوى المباشرة، ومن شأن ذلك أن يحمي الدائن من مزاحمة باقي الدائنين عند رجوعه مباشرة على مدين مدينه، ويتقدم عليهم سواء كانوا ممتازين أو غير ممتازين، وبالتالي فإن الدائن لا يحتاج للطرق التنفيذية الأخرى كحجز ما للمدين لدى الغير عكس ما رأينا سابقا في حق الامتياز23.

إن المقارنة ما بين كل من حق الامتياز والدعوى المباشرة يبين ما تتمتع به هذه الأخيرة من تبسيط في الإجراءات وتسهيل استيفاء الدائن لحقه، ويظهر ذلك جليا من خلال عقد الإيجار أين تنشأ التزامات متقابلة ما بين المؤجر والمستأجر، ففي حين يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة يلتزم في المقابل المستأجر بدفع الأجرة. وقد قرر المشرع في هذا الصدد للمؤجر حق امتياز على المنقولات القابلة للحجز الموجودة في العين المؤجرة لضمان الوفاء بالأجرة وهو ما نصت عليه المادة 501 مدني في فقرتها الأولى بقولها: "يحق للمؤجر، ضمانا لحقوقه الناشئة عن الإيجار، أن يحبس جميع المنقولات القابلة للحجز الموجودة في العين المؤجرة ما دامت مثقلة بامتياز المؤجر، ولو لم تكن مملوكة للمستأجر".

كما قرر المشرع للمؤجر امتيازا على منقولات المستأجر من الباطن، ويضمن هذا الامتياز كل حقوق المؤجر قبل المستأجر الأصلي إذا اشترط المؤجر صراحة على المستأجر عدم الإيجار الفرعي، أما إذا لم يشترط ذلك، فإن الامتياز لا يضمن إلا المبالغ التي تكون مستحقة للمستأجر الأصلي في ذمة المستأجر من الباطن في الوقت الذي ينذره فيه المؤجر24، وهو ما نصت عليه المادة 995 فقرة 3.

ويظهر مما سبق أن المشرع تكفل بتحديد الحق الممتاز ومحله ومرتبته ووسائل حماية صاحبه، في المقابل أعطى القانون المؤجر دعوى مباشرة للرجوع على المستأجر من الباطن لمطالبته بما هو في ذمته للمستأجر الأصلي في حالة عدم وفاء هذا الأخير بما عليه من أجرة للمؤجر، ويفهم هذا من نص المادة 507 مدني في فقرتها الأولى التي نصت على أنه «يكون المستأجر الفرعي ملتزما مباشرة تجاه المؤجر بالقدر الذي يكون بذمته للمستأجر الأصلي وذلك في الوقت الذي أنذره المؤجر».

لقد أراد المشرع أن يسهل على المؤجر استيفاء حقه وذلك من خلال تمييزه على دائني المستأجر الأصلي من حيث الرجوع على المستأجر من الباطن فيما يتعلق بالمطالبة بالأجرة المستحقة له قبل المستأجر الأصلي وضمانات الوفاء بها25.

المطلب الثالث: الدعوى المباشرة وحوالة الحق

في سياق البحث عن التكييف القانوني لنظام الدعوى المباشرة كان لا بد من مقارنته بالأنظمة المشابهة له كما هو الشأن مثلا في الاشتراط لمصلحة الغير وحق الامتياز، ويبقى أن نبحث عن هذه المسألة في نظام قانوني آخر يشبه نظام الدعوى المباشرة وقد يلتبس معه، ويتمثل هذا الأخير في نظام حوالة الحق، ولأجل ذلك سوف نتطرق لأوجه الشبه بين النظامين في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني فسوف نعرض لأوجه الاختلاف بينهما.

الفرع الأول : أوجه الشبه ما بين الدعوى المباشرة وحوالة الحق

ينص المشرع في المادة 239 على أنه: «يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا منع ذلك نص القانون، أو اتفاق المتعاقدين، أو طبيعة الالتزام وتتم الحوالة دون حاجة لرضا المدين».

حوالة الحق عبارة عن اتفاق ينقل من خلاله الدائن يسمى المحيل ماله من حق تجاه مدينه يسمى المحال عليه، إلى شخص ثالث يسمى المحال إليه، ليصبح دائنا مكانه، ويشترط في الحوالة ما يشترط في العقود من وجوب توافر الرضا والمحل والسبب مع خصوصية يتميز بها الرضا والمحل.26

من خلال التعريف المعطى لكل من النظامين يمكن ملاحظة التشابه بينهما الأمر الذي أدى إلى تفسير الدعوى المباشرة من خلال حوالة الحق27، ويظهر هذا التشابه خاصة في هذه الأخيرة أين يحول الشخص إلى دائنه حقا له على غيره فيكسب الدائن الجديد الحق لدى المحال عليه، بمعنى آخر يترتب على تمام عقد الحوالة انتقال الحق محل الحوالة من المحيل إلى المحال إليه بجميع صفاته وضماناته ودفوعه التي كانت له عندما كان في ذمة الدائن المحيل28، كما تنتقل معه الدعاوى التي تكون متعلقة به،

فلا يجوز للدائن المحيل بعد إبرام الحوالة استيفاء الحق من المدين، كما لا يجوز له أن يأتي ما من شأنه الإضرار بالمحال إليه كأن يحول الحق ثانية إلى شخص آخر29، ويشبه الأمر الدعوى المباشرة أين يكسب الدائن رافع الدعوى وهو بمثابة - المحال إليه – حقا في مواجهة مدين مدينه الذي هو بمثابة – المحال عليه – دون أن يخشى الدائن من مزاحمة دائنين آخرين له، لأن المدين الذي هو بمثابة – المحيل – يكون قد نقل حقوقه التي تمثل الضمان العام للدائنين، إلى المحال إليه ويصبح متجردا منها كليا30.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا يجوز في الدعوى المباشرة الاحتجاج بالدفوع اللاحقة للدعوى في حين يجوز لمدين المدين الاحتجاج بها على الدائن وهو نفس الأمر تقريبا في حوالة الحق أين يجوز فقط الاحتجاج بالدفوع السابقة لها في مواجهة المحال إليه.31

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف ما بين الدعوى المباشرة وحوالة الحق

على الرغم من الشبه الموجود ما بين الدعوى المباشرة وحوالة الحق الذي من خلاله وقع لبس في التكييف، فإنه توجد كذلك فروق بين النظامين لعل أهمها طبيعة كل منهما. فإذا كانت حوالة الحق ذات طبيعة اتفاقية كما رأينا من خلال التعريف، فإن الدعوى المباشرة هي بمثابة امتياز خاص خارج عن إرادة المدين ومدينه32.

يظهر الاختلاف بين النظامين أيضا في مسألة اعتبار حوالة الحق بمثابة وفاء33، لذلك لا يستطيع المحال إليه أن يرجع على المحيل مطالبا إياه بالوفاء وهذا على عكس الدعوى المباشرة التي تمثل بحق ضمانا إضافيا للدائن يعزز من خلاله حصوله على حقه، الأمر الذي يجعل الدائن في الدعوى المباشرة حر في الرجوع على مدينه أو مدين مدينه34، ولا يمكن عدها حينئذ وفاء.

المبحث الثاني: التكييف الحديث للدعوى المباشرة

رأينا في المبحث الأول كيف أنه لا يمكن إرجاع الدعوى المباشرة إلى الأنظمة المشابهة له في بعض النواحي والتي تم التطرق إليها على سبيل المثال، فقد حالت الفروق البينة

من إيجاد تكييف مناسب للدعوى المباشرة بينها، الأمر الذي يستدعي البحث خارجها والتركيز هذه المرة على محاولات بعض الفقهاء من خلال بعض النظريات الحديثة في إيجاد ذلك التكييف المناسب.

من أهم النظريات التي عنيت بهذه المسألة طرحت النظرية القانونية الخاصة (المطلب الأول)، كما ظهرت نظرية المجموعة العقدية (المطلب الثاني) وأخيرا، نظرية المراكز القانونية الممتازة (المطلب الثالث).

المطلب الأول: نظرية العدالة

سوف يتم في هذا المطلب عرض لنظرية العدالة (الفرع الأول)، ثم بعد ذلك محاولة تقييم هذه النظرية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: عرض نظرية العدالة

في الحقيقة لقد ظهرت في بداية القرن العشرين فرضية جديدة بشأن الدعوى المباشرة تجعل لهذه الأخيرة أساسا قانونيا عكس ما كان من قبل في البحث عن ذلك الأساس في الرباط القانوني ما بين الدائن والمدين الفرعي، الأمر الذي سمح بإيجاد مفهوم للدعوى المباشرة يقوم على غير الأسس التقليدية.

من بين أشهر النظريات التي طُرحت في هذا الشأن نظرية حديثة للدعوى المباشرة تقوم أساسا على فكرة العدالة35، وسميت بنظرية العدالة.

يرى أصحاب هذه النظرية بأن فكرة العدالة هي أول قاعدة قانونية غير مكتوبة ظهرت بين البشر وهي مستمرة وباقية ما بقي القانون بل هي روحه36، ومن ثم يمكن أن نجد في هذه العدالة السند القانوني للدعوى المباشرة37.

الاستناد إلى نظرية العدالة هو من يسمح بالخروج عن مبدأ نسبية العقد38 وإعطاء المؤجر في عقد الإيجار من الباطن الحق في استيفاء بدل الإيجار من المستأجر من الباطن مباشرة وبالأولوية على دائني المستأجر الأصلي، وبهذا تتوافق الدعوى المباشرة مع مبدأ

العدالة التي تقضي بأن يستوفي الدائن من مدين مدينه ما يعادل القيمة الداخلة في ذمته المالية حتى لا يثري على حساب هذا الدائن (المؤجر) الدائنين الآخرين للمدين المذكور، وما يصلح لهذه الحالة يصلح أيضا مع الدعوى المباشرة في الحالات الأخرى39.

الفرع الثاني: محاولة تقييم نظرية العدالة

إن محاولة تأصيل الدعوى المباشرة من خلال الرجوع إلى مبدأ العدالة هو في الحقيقة رجوع إلى القانون باعتبار أن قواعد العدالة تمثل مصدرا من مصادر القانون40، وبالتالي فإن الدعوى المباشرة تنبع أصلا من القانون.

إن اعتبار الدعوى المباشرة نابعة من القانون معناه عمليا الاحتكام إلى إرادة المشرع المنشئ للنصوص القانونية، وهو وحده الذي يمكنه مخالفة المبادئ القانونية الثابتة كما هو الشأن في نسبية العقد وغيرها، وهو وحده كذلك الذي يعطي التكييف القانوني الملائم لتلك الدعوى واعتبارها نظاما قانونيا له تنظيمه الخاص وإن كان مبعثرا في نصوص تشريعية متناثرة41.

لم تسلم هذه النظرية التي ترجع الدعوى المباشرة إلى كل من العدالة والقانون باعتبارهما وجهان لعملة واحدة42، وبرأي المنتقدين أن إرجاع الدعوى المباشرة إلى إرادة المشرع وقواعد العدالة ما هو إلا اعتماد على وهم جديد43، كما أنه لا يمكن اعتماد العدالة كأساس للدعوى المباشرة لأنه لا يمكن إدراكها والوقوف على حقيقتها44.

المطلب الثاني: نظرية المجموعة العقدية

في سبيل تكييف الدعوى المباشرة ظهرت في الساحة القانونية بالإضافة إلى نظرية العدالة التي سبق التطرق إليها نظرية جديدة تسمى نظرية المجموعة العقدية، وسوف يتم التعرف عليها في الفرع الأول، ثم بعد ذلك معرفة مصيرها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: التعرف على نظرية المجموعة العقدية

إن اعتراف القوانين بوجود علاقات مباشرة بين الدائن ومدين مدينه في حالات

معينة أمر فرضته الضرورات العملية، كما أن التطورات الاقتصادية التي يعيشها العالم جعلت الأمر يستدعي ضرورة الإقرار بتلك العلاقة دون انتظار تدخل المشرع في كل مرة تستدعي الرجوع المباشر ما بين الدائن ومدين المدين، الأمر الذي سرع بظهور فكرة المجموعة العقدية45.

نزولا عند تلك الاعتبارات خاصة الاقتصادية منها أصبح مركز المدين سيئا ولم يعد وحده قادرا على تنفيذ التزاماته التعاقدية الأمر الذي دعا إلى الاستعانة بالغير في تنفيذ تلك الالتزامات، وهو ما لم يسمح به الفكر التقليدي في هذا المجال وقبله إلى حد ما الفكر الحديث من خلال البحث عن قواعد قانونية جديدة تتلاءم مع التطور الحاصل.

تمثل بحق نظرية المجموعة العقدية إحدى المحاولات الجريئة لهذا الفكر الحديث وهي عبارة عن سلسلة مترابطة ومتتابعة من العقود ترد جميعها على محل واحد أو هي مجموعة من العقود ذات طبيعة مختلطة تتكامل فيما بينها لأجل هدف واحد، وهي تتماثل إما في المحل أو السبب، وهي تأتي على شكل سلسلة عقدية (أولا)، أو على شكل تجمع عقدي (ثانيا).

أولا: السلسلة العقدية

السلسلة العقدية هي مجموعة مترابطة ومتتابعة من العقود تتماثل في المحل وهي تتكون إما بالضم كما في البيوع المتتابعة، كأن يبيع شخص شيئا لشخص آخر، ثم يبيعه هذا الأخير إلى شخص ثالث وهكذا، فهنا توجد سلسلة من العقود يتماثل فيها المحل، وتوصف هذه السلسلة العقدية بأنها تتكون عن طريق الضم نظرا لعدم وجود شخص واحد يتوسط في إبرام جميع العقود وإنما يلي العقد الأول عقود متتالية في شكل سلسلة عقدية46. وقد تتكون بواسطة التفرع أين لا يستطيع عادة المدين تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، فيلجأ إلى شخص آخر ويتعاقد معه لتنفيذ كل أو جزء من هذه الالتزامات كما هو الحال في التعاقد من الباطن، كلجوء الوكيل الأصلي إلى الوكيل من الباطن لتنفيذ التزاماته العقدية، كما قد يلجأ المتعاقد إلى إبرام عقد من الباطن من أجل المضاربة على الربح كما هو الحال في عقد الإيجار من الباطن47.

ثانيا: التجمع العقدي

يمثل التجمع العقدي مجموعة من العقود المترابطة والمتكاملة، أين يتماثل كل واحد منها مع الآخرين في السبب الذي يمثل هنا الغاية الاقتصادية وليس السبب المباشر. بمعنى آخر يقصد بالغاية الاقتصادية هنا تلك التي تنصرف إليها إرادة كل متعاقد من خلال المجموعة العقدية برمتها، فهذه الغاية هي التي تخلق الرابطة بين عقود هذه المجموعة بشكل تجمع عقدي، كأن يلجأ رب العمل من أجل تشييد بناء إلى التعاقد مع مجموعة من المقاولين، يلتزم الأول بالتصميم والثاني بالبناء والثالث بالكهرباء وهكذا، فجميعها تهدف إلى هدف مشترك واحد هو تشييد ذلك البناء48.

خلافا للمفهوم التقليدي الذي يعتبر الأشخاص الذين لا تربطهم علاقة عقدية مباشرة من الغير، جاءت التطورات الاقتصادية بمفهوم جديد يتمثل بالمجموعة العقدية التي في ظلها يصبح لكل شخص يمكن أن يكون في علاقة عقدية مع الآخر وإن لم يتم التعاقد بينهما مباشرة ما دام كل منهم طرفا في تلك المجموعة.

بموجب النظرية السابقة يتماثل الشخص مع كل العقود المكونة للمجموعة العقدية إما بواسطة المحل أو بواسطة السبب، ويتجرد بذلك من وصف الغير49، وقد اعتبرت هذه النظرية الدعوى المباشرة إحدى مظاهرها وأيدها قسم من الفقه مدة من الزمن50، كما تبناه القضاء الفرنسي51 قبل أن يتراجع عنها بعد ذلك.

الفرع الثاني: نقد نظرية المجموعة العقدية

لم يعمر الحماس الفقهي والقضائي لنظرية المجموعة العقدية كثيرا خصوصا بعد أن تراجع القضاء الفرنسي عنها من خلال القرار الصادر عن الجمعية العامة لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 12 جويلية 1991.52

بعد صدور القرار السابق رجع القضاء في فرنسا إلى تطبيق القواعد العامة فيما يخص رجوع المتعاقدين في المجموعة العقدية فيما بينهم، ويمثل ذلك في الحقيقة إعادة اعتبار لمبدأ نسبية العقد بعد تراجعه فترة من الزمن، بذلك أصبحت الدعوى ذي

طبيعة تقصيرية في كل حالة تنتفي فيها الرابطة العقدية المباشرة بين المتضرر والمسؤول حتى ولو كانت تجمعهم مجموعة عقدية واحدة53.

تراجع نظرية المجموعة العقدية لدى القضاء عجل بتراجعها كذلك على المستوى الفقهي بسبب صعوبة تحديد معيار المجموعات العقدية، ولم تعد بذلك هذه النظرية تصلح كأساس للدعوى المباشرة.54

المطلب الثالث: الدعوى المباشرة ونظرية المراكز القانونية الممتازة

لم تستطع كل من النظرية الخاصة ونظرية المجموعة العقدية من إعطاء تكييف دقيق للدعوى المباشرة ولم تسلم كلتا النظريتين من النقد الذي حدّ من فعاليتهما. ولم تتوقف المحاولات لإيجاد تكييف منطقي يتناسب مع تلك الدعوى الأمر الذي تكلل بظهور نظرية جديدة في الساحة القانونية تسمى بنظرية المراكز القانونية الممتازة.

سوف نحاول في هذا المطلب التعرض لهذه النظرية من خلال فرع أول، وسوف نخصص الفرع الثاني لتقييم هذه النظرية.

الفرع الأول: عرض نظرية المراكز القانونية الممتازة

تمثل نظرية المراكز القانونية الممتازة55 تطورا مهما في الساحة القانونية والتي تشمل بالخصوص الدعوى المباشرة التي تعد بحسب هذه النظرية ضمانا خاصا لدائن معين كما تمثل نوعا من أنواع التأمين الذي أنشأه المشرع حديثا.56

تقوم هذه النظرية على تصور فني يعتمد على عناصر تلك الدعوى المتمثلة في حق الدائن صاحب الدعوى المتمثل في حصوله على ماله الثابت في ذمة المدين الأصلي من جهة، والوسيلة التي يطالب بها الدائن بذلك الحق والمتمثلة في الدعوى التي يقيمها على مدين مدينه من جهة أخرى57.

ويظهر من خلال تحليل تلك العناصر أن تلك الدعوى ليست بالدعوى التي يملكها الدائن قبل مدينه الأصلي والتي يرفعها على مدين مدينه لأن القول بذلك معناه وجوب

إدخال المدين فيها، وإنما هي حق خاص اعترف به المشرع للدائن في مواجهة مدين مدينه الذي لا تربطه به أية علاقة عقدية سابقة.

إن في تقرير المشرع للدائن ممارسة الدعوى المباشرة في الحالات التي ينص فيها على هذا الحق الخاص إنما يأتي لاعتبارات معينة تتمثل خاصة في وجود ارتباط ما بين حق الدائن قبل مدينه، وحق المدين قبل مدينه، والعدالة تقضي في هذه الحالة بأن يختص الدائن بحق مدينه قبل الغير الثابت في ذمته وقت ممارسة الدعوى المباشرة، لأنه هو من تسبب في نشأة ذلك الحق، مع ملاحظة أن الدعوى المباشرة بالشكل الذي تقدم لا تعد وسيلة للحفاظ على الضمان العام وإلا وجب إرجاع القيمة المتحصلة منها إلى ذمة المدين مما يؤدي إلى تزاحم بقية الدائنين واقتسامها بينهم قسمة غرماء الأمر الذي يتناقض مع خصائص تلك الدعوى58.

نظرية المراكز الممتازة هي التي تسمح بقراءة الدعوى المباشرة على أنها من قبيل التأمينات التي تحقق للدائن أن يستأثر بحق المدين الثابت في ذمة الغير دون أن يتعرض لمزاحمة بقية الدائنين لهذا المدين، والدائن صاحب هذا التأمين الخاص لا يعد صاحب حق امتياز كما مر علينا عند التفرقة ما بين هذا الأخير والدعوى المباشرة سابقا، على الرغم من التشابه الذي بينهما حيث يعفيان كلاهما الدائن من الخضوع إلى قاعدة المساواة بين الدائنين59.

الفرع الثاني: تقييم نظرية المراكز القانونية الممتازة

تبين من خلال العرض الذي تم تقديمه لنظرية المراكز القانونية الممتازة أنها تخضع الدعوى المباشرة إلى عملية تحليل فني لأهم عناصرها، والانطلاق بعدها إلى إعطائها خصوصية من خلال الارتباط بين الديون التي تبرر منح الدعوى المباشرة للغير على أحد المتعاقدين أو كلاهما، هذا من جهة ومن جهة أخرى، تبرز فكرة لا إرادية المركز المتميز ومن ثم فلا يمكن إنشاء دعوى مباشرة بإرادة الأطراف60.

في الحقيقة إن هذه النظرية الأخيرة تتبنى أفكار كل من النظرية القانونية الخاصة وفكرة المجموعة العقدية التي مر الحديث عنهما سابقا، وهي بتصورها الفني الذي يعتمد على عناصر تلك الدعوى، تصلح حاليا كأساس منطقي للدعوى المباشرة، مع الأخذ في الحسبان أي جديد قد يطرأ في الساحة القانونية في هذا المجال61.

الخاتمة:

تعرف الدعوى المباشرة على أنها الدعوى التي يرفعها الدائن باسمه ولحسابه على مدين مدينه للمطالبة بالحق المترتب في ذمته للمدين وليستأثر بالمحكوم به فيها، ومن خلال هذا التعريف تظهر الخصوصية التي تتمتع بها هذه الدعوى.

وعلى الرغم من التشابه الموجود بين الدعوى المباشرة والكثير من الأنظمة القانونية الأخرى خاصة التقليدية منها، كما هو الحال كما رأينا في الاشتراط لمصلحة الغير وحق الامتياز وحوالة الحق، فقد فشلت كلها في التأصيل لهذه الدعوى وذلك للاختلافات الجوهرية.

كما لم تصلح بعض النظريات الحديثة كأساس للدعوى المباشرة كما هو الشأن مع النظرية القانونية الخاصة، والمجموعة العقدية، أين فشلت في ذلك التأسيس، ولم تقترب منه إلا نظرية المراكز القانونية الممتازة.

تبتعد الدعوى المباشرة عن فكرة الأولوية لعدم وجود تزاحم بين الدائن صاحب الدعوى المباشرة وغيره من الدائنين للمدين، وينتقل حقه بموجب تلك الدعوى من ذمة مدينه إلى ذمة مدين مدينه فيبتعد بذلك عن الضمان العام للدائنين، الأمر الذي يصنف الدعوى المباشرة على أنه مركز قانوني ممتاز يكفله القانون.

الهوامش:

1 - راجع: د. نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية (بدون سنة نشر)، ص 15 – 16.

ويعرفها القاموس القانوني بأنها «دعوى أمام القضاء يتيح القانون أو الاجتهاد لشخص وباسمه الشخصي إقامتها ضد مدين مدينه»، راجع: جيرار كورنو، ترجمة منصور القاضي، معجم المصطلحات القانونية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1998، ص 1363.

- «Action en justice que, dans certain cas spécifiés (surtout lorsqu»une opération donne lieu à des sous-contrat ou des groupes des contrats), la loi ou la jurisprudence ouvre à une personne contre le débiteur de son débiteur, non point au lieu et place de ce dernier (par voie oblique), mais en son nom personnel, d'où certain avantages variables (inopposabilité des exceptions, droit des préférences relativement aux autres créanciers du débiteur intermédiaire)». Ex. action directe contre le maître le l'ouvrage, des employés de l'entrepreneur pour le paiement de leur salaire, ou du sous-traitant, pour celui des travaux exécutés; action directe du mandant contre le mandataire substitué», v. GERARD CORNU, Vocabulaire Juridique, Presses Universitaires De France, Editions Point Delta, 2011, p. 271.

2 - راجع: عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي، ج3، أحكام الالتزام، مطبعة الزهراء، بغداد، 1971، ص 244.

3 - راجع: عبد الباقي البكري، المرجع السابق، ص 244.

4 - راجع: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص 898. راجع أيضا: د. هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، العقد، ج3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 372.

5 - راجع: د.رمضان محمد أبو السعود، مصادروأحكام الالتزام، المصادرالإرادية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص 228.

6 - راجع: ماجد رشاد محمد، الدعوى المباشرة في العلاقات القانونية غير المباشرة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 120.

7 - راجع: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 7، مج 2، عقد التأمين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص 1536.

8 - راجع: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 7، مج 2، عقد التأمين، المرجع السابق، ص 1536 – 1537.

9 - راجع: جاك غستان، (ترجمة منصور القاضي)، المطول في القانون المدني – مفاعيل العقد أو آثاره – المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008، ص 912.

راجع: د. موسى جميل النعيمات، النظرية العامة للتأمين من المسؤولية المدنية، دار الثقافة للنشر، عمان، 2006، ص 317.

10 - راجع مثلا في التشريع الجزائري الأمر 95 - 07 مؤرخ في 25 يناير سنة 1995، معدل ومتمم بالقانون رقم 04-06 مؤرخ في 20 فبراير 2006 يتعلق بالتأمينات، حيث نصت مادته الأولى على: «مع مراعاة أحكام المواد 619 إلى 625 من القانون المدني، ينظم هذا الأمر الذي يعد قانونا خاصا في مفهوم المادة 620 من القانون المدني، نظام التأمينات ..»

11 - «حيث يرد على الوجهين أن الأمر رقم 95 - 07 المؤرخ في 25/01/1995 المتعلق بالتأمينات إذا كان قد ألزم المؤمن له بتبليغ المؤمن عن السرقة في مهلة ثلاثة (03) أيام طبقا لما نصت عليه المادة 15 منه فإن التقاعس عن التصريح بالسرقة لا

يترتب عليه سقوط الحق في الضمان إذ كل ما في الأمر وطبقا للمادة 22 من الأمر رقم 95 - 07 المشار إليه أعلاه، فإن المؤمن له إذا خالف الالتزامات المنصوص عليها بالفقرة 05 من المادة 15 المذكورة وهي تشمل السرقة، فإنه يجوز للمؤمن تخفيض التعويض في حدود الضرر الفعلي الذي لحق به إذا ترتبت عن مخالفة المؤمن له عن عدم التصريح بالسرقة في الوقت المناسب، نتائج ساهمت في الإضرار أو في اتساع مداها»، قرار رقم 581675، الصادر بتاريخ 10/11/2010، مجلة المحكمة العليا، 2010، عدد 02، ص 166.

12 - راجع: جاك غستان، المرجع السابق، ص 913.

13 - راجع: ماجد رشاد محمد، المرجع السابق، ص 123.

14 - راجع: جاك غستان، المرجع السابق، ص 911 - 912.

15 - راجع: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج2، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص 775.

16 - يعرف القاموس القانوني حق الامتياز بأنه "ضمان يمنحه القانون لدائنين معينين بسبب صفة دينهم" راجع: جيرار كورنو، ترجمة منصور القاضي، معجم المصطلحات القانونية، المرجع السابق، 267.

17 - يقابلها المادة 1130 مدني مصري، والمادة 1095 مدني فرنسي التي نصت على:

- «Sûreté accordée par la loi à certains créanciers en raison de la qualité de leur creance», v. GERARD CORNU, op-cit, p. 634.

18 - Art. 2095: « Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires». Créé par Loi 1804-03-19 promulguée le 29 mars 1804. Transféré par Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 - art. 5 JORF 24 mars 2006.

19 - راجع: د.محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام (العقد والإرادة المنفردة) الجزء01 ، ط4، دار الهدى، 2007، ص 336.

20 - راجع: ماجد رشاد محمد، المرجع السابق، ص 117.

21 - قد يتصور فرق بين حق الامتياز والدعوى المباشرة لو اجتمع دائنان أحدهما له دعوى مباشرة ورفع الثاني الدعوى غير المباشرة وحكم له على مدين المدين ووفى هذا ما عليه للمدين، فإن صاحب الدعوى المباشرة لا يملك في هذه الحالة إلا أن يشترك مع الدائن الآخر فيقسمان الحق بينهما قسمة غرماء، بخلاف ما إذا كان له حق امتياز بدلا من الدعوى المباشرة فإنه يتقدم، راجع: : د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 775، (هامش 2).

22 - القانون هو الذي يقرر الامتياز طبقا لصفة الدين، فيثبت الامتياز بمجرد ثبوت وجود الدين الذي يقرر القانون امتيازه دون اللجوء إلى أي إجراء آخر، ويثبت للدين امتيازه في مواجهة المدين والغير بمجرد قيام الدليل على وجوده من غير اتخاذ أي إجراء، على أنه يستثنى من ذلك الامتيازات الخاصة العقارية، فلا بد من شهرها بالقيد ليحتج بها في مواجهة الغير كما هو الحال في الرهن العقاري بنوعيه الرسمي والحيازي، راجع: راجع: د.محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 343.

23 - راجع: جاك غستان، المرجع السابق، ص 924. راجع أيضا: د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص: 18.

24 - راجع: د. سمير تناغو، عقد الإيجار، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 287.

25 - راجع: جاك غستان، المرجع السابق، ص 924 – 925. راجع أيضا: ماجد رشاد محمد، المرجع السابق، ص 120.

26 - راجع: د. مصطفى الجمال، أحكام الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 512. راجع أيضا: دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2004، ص 64.

27 - راجع: جاك غستان، المرجع السابق، ص 914.

28 - راجع: دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 67.

29 - راجع: د. مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 514.

30 - راجع: عبد الحي حجازي، النظرية العامة وفقا للقانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، كلية الحقوق، 1982، ص 912.

31 - نفس المرجع.

32 - راجع: جاك غستان، المرجع السابق، ص 915.

33 - يقصد بالوفاء قيام المدين بذات العمل الذي التزم بالقيام به سواء كان هذا العمل عملا إيجابيا أو كان عملا سلبيا، وسواء كان العمل الإيجابي يتمثل في دفع مبلغ من النقود أو تسليم شيء أو نقل حق عيني أو غير ذلك من الأعمال، راجع: د. مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 563.

34 - راجع: جاك غستان، المرجع السابق، ص 914 - 915. راجع أيضا: عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 912 – 913.

35 - «العدالة هي القوة الكامنة الملزمة التي تدعوا العقل إلى وضع حلول مرضية لها»، راجع: إسماعيل نامق حسين، العدالة وأثرها في القاعدة القانونية، دار الكتب القانونية، مصر، 2011، ص55.

36 - «العدالة هي غرض القانون، وعلى ذلك يكون من المناسب تعريف القانون وفقا للغرض الذي وجد من أجله، أي العدالة، وهذا يعني في الواقع بأن القانون غير العادل ليس بالقانون»، راجع، : إسماعيل نامق حسين، المرجع السابق، ص 64.

37 - راجع: جاك غستان، المرجع السابق، ص 938.

38 - يمكن للمشرع حسب الفرضية الجديدة مخالفة المبادئ القانونية المقررة في نصوص القانون المدني التي تتضمن مبدأي الأثر النسبي ومبدأ المساواة بين المدينين، راجع: جاك غستان، المرجع السابق، ص 897.

39 - راجع: جاك غستان، المرجع السابق، ص 939. راجع أيضا: ماجد رشاد محمد، المرجع السابق، ص 136.

40 - تنص المادة الأولى مدني على أنه: «يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها. وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة».

41 - راجع: د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات – آثار الالتزام، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 920. راجع أيضا: جاك غستان، المرجع السابق، ص 898.

42 - «بالرجوع إلى وصفها القانوني – كمصدر رسمي – يظهر أن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لا يمكن إلا أن تكون قواعد قانونية يطبقها القاضي للفصل في النزاع المعروض عليه»، راجع: د علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص 263.

43 - راجع: جاك غستان، المرجع السابق، ص 901.

44 - راجع، : إسماعيل نامق حسين، المرجع السابق، ص 39.

45 - راجع: جاك غستان، المرجع السابق، ص 931.

- Boris Stark, Henri Roland et Laurent Boyer, Obligation, tome 2, contrat, 4eme édition, Litek, Paris, 1993, p. 314.

46 - Gerard Legier, Droit civil, Les obligations, 1édition, édition Dalloz sirey, Paris, 1992, p. 11.

47 - Philippe Malaurie et Laurent Aynès, cours de droit civil, tome 5, 4eme édition, Cujas, Paris, 1993, p. 390.

48 - راجع: عامر عاشور عبد الله البياتي، التعاقد من الباطن، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2013، ص218. راجع أيضا: جاك غستان، المرجع السابق، ص 931 وما بعدها.

49 - راجع: عامر عاشور عبد الله البياتي، المرجع السابق، ص 235.

50 - راجع: جاك غستان، المرجع السابق، ص 931.

51 - وذلك عندما منحت الجمعية العامة لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 07 فيفري 1986 رب العمل شأنه شأن المشتري الأخير الحق في أن يرجع على منتج المواد بدعوى مباشرة إذا اكتشف وجود عيب في هذه المواد التي استخدمها المقاول لمصلحة رب العمل أو المالك النهائي، وذلك على أساس المسؤولية العقدية للأطراف المشاركين في المجموعة العقدية. راجع:

- « Le maître de l'ouvrage, comme le sous-acquéreur, jouit de tous les droits et actions attachés à la chose qui appartenait à son auteur ; il dispose donc à cet effet contre le fabricant d'une action contractuelle directe fondée sur la non conformité de la chose livrée.». Voir: Cass. ass. plén., 7 févr. 1986, n°84-15.189. Bulletin 1986 A.P. n° 2 p. 2. (https://www.legifrance.gouv.fr), vu: le 15 octobre 2017.

52 - جاء في ذلك القرار بأن المشاركين في المجموعة العقدية لا يملكون الرجوع على البعض بالدعوى المباشرة من طبيعة عقدية، إلا إذا وجد عقد مباشر بينهم أو إذا كان هناك نص قانوني يجيز هذا الرجوع المباشر، راجع: جاك غستان، المرجع السابق، ص 907.

- Cass. ass. Plén. 12 janvier 1991, n° 90-13602. Bulletin 1991 A.P. N° 5 p. 7. . (https://www.legifrance.gouv.fr), vu: le 15 octobre 2017.

«Sur le moyen unique : Vu l'article 1165 du Code civil ; Attendu que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; Attendu, selon l'arrêt attaqué, que plus de 10 années après la réception de l'immeuble d'habitation, dont il avait confié la construction à M. X..., entrepreneur principal, et dans lequel, en qualité de sous-traitant, M. Z... avait exécuté divers travaux de plomberie qui se sont révélés défectueux, M. Y... les a assignés, l'un et l'autre, en réparation du préjudice subi ; Attendu que, pour déclarer irrecevables les demandes formées contre le sous-traitant, l'arrêt retient que, dans le cas où le débiteur d'une obligation contractuelle a chargé une autre personne de l'exécution de cette obligation, le créancier ne dispose contre cette dernière que d'une action nécessairement contractuelle, dans la limite de ses droits et de l'engagement du débiteur substitué ; qu'il en déduit que M. Z... peut opposer à M. Y... tous les moyens de défense tirés du contrat de construction conclu entre ce dernier et l'entrepreneur principal, ainsi que des dispositions légales qui le régissent, en particulier la forclusion décennale ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le sous-traitant n'est pas contractuellement lié au maître de l'ouvrage, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a déclaré irrecevable la demande dirigée contre M. Z..., l'arrêt rendu le 16 janvier 1990, entre les

parties, par la cour d'appel de Nancy ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Reims". Voir: J.-P. Karila, L'action directe du Maître d'ouvrage à l'encontre du sous traitant est nécessairement de nature délictuelle (Cass. Ass. Pl., 12 juillet 1991).Gaz. Pal. Du 09 janvier 1992.

53 - راجع: جاك غستان، المرجع السابق، ص 907 وما بعدها. راجع أيضا: ماجد رشاد محمد، المرجع السابق، ص 134.

54 - راجع: جاك غستان، المرجع السابق، ص 936.

55 - المركز القانوني المميز هو مركز لا يمكن إنشاؤه بتصرف إرادي وإنما ينشأ من خلال نص قانوني يأتي بإرادة المشرع، راجع: ماجد رشاد محمد، المرجع السابق، ص 140.

56 - أطلق على هذا النوع من التأمين بالمراكز القانونية الممتازة والتي تشمل إلى جانب الدعوى المباشرة كل من المقاصة والفسخ لأنهما يحققان مركزا قانونيا ممتازا للدائن والبائع، راجع أيضا: ماجد رشاد محمد، المرجع السابق، ص 139.

57 - راجع: راجع: جاك غستان، المرجع السابق، ص 940 وما بعدها. راجع أيضا: د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات – آثار الالتزام، المرجع السابق، ص 922.

58 - نفس المرجع، ص 138.

59 - راجع، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 15 وما بعدها، راجع أيضا: ماجد رشاد محمد، المرجع السابق، ص 139.

60 - راجع: ماجد رشاد محمد، المرجع السابق، ص 140.

61 - نفس المرجع. يقول الدكتور السنهوري: «والمجمع عليه في الوقت الحاضر، وفي هذه المرحلة من مراحل تطور الدعوى المباشرة، أن هذه الدعوى لا تثبت إلا بنص تشريعي خاص. وهذا يكفي للقول بأنه ليس هناك إلى اليوم أصل ترد إليه الدعوى بحيث تقوم على هذا الأصل دون حاجة إلى النص. وما دمنا لا نستطيع حتى اليوم أن نستقر على أصل يصلح أن يكون أساسا قانونيا للدعوى المباشرة، فخيرلنا أن نوجه العناية إلى التصوير الفني لهذه الدعوى لنستخلص خطوطه الرئيسية»، راجع: راجع أيضا: د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات – آثار الالتزام، المرجع السابق، ص 921.