الهيئة الوطنية للمحامين بتونس

فرع تونس للمحامين

محـــــــــــــــاضرة ختم التمرين

الدعوى المنحرفة

الأستاذ المحاضر : **رائف حمزة**

الأستاذ المشرف على التمرين: **حسن الذيب**

السنة القضائية: 2019–2020

اهدي هذا العمل إلى عائلتي وخاصة والدتي...

الـــشكـر

أتقدم بأخلص عبارات الشكر إلى
الأستاذ حسن الذيب المحامي لدى التعقيب
على ما أبداه لي من نصح وتوجيه ومتابعة.

المقدمة

يمثل الالتزام في نطاق المعاملات بين الأشخاص أهم المسائل التي تدرس في إطار القانون الخاص، باعتبار أن التنفيذ او الوفاء هو الوسيلة التي تدرك بها الغاية من التعهدات. هذا الاتجاه نحو الوفاء بالالتزام نجده مكرسا منذ القوانين القديمة حيث كان التنفيذ يمتد إلى ذات المدين[1].

لكن بتطور النظرة للفرد أصبح المدين لا يلتزم إلا في ماله. فنشأت تبعا لذلك قاعدة منع التنفيذ على الذات في الديون المدنية والالتزامات المالية عموما. وترسخت هذه القاعدة حتى صارت من التراث القانوني للشعوب المتطورة دون أن تحتاج إلى تكريسها تشريعيا[2].

إلا أن المنع من التنفيذ على الذات قوبل بحماية أخرى تمثلت في إرساء ضمان عام لفائدة الدائن على أموال مدينه، دعمته وسائل تمكنه من الاستفادة بهذا الضمان. وقد تمحورت هذه الوسائل حول طرق التنفيذ الجبري في حال وجود أموال بحوزة المدين، وفي ممارسة بعض الدعاوى في حال انعدام مكاسب لدى المدين، مع وجود مال مستقل لهذا الأخير لدى الغير.

وتأتي الدعوى المنحرفة لتحتل مركز الصدارة في ممارسة ما للمدين من حقوق ودعاوى لدى الغير، وهي تمثل علاقة ثلاثية يمثل فيها المدين الأصلي صلة الربط بين الدائن والمدين الثاني. ذلك أن الدائن عندما يقوم إزاء مدين مدينه، لا يقوم باسمه

---

[1] كان الحق في تنفيذه في العصور البدائية مقرونا بالقوة، فهذه الأخيرة كانت هذه الضمان الأساسي لنفاذ الحق حيث يحتكم إليها عند الخصام.

[2] القاعدة في القانون التونسي من أحكام الفصل 304 م.م.م.ت القاضي بأن "عمليات التنفيذ فيما عدا الديون الموثقة برهن أو امتياز تقع على الأموال المنقولة فإن لم تكن كافية أو غير موجودة فإن التنفيذ يقع على العقارات".

الشخصي وإنما باسم مدينه، لأنه يستعمل حقا أو دعوى لهذا الأخير، وهو ما يمثل قوام الاصطلاح على هذا الحلول للدائن محل مدينه "بالدعوى المنحرفة" أو "غير المباشرة".

وقد خصص المشرع التونسي لهذا الإجراء نظاما قانونيا متميزا تبرره الأهمية الاقتصادية والاجتماعية للدعوى المنحرفة.

إن أهمية الدعوى المنحرفة تمتزج بأهمية ضمان الوفاء بالالتزام في مستويين اثنين : اقتصادي واجتماعي.

فعلى المستوى الاقتصادي يمثل ضمان الوفاء بالالتزامات ركيزة نمو المعاملات وازدهارها خاصة وأن حاجة النشاط البشري للدعم عن طريق الاقتراض والتداين أصبحت تتزايد يوما بعد يوم. وبالتالي فإن إرساء سبل خلاص الدائن من شأنه تدعيم حركة الائتمان بين الدائن والمدين.

أما على المستوى الاجتماعي، فلضمان الوفاء بالالتزام قيمته النفسانية لدى الدائن، فهي تعزز لديه الثقة في مدينه، لعلمه بأن الوسائل التي تمكنه من اقتضاء دينه كفيلة بأن تجعله مطمئنا على ماله[3]. هذه الأهمية الاقتصادية والاجتماعية لضمان الوفاء بالدين تؤكد أهميته القانونية وهي تؤكد تبعا لذلك أهمية الدعوى المنحرفة كإجراء يخول الدائن التنفيذ بحقه على مال المدين. ذلك أن فكرة الضمان العام الذي ينتفع به كل دائن على أموال مدينه كانت غائبة عن القانون الروماني لسببين: أولا، باعتبار الالتزام مجرد رابطة شخصية بين شخصين لا غير. لذلك يذهب بعضهم إلى أن الدعوى المنحرفة باعتبارها تتصل عضويا بالضمان العام فإنه لا يمكن الحديث عن وجودها في القانون الروماني حيث لا يتوفر الضمان للدائن إلا في صورتين: وجود

[3] MJE Labé, De l'exercice des droits d'un débiteur par son créancier, revue critique de législation et jurisprudence, 1856, p. 208 et s.

اتفاق بين الدائن والمدين يمنح به الثاني للأول ضمانا لاقتضاء دينه. أو بالالتجاء إلى القضاء، حيث يمنح هذا الأخير ضمانا للدائن وذلك بتكليف ممثل لجملة الدائنين لممارسة ما للمدين المطلوب من حقوق ودعاوى[4].

بالنسبة للقانون التونسي ترد الأحكام المتعلقة بإجراء الدعوى المنحرفة ضمن الباب الرابع من المقالة السادسة تحت عنوان "في بعض وسائل يحصل بها الوفاء بالعقود". وتحتل الدعوى المنحرفة في القانون التونسي مقارنة بالتشريعات الأخرى مكانة متميزة حيث تناظر في آثارها والدعوى المباشرة لما يؤول عن كليهما من استئثار الدائن القائم بنتيجة الدعوى. إلا أنها تختلف عن هذه الأخيرة على مستوى القيام، ففي حين تفترض الأولى القيام باسم المدين، تمنح الثانية للدائن حقا شخصيا في القيام مباشرة إزاء مدين المدين.

فتمكن الدعوى المنحرفة الدائن من ممارسة حقوق ودعاوى المدين في حال إهمال القيام بها من طرف هذا الأخير، ترمي الدعوى البوليانية إلى تمكين الدائن من القيام باسمه الشخصي لعدم نفاذ عقود مدينه إزاءه إذا ما انطوت على الغش[5].

ورغم أن الدعوى المنحرفة تتجسم عن طريق حلول الدائن محل المدين في ممارسة ما لهذا الأخير من حقوق ودعاوى إزاء الغير فإنها تختلف عن دعوى الحلول وعن الإحالة وعن الحوالة. فهي تختلف عن دعوى الحلول باعتبار أن هذه الأخيرة تفترض وفاء الدائن بدين على المدين لفائدة الغير حتى يقوم هذا الدائن محل مدينه فيما له على الغير[6].

---

[4] LOUIS BOSC, Etude sur les droits des créances d'exerce les actions de leur débiteur, thèse de doctorat, Paris, 1903, p. 14.

[5] الفصل 306 في فقرته الأولى من م.ا.ع.

[6] أنظر الفصول من 223 إلى 228 م.ا.ع.

كذلك رغم التقارب بين الدعوى المنحرفة والعقلة التوقيفية باعتبارهما يتسلطان على مال المدين الموجود لدى الغير ويؤولان إلى تجميد المال موضوع الإجراء، فإن الاختلاف بينهما يبقى قائما حيث يكون التجميد في العقلة التوقيفية هو الهدف من القيام بها، في حين أن هذا التجميد يأتي كأثر للقيام بالدعوى المنحرفة دون أني شكل الهدف من وراء ممارستها.

فتخويل الدائن إمكانية القيام ضد مدين المدين باسم هذا الأخير يعد دفعا ومنحى جديدا في مفهوم حق الملكية. فهذه الأخيرة لم تعد حقا مطلقا لا يقبل التدخل فيه، بل أن المرء لم تعد له إمكانية عدم إتيان حقا مطلقا لا يقبل التدخل فيه، بل إن المرء لم تعد له إمكانية عدم إتيان ما يضر بالآخرين فقط بل أصبح حقه معدوما في أن يمكث متقاعسا[7].

وتضاف إلى هذه الأهمية النظرية فائدة عملية تتأكد من خلال دراسة علاقة الامتداد بين الدعوى المنحرفة والضمان العام بحثا عن مدى نجاعة الدعوى المنحرفة كوسيلة الاقتضاء الحق ؟

ترد الدعوى المنحرفة امتداد للضمان العام لتمكن الدائن من ممارسة حقوق مدينه المستحقة له إزاء الغير، مما يجعل منها وسيلة وفاء بالالتزام مخولة لكافة دائني المدين. غير أنه إذا ما وقعت ممارستها من طرف أحدهم تحولت هذه الدعوى إلى تأمين من نوع خاص لفائدة القائم بها لتقصر فائدتها عليه.

[7] LEON DUGUIT, Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon, Librairie Félix Algan, Paris, 1912, p. 20 – 21.

الجزء الأول : خصائص الدعوى المنحرفة

المبحث الأول: مجال الدعوى المنحرفة

الفقرة الأولى: انصراف الدعوى المنحرفة إلى كافة الدائنين

1- حلول الدائن محل مدينه

إن إهمال المدين و تقصيره في ممارسة حقوقه التي تكون له تجاه الغير تعد من الأخطار التي يتعرض لها الدائنون وخاصة إذا كانت أموال المدين مستغرقة بالديون مما ينتج عنه تخاذل هذا الأخير عن تحصيل حقوقه لعلمه المسبق بأنها ستؤول حتما إلى غيره.

ولضمان حقوق الدائنين تجاه هذا الوضع تدخل المشرع التونسي صلب الفصل 307 م.ا.ع و نص على أن " الدائن القائم في حق غريمه يعتبر **كنائب عنه** ..." وهو ما يدفعنا إلى التساؤل عن طبيعة هاته النيابة (أ) و خصائصها (ب).

أ- طبيعة نيابة الدائن عن المدين

إن النيابة حسب الفقيه محمد الزين هي " نظام قانوني مفاده أن تحل إرادة شخص معين يسمى النائب محل إرادة شخص آخر هو الأصيل في انشاء تصرف قانوني تنصرف آثاره إلى الأصيل لا إلى النائب"

ينص الفصل 223 م.ا.ع " يتم حلول الغير محل الدائن في حقوقه تارة بعقد وتارة بمقتضى القانون." وهو ما يستشف منه أن النيابة تكون إما بمقتضى عقد (عقد التأمين , عقد الوكالة ...) أو بمقتضى القانون .

فالنيابة العقدية التي يستمد فيها النائب سلطته في التعاقد بدلا عن الأصيل بموجب عقد وكالة لا تتوفر إلا بوجود شرط الاتفاق بين الطرفين لأجل إجراء عمل جائز باسم الأصيل تنصرف آثاره لهذا الأخير

أما النيابة القانونية فهي تفويض تشريعي لشخص لإتمام أعمال جائزة بإسم غيره على أن تنصرف آثار هذه الأعمال لفائدة الأصيل

بالرجوع إلى أحكام الفصل 307 م.ا.ع الذي نص على أن " الدائن القائم في حق غريمه يعتبر **كنائب عنه** ..." فإن نيابة الدائن عن المدين في الدعوى المنحرفة أو غير المباشرة هي حتما نيابة قانونية و ذلك لتوفر التفويض التشريعي صلب هذا الفصل إلا أن هاته النيابة لا يعتبرها المشرع التونسي نيابة بمفهومها الأصلي و إنما هي نيابة شبيهة يستفيد بموجبها الدائن القائم بالدعوى المنحرفة بنتيجة الدعوى التي قام بها باعتباره نائبا عن المدين.

ب- خصائص نيابة الدائن عن المدين

يتضح من خلال الاطلاع على أحكام الفصل 307 م.ا.ع أن المشرع نص على أن :" الدائن القائم في حق غريمه يعتبر كنائب عنه لكن في منفعة نفسه." وهو ما يفيد و أن نيابة الدائن عن مدينه نيابة من نوع خاص فهي نيابة لمنفعة الدائن القائم بالدعوى غير المباشرة إضافة إلى خاصية ثانية تتمثل أن هذه النيابة تقتصر على استعمال الحق دون التصرف فيه.

أولا و فيما يتعلق بكون النيابة لمنفعة الدائن تجدر الإشارة إلى أن إرادة المشرع في اجراء الدعوى المنحرفة ترمي إلى جعل نيابة الدائن عن المدين نيابة خاصة ذلك

أنه و في الأصل تكون النيابة سواء كانت اتفاقية كنيابة الوكيل أو قضائية كنيابة الوصي أو قانونية كنيابة الولي [8] تقرر لمصلحة الأصيل فإنه و في الدعوى المنحرفة تكون لفائدة الدائن لا لمصلحة المدين وغاية ذلك هي المحافظة على الضمان العام في أغلب التشريعات المقارنة و لتمكين الدائن من استفاء حقوقه إزاء مدينه.

و يستنتج مما سبق بسطه و أن وصف النائب بالدائن في مباشرته لحقوق و دعاوى مدينه لا يعني أن تكون هذه النيابة لفائدة المدين ذلك أن المشرع يمنح الدائن صفة النائب ليجعل منها سندا لحلوله محل مدينه ليباشر ما أهمله من حقوق و دعاوى فالدائن و إن كان يقوم بإسم مدينه فإنه يقوم باسمه الشخصي في الآن نفسه و عليه فإن الحق المكرس عبر اجراء الدعوى المنحرفة "سببه أثاره الأساسي هو المحافظة على مصلحته الشخصية و ذلك بتمكينه من وسيلة تضمن له استخلاص دينه"[9] .

ثانيا وفيما يخص اقتصار النيابة على ممارسة الحق دون التصرف فيه يعني و أن الدائن القائم بالدعوى المنحرفة لا يستطيع التصرف في حقوق و دعاوى المدين ذلك أن القانون و إن أباح استعمال هذه الحقوق و الدعاوى باسم المدين فإنه لم يمنح الدائن سلطات تخول له التصرف فيها وهو ما يتجلى من خلال استعمال المشرع صلب الفصل 306 م.ا.ع في فقرته الثانية على أن للدائنين "....القيام....." و فعل قام يدل على ممارسة عمل ما دون أن يؤول إلى التصرف و عليه فإن حق الدائن في ممارسة حقوق و دعاوى مديه لا يخول له التنازل عن الحق أو التصالح على الدعوى التي يستعملها باسم مدينه وهو ما يبينه الفقيه عبد الرزاق السنهوري حيث نص على

[8] Professeur Ferchichi Bechir, La tutelle des pères et mères sur leurs enfants mineurs dans les droits Marocains et Tunisien comparé, Thèse pour le doctorat en droit privé, Faculté de droit et des Sciences Politique de Tunis 1983, p 60.

[9] Boris Starck, op cit, n°5, p 1

أنه :" يجوز للدائن أن يصطلح على الحق الذي يستعمله باسم المدين فإن نيابته مقصورة على استعمال الحق دون التصرف فيه "[10] .

2- قاعدة انصراف الدعوى المنحرفة إلى كافة الدائنين

نصت أحكام الفصل 306 م.ا.ع في فقرته الثانية أنه " و إذا لم يتيسر لأرباب الديون ..." و عبارة أرباب الديون هي عبارة عامة تشمل كافة الدائنين دون التمييز بين الدائنين العاديين و الدائنين أصحاب التأمينات العينية و عملا بالمبدأ العام و الذي ينص على أنه " إذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها[11]و عليه فإن الدعوى المنحرفة و الإضافة إلى كونها أداة تحمي مصالح الدائن العادي (أ) فإنها تعتبر كذلك أداة تقوي ضمان الدائن المتمتع بتأمية (ب).

أ- الدعوى المنحرفة أداة تحمي مصلحة الدائن العادي

إن الدائن العادي هو الدائن الذي يكون حقه عاريا من وسائل خاصة تضمن استيفاءه وهو ما يميزه عن الدائن المتمتع بتأمين عيني أو شخصي [12] الأمر الذي يفسر ارساء ضمان عام يتسلط على جملة أموال المدين صلب الفصل 192 م.ح.ع الذي لا يمنح صاحبه ضمان خاص بل يبقي ذمة المدين عامة ضامنة لحق الدائن فالضمان العام ينصب على جميع أموال المدين دون الإقتصار على مال معين بالذات. وهو ما يفهم من عبارة "مكاسب" التي تفيد جملة ممتلكات المدين أو ذمته المالية أي مجموع ما للشخص من حقوق موجودة أو قد توجد و التزامات ناشئة أو قد تنشأ وهو ما يفيد و أن الدائن يقتضي حقه من العناصر الإيجابية في ذمة مدينه و

---

[10] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،الجزء 2، نظرية الالتزام بوجه عام، القاهرة، دار النشر للجامعات المصرية، 1956، عدد 548، ص 970.

[11] يراجع الفصل 533 م.ا.ع.

[12] عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير, القانون المدني و أحكام الإلتزام الج II الجمهورية العراقية وزارة التعليم العالي و البحث العلمي, 1980, رقم 85, ص 86.

دون أن تكون له إمكانية تتبع ما يخرج منها وهو ما يشكل تلإختلاف بين الضمان العام و الضمان الخاص [13] .

كما يتسم الضمان العام بصفة العمومية و التي تعني أن هذا الضمان يمتد إلى مختلف الدائنين و هم متساوون جميعا في هذا الضمان وهو ما يكرسه الفصل 192 م.ح.ع ففي صورة ما إذا تقدم عدد من الدائنين العاديين للتنفيذ على أموال مدينهم فإنهم يتقاسمون هذا المال كل بنسبة دينه دون أن يقع تفضيل أحدهم على الآخر و عليه فإن الضمان العام لا يمنح الدائن العادي أفضلية و في هذا الإطار تجدر الإشارة إلى أن الضمان العام لا يمنع المدين من التصرف في أمواله و إدارتها.

وعليه فإن مسألة إستيفاء الدائن العادي لحقوقه موقوفة على قيمة أموال مدينه وقت التنفيذ ونتيجة لإستياء الوضع المالي للمدين فإن هذا الأخير يقتصر في المحافظة على ذمته المالية الأمر الذي يضيع على المدين فرصة خلاص دينه وهو ما يبرر منح المشرع إمكانية ممارسة حقوق و دعاوى المدين من طرف دائنه و ذلك كإمتداد لحق هذا الأخير في الضمان العام وهو ما يعبر عنه بالدعوى المنحرفة وهي طريقة لمجابهة إهمال المدين في المحافظة على الضمان العام وفي هذا الإطار تجدر الإشارة إلى أن الدعوى المنحرفة ولئن كانت أداة تحمي حقوق و مصالح الدائن العادي فإنها كذلك يمكن أن تكون أداة تقوي ضمان الدائن صاحب تأمين.

ب- الدعوى المنحرفة أداة تقوي ضمان الدائن المتمتع بتأمين

يفضل الدائن في تعامله مع مدينه توسيع ضمانه و ذلك بالخروج من قاعدة التحاصص لضمان الوفاء بحقه كرهن المنقول أو الرهن العقاري كما يمكن أن يضمن حقه بموجب عقد كفالة أو بموجب تضامن بين الدائنين اضافة إلى أن القانون يمنح للدائن امتياز يجعله متقدما على غيره من الدائنين في استيفاء حقه و يستنتج مما سبق

[13] Alex Weill et François terré, Droit Civil, les obligations, Précis Dalloz, 4ed Paris Dalloz, 1986 n° 847, p909.

وأنه إذا تعلق الأمر بعقد رهن أو بحق امتياز أو بحق حبس فإن الدائن يعتبر صاحب تأمين عيني أما إذا تعلق الأمر بعقد كفالة أو تضامن بين المدينين فإن الدائن يعتبر صاحب تأمين شخصي وهو ما يمكن انتفاع صاحب تأمين شخصي أو عيني باجراء الدعوى المنحرفة و يجد ذلك مصدره من خلال أحكام الفصل 306 م.ا.ع و الذي نص المشرع صلبه على " أرباب الديون " بصفة مطلقة فالمشرع لم يميز بين فئات الدائنين و مكن بذلك جميع الدائنين اللجوء إلى الدعوى المنحرفة بغض النظر عن كون الدائن متمتعا بتأمين أو دائنا عاديا.

و تجدر الملاحظة و أنه وفيما يخص الدائن المتمتع بتأمين شخصي تتجلى أهمية الدعوى المنحرفة في صورة عدم وجود مكاسب بالذمة المالية للكفيل و أما وفيما يخص الدائن المتمتع بتأمين عيني و رغم تقدمه على غيره من الدائنين فإن ذلك لا يقصيه من الانتفاع بتنفيذ الحق على بقية أموال المدين و ذلك في صورة عدم كفاية التأمين العيني للوفاء بالدين وهنا ينقلب صاحب التأمين العيني إلى دائن عادي بالنسبة لما لم يستوفيه من حقه ويصبح في نفس المرتبة و الدائنين العاديين في الإنتفاع بالضمان العام وبالوسائل الكفيلة للتنفيذ على مكونات الضمان العام و بناء على ما سبق يرى البعض أن لأصحاب التأمينات العينية ضمانين أولهما خاص وهو المال الذي يرد عليه التأمين وثانيهما عام يتمثل في جملة أموال المدين[14] وعليه وعملا بما سبق بيانه فإن وجود التأمين لا يحول دون انتفاع الدائن صاحب التأمين بالضمان العام و بذلك يحق له القيام بالدعوى المنحرفة.

[14] عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير, القانون المدني و أحكام الالتزام ج II, الجمهورية العراقية وزارة التعليم العالي والبحث العلمي, 1980 رقم 85 ص 86.

الفقرة الثانية: الدعوى المنحرفة اجراء يتناول كافة حقوق و دعاوى المدين

تشمل الدعوى المنحرفة مبدئيا جميع حقوق ودعاوى المدين التي تخصه والتي تندرج ضمن دائرة الضمان العام وهو ما يتبين من خلال الفصل 306 م.ا.ع الذي ينص صلب الفقرة الثانية على أنه " ...." غير أن مبدأ قابلية ممارسة حقوق ودعاوى المدين بطريقة غير مباشرة (1) يظل غير مطلق وله حدود (2).

1- مبدأ قابلية ممارسة حقوق و دعاوى المدين بطريقة غير مباشرة

إن استعمال المشرع لعبارتي "الحقوق والدعاوى" قد يطرح اشكالا حول مدى اعتبار المصطلحين مترادفين من عدمه لذا وجب التطرق لهذين المفهومين (أ) كما يجب تحديد خصائص الحقوق والدعاوى القابلة للممارسة بطريقة غير مباشرة(ب).

أ- مفهوم عبارتي الحق و الدعوى

يقتضي التعرض لمفهوم عبارتي الحقوق والدعاوى التمييز بين هذين المصطلحين و كذلك بيان محتوى كليهما.

أما فيما يخص مسألة التمييز فقد كرس المشرع ذلك صلب الفصل الفقرة الثانية 306 م.ا.ع بصفة صريحة وميز بين الحقوق والدعوى التي يمكن للدائن ممارستها عوضا عن مدينه الأمر الذي يؤكد عدم الأخذ بالفقه التقليدي و الذي يعتبر وأن الحق والدعوى وجهين لنفس الوضعية القانونية حيث يكون الحق هو الوجه الجامد منها في حين تكون الدعوى الوجه الحركي لها وذلك باعتبار وأن الدعوى شرعت لحماية الحق تتواجد بوجوده و تزول بزواله أما الفقه الحديث والذي يكرسه المشرع التونسي فيعتبر وأن لكل من الحق و الدعوى خصوصيات من ذلك أن الدعوى كما يعرفها الأستاذ أبو الوفاء في كونها سلطة الالتجاء إلى القضاء للحصول على تقرير حق أو لحمايته [15] ومن هذا المنظور تتلخص الدعوى في التوجه للقضاء للحصول على حكم ملزم في

[15] أحمد أبو الوفاء, أصول المحاكمهت المدنية, الطبعة الرابعة, بيروت, الدار الجامعية 1982, رقم 74.

نزاع حول حق ما أما الحق فهو تلك السلطة القانونية المجسمة واقعا[16] وعليه فإن الحق و الدعوى لا يمكن البت بأنهما متلازمان وذلك من خلال إمكانية وجود الحق دون أن توجد الدعوى مثال ذلك حالات سقوط الدعوى بمرور الزمن حيث تزول الدعوى بالتقادم المسقط في حين يبقى الحق قائما[17] كما يمكن أن ترفع الدعوى في غياب الحق باعتبار و أنها تمارس من طرف كل شخص يرى أن له حقا و ذلك اعتمادا على اجتهاده ومن هذا المنظور تكون الدعوى قابلة للنجاح إذا كان الحق في جانب من رفعها أو للإخفاق إذا لم يكن الحق في جانبه و عندها توجد الدعوى دون وجود الحق.

وبناء عما تقدم فإن التحليل المنطقي لعبارتي الحقوق و الدعاوى يؤدي إلى اعتبار المشرع يرمي إلى تمكين الدائن من ممارسة حقوق مدينه سواء كانت مرتبطة بدعوى أو لم تكن.

وأما و فيما يخص محتوى الحقوق و الدعاوى فإنه يجد جدواه من خلال الحاق الأعمال الإحتياطية بمجال الدعوى المنحرفة و الذي يجد سنده من خلال الفصل 308 م.ا.ع و الذي ينص على:" ... فإن اتخاذ احتياطات ..." وعليه فإن المشرع التونسي يقحم الإحتياطات في نطاق الدعوى المنحرفة وهو موقف يستحق التأييد باعتبار و أن الهدف الأساسي من الدعوى المنحرفة هو حماية حقوق الدائن وهذا الهدف يمكن تحقيقه بالتحصيل على قيمة مالية لدى الغير أو باتخاذ وسائل تحفظية من شأنها أن تضمن حقوقه.

تتصرف الدعوى المنحرفة مبدئيا إلى جميع دعاوى المدين و للدائن ممارسة دعوى مدينه وله أن يستدعي خصمه في مقره المختار كما له أيضا أن يمارس أوجه

---

[16] حسين السالمي, محاضرات في القانون العدلي الخاص, المرافعات المدنية و التجارية لطلبة السنة الثالثة قانون خاص, كلية الحقوق و العلوم السياسية و الاقتصادية بسوسة 1990/1989 ص 232.

[17] سقوط حق الأجير ضد المؤجر في طلب غرامات الطرد بمرزر سنة عملا بأحكام الفصل 22 م.ش.

الطعن التي يمكن لمدينه مباشرتها كما يمكنه التداخل في دعوى أقامها مدينه و ذلك لحماية مصالح هذا الأخير.

وفي هذا الإطار لا بد من الملاحظة أن المشرع صلب الفصل 306 م.ا.ع لم ينص على طرق التنفيذ فهل يعني ذلك أن الدعوى المنحرفة غير مشمولة بالتنفيذ ؟ إن مثل هذا القول لا يستقيم باعتبار و أن لفظ " الدعوى" يجب فهمه بطريقة موسعة ليشمل كذلك طرق التنفيذ [18] ذلك أن الدعوى المنحرفة تفقد نجاعتها إذا لم تتح للدائن تنفيذ الحكم القضائي الصادر لفائدته.

كذلك لابد من بيان الجدل حول العقلة التوقيفية حيث ترى بعض المحاكم وأن ممارسة هذه العقلة من قبل الدائن غير ممكن وسندهم في ذلك أن المشرع نظم العقلة التوقيفية بدقة وحصرها في ثلاث أشخاص وهم العاقل والمعقول عنه والمعقول تحت يده إلا أن تواجد هؤلاء لا يمنع دخول شخص رابع بناء على أحكام الفصل 306 م.ا.ع و ما يليه خاصة وأن العقلة التوقيفية الجامعة بين شخصين فقط و التي تتمثل في عقلة الدائن على أموال مدينه الموجودة عنده والتي تعتبر جائزة قانونا في حين أن المشرع لم ينظمها.

ب- خصائص الحقوق و الدعاوى القابلة للممارسة بطريقة غير مباشرة:

الدعوى المنحرفة تهدف و بالأساس إلى ضمان حقوق الدائن و تجد أساسها في الضمان العام الذي ينتفع به هذا الأخير لذا لا يمكن أن تتسلط سوى على الحقوق والدعاوى المستحقة للمدين و تحديدا على ما كان ماليا منها.

إن القول بأن الدعوى المنحرفة تجد أساسها في الضمان العام يفيد و أنها لا يمكن أن تتسلط سوى على ما كان مستحقا للمدين لكنه أهمل القيام به وعليه فلا يمكن للدائن ممارسة حق أو دعوى اكتسبها المدين وخرجت من ذمته كذلك لا يحق

[18] H, M et J. Mazeaud par F. Chabas, leçon de Droit Civil, T II, Vol 1, Obligations, 5éme édition, Paris, Montchretin, 1985 n = 262, p 1028.

للدائن ممارسة حق أو دعوى لم يكتسبها المدين بعد فالدعوى المنحرفة تتعلق بالحقوق و الدعاوى التي يمكن للمدين القيام بها و لا يمكن للدائن الحلول محل مدينه تأسيسا على سوء استغلاله لأمواله إذ يبقى المدين حرا في ادارة أملاكه فلا يمكن للدائن أن يؤجر محلا على ملك مدينه أو أن يزرع أرضا على ملك هذا الأخير ذلك أن امتداد حق الدائن إلى ادارة أملاك مدينه هو عبارة على وضع المدين تحت الوصاية وهو أمر لا يستقيم باعتبار و أن الفصل 306 م.ا.ع في فقرته الثانية لا يمكن الدائن من القيام بتصرفات قانونية محل المدين ولكن يمكن الدائن من ممارسة ما لمدينه إزاء الغير

إن الدعوى المنحرفة لا يمكن أن تتسلط إلا على ما كان ماليا من الحقوق والدعاوى الموجودة بذمة المدين الأمر الذي يبين و أن الغاية من ممارسة هذه الدعوى هي التحصل على قيمة مالية و في أغلب الأحيان يكون الحق متسما بالصبغة المالية فينضوي بطبيعته في ميدان الدعوى المنحرفة كدعوى الرجوع في الهبة بسبب عدم تنفيذ الالتزامات المضمنة بها إلا أن التمييز في خصوص الصبغة المالية لا يخلو من صعوبات حول إمكانية انضوائها في الدعوى المنحرفة مثال ذلك دعوى البطلان في خصوص اتفاق أبرمه المدين و كانت ارادته مشوبة بعيب من عيوب الرضا وهو ما يتجلى في القرار التعقيبي المؤرخ في 20 أفريل 1976.

2- حدود المبدأ

ولئن مكن المشرع الدائن من القيام محل مدينه الذي تقاعس على استرجاع حقوقه وذلك بواسطة الدعوى المنحرفة إلا أن ذلك يبقى غير مطلق ولا يمكن العمل به في الحقوق المتعلقة بذات المدين و ذلك حسب الفصل 306 م.ا.ع صلب فقرته الثانية والتي نصت على :"... عدا الحقوق الخاصة بذاته ..." وأورد المشرع أمثلة للحقوق الخاصة بذات المدين و جاءت على سبيل الذكر ولا الحصر باعتبار و أن الفصل 306 م.ا.ع نص على " ... و بصفة عامة كل ما لا يصح حجزه ولا إحالته

..." ويتضح من ذلك أن المشرع استثنى من مجال الدعوى المنحرفة جميع الحقوق التي لا يصح حجزها ولا إحالتها فهل يمكن الجزم بأن عدم القابلية للحجز والإحالة معيار يحدد الحقوق الخاصة بذات المدين؟

إن الجزم بمثل هذا القول لا يمكن أن يعتبر موقفا سليما باعتبار و أنه و لئن كان الحق الغير قابل للإحالة غير قابل لأن يمارس بطريقة غير مباشرة نظرا للأساس الذي تقوم عليه الدعوى المنحرفة ذلك أنه و بتأويل عكسي ليس كل حق قابل للإحالة يمكن أن يمارس بطريقة غير مباشرة مثال ذلك الحق في المطالبة بتعويض عن الجنح الواقعة على الذات وهو ما يفسر بروز عدة معايير لم تحصر بصفة واضحة الحقوق الخاصة بذات المدين كالقول بأنها كافة الحقوق التي تتصل بطريقة أو بأخرى بذات الشخص و لعل أهم معيار يتمثل في تمييز الفقيه Laurent بين الحقوق الأدبية و الحقوق المالية ذلك أن الأولى لا يمكن أن تمارس من قبل الدائنين في إطار الدعوى المنحرفة وذلك خلافا للثانية[19].

وخلافا للجدل في خصوص معيار لتحديد الحقوق الخاصة بذات المدين فإن هناك شبه اجماع حول تصنيف هذه الحقوق التي المستثناة من مجال الدعوى المنحرفة إلى قسمين الحقوق غير المالية والحقوق غير المالية المتصلة بشخص المدين أو ذات الطابع الشخصي .

أما الحقوق الغير المالية فتعتبر خاصة بذات المدين و خارجة بطبيعتها عن نطاق الضمان العام[20] ويعرفها بعضهم بأنها تلك الحقوق غير القابلة للتقدير المالي

[19] F. Laurent , principes de Droit Civil, T16, 5éme éd., Bruxelles Brylant – Cristophe et Cie, Libr.A.Maresq, Paris 1933.

[20] George Ripert et Jean Boulanger, op.cit n=°1373 p 516.

لاتصالها الوثيق بالشخص[21] و تتفرع هذه الحقوق إلى حقوق تتعلق بالحالة الشخصية للمدين و الحقوق المتعلقة بالرابطة الأسرية.

أما الحقوق المالية ذات الطابع الشخصي و رغم كونها مالية إلا أنها تخرج عن إطار الدعوى المنحرفة وذلك لطابعها الشخصي و عليه تكون هذه الحقوق خارجة عن الضمان العام بسبب اتصالها العضوي بشخص المدين وهي من جهة أولى الحقوق التي تستلزم تقديرا ذاتيا و تكون الحقوق المالية فيها متلازمة و شخص المدين ولا يمكن أن تخضع إلا إلى تقديره كحق الواهب في الرجوع في الهبة بسبب الجحود وهي بالتالي تكون خارجة عن نطاق الدعوى المنحرفة ومن جهة ثانية الحقوق غير القابلة للحجز و الإحالة وهذا الإقصاء من مجال الدعوى المنحرفة ورد بصريح الفصل 306 م.ا.ع و كذلك تطبيقا للمبادئ العامة للقانون ذلك أن الدائنون غايتهم الوحيدة استيفاء دينهم وفي صورة ما إذا كان الحق غير قابل للحجز أو الإحالة فإن هذه الغاية تصبح منعدمة.

المبحث الثاني: شروط خاصة للدعوى المنحرفة

إن القيام بالدعوى المنحرفة يستوجب أن يكون القائم بها شخصا له الأهلية والصفة والمصلحة وذلك شأن بقية الدعاوى غير أن للدعوى المنحرفة بعض الخصوصيات وذلك على مستوى الشكل (فقرة أولى) وعلى مستوى الأصل (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: الشروط المتعلقة بشكل الدعوى

تعتبر الدعوى المنحرفة دعوى لها مميزاتها باعتبار و أنها تستوجب إذنا قضائيا (1) مع إمكانية إدخال المدين في الدعوى (2).

[21] R. Nerson, les droits extrapatrimoniaux, thèse pour le doctorat, Lyon 1939.

1-الإذن القضائي

الإذن القضائي الخاص بالدعوى المنحرفة هو تدخل القضاء مسبقا لتمكين الدائن من الحلول محل مدينه ليمارس حقوق ودعاوى هذا الأخير.

نص المشرع صلب الفصل 306 م.ا.ع أنه: " إذا لم يتيسر لأصحاب الديون الخلاص فيما لهم على المدين و كانت له حقوق على الغير كان لهم عرض قضيتهم على المحكمة و بعد إثبات حقوقهم يمكن لهم التحصيل على عقلة ما للمدين من الحقوق و الديون التي على الغير و القيام بما تبعها من الحقوق و الدعاوى ..." إن المقصود من عبارة "قضيتهم على المحكمة" هو الالتجاء للقضاء للحصول على إذن يمكن الدائن من ممارسة حقوق و دعاوى مدينه وهو ما ذهب إليه الأستاذ محمد المالقي حين بين أن: " المقنن التونسي المتأثر بالأصول الشرعية أوجب على الدائن استئذان القاضي خلافا للمقنن الفرنسي[22] .

إن القول بإلزامية اللجوء المسبق للقضاء للحصول إذن قصد ممارسة الدعوى المنحرفة يستوجب البحث في أساس شرط استئذان القاضي (أ) وتحديد المحكمة المختصة بمنحه (ب).

أ- أساس شرط الإذن القضائي

نص المشرع صلب الفصل 306 م.ا.ع:" ... كان لهم عرض قضيتهم على المحكمة وبعد إثبات حقوقهم يمكن لهم التحصيل على عقلة ما للمدين من الحقوق والديون التي على الغير والقيام بما تبعها من الحقوق والدعاوى ..." يتضح من خلال ما سبق بسطه وكأن المشرع ينزل الدعوى المنحرفة منزلة العقلة في خصوص الإذن القضائي ويمكن رد ذلك إلى كون العقلة والدعوى المنحرفة تمثل تدخلا في شؤون

[22] محمد المالقي, محاضرات في شرح القانون المدني التونسي, مركز الدراسات و البحوث و النشر, كلية الحقوق والعلوم السياسية و الإقتصادية بتونس 1980 ص 293.

المدين وهو تدخل يتجاوز إرادة المدين لا يسمح به القانون إلا بحصول الدائن على إذن قضائي.

ويرى الأستاذ حسين السالمي أن:" إثبات حلول الدائن محل مدينه في اقتضاء ما له من دين على مقتضى أحكام الفصل 306 م.ا.ع التي تخول له عرض نازلته على الحاكم بعد إثبات حقوقه و يمكن له الحصول على إذن بعرقلة حقوق و ديون مدينه غير الذاتية على الغير وهو ما اصطلح على تسميته بالدعوى المنحرفة و بذلك فإنه لابد له من إذن قضائي وهذا الإذن يكون بمقتضى حكم إثر دعوى في الحلول محل المحكوم له في اقتضاء ديونه من مديني مدينه[23].

ب- المحكمة المختصة باسناد الإذن القضائي

إن المبدأ العام فيما يخص المحكمة المختصة هو محكمة الناحية أو المحكمة الابتدائية الراجع لدائرتها مقر المدين كل في حدود نظره وذلك عملا بأحكام الفصل 30 م.م.م.ت غير أن الإشكال المطروح في الدعوى المنحرفة هو اختصاص محكمة أي المدينين يجب التوجه إليها محكمة المدين الأصلي أو محكمة مدين المدين.

إن هذا الإشكال لا يطرح إلا في صورة ما إذا كان المدين الأصلي و مدين المدين متواجدين في مقرين مختلفين من حيث مرجع النظر الترابي للمحاكم في هذه الفرضية يجبر الدائن القائم بالدعوى في طلب إذن قضائي أمام محكمة مقر مدينه الأصلي ثم يقوم بممارسة حق أو دعوى مدين مدينه وعليه لا يمكن له الجمع في طلب واحد الحصول على إذن قضائي و الدعوى المنحرفة ضد مدين المدين إذا ما اختلف مقر المدين الأصلي و الغير المقامة ضده الدعوى المنحرفة.

[23] الأستاذ حسين السالمي, محاضرات في القانون العدلي الخاص, أصول و طرق التنفيذ لطلبة السنة الثالثة حقوق, قانون خاص, كلية الحقوق والعلوم السياسية و الإقتصادية بتونس 1990 ص 29.

2- إدخال المدين في الدعوى

إن إدخال المدين الأصلي في الدعوى المنحرفة يكتسي أهمية بالغة لاعتباره يحدد العلاقة القانونية بين المدين الأصلي ومدين المدين في خصوص الأمر المقضي به وهو ما يمكن بيانه من خلال بيان طبيعة إدخال المدين الأصلي (أ) وآثاره (ب).

أ- طبيعة إدخال المدين في الدعوى

نص الفصل 307 م.ا.ع صلب فقرته الثالثة أنه:" كما يسوغ الاحتجاج على المدين بالحكم الصادر في الدعوى بين دائنه القائم في حقه والغير إذا أدخل المدين في تلك الدعوى من أولها ولو امتنع من التداخل فيها."

يستنتج مما سبق أن إدخال المدين الأصلي في الدعوى له صبغة اختيارية باعتبار وأن المشرع يفرق في آثار الحكم الصادر في الدعوى المنحرفة إزاء المدين بين صورة إدخاله من عدمه وعليه الإدخال يبقى مخولا للاستعمال وليس واجبا من الدائن القائم بالدعوى أو من الغير المقامة ضده الدعوى أي مدين المدين.

وقد نظم المشرع الإدخال صلب الفصلين 224و225 م.م.م.ت ومكن الخصوم المطالبة بالإدخال وكذلك تداخل الشخص الذي بإمكانه الخدش في الحكم الذي سيصدر وعبر عنه المشرع بالتداخل الجبري وذلك حتى ينسحب عليه الحكم على أن يكون ذلك قبل صرف القضية للمرافعة وعليه فإن الإدخال يتم بطلب من الدائن القائم بالدعوى أو من الغير المقامة ضده الدعوى دون أن يكون ملزما بذلك.[24]

هذا الطابع الاختياري لإدخال المدين الأصلي في الدعوى وعلى مستوى العملي يصبح واجبا على المدين المقامة ضده الدعوى نظرا لكون المدين الأصلي لا يعارض بحجية الحكم الصادر في الدعوى في صورة عدم إدخاله الأمر الذي يمثل خطرا إزاء مدين المدين ولا إزاء الدائن القائم بالدعوى لكونه قائم استنادا على إذن

[24] منجي الزغلامي، تداخل الغير في الدعوى المدنية، رسالة للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، أكتوبر 1983 ص 64.

قضائي ولكونه مستفيدا من ممارسة الحق الراجع لمدينه وعليه فإن الأهمية العملية للإدخال في الدعوى المنحرفة تنحصر في الغير المقامة ضده الدعوى حتى يتمكن من الدفع بحجية الحكم الصادر في الدعوى المنحرفة لفائدة دائن مدينه تجاه مدينه في صورة ما إذا أراد ممارسة حقه.

ب- آثار إدخال المدين في الدعوى

في صورة ما تم إدخال المدين الأصلي في الدعوى المنحرفة وصار طرفا فيها يسري عليه الحكم الصادر في الدعوى وهي الصورة المبسطة لإدخال المدين الأصلي.

.كما يمكن أن تطرح فرضية عدم استجابة المدين الأصلي لدعوة الدائن أو الغير المدين للتداخل في الدعوى في هذه الصورة ينص الفصل 307 م.ا.ع على أنه:" كما يسوغ الاحتجاج على المدين بالحكم الصادر في الدعوى بين دائنه القائم في حقه والغير إذا أدخل المدين في تلك الدعوى من أولها ولو امتنع من التداخل فيها." وعليه فإن امتناع المدين الأصلي من التداخل لا يؤثر على سريان الحكم إزاءه باعتبار و أن امتناعه يمكن أن يعتبر قبولا ضمنيا للحكم.

إلا أن الإشكال يطرح في صورة عدم إدخال المدين في الدعوى ولتجاوز هذا الإشكال يمكن الرجوع إلى أحكام الفصل 250 م.ا.ع و الذي ينص على:" يجب أن يكون الوفاء لنفس الدائن أو لوكيله المأذون منه إذنا تاما الموجب أو للشخص المعين منه لقبض الدين. والوفاء لمن ليس له وكالة من الدائن على القبض لا يبرئ ذمة المدين إلا في الصورتين الآتيتين:

*أولا: إن أمضاه الدائن ولو بسكوته أو استفاد منه.

*ثانيا: إن كان الوفاء بإذن القاضي".

إن عدم إدخال المدين في الدعوى يفرز صورتين:

- الصورة الأولى: في حالة صدور حكم لصالح الدعوى التي يمارسها الدائن في هاته الصورة يستوفي القائم بالدعوى حقه من مدين مدينه وهو تكريس للحالة الأولى من الفصل 250 م.ا.ع باعتبار وأن الوفاء الذي يقوم به الغير للدائن يتم بناء على إذن قضائي وهي شكلية لازمة في إجراء الدعوى المنحرفة وعليه فإن الحكم الصادر في الدعوى المنحرفة يحتج به على المدين الأصلي وذلك في صورة تنفيذ الحكم الصادر لفائدة الدائن القائم بالدعوى.

- الصورة الثانية: في هذه الصورة يصدر الحكم ضد الدائن القائم بالدعوى وعليه وعملا بمبدأ نسبية الأمر المقضي فيه يجوز للمدين الأصلي باعتباره لم يكن طرفا في الدعوى المنحرفة ولم يتم الوفاء أن يقوم على مدينه.

الفقرة الثانية: الشروط المتعلقة بأصل الدعوى

الشروط المتعلقة بأصل الدعوى هي الشروط الموضوعية التي يتأسس عليها حق الدائن حتى يتسنى له مباشرة حقوق ودعاوى مدينه وهي شروط تتمثل في وجود علاقة مديونية بين دائن ومدين (1) ووجود المصلحة (2).

1- وجود علاقة مديونية

يعتبر وجود علاقة مديونية شرطا يجب توفره حتى توجد الدعوى المنحرفة وفي هذا الإطار لابد من التساؤل حول طبيعة علاقة المديونية (أ) وحول محلها(ب).

أ- طبيعة علاقة المديونية

نظم المشرع التونسي الدعوى المنحرفة ضمن القسم الثاني من الباب الرابع تحت عنوان "في بعض وسائل يحصل بها الوفاء بالعقود". إن قصر الدعوى المنحرفة على الدائنين أصحاب العقود يضر بدائني المدين ولا يمكن تمييز الدائن صاحب العقد من أن يمارس حقوق مدينه من خلال الدعوى المنحرفة في حين يبقى الدائن المتضرر من أفعال المدين المعسر محروما من هاته الإمكانية سيما وأن الفصل 306 م.ا.ع

يعطي إمكانية توسيع مجال الدعوى المنحرفة وذلك حين ينص صلب الفقرة الثانية على أنه:" ... إذا لم يتيسر لأصحاب الديون الخلاص ..." فعبارة أصحاب الديون هي عبارة عامة ولا تخص أصحاب الديون التعاقدية دون غيرهم.

كذلك يجب الإشارة إلى أن المشرع التونسي ورغم أنه يبدو يفرق بين الإلتزام والعقد باعتبار وأن المجلة المدنية التونسية احتوت على تباين أولهما عام يتعلق بالالتزامات وثانيهما خاص يهم العقود وما شابهها غير أن ذلك يبقى ظاهريا فحسب باعتبار وأن المشرع يتحدث عن العقد و الالتزام في نفس الموضع ويتحدث عن الالتزام صلب الفصل الأول وفي الفصل 24 يتحدث عن العقد[25]. إضافة إلى أن أحكام الدعوى المنحرفة وردت ضمن الباب الذي يتعلق بالالتزامات و تحديدا في المقالة السادسة المتعلقة بما يترتب عن الالتزامات.

ويستنتج مما سبق بسطه أنه يجب الأخذ بانصراف الدعوى المنحرفة إلى جل المدينين دون الأخذ بمصادر ديونهم وأسباب مديونية المدين لهم.

ب- محل علاقة المديونية

نص الفصل 308 م.ا.ع على أن:" الدائن القائم مقام مدينه ينتفع وحده بالمال الذي يقبضه..." يتبين من خلال قراءة أولية لأحكام هذا الفصل وأن الدعوى المنحرفة تنحصر في الديون التي يكون محلها مبلغا ماليا دون غيرها وعليه فإن وجود "ينتفع وحده بالمال الذي يقبضه " يخرج من نطاق الدعوى المنحرفة الديون التي يكون محلها التزام بعمل أو عدم القيام بعمل.

إن التمييز بين التزامات مالية والتزامات عينية أمر يمكن تجاوزه باعتبار وأن الالتزامات العينية تتحول إلى التزامات مالية[26].

---

[25] أنظر الأستاذ عبد اله الأحمدي، دروس في القانون المدني لطلبة السنة الأولى من المرحلة الثالثة قانون خاص لسنة 1993 و 1994.

[26] Voir juris. Classeur Civ. 1992, V° Régime de la réparation p 6.

فالالتزام المالي يلتزم بمقتضاه مدين بأداء مبلغ من المال مقداره معين أو قابل للتعيين دون أن يكون للقاضي سلطة تقديرية في ذلك في حين ينقلب الالتزام العيني إلى التزام مالي في حال عدم تنفيذه وذلك بإدانة المدين وتحميله تعويض الخسائر الناتجة عن عدم تنفيذ الالتزام[27].

وبمقتضى ذلك فإن الالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل يتحول من التزام عيني إلى التزام مالي في صورة التنفيذ عن طريق التعويض.

ويستنتج مما سبق بسطه أن لجميع الدائنين امكانية الالتجاء إلى الدعوى المنحرفة التي لا تمارس إلا في صورة عدم تنفيذ المدين لالتزاماته تجاه دائنيه وهو ما يحول الالتزام العيني إلى التزام مالي.

2- وجود مصلحة للدائن:

إن وجود علاقة المديونية لا يكفي لحلول الدائن محل مدينه ليمارس ما له من حقوق و دعاوى إزاء الغير بل لابد من توفر المصلحة علاوة عن الصفة في القيام[28] وتجدر الملاحظة في هذا الإطار وأن الدعوى المنحرفة لا تقتصر على الدعاوى فحسب بل و على الحقوق كذلك وعليه فإنه لا بد من توفر مصلحة الدائن في ممارسة حقوق ودعاوى مدينه.

وحتى يمكن الحديث عن وجود مصلحة الدائن في القيام لابد من توفر شرطين [29] يجب أن يكون المدين مهملا لممارسة حقوقه أو دعاواه (أ) أو أن يكون هذا الإهمال مقرونا بإعسار المدين(ب).

أ- اهمال المدين ممارسة حقوقه و دعاويه

---

[27] تراجع الفصول 279 و275 م.ا.ع و 300 م.م.م.ت.

[28] الصفة في القيام تتميز عن المصلحة: انظر في هذا الإطار القرار التعقيبي المدني عدد 9025 المؤرخ في 2 جانفي 1973، ق ت 1974 عدد4.

[29] انظر الحكم الإبتدائي المدني الصادر عن المحكمة الإبتدائية بالمهدية والمؤرخ في 9 جانفي 1960، ق ت عدد 8 لسنة 1961، ص60.

إن الدعوى المنحرفة هي وسيلة دفاع الدائن ضد اهمال مدينه ذلك أنه في الصورة التي لا يكون فيها المدين مهملا لحقوقه ودعاواه يمكن للدائن استعمال طرق التنفيذ على أموال المدين دون اللجوء إلى الدعوى المنحرفة غير أن المشرع التونسي لم ينص صراحة على شرط إهمال المدين لحقوقه ودعاويه حتى يتمكن الدائن من ممارسة ما لهذا الأخير تجاه الغير إلا أن هذه الحقوق و الدعاوى تفترض ممارستها من الدائن الأصلي ثم وفي صورة إهماله يكون لدائنه الحق في الحلول محله لاستيفاء دينه على ما يوجد من أموال مدينه لدى الغير والتي هي موضوع إهمال فما هي أشكال إهمال المدين وإلى من يرجع تقديره؟

أما في خصوص أشكال الإهمال فيحدد حسب ما سبق بسطه وأن قبول الدعوى المنحرفة يكون متعلقا باثبات إهمال المجين ممارسة حق أو دعوى تقاعسا منه أي أن يكون عدم ممارسة الحق أو الدعوى دون أن يقصد الإضرار بدائنيه وعليه فإن الإهمال البسيط كما يمكن أن يكون هذا الإهمال نتيجة للامتناع الذي يفيد الرفض والإمساك و كذلك التراجع والإحجام باعتبار وأن المدين قد يمتنع عن استعمال حقه رغبة منه في النكاية بدائنيه[30] وذلك كلما وجد نفسه عرضة لإجراءات التنفيذ الجبري كما يجب الإشارة إلى أن الحديث عن إهمال في صورة شروع المدين مباشرة حقه أو دعواه ثم يتوانى عن ذلك مثال ذلك عند الشوع في اجراءات الإعتراض التحفظي فإن عدم اتمام شكليات هذا الإجراء يعد من قبيل الإهمال ولدائن المدين القيام بها.

وأما فيما يخص تقدير إهمال المدين من عدمه فهي مسألة واقعية ترجع إلى السلطة التقديرية المطلقة لحكام الأصل عند بتهم في الإذن بالقيام بالدعوى المنحرفة.

ب- اعسار المدين

[30] أنور سلطان، الرجع السابق، عدد 96 ص103.

نص المشرع صلب الفصل 306 م.ا.ع أنه:" إذا لم يتيسر لأصحاب الديون الخلاص فيما لهم على المدين..." ويتضح من ذلك وأن المشرع يتيح للدائن طريقة يتجاوز بها مسألة عدم وجود مكاسب بين يدي مدينه الأصلي الذي لديه أموال لدى الغير لا يسعى للحصول عليها ويتضح من ذلك وأن المشرع يشترط عدم يسار المدين كركيزة لحلول الدائن محل مدينه فيما له لدى الغير وعدم اليسار يفيد الإعسار فهل عرف المشرع التونسي الإعسار وهل بين على من يقع عبء اثبات ذلك.

اعتبر المشرع أن كل مدين توقف عن الدفع هو في حالة اعسار ولو قبل حلول الأجل [31] وهو ما يسمى بالإعسار الواقعي والمتمثل في زيادة ديون المدين عن حقوقه وهو ما يصطلح عليه بإعسار الفعلي وهاته الحالة لا تثبت وإنما تخضع لتقدير القاضي دون أن يؤدي ذلك إلى إعلان إعسار المدين وبالتالي لا يترتب أي أثر تجاه بقية الدائنين[32] في حين أن الإعسار القانوني أو الإفلاس المدني يعرف بكونه حالة حالة قانونية تنشأ عن زيادة ديون المدين مستحقة الأداء على حقوقه والإعسار القانوني لابد من شهره بموجب حكم[33] وتجدر الملاحظة وأن المشرع التونسي لا يعترف بالإفلاس المدني بل يقر فقط بنظام الإفلاس التجاري حيث اعتبر أنه في حالة إفلاس كل تاجر توقف عن دفع ديونه ويتم شهر الإفلاس بموجب حكم[34] وبذلك يبقى الإعسار في المادة المدنية في القانون التونسي إعسارا فعليا لا يتطلب حكما لشهره بل يوجد كلما كانت حقوق المدين غير كافية لسداد الديون التي عليه وهو ما كرسه فقه القضاء من خلال القرار المؤرخ في 8 نوفمبر 1949.

وبالتالي فإن المدين المعسر هو ذلك الشخص الذي لم يعد باستطاعته تسديد دينه أو الذي أصبح في ضائقة مالية جعلت من قدرته على سداد دينه أمرا عسيرا.

---

[31] الفصل 317 و601 من مجلة الإلتزامات والعقود.

[32] Rep. Dalloz V « déconfiture » n°2.

[33] Projet Préliminaire du Code Civil et Commercial Tunisien par Santillana, Imprimerie Générale, Tunis 1897, Art. 1735 et 1736.

[34] الفصل 445 م.ت والفصل 446 م.ت.

كما تجدر الإشارة وعلاوة على ما سبق بيانه أن الإعسار هو حالة واقعية وجب إثباتها وعملا بالقاعدة الأصولية القائلة بأن البينة على من ادعى فإن عبء إثبات إعسار المدين محمول على عاتق الدائن الذي يريد الحلول محل مدينه في ممارسة ما يرجع له من حقوق ودعاوى ازاء الغير.

الجزء الثاني: آثار الدعوى المنحرفة

تتمثل وضيفة التأمين في ضمان الوفاء بالدين حيث ينقص احتمالات عدم الوفاء بمنحه للدائن إمكانية التنفيذ بحقه على ممتلكات مدينه أو الغير، هذه الإمكانية تكون أولية في صورة التأمين العيني، وتكميلية في حال التأمين الشخصي، ونظرا للاختلاف المتقدم بين التأمين بمفهومه التقليدي والدعوى المنحرفة أردنا الحفاظ على هذا التميز من خلال اعتبارها تأمينا من نوع خاص واعتبارها كذلك يرتكز على وجود مظاهر تقربها من التأمينات (الفصل الأول) إلا أن هذه المقاربة رغم وجودها تبقى محدودة (الفصل الثاني).

الفصل الأول: مظاهر اعتبار الدعوى المنحرفة تأمينا من نوع خاص

تتميز الدعوى المنحرفة في القانون التونسي عن غيرها في بقية التشاريع حيث تعد هذه الأخيرة إجراء يستفيد به جملة الدائنين. إذ تتحول الدعوى المنحرفة إثر ممارستها إلى تأمين من نوع خاص لفائدة من يقوم بها يتجلى ذلك على مستويين: يتمثل الأول في أن الدعوى المنحرفة أداة تقييد للتصرف (المبحث الأول)، في حين يتجسم الثاني كونها أداة تفضيل للقائم بها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الدعوى المنحرفة أداة تقييد للتصرف

إن اعتبار الدعوى المنحرفة تأمينا من نوع خاص للدائن القائم بها يجد أساسه في كون الإثارة والقيام بالدعوى المنحرفة يصحبه غل يد المدين عن التصرف في الحق أو الدعوى موضوع الممارسة بطريقة غير مباشرة، وهو ما سيقع بيانه في علاقة الدائن القائم بالدعوى المنحرفة بالمدين الأصلي (الفقرة الأولى)، ثم في مستوى علاقة الدائن القائم بهذه الدعوى بمدين المدين أو الغير (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: علاقة الدائن بالدعوى بالمدين الأصلي

نظم القانون التونسي إجراء الدعوى المنحرفة وبين أحكامها بأكثر دقة من نظريه الفرنسي، فلم يترك مسألة البحث في مدى بقاء المدين محتفظا بالتصرف في حقه موضوع الدعوى غير المباشرة للاجتهاد الفقهي، بل تناول ولو بطريقة غير مباشرة حل المسألة، فقد نص الفصل 307 م.إ.ع في فقرته الثانية أنه:" يسوغ الاحتجاج عليه (على الدائن) بجميع الأوجه التي يمكن الاحتجاج بها على المدين إن كان سببها سابقا على قيام الدائن".

ما يستقطب الاهتمام في هذه الفقرة هو عبارة "سابقا" فهي تفيد أن الدفوع السابقة هي التي يمكن الاحتجاج بها على الدائن القائم بالدعوى غير المباشرة، وتبعا لذلك واعتمادا على التأويل العكسي فإن الدفوع اللاحقة لإثارة الدعوى المنحرفة لا يجابه بها الدائن أي لا تكون حجة بين المدين الأصلي ومدين المدين. إن مجرد إثارة الدعوى المنحرفة يغيب حق المدين الأصلي في التصرف في حقه موضوع الدعوى المنحرفة، فالقيام يتبعه وبصفة موازية تقييد المدين الأصلي من التصرف في حقه أو دعواه موضوع الممارسة بطريقة غير مباشرة من طرف الدائن. كما اقتضى الفصل 457 م.ت أن تجريد المدين في المادة التجارية من كافة مكاسبه بصفة كلية ليحل محله أمين الفلسة الذي هو ممثل مشترك لجماعة الدائنين.

إن ما يميز تقييد المدين المعسر في المادة المدنية عنه في المادة التجارية هو أن الأول تقييد جزئي لأنه ينصب فقط على الحق أو الدعوى موضوع الممارسة من طرف الدائن، في حين أن الثاني تقييد كلي لأنه يمتد إلى كافة حقوق المدين أي إلى الإدارة العامة لمكاسبه. فالتقيد في الدعوى المنحرفة يسلط تحديدا على الحق موضوع الممارسة لا على كامل الذمة المالية للمدين الأصلي، فإثارة الدعوى المنحرفة ينتج عنه تجريد المدين الأصلي من التصرف في الحق أو الدعوى موضوع الممارسة منم قبل

الدائن، حيث يصبح الحق أو الدعوى الواقع ممارستها بطريقة غير مباشرة محور ضمان الدائن القائم بالدعوى.

الفقرة الثانية: علاقة الدائن القائم بالدعوى بمدين مدينه

إن قراءة الفصل 307 من م.إ.ع في فقرته الثانية تؤدي إلى استنتاج أن المشرع يرمي إلى تجميد الحق أو الدعوى بين يدي مدين المدين، فبمجرد إثارة الدعوى غير المباشرة تتجمد كل المعاملات التي يمكن أن تتسلط على حق المدين الأصلي إزاء مدين المدين. وبمجرد القيام بالدفوعات اللازمة فإنها تتحول أي الدفوعات إلى دفوع غير نافذة في جانب الدائن، فالدعوى المنحرفة مشفوعة بتجميد يقع على الحق أو الدعوى موضوع الممارسة بشكل يجعل مدين المدين غير قادر على تسليط أي تصرف أو اتفاق عليه.

إذن فالنتيجة الموازنة لخطر التصرف في الحق أو الدعوى من طرف المدين الأصلي إثر قيام الدائن هي تجميد الحق أو الدعوى ذاتها بين يدي مدين المدين، كما إن الأساس القانوني لإجراء الدعوى المنحرفة كما وقع بيانه هو تقوية الضمان العام الذي ينتفع به كافة الدائنين على مجمل ذمة مدينهم المالية. ولغاية تمكين الدائنين من التنفيذ على أموال مدينهم أرسى المشرع لصالحهم طرق التنفيذ المختلفة صلب م.م.م.ت، فكان لهم العقلة التحفظية، والعقلة التوقيفية، والعقلة التنفيذية[35]، إلا أن مختلف طرق التنفيذ هذه لا يمكن أن تطبق بشأن الحقوق والدعاوى، رغم كون هذه الأخيرة تمثل أحد العناصر المكونة للجانب الإيجابي من الذمة المالية للمدين، وبالتالي فهي تنضوي تحت الضمان العام الذي هو محور تنفيذ التزامات المدين.

اعتبر الفصل 307 م.إ.ع في فقرته الأولى القاضية بأن الدائن القائم في حق غريمه يعتبر كنائب عنه لكن في "منفعة نفسه"، كما اقتضى الفصل 249 م.إ.ع أن

[35] تراجع الفصول من 322 إلى 548 م.م.م.ت.

"إذا كان الالتزام لا يقضي أن الملتزم هو الذي يتممه جاز للغير أن يتممه ولو بغير رضاء صاحب الحق لأجل خلاص المدين بشرط أن يكون عمل هذا الأخير باسم الذي عليه الحق ولإبراء ذمته".

المبحث الثاني: الدعوى المنحرفة أداة تفضيل

أرسى المشرع مبدأ عاما يتمثل في الانتفاع الفردي بنتيجة الدعوى المنحرفة، فعلى غرار الدعوى البوليانية[36]، لا ينتفع بنتيجة الدعوى المنحرفة سوى مثير الدعوى دون غيره من بقية الدائنين، غير "أن مبدأ الأثر الفردي أو الأثر الفردي أو الأثر النسبي للدعوى المنحرفة وإن كان متماشيا مع الفكرة القاضية بأن الدعوى المنحرفة إجراء فردي مخول لدائن المدين، فإنه يحتاج إلى تبريره باعتباره جزاء للدائن الحريص من جهة (الفقرة الأولى)، وباعتبار تفص عن قاعدة التحاصص من جهة أخرى (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التفضيل جزاء الدائن الحريض

يرى الأستاذ المالقي أن "الرعاية من المشرع التونسي للدائنين المتيقظين للأخطار التي تهدد أموالهم لا تقف عند حد الدعوى البوليانية، بل توجد أيضا في صورة قيامهم بالمداعاة باسم المدين فالقائم منهم هو المستفيد وحده من القيام حسب الفصل 308 من م.إ.ع"[37].

ربط هذا الرأي النتيجة التي تسفر عن الدعوى المنحرفة ألا وهي تفضيل الدائن القائم بالدعوى عن غيره، بحرص مثير الدعوى "اليقض"، وتأسيسا عليه فالدائن الحريص هو الدائن الذي يتمسك بالوسائل التي تكفل له خلاص دينه، وذلك على خلاف الدائن المهمل، وحرص الدائن في الدعوى المنحرفة يعني الإسراع في الحلول

---

[36] الفصل 306 م.إ.ع في فقرته الأولى.
[37] محمد المالقي، مرجع سابق، ص290.

محل المدين المهمل لممارسة حق هذا الأخير لغاية استيفاء دينه. وبالتالي فالتفضيل لمثير الدعوى المنحرفة مقارنة ببقية الدائنين ما هو إلا نتيجة لحرص الأول وتقاعس الآخرين.

يقع تقدير الحرص اعتمادا على السرعة في القيام، فكلما بادر الدائن في ممارسة ما لمدينه من حقوق ودعاوى إزاء الغير كلما اعتبر دائنا حريصا ولو في حال علمه بهذه الحقوق صدفة، وبصفة عكسية كلما تراخى الدائن أو تأخر في ممارسة ما لميدنه من حقوق، ولو أنه كان بصدد البحث والاستقصاء عنها، عد دائنا مهملا عرضة لمخاطر الضمان العام، وخاضعا لقاعدة التحاصص.

الفقرة الثانية: التفضيل تفص عن قاعدة التحاصص

ترتبط قاعدة التحاصص بقاعدة المساواة، ففي غياب القاعدة الثانية تغيب الأولى، وكلما وجدت أسباب قانونية للتفضيل أقصيت قاعدة التحاصص لتحل مكانها قاعدة المفاضلة بين الدائنين. كما إن المساواة في الاستفادة من الدعوى المنحرفة باعتبارها امتدادا للضمان هي مساواة قانونية لا فعلية، ذلك أنه إذا بادر أحد الدائنين إلى إثارتها دون تداخل البقية أصحبت نتيجة هذه الدعوى حكرا على من قام بها، فحسب منطوق الفصل 308 م.إ.ع، ينتفع الدائن القائم مقام غريمه وحده "بالمال الذي يقبضه"، فهذه العبارة الأخيرة تفيد أن نتاج ممارسة الحق أو الدعوى لا تدخل لذمة من أقيمت باسمه بل يستخلص الدائن مثير الدعوى حقه بصفة مباشرة من النتيجة التي تؤول إليها، فهذه الأخيرة تنتقل مباشرة من الذمة المالية لمدين المدين إلى الذمة المالية للدائن القائم بالدعوى دون أن تعبر بذمة المدين الأصلي بشكل لا يجعل لبقية دائني المدين الأصلي أي حق عليها، وكان الدائن القائم بالدعوى المنحرفة ليس فقط دائنا إزاء المدين الأصلي، بل وكذلك دائنا لمدين مدينه، حيث يمكنه مطالبة هذا الأخير مباشرة بقيمة دينه.

وهذه الوضعية الممتازة لفائدة الدائن القائم بالدعوى المنحرفة تأتي كاستثناء لمبدإ الضمان العام والمساواة بين الدائنين فرغم أن الدعوى المنحرفة تعد امتدادا للضمان العام والمساواة بين الدائنين فرغم أن الدعوى المنحرفة تعد امتدادا للضمان العام الذي ينتفع به الدائن العادي على جملة أموال مدينه فهي تتحول إثر إثارتها إلى استثناء لهذا المبدإ، حيث تمنح الدائن وضعية ممتازة فتجعله مفضلا على غيره من الدائنين دون أن يمس ذلك من مبدإ المساواة باعتبار أن هذه الوضعية تنشأ عن القيام الحريص وهذا القيام يتساوى في إثارته كل دائني المدين، هذه الوضعية الممتازة التي يجد فيها الدائن القائم بالدعوى المنحرفة نفسه فيها لا تخرج الدائن عن صفته كدائن عادي، لكن رغم اختلاف سبب التفضيل في حقوق الامتياز عنه في الدعوى المنحرفة، فإن النتيجة واحدة وهي اقتضاء الدائن حقه بصفة متقدمة عن سائر الدائنين.

الفصل الثاني: حدود اعتبار الدعوى المنحرفة تأمينا من نوع خاص

إن المشرع التونسي يجعل من هذه الدعوى إجراء ينتفع به جميع الدائنين في حال اتخاذ الدائن أعمال احتياطية وهكذا يكون وصف التأمين الذي أضفى على الدعوى المنحرفة محدودا على مستوى الدفوع من جهة (المبحث الأول)، وعلى مستوى الاحتياطات من جهة أخرى (المبحث الثاني).

المبحث الأول: حدود اعتبار الدعوى المنحرفة تأمينا من نوع خاص على مستوى الدفوع

يقصر المشرع التونسي الدفوع التي يمكن مواجهة الدائن بها على الدفوع السابقة للقيام، وهو بذلك يتميز عن غيره من التشاريع التي تجعل إمكانية الدفع بما يجوز الاحتجاج به تجاه المدين مطلقة لتتناول الدفوع اللاحقة والسابقة في ذات الوقت. لذلك وجب التعرض لطبيعة الدفوع التي تمثل حدا لاعتبار الدعوى المنحرفة تأمينا من نوع خاص (الفقرة الأولى)، ولأصناف الدفوع التي تمثل حدا لاعتبارها كذلك (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: طبيعة الدفوع التي تمثل حدا لاعتبار الدعوى المنحرفة تأمينا من نوع خاص

إن الدفوع التي تحد من اعتبار الدعوى المنحرفة كتأمين منم نوع خاص هي الدفوع المتعلقة بأصل الحق أو الدفوع الموضوعية أولا(أ)، وهي الدفوع التي يمكن الاحتجاج بها إزاء المدين الأصلي لا الدائن القائم ثانيا (ب).

أ-الدفوع المتعلقة بأصل الحق

الدفوع المتعلقة بأصل الحق أو الدفع الموضوعي هو الدفع الذي يوجه إلى ذات الحق المدعى به، كسقوطه أو انقضائه أو نكران وجوده أو انقضاء الدين وفاء[38]، وترتيبا عليه تشمل الدفوع الموضوعية كل دفع من الممكن أن يترتب عن قبوله رد دعوى المدعي باعتبارها دفوعا تتصل بأصل الحق. وتختلف الدفوع الموضوعية عن دعاوى المدعي عليه في أنها مجرد وسائل دفاع سلبية محضة يرمي من خلالها المدعي عليه إلى تفادي الحكم للمدعي بمطلوبه دون أن يحصل منها على "مزية خاصة"[39].

والدفوع الموضوعية يجوز إبداؤها وآية حالة نكون عليها الدعوى وليس هناك ترتيب خاص فيما بينها، ولا يعتبر تنازلا عن الدفع الموضوعي تقديم دفع أخر عليه وهي بذلك تختلف عن الدفوع الشكلية، وإبداء الدفع الموضوعي تعرض للموضوع، والحكم فيه بقبوله هو حكم في موضوع الدعوى يترتب عليه إنهاء النزاع على أصل الحق المدعى به ويحوز حجية الشيء المحكوم به، فلا يجوز تجديد النزاع أمام المحكمة التي أصدرته أو أمام آية محكمة أخرى، واستئنافه يعيد الموضوع على المحكمة الاستئنافية مما يتعين عليها إن هي ألغت الحكم الابتدائي أن تقضي من جديد في موضوع الدعوى[40].

---

[38] أحمد أبو الوفاء، مرجع سابق، رقم 3، ص17.
[39] أحمد أبو الوفاء، مرجع سابق، رقم3، ص18.
[40] أحمد أبو الوفاء، مرجع سابق، رقم3، ص18.

ب/ الدفوع الخاصة بذات المدين الأصلي

لئن كان من البديهي أن جملة الدفوع الخاصة بذات المدين الأصلي يمكن إبداؤها من طرف الغير المقامة ضده الدعوى اعتبارا لأن من يثير الدعوى يستعمل حقا لمدينه الأصلي وليس حقا شخصيا له.

إن وضعية المدين أو الغير المقامة ضده الدعوى، يجب أن تكون هي ذاتها فيما لو أقيمت الدعوى من طرف المدين الأصلي[41]، كما أنه لا يمكن للمدين المقامة ضده الدعوى في رده الدائن الاحتجاج بأوجه دفع تخص مثير الدعوى فهذا الأخير يقوم باسم مدينه لا باسمه الشخصي، ولو مكن مدين المدين من الاحتجاج بالدفوع الشخصية إزاء القائم إلى تحسين وضعية مدين المدين مقارنة بالدائن، فإذا لم يكن لحلول الدائن محل المدين شأن بإضرار وضع المدين المقامة ضده الدعوى، فإنها بالتوازي لا يمكن أن تؤول إلى تحسين هذا الوضع[42].

الفقرة الثانية: أصناف الدفوع التي تعتبر حدا لاعتبار الدعوى المنحرفة تأمينا من نوع خاص

يمكن حوصلة الدفوع التي يجوز للمدين المقامة ضده الدعوى إبداؤها إزاء الدائن القائم بممارسة حقوق مدينه بطريقة غير مباشرة والتي يمكن اعتبارها حدا من حدود اعتبار الدعوى المنحرفة تأمينا من نوع خاص في ثلاثة فئات هي: الدفوع الخاصة بأسباب انقضاء الدين، الدفوع الخاصة بالبطلان، والدفوع الخاصة بالاتفاقيات الحاصلة بين المدين الأصلي ومدينه.

أ/أسباب انقضاء الدين:

إن الركيزة التي يستند إليها الدائن في حلوله محل مدينه لممارسة ما لهذا الأخير من حقوق ودعاوى لدى الغير هو وجود حق لمدينه لدى هذا الأخير، لكن قد

---

[41] Louis Bosc, thèse précitée, p128.

[42] Demolobe, op.cit, n°117.- Lacantinerie et Barde, op.cit, n°642.

تثار الدعوى على هذا الأساس ويفاجأ الدائن بدفع من طرف مدين المدين يقضي بانقضاء الدين المتخلد للمدين الأصلي بذمة الغير المقامة ضده الدعوى، فلمدين المدين مواجهة الدائن بالتمسك بجميع أسباب انقضاء الدين[43]، كالوفاء والتجديد واتحاد الذمة والمقاصة والإبراء والتقادم...[44]، قد يدفع في هذا الإطار بأن الدائن القائم بالدعوى لا يباشر هذه الأخير إلا عند حلول دين مدينه الأصلي إزاء الغير، وبالتالي فإن الوفاء من طرف الغير للمدين الأصلي يعد غير نافذ إذا حصل قبل حلول الأجل لكن هل هناك قاعدة قانونية تشترط ربط الوفاء بالدين بحلول الأجل.

كما يمكن للغير المقامة ضده الدعوى غير المباشرة دفع هذه الأخيرة بسقوط الحق أو الدعوى موضوع الدعوى المنحرفة، فإذا انقضت على عدم ممارسة الحق مدة من الزمن سقط الحق في استعماله، مع اعتبار أن سريان مدة التقادم تبدأ من يوم صيرورة الدين حالا كمبدإ عام مع وجود حالات استثنائية أو خاصة يتأخر فيها بداية سريان التقادم. كما يمكن لمدين المدين إبدؤها إزاء الدائن القائم بالدعوى بالإقالة الاختيارية التي هي رجوع كل عوض لصاحبه بتراضي الفريقين على ذلك إثر التعاقد، أو الإبراء الاختياري الذي هو عمل قانوني يفيد تنازل الدائن لمدينه اختيارا منه وبدون مقابل عن كامل دينه أو جزء منه شرط عدم رفض هذا الإبراء من طرف المدين. أما بالنسبة لاستبدال الالتزام أو تجديده فإنه عبارة عن اتفاق يقع بمقتضاه تعويض التزام قديم بآخر جديد مغاير له في عنصر من عناصره الجوهرية، التي هي الدائن والمدين والموضوع والسبب.

ب/ البطلان

إن الالتزام الباطل يجوز للمدين المقامة ضده الدعوى به إزاء الدائن القائم لأن الالتزام الباطل أو العقد الباطل بطلانا مطلقا يكون وجوده ظاهريا فقط، حيث لا يترتب

---

[43] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، عدد551، ص973 وما بعدها.
[44] الفصل 339 م.إ.ع الخاص بأسباب انقضاء الالتزام.

عليه أي تأثير تأسيسا على الفصل 325 م.إ.ع. كما حدد المشرع التونسي الحالات التي يجوز فيها للمدين الدفع بالبطلان النسبي في صور الفصول 8 و43 و58 و61 م.إ.ع على أن يكون هذا القيام بإبطال الالتزام المشوب بالبطلان النسبي في الآجال التي حددها القانون، فيكون للمدين المقامة ضده الدعوى الدفع ببطلان العقد لصدوره عن قاصر، أو بسبب الغبن، أو الإكراه.

ج-الاتفاقات الحاصلة بين المدين الأصلي ومدينه

اعتبارا لأن الدائن يقوم باسم مدينه الأصلي فإن للغير المقامة ضده الدعوى مجابهته بالاتفاقات الحاصلة بينه وبين المدين الأصلي قبل إثارة الدعوى المنحرفة، ذلك أن المفعول التجميد للدعوى لا يحصل إلا بعد إثارتها حيث تبقى جميع الاتفاقات الحاصلة بين المدين الأصلي ومدينه نافذة في حق الدائن القائم. ولئن كانت بعض الاتفاقات لا تثير إشكالا كالاتفاق على البقاء في الشيوع مثلا لمدة معينة أو اتفاق الصلح المسلط على الحق موضوع الدعوى، فإن الدفع بالعقد المستتر الواقع بين المدين الأصلي ومدينه يمكن أن يثير إشكالا.

المبحث الثاني: حدود اعتبار الدعوى المنحرفة تأمينا من نوع خاص على مستوى الاحتياطات

إن الاحتياطات التي يتخذها الدائن في إطار الدعوى المنحرفة، يجب تفريقها عن تلك الاحتياطات الأخرى التي منحها المشرع للدائنين، لذلك تقتضي مناقشة مبدأ الانتفاع المشترك بالاحتياطات من طرف جميع الدائنين (الفقرة الأولى) بعد بحث هذه الاحتياطات من حيث مفهومها (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى: مفهوم الاحتياطات

لنتبين مفهوم الاحتياطات لابد من تعريفها (أ) وبيان أصنافها (ب).

أ/ تعريف الاحتياطات

لم يعرف المشرع التونسي الاحتياطات رغم استعماله لهذا اللفظ في عدة مواضع، وباستقراء الفصول المتعلقة بها سواء بالم.م.م.ت أو م.إ.ع نلاحظ أن عبارة الاحتياطات تفيد اتخاذ جملة الوسائل التي من شأنها حفظ حق ما، واعتبرها الفقه "جملة الأعمال الضرورية للحفاظ على الذمة المالية أو على أحد عناصرها... وبصفة عامة لحفظ حق"[45] ويطلق كذلك على كل عمل مستعجل لا يمس بأصل الحق[46].

والعمل الاحتياطي من ناحية موضوعية هو حفظ الحق، لكون لا يمس أو يضر بأصل الحق، لذلك عادة ما يقال بأن العمل الاحتياطي هو "عمل وقتي" وهو ما يفهم منه بأنه عمل لا يغير بصفة نهائية الحق الذي تسلط عليه، واعتبارا لأن العمل الاحتياطي هو وسيلة وقتية يعد أداة لمجابهة الضرورة.

ب/أصناف الاحتياطات

يمكن تقسيم الاحتياطات التي يتخذها الدائن باسم مدينه إلى احتياطات حافظة لحق المدين الأصلي (1) واحتياطات مانعة للتصرف في الحق (2).

1-الاحتياطات الحافظة للحق

هناك جملة من الاحتياطات يكون أثرها المباشر هو حفظ الحق موضوع الممارسة لا غير لأن وظيفتها تتمثل في الحفاظ على حق مهدد. إذ أنه للدائن القائم باسم مدينه، إذا كان لهذا الأخير رهن إزاء الغير، أن يقوم بكافة الأعمال الاحتياطية التي تحفظ الشيء موضوع الرهن، كما يمكنه قطع تقادم يسري ضد المدين، أو الطعن في حكم صدر ضد مدينه بجميع أوجه الطعن العادية وغير العادية من معارضة واستئناف ونقض والتماس إعادة نظر[47].

---

[45] Philipe Jestaz, L'urgence et les principes classiques du droit civil, thèsse, Paris, 1968, p.19.

[46] Op.cit.

[47] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، عدد541.

2-الاحتياطات المانعة للتصرف في الحق

لا يترتب عن الاحتياطات المانعة للتصرف منع في جانب المدين الأصلي فقط، وإنما في جانب مدين المدين الذي يصبح باتخاذ الدائن هذه الاحتياطات غير قادر على التصرف في جملة أمواله (العقلة التحفظية)، أو في عقاراته المسجلة (الاعتراض التحفظي)، أو في جزء من ماله (العقلة التوقيفية)، والأصل في ممارسة هذه الاحتياطات هو أن الدائن يمارسها على أموال مدينه المباشر إلا أنه اعتبارا لإمكانية حلول الدائن محل مدينه في ممارسة ما لهذا الأخير من حقوق إزاء الغير فإنه يمارس هذه الاحتياطات على الذمة المالية لمدين مدينه، لكنها رغم ذلك تبقى لها صبغة الاحتياطات التي يمارسها الدائن على أموال مدينه، لأن الدائن في الدعوى غير المباشرة يقوم باسم مدينه.

الفقرة الثانية: مبدإ الانتفاع المشترك بالاحتياطات

يمكن أن يتحول الانتفاع الفردي إلى انتفاع جماعي في صورة اتخاذ الدائن لأعمال احتياطية باسم مدينه المهمل، ويرد هذا التحول إلى طبيعة الاحتياطات من جهة أولى(أ) وازدواجية طبيعة الدعوى المنحرفة في القانون التونسي من جهة ثانية (ب).

أ/ طبيعة الاحتياطات

يلجأ الدائن لاتخاذ الاحتياطات وذلك لاتقاء حصول المضر، بمعنى آخر يرتبط الاحتياط بحق أو دعوى مهددة في وجودها أو في تواصل وجودها مستقبلا[48]، فالدائن الذي يقوم باحتياطات، رغم أن دين مدينه لا يزال معلقا على شرط أو مقرونا بأجل حصول الشرط أو حلول الأجل، يرمي إلى ضمان تنفيذ حقه في المستقبل عند

[48] Philipe Jestaz, op.cit, p19.

توفر شروطه، وهو ما جعله يفرط في اتخاذ أية وسيلة تضمن فعالية حقه حتى يوم المطالبة باستيفاء قيمته.

هذه الطبيعة الوقائية للعمل الاحتياطي تقوم حاجزا والانتفاع الفردي للقائم بها، ذلك أنه إذا ما أدت الدعوى المنحرفة إلى استخلاص دين المدين الأصلي فإن استئثار الدائن القائم بنتيجة الدعوى ممكن في حين أن القيام بالعمل الاحتياطي لا يمكن أن يؤول إلى نتيجة مماثلة لأن الهدف الأساسي من الاحتياطات هو الصيانة والحفاظ على حق في حالة خطر. كما أن هذه الصيغة الوقائية والتحفظية للعمل الاحتياطي والتي ترمي إلى تلافي خطر انتقاص أو زوال الضمان العام لديون المدين المكونة لذمته المالية تجعل من الصعب استئثار الدائن الذي تقوم بها عوضا عن مدينه، فالعمل الاحتياطي هو مرحلة انتقالية تمهد للتنفيذ النهائي دون حصول هذا التنفيذ.

ب/ إزدواجية طبيعة الدعوى المنحرفة في القانون التونسي

جعل المشرع التونسي من الدعوى المنحرفة إجراء تنتج عنه آثارا متباينة موضوع الدعوى، فإذا كان موضوع الدعوى المنحرفة حقا أو دعوى انجر عنها استيفاء حق المدين الأصلي إزاء الغير، انتفع الدائن القائم وحده بهذه النتيجة، في حين أنه إذا اتخذ الدائن احتياطات انتفع بقية الدائنين بها إلى جانب مثير الدعوى المنحرفة، هذا الاختلاف في الآثار الناتجة عن ممارسة حق المدين بطريقة غير مباشرة ينجر عنه ضرورة اختلاف في طبيعة هذا الإجراء.

لذلك يصح أن لإجراء الدعوى المنحرفة طابع وظيفي مزدوج، طابع تحفظي في صورة اتخاذ الاحتياطات، وطابع تنفيذي في صورة ممارسة الحقوق والدعاوى، هذه الازدواجية في الطبيعة أقرها المشرع صراحة صلب الفصل 308 م.إ.ع، رتبها أساسا على ممارسة الدعوى غير المباشرة، والتي أدت بدورها إلى الإقرار أو استنباط الطبيعة المزدوجة لإجراء الدوى غير المباشرة.

الخاتمة

تنشأ الدعوى المنحرفة كامتداد للضمان العام مقرر لجميع الدائنين ووارد على عموم حقوق ودعاوى المدين باستثناء ما كان شخصيا منها، ثم تتحول إثر ممارستها من طرف أحد دائني المدين إلى تأمين من نوع خاص لهذا الأخير مسلطا على الحق أو الدعوى موضوع الممارسة بطريقة غير مباشرة.

هذا التحول للدعوى المنحرفة يجد منبعه في كون الدائن مثير الدعوى يستوفي حقه مباشرة من مدين المدين دون العبور بالذمة المالية للمدين الأصلي، فالدعوى المنحرفة يمارسها الدائن باسم المدين الأصلي إلا أن نتيجتها لا تدخل للذمة المالية لمن أقيمت باسمه بل إلى الذمة المالية لمن قام بها.

وترتيبا على ذلك فهذه الدعوى تنشأ منحرفة لأنها تمارس من طرف دائن يحل مقام المدين إلا أنها تصبح مباشرة من حيث نتيجتها ليدخل ما يسفر عنها لصالح من قام بها لا لصالح من أقيمت باسمه، فالقيام غير المباشر يتبعه خلاص مباشر على مستوى النتيجة.

إن تحول القيمة الناتجة عن الدعوى المنحرفة مباشرة من الذمة المالية لمدين المدين إلى الذمة المالية للدائن دون دخولها المسبق في ذمة المدين الأصلي يجعل من حق الدائن وكأنه حقا مباشرا إزاء مدين المدين، إذ يمارس الدائن الحق لينتفع به كما لو أن المدين الأصلي هو الذي يمارسه.

الفهرس

المقدمة.....1

الجزء الأول : خصائص الدعوى المنحرفة.....8

المبحث الأول: مجال الدعوى المنحرفة 8

الفقرة الأولى: انصراف الدعوى المنحرفة إلى كافة الدائنين 8

1- حلول الدائن محل مدينه 8

أ- طبيعة نيابة الدائن عن المدين.....8

ب- خصائص نيابة الدائن عن المدين 9

2- قاعدة انصراف الدعوى المنحرفة إلى كافة الدائنين.....11

أ- الدعوى المنحرفة أداة تحمي مصلحة الدائن العادي 11

ب- الدعوى المنحرفة أداة تقوي ضمان الدائن المتمتع بتأمين.....12

الفقرة الثانية: الدعوى المنحرفة اجراء يتناول كافة حقوق و دعاوى المدين 14

1- مبدأ قابلية ممارسة حقوق و دعاوى المدين بطريقة غير مباشرة.....14

أ- مفهوم عبارتي الحق و الدعوى.....14

ب- خصائص الحقوق و الدعاوى القابلة للممارسة بطريقة غير مباشرة:.....16

2- حدود المبدأ.....17

المبحث الثاني: شروط خاصة للدعوى المنحرفة 19

الفقرة الأولى: الشروط المتعلقة بشكل الدعوى.....19

1-الإذن القضائي 20

أ- أساس شرط الإذن القضائي 20

ب- المحكمة المختصة باسناد الإذن القضائي 21

2- إدخال المدين في الدعوى 22

أ- طبيعة إدخال المدين في الدعوى 22

ب- آثار إدخال المدين في الدعوى..... 23

الفقرة الثانية: الشروط المتعلقة بأصل الدعوى 24

1- وجود علاقة مديونية 24

أ- طبيعة علاقة المديونية..... 24

ب- محل علاقة المديونية 25

2- وجود مصلحة للدائن:..... 26

أ- اهمال المدين ممارسة حقوقه و دعاويه..... 26

ب- اعسار المدين..... 27

الجزء الثاني: آثار الدعوى المنحرفة..... 30

الفصل الأول: مظاهر اعتبار الدعوى المنحرفة تأمينا من نوع خاص..... 30

المبحث الأول: الدعوى المنحرفة أداة تقييد للتصرف 30

الفقرة الأولى: علاقة الدائن بالدعوى بالمدين الأصلي..... 31

الفقرة الثانية: علاقة الدائن القائم بالدعوى بمدين مدينه 32

المبحث الثاني: الدعوى المنحرفة أداة تفضيل 33

الفقرة الأولى: التفضيل جزاء الدائن الحريض 33

الفقرة الثانية: التفضيل تفص عن قاعدة التحاصص 34

الفصل الثاني: حدود اعتبار الدعوى المنحرفة تأمينا من نوع خاص.....35

المبحث الأول: حدود اعتبار الدعوى المنحرفة تأمينا من نوع خاص على مستوى الدفوع.....35

الفقرة الأولى: طبيعة الدفوع التي تمثل حدا لاعتبار الدعوى المنحرفة تأمينا من نوع خاص 36

أ-الدفوع المتعلقة بأصل الحق.....36

ب/ الدفوع الخاصة بذات المدين الأصلي.....37

الفقرة الثانية: أصناف الدفوع التي تعتبر حدا لاعتبار الدعوى المنحرفة تأمينا من نوع خاص...37

أ/أسباب انقضاء الدين:.....37

ب/ البطلان 38

ج-الاتفاقات الحاصلة بين المدين الأصلي ومدينه 39

المبحث الثاني: حدود اعتبار الدعوى المنحرفة تأمينا من نوع خاص على مستوى الاحتياطات...39

الفقرة الأولى: مفهوم الاحتياطات.....39

أ/ تعريف الاحتياطات 39

ب/أصناف الاحتياطات 40

1-الاحتياطات الحافظة للحق.....40

2-الاحتياطات المانعة للتصرف في الحق.....41

الفقرة الثانية: مبدإ الانتفاع المشترك بالاحتياطات 41

أ/ طبيعة الاحتياطات 41

ب/ إزدواجية طبيعة الدعوى المنحرفة في القانون التونسي.....42

الخاتمة.....**43**