



جامعة محمد لمين د باغجين سطيف 2
كلية الحقوق والعلوم السياسية



قسم الحقوق

محاضرات في شرح القانون المدني
الجزائري

SAHLA MAHLA
أحكام الالتزام في الجزائر



الأستاذ: علاق لمنور

السنة الثانية حقوق

المجموعة "أ"

السنة الجامعية 2022-2023

السداسي الثاني

أحكام الالتزام

بعد دراسة مصادر الالتزام في السداسي الأول، ورأينا ان الالتزام ينشأ بموجب العقد أو الإرادة المنفردة والعمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب. فإن محل دراستنا في خلال هذا السداسي هو دراسة الرابطة القانونية التي تقوم بين المدين والدائن في حد ذاتها، وهو ما يعبر عنها بأحكام الالتزام، التي تشمل القواعد القانونية التي تنظم العلاقة بين الدائن والمدين منذ نشوئها الى غاية زوالها من خلال المحاور الأربعة التالية:

أولاً: تنفيذ الالتزام.

ثانياً: انتقال الالتزام.

ثالثاً: أوصاف الالتزام.

رابعاً: انقضاء الالتزام.

الفصل الأول

التنفيذ العيني للالتزام

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

عناصر المحاضرة

- الأصل في التنفيذ العيني (تمهيد)
- شروط اجبار المدين على التنفيذ العيني للالتزام
- موضوع التنفيذ العيني للالتزام
- وسائل حمل المدين على التنفيذ العيني للالتزام

الأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون تنفيذا عينيا، فيقوم المدين بأداء عين ما التزم به، وذلك إذا توافرت شروط معينة سيأتي ذكرها. أما إذا اختل أحد هذه الشروط فإن التنفيذ يكون بمقابل فيقوم المدين بدفع تعويض للدائن يشمل ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب بسبب عدم تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا. وقد يكون التعويض هو ذاته تعويضا عينيا، فإذا التزم جار بألا يقيم جداراً في أرضه بشكل يحجب النور عن جاره، فإن التنفيذ العيني لهذا الالتزام هو ألا يقيم الجار هذا الجدار، والتعويض العيني هو هدم هذا الحائط في حال اقامته، ولكن التعويض العيني نادر في الحياة العملية، وأكثر ما يكون التعويض مبلغ من النقود.

وعليه فالأصل أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه طوعا واختيارا، ويسمى التنفيذ في هذه الحالة بالتنفيذ الاختياري، وهو لا يثير صعوبة ما. فإذا امتنع عن التنفيذ وكان لا يزال ممكنا جاز للدائن أن يلتجئ إلى

السلطة العامة لإجباره على ذلك، ويسمى هذا النوع من التنفيذ "التنفيذ العيني الجبري"، وإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ولم يمكن إجباره عليه تحول التنفيذ العيني إلى التنفيذ بمقابل.

ويجب التنبيه الى عدم جواز الخلط بين التنفيذ الجبري والتنفيذ العيني واعتبارهما شيئاً واحداً، ذلك أن التنفيذ الجبري كما قد يوجد في تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً، كذلك قد يوجد في تنفيذ الالتزام بطريق التعويض واغلب حالات التنفيذ بمقابل تكون جبراً على المدين.

والدائن يتمتع بضمان يضمن له الحصول على حقه، وهذا الضمان هو ذمة المدين المالية التي هي الضمان العام الذي يؤمن لجميع الدائنين الحصول على حقوقهم إذا أخل مدينهم بتنفيذ التزامه. وعليه سنتكلم في:

الأول عن التنفيذ العيني الجبري.

وفي الثاني عن التنفيذ بمقابل.

وفي الثالث عن الضمان العام الذي يؤمن ويضمن للدائنين الحصول على والذي حقوقهم.

المبحث الأول

التنفيذ العيني الجبري للالتزام

تنص **المادة 164** من القانون المدني على ما يأتي: "يجبر المدين، بعد أعذاره طبقاً **للمادتين 180 و181** على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً".

ويستخلص من النص المتقدم أن هناك شروطاً لإجبار المدين على التنفيذ العيني وهي:

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

- 1- اعذار المدين
- 2- أن يطلب الدائن التنفيذ العيني.
- 3- أن يكون التنفيذ العيني للالتزام ممكناً غير مستحيلاً.
- 4- ألا يكون فيه إرهاب للمدين وألا يكون في التنفيذ بمقابل إرهاب للدائن.
- 5- ألا يكون في إجبار المدين على التنفيذ العيني للالتزام مساس بحريته الشخصية.

المطلب الأول

شروط التنفيذ العيني الجبري

الشرط الأول: يجب أن يكون التنفيذ العيني للالتزام ممكناً، لا بد للحصول على التنفيذ العيني وإجبار الدين على ذلك من أن يكون هذا التنفيذ ممكناً. فإذا أصبح مستحيلاً لم تعد هناك جدوى من المطالبة به. وينظر عندئذ إلى سبب الاستحالة؛ فإذا كانت بخطأ المدين حكم عليه بالتعويض أي التنفيذ بمقابل، وإذا كانت سبباً أجنبياً انقضى التزامه ولا يلزم المدين بشيء.

الشرط الثاني: يجب أن يطلب الدائن التنفيذ العيني، وهذا الشرط مفهوم ضمناً، فلا يمكن للمحكمة أن تفصل في قضية إذا لم يرفع إليها الأمر. فإذا طلب الدائن التنفيذ العيني، وكان ممكناً، فليس للمدين أن يمتنع عن ذلك مقتصرراً على التقدم بالتعويض، بل يجبر على التنفيذ العيني أي على أداء عين ما التزم به، على أساس أن التنفيذ العيني هو الأصل وهو حق للدائن.

وإذا رفع إليها طلب الدائن بالحكم على المدين بالتنفيذ العيني الجبري، فلكي تحكم به لا بد من توافر شرطين: أولهما: ألا يكون امتناع المدين عن التنفيذ أو تأخره فيه راجعا إلى عدم قيام الدائن بتنفيذ التزامه، أي عدم تمسك المدين بالدفع بعدم التنفيذ ثانيهما: أن يكون حق الدائن حاصلا على الصيغة التنفيذية، بأن يكون مستحق الأداء حاصلا على حكم حائز لقوة الشيء المقضي فيه، أو مثبتا في سند تنفيذي آخر، كعقد موثق.

وإذا لم يطلب الدائن التنفيذ العيني -حتى إذا كان ممكناً- واقتصر على طلب التعويض، ولم يعرض المدين من جهته أن يقوم بتنفيذه التزامه عيناً، فإنه يتم التحول من التنفيذ العيني الى التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض. ويقوم هذا على أساس اتفاق ضمني بين الدائن والمدين.

الشرط الثالث: الأعذار عبرت عن هذا الشرط **المادة 164** من ق م ويقصد به وضع المدين موضع المقصر والمتأخر من تنفيذ التزامه، ويكون اعذار المدين بإذاره، أو بما يقوم مقامه، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد، كما يجوز أن يكون مرتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول أجل الوفاء دون الحاجة إلى أي إجراء آخر.

وأكثر ما يكون الإعذار في المطالبة بالتنفيذ بمقابل للحصول على التعويض النقدي. ولكنه يكون أيضاً واجباً حتى لو كان المطلوب هو التنفيذ العيني. فإذا لم يقم الدائن بإعذار المدين قبل مطالبته قضائياً بالتنفيذ العيني، جاز للمدين التمسك بتخلف الاعذار لإسقاط دعوى الدائن، كما له حتى بعد المطالبة القضائية أن يتقدم للدائن بالتنفيذ العيني، فيخسر الدائن في هذه الحالة المصاريف القضائية، ولا يصح كذلك أن يطالب الدائن المدين بتعويض عن تأخره في تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، لأنه لم يعذره قبل المطالبة القضائية.

المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

ولا ضرورة للإعذار حسب نص المادة 181 من القانون المدني في الحالات التالية:

- 1- إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين
- 2- إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب عن عمل ضار، أي لا اعذار في المسؤولية التقصيرية.
- 3- إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.
- 4- إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه.

الشرط الرابع: يجب ألا يكون في التنفيذ العيني إرهاب للمدين، أو فيه إرهاب ولكن العدول عنه يلحق الدائن ضرراً جسيماً: ولأجل إمكان الحكم على المدين بالتنفيذ العيني، يجب ألا يكون في هذا التنفيذ إرهاب للمدين. بأن يكون التنفيذ العيني من شأنه أن يلحق بالمدين خسارة جسيمة فادحة فإذا كان فيه إرهاب جاز له أن يطلب من المحكمة إعفاءه من تنفيذ التزامه عيناً، على أن يدفع للدائن تعويضاً مناسباً، بشرط ألا يكون في هذا إرهاب وضرر جسيم للدائن، حيث يجب أيضاً ألا يصاب الدائن بضرر جسيم من جراء عدم التنفيذ العيني والاقتصار على التعويض، والتوازن هنا مطلوب بين المصالح المتعارضة وعندها ترجح مصلحة الدائن على أساس أن التنفيذ العيني هو الأصل، وتقدير الإرهاب يعود للسلطة التقديرية للقاضي وهو يختلف باختلاف الناس.

الشرط الخامس: يجب ألا يكون في التنفيذ العيني مساس بالحرية الشخصية للمدين، مضمون هذا الشرط أن الدائن يلجأ إلى طلب التعويض بدلاً من التنفيذ الجبري إذا كان من شأن التنفيذ العيني الجبري أن يمس بحرية المدين الشخصية، ويعتبر التنفيذ العيني غير ممكن وفيه مساس بالحرية الشخصية للمدين إذا كان إجراؤه يقتضي تدخل المدين الشخصي، ويأبى المدين أن يقوم بتنفيذ التزامه، ويتحقق ذلك على وجه خاص في عمل الرسام والممثل والفنان، وفي كل عمل فني كعمل الطبيب وعمل المعلم. فإذا لم يلجأ القاضي إلى طريق التهديد المالي، أو لجأ إليه ولم ينتج، لم يبق إلا اعتبار التنفيذ العيني غير ممكن، ولا مناص إذن من مجاوزته والالتجاء إلى طريق التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض. وذلك لأن اجبار المدين على التنفيذ العيني هنا يعتبر غير مجدي وغير محقق لمصلحة الدائن إذا اجبر المدين عليه رغماً عنه، فمن يقبل أن تجرى له عملية جراحية رغماً عن إرادة الطبيب.

المطلب الثاني

موضوع التنفيذ العيني الجبري

تختلف كيفية التنفيذ العيني للالتزام باختلاف محل الالتزام، ولا يعدو محل الالتزام أن يكون تسليم شيء، أو القيام بعمل، أو امتناعاً عن عمل. ونرى كيف يكون التنفيذ الجبري في كل من هذه الحالات. **أولاً- محل الالتزام إعطاء شيء:** المواد (165 إلى 167 من ق م ج) لا يعدو الشيء الذي يكون تسليمه محلاً للالتزام أن يكون شيئاً معيناً بالذات أو شيئاً معيناً بالنوع. وإذا كان شيئاً معيناً بالذات فهو إما أن يكون منقولاً أو عقاراً.

فإذا كان محل التزام المدين نقل ملكية عقار أو حق عيني يرد عليه؛ فلا تنتقل الملكية إلا بعد إتباع إجراءات معينة هي الشهر العقاري. وهنا لا حاجة لإجبار المدين على التنفيذ العيني للالتزام بنقل الملكية إذ يمكن للدائن أن يقوم بإجراءات الشهر العقاري دون الحاجة إلى تدخل المدين.

وإذا كان محل الالتزام نقل ملكية شيء منقول معين بالذات؛ فالملكية تنتقل بحكم القانون من المدين إلى الدائن من تاريخ نشوء الالتزام دون الحاجة إلى تدخل المدين ولا الحاجة إلى إجباره على ذلك طبقاً **للمادة 165** من القانون المدني، غير أنه إذا امتنع المدين عن تسليمه، وكان هذا الشيء موجوداً جاز للدائن اللجوء إلى القضاء للحكم على المدين بتسليم الشيء، وبعد ذلك يباشر الدائن إجراءات التنفيذ الجبري. وإذا لم يكن الشيء موجوداً، بأن أخفاه المدين ولم يستطع الدائن العثور عليه، أو هلك بخطأ المدين، فالتنفيذ العيني يصبح مستحيلاً ويتحول إلى تنفيذ بمقابل عن طريق التعويض.

وإذا كان محل الالتزام نقل ملكية شيء مثلي، كالبن أو السكر القمح والشعير... الخ، فلا تنتقل ملكيتها إلا بعد إفرازها، والفرز التزام على عاتق المدين وإذا امتنع المدين عن تسليم محل الالتزام، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته من السوق على حساب ونفقة المدين بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الاستعجال، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إدخال بحقه في التعويض تطبيقاً لنص **المادة 166 من ق م ج.**

والالتزام بنقل حق عيني كما ورد في **المادة 167** من القانون المدني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم.

ثانياً: محل الالتزام القيام بعمل: المواد 167 إلى 171 من ق م إذا كان محل التزام المدين قياماً بعمل فلا بد من تدخل المدين شخصياً لتنفيذ الالتزام، ولما كان الوصول إلى التنفيذ العيني الجبري في هذه الحالة يحتاج تدخل المدين شخصياً وجب التمييز بين حالتين:

1- شخصية المدين محل اعتبار في التنفيذ: طبقاً للمادة 169 ق م إذا كانت شخصية المدين محل اعتبار في تنفيذ الالتزام، كالتبيب يتعهد بإجراء عملية جراحية؛ فلا يمكن الحصول على التنفيذ العيني الجبري إلا إذا نفذ المدين بنفسه لعدم جدواه، فلا يكون العمل الذي يقوم به المدين متقناً وفي مصلحة الدائن إلا إذا قام به برضاه، ويضيف الفقهاء حجة أخرى هي أن في إجبار المدين على القيام بعمل ما مساساً بحريته الشخصية. وعليه لا سبيل أمام الدائن إلا المطالبة بالتنفيذ بمقابل عن طريق التعويض.

2- شخصية المدين ليست محل اعتبار في التنفيذ: طبقاً للمادة 170 ق م إذا لم تكن شخصية المدين محل اعتبار في الالتزام بان يكون التنفيذ مجد وممكن دون الحاجة الى تدخل المدين شخصياً، فإن التنفيذ الجبري يكون ممكناً دائماً، ويمكن للدائن عندها أن ينفذه على نفقة المدين. فإذا تعهد شخص ببناء دار، ولم ينفذ بتنفيذ ما تعهد به، جاز للدائن أن ينفذ الالتزام على نفقة المدين؛ باللجوء الى القضاء للحصول على ترخيص بتكليف شخص آخر للقيام بالعمل المطلوب على حساب وعلى نفقة المدين.

ثالثاً: محل الالتزام امتناع عن عمل طبقاً للمادة 173 ق م إذا كان محل التزام المدين امتناعاً عن عمل وقام به؛ أصبح التنفيذ العيني الجبري مستحيلاً بخلطاً المدين بالنسبة للماضي. مثال ذلك أن يتعهد بعدم إقامة جدار أو فتح محلاً تجارياً أو عدم إفشاء سر المهنة.. الخ، ثم قام ببناء الجدار أو فتح المحل؛ عندها يجوز للدائن في هذه الصورة اللجوء إلى القضاء لإزالة ما وقع مخالفاً للالتزام بالامتناع عن عمل والحصول على تعويض مناسب.

والتنفيذ العيني الجبري في حالة الالتزام بالامتناع عن عمل يتحول في أغلب الأحيان إلى تعويض، ولكن يبقى إجبار المدين على التنفيذ العيني ممكناً في الغالب بالنسبة للمستقبل بعدم القيام بالعمل المطلوب الامتناع عنه مستقبلاً.

هذا ويلاحظ أنه إذا كان محل التزام المدين مبلغاً معيناً من النقود، وجب على المدين أن يدفع هذا القدر المحدد دون زيادة أو نقصان، ولا تنتقل ملكيته من المدين إلى الدائن إلا عند القبض. والسبب في ذلك أن من خصائص النقود أن أي مقدار منها لا يتعين إلا بقبضه، ولا يكفي فيه الإفراز. فلو أن المدين أفرز من ماله ألف ديناراً وكان هو القدر الواجب الوفاء به للدائن، لم تنتقل ملكية هذا المقدار إلى الدائن بمجرد الإفراز، بل تبقى النقود على ملك المدين، وله أن يعدل عن دفع ما أفرزه وأن يفرز مقداراً آخر بدلاً منه، ولا تنتقل ملكية النقود إلى الدائن إلا عند قبضها.

والتنفيذ العيني بدين من النقود ممكن دائماً، طوعاً أو جبراً، ويكون جبراً بطريق التنفيذ على أموال المدين وبيعها بالمزاد العلني واستيفاء الدين نقداً من الثمن (حاصل البيع بالمزاد)، لذا لا يمكن مطلقاً فرض الغرامة التهديدية إذا كان محل الالتزام مبلغ من النقود لأن الوفاء به ممكن دوماً ودون الحاجة الى تدخل المدين

المطلب الثالث

وسائل حمل المدين على التنفيذ العيني الجبري للالتزام

الغرامة التهديدية المادة 174 و 175 ق م

نصت **المادة 174** من ق م على التهديد المالي كوسيلة غير مباشرة لإجبار المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً وسمته بالغرامة التهديدية؛ فإذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً جاز للقاضي، بناءً على طلب الدائن، أن يصدر حكمه بإلزام المدين بتنفيذ التزامه في مدة يحددها في الحكم، وفي حالة تأخره بإلزامه بدفع مبلغ معين عن كل يوم أو أسبوع أو سنة أو أية وحدة زمنية أخرى يحددها الحكم، وذلك إلى أن يقوم بالتنفيذ العيني أو إلى أن يمتنع نهائياً عن الإخلال بالالتزام. ثم يرجع إلى القضاء فيما تراكم على المدين من الغرامات التهديدية، ويجوز للقاضي أن يخفف هذه الغرامات أو أن يمحوها تماماً.

فإذا قام الدائن بهذا التهديد وأصر المدين نهائياً على الرفض والامتناع، صرفت المحكمة النظر عن مبلغ الغرامة التي حددت بها وحكمت للدائن بالتعويض الحقيقي الذي يعرضه عما فاتته من كسب وما أصابه من خسارة، مراعيةً في ذلك مدى تعنت المدين الذي بدأ منه.

ويمكن اللجوء إلى التهديد المالي أو الغرامة التهديدية في التشريع الجزائري؛ كوسيلة لحمل المدين على تنفيذ التزامه في الالتزامات التي لا يكون تنفيذها عينياً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام بها المدين بنفسه - على أن يشمل ذلك كل أنواع الالتزامات، ما دام تنفيذها لا يزال ممكناً، وسواء أكان محل الالتزام تسليم شيء أم القيام بعمل أم امتناعاً عن عمل.

أولاً: شروط الحكم بالغرامة التهديدية أو التهديد المالي

لإمكان الحكم على المدين بالغرامة التهديدية وجب توفر الشروط التالية طبقاً للمادة 174 من القانون المدني وهي:

1- يجب أن يكون التنفيذ العيني للالتزام لا يزال ممكناً. أما إذا أصبح تنفيذه العيني مستحيلًا، كأن هلك الشيء المطلوب تسليمه أو أتى المدين بالعمل الذي التزم بالامتناع عنه ولم يعد في الاستطاعة الرجوع في ذلك، فلا محل للالتجاء إلى التهديد المالي، فإن الالتجاء إلى هذا الطريق إنما هو تهديد للمدين حتى يقوم بالتنفيذ، وقد أصبح هذا التنفيذ مستحيلًا، ومن ثم لا سبيل أمام الدائن إلا المطالبة بالتنفيذ بمقابل.

2- يجب أن يكون تدخل المدين ضرورياً لتنفيذ الالتزام؛ أي أن يكون التنفيذ العيني لهذا الالتزام يقتضي تدخل المدين الشخصي، وإلا كان هذا التنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم، فإذا كان تدخل المدين غير ضرورياً كما رأينا في حالة أن الدائن يستطيع أن يحصل على نفقة المدين على الشيء أو القيام بالعمل الذي تعهد به هذا الأخير، فلا حاجة للجوء إلى الغرامة التهديدية.

وعليه إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود مثلاً فلا حاجة في تنفيذ هذا الالتزام إلى فرض الغرامة التهديدية، لأن تنفيذه عينياً دون تدخل المدين ممكن عن طريق الحجز على أمواله، ونفس الحكم إذا كان محل الالتزام شيء يمكن الحصول عليه من السوق على حساب ونفقة المدين.

تبعاً لما تقدم يعد الالتزام بعمل (القيام بعمل أو الامتناع عن عمل) هو الميدان أو المجال الطبيعي الذي يتسع عادة لفرض الغرامة التهديدية.

3- يجب أن يطلب الدائن فرض الغرامة التهديدية على المدين كوسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني، فلا يجوز أن تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بفرض الغرامة التهديدية على المدين إذا لم يطلب الدائن منها ذلك، تطبيقاً لقاعدة "لا يحكم القاضي إلا بما يطلبه الخصوم"، على أن هناك رأياً يذهب إلى جواز أن تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بالغرامة التهديدية إذا وجدت أن شروطها متوافرة طبقاً لقاعدة أخرى تجيز للقاضي أن يتخذ من الإجراءات ما يراه مناسباً لتنفيذ الأحكام الصادرة عنه و الغرامة التهديدية تعد من احد هذه الوسائل التي تساهم في ذلك.

ثانياً: خصائص الغرامة التهديدية - التهديد المالي-

يتميز الحكم بالغرامة التهديدية بالخصائص التالية:

1- يقدر الحكم بالغرامة التهديدية عن كل وحدة من الزمن يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه، أو عن كل مرة يخل فيها بالتزامه، ولا يقدر مبلغاً مجملاً دفعة واحدة. وذلك حتى يتحقق معنى التهديد، فإن المدين يحس أنه كلما أطال وقت تأخيره عن التنفيذ كلما زاد مبلغ الغرامة التهديدية المحكوم بها.

2- يعد الحكم بالغرامة التهديدية حكماً تحكيمياً فلا مقياس له إلا القدر الذي يرى القاضي أنه منتج في تحقيق غايته، وهي إخضاع المدين وحمله على أن يقوم بتنفيذ التزامه عيناً. فلا يشترط فيه أن يكون مقارباً للضرر الذي يصيب الدائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام، بل إنه لا يشترط للحكم به وجود الضرر أصلاً.

3- الحكم بالغرامة التهديدية حكماً مؤقتاً وتهديدياً ويترتب على ذلك ما يأتي:

- الحكم بالغرامة التهديدية لا يكون نهائياً واجب التنفيذ، فلا يجوز تنفيذه إلا إذا تحول إلى تعويض نهائي.

- لا يحوز الحكم بالغرامة التهديدية حجة الأمر المقضي فيه، لأنه حكم مؤقت غير نهائي، فيجوز أولاً أن يزيد فيه القاضي إذا رآه غير كاف كما سبق القول. ويجوز ثانياً، عند تحويله إلى تعويض نهائي، أن ينقص منه أو يلغيه كليةً، مراعيًا في ذلك الضرر الذي أحاق بالدائن ودرجة تعنت المدين طبقاً للمادة 02/174.

4- الحكم بالغرامة التهديدية غير محدد المقدار فلا يمكن معرفة القيمة الاجمالية للغرامة التهديدية يوم صدور الحكم لأنها ترتفع عن كل وحدة زمنية يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه.

ثالثاً: أثر الحكم بالغرامة التهديدية

أثر الحكم بالغرامة التهديدية يتوقف على موقف المدين النهائي بين أن يستجيب للحكم وينفذ التزامه تنفيذاً عينياً أو يصبر على عدم التنفيذ.

فاذا نفذ المدين التزامه وجب على القاضي الحط من الغرامة التهديدية والحكم على المدين بالتعويض عن الضرر الناتج عن التأخر في تنفيذ الالتزام، أما إذا أصر المدين على عدم التنفيذ وجب على القاضي الحط من الغرامة التهديدية والحكم على المدين بالتعويض عن الضرر الذي أصاب الدائن نتيجة عدم تنفيذ الالتزام (تعويض عن عدم التنفيذ لا تعويض عن التأخر فيه).

وعناصر التعويض النهائي هي نفسها عناصر التعويض العادي أي ما أصاب الدائن ولحقه من خسارة وما فاتته من كسب من جراء عدم التنفيذ إذا كان المدين قد أصر على عدم التنفيذ، أو من جراء التأخير في التنفيذ إذا كان المدين قد رجع عن عناده وقام بتنفيذ التزامه.

غير أن هناك عنصراً ثالثاً وجديداً وهو العنصر البارز في التعويض الذي يعقب الغرامة التهديدية بل هو العنصر الذي يخرج التعويض عن معناه المؤلف إلى المعنى الذي يتفق مع فكرة الغرامة التهديدية يجب أن يدخله القاضي في حسابه عند تقدير التعويض النهائي، وهو العنت الذي بدا من المدين، فيستطيع القاضي أن يزيد في مقدار التعويض خاصة في مقابل الضرر الأدبي الذي أصاب الدائن من جراء عناد المدين وتعننته وإصراره على عدم تنفيذ التزامه أو تأخره المتعمد في هذا التنفيذ.

الفصل الثاني

التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض

عناصر المحاضرة

- مفهوم التنفيذ بمقابل
- حالات التنفيذ بمقابل
- شروط التنفيذ بمقابل
- التعويض الاتفاقي او الشرط الجزائي
- التعويض القضائي
- التعويض القانوني

يعرف التعويض بأنه: مبلغ من النقود أو أية ترضية من جنس الضرر تعادل المنفعة التي كان سينالها الدائن فيما لو نفذ المدين التزامه على النحو الذي يوجبه حسن النية وتقتضيه الثقة في المعاملات.

✓ حالات التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض

يحق للدائن المطالبة بالتنفيذ بمقابل (التعويض) عند توفر شروطه في الحالات التالية:

- أولاً: إذا أصبح التنفيذ العيني للالتزام مستحيلاً بخطاء المدين.
- ثانياً: إذا تطلب التنفيذ العيني تدخل المدين الشخصي، وامتنع عن التنفيذ وفشل الحكم عليه بالغرامة التهديدية في كسر عناده وإكراهه على التنفيذ.
- ثالثاً: إذا كان التنفيذ العيني ممكناً ولكنه مرهق للمدين، ولم يكن في التعويض ضرراً جسيماً للدائن.
- رابعاً: إذا كان التنفيذ العيني ممكناً دون تدخل المدين الشخصي، ولكن الدائن لم يطلبه ولم يعرض المدين القيام به (الاتفاق الصريح أو الضمني على التحول من التنفيذ العيني الى التنفيذ بمقابل).
- خامساً: إذا كان في التنفيذ العيني مساس بالحرية الشخصية للمدين.

✓ أنواع التعويض

التعويض على نوعين أولهما: التعويض عن عدم التنفيذ، وثانيهما: التعويض عن التأخير في التنفيذ. والقواعد التي تحكمها واحدة لولا قيام الفارقين الآتين بينهما:

أولاً: يحل التعويض عن عدم التنفيذ محل التنفيذ العيني ولا يمكن الجمع بينهما لأن الدائن سيتقاضى حقه مرتين عندئذ، أما الجمع بين التعويض عن التأخير وبين التعويض عن عدم التنفيذ فأمر جائز إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه وتحققت شروطهما.

ثانياً: ان اعدار المدين يعتبر إجراء لازم للحكم بالتعويض عن التأخير ولا ضرورة له في بعض حالات التعويض عن عدم التنفيذ. كما يجوز الجمع بين التعويض عن عدم التنفيذ وبين التعويض عن التأخير في التنفيذ.

المبحث الأول

شروط استحقاق التعويض

يشترط لاستحقاق التعويض توفر الشروط التالية:

أولاً: الإعذار، وهذا الشرط خاص بالمسؤولية العقدية دون المسؤولية التقصيرية.

ثانياً: توافر أركان المسؤولية المدنية عقدية او تقصيرية. شروط المسؤولية العقدية أربع وهي وجوب قيام عقد صحيح بين الطرفين الى جانب وجوب توافر الخطأ العقدي، الضرر والعلاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر. أما شروط المسؤولية التقصيرية فهي ثلاث الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما.

ثالثاً: عدم الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية. (قواعد المسؤولية التقصيرية من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على الاعفاء منها ولا التشديد فيها ولا حتى التخفيف منها).

✓ شرط الإعذار

يعرف الإعذار تنبيه أو اخطار او انذار يوجه الى المدين من قبل دائئه مطالبا اياه بتنفيذ التزامه، ووضعه قانوناً في حالة التأخر تأخراً تترتب عليه مسؤوليته عن الإضرار التي تصيب الدائن نتيجة هذا التأخر.

ويشترط الإعذار لاعتبارين: أولهما قانوني: ومفاده ان مجرد تأخر المدين لا يكفي لاعتباره مقصراً، وإن حلول الاجل يعني ان الدين أضى مستحق الأداء دون ان يعني تضرر الدائن وسكوته عن المطالبة بحقه يحمل على محمل التسامح والرضا الضمني بمد اجل الوفاء. ولنفي هذه القرينة يجب ان يفصح الدائن عن رغبته الجدية في اقتضاء حقه وعدم تسامحه ازاء التأخير في التنفيذ من خلال الإعذار.

وثانيهما: اعتبار أخلاقي: ومفاده ان تنبيه المدين الى تقصيره ودعوته الى تنفيذ التزامه إجراء تقتضيه القيم الخلقية قبل مفاجأة المدين بالتنفيذ الجبري بما ينطوي عليه من إجراءات تمس كرامته وسمعته.

✓ كيفية الإعذار

طبقاً للمادة 180 ق م يتم الاعذار في إحدى صور ثلاث:

أولاً: يكون إعذار المدين بإنذاره: وهذه هي القاعدة العامة، والإنذار ورقة رسمية يعبر فيها الدائن عن رغبته الجدية في اقتضاء حقه من مدينه، ويتم بواسطة المحضر القضائي او الضابط العمومي المختص بالتبليغ.

ثانياً: يجوز ان يتم بأي طلب كتابي آخر عن طريق البريد: كورقة رسمية او برقية او رسالة مسجلة او عادية إلا المشرع لم يحدد أشكال ذلك.

ثالثاً: يجوز ان يقع بأية صورة أخرى يحددها اتفاق الطرفين، كالاتفاق بين الطرفين صراحة او ضمناً على اعتبار المدين معذراً بمجرد حلول الاجل، ويجب ان يكون قاطعاً في دلالته، فان احتمل الشك، فسر الشك لمصلحة المدين.

تبعاً لما تقدم يعتبر الإعذار شرطاً لاستحقاق التعويض، سواء كان تعويضاً عن عدم التنفيذ او تعويضاً عن التأخر فيه، ومع ذلك يلاحظ ان الاعذار شرط لاستحقاق التعويض عن التأخير في التنفيذ اما المطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ فلا حاجة للإعذار فيها، لان الحكم بالتعويض امر مؤكد متى ما توافرت شروطه.

✓ الحالات المستثناة من وجوب الاعذار

لا ضرورة للإعذار للمطالبة بالتعويض طبقاً للمادة 181 من ق م في الأحوال التالية:

- اتفاق الطرفين على أن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون الحاجة الى استيفاء إجراء ما، ومثل هذا الاتفاق قد يقع صريحاً او ضمناً كأن يشترط في عقد المقاولة وجوب إكمال البناء في ميعاد معين. ولكن يجب ان يكون قاطعاً في دلالته لا يحتمل شكاً. الا ان هذا الاتفاق لا يعفي الدائن من السعي الى مكان الوفاء لأن القاعدة في الوفاء ان الدين مطلوب وليس محمول.
- إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين إنه مسروق، او شيء تسلمه دون وجه حق، وهو عالم بذلك.
- إذا أصبح تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً غير ممكن بفعل المدين، وخاصة إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني او قياماً بعمل، ووجب ان ينفذ في وقت معين انقضى دون ان يتم، او كان الالتزام امتناعاً عن عمل واخلى به المدين.
- إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع.
- إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه.

✓ آثار الإعذار

تترتب على الاعذار النتائج التالية:

- 1- إلزام المدين بالتعويض عن التأخير في التنفيذ من وقت الإعذار: إذا اعذر الدائن مدينه، أصبح المدين مسؤولاً عن الضرر اللاحق بالدائن بسبب التأخير في التنفيذ من وقت الإعذار. اما إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود، فإن فوائد التأخير يبدأ سريانها من تاريخ المطالبة القضائية بها لا من تاريخ الإعذار، ما لم يحدد القانون او الاتفاق او العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها. وسبب عدم مسؤولية المدين قبل الإعذار، هو افتراض ان الدائن غير متضرر من التأخير ويحمل سكوته على انه رضاً ضمناً بمد أجل الوفاء. وبالإعذار يفصح الدائن عن رغبته الجديدة في استيفاء حقه دون تأخير ويلقي تبعه اي ضرر يلحق به على عاتق المدين.
- 2- انتقال تبعه الهلاك من الدائن الى المدين طبقاً للمادة 1/168.
- 3- يمكن للدائن طبقاً للمادة 119 ق م طلب فسخ العقد الملزم للجانبين.

المبحث الثاني

تقدير التعويض

حددت **المادة 182** من القانون المدني الجزائري كيفية تقدير التعويض كما يلي "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون فإن القاضي هو الذي يقدره".
عند توفر شروط استحقاق التعويض، أصبح التعويض مستحقاً، ووجب تقديره، والتزم المدين بدفعه سواء تم ذلك اختياراً أو جبراً.
والأصل أن يقوم القاضي بتقدير التعويض والحكم به. ويسمى التعويض عندئذ بالتعويض القضائي، ويجوز أن يتم تقدير التعويض باتفاق الطرفين ويسمى التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي، وقد يتولى القانون تقديره عندما يكون محل الالتزام دفع مبلغ من النقود، ويسمى بالتعويض القانوني.
إذا للتعويض ثلاثة صور ((التعويض القضائي)) يقدر فيه القاضي مقدار التعويض، وقد يكون بالاتفاق بين الدائن والمدين في حال عدم التنفيذ أو التأخير فيه ((التعويض الاتفاقي)) كما قد يكون قانونياً يحدده القانون وهذا هو ((التعويض القانوني))

المطلب الأول

التعويض القضائي

التعويض القضائي؛ تعويض يقدره القضاء ويحكم به عند الفصل في الدعوى التي يقيمها الدائن على مدينه ليحمله بمقتضاها مسؤولية عدم تنفيذ التزامه أو التأخر في تنفيذه.
فإذا لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر فيه كان للدائن أن يطالبه بالتعويض أمام المحكمة، وتتمثل عناصر التعويض التي يحكم بها القاضي؛ قيمة فات الدائن من كسب وما لحقه من خسارة، ويقع على الدائن عبء إثبات ما لحقه من ضرر. ومثال ذلك؛ تعاقد صاحب مصنع على توريد بضاعة إلى أحد التجار ولم يف صاحب المصنع بالتزامه مما دفع التاجر إلى شراء البضاعة من مصنع آخر بثمن مرتفع، فهنا يحق للتاجر (الدائن) أن يطالب صاحب المصنع (المدين) بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء ذلك، ويشمل التعويض، ما لحق بالتاجر (الدائن) من خسارة متمثلة في الفرق بين ثمن البضاعة المتفق عليه وثمان شرائها من مصنع آخر، وما فات الدائن من كسب ويتمثل فيما كان سيحققه الدائن (التاجر) من ربح من صفقات ضاعت عليه في سعيه لشراء البضاعة من مكان آخر.

تبعاً لما تقدم التعويض يكون عن:

✓ عدم تنفيذ المدين لالتزامه عينا

✓ وعن التأخر في تنفيذ الالتزام

ويشمل التعويض: **ما لحق الدائن من ضرر وما فاتته من كسب**

✓ **حدود التعويض وشروط الضرر القابل للتعويض:**

الأصل في التعويض أن يكون تعويضاً عينياً وهو أفضل من التعويض النقدي، لأنه يؤدي الرفع الضرر بالكلية ويعيد الحالة إلى ما كانت إليه قبل وقوع الضرر. وهذا ما نصت عليه **المادة 02/122 ق.م.** غير

انه في الكثير من الحالات يتعذر التعويض العيني فلا يبقى امام القاضي الا الحكم بالتعويض النقدي وهو الغالب في الحياة العملية.

وعلى القاضي في تقديره لقيمة التعويض عليه ان يراعي ما يلي:

1. **يكون التعويض عن الضرر المباشر دون الضرر غير المباشر** في المسؤولية العقدية والتقصيرية على حد سواء، والضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية للخطأ او الاخلال بالالتزام بشرط ألا يكون في امكان الدائن تفاديه ببذل جهد معقول **طبقا للمادة 1/182 ق.م.**

2. **التعويض في المسؤولية العقدية يكون عن الضرر المباشر المتوقع** الحصول عادة وقت التعاقد، دون الضرر غير المتوقع الحصول أما في المسؤولية التقصيرية فالتعويض يكون عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع الحصول. ويقاس مدى توقع الضرر بمعيار موضوعي لا بمعيار شخصي. وعليه فالضرر المتوقع هو ذلك الضرر الذي يتوقع الرجل العادي حوثه في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين.

وطبقا للمادة **182 الفقرة 02** يكون المدين مسؤولا عن تعويض الضرر غير المتوقع في المسؤولية العقدية في حالتين: إذا ارتكب خطأ جسيما، أو ارتكب غشا بأن تعمد عدم الوفاء بالالتزام وهو ما يعتبر دليل على سوء نيته.

3. **ويتشترط لاستحقاق التعويض أن يكون الضرر حالا أو محقق الوقوع ولو كان مستقبلا** (كحالة الشخص الذي يتعرض لحادث مرور وتتراخي الأضرار إلى المستقبل) أما إذا كان الضرر احتماليا فلا يستحق عنه التعويض إلا بحدوثه.

4. **التعويض يشمل جميع الأضرار مادية كانت أم معنوية** (مثل حالة الضرر الناجم عن موت أحد الأقرباء وكل مساس بالحريّة أو الشرف أو السمعة **(182 مكرر ق.م.)** **المسؤولية التقصيرية في الجرائم**

5. **تقدير التعويض يكون بحجم الضرر لا بدرجة وجسامة الخطأ،** إلا في الأحوال التالية:

- في حالة تصفية الغرامة التهديدية.

- في حالة ارتكاب المدين غشا أو خطأ جسيما.

- مراعاة الظروف الشخصية للمضرور طبقا **للمادة 131** من القانون المدني.

6. **وقت تقدير قيمة التعويض.** حق الدائن في التعويض ينشأ من وقت وقوع الضرر أما تاريخ تقدير قيمة التعويض فيكون بتاريخ الحكم بالتعويض وليس بتاريخ وقوع الضرر، تفاديا لأثار تغير قيمة العملة.

7. **التعويض لا يكون إلا عن الأضرار الشخصية والمشروعة.** فلا يحق المطالبة بالتعويض الا ممن أصابه ضررا شخصيا ماديا كان او معنويا، كما يشترط في هذا الضرر ان يكون قد مس مصلحة مشروعة للمضرور.

المطلب الثاني

التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي

يعرف التعويض الاتفاقي بانه اتفاق يحدد فيه المتعاقدان مقدراً التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو أخل به أو تأخر في تنفيذه.

ويسمى ايضاً بالشرط الجزائي، فهو شرط لأنه يدرج عادة ضمن شروط العقد الأصلي ليقوم استحقاق التعويض على اساسه، وهو جزائي لان الغرض منه مزدوج، فهو تعويض للدائن عما يصيبه من

ضرر. وهو جزاء يفرض على المدين لعدم تنفيذ التزامه أو لإخلاله به أو لتأخره فيه، وينطوي على معنى التهديد دون أن يكون عقوبة، لأن المبلغ الذي يتضمنه يقدر عادة بأكثر من الضرر الذي يلحق بالدائن نتيجة إخلال المدين بالتزامه أو عدم تنفيذه أو تأخره.

وقد يكون التعويض الاتفاقي تعويضاً عن عدم التنفيذ أو عن التأخير في التنفيذ، كما لو اشترط رب العمل على المقاول تعويضاً عن عدم التنفيذ أو تعويضاً معيناً عن كل يوم يتأخر فيه عن إقامة البناء عن الموعد المحدد، ولا مانع أن يكون تعويضاً اتفاقياً عن مسؤولية تقصيرية كالاتفاق على تقدير التعويض المستحق في حالة خيانة أمانة، والشرط الجزائي كثير الوقوع في الحياة العملية، لاسيما في عقود المقااولات والتوريد والأشغال.

✓ الأغراض التي يحققها الشرط الجزائي

قد يراد من الشرط الجزائي التحايل على أحكام القانون المتعلقة بفوائد التأخير. أو تعديل أحكام المسؤولية العقدية تخفيفاً أو تشديداً، إلا أن أهم غرض يهدف إليه هو تجنب تحكم القضاء أو التخفيف من تحكمه في تقدير التعويض، وتحاشي النزاع الذي يثور بشأن ركن الضرر من حيث وجوده أو انعدامه وطبيعته.

✓ خصائص الشرط الجزائي: يتميز الشرط الجزائي بالخصائص الآتية:

أولاً: الشرط الجزائي اتفاق بين طرفين: فيجب أن يستوفي هذا الاتفاق أركان العقد وشروطه وتسري عليه جميع أحكام العقد من بطلان وتوقف وغيرها.

ثانياً: الشرط الجزائي اتفاق على تقدير قيمة التعويض. ولكي ينتج هذا الاتفاق أثره يجب تتوافر شروط استحقاق التعويض سالفه الذكر. **مصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر**

ثالثاً: الشرط الجزائي اتفاق يحدد فيه مقدماً مقدار التعويض: فيجب أن يسبق هذا الاتفاق عدم التنفيذ أو التأخير فيه وإلا اعتبر صلحاً، ويدرج عادة ضمن بنود العقد الأصلي ولا مانع أن يتم في اتفاق لاحق بشرط أن يقع قبل الإخلال بالالتزام.

رابعاً: الشرط الجزائي اتفاق ينطوي على الخروج عن أحكام التقدير القضائي: الأصل أن يتولى القضاء تقدير التعويض، ولذلك تعتبر أحكام التعويض الاتفاقي أحكاماً استثنائية فيجب أن يفسر دون توسع وقصره على الحالة التي قصدها الطرفان.

خامساً: الشرط الجزائي اتفاق تبعي: لأن الاتفاق على الشرط الجزائي لم يقصد لذاته، وإنما تم بمناسبة اتفاق آخر وبقصد حمل المتعاقد على تنفيذه. فهو اتفاق لا يولد التزاماً أصلياً بالتعويض وإنما ينشئ التزاماً تبعياً بتقدير التعويض.

✓ طبيعة الشرط الجزائي

سبق القول أن الشرط الجزائي لم يقصد لذاته، وإنما هو التزام تبعي تم بمناسبة اتفاق أصلي آخر وبقصد حمل المتعاقد على تنفيذه. فهو يحدد التزاماً جزائياً في صورة تعويض مقدر لا ينشأ إلا نتيجة الإخلال بالالتزام الأصلي، وتترتب على صفة التبعية للشرط الجزائي نتائج أهمها ما يأتي:

من حيث التنفيذ: تكون العبرة بالالتزام الأصلي لا بالشرط الجزائي عند مطالبة الدائن مدينه بالتنفيذ مادام التنفيذ العيني ممكنا ، الا انه يجوز للدائن طلب تطبيق الشرط الجزائي اذا وافقه المدين على ذلك ويفسر هذا التحول بانه تم بناء على اتفاق ضمني، واذا استحال التنفيذ العيني بخطأ المدين فان للدائن طلب تنفيذ الشرط الجزائي وللمدين ان يعرض تنفيذه، الا انه اذا كانت استحالة التنفيذ بسبب أجني فان الالتزام الأصلي ينقضي ويسقط الالتزام التبعي، ولا تجوز المطالبة بتنفيذ الشرط الجزائي، لان المدين لا يكون مسؤولاً والتعويض لا يكون مستحقاً حينئذ.

من حيث الأوصاف: وبالنظر لتبعية الشرط الجزائي للالتزام الأصلي فانه تلحق به جميع الأوصاف التي يقترن بها الاخير من شرط وتعدد واجل. فإذا بطل الالتزام الأصلي، بسبب انعدام الأهلية او عدم مشروعية المحل مثلاً، فذلك يؤدي الى بطلان الشرط الجزائي، اما بطلان الشرط الجزائي فلا يؤثر على صحة الالتزام الأصلي لأنه تابع والتابع قد يسقط والأصل يظل قائماً، كمخالفة الشرط الجزائي لقواعد القانون الأمرة كاشتراط الدائن المرتهن تملك العقار المرهون إذا لم يوف المدين بالدين في اجله، أو لمخالفته للنظام العام كأن يتعهد ممثل الا يمثل في مسرح معين وإلا حبس نفسه.

كما أن فسخ العقد مصدر الالتزام الأصلي يؤدي الى سقوط الشرط الجزائي ويقدر التعويض حينئذ من قبل القضاء.

✓ احكام الشرط الجزائي

للقاضي السلطة التقديرية في الحكم بالتعويض المتفق عليه او تعديله ولا رقابة من محكمة العليا على حكمه، وتعد توافر اركان المسؤولية من العناصر التي تخضع لتقديره، فاذا توفرت شروط استحقاق التعويض ووجد القاضي تناسباً بين قيمة الشرط الجزائي وبين قيمة الضرر حكم بمقتضى الشرط الجزائي دون تعديل في قيمته وان جاوزت قيمته الضرر مراعيًا التناسب بين القيمتين لا التساوي، وله ان يجري عليه تعديلاً في الأحوال التي نص عليها القانون.

ويتضح من نص **المادة 183 ق م** ان الشرط الجزائي إذا توافرت شروطه يصبح ملزماً للمتعاقدين، ويجب على القاضي الحكم به، ولا يستطيع القاضي ان يجري تعديلاً في المبلغ المقدر تبعاً للضرر الذي أصاب الدائن تخفيضاً أو زيادة إلا في الأحوال التي نص عليها القانون، وهي كما يأتي:

أولاً: تخفيض الشرط الجزائي: يجوز للقاضي ان ينقص من قيمة الشرط الجزائي في حالتين حسب المادة 184 من القانون المدني وهما:

1- إذا كان الشرط الجزائي مبالغاً فيه لدرجة كبيرة: أو كما قال المشرع إذا اثبت المدين ان التقدير كان مفرطاً. وعليه لا يكفي لتخفيض قيمة الشرط الجزائي ان تكون في التقدير زيادة بحيث تتجاوز قيمته قيمة الضرر، وإنما يجب ان تكون قيمة الزيادة مبالغاً فيها الى درجة كبيرة.

2- إذا كان الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه: تقتضي العدالة ان الشرط الجزائي لا يستحق بكامله إلا إذا لم ينفذ المدين التزامه كاملاً، فإذا اثبت المدين انه قام بتنفيذ التزامه تنفيذاً جزئياً قبله الدائن دون اعتراض ولم يتضرر منه، جاز للقاضي تخفيض قيمة الشرط الجزائي بنسبة ما تم تنفيذه نزولاً عند

مقتضيات العدالة واحتراماً لإرادة المتعاقدين حيث يمكن القول ان إرادة الطرفين قد انصرفت الى التخفيض مادام المدين قد نفذ جزءاً من التزامه.

واحكام **المادة 184 ق م** من النظام العام ويقع بطلاً كل اتفاق يخالف مقتضاها، وإذا حكم القاضي بالتخفيض فلا يلزم ان يكون ما يحكم به مساوياً لقيمة الضرر بل يكفي ان يكون متناسباً معه.

3- إذا تسبب الدائن بسوء نية وهو يطالب بحقه في إطالة امد النزاع للقاضي ان يخفض من قيمة التعويض المتفق عليه في العقد أو ان يعفي المدين منه بالكلفة عن الفترة التي طال فيها النزاع بلا داعي طبقاً للمادة 187 ق م.

ثانياً: الزيادة أو الرفع من قيمة الشرط الجزائي: منح المشرع للقاضي طبقاً **للمادة 185** ق م إمكانية الرفع من قيمة الشرط الجزائي بطلب من الدائن إذا كان التعويض المتفق عليه يقل عن الضرر الواقع، وذلك في حاتين تبرر زيادة التعويض فهما احكام شروط الإعفاء من المسؤولية او التخفيف منها:

1- حالة الغش والخطأ الجسيم: إذا كان الإخلال بالالتزام العقدي جاء نتيجة غش او خطأ جسيم ارتكبه المدين وكان الضرر يفوق في مقداره قيمة الشرط الجزائي.

2- إذا كانت قيمة الشرط الجزائي تافهة: إذا كانت قيمة الشرط الجزائي من التفاهة بحيث لا تعتبر تعويضاً جدياً عن الضرر، وكان الشرط الجزائي وسيلة تحايل للإعفاء من المسؤولية التقصيرية، تطبيقاً لنص **المادة 02/178** التي قضت بإبطال كل شرط يعفي من المسؤولية التقصيرية، والشرط الجزائي إذا تفهت قيمته لا يعتبر تعويضاً جدياً عن ضرر واقع، ويعتبر اعفاءً ضمناً وغير مباشراً من المسؤولية التقصيرية فيكون باطلاً.

وفي كل الأحوال لا يستحق الشرط الجزائي إذا ثبت ان الدائن لم يلحقه أي ضرر من جراء إجلال المدين بالتزامه طبقاً **للمادة 184** من القانون المدني.

واحكام الحالتين اعلاه من النظام العام ويقع بطلاً كل اتفاق يخالف مقتضاها.

✓ **تميز الشرط الجزائي عما يشبهه به:**

أولاً. تميز الشرط الجزائي عن العربون.

إذا كانت دلالة العربون جزاء العدول عن العقد، فانه يشبهه بالشرط الجزائي عندئذ، اذ ينظر اليه كتعويض يستحق عن العدول عن العقد، ومع ذلك فإن ثمة فروق بينهما تجعلهما جزاءين مختلفين، وكما يلي:

1- يعتبر الشرط الجزائي تقديراً لتعويض يستحق عند توافر شروط التعويض، اما العربون فجاء حق العدول بصرف النظر عن وقوع الضرر.

2- يجوز تعديل قيمة الشرط الجزائي زيادة او نقصاناً في الحالات التي نص عليها القانون ليتناسب مع مقدار الضرر الحقيقي، اما العربون فينبغي الحكم بمقداره الذي حدده الطرفان دون تعديل فيه لانقطاع الصلة بين استحقاقه وبين توافر الضرر وجوداً وعدماً.

3- يشترط الإعذار لاستحقاق الشرط الجزائي حسب الاصل باعتباره تعويضاً، اما العربون فلا يعتبر تعويضاً وإنما يعد مقابل حق العدول عن العقد فلا يشترط الاعذار لاستحقاقه.

4- لا يستحق الشرط الجزائي إذا ثبت ان الدائن لم يلحقه أي ضرر، بينما يستحق مبلغ العربون ولو لم يلحق المتعاقد الآخر أي ضرر بل له أن يطالب بالتعويض إن أصابه ضرر من جراء عدول الأول عن العقد مع احتفاظه بحقه في مبلغ العربون.

ثانياً تمييز الشرط الجزائي عن شرط الحد الأعلى للمسؤولية.

قد تشترط شركات الطيران أو السكك الحديدية أو أي متعهد بالنقل بأن مسؤوليتها لا تتجاوز مبلغاً معيناً عند ضياع رزمة أو صندوق من البضاعة المرسلّة كتعويض عن الضياع وهذا ما يسمى شرط الحد الأعلى للمسؤولية، فان زاد الضرر عن المبلغ المعين دفعت ما تحدّد في الشرط من مبلغ وإذا قل عنه دفعت مبلغاً يساوي الضرر الفعلي لا المبلغ المعين في الشرط. ويشترك كلا الشرطان في انهما اتفاق على تقدير التعويض يقدر بمبلغ مقطوع وعلى أساس عنصر الضرر إلا ان الفارق بينهما ان قيمة مبلغ شرط الحد الأعلى تخفض عندما يثبت المسؤول نقصان الضرر الفعلي عن قيمة التعويض، اما الشرط الجزائي فالأصل ان لا يتم تعديل قيمته إلا في الأحوال التي نص عليها القانون.

المطلب الثالث

التعويض القانوني أو الفوائد

نصت **المادة 186 ق م** على أنه "إذا كان محل الالتزام بين أفراد مبلغاً من النقود عُيّن مقداره وقت رفع الدعوى وتأخر المدين في الوفاء به، فيجب عليه أن يعرض للضرر اللاحق من هذا التأخير" وهذا النوع من التعويض يسمى بالفوائد التأخيرية ويشترط للاستحقاق هذا النوع من التعويض:

- أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود
- أن يكون المبلغ المتفق عليه معلوم المقدار وأن يتأخر المدين في الدفع
- يطالب الدائن بالتعويض القانوني.

كما أن المقصود من التعويض القانوني هي تلك الحالة التي يتدخل فيها القانون مباشرة لتحديد قيمة التعويض المستحق للدائن كما في حالة القانون المتعلق بالإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار الناتجة عن حوادث المرور.

والفوائد نوعان: قانونية يحددها القانون كتعويض عن التأخر في تنفيذ الالتزام، وفوائد اتفاقية يتفق عليها العاقدان بشرط ألا تتجاوز سعر الفائدة الذي نص عليه القانون وفي الحالات التي يجيز فيها القانون العمل بنظام الفائدة.

ويلاحظ أخيراً وطبقاً **للمادة 454 ق م** ان القرض بين الأفراد يكون دائماً دون فائدة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك. بينما وطبقاً **للمادتين 455 و456 ق م** يجوز لمؤسسات القرض أن تمنح للمودعين أموالاً لديها فائدة. كما يجوز لها أيضاً ان تأخذ فائدة عن القروض التي تمنحها قصد تشجيع النشاط الاقتصادي، تحدد قيمة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.

الفصل الثالث

الضمان العام ووسائل المحافظة عليه

عناصر المحاضرة

- مفهوم الضمان العام
- الدعوى غير المباشرة
- الدعوى البولصية أو دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين
- دعوى الصورية

تمهيد

تعتبر الذمة المالية للمدين الضمان العام لحقوق الدائنين كافة، وهي تعني مجموع ما للشخص من حقوق الموجودة أو التي قد توجد والالتزامات الناشئة أو التي قد تنشأ في المستقبل. فهي إذن تشمل الحقوق والالتزامات الموجودة وما سيوجد منها في المستقبل، أي مجموع الأموال الحاضرة والمستقبلية. وطبيعي أن الدائن يقتضي حقه من العناصر الموجبة من الذمة المالية للمدين وهي الحقوق، بينما تمثل الالتزامات العناصر السالبة من ذمته، فأى دين من ديون المدين تضمنه جميع أمواله.

وتعتبر أموال المدين ضماناً عاماً لحقوق الدائنين كافة. ويسمى الدائن بحق شخصي دائماً، تمييزاً له عن الدائن بحق عيني، كالدائن المرتهن، الذي يتمتع بضمان خاص إضافة إلى الضمان العام.

أولاً: مفهوم الضمان العام.

الضمان العام هو تأمين عام بواسطته يستطيع الدائن الحصول على حقوقه لدى مدينه، وهو أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، وأن جميع الدائنين متساوون في هذا الضمان، إلا من كان له حق في التقدم طبقاً للقانون، حيث حسب نص [المادة 188](#) ق.م. أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه. وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقاً للقانون فإن جميع الدائنين متساوون في هذا الضمان.

والضمان العام بهذا الشكل مصدره العلاقة القانونية التي تربط بين الدائن ومدينه، ويتجسد حق الضمان العام في الواقع بلجوء الدائن للتنفيذ الجبري على أموال مدينه.

واستنتاجاً من [المادة 188 ق.م](#) يتضح أن للضمان العام خاصيتين:

الخاصية الأولى: أن الضمان العام لا يشمل مال معين من أموال المدين، وإنما يشمل جميع الأموال الملحقه بذمته دون تخصيص، طالما أن هذا المال مما يقبل الحجز عليه. الأموال التي لا يمكن الحجز عليها مبينة في [المادة 636 ق.م](#) الفقرات من 05 إلى 13.

الخاصية الثانية: أنه أي الضمان العام مشترك بين سائر الدائنين بمعنى أنه لا امتياز لأحدهم على الآخر فالكل متساوون، وفي حالة عدم كفاية أموال المدين للوفاء بكل ديونهم. تقسم أموال المدين كلها قسمة غرماء. وهذه القسمة هي حقيقة هي قسمة قانونية وليست فعلية. أي أن الدائنين من الناحية القانونية يكونون على قدر المساواة لكنهم ليسوا كذلك من الناحية الفعلية.

وما يميز الضمان العام عن الضمان الخاص المقرر للدائن الممتاز ما يلي:

1- انه لا يخول حق أفضلية لدائن عادي على غيره: فالدائنون كافة متساوون قانوناً في هذا الضمان العام إلا من كان له حق التقدم طبقاً للقانون. وهذا يعني، ان لكل دائن الحق في ان ينفذ على أي مال للمدين لا فرق بين الدائن العادي وبين الدائن المرتهن أو صاحب حق امتياز. وللدائنين الآخرين التدخل في الاجراءات التي اتخذها أحدهم ومشاركته في حصيلة اجراءاته لاستيفاء حقوقهم منها فيقسم ما ينتج عن التنفيذ على مال المدين فيما بينهم. وإن لم يكف الثمن للوفاء بحقوقهم كاملة فيقسم بينهم قسمة غرماء، أي بنسبة دين كل منهم الى مجموع الديون.

وإذا كان لأصحاب الحقوق العينية التبعية، كالدائن المرتهن والدائن الممتاز، حق التقدم على غيرهم من الدائنين العاديين، فإن ذلك لا يمس طبيعة الضمان العام، وإنما يترتب على ما لهم من ضمان خاص يخولهم حق التقدم على الدائنين العاديين في اقتضاء حقوقهم من ثمن المال الذي ورد عليه الحق العيني وأصبح تأميناً عينياً لاستيفائه.

ذلك لأن لصاحب الحق العيني التبعية ضمانان. أحدها عام يتمثل في جميع أموال المدين. وثانيهما خاص، وهو الذي ورد عليه حقه العيني التبعية كدار للمدين مرهونة لصالحه، يخوله حق التقدم في استيفاء حقه منه قبل غيره من الدائنين العاديين، وإذا لم يكف ثمنه لإيفاء حقه كاملاً، انقلب الى دائن عادي بالنسبة لما تبقى من حقه وتساوى وغيره من الدائنين في الضمان العام.

2- انه لا يخول الدائن العادي حق التبعية: فلا يستطيع الدائن العادي ملاحقة مال المدين الى أي يد انتقل اليها. ذلك لأن حقه يترتب في ذمة المدين المالية فقط، دون أن يتصب على مال معين تجوز ملاحقته. فإذا خرج المال من ملك المدين بالبيع مثلاً، سرى البيع في مواجهة الدائن ولا يستطيع التنفيذ عليه. وفي ذلك يختلف الضمان العام عن الضمان الخاص أو التأمين العيني. ففي الضمان العام تتحدد اموال المدين التي يجوز التنفيذ عليها بما يملكه وقت التنفيذ، ولا سبيل للدائن الى ما خرج من ملك مدينه من مال قبل، أما في الضمان الخاص فيتعلق الحق بمال معين بذاته فتجوز ملاحقته متى انتقل من يد إلى أخرى.

3- انه لا يخول للدائن حق التدخل في ادارة المدين أمواله والتصرف فيها: فحق المدين في إدارة امواله والتصرف فيها لا يتأثر بكثرة ديونه او بتعدد دائنيه، وإنما يظل حقه قائماً حتى تتخذ إجراءات التنفيذ، أو يصدر الحكم بحجره عن التصرف في امواله إذا اعتبر مفلساً. ويستوي الضمان العام والضمان الخاص من حيث الحيلولة دون التصرف المدين في أمواله، ولكنهما يختلفان من حيث التأثير على مدى قدرته على التصرف فيها. ذلك لأن الضمان الخاص يثقل مال المدين ويفرض قيوداً على التصرف في المال الذي قدمه ضماناً خاصاً لاستيفاء دين ما.

ثانياً: مخاطر الضمان العام

رأينا أن **المادة 188 ق م** تقضي بأن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه، والحق في الضمان العام يكون لكل دائن، وكل دائن يتساوى مع غيره في هذا الحق بغض النظر عن مقدار دينه وعلى هذا النحو يتأثر أي دائن من أي تغيير يطرأ على ذمة المدين سواء أكان التغيير في الجانب الايجابي بزيادة الحقوق أو في الجانب السلبي بزيادة الديون.

لا تبدو أهمية الضمان العام إلا عند الشروع بإجراءات التنفيذ على أموال المدين، أما قبلها فيكون المدين حراً في إدارة أمواله والتصرف فيها، وعليه فإن مصلحة الدائنين تقتضي المحافظة على أموال المدين والإبقاء على ذمته المالية مليئة كي يتمكنوا من التنفيذ عليها. لكن كثيراً ما يقدم المدين على تصرفات من شأنها الإضرار بذمته المالية والضمان العام ومن وراء ذلك الإضرار بدائنيه سواء بسوء نية أو نتيجة الإهمال واللامبالاة وهذا أكبر خطر يهدد الضمان العام.

ولذلك كان لابد للقانون من تأكيد هذا الضمان بحماية الدائن ضد إهمال المدين أو ضد تصرفاته المنطوية على الغش في الفترة السابقة على التنفيذ لما يترتب على تصرفاته تلك من أضرار بالدائنين وإنقاص الضمان العام إضراراً بحقوق الدائنين.

ثالثاً: تقديم وسائل حماية الضمان العام للدائنين.

من خلال عرض فكرة مخاطر الضمان العام وما تشكله من ضرر للدائنين تدخل المشرع لحمايتهم ووضع تحت تصرفهم وسائل قانونية تتفاوت قوتها وفعاليتها تبعاً لنوعية هذه الوسائل التي تهدف كلها إلى حمايتهم وتمكينهم من استيفاء حقوقهم. ومن هذه الوسائل طرق تحفظية، طرق تنفيذية وطرق وسطى بين التحفظية والتنفيذية.

الطرق التحفظية: وهي وسائل وصفها القانون تحت تصرف الدائن للمحافظة على حقه ومثلها:

-أن يقيد رهناً مثلاً، وضع الأختام على ما مدينه، تحرير محضر جرد عند موت المدين أو إفلاسه، التدخل في المال الشائع المملوك لمدينه. أن يتدخل خصماً إلى جانب مدينه في الدعاوى التي يكون هذا الأخير طرفاً فيها حتى يمنع تواطؤ مدينه.

SAHLA MAHLA
الطرق التنفيذية: تكفل ببيانها قانون الإجراءات المدنية والإدارية ويسبق التنفيذ حصول الدائن على سند تنفيذي كحكم أو ورقة رسمية ويكون التنفيذ عادة بالحجز على أموال المدين وبيعها وتوزيع ما ينتج عن ذلك عن طريق التقسيم بالمحاصة، كل دائن بنسبة حقه

الطرق الوسطى ما بين التحفظية والتنفيذية: هي الطرق التي لا تؤدي مباشرة إلى استيفاء الدائن، كما هو الأمر في التنفيذ، ولا هي مقصورة على مجرد التحفظ بل هي طرق بين بين وترد جميعها إلى أصل واحد وهو المبدأ العام القائل بأن جميع أموال المدين ضامنة لالتزاماته.

✓ **الدعوى غير مباشرة:** يدفع بها الدائن عن نفسه تهاون المدين أو غشه إذا سكت هذا عن المطالبة بحقوقه لدى الغير، فيباشر الدائن بنفس حقوق مدينه نيابة عنه، وبذلك يحافظ على ضمانه العام تمهيداً للتنفيذ بحقه بعد ذلك.

✓ **الدعوى البوليصية:** يدفع بها الدائن عن نفسه غش المدين إذا عمد هذا إلى التصرف في ماله إضراراً بحق الدائن فيطعن الدائن في هذا التصرف ويعود المال إلى الضمان العام تمهيداً للتنفيذ عليه.

✓ **دعوى الصورية:** توجد الصورية عندما يلجأ المدين إلى تهريب أمواله بإبرام تصرفات وهمية مع الغير لإخراجها من ضمان الدائنين وحرمانهم من التنفيذ عليها، وفي هذه الحالة أجاز المشرع للدائن أن يرفع دعوى الصورية وبموجبها يطلب إبطال تصرفات المدين الصورية (إبطال التصرف الذي تم أخفائه بالصورية) كأن يخفي المدين هبة في صورة عقد بيع فيطعن الدائن في هذا التصرف الصوري.

✓ **الحق في الحبس:** والذي بمقتضاه يحبس الدائن مالا في يده للمدين حتى يستوفي حقا له مرتبطا بهذا المال فهو أقوى من إجراء تحفظي لأن الدائن يتخذ تمهيدا للتنفيذ بحقه وأضعف من إجراء تنفيذي لأن الدائن لا يستوفي منه بمجرد حبسه مال المدين بل يجب عليه التنفيذ على هذا المال.

✓ **شهر إعسار المدين:** وإجراءات الإعسار تقوم على فكرة الضمان العام للدائنين وهي أقوى من الإجراءات التحفظية إذ تغل يد المدين عن التصرف في ماله وأضعف من الإجراءات التنفيذية إذ لا تكفي وحدها للوفاء بحق الدائن بل يجب على هذا الأخير اتخاذ إجراءات تنفيذية لاستيفاء حقه من المدين الذي شهر إعسار.

تبعا لما تقدم للدائن على جميع أموال مدينه ضمان عام. يجعل من جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه. كما يجعل من جميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا ما كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون.

وعلى ذلك فإذا تصرف المدين في أمواله سواء كانت عقارات أو منقولات فإنه سوف يؤثر بالطبع في ذمته المالية ويخرج من ثم المال المتصرف فيه من الضمان العام. كذلك فإنه إذا ما أعسر المدين نتيجة لزيادة ديونه على أمواله فإن الدائن صاحب الضمان العام سوف يتعرض لمخاطر هذا الإعسار كإقتسام الأموال المتبقية في ذمة مدينه بينه وبين غيره من الدائنين قسمة الغرماء أي كل بنسبة حصته.

لذلك فإن المشرع قرر حماية الدائن بتقرير بعض الإجراءات التحفظية التي يستطيع من خلالها المحافظة على أموال الضمان العام. ومن بين هذه الوسائل الدعوى غير المباشرة. ودعوى عدم نفاذ التصرف (الدعوى البولصية). ودعوى الصورية. والحق في الحبس. وشهر إعسار المدين. وهذا ما نتناوله تباعا:

المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

المبحث الأول

الدعوى غير المباشرة

المواد 189 و190 من القانون المدني

أولاً: تعريف الدعوى غير المباشرة وصورها

تنص **المادة 189** من ق م على أنه "يجوز لكل دائن، ولو لم يكن حقه مستحق الأداء، ان يستعمل حقوق هذا المدين إلا ما تعلق منها بشخصه خاصة أو كان غير قابل للحجز، ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا اثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق، وان إهماله في ذلك من شأنه ان يسبب إعساره او ان يزيد في هذا الإعسار".

وعليه فالدعوى غير المباشرة وسيلة يستخدم فيها الدائن سلطة مدينه في المطالبة بحقوقه ضد مدين المدين. وذلك باسم مدينه ونيابة عنه. أو هي الدعوى التي يرفعها الدائن باسم مدينه ولحساب هذا المدين ضد مدين المدين لمطالبته بالحقوق التي تقاعس المدين عن المطالبة بها، والتي من شأنها أن تؤدي الى اعساره أو الزيادة فيه.

وتسمى دعوى لأن الدائن يستعمل حقوق مدينه نيابة عنه، وهي غير مباشرة لأن الدائن يقتضي حقه بطريق غير مباشر هو العمل على المحافظة على عناصر الضمان العام للتنفيذ عليها فيما بعد، ولأن الدائن يستعمل حقوقه نيابة عنه دون وجود علاقة قانونية مباشرة بين الدائن ومدينه تقوم الدعوى غير المباشرة على فكرة النيابة القانونية طبقاً **للمادة 189** من ق م، وتختلف صورة هذه الدعوى باختلاف الوسائل أو الأهداف التي يستطيع الدائن اتخاذها أو تحقيقها من وراء هذه الدعوى. فقد يكون الهدف من الدعوى قطع تقادم يسري في حق مدينه. أو قد يكون الهدف منها شهر عقد قام المدين بموجبه بشراء عقار. أو بإعلان خصوم المدين بالحكم الذي صدر لمصلحة مدينه. أو بقيد رهن تم لمصلحة المدين ... إلخ.

والغرض من هذه الدعوى هو حماية الدائنين من الضرر الناشئ عن إهمال المدين في استعمال حقوقه لإدراكه أن أثر هذا الإهمال لن يصيبه وإنما سيلحق بدائنيه وأنه لن يستفيد من استعمالها لأن نتيجتها ستؤول إلى ذمته المالية ومن ثم يستولي عليها الدائنين. وتبعاً لما تقدم نستنتج أن الدعوى غير المباشرة تقف وسطاً بين الوسائل التحفظية والوسائل التنفيذية، فهي لا ترمي إلى مجرد الحفاظ على أموال المدين، وإنما تهدف إلى استعمال حق قصر المدين في استعماله إهمالاً أو تعمداً، كما أن مباشرة الدائن لها لا تعتبر تنفيذاً لحقه ولا وسيلة لاستيفائه، وإنما هي للتنفيذ فحسب، فيكون في وسع الدائن استيفاء حقه منه مع بقية الدائنين باللجوء إلى وسائل التنفيذ.

ثانياً: شروط الدعوى غير المباشرة

نظراً لأن الدعوى غير المباشرة تمثل تدخلاً في شئون المدين. فإن المشرع قد وضع لها شروطاً تقيد الدائن في استخدامها بنص **المادة 189 ق م**، ويمكن اجمال هذه الشروط فيما يلي:

- يجب أن يكون حق الدائن موجوداً (أي محققاً) ومؤكداً.
 - وجوب أن يستعمل الدائن حق المدين باسم المدين ولحساب المدين.
 - تقصير المدين في استعمال حقه بنفسه.
 - يجب أن يؤدي تقصير المدين إلى إفساره أو الزيادة في إفساره.
 - يجب أن يكون الحق المطالب به من الحقوق التي يمكن الحجز عليها.
 - يجب ادخال المدين في الدعوى.
- هذه الشروط منها ما يرجع إلى حق الدائن ومنها ما يتعلق بالمدين ومنها يعود إلى الحق الذي يستعمله الدائن باسم مدينه، وهذا ما نفضله تباعاً.

1- الشروط التي ترجع إلى الدائن

أ- يجب أن يكون حق الدائن موجوداً (أي محققاً) ومؤكداً: يشترط المشرع في حق الدائن، سواء كان دائناً عادياً أو دائناً مرتبناً أو له حق امتياز، أن يكون محققاً مؤكداً وأن كان غير معين المقدار حتى يستطيع مباشرة هذه الدعوى، فإن كان حق الدائن احتمالي. كحق الوارث في تركه مورثه قبل وفاته. فلا يمكن للدائن أن يستعمل الدعوى غير المباشرة نيابة عن مدينه.

أما إذا كان الحق معلق على شرط فاسخ فإن ذلك لا يتعارض مع تحقق وجود حق الدائن. لأن الحق المعلق على شرط فاسخ هو حق موجود بالفعل وإن تهدد بالزوال في المستقبل في حالة تحقق الشرط الفاسخ.

أما إذا كان الحق معلقاً على شرط واقف. فإن الدائن لا يستطيع أن يستعمل الدعوى غير المباشرة نيابة عن مدينه في هذه الحالة. وذلك لأن الحق المعلق على شرط واقف غير موجود بالفعل. وإنما وجود الحق معلق على تحقق الشرط الواقف.

لكن لا يشترط من ناحية أخرى أن يكون حق الدائن مستحق الأداء. فالدائن صاحب الحق المضاف إلى أجل واقف يستطيع أن يستعمل الدعوى غير المباشرة نيابة عن مدينه.

كذلك لا يشترط حصول الدائن على إذن مسبق من القضاء لرفع الدعوى غير المباشرة نيابة عن مدينه. كما يمكن للدائن صاحب التأمين العيني أن يرفع الدعوى غير المباشرة مثله في ذلك مثل الدائن العادي. لأن الدائن صاحب التأمين العيني هو في ذات الوقت دائن عادي يتمتع بالضمان العام على أموال مدينه.

ب- يجب أن يستعمل الدائن حق المدين باسم المدين: يعتبر الدائن في مباشرته للدعوى غير المباشرة نائباً عن مدينه وعليه يجب ان يباشرها باسم المدين ولحساب المدين، كأى نائب يباشر حقوق الأصيل فان باشرها باسمه ردت دعواه لانعدام الصفة، ولا يشترط ذكر ذلك في عريضة الدعوى إذا أدركت نيابته من فحوى العريضة.

تتميز نيابة الدائن هنا بثلاث صفات: فهي نيابة قانونية يستمد فيها المدين حقه في رفع الدعوى من القانون، وهي نيابة مفروضة على الاصيل لمصلحة الدائن، كما انها نيابة محدودة حيث تقتصر فقط على استعمال الحق نيابة عن المدين دون التصرف فيه ولعل هذه اهم سلبيات الدعوى غير المباشرة.

2- الشروط التي ترجع إلى المدين

أ- تقصير المدين في استعمال حقه بنفسه: لا يجوز للدائن أن يرفع الدعوى غير المباشرة باسم مدينه ونيابة عنه إلا إذا كان هذا المدين مهملأ أو مقصراً في المطالبة بحقوقه أو المحافظة عليها. فقد يعمد المدين الى عدم استعمال حقا من حقوقه نكاية بالدائنين، وقد ينتج هذا الاضرار عن إهمال فقط، وعبء اثبات التقصير على عاتق الدائن، ويكفي إثبات ان المدين قد تأخر في استعمال حقه عن الوقت الذي لا يسمح فيه الرجل المعتاد لنفسه ان ينقضي دون استعمال الحق، كإثباته انه تراخى في رفع الدعوى.

وعلى ذلك إذا رفع الدائن الدعوى غير المباشرة نيابة عن مدينه لإهماله في المطالبة بحقوقه ثم نشط هذا المدين وأراد أن يقوم بنفسه بمباشرة الدعوى. فإن على الدائن الامتناع عن مباشرة السير في الدعوى. وكل ما له من حق في هذه الحالة هو أن يتدخل في الدعوى بوصفه خصماً ثالثاً حتى يراقب المدين في المطالبة بحقوقه ويحترز لأي تواطؤ يمكن أن يقع بين المدين ومدين المدين (المدعى عليه في الدعوى).

وإذا كان الاصل ان كل ما يقع في الضمان العام للدائنين من دعاوى وحقوق يستطيع الدائن استعمالها باسم المدين عند توفر شروط الدعوى غير المباشرة، الا انه ينبغي ان يكون ما يستعمله الدائن باسم مدينه حقاً قابلاً للحجز عليه وليس مجرد رخصة، فالرخصة لا تمثل قيمة مالية وإنما هي مكنة

اكتساب الحق وليست حقا، كمكنة أخذ عقار بالشفعة او قبول هبة. ذلك لأن استعمال المكنة هذه يكون رهناً بمشيئة صاحبها ويجب ان يكون حقاً مالياً، اما الحقوق غير المالية فلا شأن للدائنين بها، كالحقوق العامة وحقوق الاسرة وإن ترتب على استعمالها آثار مالية، فليس للدائن رفع دعوى نفقة نيابة عن مدينه وان ادى ذلك الى تخفيف عبأ مالي عنه، ولا يجوز للدائن استعمال الحقوق المتصلة بشخص المدين والتي تقوم على اعتبارات ادبية لان تقديرها متروكا لشخص المدين وحده، كحق الواهب في الرجوع في الهبة.

ب - يجب أن يؤدي تقصير المدين إلى إعساره أو الزيادة في إعساره: فإذا كان تقصير المدين في المطالبة بحقوقه بنفسه لا يترتب عليه أي تهديد بالضمان العام للدائن فلا يتسبب عنه إعسار المدين أو زيادة إعساره. فلا يوجد مصلحة للدائن في رفع الدعوى غير المباشرة في هذه الحال.

ويقصد بالإعسار في هذه الحالة الإعسار الفعلي. وهو الإعسار الذي يتحقق عندما تزيد ديون المدين الحال منها والأجلة على حقوقه أو أمواله. وليس المشترط في هذه الحال هو الإعسار القانوني الذي يترتب عنه أن تزيد ديون المدين الحالة فقط على أمواله. فهذا الإعسار يتطلب حكماً من القضاء يقضي بشهر إعسار المدين.

ويلاحظ أن عبء إثبات إعسار المدين إعساراً طبقاً **للمادة 193 ق م** يقع على الدائن. ويكفيه في هذا الشأن أن يثبت مقدار ما في ذمة المدين من ديون. في حين يقع على المدين. إذا ما أراد أن يمنع رفع الدعوى غير المباشرة نيابة عنه. أن يثبت أن في ذمته من الأموال ما يكفي لسداد ديونه.

ج - يجب ادخال المدين في الدعوى: طبقاً للمادة 189 من القانون المدني يجب على الدائن أن يقوم بإدخال المدين خصماً في الدعوى التي يرفعها نيابة عنه. فإذا لم يقم الدائن بإدخال مدينه خصماً في الدعوى كان للمدعى عليه أن يدفع بعدم قبول الدعوى ذلك لأن الحكم الصادر بها لا يسري في حق المدين، ولا يحوز حجية الشيء المحكوم فيه بالنسبة اليه والى الدائنين كافة إلا إذا كان المدين خصماً في الدعوى.

ويترتب على دخول المدين خصماً في الدعوى إتاحة الفرصة له لتنحية الدائن ومباشرة الدعوى بنفسه. كما أن من شأن هذا الإدخال أن يجعل من الأحكام الصادرة في الدعوى حجة عليه. هذا ولا يشترط أن يقوم الدائن بإدخال غيره من الدائنين معه في الدعوى. لكن يحق لأي من الدائنين أن ينضم إلى الدعوى لمراقبة سيرها أو لمساعدة الدائن رافع الدعوى في مواجهة الغير.

3- الشروط التي ترجع إلى الحق الذي يستعمله الدائن باسم مدينه

يستطيع الدائن كقاعدة عامة أن يستعمل جميع حقوق مدينه نيابةً عنه باستثناء ما كان منها متصلاً بشخصه أو إذا ما كانت الحقوق غير قابلة للحجز عليها طبقاً **للمادة 189 ق م**.

أ- الحقوق غير القابلة للحجز عليها: يقصد بهذه الحقوق تلك الحقوق التي تخرج من الضمان العام للدائنين ولا تعد عنصراً من عناصره. ومن هذه الحقوق على سبيل المثال: حق النفقة وحق السكنى وحق الاستعمال، أي مجمل الحقوق المذكورة في **المادة 636 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية**.

وعلة هذا الاستثناء تتمثل في أن الحقوق التي لا يجوز الحجز عليها لا يستطيع الدائنون بيعها واستيفاء حقوقهم من ثمن بيعها. لذلك تنعدم مصالحهم في المطالبة بها نيابة عن مدينهم.

ب-الحقوق المتصلة بشخص المدين: يقصد بهذه الحقوق تلك الحقوق التي تتصل باعتبارات شخصية يقدرها المدين وحده. ومن أمثلة هذه الحقوق حق المدين في قبول الهبة. وحقه في الرجوع عن قبولها. وحقه في تطليق زوجته. وحقه في النفقة وغيرها. وعلة هذا الاستثناء هي المحافظة على كرامة المدين وتقييد تدخل الدائنين في حريته في إدارة شئونه الشخصية.

رابعاً: آثار الدعوى غير المباشرة المادة 190 ق م

1-آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للمدين

يتضح من النصوص القانونية المنظمة لهذه الدعوى أن الدائن ينوب عن مدينه نيابة قانونية في استعمال حقوقه وعليه فإن التصالح في الحق المطالب به بالدعوى غير المباشرة ينعقد للمدين وحده ولا يجوز للدائن أن يتصالح فيه.

لا يترتب على رفع هذه الدعوى من قبل الدائن حرمان المدين من التصرف في الحق الذي يستعمله الدائن نيابة عنه. فيظل حر التصرف فيه فإن كان له حق عيني على شيء جاز له بيعه أو هبته، وإن كان حقه ديناً جاز له حوالته، وله أن يتصالح على الحق أو أن ينزل عنه ديناً أو عيناً، وللمدين أن يستوفي حقه من مدينه وقد يخفيه ويعتبر الوفاء صحيحاً. وله أن يقضيه بالتجديد أو المقاصة أو الإبراء، سواء قبل رفع الدعوى أو بعدها، ويكون تصرف المدين نافذاً في حق الدائن ولمدين المدين التمسك به في مواجهة الدائن. وليس للدائن إذا ما تصرف المدين في أمواله على هذا النحو إلا أن يطعن في تصرفه بالدعوى البولصية.

2-آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للخصم وهو مدين المدين

لما كان الدائن رافع الدعوى غير المباشرة نائباً نيابة قانونية عن مدينه. لذلك فإن آثار هذه الدعوى تنصرف في العلاقة بين المدين الذي ترفع الدعوى باسمه وبين الخصم المدعى عليه في الدعوى غير المباشرة. وعلى ذلك فإن الخصم يستطيع أن يدفع في مواجهة الدائن بكل الدفعات التي يحق له أن يدفع بها في مواجهة المدين. فيستطيع الخصم مثلاً أن يدفع في مواجهة الدائن بالتقادم والمقاصة وبطلان التصرف لأي سبب من أسباب البطلان كالإكراه أو الغلط أو الغش ونحو ذلك.

كما أنه ومن ناحية ثانية ليس للدائن رافع الدعوى غير المباشرة أن يتمتع بحقوق أكثر من حقوق مدينه. فليس له مثلاً أن يسلك طريق من طرق الإثبات لا يستطيع المدين أن يسلكه. كما أنه إذا تصالح المدين مع الخصم بنيه إنهاء النزاع القائم بينهما فإن للخصم أن يتمسك بهذا الصلح في مواجهة الدائن رافع الدعوى غير المباشرة.

لكن يلاحظ أن الخصم لا يستطيع أن يدفع مطالبة الدائن بالدفع الخاصة بينه وبين هذا الدائن فلا يستطيع مثلاً أن يتمسك بالمقاصة بين دين له في ذمة الدائن رافع الدعوى غير المباشرة وبين ما في ذمته للمدين.

3-آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للدائن وغيره من الدائنين.

يحق للدائن رافع الدعوى غير المباشرة المطالبة بكل ما للمدين من حقوق اتجاه مدين المدين. كما أن له أن يدفع أثناء نظر الدعوى بكافة الدفعات التي كان باستطاعة المدين أن يدفع بها. ولا يستأثر الدائن

رافع هذه الدعوى بنتيجتها لوحده، وإنما يتعرض لمزاحمة الدائنين في اقتضاء ديونهم من الحق المحكوم به استناداً إلى فكرتي الضمان العام والنيابة القانونية وعليه فإن حصيلة هذه الدعوى لا تعود في النهاية إلى ذمة الدائن رافع الدعوى غير المباشرة وإنما تعود إلى ذمة المدين لتدخل في الضمان العام لجميع الدائنين. فرافع الدعوى لا يكون له أية أفضلية على غيره من الدائنين، عليه أن يحتاط ويتفادى مزاحمة الدائنين له فيتخذ إجراءات التنفيذ مع إجراءات هذه الدعوى ليتمكن من الاستيلاء على ما يحكم له به والتنفيذ عليه. وهنا تظهر محدودية الدعوى غير المباشرة خاصة وأنها لا تغل يد المدين الذي يبقى له حق التصرف.

ثالثاً: تمييز الدعوى غير المباشرة عن الدعوى المباشرة

الدعوى المباشرة: هي وسيلة أكثر فعالية من الدعوى غير المباشرة. حيث لا يستعمل الدائن حقوق المدين باسمه ونيابة عنه كما هو الحال في الدعوى غير المباشرة. وإنما يباشر الدائن هذه الدعوى ويطالب بحقوق مدينه من مدين مدينه باسمه الشخصي. وعندما يفي مدين المدين بما عليه فإن الدائن رافع الدعوى المباشرة يستفيد من هذا الوفاء وحده دون مزاحمة باقي الدائنين له في هذا الوفاء. وعلى هذا فإن الدعوى المباشرة تعد من قبيل الضمان الخاص الذي يتيح المشرع لصاحب الحق لذلك فهي لا تنقرر لأي دائن إلا بنص قانوني خاص. ومن هذه النصوص الخاصة التي تقرر الدعوى المباشرة للدائن **المادة 507 ق م** التي تتيح للمؤجر الأصلي مطالبة المستأجر من الباطن بما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي. **والمادة 565 ق م** التي تعطي المكاول من الباطن والعمال الذين يشتغلون لحسابه الحق في مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمكاول الأصلي وقت رفع الدعوى. كذلك يعطي نص **المادة 580 ق م** الحق لنائب الوكيل في المطالبة بحقوقه قبل الموكل مباشرة. كما يجوز للأخير أن يطالب نائب الوكيل بتنفيذ العمل الموكل به مباشرة.

المبحث الثاني

دعوى عدم نفاذ التصرف (الدعوى البولصية)

المواد 191 إلى 197 من القانون المدني

أولاً: تعريف دعوى عدم نفاذ التصرف والهدف منها

هي إحدى الوسائل التي وضعها المشرع تحت تصرف الدائنين بقصد حمايتهم من التصرفات التي يبرمها المدين بسوء نية إضراراً بهم. وهذه الدعوى لا تهدف في الحقيقة إلى إبطال تصرفات المدين. ولكن الهدف منها عدم الاحتجاج بالتصرف الصادر من المدين على الدائن رافع الدعوى مع بقاء تصرف المدين قائماً بينه وبين من صدر إليه التصرف.

فهي إذن الدعوى التي يرفعها الدائن ضد التصرفات القانونية للمدين الصادرة عنه إضراراً به والتي من شأنها أن تؤدي إلى إفساره أو الزيادة في ذلك، بقصد حمايته من غشه والمحافظة على الضمان العام لحقوق الدائنين.

سميت هذه الدعوى البولصية نسبة الى القاضي الروماني بولص الذي ابتدعها. وهي من حيث الطبيعة، وهي دعوى لا تفضي الى بطلان التصرف الذي يجريه المدين، وإنما تؤدي الى عدم سريان تصرف المدين في حق دائئه.

والحكمة من هذه الدعوى مزدوجة، فهي تهدف الى المحافظة على الضمان العام لحقوق الدائنين. كما تهدف الى حماية الدائنين من غش المدين المعسر عن طريق المطالبة بعدم سريان أثر تصرفه في مواجهتهم كي لا يضاروا به. لأن المدين قد يعتمد الى القيام بتصرفات تلحق ضرراً بدائنيه، فقد يبيع امواله الظاهرة ويخفي ثمنها، او يحابي اقربائه واصدقائه فيبيعهم امواله بثمان بخس او يهبهم إياها.

ثانياً: شروط دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين

يمكن رد وإجمال شروط الدعوى البولصية الى ما يلي:

- 1- يجب ان يكون التصرف المطعون فيه تصرفاً قانونياً.
- 2- يجب أن يكون تصرف المدين منطوياً على غش أو تواطؤ.
- 3- يجب أن يكون تصرف المدين ضاراً بالدائنين.
- 4- يجب أن يكون حق الدائن محقق الوجود (موجود) وخالياً من النزاع.
- 5- يجب أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وسابقاً في نشوئه على التصرف المطعون فيه.
- 6- يجب أن يكون تصرف المدين مؤدياً إلى إعاقة أو الزيادة فيه.

هذه الشروط منها ما يرجع لحق الدائن ومنها ما يعود للتصرف المطعون فيه ومنا ما يتعلق بالمدين:

1- الشروط التي ترجع الى الدائن: المادة 191 ق م

أ- يجب أن يكون حق الدائن محقق الوجود (موجود) وخالياً من النزاع: فالدائن صاحب المصلحة الحقيقية في رفع هذه الدعوى هو الذي تأكد حقه. أما الدائن صاحب الحق الاحتمالي (المعلق على شرط واقف مثلاً) فلا يحق له رفع هذه الدعوى.

ب- يجب أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وسابقاً في نشوئه على التصرف المطعون فيه: إذا كان التصرف الصادر من المدين إلى الغير من قبيل المعاوضات (أي تصرف بمقابل كالبيع مثلاً) فإن المشرع يتطلب في هذه الحالة أن يكون حق الدائن الذي يجوز له رفع هذه الدعوى مستحق الأداء وقت قيام المدين بإبرام التصرف. والحكمة التي تتطلب المشرع هذا الشرط من أجلها هي أن مصلحة المتصرف إليه. إذا كان التصرف معاوضةً. تتساوى مع مصلحة الدائنين السابقين للمتصرف. فلا يحق لأي دائن أن يطعن على هذا التصرف إلا إذا كان حقه مستحق الأداء وقت إبرام المدين لهذا التصرف.

أما إذا كان التصرف الصادر من المدين إلى الغير من قبيل التبرعات (كالهبة مثلاً). فإن المشرع أعطى الحق لجميع الدائنين أصحاب الحقوق الموجودة وقت إبرام التصرف بالطعن على هذا التصرف بعدم النفاذ في مواجهتهم.

وعلة هذه التفرقة بين ما إذا كان تصرف المدين بمقابل (معاوضة) وتصرفه تبرعاً أن تصرف المدين المعسر إذا كان تبرعاً يفترض فيه أنه وقع إضراراً بالدائنين. فالتبرع يعني خروج أموال من ذمة المدين بدون مقابل. وهذا في حد ذاته يعد مفسدة. ودرء المفسد مقدم على جلب المنافع. لذلك قد أعطى المشرع أي دائن

الحق في الطعن على هذا التصرف بعدم النفاذ حتى ولو لم يكن حقه مستحق الأداء. فحق الدائنين يعد أجدر بالرعاية في هذه الحالة من مصلحة المتبرع إليه. وذلك كله بعكس ما إذا كان التصرف بمقابل. ذلك أن التصرف بمقابل لا يجوز فيه افتراض سوء نية المدين إضراراً بالدائنين. فقد يكون تصرف المدين بمقابل تم بهدف سداد ديونه مثلاً.

كذلك يجب أن يكون حق الدائن سابقاً في نشوئه على التصرف المطعون فيه. فإذا نشأ حق الدائن بعد إبرام المدين للتصرف سواء كان معاوضةً أو تبرعاً. فلا يحق للدائن أن يطعن على هذا التصرف السابق على نشوء حقه بالدعوى البولصية لأن حقه وقت إبرام التصرف لم يكن له وجود. والعلة من اشتراط أن يكون حق الدائن سابقاً في نشوئه على التصرف المطعون فيه تكمن في أنه من المتعذر تصور غش المدين إلا إذا كان حق الدائن سابقاً على تصرفه، فلا يجوز لشخص أن يطعن في تصرف مدين لم يكن دائناً له وقت نشوء التصرف، لتعذر الادعاء بأن المدين قصد من تصرفه الإضرار به. والعبرة في احتساب اسبقية حق الدائن على التصرف المطعون فيه، بتاريخ وجود الحق لا بتاريخ استحقاقه، وعبء اثبات الاسبقية هذه يقع على عاتق الدائن لأنه المدعي.

2- الشروط التي ترجع إلى المدين

أ- شرط الإعسار: يشترط المشرع لممارسة دعوى عدم نفاذ التصرف أن يكون تصرف المدين مؤدياً إلى إعساره أو الزيادة في إعساره، أي أن يؤدي إلى زيادة ديونه على أمواله. وأن يبقى الإعسار قائماً حتى وقت رفع الدعوى طبقاً للمادة 191 ق م.

والمقصود بالإعسار هنا هو الإعسار الفعلي حيث يؤدي التصرف الذي أبرمه المدين إلى زيادة ديونه الحال منها والأجل. على حقوقه أو أمواله. وهو ذات الإعسار المتطلب في الدعوى غير المباشرة. والإعسار متصور حتى في الفرض الذي يتصرف فيه المدين معاوضةً. ذلك أنه قد يبيع أمواله بثمن بخس. أو قد يبيع في وقت تتسم فيه الأثمان بالاتجاه إلى الانخفاض. كذلك قد يشتري المدين شيئاً بثمن مغالى فيه أو في وقت تتسم فيه الأثمان بالاتجاه إلى الارتفاع. ويقع عبء إثبات إعسار المدين على الدائن رافع الدعوى. طبقاً للمادة 193 ق م ويكون ذلك بإثبات ما في ذمة المدين من ديون. عندها ينتقل عبء الإثبات إلى المدين ليثبت أن له من الأموال ما يكفي لسداد ديونه أو ما يزيد عليها.

ب- شرط الغش وقصد الإضرار: طبقاً للمادة 192 ق م يجب أن يكون تصرف المدين منطوياً على غش أو تواطؤ. وأن يتصل هذا الغش بعلم المتصرف إليه حتى يمكن الطعن على التصرف بعدم النفاذ، ولكن يجب أن نفرق هنا بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان تصرف المدين بعوض كالبيع مثلاً. فيشترط لإمكان الطعن على هذا التصرف أن يكون منطوياً على غش من المدين وأن يكون من صدر له التصرف على علم به. ويقصد بالغش أن يكون المدين قاصداً من وراء التصرف الإضرار بالدائن. ونظراً لأن إثبات الغش أمر صعب على الدائن رافع الدعوى. فإن المشرع قد يسر له هذا الإثبات فقرر أن الدائن عليه فقط لإثبات الغش أن يثبت أن المدين قد تصرف وهو معسر. ويعتبر من صدر له التصرف عالماً بهذا الغش إذا أثبت

الدائن أن المتصرف إليه كان يعلم بإعسار المدين وقت التصرف. وعلى ذلك فإن المتصرف إليه يمكن له التخلص من الطعن على التصرف بعدم النفاذ إذا أثبت أنه كان حسن النية ولا يعلم بإعسار المدين وقت التصرف.

ومع ذلك يستطيع المتصرف إليه أن يثبت حسن نيته حتى ولو قام الدائن بإثبات علمه بإعسار المدين. وذلك حين يثبت أنه بالرغم من علمه بإعسار المدين. فإنه كان يجهل أن التصرف قد تم إضراراً بالدائن.

الحالة الثانية: إذا كان تصرف المدين تبرعاً كالهبة مثلاً، فإن هذا التصرف لا ينفذ في حق الدائن حتى ولو كان المتصرف إليه حسن النية. وحتى ولو لم يثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً. وعلة ذلك هو كما سبق وأن ذكرنا أن درء المفسد مقدم على جلب المنافع. فالمتصرف إليه تبرعاً ينتظر الحصول على منفعة بحتة دون مقابل. أما الدائن فإن التصرف قد أصابه ضرر لأنه بدون مقابل. فمصلحة الأخير تقدم على مصلحة المتبرع إليه لدرء المفسدة عنه.

3- الشروط التي ترجع إلى التصرف المطعون فيه

أ- يجب صدور تصرف قانوني من المدين: يجب أن يكون التصرف المطعون فيه تصرفاً قانونياً، وهو كل اتجاه للإرادة إلى أحداث أثر قانوني معين سواء بالعقد أو الإرادة المنفردة. وعليه ينبغي أن يكون العمل المطعون فيه والصادر من المدين عن غش، تصرفاً قانونياً سواء صدر من جانب واحد كالإبراء والوفاء والتنازل والوقف أو صدر من الجانبين كالعقد، وسواء كان ملزماً لجانب واحد كالهبة أو ملزماً للجانبين كالبيع، أو كان العقد معاوضة كالقسمة أو تبرعاً كالقرض والهبة دون عوض، أما إذا وقع البيع أو الهبة في مرض الموت كان حكمهما حكم الوصية ويعتبران غير نافذين دون حاجة للطعن بهما بهذه الدعوى. وعليه فإن كل ما يصدر من المدين من أعمال مادية ولو كانت أعمال ضارة به. كالعمل غير المشروع والتزام المدين بدفع تعويض عنه فلا يمكن الطعن فيها والاحتجاج بعدم نفاذها في مواجهة الدائنين وإن ترتب عليها تحميل المدين بالتزامات. وذلك لأن القول بعدم الاحتجاج بهذه الأعمال في مواجهة الدائنين معناه عدم حصول المضروب على التعويض عما أصابه من حوادث وهو ما لا يجوز.

ب- يجب أن يكون تصرف المدين ضاراً بالدائنين: وبعد التصرف القانوني الصادر من المدين ضاراً بالدائنين إذا كان تصرفاً مفقراً للمدين. وهو لا يكون كذلك إلا إذا أدى إلى الانتقاص من حقوق المدين كإخراج مال من ذمته تبرعاً أو بمقابل بثمن بخس. أو أدى إلى زيادة التزاماته كأن اقترض المدين بعقد قرض بفوائد.

أما إذا كان التصرف لا ينقص من حقوق المدين أو يزيد من التزاماته (كعدم قبول المدين الهبة مثلاً) فلا يجوز للدائنين الاحتجاج على هذا التصرف بعدم النفاذ. لأن قبول الهبة من عدمه يقوم على اعتبارات شخصية وأدبية لا يستطيع تقديرها إلا المدين.

تبعاً لما تقدم يكون التصرف مفقراً للمدين إذا:

- ✓ إذا ترتب عليه الإنقاص من الحقوق المدين، كتصرفه بعين يملكها بالبيع بأقل من قيمتها أو بالهبة.
- ✓ إذا ترتب عليه الزيادة في التزاماته، كأن يقترض مالاً أو يشتري عيناً بأكثر من قيمتها.

ولا يكون التصرف مفقراً للمدين إذا:

✓ امتناعه عن تقوية ذمته المالية بالامتناع بالزيادة من حقوقه، كرفضه هبة عرضت عليه.

✓ امتناعه تقوية ذمته المالية بالامتناع عن الإنقاص من التزاماته كرفضه الإبراء من دين في ذمته.

ج- يجب أن يكون تصرف المدين تالياً في النشوء على حق الدائن: فلا يتصور بالطبع أن يصيب الدائن

ضرراً من جراء تصرف المدين إذا كان تصرف المدين قد تم قبل نشوء حق الدائن. ومع ذلك فإنه إذا أبرم المدين تصرفاً يريد به الإضرار بدائن مستقبل. فإن أي دائن يستطيع أن يحتج على هذا التصرف بالدعوى البولصية. ومن أمثلة هذه الحالة أن يبيع المدين عقاراته كلها قبل أن يبرم عقد القرض. ففي هذه الحالة فإن الغش يؤدي إلى استبعاد هذا الشرط.

ويقع على الدائن عبء إثبات أن تاريخ التصرف المطعون عليه لاحقاً على حقه.

ثالثاً: آثار دعوى عدم نفاذ التصرف

يجب أن نلاحظ أولاً أن هذه الدعوى لا تهدف إلى إبطال تصرفات المدين. ذلك أن البطلان هو وصف يلحق التصرفات القانونية التي لم تستكمل الأركان والشروط التي يتطلبها القانون فيها عند نشوئها. لكن هذه الدعوى تهدف إلى حماية الدائنين من التصرفات الصحيحة التي يبرمها المدين ويترب عليها إضراراً بهم.

1- آثار الدعوى بالنسبة للدائنين

طبقاً للمادة 194 ق م متى تقرر عدم نفاذ التصرف يستفيد منه جميع الدائنين الذين صدر التصرف إضراراً بهم. وعلى ذلك فإن الدائن رافع الدعوى وغيره من الدائنين لا يمكن الاحتجاج بالتصرف في مواجهتهم. فيستطيع أي دائن منهم اتخاذ كافة إجراءات التنفيذ على المال محل التصرف كما لو كان باقياً في ذمة المدين. فالفائدة من عدم النفاذ تعم جميع الدائنين الذين صدر التصرف المطعون فيه إضراراً بهم. وتطبيقاً لما تقدم إذا كان التصرف ينقص من أموال المدين، فإن المال الذي انصب عليه تصرف المدين يعتبر أنه لم يخرج من الضمان العام ويستطيع الدائن التنفيذ عليه، فإذا كان التصرف إسقاط حق عيني، كالتنازل عن حق ارتفاق، رجع الحق بالنسبة للدائن، وإذا كان التصرف إبراءً من دين اعتبر الدين باقياً في ذمة مدين المدين. أما إذا كان التصرف يزيد في التزامات المدين، كاقتراضه مالاً أو سدد القرض أو شراء عين معينة ودفع الثمن، وجب على المتصرف اليه وهو المقرض أو البائع أن يرد إلى المدين ما قبضه لأن التصرف لا يكون نافذاً في حق الدائن.

ويتعذر على الدائن الاستمرار في الدعوى أو تنفيذ الحكم الصادر عنها ولو لم يفقد صفة الدائن في

ثلاث حالات:

✓ إذا أصبحت أموال المدين كافية للوفاء بما عليه، لانتفاء شرط إعسار المدين.

✓ إذا اثبت من صدر اليه التصرف إن المدين يملك كلاً كافياً للوفاء بحق الدائن.

✓ إذا لم يكن الخلف قد دفع الثمن بعد، وكان قريباً من ثمن المثل بإيداعه في صندوق المحكمة

2- آثار الدعوى على العلاقة بين المتصرف والمتصرف إليه

إن دعوى عدم نفاذ التصرف لا تمس وجود التصرف المبرم بين المدين (المتصرف) والمتصرف إليه.

فإن هذا التصرف يبقى صحيحاً منتجاً لجميع آثاره. وينصرف أثره إلى خلفهما العام أو الخاص، ويبقى

التصرف نافذاً في حق الدائنين الذين لم يطعنوا به أو لم يشاركوا في الاجراءات اهمالاً أو لعدم توفر شرط الدعوى. ويقتصر أثر الحكم على الدائن الطاعن ومن استفاد منه من الدائنين.

كما أن للمتصرف إليه أن يرجع على المدين المتصرف بكل الدفع التي تنشأ من التصرف. فله أن يطالبه بضمان الاستحقاق أو التنفيذ بمقابل. أو بالفسخ والتعويض.

ويترتب على بقاء التصرف نافذاً بين طرفيه (المتصرف والمتصرف إليه) ومن يخلفهما، إن كان التصرف بيعاً مثلاً النتائج التالية:

✓ يرتب التصرف جميع اثاره إلا ما تعارض منها مع عدم نفاذه بحق الدائنين، فيلتزم المشتري بدفع الثمن ويلتزم البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه وضمانه.

✓ يعتبر الشيء المبيع ملكاً للمشتري، فإن نفذ عليه الدائن واستوفى حقه وبقي شيء من ثمنه فإنه يعد ملكاً للمشتري وتسلم له وإن كان شيء النية متواطئاً.

✓ تنصرف أثار التصرف الى الورثة والخلف الخاص للمشتري الثاني، فإن بقي شيء من الثمن بعد التنفيذ ورثها ورثة المشتري لا ورثة البائع.

✓ يكون التصرف نافذاً بحق دائني المشتري وتنتقل إليهم حقوقه، ولهم ان ينفذوا على العين المبيعة بعد ان يستوفي دائني المدين حقوقهم منها.

التوفيق بين المصالح المتعارضة

لما كان الحكم لصالح الدائن في هذه الدعوى يؤدي الى عدم نفاذ تصرف بحق دائنيه، وإلى بقاء التصرف نافذاً بين المتعاقدين وخلفائهما، فإن التعارض بين مصالح من اعتبر التصرف غير نافذ بحقه وبين من اعتبر نافذاً بحقه يبدو امراً واضحاً، ولذلك لا بد من تطبيق القواعد العامة لمعالجة هذا التعارض. ويترتب على تطبيقها النتائج التالية:

- إذا طعن الدائن بعقد بيع ابرمه مدينه ونجح في دعواه واستوفى دينه من ثمن المبيع، كان للمشتري ان يرجع على المدين (البائع) اما بدعوى ضمان الاستحقاق او بدعوى الكسب دون سبب.
- إذا كان البائع غير المدين، اي ان المبيع انتقل من مشتري اول الى مشتري ثان، فإن للمشتري الثاني ان يختار اما الرجوع بدعوى ضمان الاستحقاق على من باعه المبيع، او ان يرجع بدعوى الكسب دون سبب على المدين.
- في العقود الملزمة لجانبين يجوز للخلف الخاص ان يطلب فسخ العقد جزاءً لعدم التنفيذ، إذا نفذ الدائن على المال محل التصرف.
- إذا كان تصرف المدين تبرعاً كالهبة، فليس للموهوب له بعد الحكم بعدم نفاذ التبرع والتنفيذ على المال المتبرع به الرجوع على المدين بضمان الا إذا اشترط ذلك في التصرف.
- إذا كان التصرف المطعون فيه يزيد من التزامات المدين كعقد القرض، فليس للمقرض ان يشارك الدائنين السابقة حقوقهم على هذا التصرف في قسمة الغرماء، لعدم نفاذ القرض في مواجهتهم وتقدمهم عليه، ولكنه يزاحم الدائن اللاحق حقه لعقد القرض لنفاذ التصرف بالنسبة اليه

تقادم الدعوى البولصية: تسقط الدعوى البولصية بالتقادم طبقاً **للمادة 197** من القانون المدني بمرور 03 ثلاث سنوات من تاريخ علم الدائن بالسبب الموجب لرفعها وتسقط في جميع الأحوال بمرور 15 سنة من تاريخ ابرام التصرف المراد الطعن فيه.

مقارنة بين دعوى عدم نفاذ تصرف المدين والدعوى غير المباشرة

أوجه التشابه: وتتمثل فيما يلي:

- ✓ كل منهما يهدف الى المحافظة على الضمان العام لحقوق الدائنين.
- ✓ كل منهما دعوى ترفع على مدين معسر صدر منه تصرف يلحق ضرراً بدائنيه.

أوجه الاختلاف: وتتمثل فيما يلي:

- ✓ دعوى عدم النفاذ ترمي الى حماية الدائن من غش المدين وتهريب أمواله من متناول دائنيه، بينما ترمي الدعوى غير المباشرة الى وقاية الدائن من اهمال مدينه في المحافظة على حقوقه.
- ✓ الدائن يرفع دعوى عدم النفاذ باسمه ويخاصم فيها مدينه ومن صدر إليه تصرف المدين، بينما في الدعوى غير المباشرة يقيم الدائن الدعوى باسم مدينه ويستعمل فيها حقوقه نيابة عنه ليخاصم فيها غيره.
- ✓ أثر دعوى عدم النفاذ ينصرف الى الدائنين. بينما ينصرف أثر الدعوى غير المباشرة الى المدين وتؤول نتيجتها إليه مباشرة وإن أفاد منها دائنوه بصورة غير مباشرة.

المبحث الثالث

دعوى الصورية المادتان 198 و 199 من القانون المدني

الصورية هي تعبير عن تصرف غير مقصود كلياً أو جزئياً، لتحقيق غرض شخصي قد يكون مشروعاً أو غير مشروع. والصورية غير ممنوعة شرعاً أو قانوناً، ما لم تتخذ وسيلة لأكل أموال الناس بالباطل، أو للتحايل على أحكام القانون.

وفي كل الأحوال فإنه إن كانت الصورية مطلقة لم يوجد عقد أصلاً لانعدام الإرادة الجدية وجوهر التصرف القانوني هو اتجاه إرادة جدية إلى إحداث أثر قانوني، وإن كانت الصورية نسبية فالعبرة من الناحية الموضوعية بالعقد الحقيقي، هذا بالنسبة لأطراف المعاملة الصورية وخلفهم العام كالورثة، أما غير هؤلاء فإن لهم الحق قانوناً أن يستفيدوا من المعاملة الصورية دون أن تكون نافذة في حقهم، مادام يتوافر لديهم حسن النية لجهلهم بوجودها.

تعدّ الصورية إحدى حالات التخالف بين إرادتي التعاقد، الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة. فمن يصدر عنه التعبير الذي ينشأ به العقد يعلم تماماً أن من شأن هذا اللفظ أن ينشئ العقد، ولكنه لا يريد هذا الأثر وإنما يريد تحقيق غرض شخصي آخر.

ودعوى الطعن بالصورية، هي إحدى وسائل حماية الضمان العام للدائنين، والمحافظة على هذا

أولاً: مفهوم الصورية

الصورية هي اصطناع مظهر مخالف للحقيقة عن طريق تعبير ظاهر عن تصرف قانوني غير مقصود كلياً أو جزئياً، يخالفه في الوقت نفسه تعبير مخفي ومخالف للحقيقة المقصودة، سواء أكانت هذه

الحقيقة، هي عدم وجود تصرف، أو وجود تصرف بشروط أو طبيعة مختلفة عن الشروط أو الطبيعة المعلنة..

أو هي وضع ظاهر غير حقيقي يستر موقفاً خفياً حقيقياً، يقوم على اتفاق مستتر، قد يمحو كل أثر للوضع الظاهر وقد يعدل أحكامه، فإذا وقعت هبة في صورة بيع أو قرض، كان عقد البيع أو القرض هو العقد الصوري، أما الهبة فهي العقد الحقيقي ويسمى بورقة الضد.

ويلجأ الشخص للصورية كلما أراد إخفاء حقيقة وضع ما، إما للتحايل والتهرب من تطبيق القانون أو بقصد الاضرار بشخص معين.

ثانياً: أنواع الصورية

تبعاً لما تقدم الصورية نوعان مطلقة ونسبية كما يلي:

أ- الصورية المطلقة: هي التي تنصب على وجود التصرف في حد ذاته لأن المتعاقدين لم يقصدا بالتصرف الظاهر أن تترتب عليه آثار قانونية، بحيث يوجد مظهر لتصرف قانوني لا وجود له في الحقيقة. كأن يبيع المدين جزءاً من ماله لزوجته لكي يمنع تطبيق إجراءات التنفيذ على هذا المال، دون أن يقصد بيعه فعلاً. ولكي يتحقق له ذلك فإنه يحتفظ بورقة يبين فيها علاقته الحقيقية مع المتصرف إليها زوجته. وهي أن الملكية ما زالت للبائع الزوج. فنكون هنا بصدد عقدين، الأول العقد الظاهر أي الصوري، والثاني هو العقد الذي يبين فيه أنه لم يقصد بالعقد الأول نقل الملكية فعلاً، هذا العقد الثاني هو ما جرى الفقه على تسميته بورقة الضد.

ب- الصورية النسبية: ففيها يكون العقد الظاهر ساتراً لتصرف حقيقي يختلف عنه من حيث الطبيعة، أو من حيث الشروط والأركان، أو من حيث شخصية أطرافه. فالصورية النسبية من حيث الطبيعة، وتسمى عند شراح القانون **بالصورية بطريق التستر** كما لو اتخذ المتعاقدان عقد البيع ستاراً لإخفاء الهبة تجنباً لطعن الورثة في الهبة.

والصورية النسبية من حيث الشروط والأركان، وتسمى **بالصورية بطريق المضادة**، كما لو ذكر في بيع العقار ثمن أقل من الثمن الحقيقي تهرباً من دفع رسوم التسجيل كاملة، إذ إن رسم التسجيل يمثل نسبة من الثمن.

الصورية النسبية من حيث شخصية أحد المتعاقدين وتسمى **بالصورية بطريق التسخير أو التوسط**: وهي التي تقوم على إخفاء شخصية أحد المتعاقدين، وكثيراً ما يقع ذلك تحايلاً على القانون كما هو الحال بالنسبة للحقوق المتنازع عليها حيث طبقاً للمادة 402 من ق م لا يجوز للقضاة ولا للمحامين و... أن يشترخوا بأنفسهم ولا باسم مستعار الحقوق التي يكون نظرها من اختصاص المحاكم التي يباشرون أعمالهم في دائرتها. فيعتمد المتعاقدان تحايلاً على هذا النص، إلى إخفاء شخصية المشتري تحت ستار شخصية آخر. فالإخفاء هنا ينصب على شخص الملتزم أو المستفيد من التصرف القانوني، فيبرم التصرف شخص يعبر باسمه للمتعامل الحقيقي، ولذا تعرف هذه الصورية بحالة الاسم المستعار أو النيابة الخفية

ثالثاً: شروط دعوى الصورية

تتحقق الصورية بتوافر الشروط الآتية:

- 1- يجب أن يوجد عقدان أو تصرفان ظاهر وخفي اتحدا فيهما الطرفان والموضوع.
- 2- يجب أن يختلف العقدان أو التصرفان من حيث الماهية أو الأركان أو الشروط.
- 3- يجب أن يكونا متعاصرين يصدران معاً في وقت واحد على أن العبرة بالمعاصرة الذهنية لا المادية، فهي تعدّ متحققة إذا اتفق على الصورية وقت إبرام العقد الظاهر، حتى ولو حررت ورقة الضد في تاريخ لاحق، أما إذا اتفق الطرفان على عقد جدي ثم طرأ بعد ذلك ما جعلهما يعدلان عنه أو يعدلان فيه، كان هذا اتفاقاً جديداً لا ينفي عن الاتفاق الأول جديته، ومن ثم لا تتحقق الصورية في هذه الحالة.
- 4- يجب أن يكون أحدهما ظاهراً علنياً وهو العقد الصوري، ويكون الآخر خفياً وهو العقد الحقيقي. ولا تتحقق الصورية إذا كان العقد جدياً، ولو لم يتفق على إبرامه إلا لغرض معين كالإضرار بدائنيه. إذ تكون وسيلة الدائنين للمحافظة على الضمان العام في هذه الحالة هي الدعوى البوليصة ولكن في جميع الأحوال يشترط في الإرادة الظاهرة أن يكون قد سبقها أو صحبها إرادة أخرى تم التعبير عنها تبقى طي الخفاء غالباً وتبين حقيقة الأولى .

والصورية تختلف عن التدليس في أنها عمل يتفق عليه المتعاقدان متواطئين معاً وليس يغش أحدهما الآخر، وإنما يريدان. معاً غش الغير أو إخفاء أمر معين، ومن ثم لا يشترط لتحقيق الصورية إثبات سوء نية الطرفين غير أنه يشترط أن يطعن أحد الخصوم بصورية التصرف القانوني، بمعنى أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي بصورية عقد من تلقاء نفسها.

رابعاً: أحكام دعوى الصورية

ترفع دعوى الصورية من قبل أحد المتعاقدين على الآخر للطعن في العقد الظاهر بالصورية، ويجوز أن ترفع من كل ذي مصلحة في التمسك بالعقد المستتر لتقرير صورية العقد الظاهر. إذا أثبت الدائن صورية تصرف المدين، فإن لبقية الدائنين دون تفرقة بحسب تواريخ ديونهم، الاستفادة من الحكم الصادر بصورية التصرف، فيكون لهم جميعاً التنفيذ على العين محل التصرف، إذ هي في الحقيقة لم تخرج من ملك المدين أي ما زالت في ضمانهم العام. والغرض من الالتجاء إلى الصورية يختلف من متعاقد إلى آخر، فقد يقصد بها الإضرار بدائن المتعاقد البائع لحرمان هذا الدائن من التنفيذ على العين المباعة وقد يكون الغرض إظهار المشتري بمظهر الثراء تمكيناً له من الحصول على امتيازات ما اقتصادية او اجتماعية. وفي كل الأحوال تهدف الصورية إلى الاحتيال على أحكام القانون، ولكن قد تحدد هذا الاحتيال بواعث مشروعة، كشخص يريد أن يكتسب إحسانه، وقد تحدد بواعث غير مشروعة. كالتهرب من الرسوم المالية المفروضة على عقد ما. فالغرض من الالتجاء إلى الصورية هو التحايل دائماً، ولكن يختلف أثر هذا التحايل باختلاف الأحوال. فإذا كان الغرض منه هو تصحيح عقد باطل لعدم مشروعية البائع عليه ترتب على الكشف عن الصورية بطلان العقد الحقيقي لعدم مشروعيته.

أما إذا لم يكن الغرض من الصورية إخفاء تصرف غير مشروع، فإن الكشف عنها لا يترتب عليه بطلان التصرف الحقيقي مادام مشروعاً، وإنما يقتصر الجزاء على حرمان المتعاقدين من تحقيق الغرض الذي قصدا إليه بالصورية كأن يتقاضى مكتب الشهر العقاري رسوم التسجيل كاملة على أساس الثمن الحقيقي لا الصوري المعلن.

وعليه فالصورية ليس بذاتها سبباً للبطلان والتصرف الصوري ليس تصرفاً باطلاً لمجرد كونه صورياً ولكن من ناحية أخرى فإن نفي بطلانه لا يعني أنه تصرف ينتج آثاره القانونية ما دامت هذه الآثار غير مقصودة في الحقيقة فالقواعد العامة تقتضي أن تكون العبرة بالعقد الحقيقي سواء من حيث الشروط الموضوعية أو من حيث الآثار.

فإذا كانت الصورية مطلقة لم يوجد تصرف أصلاً لانعدام الإرادة الجدية وجوهر التصرف القانوني هو اتجاه إرادة جدية إلى إحداث أثر قانوني، وإذا كانت الصورية نسبية فالعبرة من الناحية الموضوعية بالعقد الحقيقي هل استكمل شروط الانعقاد والصحة أم لا. فإذا كان قد انعقد صحيحاً وجب تطبيق أحكامه لا أحكام العقد الظاهر.

وعلى ذلك إذا أخفى المتعاقدان الهبة تحت ستار عقد بيع وجب أن تتوافر في الهبة أركانها وشروط صحتها من الناحية الموضوعية سواء من حيث الرضاء أو المحل أو السبب. فيجب أن يكون البائع الصوري أهلاً للتبرع وأن يكون الباعث مشروعاً وإلا كانت الهبة باطلة، أما من حيث الشكل فالعبرة بالعقد الصوري.

1- آثار الصورية بين المتعاقدين

لا شك أنه فيما بين المتعاقدين العبرة بما انصرفت إليه إرادتهما الحقيقية، أي العبرة بالعقد الحقيقي طبقاً للمادة 199 ق م وتطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة، فإذا كان التصرف الصوري بيعاً مثلاً فإنه لا ينقل الملكية إلى المتصرف إليه، كما أنه لا يحول دون الطعن في العقد بأنه يخفي وصية ويظل البائع في مواجهة المشتري مالئاً وحق له أن يبيع ما يملكه بيعاً حقيقياً تنتقل به الملكية إلى المشتري الحقيقي.

وهذه الأحكام هي التي تسري بالنسبة للخلف العام لكل من طرفي المعاملة الصورية، أي بالنسبة. لورثة كل من البائع والمشتري

2- آثار الصورية بالنسبة للغير

يقصد بالغير في الصورية، كل شخص اعتقد بحسن نية وقت تعامله أن العقد الصوري عقد حقيقي فاطمأن إليه وتعامل على هذا الأساس. وتقتضي قواعد العدالة ومبدأ استقرار المعاملات حمايته من من الضرر الناشئ عن اعتماده على مظهر كاذب اتخذته المتعاقدان وكان سبباً في تضليله.

وعليه يعتبر من الغير كل من لم يكن طرفاً في العقد أو خلفاً عاماً لأحد طرفيه. ويشمل هذا طائفتين ذكرتهما المادة 198 ق م، وهما الدائنون والخلف الخاص لكل من المتعاقدين.

الخلف الخاص هو من يخلف سلفه في ملكية شيء معين أو حق عيني آخر، مثل المشتري والموهوب له والدائن المرتهن. ولكن طائفة الغير لا تقتصر عليهما، فالمدين وهو ليس خلفاً خاصاً لدائنه يعدّ من الغير إذا حول الدائن حقه حوالة صورية. كما لا يشترط أن تكون هناك رابطة عقدية بين أحد طرفي التصرف الصوري وبين الغير. على اعتبار أن الخلف الخاص هو من يتلقى حقه من سلفه بسبب يغاير التصرف

الصوري الصادر من السلف، وللغير حسن النية طبقا للمادة 198 أن يتمسك بالعقد الحقيقي المستور إذا كانت له مصلحة في ذلك.

والذي يرى أن الأساس الذي يجب أن يتحدد استناداً إليه الغير في نطاق الصورية والذي يستطيع أن يتمسك بالتصرف الصوري هو مبدأ استقرار التعامل وحسن النية فإنه ليس في هذا المبدأ ما يقتضي أن يستبعد من نطاق الغير من اكتسب حقه بموجب التصرف الصوري ذاته، مادام التمسك في مواجهته بالعقد الحقيقي يضر به ويعرضه للخطر. فحق المشتري من المشتري الصوري لم يكتسب ملكية ما اشتراه بمقتضى عقد شرائه وحده، لأن البيع لا ينقل الملكية إلا إذا كان من مالك، وهو لا يعد كذلك إلا على أساس البيع الصوري الذي ظهر بمقتضاه المشتري الصوري بمظهر المالك.

ودائن البائع الصوري يستطيع أن يتمسك بالعقد الحقيقي ويطعن بصورية عقد البيع لكي يثبت أن المبيع ما زال في ملك مدينه، ومن ثم يستطيع أن ينفذ عليه. وإذا كان التصرف هبة في صورة بيع، استطاع أن يثبت أن التصرف في حقيقته هبة ليتمكن الطعن فيه بالدعوى البوليصة، دون حاجة إلى إثبات التواطؤ والغش. على أنه ينبغي أن تتوفر مصلحة للدائن في الطعن بالصورية، فمن اللازم أن يكون التصرف الصوري مؤدياً إلى التأثير في الضمان العام للدائن أو في حقه من تصرف آخر لیتاح له الطعن بصوريته.

حكم تعارض مصالح دائني المتعاقدين: لم يعالج المشرع الجزائري بموجب [المادة 198 ق م](#) حالة ما إذا تمسك دائني المتعاقدين الأول بالعقد الصوري لأنه في مصلحتهم وتمسك دائني المتعاقدين الآخر بالعقد الحقيقي لأنه في مصلحتهم، لكن بالرجوع للقواعد العامة وجب ترجيح مصلحة من يتمسك بالعقد الظاهر حماية للغير حسن النية وما هو موقف المشرع المصري حيث قرر "إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك البعض بالعقد الظاهر، وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين". ويترتب على هذا إذا تمسك البائع الصوري بالعقد المستتر، وتمسك دائن المشتري الصوري بالعقد الظاهر، فضل دائن المشتري.

غير انه بالرجوع الى قاعدة درء المفسد مقدم على جلب المصالح وجب ترجيح مصلحة من يريد المحافظة على الصمان العام (درء المفسدة) على من يريد الزيادة فيه (جلب المصلحة). والملاحظ أخيراً ان دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم أبداً، والذي يسقط بالتقادم هي الدعاوى المتعلقة بالتصرف الحقيقي بعد إثبات الصورية.

والأصل في العقود والالتزامات أنها حقيقية فالصورية لا تفترض البتة، ومن يدعيها يدعي خلاف الظاهر والأصل وعليه أن يثبتها. ولا يجوز للمتعاقدین وخلفهما العام اثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة. وللغير خلفاً خاصاً او دائناً اثبات الصورية بكافة طرق [الاثبات 333 ق م](#).

الفصل الرابع

أوصاف الالتزام

عناصر المحاضرة

- الشرط
- الأجل

عالج المشرع الجزائري أوصاف الالتزام بموجب المواد من 203 إلى 238 من القانون المدني.

وأوصاف الالتزام عبارة عن أمور عارضة تلحق الالتزام، ولذلك يمكن تصور وجود الالتزام دونها، ولما كان الالتزام عبارة عن رابطة قانونية بين شخصين، فإن هذه الأوصاف قد تلحق أحد عناصر تلك الرابطة، فقد تلحق بالرابطة في حد ذاتها، أي المديونية ذاتها، بحيث يكون وجود المديونية مرتبط بأمر معين فنكون أمام شرط، أو يكون استحقاق الدين مرتبط بأمر ما فنكون أمام أجل، وقد تلحق الأوصاف أطراف الرابطة القانونية، بحيث نجد تعدد إما في الدائنين أو في المدينين، وقد تلحق الأوصاف محل الرابطة القانونية، فنكون أمام تعدد في المحل بحيث تجب كلها أو يجب أحدها على سبيل التخيير أو على اعتبار أنه بدل فقط عن المحل الأصلي.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر
المبحث الأول

الشرط (المواد من 203 إلى 208 ق م)

المطلب الأول

تعريف الشرط وأنواعه

الفرع الأول: تعرف الشرط

الشرط قانوناً هو أمر مستقبلي غير محقق وغير مؤكد الوقوع يعلق عليه وجود أو زوال الالتزام. كتعليق وجود أو زوال الالتزام على شفاء مريض أو قدوم مسافر أو وصول بضاعة أو نحو ذلك. وقد عرف المشرع الجزائري الشرط بموجب المادة 203 من القانون المدني التي تنص " يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع "

وعلى هذا الأساس إن تعلق وجود الالتزام بالشرط، كان الشرط واقفاً (كأن تتعهد شركة التأمين بدفع مبلغ التعويض في حالة ما إذا تحقق الخطر المؤمن ضده كالحريق). أما إذا تعلق زوال الالتزام بتحقيق

الشرط، كان الشرط فاسخاً (كأن يتنازل الدائن لمدينه عن جزء من الدين متى وفي المدين بالأقساط الباقية للدائن في ميعادها).

الفرع الثاني: أنواع الشرط

الشرط تبعاً لما تقدم نوعان واقف وفاسخ:

أولاً- الشرط الواقف: هو الشرط الذي يتوقف على تحققه وجود الالتزام، فإن تخلف لم يخرج الالتزام إلى الوجود. ومثال ذلك أن يعلق الواهب هبته لابنه على شرط أن يتزوج. فالزواج هنا شرط واقف، إذا تحقق وتزوج الابن وُجِدَ التزام الأب بالهبة، وإذا تخلف الشرط ولم يتزوج الابن فلا وجود للالتزام الأب بالهبة.

ثانياً- الشرط الفاسخ: وهو ما يعلق عليه زوال الالتزام الموجود والنافذ أو هو الذي يترتب على تحققه زوال الالتزام. فتحقق الشرط الفاسخ المعلق عليه الالتزام يُحلّ الملتزم من التزامه، وتزول رابطة. ومثال ذلك نزول الدائن عن جزء من حقه بشرط أن يدفع المدين الأقساط الباقية كل قسط في ميعاده، فالشرط هنا شرط فاسخ، فإذا تأخر المدين في دفع الأقساط الباقية عدّ نزول الدائن عن جزء من الدين كأن لم يكن. وكما لو أوصى زوج لزوجته بمال معين على شرط عدم الزواج بعد وفاته، فإذا تزوجت بعد وفاة الزوج ترتب عن ذلك زوال الالتزام بالوصية.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر
المطلب الثاني
شروط اعتبار الشرط وصفا معدلاً لأثر الالتزام

طبقاً للمواد 203، 204 و 205 من القانون المدني يشترط في الشرط لاعتباره وصفا للالتزام أن يكون

أمراً مستقبلياً، غير محقق الوقوع، ممكناً ومشروعاً، كما يجب ألا يكون شرطاً إرادياً محضاً.

الشرط الأول: يجب أن يكون الشرط المعلق عليه الالتزام أمراً مستقبلياً وممكناً: أي ألا يكون قد تحقق وقت نشوء الالتزام، لأن الالتزام في هذه الحالة يكون منجزاً لا معلقاً على شرط كمن يعد بجائزة لمن يعثر له على حقيبة، في حين ثبت أنه قد عثر عليها قبل التعهد ذاته. وعليه إذا كان الشرط المعلق عليه الالتزام أمراً ماضياً أو حاضراً فهو ليس بشرط حتى لو كان طرفاً للالتزام يجهلان وقت التعامل ما تحقق الشرط.

الشرط الثاني: يجب أن يكون الشرط المعلق عليه الالتزام أمراً ممكنناً: أي ألا يكون الشرط مستحيلاً، وإلا بطل الالتزام والشرط معاً متى كان هذا الأخير واقف لأن الذي علق على تحققه وجود الالتزام مستحيلاً، أو بطل الشرط وحده مع بقاء الالتزام متى كان فاسخاً لأن الذي علق عليه زوال الالتزام لن يتحقق، كمن يعد بجائزة لمن يكتشف دواء يحي الموتى. والأمر المستقبل الذي ينطوي عليه الشرط قد يكون أمراً إيجابياً

أو أمراً سلبياً. فالأب الذي التزم أن يهب ابنه داراً إذا تزوج يكون قد علق التزامه على شرط، هو زواج ابنه، وهذا أمر إيجابي. والزوج الذي يوصي لامرأته بدار على شرط ألا تتزوج بعده يكون قد علق الوصية على شرط، هو عدم زواج امرأته، وهذا أمر سلبي.

فإذا كان الشرط ممكناً وقت نشوء الالتزام ثم أصبح مستحيلاً بعد ذلك، كان الشرط في هذه الحالة صحيحاً ويتربط على هذه الاستحالة الطارئة تخلفاً للشرط مما يؤدي بقاء الشرط أو زواله بحسب ما إذا كان الشرط واقفاً أو فاسخاً طبقاً للمادة 204 ق م.

الشرط الثالث: أن يكون الشرط المعلق عليه الالتزام غير محقق الوقوع: فإذا كان الشرط أمراً مستقبلاً ولكنه محقق الوقوع فإنه لا يكون شرطاً، بل يكون أجلاً حتى ولو كان الوقت الذي سيتحقق فيه مجهولاً. فإذا أضاف الملتزم التزامه إلى موسم الحصاد كان الالتزام مقترناً بأجل لا معلقاً على شرط؛ لأن موسم الحصاد في المؤلف من شؤون الدنيا لا بد آتٍ، فالأمر هنا محقق الوقوع، فيكون أجلاً لا شرطاً. وكذلك لا يكون شرطاً الأمر المستحيل الوقوع وفق ما نصت عليه المادة 204 ق م. فإذا علق الملتزم التزامه على أمر مستحيل استحالة مطلقة؛ فإن الالتزام لا يوجد أصلاً، وتكون الاستحالة مطلقة إن استحالة تحقق الشرط بالوسائل المعروفة للإنسان. أما إذا كانت الاستحالة نسبية فإنها لا تعيب الالتزام، بل يكون في هذه الحالة قائماً يتوقف وجوده أو زواله على تحقق الشرط. وتعدّ الاستحالة نسبية إذا غلب الظن أن تقدم المعارف البشرية يجعل الشرط ممكناً، وليس مستحيل الوقوع. وكما تكون الاستحالة طبيعية كما سبق ذكره كذلك قد تكون قانونية. فالالتزام المعلق على شرط أن يبيع المشتري عليه مال مملوك للدولة لا يكون قائماً؛ لأنه علق على شرط مستحيل استحالة مطلقة.

الشرط الرابع: أن يكون الشرط المعلق عليه مشروعاً: ويكون الشرط غير مشروع ليس فقط إذا خالف نصاً قانونياً أمراً؛ بل إذا كان أيضاً مخالفاً للنظام العام والآداب وفق ما نصت عليه الفقرة 1 من المادة 204 من القانون المدني.

فإذا كان الشرط مخالفاً للنظام العام أو الآداب فيكون في هذه الحالة باطلاً، ولا يقوم الالتزام الذي علق وجوده عليه، ومثال ذلك إذا اشترط الملتزم بإعطاء شخص مبلغ من المال مقابل ارتكابه جريمة ما، فإن هذا الشرط باطل لمخالفته النظام العام. أو إذا التزم شخص نحو فتاة بمبلغ من النقود بشرط أن تستمر في علاقة غير مشروعة معه؛ فهذا الشرط باطل لمخالفته للآداب العامة السائدة في المجتمع.

أما إذا كان الشرط الفاسخ مستحيلاً أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب كان باطلاً؛ لأن الالتزام المعلق على شرط فاسخ التزم نافذ وفوري، وزواله هو المعلق على الشرط الفاسخ الذي يعدّ كأن لم يكن لبطلانه، فهو إذن لن يتحقق. ويتربط على ذلك أن الالتزام المعلق على هذا الشرط يكون باتاً غير معلق على أي شرط، وليس التزاماً مهدداً بالزوال كما هو شأن الالتزام المعلق على شرط فاسخ صحيح.

أما إذا كان السبب الدافع إلى الالتزام معلقاً على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام - كأن يهب رجل لامرأة مالاً لأجل استمرارها معه في حياة غير شرعية - كان الشرط الفاسخ هنا باطلاً لمخالفته للآداب، وعدّ غير قائم؛ وبالتالي فإن سقوط الشرط يسقط الالتزام معه كما تقضي بذلك الفقرة الثانية من المادة 204 من القانون المدني.

الشرط الخامس: ألا يكون الشرط المعلق عليه الالتزام إرادياً محضاً متوقفاً على إرادة الملتزم: فإذا كان الشرط المتعلق بإرادة المدين شرطاً واقفاً كأن يلتزم المدين بأن يبيع منزله إذا أراد أو إذا رأى ذلك مناسباً له، فهذا شرط يجعل عقد الالتزام منحللاً منذ البداية، إذ إن الالتزام قد عُلق وجوده على محض إرادة المدين إن شاء حقق الشرط وإن شاء جعله يتخلف، ومن ثم يكون هذا الشرط باطلاً، ويسقط الالتزام وفق ما نصت عليه **المادة 205** من القانون المدني بقولها: «لا يكون الالتزام قائماً إذا عُلق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم». أما في الشرط الفاسخ فيكون صحيحاً دائماً لو كان شرطاً إرادياً محضاً حتى ولو تعلق بإرادة المدين.

وتنقسم الشروط من حيث ارتباطها بإرادة أحد الطرفين إلى أنواع ثلاثة:

الشرط الاحتمالي: وهو متروك للمصادفة المحضة دون أن يتعلق بإرادة أي من طرفي الالتزام. كما لو تعهد شخص بتقديم هبة لزوجته لو ولدت له ولدا ذكراً.

الشرط المختلط: وهو شرط يتعلق بإرادة أحد طرفي الالتزام وإرادة شخص ثالث. كما لو تعهد الأب بهبة ابنه مبلغاً من المال إذا تزوج من ابنة عمه، فالشرط هنا يتوقف على إرادة المشتري عليه (الابن) وشخص ثالث وهو ابنة العم.

وكلا الشرطين الاحتمالي والمختلط صحيح؛ لأنه ينطوي على عنصر خارجي يفلت من إرادة المتعاقدين المحضة.

الشرط الإرادي: وهو ذاك الذي يتوقف على إرادة أحد الطرفين أو قدرته. وهو إما أن يكون شرطاً إرادياً محضاً وإما شرطاً إرادياً بسيطاً.

✓ **فالشروط الإرادي البسيط:** هو الذي يتوقف على إرادة أحد الطرفين مقترنة بظروف خارجية على نحو لا يكون فيه العقد متوقفاً على محض مشيئة المدين. فالزواج شرط إرادي يتعلق بإرادة الدائن أو المدين، ولكن إرادة المشتري عليه الزواج ليست مطلقة، إذ الزواج تحوط به الظروف والملازمات الاجتماعية والاقتصادية؛ ومن ثم يكون شرطه صحيحاً.

✓ **أما الشرط الإرادي المحض:** فهو الذي يتوقف على إرادة أحد الطرفين فقط كالتعليق على المشيئة. فإذا تعلق بمحض إرادة الدائن كان شرطاً صحيحاً، وكان الالتزام قائماً معلقاً على إرادة الدائن، إن شاء تقاضى المدين الشيء الذي ألزمه به وإن شاء أحله من التزامه. كما لو التزمت أنا بأن أعيرك سيارتي للتنزه إذا أردت أنت. أما إن تعلق الشرط بمحض إرادة المدين؛ فإن كان شرطاً فاسخاً، كأن يلتزم المدين حالاً، ويجعل فسخ هذا الالتزام معلقاً على إرادته المحضة؛ كان الشرط صحيحاً، وكان الالتزام قائماً؛ لأن الالتزام لم يعلق وجوده على محض إرادة المدين، فهو إذن موجود، وإنما استبقى المدين زمامه في يده، إن شاء أبقيه، وإن شاء فسخه. ومثال ذلك أن تخول المحلات التجارية لزبائنهم الحق برد البضاعة إذا لم تعد تروق لهم.

وإن كان الشرط المتعلق بمحض إرادة المدين شرطاً واقفاً، كأن يلتزم المدين إذا أراد، أو يلتزم إذا رأى ذلك معقولاً أو مناسباً؛ فهذا الشرط يجعل عقدة الالتزام منحلة منذ البداية كما لو قال: «سأبيعك سيارتي إذا أردت أنا وحدي» إذ إن الالتزام قد عُلّق وجوده على محض إرادة المدين إن شاء حقق الشرط وإن شاء جعله يتخلف؛ ومن ثم يكون هذا الشرط باطلاً، ويسقط كل التزام معلق على شرط واقف؛ هو محض إرادة المدين. وهذا ما نصت عليه المادة 205 ق م.

المطلب الثالث

آثار الشرط

تختلف أحكام الشرط بحسب ما إذا كان واقفاً أو فاسخاً، وبحسب الفترة التي تسبق أو تلي تحقق الشرط. أي حتى يتبين بوضوح ما يترتب على الشرط من آثار يجب التمييز بين مرحلتين: مرحلة التعليق، وهي المرحلة التي يكون فيها الشرط قائماً لا يعلم هل يتحقق أو يتخلف. ومرحلة ما بعد التعليق، وهي المرحلة التي يتبين فيها مآل الشرط هل تحقق أو تخلف. وفي كلتا المرحلتين تختلف آثار الشرط الواقف عن آثار الشرط الفاسخ

الفرع الأول: مرحلة ما قبل تحقيق أو تخلف الشرط (في مرحلة التعليق)

أولاً: آثار الشرط الواقف خلال فترة التعليق

نصت المادة 206 من القانون المدني على أنه: «إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف فلا يكون نافذاً إلا إذا تحقق الشرط، أما قبل تحقق الشرط فلا يكون الالتزام قابلاً للتنفيذ الجبري ولا للتنفيذ الاختياري، على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه»

يتبين من النص المتقدم الذكر أن الالتزام المعلق على شرط واقف وهو في مرحلة التعليق؛ لا يكون نافذاً، بل هو لا يكون موجوداً وجوداً كاملاً، فهو حق موجود ولكن وجوده غير كامل. فالدائن ذو حق في الالتزام المعلق على شرط ناشئ من وقت الاتفاق، ولكنه مرتبط بتحقيق الشرط، فحقه منعقد السبب، ولكنه ليس كالحقوق المنجزة لأن وجوده المنتج مرتبط بوجود شرط معلق عليه. أي أن وجود الالتزام ذاته مرتبط بتحقيق الشرط (كمن يعلق هبة مبلغ مالي لآخر على زواجه من امرأة معينة، وكتعهد شركة التأمين بدفع مبلغ التعويض إن حدث الخطر المؤمن ضده..) والحق الذي علق على الشرط ليس موجوداً تماماً، كما أنه ليس منعزلاً، ويترتب على ذلك يجوز لصاحب الحق المعلق على شرط واقف أن يتصرف فيه بالبيع أو الهبة أو الوصية كما أنه يقبل لتوريث.

على أن هذه المزايا التي لصاحب الحق المعلق على شرط واقف لا تصل إلى حد إجبار المدين على الوفاء بذلك الحق ولا يجوز اتخاذ الإجراءات التنفيذية ضد المدين، على اعتبار أن الالتزام لم يتأكد ثبوته بعد في ذمة المدين، كون أن ذلك مرتبط بتحقيق الشروط، وهو لم يحصل بعد.

وعليه فإن الحق المعلق على شرط واقف حق موجود و آية وجوده تظهر فيما يأتي:

- ✓ ينتقل هذا الحق من صاحبه إلى الغير بالميراث وغيره من أسباب انتقال الحقوق.
- ✓ يجوز لصاحبه أن يجري الأعمال المادية اللازمة لصيانتها من التلف. ولا يجوز للمدين تحت شرط واقف أن يقوم بأي عمل من شأنه أن يمنع الدائن من استعمال حقه عند تحقق الشرط أو يزيد هذا الاستعمال صعوبة.
- ✓ يجوز لصاحبه أن يقوم بالأعمال التحفظية اللازمة للمحافظة على حقه، ويجوز أن يستعمل الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية.

✓ يجوز لصاحبه أن يدخل في التوزيع، ويطلب أن يختص بمبلغ يقابل قيمة حقه مع حفظ هذا المبلغ في خزانة المحكمة وتعليق قبضه إياه على تحقق الشرط. ويجوز أن يوزع المبلغ على الدائنين التاليين بشرط أن يقدموا كفالة تضمن رده في حالة تحقق الشرط.

✓ لا يجوز لصاحبه حجز ما لمدينه لدى الغير ولا أن يقوم بأي حجز تحفظي آخر؛ لأن حقه غير حال الأداء ولا محقق الوجود. ولكن إذا حجز دائن آخر ما للمدين لدى الغير كان للدائن تحت شرط واقف أن يدخل في التوزيع.

ويترتب على كون الحق المعلق على شرط واقف باعتباره أن وجوده غير كامل النتائج التالية:

- ✓ لا يكون قابلاً للتنفيذ الجبري.
- ✓ لا يجوز للدائن تحت شرط واقف أن يتقاضى حقه برضاء المدين عن طريق التنفيذ الاختياري، فإذا كان المدين قد وفى الدين وهو يعتقد خطأ أن الدين غير معلق على شرط أو أن الشرط قد تحقق جاز له استرداده وفقاً للقواعد العامة في دفع غير المستحق.
- ✓ لا يسري التقادم عليه، ولا تجوز المقاصة القانونية بهذا الحق.
- ✓ إذا كان هذا الحق هو حق الملكية، كان لهذا الحق مالكان، مالك تحت شرط واقف؛ وهو الذي انتقلت إليه الملكية معلقة على هذا الشرط وحقه غير كامل الوجود، ومالك تحت شرط فاسخ؛ وهو من انتقلت منه الملكية إلى المالك تحت شرط واقف وحق المالك كامل الوجود، وبالتالي لهذا المالك الأخير أن يدير العين، ويتصرف بها، وأن يطهر العقار وهو الذي يتحمل هلاك العين، ويستطيع دائنوه أن ينفذوا بحقوقهم عليها.

ثانياً: آثار الشرط الفاسخ خلال فترة التعليق: إن حق الدائن المرتبط بشرط فاسخ هو حق منجز قائم ومؤكد من كل وجه ومنتج لآثاره خلال فترة التعليق وإن كان معرضاً للزوال بتحقيق الشرط الفاسخ. فصاحب هذا الحق يملكه حالياً، وله أن يديره وأن يتصرف فيه، ولكن تصرفاته تكون على خطر الزوال كحقه، فإذا ما تحقق الشرط الفاسخ زال حقه وزالت معه جميع التصرفات التي أجراها فيه. على أن هناك من الأعمال التي يقوم بها صاحب الحق العيني المعلق على شرط فاسخ ما يبقى حتى بعد تحقق الشرط، وهي أعمال الإدارة المقترنة بحسن النية. فيستطيع المالك تحت شرط فاسخ أن يباشر دعاوى الملكية والحيازة وأن يطلب قسمة العين إذا كانت على الشيوع.

الفرع الثاني: مرحلة ما بعد تحقيق أو تخلف الشرط (في مرحلة انتهاء التعليق)

ينتهي التعليق إذا تبين مصير الشرط، وذلك بتحقيق الشرط أو بتأكد عدم تحققه. وهنا نميز بين أن يكون الشرط واقفاً أو فاسخاً.

أولاً: آثار الشرط الواقف بعد انتهاء فترة التعليق: طبقاً للمادة 206 من ق م يترتب على تحقق الشرط هنا أن يصبح الحق مكتمل الوجود وناقذاً، ولا من تاريخ تحقق الشرط فحسب بل منذ تاريخ نشأة الحق. وعليه إذا تحقق الشرط الواقف ينفذ الالتزام المعلق عليه، ويجوز للدائن أن ينفذ حقه بمباشرة إجراءات التنفيذ، وله أن يستعمل الدعوى البوليصة تمهيداً لهذا التنفيذ، ولا يرد ما قبضه؛ لأنه قبض ما هو مستحق له. ويسري التقادم منذ تحقق الشرط. ويعد الالتزام بتحقيق الشرط موجوداً منذ نشوء الالتزام لا منذ تحقق الشرط، وإذا وفى المدين بحق الدائن فلا يستطيع استرجاع ما وفى به وهذا هو الأثر الرجعي للشرط.

أما إذا تخلف الشرط الواقف فإن الالتزام الذي كان معلقاً على هذا الشرط يزول، ويصبح كأن لم يكن، ولا يعتبر له وجود لا كامل ولا ناقص منذ البداية، وهذا هو الأثر الرجعي لتخلف الشرط. وبسبب الأثر الرجعي أيضاً يعتبر أن التزام المدين (أي حق الدائن المعلق على شرط واقف) كأن لم يكن، وتنمحي جميع آثاره

ثانياً: آثار الشرط الفاسخ بعد انتهاء فترة التعليق: نصت المادة 207 من القانون المدني على ما يلي: "يزول الالتزام إذا تحقق الشرط الفاسخ، ويكون الدائن ملزماً برد ما أخذه، فإذا استحال الرد لسبب هو مسؤول عنه وجب عليه تعويض الضرر. غير أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط" وعليه يترتب على تحقق الشرط الفاسخ أن يزول حق الدائن تماماً وهذا منذ تاريخ نشوئه تطبيقاً للأثر الرجعي للشرط ويعني ذلك وجوب إعادة المتعاقدان إلى حالة التي كانا عليها قبل إبرام التصرف، بحيث يرد كل واحد منهما إلى الآخر ما تسلمه منه (كالمبيع والثمن)، تطبيقاً لقواعد رد غير المستحق، أما إن تخلف الشرط فقد تأكد الحق ولا محل لزواله.

وإذا استحال الرد لسبب يرجع إلى خطأ الدائن كان على الأخير أن يعرض المدين عما أصابه من ضرر، أما إذا رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي فقد انقضى الالتزام بالرد، ولا محل للتعويض في هذه الحالة.

وبتحقق الشرط الفاسخ تسقط جميع التصرفات التي صدرت من الدائن تحت شرط فاسخ، ولا تبقى إلا أعمال الإدارة كالإيجار بشرط أن تكون بحسن نية، وألا تتجاوز المألوف فيها.

هذا مع الإشارة أن الأثر الرجعي للشرط ليس من النظام العام وبالتالي يجوز الاتفاق على خلافه يجعله يسري أثره منذ تحققه فقط لا منذ نشوء الحق كما أن طبيعة بعض العقود (كالعقود الزمنية: الإيجاز، العمل) تستعصي على الأثر الرجعي وبالتالي يسري أثر الشرط فيها من تاريخ تحققه (أي على المستقبل لا على الماضي). وتبعاً لما تقدم ليس للشرط أثراً رجعي في الأحوال التالية:

أ- إن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط الفاسخ.

ب- إذا تبين من إرادة المتعاقدين أنهما استبعدا الأثر الرجعي.

ت- إذا كانت طبيعة العقد تقضي بعدم الاستناد إلى أثر الشرط الرجعي.

ث- إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه قبل تحقق الشرط.

المبحث الثاني

الأجل (المواد من 209 إلى 212 من القانون المدني)

المطلب الأول

مفهوم الأجل وشروطه

المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

عرفت المادة 271 من القانون المدني الأجل بقولها: "يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه

مرتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع. ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتملاً، ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه».

الأجل عبارة عن أمر مستقبل محقق الوقوع، يترتب على حلوله إما استحقاق ونفاذ الالتزام أو زواله، وعلى هذا الأساس نفرق بين الأجل الواقف وهو الذي بحلوله يصبح الالتزام مستحق الأداء (كالالتزام برد مبلغ القرض بحلول تاريخ معين أو عند وفاة شخص معين) ويكون الأجل فاسخاً، متى ترتب على حلوله زوال الالتزام (كانقضاء حق الانتفاع لوفاة المنتفع المادة 852 ق م، وتعهد شركة معينة بصيانة آلات معينة لمدة سنة مثلاً...).

والأجل عنصر عارض في الالتزام لا عنصر جوهري، وهو لا يقترن بالالتزام إلا بعد أن يستوفي الالتزام جميع عناصره الجوهرية، فلو رُفع عنه هذا الوصف لارتفع دون أن يزول الالتزام.

ويترتب على ما قيل، أن الأجل أمر مستقبل من جهة (كتاريخ معين أو واقعة محققة) ومحقق الوقوع من جهة ثانية، وعليه لو أن الأجل الذي ارتبط بالالتزام كان قد تحقق من قبل فلا نكون أمام التزام مؤجل بل حال الأداء.

والأجل قد يكون مصدره الاتفاق سواء نص عليه صراحة أو تم استخلاصه ضمنا من طبيعة الالتزام (كمن يتعهد بتوريد بضائع لمدرسة، فهم ضمنا أن ذلك يكون مع بداية العام الدراسي)، وقد يكون مصدره القضاء (وهو ما يعرف بنظره المسيرة وفق ما نصت عليه [المادة 2/281 ق م](#): أي منح المدين أجلا للوفاء بالتزامه) وقد يكون مصدره نص القانون كحق الانتفاع الممنوح في إطار المستثمرات الفلاحية.

المطلب الثاني

أنواع الأجل

ينقسم الاجل وفقا لعدة اعتبارات الى عدة تقسيمات وذلك كما يلي:

أولاً: من حيث الأثر: ينقسم الاجل من حيث الآثار التي تترتب عليه الى:

الأجل الواقف: وهو ما يتوقف على حلوله نفاذ الالتزام، فلا يكون نافذ الأثر قبله. كما لو التزام المشتري بدفع الثمن في تاريخ معين.

الأجل الفاسخ: وهو ما كان حلوله منهيًا للالتزام النافذ قبله. كما لو أجر شخص منزله حتى 31 مارس، فبحلول هذا الأجل يزول الالتزام لذلك يعد الأجل الفاسخ طريق من طرق انقضاء الالتزام.

ثانياً: من حيث المصدر: ينقسم الاجل من حيث مصدره الى:

الأجل الاتفاقي: وهو الأجل الذي يحدده المتعاقدان سواء في العقد الأصلي أم في العقد اللاحق، وهذا التحديد قد يكون صريحاً أو ضمناً. فالتزام شخص بتوريد أغذية لمدرسة معينة بعقد ما دون تحديد اجلا لذلك فإن نفاذه منوط بأجل ضمني، هو ابتداء الفصل الدراسي.

الأجل القانوني: وهو الذي يحدده القانون، ويحصل عندما يمنح المشرع مثلاً المدينين مهلة لوفاء كتحديد المشرع لتاريخ معين لدفع الضريبة او اجلا لانتهاء حق الانتفاع وهو موت المنتفع طبقاً [للمادة 852](#) من ق م.

الأجل القضائي (أو نظرة المبصرة): وهي المهلة التي يعطيها القاضي للذي قصر بأداء ديونه مراعاة لظروفه السيئة حيث خوله القانون بمنح المدين المعسر أجال لتنفيذ التزامه في حدود المدة المنصوص عليها قانوناً بموجب [المادة 281](#) من القانون المدني، مراعيًا في ذلك مصلحة الدائن.

كما منح المشرع للقاضي سلطة تحديد أجلا للوفاء في حالة ما إذا لم يحدد المتعاقدان أجلا للوفاء بالالتزام وعلقا ذلك على المقدرة او الإمكان والميسرة، وهذا ما نصت على ذلك أيضا **المادة 210** من القانون المدني بقولها "إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة؛ عيّن القاضي ميعاداً مناسباً لحلول الأجل، مراعيّاً في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية، ومقتضياً منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه".

المطلب الثالث أحكام الأجل

تختلف أحكام الأجل بين أن يكون واقفاً أو فاسخاً، وبين أن يكون أثناء مرحلة التعليق أو بعدها.

الفرع الأول: آثار الأجل في مرحلة ما قبل حلول الأجل (ما قبل انقضائه)

أولاً: الأجل الواقف

إذا ما كان الالتزام مقترناً بأجل واقف، فإن ميزة هذا الالتزام أنه موجود بل ومؤكد الوجود ولكنه غير مستحق الأداء، ويترتب على كون حق الدائن غير مؤكد الوجود النتائج ذاتها المترتبة على وجود الحق المعلق على شرط واقف مما يجيز بالتالي للدائن أن يتصرف فيه بالبيع والهبة. الخ، ويزيد عليه أنه يجوز لصاحب هذا الحق بوجه خاص أن يطالب بتأمين كاف متى خشي إفلاس المدين أو إعساره، فإن لم يفعل المدين ذلك سقط أجل التزامه وصار حال الأداء، ويسقط الأجل أيضاً في حالة إفلاس المدين، أو متى أنقص بفعله التأمين الخاص الذي أعطاه للدائن، أو حتى إذا نقص ذلك بسبب أجنبي إلا أن يقدم تأميناً كافياً

طبقاً للمادة 212 من ق.م.

والميزة الثانية للالتزام في هذه المرحلة، أنه غير حال الأداء بعد، مما يمنع فيه على الدائن جبر المدين على الوفاء به في الحال، هذا مع ملاحظة أن وفاء المدين بدينه قبل حلول الأجل، لا يسمح باسترداد ما دفعه، بل له فقط المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة هذا الوفاء المعجل وفق أحكام الإثراء بلا سبب.

ثانياً: الأجل الفاسخ

حق الدائن في الأجل الفاسخ قبل انقضائه هو حق مؤكد الوجود ونافذ ومستحق الأداء، ولكنه محقق الزوال عند حلول الأجل المحقق. والدائن بأجل فاسخ له حق حال واجب الأداء، ويستطيع أن يتقاضاه من المدين طوعاً أو جبراً عن المدين، وله أن يوقع حجزاً ما للمدين لدى الغير والحجوزات التحفظية

الأخرى، وأن يستعمل الدعوى البوليصة، وأن يحبس ما تحت يده للمدين حتى يستوفي حقه، وإن التقادم المسقط يسري ضده منذ نشوئه.

وعليه فالالتزام فيه نافذ غير أن زواله مؤكد بحلول الأجل وكل ما كان ممتنع مع الأجل الواقف فهو جائز في الأجل الفاسخ.

الفرع الثاني: آثار الأجل في مرحلة ما بعد حلول الأجل (بعد انقضاء الأجل)

ينقضي الأجل بأسباب ثلاث وهي:

1- حلول الأجل: ويكون هذا الحلول بوقوع الامر المضاف اليه كالموت أو انقضاء ميعاد معين بصفة طبيعية، كما لو كان الالتزام مستحق بعد شهر.

2- سقوط الأجل: ويكون بسبب من الأسباب المذكورة في المادة 211 من ق م وهي:

- ✓ إذا أشهر إفلاسه أو إعساره وفقاً لنصوص القانون.
- ✓ إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أُعطي الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أُعطي بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين. أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه؛ فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين ضماناً كافياً.
- ✓ إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات

3- النزول عن الأجل: ويكون ذلك بالنزول عنه من طرف من كان الأجل لمصلحته والغالب أن يكون ذلك لمصلحة المدين كما في عقد العارية ولمصلحة الدائن في عقد الوديعة ولمصلحة الطرفين في عقد القرض.

أولاً: أثر حلول الأجل على الشرط الواقف يترتب عن حلول الأجل لأي سبب من الأسباب السابقة أن يصبح الالتزام مستحق الأداء وناظراً وهذا، ويصبح بذلك الحق قابلاً للتنفيذ الاختياري والجبري على السواء، وعليه يجوز للدائن أن يطالب المدين بالوفاء وأن يتخذ الإجراءات التنفيذية عليه وأن يطعن في تصرفات مدينه بالدعوى البوليصية، وتقع المقاصة القانونية بين هذا الحق وأي حق آخر منجز، ويسري في حق الدين الذي حلّ أجله التقادم المسقط، وللدائن أن يحبس به ديناً في ذمته للمدين. مع التنويه إلى أن هذه النتائج تثبت مقتصرة منذ الانقضاء ودون أي أثر رجعي.

ثانياً: أثر حلول الأجل على الشرط الفاسخ: يترتب عن حلول الأجل إن كان فاسخاً، زوال الالتزام دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعي عند حلوله، مما يعني أن حلول الأجل يؤدي إلى زوال الالتزام بالنسبة للمستقبل دون الماضي وبالتالي ما هو الا انتهاء للالتزام كما في انتهاء عقد الايجار وعقد العمل لانتهاء مدة الايجار أو العمل.

المبحث الثالث

تعدد أطراف الالتزام ومحلّه

الأصل في الالتزام أن يكون له محلا واحد معيناً، بالإضافة إلى دائن ومدين، على أن هذه الصورة البسيطة قد تتعقد حينما يصبح للالتزام الواحد عدة محال، قد تجب كلها أو أحدها فقط أو بدلها فنكون أمام الالتزام البدلي والالتزام التخييري.

كما أن ذات الالتزام قد يكون له عدة مدينين أو عدة دائنين قد يكون بينهم تضامن وقد لا يكون، كما يمكن أن يكون هذا الالتزام قبلا للانقسام أو غي قابلا لذلك.

وهذا ما سنتناوله تباعا

المطلب الأول

تعدد محل الالتزام

لتعدد المحل ثلاث صور: فإما أن يكون المدين ملتزما بأداء عدة محال في أن واحد (كأن يتقاضى اثنان فيلتزم أحدهما بإعطاء سيارة ومبلغ نقدي)، وإما إن يلتزم المدين بأداء محل واحد من عدة محال، وإما أن يلتزم بمحل واحد لكن يمكنه أن يبرئ ذمته من الدين إن هو أدى بدلا من الالتزام الأصلي، ويطلق على الصورة الأولى الالتزام المتعدد المحل، وعلى الثانية الالتزام التخييري، أما الثالثة فيطلق عليها الالتزام البدلي.

الفرع الأول: الالتزام التخييري (المواد من 213 إلى 215 من القانون المدني)

أولاً: مفهوم الالتزام التخييري، تنص المادة 213 ق م على أنه "يكون محل الالتزام تخييرياً إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة. إذا أدى واحدا منها ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك "

وعليه يقصد بالالتزام التخييري أن يكون محل التزام المدين عدة محال، على أن تبرأ ذمته إن هو أدى واحدا فقط من تلك المحال ومثال ذلك أن يلتزم الشريك في شركة بتقديم حصة من مال أو أرض أو عمل، والذي يظهر من هذا النوع من الالتزامات أن الدائن يريد أن يضمن لنفسه التنفيذ العيني للالتزام بحيث أنه حتى ولو هلك أحد المحال بقيت الأخرى قابلة للوفاء بها.

هذا ولا نكون أمام التزام تخيري إلا أن تكون هناك عدة محال، منذ نشأة الالتزام مستوفية لشروط المحل العامة، وأن يكون الوفاء بواحد منها فحسب وليس جميعها.

ثانياً: أحكام الالتزام التخييري ، الأصل في الاختيار بين المحال المتعددة أن يكون للمدين إلا أن يقضي نص القانون أو الاتفاق بخلاف ذلك، ومتى كان الاختيار للمدين ولم يفعل، أو تعدد المدينون إلا أنهم لم يتفقوا، فإن للدائن في هذه الحالة رفع الأمر إلى القاضي الذي يحدد أجلاً للمدين لمباشرة اختياره، فإن لم يفعل بعدها تولى القاضي بنفسه الاختيار، هذا وكيف الاختيار على أنه تصرف بإرادة منفردة، مما يجب معه توافر شروط ذلك التصرف القانوني المعهود، ويترتب على حصول الاختيار، أن ينقلب الالتزام التخييري إلى التزام بسيط وهذا منذ نشأة الالتزام لا من تاريخ وقوعه.

وفي الحالة التي يكون الاختيار بين المحال المتعدد للدائن ولم يفعل، أو تعدد الدائنون، ولم يتفقوا فيما بينهم، كان للمدين أن يطلب من القضاء تعيين أجل للدائن لمباشرة الاختيار، فإن لم يحصل شيء من ذلك، آل أمر الاختيار إلى المدين باعتباره صاحب الحق الأصلي.

ثالثاً- حكم هلاك محل الالتزام في الالتزام التخييري

المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

تنص المادة 215 من القانون المدني على أنه " إذا كان الخيار للمدين ثم استحال تنفيذ كل من الأشياء المتعددة التي اشتمل عليها محل الالتزام، وكان المدين مسؤولاً عن هذه الاستحالة ولوا في فيما يتعلق بواحد من هذه الأشياء، كان ملزماً بدفع آخر شيء هلك "

منا وجب التمييز فيما إذا كان الهلاك بخطأ المدين أو بخطأ الدائن أو بسبب أجنبي كما يلي:

1- إذا كان الهلاك بخطأ المدين: في هذه الحالة إذا كان الخيار للمدين وهلك كل الأشياء إلا واحدا منها تحدد فيه المحل، أما إذا هلك جميعها وكان مسؤولاً عن ذلك وولوا بالنسبة إلى أحد هذه الأشياء تعين عليه أن يدفع للدائن آخر شيء هلك منها.

أما إذا كان الخيار للدائن فإن له أن يطالب بالشيء الباقي أو بقيمة الشيء الذي هلك أو بقيمة أحد الشيئين الهالكة إن كانت قد هلكت كلها وذلك حسب اختياره والحكم الأخير تطبيق للقواعد العامة.

2- إذا كان الهلاك بخطأ من الدائن: إذا كان الخيار للمدين وهلك الشيئين وبقي الآخر كان من حق الأخير أن يعتبر الشيء الذي هلك هو الشيء الواجب الأداء فتبرأ ذمته في مواجهة الدائن، أما إذا اختار المدين تأدية

الشيء الذي تبقي كان له أن يرجع على الدائن بقيمة الشيء الذي هلك بخطئه أما إذا هلك الأشياء جميعها فتبرأ ذمة المدين وبالطبع يكون له أن يطالب الدائن بقيمة جميع الأشياء الهالكة فيما عدا الشيء الذي كان سيختاره للوفاء بالالتزام.

أما إذا كان الخيار للدائن فإن لهذا الدائن أن يختار ما هلك بخطئه وتبرا عندئذ ذمة المدين (يغطي خطؤه هو) اما إذا فضل اختيار الشيء الباقي فإن له ذلك على أن يعرض المدين عن الشيء الذي هلك.

3- إذا كان الهلاك بسبب أجنبي: إذا كان الخيار للمدين وهلك أحد الشئيين وبقي الآخر كان لهذا المدين أن يلزم الدائن بقبول الشيء الآخر، أما إذا هلك الشئان معا بطل العقد ونفس الحكم لو كان الخيار للدائن.

الفرع الثاني

الالتزام البدي (م: 216 مدني)

أولا - مفهوم الالتزام البدي

هو ذلك الالتزام الذي لا يشتمل محله إلا على شيئا واحدا ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئا آخر، أو هو أن يقتصر محل التزام المدين في شيء واحد، إلا أنه يخول مع ذلك للمدين تبرئة لذمته، أن يؤدي بدلا عن المحل الأصلي. ومثاله ان يقرض الدائن المدين مبلغا من النقود ويتفق معه على أنه يستطيع عند حلول الأجل إذا لم يشأ أن يرد مبلغ القرض أن يعطيه بدلا منه دارا فيكون مبلغ النقود هو المحل الأصلي والدار هي البديل. طبقا للمادة 216 ق م

وميزة الالتزام البدي، أن التزام المدين يتحدد بالشيء الأصلي فقط ككونه عقارا أو منقولا من ذلك في الاختصاص المحلي للقضاء، ثم إنه حتى ولو اختار المدين الوفاء بالبديل فإن التزامه لا ينقلب إلى التزام بسيط، بل يبقى على طبيعته الأصلية.

ثانيا- أحكام الالتزام البدي

يترتب على القول إن التزام المدين يتحدد بالشيء الأصلي (لا البديل) أنه متى هلك المحل الأصلي بسبب أجنبي برئت ذمة المدين، أما إن كان سبب الهلاك الدائن، فيعده كمن استوفى حقه، أما في حالة هلاك البديل فحسب، وكان ذلك راجع إلى سبب أجنبي، فيجب على المدين الوفاء بالمحل الأصلي، أما إن كان بسبب الدائن فللمدين أن يرجع على الدائن بقيمة ذلك البديل.

ولو أن المحل الأصلي هلك بسبب المدين فيكون في هذه الحالة مسؤولاً عن التعويض إلا أنه يملك (كما هو الاتفاق) على بذل البديل وبذلك تبرأ ذمته، ونجد في القانون المدني أمثلة عن الالتزامات البديلية توقي دعوى الإبطال بسبب الاستغلال بعرض الثمن الذي يراه القاضي كافياً لرفع الغبن المادة 3/90 ق م. وتوقي البائع دعوى ضمان الاستحقاق برد ما دفعه المشتري للغير من نقود أو أداء آخر طبقاً للمادة 374 ق

ثالثاً- مقارنة بين الالتزام البديلي والالتزام التخييري

- ✓ الالتزام البديلي ينحصر في الالتزام في محل واحد يعني منذ البداية مع إعطاء المدين الحق في الوفاء ببديل عنه، أما في الالتزام التخييري يكون محل الالتزام عدة أشياء وإن كان الوفاء لا يتم إلا بواحدة منها وفقاً لما يختاره صاحب الخيار (المدين أو الدائن).
- ✓ إذا طالب الدائن المدين بالالتزام بدلي فإنه لا يستطيع المطالبة إلا بالمحل الأصلي فهو وحده محل الالتزام وأما المدين فله أن يعرض على الدائن إما المحل الأصلي وإما الشيء البديل.
- ✓ في الالتزام التخييري يكون للدائن أن يطالب بأي من محال الالتزام إذا كان الخيار له وإذا كان الخيار للمدين فله أن يعرض أي من هذه المحال.
- ✓ في الالتزام البديلي تتحدد طبيعة الالتزام ومنذ البداية بطبيعة المحل الأصلي لا بطبيعة الشيء البديل فإنه إذا كان المحل الأصلي عقاراً كان الالتزام عقارياً حتى ولو كان البديل منقولاً.
- ✓ في الالتزام التخييري لا يمكن تحديد طبيعة الالتزام أو تقدير قيمته إذا اختلف الشئان إلا بعد استعمال صاحب الخيار لحقه في الخيار.
- ✓ إذا كان محل الالتزام في الالتزام البديلي غير مشروع فإن العقد يكون في هذه الحالة باطلاً لعب في المحل وذلك دون أن يكون بإمكان المدين أن يصحح هذا العقد بتسليم البديل أما في الالتزام التخييري فلا يبطل العقد إذا كان أحد الالتزامين باطلاً والآخر مشروعاً إذ يتحدد ويتركز المحل في الشيء الآخر المشروع ✓ في الإلتزام البديلي إذا هلك الشيء الأصلي لسبب أجنبي برأت ذمة المدين حتى ولو كان البديل قائماً لم يهلك وذلك لأن محل الإلتزام هو الشيء الأصلي لا البديل أما في الإلتزام التخييري فلا تبرأ ذمة المدين إذا هلك أحد الشيئين لأن عليه أن يؤدي إلى الدائن الشيء الآخر.

الفرع الثالث: الالتزام غير القابل للانقسام

المواد من 236 الى 238 من القانون المدني

تناول المشرع الجزائري الالتزام غير القابل للانقسام في المواد من 236 إلى 238 من القانون المدني.

وهو قسمان التزامات غير القابلة للانقسام وأخرى القابلة للانقسام.

أولاً: الالتزامات غير قابلة للانقسام.

الالتزامات غير القابلة للانقسام حسب المادة 236 ق م هي الالتزامات التي لا يقبل محلها التجزئة فتتأثر بذلك فتضحى هي نفسها غير قابلة للانقسام أي لا يمكن الوفاء بها غلا دفعة واحدة وهذا لا يظهر على أهميته الا إذا تعدد طرفا الالتزام.

1- أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام.

يكون الالتزام غير قابل للانقسام طبقا نصت المادة 236 ق م في حالتين هما:

الحالة الأولى: بطبيعة محله سبب عدم قابلية الالتزام للانقسام يرجع الى طبيعة محله الغير القابلة للانقسام كالاتزام بتسليم بقرة. ونادرا ما يكون الالتزام الذي ينصب محله على نقل حق عيني غير قابل للانقسام فمثل هذا الحق يكون دائما قابلا للانقسام إما انقساماً مادياً أو معنوياً
إلا أن هناك ثلاثة حقوق عينية لا تقبل الانقسام حسب طبيعتها القانونية وهي الرهن الحيازي والرهن الرسمي والارتفاق لأن محل مثل هذه الالتزامات غير قابل بطبيعته للانقسام بصورة حتمية.

أما الالتزامات التي يكون محلها القيام بعمل فمعظمها تعتبر غير قابلة للانقسام وأما الالتزامات التي يكون محلها الامتناع عن القيام بالعمل فهي يمكن أن نقول عنها أنها دائماً غير قابلة للانقسام إذ انه أي عمل يقوم به الملتزم يعتبر خرقاً للالتزام.

الحالة الثانية: بإرادة الأطراف، يمكن ان يكون الالتزام غير قابل للانقسام إذا ثبت من السند المنشئ له أن تنفيذه لا يمكن أن يكون بشكل جزئي وبالتالي بإرادة المتعاقدين هي من أحالت دون تقسيمه لطبيعته.

والإرادة هنا إما أن تكون صريحة أو ضمنية، وتكون صريحة إذا ورد في العقد المنشئ ما يدل على أن تنفيذه يجب أن يكون غير قابلاً للتجزئة وأكثر ما يقع ذلك في الالتزامات التضامنية، وتكون ضمنية إذا تبين أن الغرض الذي كان يبتغيه المتعاقدان يحتم عدم انقسام الالتزام ولو أنهما لم ينصا على ذلك صراحة.

2- الآثار المترتبة عن عدم قابلية الالتزام للانقسام.

إن أهمية الالتزامات غير القابلة للانقسام لا تظهر إلا في حالة ما إذا تعدد كل من الدائنين والمدينين أما إذا لم يتعدد الطرف الدائن أو المدين فهنا يكون بشكل مباشر التزاما ينفذ بشكل كامل ولو كان من الالتزامات القابلة للانقسام، فما دام كل من الدائن والمدين واحد فسواء أكان الالتزام قابلاً أو غير قابل للانقسام فيحق للدائن أن يرفض الوفاء الجزئي وأن يصر على تنفيذ الالتزام تنفيذا كاملاً.

أما إذا تعدد المدينون أو الدائنون فهنا تظهر أهمية الالتزامات غير القابلة للانقسام وبالتالي فسنستطرق للآثار المترتبة في حالة تعدد المدينين وتعدد الدائنين.

الآثار المترتبة في حال تعدد المدينين: تترتب على عدم قابلية الالتزام للانقسام في حال تعدد المدينين الآثار التالية:

- ✓ كل مدين من المدينين في التزام غير قابل للانقسام يلزم بوفاء الالتزام وفاء كاملاً وهذا ما نصت عليه بشكل واضح المادة 237 ق م، وعليه فيحق للدائن أن يطالب المدين بالوفاء الكامل وفي هذه الحالة ليس للمدين الحق بعرض الوفاء الجزئي وإنما يمكنه أن يطالب بمهلة لإدخال المدينين الآخرين في الدعوة المقامة عليه حتى يحول دون الحكم عليه وحده بكل الدين، إلا إذا كان طبيعة الدين يحتم أن يكون الوفاء به إلى من المدين فهنا يمكن الحكم عليه وحده مع حفظ حقه في الرجوع على باقي المدينين كل حسب حصته في الدين.
- ✓ إذا توفي المدين بالتزام غير قابل للانقسام فالالتزام لا يتجزأ بين الورثة بل يبقى محافظاً على عدم قابليته للانقسام ويلتزم كل وريث بتنفيذ التزام مورثه تنفيذا كاملاً، وجدير بالذكر أن عدم تجزئة الالتزام غير القابل للانقسام بين ورثة المدين هو الميزة التي تتفوق عليها الالتزامات غير القابلة للانقسام على الالتزامات التضامنية التي تتجزأ بين ورثة المدين المتضامنين.
- ✓ إذا قطع التقادم ضد أحد المدينين فإن هذا القطع ينتج أثره ضد كل المدينين.

الآثار المترتبة في حال تعدد الدائنين: تترتب على عدم قابلية الالتزام للانقسام في حال تعدد الدائنين الآثار التالية:

- ✓ لا يمكن لدائن واحد في الالتزامات غير القابلة للانقسام أن ينفرد باستيفاء الدين بكامله فالوفاء لا يكون إلا للدائنين مجتمعين أو في حالة توكيلهم له لاستيفائه وهذا ما قرره المادة 238 بقولها: "إذا تعدد الدائنون أو ورثة الدائن في الالتزام غير القابل للانقسام جاز لكل واحد من هؤلاء أن يطالب بأداء الالتزام كاملاً. فإذا اعترض أحدهم على الوفاء كان المدين ملزماً به لهم مجتمعين أو بإيداع الشيء محل الالتزام. ويرجع الدائنون على الدائن الذي استوفى الالتزام كل بقدر حصته."
- ✓ يجوز لكل من الدائنين المشتركين أن يطلب، لصالح الجميع إيداع الشيء المستحق، أو تسليمه إلى خزانة المحكمة، إذا كان غير صالح للإيداع (الفقرة الثانية من المادة 238).

✓ إذا قطع أحد الدائنين التقادم على المدين أفاد ذلك سائر الدائنين واعتبر التقادم مقطوعا عليهم جميعا.

ثانيا: الالتزامات القابلة للانقسام.

الالتزامات القابلة للانقسام هي التي يكون محلها قابلا للتجزئة كالإتزام عدت مدينين لا تضامن بينهم بتأدية مبلغ من النقود حيث ينقسم الإلتزام بين المدينين فيؤدي كل مدين حسب حصته مبلغا من النقود. والحكم في الإلتزامات القابلة للانقسام عند تعدد الدائنين والمدينين يختلف عندما يكون الدائن والمدين واحدا لهذا سنتطرق للحالتين:

✓ الإلتزامات القابلة للانقسام في حال كان المدين والدائن واحدا

إن الإلتزام القابل للانقسام في حال ما إذا كان المدين والدائن واحدا ينزل منزلة الإلتزام غير القابل للانقسام أي يمكن للدائن أن يطالب المدين بالوفاء الكلي دون تجزئ فإذا كن زيد مدين لعمر ب 1000 د ج وطلب عمر أن يفي فقط بنصف المبلغ فلزيد أن يرفض الطلب وأن يصر عليه بالوفاء بالمبلغ كاملا وهذا ما نصت عليه المادة 236 ق م.

يزول حكم الإلتزامات القابلة للانقسام في حال كان المدين والدائن واحدا مباشرة بعد وفاة أحد الأطراف لأننا سنكون أمام تعدد أطراف الدائن أو المدين.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

✓ الإلتزامات القابلة للانقسام في حال تعدد الطرف الدائن أو المدين

القاعدة العامة في الحالة التي يتعدد فيها الطرف الدائن أو المدين أنه لا يجوز لأحد الدائنين أن يطالب ولا إلى أحد المدينين أن يلزم إلا بحصته في الدين، فلو أن شخصين يملكان سيارة باعوها لطرف ثالث لا يمكن لأحد المالكين أن يطالب المشتري إلا بالنصف وفي حال ما إذا باع شخص سيارة لطرفين فلا يمكن له أن يلزم أحد المشتريين إلا بالنصف، وفي حال توفي الدائن أو المدين فلا يمكن لورثة الدائن أن تطالب ولا لورثة المدين أن يفوا إلا بنسبة نصيبه في دين المورث.

المبحث الثالث

تعدد أطراف الإلتزام

يتخذ هذا التعدد صورا ثلاثة: (الأولى): أن يتعدد الأطراف (أي الدائن والمدين) دون أن تكون بينهم رابطة معينة ويسمى الإلتزام هنا بالمتعدد الأطراف: (الثانية): أن يتعدد الدائنون أو المدينون (أي أطراف الإلتزام) مع وجود ما يسمى بالتضامن بينهم، فنكون حينئذ أمام الإلتزام تضامني (إيجابي إن تعلق بالدائنين، وسلبى إن تعلق بالمدينين) (الثالثة): أن يتعدد أطراف الإلتزام مع كون الإلتزام ذاته غير قابل للانقسام أو التجزئة.

المطلب الأول

الالتزام المتعدد الأطراف

أولاً- مفهوم الالتزام المتعدد الأطراف، يقصد بالالتزام المتعدد الأطراف أن يتعدد الدائنون أو المدينون بحيث أن الدين أو الالتزام ينقسم على عدد رؤوس الدائنين أو المدينين، أي ليس لكل دائن أن يطالب إلا بنصيبه في الدين كما أن كل مدين لا يلتزم إلا بأداء نصيبه فحسب، وهذه الصورة من الالتزام هي الأصل وهذا في غياب نص القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة التي قد تحتّم أحيانا عدم إمكانية العمل بهذا المبدأ، والأصل أيضا أن تكون أنصبة الدائنين أو المدينين متساوية إلا أن يقضي نص القانون بغير ذلك، أما عن مصدر هذا التعدد في الدائنين أو المدينين فقد يكون الاتفاق (كأن يشتري عدة أشخاص أرضا، أو يبيع شركاء على الشيوع أرضا لهم، فنكون أمام عدة مدينين أو دائنين بالثمن) وقد يكون نص القانون (كحالة الورثة متى كان المورث دائنا للغير).

ثانيا - أحكام الالتزام المتعدد الأطراف، يترتب على هذا التعدد أن ينقسم الدين على عدد مدينيه أو دائنيه، بحيث ليس على كل مدين وليس لكل دائن إلا أداء والمطالبة بنصيبه في الدين فقط، والأصل في الأنصبة التساوي إلا أن يقضي بخلاف ذلك، هذا ومتى بطل التزام مدين معين اقتصر ذلك على نصيبه فقط ولا يتأثر البقية بذلك إلا أن يكون سبب البطلان يشملهم جميعا، ونفس الحكم ينطبق على الدائن، كما إن إعدار مدين معين أو قطع تقادم دينه، لا يتعدى أثر ذلك إلى بقية المدينين بل ينحصر فيه فقط، ولو أعسر أحد المدينين تحمل الدائن وحده إعسار ذلك المدين.

المطلب الثاني

الالتزام التضامني

أولاً- التضامن الإيجابي (المواد من 217 إلى 221 م ق)

1- تعريف التضامن الإيجابي، يقصد به أن يتعدد الدائنون في دين واحد سواء في ذلك تعدد المدينون أو لم يتعددوا و ميزته أن يؤدي إلى عدم تجزئة الدين على عدد الدائنين، بل يحق لكل دائن أن يطالب المدين بكل الدين، غير أن هذا التضامن الإيجابي نادر الوقوع في الواقع العملي ثم إنه يمثل خطرا على بقية الدائنين، فالدائنون يستطيعون الوصول إلى نفس نتيجة التضامن الإيجابي عن طريق اللجوء إلى

عقد الوكالة، ثم إن هذا التضامن يمثل خطرا عليهم فيما لو كان الدائن الذي استوفى الدين كله سيئ النية أو أعسر فيما بعد، لهذا نجد أيضا أن التضامن الإيجابي لا يفترض بل لا بد من النص عليه صراحة أو استخلاصه ضمنا.

2- أحكامه التضامن الإيجابي، يترتب على التضامن الإيجابي أن لكل دائن أن يطالب المدين بأن يفي له بكل الدين (إلا أن يعترض على هذا الوفاء بقية الدائنين مما يستوجب معه على المدين الوفاء بنصيب ذلك الدائن فحسب)، وليس للمدين أن يدفع تلك المطالبة بأوجه دفع (كبطلان التزامه أو فسخه، أو انقضائه بالمقاصة أو الإبراء ...) غير تلك المتعلقة بذلك الدائن، أما أوجه الدفع المشتركة بين كل الدائنين (كبطلان الالتزام لعدم المشروعية، أو لسبق الوفاء) فله أن يدفع بها.

هذا ويطلق على هذه النتيجة الأولى للتضامن الإيجابي بوحدة الدين، والنتيجة الثانية للتضامن الإيجابي، ويطلق عليها تعدد الروابط، تتمثل في أن أسباب انقضاء الالتزام، غير الوفاء، كالمقاصة والإبراء واتحاد الذمة وغيرها، لا تؤثر في بقية الدائنين إلا بقدر نصيب الدائن الذي قام في حقه سبب ذلك الانقضاء، فذلك السبب خاص بذلك الدائن فقط لا يضار منه بقية الدائنين.
SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر
والنتيجة الثالثة تتمثل في أن الدائنين يعتبرون نائبين عن بعضهم البعض فيما ينفع فقط لا فيما يضر، أي أن هناك نيابة تبادلية فيما بينهم، لكن فيما ينفع لا فيما يضر، ويترتب عن ذلك أن الإعذار الذي يوجهه أحد الدائنين إلى المدين للوفاء مثلا يستفيد منه بقية الدائنين، فيعد الإعذار وكأنه صدر منهم جميعا، وهذا على عكس الإعذار الذي يوجهه المدين لأحد الدائنين فإنه لا يسري على بقية الدائنين فلا يضارون منه، ونفس الحكم يصدق على الإقرار بالدين والمصالحة فيه وقطع التقادم.

وإن كانت الأحكام التي ذكرناها تخص علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين، فإن علاقة الدائنين المتضامنين ببعضهم البعض يحكمها أن الدين الذي استوفاه أحد الدائنين، يفتح لبقية الدائنين حق الرجوع عليه لكن كل بحسب حصته في الدين، مما يعني انقسام الدين عليهم، والأصل في حصص الدائنين التساوي إلا أن يقضي الاتفاق أو القانون بغير ذلك.

ثانيا - التضامن السلبي (المواد من 222 إلى 235 م ق)

1- مفهوم التضامن السلبي، التضامن السلبي يخص حالة تعدد المدينين، والتضامن الموجود بينهم لا يفترض، ولكن يجب النص عليه صراحة أو استخلاصه ضمنا، أما مصدر هذا التضامن، فقد يكون نص الاتفاق أو نص القانون كما في عقد المقاولة المادة 554 / 1 ق م وعقد الوكالة المادة 579 / 1 ق م والعمل غير مشروع المولد للمسؤولية التقصيرية المادة 126 ق م، ويمثل التضامن السلبي وسيلة فعالة بيد الدائن لذي يخشى إعسار أحد مدينيه لأنه يستطيع مطالبة أيا منهم بكل الدين.

2- أحكامه التضامن السلبي، التضامن السلبي كالإيجابي تحكمه المبادئ الثلاثة التي ذكرناها، أي وحدة الدين وتعدد الروابط والنيابة التبادلية فيما ينفع، وهذا كله في علاقة المدينين المتضامين بالدائن. فبالنظر إلى وحدة الدين لا يختلف ما قلناه في التضامن الإيجابي عن التضامن السلبي: فيحق لأي مدين الوفاء بكل الدين بل ويلتزم بذلك متى رجع عليه الدائن، وليس لهذا المدين أن يحتج على الدائن بدفوع تخص غيره من المدينين، في حين يستطيع الاحتجاج بالدفوع الخاصة به هو ككونه قاصرا، أو شاب رضاه عيبا، أو تم إبرأؤه من الدين، وبذلك التي يشترك فيها كل المدينين كبطالان الالتزام بسبب عدم مشروعية أو غياب المحل أو السبب، وغياب شكل انعقاد التصرف وتقادم الدين، وإبراء الدين عن كل المدينين. أما بالنظر إلى تعدد الروابط، فإن أسباب انقضاء الالتزام غير الوفاء (كالمقاصة واتحاد الذمة، والإبراء من الدين، والتقادم) كلها يترتب عليها أن يسقط عن بقية المدينين قدر حصة المدين الذي قام في حقه سبب ذلك الانقضاء، أما بالنسبة لتجديد الدين (ويترتب عليه انقضاء الدين القديم بكل مقوماته بما فيها التضامن وحلول دين جديد محله) فإنه يجب على الدائن لئلا ينقضي دينه كلية مع بقية المدينين الذين لم يحصل معهم تجديد للدين أن يحتفظ بحقه قبلهم، وبذلك يسقط عن بقية المدينين حصة المدين الذي حصل معه التجديد للدين.

وأما النيابة التبادلية، فهي فيما ينفع بقية المدينين (كإعذار الدائن، وصدور حكم قضائي لصالح أحد المدينين) لا فيما يضرهم (كإعذار مدين معين وإقراره بالدين، والنكول عن حلف اليمين..)، إذ في هذه الحالة الأخيرة يقتصر أثر ذلك العمل على المدين المعني فقط دون غيره.

أما عن علاقة المدينين المتضامنين ببعضهم البعض، فإن المدين الذي وفى بالدين له الرجوع على بقية المدينين كل بحسب نصيبه في الدين، على اعتبار أن الدين ينقسم عليهم هذه المرة، وإن حدث أن اعسر أحد المدينين حين رجوعه عليه، فإن هذا الإعسار يتحمله بقية المدينين الموسرين، أما الرجوع فيتم بموجب دعوى شخصية (مبنية على الوكالة أو الفضالة) أو بموجب دعوى الحلول، هذا والأصل في حصص المدينين أنها متساوية إلا أن يقضي الاتفاق أو نص القانون بغير ذلك كما في المادة 126 من القانون المدني.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر



الفصل الخامس

انتقال الالتزام

محاضر المحاضرة

- حوالة الحق
- حوالة الدين

يراد بانتقال الالتزام أن يتحول الالتزام ذاته، حقاً كان أو ديناً، من شخص إلى آخر. انتقالاً إيجابياً من دائن إلى دائن آخر باعتباره حقاً شخصياً وهذه هي حوالة الحق، أو انتقالاً سلبياً من مدين إلى مدين آخر باعتباره ديناً وهذه هي حوالة الدين.

والذي ينتقل بالحوالة هو الالتزام ذاته بجميع خصائصه من صفات وضمانات ودفع، من صفات كالشرط والأجل والفوائد، ومن الضمانات كالرهن والامتياز ومن الدفع كالدفعة بالبطلان وعدم النفاذ. وما تقدم يعرف بانتقال الالتزام بين الأحياء تمييزاً له عن انتقال الحقوق بالوفاة الذي يخضع لقواعد الإرث والوصية.

نتناول تباعاً انتقال الحق بحوالة الحق ثم انتقال الالتزام بحوالة الدين
المصدر الأول: المحررات المخرجة في الجزائر

انتقال الالتزام بحوالة الحق م 239-250 ق م

تعريفها: حوالة الحق عقد بمقتضاه ينقل شخص هو الدائن بالالتزام ويسمى بالمحيل حقه إلى شخص آخر هو الدائن الجديد لهذا الالتزام ويسمى المحال له، قبل شخص ثالث هو المدين في هذا الالتزام ويسمى المحال عليه.

أغراض الحوالة: للحوالة أغراض مختلفة فقد يراد منها بيع الحق من المحيل للمحال له فتسري بينهما أحكام عقد البيع، وقد يراد منها التبرع بالحق للمحال له فتسري أحكام عقد الهبة بينهما، وقد يكون الغرض رهن الحق للمحال له فتسري بينهما أحكام الرهن وأهمها وجود دين للمحال له في ذمة المحيل.

المطلب الأول

أركان حوالة الحق وشروطها

الحوالة عقد لذا يجب تتوافر فيه أركان العقد من تراض ومحل وسبب.

1. التراضي: يشترط رضا المتعاقدين وهما المحيل والمحال له وان تكون إرادتهما سليمة من العيوب وان يكونا أهلاً للتعاقد، ولا يشترط رضا المحال عليه لأنه ليس طرفاً في عقد الحوالة.

2. السبب: يشترط ان يكون للحوالة سبب وأن يكون هذا السبب مشروعاً.

3. المحل: المحل في الحوالة هو الحق المحال، والقاعدة إن جميع الحقوق الشخصية تجوز حوالتها أيأ كان محلها. نقوداً أو مجرد حق احتمالي أو مستقبل أو متنازعاً فيه.

✓ حالات عدم جواز الحوالة: الأصل أن جميع الحقوق الشخصية تقبل الحوالة إلا ان المشرع بموجب المادة 239 استثنى ثلاث حالات لا تقبل فيها الحوالة وهي:

1. نص القانون: فقد ينص القانون على منع حوالة بعض الحقوق، كما هو الحال بالنسبة للحقوق التي لا يجوز الحجز عليها وفي حدود الجزء غير القابل للحجز، فديون النفقة ورواتب الموظفين وأجور العمال لا تجوز حوالتها إلا بقدر ما يجوز الحجز عليها طبقاً للمادة 240 ق م.

2. اتفاق المتعاقدين: قد تمتنع الحوالة باتفاق المتعاقدين، كأن يشترط المؤجر على المستأجر عدم النزول عن الإيجار لغيره، ومن ذلك ما تشترطه هيئات النقل من عدم جواز النزول إلى الغير عن تذكرة النقل.

3. طبيعة الحق: قد تمتنع الحوالة بسبب طبيعة الحق، وذلك في الحالات التي يكون فيها الحق متصلاً اتصالاً وثيقاً بشخص الدائن أو روعيت فيه شخصيته، كالمزارعة وحق الشريك في شركات الأشخاص وحق الدائن بالنفقة. أي إذا كانت الحقوق بطبيعتها لا تقبل الحوالة، ويكون ذلك بالأخص في الحالات التي تكون شخصية الدائن محل اعتبار في الدين أو العقد كالحق في النفقة

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

✓ شروط الحوالة

حتى تكون حوالة الحق صحيحة وقابلة للنفاذ لا بد أن تخضع لقواعد وإجراءات نفاذها قبل المدين وكذلك شروط وإجراءاتها قبل الغير، وهناك نوعان من الشروط، شروط الانعقاد وشروط النفاذ:

1. شروط انعقاد الحوالة: يكفي لانعقاد الحوالة تراضي المتعاقدين وهما المحيل والمحال له، ولا يشترط رضا المدين (المحال عليه) الذي في ذمته الحق، والسبب في ذلك ان انتقال الحق منى دائن إلى آخر ليس من شأنه الإضرار بالمدين، وكان بإمكانه الاتفاق مع الدائن على عدم جواز الحوالة. والحوالة اتفاق رضائي يكفي فيه الإيجاب والقبول دون حاجة لإتباع شكلية معينة حتى لو كان المحال به مضموناً بتأمين عيني إلا انه لا يمكن التمسك بحوالة حق عيني قبل الغير إلا إذا قيد في السجل العقاري.

2. شروط نفاذ الحوالة: طبقاً للمادة 241 ق م لا تكون الحوالة نافذة في حق المحال عليه أو في حق الغير إلا إذا قبلها المحال عليه أو أعلنت له. على إن نفاذها في حق الغير بقبول المحال عليه يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ. وعليه نميز هنا بين نفاذ الحوالة بالنسبة للمدين وبين نفاذها بالنسبة للغير:

نفاذ الحوالة بالنسبة للمدين: لا تكون الحوالة نافذة في حق المدين إلا بأحد إجراءين: إعلانه بالحوالة أو قبوله لها. ويتم الإعلان بواسطة المحضر عادة بطلب من المحيل (بإجراء غير قضائي)، ومصطلحه التخلص من الضمان أو بطلب من المحال له ومصطلحه الاستئثار بالحق المحال به لنفسه.

ويغني قبول المدين للحوالة عن الإعلان، وينبغي ان يقع القبول في وقت الحوالة أو بعدها ولا عبرة بالقبول السابق لان النفاذ يتطلب علمه بالحوالة وبالمحال له. وقبول المدين للحوالة لا يجعله طرفاً فيها لان القبول شرطاً لنفاذها بحقه فيبقى أجنبياً عنها.

وإذا رفض المدين الحوالة فما على أحد طرفيها إلا إعلانها لتكون نافذة بحقه، ولا يشترط لنفاذها بحقه أن يكون تاريخها ثابتاً بشكل رسمي بل لا يشترط للقبول شكل خاص فيجوز أن يكون مكتوباً أو شفويّاً. وقبول المدين للحوالة لا يعني إسقاط حقه في التمسك في مواجهة الدائن الجديد بالدفع التي كانت له في مواجهة الدائن القديم.

وإذا علم المدين بالحوالة بغير الإعلان الرسمي أو القبول فلا تنفذ بحقه، ومع ذلك فعليه في هذه الحالة الامتناع عن أي تصرف ينطوي على غش من ناحيته وعلى التواطؤ من ناحية الدائن القديم (المحيل)، كقيامه بالوفاء للمدين القديم مقابل حصوله على تخفيض لقيمة الدين، فهذا الوفاء لا يعتد به في مواجهة الدائن الجديد عملاً بقاعدة (الغش يفسد كل شيء).

نفاذ الحوالة بالنسبة للغير: المقصود بالغير هو كل شخص يضار من نفاذ الحوالة، لا كل شخص أجنبي لا علاقة له بالحوالة. ومن قبيل الغير ان يحيل الدائن حقه إلى أكثر من دائن جديد، فيصبح كل دائن جديد من الغير بالنسبة لكل واحد من هؤلاء الدائنين الجدد، أو أن يرهن الدائن حقه لشخص ويبيعه لشخص آخر، فيصبح كل من المحال له المرهّن والمحال له المشتري من الغير بالنسبة للآخر. وتصبح الحوالة نافذة في حق الغير بإعلانها للمدين أو بقبوله لها قبولاً ثابت التاريخ وبخلافه لا تكون نافذة الا بحقه دون الغير.

المطلب الثاني

أحكام حوالة الحق

أولاً: العلاقة بين المحال له والمحال عليه: نميز بين الفترة التي تسبق إعلان الحوالة أو قبولها والفترة التي تلي إعلان الحوالة أو قبولها.

قبل إعلان الحوالة أو قبولها: بالنسبة للمحال له في هذه المرحلة فان دائيته ينقصها النفاذ ولكنها تولد بعض الآثار، فللدائن المحال له أن يتخذ من الإجراءات التحفظية ما يحافظ به على الحق الذي انتقل إليه، كقطع التقادم فيعتمد إلى المطالبة القضائية التي تقطع التقادم والتي تتضمن بطبيعة الحال إعلاناً للحوالة، وله أن يبادر إلى تسجيل رهن أو حق امتياز يكفل الحق المحال به وان يوقع حجزاً احتياطياً تحت يد المدين المحال عليه ويتابع إجراءاته.

اما بالنسبة للمحال عليه في هذه المرحلة فعليه إذا علم بالحوالة فعلاً قبل إعلانها أو قبوله فعليه في هذه الحالة الامتناع عن أي تصرف ينطوي على غش من ناحيته وعلى التواطؤ من ناحية الدائن القديم

(المحيل) إضرارا بالمحال له، وليس له ان يتواطأ غشاً مع محال له تالٍ للمحال له الأول، فيقبل الحوالة الثانية حتى يجعلها نافذة قبل الحوالة الأولى.

بعد إعلان الحوالة أو قبولها: تصبح الحوالة في هذه المرحلة نافذة في حق المحال عليه، وينتقل بالنسبة إليه الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بكل صفاته وتوابعه وضماناته طبقاً للمادة 243 ق م:

1. ينتقل الحق بكل صفاته: فان كان حقاً مدنياً أو تجارياً أو قابلاً للتنفيذ بموجب حكم أو سند رسمي أو منتجاً لفوائد، انتقل بكل صفاته هذه إلى المحال له.

2. ينتقل الحق بكل ضماناته: ينتقل الحق مع ضماناته إلى المحال له، من كفالة أو امتياز أو رهن أو أي تأمين آخر.

3. انتقال الدعاوى التي تحمي الحق: ومن توابع الحق المحال به الدعاوى التي تحميه وتؤكد كدعوى الفسخ، فإذا حول البائع الثمن، ولم يقيم المشتري بالوفاء به إلى المحال له، كان للأخير أن يرفع دعوى فسخ البيع ضد المشتري، فإذا قضى بالفسخ عاد الشيء المبيع إلى المحال له لا المحيل.

4. الدفع الذي للمحال عليه أن يتمسك بها قبل المحال له: ينتقل الحق من المحيل إلى المحال إليه بالدفع التي كانت عليه، فيستطيع المحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بالدفع التي كان يستطيع أن يتمسك بها قبل المحيل وقت إعلان الحوالة أو قبولها، كالدفع بانقضاء الحق إما بالوفاء أو التجديد أو الإبراء أو أي سبب من أسباب انقضاء الالتزام، سواء كان الانقضاء سابقاً على صدور الحوالة أو تالياً لها مادام أن الحق قد انقضى قبل إعلان الحوالة أو قبولها. وكذلك الدفع بان الحق مصدره باطل أو عقد قابل للفسخ أو إن الحق معلق على شرط واقف لم يتحقق.

وللمحال عليه ان يتمسك بالدفع التي ترجع إلى عقد الحوالة ذاته، كالدفع ببطلان عقد الحوالة ذاته أو الدفع بصوريته إذا كان عقداً صورياً وله أن يثبت الصورية بجميع الطرق ولو بالبينة والقرائن لأنه ليس طرفاً في الصورية.

ثانياً: العلاقة بين المحيل والمحال له: الحوالة إما أن تكون بعوض فتكون بيعاً وطبقت أحكام البيع أو بغير عوض فتكون هبة وطبقت أحكام الهبة، وأهم التزامات البائع (المحيل) التزامه بالتسليم والتزامه بالضمان، وأهم التزامات المشتري (المحال له) التزامه بدفع الثمن. أما في الهبة فالواهب لا يلتزم بالضمان إلا إذا أخفى سبب استحقاق الحق المحال به على المحال له وتضرر الأخير فيرجع على المحيل بالتعويض والضمان.

1. التزام المحيل بالتسليم: يجب على المحيل أن يسلم المحال له سند الحق المحال به وان يقدم له وسائل إثبات هذا الحق وما هو ضروري من بيانات لتمكينه من حقه.

2. التزام المحيل بالضمان: القاعدة أن المحيل لا يلتزم بالضمان إلا إذا كانت الحوالة بعوض، أما المتبرع فغير ضامن، فان كانت الحوالة بعوض فيجب أن نفرق بين الضمان القانوني والضمان الاتفاقي:

الضمان القانوني: وهو الضمان الذي ينظمه القانون عندما يخلو عقد الحوالة من اتفاق ينظم أحكام الضمان، وفي هذه الحالة لا يكون المحيل إلا ضامناً لوجود الحق وصحته عند الحوالة ولم ينقض بأي سبب من أسباب الانقضاء م 244 ق م، فإن كان الحق كذلك وقت الحوالة لم يكن المحيل مسؤولاً عما قد يطرأ من أسباب السقوط التي لا ترجع إليه كسقوط الدين بالتقادم بعد الحوالة، وهو لا يضمن للمحال له ملاءة المدين وقدرته على الوفاء، ويمتد الضمان إلى التوابع، كالتأمينات الضامنة للحق المحال م 245 من القانون المدني. وعلى العكس لا ضمان في الحوالة ان كانت تبرعا.

الضمان الاتفاقي: يستطيع المتعاقدان تنظيم الضمان باتفاقهما، فالحكم السابق هو حكم قانوني مكمل لإرادة المتعاقدين، وعلى النحو لهم التشديد في الضمان يجوز أن يشترط المحال له أن يضمن المحيل يسار المدين، إلا إن هذا الشرط ينصرف إلى يسار المدين وقت الحوالة ما لم ينص في العقد أن المحيل ضامن يسار المدين حتى يقتضي المحال له حقه. واشتراط الضمان المتقدم يؤدي إلى التزام المحيل بقيمة عوض الحوالة فقط، لا بقيمة الحق المحال به ولو وجد اتفاق يقضي برد أكثر من ذلك.

ولهم التخفيف من الضمان أو الإعفاء منه، فيجوز الاتفاق على أن المحيل لا يضمن وجود الحق ولا صحته فضلاً عن عدم ضمانه يسار المدين، ويستثنى من ذلك مسؤولية المحيل عن أفعاله الشخصية كالتعدي طبقاً للمادة من 247 ق م.

ثالثاً: العلاقة بين المحيل والمحال عليه: نميز بين حالين:

الفترة التي تسبق إعلان الحوالة: يبقى المحيل، قبل نفاذ الحوالة في حق المحال عليه، هو الدائن للمحال عليه. فيستطيع التصرف بالحق المحال به بكافة أنواع التصرفات، فله أن يستوفيه منه، أو أن يقضيه بأحد أسباب انقضاء الالتزام، ولدائني المحيل الحجز على الحق المحال به. إلا أنه لا تبرأ ذمة المحال عليه إذا كان يعلم بالحوالة وقام مع ذلك بالوفاء للمحيل، لأن ذلك يعتبر تواطؤاً منه مع المحيل على الإضرار بالمحال له، فالغش يفسد كل شيء كما قيل.

الفترة التي إعلان الحوالة أو قبولها: إذا أعلنت الحوالة أو قبلت فإنها تصبح نافذة في حق المحال عليه وفي حق الغير. ويصبح المحيل أجنبياً بالنسبة المحال عليه فلا يستطيع مطالبة المحال عليه بالدين ولا التصرف به، كما لا يمكن للمحال عليه الوفاء للمحيل فان أوفاه لا تبرأ ذمته ويجب عليه الوفاء مرة ثانية للمحال له، كما لا يجوز لدائني المحيل ان يحجزوا على الحق المحال به تحت يد المحال عليه م 248 ق م.

رابعاً: العلاقة بين المحال له والغير: الغير هو كل من تعلق له حق بالحق المحال به، او هو كل شخص يضار من نفاذ الحوالة. وعليه يعد من الغير المحال له الثاني والدائن الحاجز على الحق المحال به. والقاعدة إن الحوالة لا تنفذ في حق الغير إلا إذا قبلها المدين قبلاً ثابت التاريخ أو أعلن بها. وقد واجه المشرع حالة قيام نزاع بين أكثر من محال إليه بنفس الحق وحالة النزاع بين المحال له ودائن حاجز على الحق المحال به، وكما يأتي:

التزام بين محال له ومحال له آخر: طبقاً لنص المادة 249 ق م على أنه إذا تعددت الحوالة بحق واحد فضلت الحوالة التي تصبح قبل غيرها نافذة في حق الغير. فالمفروض أن المحيل قد حول حقه مرة أولى ثم حول نفس الحق مرة أخرى، سواء كانت الحوالة في أية مرة من المرتين على سبيل البيع أو الهبة أو الرهن أو غير ذلك، فالعبرة بحسب النص عند التزام والمفاضلة بينهما ليس بتاريخ صدور الحوالة، بل بالتاريخ الثابت لإعلانها أو لقبولها أي العبرة بتاريخ نفاذها.

التزام بين المحال له والدائنين الحاجزين: حسب نص المادة 250 ق م يجب التمييز بين ثلاث حالات:

1/ التزام بين المحال له والدائن الحاجز المتأخر: لم يرد نص بها لوضوحها. فالمفروض أن الحوالة قد نفذت في حق الدائن الحاجز قبل تاريخ إعلان الحجز، فانتقل الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بالنسبة للدائن الحاجز قبل توقيع الحجز، فيكون الحجز وقت توقيعه قد وقع على حق غير مملوك للمدين، فيقع باطلاً لانعدام المحل ومن ثم يتقدم المحال له على الدائن الحاجز، ويستولي أولاً على قيمة الحوالة.

2. التزام بين المحال له والدائن الحاجز المتقدم: وتتحقق هذه الحالة إذا قام أحد دائني المحيل بالحجز تحت يد المحال عليه، قبل أن تصبح الحوالة نافذة بالنسبة للغير، ثم جاء نفاذ الحوالة بحق الغير متأخراً بعد نفاذ الحجز. وقد اعتبر المشرع أن المحال له في حكم من قام بتوقيع حجز ثان، ولأن المبدأ المقرر هو المساواة بين الدائنين الحاجزين لا فرق بين حاجز متقدم وحاجز متأخر، مما يؤدي إلى مساواة كل من الحاجز المتقدم والمحال له، فإن لم يكن المال كافياً لوفاء حقهما، فإنه يقسم بينهما قسمة غرماء.

3. التزام بين المحال له والدائن الحاجز المتقدم والدائن الحاجز المتأخر (حوالة بين حجزين):

نفرض في هذه الحالة أن الحاجز الأول أعلن حجزه قبل صيرورة الحوالة نافذة بحقه، ثم صارت الحوالة نافذة في حق الغير، وبعد ذلك أعلن الحاجز الثاني حجزه. فلدينا حاجز متقدم ثم محال له ثم حاجز متأخر، وحسب نص المادة 250 ق م فإن الدين يقسم بينهم قسمة غرماء، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما تستكمل به حصة المحال له. والعلة في هذا الحكم أن المشرع أراد أن يجعل الحاجز المتأخر يزاحم الحاجز المتقدم. وأراد في الوقت ذاته ألا يأخذ الحاجز المتأخر شيئاً قبل أن يستوفي المحال له كل حقه لأن الحوالة المتقدمة تجب الحجز.

المبحث الثاني

انتقال الالتزام بحوالة الدين المواد من 251 الى 257 ق م

يقصد بحوالة الدين قانوناً انتقال الدين والمطالبة به بجميع مقوماته من ذمة المدين المحيل إلى ذمة مدين آخر هو المحال عليه. كأن يتفق المدين (المحيل) مع أجنبي (المحال عليه) على أن يتحمل عنه دين دائنه، ويعرف الدائن بـ (المحال له).

ولم تجز الشرائع القديمة حوالة الدين تمشياً مع النزعة الشخصية للالتزام، بينما أجازتها الشرائع ذات النزعة الموضوعية كالشريعة الإسلامية والقانون الألماني والسويسري، فقد أجازتها الشريعة الإسلامية للناس تسامحاً، وجاء في الحديث الشريف عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: **مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ، وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ**. وجاء في شرح الحديث في قوله: من أحيل على مليء فليتبع. يعني: إذا كان إنسان له حق على زيد، وقال له زيد: أنا أطلب عمراً مقدار حقي. يعني مثلاً زيد مطلوب 100 دج، وهو يطلب عمراً 100 دج، فقال: أنا أحيلك على عمر في 100 دج. فليس للطالب أن يقول: لا أقبل؛ لأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: من أحيل على مليء، فليتبع، إلا إذا كان المحول عليه فقيراً، أو مماطلاً، أو قريباً للشخص لا يستطيع أن يرافعه عند الحاكم

والحوالة نوعان مطلقة ومقيدة، فهي مطلقة إذا لم يكن للمحيل على المحال عليه دين أو عين أصلاً أو إذا لم يقيد المحيل أداء الدين مما له في ذمة المحال عليه من دين أو عين. وهي مقيدة إذا قيد المحيل أداء الدين مما له في ذمة المحال عليه من دين أو عين.

المطلب الأول

أركان الحوالة وشروطها

حوالة الدين اتفاق (عقد) بين طرفين يجب أن تتوافر فيه أركان أي اتفاق من رضا ومحل وسبب. فلا بد من وجود تراضي صادر من ذي أهلية وخال من العيوب. والمحل هنا هو الدين المحال، والحوالة ترد على جميع الديون أياً كان محلها، منجزة أو مؤجلة أو معلقة على شرط، وهي تنعقد صحيحة في الدين المستقبلي ولكنها لا تنفذ إلا بوجود الدين.

تتم الحوالة بعقد بين المدين والمحال عليه طبقاً للمادة 251 ق م ولا تنتج آثارها كاملة إلا إذا بإقرار الدائن، أو بعقد بين الدائن والمحال عليه طبقاً للمادة 257 ق م. وهذه تنتج آثارها بمجرد انعقاد العقد

وكما سبق تطبق القواعد العامة فيما يتعلق بشروط انعقاد الحوالة مع وجوب الإشارة إلى ما يلي:

أولاً- الأهلية: أطراف الحوالة هم المحيل والمحال له والمحال عليه، فان كانوا جميعاً عاقلين بالغين صحة الحوالة، فان كان بعضهم أو كلهم غير ذلك ففي الأمر تفصيل كما يأتي:

أهلية المحيل (المدين): هي أهلية التعاقد بوجه عام، فالحوالة بالنسبة للمحيل من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فان كان صغيراً غير مميز فلا تصح حوالته وان كان مميزاً كانت حوالته موقوفة على إجازة وليه أو قابلة للإبطال طبقاً للقانون المدني.

أهلية المحال له (الدائن): ويخضع لنفس أحكام المحيل ويضاف إليها أنه لا بد لصحة إجازة ولي الصغير المميز من أن يكون المحال عليه أملاً (أغنى) من المحيل وإلا كانت الإجازة والحوالة باطلتين.

أهلية المحال عليه (المدين الجديد): هي أهلية الالتزام معاوضة أو تبرعاً تبعاً للعلاقة بينه وبين المحيل (المدين الأصلي)، وهي بالنسبة له من التصرفات الضارة ضرراً محضاً، فلا يجوز للقاصر مميزاً كان أو غير مميز أو مأذوناً قبولها ولو رضي بذلك وليه، وإذا قبلها كان قبوله باطلاً بطلاناً مطلقاً.

ثانياً: الديون التي تصح بها الحوالة (المحل): تصح الحوالة بالدين الصحيح الثابت في الذمة فلا تصح الحوالة بالأعيان المعينة، والقاعدة (إن كل دين لا تصح به الكفالة لا تصح به الحوالة وكل دين تصح به الكفالة تصح به الحوالة إلا الدين المجهول وان صحت به الكفالة). فهي كما تصح بالديون الثابتة أصالة بالذمة كدين القرض والأجرة والضمن

كذلك تصح بالديون الثابتة بالذمة بطريق الكفالة أو الحوالة، فيجوز للكفيل أو المحال عليه أن يحيل الدائن على غيره.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر
شروط صحة الحوالة
يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل مديناً للمحال له وإلا فهي وكالة، أي توكيل بالقبض.

انعقاد الحوالة: تتم حوالة الدين إما باتفاق بين المحيل والمحال عليه أو باتفاق بين المحال له والمحال عليه. أولاً: انعقاد الحوالة باتفاق بين المحيل والمحال عليه: تتم الحوالة عادة في صورة اتفاق بين المحيل (المدين الأصلي) وبين شخص آخر يحل محله في الدين وهو المحال عليه (المدين الجديد). لكن ما هو موقف الدائن من هذا الاتفاق؟ خاصة وان شخصية المدين محل اعتبار كبير في الالتزام، فقيمة الالتزام تتوقف على ملأته، فقد يكون المحال عليه معسراً أو موسراً.

اشتراط المشرع الجزائري كما سبق طبقاً للمادة 251 ق م إقرار الدائن للحوالة بقصد نفاذها في حقه فقط، فإذا لم يقرها لا تبطل، وإنما لا تنفذ بحقه وتبقى نافذة بين المتعاقدين. فلو رفض الدائن إقرار الحوالة أو لم يحدد موقفه منها ظل المحال عليه طبقاً للمشرع المصري مرتبطاً بعقد الحوالة في علاقته مع المدين، أي ملزماً بالوفاء للدائن متى طلب المدين ذلك، فان تخلف عن الوفاء كان مسؤولاً أمامه بالتعويض. وإقرار الدائن للحوالة قد يكون صريحاً قولاً أو كتابة أو ضمناً بصدر عمل من الدائن يكون قاطعاً في دلالة على معنى الإقرار، كاستيفائه للدين من المحال عليه أو جزء منه دون تحفظ. ويجوز أن يصدر

القبول في أي وقت بعد انعقاد الحوالة ولو قبل ان يعلن بها، ويعتبر سكوت المحال عليه بعد إعلانه بها لمدة معقولة رفضاً للحوالة.

وإذا رفض الدائن للحوالة، فلا يجبر على قبول مدين على الرغم منه، وعندها، تعتبر الحوالة كأن لم تكن أي باطلة حتى بين المحيل والمحال عليه. وإذا رفض الدائن الحوالة ليس له يقرها بعد ذلك.

ثانياً. انعقاد الحوالة باتفاق الدائن والمحال عليه: وفي هذه الطريقة تتم الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه فلا يشترك المدين في العقد فتتم الحوالة وتنفذ في مواجهته بدون موافقته طبقاً للمادة 257 ق م، لأنه بموجب القواعد العامة يجوز للأجنبي أن يفي بالدين دون رضا المدين، إلا أن اثر عدم موافقة المدين يظهر في أن المحال عليه الموفي لا يستطيع الرجوع على المدين الأصلي لأنه يعتبر متبرعاً، فالرجوع على المدين الأصلي لا يكون إلا بإقراره للحوالة أو إذا تبين من الظروف أن للموفي مصلحة في الوفاء أو اثبت انه لم يكن عنده نية التبرع.

المطلب الثاني

أحكام حوالة الدين

أولاً. علاقة المحال له بالمحال عليه:

أحكام الحوالة المطلقة: تتلخص هذه العلاقة في انتقال الدين من ذمة المحيل (المدين الأصلي) إلى المحال عليه (المدين الجديد) الذي يحل محل المحيل في نفس الدين بضماناته ودفعه، ويتم هذا الاستخلاف من تاريخ انعقاد الحوالة م 254 ق م.

1. يحل المحال عليه محل المحيل في نفس الدين: فهو يخلفه في نفس الدين بصفاته كالأجل والتعليق على شرط أو كان تجارياً أو ثابتاً بسند تنفيذي أو منتجاً لفوائد ويقع هذا الحل في كلتي صورتَي الحوالة من تاريخ انعقادها.

2. ينتقل الدين إلى المحال عليه بضماناته: يفرق المشرع طبقاً للمادة 254 ق م بين التأمينات المقدمة من المدين والتأمينات المقدمة من الغير. فالرهن التأميني أو الحيازي المقدم من المدين ينتقل مع الدين ويبقى ضامناً للوفاء. أما التأمينات العينية مثل الكفالة العينية أو الشخصية مثل الكفالة المقدمة من غير المدين فإنها تسقط ما لم يرض الكفيل بالحوالة.

3. ينتقل الدين إلى المحال عليه بدفعه: للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بالدفع المتعلقة بذات الدين كالبطالان لعدم مشروعية محل أو سبب الدين أو الوفاء والإبراء وله التمسك بالدفع المتعلقة بشخصه كنقص أهليته دون الدفع المتعلقة بشخص المحيل كنقص أهلية المحيل، وله فضلاً عن ذلك أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة كالدفع ببطالان عقد الحوالة ذاته أو عيباً شاب إرادته عند قبوله الحوالة طبقاً للمادة 256 ق م.

4. براءة ذمة المحال عليه من الدين: تبرأ ذمة المحال عليه من الدين بأداء المحال به (الدين) أو بحوالته على آخر أو بالإبراء أو الهبة أو باتحاد الذمة أو بأي سبب آخر ينقضي به الالتزام. وإذا لم يحصل المحال له على كل المحال به من المحال عليه وكان له الرجوع على المحيل فإنه يرجع عليه بالباقي، وإذا مات المحال عليه مديناً، يُقسم ماله بين الدائنين وبين المحال له بالحصص وما بقي للمحال له بعد القسمة يرجع به على المحيل إذا كان له حق الرجوع.

أحكام الحوالة المقيدة: قد تكون الحوالة مقيدة بعين لدى المحال عليه أو بدين للمحيل في ذمة المحال عليه:

1. إذا كانت الحوالة مقيدة بعين للمحيل مودعة عند المحال عليه، فأحال المحيل دائنه على الوديع (المحال عليه) ليستوفي حقه من هذه العين. ففي هذه الحالة لم يتعلق الدين بذمة المحال عليه وإنما تعلق بالعين المودعة. ولهذا فإن المحال عليه لا يجبر على أداء الدين لأنه ليس ملزماً وإنما يجبر على بيع العين المودعة وتسديد الدين من ثمنها.

فإذا هلكت العين بعد الحوالة وقبل تسديد الدين بسبب أجنبي بطلت الحوالة وعاد الدين إلى ذمة المحيل وكذلك الحكم إذا استحققت العين للغير. أما إذا هلكت العين بخطأ من المودع المحال عليه تبقى الحوالة صحيحة ويحل التعويض محل ثمن العين يستوفي منه دينه. أما إذا كانت العين مغصوبة فلا تبطل الحوالة إذا هلكت بخطأ الغاصب أو بسبب أجنبي لأنها مضمونة في الحالتين فيحل التعويض محل ثمنها، أما إذا استحققت العين المغصوبة للغير بطلت الحوالة وعاد الدين إلى ذمة المحيل.

2. إذا كانت الحوالة مقيدة بدين للمحيل في ذمة المحال عليه: إذا كان للمحيل دين على المحال عليه وقيد الحوالة بهذا الدين وسقط الدين، فيجب التمييز بين حالتين:

✓ سقوط الدين بأمر عارض بعد الحوالة: في هذه الحالة لا تبطل الحوالة، فلو أحال البائع غريمه على المشتري بثمن المبيع ثم هلك المبيع عند البائع قبل تسليمه للمشتري وسقط الثمن أو رد المشتري المبيع لعيب فيه فلا تبطل الحوالة، ويكون للمحال عليه بعد الأداء الرجوع بما أداه.

✓ سقوط الدين بأمر سابق على الحوالة: في هذه الحالة تبطل الحوالة إذا تبينت براءة المحال عليه، فلو أحال البائع غريمه على المشتري بثمن المبيع ثم استحق المبيع للغير بطلت الحوالة وعاد الدين على المحيل. وإذا كان المشتري قد أوفى الدين للمحال له، فيكون للمشتري الخيار في الرجوع على البائع بدعوى البيع وإما على المحال له بدعوى ما دفع دون حق.

ثانياً. علاقة المحال له بالمحيل

إذا قبل المحال له الحوالة ورضي المحال عليه بها برئة ذمة المحيل (المدين) من الدين والمطالبة معاً وثبت للمحال له حق مطالبة المحال عليه غير أنه طبقاً للمادة 255 ق م يضمن المحيل (المدين) يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن المحال له للحوالة ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

ثالثاً. علاقة المحال عليه بالمحيل

تتحدد اثار علاقة المحال عليه بالمحيل بما بينهما من علاقة سابقة على الحوالة. فالمحال عليه قد يقصد من تحمله للدين إلى إقراض المدين قيمة الدين، أو التبرع به، أو وفاء دين سابق عليه له. وعلى وجه العموم يعتبر المحال عليه انه أدى إلى المدين التزاماً بقدر قيمة الحوالة. وكما يأتي:

أ. بالنسبة للحوالة المطلقة: سبق ان رأينا ان الحوالة تكون مطلقة إذا لم يكن للمحيل على المحال عليه دين أو عين أصلاً أو إذا لم يقيد المحيل أداء الدين مما له في ذمة المحال عليه من دين أو عين. فإذا لم يكن المحال عليه مديناً للمحيل ولم يكن عنده عين مودعة أو مغصوبة، فانه يرجع على المحيل بعد الأداء لا قبله، ويرجع عليه بالمحال به لا بما أداه فعلاً، فإذا كان المحال به مبلغاً من النقود ولكن المحال عليه أدى شيئاً آخر كسيارة مثلاً، فانه يرجع على المحيل بالمبلغ المحال به لا بقيمة السيارة ويكون هناك وفاء بمقابل.

وإذا كان المحال عليه مديناً للمحيل أو كان للمحيل عنده عين مودعة أو مغصوبة ولم يقيد المحيل الأداء بما له على المحال عليه من دين أو عين فان للمحيل أن يطالب المحال عليه بالدين الذي له بذمته أو بالعين المودعة أو المغصوبة. وذلك إلى ان يؤدي المحال عليه الدين للمحال له. فإذا أداه سقط ما عليه للمحيل بقدر ما أدى.

ب. بالنسبة للحوالة المقيدة: إذا كانت الحوالة مقيدة بدين للمحيل على المحال عليه أو عين مودعة أو مغصوبة فلا يملك المحيل بعد الحوالة مطالبة المحال عليه وليس للمحال عليه الدفع للمحيل وإلا كان ضامناً للمحال له.

فالحوالة المقيدة تمنع بمجرد انعقادها المحيل من مطالبة المحال عليه بالدين أو العين الذي قيدت به الحوالة وذلك تطبيقاً لقاعدة (من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض). وإذا أعسر المحيل قبل أداء الدين فليس لسائر الغرماء أن يشاركوا المحال له لتعلق حقه بمجرد انعقاد الحوالة بالدين أو بالعين فكأنه أصبح مرتبهاً لها.

الفصل السادس

انقضاء الالتزام

المبحث الأول: انقضاء الالتزام بالوفاء

- ✓ الوفاء البسيط
- ✓ الوفاء مع الحلول

المبحث الثاني: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

- ✓ الوفاء بقابل
- ✓ التجديد
- ✓ الإنابة
- ✓ المقاصة
- ✓ اتحاد الذمة

SAHLA MAHLA

المبحث الثالث: انقضاء الالتزام دون الوفاء

- ✓ الإبراء
- ✓ استحالة التنفيذ
- ✓ التقادم

يكون هذا لاحقا بإذن الله