

الغش في الدعوى البولصية

الأستاذ : بقنيش عثمان جامعة عبد الحميد بن باديس -مستغانم-

الأستاذ : لزرق لخضر جامعة وهران 2

مقدمة :

الدعوى البولصية هي وسيلة قانونية أقرها المشرع للدائن للطعن في التصرفات الصادرة من مدينه يطالب بمقتضاها الحكم بعدم نفاذ هذه التصرفات الصادرة في حقه .

فقد كشفت الحياة العملية أن قصد غش المدين للإضرار بدائنيه وارد خاصة إذا ما ساءت حالته المالية ولعلمه أن ذلك لا يناله بضرر بقدر ما ينال دائنيه فقد يعمد المدين إلى بيع بعض أمواله أو كلها بثمن بخس حتى لا يجد دائنوه شيء للتنفيذ عليه أو وأن يحابي بعض أقاربه بأن يهبهم عقارات مملوكة له وإن يلجأ إلى مجاملة احد دائنيه بان يفيه دينه كاملا حتى يخرج من قسمه الغرماء نكاية بباقي الدائنين الآخرين (1) .

وفي ضوء تلك الحقيقة كان لابد من أن يكفل القانون للدائنين حقهم بتشريع الدعوى البولصية يدفع من خلالها الدائن غش المدين وتواطؤه إذا نشط هذا الأخير إلى تصرف في أمواله إضرار بحقه فيطعن في هذا التصرف ليجعله غير نافذ في حقه فيعيد بذلك ما خرج من هذه الأموال الضمان العام .

ويتضح من مراجعتنا لنصوص القانون المدني الجزائري في مواده المتعلقة بدعوى عدم النفاذ أن فكرة الغش أو قصد الإضرار لها أساسا ومجالا في هذه الدعوى ، غير أنه وقبل التقرير مقدما بهذا الحكم لابد لنا من تقصي حقيقة ذلك والتساؤل عن المقصود بالغش البولصي أو قصد الإضرار وعما إذا كان يفترض قيام شرط الغش في جميع تصرفات المدين حتى يقبل الطعن فيها بعدم نفاذ أم أن هذا الشرط مقصورا على تصرفات دون أخرى ؟

وبالنظر إلى ما سبق فإننا نحاول من خلال هذه المداخلة المتواضعة تحدد المقصود بالغش البولصي محاولين الإجابة على الإشكالية المطروحة أعلاه عبر مبحثين نراهما هاميين نتناول في الأول مفهوم الغش أو قصد الإضرار ونتطرق في الثاني إلى التفرقة بين المعاوضات والتبرعات من حيث شرط الغش .

1- عبد الودود يحيى ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، المصادر ، الأحكام ، الإثبات ، القسم الأول مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية سنة 1994 ، ص 455 و 456 .

■ المبحث الأول : مفهوم الغش أو قصد الإضرار .

بغرض تحديد مفهوم الغش أو قصد الإضرار في الدعوى البولصية ومدى استلزام قيامه ووجوده كشرط في قبول دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين الضارة بدائنيه يجدر بنا أن نتطرق ولو بإيجاز إلى مفهوم الغش بوجه عام ، ثم نعرض مفهوم الغش في الدعوى البولصية في مطلب ثان .

المطلب الأول : مفهوم الغش بوجه عام .

إن تحديد معنى الغش بدقة كان محل جدل بين الفقهاء على مرّ العصور ، ذلك أن الغش هو عامل نفسي بحث فهو يتصل برغبة نفسانية يصعب التكهّن بها بأمارات خارجية .

و قد سبق و أن وضع القانون الروماني تحت تصرف الدائنين وسيلتين لمواجهة تصرفات مدينهم المعسر التي يبرمها غشًا وإضرارًا بدائنيه و هما أمر محاربة الغش **interdictum Fraudatonum** و أمر الرد " إعادة الشيء إلى أصله " **Réstitution intégrum** وإلى جانب هاتين الوسلتين هناك وسيلة ثالثة هي الدعوى الواقعية والتي سميت بالدعوى البولصية (2) .

كما أشار فقهاء القانون الروماني إلى قاعدة عامة مفادها : " أن الغش يُفسد كل شيء " **fraus omnia corrumpit** ليس فقط أثناء مرحلة تنفيذ العقد ، بل أيضا أثناء مرحلة تكوينه و انعقاده كما اهتم الفقه الإسلامي مند عقود من الزمن بمبدأ حسن النية في المعاملات و إلزام المتعاقدين بأن يتحلوا بالصدق و الأمانة و الابتعاد عن الغش الإضرار بالغير في كل ما يتصل بالمعاملات المالية مصداقًا لقوله تعالى : " و الذين هم لأماناتهم و عهدهم راعون " (3) ، و لقوله صلى الله عليه و سلم : " من غش فليس منا " (4) .

2- صوفي حسن أبو طالب ، الوجيز في القانون الروماني 1965 ، ص 71 .

3- سورة المؤمنون ، الآية 08 .

4- أخرجه مسلم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

و لما كان هذا حال الغش بوجه عام ، فما المقصود بالغش في الدعوى البولصية ؟

للإجابة عن هذا السؤال سنتناول مفهوم غش المدين في دعوى عدم النفاذ ، ثم نتطرق بعد ذلك إلى مفهوم غش المتصرف إليه .

المطلب الثاني : مفهوم الغش في الدعوى البولصية .

يقصد بالغش في مجال الدعوى البولصية أن تتوافر لدى المدين نية الإضرار بدائنيه وقت صدور التصرف و تتجسد نية الإضرار في أن يقصد المدين من وراء تصرفاته التخلص من الوفاء بالتزاماته اتجاه دائنيه لإنقاص ضمانه العام فتصبح أمواله غير كافية لسداد ديونه .

فالغش إذن لن يتحقق إلا إذا صدر من المدين تصرف ضار بدائنين كانت حقوقهم مستحقة الأداء و ثابتة لهم قبل صدور التصرف ، لأنه تسبب في إعساره أو في زيادة ذلك الإعسار ، لذلك يعتبر الغش العنصر النفسي في هذه الدعوى ليواجه و يُقابل عنصر الضرر الذي يُمكن اعتباره العنصر المادي في الدعوى البولصية . (5)

و الغش في دعوى عدم النفاذ غير التدليس الذي عرفناه عيباً من العيوب المفسدة للإرادة ، فبالرغم من أنهما يعتبران تطبيقاً للنظرية العامة في الغش (6) إلا أنهما يختلفان عن بعضهما البعض في أمور شتى أهمها :

✓ أن جزاء التدليس هو إبطال العقد إذا كان التدليس صادراً من المتعاقد الآخر عملاً بأحكام المادة 87 من القانون المدني ، أمّا إذا صدر التدليس من طرف أجنبي عن العقد فليس للمدلس عليه أن يطالب بإبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس .

5- ياسين محمد الجبوري ، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني ، الجزء الثاني ، آثار الحقوق الشخصية (أحكام الإلتزام) ، دراسة موازنة الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ، الطبعة الأولى 2003 ، ص 345 و 346 .

6- عبد الرزاق أحمد السنهاوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الإلتزام بوجه عام الإثبات ، آثار الإلتزام ، الجزء الأول ، الثاني ، الرابع ، التاسع و العاشر ، دار إحياء التراث العربي 1952 ، بند 735 ، ص 797 ، هامش 02 .

أما جزء الغش في الدعوى البولصية فهو عدم نفاذ تصرفات المدين في حق دائنيه و مادام الغش البولصي هو عامل نفسي كما قدمنا أي باعتباره الباعث الدافع الذي يدفع المدين إلى التصرف في أمواله إضرارًا بحقوق دائنيه ، فقد ثار خلاف في الفقه حول تحديد مفهومه سواء بالنسبة إلى المدين أو من صدر له التصرف (المتصرف إليه) .

الفرع الأول : مفهوم غش المدين .

يتنازع مفهوم غش المدين في دعوى عدم النفاذ اتجاهين (7) :

✓ الاتجاه الأول يرى أن مجرد علم المدين بأن تصرفه سيؤدي إلى إعساره أو إلى الزيادة في إعساره كافيًا لاعتباره أن هذا التصرف منطويًا على غش المدين حتى ولو لم يتوافر لدى المدين نية الإضرار بدائنيه ، كما لو كان إعسار المدين وقتي لا يلبث أن يزول بعد تحقق ما يرقب من كسب يقوي ضمانه العام .

✓ أما الاتجاه الثاني فيرى أنصاره أن علم المدين وحده غير كافٍ لاعتبار أن تصرف المدين كان منطويًا على غش ، بل يجب إلى جانب ذلك أن يتوافر لدى المدين نية الإضرار بالدائنين و أمام هذا الجدل الفقهي ظهر جانب من الفقه يراعي العدالة و يأخذ بيد الدائن و المدين .

و قد حاول أنصار الاتجاه التوفيق بين الاتجاهين ، فهم يرون أن مفهوم الغش مقرون بنية أو قصد الإضرار و هذه النية تكون مفترضة و هو أمر شاذ كلما علم المدين أن تصرفاته ستؤدي حتمًا إلى إعساره أو الزيادة في إعساره أي أنهم يعتبرون أن علم المدين بإعساره كاف لقيام قرينة على قصد الإضرار ، و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من نص المادة 192 من القانون المدني بقوله :

" يكفي لاعتبار التصرف منطويًا على الغش أن يكون قد صدر من المدين و هو عالم بعسره " .

7- سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ، الجزء الثاني والثالث والرابع ، مصادر الإلتزام وآثاره وأوصافه وانتقاله وانقضاؤه والنظرية العامة للإثبات

، المطبعة العالمية 16 و 17 ، القاهرة سنة 1964 ، بند 686 ، ص 671 و 672 .

و بذلك يكون المشرع الجزائري قد خفف على الدائنين عبء إثبات نية الإضرار و التي يصعب في كثير من الفروض إثباتها لارتباطها بعامل نفسي داخلي يجعل من العسر على الدائنين التعرف عليها بأمارات خارجية و اكتفى لاعتبار التصرف منطويا على غش المدين أن يكون المدين على علم بأن هذا التصرف سيؤدي حتمًا إلى إعساره .

غير أن قرينة علم المدين بإعساره هي قرينة قانونية بسيطة يجوز للمدين دحضها بإثبات أنه لم يقصد الإضرار بدائنيه كأن يثبت أن تصرفه كان بهدف صيانة عقار له آل إلى السقوط أو لصيانة آلات معدة للزراعة و كل هذا سيؤدي حتمًا إلى زيادة ضمانه العام و إنعاشه (8) .

الفرع الثاني : مفهوم غش المتصرف إليه .

لقد اختلف الفقهاء حول تحديد مفهوم الغش الواجب توافره في جانب المتصرف إليه حتى يُعتبر هذا الأخير متواطئًا مع المدين في الإضرار بالدائنين ، فيرى البعض أن المقصود بغش المتصرف إليه هو علمه بتوافر الغش لدى المدين أي أن المتصرف إليه كان يعلم بأن التصرف سيؤدي حتمًا إلى إعسار المدين .

بينما ذهب البعض الآخر إلى القول أن مجرد علم المتصرف إليه لا يكفي بذاته لقيام قرينة على غشه ، بل لابد من اشتراك المتصرف إليه مع المدين في قصد الإضرار بالدائنين (9) ، و هو ما يعرف بالغش المشترك أي أن يتوافر قصد الغش لدى كل من المدين و المتصرف إليه وقت صدور التصرف و أن هذا التصرف سيؤدي حتمًا إلى إنقاص الضمان العام المقرر لدائنيه .

و يتضح من استقراء الفقرة الثانية من المادة 192 و المادة 196 من القانون المدني أن المشرع الجزائري قد اكتفى بعلم المتصرف إليه بغش المدين في التصرفات التي تكون بعوض بقوله :

"كما يعتبر من صدر له التصرف عالمًا بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين في حالة عسر"

8- أنور سلطان ، أحكام الإلتزام ، الموجز في النظرية العامة للإلتزام ، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت طبعة 1983 ، ص 135 .

9- سليمان مرقس ، المرجع السابق ، بند 686 ، ص 772 .

بينما اشترط التواطؤ في الغش في حالة تفضيل المدين لأحد دائنيه بالوفاء له أو بمنحه ميزة من ميزات التقدم بقوله :

" إذا لم يقصد بالغش إلا تفضيل دائن على آخر دون حق فلا يترتب عليه إلا حرمان الدائن من هذه الميزة .

و إذا وفى المدين المعسر أحد دائنيه قبل حلول الأجل المضروب أصلاً للوفاء ، فلا يسري هذا الوفاء في حق باقي الدائنين و كذلك لا يسرى في حقهم الوفاء و لو حصل بعد حلول هذا الأجل ، إذا كان قد تم نتيجة تواطأ بين المدين و الدائن الذي استوفى حقه " .

المبحث الثاني : التفرقة بين المعاوضات و التبرعات من حيث شرط الغش .

من الطبيعي أن تصرفات المدين إذا كان قاصداً بها الإضرار بدائنيه ستؤدي حتماً إلى إنقاص ضمانه العام فهو يرمي إذن إلى التخلص من الوفاء بالتزاماته تجاه دائنيه ، إذ من المتصور أن يتصرف المدين تصرفات مختلفة و متنوعة منها ما هو معاوضة و منها تبرعاً وهذا التصور يدفعنا إلى التمييز بين حالتين :

■ الأولى : أن يتصرف المدين في أمواله بعوض .

■ الثانية : أن يتصرف المدين في أمواله تبرعاً .

وتفصيل ذلك في الآتي :

المطلب الأول : إذا كان تصرف المدين من المعاوضات .

لاشك أن في إقدام المدين على التصرف في أمواله معاوضة فيه تحسين لحالته المالية و إنعاش ل ضمانه العام ، و في ذلك تحقيق لمصلحة و غاية له هو و لدائنيه حتى يتمكنوا من استفاء حقوقهم إذ لا يُتصور أن يقدم المدين على التصرف في أمواله تصرفاً يؤدي إلى خسارته و الإضرار بمصالحه و على ذلك فكيف يُبرر تحويل المشرع للدائنين الطعن بعدم نفاذ هذا النوع من التصرفات (المعاوضات) في حقهم ؟

إن تصرفات المدين التي تتسبب في إعساره أو الزيادة في إعساره قد تكون معاوضة كالبيع كما قد تكون عقد شراء أو مقايضة ، ففي البيع قد يكون الثمن بخسًا أو أن المدين استطاع أن يخفيه عن دائنيه حتى لا يتمكنوا من التنفيذ عليه ، فمصلحة المدين المعسر هنا تكمن في تهريب أمواله الظاهرة بطرق شتى فقد يلجأ المدين إلى الغش و التواطؤ مع أشخاص آخرين من أصدقائه و أقاربه و معارفه على أن يقوم بشراء أو بيع عقارات مملوكة له ، فيزيد بذلك من التزاماته أو ينقص من حقوقه ليصل بها إلى تهريب أمواله (10) لذلك نجد أن المشرع الجزائري و أمام هذا الوضع قد خوّل للدائنين الطعن بعدم نفاذ هذه التصرفات في حقهم في مقابل أن يثبتوا غش مدينهم في الإضرار بحقوقهم .

و من الطبيعي أنه إذا اشترط المشرع لعدم نفاذ مثل هذه التصرفات في حقهم إثبات غش مدينهم أن يثبتوا كذلك غش المتصرف إليه ضمانًا لاستقرار المعاملات و هذا ما قصده الفقرتين الأولى و الثانية من نص المادة 192 من القانون المدني بقولها :

" إذا كان تصرف المدين بعوض، فإنه لا يكون حجة على الدائن إذا كان هناك غش صدر من المدين و إذا كان الطرف الآخر قد علم بذلك الغش يكفي لاعتبار التصرف منطويًا على الغش أن يكون قد صدر من المدين و هو عالم بعسره .

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

و إذا كان الأصل في المعاوضات هو تحقيق المنفعة والربح و الاستثناء هو قصد الإضرار بالغير و لما كانت العبرة بالأصل لا الاستثناء ، ذلك أن الاستثناء يُقاس و لا يُقاس عليه ، فيجب أن تأخذ الأمور على ظواهرها و على من يدعي خلاف الظاهر أن يثبته (11) .

و يتضح من استقراء النص المتقدم أن المشرع الجزائري قد يسر على الدائنين عبء إثبات غش مدينهم بأن يثبتوا أن المدين قد تصرف و هو عالم بأن هذا التصرف سيؤدي حتمًا إلى إعساره و أن المتصرف إليه يعلم ذلك أيضا كما قدمنا .

10- ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 351 .

11- ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 351 .

و يستطيع الدائنون استخلاص هذا العلم من بعض القرائن القضائية كأن يتصرف المدين لأحد أبنائه أو زوجته ، و لم يكن لهذا الابن أو الزوجة مال ظاهر وقت صدور التصرف لدفع الثمن كما يمكن استخلاص هذه القرائن من السرعة التي يتم بها التصرف و كذا تفاهة الثمن . غير أنه يمكن لمن صدر له التصرف (المتصرف إليه) نقض هذه القرينة بإثبات أنه بالرغم من هذا العلم فإنه كان يعتقد بحسن نية أن المدين لم يكن يقصد إنقاص حقوقه أو زيادة التزاماته كأن يتصرف المدين تصرفاً مألوفاً لا سرف فيه و لا محاباة أو أن يكون هذا التصرف من التصرفات التي تقتضيها حالته المعيشية أو تقاليد مهنته كتحسين تجارته أو صيانة صناعته أو زراعته .

المطلب الثاني : إذ كان تصرف المدين من التبرعات .

ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى التميّز بين التبرعات و المعاوضات و هو يرون أن تصرفات المدين التي تعتبر من قبيل التبرعات لا يشترط فيها توافر الغش في جانب المدين ، و يستند أنصار هذا الرأي إلى ثلاث حالات يتنازل فيها المدين عن حقه بدون مقابل و هذه الحالات هي (12) :

- حالة تنازل المدين عن حق الانتفاع .
- حالة تنازل الوارث من الميراث .
- حالة تنازل الموهوب له عن الهبة لمن يحل بعده .

فيسمح للدائن في هذه الحالات الثلاث الطعن في هذا التنازل بمجرد إثباته للضرر الذي أصابه من جراء التنازل . بينما ذهب فريق آخر من الفقه إلى القول بأن هذه القاعدة قاصرة على التنازل دون غيره من التبرعات الأخرى .

غير أن كلا الرأيين لم يُصادف قبولاً من غالبية الفقه و القضاء الفرنسي بدعوى أن المشرع الفرنسي و منذ إغفاله لشرط الغش في الأحوال الثلاثة المذكورة سالفاً لم يكن قد اتخذ لنفسه موقفاً من هذه المسألة ، أمّا و قد اتخذ موقفاً واضحاً باشتراطه الغش بعبارة مطلقة بعموم نص المادة **1167** من التقنين الفرنسي الذي

12- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، بند 592 ، ص 1040 ، هامش 02 .

يعتبر النص الأساسي في موضوع الدعوى البولصية فلم يعد هناك معنى للتميّز بين التبرعات و المعاوضات أو بين التنازل أو غيره (13) .

أما في القانون المصري فالظاهر أن المشرع المصري قد ميّز بين المعاوضات و التبرعات و اشترط في الأولى ضرورة توافر شرط الغش في جانب المدين لقبول الدعوى البولصية ، و لم يشترط في الثانية ذلك ، و يتضح ذلك من الرجوع إلى **الفقرة الثانية** من نص المادة **238** من التقنين المدني المصري التي تنص على أنه :

" أما إذا كان التصرف تبرعاً فإنه لا ينفذ في حق الدائن و لو كان من صدر له التبرع حين النية و لو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً " .

و يتضح من استقراء هذه المادة أنه يكفي الدائن للطعن في التبرعات الصادرة من مدينه إثبات أن هذه التبرعات قد تسببت في إعسار المدين أو زادت في إعساره و يقابل هذا النص في القانون المدني الجزائري نص المادة **192** **الفقرة الثالثة** التي تنص على أنه :

" أما إذا كان التصرف الذي قام به المدين تبرعاً ، فإنه لا يحتج به على الدائن و لو كان المتبرع له حسن النية " .

غير أنه من مقارنتنا بين النصين , نجد أن المشرع الجزائري قد أغفل ذكر شرط غش المدين المذكور في الفقرة الثالثة من نص المادة **238** من التقنين المدني المصري : " ... و لو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً " .

و نشير في هذا الصدد أنه بعد سقوط عبارة " ... و لو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً " من نص المادة **192** من القانون المدني أنه إذا كان التصرف الذي قام به المدين من قبيل التبرعات فإنه لا يكون نافذاً في حق دائنيه دون حاجة إلى إثبات الدائنين لغش مدينهم و لا غش المتصرف إليه و يكفي الدائنين هنا إثبات أن هذا التصرف قد تسبب في إعسار مدينهم أو زاد في إعساره ، كما لو كان تصرف المدين هبة مثلاً فليس للدائن إثبات غش الواهب (المدين) أي علمه بالإعسار و من باب أولى فهو غير ملزم بإثبات علم الموهوب له بهذا الإعسار، بل يكفي الدائن أن يثبت أن هذا التبرع قد تسبب في إعسار الواهب (المدين) أو زاد في إعساره سواء كان الواهب و الموهوب له يعلمان بذلك أو لا ، ذلك أن المشرع الجزائري قد أقام

13- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، شرح القانون المدني النظرية العامة للإلتزامات ، نظرية العقد الجزء الأول ، المجمع العلمي العربي منشورات محمد الداية ، بيروت لبنان ، بدون سنة 799 و 800 .

قرينة قانونية في الفقرة الثالثة من نص المادة **192** مفادها أنه إذا كان تصرف المدين تبرعاً فإنه لا ينفذ في حق الدائن و لو كان من صدر له التبرع حسن النية و هي قرينة قاطعة لا يجوز دفعها بإثبات العكس .

فكل تصرف إذن يصدر من المدين تبرعاً لا يشترط فيه الغش سواء في جانب المدين أو في جانب المتصرف إليه ، و لو كان المتصرف إليه حسن النية .

و نحن نقول أن كل تصرف يصدر من المدين تبرعاً لا يكون نافذاً في حق الدائن و لو كان المتصرف إليه حسن النية ، بل لو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً و يعزز وجهة نظرنا في هذا القياس حكم المادة الأولى من القانون المدني التي تنص على أنه : " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها ، و إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية "

ذلك أن فقهاء الشريعة الإسلامية لا يميزون تبرع المدين الذي أربت ديونه على حقوقه ، كما أن الفقه المالكي لم يشترط الغش و لو يرد فيه ما يدل على ضرورة وجوده بين المدين و المتصرف إليه (14) .

أما إذا كان المتصرف إليه الذي تلقى حقاً من المدين قد تصرف فيه إلى شخص آخر فهذا الشخص يُعتبر خلقاً للمتصرف إليه ، فهناك إذن مصلحتين متقابلتين : مصلحة الدائن و مصلحة خلف المتصرف إليه .

فيجب تحقيق التوازن بين هاتين المصلحتين و ذلك بتعزيز حماية الدائن بتمكينه من ملاحقة تصرف الخلف (المتصرف إليه) في الحق الذي تلقاه من المدين إلى شخص ثالث (خلف المتصرف إليه) و في المقابل يجب حماية و رعاية مصلحة خلف المتصرف إليه و خصوصاً إذا كان هذا الأخير حسن النية و كان التصرف المطعون فيه معاوضة (15) .

14- ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 347 .

15- سليمان مرقس ، المرجع السابق ، بند 686 ، ص 671 .

و يبدو أن المشرع الجزائري قد أخذ جميع هذه الاعتبارات بالحسبان عند تقريره للفقرة الرابعة من نص المادة 192 من القانون المدني التي تنص على أنه : " إذا كان المتبرع له حول بعوض المال الذي نقل إليه فليس للدائن أن يتمسك بعدم الاحتجاج عليه بتصرف مدينه ، إلا إذا كان المحال إليه و المتبرع له قد علما بغش المدين هذا في حالة ما إذا تصرف المدين بعوض ، و كذلك الحال إذا كان تصرف المدين بدون عوض و علم المحال إليه بعسر المدين وقت صدور التصرف لصالح المتبرع له " .

و الظاهر من هذا النص أنه لا إشكال يثور حينما يكون التصرف الأول الصادر من المدين إلى المتصرف إليه نافذاً في حق الدائن ، فبالتبعية لذلك يكون تصرف الخلف (المتصرف إليه) في الحق الذي تلقاه من المدين إلى شخص ثالث (خلف المتصرف إليه) نافذاً أيضاً في حق الدائن .

أما إذا كان التصرف الأول الصادر من المدين إلى المتصرف إليه غير نافذ في حق الدائن كأن يكون هذا التصرف تبرعاً أو معاوضة انطوت على غش المدين و علم المتصرف إليه بهذا الغش فإنه استكمالاً لحماية الدائن من تصرفات مدينه الضارة به يجب تمكينه من الطعن في تصرف الخلف (المتصرف إليه) في الحق الذي تلقاه من المدين إلى خلف الخلف (خلف المتصرف إليه) .

الخاتمة :

يخلص ممّا تقدم أن المشرع الجزائري قد فرّق بين تصرفات المدين المطعون فيها بين المعاوضات و التبرعات فاكتمل للظن في التبرعات أن يكون تصرف المدين مفرّجاً و ضاراً بدائنيه دون حاجة إلى إثبات الدائن لغش مدينه و توافقه مع المتصرف إليه ، و تعليل ذلك أن دعوى عدم النفاذ قد شرعت لحماية الدائن من الغش الذي يصيبه من جراء إعسار مدينه.

و قد جرى العرف على أن " دفع الديون مقدم على تقديم الهدايا " و مقتضى هذه القاعدة العرفية أن المدين الذي تكون ديونه مستغرقة لجميع أمواله و يتبرع ببعض أو كل أمواله فلا يكون هذا التبرع نافذاً في حق دائنيه مهما كان الباعث لأن العدل و المنطق يقتضيان أنه يستوجب على المدين قبل التبرع دفع ديونه .

و قد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما أعفى الدائن من إثبات غش المدين و المتصرف إليه و اعتبر أن التبرع في حد ذاته قرينة على الغش فمصلحة الدائن إذن أولى و أجدر بالرعاية و التفضيل و الحماية من مصلحة المتبرع له في الاحتفاظ بمنفعة مجانية لم يبذل من أجل كسبها مقابلاً ، فالملوّهوب له بغير عوض يستفيد من كل مزايا الهبة التي تدرّ عليه مغنماً فوجب عليه أن يغرم تطبيقاً للقاعدة الفقهية والتي تقضي بأن " من خلق تبعات يستفيد من مغائنها و جب عليه أن يتحمل عبء مغارمها " و " الغنم بالغرم " .

أما في المعاوضات فالأمر يختلف فهناك مصلحتين متقابلتين مصلحة الدائن في دفع الضرر و مصلحة المتصرف إليه في الإحتفاظ بالحق الذي بذل من اجله ثمناً ، و لذلك كان لابد من الموازنة بين المصلحتين و لما كان الغش و التواطؤ من بين الأمور التي تؤدي إلى إخلال التعادل بين المصلحتين ، كان لزاماً على المشرع الجزائري أن يتدخل لترجيح مصلحة الدائن كلّما كان التصرف المطعون فيه صادراً عن غش المدين و توافقه مع المتصرف إليه ، لما في ذلك من إعادة للتوازن بين الأدائين طبقاً للقاعدة الفقهية التي تقضي " بأن درء المفاسد أولى من جلب المنافع " و هذا ما قصده الفقرتين الأولى و الثانية من نص المادة 192 من القانون المدني فمشتري عقار مثلاً يكون قد بذل مقابلاً لانتقال ملكية هذا العقار إليه فإن كان سيء النية أي عالماً بإعسار المدين. و قصد هذا الأخير في الإضرار بدائنيه كان ذلك كافياً لافتراض الغش في جانبه ، و لذلك وجب أن يُفضل عليه الدائن تطبيقاً للمثل القائل أن : " القصد السيء يرد على أهله " .

أما إذا كان المشتري حسن النية أي لم يكن عالماً بأن هذه الصفقة ستؤدي إلى إعسار المدين كان حق المتصرف إليه أولى بالرعاية و التفضيل و لا يلزم الدائن إلا نفسه إذا لم يحتط للأمر و يحصل على ضمان خاص لاستفاء دينه ، و بذلك يكون المشرع الجزائري قد وُفق في المحافظة على استقرار المعاملات بإعادة التوازن بين مصلحة الدائن و مصلحة المتصرف إليه في المعاولات وفقاً لمبدأ الأفضلية و الأحقية بالرعاية و بترجيح مصلحة الدائن في التبرعات باعتبار التبرعات في حد ذاتها قرينة على الغش ، و هذا بخلاف المشرع الفرنسي الذي يشترط الغش في جانب المدين سواء كان المتصرف المطعون فيه معاوضة أو تبرعاً و لم يشترط تواطؤ المتبرع إليه مع المدين و اكتفى بالغش في جانب المتبرع (المدين) .

أما فيما يخص عدم نفاذ تصرفات خلف المتصرف إليه في حق دائني المدين، فالقاعدة أنه حيث يكون المتصرف بعوض و جب على الدائنين إثبات الغش ، وحيث يكون المتصرف تبرعاً يعفى الدائنون من إثباته وذلك وفق التفصيل التالي :

- 1 - إذا كان التصرف الأول و التصرف الثاني من قبيل التبرعات ، فإنهما يكونان غير نافذين في حق الدائنين دون قيد أو شرط ، ذلك أن التبرعات في حد ذاتها تعتبر قرينة على الغش .
- 2 - إذا كان التصرف الأول و التصرف الثاني من قبيل المعاولات ، فيشترط لعدم نفاذهما في حق الدائنين إثبات توافر قصد الغش في جانب كل من المدين و المتصرف إليه و خلف المتصرف إليه .
- 3 - إذا كان التصرف الأول تبرعاً و التصرف الثاني معاوضة ، فيكتفي لعدم نفاذ التصرف إثبات الغش في جانب المدين أو في جانب المتصرف إليه .
- 4 - إذا كان التصرف الأول معاوضة و التصرف الثاني تبرعاً فلا يُحكم بعدم نفاذ التصرف في حق الدائنين إلا إذا أثبتوا الغش في جانب المدين فقط دون حاجة إلى إثباته في جانب المتصرف إليه و خلف الخلف (خلف المتصرف إليه) .