دِرَاسَةٌ نَقْدِيَّةٌ لِتَحَوُّلاتِ شُرُوطِ دَعْوَى عَدَمِ نَفَاذِ التَّصرُّف أَوِ الدَّعْوَى "البُولِيَانِيَّةِ" عَلَى ضَوْءِ القَانُونِ التُّونُسِيِّ

د. عبد الرؤوف اللومي

أستاذ مشارك في كليّة الحقوق بصفاقس - تونس

أستاذ مساعد بكلية الشرطة - وزارة الداخلية - دولة قطر

دِرَاسَةٌ نَقْدِيَّةٌ لِتَحَوُّلاتِ شُرُوطِ دَعْوَى عَدَمِ نَفَاذِ التَّصَرُّفِ أَوِ الدَّعْوَى "البُولِيَانِيَّةِ" عَلَى ضَوْءِ القَانُونِ التُّونُسِيِّ

د. عبد الرؤوف اللومي
أستاذ مشارك في كليّة الحقوق بصفاقس - تونس
أستاذ مساعد بكلية الشرطة - وزارة الداخلية - دولة قطر

المُلخَّص

تبيّن دراسة القانون التونسي وجود تحوّل واضح لشروط الدعوى البوليانيّة بهدف إضفاء بعض المرونة على هذه الشروط، بما من شأنه حماية الدائن وضمان نجاعة الدعوى في مجملها. ويتجلّى هذا التحوّل من خلال التوسّع في تحديد الدائن الذي يجوز له رفع الدعوى أو من خلال تحديد طبيعة ومصدر الدين الذي يجيز للدائن رفع الدعوى.

ولعل تركيز المقال على تحولات شروط ممارسة الدعوى، يساهم في قراءة جديدة لهذه الشروط حتى في الدول التي يبدو فيها النص واضحا، لأنّ تطوّر التشريع يبدأ بالتعرّف على نقائصه.

الكلمات المفتاحية: دعوى عدم نفاذ التصرّف، الدعوى البوليانيّة، الضمان العام، الدائن، الدين، الإجراءات الفردية، الإجراءات التحفظيّة، البطلان، عدم النفاذ، الإعسار، التدليس.

ABSTRACT

A Critical Studies for the Shifting of the Conditions related to Actions for Invalidations of A Debtor Acts (Paulian Action) in the light of Tunisian Law

Dr. Abderraouf ELLOUMI

Studying and analyzing Tunisian law shows some important shifting in the Paulian action's conditions in order to give them some sort of flexibility resulting more protection and effectiveness for the creditors. Such shifting has become obvious through expanding the creditor's definition who may file the action, or by determining the debt's nature and sources that permits the creditor to file the action in question.

The importance of analyzing the shifting of the conditions related to paulinian Action shall present an advanced reading for these conditions.

Key words: Paulian Action, General Guarantee, Creditor, Debt, Individual actions, Precautionary measures, Nullity, Non-enforcement, Insolvency, Fraud.

مقدمة

من المؤسّسات القانونيّة التي لا يستوعبها مجال واحد، ولا يحيط بكُنهها تصنيف محدَّد، دعوى عدم نفاذ التَّصرُّف (1)، هذه الدَّعْوَى العجيبة المدهشة (2)، التي تأبى الاجتهادات القطعيّة، ولاتكاد تستقرّ على اجتهاد واحد، كأنّما شُرِعت برداء الغموض لتبقى مواكبة للأفكار وللعصور، ولتحيط بتفاصيل الوقائع على تعدّدها واختلافها.

ومن بين المجالات التي تندرج صُلبَها دعوى عدم نفاذ التَّصرُّف، نذكر وسائل المحافظة على الضَّمان العام، فإذا لم يكن للدَّائن سببٌ من الأسباب القانونية التي تفضّله على بقيّة الدَّائنين (3)، فإنّه يستطيع بالرغم من ذلك – في حالة إخلال مَدينه بالتزاماته – أن يحمي أمواله، التي تشكّل ضمانًا عامّا لكلّ الدَّائنين (4). وتقوم فكرة الضَّمان العام على أساس أنّ جميع أموال المَدِين، سواء كانت عَقَاريّة أو منقولة، موجودة أو مستقبليّة، تُعدُّ ضامنة للوفاء بديونه تجاه كلّ الدَّائنين على قدر المساواة، وتنصّ المادّة (192) من مجلّة الحقوق العينيّة التونسيّة في هذا الصدد، على أنّ: «مكاسب المَدِين ضمان لدائنيه يتحاصَصُون ثمنها إلّا إذا كانت هناك أسباب قانونية في تفضيل بعضهم على بعض».

فالأصل أنّ المَدِين له الحريّة في مُمارَسة حقوقه، والتَّصرُّف في أمواله، سواءٌ بالبيع أو بالهبة، أو عدم مُمارَسة تلك الحقوق، دون إمكانيّة معارضته من قبل الدَّائنين، الذين ليس لهم حق على مال محدَّد من أموال المَدِين بل على جميعها. وبالتالي فإنّه طالما كانت الأموال المتبقية في ذمّة المَدِين تكفي لسداد الدَّيْن، ولا تَنقُص من الضَّمان العام، فإنّه لا مصلحة ولا إمكانيّة للدَّائنين في الاعتراض على تصرُّفاته (5).

لكن إذا أدّى تصرُّف المَدِين، أو امتناعه عن مُمارَسة حقوقه إلى الإنقاص من الضَّمان العام، فإنّ القانون منح الدَّائنين عدّة وسائل للمحافظة على هذا الضَّمان العام، ومن بين هذه الوسائل الدَّعْوَى غير المباشرة، والدَّعوَى الصُّوريَّة، والحقّ في الحبس، ودَعوى عدم نفاذ التَّصرُّف (6).

---

1 الإشكال الذي تطرحه دعوى عدم نفاذ التَّصرُّف يتعلّق بغموضها، وبإمكانيّة إدراجها في غير صنف قانوني، لذلك تجد من يعدُّها ضمن الدَّعاوَى التي هدفها الحفاظ على الضَّمان العام للدَّائن، كما تجد من يُقحمها ضمن الدَّعاوَى التي تضمن التنفيذ، وهناك من يعدُّها من بين الوسائل التحفُّظية، في حين يرى البعض الآخر أنّها أكثر من مجرّد إجراء تحفُّظي، لكن أقل من وسيلة تنفيذ للالتزام، فهي بين الاثنين، انظر:
Bertrand FAGES » ,Créance fondée en son principe ,» Lamy Droit du contrat ,juill.2018 ,.

2 انظر: ROMAN .B, «paulienne action'l de juridique nature La», Defrénois ,n°8 ,2005 ,p. 655.

3 تنصّ المادّة (193)، من مجلّة الحقّوق العينيّة التونسيّة، على أنّ: «الأسباب القانونية في تفضيل بعض الدّائنين على بعض، هي: الامتياز، والرّهن، وحقّ الحبس»، ويسمّى الدّائن الذي لا يتمتّع بأي ضمان بالدّائن العادي. انظر حاتم بن عبد الحميد الرواتبي، الحماية القانونية للدّائن العادي، دار الميزان للنشر، 2008، عدد (7)، ص.(33).

4 خلافا للتأمينات العينيّة، لا يخوّل الضّمان العام للدّائن حق الأفضليّة ولا حق تتبّع مكاسب المَدين في أيّ يد وجدت، لكنّه يجيز لصاحبه حق اتخاذ الوسائل التحفظيّة حماية لمكاسب المَدين، كما يجيز له إجراء ما لمَدِينه من الحقّوق والدّعاوَى. انظر دوبلا، شرح مجلّة الالتزامات والعقود، تعريب محمّد المالقي، جمعيّة قدماء وطلبة الحقّوق، تونس، 1948، ص. (62) وما بعدها.

5 جابر محجوب علي، النظريّة العامّة للالتزام الجزء الثاني الأحكام العامّة للالتزام في القانون القطري، 2017، كليّة القانون-جامعة قطر، ص. (115).

6 (ت. م.)، عدد (2013/2074)، (10 يونيو 2014)، غير منشور؛ منصف الكشو، التنفيذ في المادّة المَدَنيّة والتّجارية، مجمع الأطرش، 2018، ص. (236) ؛ انظر أيضًا:
F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, Dalloz, 11e éd., 2013, spéc. n° 1154 ; A. BENABENT, Droit des obligations, LGDJ, 14e éd., 2014, spéc. n° 854 et s.

وتسمّى دعوى عدم نفاذ التَّصرُّف (7) أيضًا: الدَّعْوَى «البوليانيّة» (8)، أو الدَّعْوَى «البولصيّة» (9)، وهو ما يتيح استعمالها في هذه الدراسة دون خوف من الخلط بينها، ويمكن تعريفها بأنّها: آليّة من آليات حماية الضَّمان العام للدَّائنين، من تدليس أو سوء نيّة المَدِين (10). ويُبرِز هذا التعريف العلاقة الموجودة بين دعوى عدم نفاذ التَّصرُّف والتعسُّف في استعمال الحق (11).

وتجدر الإشارة إلى أنّ المُشَرِّع التونُسي، لم ينظِّم دعوى عدم نفاذ التَّصرُّف عند صدور مجلّة الالتزامات والعقود سنة (1906)، ولم يتدارك هذا النقص إلاّ سنة (1923)؛ إذ نصّ الفصل (306)، فقرة أولى، بعد تعديله بمقتضى أمر (15 سبتمبر 1923)، على أنّه: «يجوز للدَّائنين أن يطعنوا في حقّ أنفسهم، في العقود التي تمّمها مَدِينهم، بأنّه تمّمها لإضرارهم في حقوقهم؛ تغريرًا وتدليسًا، لكن بدون أن تقع مخالفة الأحكام المتعلقة بالحالة الشخصيّة، أو بالميراث».

ورغم أهميّة تنظيم الدَّعْوَى «البوليانيّة» في هذه المادّة(12)، إلاّ أنّ هذا التنظيم جاء مقتضَبًا ويعتريه بعض الغموض، وهو ما يُحتّم الاجتهاد في تفسير موقف المُشَرِّع، بالاستعانة بالمواد القانونيّة الأخرى المتعلّقة بالأموال(13)، وبالأحوال الشخصيّة(14)، وبالقطاع التجاري(15)،

7 انظر المادّة (237) من القانون المدني المصري، والمادة (272) من القانون المدني القطري، الواردة تحت عنوان: «دَعوى عدم نفاذ التَّصرُّف»؛ وانظر - بالنسبة للكيبك - الفصل (1631) وما بعده من المجلّة المَدَنيّة.

8 تجدر الإشارة إلى أنّ هناك من يكتُب «البلبانيّة» عِوَضا عن «البوليانيّة»، وقد فضّلنا استعمال مصطلح «البوليانيّة»، ولم نستعمل كلمة «البلبانيّة» إلاّ في حالة الاستشهادات.

9 تعود جذور التسمية من الناحية التاريخيّة إلى القانون الروماني، وتحديدًا: بداية من القرن السابق لظهور المسيح، وتتمثّل في الإجراء الذي يتّخذه القاضي في إطار الإجراءات الجماعيّة، بهدف إرجاع الأموال التي فوّت فيها المَدين حق الدائن؛ حتى يتمكّن الدَّائن من استرجاع حقّه. ويرى البعض أنّ تسمية هذه الدَّعْوَى تعود إلى الحاكم الروماني «بولص» أو «بول» الذي يعتبر أوّل من قرّرها. إلاّ أنّ البعض الآخر يرى أنّ أصل التسمية يعود إلى قاعدة بيزنطيّة جاءت تحديدا بعد مدوّنة «جستينيان»، وقد نسبت للفقيه الذي وضعها في المدوّنة ويسمّى «بول»، ثمّ استعملها فقهاء المدرسة الأولى للقانون الروماني، وسمّوها ب»البوليانيّة» أو «البولصيّة» نسبة لهذا الفقيه. انظر حول هذه المسألة:

J.-A. ANKUM, «De geschiedenis der « actio pauliana »» (L'histoire de l'action paulienne) avec un résumé en français, Zwolle, 1962, p. 390 ; P. F. GIRARD, Manuel élémentaire de droit romain, 8e éd. par F. SENN, Libr. Rousseau, Paris, 1929, p. 453 ; R. MONIER, Manuel de droit romain, Les obligations, 5e éd., Paris, 1954, n° 176 et 179, pp. 243 et 247 ; P. COLLINET, « L›origine byzantine du nom de la Paulienne (Après 533-VIIe siècle)», Nouvelle revue historique de droit français et étranger 1919, p. 208.

10 انظر: W. DROSS, « Effet des conventions à l'égard des tiers: Action paulienne », JurisClasseur civil, contrats et obligations, Fasc. 39, Art. 1167, n°1, p. 3.

11 انظر: R. LIBCHABER, note sous Cass. com., 14 nov. 2000, n° 97-12708: Defrénois 28 févr. 2001, p. 240.

12 تعود الجذور التاريخيّة لهذه المادّة إلى الفقرة الثانية، من المادّة (232)، من المشروع التَّمهيدي للمجلّة المَدَنيّة والتجارية التونسية، لسنة (1897)، وإلى المادّة (351) من اللائحة الابتدائية للمجلّة المَدَنيّة والتّجارية التونسية؛ فقد نصّت الفقرة الثانية، من المادّة (232)، من المشروع التَّمهيدي للمجلّة المَدَنيّة والتجارية التونسية على أنّه: «يُعتبر التحيّل موجودًا بمجرّد قيام المَدين بإنقاص ذمّته، إضرارًا بدائنيه، بما من شأنه أن يجعل المتبقّى غير كاف لخلاصهم بصفة تامّة». انظر:

Projet Préliminaire de Code Civil et Commercial Tunisien soumis à la Commission de Codification des Lois Tunisiennes, par David SANTILLANA, Imprimerie Générale, J. Picard et Cie, Tunis, 1897.

كما نصّت المادّة (351) من اللائحة الابتدائية للمجلّة المَدَنيّة والتجارية التونسية على أنّه: «يجوز للدَّائنين أن يُبطلوا كل تصرُّف، بالإحالة، أو التنازل، قام به المَدين إضرارًا بحقوقهم، عندما ينتج عن هذا التَّصرُّف إعسار المَدين أو تفاقمه». وقد استعمل واضعو هذه المادّة كلمة «révoquer» التي تُرجمت في عنوان القسم الثاني، الذي جاءت في إطاره المادّة (306) من ((م. إ. ع))، على أساس أنّها تعني الإبطال، ولذلك خيَّرنا عدم تغييرها في الترجمة، رغم أنّها ليست الكلمة المناسبة. انظر:

Travaux de la Commission de Codification des Lois Tunisiennes, fascicule I, Code Civil et Commercial Tunisien, avant-projet discuté et adopté, au rapport de David SANTILLANA, Imprimerie Générale, J. Picard et Cie, Tunis, 1899.

13 انظر: Charles GIJSBERS, «Les ressources de l'action paulienne en droit hypothécaire», Revue Defrénois, 30 septembre 2016, n° 18, pp. 935 et s.

14 انظر: Nathalie PETERKA, « L'action paulienne et le contexte familial exclusif de toute intention frauduleuse», 15 juin 2013, n° 6, pp. 4 et s.

15 انظر: Guilhem GIL, « L'action paulienne: un instrument de protection du cédant de parts sociales «, Bulletin Joly Sociétés, 2 janvier 2016, n° 1, pp. 38 et s.

وبالمَيْدان الجِبائي أو الضَّريبي (16) وبالإجراءات الجماعيّة (17)...

وقد شهدت دعوى عدم نفاذ التَّصرُّف تطوّرًا في مفهومها؛ إذ أنّها كانت في السابق تُستعمل لحماية الدَّائن من إعسار المَدِين (18)، لتُصبح بعد ذلك وسيلة يستطيع بمقتضاها الدَّائن، الذي له حقّ خاصّ على شيء معيّن، أو تأمين عيني، منع المَدِين من التَّصرُّف فيه، حماية لهذا الحق الخاصّ، بصرف النظر عن الإعسار أو عدمه (19).

كما شهد اللُّجوء إلى الدَّعْوَى «البوليانيّة» في النزاعات القضائيّة تطوّرًا ملحوظًا في السنوات الأخيرة، وهو تطوّر يعود لأهميّتها بالنسبة للدَّائنين، ولمميّزاتها التي دفعت البعض إلى تفضيلها عن الوسائل والدَّعاوَى الأخرى المُمكِنة (20).

وتختلف الدَّعْوَى «البوليانيّة» عن الدَّعْوَى المنحرفة أو الدَّعْوَى غير المباشرة، رغم أنّهما يشتركان في هدف منع المَدِين من الإضرار بالضَّمان العام (21)، ذلك أنّ الدَّعْوَى «البوليانيّة»، يقوم بها الدَّائن باسمه الخاصّ ولحسابه الشخصي (22)، على خلاف الدَّعْوَى غير المباشرة، التي تتميّز بطابعها الجماعيّ (23)، والتي يقوم بها الدَّائن باسم مَدِينه ولحسابه، كما أنّ الدَّعْوَى غير المباشرة، تعدُّ وسيلة وقائيّة، تهدف إلى التصدّي لسلوك سلبي من قبل المَدِين، لا يُشترط

16 انظر: Olivier ROUMELIAN, « Action paulienne: illustration en matière fiscale», Gaz. Pal., n°6, p. 9.

17 انظر: Jean-Pierre SORTAIS, «Procédures collectives et action paulienne», Petites affiches, 8 mars 2010, p. 15 ; Jean-Loup Courtier, «L'action paulienne dans les procédures collectives: particularités et nature «, Petites affiches, 3 mars 1995, n° 27, p. 9.

18 انظر: Cass. 1re civ., 5 déc. 1995, n° 94-12266, Bull. civ., I, n° 443 ; RTD civ., 1997, p. 940, obs. J. Mestre ; Cass. 1re civ., 5 juill. 2005, n° 02-18722, Bull. civ., I, n° 291.

19 يمكن للدَّائن – تبعًا لذلك – رفع الدَّعْوَى «البوليانيّة»، إذا تبيّن له أنّ التَّصرُّف الذي قام به المَدِين سيجعل تتبّعه أكثر صعوبة في المستقبل. انظر في هذا الصدد: Cass. 3e civ., 6 octobre 2004, AJDI, n° 6/05, p. 508, obs. F. Cohet-Cordey ; D., 2004, jur., p. 3098, note G. Kessler ; Gaz. Pal., 3 avril 2005, p. 12, note B. Roman ; D., 2004, p. 2583, JCP, 2004, éd. G., Act., p. 532. On peut lire dans cet arrêt que: «Les créanciers peuvent, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits ; l'action paulienne est recevable, même si le débiteur n'est pas insolvable, dès lors que l'acte frauduleux a eu pour effet de rendre impossible l'exercice du droit spécial dont disposait le créancier sur la chose aliénée». V. aussi Cass. com., 23 mai 2000, n° 96-18055, inédit, cité par Mathias LATINA, «Le régime de l'action paulienne», Revue des contrats, 1 septembre 2015, n° 112, p. 479 ; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit des obligations, 8e édition, D., 2002, spéc. n° 1174 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. Stoffel-MUNCK, Droit civil, les obligations, Defrénois, 2003, n° 1145.

20 انظر: B. ROMAN, «La nature juridique de l'action paulienne», Revue Defrénois, 30 avril 2005, n° 8, p. 655 ; Cass. com., 11 février 1986, RTD civ., 1986, p. 601, obs. J. Mestre ; Cass. com., 12 janvier 1988, Bull. civ., IV, n° 20 ; RTD civ., 1988, 545, obs. J. Mestre.

21 انظر: G. MARTY et P. REYNAUD, Droit civil, Les obligations, Le régime, T. 2, par Ph. JESTAZ, Sirey 1989, 2e éd., n° 166 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, Traité pratique de droit civil français, par P. ESMEIN, J. RADOUANT et G. GABOLDE, T. VII, LGDJ, 1954, n° 894 ; L.-V. GUILLOUARD, De l'action paulienne en droit romain et en droit français, Le Blanc-Hardel, 1868, p. 132-133.

22 انظر المادّة (306) من مجلّة الالتزامات والعقود التونسيّة.

Cl. COLOMBET, «De la règle que l'action paulienne n'est pas reçue contre les paiements», RTD civ., 1965, p. 5.

23 انظر:

F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, Précis, Dalloz, 9e éd., 2005, n° 1142, p. 1090.

فيه سوء النِّيَّة (24)، ويَتمثّل في امتناعه عن القيام بما يلزم لحفظ حقوقه (25)، بينما تهدف الدَّعْوَى «البوليانيّة» إلى علاج ما قام به المَدِين المدلِّس (26) من تصرُّف إيجابي أو سلبي (27).

كما تختلف الدَّعْوَى «البوليانيّة» عن الدَّعْوَى المباشرة (28) رغم وجود أوجه تشابه بينهما29، ومن بين أوجه الاختلاف أنّ الدَّعْوَى «البوليانيّة» تشترط تدليس المَدين، بمعنى سوء نيّته خلافًا للدَّعوى المباشرة، كما أنّ الدَّعْوَى المباشرة مقرَّرة لبعض الدَّائنين فقط بنص خاصّ، خلافًا للدعوى «البوليانيّة»، التي يمكن لجميع الدَّائنين القيام بها بصفة عامّة.

ورغم أنّ الدَّعْوَى «البوليانيّة» تتشابه مع الدَّعْوَى الصُّوريّة (30)، إلى درجة أنّه يجوز الحديث عن روابط طبيعيّة بينهما31، وذلك من حيث اشتراط سوء نيّة المَدِين (32)، ومن حيث الجزاء المتمثِّل في عدم الاحتجاج بالعقد السِّرّي تجاه الغير، إلاّ أنّ الاختلاف يبرز من خلال مفهومهما؛ حيث إنّ الصُّوريّة تستوجب وجود تصرُّفين (33)، بينما يكفي في الدَّعْوَى «البوليانيّة» وجود تصرُّف واحد يضرّ بالدَّائن.

وقد أثارت الدَّعْوَى «البوليانيّة» جدلًا يتعلّق بطبيعتها القانونيّة34، وتحديدًا فيما يتعلّق بإدراجها

24 يمكن أن يكون هذا السلوك السلبي متمثّلًا في مجرّد التأخير عن القيام بالفعل، انظر في هذا الاتجاه:
Cass .civ1 .re 28 ,mai ,2002 Bull .civ .I ,n ,145 °p.112 .

25 انظر:
Cass. civ. 1re, 5 avril 2005, D. 2005, p. 1176 ; Cass. civ. 1re, 28 mai 2002, Bull. civ. I, n° 145, p. 112 ; Cass. civ. 3e, 20 décembre 1994, Bull. civ., III, n° 225, p. 146.

26 انظر المادّة ((306)) من مجلّة الالتزامات والعقود التونسيّة ؛
Cass. civ. 1re, 17 décembre 1996, Bull. civ., I, n° 448, p. 314, D., 1998, somm., p. 116, obs. D. Mazeaud, RTD civ., 1997, p. 719, obs. J. Patarin et p. 941, obs. J. Mestre.

27 انظر: F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, op. cit., n° 1154, p. 1103.

28 يمكن تعريف الدَّعْوَى المباشرة بأنّها: الدَّعْوَى التي يرفعها الدَّائن باسمه الشَّخصي، ولحسابه الخاصّ، ضدّ مَدِين مَدِينه، للمطالبة بحقوق مَدِينه مباشرة دون ان يتعرض لمزاحمة باقي دائني هذا المَدِين، ويشترط القانون قبل رفع الدَّعْوَى قيام المَدِين بإعذار مَدِين مَدِينه، وهذه الدَّعْوَى المباشرة لا تُقرَّر إلا بنصٍّ؛ لأنّها دعوى استثنائية، ومن هذه الدَّعاوَى دعوى المؤجِّر ضد المستأجر من الباطن. انظر المادّة (623/2) من القانون المدني القطري.

29 يقوم الدَّائن في الدعويين برفع الدَّعْوَى باسمه الشَّخصي ولحسابه الخاصّ، والهدف منهما يتمثّل في حماية الدَّائن، وضمان استخلاص ماله الذي في ذمّة المَدِين.

30 يمكن تعريف الصُّوريّة بأنّها: «إظهار علاقة قانونية على غير حقيقتها وهي تتضمَّن وجود اتفاق خفي، يوازي الاتفاق الظاهر؛ ليُعدِم، أو يغيِّر، أو ينقُل آثاره». جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص. (137).
V. M. DAGOT, La simulation en droit privé, préf. P. HEBRAUD, Bibliothèque de droit privé, tome 73, L.G.D.J., 1967. ; A. BENABENT, Droit civil. Les obligations, Montchrestien, 7e éd., 1999, n° 288, p. 195 ; J. CARBONNIER, Droit civil. Les obligations, coll. Thémis, Droit privé, 22e éd., 2000, n° 84, p. 172 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, Les obligations, Tome 1, Armand Colin, 9e éd., 2000, p. 320.

31 انظر: J. MESTRE, obs. sous Cass., 2e civ., 14 déc. 1983, RTD civ., 1985, p. 369.

32 وقد أدّى اشتراط سوء نيّة المَدين في الدعويين إلى الخلط أحيانا بينهما، فقد جاء في قرار غير منشور صادر عن مجكمة التعقيب التونسيّة، عدد، (2009)، (38654) بتاريخ (24 يونيو 2010) ما يلي: «وحيث إن سوء النِّيَّة يتمثل في القيام بتهريب ممتلكات المَدين لتفويت فرصة الاستخلاص على الدَّائن وحرمانه من التوصل بحقوقه وذلك بالتَّفويت بها صوريا للغير لإخراجها من نطاق الذمة المالية للمَدِين».

33 انظر محمّد محفوظ، دروس في العقد، مركز النَّشر الجامعي، 2004، ص (112) ؛ محمد الزين، النظريّة العامّة للالتزامات -1 العقد، تونس، 1997، ص. (385) وما بعدها ؛ دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابه، 5004، ص.(11).

34 والحقِّيقة أنّ هذا الجدل يعود من الناحية التاريخيّة إلى القانون الروماني، الذي فسّر البعض نصوصه على أساس أنّها تعدّ الدَّعْوَى «البوليانيّة» دعوى شخصيّة، واستندوا في ذلك إلى الديجيست (Digeste, 42, 8, 1). بينما ذهب البعض الآخر إلى أنّ موقع الدَّعْوَى «البوليانيّة» بين دعويَيْن عينيَتَيْن يجعلها أيضًا من الدَّعاوَى العينيّة، وذهب جانب آخر من الفقه إلى أنّ هناك نوعين من الدَّعاوَى «البوليانيّة»، فقد تكون الدَّعْوَى «البوليانيّة» عينيّة إذا استندت إلى حق عيني كانتقال ملكيّة شيء ما، وقد تكون شخصيّة إذا تعلّقت بتصرُّف قانوني من شأنه الإضرار بمصلحة الدَّائنين انظر حول هذه المسألة:
J.-A. ANKUM, op. cit., p. 403 ; Brigitte ROMAN, article précité, loc. cit. ; C. ACCARIAS, Précis de droit romain, t. II, 3e éd., A. Cotillon et Cie, 1882, n° 849, pp. 1087 et s. ; J. ACHER, « Essai sur la nature de l'action paulienne », RTD civ., 1906, pp. 86 et s.

ضمن الدَّعاوَى الشَّخصيّة أو العينيّة (35)، فقد ذهب اتّجاه إلى عدِّها من الدَّعاوَى الشخصيّة؛ لأنّها تستند إلى مجرّد دَين عاديٍّ وتهدف إلى حمايته (36)، بينما ذهب اتّجاه آخر إلى عدِّها من الدَّعاوَى العينيّة (37)، ويرى البعض الآخر أنّه لا يمكن تصنيف الدَّعْوَى «البوليانيّة» ضمن خانة واضحة؛ لأنّها تهدف إلى عدم سحب آثار التَّصرُّف، الناقل للملكيّة عادةً، والذي قام به المَدِين تجاه الدَّائن (38)، ونتيجة لغموضها، فقد ذهب جانب من القضاء (39) والفقه (40) إلى جعلها من الدَّعاوَى المختلطة، رغم الانتقادات الموجّهة لهذا الرأي (41).

والذي نعتقده أنّ الدَّعْوَى «البوليانيّة» لا يمكن عدّها من الدَّعاوَى العينيّة؛ لأنّها لا تعطي الدَّائن أيّ حق عيني على الشيء (42).

ولم نجد في الكتب، التي اهتمت بالفقه الإسلاميّ، تنصيصًا صريحًا على الدَّعْوَى «البوليانيّة»، والأصل في هذا الفقه أنّ المَدِين يستطيع التَّصرُّف في أمواله وكل تصرُّفاته صحيحة، وتبعا لذلك، فلا يجوز للدَّائن أن يطعن في تصرُّف مَدِينه الضار به قبل أن يحجر عليه (43)، وهذا هو رأي الجمهور ومنهم الحنفية (44). لكن ورد في مذهب الإمام مالك أحقيَّة الدَّائنين في منع المَدِين من التَّصرُّف الذي ينقُص أموالهم، حتى لو كان دينهم مؤجَّلا، وذلك بالنسبة للتبرّعات؛ مثل الهبة، والصدقة، والوقف، والبيع الذي يحتوي على محاباة، والتي تكون صادرة من قبل المَدِين قبل الحجر عليه، مع اشتراط أن يكون المَدِين معسِرًا، وأن يكون على علم بوضعيّته، وأن يكون تصرُّف المَدِين ضارًّا بالدَّائن (45).

35 تنقسم الدعاوي – بحسب طبيعة الحقّ الذي تحميه – إلى دعاوي شخصية ودعاوي عينية؛ فالدَّعْوَى الشَّخصيّة هي التي تستند إلى حق شخصي، وتهدف لحماية الحقّ الشَّخصي لرافعها تجاه المَدين. أما الدعوى العينية فهي التي تستند إلى حق عيني كدعوى المِلكية ودعوى الرَّهن.. . ويكون هدفها حماية الحقّ العيني تجاه كلّ من يعتدي عليه أو ينازع فيه.

36 انظر:

Cass. 1re civ., 13 décembre 2005, pourvoi n° 03-15.455, Bull. civ., I, n° 485, p. 408 ; Cass. civ., 1re, 16 mars 1954, JCP, éd., G., 1955, II, 8618, note G. Flattet ; RTD civ. 1955, 354, obs. P. Hébraud ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, Traité de droit civil. Les effets du contrat, 3e éd., LGDJ, 2001, n° 820, pp. 877 et s. ; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, op. cit., spéc. n° 1061.

37 انظر: C.A. Amiens, 16 mars 1839, S. 1840, 2, 10, cité par Brigitte ROMAN, article précité, loc. cit.

38 انظر: B. ROMAN, article précité, n° 4.

39 انظر:

Cass., Req., 27 décembre 1843, S. 1844, 1, 122 ; C.A. Grenoble, 2 mars 1875, S., 1875, 2, 146 ; Cass. civ., 6 juillet 1925, D.P., 1926, 1, 25, note L. Crémieu.

40 انظر:

A. GROUBER, De l'action paulienne en droit civil français contemporain, Librairie de la société du recueil Sirey, 1913, p. 474.

41 انظر: L. Crémieu, D.P., 1926, 1, 25, note sous Cass. civ., 6 juillet 1925.

42 انظر: Brigitte ROMAN, article précité, loc. cit.

43 تنصّ المادّة (1002) من مجلّة الأحكام العدليّة، في هذا الصدد، على أنّ: «الحجر يؤثّر في كل ما يؤدّي إلى إبطال حق الغُرَماء كالهبة والصدقة، وبيع مال بأنقص من ثمن مثله، وبناءً عليه لا تعتبر تصرُّفات المديون المفلس وتبرّعاته وسائر عقوده المضرّة بحقوق الغُرَماء في حق أمواله الموجودة وقت الحجر ، ولكن تعتبر في حق أمواله التي اكتسبها بعد الحجر. ولو أقرَّ لآخر لا يعتبر إقراره في حق أمواله التي كانت موجودة في وقت الحجر، ويعتبر بعد زوال الحجر، ويبقى مديوناً بأدائها ذلك الوقت، وأيضًا ينفذ إقراره على أن يؤدي مما يكتسب بعد الحجر».

44 انظر حول هذا الموقف طلبة وهبة خطاب، أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون: دراسة مُقارَنةٌ، دار الفكر العربي للطباعة والنشر, 1983، ص.(97).

45 طلبة وهبة خطاب، المرجع السابق، ص. (97) ؛ عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار إحياء التراث العربي، الطبعة السابعة، بيروت، 1986، ص. (374) ؛ الوزير أبو المظفّر يحيى بن محمد بن هبيرة الشَّيباني، اختلاف الأئمة العلماء، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، الجزء الأول، ص. (422).

وقد نتج عن الاقتضاب في صياغة الفصل (306) من (م.إ.ع) وجود غموض في تحديد شروط مُمارَسة الدَّعْوَى «البوليانيّة»، الأمر الذي أسهم في تنوّع وتعدّد الاجتهادات الفقهيّة والقضائيّة إلى حدّ التناقض، وهو ما أدّى إلى بروز تحوّلات في شروط مُمارَسة الدَّعْوَى «البوليانيّة». فهل مكّنت هذه التحوّلات من تحقيق نجاعة الدَّعْوَى «البوليانيّة»؟

يُستنتَج – من خلال دراسة مختلف المواقف – وجود تحوّلات في تحديد شروط الدَّعْوَى «البوليانيّة»، مرتبطةً بتفسير غموض هذه الشروط، ويمكن تلخيصها في بروز نزعتين مختلفتين كليّا، أثّرتا بصفة متفاوتة في ضمان نجاعة الدَّعْوَى ككلّ؛ فمن جهة ظهر اتجاه يُضفي المرونة على بعض شروط مُمارَسة الدَّعْوَى «البوليانيّة» (المبحث الأوّل)، ومن جهة أخرى برز اتجاه آخر يتشدّد في بعض شروط ممارستها (المبحث الثاني).

المبحث الأوّل
إضفاء بعض المرونة على شروط مُمارَسة الدَّعْوَى «البوليانيّة»

شهد موقف القضاء تحوّلًا نحو إضفاء بعض المرونة على شروط مُمارَسة الدَّعْوَى «البوليانيّة»، ويمكن إدراك ذلك من خلال التَّوسُّع في تحديد الشخص الذي يجوز له رفعها (المطلب الأوّل) ومن خلال تحديد الدَّيْن الذي يجيز للدَّائن رفع دعواه (المطلب الثاني).

المطلب الأوّل
التَّوسُّع من حيث تحديد الدَّائن الذي يجوز له رفع الدَّعْوَى «البوليانيّة»

برز اتّجاه نحو إضفاء بعض المرونة على شروط مُمارَسة الدَّعْوَى «البوليانيّة»، وذلك من خلال التَّوسُّع في تحديد الدَّائن الذي يجوز له رفع الدَّعْوَى سواء في الإجراءات الفرديّة (46) (أ) أو الجماعيّة (47) (ب).

التَّوسُّع في تحديد الدَّائن الذي يجوز له رفع الدَّعْوَى في الإجراءات الفرديّة:

تنصّ المادّة (306) من (م. إ. ع)، على أنّه: «يجوز للدَّائنين أن يطعنوا في حقّ أنفسهم في العقود التي تمَّمَها مَدِينهم »؛ والسؤال الذي طُرح في النزاعات الأوليّة – التي ظهرت بشأن تطبيق هذه المادّة – كان يتعلّق بتحديد : من يحق له اللُّجوء للدعوى «البوليانيّة»؟ وهل تقتصر هذه الدَّعْوَى على الدَّائنين العاديّين، أم تشمل أيضًا الدَّائنين المفضّلين ؟

46 المقصود بالإجراءات الفردية: تلك التي تتمّ في المادة المَدَنِيَّة، بحرص من الدَّائن (ومن هنا جاء طابعها الفردي) بهدف ضمان استخلاص دَيْنه من مكاسب مَدِينه. انظر خليفة الخروبي، القانون العدلي الخاصّ طرق التنفيذ، الطبعة الثانية، مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2015، ص.(18) و(27).

47 يُقصد بالإجراءات الجماعيّة: الإجراءات التي تتمّ في المادة التجارية، والتي تَهدف إلى إنقاذ المؤسَّسات التي تمر بصعوبات اقتصادية، وهي تخص جميع دائني المؤسَّسة (ومن هنا جاء طابعها الجماعي) وتنطبق على جميع مكاسبها. انظر خليفة الخروبي، المرجع السابق، ص. (18) وما بعدها.

بدأت محكمة التعقيب التونسية بتطبيق المادّة (306)، على من تتوفّر فيه صفة الدَّائن العادي (48)، أي الدَّائن الذي لم يسعَ لحماية حقوقه باللُّجوء إلى إبرام تأمينات شخصيَّة أو عينيّة؛ فقد جاء في قرار صادر عن محكمة التعقيب بتاريخ (7 أبريل 1939) (49) أنَّ «الدَّعْوَى البُليانيَّة شُرِعت لفائدة الدَّائنين «عندما تكون ديونهم غير ممتازة، ويكون المَدِين الذي تعتبر عندئذ جميع مكاسبه ضمانًا لديونهم قد فوَّت عنهم آخر ما يكفل لهم الخلاص». وقد حاولت محكمة التعقيب التأكيد في عديد القرارات على أن من يستفيد من الدَّعْوَى «البوليانيّة» يجب أن تكون ديونه غير ممتازة (50)، أي الدَّائن الذي يخشى ضياع جميع مكاسب المَدِين التي تعدُّ ضمانًا لخلاص الدَّيْن (51).

وقد شهد موقف القضاء التونسي تحوّلًا، ذلك أنه قَبِل في قرارات أخرى طعن الدَّائن المُرتَهِن بالدَّعْوَى «البوليانيّة» في بيع المَدِين للعَقَار المرهون (52)، وقبلت محكمة التعقيب – أيضًا – قيام الدَّائن صاحب التَّأمين الشَّخصي، المتمثّل في كفالة، بمُمارَسة الدَّعْوَى «البوليانيّة» (53).

ونعتقد أنّه: لئن كانت الدَّعْوَى «البوليانيّة» تهدف بالأساس إلى حماية الدَّائن العادي، الذي لا تتوفّر لديه إمكانيّة تتبّع أموال مَدِينه لدى من انتقلت إليه، ولا يتمتّع بحق الأفضليّة على بقيّة الدَّائنين، فإنّ اشتراط محكمة التعقيب – في بعض قراراتها – صفة الدَّائن العادي للقيام بالدَّعْوَى، يُعدُّ تشدّدًا في غير محلّه، مادامت المادّة (306) من (م. إ. ع)، قد جاءت عامّة وغير مميِّزة بين الدَّائنين العاديّين وبقيّة الدَّائنين، والإشكال بالنسبة لجواز القيام على أساس الفصل (306) بالنسبة للدَّائنين المفضَّلين، لا يمكن أن يُطرح إذا كان التَّصرُّف غير متعلّق بالمال موضوع التَّأمين العيني، بما أنّهم يُعدّون دائنين عاديّين تجاه هذه الأموال، ولأنّ الأموال موضوع التأمين العيني قد لا تفي بخلاص كامل الدَّيْن. لكن الإشكال يطرح إذا تعلّق التَّصرُّف بالمال،موضوع التَّأمين العيني.

والرأي أنّه حتى لو كان الدَّائن ممتازًا، فإنّ مصلحته تقتضي – أحيانًا – القيام بالدَّعْوَى «البوليانيّة»؛ نظرًا لأنّ القانون لا يمنحه حق التَّتبّع إلاّ في حالات استثنائيّة (54)، وبالنسبة

48 جاء في قرار صادر عن محكمة التعقيب، عدد (19030)، (31 مايو 2012)، صادر عن الدّوائر المجتمعة، (غير منشور)، تعريف الدَّائنين العاديين بأنهم: « الذين لم يحصّنوا ديونهم برهن عَقَاري او بامتياز». انظر أيضًا حول تعريف الدَّائن العادي: حاتم الرواتبي، مرجع سابق، ص.(33).

49 (ت. م.)، عدد (3366)، مجلّة القضاء والتشريع، عدد(10-9)، 1960، ص. (169). وانظر أيضًا في الاتجاه نفسه (ت. م.)، (1 مارس 1949)، عدد (6357)، (م. ق. ت)، 1959، عدد (4)، ص.(256)، (م. ق.ت)،1960، عدد (2)، ص.(96). وقد استعملت محكمة التعقيب في هذا القرار – تقريبًا – حيثيّة قرار (1939) نفسها.

50 انظر قرار عدد (3371)، مُؤرّخ في 14 ديسمبر 2006، (ن.م .ت)، 2006، (ق.م)، ج (1)، ص. (67). وقد أكّدت محكمة التعقيب في هذا القرار على أنّه حتّى لو كان الدَّائن مرتهنًا لأصل تجاري، فإنّه يبقى مع ذلك دائنًا عاديًّا بالنسبة لبقيّة أملاك المَدِين. وقد جاء في هذا القرار أنّه: «يُستفاد من هذا النص أن الدَّعْوَى المذكورة شُرِعت لفائدة الدَّائنين، عند ما تكون ديونهم غير ممتازة، ويكون المَدِين الذي يعتبر جميع مكاسبه ضمانًا لديونهم، قد فوَّت عنهم آخر ما يكفل لهم الخلاص ».

51 انظر قرار عدد (25769)، (7 مايو 2009)، غير منشور.

52 قرار إستئنافي مدني، عدد (23512)، 25(أكتوبر)1995، (م.ق.ت)،1996، عدد (1)، ص.(110).

53 (ت. م.)، عدد (19030)، (31 مايو 2012)، صادر عن الدّوائر المجتمعة، (غير منشور)، مذكور سابقًا.

54 انظر حاتم الرواتبي، المرجع السابق، عدد (88)، ص. (132)، ولسعد الشريف، «حوليّة فقه قضاء الدَّعْوَى «البوليانيّة» (2011-1939)»، منشورات مدرسة الدكتوراه بكلية الحقّوق بصفاقس، حولية فقه القضاء التونسي، 2013، ص. (227).

للدَّائن المُرتَهِن، فإنّ من مصلحته الطعن بدعوى الفصل (306)، إذا كان ثمن بيع العَقَار قليلًا مُقارَنةً مع قيمته الحقيقيّة (55)، وهو ما يتماشى مع مفهوم الضَّمان العام،ولذلك فإنّه من الأسلم تطبيق المادّة على إطلاقها (56)، بحيث تشمل الدَّائن المُرتَهِن والدَّائن الممتاز (57).

كما أنّ الدَّعْوَى «البوليانيّة» تهدف إلى حماية الدَّائن من تدليس المَدِين، بما يعني أنّ الهدف عام، ويضمن القوّة الملزِمة لكلّ التزام مهما كان نوعه (58)، وبذلك فإنّ محاولة ربط وإلصاق الدَّعْوَى «البوليانيّة» بالضَّمان العام فقط لا يخلو من الانتقاد؛ إذ أنّ دورها وحجمها أكبر من أن يستوعبه مجال الضَّمان العام وحده، ويمكن على هذا الأساس تحريرها من هذا المجال، الذي ظلت حبيسة له لسنوات عديدة، واحتسابها – أيضًا – وسيلة من وسائل ضمان حُسْن (59) تنفيذ الالتزامات (60) في المستقبل بصفة عامّة (61)، عبر إكمال نظام العقوبات المنطبِق في حالة وجود تدليس من قبل المَدِين (62).

ويُعدُّ تطبيق الدَّعْوَى «البوليانيّة»، على الدَّائن المُرتَهِن والدَّائن الممتاز، متماشيًا مع موقف بعض القوانين الأخرى، مثل القانون المصري (63)، والقانون الفرنسي (64). وقد قبلت محكمة التعقيب الفرنسيّة بصفة صريحة قيام الدَّائن – صاحب الحقِّ الخاصّ – بالدَّعْوَى «البوليانيّة»، منذ القرار المُؤَرَّخ في (19 ديسمبر 1941) (65)، وأكدت ذلك في قرارات لاحقة (66).

55 انظر قرار استئنافي مدني، عدد (23512)، (25 أكتوبر 1995)، مجلّة القضاء والتشريع، 1996، عدد (1)، ص. (110) ؛ حاتم الرواتبي، الحماية القانونية للدّائن العادي، دار الميزان للنشر، 2008، ، ص.(132)، الهامش (283).

56 نصّت المادّة (533) من (م. إ. ع). على أنّه: «إذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها».

57 ومن بين الحجج التي تؤكّد هذا الموقف، أنّ المادّة (306) وردت في قسم عام عنوانه: «في قيام الدّائن بإبطال عقود غريمه، وبالحلول محله فيما له على الغير».

58 انظر:

L .SAUTONIE-LAGUIONIE» ,L'action paulienne :une troisième voie possible ,«? Revue des contrats ,2012 ,n 2 ,°p.694 .

59 تجدر الإشارة إلى أنّ القضاء يسّر من شروط مُمارَسة الدَّعْوَى «البوليانيّة»، وقَبِلَ قيام الدّائن بالدَّعْوَى في حالة وجود صعوبة أو مشقّة معتبرة في استخلاص الدَّيْن. انظر الجزء المتعلّق بشرط الإعسار في هذه الدراسة.

60 انظر لسعد الشريف، المرجع السابق، ص.(232). لكن تجدر الإشارة إلى أنّ هناك من الفقهاء من يعدّ تطبيق الدَّعْوَى «البوليانيّة» في حالة الدّائن – صاحب حق الرهن أو الامتياز – خارجًا في مثل هذه الحالات عن الوظيفة الطبيعيّة لهذه الدَّعْوَى، المتمثّلة في حماية الضّمان العام للدّائن. انظر:

J. VIDAL, Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, le principe « fraus omnia corrumpit », thèse Toulouse, Dalloz, 1956, p. 221 et s. ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, op. cit., n° 1154 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, -Droit civil, Les obligations, t. 2, Le régime, Sirey, 2e éd., 1989, n° 167 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, Traité de droit civil français, t. VII, Les obligations, 2e éd. par P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, LGDJ, 1954, n° 938.

61 تجدر الإشارة إلى أنّ الفصل (306) ورد في باب رابع، عنوانه: «في بعض وسائل يحصُل بها الوفاء بالعقود».

62 انظر:

Isabelle BEYNEIX, "Action paulienne et exécution forcée des avant-contrats non respectés par les promettants: une esquisse de solution ?", Gaz. du Pal., 2006, n° 208, p. 2.

63 انظر المادّة (237) من القانون المدني المصري التي تستعمل عبارة عامّة «لكلّ دائن» ؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار نهضة مصر، 2011، ص.(1311)، عدد(572).

64 كانت المادّة (7611) من القانون المدني الفرنسي، قبل تنقيح (01 فبراير 6102)، تشير إلى الدّائنين بصفة عامّة، وقد وردت قبل أكثر من (0001) مادة من المادّة (4822) التي عرّفت الضّمان العام للدّائنين، وحتى بعد تنقيح (6102)، فإنّ المادّة (1431-2) تستعمل كلمة الدّائن دون تمييز انظر في هذا الصدد: J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, Droit civil, Les obligations, vol. 3, Le rapport d'obligation, Sirey, 7e éd., 2011, n° 90.

65 انظر:

Cass. soc., 19 déc. 1941, DC, 1942, jur., p. 65 ; JCP, G., 1942, II, 1809, note E. Becqué.

66 انظر:

Cass. 1re civ., 18 juill., 1995, Defrénois, 1995, p. 1410, note P. Delebecque ; D., 1996, somm., p. 208, obs. S. Piedelièvre ; D., 1996, p. 391, note E. Agostini ; Cass., 3e civ., 22 janv. 1997, JCP, 1997, I, n° 4033, obs. P. Delebecque ; D., 1998, somm., p. 105, note S. Piedelièvre ; Cass., 3e civ., 12 oct. 2005, Bull. civ., 2005, III, n° 189 ; D., 2005, p. 2871, obs. X. Delpech.

أ. التَّوسُّع من خلال قبول رفع الدَّعْوَى من غير الدَّائن في الإجراءات الجماعيّة:

لا تطرح الدَّعْوَى «البوليانيّة» إشكالًا عندما يرفعها الدَّائن بشخصه، ضد التَّصرُّفات الضارّة الصادرة عن مَدِينه؛ إذ أنّ هذه الدَّعْوَى جُعِلت في الأصل للقيام بها في إطار الإجراءات الفرديّة، إلاّ أنّ السؤال تزايد في الفترة الأخيرة حول إمكانيّة رفع الدَّعْوَى «البوليانيّة» من الدَّائن أو من غيره، في إطار الإجراءات الجماعيّة، وتزداد أهميّة السؤال بالنظر إلى أنّه قد نُظِّمت بعض اليونيوب التي تخصّ الدَّائن في علاقته بالمَدِين في المجلّة التجاريّة، فهل الأحكام الواردة في هذه المجلّة تكفي لحماية الدَّائن بما يغنيه عن توسّل الدَّعْوَى «البوليانيّة»؟ أم أنّ الأحكام الخاصّة لا يمكن أن تعطِي حماية فعَّالة للدَّائن، وهو ما يجعل اللُّجوء للفصل (306) أمرًا لا مفرّ منه ؟

للإجابة عن هذا السؤال، لا بدّ من التمييز بين مرحلة التسوية القضائيّة ومرحلة الحكم بالتفليس.

بالنسبة لمرحلة التسوية القضائيّة: نصّ الفصل (446) من المجلّة التجاريّة – بعد تنقيحه بالقانون عدد (36) لسنة (2016)، المُؤَرَّخ في (29 أبريل 2016)، المتعلّق بالإجراءات الجماعية (67) – على الإبطال الوجوبي، بقوّة القانون، للأعمال الخطيرة لمسيِّر المؤسّسة، والتي من شأنها الإضرار بمصالح الدَّائنين (68)، ويشترط لإبطال (69) هذه الأعمال أن تكون سابقة لتعهُّد المحكمة، وتمّت من التاريخ الذي عيّنه رئيس المحكمة لتوقفه عن دفع ديونه وإلى حين اتخاذ قرار فتح التسوية، أي خلال ما يسمّى بفترة الرِّيبة. كما نصّ الفصل على الإبطال الاختياري نفسه، الخاضع للسلطة التقديريّة للقاضي، لبعض الأعمال التي يقوم بها المَدِين، والتي تكون أقلّ خطورة من الأعمال التي يشملها مجال الإبطال الوجوبي، بالنظر إلى أنّها تتعلّق بالإيفاء بديون حلّ أجلها، أو بالتَّصرُّفات بعِوَض، وهي تَشترط توفُّر سوء نيّة مُعاقِد المَدِين، بأن يكون عالمًا بتوقفه عن الدفع (70).

---

67 الرائد الرسمي للجمهوريّة التونسيّة، (10 مايو 2016)، عدد (38)، ص. (1724).

68 ينصّ هذا الفصل على ما يلي: «يجب الحكم بِبُطلان الأعمال الآتي ذكرها التي يتمّمها المَدِين، بداية من التاريخ الذي عيّنه رئيس المحكمة، لتوقفه عن دفع ديونه وهي: أوّلًا: التبرعات والتَّفويتات دون عِوَض، باستثناء الهدايا الزهيدة المعتادة. ثانيًا: كل وفاء بديون لم يحُلّ أجلها بأي وجه من الأوجه.
ثالثًا: كل أداء بعِوَض عيني من الملتزم به، أو كل وفاء بديون نقدية حلّ أجلها، بغير نقود، أو «كمبيالات»، أو سندات للأمر، أو «شيكات»، أو أذون بالتحويل، أو بطاقات بنكية، أو بأي وسيلة خلاص أخرى معتمدة عادةً في مجال نشاط المَدِين، مع مراعاة الحقُوق التي اكتسبها غير المتعاقدين عن حُسن نيّة.
رابعًا: توظيف رهن عَقَاري، وترتيب توثقة على مكاسب المَدِين؛ لضمان دين سابق عليه».

69 تجدر الإشارة إلى أنّ موقف القضاء بخصوص جزاء دعوى عدم نفاذ التَّصرُّف شهد تذبذبًا كبيرًا، إذ هناك من جعل الجزاء يتمثّل في البُطلان المطلق (قرار استئنافي مدني عدد (23512)، مُؤَرَّخ في (25 أكتوبر 1995)، مجلّة القضاء والتشريع، 1996، عدد (1)، ص. (110)، وهناك من جعل الجزاء هو البُطلان النسبي (ت. م.)، عدد (-2009 43831)، مُؤَرَّخ في (24 يناير 2011)، (غير منشور)، و(ت. م.)، عدد (35091-2009)، مُؤَرَّخ في (16 مارس 2010)، (غير منشور) ؛ (ت. م.)، عدد (21075)، مُؤَرَّخ في 08(نوفمبر 2008)، مجلّة القضاء والتشريع، 2008، عدد(3)، ص. (151)، وهناك من ذهب إلى تطبيق جزاء الفسخ (ت. م.)، عدد (19779)، (مُؤَرَّخ في 03 أكتوبر 1990)، نشرية محكمة التعقيب، 1990، ص. (193). ورغم أن الخوض في هذا الجدل قد يخرج عن نطاق المقال، إلاّ أننا نعتقد أن جزاء الدَّعْوَى «البوليانيّة» يتمثّل في عدم نفاذ التَّصرُّف، وقد أكّدت محكمة التعقيب على هذا الجزاء في بعض قراراتها، (ت. م.)، عدد (77252)، مُؤَرَّخ في (19 فبراير 2013) (غير منشور)؛ (ت. م.)، عدد (69983)، مُؤَرَّخ في (22 مايو 2012)، (غير منشور) كما أن جانبا من الفقه يؤكد هذا الرأي: حاتم الرّوابحي، المرجع السابق، ص. (190)؛ علي كحلون، النظريّة العامّة للالتزامات أحكام الالتزام، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2009، ص. (82) ؛ المرجع السابق، صلاح الدِّين الملولي، تعليق على قرار استئنافي مدني عدد (773)، مُؤَرَّخ في (30 يناير 1986)، صادر عن محكمة الاستئناف بالمنستير، (م.ق.ت) ، 1987، عدد (8)، ص. (56) ؛ لسعد الشريف، المرجع السابق، ص.(266) وما بعدها.

70 تنصّ الفقرة السادسة من الفصل(446) من المجلّة التجاريّة: «ويمكن للمحكمة إبطال كل دفع آخر، يقوم به المَدِين إيفاءً بديون حلّ أجلها، وكل عمل بعِوَض يصدر عنه على غير النحو المتقدم، بعد التوقُّف عن دفع ديونه، إذا كان الأشخاص الذين قبضوا الدَّيْن أو عاقَدُوه عالمين بتوقفه عن دفع ديونه».

ويُستخلص من الفصل (446) أنّه – بصرف النظر عن نوع البُطلان وطبيعته – يمكن للدَّائن، أو من يمثّله، حماية حقوقه، بتفعيل الجزاء المنصوص عليه ضدّ كلّ تصرُّف يقوم به المَدِين، خلال فترة الرِّيبة، بما من شأنه استبعاد لجوئه لأحكام الدَّعْوَى «البوليانيّة»، إعمالاً لقاعدة الخاصّ يقيّد العام (71). لكنّ هذه الحماية تبدو قاصرة؛ لعدّة أسباب، منها:

أوّلا: يعدُّ اللُّجوء للفصل (446) قاصرًا عن تحقيق حماية فعَّالة للدَّائن؛ لأنّ القيام بالدَّعْوَى يسقُط بمضيّ سنتين من تاريخ صدور حكم التسوية (72)، وهذا يعني أنّه في حالة سقوط حق القيام بدعوى الإبطال، فإنّ الدَّائن قد يجد نفسه أمام حتميّة اللُّجوء لدعوى الفصل (306) من مجلّة الالتزامات والعقود، التي لا تسقط إلاّ بمرور (15) سنة؛ تطبيقًا للفصل (402) من المجلّة نفسها (73).

ويرى السيّد «منصف الكشو» (74) أنّ أجل (15) سنة يعدُّ طويلًا، ويشكّل تهديدًا لاستقرار المعامَلات، لذلك فهو يقترح اعتماد أجل (3) سنوات لسقوط حق القيام بالدَّعْوَى «البوليانيّة»، ويبدو هذا الرأي وجيهًا؛ لأنّه يهدف إلى حماية حقوق الغير، حسن النِّيَّة، لكنَّ الموقف يبقى قابلًا للنقاش؛ لأنّ استعمال المُشَرِّع لكلمتي «التدليس» و«الإضرار»، وإن كان قد يُفهم منه الإشارة إلى المادّة الجزائيّة (75)، إلاّ أنّه لا يعني تطبيق الآجال الخاصّة بهذه المادّة، فكما أنّ المُشَرِّع استعمل كلمة التَّغْرير في الفصل (306)، من (م. إ. ع).، ورغم ذلك لا يمكن تطبيق الآجال المنصوص عليها في مادّة عيوب الرضاء المبيّنة في الفصل (330)، فإنّه لا يمكن – حسب اجتهادنا – أيضًا تطبيق الآجال الخاصّة بالمادّة الجزائيّة (76)، وإذا كان التفكير في أجل قصير يشير إلى ضرورة حماية الغير، حسن النِّيَّة، فإنّ الدَّائن – هو أيضًا – في حاجة إلى حماية مصالحه، وقد يكون من الأفضل منحه أجلًا أطول، حتى إذا ما فات أجل القيام بدعوى الإبطال في إطار الإجراءات الجماعيّة بقيت له إمكانيّة توسّل أحكام الفصل (306) من (م. إ. ع). لكنَّ هذا لا يمنع من اقتراح إنشاء تقادُم خاصّ بالدَّعْوَى «البوليانيّة»، يكون في حدود (5) سنوات من تاريخ علم الدَّائن بتصرُّف المَدِين، وفي أقصى الحالات يطبَّق الأجل

71 ينصّ الفصل (534) من مجلّة الالتزامات والعقود، على أنّه: «إذا خَصّ القانون صورة معيّنة بقي إطلاقه في جميع الصُّور الأخرى».
72 تنصّ الفقرة الأخيرة من الفصل (446) من المجلّة: «ويجب القيام بالدَّعاوَى المذكورة خلال العامين المواليين لحكم التسوية، وإلا سقطت بمضي الزمن».
73 ينصّ هذا الفصل على أنّ: «كل دعوى ناشئة عن تعمير الذمة لا تُسمع بعد مضي خمس عشرة سنة، عدا ما استُثني بعد، وما قرره القانون في صور مخصوصة».
74 منصف الكشو، التنفيذ في المادّة المَدَنِيَّة والتِّجارية، مجمع الأطرش، 2018، ص. (286 و287) ؛ وانظر أيضًا مقاله: «الدَّعْوَى «البوليانيّة» في الإجراءات الجماعية»، دراسات في القانون التجاري، جمعية الحقّوقيين بصفاقس، 2015، ص. (214). تجدر الإشارة إلى أنّ السيّد منصف الكشو قد أورد اقتراحه في مؤلَّفه «التنفيذ في المادة المَدَنِيَّة والتجارية» في قالب تساؤل، انظر مؤلَّفه ص. (287).
75 تجدر الإشارة إلى أن المُشَرِّع استعمل كلمة التدليس في عديد الفصول في (م. إ. ع)، انظر: الفصول: (208، 213، 214، 278، 287، 306، 310، 331، 336، 338، 356، 378، 438، 444، 478، 481، 506...)، وهو ما يؤكّد أنّ المصطلح، وإن كان يشير إلى الجانب الجزائي، إلاّ أنّ له انعكاسًا على الجانب المدني أيضًا. كما أنّ المُشَرِّع استعمل أيضًا كلمة «الإضرار» في بعض الفصول الأخرى من (م. إ. ع).، مثل الفصلين (103 و155)، وهو مصطلح قد يُفهم منه القصد الجنائي أو القصد المدني، لأنّه حتى في المادّة المَدَنِيَّة تُقسَّم الأعمال إلى قصديّة وغير قصديّة. انظر محمد سليمان الأحمد، النظريّة العامّة للقصد المدني (القصد المدني قبل التعريف - دراسة تحليلية تركيبية مُقارَنَة)، منشورات الحلبي الحقّوقيّة، 2008، ص. (1) وما يليها.
76 يرى «منصف الكشو» إمكانيّة تطبيق للفصلين: (288) من المجلّة الجزائيّة، و(8) من مجلّة الإجراءات الجزائيّة، بقراءة مزدوجة، وكذلك الفصل (290)، للوصول إلى أجل الثلاث سنوات. انظر منصف الكشو، المرجع السابق، ص. (214).

العام أي (15) سنة، وهو ما يضمن الحماية للدَّائن (77) دون الإضرار بمتطلبات استقرار المعاملات (78).

ثانيًا: يحدّد الفصل (446) من المجلّة التجاريّة، حالات اللُّجوء للبُطلان الوجوبي، وهو ما يعني عدم إمكانيّة الإبطال خارج تلك الحالات، التي يبدو واضحًا أنّ المُشَرِّع قد ذكرها على سبيل الحصر (79)، ومن بين التَّصرُّفات التي لا يُمكن أن يشملها الإبطال: الهدايا الزهيدة المعتادة، توظيف رهن عَقَاري وترتيب توثقة على مكاسب المَدِين لضمان دين جديد وبصفة عامّة كلّ عمل بعِوَض مع أشخاصّ غير عالمين بتوقف المَدِين عن الدفع، أي حسني النِّيَّة.

ثالثًا: لا يمكن اللُّجوء إلى جزاء البُطلان المنصوص عليه في الفصل (446) إلاّ خلال فترة الرِّيبة، وهو ما يُقصي التَّصرُّفات التي قام بها المَدِين قبل هذه الفترة، أي التَّصرُّفات التي تسبق التاريخ المحدَّد من قبل القاضي لتوقّفه عن الدفع، وبما أنّ تحديد تاريخ توقّف المَدِين عن الدفع يخضع لاجتهاد القاضي (80)، فإنّ بعض التَّصرُّفات قد تكون أُبرِمت قبل هذا التاريخ وتكون ضارّة بدائنيه، لكن لا يشملها نطاق الفصل (446) من المجلّة التجاريّة، ويمكن تصوّر إبرام المَدِين لبعض التَّصرُّفات بأثر رجعي؛ تفضيلاً منه لبعض الدَّائنين على حساب البعض الآخر، دون إمكانيّة إثبات إبرامها خلال فترة الرِّيبة.

كما أنّه لا يمكن تفعيل الفصل (446)، بالنسبة للتصرُّفات المُبرَمة بعد فترة الرِّيبة.

وقد تدارك المُشَرِّع هذا النقص في الفصل (455) من المجلّة نفسها، عندما نصّ على بُطلان (81) أعمال التَّفويت في الأصول الثابتة المسجَّلة في موازنة المؤسَّسة، وكذلك الرهون المُبرَمة خلال الفترة التي يستغرقها تنفيذ برنامج مواصلة النشاط (82)، ما لم تكن قد تمّت بإذن من المحكمة، كما نصّ الفصل نفسه، في فقرته الرابعة على إمكانيّة تحجير

77 تقتضي حماية الدَّائن ربط آجال انقضاء الدَّعْوَى «البوليانيّة» بالآجال المنصوص عليها في المادّة الجزائية، إذا كان سببها يعود إلى وجود جريمة، وقد نصّ الفصل (8) من مجلّة الإجراءات الجزائية التونسيّة ،على أنّه: « تسقط الدَّعْوَى المَدَنِيَّة بنفس الشروط والآجال المقررة للدَّعوى العمومية، الناتجة عن الجريمة التي تولّد عنها الضَّرَر. وتخضع الدَّعْوَى المَدَنِيَّة فيما عدا ذلك لقواعد القانون المَدَني»، وقد نصّ المُشَرِّع القطري على هذا الربط بين الآجال في إطار المادّة (219) من القانون المدني؛ إذ نصّت الفقرة (2) من هذه المادّة، «على أنه إذا كانت دعوى المسئولية عن العمل غير المشروع ناشئة عن جريمة، فإنها لا تسقط ما بقيت الدَّعْوَى الجنائيّة قائمة، ولو كانت المواعيد المنصوص عليها في البند السابق قد انقضت». على أنه يجب توضيح أنّ هذه المادّة جاءت في إطار: « تعويض الضَّرَر عن العمل غير المشروع»، (د- من الفصل الثالث من القانون المدني) في حين أن الدَّعْوَى «البوليانيّة» ليست بدعوى تعويض.

78 ويقترب هذا المُقترَح ممّا نصّت عليه المادّة (243)، من القانون المدني المصري، من أنّه: «تسقط بالتَّقادُم دعوى عدم نفاذ التَّصرُّف، بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدَّائن بسبب عدم نفاذ التَّصرُّف، وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التَّصرُّف المطعون فيه».

79 بالنسبة للبُطلان الوجوبي استعمل المُشَرِّع في الفصل (446) عبارات مثل: «الأعمال الآتي ذكرها»، «وهي»، «أوّلاً»، و«ثانيًا»، و«ثالثًا» و«رابعًا». أمّا بالنسبة للبُطلان الاختياري، فإنّه وإن كان مجالها يبدو أوسع مُقارَنةً بحالات البُطلان الوجوبي، كما تدلّ عليه عبارات مثل: «ويمكن للمحكمة إبطال كل دفع آخر يقوم به المَدين»، «وكل عمل بعِوَض يصدر عنه على غير النحو المتقدم»، إلاّ أنّ المُشَرِّع قيّد ذلك كلّه بضرورة أن تكون التَّصرُّفات قد تمّت بعد التوقّف عن الدفع، وعلم مُعاقِد المَدين بتوقفه عن الدفع.

80 ينصّ الفصل (439) من المجلّة التجاريّة في فقرته الثانية، والثالثة، على أنه : «على رئيس المحكمة أن يحدّد تاريخ التوقُّف عن الدفع، الذي لا يمكن أن يتجاوز الثمانية عشر شهرًا السابقة لتاريخ إيداع مطلب التسوية القضائية، بناءً على المُعطيات المضمّنة بتقرير المتصرِّف القضائي، المنصوص عليه بالفصل (442) من هذه المجلّة، وفي حالة السكوت عن التاريخ يُعتمد تاريخ إيداع المطلب، وفي صورة افتتاح إجراءات التسوية القضائية دون تقديم مطلب في ذلك، يُعتمد تاريخ الإذن بفتح إجراءات التسوية القضائية، كتاريخ للتوقف عن الدفع». ويراجَع – بالنسبة لتحديد تاريخ التوقف عن الدفع في حالة التفليس – الفصل (484) من المجلّة نفسها.

81 نصّ الفصل (455)، في فِقْرته قبل الأخيرة، على أنّه: «يُعدّ كل تفويت تم خلافًا للمنع باطلاً ».

82 يُفترض هذا بداهةً عند عدم قضاء المحكمة بتفليس المَدين، طبقًا للفصل (454)، والفصل (475) وما بعده من المجلّة التجاريّة؛ لأنّه لو تمّ ذلك لترتّب عنه رفع يد المَدين عن إدارة جميع مكاسبه، والتَّصرُّف فيها، ومباشرة أمين «الفلسة» لجميع ما للمَدين من الحقّوق والدَّعاوَى المتعلّقة بكسبه، طبقا للفصل (486) من نفس المجلّة.

المحكمة على المَدِين التَّفويت في أصول أخرى، ما لم يتحصّل على إذن منها (83).

لكن حتى مع التنصيص على بُطلان التَّصرُّفات التي تكون مخالفة للفصل (455)، فإنّ ذلك لا يحقّق حماية فعَّالة للدَّائن؛ لأنّ مجال البُطلان لا يشمل إلاّ الأعمال المذكورة حصرًا، وحتى تحجير التَّفويت على المَدِين بالنسبة للأصول الأخرى، يخضع للسلطة التَّقديريّة للمحكمة، التي يمكن أن لا ترى فائدة فيه، رغم أنّه قد يُضرّ بالدَّائنين. ولرفع دعوى البُطلان يتعيّن التفطّن للتصرُّفات المخالفة، والاقتناع بجدوى الدَّعْوَى، كما أنّ حق رفع الدَّعْوَى يسقط خلال أجل قصيرٍ نسبيًّا وهو: «ثلاثة أعوام من إتمام عملية التَّفويت أو من تاريخ ترسيمها عند الاقتضاء» (84). ولكلّ هذه الأسباب فإنّ لجوء الدَّائن للدعوى «البوليانيّة» يبقى من الحلول الممكنة لحماية حقوقه.

رابعا: حتى خلال فترة الرِّيبة التي نصّ المُشَرِّع على إمكانيّة إبطال التَّصرُّفات التي قام بها المَدِين فإنّ السؤال يطرح حول إمكانيّة قيام الدَّائن منفردا بالدَّعْوَى «البوليانيّة»، رغم وجود نظام البُطلان. وتزداد أهميّة السؤال، بالنظر إلى أنّ الإبطال الاختياري يخضع للسلطة التقديريّة للقاضي، وهو ما يعني إمكانيّة عدم اللُّجوء لهذا الجزاء أحيانًا، رغم الضَّرَر الذي قد يكون لحق بالدَّائنين.

خامسًا: ينصّ الفصل (445) من المجلّة التجاريّة، على وجوب ترسيم الدَّائنين لديونهم السابقة لفتح إجراءات التسوية القضائية، خلال مدّة محدَّدة لا يمكن أن تتجاوز في كل الحالات السنة، ويمكن في هذا المجال التساؤل عن حق الدَّائن الذي لم يرسّم دينه، في طلب إبطال التَّصرُّفات التي يبرمها المَدِين طبقا للفصل (444) من المجلّة. في الواقع لا شيء يمنع الدَّائن الذي لم يرسّم دينه من طلب إبطال تصرُّف مَدِينه الضّارّ، لأنّ البُطلان مطلق ولأنّ الفصل (445) ينصّ فقط على حرمان الدَّائن الذي لا يبادر بترسيم دينه من المشاركة في توزيع الأموال، في إطار تنفيذ برنامج الإنقاذ. وبالرغم من أنّه يجوز التساؤل عن جدوى إبطال الدَّائن الذي لم يُرسِّم دينه لالتزام المَدِين في هذه الحالة، بما أنّ المستفيد المباشر في هذه الحالة هم الدَّائنون الذين قاموا بترسيم ديونهم، إلاّ أنّه من الناحية النظريّة قد يُسهِم إبطال بعض التَّصرُّفات في عمليّة إنقاذ المؤسَّسة، بما من شأنه الحفاظ على حق الدَّائن الذي لم يرسّم أيضًا.

وبالنظر إلى جميع الأسباب السابقة فإنّ الدَّائن قد يجد نفسه – أحيانًا – مضطرّا إلى الرجوع إلى أحكام الدَّعْوَى «البوليانيّة»، والإشكال الذي يمكن أن يُطرَح في هذه الحالة يتعلّق بمعرفة الطَّرَف الذي يمكن له رفع الدَّعْوَى. وإذا كانت المسألة لا تَطرح إشكالاً في حالة رفع

83 يُفترض في هذه الحالة: عدم اتخاذ المحكمة قرارًا يمنع المَدِين من إدارة مكاسبه أو التَّصرُّف فيها مطلقًا.
84 الفقرة قبل الأخيرة من الفصل (455) من المجلّة التجارية.

الدَّعْوَى من قِبَل أحد الدَّائنين بصفة فرديّة (85)، فإنّ الأمر يختلف إذا ما قرّر المتصرَّف القضائي (86)، أو مراقب التنفيذ (87)، أو ممثّل الدَّائنين (88)، القيام بذلك.

ويعود السبب في ذلك إلى أنّ الدَّعْوَى «البوليانيّة» تعدُّ في الأصل من الدَّعاوَى الفرديّة، التي تمارس في ظلّ الإجراءات الفرديّة، في حين أنّه قد يُفهم من ممارستها في ظلّ الإجراءات الجماعيّة أنّها تتحوّل في هذه الحالة إلى دعوى جماعيّة (89). وتحوّل الدَّعْوَى «البوليانيّة» إلى دعوى جماعيّة يمكن ملاحظته أيضًا بعد صدور الحكم بالتَّفليس.

وبالنسبة لمرحلة الحكم بالتفليس: فقد نصّ الفصل (486) من المجلّة التجاريّة، على رفع يد المَدِين عن إدارة جميع مكاسبه والتَّصرُّف فيها، وينتقل حقُّ مباشرة الحقوق والدَّعاوَى إلى أمين «الفلسة»، باستثناء الحق في طلب اتخاذ الإجراءات التحفُّظيّة، أو التداخل في الدَّعاوَى التي يتابعها الأمين (90).

ويترتّب على هذا الفصل: أنّ أمين «الفلسة» بإمكانه رفع الدَّعاوَى الهادفة إلى حماية الدَّائنين، ومنها: دعاوى البُطلان الوجوبي، والاختياري، التي أكّد عليها المُشَرِّع في الفصلين

85 ليس هناك ما يمنع الدَّائن من حق المطالبة بإبطال تصرُّفات المَدِين الضارّة، بصفة فرديّة، بما أنّ البُطلان الوجوبي أو الاختياري، المنصوص عليه في الفصل (446) من المجلّة التجاريّة، يُعدُّ بُطلانا مطلقًا؛ لأنّ القانون قد حكم بالبُطلان في هذه الصُّورة المعيّنة، تطبيقًا للفصل (325) من (م. إ. ع).

86 بالرَّغم من أنّ المهمّة الأساسيّة للمتصرُّف القضائي تتمثّل في مراقبة أعمال التَّصرُّف أو مساعدة المَدِين في هذه الأعمال، إلّا أنّه بإمكان رئيس المحكمة، حسب الفصل (443) من المجلّة التجاريّة، بصفة استثنائيّة وبموجب قرار معلّل، أن يكلّفه «بإدارة المؤسّسة كليًّا أو جزئيًّا بمساعدة المَدِين أو دونها». ويُفهم من هذا الفصل: أنّ من صلاحيات المتصرّف القضائي رفع دعوى الإبطال الاختياري. كما أنّ الفصل (451) من المجلّة نفسها، أعطى له صلاحية طلب إنهاء العمل بالعقود التي تربط المؤسّسة بالغير.

87 تجدر الإشارة إلى أنّ المُشَرِّع أعطى لمراقب التنفيذ إمكانيّة التقاضي لطلب إبطال برنامج الإنقاذ في الفصل (458) من المجلّة التجاريّة. وبخصوص إمكانيّة التقاضي بصفة عامة، انظر – أيضًا – الفصل (470) من المجلّةنفسها، وبالنسبة للقضاء الفرنسي فقد قَبِل رفع مراقب التنفيذ الدَّعْوَى «البوليانيّة». انظر:

Cass .com 13 ,.novembre ,2001 Mariani ès qual .c /Sté A.C.M .Entreprises et autre ,Bull .civ ,.IV ,n ,178 °p170 .
;D ,2001 ,.p ,3617 .obs .A .Lienhard ; J.C.P ,.éd .E ,2002 ,.n ,726 °p ,765 .note G .Blanc ; RTD civ ,2002 ,.p.
,102obs .J .Mestre et B .Fages ; RTD com ,2002 ,.p ,151 .obs .C .Saint-Alary-Houin ; Cass .com 12 ,.juillet,1994
Bull .civ ,.IV ,n ,265 °D ,1995 ,.somm ,.p ,1 .obs .F .Derrida ; Cass .com 23 ,.novembre ,1999 RTD com ,2001 ,.p.
,217obs .C .Saint-Alary-Houin ; Cass .com 29 ,.février ,2000 RTD com ,2000 ,.p ,447 .obs .C .Saint-Alary-Houin.

وبالنسبة للفقه الفرنسي، فإنّه منقسم بين من يُساند هذا التوجّه، ومن يرفضه. انظر بالنسبة لمن يساند:

C. Saint-Alary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, Montchrestien, 4e éd., 2001, n° 841-1.

وبالنسبة لمن يرفض هذا التوجّه يُراجَع: P.-M. LE CORRE, Pratique du droit des procédures collectives, éd. Dalloz, 2001, n° 377, p. 289.

88 ينصّ الفصل (444) من المجلّة التجارية، على إمكانيّة تجمُّع الدَّائنين «في أصناف مختلفة بحسب مصالحهم، ولكل صِنف من الدَّائنين تعيين ممثّل عنهم، يرفع ملاحظاتهم إلى القاضي المراقِب»، وعلى افتراض أنّ القاضي المراقِب لا يأخذ بملاحظاتهم، فإنّ ذلك لا يمنع ممثّل الدائنين من رفع الدَّعْوَى باسم جميع الدَّائنين؛ لتوفُّر معيار المصلحة، وتجدر الإشارة إلى أنّ الفصل (488) من المجلّة التجاريّة الذي ينصّ على أنّه: «يعطّل حكم التفليس على الدَّائنين إجراءات التنفيذ الفردية»، لا ينطبق إلاّ في حالة صدور حكم التفليس، وبالتالي فهو لا ينطبق بداهةً على مرحلة التسوية القضائيّة، بالإضافة إلى أنّ الدَّعْوَى «البوليانيّة» تندرج ضمن الإجراءات التحفظيّة، وليست التنفيذيّة بالمعنى الضيّق. انظر:

Ph. MALAURIE et L. AYNES, Droit civil, Les obligations, CUJAS, 1993, n° 1033, p. 585.

لكن انظر موقف مخالف للقانون الفرنسي:

Cass.com., 16 mars 1993, Bull.civ., IV, n° 106, D., 1993- I-583, note F. Derrida: « La Cour précise que le représentant des créanciers qui ne peut avoir plus de droit, que les créanciers eux-mêmes, ne pouvait prétendre exercer l'action paulienne en leur lieu et place ».

وانظر في نفس اتجاه موقف القضاء الفرنسي نزار خريفش، الدَّعْوَى البليانية، مذكـرة لنيل شهـادة الماجستير في القـانون الخاصّ، جامعة صفاقس، كلية الحقوق بصفاقس، 2013-2012، ص. (18).

89 يذهب السيد منصف الكشو إلى القول بأنّ الدَّعْوَى «البوليانيّة» تحافظ على صبغتها الفردية، حتى وإن انطلقت الإجراءات الجماعيّة في حق المَدِين. انظر منصف الكشو، التنفيذ في المادّة المَدَنِيَّة والتّجارية، المرجع السابق، ص.(322).

90 نصّ هذا الفصل على ما يلي: «يترتّب قانونًا على الحكم بالتفليس – من تاريخ صدوره وإلى حين الحكم بختم «الفلسة» – رفع يد المَدِين عن إدارة جميع مكاسبه، والتَّصرُّف فيها، بما في ذلك المكاسب التي يكتسبها بأي وجه من الوجوه. ويباشر أمين «الفلسة» جميع ما للمَدِين من الحقّوق، والدَّعاوَى المتعلّقة بكسبه. على أنه يجوز للمَدِين أن يباشر كافة الإجراءات التحفُّظية لصيانة حقوقه، وأن يتداخل في القضايا التي يتابعها الأمين».

(494)، (91) و(495) (92) من المجلّة، والتي تعدُّ تَكرارًا حرفيّا لما سبق التنصيص عليه، بالنسبة لإمكانيّة إبطال تصرُّفات المَدِين في مرحلة التسوية القضائيّة.

وبالرغم من أنّ إشكاليّة إبطال التَّصرُّفات التي أُبرِمت بعد فترة الرِّيبة لا تُطرَح في هذه المرحلة، نظرًا لأنّ المَدِين ترفع يداه عن إدارة جميع مكاسبه والتَّصرُّف فيها، فإنّ جميع النقائص المتعلِّقة بمُمارَسة دعوى البُطلان، التي تعرّضنا لها في مرحلة التسوية القضائيّة، تُطرح بعد صدور الحكم بالتفليس.

ومن بين هذه النقائص: ما نصّ عليه الفصل (497) من سقوط حق القيام بدعاوَى البُطلان بمُضيّ عامين من تاريخ صدور الحكم بالتفليس، وبما أن مدّة وكالة أمين «الفلسة» قد تمتدّ إلى (3) سنوات في حالة تجديدها (93)، فإنّ إمكانيّة لجوء الأمين للفصل (306) من (م. إ. ع). تصبح واردة في حالة سقوط حقّ القيام بدعوى البُطلان التي حدّدها المُشَرِّع بسنتين. ويبيّن لجوء أمين «الفلسة» للدعوى «البوليانيّة» قصور القانون التّجاري – بوصفه قانونًا خاصًّا – عن توفير الحماية الكاملة للدَّائنين، والحاجة في كلّ مرّة للرجوع إلى القواعد العامّة، المتمثّلة في مجلّة الالتزامات والعقود، التي تعدُّ ملاذًا يحمي الأطراف عند الاقتضاء.

وقد قضت محكمة التعقيب – بالفعل – بإمكانيّة قيام أمين «الفلسة» برفع الدَّعْوَى «البوليانيّة» في قرار مؤرخ في (28 مايو 2009) (94)، وقد جاء في هذا القرار أنّه: «يحق لأمين «الفلسة» – في نطاق الصلاحيات المخولة له لتمثيل جماعة الدَّائنين – أن يقوم في حقِّهم بالطعن في إحالة الحصص التي تممتها المفلسة على معنى الفصل (306) من (م.إ.ع)، وإن القول بقَصْر الدَّعْوَى «البوليانيّة» على الدَّائن ومنعها عن أمين «الفلسة» في حق جماعة الدَّائنين فيه إلغاء لصلاحيات هذا الأخير»، ويتّضح من حيثيات هذا القرار أنّ حق أمين «الفلسة» برفع الدَّعْوَى – على أساس الفصل (306) من (م. إ. ع) – يستند إلى كونه يعدُّ ممثّلا لجماعة الدَّائنين، مما يعطيه الحق في الدفاع عن مصالحهم، ولو تعارضت مع مصلحة المُفلس.

ويطرح قيام أمين «الفلسة» بالدَّعْوَى «البوليانيّة» إشكالا يتعلّق بكونه لا يمثّل – فقط –

91 ينصّ هذا الفصل على أنه: «يجب الحكم ببُطلان الأعمال الآتي ذكرها التي يتمّمها المَدين بداية من التاريخ الذي عيّنته المحكمة لتوقفه عن دفع ديونه وهي:
أولًا: التبرعات والتَّفويتات دون عِوَض باستثناء الهدايا الزهيدة المعتادة.
ثانيًا: كل وفاء بديون لم يحُلّ أجلها، بأي وجه من الأوجه.
ثالثًا: كل أداء بعِوَض عيني من الملتزم به، أو كل وفاء بديون نقدية حلّ أجلها بغير نقود، أو «كمبيالات» أو سندات للأمر ، أو «شيكات» أو أذون بالتحويل، أو بطاقات بنكية، أو بأي وسيلة خلاص أخرى معتمَدة عادةً في مجال نشاط المَدين، مع مراعاة الحقوق التي اكتسبها غير المتعاقدين عن حسن نية.
رابعا: توظيف رهن عَقَاري، وترتيب توثقة على مكاسب المَدين، لضمان دين سابق عليه».
92 ينصّ هذا الفصل عل أنّه: «يمكن التصريح ببُطلان كل أداء آخر يقوم به المَدين، إيفاءً بديون حلّ أجلها، وكل عمل بعِوَض يصدر عنه، على غير النحو المتقدم، بعد التوقف عن دفع ديونه، إذا كان الأشخاصَ الذين قبضوا الدَّيْن أو عاقَدُوه عالمين بتوقفه عن دفع ديونه».
93 الفصل (504) من المجلّة التجاريّة.
94 قرار عدد (8044)، الجديد في فقه القضاء التونسي،(2009-2008)، ص.(269).

جماعة الدَّائنين، بل أيضًا المَدِين، بما أنّه يواصل شخصيّته القانونيّة، ويمثّله في حقوقه، فهل سيُغلِّب في هذه الحالة مصلحة الدَّائنين؟ – بما أنّ الحكم بالتفليس قد صدر – أم أنّه مطالب بتمثيل الإثنين معًا؟ بمعنى: أنّه قد يكون المَدِين – في حدّ ذاته – مستفيدًا أيضًا من الدَّعْوَى.

الواقع أنّ وظيفة أمين «الفلسة» تعدُّ صعبة؛ لأنّه مدعو لتمثيل المَدِين المفلس، وكذلك تمثيل الدَّائنين ومراعاة مصالح، يبدو جليًّا أنّها متناقضة، وهو بصفته تلك يَرفع الدَّعاوَى، وتُرفع الدَّعاوَى عليه (95). ويتعيّن على أمين «الفلسة» الموازنة بين هذه المصالح المختلفة، وتقديم المصلحة الأجدر بالحماية، بكامل الحياديّة. وقد أكّدت محكمة التعقيب في القرار المُؤَرَّخ في (28 مايو 2009) على أنّ: «هذه الازدواجية في التمثيل تجعله يكلَّف – قانونًا – مصالح جميع الأطراف، وأنه بهذا الحسّ، وحسب جميع الأحوال، وما تقتضيه المصلحة، يمكنه مناقضة هذا الطَّرَف أو ذاك» (96).

لكنّ محكمة التعقيب لم تلتزم بهذا التفسير، في قرار آخر بتاريخ (22 فبراير 2005) (97)، فقد قضت بأنّ أمين الفلسة لا يتوفُّر لديه شرط الصفة، للقيام بالدَّعْوَى «البوليانيّة» طبقا للفصل (306) من (م. إ. ع)؛ لأنّه وإن كان يمثّل جماعة الدَّائنين، إلاّ أنّه لا يمثّل المفلس الذي لا يحق له القيام بالدَّعْوَى «البوليانيّة» ! فقد جاء في إحدى حيثيّات القرار ما يلي: «وحيث إنّه وحتى يمكن لأمين «الفلسة» أن يكتسب شرط الصفة، للقيام بالدَّعْوَى «البُليانية» – موضوع قضيّة الحال – فإنّه يتعيّن إثبات أنّه فعلًا يمثّل جماعة الدَّائنين، وهو الأمر الذي لا نزاع فيه في قضيّة الحال، إلاّ أنّه ومن جهة أخرى يجب إثبات أنّ المفلس له حق القيام بهذه الدَّعْوَى، وهو الأمر المفقود في قضيّة الحال؛ نظرًا وأنّ الدَّعْوَى البليانيّة شُرِعت لفائدة دائن المَدِين وليس للمَدِين».

وما يمكن فهمه من موقف محكمة التعقيب في هذا القرار : هو أنّها تشترط لقيام أمين «الفلسة» برفع الدَّعْوَى: أن تكون من الدَّعاوَى التي يمكن للمفلس أيضًا القيام بها، في حين أنّه بالنسبة للدعوى «البوليانيّة» لا يتوفُّر هذا الشرط؛ بما أنّها من الدَّعاوَى التي يقوم بها الدَّائن ضدّ مَدِينه وليس العكس، مما يجعل موقف المحكمة غريبًا، ومفتقدًا للمنطق القانوني السليم؛ لأنّ الحق في رفع الدَّعاوَى يُسنَد أحيانًا لطرف محدَّد لحمايته، ولو أخذنا بتفسير محكمة التعقيب، فإنّه كلّما كان حق القيام بالدَّعْوَى مقصورًا على الدَّائن دون المَدِين، لا يجوز لأمين «الفلسة» القيام بالدَّعْوَى، ومن الواضح – حسب موقف محكمة التعقيب – أنّها تشترط

95 نصّ الفصل (488)، في فقرته الثانية، على أنّه: «لا تُرفع الدَّعاوَى إلّا من الأمين، ولا يكون القيام بها إلّا عليه».

96 قرار سابق الذكر.

97 (ت. م.)، عدد (5696)، (ن. م. ت).، عدد (1)، 2005، ص. (219). تفيد وقائع القرار صدور حكم بتفليس إحدى الشركات، وتقطّن أمين «الفلسة» إلى أنّ الشركة قامت بإحالة (3500) حصّة، من مجموع (4000) حصة مكوّنة، لشركة أخرى إلى شخصين. فقام أمين الفلسة بالطعن في صحة عقدَي الإحالة تطبيقا للفصل (306) (م. إ. ع)، بالنظر إلى أنّ المال المتحصل من عمليتي الإحالة لم يدخل لخزينة الشركة، وقد قضت محكم الأصل بإبطال عقدَي الإحالة، فتعقَّب المحكوم ضدّهما، القرار الاستئنافي، ناعين عليه خاصّة غياب الصفة القانونيّة لدى أمين الفلسة للقيام بالدَّعْوَى «البوليانيّة» التي لا يجوز القيام بها إلاّ لدائني المَدِين فقط.

لتوفُّر الصفة لدى أمين «الفلسة» أن يتوفَّر الحق في القيام بالدَّعْوَى للطرفين اللذين يمثّلهما في نفس الوقت، أي المفلس والدَّائنين، وهي بهذا الفهم تشترط أن يكون هدف الدَّعْوَى حماية مصلحة الدَّائنين والمفلس في الوقت نفسه، مما يعني إقصاء جانب هامّ من اختصاص أمين «الفلسة» الذي لا يمكنه – حسب المحكمة نفسها – رفع دعوى لحماية الدَّائنين، إذا كان فيها مساس بمصلحة المفلس.

ولو أخذنا بموقف محكمة التعقيب فإنّ الدَّعاوَى التي يمكن لأمين «الفلسة» القيام بها ستكون محدودة جدّا، وهي عادةً تلك التي تكون ضدّ مَديني المفلس؛ بما أنّ القيام بالدَّعْوَى يستند إلى معيار المصلحة، ولأنّ مصلحة الدَّائن ومصلحة المفلس لا يمكن أن تتزامنا إلاّ في مثل هذه الحالة، وهذا التأويل لا يمكن الأخذ به؛ لأنّه يشُلّ عمل أمين «الفلسة»، ولا يُسهم في تحقيق الأهداف التي من أجلها سُنَّت النصوص المنظِّمة لمهامه،كما أنّ الحكم بالإفلاس يفرض تدخّل أمين «الفلسة»؛ لمحاولة إيجاد حلول لمصالح تكون بالضرورة متناقضة، ولوضع لا يمكن التعاطي معه إلاّ بتفضيل مصلحة على أخرى.

والسؤال الذي يمكن أن يُطرَح في مرحلة الحكم بالتفليس، يتعلّق بإمكانيّة طلب الدَّائن الحكم بعدم نفاذ تصرُّف من التَّصرُّفات التي أبرمها المَدين، وقد نصّ الفصل (488) من المجلّة التجاريّة، على أنّه: «يُعطِّل حكم التفليس على الدَّائنين إجراءات التنفيذ الفردية، ولا يشمل التعليق إجراءات التقاضي الرامية إلى إثبات الحق أو الدَّيْن، ولا تُرفع الدَّعاوَى إلا من الأمين ولا يكون القيام بها إلا عليه. على أنه يجوز للمحكمة قبول تداخل المَدين في جميع الصُّور».

يطرح هذا الفصل إشكالا يتعلّق بمعرفة هل يشمل مجاله الدَّعْوَى «البوليانيّة» أم لا ؟

يبدو أنّ إرادة المُشَرِّع لم تستبعد إمكانيّة طلب الدَّائن الحكم بعدم نفاذ تصرُّفات المَدين الضارّة في مرحلة الحكم بالتفليس وذلك لعدّة أسباب منها :

– لا تعدُّ الدَّعْوَى «البوليانيّة» من إجراءات التنفيذ – مثلما سبقت الإشارة إلى ذلك – فهي لا تهدف إلى التنفيذ على المكاسب، بل التحفُّظ على أموال المَدين فقط (98)، وحتى لو أدّت الدَّعْوَى إلى الحكم بعدم نفاذ التَّصرُّف تجاه الدَّائن، فإنّ ذلك يدخل في إطار ضمان حُسن التَّنفيذ في المستقبل، أو التمهيد (99) للتنفيذ (100)، وليس التنفيذ (101).

98 انظر: Ph. MALAURIE et L. AYNES, Droit civil, op. cit., loc. cit. ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. Stoffel-MUNCK, op. cit., n° 1141 et 1143.

99 انظر عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء (2)، فقرة (526)، ص. (940). وفي هذا السياق نصّت المادّة (275) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على «أنّ الوسائل المتوسّطة التي تمهّد سبيل التنفيذ لحق ارتهان بدون أن تتمّ ذلك التنفيذ هي ؛ الدَّعْوَى غير المباشرة والدَّعْوَى «البوليانيّة» وحق التفريق بين مملوكين».

100 لكن تجدر الإشارة إلى أنّ هناك من يعتبر أنّ الدَّعْوَى «البوليانيّة» ليست دَّعْوَى تحفظية، ولا إجراءً تنفيذيًّا، فهي بين الاثنين، انظر:
Dimitri HOUTCIEFF, «Le chemin de Damas de l'action paulienne», Gaz. Pal., 4 juill. 2013, n° 185.
كما أنّ جانبا من الفقه يرى أنّ الدَّعْوَى «البوليانيّة» أقرب إلى إجراءات التنفيذ منها إلى الإجراءات التحفظيّة. انظر مثلا سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني- في الالتزامات- أحكام الالتزام- (6)، الطبعة الثانية، دار الكتب القانونيّة، مصر 1992، فقرة(161)، ص. (313).

101 يبدو المُشَرِّع مميّزا بين إجراء وسائل التنفيذ والشروع فيها في الفصل 459 قديم من المجلّة التجاريّة.

فالمقصود بالفصل (488) هو تعطيل إجراءات التنفيذ، بالمعنى الضيّق فقط، التي يمكن أن يقوم بها الدَّائنون (102)، ولذلك، وبما أنّه «إذا خص القانون صورة معيّنة بقي إطلاقه في جميع الصُّور الأخرى» (103)، وأنّ «ما به قيد أو استثناء من القوانين العمومية أو غيرها لا يتجاوز القدر المحصور مدّةً وصورة» (104)، فإنّه يجوز للدَّائن – خارج نطاق إجراءات التنفيذ – القيام بالدَّعاوَى التي ترمي إلى حفظ (105) حقوقه، ومنها الدَّعْوَى «البوليانيّة» (106).

تبرز المُقارَنةً بين الفصل (459) قديم، من المجلّة التجاريّة، والفصل (488)، تخلّي المُشَرِّع عن التنصيص على تعطيل «القيام بالمطالبة منفردين»، ليصبح التنصيص على تعطيل «إجراءات التنفيذ الفرديّة» فقط، وهو ما يبيّن أنّ نيّة المُشَرِّع اتّجهت في تعديل (2016) إلى حصر منع الدَّائنين في إجراءات التنفيذ الفردية على وجه التحديد، وإلاّ لكان قد حافظ على الصيغة القديمة، كما أنّه – حتى في ظلّ الصيغة القديمة للفصل (459) – أجاز المُشَرِّع رفع الدَّعاوَى المتعلّقة بمنقولات أو عَقَارات، أو تتبّعها، أو الاسترسال في إجراء وسائل تنفيذيّة، أو الشروع فيها من قبل الأمين.

نصّ الفصل (488) على أنّه: «لا يشمل التَّعليق إجراءات التقاضي الرَّامية إلى إثبات الحق أو الدَّيْن»، ورغم أنّ الدَّعْوَى «البوليانيّة» لا تهدف إلى إثبات الحق أو الدَّيْن، إلاّ أنّها ترمي إلى صيانة الحقوق، وقد مكّن المُشَرِّع الدَّائنين – في الفصل (482) من المجلّة نفسها – من التقاضي في الحالات المتأكّدة، ومن طلب اتخاذ الوسائل التحفظيّة لصيانة حقوقهم (107)، ولذلك، فالرأي أنّ تنصيص المُشَرِّع على أنّ التعليق لا يشمل «إجراءات التقاضي الرَّامية إلى إثبات الحق أو الدَّيْن»، إنّما ورد على سبيل الذّكر لا الحصر.

خوّل المُشَرِّع للدَّائن – بصفة انفراديّة – الحق في حماية حقوقه، في حالة تفليس المَدِين دون المرور بإجراءات التسوية، وذلك بطلب تقديم تاريخ بداية فترة الرِّيبة (108)، ولا يهدف تقديم فترة الرِّيبة إلى إثبات الحق أو الدَّيْن، بقدر ما يهدف إلى حفظ الحقوق بصفة عامّة

102 فضّل المُشَرِّع استعمال مصطلح الدَّائنين على عموميّته دون تمييز بين الدَّائنين ذوي الديون المجرّدة والدَّائنين ذوي الامتياز العام مثلما كانت عليه صيغة الفصل 459 من المجلّة التجارية.

103 الفصل 534 من (م. إ. ع).

104 الفصل 540 من (م. إ. ع).

105 يعتمد جانب من الفقه للتمييز بين أعمال الحفظ وأعمال التنفيذ على معيار الهدف؛ إذ أنّ أعمال الحفظ هدفها المحافظة على ذمّة المَدين، وحماية الضَّمان العام حتى يستطيع الدَّائن التنفيذ عليها في المستقبل، بينما تهدف أعمال التنفيذ مباشرة إلى استخلاص الحقّ من أموال المَدين. انظر
L. JOSSERAND, Cours de droit civil positif français, T. II, 2è éd., Recueil Sirey, 1933, pp. 358 et 359.

106 هناك من الفقهاء من يعدُّ الدَّعْوَى «البوليانيّة» من الإجراءات التحفظيّة بصورة صريحة ، انظر مثلا:
Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, op. cit., n° 1141, p. 638.

107 نصّ هذا الفصل على ما يلي: «في الحالات المتأكّدة، كما لو أغلق المَدين مخازنه ولاذ بالفرار ، أو اندثرت المؤسَّسة، أو تبين أن المَدين أو المسيّر تعمَّد إفراغ ذمتها المالية أو تبديد أصولها، يمكن للدَّائنين، أو بعضهم، أو النيابة العمومية، رفع الأمر إلى المحكمة المنعقدة بحجرة الشورى، وتقضي المحكمة في الموضوع على أن تصرح بحكمها بالجلسة العلنية، ويمكن للمحكمة أن تأذن باتخاذ الوسائل التحفُّظية اللازمة لصيانة حقوق الدَّائنين، بطلب من النيابة العمومية، أو من أحد الدَّائنين، أو من تلقاء نفسها».

108 انظر الفصل (484) من المجلّة.

(109)، كما مكّن المُشَرِّع الدَّائنين من حق تقديم الشكاوى حتّى ضدّ الأعمال التي يقوم بها أمين «الفلسة» (110)، وحق المراقبة (111)، وهو ما يُبيّن مراعاته لمصالحهم في كل الإجراءات الخاصّة بالتفليس.

لا يُعقل أن يحرم المُشَرِّع الدَّائنين من حق طلب عدم نفاذ بعض التَّصرُّفات الضارّة، التي ثبت فيها وجود المصلحة، التي تعدُّ المعيار الأساسي في قبول الدَّعاوَى، بالإضافة إلى معياري الصفة والأهلية (112).

يتضح إذن – من خلال دراسة النصوص القانونية والمواقف القضائيّة والفقهيّة – الاتّجاه العام نحو التَّوسُّع في مفهوم الدَّائن الذي يجوز له رفع الدَّعْوَى «البوليانيّة»، ويمكن ملاحظة هذا الاتّجاه نحو التَّوسُّع في شروط مُمارَسة الدَّعْوَى «البوليانيّة»، من خلال تحديد الدَّيْن الذي يُجيز للدَّائن رفع دعواه.

المطلب الثاني:
التَّوسُّع من خلال تحديد الدَّيْن الذي يُجيز للدَّائن رفع الدَّعْوَى «البوليانيّة»

يمكن استنتاج التَّوسُّع في شروط الدَّعْوَى «البوليانيّة»، من خلال قبول الدَّعْوَى، مهما كانت طبيعة الدَّيْن (أ) ومهما كان مصدره (ب).

أ- التَّوسُّع في قبول الدَّعْوَى مهما كانت طبيعة الدَّيْن:

طُرح السؤال فيما يتعلّق بطبيعة الدَّيْن الذي يجيز للدَّائن رفع الدَّعْوَى «البوليانيّة»: هل يُشترط فيه أن يكون ذا طبيعة نقديّة أم لا ؟

اتّجهت محكمة التعقيب في البداية إلى اشتراط أن يكون الدَّيْن ذا قيمة نقديّة (113)، ويبدو موقفها منسجمًا مع الرأي الذي يرى أنّ هدف الدَّعْوَى «البوليانيّة» هو حماية مكاسب المَدِين، التي تعدُّ ضمانًا لدائنيه، تطبيقًا للفصل (192) من (م. ح. ع)، وامتدادًا للجذور التاريخيّة للمادّة (306) من (م. إ. ع)، المتمثّلة في الفقرة (2) من المادّة (232)، من المشروع التمهيدي للمجلّة المَدَنِيَّة والتجاريّة التونسية، لسنة (1897) (مشروع «داڤيد صانتيلانا») (114)، والمادّة (351) من اللائحة

109 يهدف تقديم فترة الرِّيبة لأحد أمرين: إمّا لإبطال بعض التَّصرُّفات – إذا كان الأجل لم يسقط – وإمّاضمان مُمارَسة الدَّعْوَى «البوليانيّة».
110 الفصل (505) من المجلّة التجاريّة.
111 الفصل (507) من المجلّة نفسها.
112 الفصل (19) م. م. م. ت.
113 يُفهم من عدد من القرارات اشتراط الطَّابع النقدي ضمنيًّا من موقف المحكمة. انظر على سبيل المثال (ت. م.) (7 أبريل 1939)، عدد (3366)، مذكور سابقًا، وقد تحدَّثَتْ في هذا القرار عن التَّفويت في المكاسب التي تضمن الخلاص ؛ قرار استئنافي مدني عدد (773)، مُؤرَّخ في (30 يناير 1986)، صادر عن محكمة الاستئناف بالمنستير، (م. ق. ت)، 1987، عدد (8)، ص. (19)، مع تعليق للأستاذ صلاح الدِّين الملولي، وانظر – أيضًا – بالنسبة لموقف المحكمة في القرارات الحديثة: (ت. م.)، عدد (77252)، مُؤرَّخ في (19 فبراير 2013)، غير منشور.
114 انظر:
Projet Préliminaire de Code Civil et Commercial Tunisien soumis à la Commission de Codification des Lois Tunisiennes ,par David SANTILLANA ,Imprimerie Générale ,J .Picard et Cie ,Tunis.1897 ,

الابتدائيّة للمجلّة المَدَنيَّة والتجاريّة التونسية لسنة (1899) (115)، لكنَّ موقف القضاء التونسي شهد تحوّلًا ملحوظًا، بمناسبة صدور القرار عدد (30956–2008)، المُؤَرَّخ في (15 يناير 2010) (116)، والذي أكّد إمكانيّة قيام الموعود له برفع الدَّعْوَى «البوليانيّة»، بالرّغم من أنّ حقّه يدخل في إطار حق التملُّك، وليس في إطار الحقوق النقديّة.

وتفيد وقائع القرار أنّ امرأة قامت بشراء قطعة أرض من أحد الأشخاصّ، وبادرت بتشييد فيلاّ عليها، ثمّ قامت بإبرام عقد وَعْد بيع مع شخصين آخرين مقابل قبض قسط من الثَّمن، على أن يحرّر العقد النَّهائي بعد إبرامها لكَتْب تكميلي مع البائع الأصلّي، وبعد أن أبرمت بالفعل الكَتْب التَّكميلي وقبضت قسطًا آخر من الثمن، عمدت إلى إقالة عقد البيع مع البائع الأصلي، بما يضرّ بالموعود لهما، وقد جاء في الإقالة، التي سمَّاها المتعاقِدَين خطأً بعقد الفسخ، أنّ العَقَار ليس موضوع نزاع أو شَغب من أيٍّ كان، وأنه ليس موضوع أيِّ حقّ سواء كان عينيًّا أو شخصيًّا لفائدة الغير، فقام الموعود لهما، المتضرِّران برفع دعوى لإبطال الإقالة على أساس المادّة (306) من (م. إ. ع). فحُكم لصالحهما ابتدائيًّا واستئنافيًّا. فقامت الواعدة والبائع الأصلي بتعقُّب القرار الاستئنافي، وتمسّك الدّفاع خاصّة بأنّ صفة الدَّائن الواردة بالمادّة (306) لا تتوفّر في المدّعيَيْن في الأصل؛ لأنّها تتعلّق بالدَّائن بمبلغ مالي ولا يمكن تعميمها على الالتزامات مطلقًا، كما أنّه لا وجود لعلاقة مديونيّة بين الأطراف، بما أنّ الوعد بالبيع المُبرَم لا يمنح للموعود لهما صفة الدَّائن. وقد أجابت محكمة التعقيب في هذا القرار – بصفة صريحة – أنّ الدَّعْوَى «البوليانيّة» تشمل جميع الدَّائنين مهما كانت طبيعة ديونهم (نقديّة، عينيّة، التزام بإعطاء، بعمل أو امتناع عن عمل).

وقد جاء في إحدى حيثيّات القرار أنّ: «الدَّعْوَى – خلافًا لما جاء بمستندات التعقيب – لا تقتصر على الدَّائن بمبلغ مالي، بل تشمل الالتزام لفائدته عامة، وأن محكمة الحُكْم المنتقَد قد أحسنت تطبيق الفصل (306) م.ا.ع، عندما اعتبرت أن الدَّعْوَى «البوليانيّة» يمكن تأسيسها على كافة أنواع الديون، سواء كان مصدرها العقد أو غيره، بما لا مجال معه على قصر الدَّيْن على المبلغ المالي، بل هو يشمل كل الالتزامات عدا ما استثناه القانون».

ويبدو أنّ موقف المحكمة يتماشى مع المصطلحات العامّة التي وردت في المادّة (306) (117)، وخاصّة كلمة «الدَّائنين» و«حقوقهم»، والتي لا تسمح بالتضييق في دلالات النَّص، بل على العكس تسمح بتيسير تطبيقه (118)، مهما كانت طبيعة الدَّيْن أو الحق الذي يراد

115 انظر:
Travaux de la Commission de Codification des Lois Tunisiennes, fascicule I, Code Civil et Commercial Tunisien, avant-projet discuté et adopté, au rapport de David SANTILLANA, Imprimerie Générale, J. Picard et Cie, Tunis, 1899.

116 قرار عدد (30956-2008)، مُؤَرَّخ في (15 يناير 2010)، مذكور سابقًا.

117 ينصّ الفصل (533)، من (م. إ. ع) على أنه: «إذا كانت عبارة القانون مُطْلَقة جرت على إطلاقها».

118 ينصّ الفصل (541)، من (م. إ. ع)على أنه: «إذا أحوجت الضرورة لتأويل القانون، جاز التيسير في شدته، ولا يكون التأويل داعيًا لزيادة التضييق أبدا».

حمايته، فكلّما أدّى تصرُّف المَدِين إلى المساس بحقوق أرباب الدَّيْن – حتى لوكان هذا الدَّيْن حقًّا شخصيًّا متمثلًا في القيام بعمل (119) – أمكن لهم رفع الدَّعْوَى «البوليانيّة»؛ حمايةً لمصالحهم، وهو ما يحقّق العدالة في العلاقات التعاقديّة، وينسجم موقف محكمة التعقيب التَّوسُّعي مع موقف القضاء الفرنسي، سواء بالنسبة لصورة الوعد الملزم لجانبين (120)، أو الوعد الملزم لجانب واحد (121)، وكذلك مع موقف جانب من الفقهاء (122).

وقد أكّدت محكمة التعقيب على هذا التوجّه في قرار آخر بتاريخ (12 مارس 2014) (123)، وقد جاء في إحدى الحيثيّات ما يلي: «حيث اعتبرت محكمة الحُكْم المطعون فيه أنّ صفة الدَّائن غير متوفِّرة في جانب القائمين بالدَّعْوَى «البُليانيّة»، باعتبارهما مجرّد شفيعَين بموجب حكم ابتدائي في الشُّفْعة، وحيث – وعلى خلاف ذلك – فإنّ صفة الدَّائن التي اقتضاها الفصل (306) (م. إ. ع)، لا تقتصر على الدَّائن بمبلغ مالي، وإنّما هي أعم وأوسع، وتشمل جميع الحقوق الراجعة للدَّائنين، والتي أبرم في شأنها المَدِين عقودًا، تغريرًا وتدليسًا بغاية الإضرار بهم».

لكنَّ موقف محكمة التعقيب التونسيّة، بقدر ما يعزّز جانب الدَّائن في الحصول على التنفيذ الجبري لالتزامات مَدِينه، بقدر ما يطرح إشكالات عديدة تتعلّق بإمكانيّة الحديث مستقبلًا عن دعوى «بوليانيّة» عينيّة، ودعوى «بوليانيّة» شخصيّة (124).

---

119 تجدر الإشارة إلى أنّ محكمة التعقيب كانت قد أكّدت في قرارات سابقة على أنّ «الوعد المتبادل بالبيع والشراء، على أن ينجز البيع عند التحصيل على رخصة الولاية، يترتّب عنه التزام بعمل يتقيّد به الطَّرَفان، موضوعه حق شخصي لا عيني، فلا تنتقل به الملكيّة...». (ت. م.)، عدد (12082)، (30 يناير 1976)، (م. ق.ت)، (1976)، عدد (2)، ص. (37)؛ (ت. م.)، عدد (28301)، (21 ديسمبر 1992)، (ن.م.ت)،(1992)، القسم المدني، ص. (556).

120 انظر القرار المُؤرَّخ في (19 ديسمبر 1941)، المذكور سابقًا. انظر أيضًا:

Cass. ch. req., 28 août 1940, S., 1940, 1, p. 103 ; Cass. 3e civ., 6 octobre 2004, D., 2004, AJ, p. 2583 ; JCP, 2004, act. 532 ; D., 2004, p. 3098, note G. Kessler. Dans cet arrêt on peut lire ce qui suit: «Qu'en statuant ainsi, alors que l'action paulienne est recevable, même si le débiteur n'est pas insolvable, dès lors que l'acte frauduleux a eu pour effet de rendre impossible l'exercice du droit spécial dont disposait le créancier sur la chose aliénée, la Cour d'appel a violé le texte susvisé».

لكن ما يجب بيانه هو أنّ الاختلاف بين القانون التونسي والقانون الفرنسي يتمثّل في أنّ الوعد المتبادل بالبيع والشراء يعتبر في فرنسا ناقلا للملكيّة، (الفصل 1589 من القانون المدني الفرنسي) بينما لا يعتبر هذا العقد ناقلا للملكيّة حسب اجتهاد محكمة التعقيب التونسيّة بدوائرها المجتمعة. وقد يرتكز البعض على هذا المعطى لنقد موقف القضاء التونسي الذي اعتبر الدَّيْن موجودا في الوعد بالبيع في حين أنّ الملكيّة لم تنتقل بعد، هذا على فرض التسليم بأنّ الدَّيْن يمكن أن يكون عينيًا وليس نقديًا. وحتى بالنسبة للقضاء الفرنسي فإنّ محكمة الاستئناف التي نظرت في وقائع القرار الصادر في (6 أكتوبر 2006)، قد رَفضت الدَّعْوَى «البوليانيّة» على أساس أنّه لاوجود لأيّ دين في الوقائع. وما يهمّ في موقف محكمة التعقيب الفرنسيّة هو أنّها اعتبرت أنّ الموعود له يتمتّع بحق خاصّ يتعيّن حمايته، وهو ما سبق التأكيد عليه في القضاء الفرنسي. انظر:

C. Paris, 23 juillet 1937, DP, 1939, 2, p. 81, note J. Radouant.

121 انظر:

Cass. civ., 10 avril 1948, JCP, 1948, éd. G., II, 4403, note E. Becqué ; D., 1948, jur., p. 421, note R. Lenoan ; RTD civ., 1948, p. 345, obs. H. et L. Mazeaud et p. 349, obs. J. Carbonnier.

122 انظر حول التَّوسُّع في مفهوم الدَّيْن المعني بالدَّعْوَى «البوليانيّة»:

L. SAUTONIE-LAGUIONIE, La fraude paulienne, thèse, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2008, n° 234 et s. ; A. BENABENT, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, Montchrestien, coll. Domat, 9e éd., 2011, n° 111 ; F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, Contrats civils et commerciaux, Dalloz, 9e éd., 2011, n° 67.

123 (ت. م.)، عدد (2012-79049)، غير منشور.

124 انظر في هذا الاتجاه:

G. KESSLER , note sous cass., 6 octobre 2004, D., 2004, jur., p. 3098.

على خلاف هذا، يرى جانب آخر من الفقه أنّ الحديث عن صبغة عينيّة للدعوى «البوليانيّة»، يتعارض مع القواعد القانونيّة الأساسيّة، ومع طبيعة هذه الدَّعْوَى. انظر:

B. ROMAN, article précité, n° 18.

ب- التَّوسُّع في قبول الدَّعْوَى مهما كان مصدر الدَّيْن:

يشمل الفصل (306) من (م. إ. ع). جميع الدَّائنين، مهما كان مصدر ديونهم (125)، سواء كان العقد (126)، أو شبه العقد، أو الجنحة، أو شبه الجنحة (127)، وإذا كان مصدر الالتزام يتمثّل في العقد، فيمكن أن يكون ملزمًا لجانب واحد، كعقد الهبة دون عِوَض، أو ملزما لجانبين كعقد البيع، وفي نطاق التطبيق المَرِن لشروط الدَّعْوَى «البوليانيّة»، قبلت محكمة التعقيب التونسيّة الدَّعْوَى، في حالة وجود اعتراف لمحاسب شركتَيْن بتدليس مجموعة من الصُّكوك متضمّنة مبالغ مالية كبيرة (128)، وكذلك في حالة القتل غير العمد (129).

وبالرغم من أنّ الفصل (306) من (م. إ. ع)، قد ورد في إطار الباب الرابع من المجلّة، الذي عنوانه: «في بعض وسائل يحصل بها الوفاء بالعقود»، وهو ينصّ على أنّه: «يجوز للدَّائنين أن يطعنوا في حق أنفسهم في العقود التي تمّمها مَدِينهم»، إلاّ أنّ محكمة التعقيب رَأَت، في إطار التَّوسُّع في شروط انطباق الدَّعْوَى «البوليانيّة»، أنّه بالإمكان تأسيسها على «كافة أنواع الديون سواء كان مصدرها العقد أو غيره» (130)، وإذا ما سلّمنا بوجاهة موقف محكمة التعقيب، فإنّ ذلك يطرح إشكالا يتعلّق بمعرفة هل بالإمكان أن يكون مصدر الدَّيْن أيضًا الالتزام بالإرادة المنفردة مثل الإيجاب والوصيّة (131).

في الواقع لو أخذنا بمسلّمات مدرسة الشرح على المتون، فإنّه لا يمكن إقحام الإيجاب ضمن المصادر التي يجوز على أساسها رفع الدَّعْوَى «البوليانيّة»، ذلك أنّ عنوان الباب الرابع، وعنوان القسم الثاني، وبعض الكلمات المستعملة في الفصل (306) تشير إلى العقود، لكن التعمّق في المسألة يبيّن عدم إمكانيّة الحسم فيها بسهولة؛ لأنّ عنوان الباب الرابع في صيغته

125 يجب الانتباه إلى أنّ الحديث هنا يتعلق بمصدر الدَّيْن وليس بالتَّصرُّفات التي يقوم بها المَدِين تغريرًا منه، فهذه يُشترط أن تكون تصرُّفات، لا وقائع أو التزامات غير تعاقديّة؛ لأنّ التدليس لا يوجد فيها انظر:

F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, op. cit., spéc. n° 1159 ; Ch. JAMIN , M. BILLIAU, sous la direction de J. GHESTIN, Traité de droit civil, Les effets du contrat, 3è éd., LGDJ, 2001, spéc. n° 820.

126 انظر :(ت. م) عدد (33704)، مُؤَرَّخ في (25 مارس 2010)، غير منشور، و(ت. م) عدد (50820)، مُؤَرَّخ في (27 يناير 1998)، و(ن.م.ت)، (1998)، و(ق.م)، ج (2)،ص.(99)، و(ت. م) عدد (19030)، مُؤَرَّخ في (31 مايو 2012)، (غير منشور)، و(ت. م) عدد(16831)، مُؤَرَّخ في (24 أبريل 2008)، و(ن.م.ت)، (2008)، (ق.م)، ج (1)، ص. (169)، و(ت. م)، عدد (30956-2008)، مُؤَرَّخ في (15 يناير 2010)، غير منشور، و(ت. م)، عدد (1695)، مُؤَرَّخ في (30 أكتوبر 2006)، ومجلّة القضاء والتشريع، 2006، عدد (10)، ص. (207)، و(ت. م)، عدد (21075)، مُؤَرَّخ في (08 نوفمبر 2008)، ومجلّة القضاء والتشريع، 2009، عدد (3)، ص. (151)، و(ت. م)، عدد 3669، مُؤَرَّخ في (07 أكتوبر 1981)، (ن. م. ت).،1981، والقسم المدني، الجزء الأول، ص. (136)، واستئنافي مدني، عدد (23512)، (25 أكتوبر 1995)، ومجلّة القضاء والتشريع، 1996، عدد (1)، ص. (110).

127 انظر: W. DROSS, article précité, n° 76, p.18.

128 (ت. م.)، عدد (43831)، مُؤَرَّخ في (24 يناير 2011)، غير منشور.

129 (ت. م.)، عدد (3400)، مُؤَرَّخ في (4 ديسمبر 2006)، و(ن.م.ت)، 2006، (ق.م)، ج (1)، ص.(73).

130 (ت. م.)، عدد (30956-2008)، (15 يناير 2010) ، قرار مذكور آنفًا.

131 رغم أنّ الطبيعة القانونيّة للوصيّة أثارت جدلاً لدى الفقهاء، إلّا أنّ ذلك لا يمنع من القول بأنّ قبول الموصَى له للوصية لا يكون إلّا بعد وفاة الموصي، وهو ما يعني أنّها تنشأ بإرادة الموصي المنفردة، والقبول لا علاقة له بنشأة التَّصرُّف، أي الوصيّة، بل بثبوت الملكيّة بعد وفاة الموصي. انظر محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصيّة، دار الفكر العربي، مصر، 1988، ص. (18)، لكنّ المُشَرِّع المغربي يضفي على الوصيّة صبغة العقد، إذ نصّت المادّة 277 من مدوّنة الأسرة المغربي على أنّ: «الوصية عقد يوجب حقًّا في ثلث مال عاقِده، يلزم بموته».

الفرنسيّة جاء عامًّا ليشمل جميع الالتزامات (132)، كما أنّ هذا الباب ورد صُلْبَ عنوان عام، وهو العنوان الرابع: «في انتقال الالتزامات»، الذي هو بدوره ورد صُلب الكتاب الأوّل، الذي جاء عنوانه أيضًا عامًّا: «فيما تعمّر به الذمّة مطلقا»، على خلاف الكتاب الثاني الذي خصّص للعقود وشبهها، فلو كانت المسألة مقصورة على العقود، لكان الموقع الطبيعي للفصل (306) هو الكتاب الثاني من (م.إ.ع) بالإضافة إلى ذلك، فإنّ العناوين السابقة للباب الرابع جاءت عامَّة وغير متعلّقة بالعقد على وجه التخصيص، كما أنّ المُشَرِّع استعمل في الفصل نفسه بعض المصطلحات العامّة مثل «الدَّائن»، و«المَدِين»، و«الحقوق»، وهي تُبرز أنّ إرادة المُشَرِّع لم تذهب إلى قصر الحماية على العقود فقط (133)، وحتى عندما استعمل المُشَرِّع مصطلح العقد صُلب الفصل (306) من (م. إ. ع)، فإنّما استعمله عند الحديث عن التَّصرُّفات التي تمّمها المَدِين للإضرار بالطَّرَف الآخر، وليس بصفته مصدرًا للعلاقة بين الدَّائن والمَدِين، والمفترَض أن طبيعة التَّصرُّف الصادر عن المَدِين لا تطرح إشكالًا؛ لأنّه لو حصرنا إمكانيّة رفع الدَّعْوَى «البوليانيّة» في العقود لغابت كل جدوى من اللُّجوء لدعوى الفصل (306)، بما أنّ تدليس المَدِين يصبح سهلًا عن طريق الالتزام بالإرادة المنفردة كالوصيّة والإقرار والإجازة. ولهذا كان من الأفضل تنصيص المُشَرِّع في الفصل (306) على جواز الطعن في التَّصرُّفات الإراديّة الصادرة عن المَدِين، دون حصرها في العقود (134).

وقد يبدو طرح السؤال بالنسبة للإيجاب مُربِكًا ومُستغرَبًا، وبخاصّة بالنسبة لمن يرى أنّ الدَّعْوَى «البوليانيّة» هدفها حماية الضَّمان العام للدَّائن، وهو ما يستبعِد حصول مساس به في مرحلة ما قبل التعاقد النهائي. لكن لو راعينا أنّ هدف الدَّعْوَى «البوليانيّة» هو ضمان تنفيذ الالتزام في المستقبل بصفة عامّة، فإنّ النظر في امكانيّة سحب الدَّعْوَى «البوليانيّة» على الإيجاب يبدو وجيهًا، ويطرح السؤال إشكالًا أساسيًّا يتمثّل في معرفة ما إذا كان هناك دينٌ أصلًا بين الموجِب والموجَب له، وتبعًا لذلك، في إمكانيّة جعل الموجِب مَدِينًا للموجَب له.

للإجابة عن هذا الإشكال يتعيّن التمييز بين الإيجاب المجرَّد والإيجاب المقيَّد بأجل، فإذا كان الموجِب في الالتزام المجرَّد غير ملزَم تجاه الموجَب له – بما أنّه: «يسوغ الرجوع في الإيجاب ما دام العقد لم يتم بالقبول أو بالشروع في العمل بمقتضاه من الطَّرَف الآخر» (135)–

132 عنوان الباب الرابع بالفرنسيّة هو: «De quelques moyens d'assurer l'exécution des obligations». ورغم أنّ الفصل الأول من القانون عدد (64) لسنة 1993، المُؤَرَّخ في (5 يوليو 1993)، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، (06 يوليو 1993)، عدد (50)، ص. (931) ينصّ على أن: «يكون نشر القوانين، والمراسيم، والأوامر، والقرارات، بالرائد الرسمي للجمهوريّة التونسيّة باللغة العربيّة، ويتمّ كذلك نشرها بلغة أخرى وذلك على سبيل الإعلام فحسب»، إلاّ أنّ ذلك لم يمنع القضاء، والفقهاء في تونس، من العودة إلى الصياغة الفرنسية لفصول مجلّة الالتزامات والعقود، كلما اعترضهم إشكال في فهم فصل من فصولها، ويعود ذلك إلى أنّ (م.إ.ع)، قد حُرِّرَت في البداية باللغة الفرنسية، ثم وقع ترجمتها إلى اللغة العربية.

133 انظر في الاتجاه نفسه: حاتم بن عبد الحميد الرواتبي، المرجع السابق، عدد (98)، ص. (143)، وما بعدها.

134 انظر: حاتم بن عبد الحميد الرواتبي، المرجع السابق، عدد (112)، ص. (156)، وما بعدها.

135 الفصل (30) من (م. إ. ع)، وانظر أيضًا محمد الزين، النظريّة العامّة للالتزامات -1 العقد، تونس، 1997، رقم (130).

فإنّه في المقابل يكون ملزمًا ومَدِينًا للموجَب له في حالة الإيجاب المقيّد بأجل (136)، وخلال مدّة الإيجاب يكون الموجِب ملزمًا بالامتناع عن إبرام أي تصرُّف مع شخص آخر يتعلّق بموضوع الإيجاب المقدَّم، وتبعًا لذلك يتعيّن عليه الإبقاء على عرضه المدّة المحدّدة، وإبرام العقد إذا قبل الموجَب له إبرامه، ففي كل الحالات يعتبر الموجَب له دائنًا تجاه الموجِب، ويستطيع على هذا الأساس الدفاع عن حقوقه في حالة المساس بها.

وبالرّغم من أنّ حق الموجَب له لا يكون حقيقيًّا وناجعًا إلاّ من يوم قبوله، إلاّ أنّ ذلك لا يمنعه من الاعتداد به والدفاع عنه؛ لأنّ العبرة بأسبقيّة الدَّيْن عن التَّصرُّف الذي قام به المَدِين، وهو ما يتوفَّر في حالة الإيجاب المقيَّد بأجل، وإذا لم يكن هذا الدَّيْن ثابتا ومستحق الأداء وقت التصريح بالإيجاب، فإنّ هذه الشروط تتوفَّر بمجرّد تعبير الموجَب له عن قبوله، فالمهمّ هو وجود مبدأ الدَّيْن عند قيام الموجِب بالتَّصرُّف موضوع النزاع (137). وقد ذهب القضاء الفرنسي في بعض اجتهاداته إلى أنّه ليس من المهم أن يكون الدَّيْن مستحق الأداء (138).

لكن الإشكال الذي يطرحه إقحام الإيجاب ضمن مجال الدَّعْوَى «البوليانيّة»، هو كيفيّة تحميل الغير الجزاء القانوني لتصرُّف المَدِين؛ إذ لا يمكن تحميله مسؤوليّة عدم علمه بإيجاب صادر عن مُعاقده، فلا يمكن قانونًا مجابهته به ويمكن له التصريح بجهله له مستندًا في ذلك على قرينة حُسْن النِّيَّة.

كما أنّ إخلال الموجِب بالتزامه بالإبقاء على إيجابه المدّة المحدّدة، لا يمكن أن يؤدّي إلى إلزامه بإبرام عقد لا يرغب في إبرامه، والجزاء في مثل هذه الحالة يتمثَّل في حصول الموجَب له على تعويض مناسب، تطبيقًا لقواعد المسؤوليّة التقصيريّة (139)، وقد يذهب البعض إلى أنّه عندما تقع المفاضلة بين إيجاب مقيّد بأجل وعقد، فمن المفترَض أن تعطى الأولويّة للعقد، حتى لو كان الإيجاب أسبق من حيث الزمن، وحتى لو كان الموجب مدلّسًا،

136 ينصّ الفصل (33) من (م. إ. ع) على أنّ: «من صدر منه الإيجاب، وعيّن أجلاً لقبوله، فهو ملزم للطَّرَف الآخر إلى انقضاء الأجل، فإن لم يأته الجواب بالقبول في الأجل المذكور انفكّ التزامه». انظر أيضًا الفصل (22) من (م. إ. ع)، و(ت. م.)، عدد (6499)، مُؤَرَّخ في (25 مايو 1970)، و(ن.م.ت)1970 ص (190).

137 انظر تكريسًا لهذا في القضاء الفرنسي، وإن كان في مجال مختلف:

Cass. 1re civ., 17 janv. 1984, n° 82-15.146, Bull. civ. I, n° 16, D., 1984, jur., p. 437, note Ph. Malaurie, RTD civ., 1984, p. 719, obs. J. Mestre; Cass. 1re civ., 29 mai 1985, Bull. civ., 1985, I, n° 163 ; RTD civ., 1986, p. 601, obs. J. Mestre ; Defrénois 1986, art. 33694, obs. J.-L. Aubert ; Cass. 1re civ., 13 avr. 1988, Bull. civ., 1988, I, n° 91 ; RTD civ., 1988, p. 545, obs. J. Mestre ; Cass. com., 25 mars 1991, Bull. civ., 1991, IV, n° 119, p. 83 ; Cass. com., 12 juill. 1994, Bull. civ., 1994, IV, n° 260.

138 انظر:

Cass. 1re civ., 25 févr. 1981, n° 80-10.605, Bull. civ., I, n° 69, Defrénois 1981, p. 1573, note J.-L. Aubert: « la fraude paulienne résulte de la seule connaissance que le débiteur a du préjudice causé à son créancier par l'acte litigieux indépendamment de la date d'exigibilité de la créance servant de base à l'action paulienne ».

139 ينصّ الفصل (1116) جديد، من المجلّة المَدَنِيَّة الفرنسيّة، بخصوص الإيجاب، على ما يلي:

«Elle ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable.

« La rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat.

« Elle engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l›obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat».

وذلك ضمانًا لاستقرار المعاملات.

كما أنّ إقحام الإيجاب ضمن مجال الدَّعْوَى «البوليانيّة» قد يطرح إشكالا آخر بالنظر إلى كون جزاء عدم النفاذ يقتصر على العلاقة بين الدَّائن والمَدِين بينما يظلّ العقد المُبْرَم بين المَدِين والغير صحيحا ومنتجا لآثاره، فكيف يمكن لهذه العلاقة أن تنتج آثارها إذا أبرم العقد بين الدَّائن والمَدِين وكان محلّه الشيء الذي تعاقد عليه الغير مع المَدِين ؟ ألا يكون الجزاء الفعلي في مثل هذه الحالة بُطلان هذا العقد وليس عدم النفاذ ؟ يعتبر الاختلاف الجوهري بين البُطلان وعدم النفاذ متمثّلا في اضمحلال العقد في حالة البُطلان واستمراره في حالة عدم النفاذ، الأمر الذي لا يمكن تصوّره في حالة سحب مجال الدَّعْوَى «البوليانيّة» إلى الإيجاب، بالنظر إلى أنّه لا يمكن استمرار العقد بين المَدِين والغير إذا ما قبل القضاء مُمارَسة الموجَب له لدعوى الفصل (306).

ويمكن، بالنسبة للإيجاب، الذهاب أبعد من هذا، والتساؤل عمّا إذا كان بالإمكان جعل التزام الموجِب من قبيل الالتزام المعلّق على شرط واقف وهو قبول الموجَب له ؟ في الحقيقة، تتوفّر في التزام الموجِب جميع خصائص الشرط (140)، بما أنّ موافقة الموجَب له تُعدُّ أمرا مستقبلًا غير محقَّق الوقوع، وهو ممكن ومشروع، كما أنّ تحقُّق القبول ليس متوقّفا على محض إرادة المَدِين، بل على محض إرادة الدَّائن، بما يجعله صحيحًا.

ومن المعروف أنّه يجوز للدَّائن، قبل تحقُّق الشَّرط، أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه، فهل يمكن ضمّ اللُّجوء للدَّعوَى «البوليانيّة» إلى الإجراءات التحفُّظية، التي يجوز للموجب له توسّلها إذا ما توفّرت شروطها ؟ نعتقد أنّه يجوز للموجَب له اللُّجوء إلى الدَّعْوَى «البوليانيّة» في إطار الإجراءات التحفُّظيّة، بما أنّ الفصل (135) من (م. إ. ع)، ينُصّ صراحةً على أنّه: «للدَّائن أن يحتاط قبل حصول الشرط، باتخاذ الوسائل الحافظة لحقه، ولو بطلب عقلة مال المَدِين إذا كان هناك خطر مُلِم» (141).

والسؤال الذي يفرض نفسه يتعلّق بإمكانيّة مُمارَسة الدَّعْوَى «البوليانيّة» خارج الإجراءات التحفظيّة، لتشمل حالة تصرُّف الموجِب في الشيء قبل تحقّق الشرط.

اتّجه القضاء الفرنسي إلى رفض الدَّعْوَى «البوليانيّة» في هذه الحالة؛ لأنّها تعدُ من دعاوَى تنفيذ الالتزامات، في حين أنّ عدم تحقُّق الشرط يجعل الدَّيْن غير ثابت (142)، ويمنع

140 ينصّ الفصل (116) من (م. إ. ع) على أنّ: «الشرط تصريح بمراد المتعاقِدَين، وبموجبه يعلَّق وجود الالتزام أو انقضاؤه بأمر مستقبل، غير متحقق الوجود».

141 انظر أيضًا، بالنسبة للقانون الفرنسي، الفقرة الأولى من الفصل (5-1304) من المجلّة المَدَنيّة الفرنسية ؛

Ph. MALAURIE et L. AYNES, Droit des obligations, 8e éd., 2016, LGDJ, n° 1143.

142 انظر:

Cass. 1re civ., 18 déc. 1957: Bull. civ., I, n° 499 ; Cass. 1re civ., 6 févr. 1996, n° 92-19895, Bull. civ., I, n° 62 ; D., 1997, p. 119, note Tardy V. ; RTD civ., 1997, p. 942, obs. J. Mestre.

بالتالي التنفيذ، بالرغم من التحفظات التي يمكن أن تقال بخصوص هذه المسألة. لكن ذهب البعض (143) إلى أنّ التعديل الأخير للمجلّة المَدَنِيَّة الفرنسيّة سمح للدَّائن الذي يكون دينه مُعلّقًا على شرط برفع الدَّعْوَى «البوليانيّة» (144)، وهو ما يعني التخلّي عن اشتراط أن يكون الدَّيْن ثابتًا يوم رفع الدَّعْوَى. فهل يمكن الأخذ بهذا الحل في القانون التونسي؟

يتّضح بالرجوع إلى الفصول المنظِّمة للشَّرط في القانون التونسي، وجود نصّ خاصّ بالالتزامات المشروطة، وهو الفصل (134) من (م. إ. ع). (145)، يتعيّن في هذه الحالة تطبيقه؛ عملًا بقاعدة الخاصّ يقيّد العام (146). ويمنع هذا الفصل العام، الذي ينطبق على جميع أنواع الالتزام بما فيها الإيجاب (147)، على الموجِب إجراء أي عمل يمنع الموجَب له، أو يُصعِّب عليه إجراء حقوقه عند إتمام الشرط، وفي حالة مخالفة ذلك وقبول الموجب له، يبطل التَّصرُّف الذي قام به الموجِب إذا كان الغير سيّءَ النِّيَّة، أمّا إذا كان حسَن النِّيَّة، فإنّه لا يبقى للموجَب له سوى المطالبة بالتعويض.

يتّضح إذن أنّ ميدان الفصل (306) لا يشمل الالتزامات المشروطة، التي خصّها المُشَرِّع بنصّ خاصّ ينظّم حالة تصرُّف الملتزم في فترة عدم تحقق الشرط، ويتميّز الفصل (134) من (م. إ. ع)، بكونه ينصّ بوضوح على جزاء البُطلان، وبأنّه يميّز صراحةً – لتطبيق هذا الجزاء – بين الغير «حسَن النِّيَّة»، والغير «سيّء النِّيَّة»، على خلاف الفصل (306) من المجلّة نفسها.

وبالنسبة لإدراج الوصيّة (148) ضمن المصادر التي يمكن على أساسها رفع الدَّعْوَى «البوليانيّة» (149)، فإنّ الإجابة ترتبط بتحديد شروط الدَّيْن في العلاقة الرابطة بين الدَّائن والمَدِين، ونظرًا لأنّ الفصل (306) لم يحدِّد هذه الشروط، فقد تولّى القضاء بيانها، ومن بين الشروط التي

143 انظر:

L. ANDREU, V. FORTI, ET É. SAVAUX , «Chronique de régime général des obligations (Septembre 2015 - février 2016) (1re partie)», P. aff., 2016, n° 152, p. 6.

144 ينصّ الفصل (5-1304)، فقرة أولى، من المجلّة المَدَنِيَّة الفرنسيّة، على ما يلي:

«Avant que la condition suspensive ne soit accomplie, le débiteur doit s'abstenir de tout acte qui empêcherait la bonne exécution de l'obligation ; le créancier peut accomplir tout acte conservatoire et attaquer les actes du débiteur accomplis en fraude de ses droits».

145 ينصّ هذا الفصل على ما يلي: «ليس لمن التزم بشيء على شرط، تعليق أن يجري قبل حصوله أي عمل يمنع الغريم، أو يصعّب عليه إجراء حقوقه عند إتمام الشرط،فإذا تم شرط التعليق بطل ما أجراه الملتزم في أثناء المدّة، ممّا من شأنه أن يضرّ بالغريم، وذلك بدون إخلال بالحقوق الحاصلة بطريقها للغير ،عن حسن قصد».

146 «Le spécial déroge au général» أو باللاتينيّة «specialia generalibus derogant».

147 ورد الفصل 134 من (م. إ. ع). في إطار العنوان الثالث، الذي ورد بالصيغة التالية: «فيما يتغيّر به الالتزام».

148 ينصّ الفصل (171) من (م. أ. ش) على أنّ: «الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، بطريق التبرُّع سواء كان عينًا أو منفعة».

149 تجدر الإشارة إلى أنّنا نتحدّث هنا – أيضًا – عن الوصيّة بوصفها مصدرًا من المصادر التي يمكن على أساسها رفع الدَّعْوَى «البوليانيّة»، وليسك تصرُّفًا يقوم به المَدِين ويضرّ بدائنيه. وبخصوص هذه المسألة، ورغم أنّ المشرِّع أقصى في الفصل (306) إمكانيّة القيام بالدَّعْوَى «البوليانيّة» إذا كانت تمسّ الأحكام المتعلقة بالحالة الشَّخصية أو بالميراث، إلاّ أنّ نفس الفصل قيّد ذلك بعدم مخالفة تلك الأحكام، وهو ما يعني أنّه بالإمكان الطعن بالدَّعْوَى «البوليانيّة» إذا كان تصرُّف المَدِين بالوصيّة مخالفًا للقواعد القانونيّة، كأن تتجاوز الوصيّة ثلث التركة.

درج القضاء على التأكيد عليها: وجوب توفُّر دين ثابت ومستحق الأداء (150)، في حين أنّ دَيْن الموصَى له لا يكون ثابتا ومستحق الأداء إلاّ عند وفاة الموصي، إذ ينصّ الفصل 181 من م.أ.ش.: «الموصَى له يستحق الوصية مع ما زاد فيها من زمن وفاة الموصي»151. وحتى لو ذهبنا في اتّجاه اعتماد أنّه يكفي وجود الدَّيْن الثابت، وأنّ شرط الدَّيْن مستحق الأداء ليس ضروريًّا، مثلما اتجه لذلك جانب من القضاء (152)، والفقه (153)، فإنّ ثبوت الدَّيْن لا يمكن احتسابه متوفِّرا بالنسبة للموصَى له، بما أنّ الموصِي يستطيع قبل وفاته الرجوع في الوصيّة (154).

والواقع أنّ عدم ثبوت الدَّيْن في الوصيّة ليس سببه أنّ الدَّيْن مستقبلي؛ إذ بالإمكان تصوُّر وجود دَيْن مستقبلي لكنه ثابت منذ البداية، ولو من حيث المبدأ، حتى ولو لم يكن معلوم المقدار (155)، مثل التزام الكفيل بأن يؤدي للدَّائن ما التزم به المَدِين إن لم يؤده (156)، ففي مثل هذه الحالة، يعتبر حق الدَّائن ثابتًا قَبْل قيام المَدِين بالتَّصرُّف موضوع النزاع. فعدم ثبوت الدَّيْن سببه إمكانيّة الرجوع في الوصيّة من قبل الموصي، الأمر الذي يجعل الدَّيْن غير ثابت إلى حين تحقق الوفاة، والحقيقة أنّ منح حق الرجوع في الوصيّة، يجعل من الصعب لجوء الموصَى له للدعوى «البوليانيّة»، بالرغم من إمكانيّة وجود التدليس، أو التَّغْرير في جانب الموصِي (157)، وهو ما يبيّن حدود دعوى عدم نفاذ التَّصرُّف (158).

150 انظر (ت. م.)، عدد (25366، (07 أبريل 2009)، نشريّة محكمة التعقيب، 2009، القسم المدني، الجزء الأوّل، ص. (171)، وقد جاء في هذا القرار أنه: «لا جدال في كون الدَّعْوَى «البوليانيّة» ترمي إلى عدم نفاذ تصرُّف المَدين في حقّ دائنه، شريطة أن يكون الدَّيْن ثابتًا مستحق الأداء » ؛ (ت. م.)، عدد (2744-2006)، (28 فبراير 2008)، صادر عن الدوائر المجتمعة غير منشور، وقد جاء في إحدى حيثيات القرار ما يلي: «وحيث يخلص من الفصل (306) من (م.إ.ع). أنّ المشرّع قد حدّد شروط القيام بالدّعْوى «البوليانيّة» منها ما يتعلّق بالدّائن الذي يجب أن يكون له حقّ مستحق الأداء، وسابق في الوجود على التّصرُّف المطعون فيه ». انظر أيضًا (ت. م.)، عدد (21075) مُؤرّخ في (08 نوفمبر 2008)، مجلّة القضاء والتشريع، 2009، عدد (3)، ص. (151)، ويراجع في خصوص هذه المسألة: المطلب الأوّل، من المبحث الثاني، من هذه الدراسة.

151 انظر أيضًا الفصل (1104) من المجلّة المَدَنيّة الفرنسية.

152 وقع التأكيد في بعض القرارات على أنّه يكفي أن يكون الدَّيْن موجودًا، غير محتمَل أو غير متنازَع فيه؛ حتى يستطيع الدّائن رفع الدّعوى على أساس الفصل (306) من (م. إ. ع). انظر على سبيل المثال: (ت. م.)، عدد (-2009 43831)، (24 يناير 2011)، غير منشور، وقد جاء فيه ما يلي: «وحيث طالما أثبت المعقَّب ضدّهما بوصفهما دائنَين عند ممارستهما حق التتبّع بواسطة الدّعْوَى «البوليانيّة» على معنى الفصل (306) م.إ.ع. أن دينهما كان ثابتًا» ؛ (ت. م.)، عدد (3669)، (07 أكتوبر 1981)، (ن. م. ت)،1981، الجزء الأول، القسم المدني، ص. (136). وقد جاء في إحدى حيثيات هذا القرار أنّ: «العبرة بوجود الدَّيْن الثابت قبل العقد الذي يشتكي منه الدّائن... بصرف النظر عن مقدار الدَّيْن وميعاد أدائه»؛ استئنافي مدني، عدد (773)، (30 يناير 1986)، مجلّة القضاء والتشريع، 1987، عدد (8)، ص. (19)، مع تعليق للأستاذ صلاح الدّيْن الملولي.

153 انظر حاتم بن عبد الحميد الرواتبي، المرجع السابق، عدد (105)، ص. (149) وما بعدها ؛ علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، تونس، 2009، ص. (84) ؛ البشير زهرة، «حول الدّعْوَى «البوليانيّة» تعليق على قرار استئنافي عدد (70627)»، مجلّة القضاء والتشريع، 1988، عدد (7)، ص.(57) وما بعدها.

154 ينصّ الفصل (177) من (م. أ. ش)، على أنه: «يجوز الرجوع في الوصية من الموصي، ولكن لا يثبت إلّا على معنى الفصل (176)»، وانظر أيضًا: الفصل (895) من المجلّة المَدَنيّة الفرنسيّة.

155 جاء في قرار (ت. م.)، عدد (3669)، (7 أكتوبر 1981)، أنّ: « العبرة بوجود الدَّيْن الثابت قبل العقد الذي يشتكي منه الدّائن وطعن فيه، وفق أحكام الفصل الآنف الذكر، بصرف النظر عن مقدار الدَّيْن وميعاد أدائه؛ إذ يكفي لحصول نيّة الإضرار وجود الدَّيْن السابق عن العقد دون حاجة إلى حلوله ومقداره ». (ن. م. ت).،1981، ج.(3)، قسم مدني، ص. (136).

156 قد يعمد الكفيل في حالة علمه بقرب إعسار المَدين الأصلي، أو عدم قدرته على سداد دينه، إلى التَّفويت في مكاسبه؛ تعطيلاً للكفالة التي قدّمها، ورغم أنّ دين الكفيل مستقبلي، إلاّ أنّه ثابت بثبوت عقد الكفالة. انظر:

Cass. civ., 1ère, 15 janvier 2015, 13-21.174, Bulletin, 2015, I, n° 5 ; Cass. civ., 1ère, 8 octobre 2008, 07-14.262, https://www.legifrance.gouv.fr/ ; Cass. 1re civ., 4 nov. 1983, n° 82-14880: RTD civ., 1984, p. 719, obs. J. Mestre.

157 قد لا يصحّ أحيانا الحديث عن وجود التدليس أو التَّغْرير ما دام المشّرع قد منح الحقّ في الرجوع في الوصيّة للموصي، الذي يمارسه طبقًا لسلطته التقديريّة، فالرجوع في الوصيّة يضرّ حتمًا بالموصَى له، وبالرغم من ذلك فإنّ ذلك يعدّ جائزًا، ففي مثل هذه الحالة قد تكون نيّة الإضرار موجودة لدى الموصي، ورغم ذلك يكون تصرُّفه سليمًا، بما يجعل من مسألة الحديث عن التدليس غير ذي جدوى.

158 انظر:

B .ALIDOR» ,Les limites de l'action paulienne du légataire particulier ,«Gaz .Pal ,2017 ,.n ,15 °p.73 .

ولا يمكن تصوّر قبول القضاء قيام الدَّائن بالدَّعْوَى «البوليانيّة» إلاّ في حالة توسّعه في شرطي: ثبات الدَّيْن، واستحقاق الأداء. وقد يذهب البعض إلى الاعتقاد أنّه بما أنّ القضاء اتجه إلى عدم اشتراط الطبيعة النقديّة للدين فإنّ ما سيترتّب على ذلك بالضرورة هو التخفيف في شرط أن يكون الدَّيْن ثابتًا، وشرط أن يكون مستحق الأداء (159)؛ لأنّ المقصود بثبوت الدَّيْن هو ثبوت التزام المَدِين وعلاقة المديونيّة زمن تصرُّف المَدِين المتنازع فيه، وحتى لو كان الأداء مستحقًّا في المستقبل، فلا شيء يمنع من اللُّجوء للدعوى «البوليانيّة» طالما توفُّر التدليس. وتبعا لهذا الفهم، فإنّه من المفروض– بالنسبة للوصيّة – عدم حرمان الموصَى له من توسّل دعوى الفصل (306)، بما أنّها مازالت قائمة، ولأنّ الموصي بإمكانه التراجع عن الوصيّة في أيّ وقت شاء.

وإذا كان الإيجاب يقترب في مفهومه من الالتزام المعلَّق على شرط، فإنّ الوصيّة تقترب أيضًا من الالتزام المعلَّق على أجل، بما أنّها تعرَّف في الفصل (171) من (م.أ.ش). بكونها: « تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، بطريق التبرُّع سواء كان عينًا أو منفعة»، فالموت هو أجل، وهو ما يجعل من التساؤل عن إمكانيّة القيام على أساس الدَّعْوَى «البوليانيّة» في الالتزامات المعلّقة على أجل بصفة عامّة هامّا للغاية. وقد طُرح السؤال في فرنسا خاصّة بعد أن كان مشروع الأمر الحكومي المتعلّق بتعديل مجلّة القانون المدني ينصّ على إمكانيّة مُمارَسة الدَّعْوَى «البوليانيّة» في هذه الحالة (160)، لكن هذه الإمكانيّة لم يقع إدراجها في الصيغة النهائيّة للأمر الحكومي المُؤَرَّخ في (10 فبراير 2016)، وهو ما يجعل التساؤل مشروعا عمّا إذا كان القصد من ذلك إتاحة الإمكانيّة للقياس على الالتزامات المشروطة، وتبعًا لذلك، جعل هذا الشرط غير هام مثله مثل شرط ثبات الدَّيْن، أم أن القصد هو اشتراط أن يكون الدَّيْن مستحق الأداء، وهو ما يعني التشدّد في شروط مُمارَسة الدَّعْوَى.

159 للتذكير ،فإنّ هذين الشرطين لم ينصّ عليهما الفصل (306) من (م. إ. ع). ولكن أكّد عليهما القضاء، كما سيأتي تبيانه لاحقًا.

160 نصّ الفصل (2-1305)، فقرة ثانية، من مشروع الأمر الحكومي، على ما يلي:

»Le créancier de l'obligation affectée d'un terme peut exercer tous les actes conservatoires de son droit et agir contre les actes du débiteur accomplis en fraude de ses droits.«

المبحث الثاني
النزعة التشدُّديّة في شروط مُمارَسة الدَّعْوَى «البوليانيّة»

لئن اختلفت المواقف القضائيّة إلى حدّ التناقض، فإنّ ذلك لا يُقصي إمكانيّة استنتاج اتّجاهها وميلها (161) نحو التشدُّد في بعض شروط مُمارَسة الدَّعْوَى «البوليانيّة»، ويبرز ذلك من خلال الشروط المتعلّقة بخصائص الدَّيْن (المطلب الأوّل) وبتصرُّف المَدِين (المطلب الثاني).

المطلب الأوّل
الشروط المتعلّقة بخصائص الدَّيْن

تبرز نزعة القضاء التشدّديّة من خلال اشتراط أن يكون الدَّيْن ثابتًا، ومستحَقَّ الأداء (أ) وأن يكون سابقًا عن تصرُّف المَدِين (ب).

أ- الشرط الأول: أن يكون الدَّيْن ثابتًا، ومستحَقَّ الأداء:

لم يوضّح المُشَرِّع في الفصل (306) من (م. إ. ع). شروط الدَّيْن الواجب توفُّرها في العلاقة الرابطة بين الدَّائن والمَدِين، وهو ما أدّى إلى وجود إشكال حقيقي يتعلّق بتحديدها، وحتّم اجتهاد القضاء في هذه المسألة، وقد ذهب جانب من القضاء بصفة منتظمة إلى التشدُّد، وذلك من خلال التأكيد على وجوب أن يكون الدَّيْن ثابتًا حتى يتسنى للدَّائن القيام بالدَّعْوَى «البوليانيّة» (162)، وقد يبرَّر تشدُّدَ القضاء بخطورة هذه الدَّعْوَى التي تقيّد حريّة المَدِين في التَّصرُّف في أمواله. ويُقصد بالدَّيْن الثابت (163): الدَّيْن محقَّق الوجود الذي لا يحوم حوله شك في وجوده (164)، الخالي من النزاع (165)، والذي لم ينقضِ بأحد أسباب انقضاء الالتزام (166)، ولا يُشترط لثبات الدَّيْن صدور حكم قضائي، لأنّ ذلك الحكم، فيما يخص دعوى عدم نفاذ التَّصرُّف، لا يُنشئ الدَّيْن بل يقرّه (167). وقد درج عدد من الفقهاء – أيضًا – على اشتراط ثبوت الدَّيْن للقيام بالدَّعْوَى. وشرط ثبات الدَّيْن يتنافى بهذا المفهوم مع الالتزام المشروط، بما أنّ الشرط غير محقق الوجود (168).

---

161 الاتجاه والميل، يعني: أن هناك توجّهًا في القضاء يتشدّد في الشروط، وهذا لا ينفي إمكانية وجود توجُّه مخالف أحيانًا، ولذلك فضّلنا استعمال كلمة «النزعة» التي تفيد وجود اتجاه، دون نفي وجود توجُّهات أخرى.

162 (ت. م.)، عدد (43831-2009)، 24(يناير 2011)، غير منشور، و(ت. م.)، عدد (3669)، (07 أكتوبر 1981)، (ن. م. ت)،1981، الجزء الأول، القسم المدني، ص. (136)، وقرار استئنافي مدني، عدد (23512)، (25 أكتوبر 1995)، مجلّة القضاء والتشريع، 1996، عدد (1)، ص. (110)، وقرار استئنافي مدني، عدد (773)، (30 يناير 1986)، مجلّة القضاء والتشريع، 1987، عدد (8)، ص. (19)، تعليق للأستاذ صلاح الدّين الملولي.

163 Créance certaine

164 انظر: عبد الباسط جميعي وآمال الغزايري، التنفيذ في المواد المَدَنيّة والتجاريّة، منشأة المعارف بالإسكندريّة، 1990، ص. (66)، ذكره حاتم بن عبد الحميد الرواتبي، المرجع السابق، الهامش (320)، ص.(145).

165 في وجوب أن يكون الدّيْن خاليًا من النزاع، انظر: (ت. م.)، عدد (1542)، (21 فبراير 1978)، ج. (1)، ص. (50).

166 الفصل 339 من (م. إ. ع).

167 (ت. م.)، عدد (33704)، مُؤرَّخ في (25 مارس 2010)، غير منشور. جاء في هذا القرار ما يلي: «وحيث، خلافًا لما تمسك به المعقّبون، فإنه ثبت من مظروفات الملف أن الدّيْن ثابت وموثق بعدد (9) سندات للأمر ،وقد حلّ أجل خلاص السند الأول في (31/12/2000).
وحيث إنّ القول بأنّ الدّيْن لم يثبت قبل تاريخ إبرام عقد الهبة... وأنّ ثبوته بصفة قاطعة كان في إطار الحُكمين الصادرين عن المحكمة الابتدائية ببنزرت بصفة نهائية ... قولٌ مردودٌ؛حيث إن نشأة الدّيْن لا تتوقف على صدور حكم قضائي؛ إذ أنّ الحكم يقرّ الدّيْن ولا ينشئه».

168 انظر حاتم بن عبد الحميد الرواتبي، المرجع السابق، عدد (105)، ص. (150-149). يعتبر حاتم الرواتبي أنّه: «لا يجوز للدّائن أن يمارس إحدى دعاوى الضّمان العام ودينه معلّق على شرط لم يتحقّق بعد » ؛ علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، تونس، 2009، ص. 84.

والرأي أنّ تشدّد القضاء في هذه المسألة قابل للنقاش، لأنّ شرط ثبوت الدَّيْن، بالرغم من كونه يدعم موقف الدَّائن في اللُّجوء إلى الدَّعْوَى «البوليانيّة»، إلاّ أنّ عدم توفُّره في بعض الحالات لا يمكن أن يحول دون ممارسته لها، بالنظر إلى أنّ دعوى الفصل (306) لا تعدُّ وسيلة من وسائل التنفيذ (169)، بل تقترب أكثر من الوسائل والإجراءات التحفظيّة. وبما أنّ الهدف الأساسي للدعوى «البوليانيّة» هو المحافظة عل أموال المَدِين،أي على الضَّمان العام من تغريره وتدليسه، فإنّه بالإمكان – حسب اعتقادنا – اللُّجوء لهذه الدَّعْوَى ولو لم يكن الدَّيْن ثابتا؛ إذ يكفي أن يكون هذا الدَّيْن ثابتًا من حيث المبدأ.

ولا يبدو هذا الموقف معزولًا أو مُبتدَعًا؛ إذ سبق أن دافع عنه بعض الفقهاء (170) الذين تبيّن لهم أن اشتراط الدَّيْن الثابت لا ينسجم والهدف الذي من أجله وقع تنظيم الدَّعْوَى «البوليانيّة»، فلو افترضنا أن أحد الأشخاصّ قدّم كفالة تضامنيّة لإحدى الشركات، ثمّ عمد – بعد تأكّده من قرب إفلاس تلك الشركة – إلى تنظيم إعساره، عبر إبرام هبة لزوجته؛ حتى يتهرب من التنفيذ على ممتلكاته، فإنّ اشتراط الدَّيْن الثابت سيحول دون الحُكم بعدم نفاذ تصرُّفه مع الزوجة، بما أنّ الدَّيْن الذي يربطه بالشركة غير ثابت، فالكفيل غير متأكّد من أنّ المَدِين الأصلي، أي الشركة، لن تدفع ديونها. ولذلك فإنّه من الأفضل - في مثل هذه الحالات - عدم التشدُّد في اشتراط ثبوت الدَّيْن؛ حتى لا يؤدّي ذلك إلى تشجيع سوء نيّة المَدِين، بل يمكن للقضاء الاكتفاء بوجود احتمال قوي للدَّيْن، أو ثبوت الحق (171)، أو أساس، أو مبدأ الدَّيْن، قبل إبرام المَدِين لتصرُّفه، وهو ما قضت به محكمة التعقيب الفرنسيّة في عدد من القرارات، ومنها القرار المُؤَرَّخ في (15 يناير 2015) (172)، كما دافع عنه جانب من الفقهاء (173).

169 يرى حاتم الرواتبي أنّ من يخوّلون للدَّائن استعمال الدَّعْوَى «البوليانيّة» هم «قلّة قليلة» ويستندون إلى أنّ دعوى الفصل (306) تندرج ضمن الأعمال التحفُّظيّة لكن « هذا الرأي لا يحتمل الصواب؛ لأنّ الدَّائن الذي يستعمل دعاوى الضّمان لا يسعى فقط إلى حفظ مكاسب مَدِينه على حالتها تحسُّبًا من إعسار محتمل، وإنّما هو يتدخّل في شؤونه وأعماله، فيُلغي تصرُّفات حقيقيّة ». هذا الموقف المحترم لا نشاطره فيه الرأي؛ لأنّ التدخّل في شؤون وأعمال المَدِين لا يجعل الدَّعْوَى «البوليانيّة» تندرج ضمن الوسائل التنفيذيّة، فمفهوم الوسائل التحفُّظيّة لا يقصي التدخل في التَّصرُّفات التي أبرمها المَدِين، ولذلك فإنّ هذه الدَّعْوَى تندرج ضمن وسائل التحفّظ على أموال المَدِين؛ لأنّه حتى لو أدت الدَّعْوَى إلى إلغاء تصرُّفات المَدِين فإنّ الهدف الرئيس هو ضمان حسن تنفيذ الالتزام مستقبلًا، وهو ما يصبغها بصبغة التحفُّظ، وهو ما يبيّن أيضًا نسبيّة التفرقة بين الحفظ والتنفيذ، مثلما أكّد على ذلك نفس المؤلّف. يراجع حاتم الرواتبي، المرجع السابق، رقم (104 و84)، ص. (149 و130).

170 انظر – على سبيل – المثال: Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, op. cit., n° 1143, p. 639.

171 انظر

F .TERRE ,Ph .SIMLER et Y .LEQUETTE ,op .cit ,.n ,1073 °p.813 .

يستعمل القضاء أحيانا مصطلح الحقّ بدل الدَّيْن، انظر: (ت. م.)، عدد (19030)، (31 مايو 2012)، غير منشور؛ جاء في هذا القرار: «وجب أن يكون الحقّ سابقًا من حيث نشأته عن التَّصرُّف المطعون فيه».

172 انظر:

Cass. civ., 1ère, 15 janv. 2015, n° 13-21174, JurisData, n° 2015-000210 ; D., 2015, p. 611, v. aussi dans le même sens Cass., 1re civ., 13 avr. 1988, n° 86-14682, Bull. civ., I, n° 91 ; RTD civ., 1988, p. 545, obs. J. Mestre ; Cass. civ., 1ère, 17 janvier 1984, 82-15.146, Bull civ., I, n° 16, D., 1984, p. 437, note Ph. Malaurie ; Defrénois, 1984, art. 33266, m. n. ; Cour d'appel de Paris, 24 janvier 2014, n° 11/21819. Dans un autre arrêt en date du 28 février 2019, la Cour d'appel de Nancy affirme aussi que: «Il convient de rappeler qu'il n'est pas nécessaire, pour que l'action paulienne puisse être exercée, que la créance dont se prévaut l'auteur de l'action ait été certaine ni exigible au moment de l'acte argué de fraude, il suffit que le principe de la créance ait existé avant la conclusion dudit acte par le débiteur». Cour d'appel de Nancy, 28 février 2019, n° 18/00844, N° RG 18/00844-N° Portalis DBVR-V-B7C-EELF, https:// www-lextenso-fr-s.biblionum.u-paris2.fr/jurisprudence/

173 انظر على سبيل المثال: Dimitri HOUTCIEFF, article précité, loc. cit.

وإذا ما أخذنا بهذا الرأي، فإنّ مُمارَسة الدَّعْوَى «البوليانيّة» يمكن أن تمتدّ إلى الالتزامات المشروطة، وقد يُفهم من التعديل الأخير للفصل (5–1304)، فقرة أولى، من المجلّة المَدَنِيَّة الفرنسيّة (174)، أنّ المُشَرِّع الفرنسي أصبح يسمح للدَّائن الذي يكون دينُه معلَّقًا على شرط برفع الدَّعْوَى «البوليانيّة» (175)، وهو ما يعني التخلّي عن اشتراط أن يكون الدَّيْن ثابتًا يوم رفع الدَّعْوَى.

وبالإضافة إلى اشتراط القضاء ثبوت الدَّيْن، فإنّه يتشدَّد أحيانا في شروط مُمارَسة الدَّعْوَى «البوليانيّة»؛ حيث أكّد أيضًا على وجوب أن يكون الدَّيْن مستحق الأداء (176)، فقد أكّدت محكمة التعقيب في قرار مؤرّخ في (11 يونيو 2018) (177) أنّه: «وعلى خلاف التعليل المنتهَج من محكمة الحُكم المطعون فيه، فإنّ القيام على أساس الدَّعْوَى «البُليانية» يفترض توفُّر جملة من الشروط المتلازمة، منها: ما هو ضمني – لم ينص عليه الفصل المذكور صراحةً – ويتمثّل في ضرورة حلول الدَّيْن، و إمكانية المطالبة به». كما جاء في أحد قرارات محكمة التعقيب ما يلي: «إذ لا جدال في كون الدَّعْوَى «البُليانية» ترمي إلى عدم نفاذ تصرُّف المَدِين في حق دائنه، شريطة أن يكون الدَّيْن ثابتًا مستحَقّ الأداء، وسابقًا عن ذاك التَّصرُّف» (178)، وفي قرار آخر مؤرخ في (28 فبراير 2008) أكّدت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة على أن من شروط مُمارَسة الدَّعْوَى «البوليانيّة» وجود دين مستحق الأداء (179).

وتجدر الإشارة إلى أنّ بعض التشريعات العربيّة تؤكّد على ضرورة توفُّر هذا الشرط صراحةً؛ إذ يشترط القانون المدني الجزائري أن يكون الدَّيْن مستحق الأداء، فقد نصّت المادّة (191) على أن: «لكل دائن حلّ دينه، وصدر من مَدِينه تصرُّف ضارٌّ به، أن يطلب عدم نفاذ هذا التَّصرُّف في حقّه». والشرط نفسه موجود في المادّة (272) من القانون المدني القطري، التي نصّت على أنّ: «لكلّ دائن، حقُّه مستحق الأداء، وصدر من مَدِينه تصرُّف ضارٌّ به، أن يطلب عدم نفاذ هذا التَّصرُّف في حقه» (180).

174 ينصّ الفصل (5-1304)، فقرة أولى من المجلّة المَدَنِيَّة الفرنسيّة، على ما يلي:
«Avant que la condition suspensive ne soit accomplie, le débiteur doit s'abstenir de tout acte qui empêcherait la bonne exécution de l'obligation ; le créancier peut accomplir tout acte conservatoire et attaquer les actes du débiteur accomplis en fraude de ses droits».

175 انظر في هذا الاتّجاه:
L. ANDREU, V. FORTI, ET É. SAVAUX , «Chronique de régime général des obligations (Septembre 2015 - février 2016) (1re partie)», P. aff., 2016, n°152, p. 6.

176 créance exigible

177 ت.م.، عدد (52154)، منشور على موقع محكمة التعقيب، http://www.cassation.tn/.

178 (ت. م.)، عدد 25366، 7 أبريل 2009، (ن.م.ت)، 2009، (ق.م)،ج. (1)، ص.(171).

179 (ت. م.)، عدد 2744-2006، غير منشور، جاء في هذا القرار ما يلي: «وحيث يخلص من الفصل (306) من (م.إ.ع). أنّ المُشَرِّع قد حدّد شروط القيام بالدَّعْوَى «البوليانيّة» منها ما يتعلق بالدَّائن الذي يجب أن يكون له حق مستحَق الأداء...». انظر أيضًا (ت. م.)، عدد (38654-2009)، (24 يونيو 2010)، غير منشور؛ (ت. م.)، عدد (21075) مُؤرَّخ في (08 نوفمبر 2008)، مجلّة القضاء والتشريع، 2009، عدد (3)، ص. (151)، و(ت. م.)، عدد (45365) مُؤرَّخ في (15 أبريل 1997)، نشريّة محكمة التعقيب،1997، القسم المدني، الجزء الأول، 1997، ص. (134).

180 يراجع أيضًا المادة (237) من القانون المدني المصري.

وعلى خلاف ذلك، فإنّ اشتراط أن يكون الدَّيْن مستحق الأداء لم يتعرّض له المُشَرِّع، وبالتالي فإنّ اشتراطه من قبل القضاء يُعدُّ تشدّدا في غير موضعه. وإذا ما أخذ القضاء بإمكانيّة مُمارَسة الدَّائن للدعوى «البوليانيّة» قبل ثبوت الدَّيْن، فإنّه من باب أولى أن يقبل بذلك إذا كان غير مستحق الأداء (181)، واشتراط حلول أجل الدَّيْن يضرّ بمصلحة الدَّائن، ويتعارض مع مفهوم الضَّمان الذي يُعدُّمن بين الأسس التي تقوم عليها الدَّعْوَى «البوليانيّة»، كما أنّ حلول الأجل يعدُّ – فقط – شرطًا للحصول على السَّنَد التنفيذي (182)؛ فالدَّعْوَى «البوليانيّة» تعدّ آليّة من آليات حماية الضَّمان العام للدَّائنين من تدليس، أو سوء نيّة المَدِين، ولا يمكن حرمان الدَّائن من اللُّجوء إلى هذه الحماية، وإلاّ لفقدت الدَّعْوَى جزءًا هامًّا من جدواها (183).

ولكلّ هذه الأسباب، فإنّه من المفروض تمكين الدَّائن من مُمارَسة الدَّعْوَى «البوليانيّة» كلّما أدّى تصرُّف المَدِين إلى تهديد حقه في استخلاص دينه، أو أنقص من الضَّمان العام. وقد لخّصت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة هذا الموقف، في قرارها بتاريخ (31 مايو 2012)، الذي جاء فيه أنّ: «حلول الدَّيْن ليس شرطًا ضروريًّا لصحّة الدَّعْوَى «البوليانيّة»، وإنّما هو مستوجِبٌ للحصول على السَّنَد التنفيذي اللازم للمرور إلى مرحلة التنفيذ، بعد الحكم بعدم معارضته بتصرُّف مَدِينه الضارّ بحقوقه، لا سيّما وأنّ انتظار حلول الدَّيْن للقيام بالدَّعْوَى «البوليانيّة» يتعارض مع مصلحة الدَّائن، ويعرّض حقوقه للخطر» (184). كما أكّدت محكمة التعقيب هذا الموقف في قرار بتاريخ (28 يناير 2019)، إذ اعتبرت أنّ: «القول بضرورة أن يكون الدَّيْن مستحقا في تاريخ إبرام العقد المراد إبطاله، إنّما هو خروج عن عبارات النص بتحميلها لمعاني لم يجنح لها المُشَرِّع و ينطوي على مخالفة للفصل (533)، (م. إ. ع)» (185).

ومما يؤكّد إمكانيّة رفع الدَّائن الدَّعْوَى «البوليانيّة» قبل صيرورة الدَّيْن مستحق الأداء، ما نصّ عليه الفصل (148) من (م. إ. ع). من أنّ: «لصاحب الدَّيْن المؤجل صيانة حقوقه بجميع الأوجه القانونيّة، ولو قبل حلول الأجل، وله أيضًا أن يطلب ضامنًا أو غيره من وجوه التَّوثِقة، أو أن يطلب عقلة مال مَدِينه، إذا كانت له أسباب معتبرة بتوقُّع عسر مَدِينه أو هروبه».

181 ونفس الشيء يقال أيضًا بالنسبة لاشتراط تعيين الدَّيْن. انظر في هذا الاتجاه أيضًا حاتم الرواتبي، المرجع السابق، رقم (105)، ص. (150). وانظر أيضًا:
Cass. civ. 1re, 13 avril 1988, Bull. civ., I, n° 91, p. 61.

182 انظر (ت. م.)، عدد (61392/62271)، مُؤرَّخ في (28 يناير 2019)، متوفّر على موقع محكمة التعقيب ؛ حاتم الرواتبي، المرجع السابق، الصفحة نفسها.

183 ويتماشى هذا الرأي مع موقف المذهب المالكي، الذي يؤكّد على حق الدَّائنين في منع المَدِين من التَّصرُّف الذي ينقُص أموالهم، والذي يكون صادرًا من قبل المَدِين قبل الحجر عليه، حتى لو كان دينهم مؤجّلاً. انظر طلبة وهبة خطاب، المرجع السابق، ص. (97)، وعبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار إحياء التراث العربي، الطبعة السابعة، بيروت، 1986، ص. (374)، والوزير أبا المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الشيباني، اختلاف الأئمة العلماء، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، الجزء الأول، ص. (422).

184 قرار عدد (19030/2007)، غير منشور، مذكور سابقًا.

185 (ت. م.)، عدد (61392/ 62271)، مُؤرَّخ في (28 يناير 2019)، مذكور سابقًا. وقد خلُصَت المحكمة إلى أن هذا القول «لا سند له من القانون». كما بيّنت المحكمة في هذا القرار أنّ: « حلول الدَّيْن ليس شرطًا ضروريًّا لصحة الدَّعْوَى «البوليانيّة»، وفقما أكّد فقه قضاء هذه المحكمة وإنما هو مستوجبٌ للحصول على السند التّنفيذي اللاّزم للمرور إلى مرحلة التنفيذ، بعد الحكم بعدم معارضته بتصرُّف مَدِينه الضار بحقوقه؛ ذلك أنّ انتظار حلول الدَّيْن للقيام بالدَّعْوَى «البوليانيّة» يتعارض مع مصلحة الدَّائن، ويعرّض حقوقه للخطر».

ويتضح من الصياغة العامّة لهذا الفصل إمكانيّة لجوء الدَّائن لجميع التدابير والإجراءات التحفظيّة، ومنها: الدَّعْوَى «البوليانيّة» (186). ولا يطرح شرط استحقاق الدَّيْن إشكالاً بالنسبة للدَّائن الذي يتمتّع بضمانًات خاصّة، وتصرّف المَدِين بقصد الغرر فأخفى «حقًّا أو امتيازًا موظّفًا من قبل على الضمانًات المعطاة منه»، ففي مثل هذه الحالة «يستحق الدَّيْن المؤجل حالاً»، طبقا للفصل (149) من (م. إ. ع). (187). كما أنّ هذا الشرط لا يطرح إشكالا في حالة موت المَدِين – حقيقةً أو حكمًا – طبقا للفصل (150) من نفس المجلّة.

وقد اتجهت النِّيَّة في فرنسا في البداية، إلى إعطاء الدَّائن بأجل، إمكانيّة القيام بالدَّعْوَى «البوليانيّة»، كما سبق التأكيد عليه، لكن وقع العدول عن هذا الحَلّ في الصيغة النهائية للأمر الحكومي المُؤَرَّخ في (10 فبراير 2016)، وهو ما يطرح السؤال عن المغزى من هذا العدول، وطريقة تفسير موقف المُشَرِّع الفرنسي من هذه المسألة (188)، بالرغم من أنّ القضاء الفرنسي سبق وأن أكّد على أنّ استحقاق الدَّيْن لا يمكن أخذه بعين الاعتبار عند مُمارَسة الدَّعْوَى «البوليانيّة» (189).

ب. شرط أن يكون الدَّيْن سابقا عن تصرُّف المَدِين:

لم ينصّ المُشَرِّع على هذا الشرط صراحةً، لكنَّ القضاء دأب على اشتراط توفُّره في عدد من القرارات؛ فقد أكّدت محكمة التعقيب في قرار بتاريخ (5 أبريل 2018)، أنّ: «من أهمّ شروط الدَّعْوَى «البُليانيّة» أسبقية الدَّيْن عن البيع» (190)، كما جاء في أحد القرارات أنّه يُشترط في تصرُّفات المَدِين: «... أن تنال من حقوق الدَّائن، وأن تحرمه من فرص استخلاص دينه، ولا تتوفَّر على هذا الشرط، إلا اذا كان الدَّيْن المدَّعَى به سابقا للعقد المشكوك في صحته؛ إذ يجب لتوفُّر الصفة لدى الدَّائن، في القيام بالمطالبة بإبطال العقد، أن يُثبت تضرُّره، وأسبقية دَيْنه عن العقد المراد إبطاله» (191).

ولتحديد مدى توفُّر شرط الأسبقيّة، يعتمد القضاء على تاريخ نشأة الدَّيْن لا على تاريخ استحقاقه، فقد نصّت محكمة التعقيب في قرار (28 يناير 2019)، على أنّ «العبرة بتاريخ وجود حق الدَّائن، لا بتاريخ استحقاقه» (192). وقد أكّدت الموقف نفسه في قرار آخر؛ إذ

186 تُستعمل الصياغة الفرنسية لهذا الفصل – صراحةً – عبارة «toutes mesures conservatoires de ses droits»، لكن انظر بخصوص الموقف المخالف:
Y. KNANI, Chronique de jurisprudence civile, contrats et quasi-contrats, R.T.D., 1984, p. 647.

187 ينصّ هذا الفصل على أنّه: «يستحق الدَّيْن المؤجل حالا إذا أعلن فلس المَدِين أو نقص بفعله شيئ من الضمانًات الخاصّة التي كان أعطاها في العقد أو لم يعط ما وعد به منها وهذا الحكم يجري أيضًا فيما إذا قصد الغرر وأخفى حقا أو امتيازا موظفا من قبل على الضمانًات المعطاة منه».

188 انظر : L. ANDREU, V. FORTI, ET É. SAVAUX , article précité, n° 152, p. 6.

189 انظر – على سبيل المثال –: Cass. civ., 1re, 25 fév. 1981, Bull. civ., I, n° 69, p. 56, JCP, G., 1981, II, 19628.

190 (ت.م)، عدد (53288)، منشور على موقع محكمة التعقيب التونسيّة، http://www.cassation.tn/، وانظر أيضًا: (ت.م)، عدد (52154)، (11 يونيو 2018)، مذكور سابقًا.

191 (ت.م)، عدد (77252)، مُؤَرَّخ في (19 فبراير 2013)، غير منشور، وفي قرار آخر، بتاريخ (22 مايو 2012)، عدد (69983)، غير منشور أكّدت محكمة التعقيب على أنّه: يُشترط في العقود التي يبرمها المَدين «...أن تنال من حقوق الدَّائن، وبأن تحرمه من فُرص استخلاص دينه، ولا تتوفَّر على هذا الشرط إلا إذا كان الدَّيْن المدَّعَى به سابقًا للعقد المشكوك في صحَّته؛ إذ يجب لتوفُّر الصفة لدى الدَّائن، في القيام بالمطالبة بإبطال العقد أن يثبت تضرُّره وأسبقية دينه عن العقد المراد حمايته وهو ما يبرّر مصلحته في الدَّعْوَى؛ إذ تنصّ القاعدة الأصوليّة أنه لا قيام بدون مصلحة». انظر أيضًا (ت. م.)، عدد (67500)، (3 أبريل 2012)، غير منشور.

192 قرار مذكور سابقًا. وقد جاء أيضًا في هذا القرار أنّ «المطالبة قضائيا بالتعويض قد انطلقت في تاريخ سابق للهبة كما أنّ الحكم المستند إليه من قبل المحكمة لم ينشئ حق المعقبة في التعويض عن الخسارة وإنّما هو مقرّر له».

بيّنت أنّ العبرة هي: «بتاريخ وجود حق للدَّائن، لا بتاريخ استحقاقه، وإن سبق تصرُّف المَدِين صدور الحكم، فإنّ الحكم ليس مُنشئًا للحق بل هو مقرّر له» (193). كما جاء في قرار صادر عن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب، بتاريخ (2 مارس 2017) (194) أنّ «الحكم الشّغلي بطبيعته ليس بالحكم المنشئ لحقوق العملة، بل هو مقرّ لها ومصرّح بها، لكون الحق موجودًا قبل استصدار السَّند التنفيذي، وكذلك قبل إتمام المَدِين للبيع تفويتًا في عَقَارات الشركة المحكوم ضدّها بالأداء». وقد أكّد القضاء على هذه المسألة في عدد من القرارات (195)، رغم وجود بعض الغموض في بعض المواقف (196).

ويمكن تبرير اشتراط القضاء لأسبقية الدَّيْن عن تصرُّف المَدِين، بأنّ الفصل (306) يستوجب الإضرار بحقوق الدَّائن وتوفُّر التَّغْرير والتدليس، في حين أنّ وجود الدَّيْن بعد تصرُّف المَدِين لا يمكن – على الأقل من حيث المبدأ – أن يؤدّي إلى الإضرار بالدَّائن؛ لأنّه إذا كان تصرُّف المَدِين سابقًا في الوجود لحق الدَّائن، فإنّ الشيء المتصرَّف فيه لم يكن زمن ذلك التَّصرُّف مندرجًا ضمن الضَّمان العام (197)، فمن المفروض أنّ تصرُّف المَدِين قبل وجود الدَّيْن الذي يربطه بالدَّائن، لا يضرّ بحقوق هذا الأخير، ولا يمكن تصوُّر وجود الضَّرَر، إلاّ إذا وُجدت رابطة سببيّة بين تصرُّف المَدِين وحرمان الدَّائن من استخلاص دينه، كما أنّ التَّغْرير أو التدليس من المفترض – من حيث المبدأ – عدم وجوده في حالة تصرُّف المَدِين قبل وجود الدَّيْن، الذي يربطه بالدَّائن.

لكن قد توجد بعض الاستثناءات على هذا المبدأ؛ إذ قد يتوفَّر عنصر الإضرار بحقوق الدَّائن المستقبلي مع وجود التَّغْرير والتدليس، بالرغم من أنّ الدَّيْن قد نشأ بعد تصرُّف المَدِين في الشيء، وتظهر مثل هذه الحالات عندما يكون المَدِين سيئ النِّيَّة، كأن يعمد إلى التَّغْرير بدائن مستقبلي، بأن يتصرّف في إحدى ممتلكاته؛ حتى لا يجد دائنه المستقبلي الذي عزم على التعاقد معه أموالاً يستطيع التنفيذ عليها لاحقًا، وقد أصبح هذا التَّغْرير الاستباقي موجودًا في الواقع بكثرة، لذلك من المستحسَن بالنسبة للقضاء، عدم التشدُّد في شرط أسبقية الدَّيْن عن تصرُّف المَدِين؛ حتى يستطيع مواكبة جميع طرق التحيّل التي قد يلجأ لها المَدِين، وقد اتّجهت محكمة التعقيب بالفعل إلى اختيار منهج عدم التشدُّد، في قرار (28 يناير 2019)، عندما قرّرت

193 (ت. م.)، عدد (1542)، (21 فبراير 1978)، مجلّة القضاء والتشريع، 1979، عدد (2)، ص. (68).

194 قرار عدد (22849)، التقرير السنوي لمحكمة التعقيب، 2017، (سبتمبر 2018)، ص. (143)، عصام الأحمر، فقه قضاء الدوائر المجتمعة، تونس، 2018، ص. (29).

195 انظر مثلا: (ت. م.)، عدد 44031، 7 مارس 2018، غير منشور ؛ (ت. م.)، عدد 30956-2008 ، 15 يناير 2010، غير منشور، وقد نصت المحكمة في هذا القرار على أنّه: «وحيث لا خلاف بأن العبرة في معاينة مدى توفُّر شروط الدَّعْوَى «البوليانيّة» الحاليّة هو تاريخ نشأة حقّ الموعود لهما وتاريخ صيرورة ذمّة الواعدة مثقلة بالتزام تجاههما بإتمام البيع النهائي». انظر أيضًا (ت. م.)، عدد 19030، 31 مايو 2012، غير منشور؛ جاء في هذا القرار: «وجب أن يكون الحقّ سابقا من حيث نشأته عن التَّصرُّف المطعون فيه المعتبر هو تاريخ إنشاء الكمبيالات لا تاريخ استحقاق المبالغ المضمنة بها».

196 ذهبت محكمة التعقيب أحيانا إلى الربط بين نشأة الدَّيْن واستحقاق الأداء فقد أكّدت في قرار 24 ديسمبر 2008 على أنّ: «...المعني بالأمر قد اكتسب صفة الدَّائن بمجرّد نشأة الدَّيْن المتمثّل في معين القرض وصيرورته مستحق الأداء في تاريخ سابق لإبرام عقد البيع المطعون فيه...». (ت. م.)، عدد 22552، 24 ديسمبر 2008، غير منشور.

197 انظر عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، رقم 581، ص. 1022.

أنّه متى «ثبت أنّ الواهب قد تصرّف متوقّعا أنّه سيصبح في وقت قريب مَدِينًا، كان تصرُّفه مشوبا» (198). وقد ذهبت محكمة التعقيب – في قرار آخر بتاريخ (5 فبراير 2015) – إلى التخلي عن شرط أسبقيّة الدَّيْن في حالة تعمّد المَدين تنظيم إعساره لغاية الإضرار بديون مستقبليّة: «كأن يعمَد مرتكب حادث مرور، تحرير كَتْب اعتراف بدَين، لفائدة شقيقه، بعد ارتكابه للحادث وقبل التصريح بإدانته» (199).

كما قامت المحكمة الابتدائية بتونس، في الحكم الصادر بتاريخ (28 ماي 1988) (200)، بإبطال عقدَين أبرمهما المَدِين مع زوجته وابنته، والحال أنّ الدَّيْن لم يكن موجودا زمن البيع. وقد علّلت المحكمة حكمها بالقول بأنّ التَّصرُّف قبل نشأة الدَّيْن: «ليس خليقًا أن يغني عن توفُّر شروط الدَّعْوَى».

ويُبرز القضاء المقارن وجود عدد من الحالات التي قبل فيها مُمارَسة الدَّعْوَى «البوليانيّة» من قبل الدَّائن، بالرغم من أنّ تصرُّف المَدِين كان سابقًا عن وجود الدَّيْن، ومنها الحالة التي يتعمّد فيها المَدِين التَّفويت في أغلب ممتلكاته إلى أبنائه، قبل لجوئه إلى الاقتراض (201)، أو الحالة التي يعمد فيها إلى إلحاق ضرر كبير بالغير (202).

ولكلّ هذه الأسباب، فإنّه من الأفضل عدم تشدُّد القضاء في شرط: أن يكون الدَّيْن سابقًا عن تصرُّف المَدِين، فطالما كان التدليس أو التَّغْرير متوفِّرا في التَّصرُّف مع الإضرار بحقوق الدَّائن يمكن قبول الدَّعْوَى «البوليانيّة».

وقد يُفهم من عدم ذكر المُشَرِّع لشرط الأسبقيّة، مقابل التنصيص على الشروط الأخرى، مثل التَّغْرير والتدليس، والإضرار بالغير، إمكانيّة الاستغناء عن هذا الشرط، طالما توفَّرت بقيّة الشروط الضروريّة: وأهمّها التَّغْرير الذي بتوفُّره لم يعد هامّا معرفة تاريخ الدَّيْن وزمن التَّصرُّف (203)، فهو يستوعب ويحتوي شرط الأسبقيّة بل ويبتلعه.

198 قرار مذكور سابقًا. وقد جاء أيضًا في حيثيات هذا القرار أنّه: «وقد ثبت من جملة المعطيات الواقعية المتوفِّرة بالملف أنّ المعقّب ضده الأوّل قد أبرم عقد الهبة بعيد تبليغه بعريضة الدَّعْوَى الابتدائيّة المتضمّنة طلب إلزامه بغرم الخسارة ».

199 (ت. م.)، عدد 10811، غير منشور. تفيد الوقائع أن المَدِين كان قد تقدّم بطلب في الطلاق، ثمّ قام بطرح القضيّة وعلى إثر ذلك فوّت في عقّاره إلى شقيقه، ثمّ تقدّم بطلب جديد في الطلاق وقضت المحكمة بالتعويض للزوجة التي فوجئت عندما أرادت التنفيذ على العقّار بتفويت طليقها فيه، بما من شأنه أن يعدم حظوظها في التعويض فقامت برفع دعوى على أساس الفصل (306) من (م. إ. ع).

200 حكم عدد 15764، غير منشور، ذكره حاتم الرواتبي، المرجع السابق، ص. 164 وما بعدها.

201 انظر:

Cass. civ., 1re, 15 fév. 1967, Bull. civ., I, n° 66. Dans cet arrêt la Cour affirme que: “Mais attendu que si, en principe, l’acte critique doit être postérieur à la naissance de la créance, il n’en est plus ainsi lorsqu’il est démontré que la fraude a été organisée à l’avance en vue de porter préjudice à un créancier futur ;

Qu’ainsi, lorsque la fraude, qui peut être prouvée par tous moyens, a été concertée et pratiquée à l’effet de nuire à un créancier, il importe peu qu’elle soit ou non postérieure à la créance».

202 انظر: Cass. civ., 1re, 7 janv. 1982, aff. du voisin explosif, Bull. civ., I, n° 4.

203 وقد يُفسَّر تفضيل البعض استعمال عبارة «التدليس البولياني» «fraude paulienne» على عبارة الدَّعْوَى «البوليانيّة» بهذا السبب. انظر على سبيل المثال:

L. SAUTONIE-LAGUIONIE, thèse précitée ; A. BOLZE, «Fraude paulienne: nature des droits du créancier et solvabilité du débiteur», Gaz. Pal., 17 mars 2015, n° 076, p. 28 ; A. TADROS, «La fraude paulienne et la valeur des droits sociaux», Bulletin Joly Sociétés, n°10, p. 607 ; M. MIGNOT, «La fraude paulienne de la caution», L’ESSENTIEL Droit bancaire, n° 05, p. 2.

المطلب الثاني
الشروط المتعلّقة بتصرُّف المَدِين

يذهب القضاء – بانتظام – إلى اشتراط توفُّر بعض الخصائص في تصرُّف المَدِين، والتي تؤدّي مجتمعة إلى الإضرار بالدَّائن، وتتمثل في تسبّب تصرُّفه في إعساره أو الزيادة فيه (أ) وكذلك توفُّر التَّغرير والتدليس (ب).

أ- شرط الإعسار

على غرار الشروط التي سبق دراستها، لم يشترط المُشَرِّع في الفصل (306) من (م. إ.ع) صراحةً تسبّب تصرُّف المَدِين في إعساره، بالرغم من أنّ الفقرة (2) من الفصل (232) من المشروع التَّمهيدي (204)، والفصل (351) من اللائحة الابتدائيّة للمجلّة المَدَنِيَّة والتجاريّة التونسية لسنة (1899) (205) يشترطان ذلك.

ومع أنّ المُشَرِّع لم ينصّ صراحة على شرط الإعسار؛ فإنّه يمكن للبعض استنتاج وجوب توفُّره ضمنًا، من خلال التأكيد على شرط الإضرار بحقوق الدَّائنين، بما أنّ إعسار المَدِين يدخل في مفهوم الضَّرَر الذي يلحق بدائنه (206)، ولم يمنع غياب التَّنْصيص على هذا الشرط اتّجاه الفقه والقضاء للتثبّت من مدى توفُّره، مع أنّ البعض يستعمل مصطلح الافتقار كمرادف للإعسار، فقد جاء في قرار صادر عن محكمة التعقيب مؤرّخ في (22 مايو 2012) أنّه: «وحيث إنّ ترتيب جزاء الإبطال لا يكون إلا بشروط وتتعلق بالأساس بافتقار ذمة المَدِين وثبوت إعساره ويُعد هذا الشرط أساسيا في الدَّعْوَى «البوليانيّة»» (207).

وفي غياب تعريف تشريعي للإعسار قدّم القضاء عديد التعاريف لهذا المصطلح، فقد ذكرت محكمة التعقيب – في أحد قراراتها – أنّه يعني: «عدم وجود مكاسب للتنفيذ عليها، غير تلك التي حصل فيها التَّفويت، وعدم قدرة المَدِين على سداد ديونه» (208)، وفي قرار آخر بيّنت محكمة التعقيب أنّ: «المراد بإعسار المَدِين، هو المؤدّي إلى افتقاره، والمرتبط ارتباطا عضويًا بانعدام أيّ مكاسب أخرى كافية لسداد ما عليه من ديون» (209) . فالإعسار

204 نصّت هذه الفقرة على أنّه: «يعتبر التحيّل موجودًا بمجرّد قيام المَدِين بإنقاص ذمّته، إضرارًا بدائنيه، بما من شأنه أن يجعل المتبقى غير كاف لخلاصهم بصفة تامّة»، انظر: Projet Préliminaire de Code Civil et Commercial Tunisien soumis à la Commission de Codification des Lois Tunisiennes, par David SANTILLANA, Imprimerie Générale, J. Picard et Cie, Tunis, 1897.

205 نصّت هذه المادّة على أنّه: «يجوز للدَّائنين: أن يبطلوا كل تصرُّف بالإحالة، أو التنازل، قام به المَدِين إضرارا بحقوقهم، عندما ينتج عن هذا التَّصرُّف إعسار المَدِين أو تفاقمه».

206 انظر نادر عمران، «نظام الدَّعْوَى «البوليانيّة» في ضوء فقه القضاء»، مجلّة القضاء والتشريع، ديسمبر، 2003، ص. (82).

207 (ت. م.)، عدد (69983)، (22 مايو 2012)، غير منشور، و(ت. م.)، عدد (77252)، مُؤَرَّخ في (19 فبراير 2013)، غير منشور، و(ت. م.)، عدد (35091)، (16 مارس 2010)، غير منشور.

208 (ت. م.)، عدد (77252)، مُؤَرَّخ في (19 فبراير 2013)، غير منشور.

209 (ت. م.)، عدد (25366)، (07 أبريل 2009)، (ن. م. ت).،2009، القسم المدني، الجزء الأول، ص. (171)، وأكّدت محكمة التعقيب في قرار آخر بتاريخ (11 يونيو 2018)، أنّ المقصود بالإعسار: « أن يكون مال المَدِين ومكاسبُه غير كافية لسداد ما عليه من ديون». (ت. م.)، عدد (52154)، مذكور سابقًا.

بهذا المعنى يتوفّر في حالة تفويت المَدِين في عَقَاره دون أن يكون له أموال أخرى يمكن أن تفي بخلاص دينه (210)، ويذهب العديد من الفقهاء إلى تعريف الإعسار بأنّه: الحالة الواقعيّة التي تتجاوز فيها ديون المَدِين حقوقه فيعجز، أو يتعسّر عليه أداؤها؛ لعدم كفاية أمواله (211).

ورغم وجود علاقة «وطيدة ومتينة» (212) بين الإعسار والضَّرَر اللاحق بالدَّائن، إلاّ أنّه لا يجوز – حسب رأينا – ربط توفّر المصلحة بتوفّر شرط الإعسار (213) حصرًا، فالمفروض أنّ المصلحة تتوفّر بوجود شرط الإضرار بصفة عامّة، وليس شرط الإعسار فقط، وقد ذهبت محكمة التعقيب إلى استنتاج ذلك في قرار لها مؤرّخ في (19 فبراير 2013) (214).

ويسمح عدم ربط مُمارَسة الدَّعْوَى «البوليانيّة» بوجود الإعسار باستيعاب حالات عديدة قد لا يتوفّر فيها شرط الإعسار رغم الضَّرَر الذي قد ينجم عن تصرُّف المَدِين، ومنها حالة التَّصرُّف الذي يزيد من التزامات المَدِين (215) بالرغم من كونه لا يعدُّ مفقِرًا (216). ومن شأن هذا الحل أن يوفّر حماية أكبر للدَّائن، وبخاصّة أنّ التوجّه العام للقضاء يميل إلى تحميل عبء إثبات الإعسار على الدَّائن (217).

ويعدُّ تشدّد القضاء في هذه المسألة في غير محلّه؛ إذ لا حاجة لربط الدَّعْوَى «البوليانيّة» باشتراط الإعسار ، طالما أنّ الشرط الأهم، الذي أكّد عليه المُشَرِّع صراحةً، والذي يتعيّن التثبُّت منه والاكتفاء به هو الإضرار بالدَّائن، فطالما توفّر هذا الشرط أمكن اللُّجوء للدعوى «البوليانيّة»، والإعسار مظهر من مظاهر الإضرار بالغير، لكنّه ليس الوحيد، والأفضل عدم

210 (ت. م.) عدد (35091)، مُؤَرَّخ في (16 مارس 2010)، غير منشور، وانظر في نفس الاتجاه: (ت. م.)، عدد (25769-2008)، (07 مايو 2009)، غير منشور ، و(ت. م.)، عدد (2744-2006)، (28 فبراير 2008)، صادر عن الدّوائر المجتمعة، غير منشور.

211 انظر: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، رقم (588)، ص. (1029)، وحاتم بن عبد الحميد الرواتبي، «مفهوم الإعسار»، بحوث في التأمينات العينية والشّخصية، عمل جماعي لهيئة تدريس قانون التأمينات بكلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 1999، ص.(285)، وصلاح الدّين الملولي،» تعليق على قرار مدني حول دعوى طعن الدّائن في عقود مَدِينه، قرار عدد (733)، بتاريخ (30 يناير 1986)، صادر عن محكمة الاستئناف بالمنستير»، مجلّة القضاء و التشريع،1987، عدد (8)، ص.(33).

212 صلاح الدّين الملولي، المرجع السابق، ص. (34).

213 انظر: نادر عمران، المقال السابق، ص.(84)، و:

Y .KNANI ,Chronique précitée ,p.642 .

ويذهب لسعد الشريف إلى القول بأنّ: « هذه المصلحة، وهذا الضّرَر، لا يتحقّقان إلا إذا أدّى تصرُّف المَدين إلى إعساره، وتبعًا، فإن الإعسار هو شرط ضروري لاحترام القاعدة الأصولية القاضية بأنه لا دعوى دون مصلحة». انظر لسعد الشريف، المرجع السابق، ص. (248)، ولتدعيم رأيه يعود إلى الأصول التاريخية للفصل (306) من (م.إ.ع)، في حين أنّ هذه الحُجّة قد تُستعمَل لتفنيد ما ذهب إليه، إذ أنّ هذه الأصول التاريخيّة قد تخلّى عنها المُشَرِّع في صياغة الفصل (306)، وهو ما قد يُفهم منه عدم رغبة المُشَرِّع في اشتراط الإعسار صراحةً، لكن للأمانة، فإنّ السيد لسعد الشريف بعد أن أيّد هذا الموقف، عرض الموقف المخالف تحت عنوان «عدم اشتراط الإعسار في الدَّعْوَى «البوليانيّة» بوصفها وسيلة يحصل بها الوفاء بالالتزامات عامّة». راجع ما ورد في الصفحة (253).

214 جاء في هذا القرار أنه: « يجب لتوفّر الصفة لدى الدّائن في القيام بالمطالبة بإبطال العقد أن يثبت تضرُّره وأسبقيّة دينه عن العقد المراد إبطاله، وهو ما يبرّر مصلحته في الدَّعْوَى؛ إذ تقتضي القاعدة الأصولية أنّه لا قيام بدون مصلحة، وبذلك يُشترط في الدَّعْوَى «البوليانيّة» إثبات الترابط بين العقد المراد إبطاله و الضّرَر المنجرّ عن ابرامه ». (ت. م.)، عدد (77252)، مذكور سابقًا.

215 حسب المادّة (237) من القانون المدني المصري فإنّ دعوى عدم نفاذ التَّصرُّف يمكن ممارستها إذا «كان التَّصرُّف قد أنقص من حقوق المَدين أو زاد في التزاماته». وانظر بصفة عامة حول التَّصرُّف الذي يزيد من التزامات المَدين: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، فقرة (577)، ص. (1014).

216 انظر حاتم الرواتبي، المرجع السابق، رقم (115)، ص. (157).

217 انظر (ت. م.)، عدد (33704-2009)، (25 مارس 2010)، غير منشور، و(ت. م.)، عدد (25366)، (07 أبريل 2009)، (ن. م. ت)،2009، القسم المدني، الجزء الأوّل، ص. (171)، و(ت. م.)، عدد (21075)، (08 نوفمبر 2008)، مجلّة القضاء والتشريع، 2009، عدد (3)، ص. (151)، لكنّ القضاء اتجه – أحيانًا – إلى تحميل عبء الإثبات على المَدين، ففي قرار بتاريخ (8 مارس 2018)، بيّنت محكمة التعقيب أنّ: « على المدعى عليه من جهته، وهو المَدين، إثبات أنّ له مكاسب يمكن استخلاص الدَّين منها ».ت.م.، عدد (49102)، متوفر على موقع محكمة التعقيب، وذهبت محكمة التعقيب في قرار آخر إلى انّ تحميل عبء إثبات الإعسار على الدّائن ليس بالأمر الهين؛ إذ يتعلّق الأمر بإثبات أمر سلبي: « فينقلب عبء الإثبات على المَدين ». (ت. م.)، عدد (19419/2014)، (8 أكتوبر 2015)، متوفر على موقع محكمة التعقيب، http://www.cassation.tn/. انظر أيضًا: (ت. م.)، عدد (43831-2009)، (24 يناير 2011)، غير منشور، و(ت.م)، عدد (61677)، (22 فبراير 1999)، (ن. م. ت)،1999، القسم المدني، الجزء الثاني، ص.(57)، وانظر لمزيد من التفصيل: لسعد الشريف، المرجع السابق، ص. (250) وما بعده.

حصر الدَّعْوَى في هذا المظهر؛ لأنّ الإضرار بالدَّائن يمكن أن يتخذ مظاهر أخرى، بحسب تطوّر المجتمع وطرق التحيّل. كما أنّ ربط دعوى الفصل (306) من (م. إ. ع). بالإعسار يجعلها مقصورة على حماية الضَّمان العام، في حين أنّ مفهومها يتجاوز هذا المجال ليجعل منها أيضًا وسيلة من وسائل ضمان حُسن تنفيذ الالتزامات في المستقبل بصفة عامّة.

وفي مقابل التفسير المتشدِّد لشرط الإعسار، ذهب جانب من القضاء إلى التيسير في هذا الشرط، من خلال التَّوسُّع في أوجه الإعسار، لجعلها تشمل حالة المشقَّة المعتبرة في استخلاص الدَّيْن، فقد جاء في قرار صادر في (8 يناير 2015) أنّ إثبات الإعسار» يثير إشكاليات بالنسبة للحالات القريبة منه؛ إذ قد يجد الدَّائن صعوبة ومشقة في تتبُّع المكاسب والوصول إليها، بسبب تغيير المَدِين محل سكناه، أو مركز صناعته، أو بسبب إن كانت أملاك المَدِين محل نزاع، أو مرهونة في ديون تستغرق أمواله، بحيث تتجَرُّ للدَّائن مشقة معتبرة، وهي مشقة تعدّ وجها من أوجه الإعسار؛ لأنّه يُتوقّع منها ضياع كل الفرص أو بعضها للاستخلاص ويرجع تقديرها للقاضي » (218).

وقد خفّف القضاء الفرنسي أيضًا من اشتراط إعسار المَدِين، بأن سمح بتوسّل الدَّعْوَى «البوليانيّة» حتى في حالة غياب إعسار المَدِين، وتحديدًا في حالة ما إذا كان الغرض من تصرُّف المَدِين هو تعويض الشيء الذي يسهل الحجز عليه، بآخر يسهل إخفاؤه عن التتبّعات (219)، كما ذهب في مرحلة ثانية إلى تمكين الدَّائن من اللُّجوء إلى الدَّعْوَى «البوليانيّة»، عندما يعمد المَدِين من وراء تصرُّفه إلى جعل مُمارَسة الدَّائن لحقّه الخاصّ على الشيء غير ممكنة (220)، أو عندما ينقص من قيمة العَقَار، بما من شأنه منع الدَّائن المُرتَهِن من مُمارَسة حقه، أو جعله غير ناجع (221).

218 (ت. م.)، عدد (2013/9441)، غير منشور.

219 انظر:

Cass. civ. 18 février 1971, Wallon, Bull. civ., I, n° 56, D., 1972, p. 53, note E. Agostini. On peut lire dans cet arrêt ce qui suit: “Mais attendu que le créancier dispose de l’action paulienne lorsque la cession, bien que consentie au prix normal, a eu pour effet de faire échapper un bien à ses poursuites en le remplaçant par un autre facile à dissimuler, dès lors que l’acte est accompli dans le but de nuire au créancier”.

وانظر أيضًا صلاح الدِّيْن الملولي، المرجع السابق، ص. (33) وما بعدها، حيث يرى هذا الفقيه أنّ تفويت المَدين في مكاسبه، ودخول ثمنها إلى ذمّته، «لا يمكنه أن يكون ضمانًا حقيقيًّا لحقوق الدّائن؛ إذ أنّه من الممكن إخفاؤه أو تبديده بسهولة »، لكنّ الفقيه لا يصل إلى درجة استبعاد شرط الإعسار، إذ يَعدُّ ذلك مندرجًا في إطار مفهوم الإعسار.

220 انظر:

Cass. civ., 3è, 6 oct. 2004, Bull. civ., III, n° 163, D., 2004, 3098, note G. Kessler. La Cour affirme que: «Qu’en statuant ainsi, alors que l’action paulienne est recevable, même si le débiteur n’est pas insolvable, dès lors que l’acte frauduleux a eu pour effet de rendre impossible l’exercice du droit spécial dont disposait le créancier sur la chose aliénée, la cour d’appel a violé le texte susvisé».

لكن انظر في انتقاد هذا التوجه: ملاحظات "G. Kessler»، تعليقا على القرار نفسه.

221 انظر في خصوص إبرام المَدين لإيجار لعَقَار مرهون يمتدّ إلى (12) سنة:

Cass. civ., 1re, 18 juill. 1995, n° 93-13681, Bull. civ., I, n° 324 ; Defrénois, 30 nov. 1995, n° 36210, p. 1410, obs. Delebecque P. Dans cet arrêt la Cour affirme que: «Mais attendu que le créancier investi de droits particuliers sur certains biens de son débiteur peut, hors le cas d’insolvabilité du débiteur, faire révoquer les actes frauduleux faits par celui-ci sur ces mêmes biens, dès lors que par cet acte, ce débiteur a réduit la valeur de ces biens de manière à rendre impossible ou inefficace l’exercice des droits des créanciers». V. aussi dans le même sens Cass. civ., 3e, 31 mars 2016, n° 14-25604, ECLI:FR:CCASS:2016:C300428, PB (cassation partielle), Defrénois ,flash 25 avr. 2016, n° 133s9, p. 7.

والحقيقة أنّ ربط جانب هام من القضاء لمُمارَسة الدَّعْوَى «البوليانيّة» بإعسار المَدِين وليس بوجود ضرر يلحق الدَّائن، يمكن فهمه وتبريره باشتراط المُشَرِّع لتوفُّر التَّغْرير والتدليس، والذي كان مفهومه في المشروع التمهيدي للمجلّة المَدَنِيَّة مرتبطًا إلى حد كبير بالإعسار (222).

ب- شرط التَّغْرير والتدليس

يشترط المُشَرِّع في الفصل (306) من (م. إ. ع)، أن يكون تصرُّف المَدين قد تمّ بهدف الإضرار بحقوق الدَّائنين «تغريرًا وتدليسًا»، ويطرح استخدام مصطلحي «التَّغْرير» و«التدليس» إشكالا يتعلّق بضبط مفهومهما، بالنظر إلى أنّ المُشَرِّع قد استعملهما أيضًا في عدّة مجالات في المجلّة نفسها، ومنها عيوب الرضاء (223)، والمسؤوليّة التقصيرية (224)، والعَقْديّة (225)، كما أنّ المصطلحَين وردا في الصيغة الفرنسيّة على أنّ المقصود بهما هو كلمة «fraude»، وهي الكلمة نفسها الواردة في المشروع التمهيدي للمجلّة المَدَنِيَّة، وليس كلمة «dol» المستعملة في باب عيوب الرضاء. وقد نتج عن استعمال المُشَرِّع للمصطلحين اختلاف في تحديد شروط اللُّجوء للدعوى «البوليانيّة»، بين من يفضّل استعمال مصطلح الغش (226)، ومن يحبذ الحديث عن التحيُّل (227) ومن يستعمل مفهوم سوء النِّيَّة (228)، كما أنّ القضاء يستعمل أحيانًا في القرار نفسه عدة مصطلحات؛ لتبرير وجود التَّغْرير والتدليس، مثل: سوء النِّيَّة، والغش، والتحايل (229).

وقد ظهر اتّجاهان لتعريف التَّغْرير أو التدليس: اتّجاه أوّل يعتمد على المفهوم الذاتي أو الشخصي، متأثّرا في ذلك بالجذور التاريخيّة للدعوى «البوليانيّة» (230)، فيشترط لتوفُّر التَّغْرير وجود نيّة للمَدِين في الإضرار بالدَّائن (231)، ويبرّر أصحاب هذا الاتّجاه موقفهم بالاستناد إلى المنطق الذي يقتضي أنّ المبدأ يظلّ حريّة المَدِين في التَّصرُّف كما يشاء، ولا يمكن الحدّ من هذه الحريّة إلاّ إذا ثبت بالدليل القاطع اتّجاه إرادته للإساءة للدَّائن (232).

222 تنص الفقرة (2)، من الفصل (232)، من هذا المشروع، على أنّه: «يعتبر التحيّل موجودًا بمجرّد قيام المَدين بإنقاص ذمّته، إضرارًا بدائنيه، بما من شأنه أن يجعل المتبقي غير كاف لخلاصهم بصفة تامّة». انظر:
Projet Préliminaire de Code Civil et Commercial Tunisien soumis à la Commission de Codification des Lois Tunisiennes, par David SANTILLANA, Imprimerie Générale, J. Picard et Cie, Tunis, 1897.

223 انظر خاصّة الفصول (43، 56، 57، 60 و61) من المجلّة نفسها.

224 انظر الفصل (107) من المجلّة نفسها.

225 انظر الفصل (278) من المجلّة نفسها.

226 انظر (ت. م.)، عدد (19030)، (31 مايو 2012)، غير منشور ؛ حاتم الروابحي، المرجع السابق، رقم (116)، ص. (159). وتجدر الإشارة إلى أنّ المُشَرِّع المصري، والجزائري، والقطري، يستعملون هذا المصطلح في المواد (238) من القانون المدني المصري، و (273) من القانون المدني القطري، و(192) من القانون المدني الجزائري.

227 انظر لسعد الشريف، المرجع السابق، ص. (233).

228 (ت. م.)، عدد (38654) مؤرَّخ في (24 يونيو، 2010)، غير منشور ؛ (ت. م.)،عدد 5710)، (8 يناير 1970)، (ن. م. ت)، (ق.م)، ص.(9)، والمجلّة القانونية التونسية، 1973، ص. (212)، باللغة الفرنسية، وانظر أيضًا: صلاح الدِّين الملولي، المرجع السابق، ص. (37).

229 (ت. م.)، عدد (77252)، (19 فبراير 2013)، غير منشور، و(ت. م.)، عدد (69983)، (22 مايو 2012)، غير منشور، مذكور سابقًا.

230 كان القانون الروماني يشترط في البداية إثبات الدّائن لنيّة المدين في الإضرار به، قبل أن يتطوّر ليُعفيَه من هذا العبء في التبرّعات. انظر في هذا الصدد:
J. MAZEAUD, H. MAZEAUD, F. CHABAS et L. MAZEAUD, Leçons de droit civil, Tome II, Premier volume, Obligations, Théorie générale, 9ème éd., Montchrestien, 1998, n° 993 et s.
وبالنسبة للفقه الإسلامي، فإنّ المذهب المالكي يقيّد من حريّة المَدين المعسر التي يتمّمها قبل صدور الحكم بالحجر عليه بالنسبة للتبرّعات، بما أنّ نيّة الإضرار بالدّائن في مثل هذه التّصرُّفات مفترَضة. انظر وهبة خطاب، المرجع السابق، الفقرة (92).

231 انظر: علي كحلون، النظريّة العامّة للالتزامات، أحكام الالتزام، مجمّع الأطرش للكتاب المختصّ، تونس 2009، ص. (86).

232 انظر صلاح الدِّين الملولي، المرجع السابق، ص. (39).

وظهر في المقابل اتّجاه ثانٍ يتبنّى المفهوم الموضوعي، ويرى أنّه لا حاجة لاشتراط توفُّر نيّة الإضرار، فعلم المَدِين بالضَّرَر الذي سيصيب الدَّائن يكفي لتوفُّر التَّغْرير (233)، وما على الدَّائن إلاّ إثبات ذلك العلم حتى يستطيع رفع الدَّعْوَى «البوليانيّة» (234). ويبرِّر البعض (235) هذا الموقف بالرجوع إلى القواعد العامّة للقانون، وتحديدًا ما نصّ عليه الفصل (546) من (م. إ. ع). (236)، ويذهب جانب آخر من الفقه إلى أنّ الاختلاف بين الاتجاهين لم يعد مبرّرًا بالنظر إلى أنّ علم المَدِين بالضَّرَر الذي سيصيب الدَّائن جراء تصرُّفه، يقيم الدليل على نيّته في الإضرار به (237).

وقد طبّق القضاء مسلّمات المفهوم الموضوعي في البداية، فذهبت محكمة التعقيب لقبول الدَّعْوَى «البوليانيّة» إلى اشتراط: «الإضرار بحقوق الدَّائن، وهو حرمانه ممّا يكفل له استخلاص دينه، والتَّغْرير أي سوء النِّيَّة وهو علم المَدِين بذلك» (238)، لكنّ القضاء غيّر من توجّهه ليعتمد المفهوم الشخصي في قرارات أخرى، فقد قررت محكمة التعقيب في قرار بتاريخ (11 يونيو 2018) (239)، أنّ الدَّعْوَى «البوليانيّة» تستوجب توفُّر: «شروط صريحة، تتمثل في: سوء نية المَدِين عند تفويته في مكاسبه، وأنّه تمّمها لإضرارهم في حقوقهم تغريرًا أو تدليسًا من جهة أخرى». واستنتجت محكمة التعقيب في قرار مؤرخ في (2 فبراير 2012)، أنّ تصرُّف المَدِين قد تمّ تغريرًا وتدليسًا: «قصد الإضرار بحقوق دائنه، وللتنقيص من الضَّمان العام» (240)، وجاء في قرار آخر: «وحيث إنّ الدَّعْوَى «البوليانيّة» – موضوع قضيّة الحال – هي دعوى شُرِعت لفائدة الدَّائن في مواجهة مَدِينه الذي يفوّت في مكاسبه التي تشكِّل ضمانًا للدين، بما يحرمه من الخلاص، تغريرًا وتدليسًا بقصد الإضرار بحقّه ... وهي ملابسات ووقائع قد أحسنت محكمة الأصل استنفاض سوء نيّة مبرمي عقد الفسخ (241) وإبرامه بغاية حرمان الموعود لهما من إتمام البيع النهائي» (242).

233 انظر:
M.K. CHARFEDDINE, “Les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière”, Tunis, Centre d’étude de recherches et de publications, 1993, p. 353 ; Y. KNANI, Chronique précitée, pp. 644 et s.

234 انظر: البشير زهرة، المرجع السابق، ص.(52).

235 انظر: لسعد الشريف، المرجع السابق، ص. (239).

236 ينصّ هذا الفصل على أنّه: «إذا تعارض المانع والمقتضي قُدّم المانع».

237 انظر في هذا الصدد:
J. VIDAL, Essai d’une théorie générale de la fraude en droit français, Dalloz, Paris, 1957, p. 121 et s. ; J. CARBONNIER, op. cit., n° 367.

238 (ت.م)، عدد (5710)، (8 يناير 1970)، (ن. م. ت)،1970، ص. (9)، و(ت. م.)، عدد (17623)، (14 يناير 1988)، (ن.م.ت)، ق.، مدني، ج. 1، ص. (253).

239 ت.م.، عدد (52154)، مذكور سابقًا.

240 (ت. م.)، عدد (58067)، غير منشور.

241 من الناحية القانونية، يكيِّف الاتفاق على أنّه إقالة وليس عقد فسخ، يراجع الفصل (414) وما بعده من (م.إ.ع). والمادة (189) وما بعدها من القانون المدني القطري.

242 (ت. م.)، عدد (43831-2009)، (24 يناير 2011)، غير منشور ؛ (ت. م.)، عدد (43831)، (24 يونيو 2010)، غير منشور ؛ (ت. م.)، عدد (-2008 30956)، (15 يناير 2010)، غير منشور. انظر أيضًا (ت. م.)، عدد(25366)، (07 أبريل 2009)، نشريّة محكمة التعقيب،2009، القسم المدني، الجزء الأوّل، ص.(171)، (عدد 2744-2006)، (28 فبراير 2008)، صادر عن الدّوائر المجتمعة، غير منشور ؛ (ت. م.)، عدد 3371)، (14 ديسمبر 2006)، (ن. م. ت).،2006، القسم المدني، الجزء الأوّل، ص. (67) ؛ (ت. م.)، عدد (61677)، (22 فبراير 1999)، (ن. م. ت)،1999، القسم المدني، الجزء الثاني، ص. (57) (ت. م.)، عدد (37664)، (26 سبتمبر 1995)، (ن. م. ت).،1995، ص. (487) (ت. م.)، عدد 3669، 7 أكتوبر 1981، (ن. م. ت).،1981، القسم المدني، الجزء الأوّل، ص. 136.

وقد أدّى تبنّي جانب من القضاء للمفهوم الشخصي إلى التشدُّد في شروط رفع الدَّعْوَى «البوليانيّة»؛ إذ أنّه من المفروض أن يُثبت الدَّائن توفُّر نيّة المَدِين في الإضرار به، وهي مسألة نفسيّة يصعب في كثير من الأحيان إثباتها (243)، وأخذًا بعين الاعتبار لهذا المعطى، فقد اتّجه القضاء إلى استنتاج توفُّر سوء نيّة المَدِين من خلال الظروف الملابسة لعمليّة التَّصرُّف ومن خلال القرائن الواقعيّة (244). وقد استنتج القضاء في هذا المجال توفُّر سوء نيّة المَدِين، من خلال توفُّر المماطلة في خلاص الدَّيْن (245)، وعلاقة النسب (246)، وعلاقة المصاهرة (247)، والرابطة الزوجيّة (248)، لكنّ محكمة التعقيب ذهبت في قرار مؤرّخ في (24 يناير 2011) (249) إلى أبعد من ذلك، عندما عكست عبء الإثبات؛ لتحمّل المَدِين واجب إثبات أنّه لم يتعاقد مع الغير تغريرًا أو تدليسًا، وبقصد الإضرار بدائنيه (250).

وانقسام القضاء إلى اتّجاهين موضوعي وشخصي، لا ينفي أحيانا وجود قرارات جمعت بين مسلّمات الاتّجاهين في الوقت نفسه، فقد جاء في أحد القرارات أنّ: «تاريخ فسخ عقد شراء الواعدة للعَقّار محل الوعد بالبيع، اللاحق لإبرام الوعد، جعل ذمّتها خالية من محلّ الالتزام المذكور، رغم علمها بالالتزام علمًا محقّقًا، خاصّة وقد قبضت جزءًا هامّا من الثمن يتجاوز النّصف. قد أحسنت محكمة الأصل استفاض سوء نيّة مبرمي ... وإبرامه بغاية حرمان الموعود لهما من إتمام البيع النهائي» (251).

وبالنسبة للقضاء الفرنسي، فإنّه شهد في البداية تذبذبًا بين من يأخذ بالاتجاه الموضوعي وبين من يعتمد الاتّجاه الشخصي، قبل أن يستقرّ على اعتماد مسلّمات الاتجاه الموضوعي (252).

وتثير صياغة الفصل (306) من (م. إ. ع). إشكالا يتعلّق بمعرفة: هل التَّغْرير أو التدليس

243 تجدر الإشارة إلى أنّ هناك في بعض الحالات استثناءات في مواقف القضاء؛ إذ رأت محكمة التعقيب، في أحد القرارات، أنّ علم البائع، عند تفويته للعَقّار لشقيقته، بوضعيّته القانونية، «وبأنه ارتكب فعلا محظورًا ينهض دليلًا على سوء نيّته، طالما أنّه يعلم بأنّه أصبح بالعقد المراد إبطاله في حالة إعسار، أو عدم، وهو المعبَّر عنه بالتدليس والاحتيال». انظر (ت. م.)، عدد (44031)، (7 مارس 2018)، غير منشور.

244 (ت. م.)، عدد (35091-2009)، (16 مارس 2010)، غير منشور، و(ت. م.)، عدد (16831)، (24 أبريل 2008)، نشريّة محكمة التعقيب 2008، القسم المدني، الجزء الأوّل، ص. (169).

245 (ت. م.)، عدد (16831)، (24 أبريل 2008)، (ن. م. ت)،2008، القسم المدني، الجزء الأول، ص. (169).

246 (ت. م.)، عدد (33704-2009)، (25 مارس 2010)، غير منشور، و(ت. م.)، عدد (3371)، (14 ديسمبر 2006)، (ن. م. ت).،2006، القسم المدني، الجزء الأوّل، ص. (67) واستئنافي مدني، عدد 773، (30 يناير 1986)، محكمة الاستئناف بالمنستير، مجلّة القضاء والتشريع، 1987، عدد (8)، ص. (19) مع تعليق للأستاذ صلاح الدّين الملولي.

247 (ت. م.)، عدد (35091-2009)، (16 مارس 2010)، غير منشور.

248 (ت. م.)، عدد (38654-2009)، (24 يونيو 2010)، غير منشور ؛ (ت. م.)، عدد 21075، (08 نوفمبر 2008)، مجلّة القضاء والتشريع، 2009، عدد (3)، ص. (151)، و(ت. م.)، عدد (2744-2006)، (28 فبراير 2008)، صادر عن الدّوائر المجتمعة، غير منشور، و(ت.م)، عدد (16831)، (24 أبريل 2008)، (ن. م. ت)، (2008)، القسم المدني، الجزء الأوّل، ص. (169)، و(ت. م.)، عدد (1542)، (28 فبراير 1978)، مجلّة القضاء والتشريع، 1979، عدد (2)، ص. (68).

249 (ت. م.)، عدد (43831-2009)، غير منشور.

250 جاء في هذا القرار ما يلي: «وحيث إنّ المَدِين هو المتحمّل لعبء إثبات أنّه لم يتعاقد مع الغير تغريرًا أو تدليسًا وبقصد الإضرار بدائنيه؛ إذ لا أحد يعرف مكاسبه الشّخصية أكثر منه، وهو الذي يتعيّن عليه عرض الوفاء لإبراء ذمته، وبالتالي طالما لم يقدم المَدِين ما يكفي من الضمانات العينية والشّخصية لدائنيه الحريصين، فإن لهذين الأخرين تتبع مكاسبه، أيّا كانت اليد التي عليها، وبأي وجه أحيلت لغيره؛ إذ يُعدُّ العقد المُبرَم مع الغير تهريبًا لمكاسبه، بقصد الإضرار بحقوق الدّائنين».

251 (ت. م.)، عدد (30956-2008)، (15 يناير 2010)، غير منشور، و(ت. م.)، عدد (6357)، (1 مارس 1949)، مجلّة القضاء والتشريع، (1959)، عدد (4)، ص.(38/256).

252 انظر على سبيل المثال:

Cass. civ., 1re, 13 janv. 1993, Bull. civ., I, n° 5, ; JCP, G., 1993, II, 22027.

مشترط فقط في جانب المَدِين؟ أم أنّه يشترط أيضًا في جانب مُعاقِده؟ (253)، الذي يتعيّن أن يكون متواطئًا مع المَدِين، أي توفّرت نيّة الإضرار لديه (254)، أو على الأقل علمه بالضَّرَر اللاحق بالدَّائن (255)، حتى يستطيع هذا الأخير طلب عدم نفاذ التَّصرُّف ؟

تجدر الإشارة إلى أنّ الفصل (306) لا يشترط التَّغْرير إلاّ في جانب المَدِين، وذلك على خلاف الفقرة الثالثة من الفصل (232)، من المشروع التمهيدي للمجلّة المَدَنِيَّة والتجارية التونسية (256)، و(354) من اللائحة الابتدائيّة، للمجلّة المَدَنِيَّة والتجاريّة التونسية، لسنة (1899) (257).

ورغم أنّ الفصل (306) لا ينصّ على شرط التواطؤ إلاّ أنّ القضاء اتّجه إلى التشدُّد باشتراط أن يكون التَّغْرير أو التدليس في جانب مُعاقِد المَدِين أيضًا (258)، فقد أكّدت محكمة التعقيب في قرار مؤرخ في (31 مايو 2012) (259)، على أنّ: «التَّغْرير والتدليس المشار إليهما بالفصل (306) (م. إ. ع). يعتبر مرادفًا لسوء نية المَدِين ومُعاقِده، فاشتراط الغش يكون مقرونًا باشتراط التواطؤ وهو ما يجد تبريره في الغرض من الدَّعْوَى «البوليانيّة»، وهو صيانة حقوق الدَّائنين العاديِّين (الذين لم يحصِّنوا ديونهم برهن عَقَاري، أو بامتياز) من الإعسار المفتعل لمَدِينهم، دون الإخلال بحقوق الغير التي اكتسبوها من المَدِين عن حسن نية، لذلك أكد فقه القضاء على ضرورة إشتراك الطَّرَفين في التَّغْرير أو التدليس». كما أكّدت المحكمة في قرار آخر أنّ الدَّعْوَى: «لا تكون مقبولة إلا بشرط توفُّر سوء نيّة البائع والمشتري» (260).

253 تَشترط المادّة (278)، من قانون الموجبات والعقود اللبناني، صراحةً، اشتراك الغير في التواطؤ مع المَدِين، لإقامة الدَّعْوَى «البوليانيّة» بالنسبة للتصرُّفات بعِوَض.

254 يتبنّى القضاء أحيانا اتجها شخصيًا باشتراط وجود التواطؤ أو نيّة الإضرار للقيام بالدَّعْوَى «البوليانيّة»، انظر على سبيل المثال: (ت.م)، عدد (69983)، (22 مايو 2012)، مذكور سابقًا، و(ت. م.)، عدد (2008/30956)، و(ت.م)، عدد (30956-2008)، (15 يناير 2010)، غير منشور، و(ت.م)، عدد (25366)، مُؤرَّخ في (07 أبريل 2009)، (ن. م. ت)،2009، القسم المدني، الجزء الأول، ص. (171)، و(ت.م)، عدد (16927)، (04 مارس 2008)، (ن. م. ت)،2008، القسم المدني، الجزء الأوّل، ص. (173)، و(ت. م.)، عدد (1695)، (30 أكتوبر 2006)، مجلّة القضاء والتشريع، 2006، عدد (10)، ص. (207)، و(ت. م.)، عدد (23032)، (24 أبريل 2003)، (ن. م. ت).،2003، القسم المدني، الجزء الثاني، ص. 117 ؛ (ت. م.)، عدد (3669)، (07 أكتوبر 1981)، (ن. م. ت).،1981، القسم المدني، الجزء الأوّل، ص. 136.

255 يتبنّى القضاء أحيانًا اتّجاهًا موضوعيًا، ويكتفي بتوفُّر علم مُعاقِد المَدِين بالمديونية، أو بسوء نيّة مُعاقِده، أو بالضَّرَر اللاحق بالدَّائن، انظر مثلا: (ت.م)، عدد (53288)، (5 أبريل 2018)، مذكور سابقًا، و(ت.م)، عدد (2007/19030)، (31 مايو 2012)، مذكور سابقًا، و(17 مايو 2007)، غير منشور (ت. م.)، عدد (2009-38654) ، (24 يونيو 2010)، غير منشور ؛ (ت. م.)، عدد (2008/25769)، (7 مايو 2009)، مذكور سابقًا، و(ت.م)، عدد (2006/7412)، و(ت. م.)، عدد (21075)، (08 نوفمبر 2008)، (ن. م. ت)، 2008، القسم المدني، ص. (189)، مجلّة القضاء والتشريع، 2009، عدد (3)، ص. (151)، و(ت. م.)، عدد (50820)، (27 يناير 1998)، (ن. م. ت)،1998، القسم المدني، الجزء الثاني، ص. (99)، و(ت. م.)، عدد (45365)، (15 أبريل 1997)، (ن. م. ت).،1997، القسم المدني، الجزء الأول، ص. (134).

256 تنصّ هذه الفقرة من الفصل (232) – بعد ترجمته إلى العربيّة – على أنّه: «في جميع الحالات، فإنّ إلغاء (la révocation) التَّصرُّف الاحتيالي لا يمكن أن يضرّ بالغير، حسني النِّيَّة، الذين اكتسبوا حقوقا على العَقَارات». وقد خيَّرنا استعمال مصطلح الإلغاء، بترجمة حرفيّة للمصطلح الفرنسي؛ لعلمنا بالإشكال المطروح بالنسبة لتحديد جزاء الدَّعْوَى «البوليانيّة».

257 ينصّ هذا الفصل على أنّ: «طلب الإلغاء الذي يتعلّق موضوعه بعَقَارات أو أشياء أخرى قابلة للرهن العَقَاري لا يمكن أن يضرّ بالغير حسني النِّيَّة، الذين اكتسبوا بطريقة قانونيّة وبمقابل، حقوقًا على تلك العَقَارات ».

258 انظر: (ت.م)، عدد (53288)، (5 أبريل 2018)، مذكور سابقًا، و(ت.م)، عدد (49102)، (8 مارس 2018)، مذكور سابقًا، و(ت.م)، عدد (2012/65036)، (25 ديسمبر 2012)، متوفّر على موقع محكمة التعقيب.

259 قرار عدد (19030)، غير منشور، مذكور سابقًا.

260 (ت. م.)، عدد (37848)، (1 نوفمبر 1995)، (ن. م. ت).،1995، القسم المدني، ص. (94).

وما يلاحظ في موقف القضاء التونسي، هو التوجّه العام في اشتراط تغرير وتدليس مُعاقِد المَدِين في التَّصرُّفات بعِوَض (261) دون التبرّعات (262)، وهو ما يتماشى ومضمون الفصل (354) من اللائحة الابتدائيّة، الذي يشترط توفُّر سوء النِّيَّة في العقود التي تكون بمقابل فقط، وقد بيّنت محكمة التعقيب في قرار مؤرّخ في (15 ديسمبر 2016) أنّه: «في عقود التبرُّع، كما هو بالنسبة للهبة في دعوى الحال، فإنّ التَّغْرير والتواطؤ بين الواهب والموهوب لا يعدّ شرطًا لإبطال الهبة تلك، ويقتضي المبدأ التفريق عند البحث عن تواطؤ المَدِين والغير، بين إن كان العقد المطعون فيه عقد بعِوَض أو عقد تبرّع، فإن كان بعِوَض فإنّه يُشترط إثبات تواطؤ الغير وغشه وسوء نيته، أمّا إذا كان العقد تبرّعًا فإنّه لا يُشترط التَّغْرير والتواطؤ من جهة المتبرّع إليه» (263).

ويبرّر البعض اشتراط تغرير وتدليس الغير أو تواطؤه (264) في العقود بعِوَض بعديد الحجج، حيث يرونه ضروريًّا وبديهيًّا (265)، ومن المبادئ القانونيّة العامّة (266)، ومنسجمًا مع مقتضيات العدل والإنصاف، وضمان عدم التعدّي على المعاملات التعاقديّة، وعلى قاعدة العقد شريعة الطَّرَفين (267)، وغياب أيّ مبرّر للتضحية بالغير «حسن النِّيَّة» (268)، وبالضَّرَر الذي سينتج لمُعاقِد المَدِين من الجزاء الذي ترتّبه الدَّعْوَى «البوليانيّة». ولذلك فإنّه حتى يكون جزاء دعوى الفصل (306) مقبولاً، فإنّه يتعيّن أن يكون المفوّت له متواطئًا مع المَدِين. أمّا بالنسبة للتبرّعات، فإنّ مُعاقِد المَدِين لم يخسر شيئًا، وحتى الربح الفائت فإنّه لا يمكن أن يقارن بالضَّرَر

261 (ت. م.)، عدد (19030)، (31 مايو 2012)، مذكور سابقًا، و(ت. م.)، عدد (45365)، (15 أبريل 1997)، نشريّة محكمة التعقيب 1997، القسم المدني، الجزء الأوّل، ص. (134)، و(ت. م.)، عدد (1542)، (21 فبراير 1978)، مجلّة القضاء والتشريع، 1979، عدد (2)، ص. (68)، و(ت. م.)، عدد (3366)، (04 يوليو 1939)، مجلّة القضاء والتشريع، 1960، عدد (9) ، ص. (169).

262 (ت. م.)، عدد (2017/47410)،(18 يناير 2018)، غير منشور، و(ت. م.)، عدد (39321)، (27 أبريل 2017)، التقرير السنوي لمحكمة التعقيب لسنة (2017)، محكمة التعقيب، (سبتمبر 2018)، ص.(188)، و(ت. م.)، عدد (5710)، (08 يناير 1970)، و(ن. م. ت)،1970، القسم المدني، 1970، ص. (9)، و(ت. م)، عدد (6357)، (1 مارس 1949)، مجلّة القضاء والتشريع، 1960، عدد (9 و 10)، ص(169). وقد جاء في هذا القرار ما يلي: «يتمتّع المَدِين مبدئيًّا بمطلق التَّصرُّف في مكاسبه، وتصرُّفه يعتبر باتًّا في جانبه، وثانيًا: ليس له أن يسعى في نقض ما تمّ من جهته؛ إذ سعيه يكون مردودًا عليه، ولهذا اشْتُرط وجود التَّغْرير والتدليس عند المشتري لانتزاع المبيع منه وإرجاعه لروكيّة الغُرَماء، ولو كان على حسن نيّة لما جاز ذلك في العقود التي بعِوَض».

263 (ت. م.)، عدد (2016/34459)، غير منشور. كما جاء في قرار آخر، مُؤَرّخ في (19 فبراير 2013)، ما يلي: «وحيث يقتضي المبدأ التفريق عند البحث عن تواطؤ المَدِين والغير، بين ما إذا كان العقد المطعون فيه بعِوَض أو عقد تبرّع، فإذا كان العقد بعِوَض كالبيع والمعاوضة وغيرهما، فإنّه يشترط التَّغرير والتواطؤ من جهة المتبرَّع إليه وبيان غشه وسوء نيته، أمّا إذا كان العقد تبرّعًا فإنّه لا يُشترط التَّغْرير والتواطؤ من جهة المتبرّع إليه، لأنّ مصلحة الدّائن تتقدّم على مصلحة المتبرّع إليه ». (ت. م.)،عدد (77252)، غير منشور. لكن محكمة التعقيب ذهبت أحيانًا لاشتراط التواطؤ، حتى في التبرّعات، انظر مثلا: (ت. م.)، عدد (2009/33704)، (25 مارس 2010)، غير منشور، و(ت. م.)، عدد (2008/25769)، (7 مايو 2009)، غير منشور.

264 ظهر اتجاهان بخصوص تغرير أو تدليس المَدِين والغير، الأوّل موضوعي، ويعتقد أنّ تواطؤ الغير يتوفّر بمجرّد علمه بالعقد الذي يربط مُعاقِده بالدّائن، ويبدو أنّ محكمة التعقيب قد رسّخت هذا التوجه ولو بشيء من الغموض في بعض قراراتها، انظر مثلا: (ت. م.)، عدد (2007/19030)، (31 مايو 2012)، مذكور سابقًا، و(ت. م.)، عدد (2008/25769)، (7 مايو 2009)، مذكور سابقًا، و(ت. م.)، عدد (2006/7412)،(17 مايو 2007)، غير منشور، أمّا الاتجاه الثاني فهو شخصي، ويتشدّد في مفهوم التدليس، بأن يشترط توفُّر سوء النِّيَّة أو التواطؤ صراحة بين المَدِين والغير. انظر مثلا: (ت. م.)، عدد (69983)، (22 مايو 2012)، مذكور سابقًا، و(ت. م.)، عدد (2008/30956)، (15 يناير 2010)، مذكور سابقًا، و(ت. م.)، عدد(2009/33704)، (25 مارس 2010)، مذكور سابقًا.

265 (ت. م.)، عدد (69983)، (22 مايو 2012)، غير منشور، مذكور سابقًا.

266 جاء في قرار (ت. م.)، عدد (5710)، (08 يناير 1970)، نشرية محكمة التعقيب، 1970، القسم المدني، جزء وحيد، (1970)، ص.(9)، والمجلّة القانونية التونسيّة، 1973، ص. (212) ما يلي: «وحيثُ يتبيّن من هذا النصّ (الفصل (306) م.إ.ع.) أنّ دعوى الإبطال يستلزم قبولها شروطًا، منها: الإضرار بحقوق الدّائن وهو حرمانه ممّا يكفل له استخلاص دينه، والتَّغرير، أي سوء النِّيَّة، وهو علم المَدِين بذلك. لكن إذا كان هذان الشرطان كافيين في التبرّعات لانتفاء المضرّة عن المنتفع بالعقد التبرّعي، فإنّ المبادئ القانونيّة العامّة توجب توفّر شرط سوء النِّيَّة من مُعاقِد المَدِين إذا كان العقد بعِوَض، وهذا التأويل هو الذي استقرّ عليه فقه القضاء».

267 انظر: (ت. م)، عدد (39321)، (27 أبريل 2017)، المذكور سابقًا، وانظر أيضًا: منصف الكشو، التنفيذ في المادّة المَدَنِيَّة والتّجارية، المرجع السابق، ص. (276).

268 يذهب الزميل لسعد الشريف إلى أنّ حماية الغير حسن النِّيَّة تعدُّ قاعدة عامة تمتدّ على كامل القانون الموضوعي، ويستشهد بالفصول (134، 240، 336، 338، 379، 419، 434) من (م. إ. ع)، و(114، 127، 373،305) من (م. ح. ع). انظر:

Lassaâd CHÉRIF ,Le tiers et l'inexécution du contrat ,«Thèse pour l'obtention du doctorat en droit ,Université de Sfax, Faculté de droit de Sfax ,2015-2016 ,n ,208 °p.125 .

الذي قد يلحق بالدَّائن، ولهذا فإنّه من المنطقي إعطاء الأولويّة للدَّائن في مثل هذه الحالة (269)، تطبيقًا للفصل (546) من (م. إ. ع)، الذي ينصّ على أنّه: «إذا تعارض المانع والمقتضِي قُدِّم المانع»، وللقاعدة المعروفة: «درء المفاسد مقدّم على جلب المصالح».

فعند اجتماع المصلحة والمفسدة في الوضعيّة الواحدة، فإنّ فقه الموازنات (270) بين مصالح الأطراف يحتّم تقديم درء المفسدة على جلب المصلحة، أي دفع الضَّرَر عن الدَّائن بدل جلب المنفعة لمُعاقِد المَدِين، وهو ما يعني في نهاية الأمر التخفيف على الدَّائن بعدم اشتراط التَّغْرير أو التدليس في التبرّعات. ويساند هذا التبرير ما نصّ عليه الفصل (552) من (م. إ. ع). (271).

ورغم أنّ عديد الفقهاء ساندوا الموقف الذي اعتمده القضاء التونسي (272)، بخصوص ضرورة اشتراط توفُّر تغرير أو تدليس الغير في العقود بعِوَض دون التبرّعات (273)، فإنّ الرأي أنّه وإن كان إقصاء هذا الشرط منطقيًا في التبرّعات للأسباب السابق عرضها، إلاّ أنّ إبقاء الشرط في العقود بعِوَض قابل للنقاش لعدّة أسباب يمكن تبيانها كالآتي:

- لم يشأ المُشَرِّع التونسي عند وضعه للفصل (306) الإبقاء على التمييز بين ما إذا كان مُعاقِد المَدِين حسن أو سيّء النِّيَّة، مثلما فعلت الفقرة الثالثة من الفصل (232) من المشروع التمهيدي للمجلّة المَدَنِيَّة والتجارية التونسية، والفصل (354)، من اللائحة الابتدائيّة للمجلّة المَدَنِيَّة والتجاريّة التونسية، لسنة (1899)، ويُفهم من عدم ترسيخ المُشَرِّع لهذا التمييز الذي كان معروفًا، اقتناعه بعدم جدوى هذه التفرقة، لأنّ الاقتناع بضرورتها يفرض المحافظة عليها، لا إزالتها.
- لا نجد في الفصل (306) اشتراطًا لتواطؤ مُعاقِد المَدِين، بل تشير عبارات الفصل إلى أنّ التَّغْرير والتدليس مرتبطان بالمَدِين فقط. وحتى لو عدنا لمفهوم التَّغْرير سواء ترجم بكلمة «dol» أو «fraude»، فإنّه ليس من شروطه أن يكون صادرًا بتواطؤ مع الغير، بل يكفي

269 وقد جاء في قرار محكمة التعقيب المُؤرَّخ في (27 أبريل 2017)، مذكور سابقًا، أنّه: «إذا كان العقد تبرّعًا، فإنّه لا يُشترط التَّغْرير والتواطؤ من جهة المتبرَّع إليه؛ لأنّ مصلحة الدَّائن تُقدّم على مصلحة المتبرَّع إليه الذي يحاول الاحتفاظ على إثراء ذمّته، من خلال ما تحصّل عليه، فهذا الأخير لم يقدّم مقابلاً على المنفعة التي نالها، وبالتالي لا يلحقه ضرر في تسبيق مصلحة الدَّائن عليه، عدا اقتضاء حرمانه من إثراء ذمّته المالِيّة، ولذلك لا يُعتدّ بحسن نيّته من عدمها، ولا موجب للبحث فيها ».

270 يُقصد بفقه الموازنات: «علم بيان الطرق، والخطوات، والمعايير، التي تضبط عمليّة الموازنة بين المصالح أو المفاسد المتعارَضة»، ويستعمل السيد حاتم الرواتبي عبارة «معيار الموازنة» بدلًا من عبارة «فقه الموازنة»، انظر: حاتم بن عبد الحميد الرواتبي، المرجع السابق، عدد (121)، ص. (167). وانظر بالنسبة لفقه الموازنة: عمر محمد جبه جي، فقه الموازنات في الشريعة الاسلاميّة، جامعة الجنان، طرابلس، لبنان، كلية الآداب والعلوم الإنسانيّة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في أصول الفقه، (2013/2014)، ص. (16)، وما بعدها وخاصّة ص. (24)، وزين الدِّين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِيْ حَنِيْفَةَ النُّعْمَان، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، 1999، (1/105).

271 ينصّ هذا الفصل على أنّه: «لا يجوز للمفلِس أن يتبرع»، وانظر في هذا الاتجاه: صلاح الدِّين الملّولي، المرجع السابق، ص. (39)، وما بعدها، وحاتم بن عبد الحميد الرّواتبي، المرجع السابق، ص.(168).

272 انظر على سبيل المثال حاتم الرواتبي، المرجع السابق، ص. (162)، وما بعدها، ومحمد المالقي، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، تونس، مركز النشر الجامعي، 2003، ص. (286)، وعلي كحلون، المرجع السابق، ص.(255) ؛

M. k. CHARFEDINE, thèse précitée., p. 35 ; Y. KNANI, Chronique précitée, pp. 644 et s.

273 لكن في المقابل انتقد مصطفى صخري اشتراط التواطؤ، الذي عدّه : «استنباطًا لشرط لم يأت به نصّ القانون». مصطفى صخري، «الدَّعْوَى «البوليانيّة» بين نص القانون واجتهادات المحاكم»، مسائل في فقه القانون المدني المعاصر، إشراف الأستاذ محمد كمال شرف الدِّين، منشورات مجمع الاطرش للكتاب المختص، تونس، 2014، عدد (47)، ص. (1205).

أن يكون صادرًا من المَدِين. وتحيلنا هذه الملاحظة إلى مفهوم الدَّعْوَى «البوليانيّة» التي تعدُّدعوى شخصيّة تؤثّر بالأساس في المَدِين (274)، رغم أنّ نجاعتها يتطلّب تأثيرها على وضعيّة الغير.

- تقوم فلسفة الدَّعْوَى «البوليانيّة» ومفهومها، على حماية الدَّائن من تصرُّفات مَدِينه، التي هدفها إنقاص الضَّمان العام، وبالتالي فإنّ مُعاقِد المَدِين لا يمكن – حسب رأينا – أن يكون حُسْن أو سوء نيّته، محدّدا لمسألة قبول أو رفض الدَّعْوَى.
- لو افترضنا أنّ من شروط الدَّعْوَى «البوليانيّة» توفُّر تواطؤ مُعاقِد المَدين، فهذا يعني أنّ تغرير وتدليس المَدِين لا يكفي لرفع دعوى الفصل (306)، بمعنى أنّه ليس الشرط المحدّد للقيام بالدَّعْوَى، فهل من المنطقي أن ينصّ المُشَرِّع على شرط غير أساسي، ويهمل الشرط الضروري وهو تواطؤ مُعاقِد المَدِين؟ والذي من المفروض أن ينصّ عليه لو كانت إرادته متّجهة بالفعل لذلك.
- لو أقصينا الحق في القيام بالدَّعْوَى «البوليانيّة» كلّما كان مُعاقِد المَدِين حسن النِّيَّة، فإنّ ذلك سيؤدّي إلى الإضرار بالدَّائن الذي هو أيضًا حسن النِّيَّة. ولا يمكن في اعتقادنا تطبيق قرينة حسن النِّيَّة لصالح الغير فقط (275)، ففي مثل هذه الحالة هناك اجتماع لشخصين حسني النِّيَّة: دائن يريد الحفاظ على أموال مَدِينه، وهو جدير بالحماية، وغير متعاقد مع المَدِين بحسن نيّة قد لا يضرّه أحيانا إبطال الالتزام بقدر ما يضرّ الدَّائن القائم بالدَّعْوَى «البوليانيّة». والرأي أنّ اللُّجوء إلى معيار حسن أو سوء النِّيَّة لا يفيد في مثل هذه الحالة وقد يكون لهذا السبب تعمّد المُشَرِّع إسقاطه من شروط القيام بالدَّعْوَى «البوليانيّة».
- لو عدنا إلى الأصول الفقهيّة التي تميّز بين تصرُّف المَدِين في المعاوضات وتصرُّفه في التبرّعات، فإنّنا نلاحظ أنّ الفقهاء يعدّون تصرُّف المَدِين في ماله بعد الدَّيْن وقبل التفليس نافذًا إذا كان بعِوَض ولا ينفّذ إذا كان تبرّعا (276)، لكنهم لا يتعرّضون إلى حالة تّدليس المَدِين أو غشه، ومن المعروف أنّ التّدليس أو الغش يفسد كلّ شيء (277) بما

274 انظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، رقم (571)، ص. (1005)، و:
Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. Stoffel-MUNCK, op. cit., n° 1146, p. 641.

275 على خلاف ذلك، يذهب السيد صلاح الدِّيْن الملولي إلى القول بأنّه « يكون من المتّجه تفضيل مُعاقِد المَدِين على الدَّائن، لا لشيء إلّا لحسن نيّته، في حين يكون الدَّائن قد قصّر في حق نفسه عندما لم يسع للحصول على ضمان خاصّ يحمي به دينه». صلاح الدِّيْن الملولي، المرجع السابق، ص. (41)، والذي نعتقد: أنّ حسن نيّة مُعاقِد المَدِين لا يمكن أن تَجبَ حسن نيّة الدَّائن؛ لأنّ عدم الحصول على ضمان من قبل الدَّائن – وإن كان يعتبر تقصيرًا – إلاّ أنّه لا يحوّله إلى شخص سيء النِّيَّة، كما أنّه بإمكان البعض القول بأنّ مُعاقِد المَدِين يُعدّ مقصّرًا بدوره؛ لأنّه لم يتثبت من وضعيّة مُعاقِده قبل التعاقد، وعند التساوي في حسن النِّيَّة، فإنّ معيار التفضيل بين الاثنين قد يكون المعيار الزمني وليس التقصير.

276 انظر: محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، دار العلم للملايين، بيروت، طبعة 1979، ص. (346) وما بعدها، و أبا بكر بن حسن الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، دار الفكر، ص. (11). وقد جاء في كتاب قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية أنّه: «إذا أحاط الدَّيْن بمال أحد، ولم يكن في ماله وفاء بديونه، وقام الغُرَماء عند القاضي فإنّه يجري في ذلك على المَدِين أحكام التفليس، وهي خمسة الرابع: أن يُحجر عليه فلا ينفذ تصرُّفه في ماله، فإن تصرَّف فيه بعد الديون وقبل التفليس، نفذ ما كان تصرُّفه بعِوَض كالبيع، ولم ينفذ ما كان بغير عِوَض كالهبة والعتق، واختُلف في جواز رهنه وقضائه بعض غرمائه دون بعض، وأما بعد التفليس فلا ينفذ شيء من أفعاله، سواء كان بعِوَض أو بغير عِوَض».

277 انظر: أحمد بن طالب، «القواعد العامة للقانون في فقه قضاء محكمة التعقيب»، خمسون عاما من فقه القضاء المدني، (2009-1959)، تحت إشراف الأستاذ محمد كمال شرف الدِّيْن، مركز النشر الجامعي، تونس، 2010، ص. (194).

فيه التَّصرُّفات بعِوَض. كما أنّ دراسة المراجع الفقهيّة الاسلاميّة تبيّن أنّ تناول الفقه للمسألة كان عامّا، ومندرجا في إطار الأحكام المنطبقة في حالة التفليس (278).

- من الغريب اللُّجوء إلى فقه الموازنات بين مصالح الأطراف، وإلى قاعدة درء المفاسد مقدّم على جلب المصالح، للتأكيد على عدم اشتراط التَّغْرير أو التدليس في التبرّعات، واستبعاد نفس المبرّر في العقود بعِوَض. فاعتماد تلك القواعد نفسها سيؤدّي إلى تغليب مصلحة الدَّائن على مصلحة مُعاقِد المَدِين، كما أنّ حق الدَّائن القائم بالدَّعْوَى أسبق من حق مُعاقِد المَدِين، وهو ما يحتّم إعطاؤه الأولويّة في الحماية (279).

- فقدان الدَّائن لحقه في القيام بالدَّعْوَى «البوليانيّة» قد يؤدّي إلى فقدان حقّه في استرجاع دينه، بينما يمكن لمُعاقِد المَدِين المحافظة على حقوقه على أساس المسؤوليّة أو الضَّمان... (280)، بل إنّ جزاء الدَّعْوَى «البوليانيّة» – المتمثّل في عدم نفاذ التَّصرُّف – يكفي لحماية الغير «حسن النِّيَّة» الذي تعاقد مع المَدِين، بما أنّ العقد الذي أبرمه صحيح بين طرفيه (281)، وهو يختلف بذلك عن البُطلان، رغم الخلط الموجود في القضاء بين الجزاءين (282).

- تهدف الدَّعْوَى «البوليانيّة» إلى حماية حقوق الدَّائن، في حين أنّ اشتراط تواطؤ مُعاقِد المَدِين سيؤدّي إلى إفراغ تلك الحماية من محتواها، بما أنّ الدَّائن قد يجد نفسه أمام مَدِين مدلّس، يريد الإضرار به، ورغم ذلك لا يمكنه رفع دعوى الفصل (306) بحجة حسن نيّة الغير. وإذا أضفنا إلى ذلك صعوبة إثبات سوء نيّة مُعاقِد المَدِين (283)، فإنّ الدَّائن قد يفقد حقوقه في هذه الحالة.

- من بين أهداف الدَّعْوَى «البوليانيّة» المحافظة على الضَّمان العام للدَّائن، والذي يكفي توفُّر سوء نيّة المَدِين لتبديده.

278 انظر: محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، دار العلم للملايين، بيروت، طبعة 1979، ص.(346)، وما بعدها.

279 لكنّ جانبًا من الفقه يذهب خلاف ذلك،ويرى أنّ في التَّصرُّفات بعِوَض تعارضًا بين مصلحة الدَّائن ومصلحة مُعاقِد المَدِين؛ ممّا يوجب إعطاء الأفضلية لهذا الأخير؛ لأنّ تطبيق جزاء الدَّعْوَى «البوليانيّة» سيؤدي إلى تخلّي مُعاقِد المَدِين عن المال الذي اكتسبه، وفقدان فرصة استرجاع حقه، بما أنّ المَدِين معسر، ويذهب الاتجاه الفقهي نفسه إلى أنّ ضرر مُعاقِد المَدِين أشدّ في هذه الحالة من الضَّرَر الذي يصيب الدَّائن، في حالة رفض الدَّعْوَى. انظر:

H. MAZEAUD et F. CHABAS, Droit civil, tome 2, Obligations, n° 995, p. 1079 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, Droit civil, Les obligations, n° 1037, p. 617 ; v. aussi F TERRE Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Les obligations, n° 1083.

280 رغم أنّ حظوظ الغير بالنسبة لدعوى الضّمان قد تبدو ضعيفة بالنظر إلى إعسار المَدِين، إلّا أنّها تظلّ موجودة؛ لأنه لا شيء يمنع من رجوع المَدِين إلى حالة اليسر بعد ذلك، انظر في الاتجاه نفسه:

Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. Stoffel-MUNCK, op. cit., n° 1148, p. 642.

281 انظر:

F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, op. cit., spéc. n° 82, p. 95 ; Cass. civ. 1re, 3 déc. 1985, Bull. civ., I, n° 334, p. 300 ; Gaz. Pal., 1985. 1, somm., p. 241, obs. S. Piedelièvre ; RTD civ. 1986, p. 601, obs. J. Mestre.

282 انظر على سبيل المثال: (ت. م.)، عدد (43831-2009)، مُؤَرَّخ في (24 يناير 2011)، مذكور سابقًا، و(ت. م.)، عدد (33704-2009)، مُؤَرَّخ في (25 مارس 2010)، مذكور سابقًا، و(ت. م.)، عدد (30956-2008)، مُؤَرَّخ في (15 يناير 2010)، مذكور سابقًا. يُراجع في هذه المسألة: لسعد الشريف، المرجع السابق، ص. (268)، وما بعدها. وانظر، بالنسبة للقضاء الفرنسي:

Cass. civ., 3è, 9 juill. 2003, Bull. civ., III, n° 142, RTD civ., 2004, p. 293, obs. J. Mestre et B. Fages ; Cass. 1re civ., 1er juill. 1975, Bull. civ., I, n° 213, p. 181, pour un cas d'annulation de cession d'une créance entachée de fraude paulienne ; Cass. 3e civ., 24 mai 1976, Bull. civ., III, n° 220 ; Cass. 1re civ., 19 janvier 1977, Bull. civ., I, n° 34 ; 15 octobre 1980, Bull. civ., I, n° 257 ; 14 février 1995, D., 1996, jur., p. 391, note E. Agostini.

283 حتى لو أخذنا بالاتجاه الذي يكتفي بتوفُّر علم الغير بالضَّرَر اللاحق بالدَّائن، فإنّ صعوبة الإثبات تَنْقُصنا لكن لا تختفي تماما.

- عند وجود إشكال يتعلّق بالدَّعْوَى «البوليانيّة»، وتحديدًا بشروطها، فإنّ المفسّر يجب عليه النظر إلى الإطار العام الذي جاءت فيه الدَّعْوَى، والمقصد من تكريسها. فالفصل (306) من (م. إ. ع). جاء لحماية الدَّائن، وبالتالي، فإنّ الشروط التي جاءت فيه يجب تأويلها بطريقة تخدم مصلحة الدَّائن صاحب الحق (284)، ولا يمكن تبعا لذلك التَّوسُّع فيها خدمة لمصلحته وتطبيقا للفصلين (285) (540 و541) (286) من المجلّة نفسها. ولا يستقيم في اعتقادنا توسّل الفصل (540) للقول بأنّ المبدأ هو ضمان حق الملكيّة، وأنّه لا يمكن الحدّ منه إلاّ في صور استثنائيّة لا يجوز التَّوسُّع فيها (287)، فمحتوى الفصل (306) هو الذي يحدّد توجّه المُشَرِّع لحماية الدَّائن ولا يمكن تبعا لذلك التشدّد في شروط الدَّعْوَى «البوليانيّة» وتفسير ذلك بانتقاء الفصول التي تحمي المَدِين (الفصل 540 من (م. إ. ع).)، بدل توظيفها لخدمة الدَّائن، الذي كان منطلَق المُشَرِّع في سَنِّه للفصل برمّته.
- وإذا كان الدستور يضمن حق الملكيّة ولا يجيز الحدّ منه إلاّ في صور استثنائيّة لا ينبغي التَّوسُّع فيها (288)، فإنّ الدَّعْوَى «البوليانيّة» تعتبر من ضمن تلك الاستثناءات (289) وعدم التَّوسُّع في الدَّعْوَى «البوليانيّة» لا يعني أيضًا التضييق في شروط ممارستها وإضافة شرط لم ينصّ عليه المُشَرِّع صراحة.
- يمكن فهم اشتراط القضاء المتواصل لتواطؤ مُعاقِد المَدِين بتأثره بالنصوص القانونية العربيّة التي تؤكّد بصفة صريحة على وجوب توفُّر غش أو تواطؤ المفوت له (290)، وقد امتدّ هذا التأثر إلى المراجع الفقهيّة (291).

وربّما لجملة هذه الأسباب شهد موقف القضاء تحوّلًا جذريًّا بمناسبة صدور قرار محكمة التعقيب بتاريخ (24 يناير 2011) (292)، فقد قرر القضاة أنه لا حاجة للنظر في سوء نيّة الغير، للقيام بالدَّعْوَى «البوليانيّة»،وقد جاء في هذا القرار الاستئنائي ما يلي: «حيث إنّ المُشَرِّع عند سنّه للفصل (306) من م.إ.ع. لم يتعرّض مطلقًا للغير، بل أقصى وجوده منه إسقاطًا اختياريًّا منه».

284 انظر: مصطفى صخري، المقال السابق، رقم (66)، ص. (1216).
285 ينصّ هذا الفصل على أنّ: «ما به قيد أو استثناء من القوانين العمومية، أو غيرها، لا يَتجاوز القدر المحصور مدة وصورة».
286 ينصّ هذا الفصل على أنّه: «إذا أحوجت الضرورة لتأويل القانون، جاز التيسير في شدّته ولا يكون التأويل داعيًا لزيادة التضييق أبدا».
287 وهو موقف السيد حاتم الرواتبي، المرجع السابق، رقم (119)، ص. (163).
288 انظر حاتم الرواتبي، المرجع السابق نفسه.
289 أكّدت محكمة التعقيب على الصبغة الاستثنائيّة للدعوى «البوليانيّة» في قرار عدد (61392/ 62271)، مُؤرّخ في (28 يناير 2019)، مذكور سابقًا.
290 تُراجع المادّة (238) من القانون المدني المصري، والمادّة (272) من القانون المدني القطري.
291 على سبيل المثال، جاء في قرار صادر عن محكمة التعقيب ما يلي: «...لا جدال في كون الدَّعْوَى «البوليانيّة» ترمي إلى عدم نفاذ تصرُّف المَدين في حق دائنيه .. إن فقهاء القانون أجمعوا على أن يكون المبيع آخر ما في ذمة المَدين من مكاسب يمكن التنفيذ عليها؛ لأن الفصل (306) المذكور لم ينزِع الأهليّة عن المَدين، بل أجاز إبطال عقوده التي يحررها بتواطؤ مع المشتري ...». (ت. م.)، عدد(16927)، (4 مارس 2008)، و(ن.م.ت)، 2008، ج. (1)، ص.(173)، وأكّدت محكمة التعقيب في قرار عدد (1930-2007) بتاريخ (31 مايو 2012)، ما يلي: « أكد الفقه على ضرورة اشتراك الطّرَفين في التّغرير أو التدليس». القرار المذكور سابقًا. كما استشهدت المحكمة الابتدائيّة بتونس في حكمها عدد (15764) بتاريخ (28 مايو 1988) (المذكور سابقًا) بموقف للفقيه السنهوري في كتابه الوسيط.
292 (ت. م.)، عدد (43831-2009)، غير منشور.

وحيث إنّ ذلك الاختيار مردّه تفضيل الدَّائن الحريص على تتبّع مكاسب مَدِينه، أيّا كانت اليد التي عليها، بما فيهم الغير «حسن النِّيَّة» كان، أو سيّئها، شريطة توفُّر أركان الدَّعْوَى «البوليانيّة»، وفي حدود منطوق نصّها» (293).

والحقيقة أنّ هذا القرار الفريد الذي لم يسلم من النقد(294)، يحتاج إلى قرارات أخرى تدعم التوجّه الذي سار فيه، حتى لا يبقى معزولاً (295). وتبرز قيمة هذا القرار في أنّه يقدّم تأويلا للنصوص يخرج عن الاتّجاه السائد، ويؤكّد قدرة القضاة على قراءة النصوص قراءة متوازنة، تستند إلى مضمونها، وتأخذ بالفلسفة العامة للدعوى «البوليانيّة»؛ ضمانًا لتحقيق أهدافها ونجاعتها.

293 كما جاء في هذا القرار أنّه: «وحيث لا مجال للخوض حينئذ في العلاقة بين المَدِين وزوجته التي أبرم معها عقد البيع موضوع طلب الإبطال، وأنّه لا وجه لتقدير إن كان يوجد تواطؤ بينهما أم لا، إذ أنّ مقاربة الفصل ((306))، (م.إ.ع). على ذلك النحو، فيه سوء تطبيق و خرق لأحكامه؛ لمّا يقع التَّوسُّع للبحث عن مدى توفُّر سوء النِّيَّة في المستفيد من عمليّة البيع».

294 انظر: لسعد الشريف، المرجع السابق، ص. 258 ؛ نزار خريفش، المذكّرة السابقة، ص. (69).

295 حتّى بعد صدور هذا القرار، فإنّ محكمة التعقيب عادت لاشتراط التواطؤ بين البائع والمشتري، فقد جاء في قرار بتاريخ (7 مارس 2018) أنّ «شراء المعقَّبة العَقار من شقيقها، مع علمها أنّ البيع المذكور المقصود منه التدليس والاحتيال والحيلولة دون استخلاص المعقَّب ضدّه دينه، يؤكّد اشتراكها وتواطؤها مع مُعاقِدها البائع، لا سيّما وأنّه، بحكم علاقة قرابتها بهذا الأخير، يُفترض علمها بأنّه أصبح بموجب العقد المذكور بحالة إعسار وغير قادر على خلاص دائنه». (ت. م.)، عدد (44031)، (7 مارس 2018)، غير منشور، مذكور سابقًا. كما نبّهت محكمة التعقيب في قرارها عدد (2016/43614)، (18 أكتوبر 2017)، غير منشور، على أنّ « اشتراط الغش يكون مقرونًا باشتراط التواطؤ في التَّصرُّفات، وهو ما يجد تبريره في الغرض من الدَّعْوَى «البوليانيّة»، وهو صيانة حقوق الدّائنين العاديّين من الإعسار المفتعل لمَدِينهم، لذلك استقر فقه القضاء على ضرورة اشتراك الطَّرَفين في التَّغرير أو التدليس». انظر أيضًا (ت. م.)، عدد (2012/81398)، (12 يناير 2017)، غير منشور ، و(ت. م.)، عدد (69983)، (22 مايو 2012)، غير منشور، و(ت. م.)، عدد (2013/1855)، (04 يونيو 2014)، غير منشور.

الخاتمة

يُستخلص من دراسة تحوّلات شروط الدَّعْوَى «البوليانيّة» وجود تحوّل واضح، هدفه إضفاء بعض المرونة على هذه الشروط، بما من شأنه حماية الدَّائن وضمان نجاعة الدَّعْوَى في مجملها، ويتجلّى هذا التحوّل من خلال التَّوسُّع في تحديد الدَّائن الذي يجوز له رفع الدَّعْوَى، سواء في الإجراءات الفرديّة أو الجماعيّة، أو كذلك من خلال تحديد طبيعة ومصدر الدَّيْن الذي يجيز للدَّائن رفع الدَّعْوَى.

لكن إلى جانب هذا التحوّل المحمود، هناك في المقابل ميل نحو التشدّد في الشروط المتعلّقة بخصائص الدَّيْن وبتصرُّف المَدِين. ولا يمكن – حسب رأينا – ضمان نجاعة فعَّالة للدعوى «البوليانيّة» إلاّ بالتخلّي عن نزعة التشدّد، لأنّها وإن كانت تحمي الغير والمَدِين، الذي يجد الحريّة الواسعة في التَّصرُّف في أملاكه، إلاّ أنّها تضرّ بالدَّائن الذي جُعِلت الدَّعْوَى لحمايته.

ولذلك، فإنّه من الأفضل عدم التشدُّد في بعض شروط الدَّعْوَى «البوليانيّة»، كالشروط المتعلّقة بخصائص الدَّيْن، فعدم توفُّر شرط الدَّيْن الثابت في بعض الحالات لا يمكن أن يحول دون مُمارَسة الدَّعْوَى «البوليانيّة»، التي تعدُّ وسيلة من الوسائل والإجراءات التحفظيّة، ويمكن الاكتفاء بشرط أن يكون الدَّيْن ثابتًا من حيث المبدأ، وإدخال بعض المرونة على شروط مُمارَسة الدَّعْوَى «البوليانيّة»، وهذا من شأنه أن يؤدّي إلى امتدادها حتى إلى الالتزامات المشروطة.

والتَّوسُّع في شروط مُمارَسة الدَّائن للدعوى «البوليانيّة» لجعلها تشمل حتى حالة الدَّيْن الثابت من حيث المبدأ، سيؤدّي من باب أولى إلى قبول القيام بالدَّعْوَى إذا كان الدَّيْن غير مستحقّ الأداء؛ لأن اشتراط أن يكون الدَّيْن مستحقّ الأداء يضرّ بمصلحة الدَّائن ويتعارض مع مفهوم الدَّعْوَى «البوليانيّة»، التي تعتبر من الإجراءات التحفظية، بما أنّ حلول الأجل يعدّ – فقط – شرطًا للحصول على السند التنفيذي.

وبالنسبة لشرط أن يكون الدَّيْن سابقًا عن تصرُّف المَدِين، فإنّه يتعيّن التخفيف منه؛ حتى يستطيع القضاء مواكبة جميع طرق التحيُّل التي قد يلجأ لها المَدِين، فقد يتوفَّر في الواقع عنصر الإضرار بحقوق الدَّائن مع وجود التَّغْرير والتدليس، بالرغم من أنّ الدَّيْن قد نشأ بعد تصرُّف المَدِين في الشيء.

كما أنّه لا حاجة لربط الدَّعْوَى «البوليانيّة» باشتراط الإعسار؛ إذ يكفي توفُّر شرط الإضرار بالدَّائن، الذي أكّد عليه المُشَرِّع. ويعدّ الإعسار مظهرًا من مظاهر الإضرار بالغير، لكنّه ليس الوحيد، ولذلك لا يمكن التشدُّد والتضييق في شروط مُمارَسة الدَّعْوَى؛ حتى يستطيع الدَّائن المتضرّر حماية حقوقه المشروعة.

وبالنسبة لضرورة اشتراط توفُّر تواطؤ الغير في العقود بعِوَض، فإنّ هذا الشرط يقبل النقد لعدّة أسباب، منها ما يتعلّق بصياغة الفصل (306) من (م. إ. ع)، ومنها ما يتعلّق بالأصول الفقهيّة للدَّعوَى، ومنها ما يتعلّق بالقواعد التفسيريّة، ومنها ما يتعلّق بالفلسفة العامة التي تقوم عليها الدَّعْوَى «البوليانيّة».

ويعكس الاختلاف القضائي حول شروط القيام بالدَّعْوَى «البوليانيّة» الاختلاف المتعلّق بتحديد طبيعتها الغامضة. وتبرز دراسة تحولات شروط الدَّعْوَى «البوليانيّة» أنّ هذه الدَّعْوَى بدأت تميل أكثر إلى الوسائل والإجراءات التحفظية296.

يبيّن محتوى المقال الاتجاه العام، في تونس وفرنسا، إلى التَّوسُّع في شروط مُمارَسة دعوى عدم نفاذ التَّصرُّف، وإذا كان هذا التَّوسُّع سببه أحيانًا غموض النَّص في تونس أو فرنسا، إلاّ أن ذلك لا يمكن أن يحجب فوائد هذا التَّوسُّع بالنسبة للدَّائن، وتأثير هذا التَّوسُّع في تطوير دعوى عدم نفاذ التَّصرُّف. وبالرغم من وضوح بعض القوانين العربية، بخصوص شروط تطبيق دعوى عدم نفاذ التَّصرُّف، مثل القانونَيْن: القطري، والمصري، فإن ذلك لا يعني عدم إمكانيّة المطالبة بتطوير شروط مُمارَسة الدَّعْوَى مستقبلًا، بالنظر إلى إيجابيات التَّوسُّع فيها.

ولعل تركيز المقال على تحوّلات شروط مُمارَسة الدَّعْوَى، يُسهِم في قراءة جديدة لهذه الشروط حتى في الدول التي يبدو فيها النصّ واضحًا؛ لأنّ تطور التشريع يبدأ بالتعرُّف على نقائصه، التي ظهرت مع الوقائع المعروضة على القضاء التونسي والفرنسي. كما أن وضوح بعض شروط مُمارَسة دعوى عدم نفاذ التَّصرُّف في القانون المدني الفرنسي لم يمنع القضاء من محاولة التَّوسُّع فيها؛ خدمة لمصلحة الدَّائن والعدالة بصفة عامة.

ولا يمكن – حسب رأينا – ربط الإضافة العلمية بدراسة تشريع بعينه؛ لأن تناول تجارب القضاء في دول أخرى قد يساعد في تطوير النصوص الموجودة، وبخاصّة إذا كان توجه القضاء في تطبيق المواد الموجودة يحتوي على إيجابيات عديدة يمكن الاستفادة منها.

وبالرغم من أنّ الميدان الطبيعي للدعوى «البوليانيّة» هو القانون المدني، إلاّ أنّ مكانتها جعلت منها وسيلة يُلجأ إليها أيضًا في القانون التجاري، وبخاصّة في إطار الإجراءات الجماعيّة والتفليس، وهي وإن كانت تعدُّ من الإجراءات الفرديّة، إلّا أنّها قد تتحول – استثناءً – إلى إجراء جماعي ينتفع به كل الدَّائنين. وهي وإن كان يقوم بها الدَّائن ضد التَّصرُّفات التي قام بها مَدِينه، فإنّه أحيانا يقوم بها شخص يمثِّل الدَّائنين والمَدِين في آنٍ واحد، وهو ما يطرح إشكالية الموازنة بين مصالح الأطراف المختلفة.

296 انظر: Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. Stoffel-MUNCK, op. cit., n° 1141, p. 636.

قائمة المختصرات

ص.: صفحة.

ت. م.: تعقيبي مدني.

(م. إ. ع).: مجلّة الالتزامات والعقود.

ج.: جزء.

(ن. م. ت).: نشرية محكمة التعقيب.

Avr.: avril

Bull.: Bulletin

Bull. civ.: Bulletin civil

Cass.: cassation

Cass. civ.: cassation civile

Cass. com.: Cassation commerciale

Ch.: chambre

civ.: civile

Coll.: Collection

Com.: commerciale

D.: Dalloz

DC: Recueil critique de jurisprudence et de législation Dalloz (de 1941 à 1944)

DP: Recueil périodique et critique mensuel Dalloz (avant 1941)

Ed.: édition

Fasc.: Fascicule

Févr.: Février

G.: Générale

Gaz. Pal.: Gazette du Palais

JCP: La Semaine Juridique

Juill.: juillet

jur.: jurisprudence

L.G.D.J.: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

loc. cit.: loco citato: à l'endroit cité précédemment

n°: numéro

Nov.: novembre

obs.: observations

op. cit.: opus citatum: œuvre citée

p.: page

Préf.: Préface

req.: requêtes

R.R.J.: Revue de la Recherche juridique

RTD civ.: Revue Trimestrielle de Droit civil

RTD com.: Revue Trimestrielle de Droit commercial

s.: suivante

spéc.: spécialement

t.: tome

V.: Voir

Vol.: Volume

قائمة المراجع

١. الكتب

1) الكتب باللغة العربيّة

أبو بكر بن حسن الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، دار الفكر.

جابر محجوب علي، النظريّة العامّة للالتزام الجزء الثاني الأحكام العامّة للالتزام في القانون القطري، كليّة القانون - جامعة قطر، 2017.

حاتم بن عبد الحميد الرواتبي، الحماية القانونية للدَّائن العادي، دار الميزان للنشر، 2008.

خليفة الخروبي، القانون العدلي الخاصّ طرق التنفيذ، الطبعة الثانية، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015.

دوبلا، شرح مجلّة الالتزامات والعقود، تعريب محمّد المالقي، جمعيّة قدماء وطلبة الحقوق، تونس، 1948.

زين الدَّيْن بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِيْ حَنِيْفَةَ النُّعْمَانِ، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، 1999.

طلبة وهبة خطاب، أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون: دراسة مُقارَنةً، دار الفكر العربي للطباعة والنشر, 1983.

عبد الباسط جميعي وآمال الغزايري، التنفيذ في المواد المَدَنِيَّة والتجاريّة، منشأة المعارف بالإسكندريّة، 1990.

عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار إحياء التراث العربي، الطبعة السابعة، بيروت، 1986.

عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار نهضة مصر، 2011.

عصام الأحمر، فقه قضاء الدوائر المجتمعة، تونس، 2018.

علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، تونس، 2009.

علي كحلون، النظريّة العامّة للالتزامات أحكام الالتزام، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2009.

محمد المالقي، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، تونس، مركز النشر الجامعي، 2003.

محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، دار العلم للملايين، بيروت، طبعة 1979.

منصف الكشو، التنفيذ في المادّة المَدَنِيَّة والتّجارية، مجمع الأطرش، 2018.

الوزير أبو المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الشيباني، اختلاف الأئمة العلماء، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، الجزء الأول.

2) الكتب باللغة الفرنسيّة

ACCARIAS C., Précis de droit romain, t. II, 3e éd., A. Cotillon et Cie, 1882.

BENABENT A., Droit des obligations, LGDJ, 14e éd., 2014.

BENABENT A., Les contrats spéciaux civils et commerciaux, Montchrestien, coll. Domat, 9e éd., 2011.

BRATIANO V. C., Les effets comparés de l'action paulienne, de l'action oblique et de l'action en simulation, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 1913.

CARBONNIER J., Droit civil. Les obligations, coll. Thémis, Droit privé, 22e éd., 2000, n° 84.

CHARFEDDINE M.K., «Les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière», Tunis, Centre d'étude de recherches et de publications, 1993.

COLLART DUTILLEUL F. et DELEBECQUE P., Contrats civils et commerciaux, Dalloz, 9e éd., 2011.

DAGOT M., La simulation en droit privé, préf. P. HEBRAUD, Bibliothèque de droit privé, tome 73, L.G.D.J., 1967.

FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., Droit civil, Les obligations, vol. 3, Le rapport d'obligation, Sirey, 7e éd., 2011.

FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., Les obligations, Tome 1, Armand Colin, 9e éd., 2000.

GHESTIN J., JAMIN C. et BILLIAU M., Traité de droit civil. Les effets du contrat, 3e éd., LGDJ, 2001.

GIRARD P. F., Manuel élémentaire de droit romain, 8e éd. par F. SENN, Libr. Rousseau, Paris, 1929.

GROUBER A., De l'action paulienne en droit civil français contemporain, Librairie de la société du recueil Sirey, 1913.

GUILLOUARD L.-V., De l'action paulienne en droit romain et en droit français, Le Blanc-Hardel, 1868.

JAMIN Ch. , BILLIAU M., sous la direction de J. GHESTIN, Traité de droit civil, Les effets du contrat, 3è éd., LGDJ, 2001.

LE CORRE P.-M., Pratique du droit des procédures collectives, éd. Dalloz, 2001.

MALAURIE Ph. et AYNES L., Droit des obligations, 8e éd., 2016, LGDJ.

MALAURIE Ph., AYNES L., STOFFEL-MUNCK Ph., Droit civil, les obligations, Defrénois, 2003.

MARTY G. et REYNAUD P., Droit civil, Les obligations, Le régime, T. 2, par Ph. JESTAZ, Sirey 1989, 2e éd.

MARTY G., RAYNAUD P. et JESTAZ P., -Droit civil, Les obligations, t. 2, Le régime, Sirey, 2e éd., 1989.

MAZEAUD J., MAZEAUD H., CHABAS F. et MAZEAUD L., Leçons de droit civil, Tome II, Premier volume, Obligations, Théorie générale, 9ème éd., Montchrestien, 1998.

MONIER R., Manuel de droit romain, Les obligations, 5e éd., Paris, 1954.

PLANIOL M. et RIPERT G., Traité de droit civil français, t. VII, Les obligations, 2e éd., LGDJ, 1954.

PLANIOL M. et RIPERT G., Traité pratique de droit civil français, par P. ESMEIN, J. RADOUANT et G. GABOLDE, T. VII, LGDJ, 1954.

SAINT-ALARY-HOUIN C., Droit des entreprises en difficulté, Montchrestien, 4e éd., 2001.

SAUTONIE-LAGUIONIE L., La fraude paulienne, thèse, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2008.

TERRÉ F., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y., Droit civil, Les obligations, Dalloz, 11e éd., 2013.

VIDAL J., Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, Dalloz, Paris, 1957.

II- الأطروحات والمذكرات

عمر محمد جبه جي، فقه الموازنات في الشريعة الاسلاميّة، جامعة الجنان، طرابلس، لبنان، كلية الآداب والعلوم الإنسانيّة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في أصول الفقه، 2013/2014.

نزار خريفش، الدَّعْوَى البليانية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاصّ، جامعة صفاقس، كلية الحقوق بصفاقس، 2012-2013.

BISSON L., Comparaison des effets de l'action oblique et de l'action paulienne, thèse de doctorat, Droit, Bordeaux, Impr. Y. Cadoret, 1911.

CHÉRIF L., Le tiers et l'inexécution du contrat», Thèse pour l'obtention du doctorat en droit, Université de Sfax, Faculté de droit de Sfax, 2015-2016.

VIDAL J., Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, le principe « fraus omnia corrumpit », thèse Toulouse, Dalloz, 1956.

III- المقالات

1) المقالات باللغة العربيّة

أحمد بن طالب، «القواعد العامة للقانون في فقه قضاء محكمة التعقيب»، خمسون عاما من فقه القضاء المدني، (1959-2009)، تحت إشراف الأستاذ محمد كمال شرف الدَّيْن، مركز النشر الجامعي، تونس، 2010، ص. (194).

البشير زهرة، «حول الدَّعْوَى «البوليانيّة» تعليق على قرار استئنافي عدد (70627)»، مجلّة القضاء والتشريع، 1988، عدد (7)، ص.(52).

حاتم بن عبد الحميد الرواتبي، «مفهوم الإعسار»، بحوث في التأمينات العينية والشخصية، عمل جماعي لهيئة تدريس قانون التأمينات بكلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 1999، ص.(285).

صلاح الدَّيْن الملولي، «تعليق على قرار مدني حول دعوى طعن الدَّائن في عقود مَدينه، قرار عدد (733) بتاريخ (30 يناير 1986)، صادر عن محكمة الإستئناف بالمنستير»، مجلّة القضاء و التشريع،1987، عدد (8)، ص.(19) و ما بعدها.

لسعد الشريف، «حوليّة فقه قضاء الدَّعْوَى «البوليانيّة» (1939–2011)»، منشورات مدرسة الدكتوراه بكلية الحقوق بصفاقس، حولية فقه القضاء التونسي، 2013، ص. (227).

مصطفى صخري، «الدَّعْوَى «البوليانيّة» بين نص القانون واجتهادات المحاكم»، مسائل في فقه القانون المدني المعاصر، إشراف الأستاذ محمد كمال شرف الدَّيْن، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختصّ، تونس، 2014، ص. (1205).

منصف الكشو، «الدَّعْوَى «البوليانيّة» في الإجراءات الجماعية»، دراسات في القانون التّجاري، جمعية الحقوقيين بصفاقس، 2015، ص. (214).

نادر عمران، «نظام الدَّعْوَى «البوليانيّة» في ضوء فقه القضاء»، مجلّة القضاء والتشريع، ديسمبر، 2003، ص. (82).

2) المقالات باللغة الفرنسيّة

ACHER J., « Essai sur la nature de l'action paulienne », RTD civ., 1906, pp. 86 et s.

ALIDOR B., «Les limites de l'action paulienne du légataire particulier», Gaz. Pal., 2017, n° 15, p. 73.

ANDREU L., FORTI V., et SAVAUX É., «Chronique de régime général des obligations (Septembre 2015 - février 2016) (1re partie)», P. aff., 2016, n°152, p. 6.

ANDREU L., FORTI V., et SAVAUX É., «Chronique de régime général des obligations (Septembre 2015 - février 2016) (1re partie)», P. aff., 2016, n° 152, p. 6.

ANKUM J.-A., «De geschiedenis der « actio pauliana »» (L'histoire de l'action paulienne) avec un résumé en français, Zwolle, 1962.

BEYNEIX I., «Action paulienne et exécution forcée des avant-contrats non respectés par les promettants: une esquisse de solution ?», Gaz. du Pal., 2006, n° 208, p. 2.

BOLZE A., «Fraude paulienne: nature des droits du créancier et solvabilité du débiteur», Gaz. Pal., 17 mars 2015, n° 076, p. 28.

COLLINET P., « L'origine byzantine du nom de la Paulienne (Après 533-VIIe siècle)», Nouvelle revue historique de droit français et étranger 1919, p. 208.

COLOMBET Cl., «De la règle que l'action paulienne n'est pas reçue contre les paiements», RTD civ., 1965, p. 5.

COURTIER J.-L., «L'action paulienne dans les procédures collectives: particularités et nature «, Petites affiches, 3 mars 1995, n° 27, p. 9.

DROSS W., « Effet des conventions à l'égard des tiers: Action paulienne», JurisClasseur civil, contrats et obligations, Fasc. 39, Art. 1167.

FAGES B., « Créance fondée en son principe «, Lamy Droit du contrat, juill., 2018.

GIJSBERS Ch., «Les ressources de l'action paulienne en droit hypothécaire», Revue Defrénois, 30 septembre 2016, n° 18, pp. 935 et s.

GIL G., «L'action paulienne: un instrument de protection du cédant de parts sociales «, Bulletin Joly Sociétés, 2 janvier 2016, n° 1, pp. 38 et s.

HOUTCIEFF D., «Le chemin de Damas de l'action paulienne», Gaz. Pal., 4 juill. 2013, n° 185.

KNANI Y., Chronique de jurisprudence civile, contrats et quasi-contrats, R.T.D., 1984, p. 647.

LATINA M., «Le régime de l'action paulienne», Revue des contrats, 1 septembre 2015, n° 112, p. 479.

MIGNOT M., «La fraude paulienne de la caution», L'ESSENTIEL Droit bancaire, n° 05, p. 2.

PETERKA N., « L'action paulienne et le contexte familial exclusif de toute intention frauduleuse», 15 juin 2013, n° 6, pp. 4 et s.

ROMAN B., «La nature juridique de l'action paulienne», Defrénois, n°8, 2005, p. 655.

ROUMELIAN O., « Action paulienne: illustration en matière fiscale», Gaz. Pal., n°6, p. 9.

SAUTONIE-LAGUIONIE L., «L'action paulienne: une troisième voie possible ?», Revue des contrats, 2012, n° 2, p. 694.

SORTAIS J.-P., «Procédures collectives et action paulienne», Petites affiches, 8 mars 2010, p. 15.

TADROS A., «La fraude paulienne et la valeur des droits sociaux», Bulletin Joly Sociétés, n°10, p. 607.

TELLIER V., « La nature juridique de l'action oblique », R.R.J. 2002, p. 1835.