مجلة العلوم التربوية والدراسات الإنسانية

شروط الطعن في دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين وآثارها

"دراسة مقارنة في القانونين المدني اليمني والمصري"

إعداد

د/عبد المجيد أحمد سعيد الصلوي

قسم القانون المدني

كلية الحقوق جامعة تعز

مقـــــدمـــــة:

الحمـــد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، وعلى آلة وصحابته أجمعين.

أما بعد:

كفلت التشريعات حرية الإنسان الشخصية ومنها حرية التعاقد ما دام أنه لا يخالف النظام العام والآداب العامة؛ وانطلاقاً من ذلك، فإن الشخص له أن يتصرف بأمواله بما يشاء من التصرفات ولمن يشاء، ما دام أنه كامل الأهلية وغير محجور عليه.

لكن القانون لم يجعل حرية التعاقد مطلقة من كل قيد، بل أورد عليها جملة من القيود منها ما هي مقررة لحماية المصلحة العامة والتي تتصل بأمن وسلامة وصحة الجمهور، ومنها ما هو مقرر لحماية لمصلحة الخاصة وقد تكون مصلحة المدين نفسه كمنع الصغير ومن في حكمه من إبرام التصرف التي تعود بالضرر المحض عليه، ومنها منع المدين التصرف بأمواله إضراراً بدائنه. وكما هو معروف أن الإنسان بحكم فطرته يسعى لتامين نفسه من المخاطر والتقليل من آثارها قدر الإمكان، فتارة يؤمن على نفسه من مخاطر الشيخوخة والمرض والبطالة، وتارة أخرى ضد الحوادث المفاجئة التي أصبحت سمة العصر الحاضر.

ومن تلك الحوادث والمخاطر التي يسعى الدائن لتامين نفسه من عواقبها هي خطر إفلاس المدين، وإعساره عند حلول أجل الدين أو الالتزام، وعدم قدرته على الوفاء بديونه والتزاماته القانونية؛ لذلك وضع القانون تحت تصرف الدائن مجموعة من الوسائل القانونية للتقليل من تلك المخاطر ومنها تمرد وتقصير المدين عن المطالبة بحقوقه الحالة لدى الغير عن طريق الدعوى غير المباشرة، ودعوى الصورية لمنع تهريب أمواله تحت ستار الصورية، والحق في الحبس الشيء لاستيفاء النفقات والمصروفات التي أنفقت لحفظه، وللدائن الحق في مطالبة القضاء باتخاذ إجراءات تحفظية عند مجرد الخشية من ضياع حقوقه مثل قيد الرهن المقرر لصالحه، وقطع التقادم وجرد أموال المدين، والحجز التحفظي على أموال المدين لدى الغير إلى غير ذلك من الوسائل التي تحافظ على أموال الدين من الضياع والإهمال والتبديد والتواطؤ وهي حتما تؤدي إلى إهدار الضمان العام وإفنائه، والذمة المالية للمدين تمثل الضمان العام وهي تظم كل العناصر السلبية (ديون)، والعناصر الإيجابية (حقوق) وتسمى بوجه عام الضمان العام للدائنين.

ومن أهم تلك الوسائل التي منحها القانون للدائنين لحماية الضمان العام دعوى عدم نفاذ التصرف الناتج عن تواطؤ وغش المدين مع الغير، وهذا التصرف الضار يضر بالضمان العام المقرر لصالح الدائنين.

لأجل ذلك منح القانون الدائنين أو من يمثلهم (المنصوب) في القانون اليمني الحق في الطعن في التصرفات الضارة عن طريق دعوى عدم نفاذ التصرف عند توافر شروطها القانونية. وتأتي هذه الدراسة المتواضعة لتسلط الضوء على أهم ملامح شروط دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين الضارة بالضمان العام للمدين وآثارها، وموضوع بهذه الأهمية العلمية والعملية، لجدير بالمناقشة والتحليل والمقارنة وفق منهجية علمية تعتمد على تحليل النصوص المتعلقة بدعوى عدم النفاذ ومقارنتها في القانونين المدني اليمني والمصري.

اقتضت الضرورة العلمية اعتماد المنهج الوصفي والمنهج التحليلي والمنهج المقارن في إعداد هذه الدراسة، وللخروج برؤية واضحة المعالم لمفهوم الدعوى وشروطها وآثارها ومدى فعاليتها في تحقيق الحماية التي ينشدها الدائنين(وتلك الغاية تمثل جوهر المشكلة التي تعالجها الدراسة).

والهدف من تقرير حق الطعن بتصرفات المدين الضارة بدائنه هو حماية حق الدائنين من قيام المدين بالتصرف بالغش والتواطؤ مع المتصرف إليه، بأقل من ثمن المثل، أو الهبة بقصد الإضرار بالدائنين. وهذا الموضوع له أهمية كبيرة في الحياة العملية والعلمية وخاصة في الوقت الحاضر، الذي فسدت فيه أخلاق الناس حتى وصل الأمر بهم إلى اتخاذ الغش والتواطؤ كوسيلة لهضم الحقوق وأكل أموال الناس بالباطل. لذلك فإن هذه الأهمية كانت سبباً لاختياري لهذا الموضوع.

وسيتم توضيح و تحديد معالم هذه الدعوى وتوضيحها وإزالة ما يدخل عليها من إشكالات ومدى فعاليتها، وفق خطة تتكون من ثلاث مباحث وخاتمة:

المبحث الأول: ماهية دعوى عدم نفاذ التصرف (الدعوى البوليصية).

المبحث الثاني: شروط الطعن بدعوى وقف نفاذ التصرفات.

المبحث الثالث: آثار دعوى عدم نفاذ التصرف، ومدى فاعليتها.

وفي الخاتمة نستعرض فيها أهم نتائج هذه الدراسة، وما تضمنته من ملاحظات ومقترحات.

المبحث الأول:

ماهية دعوى عدم نفاذ التصرف (الدعوى البوليصية)

تمهيد وتقسيم:

ماهية الشيء جزء من حقيقته، ولبيان ماهية دعوى عدم نفاذ التصرفات، كان لابد من تعريفها، وبيان خصائصها وطبيعتها القانونية، واصلها التاريخي. وسيتم تناول ذلك في مطلبين: الأول سنتكلم فيه عن تعريف دعوى عدم نفاذ التصرف وهدفها. والثاني نخصصه في بيان أصلها التاريخي وطبيعتها القانونية.

المطلب الأول: تعريف دعوى عدم نفاذ التصرف وهدفها:

سكت المشرع اليمني عن وضع تعريف لهذه الدعوى شأنه في ذلك شأن اغلب التشريعات الأخرى، ونحن نعتقد أن موقف المشرع كان سليماً، لأن مهمة وضع التعريف يجب أن تترك للفقهاء.

وقد عرفها بعض شراح القانون بأنها "دعوى يقيمها الدائن للطعن في التصرفات الضارة به الصادرة من مدينة المعسر بقصد حمايته من غشه والمحافظة على الضمان العام لحقوق الدائنين عن طريق المطالبة باعتباره من الغير بالنسبة لأثر هذه التصرفات كي لا تكون نافذة في حقه"[١].

أو بأنها "وسيلة وضعها القانون تحت تصرف الدائن والغرض منها حماية الدائن من تصرفات مدينه التي يترتب عليها الإضرار به"[٢].

فيما ركز البعض الأخر على هدف الدعوى وقال بأنها "وسيلة لحماية الضمان العام من الآثار الضارة لموقف المدين الإيجابي المتمثل في إقدام المدين على تصرفات مفقرة له تزيد من التزاماته أو تنقص من حقوقه[٣]. ومن حيث آثارها بأنها "دعوى يطعن بها الدائن في تصرف صادر من مدينة إضرار بحقوقه حتى لا تسري آثار هذا التصرف في حقه"[٤].

والملاحظ على تعريفات فقهاء وشراح القانون أنها اختلفت باختلاف الزاوية التي نظروا من خلالها إلى الدعوى؛ فالبعض عرف الدعوى من خلال النظر إلى الهدف الذي تحققه، والبعض

---

١) أ عبد المجيد الحكيم بالاشتراك مع أ. عبد الباقي البكري، أ محمد طه البشير . القانون المدني وأحكام الالتزام . الناشر (بدون) مكان النشر بدون، ط١٩٩٦م / ج٢. ص٩٩ ، د. ياسين محمد الجبوري . الوجيز في شرح القانون الأردني . الناشر (بدون) مكان النشر (بدون) ٢٠٠٣م ،ج٢ . ص ٣٢٧ . ٣٢٨. ا/ د منذر الفضل . النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية ج٢. ص١٠٣ . ١٩٩٨م . دار الثقافة . عمان.

٢) د. محمد علي عمران . الوجيز في أثار الالتزام . مكتبة سعيد رأفت . القاهرة . ١٩٨٤م ،ص٨٥

٣) د. سعيد جبر . أحكام الالتزام . مركز جامعة القاهرة . القاهرة ،١٩٩٩م ،ص ١٣٦.

٤) د. . محمد حسين منصور . النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام) ، دار الجامعة الجديدة . الإسكندرية ،ط٢٠٠٦م ،ص١١٩

الآخر من خلال الأثر المترتب على رفعها لكن كل التعريفات أجمعت على أنها دعوى لا تفضي إلى بطلان التصرف الذي يجريه المدين؛ وإنما تؤدي إلى عدم سريان تصرف المدين في حق دائنه، ويظل تصرف المدين قائماً بينه وبين من صدر إليه التصرف.

وتبين التعاريف السابقة الهدف دعوى عدم نفاذ التصرف، من حيث أنها تسعى إلى المحافظة على الضمان العام لحقوق الدائنين، كما أنها تهدف في الوقت نفسه إلى حماية الدائنين من غش المدين المعسر عن طريق المطالبة بعدم سريان اثر تصرفه في مواجهتهم، كي لا يضاروا به؛ فقد يعمد المدين، إذا ساءت حالته المالية، إلى القيام بتصرفات تلحق ضرراً بدائنيه. فقد يبيع أمواله الظاهرة ويخفي ثمنها تحت ستار الصورية، وقد يحابي بعض أقاربه وأصدقائه فيبيعهم ماله بثمن بخس أو يهبهم إياه، وقد يفضل دائنا على غيره، ليكون بمنأى عن مزاحمة غيره من الدائنين، فيأخذ حقه كاملاً، ويتخلص من قاعدة المساواة التي تقضي بمساواة جميع الدائنين، وقسمة أموال المدين قسمة غرماء بلا تفضيل دائن على أخر، أو تخصيص احدهم بمال أو عين من أموال المدين؛ إذ أن جميع أمواله القابلة للحجز ضامنة لجميع الدائنين عند عدم كفايتها وفق ما تقرره المادة (٣٥٨) مدني يمني" أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا ما استثني بنص القانون أو باتفاق دون إضرار بسائر الدائنين".

المطلب الثاني: أصلها التاريخي وطبيعتها القانونية.

قد يعمد المدين الى ابرام تصرفات قانونية يخرج بها الحقوق من ذمته، بقصد الاضرار بدائنيه المستحقة ديونهم، بل قد يمضي في التصرفات التي تنقص من ضمانهم، وتقلل من فرص حصولهم على حقوقهم، وعدم حصولهم عليها كاملة، كقيام المدين ببيع منزله لإخفاء ثمنه عن دائنيه أو أن يقوم بالتنازل عن بيته لأحد أقاربه على سبيل الهبة أو يجامل أحد دائنيه على حساب الآخرين بأن يدفع له كامل دينه حتى يفلت من قاعدة قسمة الغرماء.

وفي مثل هذه الظروف جعل القانون للدائنين ان يطعنوا في تصرفات مدينهم التي تتم اضرارا بهم، ليتمسكوا بعدم نفاذها في حقهم، أي بعدم الاعتداد بوجودها واعتبارها كأنها لم تصدر من المدين، دون أن يطالبوا بإثبات صورية هذه التصرفات، بل يقبل الحاكم طعنهم فيها، ويحكم لمصلحتهم بعدم نفاذها بمجرد توافر الشروط التي أوجب القانون توافرها لقيام حقهم في استعمال دعوى عدم النفاذ لحمايتهم من غش المدين المعسر[٥].

[٥]) د. عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام)، مكتبة سيد عبد الله وهبه، القاهرة، ١٩٨٥م ، ص١١٨.

ودعوى عدم نفاذ التصرفات والتي تعرف بالدعوى البوليصية نشأت في القانون الروماني، والاسم الذي تعرف الدعوى به في الفقه "الدعوى البوليصية" (نسبة الى حاكم من حكام روما اسمه بولص) مظهر واضح للصلة الوثيقة لهذه الدعوى بالقانون الروماني. وقد انتقلت من القانون الروماني إلى القوانين الحديثة، فقد ظلت أحكامها المصدر التاريخي الذي استقى منه معظم التشريعات احكام هذه الدعوى، فبعد زوال الحقوق التي كان يتمتع بها الدائن على شخص المدين والتي يستطيع الدائن بمقتضاها قتل المدين أو استعباده واقتصرت حقوقه على إمكانية حبس المدين والتنفيذ على أمواله تنفيذاً جماعياً[٦].

وقد انتقلت هذه الدعوى باسمها التقليدي إلى القانون الفرنسي القديم وان ندر استعمالها في ظله ثم تلقفها القانون المدني الفرنسي وان لم يعن ببيان شروطها وتفصيل أحكامها، ولذلك عمد الفقه والقضاء المعاصران إلى تلافي النقص وبرزت لها تسمية أخرى هي دعوى ابطال التصرفات، وهي تسمية غير صحيحة لا تنسجم وطبيعة هذه الدعوى وأثارها، إلا أن الفقه والقضاء المصريين عملا على تدارك القصور وأحاطا هذه الدعوى بعناية ملحوظة فوضعا الكثير من الأحكام لها وأطلقا عليها تسمية دقيقة تنسجم وطبيعتها وأثارها، هي دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه ثم تولى مشرع القانون المدني المصري تنقيح ما وضعه الفقه والقضاء وقد اقتبس المشرع اليمني تسميتها من المشرع المصري واخذ عنه أحكامها.

وتهدف دعوى عدم النفاذ إلى المحافظة على أموال المدين ومنعه من تهريبها بقصد عدم التنفيذ عليها من قبل الدائنين، وعدم السماح له بالتصرف فيها غشاً. تدخل البريطور الروماني ليجعل من غش المدين ضد دائنيه فعلاً غير مشروع يواجه بدعوى مسؤولية، سميت بالدعوى البوليصية نسبة إلى البريطور بولص الذي قيل بأنه أول من ادخلها في القانون الروماني[٧].

وتدخل الدعوى البوليصية ضمن اجراءات تصفية أموال المدين المعسر بطريقة جماعية بواسطة شخص يمثل الدائنين ويوكل إليه أمر تصفية أموال المدين وتوزيعها على الدائنين، فإذا لم تكفي هذه الأموال للوفاء بجميع ديونه، تظهر دور الدعوى البوليصية، بحيث يستطيع وكيل الدائنين رفعها للطعن بتصرفات المدين المنطوية على غش؛ بحيث تؤدي إلى رد المال المتصرف فيه[٨].

---

[٦]) د. منذر الفضل، مرجع سابق،ص١٠٢.

[٧]) د. عبد المنعم البدراوي، مرجع سابق ، ص ١١٨.

[٨]) د. عبدالمنعم البدراوي، المرجع سابق، ص ١١٩.

وقد انقلبت الدعوى البوليصية في القانون الحديث من دعوى جماعية إلى دعوى فردية؛ بحيث يملك أي دائن رفعها إذا ما توافرت شروطها، ويستفيد من أثرها كافة الدائنين الذين استوفوا شروط هذه الدعوى.

ولذلك فان هذه الدعوى ترفع باسم الدائن في القانون المصري، والمنصوب في القانون المدني اليمني، والخصم فيها هو المتصرف إليه والمدين، والهدف منها إيقاف التصرف إضرار بحقوقهم، وعدم نفاذه في حقهم إلا إذا أجازوه.

ولهذا الاعتبار فقد اختلف الفقهاء في التكييف القانوني لهذه الدعوى، فمن قائل أنها دعوى بطلان، ويعيب هذا القول أنه يتعارض مع جوهر هذه الدعوى، باعتبارها دعوى عدم نفاذ، ولا تؤدي إلى بطلان التصرف[٩]، ومن قائل بأنها دعوى مسؤولية لتوافر عنصر الخطأ والضرر، إلا أن الرأي مردود باعتبار أن الحكم في دعوى عدم النفاذ ليس حكما بالتعويض؛ وإنما وقف نفاذ التصرف ولا ينتج آثاره في مواجهة الدائنين إلا إذا أجازوه[١٠].

وأمام كل الانتقادات السابقة فقد استقر الفقه في كل من مصر وفرنسا على أن الدعوى البوليصية أو عدم نفاذ التصرف تعتبر دعوى خاصة يلجأ إليها الدائن إذا توافرت شروطها ليحصل على الحكم بعدم نفاذ تصرفات المدين الضارة بدائنية، أو عدم نفاذ تصرفات المدين، ووسيلتها في ذلك هو عدم نفاذ التصرف في حق الدائنين[١١].

وقد خص القانون المدني اليمني هذه الدعوى، التي سماها دعوى وقف نفاذ التصرف، بمادتين هما المادة (٣٦٧) التي تبين شروط الطعن بها، وحكم التصرفات التي تتم غشا بالدائنين، والمادة (٣٦٨) التي تحدد المدة التي لا تسمع الدعوى بوقف نفاذ التصرفات بعدها.

والأصل الذي اعتمد عليه المشرع اليمني في تقرير هذه الدعوى هو دفع الضرر وإزالته قدر الإمكان وفق قاعدة " الضرر يزال" والمأخوذ من حديث الرسول (ص): "لا ضرر ولا ضرار"، وهذا الأصل يتوافق مع القول بأن دعوى الطعن بتصرفات المدين الناتجة عن الغش والتواطؤ مع المتصرف إليه، هي دعوى خاصة بعدم نفاذ تصرفات المدين الضارة بدائنية، وهذا المعنى أثبته القانون المدني اليمني في المادة (٣٦٧).

---

[٩]) د. محمد بن حسين الشامي: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني اليمني ، الجزء الثاني أحكام الالتزام الجيل الجديد ، صنعاء الطبعة العاشرة١٤٣٥/٢٠١٤م ف٩٧،ص٩١).

[١٠]) د. محمد الشامي، أحكام الالتزام، مرجع السابق، ص ٩١

[١١]) د. عبد المنعم البد راوي : أحكام الالتزام ،ف ١١٨، ص ١٣٧. د. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للألتزام ،ج٢ أحكام الألتزام،دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٦م ، ف٣٣،ص١٥١.

المبحث الثاني: شروط الطعن بدعوى وقف نفاذ التصرفات:

الشروط التي تلزم لقيام حق الدائن في الطعن في تصرفات مدينه عديدة، منها ما يتعلق بظروف المدين الذي يقدم على إبرام التصرف الضار بالدائنين، وما تدل عليه قرائن الحال من ثبوت (أو افتراض) تصرفه الضار بالدائنين، وبعضها متعلق بما يجب أن يتوافر لحق الدائن من قوة تبرر طعنه في تصرفات المدين، لتقرير وقف نفاذها في حقه، والتضحية بمصالح من تعامل معهم المدين بهذه التصرفات.

فهي إما شروط تتعلق بظروف المدين وقصده، واما شروط تتعلق بالتصرف المطعون فيه، واما شروط تتعلق بحق الدائن الذي يضار من تصرفات المدين(١٢).

وتتلخص هذه الشروط (كما تحدد اثر الدعوى) في القانون المدني اليمني بنص المادة (٣٦٧) بقولها: (إذا قصد المدين الإضرار بدائنيه، بان تبرع بماله أو تصرف فيه متواطئا مع المتصرف اليه بعوض يقل عن ثمن المثل، وادى ذلك إلى اعساره، فإن تصرفه يعتبر موقوفا على اجازة دائنيه الذين أضيروا منه، ويكون للمتصرف اليه اذا اراد نفاذ التصرف ان يودع بنظر الحاكم ثمن المثل وقت التصرف، أو ما يكمله بحسب الاحوال، وتنتقل حقوق الدائنين على المال المودع".

ومن نص هذه المادة يتبين أنها تجعل الشروط المتعلقة بالمدين شرطين، الأول: ان يكون تصرفه مؤديا إلى اعساره، ويكون هذا الشرط متحققا من باب اولى اذا كان معسرا قبل التصرف. والشرط الثاني: إن يتوافر لدى المدين قصد الاضرار بدائنيه، كما يظهر من هذا النص ان التصرف الذي يجوز الطعن فيه بطلب وقفه، يجب ان يكون تصرفا قانونيا، وان يؤدي الى خروج حق من ذمة المدين تبرعا أو معاوضة (باقل من ثمن المثل نتيجة تواطؤ مع المتصرف إليه) ولم يشر إلى غير ذلك من صور التصرفات الضارة بالدائنين، كما لم يحدد نص المادة (٣٦٧) بوضوح الشروط التي تلزم في جانب الدائنين الذين يحق لهم التمسك بوقف نفاذ تصرف المدين، وإنما أشار إليهم باعتبارهم الدائنين الذين يضارون من هذا التصرف، مما يقتضي بيان الشروط التي ترجع إلى الدائنين في ضوء غاية الدعوى.

ونعرض فيما يلي لهذه الشروط مع المقارنة بشروط الدعوى التي يطعن بها في تصرفات الدائنين في القانونين المدني المصري في ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: الشروط المتعلقة بالمدين.

المطلب الثاني: الشروط المتعلقة بالتصرف المطعون فيه.

المطلب الثالث: الشروط المتعلقة بالدائن.

المطلب الأول: الشروط المتعلقة بالمدين:

الحقيقة أن الشروط المتعلقة بالمدين تكاد تكون محصورة في شرطين، الأول شرط الغش والتواطؤ وهو العنصر النفسي أو الذاتي في دعوى عدم النفاذ، والثاني الإعسار أو الإفلاس ويمثل العنصر المادي أو الموضوعي لذات الدعوى، إلا أن شرط الغش والتواطؤ هو العمود الفقري لهذه الدعوى التي تقوم أساساً على محاربة الغش، وفق قاعدة "أن الغش يفسد التصرفات"، فالغش لا يوجد في جانب المدين، إلا إذا تصرف تصرفاً مفقراً يؤدي إلى إعساره للإضرار بدائنه، فلا يكفي أن يؤدي هذا التصرف إلى إعسار المدين أو الزيادة في إعساره، بل يجب أن يكون هذا التصرف منطوياً على الغش. والباعث النفسي هنا له اكبر الأثر في نفاذ تصرفات المدين أو عدم نفاذها وهو من الصعب إثباته.

والغش في الدعوى البوليصية يختلف عن التدليس كعيب في الرضا. فالتدليس يتكون من أفعال احتيالية تستخدم ضد أحد أطراف العقد من قبل الأخر أو الدلال أو السمسار، من أجل تضليله وحملة على التعاقد على نحو مخالف للحقيقة والواقع؛ ولذلك يكون العقد قابلاً للإبطال لمصلحة المتعاقد المخدوع شريطة أن ينتج عنه غبن فاحش، أما الغش في دعوى عدم النفاذ فهو يخرق مبدأ حسن النية الذي يحكم جميع العقود، ويتجسد في سؤ نية المتعاقد المعسر، وتواطؤه مع المتصرف إليه بقصد الإضرار بدائنه وهو من الغير، والجزاء عليه، هو عدم نفاذ التصرف في حقه، وليس أبطال العقد(١٣)، كما هو في التدليس المصحوب بغبن فاحش باعتباره عيب من عيوب الإرادة.
ونتناول في هذا المطلب غش المدين، وتواطئه مع المتصرف إليه، وغش خلف المتصرف إليه أو علمه بإعسار المدين وذلك على النحو التالي:

أولاً: شرط غش المـــــــــــدين:

اختلف الفقهاء حول المقصود بالغش في الدعوى البوليصية على رأيين:

الرأي الأول: ذهب إلى أن المقصود بغش المدين في دعوى عدم نفاذ التصرف، هو مجرد علم المدين بإعساره، وبأن هذا التصرف سيؤدي إلى إعساره أو الزيادة في هذا الإعسار، وهذا يعني أن الغش أو التواطؤ يستنتج من خلال قرائن الأحوال وطبيعة التصرف، لأن الغش في ذاته أمر نفسي يصعب إثباته، ولكن من الممكن الاستدلال عليه عن طريق إثبات الدائن أن المدين يعلم يقيناً أن التصرف الذي أجراه معاوضة بأقل من ثمن المثل أو تبرعاً يؤدي إلى إعساره أو الزيادة في إعساره، والإعسار أو الزيادة فيه يؤدي إلى إنقاص الضمان العام، وهذا يؤدي إلى الإضرار بالدائنين[١٤].

الرأي الثاني: ذهب إلى القول بأن المقصود بالغش في دعوى عدم نفاذ التصرف أن يقصد المدين إلى الإضرار بالدائنين من خلال التصرف الذي يقوم به، ولا يكفي علم المدين بأن هذا التصرف سيؤدي إلى إعساره أو الزيادة في هذا الإعسار، وذلك أن المدين قد يتصرف في ماله ظناً منه بأن حالة الإعسار هذه مجرد ضائقة قصيرة، وستزول بهذا التصرف الذي سيبرمه، والذي يظن أنه سيحصل منه على فائدة تخرجه من هذه الضائقة، ثم لا يتحقق ما أراد، أو قصد به الحصول على ما تقوم به حياته من مأكل وملبس ومسكن، فيختلف بذلك العامل الأساسي الذي من خلاله يتم ترجيح مصلحة الدائن على مصلحة المتصرف إليه بعوض[١٥].

وقد أخذ بالرأي الثاني المشرع المصري، وتبعه في ذلك المشرع اليمني، حيث نصت المادة (٢٣٨) مدني مصري على "إذا كان تصرف المدين بعوض اشترط لعدم نفاذ التصرف في حق الدائنين أن يكون منطوياً على غش من المدين"، ونصت المادة (٣٦٧) مدني يمني على "إذا قصد المدين الإضرار بدائنيه".

ثم إن المشرع المصري أقام قرينة قانونية بسيطة، تسهل للدائن إثبات الغش، فنص في المادة (٢٣٨) على أنه: "يكفي لاعتبار التصرف منطوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين، وهو عالم بأنه معسر"، ومؤدي هذا النص أن المشرع رأى صعوبة إثبات الغش من قبل الدائن فلذلك أعطاه المشرع قرينة قانونية تمكنه من إثبات غش المدين، من خلال إثباته بأن المدين عند قيامه بالتصرف كان يعلم علم اليقين أن هذا التصرف سوف يؤدي إلى إعساره أو الزيادة فيه، ولكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس، فيستطيع المدين أن ينقضها، بأن يثبت أنه بالرغم من علمه بإعساره،

---

[١٤]) انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،ج٢، دار احياء التراث العربي، بيروت، ف٥٩١ ، ص ١٠٣٦ د.الشامي: المرجع السابق ، ص٩٩)، د . عبد المنعم البد راوي، مرجع سابق، ف ١٣٠، ص ١٥١، د. سعيد جبر، مرجع سابق، ص ١٣٨.

[١٥]) حسن عبده احمد السراجي، الحجر على المدين حماية لحق الغرماء (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني اليمني والمصري، دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس،٢٠٠٦)، م، ف ٨٧٦، ص ٧٧٠، د . اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام (أحكام الألتزام)،ج٢، مكتبة عبدالله وهبة، عابدين، مصر ١٩٦٧، ص ٢٠٥ د . سليمان مرقص ، الوافي في شرح القانون المدني (في الألتزامات) ف ١٧٠، ص ٣٣٥ .

إلا أنه لم يقصد إلحاق الضرر بالدائن، بل كان الدافع له على التصرف في ماله باعثاً أخر، وهو الحصول على ما تقوم به معيشته من مأكل وملبس ومشرب، أو أنه يستجيب لواجب أخلاقي يدعوه إلى النفقة على أقاربه، أو تجهيز عرس أبنته، أو انه يدفع رسوم تعليم أولاده أو أنه سوف يحصل على المال من اجل فتح مشروع تجاري يخرجه من الضائقة المالية حسب اعتقاده، وستزول بهذا التصرف عما قريب، ففي هذه الحالات وأشباهها، إذا أثبت المدين ذلك، فإنه لا يجوز للدائن الطعن في هذا العقد لانعدام الغش[١٦].

أما بالنسبة للمشرع اليمني، فإنه لم يورد مثل هذه القرينة التي تسهل على الدائن عبء الإثبات لهذا ينبغي الرجوع إلى القواعد العامة في الإثبات؛ بحيث يمكن الاستدلال على الغش من خلال قرائن الأحوال وطبيعة التصرف، بأن يثبت الدائن أن المدين يعلم علماً يقيناً أن هذا التصرف الذي أجراه معاوضة بأقل من ثمن المثل أو تبرعاً يؤدي إلى إعساره أو الزيادة في هذا الإعسار، وذلك لاعتبار أن التصرف المؤدي إلى الإعسار أو الزيادة فيه يؤدي إلى إنقاص الضمان العام وهذا يؤدي بدوره إلى إنقاص الضمان العام[١٧]، وإنقاص الضمان وزيادته بإلاعسار هو إثبات لوقائع مادية، ويجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات سواء في القانون المصري أو اليمني[١٨].

إلا أن القانون المدني المصري قد ذهب إلى التفرقة بين التصرفات التي يجريها المدين، فأشترط غش المدين في المعاوضات دون التبرعات[١٩]، حيث نصت المادة (٢٣٨) مدني مصري في الفقرة الأولى على أنه "إذا كان تصرف المدين بعوض، أشترط لعدم نفاذة في حق الدائنين أن يكون منطوياً على غش المدين" ونصت الفقرة الثانية على أنه "أما إذا كان التصرف تبرعاً فإنه لا ينفذ في حق الدائنين، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً".

وعلى هذا إذا وهب المدين مالاً أو تنازل عن حق له في ذمة الغير بدون مقابل، كان للدائن الطعن في هذا التصرف بمجرد أن يثبت أن تصرف المدين قد أدى إلى إعساره أو زاد في هذا

[١٦] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،ج٢ مرجع سابق، ف٥٩١، ص ١٠٣٦، حسن عبده احمد السراجي، مرجع سابق، ف٨٧٦، ص ٧٧٠ ، د. سعيد جبر، مرجع سابق، ص ١٤٩.

[١٧] د. محمد حسين الشامي، مرجع سابق، ف١٠٢ ، ص ٩٩ .

[١٨] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ف٥٩١، ص ١٠٣٦، د. سعيد جبر، مرجع سابق، ص ١٤٩.

[١٩] د. عبد المنعم البدراوي: أحكام الالتزام، مرجع سابق، ف١٣٤، ص١٥٦.

الإعسار، ولو لم يكن هناك غش من جانب المدين، أي قصد الإضرار بالدائنين، في حين أنه إذا كان التصرف معاوضة فإنه يجب أن يكون منطوياً على غش من المدين[٢٠].

والحكمة في هذه التفرقة بين المعاوضات والتبرعات واضحة، لأن الدائن سيتضرر حتماً من جراء تبرع مدينه إذا ما بقى هذا التبرع قائماً، أما الموهوب له (المتصرف إليه)، فلن يشكو إلا من فوات النفع الذي سيعود عليه إذا ما أعطي الدائن الحق في إبطال التبرع، والفرق واضح بين من يتوقى ضرراً ومن يبتغي نفعاً، فالدائن هو الأجدر بالرعاية.

أما في المعاوضات فإن المفاضلة بين الدائن والمشتري، تختلف عن العلاقة بين الدائن والموهوب له، إذ أن المشتري إنما يتوقى ضرراً كالدائن، فقد دفع مقابلاً للمدين، فإن كان حسن النية، وجب أن يفضل على الدائن ما دام لم يحتط لنفسه فيحصل على ضمان خاص (رهن أو أولوية) لاستيفاء حقه ويعطيه مزيتي التتبع والتقدم على غيره من الدائنين، أما إذا كان المشتري سيء النية فلا يفضل على الدائن[٢١] وإنما يعامل بنقيض قصده السيئ.

أما بالنسبة للقانون اليمني فإن الغش في جانب المدين شرط في الدعوى البوليصية، سواء كان التصرف المطعون فيه معاوضة أو تبرعاً، ولكن إذا كان التصرف معاوضة اشترط فيه أيضاً الغش من جانب من صدر له التصرف، أما إذا كان تبرعاً، لم يشترط الغش في جانب من صدر له التبرع، ويكفي غش المدين[٢٢]، ومن ثم تقبل دعوى عدم نفاذ التصرف لدفع الإضرار بالدائنين أياً كان التصرف معاوضة كاملة، أو بأقل من ثمن المثل أو تبرعاً، فلا ينفذ في حق الدائنين إلا إذا تم إيداع الثمن كاملاً خزينة المحكمة لحساب الدائنين. وقد نصت المادة (٣٦٧) مدني يمني في أخرها على ذلك بقولها"... ويكون للمتصرف إليه إذا أراد نفاذ التصرف أن يودع بنظر الحاكم ثمن المثل وقت التصرف أو ما يكمله بحسب الأحوال، وتنتقل حقوق الدائنين على المال المودع" (وهي نفس المادة الواردة في المادة (٢٣٧) مدني مصري، (٢٣٨) مدني سوري، (٢٦٣) مدني عراقي، (٢٤٠) مدني ليبي، (٢٧٨) لبناني الموجبات والعقود).

---

[٢٠]) حسن عبده احمد السراجي، مرجع سابق و ف٧٧٩، ص ٧٧٢، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ف ٥٩١ ، ص ١٠٣٨ – ١٠٣٩، د. سليمان مرقص، مرجع سابق، ف ١٧٠ – ٣٣٣ .

[٢١]) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ف ٥٩٢، ص ١٠٣٩ – ١٠٤٠، د. سعيد جبر، مرجع سابق، ص ١٤٩، د. اسماعيل غانم، مرجع سابق ف ٩٣، ص ٢٠٥، د. سليمان مرقص، مرجع سابق، ف ١٧٠، ص ٣٣٤ .

[٢٢]) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ف ٥٩٢، ص ١٠٤٠ .

ثانياً: تواطؤ المدين مع المتصرف إليه عند إبرام التصرف المطعون فيه:

كما اختلف الفقه في ماهية الغش المشترط من جانب المدين، اختلف أيضاً في ماهية الغش الواجب توافره في المتصرف إليه، ليصبح اتصال التواطؤ موجود بينه وبين المدين.

فذهب رأي: إلى أن المقصود به علم المتصرف إليه بتوافر الغش في جانب المدين، ولا يشترط أن يكون هذا المتصرف إليه مشتركاً بهذا الغش[٢٣].

وذهب الرأي الثاني: إلي عدم الاكتفاء بذلك، أي علم المتصرف إليه بغش المدين فقط، بل يجب على هذا المتصرف إليه الاشتراك مع المدين في قصد الإضرار بالدائنين، ولقد أخذ المشرع المصري بالرأي الأول، وهو علم المتصرف إليه بغش المدين دون أن يكون هذا المتصرف إليه مشتركاً في الغش[٢٤].

ونجد أن القانون المصري، أنشأ قرينة قانونية تسهل إثبات علم المتصرف إليه بغش المدين حيث نصت المادة (١/٢٣٨) على أنه "إذا كان تصرف المدين بعوض، اشترط لعدم نفاذة في حق الدائن أن يكون منطوياً على غش من المدين، وإن يكون قد صدر من المدين، وهو عالم بأنه معسر، ويكفي لاعتبار التصرف منطوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين، وهو عالم بأنه معسر، كما يعتبر من صدر له التصرف عالماً بغش المدين إذا كان قد علم أن المدين معسر".

ويؤخذ من النص أنه يكفي إثبات علم المتصرف إليه بإعسار المدين، حتى يفترض فيه علمه بغش المدين، فإذا أقام الدائن هذا الدليل، توافرت قرينة قانونية على التواطؤ أي علم المتصرف إليه بغش المدين، لكن هذه القرينة هي أيضاً بسيطة، يجوز دحضها بإثبات العكس فإذا أراد المتصرف إليه أن ينفيها، فعليه أن يثبت أنه كان حسن النية، أي أنه لم يكن يعلم بأن المدين قصد بالتصرف الإضرار بدائنيه، كأن يعقد معه بعض التصرفات العادية التي تقتضيها صيانة تجارة المدين أو زراعته أو صناعته، فمثل هذه التصرفات تقع صحيحة وتكون بمأمن من الطعن، إذا أثبت المتصرف إليه عدم معرفته بسوء نية المدين[٢٥].

ثالثاً: اشتراط غش خلف المتصرف إليه أو علمه بإعسار المدين:

الخلف هو من تلقى حقاً على الشيء الذي انتقل إليه من المتصرف إليه مثل المشتري من المشتري، أو الموهوب له أو الموصى له سواء كان التصرف معاوضة بأقل من ثمن المثل أم

٢٣) د/سعيد جبر، مرجع سابق، ف٩٣، ص٢٠٤.

٢٤) حسن عبده احمد السراجي، مرجع سابق، ف ٨٧٦، ص ٧٧٠، ص ٧٧٢.

٢٥) د. إسماعيل غانم، مرجع سابق، ف ٩٣، صـ ٢٠٤ – ٢٠٥، حسن عبده احمد السراجي، مرجع سابق ف ٨٧٩، صـ ٧٧٢ – ٧٧٣ .د. سليمان مرقص، مرجع سابق، ف ١٧٠، صـ ٣٣٣ وما بعدها .

تبرعاً. فقد يقوم المتصرف إليه من المدين بالتصرف بالشيء الذي انتقل إليه من المدين إلى شخص ثالث، فنكون أمام تصرفين، تصرف من المدين إلى متصرف إليه أول، تم التصرف من هذا الأخير إلى متصرف إليه ثان، مثال ذلك أن يهب زيد لعمر شيئاً أو يبيعه له، تم يقوم عمر بهبة هذا الشيء الذي تلقاه من الأول إلى بكر أو يبيعه له. فيثور التساؤل هنا عما إذا كان يجوز للدائن التمسك بعدم نفاذ هذا التصرف الأخير، ومن ثم الطعن فيه بالدعوى البوليصية أم لا؟

الأصل أنه إذا كان تصرف المدين غير نافذ في حق دائنيه، فإن الحق المتصرف فيه إلى الغير وهو الخلف يعتبر بالتبعية كأنه لم ينتقل إلى الخلف، وبالتالي يكون تصرف الخلف عاجزاً أن ينقل هذا الحق إلى خلف الخلف، لأن الشخص لا يستطيع أن يدلي إلى غيره بأكثر مما يملك[٢٦].

وبناءاً على ذلك يجب الاكتفاء بالوقوف على التصرف الأول الصادر من المدين، فإن كان نافذاً في حق دائنيه ـ حيث لم تتوافر فيه الشروط اللازمة للطعن فيه بالدعوى البوليصية ـ اعتبرت تصرفات الخلف أيضاً نافذة بالتبعية دون أي بحث خاص لأمور أخرى، أما إذا كان غير نافذ في حق دائنيه– حيث توافرت شروط الطعن بالدعوى البوليصية– اعتبرت تصرفات الخلف أيضاً غير نافذة إلى خلفه ،تطبيقاً لقاعدة أن فاقد الشيء لا يعطيه، وأن المتصرف لا يستطيع أن ينقل إلى غيره أكثر مما يملك.

عليه، يمكن القول بأن المتصرف إليه إذا تصرف بالحق الذي تلقاه من المدين إلى متصرف إليه ثان، فإنه ينظر إلى التصرف الأول، فإن نفذ في حق الدائنين نفذ هذا الأخير تبعاً له، وأن لم ينفذ الأول، لم ينفذ التصرف الثاني تبعاً له أيضاً، وإلى هذا ذهب المشرع اليمني.

أما المشرع المصري، فقد ذهب إلى التفرقة بين عقود التبرعات وعقود المعاوضات. وجعل المسالة لا تخرج عن حالتين[٢٧]:

الحالة الأولى: والتي يكون التصرف الثاني فيها تبرعاً، وهذه الحالة لا تخلو من فرضيين:

الفرض الأول: أن يكون التصرف الأول تبرعاً أيضاً مثل التصرف الثاني.

الفرض الثاني: أن يكون التصرف الأول معاوضة.

ففي هذه الحالة بفرضيها أخذ المشرع المصري بما اخذ به المشرع اليمني فجعل التصرف الثاني في نفاذه أو عدم نفاذه موقوف على التصرف الأول، فإن نفذ التصرف الأول، نفذ التصرف الثاني

[٢٦]) د. عبدالمنعم البدراوي، مرجع السابق، ص١٣٤ .د.سليمان مرقص، مرجع سابق، ص٣٣٩ .

[٢٧]) د. سليمان مرقص، مرجع سابق، ف١٧١، صـ ٣٣٩-٣٤٠، حسن عبده أحمد السراجي، مرجع سابق ، ف٨٨٢، صـ ٧٧٤-٧٧٥ .

تبعاً له، وأن لم ينفذ التصرف الأول، لم ينفذ التصرف الثاني تبعاً له أيضاً، وذلك كله بالرجوع إلى القواعد العامة.

الحالة الثانية: وهي حالة ما إذا كان التصرف الثاني معاوضة، وهذه الحالة لا تخلو أيضاً من فرضين:

الفرض الأول: أن يكون المدين قد تصرف في هذا الشيء معاوضة، تم تصرف فيه المتصرف إليه الأول إلى متصرف إليه ثان معاوضة، كما اذا باع زيد عقاره إلى عمر، ثم يقوم عمر ببيع هذا العقار إلى بكر، ففي هذا الفرض يجب على الدائن رافع الدعوى أن يثبت ليس فقط غش المدين وتواطؤ المتصرف إليه، بل يجب أن يثبت غش خلف المتصرف إليه، ويتوافر هذا الغش إذا أثبت الدائن علم خلف المتصرف إليه بأمرين، الأمر الأول غش المدين، الأمر الثاني تواطؤ المتصرف إليه مع المدين، فإن لم يستطع إثبات ذلك فلا يستطيع أن يطعن بعدم نفاذ التصرف لاعتبار أن المشتري حسن النية، أما المشتري الثاني فلا يهم أن يكون حسن النية أو غير ذلك.

الفرض الثاني: أن يكون المدين قد تصرف في هذا الشيء تبرعاً، ثم تصرف فيه المتصرف إليه الأول إلى متصرف إليه ثان معاوضة، مثال له أن يهب زيد عقاره لعمر ثم يقوم عمر ببيعه إلى بكر، ففي هذا الفرض يجب على الدائن أن يثبت غش المتصرف إليه الثاني فقط لكي يكون التصرف الثاني غير نافذ في حق الدائنين[٢٨]، ولا أهمية بعد ذلك لحسن أو سؤ نية البائع[٢٩] (قريباً من ذلك انظر: د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط ج٢ ف٥٩٣، ص١٠٤١)، قد جانبت السبب الذي من أجله نشأت دعوى عدم نفاذ التصرف، وهو غش المدين المعسر وتواطئه مع المتصرف إليه. وقد وقف المشرع اليمني عند هذا السبب وفقاً للمادة (٣٧٤) مدني يمني، وتبعاً لذلك إذا تمكن الدائن من إثبات سؤنية المدين أو تواطئه مع المتصرف، فإن ذلك كاف لعدم نفاذ التصرف في حقه معاوضة كان أم تبرعاً، ولا أهمية أن يكون المتصرف إليه أو خلفه الخاص حن النية من عدمها. وفي نهاية المطاف يستطيع حائز وهو من استقرت عنده العين المتصرف فيها أن يتفادى دعوى عدم النفاذ بإيداع ثمن المثل للعين من وقت التصرف لا من وقت رفع دعوى عدم النفاذ بنظر المحكمة أو ما يكمل ثمن المثل، وبالتالي تنتقل حقوق الدائنين إلى المال المودع، وينصب ذلك على عقود المعاوضات وبهذا الحل يكون القانون المدني اليمني قد ساير القانون المصري وهو ما

[٢٨]) سليمان مرقص، المرجع السابق، ف ١٧١، صـ ٣٤٠، حسن عبده أحمد السراجي، مرجع سابق، ف ٨٨٢، صـ ٧٧٥-٧٧٦ .
[٢٩]) قريباً من ذلك انظر:د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط ج٢ ف٥٩٣، ص١٠٤١.

أخذت به المادة (٣٤١) مدني مصري، أما التبرعات فلا تنفذ في الدائنين، ولو كان المتبرع له حسن النية؛ إذ أن سؤ نية المدين المعسر وقصد الإضرار بالدائنين محققاً.

وقد ورد عن بعض فقهاء المالكية ما يدعم موقف المشرع اليمني بقولهم"... أن المدين إذا أحاطت الديون بماله، وقام الدائنون عند القاضي _ بمطالبة ديونهم _ فإن تصرفاته بعد أن أفلس لا تنفذ إذا كانت تبرعاً، وتنفذ إذا كانت معاوضة حتى يحكم الحاكم بالحجر عليه، وبعد الحجر عليه لا ينفذ أي تصرف سواءً كان معاوضة أم تبرعاً[٣٠].(بداية المجتهد لإبن رشد: ج٢ ص ٢٣٦، والقوانين الفقهية لابن جزي المالكي، ص ٣٤٦، د. السنهوري في مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج٥ ص ١٥٠).

المطلب الثاني: الشروط الخاصة بالتصرف المطعون فيه:

يتضح من نص المادة (٣٦٧) مدني يمني والمادة (٢٣٧) مدني مصري، أنه ليس كل تصرف قام به المدين يجوز الطعن فيه، بل لا بد أن يكون هذا التصرف من التصرفات الإرادية، وهي ما يعبر عنها القانون بالتصرف القانوني وأن يؤدي هذا التصرف إلى نقص الذمة المالية للمدين، وهو ما يعبر عنه الفقه القانوني، بالإفقار، إلا أنه ليس كل ما أفقر المدين يجوز الطعن فيه بعدم النفاذ، بل لا بد أن يضعف الضمان العام للدائنين. وإضعاف الضمان العام يضر بالدائنين، وبالتالي يحق لهم رفع دعوى عدم النفاذ لتحقق المصلحة والتي تتمثل في إزالة هذا الضرر، فإذا لم يكن للدائنين حق على هذا المال لم يكن هناك ضرر، وبالتالي لا يجوز لهم رفع هذه الدعوى. ونفصل أهم تلك الشروط في هذا المطلب وعلى النحو التالي:

أولا: أن يكون التصرف المطعون فيه تصرفا قانونياً.

ثانيا: أن يكون التصرف مفقرا وضارا بالدائنين.

ثالثاً: أسبقية حق الدائن على تصرف المدين المطعون فيه.

أولا: أن يكون التصرف المطعون فيه تصرفا قانونياً.

التصرف القانوني هو الواقعة القانونية التي تترتب اثارها بسبب اتجاه الإرادة الى احداثها، ولذا فهو وحده الذي يمكن ان يقصد به المدين الى الاضرار بالدائن، ومقتضى هذا الشرط أن تتجه

[٣٠]) بداية المجتهد لإبن رشد: ج٢ ص ٢٣٦، والقوانين الفقهية لابن جزي المالكي، ص ٣٤٦، د. السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة الفقه الغربي، الجامعة العربية، معهد البحوث العلمية، بدون طبعة، ج٥ ص ١٥٠).

إرادة المدين لإحداث هذا التصرف سواءً صدر من جانبين كالبيع أو بإرادة منفردة كالوقف والوصية والهبة أو بالنزول عن حق ارتفاق أو انتفاع أو قام بالإبراء من دين له ونحو ذلك من التصرفات التي يبرمها المدين بإرادته وهذه التصرفات يجوز فيها الطعن بدعوى عدم نفاذ التصرف لاحتمال أنها صدرت من المدين بقصد الإضرار بالدائنين. أما الوقائع القانونية الاخرى التي تترتب اثارها بحكم القانون، كالفعل الضار أو الفعل النافع او الوقائع الطبيعية، أو واقعة قرابة أو نحو ذلك فلا يتصور أن يتخذها المدين اداة لغش الدائن أو إلحاق الضرر به، لعدم دلالتها على قصد الإضرار أو لعدم أجود أي يد للمدين في إحداثها. فالقانون هو الذي يرتب التزام المدين بالتعويض عن الضرر، أو برد ما أثري به، فإذا ارتكب المدين جريمة وحكم عليه بتعويض الضرر الحادث منها للمجني عليه، لا يكون للدائن ان يطعن في استحقاق المضرور للتعويض[٣١].

ومع ذلك يجوز الطعن في مثل تلك الحالات عند ما يثبت الدائن أن المدين تواطأ مع خصمه، وأهمل الدفاع عن نفسه بقصد صدور الحكم لصالح خصمه إضراراً بدائنه، وهنا يحق للدائنين حق استعمال اعتراض الخارج عن الخصومة ضد الحكم نفسه حتى لا يسري في حقهم، ويقع عليهم عبء إثبات قصد الإضرار بهم [٣٢] (د. الشامي: أحكام الالتزام ص٩٣).

وتبعاً لذلك فالطعن بطلب بوقف التصرف القانوني الذي يبرمه المدين جائز سواءً أكان هذا التصرف صدر بإرادة منفردة. كالنزول عن حق عيني أو الابراء والوقف أو كان يدخل في رابطه عقدية كالبيع والهبة والشركة والصلح، وسواء اكان معاوضة أو تبرعا، عند توافر الشروط الأخرى لهذا الطعن[٣٣].

وقد أحسن المشرع اليمني صنعاً حينما جعل قصد الإضرار أو تواطؤ المدين مع المتصرف إليه هو مناط قبول دعوى عدم نفاذ التصرف، وتخرج من نطاق دعوى عدم نفاذ التصرف كل الأموال والحقوق المستثناة من الحجز بنص القانون في المادة (٣٥٩) مدني يمني، وما لا يجوز الحجز عليه وبيعه فلا يجوز بالتالي أن ترفع بشأنه دعوى عدم نفاذ التصرف وعلى سبيل المثال لا يجوز الحجز على منزل المدين ما لم يكن مرهونا بدين، وثيابه وآلة حرفته وكفايته هو ومن تلزمه نفقتهم من الدخل الى الدخل كما أن حياة المدين لا تستقيم بدونها. والحقوق المتعلقة بالحرية الشخصية

---

[٣١]) د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ف ٧٦٤، ص ٨٦٤، د. محمد حسين الشامي، مرجع سابق، ص ١٠٥.

[٣٢] د. الشامي: أحكام الالتزام مرجع سابق، ص٩٣)

[٣٣]) د. محمد حسن الشامي، مرجع سابق، ص ٩٥. د. سعيد جبر، مرجع سابق، ص ١٤١. د. عبدالمنعم البدراوي، مرجع سابق، ص ١٢٦.

للمدين كحقه في قبول الهبة وحقه في طلب الشفعة وغيرها من الحقوق المتعلقة باستعمال رخصة لا يجبر المدين على قبولها، كما لا يلزم المرأة المعسر أن تتزوج لقضاء دينها من المهر أو أن تتزوج بأقل من مهر مثلها، وكذلك حقوق المؤلف الأدبية غير المالية كحق المدين في نشر مؤلفه أو إعادة نشره، و ويمنع على الدائنين المطالبة بالتعويض عن الأضرار الأدبية التي لحقت بالمدين. وهذه الحقوق الأخيرة يستقل بتقديرها المدين بنفسه، وبشكل عام كل الحقوق والدعاوي التي لا يجوز استعمالها بإسم المدين، فلا يجبر المدين على استعمالها، وبالتالي لا تدخل في نطاق دعوى عدم النفاذ. وهذا المعنى تقرره المادة(١/٢٣٥) مدني مصري، والمادة (٣٦١) مدني يمني.

ثانياً: أن يكون التصرف مفقرا وضارا بالدائنين.

ومقتضى هذا الشرط أن دعوى عدم النفاذ لا تقبل لا إذا تصرف المدين مفقراً، أي يؤدي إلى إعساره، دون تحديد لنوع التصرف أو طبيعته، وهذا هو الشرط الذي ورد في القانون المصري، والتصرف يكون مفقرا اذا كان ينقص من حقوق المدين، كالبيع الذي يخرج الحق المبيع من ذمة المدين إلى ذمة المشتري بأقل من ثمن المثل أو الشراء بغبن فاحش، أو يقوم بإبرام تصرفات منفردة كالهبة التي يخرج بها المدين مالا من ذمته إلى ذمة الموهوب له دون مقابل، والإبراء من الدين، وذلك لما يترتب على مثل تلك التصرفات من الإضرار بحق الدائنين في الضمان العام.

وقد حددت المادة (٢٣٧) مدني مصري، صور التصرف المفقر بقولها "إذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين او زاد في التزاماته "وسواء أكان التصرف تبرعا أو معاوضة ".

ووفقاً للنص قد يكون التصرف مفقرا كذلك، إذا كان يزيد من التزامات المدين كقرض يبرمه، فيكون ملتزما بوفائه[٣٤]. ولكن كيف يكون وصف التصرفات بأنه مفقر اذا تم معاوضة؟

الجواب على ذلك أن إخراج الحق المبيع معاوضة من ذمة المدين، غالباً ما يكون في مقابل ثمن فيعتبر حقا للمدين، وهو في الفرض المعتاد يساوي قيمة الحق المبيع، كذلك ان كان التزام المدين بالقرض يزيد من التزاماته، فان تلقى القرض يعتبر زيادة لحقوقه بمقدار ما زاد من التزاماته.

إلا أن الفقه يعلق على ما سلف بيانه بالقول بأنه يمكن القبول بذلك في حالة ما إذا كان المدين البائع لم يحصل الا على ثمن بخس أو انه أخفاه أو بدده ؛ بحيث لا يمكن الدائن من التنفيذ عليه،

[٣٤])عبدالمنعم البدراوي، مرجع سابق، ص ١٢٧، سليمان مرقص، مرجع سابق، ص٣١٨، وانور سلطان، مرجع سابق، ص٤٥.

وكذلك يفترض أن المدين المقترض قد اخفى ما اقترضه، والا لما ادى القرض إلى اعساره أو الزيادة في اعساره، لو كان مبلغ القرض قد اضيف إلى امواله[٣٥].

ولذلك إن كان من المؤكد أن مقابل الحق الذي خرج من ذمة المدين قد دخل في هذه الذمة، لمصلحة الدائنين الذين لهم حق الطعن بدعوى عدم النفاذ، فان تصرف المدين الذي اخرج به هذا الحق إلى المتصرف إليه يصبح في منأى عن طعن الدائنين، وقد نص القانون المدني المصري (في المادة ٢٤١) على حق المتصرف اليه في تجنب الطعن في التصرف الذي ينقل اليه حقا بإيداع قيمته (ثمن المثل) خزانة المحكمة لحساب الدائنين، فقضى بأنه: "إذا كان من تلقى حقا من المدين المعسر لم يدفع ثمنه، فانه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل، وقام بإيداعه خزانة المحكمة"، فهذا الايداع لمقابل الحق المتصرف فيه، يتأكد دخول هذا المقابل في ذمة المدين لمصلحة جميع الدائنين، وتنتفي صفة "الافقار" عن تصرف المدين في هذا المدين[٣٦]، وعلى ذلك لو أن القرض وإن كان فيه زيادة للالتزامات المدين، دخول مبلغ القرض في الضمان، فلا يعد من التصرفات المفقرة[٣٧] (د. السنهوري في الوسيط ج٢ ف ٥٨٧، ص١٠١٤ هامش)[١].

وتحديد معنى التصرف المفقر بأنه ذلك الذي يترتب عليه خروج حق من ذمة المدين، او زيادة التزاماته، يقتضي استبعاد التصرفات التي لا تؤدي إلى زيادة الحقوق أو إنقاص الالتزامات من نطاق الطعن بعدم النفاذ، ومثال ذلك رجوع المدين عن الهبة قبل القبض، ورجوعه عن إبراء احد دائنيه من دين له عليه، وغيرها، فلا يمكن الطعن فيها بعدم النفاذ، لأنها ليست تصرفات مفقرة بالمعنى السابق، وهي على أي حال لا تنقص الضمان العام وان كانت تحول دون زيادته[٣٨].

وبهذه المثابة نجد أن القانون المدني المصري اعتبر أن التصرف المفقر يشمل كل تصرف يؤدي إلى إنقاص الحقوق أو زيادة في الالتزامات وفق المادة (٢٣٧)، كما قد يكون في امتناع المدين عن التمسك بالتقادم إذا كانت العين بيد حائز يريد أن يتملكها بمضي المدة وفق المادة (٢/٣٨٨) مدني مصري، وكذا قيام المدين بتفضيل دائن على أخر، واختصاصه برهن أو وفاء قبل

[٣٥] عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق، مرجع سابق، ف ٤٧٤، ص ٧٩٤.د. البدراوي، مرجع سابق، ص١٢٨. د. سليمان مرقص، مرجع سابق، ص ٣١٤.

[٣٦] د. جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص ١٣٠.د.حسن السراجي، مرجع سابق، ص٨١٤.

[٣٧] د. السنهوري في الوسيط ج٢ ف ٥٨٧، ص١٠١٤ هامش(١) .

[٣٨] د. عبدالمنعم البدراوي، مرجع سابق، ص ١٢٩. د. سليمان مرقص، مرجع سابق، ص ٣١٨. اسماعيل غانم، مرجع سابق، ص ٢٠٠.

انقضاء الأجل، فيجوز للدائنين الطعن في مثل تلك التصرفات بدعوى عدم نفاذ التصرف حتى يخلص لهم الحق جميعاً[٣٩].

أما القانون المدني اليمني، فقد ذهب إلى التضييق من نطاق استخدام دعوى وقف نفاذ التصرف وقصرها في صورة إخراج المدين حقا من ذمته تبرعا، وصورة التصرف معاوضة بما يقل عن ثمن المثل، وهو بذلك يفتح ثغرة أمام المدين لغش دائنيه، عن طريق إبرام قروض كبيرة تحمله بالتزامات ضخمة تؤثر على حقوق الدائنين، فإذا لم يعط الدائنين الحق في طلب وقف نفاذ هذا العقد لدخل المقرض مع الدائنين في قسمة أموال المدين قسمة غرماء، فيحرمهم من جزء هام من حقوقهم، كما قد يكون المقرض متواطئا مع المدين، بغرض تحقيق فائدة يجنيها المدين من القرض الصوري[٤٠].

ومع ذلك نجد أن نص المادة (٣٦٧) من القانون المدني اليمني يعطي الدائنين الحق في وقف نفاذ القرض عند ثبوت تواطئ المدين مع المقرض حيث أشارت إلى مد نطاق عدم النفاذ ليشمل: "التبرع بماله _ المدين_ أو التصرف فيه متواطئا مع المتصرف اليه بعوض يقل عن ثمن المثل".
ومما يؤكد ذلك أن صياغة نص المادة (٣٦٧) في هذا الشأن تعني ان المتصرف اليه تبرعاً بوسعه أن يتفادى عدم النفاذ بإيداع ثمن المثل، أما المتصرف اليه معاوضة، فلا يلتزم الا بإيداع ما يكمل ثمن المثل، إذا كان التصرف بأقل من ثمن المثل.

وهذا يعني أنه اذا كان التصرف معاوضة بثمن المثل، فان تصرف المدين يكون نافذا، ولا يجوز للدائنين طلب وقف نفاذة، ولا يحق لهم التعرض لهذا التصرف إلا إذا كان بأقل من ثمن المثل، وينفذ بحقهم رغم دعواهم، فإذا أودع المتصرف إليه ما يكمل ثمن المثل، غير للدائنين الحالة ديونهم لهم الحق في الحجز على ثمن المبيع، ولو كان كاملاً للوفاء ببعض حقوقهم سداً لذرائع المدين، ومنعه من تهريب أمواله تحت ستار التصرفات القانونية في الظاهر، وهي في الحقيقة تخفي تصرفات صورية والغرض منها منع الدائنين من التنفيذ الدائنين عليها للوفاء بحقوقهم، ولمنع لإضرار بحقوق الدائنين فقد أعطاهم المشرع مكنة الطعن بالتصرف الصوري وإثبات العقد الحقيقي.
هذا بالإضافة إلى أن للدائنين الحق في الطعن بتصرفات المدين ولو كانت بثمن المثل وفقاً للمادة (٣٦٧) مدني يمني، وإذا أراد المتصرف إليه التمسك بالمبيع فعليه إيداع الثمن كاملاً خزينة المحكمة لحساب الدائنين، ويخول القانون للدائنين التي حلت آجال ديونهم الحجز على تلك الأموال

[٣٩] أنظر د. السنهوري: الوسيط ،ج٢، ف٥٧٨، ص١٠١٥، قريباً من ذلك أنظر: د. عبد المنعم البدراوي، أحكام الالتزام، ف ١٢٣، ص١٤٣.، د. الشامي : أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص٩٦).

[٤٠] د. عبد المنعم البدراوي، مرجع سابق، ص ١٣١. د. حسن السراجي، مرجع سابق، ص ٨١٩.

وتقاسمها قسمة غرماء ما لم يكن لأحدهم ضمان خاص يمنحه حق التقدم على غيره من الدائنين العاديين عملاً بالقواعد العامة.

وهذا الحل يعالج القصور التشريعي في المادة (٣٦٧) مدني والذي قد يفهم منها نفاذ التصرفات التي تمت بثمن المثل في حق الدائنين، والقول بذلك وعلى الصورة التي حددتها المادة آنفاً يقوض الفائدة المتوخاة من دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين المعسر.

وقد أحسن القانون المدني المصري صنعاً، حيث قرر في المادة(٢٤٢) من القانون المدني بجواز الطعن في تصرفات اخرى للمدين، لا يمكن وصفها بانها تصرفات مفقرة بالمعنى الصحيح، لكنها تصرفات تخل بقاعدة المساواة بين الدائنين فتؤدي إلى تمييز بعضهم على بعض، ولذا جعلها القانون من التصرفات التي يطعن فيها بدعوى عدم النفاذ، لتكون غير سارية على باقي الدائنين[٤١]. كوفاء المدين بحق احد دائنيه أو إنشاء تامين خاص لمصلحته.

حيث قضت المادة (٢٤٢) مدني مصري في فقرتها الأولى بأنه: "إذا لم يقصد بالغش إلا تفضيل دائن على اخر دون حق، فلا يترتب عليه الا حرمان الدائن من هذه الميزة، وإذا وفى المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الاجل الذي عين اصلا للوفاء، فلا يسري هذا الوفاء في حق باقي الدائنين، وكذلك لا يسري في حقهم الوفاء ولو حصل بعد انقضاء الاجل، إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذي استوفى حقه."

ومما يفهم من النص أن المدين إذا رتب لأحد دائنيه ضماناً خاصاً (كرهن رسمي أو حيازي)، فقد يكون ذلك بمقابل أو بغير مقابل ،فاذا كان بغير مقابل، فلا يكون نافذ في حق الدائنين الآخرين مطلقاً، إنما إذا كان التامين الخاص بمقابل، كالنزول عن جزء من الدين، أو بعض ملحقاته أو مد اجله لزم توافر الغش في الاتفاق عليه شأنه شأن المعاوضات، فإذا ثبت الغش، فلا يحصل الدائن به على أية أفضلية على غيره من الدائنين الآخرين[٤٢].

وتأسيساً عليه، لو قام المدين بوفاء دين أحد دائنيه، قبل حلول أجله، فيعد من قبيل التبرع فلا يعتد به، ولو لم يقترن بالغش، على خلاف الحال فيما لو كان الوفاء بعد حلول الأجل، اذ يلزم ان يكون هناك تواطؤ بين المدين والدائن، على ما عرفنا في شرط الغش، فإذا كان الوفاء غير نافذ في حق الدائنين، فيلزم إعادة مقابل الوفاء عيناً أو نقداً إلى أموال وتقسيمها قسمة الغرماء[٤٣].

---

[٤١]) جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص ١٢٩، د. سعيد جبر، مرجع سابق، ص ١٤٣. د عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ١٠١٦.

[٤٢]) عبدالمنعم البدراوي، مرجع سابق، ص ١٣٣.

[٤٣]) عبدالمنعم البدراوي، مرجع سابق، ص ١٣١. د. اسماعيل غانم، مرجع سابق، ص ٢٠١. د. سعيد جبر، مرجع سابق، ص ١٤٣.

وليس في القانون اليمني اشارة إلى مثل هذه الأحكام صراحة، إلا أنه يمكن القول أن لفظ لإضرار بالمفهوم العام الوارد في المادة (٣٦٧) مدني يمني يتناولها ضمناً، والنص يتضمن نفس دلالة الأحكام المنصوص عليها في المادة (٢٤٢) مدني مصري، والمعول عليه من دلالة المادة (٣٦٧) مدني يمني أن قبول دعوى عدم النفاذ مناط بتوافر قصد الإضرار الذي يخل بمبدأ المساواة بين جميع الدائنين، وتبعاً لذلك فكل التصرفات السابقة وأمثالها تجيز للدائن، أن يرفع بشأنها دعوى عدم نفاذ التصرف طالما انطوت على لإضرار بحق الدائنين. وهذا ما أكدت عليه المادة (٣٦٧) مدني يمني بقولها: "إذا قصد المدين الإضرار بدائنيه، بأن تبرع بماله أو تصرف فيه متواطئاً مع المتصرف إليه" وفي تقديرنا أن المشرع اليمني لو أخذ بنص المادة (٢٤٢) مصري، لما ثار الجدل حول دخول الحالات التي تناولها القانون المدني المصري، ولكان الحال أفضل مما سبق بيانه.

على أنه يجب التنويه إلى أن الإعسار (الإفقار) في هذا الشرط هو الإعسار الفعلي والذي لا تحل به الديون المؤجلة، وباستطاعة المدين أن يثبت بأن أمواله الموجودة تكفي للوفاء بكل ديونه بخلاف الإعسار القانوني الذي لا يتم إلا بحكم من القضاء، ويترتب عليه حلول جميع الديون المؤجلة.

وقد ذهبت كثير من القوانين إلى التفرقة بين الإعسار الفعلي والتي تصبح فيها أموال المدين أقل من ديونه المحققة ولو لم تكن مستحقة الأداء، وبين الإعسار القانوني والتي تصبح فيه أموال المدين لا تفي بديونه الحالة، ولا بد في هذه الحالة من الحكم بشهر إعساره. أما الإفلاس فيتعلق بالأحوال التجارية عندما يتوقف التاجر عن الوفاء بديونه في الميعاد المحدد سواءً كان معسراً أم لا[٤٤] (انظر الوسيط للسنهوري ج٢ف ٦٩٢، ف٦٩٥ص١٢١٤. راجع المواد (٣٥٩) مدني يمني، (٢٥٠٩) مصري، (٢٥٠، ٢٥٢) مدني سوري).

المطلب الثالث: الشروط المتعلقة بالدائن:

يحق للدائن في القانون المدني المصري ان يطعن في تصرفات مدينه بعدم نفاذها في حقه، إذا توافر في حقه شرطان أن يكون حقه مستحق الأداء، وأن يكون سابقاً على تصرف المدين، وفقًا لنص المادة (٢٣٧) مدني مصري التي تقضي" لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء، وصدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه "بخلاف القانون اليمني الذي لم

[٤٤]) انظر الوسيط للسنهوري، ج٢، ف ٦٩٢، ف٦٩٥ص١٢١٤. راجع المواد (٣٥٩) مدني يمني، (٢٥٠٩) مصري، (٢٥٠، ٢٥٢) مدني سوري).

ينص صراحة على شروط خاصة بالدائن، بل نص في المادة (٣٦٧) على الآتي"... فإن تصرفه يعتبر موقوفاً على إجازة دائنيه الذين أضيروا منه. "وبما أن هذا النص قد حدد الأشخاص الذين يحق لهم وقف نفاذ التصرف، وقال بأنهم هم من يضارون من هذا التصرف، فإن هذا الوصف كافٍ لمعرفة شروط هؤلاء الدائنين، ذلك أن الدائن لا يضار من تصرفات مدينه، إلا إذا كان حقه مستحق الأداء، وكان هذا الحق قد نشأ قبل تصرف المدين (التصرف المطعون فيه) إلى الغير، لذلك يمكن القول أنه يشترط في حق الدائن شرطان هما: أسبقية حق الدائن على تصرف المدين المطعون فيه، وأن يكون مستحق الأداء.

الشرط الاول: أسبقية حق الدائن على تصرف المدين المطعون فيه.

لم يرد هذا الشرط في القانون اليمني ولا في القانون المصري، وإنما يجمع عليه الفقه والقضاء نظراً لأنه مستفاد من اشتراط غش المدين ومرتبط به. فمن شروط الدعوى البوليصية أن يكون ثمة غش ارتكبه المدين في حق الدائن، وهذا يفترض بالضرورة أن يكون حق الدائن الطاعن قد نشأ قبل تمام التصرف الذي يطعن فيه، فإذا كان التصرف قد تم قبل أن ينشأ حق الدائن، فليس من المتصور أن يكون المدين قد قصد الإضرار به، وبالتالي فيمتنع على الدائن الطعن فيه، هذا فضلاً عن أنه لا يمكن تصور وقوع الإضرار بالدائن من جراء تصرف سابق على نشوء حقه، لأن الحق المتصرف فيه لم يدخل في ضمانه [٤٥].

ولما كان هذا هو أساس اشتراط أن يكون حق الدائن سابقاً لوجود التصرف المطعون فيه، فإنه إذا فرض وثبت أن المدين قد قصد بالتصرف الإضرار بشخص يوشك أن يكون دائنه، كان لهذا الدائن الطعن في هذا التصرف رغم أن حقه تالٍ لتصرف المدين، وذلك لأن الغش في جانب المدين قد توافر[٤٦]، ومع ذلك يبقى الأصل هو أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه لقبول هذه الدعوى[٤٧].

ومقتضى هذا الشرط هو وجوب أسبقية حق الدائن في الوجود أياً كان مصدر هذا الحق سواءً كان ناتج عن تصرف قانوني أم واقعة مادية كفعل ضار أو نافع. ولا يهم أن يكون الدائن دائناً عادياً أم صاحب ضمان خاص، إذا كان هذا الضمان غير كاف للوفاء بدين المدين.

---

[٤٥]) عبد المنعم البدراوي، مرجع سابق، ف ١٢٥، ص ١٤٥-١٥٥، حسن عبده احمد السراجي، مرجع سابق، ف ٧٦٢، ص ٧٦١ –٧٦٢.

[٤٦]) عبد المنعم البد راوي، مرجع سابق، ف ١٢٥، ص ١٤٦، د. انور سلطان، مرجع سابق، ف ٤٠، ص ٣٩، حسن عبده احمد السراجي، مرجع سابق، ف ٨٦٢، ص ٧٦٢.

[٤٧]) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ف ٥٨١، ص ١٠٢٣، د . سعيد جبر، مرجع سابق، ص ١٣٩ .

أما بالنسبة لما يثار من نزاع حول أسبقية حق الدائن على التصرف المطعون فيه، فالعبرة بتاريخ وجود حق الدائن لا بتاريخ استحقاق أدائه أو بتاريخ تحديد مقداره أو بتاريخ الفصل فيما ثار من نزاع حول وجوده، كما أن العبرة بتاريخ انعقاد التصرف المطعون فيه لا بتاريخ شهره، إن كان من التصرفات التي محلها حقوقاً عينية كحق الملكية وما يتفرع عنها كحق انتفاع، والتي يجب إشهارها في السجل العقاري.

لذلك إذا كان حق الدائن قد نشأ قبل تصرف المدين، ولكنه كان مقترناً بأجل واقف، جاز للدائن أن يطعن في التصرف بالدعوى البوليصية، ولو لم يحل الأجل إلا بتاريخ لاحق لتاريخ انعقاد التصرف. كذلك إذا كان المدين قد تصرف ببيع عقاره مثلاً فلا تقبل الدعوى البوليصية إلا إذا كان حق الدائن سابقاً على انعقاد البيع، ولو لم يسجل البيع إلا بعد نشوء حق الدائن، لأن التسجيل شرط لانتقال الملكية إلى المتصرف إليه، وليس شرطاً لانعقاد التصرف ذاته[٤٨].

عبء إثبات أسبقية حق الدائن على التصرف المطعون وكيفيته:

يقع عبء الإثبات على الدائن رافع الدعوى البوليصية، وبما أن الدائن هو الشخص الذي يرفع هذه الدعوى، فإن عليه إثبات توافر جميع شروط الطعن بعدم النفاذ حتى يكون طعنه مقبولاً.

أما بالنسبة لكيفية إثبات هذه الأسبقية من قبل الدائن، فإن الأمر يختلف في القانون اليمني عنه في القانون المصري.

فالقانون اليمني يجيز إثبات أسبقية حق الدائن على التصرف المطعون فيه بكافة طرق الإثبات سواء كان هذا الحق ناشئاً عن واقعة مادية أو كان ناشئاً عن تصرف قانوني لأن قانون الإثبات اليمني لا يفرق في هذا الشأن.

إما القانون المصري[٤٩]، فيفرق بين الواقعة المادية والتصرف القانوني من حيث الإثبات، فإن كان الحق ناشئاً عن واقعة مادية كفعل ضار أو نافع، جاز إثبات أسبقية حق الدائن بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن. أما إذا كان الحق ناشئاً عن تصرف قانوني كعقد أو تصرف بإرادة منفرة كالوصية أو هبة مثلاً، فإن الأمر لا يثير صعوبة، إذا أثبت التصرف في محرر رسمي، وإنما تثور الصعوبة، إذا كان التصرف قد أثبت في محرر عرفي، لان القاعدة أن تاريخ المحرر العرفي لا يكون حجة على الغير، إلا منذ أن يكتسب تاريخاً ثابتاً، والمتصرف إليه من الغير، والغير لا

[٤٨]) ويكتسب المحرر تاريخاً بطرق متعددة كان يقيد في السجل الرسمي المعد لذلك أو بأن يثبت مضمونه في محرر أخر ثابت التاريخ أو من يوم أن يؤشر عليه موظف عام مختص (السنهوري).

[٤٩]) عبدالمنعم البدراوي، مرجع سابق، ص ١٤٦.

يحتج عليه إلا بالتاريخ الثابت، ولم يشترط القانون المدني المصري ثبوت تاريخ حق الدائن اقتداء بالمشرع الفرنسي، لأن الدائن كما تقول المذكرة الإيضاحية "يفاجأ في أغلب الأحيان بالتصرف الضار دون أن يكون قد احتاط من قبل لإثبات تاريخ سند الدين".

ومن ثم يكون التاريخ غير الثابت لحق الدائن حجة على من حصل له التصرف إلى أن يثبت أن هذا التاريخ قدم عمداً بالتواطؤ بين الدائن والمدين حتى يستطيع الدائن الطعن في التصرف بالدعوى البوليصية، ويكون تاريخ التصرف حجة على الدائن أيضاً فإن كان تاريخاً ثابتاً كانت حجيته مطلقة، وإن كان تاريخاً غير ثابت، كانت حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ومن ثم إذا كان تاريخ تصرف المدين غير ثابت، وكان متقدماً على التاريخ غير الثابت لحق الدائن، جاز للدائن أن يثبت بجميع الطرق أن تاريخ التصرف قد قدم عمداً بقصد حرمانه من الدعوى البوليصية[٥٠].

الشرط الثاني: أن يكون حق الدائن مستحق الأداء.

يشترط لصحة وقبول طعن الدائن بتصرفات مدينه بالدعوى البوليصية، أن يكون حق هذا الدائن مستحق الأداء بمعنى أن يكون حق الدائن صالحاً للمطالبة القضائية فوراً، فلا يكفي أن يكون حق الدائن محقق الوجود، كما في الدعوى غير المباشرة.

والفرق بين الدعويين شاسع، فالدعوى البوليصية تواجه خطر قيام المدين بالتصرف تحت الغش والتواطؤ، والدائن فيها يتدخل في أعمال المدين تدخلاً خطيراً، إذ يطعن في تصرف صدر من المدين، ويقيم الدائن الدعوى باسمه، فهو يهاجم المدين بمقتضى حق ثابت له، ولا يكون ذلك، إلا لأن الدائن قرر التنفيذ بحقه، فوجب أن يكون حقه مستحق الأداء، وهذا على خلاف الدعوى غير المباشرة، فالدائن فيها يقتصر على استعمال حقوق مدينه نائباً عنه في القانون المصري والمنصوب في القانون اليمني. إذا أثبت عند المرافعة أمام القاضي تمرد وتقصير المدين وإهماله في المطالبة بحقوقه الحالة على الغير، فينصب القاضي عنه من يقوم بتلك المطالبة ويقدم من عليه دين المادة (٣٦٦) مدني يمني، فهذه الدعوى اقرب إلى الأعمال التحفظية من الدعوى البوليصية.

المقارنة بين دعوى عدم نفاذ تصرف المدين وبين الدعوى غير المباشرة تتماثل هاتان الدعويان في أمرين وتختلفان في أمور ثلاثة: أما ما تتماثلان فيه فأولهما أن كلتيهما تهدفان إلى المحافظة على الضمان العام لحقوق الدائنين. وثانيهم أن كلا منهما دعوى ترفع على مدين معسر صدر منه

[٥٠])عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ف ٥٨٤، ص ١٠٢٦ – ١٠٢٧، عبد المنعم البدراوي، مرجع سابق، ف ١٢٦، ص ١٤٦ – ١٤٧، د . إسماعيل غانم، مرجع سابق، ف ٩٨، ص ٢١١ .

تصرف يلحق ضرراً بدائنيه. واما ما تختلفان فيه فأولها أن دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه ترمي إلى حماية الدائن من غش المدين وتهريب أمواله من متناول أيدي دائنيه. اما الدعوى غير المباشرة فترمي إلى وقاية الدائن من إهمال مدينه في المحافظة على حقوقه وثانيها أن الدائن يرفع دعوى عدم نفاذ التصرف باسمه ويخاصم فيها مدينه ومن صدر إليه تصرف المدين خلافا نيابة عنه ليخاصم فيها شخصا غيره وثالثها أن اثر دعوى عدم نفاذ التصرف ينصرف إلى الدائنين اما اثر الدعوى غير المباشرة فينصرف إلى المدين وتئول نتيجتها إليه مباشرة وان أفاد منها دائن بصورة غير مباشرة.

وتبعاً لذلك ولخصوصية دعوى عدم نفاذ التصرف كان لا بد من يكون حق الدائن مستحق الأداء، وأن يكون أيضاً خالياً من النزاع، لأن استحقاق الأداء مرتبة في الحقوق أعلى من مرتبة الخلو من النزاع، ومتى اشترطت المرتبة الأعلى فإن المرتبة الأدنى تكون ضمناً مشترطة[٥١].

ولا يكون حق الدائن خالياً من النزاع إلا بصدور حكم نهائي فيه[٥٢]، ولا يشترط أن يكون حق الدائن ثابتاً في سند قابل للتنفيذ، لأن الدائن سيحصل على هذا السند عند رفع الدعوى البوليصية وقبولها من القاضي، ذلك أن القاضي في هذه الدعوى يبحث صفة المدعي أمامه، وأنه دائن وأن حقه مستحق الأداء فحكمه بإجابة الدائن إلى الطعن بالدعوى البوليصية حكم بحق الدائن، فيصبح هذا الحق قابلاً للتنفيذ[٥٣].

لذلك إذا كان الحق متنازعاً عليه، فإنه لا يصلح أن يكون أساساً للدعوى البوليصية، وكذلك إذا كان هذا الحق معلقاً على شرط واقف أو أجل واقف، لأن الحق حتى إذا كان خالياً من النزاع فإنه يكون غير مستحق الأداء، بخلاف ما إذا كان الحق معلقاً على شرط فاسخ أو مقروناً بأجل فاسخ فإن الدائن يستطيع استعمال الدعوى البوليصية، لأن الشرط الفاسخ أو الأجل الفاسخ لا يمنعان الحق من أن يكون مستحق الأداء[٥٤]. وبالتالي فأي دائن حقه خال من النزاع مستحق الأداء يستطيع استعمال الدعوى البوليصية، لا فرق في ذلك بين دائن شخصي ودائن مرتهن ودائن له امتياز.

---

[٥١]) د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، مرجع سابق ، ف ٧٣١ ، د. سعيد جبر ، مرجع سابق ، ص ١٣٧ .

[٥٢]) د. سليمان مرقص ، مرجع سابق ، ص ٣١٤ ، الهامش .

[٥٤]) د . عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ف ٥٧٢، ص ١٠٠٧، د . عبد المنعم البد راوي، مرجع سابق، ف ١٣٠، ص ١٥١، د . سعيد جبر، مرجع سابق، ص ١٣٨، د . محمد حسين الشامي، مرجع سابق، ف ١٠١، ص ٩٨، د . سليمان مرقص، مرجع سابق، ف ٧٠ ، ص ٣١٤ .

كذلك يجوز أن يكون حق الدائن غير محدد المقدر ما دام مستحق الأداء، لذلك يستطيع المضرور في العمل غير المشروع حتى قبل أن يقدر التعويض المستحق له، أن يستعمل الدعوى البوليصية ويطعن في تصرف صدر من مدينه المسئول عن العمل غير المشروع، حتى لا ينفذ عليه الدائن بالتعويض المستحق له، ولا فرق كذلك في رفع الدعوى البوليصية بين دائن حقه نقداً ودائن حقه عيناً، ودائن حقه عمل أو امتناع عن عمل، فالكل سواء في استعمال الدعوى، ولا فرق فيما إذا كان مصدر الحق تصرفاً قانونياً أو واقعه مادية، ففي الحالتين يكون للدائن أن يستعمل الدعوى البوليصية[٥٥].

الجدير بالذكر أن هذا الشرط وهو شرط استحقاق الأداء يؤدي إلى منع الدائن بدين مؤجل من استعمال الدعوى البوليصية. وهذا قد يبدوا متناقضاً مع اشتراط إعسار المدين نظراً لما هو معروف من أن الإعسار يترتب عليه سقوط الأجل، فيصبح الحق مستحق الأداء. ولإزالة هذا التناقض يمكن القول أنه يوجد فرق بين الإعسار الفعلي والإعسار القضائي، فالإعسار الذي يسقط الأجل إنما هو الإعسار القضائي، أما الإعسار الفعلي فإنه لا يزول به الأجل، وبما أن الإعسار المشروط في الدعوى البوليصية هو الإعسار الفعلي، لذلك لو بقي حق الدائن غير مستحق الأداء فلا يستطيع تبعاً لذلك رفع الدعوى البوليصية[٥٦].

المبحث الثالث:

آثار دعوى عدم نفاذ التصرف، ومدى فاعليتها:

بعد أن انتهينا من شرح شروط الطعن في تصرفات المدين الضارة بدائنية، كان لا بد من تسليط الضوء على مجمل آثار دعوى عدم النفاذ، فكل مقدمة لابد أن يكون لها نتيجة، كما أن لكل دراسة غاية، ولن تتحقق الغاية من دراستنا وهي عدم نفاذ التصرف، إلا إذا توافرت كل شروط الطعن المطلوبة قانوناً. والغاية التي يريد الوصول إليها الطاعن تتمثل في عدم نفاذ التصرف في حقه، والنتيجة التي سيحققها الطعن هي عودة المبيع المتصرف فيه إلى الغير، ودخوله في الضمان العام تمهيداً للتنفيذ عليه قضاءً.

ومع ذلك فإن الحكم بعدم النفاذ لا يؤدي إلى بطلان العقد بين المدين والمتصرف إليه، وبوسع كل منهما أن يتفادى عدم النفاذ إذا ما قاما بالوفاء بحق الدائن أو بإيداع الثمن المتفق عليه أو ما

[٥٥] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ف ٧٥٢، ص ١٠٠٧ – ١٠٠٨.

[٥٦] عبد المنعم البد راوي، مرجع سابق، ف ١٣٠، ص ١٥١ – ١٥٢.

يكمله إلى ثمن المثل إلى خزينة المحكمة لحساب الدائنين، ومن هنا كان لزاماً علينا عرض مجمل آثار دعوى عدم النفاذ في مطلب أول، وسنأتي في المطلب الثاني لبيان مدى فاعلية دعوى عدم النفاذ من الناحيتين العملية والقانونية.

المطلب الأول: آثار دعوى عدم نفاذ التصرف:

إن قاعدة نسبية العقد تقضي بأن التصرف يسري بين أطرافه وهما المدين والمتصرف إليه، فالعقد لا يضر الغير ولا ينفعهم من حيث الأصل، إلا أن هذا الأصل يرد عليه استثناءات يقرر القانون بعضها لمصلحة الدائن عند ما يكون قصد المدين المعسر الإضرار بالضمان العام المقرر قانوناً لمصلحة الدائنين للوفاء بحقوقهم الثابتة على المدين، وذلك عن طريق دعوى عدم النفاذ. ومن ثم يجب التمييز بين أثر الدعوى بالنسبة للدائن من ناحية، والعلاقة بين المدين والمتصرف إليه من ناحية أخرى على النحو التالي:

أثر دعوى عدم نفاذ التصرف بالنسبة للدائن:

دعوى عدم نفاذ التصرف ليست دعوى بطلان، ولا دعوى مسؤولية مدنية، وإنما هي دعوى خاصة هدفها دفع الإضرار التي تلحق الدائنين من جراء التصرفات التي يجريها المدين مع الغير، والتي تؤدي بالتبعية إلى إضعاف وإهدار الضمان العام وإفنائه. والآثار المترتبة على الدعوى بالنسبة للدائن تتمحور في ثلاث مسائل هي:

أ- سقوط الدعوى:

تسقط دعوى عدم نفاذ التصرف بمضي المدة (التقادم) بانقضاء ثلاث سنوات في القانون المدني المصري تحسب من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بحقه في رفع الدعوى (٢٤٣) مدني مصري، وفي جميع الأحوال بمرور خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف.

أما في القانون المدني اليمني فلا تسمع الدعوى بوقف نفاذ التصرف بانقضاء ستة أشهر من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بحقه في رفع الدعوى مع عدم وجود مانع مادي كالقوة القاهرة (حرب أو ثورة). أو مانع أدبي (كصلة قرابة أو نفوذ أدبي مشروع) كعلاقة الزوجة بزوجها، والهدف من تقصير مدة عدم سماع الدعوى في القانون اليمني حتى لا يبقى التصرف معلقاً فترة طويلة، ورغبة من المشرع في استقرار المراكز القانونية، كما أن مضي المدة تعد قرينة على إجازة الدائن للتصرف (٣٧٥) مدني يمني، وفي كل الأحوال لا تسمع الدعوى بمضي خمس وعشرين سنة من تاريخ إبرام التصرف وفقاً للقواعد العامة (١٩٨) مدني يمني. وهذا الانقضاء ليس في صالح الدائن لأنه يؤدي

إلى تحصين التصرف من أي طعن وينقلب التصرف صحيحاً لازماً نافذاً بين أطرافه وهما المدين والمتصرف إليه.

٢- تسقط دعوى عدم نفاذ التصرف بعد رفعها وقبولها من القاضي المختص وفقاً للمادة (٣٦٧) مدني يمني، والمادة (٢٤١) مدني مصري بإحدى أمرين هما:

*قيام المدين والمتصرف إليه بالوفاء بحق الدائن، ويترتب علي هذا الآمر نتيجة أولي تتلخص في أن المتصرف إليه بستطيع أن يتفادي الحكم في الدعوئ إذا هو أدي الي الدائن رافعها ماهو مستحق له في ذمة المدين، كما بسقط حقه في رفع الدعوي أيضا متي قام المدين نفسه بوفاء الدين[٥٧].

* إيداع ثمن المثل وقت التصرف إلى خزينة المحكمة، أو ما يكمل ثمن المثل[٥٨]، وينتقل حق الدائنين إلى المال المودع بنظر الحاكم. مع تعويض الدائن عن الغش والتواطؤ كعمل غير مشروع وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية. كما أن الغش والتواطؤ يتنافي مع مبدأ الثقة الذي يجب أن يسود في المعاملات.

ب- السير في الدعوى وصدور الحكم بعدم نفاذ التصرف:

إذا لم يقوما المدين والدائن بالوفاء والإيداع اختيارا، فيكون من حق الدائن السير في إجراءات الدعوى وصدور الحكم بعدم نفاذ التصرف، ويترتب على ذلك اعتبار الحق الذي تم التصرف فيه كأن لم يكن، وكأنه لم يخرج من الضمان العام، ويستفيد من الحكم بعدم النفاذ جميع الدائنين الذين حلت ديونهم وشاركوا الدائن في إجراءات طلب التنفيذ[٥٩].

أثر دعوى عدم نفاذ التصرف في العلاقة بين المدين والمتصرف إليه:

إذ لم يقوما بأداء ما هو للدائن، على ما ذكرنا في الفقرة السابقة، فإنه يترتب السير في الدعوى والحكم بعدم النفاذ، وقام الدائنون بالتنفيذ على العين التي انتقلت إليه من المدين، فيكون للمتصرف إليه القيام بمايلي:

---

٥٧)د. البدراوي، مرجع سابق، ص ١٦٣.

٥٨) وهذا الحكم الذي تمليه القواعد العامة قد نص عليه القانون المدني صراحة في المادة ٢٤١ مدني.

٥٩) راجع د. محمد الشامي مرجع سابق ف١٠٤، ص١٠٢ وما بعدها . د.السراجي، مرجع سابق، ص ٧٧٢. د. إسماعيل غانم، مرجع سابق، ف ٩٣، صـ ٢٠٤ – ٢٠٥، حسن عبده احمد السراجي، مرجع سابق ف ٨٧٩، صـ ٧٧٢ – ٧٧٣ .د. سليمان مرقص، مرجع سابق، ف ١٧٠، صـ ٣٣٣ وما بعدها .د. عبدالمنعم البدراوي، مرجع سابق، ص ١٦٥.

١- طلب الفسخ واسترداد ثمن المبيع مع التعويض إن كان له مقتضى، لأن عدم النفاذ لا يجعل العقد باطلاً بين المدين والمتصرف إليه. ويبقى المدين باعتباره بائعاً ملتزماً بضمان التعرض والاستحقاق.

٢-الدفع بعدم التنفيذ، ويمتنع عن دفع الثمن، إن لم يكن قد دفعه عملاً بالقواعد العامة.

٣-طلب التنفيذ بمقابل أي بطريق التعويض لاسترداد الثمن المدفوع.

٤-الرجوع على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب (رد غير المستحق)، وذلك في حالة ما إذا كان الدائن قد استوفى حقه من مال المتصرف إليه.

المطلب الثاني: مدى فعالية دعوى عدم نفاذ تصرف المدين

دعوى عدم النفاذ وسيلة قانونية يدفع بها الدائن عن نفسه غش المدين بالتواطؤ مع المتصرف إليه، فيطعن الدائن بعدم نفاذ التصرف في حقه، وتكون نتيجة الحكم بطلان التصرف وعودة المال المتصرف فيه إلى الضمان العام تمهيداً للتنفيذ عليه.

لكن المدين يظل محتفظاً بحقه في التصرف بأمواله، قبل أن يتخذ الدائنون إجراءات التنفيذ، ومن حقه أن يتصرف في أمواله، فتخرج بتصرفه بعض الأعيان من ملكيته، وتخرج بالتالي من ضمان الدائنين، والسبب يعود إلى أن الضمان العام يشمل كل عناصر الذمة المالية وقت التنفيذ، ولا ينصب على مال معين.

كما لا يستطيع الدائن أن يمنع المدين من القيام بمثل هكذا تصرفات وهي بالتأكيد مضرة بالضمان وتؤدي إلى إضعافه أو إفنائه، فينقص الضمان دون أن يكون من حق أي دائن أن يتتبع المال للتنفيذ عليه بحقه، كما أنه لا يحق لأي دائن ان يتقدم على دائن آخر لاستيفاء حقه.

الأمر الذي نجزم القول معه بأن دعوى عدم النفاذ بأنها مجرد إجراء تحفظي لا ترقي إلى مرتبة الوسائل التنفيذية، كما أنها لا تحقق الحماية الكافية للدائنين في حالة عدم كفاية أموال المدين للوفاء بحقوقه بعد التنفيذ بسبب مزاحمة الدائنين الآخرين، والذين يشاركونه في إجراءات طلب التنفيذ. فيكون الضمان العام وسيلة غير فعالة لتأمين الدائن، ويقتصر دور دعوى عدم النفاذ على المحافظة على الضمان العام وتقويته، وحماية الدائنين من تصرفات مدينهم قاصدا بذلك الإضرار بحقوقهم.

وعلى ذلك فإن الدائن يكون بحاجة لتأمينه من مخاطر إعسار المدين عن تحقق اجل الدين، وهذا شيء مؤكد لأن الحجز لا يتم إلا على مدين معسر وهذا مكمن الخطر. كما أن هناك خطر أكبر يواجه الدائن ويمثل بمزاحمة عدة دائنين له لأنهم متساوون في الضمان لا فضل لحدهم على الأخر، وبالتالي فلا يحصل على شيء أو قد يحصل على شيء يسير.

لذلك فإن وسائل حماية الضمان العام ومنها دعوى عدم النفاذ، لا توفر الآمان والضمان والحماية الكافية للدائن رغم العناء والجهد الذي يبذله الدائن للحصول على الحكم بعدم النفاذ، وفضلاً عن ذلك فان الفائدة التي تعود من دعوى عدم النفاذ لا يستفيد منه بمفرده، بل تعود على جميع الدائنين طبقاً لفكرة الضمان العام.

الخاتمة:

نستعرض فيها أهم نتائج هذه الدراسة، وما تضمنته من ملاحظات ومقترحات مع توصيات الدراسة.

أولاً: النتائج:

١- إن دعوى وقف نفاذ التصرف من أهم وسائل تقوية الضمان العام وحمايته من تصرفات المدين الضارة بهذا الضمان.

٢- تقوم دعوى عدم النفاذ على عنصرين هما الغش و يمثل العنصر النفسي للدعوى من الصعب إثباته، والإعسار وهو العنصر المادي يكون وجوده قرينة على نية لإضرار والغش. والمرجع في ذلك للقاضي فله سلطة في استخلاص عنصر الغش من ظروف وقرائن الحال وطبيعة التصرف مسترشداً بمبادئ العدالة والعرف الموفق لأصول ومبادئ الشريعة.

٣- دعوى عدم نفاذ التصرف ليست دعوى بطلان، ولا دعوى مسؤولية مدنية، وإنما هي دعوى خاصة هدفها دفع الإضرار التي تلحق الدائنين من جراء التصرفات التي يجريها المدين مع الغير والتي تؤدي بالتبعية إلى إضعاف وإهدار الضمان العام وإفنائه.

٤- دعوى عدم نفاذ التصرف وسيلة قانونية من وسائل تقوية الضمان العام، وهي دعوى خاصة تجعل التصرف الضار موقوف على إجازة الدائنين كما أنها ليست دعوى بطلان، فالتصرف يبقى نافذا بين المدين والمتصرف إليه. وبوسعهما تفادي وتوقي عدم النفاذ عن طريق الوفاء بحق الدائن، أو إيداع الثمن أو ما يكمله خزينة المحكمة بنظر الحاكم، وما لم يحصل هذا الوفاء، أو ما يقابله، فإن التصرف يعتبر كأن لم يكن. ومن آثار ذلك عودة المال المتصرف به

إلى الضمان العام تمهيداً للتنفيذ عليه. ومن هنا تكون دعوى عدم النفاذ قد حققت الحماية للدائنين.

٥-تسقط دعوى عدم نفاذ التصرف بعد رفعها وقبولها من القاضي المختص عند قيام المدين والمتصرف إليه بالوفاء بحق الدائن. أو إيداع ثمن المثل وقت التصرف إلى خزينة المحكمة، أو ما يكمل ثمن المثل، وينتقل حق الدائنين إلى المال المودع بنظر الحاكم. مع تعويض الدائن عن الغش والتواطؤ والعنت الذي بدا من المدين مع مصاريف الدعوى.

٦-يترتب على عدم الوفاء بحق الدائن السير في الدعوى والحكم بعدم النفاذ، ويعتبر التصرف عند عدم إجازاته من الدائنين كأن لم يكن ويعود المال المتصرف فيه إلى الضمان العام تمهيداً للتنفيذ عليه.

٧-يستفيد من الحكم بعدم النفاذ جميع الدائنين الذين حلت ديونهم وشاركوا الدائن في إجراءات طلب التنفيذ.

٨-لقد ذهب القانون اليمني إلى القول بأن طبيعة هذه الدعوى هو وقف نفاذ التصرف مخالفاً ما ذهب إلية القانون المصري من أن طبيعتها هو عدم نفاذ التصرف من خلال نص المادة (٣٦٧) مدني يمني يتبين الآتي:

أ) أنه يشترط بالنسبة للمدين، أن يكون قاصداً الإضرار بدائنية، سواء كان التصرف تبرعاً أو معاوضة، وأيضاً نية التواطؤ مع المتصرف إليه بالنسبة للتصرف معاوضة وهما ما يعبر عنهما في الفقه القانوني بنية الغش والتواطؤ.

ب) أنه يتشرط بالنسبة للتصرف الذي يجوز الطعن فيه، أن يكون تصرفاً قانونياً، وأن يؤدي إلى خروج مال من ذمة المدين سواء كان تبرعاً أو معاوضة بأقل من ثمن المثل، وهو ما يعبر عنه في الفقه القانوني بشرط الإفقار، وأن يكون هذا التصرف ضاراً بالدائنين.

ت) أنه لم ينص على أي شرط بالنسبة للدائن، إلا أن ذلك مستفاد من خلال الصفة التي وضعها للدائنين الذين يكون هذا التصرف موقوفاً بالنسبة لهم، وهي صفة (المتضررين)؛ لأن الإضرار لا يقع على الدائنين إلا إذا كان حقهم مستحق الأداء وسابقاً على التصرف المطعون فيه.

ث) يظل المدين محتفظاً بحقه في التصرف بأمواله، قبل أن يتخذ الدائنون إجراءات التنفيذ، ومن حقه أن يتصرف في أمواله، فتخرج بتصرفه بعض الأعيان من ملكيته، وتخرج بالتالي من ضمان الدائنين، كما لا يستطيع الدائنون منع المدين من القيام بمثل هكذا تصرفات، وليس لأحدهم حق تتبع المال للتنفيذ عليه بحقه، كما أنه لا يحق لأي دائن أن يتقدم على دائن آخر لاستيفاء حقه.

ج) دعوى عدم النفاذ مجرد إجراء تحفظي لا ترقي إلى مرتبة الوسائل التنفيذية، كما أنها لا تحقق الحماية الكافية للدائنين في حالة عدم كفاية أموال المدين للوفاء بحقوقه، ويقتصر دورها على حماية الدائنين من تصرفات مدينهم قاصدا بذلك الإضرار بحقوقهم.

ح) لا توفر دعوى عدم النفاذ الأمان والضمان والحماية الكافية، رغم العناء والجهد الذي يبذله الدائن للحصول على الحكم بعدم النفاذ، وفضلاً عن ذلك فان الفائدة التي تعود من دعوى عدم النفاذ لا يستفيد منها بمفرده، بل تعود على جميع الدائنين طبقاً لفكرة الضمان العام.

خ) كثيراً ما يحدث الإعسار دون إهمال المدين أو غشه، وهنا لا مناص للدائن من اللجوء إلى نظم قانونية تحميه من خطر إعسار المدين ومزاحمة الدائنين، وتحقق له ضمان عيني خاص به، وهذا ما تقوم به التأمينات العينية كالرهن بنوعيه الحيازي والتأميني (العقاري) فيعطيه الحق العيني أفضلية في استيفاء حقه متقدماً على غيره من الدائنين التاليين في المرتبة أو الدائنين العاديين. وكذلك التأمينات الشخصية، كالكفالة، وهي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين فيكون للدائن ذمتان، فيرجع الدائن على أحدهما لاستيفاء حقه. مع الاحتفاظ بحقه في الضمان العام المقرر لكل دائن عند عدم كفاية الضمان الخاص للوفاء بجميع ديون المدين.

ثانياً: التوصيات:

نوصي المشرع اليمني بالآتي:

١- استخدام مصطلح الإفلاس بدلا عن مصطلح الإعسار المذكور في المادة (٣٦٧) والذي تقول (وأدى ذلك إلى إعساره) لأنه لا يشترط لرفع هذه الدعوى على المدين أن يكون معدماً بل يكفي أن تكون أمواله غير كافية لسداد ديونه.

٢- أن يكتفي بالنسبة للمدين بشرط إفلاسه وعلمه بهذا الإفلاس فقط وإن يحذف شرط نية المدين الإضرار بدائنيه حتى لا يتخذ المدين هذا الشرط فرصة للتهرب من طعن الدائنين، ان كان حسن النية، وإذا أفلس المدين وكان عالماً بهذا الإفلاس فإنه يمنع من التصرف في ماله تصرفاً ضاراً به وهو أن يؤدي هذا التصرف إلى إنقاص من حقوق هذا المدين أو زيادة في التزاماته ويجب عليه أن يعتبر أن تصرفات المدين ضارة بدائنيه سواء كان تبرعاً أو بعوض يقل عن قيمة المثل ،بل حتى ولو كان بقيمة ثمن المثل، حيث يجب أن يفترض أن المدين لم يحصل إلا على ثمن بخس أو أخفاه أو بدده بحيث لا يتمكن الدائن من التنفيذ عليه، وذلك حتى لا يفتح القانون الباب واسعاً أمام المدين للإضرار بدائنيه عن طريق تصوير تصرفاته ولو كانت تبرعاً أو أقل بثمن المثل لأنها تصرفات معاوضة بثمن المثل فيحول دون أي طلب لوقف نفاذ هذا التصرف، فيجب على المشرع اليمني تعديل الفقرة الثانية في المادة (٣٦٧) كالتالي (ويكون للمتصرف إليه إذا أراد نفاذ التصرف أن يودع بنظر القاضي ثمن المثل وقت التصرف وتنتقل حقوق الدائنين إلى المال المودع).

٣- أن يحذف الحالتين التي ذكرهما بقوله (بأن تبرع بماله أو تصرف فيه متواطئاً مع المتصرف اليه بعوض يقل عن ثمن المثل) حتى لا يثور الجدل حولهما هل ذكرتا على سبيل المثال؟ أم على سبيل الحصر؟ وأن يضع بدلاً عنهما التعريف الذي ذكره القانون المصري التصرف المفقر الذي ينقص الحقوق ويزيد الالتزامات.

قائمة بأهم بالمراجع

أولاً: الفقه القانوني:

- أنور سلطان (د ن). **النظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام)**. دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
- أنور طلبة (٢٠٠٤). **المطول في شرح القانون المدني**. الجزء الرابع، المكتب الجامعي الحديث الازاريطه، الإسكندرية.
- إسماعيل غانم (١٩٦٧). **النظرية العامة للالتزام**. الجزء الثاني، مكتبة عبد الله وهبة، عابدين مصر.
- إسماعيل محمد المحا قري (٢٠٠٣). **الملكية وأسباب كسبها في القانون المدني اليمني**. دار الشوكاني للطباعة والنشر.

- جميل الشرقاوي (١٩٨٦). **النظرية العامة للالتزام في قانون الجمهورية العربية اليمنية.** الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
- سعد محمد سعد (٢٠٠١). **الوجيز في النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون المدني اليمني (الأحكام).** دار جامعة عدن، عدن، اليمن.
- سعيد جبر (١٩٩٩). **أحكام الالتزام**، مركز جامعة القاهرة، مصر.
- سليمان مرقص (١٩٩٢). **الوافي في شرح القانوني المدني.** الجزء الرابع، ط٣، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر.
- عبد الرزاق السنهوري (بدون). **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد.** الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- عبد الرزاق السنهوري (بدون). **نظرية العقد.** الجزء الثالث، المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت.
- عبد المجيد الحكمي، وعبد الباقي البكري، ومحمد طه البشير (١٩٩٦). **القانون المدني وأحكام الالتزام**، بدون ناشر، بدون مكان النشر.
- عبد المنعم البد راوي (١٩٨٥). **النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري.** الجزء الثاني، مكتبة سيد عبد الله وهبه، القاهرة، مصر.
- محمد بن حسين الشامي (١٩٩٧). **النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني اليمني.** (أحكام الالتزام)، ط٤، الجزء الثاني، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، اليمن.
- محمد حسين منصور(بدون). **النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام).** دار الجامعية الجديدة، الإسكندرية.
- محمد علي عمران (١٩٨٤). **الوجيز في أثار الالتزام.** مكتبة سعيد رأفت، القاهرة، مصر.
- منذر الفضل (١٩٩٨). **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية).** دار الثقافة، ج٢، عمان (الأردن).
- ياسين محمد الجبوري (٢٠٠٣). **الوجيز في شرح القانون المدني الأردني**، ج٢، الناشر (بدن).

ثانياً: الرسائل العلمية والبحوث:

– جميل الشرقاوي (١٩٥٩). دراسة في الطبيعة القانونية للدعوى البوليصية في القانون المصري. **مجلة القانون والاقتصاد للبحث في الشئون القانونية والاقتصادية**، العدد (١)، السنة التاسعة والعشرون، مطبعة جامعة القاهرة.

– حسن عبده أحمد السراجي (٢٠٠٦). الحجر على المدين حماية لحق الغرماء (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني اليمني والمصري. رسالة دكتوراه غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس.

القوانين:

القانون المدني اليمني رقم (١٤)، ٢٠٠٢م.

القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة١٩٤٨م.