جامعة علي لونسي البليدة 2
كلية الحقوق والعلوم السياسية

دروس فـي أحكـام الالتزام فـي القانـون المدنـي الجزائـري

موجهـة لطلبة السنـة الثانية ليسانـس
المجموعة الأولـى

الدكتـور
عبـدو أحمـد

السنة الجامعية 2022/2021

تقديـم

هذه دروس في أحكام الالتزام موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس – جذع مشترك– المجموعة الأولى للسنة الجامعية 2022/2021.

والمعلوم أن دراسة أحكام الالتزام في هذا الطور هي تتمة للجزء الأول من البرنامج الذي يتمثل في دراسة مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية في القانون المدني الجزائري.

ولقد اعتمدت في إنجاز هذه الدروس على المختصر المفيد الذي لا يخل بالموضوع، فاختصرت حيث يجب الاختصار، وأسهبت حيث يجب الاسهاب، وذلك في إطار القانون المدني الجزائري كأصل عام مع تبيان أحكام القانون المدني الفرنسي وأحكام القانون المدني المصري كلما دعت الضرورة إلى ذلك.

مبحث تمهيدي

الالتزام الطبيعي L'obligation naturelle

تعريف الالتزام الطبيعي والتمييز بينه وبين الالتزام المدني

الالتزام الطبيعي هو التزام لا يمكن إجبار المدين على الوفاء به، ولكن إذا وفاه هذا الأخير عن بينة واختيار فإن وفاءه يكون صحيحا ولا يستطيع أو يسترد ما وفاه. ومثاله الدين الذي سقط بالتقادم والتزام الأب بتجهيز ابنته عند الزواج.... الخ[1].

أما الالتزام المدني فهو الذي يمكن إجبار المدين على الوفاء به، إذا لم يؤده برغبته واختياره، ومثاله التزام البائع بتسليم المبيع في ميعاده، والتزام المؤجر بصيانة العين المؤجرة أثناء مدة الإيجار....الخ[2]

وبالتالي هو التزام ناقص يفتقر إلى عنصر المسؤولية والجزاء، وعلى ذلك فالالتزام المدني يتحلل إلى عنصرين: **الأول:** هو عنصر المديونية أو الواجب، **والثاني:** هو عنصر المسؤولية أو الجزاء. أما الالتزام الطبيعي فهولا ينطوي إلا على عنصر واحد، هو عنصر الواجب أو المديونية، فمن الواجب على المدين في التزام طبيعي أن يوفي بالتزامه، ولكنه إذا تخلف عن الوفاء به فلا يجبر على ذلك، والالتزام الطبيعي بهذا الوصف يقترب كثيرا من الواجب الأخلاقي الذي لا يحميه القانون بأي جزاء مدني.[3]

وعلى هذا الأساس سمي الالتزام الطبيعي بالالتزام الناقص. ولقد أكدت المادة 160 مدني جزائري على هذه التفرقة بين الالتزام الطبيعي والالتزام المدني بقولها: " المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به، غير أنه لا يجبر على التنفيذ إذا كان الالتزام طبيعيا "

---

1 محمود عبد الرحمن محمد، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1999، ص4.

2نفس المرجع، ص4.

3سمير عبد السيد تناغو، المبادئ الأساسية في نظرية العقد وأحكام الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص207.

المطلب الأول

الأساس الذي يقوم عليه الالتزام الطبيعي.

إن وجود الالتزام الطبيعي في دائرة القانون هو وجود استثنائي، لأن الأصل في الالتزام هو اجبار المدين على تنفيذ التزامه باعتباره الخاصية الأساسية للرابطة القانونية التي تنشئ الالتزام، وهي الخاصية التي يفتقر إليها الالتزام الطبيعي.[1]

ولقد اختلف الفقهاء حول تحديد أساس الالتزام الطبيعي، فمنهم من برى أن هذا الالتزام هو التزام مدني منعه مانع قانوني من ترتيب آثاره كاملة، ومنهم من يرى أن الالتزام الطبيعي واجب خلقي يتميز باعتراف القانون به في حالات معينة.

ونتطرق لهذين الرأيين فيما يلي:

الفرع الأول

الرأي الفقهي التقليدي في الالتزام الطبيعي

يربط هذا الرأي الفقهي بين الالتزام الطبيعي والالتزام المدني، إذ يرى أن الالتزام الطبيعي ليس إلا التزاما مدنيا متحللا عاقه مانع قانوني على أن يولد آثاره كاملة، ولذا يطلق على هذا الرأي إسم نظرية الالتزام المدني المتحلل، (Théorie de l'obligation civile dégénérée) فحسب هذا الرأي لا جود لالتزام طبيعي إلا في الحالات التي يكون فيها هناك التزام مدني عاقه مانع قانوني على أن يرتب آثاره، وهذا المانع قد يوجد منذ البداية عند نشأة الالتزام، وقد يتوافر بعد نشوئه وبعد أو توكدت آثاره.[2]

ففي الحالة الأولى، لم يستكمل الالتزام المدني منذ البداية عناصره، فتخلف عنه التزام طبيعي، كالالتزام الطبيعي المتخلف في ذمة القاصر لإبطال الالتزام المدني الذي عقده دون إذن نائبه، وكالالتزام الطبيعي المتخلف في ذمة الورثة نتيجة لبطلان الهبة الصادرة عن مورثهم لعيب في الشكل. إلا أن الفقه انتقد هذا المثال، إذا يرى أن تنفيذ التبرع الذي لا يستوفي شرط الشكل لا يعتبر وفاء بالالتزام طبيعي، بل يعد إجازة للهبة.[3]

---

1 محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص5.

2 نفس المرجع، ص6.

3 نفس المرجع، ص6، وانظر أيضا الهامش (2) من نفس المرجع ص6.

وفي الحالة الثانية، ينقضي الالتزام المدني دون الوفاء به، ويخلف وراءه التزاما طبيعيا. فيبدو الالتزام الطبيعي في هذه الحالة كبقية أو فضلة لالتزام مدني انقضى دون أن يفي به المدين، ومثله الالتزام المدني الذي سقط بالتقادم، أو بالصلح مع المفلس، أو بصدور حكم على خلاف الحقيقة ببراءة ذمة المدين منه، أو بحلف اليمين الحاسمة بغير حق.[1]
ولقد قال بهذا الرأي الفقهي الفقهاء الفرنسيون خلال القرن التاسع عشر.[2] ويقوم هذا الرأي التقليدي على أساس عاملين:[3]

العامل الأول: تقاليد القانون الروماني **العامل الثاني:** الرغبة في فصل منطقة القانون عن منطقة الآداب والأخلاق. فلا يكون الالتزام الطبيعي واجبا أدبيا اعترف به القانون ولو إلى مدى محدود، ولا يكون جسرا يصل ما بين منطقتي القانون والآداب، بل يكون التزاما مدنيا منذ الأصل لم يبرح منطقة الالتزامات المدنية، فتبقى هذه المنطقة منفصلة انفصالا تاما عن منطقة الآداب والأخلاق. وظن أنصار هذا الرأي التقليدي أن هذا الاتجاه بإمكانه أن يحدد حالات الالتزام الطبيعي تحديدا دقيقا، وذلك باعتبار الالتزام الطبيعي ما هو إلا التزام مدني طرأ عليه هذا التحلل بسبب مانع قانوني.

غير أن هذا الرأي التقليدي معيب، بحيث حاول محاولة فاشلة الفصل ما بين منطقتي القانون والآداب فصلا تاما، ذلك أن الالتزام الطبيعي ليس إلا مظهرا لاعتراف القانون بالواجبات الأدبية، فيرقى بها في بعض الحالات إلى حد أن يرتب عليها أثرا قانونيا، فيدخلها بذلك في حظيرة القانون. فالالتزام الطبيعي إذن هو واجب أدبي اعترف به القانون، قبل أن يكون التزاما مدنيا متحللا، وهذا ما قال به الرأي الفقهي الحديث في الالتزام الطبيعي.[4]

---

1 محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص7.

2 AUBRY ET Rou/ Cours de droit civil Français, T,4, P.8 et Si Baudry- La cantinerie et Bard : Traité théorique et pratique de droit civil, F2, P75. Cité par Mahmoud Abderrahmane Op.cit., P7.

3السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الإثبات ، آثار الالتزام، نهضة مصر، طبعة جديدة 2011، ص730.

4نفس المرجع، ص730.

الفرع الثاني

الرأي الفقهي الحديث في الالتزام الطبيعي[1]

يرى هذا الرأي الفقهي الذي ساد في الفقه والقضاء الفرنسيين خلال القرن العشرين أن الالتزام الطبيعي هو واجب خلقي أو أدبي في الأصل، اعترف به القانون في حدود معينة، دون أن يقره تماما ليزوده بالجزاء العادي، فهو واجب تفرضه الأخلاق أولا، ثم يدخل ويرتقي إلى الحياة القانونية من حيث أنه يولد بعض الآثار القانونية. وبهذا المفهوم يكون الالتزام الطبيعي في مرتبة وسطى بين الالتزام المدني ومجرد الواجب الخلقي، فهو ينزل عن الالتزام المدني في استحالة قهر المدين على الوفاء به، ويرتفع عن مجرد الواجب الخلقي أو الأدبي في أن الوفاء به لا يعد تبرعا.

وعليه لا تلازم بين الالتزام الطبيعي والالتزام المدني كما يرى أنصار الرأي التقليدي، بل إن الالتزام الطبيعي هو الذي يصل ما بين منطقتي القانون والآداب، فهو إذن النقطة المشتركة في المنطقتين، فهو في منطقة الآداب من حيث أنه واجب أدبي، وهو في منطقة القانون من حيث أنه يولد بعض الآثار القانونية. وبالتالي فالرأي الفقهي الحديث في الالتزام الطبيعي يقول أن الالتزام الطبيعي هو واجب أدبي تقتضيه الأخلاق في المقام الأول، وفي المقام الثاني يتدخل القانون في نطاق محدود، فيعترف به مديونية لا مسؤولية، فيكون قابلا للتنفيذ الاختياري دون التنفيذ الجبري، وهذا القول يصدق سواء كان الالتزام الطبيعي واجب أدبي منذ البداية، أو نشأ التزاما مدنيا ولم تترتب آثاره لمانع قانوني فأصبح واجبا أدبيا يرتب عليه القانون بعض الآثار.[2]

وفي الأخير يمكن القول أن رد الالتزام الطبيعي إلى فكرة الواجب الخلقي يعني هدم التفرقة التقليدية بين القانون والأخلاق، واعتبار كل وفاء بواجب خلقي وفاء بالتزام طبيعي، فمن الواجبات الخلقية ما يمكن أن يصبح التزاما طبيعيا، كالتصدق على فقير أو التبرع لجمعية خيرية. ولا يكون الواجب الخلقي التزاما طبيعيا إلا إذا كان هذا الواجب قد ارتفع في وعي الجماعة إلى حد التعرف على وجوب الوفاء به إرضاء للشرف والضمير[3].

1محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص8،9.

2السنهوري، المرجع السابق، 731.

3محمود عبد الرحمان محمد، مرجع سابق، ص10.

وبناء على ما سبق يجدر بنا الحديث عن الالتزام الطبيعي والواجب الأدبي، فالواجب الأدبي هو التزام انساني وأخلاقي لا تتبناه القواعد القانونية من حيث فرض وجوده ولا من حيث فرض أدائه على الأشخاص المخاطبين بالقانون. وبالتالي فإن أساس وجود الواجب الأدبي ليس القانون، وإنما ضمير الجماعة وأخلاقيات الأفراد كما هو الشأن في الدعوة إلى الاحسان إلى الفقراء والتضامن مع الأصدقاء في أوقات الشدة.[1]

أما الالتزام الطبيعي فيحمل أحد عناصر الالتزام المدني، وهو عنصر المديونية الذي يرقى به إلى مرتبة أعلى من الواجب الأدبي.[2]

المطلب الثاني
آثار الالتزام الطبيعي[3]

الفرع الاول
صحة الوفاء الاختياري بالالتزام الطبيعي

ذكرنا فيما سبق أن افتقار الالتزام الطبيعي إلى عنصر المسؤولية يعني أن المدين غير مجبر على تنفيذه، لكن في حالة تنفيذ المدين للالتزام الطبيعي طواعية يصبح التزامه مكتمل العناصر، وعليه لا يمكن المدين الرجوع في الوفاء ومطالبة الدائن باسترداد ما أداه إليه. وهذا ما تؤكده المادة 162 مدني جزائري بالقول على أنه: " لا يسترد المدين ما أداه باختياره بقصد تنفيذ التزام طبيعي". وسبب ذلك لأن وجود عنصر المديونية في الالتزام الطبيعي يعني أن الوفاء به هو وفاء بدين واجب في الذمة وليس دفعا لغير مستحق.

1 حسن عبد الباسط جميعي، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، الجزء الثاني، 2001-2002.

2 السنهوري، المرجع السابق، ص724،725.

3 عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص19، 20، 21، 22، 23.

ويكون ذلك أيضا لأن وفاء المدين بالتزام طبيعي وهو على علم بالطبيعة القانونية لهذا الالتزام يؤدي إلى أن يكون الوفاء صحيحا، فلا يجوز للمدين المطالبة باسترداد ما قام بوفائه.[1]

الفرع الثاني
صلاحية الالتزام الطبيعي لإنشاء الالتزام المدني

إن إقرار المدين صراحة بوجود الالتزام في ذمته والتزامه بالوفاء أو بالوفاء بالدين فعلا يعتبر استكمالا لعنصر المسؤولية في الدين مما يؤدي إلى تحول الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني، وعليه لا يمكن للمدين أن يتراجع عن الوفاء أو يطالب باسترداد ما أوفاه.

وهذا ما نصت عليه المادة 163 مدني جزائري بالقول على أنه: " يمكن أن يكون الالتزام الطبيعي سببا لالتزام مدني"

الفرع الثالث
عدم جواز تطبيق المقاصة بين التزام طبيعي والتزام مدني

تعتبر المقاصة دين مطلوب لدائن بدين منه لمدينه ويستفاد من ذلك أن المقاصة ليست إلا صورة من صور الوفاء بمقابل. ولقد نصت المادة 1/297 مدني جزائري على أنه: " للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له تجاهه ولو اختلف سبب الدينين إذا كان موضوع كل منهما نقودا أو مثليات متحدة النوع والجودة وكان كل منها ثابتا وخاليا من النزاع ومستحق الأداء صالحا للمطالبة قضاء."

والوفاء بالدين في المقاصة يستلزم التماثل بين الدينين وحيث أن الدين الطبيعي لا يتساوى مع الدين المدني حيث يفتقر الأول إلى عنصر المسؤولية، لذلك فمن المستحيل أن تتم المقاصة القانونية بين دين مدني ودين طبيعي[2]. لكن إذا وافق الدائن بالالتزام على إتمام المقاصة بين دينه ودين طبيعي في ذمته للمدين فإن المقاصة تتم على هذا الأساس .

---

1 ولقد ورد في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج2، ص500 أنه: " **يشترط لصحة هذا الوفاء ان يقوم به المدين من تلقاء نفسه دون إجبار، وأن يكون حاصلا عن بينة منه أي وهو مدرك أنه يستجيب لمقتضى التزام طبيعي لا يكفل له القانون جزاء** ". مشار إليه في مرجع عبد الباسط جميعي، المرجع السابق،ص20.

2حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص21،22.

الفرع الرابع
عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعي[1]

تعرف الكفالة بأنها ضم ذمة شخص (هو الكفيل) إلى ذمة المدين في تنفيذ التزامه، وأهم أثر يترتب على الكفالة الزام الكفيل بالوفاء بالدين إذا لم يقم المدين بالوفاء به، الأمر الذي تؤكده المادة 644 مدني جزائري على أن: " الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه "

ولما كان ذلك يعني أنه يمكن إجبار الكفيل على الوفاء بالالتزام، فإنه من البديهي عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعي ، ذلك أنه من غير المتصور أن لا يتمكن الدائن من إجبار المدين الأصلي على الوفاء بالدين ثم يتمكن من إجبار الكفيل على الوفاء به.[2]

المطلب الثالث
موقف المشرع الجزائري من الالتزام الطبيعي.

لم يتطرق القانون المدني الجزائري للالتزام الطبيعي إلا بصفة عرضية، ولم يحدد أنواع الالتزام الطبيعي على سبيل الحصر وذلك لصعوبة تحديد ذلك، ولكن ترك أمر تقديرها للقضاء، ليقرر متى يعتبر الواجب الخلقي أو الأدبي قد ارتقى إلى منزلة الالتزام الطبيعي، مراعيا في ذلك الوعي العام في الجماعة وما تحتمه من أخلاق البيئة ويقضي به ضمير الفرد العادي.[3]

وهذا ما نصت عليه المادة 161 مدني جزائري على أنه: " يقرر القاضي عند عدم النص ما إذا كان هناك التزام طبيعي، وعلى أي حال فإنه لا يجوز أن يخالف الالتزام الطبيعي النظام العام "

والمقصود بهذه المادة أنه إذا وجد نص تشريعي يقضي في حالة معينة بأن هناك التزاما طبيعيا، وجب تطبيق هذا النص ومثل ذلك ما ورد في نص المادة 320 مدني جزائري على

---

1 انظر حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص22.

2 نفس المرجع، ص22.

3 أنظر في هذا المعنى محمد عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص12.

أنه: " يترتب على التقادم انقضاء الالتزام، ولكن يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي، وإذا سقط الحق بالتقادم تسقط معه ملحقاته ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات ".

وإذا لم يكن هناك نص تشريعي يتكلم عن الالتزام الطبيعي فإن تقدير وجود هذا الالتزام يترك للقاضي. وهذا ما نصت المادة 161 مدني جزائري بالقول على أنه: " يقدر القاضي عند عدم النص ما إذا كان هناك التزام طبيعي وعلى أي حال فإنه لا يجوز أن يخالف الالتزام الطبيعي النظام العام ". ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 320 مدني جزائري بالقول أنه: " يترتب على التقادم انقضاء الالتزام، ولكن يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي.... ".

وإذا لم يوجد مثل هذا النص، فإن تقدير وجود الالتزام الطبيعي يترك للقاضي، غير أن سلطة القاضي في هذا التقدير ليست مطلقة، بل ترد عليها قيود هي: التحقق أولا من قيام واجب أدبي، وأن يثبت بعد ذلك من أن هذا الواجب يرقى في وعي الجماعة إلى مرتبة الالتزام الطبيعي، وأن يستوثق في النهاية من أن إقراره على هذا الوجه لا يتعارض مع النظام العام.[1] ويتعين على القاضي أن يتحقق **أولا** من وجود واجب أدبي أو خلقي محدد ، **وثانيا** من أن هذا الواجب قد ارتقى في وعي الفرد أو في وعي الجماعة إلى مرتبة الالتزام الطبيعي، **وثالثا** من أن إقرار هذا الواجب لا يتعارض مع النظام العام. وهذه العناصر الثلاثة تمليها النظرية الحديثة للالتزام الطبيعي.

ويتضح مما قلناه سابقا، أن دراسة أحكام الالتزام لا ترتبط بالالتزام الطبيعي الذي قد يترتب عليه آثار قانونية، وإنما موضوعها هو الالتزام المدني لأنه هو وحده الذي يتحقق فيه وصف الالتزام القانوني والذي يمكن اللجوء بشأنه إلى القضاء ويمكن تنفيذه جبرا في حالة امتناع المدين عن تنفيذه طواعية.[2]

1محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق،ص13، 14.

2حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص23.

الفصل الأول
تنفيذ الالتزام

نعني بتنفيذ الالتزام هو ترتيب الآثار القانونية التي يرمي إلى تحقيقها الالتزام المدني، فتنفيذ الالتزام هو المرحلة الثانية التي تمنح للالتزام الوجود القانوني بعد مرحلة الانشاء أو التكوين.

وإن تنفيذ الالتزام يتم بطريقتين، إما أن ينفذ تنفيذا عينيا وهذا هو الأصل، وإما أن ينفذ بمقابل أو عن طريق التعويض، وهذا هو البديل القانوني عند تعذر تنفيذ الالتزام عينا.

وتوضيحا لذلك سنتطرق في إطار هذا الفصل إلى التنفيذ العيني في المبحث الأول، وفي المبحث الثاني نتناول التنفيذ بمقابل أو التنفيذ عن طريق التعويض.

المبحث الأول
التنفيذ العيني للالتزام

إذا التزم الشخص التزاما مدنيا، أصبح ملزما بترتيب الآثار القانونية التي ترتب على هذا الالتزام وفق الطريقة التي حددها المشرع، ومن أجل تحقيق ذلك كان عليه أن ينفذ التزامه عينا أي وفق محل هذا الالتزام، والالتزام المدني هو الالتزام بالمعنى الكامل لهذا الاصطلاح، وإذا أطلق لفظ الالتزام فكون المقصود به هو الالتزام المدني، وآثار الالتزام تتلخص في ضرورة تنفيذه إما طوعا او اختيارا أو جبرا على المدين وقهرا لإرادته، والتنفيذ الاختياري للالتزام لا يثير أي بحث خاص، ولكن الذي يحتاج الى بحث هو التنفيذ القهري، عندما يرفض المدين الاستجابة الى عنصر المديونية في التزامه، والتنفيذ القهري من نوعين **الأول هو التنفيذ العيني، والثاني هو التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض.**[1] وإن الحديث عن التنفيذ العيني للالتزام يقتضي منا التطرق **أولا** لتعريفه ثم **ثانيا** لشروطه.

ولدراسة التنفيذ العيني للالتزام، سنتطرق إليه ضمن المطالب التالية:

1 سمير عبد السيد تناغو، المبادئ الأساسية في نظرية العقد وأحكام الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص211.

المطلب الأول
المقصود بالتنفيذ العيني للالتزام وشروطه

الفرع الأول
تعريف التنفيذ العيني

الأصل في تنفيذ الالتزام هو تنفيذه عينا أي حسب موضوع الالتزام أي محله، وبذلك نقول أن الوفاء بالالتزام يكون يعين ما التزم به المدين.[1]

فلا يجوز للمدين أن يعرض التنفيذ بمقابل متى كان التنفيذ العيني ممكنا، ولا يجوز للدائن ان يطلب التنفيذ بمقابل إذا عرض المدين أن ينفذ التزامه تنفيذا عينيا، فالتنفيذ بمقابل هو تعويض للدائن عن حقه في الحالات التي لا تتوافر فيها شروط التنفيذ العيني.[2]

فالتنفيذ العيني هو العبء الذي استعد المدين للقيام به أصلا، وهو في نفس الوقت الوسيلة الوحيدة التي ترضي الدائن إرضاء كاملا، ومن ثمة فهو حق لكل من الدائن والمدين على سواء، ولا يحق لأي منهما العدول عنه الى التعويض إلا بموافقة الطرف الآخر.[3]

وبعبارة أخرى، التنفيذ هو الوفاء بالالتزام المدني، أي قيام المدين بذات العمل الذي التزم بالقيام به سواء كان هذا العمل عملا إيجابيا أو سلبيا وسواء كان العمل الايجابي يتمثل في دفع مبلغ من النقود أو تسليم شيء أو نقل حق عيني أو غير ذلك من الأعمال.[4]

وحسب تعريف الالتزام بأنه علاقة بين شخصين توجب على أحدهما أداء ماليا معينا قبل الآخر. وهذه العلاقة علاقة قانونية، بمعنى أن الدولة بسلطاتها القضائية والتنفيذية تؤمن تنفيذ ما ينتج عنها من آثار وفقا للقانون. ومقتضى الواجب في هذه العلاقة أن يقوم الطرف الملقى على عاتقه هذا الواجب بتنفيذ ما يجب عليه من تلقاء نفسه. ومقتضى الضمان

---

1 أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، (أحكام الالتزام)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2005، ص147.

2 سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص213.

3 محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص52.

4 مصطفى الجمال، رمضان محمد أبو السعود، نبيل إبراهيم سعد، مصادر وأحكام الالتزام –دراسة مقارنة– منشورات الحلبي الحقوقية، القاهرة، 2003، ص563.

القانوني لتنفيذ هذا الواجب تولي الدولة بسلطاتها المذكورة إجباره على تنفيذه، إذا لم يقم بذلك اختيارا.

الفرع الثاني
شروط التنفيذ العيني

تنص المادة 164 مدني جزائري على أنه: " يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 180، 181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا "

ونستنتج من هذه المادة أن شرط التنفيذ العيني ثلاثة هي:

أولا: أن يكون ممكنا

بمعنى ألا يكون التنفيذ مستحيلا، فإذا كانت الاستحالة راجعة الى خطأ المدين رجع الدائن بالتعويض، أما إذا كانت راجعة إلى سبب أجنبي فإن الالتزام ينقضي دون تعويض.[1] الأمر الذي تؤكده المادة 307 مدني جزائري على أنه: " ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته " أي ينقضي الالتزام بقوة القانون دون مقابل أو تعويض.

ويعتبر التنفيذ العيني غير ممكن إذا كان إجراؤه يقتضي تدخل المدين الشخصي ويأبى المدين أن يقوم بتنفيذ التزامه، ويتحقق ذلك على وجه خاص في عمل الرسام والممثل والفنان بوجه عام وفي كل عمل فني كعمل الطبيب وعمل المهندس. فإذا لم يلجأ القاضي إلى التهديد المالي، أو لجأ إليه ولم ينتج، ولم يبق إلا اعتبار التنفيذ العيني غير ممكن، فلا مناص إذن من مجاوزته والالتجاء إلى طريق التعويض.[2]

وجميع ضروب الالتزام من المتصور استحالة تنفيذها بخطأ المدين عدا الالتزام بدفع مبلغ من النقود.[3]

---

1 عبد المنعم حسني، الموجز في النظرية العامة للالتزام، ملحق مجلة المحاماة للعددين الثالث والرابع، السنة الحادية والسبعون، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، 1991، ص153.

2 السنهوري، المرجع السابق، ص760.

3 توفيق حسن فرج، جلال علي العدوي، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام– أحكام الالتزام (مع مقارنة بين القوانين العربية)، منشورات الحلبي الحقوقية، القاهرة، 2002، ص617.

ثانيا- أن يطلب الدائن التنفيذ العيني أو يتقدم به المدين

وهذا الشرط تمليه القواعد العامة دون حاجة إلى نص، إذ لم يخلق القضاء للتدخل في شؤون من لا يرغب في عرض الأمر عليه في المسائل المدنية الخاصة، فهذا الطلب ضروري لتدخل القضاء، وقيام السلطة العامة بإلزام المدين بالوفاء، فلم يعد مقبولا في التشريعات الحديثة أن ينصب المرء نفسه قاضيا في شؤونه وحقوقه.[1]

وإذا طلب الدائن التنفيذ العيني وكان ممكنا، يجبر المدين على التنفيذ العيني أي على أداء عين ما التزم به، وكذلك إذا تقدم المدين بالتنفيذ العيني -وكان في هذه الحالة ممكنا- فليس للدائن أن يرفضه ويطلب التعويض مكانه، بل تبرأ ذمة المدين بالتنفيذ العيني الكامل رضي به الدائن أو أباه.[2]

فإذا لم يطلب الدائن التنفيذ العيني -حتى ولو كان ممكنا- واقتصر على طلب التعويض، ولم يعرض المدين من جهته أن يقوم بتنفيذ التزامه عينا، فإنه يستبدل التنفيذ العيني بالتعويض، ويكون هذا على أساس اتفاق ضمني بين الدائن والمدين.[3]

ثالثا- ألا يكون التنفيذ العيني للالتزام مرهقا للمدين

قد يكون التنفيذ العيني ممكنا، ولكن في تنفيذه إرهاق للمدين، ففي هذه الحالة يمكن استبدال بالتعويض أي التنفيذ بمقابل وهذا ما نصت عليه المادة 203 مدني مصري، ولم يحدد المشرع المقصود بالإرهاق تاركا الأمر للقضاء، ويذهب الشراح إلى أنه لا يدخل في معنى الارهاق زيادة الكلفة نتيجة ارتفاع الأسعار أو الرسوم أو فرض ضرائب جديدة، ولكن يتحقق هذا الارهاق إذا كانت الفائدة التي ستعود على الدائن لا تتناسب مع الضرر الذي سيصيب المدين منه، وكان في التعويض ترضية كافية للدائن.[4]

والارهاق ينطوي على معنى العنت الشديد، ولا يكفي فيه مجرد العسر والكلفة والضيق، بل يجب أن يكون التنفيذ العيني من شأنه أن يلحق بالمدين خسارة جسيمة فادحة، ويترك التقدير في ذلك للقاضي.[5]

1حسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام -الجزء الثاني- أحكام الالتزام-دراسة مقارنة-، دار وائل، الأردن، الطبعة الأولى، 2004، ص70.

2السنهوري، المرجع السابق، ص762.

3نفس المرجع، ص762.

4توفيق حسن فرج، جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص617.

5السنهوري، المرجع السابق، ص764.

وإن اشتراط ألا يكون التنفيذ العيني مرهقا للمدين يقوم على أساس عدم جواز التعسف في استعمال الحق، فمن حق الدائن المطالبة بالتنفيذ العيني باعتباره الأصل، ولكن ليس من العدالة أن يتعسف في استعمال هذا الحق بالإصرار على طلب تنفيذ الالتزام عينا بالرغم من كونه مرهقا بالمدين بحيث يلحق به ضررا ماليا جسيما يؤدي إلى إصابته بخسارة مالية جسيمة وفادحة قد تهدده بالإعسار أو الافلاس. وإن كان القانون المدني الجزائري لم ينص على هذا الشرط بخلاف القانون المدني المصري، إلا أنه يمكن الأخذ بنفس الحكم، وذلك باعتبار أن هذا الشرط هو تطبيق لمبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق، وبالتالي تحقيقا لمبدأ العدالة، ويشترط للأخذ بهذا الحكم طبقا لنص المادة 2/203 مدني مصري ألا يصيب الدائن ضررا جسيما بسبب استبدال التنفيذ العيني بالتعويض أي بمقابل، لأنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين وفي العدول عنه ضرر جسيم للدائن، كان هذا الأخير أولى بالرعاية لانعدام التعسف في هذه الحالة من جانبه.[1]

رابعا- إعذار المدين (Mise en demeure)

نصت المادة 164 مدني جزائري على ضرورة إعذار الدائن للمدين لتحقيق التنفيذ العيني، وذلك بالقول على أنه: " يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا " .

وبالتالي فالإعذار شرط من شروط التنفيذ العيني الجبري إذا كان الغاية منه هو إجبار المدين على التنفيذ في حالة إمكانية هذا التنفيذ.

أما إذا كان التنفيذ العيني يتحقق بحكم القانون، أو قام به المدين مختارا غير مجبر، فالظاهر أنه لا حاجة إلى الإعذار في هاتين الحالتين.[2]

1- **المقصود بالإعذار**: يقصد بالإعذار وضع المدين موضع المقصر في تنفيذ التزامه بإثبات تأخره عن الوفاء به، ذلك أن حلول أجل الالتزام دون الوفاء به لا يفيد تقصير المدين، لاحتمال أن يكون الدائن راضيا، أو على الأقل متسامحا في تأخره، ولا يكون المدين مقصرا في عدم الوفاء إلا إذا طولب به ولم يستجب أو استجاب بعد تأخر أحدث ضررا للدائن.[3]

---

1 توفيق حسن فرج، جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص618، 619.

2 السنهوري، المرجع السابق، ص764.

3 محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص27، 28.

فعلى الدائن متى أراد من المدين تنفيذ التزامه عند حلول أجله أن يشعره بذلك عن طريق مطالبته بالوفاء، وعند ذلك على المدين أن يبادر إليه، وإلا كان مقصرا في تنفيذ هذا الالتزام.[1]

" فالتأخير الذي يعتد به المشرع ليس هو التأخير الفعلي، إنما التأخير القانوني، وهو الحالة القانونية التي يوجد فيها المدين غير منفذ لالتزامه من لحظة إعذاره "[2]

والملاحظ أن القانون المدني الجزائري اشترطه في المطالبة بالتنفيذ العيني الجبري أو المطالبة بالتنفيذي الجبري بمقابل أي عن طريق التعويض الذي نصت عليه المادة 179 مدني جزائري.

2-**الطريقة القانونية للإعذار**: حددت المادة 180 مدني جزائري الطريقة القانونية للإعذار بالقول: " يكون إعذار المدين بإنذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإعذار 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 "

ومن هذا النص يتبين أن الإعذار يتم بالإنذار أو بما يقوم مقامه، فالإعذار يتم أصلا بالإنذار Sommation والإنذار هو ورقة رسمية من أوراق المحضرين تعلن إلى المدين بناء على طلب الدائن ينبه فيها عليه بالوفاء وهذا هو الطريق العادي للإعذار، ولذلك يقال: **" قد أعذر من أنذر**"[3]

ولصحة الإعذار يلزم إعلام الإنذار إلى المدين، وقد أوضح قانون الإجراءات المدنية والإدارية[4] طريقة ذلك عن طريق التبليغ الرسمي للعقود القضائية وغير القضائية والسندات التنفيذية وذلك بتسليم نسخة من هذا الإعلان إلى المطلوب تبليغه أين وجد ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. ويكون تبليغ إعلان الإنذار بالتنفيذ العيني للالتزام إلى المدين شخصيا، وإذا تعذر ذلك يتم تبليغ هذا الإعلان في موطن المدين الأصلي إلى أحد أفراد عائلته المقيمين معه أو في موطنه المختار بشرط أن يكون الشخص الذي تلقى الإعلان

---

1 محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص29.

2 شكري سرور، ص39، نقلا عن محمود عبد الرحمان محمد، المرجع السابق، ص29.

3 محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص29.

4 القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008.

متمتعا بالأهلية، وإلا كان الإعلان قابلا للإبطال (المادة 410 إجراءات مدنية وإدارية) ولصحة تبليغ إعلان إنذار المدين بالتنفيذ العيني لالتزاماته نطبق أحكام المواد من 406 وما بعدها من قانون الإجراءات المدية والإدارية.

أما الطريقة القانونية الثانية فقد بينتها المادة 180 مدني جزائري وذلك بجواز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون أي القانون المدني إلا أن هذا الوجه لا وجود لبيانه في القانون المدني ولا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ونعتقد أنه بما أن المادة 180 أجازت التبليغ عن طريق البريد، فإن هذا التبليغ يتم عن طريق رسالة بريدية موصى عليها بإشعار الاستلام لإثبات معرفة المدين بالإعذار.

أما مطالبة المدين بورقة غير رسمية، كخطاب مسجل أو برقية فلا تقوم مقام الإنذار، ولا تكفي للإعذار، إلا إذا كان هناك اتفاق بين الدائن والمدين على كفايتها، وهذا الاتفاق جائز، لأن قاعدة اشتراط الإنذار أو ما يقوم مقامه لا تتعلق بالنظام العام.[1]

والدليل على ذلك ما نصت عليه المادة 180 مدني جزائري بجواز اتفاق الدائن والمدين بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول أجل الوفاء دون حاجة إلى أي إجراء آخر. وقياسا على ذلك ومن باب أولى يجوز الاتفاق بين الدائن والمدين على أن يتم الإعذار بخطاب مسجل أو خطاب عادي أو بإخطار شفوي، بشرط أن يثبت الدائن اتمام الإعذار على هذا الوجه.

3-الحالات القانونية التي لا ضرورة فيها للإعذار (الاستثناءات):

طبقا لنص المادة 181 مدني جزائري تتمثل هذه الحالات فيما يلي:

- **إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين:** كما لو كان التنفيذ العيني موضوعه التزام بامتناع عن عمل وأتى المدين هذا العمل.[2]

فإذا أصبح تنفيذ الالتزام غير مجد ولا فائدة منه بسبب فعل المدين، فلا معنى إذن لإعذار المدين، وهذا ما تقضي به طبيعة الأشياء، لأن الإعذار هو دعوة المدين إلى تنفيذ التزامه وقد أصبح هذا التنفيذ غير ممكن أو غير مجد بفعله، كأن يلتزم محام برفع استئناف عن حكم وينتهي ميعاد الاستئناف قبل أن يرفعه، مثاله أيضا أن يبيع شخص إلى آخر

1محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص29.

2مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص643.

عقار، ثم يبيعه إلى ثان فيسجل هذا عقده قبل أن يسجل الأول، فيصبح تنفيذ التزام نحو المشتري الأول غير ممكن، ومن ثم لا ضرورة للإعذار.[1]

- **إذا كان محل الالتزام تعويضا عن عمل مضر:** ومرجع ذلك أن المدين يكون مقصرا منذ نشوء الالتزام بالتعويض، حيث ينشأ الالتزام عن هذا التقصير، ولذلك حرمه المشرع من ضمانة الإعذار.[2]

والعمل المضر هو عمل غير مشروع يمثل إخلالا بالالتزام بعدم الإضرار بالغير، وبالتالي لم يعد التنفيذ العيني للالتزام ممكنا فلا جدوى من الإعذار إلا أن الاقلال في هذه الحالة لا يمكن تداركه.[3]

- **إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.**
- **إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه:** فمن المنطقي في هذه الحالة عدم الجدوى والفائدة من توجيه الإعذار للمدين لأن المدين عبر عن إرادته الصريحة بعدم تنفيذ الالتزام.

4-**الأثر القانوني المترتب عن تحقق شرط الإعذار:** يترتب على ضرورة الإعذار في ميعاده أي عند حلول أجل الالتزام أو بعده، وضع المدين موضع المقصر، مما يجيز للدائن الشروع في إجراءات التنفيذ الجبري أو طلب فسخ العقد، هذا مع ملاحظة أن رفع الدعوى بالفسخ قضائيا إذا كان يعتبر إعذار كافيا، وأن الاتفاق على وقوع الفسخ بقوة القانون وبدون حاجة إلى حكم لا يعفي الدائن من واجب الاعذار إلا إذا اتفق صراحة على الإعفاء منه.[4](المادة 120 مدني جزائري)

وإلى جانب ما سبق ذكره، تترتب على الإعذار نتيجتان هامتان هما:

- **النتيجة الأولى: انتقال تبعة الهلاك إلى المدين:**

ونعني بذلك انتقال تبعة الهلاك إلى عاتق المدين ولو كانت قبل الإعذار على عاتق الدائن، ويقصد بتبعة الهلاك تحمل خسارة الشيء الذي يهلك بقوة قاهرة وليس بسبب خطأ

1السنهوري، المرجع السابق، ص837.

2 مصطفى الجمال وآخرون، المرجع السابق، ص644.

3السنهوري، المرجع السابق، ص837.

4أنور سلطان، المرجع السابق، ص141.

شخص معين. والأصل أن هذه التبعة تقع على مالك الشيء حتى ولو كان هذا الشيء محل التزام بالتسليم واقع على عاتق شخص آخر غير المالك، فهلاكه في يد المدين بالتسليم لا يمنع من أن خسارته يتحملها المالك.

غير أن الاعذار يؤدي إلى تغيير هذا الحكم وتنتقل تبعة الهلاك إلى المدين بدلا من الدائن. الأمر الذي تؤكده المادة 168 مدني جزائري التي تنص على أنه: " إذا كان المدين الملزم بالقيام بعمل يقتضي تسليم شيء ولم يسلمه بعد الإعذار فإن الأخطار تكون على حسابه ولو كانت قبل الإعذار على حساب الدائن ".

ومفاد هذا النص أنه إذا كان المدين ملتزما بتسليم شيء، وأعذره الدائن بتسليمه، ولكنه لم ينفذ التزامه بالتسليم بعد الإعذار، فإنه هو الذي يتحمل تبعة هلاك هذا الشيء بدلا من الدائن.[1]

ففي عقد الوديعة مثلا إذا هلك الشيء المودع بقوة قاهرة، فإن الذي يتحمل تبعة الهلاك هو المودع (الدائن بالتسليم)، ولكن إذا فرض وكان المودع قد أعذر المودع لديه (المدين بالتسليم) برد الشيء قبل وقوع الهلاك، ترتب على الإعذار انتقال تبعة هلاكه من المودع إلى المودع لديه، فيرد إليه ملكه أو قيمته رغم أن الهلاك تم بقوة قاهرة، وذلك لما ينسب للأخير من خطأ في عدم الرد بمجرد الإعذار. والأمر كذلك في العقود الأخرى التي يلزم المدين فيها بالتسليم، كالإيجار والعارية.[2]

غير أن المادة 169 من فقرتها الثانية أجازت للمدين الذي يتحمل تبعة هلاك الشيء بتخلفه عن رده للدائن أن يثبت العكس ليتخلص من تبعه الهلاك وذلك بقولها: " غير أن هذه الأخطار لا تتعدى إلى المدين رغم الإعذار إذا أثبت المدين أن الشيء قد يضيع عند الدائن لو سلم له، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة"

ومعنى ذلك أنه إذا أثبت المدين أن الشيء كان يهلك في يد الدائن أيضا لو أنه سلمه إليه، فإنه بهذا يقيم الدليل على أنه الهلاك لا يرجع إلى خطئه، بل يرجع حقيقة إلى قوة قاهرة، وبذلك تندفع التبعة عنه، ويتخلص من هذه المسؤولية، ولا يستثني من هذا الحكم إلا حالة ما إذا كان المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة.[3]

---

1 محمود عبد الرحمان محمد، المرجع السابق، ص50.

2 نفس المرجع، ص50.

3 نفس المرجع، ص50، 51.

غير أن المدين يتحمل تبعة الهلاك بعد الإعذار في جميع الحالات، وذلك طبقا للفقرة الثالثة من المادة 168 مدني جزائري، إذا كان الشيء مسروقا، متى كان هو السارق، بحيث نصت بأنه: "على أن الشيء المسروق إذا هلك أوضاع بأي صورة كانت فإن تبعة الهلاك تقع على السارق"

وعليه يتحمل المدين السارق تبعة هلاك الشيء المسروق متى كان هو السارق، ولو ثبت أن الشيء المسروق كان يهلك عند المالك لو أنه رد إليه.

النتيجة الثانية: وأهم أثر يترتب على تحقق الإعذار هو إمكانية إجبار المدين على التنفيذ العيني متى كان ذلك ممكنا دون المساس بشخصه تطبيقا لنص المادة 164 التي تنص على أنه: " يجبر المدين بعد إعذاره طبقا لمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا " ونكون في هذه الحالة أمام التنفيذ العيني الجبري بواسطة السلطة العامة التي تجسد الحماية القانونية للالتزام المدني.

المطلب الثاني

موضوع التنفيذ العيني للالتزام

إن الحديث عن موضوع التنفيذ العيني للالتزام يعني التطرق إلى كيفية التنفيذ العيني للالتزام وفق محله، لذلك سنقسم هذا المطلب إلى الفروع التالية: **الفرع الأول: الالتزام بنقل ملكية، أو أي حق عيني آخر. الفرع الثاني: الالتزام بعمل. الفرع الثالث: الالتزام بالامتناع عن عمل.**

الفرع الأول

الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر Obligation de donner

يقتضي تبيان كيفية تنفيذ الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر التطرق إلى حالتين. **الحالة الأولى: الحالة التي يكون فيها محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم. الحالة الثانية: الحالة التي يكون فيها محل الالتزام شيئا معينا بنوعه.**

أولا- الحالة التي يكون فيها محل الالتزام شيئا معينا يمله الملتزم: تنص المادة 165 مدني جزائري على أن: " الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم

القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري"

وشرحا لهذا النص يتعين التمييز بين الالتزام الذي يكون محله عقار والالتزام الذي يكون محله منقولا.

أ- **محل الالتزام عقار**[1]: إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني أصلي على عقار، كالملكية والارتفاق والانتفاع، فإن التنفيذ في هذه الحالة لا يتم إلا بتوافر شروط ثلاثة هي: أن يكون الشيء معينا بالذات، 2- أن يكون مملوكا للملزم أي المدين، 3- أن تراعى إجراءات الشهر العقاري التي تقضي بأن نقل ملكية عقار أو حق عيني على عقار ، لا يتم إلا بعملية الشهر لتحقيق هذا الأثر.

ب- محل الالتزام منقول[2]: أما إذا ورد محل الالتزام نقل أو إنشاء الحق العيني الأصلي أو التبعي على منقول، وجب التمييز بين ما إذا كان الشيء معين بذاته أو نوعه، فإذا كان الشيء معينا بالذات ومملوكا للمدين، يتم نشوء الحق العيني أو انتقاله، سواء كان حقا أصليا أو تبعيا، بمجرد تمام العقد، أو بعبارة أخرى يتكفل القانون في هذه الحالة بترتيب هذا الأثر القانوني، أي أن الحق ينتقل بمجرد انعقاد العقد دون حاجة إلى إجراء آخر كالتسليم أي أن المدين يصبح ملتزما بالتنفيذ العيني لالتزامه بمجرد انعقاد العقد باعتبار العقود الواردة على منقول عقود رضائية تتم بمجرد تبادل الإيجاب والقبول، ففي عقد بيع المنقول مثلا يتم البيع بمجرد التعاقد فيما بين المتعاقدين في مواجهة الغير، ومؤدى ذلك أن مالك المنقول المعين بالذات إذا تصرف فيه بالبيع لشخصين على التوالي وجب تفضيل المشتري الأول، لأن الملكية انتقلت إليه بالنسبة لجميع الناس.

أما إذا كان محل الالتزام شيء لم يعين إلا بنوعه، فقد نصت المادة 166 مدني جزائري على أنه: " إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هنا الشيء. فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض"

---

1 انظر في ذلك توفيق حسن فرج، جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص619.

2انظر نفس المرجع، ص620.

ثانيا- الحالة التي يكون فيها محل الالتزام شيئا لم يعين إلا بنوعه: فإذا كان الشيء معينا بنوعه فقط فلا ينتقل بنوعه فقط، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز الشيء والعلة في هذا واضحة، ذلك أن الحق العيني سلطة مباشرة على الشيء، وهذه السلطة تتطلب أن يكون محلها شيئا معينا بالذات، وإفراز الشيء إما أن يكون عن طريق عده أو وزنه أو كيله أو مقاسه. وإما أن يكون عن طريق تسليمه. وهذا هو الوضع الغالب، ولكن ينبغي الاحتراز في شأن أثر التسليم فلا يقال أن الحق ينتقل بالتسليم، بل يقال أن التسليم يؤدي إلى الإفراز الذي به يتم تعيين الشيء فينتقل الحق[1]. والغالب أن يتعاصر الإفراز مع التسليم[2].

ويكون المدين قد نفذ التزامه عينا إذا كان الشيء معينا بنوعه فقط بعد قيام المدين بإفراز الشيء، فإن امتنع عن القيام بفرز الشيء وتسليمه للدائن، كان لهذا الأخير بعد إعذاره للمدين ليثبت امتناعه أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي.

بمعنى أن المدين إذا لم يقم بإفراز الشيء المبيع تنفيذا لالتزامه بنقل الملكية، جاز للدائن أن يحصل على شيء مثله من السوق على نفقة المدين ويعتبر ذلك تنفيذا عينيا للالتزام، وعلى الدائن في هذه الحالة الحصول على إذن القاضي عن طريق رفع الدعوى والحصول على حكم.[3]

الفرع الثاني

الالتزام بالقيام بعمل (Obligation de faire)

تنص المادة 169 مدني جزائري على أنه: "في الالتزام بعمل إذا نص الاتفاق، أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين"

ففي هذه الحالة التي نصت عليها المادة 169 فقد لا يمكن القيام بعمل محل التزام المدين بغير تدخله شخصيا لإتمام عملية التنفيذ، إما بسبب طبيعة العمل الذي يستوجب تنفيذه من طرف نفسه، ومثاله تعهد طبيب جراح بإجراء عملية جراحية، أو محام مشهور

1 توفيق حسن فرج، جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص621.

2 سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص214.

3 نفس المرجع، ص217، 215.

بالدفاع في قضية، أو مطرب أو ممثل بالغناء أو التمثيل في حفلة، ففي هذه الحالات طبيعة العمل محل التزام المدين تستوجب تأديته من طرف المدين نفسه، وإما بسبب اتفاق الدائن مع المدين على قيامه بنفسه بتأدية العمل، ولو لم تتطلب طبيعة العمل ذلك، كالاتفاق مع نجار ماهر على صنع أثاث منزل بنفسه دون غيره من زملائه.[1]

فإذا حصل اتفاق الدائن مع المدين أو استوجبت طبيعة الالتزام بعمل أن ينفذه المدين بنفسه، فمن حق الدائن رفض الوفاء من غير المدين وهذا ما نصت عليه المادة 169 مدني جزائري. وقد لا تكون شخصية المدين محل اعتبار في الالتزام، ولا يكون تدخله الشخصي ضروريا لتنفيذه، ويمكن تنفيذه عينا عن طريق الغير، وهذا هو الأصل. ومن أمثلة ذلك التزام المقاول بتشييد بناء، والتزام الناقل بنقل أشخاص أو بضائع، والتزام المؤجر بالقيام بالإصلاحات الضرورية التي تحتاجها العين المؤجرة، والتزام الصانع بصنع شيء يمكن لصناع غيره تصنيعه.... ففي هذه الأمثلة، وغيرها لا يرتبط العمل بشخص المدين وملكاته الخاصة، وبالتالي يمكن تنفيذه عينا بواسطة الغير إذا امتنع المدين عن تنفيذه اختيارا. وتقدير هذا الوصف للالتزام مرجعه إلى الدائن، لأنه هو صاحب المصلحة، ويجب بالتالي أن يترك له التقدير فيما إذا كان يرتضي تنفيذ الالتزام بغير تدخل المدين شخصيا أم لا.[2]

وعلى هذا الأساس نصت المادة 170 مدني جزائري على أنه: " في الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان التنفيذ ممكنا". والمقصود من خلال هذه المادة أنه إذا كان العمل محل التزام المدين غير مرتبط القيام به بشخص المدين، بحيث من غير المهم عنده أن يقوم المدين بتنفيذه شخصيا أو يقوم به غيره، وامتنع المدين عن تنفيذه، جاز للدائن اللجوء إلى القضاء، عن طريق رفع دعوى ضد المدين، طالبا الحكم له بترخيص التنفيذ العيني على نفقة هذا المدين. فمثلا في عقد الإيجار قد يمتنع المؤجر عن القيام بإجراء الإصلاحات الضرورية التي تحتاجها العين المؤجرة، جاز للمستأجر أن يقوم بها على نفقة المؤجر، وذلك بعد أخذ إذن من القضاء أي ترخيص.

---

1 انظر في هذا المعنى محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص74.

2 نفس المرجع، ص71.

ولقد نصت المادة 171 مدني جزائري على أنه: " في الالتزام بعمل، قد يكون حكم القاضي بمثابة سند التنفيذ، إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام مع مراعاة المقتضيات القانونية والتنظيمية "

ومؤدى هذا النص هو أنه قد تسمح طبيعة الالتزام بعمل بأن يقوم الحكم مقام التنفيذ العيني بواسطة المدين، وعليه إذا امتنع المدين في هذه الحالة عن التنفيذ، قام الحكم مقامه.

ومثال ذلك في الوعد بالتعاقد، فإذا امتنع الواعد عن تنفيذ وعده، ورفع الموعود له دعوى قضائية ضده يطالبه فيها بالتنفيذ، فإن الحكم الصادر في هذه الدعوى يقوم مقام العقد. وهذا ما نصت عليه المادة 72 مدني جزائري بالقول: " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالب تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق فيها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد " متى حاز قوة الشيء المقضي به.

الفرع الثالث

الالتزام بالامتناع عن عمل

تنص المادة 173 مدني جزائري على أنه: " إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام، جاز للدائن أن يطالب إزالة ما وقع مخالفا للالتزام ويمكنه أن يحصل من القضاء على ترخيص للقيام بهذه الإزالة على نفقة المدين ". إن الكيفية القانونية لتنفيذ التزام محله الامتناع عن عمل تتم عن طريق عدم القيام بالعمل الممتنع عنه، فإذا كان التاجر بائع المحل التجاري قد التزم بعدم فتح محل تجاري منافس في جوار المحل المبيع، فإن التاجر يكون قد نفذ التزامه تنفيذا عينيا بامتناعه عن فتح المحل التجاري المنافس. وإذا التزم الجار بعدم البناء على مسافة من ملك جاره، فإن التنفيذ العيني يتحقق بعدم قيام الجار بالبناء في المسافة المحددة... فإذا قام المدين بالعمل الممنوع يعتبر مخلا بالتزامه، ويصبح التنفيذ العيني في هذه الحالة مستحيلا، ويبقى للدائن التعويض بصورتيه، العيني والنقدي وهذا ما أكدته المادة 173 السالفة الذكر التي منحت الحق للدائن في المطالبة بالتعويض العيني، وذلك بإزالة ما ارتكبه المدين مخالفا للالتزام، على حساب المدين، فإذا كان وقع الاخلال بفتح محل تجاري منافس، للدائن المشتري أن يطالب بغلقه، وإذا كان الإخلال يتمثل في البناء على مسافة من ملك الجار يمتنع البناء فيها، فمن حق الجار أن يطالب بإزالة الحائط.

وتكون الإزالة بأمر قضائي على نفقة المدين، ويملك القاضي في ذلك السلطة التقديرية، فهو غير ملزم بالاستجابة لطلب الدائن بالإزالة إذا كان من شأنه إرهاق المدين بحيث لا تتناسب الفائدة التي تعود على الدائن من الإزالة مع الضرر الذي يلحق المدين بسببه.[1]

ويجب التنويه في هذا الصدد بأنه يمكن للدائن أن يباشر عملية الإزالة بعد الحصول على إذن من القاضي حتى ولو في حالة الاستعجال وذلك تطبيقا لنص المادة 173 مدني جزائري التي تنص: "..... و يمكنه أن يحصل من القضاء على ترخيص للقيام بهذه الإزالة على نفقة المدين".

المطلب الثالث

الغرامة التهديدية كوسيلة قانونية لإجبار المدين على التنفيذ العيني.

إذا كان المدين ملزما بالتنفيذ العيني الجبري الذي نصت عليه المادة 164 مدني جزائري، فإن المشرع وضع آلية قانونية لجبر المدين على التنفيذ العيني، تتمثل في الغرامة التهديدية أو التهديد المالي الذي سنتناوله في الفروع التالية:

الفرع الاول: تعريف الغرامة التهديدية وطبيعتها القانونية

الفرع الثاني: خصائص الحكم بالغرامة التهديدية وشروطها

الفرع الثالث: الآثار المترتبة على الغرامة التهديدية

الفرع الاول

تعريف الغرامة التهديدية وطبيعتها القانونية

أولا- تعريف الغرامة التهديدية

يجمع الفقه في الوقت الحالي، على أن الغرامة التهديدية يقصد بها "حكم قضائي بإلزام المحكوم عليه المعاند بأداء مبلغ مالي، يتناسب مع درجة امتناعه عن تنفيذ الالتزام الأصلي، وذلك بقصد إجباره بصورة غير مباشرة على تنفيذ أحكام القضاء"[2]. والحكم القضائي في هذه الحالة هو الحكم بالتنفيذ العيني للالتزام الذي لا يزال تنفيذه ممكنا.

---

1 انظر في ذلك محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص78.

2 علي عبد الحميد تركي، نظام الغرامة التهديدية كوسيلة لضمان تنفيذ الأحكام القضائية- دراسة في القانون الفرنسي- دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص13.

فالغرامة التهديدية هي من الوسائل الفنية التي يستخدمها القاضي للضغط ماليا على المحكوم عليه لحمله على تنفيذ الالتزام الذي يقتضي تنفيذه تدخلا شخصيا من جانبه. [1]

وبالرجوع للنصوص القانونية المنظمة للغرامة التهديدية سواء تلك المنظمة لأحكامها العامة والمتفرقة بين القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، أو تلك التي تنظمها بقواعد خاصة، نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يضع تعريفا قانونيا للغرامة التهديدية، إذ بين شروط الحكم بها والجهة المختصة بها، إلى جانب الآثار المترتبة على الحكم بها.[2]

وأمام هذا الفراغ القانوني تولى الفقه القانوني تعريف الغرامة التهديدية، إذ عرفها الأستاذ عبد الرزاق السنهوري رحمه الله بالقول: " **إن القضاء يلزم المدين بتنفيذ التزامه عينا في خلال مدة معينة، فإذا تأخر في التنفيذ كان ملزما بدفع غرامة تهديدية عن هذا التأخر، مبلغا معينا عن كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر أو أية وحدة أخرى من الزمن، أو عن كل مرة يأتي عملا يخل بالتزامه، وذلك إلى أن يقوم بالتنفيذ العيني أو إلى أن يمتنع نهائيا عن الاخلال بالالتزام. ثم يرجع إلى القضاء فيما تراكم على المدين من الغرامات التهديدية، ويجوز للقاضي أن يخفض هذه الغرامات أو أن يمحوها بتاتا** "[3]

وعرفها البعض بالقول: " **يقصد بالغرامة التهديدية، أو التهديد المالي، مبلغ من المال يحكم به على المدين عن كل فترة من الزمن (كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أية فترة معينة من الزمن)، أو عن كل مرة يخل فيها بتنفيذ التزامه عينا، بعد الحكم عليه بالتنفيذ. و ليس الغرض من هذه الغرامة تعويض الدائن عن تأخر المدين في الوفاء، بل المقصود هو قهر مماطلة وعناد المدين ودفعه إلى تنفيذ حكم القضاء بإلزامه بالتنفيذ العيني** "[4]

ويعتبر نظام الغرامة التهديدية من صنع اجتهاد القضاء الفرنسي، الذي طبقه على أساس الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 1943/01/29 رغم الانتقادات التي وجهت له آنذاك لفقدانه السند التشريعي، حتى جاء القانون رقم 626-72 بتاريخ 1972/07/05، الذي نظم هذه الوسيلة ومنحها السند القانوني. ومنه أخذ المشرع الجزائري

---

1 حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ وفقا للقانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومه، الجزائر، طبعة 2013، ص24.

2 نفس المرجع، 26.

3 السنهوري، المرجع السابق، ص807.

4 محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص81.

نظام الغرامة التهديدية على غرار التشريعات العربية الأخرى[1]. وقد نظم المشرع الجزائري الغرامة التهديدية في المادتين 174، 175 من القانون المدني، والمواد 625، 982، 987....الخ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بالإضافة إلى بعض الأحكام الخاصة المرتبطة بالقضاء الاجتماعي ضمن المواد 34، 35، 39 من القانون رقم 90-04 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل.

فالغرامة التهديدية هي وسيلة قانونية لجبر المدين على التنفيذ العيني الذي يكون محلا لحكم قضائي يطلبه الدائن، وتتمثل في مبلغ نقدي عن كل تأخر يصدر من المدين سواء يوميا أو أسبوعيا.... الخ، وتهدف الغرامة التهديدية إلى تحقيق غايتين:

- توقي أو تدارك عدم تنفيذ الحكم بالتنفيذ العيني، وتقرير جزاء له في حالة حدوثه.
- وهي ضمان للوفاء بالدين، حيث تعمل الغرامة على دفع المدين نحو التنفيذ العيني.

والغرض من الغرامة على هذا النحو يتطابق مع الغرض منها عندما أنشأها القضاء: الحث على التنفيذ العيني. وبالتالي فالغرامة التهديدية تؤدي وظيفتين: وظيفة التخويف، ووظيفة الجزاء.[2] وهي بهذا الوصف نظام مستقل عن التعويض الذي قد تتحول إليه الغرامة في آخر المطاف إذا لم تثمر في تحقيق التنفيذ العيني.

ثانيا- الطبيعة القانونية للغرامة التهديدية

لتحديد الطبيعة القانونية للغرامة التهديدية وجب التمييز بينها وبين المفاهيم القانونية الأخرى المشابهة لها.[3]

أ- تمييز الغرامة التهديدية عن التعويض

إن الهدف من التعويض هو جبر الضرر ومحاولة إصلاحه، بينما الغرامة التهديدية تهدف إلى إجبار المدين على التنفيذ العيني.

وعند تقدير التعويض فالقاضي ملزم بتطبيق عناصره المنصوص عليها في المادة 182 مدني جزائري، التي تلزمه أن يقدر التعويض على أساس ما فات الدائن من كسب وما لحقه من خسارة، على خلاف الغرامة التهديدية التي تعتبر غير مقيدة بهذه العناصر، فالقاضي

---

1 انظر في ذلك حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص24،25. محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص81، 82.

2علي عبد الحميد تركي، المرجع السابق، ص23.

3علي عبد الحميد تركي، المرجع السابق، ص61 وما بعدها. حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 27 وما يليها.

عنده تقديره للغرامة التهديدية لا ينظر إلى مقدار الضرر، وإنما تقديره لها هو تقدير خاص، يرتبط أساسا بمدى قدرة مبلغ الغرامة المحكوم به ضد المدين على الضغط عليه لدفعه وجبره على التنفيذ العيني، وبالتالي التخلص من تعنته وعناده، فالغرامة التهديدية ذات طابع تحكمي، وسلطة القاضي عند الحكم بها واسعة جدا، وعليه فهي تختلف اختلافا كبيرا عن التعويض. إلا أنه قد يرتبطان ببعضهما البعض عند تحول الغرامة التهديدية إلى تعويض.

ب- **تمييز الغرامة التهديدية عن العقوبة**

ليست الغرامة التهديدية عقوبة خاصة (peine privée)، وإن كانت تشبه العقوبة، والفرق بينهما أن العقوبة نهائية يجب تنفيذها كما نطق بها، أما الغرامة التهديدية فهي شيء وقتي، ولا تنفذ إلا عندما تتحول إلى تعويض نهائي، وهي في هذه التحول قد تنتقص أو تلغى، فالذي ينفذ في الواقع من الأمر ليس هو الغرامة التهديدية الوقتية بل هو التعويض النهائي.[1]

وخلاصة القول أن الغرامة التهديدية وسيلة غير مباشرة من وسائل التنفيذ العيني، الغرض منها الضغط على المدين المتعنت وحثه على التنفيذ العيني، وتهدف أيضا وبطريقة غير مباشرة إلى ضمان تنفيذ الأحكام القضائية، وعليه فهي وسيلة فنية تختلف عن العقوبة وعن التعويض تستعمل للضغط ماليا على المدين من أجل حمله على تنفيذ التزامه عينا، وهي عبارة عن مبلغ مالي يحدده القاضي عن كل فترة زمنية يتأخر فيها المدين عن التنفيذ.[2]

بالإضافة إلى ذلك فالغرامة التهديدية هي حكم وقتي لا يحوز حجية الشيء المقضي فيه، بدليل أن القاضي يجوز له مراجعته عن طريق تغيير مقدار الغرامة التهديدية إذا قدر ضرورة لذلك.

ثالثا- نطاق الغرامة التهديدية[3]

إن تحديد نطاق الغرامة التهديدية هو تحديد لمجال استعمالها الذي نستخلصه من قراءتنا للمادة 174 مدني جزائري التي تنص على أنه: " إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ بدفع غرامة إجبارية إذا امتنع عن ذلك "

1السنهوري، المرجع السابق، ص816.

2حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص31.

3 انظر في ذلك السنهوري، المرجع السابق، ص809 وما يليها.

ولتحديد هذا النطاق يستوجب الحديث عن الالتزام بنقل ملكية، والالتزام بعمل، والالتزام بالامتناع عن عمل.

أ- حالة الالتزام بنقل ملكية محله شيئا معينا بالذات

ففي هذه الحالة تنتقل الملكية بحكم وقوة القانون إلى الدائن كما سبق شرحه، فيصبح الالتزام منفذا ولا حاجة للغرامة التهديدية. والأمر كذلك إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود، فلا حاجة في تنفيذ هذا الالتزام إلى غرامة تهديدية، لأن تنفيذه عينا دون تدخل المدين ممكن عن طريق الحجز على أمواله. أما بالنسبة للالتزام الذي يكون محله نقل ملكية شيء لم يعين إلا بنوعه، ففي هذا الوضع يمكن التنفيذ العيني دون تدخل المدين وذلك بحصول الدائن على حكم بالتنفيذ على نفقة المدين كما سبق شرحه، إلا في الحالات النادرة التي لا بد فيها من تدخل المدين ليصبح التنفيذ العيني ممكنا وعندها يمكن للدائن اللجوء إلى طلب الغرامة التهديدية، كأن يكون الشيء محل التزام المدين نادر الوجود.[1]

ب- حالة الالتزام بعمل

يعتبر الالتزام بعمل هو المجال الواسع عادة للغرامة التهديدية، ويكون ذلك في الالتزامات المدنية التي يكون فيها التنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم إلا بتدخل المدين نفسه، كالالتزام بإخلاء العين المؤجرة أو تسليمها، أو التزام طبيب مختص بإجراء عملية جراحية أو تجميلية اختاره الدائن لمميزات معينة تتوفر فيه شخصيا دون طبيب آخر الذي لا يمكنه القيام بها، وكذا الالتزام بالتمثيل أو الرسم للوحة زيتية أو الغناء، أو الالتزام بتقديم مستندات أو حساب، أو رجوع الزوجة إلى بيت الزوجية، أو تسليم طفل ففي هذه الأمثلة الأخيرة يعتبر تنفيذ الالتزام عينا دون تدخل المدين ممكن ولكنه غير ملائم.[2]

ج- حالة الالتزام بالامتناع عن عمل

في الالتزام بالامتناع عن عمل قد يكون الإخلال بالالتزام من شأنه أن يجعل التعويض العيني مستحيلا، مما يجعل اللجوء للغرامة التهديدية غير مجد ولا فائدة منه، مثال ذلك إفشاء الطبيب أو المحامي سر المهنة الأمر الذي يؤدي إلى استحالة التنفيذ العيني بخطأ من المدين، ولا يبقى للدائن في هذه الحالة إلا المطالبة بالتعويض أي التنفيذ بمقابل، أما إذا كان التعويض العيني ممكنا ولكن بواسطة تدخل المدين شخصيا كوسيلة ضرورية أو

1انظر هامش رقم 2 من مرجع السنهوري السابق، ص810.

2انظر في ذلك حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص40.

ملائمة، جاز اللجوء إلى الغرامة التهديدية، مثل ذلك التزام الجار بعدم البناء على مسافة معينة من ملك جاره، والتزام التاجر البائع للمحل التجاري بالامتناع عن منافسة المشتري، والتزام المهندس بألا يعمل في مصنع منافس، فإنه في هذه الحالة يمكن للدائن المطالبة بالتعويض العيني بالتوقف عن كل مرة يأتي فيها المدين العمل الممنوع أو حتى يكف بتاتا عن هذا العمل.

الفرع الثاني

خصائص الحكم بالغرامة التهديدية وشروطها

أولا- خصائص الحكم بالغرامة التهديدية[1]

أ- الغرامة التهديدية حكم تهديدي

تعتبر هذه الخاصية نتيجة للطبيعة القانونية للغرامة التهديدية باعتبارها ليست تعويضا عن ضرر أصاب الدائن، بل هي وسيلة قانونية للضغط على المدين المماطل للقيام بالتنفيذ العيني تتمثل في مبلغ مالي يتحمله المدين عن كل تأخير عن التنفيذ العيني، ولذلك لا يشترط للحكم بهذه الغرامة أن يكون مقدارها يتناسب مع الضرر الذي أصاب الدائن لأنها ليست تعويضا، وباعتبارها تهديدا ماليا يجب أن يكون مقدارها مؤثرا على إرادة المدين وكافيا للتغلب على تعنته، لذلك يقدر القاضي مبلغ الغرامة التهديدية بالنظر إلى ظروف المدين وموارده المالية. وقد يحكم بمبلغ صغير إذا كان المدين شخصا ضعيفا، ذو موارد مالية محدودة يرهقه الحكم عليه بمبلغ كبير، وقد يحكم بمبلغ كبير، إذا كان المدين شخصا مليئا تقدر ثروته بالملايين ولا يفلح في كسر عناده إلا مثل هذا المبلغ الكبير، وإذا رأى القاضي أن وظيفة التهديد المالي للغرامة لم تثمر في دفع المدين إلى التنفيذ العيني، جاز له الزيادة في مبلغ الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة وهذا ما تؤكده الفقرة الثانية من المادة 174 مدني جزائري. وهذه الزيادة يستقل القاضي بتقديرها مراعيا في ذلك قدرة المدين على المقاومة.[2]

وعليه، وصف تقدير القاضي للغرامة التهديدية بأنه تحكمي استنادا للسلطة الممنوحة للقاضي في تقديرها بداية، وبالزيادة فيها عند الضرورة، وليس معنى هذا أن تقدير الغرامة يخضع لتحكم ومزاج القاضي، وإنما المعيار في تقديره هو ما يراه كافيا للضغط على المدين

1انظر في ذلك محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص89 وما بعدها.

2 محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص90،91.

لدفعه للتنفيذ العيني، ولما كان المدينون مختلفين في ظروفهم، ومن ثم في قدرتهم على المقاومة، كان من الطبيعي أن تكون جرعة الغرامة مختلفة من مدين إلى آخر بحسب ما يراه القاضي، وبالتالي كلما كانت الغرامة تتناسب وظروف المدين حققت التهديد والوعيد المرجو منها، ودفعته إلى تنفيذ التزامه خوفا من أن يتحول مبلغها فيما بعد إلى تعويض.[1]

وحتى يحقق الحكم هدفه من التهديد، فإن الغرامة المحكوم بها تقدر عن كل وحدة زمنية يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه (كيوم، أسبوع، أو شهر أو سنة)، أو عن كل مرة يخل فيها بالتزامه، ولا تقدر كمبلغ ثابت يهدد المدين بدفعه جملة واحدة.[2]

ب- الغرامة التهديدية حكم مؤقت

وهذه نتيجة حتمية للوصف التهديدي للغرامة، ولهذا أجاز المشرع للقاضي الزيادة فيها كلما رأى داعيا لذلك، ولذلك فإن مصيرها والبت فيها يتوقف على ما سيؤول إليه موقف المدين.[3]

فهو ليس حكما نهائيا يحوز قوة الشيء المقضي به، بل مجرد تقدير مؤقت مصيره إلى إعادة النظر فيه.

والقول أن الغرامة التهديدية حكم مؤقت يعني أنه ينتهي سبب وجوده عندما يتخذ المدين موقفا نهائيا منه، إما أن يوفي بالالتزام، وإما يصر على عناده في عدم التنفيذ، وحينها يكون القاضي ملزما بإعادة النظر في حكمه ليفصل في موضوع الخصومة.

ويترتب على هذا الوصف المؤقت للغرامة جواز إعادة النظر في مقدار الغرامة بالزيادة أو النقصان إذا رأى القاضي ضرورة لذلك، فإذا أصر المدين على عدم التنفيذ، جاز للقاضي أن يزيد في مبلغ الغرامة ليكون أكثر فعالية في إكراهه على التنفيذ، وأما إذا ظهر له استجابة من المدين فإنه سيخفض الغرامة، ولا يقضي عليه إلا بتعويض عن التأخير في التنفيذ.[4]

ج- لا يعتبر الحكم بالغرامة التهديدية دين محقق واجب الأداء[5]

---

1 نفس المرجع، ص91.

2 نفس المرجع، ص91.

3 حسن علي الدنون، محمد سعيد الرحو، المرجع السابق، ص88.

4 محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص92.

5 نفس المرجع، ص 92، 93.

والمقصود بذلك أن الحكم بالغرامة التهديدية لا يعتبر دينا محققا في ذمة المدين يجوز التنفيذ على أمواله اقتضاء له، ومعنى ذلك أن الحكم بالغرامة التهديدية لا يجعل المدين ملزما بأداء مبلغها، ومن ثم لا يكون قابلا للتنفيذ، بل يجب على الدائن أن ينتظر التصفية النهائية للغرامة التي يتحدد على ضوئها مصير الغرامة، ثم التنفيذ بالحكم الصادر بالتعويض عن التأخير في التنفيذ أو عدم التنفيذ.

وإذا دفع المدين مبلغ الغرامة للدائن، جاز له استرداده على أساس دفع مبلغ غير مستحق عليه.

ثانيا- شروط الحكم بالغرامة التهديدية

طبقا لنص المادة 174 مدني جزائري يشترط للحكم بالغرامة التهديدية أربعة شروط هي:

- **الشرط الأول: أن يوجد التزام في ذمة المدين امتنع عن تنفيذه**

من البديهي إذا طالب الدائن الحكم بغرامة تهديدية لحمل المدين على التنفيذ العيني للالتزام أن يثبت وجوده أي الالتزام المدني وليس الالتزام الطبيعي الذي لا يجوز إجبار المدين على تنفيذه، وبالتالي إذا لم يوجد التزام باعتباره واجب يفرض على المدين الوفاء به، فلا يمكن الحديث عن الغرامة التهديدية.

ويجب من ناحية ثانية أن يمتنع المدين عن تنفيذ التزامه في الميعاد الذي حددته المحكمة، فإن بادر إلى التنفيذ في الميعاد المحدد، فلا محل لسريان الغرامة التهديدية عليه.[1]

- **الشرط الثاني: أن يكون التنفيذ العيني لا يزال ممكنا**

إنه من البداهة أن يشترط للحكم بالتنفيذ العيني أن يكون ممكنا، فإذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا امتنع القضاء به، سواء كانت هذه الاستحالة بخطأ من المدين أو دون خطأ منه، فمثلا إذا باع شخص عقارا فالتزم بنقل ملكيته، ثم باعه لشخص آخر ونقل له ملكيته بالفعل عن طريق الشهر، استحال القضاء للمشتري الأول بالتنفيذ العيني لاستحالة هذا التنفيذ بعد أن انتقلت ملكية العين فعلا إلى مشتر آخر .

وتأكيدا لذلك قضت المادة 164 مدني جزائري بالقول: " يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه عينيا، متى كان ذلك ممكنا "

1 محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص83.

والجدير بالذكر في هذا المجال أن الالتزام بدفع مبلغ من النقود لا يتصور استحالة تنفيذه في أي وقت من الأوقات، وكذلك الالتزام بإعطاء شيء مثلي بصفة عامة، أما غير ذلك من الالتزامات فيمكن تصور استحالة تنفيذها، فالالتزام بنقل حق عيني على شيء قيمي قد يستحيل تنفيذه عينا كما ذكر في المثال المتقدم. والالتزام بالامتناع عن عمل يكون تنفيذه عينا مستحيلا دائما بالنسبة للماضي، بل وقد يصبح تنفيذه عينا مستحيلا بالنسبة للمستقبل إذا لم يكن بالإمكان إزالة ما وقع مخالفا له. والالتزام بعمل قد يصبح هو الآخر مستحيلا، كما في التزام الناقل بتسليم البضاعة في مكان وصولها إذا ما هلكت هذه البضاعة، وكذلك الأمر في التزام محام برفع استئناف عن حكم مثلا إذا ما فات ميعاد الاستئناف وكذا التزام متعهد بإقامة حفلة في مناسبة معينة إذا ما فاتت هذه المناسبة.[1]

- **الشرط الثالث: أن يكون التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه**

يعتبر هذا الشرط السبب الحقيقي والجوهري للغرامة التهديدية، وقد أكدت عليه المادة 1/174 مدني جزائري بالقول: " إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة إجبارية إن امتنع عن ذلك ". والقول بذلك يفيد أن هناك التزامات يكون فيها تدخل المدين بنفسه لتنفيذ الالتزام ليس ضروريا عند امتناعه عن التنفيذ، ويمكن تنفيذ الالتزام دون حاجة لتدخل المدين شخصيا مثال ذلك ما ذكرناه فيما تقدم في التنفيذ العيني على نفقة المدين، وفي قيام الحكم القضائي مقام العقد على ما تقدم ذكره. ففي هذه الحالة لا حاجة للحكم بالغرامة التهديدية لانعدام الغرض منها، فللدائن طرق أخرى أكثر سرعة وجدوى، يجب على الدائن اتباعها للحصول على التنفيذ العيني كالحجز على أموال مدينه.

وعليه تظهر العلة من وجود الغرامة التهديدية المتمثلة في أن الالتزام محل التنفيذ العيني غير ممكن وغير ملائم تنفيذه تنفيذا عينيا إلا إذا قام به المدين بنفسه، مما يجعل اللجوء إلى الحكم بالغرامة التهديدية أمر واقع حتمي لحمل المدين على التنفيذ العيني.

والملاحظ فيما ذكرناه سابقا أن المجال الذي يحكم فيه بالغرامة التهديدية هو الالتزام بعمل، وبالامتناع عن عمل ومن أمثلة الالتزام بعمل يقتضي تدخل المدين بنفسه لتنفيذه.

1مصطفى الجمال وآخرون، المرجع السابق، ص622.

الالتزام بتقديم حساب، الالتزام بتقديم مستندات، الالتزام بتقديم خدمة تتعهد بها شركة محتكرة لصالح الجمهور، كخدمة التوصيل الكهربائي، أو توصيل الماء، والالتزام بأداء عمل فني كالغناء في حفلة أو رسم لوحة، والالتزام بكتابة رواية قبل ناشر يقوم بنشرها.[1]

ومن أمثلة الالتزام بالامتناع عن عمل الذي يكون فيه تدخل المدين بنفسه وسيلة ضرورية أو ملائمة لتنفيذه: التزام بائع المحل التجاري بالامتناع عن منافسة المشتري، والتزام العامل بعدم العمل في مصنع منافس، والتزام الجار بعدم استعمال ملكه بما يلحق ضررا غير مألوف بجيرانه.

والملاحظ في الأمثلة المتقدمة عن الالتزام بالامتناع عن عمل يكون الحكم فيه على المدين بالغرامة التهديدية عن كل مرة يأتي فيها بالعمل الممنوع أو حتى يمتنع بتاتا عن هذا العمل.[2]

إلا أنه وكما ذكرنا فيما تقدم، يكون اللجوء إلى الحكم بالغرامة التهديدية غير مجد ودون فائدة إذا كان الإخلال بالالتزام بالامتناع عن عمل جعل تنفيذه عينا مستحيلا بصفة نهائية، كإفشاء الطبيب أو المحامي سر المهنة، وبالتالي تفقد الغرامة في هذه الحالة مبررها، ويبقى أمام الدائن المطالبة بالحكم بالتعويض كمقابل للتنفيذ العيني.

الشرط الرابع: أن يصدر حكم قضائي بالتنفيذ العيني للالتزام، وأن يطلب الدائن الحكم بالغرامة التهديدية

لقد أكدت الفقرة الأولى من المادة 174 مدني جزائري هذا الشرط بالقول: ".... جاز للدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة إجبارية إن امتنع عن ذلك ". وبالتالي يجب أن يقدم الدائن طلبا للحكم بالغرامة التهديدية تابع لطلبه الأصلي المتمثل في إجبار المدين على التنفيذ العيني للالتزام بعد امتناعه عن تنفيذه. وقد أثارت مسألة عدم جواز الحكم بالغرامة من قبل القاضي من تلقاء نفسه خلافا كبيرا بين مؤيد ومعارض لذلك، غير أن المشرع الجزائري حسم الأمر واشترط ذلك صراحة وكمبدأ عام في نص المادة 625 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك تجسيدا وتكريسا للمبدأ القائل: "القاضي لا يحكم بما لم يطلب منه "[3]

1انظر في هذا المعنى محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص85.

2انظر نفس المرجع، ص86.

3 حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص53.

غير أن المشرع الجزائري وضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية نص على حالات تتعلق بسير الدعوى ومنح للقاضي سلطة توقيع الغرامة التهديدية تلقائيا بنص خاص وهي حالات تتفق في مضمونها مع الشروط السابقة المتعلقة بالالتزام، غير أنه يجوز للقاضي الحكم بالغرامة التهديدية من تلقاء نفسه على سبيل الاستثناء في حالات معينة بنص خاص حددها المشرع الجزائري تجسيدا للدور الإيجابي للقاضي المدني ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ويمكن حصرها فيما يلي[1]:

- تطبيقا للمادة 169 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يجوز للقاضي ولو من تلقاء نفسه وتحت طائلة غرامة تهديدية أن يأمر بإحضار الأصل ونسخة من الوثائق التي هي بحوزة الغير إذا كانت مقارنتها بالمحرر المنازع فيه مفيدة وذلك في دعوى مضاهاة الخطوط.
- تطبيقا للمادة 201 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يمكن للقاضي ولو من تلقاء نفسه أن يأمر عند الضرورة أحد الخصوم تحت طائلة غرامة تهديدية بإدخال من يرى إدخاله مفيد لحسن سير العدالة وإظهار الحقيقة.

وتجدر الإشارة إلى وجود شرط إضافي في مجال القضاء الاجتماعي والمتمثل في وجوب اكتساب الحكم للصيغة التنفيذية لشمله بالغرامة التهديدية وهو الشرط الذي نصت عليه المادة 39 من قانون 04/90[2] وأكدته المحكمة العليا في قراراتها.

غير أنه عندما يتعلق الامر بالتنفيذ الفوري مقدم طبقا لأحكام المادة 508 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك في حالتين:

1- الامتناع عن تنفيذ اتفاق المصالحة من قبل أحد الأطراف.
2- الامتناع عن التنفيذ الكلي أو الجزئي للاتفاق الجماعي للعمل، يكون ممثلو العمال طرفا واحدا أو أكثر من أصحاب العمل، فإنه وطبقا للمادة 509 من نفس القانون يأمر رئيس القسم الاجتماعي بالتنفيذ الفوري للأمر تحت طائلة غرامة تهديدية طبقا لما ينص عليه تشريع العمل وهذا الأمر قابل للتنفيذ بقوة القانون رغم استعمال طرق الطعن.[3]

---

1 نفس المرجع، ص54، 55.

2 القانون 04/90 المؤرخ في 06 نوفمبر 1990 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية للعمل المعدل و المتمم.

3 حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص55.

وبالإضافة إلى ما سبق ذكره، لا يكفي امتناع المدين عن تنفيذ التزامه، بالرغم من إعذاره للحكم عليه بغرامة تهديدية، بل يجب على الدائن أن يطلب من القضاء إصدار حكم بإجبار المدين على التنفيذ العيني، وبدفع غرامة تهديدية في حال امتناعه عن ذلك، وعليه فالغرامة تؤدي وظيفتين، وظيفة حث المدين على التنفيذ العيني الذي امتنع عنه، ووظيفة تنفيذ الحكم القضائي الذي يجبره على هذا التنفيذ .

وعلى هذا الأساس لا يجوز للدائن اللجوء إلى القضاء مباشرة للمطالبة فقط بتوقيع غرامة تهديدية على المدين لامتناعه عن تنفيذ التزامه، بل يكون لجوئه إلى القضاء للمطالبة بالتنفيذ العيني لالتزام المدين، ويطلب إلزام المدين بدفع غرامة تهديدية في حالة عدم تنفيذه لحكم القضاء، ولذلك يقال أن الغرامة التهديدية تعد من قبيل الجزاء على عدم احترام أحكام القضاء.[1]

ونتيجة لذلك لا يجوز للقاضي أن يحكم بالغرامة التهديدية من تلقاء نفسه دون أن يطلبها الدائن، بحجة أن نص المادة 1/174 مدني جزائري جعل طلب الغرامة التهديدية مجرد أمر جوازي للدائن، أي رخصة له، وليس للمحكمة، ويبقى طلبها من طرف الدائن متروك لتقديره هو حسب ما يراه محققا لمصلحته المالية، وفي هذه الحالة إن قضى بها القاضي دون أن يطلبها الدائن، فإنه يكون قد قضى بأزيد مما طلبه الخصم مخالفا في ذلك مبدأ من مبادئ المرافعات وبالتالي يكون حكمه معيبا.[2]

وفي الأخير، تجدر الإشارة والتأكيد على أنه يستوجب على القاضي عند الحكم بالغرامة التهديدية أن يبين توافر هذه الشروط في حكمه لأنه مسألة قانون وسيخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا.[3]

---

1 ويعبر عن عدم الانصياع لحكم القضاء في القانون الانجلوسكسوني باحتقار المحكمة. أنظر في ذلك محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، 87.

2 محمود عبد الرحمن، المرجع السابق، ص88.

3حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص55.

الفرع الثالث

سلطة القضاء في الحكم بالغرامة التهديدية

إذا توافرت شروط الغرامة التهديدية السابقة الذكر، جاز للقاضي الحكم بها ضد المدين في حالة طلبها من الدائن، ويملك القاضي للحكم بها سلطة تقديرية في قبول طلب الدائن أو رفضه، وفي الواقع فالقاضي لا يحكم بالغرامة التهديدية إلا إذا رأى أن هناك من ظروف الدعوى أمل يرجى، بواسطة الضغط بهذه الوسيلة لينفذ المدين التزامه تنفيذا عينيا.

والحكم بالغرامة التهديدية في أصله مسألة واقع لا يخضع القاضي في تقديره لرقابة المحكمة العليا إلا ما تعلق بتوافر شروط الحكم بها فهي مسألة قانونية تخضع لرقابة هذه المحكمة.

وبالرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة لأحكام الغرامة التهديدية نلاحظ أن القاضي يتمتع بسلطة واسعة في تقديرها، وذلك نظرا لطبيعة الغرامة والهدف من فرضها وهو الضغط على المدين لدفعه إلى التنفيذ العيني، وتتبين سلطة القاضي الواسعة في عدم تقييده في تحديد قيمتها إلا بتقديره الشخصي لمدى إمكانية نجاح الغرامة التهديدية في القضاء على تعنت المدين وحثه على التنفيذ العيني.[1]

وأما بالنسبة لبداية سريان الغرامة التهديدية ونهايتها، فإن لحظة بدء سريانها تبدأ مع بداية التنفيذ وامتناع المدين عنه، وبما أن التنفيذ لا يمكن أن يبدأ إلا إذا توفر لدى الدائن سند تنفيذي، فالأحكام القضائية لا تعتبر كذلك إلا إذا حازت القوة التنفيذية، كالأحكام التي تصدر ابتدائيا نهائيا أو الأوامر الاستعجالية والتي بمجرد صدورها تحوز هذه القوة، وبالتالي يمكن تنفيذها ابتداء من تاريخ صدورها، بمعنى آخر يمكن القول أن بداية سريان الغرامة التهديدية لا تكون إلا بعد اكتساب الحكم الصادر تبعا له القوة التنفيذية، الأمر الذي تؤكده المحكمة العليا في قرار لها بالقول: " وحيث أن ما تدعيه الطاعنة في محله، وذلك أن الغرامة التهديدية، تبدأ من تاريخ حيازة الحكم لقوة الشيء المقضي فيه .... "[2]

---

1 نفس المرجع، ص57.

2 قرار رقم 177618 مؤرخ في 1998/01/07، مجلة قضائية 1998، عدد 01، ص106، نقلا عن حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص58.

ويبقى التساؤل حول سلطة القاضي في تحديد نهاية سريان الغرامة التهديدية، فإنه لا يوجد نص قانوني يحددها، ولا يوجد نص قانوني صريح يمنع القاضي من تحديد تاريخا معينا لنهاية سريان الغرامة التهديدية، والواقع أن تحديد هذه النهاية مرتبط بظهور الموقف النهائي للمدين المتمثل في إصراره على عدم التنفيذ، لكن متى يعتبر المدين مصرا على عدم التنفيذ؟ إن الإصرار على عدم التنفيذ من طرف المدين يمكن استخلاصه بعد صدور الحكم بالتنفيذ العيني للالتزام مشمولا بالغرامة التهديدية نهائيا مكتسبا للقوة التنفيذية، ومضت مدة معينة بعد تبليغه الرسمي للمدين، فمن هذه اللحظة يمكن للدائن أن يطالب بتصفية الغرامة التهديدية، إلا أن المدين قد يقدم أعذارا للقاضي ويتعهد بالقيام بالتنفيذ وبالتالي يظهر إرادته في التنفيذ مستقبلا فيمنحه القاضي أجلا، لذلك وتفاديا لما سبق فإن الرأي الراجح يرى حتمية تعيين تاريخ محدد بنهايته يعتبر المدين فيه مصرا على عدم تنفيذ التزامه، ليفسح المجال للدائن بأن ينتقل إلى المطالبة بتصفية الغرامة التهديدية والحصول على تعويض نهائي.[1]

وبالتالي يبقى تحديد تاريخ نهاية الغرامة التهديدية متروك للسلطة التقديرية للقاضي لأنها مسألة واقع تختلف من قضية لأخرى لارتباطها بنوع الالتزام المطلوب من المدين تنفيذه.[2]

ومن المتفق عليه أن طلب الحكم بالغرامة التهديدية يجوز تقديمه في أية حالة كانت عليها الدعوى، ولو لأول مرة أما محكمة الاستئناف، ولا يعتبر هذا الطلب جديدا، بل تابعا للطلب الأصلي.[3]

الفرع الرابع

الأثر المترتب على الغرامة التهديدية

إن أثر الحكم بالغرامة التهديدية، يتحدد بما يسفر عنه موقف المدين، فالمدين إما أن ينفذ التزامه، أو يصر على عدم التنفيذ. ففي الحالة الأولى يعيد القاضي النظر في الغرامة التهديدية ويحكم بالتعويض عن التأخر في التنفيذ، أما في الحالة الثانية فإن

1حمدي باشا عمر المرجع السابق، ص59.

2 نفس المرجع، ص60.

3 أنور سلطان، المرجع السابق، محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص89.

الاستمرار في الحكم بالغرامة والتهديد بها لن يحقق الغرض منها فتتحول الغرامة إلى تعويض يحكم به للدائن لعدم التنفيذ.[1]

وفي الحالتين يكون الموقف قد تكشف نهائيا عن التنفيذ أو عدم التنفيذ، فلم تعد هناك جدوى من استبقاء التهديد المالي بعد أن استنفذ أغراضه، ومن ثم وجب النظر في مصير الغرامة التهديدية وتحويلها إلى تعويض نهائي.[2]

أولا- تصفية الغرامة التهديدية وتحويلها إلى تعويض نهائي

نصت المادة 175 مدني جزائري على أنه: " إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعيا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين"

نستنتج من هذا النص أن نهاية الغرامة التهديدية قد تكون بإتمام التنفيذ العيني وهنا تتحول الغرامة إلى تعويض عن التأخر في التنفيذ، أو بإصرار المدين على عدم التنفيذ، وبالتالي تتحول إلى تعويض نهائي عن عدم التنفيذ. وتحقيقا لهذا التحويل وجب على الدائن اللجوء إلى قاضي الموضوع طالبا تصفية الغرامة التهديدية، والحكم على المدين بتعويض نهائي يستطيع أن ينفذ به على أمواله، في حين أن الغرامة التهديدية لا يستطيع بواسطتها التنفيذ على أمواله، وبالتالي تظهر الطبيعة القانونية للمبلغ المالي المصفى صراحة من خلال المادة 175 كتعويض عن التأخر في التنفيذ إذا قام المدين بتنفيذ التزامه عينا، وإما تعويض عن إصرار المدين عن عدم التنفيذ. ويكون هذا التعويض هو نفسه المنصوص عليه في المادتين 131 و182 مدني جزائري.

ثانيا- عناصر التعويض المترتب عن تصفية الغرامة التهديدية

إن السؤال المطروح في هذا الصدد هو: ما هي الضوابط التي يستعملها القاضي لتحويل الغرامة التهديدية إلى تعويض نهائي؟. ليس للقاضي في هذه الحالة سلطة تقديرية للحكم بهذا التعويض، فهو ملزم بالرجوع إلى الضوابط العامة للتعويض المادي المنصوص عليها في المادة 182 مدني جزائري والتي تتمثل فيما لحق الدائن من خسارة أي ضرر وما

---

1 محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات-القانون المدني الجزائري- أحكام الالتزام- دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2004، ص47.

2 السنهوري، المرجع السابق، ص819.

فاته من كسب أي نفع بسبب عدم التنفيذ في حالة إصرار المدين على عدم التنفيذ، أو بسبب التأخر في التنفيذ إذا قرر المدين العدول عن تعنته وباشر تنفيذ التزامه.

وفي تحديد عناصر تقدير المال المصفى المتحول إلى غرامة تهديدية نصت المادة 175 مدني جزائري بالقول: " إذا تم التنفيذ العيني، أو أصر المدين على رفض التنفيذ، حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعيا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين ". وبناء عليه، يقدر القاضي المال المصفى المتحول إلى تعويض نهائي بمراعاة العنصرين التاليين:

- **عنصر الضرر**: المتمثل في الخسارة التي لحقت الدائن من جراء عدم التنفيذ أو التأخر فيه، وذلك بالرجوع إلى القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 182 السابقة الذكر والمتمثلة في الخسارة التي لحقت الدائن والكسب الذي فاته بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية لعدم الوفاء أو التأخر فيه.
- **عنصر العنت**: العَنَتُ لغة بفتحتين وهو الإثم وجاء مُتَعَنِّتاً، أي: طالباً زلته، وعَنّتَهُ تَعْنِيتاً: شدد عليه، وألزمه ما يصعب عليه أداؤه وهو الفساد والإثم[1].

والعنت بمفهومه القانوني المنصوص عليه في المادة 175 هو إصرار المدين ومقاومته وعناده وامتناعه عن التنفيذ العيني المقرر بحكم قضائي. وقد أطلق عليه النص الفرنسي للمادة 175 تسمية "السلوك أو الموقف غير المبرر"

« ….En tenant compte du préjudice subi par le créancier et de l’attitude injustifiée du débiteur »

وهناك من يعتبر عنصر العنت خطأ من المدين يدخل في إطار الظروف الملابسة التي نصت عليها المادة 131 مدني جزائري بالقول: " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و182 مكرر مع مراعاة **الظروف الملابسة**....."

والقاضي عند تقديره للتعويض النهائي ينظر غالبا إلى جسامة الضرر الذي لحق الدائن من جراء التأخر في التنفيذ أو عدم التنفيذ، ويستطيع القاضي الزيادة في التعويض في مقابل

1محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان ناشرون، طبعة جديدة، 2007، ص191.
مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الثانية، 2007، ص183.

الضرر المعنوي الذي أصاب الدائن بسبب عناد المدين وتعنته وإصراره على عدم تنفيذ التزامه أو تأخره العمدي في هذا التنفيذ.

وبالتالي سيكون مبلغ التعويض النهائي بعد تصفية الغرامة التهديدية يتجاوز مبلغ التعويض وفقا للقواعد العامة، كما لا يجوز للقاضي أن يقضي على المدين بمبلغ التعويض النهائي الناتج عن تصفية الغرامة التهديدية إضافة لحكمه عليه بالتعويض وفقا للقواعد العامة، وإلا اعتبر مخالفا للمبدأ القاضي: "**بعدم جواز منح تعويضين عن نفس الضرر**". إضافة إلى خرقه لأحكام المادة 509 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تقضي بأن للدائن متى امتنع المدين عن تنفيذ التزام بعمل أو الامتناع عنه اللجوء إلى المحكمة للمطالبة **بالتعويضات أو التهديديات المالية**، وليس الحصول على التعويضات والتهديدات المالية، بمعنى هناك حكم واحد يتضمن القضاء بتعويض بعد تصفية الغرامة التهديدية والتي يجوز الانقاص منها، فالقاضي بعد مراعاته لموقف المدين يمكن له أن يحكم عند التصفية بمبلغ الغرامة التهديدية كله أو يخفض منه.[1]

والملاحظ أن المشرع الجزائري منح سلطة تقديرية للقاضي في تحديد هذا العنت باعتباره مسألة واقعية تختلف من مدين لآخر وحسب ظروف كل قضية. و تقدير العنت لا يقتصر على حالة عدم التنفيذ فقط بل يتعداه إلى حالة التأخير المسجل على المدين في تنفيذ الالتزام وذلك عن طريق المماطلة.

ويعتبر العنت الميزة الأساسية التي تميز التعويض النهائي الناتج عن تصفية الغرامة التهديدية عن التعويض العادي الذي يعتمد في الأساس على الضرر، وبالتالي تظهر جليا أهمية عنصر العنت في تقدير التعويض النهائي والمتمثلة في ضمان فعالية أكبر في تعويض الدائن تعويضا عادلا، بحيث لو افترضنا عدم وجود العنت كعنصر لتقدير التعويض لفقدت الغرامة التهديدية قوتها في الضغط على المدين الذي يدخل في حسابه منذ البداية بعد الحكم عليه بهذه الغرامة أن الأمر عاجلا أو آجلا سيتحول إلى تعويض ومن ثم لا يجد أي ضغط أو تهديد من فرض الغرامة التهديدية عليه.

1 حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص67، 68.

والجدير بالإشارة بأنه بالرجوع إلى القانون المدني الفرنسي لا يوجد نص يمنح للقاضي إمكانية إضافة عنصر العنت عند تقدير التعويض النهائي المترتب على تصفية الغرامة التهديدية.

وفي الأخير يتضح أن المشرع الجزائري طبقا للمادتين 174 و175 مدني اعتبر الغرامة التهديدية في مرحلتها الأولى وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني، وفي المرحلة الثانية تتحول إلى تعويض (جزاء) نهائي بعد تصفيتها وذلك في حالتين هما: التعويض عن التأخير في التنفيذ إذا نجحت الغرامة التهديدية في الضغط على المدين بدفعه إلى التنفيذ العيني. التعويض عن عدم التنفيذ وذلك بعد ظهور الموقف النهائي للمدين بإصراره على رفض التنفيذ.

المطلب الرابع

مدى اعتبار الإكراه البدني وسيلة قانونية لإجبار المدين على التنفيذ العيني للالتزام.

بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية القديم الصادر بموجب الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 جوان 1966، نجده قد أجاز اللجوء إلى الإكراه البدني في المواد 407 إلى 412، في حين لم ينص عليه القانون المدني الجزائري، وذلك بتوافر الشروط التالية:

- وجود التزام ذو طبيعة تجارية ووجود قرض نقدي
- وجود حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به بدفع مبلغ أصلي يزيد من 500 دينار.

والمقصود بالإكراه البدني هو حبس المدين لإجباره على تنفيذ التزامه، والإكراه البدني كان معروفا في القانون الروماني، فيحق للدائن حبس المدين واسترقاقه وحتى قتله، ثم تطور في مرحلة لاحقة إلى الحبس فقط.[1]

إلا أنه بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد نجده قد ألغى المواد المرتبطة بالإكراه البدني، الأمر الذي يفيد ويؤكد أن الإكراه البدني لم يصبح وسيلة قانونية لإجبار المدين على التنفيذ العيني للالتزام.

ويرجع سبب إلغاء الإكراه البدني إلى مصادقة الجزائر على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 وذلك بالمرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في

1ابن شويخ الرشيد، دروس في النظرية العامة للالتزام، دار الخلدونية، الجزائر، 2011، ص214.

16 ماي 1989 الذي تمنع المادة 11 منه إكراه المدين بالحبس لدفعه إلى التنفيذ العيني إذا عجز عن الوفاء بالتزام تعاقدي، بحيث نصت: " لا يجوز سجن إنسان على أساس عدم قدرته على الوفاء بالتزام تعاقدي فقط "

وعلى المستوى التطبيقي ترددت المحاكم الدنيا في تطبيق المادة 11 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية بحجة أن مواد قانون الإجراءات المدنية القديم لم تلغ الإكراه البدني.[1]

وهو ما جعل الغرفة المدنية للمحكمة العليا تتدخل بموجب القرار الصادر بتاريخ 2002/12/11 بقولها: " وبعد الرجوع إلى أحكام القانون رقم 89-08 المؤرخ في 25 أفريل 1989 الذي يتضمن الموافقة على العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الموافق عليها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 16 ديسمبر 1966، وبناء على المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 1989/05/16 المتعلق بانضمام الجزائر إلى الاتفاقية المشار إليها أعلاه.

وبعد الاطلاع على أحكام المادة 11 من الاتفاقية المذكورة أعلاه، والمنشورة بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد11 المؤرخ في 1997/02/26 والتي جاء فيها ما يلي: " لا يجوز سجن أي إنسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدي "

وتبعا لذلك أصبح من غير الجائز توقيع الإكراه البدني لعدم تنفيذ المدين الالتزام التعاقدي.

وحيث أن مصادر الالتزامات تنقسم إلى مصادر إرادية ومصادر غير إرادية، وأصبح – ومنذ انضمام الجزائر لتلك الاتفاقية- غير جائز تنفيذ الالتزامات الإرادية سواء كان مصدرها معاملة مدنية أو تجارية عن طريق الإكراه البدني.

وحيث أنه كما هو ثابت من وقائع القضية أن الالتزام المراد تنفيذه مصدره معاملة تجارية أي عقد تجاري.

وحيث أن المادة 11 المشار إليها أعلاه لا تميز بين الالتزام التعاقدي التجاري وغير تجاري، فيكفي أن يكون هناك التزام تعاقدي سواء كان موضوع الالتزام معاملة مدنية أو

1 حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص21.

تجارية، فيمتنع تنفيذ هذا الالتزام عن طريق الإكراه البدني، والقضاء خلاف ذلك يعد انتهاكا لأحكام المادة المشار إليها أعلاه مما يعرض هذا إلى الإلغاء"[1]

ومن أجل تكييف التشريع الجزائري مع الاتفاقيات التي انضمت وصادقت عليها الجزائر، ألغي نظام الإكراه البدني بصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد لسنة 2008.

وبقي مجال تطبيق الإكراه البدني مقتصرا على الجانب الجزائي في المواد 597 إلى 610 من قانون الإجراءات الجزائية.

وبالرجوع إلى القانون المصري نلاحظ أنه يعتبر الإكراه البدني وسيلة قانونية لإجبار المدين على التنفيذ العيني للالتزام على سبيل الاستثناء في الحالات التالية:[2]

الحالة الأول: الديون المترتبة في نطاق الأحوال الشخصية.

الحالة الثانية: المبالغ الناشئة عن الجريمة المقضي بها للحكومة.

الحالة الثالثة: التعويضات المقضي بها لغير الحكومة عن أضرار ناشئة عن الجريمة.

1القرار الصادر عن المحكمة العليا في هذا لموضوع مشار إليه في مرجع حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص21، 22.

2محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص99.

المبحث الثاني

التنفيذ بمقابل (أو بطريق التعويض)

Exécution par équivalent (Dommage-Intérêts)

سماه المشرع الجزائري التنفيذ بطريق التعويض وهو البديل عن التنفيذ العيني، بمعنى المقابل الذي يدفعه المدين عند استحالة تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا بخطأ منه يتمثل في الانحراف عن سلوك المدين العادي مع إدراكه لهذا الانحراف.

ووضع المشرع له السند القانوني في المادة 176 مدني جزائري بالقول بأنه: " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه ". وتناول المشرع الجزائري التنفيذ بمقابل في المواد من 176 إلى 186 من القانون المدني.

ولدراسة التنفيذ بطريق التعويض نتناول المطلبين التاليين:

المطلب الأول: مفهوم التنفيذ بمقابل وحالاته. المطلب الثاني: الطرق القانونية لتقدير التعويض.

المطلب الأول

مفهوم التنفيذ بمقابل وحالاته

إن دراسة التنفيذ بمقابل كبديل للتنفيذ العيني للالتزام تقتضي التطرق إلى الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف التنفيذ بمقابل. الفرع الثاني: حالات التنفيذ بمقابل. الفرع الثالث: نوعا التعويض.

الفرع الأول

تعريف التنفيذ بمقابل

التنفيذ بمقابل، أو بطريق التعويض، هو البديل عن التنفيذ العيني، ويتحقق بتعويض الدائن عما لحقه من ضرر من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه تنفيذا عينيا.[1]

فالتعويض ليس التزاما جديدا يقع على عاتق المدين إلى جانب الالتزام الأصلي، بل هو تنفيذ له بصورة أخرى غير صورته الأصلية، وهي التنفيذ العيني. ولما كان الدائن هنا لا يحصل على الأداء الأصلي لالتزام المدين، وإنما يحصل على مقابل له (وهو التعويض) سمي التنفيذ بطريق التعويض تنفيذا بمقابل.[2]

ويتحدد نطاق التنفيذ بطريق التعويض لكل التزام مدني مهما كان مصدره.

---

1 محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص104.

2 نفس المرجع، ص104.

الفرع الثاني
حالات التنفيذ بمقابل[1]

طبقا للمادة 176 مدني جزائري لا يتم اللجوء إلى التنفيذ بمقابل أي بطريق التعويض إلا إذا استحال التنفيذ العيني للالتزام بخطأ من المدين ويكون ذلك في الحالات التالية على سبيل الاستثناء:

1- إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا بخطأ المدين، وتجدر الإشارة أن التنفيذ العيني لا يستحيل ويبقى ممكنا إذا كان محل الالتزام الوفاء بمبلغ من النقود.

2- إذا أصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين، ولم يكن اللجوء في تنفيذ الالتزام عن طريق التعويض ضررا جسيما للدائن.

3- إذا لم تفلح الغرامة التهديدية في الضغط على المدين من أجل تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، أو نفذ التزامه تنفيذا عينيا بعد مدة من فرض الغرامة التهديدية. مما يجعله في موضع المدين المقصر والمتأخر في التنفيذ.

4-إذا لم يطلب الدائن التنفيذ العيني، ولم يعرضه المدين فيما بعد، مما يعد دليلا على حصول اتفاق ضمني بينهما على اللجوء إلى التنفيذ بمقابل.

الفرع الثالث
نوعا التعويض

نصت المادة 176 مدني جزائري على أنه: " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه "

---

1 انظر في ذلك خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون الجزائري، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، 1992، ص36 وما يليها. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1983، ص253.
محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام (القانون المدني الجزائري)، دار الكتاب الحديث، 2004، ص49.

ومن خلال هذه المادة يتضح أن التعويض نوعان: **تعويض عن عدم التنفيذ العيني للالتزام وتعويض عن التأخر في التنفيذ.**

أولا- التعويض عن عدم التنفيذ العيني: وهو الحل البديل الذي يلجأ إليه الدائن إذا استحال التنفيذ العيني بخطأ المدين، وبالتالي لا يمكن الجمع بينه وبين التنفيذ العيني للالتزام.

ثانيا- التعويض عن التأخر في التنفيذ العيني للالتزام: والمقصود به جبر الضرر الذي لحق الدائن بسبب تأخر المدين في تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا. ولا يمكن اسقاطه بتحقق التنفيذ العيني للالتزام، وعليه يجوز أن يجتمع التعويض عن التأخر في التنفيذ مع التنفيذ العيني، باعتبار أن التعويض لا يستحق إلا بمجرد التأخر في تنفيذ الالتزام، على عكس التعويض عن عدم التنفيذ، بل إنه يجوز الجمع بين التعويضين معا: التعويض عن عدم التنفيذ والتعويض عن التأخر في التنفيذ، وذلك أن تأخر المدين في تنفيذ التزامه قد ينتهي بالتنفيذ العيني أو بعدمه، وفي تلك الحالة الأخيرة، يجمع الدائن بين التعويض عن التأخر في التنفيذ والتعويض عن عدم التنفيذ.[1]

فإذا التزم مقاول بإقامة بناء من عشر طوابق، ولم ينفذ التزامه في الميعاد المتفق عليه بالرغم من إعذاره، وبقي مصرا على عدم التنفيذ فترة معينة، جاز للدائن أن يرجع عليه بالتعويض عن عدم التنفيذ العيني (إقامة البناء) وبالتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة للتأخر في التنفيذ.[2]

ولما كان الالتزام بدفع مبلغ من النقود قابلا للتنفيذ العيني في كل الأحوال فإنه لا يكون للدائن، إذا تأخر المدين عن الوفاء به، إلا الحصول على تعويض عن التأخر في التنفيذ فضلا عن التنفيذ العيني.[3]

---

1 محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص106، 107.

2 نفس المرجع، ص106، 107.

3 محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص107.

الفرع الرابع
شروط استحقاق التعويض

يشترط لاستحقاق التعويض للوصول إلى التنفيذ بمقابل شرطان: **الشرط الأول:** توافر أركان المسؤولية المدنية، وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وبالتالي نقول أنه لا بد أن يكون عدم التنفيذ أو التأخر فيه منسوبا للمدين، وليس بسبب أجنبي لا يد له فيه، ولا بد أيضا من تحقق ضرر للدائن من إخلال المدين بالتزامه، وأن تقوم علاقة سببية بين هذا الضرر وخطأ المدين المتمثل في إخلاله بتنفيذ التزامه بعدم تنفيذه أو التأخر في تنفيذه، وإن التطرق لأركان المسؤولية المدنية بنوعيها عقدية أو تقصيرية هي من مواضيع مصادر الالتزام التي تمت دراستها سابقا. **الشرط الثاني:** الإعذار فهو شرط ضروري و وجوبي لحصول الدائن على التعويض، ما لم ينص القانون على غير ذلك (المادة 179 مدني) وقد سبق لنا أن تكلمنا عن الإعذار فيما تقدم.

المطلب الثاني
الطرق القانونية لتقدير التعويض

لقد حدد القانون المدني الكيفية القانونية لتقدير التعويض بواسطة طرق تكون بديلا عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر في تنفيذه. وفي الغالب يتولى القاضي تقدير التعويض وهذا ما يسمى بالتعويض القضائي، أو يتفق الطرفان مسبقا على تقديره، وهذا ما يعرف بالتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي، وقد يقدر القانون هذا التعويض مباشرة ويسمى حينها بالتعويض القانوني.

الفرع الأول
التعويض القضائي

الأصل أن التعويض مصدره القضاء، يطالب به الدائن برفع دعوى على المدين مطالبا الحكم له بالتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو بسبب تأخره في تنفيذه، ويتولى القاضي تقدير التعويض وفق قواعد قانونية تجعله مناسبا لجسامة الضرر.

أولا- عناصر التعويض: تنص المادة 182 مدني جزائري على أنه: " إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد"

فلم يترك القانون للقاضي أن يقدر التعويض حسب أهوائه وميوله الشخصية بل وضع له معايير يسير على هداها، فأوجب أن يقدر التعويض بمدى ما أصاب المضرور من ضرر، بحيث لا يزيد عنه ولا يقل ويجب أن يكون معياره في المسؤوليتين هو ما لحق المضرور من خسارة damum emergens وما فاته من ربح.[1] lucrum cessans

وبالتالي حددت المادة 182 عنصرين لتقدير التعويض هما: ما أصاب الدائن من الخسارة، وما ضاع عليه من كسب بسبب عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه، ومن ثم ينظر القاضي إلى الخسارة التي لحقت الدائن **أولا**، ثم ينظر **ثانيا** إلى الكسب الذي فاته، وعلى مجموع هذين العنصرين يكون التعويض.

وتوضيحا لذلك نفرض أن المدين التزم بتسليم بضاعة للدائن، ولم يقم بتسليمها له في ميعادها، مما اضطر الأخير لشراء بضاعة مماثلة بثمن أعلى لتوريدها لعملائه، وفي هذه الحالة يشمل التعويض الذي يجب على المدين دفعه للدائن ما أصاب الأخير من خسارة تتمثل في شرائه البضاعة بثمن أعلى، و كذلك ما ضاع عليه من ربح بسبب صفقة رابحة ثبت أنه كان يعقدها لو قام المدين بتنفيذ التزامه و سلمه البضاعة في الميعاد المتفق عليه.[2] وأيضا لو كان المدين شخصا ارتكب فعلا ضارا أدى إلى إصابة تاجر أثناء ذهابه إلى محله التجاري وجب أن يشمل التعويض ما يقابل الخسارة التي لحقت به متمثلة في المصاريف التي يتكبدها لعلاج إصابته وما قاساه من آلام من جراء الإصابة، وكذلك الكسب الذي فات عليه بسبب تعطل تجارته نتيجة عدم قدرته أي عجزه على مزاولتها أثناء فترة العلاج، وإذا لم

1علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، المسؤولية عن فعل الغير- المسؤولية عن فعل الأشياء-التعويض- ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1989، ص218.

2محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق،ص110.

يتحقق هذين العنصرين بحيث لم يلحق الدائن أي خسارة ولم يفته أي كسب أو منفعة، فإنه لا يستحق التعويض.

ويقع عبء إثبات هذين العنصرين على عاتق الدائن، فإذا استطاع أن يثبتهما، كان القاضي ملزما بالحكم له بالتعويض وذلك بجبر عنصري الضرر، وتبيان ذلك في حكمه الذي يقضي بتعويضه، وإلا كان حكمه مشوبا بتقصير في التسبيب. وبالتالي فتحديد عناصر التعويض هو مسألة قانون يخضع القاضي فيها لرقابة المحكمة العليا.

ثانيا- طريقة التعويض: حددت المادة 132 مدني جزائري طريقة التعويض بقولها:

"1- يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون مرتبا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا.

2- ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع". يتبين من خلال هذا النص أن التعويض القضائي يتم بطريقتين:

الطريقة الاولى- التعويض النقدي: يقدر فيها القاضي التعويض بمبلغ نقدي يحكم به لصالح الدائن من أجل جبر الضرر الذي لحقه بسبب إخلال المدين بالتزامه.

الطريقة الثانية- التعويض العيني: وهي التي يحكم فيها القاضي بإزالة المخالفة التي وقعت إخلالا بالالتزام. فإذا التزم المدين بعدم البناء في أرضه، وخالف هذا الالتزام، جاز للقاضي أن يحكم -بناء على طلب الدائن- بإزالة البناء المخالف كتعويض عيني. وإذا كان الالتزام بتسليم شيء هلك بخطأ من المدين جاز للقاضي أن يحكم بتسليم الدائن – بناء على طلبه – شيئا مماثلا، وإذا تلف الشيء المودع بإهمال المودع لديه، جاز للقاضي أن يحكم بإصلاح التلف الذي لحق بهذا الشيء وهكذا...[1]

وفي إطار المسؤولية التقصيرية، يمكن للقاضي أن يأمر بأداء أمر متصل بالعمل غير المشروع (الفعل الضار)، ومقال ذلك أن يرتكب المعتدي (المدين) سبا أو قذفا في حق المضرور (الدائن)، ويرى هذا الأخير الترضية الكافية لما أصابه من ضرر في نشر الحكم بالإدانة بهذه الجريمة في الصحف أو إلزام المعتدي بنشر الاعتذار عما صدر منه في

1 نفس المرجع، ص114.

الصحف، فيأمر القاضي بهذا النشر على سبيل التعويض العيني (غير النقدي) للمضرور نتيجة للسب والقذف.[1]

وبالرغم من أن نص المادة 132 مدني جزائري السابقة الذكر متعلقة بالمسؤولية التقصيرية، فإن الفقه يتفق على تطبيقه في مجال المسؤولية العقدية عن طريق القياس، إذ لا يوجد ما يمنع من تعميم حكمه على التعويض عن كل إخلال بالتزام أيا كان مصدره.[2]

ثالثا- القيود التي تحكم سلطة القاضي في تقدير التعويض: ليست للقاضي الحرية المطلقة لتقدير التعويض، بل هناك قيود ترد سلطة القاضي في تقديره لضمان تقدير منصف، وجب عليه الالتزام بها وهي:

أ - **أن يكون تقديره للتعويض على قدر الضرر:** التعويض هو التزام يقع على ذمة المدين لجبر الضرر الذي لحق الغير، ومعنى ذلك أن التعويض يهدف إلى إزالة الضرر لا غير، وذلك تطبيقا للمادة 182 مدني جزائري التي تنص على أنه: " ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب". بالإضافة إلى ما نصت عليه المادة 182 مدني جزائري مكرر بالقول: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي..."

ب - مراعاة الظروف الملابسة

إن القاضي عند تقديره للتعويض لا يتوقف عند النظر إلى مقدار الضرر فقط، فقد منحته ضابطا هاما لتقدير التعويض وهو ما ورد في نص المادة 131 مدني جزائري التي نصت: "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة"

ونلاحظ أن المادة 131 أشارت إلى الظروف الملابسة التي قد تكون أداة هامة للقاضي عند تقديره للتعويض، وعليه ما المقصود بالظروف الملابسة؟ هل هي ظروف المضرور أم ظروف المسؤول أم ظروف كليهما؟

يرى الأستاذ السنهوري أن : " الظروف الملابسة هي الظروف التي تلابس المضرور لا الظروف التي تلابس المسؤول... فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور وما قد أفاده بسبب التعويض، كل هذا يدخل في حساب القاضي عند تقديره للتعويض. أما الظروف

---

1 محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص114.

2 مرقس: فقرة 90، عبد الودود يحي، ص408، الأهواني: ص63-64، نقلا عن محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص115.

الشخصية التي تحيط بالمسؤول وجسامة الخطأ الذي صدر منه، فلا يدخل في الحساب، على خلاف في الرأي بالنسبة إلى جسامة الخطأ. فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور تدخل في الاعتبار، لأن التعويض يقاس بمقدار الضرر على أساس ذاتي (in concerto) لا على أساس موضوعي (in abstracto)، ويكون محلا للاعتبار حالة المضرور الجسيمة والصحية"[1]

فمن كان مريضا "بداء السكري، ويصاب بجرح، كانت خطورة هذا الجرح أشد بكثير من خطورة الجرح الذي يصيب الشخص السليم. والأعور مثلا، إذا أصيبت عينه السليمة كان الضرر الذي يصيبه أفدح من الضرر الذي يصيب شخصا أصيبت إحدى عينيه السليمتين[2]...وهكذا.

ومراعاة ظروف المضرور الشخصية متفق عليها فقها وقضاء، فيجب على القضاء عند تقديره للتعويض أن يراعي ظروف المضرور الشخصية، أي ينظر إليه نظرة شخصية (in concerto) لا نظرة مجردة (in abserto)، فيأخذ في الاعتبار حالته الصحية، أو ما أسماه "اهرنج" La réciptivité، وبقدر مدى تأثير الفعل الضار عليه، ومدى ما سببه له من ضرر.[3]

رابعا- هل يقتصر التعويض على الضرر المباشر، وفي المسؤولية العقدية على ما كان منه متوقعا أم غير متوقع ؟[4]

اشترطت المادة 182 مدني جزائري أن يكون الضرر الذي يأخذه القاضي في الحسبان عند تقديره للتعويض " نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول". ومعنى ذلك أن التعويض سواء كان في المسؤولية التقصيرية أو العقدية يكون على الضرر المباشر فقط دون الضرر غير المباشر، واستنادا لنص المادة 182 يعتبر الضرر مباشرا إذا كان نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به، ولم يكن في استطاعة الدائن أن

---

1 السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام –مصادر الالتزام- الجزء الأول، المجلد الثانين نهضة مصر، الطبعة الثالثة، الجديدة، 2011، ص971.

2 علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، - المسؤولية عن فعل الغير –المسؤولية عن فعل الأشياء- التعويض- ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، 1989، ص221.

3علي علي سلمين، المرجع السابق، ص221.

4 محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص121 وما يليها.

يتوقاه أي يتفاداه ببذل جهد معقول. فالضرر المباشر بهذا المعنى هو الذي يتصل بالخطأ عن طريق علاقة السببية وهو مناط قيام مسؤولية المدين، ويقتصر عليه التزامه بالتعويض.

أما الضرر غير المباشر، فينجم في الواقع عن خطأ الدائن الذي كان في وسعه أن يتوقاه لو بذل جهدا معقولا، ولكن لم يبذله، فلا تقوم ، من ثم، علاقة سببية بينه وبين خطأ المدين ولا يعتبر بالتالي، هذا الأخير مسؤولا عنه ولا يلزم بتعويضه.

ومن الأمثلة المعروفة التي تضرب للتمييز بين الضرر المباشر والضرر غير المباشر أنه إذا بيعت بقرة مريضة اختلطت بمواشي المشتري وانتقلت إليها العدوى فنفقت عن آخرها، وترتب على موت المواشي عجز المشتري عن زراعة أراضيه، ولم يستطع من ثم أن يفي بديونه، فحجز دائنوه على أمواله وبيعت بثمن بخس، وبسبب ذلك لم يستطع الانفاق على أبنائه بالجامعة فتركوا دراستهم بحثا عن عمل يساعدون به الأسرة، وفي هذا الغرض تقتصر مسؤولية البائع على الضرر الذي اعتبر نتيجة طبيعية لإخلاله بالتزامه – والاخلال هو عدم الكشف عن المرض المصابة به البقرة المبيعة– ويتمثل هذا الضرر في موت مواشي المشتري، إذ لم يكن هذا الاخير يستطيع توقيه ببذل جهد معقول، ويلتزم البائع من ثم بتعويض المشتري عنه، أما الأضرار الأخرى التي ترتبت على موت مواشي المشتري المتمثلة في عجز هذا الأخير عن زراعة أراضيه، وحجز الدائنين على أمواله وبيعها بثمن بخس لعدم قدرته على الوفاء بديونه، وترك أبنائه لدراستهم بالجامعة، فكلها أضرار غير مباشرة لا يسأل عنها البائع، لان المشتري كان يستطيع توقيها بشراء مواشي غير التي نفقت أو تدبير وسائل أخرى للزراعة أو الحصول على قرض يسد به التزاماته أو غير ذلك من التدابير، فإن لم يفعل شيئا من ذلك فلا يلوم إلا نفسه.[1]

وبقراءة الفقرة الثانية من المادة 182 نلاحظ أنها جاءت بحكم خاص بالإخلال بالتزام عقدي، أي بالمسؤولية العقدية فنصت بأنه: "إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكنه توقعه عادة وقت التعاقد"

1 محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص122 ، 123.

فطبقا لنص هذه الفقرة نلاحظ أن المدين في المسؤولية العقدية أي عند إخلاله بالتزام مصدره العقد، لا يلتزم بتعويض كل الضرر المباشر، بل يستوجب في هذه الحالة في إطار البحث عن الضرر المباشر التمييز بين الضرر المتوقع منه وغير المتوقع، ويكون بناء على ذلك ملتزما بالتعويض فقط عن الضرر المتوقع فقط وهو الذي كما قالت الفقرة الثانية من المادة 182: " الذي كان يمكنه توقعه عادة وقت التعاقد" إلا أن هذه الفقرة اشترطت لتطبيق هذا الحكم ألا يرتكب المدين غشا أو خطأ جسيما، فإن ثبت ارتكابه ذلك كان ملتزما بتعويض الضرر المباشر سواء كان متوقعا أو غير متوقع، وهذا التمييز غير معمول به في مجال المسؤولية التقصيرية، بحيث يلتزم المدين (المسؤول) بتعويض كل الضرر المباشر المتوقع منه أو غير المتوقع مهما كانت درجة جسامة خطئه.

و معيار التفرقة بين الضرر المتوقع وغير المتوقع هو معيار موضوعي أو مجرد، وليس معيارا شخصيا أو ذاتيا، وبناء عليه، فإنه لا يقصد بالضرر المتوقع ذلك الضرر الذي توقعه المدين فعلا، بل الضرر الذي يتوقعه الرجل العادي في مثل ظروفه.[1]

وكما هو واضح من حكم هذه الفقرة، فالعبرة في توقع وعدم توقع الضرر هي عادة وقت التعاقد، فإذا فرضنا أن ناقلا تسبب بإهماله في ضياع حقيبة مسافر وادعى الأخير أنها كانت تحتوي على أشياء ثمينة لا يضعها الناس عادة في حقائب السفر، كالمجوهرات والأوراق المالية، فإن الناقل لا يلتزم بتعويضه عن قيمة هذه الأشياء، بل فقط عن قيمة الأشياء العادية، كالملابس أو الكتب أو الأجهزة الصغيرة أو غيرها مما يوضع في العادة في حقائب المسافرين، فالضرر في هذه الحالة الأولى غير متوقع في مقداره أو مداه، بينما هو متوقع في الحالة الثانية.[2]

وقد يكون الضرر متغيرا Le préjudice variable، فإما أن يكون التغير قد حدث بعد الحكم بالتعويض فيكون للمضرور الحق في طلب تعويض تكميلي يناسب مقدار الزيادة في الضرر، دون أن يكون للمسؤول أن يحتج عليه بقوة الأمر المقضي، إذ أنه يطلب تعويضا عن ضرر لم يكن قد تحقق عند الحكم، ولكن إذا كان التغير قد حدث في سعر العملة، فالقضاء يرفض إعادة النظر في قيمة التعويض.[3]

---

1 محمود عبد الرحمن، المرجع السابق، ص125.

2 نفس المرجع ، ص126.

3 علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص231.

- **التعويض عن الضرر المعنوي**

يترتب الضرر المعنوي عند التعدي على حقوق أو مصالح غير مالية، فهذا النوع من الضرر يلحق بما يسمى بالجانب الاجتماعي للذمة المعنوية أو الأدبية La partie sociale du patrimoine moral ليكون في العادة مقترنا بأضرار مادية، أو يلحق بالعاطفة أو الشعور بالآلام التي يحدثها في النفس والأحزان، ومن ثم ينعت بالجانب العاطفي للذمة المعنوية la partie affective du patrimoine moral ليقوم وحده غير مصحوب بأضرار مادية، يكون قد لحق أمور أخرى ذات طبيعة غير مادية، كالعقيدة الدينية أو الأفكار الخلقية.[1]

ويشمل التعويض عن الضرر المعنوي عدة أصناف منها ما يتعلق بالجانب الاجتماعي للذمة المعنوية، ويمس الشخص في شرفه وفي سمعته، ومنها ما يتلق بالجانب العاطفي للذمة المعنوية وتمس الشخص في عاطفته، ومنها ما يتعلق بالمعتقدات الدينية أو الأخلاقية، ومنها التي تصيب الشخص جسمانيا من دون أن تنقص من قدرته في العمل كالآلام والجروح...الخ[2]

وتتمحور – على العموم– التعاريف الفقهية للضرر المعنوي حول فكرة المساس أو الأذى الذي يصيب الشخص في سمعته أو شرفه أو عاطفته أو شعوره دون أن يسبب له خسارة مالية أو اقتصادية[3]. وهذا ما انتهى إليه المشرع في المادة 182 مدني جزائري مكرر التي تنص: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة" (هذه المادة أضيفت بموجب القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني).

وبالتالي نقول أن الضرر المادي الذي هو الأصل في التعويض هو الإخلال بحق أو مصلحة مالية للشخص، ومثاله ما يصيب جسم الإنسان نتيجة الاعتداء عليه، إذ في هذا مساس بحق الإنسان في سلامة جسمه، وهذا ضرر مادي لأنه يكبد المضرور نفقات مالية

---

1 راجع محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، جامعة القاهرة، ط 1978، ص71 نقلا عن علي فيلالي، الالتزامات– الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الجزائر، الطبعة الثانية، 2015، ص281. وراجع أيضا السعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص35.

2 راجع حكيمة بعطوش (قاضية)، في مقال لها بعنوان "تعويض الضرر المعنوي"، نشرة القضاة، العدد 47، أكتوبر 1995، ص76، نقلا عن علي فيلالي، المرجع السابق، ص281.

3 راجع حكيمة بعطوش المرجع السابق، ص76، نقلا عن علي فيلالي، المرجع السابق، ص282.

في العلاج، وقد يؤدي إلى إضعاف قدرته على الكسب، كما يحدث هذا الضرر أيضا نتيجة الاعتداء على حق مالي للشخص، كإحراق أو إتلاف زراعته.[1]

وكلا الضررين يجب التعويض عنه، ولا فرق بينهما من حيث الشروط التي يجب توافرها ليترتب الحق في التعويض عنه، ولا من حيث مدى التعويض عنه[2]. ولا مانع قانونا من أن يجتمع الضرر المادي مع الضرر المعنوي مصدرهما واقعة مادية معينة.

- **التعويض يقتصر على الضرر المحقق، دون الضرر المحتمل[3]**

يكون الضرر محققا إذا كان قد وقع فعلا، أو سيقع حتما، والضرر الي وقع فعلا هو الضرر الحال، ومثاله ما يصيب الشخص في جسمه نتيجة حادث، أو يصيبه في ماله نتيجة حريق امتد إلى أمواله فأتلفها. والضرر الذي سيقع حتما هو الضرر المستقبل، ومثاله أن يصاب شخص في حادث، ولكن لا يعرف على وجه الدقة ما ستؤول إليه النتيجة النهائية لهذه الإصابة، هل تؤدي في النهاية بحياته، أم تكتب له النجاة؟ وهل سيشفى منها مستعيدا كامل قواه، أم تتخلف عنها عاهة مستديمة؟ وما نسبة العجز الذي يلحقه نتيجة هذه العاهة؟ إلى غير ذلك.

فإذا كان في استطاعة القاضي تقدير الضرر المستقبل فورا، قدر التعويض المستحق للمضرور وحكم به كاملا، وأما إذا لم يستطع تقديره في الحال – وهذا هو الغالب– جاز للقاضي أن يقدر تعويضا يتناسب مع الضرر المحقق وقت الحكم به، وأن يحتفظ للمحكوم له بالحق في المطالبة بتعويض آخر عن الضرر الذي يتحقق بعد صدوره، أو يحكم بتعويض مؤقت، ويرجئ إلى تاريخ لاحق الحكم بالتعويض النهائي (المادة 131 مدني جزائري).

وبالتالي ينبغي أن يكون الضرر الذي يجب التعويض عنه قد تحقق ووقع فعلا أو أن يكون محقق الوقوع في المستقبل certain ولكن لا يكفي في الضرر المستقبل أن يكون محتملا فقط purement éventuel، ويكون الضرر المستقبل محقق الوقوع إذا كان تقدير القضاء له سهلا ميسورا، مثال ذلك العجز عن العمل مستقبلا بسبب عاهة مستديمة، فيؤخذ

---

1 محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص126.

2 نفس المرجع، ص126.

3 نفس المرجع، ص130 وما يليها.

في تقدير التعويض اعتبار أن المضرور لن يستطيع في المستقبل كسب معيشته، وهذا ضرر محقق الوقوع.[1]

الفرع الثاني

التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي

تنص المادة 183 مدني جزائري على أنه: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181".

أولا- مفهوم الشرط الجزائي

1-تعريف الشرط الجزائي

الشرط الجزائي هو اتفاق بين المتعاقدين مقدما في العقد أو في اتفاق لاحق لتكوين العقد على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه، أو إذا تأخر في تنفيذه. وهو التعويض الاتفاقي أي أن الاتفاق هو مصدره وليس القاضي أو القانون.

وبتعريف آخر، الشرط الجزائي هو جزاء يتفق عليه المتعاقدان عند التعاقد أو عقب التعاقد سواء عند عدم تنفيذ المدين التزامه العقدي أو لتأخره في تنفيذه، وقد سمي عندنا الشرط الجزائي نقلا عن القانون المدني الفرنسي الذي سماه la clause pénale متأثرا في هذه التسمية بالقانون الروماني الذي سماه stipulatio peonae [2].

واستعمال الشرط الجزائي كاتفاق مسبق على التعويض لعدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه كثير الشيوع في الحياة العملية في عقود كثيرة، كعقد المقاولة الذي غالبا ما يتفق فيه رب العمل مع المقاول على التزام هذا الأخير بدفع مبلغ معين محدد جزافا عن كل يوم أو عن كل أسبوع أو عن كل شهر أو عن كل مدة أخرى من الزمن، يتأخر فيها عن تسليم العمل الذي تعهد به...الخ[3]

---

1 علي علي سليمان، المرجع السابق، ص233، 234.

2 علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة-التعويض الاتفاقي في القانون المدني الفرنسي وفي القوانين العربية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص179.

3 محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص138.

ثانيا- تمييز الشرط الجزائي عن المفاهيم المشابهة له

1-**الشرط الجزائي والصلح:** الصلح هو اتفاق لاحق على اخلال أي من المتعاقدين بتنفيذ التزامه بغرض حسم النزاع بينهما[1]، وبذلك يتضح أن الصلح هو عقد لاحق على وقوع الضرر بينما الشرط الجزائي هو اتفاق سابق على وقوعه.

2-**الشرط الجزائي والعربون:** دفع العربون وقت التعاقد يقصد به إعطاء الحق لأطراف العقد في العدول عن تنفيذه في مدة معينة، فإذا عدل من دفع العربون خسره، وإذا عدل من قبضه رد مثله. وتطبق أحكام العربون سواء لحق الطرف الآخر ضرر من العدول أم لم يلحقه ضرر. أما الشرط الجزائي باعتباره تعويض اتفاقي لا يستحق إلا بإثبات خطأ المدين والضرر الذي أصاب الدائن وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر. ليس للقاضي سلطة في تخفيض العربون، بينما يجوز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي في الحالات المحددة قانونا كما يجوز له أن يزيد في مقدار الشرط الجزائي إذا أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما. هذا ولا يعتبر الشرط الجزائي التزاما تخييريا أو بديلا، لذا لا يستطيع المدين العدول عن تنفيذ الالتزام الأصلي ويعرض الشرط الجزائي، بينما يستطيع ألا ينفذ الالتزام الأصلي حتى ولو كان ممكنا، ويدفع العربون بدلا منه.[2]

3-**الشرط الجزائي والغرامة التهديدية:** الغرامة التهديدية هي مبلغ مالي يقدره القاضي عن كل تأخر يبديه المدين في تنفيذ التزامه (يوم أو أسبوع أو شهر أو سنة) وذلك من أجل الضغط على المدين لتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، وعليه فهي ليست تعويضا يقدره القاضي على أساس الضرر الذي لحق الدائن، بينما الشرط الجزائي هو اتفاق بين المتعاقدين على تعويض الضرر الذي يلحق الدائن من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه تنفيذا عينيا أو التأخر فيه ولا يستحق للدائن إلا إذا أثبت أنه تضرر من ذلك.

1حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص92.

2 محمدي صبري السعدي، المرجع السابق، ص78، 79.

ثالثا-خصائص الشرط الجزائي[1]

1-**الالتزام الطبيعي التزام تابع للالتزام الأصلي:** الالتزام بالشرط الجزائي هو التزام تابع (accessoire) لا التزام أصيل. أما الالتزام الأصلي الذي يتبعه الشرط الجزائي، فقد يكون نقل حق عيني، أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، لذلك فلا يجوز الاتفاق على الشرط الجزائي استقلالا، فهو دائما يقوم إلى جانب التزام آخر أصلي، ويترتب على ذلك النتائج التالية:

- إذا كان الالتزام الأصلي باطلا ترتب عليه بطلان الشرط الجزائي بالتبعية، فإذا كان محل الالتزام الأصلي غير مشروع كان الشرط الجزائي باطلا، ولكن إذا حدث العكس وكان الالتزام الأصلي صحيحا والشرط الجزائي باطلا، فإن بطلان هذا الأخير لا يمتد إلى الالتزام الأصلي.
- إذا سقط الالتزام الأصلي بسبب استحالة تنفيذه، بقوة قاهرة، سقط معه بالتبعية الالتزام بالشرط الجزائي.
- إذا تم انقضاء الالتزام الأصلي بسبب فسخ العقد الذي أنشأ الالتزام الأصلي، انقضى الالتزام بالشرط الجزائي بالتبعية.
- ويترتب على هذه الخاصية أيضا أنه إذا كان الالتزام الأصلي موصوفا كما لو كان معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل، أو غير ذلك من الأوصاف، فإن هذه الأوصاف تلحق بالشرط الجزائي.

2-**الالتزام بالشرط الجزائي هو التزام احتياطي:** الشرط الجزائي هو التزام بديل عن الالتزام الأصلي، يتضمن التعويض عن الضرر الذي يلحق الدائن من جراء الاخلال بتنفيذ العقد، بمعنى أنه وسيلة احتياطية للتنفيذ بمقابل لا يتم اللجوء إلى استعمالها إلا في حالة عدم تنفيذ الالتزام عينا أو التأخر في تنفيذه، ويترتب على ذلك أن الدائن لا يمكنه المطالبة بتطبيق الشرط الجزائي إذا كان التنفيذ العيني لا يزال ممكنا، كما أنه لا يجوز للمدين أن يعرض على الدائن إلا الالتزام الأصلي، فليس له الخيار بينهما، ويتم اللجوء إلى الشرط الجزائي في حالة استحالة تنفيذ الالتزام بخطأ المدين.

---

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص80، 81، 82.

3-**الشرط الجزائي هو تقدير جزافي للتعويض:** هذه أهم خاصية يتميز بها الشرط الجزائي، فهو كما سبق ذكره ليس سوى اتفاق مسبق على التعويض، وعلى ذلك فالشرط الجزائي ليس هو السبب في استحقاق التعويض ومصدره، بل إن التعويض ينشأ من مصدر آخر هو عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه.[1] ويترتب على ذلك أنه يشترط لاستحقاق الشرط الجزائي كل شروط التعويض وهي الخطأ والضرر علاقة السببية ثم الإعذار، وقد نصت على ذلك المادة 183 مدني جزائري بقولها: " وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد من 176 إلى 181"

رابعا- شروط استحقاق الشرط الجزائي

تتمثل شروط التعويض في الشروط العامة للتعويض وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية والإعذار.

1) **الخطأ:** يجب لاستحقاق الشرط الجزائي ارتكاب المدين خطأ، وهو خطأ عقدي مضمونه الاخلال بالتنفيذ العيني للالتزام أو التأخر فيه، وإذا لم يثبت هذا الخطأ لا يلتزم المدين بالتعويض، ولا محل لتطبيق الشرط الجزائي لعدم استحقاقه.
2) **الضرر**: يشترط لاستحقاق التعويض محل الشرط الجزائي أن يلحق الدائن ضررا بسبب عدم تنفيذ الالتزام عينا أو التأخر في تنفيذه. وهذا ما تؤكده المادة 184 مدني جزائري بالقول: "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر"
3) **علاقة السببية:** ويجب أيضا لاستحقاق الشرط الجزائي وجود علاقة سببية مباشرة بين الخطأ والضرر، فإذا كانت هذه العلاقة غير موجودة بسبب وقوع سبب أجنبي، أو بسبب أن الضرر لم يكن مباشرا أو كان غير متوقع في المسؤولية العقدية فلا تترتب المسؤولية، ولا يستحق التعويض وبالتالي لا يمكن تطبيق الشرط الجزائي. غير أنه يجوز مخالفة هذا الحكم بالاتفاق مسبقا على ذلك، ويكون بمثابة اتفاق على التشديد من المسؤولية وتحميل المدين تبعة الحادث المفاجئ.[2]
4) **الإعذار**: يجب أن يوجه الدائن إعذارا للمدين كشرط لاستحقاق الشرط الجزائي، إلا في الحالات الاستثنائية التي لا ضرورة فيها لإعذار المدين (المادة 181 م ج).

---

1 السنهوري، المرجع السابق، ص855.

2 انظر في ذلك الهامش رقم (14) من مرجع محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص84.

خامسا : إعادة النظر في الشرط الجزائي

إذا كان الشرط الجزائي مصدره الاتفاق، فعلى القاضي الحكم به دون مراجعته بالزيادة أو النقصان كقاعدة عامة، غير أن القانون المدني الجزائري وضع استثناءين بموجبهما يجوز للقاضي مراجعة الشرط الجزائي سواء بتخفيضه أو الزيادة فيه.

1-**الاستثناء الأول- إعادة النظر في الشرط الجزائي بالتخفيض في مبلغه:** تنص المادة 2/184 مدني جزائي بالقول: "ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ جزء منه. ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه". وبناء على ذلك يجوز للقاضي مراجعة الشرط الجزائي في الحالتين التاليتين:

- **حالة الإفراط أو المبالغة:** وذلك بإثبات أن الافراط في تقدير الشرط الجزائي وصل إلى درجة كبيرة ترهق المدين بالالتزام به.
- **حالة التنفيذ الجزئي للالتزام:** وهذا أمر تقتضيه العدالة العقدية، فإذا نفذ المدين جزءا من التزامه الأصلي كان من العدالة أن يعدل القاضي الشرط الجزائي ليناسب مبلغه مع الجزء المتبقي من الوفاء، باعتبار أن الاتفاق على وضع الشرط الجزائي وضع أصلا للتعويض عن عدم التنفيذ الكامل للالتزام.

2-**الاستثناء الثاني- تعديل الشرط الجزائي بالزيادة في مبلغه:** تنص المادة 185 مدني جزائري على أنه: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما". وهكذا أجاز القانون للقاضي مراجعة مبلغ الشرط الجزائي بالزيادة فيه إذا طلب الدائن ذلك بشرط أن يثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما في عدم تنفيذه لالتزامه، وإذا عجز الدائن عن إثبات غش المدين أو خطئه الجسيم، فلا يستحق الزيادة في الشرط الجزائي مهما كان الضرر جسيما وفادحا بسبب عدم تنفيذ المدين التزامه، ومهما كانت القيمة الشرائية للعملة قد انهارت. وهذا مناف للعدالة، وكان ينبغي لمشرعنا أن يساوي بين الدائن والمدين كما فعل المشرع الفرنسي، وأن يمنح القاضي سلطة إجراء التخفيض أو الزيادة من تلقاء نفسه.[1]

1 علي علي سليمان، التعويض الاتفاقي في القانون المدني وفي القوانين العربية، المرجع السابق، ص182.

سادسا- فوائد الاتفاق على الشرط الجزائي

يهدف الاتفاق على إدراج شرط جزائي في العقد إلى تحقيق الفوائد التالية:

أ- **إعفاء الدائن من إثبات ركن الضرر:** ويتضح ذلك من خلال افتراض أن الدائن تضرر بمجرد رفض المدين تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا أو تأخر فيه، ويقع على المدين أن يثبت أن الدائن لم يلحقه أي ضرر.

ب- **تجنب اللجوء إلى القضاء:** يستفيد الدائن والمدين من الاتفاق على الشرط الجزائي استبعاد تدخل القضاء في تقرير التعويض إلا ما استثناه المشرع في المادتين 184 و185 مدني جزائي.

ت- **قد يكون الشرط الجزائي وسيلة للتخفيف من المسؤولية:** قد يستفيد المدين من خلال الاتفاق على الشرط الجزائي من التخفيف من مسؤوليته في حالة ما إذا كان مبلغه المتفق عليه أقل من قيمة الضرر، ولم يثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما.

ث- **يعتبر وسيلة تهديدية:** قد يكون الشرط تهديدا للمدين يدفعه إلى تنفيذ التزامه وعدم التأخر فيه، خاصة إذا كان مبلغ التعويض المتفق عليه يجاوز قيمة الضرر بمقدار كبير.

الفرع الثالث

التعويض القانوني[1]

لم ينص القانون المدني الجزائري على فوائد قانونية كما فعل القانون المدني المصري في المادتين 226 228 وذلك بتحديده لنسبة التعويض القانوني المتمثل في الفوائد التأخيرية، ولذلك فإنه عند عدم وجود اتفاق على التعويض يحكم القاضي بتعويض على أساس ما لحق الدائن من ضرر بسبب تأخر المدين في الوفاء بدين نقدي عين مقداره وقت رفع الدعوى، الحكم الذي تؤكده المادة 186 مدني جزائري.

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد حرم القرض بفائدة فيما بين الأفراد طبقا لنص المادة 454 الذي يقول: "القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك" (أي القرض بدون عوض)، غير أن القانون المدني الجزائري أجاز للمؤسسات

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص91، 92. خليل أحمد قدادة، المرجع السابق ، ص46 وما يليها.

المالية أن تمنح قروضا بفائدة يحدد سعرها القانون وذلك تشجيعا للادخار وللاقتصاد الوطني (المادة 455 مدني جزائري).

ويتضح من نص المادة 186 مدني جزائري أنه إذا كان محل الالتزام بين افراد مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت رفع الدعوى، فإن المدين يلتزم بتعويض الضرر الذي أصاب الدائن بسبب التأخر في الوفاء به، ويسمي الفقهاء هذا التعويض بالفوائد التأخيرية التي تستحق كتعويض عن التأخير في تنفيذ التزام بمبلغ من النقود عن الأجل المحدد للوفاء به، وهذه الفوائد القانونية تقابل الفوائد الاتفاقية التي يشترطها المتعاقدان وعلى وجه الخصوص في القروض. "والمعروف أن الفوائد الاتفاقية هي عبارة عن ربا وقد حرمها الله تعالى في الشرائع السماوية، وعلى رأسها الشريعة الإسلامية الغراء، وعلى الرغم من ذلك، فقد اعترفت بعض القوانين بها ووضعت عليها بعض القيود للحد من الربا الفاحش كالقانون المدني المصري، كتحريم الربا المركب وعدم جواز ما يتقاضاه الدائن من فوائد على رأس المال"[1].

ولما كان المشرع الجزائري لا يعترف إلا بالفوائد التأخيرية دون الفوائد الاتفاقية فإن شروط استحقاق التعويض القانوني المتمثل في الفوائد التأخيرية هي:

الشرط الأول- يجب أن يكون محل الالتزام مبلغا من النقود: طبقا للمادة 186 مدني جزائري التي تنص بقولها: "إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود". بمعنى أن الالتزام إذا كان موضوعه تسليم شيء من الأشياء عقارا كان أو منقولا فلا يجوز للدائن المطالبة بالفوائد التأخيرية بسبب التأخير في تسليمه، ولا يهم أن يكون مصدر الالتزام بدفع مبلغ من النقود، أن يكون عقدا أو إرادة منفردة أو فعل ضار أو القانون كما في التزام الشخص بالنفقة إذا قدرت بمبلغ من النقود.

الشرط الثاني- أن يكون المبلغ المتفق عليه معلوم المقدار: وقد نصت على هذا الشرط المادة 186 بقولها: "...عين مقداره وقت رفع الدعوى" ومعنى ذلك أن الفوائد التأخيرية لا تكون مستحقة إلا إذا كان المبلغ النقدي الواجب دفعه معلوم المقدار وقت رفع الدعوى.

الشرط الثالث- أن يثبت تأخر المدين في الوفاء: نصت المادة 186 مدني على هذا الشرط بقولها: "...وتأخر المدين في الوفاء به..." وهذا معناه أن استحقاق الفوائد التأخيرية مشترط

1 خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، الهامش رقم2، ص46، 47.

بإثبات الدائن تأخر المدين عن الوفاء بالتزامه بدفع المبلغ النقدي في الأجل المتفق عليه للوفاء بالالتزام.

الشرط الرابع: يجب أن يطالب الدائن بالتعويض القانوني: طبقا للمادة 186 مدني جزائري لا يمكن للدائن أن يتحصل على التعويض القانوني (الفوائد التأخيرية) عن الضرر الذي أصابه بسبب تأخر المدين في تنفيذ التزامه إلا إذا طالب الدائن به قضاء، وذلك على أساس أن التعويض القانوني (الفوائد التأخيرية) تحسب من وقت المطالبة القضائية وليس من قت الإعذار). ولم يحدد المشرع الجزائري حدا للتعويض القانوني (الفوائد التأخيرية) كما فعل المشرع المصري (المادة 226 مدني مصري)، وهذا يعني أن المشرع الجزائري يترك أمر تحديد هذه التعويضات للقاضي وذلك على أساس الضرر الذي لحق بالدائن من جراء التأخر في التنفيذ.[1]

الفصل الثاني

الوسائل القانونية التي تكفل الحفاظ على الضمان العام المقرر للدائنين

المقصود بالضمان العام للدائنين

سبق لنا أن بينا الأثر الوحيد للالتزام هو إلزامية تنفيذه بطريق التنفيذ العيني أو بطريق التنفيذ بمقابل (التعويض)، وعليه يطرح التساؤل التالي: ما هي الوسائل القانونية التي من شأنها كفالة تنفيذ المدين لالتزامه تمهيدا للحصول على حقه؟

إجابة على هذا التساؤل نصت المادة 188 بقولها: " أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه، وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان"

ويتضح من هذا النص أن أموال المدين سواء أكانت من العقارات أو كانت من المنقولات تضمن سداد ما عليه من ديون، لذلك فإن ما يخرج من ذمة المدين من أموال نتيجة لتصرف المدين فيها يخرج في ذات الوقت من الضمان العام، فلا يستطيع الدائن العادي تتبع المال المتصرف في يد الغير[2]. وعليه فالضمان العام الممنوح للدائن هو ذمة المدين المالية والتي يمكن تعريفها بأنها عبارة عن الحقوق والالتزامات التي تكون للشخص

1 خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، الهامش رقم2، ص49.

2حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص108.

أو عليه في الحال أو في المستقبل، ومضمون هذه الذمة المالية في حركة دائمة لهذا فإنها قد تزيد أو تنقص[1].

وبناء عليه فإعسار المدين بزيادة ديونه على أمواله يؤثر حتما على الضمان العام، فإذا اقترض المدين مبالغ مالية أو تعرض لخسارة مالية، فإن الضمان العام للدائنين سيتأثر بزيادة ديون المدين التي تؤدي إلى الانقاص من الضمان العام.

وطبقا للفقرة الثانية من المادة 188 مدني، فإن الدائنين جميعهم متساوون في الضمان العام، وبالتالي سيكونون مضطرين في حالة إعسار المدين إلى قسمة الأموال الموجودة في ذمة مدينهم قسمة غرماء– كل بنسبة حقه – بغض النظر عن تاريخ نشأة حق كل منهم.[2]

وحفاظا على الضمان العام نصت المادة 1/642 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالقول: "يجوز للدائن الحجز على جميع أموال المدين حفاظا على الضمان العام لديونه"

فالحق في الضمان العام يشكل إذن الحد الأدنى للضمان المقرر للدائن، وينصب على مجموع الاموال الموجود في الذمة المالية للمدين عند تنفيذ الالتزام أي عند الحجز[3].

فأموال المدين هي إذن الضمان العام (gage commun) للدائنين، ولا يلبس هذا الضمان العام بالتأمين الخاص (الضمان الخاص) الذي يقع على مال معين للمدين لمصلحة أحد دائنيه، فيقدمه على غيره من الدائنين، فالضمان العام يتساوى فيه كل الدائنين، ولا يتقدم فيه دائن على آخر. وإنما يتقدم الدائن على غيره إذا كان له تأمين خاص (ضمان خاص)، كرهن أو اختصاص أو امتياز[4].

وهذه الأفضلية لا يستفيد منها الدائن في الضمان العام، وإنما تمنح للدائن من الضمان الخاص، وبالنسبة إلى الشيء الذي يقع عليها هذا الضمان الخاص وحده، فالضمان العام مقرر للدائنين على جميع أموال المدين وليس مال معين فقط.

---

1 حسن علي الدنون، محمد سعيد الرحو، المرجع السابق، ص115.

2 **استثنى المشرع بعض الأموال التي لا يجوز الحجز عليها أو التصرف فيها، منها ما نص عليه المشرع في المادة 636 ق.إم.إ، وبعضها منصوص عليه في قوانين أخرى مثل حق الارتفاق وحق الاستعمال والسكنى.**

3 Cristel Movel–Journal, OP–cit, P314.

4 السنهوري، المرجع السابق، ص935.

والمعلوم أن الذمة المالية تتكون من عنصرين، عنصر إيجابي (مجموع الأموال الحاضرة)، بالإضافة إلى عنصر سلبي (الديون الحاضرة والمستقبلة)، وبذلك تقدم الذمة المالية ضمانا للدائن الشخصي يعرف بالضمان العام للدائنين، بمعنى أن مجموع أموال المدين كوحدة واحدة قائمة بذاتها وليس مالا معينا من هذه الأموال، وهو ما يعبر عنه بمبدأ **جميع أموال المدين ضامنه للوفاء بدينه**[1].

ويترتب على ذلك **مبدأ ثاني** يتمثل في أن جميع الدائنين متساوون أمام الضمان العام بمعنى في مرتبة واحدة لا فرق بين دائن كبير القيمة وآخر دينه أقل قيمة، إلا إذا وجد دائن له ضمان خاص مما يترتب عليه عدم تفضيل دائن على آخر، وتظهر أهمية ذلك عندما لا تكفي أموال المدين في الوفاء بجميع الديون فهنا يتساوى جميع الدائنين وتقسم أموال المدين قسمة الغرماء، أي توزع حصيلة بيع أموال المدين على جميع الدائنين كل بنسبة قيمة حقه، هذا إلا إذا وجد دائن يتمتع بتأمين خاص، فهذا له ميزة التقدم على غيره من الدائنين.[2]

- **خصائص الضمان العام**[3]: للضمان العام خاصيتين أساسيتين تتمثلان في كونه عام (général) يقع على جميع أموال المدين، ومشترك (commun) بين الدائنين على التساوي.

ولأن الضمان العام لا يقع على مال معين بالذات من أموال المدين بل يقع على كل ما في ذمته من أموال وقت التنفيذ، لذا فإنه يتضمن الأموال التي دخلت في ذمة المدين بعد نشوء الدين، كما أن الأموال التي تخرج من ذمته بعد نشوء الدين لا يستطيع الدائن أن يتتبعها في يد من انتقلت إليه.

وعليه يكون الضمان العام منصبا على جميع أموال المدين الحاضرة والمستقبلة، وما يميز الضمان العام هو أن الاستفادة منه تكون بالتساوي بين الدائنين (gage commun): أي لا أفضلية لدائن على آخر على أساس أسبقية تاريخ نشوء دينه، وإذا كانت أموال المدين غير كافية للوفاء بديونه لدائنيه الذين ينفذون على أمواله، اقتسموا حاصل التنفيذ فيما بينهم قسمة غرماء، التي يقصد بها حصول كل دائن نسبة من دينه وهي نفس النسبة التي يحصل عليها باقي الدائنين كالنصف والربع مثلا.

---

1 أحمد يحي، المرجع السابق، ص108.

2 نفس المرجع، ص108.

3 انظر في ذلك محمد صبري السعدي، ص 109.

ولا يمكن لأي دائن أن يتقدم على غيره من الدائنين في الوفاء بدينه إلا إذا كان يتمتع بضمان خاص، كرهن أو امتياز بصفته صاحب تأمين خاص على مال معين بالذات من أموال المدين.

- **المخاطر المترتبة على الضمان العام والوسائل القانونية لحمايته**[1]

إن الأموال التي يملكها المدين في الجانب الإيجابي لذمته المالية والتي تمثل مضمون الضمان العام للدائنين، لا يمنعه من التصرف فيها بكل أنواع التصرفات القانونية، لذلك فالضمان العام مهدد بخطرين شديدين: يتمثل **الخطر الأول** في حرية المدين في التصرف في أمواله. ويتمثل **الخطر الثاني** في مزاحمة الدائنين الآخرين لدائن المدين وذلك بالنسبة للدائنين العاديين.

وحماية للدائن العادي من ذلك، وضع المشرع وسائل الغرض منها توفير حماية لحقوقهم في الضمان العام، والتي تمثل موضوع دراستنا في هذا الفصل.

وقد وضع المشرع في إطار قانون الإجراءات المدنية والإدارية وسائل تحفظية ووسائل تنفيذية، وتتمثل الوسائل التحفظية في الحجز التحفظي الذي يطلبه الدائن للحجز على منقول مملوك لمدينه. أما الوسائل التنفيذية فتتمثل في الحجوز التنفيذية كالحجز التنفيذي على المنقول، حجز ما للمدين على الغير، حجز وبيع السندات التجارية والقيم المنقولة، الحجز العقاري، الحجز على الأجور والمداخيل والمرتبات[2]. وهذه الوسائل خارجة عن نطاق دراستنا في هذا الفصل، وتدخل في إطار قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون المرافعات).

وعليه، فالوسائل القانونية لحماية الضمان المقررة للدائنين، هي تلك الوسائل التي نص عليها القانون المدني الجزائري في الفصل الثالث منه من الباب المتعلق بآثار الالتزام تحت عنوان (ضمان حقوق الدائنين) في المواد من 188 إلى 202، وذلك لمواجهة الخطرين المذكورين سابقا، **وهما خطر تصرف المدين في أمواله، ومزاحمة الدائنين الآخرين له.**

وتتجلى مظاهر هذين الخطرين فيما يلي:

1- من المفترض امتناع المدين عن مباشرة حقوقه كلها أو بعضها، إذا تسببت في ضياع الفرصة على الدائنين في إثراء ضمانهم العام، وحماية للدائنين في هذه الحالة

1انظر في ذلك محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص110، 111.

2 راجع في ذلك حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص217 وما يليها.

منحهم المشرع وسيلة قانونية لمواجهة السلوك المقصر لمدينيهم، تتمثل في **الدعوى غير المباشرة.**

2- ومن المفترض أيضا قيام المدين بالتصرف في أمواله كلها أو بعضها، لينقص من الضمان العام الذي يضر دائنيه، لذلك منحهم المشرع وسيلة قانونية لمواجهة تصرف مدينهم باللجوء إلى الطعن في هذا التصرف عن طريق ما يعرف **بدعوى عدم نفاذ التصرف الصادر من المدين وهي الدعوى البولصية.**

3- ومن المفترض قيام المدين بتهريب أمواله كلها أو بعضها عن طريق الغش، فيقوم بإبرام تصرفات صورية أي وهمية، واحتياطا لذلك أعطى المشرع للدائنين الحق في الطعن **عن طريق دعوى الصورية.**

هذا فيما يتعلق بالخطر الاول، أما الخطر الثاني المتمثل في مزاحمة الدائنين لبعضهم البعض الأمر الذي يهدد الدائن العادي في استيفاء حقه من الضمان العام، فقد منح المشرع للدائن الحق في الحصول على ضمان خاص يتمثل في تأمين معين قد يكون تأمينا شخصيا أو تأمينا عينيا، وهذا يخرج عن نطاق دراستنا في هذا الفصل.

هذا وقد أضاف المشرع وسيلة أخرى لضمان حقوق الدائنين تخرج عن مجال الدعوى، والتي تتمثل في **الحق في الحبس** الذي يعتبر وسيلة تضمن للدائن استيفاء حقه عن طريق حبس الشيء الذي تحت يده، والحق في الحبس لا يهدف في الحقيقة إلى المحافظة على الضمان العام كالدعاوى السابقة تمهيدا للتنفيذ الجبري.[1]

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص111.

المبحث الأول

الدعوى غير المباشرة l'action oblique indirecte

تنص المادة 189 مدني جزائري بالقول على أنه: "لكل دائن ولو يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها خاصا بشخصه أو غير قابل للحجز، ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق، وأن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره أو يزيد فيه. ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه غير أنه لا بد أن يدخله في الخصام"

وبناء على نص المادة 189 مدني سنتناول الدعوى غير المباشرة من حيث تعريفها، نطاق استعمالها، شروطها، وآثارها.

المطلب الأول

مفهوم الدعوى غير المباشرة ونطاقها

الفرع الأول

تعريف الدعوى غير المباشرة

الدعوى غير المباشرة وسيلة وضعها القانون في يد الدائن ليحمي بها حقه في الضمان العام نتيجة تقصير المدين في استعمال بعض حقوقه أو المطالبة بها، فهدفها حماية الدائن من تقصير المدين، وذلك بأن يباشر بنفسه حقوق المدين ودعواه نيابة عنه.[1]

فكثيرا ما يشعر المدين بسوء حالته المالية وباقتراب تجريد دائنيه له من أمواله بالتنفيذ عليها، فيهمل بذلك المطالبة بحقوقه أو الحفاظ عليها أو يتعمد ذلك نكاية بهم، كأن يكون دائنا لشخص آخر فلا يطالبه بحقه قبله، أو تكون له قطعة أرض تحت يد الغير فيتركها له حتى يتملكها بالتقادم، أو يوصى له فلا يقبل الوصية، أو يشترط له فلا يقبل الاشتراط ولا يطالب بالحق المشترط له.[2]

1محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص113.

2 مصطفى الجمال وآخرون، المرجع السابق، ص648.

فحماية للدائن تجاه هذا الاهمال والتقصير منح القانون في نص المادة 189 مدني جزائري دعوى غير مباشرة يرفعها الدائن ضد مدين مدينه ليطالبه بحق مدينه تجاه هذا المدين، وذلك إذا لاحظ أن المدين قد قصر في المطالبة به دون مبرر، ومن شأن هذا التقصير أن يؤدي إلى إعساره أو يزيد فيه، والإعسار كما هو معلوم هو زيادة ديون المدين عن حقوقه، ويباشر الدائن هذه الدعوى نيابة عن مدينه، نيابة مصدرها القانون، وذلك باسم مدينه ولحسابه مع ضرورة إدخاله في الخصام ليكون طرفا في الحكم، وبالتالي طرفا في التنفيذ، كأن يرفع دائن البائع دعوى على المشتري لمطالبته بالثمن، أو يرفع دائن المالك دعوى الاستحقاق على الحائز، أو يرفع دائن الوارث دعوى يطالب فيها الحكم لمدينه بنصيبه في الميراث.

الفرع الثاني

نطاق استعمال الدعوى غير المباشرة

يتحدد نطاق استعمال الدعوى غير المباشرة في استعمال الدائن لجميع حقوق ودعاوى مدينه طبقا لنص المادة 1/189 مدني: "أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان خاصا بشخصه أو غير قابل للحجز"

ويلاحظ أن سلطة الدائن في استعمال حقوق مدينه ليست من النظام العام، فيجوز الاتفاق على منع الدائن من مباشرة حق من الحقوق التي كان يجوز للمدين استعمالها، والأمثلة كثيرة في استعمال الدائن لحقوق مدينه، سواء كانت حقوقا شخصية أو عينية. فمن الحقوق الشخصية المطالبة بحق محله نقود أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، كقيد رهن في صالح المدين أو قطع التقادم الساري ضده، أو الطعن في حكم صدر ضد المدين بكل طرق الطعن. ومن الحقوق العينية التي يستعملها الدائن باسم مدينه حق ملكية وحق الانتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن.[1]

في غالب الأحيان يتم الدفاع عن هذه الحقوق والمطالبة بها عن طريق الدعوى غير المباشرة يرفعها الدائن نيابة عن مدينه على من عليه حق للمدين، كدعوى الدين ودعوى الاستحقاق.[2]

1محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص115.

2 نفس المرجع، ص115.

أولا- الحقوق التي لا تدخل في الضمان العام

إن الغرض الذي يسعى الدائن إلى تحقيقه من خلال استعمال الدعوى غير المباشرة هو إدخال المال محل حق المدين في ذمته بغرض التنفيذ عليه، وعليه إذا كان هذا التنفيذ غير ممكن امتنع المدين عن استعمال هذه الدعوى، مثال ذلك: دعاوى النفقة التي تخرج عن دائرة الضمان العام لأن الدائن لا يستطيع التنفيذ على المال الذي يحكم به للمدين كنفقة، وكذلك لا يجوز استعمال هذه الدعوى إذا كان حق المدين متعلق بالسكن أو الاستعمال لأنها من الحقوق التي لا يجوز النزول عنها للغير أو الحجز عليها. وهذا ما أكدته المادة 189 مدني بالقول: ".... إلا ما كان خاصا بشخص المدين أو غير قابل للحجز"

فالأصل هو جواز التنفيذ على أي مال للمدين موجود وقت التنفيذ، وهذا ما أكدته المادة 1/642 من ق. إ. م إ بالقول: "يجوز للدائن الحجز على جميع أموال المدين حفاظا على الضمان العام لديونه" أما عدم قابلية المال للحجز هو استثناء، والاستثناء لا يكون إلا بنص في القانون، وبعض هذه الاستثناءات قد ورد في المادة 636 ق. إ. م. إ وبعضها ورد في قوانين أخرى أو ترجع إلى القواعد العامة.[1]

ثانيا- الحقوق والدعوى المتعلقة بشخص المدين

لا يمكن للدائن أن يطالب بحق أو يرفع دعوى مالية تتصل بشخص المدين، كالحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية باسم المدين كحقه في طلاق زوجته ولو كان هذا الحق يخفف من أعبائه المالية، أو يرفع باسم المدين دعوى نسب ولو ترتب عليها ثبوت حق ميراث له، لأن هذه الحقوق لصيقة بشخص المدين.[2]

وهذا ما أكدته المادة 189 مدني بالقول: ".....إلا ما كان منها خاصا بشخص المدين....."

ثالثا- عدم جواز استعمال رخص المدين[3]

لا يجوز للدائن أن يتدخل في شؤون مدينه إلى حد أن يقبل عنه صفقة لا يريدها هو، حتى ولو كانت هذه الصفقة رابحة ومن شأنها أن تزيد في ضمان الدائن، ولا أن يلغي باسم مدينه عقد إيجار بدعوى أن الأجرة باهظة ومن شأنها أن تنتقص من الضمان العام للدائن

1حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص190.

2السنهوري، المرجع السابق، ص965. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 116، 117.

3 السنهوري، المرجع السابق، ص962، 963.

"فحق" قبول الإيجاب و"حق" إلغاء عقد الإيجار، و"حق" إدارة المدين لأمواله حسبما يرى حتى ولو كانت هذه الإدارة سيئة، ليست حقوقا يجوز للدائن أن يستعملها باسم مدينه، بل هي مجرد رخص لا شأن للدائن في استعمالها.[1]

ولكن إذا أصبحت الرخصة حقا، فللدائن أن يستعمل هذا الحق باسم مدينه ما دام قد استوفى الشروط اللازمة، كحق الموصى له في قبول الوصية، وحق المنتفع في قبول الاشتراط لمصلحته، وحق الموعود بالبيع في الشراء... كل هذه حقوق يجوز للدائن استعمالها باسم المدين.

أما التمسك بالتقادم، فالرأي الراجح يرى أنه رخصة لا حق، وان التقادم لا يتم إلا بالتمسك به. وبالتالي لا يجوز للدائن أن يستعمل هذه الرخصة نيابة عن مدينه[2]. غير أن المادة 1/321 مدني جزائري تجيز للدائن استعمال حق المدين في المطالبة بتطبيق التقادم بقولها: "لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائيا بالتقادم بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو أحد دائنيه، أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك المدين به"

ومن قبيل الرخصة حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، وحق الشريك في استرداد النصيب الشائع، لا يجوز للدائن استعمالها نيابة عن مدينه، مثلها مثل قبول الإيجاب الموجه إلى المدين.[3]

الفرع الثالث

تمييز الدعوى غير المباشرة عن الدعوى المباشرة.

يعمد المشرع في بعض الحالات إلى منح الدائن حماية خاصة فيعطيه دعوى مباشرة قبل مدين مدينه فهي دعوى يرجع بها الدائن باسمه هو en son nom personnel ولحسابه على مدين مدينه، ويستقل وحده بنتيجتها، إلا أنها لا تثبت إلا بنص تشريعي خاص spécifiée par la loi. والدعوى المباشرة في هذه الأحوال كما يراها بحق الفقيه الفرنسي

1 نفس المرجع، ص962.

2 السنهوري، المرجع السابق، ص963.

3 نفس المرجع، ص964.

لابيه مؤسسة على فكرة حق الامتياز le droit de privilège وهي تقوم إما على منفعة قدمها الدائن أو خسارة تحملها.[1]

فالمؤجر له طبقا للمادة 507 مدني جزائري دعوى مباشرة ضد المستأجر الفرعي أي من الباطن le sous locataire يستطيع بموجبها أن يطالبه بالأجرة وسائر الالتزامات المترتبة على عقد الإيجار.

وطبقا للمادة 565 مدني جزائري يملك العمال دعوى مباشرة ضد رب العمل بواسطتها يمكنهم مطالبة رب العمل بما في ذمته من التزامات تجاه المقاول أي يطالبون بحقوق المقاول التي هي في ذمة رب العمل للحصول على حقوقهم.

ويملك المضرور دعوى مباشرة ضد شركة التأمين أي المؤمن بموجبها يجوز له مطالبة شركة التأمين بما في ذمتها للمسؤول المدني أي المؤمن له طبقا للمادة 619 مدني جزائري.

وفي عقد الوكالة، للموكل الرجوع عن طريق دعوى مباشرة على نائب الوكيل، ولنائب الوكيل الرجوع مباشرة على الموكل طبقا للمادة 580 مدني جزائري، وكذلك بالنسبة لنائب الفضولي طبقا للمادة 1/154 مدني جزائري.

ويتضح مما سبق ذكره ، الفرق بين الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة والمتمثل في أن الدعوى المباشرة لا تستعمل إلا بنص تشريعي خاص، أي أن المشرع حدد حالات خاصة على سبيل الحصر يمكن للدائن فيها أن يلجأ إلى استعمال الدعوى المباشرة كوسيلة للحفاظ على الضمان الخاص، وعند استعماله لها يستعملها باسمه الشخصي ولحسابه ولا يزاحمه في نتيجتها باقي الدائنين، بينما الدعوى غير المباشرة أساسها نيابة قانونية، يرفعها دائن المدين باسمه ولحسابه على مدينه للمطالبة بحقوقه تجاه هذا المدين (الغير).

وعليه فالدعوى غير المباشرة لا تمنح الدائن رافعها أي امتياز، السبب الذي جعل المشرع يمنح للدائن ضمانا خاصا يتمثل في تقرير الدعوى المباشرة في بعض الحالات. وذلك باعتبار أن الدعوى غير المباشرة غير كافية لحماية الدائن، ولذا فهي نادرة الاستعمال عمليا ومن النادر أن نجد لها أحكاما قضائية صادرة فيها.[2]

---

1 محمد حسنين، المرجع السابق، ص 279.

2 انظر في هذا المعنى محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص124، 125.

المطلب الثاني

شروط استعمال الدعوى غير المباشرة

تنص المادة 189 مدني جزائري على أنه: "1- لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها خاصا بشخص المدين أو غير قابل للحجز، ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق، وأن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره أو أن يزيد فيه. 2- ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه غير أنه لا بد أن يدخله في الخصام"

ومن خلال هذا النص يتبين أن هناك ثلاثة شروط لاستعمال الدعوى غير المباشرة، بعضها يرجع إلى الدائن، وبعضها يرجع إلى المدين، والبعض الآخر يرجع إلى الحق الذي يستعمله الدائن باسم المدين نيابة عنه.

الفرع الأول

الشروط المتعلقة بالمدين

تتمثل هذه الشروط طبقا لنص المادة 189 مدني جزائري فيما يلي:

أ- تقصير المدين في المطالبة بحقه بنفسه.

ب- أن يؤدي هذا التقصير (الإمساك) إلى إعسار المدين أو الزيادة في إعساره.

أ- **تقصير المدين في المطالبة بحقه بنفسه:** فلا يجوز للدائن أن يستعمل حقا لمدينه إلا إذا لم يقم هذا الأخير باستعماله بنفسه، يستوي في هذا أن يكون تراخي مرده الإهمال أو سوء النية والرغبة في الإضرار بالدائن، فحينئذ فقط يوجد المبرر لتدخل الدائن في شؤون المدين واستعماله لحقه.[1]

وإذا كان الدائن قد باشر الحق نيابة عن المدين ورفع الدعوى غير المباشرة لعدم قيام المدين باستعمال هذا الحق، ثم نشط المدين بعد ذلك وأراد أن يستعمل حقه بنفسه،

1 محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص204.

متخذا موقفا إيجابيا في الدفاع عنه لا ينم عن تلكؤ أو إهمال، تعين على الدائن وقف الإجراءات التي بدأها وترك الأمر للمدين، وإن كان له أن يبقى في الدعوى باعتباره طرفا منضما للمراقبة وليحول دون ما قد يلجأ إليه المدين فيما بعد من تواطؤ أو إهمال، ويقع على الدائن إثبات تقصير المدين في استعمال حقه، ويكفي لذلك أن يثبت أن المدين لم يستعمل حقه وكان ينبغي عليه أن يستعمله سواء كان عدم الاستعمال هذا من مجرد إهمال من المدين أم كان بسوء نية من جانبه.[1]

ويستطيع المدين إيقاف الدعوى غير المباشرة عن طريق إنهاء النزاع بينه وبين مدينه عن طريق الصلح، وللدائن في هذه الحالة الحق في أن يطعن في الصلح إذا تبين له أن المدين قد قصد الإضرار به بهذا الصلح عن طريق الدعوى البولصيه، وكذلك للمدين الحق في توقيف الدعوى غير المباشرة وذلك عن طريق تدخله في الدعوى وحلوله محل الدائن، فإن فعل المدين ذلك وجب على الدائن التوقف عن كافة الإجراءات التي بدأها.[2]

ب- **أن يؤدي هذا التقصير (الإمساك) إلى إعسار المدين أو الزيادة في إعساره:** وهذا الشرط نصت عليه المادة 189 مدني جزائري بالقول: "وأن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره أو يزيد فيه". والمقصود بإعسار المدين زيادة ديونه على حقوقه وتستوي أن تكون ديون المدين هذه مستحقة الأداء أو غير مستحقة الأداء، والمقصود بإعسار المدين هو الإعسار الفعلي وليس الإعسار القانوني الذي يقع بعد شهر إعسار المدين بحكم من القضاء، وعليه إذا استطاع المدين أن يثبت أن أمواله تكفي للوفاء بديونه، فليس للدائن أن يتدخل في شؤونه لأنه يملك الحرية الكاملة في التصرف واستعمال حقوقه أو في عدم استعمالها، وقد سبق لنا القول أن هذا الضمان العام للدائن لا يمنع المدين من التصرف في أمواله كلها.[3]

ت- **يجب على الدائن إدخال المدين خصما في الدعوى:** نصت الفقرة الثانية من المادة 189 مدني جزائري على هذا الشرط بالقول: "ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه غير أنه لا بد أن يدخله في الخصام". والسبب واضح من اشتراط هذا الشرط حتى يكون الحكم الذي سيصدر في الدعوى حجة على المدين.

---

1 محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص205.

2خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص57.

3 نفس المرجع، ص58. وانظر الهامش رقم 01 من نفس الصفحة.

وإذا لم يدخل الدائن المدين خصما في الدعوى ولم يتدخل هو فيها من تلقاء نفسه، جاز للمدعي عليه أن يدفع بعدم قبولها، وكان الحكم الذي يصدر فيها غير سار في حقه، ومن ثم يفقد قيمته العملية. وإذا لزم إدخال المدين خصما في الدعوى على هذا النحو، فإن إعذاره ليس ضروريا لرفعها ابتداء، إذ أن إدخاله خصما في الدعوى أقوى من الإعذار.[1]

ولا يلزم إدخال بقية الدائنين الآخرين في الدعوى، طالما أن المدين قد أدخل فيها، ويسري الحكم الصادر في الدعوى في حقهم لأن المدين – وقد رأينا أن من الواجب إدخاله في الدعوى – يمثل جميع الدائنين، والحكم الذي يصدر في مواجهته يكون حجة عليهم جميعا وفقا للقواعد المقررة في حجية الأمر المقضي.[2]

الفرع الثاني
الشروط المتعلقة بالدائن[3]

تتمثل هذه الشروط فيما يلي:

أولا– أن يكون الدين موجودا أي محققا (certain) أي غير متنازع عليه litigieux: فمن كان دينه احتماليا لا يمكنه مباشرة هذه الدعوى، وهذا الشرط كاف لوحده في القانون المدني الجزائري (المادة 189 مدني) لاستعمال هذه الدعوى غير المباشرة، فلا يشترط أن يكون حق الدائن قابلا للتنفيذ أو مستحق الأداء أو معلوم المقدار. ولا يمنع الدائن من مباشرة الدعوى غير المباشرة أن يكون حقه مضافا إلى أجل لم يحل، أو معلقا على شرط واقف لم يتحقق بعد.

ثانيا– لا يشترط أن يكون دين الدائن قابلا للتنفيذ أي بيد الدائن سند تنفيذي (Titre exécutif): لأن الدعوى غير المباشرة ليست إجراء تنفيذيا بل هي وسيلة الغرض منها المحافظة على الضمان العام. سواء كان مصدر هذا الدين (الحق) عقدا أم عملا غير مشروع أم إثراء بلا سبب أم القانون.

---

1 محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص207.

2 السنهوري، المرجع السابق، ص958.

3 انظر في ذلك أنور سلطان، المرجع السابق، ص17، 18. صبري السعدي، المرجع السابق 119، 120، محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص201، 202.

ثالثا- لا يشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء: الأمر الذي نصت عليه المادة 189 مدني جزائري صراحة، وبذلك يجوز للدائن مباشرة الدعوى غير المباشرة إذا كان حقه معلقا على شرط واقف أو مضافا إلى أجل.[1]

رابعا- لا يشترط أن يكون حق الدائن سابقا على حق المدين الذي يستعمله الدائن بالدعوى غير المباشرة: ذلك أن الضمان العام يدخل فيه جميع أموال المدين بغض النظر عن تاريخ دخولها في ذمة المدين.

المطلب الثالث

آثار الدعوى غير المباشرة

حددت المادة 190 مدني جزائري آثار الدعوى غير المباشرة بالقول: "يعتبر الدائن في استعمال حقوق مدينه نائبا عن هذا المدين، وكل ما ينتج عن استعمال هذه الحقوق يدخل في أموال المدين ويكون ضمانا لجميع دائنيه"

فمن خلال هذه المادة يتضح الأساس القانوني الذي ترتكز عليه الدعوى غير المباشرة وهي النيابة القانونية، فالدائن في رفعه لهذه الدعوى يعتبر نائبا عن المدين نيابة قانونية التي تقتصر على استعمال حقوق المدين دون التصرف فيها، والنتيجة أو الفائدة التي تترتب على استعمال هذه الحقوق من جانب الدائن –النائب عن المدين– لا تؤول إليه بل تذهب إلى ذمة المدين –وهو الأصيل– طبقا للقواعد العامة في النيابة وتدخل بذلك في الضمان العام المقرر لكل دائنيه.[2]

ويلاحظ في هذا الشأن أن الحق متى دخل ذمة صاحبه المدين فإنه يخضع في ذلك للنظام الذي تخضع له حقوقه جميعها. ولذلك يظل من سلطته التصرف في هذا الحق وإخراجه من الضمان العام للدائنين ببيعه مثلا أو رهنه مثله في ذلك مثل أي حق آخر،

---

1 جاء في المذكرة التفسيرية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني (المصري) تعليقا على المادة 235 (المقابلة للمادة 189 مدني جزائري) ما يؤكد هذا المعنى حيث قال: "**فلا يشترط من ناحية الدائن إلا تحقق وجود الدين، دون حلول أجل الوفاء، ذلك أن الدعوى غير المباشرة تعتبر في صلة الدائن بمدينه إجراء تحفظيا يجوز اتخاذه بمقتضى دين مضاف إلى أجل أو معلق على شرط** " مجموعة الأعمال التحضرية، ج2، ص608. نقلا عن محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص202.

2 محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص214.

ولكن يبقى بعد ذلك أن للدائن أن يطعن في مثل هذا التصرفات بدعوى عدم نفاذ التصرف إذا توافرت شروطها.[1]

وعليه يقتضي تحديد آثار الدعوى غير المباشرة، التطرق لهذه الآثار بالنسبة للمدين، وبالنسبة للخصم الذي ترفع عليه الدعوى وبالنسبة للدائن الذي يرفع هذه الدعوى في علاقته مع الدائنين الآخرين.

الفرع الأول

آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للمدين

إن الأثر الأساسي الذي يترتب على الحكم في هذه الدعوى كما تقول المادة 190 مدني جزائري هو إدخال هذا الحق في ذمة المدين لتعزيز وتقوية ذمته المالية تنفيذا للنيابة القانونية التي يمارسها الدائن كنائب لمصلحة المدين كأصيل، ومن ثم يبقى المدين مالكا لهذا الحق يجوز له التصرف فيه بكل أنواع التصرف.

فمثلا إذا رفع الدائن دعوى غير مباشرة على شخص اغتصب أرضا للمدين، مطالبا الخصم باستحقاق المدين لهذه الأرض، فإن رفع هذه الدعوى لا يمنع المدين من بيع هذه الأرض أو المقايضة عليها أو رهنها أو هبتها أو التصالح عليها، وسواء في هذا أن يبرم التصرف لصالح شخص من الغير أم لصالح المغتصب نفسه....الخ[2]

ولهذا السبب كان اللجوء إلى استعمال الدعوى غير المباشرة نادرا من الناحية العملية، والأفضل للدائن لحماية الضمان العام المقرر لمصلحته اللجوء إلى حجز ما للمدين لدى الغير الذي يترتب عليه أثرا هاما يستفيد منه الدائن وهو رفع يد المدين عن الدين المحجوز، ولا يستطيع المحجوز لديه (مدين المدين) أن يقوم بالوفاء به إلى المدين (المحجوز عليه).

1مصطفى الجمال وآخرون، المرجع السابق، ص653.

2محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص215.

الفرع الثاني

آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للخصم (مدين المدين)

لا يتغير مركز الخصم برفع الدعوى غير المباشرة، بل يظل في نفس الوضع الذي كان يوجد فيه، لو أن المدين نفسه هو الذي رفع عليه الدعوى، والسبب في ذلك هو أن الدائن لا يرفع الدعوى هنا باسمه، ولكن باسم المدين ونيابة عنه، فرافع الدعوى الحقيقي هو المدين وإن تقمص الدائن شخصيته.[1]

وبناء عليه، يستطيع الخصم في الدعوى غير المباشرة في علاقته مع الدائن بسبب هذه الدعوى أن يدفع الدعوى غير المباشرة بكل أنواع الدفوع التي كان له أن يواجه بها المدين أو أنه هو الذي رفعها. فللخصم أن يتمسك بجميع أسباب انقضاء الدين كالوفاء والتجديد واتحاد الذمة والمقاصة والإبراء والتقادم. وله أيضا أن يتمسك ببطلان العقد في جميع حالاته التي يجيز له فيها القانون التمسك بها، ويمكنه المطالبة بفسخ العقد إذا توافرت شروطه وبالدفع بعدم التنفيذ، كما يمكنه أن يدفع في مواجهة الدائن بانتهاء النزاع بينه وبين المدين بسبب اتفاق سابق على أساس صلح متعلق بالدين محل الدعوى.

إلا أن الخصم في الدعوى غير المباشرة لا يمكنه التمسك، لدفع الدعوى غير المباشرة، بالدفوع الخاصة بشخص الدائن، كوقوع مقاصة بينه وبين الحق الذي له في ذمة الدائن، وذلك لأن الدائن لا يرفع هذه الدعوى إلا نيابة عن المدين، فلا يتمسك قبله إلا بما يتمسك به قبل المدين، وليس قبله هو شخصيا.[2]

الفرع الثالث

آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للدائن والدائنين الآخرين

إن الدائن برفعه للدعوى غير المباشرة ضد مدين مدينه نيابة عنه، يمنحه الحق في مطالبة الخصم بكل ما للمدين من حقوق في مواجهته وأن يدفع طلباته المقدمة أثناء نظر الدعوى بكل الدفوع التي كان باستطاعة المدين أن يدفع بها.[3]

---

1 محمود عبد الرحمن مخمد، المرجع السابق، ص216.

2انظر في ذلك نفس المرجع، ص217.

3حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص134.

إلا أن الفائدة أو المنفعة التي تترتب على الحكم في هذه الدعوى تتحول إلى الذمة المالية للمدين وبها يتعزز ويتقوى الضمان العام المقرر لجميع الدائنين، وباعتبار أن الدائن في الدعوى غير المباشرة نائب عن المدين، فآثار هذه النيابة تنصرف إلى الأصيل الذي هو المدين.

ولا يمكن القول أن الدائن لا يستفيد من هذه الدعوى وليست له مصلحة فيها، بل العكس فمصلحة الدائن هي الحفاظ على الضمان العام التي يتحقق بالحكم في هذه الدعوى.

والنتيجة المترتبة على الدعوى غير المباشرة لا ينفرد بها الدائن رافع الدعوى وحده، فدخول الحق نتيجة لهذه الدعوى يستفيد منه جميع الدائنين حتى ولو لم يكونوا أطرافا في الدعوى، وبالتالي يتضح أن الدائن رافع الدعوى لا يكتسب أي امتياز أو أفضلية له على باقي الدائنين.

وفي غالب الأحوال تكون مصلحة الدائن رافع الدعوى الغير مباشرة هي التمهيد للتنفيذ على الحق الثابت للمدين على الشيء الذي صدر به الحكم لمصلحته ضد الخصم وذلك عن طريق الحجز.

فإذا كان حق الدائن رافع الدعوى مستحق الأداء كأن كان بيده سندا تنفيذيا أو حكما حائزا لقوة الأمر المقضي، كانت الدعوى غير المباشرة وسيلة من الوسائل التي تساعده على استيفاء حفه.[1]

1حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص136.

المبحث الثاني

دعوى عدم نفاذ التصرف أو الدعوى البولصية (l'action paulienne)

يرجع إسم **الدعوى البولصية** إلى أحد رجال القانون الروماني **(بولص)**، الذي يقال أنه هو الذي ابتدعها. ويطلق على هذه الدعوى أيضا **إسم دعوى عدم نفاذ التصرف** الذي قام به المدين في مواجهة دائنه إذا توافرت شروط معينة.[1]

ولقد نصت المادة 191 مدني جزائري على هذه الدعوى بالقول: " لكل دائن حل دينه، وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان هذا التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره، وذلك متى توافر أحد الشروط المنصوص عليها في المادة التالية "

وسبق لنا أن رأينا أن الدعوى غير المباشرة تهدف تأمين الدائن من خطر إهمال وامتناع المدين من المطالبة بحقوقه، ولكن هذا التأمين يفقد الفائدة منه، عندما يقوم المدين بالتصرف في أحد أمواله إلى الغير أو أن يتصالح المدين مع مدينه بالحق، وخاصة أن الدائن لا يملك أي وسيلة تمنع المدين من التصرف في أمواله، ومن هناك جاءت فكرة الدعوى البولصية التي يقصد منها حماية الدائن من التصرفات التي يقوم بها المدين بقصد الإضرار بالدائن، كأن يقوم المدين ببيع أحد العقارات التي يملكها بثمن تافه لا يتناسب مع القيمة الحقيقية للعقار وذلك إضرارا بالدائن، وذلك من خلال إضعاف الضمان العام للدائن.[2]

ونلاحظ أن الدعوى البولصية لا يرفعها الدائن نيابة عن مدينه، وإنما يرفعها الدائن شخصيا باسمه هو، ضد المتصرف مع المدين، مع إدخال المدين أيضا خصما في الدعوى.

وقد اختلف الفقهاء حول طبيعة الدعوى البولصية، بحيث ذهب البعض منهم إلى اعتبار الدعوى البوليصية دعوى بطلان للتصرف الذي أبرمه الدائن إضرار بالدائن على أساس أن كلمة البطلان وردت في نصوص التقنين الفرنسي في صدد تطبيقات الدعوى البولصية، وإلى تقاليد القانون الروماني وتقاليد القانون المدني الفرنسي القديم. في حين يذهب البعض الآخر إلى القول أن الدعوى البولصية هي دعوى تعويض على أساس أن المدين قد ارتكب خطأ في حق دائنه، وذلك بالتصرف في أحد أمواله. ولكن الرأي الراجح والذي أقره المشرع

1سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص240.

2 خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص66.

الجزائري يقوم على اعتبار الدعوى البولصية **دعوى خاصة**، يقصد منها عدم نفاذ التصرف الذي أبرمه المدين إضرارا بالدائن في حق الدائن. وبعبارة أخرى تؤدي إلى عدم الاحتجاج بالتصرف في مواجهة الدائن، وهذا ما عبرت عنه المادة 191 مدني جزائري بالقول: " لكل دائن حل دينه، وصدر عن مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه "[1].

وندرس فيما يلي شروط هذه الدعوى وآثارها.

المطلب الأول
شروط الدعوى البولصية.

طبقا للمادتين 191 و192 من القانون المدني الجزائري، تتمثل شروط الدعوى البولصية في شروط متصلة بالدائن، وشروط متصلة بالتصرف الصادر من المدين بنية الإضرار بالدائن، وشروط تتصل بالمدين، ونتناول هذه الشروط فيما يلي:

الفرع الأول
الشروط المتعلقة بالدائن

طبقا للمادة 191 مدني جزائري التي نصت بالقول: "... لكل دائن حل دينه..." يجب أن يكون حق الدائن مستحق الأداء (Exigible).

والمقصود بذلك أنه لا يمكن للدائن الذي له دين تجاه المدين غير مستحق الأداء أن يرفع الدعوى البولصية، ويعتبر حق الدائن غير مستحق الأداء إذا كان معلقا على شرط واقف أو مقترنا بأجل واقف، أما إذا كان الحق معلقا على شرط فاسخ أو أجل فاسخ، فإن الدائن يجوز له أن يرفع الدعوى البولصية، لأن الشرط الفاسخ والأجل الفاسخ لا يمنعان من أن يكون الحق مستحق الأداء.[2]

---

1 خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص66.

2نفس المرجع، ص70.

ولا يهم في ذلك أن يكون الدائن صاحب حق شخصي أو صاحب حق عيني، ولا يجوز للدائن أن يرفع الدعوى البولصية إذا كان حقه متنازع عليه في وجوده أو مقداره.

ولا يشترط أيضا أن يكون محل حق الدائن مبلغا نقديا، وإنما يجوز للدائن في الالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل أو الالتزام بنقل ملكية شيء من الأشياء أن يرفع الدعوى البولصية، وذلك باعتبار أن الدعوى البولصية ليست إجراء تنفيذيا وإنما هي وسيلة تمهيدية للتنفيذ. ولا يشترط أيضا أن يكون الحق مصدره عقدا، بل يجوز أن يكون الحق مصدره حقا ناشئا عن فعل ضار أو فعل نافع، أو بواسطة القانون، بمعنى قد يكون حق الدائن مصدره تصرف قانوني أو واقعة قانونية.

واشترطت المادة 191 مدني جزائري أن يكون التصرف المبرم من طرف المدين ضارا بالدائن وذلك بقولها: "وصدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه"

واشتراط المادة 191 مدني جزائري هذا الشرط، أمر بديهي لأن التصرف الذي يصدر من المدين لا يكون ضارا إلا إذا أثر على الضمان العام المقرر لمصلحة الدائن في جميع أموال المدين، أما إذا لم يؤثر هذا التصرف على الضمان العام وذلك بالانقاص من قيمته المالية فلا يمكن للدائن أن يرفع هذه الدعوى.

ويشترط في المال الذي تصرف فيه المدين، ألا يكون من الأموال التي لا يجوز الحجز عليها، لأنه لا يجوز التنفيذ عليها، وألا يكون من الحقوق الشخصية المتصلة بشخص المدين كما لو تنازل المدين عن حقه في التعويض عن الضرر الأدبي الذي لحقه، كذلك ليس من مصلحة الدائن أن يستعمل الدعوى البوليصية إذا وقع تصرف المدين على مال من أمواله المثقلة بالحقوق العينية لصالح الدائنين الآخرين، لأن نتيجة التنفيذ على هذا المال لن تكون في مصلحة الدائن الطاعن بالتصرف إذا كان دائنا عاديا، أو دائنا عينيا متأخرا في مرتبته عن الدائنين الآخرين، لأن الدائنين أصحاب الحقوق العينية سيتقدمون عليه في الحصول على حقوقهم من هذا المال.[1]

1خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص71.

ويشترط أيضا أن يكون دين الدائن سابقا على التصرف الصادر من مدينه، بمعنى أن يكون المال الذي تصرف فيه المدين موجودا في ذمة المدين وقت نشوء حق الدائن، والمسلم به أن عبء إقامة الدليل على تقديم الدين، بطرق الإثبات كافة....يقع على الدائن.[1]

وأخيرا فإنه لا يشترط في حق الدائن أن يكون ثابتا في سند من السندات القابلة للتنفيذ، باعتبار الحكم في الدعوى البوليصية لصالح الدائن حكم بحق الدائن، ومن هنا فإن هذا الحق يصبح قابل للتنفيذ.[2]

الفرع الثاني

الشروط المتعلقة بالتصرف المبرم من طرف المدين إضرارا بالدائن

تتمثل هذه الشروط فيما يلي:

أولا- أن يكون تصرفا قانونيا Acte juridique: والمقصود بذلك أن يكون تصرف المدين في أحد أمواله تصرفا قانونيا، والتصرف القانوني كما هو معلوم هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني سواء عن طريق عقد أو عن طريق إرادة منفردة، ولذلك لا يستطيع الدائن أن يطعن بالدعوى البولصية في أعمال المدين المادية، كالالتزامات غير التعاقدية الناشئة عن الفعل الضار أو الفعل النافع، باعتبار أن هذه هذه الالتزامات لا تنشأ في ذمة المدين بإرادته، ومن ثم لا يمكن للدائن أن يدعي بأن هذه الالتزامات ترتبت بنية الإضرار به.

ثانيا- أن يكون التصرف القانوني مفقرا: وهذا ما أكدته المادة 191 مدني جزائري بقولها: "....إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره...." ومفاد ذلك أن يكون التصرف منقصا من حقوق المدين أو يزيد في التزاماته، مثل إبراء المدين لأحد مدينيه من دينه، ومثل أن يبرم المدين عقد بقرض فيزيد في التزاماته. أما مجرد امتناع المدين عن قبول هبة مثلا، فلا يعتبر ذلك منه تصرفا مفقرا له، باعتبار تصرفه برفض الهبة أو عدم قبولها، وإن كان قد جرد المدين من حقه كان سيدخل في ضمان الدائن إلا أنه لا يضعف هذا الضمان.[3]

---

1 انظر في ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني، ص636، نقلا عن خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص71.

2فاروق اسماعيل، كيف تحمي أموالك عن طريق الدعوى البوليصية؟، مطبعة فتحي الحديثة، القاهرة، 2003، ص15.

3فاروق اسماعيل، المرجع السابق، ص21.

ثالثا- يجب أن يؤدي هذا التصرف المفقر إلى إعسار المدين أو الزيادة في إعساره: أي مؤديا إلى نقص حقوق المدين عن التزاماته، بما يحول بينه وبين الوفاء بهذه الالتزامات كاملة. أما إذا كان التصرف لم يترتب عليه إعسار للمدين أو الزيادة فيه فلا اعتراض عليه ولو كان مفقرا للمدين، طالما بقي له مال آخر يكفي للوفاء بكل ديونه، ويقع على الدائن عبء إثبات إعسار المدين.[1]

ولا يقصد بإعسار المدين أن يشهر إعساره أي (بالإعسار القانوني) وإنما يقصد به الإعسار الفعلي حتى ولو لم يشهر إعساره. ويقع عبء إثبات إعسار المدين على الدائن، ويكفي في هذا الإثبات أن يقيم الدائن الدليل على مقدار الديون الثابتة في ذمة المدين وأنها أكثر من حقوقه، وعلى المدين إذا أراد أن يتخلص من الدعوى البولصية فعليه أن يثبت العكس أي أن حقوقه (أمواله) تزيد عن ديونه أو تساويها، الأمر الذي أكدته المادة 193 مدني جزائري بالقول: "إذا ادعى الدائن عسر المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها".[2]

رابعا- ثبوت الغش والتواطؤ: وهو من أهم شروط الدعوى البولصية إذ يعتبر الشرط النفسي في الدعوى البولصية، ومن ثم لا يكفي أن يؤدي التصرف إلى إعسار المدين أو الزيادة في إعساره، ولذا يشترط لرفع الدعوى البولصية والنجاح فيها، أن يكون التصرف قد صدر غشا من الدين. ويقصد بالغش في هذا المجال، نية الإضرار بحقوق الدائن، والعبرة بالغش أن يكون موجودا وقت صدور التصرف المطعون فيه.[3]

وبناء عليه، يطرح التساؤل حول إثبات الدائن لغش المدين؟. [4] فإذا كان تصرف المدين على سبيل المعاوضة: تنص في ذلك المادة 1/192 مدني جزائري بالقول: " إذا كان تصرف المدين بعوض، فإنه لا يكون حجة على الدائن إلا إذا كان هناك غش صدر من المدين، وإذا كان الطرف الآخر قد علم بذلك الغش، يكفي لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم بعسره"

---

1 سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص241.

2 خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص76.

3 نفس المرجع، ص76.

4 انظر في ذلك خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص76، وما يليها.

أما الفقرة الثانية من المادة 192 مدني جزائري فتنص بالقول: "كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين في حالة عسر".

ومن خلال هاتين الفقرتين من المادة 192 مدني جزائري، نستنتج أن المشرع وضع قرينة على وجود غش من المدين ومن المتصرف إليه المتواطئ معه، وذلك تخفيفا لإثبات غشهما، وتقوم هذا القرينة إذا أثبت الدائن أن المدين قام بالتصرف وهو يعلم بأنه في حالة إعسار، وأن هذا التصرف سيكون سببا في زيادة إعساره، ويستطيع الدائن أن يقيم الدليل على علم المدين بذلك، من القرائن القضائية التي تقوم في الدعوى.[1] كما إذا تصرف المدين لولده أو لزوجته، أو لأحد أقرابه، ولم يكن لمن تصرف له مال ظاهر يقوم معه احتمال جدي أنه دفع الثمن.[2]

والغش في الدعوى البولصية (fraude) غير التدليس (dol) الذي عرفناه عيبا في الرضاء، فالتدليس يقوم غالبا على أساس استعمال طرق احتيالية يراد بها خداع أحد المتعاقدين، ولذلك يكون العقد قابلا للإبطال لمصلحة المتعاقد المخدوع، أما الغش في الدعوى البوليصية فلا يقترن بطرق احتيالية، ولا تراد به خديعة أحد المتعاقدين، بل كثيرا ما يحدث أن يتواطأ المتعاقدان على الغش ولذلك يبقى العقد صحيحا فيما بينهما، وإنما يراد بالغش الإضرار بحقوق الدائنين، ولذلك يكون أثره عدم نفاذ العقد في حق الدائنين.[3]

وتعتبر هذه القرينة قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، وذلك بإقامة المدين الدليل بأنه لم تكن لديه نية الإضرار بالدائن بالرغم من علمه بإعساره، بل كان الدافع إلى إبرام هذا التصرف هو تلبية لنداء واجب أدبي، أو حصوله على ما يقوم بحاجات المعيشة مع وثوقه أن إعساره مؤقت لا يلبث أن يزول وإن أخلفت الأيام ظنه فبقى معسرا.[4]

وقد يتعاقد المدين تعاقدا يؤدي إلى إعساره وهو عالم بذلك وإنما يقدم على التعاقد لا غشا وإضرارا بحقوق الدائن، بل اعتقاد منه أن هذا التعاقد الذي أدى إلى إعساره سيكون سببا في

1انظر في ذلك السنهوري، المرجع السابق، ص1036.

2 نفس المرجع، ص1036.

3 السنهوري، المرجع السابق، 1035.

4نفس المرجع، ص1036.

ترويج أعماله وعودته إلى اليسار، ففي مثل هذه الحالة، إذا أثبت المدين ذلك، لا يجوز للدائن الطعن في العقد لانعدام الغش.[1]

ولا يكفي إذا كان التصرف معاوضة، أن يكون تصرفا المدين مقترنا بغش، بل يجب أيضا أن يكون من صدر له التصرف، – المشتري مثلا – على علم بهذا الغش، وفي هذه الحالة يقيم المشرع قرينة قانونية أخرى تتمثل في إثبات الدائن أن من صدر له التصرف كان على علم أن تصرف المدين سيؤدي إلى إعساره أو يزيد فيه، فإذا استطاع الدائن إثبات ذلك، قام الدليل على غش من صدر له التصرف، الحكم الذي تؤكده المادة 2/192 مدني بقولها: " كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين في حالة عسر"

وبالتالي إذا أراد الدائن في تصرف بمعاوضة أن يطعن فيه عن طريق الدعوى البولصية، كان عليه أن يثبت أولا أن المدين أبرم هذا التصرف وهو يعلم أنه سيؤدي إلى إعساره أو الزيادة فيه، ثم يثبت ثانيا أن الذي صدر له التصرف على علم بإعسار المدين، وبالتالي يكون قد أفلح في إثبات واقعة الغش المرتكب من المدين ومن الذي صدر له التصرف، وهي واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات.

أما إذا كان تصرف المدين المبرم على سبيل التبرع: فقد نصت على حكمه الفقرة الثالثة من المادة 192 مدني جزائري بالقول: "أما إذا كان التصرف الذي قام به المدين تبرعا فإنه لا يحتج به على الدائن، ولو كان المتبرع له حسن النية "

ومن خلال هذه الفقرة، يتضح أن التصرف الصادر من المدين إذا كان تبرعا كالهبة مثلا فليس من الضروري أن يثبت الدائن غش المدين أي المتبرع أي علمه بإعساره، وكذلك علم المتبرع له بإعسار المدين، وإنما يكفي الدائن في هذه الحالة أن يثبت أن المدين عند إبرامه للتصرف التبرعي كان علم بإعساره أو سيكون سببا في إعساره، أو يزيد فيه، سواء علم المدين بذلك أو لم يعلم، وسواء كان المتبرع له يعلم أو لا يعلم هو أيضا، وتبرير ذلك هو أن الفرق واضح بين مصلحة الدائن ومصلحة المتبرع له، فالدائن يسعى من خلال الطعن بالدعوى البولصية توقي الضرر، بينما المتبرع له يسعى من خلال هذا التصرف التبرعي تحقيق النفع.[2]

---

1 نفس المرجع، ص 1036.

2 انظر في هذا المعنى السنهوري، المرجع السابق، ص1039.

أما في التصرف بمعاوضة، فالمفاضلة بين الدائن والمشتري غير بين الدائن والمتبرع له، فالمشتري إنما يتوقى ضررا كالدائن، بدفعه مقابلا للمدين، فإن كان حسن النية وجب تفضيله على الدائن، ما دام هذا الأخير لم يحتط لنفسه، بالحصول على ضمان خاص لاستيفاء حقه، وإن كان المشتري سيء النية فضل عليه الدائن.[1]

خامسا- حالة انتقال المال المتصرف فيه من المتصرف إليه إلى متصرف ثان (خلف الخلف): يطرح التساؤل في هذه الحالة حول ما إذا كان باستطاعة الدائن أن يطعن في تصرف المتصرف إليه الأول إلى متصرف ثان، بدعوى عدم نفاذ هذا التصرف؟ نصت على هذه الحالة الفقرة الأخيرة من المادة 192 مدني بالقول: "إذا كان المتبرع له حول بعوض المال الذي نقل إليه، فليس للدائن أن يتمسك بعدم الاحتجاج عليه بتصرف مدينه إذا كان المحال إليه والمتبرع له قد علما بغش المدين هذا في حالة ما إذا تصرف المدين بعوض وكذلك الحال إذا كان تصرف المدين بدون عوض وعلم المحال إليه بغش المدين وقت صدور التصرف لصالح المتبرع له"

ويمكن إيضاح حكم هذه الفقرة فيما يلي:[2]

1- إذا كان المدين قد تصرف إلى الخلف الأول (المتصرف إليه) تبرعا، فإنه يشترط في هذه الحالة أن يكون الخلف الثاني الذي حول إليه المال بعوض على علم بإعسار المدين وقت صدور تصرفه تبرعا للمتصرف إليه (الخلف الأول).

2- إذا كان المدين قد تصرف إلى الخلف الأول تبرعا، وتصرف هذا الأخير إلى الخلف الثاني تبرعا كذلك، فلا يشترط غش المدين أو المتصرف إليه الأول أو المتصرف إليه الثاني.

الفرع الرابع

وجوب رفع الدعوى البولصية في الميعاد المحدد.

تنص المادة 197 مدني جزائري على أنه: "تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف، وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه"

1 السنهوري، المرجع السابق، ص1040.

2 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص149.

ويتبين من خلال نص المادة 197 أن المشرع حدد مدة تقادم قصيرة تقدر بثلاث سنوات لانقضاء الحق في رفع الدعوى البوليصية يبدأ سريانها من تاريخ العلم بسبب عدم نفاذ التصرف، لا من تاريخ العلم بالتصرف، فقد يعلم الدائن بالتصرف ولكن لا يعلم بالأسباب التي تستبع عدم نفاذه، كإعسار المدين وغشه، وغش خلفه على حسب الأحوال.[1]

وفي جميع الأحوال تسقط الدعوى البوليصية بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ التصرف سواء لم يعلم الدائن بصدور التصرف أو بسبب عدم نفاذه.[2]

المطلب الثاني

آثار الدعوى البولصية

سبق لنا أن قلنا أن الغرض الأساسي الذي يسعى الدائن إلى تحقيقه من خلال رفع الدعوى البولصية هو تقرير عدم نفاذ أو سريان تصرف المدين في مواجهة الدائن الذي أبرم التصرف بقصد الإضرار به. وبالتالي فالدعوى البولصية ليست دعوى بطلان ولا بدعوى تعويض، والرأي الراجح الذي يتطابق مع النصوص القانونية المنظمة للدعوى البولصية هو الذي يقول أن الدعوى البولصية هي دعوى خاصة يقصد بها عدم نفاذ التصرف أي عدم سريانه في مواجهة الدائن، فهي لا تؤدي إلى بطلان (nullité) التصرف، وإنما تؤدي إلى عدم الاحتجاج به في حق الدائن (Inopposabilité)[3]

وعدم السريان أو عدم نفاذ التصرف ينصرف في الأساس إلى مضمون التصرف الذي يقصد به الإرادة، فالإرادة في هذه الحالة تنصرف إلى الاستفادة من سريان التصرف للإضرار بالغير.[4]

والمفروض أن إرادة المتصرفين حرة في اختيار نوع التصرف مادام التصرف حقيقيا ولا يخالف النظام العام، ومن هنا يكون التصرف ساريا في مواجهة الكافة، غير أن السريان قد يؤدي إلى الإضرار بالغير والمقصود بالغير هنا (الدائن العادي) فالدين بصورة عامة لا يغل

---

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص149.

2 نفس المرجع، ص150.

3 نفس المرجع، ص153.

4 محمد عبد سليمان الحراحشة، فكرة عدم سريان التصرف القانوني – دراسة مقارنة في الفقهين الإسلامي والغربي والقوانين المدنية العربية، مطبعة أجيال، الأردن، 2002، ص63.

يد المدين من التصرف، لأن حرية التصرف لدى المدين هي التي تؤدي إلى زيادة العناصر الموجبة في الذمة المالية، وبالتالي تقوي الضمان للوفاء بالديون، ولكن قد تتغير نية المدين فبدلا من أن يقوي الضمان العام للوفاء بديونه، تتجه نيته إلى التصرف مع شخص آخر ليفرغ الذمة المالية من العناصر الإيجابية على نحو إذا قلنا أن ذلك التصرف يسري في حق الدائنين سيجد الدائن نفسه في النهاية أمام ذمة منهارة لا يستفيد منها لاقتضاء ديونه، ومن ثم لا بد من حماية الدائن بدعوى يعارض بها تصرف المدين ليتوصل في النهاية عند كسب الدعوى إلى عدم سريان أو نفاذ التصرف في حقه.[1]

وبالتالي فمن شروط نفاذ التصرف أو سريانه أن يكون المتصرف حسن النية، ولكن عندما تتصرف النية إلى الإضرار بالدائن يفقد شرط من شروطه ومن ثم لا يسري التصرف في حقه.

ولدراسة عدم نفاذ أو سريان التصرف الصادر من المدين في مواجهة الدائن تتطرق إلى الفروع التالية:

الفرع الأول: أثر الدعوى البولصية بالنسبة للدائن. **الفرع الثاني:** أثر الدعوى البولصية بالنسبة للمدين والمتصرف إليه.

الفرع الأول

أثر الدعوى البوليصية بالنسبة للدائن

يتمثل أثر الدعوى البولصية في تعويض الدائن عن الضرر الذي أصابه بسبب التصرف المطعون فيه، وذلك بالحكم للدائن بعدم نفاذ وسريان التصرف في مواجهته.[2]

وعليه إذا شاب التصرف القانوني الذي صدر عن المدين غش وكان من شأنه إلحاق الضرر بالدائنين من خلال إضعاف الضمان العام، فإن المشرع لا يقرر بطلان هذا التصرف، وإنما يعترف بصحته فيرتب آثاره بين المدين والمتصرف إليه، غير أن هذا التصرف يفقد أي فعالية اتجاه الغير (الدائنين)، فبإمكانهم التعامل مع ذمة المدين وكأن التصرف الذي صدر عنه لم ينقص من الحقوق أو يزيد في الالتزامات.[3]

---

1 محمد سليمان عبد الحراحشة، المرجع السابق ، ص64.

2 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص154.

3 محمد عبد سليمان الحراحشة، المرجع السابق، ص80.

وإن الفائدة التي يجنيها الدائن من الدعوى البولصية إذا توافرت شروطها هو عدم نفاذ أو سريان التصرف الصادر من مدينه في مواجهته، بمعنى تجاهل الدائن التصرف الصادر من مدينه، بالقيام بالتنفيذ على أموال المدين وكأن هذا التصرف لم يصدر أصلا، فمثلا إذا تصرف المدين تصرفا من شأنه إنقاص حق من حقوقه فإن هذا الحق لا يخرج من الضمان العام، ويستطيع الدائن التنفيذ عليه، فإذا كان التصرف بيعا فإن دائني البائع يستطيعون التنفيذ على المبيع باعتباره خالصا من الحق العيني الذي تقرر للمشتري، ويترتب على ذلك أن المبيع لا يغير من الضمان العام لدائني المشتري، فلا يستطيعون مشاركة دائني البائع في التنفيذ على العين المبيعة شريطة أن يكون محل التصرف لا يزال قائما وفقا لطبيعته في حيازة المتصرف إليه.[1]

وعدم النفاذ مقيد في مثل هذه الأحوال بعدم استفادة الدائنين من الحكم، فإذا كان التصرف شراء من قبل المدين وحكم بعدم نفاذ شرائه اتجاه دائنيه فلا يستطيع دائنو المشتري مطالبة البائع بتسليم المبيع والتنفيذ على العين المشتراة، وإذا كان التصرف بيعا فلا يستطيع دائنو البائع مطالبة المشتري بدفع الثمن مادام قد صدر حكما يقضي بعدم سريان هذا البيع اتجاههم.[2]

فالتصرف الصادر من المدين يرتب جميع آثاره بين الأطراف إلا أنه غير نافذ اتجاه الغير. وتأكيدا للنتيجة المترتبة على الدعوى البولصية والمتمثلة في عدم نفاذ التصرف أي عدم سريانه في مواجهة الدائن، نصت المادة 1/192 مدني جزائري بالقول: "إذا كان تصرف المدين بعوض، فإنه لا يكون حجة على الدائن إذا كان هناك غش صدر من المدين...."

و نصت أيضا الفقرة الثالثة من المادة 192 بالقول: " أما إذا كان التصرف الذي قام به المدين تبرعا فإنه لا يحتج به على الدائن ولو كان المتبرع حسن النية "

فإذا لم يستوف الدائن حقه بعد رفع الدعوى ولم يودع المتصرف إليه ثمن المثل بالخزانة، فيحكم بعدم نفاذ التصرف في مواجهة الدائن رافع الدعوى، وبالنسبة لجميع الدائنين

1محمد عبد سليمان الحراحشة، المرجع السابق، ص80.

2 اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام والإثبات، الجزء الثاني، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1967، ص186. نقلا عن محمد عبد سليمان الحراحشة، المرجع السابق، ص64.

الأخرين، ويعتبر التصرف كأن لم يوجد أصلا[1]. (المادة 194 مدني جزائري)، إلا أن المتصرف إليه يستطيع التخلص من الحكم في الدعوى بإحدى طريقتين:[2]

1- إذا أدى المتصرف إليه إلى الدائن (رافع الدعوى) ما هو مستحق له في ذمة المدين، كما يسقط حق الدائن في رفع الدعوى أيضا إذا قام المدين نفسه بوفاء الدين.

2- أو إذا أودع المتصرف إليه ثمن المثل للشيء الذي كسبه الخزانة (المادة 195 مدني جزائري)

وقد يحصل في حالات كثيرة أن يعجز الدائن عن التوصل إلى إعادة المال الذي خرج من ذمة المدين إلى ضمانه العام، كما هو الحال إذا انتقل المال المتصرف فيه إلى ملكية شخص معين بحسن النية، وكذلك إذا انتقل المال إلى متصرف إليه ثان وكان تلقاه بعوض وبحسن نية، ولا شك أن الدائن قد لحقه ضرر من تصرف مدينه بسوء نية، ففي هذه الحالة يستطيع الدائن أن يطالب المدين بالتعويض عن الفعل الضار، وكذلك المتصرف إليه إذا كان سيء النية يكون مسؤولا عن الضرر الذي أصاب الدائن على وجه التضامن مع المدين لاشتراكهما في الفعل غير المشروع، وهذا تطبيقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، وفي هذه الحالة لا نكون أمام دعوى بولصية بل أمام دعوى مسؤولية مدنية.[3]

الفرع الثاني

أثر الدعوى البولصية بالنسبة إلى المدين والمتصرف إليه.

إن الدعوى البولصية ما دامت لا تبطل تصرف المدين وإنما تجعله غير نافذ في حق الدائنين، فإن تصرف المدين في هذه الحالة لا يبطل بل يبقى قائما نافذا بين المدين ومن تصرف له، كما ينصرف أثر التصرف أيضا إلى من يمثل المدين ومن تصرف إليه كالخلف العام أو الخاص، ويرث أثر هذا التصرف ورثة المتصرف له إن توفي.[4]

---

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص154.

2 نفس المرجع، ص154.

3محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص155.

4 فاروق اسماعيل، المرجع السابق، ص26.

فمثلا إذا كان تصرف المدين بيعا، فإن محل المبيع يبقى ملكا للمشتري ويبقى هذا الأخير ملتزما بدفع الثمن، فإن قام الدائن بالتنفيذ بدينه على محل البيع واستوفى حقه منه وتبقى من ثمن البيع جزء، بات المتبقي من الثمن هذا ملكا للمشتري لا البائع.[1]

ويمكن للمتصرف إليه بعد أن يستوفي الدائن حقه أن يرجع على المدين الذي تصرف إليه إضرارا بدائنيه بدعوى الإثراء بلا سبب أو بضمان الاستحقاق، كما أن له أن يطلب فسخ البيع.[2]

المبحث الثالث

دعوى الصورية (l'action en simulation)

من المخاطر التي تهدد الضمان العام هو إبرام المدين لتصرف صوري أي وهمي لا وجود له في الواقع بقصد تهريب وإبعاد أمواله محل هذا التصرف من الضمان العام المقرر للدائنين، وحماية للدائن من هذا التصرف الخطير منح القانون الدائن الحق في رفع دعوى لكشف صورية هذا التصرف أطلق عليها إسم "دعوى الصورية" (Action en simulation) أو دعوى كشف الصورية لحماية الضمان العام ورد المال المتصرف فيه تصرفا صوريا إلى هذا الضمان.[3]

ولدراسة دعوى الصورية نتطرق إلى مفهوم الصورية وأنواعها، شروطها، وفي الأخير آثارها.

المطلب الأول

مفهوم الصورية وأنواعها

لدراسة هذا المطلب نتطرق إلى تعريف الصورية ثم نحدد أنواعها في الفرعين التاليين:

1نفس المرجع، ص26.

2 فاروق اسماعيل، المرجع السابق، ص26.

3انظر في هذا المعنى محمد صبري السعدي، المرجع، ص157.

الفرع الأول
تعريف الصورية

يلجأ المتعاقدان عادة إلى الصورية عندما يريدان إخفاء حقيقة ما تعاقدا عليه لسبب قام عندهما، ومن هنا وجد: (1) العقد الظاهر (acte apparent)، وهو العقد الصوري (acte simulé, fictif)، (2) والعقد المستتر (acte secret)، وهو العقد الحقيقي (acte réel) وتسميه المحاكم المصرية عادة بورقة الضد (contre–lettre).[1]

والصورية تحقق للمتعاقدين أغراضا شتى، فالشخص ينقل ملكية شيء مملوك له إلى غيره لإبعاد هذا الشيء في علاقته بالمتصرف إليه، ويكون ذلك بإبرام عقد ظاهر أو صوري يعلنه المتعاقدان للناس ويقرران فيه أن ملكية الشيء قد انتقلت بطريق البيع مثلا من أحدهما للآخر، وفي نفس الوقت يبرم المتعاقدان فيما بينهما عقدا آخر يقرران فيه بقاء الملكية وعدم انتقالها، ويسمى هذا العقد بالعقد الحقيقي أو العقد المستتر، ويسمى أيضا في لغة المحاكم "ورقة الضد"[2].

الفرع الثاني
أنواع الصورية

قد تكون الصورية مطلقة (simulation absolue)، وقد تكون نسبية (simulation relative) التي بدورها تنقسم إلى صورية بطريق التستر، والصورية بطريق المضادة، والصورية بطريق التسخير.

أولا– الصورية المطلقة (simulation absolue): هي تلك التي تتناول التصرف في ذات وجوده، فتصور وجود تصرف قانوني معين، في حين أنه لا يوجد أي تصرف على الإطلاق، أي أن التصرف الظاهر لا وجود له في الحقيقة، كما أن الاتفاق المستتر لا يتضمن تصرفا آخر يختلف عن التصرف الظاهر، بل يقتصر الاتفاق المستتر (ورقة الضد) على إثبات أن التصرف الظاهر تصرف صوري لا وجود له في الواقع ومثال هذا النوع من الصورية، أن يريد المدين إبعاد مال من أمواله عن متناول دائنيه حتى يتقي تنفيذهم عليه،

1 السنهوري، المرجع السابق، ص 1073.

2 سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص243.

فيبيع هذا المال إلى زوجته أو إلى أحد أقاربه بيعا صوريا، ثم يأخذ فيه على سبيل الاحتياط ورقة ضد –تبقى خفية– تثبت أن البيع لا حقيقة له، وأن ملكية المبيع باقية للمدين.[1]

ثانيا– الصورية النسبية (simulation relative): لا تتناول الصورية النسبية التصرف في وجوده، بل تتناوله في طبيعته أو موضوعه أو أطرافه، ففي هذه الصورية يوجد تصرف قانوني بين المتعاقدين، ويستخدم التصرف الظاهر (الصوري) لإخفاء جانب منه، وهذا الجانب قد يكون طبيعته، أو موضوعه (أركانه وشروطه) أو أطرافه (شخصية المتعاقدين)[2]

وبالنظر إلى الجانب الذي تقع عليه الصورية النسبية، فهي تنقسم إلى ثلاثة أنواع: صورية بطريق التستر، وصورية بطريق المضادة، وصورية بطريق التسخير.

1– **الصورية بطريق التستر Simulation Par voie de déguisement**

وهي صورية تتناول نوع العقد لا وجوده، كهبة في صورة بيع، فالعقد الظاهر هو البيع وهو العقد الصوري، والعقد المستتر هو الهبة وهو العقد الحقيقي، ويكون الغرض من الصورية عادة في هذه الحالة التهرب من رسمية العقد فيما لو ظهرت الهبة في ثوبها الحقيقي، أو بالعكس إخفاء البيع في صورة هبة بقصد حرمان الشفيع من طلب الشفعة، وكذلك إخفاء الوصية في صورة بيع، حتى لا يعلق نفاذها فيما زاد على ثلث التركة على إقرار الورثة، أو الهبة في صورة قرض بأن يذكر المدين في سند الدين "أن القيمة دفعت له نقدا"، ويكون الواقع أنه لم يتسلم شيئا وإنما أراد التبرع بما تبرع به[3]

2–**الصورية بطريق المضادة (simulation par voie de contre–lettre)**

تتناول الصورية بطريق المضادة شرطا من شروط العقد أو ركنا من أركانه كأن يؤكد في عقد بيع عقار بثمن أقل من الثمن الحقيقي هربا من دفع جانب من رسوم التسجيل، أو ثمن أكبر من الثمن الحقيقي حتى يقعد الشفيع عن طلب الشفعة، أو أن يذكر في عقد هبة سبب مشروع لها إخفاء للسبب الحقيقي غير المشروع.[4] ومثالها أيضا أن يبرم عقد بيع في مرض الموت، ويذكر فيها تاريخا سابقا على فترة هذا

1محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص274.

2محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص274.

3 السنهوري، المرجع السابق، محمود عبد الرحمان محمد، المرجع السابق، ص 275 ، 276.

4أنور سلطان، المرجع السابق، ص64.

المرض حتى لا يأخذ البيع حكم الوصية، أو أن يقدم تاريخ البيع الذي أبرم مع المحجور عليه للسفه ليكون سابقا على تاريخ تسجيل قرار الحجر.[1]

3- **الصورية بطريق التسخير (simulation par voie d'interposition de personne):** يقصد بالصورية بطريق التسخير تلك التي تخفي أحد طرفي التصرف فيتم التصرف هذا لحساب شخص آخر غير الشخص الذي ظهر فيه. وغالبا ما يكون الغرض من هذه الصورية التغلب على مانع قانوني يحول دون تمام التصرف لشخص معين. ومن ذلك على سبيل المثال ما نصت عليه المادة 402 مدني جزائري بالقول: "لا يجوز للقضاة ولا للمدافعين القضائيين، ولا للمحامين ولا للموثقين ولا لكتاب الضبط أن يشتروا بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلا". ومثالها أيضا ما نصت عليه المادة 403 مدني جزائري بالقول: "لا يجوز للمحامين ولا للمدافعين القضائيين أن يتعاملوا مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها سواء كان التعامل بأسمائهم أو بأسماء مستعارة إذا كانوا هم الذين تولوا الدفاع عنها وإلا كانت المعاملة باطلة". فالصورية عن طريق التسخير تتجلى في أن شخص يمنعه القانون إبرام تصرف قانوني معين يتفق مع شخص آخر ليظهر هو الطرف الحقيقي للتصرف وذلك بنية إخفاء شخصية الطرف الأصلي للتصرف بسبب قانوني يمنعه من إبرام هذا التصرف وهو ما تطلق عليه المادة 402 والمادة 403 مدني جزائري **الاسم المستعار (personne interposée)**

1 محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص277.

المطلب الثاني

شروط تحقق الصورية ومجالها

الفرع الأول

شروط تحقق الصورية

تتحقق الصورية بتوافر ثلاثة شروط هي:[1]

أولا: أن تتجه إرادة الطرفين إلى إخفاء تصرف حقيقي في صورة تصرف ظاهر يخالفه: يشترط لقيام الصورية أن يتفق الطرفان على إبرام تصرفين، أحدهما ظاهر والآخر باطن، وكلاهما يختلف عن الآخر من حيث الماهية أو الأركان أو الشروط، وأن تتجه إرادة الطرفين إلى إخفاء الثاني تحت ستار الأول.[2]

وبناء عليه، لا توجد صورية في حالة ما إذا أبرم الطرفان عقدا، وكان حقيقيا، ثم أدخلا عليه تعديلا باتفاق لاحق، أو بدا لهما العدول عنه، فأبرما اتفاقا جديدا يثبتان فيه هذا العدول.[3]

وعليه تختلف الصورية عن التدليس، ففي التدليس يكون أحد طرفي العقد ضحية لوسائل احتيالية يقصد بها تضليله وإخفاء الحقيقة عنه، ولهذا يكون رضاه معيبا والعقد قابلا للإبطال لمصلحته، أما في الصورية فهناك اتفاق بين الطرفين خال من خديعة أحدهما للآخر يريدان منه إخفاء تصرف عن الغير أو غشه.[4]

ثانيا: ألا يتضمن التصرف الظاهر ما يفيد وجود التصرف الحقيقي الذي يخالفه

لا تقوم الصورية إلا إذا أخفى التصرف الظاهر (الصوري) التصرف الحقيقي إخفاء تاما، بحيث يعتبر التصرف الظاهر هو المعبر عن إرادة الطرفين ولا يوجد تصرف آخر مخالف له.

1محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص279 وما يليها.

2 نفس المرجع، ص279.

3محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص279.

4 نفس المرجع، ص280.

وعليه، فلا صورية في تصرف يكشف عن صوريته ويعلن بذاته على أنه ليس إلا ستار لتصرف حقيقي أبرم بين الطرفين وعلى نفس محله، ومن ذلك أن يبرم عقد هبة في صورة بيع، ويذكر في العقد أن البائع يبرئ المشتري من الثمن، أو يذكر فيه ثمن رمزي أو تافه بالمقارنة بقيمة المبيع، هنا ينم البيع عن صوريته، وينبئ بذاته، بوجود الهبة، الأمر الذي يترتب عليه استبعاد أحكام الصورية، ومن ثم فلن تكون الهبة صحيحة إلا إذا تمت بورقة رسمية، أو كان الموهوب منقولا وتم قبضه.[1]

ثالثا: أن يتزامن إبرام التصرف الحقيقي مع إبرام التصرف الظاهر

ونعني أن يتعاصر التصرفان أي العقدان بصدورهما معا في وقت واحد، والعبرة في هذه الحالة بالمعاصرة الذهنية، فهي تعتبر متحققة إذا اتفق على الصورية وقت إبرام العقد الأول حتى لو حررت ورقة الضد في تاريخ لاحق[2]. أما إذا أبرم الطرفان تصرفا معينا وبعد مدة طويلة أبرما تصرفا آخر يتعارض معه، ما كنا بصدد صورية، ولكن بصدد تعديل أو إلغاء التصرف الأول.[3]

الفرع الثاني
مجال الصورية

تتم الصورية في أغلب الأحوال بالاتفاق بين طرفي عقد من العقود على إخفائه في صورة عقد آخر، فمجالها العادي هو العقود.[4]

ولكن ليس هناك مانع من أن تكون الصورية في تصرف من جانب واحد إذا كان موجها إلى شخص معين، كالتنازل عن حق عيني، أو الإبراء من الدين، فقد يستر هذا التصرف اتفاقا آخر يقضي ببقاء الحق أو الدين.[5]

1نفس المرجع، ص280.

2 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص161.

3 محمود عبد الرحمن محمد، المرجع، ص281.

4نفس المرجع، ص282.

5 السنهوري، المرجع السابق، ص 1079، 1080.

الفرع الثالث

شروط استعمال دعوى الصورية

لا يشترط القانون لقبول دعوى الصورية إلا شرط واحد يتمثل في أن يكون للدائن حقا محقق الوجود، أي خاليا من أي نزاع. ولا يشترط أن يكون هذا الحق مستحق الأداء، أو سابقا في الوجود على التصرف الصوري المطعون فيه مثلما هو الحال في الدعوى البولصية التي يشترط فيها طبقا للمادة 191 مدني جزائري، لأن العبرة بتوافر المصلحة لدى الدائن في رفع دعوى الصورية وليس في ضرورة حلول أجل حقه، لذلك يمكن للدائن الذي يكون دينه مؤجلا أو معلقا على شرط أن يستعمل دعوى الصورية للطعن في التصرف الصوري لمدينه.

لا يشترط أيضا أن يقيم الدائن الدليل على توافر نية المدين في الإضرار به، لأن مصلحة الدائن هي تقرير الواقع والكشف عن صورية التصرف.

ولا يشترط لاستعمال دعوى الصورية أن يثبت الدائن أن التصرف الصوري الصادر من المدين قد سبب له إعسار أو زاد في هذا الإعسار باعتبار أن الصورية غير مرتبطة بإعسار المدين، لأن الهدف من دعوى الصورية هو كشف الحقيقة التي أخفاها المدين، بإبرامه للتصرف الصوري.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه يجب على الدائن الذي يطعن في العقد الظاهر بالصورية ويتمسك بالعقد المستتر، إدخال كل من طرفي العقد الصوري خصما في الدعوى والحكم الذي يصدر بالصورية سيستفيد منه الدائنون الآخرون ولو لم يدخلوا في الدعوى.[1]

المطلب الثالث

أحكام الصورية

إن المبدأ العام الذي يحكم الصورية هو عدم الاعتراف بالتصرف الظاهر، أي الصوري وبالتالي عدم ترتيبه لآثاره القانونية، ومن ثمة يكون الاعتداد بآثار التصرف المستتر أي الحقيقي الذي اتجهت إرادة الطرفين لإبرامه. وبالتالي فتقرير عدم بطلان التصرف المستتر بسبب الصورية يؤدي إلى نتيجة حتمية، هي أنه ينتج آثاره فيما بين طرفيه، فهذه

1 السنهوري، المرجع السابق، ص 1107.

الآثار هي المقصودة من الطرفين، دون آثار التصرف الظاهر، فإذا كان التصرف المستتر (الحقيقي) وصية أخفاها الطرفان بواسطة بيع مثلا، وجب تطبيق أحكام الوصية وليس البيع، وعلى ذلك لا ينفذ التصرف في حق الورثة إذا تجاوز ثلث التركة، وكذلك إذا كان التصرف المستتر بيعا في صورة هبة، وجب تطبيق أحكام البيع دون الهبة، وكان للشفيع الحق في أخذ المبيع بالشفعة، وهكذا....[1]

الفرع الأول

الأثر المترتب على الصورية بالنسبة للمتعاقدين والخلف العام

نصت المادة 199 مدني جزائري على أنه "إذا أخفى المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي"

بقراءتنا لهذا النص يتضح لنا أن العبرة بين المتعاقدين بالعقد الحقيقي وليس بالعقد الظاهر أي الصوري، على أساس أن العقد الحقيقي هو الذي اتجهت إرادة المتعاقدين إلى إبرامه فهو المعبر عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين وليس العقد الصوري (الظاهر)، فإذا أخفى المتعاقدان عقد هبة بعقد بيع وجب الأخذ بشروط عقد الهبة دون شروط عقد البيع، أما بالنسبة للخلف العام لأحد المتعاقدين فيحتج كذلك بالعقد الحقيقي، فلو باع شخص إلى آخر عينا معينة بيعا صوريا، لا يكون للمشتري ولا لورثته حقا عليها وإنما تظل على ملك البائع وورثته من بعده.

وعليه فالصورية ليست سببا لبطلان التصرف بذاتها لأن كما قلنا في الصورية أن العبرة بما تتجه إليه الإرادة حقيقية، وإن ما يكون نافذا بالنسبة للمتعاقدين هو التصرف الحقيقي لا التصرف الصوري، ويترتب على ذلك أنه إذا كانت الصورية مطلقة، فإنه لا يوجد تصرف على الإطلاق، وذلك لانعدام الإرادة الحقيقية والجدية، أما إذا كانت الصورية نسبية، فالعبرة من الناحية الموضوعية بالتصرف الحقيقي هل استكمل شروط الانعقاد أم لم يستكملها، فإذا كان قد انعقد صحيحا وجب تطبيق أحكامه لا أحكام العقد الظاهر (الصوري).

والقول أن الصورية ليست سببا لبطلان التصرف، لأن الصورية لو أخفت تصرفا حقيقيا وصحيحا، كانت سائغة وصح التصرف، أما إذا أخفت تصرفا باطلا يحرمه القانون،

1 محمود عبد الرحمن محمد، المرجع، ص285، 286.

فإن الجزاء لهذا التصرف هو البطلان لمخالفته القانون، وإذا أخفى التصرف الصوري السبب الحقيقي، وكان غير مشروع، فإن التصرف يعتبر باطلا بطلانا مطلقا لعدم مشروعية السبب، كأن يخفي المتعاقدان هبة سببها الحقيقي هي الدخول والاستمرار في علاقات غير شرعية في صورة عقد بيع أو عقد قرض، هنا يبطل التصرف ليس لصوريته وإنما لأن سببه الحقيقي هو سبب غير مشروع.

وإن إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين يقع على عبء من يدعيها، والقاعدة العامة في ذلك بالنسبة للمتعاقدين والخلف لأحد المتعاقدين، أنه لا يجوز إثبات ما ثبت بالكتابة إلا بالكتابة وخاصة كلما زادت قيمة الحق أو التصرف القانوني على 100.000دج وهذا ما تؤكده المادة 333 مدني جزائري.

ويترتب على ذلك أنه إذا أبرم المتعاقد تصرفا صوريا مكتوبا، أن يحتاط ويحصل على وثيقة مكتوبة يثبت فيها حقيقة التصرف، هذه الوثيقة تسمى ورقة الضد، وينتج على عدم وجودها عدم جواز إثبات الصورية بالشهادة، القرائن وإنما بالإقرار أو نكوله عن اليمين.[1]

إلا أنه وفي حالات استثنائية حددها المشرع الجزائري يجوز فيها إثبات ما لا يمكن إثباته إلا بالكتابة عن طريق الشهود والقرائن، الحكم الذي تؤكده المادة 336 مدني جزائري بالقول: "يجوز الاثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة: – إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي. –إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي عن إرادته"

كما قررت المادة 335 مدني جزائري حالة ثالثة بقولها: "يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة". وعليه يستطيع المتعاقدان إثبات ما لا يمكن إثباته إلا بالكتابة إذا توافرت حالة من الحالات الثلاث السابقة، وبعبارة أخرى أن المتعاقدين والخلف العام إذا أرادا إثبات الصورية في حالة من الحالات السابقة فإنهما يستطيعان إقامة الدليل عليهما بالشهود والقرائن.[2]

"ويضاف إلى هذه الحالات حالة الصورية المراد منها التحايل على القانون أي التهرب من تطبيق نصوص القانون الآمرة الخاصة بشروط التصرف الموضوعي اللازمة لصحته أو

---

1 خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص87.

2 خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق ، ص88.

بآثاره، حينئذ يكون للمتعاقد وخلفه العام إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات، كذلك يستطيع الخلف العام إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات إذا كان المراد بالصورية التحايل على قواعد الوصية والميراث إضرارا بالورثة"[1]

الفرع الثاني
الأثر المترتب على الصورية بالنسبة للغير

يقصد بالغير في دعوى الصورية كل من اعتمد على العقد الصوري واطمأن إليه، معتقدا بحسن نية أنه عقد حقيقي فبنى عليه تعامله.[2] فالوضع القانوني لدعوى الصورية في تحديد الغير يقوم على أساس حماية كل من اعتقد بأن العقد الصوري هو العقد الحقيقي، فبنى كل معاملاته بناء على الوضع الظاهر الذي خلقه هذا العقد حيث لم يكن في وسعهم الكشف عن حقيقة التصرف.[3]

فالغير في نطاق الصورية، هو كل شخص لم يكن طرفا في التصرف وتكون له مصلحة تجعله يستفيد أو يضار من هذا التصرف.[4]

والمقصود بالغير هنا هم الدائنون العاديون للمتعاقدين والخلف الخاص، والمعروف أن الخلف الخاص هو من انتقل إليه من أحد المتعاقدين ملكية العين موضوع التصرف أو كسب على تلك العين حقا عينيا آخر كانتفاع أو رهن مثلا، سواء كان اكتسابه لهذا الحق قبل التصرف الصوري أو بعده، والمقصود بحسن النية هي جهل الغير بالتصرف الحقيقي المستتر أي الجهل بصورية التصرف[5].

الحكم الذي تؤكده المادة 198 مدني جزائري، بالقول: "إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري".

وبناء عليه، لا يجوز الاحتجاج على الغير حسن النية بالعقد المستتر، ويجوز له إثبات هذه الصورية بجميع طرق الإثبات، مهما كانت قيمة التصرف، لأن الغير لم يكن طرفا في

---

1 انظر هامش رقم (1) من نفس المرجع ، ص88.

2 السنهوري، المرجع السابق، ص1088.

3 قدادة، المرجع السابق، ص88.

4 انظر عبد المنعم الصدة، محاضرات في أحكام الالتزام بند 75، نقلا عن محمد صبري السعدي، المرجع السابق، هامش رقم 16، ص164.

5 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص88، 89.

هذا التصرف حتى يمكنه الحصول على السند المكتوب الذي يثبت صورية هذا التصرف إذا زادت القيمة على التصرف الجائز إثباته بالشهود (المادة 333 مدني جزائري).

الفرع الثالث

حكم حالة تعارض مصالح المتعاقدين[1]

بالرجوع إلى نص المادة 198 مدني جزائري نجده لم يتكلم عن حالة تعارض مصالح دائني المتعاقدين، واقتصر النص على حقهم والخلف الخاص في التمسك بالعقد الصوري متى كانوا حسني النية، مع أنه قد يكون من مصلحة دائني أحد المتعاقدين التمسك بالعقد الحقيقي، في حين يكون من مصلحة دائني المتعاقد الآخر التمسك بالعقد الصوري، ونحن نرى في هذه الأفضلية تكون لمن تمسك بالعقد الظاهر. وهذا ما تؤكده الفقرة الثانية من المادة 244 مدني مصري بالقول: "2- وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين". فمثلا إذا كنا في عقد بيع صوري ، وتمسك دائنو البائع بالعقد الحقيقي، بغرض إبقاء المبيع في ملك مدينهم وتمسك دائنو المشتري بالعقد الظاهر ليكون بإمكانهم التنفيذ على المبيع، فتكون الأفضلية للدائنين الذين يتمسكون بالعقد الظاهر وهو دائنو المشتري.

والجدير بالذكر أن المادة 198 مدني جزائري لم تنص صراحة على الحكم الذي أوردته المادة 224 مدني مصري والذي يمنح لدائني المتعاقدين وللخلف الخاص الحق في التمسك بالعقد المستتر ولهم في ذلك الإثبات بجميع طرق الإثبات.

وفي هذا الصدد نؤيد رأي الدكتور محمد صبري السعدي الذي يقول فيه: "وكما سبق القول إن أساس دعوى الصورية هو حماية الدائنين من تهريب المدين لأمواله بتصرف صوري لإبعادها من الضمان العام لهؤلاء الدائنين إضرارا بهم. وبناء على ملاحظتنا السابقة نرى تعديل المادة 198 مدني جزائري لتصبح كما يلي: (إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما يحق لهم التمسك بالعقد المستتر ويثبتون بكافة الطرق صورية العقد المبرم إضرارا بهم.

1 انظر في ذلك نفس المرجع، ص165،166.

وفي حالة تعارض مصالح ذوي الشأن وتمسك بعضهم بالعقد الصوري، وتمسك الآخرون بالعقد المستتر الأفضلية للأولين"[1]. والجدير بالذكر أن كل القوانين العربية تتضمن النص على حالة تعارض مصالح المتعاقدين إلا القانون المدني الجزائري الذي يقتضي إعادة النظر فيه بتعديل المادة 198.

الفرع الرابع
هل تتقادم دعوى الصورية

إن دعوى الصورية ذاتها لا تسقط بالتقادم سواء رفعت من أحد طرفي العقد الصوري أو من الغير، لأن المطلوب إنما هو تقرير أن العقد الظاهر لا وجود له، وهي حقيقة قائمة مستمرة لم تنقطع حتى يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليها.[2]

أما إذا كانت دعوى الصورية تتضمن دعوى أخرى، كما إذا طعن الورثة في الهبة الصادرة من مورثهم بالبطلان وكانت مستترة في صورة عقد بيع، فإن هناك دعويين: إحداهما متعلقة بصورية عقد البيع وهذه لا تسقط بالتقادم. والأخرى متعلقة بالطعن في عقد الهبة (وهو العقد المستتر) بالبطلان وهذه تسقط بالتقادم شأنها في ذلك شأن سائر دعاوى البطلان.[3]

الفرع الخامس
مقارنة بين دعوى الصورية والدعوى غير المباشرة[4]

ترفع دعوى الصورية باسم الدائن، أما الدعوى غير المباشرة يرفعها الدائن باسم المدين ونيابة عنه. ولا يشترط لاستعمال دعوى الصورية إعسار المدين بخلاف الدعوى غير المباشرة فيشترط فيها إعسار المدين.

أما وجه الشبه بينهما أنهما وسيلتان لحماية الضمان العام وتؤديان إلى اشتراك الدائنين جميعا من الاستفادة من الحكم الصادر فيهما، كذلك لا يشترط فيهما أن يكون حق الدائن

---

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص166.

2 السنهوري، المرجع السابق، 1107.

3 نفس المرجع، ص1107، 1108.

4 محمد حسنين، المرجع السابق 290، 291، السنهوري، المرجع السابق، ص1121 وما يليها.

سابقا على التصرف المطعون فيه، وتختلف الدعويان من حيث الإثبات، فالدائن في الصورية يعتبر من الغير وله إثبات الصورية بكل طرق الإثبات بينما في الدعوى غير المباشرة لا يستطيع الإثبات إلا بالكتابة فيما جاوز نصاب الشهادة لأنها مرفوعة باسم المدين.

الفرع السادس

مقارنة بين الدعوى البولصية ودعوى الصورية[1]

يشترط في الدعوى البولصية أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، بينما في دعوى الصورية لا يشترط ذلك ويكفي أن يكون الحق موجودا وخاليا من النزاع.

ويشترط في الدعوى البولصية أن يكون حق الدائن سابقا على التصرف المطعون فيه، أما في دعوى الصورية لا يشترط ذلك.

يشترط في الدعوى البولصية أن يكون قصد المدين من التصرف هو الإضرار بالدائن، أما في دعوى الصورية فلا يشترط في الدعوى البولصية أن يكون التصرف الصادر من المدين قد أدى إلى إعساره أو زاد فيه، أما في الدعوى الصورية فلا يشترط ذلك لأن الهدف منها هو كشف حقيقة التصرف، ولو أنه من الناحية العملية لا يستعملها الدائن إلا في حالة إعسار مدينه.

يقتصر استعمال الدعوى البولصية على الدائن فقط أما الصورية تستعمل من كل شخص له مصلحة في ذلك أي الذي ألحقت الصورية به ضررا ولو كان هو المتعاقد نفسه.

ويضيف الشراح أن دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم بينما الدعوى البولصية تسقط بالتقادم.

إلا أن الدكتور محمد حسنين له رأي مخالف في مسألة تقادم دعوى الصورية إذ يقول: "وأرى أن دعوى الصورية كسائر الدعاوى تسقط أيضا بالتقادم لكنه لا يبدأ سريانه إلا من وقت علم الغير بالعقد الحقيقي أي من وقت علمه بالصورية، وطالما أن المشرع لم ينص على تقادم قصير بشأنها فهي تسقط بالتقادم العادي"[2].

---

1 محمد حسنين، المرجع السابق، ص 291، السنهوري، المرجع السابق، ص1121 وما يليها.

2 محمد حسنين، المرجع السابق، ص291.

المبحث الرابع
الحق في الحبس (الاحتباس)

تنص المادة 200 مدني جزائري بالقول: "لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام المدين، أو ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا.

ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع"

وعليه يتضح أن الحبس هو حق يمنحه القانون للدائن في أن يمتنع عن رد شيء مملوك لمدينه طالما أنه لم يوف له بحقه، رغم أنه لم يستلم هذا الشيء بمقتضى عقد رهن حيازي، فهذا الحق تأمين مصدره القانون لذلك يدرسه الفقه الفرنسي عادة مع التأمينات العينية أو الحقوق العينية التبعية[1].

وبعبارة أخرى يتبين من نص المادة 200 أن الدائن إذا كان ملتزما بأداء شيء إلى مدينه فله أن يمتنع عن أداء هذا الالتزام ما دام مرتبطا بالتزام المدين اتجاه الدائن، وبمعنى آخر له حق حبس الشيء الذي الزم بأدائه حتى يستوفي حقه. ومثال ذلك حبس البائع المبيع عن المشتري حتى يستوفي حقه من الثمن، ومنه أيضا حبس الصانع الشيء حتى يستوفي أجره، وحبس المودع لديه الوديعة عن المودع حتى يتقاضى أجر الوديعة، أو يحصل على التعويض عن الضرر الذي أصابه بسببها.[2]

والأساس الذي يقوم عليه الحق في الحبس هو العدالة وحسن النية، إذا أن مطالبة شخص بتنفيذ التزامه لآخر قبل أن يستوفي حقه اتجاه هذا الأخير يتنافى مع هذا الأساس.[3]

وعليه فامتناع الحابس عن التسليم لا يؤدي إلى سقوط التزامه بصفة نهائية، بل هو امتناع مؤقت عن

---

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص169.

2 نفس المرجع، ص169.

3 نفس المرجع، ص169.

تنفيذ هذا الالتزام إلى أن يستوفي حقه لدى مدينه. وفي ذلك يختلف الحق في الحبس عن المقاصة التي تعتبر طريقا من طرق انقضاء الالتزام، وبها ينقضي الدينان بقدر الأقل منهما.[1]

ويظهر من خلال نص المادة 200 مدني جزائري أن حق الحبس ينقضي بقيام الطرف الآخر المستحق للشيء المحبوس بعرض الوفاء بالتزامه المقابل، أو عن طريق تقديم تأمين كاف للوفاء به.

وفي الأخير نقول أن الحق في الحبس عبارة عن ضمان خاص منحه المشرع لكل دائن يكون في الوقت ذاته مدينا لدائنه وهو بذلك نظرية عامة تمتد إلى جميع النواحي ولا تختصر في حالات معينة.[2] وبناء على ذلك أورد المشرع الحق في الحبس في باب ضمان حقوق الدائنين.

المطلب الأول

شروط الحق في الحبس

تتمثل شروط الحق في الحبس فيما يلي: – وجود التزام على الحابس (الدائن) بأداء شيء. – وجود حق للحابس مستحق الأداء في ذمة المدين. – وجود ارتباط بين الأداء الملتزم به الحابس وحقه لدى المدين.

الشرط الأول

وجود التزام على الحابس (الدائن) بأداء شيء

نصت المادة 200 مدني على هذا الشرط بقولها: "....لكل من التزم بأداء شيء...". فحق الحبس يفترض إذن وجود التزام في الحابس بأداء شيء لشخص آخر، ويستوي أن يكون هذا الشيء عقارا أم منقولا، وقد يكون شيئا مثليا أو قيميا، وقد يكون شيئا ماديا أو غير مادي، وقد يكون عملا أو امتناعا عن عمل، ويتمثل الحبس في هذه الحالة الأخيرة في صورة عدم تنفيذ العمل أو الامتناع.[3]

---

1 محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص329.

2السنهوري، المرجع السابق، ص 1134.

3 محمود عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 310.

ويستثنى من ذلك الأشياء التي لا يجوز الحجز عليها وذلك لأن حبسها يتعارض مع الحكمة التي أرادها المشرع من تقرير عدم جواز حجزها. وكذلك الأشياء العامة لأن حبسها تعطيلا للمنفعة العامة التي خصصت لها هذه الأموال.[1]

والدين المستحق في ذمة الحابس قد يكون مصدره العقد أو العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو نص في القانون.[2]

ولا يشترط ملكية المدين للشيء المحبوس، وإن كان هو الغالب فقد يكون مملوكا للحابس نفسه كما في حالة المؤجر، فله حبس العين عن المستأجر حتى يستوفي ما اتفق عليه من الأجرة المعجلة.[3]

ويحق لمن حاز الشيء حيازة عرضية حبسه عن مالكه حتى يسترد ما أنفق عليه من مصروفات كما في حالة المستأجر والمودع لديه والمستعير، وقد أشارت إلى ذلك المادة 2/200 مدني بقولها (حائز الشيء أو محرزه)[4]، وأن يكون الحابس قد حاز الشيء بطريقة مشروعة، لأنه إذا حازه بطريقة غير مشروعة كالغصب أو السرقة فلا يحق له الاحتجاج بالحق في الحبس، الحكم الذي تؤكده الفقرة الثانية من المادة 200 مدني بالقول: "...إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع "

فإذا اغتصب شخص عقارا أو سرق منقولا أو حازه إن كان منقولا وتحمل نفقات ضرورية لهذا العقار أو المنقول، فإنه يلتزم برده لمالكه ويكون دائنا له بما تحمله من مصاريف دون حقه في حبس الشيء حتى يستوفي تلك النفقات"[5]

1 انظر في ذلك البدراوي، أحكام الالتزام، ص205. نقلا عن قدادة، المرجع السابق، ص98.

2محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص173.

3 نفس المرجع، ص174.

4 نفس المرجع، ص174.

5 انظر في ذلك السنهوري، المرجع السابق، ص 1142.

الشرط الثاني

وجود حق للحابس مستحق الأداء في ذمة المدين[1]

إذا كان الغرض من الحق في الحبس هو دفع المدين إلى تنفيذ التزامه، فيشترط أن يكون حق الحابس محقق الوجود (certain) فمثلا لا يجوز للمودع لديه حبس الوديعة حتى يستوفي تعويضا يدعي أنه يستحقه إذا كانت دعوى التعويض لم يحكم فيها بعد، بالإضافة إلى ذلك يشترط أن يكون حق الحبس مستحق الأداء (exigible) لأنه إذا كان الحق الذي للحابس تجاه دائنه معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل فإنه لا يحق استعمال الحق في الحبس.

ولا يمنع الأجل الذي يمنحه القضاء للمدين لتنفيذ التزامه من استعمال الدائن حقه في الحبس، وكذلك إذا كان الأجل تبرعا من الدائن للمدين ما لم يثبت هذا الأخير أن الدائن قد تنازل عن حقه في الحبس.

الشرط الثالث

وجود ارتباط بين الأداء الملتزم به الحابس وحقه لدى المدين

لا يكفي لقيام الحق في الحبس أن يوجد التزام على الحابس بأداء شيء، وحق له مستحق الأداء في ذمة مدينه، بل يجب أيضا أن يقوم ارتباط ما بين التزام الحابس وحقه، بمعنى أن يكون الحق المحبوس من أجله قد ترتب بسبب الالتزام محل الحبس أو بمناسبته.[2]

ويكون الارتباط إما ارتباطا قانونيا أو ارتباطا ماديا.

أولا- الارتباط القانوني (connexité juridique)

الارتباط القانوني هو الذي ينشأ عن علاقة قانونية تبادلية بين حق الحابس وبين التزامه بأداء الشيء، بحيث يكونان معا علاقة تبادلية يقابل فيها أحدهما الآخر، سواء كانت هذه العلاقة تعاقدية أو غير تعاقدية.[3]

---

1 انظر في ذلك محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 175.

2 محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص318.

3 نفس المرجع، ص319.

وأبرز صورة للارتباط القانوني تتمثل في العقد الملزم للجانبين، حيث يكون لكل من طرفيه الامتناع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم الطرف الآخر بوفاء ما تعهد به، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ الذي لا يعدو إلا أن يكون تطبيقا من تطبيقات الحق في الحبس[1] وهذا ما نصت عليه المادة 121 مدني جزائري بالقول: " في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به " .

ففي البيع مثلا يجوز أن يحبس المبيع حتى يدفع المشتري الثمن، كما يجوز للمشتري أن يحبس الثمن حتى ينفذ البائع التزامه بتسليم المبيع وما يصدق على البيع يصدق على غيره من العقود الملزمة للجانبين كالإيجار والمقاولة وغيرهما.[2]

والجدير بالذكر أن الارتباط القانوني يبقى قائما حتى بعد انحلال الرابطة العقدية بالفسخ أو بالبطلان، إذ يلزم كل من المتعاقدين برد ما أخذه بموجب العقد، ويحق لكل منهما أن يحبس ما هو ملتزم برده حتى يستوفي ما هو مستحق له فيحق للمشتري مثلا أن يمتنع عن رد المبيع طالما أن البائع لم يرد الثمن.[3]

وقد يكون الارتباط القانوني أيضا في العقد الملزم لجانب واحد، فمثلا في الوديعة بدون أجر يحق للمودع لديه حبس الوديعة حتى يسترد ما أنفقه في حفظها، أو يوفي له بالتعويض عن الضرر الذي لحقه بسببها. وفي الوكالة بدون أجر يجوز للوكيل أن يحبس ما يوجد تحت يده من أشياء للموكل حتى يستوفي ما أنفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإنفاق. وقد يتحقق الارتباط القانوني دون وجود عقد أصلا، وذلك في حالة الفضالة، فالفضولي ملزم اتجاه رب العمل برد ما استولى عليه بسبب الفضالة (المادة 155 مدني جزائري)، وبالمقابل يلتزم رب العمل بأن يرد النفقات الضرورية أو النافعة التي سوغتها الظروف، وبتعويضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل. ومن ثمة يتضح أن هناك التزامين متقابلين ما بين الفضولي ورب العمل، يرتبط أحدهما بالآخر، على الرغم من عدم وجود علاقة تعاقدية بين الطرفين، وبموجب هذا الارتباط يجوز لكل من الطرفين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يستوفي حقه لدى الطرف الآخر.

1محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص319، 320.

2 نفس المرجع، ص319.

3 محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص320.

ثانيا- الارتباط المادي[1] (Connexité matérielle, objective)

ينشأ الارتباط المادي أو الموضوعي من علاقة تبادلية ما بين الدينين، بل عن واقعة مادية، هي أن الشيء المحبوس – والالتزام برده هو أحد الدينين – قد تنشأ بمناسبته ومرتبطا به (à l'occasion et en connexité) الدين الآخر. فالحائز إذا لم تكن بينه وبين المالك أية علاقة غير الحيازة، ملزم برد الشيء الذي حازه إلى المالك، وقد يصبح دائنا للمالك بمناسبة هذا الشيء – وهذه واقعة مادية –بالمصروفات التي أنفقها على الشيء أو بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من الشيء، ومن هنا وجد الارتباط المادي أو الموضوعي ما بين الدينين، فحق الحائز قد نجم عن الشيء ذاته الذي يجب عليه رده (dibetum cum re junctum) ومن ثم جاز له أن يحبس هذا الشيء حتى يسترد المصروفات أو يتقاضى التعويض.

فالارتباط المادي أو الموضوعي، هو الذي ينشأ عن واقعة مادية، هي حيازة الشيء أو إحرازه وما قد تؤدي إليه الحيازة أو الاحراز من لزوم حصول الحائز أو المحرز على جميع المصروفات التي أنفقها على الشيء أو تعويضه عن الضرر الذي أصابه بسببه.[2]

فالارتباط المادي يقوم دون حاجة لقيام رابطة تربط بين حائز الشيء (الحابس) أو محرزه، وبين من له الحق في استرداده وهو صاحب الشيء المحبوس، وقد عبرت عن ذلك المادة 200 مدني جزائري بقولها: "ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة"[3]

ثالثا- التمييز بين الارتباط القانوني والارتباط المادي

أ- في الارتباط المادي في صورة استرداد المصروفات يحتج بالحق في الحبس حتى على الغير الذي ثبت حقه قبل إنفاق المصروفات، لأن المصروفات قد أفادت الشيء في ذاته، فأفادت تبعا لذلك كل من يطالب باسترداده. أما في الارتباط القانوني وفي الصور الأخرى للارتباط المادي فلا يحتج بالحق في الحبس على الغير الذي ثبت حقه قبل ثبوت هذا الحق.[4]

---

1 السنهوري، المرجع السابق، ص1148.

2 قدادة، المرجع السابق، ص100.

3 نفس المرجع، ص101.

4 انظر في ذلك السنهوري، المرجع السابق، ص1149.

ب- في الارتباط المادي يقتصر الحبس على الشيء ذاته الذي أنفق عليه الحابس مصروفات، أما في الارتباط القانوني يكون للحابس استنادا للعلاقة التبادلية، حبس كل ما عليه من التزامات للطرف الآخر ما دامت مرتبطة بالحق الذي له في ذمته.[1]

وبناء على ما سبق يتضح لنا أن قيام الارتباط بين التزام الحابس وحقه يعتبر شرطا جوهريا لاستعمال الحق في الحبس، وبدون وجود الارتباط القانوني أو المادي لا يمكن استعمال الحق في الحبس.

رابعا- كيفية استعمال الحق في الحبس:

الملاحظ أن القانون لم يشترط لاستعمال الحق في الحبس شروطا معينة، ومن ثمة لا يشترط إعذار المدين من قبل الدائن، وكذلك لا يشترط حصول إذن من القضاء، وإنما يجب أن يكون الحابس حسن النية وبالتالي لا يجوز للدائن سيء النية استعمال حق الحبس، ويكون الدائن سيء النية في الحالة التي يتسبب فيها بعدم قيام المدين من تنفيذ التزامه أو إذا كان المدين قد نفذ جميع التزاماته إلا جزء فيها لا قيمة له.

المطلب الثاني

آثار الحق في الحبس

إذا ما توافرت مقومات الحق في الحبس على النحو السابق كان للدائن صاحب هذا الحق أن يمتنع عن الوفاء بما يلزم به مدينه حتى يستوفي حقه كاملا من أصل وفوائد ومصروفات، سواء كان هذا الالتزام التزاما بأداء شيء أو التزاما بعمل آخر. ويظل له الحق ولو قام المدين بوفاء جزء من التزامه، حتى يتم الوفاء الكامل، ويعبر عن ذلك بأن الحق في الحبس لا يقبل التجزئة[2].

وإذا كان الأمر يتعلق بأداء شيء، لا يكون للحابس امتياز على هذا الشيء، وهذا ما تؤكده المادة 1/201 مدني جزائري بالقول: "مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه"

1 نظر في ذلك نفس المرجع، ص1149.

2 مصطفى الجمال وآخرون، المرجع السابق، ص604.

الفرع الأول
حقوق الحابس

أولا- الامتناع المؤقت عن تسليم الشيء[1]

من الحقوق التي تثبت للحابس بموجب حقه في الحبس، هو الامتناع عن تسليم الشيء المحبوس إلى مالكه أو إلى من له الحق في استرداده. وهذا الامتناع يباشر في صورة دفع لمطالبة الحابس بالتسليم، بقصد حمل من يطالب به على تنفيذ الالتزام المقابل الذي يقع على عاتقه (المحبوس من أجله).

والمقصود بذلك أن امتناع الحابس عن التسليم لا يؤدي إلى سقوط التزامه بصفة نهائية، بل هو امتناع مؤقت عن تنفيذ هذا الالتزام إلى أن يستوفي حقه لدى مدينه، وفي ذلك يختلف الحق في الحبس عن المقاصة التي تعتبر طريقا من طرق انقضاء الالتزام وبهذا ينقضي الدينان بقدر الأقل منهما.

وهذا الحق أكدته المادة 200 مدني جزائري بالقول: " لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام المدين، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا"

ومن خلال هذا النص يتبين أن حق الحابس في الامتناع عن تسليم الشيء الذي في يده ينقضي بقيام الطرف الآخر المستحق لهذا الشيء بعرض الوفاء بالتزامه المقابل، أو بتقديم تأمين كاف للوفاء به.

كما ذكرنا سابقا فالحق في الحبس لا يقبل التجزئة، فهو يمنح الحابس الحق في أن يمتنع عن تسليم الشيء كله حتى يستوفي حقه كاملا، وعليه فإذا وفى المدين جزءا من الدين لا يمنع الدائن من الاحتفاظ بحقه في الاستمرار في حبس الشيء، ولكنه لا يجوز للدائن التعسف في استعمال حقه في الحبس تطبيقا للقواعد العامة. ويظهر هذا التعسف في حالة ما إذا نفذ المدين الجزء الأكبر من الالتزام ولم يبق منه إلا جزءا تافها.

1 محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص329.

ثانيا- لا وجود لامتياز قانوني للحابس على الشيء

تنص المادة 1/201 مدني جزائري: "مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه"، وذلك لأن حق الحبس ليس حقا عينيا على الشيء، بل هو مجرد دفع يتمسك به الدائن باعتباره وسيلة من وسائل الضمان الغرض منها دفع المدين إلى تنفيذ التزامه فقط، وعليه لا يتمتع الدائن بحق التقدم أو الأفضلية على الدائنين الآخرين، ولا حق تتبع الشيء في أي يد كان.

فإذا قام الدائنون الآخرون بالتنفيذ على الشيء تحت يده، فإنه لا يتمتع قانونا بأولوية في الحصول على حقه من ثمن هذا الشيء، بل سيشاركهم في اقتسام ثمنه بنسبة حقه، وإذا باع المالك هذا الشيء انتقل إلى المشتري، فلا يحق للحابس نزعه من تحت يده، حيث لا امتياز له عليه.[1]

إلا أنه إذا كان الحق في الحبس لا يمنح الحابس امتيازا قانونيا ومباشرا على الشيء، غير أنه بطريقة غير مباشرة يؤدي إلى ذلك من الناحية الفعلية، ذلك أنه لو نفذ الدائنون الآخرون على الشيء المحبوس تنفيذا جبريا، فإن للدائن الحابس أن يمتنع عن تسليم الشيء إلى من رسا عليه المزاد حتى يتحصل على حقه كاملا، وفي هذه الحالة يكون الدائنون مضطرين ليكون التنفيذ مجديا، إما إلى وفاء دين الحابس، وإما إلى تخصيص جزء من الثمن الذي رسا عليه المزاد لقضاء هذا الدين، الأمر الذي يضع الحابس من الناحية الفعلية في مركز ممتاز بالنسبة إليهم.[2]

ثالثا- مدى جواز الاحتجاج بالحق في الحبس في مواجهة الغير

يقتضي الحديث عن هذا الموضوع أن نميز بين الخلف العام والدائن العادي من ناحية، وبين الخلف الخاص من ناحية أخرى.

أ- بالنسبة للدائنين العاديين والخلف العام

مما لا شك فيه أنه بالنسبة للخلف العام والدائن العادي، يكون الحبس ساريا في مواجهتهما، لأنه لا يتصور أن يكون الخلف العام أو الدائن العادي (سواء أكان حقه سابقا أم لاحقا لنشوء حق الحائز في الحبس) أكثر مما كان للسلف أو للمدين من حقوقه، هذا مع الإشارة إلى أنه لا يقصد بسريان الحبس في مواجهة الدائن العادي حرمان هذا الأخير من

---

1 محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص331.

2 أنور سلطان، المرجع السابق، ص91.

التنفيذ على الشيء المحبوس الذي يعتبر جزءا من ضمانه العام، بل يقصد به حق الحابس في الامتناع عن تسليم الشيء للراسي عليه المزاد حتى يستوفي حقه كاملا، وهو ما يؤدي إلى تمييز الحابس على غيره من الدائنين من الناحية الفعلية (امتياز فعلي)، لأنه من الناحية القانونية ليس للحابس أي امتياز قانوني على العين المحبوسة، والحق في الحبس كما يحتج به في مواجهة الدائن منفردا، يحتج به كذلك في مواجهة جماعة الدائنين ممثلين في "السنديك" (أي وكيل التفليسة في القانون الجزائري) في حالة شهر إفلاس المدين.[1]

ب- **بالنسبة إلى الخلف الخاص:** الخلف الخاص هو من تلقى من المدين ملكية العين المحبوسة أو حقا عينيا عليها كالمشتري والدائن المرتهن وصاحب حق الانتفاع، وقد عرف مدى الاحتجاج بالحق في الحبس لدى الخلف الخاص اتجاهات مختلفة.[2]

1- **الاتجاه الأول:** يرى هذا الاتجاه أن الحق في الحبس يسري في مواجهة الخلف الخاص كالدائن المرتهن ولو كان الرهن سابقا على نشوء الحق في الحبس.

2- **الاتجاه الثاني:** يرى هذا الاتجاه أن الحبس يقتصر على المدين وخلفه العام ودائنيه العاديين، والملاحظ أن هذا الرأي يفرغ الحق في الحبس من محتواه وذلك بالتقليل من قيمته كحق من حقوق الضمان.

3- **الاتجاه الثالث:** يرى هذا الاتجاه رأيا وسطا وذلك بتفريقه بين صور الحق في الحبس وذلك فيما يلي:

4- إذا كان سبب الحبس إنفاق مصروفات على الشيء المحبوس، سواء كان الشيء من المنقولات أم من العقارات، جاز للحابس الاحتجاج بحقه في الحبس في مواجهة الخلف الخاص، سواء ثبت حق هذا الأخير قبل ثبوت الحق في الحبس أم بعده، باعتبار أن الحابس يعتبر دائنا بهذه المصروفات في مواجهة كل من يطالب باسترداد العين، لأن هذه المصروفات قد أفادت العين وزادت من قيمتها.[3]

أما في غير الصورة السالفة الذكر من صور الحق في الحبس، فيفرق بين ما إذا كان حق الخلف الخاص قد ثبت قبل نشوء حق الحائز في الحبس أم بعده، فإذا كان الغير كالمشتري أو الدائن المرتهن قد قام بتسجيل عقده أو بقيد رهنه قبل ثبوت الحق في الحبس،

---

1 أنور سلطان، المرجع السابق ص88.

2توفيق حسن فرج، جلال الدين العدوي، المرجع السابق، ص670.

3نفس المرجع، ص671،670.

امتنع على الحائز حبس العين في مواجهته. أما إذا كان الغير قد شهر حقه بعد ثبوت حق الحائز في حبس العين، فإن أثر الحبس ينصرف إليه، لأن في القول بغير ذلك ما ييسر على المدين حرمان الحائز من حقه في الحبس، إذ يكفي أن يتصرف في العين بالبيع أو بالرهن أو بتقرير حق عيني آخر عليها حتى يسلب حقه في الحبس.[1]

هذا إذا كانت العين المحبوسة من العقارات، أما إن كانت من المنقولات، وكان الحائز حسن النية – أي يجهل الحقوق التي اكتسبها الغير على الشيء– فإن حقه في حبسها يسري في مواجهة الغير، ولو كان حق الغير ثابتا قبل ثبوت الحق في الحبس، وذلك تفريعا على قاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية.[2]

الفرع الثاني

واجبات الحابس

- **أولا: المحافظة على الشيء المحبوس**

تنص المادة 2/201 مدني جزائري بالقول: "... وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقا لأحكام رهن الحيازة وعليه أن يقدم حسابا عن غلته". وأحكام رهن الحيازة في هذا النص هي ما جاء في نص المادة 955 والتي تنص: "إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد وهو مسؤول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب لا يد له فيه"

والالتزام الذي على الحابس وفقا لهذا النص هو التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق نتيجة، والمعيار في ذلك معيار موضوعي ينظر فيه إلى عناية الشخص المعتاد، بصرف النظر عن عناية الحابس بشؤون نفسه، أي أنه مطالب بأن يبذل في المحافظة على الشيئ المحبوس عناية الرجل المعتاد ولو كان في شؤونه الخاصة شديد العناية أو مفرط في الإهمال.[3] وعلى ذلك لو كان الشيء المحبوس سيارة وجب عليه صيانتها بصفة دورية ووضعها في مكان أمين حتى لا تتعرض للسرقة، فإن أهمل في صيانتها حتى تلفت أجهزتها أو تركها في الطريق العام فسرقت كان مسؤولا، ولو كان هذا الشيء مبنى، وجب على

---

1 توفيق حسن فرج ، جلال الدين العدوي، المرجع السابق، ص671.

2 توفيق حسن فرج ، جلال الدين العدوي، المرجع السابق، ص671. أنور سلطان، المرجع السابق، ص89، 90.

3أنور سلطان، المرجع السابق، ص91.

الحابس ترميمه كلما دعت الحاجة إلى ذلك، فإن تركه دون ترميم حتى أصاب الدمار بعض أجزائه، تحققت مسؤوليته أيضا.[1]

ويتفرع عن واجب المحافظة على الشيء أنه إذا كان هذا الشيء مما يخشى عليه التلف، كالمأكولات وجب على الحابس أن يستأذن القضاء في بيعه، طبقا للأحكام المنصوص عليها في المادة 3/201 مدني جزائري التي تنص: "وإذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه وفقا للأحكام المنصوص عليها في المادة 971، وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه" وأحكام المادة 971 مدني جزائري هي كالتالي: "إذا كان الشيء مهددا بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شيء آخر يقدمه بدله، جاز للدائن أو للراهن أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيعه بالمزاد العلني أو بسعره في السوق. ويفصل القاضي في أمر إيداع الثمن عند الترخيص في البيع ويتنقل حق الدائن في هذه الحالة من الشيء إلى الثمن"

والملاحظ أن بيع الشيء في هذه الحالة لا يعني أن الحق في الحبس قد انقضى، بل ينتقل هذا الحق إلى الثمن الذي يحل حلولا عينيا محل الشيء المحبوس، وذلك قياسا على ما تقضي به المادة 971 مدني فيما يتعلق برهن المنقول رهن حيازة.[2]

والحابس مسؤول عن هلاك الشيء المحبوس أو تلفه، ما لم يثبت أن ذلك وقع بسبب أجنبي لا يد له فيه، كما يكون مسؤولا أيضا عما يحدثه هذا الشيء من ضرر للغير وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية، باعتبار أنه يملك السيطرة الفعلية عليه في التوجيه والرقابة طول فترة الحبس وليس مالكه.[3]

- **ثانيا: تقديم حساب عن غلة الشيء المحبوس**

نصت على هذا الالتزام المادة 2/201 مدني جزائري بقولها: "وعليه أن يقدم حسابا عن غلته". ويقع مثل هذا الالتزام على عاتق الحابس عندما يكون الشيء المحبوس عبارة عن عين من الأعيان المنتجة للثمار أو تنتج غلة، لأن ما تنتجه العين يكون للمالك وليس للحابس، ولذلك فإن حق الحابس على الثمرات أو الغلة التي تنتجها العين ينحصر في

1محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص336.

2انظر في هذا المعنى محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص337.

3أنور سلطان، المرجع السابق، ص91، 92 .محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص338.

حبسها فقط، حتى يستوفي حقه، وعليه أن يقدم حسابا عنها للمالك عند انقضاء الحق في الحبس فيرد له العين وغلتها.[1]

ومن مقتضى ذلك أن الحابس يلتزم باستغلال الشيء إذا كان ينتج بطبيعته ثمارا أو غلة، وأن يقدم حسابا عن هذه الثمار أو الغلة إلى المالك بعد انقضاء الحق في الحبس. أما إذا كان الشيء لا يدر بطبيعته ثمارا أو غلة، كسيارة خاصة أو ساعة أو أثاث منزل، فلا يلتزم الحابس باستغلالها، وينحصر التزامه في المحافظة عليه وصيانته.[2]

غير أنه في الحالة الأخيرة، وكما يقول بعض الشراح[3]، وبحق، قد يكون ترك الشيء دون استغلال سببا في إتلافه، أو على الأقل الإنقاص من قيمته، وحينئذ يكون استغلاله متفرعا عن واجب المحافظة عليه، وعلى هذا إذا كان الشيء المحبوس سيارة خاصة مثلا، فإن العناية بها تقتضي استعمالها لبعض الوقت، ولو بتأجيرها للغير، حتى لا تصدأ وتتآكل أجزاؤها، ويكون عدم قيام الحابس بهذا الاستعمال إخلالا منه بواجب المحافظة عليها.

- **ثالثا: رد الشيء المحبوس عند انقضاء الحق في الحق**

يجب على الحابس رد العين المحبوسة إذا استوفى حقه، باعتبار أن الحبس ليس إلا امتناعا مؤقتا عن تنفيذ الالتزام بتسليم العين وإذا انقضى الحق في الحبس بتنفيذ الالتزام لم يعد هناك مبررا قانونيا لاحتفاظ الحابس بالعين المحبوسة، وعليه إعادة الشيء المحبوس إلى مالكه، وتنفيذ الالتزام المقابل لحق الحابس يجب أن يكون كاملا غير مجزئ، بمعنى أن الشيء المحبوس يضمن كل جزء من الدين، وفي هذه الحالة يكون الحابس مسؤولا عن هلاك الشيء المحبوس بتقصير وإهمال منه، إلا إذا أثبت أن الهلاك وقع بسبب أجنبي لا يد له فيه، فهنا لا يكون مسؤولا عن هلاكه.[4]

وبهذا تقرر المادة 391 مدني جزائري بقولها: "إذا تلف المبلغ في يد البائع وهو ماسك له كان تلفه على المشتري ما لم يكن التلف قد وقع من فعل البائع"

---

1 قدادة، المرجع السابق، ص112.

2محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص338.

3 جبر: ص209، سلطان: ص200، البدراوي: ص303، غانم: ص248. نقلا عن محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص339.

4حسن علي الدنون، محمد سعيد الرحو، المرجع السابق، ص164.

المطلب الثالث

انقضاء الحق في الحبس

تنص المادة 202 مدني جزائري بالقول: "ينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه. غير أنه لحابس الشيء إذا خرج من يده بغير علمه وبالرغم من معارضته، أن يطلب استرداده، إذ هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوما من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده ما لم تنقض سنة من وقت خروجه"

ويعرض النص لأحد أسباب انقضاء الحق في الحبس، وهو خروج العين من يد الحابس لتنظيمه تنظيما خاصا، وإذا استعرضنا جميع أسباب الانقضاء، أمكن تقسيمها إلى قسمين: انقضاء الحق في الحبس بطريق تبعي، وانقضائه بطريق أصلي.[1]

الفرع الأول

انقضاء الحق في الحبس بانقضاء الحق المحبوس من أجله

الحق في الحبس إنما شرع لتأمين حق الحابس في ذمة مالك العين المحبوسة، فإذا انقضى حق الحابس في ذمة المالك، انقضى الحق في الحبس تبعا لذلك، وهذا هو الانقضاء بطريق تبعي، مثل ذلك أن يستوفي الحابس المصروفات التي أنفقها على العين المحبوسة، فلا يعود هناك محل لبقاء العين محبوسة في يده، ويجب أن يردها للمالك.

وينقضي حق الحابس في ذمة المالك بأي سبب من أسباب انقضاء الالتزام. فقد ينقضي بالوفاء، وهذا هو السبب الغالب المألوف، وينقضي أيضا بما يقوم مقام الوفاء، كالتجديد والمقاصة واتحاد الذمة، وينقضي أخيرا من غير وفاء أصلا، كما إذا أبرأ الحابس المالك أو سقط الحق من جراء استحالة تنفيذه لسبب أجنبي.[2]

والجدير بالذكر، أن الوفاء الذي ينقضي به الحق في الحبس هو الوفاء الكلي، باعتبار أن الحق في الحبس لا يقبل التجزئة كما ذكرنا سابقا.

---

1 السنهوري، المرجع السابق، ص1188 وما بعدها.

2 انظر في ذلك أيضا محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص188، 189.

والملاحظ أن حق الحابس اتجاه من يطالب بالعين المحبوسة لا يعرف التقادم، لأن بقاء العين المحبوسة تحت يد الحابس يعتبر إقرارا متجددا من جانب المدين المالك للعين المحبوسة بأنه مدين للحابس وهذا سبب يقطع التقادم، ولذا لا ينقضي الحق في الحبس بتقادم الدين المضمون.[1]

الفرع الثاني

انقضاء الحق في الحبس بطريق أصلي[2]

والمقصود بذلك انقضاء الحق في الحبس استقلالا قبل انقضاء الحق المضمون، وذلك في الحالات التالية:

أولا- تقديم تأمين كاف للوفاء بالحق المضمون بالحبس

وهذا ما أكدته المادة 1/200 مدني جزائري بقولها: "...أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا". وعليه يكون ملزما بتسليم العين المحبوسة إذا قدم له المالك تأمينا كافيا للوفاء بالتزامه، كرهن أو كفالة، بحيث لا يكون للحابس أي مبرر للتمسك بحقه في الحبس.

ثانيا- إذا أخل الحابس بواجب المحافظة على العين المحبوسة

وذلك ببذله عناية الشخص المعتاد في المحافظة والصيانة، كان للمالك أن يطلب من القضاء الحكم بانقضاء حقه في الحبس.

ثالثا- هلاك العين المحبوسة

ينقضي أيضا الحق في الحبس بهلاك العين المحبوسة لانعدام المحل، وإذا كان الهلاك بخطأ من الحابس (الحائز) فيكون مسؤولا عن التعويض. وأما إذا كان الهلاك بسبب أجنبي فإن تبعة الهلاك يتحملها المالك. ومن تطبيقات هذا الحكم ما نصت عليه المادة 391 مدني جزائري عندما يحبس البائع المبيع لاستيفاء الثمن. إذ تنص على أنه: "إذا تلف (المبلغ) المبيع في يد البائع وهو ماسك له، كان تلفه على المشتري ما لم يكن التلف قد وقع من فعل البائع"

---

1 أنظر في ذلك أيضا نفس المرجع، ص 188، 189.

2 انظر في ذلك السنهوري، المرجع السابق، ص1190 وما يليها، أنور سلطان، المرجع السابق، ص95 وما يليها، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص189 وما يليها.

الملاحظ في نص المادة 391 أن هناك خطأ من لفظ (المبلغ) والصحيح هو المبيع الوارد في النص الفرنسي للمادة 391 « si l'objet vendu périt.... » وعليه فالبائع الماسك للشيء المبيع عن طريق استعمال حقه في الحبس حتى يستوفي الثمن، كان تلفه على المشتري ما لم يكن التلف قد وقع بفعل البائع.

رابعا- وأخيرا يسقط الحق في الحبس طوعا بتنازل الحابس عن حقه في الحبس قبل أن يستوفي حقه اتجاه المالك

فينقضي الحق في الحبس بطريق أصلي، ويتحقق ذلك في الغالب المألوف عندما يتخلى الحابس عن حيازة العين المحبوسة طوعا أي بإرادته، وهذا ما تؤكده المادة 202 مدني جزائري بالقول: "ينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه، فإذا سلم الحائز الشيء إلى مالكه قبل أن يستوفي حقه يزول حقه في الحبس ولا يستطيع استرداده" ومتى كان هذا التنازل فإنه لا يجوز العدول عنه بعد ذلك.

غير أن الفقرة الثانية من المادة 202 مدني تنص: "غير أنه لحابس الشيء إذا خرج من يده بغير علمه أو بالرغم من معارضته، أن يطلب استرداده، إذ هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوما من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده ما لم تنقض سنة من وقت خروجه"

والمقصود بذلك أنه إذا كان خروج الشيء المحبوس من يد الحابس طوعا يستخلص منه نزول ضمني عن حقه في الحبس، فإن خروج الشيء من يده خفية أو عنوة أو بالرغم من معارضته لا يمكن أن يفهم منه أنه نزل عن هذا الحق. فإذا اختلس المالك أو أجنبي العين من يد الحابس خفية، فإن حقه في الحبس لا يزول بذلك، بل له أن يسترد الشيء المحبوس بشرط أن يطلب استرداده في أقصر الأجلين، إما قبل انقضاء ثلاثين يوما من الوقت الذي علم فيه بخروج العين من يده، وإما قبل انقضاء سنة من وقت خروج الشيء من يده.[1]

1 انظر في ذلك السنهوري، المرجع السابق، ص1195، 1196.

الفصل الثالث

أوصاف الالتزام

قد يكون الالتزام باتا كما قد يكون موصوفا، ويقصد بأوصاف الالتزام ما يضاف إلى الالتزام في أحد عناصره الثلاثة، فإذا ورد الوصف على عنصر الرابطة القانونية فإن الالتزام قد يكون معلقا على شرط كما قد يكون مضافا إلى أجل[1].

أما إذا ورد الوصف على طرف الالتزام فيتعدد الدائنون أو المدينون سواء بالتضامن فيما بينهم أو بدون تضامن[2]

فإذا ورد الوصف على محل الالتزام فإن المحل يتعدد ويكون عندئذ تخييريا أو تبادليا[3].

المبحث الأول

الشرط والأجل

يتسع مصطلح الشرط لمعان متعددة بالإضافة إلى استخدامه للتعبير عن وصف الالتزام بكونه معلقا على شرط[4].

أما الشرط الذي سيكون محل دراستنا فهو الشرط باعتباره وصفا من أوصاف الالتزام، وهو أمر عارض أو خارجي مستقبل غير محقق الوقوع يترتب على تحققه وجود الالتزام أو زواله[5].

وبالتالي يتضح لنا أن هناك نوعان من الشروط تتحدد بالآثار التي تترتب على تحقق الشرط، فإن ترتب على تحقق الشرط وجود الالتزام كنا بصدد الشرط الواقف، ومثال ذلك أن

---

1 – حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 219.

2 – نفس المرجع، ص 219.

3 – نفس المرجع، ص 219.

4 – نفس المرجع، ص 220.

5 – نفس المرجع، ص 220، 221.

شركة التأمين لا تلتزم بدفع مبلغ التأمين المحدد في الوثيقة إلا عند تحقق الضرر المؤمن منه[1].

أما إذا ترتب على تحقق الشرط زوال الالتزام فإننا نكون بصدد شرط فاسخ، ومثال ذلك تعليق الهبة على شرط يؤدي إلى إعادة المال الموهوب إذا رزق الواهب بولد خلال فترة محددة خمس سنوات على سبيل المثال تاليه على هبة المال[2].

المطلب الأول

الشرط

الشرط هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه وجود الالتزام أو زواله ومثاله، أهبك منزلي، إذا نجحت في الامتحان، أو أهبك منزلي على أن تفسخ الهبة إذا ولد لي ولد، في الحالة الأولى يكون الشرط واقفا، وفي الحالة الثانية يكون الشرط فاسخا[3].

وبالتالي يعتبر الشرط أمر عارض يقترن بالتزام استوفى عناصر تكوينه، فهو بهذا الوصف لا يعتبر عنصرا يساهم في تكوينه، بل أمر يضاف إلى الالتزام بعد تكوينه فوجود الالتزام لا يتوقف على وجود الشرط بل الأمر يتعلق بتنفيذ الالتزام.

وبذلك يتميز الشرط عن الشروط التي يستوجبها القانون من التصرف القانوني، مثال اشتراط الشكلية أي الرسمية في عقد بيع العقار، فالرسمية هنا ركن من أركان العقد، أي لا ينعقد العقد إلا بتوافرها، لا تعتبر أمرا عارضا عليه، فالعقار لا يمكن بيعه إلا بتوافر شرط الشكلية أي إفراغه في شكل رسمي، فالأمر يتعلق بوجود التصرف.

ويتميز الشرط الذي نحن بصدد دراسته عن الشروط التي يضعها المتعاقدان ويتفقان عليها لتنظيم علاقتهما التعاقدية، كالاشتراط في عقد البيع تسليم الثمن في زمان معين أو في مكان معين، فمثل هذه الشروط تعتبر جزء من قانون المتعاقدين الذي ينظم علاقتهما التعاقدية فهي بنود في العقد يقوم عليها اتفاق المتعاقدين، ولا يمكن اعتبارها أوصافا للالتزام.

---

1 – حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 221.

2 – نفس المرجع، ص 221.

3 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 378.

الفرع الأول
خصائص الشرط

طبقا للمواد 203 و204 و205 مدني جزائري نستنتج أن خصائص ومقومات الشرط تتمثل فيما يلي:

أولا: الشرط أمر مستقبلي.

ثانيا :الشرط أمر محقق الوقوع.

ثالثا : شرط أمر ممكن الوقوع.

رابعا : شرط أمرا مشروعا.

خامسا : أمر لا يتوقف على محض إرادة المدين.

أولا : الشرط أمر مستقبل évènement futur

وهو أمر يتوقف عليه وجود الالتزام أو زواله عند تحققه، أي بمعنى أنه التزام معلق، مقيد بشرط غير قائم أو بواقعة في المستقبل، وبتراخي أثره حتى يتحقق الشرط، ولا يهم أن يكون هذا الأمر إيجابيا أو سلبيا، وهو لا يقوم على أمر من أمور الماضي أو الحاضر، حتى لو كان ذوو الشأن جاهلين أحكامه، فالالتزام الذي يعلق على أمر قد تحقق بالفعل لا يعتبر التزاما موصوفا، وإنما هو التزام بسيط أو عادي[1].

ثانيا : الشرط أمر غير محقق الوقوع

لا يكفي أن يكون الشرط أمرا مستقبلا، بل يجب أن يكون غير محقق الوقوع لأن الالتزام المعلق على شرط لا يعرف مصيره، لذا فيجب أن يكون الشرط أمرا لا يعرف إن كان سيتحقق أم لا. فإذا كان الأمر المستقبل محقق الوقوع كان الالتزام مضافا إلى أجل ولو كان الوقت الذي سيتحقق فيه هذا الأمر مجهولا مثل الموت، فإنه يكون شرطا لا أجلا[2].

---

1 – بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري وفقا لأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دراسة مقارنة، دار هومه، الجزائر، الطبعة الثالثة 2019، ص 348.

2 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 196، 197.

فالشرط يجب أن يكون أمرا غير محقق الوقوع، وهذا الشك في وقوع الأمر هو لب الشرط والصميم فيه، فإذا كان الأمر محقق الوقوع، فإنه لا يكون شرطا وكذلك لا يكون شرطا أمر مستحيل الوقوع، وإنما يكون الشرط أمرا محتمل الوقوع لا محققا ولا مستحيلا[1].

ثالثا : الشرط أمر ممكن الوقوع

وقد عبرت على هذا الشرط المادة 203 مدني جزائري بقولها:« وممكن الوقوع» وهذا يعني أن الشرط يجب أن يكون ممكن الوقوع، لا مستحيل الوقوع، وبعبارة أخرى يجب أن يكون الشرط عبارة عن أمر محتمل الوقوع وليس أمر مستحيلا، والمقصود بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة التي تقوم بالنسبة لجميع الناس، والتي لا تمنع من قيام الشرط ووجود الالتزام المقترن به، وقد تكون الاستحالة المطلقة قانونية أي مصدرها القانون، وقد تكون مادية ترجع إلى طبيعة الأشياء. فإذا علق الالتزام على شرط مستحيل كان الشرط باطلا، وقد يؤدي ذلك إلى بطلان الالتزام المعلق عليه[2].

ويجب أن تكون الاستحالة قائمة وقت تعليق الالتزام على الشرط حتى يبطل الشرط، وبالتالي الالتزام المقترن به، أما الاستحالة التي تطرأ بعد ذلك فلا تمنع من قيام الشرط، ويعتبر تحققها تخلفا للشرط يترتب عليه آثاره من حيث وجود الالتزام أو زواله[3].

رابعا : الشرط أمر مشروع

تقتضي المشروعية هنا أن لا يكون الشرط مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في المجتمع، الأمر الذي تؤكده المادة 204 مدني جزائري بقولها:« لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط **مخالف** للآداب أو النظام العام...». ومثال الشرط المخالف للنظام والآداب، الالتزام بمال مقابل ارتكاب جريمة، أو مقابل إنشاء علاقة غير مشروعة، أو اشتراط الزوج على زوجته ألا تتزوج بعد موته بدافع الغيرة، فالشرط في هذه الحالات مخالف للنظام العام وبالتالي فهو باطل.

---

1 – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثالث، نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف، الحوالة، الانقضاء، نهضة مصر، الطبعة الثالثة الجديدة 2011، ص 15.

2 – خليل أحمد حسن قداده، المرجع السابق، ص 120، 121، 122.

3 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 384.

ويطرح التساؤل في حالة ما إذا كان الالتزام مقترنا بشرط غير مشروع، فهل يعتبر الشرط باطلا ويكون الالتزام صحيحا، أم أن الشرط يكون باطلا ويتبعه بطلان الالتزام[1]؟

إن الإجابة على هذا التساؤل نجدها في مضمون المادة 204 مدني جزائري، فطبقا لنص هذه المادة يجب التمييز بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ في تحديد حكم الشرط غير المشروع، فإذا كان الشرط غير المشروع واقفا فالالتزام غير موجود باعتبار أن الشرط الواقف هو بمثابة الباعث الدافع الموجب للالتزام، والباعث الدافع غير المشروع يترتب عليه بطلان التصرف، وبالتالي لا يكون الالتزام موجودا. أما إذا كان الشرط غير المشروع فاسخا، فإن الشرط هو نفسه الذي يعتبر غير قائم، ويكون الالتزام غير مهدد بالزوال، حيث تكون أهمية هذا الشرط ثانوية، بمعنى أن هذا الشرط الفاسخ ليس هو الباعث الدافع الموجب للالتزام، لكن إذا ظهر أن هذا الشرط هو الموجب للالتزام أي الباعث الدافع له، فإن الشرط يبطل، ويكون الالتزام باطلا وغير موجود بالتبعية، وذلك على أساس بطلان الالتزام الذي يقوم على سبب غير مشروع، باعتبار أن هذا الشرط في هذه الحالة هو عنصر من عناصر الالتزام التي يقوم عليها، ومثال ذلك أن يهب شخص امرأة سيارة مقابل معاشرته معاشرة غير مشروعة، فهنا لا يبطل الشرط فقط، بل وتبطل الهبة أيضا باعتبار أن هذا الشرط هو الباعث الدافع الموجب للالتزام.

خامسا : لا يتوقف الشرط على محض إرادة المدين

ينبغي قانونا أن لا يكون تحقق الشرط الواقف متوقفا على محض إرادة المدين وعلى مجرد مشيئته ويمكن تقسيم الشرط من حيث تعلقه بإرادة الشخص (الشرط الإرادي) إلى ثلاثة أنواع هامة و هي[2]:

- **الشرط الاحتمالي:condition casuelle** وهو الشرط الذي يتوقف تحققه على محض الصدفة، كظاهرة طبيعية، قد تقع أو تتخلف، أو إرادة شخص آخر غير أحد طرفي الالتزام، كأن أبيعك عقاري إذا باع فلان عقاره، وذلك دون أن يكون هناك دخل لإرادة طرفي الالتزام في حدوثه أو عدم حدوثه، كرفع قيود الاستيراد، أو خفض التسعيرة الجمركية أو وصول السفينة سالمة إلى ميناء الوصول.

---

1 – أنظر في ذلك محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 385.

2 – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 353 وما بعدها. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 199، 200.

ففي حالة الشرط الاحتمالي يكون الشرط صحيحا، سواء كان واقفا أو فاسخا، ويترتب أثره في حالة تحققه أو تخلفه، ويستوي في هذه الحالة أن يكون المشترط هو الدائن أو المدين.

- **الشرط المختلط condition mixte**

وهو الذي يكون تحققه متوقف على إرادة أحد طرفي الالتزام، الدائن أو المدين أو على إرادة شخص معين من الغير، كأن يقول: أهبك مالا إذا تزوجت من امرأة معينة، فمثل هذا الشرط هو شرط صحيح سواء أكان شرطا واقفا أم فاسخا.

- **الشرط الإرادي condition purement potestative**

الشرط الإرادي ينقسم بدوره إلى شرط إرادي بسيط وشرط إرادي محض، فالشرط الإرادي البسيط هو ما يرتبط بإرادة أحد طرفي الالتزام مقترنة بعمل معين، كأن يقول: أهبك مالا إذا تزوجت أو أبيعك منزلي إذا سافرت إلى الخارج. فإذا كان الشرط إراديا بسيطا يعتبر صحيحا سواء تعلق بإرادة الدائن أم بإرادة المدين، وسواء كان شرطا فاسخا أم واقفا.

أما الشرط الإرادي المحض فهو ما يتعلق بإرادة أحد الطرفين دون أن ترتبط بعمل معين، بمعنى ما لا يتطلب سوى مجرد التعبير عن الإرادة، كأن يقول: أهبك الا إذا أردت أنا، فهذا شرط إرادي محض يتوقف على إرادة المدين، أو كأن يقول: أهبك هذا المال إذا أردت أنت، فهذا شرط إرادي محض يتوقف على إرادة الدائن.

فإذا كان الشرط إراديا محضا فيجب التمييز بين ما إذا كان الشرط مرتبطا بإرادة الدائن أم بإرادة المدين، وبين ما إذا كان الشرط فاسخا أم واقفا.

فإذا كان الشرط الإرادي المحض شرطا فاسخا، فهو صحيح سواء ارتبط الأمر بإرادة الدائن أم بإرادة المدين، أما إذا كان شرطا واقفا فيعتبر الشرط صحيحا إذا تعلق بإرادة الدائن، وباطلا إذا ارتبط بإرادة المدين، وهذا ما قصدته المادة 205 مدني جزائري بقولها:« لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم».

وعلة التفرقة بين الشرط الفاسخ والشرط الواقف إذا كان إراديا محضا متعلقا بإرادة المدين، أن الشرط إذا كان فاسخا لا يمنع من نشوء الالتزام وإن بقي احتمال فسخه متوقفا على إرادة المدين، على حين يمتنع قيام الالتزام إذا كان الشرط واقفا لانفراد المدين بعقدة الرابطة القانونية، بأن يكون له أن يلتزم أولا يلتزم[1].

الفرع الثاني

نوعا الشرط

أولا- الشرط الواقف condition suspensive

أ - تعريفه

وهو الشرط الذي يترتب على تحققه قيام وجود الالتزام، ونعني بذلك أن الالتزام قبل تحقق الشرط يعتبر غير قائم أي غير موجود (واقف)، فإذا تحقق الشرط كان الالتزام موجودا، أما إذا تخلف الشرط كان الالتزام غير موجود (المادة 206 مدني جزائري)، ومثال ذلك أن يعد الوالد ولده بأن يشتري له سيارة إذا نجح في الامتحان، فالشرط بهذا الوصف هو شرط واقف بمعنى يتوقف على تحققه تنفيذ الوالد التزامه بشراء السيارة، أما إذا لم يتحقق شرط النجاح فالوالد غير ملزم بتنفيذ التزامه، فالشرط الواقف يترتب عليه تعليق الالتزام على حدوث واقعة أو عمل معين.

فالشرط الواقف هو إذن الشرط الذي يتوقف على تحققه وجود الالتزام، فإن تخلف لم يخرج الالتزام إلى الوجود[2].

---

1 -أنور سلطان، المرجع السابق، ص 200.

2 - السنهوري، المرجع السابق، ص 27. وفي تعريف الشرط الواقف قضت المحكمة العليا بقولها:" **من المقرر قانونا أن الالتزام يكون معلقا إذا كان وجوده او زواله مترتبا على أمر مستقبل وممكن وقوعه، ومن المقرر أيضا أن الالتزام المعلق على شرط واقف لا يكون نافذا إلا إذا تحقق الشرط، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون غير مؤسس يستوجب رفضه ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن التزم بموجب العقد العرفي المسجل والمحرر بين الطرفين بإتمام إجراءات البيع مع امتلاك المطعون ضده القاعدة التجارية للمخزن المتنازع عليه، فإن قضاة الموضوع بقضائهم على الطاعن بإتمام البيع الذي اتفق عليه تنفيذا لالتزامه طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن**" قرار رقم 53461 المؤرخ في 1988/11/15 م ق 1993، العدد 03، ص 139، نقلا عن حمدي باشا عمر، القضاء المدني، دار هومه، الجزائر 2003، ص 83.

ب – الآثار المترتبة على الشرط الواقف

1– الآثار المترتبة خلال فترة التعليق

تنص المادة 206 مدني جزائري على أنه:« إذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف، فلا يكون نافذا إلا إذا تحقق الشرط، أما قبل تحقق الشرط فلا يكون الالتزام قابلا للتنفيذ الجبري، ولا للتنفيذ الاختياري، على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه»، ويتبين من هذا النص أن الالتزام المعلق على شرط واقف وهو في مرحلة التعليق، لا يكون نافذا بل هو لا يكون موجودا وجودا كاملا[1] (المادة 206 مدني جزائري تقابلها المادة 268 مدني مصري).

ويترتب على اعتبار الالتزام المعلق على شرط واقف غير مؤكد الوجود ما يأتي[2]:

– لا يمكن للدائن أثناء فترة التعليق مباشرة أي إجراء من إجراءات التنفيذ في مواجهة المدين، لأن الالتزام ليس مؤكد ثبوته في ذمة هذا الأخير.

– إذا كان في اعتقاد المدين أنه ملزم بوفاء هذه الدين، فقام بالوفاء به اختيارا، فله الحق في استرداد ما وفاه، لأنه يكون بهذا الوفاء قد دفع غير المستحق.

– ليس للدائن التمسك أثناء مرحلة التعليق بالمقاصة في مواجهة المدين، لأن المقاصة طريق لاستيفاء الحق، والالتزام المعلق على شرط واقف لا يقبل التنفيذ الجبري ولا التنفيذ الاختياري.

– لا يمكن للدائن مباشرة الدعوى البولصية ولو أنها ليست من إجراءات التنفيذ.

– لا يسقط الحق بالتقادم ما دام معلقا على شرط واقف، وذلك أن التقادم لا يبدأ في السريان إلا من وقت تحقق الشرط.

– إذا كان محل الالتزام المعلق على شرط واقف هو نقل ملكية شيء معين بالذات، فإن الملكية لا تنتقل إلى الدائن إلا معلقة على هذا الشرط، سواء تعلق الأمر بمنقول أو بعقار وتم التسجيل (الشهر). ويعتبر المدين (البائع) في هذه الحالة مالكا تحت شرط فاسخ، فيكون له بهذه الصفة سلطة التصرف في الشيء من جديد وإدارته، كما أنه يتحمل تبعة الهلاك، ويكون لدائنيه أن ينفذوا على المال باعتباره مملوكا لمدينهم.

---

1 –السنهوري، المرجع السابق، ص 38.

2 – أنور سلطان، المرجع السابق، ص 204 وما يليها. محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 387، 388.

2- الآثار المترتبة بعد فترة التعليق

إن الحديث على آثار الشرط في هذه المرحلة يستوجب التمييز بين حالتين: الحالة الأولى تتعلق بعدم تحقق الشرط، والحالة الثانية تتعلق بتحقق الشرط.

الحالة الأولى: حالة عدم تحقق الشرط

إذا كان الشرط واقفا ولم يتحقق الشرط فإن الحق يصبح في حكم العدم، أي غير موجود على الإطلاق، وبالتالي زوال كل أثر ترتب على الإجراءات التحفظية التي يكون الدائن قد اتخذها، وكذلك إذا كان الدائن قد نقل حقه إلى شخص آخر، فإن زوال حق الدائن يترتب عليه زوال حق المتلقي للحق، لأن الشخص لا ينقل إلى غيره أكثر مما كان يملك[1].

- **الحالة الثانية: حالة تحقق الشرط**

إذا كان الشرط واقفا، وتحقق فإن حق الدائن يصبح نافذا، وتترتب عليه كل الآثار التي تترتب على الحق مستحق الأداء، فيصبح تنفيذه جبرا واختيارا من قبل المدين، ووفاء الحق يعتبر وفاء دين مستحق الأداء، وكذلك يسري عليه التقادم وللدائن أن يستعمل جميع الدعاوى التي أجازها له القانون ومنها الدعوى البولصية[2].

- **الأثر الرجعي لتحقق الشرط أو تخلفه la rétroactivité de la condition**

إذا تحقق الشرط استند أثره إلى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام وهذا يتفق مع نية المتعاقدين، فتفسير نية المتعاقدين هي أنهما أرادا أن يسندا أثر العقد إلى وقت التعاقد لا إلى وقت تحقق الشرط، إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله إنما يكون من الوقت الذي تحقق فيه الشرط (المادة 01/208 مدني جزائري)[3]. وعليه فقاعدة الأثر الرجعي ليست من النظام العام، وبالتالي يجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلافها.

غير أن بعض رجال الفقه الحديث لا يرون الأخذ بمبدأ الأثر الرجعي للشرط، ويرون أنه افتراض مخالف للحقيقة وأنه معطل لحرية المالك في التصرف في ملكه، وأنه ضار بالغير الذي يظل مهددا بهذا الأثر الرجعي وقد عمدت بعض التشريعات الحديثة إلى إلغاء الأثر الرجعي للشرط كالقانون المدني الألماني وقانون الالتزامات السويسري[4].

---

1 - خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 130، 131.

2 - نفس المرجع، ص 131.

3 - محمد حسنين، المرجع السابق، ص 307.

4 - نفس المرجع، ص 307.

- **النتائج المترتبة على الأثر الرجعي في حالة الشرط الواقف**

إن تصرفات صاحب الحق المعلق على شرط واقف تصبح عند تحقق الشرط نافذة منذ نشوء الحق لا من تحقق شرط الواقف، فلو أن مالكا لعين تحت شرط واقف باع هذه العين أو رهنها فالملكية تنتقل للمشتري من التعاقد لا من وقت تحقق الشرط، والدائن المرتهن تحت شرط واقف إذا قيد رهنه قبل تحقق الشرط فإن مرتبة الرهن ترجع إلى وقت القيد لا إلى وقت تحقق الشرط[1].

- **الاستثناءات القانونية الواردة على قاعدة الأثر الرجعي للشرط الواقف**

تنص المادة 01/208 مدني جزائري على أنه:« إذا تحقق الشرط يرجع أثره إلى اليوم الذي نشأ فيه الالتزام، إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام، أو زواله إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط».

وبناء على هذا النص نستنتج هذه الاستثناءات وهي:

- **استبعاد الأثر الرجعي للشرط الواقف عن طريق الاتفاق**
- يجوز للمتعاقدين أن يستبعدا الأثر الرجعي للشرط الواقف، فلا يترتب هذا الأثر إلا من وقت تحق الشرط وهذا ما أكدته الفقرة الأولى من المادة 208 مدني بقولها:«...إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين...» ومثاله أن يتفق الطرفان على إبرام عقد بيع معلق على شرط واقف ويتفقان على أن آثار العقد لا تترتب إلا من يوم تحقق الشرط أي أن المشتري لا يعتبر مالك إلا من وقت تحقق الشرط من وقت إبرام عقد البيع.
- استبعاد الأثر الرجعي إذا أصبح الالتزام المعلق على شرط واقف مستحيل التنفيذ بسبب أجنبي، وهذا ما تؤكده الفقرة الثانية من المادة 208 مدني جزائري بالقول:« غير أنه لا يكون للشرط أثر رجعي إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب لا يد للمدين فيه».

فإذا كان الشرط واقفا وهلك المعقود عليه قبل تحقق الشرط بسب أجنبي، فإن تبعة الهلاك بعد تحقق الشرط تقع على المدين في العقود التبادلية وعلى الدائن في العقود الملزمة لجانب واحد[2].

---

1 – محمد حسنين، المرجع السابق، ص 207، 208.

2 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 208.

ثانيا- الشرط الفاسخ la condition résolutoire

أ - تعريفه

الشرط الفاسخ هو الشرط الذي يعلق زوال الالتزام على تحققه، أي بتحققه يزول الالتزام بأثر رجعي، أما الشرط الواقف فهو يعلق نفاذ الالتزام، أي لا ينفذ الالتزام إلا بتحققه، أما إذا تخلف يسقط الالتزام وهذا ما تؤكده المادة 203 مدني جزائري بقولها:« يكون الالتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل وممكن وقوعه».

ومثال الشرط الفاسخ نزول الدائن عن جزء من حقه بشرط أن يدفع المدين الأقساط الباقية كل قسط في ميعاده، فالشرط هنا شرط فاسخ، وإذا تخلف بأن يتأخر المدين في دفع الأقساط الباقية، اعتبر نزول الدائن عن جزء من الدين كأن لم يكن[1].

وبناء على ذلك فالالتزام المعلق على شرط فاسخ يوجد في الحال وينفذ ولكن زواله هو الذي يعلق على الشرط، فإذا تحقق الشرط زال الالتزام واعتبر كأن لم يكن، أما إذا تخلف الشرط فأصبح الالتزام باتا[2].

ولقد نصت المادة 204 مدني جزائري بالقول:« لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام. هذا إذا كان الشرط واقفا إما إذا كان الشرط فاسخا فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم، غير أنه لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام، إذا كان هذا الشرط هو السبب الموجب للالتزام».

ويتبين من هذا النص أن الشرط الفاسخ إذا كان مستحيلا أو مخالفا للنظام العام أو للآداب كان باطلا بطلانا مطلقا.

غير أن الشرط الفاسخ المخالف للنظام العام أو الآداب قد يكون هو السبب الدافع إلى الالتزام، (وهذا ما يعبر عنه المشرع الجزائري في المادة 204 بالسبب الموجب للالتزام) فإذا التزم شخص بترتيب إيراد مدى الحياة لامرأة على أن تعاشره معاشرة غير شرعية، وعلى أن ينفسخ التزامه إذا انقطعت عن معاشرته كان الشرط الفاسخ هنا باطلا لمخالفته للآداب، واعتبر غير قائم وكانت القاعدة العامة تقتضي أن يبقى الالتزام بترتيب الإيراد قائما بعد سقوط الشرط.

---

1 - السنهوري، المرجع السابق، ص 28.

2 - نفس المرجع، ص 28.

ولكن لما كان هذا الشرط في الفرض الذي نحن بصدده هو السبب الذي دفع المدين إلى أن يلتزم بترتيب الإيراد (السبب الموجب للالتزام) فإن سقوط الشرط يسقط الالتزام معه، فيسقطني وقت معا شرط المعاشرة غير المشروعة والالتزام بترتيب الإيراد[1].

وبالتالي نقول أن الشرط الفاسخ هو الذي يعلق على تحققه زوال الالتزام، فالالتزام ينشأ في هذه الحالة صحيحا بين طرفيه، ولكنه يزول إذا تحقق الشرط في المستقبل كأن يهب شخص آخر مالا على أنم تفسخ الهبة إذا رزق الواهب بولد، فالهبة هنا تكون صحيحة ومنتجة لأثرها بين الطرفين، فتنتقل ملكية المال الموهوب إلى الموهوب له فور انعقاد الهبة، ولكنها تنفسخ وتزول ملكية المال الموهوب عن الموهوب له إذا تحقق الشرط الفاسخ وهو أن ينجب الواهب ولدا[2].

ب- الآثار المترتبة على الشرط الفاسخ

1- خلال مرحلة التعليق

ذكرنا سابقا أن الالتزام المعلق على شرط فاسخ هو التزام موجود ونافذ، أي أن الشرط الفاسخ لا يمنع من تنفيذ الالتزام فورا، غير أن هذا الالتزام مهدد بخطر الزوال في المستقبل، وسيزول فعلا إذا تحقق الشرط الفاسخ.

وخلال هذه المرحلة أي مرحلة التعليق، يأخذ الالتزام الموصوف بشرط فاسخ حكم الالتزام البسيط المنجز، فاللمدين أن يطالب تنفيذ الالتزام تنفيذا جبريا وله الحق في التمسك بالمقاصة بين حقه وبين ما قد ينشأ في ذمته لصالح مدينه، وله الحق في استعمال الدعوى البولصية للطعن في تصرفات مدينه. وإذا قام المدين بالوفاء فإنه لا يستطيع استرداد ما وفاه ما دام الشرط لم يتحقق. ويسري التقادم المسقط ضد الالتزام من يوم وجوده إذا لم يطالب الدائن بحقه، وإذا كان محل الالتزام هو نقل ملكية شيء معين بالذات، فإن الملكية تنتقل إلى الدائن تحت شرط فاسخ، ويقابلها ملكية للمدين، تحت شرط واقف[3].

---

1 – السنهوري، المرجع السابق، ص 32.

2 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 380.

3 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 388، 389. وفي هذا السياق قضت محكمة النقض المصرية بأن:" **الشرط الفاسخ المقرر جزاء على عدم وفاء المشتري بالثمن في الميعاد المتفق عليه لا يتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق، فإن كان من حق المشتري قانونا أن يحبس الثمن عن البائع، فلا عمل للشرط الفاسخ ولو كان صريحا**" نقض مدني 1967/01/19، مجموعة أحكام النقض، س 18، ص 143. نقلا عن نفس المرجع، ص 389.

وبالتالي يتضح الاختلاف بين آثار الشرط الواقف والشرط الفاسخ خلال مرحلة التعليق، فآثار الشرط الواقف خلال هذه المرحلة هي عكس الآثار التي تترتب على الالتزام المعلق على شرط فاسخ.

2- خلال مرحلة ما بعد التعليق

إن الحديث عن آثار الشرط الفاسخ بعد انتهاء مرحلة التعليق تقتضي التطرق إلى الكيفية التي تنهي فترة التعليق؟

إن فترة التعليق تتضح في حالة تبيان مصير الشرط، وذلك بتحققه أو ثبوت تخلفه بصفة نهائية، ولذا وجب معرفة متى يكون الشرط محققا ومتى يكون متخلفا.

يكون الشرط قد تحقق إذا كان تحققه قد وقع طبقا للطريقة التي اتفقت عليها إرادة المتعاقدين، أما إذا كان محل الشرط هو وقوع حادث في وقت معين فإن هذا الشرط يعتبر غير محقق إذا انقضى ذلك الوقت ولم يتحقق الحادث، ويعتبر الشرط متخلفا أيضا- حتى قبل انقضاء هذه المدة- متى أصبح من المؤكد أن الحادث لن يقع مستقبلا، فإذا لم تحدد مدة معينة لوقوع الحادث فإن الشرط يكون ممكن التحقق في كل وقت، ولا يعد متخلفا إلا إذا أصبح من المؤكد أن هذا الحادث لم يقع في المستقبل. ويعتبر الشرط متحققا حكما إذا كان المدين بالتزام معلق على هذا الشرط هو الذي منع تحققه، وذلك على أساس أن من يسعى في نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه، فمثلا إذا تعهد شخص لآخر بدفع مبلغ معين إذا نقل إلى مدينة معينة، ثم سعى لعدم إتمام هذا النقل، في هذه الحالة يعتبر الشرط متحققا حكما، إذا لولا فعل المدين لتحقق الشرط ووجب عليه وفاء الالتزام[1].

أما إذا تحقق الشرط بفعل الشخص الذي كان من مصلحته وقوعه اعتبر الشرط غير محقق حكما، أي يعتبر متخلفا، ومثال ذلك أن يتعمد المؤمن له حريق العين المؤمن عليها ضد الحريق، في هذه الحالة يكون الحريق وهو شرط التزام شركة التأمين بالتعويض، قد تحقق فعلا، ولكن لا يعتد بهذا التحقق، وبالتالي لا تلزم الشركة بدفع التعويض، نظرا لوقوعه بغش من صاحب المصلحة وهو المؤمن[2].

وإذا تحقق الشرط الفاسخ فالمادة 207 مدني جزائري رتبت عليه زوال الالتزام وذلك بقولها:« يزول الالتزام إذا تحقق الشرط الفاسخ، ويكون الدائن ملزما برد ما أخذه، فإذا

1 - محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 389، 390.

2 - نفس المرجع، ص 390، 391.

استحال الرد بسبب هو مسؤول عنه وجب عليه تعويض الضرر غير أن أعمال الإدارة التي تصدر عن الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط».

ويتضح من هذا النص أنه إذا تحقق الشرط الفاسخ، فإن الالتزام الذي كان موجودا أثناء التعليق كأن لم يكن أصلا، ويصبح حق الدائن الموعود له عدما، أي بمعنى أن زوال الالتزام لا يرجع إلى وقت تحقق الشرط، بل يزيد إلى وقت الاتفاق عليه، وذلك وفقا لقاعدة الأثر الرجعي للشرط[1].

وطبقا لأحكام المادة 207 مدني جزائري، يترتب على الأثر الرجعي لتخلف وزوال الالتزام الحق للمدين في أن يسترد من الدائن ما وفاه أثناء فترة التعليق على أساس رد غير المستحق (دفع غير المستحق) سواء بالتراضي أو بالتقاضي ويكون الدائن بالمقابل ملزما برد ما أخذه إذا تحققت الواقعة محل الشرط، وإذا استحال الاسترداد بخطأ منه، وجب عليه التعويض عن الضرر الحاصل.

غير أن أعمال الإدارة المألوفة les actes d'administration التي تصدر عن الدائن عن حسن نية والتي تهدف إلى الحفاظ وصيانة الشيء محل الالتزام تبقى نافذة رغم تحقق الشرط.

كما أنه لا يكون الدائن ملزما برد الثمار والزيادات وكل اشتراط من شأنه أن يحمله رد الثمار، يعتبر كأن لم يكن من الناحية القانونية[2].

أما إذا تخلف الشرط الفاسخ فإن الأثر القانوني الذي يترتب على ذلك هو اعتبار الالتزام منجزا منذ إنشائه وبصفة نهائية، وعليه يصبح حق الدائن مؤكدا بصفة نهائية، وذلك من وقت إنشاء الالتزام (التصرف القانوني) وليس من وقت تخلف الشرط، وهذا تطبيقا لقاعدة الأثر الرجعي، وعلى هذا الأساس تصبح التصرفات التي أجراها الدائن خلال مرحلة التعليق مؤيدة غير قابلة للزوال.

---

1 – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 372.

2 – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 373.

المطلب الثاني

الأجلle terme

يمكن تعريف الأجل بأنه أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب عليه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه دون أن يكون لذلك أثر رجعي. والأجل طبقا لهذا التعريف قد يكون واقفا يترتب عليه إرجاء تنفيذ الالتزام، وقد يكون فاسخا يؤدي إلى انقضاء الالتزام[1].

وقد عرفت المادة 01/209 مدني جزائري الأجل بالقول:« يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتبا على أمر مستقبل محقق الوقوع» وإن حتمية تحقق وقوع الأجل هو الفارق الجوهري بين الشرط والأجل.

الفرع الأول

خصائص الأجل

سبق لنا أن قلنا أن الأجل هو أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب عليه نفاذ الالتزام، أو انقضاؤه المادة (01/209) وبالتالي يتميز الأجل بخاصيتين هما:

أولا – هو أمر مستقبل: والأمر المستقبل هو الذي لم يحل وقته بعد، وهو يكون عادة تاريخا معينا، يحدد لنفاذ الالتزام أو لانقضائه، كأن يتعهد شخص لآخر بأن يعطيه مبلغا من النقود في أوان العام القادم[2].

ثانيا – هو أمر محقق الوقوع: فالأجل هو أمر محقق الوقوع في المستقبل، ويعد كذلك كل أمر يتحقق وقوعه في المستقبل حتى ولو يعرف تاريخ حدوثه على وجه التحديد كما هو الحال بالنسبة للوفاة، وهذه الخاصية هي التي تميز الأجل عن الشرط، لأن هذا الأخير (وكما سبق وأوضحنا) هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع[3].

---

1 – محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، دروس في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الثالث، الأوصاف، الحوالة، الانقضاء، المجلد الأول، أوصاف الالتزامات، درا النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 1998، ص 73، 74.

2 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 395.

3 – حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 239.

لذلك فإن مصير الالتزام المضاف إلى أجل يعتبر معروفا ومؤكدا مقدما. وتؤدي هذه الخاصية إلى عدم تأثير الأجل على وجود الالتزام، فالالتزام المضاف إلى الأجل هو التزام مؤكد الوجود وإن كان الأجل إلى إرجاء نفاذه أو يحدد المدة التي يظل بها هذا الالتزام مضافا إل الأجل. بينما يرد الشرط باعتباره وصفا للالتزام على وجود الالتزام ذاته فيجعله غير مؤكد الوجود محتملا[1].

الفرع الثاني
نوعا الأجل

أولا – الأجل الواقف le terme suspensif: وهو الأجل الذي يتوقف على حلوله نفاذ الالتزام، فالنفاذ هنا متوقف إلى غاية حلول الأجل، فلا يكون مستحق الأداء قبل حلول الأجل، ومثاله التزام المقترض والمستعير والمودع عنده برد مبلغ القرض أو العين المعارة أو المودعة[2].

وإن الحق المقترن بأجل واقف فهو بات في وجوده لأن الأجل أمر محقق الوقوع، ولكن الحق المقترن بأجل واقف، وهو في ذلك كالحق المعلق على شرط واقف حق غير نافذ[3]، الأمر الذي تؤكده المادة 01/209 مدني جزائري.

ثانيا – الأجل الفاسخ:le terme extinctif فهو الذي ينهي نفاذ الالتزام إذا ما حل، دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعي، كأن يلتزم شخص بأن يدفع لآخر إيرادا لمدى الحياة، فهنا يعتبر موت الدائن أجلا فاسخا ينهي حقه[4].

والمثال الشائع للأجل الفاسخ هو عقد الإيجار الذي يرتبط وجوده بالمدة الزمنية التي تحدد انقضاء الإيجار، الأمر الذي يجعل الأجل في هذه الحالة أجلا فاسخا يؤدي إلى زوال عقد الإيجار.

---

1 – نفس المرجع، ص 239.

2 – محمد حسنين، المرجع السابق، ص 310.

3 – أنور العمروسي، الشرط والأجل في القانون المدني، الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام معلقا على نصوصها بالفقه وقضاء النقض، دار محمود، القاهرة، الطبعة الأولى 2006، ص 126.

4 – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 382.

الفرع الثالث
مصادر الأجل

يترتب الأجل وفق ثلاثة مصادر هي: الاتفاق والقانون والقضاء.

أولا – الاتفاق: فهو الأجل الذي يتحدد بإرادة واتفاق المتعاقدين، وقد يكون الأجل الاتفاقي صريحا وذلك بالاتفاق عليه صراحة في العقد، وقد يكون ضمنيا يستنتج عن طريق تفسير بنود العقد أو من ظروف التعاقد أو من العادات الجارية، ومثاله التزام شخص بتوريد أغذية لمدرسة، ففي هذه الحالة يعتبر الالتزام مضافا لأجل واقف هو بدء الدراسة، ولأجل فاسخ هو انتهاؤها، وكالتزام المقاول بالقيام بعمل، يعتبر مضافا إلى أجل هو المدة اللازمة عادة لإتمام هذا العمل[1].

ثانيا – القانون: وهو الذي يحدده القانون بتاريخ معين لدفع ضريبة معينة، ومن ذلك أيضا المهلة التي يمنحها القانون للمدينين للوفاء بديونهم بسبب أزمة اقتصادية، وكما هو الحال في حق الانتفاع الذي قرر له القانون أجلا له ينتهي بوفاة المنتفع (المادة 852 مدني جزائري)[2].

ثالثا – القضاء: وقد يكون القضاء هو مصدر الأجل، ويسمى الأجل القضائي بنظرة الميسرة والمقدرة والأصل في نظرة الميسرة أن المدين إذا كان يجب عليه الوفاء بدينه في الميعاد المتفق عليه، إلا أنه إذا استدعت حالته الرأفة به، ولم يلحق الدائن من التأجيل ضرر جسيم ولم يمنع من التأجيل نص في القانون يجوز للقاضي بهذه الشروط الثلاثة، أن يمنح المدين أجلا أو آجالا معقولة يفي فيها دينه[3].

ونظره الميسرة هي أجل واقف يمنحه القاضي مراعيا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه (المادة 210 مدني جزائري)، واشتراط القانون المدني المصري في المادة 346 ألا يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم[4].

---

1 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 396، 397. محمد حسنين، المرجع السابق، ص 310.

2 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 212، 213.

3 – السنهوري، المرجع السابق، ص 95.

4 – محمد حسنين، المرجع السابق، ص 310، 311.

ويفترض الأجل القضائي عن الأجل القانوني لا من حيث المصدر فحسب بل وكذلك من حيث الآثار وأسباب الانقضاء، فالأول لا يحول دون وقوع المقاصة ويسقط إذا باشر دائن آخر إجراءات التنفيذ على أموال المدين[1].

وتنص كذلك المادة 281/ 02- 03- 04 مدني جزائري على أنه يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنح آجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه مدة سنة وأن يوقف التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها، وفي حالة الاستعجال يكون منح الآجال من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة، وفي حالة إيقاف التنفيذ فإن الآجال المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية بصحة إجراءات التنفيذ تبقى موقوفة إلى انقضاء الأجل الذي منحه القاضي.

ولا يمنح الأجل القضائي في قضايا السفاتج والسندات لأمر والشيكات إذ تنص المادة 467 من القانون التجاري الجزائري على أن تطبق على السند لأمر الأحكام المتعلقة بالسفتجة فيما لا يتعارض مع طبيعته وذلك في أحوال عينتها المادة المذكورة ومن بينها الوفاء، كذلك الشأن مع الشيك فضلا على أنه أداه وفاء فلا يقبل الأجل[2].

وفيما يخص محل الأجل فهو وصف يلحق الحقوق المالية العينية والشخصية على السواء، أما الحقوق المتعلقة بالأقوال الشخصية فلا تقبل الاقتران بالأجل، ومن ثم فلا يجوز أن يبرم عقد الزواج إلى أجل أو مقرنا بأجل واقف، وكذلك الطلاق والحجر والإذن في التجارة والحقوق المتولدة النسب وغير ذلك[3]. هذا ويلاحظ أن هناك حقا عينيا واحد –وهو حق الملكية– لا يجوز أن يقترن بأجل واقف أو فاسخ. ذلك أن طبيعة حق الملكية تقتضي أن يكون هذا الحق أبديا، بل هو أيضا يتأبد في انتقاله من مالك إلى آخر، ومن ثم فلا يجوز أن يقترن هذا الحق بأجل فاسخ، لأن هذا يتعارض مع كونه حقا أبديا[4].

1 – محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 79.

2 – محمد حسنين، المرجع السابق، ص 311.

3 – محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 106، محمد حسنين، المرجع السابق، ص 311.

4 – محمد شريف عبد الرحمن، المرجع السابق ،ص 106.

الفرع الرابع
الآثار المترتبة على الأجل

لتحديد الآثار المترتبة على الأجل، نميز بين مرحلتين المرحلة السابقة على حلول الأجل، والمرحلة اللاحقة على حلول الأجل.

أولا – المرحلة السابقة على حلول الأجل

أ – **بالنسبة للأجل الواقف:** إن الحق المقترن بأجل واقف هو حق موجود وبات ولكنه غير نافذ أي غير مستحق الأداء، ويترتب على وجود الحق أنه ينتقل من صاحبه إلى الغير بالميراث، وغير ذلك من أسباب انتقال الحقوق مثله في ذلك مثل الحق المشروط بل إنه أقوى لأنه حق غير معلق الوجود. ويجوز لصاحبه أيضا أن يقوم بالأعمال التحفظية اللازمة للمحافظة على حقه (المادة 01/212)، مع ملاحظة أنه غير مستحق الأداء–non exigible، فلا يجوز للدائن أن يطالب به أمام القضاء، ولا أن يجبر المدين على أدائه قبل حلول الأجل وإذا أداه المدين اختياريا وهو عالم بقيام الأجل اعتبر متنازلا عنه[1].

وعليه يترتب على اعتبار أن حق الدائن المعلق على أجل واقف حق مؤكد الوجود النتائج التالية[2]:

- يمكن للدائن أن يتخذ الإجراءات التحفظية التي يحافظ بها على حقه كطلب وضع الاختام ورفع الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية، وقيد الرهن لضمان حقه.
- يجوز للدائن المطالبة بتأمين أي بضمان سواء كان هذا الضمان عينيا أو شخصيا إذا خشي إفلاس المدين أو إعساره واستند في طلبه إلى أساس معقول.

ويترتب على اعتبار حق الدائن المعلق على أجل واقف غير مستحق الأداء النتائج التالية[3]:

- لا يستطيع الدائن أن يجبر المدين على الوفاء قبل حلو الأجل، ولا يستطيع أيضا اتخاذ إجراءات تنفيذية على أموال المدين.
- لا يسري التقادم بالنسبة إلى الحق.
- لا تقع المقاصة بين حق الدائن وحق آخر منجز.

---

1 – محمد حسنين، المرجع السابق، ص 312.

2 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 215.

3 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 215.

- لا يمكن للدائن أن يرفع الدعوى البولصية، ولا يمكنه أيضا استعمال حقه في الحبس باعتبار أن حقه غير مستحق الأداء.

إذا قام المدين بالوفاء بهذا الحق، فإنه لا يستطيع استرداد ما أداه، حتى ولو كان يجهل قيام الأجل، غير أنه يحق له قانونا مطالبة الدائن برد مبلغ الإثراء الذي حصل عليه هذا الدائن، وفي حدود الضرر الذي لحق بالمدين بسبب هذا الوفاء المعجل قبل حلول الأجل (المادة 145 مدني جزائري)[1].

ب- بالنسبة للأجل الفاسخ: يعتبر الحق المقترن بأجل فاسخ حق موجود ونافذ غير أن زواله مؤكد ويترتب على ذلك النتائج التالية[2]:

- يستطيع الدائن أن يطالب بحقه فورا، ويمكنه أن يتخذ الإجراءات التنفيذية، ويمكنه أيضا الطعن بالدعوى البولصية في تصرفات مدينه الضارة به.
- يسري التقادم بالنسبة لحق الدائن من وقت نشوئه.
- الحق المقترن بأجل فاسخ هو حق مؤقت بطبيعته وينتهي حتما بانتهاء الأجل (المادة 01/212 مدني جزائري) وبناء على ذلك فجميع تصرفات صاحب الحق المقترن بأجل فاسخ تكون مقيدة بحدود هذا الحق فهي مؤقتة مثله، إذ لا يستطيع الشخص أن ينقل إلى غيره من الحقوق أكثر مما له.

ثانيا - المرحلة اللاحقة لحلول الأجل

أ- بالنسبة للأجل الواقف: إذا حل الأجل الواقف أصبح الحق نافذا ومستحق الأداء، ووجب على المدين القيام بتنفيذه بعد إعذاره ويجوز له عند امتناعه على التنفيذ العيني الاختياري أن يجبره على التنفيذ و الوفاء. ولا يكون لحلول الأجل الواقف أثرا رجعيا بخلاف الشرط الواقف، فلا يعتبر الحق نافذا إلا من وقت حلول الأجل الأمر الذي تؤكده المادة 01/212 مدني جزائري.

ب- بالنسبة للأجل الفاسخ: إذا حل الأجل الفاسخ أصبح الحق منقضيا من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم قضائي لتقريره، وتنقضي كل التصرفات التي أجراها صاحب الحق سابقا، بحيث ينقضي تلقائيا الإيجار من الباطن والتنازل عن الإيجار بانقضاء حق المستأجر

---

1 - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 393.

2 - محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 401. محمد حسنين، المرجع السابق، ص 312.

الأصلي، ولا يرتب حلول الأجل الفاسخ أثرا رجعيا بخلاف الشرط الفاسخ، فالحق لا يعتبر منقضيا إلا من وقت حلول الأجل الأمر الذي تؤكده المادة 2/212 مدني جزائري.

الفرع الخامس

انقضاء الأجل

ينقضي الأجل بطرق ثلاثة، إما بحلوله وإما بسقوطه وإما بالنزول عنه ممن له مصلحة فيه.

أولا- انقضاء الأجل بحلوله

ينقضي الأجل بانقضاء المدة المحددة له أو بحلول تاريخ الوفاء، فإذا كان الالتزام مستحق الأداء بعد سنة مثلا انقضى الأجل بانقضاء هذه المدة، وإذا كان هذا الالتزام مستحق الأداء في أول العام القادم حل الأجل بحلول هذا التاريخ، ومنذ هذا التاريخ يصبح الدين مستحق الأداء[1].

وفي الواقع أن المشرع الجزائري مثله في ذلك المشرع المصري لم يذكر مثل هذا السبب لانقضاء الأجل، وذلك باعتباره من البديهيات التي لا حاجة للنص عليها[2].

ثانيا- انقضاء الأجل بالنزول عنه ممن له مصلحة فيه

فعلى الرغم من أن المشرع لم ينص صراحة على هذا السبب لانقضاء الأجل، إلا أن القواعد العامة لا تتعارض مع اعتباره كذلك، لأن الأجل لا علاقة له بالنظام العام، وإنما وضع لتحقيق مصلحة من تقرر لفائدته الأجل، فله الحق في التنازل عنه فهو أكثر دراية بمصلحته[3].

والأجل قد يكون موضوعا لمصلحة المدين وحده كما هو الحال في عارية الاستعمال والقرض بدون فائدة، وعندئذ يكون للمدين أن ينزل عن الأجل وإجبار الدائن على قبول الوفاء قبل حلول الأجل المضروب، وقد يكون الأجل موضوعا لصالح الدائن وحده، كما هو الشأن في الوديعة بدون أجر، وعندئذ يكون للدائن النزول عنه ومطالبة المودع لديه برد الوديعة فورا دون انتظار حلول الأجل. وقد يكون الأجل مضروبا لمصلحة الطرفين معا،

---

1 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 402.

2 – خليل أحمد حسن قداده، المرجع السابق، ص 143.

3 – نفس المرجع، ص 145.

الدائن والمدين، كما في القرض بفائدة، فالأجل فيه موضوع لمصلحة المدين الذي يستفيد من مبلغ القرض، ولصالح الدائن الذي يوظف أمواله لمدة معينة بفائدة، وفي هذه الحالة يتم النزول عن الأجل عن طريق الاتفاق بينهما، فلا يستطيع أحد الطرفين أن يجبر الآخر على الوفاء قبل حلول الأجل[1].

أما إذا وجد شك حول معرفة لمصلحة أي من الطرفين ضرب الأجل، افترض الأجل لمصلحة المدين، ولكن يجوز للدائن أن ينقض هذا الافتراض بإثبات أن الأجل وضع لمصلحته أو لمصلحة الطرفين معا[2].

ثالثا- انقضاء الأجل بسقوطه

طبقا لنص المادة 211 مدني جزائري قد ينقضي الأجل بسقوطه، وذلك بحرمان المدين منه، وعلى الرغم منه، ويسقط حق المدين في الأجل لأحد الأسباب التالية:

أ - شهر إفلاس المدين طبقا للقانون: فإذا صدر حكم قضائي يعلن شهر افلاس المدين يسقط الأجل، ويصبح حق الدائن مستحق الأداء، لأن الحكم بشهر الإفلاس يترتب عليه صيرورة ديون المدين حالة الأداء.

ب- إضعاف المدين التأمينات الخاصة التي قررها لضمان دينه: في هذه الحالة يسقط الأجل وبالتالي ينقضي، ويقصد بالتأمينات التأمينات الخاصة كرهن أو امتياز، وقد يكون مصدر التأمين العقد أو القانون. والإضعاف الذي نصت عليه المادة 211 هو الإضعاف الكبير الذي من شأنه الإنقاص الكبير من قيمة الشيء محل التأمين، وبالتالي لا يعتد بالإضعاف اليسير، وذلك في الحالة التي يبقى فيها التأمين الخاص كافيا لضمان الدين بصورة بارزة فلا يسقط الأجل.

ولا يعتبر إضعافا للتأمين أن يرتب المدين على العين المرهونة لضمان الدين المؤجل رهنا آخر، حتى ولو قيد الرهن الثاني قبل قيد الرهن الأول بإهمال الدائن ذي الدين المؤجل، لأن إهماله لا فعل المدين هو الذي أضعف التأمينات، ومن حق المدين أن يرهن العين المملوكة له مرة ثانية وثالثة الخ...[3]

---

1 - محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 402، 403.

2 - نفس المرجع، ص 403.

3 - أنظر الهامش رقم 04، ص 116 من المرجع السابق للسنهوري.

ولا يعتبر كذلك إضعافا للتأمين تصرف المدين بالعين المرهونة، وذلك لما للدائن من حق تتبع الشيء المرهون تحت أي يد يكون، لكن إذا اكتشف أن المدين قد تواطأ مع دائن آخر في أن يجعل قيد رهنه قبل قيد رهن أحد الدائنين الذين حصلوا على رهن قبل الدائن المتواطئ مع المدين، فإن ذلك يعتبر إضعافا للتأمين الخاص بفعل المدين بغش منه وتواطئه. كذلك إذا عمد حائز العقار بعد تلقيه ملكيته من المدين إلى تطهير العقار من الرهون، وبالتالي لا يحصل الدائن المرتهن ذو الدين المؤجل على كل حقه فإن تطهير العقار يعتبر إضعافا للتأمين يؤدي إلى سقوط الأجل[1].

وبالتالي يترتب على إضعاف التأمينات سقوط الأجل سواء كان هذا الإضعاف بسب فعل المدين أو بسبب أجنبي، إلا أن المشرع فرق بين الحالتين:

1- فإذا كان إضعاف التأمين بسبب فعل المدين: عمدا كان هذا الفعل إهمالا فيكون للدائن في هذا الشأن الخيار بين إسقاط الأجل، ومطالبة المدين بتكملة التأمين مع بقاء الأجل.

2- أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب أجنبي: كما لو انهدم العقار المرهون بقوة قاهرة، فإن الأجل يسقط أيضا، ولكن يكون للمدين أن يمنع سقوطه إذا قدم ضمانا كافيا (المادة 03/211 مدني جزائري)[2].

ج- تخلف المدين عن تقديم ما وعد به من تأمينات: إذا كان المدين قد وعد بتقديم تأمين مقابل الأجل، ولم يف بوعده كان هذا سببا في حرمانه من الأجل، لأن الدائن لم يرض بالأجل إلا على أساس ما وعد به المدين من ضمانات، فالأجل هنا قد سقط بسبب خطأ المدين[3].

وأخيرا يقول الأستاذ الفاضل محمود عبد الرحمن محمد في هذا السياق:« **ويلاحظ أخيرا أن القانون المصري لم يجعل موت المدين سببا لانقضاء الأجل، كما فعلت بعض القوانين الأجنبية، وبذلك يظل الدين مؤجلا في التركة**». ويمكن اعتماد هذا القول أيضا بالنسبة للقانون الجزائري.

---

1 – خليل أحمد حسن قداده، المرجع السابق، ص 144ن 145.

2 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 404.

3 – نفس المرجع، ص 405.

المطلب الثالث

المقارنة بين الشرط والأجل[1]

لتبيان هذه المقارنة يقتضي منا الأمر تحديد أوجه الاتفاق وأوجه الاختلاف بينهما.

الفرع الأول

أوجه الاتفاق

تتجلى هذه الأوجه في وجهين جوهريين هما:

1- أن كلا من الشرط والأجل أمر مستقبل.

2- أن كلا منهما ينقسم إلى واقف وفاسخ، هذا مع التجوز المعهود في الأجل الفاسخ فيما يتعلق بالعقود الزمنية.

الفرع الثاني

أوجه الاختلاف

تتلخص في الأوجه التالية:

- الشرط أمر غير محقق الوقوع، أما الأجل فهو أمر محقق الوقوع.
- الحق المعلق على شرط واقف ولكنه ناقص، أما الحق المقترن بأجل واقف فحق موجود كامل الوجود.
- الحق المعلق على شرط فاسخ حق موجود ولكنه مهدد بخطر الزوال، أما الحق المقترن بأجل فاسخ فهو حق مؤكد الزوال.
- لتحقق الشرط كقاعدة أثر رجعي أما حلول الأجل فليس له هذا الأثر.

ولعل أهم فرق بين الشرط والأجل هو أن الشرط أمر غير محقق الوقوع، فهو بالتالي فالحق المعلق على شرط واقف حق ناقص.

---

1 – أنظر السنهوري، المرجع السابق، ص 131، 132.

المبحث الثاني

تعدد محل الالتزام pluralité d'objets

يتخذ تعدد محل الالتزام صور مختلفة تتمثل في الصور التالية[1]:

1- الالتزام متعدد المحل obligation conjointe

وهو الذي يكون محله مشتملا على مجموعة أشياء تجب معا بحيث لا تبرأ ذمة المدين إلا بأدائها كلها. ومثاله أن يلتزم المتقايض بتقديم عقار ومبلغ من النقود وحكم هذا الالتزام هو حكم الالتزام البسيط ذي المحل الوحيد. فهنا يلتزم المتقايض الأول بإعطاء المتقايض معه أرضا ومبلغ من النقود، فالتزامه واحد مصدره عقد المقايضة وهو في الوقت ذاته متعدد المحل لأن المدين ملتزم بإعطاء شيئين لا شيئا واحدا، الأرض ومبلغ النقود، وليس لهذا النوع من الوصف أثرا كبيرا في الالتزام ولا توجد فروق هامة ما بين الالتزام متعدد المحل والالتزام ذو المحل الواحد، ففي الالتزامين يجب على المدين أن يؤدي للدائن محل الالتزام كاملا إذا كان واحدا، أو جميع محال الالتزام إذا كانت متعددة، ولا تقبل التجزئة في الوفاء paiement partiel، فلا تجوز تأدية جزء من المحل الواحد أو محل من المحال المتعددة دون رضاء الدائن.

2- الالتزام التخييري obligation alternative

وهو الالتزام الذي يتضمن أكثر من محل واحد، وتبرأ ذمة المدين في حالة وفائه بواحد منها فقط، ومثاله التزام شخص بتقديم حصان أو مبلغ من النقود، فالالتزام التخييري هو التزام متعدد المحل، ولكن واحد فقط من هذه المحال المتعددة واجب الأداء، لا المحال جميعا. فإذا التزم شخص لشخص آخر بإعطائه إما أرضا أو سيارة، كان الالتزام هنا تخييريا وكان محل الالتزام هو الأرض أو السيارة حسب اختيار المدين أو الدائن وليس المحل هو الأرض والسيارة معا.

3- الالتزام البدلي obligation facultative

وهو الالتزام الذي يلتزم فيه المدين بتقديم محل واحد معين، ولكن تبرأ ذمته إذا أدى شيئا آخر بدلا منه، ومثاله أن يقرض الدائن المدين مبلغا من النقود، ويتفق معه على أنه

---

1 - أنظر في ذلك السنهوري، المرجع السابق، ص 133 وما بعدها. محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 407، 408.

عند حلول الأجل، إذا لم يشأ أن يرد مبلغ القرض، فإن له أن يعطيه بدلا منه دار هي البديل وكان الالتزام بدليا، وهنا يكون محل الالتزام شيئا واحدا وهو مبلغ النقود، ولكن يجوز للمدين استبدال مبلغ النقود بالدار للوفاء بالتزامه، ولا يمكن للدائن أن يرفض هذا الوفاء.

واعتماد على هذا التقسيم نتطرق في هذا المبحث إلى المطلبين التاليين: المطلب الأول: الالتزام التخييري. المطلب الثاني: الالتزام البدلي.

المطلب الأول

الالتزام التخييريobligation alternative

لدراسة الالتزام التخييري نتطرق إلى الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف الالتزام التخييري. الفرع الثاني: شروط الالتزام التخييري. الفرع الثالث: ثبوت حق الخيار في الالتزام التخييري. الفرع الرابع: الأثر القانوني المترتب على الامتناع عن استعمال حق الخيار. الفرع الخامس: أحكام الالتزام التخييري.

الفرع الأول

تعريف الالتزام التخييري

نصت المادة 213 مدني جزائري على أنه:« يكون الالتزام تخييريا إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحدا منها، ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك».

فمن خلال هذا النص نستنتج أن الالتزام التخييري هو الالتزام الذي يكون محله أشياء متعددة، شيئين أو ثلاثة وتبرأ ذمة المدين إذا أدى واحد منها، بشرط أن يكون المحل الذي أداه المدين مستوفيا شروط محل الالتزام وهو عبارة عن خيار يشترطه أحد المتعاقدين (المشتري غالبا) وهو ما يسمى بخيار التعيين لمحل الالتزام[1].

1 – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 403.

ويجب أن تكون هذه المحال مستوفية لشروطها القانونية، فإذا التزم المدين بأحد أمرين وكان أحدهما غير مشروع أو مستحيلا، لم نكن أمام التزام تخييري بل الحقيقة أمام التزام بسيط[1].

الفرع الثاني
شروط الالتزام التخييري

يشترط لقيام الالتزام التخييري الشرطين التاليين[2]:

أولا – أن تكون الأمور التي يشملها موضوع الالتزام متعددة (محلان وأكثر)، وصالحة قانونا لتكون محلا للالتزام، وأن يثبت الاختيار بينها في اثنين منها على الأقل (المادة 213 مدني جزائري).

وبناء عليه يجب أن تكون المحال موضوع الالتزام موجودة ومعينة أو قابلة للتعيين وممكنة ومشروعة أي تدخل في دائرة التعامل المشروع، وأن تكون الأشياء محل الالتزام التخييري على قدم المساواة ليس بينها مثلا محل التزام أصلي وآخر تبعي.

فإذا لم يكن يصلح موضوعا للالتزام إلا أمرا واحدا، وبطلت المحال الأخرى كان الالتزام بسيطا. ويجوز أن يكون محل الالتزام أحد أشياء قيمية أو مثلية من أجناس مختلفة، وقد يكون الخيار على العقار أو المنقول وهنا يصبح الالتزام عقاريا أو منقولا بحسب طبيعة الالتزام.

ثانيا – يجب تحديد مدة زمنية مناسبة لاستعمال الخيار في العقد، وهي مدة التعيين أو الخيار لتحديد محل الالتزام، ومن له استعمال الخيار، فإذا انقضت المدة المحددة للاختيار دون أن يختار من له الاختيار، فلا بد أن يعذره الطرف الآخر، ثم ينتقل الخيار إلى المتعاقد الآخر.

---

1 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 408.

2 – أنظر في ذلك بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 406، 407.

الفرع الثالث

ثبوت حق الخيار في الالتزام التخييري

تنص المادة 213 مدني جزائري على أنه:« يكون الخيار للمدين، ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك».

فالأصل العام طبقا للمادة 213 هو أن الخيار للمدين في أداء أحد المحال التي هي موضوع الالتزام، ولكن إذا امتنع المدين عن استعمال حقه في الخيار، فإنه طبقا للمادة 01/214 مدني جزائري يمكن للدائن أن يطلب من القاضي تعيين أجل يختار فيه المدين محلا من محال الالتزام يقوم بأدائه، فإذا لم يتم ذلك تولى القاضي بنفسه تعيين محل الالتزام.

وطبقا لفقرة الثانية من المادة 214 مدني جزائري فإذا كان الخيار للدائن، وامتنع عن الاختيار انتقل الخيار إلى المدين لا إلى القاضي.

وصاحب الحق في الخيار يستعمله في المدة المحددة، فإن لم تكن المدة محددة، ففي المدة المعقولة ويجب إخبار الطرف الآخر بالاختيار وبذلك يعتبر أنه قد تم ويمتنع العدول عنه إلا إذا رضي بذلك الطرف الآخر[1].

وإذا تم الخيار أصبح الالتزام التخييري التزاما بسيطا، ويكون المحل المختار هو الذي يجب على المدين أداؤه وحده منذ نشوء الالتزام.

الفرع الرابع

الأثر القانوني المترتب على الامتناع على استعمال حق الخيار

تنص المادة 204 مدني جزائري على أنه:« إذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم، جاز للدائن أن يطلب من القاضي تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون، فإذا لم يتم ذلك تولى القاضي بنفسه تعيين كل

1 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 223.

الالتزام، أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الخيار أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم، عين القاضي أجلا إن طلب المدين ذلك فإذا انقضى الأجل انتقل الخيار إلى المدين».

وبناء على ذلك فإذا ثبت أن حق الخيار للمدين وهذا هو الأصل وامتنع عن استعماله فالقاضي هنا يعين له أجلا ليمارس خلاله هذا الاختيار، وإذا تمسك بهذا الامتناع تولى القاضي تعيين محل الالتزام. ويترتب نفس الأثر القانوني في حالة تعدد المدينين مع عدم اتفاقهم على الاختيار.

أما إذا ثبت أن الامتناع عن استعمال الخيار مصدره الدائن، انتقل الخيار في هذه الحالة إلى المدين لا إلى القاضي (المادة 02/214 مدني جزائري).

ومن أمثلة ما نص عليه القانون المدني الجزائري في ذلك، حالة إضعاف التأمينات الخاصة بعمل المدين، إذ ينشأ نتيجة لذلك التزاما تخييريا للدائن يكون له بموجبه الخيار بين المطالبة بالوفاء بالدين حالا أو المطالبة بتقديم تأمين إضافي (المادة 02/211 مدني جزائري).

وينتقل حق الخيار من صاحبه إلى وارثه الشرعي ومتى تم الخيار أصبح محل الالتزام شيئا واحدا، وهو الشيء الواقع عليه الخيار، فينقلب التزام المدين من التزام متعدد إلى التزام بسيط[1].

ولم ينص القانون المدني الجزائري على ضرورة إعذار صاحب الخيار في حالة امتناعه عن استعمال حقه في الخيار قبل اللجوء إلى القضاء، وفي هذا الصدد نؤيد ما ذهب إليه الأستاذ الفاضل بلحاج العربي بقوله:« **ونرى في هذا الخصوص أنه يلزم الإعذار قبل اللجوء إلى القاضي في هذه الحالة، لوضع صاحب الاختيار المقصر، أمام التزاماته التعاقدية قبل اللجوء إلى القضاء**»[2]. بالإضافة إلى ذلك تتضح أهمية الإعذار في استعماله كوسيلة إثبات لواقعة الامتناع عن الاختيار أمام القضاء.

والجيدر بالملاحظة أن المشرع الجزائري لم يبين الأثر المترتب في حالة ما إذا كان الامتناع عن الاختيار صادر من الغير (أي الطرف الأجنبي عن العقد) وحكمه القانوني وفقا للقواعد العامة هو نفس حكم الدائن، إذا كان هو صاحب الخيار، وذلك على أساس أن

1 – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 405.

2 –بلحاج العربي ،المرجع السابق، ص 405.

المدين كما أشرنا هو صاحب الحق الأصل في الخيار، ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك طبقا للمادة 213 مدني جزائري[1].

الفرع الخامس
استحالة التنفيذ قبل استعمال الحق في الخيار[2]

إذا ثبتت استحالة التنفيذ قبل استعمال الحق في الخيار، فإنه طبقا للمادة 215 مدني جزائري يجب التمييز بين استحالة التنفيذ بسبب أجنبي، وتلك التي يكون سببها خطأ أحد المتعاقدين.

1- فإذا كانت استحالة التنفيذ مصدرها سبب أجنبي عن المدين والدائن معا، كما إذا هلك المحل بقوة قاهرة، فإن الالتزام ينقضي إذا أصبحت المحال كلها مستحيلة في وقت واحد، أو يتحول إلى التزام بسيط ينحصر محله في الشيء الذي لم يلحقه الهلاك إذا كانت الاستحالة قاصرة على واحد أو أكثر من الأشياء المتعددة بحيث لم يبق منها إلا شيئا واحد.

2-وأما إذا كانت الاستحالة بسبب خطأ أحد المتعاقدين، فيجب التفرقة بين المدين والدائن.

فإذا كان مصدر الاستحالة هو خطأ المدين، وكان حق الخيار ثابتا له كان ملزما بدفع قيمة آخر شيء استحال تنفيذه، وذلك في حالة ما إذا شملت الاستحالة كل الأشياء، أما إذا استحال تنفيذ أحد الشيئين اللذين يرد عليهما الخيار كان التنفيذ على الشيء الآخر ويصبح الالتزام بسيطا.

أما إذا كان مصدر الاستحالة هو الدائن بخطأ منه وجبت التفرقة بين ما إذا شملت الاستحالة أحد المحلين فقط، وعندئذ تبرأ ذمة المدين من التزامه إلا إذا أراد الدائن استيفاء المحل الآخر، على أن يعوض المدين عما استحال الوفاء به وأما إذا شملت الاستحالة كل الأشياء، فإن ذمة المدين تبرأ وعلى الدائن أن يعوضه عن قيمة أحد المحلين وفقا لاختياره على فرض أن الخيار معقود له، ويلاحظ أن هذه الاستحالة المسؤول عنها الدائن لم تنص

---

1 – نفس المرجع، ص 405.

2 – أنظر في ذلك محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 409، 410.

عليها المادة 215 مدني جزائري مما يجعلنا نطبق القواعد العامة (المادة 307 مدني جزائري). والجدير بالذكر أن الالتزام التخييري نادر في الحياة العملية[1].

ولم يوضح المشرع الجزائري في المواد من 213 إلى 215 مدني المحددة لأحكام الالتزام التخييري مسألة الأثر الرجعي للالتزام التخييري فهل له أثر رجعي أم لا؟ وللإجابة عن هذا التساؤل نؤيد الرأي الذي ذهب إليه الأستاذ الفاضل الدكتور بلحاج العربي بقوله: « **والذي نراه في هذا الشأن أن له أثر رجعي باعتبار أن هذا ما انصرفت إليه نية المتعاقدين وقت التعاقد، ومعنى هذا الاختيار يستند أثره إلى وقت إبرام العقد وليس من وقت الاختيار، ومن ثم فإنه يعتبر المحل المختار كأنه المحل الوحيد للالتزام منذ نشأته، وذلك بصرف النظر عما إذا كان الخيار للمدين أو للدائن أو الأجنبي أو للقاضي في حالة امتناع المدين أو الدائن عن ممارسة الحق في الاختيار**»[2].

المطلب الثاني

الالتزام البدلي

الفرع الأول

تعريف الالتزام البدلي

نظمه المشرع الجزائري في المادة 216 مدني جزائري وسماه الالتزام الاختياري بينما سماه المشرع المصري بالالتزام البدلي، ونصت المادة 216 مدني جزائري على أنه:« يكون الالتزام اختياريا إذا لم يشمل محله إلا شيئا واحدا، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئا آخر».

ويتبين مما تقدم أن ما يميز الالتزام الاختياري (البدلي) عن الالتزام التخييري هو أن محل الالتزام الاختياري هو الشيء الأصيل وليس من محل غيره وارد في العقد في حين أن المحل في الالتزام التخييري هو أحد الشيئين أو أحد الأشياء المتعددة الواردة في العقد[3].

---

1 – محمد حسنين، المرجع السابق، ص 315.

2 – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 411.

3 – محمد حسنين، المرجع السابق، ص 316.

وبناء على ذلك فالالتزام البدلي هو التزام يكون فيه المدين ملتزما بأداء شيء أحسن للإبراء ويكون الموجب اختياريا حين يجب أداء شيء واحد مع تخويل المدين الحق في إبراء ذمته بأداء شيء آخر. والشيء الواجب الأداء هو في نظر القانون موضوع الموجب الذي تتعين فيه ماهيته لا الشيء الآخر الذي يستطيع المدين أن يبرئ ذمته بأدائه[1].

إذن فالالتزام البدلي يكون فيه الالتزام بشيء واحد فقط، وإنما يجوز للمدين حق التخلص من التزامه إذا قام بالوفاء بشيء آخر، مثل ذلك أن يتعهد شخص بتوريد مائة أردب قمح إلى شخص آخر، ولكن يجوز له أن يدفع عشرة آلاف جنيه بدلا من توريد كمية القمح[2]، ومثال الالتزام البدلي أن يوصي شخص لآخر بعقار ويجيز لوارثه إذا أراد أن يحتفظ به أن يقدم بدلا عنه مبلغا من المال.

والملاحظ أن القانون المدني الجزائري قد خصص نصا واحدا فقط للالتزام البدلي في المادة 216 تحت عنوان "الالتزام الاختياري"، وهي تسمية غير صحيحة لما تثيره من خلط بين الالتزام التخييري (الوارد ذكره في المادة 213 مدني) الذي ينبني على الاختيار أساسا، وكان من المستحسن تسمية القسم الثاني بـ "الالتزام البدلي"، لأنه يقوم أصلا على فكرة البديل (أي إبدال المحل)، وكذا تعديل نص المادة 216 باستبدال كلمة (اختياريا) بكلمة (بدليا) وفقا لما ورد في المادة 216 باللغة الفرنسية (L'obligation est facultative)[3].

ويكون الخيار دائما في الالتزام البدلي للمدين، إذ أن محل الالتزام واحد فلا يتصور أن يكون الخيار للدائن، وليس لهذا الأخير إلا أن يطالب بالمحل الأصلي للالتزام دون البديل، وذلك خلافا للالتزام التخييري الذي يتعدد محله[4].

---

1 – أحمد زكي بدوي، معجم المصطلحات القانونية، سنة 1989، ص 171. نقلا عن محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 143.

2 – عبد السلام بك ذهني، النظرية العامة للالتزامات، سنة 1923، سنة 1924، ص 598. نقلا عن محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 143.

3 – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 413، 414. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 226، 227.

4 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 411.

الفرع الثاني

التمييز بين الالتزام البدلي والالتزام التخييري[1]

الالتزام البدلي يقع على محل واحد ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلا شيئا آخر، أما الالتزام التخييري فيقع على عدة محال.

ويترتب على هذا الفرق أن محل الالتزام البدلي هو الذي يعين طبيعته ولا يعتد بالبديل في هذا الخصوص، فإذا استحال على المدين تنفيذ الالتزام البدلي بسبب لا يرجع إليه فإنه ينقضي وتبرأ ذمته ولو كان الوفاء بالبديل ما زال ممكنا، وذلك على عكس استحالة الوفاء بالمحل البديل، إذ هذه الاستحالة لا تؤثر على بقاء الالتزام، وأما في الالتزام التخييري فإنه لا ينقضي إلا بهلاك المحلين معا، فإن هلك أحدهما تحول هذا الالتزام إلى التزام بسيط ووجب الوفاء بالمحل الباقي.

وعليه فطبيعة الالتزام تتحدد في الالتزام البدلي منذ نشوئه إذ هي تتحدد بالمحل الأصلي لا البديل، ولذلك إذا كان المحال الأصلي عقارا، كان الالتزام عقارا حتى ولو كان المحل البديل منقولا وهذا بخلاف الالتزام التخييري فلا تتحدد طبيعته إذا اختلف الشيئان في الطبيعة، إلا إذا تحدد المحل بعد الخيار أو بهلاك المحل الآخر.

وفيما يخص مشروعية محل الالتزام فإذا كان الالتزام بدليا وكان محله الأصلي غير مشروع، كان باطلا حتى ولو كان الشيء البديل مشروعا، أما إذا كان الالتزام تخييريا فإن عدم مشروعية أحد محاله لا يؤدي إلى بطلان الالتزام بل ينحصر في الأشياء الأخرى المشروعة.

كما أن قيمة الالتزام تتحدد بقيمة المحل الأصلي في الالتزام البدلي، ولا تهم قيمة المحل البديل، وعلى ضوء ذلك يتحدد اختصاص المحكمة التي ترفع أمامها دعوى تنفيذ الالتزام، أما في الالتزام التخييري فلا تتحدد قيمته إلا بعد استعمال الخيار وتعيين المحل الذي يقع الوفاء به.

---

1 – أنظر في شأن هذه الفروق محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 227. ومحمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 411، 412.

المبحث الثالث

تعدد طرفي الالتزامpluralité des sujets

يتخذ هذا التعدد أنواع ثلاث:[1]

1- الالتزام المشترك: ويسمى بالالتزام المتعدد الأطراف، ويتمثل في تعدد طرفا الالتزام أو أحدهما دون تضامن بين الأطراف المتعددين.

2- الالتزام التضامني: وهو الذي يتعدد فيه طرفا الالتزام، أو أحدهما مع التضامن، وقد يكون هذا التضامن بين الدائنين، فيسمى بالتضامن الإيجابي وقد يكون التضامن بين المدينين فيسمى بالتضامن السلبي.

3- الالتزام غير القابل للانقسام: وهو الالتزام الذي يتعدد فيه طرفا الالتزام أو أحدهما دون تضامن، ولكن يكون محل الالتزام فيه غير قابل للتجزئة.

وسنتطرق لكل نوع في مطلب مستقل.

المطلب الأول

الالتزام المشترك (الالتزام متعدد الأطراف) obligation conjointe

يتحقق الالتزام المشترك حيث بتعدد الدائنون أو المدينون دون تضامن بينهم، وحينئذ ينقسم الالتزام بينهم ولو كان مصدره واحدا فقط، فلا يكون لكل دائن أن يطالب إلا بقدر نصيبه، كما لا يلتزم كل مدين إلا بقدر حصته في الدين[2].

فبالنسبة للالتزام المشترك فهو التزام متعدد الأطراف، فإن يتعدد طرفا الالتزام أو أحدهما في غير تضامن ما بين الأطراف المتعددين فيتعدد الدائن، أو يتعدد المدين أو يتعدد كل من الدائن والمدين، دون أن تربط الأطراف المتعددين رابطة خاصة تجعلهم متضامنين في الحق أو في الدين ويسمى الالتزام في هذه الحالة بالالتزام متعدد الأطراف[3].

---

1 – أنظر في ذلك محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 413. محمد حسنين، المرجع السابق، ص 413.

2 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 413، 414.

3 – السنهوري، المرجع السابق، 192.

وتختلف مصادر الاشتراك فقد يكون القانون كما هو الحال عند وفاة الدائن وينتقل حقه إلى ورثة متعددين إذ ينقسم الحق عندئذ بينهم بقدر نصيب كل منهم في الميراث[1].

وقد يرجع الاشتراك إلى الإرادة كما لو اشترى عدة أشخاص عينا على الشيوع بينهم، فإن كلا منهم يلتزم بأداء نصيب في الثمن على قدر حصته، وكذلك إذا باع عدة ملاك على الشيوع إلى الشائع، لم يكن لأي منهم أن يطالب المشتري إلا بقدر نصيبه في الثمن[2].

وبناء على ذلك تترتب على الالتزام المشترك النتائج التالية[3]:

- إن النتيجة الرئيسية التي تترتب على الاشتراك أو التعدد في الالتزام هي انقسام الالتزام على أطرافه دون تضامن فيما بينهم، بمعنى أن الالتزام ينقسم بقوة القانون على الدائنين المتعددين أو على المدينين المتعددين، كل بالقدر المتفق عليه أو بالقدر الذي يعينه القانون، فالاتفاق يعين نصيب كل مشتر من المشترين المتعددين للدار إذا اشتروها صفقة واحدة دون تضامن فيما بينهم، فيلتزم كل منهم بحصة من الثمن تساوي مقدار نصيبه في الدار حسب الاتفاق الذي يتم بينهم، والقانون يعين نصيب كل وارث إذا ورث الجميع دينا لصالح التركة. أما بالنسبة لورثة المدين فالدين في الشريعة الإسلامية لا ينقسم على الورثة. فإذا لم يعين الاتفاق أو القانون نصيب كل من الدائنين أو المدينين المتعددين، لم يبق إلا أن ينقسم الالتزام عليهم بحسب الرؤوس أي بأنصبة متساوية ومتى انقسم الالتزام على الدائنين أو المدينين المتعددين أصبح بموجب هذا الانقسام التزامات متعددة لصالح الدائنين المتعددين أو في ذمة المدينين المتعددين، ويكون كل التزام من هذه الالتزامات المتعددة مستقلا عن الالتزامات الأخرى[4].
- يتم الإعذار في شأن كل من مدين على حدة، إذا تعدد المدينون.
- إن أسباب البطلان الخاصة بأحد المدينين المشتركين تظل مقصورة عليه وحده، ولا تؤدي إلى بطلان التزامات الآخرين.

---

1 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 414.

2 – نفس المرجع، ص 414.

3 – السنهوري، المرجع السابق، 196 وما بعدها. محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 415.

4 – السنهوري، المرجع السابق، ص 195، 196. وأنظر في الشأن كذلك الهامش رقم 01 من نفس المرجع، ص 196.

- إن وقف سريان التقادم أو قطعه يظل خاصا بكل دائن على حدة أو كل مدين على حدة.

وانقسام الالتزام واستقلال كل جزء منه على الآخر، بما يترتب عليه من نتائج سبق ذكرها، يجعل الالتزام ضعيف الأثر، ومن ثم يؤثر الناس عند التعامل توقي هذه النتائج باشتراط أن يكون الالتزام تضامنيا أو غير قابل للانقسام، ففي التضامن يوجد اشتراك في المصلحة بما ينفي الانفصال بين الأطراف المتعددين. وفي عدم القابلية للانقسام لا يوجد انفصال أيضا في الالتزام، وإنما يظل الالتزام واحدا في ظل أطراف متعددين ملتزمين[1].

المطلب الثاني

الالتزام التضامنيobligation solidaire

التضامن la solidarité وصف يلحق بالتزام فيجعله التزاما تضامينا، وهو يتحقق حيث يتعدد الدائنون أو المدينون دون انقسام الالتزام فيما بينهم، فإذا كان التضامن بين الدائنين سمي **التضامن الإيجابي**، وإذا كان بين المدين فإنه يسمى **بالتضامن السلبي**.

والتضامن بهاتين الصورتين لا يفترض وإنما يتحقق على أساس اتفاق أو نص في القانون (المادة 217 مدني جزائري). وسنتطرق في الفرع الأول للتضامن الإيجاب يوفي الفرع الثاني للتضامن السلبي.

الفرع الأول

التضامن الإيجابيla solidarité active

أولا- المقصود بالتضامن الإيجابي

سمي تضامن إيجابي لأنه تضامن يتحقق بين الدائنين، وهو عبارة عن تعدد الدائنين في دين قابل للانقسام في الأصل، يكون لكل واحد الحق في مطالبة المدين بكل الدين واستيفائه بكامله منه، فمتى قام المدين بالوفاء بكامل الدين لأحد الدائنين برأت ذمته تجاه جميع الدائنين، أي أن التضامن بين الدائنين يعطي الحق لكل منهم في استيفاء كامل الدين

1 - محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 415.

من المدين، وإذا أدى المدين الدين لأحدهم برئت ذمته، ويقوم الدائن الذي قبض الدين بتوزيعه على الدائنين الآخرين كل حسب نصيبه في الدين[1].

ويقوم التضامن بين الدائنين حتى ولو كانت الرابطة التي تربط كل واحد منهم بالمدين ليست من نوع واحد، أي أن الالتزام يبقى تضامنيا حتى ولو اختلفت روابط الدائنين بالمدين وتعددت صفة هذه الروابط كأن يلتزم أحد المدينين تجاه أحد الدائنين المتضامنين التزاما منجزا غير معلق على شرط، والتزامه في مواجهة دائن آخر مربوطا بأجل، في حين أن التزامه بمواجهة الآخر معلق على شرط، والتزامه في مواجهة دائن آخر مربوطا بأجل[2].

ويلاحظ أن التضامن بين الدائنين نادر الوقوع عمليا، وذلك لأن مضاره أكثر من فوائده، فإن الدائنين إذا اشترطوا التضامن بينهم لا يكسبون من وراء ذلك إلا أن أي دائن منهم يستطيع المطالبة بكل الدين، كما يستطيع المدين أن يوفيه إياه كله، بالإضافة إلى أن الدائنين مهددون بخطر إعسار الدائن الذي قبض كل الدين[3].

وإن وجود التضامن الإيجابي يقع غالبا بناء على طلب المدين لييسر على نفسه وفاء الدين، أما في غير هذه الحالة فيصدف الدائنون عادة عن هذا النوع من التضامن لما يعرضهم له من خطر إعسار من قبض الدين منهم، ويؤثرون إذا دعت الضرورة ذلك، توكيل من يرجحهم ثقة ويسارا في قبض الدين، ومن الأمثلة القليلة النادرة التي يعطيها الشراح للتضامن الإيجابي الاتفاقي ما يسمى بالحساب المشترك Compte joint وهو عبارة عن فتح حساب إيداع نقود من أحد البنوك لمصلحة شخصين أو أكثر، فيكون لكل منهم حق إيداع المبالغ وسحبها منه، وهذا النوع من الحساب منتشر في البلاد الغربية بقصد التهرب من دفع ضريبة التركات[4].

ثانيا- مصادر التضامن الإيجابي (بين الدائنين)

تنص المادة 217 مدني جزائري على أن:« التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق صريح أو نص في القانون».

---

1 – عبد الرحمن أحمد جمعة الحلالشة، المختصر في شرح القانون المدني الأردني، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، دار وائل، الأردن، الطبعة الأولى 2010، ص 196.

2 – نفس المرجع، ص 197.

3 – السنهوري، المرجع السابق، ص 203، 204.

4 – أنور سلطان، المرجع السابق، ص 237، 238.

والواضح من خلال هذا النص أن التضامن لا يفترض la solidarité ne se présume pas وإن مصدر التضامن الإيجابي هو الاتفاق أو نص في القانون[1].

أ- القانون كمصدر للتضامن الإيجابي

أكد نص المادة 217 مدني جزائري على القانون كمصدر للتضامن بين الدائنين بالقول:« التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو **نص في القانون**».

وبناء عليه فالقانون أو التشريع قد يكون مصدرا للتضامن الإيجابي وهذا خلافا لما يقول به بعض الفقه بحيث يرى بعض الفقهاء أن مصدر التضامن هو واحد يتمثل في الاتفاق أي الإرادة، ولا يمكن تصور حالة للتضامن الإيجابي يكون مصدرها القانون، فالتضامن بين الدائنين لا يكون مصدره إلا بالاتفاق أو الوصية، أي الإرادة بوجه عام ولا يكون مصدره القانون[2].

ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 126 مدني جزائري على أنه:« إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض».

والملاحظ أن التضامن سواء كان بالاتفاق أو بنص في القانون، يجوز لصاحبه التنازل عنه ومن ثم يزول التضامن بالنسبة له فقط، مع بقائه بالنسبة للدائنين قائما وملزما[3].

ب- الاتفاق أو الإرادة كمصدر للتضامن الإيجابي

أكدته أيضا المادة 217 مدني جزائري بالقول:« التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء **على اتفاق** أو نص في القانون».

---

1 – ومثال ذلك ما قضى به المجلس الأعلى بقوله:" **لما كانت قواعد المسؤولية التقصيرية تسمح للدائن- عند تعدد طرفي الالتزام- مطالبة المدينين المتضامنين مجتمعين أو منفردين، فإنه لا يجوز للمدين المعارضة على الوفاء بكل الدين ما دام أن القانون قد خول له الحق في الرجوع على من شاركه في الضرر بقدر حصته في المسؤولية، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق قواعد المسؤولية عن العمل الشخصي غير سديد، ويستوجب الرفض**" قرار رقم 26320 مؤرخ في 1983/03/30، م ق 1989، العدد 04، ص 42. مشار إليه في مرجع حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 83.

2 – السنهوري، المرجع السابق، ص 22.

3 – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 436.

غالبا ما يكون مصدر التضامن الإيجابي بين الدائنين في المسائل المدنية، هو الاتفاق la convention أو الإرادة الواضحة بوجه عام، وذلك بصدور هذا الاتفاق عن إرادة صريحة وواضحة. وليس المقصود بذلك أن يكون بصريح العبارة، فقد تعبر عنه إرادة الأطراف ضمنا أي باتخاذ موقف قاطع الدلالة عن مقصوده دون شك، ويستخلص من الظروف والملابسات وطبيعة الالتزام[1].

ومثال التضامن الصادر عن الاتفاق أن يوصى شخص لأشخاص متعددين بمبلغ من النقود، مما يجعلهم متضامنين فيه بفعل أو تصرف ناشئ عن إرادة منفردة وهي إرادة الموصي، فمصدر التضامن هنا هو الوصية[2].

ومثال ذلك أيضا، أن يبيع ملاك على الشيوع العين المملوكة لهم ويشترطون على المشتري أن يكونوا متضامنين مجتمعين في حقهم من الثمن، فهنا تضامن إيجابي ناشئ عن العقد أي الاتفاق[3].

والجدير بالإشارة في هذا الصدد، أن التضامن الإيجابي بين الدائنين، يختلف عن الوكالة حين يوكل مجموعة من الدائنين شخصا من الغير لاستيفاء حقهم من المدين، وذلك لأنه في الوكالة يعمل الوكيل دائما لحساب الأصيل وباسمه (المادة 571 و575 م ج).

أما في حالة التضامن الإيجابي بين الدائنين، فإن الدائن المتضامن الذي يطالب بالحق يعمل لحسابه ولحساب باقي الدائنين المتضامنين في نفس الوقت (المادة 218 و220 م ج)[4].

أما بالنسبة للمسائل التجارية فإنه لا يفترض التضامن بين الدائنين، بل يجب اشتراطه بصفة واضحة وصريحة، والأصل في الالتزامات التجارية أن مصدر التضامن هو النص القانوني، أما الاستثناء فهو الاتفاق بين أطراف الالتزام التجاري.

ومثال التضامن في المعاملات التجارية، التضامن الذي يقوم بين الشركاء في شركة التضامن، وأيضا فيما بين الشركة والشركاء، وهو تضامن قانوني وليس مجرد تطبيق لقرينة التضامن بين المدينين المتعددين في الديون التجارية، ولقد أكدت على ذلك المادة 01/551

---

1 – نفس المرجع، ص 434.

2 – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 435.

3 – نفس المرجع، ص 435.

4 – نفس المرجع، ص 435.

من القانون التجاري بالقول:« للشركاء بالتضامن صفة التاجر وهم مسؤولون من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة»[1].

ثالثا- الآثار المترتبة على التضامن الإيجابي

إن دراسة هذه الآثار تقتضي منا دراسة أولا: آثار التضامن الإيجابي في العلاقة بين الدائنين والمدين. ثانيا: آثار التضامن الإيجابي في علاقة الدائنين فيما بينهم.

أولا- آثار التضامن الإيجابي في العلاقة بين الدائنين والمدين[2]

يحكم آثار التضامن في العلاقة بين الدائنين والمدين ثلاثة مبادئ هي: وحدة الدين وتعدد الروابط، والنيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر.

- المبدأ الأول: وحدة الدين

والمقصود بوحدة الدين أن حق الدائنين جميعا نحو المدين وحدة لا تقبل التجزئة أي أن هناك موضوعا واحد هو محل حق الدائنين المتضامنين جميعا ويترتب على ذلك النتائج التالية:

- إذا قام المدين بالوفاء لأي من الدائنين تبرأ ذمته نحو جميع الدائنين، الأمر الذي نصت عليه المادة 01/218 مدني جزائري بالقول« إذا كان التضامن بين الدائنين جاز للمدين الوفاء لأي منهم، ما لم يمانع أحدهم في ذلك». والملاحظ أن هذا الوفاء يشترط فيه عدم معارضة أحد الدائنين والمعارضة تكون بأي وسيلة فلا يشترط فيها شكل خاص وفي حالة وفاة أحد الدائنين لا يسري مبدأ وحدة الدين بالنسبة لورثة الدائن المتضامن، إذ يقسم الدين بينهم إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام. وهو ما تؤكده المادة 02/218 مدني جزائري بقولها:« غير أن التضامن لا يحول دون انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين، إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام»[3]. فلو فرضنا ثلاثة دائنين متضامنين توفي أحدهم عن وارثين متكافئين في الميراث، فلا

---

1 - فتحية يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية، وفقا للنصوص التشريعية والمراسيم التنفيذية الحديثة، دار الغرب، وهران الجزائر 2007، ص 90.

2 - أنظر في هذا الشأن محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 418 وما بعدها. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 436 وما بعدها. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 232 وما بعدها.

3 - **بقراءتنا لنص الفقرة الثانية من المادة 218 مدني جزائري نلاحظ أنه ورد خطأ في صياغتها باستعمال كلمة لا يجوز والصحيح هو لا يحول، والملاحظ أن النص الفرنسي لهذه الفقرة استعمل كلمة N'empêche pas وهي صحيحة، لذلك يجب إعادة النظر في هذه الصياغة باللغة العربية.**

يجوز لأي من الوارثين أن يطالب المدين بنصف الدين، ولا يجوز للمدين أن يوفي لواحد منهما بأكثر من النصف، أما الدائنان الآخران فلكل منهما المطالبة بوفاء الدين كله، ويكون وفاء المدين لأي منهما بكل الدين مبرئا لذمته بالنسبة للجميع[1].

- يجوز للمدين أن يوفي الدين كله لأي من الدائنين المتضامنين، ووفاؤه هذا يبرء ذمته في مواجهة سائر الدائنين، ولكن إذا اعترض أحد الدائنين وجب على المدين أن يوفي الالتزام للدائنين مجتمعين، أو يقوم بإيداع الشيء لحسابهم، فإن قام بالوفاء لأحدهم رغم الاعتراض فلا تبرأ ذمته قبل باقي الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذي تم الوفاء له، وتبقى وحدة الدين قائمة ما دام الدائن حيا، فإذا توفى انقسم الدين بين ورثته، ولا يكون لأي منهم أن يطالب إلا بحصته ما لم يكن الدين غير قابل للانقسام (المادة 218 م ج).

- للمدين الحق في أن يدفع مطالبة أحد الدائنين المتضامين بالوفاء بأوجه الدفع الخاص بهذا الدائن كالغش والإكراه الصادر منه، دون الدفوع الخاصة بغيره من الدائنين، وبالأوجه المشتركة بين جميع الدائنين، كالدفع ببطلان الالتزام لعدم مشروعية المحل أو السبب، أو القابلية للإبطال بسب نقص أهلية المدين بالالتزام أو تعيب رضائه.

- **المبدأ الثاني: تعدد الروابط**

المقصود بهذا المبدأ أن الروابط التي تربط المدين بكل من الدائنين المتضامنين تتعدد بقدر تعدد هؤلاء، فالمدين تربطه بكل دائن رابطة مستقلة ومختلفة عن تلك التي تربطه بالدائنين الآخرين[2]. و يترتب على هذا المبدأ النتائج التالية:

1- يجب الأخذ بالوصف الذي يلحق كل رابطة، ويكون من شأنه تعديل أثر الالتزام، كأن يكون الدين بالنسبة لأحد الدائنين مؤجلا أو معلقا على شرط، وفي هذه الحالة يمكن للمدين على أساس علاقته مع هذا الدائن وحده، الاحتجاج بهذا الوصف، ويلتزم الدائن المطالب بالتقيد بالوصف الذي يلحق علاقته بالمدين، وهذا ما تؤكده المادة219 مدني جزائري بالقول:« يجوز للدائنين المتضامنين مجتمعين أو منفردين، مطالبة المدين بالوفاء على أن يراعى في ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف».

---

1 – أنور العمروسي، التضامن والتضامم، والكفالة في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2003، ص 194، 195.

2 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 419.

كما أنه إذا كانت رابطة أحد الدائنين بالمدين مشوبة بعيب لا يشوب الروابط الأخرى، كالتدليس أو الإكراه، فلا يمكن للمدين أن يتمسك بهذا العيب في مواجهة هذا الدائن بالذات، دون غيره من الدائنين وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 219 مدني جزائري بالقول:« ولا يجوز للمدين إذا طالبه أحد الدائنين المتضامنين بالوفاء أن يعارضه بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين، ولكن يجوز له أن يعارض الدائن المطالب بأوجه الدفع الخاصة به، وبالتالي يشترك فيها جميع الدائنين».

2- تتمثل النتيجة الثانية في أن براءة ذمة المدين قبل أحد الدائنين بسبب غير الوفاء لا يبرئ ذمته قبل الدائنين الآخرين إلا في حدود حصة الدائن الذي برأت ذمة المدين قبله، وهذا تطبيقا لمبدأ تعدد الروابط.

ويتعلق الأمر في هذه الحالة ببراءة ذمة المدين عن طريق التجديد والمقاصة واتحاد الذمة والإبراء والتقادم، وهنا يقتصر أثر التضامن في العلاقة بين الدائنين والمدين على الحالة التي ينقضي فيها الدين عن طريق الوفاء، وهذا ما تنص عليه المادة 02/220 مدني جزائري بقولها:« إذا برئت ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامنين لسبب غير الوفاء، فلا تبرأ ذمته قبل الدائنين الآخرين إلا بقدر حصة الدائن التي برئت ذمته من أجله»[1].

- **النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر[2]**

بمقتضى هذا المبدأ أن كل دائن ينوب عن غيره من الدائنين فيما يعود عليهم بالنفع لا فيما يضرهم، وقد نصت المادة 02/220 مدني على ذلك بقولها:« لا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يقوم بعمل من شأنه الإضرار بالآخرين»، والقول بذلك يستند على اعتبار أن وكالة كل دائن متضامن عن سائر الدائنين المتضامنين إنما تقوم في كل عمل من شأنه أن ينفعهم، وهي لا تقوم في أي عمل من شأنه أن يضر بهم، وهذا جد معقول، فإن الدائنين المتضامنين إذا وكل كل منهم الآخر فإنما يوكله فيما ينفعه لا فيما يضره.

---

1 – يقول الأستاذ الدكتور علي علي سليمان رحمه الله في شأن هذه المادة: " وبصدد التضامن ورد النص بالمادة 220 بشأن التضامن الإيجابي بين الدائنين كمايلي:" إذا برئت ذمة الدائن قبل الدائنين..." **وهذا النص خاطئ في إيراد لفظ الدائن بدلا من لفظ المدين لأن الدائن لا تبرأ ذمته قبل دائن، وإنما الذي تبرأ ذمته هو المدين، فينبغي تصحيح هذا الخطأ الذي شوه معنى النص**". أنظر في هذا الشأن مرجع علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1992، ص 104.

2 – أنظر في ذلك محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 235. محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 420. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 443، 444. السنهوري، المرجع السابق، ص 22.

ويترتب على هذا المبدأ النتائج التالية

- **إبقاء النيابة فيما ينفع جميع الدائنين:** وعليه إذا قام أحد الدائنين بإعذار المدين استفاد من هذا الإعذار بقية الدائنين، وإذا طالب أحد الدائنين المدين بفوائد، أو إذا أقر المدين في مواجهة أحدهم استفادوا جميعا من ذلك، وإذا قام أحد الدائنين بعمل يقطع به التقادم استفاد منه بقية الدائنين.

- **استبعاد النيابة في الأعمال الضارة بالدائنين:** ويمكن استخلاص هذه الأعمال الضارة من أحكام التضامن السلبي، فإذا أعذر المدين أحد الدائنين المتضامنين، فإن هذا لا يسري في حق الباقين، لأن هذا عمل يضرهم (أنظر المادة 231 مدني جزائري)[1].

وكذلك إذا أبرم أحد الدائنين صلحا مع المدين يتضمن تنازل عن بعض حقه، فإن هذا الصلح لا يكون نافذا في حق الدائنين المتضامنين الآخرين.

والأمر كذلك إذا صدر حكم قضائي ضد أحد الدائنين المتضامنين لفائدة المدين، فإن الحكم لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة بقية الدائنين المتضامنين (أنظر المادة 233 مدني جزائري). وإن اجتماع صفة الدائن والمدين في شخص أحد الدائنين المتضامنين وفي شخص المدين (اتحاد الذمة) لا يسقط الدين إلا بالنظر إلى هذا الدائن وبقدر حصته فقط[2].

ثانيا- آثار التضامن الإيجابي في علاقة الدائنين فيما بينهم

نصت على ذلك المادة 221 مدني جزائري بقولها:« كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامين من الدين، يصير ملكا لجميع الدائنين وتقسم بينهم حسب حصصهم، وتكون القسمة بينهم بالتساوي ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك».

ويتضح من هذا النص أن التضامن ووحدة الدين لا تكون إلا في العلاقة بين الدائنين المتضامنين والمدين، أما في علاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم، فإن الدين ينقسم بنسبة نصيب كل دائن، والأصل في انقسام الدين بين الدائنين المتضامنين أن يكون ذلك بالتساوي ما لم يكن هناك نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك[3].

---

1 – خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 168.

2 – أنظر في هذا الشأن، محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 420، 421. خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 168، 169.

3 – حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 273.

الفرع الثاني

التضامن السلبي (التضامن بين المدينين) la solidarité passive ou entre débiteurs

أولا- المقصود بالتضامن السلبي

يقصد بالتضامن السلبي تعدد المدينين في الرابطة القانونية، مما يمنح للدائن أن يطالب أي من المدينين المتضامنين بكل الدين، ويكون للمدين الموفي بعد ذلك الحق في الرجوع على سائر المدينين كل بنسبة حصته في هذا الدين[1].

وهو الأكثر وقوعا من الناحية العملية، ويكتسي التضامن السلبي بين المدينين أهمية عملية لأنه يمنح الدائن إئتمانا أكبر من الائتمان الذي تسمح به الوسائل الأخرى للضمان الشخصي كالكفالة على سبيل المثال، فإذا كانت القاعدة العامة أنه لا يجوز للدائن مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين، وأنه لا يستطيع التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يكون قد جرد المدين من أمواله، فإن التضامن بين المدين والكفيل الشخصي يسمح بمطالبة أي من المتضامنين دون أن يستطيع الكفيل أن يدفع بتجريد المدين[2].

ثانيا- مصادر التضامن السلبي[3]

أ- **الاتفاق:** الاتفاق على تضامن المدينين لا يفترض ويقع بناء على الاتفاق بين المدينين بكثرة، وذلك عندما يلتزم المدينون جميعا بدين واحد، ويشترط عليهم الدائن تضامنهم جميعا، ويجوز أن يكون هذا الاتفاق أثناء إبرام العقد أي في ذاته الذي أنشأ الدين، ويجوز أن يكون بعد ذلك أي لاحق للعقد، فإذا باع شخص داره إلى ثلاثة، جاز له أن يشترط في عقد البيع ذاته تضامن المشترين الثلاثة في الوفاء بالثمن، كما يجوز له أن يتفق معهم على هذا التضامن في عقد منفصل تال لعقد البيع[4]. وسواء

---

1 -نفس المرجع، ص 275.

2 – نفس المرجع، ص 275. محمد حسنين، المرجع السابق، ص 320، 321.

3 – أنظر في هذا السنهوري، المرجع السابق، ص 262. محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 206 وماي ليها، حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 275، 276. محمد حسنين، المرجع السابق، ص 321.

4 – **ويصح أن يكون مصدر التضامن هو الوصية، وهي إرادة منفردة لا اتفاق – فيوصي المورث بمبلغ من النقود لشخص، ويجعل الورثة متضامنين في أدائه للموصي، وهذا ظاهر في القانون الفرنسي (بودري وبارد 02 فقرة 1172- بلانيول- وبيير وجابولد 07 فقرة 1065)، أما في مصر (وأيضا في الجزائر) فالتركة طبقا للشريعة الإسلامية،**

كان الاتفاق على التضامن واقعا في العقد الذي أنشأ الدين أو كان تاليا له، فإنه لا يجوز افتراض وجود التضامن دون الاتفاق على ذلك اتفاق واضحا لا شك فيه، كما هي الحال في التضامن بين الدائنين[1].

والاتفاق على التضامن ليس بالضرورة أن يكون بلفظ "التضامن" بل يكفي أن تستعمل عبارة تفيد هذا المعنى كأن يشترط الدائن على المدينين أن يكون كل واحد منهم مسؤولا أمامه عن كل الدين، أو أن له الرجوع على أي منهم بكل الدين، أو أن جميع المدينين متكافلون في الدين جميعه على وجه التساوي، أو نحو ذلك من العبارات التي لا تدع شكا في أنه قصد الاتفاق معهم على وجه التضامن[2].

وقد يكون الاتفاق على التضامن ضمنيا عن طريق إدراج شرط ضمني والشرط الضمني غير الشرط المفترض، فالتضامن لا يجوز أن يقوم على شرط مفترض، ولكن يجوز أن يقوم على شرط ضمني[3] .

ب – القانون[4]: وقد يكون كذلك القانون مصدرا للتضامن السلبي، إلا أن النصوص التي ترد بشأن التضامن غير قابلة للقياس عليها فهي وردت على سبيل الحصر، ومثال ذلك ما نص عليه المشرع كتضامن قانوني سلبي ما ورد في المادة 554 مدني جزائري على أنه: « يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى...»، ونص المادة 126 مدني جزائري على أنه:« إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض». ومثال ذلك أيضا نص المادة 02/551 من القانون التجاري الجزائري الذي ورد فيه:« للشركاء بالتضامن صفة التاجر وهم مسؤولون من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة».

مسؤولة عن الوصية، إذ الوصية مقدمة على الميراث، فسواء اشترط الموصي تضامن الورثة في أداء الوصية أو لم يشترط، فإن الموصى له يأخذ الوصية كاملة من التركة قبل الورثة ما دامت لا تخرج عن الثلث. أنظر في هذا الشأن السنهوري، الهامش 01، ص 262.

1 – نفس المرجع، ص 262.

2 – السنهوري، المرجع السابق، ص 263.

3 – نفس المرجع، ص 263.

4 – أنظر في هذا الشأن حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 420، 421.

ثالثا- الآثار المترتبة على التضامن السلبي

أ - آثار التضامن السلبي في علاقة الدائن بالمدينين

تحكم هذه الآثار المبادئ الثلاثة التي سبق ذكرها في التضامن الإيجابي، وهي وحدة الدين، وتعدد الروابط، والنيابة التبادلية فيما ينفع ولا فيما يضر، وسنتطرق لهذه المبادئ على التوالي:

1- **المبدأ الأول: وحدة الدين:** يقصد بوحدة الدين أن هناك موضوعا واحدا لالتزام المدينين المتضامين جميعا، وأن كلا منهم ملزم بكل الدين، أي أن حق الدائن قبل هؤلاء يعتبر وحدة لا تقبل التجزئة[1]. ويترتب على تطبيق هذا المبدأ النتائج التالية[2]:

- يستطيع الدائن مطالبة أي مدين يختاره بأداء الدين منفردا، كما يمكنه مطالبة المدينين مجتمعين، فإذا تم الوفاء من أحد المدينين المتضامنين بالدين برئت ذمة الباقين، وإذا وفى بجزء من الدين، فلا يستطيع الدائن مطالبة بقية المدينين إلا بما بقي من الدين (المادة 222 مدني جزائري والمادة 02/223 مدني جزائري).
- طبقا لنص المادة 2/223 مدني يستطيع المدين التمسك في مواجهة الدائن الذي يطالبه بوفاء الدين بكل الدفوع المشتركة بين المدينين جميعا، كالدفع بالبطلان لعدم مشروعية المحل، أو عدم مشروعية السبب، هذا بالإضافة إلى حقه في التمسك بالدفوع الخاصة به، أما أوجه الخاصة بغيره من المدينين فلا يمكنه التمسك بها.

2- **المبدأ الثاني: تعدد الروابط**[3]: المقصود بهذا المبدأ أن الروابط التي تربط الدائن بكل من المدينين المتضامنين هي متعددة ومتميزة ومستقلة إحداها على الأخرى، ومقتضي ذلك أن كل مدين تربطه بالدائن رابطة مستقلة ومتميزة عن الروابط التي تربط المدينين المتضامنين الآخرين بهذا الدائن، ويترتب على ذلك النتائج التالية:

- إذا كانت رابطة أحد المدينين بسيطة ومنجزة، ورابطة أخرى موصوفة معلقة مثلا على شرط واقف أو مضافة إلى أجل واقف، فلا يستطيع الدائن أن يطالب مدين لم يحل التزامه أي أن نفاذ التزامه معلق على شرط أو أجل، إلا إذا تحقق الشرط أو حل الأجل.

---

1 - محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 423.

2 - نفس المرجع، ص 423.

3 - أنظر في ذلك بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 456 وما يليها.

ولكن يجوز له مطالبة غيره من المدينين المتضامنين بكل الدين في الحال وهذا ما نصت عليه المادة 01/223 مدني جزائري:«... على أن يراعي في ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف».

وعليه وجب على الدائن أن يراعي في مطالبته للمدينين المتضامنين ما يلحق كل رابطة على حدة من وصف يعدل من أثر الدين، ذلك أنه يجوز للمدين أن يتمسك في مواجهته بالأجل إذا كان التزامه مؤجلا، أو بالشرط إذا كان معلقا على شرط واقف، ولا يجوز ذلك للمدينين المتضامنين الآخرين التمسك بهذا الوصف، إذا كان التزامهم حالا ومنجزا[1].

- إذا كانت رابطة أحد المدينين بالدائن معيبة بعيب من العيوب، كغلط أو تدليس أو إكراه، فعندئذ يحق لهذا المدين وحده دون سواه أن يتمسك بهذا العيب من أجل إبطال العقد في علاقته مع الدائن. ويظل سائر المدينين الآخرين ملزمين بالعقد[2]. ولقد أكدت على ذلك المادة 223 مدني جزائري بقولها:« ولا يجوز للمدين إذا طالبه أحد الدائنين بالوفاء أن يعارض بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الديون، ولكن يجوز له أن يعارض بأوجه الدفع الخاصة به والتي يشترك فيها جميع المدينين».
- وقد ينقضي الدين بالنسبة لأحد المتضامين فقط، وعندئذ لا تبرأ ذمة بقية المدينين إلا بمقدار نصيب هذا المدين فقط. والأسباب التي تؤدي لانقضاء الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين هي: التجديد والمقاصة، واتحاد الذمة والإبراء، والتقادم، وبالتالي إذا سقط الدين بالنسبة لأحد المدينين بالمقاصة أو الإبراء أو التقادم أو اتحاد الذمة، فإن هذا لا يستفيد منه المدينين الآخرين (أنظر المادة 225 و226 و2278 و230 مدني جزائري)[3].

3- المبدأ الثالث: النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر: المقصود بهذا المبدأ أن كل مدين متضامن يعتبر نائبا عن بقية المدينين، وهذه النيابة قاصرة على ما ينفع لا فيما يضر، ويترتب على ذلك ما يلي[4]:

---

1 -بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 466.

2 - محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 423، 424.

3 - خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 175.

4 - أنظر في ذلك محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 426 وما يليها. خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 175 وما يليها.

- **إبقاء النيابة فيما ينفع المدينين:** المقصود بذلك أن النيابة تصح في جميع الأحوال التي يترتب فيها على عمل أحد المدينين المتضامنين إبراء ذمة الباقين من الدين، كأن يوفي بالدين كله، أو يجري المقاصة على دين له في ذمة الدائن مقابل مجموع الدين، أو أن يتحمل وحده الالتزام بالتجديد بدلا من سائر المدينين أو أن ينال إسقاط مجموع الدين (الإبراء)، أو أن يحلف اليمين عند الاقتضاء على عدم وجوب دين ما.
- **استبعاد النيابة فيما يضر المدينين:** والمقصود بذلك أن النيابة لا تسري في جميع الأحوال إذا كان محلها عملا يضر بقية المدينين. ولا يحتج بها في مواجهتهم، ويترتب على ذلك: – أنه إذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقي المدينين (المادة 230 مدني جزائري).
- إذا وجه أحد المدينين المتضامنين إعذارا إلى الدائن فإن جميع المدينين يستفيدون منه، أما الإعذار الموجه من الدائن إلى أحد المدينين فلا يسري إلا في حق المدين الذي وجه إليه الإعذار دون الآخرين لأن كل مدين مسؤول عن عمله فقط (المادة 231 مدني جزائري).
- إذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين، فلا يسري هذا الإقرار بحق باقي المدينين المتضامنين (المادة 232 مدني جزائري).
- إذا صدر حكم ضد أحد المدينين فلا يكون لهذا الحكم حجية على المدينين الآخرين، لكن لو صدر الحكم لصالح أحد المدينين فإن جميع المدينين الآخرين يستفيدون منه إلا إذا كان مبنيا على سبب يتعلق بشخص المدين الذي حصل على الحكم (المادة 233 مدني جزائري).

ب– آثار التضامن السلبي في علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم

إذا كان الأصل هو التزام كل مدين من المدينين المتضامنين بكل الدين في علاقته بالدائن، إلا أنه فيما بين المدينين المتضامنين أنفسهم فإن الدين ينقسم، بمعنى أن الموفي من المدينين له حق الرجوع على باقي المدينين كل بنسبة حصته. وإذا تصادف في رجوع المدين الموفي على أحد المدينين أن وجده معسرا، فإنه لا يتحمل وحده تبعة هذا الإعسار

بل يشاركه فيه باقي المدينين كل بنسبة حصته في الدين، وكذلك الحال لو قضى أحد المدينين الدين كله بطريقة معادلة للوفاء- كالمقاصة أو التجديد-[1].

وبناء على ذلك فإن علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم تحكمها قاعدتان[2]: **الأولى:** هي انقسام الديم فيما بينهم، **الثانية:** هي رجوع المدين الموفي على سائر المدينين.

أ - **القاعدة الأولى:** ينقسم الدين بين المدينين المتضامنين فيما بينهم فلا يلتزم أحدهم إلا بحصته عن الدين، والأصل أنها حصص متعادلة إلا إذا اتفق على غير ذلك (المادة 234 مدني جزائري) أو كانت مصالحهم غير متعادلة، فتكون متناسبة مع هذه المصالح وإذا وجد بين المدينين المتضامنين معسر فإن حصته توزع على الباقين توزيعا نسبيا (المادة 235 مدني جزائري).

ب - القاعدة الثانية: رجوع المدين الموفي على شركائه في الدين بما يجاوز حصته منه فيطالب كلا منهم بنصيبه من الدين إلا إذا وجد بينهم معسر فإن حصته توزع على الجميع بما فيهم من قام بالوفاء توزيعا نسبيا (المادة 234 مدني جزائري).

و يتم رجوع المدين على المدينين المتضامنين بأحد الدعويين التاليتين:

1-الدعوى الشخصية: وتقوم على أساس أن المدين أوفى بأكثر من قيمة حصته عن المدينين المتضامنين الآخرين، فينشأ للمدين في مواجهة المدينين المتضامنين الآخرين حق شخصي، ويرفع هذه الدعوى باعتباره وكيلا أو فضوليا، ويرجع المدين الذي وفى بالدين على شركائه بدعوى الوكالة إذا كان العقد هو مصدر التضامن، و يرجع بدعوى الفضالة إذا كان التضامن مصدره القانون وهاتان الدعويان شخصيتان.

2- دعوى الحلول: وهي الدعوى التي يحل فيها المدين الموفى بالدين محل الدائن الموفى له، وللمدين أن يختار بين الدعوى الشخصية ودعوى الحلول في الرجوع على المدينين الآخرين وفقا لمصلحته، بحيث لا يجوز الجمع بين الدعويين، واستعمال المدين المتضامن لدعوى الحلول تحكمه المادة 324 مدني جزائري.

---

1 - عبد القادر الفار، بشار عدنان ملكاوي، المرجع السابق، ص 198.

2 - محمد حسنين، المرجع السابق، ص 324، 325. خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 177، 178.

رابعا- انقضاء التضامن السلبي[1]

ينقضي التضامن السلبي بين المدينين بالإبراء منه، وذلك بأن يسقط الدائن التضامن القائم بين المدينين المتضامنين، فالتضامن قد قرر لمصلحته، وبالتالي يجوز له النزول عنه والنزول قد يكون شاملا لجميع المدينين أو يقتصر على أحد المدينين دون الآخرين، وعليه وجب التمييز بين حالتين:

- **الحالة الأولى:** إذا شمل النزول عن التضامن كل المدينين المتضامنين بدون استثناء، فإن الالتزام بالدين يوزع على المدينين كل بقدر حصته، وبالتالي لا يكون للدائن الحق في أن يطالب كل مدين إلا بقدر حصته بالدين فقط.
- **الحالة الثانية:** إذا كان النزول عن التضامن خاصا بمدين واحد فقط دون الآخرين فإن للدائن الحق في مطالبة المدينين الآخرين على وجه التضامن، ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك (المادة 238 مدني جزائري).

وبالتالي فإذا كان الإبراء عاما تحول الالتزام إلى التزام متعدد الأطراف، أما إذا كان خاصا فإنه لا يجوز للدائن أن يطالب من أبرأه من التضامن إلا بحصته من الدين، بينما يظل له الحق في مقاضاة باقي المدينين بكل الدين على وجه التضامن فيما بينهم ما لم يكن قد حصل على وفاء جزئي (راجع وحدة الدين) مع ملاحظة أن إبراء أحد المدينين عن التضامن لا يعفيه من تحمل نصيبه في حصة المعسر (المادة 228 و229 مدني جزائري)[2].

خامسا- التمييز بين الالتزام التضامني السلبي والالتزام التضاممي أو المسؤولية المجتمعة[3]

نكون أمام التزام تضاممي obligation in solidum في الأحوال التي يوجد فيها مدينان أو أكثر مسؤولون عن دين واحد لأسباب مختلفة دون تضامن بينهم، وهذه هي المسؤولية المجتمعة.

---

1 – أنظر خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 179، محمد حسنين، المرجع السابق، ص 325.

2 – محمد حسنين، المرجع السابق، ص 325.

3 – أنظر في ذلك السنهوري، المرجع السابق، ص 286 وما يليها، محمد شريف عبد الرحمن أحمد بن عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 232 وما يليها. محمد حسنين، المرجع السابق، ص 325، 326. أنور العمروسي، المرجع السابق، ص188 وما يليها. نبيل إبراهيم سعد، التضامن ومبدأ عدم افتراض التضامن- فكرة الالتزام التضامني، نطاق تطبيق الالتزام التضامني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2007، ص 11 وما يليها.

مثال ذلك عامل أخل بتعهده مع رب العمل فترك عمله ليعمل لدى رب عمل آخر وكان ذلك بتحريض من هذا الأخير فيكون العامل ورب العمل المحرض مسؤولين عن تعويض الضرر: الأول على أساس الخطأ التعاقدي، والثاني على أساس الخطأ التقصيري، وحينئذ لا تنطبق أحكام التضامن فلا توجد نيابة تبادلية بين المسؤولين مسؤولية مجتمعة، لذلك كان الفقه الفرنسي يسمي هذه الحالة بالتضامن الناقص[1].

ومثال ذلك أيضا التزام عدة كفلاء بكفالة دين واحد بعقود وكفالة متوالية فيكون لدينا عدة كفلاء ملتزمين بنفس الدين بعقود كفالة مختلفة وهذه حالة تضامم بين الكفلاء (المادة 02/664 مدني جزائري).

والذي يميز الالتزام التضاممي عن الالتزام التضامني أن المدينين المتضامين في الالتزام الأول لا تجمعهم وحدة المصلحة المشتركة كما تجمع المدينين المتضامنين في الالتزام الثاني ذلك أن التضامن يقتضي كما قدمنا وحدة المصدر، ووحدة المصدر هي التي تفترض وجود المصلحة المشتركة بين المدينين المتضامنين، أما في الالتزام التضاممي فالمصدر متعدد فلا محل إذن لافتراض وجود مصلحة مشتركة بين المدينين المتضامنين[2].

وبالتالي نقول أن في الالتزام التضامني نجده يتميز بوحدة المحل المستحق في الوقت الذي تتعدد فيه الروابط بينما على العكس في ذلك في الالتزام التضاممي، حيث أنه لا يوجد تعدد في الروابط فحسب، بل أيضا تعدد في المحل فالتزامات المدينين تبقى مستقلة بعضها عن البعض، وكل رابطة يقابلها محلا، وكل مدين يعتبر مسؤولا مسؤولية شخصية عن مبلغ التعويض المستحق عن الضرر الذي تسبب فيه[3].

وبناء على ذلك نجد أن التضامن قد تدخل على سبيل الضمان، وذلك ليزيل العقبات الناشئة عن تقسيم الدين، وليضع المدينين على قدم المساواة في مواجهة الدائن، ولكن كل هذا لا ينبغي أن ينسينا أن هناك شيئا واحدا مستحقا، وعلى العكس من ذلك الالتزام التضاممي فإنه ينشأ عن طبيعة الأشياء ذاتها، فكل منهم مسؤول عن خطئه، وأن هناك تعددا في المحل بقدر تعدد الأخطاء المرتكبة[4].

---

1 – محمد حسنين، المرجع السابق، ص 325.

2 – السنهوري، المرجع السابق، ص 287 وما يليها.

3 – نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 15، 16.

4 – نفس المرجع ، ص 16.

وبذلك فالالتزام التضاممي هو ذلك الموجب الذي يترتب على عدة أشخاص في حقل المسؤولية الجرمية أو التقصيرية بوجه التضامن والتكامل دون أن يفترض قيام وكالة ضمنية بينهم، وقد استحدث القضاء في فرنسا هذا الموجب وقد يعطي لضحيته حادث تعويض عن الضرر بمقاضاته أحد المسؤولين عن الحادث[1].

ويتميز التضامن عن التضامم من حيث الآثار، وهنا تبدو الفروق أكثر وضوحا، حيث أنها تنصب على الأثر المنهي من ناحية ومن ناحية أخرى على مسألة الرجوع فيما بين المدينين[2].

فالآثار التي تترتب على التضامم فتقتصر على ما تقتضيه طبيعة الموقف، إذ كل المدينين مدين بنفس الدين وبكل الدين. فيترتب على ذلك بداهة أن الدائن يستطيع أن يطالب أي مدين منهم بكل الدين، وإذا هو استوفاه من أحدهم برئت ذمة الآخرين، كذلك يستطيع أي مدين أن يوفي الدائن كل الدين فتبرأ بذلك ذمة الآخرين، أما فيما يتعلق برجوع المدينين المتضامين بعضهم على بعض، فهذا يتوقف على ما بينهم من علاقة فالكفلاء الذين كفلوا مدينا واحدا بعقود متوالية، إذا وفى أحدهم الدين كله للدائن برئت ذمة الكفلاء الآخرين من هذا الدين نحو الدائن، ولكن يجوز للكفيل الذي دفع الدين أن يرجع بدعوى الحلول عليهم ليطالب كلا فيهم بحصته في الدين، كما يجوز له أن يرجع بكل الدين على المدين الأصلي، أما إذا وفى المدين الدين لدائنه فإنه لا يرجع على أحد من الكفلاء لأنه إنما دفع دين نفسه[3].

أما بالنسبة للآثار المترتبة على التضامن في الالتزام، حيث يفترض وجود المصلحة المشتركة ما بين المدينين المتضامنين، أبعد مدى من ذلك فإن أي مدين متضامن يمكن مطالبته بكل الدين، وإذا وفاه برئت ذمة الآخرين، ويكون له في الغالب حق الرجوع عليهم كل بقدر نصيبه، ولا يقتصر الأمر على ذلك إذ أن هناك مصلحة مشتركة ما بين المدينين المتضامنين كما قدمنا، وهذه المصلحة هي التي تبرر مبدأ أساسيا في التضامن يقضي بأن

---

1 – أحمد زكي بدوي، معجم المصطلحات القانونية، سنة 1989، ص 171. أشار إليه محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 233.

2 – نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 16 وما يليها.

3 –السنهوري، المرجع السابق، ص 287، 288.

كل مدين متضامن يمثل الأخرين فيما ينفعهم لا فيما يضرهم، ولولا وجود هذه المصلحة المشتركة لما كان هناك محل لتمثيل المدينين الآخرين لا فيما يضر ولا فيما ينفع[1].

ومن أجل ذلك لا يقوم هذا التمثيل في الالتزام التضاممي حتى فيما ينفع إذ لا توجد مصلحة مشتركة ما بين المدينين المتضامين، فإذا أعذر أحد الكفلاء المتوالين الدائن، لم يكن الدائن معذرا بالنسبة إلى الكفلاء الآخرين، وإذا صدر حكم لمصلحة أحد هؤلاء الكفلاء لم يستفد منه الباقون[2].

وفي النهاية نقول أن قطع التقادم بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين ينتج أثره في مواجهة الجميع، بينما قطع التقادم في مواجهة أحد المدينين المتضامين لا ينتج أثره في مواجهة الآخرين[3].

المطلب الثالث

عدم قابلية الالتزام للانقسام أو التجزئة (الالتزام غير قابل للانقسام) l'indivisibilité (obligation indivisible)

نظمه المشرع في المواد من 236 إلى 238 من القانون المدني الجزائري، والالتزام القابل للانقسام هو الذي يقبل محله الانقسام والتجزئة، ولا تظهر أهمية ذلك إلا حيث يتعدد أحد طرفي الالتزام أو كلاهما، وإذا تعدد طرفا الالتزام وكان محله قابلا للقسمة كمبلغ من النقود فإنه ينقسم بين الدائنين وبين المدينين، أي أنه إذا كان هناك دائنون متعددون فلا يكون لكل منهم إلا المطالبة بحصته من الحق وإذا كان هناك مدينون متعددون فلا يكون كل منهم ملزما إلا بحصته من الدين. والأصل أن الالتزام ينقسم بين الدائنين المتعديين والمدينين المتعددين، إلا أنه في بعض الأحوال يكون الالتزام غير قابل للانقسام فيجب عندئذ الوفاء به جملة واحدة كأن يشتري كتابا من شخصين، فالبائعين ملزمين بتسليم المبيع، فلك أن تطلب من أحدهما تسليمه ولا يعقل أن يقوم كل منهما بتسليم حصته لأنه غير قابل للتجزئة[4].

---

1 – السنهوري، المرجع السابق، ص 288.

2 – نفس المرجع، ص 288.

3 – نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 17.

4 – محمد حسنين، المرجع السابق، ص 326، 327. عبد الرحمن أحمد جمعة الحلالشة، المرجع السابق، ص 243.

ولدراسة ذلك سنتطرق إلى أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام في الفرع الأول. والآثار المترتبة على عدم قابلية الالتزام في الفرع الثاني. أوجه التفرقة بين التضامن وعدم القابلية للانقسام في الفرع الثالث.

الفرع الأول
أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام[1]

تتمثل هذه الأسباب في ثلاثة أسباب هي: طبيعة الالتزام أو الاتفاق أو نص في القانون.

أولا- عدم قابلية الالتزام للانقسام بسب طبيعة محل الالتزام

نصت عليه المادة 2/236 مدني جزائري بالقول:« لا يقبل الالتزام الانقسام: إذا ورد على محل لا يقبل الانقسام بطبيعته».

ويكون الالتزام غير قابل للانقسام إذا كان محله لا يقبل بطبيعته الانقسام أو التجزئة بصورة مطلقة أو نسبية، فإذا كان محل الالتزام شيئا أو عملا غير قابل للتجزئة ماديا أو معنويا، كان الالتزام غير قابل للتجزئة. كما في الالتزام بتسليم بقرة أو لو كان لا يتصور فيه الانقسام كما في الالتزام بتقرير حق ارتفاق أو بالامتناع عن المنافسة. ولتوضيح ذلك نميز بين حالتين: الحالة التي يكون فيها محل الالتزام بإعطاء شيء والحالة التي يكون فيها الالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل.

أ-حالة الالتزام بإعطاء شيء: أي بنقل حق عيني أو إنشائه، فإذا باع ثلاثة أشخاص سيارة مملوكة لهم لمشتري، جاز لهذا الأخير أن يطالب كلا منهم بتسليم السيارة محل الالتزام كاملة باعتباره التزام لا يقبل بطبيعته الانقسام أو التجزئة.

ب-حالة الالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل: غالبا ما يكون الالتزام في هذه الحالة غير قابل للانقسام أو التجزئة بصورة مطلقة، كالتزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق، والالتزام بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة والتزام الطبيب بإجراء عملية جراحية والتزام

1 - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 253، 254، أنور سلطان، المرجع السابق، ص 265، 266، 267. محمد حسنين، المرجع السابق، ص 327. خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 180ن 181. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 476 وما يليها.

المقاول بإنجاز بناء معين، والالتزام بالامتناع عن عمل معين (كالتزام الجار بعدم الإضرار بجاره، والتزام البائعون لمحل تجاري بعدم منافسة المشتري بصفة غير مشروعة، أو بالتزامهم بعدم فتح محل آخر منافسا...)[1].

فمثل هذه الالتزامات هي غير قابلة للانقسام أو التجزئة بسبب طبيعتها، Sa nature لأنه لا يكمن الوفاء بها إلا دفعة واحدة أي بكاملها، وهذا النوع لا تظهر أهميته إلا عند تعدد طرفا الالتزام أو أحدهما، فيصبح محل الالتزام غير قابل للانقسام على الدائنين ولا على المدينين (المادة 237 و238 مدني جزائري).

ثانيا- عدم قابلية الالتزام للانقسام بسبب الاتفاق

فقد يرجع أساس عدم قابلية الالتزام للانقسام إلى الاتفاق حتى ولو كانت طبيعة الالتزام تقبل الانقسام، وقد يكون الاتفاق صريحا أو ضمنيا، فلم يحدد المشرع شكلا معينا للاتفاق على عدم قابلية الالتزام للانقسام، والاتفاق الضمني على عدم الانقسام يستخلص من ظروف الواقع، كما لو اشترى شخص قطعة أرض من عدة أشخاص ملاك بناء لغاية معينة معروفة من الطرفين، ففي هذه الحالة لا يصح تجزئة تسليم الأرض إلى المشتري لأن التجزئة لا تف بالغرض الذي قصده المتعاقدان، ومن ثم يجب الوفاء بالالتزام كاملا من البائعين على السواء[2].

ثالثا- عدم قابلية الالتزام للانقسام بسبب نص في القانون l'indivisibilité de plein droit

مثال ذلك حق الشفعة لا يجوز استعماله أو إسقاطه إلا في كامل العقار المشفوع فيه إذ ينص القانون على وجوب إيداع ثمن البيع والمصاريف في خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة وإلا سقط الحق في الشفعة (المادة 801 مدني جزائري)[3]. فليس للشفيع أن يأخذ بعض العقار جبرا على المشتري، وترك للبعض الآخر إلا إذا تعدد المشترون واتحد البائع فللشفيع عندئذ أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي (المادة 804 مدني جزائري)[4].

---

1 - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 478.

2 - خليل حسن قدادة، المرجع السابق، ص 181.

3 - محمد حسنين، المرجع السابق، ص 327.

4 - بلحاج العربي المرجع السابق، ص 477.

الفرع الثاني

الآثار المترتبة على عدم قابلية الالتزام للانقسام[1]

يتمثل الأثر الجوهري للالتزام غير القابل للانقسام في إلزامية الوفاء بالدين كله أي كاملا ، فلا يجوز الوفاء الجزئي بالالتزام غير قابل للتجزئة، ولدراسة هذه الأثر يجب التفرقة بين تعدد المدينين وتعدد الدائنين.

أولا- حالة تعدد المدينين

في هذه الحالة يمكن للدائن إلزام كل منهم بوفاء الدين كله، على أن يكون لمن وفى بالدين الرجوع على سائر المدينين، ويكون الرجوع على كل بحسب حصته ما لم يتبين من الظروف غير ذلك، كما هو الشأن في التضامن السلبي (المادة 237 مدني جزائري).

وتسري قاعدة انقسام الدين بين ورثة المدين، فيطالب الدائن أيا من ورثة المتوفي بكل الدين وهو في هذا يختلف عن التضامن حيث يتجزأ الدين التضامني بين ورثة المدين.

ثانيا- حالة تعدد الدائنين

لكل من هؤلاء المطالبة بالدين كله كما في التضامن الإيجابي، فإذا اعترض أحد الدائنين كان المدين ملزما بأداء الدين للدائنين مجتمعين أو إيداع الشيء محل الالتزام، ويرجع الدائنون على الدائن الذي استوفى الالتزام كل بقدر حصته (المادة 238 مدني جزائري).

الفرع الثالث

أوجه التفرقة بين عدم قابلية الالتزام للانقسام والتضامن[2]

تتمثل هذه الأوجه في الآتي:

1-النيابة التبادلية قائمة في التضامن ولا تقوم في عدم القابلية للانقسام.

2-أنه إذا توفي الدائن عن عدة ورثة وكان الدين غير قابل للانقسام كان لكل من هؤلاء الورثة مطالبة المدين بأداء كامل الالتزام، على حين لا يحول التضامن دون انقسام الالتزام بين ورثة الدائن المتضامن، فالالتزام التضامني قد ينقسم بين الورثة أما الالتزام غير القابل للانقسام فلا ينقسم بينهم لأن محله لا يقبل القسمة.

---

1 – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 481 وما يليها، محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 432، 433.

2 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 433. محمد حسنين، المرجع السابق، ص 329.

3- إن عدم القابلية للانقسام يقتصر على ذات المحل الذي ينصب عليه التنفيذ العيني للالتزام، فإن تحول الالتزام غير المنقسم إلى التزام بالتعويض أصبح منقسما، وكان على الدائن أن يرجع على كل من المدينين به بحصته في التعويض، أما المدينون المتضامنون فيظل كل منهم على عكس ذلك ملزما بأداء كامل للدائن، ولو استحال الدين إلى تعويض نقدي بمعنى أنه إذا تحول الالتزام غير القابل للانقسام إلى تعويض تعدى فإنه ينقسم إذ يصبح بذلك قابلا للانقسام، أما إذا تحول الالتزام التضامني إلى تعويض نقدي فإنه لا ينقسم.

4- في التضامن إذا انقضى الدين بسبب غير الوفاء فإن المدينين أو الدائنين الآخرين لا يستفيدون أو يضارون إلا بقدر حصة المدين أو الدائن الذي قام به سبب الانقضاء، أما في حالة عدم القابلية للانقسام فنفرق بين حالة تعدد المدينين وحالة تعدد الدائنين: ففي الحالة الأولى يستفيد كل المدينين من انقضاء الدين وفي الحالة الثانية لا يستفيد المدين من انقضاء الدين بالنسبة لأحد الدائنين أو بعضهم إلا بما يعادل حصة الدائن الذي قام به سبب الانقضاء[1].

5- في قطع التقادم أو وقفه: إذا انقطع التقادم أو وقف بالنسبة إلى أحد المدينين فإن كون المحل غير قابل للتجزئة يقتضي أن ينقطع التقادم أو يقف بالنسبة للمدينين الآخرين[2].

1 - محمد حسنين، المرجع السابق، ص 329.

2 - محمد حسنين، المرجع السابق، ص 329.

الفصل الرابع

انتقـــــــال الالتـــــــــزام la transmission de l'obligation

يقصد بانتقال الالتزام هو حلول دائن جديد محل الدائن السابق في نفس الحق أو حلول مدين جديد محل المدين السابق في نفس الدين، وقد يحدث الانتقال بسبب الموت وهذا هو الإرث والوصية، كما أنه قد يحدث بين الأحياء وهذا هو حوالة الحق وحوالة الدين[1]. ويخضع الانتقال بسبب الوفاة لقواعد الإرث والوصية وهي تخرج عن نطاق دراستنا التي ستتناول حوالة الحق وحوالة الدين.

ولقد نظم المشرع الجزائري أحكام انتقال الالتزام في الباب الرابع من الكتاب الثاني في إطار المواد من 239 إلى 259 من القانون المدني، فنظم حوالة الحق من المادة 239 إلى 250 مدني ونظم حوالة الدين من المادة 251 إلى المادة 257 مدني. وسنتناول حوالة الحق وحوالة الدين في المبحثين الآتيين.

1 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 435، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 261.

المبحث الأول

حوالة الحقcession de créance

- **تعريف حوالة الحق**

يقصد بحوالة الحق الاتفاق الذي بمقتضاه ينقل الدائن حقه إلى شخص آخر يحل محله في اقتضاء الحق من المدين، ويسمى الدائن محيلا le cédant والدائن الجديد محالا له le cessionnaire ، ويسمى المدين محالا عليه le cédé[1].

وقد نصت المادة 239 مدني جزائري على أنه:« يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا منع ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام، وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين».

فالحوالة إذن هي عبارة عن اتفاق بين المحيل والمحال عليه على نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فهي وسيلة لنقل الحق من الدائن القديم إلى الدائن الجديد الذي يحله محله بالرجوع على المدين[2].

وحوالة الحق قد تتم في مقابل ثمن نقدي أي بعوض مالي فتكون عندئذ صورة من صور عقد البيع، وقد تتم بلا مقابل أي بدون عوض فتأخذ حكم الهبة أو التبرع، وقد يقصد بها قضاء دين على المحيل للمحال له، فتأخذ حكم الوفاء بمقابل وقد يقصد بها إعطاء تأمين أو ضمان خاص، فتأخذ حكم الرهن[3].

وبناء على ذلك نقول أن حوالة الحق هي عقد يتم فيه الاتفاق بين الدائن وشخص آخر على أن يحول الدائن الحق الذي له في ذمة مدينه إلى هذا الشخص، فيحل هذا الشخص محل الدائن في الحق نفسه وينقل الحق إلى الدائن الجديد بنفس صفاته وتأميناته ودفوعه[4].

---

1 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 435. محمد صبري السعدي، المرجع السابق ، ص 261.

2 – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 490.

3 – نفس المرجع، ص 491.

4 – حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 330.

- الأغراض التي تحققها حوالة الحق[1]

تختلف الأغراض التي يراد تحقيقها بحوالة الحق: فقد تتم قضاء لدين في ذمة المحيل للمحال له، وهذا نوع من الوفاء بمقابل، وقد تهدف إلى إعطاء تأمين لحق في ذمة المحيل للمحال له، وقد يلجأ إليها الدائن للحصول على مال عاجل إذا كان حقه مؤجلا، فيحيل حقه عندئذ إلى آخر في نظير ثمن عاجل أقل بالطبع من قيمة الحق المحال، والمحال إليه يقوم هنا بعمل من أعمال الاستثمار، وقد يريد الدائن أن يوفر على نفسه مشقة مقاضاة المدين للحصول على حقه، وخصوصا حيث لا يكون الدائن واثقا من الحصول على حقه بتمامه من الدين، فيحيل هذا الحق إلى آخر مع تنازله عن جزء منه وهذا ما يجعل حوالة الحق كثيرة الوقوع في الحياة العملية لما لها من فوائد بالنسبة إلى كل الطرفين.

وسندرس حوالة الحق من خلال مطلبين، شروط حولة الحق، ثم الآثار المترتبة على حوالة الحق.

المطلب الأول
شروط حوالة الحق

تتمثل شروط حوالة الحق في شروط الانعقاد، وشروط نفاذ في حق المدين والغير ونتطرق إليهما فيما يلي:

الفرع الأول
شروط انعقاد الحوالة

باعتبار الحوالة عقد بين الدائن المحيل والمحال له لذلك يجب أن يتوافر فيها أركان العقد وشروطه بوجه عام، فلا بد أن يصدر رضاء من طرفي الحوالة، غير مشوب بعيب من العيوب، وأن يكون كل من المتعاقدين أهلا للتراضي، ولا يشترط أن يكون هذا التراضي في شكل خاص، ما لم تكن هبة صريحة للمحال له، فيجب عندئذ أن يفرغ في الشكل الرسمي. ولما كان المدين المحال عليه ليس طرفا في عقد الحوالة فلا يشترط رضاؤه بالحوالة

1 – أنظر في ذلك محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 435، 436. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 262.

لانعقادها، ويجب أن يكون للحوالة سبب مشروع. أما فيما يتعلق بمحل الحوالة فهو الحق المحال به، والقاعدة أن جميع الحقوق الشخصية تجوز حوالتها أيا كان محلها[1].

وبقراءتنا للمادة 239 مدني جزائري نلاحظ أن رضاء المدين غير مشترط لانعقاد الحوالة وذلك بقولها:«... وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المدين». وفي ذلك أخذت الإرادة التشريعية الجزائرية بمذهب الجمهور في الفقه الإسلامي والجمهور هم المالكية والشافعية والحنابلة فهؤلاء يجيزون حوالة الحق دون اشتراط رضا المدين. أما أبو حنيفة وأصحابه فإنهم لا يجيزونها، إذ يعتبرونها عملا باطلا على أساس أنها بيع الدين بالدين وقد ورد النهي عنه2

ومحل حوالة الحق هو الحق المحال وفي الأصل أن الحقوق الشخصية يجوز حوالتها أيا كان محلها، ويستوي في الحق المحال أن يكون مبلغا من النقود أو حقا مستقبلا يحتمل وجوده فلي المستقبل، فهو حق لا وجود له عند إبرام الحوالة، ولكن يجوز أن يكون محلا لها إمكانية وجود مستقبلا، كما يجوز أن يكون الحق المحال حقا متنازعا فيه، ويكون كذلك إذا كان موضوعه قد رفعت في شأنه دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي ويجوز أيضا حوالة المعلق على شرط واقف أو شرط فاسخ، لأن الحق في مرحلة التعليق يكون حقا موجودا فيجوز حوالته[2].

لكن السؤال المطروح هو هل يجوز ان يكون محل حوالة الحق حقا من الحقو العينية؟

لا ترد الحوالة إلا على حق شخصي، ولا ترد على حق من الحقوق العينية حيث يقتضي القانون لانتقالها إجراءات لا يتطلبها بالنسبة للحقوق الشخصية، كإجراءات التسجيل بالنسبة للحقوق العينية الأصلية، والقيد بالنسبة للحقوق العينية التبعية (كالرهن الرسمي والرهن الحيازي الخ...).

---

1 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 436، 437.

2– محمد بن ابراهيم الموسى. عبدالله بن محمد الطيار.عبد الله بن محمد المطلق.الفقه الميسر – قسم المعاملات– موسوعة فقهية حديثة تتناول احكام الفقه الإسلامي بأسلوب واضح للمختصين و غيرهم – مدار الوطن للنشر، الرياض،الطبعة الثانية، 2005،ص142.

2 – خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 188.

أما بالنسبة للمنقولات فإن القاعدة تقضي أن الحيازة في المنقول سند الملكية من شأنها أن تكفل لمن حاز المنقول حقه قبل الغير[1].

فالحوالة مقصورة على جميع الحقوق الشخصية بجميع مصادرها، وهي لا ترد على الحقوق العينية أبدا. والغالب في الحياة العملية أن ترد الحوالة على الحق الشخصي الذي يكون موضوعه دفع مبلغ من النقود (الالتزامات المالية)، وقد يكون محلها أحيانا التزاما بعمل كاستيفاء منفعة العين المؤجرة المقررة للمستأجر في مواجهة المؤجر[2]. إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة بل ترد عليها عدة استثناءات قانونية تتمثل فيما يلي[3]:

1-نص القانون: فقد يقضي القانون صراحة بعدم جواز انتقال (حوالة) الحقوق الشخصية، ومنها ما قضت به المادة 240 مدني جزائري على أنه:« لا تجوز حوالة الحق إلا إذا كان الحق قابلا للحجز».

ولقد حددت المادة 636 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الأشياء التي لا يجوز الحجز عليها، حيث نصت:« فضلا عن الأموال التي تنص القوانين الخاصة على عدم الحجر عليها، لا يجوز الحجز على الأموال الآتية:

- الأموال العامة المملوكة للدولة، أو الجماعات المحلية، أو للمؤسسات العمومية ذلت الصبغة الإدارية، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.
- الأموال الموقوفة وقفا عاما أو خاصا، ما عدا الثمار والإيرادات.
- أموال السفارات الأجنبية.
- النفقات المحكوم بها قضائيا إذا كانت قيمتها لا تتجاوز ثلثي (2/3-) الأجر الوطني الأدنى المضمون.
- الأموال التي يملكها المدين ولا يجوز التصرف فيها.
- الأثاث وأدوات التدفئة والفراش الضروري المستعمل يوميا للمحجوز عليه ولأولاده الذين يعيشون معه، والملابس التي يرتدونها.

---

1 – نفس المرجع، ص 188، 189.

2 – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 500.

3 – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 500 وما يليها، خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 189، 19. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 264، 265.

- الكتب اللازمة لمتابعة الدراسة أو لمهنة المحجوز عليه في حدود مبلغ يساوي ثلاث مرات الأجر الوطني الأدنى المضمون، والخيار للمحجوز عليه في ذلك.
- أدوات العمل الشخصية والضرورية لأداء مهنة المحجوز عليه والتي لا تتجاوز قيمتها مائة ألف (100.000 دج) والخيار له في ذلك.
- المواد الغذائية اللازمة لمعيشة المحجوز عليه ولعائلته لمدة شهر واحد (01).
- الأدوات المنزلية الضرورية، ثلاجة، مطبخة، أو فرن الطبخ، ثلاث (03) قارورات غاز، والأواني المنزلية العادية الخاصة بالطهي والأكل للمحجوز عليه ولأولاده القصر الذين يعيشون معه.
- الأدوات الضرورية للمعاقين.
- لوازم القصر وناقضي الأهلية.
- ومن الحيوانات الأليفة، بقرة أو ناقة أو ست نعاج أو عشرة عنزات، حسب اختيار المحجوز عليه، وما يلزم من التبن والعلف والحبوب لغذائها لمدة شهر واحد (01) وفراش الإسطبل».

ومن الحقوق التي لا يجوز انتقالها عن طريق الحوالة ما نصت عليه المادة 402 مدني جزائري على أنه:« لا يجوز للقضاة ولا للمدافعين القضائيين ولا للمحامين ولا للموثقين ولا لكتاب الضبط، أن يشتروا بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلا».

2-طبيعة الحق: قد يكون الحق بطبيعته غير قابل للحوالة، فيمتنع على الدائن نقله عن طريق الحوالة، ويكون ذلك في الحالات التي تكون فيه شخصية الدائن محل اعتبار في العقد كما هي الحال في حق الشريك في شركات الأشخاص، وحق الدائن في النفقة ومن ذلك أيضا أن يتعهد شخص بالعمل كسكرتير خاص لآخر، فلا يجوز لهذا الأخير أن يحيل حقه قبل سكرتيره إلى شخص ثالث[1].

3-اتفاق المتعاقدين: قد يتفق المتعاقدان على عدم جواز حوالة الحق الموجود في ذمة المدين، أو أن الحوالة لا تتم إلا بعد موافقة المدين، ومثل هذا الاتفاق صحيح ويترتب عليه

1 - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 266.

عدم جواز حوالة الحق، لأن تقرير الحوالة قانونا لا يتعلق بالنظام العام، ومثال ذلك ما جرت عليه شركات النقل في عدم جواز النزول إلى الغير عن تذكرة النقل الإسمية، وعدم جواز بيع الاشتراكات وكما لو اشترط المؤجر على المستأجر عدم التنازل عن الإيجار للغير[1].

الفرع الثاني

شروط نفاذ الحوالة

ذكرنا سابقا أن الحوالة تنعقد بالتراضي بين المحيل والمحال له دون حاجة إلى رضاء المدين، ولكن انعقاد الحوالة لا يكفي لجعلها نافذة في حق المدين أو في حق الغير[2] (المادة 239 مدني جزائري).

ولكن من العدل والمنطق السديد ألا يؤاخذ عن الوفاء للدائن السابق إلا إذا بلغ بالحوالة أو قبلها فيبدو كأنه من الغير والقبول هنا يفيد علمه بحصول الحوالة فلا يحق له بعد ذلك أن يوفي بدينه إلى الدائن السابق ويلتزم بالوفاء إلى الدائن الجديد. ويتم الإعلان بناء على طلب أحد طرفي العقد أعني المحيل أو المحال له، بواسطة ورقة رسمية على يد محضر في القانون الفرنسي والمصري أما في القانون الجزائري فلا تلزم ورقة من أوراق المحضرين إذ تنص المادة 241 مدني جزائري على أن يتم الإعلان بورقة غير قضائية[3].

إذا لم يحصل الإعلان la notification أو لم يصدر قبول acceptation فعلى المدين أن يوفي بدينه إلى دائنه الأصلي دون غيره، ويعتبر هذا الوفاء صحيحا ومبرئا لذمته وليس للمحال له إلا بالرجوع على المحيل، ولا يشترط في قبول المدين للحوالة أي شكل خاص وقد يكون شفويا في القانون الجزائري والمصري على السواء، أما في القانون الفرنسي فيشترط أن يكون القبول في عقد رسمي غير أن القضاء الفرنسي خفف هذا الحكم وأجاز الورقة العرفية[4].

ومن المعلوم أن قبول المدين للحوالة لا يجعله طرفا فيها إذ يظل أجنبي عن العقد، فهو لا يتعدى كونه مجرد إقرار بعلمه بالحوالة، ويكون له أن يتمسك في مواجهة المحال له بكل الدفوع les exceptions et moyens de défense التي كان له أن يتمسك بها

---

1 – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 501.

2 – السنهوري، المرجع السابق، ص 471.

3 – محمد حسنين، المرجع السابق، ص 333..

4 – نفس المرجع، ص 333.

في مواجهة المحيل، بل يستطيع أن يدفع في مواجهته ببطلان الالتزام كله أو عدم وجوده وهو ما عبرت عنه المادة 248 مدني جزائري بقولها:« يتمسك المدين قبل المحال بالدفوع التي يعترض بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه، كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة». فالقبول لا يسقط حق المدين في التمسك بهذه الدفوع في مواجهة المحال له، وذلك باستثناء الدفع بالمقاصة la compensation الذي كان مقررا له قبل الدائن الأصلي، فلا يجوز التمسك به قبل المحال له، إذا كان قبوله للحوالة قد تم دون تحفظ (المادة 302 مدني جزائري)[1].

والملاحظ أن نص المادة 241 مدني جزائري قد اشترط ضرورة موافقة المدين لنفاذ الحوالة في حق الغير، بل واشترط أيضا أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ ويبدو أن النص هنا جاء غير منسجم مع نص المادة 239 التي لا تشترط بعد ذلك قبول المدين لنفاذها في حقه، والأغرب من هذا كله أنه في المادة 241 تطلب الموافقة أو الإخبار إذ أن الإخبار ما هو إلا تمكين المدين من العلم فقط، وهو أمر متناقض[2].

وإن المقصود بالغير هو كل شخص كسب حقا من جهة المحيل على الحق المحال به، يتعارض مع حق المحال له فيكون غيرا محال له آخر غير المحال له الأول، يبتاع الحق المحال به، أو يوهب له أو يرتهنه مثلا. ومعنى صيرورة الحوالة نافذة في حق هؤلاء الأغيار هو أنه عند تزاحم المحال له مع أحد منهم محال له ثان أو دائن حاجز أو دائن مفلس أو المعسر. يقدم المحال له إذا كان تاريخ نفاذ حوالته في حق هذا الغير سابقا على تاريخ نفاذ الحوالة الثانية أو الحجز أو الإفلاس أو الإعسار في حقه هو[3].

ويترتب على إعلان المدين بالحوالة نفاذها قبل المدين والغير على حد سواء، أما بالنسبة لقبول المدين للحوالة فإنه لن يؤدي إلى نفاذ الحوالة قبل الغير إلا إذا كان ثابت التاريخ، ويأتي هذا الحكم تطبيقا للقواعد العامة في الإثبات، حيث تقضي بوجوب ثبوت التاريخ الوارد في الأوراق العرفية حتى يكون حجة على الغير[4].

---

1 – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 506، 507.

2 – بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 240، 241.

3 – السنهوري، المرجع السابق، ص 240، 241.

4 – أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، حقوق الغير المرتبطة بالعقد في القانون المدني والفقه والقضاء المصري والفرنسي، 2014، ص 146.

– **العلم الفعلي بالحوالة**[1]: اتضح لنا مما سبق ذكره أن حق المحال له لا ينفذ قبل الغير إلا إذا كان المدين قد قبل الحوالة أو أخبر بها، وعليه تثور إشكالية عدم قبول المدين الحوالة أو عدم إعلامه بها بالرغم من أن واحد من الغير كالمحال له الثاني أو المدين – يعلم فعلا بإبرام الحوالة، فهل تسري في حقه على أساس علمه الفعلي؟

إن الحكم في هذه الحالة هو أن مجرد العلم الفعلي للمدين بالحوالة لا يلزمه بالوفاء للمحال له وكذلك الحال بالنسبة لنفاذ الحوالة في حق الغير، إذ أن القانون قد اشترط إجراءات معينة للإعلان، فلا يقوم مقامها العلم الفعلي بالحوالة.

ولكن ينبغي أن نراعي أنه إذا كان العلم الفعلي بالحوالة قد ترتب عليه تصرف يناقضها إضرارا بحق المحال له وغشا له، فإن التصرف يبطل على أساس المبدأ المعروف أن الغش يبطل التصرف الذي بني عليه[2].

ويرى جانب من الفقه والقضاء في فرنسا أنه في حالة عدم قبول الحوالة من المدين أو إعلامه بها وأبرم الغير – وهو يعلم بالحوالة – تصرفا يخل بهذه الحوالة، وكان هذا التصرف عن خطأ ورعونة، فيجب الحكم عليه بالتعويض لصالح المحال له، تطبيقا للنص العام في المسؤولية التقصيرية الذي يقضي بالتعويض عن كل خطأ يرتكبه الشخص ويسبب ضررا للغير، وخير تعويض في هذه الحالة هو إبطال تصرف الغير ونفاذ الحوالة في مواجهته. وينبغي ملاحظة أن نفاذ الحوالة في حق الغير في الحالتين اللتين أشرنا إليهما ليس أساسه العلم الفعلي بها، وإنما أساسه الغش في الحالة الأولى، وسببه في الحالة الثانية الخطأ[3].

وبناء على ما سبق نقول أن مجرد العلم الفعلي بالحوالة لا يكفي لنفاذها في حق الغير ما دام لا يوجد غش أو خطأ، كما لو أوفى المدين الدائن (المحيل) اعتقادا منه بعدم جدية الحوالة، أو كما لو كان المحال له الثاني يستوفي حقا له في ذمة المحيل عند إبرامه الحوالة معه.

---

1 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 269، 270، 271.

2 – نفس المرجع، ص 270.

3 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 27.

– **إجراءات خاصة بحوالة بعض الحقوق**[1]: وهناك بعض الحقوق وضع القانون لها قواعد وإجراءات خاصة حتى تكون نافذة في حق الغير، فالأوراق التجارية وهي الكمبيالة (السفتجة) والسند الأذني (لأمر) والشيك يتم تحويلها وتسري في حق الغير عن طريق التظهير endossement، وهي سندات قابلة للتداول ويتم التظهير بتوقيع صاحب السند على ظهره تعبيرا منه على وقوع الحوالة للحق، فيدون هذا التوقيع وهو إجراء خاص لا ينتقل الحق عن طريق الحوالة. والأوراق المالية الإسمية (السهم الاسمي أو السند الاسمي أي المقيد باسم شخص معين) فحوالتها لا تنفذ في حق الغير إلا إذا قيدت الحوالة في سجل خاص يحتفظ به المدين (الشركة التي تصدر الأسهم أو السندات). وذلك لما تنطوي عليه المعاملات التجارية من السرعة والائتمان.

– **اجتماع حوالة الحق وحجز ما للمدين لدى الغير**[2]: في حالة اجتماع حوالة الحق مع حجز منا للمدين لدى الغير، وجب التفرقة بين ثلاثة فروض هي:

– **الأول:** إذا أوقع حاجز ما للمدين لدى الغير على المحيل تحت يد المحال عليه وكانت الحوالة قد ثبت تاريخها فإن المحال له يستطيع أن يحتج على الحاجز بحصول الحوالة، ومن ثم يكون حجزه باطلا لأن محله لم يعد حقا لمدينه المحيل.

– **الثاني:** إذا أوقع "أ" حجز ما للمدين لدى الغير على المحيل تحت يد المحال عليه وكانت الحوالة غير ثابتة التاريخ، فإن المحال له لا يمكنه الاحتجاج على "أ" بحصول الحوالة، ولا تكون الحالة إلا بمثابة حجز آخر على نفس الحق، فيقسم هذا الحق قسمة غرماء بين المحال له والحاجز.

– **الثالث:** إذا أوقع "ب" –في الفرض الثاني– حجز ما للمدين لدى الغير على المحيل تحت بد المحال عليه بعد أن ثبت تاريخ الحوالة ،أصبحت نافذة على الغير، فإن المحال له يستطيع أن يحتج على الحاجز "ب" بحصول الحوالة بينما لا يستطيع أن يحتج بذلك على الحاجز "أ". والمقتضى هو أن الحوالة تتقدم على حجز "ب" فيستوفي المحال له كامل حقه من نصيب هذا الحاجز. وفي ذلك نصت المادة 250 مدني جزائري بقولها:« إذا حجز ما تحت يد المحال عليه قبل نفاذ الحوالة في حق الغير كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز

---

1 – نفس المرجع، ص 271. محمد حسنين، المرجع السابق، ص 333، 334. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 509.

2 – أنظر في ذلك محمد حسنين، المرجع السابق، ص 334.

بمثابة حجز آخر. وفي هذه الحالة إذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الغير، فإن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر المبلغ الضروري لتكملة قيمة الحوالة لصالح المحال له» وهذه الأحكام إجرائية في حجز ما للمدين لدى الغير أوردها القانون المدني الجزائري في المادة المذكورة.

ومن الواضح أنه لا تجوز الحوالة بعد حجز ما للمدين لدى الغير تطبيقا للمادة 682 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تبطل الوفاء بالدين من تاريخ توقيع الحجز، وبالتالي يبطل كل تصرف فيه[1].

فإذا فرضنا أن حق كل من هؤلاء الأشخاص الثلاثة هو 3000 دج بينما الحق الذي يتقاسمونه هو 6000 دج، فإن كلا منهم يحصل في التوزيع الأول على 2000 دج، وهو نصيب كل منهم في قسمة الغرماء ثم يحصل المحال له على 1000 دج، في التوزيع النهائي ليستكمل بها حقه وهو 3000 دج من نصيب الحاجز المتأخر الذي يصبح بعد ذلك 1000 دج فقط فيكون التوزيع النهائي هو 2000 دج للحاجز المتقدم و3000 دج للمحال له و1000 دج للحاجز المتأخر[2].

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على حوالة الحق

تتمثل هذه الآثار في انتقال الحق المحال له من المحيل إلى المحال له، والتزام المحيل بالضمان، ونتطرق لهذه الآثار في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

انتقال الحق المحال له من الدائن الأصلي (المحيل)

يترتب على الحوالة انتقال نفس الحق من المحيل إلى المحال له، أي أن هذا الأخير يصبح دائنا بنفس الالتزام الذي كان للمحيل قبل المحال عليه، أن ذات الالتزام بصفاته هو الذي ينتقل إليه كما لو كان التزاما تجاريا أو ثابتا في سند تنفيذي ويكون للمحال له أن يطالب المدين بقيمة هذا الالتزام الإسمية ولو كان ما دفعه في شرائه أقل من ذلك[3].

---

1 – محمد حسنين، المرجع السابق، ص 334.

2 –المثال ضربه الأستاذ الفاضل الدكتور محمد حسنين (رحمه الله) في مرجعه السابق، ص 334.

3 – أنور سلطان، المرجع السابق، ص 283.

وينتقل الحق محل الحوالة بين أطراف العقد من وقت إبرامه، ويعني ذلك امتناع قيام المحيل بأي عمل من شأنه الإضرار بحقوق المحال له فلا يحق للمحيل أن يعقد حوالة أخرى على ذات الحق أو أن يقوم برهنه أو أن يطالب به المدين أو يستوفيه منه[1].

تنص المادة 243 مدني جزائري على أنه:« تشمل حوالة الحق ضماناته كالكفالة والامتياز والرهون، ورهن الحيازة، كما تشمل ما حل من أقساط»

ونلاحظ على هذه المادة أن عبارة (رهن الحيازة) يمكن حذفها إذا سبقها لفظة (الرهون) المتمثلة في الرهن الرسمي والرهن الحيازي بل من الممكن حذف عبارة (كالكفالة أو الامتياز والرهون ورهن الحيازة) كلها، ويكفي لفظ ضماناته إذ أن المعروف أن الضمانات تشمل كل ما يقدم لضمان الوفاء بالدين[2].

وبالتالي يترتب على انتقال الحق من المحيل إلى المحال له النتائج التالية[3]:

- فالحق ينتقل من وقت انعقاد الحوالة إلى المحال له بكل صفاته وتوابعه وضماناته وما يرد عليه من دفوع:« وبالتالي فحوالة الحق لا تنشئ التزاما جديدا في ذمة المدين، وإنما هي تنقل الالتزام الثابت أصلا في ذمته من دائن إلى آخر باعتبار هذا الالتزام حقا للدائن المحيل»[4].
- ينتقل الحق بكل صفاته، كما لو كان تجاريا أو ثابتا في سند تنفيذي.
- ينتقل الحق بكل توابعه فتشمل الحوالة ما حل من فوائد وأقساط لم يكن الدائن المحيل قد قبضها بعد، وكذلك الدعاوى التي تحمي الحق وتؤكده مثل دعوى فسخ البيع إذا لم يقم المدين بدفع الثمن.
- ينتقل الحق بكل ضماناته من كفالة امتياز أو رهن أو أي تأمين آخر.
- يحتفظ المدين المحال عليه بكل الدفوع التي كان يحق له أن يتمسك بها ضد المحيل، كالدفع بالبطلان أو الفسخ أو بانقضاء الدين. ومن المعلوم أنه يجوز للدائن (المحال له) قبل إعلان الحوالة أو قبولها، أي قبل نفاذها في حق المدين أو الغير، أن يتخذ

---

1 – حسن عبد الباسط جمعي، المرجع السابق، ص 343.

2 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 373.

3 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 440 وما يليها.

4 – **هذا ما قضت به محكمة النقض المصرية، نقض مصري 1977/03/22**. مجموعة أحكام النقض، ص 732، نقلا عن محمود عبد الرحمن، المرجع السابق، الهامش 1، ص 440.

جميع الاجراءات التحفيظة للمحافظة على الحق المحول إليه (كأن يقيد الرهن، أو يقطع التقادم...) وهو ما نصت عليه المادة 242 مدني جزائري بالقول:« يجوز للدائن المحال له قبل إعلان الحوالة أو قبولها، أن يتخذ كل الإجراءات التحفظية يحافظ بها على الحق المنتقل إليه»[1].

ونستنتج من ذلك أن الوقت الذي ينتقل فيه الحق المحال به فيما بين المتعاقدين هو يوم انعقاد الحوالة وحتى قبل نفاذها في مواجهة المدين أو الغير، فلا يستطيع المحيل حينئذ قبض الدين أو التصرف فيه بأي نوع من أنواع التصرفات، وإلا كان مسؤولا بمقتضى التزامه بالضمان كما سيأتي لاحقا[2].

الفرع الثاني

العلاقة بين المحال له والمحال عليه[3]

إنه بموجب الحوالة يحل المحال له (الدائن الجديد) محل المحيل (الدائن القديم) في الحق المحال به بجميع صفاته وتوابعه وضماناته (المادة 239 و243 مدني جزائري)، وعليه يمكن للمحال عليه (وهو المدين) أن يتمسك في مواجهة المحال له بالدفوع التي كان له الحق في التمسك بها في مواجهة المحيل، باستثناء ما اتصل بشخص المحيل، كالدفع بالمقاصة قبل المحال له (المادة 248 مدني جزائري).

ولتبيان علاقة المحال له (الدائن الجديد) بالمحال عليه (المدين)، وجب التمييز بين مرحلتين هما[4]: 1- مرحلة ما قبل نفاذ الحوالة. 2- مرحلة ما بعد نفاذ الحوالة.

أولا- مرحلة ما قبل نفاذ الحوالة: في خلال هذه المرحلة أي قبل نفاذ الحوالة في حق المحال عليه (المدين) بقبوله لها أو بإعلانه بها، لا يتغير مركزه التعاقدي ولا تقوم بينه وبين المحال له (الدائن الجديد) أي علاقة قانونية (المادة 241 مدني جزائري).

وعليه يبقى المدين (المحال عليه) مدينا للمحيل (الدائن الأصلي)، وتبرأ ذمته بالوفاء له بالدين، ولا يحق للمحال له مطالبته بالوفاء، ويبقى للمحال له في هذه الحالة الحق في الرجوع على المحيل طبقا لقواعد الضمان المنصوص عليها قانونا.

---

1 - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 512، 513.

2 - محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 441.

3 - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 519 وما يليها.

4 - أنظر في هذا الشأن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 520 وما يليها.

وبالرغم من عدم نفاذ الحوالة في حق المحال عليه في هذه المرحلة، فلا مانع له من الوفاء بالدين للمحال له، ويعتبر هذا الوفاء صحيحا ومنتجا لأثره القانوني بإبرائه لذمته وهو بمثابة قبول ضمني للحوالة.

وخلال هذه المرحلة يستطيع المحال له القيام بالإجراءات التحفظية التي من شأنها الحفاظ على الحق الذي أحيل إليه (المادة 242 مدني جزائري) كالقيام بقيد الرهن الضامن للحق المحال به وقطع التقادم عن طريق المطالبة القضائية وتوقيع الحجز على الشيء الموجود في حيازة المحال عليه (المدين) الخ... من التدابير التحفظية. mesures conservatoires

ثانيا – مرحلة ما بعد نفاذ الحوالة: بحول هذه المرحلة يترتب الأثر القانوني الأساسي لحوالة الحق وهو نفاذها طبقا للمادة 239 مدني جزائري، وذلك بانتقال الحق المحال به، من المحيل (الدائن الأصلي) إلى المحال له (الدائن الجديد) الذي يجب الوفاء له بالدين لتبرأ ذمته.

ونتيجة لذلك ينتقل الحق المحال به إلى المحال له، كما ذكرنا في السابق، بكل صفاته وملحقاته وتوابعه وضماناته التي كانت مرتبطة به وقت الإعلان أو القبول، بمعنى من تاريخ نفاذ الحوالة في مواجهة المدين (الأمر الذي تؤكده المواد 241 و243 و248 مدني جزائري).

وفي خلال هذه المرحلة منح القانون الجزائري للمحال عليه (المدين) بموجب المادة 248 مدني جزائري، الحق في التمسك قبل المحال له (الدائن الجديد) بنوعين هامين من الدفوع، بشرط أن يكون أساسها قائما عند حصول الحوالة أو عند تبليغها وهي كالآتي[1]:

أ-الدفوع الثابتة للمدين (المحال عليه) في مواجهة الدائن المحيل: والتي ترتبت على أساس علاقة المديونية التي تربطهما، كالدفع ببطلان الحق بسبب عيب في الرضا، أو انقسامه أو انقضائه لأي سبب من أسباب الانقضاء، أو باعتباره معلقا على شرط واقف.

ب- الدفوع المترتبة على عقد الحوالة ذاته: وذلك باعتبار أن هذا العقد هو المستند العقدي الرئيسي document contractuel principal الذي يعتمد عليه المحال له في مطالبة المدين (المحال عليه) بالوفاء، فله الحق في التمسك مثلا ببطلان عقد الحوالة أو بفسخه وله

1 – أنظر في هذا الشأن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 521 وما يليها.

كذلك الحق في التمسك بصورية الحوالة إن كانت له مصلحة في ذلك، وله الحق أيضا في التمسك بالمقاصة بين الدين المحال به ودين نشأ في ذمة المحال له للمحال عليه.

الفرع الثالث

علاقة المحيل (الدائن الأصلي) بالمحال عليه (المدين)[1]

لتبيان هذه العلاقة وجب التمييز بين مرحلتين، مرحلة ما قبل نفاذ الحوالة ومرحلة ما بعد نفاذ الحوالة.

أولا –مرحلة ما قبل نفاذ الحوالة: خلال هذه المرحلة يبقى المحيل وهو الدائن القديم، صاحب الحق بموجبه له الحق في استيفاء الحق من المحال عليه وهو المدين، باعتباره الدائن الأصلي للمدين، وله أن يجبره على الوفاء بالتزامه (المادة 01/241 مدني جزائري)، ونتيجة لذلك له الحق في اتخاذ التدابير التحفظية للحفاظ على حقه في مواجهته، كقطع التقادم وقيد الرهن أو تجديده، وغيرها (المادة 242 مدني جزائري).

ففي هذه المرحلة لا يطرأ أي تغيير في العلاقة بين المحيل والمحال عليه، فيبقى المدين والدائن محتفظين بمركزهما القانوني، مدينا ودائنا، وعليه يبقى المحال عليه ملتزما بالوفاء بالدين للمحيل (دائنه الأصلي) قبل إعلانه بالحوالة، وإذا قالم بالوفاء للمحيل برأت ذمته قانونا.

وبناء على ذلك يمكن للمحيل أن يستوفي حقه من المدين، ولا يحق لهذا الأخير رفض الوفاء، كما يبقى المحيل مكتسبا ومتمتعا بحقه في التصرف في الشيء المحال به بمختلف أنواع التصرفات (كالبيع أو الهبة أو الوصية وغيرها...) باعتباره لا يزال صاحب الحق في مواجهة المدين والغير، فيمكنه أن يحيل الحق مرة أخرى إلى شخص آخر، أو أن يقوم برهن أو هبة. ويمكنه أن ينهي هذا الحق بالإبراء أو التجديد أو المقاصة وغير ذلك من أسباب انقضاء الحق، ويمكن لدائني المحيل الحجز على الحق المحال به.

ثانيا – مرحلة ما بعد نفاذ الحوالة: وتنطلق هذه المرحلة بقبول المدين المحال عليه للحوالة أو إعلانه بها، وخلالها يصبح المحال له (الدائن الجديد) هو الدائن الوحيد للمحال عليه (المدين)، فتنقطع العلاقة القانونية بين المحيل والمحال عليه، ويصبح أجنبيا بالنسبة للمحال

1 – أنظر في هذا الشأن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 522، 523.

عليه، ومن ثم لا يمكن للدائن المحيل مطالبة المدين المحال عليه بالوفاء بالتزامه، ويمتنع عن أي تصرف في الحق محل الحوالة، كما لا يجوز لدائني المحيل الحجز على الشيء محل الحوالة الموجود في حيازة المحال عليه باعتبار أن المحيل صار غير مالك لهذا الشيء.

وبناء على ما تقدم فإن المدين المحال عليه في المرحلة اللاحقة على نفاذ الحوالة لا تبرأ ذمته إلا بالوفاء للدائن الجديد، وأي وفاء منه للدائن القديم (المحيل) لا يبرء ذمته فالوفاء الصحيح هو الوفاء للمحال له (الدائن الجديد) (المواد 239، 243 و244 مدني جزائري).

الفرع الرابع

علاقة المحال له بالغير

تتكون علاقة المحال له بالغير بانتقال الحق محل الحوالة بالنسبة للغير، وذلك من وقت نفاذ الحوالة في مواجهته، ويتحدد ذلك بوقت إعلان المدين رسميا بالحوالة، أو بوقت ثبوت تاريخ قبول المدين للحوالة، ويجوز للمحال له عندئذ أن يرجع على المدين دون حاجة لاختصام المحيل[1].

وإن المقصود بالغير هنا هو كل من ثبت له حق على المحال به أي محل حوالة الحق وتكون له مصلحة في الطعن في عقد الحوالة، ومن ثم فإن الغير قد يكون محالا في الطعن في عقد الحوالة، ومن ثم فإن الغير قد يكون محالا له آخر أو آخرين (وهو ما يسمى بالتنازع أو التزاحم بين المحال لهم) أو دائنا للمحيل المعسر ارتهن الحق المحال به تحت يد المحال عليه، أو أوقع عليه حجز تحت يد المحال عليه (وهم الحاجزون)[2].

أولا- التنازع بين المحال لهم[3]

يمكن تصور هذا التنازع في حالة قيام الدائن المحيل بنقل حقه عن طريق الحوالة مرة ثانية أو ثالثة، أي تعدد المحال لهم بالتوالي وعليه نشأ نزاع بينهم حول أولوية الحوالة، فإن الأولوية في استيفاء الحق تثبت على أساس الأسبقية في تاريخ نفاذ الحوالة، ليس بتاريخ إبرام الحوالة، فالمحال له الذي تكون حوالته الأسبق في التاريخ هو من تكون له الأفضلية

1 – أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 50.

2 – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 524.

3 – نفس المرجع، ص 524، 525.

في استيفاء الحق من المحال لهم الموالين له في تاريخ الحوالة، وبالتالي فالعبرة في الأفضلية ليست بتاريخ انعقاد الحوالة، بل بتاريخ سريانها بالنسبة للغير، بإعلانها رسميا للمحال عليه ولا تكون الحوالة نافذة في حق الغير طبقا للمادة 02/241 مدني جزائري إلا بإعلانها رسميا للمحال عليه أو قبولها بمستند ثابت التاريخ.

إلا أن تطبيق مبدأ الأفضلية مشروط بعدم وجود غش أو تدليس، كما لو تمت الحوالة الثانية بالتواطؤ بين المحيل والمحال له، بنية الإضرار بحق المحال له الأول، ففي حالة إثبات ذلك وجب تفضيل المحال له الأول ولو كان إعلان حوالته للمدين لاحقا لقبوله الحوالة الثانية أو إعلانه بها، باعتبار أن الغش يفسد كل شيء.

ثانيا- التزاحم بين المحال له والدائن الحاجز[1]

في حالة التزاحم بين المحال له والدائن الحاجز (وهو الدائن المحيل) فإن هذا الأخير لا تنفذ الحوالة في مواجهته إلا بقبول المدين ثابت التاريخ أو إعلانه بالحوالة (المادة 02/241 مدني جزائري).

وبناء عليه فإن الحجز الواقع على الحق محل الحوالة لا يرتب أثره القانوني إذا ثبت توقيعه بعد انعقاد الحوالة وإعلانها وقبولها، باعتبار أن هذا الحق أصبح ملكا للمحال له (الدائن الجديد)، ولا يجوز للمحيل التصرف فيه ويعتبر الحجز في هذه الحالة قد وقع على مال الغير.

فإذا وقع حجز ما تحت يد المحال عليه، قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير، كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجزا آخر، وفي هذه الحال إذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الغير فإن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء (أي قسمة تناسبية) على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر يستكمل به المحال له قيمة الحوالة[2]، وهذا ما أكدته المادة 250 مدني جزائري بقولها:« إذا حجز ما تحت يد المحال عليه قبل نفاذ الحوالة في حق الغير، كانت بالنسبة للحاجز بمثابة حجز آخر، وفي هذه الحالة إذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الغير فإن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر المبلغ الضروري لتكملة قيمة الحوالة لصالح المحال له».

---

1 – أنظر في هذا الشأن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 525، 526.

2 – السنهوري، المرجع السابق، ص 545 وماي ليها.

الفرع الخامس
التزام المحيل بالضمان[1]

يلتزم المحيل في مواجهة المحال له بضمان ما يلي:

أولا – ضمان أفعاله الشخصية

يكون المحيل مسؤولا عن أفعاله الشخصية سواء كانت الحوالة بعوض أو بغير عوضن فلا يجوز للمحيل أن يأتي عملا من شأنه الإضرار بحق المحال كاستيفاء الحق من المدين أو رهن الحق للغير أو حوالته له، ولا فرق في ذلك بين الأعمال التي يأتيها المحيل قبل انعقاد الحوالة أو بعدها ما دام من شأنها تمكين الغير من التعرض للمحال له، وأكثر من ذلك لا يجوز للمحيل أن يشترط عدم الضمان بالنسبة لأفعاله الشخصية، بل أن هذا الشرط يقع باطلا لما ينطوي عليه من غش[2].

ويستوي في ذلك أن يكون المحيل متواطئا مع المدين أو غير متواطئ، أو كأن يتصرف المحيل بالحق مرة أخرى مناقضا للحوالة الأولى كأن يبيع حقه لآخر أو يهبه أو يرهنه، وبهذا تقرر المادة 247 مدني جزائري على أنه:« يسأل المحيل عن أفعاله الشخصية ولو كانت الحوالة مجانية أو بغير ضمان».

ثانيا– التزام المحيل بضمان وجود الحق وقت الحوالة

تنص المادة 244 مدني جزائري على أنه:« إذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة، ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك، أما إذا كانت الحوالة بغير عوض فلا يكون المحيل ضامنا لوجود الحق».

وتنص المادة 245 مدني جزائري على أنه:« لا يضمن المحيل يسار المدين إلا إذا وجد اتفاق خاص بهذا الضمان».

وبقراءتنا للمادتين نستنتج أن هناك نوعين من الضمان يلتزم بهما المحيل في مواجهة المحال إليه **الأول: الضمان بحكم القانون، والثاني: الضمان بواسطة الاتفاق.**

---

1 – أنظر في ذلك خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 195 وما يليها. محمد حسنين، المرجع السابق، ص 335 وما يليها. توفيق حسن فرج، جلال علي العدوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، أحكام الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2002، ص 787 وما يليها.

2 – توفيق حسن فرج، جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص 787.

أ- **الضمان بحكم القانون:** وهو الضمان القانوني الذي نصت عليه المادة 244 مدني جزائري بحيث يتضح من هذا النص أنه إذا كانت الحوالة بعوض فإن المحيل يضمن وجود الحق المحال به وقت إبرام عقد الحوالة.

ويضمن كذلك ملكيته لهذا الحق الذي نقله إلى المحال له، ويكون التزامه بهذا الضمان سواء كان مذكورا في عقد الحوالة أو لم يكن مذكورا لأن مصدره القانون، ولهذا سمي بالضمان القانوني، وضمان وجود الحق لا يقتصر على الحق ذاته وإنما يشمل كذلك توابع الحق وملحقاته، ومتى ثبت ذلك فقد برئت ذمة المحيل، إما إذا تبين أن الحق المحال به لا وجود له أو موجودا ولكن لا يملكه المحيل، فقد تحقق التزام المحيل بالضمان، وجاز للمحال له أن يرجع عليه فيسترد منه (العوض الذي دفعه إليه) مع الفوائد (بالنسبة للتشريعات التي تأخذ بنظام الفوائد أي الربا) والمصروفات، وينبغي الإشارة بأن هذا الضمان القانوني لا يمتد ليشمل يسار المدين (المحال عليه) فمثل هذا الضمان لا يكون إلا اتفاقا[1].

ويكون الحق المحال به غير موجود وقت انعقاد الحوالة، إذا كان مصدر الحق قابلا للإبطال واستعمل المدين حقه في الإبطال، فيصبح الحق لا وجود له، حتى ولو وقع الإبطال بعد صدور الحوالة لأن البطلان له أثر رجعي فيعتبر الحق كأن لم يكن، ومن ثم فإن الحق يصبح لا وجود له وقت صدور الحوالة[2].

ب - الضمان الاتفاقي[3]: أحكام الضمان القانوني لا تتعلق بالنظام العام، وبالتالي يجوز الاتفاق على ما يخالفها سواء بزيادة الضمان أو بإنقاصه، الأمر الذي نستنتجه من نص المادتين 244 و245 مدني جزائري. والضمان الاتفاقي هو اتفاق العاقدين على تعديل أحكام الضمان القانوني بالتشديد أو التخفيف مثل الأول كأن يشترط المحال له أن يضمن المحيل يسار المدين سواء في وقت الحوالة أو حتى الوفاء بالحق المحال.

وحينئذ يلتزم المحيل بقيمة ما قبضه من عوض مع الفوائد (حيث يسمح القانون بالفوائد) والمصاريف لا بقيمة الحق الأصيل وذلك قطعا للسبيل على المرابين لأن الفارق بين ما قبضه المحيل فعلا وقيمة الحق الأصلية هو في الحقيقة فوائد ربوية والمحال إليه هو في

---

1 - حسن علي الدنون، محمد سعيد الرحو، المرجع السابق، ص 278.

2 - خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 196، 197.

3 - حسن علي الدنون، محمد سعيد الرحو، المرجع السابق، ص 279، 28. خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 197، 198.

الغالب مضارب يشتري الحق بأقل من قيمته الإسمية، ومن ناحية أخرى يجوز الاتفاق على تخفيف أحكام الضمان القانوني أو الإعفاء منه، إلا أن المحيل يبقى مسؤولا عن أفعاله الشخصية في جميع الأحوال (المادة 247 مدني جزائري)[1].

فنطاق الالتزام بالضمان في الحوالة أضيق نطاقا مما تقتضيه القواعد القانونية العامة، فمؤدى هذه القواعد العامة لو أنها طبقت، أن يعوض المحيل المحال له عن كل ناله من ضرر من جراء عدم وجود الحق أو إعسار المدين، بحسب الأحوال الأمر الذي يؤدي في الأقل إلى التزام المحيل بدفع قيمة المحال به للمحال له، ولكن المشرع خرج هنا عن القواعد العامة حتى يقطع على المرابين والانتهازين سبيل الكسب عن طريق المضاربة بشراء الحقوق، فحرمهم من أن يطالبوا بما فاتهم من كسب، وقصر حقهم على المطالبة بتعويضهم عما لحقهم من خسارة[2].

وحوالة الدين قد تتم على سبيل التبرع إذا كانت هذه هي نية المحال عليه وقد تتم على سبيل القرض إذا كان المحال عليه يقصد إقراض المحيل مبلغ الدين الذي حمله عنه، وأخيرا وهذا هو الغالب، قد يقصد به قضاء دين على المحال عليه مدينا للمحيل، فإنه يستطيع عن طريق حوالة الدين أن يفي بما عليه بأن يتحمل عن المحيل ما على هذا الأخير من دين لشخص آخر[3].

المبحث الثاني

حوالة الدين cession de dette

نظم المشرع الجزائري حوالة الدين في المواد من 251 إلى 257 من القانون المدني، وحوالة الدين هي اتفاق به ينتقل الدين من المدين الأصلي إلى شخص آخر أي حلول مدين جديد محل المدين السابق في نفس الدين، ويلاحظ أن القانون الفرنسي وإن كان قد أجاز حوالة الحق إلا أنه لم يجز حوالة الدين بحجة أن الدين أساسه الثقة في شخص المدين، غير أن ثمة شرائع أخرى نظرت إلى الدين بوصفه قيمة مادية، ولذلك لم تر مانعا من حوالتها من

1 – محمد حسنين، المرجع السابق، ص 336.

2 – عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في أحكام الالتزام، مطبعة جامعة القاهرة، 1992، ص 217.

3 – أنور سلطان، المرجع السابق، ص 299، 300.

مدين إلى آخر، ومن هذه الشرائع الشريعة الإسلامية والقانون المدني الألماني والسويسري والمصري واللبناني والصيني والقانون المدني الجزائري وهو أحدث هذه القوانين[1].

إذن فحوالة الدين تفرض وجود ثلاثة أشخاص هم: المحيل (المدين) والمحال عليه (المدين الجديد) والدائن صاحب الحق. وسنتناول دارسة حوالة الدين من حيث الانعقاد والآثار في مطلبين.

المطلب الأول

انعقاد حوالة الدين

تنعقد حوالة الدين بإحدى طريقتين إما عن طريق الاتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين، وإما باتفاق بين الدائن وشخص آخر يتحمل الدين عن المدين (المادة 251 و257 مدني جزائري).

الفرع الأول

انعقاد الحوالة باتفاق المدين الأصلي والمحال عليه

تنص المادة 251 مدني جزائري على أنه :« تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين».

وظاهر أن الحوالة في هذه الحالة تتم بعيدا عن الدائن أي بدون اشتراكه فيها أو رضاه بها، مع أنه صاحب المصلحة الأولى في هذا الدين، ولشخصية المدين لديه أهمية كبيرة ليس من ناحية درجة يساره فحسب بل أيضا من ناحية حسن استعداده للوفاء أو عدمه خلافا لشخصية الدائن بالنسبة إلى المدين الذي يتغير عليه الدائن عن طريق حوالة الحق، إذ أن المدين لا يعينه كثيرا أن يدفع دينه إلى زيد أو عمرو في حين أن حق الدائن قد يفقد قيمته إذا حل محل المدين الأصلي مدين جديد لا مال له أو له مال ولكنه كثير المطل والتسويف ميال إلى المنازعة والشغب[2].

---

1 – أنور سلطان، المرجع السابق، ص 336 .توفيق حسن فرج، جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص 791.

2 – سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، أحكام الالتزام، دار الكتاب القانونية، مصر، مكتبة صادر بيروت، لبنان 1992، ص 658.

وتخضع حوالة الدين باعتبارها عقدا للقواعد العامة في انعقاد العقود وصحتها، فلا بد من وجود رضا صادر عن شخص كامل الأهلية وخال من العيوب، كما يجب وجود محل وأن يكون مستوفيا لشروطه القانونية، والمحل هنا هو الدين المحال ولكن لا يشترط في حوالة الدين أن ترد على دين منجز فقد يكون محل الحوالة دينا حالا أو مستقبلا غير مستحق الأداء، وقد يكون محلها أيضا مضافا إلى أجل واقف أو معلقا على شرط واقف[1].

والسبب في حوالة الدين هو الباعث الذي دفع إلى عقدها ويختلف باختلاف الأغراض المتنوعة التي تفي حوالة الدين بها[2].

وهذه هي الصورة المعتادة لحوالة الدين حيث تتم في صورة اتفاق بين المدين الأصلي وبين شخص يحل محله في الدين، ويشترط أن تتجه إرادة الطرفين إلى حوالة إبراء من الدين، وأن يكون ذلك مفهوما من العقد[3].

أولا- رضاء أطراف الحوالة[4]

إن حوالة الدين باعتبارها عقد من العقود الرضائية، فيجب لانعقادها وجود التراضي، أي رضا أطراف الحوالة عندما تكون ثلاثية الأطراف بإبرامها عن طريق اتفاق المحيل والمحال عليه والمحال له، وتأكيدا لضرورة وجود رضاء أطراف الحوالة نصت المادة 251 مدني جزائري على أن:« تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين».

على أن الحوالة تتم بين المحيل والمحال عليه تنعقد موقوفة على قبول المحال لهن الأمر الذي تؤكده المادة 252: «لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها» .

ويتضح من هذا النص ضمنا أن الحوالة عندما تكون ثلاثية الأطراف تنعقد وترتب آثارها في إبرامها باتفاق المحيل والمحال عليه والمحال له.

---

1 – موسوعة القانون الجزائري، ترجمة: سامية بوروبة، ليلى دردار، براد جمال، مراجعة: عجة الجبلالي، دار بيرتي الجزائر 2009، ص 230. العنوان الأصلي: القانون العام، Droit général المؤلف الأصلي: كريستال مورال، جورنال، دار النشر موالينو، كيبستنسوا، باريس 2006.

2 – السنهوري، المرجع السابق، ص 560.

3 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 445.

4 – أنظر في ذلك حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 312، 313.

لكن الحوالة قد تكون ثنائية الأطراف تقوم على الاتفاق بين المحيل والمحال عليه، ويرتب هذا الاتفاق آثاره القانونية منذ إبرامه، لكن نظرا لأن تلك الحوالة تصطدم بحق الدائن (المحال له) فإن المشرع قد تطلب قبوله لهذه الحوالة وجعلها موقوفة على ذلك القبول[1].

والإقرار الذي نصت عليه المادة 252 مدني جزائري إرادة منفردة تصدر من الدائن، ولا نتنج أثرها إلا إذا وصلت إلى علم من توجه إليه هذه الإرادة وفقا للقواعد العامة، ونرى أنه يكفي أن يصل الإقرار إلى علم أي من المحال عليه أو المدين الأصلي لينتج أثره، ولا يجوز بعد ذلك لهذين الأخيرين أن يتفقا معا على العدول عن الحوالة أو التعديل فيها[2].

وباعتبار الإقرار تعبير عن الإرادة فليس له شكل خاص، فأي لفظ أو كتابة أو موقف يدل على رضاء الدائن بالحوالة يكفي، وقد يكون صريحا كما يكون ضمنيا ويكون إقرار الدائن للحوالة إقرارا ضمنيا إذا استوفى الدين أو جزءا منه من المحال عليه دون تحفظ، أو قبل منه أي عمل آخر يقوم به على اعتبار أنه هو المدين. ويثبت إقرار الدائن للحوالة بجميع الطرق، وفقا للقواعد العامة لأنه إرادة منفردة[3].

والقاعدة أن الدائن له الحرية في قبول الحوالة أو رفضها، فإن أقرها انتقل بالنسبة إليه الدين من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال إليه، وإن رفضها بقي المدين الأصلي مدينا له كما كان ولم ينتقل الدين بالنسبة إلى الدائن من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه[4]، ويعتبر إقرار الدين صحيحا وتنفذ الحوالة في حقه حتى ولو لم يتم إعلانه بها إذا علم الدائن بالحوالة عن أي طريق آخر[5].

ثانيا- أن يكون المحيل مدينا للمحال له[6]

يتضح من النظام القانوني لحوالة الدين أنه: يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل مدينا للمحال له، بينما لا يشترط أن يكون المحال عليه مدينا للمحيل، فإذا كانت الحوالة هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه فإن ذلك يستلزم أن يكون المحيل مدينا للمحال له.

---

1 -حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 312، 313.

2 - إسماعيل غانم، أحكام الالتزام، فقرة 237 ص 327، نقلا عن السنهوري، المرجع السابق، ص 570.

3 - السنهوري، المرجع السابق، ص 574، 575.

4 - نفس المرجع، ص 575.

5 - حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 313.

6 - أنظر في ذلك نفس المرجع، ص 313، 314.

كذلك فإن تطلب هذا الشرط يتوافق مع الشروط العامة لانعقاد الحوالة، ذلك أن مديونية المحيل تجاه المحال له هي محل عقد الحوالة، فإذا لم يكن المحل موجودا (بغياب هذه المديونية) كان العقد باطلا[1].

الفرع الثاني
انعقاد الحوالة باتفاق الدائن والمحال عليه[2]

تتم الحوالة في هذه الصورة باتفاق بين الدائن والمحال عليه مباشرة، دون تدخل من المدين الأصلي (المادة 257 مدني جزائري) ولا يتطلب القانون أكثر من الاتفاق بين الدائن والمحيل عليه والذي يتم طبقا للقواعد العامة، ويجب أن تكون إرادة المتعاقدين دالة بوضوح على أنها قصدا حوالة إبراء، فيلزم أن تكون إرادة الدائن واضحة على أنه يتخلى عن مدينه الأصلي، وأن تكون إرادة المحال عليه واضحة على أنه أراد أن يأخذ على عاتقه دين المدين السابق.

ولا تلزم هنا موافقة المدين الأصلي أو القديم (المحيل) لانعقاد الحوالة، وتنفذ في مواجهته دون هذه الموافقة، وذلك لأن الوفاء يجوز من غير المدين، ولو بغير علمه أو رغم معارضته، لأنها تنصب في مصلحته إذ يترتب عليها أن تبرأ ذمته من الالتزام[3].

وإذا تمت الحوالة ترتب عليها براءة المدين حتى ولو ألغيت الحوالة فيما بعد باتفاق الدائن والمحال عليه، وذلك لأن الحوالة قد أدت إلى براءة ذمة المدين، ولا يمكن أن يعود دينه إلى الحياة بعد ذلك باتفاق شخصين أجنبيين عنه[4].

---

1 – نفس المرجع، ص 314.

2 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص446، 447.

3 – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 535.

4 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 447.

المطلب الثاني
آثار الحوالة

تتمثل آثار حوالة الدين في العلاقات التي تنشأ بمناسبة انعقادها، سواء كان ذلك عن طريق الاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه، أو عن طريق الاتفاق بين الدائن والمحال عليه. ويتبين ذلك من خلال العلاقات التالية:- علاقة الدائن بالمحال عليه- علاقة المدين الأصلي بالدائن- علاقة المدين الأصلي بالمحال عليه.

الفرع الأول
علاقة الدائن بالمحال عليه

إذا أقر المحال له (الدائن) حوالة الدين أي عقد الحوالة المبرم بين المدين الأصلي والمدين الجديد، تبرأ ذمة المدين الأصلي من الدين، ويصبح المدين بالنسبة إليه هو المحال عليه، وبالتالي يستطيع أن يطالبه بالوفاء بالالتزام، كما لو كان هو المدين الأصلي، فيثبت للمحال له حق مطالبة المحال عليه، ويبرأ المحيل من الدين ومن المطالبة معا، إذا انعقدت الحوالة صحيحة[1].

وبالتالي يترتب على نشوء هذه العلاقة حلول المحال عليه محل المدين الأصلي في الدين، ومتى صارت حوالة الدين نافذة في حق الدائن، يحل بالنسبة إليه المحال عليه محل المدين الأصلي في الدين، ويترتب على ذلك: **1- أن تبرأ ذمة المدين الأصلي قبل الدائن. 2- وأن ينتقل الدين نفسه إلى المحال عليه**[2].

فيخلف المدين الجديد المدين الأصلي في نفس الدين بصفاته وتوابعه فإن كان مزودا بسند تنفيذي انتقل كما هو بسنده التنفيذي وإن كان مؤجلا أو مشروطا انتقل بأجله وشروطه، وينتقل بضماناته كذلك وهنا نفرق بين التأمين العيني والتأمين الشخصي، فالتأمين الشخصي وهو الكفالة يلزم لانتقالها موافقة الكفيل على الحوالة، ونجد أن مشرعنا يستلزم أيضا موافقة

1 - السنهوري، المرجع السابق، ص 584 وما بعدها.

2 - نفس المرجع، ص 584.

الكفيل العيني إذا كان الدين مكفولا بكفالة عينية أي برهن مقدم من الغير (المادة 254 مدني جزائري وهي تقابل المادة 318 مدني مصري)[1].

وينتقل الدين أيضا إلى المحال عليه بدفوعه، وبالتالي يستطيع المحال عليه أن يتمسك في مواجهة الدائن بجميع الدفوع التي كانت للمدين الأصلي (كبطلان الدين بطلانا مطلقا أو نسبيا أو انقضائه بأحد أسباب الانقضاء – كالوفاء، والإبراء والتقادم)، وبالدفوع المتعلقة بعقد الحوالة ذاتها (كون الحوالة باطلة بطلانا مطلقا أو نسبيا)[2].

الفرع الثاني

علاقة المدين الأصلي بالدائن

إذا تمت الحوالة سواء بعقد بين المدين والمحال عليه وأقرها الدائن، أو بعقد بين الدائن والمحيل عليه برئت ذمة المدين براءة نهائية من الدين[3].

غير أنه قد يلتزم بضمان يسار المحال وقت انعقاد الحوالة إذا كانت قد تمت بموافقته كما هو الشأن في القانون الجزائري والمصري ما لم يتفق على غير ذلك (المادة 255 مدني جزائري وهي تقابل المادة 319 مدني مصري)[4].

الفرع الثالث

علاقة المدين الأصلي بالمحال عليه

تنص المادة 253 مدني جزائري على أنه:« ما دام الدائن لم يحدد موقفه من الحوالة إقرارا أو رفضا كان المحال عليه ملزما قبل المدين الأصلي بالوفاء للدائن في الوقت المناسب، ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك، ويسري هذا الحكم ولو رفض الدائن الحوالة غير أنه لا يجوز للمدين الأصلي أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن ما دام لم يقم هو بما التزم به قبل المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة».

---

1 – محمد حسنين، المرجع السابق، ص 338، 339.

2 – دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم، الجزائر 2004، ص 75.

3 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 449.

4 – محمد حسنين، المرجع السابق، ص 339.

ويتبين من هذا النص[1]:

أولا: أن الاتفاق ما بين المحال عليه والمدين الأصلي على حوالة الدين يلزم الأول نحو الثاني بالوفاء بالدين المال به في الوقت المناسب. **ثانيا:** وهذا الاتفاق بين المدين ألأصلي والمحال عليه كل لا يقبل التجزئة.

أولا- التزام المحال عليه تجاه المدين الأصلي: وهذا ما قررته المادة 01/253 مدني جزائري، وبالتالي يترتب على الحوالة انتقال الدين من المدين الأصلي (المحيل) إلى المحال عليه. فيصبح هذا الأخير الملزم بوفاء الدين للدائن، ويلتزم بالوفاء قبل إقرار الدائن الحوالة وعند رفضه أيضا.

وبموجب عقد الحوالة يلتزم المحال عليه (وهو المدين الجديد) بقضاء حق الدائن عند الاستحقاق، وعليه أن يدرأ عن المدين الأصلي كل مطالبة من جانب الدائن. ولكن ليس عليه الحصول من الدائن على إبراء ذمة المدين الأصلي قبل استحقاق الدين[2].

وإذا لم يقم المدين الجديد (وهو المحال عليه) بالوفاء بالتزامه، وجب عليه تعويض المدين الأصلي، إذا طالب الدائن هذا الأخير بالدين. ويجوز للمدين الأصلي الرجوع على المحال عليه بالتعويض طبقا للقواعد العامة، فهو لا يرجع عليه بالدين المحال به ذاته، بل يرجع عليه بالتعويض من جراء إخلاله بالتزامه من درء مطالبة الدائن، ويجوز للمدين الأصلي الاتفاق مع المحال عليه بأن يقدم له تأمينات خاصة كرهن أو كفالة لضمان الوفاء بالالتزام[3].

هذا وقد سبق القول أن المحال عليه يلتزم بالوفاء حتى لو رفض الدائن إقرار الحوالة، فيبقى المحال عليه ملتزما نحو المدين الأصلي بأن يخلصه من مطالبة الدائن، إما بأن يفي فعلا للدائن، وليس للدائن أن يرفض قبول الوفاء فهو مجبر على قبوله ولو من أجنبي. وإما أن يسلم المدين الأصلي مقدار الدين لدفعه للدائن[4].

ثانيا : الاتفاق على الحوالة كل لا يقبل التجزئة: ومعنى ذلك أنه إذا كان المدين الأصلي قد التزم في عقد الحوالة نحو المحال عليه بشيء مقابل التزام الأخير بتحمل الدين فلا يحق له

---

1 – أنظر في ذلك محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 300 وما يليها.

2 –نفس المرجع، ص 300.

3 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 301.

4 – محمد صبري السعدي، المرجع، ص 301.

مطالبة المحال عليه بالوفاء للدائن إلا إذا كان قد نفذ التزامه، وذلك طبقا لما تقضي به قواعد العقود الملزمة للجانبين، ونصت على هذا الحكم الفقرة الثانية من المادة 253 مدني جزائري بالقول:« غير أنه لا يجوز للمدين الأصلي أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن، ما دام لم يقم هو بما التزم به قبل المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة». ومثال ذلك أن يبيع المدين الأصلي للمحال عليه عقارا وفي مقابل ثمنها يتحمل المال عليه بدين في ذمة البائع (المدين الأصلي)[1].

وفي مثل هذه الحالة يكون التزام المحال عليه بتحمل الدين في مقابل العقار الذي اشتراه، فإذا لم يقم البائع (المدين الأصلي) بتسليم العقار إلى المحال عليه أو بنقل ملكيته إليه وفقا للقواعد المقررة، لم يكن له أن يطالب المحال عليه بوفاء الدين المحال به للدائن ما دام هو – البائع– لم يقم بما التزم به نحو المحال عليه[2].

1 – نفس المرجع، ص 302.

2 – السنهوري، المرجع السابق، ص 618.

الفصل الخامس

انقضاء الالتزام

الالتزام أو الحق الشخصي مؤقت بطبيعته، حيث لا يمكن أن يظل شخص مقيدا بالالتزام إلى الأبد، وإلا كان في هذا تقييد لحريته الشخصية، ولذلك فهو ينقضي حتما بتنفيذه، أو لأي سبب آخر[1].

وتتمثل طرق انقضاء الالتزام في ثلاثة طرق:

أولا- الوفاء: وهو الطريق العادي لانقضاء الالتزام، وإذ أنه من المألوف أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه[2].

ثانيا- طرق أخرى تعادل الوفاء: وهي الوفاء بمقابل أي الوفاء بعوض عن محل الالتزام الأصلي، والتجديد وهو الذي يسقط بموجبه الالتزام بنشوء التزام جديد يحل محله، والمقاصة وهي التي تقضي بالتزام يقابله، واتحاد الذمة.

ثالثا- طرق أخرى ينقضي بها الالتزام بدون وفاء ولا ما يعادل الوفاء: وهي التي تتمثل في الإبراء وهو النزول عن الحق دون مقابل، واستحالة التنفيذ بسبب أجنبي والتقادم المسقط الذي يؤدي إلى سقوط الالتزام بمرور مدة زمنية معينة.

وقد تناول المشرع الجزائري أسباب انقضاء الالتزام في الباب الخامس من الكتاب الثاني من القانون المدني (المواد من 258 إلى 322) وستتناول هذه الطرق لانقضاء الالتزام في مباحث ثلاثة:

المبحث الأول: انقضاء الالتزام بالوفاء

المبحث الثاني: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء.

المبحث الثالث: انقضاء الالتزام بدون وفاء.

---

1 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 452.

2 – نفس المرجع، ص 452.

المبحث الأول

انقضاء الالتزام بالوفاء

تعريف الوفاء وطبيعته وأنواعه

يقصد بالوفاء قانونا هو تنفيذ الالتزام، أي قيام المدين بأداء ما تعهد به الدائن، سواء كان الالتزام بإعطاء شيء أو بعمل شيء أو الامتناع عن عمل شيء، وسواء كان هذا الشيء نقودا أو غير نقود[1].

والوفاء بهذا المعنى هو تصرف قانوني، يقتضي أن تتوافر فيه أركان وشروط التصرف، فيجب أن توجد إرادة لدى الموفي، خالية من عيوب الإرادة، وصادر من ذي أهلية، ويجب كذلك أن يكون للوفاء محل، وهو محل الدين الذي يقع الوفاء به. كما يجب أن يكون لهذا التصرف سبب يتمثل في قضاء الدين الموجود، ويكون الوفاء باطلا إذا تخلف ركن من أركانه، ويكون قابلا للإبطال إذا شاب إرادة الموفي عيب من عيوب الإرادة أو كان الموفي ناقص الأهلية[2]، وبالتالي فإذا كان محل الالتزام القيام بعمل مادي أو الامتناع عن عمل، فإن الوفاء به يكون عملا ماديا إيجابيا أو سلبيا. وإذا كان محل الالتزام إعطاء شيء، أي نقل حق عيني على شيء فإن الوفاء به يكون عملا قانونيا Acte Juridique يستلزم رضاء الموفي والموفى له بنفل هذا الحق العيني من الأول إلى الثاني ويجب أن تتوافر فيه كافة شروط انعقاد وشروط صحة التصرف القانوني[3].

والوفاء كطريق طبيعي وعادي لانقضاء الالتزام ينقسم إلى قسمين:1-الوفاء البسيط، 2- الوفاء مع الحلول.

---

1 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 305، محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 454.

2 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 305. محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 454.

3 – سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 679، 680.

المطلب الأول

الوفاء البسيط paiement pure et simple

تناوله المشرع الجزائري في المواد من 258 إلى 284 من القانون المدني، والمقصود بالوفاء قيام المدين بتنفيذ ما التزم به، فهو إذن التنفيذ العيني للالتزام الذي يعتبر الطريقة الطبيعية لانقضاء الالتزام أي الطريقة المألوفة، ومبدئيا يتم الوفاء من المدين، إلا أن أنه قد يتم من غير المدين عن طريق حلول شخص من الغير محل الدائن في الرجوع على المدين ويسمى الوفاء مع الحلول.

الفرع الأول

طرفا الوفاء

طرفا هما الموفي والموفى له، وهذا هو الأصل العام، باعتبارهما طرفا الالتزام، غير أنه يمكن أن يتم الوفاء من غير المدين، كما قد يتم في بعض الأحيان لغير الدائن، وسنتطرق في الأول للموفي، ثم في الثاني للموفى له.

أولا- الموفي le solvens

1-الموفي هو المدين أو الغير

تنص المادة 258 مدني جزائري على أنه:« يصح الوفاء من المدين أو نائبه أو من أي شخص له مصلحة في الوفاء، وذلك مع مراعاة ما جاء في المادة 170، كما يصح الوفاء أيضا مع التحفظ السابق ممن ليست له مصلحة في الوفاء ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته، غير أنه يجوز للدائن رفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن بهذا الاعتراض».

يتبين لنا من المادة 258 مدني جزائري، أن الوفاء قد يقع من المدين أو من نائبه، وقد يقع من شخص غير المدين قد تكون له مصلحة في ذلك، وقد لا تكون له مصلحة في ذلك، فالقاعدة العامة في الوفاء الذي يقع من غير المدين أنه جائز، ولا يجوز للدائن الاعتراض على هذا النوع من الوفاء، وقد تكون لغير المدين مصلحة في الوفاء، عندما يكون هذا الغير في مركز الكفيل أو المدين المتضامن، وكذلك حائز العقار المرهون حيث تكون له مصلحة في تطهير العقار من الرهن المقيد على العقار، وبالتالي يخلص له العقار

من القيود العينية، ومع ذلك قد يقوم الغير بالوفاء بالالتزام عن المدين دون أن تكون له مصلحة في ذلك[1].

إلا أن هذه القاعدة الخاصة المعمول بها في الوفاء يرد عليها قيدين[2]:

- **القيد الأول: (الحالة الأولى):** ورد هذا القيد في المادة 170 مدني جزائري التي أحالت إليها المادة 258 مدني جزائري والتي تنص على أنه:« في الالتزام بعمل، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين».

ويتحقق هذا القيد أو الحالة عندما يكون محل الالتزام عملا يقتضي مهارة وكفاءة وخبرة خاصة، بمعنى عندما يكون محل الالتزام متصلا بشخص المدين نفسه، كالتزام رسام، والتزام طبيب جراح مشهور أو مصور أو مطرب، ففي هذه الحالة يمكن للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين.

- **القيد الثاني (الحالة الثانية):** نصت عليه المادة 258 المذكورة سابقا بقولها:« غير أنه يجوز للدائن رفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن بهذا الاعتراض».

ففي هذه الحالة يكون الدائن حرا في قبوله، ولو أنه من الصعب تصور رفض الدائن للوفاء ما دام أن المدين لم يعرض الوفاء من جانبه.

2- رجوع الغير الموفي على المدين

إذا قام الغير بالوفاء، فله الحق في الرجوع على المدين بما أوفى، ما لم يكن متبرعا ويكون رجوعه على أساس الفضالة إذا تم الوفاء بغير علم المدين، أو بعلمه ولكن دون اعتراض منه، أو بدعوى الوكالة إذا أقر المدين الوفاء بعد وقوعه، فإذا تم الوفاء رغم اعتراض المدين كان رجوع الموفى على أساس الإثراء بلا سبب. وفي هذه الحالة الأخيرة يكون للمدين أن يمنع رجوع الموفى عليه بكل أو بعض ما أوفى إذا أثبت أن له مصلحة في الاعتراض على الوفاء. كما لو كان المدين قد سبق وأوفى بالدين كله أو بعضه، أو كان تملك دفعا ضد رجوع الدائن كالدفع بانقضاء الدين بالمقاصة أو الإبراء أو التقادم. وكذلك

---

1 – خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 218.

2 – نفس المرجع، ص 218 وما يليها. محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 456 وما يليها.

حيث يكون للمدين الدفع بالبطلان لانعدام الإرادة أو لعيب في المحل أو السبب أو الشكل أو التمسك بالإبطال لنقص في الأهلية أو عيب في الإرادة وهكذا[1]. وهذا ما نصت عليه المادة 259 مدني جزائري.

3- الشروط الواجب توافرها في الموفي

تنص المادة 260 مدني جزائري على أنه:« يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشيء الذي وفى به وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه».

و نستنتج أن الوفاء عمل قانوني لذا وجب أن تصدر إرادة الموفى سليمة خالية من أي عيب من عيوب الإرادة، وأن تصدر إرادة الوفاء من شخص له أهلية التصرف أي أهلية الأداء، بالإضافة إلى أن يكون الموفي مالكا للشيء الموفى به.

- **أهلية الموفي[2]**: باعتبار الوفاء هو تصرف قانوني، فإنه يشترط لممارسته أهلية التصرف في الشيء الموفى به، فإذا كان الموفي ناقص الأهلية اعتبر وفاؤه قابلا للإبطال، وله الحق أن يتمسك بالإبطال لاسترداد ما أوفى به[3].

وعليه فالصبي المميز فإن تصرفاته الضارة ضررا محضا هي فقط التي تعتبر باطلة بطلانا مطلقا، فإذا كان الوفاء لا يصيب ناقص الأهلية بضرر كان صحيحا.

وعليه يستطيع الموفي التمسك بإبطال الوفاء إذا كان ناقص الأهلية، وكان الوفاء من شأنه أن يسبب له ضرر من الأضرار.

وبناء على ما سبق فإذا كان الموفي ناقص الأهلية وجب التمييز بين حالتين: حالة الوفاء من المدين أو من الغير.

- إذا وقع الوفاء من المدين فلا يستطيع التمسك بالإبطال بسبب نقص أهليته إلا إذا أثبت إصابته بضرر بسبب هذا الوفاء، كما إذا أوفى قبل حلول أجل الدين، أو أنه

---

1 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 457.

2 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 310. محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 458.، 459. حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 354. خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 230، 231.

3 – **وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأن:" الوفاء اتفاق بين الموفي والموفى له على قضاء الدين، فهو بهذه المثابة تصرف قانوني يجري عليه من الأحكام ما يجري على سائر التصرفات القانونية، فلا بد فيه من تراض الطرفين على وفاء الالتزام، ويشترط في هذا التراضي أن يكون خاليا من عيوب الإرادة، فإذا داخل الوفاء عيب منها كان قابلا للإبطال**". نقض مدني 1965/05/20 مجموعة أحكام النقض، س 12، ص 602، نقلا عن محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص458.

أوفى بشيء أعلى مرتبة من الذي التزم به، كأن يكون التزم بشيء من صنف متوسط، وأوفى بصنف ممتاز.

- إذا صدر الوفاء من الغير، كان له الحق في التمسك بإبطال الوفاء لنقص أهليته في جميع الأحوال.

ب-أن يكون الموفي مالكا للشيء الموفى به

تنص المادة 260 مدني جزائري على أنه:« يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفي مالكا للشيء الذي وفى به...».

وعليه يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى، سواء أكان هو المدين أو غيره، مالكا للشيء الذي أوفى به، فملكية الشيء الموفى به لا تنتقل إلى الدائن إذا كان الموفى لا يملك هذا الشيء. وبناء على ذلك يمكن للدائن أن يطالب بإبطال الوفاء، وذلك قياسا على بيع ملك الغير ليتجنب رجوع المالك الحقيقي للشيء عليه ومن ثم فمن حق الدائن أن يطالب الموفي (وهو المدين) القيام بالوفاء مرة أخرى بطريقة صحيحة.

ثانيا- الموفى له l' accipins

يشترط في الموفى له أن يكون أهلا لإبرام التصرف، وهذا على اعتبار أن الوفاء يترتب عليه انقضاء الدين، وهذا الأخير من أعمال التصرف، كما أنه يشترط في الموفى له أن يكون ذا صفة في الاستيفاء[1].

ويصح الوفاء للدائن ولنائبه أو لخلفه الخاص كالمحال إليه، وجعل المشرع الجزائري وكذلك المشرع المصري من تقديم المخالصة الصادرة من الدائن قرينة على نيابة مقدمها من الدائن في استيفاء الدين، إلا إذا كان هناك اتفاق سابق على أن يكون الوفاء للدائن شخصيا (المادة 267 مدني جزائري)[2].

ولقد قررت القاعدة التي نصت عليها المادة 268 مدني جزائري وهي وجوب الوفاء للدائن أو لنائبه أو لخلفه، لذا فالوفاء الحاصل للغير لا يبرئ ذمة المدين في مواجهة دائنه،

1 - دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم، عنابة الجزائر 2004، ص 80.

2 - محمد حسنين، المرجع السابق، ص 344.

ويظل مدينا له بالوفاء إلا أن هذه القاعدة يرد عليها ثلاثة استثناءات يكون فيها الوفاء للغير صحيحا ويرتب أثره القانوني وهي[1]:

- **الاستثناء الأول:** يتمثل في حالة إقرار الدائن لهذا الوفاء لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، فيعتبر الموفى له نائبا عن الدائن.
- **الاستثناء الثاني:** يتمثل في حالة حصول الدائن على منفعة من هذا الوفاء الحاصل للغير، فعندئذ تبرأ ذمة المدين بمقدار هذه المنفعة وذلك تطبيقا لنظرية الإثراء بلا سبب على حساب الغير.
- **الاستثناء الثالث:** يتمثل في حالة حصول الوفاء للدائن الظاهر بشرط حسن نية الموفي بمعنى اعتقاده أنه أوفى للدائن الحقيقي، وذلك مراعاة لمبدأ حسن النية وتحقيقا لاستقرار المعاملات، ومثال الدائن الظاهر حالة الوراث الظاهر وهو الشخص الذي آلت إليه تركة دون أن يكون هو الوارث الحقيقي لوجود آخر يحجبه عن الإرث، فالوفاء للدائن تبرئ ذمة المدين في مواجهة دائنه الحقيقي، ولا يكون لهذا الدائن إلا الرجوع على الدائن الظاهر طبقا لنظرية الإثراء بلا سبب.
- **الحكم المترتب على امتناع الدائن عن قبول الوفاء**[2]: بالرغم من المنفعة التي يحصل عليها الدائن من الوفاء بحقه، إلا أنه قد يمتنع عن قبول الوفاء من المدين وذلك في الحالات التالية:

وذلك باعتقاده أن ما يوفيه المدين له أقل من المستحق له في ذمة المدين، أو أنه يستحق شيئا آخر غير ما قدمه المدين، وقد يكون الدائن أراد التعنت في قبول الوفاء من المدين، وقد يتطلب في بعض الأحوال تدخل الدائن في استيفاء الدين فيمتنع الدائن عن ذلك، كأن يكون الوفاء واجبا في موطن المدين ثم يرفض الدائن الذهاب إلى المدين.

فإذا امتنع الدائن عن قبول الوفاء لأي سبب، وأراد المدين أن يبرئ ذمته بأسرع وقت ممكن، ولكي يتخلص من الالتزام بالمحافظة على الشيء وتحمل هلاكه، أو لكي يوقف الفوائد التي ينتجها الدين، فأمام هذا الرفض والامتناع المتوقع حصوله من الدائن للوفاء، وضع المشرع إجراءات قانونية يستطيع المدين اللجوء إليها والمتمثلة في إجراءات العرض

---

1 – أنظر في ذلك محمد حسنين، المرجع السابق، ص 344.

2 – أنظر في ذلك محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 465 وما يليها، محمد حسنين، المرجع السابق، ص 345. وما يليها، خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 266 وما يليها.

الحقيقي والإيداع، وتبدأ هذه الإجراءات بالإعذار أولا، ثم يليه العرض الحقيقي، ثم الإيداع وسنتناول هذه الإجراءات فيما يلي:

1 – إعذار المدين للدائن

«الإعذار هو إجراء يقصد به أن يسجل المدين على الدائن رفضه لقبول الوفاء، ويتم بواسطة إعلان رسمي على يد محضر ويتم هذا الإعذار بناء على طلب المدين إذا تعنت الدائن في عدم قبول الوفاء»[1]. ولقد أكدت المادة 270 مدني جزائري على ضرورة إعذار المدين لدائنه بقبول الوفاء وذلك بالقول:« إذا تم إعذار الدائن فإنه يتحمل تبعة هلاك الشيء، أو تلفه ويصبح للمدين الحق في إيداع الشيء على نفقة الدائن، والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر»، وعليه نجد أن أول الإجراءات التي ألزم بها المشرع المدين لإتمام الوفاء هو تسجيل امتناع الدائن عليه عن طريق الإعذار، لذلك يجب على المدين أن يعلن الدائن إعلانا رسميا على يد محضر بقبول الوفاء[2].

ولقد حددت المادة 270 مدني جزائري الأثر القانوني المترتب على تحقق الإعذار بالقول:« إذا تمك إعذار الدائن فإنه يتحمل تبعة هلاك الشيء على نفقة الدائن، والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر».

ويتبين من نص المادة 270 مدني جزائري سالفة الذكر أن إعذار المدين لدائنه بقبول الوفاء يترتب عليه انتقال تبعة هلاك الشيء محل الوفاء أو تلفه إلى الدائن، ويؤدي الإعذار أيضا إلى فتح الطريق أمام المدين لاتخاذ إجراءات العرض الحقيقي وإيداع محل الالتزام.

وفي الأخير يترتب على الإعذار جواز مطالبة المدين دائنه بالتعويض عن الأضرار التي لحقته بسبب الامتناع عن قبول الوفاء مع الأخذ في تقدير التعويض بمقدار العنت الذي بدا من الدائن، وذلك برفضه الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا دون مبرر، أو يرفض القيام بالأعمال اللازمة لإتمام الوفاء، كما لو كان بائعا لعقار ورفض الذهاب مع المشتري إلى مصلحة الشهر العقاري للقيام بالإجراءات اللازمة للتسجيل، أو أن يعلن أنه لن يقبل الوفاء[3].

---

1 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 461.

2 – حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 360، 361.

3 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 461، 462.

2- العرض الحقيقي l'offre réelle

إذا قام المدين بإعذار الدائن وفقا للمادة 270 مدني جزائري فلا يترتب على ذلك براءة ذمته من الالتزام، بل عليه لتحقيق ذلك أن يقوم باتخاذ إجراءات العرض الحقيقي ثم الإيداع.

ويكون العرض الحقيقي بأن يسلم المدين للمحضر الشيء محل الدين إذا كان نقودا أو شيئا آخر مما يمكن تسليمه للدائن في موطنه ليعرضه عليه. أما ما لا يمكن تسليمه للدائن في موطنه كالعقارات التي لا يتيسر نقلها إلا بمشقة ومؤونة، فيحصل عرضها على الدائن بمجرد تكليفه بتسلمها على يد المحضر، ويتم الوفاء بحق الدائن عندئذ بقبوله العرض[1].

ولقد نصت المادة 584 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على طريقة عرض الوفاء بالقول: « يقدم عرض الوفاء بواسطة محضر قضائي في الموطن الحقيقي أو المختار للدائن، ويبلغ رسميا وفقا لأحكام هذا القانون»، وفي حالة رفض الدائن عرض الوفاء، وجب على المحضر أن يذكر ويسجل في محضره واقعة الرفض، وينتقل بعدها المدين إلى مرحلة الإيداع.

3-الإيداع la consignation

نصت عليه المادة 585 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالقول:« إذا رفض الدائن العرض، جاز للمدين إيداع المبلغ أو الشيء المعروض بمكتب المحضر القضائي، وعند الاقتضاء بأمانة ضبط المحكمة».

و يتبين من نص المادة 585 سالفة الذكر أنه في حالة رفض الدائن للعرض الحقيقي للوفاء، يمكن للمدين أن يقوم بإيداع مبلغ النقود أو الشيء المعروض محل الوفاء بمكتب المحضر القضائي، وفي حالة الضرورة يتم الإيداع بأمانة ضبط المحكمة.

فالإيداع هو وضع الشيء محل الالتزام بالمكان المحدد قانونا ، وهو المرحلة الثانية التي تلي عرض الوفاء الرامية لتحرير المدين من الالتزام . ولا تأتي هذه المرحلة إلا بعد رفض الدائن للعرض بغير مبرر مقبول ، ويجب التأكد من تعنت الدائن في ذلك[2].

---

1 – نفس المرجع، ص 462، 463.

[2] محي الدين بن عبد العزيز، عرض الوفاء والإيداع في القانون الجزائري والقانون المقارن والفقه المقارن والفقه الإسلامي، دار هومه، الجزائر، 2015،ص 85.

وطبقا لنص المادة 271 مدني جزائري فإن الوفاء إذا كان محله شيئا معينا بالذات، يمكن للمدين أن يحصل على ترخيص من القضاء في إيداعه، فإذا كان هذا الشيء عقارا أو ما هو معد للبقاء حيث وجد، جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة أي تعيين حارس له Sous séquestre، وإذا كان الشيء محل التسليم قابلا للتلف أو يتكلف إيداعه نفقات كبيرة فيجوز حينها للمدين أن يطلب بيعه في المزاد العلني وإيداع ثمنه بالخزينة العمومية. (المادة 272 مدني جزائري).

أما إذا أصر الدائن على الرفض والامتناع، يجوز للمدين أن يطلب من المحكمة المختصة الحكم بصحة العرض والإيداع، وبذلك تثبت براءة ذمة المدين من يوم العرض متى أصبح هذا الحكم حائزا لقوة الشيء المقضي فيه الأمر الذي تؤكده المادة 274 مدني جزائري.

والخلاصة، يترتب على رفض العرض الحقيقي حق المدين في مباشرة إجراءات الإيداع، أي إيداع الشيء محل الوفاء قلم كتاب المحكمة أو من يعينه القضاء ليتسلم الشيء محل الوفاء، على أن لا تبرأ ذمة المدين بهذا الإيداع إلا باستصدار حكم قضائي – بموجب دعوى قضائية– بصحة العرض والإيداع، إذ أن ذلك الحكم يكون بمثابة وفاء من المدين[1].

4–مدى حق المدين في استرداد ما أودعه[2]

للمدين الحق في استرداد ما أودعه طالما أن الدائن لم يقبل العرض أو طالما أنه لم يصدر حكم بصحة العرض، أو بعد قبول الدائن للعرض أو بعد صدور الحكم بصحته، فإنه لا يجوز للمدين أن يرجع عنه ولا أن يسترد ما أودعه، وإذا قبل الدائن هذا الرجوع فلا يكون له بعد ذلك أن يتمسك بما يكفل حقه من تأمينات، وتبرأ ذمة المدينين المشتركين في الدين والضامنين له (المادة 275 مدني جزائري).

5–حالات الإيداع دون إعذار الدائن ودون العرض الفعلي[3]

الأصل أن المدين لا يقوم بالإيداع إلا بعد إعذاره الدائن، إلا أن القانون أجاز الإيداع مباشرة أو ما يقوم مقامه، دون أن يسبق ذلك إعذار الدائن ودون العرض الفعلي، وهذه

1 – دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 84.

2 – أنظر في ذلك محمد حسنين، المرجع السابق، ص 345، 346.

3 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 320.

الحالات نصت عليها المادة 273 مدني جزائري وهي:**1**- إذا كان المدين يجهل شخصية أو موطن الدائن كما إذا كان الدائن وارثا مجهولا.

2- أو كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصا ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء.

3- أو ان الدين محل نزاع بين عدة أشخاص.

4- أو كانت هناك أسباب أخرى جدية تبرر هذا الإجراء، كما لو كان المدين يطالب بالتزام مقابل تعذر عليه استيفاؤه قبل أن يقوم بالوفاء بما عليه من دين.

6-آثار الإيداع[1]

إن العرض الحقيقي المقترن بالإيداع أو ما يقوم مقامه يعتبر وفاء يترتب عليه براءة ذمة المدين. وذلك إذا قبل الدائن العرض أو صدر حكم بصحته وقد نصت على ذلك المادة 274 مدني جزائري.

بمعنى أن المشرع أعطى للعرض الحقيقي للوفاء بالدين والذي يليه إيداعا لمحل الالتزام سواء في الخزينة العمومية أو تحت الحراسة قوة الوفاء، حيث جعله يقوم مقام الوفاء المبرء لذمة المدين في حالة قبول الدائن العرض والإيداع، لكن إذا أصر الدائن على الرفض فللمدين أن يرفع دعوى أمام القضاء مطالبا فيها الحكم له بصحة العرض والإيداع، فإذا حصل ذلك اعتبر العرض والإيداع وفاء للدين فتبرأ ذمة المدين من يوم وقوع العرض، وبالتالي يسقط حق المدين في الرجوع في العرض وكذلك في الإيداع، وهذا ما يتضح من مفهوم المخالفة لنص الفقرة الأولى من المادة 275 مدني جزائري والتي تقرر على أنه:« إذا عرض المدين على الدائن واتبع هذا العرض بإيداع أو بإجراء مماثل، جاز له الرجوع في عرضه ما دام الدائن لم يقبله أو لم يصدر حكم نهائي بصحته.

ولكن إذا رجع المدين في عرضه بعد قبوله من الدائن أو بعد صحته بعد الحكم وقبل الدائن منه هذا الرجوع، لم يكن لهذا الدائن أن يتمسك بما يكفل (حظه)[2] حقه من تأمينات وتبرأ ذمة الشركاء في الدين، وذمة الضامنين».

ونلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة 275 مدني جزائري تعطي للمدين الحق في أن يرجع في العرض الذي قبله الدائن أو صدر حكم نهائي بصحته إذا قبل الدائن هذا الرجوع،

---

1 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 320. خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 229 وما يليها.

2 – **كلمة حظه الواردة في الفقرة الثانية من المادة 275 خاطئة، والصحيح هو حقه، وذلك بالمقارنة مع نص الفقرة الثانية من النص الفرنسي للمادة 275.**

ويترتب على هذا اعتبار الوفاء كأن لم يكن ولكن هذا الرجوع لا يسري بالنسبة للشركاء في الدين أو الكفلاء الضامنين الذين أدى العرض المشفوع بالإيداع إلى براءة ذمتهم بصفة نهائية[1].

وإذا عاد الدائن إلى قبول العرض بعد أن قد سبق ورفضه وتم الإيداع بناء على هذا الرفض، فإن قبوله عندئذ يعتبر مبرئا ذمة المدين، أما إذا لم يقبل الدائن العرض ونازع في صحته، فإن أثر العرض يتوقف حينئذ على نتيجة الفصل في منازعة الدائن، وقد لا ينازع الدائن في صحة العرض ولا ينتظر المدين ذلك ويرفع دعوى طالبا الحكم بصحته حتى يصل إلى براءة ذمته، ولا تحكم المحكمة بصحة العرض إلا إذا تم إيداع الشيء المعروض وفوائده التي استحقت لغاية يوم الإيداع[2].

ولقد نصت الفقرتان الثالثة والرابعة من المادة 585 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أثرين أساسيين يترتبان على إيداع العرض بالوفاء بالقول:« – يترتب على إيداع العرض، سقوط حق الدائن في المطالبة بالحق محل العرض والإيداع، بعد مضي أجل سنة واحدة (01) من تاريخ إيداع العرض.

يمكن للمدين استرجاع المبلغ أو الشيء المعروض والمودع، بعد انقضاء هذا الأجل بأمر على عريضة».

الفرع الثاني

محل الوفاء

أولا– يكون الوفاء بنفس الشيء المستحق

إن ذمة المدين لا تبرأ إلا إذا أوفى بالشيء المستحق، أي بعين ما التزم به، سواء كان إعطاء شيء أو كان عملا أم امتناعا عن عمل، فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره ولو كان هذا الشيء مساويا له في القيمة أو كانت قيمته أعلى[3] (المادة 276 مدني جزائري).

1 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 322.

2 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 465.

3 – نفس المرجع، ص 466.

فيجب أن يكون الوفاء بالشيء ذاته الذي التزم به المدين، ولا يكون بغيره ولو كان أكبر قيمة أو أكثر فائدة إلا إذا قبله الدائن.

وفي هذه الحالة لا يعتبر الوفاء وفاء محضا بل يكون وفاء بمقابل، ويجب أن يكون الوفاء بكل الدين، لأن الوفاء الجزئي لا يجوز إلا في بعض أحوال نص عليها القانون[1].

فإذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات كسيارة معينة أو دار أو أرض فالوفاء يكون بهذا الشيء المعين دون غيره، ولو كان من جنسه ونوعه أو يزيد عليه في القيمة وليس هناك ما يمنع من الاتفاق على أن يتم الوفاء بشيء آخر، وهذا هو الوفاء بمقابل وله أحكامه الخاصة التي سنراها فيما يعد[2].

أما إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالنوع فقط أي من المثليات كأن يكون قنطارا من القمح أو الشعير أو الأرز، وجب تسليم شيء من نفس النوع دون غيره، فإذا لم تعين درجة الشيء من حيث جودته ولم يكن في الاستطاعة استخلاص ذلك من ظروف الحال أو العرض، التزم المدين بتسليم شيئا من صنف متوسط (المادة 02/94 مدني جزائري).

وإذا كان محل الالتزام هو دفع مبلغ من النقود فيكون الوفاء بتسليم المدين الدائن القدر المتفق عليه من النقود بصرف النظر عن انخفاض قيمة العملة (المادة 95 مدني جزائري)[3].

أما إذا كان محل الالتزام هو القيام بعمل فإن مضمونه يتحدد بالرجوع إلى نوع العمل المطلوب وطبيعته هل هو التزام ببذل عناية أو هو التزام بتحقيق نتيجة.

ثانيا- يكون الوفاء بكل الشيء المستحق

بمعنى عدم جواز تجزئة الوفاء، فإذا كان الدين معين المقدار مستحق الأداء. فلا يجوز أن يلزم الدائن بقبول الوفاء بجزء منه ولو كان هذا الدين قابلا للانقسام، وهذه القاعدة لا تنصرف فقط إلى أصل الدين بل تسري كذلك بالنسبة لملحقاته كالمصاريف والفوائد في القانون المصري الذي يسمح بالفوائد ، فلا يجوز للمدين إجبار الدائن على قبول الوفاء بأصل الدين منفصلا عن ملحقاته (المادة 277 مدني جزائري)[4].

---

1 – سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 700.

2 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 466.

3 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 323.

4 – أنور سلطان، المرجع السابق، ص 324، 325.

ولا يقوم هذا المبدأ إلا بالنسبة للدين الواحد، فإذا تعددت الديون في ذمة المدين لدائنه وأراد المدين أن يوفي بأحدها دون الأخرى، فليس للدائن أن يرفض هذا الوفاء[1].

وهناك استثناءات لقاعدة عدم تجزئة الوفاء بالدين الواحد هي[2]:

1-في حالة اتفاق المتعاقدين على تجزئة الوفاء، سواء كان الاتفاق من قبل أو كان عند الوفاء وذلك بقبول الدائن الوفاء الجزئي.

2-يجوز تجزئة الوفاء بنص القانون، وذلك في حالة المقاصة عندما تجرى بين دينين متقابلين بين دائن ومدين، فإن الدينين ينقضيان بقدر الأقل منها (المادة 300 مدني جزائري)، وفي هذه الحالة تعتبر المقاصة وفاء جزئيا للدائن صاحب الدين الأكبر، إذ سيسقط منه جزء بالمقاصة رغم إرادة الدائن ويظل باقي في ذمة المدين، فإذا كان للدائن عشرة آلاف دينار جزائري على المدين، وكان للمدين مبلغ سبعة آلاف دينار على الدائن، ثم توافرت شروط المقاصة ، فإن الدينين يسقطان بقدر السبعة آلاف دينار، ويبقى في ذمة المدين الباقي في مواجهة الدائن، وهكذا يكون القانون قد أجاز الوفاء الجزئي عن طريق المقاصة.

3-في حالة إعطاء أجل قضائي أو نظره الميسرة للمدين حسن النية، يجوز تجزئة الوفاء بحكم القاضي (المادة 281 مدني جزائري).

4-في حالة تعدد الكفلاء غير المتضامنين فكل منهم أن يدفع بتجزئة الدين (المادة 664 مدني جزائري).

5-في حالة الأوراق والسندات التجارية إذ تنص المادة 415 من القانون التجاري الجزائري على أنه لا يمكن للحامل أن يرفض وفاء جزئيا ويتعين على الحامل أن يقدم احتجاجا عما تبقى من المبلغ.

---

1 – محمد حسنين، المرجع السابق، ص 346.

2 – نفس المرجع، ص 346، 347. – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 467، 468. خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 239 وما يليها.

ثالثا- خصم المدفوعات عند تعدد الديون[1] imputation du paiement

قد يحدث أن يكون المدين ملزما بعدة ديون تجاه نفس الدائن، وتكون الديون من جنس واحد كأن تكون جميعا ديونا نقدية، ثم يوفي المدين بمبلغ لا يكفي إلا للوفاء بأحد الديون أو بالبعض منها، فمن أي الديون يخصم ما وفى به المدين؟

إذا كان لدينا دين واحد فالمدفوع يخصم أولا من المصروفات ثم من الفوائد إذا كان القانون يسمح بالفوائد ثم من الأصل وتنص المادة 278 مدني جزائري على أنه إذا كان المدين ملزما بالمصاريف زيادة على الدين الأصلي وكان ما أداه لا يفي بالدين مع هذه الملحقات خصم ما أدى من حساب المصاريف ثم من أصل الدين ما لم يتفق على غير ذلك.

أما إذا تعددت الديون من نفس المدين ودائنه وكانت جميعها من جنس واحد كالنقود وكانت جميعها حالة، فهنا يكون لكل دين استقلاله على الآخر، فإذا أوفى المدين بمبلغ لا يكفي للوفاء بها جميعا فالقاعدة أن للمدين أن يعين عند الوفاء الدين الذي يريد الوفاء به ما لم يوجد مانع قانوني أو اتفاقي يحول دون هذا التعيين (المادة 279 مدني جزائري).

ويتمثل المانع القانوني في أن الخصم من دين أكبر من المبلغ المدفوع يصطدم بقاعدة عدم تجزئة الوفاء فلا يجوز للمدين أن يختار الوفاء بدين أكبر من المبلغ الذي سيوفي به.

وإذا لم يعين المدين الدين الذي يريد الوفاء به فيكون الخصم من الدين الذي يحل أجله أو من الدين الأشد كلفة إذا تعددت الديون وكانت آجالها حالة[2].

وقد نصت على ذلك المادة 270 مدني جزائري بقولها:« إذا لم يعين الدين على الوجه المبين في المادة 279، كان الخصم من حساب الدين الذي حل أجله، أو عن الدين الأشد كلفة وذلك إذا حل أجل ديون متعددة».

1 – أنظر في ذلك محمود عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 468 وما يليها. محمد حسنين، المرجع السابق، ص 347، 348.

2 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 327.

الفرع الثالث
طريقة الوفاء

نعني بطريقة الوفاء تبيان زمان الوفاء ومكانه وتحديد الطرف الذي يتحمل نفقاته، وفي الأخير كيفية إثباته.

أولا- زمان الوفاء

تنص المادة 281 مدني جزائري على أنه:« يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك».

فإذا نشأ الالتزام في ذمة المدين صحيحا فإن الأصل هو تنفيذ الالتزام فور نشوئه، فإذا انعقد عقد بيع التزم البائع بتسليم الشيء المبيع، والتزم كذلك المشتري بدفع الثمن مباشرة على اعتبار أن الالتزامات التي نشأت عن عقد البيع تعتبر التزامات منجزة وحالة الأداء ما لم يتفق المتعاقدان (البائع والمشتري) على غير ذلك[1].

وقد يكون الوفاء بالالتزام مؤجلا بموجب الاتفاق أو بنص القانون أو إذا منح القاضي مهلة للمدين المعسر (المادة 02/281 مدني جزائري) وتعرف هذه المهلة بنظرة الميسرة délai de grâce بشرط ألا يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم[2]. بحيث نصت الفقرة الثانية من المادة 281 على أنه يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالا ملائمة للظروف، دون أن تتجاوز هذه مدة سنة، وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها.

وقد يتدخل المشرع ويمنح أجلا للوفاء لصالح المدينين moratoires مراعاة لبعض الظروف كما يحدث في أحوال الحروب والأزمات الاقتصادية[3].

وتجدر الإشارة بأنه لا يمكن إجبار الدائن على قبول الوفاء قبل حلول الأجل إلا إذا كان الأجل لمصلحة المدين وحده[4].

---

1 – خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 246.

2 – محمد حسنين، المرجع السابق، ص 348.

3 – نفس المرجع، ص 348.

4 – نفس المرجع، ص 348.

ثانيا- مكان الوفاء[1]

تقضي المادة 282 مدني جزائري بما يأتي:« إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات، وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك، أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز مؤسسته إذا كان الالتزام متعلقا بهذه المؤسسة».

ووفقا لهذا النص فلتعيين مكان الوفاء يجب الرجوع أولا إلى الاتفاق بين المتعاقدين، فإذا لم يوجد اتفاق في هذا الشأن وجب تطبيق أحكام المادة 282، وهي تقضي بالتفرقة بين ما إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بذاته أو لم يكن كذلك، فإذا كان محل الالتزام شيئا معينا بذاته كان الوفاء به في مكان وجود هذا الشيء وقت نشوء الالتزام، إلا إذا اتفق على خلاف ذلك أو نص القانون بغيره ومثال الالتزام المتعلق بشيء معين بالذات، كالالتزام بتسليم سيارة فيتم الوفاء به في مكان وجودها وقت نشوئه (المادة 02/282).

إما إذا كان محل الالتزام تسليم شيء غير معين بالذات (شيء مثلي)، أو كان عملا أو امتناعا عن عمل فإنه يكون واجب الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء (لا وقت نشوء الالتزام).

والأصل أن يكون هذا الموطن هو الموطن العام للمدين، ما لم يتعلق الالتزام بعمل معين، فيكون هذا الموطن هو موطن أعماله. ويعبر عن هذه القاعدة بأن الدين مطلوب لا محمولla dette est quérable non portable أي أن الدائن هو الذي يسعى لاقتضاء الدين في موطن المدين ولا يحمله المدين إليه[2].

ثالثا- نفقات الوفاء

كمصاريف حوالة البريد ونفقات الوزن والعد والكيل، فهذه النفقات يتحملها في الأصل المدين إلا إذا اتفق على غير ذلك أو كان ثمة نص يقضي بغير ذلك، ومثاله ما نص عليه

---

1 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 472، 473. محمد حسنين، المرجع السابق، ص 348. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 328، 329. خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 252.

2 – وفي هذا الصدد يقول الأستاذ الفاضل **الدكتور محمود عبد الرحمن محمد:**" **يلاحظ أنه إذا كان الدين واجب التنفيذ في موطن المدين، فإنه يصبح بعد نظرة الميسرة واجب التنفيذ في موطن الدائن، ذلك أن المدين مدعو إلى تنفيذ التزامه في أي وقت خلال الأجل الممنوح له من القاضي، وليس الأجل إلا حدا أقصى لموعد التنفيذ، فيجب عليه إذن أن يسعى بالتنفيذ إلى موطن الدائن، لا أن ينتظر حتى يأتي الدائن إلى موطنه**"، المرجع السابق، ص 473.

القانون من أن الدائن يتحمل نفقات العرض والإيداع، وعلة ذلك أن الدائن كان متعنتا في رفض الوفاء في هذه الحالة (المادة 283 مدني جزائري).

رابعا- إثبات الوفاء[1]

تقضي المادة 284 بأنه:« يكون لمن قام بالوفاء بجزء من الدين، الحق في مطالبة مخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بحصول هذا الوفاء، و له أيضا الحق في مطالبة رد السند أو إلغائه إذا وفى بكل الدين، وإذا ضاع السند كان له أن يطلب من الدائن إشهادا على ضياع هذا السند، فإذا رفض الدائن القيام بما فرضته عليه الفقرة السابقة جاز للمدين إيداع الشيء المستحق».

يتبين لنا من نص المادة 284، أن المدين الموفي يكون له أن يطالب الدائن الموفى له بمخالصة تثبت واقعة الوفاء، فالوفاء ليس من الوقائع المادية التي يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات، وإنما يعتبر من قبيل التصرفات القانونية، وبالتالي يجب إثباته كتابة إذا جاوز نصاب الإثبات بالبينة أو القرائن (المادة 333 مدني جزائري)، وهو عادة يثبت بالمخالصة quittance ou reçu ويلتزم الدائن بإعطائها للمدين متى طلبها ويوقعها الدائن ويؤرخها، ويعتبر تاريخها حجة فيما بين العاقدين، ويجوز أن يحتج به على الغير ولو لم يكن ثابتا بوجه رسمي، وبهذا جرى القضاء الفرنسي بالرغم من المادة 1328 وأخذ به المشرع الجزائري في المادة 328 مدني جزائري وكذلك المشرع المصري. وللمدين أن يطلب استرداد سند الدين أو إلغاؤه، وإذا كان الوفاء جزئيا فله أن يطلب التأشير بذلك على سند الدين وكل ذلك فضلا عن المخالصة، وإذا ضاع السند كان له أن يطلب من الدائن إشهادا على ضياع هذا السند.

وفي حالة رفض الدائن بما هو مفروض عليه عند التخالص مما ورد في الفقرة السابقة جاز للمدين إيداع الشيء المستحق (المادة 284 مدني جزائري).

1 – خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 253، 254. محمد حسنين، المرجع السابق، ص 349.

المطلب الثاني

الوفاء مع الحلول أو الوفاء الواقع من غير المدين Le paiement avec subrogation

الوفاء مع الحلول هو الوفاء الذي يقوم به غير المدين، ويؤدي إلى استيفاء الدائن حقه مع حلول الموفي (الغير) محله في رجوعه على المدين، فالحلول هو أن يحل شخص محل شخص آخر وذلك هو الحلول الشخصي subrogation personnelle، أو شيء محل شيء آخر وذلك هو الحلول العيني subrogation réelle[1].

وعليه يتضح أن الوفاء مع الحلول يقوم به شخص آخر غير المدين، وينتج عنه انقضاء دين المدين لدى الدائن. ويحق للموفي على أساس هذا الوفاء الرجوع على المدين الذي استفاد من الوفاء. ويكون هذا الرجوع إما على أساس الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب.

وسنتناول الوفاء مع الحلول من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: حالات الوفاء مع الحلول

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على الوفاء مع الحلول

الفرع الأول

حالات الوفاء مع الحلول

قد يتم الحلول بتوافق بين إرادة المدين وإرادة الدائن، ويسمى في هذه الحالة الحلول الاتفاقي، وقد يكون مصدر الحلول نص قانوني، فنكون حينئذ أمام الحلول القانوني.

أولا- الحلول الاتفاقي subrogation conventionnelle

ينشأ الحلول الاتفاقي إما عن طريق اتفاق الموفي مع الدائن وإما باتفاقه مع المدين.

1-الاتفاق على الحلول بين الدائن والموفي

تنص المادة 262 مدني جزائري على أنه:« يتفق الدائن الذي استوفى حقه من غير المدين مع هذا الغير على أن يحل محله ولو لم يقبل المدين ذلك، ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء».

1 – أنظر في ذلك محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 476. محمد حسنين، المرجع السابق، ص 349.

فإذا لم يكن الموفي في حالة من حالات الحلول القانوني، وأراد الوفاء بدين غيره على أن يحل محل الدائن، فسبيله إلى ذلك أن يتفق مع الدائن على هذا الحلول، ذلك أنه ما دام باب الحلول القانوني غير مفتوح للموفي، فليس أمامه إلا الحلول الاتفاقي فيتفق إما مع الدائن أو مع المدين[1].

وبقراءتنا للمادة 262 نستنتج أنه لا يشترط مواقفة وقبول المدين لهذا الاتفاق بين الدائن والموفي على الحلول، باعتبار أن المدين ليس له ما يخسره من هذا الاتفاق، بل هو يستفيد بأن يستوفي حقه في ميعاد حلوله أو حتى قبل أجل الوفاء، بمعنى أن المدين ليس طرفا في هذا الاتفاق، ولا يشترط رضاؤه لانعقاده، بل وقد يتم دون علمه، فالوفاء بهذه الطريقة فيه مصلحة محضة له يتخلص من خلالها من هذا الدين.

وغالبا ما يقع التصريح بالحلول في مخالصة الدين، وتسمى عندئذ مخالصة مع الحلول، ويشترط أن تكون المخالصة ثابتة التاريخ ثبوتا رسميا للاحتجاج بالحلول على الغير، وذلك لتفادي ما قد يحدث من تواطؤ بين الموفي والدائن الموفى له من تقديم تاريخها بقصد اكتساب أسبقية على دائنين آخرين[2].

ولا يجوز أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء، والغالب أن يكون الاتفاق والوفاء حاصلين في وقت واحد، فيتقدم الموفي إلى الدائن ويتفق معه على وفاء حقه مع حلوله محله في هذا الحق، ويثبتان الاتفاقين معا- الاتفاق على الوفاء والاتفاق على الحلول- في مخالصة واحدة، ولكن ليس هناك ما يمنع أن يكون الاتفاق على الحلول سابقا على الوفاء، فيتفق الموفي والدائن مقدما على الحلول ثم يدفع الموفي الدين بعد ذلك[3].

2-الحلول بالاتفاق مع المدين

تفترض هذه الصورة أن يكون أجل الوفاء بحق الدائن قد حل، دون أن يكون لدى المدين من الأموال ما يكفي لوفائه، فيتفق مع آخر، على أن يقرضه مبلغا يفي به الدين. وأن يحل المقرض (الموفي) محل الدائن الذي استوفى حقه. وواضح أن هذه الصورة لا

1 – السنهوري، المرجع السابق، ص 677.

2 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 478.

3 – السنهوري، المرجع السابق، ص 679.

يمكن أن تشتبه بحوالة الحق. ففيها يتفق المدين على إحلال آخر محل الدائن دون حاجة لرضاء هذا الأخير، حين أنه لا يتصور أن تتم حوالة الحق إلا باتفاق مع الدائن[1].

وتنص المادة 263 مدني جزائري على أنه:« يجوز أيضا للمدين إذا اقترض مالا وفى به الدين أن يحل المقرض محل الدائن الذي استوفى حقه، ولو دون رضا هذا الأخير، على أن يذكر في عقد القرض أن المال خصص للوفاء، وفي المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذي أقرضه الدائن الجديد».

ولكن إذا كان الحلول بالاتفاق مع الدائن، ولو برغم إرادة المدين، يبدو طبيعيا على أساس أن الدائن هو الذي يتصرف في حقه، فإن الحلول بالاتفاق مع المدين ولو برغم إرادة الدائن، لا يبدو طبيعيا أصلا، فإن الذي يتصرف في حق الدائن ليس هو الدائن نفسه صاحب الحق، بل هو المدين وبرغم إرادة الدائن صاحب الحق. ومهما يكن من غرابة ذلك من الناحية النظرية، فإن الناحية العملية تبرره، ذلك أن الحلول بالاتفاق مع المدين فيه كل النفع للمدين، ولا ضرر فيه على الدائن وعلى الدائنين الآخرين، أما أن فيه كل النفع للمدين، فإنه يمكن المدين من إحلال المقرض محل دائنه ولو بغير رضاء هذا الدائن يتيح أن يجد في يسر من يقرضه المال اللازم للوفاء بدينه، ما دام سيقدم للمقرض نفس الضمانات التي كانت للدائن، فينتفع كل من المدين والمقرض المدين بالتخفيف من وطأة الدين وبما يمد له المقرض من أسباب التسيير في الوفاء به، والمقرض باستثمار ماله في قرض مكفول بضمانات قائمة ولا ضرر في ذلك على الدائن، فإنه استوفى حقه، وما دام قد استوفاه ففيم يضره أن تنتقل الضمانات إلى الدائن الجديد! ولا ضرر في ذلك على الدائنين الآخرين، فإن هؤلاء لم تتغير أوضاعهم من مدينهم، فهم في ترتيبهم القائم، سواء بقي الدائن السابق أو حل محله دائن جديد[2]. وباعتبار أيضا أن مثل هذه المعاملات يطغى عليها الاعتبار المالي أكثر من الاعتبار للشخصي، على أنه يشترط لصحة هذا الحلول شرطان[3]:

الأول: أن يتم الاتفاق على الحلول بين الغير والمدين ولا يشترط رضاء الدائن بالحلول.

---

1 – محمد شكري سرور، موجز الأحكام العامة للالتزام، في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية 2008، ص 405.

2 – السنهوري، المرجع السابق، ص 682، 683.

3 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 341، 342.

الثاني: أن يذكر في عقد القرض وفي المخالصة أن الوفاء من المال الذي أقرضه الغير للمدين. ويقتضي هذا الشرط أن يتم الاتفاق على الحلول قبل أو وقت الوفاء، وأن يكون الوفاء من المال المقترض. والحكمة من اشتراط القانون ذلك ، منع غش المدين، فقد يكون هناك دائنان مرتهنان على التوالي، ويقوم المدين بالوفاء للدائن الأول من ماله، فيحتل الدائن الثاني المرتبة الأولى، ثم يقترض المدين بعد ذلك مالا من شخص يحل محل الدائن الأول، على اعتبار أن الوفاء قد تم بالمال المقترض، فيصيب الدائن الثاني ضرر، فالشرط المذكور يحول دون هذا الغش[1].

ثانيا: الحلول القانوني

ويكون بنص القانون كما في حالة ما إذا كان الموفي ملزما بالوفاء مع المدين، كالمدين المتضامن أو ملزما بالوفاء عن المدين كالكفيل الشخصي أو العيني (المادة 261 مدني جزائري). وكذلك في حالة وفاء الدائن لدائن آخر مقدم عليه كدائن عادي يوفي لدائن صاحب تأمين عيني أو دائن صاحب تأمين عيني يوفي لدائن آخر متقدم عنه في المرتبة (المادة 2/261 مدني جزائري) ، وأيضا وفاء حائز العقار المرهون ضمانا للدين ، وحائز العقار المرهون هو من انتقلت إليه ملكيته أو انتقل إليه حق عيني كحق الانتفاع دون أن يكون مسؤولا شخصيا عن المدين. وتنص الفقرة الثالثة من المادة 261 على حلول الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه إذا كان الموفي اشترى عقارا ودفع ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم. **(2 محمد حسنين، المرجع السابق، ص 350، 351.)**

وهناك حالات أخرى متفرقة وردت في نصوص القانون تقرر الحلول ، ومن ذلك ما ينص عليه القانون التجاري من أن من قام بالوفاء بالكمبيالة (السفتجة) دون أن يكون ملزما بذلك يحل محل حاملها فيما له من حقوق على من قام بالوفاء عنه وعلى الملزمين له بمقتضى السفتجة (المادة 454 من القانون التجاري الجزائري)[2].

1 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 341، 342..

[2] أنظر في ذلك محمود عبد الرحمان محمد، المرجع السابق ص 481، محمد حسنين، المرجع السابق، ص 351.

الفرع الثاني
الآثار المترتبة على الوفاء مع الحلول

الوفاء مع الحلول ذو طبيعة مركبة، فهو من جهة وفاء للحق بالنسبة للدائن فينقضي الدين بالنسبة له، وهو من جهة أخرى انتقال للحق بالنسبة للمدين، ذلك أن المدين لم يوف بالدين فلا ينقضي بالنسبة له بل قام به الموفي، ومن ثم يبقى المدين ملزما بالدين في مواجهته بدلا من الدائن[1].

ويترتب على هذه الطبيعة المركبة للوفاء مع الحلول: وفاء الحق بالنسبة للدائن، وانتقال له بالنسبة للمدين، أن يحل الموفي محل الدائن في الرجوع على المدين، وبذلك يمكن القول بأن الوفاء نوع من حوالة الحق بالنسبة للمدين، ولكن يوجد مع ذلك فرق بين النظامين[2].

وعليه سنتحدث **أولا** عن حلول الموفي محل الدائن **وثانيا** عن الفرق بين الوفاء مع الحلول وحولة الحق.

أولا- حلول الموفي محل الدائن في نفس الحق[3]

تنص المادة 264 مدني جزائري على أنه:« من حل محل الدائن قانونا أو اتفاقا كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن».

وظاهر من هذا النص أن أثر الحلول لا يقتصر على إفادة الموفي من توابع الحق، بل ينصرف إلى إحلاله في هذا الحق محل الدائن، بما لهذا الحق من خصائص وما يتبعه من ملحقات وما يتصل به من دفوع.

ويتضح من نص المادة 264 أن الموفي يحل محل الدائن من حيث خصائص الحق، توابعه تأميناته والدفوع التي ترد عليه.

---

1 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 481.

2 – نفس المرجع، ص 482.

3 – أنظر في ذلك محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 342 وماي ليها. محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 482، 483. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 352 وما يليها.

1-من حيث خصائص الحق[1]

ينتقل الحق بخصائصه من الدائن إلى الموفي فإذا كان الحق تجاريا فينتقل بهذه الصفة ولو لم يكن الموفي تاجرا، وإذا كان يتقادم بمدة قصيرة أو كان ثابتا في سند تنفيذي (حكم أو سند عليه الصيغة التنفيذية)، حل الموفي في هذا الحق بهذه الصفات.

2-من حيث توابع الحق[2]

ينتقل الحق إلى الموفي بما يلحقه من توابع، فإذا كان منتجا لفوائد بقيت هذه الفوائد بعد الحلول، ويعتبر من توابع الحق الدعاوى المتصلة به كدعوى الفسخ المقترنة بدين الثمن والدعوى البولصية.

3-الدفوع التي ترد على الحق

وأخيرا فإن الموفي يحل محل الدائن في الحق بما يرد عليه من دفوع فيجوز للمدين أن يدفع مطالبة الموفي ببطلان العقد إذا كان مصدرا للحق، أو إبطاله إذا كان قابلا للإبطال أو بانقضاء الحق بالوفاء أو بالتقادم، فالمدين يمكنه التمسك بجميع هذه الدفوع في مواجهة الموفي كما كان يستطيع التمسك بها في مواجهة الدائن[3].

4-القيود التي ترد على حلول الموفي محل الدائن[4]

يمكن تلخيص هذه القيود فيما يلي:

- **القيد الأول:** لا يرجع الموفي إلا بمقدار ما أداه للدائن (المادة 264 مدني جزائري) فإذا كان الموفي قد دفع بعض الدين، وأبرأ الدائن من البعض الآخر، فلا يحق له الرجوع على المدين إلا بمقدار ما دفعه لا بمقدار الدين الأصلي، لأن الموفي ما أداه كان على سبيل الوفاء، لا على سبيل المضاربة وفي هذا يختلف عن المحال له بالحق الذي يشتري الدين من الدائن بأقل من قيمته الأصلية، ويفعل ذلك غالبا للمضاربة ويحل محل الدائن في مطالبة المدين بالدين الأصلي كاملا.
- **القيد الثاني:** لا يرجع الموفي إلا بالباقي بعد خصم نصيبه من الدين، فإذا كان الموفي ملتزما مع غيره فإنه لا يرجع على هذا الغير إلا بعد خصم نصيبه من الدين

---

1 – أنظر في ذلك أنور سلطان، المرجع السابق، ص 351. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 342، 343.

2 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 342، أنور سلطان، المرجع السابق، ص 351.

3 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 343.

4 – نفس المرجع، ص 343 وما يليها. محمد حسنين، المرجع السابق، ص 352.

كما في حالة المدين المتضامن (المادة 234 مدني جزائري)، كذلك في حالة ما إذا كانت لدينا عدة عقارات مرهونة لضمان دين واحد ثم انتقلت ملكية هذه العقارات إلى عدة أشخاص ولنفرض أنهم أ. ب. ج. د، فإن كلا منهم يكون ملزما بكل الدين نتيجة للرهن الواقع على عقاره، فإذا قام أحدهم ولنفرض أنه أ. بالوفاء يحل محل الدائن في الرجوع على سائر الحائزين للعقارات الأخرى وهم ب. ج. د كل بقدر نصيبه في الدين حسب قيمة العقار الذي انتقل إليه (المادة 266 مدني جزائري).

- **القيد الثالث:** إذا أوفى الموفي بجزء من الدين، وبقي للدائن جزء من دينه، فإنه طبقا للقانون يكون الدائن الأصلي مقدما على الموفي إذ نصت المادة 265 مدني جزائري على أنه:« إذا وفى الغير الدائن جزءا من حقه وحل محله فيه، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء، ويكون في استيفاء ما بقي له من حق مقدما على من وفاه، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك، فإذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقي له من حق رجع من حل أخيرا هو ومن تقدمه في الحلول كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة الغرماء».

والمعنى من هذا النص أن الدائن يتقدم على الموفي في استيفاء باقي الدين من المدين، فلا يزاحمه الموفي، ويمكن تفسير ذلك على أساس أن الدائن لم يقبل الوفاء الجزئي إلا بشرط أن يكون له هذا التقدم.

وقد أخذ المشرع الجزائري والمشرعين الفرنسي والمصري هذه القاعدة من القانون الروماني ونصها أنه لا يفترض أن أحدا أحل غيره محله ضد نفسه. غير أن هذه القاعدة ليست من النظام العام، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها، ومن الطبيعي أن هذه القاعدة هي السارية في جميع حالات الحلول القانوني.

ثانيا : المقارنة بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق[1]

1- أوجه الشبه

في كليهما ينتقل الحق بذاته من دائن إلى آخر، وقد لا يحتاج في ذلك إلى رضا المدين، وينتقل الحق بتأميناته الشخصية والعينية، وبالدفوع التي ترد عليه من بطلان أو انقضاء وبما يشتمل عليه من صفات (تجاري أو مدني تقادم طويل أو قصير، قابل للتنفيذ

1 - أنظر في ذلك سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 769، 77. محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 483 وما يليها.

أو يحتاج إلى سند قابل للتنفيذ، منتجا لفائدة بسعر معين أو بسعر آخر أو غير منتج لفائدة أصلا مقترنا بدعوى مؤكدة له كالفسخ...الخ).

2 – أوجه الاختلاف

أ–من حيث الانعقاد (التكوين) والنفاذ

1–حوالة الحق لا تنعقد إلا برضاء وموافقة الدائن، أما الوفاء مع الحلول فيجوز أن يتم دون حاجة لرضاء الدائن، بل وحتى دون حاجة إلى رضاء المدين في بعض الحالات، كما هو الحال في الحلول القانوني كما سبق ذكره.

2–يكون الوفاء مع الحلول اتفاقيا أو قانونيا، أما الحوالة فلا تكون إلا اتفاقية باعتبارها اتفاق (عقد).

3–يقع الوفاء مع الحلول دائما على حق حال الأداء، أما حوالة الحق فقد تقع على حق لم يحل أجل استحقاقه.

4–لا تكون حوالة الحق نافذة في حق المدين أو الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها، أما الوفاء مع الحلول فيكون نافذا في حق المدين وفي حق الغير دون حاجة لأي إجراء.

ب– من حيث الآثار

يعتبر الوفاء مع الحلول وفاء، أما حوالة الحق فهي مضاربة ويترتب على ذلك الفروق التالية:

1–يرجع المحال له على المدين بقيمة الحق المحال به كاملة، حتى ولو كانت أكثر مما دفعه للدائن، أما الموفي، فلا يقصد الكسب، ولذلك فهو لا يرجع على المدين إلا بمقدار ما أداه فعلا للدائن.

2–إذا دفع الموفي جزء من الدين وأبرأه الدائن من الباقي فإنه لا يرجع على المدين إلا بما دفعه أما في الحوالة فيرجع بكل الدين.

3–إذا أوفى الموفي في القانون الجزائري والفرنسي والمصري بجزء من الدين لا يزاحم الدائن الأصلي، فيما بقي له، بل بتقدم هذا الدائن عليه، أما إذا أحال الدائن بعض حقه فإنه يتقاسم مع المحال له مال المدين قسمة غرماء[1].

1 – محمد حسنين، المرجع السابق، ص 353.

4-لا يرجع الموفي على المدين إلا إذا كان قد وفى الدين فعلا أما في حوالة الحق فيجوز للمحال له الرجوع على المدين قبل أن يدفع ثمن الحوالة للمحيل[1].

5-يضمن المحيل للمحال له وجود الدين المحال به متى كانت الحوالة بعوض، باعتباره ينقل حقا بمقابل، فيجب أن يضمن وجوده وقت انعقاد الحوالة، فإن تبين أن هذا الحق غير موجود رجع المحال له على المحيل بمقدار المقابل الذي دفعه مع الفوائد والمصروفات والتعويض عن أي ضرر أصابه. أما الموفي فليس له غير استرداد ما دفعه (فلا يستحق الفوائد إلا في حالة سوء نية الموفي وقت القبض). ولذلك يكون رجوع الموفي على الدائن في هذه الحالة بدعوى استرداد غير المستحق، فالوفاء لا يمنح الموفي رجوعا بالضمان على الدائن الذي قبض الدين، إذا تبين أن الدين باطل أو كان قد انقضى لأن الدائن لم ينقل حقا حتى يضمنه وإنما استوفاه[2].

6-إن الموفي في الوفاء مع الحلول له دعويان في رجوعه على المدين: دعوى شخصية مصدرها واقعة الوفاء وتقوم على أساس الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب، ودعوى الحلول، ويكون للموفي الرجوع بأيهما بما يحقق مصلحته وأما المحال له في حوالة الحق، فليست له في رجوعه على المحال عليه إلا دعوى واحدة هي دعوى الحق الذي انتقل إليه[3].

---

1 – سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 77.

2 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 485. محمد حسنين، المرجع السابق، ص 353.

3 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 486.

المبحث الثاني

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

رأينا فيما سبق كيف ينقضي الالتزام عن طريق الوفاء بطريقة طبيعية وبالتالي يتم تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا، غير أن الالتزام قد ينقضي بطريقة تعادل الوفاء تتمثل في الوفاء بمقابل أو بأداء العوض والتجديد والإنابة والمقاصة وإتحاد الذمة، وسنتكلم عن هذه الطرق في المطالب التالية:

المطلب الأول

الوفاء بمقابل (الوفاء الاحتياطي)la dation en paiement

الوفاء بمقابل هو الذي يتم عن طريق قبول الدائن من المدين في استيفاء حقه شيئا آخر خلاف الشيء المستحق أصلا، كعوض عنه أو مقابل له، ففي الوفاء بمقابل نجد أن المدين يوفي دينه بشيء آخر بدلا من المحل الأصلي، كأن يكون ملتزما بنقل ملكية شيء فيعجز عن تنفيذ التزامه هذا، فيقدم بدله شيئا آخر يقبله الدائن، كمبلغ من النقود يقوم مقام الوفاء بمحل الالتزام الأصلي (المادة 285 مدني جزائري)[1].

والوفاء بمقابل في طبيعته القانونية هو عقد ملزم للجانبين يقصد به تمليك عين في مقابل دين ويترتب عليه نقل ملكية هذه العين للدائن، وانقضاء دين المدين، ويكون سبب التزام كل من الطرفين هو قيام التزام الطرف الآخر، فإذا تبين عدم وجود الدين بطل العقد لعدم وجود سببه واسترد المدين ما سلمه إلى الدائن، ولما كان الوفاء بمقابل من عقود التمليك بعوض فإنه تنطبق عليه أحكام عقد البيع ولا سيما ما تعلق منها بأهلية العاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية ويكون المدين في مركز البائع (المادة 386 مدني جزائري)[2].

---

1 – نفس المرجع، ص 487، محمد حسنين، المرجع السابق، ص 354.

2 – محمد حسنين، المرجع السابق، ص 354.

الفرع الأول
شروط الوفاء بمقابل

طبقا لنص المادة 285 مدني جزائري التي عرفت الوفاء بمقابل، فإنه يشترط لوجوده شرطان:

الشرط الأول: أن يكون هناك اتفاق بين الدائن والمدين على تقديم ملكية أو حق عيني عوضا عن المحل الأصلي:

بمعنى أنه يجب توافق إراداتي الدائن والمدين على استبدال الشيء المستحق بشيء آخر أي ضرورة وجود ركن التراضي الذي يجب أن يصدر صحيحا خاليا من عيوب الإرادة، وطرفيه يتمتعان بالأهلية اللازمة[1].

أما بالنسبة لمحل هذا الاتفاق فيجب أن يكون له محل وسبب: أما السبب فهو الوفاء بالدين الأصلي. وأما المحل فهو الاستعاضة عن المحل الأصلي بنقل ملكية شيء آخر من المدين إلى الدائن. فلا بد إذن في المحل من توافر شرطين: 1- **ألا يكون داخلا في نطاق الالتزام الأصلي، بل هو شيء جديد يستعاض به عن المحل الأصلي للالتزام:** ومن ثم لا ينطوي الالتزام التخييري ولا الالتزام البدلي على وفاء بمقابل لأن المدين إذا اختار أحد محال الالتزام في الالتزام التخييري، أو اختار البدل في الالتزام البدلي فأداه، فإنما يؤدي محلا داخلا في نطاق الالتزام الأصلي متفقا عليه منذ نشوء هذا الالتزام، فليس هو شيئا جديدا خارجا عن نطاق الالتزام الأصلي يستعاض به عن محل هذا الالتزام[2].

2-أن يكون نقل ملكية datio: فلا يجوز أن يكون التزاما بعمل أو التزاما بامتناع عن عمل[3].

وإذا اتفق المقرض والمقترض على أن يستعاض عن رد القرض بأن يقوم المقترض بنسخ كتاب معين يطلبه منه الدائن، فإن هذا لا يكون وفاء بمقابل بل يكون في الغالب تجديد بتغيير محل الدين[4].

---

1 - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 569.

2 - السنهوري، المرجع السابق، ص 798، 798.

3 - الأستاذ عبد الحي حجازي، 03، ص 58، مشار إليه في مرجع السنهوري، المرجع السابق، ص 800.

4 - السنهوري، المرجع السابق، ص 80.

الشرط الثاني: وجوب تنفيذ الاتفاق فعلا، وذلك بنقل ملكية المقابل إلى الدائن فورا[1]:

يتحقق الوفاء بمقابل بوجوب تنفيذ الاتفاق فورا بأن ينقل المدين ملكية الشيء المقدم إلى الدائن.

فإذا كان المقابل شيئا معينا بالنوع ككمية من القمح أو كمية من الأرز فعلى المدين أن يقوم بفرزها حتى تنتقل ملكيتها للدائن عوضا عن المبلغ النقدي الذي يشغل ذمة المدين لصالح الدائن، وإذا كان المقابل عبارة عن دار أو قطعة أرض أو حق عيني أصلي كحق انتفاع أو حق ارتفاق، فعلى المدين أن يلتزم بتسجيل الاتفاق على الوفاء بمقابل، وإذا كان نقودا وجب تسليمها فعلا وفورا للدائن.

أما إذا اتفقا ولكن اتفقا على تأجيل تنفيذه لم نكن بصدد وفاء بمقابل يؤدي إلى انقضاء الدين، وإنما أمام اتفاق يستبدل به الدائن والمدين التزاما جديدا بالالتزام الأصلي، وهذا هو التجديد.

ويترتب على ذلك أن الوفاء بمقابل لا يمكن أن يتم عن طريق الوصية بأن يوصي المدين لدائنه بمال للوفاء بالدين، أو إذا احتفظ المدين لنفسه بحق استرداد العقار الذي سلمه وفاء لدينه.

الفرع الثاني
الطبيعة القانونية للوفاء بمقابل[2]

إن الكلام عن الطبيعة القانونية للوفاء بمقابل هو تبيان لتكييفه القانوني كسبب من أسباب انقضاء الالتزام، ولقد اختلف وتضارب الفقه في تحديد هذا التكييف على النحو التالي:

أولا- الرأي الفقهي الأول

ذهب هذا الرأي إلى القول: إن الوفاء بمقابل هو بيع تعقبه مقاصة تؤدي إلى انقضاء الدين، فوفقا لهذا الرأي، يعتبر الاتفاق بين الدائن والمدين بيعا تنتقل به ملكية المقابل عقارا

1 – أنظر في ذلك محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 349. محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 489، 490. خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 28.

2 – أنظر في ذلك السنهوري، المرجع السابق، ص 801 وماي ليها. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 350.

كان أو منقولا في مقابل الثمن إلى الدائن، وهو دين يعادل في جنسه ومقداره الذي له، فتقع المقاصة القانونية بين دين الثمن الذي عليه، والدين الذي له في ذمة مدينه فينقضي كلاهما بالمقاصة. ويبقى المدين بعد ذلك ملتزما نحو الدائن بنقل ملكية المقابل.

إلا أن هذا الرأي الفقهي منتقد فعيبه في تكييف مقابل الوفاء يقف عند المرحلة الأولى، ولا يستلزم أن تنتقل الملكية فعلا إلى الدائن، وهذا يتعارض مع اشتراط ضرورة أن يتم مقابل الوفاء بانتقال الملكية فعلا إلى الدائن ولا تبرأ ذمة المدين من دينه الأصلي إلا عند نقل هذه الملكية.

ثانيا- الرأي الفقهي الثاني

كان هذا التكييف سائدا في القانون الفرنسي القديم، وكان يقول به دوما وبوتييه ولا يزال يقول به بعض فقهاء القانون الفرنسي الحديث. وعليه كان الوفاء بمقابل في القانون الفرنسي القديم عبارة عن وفاء استعيض فيه عن الشيء المستحق أصلا بشيء آخر وذلك باتفاق الطرفين. فهو كالوفاء يقضي الدين ذاته، بطريق مباشر ولكن يقضيه بمقابل الشيء المستحق لا بالشيء المستحق نفسه[1].

وكان هذا التكييف القانوني يستقيم ويتفق مع إرادة الطرفين لولا أنه من المقرر أن الوفاء بمقابل يقضي التأمينات التي كانت للدين الأصلي ولو استحق المقابل. انقضاء التأمينات هذا مقرر في الفقه الفرنسي ويؤيده نص صريح في التقنين المدني الفرنسي خاص بالكفالة[2].

والرأي الفقهي السائد أن الوفاء بمقابل هو نظام قانوني مركب، أو مختلط، إذ هو مزيج من التجديد والوفاء عن طريق نقل الملكية، ويعني ذلك أن الدين الأصلي فيه لا ينقضي بالوفاء ولا بالمقاصة، وإنما ينقضي بالتجديد. أما الدين الجديد الذي حل محل الدين الأصلي فينقضي بالوفاء به عينا عن طريق نقل ملكية الشيء البديل على أن تتم العمليتان عملية التجديد والوفاء بالالتزام الجديد في نفس الوقت[3].

---

1 – السنهوري، المرجع السابق، ص 803.

2 – السنهوري، المرجع السابق، ص 804.

3 – محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 414.

والرأي الراجح الذي نأخذ به هو أن الوفاء بمقابل عقد خاص يقصد به تمليك عين في مقابل دين، وهذا العقد يترتب عليه نقل الملكية للدائن وانقضاء دين المدين[1].

الفرع الثالث

الآثار المترتبة على الوفاء بمقابل

إنه باعتبار الوفاء بمقابل عقد تنتقل به الملكية إلى الدائن وجب تطبيق أحكام البيع عليه، هذا من جهة ومن جهة أخرى يؤدي هذا الوفاء إلى انقضاء الدين الأصلي، وهذا يقتضي تطبيق أحكام الوفاء عليه.

أولا- الآثار المرتبة على الوفاء بمقابل باعتباره عقدا ناقلا للملكية

تنص المادة 286 مدني جزائري على أنه:« تسري أحكام البيع وخصوصا ما يتعلق منها بأهلية الطرفين وبضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية على الوفاء بمقابل فيما إذا كان ينقل ملكية شيء أعطي في مقابله الدين. وتسري عليه من حيث أنه يقضي الدين أحكام الوفاء وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات».

وعليه نستخلص من هذا النص أن الوفاء بمقابل يتميز بطبيعة مزدوجة من حيث آثاره، فتسري عليه أحكام البيع باعتباره ناقلا للملكية، وتسري عليه أحكام الوفاء باعتباره أنه يقضي الدين.

وتتمثل الآثار المترتبة على الوفاء بمقابل باعتباره عقدا ناقلا للملكية فيما يلي:

1-وجوب توافر الأهلية اللازمة لإبرام هذا العقد في المتعاقدين.

2-إذا كان المقابل تحت يد الدائن مستحقا، فله حق الرجوع على المدين بدعوى الاستحقاق كي يرجع المشتري على البائع.

3-إذا اكتشف في المقابل عيب خفي، كان للدائن الحق في الرجوع على المدين بدعوى ضمان العيوب الخفية كما يرجع المشتري على البائع.

ثانيا- الآثار المترتبة على الوفاء بمقابل باعتباره وفاء يترتب عليه انقضاء الدين الأصلي

يترتب على الوفاء بمقابل باعتباره وفاء يؤدي إلى انقضاء الالتزام الآثار التالية[2]:

---

1 – **هذا الرأي رجحه الأستاذ الدكتور الفاضل محمود عبد الرحمن محمد في مرجعه السابق، ص 491.**

2 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 492. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 351، 352.

1-زوال التأمينات التي كانت للدائن الأصلي ولو استحق المقابل في يد الدائن، ذلك أن الدين الأصلي انقضى مع كل تأميناته.

2-تتبع أحكام الوفاء الخاصة بتعيين جهة الدفع أي باحتساب الخصم إذا وقع بشأن ديون متعددة من جنس واحد ولم يبين المدين وقت الدفع الذي يدفع مقابله (المادة 286 مدني جزائري).

3-إذا تبين أن الدين غير موجود يكون للموفي أن يسترد ما أوفاه بدعوى استرداد ما دفع بدون وجه حق، وذلك تطبيقا لأحكام الوفاء.

4-يحق للدائنين استعمال الدعوى البولصية للطعن في الوفاء بمقابل باعتباره وفاء.

المطلب الثاني
التجديد والإنابة في الوفاء

التجديد هو اتفاق بين طرفين متعاقدين يترتب عليه انقضاء التزام قائم ونشوء التزام جديد محله يختلف عن الالتزام الأول في أحد عناصره الرئيسية، وبمعنى آخر هو استبدال دين جديد بدين قديم[1].

وبالتالي فالتجديد هو قبل كل شيء اتفاق أي عمل قانوني يتم بإرادتين، فيجب أن تتوافر فيه أركان كل عمل قانوني وشروط صحته أي أنه لا بد فيه من اتجاه الإرادتين نحو إحداث أثر قانوني هو إبدال التزام جديد بالتزام قديم، ولا بد في كل من الإرادتين أن تكون صادرة من ذي أهلية وأن تكون خالية من عيوب الرضا، أما من حيث المحل والسبب فلأن التجديد ينتج أثرين هما قضاء التزام قديم وانشاء التزام جديد، يعتبر كل من هذين الأثرين أو محل كل من الالتزامين محلا لاتفاق التجديد، ويعتبر سبب نشوء الالتزام الجديد انقضاء الالتزام القديم كما يعتبر سبب انقضاء هذا الالتزام إنشاء الالتزام الجديد[2].

1- محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 493. - وأنظر في ذلك قاموس المصطلحات القانونية، برتي للنشر، الجزائر، 2008، ص 64.

2 - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 772، 773.

الفرع الأول
شروط التجديد

يشترط لوجود التجديد شروط أربع هي:

1-وجود التزام قديم في ذمة المدين.

2- إنشاء التزام جديد.

3-اختلاف الالتزامين في أحد العناصر الرئيسية

4-الاتفاق على التجديد.

أولا- الشرط الأول: وجود التزام (دين) قديم في ذمة المدين

التجديد مثل الوفاء لا بد فيه من وجود دين ينصب عليه وإلا كان باطلا، فإذا كان الالتزام الأصلي باطلا أو كان قد انقضى بسبب سابق على التجديد فلا يمكن أن يكون هناك تجديد، ولكن يمكن تجديد التزام ناشئ (موقوف) ويعتبر التجديد إجازة ضمنية للعقد (إذا توافرت شروط الإجارة)[1].

وبهذا الاشتراط يتم تجديد الالتزام القديم بإنشاء التزام جديد وصحيح بدلا منه، فإذا لم يوجد التزام قديم موجود وصحيح وقائم أصلا في ذمة المدين، فلا مجال للتجديد قانونا لتخلف ركن السبب dépourvue de cause[2].

وبناء على ذلك فإذا ثبت أن الالتزام القديم غير موجود أصلا، كأن يكون قد انقضى بالتقادم، فالتجديد يقع على التزام وهمي، لا يمكن أن يكون صالحا ليكون محلا للتجديد. والأمر كذلك إذا كان الالتزام القديم باطلا بطلانا مطلقا، لسبب من أسباب البطلان المطلق، فيعتبر التجديد كأن لم يكن وهو غير موجود ومعدوم وما بني على باطل فهو باطل (المادة 01/288 مدني جزائري). وعليه فإذا كان الالتزام أو الدين القديم باطلا كان غير صالح وقابل ليكون محلا للتجديد، إلا في الحالة التي يقصد فيها الأطراف بالالتزام الجديد إجازة العقد وأن يحل محله (المادة 02/288 مدني جزائري)[3].

---

1 – حسن علي الدنون، محمد سعيد الرحو، المرجع السابق، ص 63.

2 – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 554.

3 – بالرجوع إلى نص المادة 288 مدني جزائري في فقرتها الثانية، نلاحظ وجود خطأ في الصياغة يتمثل في عبارة (فقد الالتزام) والصحيح هو عبارة (قصد الالتزام الجديد) أما النص الفرنسي لهذه الفقرة فهو صحيح إذ ينص:

وإذا تم فسخ العقد المولد للالتزام القديم زال تبعا لذلك التجديد، وأما إذا كان الالتزام القديم معلقا على شرط واقف أو فاسخ فإن التجديد هو الآخر يكون معلقا على هذا الشرط، وأما إذا كان الالتزام القديم التزاما طبيعيا، فإنه لا يصلح قانونا أن يكون محلا للتجديد. وإنما يجوز أن يكون سببا لإنشاء التزام جديد (المادة 163 مدني جزائري)[1].

ثانيا- الشرط الثاني: إنشاء التزام جديد

لا ينقضي الالتزام القديم إلا إذا حل محله التزام جديد، لأن الدائن لا يقبل انقضاء الالتزام القديم إلا إذا أخذ مكانه التزام آخر جديد، ولهذا السبب لا يتم التجديد إذا كان الالتزام الجديد باطلا بطلانا مطلقا[2].

وينشأ هذا الالتزام الجديد من عقد التجديد، ويجب أن يكون هذا العقد صحيحا غير قابل للإبطال، وإلا فإن الالتزام الجديد لا ينشأ أصلا ويبقى الالتزام القديم قائما أو أنه ينشأ غير مستقر مهدد بالزوال إذا ما أبطل عقد التجديد بناء على طلب من له الحق في إبطاله، ويؤدي هذا إلى عودة الالتزام القديم مرة أخرى[3].

ثالثا- الشرط الثالث: اختلاف الالتزامين في أحد العناصر الرئيسية

تنص المادة 287 مدني جزائري على أنه:« يتجدد الالتزام: بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على استبدال الالتزام الأصلي بالتزام جديد يختلف عنه في محله أو في مصدره.
- بتغيير المدين إذا اتفق الدائن والغير على أن يكون هذا الأخير مدينا مكان المدين الأصلي على أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه، أو إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد.
- بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين والغير على أن يكون هذا الأخير هو الدائن الجديد».

فهو واضح من نص المادة 287 أنه يشترط لإنشاء التجديد أن يكون الالتزام الجديد مخالفا للالتزام القديم في أحد عناصره الرئيسية وذلك من حيث محله أو مصدره، والمدين والدائن ونتناول هذه العناصر في الآتي:

Que si la nouvelle obligation été assumée à la fois en vue de confirmer le contrat et de remplacer l'ancienne obligation".

1 - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 555.

2 - توفيق حسن فرج، جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص 823.

3 - محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 495.

1- التجديد بتغيير الدين (الالتزام) من حيث محله أو مصدره: قد يكون التجديد بتغيير المحل كما لو استبدل الطرفان بالالتزام بعمل التزاما محله مبلغ من النقود أو نقل ملكية عين معينة، وقد يقع الدين بتغيير مصدر الدين مع بقاء محله ومثال ذلك أن يتفق البائع والمشتري على أن يبقى الثمن في ذمة المشتري ولكن على سبيل القرض. فبعد أن كان مصدر التزام المشتري عقد البيع أصبح التزامه عقد القرض وكما لو اتفق المؤجر والمستأجر على أن يستبدلا بدين الأجرة المتجمدة دين قرض، في هذه الحالة يصبح المبلغ مستحقا في المستقبل لا على أساس الإيجار ولكن على أساس القرض[1].

ولقد نصت على ذلك المادة 287 مدني جزائري على أنه:« يتجدد الالتزام – بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان عل استبدال الالتزام الأصلي بالتزام جديد يختلف عنه في محله أو في مصدره».

2- التجديد بتغيير المدين: تنص الفقرة الثانية من المادة 287 مدني جزائري على أنه:« يتجدد الالتزام... – بتغيير المدين إذا اتفق الدائن والغير على أن يكون هذا الأخير مدينا مكان المدين الأصلي على أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه، أو إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد».

يتبين لنا من هذه الفقرة من المادة 287 أن التجديد بتغيير شخص المدين يقع بأحد طريقين[2]:

- **الأول:** أن يتفق الدائن مع شخص أجنبي (غير) على أن يكون مدينا مكان المدين الأصلي، مع الاتفاق على براءة ذمة المدين الأصلي في مواجهة الدائن، ولا يحتاج هذا الاتفاق إلى رضا المدين لا في انعقاد التجديد ولا في نفاذه، والتجديد بتغيير المدين باتفاق الدائن والمدين الجديد دون اشتراك المدين الأصلي يسمى التعهد بدلا من المدين، لأن المدين الجديد يتعهد للدائن أن يلتزم بالدين بدلا من المدين الأصلي.expromission
- **الثاني:** أن يتفق المدين مع الدائن والمدين الجديد (الغير) على أن يكون المدين الجديد (الغير) هو المدين في مواجهة الدائن، لا المدين القديم، ومضمون هذا الاتفاق

---

1 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 495.

2 – خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 295، 296. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 358. محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 496.

هو انقضاء الالتزام القديم ونشوء التزام جديد محله يكون المدين فيه هو المدين الجديد، ويسمى التجديد هنا بالإنابة الكاملة.

وفي الواقع أن التجديد في كلتا الحالتين يتشابه مع حوالة الدين، في حلول مدين جديد محل المدين القديم، ولكن يختلفان اختلافا جوهريا من حيث أن التجديد يؤدي إلى انقضاء الدين القديم وتأميناته ودفوعه أما في الحوالة فإن المدين الجديد يحل محل المدين القديم في نفس الدين لأن الحوالة لا تؤدي إلى انقضاء الدين القديم، وإنما يبقى الدين بكل تأميناته ودفوعه[1].

3- التجديد بتغيير الدائن: تنص الفقرة الثالثة من المادة 287 مدني جزائري أن التجديد يقع كذلك: « بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين والغير على أن يكون هذا الأخير هو الدائن الجديد».

ويتم التجديد في هذه الحالة باتفاق ثلاثة أشخاص هم: المدين والدائن القديم والدائن الجديد، على أن يحل الدائن الجديد محل الدائن القديم، وهذا الاتفاق يؤدي أيضا إلى انقضاء الالتزام القديم، ونشوء التزام جديد محله تغير فيه الدائن[2].

وعليه فالمدين يتفق مع الدائن القديم على انقضاء الالتزام السابق، ويتفق مع الدائن الجديد على إنشاء الالتزام الجديد الذي يحل محل الالتزام السابق، وبذلك يتم التجديد بتغيير الدائن، فينقضي التزام سابق يحل محله التزام جديد يختلف عن الالتزام السابق بأن الدائن قد تغير. فيجب إذن اتفاق الأطراف الثلاثة على أن يحل الدائن الجديد محل الدائن القديم في دين جديد، فلا يكون هناك تجديد إذا انضم الدائن الجديد إلى القديم في نفس الدين، بل يكون هناك اتفاق على تضامن ما بين الدائنين، ولا يكون هناك تجديد إذا لم يتفق على أن يكون الشخص الجديد دائنا، بل وكيلا عن الدائن في قبض الدين[3].

رابعا- الشرط الرابع: الاتفاق على التجديد

وهناك من يسمي هذا الشرط بنية التجديد وقد نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة 289 مدني جزائري بقولها:« لا يفترض التجديد بل يجب الاتفاق عليه صراحة أو استخلاصه بوضوح من الظروف».

---

1 – خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 2963.

2 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 496.

3 – السنهوري، المرجع السابق، ص 825، 826. وأنظر الهامش رقم 01 من نفس المرجع، ص 826.

فالتجديد لا يفترض، بل يتفق عليه صراحة أو ضمنا، ويجب أن يتوافر فيه كل ما يلزم توافره في الاتفاق من شروط، فيلزم وجود التراضي بين جميع أطرافه، كما يجب أن يكون هذا التراضي صحيحا وصادرا من شخص ذي أهلية لمباشرة الاتفاق على التجديد وهو أهلية مباشرة الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، سواء بالنسبة للدائن أو بالنسبة للمدين في الالتزام القديم، ويجب أيضا أن تتوافر لدى الطرفين نية التجديد، وأن تثبت هذه النية بشكل واضح ويثبت القصد إلى التجديد، إما بالنص عليه صراحة أو باستخلاصه من ظروف تقطع الدلالة عليه[1].

فلا بد من النية الواضحة إذ أن الأصل عدم التجديد حتى يقوم الدليل على عكس ذلك، لأن التجديد لا يفترض، وفي حالة الشك يفترض عدم التجديد، وهذه النية لا تكون واضحة إلا من مغايرة الالتزام الجديد الالتزام القديم في أحد عناصره الرئيسية[2].

فالتجديد هو عقد (Contrat) واتفاق (Convention) في وقت واحد، فهو اتفاق حيث يقضي الالتزام القديم، وهو عقد حيث ينشئ الالتزام الجديد، وهو في الحالتين تصرف قانوني (Acte juridique)[3].

أما إذا أضيف أجل الالتزام أو مد أجل التزام قائم أو إضافة شرط جزائي أو تقديم تأمين لضمان الالتزام أو إلغاء مثل هذا التأمين، أو تغيير مقدار الدين، أو مكان الوفاء به، فإن ذلك لا يعتبر تغييرا في أحد العناصر الرئيسية، ولا يكفي بالتالي لاستخلاص نية التجديد إلا إذا كانت هناك ظروف أخرى تدل على هذه النية بوضوح[4].

وهذا ما قررته المادة 2/289 مدني جزائري بقولها:« وبوجه خاص لا ينتج التجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك، ولو مما يحدث في الالتزام من تغيرات لا تتناول إلا زمن الوفاء أو مكانه أو كيفية الوفاء به، ولا مما يدخل على الالتزام من تعديلات لا تتناول إلا التأمينات، ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك».

1 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 796، 497.

2 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 359.

3 – السنهوري، المرجع السابق، ص 832.

4 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 359.

وعلى كل حال، فإن لقضاة الموضوع السلطة المطلقة في استخلاص ما إذا كانت نية التجديد متوافرة من عدمه، وهم لا يخضعون في ذلك لرقابة المحكمة العليا، باعتبار هذه المسألة من مسائل التفسير[1].

الفرع الثاني
الآثار المترتبة على التجديد[2]

للتجديد أثرين، أثر يتمثل في انقضاء الالتزام الأصلي وأثر يتمثل في نشوء التزام جديد يحل محله.

تنص المادة 292 مدني جزائري على أنه:« يترتب على التجديد انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه، وإنشاء التزام جديد مكانه». أي أنها تجعل للتجديد أثرين: إنهاء الدين القديم وإنشاء دين جديد.

أولا- إنهاء دين قديم

فالدين القديم يزول بكل ما يلحق به من تأمينات ودفوع وصفات ،غير أن التأمينات يجوز أن تنتقل من المدين القديم إلى المدين الجديد بنص القانون أو باتفاق خاص، أو تبين التجديد من الظروف أن نية المتعاقدين انصرفت إلى غير ذلك (المادة 291 /02 مدني جزائري). ونلاحظ على هذه المادة أن وجود كلمة (غير) تؤدي إلى عكس المعنى المقصود فيجب حذفها لأن المقصود هو انتقال التأمينات في حالة نص القانون أو في حذفها لأن المقصود هو انتقال التأمينات في حالة نص القانون أو في حالة انصراف نية المتعاقدين إلى ذلك وهذه النية تظهر في الاتفاق أو تدل عليها الظروف.

- **جواز الاتفاق على بقاء التأمينات**

إذا كان الأصل هو سقوط التأمينات الضامنة للالتزام القديم معه، إلا أن المشرع أجاز لذوي الشأن الخروج على هذا الأصل والاتفاق على استمرار التأمينات لضمان الدين الجديد،

---

1 – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 562.

2 – سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 784 وما يليها. السنهوري، المرجع السابق، ص 630، وما يليها. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 371 وما يليها. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 360 وما يليها. محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 498 وما يليها.

وهذه التأمينات إما أن تكون مقدمة من المدين، وإما أن تكون مقدمة من الغير ككفيل شخصي أو عيني.

- **التأمينات المقدمة من طرف المدين**

إذا قدم المدين تأمينات كرهن رسمي أو حيازي فإنها لا تنتقل إلى الالتزام الجديد إلا إذا تم اتفاق خاص على نقلها ويختلف الاتفاق تبعا لطريقة التجديد.

أ- إذا كان محل التجديد هو تغيير الدين فإن انتقال التأمينات يكون بين الدائن والمدين أي بنفس طريقة التجديد.

ب- إذا كان التجديد بتغيير الدائن، فإن الاتفاق على انتقال التأمينات يكون بين المدين والدائن الأصلي والدائن الجديد.

ج- إذا كان التجديد بتغيير المدين، فانتقال التأمينات يتم بالاتفاق بين الدائن والمدين الجديد دون حاجة إلى رضاء المدين القديم.

وحتى لا يكون الاتفاق على بقاء التأمينات بعد التجديد ضارا بالغير، فإنه طبقا للقانون المدني الجزائري والمصري يجب أن يتم هذا الاتفاق مع التجديد في وقت واحد، ولا بد أن يكون تاريخ الاتفاق ثابتا رسميا حتى يحتج به على الغير (المادة 02/297 مجني جزائري)، تقابلها المادة (357 /04 مدني مصري).

والسبب في ذلك أنه إذا تم التجديد دون اتفاق على انتقال التأمينات فإنها تزول ويترتب على زوالها استفادة الدائن صاحب التأمين العيني المتأخر في المرتبة عن التأمين الذي كان يكفل الالتزام الأصلي، فإذا جاز بعد التجديد الاتفاق على انتقال التأمينات فإن هذا سيؤدي إلى الإضرار بمثل هذا الدائن[1].

- **التأمينات المقدمة من طرف الغير**

تنص المادة 293 مدني جزائري على أنه:« لا تنتقل الكفالة العينية أو الشخصية، ولا التضامن إلى الالتزام الجديد إلا إذا رضي بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون».

وبالتالي فقد يكون الغير هو الذي قدم التأمينات التي تكفل الالتزام الأصلي، وهذا الغير إما أن يكون قد قدم تأمينا شخصيا، بأن كان كفيلا للالتزام الأصلي أو مدينا متضامنا فيه، وإما أن يكون قد قدم تأمينا عينيا، بأن يكون كفيلا عينيا رتب رهنا على مال مملوك له

[1] – عبد الودود يحي، بند 185، ص 345. مشار إليه في مرجع محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 363.

لضمان الالتزام الأصلي، ففي جميع هذه الأحوال لا يجوز انتقال التأمين الشخصي أو العيني إلا برضاء الغير الذي رتب هذا التأمين[1].

ثانيا: إنشاء دين جديد[2]

يفترض التجديد إنشاء التزام جديد يحل محل الالتزام القديم الذي يؤدي التجديد الى انقضائه.

وينشأ الالتزام الجديد من عقد التجديد. ويحب ان يكون هذا العقد صحيحا غير قابل للإبطال، وإلا فإن الالتزام الجديد لا ينشأ أصلا ويبقى الالتزام القديم قائما أو أنه ينشأ غير مستقر ويزول إذا ما أبطل عقد التجديد بناء على طلب من له الحق في إبطاله، ويؤدي هذا غلى عودة الالتزام القديم مرة اخرى.

الفرع الثاني

الإنابة في الوفاء délégation

الإنابة في الوفاء هي عمل قانوني بموجبه يلتزم شخص أجنبي عن الدين، بوفاء دين المدين لدائنه، وذلك باتفاق ثلاثتهم، فإن كان مؤدي هذا الاتفاق أن تبرأ ذمة المدين، ويتحمل هذا الأجنبي الدين عنه، كانت الإنابة كاملة أما إذا لم يتضمن الاتفاق هذا المعنى، تحمل هذا الأجنبي الدين إلى جانب المدين، وكانت الإنابة ناقصة[3].

وقد نصت المادة 294 مدني جزائري على الإنابة في الوفاء بالقول:« تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين، ولا تقتضي الإنابة أن تكون هناك حتما مديونية سابقة بين المدين والغير».

وبالتالي فالإنابة تفترض وجود ثلاثة أطراف هم:

المنيب le délégant: وهو المدين الذي ينيب الشخص الأجنبي ليقوم بالوفاء في مكانه إلى الدائن. **المناب لديه: le délégataire** : وهو الدائن الذي ينيب المدين الأجنبي لديه ليوفي له الدين وهو الشخص الأجنبي الذي ينيبه المدين في وفاء الدين. **والمناب le délégué** وهو الشخص الأجنبي الذي ينيبه المدين في وفاء الدين. وقد توجد الإنابة دون

---

[1] – السنهوري، المرجع السابق، ص 853.

[2] محود عبد الرحمن محمد ص 496، 497.

3 – محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 428.

أن تكون هناك علاقة التزام سابقة بين المنيب والمناب، والإنابة تقترض أن يكون المنيب مدينا للمناب لديه لأنها من طرق انقضاء الالتزام[1].

أولا- الغرض من الإنابة في الوفاء[2]

يغلب ويفترض في الإنابة أن تكون هناك علاقة سابقة بين المنيب والمناب، يكون فيها الثاني مدينا للأول فيحصل المنيب على رضاء الدائن (المناب لديه) بالتزام المناب بالوفاء بالدين بدلا منه، ويرتضى المناب تحمل هذا الالتزام قضاء لدينه بدوره في مواجهة المنيب، فإذا اتفق الثلاثة انقضى بعملية واحدة دين المناب في مواجهة المنيب، ودين المنيب في مواجهة المناب لديه، ونشأ محل هذين الدينين علاقة واحدة بين المناب والمناب لديه.

إلا أن وجود هذه المديونية السابقة لا تعتبر شرطا لنشوء الإنابة، ودليل ذلك ما تقضي به المادة 02/294 مدني جزائري بالقول:« ولا تقتضي الإنابة أن تكون هناك حتما مديونية سابقة بين المدين والغير».

ثانيا- أنواع الإنابة في الوفاء

أ- الإنابة الكاملة la délégation parfaite

تكون الإنابة كاملة إذا تضمن الاتفاق عليها إبراء ذمة المدين الأصلي (المنيب) في مواجهة الدائن (المناب لديه)، وذلك بحلول المناب محله، وهي بهذه الصورة تتضمن معنى تجديد الدين بتغيير المدين، ولعل هذا هو السبب الذي جعل المشرع يدمجهما في صورتيها في القسم المخصص لتجديد الالتزام[3].

وبناء عليه نقول أنه إذا كان المنيب مدينا للمناب لديه، ولم يكن المناب مدينا للمنيب أو كان مدينا له، واتفق الثلاثة على تجديد دين المنيب للمناب لديه عن طريق تغيير المدين بأن يقبل المناب أن يكون مدينا للمناب لديه مكان المنيب، سميت الإنابة في هذه الحالة إنابة كاملة لأنها تتضمن تجديدا بتغير المدين، وقد تنطوي هذه الإنابة الكاملة فوق ذلك على تجديد آخر بتغيير الدائن، إذا كان المناب مدينا للمنيب وجدد هو الآخر دينه نحو المناب لديه بدلا من المنيب، فيكون المنيب قد جدد دينه نحو المناب لديه بتغيير المدين، ويكون

1 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 364. خليل أحمد حسن قداده، المرجع السابق، ص 306.

2 – أنظر في ذلك محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 429.

3 – نفس المرجع، ص 429، 430.

المناب قد جدد دينه نحو المناب لديه بتغيير المدين، ويكون المناب قد جدد دينه نحو المنيب بتغيير الدائن[1].

ب- الإنابة الناقصة أو القاصرة la délégation imparfaite

وهي التي لا تؤدي إلى إبراء ذمة المنيب وانقضاء الالتزام الأصلي، وإنما يترتب عليها إضافة مدين جديد إلى جانب المدين الأصلي، فيكون للدائن مدينان يستطيع أن يطالب أيا منهما بحقه وإذا وفى أحدهما برئت ذمة الآخر[2].

وهي إنابة قاصرة باعتبارها لا تبرئ ذمة المنيب نحو المناب لديه على خلاف الإنابة الكاملة التي يترتب عليها إبراء ذمة المنيب نحو المناب لديه عن طريق التجديد، والإنابة القاصرة والناقصة هي الغالبة من الناحية العملية لأنه من النادر قبول الدائن إبراء ذمة المدين (المنيب)، ويفضل دائما إبقاء المدين الأصلي و يرضى بإضافة المناب مدينا جديدا ضمانا لوفاء الالتزام، ونجد الإنابة الناقصة في الحالات التي لا يتفق فيها على التجديد صراحة فالتجديد لا يمكن افتراضه كما سبق ذكره.

وسواء كانت الإنابة كاملة أو ناقصة، فإن التزام المناب نحو المناب لديه التزام مجرد لا يتأثر بالعلاقة الموجودة بين المنيب والمناب والتي كانت سببا في وجود التزام هذا الأخير نحو المناب لديه. فإذا كان هذا الدين باطلا أو كان قد انقضى، أو كان ضامنا لدفع من الدفوع، فإن المناب لا يستطيع أن يتمسك بشيء من هذا في مواجهة المناب لديه، بل يجب عليه أن يوفي ثم يرجع بعد ذلك على المنيب. وتقرير هذه القاعدة هو في صالح المناب لديه، وعليه يمكنه التنازل عنه، والاتفاق على أن يكون للمناب الحق في التمسك نحوه بكافة الدفوع التي كانت له قبل المنيب[3] (المادة 296 مدني جزائري، وتقابلها المادة 361 مدني مصري).

---

1 – السنهوري، المرجع السابق، ص 859. وفي تعريف الإنابة الكاملة بقول الأستاذ الدكتور السنهوري: " **وهذه الإنابة العادلة التي تتضمن تجديدا بتغيير المدين وتجديدا بتغيير الدائن هي التي رددنا إليها الحوالة في الفقه الإسلامي في مذاهب المالكية والشافعية والحنابلة...**" أنظر الهامش رقم 02، نفس المرجع، ص 859.

2 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 501.

3 – نفس المرجع، ص502.

وغني عن البيان أن للمناب أن يشترط في الإنابة جعل التزامه نحو المنيب سببا لالتزامه نحو المناب لديه، وعندئذ يسقط التزامه نحو المناب لديه إذا تبين أن التزامه نحو المنيب كان باطلا أو كان قد انقضى أو كان يمكن دفعه بأي دفع آخر[1].

المطلب الثالث: المقاصة la compensation

المقاصة هي طريق لانقضاء الالتزام، بمقتضاه يستوفي الدائن حقه مما للمدين في ذمته من دين. فهي تفترض أن هناك شخصين وأن كلا منهما مدينا ودائنا للآخر في نفس الوقت بمبلغ من النقود أو بكمية من المثليات، فعندئذ يحق لكل منهما أن يستوفي حقه مما للطرف الآخر في ذمته من دين، ويترتب على ذلك انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما، فالدين الأكبر ينقضي جزئيا، والدين الأقل ينقضي كليا نتيجة للمقاصة، ولا يوفي من الدينين إلا ما زاد على ما انقضى بالمقاصة[2]. وتحكمها المواد من 297 إلى 303 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الأول
وظائف المقاصة[3]

أولا- المقاصة أداة وفاء

من خلال التعريف السابق للمقاصة يتبين لنا أن تقابل دينين توافرت فيهما شروط معينة يقضي كلا الدينين بقدر الأقل منهما، فيكون كل مدين قد وفى الدين الذي عليه بالدين الذي له، ومن هنا كانت المقاصة أداة وفاء أو سببا من أسباب انقضاء الالتزام، بل هي أداة تبسيط في الوفاء، فهي تقضي دينين في وقت معا دون أن يدفع أي مدين من المدينين إلى دائنه شيئا، إلا من كان دينه أكبر فيدفع لدائنه ما يزيد به هذا الدين على الدين الآخر.

وبذلك يقتصد المدين من نفقات الوفاء ولا يتجشم عناء إخراج النقود أم غيرها من المثليات وإرسالها للدائن وما ينطوي علي ذلك من مخاطر وتبعات.

وبناء عليه أصبح للمقاصة أهمية كبيرة في المعاملات التجارية التي تحتاج إلى السرعة في التعامل والاقتصاد في الإجراءات، وهذا الحساب الجاري، وهو من دعائم التجارة،

---

1 – نفس المرجع، ص 502.

2 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 503.

3 – السنهوري، المرجع السابق، ص 783 وما يليها. خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 315 وما يليها.

يقوم على أساسين المقاصة ثم التجديد. فتقع المقاصة أولا بين الحساب الدائن والحساب المدين، ثم يتخلف عن المقاصة رصيد هو الذي يقع في شأنه التجديد، وهذه غرف المقاصة chambres de compensation تقوم عملياتها على إجراء المقاصة بين ما للمصارف وما عليها، فيستغني بذلك عن نقل العملة من مصرف إلى مصرف ثم ردها بعد ذلك إلى المصرف الذي خرجت منه[1].

ثانيا- المقاصة أداة ضمان

فهي أداة ضمان خاص، لأنها تخول للدائن التقدم على سائر الدائنين في استيفاء حقه من المدين ولو بصفة جبرية، حيث يستوفي حقه دون مزاحمة الدائنين الآخرين في حدود الدين الذي في ذمته لهذا المدين، وهي بهذا الوصف تقترب من حق الحبس والدفع بعدم التنفيذ[2].

وعليه فالقول أن المقاصة أداة ضمان، فذلك ظاهر أيضا من أن الدائن يستوفي حقه من الدين الذي في ذمته لمدينه إنما يختص بهذا الدين الذي في ذمته، دون غيره من دائني المدين، فيستوفى حقه منه متقدما عليهم جميعا، وهو وإن كان دائنا عاديا في حكم الدائن المرتهن أو الدائن ذي حق الامتياز والدين الذي في ذمته في حكم المال المرهون المخصص لوفاء حقه، ومن ثم تكون المقاصة من شأنها أن تقدم للدائن تأمينا، فهي من هذا الوجه أداة ضمان[3].

ثالثا- التمييز بين المقاصة وبعض الأنظمة القانونية المشابهة لها

أ- المقاصة والدفع بعدم التنفيذ

يتم اللجوء إلى الدفع بعدم التنفيذ عندما يكون العقد القائم ملزما للجانبين، بحيث يستطيع أحد أطراف العقد ووفاء لحقه في الامتناع عن التنفيذ بما يلتزم به إلى أن يحصل على حقه من الطرف الآخر. وقد سبق أن قلنا أن المشرع أجاز لأحد أطراف العقد الملزم للجانبين أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا توافرت شروطه، وبهذا يكون المشرع قد منح للدائن الوسيلة التي تكفل الوفاء بحقه، وهو نفس الوضع في المقاصة، إلا أنهما يختلفان عن بعضهما البعض من حيث أن الدفع بعدم التنفيذ يقتضي وجود عقد ملزم للجانبين في حين لا

1 – أنظر في ذلك السنهوري، المرجع السابق، ص 875.

2 – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 574، 575.

3 – السنهوري، المرجع السابق، ص 875.

يشترط في المقاصة ذلك لأنها تقع حتى ولو اختلف سبب الدينين المتقاصين. كذلك أن الدفع بعدم التنفيذ تنحصر أبعاده في عدم تنفيذ الالتزام الذي نشأ من العقد في ذمة المتمسك به، بينما المقاصة تؤدي إلى انقضاء الالتزام قضاء تاما بالحق الذي له في ذمة دائنه[1].

ب-المقاصة والحق في الحبس

يقوم الحق في الحبس على أساس حبس ما للمدين عند الدائن، إلى أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه، وبالتالي يستوفي الدائن حقه، إذا كان مرتبطا بالشيء المحبوس، ومن ثم يكون المشرع قد منح للدائن الوسيلة التي تكفل له الوفاء بحقه وهو نفس الوضع في المقاصة، إلا أنهما يختلفان، فحق الحبس يفترض وجود ارتباط بين الشيء المحبوس والحق الذي من أجله استعمل حق الحبس، ويستوي أن يكون ارتباطا ماديا أم معنويا، بينما في المقاصة فإنها لا تفترض ذلك أي لا يستلزم وجود الارتباط بين الدينين المتقاصين، إضافة إلى ذلك أن الحق في الحبس ينتهي إلى عدم قيام الدائن بالتنفيذ إلى أن يقوم المدين بذلك، بينما في المقاصة فأثرها أبعد من ذلك حيث تؤدي إلى انقضاء الالتزام الكلي[2].

الفرع الثاني: أنواع المقاصة

إن المقاصة في القانون المدني الجزائري، قد تكون قانونية أي تقوم بقوه القانون (إلزامية) légale وقد تكون اتفاقية conventionnelle مصدرها اتفاق الطرفين، وقد تكون قضائية judicaire.

أولا- المقاصة القانونية la compensation légale

وهي المقاصة الجبرية التي تقع بقوة القانون، أي أنها تحصل دون حاجة لاتفاق الطرفين، وقد أصبح المقصود بالمقاصة غالبا هو المقاصة القانونية كنوع من الوفاء الجبري أو القهري الذي يحصل بقوة القانون، إذا توافرت شروطها القانونية (المادة 397 مدني جزائري)[3].

أ- شروط المقاصة القانونية

طبقا للقانون المدني الجزائري تتمثل هذه الشروط فيما يلي:

---

1 - خليل أحمد حسن قداده، المرجع السابق، ص 316، 317.

2 -خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 317.

3 - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 575.

1-الشرط الأول: وجود دينين متقابلين[1]:

والمقصود بذلك أن يكون كل من الطرفين دائنا ومدينا للآخر في وقت واحد، ويتبين هذا الشرط من المادة 297 مدني جزائري، ويجب أن يكون الدينان بين نفس الشخصين ذاتهما وبنفس الصفة، فلا يجوز مثلا أن يتقاضى دين للوصي على الغير مع دين للغير على القاصر، ولا دين على الشركة لأجنبي مع حق للشريك في ذمة هذا الأجنبي.

وتقع المقاصة ولو لم يكن المدين أهلا للوفاء أو الدائن أهلا للاستيفاء، لأن المقاصة نوع من الوفاء الجبري باعتبارها واقعة مادية لا تصرف قانوني[2].

2 – الشرط الثاني: تماثل محل الدينين المتقابلين

بمعنى أن يكون الدينان متجانسي المحل، فلا مقاصة إلا بين النقود وكذا المثليات المتحدة في النوع والدرجة (المادة 297 مدني جزائري)[3].

فلا تجوز المقاصة بين مبلغ من النقود وبين كمية من القطن أو القمح أو بين كمية من الأرز، وأخرى من القمح، ولا بين كمية من القمح الأمريكي وأخرى من القمح الهندي، ولا تقع المقاصة بين دينين محل أحدهما عمل ومحل الآخر امتناع عن عمل فلا بد لإمكان المقاصة أن يكون محل كل من الدينين التزاما بنقل الملكية[4].

3- الشرط الثالث: أن يكون الدينان خاليين من النزاع

ومعنى ذلك أنه يجب أن يكون كل من الدينين محقق الوجود لا شك في ثبوته، ومحددا في مقدراه فإذا ثار نزاع حول ثبوت الدين أو مقداره فلا تقع المقاصة[5].

وكما يجب أن يكون الدين ثابتا فيجب كذلك أن يكون مقدرا وإلا امتنع وقوع المقاصة القانونية، ومثال الدين غير المقدر التزام بتعويض لم يقدره القضاء بعد[6].

والنزاع الذي يمنع من وقوع المقاصة هو النزاع الجدي لا أي نزاع يثيره المدين بقصد منع المقاصة وحتى إذا كان النزاع جديا، فإن ذلك لا يمنع الدائن من أن يرفع بحقه دعوى فرعية في الدعوى الأصلية الموجهة إليه، حتى يفصل القاضي في النزاع ويجري المقاصة

---

1 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 369 وما يليها. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 575ومايليها.

2 – محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 370.

3 – محمد حسني، المرجع السابق، ص 361.

4 – محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 371

5 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 504، 505.

6 – أنظر سلطان، المرجع السابق، ص 386.

بين الدينين (مقاصة قضائية) غير أنه إذا رأت المحكمة أن الفصل في هذا النزاع المطروح عليها بالدعوى الفرعية يقتضي إجراءات طويلة (كتعين خبير أو تحقيق ...الخ) من شأنها أن تؤخر البت طويلا في الدعوى الأصلية وتقضي بعدم قبول الدعوى الفرعية، ويتعين على صاحب هذه الدعوى أن يرفع دعوى أصلية بحقه المتنازع فيه[1].

غير أن الأجل القضائي (نظره الميسرة) يعتبر منحة للمدين لا حقا له، فلا يضعف حق الدائن من حيث جواز المقاصة فيه، (المادة 02/297 مدني جزائري تقابلها المادة 363 مدني مصري)[2].

كذلك يجب أن يتعادل الدينان من حيث استحقاقهما للأداء، فإن الدين المنجز أقوى من الدين المؤجل ومن الدين المعلق على شرط فلا تجوز المقاصة بينهما[3].

4-الشرط الرابع: أن يكون الدينان صالحين للمطالبة بهما قضائيا

وذلك باعتبار أن المقاصة وفاء جبري، ولما كان ذلك فلا مقاصة في الالتزام الطبيعي لأنه لا يجيز المدين فيه على الأداء ولا مقاصة في دين سقط بالتقادم لأنه أيضا لا يجبر المدين به على الوفاء، على أنه إذا مضت على الدين مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة فلا يمنع ذلك من وقوعها رغم التمسك بالتقادم ما دامت المدة لم تكن قد تمت في الوقت الذي أصبحت فيه تلك المقاصة ممكنة (المادة 301 مدني جزائري)، فالمقاصة هنا سبقت اكتمال مدة التقادم أي أن الدينين كانا صالحين للمقاصة قبل سقوط أحدهما بالتقادم[4].

5-الشرط الخامس: أن يكون الدينان مستحقين الأداء exigible

فالمقاصة وفاء جبري، ولا جبر على الوفاء إلا عند حلول أجل استحقاق الدين، فلا مقاصة في دين مؤجل إلا إذا حل الأجل أو سقط، غير أن المقاصة تجري رغم المهلة الممنوحة من القاضي أو الدائن (المادة 297 مدني جزائري) لكونه غير قادر على الوفاء، حيث تجوز المقاصة رغم عدم انتهاء هذا الأجل، إذا تبين أن المدين قادر على الوفاء قبل انقضاء الأجل[5].

---

1 – سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 804.

2 – سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 804.

3 – نفس المرجع ، ص 804.

4 – محمد حسنين، المرجع السابق، ص 362.

5 – نفس المرجع، ص 362. محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 505.

6 – الشرط السادس: أن يكون الدينان قابلين للحجز عليهما saisissables

لا تكون هناك مقاصة إذا كان أحد الدينين غير قابل للحجز عليه، كدين النفقة وأجر عامل (المادة 03/299 مدني جزائري) (راجع في الأموال غير القابلة للحجز المواد 636، 637، 638 و639 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري).

7–الشرط السابع: لا مقاصة إذا كان أحد الشيئين قد انتزعه في يد مالكه dont le propriétaire a été injustement dépouillé : وكان مطلوبا رده، وهذا الحكم لمنع الدائن من استخلاص حقه بيده، إذ عليه اللجوء إلى القضاء nul ne peut se faire justice à soi – même (المادة 299 /02 مدني جزائري)[1].

8–الشرط الثامن: لا تقع المقاصة إذا كان أحد الشيئين محل عقد وديعة أو عقد عارية استعمال:

وكان مطلوب رده لأن الشيء المودع والمعار يعتبر أمانة في يد المودع أو المستعير والامتناع عن رده يعتبر خيانة (المادة 02/299 مدني جزائري).

9–الشرط التاسع: لا مقاصة بين حق للفرد على الدولة وحق الدولة على الفرد

فلا مقاصة في دين الضريبة ذلك أن أموال الدولة لا يجوز توقيع الحجز عليها insaisissables.

ب–كيفية وقوع المقاصة القانونية[2]

لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها la partie intéressé (المادة 300 مدني جزائري). ولا ينفي هذا أن تقع المقاصة القانونية بحكم القانون لأن القانون هو مصدرها، بل إنها تقع بغير علم صاحبي الشأن، إنما لا يجوز للقاضي أن يحكم بها من تلقاء نفسه، بل يجب على صاحب المصلحة أن يتمسك بها ويدفع بها دعوى دائنه، وعندئذ يجب على القاضي أن يحكم بها متى توافرت شروطها وليس له أن يرفض الحكم بها، فدور القاضي يقتصر فقط على الكشف عن المقاصة، ولهذا سميت المقاصة القانونية تمييزا لها عن المقاصة القضائية أو المقاصة الاتفاقية التي تقع بالاتفاق حينما يختلف شرط من شروط المقاصة القانونية.

---

1 – محمد حسنين، المرجع السابق، ص 362.

2 – أنظر في ذلك محمد حسنين، المرجع السابق، ص 363. محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 605.

ويجوز النزول عن المقاصة القانونية صراحة أو ضمنيا، فاعتبار النزول عنها ضمنيا يتحقق في حالة عدم التمسك بها من صاحب المصلحة، فموقفه هذا قد يستخلص منه على أنه متنازل عنها تنازلا ضمنيا، ويستخلص التنازل الضمني من القرائن القاطعة في الدلالة عليه. ولا يقع النزول عن المقاصة القانونية في القانون المدني الجزائري (المادة 300 مدني جزائري) وكذلك القانون المدني المصري إلا بعد ثبوت الحق فيها وقد قصد مشرعنا حماية المدين من اشترط تنازله عنها مقدما[1].

ج- الآثار المترتبة على المقاصة القانونية[2]

1-فيما بين المتعاقدين

تنص الفقرة الثانية من المادة 300 مدني جزائري على أنه:« ويترتب عليها انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما منذ الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصة ويكون تعيين جهة الدفع في المقاصة كتعيينها في الوفاء».

يتضح من هذه الفقرة أنه يترتب على المقاصة بين المتعاقدين النتائج التالية:

أولا: انقضاء الدينين الذي للمدين على الدائن، وكذلك الذي للدائن على المدين، إذا كانا متساويين في القيمة، مما يعني أن المقاصة طريقا من طرق الوفاء بالدين وبالتالي انقضائه، وهو وفاء مزدوج لأن كل طرف من الطرفين يوفي دينه بحقه. ولكن إذا اختلف مقدار الدينين، وهذا هو الغالب فإن انقضاءها يكون بقدر الأقل منهما، ومعنى ذلك أن الدين الأكبر لا ينقضي بتمامه بل بقدر ما يقابله من الدين الأصغر، ولذا تعتبر المقاصة إحدى الحالات الاستثنائية التي يجيز فيها المشرع الوفاء الجزئي دون حاجة إلى رضاء الدائن بذلك.

ثانيا: يترتب على وقوع المقاصة أثر رجعي يعود إلى وقت توافر شروط المقاصة في الدينين، ويقع هذا الأثر حتى ولو كان الطرفان يجهلان كلاهما أو أحدهما بثبوت حقهما في المقاصة لأنها تقع بحكم القانون. ومما يترتب على الأثر الرجعي للمقاصة أنه لا يحول دون التمسك بالمقاصة أن يكون أحد الدينين قد انقضى بالتقادم في هذا الوقت، ما دام أن التقادم

---

1 – محمد حسنين، المرجع السابق، ص 363.

2 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 507، 508. خليل أحمد حسن قداده، المرجع السابق، ص 332 وما يليها. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 389 وما يليها.

لم تكن قد تمت مدته في الوقت الذي أصبحت فيه المقاصة ممكنة أي في الوقت الذي توافرت شروطها.

ثالثا– إن سقوط الدينين بالمقاصة يستتبع سقوط التأمينات التي كانت ضامنة لهما كالكفالة والرهن، وإذا كان الأمر يتعلق بتأمين عقاري، فيجب التأشير على هامش القيد بزوال التأمين العقاري وذلك للاحتجاج بذلك في مواجهة الغير[1].

رابعا– في حالة تعدد الديون التي تجوز المقاصة فيها بين الطرفين، فإن تعيين الدين والديون التي ستجري بينها المقاصة يتبع في تحديدها نفس القواعد التي سبق أن رأيناها في الوفاء[2].

2-آثار المقاصة بالنسبة للغير

تقضي المادة 302 مدني جزائري على أنه:« لا تقع المقاصة إضرارا بحقوق كسبها الغير». وبالتالي يتضح أن حقوق الغير في المقاصة القانونية محفوظة قانونا، بحيث لا يجوز أن يترتب على وقوع المقاصة الإضرار بحقوق اكتسبها الغير. وقد وضع المشرع تطبيقين لهذه القاعدة وهما على التوالي[3]:

الأول: في حالة ما إذا أوقع الغير حجزا تحت يد المدين، ثم أصبح المدين دائنا لدائنه: فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة إضرارا بالحاجز[4]. وهذا ما تؤكده الفقرة الثانية من المادة 302 مدني جزائري بالقول: « فإذا أوقع الغير حجزا تحت يد المدين ثم أصبح هذا الأخير دائنا لدائنه فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة إضرارا بالحاجز».

ويتضح من خلال هذه الفقرة أنه في حالة توقيع حجز تحفظي على دين قبل نشوء دين مقابل صالح للمقاصة به، فإن الدين المحجوز عليه يصبح غير قابل للمقاصة حماية لحق الغير الحاجز، لكن إذا وقع الحجز على الدين بعد أن تقابل مع دين آخر وتوافرت شروط المقاصة، فإن المقاصة تقع على الرغم من أن المقاصة وقع التمسك بها بعد الحجز التحفظي، لأن العبرة بوقت تلاقي الدينين الصالحين للمقاصة لا بوقت التمسك بالمقاصة[5].

---

1 – خليل أحمد حسن قداده، المرجع السابق، ص 333.

2 – نفس المرجع، ص 333.

3 –أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 333.

4 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 508.

5 – السنهوري، المرجع السابق، ص 929.

فلو أن شخصا في ذمته دين لشخص آخر، ووقع حجز تحفظي على هذا الدين من دائن للدائن، ثم نشأ بعد ذلك دين للمدين في ذمة الدائن صالح للمقاصة بالدين الأول فلا تقع المقاصة بالرغم من ذلك. ذلك أن وقوعها إضرارا بحق الدائن الحاجز. وهو من الغير في المقاصة، وكما أن المدين الذي وقع تحت يده الحجز لا يستطيع أن يوفي الدين المحجوز عليه للدائن بعد توقيع الحجز، كذلك هو لا يستطيع أن يوفيه بعد توقيع الحجز بحق له في ذمة الدائن عن طريق المقاصة[1].

الثاني: حالة حوالة أحد الدينين المتقابلين وقبول المدين الحوالة دون تحفظ

تنص المادة 303 مدني جزائري على أنه:« إذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ، فلا يجوز لهذا الأخير أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان تمسك بها قبل قبوله للحوالة وليس له إلا الرجوع بحقه على المحيل، إما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها، قلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة».

يتبين من خلال المادة 01/303 مدني جزائري أنه في حالة ما إذا حول الدائن حقه إلى الغير وقبل المدين الحوالة بغير تحفظ من جانبه مع علمه بالمقاصة، فلا يكون له أن يتمسك بها في مواجهة المحال إليه ولا يكون له إلا الرجوع على المحيل، ذلك أن قبوله الحوالة بغير تحفظ مع علمه بالمقاصة يعتبر نزولا عنها. أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها، فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة[2].

ثانيا- المقاصة الاتفاقية والمقاصة القضائية

المقاصة الاتفاقية أو الاختيارية هي تلك التي تقع بالاتفاق بين الدائن والمدين رغم عدم تكامل شروطها قانونا كالاتفاق على أن تتم المقاصة بين دين حال ودين مؤجل، وهذا الاتفاق جائز قانونا تطبيقا لمبدأ حرية التعاقد، وتنتج المقاصة الاتفاقية أثرها من تاريخ الاتفاق عليها، لا من تاريخ تقابل الدينين كما في المقاصة القانونية، ويمكن إجراء هذه المقاصة حيث يقوم مانع من وقوع المقاصة القانونية[3].

1 – السنهوري، المرجع السابق، ص 929.

2 – محمد حسنين، المرجع السابق، ص 365.

3 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 509.

وتختلف المقاصة الاتفاقية أو الاختيارية عن المقاصة القانونية من أنها تقع بدون أثر رجعي، فإذا وقعت فإن آثارها تبدأ منذ الاتفاق على المقاصة لا منذ تقابل الدينين أي توافر شروط المقاصة القانونية[1].

والمقاصة الاتفاقية يجب ألا تتضمن وفاء جزئيا للدين لأن ذلك فيه إجبار للدائن على قبول الوفاء الجزئي لحقه، إلا إذا قبل الدائن ذلك، ويترتب على المقاصة الاتفاقية انقضاء الدينين المتقابلين معا، ومن ثم تنقطع الفوائد عند وجودها وتزول التأمينات التي كانت للدين[2].

وكذلك إذا وقعت المقاصة الاتفاقية (الاختيارية) فلا يجوز الرجوع فيها إلا باتفاق الطرفين، وإذا رجع الطرفان عن المقاصة الاتفاقية فيجب ألا يضر الغير بذلك عن طريق عودة التأمينات التي زالت مرة أخرى[3].

أما المقاصة القضائية فهي التي تقع بحكم القاضي عندما يكون المدين مطالبا قضاء بوفاء الدين، فيتمسك بحق له ضد الدائن رافع الدعوى، ولكن هذا الحق لا يتوافر له شرط الخلو من النزاع، فعندئذ إذا تبين للمحكمة أن طلب المدعى عليه ظاهر الجدية، أوقفت الفصل في طلب المدعي حتى تحقق طلب المدعي عليه وتقضي في الطلبين معا، وتجري بالتالي المقاصة بينهما، ولا تقع المقاصة إلا من تاريخ الحكم لا من تاريخ طلب المدعى عليه، ويترتب عليها ما يترتب على المقاصة القانونية من آثار[4].

ويشترط لإجراء المقاصة القضائية أن يطلبها صاحب الشأن بدعوى أصلية أو بطلب عارض يقدم إلى المحكمة بصحيفة تعلن للخصم قبل يوم الجلسة أو يبدي شفاهة في الجلسة في حضور الخصم ويثبت في محضرها[5].

فالمقاصة القضائية تكون إذن في الأحوال التي لا تتوافر فيها شروط المقاصة القانونية، ويكون الشرط أو الشروط المتخلفة ليست من الشروط التي روعيت فيها مصلحة

---

1 – خليل أحمد حسن قداده، المرجع السابق، ص 335، 336.

2 – نفس المرجع، ص 336.

3 – نفس المرجع، ص 336.

4 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 510.

5 – نفس المرجع، ص 510.

المدعى عليه وحده وإلا لأمكن هذا أن ينزل عنها وأن يجري المقاصة الاختيارية بدلا من الالتجاء إلى المقاصة القضائية[1].

وحكم القاضي هو الذي ينشئ المقاصة القضائية ومن ثم لا تقع هذه المقاصة إلا من وقت صدور الحكم بها لا من وقت رفع الدعوى العارضة لأن الحكم هنا هو منشئ وليس كاشفا، وفي هذا تختلف المقاصة القضائية عن كل من المقاصة القانونية التي تقع من وقت تلاقي الدينين والمقاصة الاختيارية التي تقع من وقت إعلان الإرادة في إجرائها[2].

المطلب الرابع

اتحاد الذمة confusion

الفرع الأول

تعريف اتحاد الذمة

يتحقق اتحاد الذمة إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة لدين واحد ونصت على حكم اتحاد الذمة المادة 304 مدني جزائري[3].

فاتحاد الذمة يشتبه مع المقاصة في أنه يفترض أن الشخص الواحد دائن ومدين في وقت واحد، ولكنه يختلف في أنه لا يكون إلا إذا اجتمعت صفتا دائن ومدين في الشخص نفسه في دين واحد، أيا كانت طبيعة هذا الدين أو مصدره أي سواء كان ناشئا عن القانون أو عن الاتفاق كأن يداين أخ أخاه بألف جنيه، فيتوفى الأخ ويرثه المدين فتتحد في شخصه صفتا الدائن والمدين في الدين ذاته فينقضي باتحادهما ذلك الدين، وكما لو اشترى المستأجر العين المؤجرة إليه، فتجمع في شخصه صفتا المستأجر والمؤجر لتلك العين، وينقضي بذلك الإيجار. أما المقاصة فتفترض تقابل دينين مختلفين وشخصين كل منهما اجتمعت فيه صفة دائن في أحد الدينين ومدين في الدين الآخر فينقضي بهذا التقابل كلا الدينين[4].

---

1 – السنهوري، المرجع السابق، ص 934.

2 – نفس المرجع، ص 942.

3 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 387.

4 – سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 812، 813.

وقد يتحقق اتحاد الذمة أيضا عن طريق الوصية سواء كان الموصى له خلفا عاما أو خلفا خاصا، فإذا أوصى الدائن للمدين بثلث التركة مثلا، فإن الأخير يصبح دائنا لنفسه في حدود هذا القدر. والأمر كذلك إذا أوصى له بالدين، إذ يصبح بعد وفاة الدائن – الموصي– دائنا لنفسه بهذا الدين، ويتم اتحاد الذمة كما في الميراث[1].

أما في الشريعة الإسلامية فالقاعدة ألا تركة إلا بعد سداد الديون، فإذا كانت التركة مدينه للوارث فللوارث أن يستوفي حقه منها وبذلك ينقضي حقه بالوفاء لا باتحاد الذمة، ويؤول إليه نصيبه من الباقي خاليا من الدين[2].

وأكثر ما يتحقق اتحاد الذمة عن طريق الميراث كما قدمنا فيكون هناك شخص مدين لآخر، وهو في الوقت ذاته وارثه، فإذا مات الدائن أصبحت تركته دائنة للمدين بمبلغ الدين[3].

وبالتالي نقول أن اتحاد الذمة قد يتحقق عن طريق الميراث، أو عن طريق الوصية أو عن طريق التصرف القانوني ما بين الأحياء مثل ما هو معروف في الكمبيالة التي قبلها المسحوب عليه، فتصبح ملكه، ومن ثم يصير دائنا لنفسه فتجتمع صفتا المدين والدائن، وتتحد الذمة في الدين، وسبب اتحاد الذمة هنا هو شراء المسحوب له الكمبيالة، وهذا تصرف قانوني ما بين الأحياء[4].

وكل الديون قابلة للانقضاء باتحاد الذمة تستوي في ذلك كل الديون أيا كان مصدرها، سواء كان الدين مصدره عقدا أو عملا غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو نص في القانون فهو قابل لاتحاد الذمة فيه، متى اجتمعت صفتا الدائن والمدين في شخص واحد. وتستوي أيضا في ذلك كل الديون أيا كان الوصف الذي يلحق بها. فيصح اتحاد الذمة في الدين البسيط وفي الدين المضاف إلى أجل وفي المعلق على شرط فاسخ، إلا أنه إذا لم يتحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ فقد زال الدين وزال معه اتحاد الذمة[5].

---

1 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 512.

2 – محمد حسنين، المرجع السابق، ص 365.

3 – السنهوري، المرجع السابق، ص 946، 947.

4 – نفس المرجع، ص 949.

5 – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص595.

الفرع الثاني
الآثار المترتبة على اتحاد الذمة

يترتب على اتحاد ذمة الدائن والمدين انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء، حيث لا يمكن أن يطالب الشخص نفسه بتنفيذ التزامه إذ لا بد قانونا أن يكون شخص الدائن مختلفا عن شخص المدين، واتحاد الذمة يقتضي وجود التزام واحد، يختلف أحد طرفيه فيترتب على اجتماع صفتي الدائن والمدين من شخص واحد بالنسبة إلى دين واحد، انقضاء الدين أي انتهاء علاقة دائن بمدين (المادة 01/304 مدني جزائري)[1].

ويجدر بنا أن نلاحظ أن الدين لا ينقضي إلا بالقدر الذي تتحدد فيه الذمتان، واتحاد الذمة ليس شبيها بسائر أسباب الانقضاء الأخرى كالوفاء أو المقاصة، بل إنه مجرد عقبة تحول دون مطالبة الدائن بالدين، إذ كيف يطالب الدائن نفسه بالدين[2].

وإن اتحاد الذمة بالنسبة للمدين المتضامن لن يؤدي إلى براءة ذمة المدينين المتضامنين الآخرين إلا بقدر حصة المدين الذي اتحدت ذمته مع الدائن وفقا لما أشارت إليه المادة 226 مدني جزائري، ومن قبيل هذا أيضا استرداد المدين حقه عند حوالته بعوض، بأن يرد إلى المحال له الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات، وفوائد الثمن من وقت الدفع[3].

ومثال ذلك أيضا لو أن الدائن توفي وورثه أحد مدينيه المتضامنين، فإن الدين ينقضي بالنسبة لهذا المدين بقدر ما ورث ويجوز له بعد ذلك أن يعود على باقي المدينين معه بباقي الدين بعد خصم حصته منه[4].

غير أنه لا يتحقق اتحاد الذمة إذا ما ورث الدائن المدين، إذ تمنع ذلك أحكام الشريعة الإسلامية التي تحكم الميراث في هذه الحالة ذلك أنه حيث يرث المدين فإنه لا يرث الدين الذي على التركة، حتى ولو كان هو الوراث الوحيد للمدين، بما هو مقرر في الشريعة الإسلامية من أنه لا تركة إلا بعد سداد الدين، مما يقتضي أن تبقى التركة منفصلة عن مال

---

1 – نفس المرجع، ص 594، 595.

2 –حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 404.

3 – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 595.

4 – نفس المرجع، ص 595.

الوارث الدائن حتى تسدد الديون التي عليها، وبعد ذلك يرث هذا الدائن وحده مع غيره من الورثة الشرعيين ما تبقى من التركة[1].

وفي الأخير فإنه إذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة تترتب على زواله اعتبار أن هذا الاتحاد كأن لم يكن بأثر رجعي، ويعود في هذه الحالة الدين إلى الوجود هو ملحقاته وتوابعه أي بنفس ما كان له من صفات وخصائص طبقا للمادة 02/304 مدني جزائري، كما لو أوصى الدائن للمدين بالحق ثم ثبت بطلان الوصية بعد ذلك، فإن الموصى له يعود مدينا وبأثر رجعي[2].

1 – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 595.

2 – أنظر في ذلك نفس المرجع، ص 596. وحسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 405.

المبحث الثالث

انقضاء الالتزام دون الوفاء به

يمكن أن ينقضي الالتزام دون الوفاء به، وذلك بتحقق واحد من الأسباب التالية:

1-الإبراء من الدين.

2-استحالة التنفيذ.

3-التقادم المسقط.

ففي **الإبراء** يتنازل فيه الدائن عن حقه الثابت في ذمة المدين، فيعفي هذا الأخير منه.

ففي **استحالة التنفيذ** ينقضي الالتزام بسبب استحالة تنفيذه، وذلك إذا وقع سبب أجنبي عن المدين، فلا يمكن إلزام أحد بمستحيل.

وفي **التقادم المسقط** ينقضي الالتزام بقوه القانون وذلك بسبب تقاعس الدائن عن المطالبة بحقه في مدة حددها القانون، وذلك على أساس تحقيق المصلحة العامة.

ولقد تناول القانون المدني الجزائري هذه الأسباب في المواد من 305 إلى 322 منه وسنتطرق لكل سبب من هذه الأسباب في مطلب مستقل حسب وردوها فيه.

المطلب الأول

الإبراء la remise de dette

الإبراء هو نزول الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل، فهو تصرف تبرعي حتما، وإذا استوفى الدائن عين حقه كان هذا وفاء، وإذا استوفى مقابلا في حقه كان هذا وفاء بمقابل، وإذا نزل عن حقه فلم يستوفه لاعينا ولا بمقابل كان هذا إبراء[1].

وبالتالي فالإبراء هو تصرف قانوني صادر من طرف واحد هو الدائن، أي هو تصرف قانوني بإرادة منفردة، يهدف منه الدائن إعفاء المدين من التزامه دون مقابل.

1 – السنهوري، المرجع السابق، ص 962.

ولقد نصت على ذلك المادة 305 مدني جزائري بالقول:« ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه اختياريا ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ولكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين».

الفرع الأول
شروط الإبراء

قلنا سابقا أن الإبراء تصرف من تصرفات التبرع باعتباره تنازل من الدائن عن حقه لفائدة المدين بدون مقابل، ولهذا فهو يخضع للأحكام الخاصة بالتصرفات القانونية التبرعية من حيث إنشائها وتنفيذها (المادة 306 مدني جزائري). فهو لا بد أن يصدر من شخص يتمتع بأهلية كاملة وهي الأهلية القانونية للتبرع، وأن تكون إرادته غير معيبة بعيب من عيوب الإرادة، بالإضافة إلى أنه يرد على أي التزام حتى ولو كان طبيعيا، كما يجب أن يكون له سبب مشروع وإلا كان باطلا.

أما من حيث الشكل الذي يصدر فيه فمن الناحية القانونية لم يشترط المشرع أي شكل معين حتى لو كان الدين محل الإبراء ناشئا عن عقد يشترط فيه القانون شكلا معينا، أو اشترط فيه الطرفان هذا الشكل (المادة 02/306 مدني جزائري).

والسبب في ذلك أن الإبراء من الدين يعتبر من قبيل الهبات غير المباشرة، ولكن إذا وقع الإبراء في شكل وصية لا تنفذ إلا بعد الوفاة، أخذ الإبراء حكم الوصية شكلا وموضوعا وكان من الواجب إذن مراعاة الشكل الذي يستلزمه القانون في الوصية[1].

ولا يصح الإبراء إلا من دين قائم مستحق الأداء، بأن يكون موجودا عند الإبراء منه، فإنه لا يجوز عن دين مستقبل، ولذلك فإنه إذا انقضى التزام المدين، لأي سبب من أسباب الانقضاء، فلا يقع الإبراء[2].

وكأصل عام فالإبراء باعتباره عملا تبرعيا لا يتوقف على قبول المدين الأمر الذي تؤكده المادة 306 مدني جزائري بالقول:« تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع».

---

1 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 518.

2 – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 598.

غير أن المادة 305 مدني جزائري تمنح للمدين الحق في رفض الإبراء ورده تحت طائلة البطلان وذلك بقولها:«... ولكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين».

الفرع الثاني
إثبات الإبراء

باعتبار الإبراء تصرف قانوني فهو يخضع للقواعد العامة في الإثبات فيجب أن يثبت بالكتابة إذا تجاوز نصاب الإثبات بالشهادة والقرائن (وهو مائة ألف دينار جزائري وفقا للمادة 333 مدني جزائري في المواد المدنية)، وبالتالي يتم إثبات الإبراء بالكتابة إذا تجاوزت قيمة الدين 100.000 دج ويتم إثباته بالبينة (الشهود) والقرائن إذا لم يتجاوز الدين هذا النصاب. وجعل القانون الفرنسي من تسليم الدائن لسند الدين الأصلي أو الصورة التنفيذية اختيارا إلى المدين قرينة قانونية على حصول الإبراء، فسند الدين الأصلي أو الصورة التنفيذية هما الدليل الذي تحت يد الدائن فتخليه عنهما فيه معنى إبراء مدينه. وبمقارنة المادتين 1282 و1283 مدني فرنسي نجد أن قرينة الإبراء المستفادة من تسليم الصورة التنفيذية قابلة لإثبات العكس، ذلك أن الصورة التنفيذية ليست الدليل الوحيد، فهناك دليل آخر هو النسخة الأصلية وكان من الأحسن كما فعل المشرع الجزائري والمصري أن تترك هذه القرينة لتقدير القاضي فلا توضع في منزلة القرائن القانونية[1].

الفرع الثالث
أثر الإبراء

يترتب على وقوع الإبراء انقضاء الدين وتوابعه من تأمينات شخصية وعينية، لأن الفرع يتبع الأصل في الوجود والانقضاء، ويكون انقضاء الدين بالقدر الذي تناوله الإبراء فإذا كان الإبراء جزئيا كان الإبراء من الدين جزئيا، وتبقى في هذه الحالة التأمينات التي وقعت لضمان الدين ما دام أن الانقضاء كان جزئيا. والجدير بالإشارة إليه أن إبراء الكفيل لا يترتب عليه إبراء المدين الأصلي من الدين.

1 – محمد حسنين، المرجع السابق، ص 368.

المطلب الثاني

استحالة التنفيذ l'impossibilité d'exécution

يقصد باستحالة التنفيذ أن الوفاء بالالتزام أصبح غير ممكن بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، ويترتب على ذلك انقضاء الالتزام بصفة نهائية، فلا ينفذ الالتزام تنفيذا عينيا، إذ لا التزام بمستحيل، ولا ينفذ عن طريق التعويض، إذ أن المدين لم يرتكب خطأ ترتب عليه استحالة تنفيذ الالتزام، وإنما ترجع الاستحالة إلى سبب أجنبي لا يد له فيه[1].

وتنص المادة 307 مدني جزائري على أنه:« ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي». ويتبين لنا من نص المادة 307 أن استحالة تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي لا ينسب للمدين يعتبر سببا لانقضاء الالتزام ويؤدي إلى إبراء ذمة المدين منه.

الفرع الأول

شروط انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه

بقراءتنا للمادة 307 مدني جزائري يتضح أن تحقق استحالة تنفيذ الالتزام التي يترتب عليها انقضاء الالتزام يستلزم توافر شرطان أولهما: وجوب أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا، والثاني أن تكون الاستحالة ناتجة عن سب أجنبي لا يد للمدين فيه.

أولا- الشرط الأول: يجب أن يكون تنفيذ الالتزام قد أصبح مستحيلا وليس مرهقا[2]

فالاستحالة التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام هي التي يجب أن يترتب عليها تعذر الوفاء بصفة مطلقة أي كلية، أما إذا ظل الوفاء ممكنا وأن أصبح مرهقا، فإنه لا ينقضي وفي هذه الحالة يجوز تطبيق نظرية الظروف الطارئة théorie de l'imprévision[3].

وهذه الاستحالة قد تكون مادية كهلاك الشيء المعين بذاته أو فقده، كما قد تكون قانونية كنزع ملكية العقار الذي التزم المدين بنقل ملكيته أو تحريم السلطات التعامل في

---

1 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 519.

2 – **فإذا كان الوفاء بالالتزام أصبح متعذرا خلال مدة معينة لسبب أجنبي عن المدين، كحرب أو فيضان مثلا، فإن الالتزام لا ينقضي ولكن يوقف تنفيذه فقط خلال الفترة التي قام فيها السبب، حتى إذا ما زال عاد للالتزام قوته في النفيذ.** راجع نقض مدني (مصري) 1991/01/30، مجموعة أحكام النقص، س 42، ص 336. أشار إليه محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، 519، 520.

3 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 398.

المال محل الالتزام[1]، ويجب أن تكون الاستحالة التي تقضي الالتزام مطلقة، والمقصود بالاستحالة المطلقة هي الاستحالة التامة أي التي تجعل الوفاء بالالتزام غير ممكن البته، أما الاستحالة النسبية أي التي تجعل الوفاء بالالتزام صعبا أو مرهقا للمدين، فلا يترتب عليها انقضاء الالتزام[2].

وتقدر الاستحالة المطلقة بمعيار موضوعي in abstracto لا بمعيار شخصي، فلا يعتبر الوفاء بالتزام مدين معين أنه قد صار مستحيلا وانقضى بالاستحالة إلا إذا كان يستحيل على الرجل العادي أن يفي به في مثل ظروف هذا المدين الظاهرة[3].

ثانيا- الشرط الثاني: يجب أن ترجع هذه الاستحالة إلى سبب أجنبي لا إلى خطأ المدين

والسبب الأجنبي الذي يؤدي إلى انقضاء الالتزام هو الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة أو خطأ الدائن نفسه أو خطأ الغير، ويجب على المدين أن يقيم الدليل على وجود السبب الأجنبي الذي قضى على الالتزام[4].

الفرع الثاني

الآثار المترتبة على استحالة التنفيذ

فبتحقق الشرطين السابقين بنقضي الالتزام، وتبرأ ذمة المدين منه، ويسقط حق الدائن بمطالبة المدني بتنفيذ الالتزام حتى بطريق التعويض، لأن الاستحالة مفترضة في ذلك بشرط ألا يكون راجعة إلى فعل المدني نفسه وإنما إلى سبب أجنبي[5].

وتنقضي كذلك توابع الالتزام وهي التأمينات العينية والشخصية التي كانت ضامنة له. إنما يلتزم اللمدين بأن ينزل للدائن عما يكون له من حق أو دعوى في التعويض عن الشيء الذي هلك، فإذا كان الشيء مؤمنا عليه واستحق المدني مبلغ التأمين أو هلك بفعل أجنبي واستحق المدين تعويضا عن هلاكه فإنه يجب على المدين في الحالين أن ينقل إلى الدائن حقه في مبلغ التأمين أو حقه في التعويض[6].

---

1 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 519، 520.

2 – سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 826.

3 – نفس المرجع، ص 826.

4 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، 520.

5 – خليل أحمد حسن قداده، المرجع السابق، ص 353.

6 – محمد حسنين، المرجع السابق، ص 37.

ولا تبرأ ذمة المدين بسبب القوة القاهرة إلا بقدر استحالة التنفيذ، وبناء على ذلك ينقضي الالتزام جزئيا إذا كان هلاك المحل جزئيا، وحينئذ يلتزم المدين بأن يسلم إلى الدائن ما بقي من الشيء[1].

الفرع الثالث
تحمل التبعة

في العقود الملزمة للجانبين إذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لسبب أجنبي، انقضى هذا الالتزام، وانقضى تبعا له الالتزام المقابل وانفسخ العقد بقوة القانون (المادة 121 مدني جزائري وتقابلها المادة 159 مدني مصري)، ومعنى ذلك أنه في هذا النوع من العقود تبعة الاستحالة على عاتق المدين، في حين أنها تكون على عاتق الدائن في العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة بدون أجر مع ملاحظة أثر الإعذار بالنسبة لهذا النوع من العقود، إذ يترتب على الإعذار انتقال تبعة استحالة التنفيذ من الدائن غلى المدين إلا إذا اثبت المدين أن الشيء محل الالتزام كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلمه إليه (المادة 168 مدني جزائري وتقابلها المادة 207 مدني مصري) ، كل هذا ما لم يكن المدين قبل التشديد في مسؤوليته بتحمل تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة (المادة 178 مدني جزائري تقابلها المادة 01/217 مدني مصري)[2].

1 – نفس المرجع، ص 37.

2 – أنور سلطان، المرجع السابق، ص 408. وأنظر أيضا محمد حسنين، المرجع السابق، ص 37.

المطلب الثالث

التقادم المسقط او المبرئ prescription extinctive ou libératoire

الفرع الأول

تعريف التقادم المسقط وتمييزه عن التقادم المكسب

أولا- تعريف التقادم المسقط

تناول المشرع الجزائري التقادم المسقط كسبب من أسباب انقضاء الالتزام بدون وفاء من المواد 308 إلى 322 من القانون المدني الجزائري.

والتقادم المسقط هو سبب ينقضي به الالتزام حين يقعد الدائن عن مطالبة مدينه به، على إمكان هذه المطالبة بمدة التي يحددها القانون[1].

والتقادم كسبب لانقضاء الالتزامات دون وفاء أو ما يعبر عنه "بالتقادم المسقط" يعني أن مضي مدة معينة من الزمن دون أن يطالب الدائن من مدينه بالدين الذي له في ذمة هذا المدين. ويترتب على مضي هذه المدة أن ينقضي التزام هذا المدين بالوفاء لذلك الدائن ولا يحق له المطابة بهذا الدين بعد ذلك[2].

ويرتكز هذا النوع من التقادم على عدة اعتبارات الغرض منها حماية المصلحة العامة، فاستقرار التعامل يقوم على فكرة التقادم، ولنضرب مثلا فإذا كان الدائن يستطيع أن يطالب مدينه بالدين مهما طالت المدة التي قضت على استحقاقه، وكان على المدين ان يثبت براءة ذمته من الدين، بعد أن يكون قد وفاه فعلا وحصل على مخالصة به، أليس من الإرهاق ان نكلف المدين بالمحافظة على هذه المخالصة، إلى وقتلا نهاية له لكي يحتج بها في مواجهة كل من يطلب منه الوفاء بهذا الدين، أليس واجب لاستقرار التعامل أن يفترض في الدائن الذي سكت مدة طويلة عن المطالبة بدينه، أنه قد استوفاه فعلا، أو على الأقل قد أبرأ ذمة المدين من هذا الدين[3].

---

1 – شكري سرور، المرجع السابق، ص 462.

2 – أحمد خالدي، التقادم وآثاره في القانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، دار هومه، الجزائر 2016، ص 11.

3 – نفس المرجع، ص 12.

والتقادم المسقط لا يقوم على قرينة الوفاء، أكثر مما يقوم على وجوب احترام الأوضاع المستقرة التي مضى عليها من الزمن ما يكفي للاطمئنان عليها[1].

ثانيا- الأساس الذي يقوم عليه التقادم المسقط

إن السؤال المطروح في هذا الصدد هو ما هو المبرر الذي يقوم عليه انقضاء الالتزام بالتقادم المسقط؟ فالدائن يعلم أنه لم يحصل على حقه من المدين، والمدين يعلم أنه لم يقم بالوفاء، فهل يقوم التقادم على أساس قرينة الوفاء؟ أم على أساس فكرة الجزاء لإهمال الدائن مطالبته حقه من المدين طوال مدة التقادم[2].

لقد حاولت عدة اتجاهات فقهية تأسيس التقادم المسقط على مبررات معينة نذكرها فيما يلي[3]:

أ-الاتجاه الفقهي الأول: يرى هذا الاتجاه أن التقادم يقوم على أساس قرينة الوفاء، وذلك بافتراض أن الدائن قد استوفى حقه خلال المدة التي حددها المشرع، لأنه من غير المعقول أن يبقى الدائن ملتزما للسكوت عن المطالبة بحقه إلا إذا كان قد تحصل على حقه وإلا لماذا سكت الدائن طوال هذه المدة؟

قد يكون هذا الاتجاه صحيحا في بعض الحالات وخاصة في حالة قيام المدين بالوفاء، لكن قد لا يقع شيئا من هذا القبيل، ويعترف المدين أنه لم يقم بالوفاء للحق، وعلى الرغم من ذلك يجيز له التمسك بالدفع بالتقادم لإسقاء دعوى المطالبة بالدين المرفوعة من قبل الدائن، ومن ثم يبدو لنا أن قرينة الوفاء غير صالحة أن تكون مبررا وسببا للتقادم وحدها[4].

ب-الاتجاه الفقهي الثاني: يرى هذا الاتجاه أن التقادم يقوم على أساس الإبراء من جانب الدائن للمدين، بمعنى أن فوات مدة التقادم دون أن يطالب بحقه فيه افتراض أن الدائن قد تنازل عن حقه للمدين، وأساس التقادم في هذه الحالة هو الإبراء المفترض[5].

---

1 - نفس المرجع، ص 12.

2 - خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 356.

3 - نفس المرجع، ص 356 وما يليها. أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 16، 17. نبيل صقر، المرجع السابق، ص 06، 07.

4 - خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 356.

5 - نفس المرجع، ص357.

وقد أخذ قانون الموجبات والعقود اللبناني بهذا الرأي حيث تقضي المادة 360 منه:« إن مرور الزمن يعد بمثابة برهان على إبراء ذمة المدين وقرينة الإبراء الناشئة عنه لا ترد ولا تقبل برهانا على العكس».

غير أن الاتجاه الفقهي يتعارض صراحة مع القاعدة العامة التي مفادها(أن النزول عن الحق لا يفترض)، بالإضافة إلى ذلك أن القانون يقرر بتخلف التزام طبيعي بعد انقضاء الالتزام المدني بمضي المدة، وبهذا تنص المادة 320 مدني جزائري على أنه:« يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ولكن يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي».

فلو أن التقادم يقوم على أساس افتراض الإبراء لما قرر المشرع تخلف الالتزام الطبيعي وراء الالتزام المدني المنقضي، ويضاف إلى ذلك أن افتراض الإبراء فيه مخالفة للواقع لأنه لو وقع مثل ذلك لما كان الدائن في حاجة إلى أن يرفع دعوى يطالب بالدين[1].

ج- الاتجاه الفقهي الثالث: وذهب البعض الآخر إلى أن التقادم جزاء وعقاب للدائن المهمل، باعتباره يتأسس على فكرة وجوب معاقبة الدائن المهمل المتخاذل الذي ترك كل الوقت يمضي دون أن يطالب بحقه، وفي ذلك يجب أن يفضل القانون مصلحة المدين الذي لم يفعل ما يلام عليه على مصلحة الدائن المهمل، فاستقرار العلاقات بين الأفراد داخل المجتمع يستوجب عدم السماح للدائن أن يطالب مدينه بعد فوات مدة طويلة من الزمن على استحقاق ذلك الدين، كما أن سكوت الدائن لفترة طويلة من الزمن يثير في الذهن فكرة أنه استوفى حقه فعلا أو تنازل عنه أو أبرأ المدين منه. وأمام هذه الاعتبارات فإن نظام التقادم يبدو ضرورة حتمية للمصلحة الاجتماعية. فكما يجب وضع حد للمنازعة في الحقوق وذلك بتقرير قوة الأمر المقضي، كذلك يجب وضع حد للمطالبة بالحقوق بتقرير مبدأ التقادم، إلا أن هناك اعتراضات على نظام التقادم بدعوى أنه قد يتضمن أحيانا تقنينا للنصب لأن المدين على الرغم من أنه لم يف بالدين فإنه يستطيع إذا تمسك بالتقادم أن يؤدي إلى اخفاق مطالبة الدائن بحقه على الرغم من أنه لم يستوف هذا الحق فعلا[2].

---

1 – نفس المرجع ، ص 357.

2 – أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 19.

وقد يبدو هذا الاعتراض صحيح ظاهريا إلا أنه ليس من شأنه إهدار كل قيمة للتقادم، ذلك أن الفرض الذي يؤدي فيه التقادم إلى ضياع الحق على صاحبه نادر الحدوث، والنادر لا حكم له[1].

ومن هذا كله لا نرى أن التقادم يقوم على قرنية الوفاء أو على الإبراء المفترض، وإنما التقادم يجد مبرره في رغبة المشرع في وضع نظام قانوني يؤدي إلى الاستقرار والطمأنينة، وإلى احترام الأوضاع القانونية المستقرة وعدم قلقلتها ومن ثم تكون اعتبارات الصالح العام هي التي تبرر الأخذ بنظام التقادم[2].

ثالثا- التمييز بين التقادم المسقط والتقادم المكسب

يشترك التقادم المسقط والتقادم المكسب في أن كلاهما يؤدي إلى تأييد حالة واقعة استمرت مدة معينة من الزمن، ولكن على الرغم من هذا التشابه فإن النظامين يختلفان فيما بينهما اختلافا من شأنه اعتبار كل منهما نظاما مستقلا بذاته يتبين فيما يلي[3]:

1-يعتبر التقادم المسقط سببا من أسباب انقضاء الالتزام، أما التقادم المكسب يؤدي إلى كسب الحقوق العينية، ومن ثم فإن التقادم المسقط قد ورد ضمن أسباب انقضاء الالتزام، بينما ورد التقادم المكسب ضمن أسباب كسب الملكية، والتقادم المسقط سببا لانقضاء الحقوق العينية والشخصية على السواء، ما عدا الملكية، بينما التقادم المكسب لا يرد إلا على الحقوق العينية فيكسبها[4].

2- التقادم المسقط لا يتمسك به إلا عن طريق الدفع فإذا دفع صاحب الحق الذي سقط بالتقادم دعواه أمكن المدعى عليه أن يدفع هذه الدعوى بالتقادم المسقط، أما التقادم المكسب فيتمسك به عن طريق الدفع وعن طريق الدعوى على السواء، فللحائز أن يدفع دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من المالك بالتقادم المكسب، كما أن له إذا انتزعت منه الحيازة أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز الجديد ويتمسك قبله بالتقادم المكسب[5].

---

1 – نفس المرجع، ص 19.

2 – خليل أحمد حسن قداده، المرجع السابق، ص 357، 358. أنظر أيضا السنهوري، المرجع السابق، ص 997.

3 – أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 32 وماي ليها.

4 – خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 359.

5 – نبيل صقر، المرجع السابق، ص 08.

3- التقادم المكسب بقوم على أساس حسن النية، حيث يتملك الحائز حسن النية بمدة أقصر من الحائز سيء النية، بينما التقادم المسقط لا يعتد فيه بحسن النية، وإنما مدة التقادم تطول أو تقصر لا على أساس حسن النية أو سوء النية وإنما على أساس طبيعة الحق[1].

4-الأساس الجوهري للتقادم المكسب هو الحيازة أي فعل إيجابي من جانب الحائز، أما التقادم المسقط فيقوم على العكس أي على واقعة سلبية هي سكوت الدائن وتركه حقه يسقط بمضي المدة شيئا فشيئا[2].

رابعا- التمييز بين التقادم المسقط ومواعيد السقوط

إلى جانب التقادم المسقط الذي يؤدي لانقضاء الالتزام حماية للأوضاع المستقرة، شرع القانون ما يسمى بمواعيد السقوط، وهي تلك المواعيد التي يجب أن يتم فيها عملا معينا، وإلا كان باطلا عديم الأثر[3]. والمواعيد المسقطة هذه لها مهمة غير المهمة التي لمواعيد التقادم فهي قد وضعها القانون، لا كما في مواعيد التقادم المسقط لحماية الأوضاع المستقرة أو للجزاء على إهمال أو لتقوم قرينة على الوفاء، بل لتعيين الميعاد الذي يجب أن يتم فيه حتما عمل معين، وبخاصة لتحديد الوقت الذي يجب فيه استعمال رخصة قررها القانون، فهي مواعيد حتمية، لا بد أن يتم العمل في خلالها، وإلا كان باطلا، ولذلك فهي تختلف عن مواعيد التقادم لا في المهمة التي تقوم بها فحسب بل أيضا في كيفية إعمالها. فيجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه دون حاجة إلى أن يتمسك الخصم بها، ولا تنقطع ولا يقف سريانها ولا يتخلف عنها التزام طبيعي، وهذا بخلاف التقادم فسنرى أن الخصم يجب أن يتمسك به ويجوز أن ينقطع سريانه كما يجوز أن يقف هذا السريان ويتخلف عن التقادم التزام طبيعي، والحق في التقادم إذا لم يصلح أن يكون طلبا فإنه يصلح أن يكون دفعا إذا الدفوع لا تتقادم، أما الحق الذي سقط لعدم استعماله في الميعاد فلا يصلح لا طلبا ولا دفعا[4].

---

1 - خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 359، 360.

2 - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 33.

3 - محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 523.

4 - السنهوري، المرجع السابق، ص 1000.

وغالبا ما تكون هذه المواعيد قصيرة المدة، حيث يقصد بها تصفية مراكز معلقة بسرعة ولذلك فهي لا تقبل الوقف أو الانقطاع على خلاف التقادم[1].

ومن أمثلة مواعيد السقوط في القانون المدني الجزائري مدة الأخذ بالشفعة (المادتان 799، 807 مدني جزائري)، ومدة السنة لرفع دعوى الاستغلال (المادة 02/90 مدني جزائري)، ومن أمثلتها أيضا مدة الثلاث سنوات لاسترداد المنقول المسروق أو الضائع من حائزه حسن النية الذي يملكه على أساس قاعدة الحيازة من المنقول سند الملكية (المادة 836 مدني جزائري)، ومن ذلك أيضا المادة 03/115 مدني جزائري المتعلقة بالوعد بجائزة (وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور)، ومن المواعيد المسقطة أيضا ما نصت عليه المواد 202، 386، 732 من القانون المدني الجزائري.

وتجدر الإشارة أن هناك من المواعيد المسقطة ما يعتبر من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على إطالته أو تقصيره، ومنها ما لا يعتبر من النظام العام فيجوز فيه الاتفاق على ذلك، ومن ذلك المادة 386 مدني جزائري التي تنص:« إذا ضمن البائع صلاحية البيع للعمل لمدة معلومة ثم ظهر خلل فيها فعلى المشتري أن يعلم البائع في أجل شهر من يوم ظهوره وأن يرفع دعواه في مدة ستة أشهر من يوم الإعلام، كل هذا ما لم يتفق الطرفان على خلافه». فنلاحظ أن الفقرة الأخيرة تقرر أن الميعاد ليس من النظام العام بل يجوز الاتفاق على إطاالة هذه المدة أو تقصيرها[2].

وسنتناول أحكام التقادم المسقط في الفرعين التاليين:

الفرع الثاني: مدة التقادم وكيفية حسابها وما يطرأ عليها من وقف وانقطاع.

الفرع الثالث: كيفية إعمال التقادم وأثره.

1 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 523

2 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 408.

الفرع الثاني

مدد التقادم وكيفية حسابها وما يطرأ عليها من قف وانقطاع

الملاحظ أن المشرع لم يضع مدة واحدة للتقادم، بل وضع مدد مختلفة نتطرق إليها على النحو التالي:

- القاعدة العامة

أولا: التقادم بخمس عشرة سنة(أو التقادم الطويل)

هناك تقادم طويل أو تقادم القانون العام في القانون المدني الجزائري وهو خمس عشر سنة (15 سنة) (المادة 308 مدني جزائري) وهو ما يعتبر القاعدة العامة في التقادم المسقط، أما في القانون المدني الفرنسي فثلاثون سنة (30) سنة، وهو في الوقت ذاته يمثل القاعدة العامة والحد الأقصى معا (المادة 2262 مدني فرنسي)، ويسري على جميع الالتزامات التي لا يسري عليها تقادم أخر منصوص عليه في القانون وعلى هذا النحو لا يوجد التزام لا يتقادم، ويقابله في القانون المصري التقادم بمضي مدة خمس عشر سنة[1].

ولقد وضع المشرع مدد التقادم في المواد من 308 إلى 312 من القانون المدني الجزائري، بحيث وضع القاعدة العامة والاستثناءات الواردة عليها بمدد تختلف عن المدة التي نصت عليها المادة 308.

ثانيا- الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة

أ-التقادم بخمس سنوات (التقادم الخمسي)

حدد المشرع طائفتين من الحقوق تسقط بمضي خمس سنوات وهي:

1 - الحقوق الدورية المتجددة:

تناولتها المادة 309 مدني جزائري بقولها : " يتقادم بخمي سنوات كل حق دوري متجدد ولو أقر به المدين كأجرة المباني والديون المتأخرة، والمرتبات والأجور والمعاشات غير أنه لا يسقط الربح المستحق في ذمة الحائز سيء النية ولا الريع الواجب أداؤه على متصرف المال المشاع للمستحقين إلا بانقضاء خمس عشرة سنة».

1 - محمد حسنين، المرجع السابق، ص 373.

ويتبين لنا من نص المادة 309 أن تقادم الديون بخمس سنوات يستلزم توافر شرطين هما: **الشرط الأول:** يجب أن تكون هذه الديون **دورية، والشرط الثاني:** أن تكون هذه الديون **متجددة،** ومعنى الديون الدورية هي التي تدفع في أجل دوري معين سنة أو شهر ومثلها فوائد الديون وأجرة المباني والأراضي الزراعية والمرتبات والنفقات.

والدورية قد يكون مصدرها الاتفاق كما في الأجرة، وقد يكون مصدرها القانون كما في المعاشات والفوائد القانونية[1].

والمقصود بالتجدد أن الحق يستحق في موعده الدوري إلى ما لانهاية ما دام مصدره قائما، دون أن تؤدي ذلك إلى انتقاص الأصل كما هو الشأن بالنسبة للفوائد، إما إذا كان الحق دوريا. ولكن يترتب على استحقاقه انتقاص الأصل، كأقساط الدين، فإنه لا يعتبر متجددا، ولا يخضع بالتالي للتقادم الخمسي بل يتقادم كل قسط منه بمضي خمس عشرة سنة من تاريخ استحقاقه وفقا للمبادئ العامة[2].

والملاحظ أن المادة 02/309 مدني جزائري استثنت من الحقوق الدورية المتجددة الريع المستحق في ذمة الحائز سيء النية برد ما يجنيه من ثمار الشيء الذي يحوزه بغير حق، لأن ما يستحق ليس دينا متجدد يجب الوفاء به في نهاية كل سنة بل هو تعويض عن اغتصابه العين وحرمان الدائن من الانتفاع بها ولذلك لا يستفيد الحائز سيء النية من التقادم الخمسي، فلا يتقادم حق الدائن إلا بمضي خمس عشر سنة[3].

ويسري نفس الحكم على ريع المال الشائع المستحق على متصرف المال المشاع للمستحقين لأنه يعتبر نائبا عنهم والغلة التي قبضها تكون أمانة في يده لحسابهم[4].

وتجدر الإشارة إلى أن الحقوق التي أوردها نص المادة 309 مدني جزائري وردت على سبيل المثال لا الحصر فالحكم يسري بالنسبة إلى جميع الحقوق الدورية المتجددة، وإذا كان القانون المدني الجزائري ذكر الصور الغالبة لهذه الحقوق وهي أجرة المباني والمرتبات والأجور والمعاشات، ومن أمثلة الحقوق التي لم يذكرها هذا النص والتي يجري عليها هذا

---

1 – أنور سلطان، المرجع السابق، ص 413.

2 – نفس المرجع، ص 413.

3 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 414.

4 – نفس المرجع، ص 415.

الحكم دين النفقة وقيمة الاشتراك في الصحف وثمن ما يستهلكه المنتفع من الكهرباء والغاز والماء[1].

وهذا النوع من التقادم لا يقوم على قرنية الوفاء، فتبرأ ذمة المدين دون حاجة لحلف اليمين بل حتى ولو اعترف بعدم الوفاء ونصت على ذلك المادة 309 مدني جزائري بالقول:« يتقادم بخمس سنوات كل حق دوري يتجدد ولو أقر به المدين...»[2].

ب-التقادم بسنتين

حقوق بعض أصحاب المهن الحرة:

تنص المادة 310 مدني جزائري على أنه:« تتقادم بسنتين حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين بشرط أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل مهنتهم وعما تكبدوه من مصاريف».

بقراءتنا للمادة 310 نلاحظ أن التقادم المنصوص عليه في هذه المادة يخضع لشرطين هما:

الأول: أن صاحب الحق من الطائفة التي ذكرتها المادة 310 والتي ورد ذكرها على سبيل الحصر، وأما من لم يذكر في هذه المادة من أصحاب المهن الحرة فيكون التقادم بمضي خمس عشر سنة طبقا للقواعد العامة، ومثاله ما يكون مستحقا للمؤلف أو الناشر.

الثاني: أن تكون هذه الحقوق مستحقة لهم جزاء على ما أدوه من عمل من أعمال متعلقة بمهنتهم وما تحملوه من مصاريف ونفقات لتأدية هذا العمل، أما ما يترتب لهؤلاء من حقوق بسبب آخر، كقرض أو تعويض عن عمل غير مشروع فلا يخضع لهذا التقادم، بل يخضع للتقادم الطويل طبقا للقواعد العامة[3].

وأن وضع هذه المدة للتقادم يعود لسببين[4]:

الأول: باعتبار أن العادة قدة جرت بأن هؤلاء الدائنين يتقاضون حقوقهم عقب انتهاء خدماتهم ولا يسكتون طويلا عن المطالبة بأجورهم لأنها مصدر معاشهم، فإذا مضى على

---

1 – أنظر في هذا المعنى عبد المنعم فرج الصده، بن 241، ص 152.جميل الشرقاوي، ص 370، نقلا عن محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 415.

2 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 415، 416.

3 – نفس المرجع، ص 418.

4 – السنهوري، المرجع السابق، ص 1034.

استحقاقهم هذه الحقوق سنتين، ولم يطالبوا بها فالغالب أن يرجع إلى أنهم استوفوا هذه الحقوق وقل أن يحتفظ المدينون بمخالصات عن ديون مضى على استحقاقها أكثر من سنتين.

الثاني: وحتى لو ثبت أن هؤلاء الدائنين لم يستوفوا حقوقهم التي مضى على استحقاقها أكثر من سنتين، فمن الإرهاق لمدينيهم أن يجبروا على دفع ديون مضت عليها هذه المدة وأهمل أصحابها في المطالبة بها، ويترتب على ذلك أنه يكفي أن يتمسك المدين بالتقادم حتى ينقضي الدين، ولا يصح أن توجه إليه يمين أن ذمتهم لم تعد مشغولة بالدين.

ويتضح من خلال ذلك أن الأساس الذي يقوم عليه هذا التقادم القصير وهو سنتان هو قرينة الوفاء التي تعتبر قرينة قاطعة لا يجوز لصاحب المهنة أن ينفي دلالتها بإثبات أنه لم يستوف حقه، ويرجع ذلك كما قلنا إلى أن العادة جرت على عدم تحرير مخالصات مثبتة للوفاء بهذه الحقوق، ولذلك إذا حرر سند بحق من هذه الحقوق أو صدر حكم به فإن الحق لا يتقادم إلا بمضي خمس عشر سنة (المادة 02/313 مدني جزائري)[1].

ج-التقادم الرباعي (بأربع سنوات)

تنص المادة 311 مدني جزائري على أنه:« تتقادم بأربع سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة ويبدأ سريان التقادم والرسوم السنوية من نهاية السنة التي تستحق عنها، وفي الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة في الدعوى أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل مرافعة.

ويتقادم بأربع سنوات أيضا الحق في المطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق، ويبدأ سريان التقادم من يوم دفعها، ولا تخل الأحكام السابقة بأحكام النصوص الواردة في القوانين الخاصة».

وطبقا لهذا النص تخضع للتقادم الرباعي الحقوق التالية:

1-الضرائب والرسوم المستحقة للدولة droits dus à l'État فإذا كانت سنوية فإن مدة التقادم تبدأ من نهاية السنة التي تستحق عنها، وإذا كانت مستحقة عن أوراق قضائية بدأت مدة التقادم من تاريخ انتهاء المرافعة أو من تاريخ تحرير الورقة إذا لم تحصل مرافعة.

1 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 418.

2-يتقادم الحق في المطالبة برد الضرائب والرسوم التق دفعت بغير حق بأربع سنوات، ويبدأ سريان التقادم من يوم دفع هذه الضرائب والرسوم.

والملاحظ أن مدة التقادم المنصوص عليها في المادة 311 مدني جزائري المذكورة تقبل التعديل بموجب قوانين خاصة كما في حالة قانون يصدر بتقادم الضرائب والرسوم المستحقة للدولة فيجعل مدة التقادم خمس سنوات أو ثلاث سنوات مثلا، وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة 311 صراحة على مراعاة أحكام النصوص الواردة في القوانين الخاصة[1].

د-التقادم بسنة واحدة (التقادم الحولي)

تنص المادة 312 مدني جزائري:« يتقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية: - حقوق التجار والصناع عن أشياء ورودها لأشخاص لا يتجرون فيها، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم.

-المبالغ المستحقة للعمال والأجراء الآخرون مقابل عملهم».

الفرع الثالث

كيفية حساب مدة التقادم وما يطرأ عليها من وقف وانقطاع

أولا- كيفية حساب مدة التقادم

طبقا للمادة 314 مدني جزائري تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات أي أن كسور الأيام لا تحسب، فلا يحسب اليوم الأول ولا يتم التقادم إلا بانقضاء اليوم الأخير، ويدخل في حساب التقادم أيام العطلات الرسمية، إلا إذا كان آخر يوم يوافق عطلة رسمية فإن التقادم يقف سريانه حتى أو يوم عمل يليه وذلك حتى لا يحرم الدائن من اتخاذ إجراءات قطع التقادم في آخر فرصة له، فالعطلة الرسمية تعتبر قوة قاهرة تمنعه من اتخاذ تلك الإجراءات، وفي حالة انتقال الدين من السلف إلى الخلف فإن مدة السلف تضم إلى مدة الخلف لاستكمال مدة التقادم[2].

وطبقا للمادة الثالثة مدني جزائري تحسب مدة التقادم بالتقويم الميلادي، وتقضى القاعدة أنه لا يبدأ سريان مدة التقادم من يوم نشوء الالتزام، وإنما من يوم استحقاقه (المادة

1 - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 420.

2 - محمد حسنين، المرجع السابق، ص 377.

315 مدني جزائري). وذلك أن الدائن لا يكون في استطاعته المطالبة بحقه قبل أن يحين موعد استحقاقه (المادة 01/315 مدني جزائري).

وقد أورد المشرع عدة استثناءات متفرقة خرجت على هذه القاعدة منها دعاوى الإبطال (البطلان النسبي) بسبب نقص الأهلية أو عيب في الرضى (غلط أو تدليس أو إكراه)، حيث يبدأ حساب مدة تقادمها من اليوم الذي يكتشف فيه الغلط أو التدليس أو الإكراه، أو من يوم اكتمال الأهلية (المادة 2/101 مدني جزائري).

ثانيا- وقف التقادم suspension de la prescription

القاعدة أن التقادم لا يسري بالنسبة لمن لا يستطيع المطالبة بحقه، فكلما وجد ظرف يمنع الدائن من المطالبة بحقه فإنه يجب وقف التقادم عدالة، حتى يزول ذلك المانع فيستأنف سيره ولا تحسب الفترة التي يظل فيها هذا المانع قائما، ولكن تحسب المدة السابقة عليه إن وجدت كما تحسب المدة التالية له[1].

ويمكن حصر أسباب وقف التقادم فيما يلي[2]:

1-أسباب ترجع إلى وجود علاقة معينة بين الدائن والمدين بالحق مستحيلة أو متعذرة، مثل ذلك علاقة الزوجية، علاقة البنوة، وعلاقة السيد بالخادم، والعلاقة بين ناقص الأهلية ومن ينوبه عنه قانونا وعلاقة الأصيل بالنائب (المادة 316 مدني جزائري وتقابلها المادة 01/382 مدني مصري)، وهو ما يعرف بالمانع الأدبي بين الدائن والمدين[3].

2- أسباب ترجع إلى حالة شخصية لدى الدائن تمنعه من المطالبة، كنقص الأهلية أو انعدامها طالما لم يوجد نائب قانوني يمثل ناقص الأهلية، والأمر كذلك بالنسبة للغائب والمحكوم عليه بعقوبة جنائية (المادة 02/316 مدني جزائري وتقابلها المادة 02/382 مدني مصري).

3-أسباب ترجع إلى وجود ظروف مادية تجعل المطالبة بالحق مستحيلة أو متعذرة، كحرب أو فيضان منع الدائن من اتخاذ الإجراءات للمطالبة بحقه وتقدير هذا المانع متروك للقضاء ويشترط في ذلك ألا يكون للدائن إرادة في إحداث المانع المادي، وقد

1 – محمد حسنين، المرجع السابق، ص 378.

2 – محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 528.

3 – أنظر في ذلك خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 371.

ذكر هذا السبب في الفقرة الأولى من المادة 316 حيث يفهم من عمومية صياغة الفقرة[1].

ومتى تحقق وقف سريان التقادم لأي سبب من الأسباب السابقة فإن المدة التي وقف خلالها لا تحسب ضمن مدة التقادم وتحسب المدة السابقة والمدة التالية لها، وتمتد مدة التقادم بقدر المدة التي وقف فيها سريانه[2].

ثالثا- انقطاع التقادم interruption de la prescription

يقصد بانقطاع التقادم زوال كل أثر للمدة المنقضية بسبب حدوث طارئ معين، وعندئذ تبدأ مدة جديدة كاملة إذا عاود التقادم سريانه[3].

وبعبارة أخرى هو محو أثر المدة المنقضية من التقادم وإلغاؤها وبدء تقادم جديد ابتداء من الصفر من نفس نوع التقادم الملغي، ما عدا في حالة انقطاع التقادم القصير المبني على قرينة الوفاء فإن انقطاعه سواء بمطالبة الدائن بحقه أو بإقرار المدين بالدين يهدم قرينة الوفاء وحينئذ يبدأ تقادم جديد من نوع تقادم القانون العام أي 15 سنة[4].

أ-الأسباب التي تصدر عن الدائن وتقطع التقادم

تناولها المشرع الجزائري في المادة 317 مدني جزائري وهي:

1-المطالبة القضائية la demande en justice: ويكون ذلك برفع دعوى قضائية ضد مدينه ولو أمام محكمة غير مختصة وإنما يجب أن تكون صحيفة الدعوى صحيحة شكلا، وألا يترك الدائن الخصومة وألا تقضي بسقوطها إذ في هذه الأحوال تلغى صحيفة الدعوى سبب الانقطاع ويعتبر التقادم مستمرا[5] . وهو ما نصت عليه المادة 317 مدني جزائري على أنه:« يتقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة بالتنبيه أو بالحجز، وبالطلب الذي يتقدم به الدائن في تفليسة المدين أو في توزيع أو بأي عمل يقوم به الدائن أثناء مرافعة لإثبات حقه».

---

1 - أنظر في ذلك محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 528. خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 372.

2 - محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 529.

3 - محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 529.

4 - محمد حسنين، المرجع السابق، ص 380.

5 - نفس المرجع، ص 38.

وإذا كانت صحيفة الدعوى صحيحة فإن الانقطاع يستمر ما بقيت الدعوى قائمة، فإذا قضى فيها بصدور حكم نهائي بثبوت حق الدائن بدأ تقادم جديد عادي بصدور هذا الحكم، أما إذا قضى في الدعوى بالرفض موضوعا فلا محل للتقادم بعدئذ وصحيفة الدعوى الباطلة شكلا لا تقطع التقادم[1].

2-التنبيه بالوفاء le commandement: وهو عبارة عن الإجراء الذي يتخذ قبل التنفيذ على أموال المدين متى كان في يد الدائن سند قابل للتنفيذ، وهو من الوسائل التي تقطع التقادم بنص المادة 317 مدني جزائري، ويعتبر التنبيه أقوى من المطالبة القضائية، والسبب في ذلك أن التنبيه يتم بناء على سند تنفيذي[2].

3-الحجز la saisie: ويتمثل في قيام الدائن بالحجز على أموال المدين عقارات أو منقولات أو حجز ما للمدين لدى الغير، بحيث يؤدي إلى قطع التقادم واعتباره كأن لم يكن، ويقاس الحجز بالمطالبة القضائية (المادة 317 مدني جزائري).

4-الطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليسة المدين أو مطالبته بحقه في توزيع مفتوح لأموال المدين، فإن ذلك يعتبر سببا في قطع التقادم (المادة 317 مدني جزائري).

ب-السبب الذي يصدر عن المدين ويقطع التقادم وهو إقرار المدين

تنص المادة 318 من القانون المدني الجزائري على أنه:« ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقرارا صريحا أو ضمنيا ويعتبر إقرارا ضمنيا أن يترك المدين تحت يد الدائن ما لا له مرهونا رهنا حيازيا تأمينا لوفاء الدين».

ويتضح لنا من نص المادة 318 أن إقرار المدين بالدين (بحق الدائن) من شأنه أن يؤدي إلى قطع التقادم الساري لمصلحة المدين، والإقرار عبارة عن تصرف يتم بإرادة واحدة، وهي إرادة المقر، وبالتالي لا يتطلب لصحته قبول الدائن، والسبب في أنه يقطع التقادم لأنه يعتبر بمثابة نزول عن المدين عن المدة التي مضت من التقادم مهما طالت هذه المدة[3].

1 - محمد حسنين، المرجع السابق، ص 380، 381.

2 - خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 374، 375.

3 - نفس المرجع، ص 375.

والأصل في الإقرار أنه تصرف قانوني بالإرادة المنفردة وهو إما قضائي أي يصدر أمام المحكمة، وإما غير قضائي إذا لم يصدر أمام المحكمة كأن يصدر ضمن اتفاق يقوم بين الدائن والمدين، أو أن يصدر على شكل إعلان من جانب المدين[1].

وبالتالي إذا أقر المدين بحق الدائن إقرارا صريحا أو ضمنيا فإن ذلك يقطع التقادم أي يعتبر نزولا عن التمسك بمدة التقادم التي سبقت الإقرار، ويبدأ تقادم جديد من وقت صدور الإقرار[2].

والإقرار كما قد يكون صريحا قد يكون ضمنيا، ويخضع تقدير الإقرار لسلطة قاضي الموضوع دون تعقيب عليه من محكمة النقض، ومن صور الإقرار الضمني أن يقوم المدين بدفع الفوائد، أو بوفاء جزء من الدين، أو التمسك بالمقاصة أو بتقديم تأمين للدائن، أو استنزال دائن دينا عليه لمدينه عند مطالبته لهذا الأخير[3].

والأهلية اللازمة للإقرار القاطع للتقادم هي أهلية الإرادة ذلك أن الوفاء يكون ضمنيا مستفادا من الوفاء بجزء من الدين، والوفاء عمل من أعمال الإدارة لا يشترط فيه أهلية التصرف[4]، فالصبي المميز إقراره صحيح وقاطع للتقادم في حدود أهليته للإدارة، وإقرار المدين بالدين هو تصرف صادر من جانبه وحده، فلا حاجة لقبول الدائن لهذا الإقرار ولا يجوز للمدين بعد الإقرار أن يرجع فيه.

ولما كان الإقرار واقعة مادية تنطوي على تصرف قانوني، ويغلب فيها معنى التصرف القانوني كما هو الأمر في الوفاء، فإن إثبات الإقرار يخضع للقواعد العامة في إثبات التصرف القانوني ولو كان من جانب واحد[5].

فيجوز إثبات الإقرار بكافة الطرق إذا كانت قيمة الالتزام المراد قطع تقادمه لا تزيد على مائة ألف دينار جزائري (100.000 دج) فإذا تجاوزت قيمته هذا المقدار وجب الإثبات بالكتابة ويقع عبء إثبات انقطاع التقادم على الدائن.

---

1 – نفس المرجع، ص 375، 376.

2 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 440.

3 – أنور سلطان، المرجع السابق، ص 435، 436.

4 – نفس المرجع، ص 436. السنهوري، المرجع السابق، ص 1108.

5 – السنهوري، المرجع السابق، ص 1112.

وقد نصت المادة 318 مدني جزائري في فقرتها الثانية على اعتبار الرهن الحيازي إقرارا ضمنيا مستمرا من المدين بالدين إذا ترك المال المرهون في حيازة الدائن، ولذلك يظل التقادم مقطوعا ما دام المال المرهون في حيازة الدائن المرتهن[1].

ج-الأثر المترتب على انقطاع التقادم

نصت المادة 319 مدني جزائري، على هذا الأثر بقولها:« إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسري من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع وتكون مدته هي مدة التقادم الأول.

غير أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الشيء المقضي به أو إذا كان الدين يتقادم بسنة وانقطع تقادمه بإقرار المدين، كانت مدة التقادم الجديد خمسة عشر سنة إلا أن المحكوم به متضمنا لالتزامات دورية متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم».

وبقراءتنا لهذه المادة يتبين أن انقطاع التقادم يترتب عليه الأثرين التاليين:

1-سقوط المدة السابقة على سبب الانقطاع.

2-بداية سريان تقادم جديد بعد توقف السبب الذي أدى إلى انقطاع التقادم.

1-سقوط المدة السابقة

بمعنى أن المدة التي انقضت قبل انقطاع التقادم تصبح كأن لم تكن أي في حكم العدم، فلا يعتد بها في حساب التقادم الجديد الذي يلي التقادم المنقطع، وفي هذا يختلف انقطاع التقادم عن وقف التقادم باعتبار أن المدة التي سبقت الوقف تبقى ويعتد بها وتحسب في مدة التقادم عندما يعود إلى السريان بعد زوال سبب الوقف[2].

2-بداية سريان تقادم جديد في محل التقادم المنقطع[3]

يترتب على زوال سبب الانقطاع سريان تقادم جديد الذي يختلف باختلاف السبب الذي أدى إلى قطع التقادم السابق، فإذا كان السبب الذي أدى إلى قطع التقادم السابق هو المطالبة القضائية بقي أثر الانقطاع قائما ما دامت الدعوى قائمة، فإذا أصدر حكم نهائي لصالح الدائن فإن التقادم الجديد يبد من اليوم التالي لصدور الحكم.

---

1 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 442.

2 – السنهوري، المرجع السابق، ص 1114، ص 1115

3 – أنظر في ذلك السنهوري، المرجع السابق، ص 1115 وماي ليها، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 44 وما يليها.

أما إذا انتهت الدعوى برفض دعوى الدائن، أو تنازل المدعي عن دعواه أو ترك الخصومة فإن أثر الدعوى يزول من حيث قطع التقادم، ويعتبر الانقطاع كأن لم يكن وتدخل مدة نظر الدعوى في حساب مدة التقادم الذي كان قد بدأ سريانه قبلها.

أما إذا كان سبب الانقطاع هو إقرار المدين بحق الدائن بدأ سريان التقادم الجديد فورا بعد هذا الإقرار، هذا إذا لم يكن الإقرار مستخلصا من وجود مال مرهون رهنا حيازيا تحت يد الدائن، فإن التقادم يبقى منقطعا ما بقي المال المرهون في حيازة الدائن ولا يبدأ سريان التقادم الجديد إلا عند خروج العين من يده.

وإذا رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة وصدر حكمها بعدم الاختصاص فلا يؤثر هذا الحكم على انقطاع التقادم ويبدأ التقادم من وقت صدور الحكم النهائي بعدم الاختصاص.

وإذا كان سبب الانقطاع هو التنبيه بالوفاء فإن التقادم الجديد يسري فورا عقب التنبيه، أما إذا كان سبب الانقضاء هو الحجز فإن أثره يستمر في قطع التقادم حتى أخر إجراءات الحجز ويبدأ بعدها التقادم الجديد، وإذا كان سبب الانقطاع هو التقدم في تفليس أو في توزيع بقي أثر الانقطاع قائما إلى أن تقفل التفليسة أو التوزيع، وعند ذلك يبدأ سريان التقادم الجديد.

3-اختلاف مدة التقادم الجديد عن التقادم القديم[1]

الأصل أن التقادم الجديد الذي يحل محل التقادم الذي انقطع يكون مماثلا لهذا التقادم السابق في مدته وفي طبيعته ويستثنى من هذه القاعدة حالتان، يختلف فيهما التقادم الجديد عن التقادم السابق.

- **الحالة الأولى:** إذا صدر حكم نهائي وحاز قوة الأمر المقضي به، فإن الحق الثابت بالحكم تكون مدته هي دائما مدة التقادم العادي أي خمس عشر سنة ولو كانت مدة التقادم الأصلي أقصر وتبدأ مدة التقادم الجديد – وهي خمس عشرة سنة–، من اليوم التالي لصدور الحكم، ويلاحظ أنه بالنسبة للحقوق الدورية المتجددة كأجرة المباني وفوائد الدين فتجب التفرقة بين ما يجمد من هذه الحقوق قبل صدور الحكم وما يستحق منها بعد صدوره، فالمتجمد منها قبل صدور الحكم يفقد صفتي الدورية

1 – راجع السنهوري، المرجع السابق، ص 118، وماي ليها، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 445 وما يليها.

والتجدد فيتقادم بمضي خمس عشرة سنة. أما ما يستجد منها بعد الحكم فإنه يظل محتفظا بصفتي الدورية والتجدد فيخضه للتقادم الخمس.

- **الحالة الثانية:** وهي تتمثل في حالة إقرار المدين الديون التي تتقادم بسنة، وهذه الديون هي حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والإجراء (المادة 312 مدني جزائري)، فإن انقطع التقادم فيها بإقرار المدين بها، فإن مدة التقادم الجديد والتي تبدأ بعد الإقرار تكون خمس عشر سنة، الأمر الذي تؤكده المادة 02/319 مدني جزائري بقولها:«...أو إذا كان الدين يتقادم بسنة وانقطع تقادمه بإقرار المدين كانت مدة التقادم خمس عشرة سنة...». والسبب في ذلك أن التقادم الحولي (لمدة سنة) يقوم على أساس قرينة الوفاء، وإقرار المدين يهدم هذه القرينة ويقطع مدة التقادم ويصبح الدين دينا عاديا يتقادم بالمدة العادية وهي خمس عشرة سنة.

أما غير التقادم الحولي من التقادم القصير (كالخمسي) فلا تتغير مدته ولكن إذا انقطع التقادم في هذه الحقوق (التي تتقادم بسنة) بغير الحكم وبغير إقرار المدين كأن ينقطع بالتنبيه أو بالحجز أو بالمطالبة القضائية التي تنتهي إلى حكم بعدم الاختصاص مثلا أو بالتقدم في تفليس أو توزيع، فإن التقادم الجديد يكون مماثلا للتقادم السابق في مدته وطبيعته فتكون مدته سنة واحدة ويقوم هذا التقادم الجديد على قرينة الوفاء.

أما التقادم غير الحولي من التقادم القصير (كالخمسي) فلا تتغير مدته إذا انقطع بالإقرار[1].

الفرع الرابع

كيفية إعمال التقادم وأثره

أولا- كيفية إعمال التقادم

أ-التمسك بالتقادم والتنازل عنه

لا يقع التقادم بمجرد مضي مدته القانونية بقوة القانون، فللمدين الحرية في تقدير التمسك به أولا. ولا يمكن للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، بل يجب أن يتمسك به المدين ليسقط التزامه، وللمدين بعد اكتمال مدة التقادم التنازل عنه.

1 - البدراوي، ص 492أشارإليه محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 447.

1-وجوب تمسك المدين بالتقادم (الدفع بالتقادم)

نصت على هذا الوجوب المادة 321 مدني جزائري بقولها:« لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائيا بالتقادم بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو من أحد دائنيه، أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك المدين به.

ويجوز التمسك بالتقادم في أية حالة من حالات الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية».

وبقراءتنا لهذه المادة نستنتج الأحكام التالية:

1-إثارة التقادم تكون عن طريق التمسك بطلبه من المدين، ولا يجوز للقاضي أن يثيره تلقائيا باعتباره لا يتعلق بالنظام العام. وتعليل ذلك أن تخلص المدين من الدين دون أن يفي به أمر يجب أي يترك لذمته وضميره، فلا يتم بقوة القانون ولا يحكم به القاضي من تلقاء نفسه، ويجب أن يتمسك المدين بالتقادم في عبارة واضحة لا تحتمل الإبهام والتأويل، ولا يكفي في ذلك مجرد طلبه رفض الدعوى إذ أن الدفع بالتقادم لا يندرج في عموم هذا الطلب[1].

ويعتبر التمسك بالتقادم دفعا موضوعيا يجوز إبداؤه في أي حالة كانت عليها الدعوى، ولو أمام محكمة الاستئناف لأول مرة (الفقرة الثانية من المادة 321 مدني جزائري). ولكن لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام المحكمة العليا لأن المحكمة الابتدائية أو الاستئنافية لا يجوز لها أن تحكم من تلقاء نفسها بسقوط الحق في التقادم بالتقادم ولأن الدفع بالتقادم غير متعلق بالنظام العام. ولأن المحكمة العليا هي محكمة قانون وليس واقع.

2-في القاعدة العامة أن صاحب الحق في التمسك بالتقادم هو المدين، إلا أنه واستثناء على هذه القاعدة يمكن لكل من له مصلحة أن يتمسك بالتقادم، فعلاوة على الخلف العام والخلف الخاص يمكن للكفيل التمسك بتقادم الدين المكفول، وللمدين المتضامن التمسك بالتقادم لصالح مدين آخر متضامن معه بقدر حصته في ذلك الدين (المادة 230 مدني جزائري) ولحائز العقار – وهو من آلت إليه ملكية العقار المرهون– أن يدفع بتقادم الدين المضمون بالرهن ليتخلص من التنفيذ على العقار[2].

---

1 – سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 886.

2 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 450.

3-يمكن لدائني المدين أن يتمسكوا بالتقادم نيابة عنه عن طريق الدعوى غير المباشرة، ولا شك أنه في حالة تعدد الدائنين فإنه من مصلحة الدائن المتأخر أن يطلب تقادم دين دائن متقدم عنه في المرتبة إذا كان من الديون الممتازة وأيضا لو كان دائنا عاديا حتى لا يزاحمه، ونصت على ذلك صراحة المادة 01/321 بقولها:«...بناء عل طلب المدين أو أحد دائنيه ...» بل يستطيع الدائن أن يطعن بالدعوى البولصية في حالة تنازل المدين عن طلب التقادم[1].

2-التنازل عن التمسك بالتقادم

نصت على ذلك المادة 322 مدني جزائري على أنه:« لا يجوز التنازل عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون .

وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن يتنازل ولو ضمنا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه، غير أن هذا التنازل لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضرارا بهم».

وبقراءتنا لهذا النص نستنتج الأحكام التالية:

1-عدم جواز التنازل مقدما عن التقادم.

2-عدم جواز تغيير مدة التقادم لتصبح مختلفة عن المدة القانونية عن طريق الاتفاق.

3-يمكن التنازل عن التقادم بعد اكتمال مدته.

4-يجوز لدائني المدين الطعن بالدعوى البولصية في التنازل عن التقادم.

وسنتناول شرح هذه الأحكام كما يلي:

1 -عدم جواز التنازل مقدما عن التقادم

وحظر النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه (أي قبل اكتمال مدته) ينطبق على جميع أنواع التقادم أيا كانت مدته، وعلة هذا الحظر هي حماية المدين إذ أنه لو أجيز التنازل مقدما عن التقادم لأصبح شرط التنازل دارجا ومألوفا في العقود، يفرضه الدائن على المدين ويمليه عليه فيقبله الأخير لأنه الطرف الضعيف في العقد والدائن الطرف القوي الذي يملي شروط التعاقد، وبذلك ينهدم أساس التقادم الذي من أجله وضع نظامه وهو الصالح العام[2].

---

1 - نفس المرجع، ص 450.

2 - السنهوري، المرجع السابق، ص 1142، 1143. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 452.

أما إذا بدأ التقادم في السريان، فإنه يجوز التنازل عنه بعد بدء المدة، ويكون أثره على المدة السابقة دون اللاحقة وينتج عن هذا التنازل زوال المدة السابقة عليه ويبدأ تقادم جديد في السريان من يوم وقوعه، إذ أن التنازل في هذه الحالة يعتبر إقرارا من المدين بالدين يقطع التقادم الساري، فتزول المدة السابقة على التنازل ويبدأ سريان تقادم جديد من يوم وقوعه[1].

2-عدم جواز الاتفاق على تعديل مدة التقادم

يمنع القانون أيضا الاتفاق على تعديل مدة التقادم بإطالتها أو تقصيرها وهذا ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 322 مدني جزائري بالقول:«...لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون».

ولا يوجد نص مماثل له في القانون الفرنسي يمنع ذلك، ونجد أن القضاء الفرنسي يميز بين الاتفاق على إطالة مدة التقادم والاتفاق على تقصيرها، ويحرم الأول على أساس أنه يتضمن نزولا مسبقا عن التمسك بالتقادم، ويجيز الثاني على أساس أنه في صالح المدين، ويؤخذ على هذا النظر أن المدين ليس دائما هو الطرف الضعيف في العقد الذي يكون في حاجة إلى الرعاية والذي تجب حمايته من تحكم الدائن، فشركة النقل وشركة التأمين على سبيل المثال ليستا طرقا ضعيفا في العقد، وبالتالي فمدة التقادم في القانون المدني الجزائري هي من النظام العام لا يجوز الاتفاق على تعديلها[2].

3-يجوز التنازل عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه

إذا اكتملت مدة التقادم وثبت حق المدين في التمسك به، فإن نزوله عنه بعد ثبوت حقه فيه جائز، فهو لا يخشى عندئذ من ضغط الدائن ما كان يخشاه قبل أن يبدأ التقادم أو قبل أن يكتمل، فإن هو اختار مع ذلك أن ينزل عن التقادم وأن يوفي الدين، فهو لم يفعل ذلك بضغط من الدائن بل استجابة لداع من الضمير[3].

وقد يكون النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه صريحا ولا يشترط في النزول الصريح شكل معين أو عبارات خاصة، فكل تعبير عن الإرادة يفيد معنى النزول يعتد به، وقد يكون النزول الصريح مكتوبا، كأن يحرر المدين على نفسه سندا بالدين بعد تقادمه ويكتب في السند أنه نزل عن التمسك بالتقادم فيه، كما يكون النزول الصريح شفويا باللفظ

---

1 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 452.

2 – محمد حسنين، المرجع السابق، ص 383.

3 – السنهوري، المرجع السابق، ص 1145.

ولكن يجب في إثبات هذا النزول – وهو تصرف قانوني– اتباع القواعد العامة في الإثبات، فيجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت قيمة الدين المتقادم على 100.000 دج (المادة 333 مدني جزائري)[1].

وقد يكون النزول عن التقادم ضمنيا يستفاد من وقائع قاطعة الدلالة عليه، فالنزول عن الحق في التقادم لا يفترض وقاضي الموضوع يستخلص النزول الضمني من سلوك المدين ومثاله أن يرفع الدائن دعوى المطالبة بالدين، فيطلب المدين مهلة للوفاء، أو يطلب تعيين خبير، أو يقدم رهنا أو كفالة بعد تمام مدة التقادم، أو يدفع الفوائد المستحقة أو قسطا من الدين[2].

ولقد اشترط القانون المدني الجزائري في المادة 322 الأهلية اللازمة لإبرام التصرف القانوني للتنازل عن التقادم، فلا يعتد بأهلية الإدارة فإذا تم النزول بعد اكتمال التقادم فإن الالتزام يظل في ذمة المدين لأن نزوله تصرف قانوني صادر من جانب واحد لا حاجة فيه إلى قبول الدائن[3]. ويبدأ تقادم جديد قد يكون أطول مدة من التقادم الأصلي كما إذا نزل المدين عن التقادم الحولي بإقراره فيصبح التقادم لمدة خمس عشرة سنة إذا حرر سندا بالحق (المادة 313 مدني جزائري)[4].

4–الأثر المترتب عن النزول عن التقادم بالنسبة للدائنين

ويثور التساؤل عن أثر نزول المدين عن التقادم بالنسبة لباقي دائنيه، وتجيب عن هذا التساؤل الفقرة الثانية من المادة 322 مدني جزائري بقولها:« غير أن هذا التنازل لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضرارا بهم»، واستنادا لهذه الفقرة يجوز لدائني المدين الطعن بدعوى عدم نفاذ التصرف (البولصية) في تصرف مدينهم بالتنازل عن حقه في التمسك بالتقادم إذا كان يقصد الإضرار بمصالحهم في الضمان العام، ومفاد ذلك أنه يجب أن يتوافر قصد الإضرار أي غش المدين، دون أن يكون ثمة محل لإقامة الدليل على غش الدائن الذي وقع التنازل لفائدته فضلا عن غش المدين[5].

---

1 – نفس المرجع، ص 1145، وراجع في ذلك محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 454.

2 – السنهوري، المرجع السابق، ص 1145، 1146.

3 – راجع البدراوي، أثر مضي المدة في الالتزام، رسالة من جامعة القاهرة، 1950، بند 180 وما بعده، أشار إليها محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 455.

4 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 455.

5 – راجع في ذلك محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 455. أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 119.

ويلاحظ أن النزول عن التقادم في القانون المدني الجزائري والقانون المدني المصري يعتبر تبرعا ولذلك لا يشترط شرط الغش، إذ أن المدين يرفض إنقاص التزاماته وهذا يخرج عن شروط الدعوى البولصية التي تشترط أن يكون التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته (المادة 191 مدني جزائري) ولولا نص المادة 322 مدني جزائري لما جاز للدائنين الطعن بالدعوى البولصية[1].

ثانيا- الأثر المترتب على التقادم[2]

تنص المادة 320 مدني جزائري على أنه:« يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ولكن يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي وإذا سقط الحق بالتقادم تسقط معه ملحقاته ولو لم تكتمل مدة التقادم بهذه الملحقات».

ويتبين لنا من قراءة هذه المادة أن الأثر المترتب على التقادم يتمثل فيما يلي:

1-يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ويترتب على انقضاء الالتزام سقوط ملحقاته، كالفوائد حتى لو لم تكن تلك الملحقات قد سقطت بتقادمها الخاص على أساس من فكرة تبعية الفرع للأصل، فلا يستطيع الدائن رفع دعوى على المدين مطالبا بالدين أو ملحقاته. ولكن أقساط الدين أو الفوائد التي استحقت ودفعت فعلا قبل اكتمال مدة التقادم لا يجوز استردادها بعد اكتمال مدة التقادم، لأن المدين وقت أن وفى بتلك الأقساط أو الفوائد كان مدينا بدين قائم ومستحق للدائن، ولا يجوز بالتالي تطبيق قواعد رد ما دفع بغير وجه حق على هذا الوفاء.

2-يتحول الالتزام الذي كان في ذمة المدين من التزام مدني إلى التزام طبيعي، وهذا يعني أن التقادم يؤدي إلى سقوط دعوى الدائن، وهي دعوى المطالبة بحقه أمام القضاء فالالتزام يبقى في ذمة المدين وإنما يترك له الحرية الكاملة للوفاء به لأن دعوى الدائن وهي جانب المسؤولية في الالتزام قد سقطت بالتقادم.

---

1 – محمد صبري السعدي، المرجع اسابق، ص 456.

2 – السنهوري، المرجع السابق، ص 1154 وما يليها. خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 381 وما يليها. محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 532.

ثالثا- سقوط الدين بالتقادم عن طريق الدعوى لا يمنع من التسمك بوجوده عن طريق الدفع

إن المدين إذا تمسك بتقادم الدين فإن الدين يسقط ولا يستطيع الدائن أن يطالب به المدين ولكن إذا كان الدائن لا يستطيع أن يتمسك بوجود الدين المتقادم عن طريق الدعوى (action) فإنه يستطيع أن يتمسك بوجوده عن طريق الدفع (exception) وقد كانت القاعدة في القانون الفرنسي القديم أن الدعوى إذا كانت تنقضي بالتقادم، فإن الدفع دائم لا يتقادم[1] (quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum).

ويقال عادة في تبرير هذه القاعدة أن التقادم إنما يرد على الدعوى ولا يرد على الدفع، فالدعوى هي التي كان صاحبها يستطيع أن يرفعها خلال مدة الدفع، فإذا لم يرفعها حتى انقضت هذه المدة سقط الحق أما الدفع فهو بطبيعته موضوع لمعارضة طلب يوجه ضد صاحب الدفع، وما دام هذا الطلب لم يوجه فكيف يتسنى لصاحب الدفع أن يتمسك به؟ وجب إذن، مطاوعة لطبائع الأشياء أن يبقى الدفع ما بقي الطلب، حتى ولو انقضت على الدفع مدة التقادم، وهذا هو تفسير ما يقال أن الدفع لا يتقادم[2].

وقد سبق لنا أن درسنا هذه القاعدة في إطار البطلان المطلق للعقد، فبالرغم من عدم إمكان رفع دعوى البطلان بعد انقضاء خمس عشرة سنة من إبرام العقد، إلا أنه يمكن التمسك بهذا البطلان عن طريق الدفع بعد انقضاء مدة تقادم الدعوى.

والجدير بالتنويه أنه إذا سقط الدين بالتقادم وكان المدين قد دفع أثناء سريان مدة التقادم بعض أقساط الدين، فلا يستطيع بعد سقوط الدين بالتقادم أن يسترد هذه الأقساط برفع دعوى استرداد غير المستحق لأن حق الدائن انقضى بالتقادم إذ يستطيع الدائن في هذه الحالة دفع الدعوى بوجود الدين رغم تقادمه، فإذا كان الدائن لا يستطيع التمسك بوجود الدين عن طريق الدعوى لتقادمه إلا أنه يستطيع التمسك بوجوده عن طريق الدفع، فالدعوى تسقط بالتقادم ولكن الدفع لا يتقادم[3].

---

1 – السنهوري، المرجع السابق، ص 1159.

2 – السنهوري، المرجع السابق، ص 1159، 1160.

3 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 458.

قائمة المراجع

1. أحمد أحمد يحي، المرشد في مصادر الالتزام وأحكام الالتزام لطلبة كليات الحقوق والشرطة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005.
2. أحمد خالدي، التقادم وآثاره في القانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، دار هومه، الجزائر 2016.
3. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، حقوق الغير المرتبطة بالعقد في القانون المدني والفقه والقضاء المصري والفرنسي، 2014.
4. أنور العمروسي، التضامن والتضامم، والكفالة في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
5. أنور العمروسي، الشرط والأجل، الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام معلقا عل نصوصهما بالفقه وقضاء النقض، دار محمود، القاهرة، الطبعة الأولى، 2006.
6. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2002.
7. بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري وفقا لأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دراسة مقارنة، دار هومه، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2019.
8. بن شويخ الرشيد، دروس في النظرية العامة للالتزام، دار الخلدونية، الجزائر، 2011.
9. توفيق حسن فرج، جلال علي العدوى، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، أحكام الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002.
10. حسن عبد الباسط جميعي، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، الجزء الثاني، 2002/2001.
11. حسن علي الدنون، محمد سيعد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، الجزء الثاني، دراسة مقارنة، دار وائل، الأردن، الطبعة الأولى، 2004.
12. محمد بن إبراهيم الموسى، عبد الله بن محمد الطيار، عبد الله بن محمد المطلق، الفقه الميسر، قسم المعاملات، موسوعة فقهية حديثة تتناول أحكام الفقه الإسلامي

بأسلوب واضح للمختصين وغيرهم، الجزء الأول، مدار الوطن للنشر، الرياض، الطبعة الثانية 2005 .

13. حمدي باشا عمر، القضاء المدني، دار هومه، الجزائر، 2003.

14. حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ وفقا للقانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، دار هومه، الطبعة 2013.

15. خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، أحكام الالتزام، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، 1992.

16. دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام، دار العلوم، عنابة، الجزائر 2004.

17. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، أحكام الالتزام، دار الكتاب القانونية، مصر، دار صادر، بيروت لبنان، 1992.

18. سمير عبد السيد تناغو، المبادئ الأساسية في نظرية العقد وأحكام الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية.

19. الشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان ناشرون، طبعة جديدة، 2004.

20. عبد الرحمن أحمد جمعة الحلالشة، المختصر في شرح القانون المدني الأردني، آثار الحق الشخصي، أحكام الإلتزام، دار وائل، الأردن، الطبعة الأولى، 2010.

21. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الإثبات وآثار الالتزام، الجزء الثاني، نهضة مصر، الطبعة الثالثة الجديدة، 2011.

22. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثالث، نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف، الحوالة، الانقضاء، نهضة مصر، الطبعة الثالثة الجديدة، 2011.

23. عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في أحكام الالتزام، آثار الالتزام، أوصاف الالتزام، انتقال الالتزام، انقضاء الالتزام، مطبعة جامعة القاهرة، 1992.

24. عبد القار الفار، بشار عدنان ملكاوي، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني، دار الثقافة، الأردن، 2016.

25. العلامة اللغوي مجد محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الثانية، 2007.

26. علي عبد الحميد تركي، نظام الغرامة التهديدية كوسيلة لضمان تنفيذ الأحكام القضائية، –دراسة مقارنة في القانون الفرنسي– دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.

27. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.

28. علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، المسؤولية عن فعل الغير، المسؤولية عن فعل الأشياء، التعويض، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، 1989.

29. علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.

30. علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، التعويض الاتفاقي في القانون المدني الفرنسي وفي القوانين العربية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993.

31. علي فيلالي، الالتزامات الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الطبعة الثالثة، الجزائر 2015.

32. فاروق إسماعيل، كيف تحمي أموالك عن طريق الدعوى البولصية؟ مطبعة فتحي الحديثة، القاهرة، 2003.

33. فتحية يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية وفقا للنصوص التشريعية والمراسيم التنفيذية الحديثة، دار الغرب، وهران، الجزائر، 2007.

34. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983.

35. محمد شركي سرور، موجز الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري،دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2008.

36. محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، دروس في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الثالث، الأوصاف، الحوالة، الانقضاء، المجلد الأول، أوصاف الالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1998.

37. محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، القانون المدني الجزائري، أحكام الالتزام، دار الكتاب الحديث، الجزائر 2004.

38. محمد عبد سلمان الحراحشة، فكرة عدم سريان التصرف القانوني، دراسة مقارنة في الفقهين الإسلامي والغربي والقوانين المدنية العربية، مطبعة أجيال، الأردن، 2002.

39. محمود عبد الرحمن محمد، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية ،1999.

40. محي الدين بن عبد العزيز، عرض الوفاء والإيداع في القانون الجزائري والقانون المقارن والفقه الإسلامي، دار هومه، الجزائر، 2015.

41. مصطفى الجمال، رمضان محمد أبو السعود، نبيل إبراهيم سعد، مصادر وأحكام الالتزام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي، القاهرة ،2003.

42. مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992.

43. موسوعة القانون الجزائري، المترجمون: سامية بوروبة، ليلى دردار، مراد جمال، مراجعة عجة الجيلالي، دار بيرتي للنشر، الجزائر 2009. العنوان الأصلي: القانون العامle droit général . المؤلف الأصلي: كريستال مورال. بورنال، دار النشر جوالينو ليكستنسو، باريس، 2006.

44. نبيل إبراهيم سعد، التضامم ومبدأ عدم افتراض التضامن، فكرة الالتزام التضاممي، نطاق تطبيق الالتزام التضاممي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

45. نبيل صقر، التقادم في التشريع الجزائري، نصا، شرعا، وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2011.

Ouvrage en langue Française

1. Auteur de l'oeuvre originale: Mini encyclopédie de droit algérien – Notions Fondamentales, et doctrinales-auteur de l'œuvre originale christel Morel- Journel. Contribution (Partie administrative): Rachid Zouaimia. Berti edition, Alger 2009.

الفهـــرس

مبحث تمهيدي: الالتزام الطبيعي	02
تعريف الالتزام الطبيعي والتمييز بينه وبين الالتزام المدني	02
المطلب الأول: الأساس القانوني الذي يقوم عليه الالتزام الطبيعي	03
الفرع الأول: الرأي الفقهي التقليدي في الالتزام الطبيعي	03
الفرع الثاني: الرأي الفقهي الحديث في الالتزام الطبيعي	05
المطلب الثاني: آثار الالتزام الطبيعي	06
الفرع الأول: صحة الوفاء الاختياري بالالتزام الطبيعي	06
الفرع الثاني: صلاحية الالتزام الطبيعي لإنشاء الالتزام المدني	07
الفرع الثالث: عدم جواز تطبيق المقاصة بين التزام طبيعي والتزام مدني	07
الفرع الرابع: عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعي	08
المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من الالتزام الطبيعي	08
الفصل الأول: تنفيذ الالتزام	10
المبحث الأول: التنفيذ العيني للالتزام	10
المطلب الأول: المقصود بالتنفيذ العيني للالتزام	11
الفرع الأول: تعريف التنفيذ العيني للالتزام الفرع الثاني: شروط التنفيذ العيني	11
أولا- أن يكون ممكنا	11
ثانيا- أن يطلب الدائن التنفيذ العيني	13
ثالثا- ألا يكون التنفيذ العيني للالتزام مرهقا للمدين	13
رابعا- إعذار المدين	14
أ-المقصود بالإعذار	14
ب-الطريقة القانونية للإعذار	15
ج-الحالات القانونية التي لا ضرورة فيها للإعذار (الاستثناءات)	16
د-الأثر القانوني المترتب على الإعذار	17
المطلب الثاني: موضوع التنفيذ العيني للالتزام	18

الفرع الأول : الالتزام بنقل ملكية أو أي حق عيني آخر	19
الفرع الثاني: الالتزام بالقيام بعمل	21
الفرع الثالث: الالتزام بالامتناع عن عمل	23
المطلب الثالث: الغرامة التهديدية كوسيلة قانونية لإجبار المدين على التنفيذ العيني	24
الفرع الأول: تعريف الغرامة التهديدية وطبيعتها القانونية	24
أولا– تعريف الغرامة التهديدية	24
ثانيا– الطبيعة القانونية للغرامة التهديدية	27
1–تمييز الغرامة التهديدية عن التعويض	27
2– تمييز الغرامة التهديدية عن العقوبة	27
ثالثا– نطاق الغرامة التهديدية	28
1–حالة الالتزام بنقل مليكة محله شيئا معينا بالذات	28
2–حالة الالتزام بعمل	28
3– حالة الالتزام بالامتناع عن عمل	29
الفرع الثاني: خصائص الحكم بالغرامة التهديدية وشروطها	29
أولا– خصاص الحكم بالغرامة التهديدية	29
ثانيا– شروط الغرامة التهديدية	31
الفرع الثالث: سلطة القضاء في الحكم بالغرامة التهديدية	36
الفرع الرابع: الأثر المترتب على الغرامة التهديدية	38
أولا– تصفية الغرامة التهديدية وتحويلها إلى تعويض نهائي	38
ثانيا– عناصر التعويض المترتب على تصفية الغرامة التهديدية	39
المطلب الرابع: مدى اعتبار الإكراه البدني وسيلة قانونية لإجبار المدين على التنفيذ العيني للالتزام	41
المبحث الثاني: التنفيذ بمقابل (أو بطريق التعويض)	44
المطلب الأول: مفهوم التنفيذ بمقابل وحالاته	45

الفرع الأول: تعريف التنفيذ بمقابل	45
الفرع الثاني: حالات التنفيذ بمقابل	46
الفرع الثالث: نوعا التعويض	46
أولا- التعويض عن عدم التنفيذ العيني	47
ثانيا- التعويض عن التأخر في التنفيذ العيني للالتزام	47
الفرع الرابع: شروط استحقاق التعويض	48
المطلب الثاني: الطرق القانونية لتقدير التعويض	48
الفرع الأول: التعويض القضائي	48
أولا- عناصر التعويض	49
ثانيا-طريقة التعويض	50
أ-التعويض النقدي	50
ب-التعويض العيني	50
ثالثا- القيود التي تحكم سلطة القاضي في تقدير التعويض	51
أ-أن يكون تقديره للتعويض على قدر الضرر	51
ب-مراعاة الظروف الملابسة	51
رابعا- هل يقتصر التعويض على الضرر المباشر وفي المسؤولية العقدية على ما كان منه متوقفا أم غير متوقع؟	52
خامسا- التعويض عن الضرر المعنوي	55
سادسا- التعويض عن الضرر المحقق دون الضرر المحتمل	56
الفرع الثاني: التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي	57
أولا- مفهوم الشرط الجزائي	57
ثانيا- تمييز الشرط الجزائي عن المفاهيم المشابهة له	58
أ-الشرط الجزائي والصلح	58
ب-الشرط الجزائي والعربون	58
ج-الشرط الجزائي والغرامة التهديدية	58
ثالثا- خصائص الشرط الجزائي	59

أ–الالتزام بالشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الأصلي	59
ب–الالتزام بالشرط الجزائي هو التزام احتياطي.	59
ج–الشرط الجزائي هو تقدير جزافي للتعويض	60
رابعا– شروط استحقاق الشرط الجزائي	60
أ–الخطأ	60
ب–الضرر	60
ج–علاقة السببية	60
د–الإعذار	60
خامسا– إعادة النظر في الشرط الجزائي	61
أ–إعادة النظر في الشرط الجزائي بالتخفيض في مبلغه	61
ب–إعادة النظر في الشرط الجزائي بالزيادة في مبلغه	61
سادسا– فوائد الاتفاق على الشرط الجزائي	62
أ–إعفاء الدائن من إثبات ركن الضرر	62
ب–تجنب اللجوء إلى القضاء	62
ج–قد يكون الشرط الجزائي وسيلة للتخفيف من المسؤولية	62
د–يعتبر وسيلة تهديدية	62
الفرع الثالث: التعويض القانوني	62
الفصل الثاني: الوسائل القانونية التي تكفل الحفاظ على الضمان العام المقرر للدائنين	64
– المقصود بالضمان العام	64
– خصائص الضمان العام	66
– المخاطر المترتبة على الضمان العام والوسائل القانونية لحمايته	67
المبحث الأول: الدعوى غير المباشرة	69
المطلب الأول: مفهوم الدعوى غير المباشرة ونطاقها	69
الفرع الأول: تعريف الدعوى غير المباشرة	69
الفرع الثاني: نطاق استعمال الدعوى غير المباشرة	70

أولا– الحقوق التي تدخل في الضمان العام	71
ثانيا– الحقوق والدعوى المتعلقة بشخص المدين	71
ثالثا– عدم جواز استعمال رخص المدين	71
الفرع الثالث: تمييز الدعوى غير المباشرة عن الدعوى المباشرة	72
المطلب الثاني: شروط استعمال الدعوى غير المباشرة	74
الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالمدين	74
أولا–تقصير المدين في المطالبة بحقه بنفسه	74
ثانيا– أن يؤدى هذا التقصير إلى إعسار المدين أو الزيادة في إعساره	75
ثالثا– يجب على الدائن إدخال المدين خصما في الدعوى	75
الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالدائن	76
أولا– أن يكون الدين موجودا أي محققا وغير متنازع فيه	76
ثانيا– لا يشترط أن يكون دين الدائن قابلا للتنفيذ أي بيد الدائن سند تنفيذي	76
ثالثا– لا يشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء	77
رابعا– لا يشترط أن يكون حق الدائن سابقا على حق المدين الذي يستعمله الدائن بالدعوى غير المباشرة	77
المطلب الثالث: آثار الدعوى غير المباشرة	77
الفرع الأول: آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للمدين	78
الفرع الثاني: آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للخصم (مدين المدين)	79
الفرع الثالث: آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للدائن والدائنين الآخرين	79
المبحث الثاني: دعوى عدم نفاذ التصرف أو الدعوى البولصية	81
المطلب الأول: شروط الدعوى البولصية	82
الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالدائن	82
الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالتصرف المبرم من طرف المدين إضرارا بالدائن	84
أولا–ان يكون تصرفا قانونيا	84
ثانيا– أن يكون التصرف القانوني مفقرا	84

ثالثا– يجب أن يؤدي هذا التصرف المفقر إلى إعسار المدين أو الزيادة في إعساره	85
رابعا–ثبوت الغش والتواطؤ	85
خامسا– حالة انتقال المال المتصرف فيه من المتصرف إليه إلى متصرف ثان (خلف الخلف)	88
الفرع الثالث: وجوب رفع الدعوى البولصية في الميعاد المحدد	88
المطلب الثاني: آثار الدعوى البولصية	89
الفرع الأول: أثر الدعوى البولصية بالنسبة للدائن	90
الفرع الثاني: أثر الدعوى البولصية بالنسبة إلى المدين والمتصرف إليه	92
المبحث الثالث: دعوى الصورية	93
المطلب الأول: مفهوم الصورية وأنواعها	93
الفرع الأول: تعريف الصورية	93
الفرع الثاني: أنواع الصورية	94
أولا– الصورية المطلقة	94
ثانيا– الصورية النسبية	94
أ–الصورية بطريق التستر	95
ب–الصورية بطريق المضادة	95
ج–الصورية بطريق التسخير	95
المطلب الثاني: شروط تحقق الصورية ومجالها	96
الفرع الأول: شروط تحقق الصورية	96
أولا–أن تتجه إرادة الطرفين إلى إخفاء تصرف حقيقي في صورة تصرف ظاهر يخالفه	97
ثانيا– ألا يتضمن التصرف الظاهر ما يفيد وجود التصرف الحقيقي الذي يخالفه	97
ثالثا– أن يتزامن إبرام التصرف مع إبرام التصرف الظاهر	97
الفرع الثاني: مجال الصورية	98

الفرع الثالث: شروط استعمال دعوى الصورية	98
المطلب الثالث: أحكام الصورية	99
الفرع الأول: الأثر المترتب على الصورية بالنسبة للمتعاقدين والخلف العام	99
الفرع الثاني: الأثر المترتب على الصورية بالنسبة للغير	101
الفرع الثالث: حكم حالة تعارض مصالح المتعاقدين	102
الفرع الرابع: هل تتقادم دعوى الصورية؟	103
الفرع الخامس: مقارنة بين دعوى الصورية والدعوى غير المباشرة	104
الفرع السادس: مقارنة بين دعوى الصورية والدعوى البولصية	104
المبحث الرابع: الحق في الحبس (الاحتباس)	106
المطلب الأول: شروط الحق في الحبس	107
الفرع الأول: وجود التزام على الحابس (الدائن) بأداء شيء	107
الفرع الثاني: وجود حق للحابس مستحق الأداء في ذمة المدين	109
الفرع الثالث: وجود ارتباط بين الأداء الملتزم به الحابس وحقه لدى المدين	109
أولا–الارتباط القانوني	109
ثانيا–الارتباط المادي	111
ثالثا– التمييز بين الارتباط القانوني والارتباط المادي	111
رابعا– كيفية استعمال الحق في الحبس	112
المطلب الثاني: آثار الحق في الحبس	112
الفرع الأول: حقوق الحابس	113
أولا– الامتناع المؤقت عن تسليم الشيء	113
ثانيا– لا وجود لامتياز قانوني للحابس على الشيء	114
ثالثا– مدى جواز الاحتجاج بالحق في الحبس في مواجهة الغير	114
أ–بالنسبة للدائنين العاديين والخلف العام	114
ب– بالنسبة إلى الخلف الخاص	115
الفرع الثاني: واجبات الحابس	116
أولا–المحافظة على الشيء المحبوس	116

ثانيا–تقديم حساب على غلة الشيء المحبوس	117
ثالثا–رد الشيء المحبوس عند انقضاء الحق في الحبس	118
المطلب الثالث: انقضاء الحق في الحبس	119
الفرع الأول: انقضاء الحق في الحبس بانقضاء الحق المحبوس من أجله	119
الفرع الثاني: انقضاء الحق في الحبس بطريق أصلي	120
أولا–تقديم تأمين كاف للوفاء بالحق المضمون بالحبس	120
ثانيا– إذا أخل الحابس بواجب المحافظة على العين المحبوسة	120
ثالثا– هلاك العين المحبوسة	120
رابعا– يسقط الحق في الحبس طوعا بتنازل الحابس عن حقه في الحبس قبل أن يستوفي حقه اتجاه المالك	121
الفصل الثالث: اوصاف الالتزام	122
المبحث الأول: الشرط والأجل	122
المطلب الأول: الشرط	123
الفرع الأول: خصائص الشرط	124
أولا–الشرط أمر مستقبلي	124
ثانيا–الشرط أمر محقق الوقوع	124
ثالثا–الشرط أمر ممكن الوقوع	125
رابعا– الشرط أمر مشروع	125
خامسا–الشرط أمر لا يتوقف على محض إرادة المدين	126
–الشرط الاحتمالي	126
– الشرط المختلط	127
– الشرط الإرادي	127
الفرع الثاني: نوعا الشرط	128
أولا– الشرط الواقف	128
أ–تعريفه	128
ب–الآثار المترتبة على الشرط الواقف	128

1-الآثار المترتبة خلال فترة التعليق	128
2-الآثار المترتبة بعدة فترة التعليق	129
- حالة عدم تحقق الشرط	129
- حالة تحقق الشرط	130
- الأثر الرجعي لتحقق الشرط أو تخلفه	130
- النتائج المترتبة على الأثر الرجعي في حالة الشرط الواقف	130
- الاستثناءات الواردة على قاعدة الأثر الرجعي للشرط الواقف	131
- استبعاد الأثر الرجعي للشرط الواقف عن طريق الاتفاق	131
ثانيا- الشرط الفاسخ	131
أ-تعريفه	131
ب-الآثار المترتبة على الشرط الفاسخ	133
1-خلال مرحلة التعليق	133
2-خلال مرحلة ما بعد التعليق	134
المطلب الثاني: الأجل	136
الفرع الأول: خصائص الأجل	136
أولا- هو أمر مستقبل	136
ثانيا- هو أمر محقق الوقوع	136
الفرع الثاني: نوعا الأجل	137
أولا-الأجل الواقف	137
ثانيا- الأجل الفاسخ	137
الفرع الثالث: مصادر الأجل	138
أولا- الاتفاق	138
ثانيا- القانون	138
ثالثا-القضاء	138
الفرع الرابع: الآثار المترتبة على الأجل	140
أولا- المرحلة السابقة على حلول الأجل	140

أ–بالنسبة للأجل الواقف	140
ب–بالنسبة للأجل الفاسخ	141
ثانيا–المرحلة اللاحقة لحلول الأجل	141
أ–بالنسبة للأجل الواقف	141
ب–بالنسبة للأجل الفاسخ	141
الفرع الخامس: انقضاء الأجل	142
أولا–انقضاء الأجل بحلوله	142
ثانيا–انقضاء الأجل بالنزول عنه ممن له مصلحة فيه	142
ثالثا– انقضاء الأجل بسقوطه	143
أ–شهر إفلاس المدين طبقا للقانون	143
ب–إضعاف المدين التأمينات الخاصة التي قررها لضمان دينه	143
ج–تخلف المدين عن تقديم ما وعد به من تأمينات	144
المطلب الثالث: المقارنة بين الشرط والأجل	145
الفرع الأول: أوجه الاتفاق	145
الفرع الثاني: أوجه الاختلاف	145
المبحث الثاني: تعدد محل الالتزام	146
المطلب الأول: الالتزام التخييري	147
الفرع الأول: تعريف الالتزام التخييري	147
الفرع الثاني: شروط الالتزام التخييري	148
الفرع الثالث: ثبوت حق الخيار في الالتزام التخييري	149
الفرع الرابع: الأثر القانوني المترتب على الامتناع عن استعمال حق الخيار	149
الفرع الخامس: استحالة التنفيذ قبل استعمال هذا الخيار	151
المطلب الثاني: الالتزام البدلي	152
الفرع الأول: تعريف الالتزام البدلي	154
الفرع الثاني: التمييز بين الالتزام البدلي والالتزام التخييري	154
المبحث الثالث: تعدد طرفي الالتزام	155

المطلب الأول: الالتزام المشترك (الالتزام متعدد الأطراف)	155
المطلب الثاني: الالتزام التضامني	157
الفرع الأول: التضامن الإيجابي	157
أولا–المقصود بالتضامن الإيجابي	157
ثانيا–مصادر التضامن الإيجابي	158
أ–القانون كمصدر للتضامن الإيجابي	159
ب–الاتفاق أو الإرادة كمصدر للتضامن الإيجابي	159
ثالثا–الآثار المترتبة على التضامن الإيجابي	161
أ–آثار التضامن الإيجابي في العلاقة بين الدائنين والمدين	161
1–وحدة الدين	161
2–تعدد الروابط	162
3–النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر	163
ب–آثار التضامن الإيجابي في علاقة الدائنين فيما بينهم	164
الفرع الثاني: التضامن السلبي	165
أولا–المقصود بالتضامن السلبي	165
ثانيا–مصادر التضامن السلبي	165
أ–الاتفاق	165
ب–القانون	166
ثالثا–الآثار المترتبة على التضامن السلبي	167
أولا–آثار التضامن السلبي في علاقة الدائن بالمدينين	167
ثانيا–آثار التضامن السلبي في علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم	169
رابعا– انقضاء التضامن السلبي	171
خامسا– التمييز بين الالتزام التضامني السلبي والالتزام التضاممي أو المسؤولية المجتمعة	171
المطلب الثالث: عدم قابلية الالتزام للانقسام أو التجزئة (الالتزام غير قابل للانقسام)	174

الفرع الأول: أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام	175
أولا–عدم قابلية الالتزام للانقسام بسبب طبيعة محل الالتزام	175
أ–حالة الالتزام بإعطاء شيء	175
ب–حالة الالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل	175
ثانيا–عدم قابلية الالتزام للانقسام بسبب الاتفاق	176
ثالثا–عدم قابلية الالتزام للانقسام بسبب نص في القانون	176
الفرع الثاني: الآثار المترتبة على عدم قابلية الالتزام للانقسام	177
أولا–حالة تعدد المدينين	177
ثانيا–حالة تعدد الدائنين	177
الفرع الثالث: أوجه التفرقة بين عدم قابلية الالتزام للانقسام والتضامن	178
الفصل الرابع: انتقال الالتزام	180
المبحث الأول: حوالة الحق	181
–تعريف حوالة الحق	181
–الأغراض التي تحققها حوالة الحق	182
المطلب الأول: شروط حوالة الحق	182
الفرع الأول: شروط انعقاد الحوالة	182
الفرع الثاني: شروط نفاذ الحوالة	186
المطلب الثاني: الآثار المترتبة على حوالة الحق	191
الفرع الأول: انتقال الحق المحال له من الدائن الأصلي (المحيل)	191
الفرع الثاني: العلاقة بين المحال له والمحال عليه	193
أولا–مرحلة ما قبل نفاذ الحوالة	193
ثانيا–مرحلة ما بعد نفاذ الحوالة	194
الفرع الثالث: علاقة المحيل (الدائن الأصلي) بالمحال عليه (المدين)	195
أولا–مرحلة ما قبل نفاذ الحوالة	193
ثانيا–مرحلة ما بعد نفاذ الحوالة	194
الفرع الرابع: علاقة المحال له بالغير	196

أولا–التنازع بين المحال لهم	196
ثانيا– التزاحم بين المحال له والدائن الحاجز	197
الفرع الخامس: التزام المحيل بالضمان	198
أولا–ضمان أفعاله الشخصية	198
ثانيا–التزام المحيل بضمان وجود الحق وقت الحوالة	198
أ–الضمان بحكم القانون	199
ب–الضمان الاتفاقي	199
المبحث الثاني: حوالة الدين	200
المطلب الأول: انعقاد حوالة الدين	201
الفرع الأول: انعقاد الحوالة باتفاق المدين الأصلي والمحال عليه	201
أولا–رضاء أطراف الحوالة	202
ثانيا–أن يكون المحيل مدينا للمحال له	203
الفرع الثاني: انعقاد الحوالة باتفاق الدائن والمحال عليه	204
المطلب الثاني: آثار الحوالة	205
الفرع الأول: علاقة الدائن بالمحال عليه	205
الفرع الثاني: علاقة المدين الأصلي بالدائن	206
الفرع الثالث: علاقة المدين الأصلي بالمحال عليه	206
أولا–التزام المحال عليه تجاه المدين الأصلي	207
ثانيا–الاتفاق على الحوالة كل لا يقبل التجزئة	207
الفصل الخامس: انقضاء الالتزام	208
المبحث الأول: انقضاء الالتزام بالوفاء	209
– تعريف الوفاء وطبيعته وأنواعه	209
المطلب الأول: الوفاء البسيط	210
الفرع الأول: طرفا الوفاء	210
أولا–الموفي	210
ثانيا–الموفى له	213

-الحكم المترتب على امتناع الدائن عن قبول الوفاء	214
1-إعذار المدين للدائن	215
2-العرض الحقيقي	216
3-الإيداع	216
4-مدى حق المدين في استرداد ما أودعه	217
5-حالات الإيداع دون إعذار الدائن ودون العرض الحقيقي	218
6-آثار الإيداع	218
الفرع الثاني: محل الوفاء	220
أولا-يكون الوفاء بنفس الشيء المستحق	220
ثانيا-يكون الوفاء بكل الشيء المستحق	221
ثالثا- خصم المدفوعات عند تعدد الديون	222
الفرع الثالث: طريقة الوفاء	223
أولا-زمان الوفاء	223
ثانيا-مكان الوفاء	224
ثالثا-نفقات الوفاء	225
رابعا-إثبات الوفاء	225
المطلب الثاني: الوفاء مع الحلول أو الوفاء الواقع من غير المدين	226
الفرع الأول: حالات الوفاء مع الحلول	226
أولا-الحلول الاتفاقي	226
ثانيا-الحلول القانوني	228
الفرع الثاني: الآثار المترتبة على الوفاء مع الحلول	230
أولا-حلول الموفي محل الدائن في نفس الحق	230
ثانيا-المقارنة بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق	232
المبحث الثاني: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء	235
المطلب الأول: الوفاء بمقابل (الوفاء الاحتياطي)	235
الفرع الأول: شروط الوفاء بمقابل	236

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للوفاء بمقابل	237
أولا–الرأي الفقهي الأول	237
ثانيا–الرأي الفقهي الثاني	238
الفرع الثالث: الآثار المترتبة على الوفاء بمقابل	239
أولا–الآثار المترتبة على الوفاء بمقابل باعتباره عقدا ناقلا للملكية	239
ثانيا–الآثار المترتبة على الوفاء بمقابل باعتباره وفاء يترتب عليه انقضاء الدين الأصلي	239
المطلب الثاني: التجديد والإنابة في الوفاء	240
الفرع الأول: شروط التجديد	241
أولا–وجود التزام قديم في ذمة المدين	241
ثانيا–إنشاء التزام جديد	242
ثالثا–اختلاف الالتزامين في أحد العناصر الرئيسية	242
رابعا–الاتفاق على التجديد	244
الفرع الثاني: الآثار المترتبة على التجديد	246
أولا–انهاء دين قديم	246
ثانيا– إنشاء دين جديد	248
الفرع الثاني: الإنابة في الوفاء	248
أولا–الغرض من الإنابة في الوفاء	249
ثانيا–أنواع الإنابة في الوفاء	249
أ–الإنابة الكاملة	249
ب–الإنابة الناقصة أو القاصرة	250
المطلب الثالث: المقاصة	251
الفرع الأول: وظائف المقاصة	251
أولا–المقاصة أداة وفاء	251
ثانيا–المقاصة أداة ضمان	252
ثالثا–التمييز بين المقاصة وبعض الأنظمة المشابهة لها	252

أ–المقاصة والدفع بعدم التنفيذ	252
ب–المقاصة والحق في الحبس	253
الفرع الثاني: أنواع المقاصة	253
أولا–المقاصة القانونية	253
أ–شروط المقاصة القانونية	253
–وجود دينين متقابلين	254
–تماثل محل الدينين المتقابلين	254
–أن يكون الدينان خاليين من النزاع	254
–أن يكون الدينان صالحين للمطالبة بهما قضائيا	255
–أن يكون الدينان مستحقين الأداء	255
–أن يكون الدينين قابلين للحجز عليهما	256
–لا مقاصة إذا كان أحد الشيئين قد انتزعه في يد مالكه	256
–لا تقع المقاصة إذا كان أحد الشيئين محل عقد وديعة أو عقد عارية استعمال	256
ب–كيفية وقوع المقاصة القانونية	256
ج–الآثار المترتبة على المقاصة القانونية	257
1–فيما بين المتعاقدين	257
2–بالنسبة للغير	258
ثانيا–المقاصة الاتفاقية والمقاصة القضائية	259
المطلب الرابع: اتحاد الذمة	261
الفرع الأول: تعريف اتحاد الذمة	261
الفرع الثاني: الآثار المترتبة على اتحاد الذمة	263
المبحث الثالث: انقضاء الالتزام دون الوفاء به	265
المطلب الأول: الإبراء	265
الفرع الأول: شروط الإبراء	266
الفرع الثاني: إثبات الإبراء	267

الفرع الثالث: أثر الإبراء	267
المطلب الثاني: استحالة التنفيذ	268
الفرع الأول: شروط انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه	268
أولا- يجب أن يكون تنفيذ الالتزام قد أصبح مستحيلا وليس مرهقا	268
ثانيا- يجب أن ترجع هذه الاستحالة إلى سبب أجنبي لا إلى خطأ المدين	269
الفرع الثاني: الآثار المترتبة على استحالة التنفيذ	269
الفرع الثالث: تحمل التبعة	270
المطلب الثالث: التقادم المسقط أو المبرئ	271
الفرع الأول: تعريف التقادم المسقط وتمييزه عن التقادم المكسب	271
أولا-تعريف التقادم المسقط	271
ثانيا- الأساس الذي يقوم عليه التقادم المسقط	272
ثالثا- التمييز بين التقادم المسقط والتقادم المكسب	174
رابعا- التمييز بين التقادم المسقط ومواعيد السقوط	275
الفرع الثاني: مدد التقادم وكيفية حسابها وما يطرأ عليها من وقف وانقطاع	277
أولا-القاعدة العامة	277
ثانيا- الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة	277
الفرع الثالث: كيفية حساب مدد التقادم وما يطرأ عليها من وقف وانقطاع	281
أولا-كيفية حساب مدة التقادم	281
ثانيا- وقف التقادم	282
ثالثا- انقطاع التقادم	283
الفرع الرابع: كيفية إعمال التقادم وأثره	288
أولا-كيفية إعمال التقادم	288
ثانيا-الأثر المترتب على التقادم	292
ثالثا- سقوط الدين بالتقادم عن طريق الدعوى لا يمنع من التمسك بوجوده عن طريق الدفع	294