

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة الجيلاي بونعامة - خميس مليانة

مطبوعة في أحكام الإلتزام

إعداد د علال طحطاح

a.tahtah@univ-dbkm.dz

كلية الحقوق و العلوم
السياسية
قسم الحقوق

السداسي الثاني

في إطار مقياس القانون
المدني

لطلبة السنة ثانية ليسانس
حقوق

a.tahtah@univ-dbkm.dz

a.tahtah@univ-dbkm.dz

مقدمة:

بسم الله الرحمن الرحيم ، و الصلاة و السلام على اشرف خلق الله سيدنا محمد و على آله و صحبه و من والاه إلى يوم بيعثون ، يوم لا ينفع مال و لا بنون إلى من أتى الله بقلب سليم.

لا أحد ينكر القيمة العلمية و العملية لنظرية الإلتزام، فهي أساس علم القانون و مناط دراسته و مقتضى تطبيقه.

و هي بحق النظرية الأم التي ترتبط بها باقي النظريات خضوعا أو تداخلا، بحيث لا يخلو قانون من فرض إلتزامات ما يجعل النظرية واجبة التطبيق ، إما بطريقة مباشرة بإعتبارها صاحبة الإختصاص الأصيل أو بإعتبارها قاعدة عامة تطبق عند غياب النص الخاص، أو على سبيل الإستثناس أو القياس في مجالات لا تتعلق بها مباشرة.

و تستمد هذه النظرية قوتها و أهميتها من أهمية و قوة القانون الذي تنتمي إليه و هو القانون المدني ، الذي يعتبر الشريعة العامة التي يجب الرجوع إليها في كل الحالات التي يخلو حكم النزاع من نص خاص.

و نظرية الإلتزام تشمل مواضيع عديدة، منها ما يتعلق بقواعد عامة، و يندرج ضمنها خاصة مصادر الإلتزام و أحكام الإلتزام، و منها ما يتعلق بقواعد خاصة ، تتعلق ببعض العقود المسماة و الإلتزامات الخاصة سواء كانت متضمنة في القانون المدني أو في قوانين خاصة.

و تعد أحكام الإلتزام من أهم المواضيع التي تضمنها القانون المدني، سواء من حيث اتساع مجال تطبيقها، حيث تخضع لها جميع الإلتزامات بغض النظر عن مصدرها أو القانون الذي ينظمها ، إلا ما استثنى بنص أو قانون خاص، مع ملاحظة أنه من النادر جدا ان نجد أحكاما خاصة تتعلق بأحكام الإلتزام، حيث تبقى القواعد العامة الواردة في القانون المدني هي الواجبة التطبيق، و سواء من حيث مضمونها، فهي تحدد آليات تنفيذ الإلتزام و وسائل حمايته، و الأوصاف المتعلقة به، و وسائل انتقاله و أسباب انقضائه...

و هذا ما سنتناوله تفصيلا، مع التعرض بداية لمفهوم الإلتزام كفصل تمهيدي

الفصل الأول: أثر الإلتزام أو تنفيذ الإلتزام

الإلتزام إما أن يكون إلتزاما طبيعيا وهو الإلتزام الذي لا يستطيع فيه الدائن إجبار مدينه على تنفيذه لانعدام عنصر المسؤولية المتمثل في حق الدائن في المطالبة القضائية لحمل المدين على تنفيذ هذا الإلتزام ، وإما أن يكون مدنيا ويتعلق الأمر بتوفر عنصر المديونية والمسؤولية معا لإضفاء الصبغة الإجبارية في تنفيذ الإلتزام، فالإلتزام المدني إذن هو الإلتزام الذي يستطيع فيه الدائن إجبار المدين على تنفيذه من خلال المطالبة القضائية، وهو حق يتمتع به الدائن من خلال طبيعة الإلتزام المدني، فهذه الطبيعة هي التي تجعل من المدين مجبرا على تنفيذه.

و الأثر الرئيسي للإلتزام هو تنفيذه إما اختيارا و إما جبرا، و هناك طرق لتنفيذ الإلتزام، و هناك وسائل لحماية هذا التنفيذ أو حماية الدائن، و هذا ما نتعرض له تباعا إن شاء الله.

وقبل ذلك لا بأس أن نتعرض لأحكام الإلتزام الطبيعي.

الإلتزام الطبيعي يتكون من عنصر واحد ألا وهو عنصر المديونية، إذ يفنق هذا النوع لعنصر المسؤولية وهو ما يجعل منه التزاما طبيعيا، فلا يستطيع فيه الدائن إجبار مدينه على تنفيذ إلتزامه.¹

والإلتزام الطبيعي حق يعترف به القانون ولا يحميه، وأفضل مثال عن الإلتزام الطبيعي هو الإلتزام المدني الذي تقادم، فتقادم الإلتزام المدني يجعله فاقدا للعنصر الثاني وهو عنصر المسؤولية التي تتحقق بواسطة الدعوى القضائية.

ومثال ذلك أن يقوم شخص ببيع شئى لآخر ثم يتقاعس هذا البائع في طلب الثمن من المشتري وتمر 15 سنة فيتقادم حق البائع في مطالبة المشتري بالوفاء بالثمن ويفقد حقه في المطالبة القضائية لتقادم التزام المشتري بدفع الثمن وبذلك يفقد الإلتزام المدني الحماية ويصبح التزاما طبيعيا.

و الإلتزام الطبيعي رغم إعراف القانون بعلاقة المديونية فيه إلا أنه لا يحميها، فلا يمكن أن يجبر الدائن المدين على تنفيذ إلتزامه جبرا، و مع هذا فالوفاء الإختياري بالإلتزام الطبيعي يعد تنفيذا لإلتزام موجود هو الإلتزام الطبيعي و لا يعد تبرعا.

حيث نصت المادة 160 من القانون المدني على " المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به.

غير أنه لا يجبر على التنفيذ إذا كان الإلتزام طبيعيا".

و تقدير وجود أو اعتبار إلتزام ما إلتزام طبيعي مردود للقاضي في حالة غياب نص في القانون، حيث نصت المادة 161" يقدر القاضي عند عدم النص ما إذا كان هناك إلتزام طبيعي و على أي حال فإنه لا يجوز أن يخالف اللألتزام الطبيعي النظام العام".

و يراعي القاضي في تقديره لهذا الإلتزام توفر عنصر المديونية، أي وجود علاقة قانونية، يعترف بها القانون، يترتب عليه التزام ذو قيمة مالية، لكن يفنق لعنصر التنفيذ الجبري، و على ذلك فالعلاقات الأخلاقية و الاجتماعية لا ترتب التزامات طبيعية، بل مجرد التزامات اخلاقية، فدعوة شخص لآخر للغذاء في اعتقادي لا يترتب إلا التزام أخلاقي يستند لمبدأ الوفاء بالعهد، و لا يمكن اعتباره التزاما طبيعيا.

و يجعل البعض كما تم بيانه سابقا الإلتزامات التي تقادمت التزامات طبيعية، و أيضا الإلتزامات التي كان مصدرها باطلا بطلانا مطلقا أو كان قابلا للإبطال و قضي بإبطاله.

مع التأكيد على و جوب أن لا يكون الإلتزام الطبيعي مخالفا للنظام العام.

¹ رمضان أبو السعود، أحكام الإلتزام، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 9-24.

و يعتبر تنفيذ الإلتزام الطبيعي وفاء لا تبرعا و عليه يخضع لأحكام الوفاء و ليس لأحكام التبرعات، كما لا يمكن للمدين أسترداد ماوفاه باختياره تنفيذا للإلتزام طبيعي، حيث نصت المادة 162 على لا يسترد المدين ما أداه باختياره ، بقصد تنفيذ التزم طبيعي".
و نصت المادة 163 " يمكن أن يكون الإلتزام الطبيعي سببا للإلتزام مدني".

المبحث الأول: طرق التنفيذ (أنواعه).

التنفيذ قد يكون عينيا و قد يكون بمقابل.

المطلب الأول: التنفيذ العيني للإلتزام:

الفرع الأول . تعريف التنفيذ العيني

التنفيذ العيني هو أن يقوم المدين بتنفيذ عين ما التزم به، والأصل في التنفيذ أن يكون عينيا، فإذا التزم شخص ببناء منزل لشخص آخر فعليه أن يقوم ببناء ذلك المنزل حتى يعتبر أنه قد نفذ التزمه عينيا، وكذلك في البيع يكون البائع مجبرا على أن ينقل ملكية الشيء المبيع و تنسليم الشيء المتفق عليه بعينه.

الفرع الثاني: شروط التنفيذ العيني

أولا_ أن يكون التنفيذ العيني ممكنا

بمعنى أن المدين ينفذ إلتزامه اختيارا أو يجوز لدائن إجباره على تنفيذ الإلتزام مادام هذا التنفيذ ممكن وغير مستحيل، وهذا ما نصت عليه المادة 164 من القانون المدني التي جاء فيها " يجبر المدين بعد اعداره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزمه عينيا، متى كان ذلك ممكنا".

ويكون التنفيذ العيني مستحيا إذا تعذر على المدين القيام بما التزم به، والإستحالة نوعان إستحالة مطلقة وإستحالة نسبية.

فالإستحالة المطلقة تستند إلى أسباب موضوعية تمس جميع الناس كإستحالة إستئناف المحام لحكم قضائي بسبب انقضاء الأجل. و في هذه الحالة ينقضي الإلتزام و ننقل للحديث عن تبعة الهلاك، أي من يتحمل مسؤولية هذا الإنقضاء.

اما الإستحالة النسبية فتتعلق بالمدين في حد ذاته، كاستحالة استئناف محام حكم ليس بسبب إنقضاء الأجل بل بسبب شطب المحام من قائمة المحامين. و هنا ينتقل تنفيذ الإلتزام العيني إلى التنفيذ بمقابل.

وهذا الشرط نصت عليه المادة 176 من القانون المدني التي جاء فيها" إذا استحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزمه...". ، فإن كانت الأستحالة بسبب يرجع إلى المدين اعتبر التنفيذ غير ممكن مما يستوجب ضرورة الإنتقال للتعويض (التنفيذ بمقابل)، أما إذا لم يكن للمدين دور في استحالة الإلتزام أي لم تكن بسببه وكانت بسبب خارج عن إرادته كالقوة القاهرة فلا ينتقل الإلتزام إلى التنفيذ بمقابل.

(وكثيرا ما ترجع الإستحالة إلى ميعاد تنفيذ الإلتزام ذلك أن الإلتزام قد لا يكون في تنفيذه جدوى إذا جاوز التنفيذ ميعادا معيناً كممثل تخلف عن التمثيل في الميعاد المحدد أو كإدارة معرض لم تقدم لأحد العارضين مكانا للعرض قد التزمت به مسبقا معه حتى انقضت أيام العرض ، فإذا فات الميعاد الذي يجري فيه تنفيذ الإلتزام أصبح التنفيذ العيني غير ممكن حكما، وقد لا يحدد ميعاد التنفيذ فيستطيع الدائن حينئذ أن يحدد للمدين ميعادا مناسباً وينذره في الوقت ذاته، فإن لم يقبل الوفاء وجاوز هذا الميعاد المحدد فيمتنع التنفيذ العيني بعد هذا الميعاد إلا إذا أثبت المدين ألا ضرر منه على الدائن.¹

ثانياً_ألا يكون تنفيذ الإلتزام مرهقا للمدين:

يشترط لإجبار المدين على التنفيذ العيني ألا يكون الإلتزام مرهقا إرهاقا جسيما له، فليس كل إرهاق من شأنه أن يحول دون تنفيذ الإلتزام تنفيذا عينيا، بل لابد له ان يبلغ قدرا من الجسامه، ويخضع تقدير جسامه الإرهاق للقاضي، بمعنى أن القاضي هو الذي يقدر إذا كان الإرهاق جسيما أو غير جسيم، وهذا الشرط مستتجما تضمنته المادة 107 من القانون المدني الجزائري في الفقرة 3 منها.

فمثلا لو إلتزم مقاول ببناء عمارة بمبلغ معين و نتيجة لظروف طارئة زاد ثمن مواد البناء بشكل جسيم جدا فهنا يمكن الإستناد لنظرية الظروف الطارئة متى توفرت شروطها لإستبعاد التنفيذ العيني كلية أو التعديل من شروطه حسب الحالة.

ثالثا_إعذار المدين

الإعذار هو التنبية بالوفاء وهو إجراء واجب في التنفيذ العيني لأن المدين إذا لم يقم بالتنفيذ بعد الأجل المحدد فإنه لا يكون مسؤولا، إذ قد يدل سكوت الدائن على رضاه وتسامحه.²

وعرف الأستاذ السنهوري الإعذار على أنه " وضع المدين قانونا في حالة المتأخر في تنفيذ إلتزامه".³

وهذا في الحقيقة أحد أهداف الإعذار و ليس هو الإعذار، حيث قد لا يكون الهدف منه اقامة الحجة على المدين و جعله متأخرا في التنفيذ، فقد يكون الهدف منه تنبيهه فقد يكون ناسيا أو تمكينه من التحضير للتنفيذ.

وقد اشترطت المادة 164 من القانون المدني أن يكون الدائن قد أعذر المدين حتى يتمكن من إجباره على التنفيذ العيني، طبقا للمادتين 180 و 181 من القانون المدني، ومن تاريخ الإعذار تحسب الأضرار التي تلحق بالدائن.

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون سنة النشر، ص 711.

² محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، طبعة 2010، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص 21.

³ (عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 718).

وأما عن كيفية الإعدار فإن المادة 180 من القانون المدني الجزائري حدد وسائل الإعدار بقولها " يكون إعدار المدين بإنذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر "

و عليه فالإعدار قد يكون حقيقي و قد يكون حكمي أي الإتفاق بان حلول الاجل يجعل من المدين معذرا.

و لا يشترط الإعدار حسب نص المادة 181 من القانون المدني في الحالات التالية:

- إذا تعذر تنفيذ الإلتزام أو اصبح غير مجد بفعل المدين،(و اعتقد أن هذه الحالة قد تثير اشكالات ، فمن الذي يقدر أن المدين هو الذي تسبب في عدم التنفيذ أو جعله غير مجد، فلا شك أن القضاء هو صاحب السلطة في ذلك، و عليه كيف يتم استبعاد الإعدار ؟).

. إذا كان محل الإلتزام تعويضا ترتب عن عمل ضار،5أي لا حاجة للإعدار في حالة كان مصدر التعويض المسؤولية التقصيرية).

- إذا كان الإلتزام رد شئ يعلم المدين أنه مسروق، أو شئ تسلمه دون حق و هو عالم بذلك، و هنا أيضا من الصعب جزم الدائن بعلم المدين ، فإذا قدر أنه يعلم و لم يعذره، ثم تبين أنه لا يعلم أمام القضاء، فهل ترفض دعواه أم يفصل في الدعوى رغم عدم علمه و عدم اعذاره؟.

. إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه.

رابعاً_ ألا يمس التنفيذ العيني بشخص المدين.

حيث لا يمكن اجبار المدين اجبارا بدنيا للتنفيذ العيني، فمثلا لو بنى امتنع عن البناء لا يمكن احضاره قصرا و اجبار على البناء لأن هذا غير مستصاغ و يمس به.

الفرع الثالث . أحكام التنفيذ العيني:

محل الإلتزام إما أن يكون نقل ملكية حق عيني أو قيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل.

أولا . الأحكام المتعلقة بتنفيذ الإلتزام بنقل الملكية أو الحقوق العينية الأخرى:

نتيجة لأهمية هذا الإلتزام خصص له القانون أحكاما خاصة تتعلق به.

و قد فرق القانون في تنفيذ هذا الإلتزام بين العقارات و المنقولات:

1_العقارات:

عرفت المادة 683 من القانون المدني الجزائري العقار بأنه " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار..¹

و العقارات إما عقارات بطبيعتها أو عقارات بالتخصيص، هذه الأخيرة تخضع لأحكام العقارات نظر لأنها تابعة لها و متفرعة عنها، فالفرع يأخذ حكم الأصل.

وتنتقل ملكية العقارات و الحقوق العينية العقارية الأصلية بالشهر وأما الحقوق العينية العقارية التبعية وهي الحقوق التي ترد على عقار كالرهن الرسمي أو حق التخصيص وغيرها فتتخذ في مواجهة الغير بالقيود .

حيث جاء في المادة 165 من القانون المدني " الإلتزام بنقل الملكية ، أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني إذا كان محل الإلتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري"

2_ المنقولات:

يعرف المنقول على أنه " كل شيء غير مستقر بحيزه وغير ثابت فيه ويمكن نقله منه دون تلف. وفي مسألة التنفيذ في المنقولات يجب التمييز بين المنقولات المعينة بالذات والمنقولات المعينة بالنوع وهي كالآتي:

أ . المنقولات المعينة بالذات:

يقصد بالمنقولات المعينة بالذات تلك الأشياء التي لا يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء بالدين وتسمى بالأشياء القيمية، تضمنت المادة 165 من القانون المدني الجزائري كيفية انتقال الملكية فيها فتنتقل بمجرد إبرام العقد تلقائياً. أي ان انتقال ملكيتها يكون بمجرد إبرام العقد و من تاريخه دون الحاجة إلى إجراء آخر ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

ب . المنقولات المعينة بالنوع:

وهي تلك الأشياء التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء بالدين/ مثلاً البطاطا من نفس الجودة و القمح ، و حتى الهواتف النقالة من نفس النوع و الجودة...، وتنتقل ملكيتها طبقاً لما ذكر في المادة 166 من القانون المدني الجزائري بالفرز.

أي لا تنتقل ملكية هذه المنقولات إلا عن طريق فرزها أي تحييدها عن غيرها إما بالكيل أو الوزن أو القياس أو غير ذلك، فمثلاً لو اشترت كلوغرام من الطماطم فملكيتها لا تنتقل إلا بعد وزنها و فرزها، أو أشترت 10 أمتار من قماش معين فملكيتها لا تنتقل إلا بعد قياسه و فرزها.

إستثناء: نصت المادة 362 قانون مدني على " تنتقل الملكية في البيع الجزاف إلى المشتري بنفس الطريق التي تنتقل بها ملكية الشيء المعين، و يعتبر البيع جزافاً و لو كان تعيين الثمنى موقوفاً على تحديد قدر الشيء المبيع ".

¹ راجع المادة 683 من الأمر رقم 58 /75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

المقصود بعبارة الشيء المعين الواردة في المادة الشيء المعين بالذات، وعلى هذا تنتقل الملكية في البيع الجزاف و لو كان محله شيئاً معيناً بالنوع ، بمجرد إبرام العقد ، حتى و لو كان تحديد الثمن يقتضي احديد مقدار المبيع.

فمثلاً يشتري شخص كل ما هو موجود في المخزن من بطاطا، هذا هو بيع الجزاف، لكن قد يحدد الثمن جزافاً، أي مثلاً يشتري الكمية كاملة بثمن معين مثلاً 10 ملايين سنتي، و قد يكون تحديد الثمن على حسب الكمية الموجودة، فيشتري المشتري كل الكمية جزافاً ، و يحدد الثمن ب 40 دج للكيلوغرام، فهنا تحديد الثمن يقتضي تحديد مقدار البطاطا، و مع هذا فالملكية تنتقل من تاريخ إبرام العقد و ليس من تاريخ تحديد الكمية و تحديد الثمن.

و نشير أن المادة 167 جعلت الإلتزام بنقل حق عيني يتضمن إلتزامين متفرعان عنه ، لا يمكن بدونهما فيذه، و هما الإلتزام بالمحافظة على الشيء ، إلى حين تسليمه، و على هذا يكون الإلتزام الثاني هو الإلتزام بتسليم الشيء محل الإلتزام.

و يراعى عند التنفيذ الجبري الاحكام الواردة في قانون الاجراءات المدنية و الادارية و منها، ما جاءت به المادة 623 من هذا القانون و التي نصت على " اذا كان المنفذ عليه ملزماً بتسليم شيء منقول أو كمية من الأشياء المنقولة المعينة أو مثلية، فإن هذه الأشياء تسلم إلى طالب التنفيذ

و في حالة تعدد طالبي التنفيذ، يعمل بأحكام المواد من 791 إلى 799 من هذا القانون".

و نصت المادة 624 على " إذا كان الإلتزام متعلقاً بالإلتزام المنفذ عليه بتسليم عقار أو التنازل عنه أو تركه، تنتقل الحيازة المادية لهذا العقار إلى طالب التنفيذ".

ثانياً . الأحكام المتعلقة بالتنفيذ العيني الذي محله إلتزام بالقيام بعمل.

- وفقاً للمادة 169 قانون مدني، إذا كان الإلتزام يتمثل في قيام بعمل إذا تم الإلتزام على أن ينفذ المدين الإلتزام بنفسه كأن يتفق رب عمل مع بناء على أن يتم العمل من هذا البناء شخصياً ، جاز للدائن رفض العمل من غير المكدين الأصلي، و كذلك إذا ما كانت طبيعة الإلتزام تقتضي ذلك، و يتعلق الأمر بالإلتزامات القائمة على الإعتبار الشخصي، كأن يتم الإلتزام على اعتبار شخصي، أي تكون شخصية المدين محل اعتبار، مثل عقد الوكالة.

- كما يجوز في الإلتزام بعمل ، اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه للدائن أن يطلب ترخيصاً من القاضي في تنفيذ الإلتزام على نفقة المدين ، متى كان التنفيذ ممكناً، و هذا حسب المادة 170 قانون مدني.

و الملاحظ انه على خلاف بعض القوانين لم تربط المادة هذا الحل بحالة الاستعجال.

كما نصت المادة 2/625 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية على "...

يمكن لطالب التنفيذ القيام بالعمل موضوع الإلتزام على نفقة المحكوم عليه ، و تتجز الأعمال المأمور بها تحت مراقبة محضر قضائي و يحرر محضراً بذلك".

جعلت المادة 172 قانون مدني، الإلتزام بعمل الذي يتضمن محافظة المدين على الشيء ، أو إدارته أو أن يتوخى المدين الحيطة في تنفيذ الإلتزامه الإلتزاما ببذل عناية ، و ليس إلتزاما بتحقيق نتيجة، و عليه حسب المادة ذاتها يكون المدين قد وفى بتلك الإلتزامات اذا بذل في تنفيذه عناية الشخص العادي، و لو لم يتحقق الغرض المقصود، مالم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك، و في جميع الحالات يبقى المدين مسؤولا عن غشه أو خطئه الجسيم.

و في حالة التنفيذ الجبري تقضي المادة 621 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية" لا يجوز أن يتجاوز التنفيذ عند القيام بعمل أو الامتناع عن عملالقدر الضروري الذي يقتضيه حق الدائن الاصلي و ما استلزمه من مصارف".

ثالثا . أحكام التنفيذ العيني في حالة ما إذا كان الإلتزام امتناع عن عمل:

حسب المادة 173 قانون مدني ، إذا كان التزام المدين امتناع عن عمل ، و أدخل به، جاز للدائن أن يطالب المدين بازالة ما وقع مخالفا للإلتزام، كما يمكنه أن يطلب ترخيصا من القضاء للقيام بالازالة على نفقة المدين.

رابعا . الغرامة التهديدية كوسيلة لاجبار المدين على التنفيذ العيني:

إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، لكن المدين تماطل في تنفيذه جاز اللجوء للغرامة التهديدية للضغط على المدين لتنفيذ التزامه عينا.

1. تعريف الغرامة التهديدية

يرادف صطلح الغرامة التهديدية عند البعض التهديد المالي، وتتلخص وسيلة التهديد المالي في أن القضاء يلزم المدين بتنفيذ التزامه عينا من خلال مدة معينة ، فإذا تأخر عن التنفيذ كان ملزما بدفع الغرامة التهديدية عن هذا التأخر.¹

فالغرامة التهديدية هي " مبلغ معين عن كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر أو أية وحدة أخرى من الزمن أو عن كل كرة يأتي عملا يخل بالتزامه وذلك إلى أن يقوم بالتنفيذ العيني او إلى أن يمتنع نهائيا بالإخلال عن الإلتزام ، ثم يرجع إلى القضاء فيما تراكم على المدين من الغرامات التهديدية، ويجوز للقاضي ان يخفض هذه الغرامات أو ان يمحوها بناتا.²

وبذلك فإن الغرامة التهديدية هي ذلك المبلغ المعين من المال والذي يحكم به القاضي على المدين لجبره على تنفيذ التزامه المتأخر عن تنفيذه او المتماطل في تنفيذه.

2. شروط الغرامة التهديدية:

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 756.

² المرجع نفسه، نفس الصفحة.

جاءت شروط استعمال الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار المدين على تنفيذ إلتزامه في المادة 174 من القانون المدني و هي:

أ_ أن يكون التنفيذ العيني مزال ممكنا:

يجب ان يكون التنفيذ العيني للإلتزام مزال ممكنا لأن الحكم بالغرامة التهديدية الهدف منه هو حث المدين على التنفيذ العيني ولذلك إذا أصبح هذا التنفيذ مستحيلا بفعل المدين او بسبب أجنبي لا يجوز أن نلجأ في هذه الحالة إلى الغرامة التهديدية، وإنما للدائن ان يلجأ للتعويض في الحالة الأولى ويسقط التزم المدين في الحالة الثانية و يتم تحديد تبعة الاستحالة وفقا للقانون ومثال الحالة الأولى عدم قيام محام بالطعن في حكم خلال المدة المقررة لذلك ومثال الحالة الثانية عدم قيام مودع عنده بتسليم سيارة مودعة لديه بسبب سيل اجتاح المكان المودعة فيه تلك السيارة فأهلكها.¹

ب_ ألا يكون تنفيذ الإلتزام ممكنا إلا إذا قام به المدين نفسه:

ومفاد هذا الشرط أنه لا يجوز اللجوء إلى التهديد المالي للمدين إذا كان هذا الإلتزام ممكنا بمجرد قيام شخص آخر بتنفيذه بدل المدين كتفويض الكفيل ، أما إذا كان التنفيذ متوقفا على المدين نفسه فإن هذا التنفيذ لا يتحقق عينا إلا إذا قام به هذا المدين، ويتعلق الأمر هنا بالإلتزامات القائمة على الإعتبار الشخصي للمدين مثل رسم لوحة فنية، فاللوحة الفنية يجب أن تكون مرسومة من الشخص محل الإعتبار فيها، فإن اختار شخص رساما معيننا لاعتبار شخصي من أجل رسم لوحة ما فلا يكون التنفيذ العيني ممكنا إلا إذا قام الرسام محل الإعتبار برسم هذه اللوحة، وكذلك الأمر بالنسبة للوكالة وعقود العمل القائمة على الإعتبار الشخصي وغيرها من الإلتزامات التي تتوقف إمكانية تنفيذها على الإعتبار الشخصي لصاحبها أو الملتزم بها.

الغرامة التهديدية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي أي أن القاضي هو من يتولى تحديد مبلغها أما القانون فلم يحدد مبلغها بل اكتفى بذكر شروطها، و إذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيا لأكراه المدين على التنفيذ جاز له أن يزيد في مقدارها كلما رآه داعيا لذلك (المادة 2/174 قانون مدني).

و في حالة خضع المدين و نفذ التزمه تنفيذا عينيا أو في حالة اصراره على عدم التنفيذ العيني، يقوم القاضي بتصفية الغرامة التهديدية، أي يحدد مقدار التعويض الذي يلزم به المدين، مراعيًا في ذلك ، عنصرين، الضرر الذي لحق الدائن ، و العنت الذي أظهره المدين، و هذا ما نصت عليه المادة 175 قانون مدني.

و يلاحظ على خلاف القواعد العامة أن التعويض لا يتوقف عند حدود الضرر بل يتجاوزه ليشمل مقدار العنت الذي ظهر من المدين، و العنت خطأ يرتكبه المدين، أدخل في تقدير الضرر على خلاف الأصل في القواعد العامة التي تقضي بأن التعويض مناطه الضرر و ليس درجة الخطأ التي غير معتبرة إلا استثناء.

¹أيمن سعد سليم، أحكام الإلتزام ، الطبعة الأولى، 2007، دار حافظ، جدة، ص86).

المطلب الثاني: التنفيذ بمقابل**الفرع الأول: تعريف التنفيذ بمقابل**

التنفيذ بمقابل هو الاختيار الثاني بعد التنفيذ العيني ففي حالة تعذر التنفيذ العيني انتقل الدائن بالمدين إلى التنفيذ بمقابل، ويسمى التعويض.

حيث يتم الانتقال من تنفيذ الإلتزام عينا إلى تنفيذه بمقابل.

و أعتقد أنه ينبغي عدم الخلط بين التعويض كوجه من أوجه التنفيذ بمقابل، و التعويض عن الأضرار التي تكون بسبب التنفيذ العيني السيء أو التأخير في التنفيذ العيني.

فالمقصود بالتنفيذ بمقابل هو الإستعاضة لسبب من الأسباب اتفاقية أو قانونية عن التنفيذ العيني بالتنفيذ بمقابل الذي قد يظهر في شكل تعويض يأخذه الدائن كبديل للتنفيذ العيني.

نصت المادة 625 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية على " دون الاخلال بأحكام التنفيذ الجبري ، اذا رفض المنفذ عليه تنفيذ التزام بعمل ، أو خالف التزاما بالامتناع عن عمل ، يحزر المحضر القضائي محضر امتناع عن التنفيذ، و يحيل صاحب المصلحة إلى المحكمة للمطالبة بالتعويضات، أو المطالبة بالغرامات التهديدية مالم يكن قضى بها من قبل"

يمكن لطالب التنفيذ القيام بالعمل كوضع الإلتزام على نفقة المحكوم عليه ، و تنجز الأعمال المأمور بها تحت مراقبة محضر قضائي و يحزر محضرا بذلك".

الفرع الثاني: شروط التنفيذ بمقابل

حتى يستطيع الدائن استيفاء حقه من المدين عن طريق التعويض اشترطت المادة 176 من القانون المدني جملة من الشروط وهي كما يلي:

أولاً_عدم تنفيذ المدين لإلتزامه عينا: حتى يتم الانتقال إلى التنفيذ بمقابل في حالة عدم قيام المدين بتنفيذ الإلتزام عينا، فإذا قام بذلك انقضت الإلتزام بالوفاء..

و كنت قد أشرت أن التعويض عن التأخير لا أراه تنفيذا بمقابل، ذلك أن التنفيذ العيني إما يكون قد تم بعد التأخير أو يكون ممكن التنفيذ، فالحديث عن التنفيذ بمقابل يكون عند انعدام التنفيذ العيني.

فعند التأخير نتحدث عن تعويض الضرر الناشئ عن التأخير و ليس عن التنفيذ بمقابل (أو التنفيذ عن طريق التعويض كما يسميه البعض).

ثانياً_أن يكون عدم تنفيذ الإلتزام عينا بسبب المدين، فعدم التنفيذ قد يكون بسبب المدين ، وقد يكون بسبب لا يد للمدين فيه.

1. حالة ما إذا كان عدم التنفيذ بسبب المدين:

أ. الأصل: على اعتبار المدين هو السبب في استحالة التنفيذ العيني فهو من يتحمل تبعات الإستحالة ويعوض.

فإذا أصبح التنفيذ العيني للإلتزام مستحيلا بخطأ المدين فلا يبقى إلا التنفيذ عن طريق التعويض، ويعتبر التنفيذ العيني مستحيلا إذا كان هذا التنفيذ يقتضي تدخل المدين الشخصي وامتنع عن التنفيذ ولم يجد التهديد المالي في التغلب على عناده أو كانت استحالة التنفيذ ناتجة عن خطأ المدين كتهاونه في المحافظة على الشيء محل الإلتزام ما أدى إلى هلاكه.

ب - الإستثناء: فرغم أن المدين هو السبب في استحالة التنفيذ لكن يتفق مع الدائن على أن يعفيه من التعويض بشرط ألا تكون الإستحالة بناء على غشه أو خطئه الجسيم، لكن إذا كان الغش أو الخطأ الجسيم قد صدر من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه جاز للمدين أن يشترط إعفائه من تلك المسؤولية الناجمة عن الغش الصادر من هؤلاء الأشخاص وهذا يحدث عادة في إطار المسؤولية التقصيرية كأن توجد شركة نقل مملوكة للمدين وأثناء نقل السلعة إلى الدائن يتم سرقة السلعة من طرف العمال هنا يعفى المدين من المسؤولية وهذا ما تضمنته المادة 178 من القانون المدني الجزائري في الفقرة الثانية منها.

كما يجوز للدائن والمدين أن يتفقا على أن يتحمل المدين تبعة الهلاك التي وقعت بسبب أجنبي والتعويض رغم ذلك وهذا ما جاءت به المادة 178 من القانون المدني في فقرتها الأولى.

2- استحالة التنفيذ بسبب القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو الغير: إذا كانت استحالة التنفيذ بسبب لا دخل للمدين فيه ، فهناك أحكام عامة و أحكام خاصة.

أ - الأحكام العامة : نصت المادة 176 على " اذا استحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، مالم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، و يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

يظهر من عبارة " مالم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه " أن المدين لا يتحمل المسؤولية عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه الناتج عن سبب لا يد له فيه.

و عدم التنفيذ أو التأخر فيه يكون إما بسبب القوة القاهرة أو الحادث الفجائي و إما بسبب الغيرو إما بسبب الدائن.

* بالنسبة للقوة القاهرة و الحادث الفجائي، نصت المادة 178 قانون مدني على " يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة...".

يفهم من خلال هذه المادة أن الأصل أن الدائن هو من يتحمل تبعة الهلاك التي تكون بسبب القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ.

* حالة ما إذا كان سبب الهلاك أو الاستحالة هو الغير: فلا يتحمل المدين تبعة ذلك، و لكن بإمكان الدائن الرجوع على هذا الغير المتسبب في عدم التنفيذ بالتعويض وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية.

ب . الأحكام الخاصة: يراعى في ذلك قاعدة أن الخاص يقيد العام، فمثلا فيما يخص عقد البيع ، نصت المادة 369 على " إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع و استرد المشتري الثمن إلا اذا وقع الهلاك بعد اعداد المشتري بالتسليم"

فتبعة الهلاك مرتبطة بتسليم المبيع أو عدم تسليمه، سواء كان التسليم حقيقي أو حكي (اعذار المشتري للبائع بالتسليم). فقبل التسليم البائع من يتحمل تبعة الهلاك، و هو المدين بتسليم الشيء المبيع.

و نصت المادة 370 قانون مدني على " اذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري إما طلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع و إما أن يبقى البيع مع انقاص الثمن".

كما يراعى الأحكام الخاصة ببعض العقود الأخرى، أنظر مثلا المادة 481 قانون مدني فيما يتعلق بعقد الايجار، و المادة 544 فيما يتعلق بعقد العارية...

3. استحالة التنفيذ بسبب الدائن: و من خلال المادة 177 من القانون المدني نستنتج أن هناك حالتين في هذا الوضع.

أ - حالة ما استغرق خطأ الدائن كل التعويض: في هذه الحالة و رغم عدم النص الصريح على ذلك، فإن الدائن من يتحمل تبعات عدم التنفيذ، و عليه لا يستحق أي تعويض.

ب - حالة ما إذا اشترك الدائن بخطئه في احداث الضرر أو ساهم في الزيادة فيه: فحسب نص المادة 177 قانون مدني، يجوز للقاضي في هذه الحالة أن ينقص من التعويض بالنظر إلى مساهمة الدائن بخطئه في إحداثه، كما يمكنه أن لا يحكم به اصلا.

و أعتقد أن صياغة المادة غير دقيقة، أو على الأقل غير عادلة، حيث ان حالة عدم الحكم بالتعويض أصلا يجب أن تقتصر على فرضية أن خطأ الدائن قد استغرق كل الضرر، أما إذا ساهم فيه أو زاد فيه، فعلى القاضي أن ينقص مقدار التعويض فقط بما يتناسب مع نسبة مساهمة خطأ الدائن في احداثه أو الزيادة فيه.

و رغم غموض نص المادة فعلى القاضي أن يتبنى هذا الطرح لأن المادة تتضمنه أولا، فتبنيه ليس خروجاً على النص طالما أن الأمر جوازي و ليس وجوباً، و من باب تحقيق العدالة و هو هدف لا ينبغي الحياد عنه بسبب غموض نص أو إساءة تعبير من وضع القانون، فالقانون يطبق في لفظه أو في فحواه بما يحقق العدل.

ثانياً_أن يلحق عدم تنفيذ الإلتزام ضرراً بالدائن: و هذا الشرط منطقي كما نصت عليه المادة 176 قانون مدني، و تطبق القواعد العامة بشأن تعريف الضرر و أنواعه و شروط التعويض عنه.

و نشير إلى أن الأصل أن يشمل التعويض الضرر سواء كان متوقع أو غير متوقع، غير أن المادة 2/182 قد قصرت التعويض في حالة ما إذا كان الإلتزام المخل به مصدره العقد على الضرر المتوقع و بالتالي يستبعد من مجال التعويض في المسؤولية العقدية الضرر الغير متوقع، أي الضرر الذي لم يكن بالإمكان توقعه عند إبرام العقد.

و نشير إلى أن المادة 182 مكرر قد نصت على التعويض على الضرر المعنوي، حيث جاء فيه "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

ثالثا- وجود علاقة سببية بين عدم التنفيذ والضرر الذي لحق الدائن: أي أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه عينا هو السبب في حدوث الضرر الذي لحق الدائن.

حيث نصت المادة 1/182 على " ...و يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به، و يعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول". و عليه إذا كان بإمكان الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول فلا تعويض.

و يخضع تقدير مقدار الجهد المعقول للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع دون رقابة عليه من قاضي القانون ، على اعتباره من مسائل الواقع. و أن كان شرطا للتعويض، لكن تقديره يبقى من الوقائع.

و قد تم الحديث سلفا على تدخل السبب الأجنبي في احداث الضرر و ما يترتب من آثار عليه بالنسبة للتعويض و الملزم به.

رابعا - إعدار المدين: طبقا لما جاء في المادة 179من القانون المدني التي نصت على " لا يستحق التعويض إلا بعد اعدار المدين مالم يوجد نص مخالف لذلك".

ويتم الإعدار وفقا لما هو منصوص عليه في المادة 180 التي سبق شرحها عند الحديث عن التنفيذ العيني.

و لا يشترط الإعدار حسب نص المادة 181 من القانون المدني في الحالات التالية:

. إذا تعذر تنفيذ الإلتزام أو اصبح غير مجد بفعل المدين

. إذا كان محل الإلتزام تعويضا ترتب عن عمل ضار ،

- إذا كان الإلتزام رد شئ يعلم المدين أنه مسروق، أو شئ تسلمه دون حق و هو عالم بذلك إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه. في هذه الحالة أي حالة رد شئ المسروق أو أخذ بغير وجه نكون أمام حالة تنفيذ عيني و ليس تنفيذ بمقابل، فرد شئ مسروق يعتبر تنفيذا عينيا، لأن الإلتزام الأصلي هو رد الشئ.

و تطبق هذه الأحكام سواء كان التعويض اتفاقيا أو قضائيا.

ونشير في هذا الشأن أنه و رغم أن النقود تخضع عند الوفاء بها لمبدأ القيمة الاسمية، و هذا حسب نص المادة 95 قانون مدني التي جاء فيها " إذا كان محل الإلتزام نقودا، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي تأثير"، فإن المادة 186 قد نصت على " إذا كان محل الإلتزام بين الأفراد مبلغا من النقود عين مقداره وقت رفع الدعوى و تأخر المدين في الوفاء به، فيجب عليه أن يعوض للدائن الضرر اللاحق به من هذا التأخير".

فمبدأ القيمة الإسمية حسب هذه المادة لا يحول دون التعويض عن الضرر الناتج عن التأخر في الوفاء. فالتعويض ليس بسبب انخفاض قيمة النقود بل بسبب الضرر الذي لحق الدائن من التأخر، فإذا تم الوفاء دون تأخير فلا تعويض و لو تغيرت قيمة النقود.

الفرع الثالث: أنواع التعويض: تنص المادة 182 قانون مدني على " إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره...".

و عليه توجد ثلاث أنواع للتعويض وهي كما يلي:

النوع الأول: التعويض الإتفاقي

وهو أن يتفق الدائن مع المدين على مبلغ معين يكون تعويضا، واتفاق الدائن مع المدين على تقدير التعويض هو تصرف قانوني يخضع لشروط صحة ووجود التصرفات القانونية، والاتفاق على التعويض الأصل فيه أنه من الأفعال الواقعة بين النفع والضرر، وهناك ما يسمى بالشرط الجزائي وهو تعويض اتفاقي يذكر في العقد فإذا تأخر المدين يستحق الدائن تعويضا.

نصت المادة 183 قانون مدني على " يجوز للمتعاقدين أن يحددا قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق، و تطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181".

غير أن هذا التعويض و حسب نص المادة 1/184 لا يكون مستحقا إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر. فالتعويض مناطه الضرر.

كما قررت الفقرة الثانية من المادة ذاتها أنه يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المتفق عليه إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.

و نصت الفقرة الثالثة من نص المادة على بطلان كل اتفاق يخالف الحكمين السابقين.

و في المقابل فإن المادة 185 قد قررت أنه في حالة ما تجاوز الضرر قيمة التعويض المتفق عليه فإنه لا يجوز للدائن ان يطالب إلا بالتعويض المتفق عليه.

لكنها أوردت استثناء يمكن معه المطالبة بالتعويض فيما زاد عن المقدار المتفق عليه، و هو في حالة ما إذا ارتكب المدين غش أو خطأ جسيم، فهذا يبرر المطالبة بقيمة الضرر الحقيقي و لو تجاوزت قيمة التعويض المتفق عليه.

و حسب نص المادة 187 قانون مدني، إذا تسبب الدائن بسوء نيته، و هو يطالب بحقه، في اطالة أمد النزاع للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الاتفاق أو لا يقضي به اطلاقا عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر.

جاء في نص المادة 186 ما يلي " إذا كان محل الإلتزام بين الأفراد مبلغا من النقود عين مقداره وقت رفع الدعوى و تأخر المدين في الوفاء به، فيجب عليه أن يعوض للدائن الضرر اللاحق به من هذا التأخير"

النوع الثاني: التعويض القانوني

وهي أن يتولى القانون تقدير التعويض، فحتى لو رفعت دعوى أما القاضي فإن القاضي في هذه الحالة لا يقدر التعويض وإنما يكشف عن التعويض المنصوص عليه في القانون مثل التعويض في حوادث العمل و الأمراض المهنية، و التأمينات الإجتماعية، و التعويض عن حوادث المرور، ففي مثل هذه الحالات يخضع التعويض لعملية حسابية يحددها القانون و ليس للقاضي و لا للأطراف أي دخل فيه.

النوع الثالث: التعويض القضائي

و هو أن يتولى القاضي مسألة تقدير التعويض، فترفع دعوى امام القاضي من أجل الحكم بالتعويض للدائن المتضرر من عدم تنفيذ مدينه للإلتزام ويقوم القاضي بتقدير التعويض وفقا لما حدده القانون.

الفرع الرابع . تقدير التعويض:

يخضع التعويض الإتفاقي و القضائي في تحديده إلى معيارين حددهما القانون في نص المادة 182 من القانون المدني الجزائري وهما:

أولا_مالحق الدائن من خسارة: بمعنى أن كل خسارة تلحق الدائن على القاضي أن يدخلها في التعويض، مثلا اتفق شخص مع آخر أن يزوده بمياه السقي فتأخر عن تزويده بها وترتب على ذلك هلاك محصول الطرف الآخر فهذه الخسارة يدخلها القاضي في التعويض.

ثانيا_ ما فات الدائن من كسب: كأن يفوت على الدائن منفعة أو كسب يأتيه مثل أرباح أو أموال تاجر معين، وهذا أيضا يدخله القاضي في التعويض. أو أن المنتج يهلك و يكون مخصص للتجارة فيشمل التعويض الخسارة و ما فات من كسب أيضا.

المبحث الثاني : محل التنفيذ (الضمان العام)

محل التعويض هو الذمة المالية للمدين في جانبها الإيجابياً أي مجموع مالالشخص من حقوق ذات قيمة مالية، و يسمى هذا الضمان العام للدائنين، و ستعرض للمفهوم الضمان العام ثم لوسائل حمايته.

المطلب الأول . مفهوم الضمان العام للدائنين

الفرع الأول – تعريف الضمان العام: تضمنت المادة 188 من القانون المدني الجزائري الضمان العام للدائنين بقولها: "أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان."

الضمانات العامة طبقا لما ورد في المادة 188 مقرررة لعموم الدائنين، فالضمان العام مشترك بين جميع الدائنين، والذمة المالية في جانبها الإيجابي للمدين هي الضمان العام لدائنيه، وتعرف الذمة المالية على أنها: "مجموعة الحقوق والإلتزامات الحاضرة والمستقبلية للشخص"، والذمة المالية إن زادت فيها الحقوق عن الإلتزامات أي الأصول عن الخصوم تصبح ذمة مالية إيجابية، وإن زادت الخصوم على الأصول فتصير الذمة المالية سلبية ويقال في هذه الحالة المدين المعسر أي إذا عجز المدين عن تنفيذ ديونه.

يقسم الدين في الضمان العام للدائنين قسمة غرماء أي كل حسب نسبة دينه، فإن كانت الأموال التي يملكها المدين غير كافية لإستيفاء كل دائن حقه كاملا فتقسم بينهم قسمة غرماء، ويدخل فيها الدائنون العاديون فقط.

حيث نصت المادة 188 على " أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه

و في حالة وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان".

الفرع الثاني . خصائص الضمان العام:

للضمان العام خاصيتان يتميز بهما يمكن إيجازهما فيما يلي:

أولا . خاصية العمومية:

الضمان العام يرد على كل أموال المدين ولا ينصب على مال معين بالذات، وعلى هذا يستطيع الدائن أن يستوفي حقه بالتنفيذ على أي مال من الأموال المملوكة للمدين وقت نشوء الإلتزام أو أية أموال أخرى يكسبها المدين بعد ذلك، ويترتب على ذلك قاعدة عامة وهي حرية المدين في التصرف في أي مال من أمواله لأن حق الدائن لا يرتبط بمال معين بل يرد على أموال المدين كمجموعة واحدة، وتنفذ تصرفات المدين في حق الدائنين دون أن يكون لهم اعتراض على هذه التصرفات أو سلطة تتبع المال المتصرف فيه في يد من انتقل إليه، إلا في الحدود التي يقررها القانون، وقد يترتب على تصرفات المدين زيادة أمواله وتقوية الضمان العام، وقد يكون من شأن هذه التصرفات إنقاص أموال المدين وإضعاف الضمان العام مما يضر بحقوق الدائنين.¹

فهذه الخاصية مفادها أن كل أموال المدين الحاضرة و المستقبلية تخضع للتنفيذ و هي ضامنة لكل الديون هذا من جهة ، و من جهة أخرى كل الدائنين يتزاحمون في التنفيذ على الضمان العام و يقتسمونه قسمة غرماء، أي كل بحسب نسبة دينه.

ثانيا. خاصية المساواة:

يتميز الضمان العام أيضا بأنه مقرر لجميع الدائنين فيتساوون جميعا في اقتضاء ديونهم من أموال المدين، فإذا اشترك عدة دائنين في التنفيذ على مال للمدين ولم يكن هذا المال كافيا لسداد ديونهم جميعا، تراحم الدائنون المنفذون فيقسم المتحصل عليه من التنفيذ بينهم قسمة غرماء كل بنسبة دينه، فلا يتقدم دائن على آخر ولو كان تاريخ نشوء دينه أو تاريخ حلوله سابقا على غيره، وذلك إلا إذا كان لأحدهم حق التقدم طبقا للقانون بمقتضى رهن أو اختصاص أو امتياز، على أنه يجب أن يلاحظ أن تراحم الدائنين لا يكون إلا إذا تقدموا بديونهم في الوقت المناسب، أما إذا قام أحد الدائنين بالتنفيذ على مال معين للمدين وانتهت الإجراءات دون أن يتقدم أحد غيره للإشتراك في التنفيذ فإنه يستقل بداهة باستيفاء حقه من المتحصل عليه من التنفيذ.²

¹ جميلة دوار، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى، دار قرطبة، المحمدية، الجزائر، 1432 هجرية/ 2011 ميلادية، ص37).

² محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في القانون المدني، المجلد الرابع، دار الكتب المصرية، القاهرة، 2005، ص837).

و المساواة تكون بين الدائنين العاديين ، أما الدائنون المقيدون أي اصحاب الحقوق التي يشترط القانون تقييدها في مصلحة الرهون لنفاذها، فهؤلاء لهم الأولوية على الدائنين العاديين لكن في حدود المال محل الحق المقيد فقط، و أما أصحاب الحقوق المقيدة فيحدد القانون فيما بينهم درجة الأولوية.

و لكن صاحب الحق المقيد لا يمنعه حقه من الدخول في باقي الأموال التي لا يشملها حقه المقيد في التنفيذ لكن كدائن عادي و ليس صاحب أولوية.

و لا يقصد بالمساواة بين الدائنين العاديين أن المال يقسم بينهم بالتساوي أي حسب عددهم، بل يقسم بينهم قسمة غرماء أي كل بحسب نسبة دينه.

فمثلا ، إذا كنت قيمة المال الذي للمدين 100 مليون سنتيم، و كان مصطفى دائنا ب50، مليون سنتيم و أحمد ب25 مليون سنتيم، و يحي ب30 مليون سنتيم ، و عمر ب10 مليون سنتيم، فالملاحظ أن قيمة الديون أكبر من قيمة المال الذي يملكه المدين ، فهنا نحدد نسبة كل دائن من المال و يتم ذلك بالطريقة التالية:

مثلا أحمد دائن ب 25 مليون، و المال هو 100 مليون سنتيم، نستعمل الطريقة الثلاثية

لدينا مجموع الديون 115 مليون يقابلها مال المدين 100 مليون.

إذن 115 مليون ————— يقابلها 100 مليون

25 مليون لأحمد ————— يقابلها س مليون.

$$س = (100 \times 25) \div 115 = 21.739 \text{ ن}$$

مليون سنتيم.

*مصطفى دائنا ب50، مليون سنتيم

$$إذن س = (100 \times 50) \div 115 = 43.478 \text{ مليون سنتيم.}$$

* يحي ب30 مليون سنتيم .

$$إذن س = (100 \times 30) \div 115 = 26.086 \text{ مليون سنتيم}$$

* عمر ب10 مليون.

$$إذن س = (100 \times 10) \div 115 = 8.695$$

و بالجمع يكون المبلغ تقريبا 100 مليون سنتيم، مع ملاحظة أن الفواصل هي التي تجعل المبلغ غير مكتمل بفارق ضئيل جدا، فعلى المحضر القضائي أن يتفادى الفواصل و يعتمد الأعداد الحقيقية التقريبية زيادة أو انقاصا لتفادي الخلل الذي تحدثه الفواصل.

و نشير أن الحقوق المقيدة لها الأولوية في التنفيذ، فمثلا لو كان للمدين سيارتين، و كانت الأول خاضعة لحق مقيد(رهن أو امتياز أو تخصيص)، و الثانية غير خاضعة، فإن عند تراحم الدائنين في التنفيذ، فإن الدائنين المقيدون ينفردون في التنفيذ على السيارة محل الحق المقيد دون الدائنين العاديين، فإذا استوفى الدائن المقيد حقه كاملا من تلك السيارة ينقضي دينه، فإذا بقي من ثمنها شيء يدخل في الضمان العام للمدين و ينفذ عليه في هذه الحالة الدائنين العاديين.

أما إذا لم يستوفى الدائن صاحب الحق المقيد دينه كاملا لعك كفاية ثمن السيارة، فإن حقه المقيد ينقضي، و الباقي من الدين يصبح فيه دائن عادي يدخل في التنفيذ لاستفائه مع غيره من الدائنين العاديين في باقي أموال المدين دون أية أولوية.

المطلب الثاني: وسائل حماية حق الدائن في التنفيذ.(حماية الضمان العام).

يبحث الدائن الحريص على وسائل خاصة لحماية حقه و ضمان استفائه له، و هذه تسمى الضمانات الخاصة التي تظهر في شكل اتفاقي، و هو الرهن أو قضائي و هو حق التخصيص أو قانوني و هو حق الإمتياز لكن هذه الحقوق ليست عامة بل تتعلق بدائنين دون غيرهم تمنحهم أولوية في التنفيذ، و هذا الموضوع يدرس في إطار ما يسمى بالضمانات الخاصة، أضمن ما يسمى الحقوق العينية التبعية، مع ملاحظة أن الضمانات الخاصة أشمل من الحقوق العينية التبعية لأنها تشمل إلى جانب الرهن و التخصيص و الإمتياز، الكفالة الشخصية و التي لا ترتب حقا عينيا. و لا بأس بالإشارة لها باختصار:

الحماية الخاصة الافاقية (الكفالة)

تعريف الكفالة: الكفالة هي عقد بين الكفيل والدائن يلتزم بموجبه الكفيل بأن يؤدي الدين إلى الدائن وهذا معناه أن الكفيل يكفل المدين والمدين أي المكفول لا علاقة له بهذا العقد وتتعدد الكفالة ولو لم يرضى بها المكفول.

أنواع الكفالة:

*الكفالة الشخصية:

وهي عقد يلتزم فيه الكفيل بأن يؤدي الدين من كل ذمته المالية، والحماية التي تمنحها الكفالة الشخصية هي حماية شخصية وليست عينية فهي وسط بين الحماية العامة أي الضمان الخاص والحماية الخاصة أي التأمينات العينية.

فهي أفضل من الضمان العام لأنها تمنح الدائن ذمتين ماليتين وهما ذمة المدين وكذا ذمة الكفيل، الأولى أصلية وهي ذمة المدين وأما ذمة الكفيل فهي الذمة الإحتياطية.

وأقل من الضمان العام لأنها لا تمنح الدائن حق التقدم والنتبع.

*الكفالة العينية:

هي أن يكفل الكفيل المدين بأن يعطي للدائن المكفول أي المدين رهنا وفي حالة عدم تنفيذ المدين للإلتزام يقوم الدائن بالتنفيذ على العقار المرهون وهذا ما يخوله حق التقدم والنتبع.

الرهن

الرهن الرسمي:

عرفته المادة 882 من الق م ج على أنه عقد يكسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان.

الرهن الحيازي:

عرفته المادة 948 من الق م ج على أنه عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره فيسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون.

ينبغي تقسيم الرهن إلى رهن حيازي ورهن غير حيازي لأن كلا نوعي الرهن يكون رسميا وتقسيم الرهن إلى رهن رسمي ورهن حيازي يوحي بأن الرهن الحيازي هو رهن غير رسمي وذلك غير صحيح، فالرهن الحيازي رهن رسمي

*الرهن الرسمي والرهن الحيازي يعطيا الدائن حق أولوية وتتبع، فالرهن الرسمي يعطيه حق التتبع والتقدم بالنظر إلى تاريخ القيد، وأنا الرهن الحيازي فبالإضافة إلى القيد يستلزم الحيازة ليتمتع بحق التتبع والتقدم.

*مصدر الرهن هو الإتفاق وأحيانا يكون مصدره القانون إستثناء.

*الفرق بين الرهن الحيازي والحبس يتمثل في أن الحق في الحبس تكون فيه الثمار للمالك أما الرهن الحيازي فالحق فالثمار فيه للحائز.

. الحماية الخاصة التي يمنحها القانون . حق الإمتياز

حق الامتياز مصدره القانون، فيمنحه القانون بنصوص قانونية

وحقوق الامتياز نوعان

حق امتياز عام يشمل جميع أموال المدين ولا يقيد.

حق امتياز خاص يقع على مال معين مثل الإمتياز على الشيء المبيع ويقيد.

كلا نوعي الإمتياز يعطيا الدائم حق تقدم وتتبع.

. الحماية الخاصة التي تكون بموجب حكم قضائي . التخصيص

التخصيص هو حق عيني تبعي ، يكتسبه الدائن بموجب حكم قضائي، وكذلك حق التخصيص يخول للدائن حق التتبع والتقدم

وهذه كلها ضمانات خاصة وتسمى بالحماية الخاصة للدائنين إذ يصبح فيها الدائنون أصحاب حق أولوية وتتبع وهذه تدرس في القانون الخاص بعنوان (التأمينات الشخصية والعينية).

و سنقصر الدراسة على آليات الحماية و وسائلها المقررة لعموم الدائنين و التي يراد بها حماية الضمان العام بإعتباره الضامن لوفاء المدين بديونه. أي الحماية العامة.

و تشمل هذه الوسائل الدعوى المباشرة، الدعوى غير المباشرة، دعوى عدم نفاذ التصرف، الدعوى الصورية و الحق في الحبس.

المطلب الأول: الدعوى غير المباشرة

الفرع الأول . تعريف الدعوى غير المباشرة:

نصت المادة 189 من القانون المدني على " لكل دائن و لو لم يحل أجل دينه ان يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها خاصا بشخص أو غير قابل للحجز، و لا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق، و أن هذا الامساك من شأنه أن يسبب عسره أو أن يزيد فيه.

و لا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه غير أنه لا بد أن يدخله في الخصام."

فالدعوى غير المباشرة هي ضمان عام لجميع الدائنين العاديين أو الممتازين، وهي دعوى يرفعها الدائن باسم مدينه على مدين مدينه يطالب فيها بما لمدينه عند هذا المدين، أو هي وسيلة قانونية يمنحها القانون للدائن تخول له أن يستعمل باسم مدينه حقوق هذا الأخير لدى الغير أو أن يطالب مدين مدينه بالحقوق التي لمدينه لديه.

فهي تقتضي ثلاث أشخاص ، الدائن و المدين، و مدين المدين.

فمثلا مصطفى دائن لعمر بمبلغ مالي أو أي إلتزام آخر، و عمر دائن ليوسف بتسليم هذا الأخير سيارة اشتراها منه.

حيث يمكن وفقا لهذه الدعوى أن يطالب مصطفى يوسف (مدين عمر) بتسليم السيارة لعمر، لإدخالها في الضمان العام للتنفيذ عليها عند حلول أجل دين مصطفى.

فهي وسيلة يترتب على استعمالها المحافظة على عناصر الضمان العام أو زيادتها، وقيام الدائن باستعمال حقوق مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة لا يعتبر من قبيل التنفيذ على أموال المدين وإنما هي وسيلة للمحافظة على أموال المدين تمهيدا للتنفيذ عليها مستقبلا، فالدعوة غير المباشرة بهذا الغرض هي وسيلة من الوسائل الوقائية التي تقي الدائن من خطر نقص أموال المدين وقصورها عن الوفاء بديونه.¹

¹ لزرق بن عودة، وسائل حماية الضمان العام، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، (2014/2013، ص7).

والهدف من الدعوى غير المباشرة هو المحافظة على الضمان العام .

الفرع الثاني . شروط الدعوى غير المباشرة: يمكن تقسيم هذه الشروط، إلى شروط تتعلق بالحق محل الدعوى، و شروط تتعلق بالدائن و شروط تتعلق بالمدين.

أولا . الشروط المتعلقة بالحق محل الدعوى غير المباشرة:

اشترط القانون لصحة الدعوى غير المباشرة شروطا في الحق الذي يطالب به الدائن مدين مدينه و هي:

1- ألا تكون هذه الحقوق حقوقا خاصة بشخص المدين: مما يعني أنه يجب أن تكون حقوق المدين لدى الغير من الحقوق المالية التي يمكن تقويمها بالنقود.

فالحق الذي يستطيع الدائن أن يستعمله يجب أن يدخل ضمن الحقوق التي تعتبر ضامنة لحق الدائن، ويترتب على ذلك أن الحقوق غير المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية وهي حقوق متصلة بشخص المدين وخاصة ولا تدخل في الضمان العام للدائنين، ولا يجوز للدائن استعمالها، كحق الطلاق فلا يستطيع الدائن استعماله نيابة عن مدينه حتى ولو كان هذا الحق من شأنه أن يخفف عبئا ماليا عن المدين كأنقطاع دين نفقة مثلا، ولا يجوز استعمال حق اللعان ولو أن استعماله من شأنه ألا يثبت نسب ولد من المدين فلا يتحمل نفقته، وليس للدائن أن يطلب باسم مدينه إنقاص نفقة قدرت لزوجة المدين أو أحد أقاربه، كذلك لا يجوز للدائن أم يرفع باسم مدينه دعوى نسب.¹

ويترتب على ذلك أيضا الحقوق المالية غير المتعلقة بالأحوال الشخصية إذا كانت متصلة بشخص المدين لا يجوز للدائن استعمالها، ويعتبر الحق المالي متصلا بشخص المدين إذا قام في أساسه على اعتبارات أدبية كحق الواهب في الرجوع في الهبة.²

2- أن تكون الحقوق محل الدعوى غير المباشرة من الحقوق القابلة للحجز: والأشياء غير القابلة للحجز واردة في نص المادة 636 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كالمرتببات والمعاشات، والأموال العامة المملوكة للدولة او الجماعات الإقليمية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية ، وكذلك الأموال الموقوفة وأموال السفارات الأجنبية والأثاث وأدوات التدفئة والفرش الضروري المستعمل يوميا للمحجوز عليه والأدوات المنزلية الضرورية والأدوات الضرورية للمعاقين وغيرها.³

و على هذا يمكن للدائن أن يطالب بأي حق للمدين لدى الغير كأن يقطع تقادم مدين مدينه.

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 898.

² المرجع نفسه، نفس الصفحة.

³ راجع المادة 636 من القانون رقم 08_09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

كل الحقوق التي في ذمة الغير لدى مدين الدائن يجوز ان يطالب بها الدائن، كما يجوز له ان يقيد رهنا أو أن يقوم بشهر تصرف معين قام به مدينه...الخ.

فكل حق أهمل المدين أو تقاعس في استعماله كان للدائن أن يباشره نيابة عنه، وبذلك يستوي أن يكون هذا الإستعمال برفع دعوى أمام القضاء كدعوى الإستحقاق التي يرفعها المالك على الحائز للحيلولة دون تملك هذا الأخير للعقار بالتقادم، وكذلك الدعوى التي يرفعها دائن البائع على المشتري يطالبه من خلالها بالثمن أو ان يرفع المشتري على بائع البائع دعوى ضمان العيوب الخفية في الشيء المبيع، أو باتخاذ إجراء لا يرقى إلى مرتبة الدعوى القضائية كأن يقوم دائن المنتفع في الإشتراط لمصلحة الغير بقبول هذا الإشتراط، أو أن يقوم دائن الدائن المرتهن بتجديد قيد رهنه قبل سقوط اجل القيد الأخير، أو أن يتمسك الدائن بدفع لم يمسك به مدينه قبل الغير كأن يدفع دائن مشتري العقار المشفوع فيه سقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفهة إذا لم يبد رغبته في الأخذ بالشفعة خلال 30 يوما بعد إعداره من المدين وتقاعس المشتري في التمسك بهذا الدفع¹.

ثانيا . الشروط المتعلقة بالمدين :

تضمنتها المادة 189 وهي :

1. تقاعس المدين عن استعمال حقه:

لا يجوز للدائن أن يتحرك ليستعمل حقوق ودعاوى مدينه إلا إذا كان هذا الأخير أي المدين لم يتقدم لاستعمالها بنفسه، ويستوي ان يرجع موقف المدين هنا إلى مجرد إهماله أو كسله أو أن يرجع إلى سوء نيته وقصده الإضرار بدائنيه، ويقع عبئ إثبات تقصير المدين في استعمال حقه على الدائن، وبكفيه في هذا الصدد أن يثبت أن المدين لم يستعمل حقه بنفسه وكان ينبغي عليه استعماله وإلا وقع في الإعسار أو زاد ذلك من إعساره.²

فالغاية من استعمال هذه الدعوى هي المحافظة على الضمان العام، فإن تقاعس المدين ولم يطالب مدينه أو مدينه بحقوقه جاز لدائنه أن يقوم بذلك بدلا منه حتى يستطيع حماية الضمان العام للدائنين.

وهذا الشرط يقتضي أن يكون أجل تنفيذ إلتزامات مدين المدين أي حقوق المدين التي لدى الغير قد حل أجل الوفاء بها.

¹لزرقي بن عودة، مرجع سابق، ص(7)

²رمضان أبو السعود، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الثاني، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص(152).

2- أن يؤدي تقاعس المدين إلى إفساره أو الزيادة في إفساره، والإعسار يعني أن تزيد إلتزامات المدين عن حقوقه، أي تصيح الخصوم (الإلتزامات) في ذمته المالية أكثر من الأصول (الحقوق)، فإن كانت ذمة المدين كافية أي ميسورة ولا يسبب تقاعسه لا إفساره و لا الزيادة فيه إذا كان معسرا ابتداء لا يجوز للدائن أن يرفع الدعوى غير المباشرة، و لو تقاعص هو عن المطالبة بحقوقه أو حمايتها.

فلا يكفي إثبات الدائن لتقصير المدين في استعمال حقه ولكن يجب عليه أن يثبت أن عدم استعمال المدين لحقه يسبب إفساره أو يزيد في إفساره، والإعسار هنا هو الإعسار الفعلي، وإثبات إفسار المدين يكفي فيه أن يثبت الدائن مقدار ما في ذمة المدين من الديون وعلى المدين نفسه إثبات ان ما في ذمته من أموال يكفي للوفاء بهذه الديون (حسب صاحب الرأي).¹

و هذا الطرح منطقي، فلو جعلنا الإثبات على إطلاقه على عاتق المدين لكان من الصعب بل من المستحيل إثبات ذلك، و لرفضت كل الدعاوى تقريبا، لذلك و تحقيقا لمبادئ العدالة، يجب انشاء قرينة لمصلحة الدائن بمجرد اثبات وجود ديون كبيرة نسبيا، نفترض أنها أكبر مما للمدين من حقوق و أموال، و لكنها قرينة بسيطة يمكن للمدين اثبات عكسها، أي إثبات أن لديه ما يكفي لسداد كل الإلتزامات و الديون.

كما أن المادة 193 و رغم أنها خاصة بدعوى عدم النفاذ فقد نصت على هذا الحكم ن حيث جاء فيها "إذا ادعى الدائن عسر المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون، و على المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليه".

و لأن كلا الدعويان يهدفان إلى حماية الضمان العام فالقياس بينهما جائز، و هو أمر مستصاغ في المسائل المدنية.

و المقصود بالإعسار الفعلي، مجرد غلبة الإلتزامات المالية على الحقوق المالية و لو لم يصدر حكما بذلك.

3. ضرورة إدخال المدين في الدعوى:

الدائن لا يستطيع إجبار مدينه بالمطالبة بحقه ولكن طبقا لما جاءت به المادة 189 من القانون المدني الجزائري يجوز له أن يدخله في الخصومة، والمدين قد يتخذ موقفا إيجابيا ويسير هو في الدعوى وقد يتخذ موقف سلبا ويكمل الدائن الدعوى التي بدأها بدلا عنه.

ثالثا . الشروط المتعلقة بالدائن:

و هو أن يكون للدائن دين في ذمة المدين: ويشترط في هذا الدين ألا يكون احتماليا أو متنازعا فيه، فمثلا الدين الإحتمالي هو المعلق على شرط واقف، والمتنازع فيه هو الذي يتنازع طرفان حول وجوده أو عدم وجوده وبالتالي إن كان الدين احتماليا أو متنازعا فيه فلا يجوز للدائن ان يرفع من خلاله الدعوى غير المباشرة.

لا يشترط في حق الدائن أن يكون سابقا في النشأة على الحق المطالب به في الدعوى غير المباشرة، فتقبل الدعوى و لو كان لاحقا له، كما لا يشترط أن يكون أجل الدين (دين الدائن) قد حل.

¹ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص121).

الفرع الثالث - آثار الدعوى غير المباشرة:

فهي ترتب آثارا بالنسبة للمدين و بالنسبة لمدين المدين، و بالنسبة للدائن ، و بالنسبة لباقي الدائنين.

أولا . آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للمدين:

س: هل الدعوى غير المباشرة تمنع المدين من المطالبة بتلك الحقوق محل الدعوى او تمنعه من التصرف فيها؟

ج: المدين له حرية التصرف في الحق محل الدعوى إذ يدخل في ذمته المالية وله أن يتصرف فيه كما يشاء.

إن استعمال الدائن لحق مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة لا يغل يد المدين عن هذا الحق، فالمدين يظل محتفظا بحقه ويستطيع أن يتصرف فيه بكافة انواع التصرفات، فيجوز له أن ينقله إلى الغير ولا يستطيع الدائن أن يعترض على هذه التصرفات إلا عن طريق الدعوى البوليصية إذا توفرت شروطها.¹

فمثلا ، إذا تم تسليم السيارة للمدين، فله أن يبيعهها أو يؤجرها أو يهبها أو يتصرف فيها ماديا.

فقد نصت المادة 190 على " يعتبر الدائن في استعماله حقوق مدينه نائبا عن هذا المدين، و كل ما ينتج عن استعمال هذه الحقوق يدخل في أموال المدين و يكون ضامنا لجميع دائنيه".

ثانيا . أثر الدعوى غير المباشرة بالنسبة للمدين المدين:

للخصم أي مدين المدين أن يدفع بجميع الدفع التي له الحق بالدفع بها في مواجهة المدين، فله أن يدفع بعدم حلول أجل الإستحقاق، أو يدفع ببطلان العلاقة التي كانت مصدرا لذلك الحق.

فمثلا لو كان العقد الذي كان مصدرا لذلك الحق قابلا للإبطال لأي سبب لمصلحة مدين المدين، جاز لهذا الأخير أن يتمسك بذلك في مواجهة الدائن، كما يمكنه أن يتمسك في مواجهة بالدفع بعدم التنفيذ إذا لم ينفذ المدين(دائنه في هذه الحالة) الإلتزام المقابل لإلتزاماته، و غير ذلك من الدفع.

فالخصم في علاقته بالدائن يستطيع أن يتمسك بجميع الدفع التي كان له أن يواجه بها المدين لو أنه هو الذي رفع الدعوى، فإنه يتمسك بجميع أسباب انقضاء الدين كالوفاء والتجديد واتحاد الذمة والنقاصة والأبراء والتقادم وغير ذلك، كذلك للخصم أن يطعن في العقد الذي يتمسك به الدائن باسم مدينه بجميع أوجه البطلان التي كان يتمسك بها في مواجهة المدين، كذلك للخصم ان يتمسك قبل الدان بأي اتفاق بينه وبين المدين في شأن موضوع النزاع.²

¹ محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص 874.

² عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 905.

ثالثا . آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للدائن:

الدائن لا يثبت له حق أولية على الحق الذي طالب به من مدين مدينه وإنما يدخل كغيره من الدائنين في الضمان العام.

فمادام الدائن نائب قانوني عن المدين فإن الحكم الصادر في الدعوى غير المباشرة إنما يصدر لصالح المدين لا الدائن، فالدعوى غير المباشرة ليست وسيلة من الوسائل التنفيذية وإنما تهدف فحسب إلى المحافظة على الضمان العام وإنعاشه، ولذلك وبعد صدور هذا الحكم على الدائن أن يتخذ الإجراءات التنفيذية في مواجهة مدينه، وهي إجراءات مستقلة عن الدعوى غير المباشرة، فثمره الدعوى غير المباشرة إنما تدخل في ذمة المدين وبالتالي في نطاق الضمان العام، فلا يستأثر الدائن رافع الدعوى إطلاقا بهذه الثمرة.¹

فالدائن لا يستأثر بالمال الذي طالب به، و إنما يدخل فيه مع غيره من الدائنين، و لا أولوية له في التنفيذ عليه.

و هذا ما نصت عليه المادة 190 " يعتبر الدائن في استعماله حقوق مدينه نائبا عن هذا المدين، و كل ما ينتج عن استعمال هذه الحقوق يدخل في أموال المدين و يكون ضامنا لجميع دائنيه".

رابعا . آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة لبقية الدائنين:

إذا قبلت الدعوى غير المباشرة يستوفي الدائنون حقوقهم وإن رفعت تكون حجة لهم أي مثلهم مثل الدائن الذي رفع الدعوى وطالب بالحق، فالدائنون الآخرون على الرغم من أنهم لم يرفعوا الدعوى إلا أنهم يستفيدون مما قام به الدائن رافع الدعوى فيعود المال إلى الذمة المالية للمدين مما يقوي من الضمان العام لهؤلاء الدائنين ويعاملون بمنزلة الدائن رافع الدعوى.

و هو ما أكدته المادة 190 " ... و كل ما ينتج عن استعمال هذه الحقوق يدخل في أموال المدين و يكون ضامنا لجميع دائنيه".

المطلب الثاني: دعوى عدم نفاذ التصرف (الدعوى البولصية).

الفرع الأول . تعريف الدعوى البولصية : هي دعوى مضمونها مطالبة الدائن بعدم نفاذ التصرفات التي قام بها المدين في مواجهته.

فهي دعوى ممنوحة لجميع الدائنين وتكون نتيجة عمل إيجابي يقوم به المدين للتصرف في الأموال التي تشكل الضمان العام.

تضمنت احكامها المواد من 191 إلى 197 من القانون المدني.

حيث نصت المادة 191 " لكل دائن حل دينه، و صدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته و ترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره، و ذلك متى توافر أحد الشروط المنصوص عليها في المادة التالية".

¹ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص157.

فهي وسيلة قانونية أقرها القانون للدائن للطعن في التصرفات الضارة الصادرة من مدينه، يطالب بمقتضاها الحكم بعدم نفاذ هذه التصرفات الضارة في حقه ذلك ان المدين إن ساءت حالته المالية فقد يعمد إلى بيع بعض أمواله أو كلها أو إخفاء ثمنها عن دائنيه، أو ان يلجأ إلى مجاملة أحد دائنيه بأن يوفيه دينه كاملا حتى يخرج من قسمة الغرماء نكاية بالدائنين الآخرين.¹

الفرع الثاني . شروط دعوى عدم النفاذ: هناك شروط تتعلق بالتصرفا محل الدعوى، و شروط تتعلق بالمدين و شروط تتعلق بالدائن.

أولا . الشروط المتعلقة بالأموال والتصرفات محل الدعوى:

1. أن يقوم الدائن بإبرام تصرف ضار بالضمان العام للدائنين.

يجب ان يكون التصرف الذي يقوم به المدين ضارا بالدائن، (فإذا كان التصرف غير ضار بالدائن انعدمت مصلحته في الطعن فيه بالدعوى البوليصية حتى ولو كان هذا التصرف مفقرا، ويكون التصرف ضارا إذا ورد على مال اعتمد عليه الدائن في استيفاء دينه ، اما إذا كان التصرف بمال لا يجوز الحجز عليه كمرتبات والنفقة فلا يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية حث تتعدم المصلحة في الطعن لأن التصرف لا يضر به، ويترتب على شرط الضرر أن الدائن يمتنع عليه الإستمرار في الدعوى إذا استوفى حقه من المدين أو من المتصرف إليه.²

2- أن يكون التصرف من التصرفات المنقصة من الذمة المالية للمدين أي التصرفات المضعفة للضمان العام كالبيع والهبة والمقايضة وغيرها، بمعنى أن جميع التصرفات التي يمكن أن تزيد من التزامات المدين المالية يمكن أن يمارس الدائن في مواجهتها دعوى عدم نفاذ التصرف.

بالنسبة للإلتزامات كالإلتزام بالنفقة على شخص معين فلا يجوز رفع دعوى عدم نفاذ التصرف فيها، وكذلك الأعمال المادية التي تصدر من المدين كالأفعال الضارة التي يترتب عليها الزامه بالتعويض لا يملك الدائن حق رفع دعوى عدم نفاذ التصرف فيها، حتى ولو كانت ضارة و من شأنها اعساره أو الزيادة في اعساره، لأنها التزامات لا بد من تنفيذها.

ثانيا . شروط دعوى عدم النفاذ المتعلقة بالدائن ودينه

1. يجب أن يكون أجل دين الدائن الذي رفع الدعوى قد حل، أي يكون مستحق الأداء عند رفع الدعوى.

و عليه لا يمكن رفع الدعوى إذا كان الدين معلقا على شرط واقف أو أجل واقف أو أنه لم يحن وقت آدائه لأي سبب من الأسباب.

¹لزرقي بن عودة، مرجع سابق، ص45).

²محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتزام، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص126، 127).

فيجب أن يكون حق الدائن مستحق الأداء خلافا للدعوى غير المباشرة، وبذلك فلا يحق لمن كان دينه معلقا على شرط واقف أو مضاف لأجل واقف ان يرفع دعوى عدم نفاذ التصرف لأن حقه في هذه الحالات غير مستحق الأداء.¹

و هذا الشرط نصت عليه المادة 191 صراحة.

2- يجب أن يكون الدين ثابت ومحدد غير متنازع فيه: فالدين الغير ثابت أو المتنازع فيه لا يصلح سببا لرفع دعوى عدم النفاذ، فهذه الدعوى يجب أن تقام على أساس اليقين لا الشك.

3. يشترط أن يكون دين الدائن سابقا على التصرف محل دعوى عدم نفاذ التصرف في الوجود:

فإذا كان حق الدائن لاحقا على التصرف القانوني الذي قام به المدين فلا يجوز للدائن أن يرفع الدعوى البوليصرية أو دعوى عدم نفاذ التصرف.²

و هذا على خلاف الدعوى غير المباشرة.

ثالثا . شروط دعوى عدم النفاذ المتعلقة بالمدين و المتصرف إليه و المحال إليه :

سأجمع بينهم لإرتباط الأحكام الخاصة بهم بعضها ببعض.

تضمنتها المادة 192 التي جاء فيها" إذا كان تصرف المدين بعوض فإنه لا يكون حجة على الدائن إذا كان هناك غش صدر من المدين، و اذا كان الطرف الآخر قد علم بذلك الغش يكفي لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين و هو عالم بعسره.

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

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

إذا كان المتبرع حول بعوض المال الذي نقل إليه فليس للدائن أن يتمسك بعدم الإحتجاج عليه بتصرف مدينه إلا إذا كان المحال إليه و المتبرع له قد علما بغش المدين هذا في حالة ما اذا تصرف المدين بعوض ، و كذلك الحال إذا كان تصرف المدين بدون عوض و علم المحال عليه بعسر المدين و قت صدور التصرف لصالح المتبرع له".

حيث ميزت هذه المادة بين نوعين من التصرف:

¹أنور العمروسي، الصورية وورقة الضد في القانون المدني، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص343).

²منذر أبو الفضل، مرجع سابق، ص105).

1- إذا كان التصرف بعوض: هذه الحالة تضمنتها المادة 2/1/191، حيث جاء فيهما " إذا كان تصرف المدين بعوض فإنه لا يكون حجة على الدائن إذا كان هناك غش صدر من المدين، و اذا كان الطرف الآخر قد علم بذلك الغش يكفي لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين و هو عالم بعسره.

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

ففي حالة ما إذا كان تصرف المدين بعوض، أي بالبيع مثلا او المقايضة وأو أي عقد بعوض، فإن الدعوى لا تقبل إلا إذا ثبت غش المدين.

و في إثبات الغش فرقت المادة 191 بين حالتين:

الحالة الأولى: حالة عدم علم المتصرف له أي الطرف الآخر بغش المدين، فهنا لا بد من إثبات الدائن لهذا الغش، أي يثبت قصد المدين في الإضرار به، و الأمر هنا يتعلق بالوقائع التي تثبت بكافة و سائل الإثبات.

و في هذه الحالة و رغم عدم علم المتصرف بغش المدين فإن الدعوى تسري في حقه لوجود نية الإضرار من المدين، و هذا حماية للدائن و تغليباً لحقه على حق المتصرف عليه، و لعل السبب هو أن حق الدائن هو السابق على حق المتصرف له.

الحالة الثانية: حالة علم المتصرف له بالغش: حيث جاء في المادة 191 "... و اذا كان الطرف الآخر قد علم بذلك الغش يكفي لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين و هو عالم بعسره.

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

و يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين، بمجرد علمه أنه في حالة عسر.

و الأصل هو عدم العلم و حسن النية، لذلك على الدائن أن يثبت علم المتصرف له بعسر المدين، و إلا رفضت دعواه، و يتم الإثبات بكافة و سائل الإثبات.

فإذا أثبت الدائن علم المتصرف إليه بإعسار المدين فهذا لا يكفي، بل عليه أن يثبت أن المدين عندما تصرف كان على علم باعساره.

و عليه ففي هذه الحالة على الدائن أن يثبت علم المتصرف إليه باعسار المدين من جهة، و اثبات أن المدين عند تصرفه كان عالما باعساره من جهة أخرى.

لكنه يعفى من اثبات قصد المدين الإضرار به من خلال التصرف الذي قام به، حيث مجرد اثبات ما سبق ذكره ينشئ قرينة قاطعة على غش المدين.

2- حالة ما إذا كان التصرف بدون عوض (تبرعا): حيث نصت المادة 191 على " ...أما إذا كان التصرف الذي قام به المدين تبرعا فإنه لا يحتج به على الدائن، و لو كان المتبرع حسن النية.

إذا كان المتبرع حول بعوض المال الذي نقل إليه فليس للدائن أن يتمسك بعدم الإحتجاج عليه بتصرف مدينه إلا إذا كان المحال إليه و المتبرع له قد علما بغش المدين هذا في حالة ما اذا تصرف المدين بعوض ، و كذلك الحال إذا كان تصرف المدين بدون عوض و علم المحال عليه بعسر المدين و قت صدور التصرف لصالح المتبرع له".

نلاحظ أن هذه الفقرات ميزت بين حالتين:

الحالة الأولى: حالة عدم تصرف المتبرع له في المال محل التبرع: نصت المادة 191 على " ...أما إذا كان التصرف الذي قام به المدين تبرعا فإنه لا يحتج به على الدائن، و لو كان المتبرع حسن النية".

ففي هذه الحالة لا يشترط القانون إثبات غش المدين المتبرع، و لا سوء نية المتبرع له، فبمجرد اثبات أن التصرف هو تبرع لا يكون نافذا في حق الدائن و لو كان المدين المتبرع حسن النية.

الحالة الثانية: حالة تصرف المتبرع له في المال محل التبرع: هنا يدخل طرف ثالث، فيصبح لدينا مدين متبرع، و متبرع له، و متصرف له من المتبرع له، سماه القانون محال إليه. (و يبدو لي أن المصطلح غير دقيق فالتصرف ليس بالضرورة حوالة).

مثلا قام المدين علي بالتبرع لياسين بسيارة، و بعدها قام ياسين بالتصرف فيها بعوض أو بدون عوض لذكريا.

نصت المادة 191 على " ...إذا كان المتبرع حول بعوض المال الذي نقل إليه فليس للدائن أن يتمسك بعدم الإحتجاج عليه بتصرف مدينه إلا إذا كان المحال إليه و المتبرع له قد علما بغش المدين هذا في حالة ما اذا تصرف المدين بعوض ، و كذلك الحال إذا كان تصرف المدين بدون عوض و علم المحال عليه بعسر المدين و قت صدور التصرف لصالح المتبرع له".

هنا يجب التمييز بين صورتين:

الصورة الأولى: أن يكون التصرف الذي قام به المتبرع له تصرف بعوض: كالبيع أو المقايضة أو غير ذلك.

في هذه الحالة لا تقبل دعوى عدم النفاذ إلا إذا أثبت الدائن أن كل من المتبرع له، و المحال له أي الطرف الثالث قد كانا عالمين بغش المدين، أي كانا عالمين و كليهما بقصد إضرار المدين بالدائن من خلال تصرفه، و هذا حماية للمحال إليه حسن النية.

و هذا يقتضي بالضرورة إثبات غش المدين، فلا يمكن العلم بالغش و هو غير موجود.

الصورة الثانية: أن يكون التصرف الذي قام به المتبرع له تصرف بدون عوض (تبرعا):

في هذه الحالة يكفي اثبات الدائن علم المحال عليه بعسر المدين و قت صدور التصرف لصالح المتبرع له.

فهنا ما على الدائن إلا اثبات علم المحال عليه بعسر المدين.

لكن ما هو الوقت المعتبر في تحديد علم المحال عليه؟.

أعتقد أن علم المحال عليه يجب أن يكون قبل أو أثناء قيام المتبرع له بالتصرف للمحال عليه.

و أن عبارة " علم المحال عليه بعسر المدين و قوت صدور التصرف" الواردة في المادة 191 تفيد أن المدين يكون معسرا و قوت تصرفه، و ليس المحال إليه يكون عالما بعسر المدين وقت تصرف هذا الأخير.

و سنتحدث عن مسألة إثبات عسر المدين في مناسبة لاحقة إن شاء الله.

و نشير إلى أن التفرقة في اشتراط غش المدين بين تصرفاته التبرعية و التي بعوض أمر منطقي ، على أساس أن التي بعوض يتلقى فيها المدين مقابل ما يعطي و عليه فالضرر محتمل و ليس ثابت ، لأن تلك التصرفات تدور بين النفع و الضرر، لذلك لا تقبل الدعوى إلا إذا تم اثبات غش المدين، أما في التصرفات التي تكون بدون عوض فلا يشترط فيها إثبات غش المدين لأن الضرر هنا ثابت والغش مفترض فالتبرع قرينة قاطعة على أن المدين أراد الإضرار بالدائن، حيث لا يتلقى أي مقابل لما أعطى.

فالحكمة في هذه التفرقة بين المعاوضات والتبرعات واضحة، حيث لا يعقل نفاذ تبرع المدين في حق دائنيه في الوقت الذي لا يوجد لديه ما يكفي لسداد ديونه أضف إلى ذلك أن الدائن أولى بالرعاية عدالة من المتصرف إليه بلأن الدائن يقصد توقي الضرر أما المتصرف إليه فيبتغي النفع ومن المقرر أن دفع الضرر مقدم على جلب النفع.¹

2_أن يؤدي التصرف إلى عسر المدين أو الزيادة في إعساره:و قد نصت المادة 191 على هذا الشرط صراحة.

و المعلوم قانونا أن عبء الاثبات يقع على المدعي كأصل، إذن على الدائن أن يثبت عسر المدين، و لكن القانون خفف عليه عبء الإثبات، فألزمه فقط بالإلزام ما في ذمة المدين من ديون فتتسأ قرينة على أن المدين معسر، لكنها قرينة بسيطة يمكن اثبات عكسها، حيث يمكن للمدين أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها.

حيث نصت المادة 193 على " إذا ادعى الدائن عسر المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، و على المدين نفسه ان يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها".

و رغم أن المادة من حيث الألفاظ تدل على أن الدائن عليه أن يثبت قيمة كل الديون التي في ذمة المدين، و ليس دينه فقط، لأن الهاء تعود على أقرب مذكور و هو المدين، كما أن عبارة ديونه تفيد الجمع لا الأفراد، فإني أعتقد أن الأقرب للعدل ، أن يلزم الدائن فقط بإثبات دينه هو أي ما في ذمة المدين له من دين، لأن الزام الدائن بإثبات كل الديون عملية صعبة إن لم تكن مستحيلة، و القاعدة ألا تكليف إلا بمستطاع ، لذلك إما على القضاء أن يتجاوز اللفظ إلى الفحوى أو يجب تعديل المادة في وجهة نظري طبعاً، بما يجعلها تلزم الدائن فقط بإثبات ما له من دين أو بإثبات الديون الممكن اثباتها، و على المدين إثبات ملاءته بعد ذلك.

¹محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 132).

الفرع الثالث . آثار دعوى عدم النفاذ (الدعوى البوليصية)

أولا . آثار دعوى عدم نفاذ التصرف بالنسبة للدائن :

1- عدم نفاذ التصرف الذي قام به المدين في مواجهة الدائن، اي أن المال الذي تصرف فيه المدين للغير يبقى بالنسبة للدائن جزءا من الذمة المالية للمدين و له أن ينفذ عليه.

فإذا تصرف المدين بالبيع أو الهبة اعتبر الشيء المبيع أو الموهوب لازال في ضمان الدائن، وإذا تمثل تصرف المدين في تقرير حق عيني على مال له كرهن أو انتفاع فإن هذا الحق يسقط بالنسبة للدائن ويمكنه التنفيذ على هذا المال باعتباره خالصا من الحق الذي تقرر عليه للغير.¹

فالحق الذي نشأ بناء على ذلك التصرف لا يسري في مواجهة الدائن.

لكن المادة 195 من القانون المدنينصت على " إذا كان من تلقى حقا من المدين المعسر لم يدفع ثمنه فإنه يتخلص مما ينتج عن دعوى الدائن متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل، و قام بإيداعه الخزانة".

فهذه المادة جاءت بحل يمكن من خلاله التخلص من آثار دعوى عدم النفاذ، و هي حالة ما إذا كان المتصرف إليه لم يدفع ثمن الشيء الذي تلقاه ، إنه يمكنه التخلص من آثار الدعوى عن طريق إيداع ذلك الثمن في خزانة المحكمة ، بشرط أن يكون ذلك الثمن هو ثمن المثل أي معادلا لقيمة الشيء المتصرف فيه، فإذا كان أقل منه لا يمكن اللجوء إلى هذا الحل.

و ما دام الدعوى تكون مرفوعة فإن القاضي هو من يقدر هل الثمن المودع هو ثمن المثل إذا ثار نزاع حول هذه المسألة.

و الواضح أن الأمر يتعلق بحالة ما إذا كان التصرف بعوض، و من خلال ذكر الثمن فإن المقصود بالتصرف هو عقد البيع، لأن الثمن يكون فيه نقدا و هو سهل الإيداع في الخزانة على خلاف الأموال الأخرى.

2. لا تعطي دعوى عدم نفاذ التصرف للدائن حق أولوية أو تتبع وإنما يبقى دائنا عاديا.

ثانيا . آثار دعوى عدم النفاذ بالنسبة إلى المدين والمتصرف إليه

إذا نشأ التصرف وكان صحيحا أنتج أثره بين طرفيه ولا يمكن لدعوى عدم نفاذ التصرف أن تؤثر على تلك العلاقة ويمكن للمتصرف إليه أن يحمي حقه وفقا لما هو مقرر في القواعد العامة، بأن يطالب بضمان عدم التعرض والإستحقاق طبقا للمادة 371 من القانون المدني الجزائري، فإذا كان كان التصرف المبرم بين المدين والمتصرف إليه عقد بيع أو ما يخضع لنفس أحكامه كالمقايضة ، فإن قام الدائن بالتنفيذ على الشيء محل التصرف جاز لمن اشترى من المدين أن يطالب بضمان عدم التعرض والإستحقاق طبقا لقواعد عقد البيع.

¹ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص135.

و نشير أن عدم نفاذ التصرف لا يعني بطلانه، و إنما عدم سريانه في حق الدائن فقط، أما إذا كان التصرف باطلا للأسباب المقررة قانونا فهذه مسألة أخرى تخضع للواعد المقررة لها.

فإذا كان التصرف منعقد و صحيح يبقى كذلك بين طرفيه أي المدين و المتصرف إليه حتى و لو حكم بعدم نفاذه في مواجهة الدائن.

ثالثا . آثار دعوى عدم النفاذ بالنسبة للمحال إليه:

للتذكير فقط كما تم بيانه سابقا ، هنا يدخل طرف ثالث، فيصبح لدينا مدين متبرع، و متبرع له، و متصرف له من المتبرع له، سماه القانون محال إليه.

فمثلا كم تمت الإشارة إليه، قام المدين علي بالتبرع لياسين بسيارة، و بعدها قام ياسين بالتصرف فيها بعوض أو بدون عوض لذكريا، فذكريا هو المحال إليه.

و هذه الحالة تخص فقط حالة تبرع المدين و لا تخص حلة تصرفه بعوض.

هنا يجب التمييز بين صورتين:

الصورة الأولى: أن يكون التصرف الذي قام به المتبرع له تصرف بعوض: كالبيع أو المقايضة أو غير ذلك.

في هذه الحالة لا يكون حق المحال إليه(كما سماه القانون) نافذا في حق الدائن إذا أثبت أن كل من المتبرع له، و المحال له قد كانا عالمين بغش المدين.

الصورة الثانية: أن يكون التصرف الذي قام به المتبرع له تصرف بدون عوض(تبرعا)،

في هذه الحالة لا يكون حق المحال إليه نافذا في حق الدائن متى أثبت علم المحال عليه بعسر المدين و قوت صدور التصرف لصالح المتبرع له.

فهنا ما على الدائن اثبات علم المحال عليه بعسر المدين فقط لعدم نفاذ التصرف في حقه.

رابعا . آثار دعوى عدم النفاذ في مواجهة باقي الدائنين:

بالنسبة لآثار الدعوى بالنسبة لباقي الدائنين نذكر الأحكام التالية:

1- يستفيد كل الدائنين الذين تتوفر فيهم الشروط من المال محل دعوى عدم النفاذ، و ليس الدائن رافع الدعوى فقط، ذلك أن المال يدخل في ذمة المدين و لا أولوية للدائن رافع الدعوى فيه.

حيث نصت المادة 194 " متى تقرر عدم معارضة التصرف للدائن ، استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف اجحافا في حقهم".

و نسجل غموض المادة سيما في بدايتها.

2- إذا كان غش المدين من خلال التصرف يتمثل في تفضيل دائن على آخر دون حق، فلا يترتب عليه إلا حرمان الدائن من هذه الميزة. (المادة 1/196).

و هذه الحالة تجد تطبيقها في حالة ما منح المدين رهنا لدائن بقصد تفضيله على الدائن رافع الدعوى، ففي هذه الحالة يحرم الدائن المفضل من حق الأولوية على الدائن رافع الدعوى.

3. إذا وفى المدين المعسر لأحد دائنيه قبل حلول أجل الدين، فلا يسري هذا الوفاء في حق باقي الدائنين. (المادة 2/196).

الفرع الرابع - تقادم دعوى عدم نفاذ التصرف:

نصت المادة 197 على " تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث (3) سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف و تسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمسة عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون".

فالدعوى تتقادم بانقضاء أحد الأجلين التاليين:

أولاً- انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف و أعتقد أنه من الأفضل لو نص القانون على سريان التقادم من يوم العلم بالتصريف وليس من يوم العلم بسبب عدم نفاذ التصرف، لغموض المقصود بعدم نفاذ التصرف من جهة و ارتباطه بعدة عناصر منها وجود تصرف و حالة غشه ز اعساره أو الزيادة فيه، لأنها الشروط المقررة لعدم نفاذ التصرف.

ثانياً - مرور 15 سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف موضوع دعوى عدم النفاذ.

فعلى فرض أن التصرف تم في أول جانفي 2000، و علم به الدائن في أول مارس 2005.

فمدة ثلاث سنوات تتقضي بعد نهاية أول مارس 2008، و مدة 15 سنة تتقضي بعد نهاية أول جانفي 2015، ففي هذه الحالة تتقضي بالمدة التي انقضت أولاً و هي نهاية أول مارس 2008.

و لكن على فرض أن التصرف تم في أول جانفي 2000، و لم يعلم به الدائن إلا في أول نوفمبر 2014.

فمدة ثلاث سنوات تتقضي بعد نهاية أول نوفمبر 2017، بينما تتقضي مدة 15 سنة من الاصراف بعد نهاية الأول جانفي 2015.

فالدعوى تتقضي في هذه الحالة بعد نهاية الأول جانفي 2015، لأنها مدة التقادم التي انقضت أولاً.

المطلب الرابع : دعوى الصورية:

نصت المادة 198 قانون مددي على " إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين و للخلف الخاص، متى كانوا حسن النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري".

و نصت المادة 199 على " إذا أخفى المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين و الخلف العام هو العقد الحقيقي".

الفرع الأول . تعريف دعوى الصورية:

الصورية هي إظهار واقعة غير صحيحة للغير، اي إخفاء واقعة بواقعة أخرى.

فالصورية إذن هي " اصطناع مظهر كاذب عند إجراء تصرف قانوني ويلجا إليها المتعاقدان عندما يريدان إخفاء حقيقة ما تعاقدوا عليه، فالصورية تتخذ مهما كان الشكل الذي تتخذه وجود اتفاق خفي يزدوج بالاتفاق الظاهر ليعدم او يغير أو ينقل آثاره، فالمتعاقدان يلجآن عادة إلى الصورية عندما يريدان إخفاء ما تعاقدوا عليه لسبب قام عندهما ومن هنا وجد العقد الظاهر وعو العقد الصوري، والعقد المستتر وهو العقد الحقيقي.¹

أما الدعوى الصورية فهي دعوى ترفع من الدائن على مدينه الذي قام بتصرف صوري، أو هي الوسيلة التي أقرها القانون للدائن للمحافظة على حقه وذلك من خلال رفع دعوى قضائية يثير فيها مسألة إبرام مدينه لعقد صوري الغرض منه التهريب من الوفاء بالدين، فهي من الوسائل التي قررها المشرع الجزائري للمحافظة على الضمان العام، ويمكن لأي دائن أن يرفع هذه الدعوى.

الفرع الثاني: أنواع الصورية:

الصورية نوعان مطلقة و نسبية.

أولا . الصورية المطلقة:

هي التي تصور في الظاهر عقدا لا وجود له في الواقع أصلا، كما لو اتفق المدين مع شخص آخر على أن يظهر بمظهر البائع والمشتري فيبيع المدين في الظاهر عينا مملوكة له ويتفقان فيما بينهما على ان البيع لا حقيقة له والغالب أن يحتاط البائع للأمر في هذه الحالة فيأخذ من المشتري الصوري إقرارا كتابيا بصورية هذا البيع ويسمى ورقة الضد.²

فالصورية المطلقة إذا هي عدم وجود التصرف أصلا وإصطناعه وإظهار وجوده للغير، فيتوهم الغير وجود هذا التصرف.

ثانيا . الصورية النسبية:

الصورية النسبية هي إظهار تصرف للغير غير التصرف الحقيقي كشخص يبرم عقد هبة ويظهره للغير على أساس أنه عقد بيع.

فهي التي ترد على تكييف العقد أو على أحد عناصره ولا تمسه في وجوده، ففيها يكون التصرف الظاهر خافيا لتصرف حقيقي يختلف عنه من حيث الطبيعة او من حيث الشروط والأركان أو من حيث الأطراف، وقد تكون الصورية النسبية بطريق الاستر كالهبة المستترة في شكل عقد بيع ظاهر، وقد تكون بطريق المضادة مثل عقد بيع يذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقي تخففا من رسوم التسجيل او ثمن اكبر

¹أنور العمروسي، مرجع سابق، ص19.

²محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص947.

من الثمن الحقيقي توقيا من الأخذ بالشفعة، وقد تكون الصورية النسبية بطريق التسخير بأن تتناول شخص أحد المتعاقدين كأن يهب شخص لآخر مال معين ويكون الموهوب له المذكور ليس هو المقصود بالهبة بل المقصود شخص آخر يغلب أن تكون الهبة غير جائزة له.¹

و الواضح من خلال المادتين 198 و 199 أن هذا النوع هو المقصود بأحكامهما.

حيث نصت نصت المادة 198 قانون مددي على " إذا إبرم عقد ...".

و نصت المادة 199 على " إذا أخفى المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر ...".

فهما لم يتناولوا حالة عدم وجود أي عقد.

الفرع الثالث . شروط الدعوى الصورية:

أولا . أن يقوم المدين بإبرام عقد معين وإظهار عقد آخر للغير ولداننيه.

ثانيا- أن يتعاصر العقدان بأن يصدر معا في وقت واحد والعبارة بالمعاصرة الذهنية فهي تعتبر متحققة إذا اتفق المتعاقدان على الصورية وقت إبرام العقد الأول حتى ولو حررت ورقة الضد في تاريخ لاحق...² .

ثالثا. أن تتجه إرادة العاقدين إلى إخفاء العلاقة الحقيقية أو جانب منها وراء العقد الظاهر³.

لا يشترط أن يحل أجل الدين ولا أن يكون الدين سابقا على التصرف الصوري الذي إبرمه المدين لرفع الدعوى الصورية:

فلا يشترط لرفع الدعوى الصورية على خلاف الدعوى البوليصية أن يكون حق الدائن مستحق الأداء ولا ان يكون سابقا على التصرف المطعون فيه كما لا يشترط ان يثبت الدائن أن هناك تواطؤا بين المدين والمتصرف إليه.⁴

الفرع الثالث – آثار دعوى الصورية: هناك آثار تتعلق بالمتعاقدين و خلفهما العام و آثار تتعلق بدائني المتعاقدين و خلف المتعاقدين الخاص.

¹أنور العمروسي، مرجع سابق، ص32،31)

²محمد صبري السعدي ، مرجع سابق، ص163.)

³محمد صبري السعدي ، مرجع سابق، ص163.)

⁴أيمن سعد سليم، مرجع سابق، ص191.)

أولا . آثار دعوى الصورية بالنسبة للمتعاقدين والخلف العام:

حسب نص المادة 199 فإن العقد النافذ في مواجهة المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي ، فإذا أبرم عقد هبة وأخفي في شكل عقد بيع فالمتعاقدان والخلف العام يسري في مواجهتهم العقد الحقيقي وهو عقد الهبة.

ويسري العقد الحقيقي على المتعاقدين وخلفهما العام لأنه هو الذي يعبر عن النية الحقيقية للطرفين.¹

ثانيا . آثار دعوى الصورية بالنسبة لدائني المتعاقدين وخلفهما الخاص:

نصت المادة 198 قانون مدني على " إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين و للخلف الخاص، متى كانوا حسن النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري".

نلاحظ أن هذه المادة بينت بين حالة حسن نية دائني المتعاقدين أو خلفهما الخاص(الخلف الخاص للمتعاقدين)، و حالة سوء نيتهم.

1. حالة حسن نية دائني المتعاقدين أو خلفهما الخاص:

إذا كان هؤلاء حسنوا النية، فإن لهم الخيار بين:

أ. التمسك بالعقد الحقيقي (الخفي)

فيجوز للغير أن يتمسك بالعقد المستتر أي العقد الحقيقي إذا كانت له مصلحة في ذلك، فالغير كل شخص له مصلحة تتأثر سلبا أو إيجابا بالعقد الصوري سواء كان خلفا خاصا كالمشتري أو الموهوب له أو غير هؤلاء ممن يحق لهم الطعن بصورية التصرف القانوني والتمسك بالعقد الصوري أو العقد الحقيقي بشرط توفر حسن النية.²

ب . التمسك بالعقد الصوري(الظاهر): يمكن لهؤلاء بالنظر إلى مصلحتهما و ما يرتضيانه أن يتمسكوا بالعقد الصوري ، أي الظاهر.

طبقا لما جاءت به المادة 198 من القانون المدني الجزائري أنه لدائني المتعاقدين وخلفهما الخاص أن يتمسكا بالعقد الصوري ، كأن يبرم شخص عقد بيع ويظهره للغير أنه عقد هبة فيتمسك في هذه الحالة الدائنين والخلف الخاص بالهبة لأنها هي العقد الصوري .

و على اعتبار أن القانون لم يحدد معيارا في تحديد حسن النية، فإن المسألة تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع و حسن النية مرتبط بعدم وجود نية الإضرار بالمتعاقدين أو بغيرهما.

¹المرجع نفسه، ص121).

²منذر أبو الفضل، مرجع سابق، ص122).

2. حالة سوء نية دائني المتعاقدين أو خلفهما الخاص:

إذا كان هؤلاء سيئو النية فليس لهم إلا التمسك بالعقد الحقيقي، و لا يمكنهم التمسك بالعقد الصوري.

- بالنسبة لاثبات الصورية فهي تخضع لكافة وسائل الإثبات، و لو أن الأمر يقتضي اثبات تصرفات قانونية قد يشترط القانون اثباتها بوسيلة معينة، ذلك أن الأمر هنا لا يتعلق بإثبات تلق التصرفات بل يتعلق بإثبات الصورية و التي قد تقتضي اثبات تصرف ما، و مع هذا يبقى الأمر يتعلق بإثبات الوقائع لا بإثبات التصرفات.

و الملاحظ أن الصورية في حد ذاتها لا تعد سببا لبطلان التصرف لا الظاهر و لا الحقيقي، و مع هذا لا بد من توفر شروط الانعقاد و الصحة في كل تصرف.

و مع هذا قد يبطل أحد التصرفين ليس بسبب صورية العقد ، بل لأن العقد الصوري يكون سببه غير مشروع، أي اعتماد الصورية لتحقيق سبب غير مشروع، فيبطل العقد ليس بسبب الصورية بل لعدم مشروعية السبب.

مع الإشارة أن الصورية قد تتعلق بالسبب لا بالعقد ، فنكون أمام صورية السبب، أي أن العقد واحد والسبب حقيقي أو صوري مثلا كأن يظهر شخص أنه باع أرضا بمبلغ 100 مليون سنتيم وهو في الحقيقة باعها بمبلغ 300 مليون سنتيم، والسبب الصوري هنا هو الحصول على الثمن أما الحقيقي فهو حرمان جاره من ممارسة حق الشفعة.

و هذا النوع يخضع لنص المادة 2/89 التي جاء فيها "... و يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فاذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للإلتزام سبب آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه".

فالملاحظ هنا أن اثبات صورية السبب تنشئ قرينة على أن السبب الحقيقي غير مشروع، و على من يدعي أن له سبب مشروع أن يثبت ذلك، فالقرينة بسيطة.

و عليه إذا لم يثبت أن هناك سبب مشروع بعد اثبات الصورية يبطل العقد ليس بسبب الصورية بل بسبب عدم مشروعية السبب.

المطلب الرابع : الحق في الحبس

الفرع الأول . تعريف الحق في الحبس:

الحق في الحبس هو الإمتناع عن أداء أو تنفيذ شيء معين (هو شكل من أشكال الدفع بعدم التنفيذ)، وقد جاءت المواد من 200 إلى 203 من القانون المدني الجزائري بالحق في الحبس، فأجازت المادة 200 لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ترتب عليه.

حيث نصت هذه المادة على " لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ترتب عليه و له علاقة سببية و ارتباط بالتزام المدين، أو ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا"

و يلاحظ أن المادة تستعمل مصطلح الدائن أين كان من المفروض استعمال مصطلح المدين، و هذا ناتج لأن كلا طرفي العلاقة دائن و مدين في نفس الوقت.

فالحق في الحبس هو وسيلة يراد بها حمل المدين على تنفيذ التزامه وهو يستند في أساسه على مبدأ عام مفاده أن الدائن إن كان مدينا في الوقت ذاته لمدينه، فمن حقه بقدر الإمكان أن يستوفي الدين الذي له من الدين الذي عليه، ذلك ان غو ما يدور في ذهن الدائن إذا كان مدينا في ذات الوقت بأداء شيء للمدين هو ان يحبس ما في يده حتى يقضي له حقه، ومن تطبيقات هذا المبدأ ما يحدث في العقود الملزمة لجانبين فكل متعاقد ان يوقف الوفاء بالدين الذي عليه حتى يستوفي ماله من دين وهو ما يعرف بالدفع بعدم التنفيذ.¹

فالحق في الحبس يمنح للدائن الذي يكون مدينا في نفس الوقت، فكلا الطرفين دائن و مدين، لذلك إذا تم استعمال مصطلح الدائن فالمقصود صاحب حق الحبس، و إذا تم استعمال المدين فهو الطرف الآخر.

الفرع الثاني - شروط الحق في الحبس: لا يمكن للدائن ممارسة حق الحبس إلا اذا توفرت الشروط التالية:

أولا_ أن يمتنع المدين عن تنفيذ التزامه أو لم يقدم تأمينا كافيا لتنفيذ ذلك الإلتزام :

يجب أن لا يوفي المدين بالدين أو الإلتزام فمثلا لو أن المشتري في عقد البيع دفع الثمن لا يجوز للبائع حبس الشيء المبيع، ولكن إذا لم يدفع المشتري الثمن جاز للبائع ان يستعمل حقه في الحبس بحسب الشيء المبيع.

و لكن إذا قدم ضمانا كافيا لتنفيذ التزامه كرهن مقلتا او كفالة فلا يجوز للدائن الحبس.

ثانيا- أن يكون حق الدائن مستحق الآداء وقت الحبس، أي أن يحل أجل استحقاق الوفاء ويتحقق ذلك إذا لم يكن الحق الذي كان الحبس له مؤجلا أو معلق على شرط واقف لأن الشرط والأجل يمنعان من استعمال حق الحبس إذ يجعلان الوفاء غير مستحق.

ثالثا- أن يكون حق الدائن ثابتا: فلما كان الحق في الحبس هو حمل المدين على تنفيذ التزامه فيجب أن يكون حق الحابس محقق الوجود فمثلا لا يجوز للمودع لديه حبس الوديعة حتى يستوفي تعويضا يدعي أنه يستحقه إذا كانت دعوى التعويض لم يحكم فيها بعد.²

رابعا- أن يوجد ارتباط مادي وقانوني بين الإلتزام الحابس لأجله والشيء المحبوس: إن أهم شرط لصحة استعمال الحق في الحبس هو أن يرتبط الشيء المحبوس بالإلتزام الحابس لأجله ويختلف الإرتباط القانوني بينهما عن الإرتباط المادي .

فالإرتباط القانوني هو الإرتباط القائم على وجود علاقة تبادلية بين الإلتزامين، وهذه العلاقة قد يكون مصدرها عقدا ملزما لجانبين، فمثلا في البيع يجوز للبائع ان يحبس المبيع حتى يدفع المشتري الثمن وإذا انحل العقد الملزم للجانبين بعد تنفيذه بالبطلان أو الفسخ التزم كل من

¹ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص222).

² محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص175).

المتعاقدين برد ما تسلمه ولكل من الطرفين عندئذ ان يحبس ما أخذه كوسيلة لجبر الآخر على رد ما التزم به، وقد توجد العلاقة التبادلية بمناسبة عقد ملزم لجانب واحد ومثاله حق المودع لديه في حبس الوديعة حتى يستوفي ما دفعه من مصروفات في حفظها، وقد توجد العلاقة التبادلية دون وجود علاقة تعاقدية بين الطرفين كالإلتزامات المتبادلة بين الفضولي ورب العمل والتي مصدرها الفضالة والتي تجيز لكل منهما أن يمتنع عن تنفيذ التزمه حتى يستوفي حقه.¹

وأما الإرتباط المادي أو الموضوعي فإنه لا ينشأ عن علاقة تبادلية ما بين الدائنين بل عن واقعة مادية هي أن الشيء المحبوس والإلتزام برده و أحد الدينين قد نشأ بمناسبة ومرتبطا به، فالحائز إذا لم تكن بينه وبين المالك أية علاقة غير الحيازة ملزم برد الشيء الذي في حيازته إلى المالك وقد يصبح دائما للمالك بمناسبة هذا الشيء وهذه واقعة مادية، ومن هنا وجد الإرتباط المادي أو الموضوعي ما بين الدينين فحق الحائز قد نجم عن الشيء ذاته الذي يجب عليه رده ومن ثم جاز له أن يحبس هذا الشيء حتى يسترد المصروفات أو يتقاضى التعويض.²

و قد نصت المادة 2/200 على تحديد خاص لحق الحبس في حالة الحائز للشيء أو محرزه، حيث جاء فيها "... و يكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه/ إذا هو اتفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له، إلا أن يكون الإلتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع".

و الملاحظ أن الحق في الحبس يكون لما يكون محل الإلتزام شيئاً و بغض النظر عن مصدر الإلتزام، أما إذا تعلق الأمر بغير الأشياء كالإلتزام بعمل فيمكن تطبيق الدفع بعدم التنفيذ الوارد في نص المادة 123 قانون المدني، و لكن هذا الحكم يتعلق بالعقود الملزمة للجانبين دون غيرها.

الفرع الثالث - آثار الحق في الحبس:

يترتب على الحق في الحبس مايلي:

أولاً- توقيف أداء الإلتزام إلى حين تنفيذ المقابل له، وحق الحبس لا يثبت حق امتياز للحابس، فالمادة 201 من القانون المدني الجزائري قد اعتبرت الحق في الحبس مجرد وسيلة يقي بها المدين حقه من الضياع وليست تأميناً يعطيه أولية أو امتياز أو مرتبة أعلى عن مرتبة الدائنين الآخرين.

ثانياً. يلتزم الحابس بالمحافظة على الشيء المحبوس مثل المحافظة في الرهن الحيازي وهي محافظة الرجل العادي (المادة 2/201).

¹ جميلة دوار، مرجع سابق، ص 31.

² عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1063، 1064.

وهناك حالات استثنائية للتصرف في الشيء المحبوس وهي إذا كان الشيء المحبوس مهددا بالهلاك فإن الحابس يأخذ إذنا من القاضي لبيع الشيء محل الحبس ويتم البيع وفقا لمقتضيات المادة 971 قانون مدني، وينتقل الحق في الحبس إلى ثمنه الذي يبيع به. (المادة 3/201)

لكن أحيانا انتظار الإذن من القضاء يؤدي إلى هلاك الشيء المحبوس خاصة إذا كان من الأشياء السريعة الاستهلاك كبعض الفواكه والخضروات أو أشياء قد تنتهي مدة صلاحيتها، وهنا أعتقد أن حالة استعجال تبرر استبعاد الإذن ولا يعتبر قد أخل بالإلتزام ولا يتحمل أي مسؤولية، طالما اثبت أن حالة الاستعجال القسوى من برر ذلك، و على القضاء أن يراعي قواعد العدالة في ذلك رغم عدم وجود نص يبيح ذلك.

الفرع الرابع . انقضاء الحق في الحبس

ينقضي الحق في الحبس طبقا لما جاء في المادة 202 من القانون المدني ب:

أولا- تخلي الحابس عن حق الحبس: قد يتخلى الحابس عن حقه في الحبس لسبب معين كوفاء المدين بالدين أو كتنازل الحابس عن الدين أو تبرئته للمدين وغيرها من الأسباب التي قد يتخلى بسببها الحابس عن هذا الحق.

ثانيا . خروج الشيء المحبوس من يد الحابس:

لكن إذا خرج الشيء المحبوس من يد الحابس دون علمه، أو بعلمه و معارضته، فله أن يطالب باسترداد الشيء الذي خرج من يده خلال أجل 30 يوما من من وقت علمه بخروجه من يده وقبل انتهاء سنة من وقت خروجه من يده. فحقه في طلب الإسترداد يسقط إما بمرور 30 يوم من علمه بخروج الشيء من يده أو بمرور سنة من خروج الشيء من يده و بغض النظر عن علمه أي الأجلين انقضى أولا.

الفصل الثاني: أوصاف الإلتزام

الأصل في الإلتزام أن يكون بسيطا، والإلتزام البسيط هو ذلك الإلتزام الناجز فلا يكون موقوفا ولا مهددا بالزوال مما يعني أنه مستقر، ومحل واحد (و إن تعدد) لا خيار فيه و لا بدل، و يكون أطرافه تو لو تعدد سواء كدائنين أو كمدنيين غير متضامنين أي كل مدين مسؤول في حدود نصيبه فقط، و كل دائن لا يطالب إلا بنصيبه فقط، فهو التزام بسيط في آثاره ومحل أطرافه، غير أنه قد تلحق بالإلتزام بعض الأوصاف وهي عبارة عن أمور خارجية قد تلحق آثاره فتجعله غير نافذ أو مهدد بالزوال ويتعلق الأمر هنا بالشرط والأجل، وقد تجعل محله يخضع لتخيير أو البديل عند التنفيذ، وقد يتعدد في الإلتزام الدائنون والمدنيون ويكون كل مدين منهم مسؤول عن كل الدين رغم التعدد، أو لكل دائن المطالبة بكل الدين و لو تعدد الدائنون، وهذا الوصف يلحق الأطراف.

المبحث الأول: الأوصاف المتعلقة بآثار الإلتزام

الأصل كما تم بيانه أن الإلتزام بمجرد نشأته يكون نافذا من جهة ، و مستقر غير مهدد بالزوال، لكن قد يدخل على الإلتزام وصف خارجي يجعله إما غير نافذ عند نشأته، او يجعله مهددا بالزوال في المستقبل، و هذا الوصف هو إما الشرط و إما الأجل.

المطلب الأول: الشرط كوصف يلحق الإلتزام.

نضمت المواد من 203 إلى 208 من القانون المدني أحكام الشرط.

حيث نصت المادة 203 على " يكون الإلتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبلي و ممكن وقوعه".

و أعتقد أن في المادة خلل حيث أن الشرط لا يتعلق بوجود الإلتزام بل يتعلق بنفاذه، و نبين ذلك من خلال دراسة مختلف الأحكام، فالإلتزام غير الموجود كيف يلحق وصف و هو غير موجود أصلا، فالإلتزام الموصوف هو إلتزام موجود لكنه إما غير نافذ و إما مهدد بالزوال.

الفرع الأول : تعريف الشرط :

هو أمر أو حدث أو حادث مستقبلي ممكن الوقوع ، غير محقق الوقوع، وغير مستحيل الوقوع يترتب على وجوده نفاذ الإلتزام أو زواله، وهو نوعان طبقا لما جاء في المادة 204 من القانون المدني .

الفرع الثاني : أنواع الشرط: الشروط نوعان ، واقف و فاسخ.

سنعرض لتحديد كل منهما ثم نبرز كيفية التفريق بينهما.

أولا . تحديد الشرط الواقف و الشرط الفاسخ:**1 . الشرط الواقف:**

هو الشرط الذي يتوقف نفاذ الإلتزام على وجوده ، و يكون الإلتزام قبل وجوده موقوفا مكبوتا غير ناجز ، لا يمكن تنفيذه ، و بوجوده يصبح الإلتزام نافذا.

و نشير إلى وجود فرق جوهري بين وجود الإلتزام و نفاذه، فالوجود مسألة تتعلق بالنشأة فالإلتزام غير الموجود هو إلتزام منعدم و بالتالي لا يمكن الحديث أصلا عن نفاذه.

فإذا وجد الإلتزام ، فقد يكون نافذا أي قابل للتنفيذ و لو جبرا بمجرد وجوده، و قد يكون موجود و لكنه غير نافذ أي موقوف الأثر ، فلا يمكن تنفيذه إلا إذا أصبح نافذا.

و الإلتزام يكون موجود بمجرد وجود مصدره، فبمجرد وجود عقد البيع ، يوجد الإلتزام بنقل الملكية ، و يوجد الإلتزام بدفع الثمن و غيرهما من الإلتزامات ، و لكن قد تكون هذه الإلتزامات موقوفة غير نافذة بسبب وجود وصف يوقفها.

و عليه فوجود الإلتزام مرتبط بوجود مصدره فإذا وجد المصدر وجد بالضرورة الإلتزام، و الوصف يمس النفاذ لا الوجود فإذا تحقق الشرط الواقف يصبح الإلتزام نافذا وليس موجودا فالإلتزام قد نشأ ووجد من اليوم الذي علق فيه على الشرط أما نفاذه فيتوقف على تحقق الشرط، وبذلك مصطلح النفاذ أصح من مصطلح الوجود.

و الأحكام ستبين ذلك لاحقا.

2 . الشرط الفاسخ:

هذا النوع من الشرط يمس بقاء الإلتزام، فوجوده يؤدي إلى زوال الإلتزام وتخلفه يؤدي إلى استقرار الإلتزام.

فالإلتزام المعلق على شرط فاسخ إلتزام موجود و نافذ من وقت وجوده و نشأته، لكنه يكون مهددا بالزوال بسبب تحقق الشرط الفاسخ، و لا يستقر إلا إذا تخلف و زال الشرط الفاسخ، فهذا الشرط هو الذي يهدد الإلتزام بالزوال، فتحققه يزيل الإلتزام و تخلفه يجعل الإلتزام مستقرا.

ثانيا . كيفية التمييز بين الشرط الفاسخ و الواقف: يتم تحديد طبيعة الشرط بطريقتين:

1- التحديد الصريح: حيث يتم تحديد طبيعة الشرط بالإتفاق الصريح بين المتعاقدين، حيث يحددان طبيعة الشرط معا أو يحدده المشتري فيقول هذا شرط فاسخ أو شرط واقف.

2- التحديد الضمني: في هذه الحالة صياغة الشرط هي التي تحدد نوعه، فمثلا إذا عبر شخص عن إرادته في التأجير كما يلي، وأجرك بيئي بشرط أن تتزوج، فالواضح أن هذا الشرط واقف، أما إذا قال وأجرك بيئي على أن لا تتزوج، فالشرط فاسخ.

أو مثلا يتم بيع سيارة و يشترط البائع على المشتري بقوله لا أسلمك السيارة إلا إذا تحصلت على رخصة سياقة ، فالشرط واقف و يتعلق بالإلتزام بالتسليم، أما إذا تم البيع و قال أنقل لك الملكية على أن لا ترجع زوجتي من السفر، فالشرط فاسخ، و الإلتزام المعلق هو نقل الملكية.

فقد تكون إلتزامات المشتري كلها معلقة و قد يكون بعضها ، و يظهر ذلك من خلال تعليق إلتزام بمفرده أو العقد برتمته، طبعا في جانب الملتمزم.

الفرع الثالث . الشروط الواجب تحققها في الشرط كوصف من أوصاف الإلتزام:

يتم التعرض للشرط و لجزاء تخلفه، هذه الشروط هي :

أولا_ أن يكون الشرط مستقبليا:

يشترط أن يكون الشرط أمرا سيتحقق في المستقبل، بمعنى أنه لم يتحقق بعد. و هذا ما نصت عليه المادة 203.

إذ أنه لو علق الإلتزام على أمر تم وقوعه من قبل فإن الإلتزام يكون منجزا وغير مشروط حتى ولو كان المتعاقدان يجهلان تحقق الشرط عند إبرام العقد، فإذا تعهدت لشخص بجائزة إذا نجح في الإمتحان ثم اتضح أنه نجح فعلا وهو يجهل ذلك، كانت الهبة منجزة غير معلقة على شرط.¹

ثانيا_ أن يكون الشرط ممكن الوقوع: وقد نصت على ذلك المادة 203 قانون مدني.

إن إمكانية تحقق الشرط ووقوعه هي التي تجعل من الإلتزام المعلق على شرط معين واقف كان أو فاسخا التزاما موصوفا.

¹ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص195.

فلا تكون الواقعة شرطا إذا كانت مستحيلة الوقوع، والإستحالة قد تكون مادية ترجع إلى طبيعة الأشياء كمن يعد بجائزة لمن يحيي شخصا ميتا، وقد تكون قانونية كمن يتعهد بجائزة لمن يكسب الطعن في قضية بعد فوات الأوان، والإستحالة المقصودة هنا هي الإستحالة المطلقة أي التي تقوم بالنسبة للناس كافة، أما الإستحالة النسبية التي لا تقوم إلا بالنسبة لبعض كالدنن أو المدين أو الغير فلا تحول دون قيام الشرط وترتيبه لأثره، والعبرة في تقدير الإستحالة بوقت اشتراط الشرط، فإذا كان الشرط ممكنا وقت اشتراطه إلا أنه أصبح مستحيلا بعد ذلك فإنه يكون صحيحا وبصح التعليق عليه، ولكن الإستحالة تؤدي إلى تخلفه، أما إذا كان الشرط مستحيلا وقت اشتراطه فإنه يكون باطلا ويبطل الإتفاق المعلق عليه.¹ (إذا كان الشرط واقفا).

و على هذا إذا كان الشرط غير ممكن الوقوع، فتميز في أثر ذلك بين نوع الشرط.

1- إذا كان الشرط واقفا: هنا يكون الإلتزام الموقوف أصلا في حكم غير الموجود حسب ما نصت عليه المادة 204 التي جاء فيه " لا يكون الإلتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للنظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفا..."، حيث أن تعليق إلتزام على شرط غير ممكن الوقوع، يجعل الإلتزام مستحيل النفاذ، و هو بذلك يكون في حكم غير الموجود.

و قد ينتقد البعض القول بأن الإلتزام يكون في حكم غير الموجود، و المادة نصت على أنه لا يكون قائما ، أي لا يكون موجودا.

و الرد هو مستمد من الشطر الثاني للمادة حيث جاء فيها "... أما إذا كان الشرط فاسخا فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم".

و الواقع أن الشرط موجود و تم إدراجه و قائم لكنه يأخذ حكم غير الموجود و غير القائم ، لإستحالة تحققه، إذن المراد بقائم أو غير قائم في المادة ، أي في حكم القائم أو في حكم غير القائم.

2- إذا كان الشرط فاسخا: تنص المادة 204 التي جاء فيه " لا يكون الإلتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للنظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفا، أما إذا كان الشرط فاسخا فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم "، ففي هذه الحالة يكون الشرط في حكم غير الموجود و ليس الإلتزام ، و بالتالي يستقر الإلتزام و يزول تهديده بالزوال.

و هذا منطقي لأن الشرط مادام مستحيلا فلن يتحقق، و لن يؤثر على الإلتزام النافذ ابتداء.

ثالثا . يجب أن يكون الشرط مشروعاً:

ويعتبر الشرط غير مشروع متى كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة.

والشرط المخالف للنظام العام أو الآداب العامة باطل، وأمثلة الشروط المخالفة للنظام العام كثيرة، كأن يعلق الملتزم التزامه على ألا يتزوج الدائن إطلاقا، ويعتبر الشرط مخالفا للنظام العام والآداب العامة إذا لم يكن هناك غرض مشروع يرمي إليه المشتري من وراء هذا الشرط، فإذا رمى مثلا إلى منع زوجته بعد موته من الزواج غير منه فالشرط باطل لمخالفته للنظام العام، أما إذا رمى إلى جعل زوجته بعد موته تنفرغ لتربية أولادها فلا يشغلها زوج آخر فالشرط صحيح والإلتزام قائم، كذلك الشرط القاضي بألا يحترف المشتري عليه مهنة معينة يكون

¹ جميلة دوار، مرجع سابق، ص 55.

باطلا لمخالفته للنظام العام، وإذا اشترطت الزوجة غير المسلمة أن يكون أولادها من زوجها المسلم على دينها هي لا على دين زوجها وإلا كان لها الحق في الطلاق من زوجها فإن هذا الشرط باطل لمخالفته للنظام العام.¹

و على هذا إذا كان الشرط مخالفا للأداب و النظام العام ، فتميز في أثر ذلك بين نوع الشرط.

1- إذا كان الشرط واقفا: هنا يكون الإلتزام الموقوف أصلا في حكم غير الموجود حسب ما نصت عليه المادة 204 التي جاء فيه " لا يكون الإلتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للنظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفا..."،

2- إذا كان الشرط فاسخا: تنص المادة 204 التي جاء فيها " لا يكون الإلتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للنظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفا، أما إذا كان الشرط فاسخا فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم "، ففي هذه الحالة يكون الشرط في حكم غير الموجود و ليس الإلتزام ، و بالتالي يستقر الإلتزام و يزول تهديده بالزوال. و لكن و حسب صراحة المادة 3/204، إذا كان الشرط الفاسخ مخالفا للأداب و النظام العام، و كان هذا الشرط هو السبب الموجب للإلتزام، فإن الإلتزام ذاته لا يكون قائما.

و هذا بديهي، فطالما السبب غير مشروع فإن مصدر الإلتزام يكون اطلا بطلانا مطلقا و هذا يؤدي إلى زوال الإلتزامات التي تعتبر في حكم غير القائمة أصلا.

رابعا. يجب أن يكون الشرط غير مؤكد أو غير محقق الوقوع:

حتى تعد الواقعة شرطا يجب أن تكون أمرا غير محقق الوقوع، فإذا كان الأمر المستقبل محقق الوقوع لم يكن شرطا وإنما أجلا، فعدم التحقق يجب أن ينصرف إلى إمكان الوقوع وليس إلى وقت الوقوع، فإذا انصرف إلى وقت الوقوع وكانت الواقعة مؤكدة التحقق كالوفاء اعتبر أجلا غير معين تاريخ وقوعه، كالتزام المشتري بأن يدفع للبائع ثمنا هو إيراد مرتب طوال حياته، وكالتزام شركة التأمين بأن تدفع عوض التأمين إلى ورثة المستفيد عند موته، فالأمر هنا أجل فاسخ في المثال الأول وواقف في المثال الثاني، ولكن لا يوجد ما يحول دون اعتبار الوفاة وهي أمر محقق الوقوع شرطا إذا اقترنت الوفاة بملازمات تجعلها غير محققة الوقوع في نطاق هذه الملازمات، كما لو علق الإلتزام على وقوع الوفاة خلال مدة معينة أو علق على وفاة شخص قبل آخر، ذلك أنه ليس من المحقق ان تقع الوفاة خلال المدة المحددة أو أن يتوفى الشخص قبل الآخر.²

خامسا. يجب ألا يكون الشرط متوقفا على محض إرادة المتعاقدين:

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون سنة النشر، ص19.

² رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 262.

أضافت المادة 205 شرط آخر ينبغي أن يتحقق في الشرط ليصبح الإلتزام موصوفا ولكي يصح هذا الشرط وهو ألا يتوقف الشرط أو تحققه أو تخلفه على إرادة أحد المتعاقدين المحضة، كأن يجعل من الشرط متحققا إن أراد هو ذلك، ومثال ذلك أن يقول له أبيعك بيتي إن أردت ذلك.

فيشترط ألا تكون لإرادة المدين يد في تحقق الشرط أو تخلفه، إذا كان الشرط واقفا مثل أن يقول شخص لآخر أبيعك داري إذا أردت أو إذا وجدت ذلك من مصلحتي، فإن الشرط هنا والتصرف باطلين، بخلاف ما إذا كان فاسخا كالبيع بخيار الشرط، أو كان لإرادة الدائن دخل في تحققه أو تخلفه أو كقولك أوجرك داري لمدة سنة إذا سافرت من بلدي، وقولك بعتك داري بألف على أن لي حق استردادها خلال سنتين، فالشرط والتصرف في جميع ذلك صحيحين.¹

فالشرط الإرادي هو الشرط الذي يعلق عليه الإلتزام و يتوقف تحققه على إرادة أحد طرفي الإلتزام فقط، و له صورتين.

1- الشرط الإرادي البسيط: هو الشرط الذي يتوقف تحققه على إرادة أحد طرفي الإلتزام و يكون مقترن بعمل معين، كالقول أبيعك إذا سافرت أو أهبك إذا اشتريت .

2- الشرط الإرادي المحض: هو الذي يتوقف تحققه على محض إرادة أحد طرفي الإلتزام و لا يكون مرتبط بآي أمر آخر، كالقول أبيعك إذا أردت أنا.

أثر الشرط الإرادي: يكون الشرط الإرادي البسيط شرطا صحيحا سواء تعلق بإرادة المدين أو تعلق بإرادة الدائن ، و بغض النظر عما إذا كان الشرط واقفا أو فاسخا.

أما الشرط الإرادي المحض فيكون صحيحا إذا كان الشرط فاسخا في جميع الحالات ، أما إذا كان الشرط واقفا فإذا كان متوقفا على إرادة الدائن كان صحيحا، في حين إذا كان متعلق بإرادة المدين كان باطلا و ترتب عليه أيضا بطلان الإلتزام المعلق عليه. حيث نصت المادة 205 من القانون المدني " لا يكون الإلتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الإلتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم".

الفرع الرابع . آثار الشرط كوصف من أوصاف الإلتزام:

يترتب على كل من نوعي الشرط مجموعة من الآثار يمكن إيجازها فيما يلي:

أولا . آثار الشرط الواقف

وردت آثار الشرط ابتداء من المادة 206 إلى غاية المادة 208 من القانون المدني الجزائري، والآثار المترتبة أثناء مرحلة التعليق تختلف عما يترتب بعد مرحلة التعليق وفيما يلي تفصيل لذلك.

1. آثار الشرط الواقف أثناء مرحلة التعليق:

¹أنور العمروسي، الشرط والأجل في القانون المدني، الطبعة الأولى، 2006، دار محمود، القاهرة، ص11).

يقصد بمرحلة التعليق تلك الفترة التي تسبق تحقق الشرط و يكون الإلتزام في هذه الفترة موجودا من جهة و غير نافذ من جهة أخرى ، و يترتب على كل وضع آثار:

أ . الآثار المترتبة على وجود الإلتزام:

إذا علق الإلتزام على شرط واقف فإن الإلتزام يصبح موجودا من وقت تعليقه على هذا الشرط، غير أن نفاذه يكون متوقفا على تحقق الشرط ويقصد بالنفاذ تلك المرحلة التي يبدأ فيها الإلتزام بترتيب آثاره، فالإلتزام المعلق على شرط واقف التزم موجود غير نافذ. و فيما يلي الأدلة على أن الإلتزام موجود (في اعتقادي) و لكنه غير نافذ، و ليس كما يرى البعض أنه غير موجود.

*رغم أن المادة 203 نصت على " يكون الإلتزام معلقا إذا كان وجوده..."، فالمادة استعملت مصطلح الوجود، و لكنه في غير محله، لأن المصطلح الأسلم النفاذ، و مع هذا فالقانون كما نصت المادة الأولى من القانون المدني يطبق في لفظه أو في فحواه حسب المقتضى، فإذا كان اللفظ غير سليم نتجه إلى تطبيق الفحوى.

و في المعقول إذا أبرم عقد بيع و علق دفع الثمن على شرط حصول المشتري على منحة مالية، فهل هذا يعني أن الإلتزام غير موجود، و هل الإلتزام بدفع الثمن وحده غير الموجود أم جميع الإلتزامات، فالحاصل أن طالما العقد انعقد فقد رتب جميع آثاره، التي تكون نافذة كأصل إلا ما علق نفاذه، كما هو الحال بشأن دفع الثمن، فلا يعقل وجود باقي الإلتزامات و عدم وجود الثمن لأنه معلق على شرط واقف.

ضف إلى ذلك كيف يتصور تعليق إلتزام غير موجود، فإذا كان الإلتزام غير موجود فما الذي تم تعليقه؟.

*المادة 204 جاء فيها " لا يكون الإلتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للنظام العام..."، فبمفهوم المخالفة إذا علق الإلتزام على شرط ممكن أو غير مخالف للنظام العام ، كان هذا الإلتزام قائما أي موجود. إذن يكون موجود و لكنه غير نافذ.

و قد تم توضيح المقصود بأنه غير قائم، فالمقصود أنه غير قائم حكما و ليس حقيقة، في حالة الشرط غير الممكن أو المخالف للنظام العام.

و نفس الأمر بالنسبة للمادة 205 التي جاء فيها " لا يكون الإلتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الإلتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم". فبمفهوم المخالفة إذا لم يكن الشرط متوقفا على محض إرادة الملتزم كان الإلتزام قائما.

*نصت المادة 206 صراحة على أن الإلتزام في الشرط الواقف يكون غير نافذ، و على هذا فالذين يستندون لحرفية النصوص و هنا حرفية نص المادة 203 أصبح لديهم تعارض بين نصين، و أصبحت حجته في الاستناد للمادة 203 واهية، فلماذا لا يتم الإستناد إلى المادة 206، خاصة أن المادة 206 في اعتقادي هي الخاصة، و المادة 203 عامة، حيث أن هذه الأخيرة تتعلق بتعريف الشرط، بينما المادة 206 تتعلق بآثار الشرط، و النص الخاص يقيد العام.

حيث نصت المادة 206 على " إذا كان الإلتزام معلقا على شرط واقف ، فلا يكون نافذا إلا إذا تحقق الشرط..."، فالمادة نصت صراحة على عدم نفاذ الغلتزام و ليس على عدم وجوده.

كما أن المادة ذاتها نصت على "...أما قبل تحقق الشرط فلا يكون الإلتزام قابلا للتفويض الجبري ، و لا التنفيذ الإختياري..."، فالمسألة إذن تتعلق بالتنفيذ لا بالوجود.

بل العبارة التي بعدها في المادة نفسها تفيد نفس الحكم ، حيث جاء فيها "...على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه". و المعلوم ، الحق الشخصي هو وجه لعلاقة قانونية وجهها الآخر هو الإلتزام، فإذا كان الـإلتزام غير موجود كان الحق المرتبط به غير موجود، فهل يعقل القيام بإجراءات للمحافظة على حق غير موجود أصلا؟.

و يترتب على وجود الإلتزام مايلي:

* **قيام الدائن بإجراءات المحافظة على حقه:** يمكن للدائن بهذا الحق المعلق على شرط واقف أن يقوم بإجراءات المحافظة على حقه، فيمكنه أن يرفع الدعوى الصورية والدعوى غير المباشرة أو يقوم بالشهر أو أن يقيم رهنا كضمان لحقه المعلق، وهذا الأثر مترتب على وجود الإلتزام المعلق على شرط واقف على الرغم من عدم نفاذه، لإجراءات المحافظة يقوم بها الشخص على شيء موجود وهذه حجة تثبت أن الإلتزام المعلق على شرط واقف موجود لكنه غير نافذ مما يؤدي إلى عدم صحة القول بأن الإلتزام المعلق على شرط واقف إلتزام غير موجود.

* **إذا توفي الشخص فحقه في الإلتزام المعلق على شرط واقف ينتقل إلى الورثة معلقا:**

إذ ينتقل هذا الحق المعلق على شرط واقف إلى الغير بالميراث، وغيره من أسباب انتقال الحقوق فيورث ويجوز لصاحبه ان يوصي به وأن يتصرف فيه بالهبة والرهن وغير ذلك من انواع التصرف، بل ويجوز لصاحب هذا الحق أن ينزل عنه بإرادته المنفردة.¹

لكن تنازله يكون معلقا تبعا لتعليق الحق محله، وعليه إذا لم يتحقق الشرط يكون التنازل على شئ غير مملوك للمتنازل، لأن في فترة التعليق الحق لم ينتقل، فجواز التنازل لا يعني إحداث الأثر، و يكون التنازل معلقا تبعا لتعليق الحق محله.

ب . **الآثار المترتبة على عدم نفاذ الإلتزام:** رغم وجود الإلتزام فإنه غير نافذ ، و يترتب على ذلك الآثار التالية:

* **لا يجوز تنفيذ الإلتزام لا جبرا ولا اختيارا:** و هذا وفقا لما نصت عليه المادة 206 صراحة، ذلك أن الإلتزام غير نافذ، فلا يمكن تنفيذه.

و ما دام الإلتزام غير نافذ فإن آثاره غير مترتبة وبذلك لا يمكن للدائن أن يجبر المدين على تنفيذ هذا الإلتزام المعلق على شرط واقف، كما لا يستطيع المدين الوفاء به طوعا واختيارا، حسب ما نصت عليه المادة 206 ولا تنتقل ملكية الشيء محل الإلتزام إلى الدائن في المرحلة التي تسبق تحقق الشرط الواقف إذا كان الأمر يتعلق بالإلتزام بنقل الملكية.

مع أنه يبدو لي أنه كان بالإمكان اعتبار التنفيذ الإختياري تنازلا عن الشرط، فإذا اشترط المشتري لدفع الثمن تلقيه منحة ما، ثم وفى قبل ذلك ، أليس هذا تنازل منه عن الشرط، و لكن مع وجود النص لا بد من احترامه، غير أنني اقترح الغاء منع التنفيذ الإختياري.

¹ عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص36، 37.

و إعتبار الإلتزام غير نافذ يترتب عليه مثلا ، إذا تعلق الأمر بالإلتزام بنقل الملكية ، و تصرف البائع المدين في تلك الملكية، يكون تصرف في ملكه لأنها لم تنتقل إلى المتصرف إليه، أما إذا تصرف المشتري الدائن في مرحلة التعليق يكون قد تصرف في ملك غيره في تلك الفترة ، و يبقى كذلك إذا لم يتحقق الشرط، و كذلك التصرف في باقي الحقوق، فإذا تصرف البائع في الثمن المعلق دفع على شرط واقف بالحوالة إلى الغير ، فيكون أحال حقا ليس له في تلك الفترة، و لكن إذا تحقق الشرط فينتج التنازل أثره بأثر رجعي.

*** لا يجوز إجراء المقاصة بين ذلك الإلتزام ودين الدائن ولا يبدأ حساب التقادم:**

القول بأن الإلتزام المعلق على شرط واقف التزم موجود غير نافذ لا يجعل هذا الإلتزام يخضع للأحكام المتعلقة بالإلتزام قبل تحقق الشرط والمقاصة والتقادم من أسباب انقضاء الإلتزام، ومتى أصبح الإلتزام نافذا ترتبت آثاره من يوم نشأته ويبدأ حساب التقادم ابتداء من تاريخ نشأته وتصبح المقاصة ممكنة بين الدائن والمدين إن رغبا هما في ذلك.

*** لا يجوز رفع دعوى عدم النفاذ (الدعوى البولصية):**

لأن الإلتزام المعلق على شرط واقف يكون غير مستحق الأداء، فمن شروط دعوى عدم نفاذ التصرف أن يكون الدين مستحق الأداء، والدين المعلق على شرط واقف ليس حال الأداء، بمعنى أنه غير مستحق الأداء.

2. آثار الشرط الواقف بعد مرحلة التعليق:

نميز في ذلك بين حالتين: حالة تحقق الشرط، و حالة تخلفه

أ. آثار تحقق الشرط الواقف:

إذا تحقق الشرط الواقف يصبح الإلتزام نافذا، حيث نصت المادة 206 على " إذا كان الإلتزام معلقا على شرط واقف، فلا يكون نافذا إلا إذا تحقق الشرط...".

و بتحقيق الشرط يعتبر الإلتزام نافذا بأثر رجعي، أي يصبح نافذا من يوم نشأته و ليس من يوم تحقق الشرط، حيث نصت المادة 208 على " إذا تحقق الشرط يرجع أثره إلى اليوم الذي نشأ فيه الإلتزام، إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الإلتزام أو زواله، إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط،

غير أنه لا يكون للشرط أثر رجعي، إذا أصبح تنفيذ الإلتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب لا يد للمدين فيه".

الملاحظ بداية أن المادة استعملت الوجود بدل النفاذ".

إذن تاريخ ترتيب الشرط أثره يخضع لأصل و لإستثناء.

*** الأصل أن أثر الشرط ، و هو نفاذ الإلتزام يكون بأثر رجعي أي من يوم نشأة الإلتزام و هو وقت نشأة مصدر هذا الإلتزام، فإذا كان مصدره العقد، فالأثر يكون من تاريخ ابرام العقد، و ليس من تاريخ تحقق الشرط.**

*الإستثناء: يكون للشرط أثر فوري، و ليس رجعي في الحالات التالية:

- إذا اتجهت إرادة المتعاقدين إلى ذلك، أي استبعاد الأثر الرجعي، و أن الشرط يرتب أثره من يوم تحققه.

- إذا كانت طبيعة العقد تقتضي استبعاد الأثر الرجعي، فإن الشرط ينتج أثره من يوم حصوله، أي يصبح الإلتزام نافذ من يوم تحقق الشرط.

- إذا أصبح تنفيذ الإلتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب لا يد للمدين فيه، أي كان بسبب أجنبي عن المدين، كالقوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ الدائن، فهنا يصبح الإلتزام نافذ من يوم تحقق الشرط، لا من يوم نشأة الإلتزام، بل أن تنفيذ الإلتزام في هذه الحالة أصبح مستحيلا.

و مع أن المادة 208، قصرت الحالة هذه على حالة ما إذا كان سبب الإستحالة على وجود سبب أجنبي على المدين، فإن الوضع يكون كذلك و لو كانت الإستحالة بسبب المدين، فطالما هناك استحالة لتنفيذ الإلتزام بأثر رجعي ، فلا يمكن نفاذه بأثر رجعي و لو كان ذلك بسبب المدين.

و يبقى الفرق بين الحالتين في ترتيب المسؤولية، حيث أنه في حالة كانت استحالة التنفيذ بأثر رجعي راجعة لسبب لا يد للمدين فيه، لا تقوم مسؤولية هذا الأخير، و يتحمل تبعات استبعاد الأثر الرجعي الدائن.

أما إذا كانت الإستحالة بسبب المدين فهو من يتحمل عن طريق التعويض تبعات ذلك الوضع، و الوضع في الحالتين يتعلق باستحالة نفاذ الإلتزام بأثر رجعي و ليس عدم تنفيذ الإلتزام ، و أعتقد أن الأمر هنا ما هو إلا صورة من صور التأخر في التنفيذ.

و ترتيبا للأثر الرجعي، فإذا قام الدائن بتصرف في حقه قبل نفاذ الإلتزام، أي قبل تحقق الشرط فإن هذا التصرف يكون صحيحا. أما إذا كان المدين هو الذي تصرف فيه فيصبح تصرفه تصرفا في ملك الغير.

مع مراعاة إشكالات قد تقع بناء على هذا الوضع، فعلى فرض أن نقل الملكية في عقد بيع هو الذي كان معلقا، و كان محله منقولاً مثلا، و تم تسليمه ، ثم تحقق الشرط، فيمكن لمن تسلمه أن يتمسك في مواجهة الدائن الذي كان حقه معلقا على شرط بالحيازة في المنقول سند الملكية، و هنا ما عليه إلا المطالبة بالتعويض وفقا لأحكام ضمان الاستحقاق، و حتى و لو كان محل البيع عقارا ، و تم شهر بيع المشتري الثاني أولا ، لإغن الملكية تنتقل له، و ما على الدائن (المشتري الأول) إلا التمسك بأحكام ضمان الاستحقاق و وفقا لأحكام عقد البيع.

*يجوز للدائن أن يرفع دعوى عدم نفاذ التصرف، في كل التصرفات التي قام بها المدين بعد نشأة الإلتزام، لأن الإلتزام أصبح نافذا من يوم نشأته.

فالشرط إذا تحقق أصبح الإلتزام مستحق الأداء من يوم نشأته، واستطاع الدائن بعد ذلك الطعن في تصرفات مدينه التي تمت بعد نشأة الإلتزام والتي قد تضر بالضمان العام عن طريق الدعوى البوليصية أي دعوى عدم نفاذ التصرف.

فالتصرفات التي تصدر من صاحب الحق المعلق على شرط واقف تصيح عند تحقق الشرط نافذة من البداية، فلو ان مالكا لعين تحت شرط واقف باع هذه العين او رهنها ثم تحقق الشرط الواقف فإنه يتحقق بأثر رجعي لا بالنسبة للمالك تحت شرط واقف وحده بل أيضا بالنسبة للمشتري منه أو المرتهن، فيعتبر المالك تحت شرط واقف مالكا للعين في الوقت الذي باعها فيه للغير او رهنها ومن ثم تنتقل الملكية إلى المشتري وينشأ حق الرهن للدائن المرتهن من وقت التعاقد لا من وقت تحقق الشرط.¹

ب . آثار تخلف الشرط الواقف:

إذا لم يتحقق الشرط الواقف زال الإلتزام بأثر رجعي من اليوم الذي نشأ فيه واليوم الذي نشأ فيه هو الوقت الذي اقترن فيه بهذا الشرط.

فالإلتزام الذي لا يكون نافذا أبدا هو في حكم الإلتزام غير الموجود أصلا.

ثانيا/ آثار الشرط الفاسخ: نميز بين مرحلة التعلق و مرحلة مابعد التعليق.

1 . آثار الشرط الفاسخ أثناء مرحلة التعليق:

على عكس الإلتزام المعلق على شرط واقف فإن الإلتزام الذي علق على شرط فاسخ يكون موجودا وناظدا مرتبا لكافة آثاره، غير أن هذا الإلتزام آيل ومهدد بالزوال بخطر تحقق الشرط الفاسخ، ومادام الإلتزام موجود وناظف فيترتب على ذلك النتائج التالية:

- يسري التقادم من يوم نشأة الإلتزام.

- يجوز إجراء المقاصة بين دين اشترك فيه المدين والدائن بصفتي المدين والدائن إذا توفرت شروط صحة المقاصة.

- يجوز القيام بالإجراءات التحفظية التي من شأنها تقوية حق الدائن كطلب رهن أو إجراء قيد لرهن أو المطالبة بتأمينات و ضمانات أخرى.

- يجوز رفع الدعوى البوليصرية: يستطيع الدائن ان يطالب بعدم نفاذ تصرفات مدينه في الإلتزام المعلق على شرط فاسخ لوجود هذا الإلتزام وترتيبه لأثره ومادام مستحق الأداء.

- يجوز المطالبة إجبار المدين على تنفيذ هذا الإلتزام إذا لم ينفذه مختارا.

2 . آثار الشرط الفاسخ بعد انتهاء التعليق:

ينتهي التعليق إما بتحقق الشرط، و إما بتخلفه.

أ. حالة تحقق الشرط الفاسخ:

إذا تحقق الشرط الفاسخ زال الإلتزام بأثر رجعي وزالت معه آثاره بأثر رجعي.

¹ عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثالث، مرجع سابق ص 61، 62.

فلو أن مالكا تحت شرط فاسخ تصرف في العين ببيع أو رهن ثم تحقق الشرط الفاسخ اعتبر أنه لم يكن مالكا منذ البداية فإن الرهن أو البيع الذي صدر منه يعتبر قد صدر من غير مالك.¹

و يخضع الأثر الرجعي للشرط الفاسخ لأصل و استثناء بنفس الأحكام المبينة سابقا بشأن الشرط الواقف و الواردة في المادة 208 قانون مدني.

و يزوال الإلتزام يلزم الدائن (يصبح مدين) برد ما أخذه.

و يميز في ذلك بين ما إذا انتقل الشيء محل الرد للغير أو لم ينتقل:

الصورة الأولى: إذا لم ينتقل الشيء محل الرد لغير الدائن: أي أن ذلك الشيء باقي في ذمة الدائن، هنا نكون أما حالتين:

الحالة الأولى: حالة امكانية الرد،، هنا على الدائن رد اشئى محل الإلتزام المعلق.

الحالة الثانية: استحال الرد:و يكون استحالة الرد مثلا بسبب هلاك الشيء ماديا أو قانونيا (كنزع ملكيته للمنفعة العامة فهذا هلاك قانوني و ليس مادي)، في هذه الحالة ننظر إلى سبب الرد:

• إذا كان سبب عدم امكانية الرد بسبب يكون الدائن مسؤولا عنه، الزم بتعويض الضرر الناتج عن ذلك.

• إذا كان سبب عدم امكانية الرد لا يسأل عنه الدائن (كحالة القوة القاهرة و الحدث المفاجئ أو خطأ المدين أو الغير)، في هذه الحالة يتحمل المدين ذلك، أو يعود بالتعويض عن كان مسؤولا عنه وفقا للقواعد العامة، حسب الحالة.

وهذا ما تضمنته المادة 207 بنصها على " يزول الإلتزام إذا تحقق الشرط الفاسخ، و يكون الدائن ملزما برد ما أخذه لإغذا استحال الرد لسبب هو مسؤول عنه و جب عليه تعويض الضرر .

الصورة الثانية: إذا انتقل الشيء محل الرد للغير: هذه الحالة تتعلق بتصرف الدائن في الشيء محل الإلتزام المعلق أو ترتيب عيه عمل من أعمال الإدارة:

الحالة الأولى: التصرف في الشيء: أي نقل ملكيته أو ترتيب حق عيني عليه، في هذه الحالة يسري أثر تحقق الغير على هذا الغير (خلف عام أو خاص)، و يجب أن يرد الشيء.

الحالة الثانية: قيام الدائن بعمل من أعمال الإدارة على الشيء: و أعمال الإدارة هي التصرفات التي لا تنقل ملكية الشيء و لا ترتب حق عيني عليه، كإجاره أو إعارته، ففي هذه الحالة تكون هذه الأعمال نافذة في حق المدين و لا يمكنه إستردادها من الغير إلا بعد انتهاء مدتها. و هذا ما جاء في نص المادة 2/207 " ...غير أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط".

¹ عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثالث، مرجع سابق ص 61، 62.

ب . حالة عدم تحقق الشرط الفاسخ

إذا تخلف الشرط الفاسخ فإن الإلتزام يستقر وتستقر معه جميع التصرفات التي قام بها الدائن.

المطلب الثاني: الأجل

الفرع الأول . تعريفه:

هو أمر أو حدث مستقبلي محقق الوقوع، يترتب عليه عدم نفاذ الإلتزام أو زواله، حيث نصت المادة 209 على يكون الإلتزام لاجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتبا على أمر مستقبل محقق الوقوع.

فالوفاة مجردة أجل، و سقوط الأمطار مجرد أجل ، و توقيت أو تأريخ ما أجل، و طلوع الشمس أجل و غروبها أجل ، و قدوم شهر أجل.

فالأجل هو ميعاد يضرب لنفاذ الإلتزام أو انقضائه ، ويكون عادة تاريخا معيناً يختار في التقويم كما إذا تعهد المقترض بوفاء القرض في تاريخ معين أو تعهد المشتري بدفع الثمن على أقساط في مواعيد معينة.¹

وقد تضمنت أحكام الأجل المواد من المادة 209 إلى غاية 212 قانون مدني.

الفرع الثاني : شروط الأجل كوصف من أوصاف الإلتزام

أولاً- أن يكون الأجل مستقبلياً: و هذا ما نصت عليه المادة 209، فيجب ألا يكون الأجل قد انقضى، و إلا اعتبر الإلتزام ناجزا غير معلق على أجل.

كأن يقول أعفيك من الديون على أن يصدر قانون المالية لسنة 2020، و يكون هذا القانون قد صدر. أو أهبك مبلغ 100 مليون سنتيم على أن تجري قرعة الحج لموسم 2020، و تكون القرعة قد جرت.

ثانياً. أن يكون محقق الوقوع:

فطالما كان الأجل ميعادا فلا بد ان يأتي هذا الميعاد فهو لا محالة متحقق في المستقبل، ويلاحظ أن ميعاد الأجل قد يكون معلوما وقد يكون مجهولا ومع ذلك يبقى محقق الوقوع، ومثال الأجل المعين كأول الشهر ومثال الأجل غير المعين إذا كان الأجل محقق الوقوع ولكن تاريخ وقوعه غير معروف أو غير محدد كالوفاة، ومثاله التزام شركة التأمين بدفع عوض التأمين عن موت المؤمن على حياته، والتزام المقترض برد القرض عند موته فيؤخذ من تركته.²

¹أنور العمروسي، الشرط والأجل في القانون المدني، مرجع سابق، ص 128.

²رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 283، 284.

و حسب المادة 2/209 يعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتما، و لو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه.

الفرع الثالث . أنواع الأجل: يقسم الأجل بالنظر إلى مصدره و بالنظر إلى أثره.

أولا . تقسيم الأجل بالنظر إلى مصدره:

يكون الأجل إما اتفاقيا أو قانونيا أو قضائيا

وهذه هي أنواع الأجل، ويكون الأجل اتفاقيا كتاريخ معين يتفق عليه الطرفان و قانونيا كوفاء الموصي وقضائيا عندما يحدده القاضي. و بشأن الأجل القضائي نصت المادة 210 على " إذا تبين من الإلتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي مياعدا مناسبة لحلول الأجل، مراعيًا في ذلك موارد المدين الحالية و المستقبلية مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء باللتزامه".

ثانيا. تقسيم الأجل بالنظر إلى أثره: الأجل في هذا الشأن إما واقف و إما فاسخ، و بغض النظر عن مصدره.

1- الأجل الواقف: و هو الذي يجعل الإلتزام غير نافذ حسب صراحة المادة 209، و الملاحظ على خلاف الشرط الواقف فإن المادة 209 استعملت مصطلح نفاذ و ليس الوجود أو قائم، و هذا يؤكد أن المراد النفاذ، فلا فرق بين الاجل و الشرط في الأثر، فالفرق في الماهية.

2. الأجل الفاسخ: و هو الذي يؤدي تحققه إلى زوال أو إنقضاء الإلتزام ، وفقا لما نصت عليه المادة 209.

أسباب اعتبار الأجل متحققا (أسباب انقضاء الأجل)

•الحلول:

يعتبر الأجل متحققا بمجرد حلوله، فيحل بانتهاء المدة أو بحدوث الوفاة.

•النزول عنه:

والنزول يكون بالتخلي عن الأجل ويكون النزول من احد الطرفين او باتفاق منهما.

(ويقصد بالنزول نزول من تقرر الأجل لمصلحته بإرادته عن الأجل فالأجل قظ يتقرر لمصلحة الدائن كما في الوديعة، وقد يتقرر لمصلحة المدين كما في القرض بدون فائدة وقد يتقرر لمصلحة الطرفين معا كما في عقد الإيجار، فإذا كان مقررا لمصلحة الدائن أو المدين فهو الذي يملك النزول عنه وإذا كان مقررا لمصلحة الطرفين معا فلا بد من اتفاقهم حتى ينتج النزول عن الأجل آثاره.¹

•السقوط:

يسقط الأجل طبقا للمادة 211 بما يلي:

¹أيمن سعد سليم، مرجع سابق، ص 231).

إذا شهر إفلاس المدين.

إذا تسبب المدين في إضعاف التأمينات كالإمتياز أو التخصيص أو الرهن، ويكون إضعاف التأمينات بالإنقاص من قيمة التأمين لتصبح قيمته أقل من قيمة الدين، وللدائن في هذه الحالة أن يتمسك إما بحلول الأجل أو بتكملة التأمين.

إذا وعد المدين الدائن بتقديم تأمين كافي ولم يقدم له ما وعده به.

الفرع الرابع . آثار الأجل : نميز في ذلك بين الأجل الواقف و الأجل الفاسخ.

أولا . آثار الأجل الواقف

1 . أثناء مرحلة التعليق :

مرحلة التعليق دائما هي المرحلة التي تسبق تحقق الأجل أن كان واقفا أو تخلفه إذا كان فاسخا ويترتب فيها ما يلي :

يكون الإلتزام موجود وصحيح وغير نافذ :

فالحق أو الإلتزام المقترن بأجل واقف حق موجود وهو كامل الوجود، فالحق المقترن بأجل واقف حق موجود كالحق المعلق على شرط واقف بل هو أقوى منه وجودا لان الاجل امر محقق الوقوع، ويترتب على وجود الحق المقترن باجل واقف النتائج التي تترتب على وجود الحق أو الإلتزام المعلق على شرط واقف.¹

وبالتالي فإن الآثار التي تترتب على الإلتزام المقترن بأجل واقف هي نفسها المترتبة على الشرط الواقف في هذه المرحلة، لذلك يرجع لما تم بيانه سابقا عند الحديث عن آثار الشرط الواقف.

2. بعد مرحلة التعليق : الأجل أمر محقق الوقوع فلا يتصور تخلفه.

نتعرض لأسباب تحقق الأجل ، ثم لآثاره.

أ . أسباب تحقق الأجل : يتحقق الأجل بحلوله، أو بالتنازل عنه أو بسقوطه.

* حلول الأجل : أي انقضائه.

يعتبر الأجل متحققا بمجرد حلوله، فيحل بانتهاء المدة أو الأمر الذي يرتبط به الأجل كالوفاة.

*النزول عن الأجل :

والنزول يكون بالتخلي عن الأجل ويكون النزول من احد الطرفين و هو المستفيد من الأجل او باتفاق بينهما.

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص88.

ويقصد بالنزول نزول من تقرر الأجل لمصلحته بإرادته عن الأجل فالأجل قد يتقرر لمصلحة الدائن كما في الوديعة، وقد يتقرر لمصلحة المدين كما في القرض بدون فائدة وقد يتقرر لمصلحة الطرفين معا كما في عقد الإيجار، فإذا كان مقررا لمصلحة الدائن أو المدين فهو الذي يملك النزول عنه وإذا كان مقررا لمصلحة الطرفين معا فلا بد من اتفاقهم حتى ينتج النزول عن الأجل آثاره.¹

*سقوط الأجل:

يسقط الأجل طبقا للمادة 211 بما يلي:

. إذا شهر إفلاس المدين وفقا لما هو مقرر قانونا.

- إذا تسبب المدين في إنقاص التأمينات انقاصا كبيرا و ليس يسيرا، كالإنقاص من حق الإمتياز أو التخصيص أو الرهن، ويكون إضعاف التأمينات بالإنقاص من قيمة التأمين لتصبح قيمته أقل من قيمة الدين، و هذا الحكم حتى ولو كان التأمين بعقد لاحق أو بقوة القانون (الامتياز).

و في هذه الحالة يكون للدائن خيارين:

. إما التمسك بحلول الأجل

. أو التمسك بتكملة التأمين.

. إذا كان الإنقاص من التأمينات بسبب لا دخل للمدين فيه (كالقوة القاهرة أو خطأ الغير)، هنا يكون الخيار للمدين بين أمرين:

. سقوط الأجل.

. أو تقديم ضمانا كافيا للدائن.

إذا وعد المدين الدائن بتقديم تأمين ولم يقدم له ما وعده به، في هذه الحالة أيضا يسقط الأجل.

ب . آثار تحقق الأجل الواقف:

يصبح الإلتزام نافذا ولا يكون ذلك بأثر رجعي، أي يصبح نافذا من يوم تحقق الأجل وليس من يوم نشأة الإلتزام وهذا هو الفرق بين الشرط و الأجل إذ ليس للأجل أثر رجعي، فبيدأ حساب مدة التقادم من اليوم الذي تحقق فيه الإجل وليس من يوم نشأة الإلتزام، كذلك يمكن إجراء المقاصة ويجوز للدائن ان يرفع الدعوى البوليصية لمواجهة مدينه بعد حلول اجل الإستحقاق.

¹أيمن سعد سليم، مرجع سابق، ص 231.

حيث نصت المادة 212 على " إذا كان الإلتزام مقترنا بأجل واقف، لا يكون نافذا إلا في الوقت الذي ينقضي فيه الأجل ، على أنه يجوز للدائن، حتى قبل انقضاء الأجل أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقوقه، و لو بوجه خاص أن يطلب بتأمين إذا خشي افلاس المدين، أو عسره و استند في ذلك إلى سبب معقول...".

ثانيا . آثار الأجل الفاسخ:

1 . أثناء مرحلة التعليق

. يكون الإلتزام موجودا مرتبا لكافة آثاره غير أنه آيل ومهدد بالزوال:

يقتصر أثر الأجل الفاسخ على مجرد وضع حد زمني ينهي الإلتزام، وعلى ذلك فإن الإلتزام قبل انتهاء الأجل الفاسخ التزم نافذ أي للدائن حق مستحق الأداء فيستطيع الدائن ان يتخذ الوسائل التنفيذية للمطالبة بحقه، فإذا انتهى الأجل الفاسخ انقضى الإلتزام، ولكن انقضاء الإلتزام بانتهاء الأجل الفاسخ لا ينفي أن الإلتزام كان قائما في الفترة التي سبقت انتهاء الاجل، فانتهاء الأجل الفاسخ يمنع من بقاء الإلتزام بالنسبة للمستقبل فقط ولكن ليس له أثر رجعي.¹

يمكن رفع الدعوى البوليصية، والدعوى غير المباشرة.

يمكن إجراء المقاصة.

يبدأ حساب مدة التقادم.

2 . بعد مرحلة التعليق، أي بعد تحقق الأجل بانقضائه. لأن الأجل أمر مؤكد الوقوع.

. إذا تحقق الأجل الفاسخ زال الإلتزام من يوم تحقق الأجل وليس من يوم نشأته،

حيث نصت المادة 2/212 على ... و يترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الإلتزام، دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعي".

و عدم ترتيب الأجل الفاسخ للأثر الرجعي، هي التي تعطي للإلتزام المعلق عليه قيمة قانونية و عملية، فلو أن لهذا الأجل أثر رجعي لأصبح لا معنى لتعليق الإلتزام عليه، طالما هو مؤكد الوقوع و طالما سيزول الإلتزام بأثر رجعي، على خلاف الشرط الفاسخ الذي تكمن أهميته في كونه ممكن الوقوع و ليس مؤكدا الوقوع و لو أنه إذا تحقق يزول الإلتزام بأثر رجعي.

¹أنور العمروسي، الشرط والاجل في القانون المدني، مرجع سابق، ص 154.

فالفارق بين الشرط والأجل ان الأول مشكوك وقوعه فيكون نشوء الإلتزام أو زواله غير محقق الحصول فإذا وقع كان له أثر رجعي إلا في مواضيع معينة بناء على افتراض إرادة المتعاقدين لذلك، وأن الاجل محقق الوقوع فيكون حصول اثر الإلتزام او زواله محقق الحصول في المستقبل منذ إبرام العقد فهو معبر عن إرادة المتعاقدين لذلك فلا محل لاعتبار الأثر الرجعي فيه.¹

المبحث الثاني: الأوصاف المتعلقة بمحل الإلتزام

و يتعلق الأمر بتعدد محال الإلتزام ، فيكون للدائن التنفيذ بالتخيير و بالبدل .

المطلب الأول: الإلتزام التخييري: نصمته المواد من 213 إلى 215 قانون مدني.

الفرع الأول - تعريف الإلتزام التخييري:

عرفته المادة 213 من القانون المدني الجزائري بنصها " يكون الإلتزام تخييريا إذا شمل أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحد منها، و يكون الخيار للمدين مالم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك".

فهو الإلتزام الذي يشمل محله أشياء متعددة وتبرأ ذمة الدين براءة تامة إذا أدى واحدا منها"

على أنه يلاحظ أن عبارة " أشياء متعددة" الواردة في المادة عبارة غير دقيقة، فيجب صرفها إلى جميع أنواع الإلتزام و لو كان محله التزاما بعمل أو امتناعا عن القيام بعمل.

فمثلا ، إذا خير مقاول اتفاقا بين أن يرمم سكنا أو يبني غرفة أو أن يقوم بفتح طريق مؤدي للمنزل، فإن إلتزامه يكون تخييري و لكن محله ليس أشياء بل قيام بعمل متعدد.

الفرع الثاني - شروط الإلتزام التخييري:

أولا - أن يرد على عدة أشياء او أداءات:

فإن لم يكن محل الإلتزام متعددا لا يكون هذا الإلتزام موصوفا وإنما بظل بسيطا، ولهذا لا بد ان يتعدد محل الإلتزام من المثليات أو القيميات بحيث ان الوفاء بواحد منها يكون موفيا للإلتزام ومبرئا للذمة براءة تامة.²

و يجدر التنويه بأن التعدد يتعلق بتعدد طرق تنفيذ الغلتزام و ليس بتعدد محال الإلتزام الواحد، فمثلا قد يكون محل عقد بيع عدة أشياء و مع هذا يكون الإلتزام بسيط و على البائع تسليم كل تلك الأشياء و إلا لا يبرأ من إلتزامه، على عكس الإلتزام التخييري ، الذي يشمل عدة كفيات للتنفيذ.

¹أنور العمروسي، الشرط والاجل في القانون المدني، مرجع سابق، ص 155).

²منذر أبو الفضل، مرجع سابق، ص177).

فينبغي أن يكون محل هذا الإلتزام متعددا على نحو يمكن من له الخيار من استعمال تلك المكنة، ومثال ذلك أن يلتزم البائع بأن يبيع للمشتري إما الدار أو السيارة، والتزام الشريك إما بتقديم قطعة أرض للشركة أو مبلغا من النقود، ويصح أن يكون محل الإختيار أكثر من شيئين، كما يصح أن يكون أحد الأشياء عملا أو امتناعا عن عمل، والمهم أن يتعدد المحل ولا يقتصر على أداء واحد.¹

ثانيا. أن تكون الأشياء أو الأداءات مشروعة:

فإذا كان الإلتزام من محلين احدهما مشروع والآخر غير مشروع ينتقل الإلتزام إلى المحل المشروع وكان الإلتزام غير موصوف لوجود محل واحد فقط، أما إذا كان من محلات متعددة كأن تكون أربع محلات وأحدها أو اثنين منها غير مشروع انتقل الإلتزام إلى المحلين المتبقين واعتبر التزاما تخييريا لوجود أكثر من محل.

و قد يقول قائل أنه كان ينبغي بطلان التصرف لعدم مشروعية محله، فيتم الرد بالتذكير بنظرية انقاص العقد، و إن كان الفرق هو أن في حالة الإلتزام التخييري يكون الانقاص بقوة القانون.

الفرع الثالث . أحكام ممارسة الخيار:

أولا . مصدر الحق في الخيار: قد يكون مصدر الحق في الخيار الإتفاق و قد يكون القانون.

و من أمثلة القانون كمصدر للاختيار، ما ورد في القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، حيث جاء في المادة 3/13 منه ما يلي "...يجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة، في حالة ظهور عيب بالمنتج، استبداله أو إرجاع ثمنه، أو تصليح المنتج أو تعديل الخدمة على نفقته".

فجعلت هذه المادة للمدين بالضمان الخيار في تنفيذ التزامه بالضمان إما باستبدال المنتج المعيب بأخر سليم، أو إرجاع الثمن للمستهلك، أو تصليح المنتج أو تعديل الخدمة على نفقته.

فأي من الإلتزامات الثلاث نفذها المتدخل تبرا ذمته.

فهذا الإلتزام تخييري، و مصدر التخيير القانون.

ثانيا . صاحب الحق في الخيار: يحكم المسألة نص و استثناء.

1. الأصل: وفقا لنص المادة 213 فإن حق الخيار كأصل يكون للمدين.

2. الاستثناء: وفقا لنص المادة 213 استثناء يكون الخيار للدائن للدائن في حالتين:

أ. نص القانون على أن الخيار للدائن.

¹ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 300).

ب . اتفاق المتعاقدين على أن الخيار للدائن.

و في غياب النص القانوني او الاتفاق يكون الخيار للمدين.

و عليه إذا كان الخيار للمدين، فإن ذمته تبرأ بمجرد تنفيذه للإلتزام الذي اختاره هو، أما إذا كان الاهتیار للدائن فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا نفذ الإلتزام الذي اختاره الدائن، و لو نفذ التزما آخر .

ثالثاً- حكم الامتناع عن الإختيار: تعرضت للمسألة المادة 214 التي جاء فيها " إذا كان الخيار للمدين ز امتنع عن الاختيار، أو تعدد المدينون و لم يتفقوا فيما بينهم، جاز للدائن أن يطلب من القاضي تعيين أجل يختار فيه المدينين أو يتفق فيه المدينون، فإذا لم يتم ذلك تولى القاضي بنفسه تعيين محل الإلتزام.

أما اذا كان الخيار للدائن و امتنع عن الإختيار أو تعدد الدائنون و لم يتفقوا فيما بينهم، عين القاضي أجلا إن طلب المدين ذلك ، فإذا انقضى الأجل انتقل الخيار للمدين".

يتم التمييز في ذلك بين حالتين:

الحالة الأولى: هو إذا كان الخيار للمدين أو المدينين اذا تعددو ، فإذا امتنع المدين عن الخيار او تعدد المدينون ولم يتفقوا جاز للدائن ان يطلب من القاضي تعيين أجل.

إذا حدد القاضي أجلا و انقضى دون أن يختار المدين أو لم يتفق المدينون في هذه الحالة يتولى القاضي تحديد الإلتزام الذي يجب تنفيذه.

و اعتقد أنه ليس هناك ما يمنع أن يحدد القاضي الإلتزام الواجب التنفيذ في نفس العمل القضائي الذي يحدد فيه القاضي الأجل، ربحا للوقت و التكاليف. فإذا حدد القاضي الأجل و لم يحدد الإلتزام الواجب التنفيذ في حالة انقضاء الأجل دون اختيار فيجب الرجوع إلى القاضي لتحديد الإلتزام.

و يتم اللجوء إلى القضاء في اعتقادي في الحالتين عن طريق إجراء أمر على عريضة ، و ليس دعوى في الموضوع ، ذلك أن الأمر يدخل ضمن العمل الولائي للقاضي.

الحالة الثانية: تتعلق بحالة ما إذا كان الخيار للدائن، ففي هذه الحالة إن لم يختار الدائن أو لم يتفق الدائنون في حالة تعددهم (أو امتنع عن الخيار ايضاً)، كان للمدين الحق في اللجوء إلى القضاء ليعين القاضي أجلا للإختيار.

و ما قيل بشأن الحالة الأولى يقال بشأن هذه الحالة حول طبيعة الإجراء الذي يلجأ به المدين إلى القضاء (أمر على عريضة)

فإذا لم يختار الدائن أو لم يتفق الدائنون على اختيار انتقل الخيار إلى المدين، أي يرجع إلى الأصل في الاختيار .

رابعاً- حكم استحالة تنفيذ الإلتزامات التخيرية: نصت على ذلك المادة 215 التي جاء فيها" اذا كان الخيار للمدين، ثم استحال تنفيذ كل من الأشياء المتعددة التي اشتمل عليها محل الإلتزام، و كان المدين مسؤولاً عن هذه الاستحالة و لو فيما يتعلق بزاحد من الأشياء، كان ملزماً بدفع آخر شئ.

نمير في ذلك بين حالتين، و في كليهما عندما يكون الخيار للمدين:

الحالة الأولى: والتي يكون فيها الهلاك بسبب أجنبي فإن هلكت جميع المحال برأت ذمة المدين، أما إن هلك محل منها أو اثنين فينتقل الإلتزام إلى الأدياء المتبقية.

الحالة الثانية:

والتي يكون فيها الهلاك بسبب المدين، استحال تنفيذ الأدياء بسببه في كل الأدياء كان ملزما بدفع قيمة آخر شيء هلك.

لكن قد لا يعرف آخر شيء هلك من الأحسن الانتقال بالخيار إلى الدائن لاختيار قيمة ايا منها، مع الإشارة هنا أن الأمر يتعلق بالتنفيذ بمقابل.

المطلب الثاني: الإلتزام البدلي (الاختياري).

الفرع الأول . تعريف الإلتزام الإختياري (البدلي).

عرفته المادة 216 من القانون المدني الجزائري بنصها " يكون الإلتزام اختياريا إذا لم يشمل محله إلا شيئا واحدا، و لكن تبرأ ذمة المدين لإذا أدى بدلا منه شيئا آخر

و الشيء الذي يشمل محل الإلتزام هو الذي يعين طبيعته، لا البديل الذي تبرأ ذمة المدين بأدائه".

وهو التزام واحد و لكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئا آخر .

و الشيء الذي يشمل محل الإلتزام هو وحده محل الإلتزام وهو الذي يحدد طبيعة الإلتزام لا الشيء البديل.

فالإلتزام البدلي هو الإلتزام الذي يكون له محل واحد منذ البداية، ويقوم مقام هذا المحل الاصلى شيء آخر هو البديل، ومثال ذلك ان يتفق المقرض مع المقرض على انه إن لم يشأ رد مبلغ القرض فإنه بإمكانه عند حلول الأجل أن يعطيه بدلا من هذا المبلغ منزلا أو أرضا معينة، ومعنى ذلك ان يكون الإلتزام البدلي بمثابة ضمان للدين لا للدائن حيث يمنحه سعة من امره بأداء البديل بدلا من المحل الاصلى ومن الأمثلة البارزة للإلتزام البدلي العربيون¹.

فالتعاقد بالعربون هو التزام بدلي، فالمشتري إلتزامه الاصلى هو دفع الثمن، فإذا لم يرد ذلك تخلى عن العربون بدلا عنه، و البائع إلتزامه الاصلى هو نقل ملكية المبيع، إذا لم يرد نقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري أرجع العربون ومثله إلى المشتري أي أنه أرجع العربون ومثله بدلا من نقل الملكية(المادة 72 مكرر، قانون مدني).

¹ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 308، 309.

الفرع الثاني: شروط الإلتزام البدلي:

أولاً - أن يرد الإلتزام على محل واحد:

الإلتزام البدلي يقوم على محل واحد وهو المحل الأصلي ومن ثم يجب أن تتوفر فيه جميع الشروط التي استلزم القانون توافرها في المحل وإلا وقع الإلتزام باطلاً، أما إذا لم تتوفر هذه الشروط في البديل بقي قائماً على محله الأصلي ويكون الترتام بسيطاً.¹

ثانياً. أن يكون الخيار للمدين:

الخيار في الألتزام البدلي لا يكون إلا للمدين فقط، فالدائن لا يستطيع أن يطالب إلا بالشيء الأصلي فقط.²

الفرع الثالث - آثار الإلتزام البدلي:

يترتب على الإلتزام البدلي أن الشيء الذي يشمل الإلتزام هو وحده محل الإلتزام لا البديل:

فالشيء الذي شمله الإلتزام البدلي هو وحده محل الإلتزام وهو الذي يبين طبيعته، لأن هذا المحل هو المرجع في اعتبار الإلتزام البدلي قابلاً للتجزئة أو غير قابل، كما تتحدد قيمته بالشيء الأصلي لا البديل.³

الفرع الرابع - الفرق بين البدلي و الإلتزام التخييري:

أولاً. محل الإلتزام البدلي واحد أما محل الإلتزام التخييري فيتعدد إلى عدة أشياء أو آداءات:

يترتب على هذا الفرق أن محل الإلتزام البدلي هو الذي يعين طبيعته ولا يعتد بالبديل فإذا استحال على المدين تنفيذ الإلتزام البدلي بسبب لا يرجع إليه فإنه ينقضي وتبرأ ذمة المدين، أما في حالة استحالة الوفاء بالبديل فإن الإلتزام يظل قائماً، وهذا بخلاف الحال في الإلتزام التخييري فلا ينقضي الإلتزام التخييري إلا بهلاك الشئيين معا فإذا هلك أحدهما فقط كان الإلتزام بسيطاً وعلى المدين الوفاء بالمحل الثاني.⁴

ثانياً. الخيار في الإلتزام التخييري يكون للمدين كأصل وكإستثناء للدائن أما في الإلتزام البدلي فإن الخيار للمدين دائماً:

يترتب على هذا الفرق أنه ، إذا كان الخيار للدائن في الإلتزام التخييري فله ان يطالب بأي من محال الإلتزام، وإذا كان الخيار للمدين فله ان يعرض أياً منها، اما في الإلتزام البدلي فإن الدائن لا يستطيع أن يطالب المدين إلا بالمحل الأصلي وللمدين أن يؤديه أو يؤدي البديل.⁵

¹ محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في القانون المدني، المجلد الخامس، دون، دار محمود، القاهرة، ص147.

² جميلة دوار، مرجع سابق، ص65.

³ محمد عزمي البكري، المجلد الخامس، مرجع سابق، ص 147.

⁴ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 225.

⁵ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 308.

المبحث الثالث: الأوصاف المتعلقة بأطراف الإلتزام

الإلتزام يكون بين شخصين والأصل في الأمور المدنية أن الإلتزام ينقسم بحسب عدد الدائنين أو المدينين إذ لا يمكن إلزام أحد المدينين بكل الدين، كما لا يمكن لكل دائن المطالبة بكل الدين.

و إلى جانب التضامن أدخل القانون المدني عدم قابلية الإلتزام للإنقسام في الأوصاف المتعلقة بالأطراف.

المطلب الأول . التضامن:

الفرع الأول - تعريف التضامن: التضامن وصف يلحق أطراف الإلتزام في حالة التعدد، فإذا لحق المدينون كان كل واحد منهم مسؤول عن كل الدين ، و إذا لحق الدائنون، كان لكل واحد منهم استيفاء كل الدين.

فالتضامن غير مفترض طبقا للمادة 217 من القانون المدني الجزائري.

فالأصل أن التضامن غير مفترض، والإستثناء هو أن يكون التضامن بناء على نص قانوني كالمادة 126 المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية أو بالإتفاق، وهذا في القانون المدني.

أما بالنسبة لمسألة التضامن في القانون التجاري فإن هناك من الشراح من يرى أن التضامن مفترض في المسائل التجارية، و أعتقد أن هذا القول غير دقيق ، فالتضامن في القانون التجاري غير مفترض ولا وجود لدليل في القانون التجاري يؤكد انه مفترض اذ ينعدم النص الذي يقرر هذا الحكم، والقانون التجاري يحيل في المسائل التي لم تتضمنها نصوصه إلى القانون المدني بموجب المادة 1 مكرر من القانون التجاري والقانون المدني بنص صريح اعتبر التضامن غير مفترض إلا بنص أو اتفاق وبالتالي فإن التضامن في المسائل التجارية غير مفترض فالحكم بعدم افتراضه في القانون المدني يسحب الحكم بعدم افتراضه أيضا في القانون التجاري بعد إحالة المادة 1 مكرر من القانون التجاري إلى القانون المدني في المسائل التي لم يرد عليها النص في القانون التجاري.

نعم قبل تعديل المادة المتعلقة بمصادر القانون التجاري أن كان العرف التجاري هو المصدر الثاني بعد التشريع ، كان التضامن في التجاري مفترض تطبيقا للعرف، أما و أصبح التشريع المدني أسبق من العرف كمصدر للقانون التجاري، فإن القانون المدني لا يفترض التضامن.

والتضامن إما أن يكون سلبيا ويكون ذلك إذا تعدد المدينون، وإما ان يكون إيجابيا وذلك في حالة تعدد الدائنون.

الفرع الثاني: أنواع التضامن: التضامن إما سلبيا و إما ايجابي.

أولا . التضامن السلبي (بين المدنين)

هو حالة يكون فيها كل مدني ملزما قبل الدائن بكل الدين بحيث يستطيع الدائن ان يطالب ايا منهم بكل الدين.¹

وقد تضمنت المواد من 222 إلى 235 من القانون المدني الجزائري الأحكام المتعلقة بالتضامن السلبي، ويمكن تناول هذه الأحكام من خلال التطرق إلى علاقة الدائن بالمدنين ثم علاقة المدنين ببعضهم البعض.

ثانيا- التضامن الايجابي: و يكون بين الدائنين و هو غير مفترض أيضا ، و انما يكون بنص في القانون أو بنقل على اتفاق(المادة 217).

الفرع الثالث - آثار التضامن:نميز في ذلك بين التضامن السلبي و التضامن الايجابي.

أولا . آثار التضامن السلبي:

1. آثار التضامن السلبي في العلاقة بين الدائن والمدنين

يترتب على العلاقة بين الدائن والمدنين المتضامنين ما يلي:

وحدة الدين، تعدد الروابط، النيابة التبادلية الناقصة.

أ. وحدة الدين:

الدين لا ينقسم فيما بين الدائنين ويعتبر دينا واحدا يعني أن المدين يدفع كل الدين ثم يعود على بقية المدنين بنصيب كل واحد منهم، ويترتب على ذلك مايلي:

* يمكن للدائن أن يطالب أي مدين بالدين:

هذا الأثر تضمنته المادة 223 من القانون المدني الجزائري.

فمن النتائج التي تترتب على مبدأ وحدة الدين أنه يحق للدائن أن يختار أي مدين من المدنين المتضامنين والذي قد يراه اكثرهم ملاءمة أو أيسرهم وفاء أو حتى بدون سبب يبرر هذا الإختيار، فيطالبه بوفاء كل الدين لا بحصته منه فقط دون ان يكون لهذا المدين الحق في الدفع بالتقسيم في مواجهة الدائن، وإن لم يسوف الدائن حقه كاملا من هذا المدين بسبب إفسار لحقه كان له ان يرجع على غيره من المدنين.²

¹إسماعيل عبد النبي شاهين، احكام مطالبات المدنين المتضامنين بالدين في القانون المدني دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، 2006، (ص19).

²رمضان ابو السعود، مرجع سابق، ص 331).

* وفاء أحد المدينين بالدين يؤدي إلى براءة ذمة باقي المدينين:

اعتبرت المادة 222 من القانون المدني الجزائري وفاء أحد المدينين وفاء من كل المدينين. فإذا قام أحد المدينين بالفعل بالوفاء بالإلتزام كله برعت ذمة المدينين جميعا وامتنع على الدائن مطالبة أي منهم بالوفاء إذا كان المدين المذكور قد وفى وفاء كاملا، فإذا كان قد وفى بجزء برعت ذمة المدينين جميعا كذلك في هذا الجزء الذي تم وفاؤه.¹

* إذا جدد الدائن دينه مع أحد المدينين تبرء ذمة باقي المدينين وينقضي الإلتزام بالنسبة لهم أيضا إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهما (المادة 224).

فإذا اتفق الدائن مع أحد المدينين المتضامنين على تجديد الإلتزام فإن التجديد يقتضي الإلتزام بإنشاء التزام جديد يقوم مقامه ويترتب على ذلك براءة ذمة باقي المدينين من الإلتزام التضامني ولا يلزمون بالإلتزام الجديد، فلا يلتزم به إلا المدين الذي اتفق مع الدائن على التجديد.²

* يمكن لكل مدين أن يدفع بأوجه الدفع المشتركة بينه وبين بقية المدينين، في مواجهة الدائن كالبطلان المطلق أو عدم المشروعية، لكن لا يجوز له أن يدفع بأوجه الدفع الخاصة كالبطلان النسبي، فقد يكون أحدهم ناقص الأهلية فهو فقط من يتمسك بذلك.

ب . تعدد الروابط

على الرغم من أن المدينين متضامنون بالوفاء بالدين للدائن إلا أن هذا لا يجعل رابطتهم بالدائن واحدة فتحتفظ كل رابطة باستقلاليتها، وبالتالي يقتضي التضامن بين المدينين مراعاة الوصف الذي يلحق كل رابطة على حدى، فإن كانت رابطة أحد المدينين مع الدائن موصوفة بأي وصف فذلك لا يسري على بقية المدينين وتبقى الرابطة محافظة على خصوصيتها بين الدائن والمدين دون باقي المدينين وتكون الرابطة بإحدى الأمور الآتية:

* الدين المعلق على شرط واقف أو فاسخ أو أجل، فإذا كانت رابطة أحدهم معلقة على أحد الأمور السابقة فليس لغيره أن يتمسك بالتعليق.

* إفلاس أحد المدينين لا يسري على بقية المدينين أي أن الأجل ينقضي بالنسبة للمدين المفلس دون البقية.

* إذا كانت العلاقة بين الدائن والمدين قابلة للإبطال بسبب نقص أهلية أو أي سبب آخر يؤدي إلى القابلية للإبطال، فلا يجوز لبقية المدينين طلب إبطال العقد بل يثبت ذلك للمدين الذي كان عقده قابلا للإبطال، أما إذا كان البطلان مطلقا فيجوز لبقية المدينين التمسك به لأنه دفع من النظام العام يكون لكل ذي مصلحة التمسك به.

¹ مصطفى الجمال، أحكام الإلتزام، الطبعة الأولى، 2013، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص 48.

² محمد عزمي البكري، المجلد الخامس، مرجع سابق، ص 183.

* **المقاصة:** فلا يتمسك باقي المدينين بالمقاصة التي كانت بين الدائن وأحد المدينين، إلا في حدود حصة ذلك المدين، (المادة 225).

* **الإبراء:** فإذا أبرأ الدائن أحد مدينه المتضامنين فلا يبرأ بقية المدينين إلا إذا صرح الدائن بذلك (المادة 1/227).

فإذا لم يصدر منه ذلك التصريح فلا يجوز له مطالبة باقي المدينين المتضامنين إلا بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذي أبرأه، إلا إذا كان قد احتفظ بحقه في الرجوع عليهم بكل الدين، ففي هذه الحالة يرجع عليهم بكل الدين، و يكون لهم بناء على ذلك الرجوع على المدين الذي أبرئت ذمته بحصته في الدين. (المادة 227).

و هذا الحكم غريب جدا، فكيف يبرئ مدينا ثم يحتفظ برجوعه على البقية حتى بحصة ذلك المدين، و بعدها يكون لباقي الدائنين مطالبة المدين المبرأ بحصته، فما فائدة الإبراء هنا و أين أثره؟.

والإبراء قد يكون من الدين كما تم بيانه ، و قد يكون من التضامن ، ففي حالة ما أبرأ الدائن أحد المدينين من التضامن، يبقى حقه في الرجوع على الباقيين بكل الدين بما في ذلك نصيب المبرأ من التضامن، إلا إذا وجد اتفاق على خلاف ذلك (المادة 228).

و حسب المادة 229 إذا قام الدائن بإبراء أحد المدينين من الدين أو من التضامن ثم أعسر مدين آخر فإن المدين المبرأ يبقى مسؤولا و لكن فقط في نصيبه في حصة المعسر (و يتم ذلك وفقا لأحكام المادة 235)، أي حصة المعسر تقسم على قدر عدد المدينين الآخرين، بما فيهم المبرأ، هذا ما لم يبرأه الدائن من كل مسؤولية، ففي هذه الحالة لا يسأل المدين المبرأ عن شئ و يتحمل الدائن المسؤولية عنه.

* **إنقضاء الدين بالتقادم:** (المادة 230).

فإذا انقضى دين أحد المدينين بالتقادم فإن ذلك لا يلحق دين بقية المدينين إلا بقدر حصة ذلك المدين.

كما أن انقطاع التقادم أو توقيفه بالنسبة لأحد المدينين لا يمكن للدائن التمسك به في مواجهة باقي المدينين المتضامنين، فإذا أعتذر الدائن مدين ما مثلا فإن ذلك يوقف تقادم دين المدين الذي أعتذر دون بقية الدائنين، مثلا في علاقة مديونية واحدة دائن واحد ومجموعة مدينين يقوم الدائن بعد 10 سنوات بإعذار احد المدينين ولا يعذر البقية، فالإعذار هنا يوقف تقادم دين المدين المعذر وبالتالي لا يسقط هذا الدين وتحسب المدة من جديد إلى أن تنتهي مدة 15 سنة ، أما دين بقية المدينين فيبقى على سقوطه مدة 5 سنوات لأن الدائن لم يقم بإعذارهم وبالتالي تقادمهم لا يوقف.

ج . مبدأ النيابة التبادلية الناقصة

يقصد بالنيابة التبادلية الناقصة انتفاع بقية المدينين بما ينتفع به أحدهم فقط دون أن يضاروا بما يضره ، فإن استفاد أحد المدينين من أمر معين استفاد معه البقية تبعا وإن أضر بأحد المدينين أمر معين لم يضار بقية المدينين بما أضر هذا المدين، وقد تضمنت المواد من 231 إلى 233 من القانون المدني الجزائري الحالات التي ينتفع فيها المدينون دون أن يضارو وهي:

* **حالة الإعذار:**

فرقت المادة 231 بين الإعذار الصادر من الدائن تجاه المدينين والإعذار الصادر من أحد المدينين تجاه الدائن ، فإن أعذر الدائن أحد المدينين أو قاضاه فلا يضار بقية المدينين من هذا الإعذار، لكن إذا قام أحد المدينين بإعذار الدائن فإن بقية المدينين يستفيدون من الإعذار الذي قام به الدين فينتفعون بإعذاره للدائن ولا يضارون بإعذار الدائن لهذا المدين.

* حالة الإقرار:

اعتبرت المادة 232 من الق م ج إقرار أحد المدينين المتضامنين بالدين غير سار على بقية المدينين باعتبار إقرار احدهم بالدين مضر لهم وبذلك فإن هذا الإقرار يسري على المدين المقر دون غيره من المدينين.

* حالة أداء اليمين أو النكول عنها:

كذلك فإن وجهت اليمين إلى الدائن وأداها فإن هذه اليمين لا تسري إلا على المدين محل الإعتبار فيها دون بقية المدينين، ونفس الأمر بالنسبة للنكول فإن وجهت اليمين إلى أحد المدينين ونكل عنها فلا يضار بذلك باقي المدينين، أما إذا وجهت اليمين إلى أحد المدينين وأداها فإن ذلك يستفيد منه بقية المدينين لأن النكول عنها مضر وأما آداؤها فهو نافع.

د . حالة صدور حكم: (المادة 233)

مادامت النيابة فيما ينفذ فقط فإن صدر حكم لصالح أحد المدينين واستفاد منه فيستفيد من هذا الحكم باقي المدينين إلا إذا كان الحكم مبنيا على فعل خاص بالمدين المعني كالمقاصة فإذا حكم لمصلحة المدين لسبب خاص به كالمقاصة فهذا لا يستفيد منه باقي المدينين، وإذا صدر حكم على أحد المتضامنين فإن ذلك لا يضار به بقية المدينين.

2. آثار التضامن السلبي في علاقة المدينين ببعضهم البعض

طبقا لما ورد في المادتين 234 و 235 من القانون المدني الجزائري فإنه يترتب على علاقة المدينين فيما بينهم ما يلي:

أ . انقسام الدين بين المدينين

ويقصد بذلك حق رجوع المدين الذي وفى بالدين على بقية المدينين كل حسب دينه وإذا لم يعرف نصيب كل واحد يكون بالتساوي وهو الأصل.

ففي علاقة المدينين المتضامنين ببعضهم فإن القاعدة هي انقسام الدين الذي عليهم كل بقدر حصته بحيث يتحمل كل منهم نصيبه، ومن ثم يكون للمدين المتضامن الذي وفى الدين ان يرجع على باقي المدينين المتضامنين معه كل بقدر حصته.¹

¹ محمد عزمي البكري، المجلد الخامس، مرجع سابق، ص 235، 236.

حيث نصت المادة 234 على " إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين، فلا يرجع على أي من الباقيين إلا بقدر حصته في الدين، و لو كان بدعوى الحلول،

و يقسم الدين بالتساوي بين المدينين ما لم يكن هناك اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".

ب . إذا أعسر المدين يتحمل بقية المدينين هذا الإعسار كل حسب نصيبه:

حيث نصت المادة 235 على " إذا أعسر أحد المدينين المتضامنين تحمل هذا الإعسار من وفى الدين كل بقدر حصته".

فمثلا حصة المدين المعسر 15 مليون سنتيم و حصة أحد المدينين 15 مليون ، و حصة الثاني 30 مليون، فنصيب الأول نصف نصيب الثاني ، فيتحمل الأول 5 ملايين سنتيم بينما يتحمل الثاني 10 ملايين سنتيم، فالأمر يقتضي عملية حسابية تناسبية.

ثانيا . آثار التضامن الإيجابي:

ورد في المواد من 218 إلى 221.

يقصد بالتضامن الإيجابي ان يتجد عجة دائنين في مواجهة المدين إذا كام محل الإلتزام واحدا بالنسبة إليهم بحيث يحق لكل واحد منهم أن يطالبه بكل الدين وإذا وفى المدين بالدين كله لأحدهم برئت ذمته قبل الدائنين الآخرين.¹

و قد تضمنت المواد من 218 إلى 221 من القانون المدني الجزائري أحكام التضامن بين الدائنين، وهي نفس الأحكام التي تطبق على التضامن السلبي مع تغيير بسيط في التعدد فالتعدد في التضامن السلبي تعدد للمدينين، أما في التضامن الإيجابي فالدائنون هم المتعددون، وحق اعتراض الدائن وأما بقية الآثار فهي نفسها آثار التضامن السلبي، وبذلك فإنه يمكن التطرق إلى التضامن الإيجابي من خلال دراسة العلاقة بين المدين والدائنين المتضامنين ثم علاقة الدائنين فيما بينهم.

1: آثار التضامن الإيجابي في علاقة المدين بالدائنين

علاقة المدين بالدائنين كعلاقة الدائن بالمدينين في التضامن السلبي يترتب عليها ثلاثة آثار هي:

أ . وحدة الدين:

بمعنى أن الدين لا ينقسم في علاقة المدين بالدائنين، فإذا طالب الدائن بكل الدين ووفى المدين يسري هذا الوفاء في حق كل دائن إلا الدائن الذي يعترض فهو الوحيد الذي لا يسري في حقه الوفاء، وهنا فيختلف التضامن الإيجابي عن التضامن السلبي في هذه النقطة بالذات لأن المدين في التضامن السلبي لا يستطيع أن يعترض.

ب . تعدد الروابط:

¹أيمن سعد سليم، مرجع سابق، ص 245).

كل رابطة تحتفظ بالوصف الذي يلحقها، ويقصد بالوصف الحالة التي تكون عليها رابطة المدين بأحد الدائنين كأن يكون الدين بين المدين وأحد الدائنين معلقا أو مضافا أو كان قابلا للإبطال وفي حالة الإبراء والتقدم والمقاصة وغيرها من الحالات التي تم ذكرها في التضامن السلبي، فمثلا إذا كان دين أحد الدائنين مع المدين مضافا إلى أجل وطالب الدائن المؤجل دينه المدين بالوفاء به جاز للمدين أن يتمسك تجاه ذلك الدائن بعدم انقضاء الأجل، أما إذا طالب دائن آخر غير الدائن المؤجل دينه المدين بالوفاء فلا يجوز للمدين أن يدفع بأن دينه مؤجل لأن دين الدائن المتضامن معه (أي الدائن المتضامن مع الدائن المطالب بالوفاء) مؤجل وذلك مراعاة للوصف الذي يلحق كل رابطة على حدى.

ج . مبدأ النيابة التبادلية الناقصة

النيابة التبادلية الناقصة فيما ينفع لا فيما يضر، فإن استفاد أحد الدائنين من أمر معين تسري الإستفادة على بقية الدائنين وإن تضرر من أمر معين فإن ذلك لا يسري على بقية الدائنين، والحالات التي ذكرها المشرع في المواد من 231 إلى 233 من القانون المدني الجزائري المتعلقة بالتضامن السلبي هي نفسها الحالات التي تكون في مبدأ النيابة التبادلية الناقصة المتعلقة بالتضامن الإيجابي ، حالة الإعذار والنكول عن اليمين وأداؤها والإقرار وصدور الحكم القضائي، ففي الحالة التي توجه فيها اليمين إلى الدائن ويؤديها فإن ذلك يسري على كافة الدائنين لأنه فيما ينفع، أما إذا نكل عنها فيضار هو بها دون غيره من الدائنين وهكذا نفس الأمر بالنسبة للإقرار والإعذار وصدور الحكم القضائي.

فكل ما انتفع به الدائن انتفع به غيره من الدائنين المتضامنين معه وكل ما تضرر منه إستبعد سريانه على بقية الدائنين المتضامنين معه.

2. آثار التضامن الإيجابي في علاقة الدائنين فيما بينهم:

يحكم علاقة الدائنين فيما بينهم مبدأ انقسم الدين، فيقسم الدين بينهم كل حسب حصته وهذا ما نصت عليه المادة 221 من القانون المدني الجزائري.

فإذا كان الإلتزام لا ينقسم في علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين فإنه ينقسم في علاقة كل منهم بالآخر، فإذا ما استوفى أحد الدائنين كل الدين تعين عليه أن يعطي لكل دائن نصيبه فيه، ولا يجوز للدائن أن يحتفظ بما استوفاه من الدين ولو كان يتجاوز حصته فيه.¹

و فيما يلي الأحكام التفصيلية لهذا التضامن كما وردت في النصوص القانونية:

- إذا كان التضامن بين الدائنين جاز للمدين الوفاء بالدين لأي منهم ما لم يمانع أحدهم في ذلك.

و لصحة التضامن الإيجابي يجب إن يكون الدين قابلا للإنقسام بين ورثة أحد المدينين، مالم يكن الدين أصلا غير قابل للإنقسام، ففي هذه الحالة لا يشترط الشرط السابق.

¹مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 62.

- يجوز للدائنين المتضامنين مجتمعين أو منفردين مطالبة المدين بالوفاء على أن يراعى في ذلك كإلحاق كل رابطة من وصف.
- لا يجوز للمدين إذا طالبه أحد الدائنين المتضامنين بالوفاء أن يعارضه بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين، و لكن يجوز له أن يعارض الدائن المطالب بأوجه الدفع الخاصة به، و بالتالي يشترك فيها كل الدائنين.
- إذا برئت ذمة الدائن قبل أحد الدائنين المتضامنين لسبب غير الوفاء كالمقاصة أو الإبراء مثلا فلا تبرأ ذمته قبل الدائنين الآخرين إلا بقدر حصته الدائن التي برئت ذمته من أجله.
- لا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يقوم بعمل من شأنه الاضرار بالآخرين و إلا تحمل المسؤولية في مواجهتهم.
- كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من الدين يصير ملكا لجميع الدائنين و يقسم بينهم حسب حصصهم، و تكون القسمة بالتساوي بينهم مالم يوجد نص قانوني أو اتفاق يقضي بخلاف ذلك.

س: ما الفرق بين التضامن والتضام؟

ج: التضام هو نوع من التضامن غير أن المدينين المتضامنين في التضام لا يكون مصدر التزامهم نفس العقد أو نفس الواقعة أي من عقدين مختلفين كمن أبرم عقدا مع المهندس المعماري ثم أبرم عقدا آخر مع المقاول هنا المهندس المعماري والمقاول متضامنان معا تجاه الدائن ومصدر تضامنها عقدان مختلفان (يقال تضامنا لأنه عقد ضم إلى عقد آخر).

المطلب الثاني: عدم قابلية الإلتزام للإنقسام

الأصل هو أن الإلتزام قابل للإنقسام والإستثناء هو عدم القابلية للإنقسام مادام التضامن غير مفترض إلا بنص أو اتفاق فهذا معناه ان الاصل هو القابلية للإنقسام

الفرع الأول . المقصود بعدم قابلية الإلتزام للإنقسام

الإلتزام غير القابل للإنقسام هو ذلك الإلتزام الذي يمنع تجزئة الوفاء به بالنسبة لأطرافه المتعددين من الناحية الإيجابية اي الدائنين ومن الناحية السلبية أي المدينين، نظرا لأن طبيعة المحل الذي يرد عليه هذا الإلتزام لا تقبل التجزئة أي أنه لا يمكن الوفاء به كاملا وتاما ولا يقبل التنفيذ الجزئي نظرا لطبيعة المحل الذي يرد عليه او إلى اتفاق الطرفين، ومن ثم فإن الإلتزام غير القابل للإنقسام لا تتور بصده مشكلة إلا إذا تعدد الدائنون أو المدينون.¹

الفرع الثاني . حالات عدم قابلية الإلتزام للإنقسام.

يكون الإلتزام غير قابل للإنقسام طبقا لما ورد في المادة 236 من القانون المدني الجزائري في الحالات التالية:

أولا. إذا ورد على محل لا يقبل الإنقسام بطبيعته مثلا الإلتزام بتسليم العين المؤجرة والإنتفاع بها،

¹ إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص (49).

إن عدم قابلية الإلتزام للإنقسام قد يحدده الشيء محله أو تحدده طبيعة الإلتزام في حد ذاته بغض النظر عن محله فقد يتبين من طبيعة الإلتزام انه غير قابل للإنقسام، فاحيانا يكون المحل قابلا للإنقسام ولكن الإلتزام غير قابل للإنقسام، فالقبح قابل للإنقسام لكن ضمان استحقاق القمح غير قابل للإنقسام.

ثانيا- إذا تبين من غرض الطرفين أن تنفيذ الإلتزام لا ينقسم أو إذا انصرفت نيتهم إلى ذلك، هذا معيار إحتياطي ويكون في حالة إذا كان المحل قابل للإنقسام بطبيعته.

بمعنى أنه إذا كان غرض الطرفين يقتضي عدم القابلية للإنقسام والغرض يكون مشتركا أي أن يتحد غرض كلا الطرفين معا، وفي حالة عدم الإتفاق يقتضي الأمر الرجوع إلى الأصل اعتبار الإلتزام قابل للإنقسام. فالقاضي إذا اختلفت النوايا يأخذ بالأصل.

وهاتين الحالتين تضمنتهما المادة 236 من القانون المدني الجزائري

الفرع الثالث: آثار عدم قابلية الإلتزام للإنقسام

أولا: آثار عدم قابلية الإلتزام للإنقسام بين المدينين.

1. في علاقة المدينين مع الدائن:

على المدين أن ينفذ الإلتزام برمته إذا طلبه الدائن وليس له أن يدفع بمطالبة الدائن لبقية المدينين أولا، ومثال ذلك أن يشتري شخص خروفا من 10 أشخاص فله أن يطالب أي شخص منهم بتسليم الخروف وليس لأحدهم الحق في المعارضة و الدفع بمطالبة البقية أولا، فكل مدين مطالب بوفاء الدين كاملا وهذا طبقا لما ورد في نص المادة 237 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى.

2. في علاقة المدينين فيما بينهم:

نصت المادة 237 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري على أنه للمدين الذي وفى بالدين الحق في العودة والرجوع على بقية المدينين كل بقدر حصته .

ثانيا: آثار عدم قابلية الإلتزام للإنقسام بين الدائنين.

1. في علاقة الدائنين بالمدين:

يمكن لكل دائن أن يستوفي الإلتزام برمته غير أنه إذا اعترض أحد الدائنين فيلتزم المدين بتنفيذ الإلتزام في مواجهة الدائنين مجتمعين، فإذا لم يستطع تنفيذه للدائنين مجتمعين قام بإيداع الشيء محل الإلتزام (مثلا بقرة) لدى المحكمة أو لدى شخص مؤهل م 238 ف1 من القانون المدني الجزائري، وتكون نفقة الشيء على الدائنين لأن النفقات تعود على المالك.

2. في علاقة الدائنين فيما بينهم:

إذا استوفى أحد الدائنين الإلتزام كاملا فللدائنين المتبقين حق الرجوع على هذا الدائن كل حسب حصتهم، م 238 ف2 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الرابع . الفرق بين عدم القابلية للإنقسام والتضامن:

أولاً- عدم قابلية الإلتزام للإنقسام لا تنصرف إلا إلى التنفيذ العيني دون التعويض إذا كان سببه طبيعة المحل، فإذا استحال الإلتزام إلى تعويض نقدي زالت عدم القابلية للإنقسام فانقسم مبلغ التعويض بين المدينين المتعددين، اما التضامن فينصرف إلى التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض على حد سواء.¹

ثانياً- عدم القابلية للإنقسام أقوى إلزاماً من التضامن باعتبار أن الإلتزام الذي لا يقبل القسمة لا ينقسم بين ورثة المدين، ولهذه العلة اشترط في التزام المدينين أن يكون التزاماً تضامياً غير قابل للإنقسام إلقاء لتجزئة الدين بين الورثة فيما لو اقتصر الأمر على النص على التضامن فقط.²

الفصل الثالث: إنتقال الإلتزام

الإلتزام في وجهه الآخر هو حق شخصي، قد ينتقل بالوفاة وفقاً للأحكام المقررة في الميراث مع مراعاة الحقوق التي يجوز انتقالها والتي لا يجوز انتقالها.

وقد ينتقل الحق أو الدين بين الأحياء عن طريق حوالة الحق أو حوالة الدين.

فالحق ينتقل عن طريق حوالة الحق و الدين ينتقل عن طريق حوالة الدين.

و تدرج حوالة الحق ضمن عنوان انتقال الإلتزام لأن الحق كما سبق بيانه علاقة قانونية في جانبها الآخر تشكل إلتزاماً، فالعلاقة القانونية بالنسبة للدائن تسمى حقا و بالنسبة للمدين تسمى التزاماً، و لا يمكن الفصل الكلي بين الوجهين.

المبحث الأول: حوالة الحق:

نضمت أحكامها المواد من 239 إلى 250 من القانون المدني الجزائري.

¹مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص66).

²محمد عزمي البكري، المجلد الخامس، مرجع سابق، ص 288).

المطلب الأول: مفهوم حوالة الحق**الفرع الأول . تعريف حوالة الحق:**

هي تصرف قانوني يقوم من خلاله الدائن بنقل حقه إلى دائن آخر وهذا النقل قد يكون بمقابل وفي هذه الحالة نطبق أحكام عقد البيع فيما لا نص خاص فيه في احكام الحوالة، وقد يكون دون مقابل ونطبق احكام عقد الهبة فيما لا نص خاص فيه في أحكام الحوالة، لإذن يجب مراعاة الأحكام الخاصة بالحوالة، حيث أن الخاص يقيد العام.

و قد أجازت حوالة الحق المادة 239 التي جاء فيها" يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا منع ذلك نص القانون، أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الإلتزام، و تتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين".

الفرع الثاني . شروط حوالة الحق:

يجب مراعاة الشروط العامة المقررة للعقد والشروط الخاصة المقررة حسب كل حالة، فإذا كانت بمقابل يجب توفر شروط عقد البيع وإن كانت بدون مقابل يجب توفر شروط عقد الهبة مع مراعاة الشروط الخاصة الواردة في احكام حوالة الحق .

و هذه الأحكام تتعلق بما يلي:

أولا . أطراف حوالة الحق، وهما :

المحيل: وهو الدائن الذي قام بتحويل حقه إلى شخص آخر. و يشترط فيه الشروط الواجب توفرها في المتعاقد عموما مع مراعاة الشروط المرتبطة بطبيعة الحوالة، اي بمقابل فلا بد من توفر الشرط المقررة للبائع، سيما الأهلية على اعتبار أن الحوالة في هذه الحالة دائرة بين النفع و الضرر فهي تتعدد بارادة ناقص الأهلية لكنها لا تصح إلا بعبارة كامل الأهلية.

أما إذا كانت بدون مقابل فإنها تخضع لأحكام الهبة و يراعى فيها الشروط المقررة للهبة إلا ما تجافت مع طبيعة الحوالة كالتقبض، و على اعتبار الحوالة هنا ضارة ضررا محضا يجب أن تتوفر في المحيل الأهلية الكاملة و إلا كانت باطلة بطلانا مطلقا.

المحال له: وهو المستفيد من الحوالة، أي الشخص الذي قام الدائن بنقل الحق له، فإذا كانت الحوالة بمقابل ، كانت دائرة بالنسبة له بين النفع و الضرر فيشترط فيه الأهلية المشترطة في البائع كما تم توضيحه سابقا، أما كانت بدون عوض فيضشترط فيه الشروط المقررة للموهوب له ، فتكفي لإنعقادها و صحتها الأهلية الناقصة.

المحال عليه: وهو مدين الدائن المحيل. و لا يشترط رضاه لإنعقاد أو صحة الحوالة(المادة 239 قانون مدني).

ثانيا . محل الحوالة: وهو الحق الذي نقل من الدائن المحيل إلى المحال له، وكل الحقوق يجوز أن تكون محلا للحوالة بإستثناء الحقوق غير القابلة للحجز أو الحقوق المقيد نقلها بنص أو اتفاق المتعاقدين أو نظرا لطبيعة الحق(أو الإلتزام) طبقا للمواد 239 و 240 من القانون المدني الجزائري.

والغالب في حوالة الحق أن يكون محل هذا الحق مبلغا نقديا ولكن يجوز أن يكون محل الحق أشياء مثلية غير النقود، بل ويجوز أن يكون محل الحق عينا معينة بالذات بشرط أن يكون الحق شخصا لا عينا ومثال ذلك الوعد ببيع دار أو قطعة أرض اذ يجعل ذلك للموعد حقا شخصا قبل الواعد متعلقا بهذه الدار أو الأرض فيجوز للموعد له أن ينزل عن هذا الحق لشخص آخر، وقد يكون محل الحوالة عملا كما هو الحال في حق المستأجر قبل المؤجر فيجوز تحويل هذا الحق إلى شخص آخر.¹

- تحال الحقوق بكافة توابعها من فوائد وأرباح أو ثمار وبكافة أوصافها ، معلقة ، أو مضافة، وإذا كانت منقولة برهن أو تخصيص أو امتياز فإنها أيضا تنتقل منقولة.

. تكون الحوالة باطلة بطلانا مطلقا إذا كان مصدرها شيء يمنع القانون إحالته.

الفرع الثالث . نفاذ حوالة الحق: لا تنفذ حوالة الحق إلا بتوفر شروط سواء في مواجهة المدين أو في مواجهة الغير و هي:

أولا . شروط نفاذ الحوالة في مواجهة المدين:

المقصود بنفاذ الحوالة قبل المدين هو إمكان الإحتجاج بها عليه، بحيث يصير المدين ملزما بالإمتناع عن الوفاء للمحيل وبالوفاء للمحال له، ويعتبر الحق قد خرج من ذمة المحيل خروجاً يمنع دائنيه من الانفيذ عليه ويحول دون إمكان المحيل التصرف في هذا الحق مرة أخرى تصرفاً يضر بالمحال له.²

ولتنفذ الحوالة في مواجهة المدين يجب توفر ما يلي:

1- يجب أن يقبل بها المدين أو يعلم بها. حيث نصت المادة 241 " لا يحتج بالحوالة قبل المدين و قبل الغير إلا إذا رضي بها المدين أو أخبر بها بعقد غير قضائي....".

الحوالة تتعقد بين الدائن والمحال له، والمدين ليس طرفا في الحوالة ولا يشترط رضاه عند تحويل الحق ، وإنما يشترط علمه بها أو موافقته عليها لترتيب أثرها في مواجهته وفي مواجهة الغير وتكون نافذة في مواجهة المدين في حالتين هما:

الحالة الأولى: حالة رضاه بها أي موافقته ، والموافقة تكون عند إبرامها أو بعد إبرامها طبقا لما جاءت به المادة 241 من الق م ج، وقبوله ورضاه بها لا يشترط إفراغهما في قالب رسمي لكن لتقاضي صعوبة الإثبات يمكن أن يكتب لأنه تصرف قانوني يخضع للأحكام العامة المقررة لإثبات التصرفات القانونية

و إذا كان بعض الأساتذة لا يجيزون رضا المدين بالحوالة قبل إبرامها، فإني أعتقد أنه لا مانع من ذلك ، فالمادة 241 لم تحدد تاريخا معيناً للرضا ، فالرضا قد يكون سابقا عن ابرام الحوالة و قد يكون لاحقا له.

¹ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 259.

² محمد عزمي البكري ، المجلد الخامس مرجع سابق، ص 315.

الحالة الثانية: حالة علمه بها

في حاله إخباره بها فيجب إعلامه بإجراء غير قضائي أي بواسطة المحضر القضائي، وتنفذ الحوالة في مواجهته من تاريخ إعلامه بها. فالعلم يجب أن يثبت عن طريق إجراء غير قضائي، و مع هذا و حتى في غياب ذلك الإجراء فإن إقراره بعلمه حجة عليه.

ثانيا . شروط نفاذ الحوالة في مواجهة الغير:

الغير هو كل من يضار بالحوالة من غير أطرافها، مثلا أن يرهن الدائن حقه لشخص ثم يبيعه لآخر.

1- يجب أن يقبل المدين الحوالة أو يعلم بها بإجراء غير قضائي حتى يحتج في مواجهة الغير إحداها إما الموافقة أو الإعلام(المادة 241).

أ . علم المدين بالحوالة : يبلغ بها المدين بإجراء غير قضائي عن طريق المحضر القضائي.

ب - رضا المدين بالحوالة: المدين ورضاه: لا يعد نافذا قبل الغير إلا إذا كان القبول ثابت التاريخ ولا يكون ثابت التاريخ إلا إذا أفرغ في ورقة رسمية(ثابتة التاريخ مباشرة) أو أفرغ في ورقة عرفية أو ما سماه القانون عقد عرفي، و هذا لا يكون ثابت وفقا لما جاء في المادة 328 إلا في حالات، حيث نصت هذه المادة على " لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، و يكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء:

- من يوم تسجيله
- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف مؤهل.
- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص.
- من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو امضاء..".

و رغم أن الرضا أكد من العلم إلا أن المادة 241 اشترطت في الرضا التاريخ الثابت، و لم تشترط في العلم، ذلك أن العلم يكون باجراء غير قضائي أي عن طريق المحضر القضائي الذي تعتبر محاضره محررات رسمية ثابتة التاريخ.

الفرع الرابع . آثار حوالة الحق

تخضع الحوالة في آثارها حسب الحالة، فإن كانت بعوض تخضع لأحكام عقد البيع اي جميع الأحكام التي تطبق على عقد البيع تطبق على الحوالة إذا كانت بعوض إلا ما استثنى بنص خاص بالحوالة، وإذا كانت بدون عوض تخضع لأحكام عقد الهبة إلا ما استثنى بنص خاص بالحوالة أيضا (مع مراعاة كل ما هو خاص بالحوالة فالخاص يقيد العام)

أولا . آثار الحوالة في العلاقة بين المحيل والمحال له:

1- ينتقل الحق المحال بتوابعه و ضماناته الخاصة والعامة كالكفالة والرهن كذلك دعوى الفسخ والبطالان (المادة 243 من القانون المدني الجزائري) وذلك منذ تاريخ الحوالة، كذلك كل الدفع التي كانت للمدين تجاه المحيل.

2. بالنسبة لضمان المحيل وجود الحق: فإنه يجب التمييز بين ما إذا كانت الحوالة بعوض أو بدون عوض:

أ. إذا كانت الحوالة بعوض: حسب نص المادة 244، يضمن المحيل للمحال له وجود الحق المحال.

فحوالة الحق في هذه الحالة تقتضي أن يضمن المحيل للمحال له وجود هذا الحق الذي يحيله إليه، فإذا لم يوجد الحق فإنه ينشأ التزام بالضمان على عاتق المحيل، يحدد مضمونه لاحقاً.

ب. إذا كانت الحوالة بدون بعوض: حسب نص المادة 244، لا يضمن المحيل للمحال له وجود الحق المحال.

فإذا لم يوجد الحق لا تترتب أي مسؤولية عن المحيل.

3- بالنسبة لضمان المحيل ليسر المدين: حسب المادة 245 " لا يضمن المحيل يسار المدين في كلا نوعي الحوالة (بعوض أو بدون عوض)، إلا إذا وجد اتفاق يقضي بذلك.

و إذا وجد الإتفاق فيضمن المحيل ليسر المدين وقت إبرام الحوالة، و لا يضمن يسره بعدها، إلا إذا وجد اتفاق يقضي بتوسيع الضمان إلى ما بعد إبرام الحوالة.

4- مضمون ضمان وجود الحق أو ضمان يسر المدين: حسب نص المادة 246 قانون مدني، فإذا رجع المحال له بالضمان على المحيل فلا يلزم المحيل إلا برد ما قبضه بالإضافة إلى المصاريف و لو وجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

فمجال الضمان ضيق على خلاف مجال ضمان الإستحقاق في عقد البيع الذي يشمل كل الأضواؤ التي تلحق المشتري من استحقاق الغير للمبيع.

5. ضمان المحيل لأفعاله الشخصية: حيث حيث رتبته المادة 247 قانون مدي مسؤولية المحيل عن أفعاله الشخصية التي تلحق ضرراً بالمحال له، سواء كانت الحوالة بعوض أو كانت بدون عوض.

ثانياً. آثار الحوالة في العلاقة بين المحال له والمحال عليه:

1- يستطيع المحال له أن يتخذ جميع الإجراءات التي تمكنه من المحافظة على حقه م 242 من القانون المدني الجزائري ومن بينها قطع تقادم دين المحال عليه عن طريق الدعوى القضائية حتى قبل نفاذ الحوالة.

2. بعد نفاذ الحوالة يصبح المحال له هو الدائن ولا تبرء ذمة المحال عليه (المدين) إلا بالوفاء.

3- يستطيع المحال عليه (المدين) أن يتمسك بكافة الدفع التي كانت له قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة، كإقضاء الدين أو بطبائنه أو عدم حلول أجل الإستحقاق، و أيضا الدفع المستمدة من عقد الحوالة كطبائنها أو عدم نفاذها (المادة 248).

ثالثاً. آثار الحوالة في العلاقة بين المحيل والمحال عليه:

نميز في ذلك بين مرحلتين المرحلة التي تسبق علم المدين به أو قبوله لها والمرحلة التي تلي علمه أو قبوله

المرحلة الأولى : قبل نفاذ الحوالة أي قبل علم المدين بالحوالة أو رضاه بها .

1. يكون المحيل هو الدائن.

2- يستطيع المحيل باعتباره هو الدائن الأصلي والوحيد ان يتخذ الإجراءات التحفظية على حقه كقطع التقادم، رفع الدعوى غير المباشرة ..الخ.

3. يستطيع الدائن مطالبة المدين بالوفاء بالدين.

4. يستطيع الدائن (المحيل) أن يتصرف في الحق المحال بالهبة أو البيع أو بأن يحيله لشخص آخر.

المرحلة الثانية: بعد نفاذ الحوالة، أي بعد علم المدين بها أو موافقته عليها

1- يصبح المحال له هو الدائن وتنتقل إليه كل حقوق المحيل التي كانت له تجاه المدين المحال عليه، وإذا وفى المدين للمحيل لا تبره ذمته لأنه وفى لغير من يستحق وأنا إذا وفى بالدين إلى المحال له فتبرأ ذمته ويعتبر قد وفى بالدين ..

رابعا . آثار الحوالة في العلاقة بين المحال له والغير :

ويمكن التمييز في ذلك بين حالتين :

الحالة الأولى: حالة تزامم محال له أول مع محال له ثان

وطبقا لما ورد في المادة 249 من القانون المدني الجزائري فإن الأولوية تعطى للحوالة التي صارت نافذة أولا، أي الحوالة التي قبل بها أو علم بها المدين أولا.

الحالة الثانية: حالة تزامم محال له مع دائن حاجز

وهذا حكم جاءت به المادة 250 من القانون المدني الجزائري، فإن صدرت حوالة أولا ثم قبل نفاذها وقع حجز من أحد دائني المحيل على الحق محل الحوالة ثم بعدها صارت الحوالة نافذة، أي أعلم بها المدين بواسطة المحضر القضائي أو قبل بها وكان قبوله ثابت التاريخ، ثم وقع حجز آخر على الحق المحال من طرف دائن آخر للمحيل فيحدث في هذه الحالة تزامم بين الحوالة والحجزين، أي وجود محال له ودائن حاجز أول ودائن حاجز ثاني فالحل هنا هو ان يقسم بينهم الدين قسمة غرماء ويؤخذ من نصيب الحاجز المتأخر لإكمال حق المحال له وهذا ما تضمنته المادة 250 المذكورة سابقا.

المبحث الثاني: حوالة الدين :

تضمن أحكامها المواد من 251 إلى 257 قانون مدني.

المطلب الأول: مفهوم حوالة الدين

الفرع الأول . تعريف حوالة الدين: عرفتها المادة 251 بأنها اتفاق بين طرفين على نقل الإلتزام من ذمة مدين إلى ذمة مدين آخر

وتخضع كغيرها من العقود للنظرية العامة للعقد فهي إتفاق وبالتالي عقد وشروطها هي الشروط اللازمة للإنعقاد ، فقد تكون تبرعية مما يقتضي الأهلية الكاملة بلوغ 19 سنة ، وقد تكون بعوض مما يقتضي أهلية الإنعقاد ببلوغ 13 سنة .

كل إلتزام يمكن أن يكون محلا لحوالة الدين مع اشتراط المشروعية فيه أي أن يكون محلها مشروعاً فإن لم يكن المحل مشروعاً فذلك يجعل من الحوالة باطلة بطلانا مطلقاً.

لا تقتضي حوالة الدين شكلية معينة لكن يجب التقيد بما ورد من الأحكام الخاصة بالحوالة لأن الخاص يقيد العام.

الفرع الثاني . أطراف حوالة الدين :

أولا . المحيل : وهو المدين الأصلي .

ثانيا . المحال عليه : وهو من تلقى محل الحوالة أي المدين الجديد

ثالثا . الدائن : وهو دائن المدين الأصلي .

الفرع الثالث . انعقاد الحوالة :

أولا . انعقاد الحوالة بالإتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه (المدين الجديد)

الصورة الأولى للحوالة هي انعقادها بين المدين الأصلي والمحال عليه، (فيكفي في انعقاد حوالة الدين ان يتفق المدين الأصلي مع المدين الجديد وهو المحال عليه على نقل الدين من ذمة الأول إلى ذمة الثاني، وهذا الإتفاق ككل اتفاق آخر يقتضي وجود التراضي والمحل والسبب والأهلية.¹

ثانيا . انعقاد الحوالة بالإتفاق بين الدائن والمحال عليه (بين الدائن والمدين الجديد)

إذا انعقدت حوالة الدين بإيجاب وقبول بين الدائن والمدين الجديد فلا يشترط لصحتها رضا المحيل أي المدين القديم بل تتم وتنفذ بمجرد توافر أركان الإنعقاد وشروط الصحة، فيلزم المحال عليه بوفاء ما التزم به تجاه الدائن.²

وهذه هي الصورة الثانية لحوالة الدين.

¹ عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثالث، نرجع سابق، ص 499.

² منذر ابو الفضل مرجع سابق، ص 217.

المطلب الثاني . نفاذ الحوالة

تضمنت المادة 252 إجراء جوهري لنفاذ حوالة الدين في حق الدائن وهو إقراره، ولم يحدد القانون شكلية يفرغ فيها إقرار الدائن، والإقرار تصرف بإرادة منفردة يشترط فيه أهلية التصرف وخلو الإرادة من العيوب، ويخضع لأحكام الإثبات المقررة في القواعد العامة لإثبات التصرف القانوني.

س: هل سكوت الدائن بعد إعلامه من المدين يعتبر قبولا.

ج: صاحب المصلحة في إعلام الدائن هو المدين الأصلي، فإذا أعلم الدائن ورفض فإن الحوالة لا تسري في حقه، وإن أعلم وأعطى مهلة للتفكير والقانون لم يحدد المدة فإذا رد بالقبول تصبح نافذة في حقه، وإن رفض لا تسري في حقه، وإن سكت اعتبر سكوته رفضا ولا تسري في حقه، وبالتالي فإن سكوت الدائن لا يعتبر قبولا وإنما هو رفض مما يجعل الحوالة غير نافذة في حقه.

المطلب الثالث: آثار حوالة الدين

الفرع الأول . آثار الحوالة في العلاقة بين المحيل والمحال عليه (المدين الأصلي بالمدين الجديد)

المدين المحال عليه بغير عوض يلزم بالوفاء، أما إذا كانت الحوالة بعوض فالمدين المخال عليه أي المدين الجديد لا يلزم بالوفاء إذا لم يفعل المدين الأصلي ما اتفقا عليه، وإذا قام المدين القديم بما اتفقا عليه يصبح ملزما بالوفاء.

الفرع الثاني: آثار حوالة الحق بين الدائن والمحال عليه (الدائن والمدين الجديد)

نميز في العلاقة بين الدائن والمحال عليه بين المرحلة التي تسبق إقرار الحوالة والمرحلة التي تلي إقرار الحوالة

أولا . المرحلة الأولى :قبل إقرار الحوالة.

قبل إقرار الحوالة لا علاقة بين الدائن والمحال عليه لأن المدين قبل إقرار الحوالة هو المحيل، ولا يجوز للدائن أن يطالب المحال عليه بالوفاء لأن الحوالة لم تصبح نافذة في حقه.

ثانيا . المرحلة الثانية: بعد إقرار الحوالة.

بعد أن يقر الدائن الحوالة يترتب ما يلي:

1- ينتقل الإلتزام بالوفاء من المدين الأتلي إلى المدين الجديد ويجوز للدائن مطالبة المدين الجديد بالوفاء لأنه هو من أصبح مدينا بعد نفاذ الحوالة.

2- يصبح المدين الجديد ملزما بالوفاء وينتقل الدين بكافة ضماناته باستثناء الكفالة عينية كانت أو شخصية لأن الكفالة قائمة على الإعتبار الشخصي وهذا ما نصت عليه المادة 254 من القانون المدني الجزائري.

3- جميع الدفع التي كانت للمدين الأصلي تنتقل إلى المدين الجديد حتى الدفع الناتجة عن الحوالة مثل انقضاء الدين أي جميع الدفع التي مصدرها الحوالة. وهذا ما تضمنته المادة 456 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثالث . آثار الحوالة في العلاقة بين الدائن والمحيل (أي الدائن والمدين الأصلي)

وفي هذه العلاقة أيضا يجب التمييز بين المرحلة التيسر تسلق الإقرار والمرحلة التي تلي هذا الإقرار

أولا . المرحلة الأولى: قبل إقرار الحوالة

يبقى المدين الأصلي هو الملزم بالوفاء، أي أن الدائن يطالب المدين الأصلي لا المدين الجديد.

ثانيا . المرحلة الثانية: بعد إقرار الحوالة

1- ينتقل الوفاء إلى المدين الجديد ويطالب الدائن هذا المدين بالوفاء ويجوز للمحيل أي المدين أن يدفع إذا طالبه الدائن بالوفاء بمطالبة المحال عليه لأن المحال عليه هو المدين بعد نفاذ الحوالة لا المحيل.

2. يجب على المحيل أي المدين الأصلي أن يضمن يسار المدين وذلك طبقا للمادة 255 من القانون المدني الجزائري.

فإذا انعقدت الحوالة بين المدين الأصلي والمحال عليه فإن الأول يضمن يسار الثاني أي أن يكون له من الأموال ما يكفي لسداد ديونه وقت إقرار الدائن للحوالة فالضمان يقتصر على ذلك الوقت فقط، فلا يضمن المدين يسار المحال عليه وقت استيفاء الدائن الدين، فإذا أفسر المحال عليه عند حلول أجل الدين أو وقت التنفيذ عليه فإن المدين الأصلي لا يكون مسؤولا عن ذلك.¹

الفصل الرابع : إنقضاء الإلتزام.

ينقضي الإلتزام بالوفاء أو بما يعادل الوفاء أو بدون وفاء.

المبحث الأول: إنقضاء الإلتزام بالوفاء.

المطلب الأول . تعريف الوفاء:

الوفاء هو الطريقة العادية لانقضاء الإلتزام والإلتزام مفهومه شامل فيندتضمن القيام بعمل والإمتناع عن عمل وإعطاء شيء ، فإن كان المحل قياما بعمل فالوفاء هو القيام بذلك العمل، وإن كان امتناع عن عمل فالإمتناع عن هذا العمل يؤدي إلى اقضاء هذا الإلتزام وإن كان الإلتزام بإعطاء شيء فإن إعطاء الشيء يؤدي إلى إنقضاء الإلتزام بإعطاء شيء.

المطلب الثاني : طرفا الوفاء

الفرع الأول . الموفي:

وهو المدين أو نائبه وهو الأصل ويجوز الوفاء من غير المدين إستثناء. طبقا للمادة 258 من القانون المدني الجزائري

¹ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص435.

أولاً: الوفاء من المدين

القاعدة العامة ان المدين نفسه هو الذي يقوم بالوفاء بالتزامه إذ هو الذي يقع عليه واجب الوفاء فهو صاحب المصلحة في القيام بوفاء الدين حتى تبرء ذمته في مواجهة الدائن، ويجوز أن يتم الوفاء كذلك من نائب المدين كالوكيل الذي يمكن أن يكون شخصاً طبيعياً أو مصرفاً للمدين فيه حساب، وإذا كان المدين ناقص أهلية أو عديمها تعين أن يقوم بالوفاء نيابة عنه الولي أو الوصي أو القيم.¹

ثانياً: الوفاء من الغير

قد يكون الغير ممن له مصلحة في الوفاء وقد يكون الغير ممن ليست لديه مصلحة في ذلك وفقاً لما يلي:

1. الوفاء ممن له مصلحة في الوفاء:

يجوز الوفاء ممن له مصلحة فيه إذا كان الموفي كفيلاً أو مديناً متضامناً أو متضامماً أو حائزاً لعقار مرهون أراد بالوفاء للدائن المرتهن أن يخلص عقاره من الرهن، فمثل هذا الوفاء ليس للدائن أن يرفضه أو يعترض عليه إلا إذا ثبت الإعتبار الشخصي للمدين أو أن طبيعة الإلتزام نفسه تستوجب أن يكون الوفاء من المدين شخصياً كما لو كنا بصدد التزام رسام برسم لوحة فنية.²

2. الوفاء ممن ليست له مصلحة في الوفاء:

يجوز الوفاء بدون قيد ولا شرط ممن ليست له مصلحة فيه، كالموفي متبرعاً أو حتى مع انتقاء التبرع، كما هو الحال بالنسبة للفضولي الذي يقوم بالوفاء عن مدين مهدد بإجراءات التنفيذ الجبري على أمواله معرضاً لما يترتب على ذلك من أضرار عاجزا عن توقيها بالوفاء بنفسه، سواء كان هذا الوفاء بعلم المدين أو بغير علم منه أو لإسداء خدمة للمدين أو للدائن قصد التبرع.³

الفرع الثاني . الموفى له : وهو الدائن أو نائبه

بما أن الموفى له هو الدائن أو نائبه فإنه لا يجوز الوفاء لغير هاذين الشخصين وهو الأصل ولا يرد عليه استثناء مطلق إلا إذا قام الموفي بالوفاء للغير في بعض الحالات والتي سيأتي بيانها وفقاً لما يلي.

أولاً . الوفاء للدائن أو نائبه:

الأصل أن يكون الوفاء للدائن والعبارة في تحقق صفة الدائن هي بوقت الوفاء لا بوقت نشوء الدين، ذلك لأن الدائن قد يتغير في الفترة ما بين نشوء الدين واستيفائه، فقد يحدث ان يتوفى الدائن ويخلفه وارثه أو أن يحول الدائن حقه إلى الغير فيحل المحال له محله في الدين،

¹ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 447.

² محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام، دون طبعة، دار السلام، القاهرة، 2005، ص 277.

³ المرجع نفسه، ص 278.

ويصح الوفاء لنائب الدائن سواء كانت نيابته عن الدائن نيابة قانونية أو قضائية أو اتفاقية فيصح الوفاء للولي والوصي أو القيم عن المحجور عليه والوكيل عن الغائب فنيابة هؤلاء تشمل قبض الحقوق.¹

ثانيا . الوفاء للغير :

إذا تم الوفاء لشخص غير الدائن فلا تبرأ ذمة المدين وإنما يظل الإلتزام قائما ويجب عليه وفاؤه للدائن، إلا انه يكون الوفاء صحيحا وتبرأ ذمة المدين في أحوال ثلاثة وهي حالة إقرار الدائن للوفاء وحالة إذا عادت على الدائن منفعة من هذا الوفاء وحالة الوفاء للدائن الظاهر بحسن نية، والدائن الظاهر هو الشخص الذي يبدو في نظر الكافة انه صاحب الحق ثم يتضح أن الدائن الحقيقي شخص آخر.²

المطلب الثالث . شروط الوفاء

الفرع الأول . الشروط الواجب توافرها في الموفي :

أولا . أن يكون الموفي مالكا للشيء الذي وفى به وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه: وهذا طبقا للمادة 260 من القانون المدني الجزائري وفيما يلي تفصيل في هذين الشرطين.

ثانيا . أن يكون الموفي أهلا للوفاء :

يشترط أن يكون الموفي أهلا للتصرف في الشيء الذي وفى به، أي ان يكون بالغاً سن الرشد غير محجور عليه، فإذا كان الموفي ناقص أهلية لصغر أو سفه أو غفلة كان الوفاء قابلا للإبطال لمصلحته وحده دون الدائن، ومع ذلك فإن الوفاء بالشيء المستحق ممن ليس أهلا للتصرف فيه ينقضي به الإلتزام إذا لم يلحق الوفاء ضررا بالموفي، فإذا لم يترتب على الوفاء ضرر بناقص الأهلية كان الوفاء صحيحا، ويتحقق الضرر في الحالات التي يكون فيها الشيء الموفي به أعلى قيمة من الدين أو كان من صنف جيد ولم يكن مطالبا إلا بصنف متوسط وكذلك الحال إذا تم الوفاء قبل حلول الأجل.³

ثالثا . أن يكون الموفي مالكا :

يشترط أن يكون الموفي مالكا للموفى به ايا كانت صفة الموفي سواء كان المدين أو نائبه أو شخص آخر له مصلحة أو الكفيل أو المدين المتضامن، لأن المقصود من الوفاء هو نقل ملكية الشيء للدائن ولا يستطيع الموفي ان ينقل ملكية شيء غير مملوك له، فملكية الموفي للشيء الموفى به هو شرط لنفاذ الوفاء.⁴

¹ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص (429).

² المرجع نفسه، ص (430، 432).

³ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص (451).

⁴ منذر أبو الفضل، مرجع سابق، ص (252).

*يجوز أن يوفي الغير بدلا من المدين ويثبت لمن وفى بالدين طبقا للمادة 259 من القانون المدني الجزائري أن يرجع على المدين بما وفاه، وفي حالة إذا كان الموفي قد وفى على الرغم من اعتراض المدين فيكون له أي للمدين الحق في الاعتراض على هذا الرجوع.

*يحل الغير الذي وفى محل الدائن بدعوى الحلول غير أن هذا الحلول مصدره الإتفاق وليس القانون ويجب ان يكون هذا الإتفاق عند الوفاء، وقد يكون الغير الموفي له مصلحة في الوفاء وقد لا تكون له مصلحة في ذلك م 258 و 259 من القانون المدني الجزائري.

ويتم الحلول الإتفاقي بمقتضى اتفاق بين الدائن والغير الذي قام بالوفاء، ولا يخضع الإتفاق لشكل خاص فيصح الإتفاق على الحلول محل الدائن في أية صورة على أنه يلزم ان يكون هذا الإتفاق وقت حصول الوفاء، فلا يصح أن يتأخر الإتفاق على الحلول عن وقت الوفاء.¹

المطلب الرابع . محل الوفاء

الوفاء الكلي هو الأصل والوفاء يكون بالشيء المستحق ولا يجبر الموفى له على قبول شيء آخر غيره، وقد يكون الوفاء جزئيا وهو الإستثناء المقرر بموجب نص أو إتفاق طبقا لما ورد في المادة 277 من القانون المدني الجزائري.

فالقاعدة العامة هي عدم تجزئة الوفاء، فلا يجبر الدائن على الوفاء الجزئي ولو كان الشيء محل الوفاء قابلا للتجزئة بطبيعته وذلك لعدم التقليل من استفادة الدائن من دينه أو احتراماً لحق الدائن في استيفاء دينه كله دفعة واحدة ليستفيد منه الإستفادة التي يرضاها، فإذا كان للدائن فوائد مستحقة على دينه أو مصروفات انفقت عند إنشاء أصل الدين فإنها تعد جزءا من الدين.²

المطلب الخامس : وقت الوفاء

الفرع الأول . القاعدة العامة:

الأصل في الوفاء أن يكون فور نشوء الإلتزام إلا إذا وجد نص أو اتفاق.

فقد يتم الإتفاق على ان يكون الإلتزام واجب الأداء بعد ترتيبه في ذمة المدين بمدة معينة كما يمكن ان يحدث ذلك إذا وجد نص قانوني وعلى سبيل المثال ما يقضي به القانون في شأن ميعاد استحقاق الفوائد التأخيرية حيث يبدأ سريانها من وقت المطالبة القضائية.³

الفرع الثاني . الإستثناء:

يمكن للقضاة أن يمنحوا آجالا للوفاء وفي الحالات المستعجلة يتولى القاضي الإستعجالي منح الآجال.

¹مصطفى أحمد أبو عمرو، موجز أحكام الإلتزام، الطبعة الأولى، منشورات الخليلي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص212.

²محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص 291.

³مصطفى أحمد أبو عمرو، مرجع سابق، ص 219.

(إذ يتمتع القاضي بسلطة إعطاء أو منح أجل يفي فيه بالدين وذلك إذا توفرت شروط معينة وهي :¹

أولاً- أن تكون حالة المدين تستدعي ان يمنحه القاضي اجلا لتنفيذ التزامه وذلك يتحقق في حالة حسن نية المدين في تأخره في الوفاء، فإذا تعمد المدين بسوء نية او كان معسرا فلا يحص على هذا الأجل.

ثانيا . ألا يكون في التأجيل ما يلحق الضرر بالدائن.

ثالثا . ألا يقوم مانع قانوني.

رابعا . أن يتم تقدير الأجل حسب الضرورة.

خامسا . يجب أن يصدر بالأجل القضائي حكم من المحكمة.)

المطلب السادس : مكان الوفاء:

ميزت المادة 282 من القانون المدني الجزائري في مكان الوفاء بين الأشياء المعينة بالذات والأشياء المعينة بالنوع

الفرع الأول . الأشياء المعينة بالذات:

مكان تسليم الأشياء المعينة بالذات هو المكان الذي كانت موجودة فيه وقت نشوء الإلتزام. إذا لم يتفق الطرفان على غير ذلك أو لم ينص القانون على خلاف ذلك، وبالتالي فإن الأصل في مكان تسليم الأشياء المعينة بالذات هو المكان الذي كانت موجودة فيه وقت نشوء الإلتزام، والإستثناء هو مكان آخر ويحدد بنص القانون أو باتفاق الطرفين، هذا عندما يتعلق الأمر بمنقول معين بالذات، أما العقار فمكان الوفاء به هو مكان تواجده.

الفرع الثاني . الأشياء المعينة بالنوع:

المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء مالم يوجد اتفاق أو نص قانوني، وهذا طبقا لنص المادة 282 الفقرة الثانية منها.

المطلب السابع . نفقات الوفاء

حسب نص المادة 283 من القانون المدني الجزائري فإن نفقات الوفاء تكون على المدين ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك.

ومثال هذه النفقات تكاليف إرسال الشيء إلى مكان الوفاء، فيكون على حساب المدين إلا إذا تم الإتفاق على خلاف ذلك، وإذا كنا بصدد عقد بيع وكان المبيع شيئا معيناً بالنوع فإن نفقات إفرازه وتعبئته وإعداده للتسليم تقع على عاتق البائع وكذلك نفقات العد والقياس او الكيل، وإذا كان محل الوفاء مبلغا من النقود، فإن نفقات الحوالة البريدية وإرسالها يتحملها المدين.¹

¹المرجع نفسه، ص 220، 221.

المبحث الثاني: إنقضاء الإلتزام بما يعادل الوفاء

المطلب الأول . الوفاء بمقابل م 185 و 286 ق م ج

الفرع الأول . تعرف الوفاء بمقابل:

نكون بصدد وفاء بمقابل كلما نقل المدين حقا إلى الدائن على سبيل الوفاء فيقدم لدائنه الذي يرتضي ذلك مقابلا مختلفا عما كان قد التزم به تجاهه، فيرتضي الدائن ديلا يعرضه عليه المدين قد يكون هذا البديل شيئا آخر او مبلغا من النقود، كأن يكون المدين ملتزما بتسليم ساعة ذهبية ذات قيمة أثرية او تاريخية او عاطفية فيعلم بدلا منها سيارة او دراجة او جهاز تلفزيوني ويسمى الإعتياض والعبرة فيه بقبول الأئن والمدين تسليم شيء آخر مكان الشيء الأصلي.²

الفرع الثاني . شروط الوفاء بمقابل:

أولا . أن يتفق الدائن والمدين على الوفاء بمقابل، الإتفاق على الوفاء بمقابل:

لكي يتحقق الوفاء بمقابل يجب ان يكون هناك اتفاق عليه بين الدائن والمدين، وبمعنى آخر يجب ان يقبل الدائن بهذا الوفاء بمقابل، وقبول الدائن يكون صريحا وقد يكون ضمنيا، ويشترط ان يكون محل الوفاء بمقابل شيئا جديد لا يدخل في نطق المحل الأصلي وبهذا يفترق الوفاء بمقابل عن الإلتزام البديلي.³

ثانيا. أن يكون الإتفاق على الوفاء مصحوبا بتنفيذه:

يجب أن يصاحب الإتفاق على الوفاء بمقابل تنفيذ هذا الوفاء، أي أنه ينبغي ان يقوم المدين في الحال بنقل ملكية الشيء البديل فعلا إلى الدائن، اما إذا اكتفى الطرفان بالإتفاق على استبدال محل الوفاء دون تنفيذه فإن ذلك يكون تجديدا للإلتزام بتغيير محله لا وفاء بمقابل.⁴

الفرع الثالث . آثار الوفاء بمقابل:

باعتبار الوفاء بمقابل وفاء فإنه يترتب عليه انقضاء الدين الأصلي بالوفاء بالشيء المتفق عليه فينقضي الدين الأصلي ومعه ضماناته.⁵

والوفاء بمقابل آثاره مزدوجة إذ يعتبر تصرفا ناقلا للملكية إلى جانب اعتباره وفاء وتسري عليه أحكام البيع فيشترط توافر أهلية التصرف في الموفي ويسري عليه الأحكام المتعلقة بضمان الإستحقاق وضمان العيوب الخفية فيما يتعلق بالعووض.⁶

¹ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 322.

² محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص 320.

³ مصطفى أحمد أبو عمرو، مرجع سابق، ص 230.

⁴ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 501.

⁵ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 484.

⁶ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 341.

المطلب الثاني . التجديد (المواد من 287 إلى 296)

الفرع الأول . تعريف التجديد:

التجديد هو إحلال دين يد محل الدين القديم، ويختلف الدين الجديد عن القديم إما في محله أو مصدره أو في أحد طرفيه ويشبه التجديد هنا الوفاء بمقابل حيث يستبدل في الحالتين محل الإلتزام بمحل جديد ، ولكن الفارق الجوهرى يبدو في أن الإلتزام يظل قائما في ذمة المدين في التجديد أنا في الوفاء بمقابل فإن الوفاء ينفذ فوراً.¹

و يتم التجديد إما:

أولاً . بتغيير محل الإلتزام أو بمصدره، مثلا كان المحل سيارة ثم تحول هذا المحل إلى الشاحنة.

ثانيا . بتغيير المدين إذا اتفق الدائن والغير مثل حوالة الدين.

ثالثا . بتغيير الدائن إذا اتفق المدين والغير مثل حوالة الحق.

الفرع الثاني . شروط التجديد:

أولا . أن يحل التزام جديد محل الإلتزام القديم:

يشترط لصحة التجديد أن يحل مكان الإلتزام القديم التزام جديد فإذا كان أحد الإلتزامين باطل أو قابل للإبطال لا يجوز التجديد، أما إذا كان الإلتزام القديم ناشئا عن عقد قابل للإبطال فلا يكون التجديد صحيحا إلا إذا فقد الإلتزام الجديد إجازة العقد وإحلاله محل الإلتزام القديم ،

ثانيا . إختلاف الإلتزام الجديد عن القديم:

إن جوهر التجديد يكون في وجود اختلاف بين الإلتزام القديم والإلتزام الجديد، ويجب أن ينصب هذا الإختلاف على عنصر جوهرى من عناصره إما الدين او المدين أو الدائن، ومن ثم لا يعتبر تجديدا مجرد كتابته في سند أو تغيير زمان ومكان او كيفية الوفاء به أو تعديل مقدرا الدين بالزيادة او النقصان او زيادة ضماناته او إنقاصها.²

¹ جميلة دوار، مرجع سابق، ص (99).

² محمد حسين منصور، مرجع سابق ص (509، 511).

ثالثا . النية في التجديد:

إن الشرط الثالث من شروط سريان التجديد هو النية وهي القصد المصمم على الفعل حيث لا يكفي في التجديد أن تتجه إرادة الطرفين لعقده كما لا يكفي أن يتغير أحد العناصر الشخصية أو الموضوعية حتى يقال أن هناك تجديدا فقد يكون تضامنا أو كفالة، ولما كان التجديد عقد ككل العقود يلزم ان تتجه إرادة الطرفين إلى القضاء نهائيا على الإلتزام القائم وإحلال آخر مكانه.¹

الفرع الثالث . آثار التجديد:

للتجديد أثران يتمثل الأول في زوال الإلتزام القديم بضماناته ويتمثل الثاني في إنشاء التزام جديد وفقا للآتي:

أولا . إنقضاء الإلتزام القديم

إذا ما تحقق التجديد بتوفر الاتفاق والنية والتغيير في أحد عناصر الإلتزام الثلاثة الأساسية فإنه يترتب عليه انقضاء الإلتزام القديم ونشأة التزام جديد يقوم مقامه ويحتاج إلى وفاء لاحق، والتجديد بذلك يعتبر سببا من أسباب الإنقضاء مثله مثل الوفاء، فيترتب عليه إسقاط الإلتزام الأصلي وإنهاؤه وكذلك توابعه، وتصبح ذمة المدين غير مشغولة بهذا الإلتزام.²

ويترتب على ذلك سقوط التأمينات التي كانت تضمن الإلتزام القديم سواء كانت شخصية كالكفالة أو عينية كالرهن أو الإمتياز، فلا تنتقل إلى الإلتزام الجديد فهذا الإلتزام تكون له مقوماته الذاتية وصفاته ودفعه وتأميناته، فقد يكون الإلتزام القديم تجاريا والجديد مدنيا وقد يكون الأول منتجا لفوائد والثاني غير منتج لها، وقد يتقادم الأصلي بمدة قصيرة ويتقادم الجديد بمدة أطول.³

ثانيا . نشوء التزام جديد

لا بد في التجديد من إنشاء التزام جديد يحل محل الإلتزام القديم والا ما سمي ذلك تجديدا، فإذا لم ينشأ هذا الإلتزام أو نشأ باطلا فإن القديم يبقى ولا ينقضي ويراعى أن انقضاء الإلتزام القديم متوقف على إنشاء الإلتزام الجديد ليس على تنفيذه، فإذا لم نشأ انقضى الإلتزام القديم ولو قبل تنفيذ هذا الإلتزام الجديد، والإلتزام الجديد الذي ينشأ يشترط ان تكون له ذاتيته المستقلة ومن امثلة ذلك ان يكون الإلتزام القديم تجاريا وينشأ الإلتزام الجديد مدنيا.⁴

ويترتب على الأثر المنشئ على وجه الخصوص حينما يكون التجديد بتغيير الدائن ان المدين لا يستطيع أن يحتج على الدائن الجديد بالدفع التي كان يستطيع ان يتمسك بها في مواجهة الدائن الأصلي وهذا المبدأ لا يرد عليه قيد إلا عندما يكون الدين الأصلي مشوبا بسبب من أسباب البطلان فإن الإلتزام القديم ناشئا عن عقد باطل فإن التجديد يكون باطلا تبعاً لذلك وللمدين أن يدفع بهذا البطلان.⁵

¹ رضا متولي وهدان، تجديد الإلتزام، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001، ص 313، 314.

² رضا متولي وهدان، مرجع سابق، ص 349.

³ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 513.

⁴ رضا متولي وهدان، مرجع سابق، ص 372.

⁵ رضا متولي وهدان، مرجع سابق، ص 373.

المطلب الثالث . المقاصة

الفرع الأول . تعريف المقاصة:

المقصود بالمقاصة هو "إسقاط دين مطلوب لشخص من دائنه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لدائنه".¹

فالمقاصة سبب من أسباب انقضاء الإلتزام فهي تقتض ان المدين قد صار دائنا لدائنه، حيث تجتمع في كي من طرفي الإلتزام صفة الدائن والمدين في نفس الوقت فينقضي الدينان بقدر الأقل منهما.²

الفرع الثاني : شروط المقاصة

يشترط لانقضاء الدين بالمقاصة مجموعة من الشروط وهي:

أولا . وجود دينين متقابلين:

يجب لوقوع المقاصة أن يكون هناك دينان متقابلان، أي أن يكون كل من طرفي المقاصة مدينا بشخصه للآخر وفي الوقت ذاته دائنا بشخصه له، فيقابل الدينان وينقضيان بالمقاصة، فإذا كان (أ) قد أقرض (ب) ألفا ثم اشترى منه سيارة بألف وقعت المقاصة بين مبلغ القرض وثمان السيارة، ويترتب على ذلك أنه لا يكون هناك محل للمقاصة إذا كان أحد الطرفين مدينا للآخر بصفته الشخصية ودائنا له بصفته وليا أو وصيا، ولا تقع المقاصة بين دين الشركة في ذمة أجنبي ودين لهذا الأجنبي في ذمة احد الشركاء، ولا تقع المقاصة بين دين للدائن في ذمة المدين ودين لكفيل غير متضامن في ذمة الدائن إذ الدينين غير متقابلين، ولكن الكفيل يستطيع ان يتمسك بالمقاصة بين الدين الذي كفله ودين للمدين في ذمة الدائن لأن مديونيته تابعة لمديونية المدين، فإذا تخلص المدين من مديونيته عن طريق المقاصة تخلص الكفيل تبعا لذلك من الدين.³

ثانيا . أن يكون موضوع كلا الدينين نقودا أو مثليات متحدة في النوع والجودة، أي أن يكون محلا الدينين متماثلين، فلا تقع المقاصة بين التزام بتوريد قمح والتزام بتقديم قطن، ولا تجري بين التزام بنقل ملكية والتزام بعمل.⁴

ثالثا . أن يكون الدينان خاليان من النزاع:

يلزم لتحقيق المقاصة ان يكون الدينان خاليان من النزاع، ويعتبر الدين خاليا من النزاع إذا لم تقم بشأنه منازعة أو كانت هناك منازعة غير جدية ولكي يكون الدين خاليا من النزاع يلزم أن يكون محقق الوجود فإذا لم يكن كذلك لا تصح فيه المقاصة مثل دين تعويض عن ضرر قبل تقدير التعويض.⁵

¹ منذر أبو الفضل، مرجع سابق، ص 281.

² محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 522.

³ عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 789، 790.

⁴ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 524.

⁵ مصطفى أحمد أبو عمرو، مرجع سابق، ص 244.

رابعا . أن يكون الدينان مستحقا الأداء:

يشترط لصحة المقاصة استحقاق الدينين للأداء وعلى ذلك لا تقع المقاصة إذا كان أحد الدينين مؤجلا ، حيث لا يجوز إجبار المدين على الوفاء بدين قبل حلول الأجل، ولا تقع المقاصة إذا كان أحد الدينين معلقا على شرط واقف، أما إذا كان الشرط فاسخا فإنه لا يحول دون وقوع المقاصة.¹

خامسا . أن يكون الدينان صالحان للمطالبة القضائية:

فإذا كان أحدهما أو كلاهما نتاج التزام طبيعي فلا مقاصة حيث لا يجبر المدين على تنفيذ التزام طبيعي، فإذا انتفى عنصر الإلزام أو القهر في الإلتزام استحالة المقاصة.²

المطلب الرابع . إتحاد الذمة

الفرع الأول . تعريف اتحاد الذمة:

يقصد باتحاد الذمة اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد وبالنسبة إلى دين واحد.³

فالإلتزام يقتضي وجود شخصين مختلفين أحدهما يكون دائنا والآخر يكون مدينا والرابطة القانونية بينهما تدور حول مطالبة الدائن للمدين بتقديم الأداء النوط به، وبالتالي حتى يصح الإلتزام فلا بد أن يكون شخص الدائن مختلفا عن شخص المدين، والغالب ان يقع اتحاد الذمة بسبب الوفاة كما لو توفي الدائن وورثه المدين فتتحد ذمة كل منهما في شخص واحد هو شخص المدين الأصلي الذي يصبح بعد اتحاد الذمة لا دائنا ولا مدينا، قد يقع اتحاد الذمة في حال الحياة مثل.....وقد يقع اتحاد الذمة في الحقوق الشخصية وقد يقع في الحقوق العينية كما إذا ورث صاحب العقار المرتفق العقار المرتفق به.⁴

الفرع الثاني . آثار اتحاد الذمة:

يترتب على اتحاد الذمة انقضاء الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة ومعه الضمانات التي كانت تكفله، ولما كانت العلة في انقضاء الدين باتحاد الذمتين هي استحالة مطالبة الإنسان لنفسه فإنه متى زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة كان لزاله أثر رجعي وعاد الدين إلى الوجود هو ملحقاته بالنسبة لذوي الشأن جميعا وكأن اتحاد الذمة لم يكن.⁵

وهذا ما جاءت به المادة 304 من القانون المدني الجزائري.

¹ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 515.

² محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص 350، 351.

³ أيمن سعد سليم، مرجع سابق، ص 75.

⁴ المرجع نفسه، ص 76.

⁵ جميلة دوار، كرجع سابق، ص 101، 102.

فيكون لاتحاد الذمة أثر رجعي كما لو ابطلت الوصية بعد وفاة الموصي وكان اتحاد الذمة بسبب الوصية، فالوصية تزول بأثر رجعي متى أبطلت هذه الوصية.¹

المبحث الثالث: انقضاء الإلتزام بدون وفاء.

المطلب الأول . الإبراء.

الفرع الأول . تعريف الإبراء:

الإبراء هو نزول الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل فهو تصرف تبرعي، وإذا استوفى الدائن عين حقه كان هذا وفاء وإذا استوفى مقابلا في حقه كان هذا وفاء بمقابل وإذا نزل عن حقه فلم يستوفه لا عينا ولا بمقابل كان هذا إبراء، والإبراء تصرف قانوني يصدر من جانب واحد هو الدائن.²

الفرع الثاني . شروط الإبراء:

الإبراء من التصرفات التبرعية، فيها يعطي الدائن ولا يأخذ مقابلا لما أعطاه ولذلك تسري عليه الأحكام الموضوعية للتبرع ولا يشترط فيه الشروط الشكلية للتبرع فلا يشترط فيه شكل خاص ولو وقع على التبرع لقيامه توافر شكل فرضه القانون غو اتفق عليه المتعاقدان.³

وعليه فإنه يجب أن يتوافر في الإبراء الشروط الآتي ببيانها:⁴

أولاً- يجب أن يصدر الإبراء من دائن ذي أهلية كاملة، والأهلية هنا هي أهلية التبرع فلا يجوز للقاصر أو المحجور عليه إبراء المدين من الدين.

ثانياً- أن يقوم الدائن بالإبراء لا شخص آخر غيره فلا يجوز للولي أو الوصي أو القيم إبراء مدين الصغير أو المحجور عليه لأنهم لا يملكون ولاية التبرع في مال محجورهم بل ولا يجوز ذلك حتى بإذن من المحكمة فالمحكمة لا تملك ولاية التبرع في مال المحجور عليهم.

ثالثاً. أن تكون إرادة الدائن خالية من العيوب ، فيجب ألا يشوبها غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال وإلا كان الإبراء قابلا للإبطال.

¹مصطفى أحمد أبو عمرو، مرجع سابق، ص 251).

²عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 962).

³أيمن سعد سليم، مرجع سابق، ص 302).

⁴عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص من 972 إلى 975).

رابعا. ألا يكون محل الإبراء مخالفا للنظام العام والآداب العامة، ومحل الإبراء هو الإلتزام الذي يبره الدائن المدين منه.

خامسا . أن يكون سبب الإبراء مشروعاً غير مخالفا للنظام العام والآداب العامة.

الفرع الثالث . آثار الإبراء.

الإبراء سبب من أسباب انقضاء الدين فإذا أبره الدائن مدينه من الدين الذي في ذمته ينقضي هذا الدين بالإبراء مثلما ينقضي بالوفاء، ويؤدي الإبراء إلى انقضاء الدين بتأميناته أي بكل ما يكفله أو يضمنه من تأمينات كالرهن والإمتهان، ويترتب على الإبراء في حالة وجود مدينين متضامنين تبرئة ذمة هذا المدين المبرر دون بقية المدينين إلا إذا أبرههم الدائن صراحة معه، فإذا لم يصدر عن الدائن تصريح بإبرائهم بقي كل واحد من المدينين المتضامنين ملزماً بالدين.¹

المطلب الثاني: إستحالة الوفاء. (إستحالة التنفيذ)

نصت المادة 307 من القانون المدني الجزائري على أنه " ينقضي الإلتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي".

الفرع الأول . شروط انقضاء الدين باستحالة الوفاء:

يستشف من نص المادة 307 ان استحالة تنفيذ الإلتزام الراجعة إلى سبب خارج عن إرادة المدين هي سبب يؤدي إلى انقضاء الإلتزام مما يبره ذمة المدين كلياً من الوفاء بهذا الإلتزام

وعليه وطبقاً لنص المادة 307 ولكي تكون للإستحالة يد في انقضاء الإلتزام ينبغي توفر ما يلي من الشروط:

أولاً . أن يكون الإلتزام مستحيلاً:

والمقصود بالإستحالة التي ينقضي بها الدين هي تلك التي تطرأ بعد نشوئه لأن الإلتزام لا ينشأ أصلاً إذا كان محله مستحيلاً منذ البداية ، ويجب ان تكون الإستحالة تامة أي عدم إمكانية الوفاء بالإلتزام طبقاً للظروف الممكنة والمألوفة للناس، ولا يكفي ان ينطوي تنفيذ الإلتزام على إرهاب للمدين طالما أنه لازال ممكناً، فالإلتزام المرهق لا ينقضي بل يمكن أن يؤدي إلى تخفيف العبء عن المدين من خلال تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، والإستحالة قد تكون مادية مادية كهلاك الشيء المبيع إذا كان معيناً بذاته، وقد تكون قانونية كنزح ملكية الأرض التي يلتزم المدين بنقل ملكيتها للمنفعة العامة.²

¹ ابن ددوش نصره، إنقضاء الإلتزام دون الوفاء به في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، أطروحة لنيل درجة دكتورا في الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2010، 2011، ص 23 إلى 25.

² محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 544.

ثانيا . أن ترجع الإستحالة إلى سبب أجنبي:

يجب ألا تكون للمدين يد في إحداث الإستحالة أي ان يرجع ذلك إلى سبب أجنبي خارج عن إرادة المدين كالقوة القاهرة او خطأ الدائن غو خطأ الغير ، أما إذا لم يثبت السبب الأجنبي افترض أن الإستحالة ترجع إلى خطأ المدين فلا ينقضي الإلتزام إلا أنه يتعين تنفيذه بمقابل.¹

الفرع الثاني: آثار استحالة التنفيذ:

أولا . إنقضاء الإلتزام وتوابعه:

يترتب على استحالة تنفيذ الإلتزام بسبب أجنبي انقضاء الإلتزام بتوابعه، فتنقضي التأمينات العينية والشخصية الاي كانت تكفله، فإذا كان هناك رهن أو حق امتياز قبل استحالة تنفيذه ، فإه هذه الحقوق العينية تنقضي بانقضاء الإلتزام ويجب على الدالان أن يقوم بالإجراءات الواجبة لشطب القيد الذي كان يشهر هذه التأمينات، وإذا كان للإلتزام كفيل شخصي ثم استحالة تنفيذه بسبب اجنبي فانقضى وبرعت ذمة المدين منه فإن ذمة الكفيل الشخصي تبرء تبعا لبراءة ذمة المدين.²

ثانيا . تحمل التبعة في العقد:

إذا انقضى الإلتزام لاستحالة تنفيذه بسبب اجنبي فقد انقضى دون أن يستوفي الدالان حقه لا عينا ولا بمقابل ومن ثم إذا نظر لهذا الإلتزام وحده كان الدالان هو الذي يتحمل تبعة استحالة التنفيذ إذ عليه هو الغرم دون المدين فيتحمل الدائن وحده تبعة استحالة التنفيذ إذا كان الإلتزام ناشئا عن عقد ملزم لجانب واحد، ذلك أن المدين في هذا العقد تبرأ ذمته وينقضي التزامه لاستحالة تنفيذه ، اما إذا كان الإلتزام ملزما للجانبين واستحال تنفيذ احد الإلتزامين المتقابلين بسبب أجنبي فانقضى هذا الإلتزام فإن الإلتزام المقابل ينقضي تبعا لانقضاء الإلتزام الأول.³

ولكنه استثناء قد تتوفر شروط استحالة التنفيذ ومع ذلك لا يترتب اثرها ولا ينقضي التزام المدين وذلك في بعض الحالات وهي حالة إذا نشأت الإستحالة بعد إعدار المدين وحالة إذا كان المدين سارقا فالتزامه برد الشيء المسروق لا ينقضي وحالة إذا كان المدين قد قبل ان يتحمل تبعة الحادث المفاجئ او القوة القاهرة وهي الحالة التي وردت في المادة 178 من القانون المدني الجزائري.⁴

المطلب الثالث : التقادم المسقط.

ينظر المواد من 308 إلى 322 من القانون المدني.

¹ جميلة دوار، مرجع سابق ، ص 107.

² عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 988، 989.

³ المرجع نفسه، ص 991.

⁴ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 389.

خاتمة:

تعتبر نظرية الإلتزام نظرية قانونية ذات أهمية بالغة ، على دراس القانون و شارحه و مطبقة الاعتناء بتعلمها و التحكم بها.

و هي العمود الفقري للقانون الخاص بل للقانون برمته، حيث تعتبر مواضيعها مواضيع مرتبطة بالواقع على اعتبار أن الشخص القانوني هو شخص اجتماعي يدخل في علاقات قانونية مع غيره ترتب عليه التزامات و تمنحه حقوق.

فمرد الفصل في حالة النزاع إلى هذه النظرية و هذه الأحكام، لدى لا سبيل عن معرفتها و التمكن فيها.