

جامعة البليدة - 2
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون العام

دروس في مقياس القانون المدني

(أحكام الالتزام)

موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس

من إعداد الدكتور:
العيشي عبد الرحمان

العام الجامعي: 2022/2021

مقدمة

يعرف الالتزام بأنه رابطة قانونية بمقتضاها يجب على شخص معين يسمى المدين أن يقوم بأداء مالي لصالح شخص آخر معين أو قابل للتعيين، يسمى الدائن، والقانون الجزائري يتكون من خمسة مصادر للالتزام وهي: القانون، العقد، الفعل الضار، الفعل النافع، الإرادة المنفردة.

ومتى نشأ الالتزام أيا كان مصدره فإنه يخضع لقواعد واحدة من آثار وأوصاف ثم انتقال فانقضاء، ويطلق على هذه القواعد اسم أحكام الالتزام التي نظمها المشرع الجزائري في المواد من 160 إلى 322 من القانون المدني، وقد وردت هذه الأحكام في الابواب الثاني والثالث والرابع، والخامس من الكتاب الثاني من الباب الثاني من القانون المدني.

إن موضوع أحكام الالتزام هو التعرف على جملة الأحكام التي رتبها القانون على الالتزام نفسه بعدما نشأ وصار واجبا قانونيا والتزاما مدنيا، من خلال أحد مصادره الخمسة وهي: القانون، العقد، الفعل الضار، الفعل النافع، الإرادة المنفردة.

تُعد أحكام الالتزام من أهم موضوعات القانون المدني سواء من حيث التطبيق، فنجد أن جميع الالتزامات تخضع لها إلا ما ستثني بنص أو قانون خاص، أو من حيث المضمون فهي تحدد آليات تنفيذ الالتزام مرورا بحمايته، والافصاف المتعلقة به، ثم وسائل انتقاله، إلى الاسباب المختلفة لانقضائه.

إن الاثر الذي يترتب على نشوء الالتزام صحيحا هو وجوب تنفيذه من طرف المدين حرا مختارا، وهذا تجسيدا لعنصر المديونية في الالتزام، وإلا فانه ينفذ جبرا وهذا تجسيدا لعنصر المسؤولية، والاصل في تنفيذ الالتزام أن يكون تنفيذا عينيا، وذلك إذا توافرت شروط معينة سيأتي الحديث عنها، أما إذا تخلف شرط من هذه الشروط فإن تنفيذ الالتزام يكون تنفيذا بمقابل.

وجميع أموال المدين ضامنة لالتزاماته، وهذا ما يسمى بالضمان العام للدائن، والدائنون متساوون في هذا الضمان، إلا من كان له حق خاص يسمح له بالتقدم والافضلية عن بقية الدائنين.

والدائن قبل أن يتخذ اجراءات التنفيذ، قد اجراءات تحفظية يحافظ بها على الضمان العام حتى يتسنى له فيما بعد التنفيذ عليها، وبين هذين الاجراءين توجد اجراءات تمهيدية للتنفيذ

فهي لا تقتصر على مجرد المحافظة على الضمان العام، هذه الاجراءات التنفيذية هي الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية والدعوى الصورية والحق في الحبس.

الالتزام قد تلحقه أوصاف متنوعة في عناصره المختلفة، فهذا الوصف إما يلحق رابطة المديونية فتعلق هذه الرابطة على شرط ويصبح وجودها غير محقق، ويسمى هذا الوصف بالشرط، أو يتراخى نفاذ الرابطة إلى أجل، ويسمى بالاجل، وإما أن يلحق الوصف العنصر الثاني من عناصر الالتزام، وهو المحل فلا يكون هذا المحل واحدا بل يتعدد.

والالتزام في ذاته قد يتحول أو ينتقل من شخص إلى آخر، فإذا انتقل من دائن إلى دائن آخر باعتباره حقا شخصيا سمي بحالة الحق، أما إذا انتقل الالتزام من مدين إلى مدين آخر باعتباره التزاما سمي بحالة الدين.

إن الحق الشخصي أي الالتزام مصيره حتما الزوال، فلا يجوز أن يبقى المدين ملتزما إلى الابد، فقد ينقضي بالوفاء وهو الطريق الطبيعي والمألوف، وقد ينقضي الالتزام بما يعادل الوفاء ويأخذ عدة صوروه وهي الوفاء بمقابل، التجديد، الانابة، المقاصة، اتحاد الذمة. وأخيرا قد ينقضي الالتزام دون وفاء الذي يتجلى في البراء من الدين دون مقابل، استحالة التنفيذ بسبب أجنبي، التقادم المسقط.

ونستعرض في هذه المطبوعة المتعلقة بأحكام الالتزام أربعة فصول، وفقا للترتيب الذي ورد في القانون المدني، حسب خطة الدراسة التي تكون مقسمة على النحو الآتي:

مبحث تمهيدي: الالتزام الطبيعي

الفصل الاول: آثار الالتزام

الفصل الثاني: اوصاف الالتزام

الفصل الثالث: انتقال الالتزام

الفصل الرابع: انقضاء الالتزام.

إنّ مادة أحكام الالتزام صعبة نوعا ما لكن ما يسهل استيعابها وفهمها بكل أجزائها، هو ضرورة أن يكون الطالب مستوعبا لموضوع آخر هو مصادر الالتزام، حتى يسهل عليه متابعة هذه مادة أحكام الالتزام، إذ معرفة طرق الحصول على الحق، متوقفة على معرفة الحقوق نفسها، وكلّ حقّ يقابله التزام، وفهم كلّ هذا متوقف على مراجعة وفهم مادة أخرى هي مادة المدخل للعلوم القانونية، خصوصا نظرية الحق، فهناك ترابط وثيق بينهم.

وعليه فالهدف الذي نريد الوصول إليه من خلال هذه المطبوعة هو أن يكون الطالب قادرا على تحليل الأحكام التي نظمها القانون المدني الجزائري على الالتزام منذ نشوئه من أحد مصادره المذكورة سابقا، إلى غاية انقضائه.

مبحث تمهيدي

الالتزام الطبيعي

تنص المادة 160 مدني على أنه: "المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به. غير أنه لا يجبر على التنفيذ إذا كان الالتزام طبيعياً".

يتبين من النص المتقدم أن القانون المدني، وهو في مستهل الكلام في آثار الالتزام، عمد إلى إبراز التمييز ما بين الالتزام الطبيعي والالتزام المدني، فالأول لا يجبر في تنفيذه، أما الثاني فيجبر المدين فيه على التنفيذ، وهذا التمييز يرجع إلى أثر الالتزام من حيث جواز إجبار المدين على تنفيذ التزامه.

وسنتناول في هذا المبحث التمهيدي تعريف الالتزام الطبيعي والالتزام المدني في مطلب أول، ثم أساس الالتزام الطبيعي وآثاره في مطلب ثان، كل ذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

تعريف الالتزام الطبيعي والالتزام المدني

سنتناول في هذا المطلب تعريف كل من الالتزام الطبيعي والالتزام المدني، وذلك فيما يلي:

الفرع الأول: تعريف الالتزام الطبيعي

الالتزام الطبيعي هو واجب أدبي يدخل في منطقة القانون، فيعترف به إلى مدى معين، وهذا المدى الذي يقف عنده القانون في الاعتراف بالالتزام الطبيعي هو التنفيذ الاختياري، فهو التزام لا يمكن فيه إجبار المدين على الوفاء به، ولكن إذا وفاه الأخير عن بينة واختيار فإن وفاءه صحيحاً ولا يستطيع أن يسترد ما وفاه¹، بمعنى آخر إذا كان يعلم أن القانون لا يجبره على التنفيذ ولكنه مع ذلك يؤدي إلى الدائن ما يحس أن ضميره يلزمه بأدائه، فإنه لا يستطيع أن يسترد ما دفعه تنفيذاً لهذا الالتزام الطبيعي، إذ أن ما دفعه ليس هبة يجوز له الرجوع فيها، بل هو وفاء لالتزام في ذمته²، ومثاله الدين الذي سقط بالتقادم.

¹ محمود عبدالرحمن محمد - النظرية العامة للالتزامات - الجزء الثاني أحكام الالتزام - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - القاهرة - ص 4.

² عبد الرزاق أحمد السنهاوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام (الاثبات - آثار الالتزام) الجزء الثاني - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - سنة 2000م - ص 724.

الفرع الثاني: تعريف الالتزام المدني

الالتزام المدني هو الذي يمكن فيه اجبار المدين على الوفاء به، إذا لم يؤده برغبته واختياره، ومثاله التزام البائع بتسليم الشيء المبيع، وقد بينت المادة 160 مدني هذا الفرق بين الالتزامين، حيث نصت في الفقرة الأولى على أنه: "المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به"، فهذا الالتزام لا يقتصر فيه الامر على أن المدين إذا وفاه لا يستطيع أن يسترده، بل أيضا إذا هو لم يوفه مختارا أجبر على الوفاء.

وأساس التفرقة بين الالتزام الطبيعي والالتزام المدني هو أن الالتزام المدني يجتمع فيه عنصران وهما:

عنصر المديونية وهو واجب قانوني يقع على عاتق المدين بالوفاء¹، أما عنصر المسؤولية فهو سلطة الجبر الذي بمقتضاه يستطيع الدائن جبر المدين على الوفاء بالالتزامه إذا لم ينفذه حرا مختارا، وتضع السلطة العامة عندئذ في خدمة الدائن لقهر المدين على الوفاء بما التزم، ويسمى الالتزام في هذه الحالة بالالتزام المدني.

أما الالتزام الطبيعي يبرز فيه عنصر المديونية الذي يقتضي من المدين وجوب الوفاء ويعتبر المدين مدينا في نظر القانون فيصح وفاؤه ولا يستطيع استرداد ما وفى عن بينة واختيار، أما عنصر المسؤولية فإنه لا يقوم في هذا الالتزام، ولذلك لا يمكن اجبار المدين على الوفاء بالالتزام الطبيعي إذا لم يقم بالتنفيذ من تلقاء نفسه².

¹ أنور سلطان - النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام - دار الجامعة الجديدة - الاسكندرية - سنة 2005 - ص 122.

² عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير - القانون المدني وأحكام الالتزام - الجزء الثاني - وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - الجمهورية العراقية - ص 8.

المطلب الثاني

أساس الالتزام الطبيعي وآثاره

نتناول في هذا المطلب أساس الالتزام الطبيعي، ثم نتطرق إلى آثاره، وذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: أساس الالتزام الطبيعي

لقد اختلف الفقهاء في الأساس القانوني للالتزام الطبيعي بين نظريتين التقليدية والحديثة، وبرز هذا الاختلاف فيما يلي:

أولاً: النظرية التقليدية

فقهاء هذه النظرية يربطون بين الالتزام الطبيعي والالتزام المدني، فالالتزام الطبيعي عندهم ليس إلا التزاماً مدنياً متحلاً عاقه مانع قانوني عن أن يولد آثاره كاملة، وهذا المانع قد يوجد منذ البداية عند نشأة الالتزام، وقد يتوافر بعد نشوئه، وبعد أن تولدت آثاره.

وما يعيب هذه النظرية أنها حصرت الالتزام الطبيعي في إطار ضيق يمنع من القيام بوظيفته، فهو لا يعدو أن يكون التزاماً مدنياً متحلاً، وهو أمر نادر التحقق عملياً، كما يعيب هذه النظرية أيضاً أنها فصلت فصلاً تاماً بين نطاق كل من الالتزام الطبيعي والواجب الخلقي أو الأدبي، فالالتزام الطبيعي ليس إلا واجباً خلقياً اعترف به القانون إلى حد يرتقي فيه عن التبرع إذا وفى به المدين¹.

ثانياً: النظرية الحديثة

يرى أنصار هذه النظرية أن الالتزام الطبيعي هو واجب خلقي أو أدبي في الأصل اعترف به القانون في حدود معينة، دون أن يقره تماماً ليلحق به الجزاء العادي، فهو واجب تفرضه الأخلاق ثم يدخل أو يرتقي إلى دائرة القانون من حيث أنه يولد بعض الآثار القانونية، وهذا المعنى 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 ليس تبرعاً.

وعلى ذلك يتسع الالتزام الطبيعي، فلا يقتصر نطاقه على الحالات التي يقوم فيها مانع قانوني من نشوء الالتزام المدني أو من بقاءه، كما ذهب إلى ذلك النظرية التقليدية، بل يمتد

¹ محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 8.

إلى كافة الحالات التي يرتفع فيها الواجب الخلقي إلى درجة تقره من منطقة القانون بقيام عنصر المديونية فيه دون عنصر المسؤولية.

ففي الحالات الأولى، كحالة ابطال الالتزام المدني أو تقادمه، إذا كان الالتزام المدني قد ابطال أو انقضى، فإن التزاما طبيعيا يتبقى، لان المدين يشعر بأن هناك واجبا خلقيا يدفعه إلى الوفاء رغم عدم إمكان إجباره عليه.

وفي الحالات الثانية التي لا يوجد فيها التزام مدني أبطل أو انقضى يعتبر الالتزام الطبيعي واجبا خلقيا أو ادبيا أصلا، ولكن القانون رتب آثارا على الوفاء به اختيارا، فاعتبر الموفى به مدينا قام بالوفاء بالتزامه¹.

ولقد أولى القانون المدني للالتزام الطبيعي شيئا من العناية، ففي معرض الحديث عن حالات الالتزام الطبيعي أخذ بالنظرية الحديثة لهذا الالتزام، فلم يبين هذه الحالات على سبيل الحصر، وذلك لصعوبة الاحاطة بها، بل ترك أمر تقديرها للقضاء، ليقرر متى يعتبر الواجب الخلقي أو الادبي قد ارتقى إلى منزلة الالتزام الطبيعي، وهذا ما نصت عليه المادة 161 مدني بقولها: "يقرر القاضي، عند عدم النص، ما إذا كان هناك التزام طبيعي"، ومعنى هذا النص أنه إذا وجد نص تشريعي يقضي في حالة معينة بأن هناك التزاما طبيعيا، وجب إعمال هذا النص، ومثال ذلك ما ورد في المادة 320 مدني من أنه: "يترتب على التقادم انقضاء الالتزام، ولكن يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي.."، أما إذا لم يوجد مثل هذا النص، فإن تقدير وجود الالتزام الطبيعي يترك للقاضي، بشرط عدم مخالفته للنظام العام في المجتمع وهذا ما نصت عليه المادة 161 فقرة 2 بقولها: "وعلى أي حال فإنه لا يجوز أن يخالف الالتزام الطبيعي النظام العام".

الفرع الثاني: آثار الالتزام الطبيعي

تتمثل آثار الالتزام الطبيعي فيما يلي:

الآثر الاول: لا يستطيع المدين الذي وفى بالالتزام طبيعي أن يسترد ما أداه عن بينة بأنه يفى بالالتزام لا يمكن أساساً جبره على تنفيذه، وعن اختيار، وقد عبرت المادة 162 مدني عن هذا المعنى حيث قضت بأنه: "لا يسترد المدين ما أداه باختياره، بقصد تنفيذ التزام طبيعي"، وما

¹ محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 9.

ذلك الا لأن الوفاء بالالتزام الطبيعي إنما هو وفاء بدين واجب في الذمة لتوافر عنصر المديونية في هذا الالتزام وليس من قبيل التبرع ولا يخضع لاحكامه¹.

الاثـر الثاني: إذا تعهد المدين عن بيئة واختيار بالوفاء به وهو ما يعني أنه معترف به، اكتمل لهذا الالتزام عنصر المسؤولية الذي كان يفتقده وتحول بعد ذلك إلى التزام مدني، وجد سببه في الالتزام الطبيعي، في هذا المعنى تنص المادة 163 مدني على أنه: "يمكن أن يكون الالتزام الطبيعي سببا لالتزام مدني".

وبعد هذا التمهيد للالتزام الطبيعي، نقسم موضوع آثار الالتزام إلى ثلاث مباحث، نفردها الأولى للتنفيذ العيني للالتزام، ونعقد ثانياً للتنفيذ بمقابل، أما ثالثها فنخصصه للكلام على وسائل حماية حقوق الدائنين.

¹ محمد شكري سرور - موجز الاحكام العامة للالتزام (في القانون المدني المصري) - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - القاهرة - سنة 2011 - ص 21.

الفصل الاول

آثار الالتزام

تمهيد :

ليس للالتزام سوى أثر واحد هو وجوب تنفيذه، والتنفيذ قد يكون اختياريا يقوم به المدين من تلقاء نفسه، ويسمى التنفيذ الاختياري بالوفاء، وموضع دراسته انقضاء الالتزام باعتباره أول اسبابه وأهمها على الاطلاق، فإذا لم يقم المدين، اختيارا بتنفيذ التزامه، أجبر بوسائل معينة على هذا التنفيذ الذي يسمى جبريا أو قهريا.

الاصل في التنفيذ الالتزام أن يكون عينيا، يقوم المدين فيه بأداء عين ما التزم به للدائن، ولكن التنفيذ العيني قد يكون مستحيلا بخطأ المدين فلا يبقى الا التنفيذ بمقابل، وهو تعويض الدائن عن الخسارة التي لحقت به.

والقاعدة أن أموال المدين ضامنة لوفاء التزاماته، ولهذا شرع القانون وسائل معينة للدائن يستطيع من خلالها المحافظة على أموال مدينه حقه منه.

وسنتناول في هذا الفصل ثلاث مباحث وهي:

المبحث الأول: التنفيذ العيني للالتزام

المبحث الثاني: التنفيذ بمقابل

المبحث الثالث: وسائل المحافظة على الضمان العام

المبحث الاول

التنفيذ العيني للالتزام

التنفيذ العيني للالتزام هو أن يؤدي المدين للدائن عين ما التزم به بالطريقة المحددة له بحكم القانون او الاتفاق، فإذا التزم المقاول بإقامة بناء بمواصفات معينة، فإن التنفيذ العيني لهذا الالتزام هو أن يقوم المقاول بتشديد البناء بذات المواصفات المطلوبة، وإذا التزم جار بالا يقيم حائطاً في أرضه يحجب النور على جاره، فإن التنفيذ العيني لهذا الالتزام هو الا يقيم الجار الحائط، وإذا التزم المؤجر بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر في ميعاد محدد، فإن التنفيذ العيني لهذا الالتزام هو أن يقوم المؤجر بتسليم هذه العين إلى المستأجر في الميعاد المذكور دون تأخير.

نوزع الدراسة في هذا المبحث على ثلاث مطالب وهي تعريف التنفيذ العيني وشروطه في المطلب الاول، بعد ذلك نتطرق لموضوع التنفيذ العيني، وأخيراً اجبار المدين على التنفيذ العيني

المطلب الاول

تعريف التنفيذ العيني وشروطه

إذا لم يقيم المدين بالتنفيذ العيني اختيارا بالرغم من إعدار الدائن له وإصراره على مطالبته به، أمكنه إجباره عليه، والالتزام الذي يجبر المدين على تنفيذه هو الالتزام الكامل المشتمل على عنصري المديونية والمسؤولية.

ولتنفيذ الالتزام جبرا على المدين لابد من توافر شروط نصت عليها المادة 164 مدني والتي تنص على أنه " يجبر المدين بعد إعداره طبقا للمادتين 180 281 على تنفيذ التزامه عينيا، متى كان ذلك ممكنا"، وعليه سنتناول في هذا المطلب تعريف التنفيذ العيني للالتزام في فرع أول، ثم شروط هذا التنفيذ في فرع ثان، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف التنفيذ العيني للالتزام

الاصل أن يتم التنفيذ عينا أي أن يلتزم المدين بتنفيذ عين ما التزم به سواء كان ما التزم به اعطاء شيء او القيام بعمل او الامتناع عن عمل، والتنفيذ العيني للالتزام بالمعنى المذكور هو الاصل في التنفيذ، بمعنى أنه مادام المدين مستعدا للقيام به، فلا يجوز للدائن ان يحيد عن طلبه إلى طلب التعويض او التنفيذ بمقابل.

فالتنفيذ العيني هو العبء الذي استعد المدين للقيام به أصلا، وهو في نفس الوقت الوسيلة الوحيدة التي ترضي الدائن إرضاء كاملا، ومن ثم فهو حق لكل من الدائن والمدين على السواء، ولا يحق لأي منهما العدول عنه إلى التعويض الا بموافقة الطرف الاخر. فمن حق الدائن ان يطالب بالتنفيذ العيني، فان فعل، فلا يجوز للمدين ان يتمتع عنه طالما كان ممكنا، ويجبر على القيام به.

وبالمقابل، يحق للمدين ان يعرض القيام بالتنفيذ العيني، فان فعل، فلا يجوز للدائن رفضه والاصرار على طلب التعويض¹.

الفرع الثاني: شروط التنفيذ العيني للالتزام

إذا طالب الدائن مدينه بالتنفيذ العيني للالتزام فلا يمكن أن يتحقق ذلك ما لم تتوافر شروط معينة لذلك، فإذا توافرت تلك الشروط فيكون عندئذ بالامكان اجبار المدين على تنفيذ ما التزم به تنفيذا عينيا، وعليه سنتناول هذه الشروط فيما يلي:

¹ محمود عبدالرحمن محمد - المرجع السابق - ص 53.

أولاً: أن يكون التنفيذ العيني ممكناً

ليس من المتصور إجبار المدين على التنفيذ العيني للالتزام إذا كان ذلك قد أصبح مستحيلاً، فلا التزام بمستحيل، ويستوي في هذا أن تكون الاستحالة بخطأ المدين، أو بسبب أجنبي، إلا أنه في الحالة الأولى يلتزم المدين بالتعويض ويصبح تنفيذ الالتزام بمقابل، أما في الحالة الثانية ينقضي الالتزام وامتنع الرجوع على المدين بالتعويض¹.

وعدم إمكان تنفيذ الالتزام عيناً لاستحالة تنفيذه بخطأ المدين، امر متصور في جميع أنواع الالتزامات، عدا الالتزام بدفع مبلغ من النقود الذي لا يمكن تصور استحالة تنفيذه، ففي الالتزام بنقل حق عيني على منقول تبدو الاستحالة في صورة اقدام البائع على بيعه لمشتريه ثانياً تسلم المبيع بحسن نية، وفي الالتزام بعمل يكون التنفيذ العيني مستحيلاً إذا اقتضى تنفيذه تدخلاً شخصياً من المدين وأصر هذا الأخير على الامتناع عن التنفيذ، كالتزام فنان بالغناء، أو التزام طبيب بإجراء عملية جراحية... الخ، ولم تفلح وسائل الإكراه على قهر عناده، وفي الالتزام بالامتناع عن عمل تتحقق الاستحالة إذا أقدم المدين على القيام بالعمل الذي تعهد به بالامتناع عنه وكان الامتناع مطلوباً في الفترة التي قام خلالها بالعمل².

ثانياً: وجوب قيام الدائن بأعذار المدين:

نصت المادة 180 مدني على أنه: "يكون إعدار المدين بإنذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإعدار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون.."

إن الإعدار يعد شرطاً من شروط التنفيذ العيني للالتزام، الغرض منه وضع المدين موضع المتأخر في تنفيذ التزامه إن لم يوف به على الفور، كما يسجل به الدائن على مدينه تقصيره في تنفيذ الالتزام والوفاء به، ثم إن هناك جدية في مطالبة الدائن بتنفيذ ما ترتب على مدينه من التزامات عقدية وذلك لأن مجرد حلول أجل الالتزام لا يعني بالضرورة ترتب الآثار القانونية تلقائياً لاحتمال أن يكون الدائن راضياً بالتأخير أو على الأقل متسامحاً فيه لذلك وجب إعدار المدين لوضعه قانوناً في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه³.

¹ أنور سلطان - المرجع السابق - ص 149.

² عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير - المرجع السابق - ص 17.

³ ياسين محمد الجبوري - المبسوط في شرح القانون المدني - الجزء الثاني آثار الحقوق الشخصية - المجلد الأول - وسائل تنفيذ الحقوق الشخصية - الطبعة الأولى - دار الثقافة - عمان - سنة 2011 - ص 244.

يقصد بالإعذار إشعار المدين بوجوب تنفيذ التزامه متى حل أجل الوفاء أو التنفيذ، وهذا حتى لا يفهم المدين من عدم المطالبة بعد حلول الاجل أن الدائن يتسامح في التأخير في تنفيذ الالتزام، فمتى أذار الدائن مدينه وجب على هذا الاخير تنفيذ التزامه والا عد مقصرا. ويتم الاعذار عن طريق الانذار او ما يقوم مقام الانذار، ويجوز أن يتم عن طريق البريد حيث وطرق الاعذار المذكورة في المادة ليست من النظام العام، حيث يجوز الاتفاق على مخالفتها، كاعتبار المدين معذرا بمجرد حلول أجل الوفاء دون أي إجراء آخر، وهذا ما نصت عليه المادة 180 مدني.

وفي هذا المعنى قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1989/06/26 بأن: "من الثابت قانونا أن طلب التعويض لا يستحق الا بعد إعذار المدين، ولما تبين من القرار المطعون فيه أن الطاعن أثار دفعا بأن المطعون ضدها لم تقم بتوجيه إعذار مسبق له كما تشترطه المادة 180 من القانون المدني ويتجاهل قضاة الموضوع هذا الدفع وعدم مناقشته فإنهم أخطئوا مما ينبغي التصريح بنقض القرار المطعون فيه"¹.

وهناك حالات نصت عليها المادة 181 لا حاجة فيها لإعذار المدين وهي:

- إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين
- إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر، وسبب ذلك أن على كل شخص الالتزام بعدم الاضرار بالغير، والاخلال بذلك الالتزام يعني استحالة تنفيذه، وبالتالي فلا محل للإعذار.
- إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو أي شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.

- إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه.

وأخيرا يمكن القول بأن الاعذار اجراء تستلزمه وتقضيه الاعتبارات الاخلاقية، إذ ان تنبيه المدين إلى تقصيره في التنفيذ أو تأخره فيه، ومن ثم دعوته إلى وجوب تنفيذ التزامه، اجراء تستدعيه وتحتم القيام به كل القيم الاخلاقية قبل مفاجأة المدين بالتنفيذ العيني الجبري، وما ينطوي عليه هذا النوع من التنفيذ من مس بكرامته وسمعته واعتباره المالي والاجتماعي في كثير من الاحيان، هذا من جهة، ومن جهة أخرى لعل السبب في ان المدين لم يبادر الي

¹ حمدي باشا عمر - القضاء المدني (طبعة جديدة مزينة بأحدث الاحكام) - دار هومة - الجزائر - سنة 2014 - ص

تنفيذ التزامه في مواجهة دائئه في الاجل المحدد له، هو ركونه إلى تساهل الدائن، وافترض عدم تضرره من تأخر المدين في تنفيذ التزامه، لذلك يكون في اعدار المدين قطع لدابر كل ادعاء من هذا القبيل قد يلجأ المدين إلى الادعاء به والاحتفاء خلفه¹.

ثالثاً: أن لا يكون التنفيذ العيني مرهقاً للمدين

قد يكون التنفيذ العيني ممكناً، ولكن في جبر المدين على الوفاء به يؤدي إلى ارهاقه، للدائن في هذه الحالة طلب التنفيذ عن طريق التعويض، وهذا الشرط لم ينص عليه المشرع الجزائري في المادة 164، والمقصود بالتنفيذ العيني المرهق تلك الفروض التي يكون فيها تنفيذ الالتزام ممكناً في حد ذاته ولكنه يلحق بالمدين ضرراً جسيماً، فإصرار الدائن على التنفيذ العيني بالرغم من كونه يضر بالمدين، يجعل هذا الاخير متعسفا في استعمال حقه طبقاً للمادة 124 مكرر²، مما يتعارض ذلك مع مبدأ حسن النية الذي يحكم تنفيذ الالتزامات.

ولهذا المبدأ تطبيقات في القانون المدني مثال ذلك نص المادة 788 منه حيث نصت على انه: "إذا كان مالك الأرض وهو يقيم بناء بها قد تعدى بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة جاز للمحكمة إذا رأت محلاً لذلك ان تجبر صاحب الأرض الملاصقة على ان يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل".

ومن أمثلة التنفيذ المرهق ان يلتزم مشتري أرض بالا يتجاوز في البناء مساحة معينة منها، ولكنه يتجاوزها تجاوزاً يسيراً، ففي هذه الحالة لا يجوز للدائن ان يطالب بإزالة البناء كتطبيق عيني وانما يقتصر على التعويض النقدي.

ويشترط لتطبيق الحكم بالتنفيذ بمقابل الا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً، فإذا كان التنفيذ العيني يهدد المدين بخسارة جسيمة والعدول عنه إلى التعويض يضر بمصلحة الدائن فلا بد من الرجوع إلى الاصل وهو التنفيذ العيني لان الدائن إنما يطالب بحقه³.

¹ ياسين محمد الجبوري - المرجع السابق - ص 245.

² التي تنص على أنه: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية: إذا وقع بقصد الاضرار بالغير.

إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

³ محمد صبري السعدي - النظرية العامة للالتزام - القسم الثاني أحكام الالتزامات في القانون المدني الجزائري - دار الكتاب الحديث - سنة 2004 - ص 25.

المطلب الثاني

موضوع التنفيذ العيني

إن موضوع التنفيذ العيني هو عين محل الالتزام، ومحل الالتزام قد يكون نقل ملكية شيء أو أي حق عيني آخر، أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل وهذا ما سنتناوله في الفروع الآتية:

الفرع الأول: التنفيذ العيني في الالتزام بنقل ملكية شيء أو أي حق عيني آخر أو الالتزام بإعطاء شيء

قد يرد هذا الحق على منقول معين بذاته أو بنوعه أو عقار، فإن ورد على منقول معين بذاته انتقل الحق العيني أو انشئ بمجرد الاتفاق أي أن الالتزام بنقل أو انشاء الحق العيني في حالة وروده على منقول معين بذاته ينفذ تلقائياً وبقوة القانون، وهذا ما نصت عليه المادة 165 مدني بقولها: "الالتزام بنقل الملكية، أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري"، ويبقى بعد ذلك الالتزام بالتسليم، وهو التزام بعمل يمكن تنفيذه جبراً على المدين، حيث نصت المادة 167 مدني على أنه: "الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم".

وإن ورد الالتزام على منقول معين بنزعه كبيع كمية من الغلال، فإن الملكية لا تنتقل بمجرد الاتفاق بل تنتق بعد الفرز، إذا بالفرز يصبح محلها شيئاً معيناً بذاته فيقبل بذلك أن ترد عليه الملكية أو الحق العيني، وعملية الفرز هي التزام بعمل يمكن جبر المدين عليه، ويمكن الحصول على شيء من النوع ذاته من السوق على نفقة المدين.

وان ورد الالتزام بنقل الملكية على عقار فإن الملكية لا تنتقل بمجرد نشوء الالتزام بل يجب إجراء الشهر العقاري، وهذا الالتزام بعمل يمكن إجبار المدين عليه برفع دعوى صحة التعاقد أو صحة نفاذ عقد البيع ويستصدر حكماً بصحة البيع ونفاذه، فإذا سجله قام ذلك مقام تسجيل العقد، وهنا يكون حكم القاضي قد قام مقام تنفيذ الالتزام¹.

الفرع الثاني: التنفيذ العيني للالتزام بالقيام بعمل أو الامتناع عنه

نبدأ أولاً بالتنفيذ العيني للالتزام بالقيام بعمل ثم الامتناع عن عمل وذلك فيما يلي:

¹ محمد حسنين - الوجيز في نظرية الالتزام (مصادر الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري) - المؤسسة الوطنية للكتاب - الجزائر - سنة 1983 - ص 284.

أولاً: الالتزام بالقيام بعمل

إن الالتزام بالقيام بعمل قد يكون التنفيذ العيني فيه ممكناً دون تدخل المدين، فإذا امتنع عن تنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين، إذا كان هذا التنفيذ ممكناً، مثل: إذا التزم مقاول بإقامة بناء ولم يقيم بنيائه كان للدائن أن يطلب من مقاول آخر إقامة البناء على نفقة المدين ويتحمل المدين النفقات وهذا بشرط أن يكون العمل ممكن أن يقوم به شخص آخر وإن يحصل على إذن من القضاء، وهذا ما قضت به المادة 170 مدني والتي نصت على أنه: "في الالتزام بعمل، إذا لم يقيم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً".

وإذا كان العمل يقتضي من المدين تسليم الشيء، ولم يقيم بتسليمه بعد أن أعذره الدائن، فإن هلاك الشيء يكون عليه ويتحمل مسؤولية ذلك، وقد يكون التنفيذ العيني للالتزام ممكناً بتدخل المدين، فإذا امتنع عن تنفيذ التزامه لا مفر من اللجوء إلى التنفيذ عن طريق التعويض

ثانياً: الامتناع عن عمل:

إذا وقع العمل المخالف للالتزام بالامتناع، فإن التنفيذ العيني للالتزام يكون ممكناً عن طريق إزالة ما وقع، مثل ذلك حالة التزام بائع المحل التجاري إلى مشتر بعدم فتح محل بنفس النشاط في نفس الشارع فإذا ما خالف التزامه جاز للمشتري أن يطلب غلق المحل وله أن يطلب ترخيصاً من القضاء بأن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين، وكذلك البناء في أرض خروجاً على الالتزام بعدم البناء يجيز الحكم بإزالة هذا البناء، وهذا ما نصت عليه المادة 173 مدني: "إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل واخل بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطالب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام ويمكنه أن يحصل من القضاء على ترخيص للقيام بهذه الإزالة على نفقة المدين".

وللقاضي حرية الحكم بالإزالة أو الاقتصار على التعويض إذا وجد أن في الإزالة أرهاقاً على المدين، مما لا يتناسب مع الضرر الذي يصيب الدائن¹، مثال ذلك إقامة الجار بناء على جزء الأرض الملاصقة.

¹ محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص 32.

المطلب الثالث

اجبار المدين على التنفيذ العيني

قد يتضمن لجوء الدائن إلى التنفيذ العيني المباشر مساسا بحرية المدين الشخصية، وهذا غير جائز طبقا لشروط التنفيذ العيني وفي هذه الحالة خوله القانون اللجوء إلى وسيلة الغرامة التهديدية وصولا إلى إكراه المدين على التنفيذ العيني، وإذا لم ينجح في ذلك يلجأ الدائن إلى التنفيذ بطريق التعويض.

لذلك سنتناول الغرامة التهديدية كوسيلة من وسائل اجبار المدين على التنفيذ العيني، من حيث تعريفها، خصائصها ومدى فاعليتها، شروطها وآثارها، وسلطة القاضي في تصفيتها في الفروع الآتية:

الفرع الاول: تعريف الغرامة التهديدية

لم يتضمن القانون المدني تعريفا للغرامة التهديدية التي نص عليها في المادتين 174، 175 مدني، ومع ذلك يمكن تعريف الغرامة التهديدية بأنها وسيلة مالية يلجأ إليها الدائن من أجل إجبار المدين بطريق غير مباشر على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، إذا كان محل التزامه عملا او امتناعا عن عمل، عندما يكون هذا الالتزام قائما على الاعتبار الشخصي للمدين بحيث لا يكون التنفيذ العيني ممكنا او ملائما الا إذا قام به المدين نفسه، والاصل أنه لا يمكن اللجوء إلى الغرامة التهديدية إلا إذا كان التنفيذ المباشر غير ممكن، بسبب تعنت المدين وإصراره على عدم تنفيذ التزامه القائم على الاعتبار الشخصي له، ويكون ذلك بطلب الدائن الحكم على المدين بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا خلال مدة زمنية معينة، ويكون هذا الحكم مرفقا بغرامة تهديدية متمثلة في مبلغ من المال يفرض على المدين في حال تأخره في تنفيذ التزامه، عن كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر، أو عن كل مرة يقوم المدين بعمل محل بالتزامه إذا كان محل التزامه امتناعا عن عمل، وذلك إلى أن يقوم المدين بالتنفيذ العيني لالتزامه أو يمتنع عن الاخلال بالتزامه بصورة نهائية¹.

الفرع الثاني: خصائص الغرامة التهديدية ومدى فاعليتها

نعرض في هذا الفرع خصائص الغرامة التهديدية ونقطة أولى، ثم مدى فاعليتها في نقطة ثانية، على النحو الآتي:

¹ فوز صالح - النظام القانوني للغرامة التهديدية (دراسة قانونية مقارنة) - مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية - المجلد

28 - العدد الثاني - جامعة دمشق - سنة 2012 - ص 13.

أولاً: خصائص الغرامة التهديدية

وفقا للتعريف السابق للغرامة التهديدية يتبين أنها وسيلة إكراه غير مباشرة، فالحكم القضائي الذي يتضمنها يلزم المدين بأداء مبلغ من المال عن كل وحدة زمنية يتمتع فيها عن تنفيذ التزامه عينا، وعليه فهي تتميز بجملة من الخصائص نتناولها فيما يلي:

1- الغرامة التهديدية ذات طابع تهديدي

ميزة التهديد في أحكام الغرامة التهديدية موجهة لقهر إرادة المدين، وذلك من خلال المبالغة في تقدير مبلغ الغرامة، من أجل الضغط على المدين المتأخر أو المتعنت في التنفيذ، وهو ما يحقق انزعاجاً لدى للمدين عندما لا يعرف على وجه التحديد المبلغ الذي سيحكم به عليه في حالة تعنته، فالخشية من تراكم مبلغ الغرامة قد يدفع المدين إلى التنفيذ العيني، وبناء على ذلك فالغرامة التهديدية ليس تعويضا لجبر الضرر الحاصل للدائن، بل تهديداً مالياً يجب أن يؤدي في النهاية إلى تحقيق الغرض من الحكم بها، خاصة وأن القاضي له سلطة تقديرية واسعة في الزيادة في قيمة الغرامة التهديدية بما يجعلها تتناسب والغاية منها وهذا ما أكدته المشرع في الفقرة الثانية من المادة 174 مدني التي نصت على أنه: "وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة".

إن المشرع لم ينص صراحة على فكرة المبالغة في تقدير الغرامة التهديدية وتجاوزها لضرر الذي يصيب الدائن، فحسب رأي البعض من الفقه في هذه المسألة فإن المشرع ترك المجال مفتوحاً للقاضي في تقدير الغرامة التهديدية أثناء الحكم بها، فمهما كانت قيمتها أثناء الحكم، فالمشرع أعطى معايير للقاضي خلال تصفيته استناداً إلى نص المادة 175 مدني، ومن ثم فللقاضي عند التصفية ينظر ويراقب هذه المعايير ويحكم على أساسها بالغرامة الاجمالية المفروضة على المدين، ومن هذا المنطلق ففكرة المبالغة في الحكم بالغرامة التهديدية، وتجاوزها للضرر الحاصل للدائن لا تثار في المادة المدنية¹.

2- الغرامة التهديدية ذات طابع مؤقت

أي أن الحكم بها يظل غير بات حيث يصار إلى التصفية في ضوء الموقف النهائي للمدين سواء بالتنفيذ أو بالرفض، عندها ينتفي سبب وجود هذا الحكم ويحسم القاضي الدعوى،

¹ ناصر منى - نطاق تطبيق الغرامة التهديدية على الاحكام القضائية المدنية في ظل قانون الاجراءات المدنية والادارية - مذكرة ماجستير - تخصص تنفيذ الاحكام القضائية - كلية الحقوق - جامعة الجزائر 1 - سنة 2017 - ص 44.

ويقدر التعويض عن الضرر الذي أصاب الدائن، مع الأخذ بعين الاعتبار عناد المدين، بغض النظر عما تراكم من الغرامة التهديدية المحكوم بها.

3- الغرامة التهديدية وسيلة غير مباشرة للحصول على التنفيذ العيني: أي أنها ليست غاية الحكم وإنما هي وسيلة إكراه المدين على التنفيذ العيني لالتزامه¹.

4- الغرامة التهديدية ذات طابع تحكيمي

تظهر هذه الخاصية من خلال سلطة القاضي التقديرية في تحديد قيمة الغرامة التهديدية، وبدأ سريانها، فالقاضي غير ملزم بتسبيب حكمه وتوضيح الأسس التي اعتمدها في تقدير قيمة الغرامة وليس له مقياساً أو معياراً يعتمد عليه إلا القدر اللازم لتحقيق الغاية منها وهي الضغط على المدين وحمله على تنفيذ التزامه عينا².

5- الغرامة التهديدية لا تقدر جزافاً دفعة واحدة

وإنما يجري تقديرها عن كل وحدة زمنية يتأخر فيها المدين في تنفيذ التزامه، أي كلما مر يوم والمدين ممتنع عن تنفيذ التزامه، سيزداد مبلغ التعويض النهائي بسبب تعنت المدين وذلك حتى يشعر هذا الأخير بحجم تأخره عن التنفيذ³.

ثانياً: مدى فاعلية نظام الغرامة التهديدية

رغم أن الحكم بالغرامة التهديدية غير واجب التنفيذ لكونه مؤقتاً، فإن الأثر النفسي لهذا الحكم قد يدفع المدين إلى التنفيذ العيني، ومن ناحية أخرى فإن القاضي يأخذ في اعتباره عند تقدير قيمة التعويض، مدى العنت الذي بدا من المدين، ومن حيث العناد أو الاستجابة للحكم الصادر بالغرامة التهديدية، ويُفضل عدم مُغالة المحاكم في الحكم بالغرامة التهديدية، أو في تقدير قيمتها، حتى لا يتضاءل تأثيرها كوسيلة لإجبار المدين على تنفيذ التزامه عينا⁴.

¹ بن عامر بواب، مليكة هنان - الغرامة التهديدية ضد الأشخاص المعنوية العامة - مجلة القانون والعلوم السياسية - مجلة علمية أكاديمية محكمة، معهد الحقوق والعلوم السياسية - المركز الجامعي صالحى أحمد النعامة - العدد السابع - جانفي 2018 - ص 52.

² ناصر منى المرجع السابق - ص 48.

³ بن عامر بواب، مليكة هنان - المرجع السابق - ص 52.

⁴ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن - المرجع السابق - ص 18.

الفرع الثالث: شروط الحكم بالغرامة التهديدية وآثارها

نبين فيما يلي مسالتين الاولى شروط الحكم بالغرامة التهديدية، أما الثانية فهي آثار الحكم بالغرامة التهديدية، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: شروط الحكم بالغرامة التهديدية

يتضح من نص المادة 174 مدني أنه يشترط للحكم على المدين بغرامة تهديدية توافر أربعة شروط هي:

الشرط الأول: أن يوجد التزام على عاتق المدين امتنع عن تنفيذه

يجب من ناحية اولى أن يوجد التزام على عاتق المدين، يراد حمله على تنفيذه عن طريق التهديد المالي، فإذا لم يوجد التزام كواجب يفرض على المدين الوفاء به، فلا محل للحكم بالغرامة التهديدية، ويجب كذلك 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 للالتزام ممكناً:

وهذا شرط بديهي كما يرى الفقه، لأنه إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً، فلا جدوى من الحكم بالغرامة التهديدية، لأنها لن توصلنا إلى قيام المدين بالتنفيذ ما دام هذا التنفيذ قد أصبح غير ممكن وذلك بصرف النظر عن سبب الاستحالة، فسواء كانت بسبب المدين أي بخطاه، أو بسبب أجنبي، ففي الحالتين، لا يجوز الحكم على المدين بغرامة تهديدية، وكل ما يكون للدائن في حالة خطأ المدين أن يطلب التنفيذ بمقابل أي عن طريق التعويض.²

الشرط الثالث: أن يكون التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن أو غير ملائم الا إذا قام به المدين نفسه

يشترط أن يكون تدخل المدين الشخصي ضروريا لتنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا، بحيث أن هذا التنفيذ يصبح من غير تدخل المدين غير ممكن أو غير ملائم، ففي الالتزام بعمل يكون التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن أو غير ملائم الا إذا تدخل المدين، ويجوز اللجوء إلى التهديد المالي، كما هو الامر مثلا في الالتزام بتقديم حساب، أو الالتزام بتقديم وثائق، أو الالتزام بالقيام بعمل فني كالغناء أو التمثيل أو التصوير، أو بإخلاء عين مؤجرة أو تسليمها،

¹ محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 83.

² محمد لبيب شنب، أسامة أبو الحسن مجاهد- أحكام الالتزام - كلية الحقوق - جامعة حلوان - سنة 2016م - ص 63.

وبعض هذه الالتزامات غير ممكن التنفيذ عينا دون تدخل المدين، وبعضها تنفيذه غير ملائم دون هذا التدخل، ويكون في إكراه المدين على التدخل حجر على حريته الشخصية، أما الالتزام بالامتناع عن عمل قد يكون الاخلال بالالتزام من شأنه أن يجعل التعويض العيني مستحيلا، فلا يكون هناك محل للتهديد المالي، مثل ذلك أن يفشي الطبيب أو المحامي سر المهنة، فيتعين في هذه الحالة الاقتصار على الحكم بالتعويض، أما إذا كان التعويض العيني ممكنا ولكن عن طريق تدخل المدين الشخصي كوسيلة ضرورية أو ملائمة، جاز الالتجاء إلى التهديد المالي، مثال ذلك التزام الممثل بألا يمثل في مسرح معين، والالتزام المهندس بألا يعمل في مصنع منافس، فإنه يجوز الحكم في هذه الحالات على المدين بغرامة تهديدية عن كل مرة يأتي فيها بالأمر الممنوع أو حتى يكف بتاتا عن هذا الامر¹.

الشرط الرابع: أن يصدر حكم من القضاء بتنفيذ الالتزام عينا، وأن يطلب الدائن الحكم بالغرامة التهديدية:

ومعنى ذلك لا يكفي امتناع المدين عن تنفيذ التزامه، بالرغم من إعداره، للحكم عليه بالغرامة التهديدية، بل يجب على الدائن أن يلجأ إلى القضاء لاستصدار حكم بإلزامه بالتنفيذ العيني، وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك، فهي تستهدف حث المدين ليس فقط على تنفيذ التزامه الذي امتنع عن تنفيذه، وإنما على تنفيذ الحكم القضائي الذي ألزمه بالتنفيذ العيني، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للدائن أن يلجأ للقضاء طالبا فقط توقيع غرامة إجبارية على المدين لامتناعه عن تنفيذ التزامه، بل يكون لطلب الحكم بإلزام المدين بتنفيذ التزامه عينا، وبإلزامه بغرامة معينة في حالة عدم امتثاله وانصياعه لحكم القضاء، ولذلك يقال إن الغرامة الاجبارية تُعد من قبيل الجزاء على عدم احترام أحكام القضاء².

وينتج عن ذلك أيضا أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالغرامة التهديدية من تلقاء نفسها دون طلب من الدائن، وهذا ما نصت عليه المادة 174 مدني بقولها: "... جاز للدائن أن يحصل على حكم وإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة إجبارية إن امتنع عن ذلك"، فاللجوء إلى الغرامة التهديدية هو أمر جوازي للدائن، أي رخصة له.

ثانيا: آثار الحكم بالغرامة التهديدية

يترتب الحكم بالتهديد المالي وصيرورته نهائياً الآثار التالية:

¹ عبد الرزاق احمد السنهاوري - المرجع السابق - ص 810.

² محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 87.

- بدأ سريان احتساب مبالغ التهديد المالي حسب ما قضى به الحكم.
- إذا ما استجاب المحكوم عليه يُعد القائم بالتنفيذ محضراً بالامتنال فيطوى النزاع حيث يوقف سريان التهديد المالي، والقيام بإجراءات التصفية.
- إذا لم يمتثل المحكوم عليه فإن التهديد المالي يبقى ساري المفعول إلى غاية بلوغ قيمة المقدار الذي يمكن أن يكون موافقاً للضرر الذي تسبب فيه.
- باعتبار الحكم بالتهديد المالي هو حكم مؤقت وتهديدي، فإنه إذا استمر المدين في عدم الانصياع والعناد، يمكن للدائن أن يلجأ إلى القاضي المختص طالبا الزيادة في مقدار الغرامة¹، ليجعله مناسباً مع الموقف السلبي للمدين من التنفيذ العيني للالتزام الأصلي، وذلك من أجل الضغط أكثر على المدين المتعنت المُصر على عدم التنفيذ²، وذلك عملاً بأحكام المادة 174 فقرة 2 التي نصت على أنه: "وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة".

الفرع الرابع: سلطة القاضي في تصفية الغرامة التهديدية

إن الغرامة التهديدية بالشكل الذي ذكرناه سابقاً، قد تتجح في كسر عناد المدين الممتنع عن تنفيذ التزامه عيناً، وقد لا تتجح في مسعاها هذا، ويتبين ذلك من موقف المدين منها نهائياً، سواء بتنفيذ التزامه أو بالإصرار على عدم التنفيذ، وأياً ما كان من الأمر، فإنه يجب حينئذ تصفية الغرامة بتحويلها إلى تعويض نهائي، وكيفية تقدير هذا التعويض، وسنتناول ذلك فيما يلي:

أولاً: تحويل الغرامة التهديدية إلى تعويض نهائي

يتعين على الدائن المحكوم له أن يرفع دعوى أمام محكمة الموضوع طالبا تصفية الغرامة التهديدية، والحكم على المدين بتعويض نهائي يستطيع أن ينفذ به على أمواله، ويكون ذلك بعريضة افتتاحية تتضمن ملخصاً عن النزاع الذي تسبب في توقيع التهديد المالي، على ترفق الدعوى بنسخة من الحكم أو الأمر القضائي بتلك التهديدات، فضلاً عن مستندات التبليغ ومحضر الامتناع وفقاً للإجراءات المعمول بها³.

¹ حمة مرمرية - الحجز التنفيذي - رسالة دكتوراه الدولة - قسم القانون الخاص - كلية الحقوق - جامعة باجي مختار - عنابة - سنة 2009 - ص 45.

² ناصر منى - المرجع السابق - ص 144

³ حمة مرمرية - المرجع السابق - ص 45.

ثانيا: عناصر التعويض

الاشكال الذي يثور في هذه النقطة بعد ذلك هو كيف يُقدر التعويض في تلك الحالة، هل يتقيد القاضي في تقدير التعويض بمتجمد الغرامة، أم أنه يراعي في هذا التقدير ما أصاب الدائن من ضرر كما تقضي القواعد العامة، أم يجب عليه مراعاة أمر آخر غيرهما؟ أجابت على ذلك المادة 175 مدني التي نصت على أنه: "إذا تم التنفيذ العيني، أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعيًا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين".

يتبين من نص المادة أن الغرامة التهديدية تتحول إلى تعويض، فالمشرع وضع عناصر يتقيد بها القاضي في تقديره للتعويض دون التقيد بمبلغ الغرامة، وهذه العناصر هي:

العنصر الاول: التعويض العادي

يراعى فيه ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه عينا أو تأخر في التنفيذ في حالة ما إذا رجع المدين عن عناده وقام بتنفيذ التزامه، وهذا وفقا لما نصت عليه المادة 182 مدني: "...ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب...".

العنصر الثاني: تقدير العناد الذي بدا من المدين

وهو العنصر البارز في التعويض الذي يعقب التهديد المالي، بل هو العنصر الذي يخرج عن معناه المؤلف إلى المعنى الذي يتفق مع فكرة التهديد المالي، يجب أن يدخله القاضي عند تقدير التعويض النهائي، فيستطيع القاضي أن يزيد في التعويض مقابل الضرر الادبي، الذي أصاب الدائن من جراء عناد المدين، وإصراره على عدم تنفيذ التزامه أو تأخره المتعمد عن هذا التنفيذ، ونظرا لأهمية عنصر العنت في تقدير التعويض النهائي نص عليه المشرع في المادة 175 مدني، ويترتب على ذلك أن القاضي إذا أغفله في تقدير التعويض النهائي خضع لرقابة المحكمة العليا.

والغالب أن يكون هذا التعويض أقل من التهديد المالي، بل قد لا يرى القاضي وجها للحكم به لانعدام الضرر وعدم إمعان المدين في العنت، وقد يكون في بعض الحالات معادلا للغرامة التهديدية، لا سيما إذا امعن المدين في العنت والاصرار على عدم التنفيذ، فيستبقي القاضي التهديد المالي كما هو دون أن ينقصه ولكن تتغير مع ذلك طبيعته فيتحول إلى تعويض نهائي، ويجب على القاضي في هذه الحالة أن يسبب حكمه، وبهذا يمكن القول

أن ضرورة مراعاة عنصر العنت في تقدير التعويض أنه يعتبر معقل القوة في نظام الغرامة التهديدية وبذلك حفظ لها المشرع الجزائري فاعليتها وقوتها الرادعة بالنص عليها صراحة في المادة 175 مدني، وعليه يلزم المحكوم عليه بعد القيام بإجراءات التصفية والمراجعة، تمكين المحكوم له من تلك المبالغ التي تم القضاء بها بصفة نهائية¹.

¹ حمة مراربه - المرجع السابق - ص 47.

المبحث الثاني

التنفيذ بمقابل (التنفيذ بطريق التعويض)

إذا كان الاصل كما قلنا هو التنفيذ العيني للالتزام، إلا أن هناك من الحالات ما يتعين فيها الالتجاء إلى التنفيذ بمقابل، وقد سبق وأن اشرنا إلى هذه الحالات عند دراسة شروط التنفيذ العيني للالتزام، ولا نرى بأساً من إعادة التتويه عنها وهي:

إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً بخطأ المدين، أو إذا كان تدخل المدين شخصياً ضرورياً أو ملائماً لتحقيق التنفيذ العيني، ولم تجدي الغرامة التهديدية في كسر عناده وامتناعه، أو إذا كان التنفيذ العيني ممكناً ولكن في تحقيقه ارهاق للمدين، أي كانت الفائدة التي ستعود على الدائن منه لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب المدين، وكان في التعويض ترضية كافية للدائن.

وأخيراً إذا كان التنفيذ العيني ممكناً، ولكن لم يطلبه الدائن، ولم يعرضه عليه المدين، فحينئذ يكون استبدال التنفيذ العيني للالتزام بالتنفيذ بطريق التعويض وليد الاتفاق الضمني لطرفيه، ويدخل في هذه الحالة، من باب أولى، أن يطلب الدائن التعويض بدلاً من التنفيذ العيني ويوافقه المدين، أو على العكس أن يعرض المدين التعويض دون التنفيذ العيني ويقبله الدائن.

سنتناول بالدراسة في هذا المبحث مفهوم التنفيذ بمقابل في مطلب أول، ثم تقدير التعويض في مطلب ثان، كل ذلك فيما يلي:

المطلب الاول

مفهوم التنفيذ بمقابل

سنتناول في هذا المطلب المقصود بالتنفيذ بمقابل في فرع أول، ثم نتطرق لحالات التعويض في فرع ثاني، وذلك فيما يلي:

الفرع الاول: المقصود بالتنفيذ بمقابل

التنفيذ بمقابل، أو كما يسمى أيضا التنفيذ بطريق التعويض، هو البديل عن التنفيذ العيني، ويتحقق بتعويض الدائن عما لحقه من ضرر من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه تنفيذا عينيا، فالتعويض ليس التزاما جديدا يقع على عاتق المدين إلى جانب الالتزام الاصلي، بل هو تنفيذ له بصورة أخرى غير صورته الاصلية وهي التنفيذ العيني، ولما كان الدائن هنا لا يحصل على الاداء الاصلي لالتزام المدين، وإنما يحصل على مقابل له وهو التعويض، التعويض تنفيذا بمقابل¹.

كما عرفه البعض على أنه الحق الذي يثبت للدائن نتيجة اخلال مدينه بتنفيذ التزامه والذي يكون على شكل نقدي او على شكل آخر يعادل المنفعة المستحقة للدائن ويكون مصدر هذا التعويض إما إرادة الاطراف أو سلطة القاضي أو سلطة المشرع والقانون².

الفرع الثاني: حالات التعويض

التعويض الواجب على المدين، إذا لم يتم بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، نوعان وهما:

1- التعويض عن عدم التنفيذ: التعويض عن عدم التنفيذ هو الذي يحل محل التنفيذ العيني الذي لم يتم به المدين، فهو البديل عن التنفيذ العيني، ويصدق عليه وصف التنفيذ بمقابل، وإذا كان هذا وصفه، فإنه لا يجوز بداهة الجمع بينه وبين التنفيذ العيني للالتزام.

1- التعويض عن التأخر في التنفيذ: وهو الذي يجب على المدين لتأخره في تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، ويقصد به جبر الضرر الذي أصاب الدائن نتيجة لهذا التأخير، ولا يرفعه التنفيذ الذي يعقبه، ولما كان هذا التعويض لا يستحق الا لمجرد التأخر في تنفيذ الالتزام، فإنه يجوز أن يجتمع مع التنفيذ العيني، على عكس التعويض عن عدم التنفيذ، بل إنه يجوز الجمع بين النوعين من التعويض معا التعويض عن عدم التنفيذ والتعويض عن التأخر في

¹ محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 104.

² لوني يوسف - الحماية الاجرائية للدائن المتعاقد في التنفيذ العيني - أطروحة دكتوراه في العلوم - تخصص قانون - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة مولود معمري - تيزي وزو - سنة 2019 - ص 403.

التنفيذ، ذلك أن تأخر المدين في تنفيذ التزامه قد ينتهي بالتنفيذ العيني أو بعدمه، وفي هذه الحالة يجمع الدائن بين التعويض عن التأخر في التنفيذ والتعويض عن عدم التنفيذ¹.

الفرع الثالث: شروط استحقاق التعويض

يلزم لاستحقاق التعويض شرطان: الأول توافر أركان المسؤولية المدنية، وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين هذا الضرر وذلك الخطأ، فلا بد أن يكون عدم التنفيذ أو التأخر فيه راجعا إلى خطأ المدين، وليس إلى سبب اجنبي لا يد له فيه، كما يجب أن يترتب على إخلال المدين بالتزامه ضرر الدائن، وأن تقوم رابطة السببية بينه وبين الخطأ المنسوب إلى المدين، ودراسة أركان المسؤولية المدنية بنوعيتها عقدية وتقديرية، تدخل ضمن موضوعات مصادر الالتزام، وليس هنا محل دراستها، ونحيل بشأنها إلى مؤلفات مصادر الالتزام، أما الشرط الثاني فهو الاعذار، فلا يستحق التعويض إلا بعد اعذار المدين، ما لم ينص على غير ذلك.

المطلب الثاني

تقدير التعويض

تنص المادة 182 مدني على أنه: "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا 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".

تقدير التعويض الذي يطلبه الدائن كبديل للالتزام الذي لم ينفذه المدين، أو بسبب الضرر الذي لحقه من تأخره في تنفيذ هذا الالتزام، يعتبر أهم مسألة تثار في هذا الصدد، ويتولى القاضي عادة تقدير هذا التعويض الذي غالبا ما يكون محل خلاف بين الطرفين، وعندئذ يكون التعويض قضائيا، ولكن قد يتفق الطرفان مقدما على تقديره، وهذا هو التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي، بل إن القانون يتولى تقديره مباشرة إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وتأخر المدين في الوفاء به، وهو ما يسمى بالتعويض القانوني، وسنبحث هذه المسائل الثلاث في الفروع الآتية:

¹ محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 107.

الفرع الأول: التعويض القضائي

إذا توافرت شروط استحقاق التعويض، جاز للدائن أن يرفع دعوى على المدين مطالباً القاضي فيها بالحكم له بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو من جراء تأخره في هذا التنفيذ، ويقوم القاضي بتقدير التعويض المستحق وفقاً للقواعد القانونية لتقديره لكي يكون متناسباً بقدر الضرر، ودون زيادة أو نقصان. ولإحاطة بهذا النوع من التعويض يلزم دراسة ثلاثة مسائل وهي: عناصر التعويض، وطريقته، ثم حدود التعويض، على النحو الآتي:

أولاً: عناصر التعويض القضائي

بينت الفقرة الأولى من المادة 182 مدني عناصر التعويض القضائي بقولها: "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، أو بنص في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب..."

يتضح من هذا النص أن للتعويض القضائي عنصران وهما ما أصاب الدائن من خسارة، وما ضاع عليه من الكسب، وعلى القاضي أن يدخل في حسابه وهو يقدر التعويض المستحق عن عدم التنفيذ أو عن التأخر في التنفيذ هذين العنصرين، فيقدر أولاً ما أصاب الدائن من خسارة، ثم يقدر بعد ذلك ما فات الدائن من كسب، بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو بسبب تأخره في هذا التنفيذ، ومجموع هذين العنصرين يشكلان التعويض، ومثال ذلك إذا تعهد شخص بتوريد بضاعة في ميعاد معين ولم يوردها في نفس الموعد المحدد، هنا يقدر القاضي التعويض على أساس الخسارة التي لحقت الدائن والتي تتمثل في في الشراء بسعر أعلى، ثم ما فاتته من كسب، وهو الفرق بين الثمن الذي اشترى به والثمن الذي كان سيبيع به السلعة¹.

ويدخل في الخسارة التي تصيب الدائن حرمانه من الانتفاع بالشيء، فإذا تأخر بائع السيارة في تسليمها عن موعدها، كان للمشتري الحق في مطالبة بتعويض عن حرمانه من استعمالها طيلة مدة التأخير، ويكون التعويض مساوياً لقيمة تأخير سيارة خلال مدة حرمان الدائن من سيارته².

¹ رأفت محمد حماد، محمود عبد الرحيم الديب - الوجيز في النظرية العامة للالتزام - الجزء الثاني أحكام الالتزام - دار

الجامعة الجديدة - الاسكندرية - سنة 1997 - ص 55.

² محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص 59.

وكذلك لو كان المدين مطربا تعهد بالغناء في حفلة ينظمها الدائن، وامتنع عن تنفيذ ما تعهد به، فإن التعويض الذي يرجع به الدائن عليه يتضمن ما أصابه من خسارة تتمثل فيما انفقته في تنظيم هذه الحفلة، وما ضاع عليه من ربح كان سيجنه لو أن المطرب قام بالغناء¹. فإذا لم يصب الدائن خسارة أو لم يفته كسب من جراء إخلال المدين بتنفيذ التزامه سواء لم يحم به أو تأخره في ذلك، فلا يكون هناك محل للتعويض، فلو أن محاميا تعهد باستئناف حكم ثم أخل بالتزامه، واتضح أن هذا الحكم من الأحكام التي لا يجوز استئنافها فإنه لا يلتزم بالتعويض رغم الإخلال بالتزامه².

ثانيا: طريقة التعويض القضائي

نصت المادة 132 مدني على طريقة التعويض بقولها: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، وبصح أن يكون التعويض مقسطا كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا. 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 الاعانات تتصل بالفعل غير المشروع". نستنتج من هذه المادة أن التعويض يتخذ أحد صورتان وهما التعويض النقدي، والتعويض العيني:

1- التعويض النقدي: وفيها يقدر القاضي التعويض بمبلغ من النقود يحكم به لصالح الدائن لجبر الضرر الذي أصابه من جراء إخلال المدين بالتزامه.

2- التعويض العيني: هو الذي يمكن أن يحقق للمضرور ترضية جنس ما أصابه من ضرر، وذلك بطريقة مباشرة أي من غير طريق الحكم له بمبلغ من النقود، فإذا خالف المدين تعهده بعدم البناء أمكن التعويض العيني بإزالة البناء المخالف³، ففي هذه الحالة يحكم القاضي بإزالة المخالفة التي وقعت إخلالا بالالتزام.

وفي إطار المسؤولية التقصيرية، يمكن للقاضي أن يأمر بأداء أمر متصل بالعمل غير المشروع، ومثال ذلك أن يرتكب المعتدي سبا أو قذفا في حق المضرور، ويرى الأخير

¹ محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 110.

² محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص 59.

³ سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 168.

الترضية الكافية لما اصابه من ضرر في نشر حكم الادانة بهذه الجريمة في الصحف أو الزام المعتدي بنشر الاعتذار عما بدر منه في الصحف، فيأمر القاضي بهذا النشر على سبيل التعويض العيني للمضروب نتيجة السب والقذف¹.

ثالثاً: حدود التعويض

المبدأ العام أن يكون التعويض جابراً للضرر الذي اصاب الدائن، غير أن هذا المبدأ يرد عليه قيذان:

القيد الاول: التعويض عن الضرر المباشر دون الضرر غير المباشر

لا يلزم المدين سواء كانت مسؤولية عقدية أو تقصيرية إلا بتعويض عن الضرر المباشر دون الضرر غير المباشر، ويفترض هذا القيد أن أضرار تسلسلت أو تعاقبت عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه، ويحدث ذلك عندما يؤدي الفعل الخاطئ إلى ضرر الشخص ثم يؤدي هذا الضرر إلى ضرر ثان بنفس الشخص وهذا الأخير يؤدي إلى ضرر ثالث وهكذا والتساؤل مطروح عما إذا كان الفعل الخاطئ يعتبر مصدراً لجميع هذه الأضرار أم لبعضها فقط؟ ومثال ذلك المثال الشهير الفرنسي حيث اشترى شخص بقرة مريضة ووضعها مع أبقاره فانتقلت العدوى إليها فتعذر عليه زراعة أرضه وكثرت ديونه فحجز الدائنون على أرضه وبيعت بثمن بخس ولم يستطع معالجة ابنه المريض فمات، فهل يسأل بائع البقرة على كل هذه الأضرار؟ أم أن هناك نقطة يجب أن نقف عندها؟

يرى بواتييه صاحب هذا المثال أن الأضرار التي يجب التعويض عنها هي موت البقرة المريضة وعدوى بقية المواشي وموتها باعتبارها أضراراً مباشرة لخطأ البائع، أما عجز المضروب عن زراعة أرضه، وعن الوفاء بديونه، والحجز على أرضه وبيعها بثمن بخس، فهي أضرار غير مباشرة لا محل للتعويض عنها، فالقاعدة أننا نقف عند الضرر المباشر فنعوض عنه ونغفل الضرر الغير المباشر.

ويجب في هذا الصدد أن نضع المعيار الذي يعتد به في الضرر المباشر، وهو المعيار الذي نستنتجه من المادة 182 قانون مدني، الذي يحدد مسؤولية محدث الخطأ في حالة تعاقب الأضرار فنصت على أنه: "... ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول" فالضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية

¹ محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 114.

لعدم الوفاء أو للتأخر فيه، ويكون هذا النحو إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتفاداه ولو بذل جهداً معقولاً، فالسير الطبيعي للأمر يقضي بأن يقوم الدائن ببذل جهد معقول ليتقي تسلسل الأضرار وتعاقبها، فليس من المعقول أن الدائن يترك أموره تنتقل من سيئ إلى أسوأ لمجرد أن مدينه قد أخل بالتزامه، فإذا ترك الدائن الأضرار تتعاقب بالرغم من قدرته على تفاديها ببذل جهد معقول فيعتبر أنه قد أخطأ وعليه أن يتحمل نتائج خطئه ولا يسال عنها المدين¹.

القيد الثاني: التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المتوقع

وهذا الشرط تختص به المسؤولية العقدية دون المسؤولية التقصيرية طبقاً لنص المادة 182 الفقرة الثانية التي تنص على أنه: "غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

ويضرب الفقه مثلاً للضرر المتوقع بأنه إذا تعهدت مصلحة السكك الحديدية بنقل حقائب مسافر، وفقدت هذه الحقائب وكانت تحوي أشياء ثمينة كمخطوطات قديمة أو مجوهرات وغيرها، فلا تلتزم المصلحة في هذه الحالة إلا بالقيمة المألوفة للحقائب بحسب ما تحويه حقائب المسافرين عادة، لأن مثل هذه الأشياء الثمينة لا يمكن توقع وجودها في الحقائب عند التعاقد، وكان يجب على المسافر أن يبين لها حقيقة ما في حقائبه كي تتخذ الإجراءات المناسبة للحفاظ عليها².

ويبرر قصر التعويض على الضرر المتوقع في هذه الحالة، أن المتعاقدين عند إبرام العقد حددا ما ينشأ من التزامات، وبالتالي حددا مدى التعويض، وهو يقتصر على ما كان يمكن أن يدخل في اعتبارهما وقت التعاقد، وهو الضرر المتوقع، أما الضرر غير المتوقع، فلا يمكن القول بأن إرادتهما انصرفت إلى التعويض عنه³.

¹ محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص 63.

² دريد محمود علي - النظرية العامة للالتزام - القسم الأول مصادر الالتزام (دراسة تحليلية مقارنة) - الطبعة الأولى -

منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - سنة 2012 - ص 322.

³ محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص 64.

لكن إذا مال المدين إلى الغش، بأن تعتمد عدم تنفيذ التزامه، أو كان قد ارتكب خطأ جسيماً، فإنه في هاتين الحالتين يسأل عن جميع ما أصاب الدائن من ضرر مباشر، سواء كان متوقعاً أو غير متوقع.

الفرع الثاني: التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي):

قد لا يترك المتعاقدان أمر تقدير التعويض إلى القاضي كما هو الأصل، وإنما يتفقان مقدماً في العقد على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه، أو إذا تأخر في تنفيذه، ويطلق على هذا الاتفاق اسم " الشرط الجزائي"، لأنه يوضع عادة ضمن شروط العقد الأصلي، ولكن ليس هناك ما يمنع من الاتفاق عليه لاحقاً، والعقود التي تتضمن شرطاً جزائياً كثيرة الوقوع في الحياة العملية، نذكر على سبيل المثال عقد المقاول، الذي غالباً ما يتفق فيه رب العمل مع المقاول على أن يلتزم الأخير بدفع مبلغ معين يحدد جزافاً عن كل يوم أو عن كل أسبوع أو عن كل شهر أو عن مدة أخرى من الزمن، يتأخر فيها عن تسليم العمل الذي تعهد به، وقد نظم المشرع أحكام التعويض الاتفاقي في المواد من 183 إلى 185 مدني، وسنتناول فيما يلي التعويض الاتفاقي من حيث تعريفه، شروط استحقاقه، وأخير آثاره، كل ذلك على النحو الآتي:

أولاً: تعريف التعويض الاتفاقي

التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي هو اتفاق بمقتضاه يلتزم شخص بالقيام بأمر معين يكون في الغالب دفع مبلغ من النقود، في حالة إخلاله بالتزام أصلي مقرر في ذمته أو تأخره في الوفاء بذلك الالتزام الأصلي جزاء له على هذا الإخلال أو التأخير وتعويضاً للدائن عما أصابه من ضرر بسبب ذلك¹.

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

إن اتساع استعمال التعويض الاتفاقي في العقود ناتج عن المزايا التي يوفرها للمتعاقدين، ويمكن حصر هذه المزايا فيما يلي:

¹ سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 177.

- يعطي الثقة للدائن المشترط بتنفيذ العقد، وعدم الاخلال به وحفظ حقوقه، وبوجود التعويض الاتفاقي يدرك المدين أنه في حالة عدم تنفيذه أو في حالة تأخره عن ذلك فهو ملزم بدفع ما يزيد عن التزامه الاصلي، وبذلك يقلل الخصومات والمنازعات حول التعويض عن الاضرار اللاحقة بسبب الاخلال بالعقد.

يجنب المتعاقدان تحكم القضاء، فقيامهما بتحديد قيمة التعويض الاتفاقي يجنبهما اللجوء إلى القضاء وطلب تقديره، وفي هذا توفير للجهد والمال والوقت، ذلك أن المتعاقدان أقدر على تقدير الضرر الذي حل بأحدهما نتيجة عدم التنفيذ أو التأخر فيه¹.

ثانيا: شروط استحقاق التعويض الاتفاقي

يلزم لاستحقاق التعويض شرطان، الاول توافر أركان المسؤولية العقدية، أما الثاني هو وجوب الاعذار وسندرس ذلك فيما يلي:

1- توافر أركان المسؤولية العقدية

وهي الخطأ، الضرر، العلاقة السببية بين هذا الضرر وذلك الخطأ:

أ- الخطأ

الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد، فالمدين قد التزم بالعقد، فيجب عليه تنفيذ التزامه، والنصوص القانونية كثيرة في هذا المعنى حيث تنص الفقرة الاولى من المادة 106 مدني على أنه: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله الا باتفاق الطرفين، او للأسباب التي يقررها القانون" وتنص المادة 107 "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه" كما تنص المادة 160 على أنه: "المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به"، وتجبر المادة 164 المدين على تنفيذ التزامه حيث تنص على أنه: "يجبر المدين بعد اعذاره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينياً، متى كان ذلك ممكناً".

فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه العقدي كان هذا هو الخطأ العقدي، ويستوي في ذلك ان يكون عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه ناشئاً عن عمد أو عن اهماله⁽²⁾، فالدائن غير مكلف إلا بإثبات واقعة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر في تنفيذه، على الوجه المتفق عليه في

¹ القروي بشير سرحان - طرق التنفيذ في التشريع الجزائري والتشريع المقارن - أطروحة دكتوراه في القانون الخاص - كلية الحقوق - جامعة الجزائر 1 - سنة 2014 - ص 212.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهاوري- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- المجلد الثاني - نظرية الالتزام بوجه عام(مصادر الالتزام) - الطبعة 2 - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - سنة 2002- مصادر الالتزام - ص 736.

العقد، وعليه يختلف تحديد عدم التنفيذ حسب نوع الالتزام وهل هو التزام بتحقيق نتيجة أم التزام ببذل عناية؟

بالنسبة للالتزام بتحقيق غاية أو نتيجة معينة، فلا يعتبر المدين قد قام بتنفيذ التزامه إلا إذا قام بتحقيق هذه الغاية أو النتيجة المتفق عليها مثال ذلك: في عقد البيع فإن التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري لا يعتبر قد نفذ إلا بتحقيق النتيجة المتفق عليها وهي نقل الملكية⁽¹⁾.

والالتزام المقاول - في عقد المقاولة - ببناء منزل لا يعتبر قد تم تنفيذه إلا بقيامه ببناء هذا المنزل، فإذا لم تتحقق النتيجة المتفق عليها في العقد - أي كان السبب - يتوافر الخطأ بالنسبة للمقاول (للمدين) ويُنسب إليه عدم تنفيذ الالتزام وتقوم مسؤوليته العقدية⁽²⁾.

أما بالنسبة للالتزام ببذل عناية فينحصر الالتزام فيه ببذل جهد معين للوصول للغرض المطلوب، سواء تحققت النتيجة أم لم تتحقق، فهو إذن التزام بعمل، ولكنه عمل لا تضمن نتيجته، والمهم فيه أن يبذل المدين لتنفيذه مقداراً من العناية التي يبذلها الشخص العادي، فمتى بذل المدين العناية المطلوبة منه، يكون قد نفذ التزامه، حتى ولو لم يتحقق الغرض المقصود، فالمستأجر مثلاً، يجب عليه أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذله الشخص المعتاد، ويستحق الشرط الجزائي في مثل هذه الحالة طالما لم يبذل المدين العناية المطلوبة منه، وهكذا يكون الخطأ مبنياً على أساس موضوعي قوامه الاعتداد بواقعة مادية بحتة، وهي عدم تنفيذ الالتزام، ويتحقق هذا بتوافر خاصيتان وهما:

- يجب أن يكون عدم التنفيذ نهائياً.

- يجب أن يكون عدم التنفيذ كلياً³.

وقد تكفل القانون المدني ببيان العناية اللازمة والتي إذا بذلها المدين يكون قد نفذ التزامه ولا يمكن أن ينسب إليه خطأ وهي عناية الشخص المعتاد، حيث تنص المادة 172 من القانون المدني على أنه: "في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على

(1) د/ نزيه محمد الصادق المهدي- النظرية العامة للالتزام- الجزء الأول مصادر الالتزام على التطبيقات المعاصرة لمشكلات المسؤولية المدنية - جامعة القاهرة- كلية الحقوق - سنة 2011 ص 289.

(2) د/ نزيه محمد الصادق المهدي - المرجع السابق - ص 289.

³ القروي بشير سرحان - المرجع السابق - ص 220.

الشيء، أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفى بالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك¹.

وفيما يتعلق بالخطأ يتعين على الدائن اثباته، إلا إذا كان الالتزام العقدي الذي قصد المدين الوفاء به التزاما بتحقيق نتيجة، فيكتفي من الدائن اثبات عدم تحققها فإن فعل، فيفترض الخطأ من جانب المدين ويكون على الاخير إذا أراد نفي المسؤولية إقامة الدليل على وجود السبب الاجنبي²، أما إذا كان التزام المدين بذل عناية، فعلى الدائن أن يثبت أن المدين لم يبذل العناية الكافية لتنفيذ التزامه، وعلى المدين في هذه الحالة إثبات السبب الاجنبي إذا أراد نفي مسؤوليته.

ب- الضرر

الركن الثاني في المسؤولية العقدية هو الضرر الذي يصيب الدائن بسبب خطأ المدين في عدم تنفيذ التزامه العقدي، والذي يعرف على أنه: "الاذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه، او بمصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق او تلك المصلحة متعلقة بسلامة جسمه أو ماله أو عاطفته أو حريته أو شرفه، أو غير ذلك"³.

إن الشرط الجزائي ما دام تقديراً اتفاقاً للتعويض لذلك يستلزم تحقق الضرر كشرط جوهري لإعماله، غاية ما في الامر أن المشرع قد خرج هنا عن القواعد العامة في شأن اثبات الضرر، فنقل عبء الاثبات من الدائن إلى المدين، بمعنى أنه ليس على الدائن اثبات الضرر، بل على المدين اثبات انتفائه، وهذه هي الفائدة التي يجنيها الدائن من تضمين العقد شرطاً جزائياً⁴، ونظراً لأهمية الضرر في إعمال الشرط الجزائي نص عليه المشرع في المادة 185 مدني، والتي نصت على أنه: "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر".

¹ عبد الرحمن العيشي- محاضرات في المسؤولية القانونية - أُلقيت على طلبة السنة الثانية ماستر 2 تخصص: القانون العقاري، الاحوال الشخصية، القانون البيئي - قسم القانون الخاص - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة لونيبي علي البليدة - 2 - العام الجامعي 2017-2018 - ص 9.

² أنور سلطان - المرجع السابق - ص 176.

⁽³⁾ / بشار ملكاوي، / فيصل العمري - مصادر الالتزام (الفعل الضار) - الطبعة الاولى - دار وائل - عمان - سنة 2006 - ص 70.

⁴ أنور سلطان - المرجع السابق - ص 176.

ج- علاقة السببية

تعتبر علاقة السببية الرباط الذي يؤدي إلى قيام المسؤولية المدنية وتحققها، وبالتالي فإذا كان الضرر ناتج لسبب أجنبي فلا مجال لاستحقاق الشرط الجزائي، أو انتقت المسؤولية بأن كان الضرر غير مباشر، أو كان مباشراً ولكنه غير متوقع في المسؤولية العقدية، فعندئذ لا تتحقق ولا يستحق التعويض، فلا محل إذن لإعمال الشرط الجزائي¹، إلا إذا قصد تحميل المدين تبعه الحادث المفاجئ فيكون الاتفاق في هذه الحالة صحيحاً بوصفه شرطاً يحمل تشديداً للمسؤولية².

2- الاعذار

بالإضافة إلى وجوب توافر أركان المسؤولية، يجب أن يقوم الدائن بإعذار المدين في كل الأحوال التي يكون فيها الاعذار واجباً، فالشرط ما هو الا تقدير للتعويض، والاعذار شرط لازم لاستحقاق التعويض بصفة عامة، والاتفاق على الشرط الجزائي لا يعني بذاته الاعفاء من الاعذار، ولا يعتبر وجود هذا الشرط اتفاقاً صريحاً أو ضمناً على اعفاء الدائن من إعذار المدين، وهذه الحالات ترجع إما إلى الاتفاق وإما إلى القانون أو طبيعة الأشياء³.

ثالثاً: آثار التعويض الاتفاقي

الأصل أنه إذا تحققت شروط التعويض الاتفاقي، وكان هناك تناسب بين التعويض المتفق عليه والضرر الواقع، تعين على القاضي الحكم بالمبلغ المتفق عليه دون زيادة أو نقصان، ولا يجوز له في هذه الحدود أن يراجع تقدير الطرفين، والفرض أنهما قد قصدا بالشرط الجزائي استبعاد سلطته التقديرية، غير أن القانون إذ سمح للأفراد أن يقوموا مقام القضاء في تقدير التعويض، فإنه أخضع في الوقت ذاته، اتفاقاتهم في هذا الشأن لسلطة واسعة من القضاء تمكنه من الرقابة على مدى التزامهم بقواعد تقدير التعويض وضرورة تناسبه مع الضرر، وذلك حتى لا يخرج الشرط الجزائي عن وظيفته، وهي التقدير المسبق للتعويض، إلى وظيفة أخرى، كالتهديد المالي أو الاعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها. ولهذا أجاز المشرع في حالات معينة للقاضي تعديل التعويض الاتفاقي بالتخفيض أو الزيادة، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 184 مدني على أنه: " ويجوز للقاضي أن

¹ القروي بشير سرحان - المرجع السابق - ص 222.

² أنور سلطان - المرجع السابق - ص 176.

³ القروي بشير سرحان - المرجع السابق - ص 222.

يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ جزء منه".

كما نصت المادة 185 مدني 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 غشاً، أو خطأ جسيماً"، وسنتناول كل ذلك على النحو الآتي:

1- تخفيض التعويض الاتفاقي

أجازت المادة 184 مدني للقاضي تخفيض التعويض الاتفاقي في حالتين وهما: الحالة الأولى: إذا كان التعويض الاتفاقي مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، حيث يقضي المبدأ أن الشرط الجزائي، كما سبق القول، هو اتفاق يحترم ارادة المتعاقدين في حالة ما اتفقا على تحديد مقدار التعويض الذي استحقه الدائن إذا أخل المدين بالالتزام، وهنا لا يمكن للقاضي التدخل لتعديل التعويض المتفق عليه إلا إذا كان مبالغاً فيه.

لكن واستثناء عن ذلك إذا كان تقدير التعويض الاتفاقي مبالغ فيه بدرجة كبيرة فإن القاضي يبدأ بتحديد المبلغ الذي يتحمله المدين المخل بالتزامه بصفة نهائية، ولعدم تحديد المشرع الطريقة الواجبة الاتباع في تخفيض التعويض الاتفاقي فإن المادة 184 مدني وضعت أساس موضوعي يتمثل في عدم التناسب بين قيمة الضرر الذي وقع والتعويض الاتفاقي، ولهذا على القاضي أن يخفض هذا التعويض إلى الحد المعقول دون جعله مساوياً للضرر الفعلي، وعليه يبقى التعويض الاتفاقي مرتفعاً قليلاً ومحافظة بطابعه الاتفاقي، ويكون دور القاضي على تخفيضه بالقدر الذي يزيل عنه المبالغة الكبيرة¹.

الحالة الثانية: إذا كان الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، حيث وردت هذه الحالة أيضاً في الفقرة الثانية من المادة 184 مدني، وفيها يكون المدين قد نفذ جزءاً من الالتزام الذي اشترط التعويض عن الإخلال به، كما لو كان ملزماً بتوريد ألف قطعة من الملابس، ولم يورد سوى خمسمائة قطعة ولهذا يجوز للقاضي أن يخفض التعويض المتفق عليه بقدر هذا التنفيذ الجزئي، وهذا راجع إلى أن العدالة تقتضي بالاً يلزم المدين بكامل التعويض، وتخفيضه إلى الحد الذي يتناسب والجزء الباقي من الالتزام دون تنفيذ².

¹ بورنان العيد - دور القاضي في التعويض الاتفاقي - رسالة ماجستير - تخصص عقود ومسؤولية - كلية الحقوق - جامعة الجزائر 1 - سنة 2015 - ص 60.

² محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 156.

ويعاب على المشرع حول نص المادة 184 الفقرة الثانية، أنه لم يرشد القاضي إلى أية قواعد يستعين بها لإجراء التخفيض، وعليه على القاضي عند تقديره للتنفيذ الجزئي أن يأخذ بعين الاعتبار عدة عناصر منها الضرر الذي أصاب الدائن والفائدة التي حصل عليها من هذا التنفيذ الجزئي، ثم حسن أو سوء نية المدين¹.

2- زيادة التعويض الاتفاقي

أجازت المادة 185 مدني للقاضي زيادة الشرط الجزائي إذا كان ما نزل بالدائن من ضرر يفوق قيمة التعويض المتفق عليه، والذي نتج عن ارتكاب المدين غشا أو خطأ جسيما في اخلاله بالتزامه، وهذا على سبيل الاستثناء، وعليه سنتناول المبدأ ثم الاستثناء فيما يلي:

أ- المبدأ العام عدم جواز زيادة التعويض الاتفاقي

تنص المادة 185 مدني على أنه: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة الا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا، او خطأ جسيما".

نستنتج من هذه المادة أن المبدأ العام لا يجيز للقاضي أن يحكم على المدين بأكثر من قيمة التعويض الاتفاقي، حتى ولو زاد مقدار الضرر عليها، فالشرط الجزائي يمثل الحد الاقصى للتعويض المستحق للدائن، مهما بلغ مدى الضرر الذي حصل له نتيجة إخلال المدين بالتزامه².

ب- الاستثناء عن قاعدة عدم جواز زيادة التعويض الاتفاقي

أورد المشرع استثناء على قاعدة عدم جواز زيادة الشرط الجزائي، حيث أجاز زيادته بتوافر شرطين وهما:

الشرط الاول: تجاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي

إذا كان الشرط الجزائي تافها بدرجة تجعله في حكم شرط الاعفاء من المسؤولية، وفي هذه الحالة نفرق بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، فنجد أن حكم الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية التعاقدية جائز قانونا إلا في حالي الغش والخطأ الجسيم³، حيث نصت المادة 178 من القانون المدني على انه: "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة

¹ بورنان العيد - المرجع السابق - ص 62.

² محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 158.

³ محمد حسنين - المرجع السابق - ص 267.

الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه، أو عن خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.

ويبطل كل شرط يقضي بالاعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الاجرامي".

يتضح من هذا النص أنه يجوز للمتعاقد من حيث الاصل تعديل قواعد المسؤولية العقدية باعتبارها وليدة ارادتهما الحرة فهي ليست من النظام العام لذلك فإنه يجوز الاتفاق على ما يخالفها¹، وعليه يتعين على القاضي أن يحكم بالشرط الجزائي المتفق عليه ولو كان يقل في مقداره عن الضرر الواقع، وفي هذا نزول على إرادة المتعاقدين التي اجتمعت لها وقت الاتفاق على الشرط الجزائي عناصر تقدير الضرر المتوقع حصوله إذا لم ينفذ المدين التزامه، وقصدت مع ذلك إلى التخفيف من المسؤولية، ومن الطبيعي أن هذه الإرادة لا يعتد بها إلا بالنسبة إلى الخطأ العادي، وهو المتصور وقوعه من المدين².

الشرط الثاني: ارتكاب المدين غشاً أو خطأ جسيماً

إذا تجاوز الخطأ هذه الدرجة، بأن لجأ المدين إلى الغش أو ارتكب خطأ جسيماً فلا يجوز، عن طريق هذا الشرط، أن يتخلص من التعويض الكامل للضرر إذا خرج عن مقتضيات حسن النية في تنفيذ التزامه، ووجوب الرجوع حينئذ إلى قاعدة أن التعويض يكون بقدر الضرر، وهذا ما عناه المشرع في نص المادة 185 مدني، ويقع على الدائن الذي يطالب بتعويض أكبر من قيمة الشرط الجزائي أن يثبت أن قيمة الضرر الذي أصابه تجاوز مقدار التعويض المتفق عليه، وأن الإخلال بالالتزام نشأ نتيجة غش المدين أو خطئه الجسيم ليمنع نفاذ الشرط الجزائي، ويتحصل على تعويض مناسب للضرر الذي لحق به³.

الفرع الثالث: التعويض القانوني

يقصد بالتعويض القانوني، التعويض الذي تكفل القانون بتقديره في نصوص تشريعية نتيجة الإخلال بالالتزام بدفع مبلغ من النقود، ويتمثل هذا التعويض عادة في الفوائد، أي في مبلغ من النقود يحسب على أساس نسبة مئوية معينة من مقدار معين.

¹ دريد محمود علي- المرجع السابق - ص 302.

² أنور سلطان - المرجع السابق - ص 180.

³ محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 159.

تنص المادة 186 مدني على أنه: "إذا كان محل الالتزام بين أفراد مبلغاً من النقود عين مقداره وقت رفع الدعوى وتأخر المدين في الوفاء به، فيجب عليه أن يعرض للدائن الضرر اللاحق من هذا التأخير".

يتضح من هذا النص أنه إذا كان الالتزام عبارة عن مبلغ من النقود معلوم المقدار وقت رفع الدعوى، فإن المدين يلتزم بتعويض الضرر الذي أصاب الدائن، من جراء التأخير في تنفيذ الالتزام، ويسمي الفقهاء هذا التعويض بالفوائد التأخيرية، وهي التي تستحق كتعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بمبلغ من النقود عن أجل المحدد لوفائه، وهذه الفوائد القانونية تقابلها الفوائد الاتفاقية التي يشترطها المتعاقدان في القروض، وهذه الأخيرة لا يعترف بها المشرع الجزائري، وبالمقابل يعترف بالفوائد التأخيرية لذلك سنتناول هذا النوع فقط من الفوائد. ويشترط لاستحقاق التعويض القانوني ما يلي:

الشرط الأول: أن يكون محل الالتزام مبلغ من النقود أي يجب أن يكون المدين ملتزم بدفع مبلغ من النقود إلى الدائن.

الشرط الثاني: أن يكون مبلغ الدين معلوم المقدار وقت الطلب كالثمن الذي يدفعه المشتري إلى البائع، فهو مبلغ محدد ومعلوم وبالتالي لا تستحق الفوائد التأخيرية إذا كان ما يطالب به الدائن غير معلوم المقدار، كان يطالب بالتعويض عن عمل غير مشروع¹.

¹ رأفت محمد حماد، محمود عبد الرحيم الديب - المرجع السابق - ص 66.

المبحث الثالث

وسائل المحافظة على الضمان العام

للدائنين ضمانا عاما على جميع أموال مدينهم، وقد عبرت عن مبدأ هذا الضمان وأبرزت وجهي العمومية فيه المادة 188 مدني، حيث نصت على أنه: "أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه. وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون اتجاه هذا الضمان"، ويتضح من هذه المادة أن عمومية هذا الضمان لها وجهان: الوجه الاول يتمثل في أن الضمان العام يتمثل في أنه يرد على أموال المدين التي تكون في ذمته وقت مطالبة الدائن بحقه، فيستطيع أن يستوفيه من أي مال من أموال المدين وقت التنفيذ، سواء كان هذا المال من المنقولات أو من العقارات.

أما الوجه الثاني فيتمثل في أن جميع الدائنين متساوون فيه، لا يتقدم دائن على آخر ولو كان تاريخ نشأة حقه أو تاريخ استحقاقه سابقا على ما لغيره من حق في ذمة المدين، بحيث إذا لم تكف أموال المدين للوفاء بحقوق الدائنين جميعا اقتسموا ما في ذمته من أموال قسمة غرماء أي كل بنسبة حقه¹، غير أن تقرير المساواة بين الدائنين في نطاق الضمان العام المقرر لهم على جميع أموال مدينهم، لا يمنع من أن يكون لأحدهم حق التقدم على الآخرين في استيفاء حقه إذا كان له تأمين خاص على مال معين من أموال المدين، كالرهن الرسمي أو الحيازي، أو حق التخصيص أو حق الامتياز.

فالضمان العام يرد على ذمة المدين المالية وقت التنفيذ، لكن هذا الضمان يمكن أن يتأثر تبعا لأثر تصرفات المدين، فيزيد قوة أو ضعفا حسبما يترتب على هذه التصرفات من زيادة أموال المدين أو نقصها، لذلك جعل القانون للدائنين بعض الوسائل التي يحافظون بها على الضمان العام المقرر لهم، على النحو الذي يساعدهم على استيفاء حقهم، وتتمثل هذه الوسائل في: الدعوى غير المباشرة، الدعوى البولصية، الدعوى الصورية، إلى جانب هذه الوسائل نظم المشرع وسيلة رابعة لا يقصد بها في الحقيقة المحافظة على الضمان العام للدائنين جميعا، وإنما هي تكفل لدائن - في ظروف معينة - ما يمكنه من الضغط على المدين لحثه على أن يفي له بحقه، وذلك بحبس الشيء عنده، وهو ما يعرف بالحق في الحبس، ونعالج هذه الوسائل كلها في المطالب الآتية:

¹ محمد شكري سرور - المرجع السابق - ص 149.

المطلب الاول

الدعوى غير المباشرة

قد يكون المدين اتجاه دائن معين، دائنا لشخص ثالث بالتزام آخر، ولا شك أن استيفاء هذا المدين لديونه قبل مدينه يزيد من الضمان العام لدائنيه ويقوي احتمال حصولهم على حقهم منه، ولكن قد يحدث أن يتقاعس هذا المدين عن المطالبة بحقوقه، سواء كان مهملًا في ذلك أو متعمدا للإضرار بدائنه، ففي هذه الحالة يجيز القانون لدائن المدين أن يطالب مدين مدينه بما هو واجب في ذمته لهذا المدين، وذلك عن طريق دعوى يرفعها الدائن باسم مدينه ولحسابه، تسمى بالدعوى غير المباشرة، وسنتناول هذه الدعوى من حيث تعريفها وشروطها، ثم آثارها، وذلك فيما يلي:

الفرع الأول: تعريف الدعوى غير المباشرة وشروطها

في هذا الفرع نتطرق لتعريف الدعوى غير المباشرة، بعدها نبين شروط هذه الدعوى، وذلك فيما يلي:

أولاً: تعريف الدعوى غير المباشرة

هي دعوى التي يرفعها الدائن باسم مدينه للمطالبة بحق له في ذمة الغير، وأساس هذه المطالبة هو اعتبار الدائن نائباً عن مدينه في استعمال هذه الحقوق، والنيابة هنا قانونية لان مصدرها نص القانون، وتتميز هذه النيابة بأنها مقررة لمصلحة النائب وهو الدائن، وليس مقررة لمصلحة الاصيل وهو المدين¹، والفكرة الاساسية في الدعوى غير المباشرة هي وجود مصلحة مشروعة للدائن، وهذه المصلحة هي التي تبرر نيابته عن المدين حيث يسعى للمحافظة على الضمان العام وتقويته.

والدعوى غير المباشرة وسيلة أوجدها القانون للدائن يدفع بها عن نفسه تقاعس المدين، إذا أهمل هذا الاخير استعمال حقه بنفسه، وبمعنى آخر هي وسيلة يترتب على استعمالها أو الدفع بها المحافظة على عناصر الضمان العام أو زيادتها، فكل حق أهمل المدين في استعماله كان للدائن أن يباشره نيابة عنه، وذلك وفق شروط معينة ومحددة.

¹ محمد لبيب شنب، أسامة أبو الحسن مجاهد - المرجع السابق - ص 111.

ثانياً: شروط الدعوى غير المباشرة

نصت المادة 189 مدني على ما يلي: " لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، الا ما كان خاصاً بشخص أو غير قابل للحجز ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا الا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق، وأن هذا الامساك من شأنه أن يسبب عسره، او أن يزيد فيه".

يتضح من هذه المادة أنه ولاستعمال الدعوى غير مباشرة لا بد من توافر عدة شروط منها ما يرجع إلى الدائن، وهناك شروط تتعلق بالمدين، وأخيراً شروط متصلة بالحق الذي يستعمله الدائن، وسنتناول ذلك فيما يلي:

1- الشروط التي ترجع إلى الدائن

الشرط الوحيد في الدائن هو أن يكون له حق موجود، فلو كان حقا احتماليا كحق الوارث قبل موت المورث، أو كان حقه غير خال من النزاع، فإن دائنيته لا تكون محققة ومن ثم لا يستطيع استعمال حقوق مدينه إلا إذا انقلب حقه المحتمل إلى حق موجود، أو أصبح حقه المتنازع فيه خالياً من النزاع¹.

لكل دائن أن يستعمل حقوق مدينه، فإذا كان الغرض من استعمال الدعوى غير المباشرة هو المحافظة على الضمان العام، فلكل دائن توافر في حقه الشرط السالف الذكر أن يلجأ إلى هذه الدعوى ولا فرق في ذلك بين دائن عادي أو دائن مرتهن أو دائن له حق امتياز، وسواء كان حقه سابقاً في نشوئه على حق المدين قبل الغير الذي يريد المحافظة عليه أم كان لاحقاً له².

وأخيراً لا يشترط أن يحصل الدائن على إذن من القضاء بحلوله محل مدينه في مباشرة حقوقه، لأن نيابته في هذا الشأن يستمدّها من القانون كما سبق وأن أشرنا.

2- الشروط المتصلة بالمدين

لم يقرر المشرع للدائن الحق في استعمال الدعوى غير المباشرة إلا بقصد حماية مصلحته المشروعة في المحافظة على الضمان العام وطبيعي أن لا تتحقق هذه المصلحة المشروعة إلا إذا توافرت الشروط الآتية:

¹ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - الجزء الثاني الإثبات ، آثار الالتزام - الطبعة الثالثة - منشورات الحلبي الحقوقية - لبنان - سنة 2000 - ص 946.

² محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 202.

أ- تقصير المدين في عدم استعمال حقه بنفسه

الاصل أن المدين يستعمل حقوقه بنفسه، ولا يبرر استعمال الدائن حقوق المدين إلا إذا تراخى الأخير في استعمالها أو أهمل في ذلك، فإذا باشر المدين حقه أو كانت لا تزال أمامه فسحة من الوقت لمباشرته دون خطر على هذا الحق، فليس للدائن أن يستعمل هذا الحق عن طريق الدعوى غير المباشرة.

فيجب حتى يجوز للدائن ذلك أن يتأخر المدين في استعمال حقه عن الوقت الذي لا يسمح الرجل المعتاد لنفسه أن يتركه ينقضى دون أن يستعمل هذا الحق، ويكفي مجرد تأخر المدين عن استعمال حقه دون حاجة إلى اعذاره لذلك أو إلى استئذان القضاء فيه لأنه مأذون فيه بحكم القانون، فإذا لم يقع من المدين تأخير في استعمال حقه عن الوقت المناسب، فلا يجوز للدائن أن يستعمله بالنيابة عنه ولو أنذره بضرورة ذلك، ويجوز لكل من المدين والخصم المرفوعة عليه الدعوى غير المباشرة أن يثبت أن المدين لا يعتبر مهملاً أو متأخراً في استعمال حقه، وأنه مازال أمامه متسع من الوقت لاستعماله فيقضى بعدم قبول الدعوى غير المباشرة من الدائن¹.

وإذا كان الدائن قد باشر الحق نيابة عن المدين ثم نشط هذا الأخير وأراد أن يباشر حقه بنفسه، حتى بعد أن يكون الدائن قد باشر استعمال الحق بالنيابة عنه، تعين في هذه الحالة على الدائن وقف الاجراءات التي بدأها، وأن يترك اتمامها للمدين².

هذا ويجب على الدائن أن لا يلجا إلى الدعوى غير المباشرة لما فيها من تدخل في شؤون المدين إلا إذا كان إحجام المدين عن مباشرة حقه مؤكداً فإن لم يكن الأمر كذلك، بأن كان هناك متسع من الوقت أمام المدين لمباشرة حقه، امتنع على الدائن التدخل.

ولا يشترط لاستعمال الدعوى غير المباشرة أن يعذر الدائن المدين ليثبت عليه تقصيره في مباشرة حقه، ولكن يتعين على الدائن أن يدخل المدين خصماً في الدعوى، وهذا بصريح الفقرة الثانية من المادة 189 مدني التي نصت على أنه: "ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه غير أنه لا بد أن يدخله في الخصام"، وطبيعي أن للمدين التدخل في الدعوى من تلقاء نفسه، كما أن للمدعى عليه أن يدخله فيها، والسبب في اشتراط إدخال

¹ سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني - الجزء الثاني في الالتزامات - المجلد الرابع أحكام الالتزام - الطبعة الثانية - دار الكتب القانونية - القاهرة - سنة 1992 - ص 287.

² عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - 953.

المدين في الدعوى أن نيابة الدائن عنه نيابة من خاص، ذلك أنه إذا كان الاصل أن الحكم الصادر في مواجهة النائب يعتبر حجة على الاصيل، إلا أنه لما كانت النيابة هنا، وعلى خلاف القاعدة العامة مقررة لمصلحة الدائن وهو النائب استلزم إدخال المدين في الدعوى حتى يكون الحكم ساريا في مواجهته.

ب- عدم استعمال الحق من شأنه إفسار المدين أو الزيادة في افساره

يتعين لمباشرة الدائن حق المدين نيابة عنه، أن يكون في احجام المدين عن استعمال هذا الحق اضرار بالدائن، بان كان يؤدي إلى افسار المدين أو الزيادة في افساره، مما يحرم على الدائن من الحصول على حقه كاملا عند التنفيذ، وليس المقصود بالإفسار هنا الافسار القانوني الذي يتطلب حكما بشهره بل المقصود بالإفسار الفعلي التي يتمثل في زيادة الديون على الحقوق.

وعلى ذلك إذا كان المدين موسرا، بأن كانت أمواله الاخرى تكفي للوفاء بديونه، فلا يجوز للدائن اللجوء إلى الدعوى غير المباشرة، ولو ترتب على عدم استعمالها ضياع حق المدين بالتقادم مثلا.

هذا وتماشيا مع فكرة المصلحة المشروعة للدائن، التي هي قوام الدعوى غير المباشرة، فإنه يجب تقدير افسار المدين بالنظر إلى مركز الدائن منه، فان كان للدائن تأمين عيني يضمن له الوفاء بكامل دينه، فلا يجوز له أن يباشر حقوق مدينه ولو أدى عدم استعمالها إلى افساره ما دام هذا الامر لن يضر بهذا الدائن، بل يكون استعمال الدعوى من حق غيره من الدائنين ممن يضر بهم مسلك المدين¹.

ج- إدخال المدين خصما في الدعوى

يتبين من الفقرة الثانية من المادة 189 مدني أن المشرع قد استغنى عن اصدار الدائن للمدين في استعمال حقه، ذلك أن إدخال المدين خصما في الدعوى أقوى من إعداره، فإذا أدخل المدين خصما ثالثا في الدعوى كان للدائن أن ينشط ويرقب موقف مدينه اتجاه خصمه سلبيا كان أم ايجابيا، لأن الحكم الذي يصدر في مواجهة المدين يكون حجة على جميع الدائنين طبقا للقواعد المقررة في حجية الشيء المقضي فيه².

¹ أنور سلطان - المرجع السابق - ص 21.

² لزرق بن عودة - وسائل حماية الضمان العام - مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص - قسم القانون الخاص - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة وهران - سنة 2014 - ص 17.

3- الشروط المتصلة بالحق الذي يستعمله الدائن

أ- القاعدة العامة:

إن الشروط المتصلة بالحق الذي يستعمله الدائن، تتعلق بمدى الحق المُخول للدائن في استعمال حقوق مدينه، ويتحدد هذا الحق بالغرض منه الذي ينحصر في حماية الضمان العام، أي بالمحافظة على ما سبق للمدين اكتسابه من حقوق وهذا طبقاً للفقرة الأولى من المادة 189 مدني، فيستطيع الدائن أن يطالب بما للمدين من حق شخصي في ذمة الغير، سواء كان محله عملاً امتناعاً عن عمل أو إعطاء شيء، كما يمكنه قطع التقادم الحاصل ضد المدين، أو شهر عقود شرائه للعقارات، أو المطالبة بديون المدين التي خشي الدائن من سقوطها بالتقادم، أو الطعن في الأحكام الصادرة ضد المدين بكافة أوجه الطعن، والقيام بإجراءات المرافعة والتمسك بالدفع نيابة عنه، وبالتالي يخرج من هذا الغرض، وبالتالي يخرج من سلطة الدائن محاولة إكساب المدين حقوقاً جديدة عن طريق عقد تصرفات باسمه¹.

ب- الاستثناءات:

لما كان استعمال الدائن لحقوق مدينه يعد تدخلاً في شؤونه، كان لابد من وضع قيود على هذا التدخل حتى لا يكون فيه إهدار لحرية المدين في إدارة أمواله وتكراراً لشخصيته، وحتى لا تخرج الدعوى غير المباشرة عن هدفها وهو الحفاظ على الضمان العام الذي يرد على أموال المدين، ولهذا فإن الفقرة الأولى من المادة 189 مدني بعد أن نصت على القاعدة العامة وهي جواز استعمال الدائن لجميع حقوق مدينه، استثنت من هذه الحقوق ما كان منها متصلاً بشخصه أو غير قابلاً للحجز، ومن هنا يتبين أن الحقوق التي تخرج عن نطاق الدعوى غير المباشرة هي ما يلي:

- الحقوق المتصلة بشخص المدين: فإذا كان الحق متصلاً بشخص المدين خاصة امتنع الدائن استعماله باسمه، ويمكن حصر الحقوق المتصلة بشخص المدين خاصة على النحو الآتي:

¹ أنور سلطان - المرجع السابق - ص 22.

- الحقوق غير المالية: ويرجع استثناء هذه الحقوق إلى أنها لا تدخل في الضمان العام للدائنين، ويجب من ثم إخراجها من نطاق الدعوى غير المباشرة، وينطبق وصف الحقوق غير المالية، ليس فقط على حقوق الإنسان (حقوق الشخصية) بل أيضا على الحقوق السياسية وحقوق الأسرة، فلا يجوز للدائن أن يتولى عن مدينه ترشيحه لعضوية البرلمان، كما لا يجوز له أن يستعمل حق الطلاق المخول لمدينه باسمه، ولو كان من شأن ذلك انقطاع التزامه بالنفقة على الزوجة، أو أن يرفع باسم مدينه دعوى اثبات النسب ولو كان من شأن هذه الدعوى حصول المدين على الميراث.

- الحقوق المالية التي يقوم استعمالها على اعتبارات أدبية تمس شخص المدين: فإذا كان الحق ماليا ولكن استعماله يقوم على اعتبارات أدبية تمس بشخص المدين، كان له وحده أن يقدر تلك الاعتبارات، ومن ثم امتنع على الدائن أن يطالب بهذا الحق، مثال ذلك حق المدين في الرجوع عن هبة عقدها لغيره، وكذلك حقه في التعويض عن ضرر أدبي أصابه من جراء فعل ضار، وحقه في نشر مؤلفاته أو إعادة نشرها¹.

- الحقوق التي يؤدي استعمال الدائن لها إلى المساس بحرية المدين في تصريف شؤونه أو التي يتوقف نشوؤها على اعلان إرادته: ليس للدائن أن يتدخل في شؤون مدينه إلى حد أن يقبل عنه صفقة لا يريد لها هو حتى لو كانت هذه الصفقة رابحة ومن شأنها أن تزيد في الضمان العام، ولا أن يلغي باسم مدينه عقد إيجار بدعوى أن الاجرة باهضة ومن شأنها أن تنتقص من ضمان الدائن، فحق قبول الايجاب، وحق إلغاء عقد الايجار، وحق إدارة المدين لأمواله حسبما يرى حتى لو كانت الادارة سيئة، ليست حقوقا يجوز للدائن أن يستعملها باسم مدينه، بل هي مجرد رخص لا شأن للدائن في استعمالها²، لأن استعمال هذه الرخص لا يُقصد بها المحافظة على الضمان العام، بل زيادة هذا الضمان، بإدخال حقوق جديدة في ذمة المدين، وهو أمر يتعلق بشخصه وحده ولا يجوز للدائن أن ينوب عنه فيه³.

ب- الحقوق غير القابلة للحجز: تناولت المادة 189 مدني استثناء آخر وهو الحقوق غير قابلة للحجز، فهذه الحقوق لا تدخل في الضمان العام للدائن الذي يستهدف بالدعوى غير المباشرة المحافظة عليها، وبالتالي تتعدم مصلحة الدائن في استعمالها نيابة عن مدينه، فلا

¹ محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 210.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري - المرجع السابق - 962.

³ أنور سلطان - المرجع السابق - ص 23.

غاية ترجى من تخويل الدائن حق المطالبة بها بطريق غير مباشر، وعلى ذلك يخرج من نطاق الضمان العام للدائنين الحقوق غير القابلة للحجز عليها، وبالتالي فلا يجوز للدائن أن يستعملها باسم مدينه إذا تراخى هذا الاخير في المطالبة بها¹، ومن ذلك مثلا حق النفقة المقرر للمدين على الغير.

الفرع الثاني: آثار الدعوى غير المباشرة

حددت المادة 190 مدني آثار الدعوى غير المباشرة حيث نصت على أنه: "يعتبر الدائن في استعماله حقوق مدينه نائبا عن هذا المدين، وكل ما ينتج عن استعمال هذه الحقوق يدخل في أموال المدين ويكون ضامنا لجميع دائنيه".

يتبين من هذه المادة أنه يمكن تحديد آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى المدين الذي يستعمل الحق باسمه، وبالنسبة إلى الخصم الذي ترفع عليه، وبالنسبة إلى الدائن الذي يرفعها في علاقته مع غيره من الدائنين.

أولا: آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للمدين

لا يترتب على استعمال الدعوى غير المباشرة من قبل الدائن حرمان المدين من التصرف في الحق الذي يباشره الدائن نيابة عنه، فيبقى حرا في التصرف في حقه بكافة أنواع التصرفات، ولا تُرفع يده عنه، فإذا كان الشيء الذي ورد عليه حقا عينيا، جاز له بيعه أو هبته، وإن كان حقه دينا جاز له التصرف فيه بالحوالة، وللمدين أن يتصالح على الحق، وأن يتنازل عنه دينا أو عينا، ويكون تصرف المدين نافذا في مواجهة الدائن، ولا يستطيع الدائن أن يفعل شيئا إلا بالطعن فيها بالدعوى عدم نفاذ التصرف إذا توافرت شروطها².

ثانيا: آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى مدين المدين

يعتبر الدائن في مواجهة مدين المدين، وهو ذاته الخصم، نائبا عن مدينه وليس لهذه النيابة أي أثر في مركز هذا الخصم، فيبقى محتفظا بكافة أوجه الدفع التي كان يستطيع أن يدفع بها في مواجهة دائنه، ليتمسك بها قبل الدائن رافع الدعوى غير المباشرة، فيجوز للخصم أن يدفع دعوى الدائن ببطان التصرف المنشئ للحق موضوع الدعوى لأي سبب من أسباب بطلان التصرفات، أو قابليتها للإبطال، أو بانقضاء ذلك الحق بأي سبب من

¹ لزرق بن عودة - المرجع السابق - 23.

² عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير - المرجع السابق - ص 97.

أسباب الانقضاء كالوفاء، أو المقاصة، أو التجديد، أو اتحاد الذمة، أو التقادم، أو بسبق الفصل فيها... الخ.

ونشير إلى أن الدائن ليست له صفة في الدعوى إلا باعتباره نائباً عن المدين، فليس لمدين المدين أن يدفع الدعوى بأي دفع خاص بشخص الدائن إذ أن قواعد النيابة تقضي بألا يتمسك في الدعوى التي يرفعها النائب إلا بالدفع التي يجوز التمسك بها ضد الاصيل.

ثالثاً: آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للدائن

سبق أن ذكرنا أن الدائن في رفعه الدعوى غير المباشرة لا يعدو أن يكون نائباً عن مدينه، ولهذا فإن كل ما ينتج عن تلك الدعوى يدخل في ذمة المدين وتكون ضماناً لجميع دائنيه¹، ويترتب عن فكرة النيابة هذه، أن الدائن يستطيع أن يطالب ما كان يمكن للمدين أن يطالب به حتى ولو كان حق الدائن أقل من حق المدين، فلو كان الحق الثابت للدائن في ذمة مدينه عشرة آلاف دينار، وكان حق المدين في ذمة الخصم عشرين ألف دينار، فللدائن أن يطالب الخصم بالعشرين ألف دينار.

أما في علاقة الدائن مع باقي الدائنين فإن الحق المحكوم به للمدين يكون ضماناً عاماً لكل الدائنين، ويكون لهؤلاء أن ينفذوا عليه فيقسموه فيما بينهم قسمة غرماء، وليس للدائن رافع الدعوى أفضلية عليهم، وهذا ما نصت عليه المادة 190 مدني بقولها: "...ويكون ضماناً لجميع دائنيه"، وإذا كان لأحد من هؤلاء الدائنين على الحق المحكوم به ما يجعله يتقدم فيه على سائر الدائنين كما إذا كان به رهن أو حق امتياز، فإنه يتقاضى حقه قبل الجميع².

يتبين من هذه الدعوى أنها قاصرة في حماية الدائن حماية كافية، فلا تعد وسيلة آمنة وفعالة يعتمد عليها لوحدها لتحقيق مصالحه والت من أجلها باشر هذه الدعوى، حتى وإن نجح في دعواه فإنه لا يستأثر وحده بحصيلتها، فيدخل المال في ذمة المدين، وبالتالي في الضمان العام لدائنيه، وبذلك يشترك الدائن رافع الدعوى مع غيره من الدائنين في التنفيذ على هذا المال، وهذه نتيجة تضعف الدعوى غير المباشرة وتقلل استعمالها، إذ أن الدائن بعد أن ينفق المال ويبذل الجهد في مباشرة هذه الدعوى، يجد غيره من الدائنين يزاحمه في

¹ محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 217.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري - المرجع السابق - ص 977.

ثمرة هذه الدعوى، وقد لا يأخذ الدائن رافع الدعوى شيئاً، إذا كان لأحد الدائنين تامين خاص يمنحه حق الافضلية والاولية على بقية الدائنين.

على المشرع إعادة النظر في أحكام الدعوى غير المباشرة ليتفادى عدم فاعليتها في تحقيق مصالح الدائن رافع الدعوى، واستبدالها بإجراء آخر أكثر فعالية يكفل المحافظة على الضمان العام¹، وبقيائها على هذا الشكل سيؤدي حتماً إلى نفور الدائنين من استعمالها.

المطلب الثاني

دعوى عدم نفاذ التصرف (الدعوى البولصية)

تعد الدعوى البولصية من بين الدعاوى التي وفرها المشرع للدائن من أجل المحافظة على الضمان العام من الاخطار التي تهدده، بسبب تصرف المدين في أمواله بسوء نية الامر الذي يضر لا محالة بمصلحة الدائن عند المطالبة بحقه.

وعليه وحتى تتكون فكرة اولية حول هذه الدعوى لا بد أن أتعرض لتعريفها وشروطها، وهذا ما سوف أتناوله في هذا المطلب الذي تم تقسيمه إلى ثلاث فروع على النحو الاتي:

الفرع الاول: تعريف الدعوى البولصية وأصل تسميتها

نتناول في هذا المطلب تعريف دعوى عدم نفاذ التصرف او الدعوى البولصية، وكذا أصل تسميتها وذلك في الفرعين التاليين:

أولاً: تعريف الدعوى البولصية

عرف بعض الفقه الدعوى البولصية بأنها: "هي الدعوى التي يطعن بها الدائن في تصرف صدر من مدينه، طالبا عدم نفاذ هذا التصرف في حقه"².

فالغاية التي تستهدفها دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنيه او الدعوى البولصية، هي تقرير عدم وجود هذا التصرف بالنسبة إلى الدائنين، وبهذا يحق لهؤلاء أن يعتبروا المال موضوع التصرف أنه لازال موجودا في ذمة مدينهم، وبالتالي في الضمان العام المقرر لهم على كل أمواله، الامر الذي يخولهم التنفيذ عليه، شأنه في هذا شأن باقي أموال المدين³.

¹ هلال نسرین منی - المرجع السابق - ص

² محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 226.

³ عبد الفتاح عبد الباقي - دروس أحكام الالتزام (آثار الالتزام، اوصاف الالتزام، انتقال الالتزام، انقضاء الالتزام) - مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي - القاهرة - سنة 1992م - ص 100.

لذلك فدعوى عدم نفاذ التصرف او الدعوى البولصية هي وسيلة منحها المشرع للدائن الذي يتأثر بالتصرفات الصادرة من مدينه والتي قد تضر بالضمان العام الذي يعول عليه الدائن لاستيفاء حقه.

ثانيا: أصل تسمية الدعوى البولصية:

لقد اصطلح على هذه التسمية نسبة إلى البريتور الرماني "بولص" الذي كان اول من ادخلها في القانون الروماني والتي كانت بادئ الامر في شكل أمر يصدره البريتور إلى المدين ينهاء به عن إجراء تصرفات يضر بها دائنيه فإن عصى المدين هذا الامر عوقب على ذلك، وعوقب أيضا من تعامل معه، ولكن كان يجوز رفع العقوبة عنهما إذا هما ردا التصرف إلى أصله.

وكانت الدعوى البولصية تعتبر جزءا من عملية تصفية أموال المدين المعسر التي كان يقوم بها مصف يسمى curator bonorum فكان المصفي إذا وجد أن المدين تصرف في أمواله للإضرار بدائنيه طلب بطلان ذلك التصرف لصالحهم جميعاً، فيعود المال المتصرف فيه ويدخل في الضمان العام لجميع الدائنين¹.

وتسمى هذه الدعوى أحيانا بدعوى إبطال التصرف ولكن وكما يرى بعض الفقه أن هذا الوصف لا يتفق مع طبيعتها، لأن الدائن لا يبطل تصرف مدينه، بل يطلب فقط عدم نفاذ تصرفه في حقه. لذلك كان الاولى تسميتها "دعوى عدم نفاذ التصرف"² او على وجه التحديد "دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن".

والمقصود بعدم نفاذ التصرف أن الدائن الطاعن يستطيع تجاهل التصرف المطعون فيه واقتضاء حقه على اعتبار هذا التصرف غير موجود بالنسبة له. ولذلك فإن كان هذا التصرف بيعا او هبة مثلا أخرج به المدين مالا من أمواله من ذمته وحكم بعدم نفاذه، فإن الدائن يستطيع الحجز على هذا المال واقتضاء حقه من ثمن بيعه متجاهلا انتقاله إلى المشتري او الموهوب له³.

¹ د/ سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 311.

² د/ محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 228.

³ توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال - مصادر وأحكام الالتزام (دراسة مقارنة) - الطبعة الاولى - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - سنة 2008م - ص 701.

الفرع الثاني: شروط استعمال الدعوى البولصية

يشترط للطعن في تصرفات المدين بالدعوى البولصية توافر شروط، يتعلق بعضها بالتصرف المطعون فيه، ويتعلق البعض الآخر بالدائن الذي يطعن في التصرف، كما يختص بعض هذه الشروط بالمدين الذي أبرم التصرف، وسنتطرق لكل ذلك فيما يلي:

أولاً: الشروط المتعلقة بالتصرف المطعون فيه

يشترط لاستعمال الدعوى البولصية أن يكون العمل الذي قام به المدين تصرفاً قانونياً، وأن يكون هذا التصرف مفقراً للمدين ومؤدياً إلى إفساره أو الزيادة في إفساره وسنبين كل ذلك فيما يلي:

1- أن يكون تصرف قانونياً

التصرفات القانونية هي وحدها التي يجوز الطعن فيها بدعوى عدم النفاذ، فإذا صدر عن المدين تصرف قانوني جاز للدائن الطعن في هذا التصرف، سواء أكان عقداً أم تصرفاً بالارادة المنفردة، وسواء أكان معاوضة أم تبرعاً¹.

فإذا كان ما صدر عن المدين لا يعتبر تصرفاً قانونياً بل واقعة مادية، فلا يجوز الالتجاء إلى الدعوى البولصية لتجنب آثارها، وعلى ذلك إذا ارتكب المدين خطأ سبب ضرراً للغير، فإن القانون يلزمه بتعويض هذا الضرر، ولا يمكن للدائن أن يطعن في نشوء الالتزام بالتعويض على هذا النحو، لأنه لم ينشأ تصرف قانوني أبرمه المدين مع المضرور.²

2- أن يكون التصرف مفقراً

لا يجوز الطعن في تصرف المدين بدعوى عدم النفاذ إلا إذا كان تصرفاً مفقراً، ويقصد به ذلك الذي يترتب عليه، إما إنقاص حقوق المدين، وإما زيادة التزاماته³، وهذا ما ذكرته صراحة المادة 191 مدني بأنه تصرف "ضار" بالدائن، ولا شك أن يكون التصرف مفقراً إذا كان من شأنه أن ينقص حقوق المدين بإخراج أموال من ذمته. سواء تم ذلك بدون مقابل كالهبة أو بمقابل تظل معه فكرة الاضرار بالدائن متوافرة كبيع مال بثمن بخس⁴.

¹ توفيق حسن فرج، جلال علي العدوي - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، أحكام الالتزام (مع مقارنة بين القوانين العربية) - منشورات الحلبي الحقوقية - لبنان - سنة 2002م - ص 689.

² محمد لبيب شنب، أسامة أبو الحسن مجاهد - المرجع السابق - ص 120.

³ توفيق حسن فرج، جلال علي العدوي - المرجع السابق - ص 689.

⁴ محمد شكري سرور - المرجع السابق - ص 172.

لا يجوز الطعن بالدعوى البولصية إذا كان تصرف المدين متصلا بشخص او بمال غير قابل للحجز او غير داخل في الضمان العام، إذ ليس كل تصرف قانوني يستطيع الدائن الطعن فيه، فإذا كان التصرف متعلقا بحق من الحقوق المتصلة بشخص المدين فإن الدائن يتمتع عليه الطعن في هذا التصرف، كما لا يجوز الطعن بالدعوى البولصية في التصرفات المتعلقة بالحقوق غير المالية، أي غير الداخلة في الذمة، ولو ترتب على تصرف المدين نتائج مالية، فلا يجوز الطعن بالدعوى البولصية عقد الزواج او في إقرار بالبنوة. كما لا يجوز الطعن بالدعوى البولصية في حق من الحقوق التي لا يجوز الحجز عليها كالنفقة والاجر¹.

وهناك بعض التصرفات التي يجريها المدين أجاز فيها القانون الطعن فيها بالدعوى البولصية وهي: تفضيل أحد الدائنين والوفاء، والاشكال الذي يطرح بصدد هذين التصرفين هو هل يترتب عليهما زيادة إفسار المدين، أم أن المشرع نص عليهما بقصد زيادة الحماية المقررة للدائنين؟

- تفضيل أحد الدائنين: قد يقتصر أثر التصرف الذي يجريه المدين على تقرير الاولوية والتقدم لأحد دائنيه على الآخرين، كما إذا رهن له ماله²، فمن شأن رهن هذا المال أن يكون للدائن المرتهن سلطة استيفاء حقه من قيمة هذا المال بالاولوية على سائر الدائنين، ومجرد ترتيب هذا الرهن ليس من شأنه أن يؤدي إلى افتقار المدين او إلى زيادة إفساره، ومع ذلك فإنه يخل بقاعدة المساواة بين الدائنين، ولذلك أجاز القانون للدائنين الطعن في هذه التصرفات التي تؤدي إلى تفضيل أحد الدائنين عليهم دون حق بالدعوى البولصية، وهو ما أكدته الفقرة الأولى من المادة 196 مدني والتي نصت على أنه: "إذا لم يقصد بالغش الا تفضيل دائن على آخر دون حق فلا يترتب عليه الا حرمان الدائن من هذه الميزة". فإذا كان التصرف قد تم دون مقابل وحصل الدائن على الرهن دون أن يؤدي للمدين أية منفعة في مقابله، جاز لسائر الدائنين الطعن في الرهن دون حاجة إلى إثبات الغش.

¹ محمد صبري السعدي - الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام) دراسة مقارنة بين القوانين العربية - دار الهدى - الجزائر - سنة 2010 - ص 136.

² عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق - ص 110.

أما إذا كان التصرف (الرهن) قد تم بمقابل، كما لو كان المدين قد رهن مالا من أمواله مقابل رضا الدائن بمد أجل دينه، او إبرائه من جزء من الدين، عندها يشترط للطعن في هذا التصرف إثبات غش المدين وعلم الدائن الذي تقرر له الرهن بهذا الغش.

- الوفاء: وقد نص القانون المدني الجزائري على هذا التطبيق في المادة 196 الفقرة الثانية التي تنص على أنه: " وإذا وفى المدين المعسر أحد دائنيه قبل حلول الاجل المضروب أصلا للوفاء، فلا يسري هذا الوفاء في حق باقي الدائنين وكذلك لا يسري في حقهم الوفاء ولو حصل بعد حلول هذا الاجل ، إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذي استوفى حقه".

وفقا لهذه الفقرة قد يقوم المدين بالوفاء لأحد دائنيه بدينه، ولا شك أن هذا الوفاء يخل بمبدأ المساواة بين الدائنين، رغم أنه لا يترتب عليه لا افتقار المدين ولا زيادة إعساره، وقد نص القانون صراحة على جواز الطعن في هذا الوفاء وطلب عدم نفاذه، وإلزام الموفى له برد ما استوفاه لكي يقسم على جميع الدائنين قسمة غرماء. الا أن القانون فرق بين الوفاء الحاصل قبل انقضاء الاجل ، والوفاء الحاصل بعد انقضائه.

فإذا وفى المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الاجل الذي عين أصلا للوفاء، كان لسائر الدائنين أن يطلبوا عدم سريان هذا الوفاء في حقهم، دون حاجة إلى إثبات الغش في جانب المدين، ولا علم الدائن المستوفي بهذا الغش، فكأن الوفاء قبل انقضاء الاجل يأخذ حكم التبرعات¹.

3- أن يؤدي التصرف إلى إعسار المدين او الزيادة في إعساره

يلزم لمباشرة الدعوى البولصية، أن يترتب على تصرف المدين إعساره إذا لم يكن معسرا من قبل، او الزيادة في إعساره إذا كان معسرا من الاصل، فحينئذ فقط تقل فرصة الدائنين في الحصول على حقوقهم لدى المدين، او تزيد نسبة خسارتهم لها، ومن ثم تتوافر لديهم المصلحة في عدم نفاذ تصرفه في مواجهتهم.

فإذا تسبب المدين في إعساره او أدى إلى زيادة هذا الاعسار، كان من حق الدائن أن يطعن في هذا التصرف بالدعوى البولصية. أما إذا لم يترتب على التصرف شيء من ذلك، فلا يجوز للدائن أن يطعن فيه، ولو حدث أن طرأ بعد التصرف ما جعل المدين معسرا. فلو

¹ محمد لبيب شنب، أسامة أبو الحسن مجاهد - المرجع السابق - ص 130.

أن المدين باع منزلاً أو أرضاً له، و وظل موسراً بالرغم من خروج المبيع من ملكيته، ثم وقع حادث بعد ذلك أدى إلى إعساره، كما لو تهدم منزل آخر له، أو وهب بعض أمواله للغير، فلا يجوز للدائن الطعن في البيع بالدعوى البوليصية لانعدام علاقة السببية المباشرة بينه وبين إعسار المدين.

ويمكن أن يتحقق الإعسار أو الزيادة فيه ليس فقط نتيجة للتصرفات التبرعية من جانب المدين، بل أيضاً نتيجة لتصرف من المعاولات. ويكفي لتحقيق ذلك أن يكون المدين قد باع عينا مملوكة له بثمن بخس، أو باعها بثمن معادل لقيمتها ولكنه أخفى النقود أو بددها بحيث يتعذر على الدائن التنفيذ عليها بحقه.¹

ثانياً: الشروط المتعلقة بالدائن

هناك جملة من الشروط لا بد أن تتوافر في الدائن رافع الدعوى البوليصية وسوف أذكرها فيما يلي:

1- أن يكون حق الدائن مستحق الاداء

وقد نصت على هذا الشرط صراحة المادة 191 مدني بقولها: "... لكل دائن حل دينه..." وعلى ذلك لا يجوز للدائن الذي لم يحل أجل حقه استعمال الدعوى البوليصية، وكذلك الأمر إذا كان حق الدائن معلقاً على شرط واقف لم يتحقق بعد.² وإذا كان حق الدائن من الحقوق المقترنة بأجل فاسخ أو كان حق الدائن معلقاً على شرط فاسخ فإن الدائن يستطيع أيضاً استخدام الدعوى البوليصية باعتبار اقتران الحق بأجل فاسخ أو تعليق الحق على مثل هذا الاجل لا ينفيان عن الحق كونه مستحق الاداء. أما إذا كان حق الدائن مقترن بأجل واقف أو بشرط واقف فإنه لا يستطيع مباشرة الدعوى البوليصية لأن حقه ليس مستحق الاداء.

2- أن يكون حق الدائن قد نشأ قبل صدور التصرف المطعون فيه

يجب أن يكون التصرف الصادر من المدين تالياً في الوجود لحق الدائن الذي يطعن في هذا التصرف. وذلك لأن حق الدائن إذا لم يكن متقدماً على التصرف المطعون فيه، لم يكن للدائن وجه للتظلم، إذ لم يوجد حقه إلا بعد صدور التصرف من المدين وفي وقت لم يكن الحق الذي تصرف فيه المدين جزءاً من ضمانه حتى يقال إنه اعتمد على وجود هذا الحق،

¹ محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 246.

² محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص 145.

ولا يمكن تصور وجود الغش في جانب المدين، وإنه أراد بتصرفه الاضرار بدائن لم يكن موجودا وقت التصرف، الا في فرض واحد، هو أن يكون المدين قد صدر منه التصرف متوقعا انه سيصبح مدينا في وقت قريب، فقصده بتصرفه الاضرار بالدائن المستقبل، وذلك كان يبيع، في وقت يسعى فيه لعقد القرض، عينا مملوكة له، ثم يقترض بعد ذلك وقد اطمأن إلى أن الدائن المقرض لا يستطيع التنفيذ على العين المباعة بعد أن باعها. في مثل هذا الفرض يجوز للدائن - رغما من أن حقه تال لتصرف المدين - أن يطعن في هذا التصرف بالدعوى البولصية، لأن الغش في جانب المدين قد توفر¹.

يتعين أن يكون حق الدائن سابقا في وجوده على التصرف المطعون فيه وعلى الدائن عبء إثبات هذه الاسبقية ولكن كيف السبيل إلى ذلك؟

إن كيفية إثبات ذلك يختلف حسب مصدر حق الدائن فإذا كان هذا الحق قد نشأ عن واقعة مادية كان له أن يثبت تاريخ نشوئه بكل وسائل الإثبات²، أما إن كان مصدره تصرف قانوني ولم يدرج هذا التصرف الا في محرر عرفي فان القواعد العامة في الإثبات تعتبر المتصرف إليه من المدين في هذه الحالة من الغير بالنسبة للتصرف الذي أنشأ حق الدائن ومن ثم لا يحتج به عليه الا منذ أن يكون له تاريخ ثابت سابق على التصرف المطعون فيه، وهذا ما نصت عليه المادة 328 مدني التي تنص: "لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه الا منذ أن يكون له تاريخ ثابت..".

ثالثا: الشروط المتعلقة بالمدين

تناولت المادة 192 مدني الشروط المتعلقة بالمدين والمتصرف إليه، وطبقا لها فانه يجب التمييز بين ما إذا كان تصرف المدين بعوض أم تبرعا، ثم تبيان الفرض الذي يتصرف فيه خلف المدين في المال الذي تلقاه عنه إلى شخص آخر.

1- اشتراط غش المدين وتواطؤ المتصرف إليه في المعاوضات دون التبرعات

فرقت المادة 192 مدني بين المعاوضات والتبرعات، فإذا كان التصرف المطعون فيه تبرعا كعقد هبة، فلا يشترط للطعن فيه بالدعوى البولصية أي شرط يتعلق بالمدين، فيكفي توافر الشروط السابقة المتعلقة بكل من التصرف المطعون فيه وبالدائن، وبصفة خاصة لا

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام (الإثبات - آثار الالتزام) الجزء الثاني - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - سنة 2000م - ص 1023.

² محمد شكري سرور - المرجع السابق - ص 180.

يشترط للطعن في تبرعات المدين أن تكون منطوية على غش منه، ولا يشترط أن يكون المدين قد قصد من إجراءات الأضرار بحقوق دائنيه، فيجوز الطعن في التبرعات ولو كان المدين يجهل أن التبرع من شأنه أن يسبب إعساره أو الزيادة في إعساره.

أما إذا كان التصرف المطعون فيه من المعاوضات أي تصرف تم بعوض كعقد بيع، فإنه يشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطويا على غش من المدين، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش¹.

فما المقصود بغش المدين وتواطؤ المتصرف إليه في المعاوضات وما علة التفرقة بينها وبين التبرعات في هذا الصدد؟

ويقصد بالغش أن يتصرف المدين بنية الأضرار بدائنيه، ويتحقق ذلك متى أقدم على التصرف وهو عالم بعسره².

والغش بهذا المعنى هو العامل النفسي الذي يدفع المدين إلى إجراء التصرف المفقّر الضار بالدائن، وهو أهم الشروط في الدعوى البوليصة التي ما شرعت إلا لمحاربتها، وله أكبر الأثر في نفاذ التصرف في حق الدائن أو عدم نفاذه.

أما تواطؤ المتصرف إليه فهو علمه بغش المدين، أي بما يدبره هذا المدين للدائن بقصد حرمانه من اقتضاء حقه أو بعض هذا الحق³.

فإذا أراد الدائن أن يطعن بالدعوى البوليصة في تصرف أبرمه المدين معاوضة، كبيع أو إيجار أو قرض، وحتى لا يُضار الغير بذلك أوجب المشرع على الدائن أن يثبت غش المدين وتواطؤ المتصرف إليه⁴ - وقت التصرف - لقبول دعواه، والحكم بعدم نفاذ التصرف في مواجهته ولكن ما هي وسيلته لهذا الإثبات؟

الواقع أن إثبات الغش مباشرة أمر صعب المنال لكونه يتناول أمرا نفسيا باطنيا - قصد الأضرار - غير أنه ونظرا لصعوبة هذا الإثبات فقد أقام المشرع في الفقرة الثانية من المادة 192 مدني لمصلحة الدائن قرينة يكفي بمقتضاها " لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه ومعسر ". حين يتعين على هذا الأخير، إذا شاء، أن

¹ محمد لبيب شنب، أسامة أبو الحسن مجاهد - المرجع السابق - ص 126.

² دريال عبد الرزاق - الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري - دار العلوم - سنة 2004م - ص 35.

³ محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 254.

⁴ دريال عبد الرزاق - المرجع السابق - ص 35.

يدحض هذه القرينة، بإقامة الدليل على أنه بالرغم من علمه الا أنه كان لا يقصد بالتصرف الاضرار بدائنه وإنما كان يحدوه فيه باعث مشروع (كحصوله على حاجاته الضرورية، او ترويج أمواله بهدف الوفاء بحقوق الدائنين مما تدره من ربح كان يتوقعه)¹.

على أن المشرع لم يكتف بالتيسير على الدائن في إثبات غش المدين، بل يسر عليه أيضا إثبات تواطؤ المتصرف إليه، حيث يكفي أن يثبت الدائن علم من صدر له التصرف أن هذا التصرف يسبب إعسار المدين او يزيد في إعساره حتى يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين، وعلى من صدر له التصرف إذا أراد أن ينفي هذه القرينة أن يثبت أنه بالرغم من هذا العلم فإنه كان يعتقد بحسن نية أن المدين لم يكن يقصد الاضرار بدائنيه، كأن يكون التصرف الصادر من المدين ليس الا تصرفا مألوفاً تقتضيه صيانة تجارته او زراعته او صناعته².

أما إذا كان التصرف الصادر من المدين تبرعا، فإنه لا ينفذ في حق الدائن، دون حاجة لإثبات غش المدين او تواطؤ المتصرف إليه. ويكفي أن يثبت الدائن أن هذا التبرع قد سبب إعسار المدين او زاد في إعساره، سواء كان المدين يعلم بذلك او لا يعلم، وسواء كان المتصرف إليه يعلم هو أيضا او لا يعلم.

فإذا وهب المدين مالا له، او أبرأ الغير من دينه، فان تصرفه يكون محلا للطعن فيه بالدعوى البوليصة، حتى ولو كان كل من المدين والمتصرف إليه حسن النية، بل حتى لو كان كل منهما يجهل إعسار المدين³، وهذا ما ذكرته الفقرة الثالثة من المادة 192 مدني والتي نصت على أنه: "أما إذا كان التصرف الذي قام به المدين تبرعا فإنه لا يحتج به على الدائن، ولو كان المتبرع له حسن النية".

2- اشتراط غش خلف المتصرف إليه أو علمه بإعسار المدين

قد يعود المتصرف إليه فيتصرف لشخص آخر يكون خلفا له، وفي هذه الحالة يثور أمر حماية هذا الخلف هو الآخر⁴، ومثال ذلك أن يبيع المدين ماله إلى علي (المشتري الاول

¹ محمد شكري سرور - المرجع السابق - ص 182.

² عبد القادر الفار - أحكام الالتزام (آثار الحق في القانون المدني) - الطبعة الاولى - دار الثقافة - عمان - سنة 2004م - ص 108.

³ محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 257.

⁴ توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال - المرجع السابق - ص 700.

او الخلف الاول)، ثم يبيع علي بدوره المال الذي اشتراه إلى أحمد (المشتري الثاني او خلف الخلف)¹، وحينئذ يثور التساؤل عما إذا كان يجوز للدائن التمسك بعدم نفاذ هذا التصرف الاخير في حقه، ومن ثم الطعن فيه بالدعوى البوليصة؟

تناول المشرع حكم التصرف الصادر إلى خلف المتصرف إليه في الفقرة الرابعة من المادة 192 حيث قررت أنه: "إذا كان المتبرع له حول بعوض المال الذي نقل إليه فليس للدائن أن يتمسك بعدم الاحتجاج عليه بتصرف مدينه الا 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 بعسر المدين وقت صدور التصرف لصالح المتبرع به".

وظاهر من هذا النص أنه يجب التفرقة فيما يتعلق بحكم التصرف الصادر إلى الخلف الثاني بين عدة فروض وهي كالاتي:

- الفرض الاول: إذا كان التصرف الصادر من المدين تبرعا، والتصرف الصادر إلى الخلف الثاني تبرعا كذلك، فإنه لا يشترط للطعن بالدعوى البوليصة سوء نية المدين او سوء نية الخلف الاول او الثاني، لأن دفع الضرر مقدم على جلب المنفعة.

- الفرض الثاني: إذا كان التصرف الصادر من المدين إلى الخلف الاول تبرعا، والتصرف الصادر من الاخير إلى الخلف الثاني معاوضة، فلا يشترط غش المدين ولا علم الخلف الاول بهذا الغش، ولكن يشترط علم الخلف الثاني بأن المدين كان معسرا وقت تصرفه للخلف الاول، لأن المفاضلة في هذه الحالة ستكون بين الدائن والخلف الثاني الذي تلقى الحق بمقابل، فوجب حماية الخلف الثاني إذا كان حسن النية يجهل إعسار المدين وقت تصرفه إلى الخلف الاول².

- الفرض الثالث: إذا كان التصرف الصادر من المدين إلى الخلف الاول معاوضة والتصرف الصادر من الاخير إلى الخلف الثاني تبرعا، فإنه يشترط غش المدين وعلم الخلف الاول بهذا الغش³، أما التصرف الذي قام به الخلف الاول للثاني فهو غير نافذ في حق

¹ عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق - ص 109.

² أنور سلطان - المرجع السابق - ص 52.

³ نفس المرجع - ص 53.

الدائن ولو كان خلف المتصرف إليه حسن النية، أي لا يعلم بغش المدين وتواطؤ المتصرف إليه، ولا حتى بإعسار المدين، وذلك لأنه يبتغي نفعاً ولا يتوقى ضرراً مثل الدائن¹.

- الفرض الرابع: إذ كان التصرف الصادر من المدين معاوضة، والتصرف الصادر من الخلف الاول معاوضة كذلك، فلا يكفي أن يثبت الدائن غش المدين وعلم الخلف الاول بهذا الغش، بل يجب كذلك أن يثبت علم الخلف الثاني بغش المدين وعلم الخلف الاول بهذا الغش.

هذا ويلاحظ ما في هذا الحكم من خروج عن القواعد العامة، لأنه من مقتضى هذه القواعد أنه ليس للخلف الثاني حقوقاً أكثر مما لسلفه وهو الخلف الاول، وعلى ذلك كان يجب أن يكتفى بعدم نفاذ التصرف الصادر إلى الخلف الاول في حق الدائن، حتى لا ينفذ كذلك في مواجهته التصرف الصادر منه إلى الخلف الثاني، دون حاجة إلى اشتراط سوء نية هذا الأخير، غير أنه يمكن تبرير هذا الحكم بأن الدعوى البوليصية ليست بدعوى إبطال حتى تطبق في شأنها القواعد العامة، بل هي أقرب إلى دعوى المسؤولية ولذا وجب توافر الخطأ، وهو سوء النية في جانب الخلف الثاني².

الفرع الثالث: آثار الدعوى البوليصية

إذا صدر الحكم في الدعوى البوليصية لصالح الدائن تترتب عدة آثار سنتولى سردها وشرحها وفقاً لنصوص القانون المدني الجزائري، حيث تنص المادة 194 مدني على أنه: "متى تقرر عدم نفاذ التصرف للدائن استفاد من ذلك جميع الدائنين الذي صدر هذا التصرف إجحافاً بحقهم"، وتنص المادة 195 مدني على ما يلي: "إذا كان من تلقى حقاً من المدين المعسر لم يدفع ثمنه فإنه يتخلص مما ينتج عن دعوى الدائن متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل، وقام بإيداعه الخزنة"، وتنص كذلك المادة 197 مدني على أنه: "تسقط بالتقدم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف وتسقط في جميع الاحوال بانقضاء خمسة عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه".

¹ محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 259.

² أنور سلطان - المرجع السابق - ص 53.

أولاً: آثار الدعوى البولصية بالنسبة إلى الدائن وباقي الدائنين

نخصص هذا النقطة لبحث مسألة آثار الدعوى البولصية بالنسبة إلى الدائن وبالنسبة إلى باقي الدائنين، وذلك فيما يلي:

1- آثار الدعوى البولصية بالنسبة إلى الدائن

أ- **عدم نفاذ التصرف في حق الدائن:** إذا توافرت شروط الدعوى البولصية فإن المحكمة تحكم بعدم نفاذ تصرف المدين، وبمقتضى ذلك أنه يكون للدائن أن يعتبر هذا التصرف لم يبرم، ويستعمل حقوقه على هذا الأساس¹.

فإذا كان هذا التصرف يتضمن إنقاصاً لحق من حقوق المدين، فإن هذا الحق لا يخرج من الضمان العام ويستطيع الدائن التنفيذ عليه. فمثلاً إذا قام المدين بتقرير رهن أو ارتفاق على مال له فإن الدائن ينفذ على هذا المال باعتباره خاصاً من هذا الحق العيني الذي تقرر للغير. وإذا كان تصرف المدين بالبيع أو الهبة، اعتبر الشيء المبيع أو الموهوب لا يزال في ضمان الدائن. وإذا كان تصرف المدين إبراء لذمة مدين له، فإن الدين يظل باقياً في ذمة مدين المدين بالنسبة إلى الدائن ويستطيع الأخير أن يوقع عليه حجزاً ما للمدين لدى الغير².

ب- عدم استمرار الدائن في الدعوى إذا استوفى حقه

لا يرفع الدائن الدعوى البولصية إلا بصفته دائناً، فإذا توافرت فيه هذه الصفة وقت رفع الدعوى ثم فقدتها أثناء ذلك أو بعد صدور الحكم، بأن استوفى حقه مثلاً، فإنه لا يستطيع الاستمرار في الدعوى أو في التنفيذ، هذا بسبب أنه لم تعد له صفة في ذلك بعد أن استوفى حقه.

وقد يقوم المدين نفسه بوفاء الدين، فينهي بذلك الدعوى أو يوقف التنفيذ. ومصلحته في هذا العمل أنه يفي بدين في ذمته، ويتوقى رجوع من تصرف له لو استمر الدائن في الدعوى أو التنفيذ³.

¹ محمد لبيب شنب، أسامة أبو الحسن مجاهد - المرجع السابق - ص 132.

² د/ أنور سلطان - المرجع السابق - ص 55.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام (الاثبات - آثار الالتزام) الجزء الثاني - المرجع السابق - 1057.

ج- حق الدائن في التعويض

قد يحدث أن الدائن لا يستطيع التوصل إلى إعادة المال الذي خرج من ذمة المدين إلى ضمانه العام، كما في حالة وجود المال في يد من اكتسبه بعوض بحسن نية، وكذلك إذا ما انتقل هذا المال إلى المتصرف إليه ثان وكان تلقاه بعوض وبحسن نية، وفي هذه الحالة لا شك أن الدائن قد أصابه ضرر من تصرف مدينه بسوء نية.

ويستطيع الدائن عندئذ أن يطالب المدين بالتعويض عن الفعل الضار غير المشروع، وكذلك المتصرف إليه إذا كان سيئ النية يكون مسؤولاً عن الضرر الذي أصاب الدائن على وجه التضامن مع المدين لاشتراكهما في الفعل غير المشروع، وهذا تطبيقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، وفي هذه الحالة لا نكون بصدد دعوى بولصية، بل بصدد دعوى مسؤولية مدنية وبالفعل فإن الدعوى البولصية كانت تهدف إلى مسؤولية المدعى عليه على اعتبار أنه ارتكب فعل غير مشروع وهو غش الدائنين، ثم تطورت من دعوى المسؤولية إلى دعوى رد، أي دعوى بعدم نفاذ التصرف¹.

2- أثر الدعوى البولصية بالنسبة إلى باقي الدائنين

وهو ما أكدته المادة 194 مدني السالفة الذكر ومعناها أنه إذا بادر دائن إلى رفع الدعوى البولصية فلا يمنع ذلك باقي الدائنين الذين استوفوا شروط هذه الدعوى وكانت حقوقهم سابقة على التصرف المطعون فيه، من التدخل فيها، وإذا لم يتدخل أحد منهم في الدعوى، فلا يحول ذلك من مشاركتهم الدائن الطاعن في التنفيذ على مال المدين الذي رد إلى ضمانهم العام بموجب حكم عدم نفاذ التصرف، بل انه إذا كان لأحدهم وجه من وجوه الافضلية على الدائن الطاعن فإنه يتقدم عليه في استيفاء الحق².

غير أن المادة 194 مدني اشترطت لاستفادة الدائنين الآخرين من عدم نفاذ التصرف المترتب على الدعوى، أن يكون هذا التصرف قد صدر إضراراً بهم. ولا يتصور هذا الإضرار إلا بالنسبة للدائنين أصحاب الحقوق السابقة على التصرف المذكور، فهؤلاء كان يحق لهم رفع الدعوى البولصية، أو المشاركة فيها، ومن ثم يكون لهم الاستفادة منها، وهذا بعكس الدائنين الذين نشأت حقوقهم في تاريخ لاحق لإبرام التصرف المطعون فيه، إذ من

¹ محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص 157.

² أنور سلطان - المرجع السابق - ص 58.

غير المعقول أن يكون هذا التصرف قد تم إضرار بهم، ومن ثم لم يكن يسوغ لهم رفع الدعوى البوليصية التي حكم فيها بعدم نفاذ التصرف أو الاشتراك فيها¹.

ثانياً: أثر الدعوى البوليصية بالنسبة إلى المدين والمتصرف إليه

سبق وان بينا أن الدعوى البوليصية ليست دعوى بطلان، ومن ثم فهي لا تؤدي إلى بطلان التصرف المطعون فيه، وإنما إلى مجرد عدم نفاذه في حق الدائنين المستفيدين من هذه الدعوى، وهذا يعني أن التصرف يظل صحيحاً وقائماً في العلاقة بين المدين والمتصرف إليه منتجا كافة آثاره القانونية بينهما.

وتنظم العلاقة بين المدين والمتصرف إليه وفقاً للقواعد العامة، وطبقاً لهذه القواعد، فإنه إذا كان التصرف الذي حكم بعدم نفاذه بيعاً، ترتبت النتائج الآتية:

1- يعتبر المتصرف إليه (المشتري) مالكا للمبيع في مواجهة المدين (البائع)، وإن كان لا يعتبر كذلك في مواجهة الدائنين المستفيدين من الدعوى البوليصية، ويترتب على ذلك أنه إذا بقي من ثمن البيع فائض، بعد استيفاء دائني البائع حقوقهم، كان هذا الفائض من نصيب المشتري دون البائع².

2- يبقى المشتري ملزماً بوفاء الثمن إلى المدين البائع، وظل هذا ملزماً بنقل ملكية المبيع وتسليمه وضمّانه، فيجوز للبائع أن يطالب المشتري بالثمن، ويجوز للأخير أن يدفع هذه المطالبة بالدفع بعدم التنفيذ أو أن يطلب الفسخ، كما يجوز له أن يرفع على البائع دعوى ضمان التعرض والاستحقاق بمجرد اتخاذ أحد الدائنين إجراءات التنفيذ على المال موضوع التصرف الذي حكم بعدم نفاذه³.

3- أن للمتصرف إليه الرجوع على المتصرف بدعوى الاثراء بلا سبب لأنه يكون قد أثرى على حسابه بسداد ديونه من المال المتصرف فيه⁴.

أما عن مركز المتصرف إليه بالنسبة إلى باقي دائني المتصرف في الرجوع على هذا الأخير فإذا كان من شأن تصرف المدين زيادة التزاماته كما في القرض مثلاً، فإنه ليس للمقرض، وهو من ترتب على التعاقد معه إعسار المدين أو زيادة إعساره، أن يشارك

¹ محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 264.

² عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق - ص 115.

³ سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 352.

⁴ توفيق حسن فرج، د/ جلال علي العدوي - المرجع السابق - ص 695.

الدائنين السابقين على هذا التصرف في قسمة الغرماء، ولكن له أن يزاحم الدائن اللاحق على هذا التصرف كالمضروب من عمل غير مشروع ارتكبه المدين.¹

ثالثا: تطبيقات خاصة بالدعوى البولصية وتقادمها

نتناول في هذا الفرع التطبيقات الخاصة بالدعوى البولصية، وكذلك تقادم هذه الدعوى كل ذلك فيما يلي:

1- تطبيقات خاصة بالدعوى البولصية

هناك تطبيقين خاصين للدعوى البولصية وهما: التدخل في القسمة واعتراض الغير الخارج عن الخصومة وسأبينهما فيما يلي:

أ- التدخل في القسمة

نصت المادة 729 مدني على ما يلي: "لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم.

وتوجه المعارضة إلى كل شريك ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الاجراءات، والا كانت القسمة غير نافذة في حقهم ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة.

أما إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا فيها الا في حالة الغش". في هذه المادة نجد أن الدائن يستعمل الدعوى البولصية لا لإصلاح ما وقع من ضرر، وإنما لمنع الضرر قبل وقوعه، فهو يتدخل في إجراءات القسمة حتى يراقب مدينه ويمنعه من الاضرار بحقه، على أنه إذا تمت القسمة دون تدخل الدائن في إجراءاتها، وتبين أن المدين قد تعمد الاضرار بحقوق الدائن، فإنه يجوز للدائن بعد تمام القسمة أن يطعن فيها بالدعوى البولصية، في صورتها العادية المألوفة، لإصلاح ما وقع من الضرر، ما دام قد فاتته أن يمنع هذا الضرر قبل وقوعه.

¹ أنور سلطان - المرجع السابق - ص 59.

ب- اعتراض الغير الخارج عن الخصومة¹

لقد نصت المادة 383 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على أنه: "يجوز لدائني أحد الخصوم أو خلفهم، حتى ولو كانوا ممثلين في الدعوى، تقديم اعتراض الغير الخارج عن الخصومة على الحكم أو القرار أو الامر بشرط أن يكون الحكم أو القرار أو الامر المطعون فيه قد مس بحقوقهم بسبب الغش".

وهنا يطعن الدائن، لا في تصرف قانوني صدر من مدينه، بل في حكم صدر ضد مدينه نتيجة لتواطؤ هذا المدين مع خصمه حتى يصدر الحكم ضده إضرارا بالدائن. وغنى عن بيان أن الحكم الصادر على هذا الوجه ضد المدين كان يسري في حق الدائن فينتقص من ضمانه العام، لولا أن أجاز قانون الاجراءات المدنية والادارية للدائن الطعن في الحكم عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة. وهذا التطبيق من الطعن هو تطبيق خاص للدعوى البولصية تتلائم مع طبيعة الحكم. فإذا أثبت الدائن في اعتراضه ضد المحكوم له غش المدين، لم يصبح الحكم المطعون فيه حجة عليه ولم يسر في حقه².

هذا ويلاحظ أن الاصل أنه يجوز الطعن بطريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة لكل شخص شريطة أن لا يكون ممثلا في الحكم أو القرار أو الامر المطعون فيه، باستثناء دائني أحد الخصوم أو خلفهم الذين مست حقوقهم بسبب الغش³.

2- تقادم الدعوى البولصية

يتضح من نص المادة 197 مدني في شأن الدعوى البولصية أن المشرع أخذ بنفس مدد التقادم التي قررها بالنسبة إلى دعاوى البطلان، بالرغم من أن هذه الدعوى ليست بدعوى بطلان، وهذا ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرارها رقم 254083 المؤرخ في 2002/02/06م والتي ذكرت فيه ما يلي:

¹ اعتراض الغير الخارج عن الخصومة جائز بالنسبة إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار أو الامر الاستعجالي سواء كان الحكم صادرا حضوريا أو غيابيا وسواء أكان صادرا في الموضوع أو قبل الفصل في الموضوع. راجع فريحة حسين - المبادئ الاساسية في قانون الاجراءات المدنية والادارية - الطبعة الثانية - ديوان المطبوعات الجامعة - الجزائر - سنة 2013م - ص 153.

² عبد الرزاق أحمد السنهاوي - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام (الاثبات - آثار الالتزام) الجزء الثاني - المرجع السابق - ص 1012.

³ بريارة عبد الرحمن - شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية (قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008م) - الطبعة الثانية - دار البغدادي - الجزائر - سنة 2009م - ص 284.

" حيث أنه وكما هو ثابت من ملف القضية، أن الطاعن رفع دعوى طلب فيها ابطال المحرر الرسمي المؤرخ في 1997/06/29م الذي يتضمن حبس هذا العقار.

وحيث أن قضاة الموضوع انتهوا إلى رفض دعوى الطاعن إسنادا إلى أن التصرف الذي به المطعون عليه تم قبل تسجيل الحجز العقاري، ومن ثمة لا يحق للطاعن طلب إبطال المحرر الرسمي إلى يتضمن وقف العقار.

وحيث أن قضاة الموضوع كان مطروحا عليهم النزاع وهو ما قام به المطعون عليه يضر بالدائنين ويضعف من الضمان العام، وبالتالي فإن الطاعن كان يتمسك بدعوى عدم نفاذ التصرف في حقه استنادا إلى أحكام المادة 191 المدني.

وحيث أن قضاة الموضوع ليسوا ملزمين بالتكييف الذي يقترحه عليهم أحد الخصوم، بل كان يجب عليهم أعمال التكييف الصحيح لوقائع النزاع لأن التكييف القانوني هو مسألة قانونية من عمل القاضي ذلك انه كان مطروحا عليهم دعوى عدم نفاذ التصرف وليس بطلان هذا التصرف وان كان الطاعن قد تمسك بالبطلان.

وحيث أن قضاة الموضوع عندما لم يلتزموا بالتكييف القانوني الصحيح للنزاع، أدى إلى الخطأ في تطبيق القانون مما يعرض قضاءهم إلى الإلغاء¹.

فتتص المادة 197 مدني على أنه: "تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف وتسقط في جميع الاحوال بانقضاء خمسة عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه". فحسب هذه المادة فإن الدعوى البولصية تسقط بأقصر المدتين التاليتين:

أ- مدة ثلاث سنوات: الارادة التشريعية جعلت لتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف مدة قصيرة رغبة منها في ألا يظل مصير التصرف معلقا مدة طويلة، وهذه المدة 3 سنوات تبدأ من تاريخ العلم بسبب عدم نفاذ التصرف، لا من تاريخ العلم بالتصرف، فقد يعلم الدائن بالتصرف ولكن لا يعلم بالأسباب التي تستتبع عدم نفاذه، كإعسار المدين وغشه، وغش خلفه على حسب الاحوال.

وعلم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف لا يفترض، ومن ثم فإن على من يتمسك بالتقادم الثلاثي أن يثبت علم الدائن تاريخ هذا العلم لتبدأ منه مدة التقادم².

¹ حمدي باشا عمر - المرجع السابق - ص 123.

² محمود عبد الرحمن محمد- المرجع السابق - ص 268.

ب- مدة خمس عشرة سنة: وفي جميع الاحوال تسقط الدعوى بانقضاء 15 سنة من تاريخ التصرف، سواء لم يعلم الدائن بصدور التصرف أو بسبب عدم نفاذه¹، بغية استقرار المعاملات²، ومن ثم إذا لم يعلم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف إلا بعد صدوره بأربع عشرة سنة، فإن الدعوى تسقط بمضي سنة واحدة بعد هذا العلم، والتي بها تنقضي مدة الخمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف، ولا تمتد إلى أكثر من ذلك، فيكفي أن يبقى تصرف المدين قلقا غير مستقر خلال هذه المدة الطويلة، وما على الدائن إلا القبول به بعدها، وهذا التقادم الطويل يسري بالنسبة إلى جميع الدائنين دون تفرقة فيما بينهم، حيث يبدأ من تاريخ واحد لا يتغير من دائن لآخر.³

المطلب الثالث

الدعوى الصورية

قد يظهر المدين بمظهر الشخص الذي يجري تصرفا ما، في حين أنه لا يجريه في الواقع، أي أنه يُخفي حقيقة موقفه باصطناع تصرف كاذب، فيصور للناس أمرا ليستر به أمرا آخر، ومثال ذلك أن يظهر المدين بمظهر من يبيع ماله لآخر، لكن في حقيقة الامر لا يبيعه، فيبرم عقدا ظاهرا يصوره بائعا، ثم يستكتب المشتري ورقة يقر فيها بأن البيع السابق لا وجود له في الحقيقة، وهذه الورقة تسمى ورقة الضد، وتستخدم لإثبات أن التصرف الظاهر لا وجود له، وأنه ليس إلا تصرفا صوريا، وعليه كان لا بد من تمكين الدائن من أن يرد عليه سوء قصده، حتى يستطيع التنفيذ على المال الذي خرج كذبا من ذمة المدين إلى ذمة الغير بواسطة الدعوى الصورية، لإثبات أن التصرف الذي أظهر للناس لا يعدو أن يكون تصرفا صوريا لا يتفق مع الحقيقة.

وعليه سنتناول في هذا المطلب مفهوم دعوى الصورية في فرع أول، ثم آثارها في فرع ثاني، كل ذلك فيما يلي:

¹ محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص 151.

² عبد القادر الفار - المرجع السابق - ص 122.

³ محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 270.

الفرع الأول: مفهوم الدعوى الصورية

نتناول في هذا المطلب تعريف بالصورية، ثم وأنواعها، وأخيرا شروطها، كل ذلك على النحو الآتي:

أولاً: تعريف الصورية

يقصد بالصورية إيجاد مظهر كاذب، بإبرام تصرف قانوني ظاهر، لإخفاء حقيقة معينة، وعليه يُشترط تعاصر اتفاق المتعاقدين على العقد الصوري وعلى الوضع المستتر، ويوجد بالتالي تصرف ظاهر، وتصرف حقيقي مستتر، ويطلق على المحرر المثبت لذلك ورقة الضد¹، فتستهدف الدعوى الصورية استبقاء الحق الذي خرج ظاهرياً من الضمان العام بسبب غش المدين وتعمده إخراج المال من هذا الضمان بتصرف صوري ليمنع الدائن من التنفيذ عليه².

والغرض من دعوى الصورية هو إعمال الارادة الحقيقية للمتعاقد، وهي بذلك تختلف عن دعوى عدم نفاذ التصرف، التي تستهدف عدم نفاذ التصرف الذي اتجهت إليه الارادة الحقيقية للمتعاقدين، وهما المدين والمتصرف إليه، حيث تعتبر أشد خطراً لما فيها من مساس بحرية المدين في التصرف، لذلك فإن شروط الدعوى الصورية أكثر يسراً إذ يكفي ثبوت دائية المدعي، أي خلو دينه من النزاع، ولا يهم بعد ذلك غش المدين، أو وقت نشأة حق الدائن، أو استحقاق دينه، ويلزم لقبول الدعوى الصورية توافر المصلحة الطاعن وفي حدود هذه المصلحة، وفي هذا الصدد، فإن مصلحة الدائن في دعوى الصورية لا تحقق إلا حيث يكون المدين معسراً ، ولا يلزم في هذه الحالة أن يكون التصرف الصوري هو الذي تسبب في الاعسار³.

¹ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن - النظرية العامة للإلتزام - أحكام الإلتزام والاثبات - منشأة المعارف - الاسكندرية - سنة 2008 - ص 58.

² أحمد أحمد يحيى - المرشد في مصادر الإلتزام وأحكام الإلتزام - دار المطبوعات الجامعية - الاسكندرية - سنة 2005 - ص 109.

³ احمد شوقي محمد عبد الرحمن - المرجع السابق - ص 59.

ثانياً: أنواع الصورية

يوجد نوعان من الصورية، صورية مطلقة وأخرى نسبية:

1- الصورية المطلقة

تنصب الصورية المطلقة على التصرف ذاته بحيث أن التصرف الظاهر لا يكون له وجود في الحقيقة، كما أن الاتفاق المستتر لا يتضمن تصرفاً آخر يختلف عن التصرف الظاهر، بل يقتصر الاتفاق المستتر (ورقة الضد) على إثبات أن التصرف الظاهر تصرف صوري لا وجود له في الواقع، كما لو باع المدين مالا يملكه بيعاً صورياً أي غير حقيقي وذلك ليجعل ماله بمنأى عن الدائنين وضمانهم العام.

2- الصورية النسبية

وهي تلك التي لا تتناول وحود التصرف في ذاته، ولكن تتناول طبيعته أو موضوعه و أطرافه، ففي هذه الصورية يوجد تصرف قانوني بين المتعاقدين، ويستخدم التصرف الظاهر (الصوري) لإخفاء جانب منه من حيث الطبيعة أو الموضوع أو الأطراف¹، وانطلاقاً من الجانب الذي تنصب عليه هذه الصورية فإنها تنقسم إلى ثلاثة أنواع وهي: صورية بطريق التستر، وصورية بطريق المضادة، وصورية بطريق التسخير، وسنتناول هذه الأنواع فيما يلي:

أ- الصورية بطريق التستر

يقصد بالصورية بطريق التستر تلك التي تخفي طبيعة التصرف لا وجوده، فيلجأ إليها الطرفان لإخفاء حقيقة التصرف المعقود بينهما لسبب أو لآخر، والمثال الغالب لهذا النوع من الصورية، هو إخفاء البيع في صورة هبة بقصد حرمان الشفيع من طلب الشفعة، وإخفاء الوصية في صورة بيع حتى لا يعلق نفاذها فيما زاد على ثلث التركة على إقرار الورثة، أو هبة في صورة قرض بأن يذكر المدين في سند الدين أن القيمة دفعت نقداً لكن الواقع أنه لم يستلم شيئاً وإنما أراد التبرع به².

ب- الصورية بطريق المضادة

ويقصد بها تلك التي لا تخفي طبيعة التصرف بل موضوعه أي أركانه أو شروطه مثالها الغالب أن يحرر عقد بيع عقار ويذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقي هرباً من دفع رسوم

¹ محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - 275.

² محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 276.

التسجيل، أو ثمن أكبر من الثمن الحقيقي لإعاقه الشفيع مثلاً عن التمسك بالشفعة، وقد تنصب هذه الصورية على سبب العقد ومثالها أن يبرم عقد هبة ويذكر فيه أن سببه هو سبق تقديم الموهوب له خدمة مشروعة للواهب في حين أن السبب الحقيقي هو قيام الموهوب له بعمل غير مشروع لحساب الواهب.

وقد تنصب الصورية على تاريخ العقد فيقدم هذا التاريخ حتى يكون سابقاً على بدء مرض الموت الذي صدر فيه التصرف¹، لتفادي الطعن فيه من قبل الورثة².

ب- الصورية بطريق التسخير

قد لا يظهر في التصرف القانوني حقيقة شخصية أحد المتعاقدين، فيكون هذا التصرف القانوني صورياً فيما يتعلق بشخصية المتعاقد، وقد يكون الهدف من ذلك هو التحايل على قواعد القانون الآمرة المانعة من التصرف³.

وبمعنى آخر أن يتوسط شخص ثالث بين شخصين يعتزمان إجراء تصرف ما فيلجأ إلى تسخير ذلك الشخص لكي يبرم التصرف مع أحدهما، ليقوم بعد ذلك بإبرام التصرف مع الشخص الممنوع من التصرف، كما لو قام محام معهود له بالدفاع عن حقوق متنازع فيها بشرائها مستترا وراء شخص آخر مسخر له، وبذلك يكون الغرض من الصورية بطريق التسخير عادة التحايل على مانع قانوني يحول دون تمام التصرف لشخص معين مع المتعاقد الآخر⁴، ولقد نص المشرع على منع بعض الأشخاص بحكم صفتهم أو وظائفهم من مباشرة بعض العقود أو التعامل في بعض الحقوق سواء تم ذلك بأسمائهم أو بأسماء مستعارة أي بطريق التسخير، ومن بين هذه النصوص ما نصت عليه المادة 402 مدني بأنه: "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 والا كان

¹ أنور سلطان - المرجع السابق - ص 64.

² وهذا ما أشارت إليه المادة 408 مدني التي نصت على أنه: "إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزاً إلا إذا أقره باقي الورثة.

أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلاً للإبطال".

³ احمد شوقي محمد عبد الرحمن - المرجع السابق - ص 60.

⁴ لزرق بن عودة - المرجع السابق - ص 137.

البيع باطلا¹.

ثالثا: شروط دعوى الصورية

يشترط لتحقيق الصورية توافر الشروط الآتية:

- وجود وضع قانوني ظاهر، قد يكون عقدا أو حكما أو تصرفا قانونيا صادرا من جانب واحد، فإن كان عقدا وجب أن تتوافر أركانه وشروط صحته.
- وجود اتفاق مستتر تتجه فيه ارادتان إلى اتخاذ موقف يخفيه الوضع الظاهر.
- أن يكون الموقف الحقيقي مغايرا للوضع الظاهر في جميع نواحيه أو في بعضها فقد يمحو كل أثر له، وقد يتناوله بالتعديل تبعا لاختلاف أنواع الصورية².
- يجب أن يصدر العقدان في وقت واحد أي أن تكون هناك معاصرة ذهنية بينهما، ولا تشترط المعاصرة المادية، وتتحقق المعاصرة الذهنية إذا اتفق طرفي التصرف على الصورية وقت إبرام العقد الأول، حتى ولو حررت ورقة الضد في وقت لاحق، وللقاضي السلطة التقديرية في استخلاص أية علاقة قانونية ملابسة بظروف تدل على إخفاءها وسترها وراء تصرف أو عقد ظاهر³.

الفرع الثاني: آثار الدعوى الصورية

سنتكلم في هذا الفرع عن آثار الصورية بالنسبة إلى المتعاقدين والخلف العام، ثم أثر الصورية بالنسبة للغير

أولا: آثار الصورية بالنسبة إلى المتعاقدين والخلف العام

تنص المادة 199 مدني على أنه: "إذا أخفى المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين، والخلف العام هو العقد الحقيقي"، ويترتب على ذلك أن العقد الظاهر، فيما بين المتعاقدين والخلف العام، لا وجود له فلا يعمل به، وهذا ما يقتضيه مبدأ

¹ في نفس السياق توجد نصوص قانونية أخرى في شأن الصورية بطريق التسخير، حيث نصت المادة 403 مدني على أنه: "لا يجوز للمحامين ولا للمدافعين القضائيين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها سواء كان التعامل بأسمائهم أو بأسماء مستعارة إذا كانوا هم الذين تولوا الدفاع عنها وإلا كانت المعاملة باطلة"، كما نصت المادة 410 مدني بأنه: "لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة كل ذلك مالم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الاحكام الخاصة والواردة في نصوص قانونية أخرى".

² عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير - المرجع السابق - ص 123.

³ لزرق بن عودة - المرجع السابق - ص 139.

سلطان الارادة، ذلك أن المتعاقدين أنما أرادا العقد المستتر لا العقد الصوري، فيجب أن يلتزمان بما أراداه لا بما لم يريداه.

العبرة وفق نص المادة السابقة بالعقد الحقيقي، فإذا باع شخص عينا لآخر بيعا صوريا، ففيما بين المتعاقدين لا وجود للبيع، ويبقى البائع مالكا للعين المبيعة صوريا، وله حق التصرف فيها، ويستطيع أن يبيعها بيعا جديا بعد ذلك إلى مشتر ثانٍ وهذا الاخير هو الذي تنتقل اليه الملكية، وليس للمشتري الصوري الاول أن يحتج بعقد البيع الصوري على المشتري الثاني، كذلك إذا مات البائع، فالعين الباقية في ملكه تنتقل إلى ورثته الخلف العام، إذ العبرة بالنسبة إلى الخلف العام بالعقد الحقيقي أيضا لا بالعقد الصوري، وعلى النقيض من ذلك لا يكون المشتري الصوري مالكا للعين، وكذلك وارثه لا تنتقل إليه ملكية العين بالميراث، إذا مات المشتري الصوري¹.

وطبقا للقواعد العامة من يدعي من الطرفين أو الورثة صورية التصرف الظاهر، عليه أن يقدم الدليل على صحة ادعائه، وهذا الدليل يجب أن يكون الكتابة إذا كانت قيمة التصرف تزيد عن مائة ألف دج².

ثانيا: أثر الصورية بالنسبة للغير

نتناول في هذا الفرع المقصود بالغير بالنسبة لأثر الصورية، ثم تمسك الغير بالعقد الظاهر القاعدة والاستثناء، وذلك فيما يلي:

1- المقصود بالغير

تنص المادة 198 مدني على أنه: "إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري". المقصود بالغير وفقا لهذه المادة فيما يتعلق بأثر الصورية، يشمل كل شخص غير المتعاقدين وخلفهم العام، وبصفة خاصة يعتبر من الغير ما يلي: يعتبر من الغير دائنو المتعاقدين، فإذا كان التصرف الصوري بيعا فدائن المشتري يعتبر

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام (الاثبات - آثار الالتزام) الجزء الثاني - المرجع السابق - ص 1083.

² تنص المادة 333 مدني على أنه: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الاثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"

من الغير بالنسبة لهذا التصرف¹، إذ أنه اطمأن إلى أن الشيء محل التصرف السوري قد انتقل إلى المشتري، فدخل في ضمانه العام، وله في هذه الحالة أن يتمسك بالعقد السوري، وكذلك دائن البائع في البيع السوري يعتبر من الغير، ولكن لسبب آخر هو أن الشيء محل التصرف لم يخرج في الحقيقة من ملك البائع، أي لم يخرج من الضمان العام للدائن، وله في هذه الحالة أن يتمسك بالعقد الحقيقي².

كذلك يعتبر من الغير كل من كسب حقا عينيا من أحد المتعاقدين على الشيء محل التصرف السوري سواء كان هذا الحق سابقا للتصرف السوري أو تاليا له، فلو باع شخص دار بيعا سوريا فكل من كسب حقا عينيا على هذه الدار قبل التصرف السوري أو بعده من البائع أو المشتري يعتبر من الغير في البيع السوري الذي تم، مثال ذلك من يكسب الحق العيني من البائع قبل التصرف السوري دائن مرتهن يرهن له البائع الدار ثم يبيعها بعد ذلك بيعا سوريا، ومثل من يكسب الحق العيني من البائع بعد التصرف السوري مشتر ثان يبيع منه البائع الدار مرة أخرى بيعا جديا بعد أن باعها بيعا سوريا، فكل من الدائن المرتهن والمشتري بعقد جدي يعتبر غيرا بالنسبة إلى البيع السوري³.

2- للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر

إذا كانت القاعدة العامة تقضي أن العبرة بما انصرفت إليه الإرادة الحرة والمشاركة للمتعاقدين إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة، فإن لهذه القاعدة استثناء، فهي ليست مطلقة التطبيق بالنسبة للغير في الصورية، حيث يظهر ذلك الاستثناء في حماية الاوضاع الظاهرة وما تقتضيه من وجوب الاطمئنان للتصرف الظاهر، وضرورة احترام الثقة المشروعة في الوضع الظاهر، هذا ما جعل المشرع يحمي الغير حسن النية وخول له الحق في الاخذ بالإرادة الظاهرة التي يسهل التعرف عليها.

لكن تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري نص فقط في المادة 198 مدني على حالة التمسك بالعقد السوري من طرف الغير، وذلك خلافا للمادة 244 فقرة 1 من القانون المدني المصري التي تنص على انه: "إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص،

¹ محمد لبيب شنب، أسامة أبو الحسن مجاهد - المرجع السابق - ص 146.

² عبد الرزاق أحمد السنهاوري - المرجع السابق - ص 1094.

³ عبد الرزاق أحمد السنهاوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام (الاثبات - آثار الالتزام) الجزء الثاني - المرجع السابق - ص 1089.

متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم"، وبالتالي يتبين ان المادة 198 مدني جزائري جاءت ناقصة ومبتورة، فالمشرع الجزائري لم يقتبس كل مضمون المادة 244 مدني مصري، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أخذ بالاستثناء وهو حق الغير في التمسك بالعقد الصوري الظاهر متى كان حسن النية، وأهمل النص على القاعدة العامة، وهي حق الغير في التمسك بالعقد الحقيقي¹، وعليه على المشرع تعديل نص المادة 198 مدني².

المطلب الرابع

الحق في الحبس

كثيرا ما يكون الدائن مدينا لمدينه بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به، كما إذا كان الدائن ملتزما بتسليم شيء معين لمدينه، وهو دائن في نفس الوقت بالثمن، ولا شك أنه إذا كان كل من الدينين موضوعه نقودا أو مثليات متحدة في النوع والجودة، فإن المقاصة تتحقق على نحو يتم معه الوفاء قانونا إذا ما توافرت شروطها، ولكن الغالب ألا تتوافر مقومات المقاصة كما في المثال السابق، وفي هذه الحالة يخول المشرع للدائن أن يحبس ما في ذمته للمدين حتى يتوصل بذلك إلى حمله على القيام بتنفيذ التزامه. وعلى هذا النحو فقد نصت المادة 200 مدني على أنه: "لكل من التزم بأداء الشيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ترتب عليه وله علاقة سببية وارتباط بالتزام المدين، أو مادام الدائن لم يقيم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا. ويكون ذلك بوجه خاص الحائز الشيء أو محزره، إذا هو انفق 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".

¹ لوني يوسف - المرجع السابق - ص 358.

² المشرع الجزائري تأثر بالمشرع الفرنسي الذي اعتبر أن العقد الخفي هو وحده العقد الحقيقي بالنسبة للمتعاقدين، وليس له أثر بالنسبة للغير، فنص في المادة 1201 على أنه:

Lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussicontre-lettre, produit effet entre les parties. Il n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir"

سندرس في موضوع الحق في الحبس عدة مسائل بدء بتعريفه وشروطه في فرع أول، بعدها نتطرق لكيفية استعمال الحق في الحبس وآثاره في فرع ثان، أما الفرع الثالث فقد خصص لدراسة انقضاء الحق في الحبس، كل ذلك على النحو الآتي بيانه:

الفرع الاول: تعريف الحق في الحبس وشروطه

في هذا الفرع نتعرض بالدراسة في بادئ الأمر لتعريف الحق في الحبس، وبعدها شروط هذا الحق، وذلك فيما يلي:

أولاً: تعريف الحق في الحبس

الحق في الحبس هو: "نظام بمقتضاه يحق للدائن الذي يكون في الوقت نفسه مدينا بتسليم شيء لمدينه أن يتمتع عن تسليمه ذلك الشيء إلى أن يستوفي كامل حقه المرتبط بهذا الشيء"¹ مثال ذلك، في عقد البيع يلتزم البائع "أ" بتسليم المبيع للمشتري "ب" ويلتزم هذا الأخير بتسليم الثمن للبائع "أ"، يجوز في هذه الحالة للمشتري "ب" أن يحبس الثمن كلياً أو جزئياً إذا امتنع البائع "أ" عن تسليم المبيع، كذلك المؤجر ملزم بتسليم العين المؤجرة للمستأجر، وهو في نفس الوقت دائن لهذا المستأجر بالأجرة، ومن ثم يحق للمؤجر أن يتمتع عن تسليم العين المؤجرة، أي يحبسها حتى يفي المستأجر بالأجرة.

الحق في الحبس على هذا النحو يفرضه منطق العدالة، ذلك أنه ليس من المقبول عدالة أن يُطالب شخص بأداء ما عليه في ذمته لآخر قبل أن يستوفي هو ما له من حق عليه.²

ثانياً: شروط الحق في الحبس

يتبين لنا من نص المادة 200 مدني السالفة الذكر، أن الحق في الحبس يقتضي توافر ثلاثة شروط وهي:

الشرط الاول: وجود التزام في ذمة الحابس بأداء شيء

لقد عبرت عن هذا الشرط المادة 200 مدني بقولها "لكل من التزم بأداء شيء.. فحق الحبس يفترض وجود التزام في ذمة الحابس بأداء شيء لشخص آخر، ويستوي في هذا الشيء أن يكون عقاراً أو منقولاً، وقد يكون شيئاً مثلياً أو قيمياً، وقد يكون شيئاً مادياً أو غير

¹ أحمد أحمد يحيى - المرجع السابق - 109.

² مصطفى الجمال، رمضان محمد أبو السعود، نبيل إبراهيم سعد - مصادر وأحكام الالتزام (دراسة مقارنة) - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - سنة 2003 - ص 600.

مادي، وقد يكون عملا أو امتناعاً عن عمل، ويتمثل الحبس في هذه الحالة الاخيرة في صورة عدم تنفيذ العمل أو الامتناع.

ويستثنى من ذلك الاشياء التي لا يجوز الحجز عليها وذلك لأن حبسها يتعارض مع الحكمة التي أرادها المشرع من تقرير عدم جواز حجزها وكذلك الاشياء العامة لان حبسها تعطيلاً للمنفعة العامة التي خصصت لها هذه الاموال.

لا يشترط في حابس الشيء أن يكون حائزاً له على سبيل التملك، وإنما يكفي ان يكون الحابس حائزاً عرضياً للشيء المراد حبسه، وبهذا تقرر بداية الفقرة الثانية من المادة 200 مدني "يكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء او محرزه.." اذ هو انفق على العين المؤجرة مصروفات ضرورية او نافعة، المهم في هذا الفرض، الا يكون التزام الحائز بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع كالسرقة او الغصب، وعلى ذلك لا يجوز لمن سرق عينا او اغتصبها من مالها وانفق عليها مصروفات ضرورية او نافعة ان يحبسها عن المالك حتى يستوفي ما هو مستحق له، لان التزامه بالرد لم يكن مصدره مشروعاً¹.

الشرط الثاني: وجود حق للحابس مستحق الاداء في ذمة المدين

لما كان الغرض من الحق في الحبس هو حمل المدين على تنفيذ التزامه قبل الدائن الحابس، فإن ذلك يقتضي بدها أن يكون للحابس حق لدى المدين، وأن يكون هذا الحق مستحق الاداء، أي حل ميعاد الوفاء به، فالدائن لا يحبس الشيء الا لأن مدينه لم يوف بما هو مستحق عليه، فإن لم يكن حق الدائن واجب الاداء حالاً، فلا يجوز له ممارسة الحق في الحبس حيث يكون سابقاً لأوانه².

على أن الحق في الحبس لا يثبت للدائن بمجرد الدائنية، بل يشترط في ذلك أن يكون حق الدائن مستحق الاداء³، وعليه لا يجوز استعمال الحق في الحبس إذا كان حق الدائن معلقاً على شرط واقف او معلقاً على أجل واقف، إذ لا يكون حق الدائن في هذه الاحوال مستحق الاداء الا بعد تحقق الشرط او حلول الاجل ، ولكن هذا لا ينطبق على الاجل الذي يمنحه القاضي للمدين للتنفيذ، وهو نظرة إلى ميسرة، او الاجل الذي يتبرع به الدائن

¹ خليل أحمد حسن قدامة - الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري - الجزء الثاني أحكام الالتزام - الطبعة الثانية - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - سنة 1992 - ص 98.

² محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 315.

³ سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 441.

للمدين بعد حلول أجل حقه، ما لم يكن قد أراد بذلك التنازل عن حقه في الحبس، او كانت هذه الارادة مفترضة في جانب الدائن بنص القانون¹، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 390 مدني والتي تنص على أنه: "إذا كان تعجيل الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال جاز للبائع أن يمسك المبيع إلى أن يقبض الثمن المستحق ولو قدم له المشتري رهنا أو كفالة، هذا ما لم يمنحه البائع أجلا بعد انعقاد البيع"، وعبارة "يمسك المبيع" المقصود بها أن للبائع حق حبس المبيع.

كذلك يشترط في حق الحابس أن يكون تاليا في الوجود او على الاقل معاصرا لحيازته للشيء المحبوس، أي لا يجوز ان يكون سابقا على الحيازة، لأن فكرة الضمان التي يقوم عليها الحق في الحبس، لا تتعلق بنية الطرفين بل تتوقف فقط على سبق الحيازة كواقعة مادية، فمثلا إذا تسلم صانع بموجب عقود متتالية أشياء لصنعها، فلا يجوز له أن يحبس الاشياء التي تسلمها بموجب عقد لاحق لضمان استيفاء ما هو مستحق له بموجب عقد سابق لانعدام الارتباط بين الالتزامين في مثل هذه الحالة².

الشرط الثالث: وجود ارتباط بين حق الحابس وبين التزامه بأداء الشيء

لا يكفي لقيام الحق في الحبس أن يجوز الدائن شيئا واجب الاداء لمدينه، بل يجب أن يكون هناك ارتباط بين الالتزامين، او بعبارة أخرى أن يكون حق الحابس قد وجد بمناسبة التزامه بالرد، ويفرق الفقه الحديث الان بين نوعين من الارتباط وهما الارتباط المعنوي القانوني، والارتباط المادي او الموضوعي، وسنتناولهما فيما يلي:

1- الارتباط المعنوي او القانوني

يقوم الارتباط القانوني على وجود علاقة تبادلية بين الالتزامين، هذه العلاقة قد يكون مصدرها عقد ملزم للجانبين، وفي هذه الحالة تصل إلى مستوى علاقة السببية، ويتخذ فيها صورة الدفع بعدم التنفيذ، ومثالها حبس البائع للشيء المبيع حتى يؤدي المشتري الثمن، وحبس المستأجر الاجرة عن المؤجر في سبيل دفعه إلى تنفيذ التزامه، بعدم التعرض له في الانتفاع بالعين المؤجرة، وهكذا. وقد تنشأ العلاقة بمناسبة العقد الملزم للجانبين في حالة انحلاله بالبطلان أو الفسخ، حين يكون لكل من الطرفين أن يحبس ما هو ملتزم برده

¹ محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 316.

² أنور سلطان - المرجع السابق - ص 80.

بموجب البطلان أو الفسخ، حتى يستوفي ما هو مستحق له، كالمشتري له الحق في أن يحبس العين المحكوم بفسخ عقد بيعها له، حتى يوفيه البائع ما دفعه من الثمن¹.

2- الارتباط المادي أو الموضوعي

هو الذي ينشأ عن واقعة مادية، هي حيازة الشيء أو احرازه وما قد تؤدي إليه الحيازة أو الاحراز من لزوم حصول الحائز أو المحرز على جميع المصروفات التي انفقها على الشيء أو تعويضه عن الضرر الذي أصابه بسببه، فالارتباط المادي يقوم دون حاجة لقيام رابطة تربط بين حائز الشيء أو محزره، وبين من له الحق في استرداده وهو صاحب الشيء المحبوس، وقد عبرت عن ذلك المادة 200 الفقرة الثانية مدني بقولها: "ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محزره إذا هو انفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة..."².

الفرع الثاني: كيفية استعمال الحق في الحبس وآثاره

في هذا الفرع نبين كيفية استعمال الحق في الحبس وآثاره في النقطتين الاتيتين:

أولاً: كيفية استعمال الحق في الحبس

متى توافرت الشروط الثلاثة السابقة نشأ للحائز حق في حبس الشيء عن صاحبه والامتناع عن تسليمه إليه حتى يتم الوفاء بحقه، ولا يشترط لاستعمال الحابس حقه في الحبس أن يقوم بإعذار المدين بضرورة الوفاء بدينه وإلا حبس الشيء عنه، كما لا يشترط أيضاً أن يحصل على إذن من القضاء قبل الامتناع عن التسليم³، 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 منها لا قيمة له⁴.

ثانياً: آثار الحق في الحبس

تنص المادة 201 مدني على أنه: "مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه. وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحيازة، وعليه أن يقدم حساباً عن غلته.

¹ محمد شكري سرور - المرجع السابق - ص 240.

² خليل أحمد حسن قدامة - المرجع السابق - ص 100.

³ محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 327.

⁴ خليل أحمد حسن قدامة - المرجع السابق - ص 102.

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".

يترتب على الحق في الحبس آثارا معينة تتمثل في حقوق للحابس وواجبات عليه، وسنعرض أولا لحقوق الحابس، وثانيا لواجباته، وذلك فيما يلي:

1- حقوق الدائن الحابس

أ - علاقة الدائن الحابس بالمالك وعلاقته بالغير

نميز هنا بين علاقة الدائن الحابس بمالك العين وهو عادة المدين الذي تحبس العين في دينه، وعلاقة الحابس بالغير، وذلك فيما يلي:

- علاقة الدائن حابس بالمالك:

قوام الحق في الحبس هو حق الحابس في امتناع عن تسليم الشيء المحبوس إلى مالكة أو إلى من له الحق في استرداده، والحبس في ذاته ليس طريقا من طرق انقضاء الالتزام بل هو امتناع مؤقت عن التنفيذ حتى يستوفي الحابس حقه قبل مالك الشيء، وفي هذا يختلف عن المقاصة التي بها ينقضي الدينان بقدر الأقل منهما¹.

وتبقى العين محبوسة في يد الحائز حتى يستوفي هذا الأخير كل حقه، فلو كان هذا الحق مصروفات ضرورية أو نافعة أنفقها الحائز على العين، فللحائز أن يحبس العين حتى يستوفي من المالك جميع الحقوق التي قررها له القانون²، ذلك أن الحق في حبس العين غير قابل للتجزئة، شأنه في ذلك شأن الضمان، فلو أن المالك وفى الحائز جزءا من الدين، فإن الحائز يبقى حابسا للعين كلها حتى يستوفي الباقي بأكمله³.

إضافة إلى ما تقدم فإن الحق في الحبس لا يعطي امتيازاً للحابس، وهذا واضح من نص الفقرة الأولى من المادة 201 مدني، حيث يتبين لنا من خلالها بأنه متى توافرت شروط الحق في الحبس، يكون للدائن أن يحبس الشيء الذي ارتبط حقه به في حيازته حتى يقوم

¹ وسيأتي الحديث عنها في انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء.

² وهذا ما نصت عليه المادة 839 مدني حيث جاء فيها: "على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يدفع إلى الحائز جميع ما أنفق من المصروفات اللازمة".

³ عبد الرزاق أحمد السنهاوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام (الاثبات - آثار الالتزام) الجزء الثاني - المرجع السابق - ص 1175.

المدين بالوفاء بالتزامه، فهو لا يعتبر حقا عينيا ولا ضمانا خاصا، وإنما يعتبر ضمانا عاما يثبت لكل دائن توافرت فيه الشروط السابقة الذكر ليثبت حقه في الحبس، ويترتب على ذلك أنه في حالة تنفيذ الدائن على العين المحبوسة فإن كل الدائنين يقتسمون حصيلة التنفيذ بينهم قسمة غرماء، فحق الحبس لا يمنح حق الافضلية للدائن الحابس على غيره من الدائنين¹، وإذا كانت العين المحبوسة تنتج ثمار أو غلة، فليس للحائز إلا حبسها وليس له حق امتياز عليها، شأنها في ذلك شأن العين نفسها، ولكن إذا كانت الغلة معرضة للتلف، جاز للحائز استئذان القضاء في بيعها ويقوم ثمنها مقامها فيبقى حابسا له حتى يستوفي حقه، ولكن لا يتقدم بهذا الثمن على سائر الدائنين بل يقتسمونه بينهم قسمة غرماء إذا أراد التنفيذ عليه بحقه، ويتبين من ذلك أن هناك فرقا بين أن يبيع الحابس الثمار استيفاء لحقه وفي هذه الحالة يقاسمه الدائنون قسمة الغرماء، وبين أن يبيع الثمار بإذن من القضاء لأنها معرضة للتلف وفي هذه الحالة يبقى الدائن حابسا للثمن الذي يقوم مقام الثمار، فإذا ما نفذ على الثمن وهو محبوس في يده يزاحمه بقية الدائنين².

- علاقة الدائن الحابس بالغير

1- الدائنون العاديون: تقدم أن الحق في الحبس لا يخول الدائن أي مزية في الشيء المحبوس سوى أنه يسمح له بالامتناع عن رده إلى المدين حتى يستوفي هو كامل حقه، فهو لا يخول الدائن في مواجهة الغير مزية التقدم ولا مزية التتبع، ولكنه يسمح له بالامتناع عن تسليم الشيء المحبوس ولو كان ذلك إلى الغير الذي كسب على هذا الشيء حقا عينيا. ويعتبر الدائنون العاديون من الغير، ولكن مع ذلك يسري الحبس في حقهم أيضا كما يسري في حق المالك، فلو أن دائنا عاديا للمالك أراد أن ينفذ بحقه على العين المحبوسة، فباع العين جبرا فان الحائز يستبقي حقه في الحبس في مواجهة هذا الدائن وفي مواجهة المشتري الراسي عليه المزاد - وهو أيضا يعتبر من الغير - إلى أن يستوفي حقه كاملا، ولو كان الحكم غير ذلك لفقد الحق في الحبس أهميته، إذا كان أي دائن للمالك يستطيع أن يبيع العين جبرا فيفقد الحابس حقه في الحبس، هذا هو مبلغ نفاذ الحق في الحبس في مواجهة الدائن العادي، وقد يؤدي ذلك من الناحية العملية، كما قدمنا، إلى أن يستوفي الحائز حقه

¹ خليل أحمد حسن قدامة - المرجع السابق - ص 103.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام (الاثبات - آثار الالتزام) الجزء الثاني - المرجع السابق - ص 1178.

كاملا قبل سائر الدائنين، ولكن ليس للحائز من الناحية القانونية، كما سبق القول، أي امتياز على العين المحبوسة¹.

2- الخلف الخاص: وهو كل من انتقلت إليه ملكية العين المحبوسة أو حقا عينيا عليها، كالمشتري والدائن المرتهن وصاحب حق الانتفاع²، وذلك أن الحبس لا يعطل حق المالك في التصرف في ملكه فله أن يبيع العين وهي محبوسة في يد الحائز، وله أن يرتب عليها حق رهن أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية.

فإذا كانت العين المحبوسة عقارا، فإن المشتري من المالك والدائن المرتهن وصاحب حق الانتفاع أو حق الاتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية يجب عليهم أن يشهروا حقوقهم، فإن كانوا قد شهروا حقوقهم قبل أن يثبت للحائز الحق في حبس العين، لم يسر هذا الحق في مواجهتهم، فإن حقوقهم العينية على العين المحبوسة قد حفظت بالشهر قبل الحبس، ولا يستطيع الحائز إذن أن يحبس عنهم العين، وإن كانوا قد شهروا حقوقهم بعد أن ثبت للحائز الحق في حبس العين، فإن هذه الحقوق العينية لا تنفذ في حق الحابس، ويستطيع هذا الأخير أن يتمسك بحقه في الحبس في مواجهة المشتري أو الدائن أو أي صاحب حق عيني آخر، ولو قلنا بغير ذلك وبأن الحبس لا يسري في حق هؤلاء في هذه الحالة لسهل على المالك أن يتهرب من الحبس ببيعه العين أو بترتيب حق عيني عليها فيسقط الحبس في حق من تصرف له المالك.

2- واجبات الدائن الحابس

تنص الفقرة الثانية من المادة 201 مدني على أنه: "على الحابس أن يحافظ على الشيء وفقا لأحكام رهن الحيازة، وعليه أن يقدم حسابا عن غلته" يتبين من هذه الفقرة أن واجبات الدائن الحابس تتمثل فيما يلي:

أ- المحافظة على الشيء المحبوس

الزم المشرع الدائن بالمحافظة على الشيء المحبوس، كما يحافظ الدائن المرتهن رهن حيازة على الشيء المرهون تحت يده وذلك وفقا لأحكام الرهن الحيازي، وعلى وجه

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام (الاثبات - آثار الالتزام) الجزء الثاني - المرجع السابق - ص 1179.

² أنور سلطان - المرجع السابق - ص 80.

الخصوص وفقا لأحكام المادة 1955¹ مدني، فالدائن عليه أن يبذل عناية الرجل العادي في المحافظة على الشيء المحبوس في حيازته، ويعني هذا أن الالتزام بالمحافظة على الشيء المحبوس هو التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة، ويتفرع على التزام الحابس بالمحافظة على العين المحبوسة واجب آخر هو استئذان القضاء في بيع الشيء المحبوس إذا كان الشيء مما يخشى عليه من الهلاك أو التلف، وبهذا تقرر الفقرة الثالثة من المادة 201 مدني على أنه: "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"، واضح من هذه المادة أن الدائن إذا استصدر حكما من القضاء ببيع الشيء المحبوس خوفا من الهلاك أو التلف، فإن حقه في الحبس ينتقل من الشيء إلى الثمن².

ب- تقديم حساب عن غلة الشيء

يلتزم الحابس بأن يقدم لصاحب الحق في الشيء حسابا عن غلة هذا الشيء، ذلك أن ما ينتجه الشيء من غلة من صاحب الحق في تسلم الشيء وليس من حق الحابس، ولذلك إذا قام الحابس بجني غلة من الشيء وجب عليه أن يحافظ عليها كما يحافظ على الشيء نفسه، ولا يلتزم الحابس أن يسلم الغلة إلى الطرف الآخر بل له أن يحبسها كالشيء ذاته، وإذا خشي على الغلة من التلف، كان له أن يبيعها بعد استئذان القضاء، وأن يحبس ثمنها³.

الفرع الثالث: انقضاء الحق في الحبس

ينقضي الحق في الحبس بطريقتين، طريق تبعي، وطريق أصلي، وسنعرضهما فيما يلي:

أولا: انقضاء الحق في الحبس بطريق تبعي

انقضاء الحق في الحبس قد يكون بصفة تبعية بانقضاء الحق الذي يضمنه ويقال بأن هذا نتيجة لصفة التبعية للتأمين فلا يمكن أن يبقى الضمان بعد انقضاء الحق الذي يضمنه أيا كان سبب انقضاء هذا الحق⁴.

¹ والتي تنص على أنه: "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".

² خليل أحمد حسن قداد - المرجع السابق - ص 110.

³ محمد لبيب شنب، أسامة أبو الحسن مجاهد - المرجع السابق - ص 164.

⁴ محمد حسنين - المرجع السابق - ص 298.

ثانيا: انقضاء الحق في الحبس بطريق أصلي

يقصد بذلك أن الحق في الحبس ينقضي وحده دون الحق المضمون، وذلك لأسباب خاصة يستقل بها، وهي:

1- تقديم تأمين كاف للوفاء بالحق المضمون: فإن قدم مالك الشيء المحبوس تأميناً كافياً للوفاء بالحق المضمون بالحبس، كرهن أو كفالة، انتفى المبرر من استمراره، وتعين رد الشيء إلى صاحبه¹، وهذا ما بينته المادة 200 مدني فقرة أولى.

2- هلاك الشيء المحبوس: ينقضي الحق في الحبس بصفة أصلية رغم عدم انقضاء الحق المضمون به وذلك إذا هلكت العين المحبوسة فينقضي حق الحبس لانعدام المحل، وإذا استحق تعويض عنها أو مبلغ تأمين فإنه يحل محل العين المحبوسة تطبيقاً للحلول العيني فهنا ينتقل الحق في الحبس إلى مبلغ التعويض والتأمين، كذلك ينتقل الحق في الحبس إذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء ببيعه بالمزاد العلني أو بسعر السوق، وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه²، ونصت على ذلك الفقرة الثالثة من المادة 201 مدني لقولها: "وإذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه وفقاً للأحكام المنصوص عليها في المادة 971³، وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه".

3- اخلال الحابس بالتزاماته بالمحافظة على الشيء: إذا أخل الحابس بالتزامه بالمحافظة على الشيء والعناية به عناية الشخص العادي، وترتب على ذلك الاضرار بالشيء أو بثماره، كان للمالك أن يطلب من القضاء إسقاط حقه في حبسها بالتطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق.

4- خروج الشيء من يد الحابس بإرادته: ورد النص على هذا السبب في الفقرة الأولى من المادة 202 مدني التي تقضي بأنه: "ينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه

¹ محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 341.

² محمد حسنين - المرجع السابق - ص 299.

³ حيث نصت على أنه: "إذا كان الشيء مهدداً بالهلاك أو التلف أو نقص بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ولم يطلب الرهن رده إليه مقابل شيء آخر يقدم بدله، جاز للدائن أو للرهن أن يطلب من القاضي الترخيص له ببيعه بالمزاد العلني أو بسعره في السوق".

أو محرزته"، فطبقا لهذا النص ينقضي الحق في الحبس إذا تخطى الحابس برضاه عن حياة الشيء أو إذا اتخذ إجراءات الحجز على الشيء وذلك لأن حق الحبس يرتبط بالحياة، وينتهي بانتهائها ويمكن تفسير الانقضاء حينئذ بأنه تنازل ضمني، ومن باب أولى فإن التنازل الصريح يؤدي إلى انقضاء حق الحبس¹.

غير أنه يشترط لانقضاء الحق في الحبس في هذه الحالة أن يكون خروج الشيء من يد الحابس خروجاً ارادياً، أي بعلمه ورضاه، وبالتالي إذا تم هذا الخروج دون علمه أو دون إرادته، فلا يؤدي إلى زوال حقه في الحبس، وله حينئذ أن يطلب استرداد الشيء ممن استولى عليه، سواء كان هو مالكه أو شخص آخر، ليمارس عليه حقه في حبسه، ولكن يجب عليه أن يطلب الاسترداد خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده، وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه، وهذا الحكم نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 202 مدني بقولها: "غير أنه لحابس الشيء إذا خرج من يده بغير علمه أو بالرغم من معارضته أن يطلب استرداده، إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوم من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده ما لم تنتضي سنة من وقت خروجه".

¹ محمد حسنين - المرجع السابق - ص 299.

الفصل الثاني

أوصاف الالتزام

أوصاف الالتزام هي أمور تلحق بالالتزام فتعدل من آثاره، وتنقسم أوصاف الالتزام إلى ثلاث أنواع وهي:

أوصاف تؤثر في نفاذ الالتزام أو في وجوده، ويتمثل ذلك في الشرط والاجل.
أوصاف تتعلق بمحل الالتزام، حيث يتعدد المحل، ويكون الالتزام تخييريا أو بدليا.
أوصاف تتصل بطرفي الالتزام، حيث يتعدد الدائنون أو المدينون في الالتزام الواحد، وتتعدل آثار الالتزام هنا في حالتها التضامنية، وعدم قابلية الالتزام للانقسام.
وسنتناول أوصاف الالتزام في ثلاث مباحث وهي:

المبحث الأول: الشرط والاجل

المبحث الثاني: تعدد محل الالتزام

المبحث الثالث: تعدد طرفي الالتزام

المبحث الاول

الشرط والاجل

قلنا أن الوصف قد يلحق الرابطة القانونية ذاتها فإذا كان يجعلها غير محققة في وجودها أو في بقائها، لأنه يربط هذا الوجود أو هذا البقاء بتحقق واقعة مستقبلية غير محققة الوقوع، كان الالتزام في هذه الحالة موصوفا بما يسمى بالشرط أو وفقا للاصطلاح القانوني معلقا على شرط، أما إذا كان لا يؤثر على الوجود المحقق للرابطة وإنما يتعلق بنفاذها فيؤجل بدايته أو يحدد نهايته، لأنه يربط هذه أو تلك بواقعة مستقبلية محققة الوقوع، كان الالتزام في هذه الحالة موصوفا بالأجل، أو وفقا للاصطلاح القانوني مضافا إلى أجل.

وهكذا إذا كان الشرط، كالأجل، كل منهما أمر مستقبل، إلا أن الاول غير محقق الوقوع في حين أن وقوع الثاني أمر مؤكد، وسنخصص لكل منهما دراسة خاصة، وذلك في مطلبين، الاول يتعلق بالشرط أما الثاني يتعلق بالأجل، على النحو الآتي:

المطلب الاول

الشرط

عالج المشرع موضوع الشرط في المواد من 203 إلى 208 من قانون مدني، فالكلام عن الشرط يقتضي معرفة تعريفه وأنواعه، ومقوماته وأخيرا الآثار التي تترتب عليه، كل ذلك في الفروع الآتية:

الفرع الأول: مفهوم الشرط

أولاً: تعريف الشرط

تنص المادة 203 مدني على أنه: "يكون الالتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل وممكن وقوعه"، يتبين من هذه المادة أن الشرط كوصف للالتزام، هو أمر مستقبلي غير محقق الوقوع يترتب على تحققه وجود الالتزام أو زواله¹، والشرط بهذا المعنى أمر خارجي عارض تضيفه الإرادة إلى التزام بعد أن يستوفي أركانه وعناصر تكوينه، فإذا كان نشوء الالتزام هو الذي علق على تحقق الشرط أطلق عليه "شرط واقف"، وإذا كان زوال الالتزام هو الذي علق على تحقق الشرط سمي "بشرط فاسخ".

ثانياً: أنواع الشرط

ينقسم الشرط الي قسمين، شرطا واقفا وآخر فاسخ، وسنتناولهما فيما يلي:

1- الشرط الواقف

يكون الشرط واقفا إذا علق عليه نشوء العقد أو الالتزام، بحيث أنه إذا تحقق الشرط انعقد العقد ونشأت الالتزامات في ذمة كل من طرفيه، أو نشأ الالتزام في ذمة الواعد إذا كنا أمام الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام²، مثاله أن يعد الاب ولده بمكافأة مالية إذا نجح في الامتحان، عندئذ يكون التزام الاب معلقا في وجوده على واقعة النجاح.

2- الشرط الفاسخ:

هو الذي لا يقف انتاج الإرادة أثرها أو وجود الالتزام، وإنما يؤدي تحققه إلى زوال هذا الاثر أو الالتزام³، ومثال ذلك أن يهب شخص شخصا آخر منزلا على أن تفسخ الهبة إذا رزق الواهب في المستقبل ولدا، عندئذ يكون التزام الواهب موجودا منذ البداية، ومتعينا من ثم

¹ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن - المرجع السابق - ص 93.

² عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير - المرجع السابق - ص 160.

³ سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 497.

تنفيذه، وإن كان عرضة للزوال في المستقبل إن تحققت واقعة الانجاء، حيث يتعين على الموهوب له أن يرد الشيء الموهوب للواهب¹.

ثالثا: الخصائص الواجب توافرها في الواقعة حتى تكون شرطا

نستنتج من المواد 203، 204، 204 مدني أن للشرط ثلاث خصائص وهي:

1- الشرط أمر مستقبلي:

يجب حتى تعتبر الواقعة شرطا أن تكون مستقبلة، أي أن يكون تحققها لاحقا على انعقاد العقد، فإذا كانت الواقعة حاضرة أي تتحقق وقت تمام العقد، أو ماضية أي سبق تحققها إبرام التصرف، فلا تعتبر شرطا ولو كان المتعاقدان يجهلان أمر تحققها وقت التعاقد، وعلى ذلك يوجد الالتزام منجزا إذا علق وجوده على مثل هذه الواقعة²، ومثال ذلك أن أعدك بجائزة معينة إذا أنت نجحت في الامتحان ثم يتضح أن النتيجة كانت وقت الوعد قد ظهرت بنجاحك، أو أن يبيعك تاجر الكتب كتابا معيناً بشرط ورود هذا الكتاب إليه من الخارج ثم يتضح أن الكتاب كان قد ورد إليه وقت العقد، ففي هذه الأحوال يعتبر الالتزام منجزا، أو غير معلق، لأن الأمر الذي أريد تعليقه عليه لم يكن أمرا مستقبلا بل كان أمرا تحقق وجوده وقت العقد³، وقد عبرت عنه المادة 203 مدني بقولها: "...إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبلي وممكن وقوعه".

2- الشرط غير محقق الوقوع:

فالشرط يجب أن يكون أمرا غير محقق الوقوع فإذا كان أمرا محقق الوقوع، فإنه لا يكون شرطا بل يكون أجلا، ويجب ألا يكون هذا الأمر مستحيل الوقوع، فإذا علق الملتزم وجود التزامه على أمر مستحيل استحالة مطلقة، فإن الالتزام لا يوجد أصلا، فإذا وعد شخص آخر بأن يعطيه جائزة إذا وصل إلى القمر كانت هذه استحالة مطلقة، لأن وسائل الطيران المعروفة حتى اليوم تعجز عجزا مطلقا عن الوصول إلى القمر، وإن كان العلماء يتحدثون عن إمكان ذلك في المستقبل، أما إذا كانت الاستحالة نسبية فإنها لا تعيب الالتزام بل يكون

¹ محمد شكرى سرور - المرجع السابق - ص 258.

² أنور سلطان - المرجع السابق - ص 198.

³ سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 502.

في هذه الحالة قائما يتوقف وجوده او زواله على تحقق الشرط¹، مثلا يجوز الوعد بمنح جائزة إذا استطاع الموعد له أن يجد علاجاً لبعض الأمراض المستعصية التي لا يوجد لها علاج.

غير أنه لا يكف لاعتبار الواقعة شرطاً أن تكون أمر مستقبلاً غير محقق الوقوع، بل يلزم لاعتبارها شرطاً صحيحاً ألا يكون أمر تحققها، إذا كان الشرط واقفاً متروكاً لمحض إرادة المدين أي الملتزم، والشرط الإرادي المحض هو ما يتعلق بإرادة أحد الطرفين دون أن تقتن بعمل معين، أو هو ما لا يتطلب سوى مجرد التعبير عن الإرادة، كأن أهبك ما لا إذا أردت أنا، فهذا شرط إرادي محض متوقف على إرادة المدين، أو أهبك هذا المال إذا أردت أنت، فهذا شرط إرادي محض متوقف على إرادة الدائن، وينبغي التفرقة بين ما إذا تعلق بإرادة الدائن أم بإرادة المدين، وبين ما إذا كان فاسخاً أو واقفاً، وذلك فيما يلي:

إذا كان الشرط الإرادي المحض شرطاً فاسخاً، فيعتبر صحيحاً سواء تعلق بإرادة الدائن أم بإرادة المدين، أما إذا كان شرطاً واقفاً فيعتبر صحيحاً إذا تعلق بإرادة الدائن، وباطلاً ومانعاً من قيام الالتزام إذا تعلق بإرادة المدين، وهذا هو معنى قول المادة 205 مدني "لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم"، وعلة التفرقة بين الشرط الفاسخ والشرط الواقف إذا كان إرادياً محضاً متعلقاً بإرادة المدين، أن الشرط إذا كان فاسخاً لا يمنع من نشوء الالتزام وإن بقي احتمال فسخه متوقفاً على إرادة المدين، في حين يمتنع قيام الالتزام إذا كان الشرط واقفاً لانفراد المدين بعقده الرابطة القانونية، بأن يكون له أن يلتزم أو لا يلتزم².

3- أن يكون الشرط غير مخالف لنظام العام والآداب العامة:

أي أن يكون اشتراطه لا يخالف النظام العام والآداب العامة فإذا كان اشتراط الأمر المعلق عليه الالتزام غير مشروع، لم يصح اعتباره شرطاً صحيحاً، ويختلف أثر ذلك على الالتزام بحسب ما إذا كان قد قصد بهذا الأمر أن يكون شرطاً واقفاً أو شرطاً فاسخاً. فالشرط الواقف غير المشروع يمنع من نشوء الالتزام في أي وقت من الاوقات، لأن اشتراطه يعتبر لمثابة الباعث الدافع على الالتزام، وعدم مشروعية الباعث من شأنها أن تبطل

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام (الاوصاف - الحوالة - الانقضاء) الجزء الثالث - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - سنة 2000م - ص 16.

² أنور سلطان - المرجع السابق - ص 200.

التصرف، وبالتالي أن تمنع من نشوء أي التزام بناء عليه، وعلى ذلك إذا وهب شخص لآخر مبلغا من المال بشرط أن يقتل شخصا معيناً، أو أن يفشي أسراراً حربية، فإن الهبة تكون باطلة، ولا ينشأ عنها أي التزام، لأن القتل وإفشاء الأسرار الحربية يعتبران من الأمور المخالفة للنظام العام.

أما إذا كان الشرط غير مشروع شرطاً فاسخاً، فإن أثره على الالتزام يختلف بحسب ما إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام أم لا، فإذا كان الشرط الفاسخ غير المشروع هو السبب الدافع للالتزام بأن كان المدين لم يقبل الالتزام إلا على أساس وجود هذا الشرط، فإن الالتزام لا ينشأ منذ البداية، ولا يكون له وجود، وعلى ذلك إذا تعهد شخص بدفع مبلغ دوري لامرأة مدى الحياة، واشترط انقضاء التزامه هذا إذا قطعت المرأة علاقتها به، فإن الالتزام لا ينشأ منذ البداية، لأن الشرط الفاسخ المعلق عليه كان هو السبب الدافع اليه. أما إذا لم يكن الشرط الفاسخ غير المشروع هو السبب الدافع للالتزام فإن الشرط وحده هو الذي يعتبر غير قائم، وينشأ الالتزام غير معلق على أي شرط، وهذا الفرض من النادر تحققه، إذا أن تعليق الالتزام على شرط فاسخ معين، معناه أن هذا التعليق كان هو السبب الدافع للالتزام، وبالتالي فإنه في جميع الحالات التي يكون فيها الشرط الفاسخ غير مشروع، يكون الباعث على الالتزام غير مشروع، ومن شأن ذلك أن يمنع من نشوء الالتزام نفسه، لا أن يؤدي فقط إلى عدم قيام الشرط مع بقاء الالتزام قائماً¹.

¹ محمد لبيب شنب، أسامة أبو الحسن مجاهد - المرجع السابق - ص 193.

الفرع الثاني: آثار الشرط

لبيان أثر تعليق الالتزام على شرط، يجب أن نفرق من جهة بين الاثر في فترة التعليق أي قبل تحقق الشرط أو ثبوت تخلفه، والاثـر بعد تحقق الشرط أو تخلفه، سواء كان شرطاً واقفاً أو فاسخاً، وذلك فيما يلي:

أولاً: آثار الشرط في مرحلة التعليق

وهنا يجب أن نميز بين آثار الشرط الواقف وآثار الشرط الفاسخ، وذلك على النحو الآتي:

1- آثار الشرط الواقف

تنص المادة 206 من المدني على: "إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف، فلا يكون نافذاً إلا إذا تحقق الشرط. أما قبل تحقق الشرط، فلا يكون الالتزام قابلاً للتنفيذ الجبري، ولا للتنفيذ الاختياري، على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه"، وفقاً لهذه المادة، ليس للدائن حق مؤكد إذ لا يدري أيتحقق الشرط أم لا، لكن ليس للمدين بالمقابل أن يعدل عما تعهد به و لو كان قد علق التزامه على شرط لم يتحقق بعد، فليس للدائن مجرد أمل للمدين أن يخلفه بل له حق و لكنه حق غير مؤكد الوجود. و يترتب على ذلك عدة نتائج:

ينتقل الحق المعلق على شرط واقف بنفس صفته، بالإرث، أو التصرف القانوني بالحالة أو الوصية، أو غير ذلك من أسباب انتقال الحق¹.

أنه لا يجوز للدائن أثناء فترة التعليق أن يباشر أي إجراء من الإجراءات التنفيذ في مواجهة المدين، فالالتزام المعلق على شرط الواقف لا يقبل التنفيذ الجبري ولا التنفيذ الاختياري.

ليس للدائن أن يتمسك بالمقاصة في مواجهة المدين أثناء مرحلة التعليق لان المقاصة طريق لاستقاء الحق.

ليس للدائن أن يباشر دعوى عدم نفاذ التصرف، لأنها لا تستلزم أن يكون حقه مستحق الاداء.

لا يسري التقادم أثناء فترة التعليق بالنسبة لالتزام المدين المعلق على شرط واقف، لأنه لا يستحق الاداء إلا من وقت تحقق الشرط.

¹ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن - المرجع السابق - ص 98.

لكن للدائن حقوق وهي أن يتخذ بمقتضاه من الاجراءات ما يكفل له المحافظة على حقه وفقا للمادة 206 مدني، فيجوز له رفع دعوى غير مباشرة، والدعوى الصورية.

2- آثار الشرط الفاسخ:

يترتب على اعتبار أن التزام المعلق على الشرط الفاسخ، التزام موجود ونافذ في مرحلة التعليق، ويترتب عليه النتائج التالية:

أن يكون لصاحبه - طيلة فترة التعليق - كل حقوق الدائن بالتزام بسيط منجز، من حيث إمكان المطالبة به جبرا، وصحة الوفاء به اختيارا، وصحة الاستناد إليه في رفع دعوى المحافظة على الضمان العام جميعا، كما يسري التقادم المسقط في شأنه من وقت قيامه، ويتفرع على احتمال زوال حق الدائن، أن التصرفات التي يباشرها عليه خلال هذه الفترة تقع مرهونة بمصيره وتكون من ثم عرضة للزوال¹.

ثانيا: آثار الشرط بعد انتهاء مرحلة التعليق

تنتهي فترة التعليق إذا تبين مصير الشرط، بأن تحققت الواقعة المشروطة، أو ثبت أنها تخلفت نهائيا.

1- أثر تحقق الشرط:

ويجب أن نفرق بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ، وذلك فيما يلي:

أ- الشرط الواقف

نميز بين ما إذا كان الشرط واقفا وتحقق، وما إذا كان الشرط واقفا وتخلف، وفق التفصيل الآتي:

- إذا كان الشرط واقفا وتحقق:

إذا تحقق الشرط الواقف فإن الحق الذي كان معلقا عليه يصبح نافذا، وتترتب عليه كل آثار الحق النافذ المستحق الاداء، فيصبح واجب التنفيذ فورا، ممكن التنفيذ اختيارا، وتجوز المقاصة فيه، ويسري عليه التقادم منذ تحقق الشرط، ويجوز للدائن أن يطعن بمقتضاه في تصرفات مدينه بالدعوى البولصية، وإذا كان محل الحق المعلق على شرط واقف شيئا معيناً بالذات فإنه يصبح مملوكا للدائن بصفة نهائية وتنفذ تصرفاته التي أجراها أثناء فترة التعليق.

¹ محمد شكري سرور - المرجع السابق - ص 281.

- إذا كان الشرط واقفا وتخلف:

أما إذا تخلف الشرط الواقف، فإن حق الدائن يصبح عدماً، أي لا ينشأ، ويترتب على هذا، تزول بأثر رجعي الاجراءات التحفظية التي يكون الدائن قد باشرها أثناء فترة التعليق، وإذا كان الدائن قد تصرف في حقه المعلق على شرط، فإن زوال حقه يستتبع بالتالي زوال أثر هذا التصرف¹.

ب- الشرط الفاسخ

نميز بين ما إذا كان الشرط واقفا وتحقق، وما إذا كان الشرط واقفا وتخلف، وفق التفصيل الآتي:

- إذا كان الشرط فاسخا وتحقق

إن الالتزام الذي كان موجوداً أثناء التعليق يعتبر كأن لم يكن أبداً، أي أن زوال الالتزام لا يرجع إلى وقت تحقق الشرط بل يرجع إلى وقت الاتفاق عليه، ويترتب على الاثر الرجعي لزوال الالتزام في هذه الحالة ما يلي:

للمدين أن يسترد من الدائن ما أداه أثناء فترة التعليق بدعوى رد غير المستحق، ومن باب أولى يكون له الاسترداد إذا كان قد وفى الدين عن غلط بعد تحقق الشرط.

إذا كان الالتزام المعلق على شرط فاسخ التزما بإعطاء شيء، كالشراء تحت شرط فاسخ، فإنه بتحقق الشرط يعتبر المبيع كأن لم يخرج أبداً من ملك البائع، ولذا تعتبر التصرفات التي صدرت في شأنه من المشتري أثناء فترة التعليق صادرة من غير مالك، فلا تنفذ في مواجهة البائع وهو المالك الحقيقي.

كما تزول كل الاجراءات التنفيذية والتحفظية التي يكون الدائن قد باشرها أثناء فترة التعليق للتنفيذ بحقه او للمحافظة عليه².

كذلك تزول بأثر رجعي كل التصرفات التي أجراها الدائن أثناء فترة التعليق على الشيء محل الحق، باستثناء أعمال الإدارة التي يكون الدائن قد باشرها قبل تحقق الشرط، إذا كان حسن النية، وكانت تلك الاعمال لا تخرج عن المألوف في أعمال الإدارة وهذا ما نصت عليه المادة 207 مدني التي تنص على أنه: "يزول الالتزام إذا تحقق الشرط الفاسخ، ويكون

¹ محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 391.

² توفيق حسن فرج، جلال علي العدوي - المرجع السابق - ص 724.

الدائن ملزماً برد ما أخذه فإذا استحال الرد بسبب هو مسؤول عنه وجب عليه تعويض الضرر".

- إذا كان الشرط فاسخاً وتخلّف

إذا تخلّف الشرط الفاسخ ترتب على ذلك امتناع زوال الالتزام نهائياً، واعتباره التزاماً منجزاً منذ نشأته، وينبني على تأييد حق الدائن في هذه الحالة تأييد كافة التصرفات التي صدرت منه في شأن هذا الحق في فترة التعليق.¹

ثالثاً: الأثر الرجعي للشرط

يقصد الأثر الرجعي للشرط أنه عندما يتحقق الشرط الواقف ويترتب على تحققه وجود الالتزام، ويستند هذا الوجود إلى الماضي، أي أن الالتزام يعتبر أنه قد وجد من وقت الاتفاق على الالتزام الشرطي، وكذلك إذا كان الشرط فاسخاً فإن ما يترتب على تحققه من زوال الالتزام المقترن به يعتبر واقعا من وقت الاتفاق المذكور، أي أن هذا الاتفاق يكون كأنه لم ينشأ. هذا التزام أصلاً، ونصت المادة 208 مدني 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 الوقت الذي تحقق فيه الشرط. غير أنه لا يكون للشرط رجعي، إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب لا يد للمدين فيه".

يتبين من هذه المادة أنها تجعل الأثر الرجعي للشرط قاعدة عامة وتستثنى منها ثلاث حالات وهي:

- إذا اتفق المتعاقدين صراحة أو ضمناً على أن لا يكون للشرط أثر رجعي، فلا ينتج الشرط أثره إلا من وقت تحققه أو تخلفه، ومثال ذلك أن تعلق الهبة على شرط فاسخ يكون تحققه متوقفاً على صدور قانون معين، ففي هذه الحالة لا ينتج الشرط الفاسخ أثره إلا من وقت تحققه بصدر ذلك القانون.²

- استحالة أعمال الأثر الرجعي لتحقيق الشرط بسبب طبيعة الالتزام كما هو الأمر بالنسبة للعقود الزمنية، كعقد الإيجار والعمل، حيث لا يمكن فيها الاسترداد.

- استحالة أعمال الأثر الرجعي لتحقيق الشرط بسبب أجنبي قبل تحقق الشرط.

¹ توفيق حسن فرج، جلال علي العدوي - المرجع السابق - ص 723.

² سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 528.

المطلب الثاني

الاجل

نظم المشرع الاجل في المواد من 209 إلى 212 مدني، وعليه سنقسم دراستنا في هذا المطلب الخاص بالأجل إلى فرعين، الأول ندرس فيه مفهوم الاجل، أما الفرع الثاني فنخصصه لدراسة آثار الاجل وانقضاؤه، كل ذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: مفهوم الاجل

سنتناول بالدراسة في هذا الفرع مسألتين، الاولى تتعلق بتحديد تعريف الاجل ومقوماته، أما الثانية فتتعلق بأنواعه، وذلك فيما يلي:

أولاً: تعريف الاجل ومقوماته

1- تعريف الاجل

الاجل أمر مستقبلي محقق الوقوع يترتب على تحققه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه دون أن يكون لذلك أثر رجعي، ونظم المشرع الاجل كوصف يمس نفاذ الالتزام في المادة 209 مدني حيث نصت على أنه: " يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع.

ويعتبر الامر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتماً، ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه". يتبين من هذه المادة أن الاجل وصف يلحق الرابطة القانونية فيحولها من رابطة منجزة واجبة التنفيذ إلى رابطة موصوفة مؤجلة التنفيذ يرتبط مصير نفاذها أو انقضائها على تحقيق ذلك الوصف أو انتهائه، بمعنى آخر الاصل أن يكون الالتزام واجب الاداء حالاً يعطي للدائن الحق بمطالبة مدينه بتنفيذه فوراً، ولكن اقتران تلك الرابطة بهذا الوصف واضافته اليها يجعل موعد تنفيذها مؤجلاً ومرهوناً بمصير ذلك الاجل، ويتوقف عليه من حيث حله أو انقضائه، فاذا توقف على حلول الاجل وجب تنفيذ الالتزام، وتبعاً لذلك كان ذلك الاجل واقفاً، وإذا ترتب على حلول الاجل انقضاء الالتزام الذي كان قائماً وزواله أو انتهائه فان ذلك الاجل يعتبر أجلاً فاسخاً أو منهيًا¹.

¹ حسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو - الوجيز في النظرية العامة للالتزام - الجزء الثاني أحكام الالتزام (دراسة مقارنة) - الطبعة الاولى - دار وائل للنشر - عمان - سنة 2004 - ص 190.

2- مقومات الاجل

أ- الاجل أمر مستقبل

لا يجوز أن يكون الاجل أمراً ماضياً، ولا أمراً حاضراً وقت إبرام العقد حتى ولو كان المتعاقدان يجهلان أن الاجل الذي يحددانه لتنفيذ الالتزام قد حل، فيعتبر الالتزام منجزاً وليس مضافاً أو مقترناً بأجل معين، والاجل يكون في العادة زمناً معيناً يحدده طرفاً للالتزام لقيامه أو انقضائه، وهذا الزمن إما أن يكون أسبوعاً أو شهراً¹.

ب- الاجل أمر محقق الوقوع

أهم مقومات الاجل أنه أمر محقق الوقوع، وهذه هي الصفة الجوهرية فيه التي تميزه عن الشرط، ولا يشترط أن يكون ميعاد تحقق الاجل معلوماً قبل وقوعه كيوم من أيام الشهر والسنة، بل يكفي أن يكون الأمر الذي أضيف إليه الالتزام محقق الوقوع ولو لم يكن تاريخ وقوعه معلوماً حتى يعتبر ضرباً من الاجل، والمثل البارز على ذلك هو الموت فهو واقع لا محالة بالنسبة لكل شخص وإن كان لا يمكن تحديد ميعاده قبل وقوعه.

ج- الاجل أمر عارض:

من مقومات الاجل كذلك أنه أمر عارض في الالتزام، من المتصور أن يقوم الالتزام بدونه، ولذلك لا يجوز اعتبار أي عنصر أساسي في الالتزام أجلاً له، فالزمن مثلاً عنصر أساسي في عقد الايجار لأن الانتفاع بالشيء المؤجر يتحقق شيئاً فشيئاً، فهو لا يتصور إلا ممتداً في الزمان، وبالتالي فإن مدة الانتفاع في عقد الايجار لا يمكن اعتبارها أجلاً للالتزامات الناشئة عن هذا العقد، وذلك على خلاف عقد البيع الذي يعتبر تأجيل دفع الثمن فيه أمراً عارضاً يجوز أن يكون أو لا يكون، ولذلك فإن تحديد ميعاد لاحق للوفاء بثمن البيع يعتبر أجلاً واقفاً للالتزام المشتري بدفع الثمن².

ثانياً: أنواع الاجل

ينقسم الاجل من حيث أثره إلى أجل واقف وأجل فاسخ، أما من حيث مصدره فينقسم إلى أجل اتفاقي وقانوني وآخر قضائي، وسنبين ذلك فيما يلي:

¹ خليل أحمد حسن قداده - المرجع السابق - ص 138.

² سمير عبد السيد تتاغو - المبادئ الأساسية في نظرية العقد وأحكام الالتزام - منشأة المعارف - الاسكندرية - ص 258.

1- أنواع الاجل من حيث أثره

أ- **الاجل الواقف**: يكون الاجل واقفا إذا اضيف إلى حلوله نفاذ العقد، فالعقد موجود ومستكمل لعناصره و أركانه بدون اجل، ولكن نفاذه أضيف إلى أجل، يترتب عليه وقف تنفيذ الالتزام إلى حين تحققه، مثال ذلك أن يلتزم شخص بدفع مبلغ من النقود بعد شهر او في العام القادم، ففي هذه الحالة لا يكون الالتزام واجب التنفيذ الا عند حلول أجله، فأثر إضافة الالتزام إلى اجل واقف إذن هو وقف نفاذه أي جعله غير نافذ حتى ينقضي هذا الاجل.

ب- **الاجل الفاسخ**: فهو الذي يترتب على حلوله انقضاء التزام موجود ونافذ، ومثاله أن يؤجر شخص لآخر سيارته لمدة ستة أشهر ففي هذه الحالة يعتبر مضي الشهور الستة أجلا فاسخا، إذ يترتب عليه انقضاء التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالسيارة¹.

2- أنواع الاجل من حيث مصدره

أ- **الأجل الاتفاقي**: مصدره إرادة المتعاقدان، وهذا الاجل قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا تمليه ظروف التصرف او طبيعة الالتزام، ففي عقد المقاوله يعتبر التزام المقاول مضافا إلى اجل واقف، لان ظروف التصرف تقتضي قيامه بعمل يستغرق اتمامه مضي وقت معين، وإذا لم يحدد الاجل إلا دلالة عين القاضي موعد حلوله، وفقا للظروف، معتدا في ذلك بطبيعة الالتزام وكيفية تنفيذه، ومكان التنفيذ وعرف الجهة².

ب- **الاجل القانوني**: وفيه يتكفل القانون تحديده، ومثاله أن حق الانتفاع ينقضي بموت المنتفع³.

ج- **الاجل القضائي**: هو نظرة إلى ميسرة التي يمنحها القاضي للمدين إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من ذلك ضرر جسيم⁴.

الفرع الثاني: آثار الاجل وانقضاؤه

أولا: آثار الاجل

تنص المادة 212 من المدني على أنه: "إذا كان الالتزام مقترنا بأجل واقف فإنه لا يكون نافذا الا في الوقت الذي ينقضي فيه الاجل على أنه يجوز للدائن حتى قبل انقضاء الاجل

¹ محمد لبيب شنب، أسامة أبو الحسن مجاهد - المرجع السابق - ص 181.

² توفيق حسن فرج، جلال علي العدوي - المرجع السابق - ص 730.

³ عبد القادر الفار - المرجع السابق - ص 147.

⁴ جلال علي العدوي - أصول أحكام الالتزام والاثبات - منشأة المعارف - الاسكندرية - سنة 1996 - ص 140.

أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقوقه وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين إذا خشي افلاس المدين او عسره واسند إلى ذلك بسبب معقول".
ويتطلب انقضاء الاجل الفاسخ زوال الالتزام، دون ان يكون لهذا الزوال اثر رجعي".
ويتبين من النص أنه يجب أن نميز بين مرحلتين مرحلة قبل حلول الاجل، ومرحلة عند حلول الاجل.

1- مرحلة قبل حلول الاجل

أ- الاجل الواقف:

الالتزام المقترن باجل واقف التزام موجود، ويترتب على وجوده عدة نتائج نجملها فيما يلي:

للدائن أن يتخذ من الاجراءات ما يكفل له المحافظة على حقه كقيد الرهن المقرر لضمان حقه، وتجديد هذا القيد، والتدخل في اجراءات القسمة التي يكون المدين طرفا فيها.
للدائن أن يطالب بتأمين إذا خشي افلاس مدينه أو اعساره واستند في ذلك الى سبب معقول وهذا ما تضمنته المادة 212 مدني فإذا لم يتم التأمين المطلوب، كان للدائن يطالب بسقوط الاجل قياسا على حكم المادة 211 مدني فقرة الثالثة التي تقضي بسقوط الاجل إذا لم يقدم المدين ما وعده في العقد بتقديمه من تأمينات¹.

للدائن أن يلجأ إلى الدعوى غير المباشرة والدعوى الصورية للمحافظة على ضمانه العام، أما الدعوى البولصية فلا يستطيع الدائن الالتجاء اليها لأن حقه غير مستحق الاداء.
لا يجوز للدائن أن يجبر المدين على وفاء الالتزام المؤجل قبل حلول الاجل، فلالتزام غير مستحق الاداء لا يقبل التنفيذ الجبري فإذا رفع الدائن دعوى ضد المدين يطالبه بالوفاء قبل حلول الاجل كان المدين أن يدفع بعدم قبولها².

إذا وفى المدين قبل حلول الاجل مع علمه به اعتبر هذا تنازلا منه عن التأجيل، أما إذا كان يجهل قيام الاجل، أو معتقدا أن الأجل قد حل، فله أن يرجع على الدائن بدعوى

¹ تنص المادة 211 فقرة الثالثة مدني على أنه: "يسقط حق المدين في الأجل:

3- إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من تأمينات"

² عبد الحميد الشواربي - التعليق الموضوعي على القانون المدني - الكتاب الثالث أحكام الالتزام (الفقه، القضاء، صيغ

العقود والدعاوى) - منشأة المعارف - الاسكندرية - ص 525.

الاسترداد لأنه وفى بغير المستحق¹.

ب- الاجل الفاسخ:

يقتصر اثر الاجل الفاسخ على مجرد وضع حد زمني ينتهي به الالتزام وعلى ذلك فالالتزام قبل انتهاء الاجل الفاسخ موجود ونافذ، أي أن للدائن حق مستحق الاداء، ولكنه حتما سيزول في المستقبل بانقضاء الاجل، ويترتب على ذلك ما يأتي:

يستطيع الدائن أن يقتضيه جبراً من المدين، كما يجب على هذا الاخير أن يوفي به طوعاً واختياراً².

للدائن أن يتخذ الاجراءات التنفيذية، وأن يطعن في تصرفات مدينه بالدعوى البولصية، كما أن التقادم يسري بالنسبة لحق الدائن من وقت نشوئه.

2- مرحلة عند حلول الاجل

إذا حل الاجل ترتب على ذلك آثار تختلف في الاجل الواقف عنه في الاجل الفاسخ:

أ- **الاجل الواقف:** إذا كان الاجل واقفا وحل يترتب عليه أن يصبح الالتزام مستحق الاداء، دون أن يكون لذلك أثر رجعي، وعندئذ يستطيع الدائن مطالبة مدينه بالوفاء، وأن يتخذ اجراءات التنفيذ، وأن يطعن في تصرفات مدينه بالدعوى البولصية، كما أن مدة التقادم تبدأ بالنسبة لهذا الحق، وتجاوز المقاصة بينه وبين حق اخر منجز، وهذا ما تضمنته المادة 212 مدني.

ب- **الاجل الفاسخ:** العقود الزمنية مرتبطة بأجل فاسخ فإذا حل الاجل بانقضائه أو سقوطه أو التنازل عنه، فإن الحق ينقضي من تلقاء نفسه بحلول الاجل دون الحاجة إلى حكم يصدر بذلك، يترتب على حلوله انقضاء الالتزام بالنسبة للمستقبل، دون أن يكون له أثر رجعي، فحلول أجل انتهاء الايجار مثلاً يؤدي إلى انقضاء حقوق والتزامات كل من طرفيه، فينتهي التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، وينتهي التزام المستأجر بدفع الاجرة³.

¹ محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 400.

² سمير عبد السيد تتاغو - المرجع السابق - ص 261.

³ محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 406.

ثانياً: انقضاء الاجل

ينقضي الاجل عادة بحلوله، ولكنه قد ينقضي قبل ذلك إما بسقوطه أو بالنزول عنه، ويؤدي انقضاؤه، أيا كان سببه إلى أن يصبح الالتزام مستحق الاداء، وعليه سندرس أحوال انقضاء الالتزام من حيث حلوله والتنازل عنه وسقوطه، وذلك في النقاط الآتية:

1- حلول الاجل

يحل الأجل بتحقق الأمر المستقبلي المضاف إليه الالتزام، وعلى ذلك إذا كان الاجل معيناً بيوم معين كأول جانفي 2021 فإنه يحل بحلول هذا اليوم، وإذا كان الاجل غير معين كوفاة شخص معين، فإنه يحل بحصول هذه الوفاة.

2- النزول عن الاجل

ينقضي الاجل كذلك بالنزول عنه، ويجب أن يصدر هذا النزول ممن تقرر الأجل لمصلحته، فإذا كان الاجل مقرراً لمصلحة المدين، فلا يصح النزول عنه إلا من المدين، ويتحقق نزول المدين في هذه الحالة بإرادته المنفردة، فلا يحتاج إلى قبول من الدائن، وإذا كان الاجل مقرراً لمصلحة الدائن فيجب أن يصدر النزول عنه.

وقد يكون الاجل مقرراً لمصلحة كل من الدائن والمدين، وفي هذه الحالة لا يجوز لأي منهما أن ينفرد بالنزول عن الاجل، بل يجب أن يتم هذا النزول بموافقتهم معاً، ومثال ذلك أن يستأجر شخص شيئاً لمدة معينة في مقابل أجرة محددة، ففي هذه الحالة لا يجوز لأي من المؤجر أو المستأجر أن ينفرد بالنزول عن الاجل وإنهاء الإيجار قبل انقضاء المدة المحددة له¹.

3- سقوط الاجل

ينقضي الاجل بسقوطه، والقانون المدني يقرر سقوط الاجل في ثلاث حالات نصت عليها المادة 211 منه والتي نصت على أنه: "يسقط حق المدين في الاجل:

- إذا شهر افلاسه وفقاً لنصوص القانون.
- إذا نقص بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطي بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، هذا ما لم يفضل الدائن أن يطالب بتكملة التأمين،

¹ محمد لبيب شنب، أسامة أبو الحسن مجاهد - المرجع السابق - ص 182.

أما إذا كان انقاص التأمين يرجع إلى سبب لا دخل للمدين فيه فإن الاجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا.

- إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من تأمينات".

والاجل الذي يسقط في هذه الحالات هو الاجل الواقف، أما الاجل الفاسخ فلا يسقط، وفيما يلي نعرض حالات سقوط الاجل:

الحالة الاولى: اشهار الافلاس أو الاعسار: وسبب سقوط الاجل في هذه الحالة هي أن الدائن لم يمنح المدين اجلا للوفاء الا لثقتة في يساره، فإذا اشهر افلاسه أو اعساره فمعنى ذلك أنه لم يكن اهلا لهذه الثقة، كما أن اسقاط الديون في هذه الحالة تقضيه ضرورة تحقيق المساواة الفعلية بين الدائنين¹، إذ لو ترك الاجل قائما، فقد يستنفذ أصحاب الديون كل أموال المدين فلا يبقى شيء لأصحاب الديون المؤجلة².

الحلة الثانية: إضعاف التأمين الخاص: يسقط الاجل بإضعاف التأمينات التي تضمن الوفاء بالدين للدائن، كالرهن مثلا، ولو كان هذا الرهن قد انشئ بمقتضى عقد لاحق على عقد القرض، بحيث يصبح هذا التأمين أقل من قيمة الدين الذي يضمن الوفاء.

هذا وقد فرق المشرع في أثر اضعاف التأمينات على سقوط الاجل، بين ما إذا كان هذا الاضعاف قد تم بفعل المدين عمدا أو إهمالا، وبين ما إذا كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، وجعل للدائن في الحالة الاولى خيارا بين التمسك بسقوط الاجل والمطالبة بحقه الذي أصبح مستحق الاداء، وبين أن يستبقي الاجل على أن يقوم المدين بتكملة التأمين إلى الحالة التي كان عليها قبل إضعافه، حين يتعين على المدين أن يقوم بهذه التكملة، اما الحالة الثانية، فإن الخيار يكون للمدين بين أن يستند إلى سقوط الاجل وفي حق الدائن أو يختار الابقاء على الاجل على أن يقدم للدائن ضمانا كافيا للوفاء بحقه، ولا يلزم أن يعيد هذا الضمان إلى الحالة التي كان عليها قبل أن اضعف ما دام يجعل هذا الضمان كافيا للوفاء بحق الدائن³.

الحالة الثالثة: عدم تقديم التأمينات الموعد بها: قد يعد المدين دائنه عند نشوء الدين أو بعده بتقديم تأمين أو تأمينات تضمن له الوفاء بالحق المؤجل، فيعتمد الدائن على هذه التأمينات، ثم لا يفي المدين بوعده، فلا يقدم هذه التأمينات، وهنا يكون المدين قد أخل بثقة

¹ عبد الحميد الشواربي - المرجع السابق - ص 529.

² محمد لبيب شنب، أسامة أبو الحسن مجاهد - المرجع السابق - ص 183.

³ محمد شكري سرور - المرجع السابق - ص 294.

الدائن به، فيسقط الاجل ويتحقق ذلك ايا كان التامين الموعود به، فقد يكون تامينا شخصيا ككفالة وقد يكون تامينا عينيا كرهن¹.
والحالات الثلاث السابقة وردت على سبيل الحصر، فلا يجوز الاضافة اليها أو القياس عليها والقول بسقوط الاجل في حالات اخرى.

¹ محمد لبيب شنب، أسامة ابو الحسن مجاهد - المرجع السابق - ص 185.

المبحث الثاني

الافصاف المتعلقة بمحل الالتزام

قد يجتمع للالتزام الواحد أكثر من محل يتعين على المدين أدائها جميعا، ولكن قد يحدث أن يكون للالتزام أكثر من محل تبرأ ذمة المدين إذا هو أدى واحدا منها، وهذا هو الالتزام التخييري والغرض من تعدد محل الالتزام في هذه الحالة هو رعاية جانب الدائن، فلا ينقضي الالتزام لاستحالة التنفيذ إذا هلك أحد المحليين بقوة قاهرة، بل يتعين الوفاء بالمحل الآخر، وبذلك يضمن الدائن تنفيذ التزامه عينا.

وقد يكون محل الالتزام شيئا واحداً، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئا آخر، وهذا هو الالتزام البدلي.

وفي هذا المبحث سنبحث كل من الالتزام التخييري والالتزام البدلي في المطلبين الآتيين:

المطلب الاول

الالتزام التخييري

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

في هذا المطلب سنتناول مفهوم الالتزام التخييري في فرع أول، ثم تعيين من له خيار التعيين في فرع ثاني، وذلك فيما يلي:

الفرع الأول: مفهوم الالتزام التخييري

نقسم هذا الفرع إلى نقطتين وهما، الأولى تتعلق بتعريف الالتزام التخييري، أما النقطة الثانية فتتعلق بمصادر الالتزام التخييري:

أولاً: تعريف الالتزام التخييري

الالتزام التخييري هو الالتزام الذي يشمل محله عدة محال وتبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أوفى بواحد منها، ويشترط لقيام الالتزام التخييري أن يتوافر في كل محل من محاله الشروط الواجبة في محل الالتزام بصفة عامة وهي: الوجود والامكان والتعيين والمشروعية، فإذا تخلفت هذه الشروط إلا في أداء واحد فقط فلا يكون الالتزام تخييرياً بل بسيطاً ذا محل واحد¹.

ثانياً: مصادر الالتزام التخييري

أما عن مصادر الالتزام التخييري، فقد يكون العقد وفيه يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يلتزم المدين بعدة أشياء أو محال على أن تبرأ ذمته بالوفاء بواحد من هذه الأشياء أو محال فقط فيكون الالتزام التخييري ناشئاً في هذه الحالة عن العقد.

أوقد يكون مصدره القانون حين ينص على التزام المدين بعدة أشياء، ويكتفى منه بالوفاء بواحد منها فقط لكي تبرأ ذمته، فيكون الالتزام التخييري ناشئاً في هذه الحالة عن القانون.

¹ محمد لبيب شنب، أسامة أبو الحسن مجاهد - المرجع السابق - ص 206.

الفرع الثاني: تعيين من له خيار التعيين

إذا شمل محل الالتزام عدة أشياء فإن الوفاء بواحد من هذه الأشياء يبرئ ذمة المدين، فإذا كان مصدر الالتزام التخييري هو العقد فالغالب أن اتفاق الطرفين هو الذي يحدد من يكون له الخيار من بينهما، ويجوز أن يعهد المتعاقدان بهذا الخيار لشخص ثالث.

وإذا حدث أن خلا العقد أو القانون من تعيين الشخص الذي له الخيار، فإن الخيار يكون للمدين، فهذا هو الأصل الذي قرره المشرع صراحة في المادة 213 مدني بقولها: "... ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك".

ولكن ما الحكم إذا امتنع من كان له الخيار عن استعمال؟ عالجت المادة مدني هذه الحالة حيث نصت المادة 214 مدني على أنه: "إذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار، أو تعدد المدينون ولم يتفقوا بينهم، جاز للدائن أن يطلب من القاضي تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق المدينون، فإذا لم يتم ذلك تولى القاضي بنفسه تعيين محل الالتزام.

أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم، عين القاضي أجلاً إن طلب المدين ذلك، فإذا انقضى الأجل انتقل الخيار إلى المدين".

فقد ميزت في هذا الشأن بين المدين والدائن، فحيث يكون الخيار للمدين وامتنع عن استعماله، أو يتعدد المدينون ولا يستطيعون الاتفاق فيما بينهم، فإن القاضي هو الذي يتولى الاختيار بنفسه، أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن استعمال حقه، أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا، فإن الخيار في هذه الحالة ينتقل إلى المدين، لا إلى القاضي، كما هو الحكم في الحالة الأولى، لأن الأصل أن يكون الخيار للمدين، ومتى استعمل من له الحق في الخيار حقه، واختار المحل، انتقل الالتزام التخييري إلى التزام بسيط، والمحل الذي وقع عليه الاختيار يعتبر هو المحل الوحيد للالتزام منذ نشوئه، أي أن أثر الخيار يرجع إلى وقت نشوء الالتزام لا إلى وقت استعمال الحق في الخيار، ويترتب على ذلك أنه إذا كان الالتزام بنقل ملكية أحد شيئين، ثم وقع الخيار على أحدهما، فإن الدائن يصبح مالكا لهذا الشيء، لا من وقت استعمال الخيار، بل من وقت العقد¹.

¹ محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 409.

المطلب الثاني

الالتزام البدلي

يقسم المطلب الثاني إلى فرعين، نتناول في الاول تعريف الالتزام البدلي، أما الفرع الثاني فقد خصصناه للفرق بين الالتزام البدلي والالتزام التخييري:

الفرع الاول: تعريف الالتزام البدلي

هو الالتزام الذي لا يشمل محله الا شيئاً واحداً، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر، نظمه المشرع في المادة 215 مدني: "يكون الالتزام اختيارياً إذا لم يشمل محله إلا شيئاً واحداً، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر"، ومثاله أن يلتزم شخص بالقيام بعمل معين، على أن يكون له أن يبرئ ذمته بدفع مبلغ من النقود بدلاً من القيام بالعمل، أو أن يقرض الدائن المدين مبلغاً من النقود ويتفق معه على أنه يستطيع عند حلول الاجل إذا لم يشأ أن يرد مبلغ القرض أن يعطيه بدلاً منه منزلاً، فيكون مبلغ النقود هو المحل الأصلي والمنزل هو البديل¹. على أن يلاحظ أن مكنة الوفاء بالبديل قد صار عليها الاتفاق مقدماً عند التعاقد، ويكون الخيار دائماً في الالتزام البدلي للمدين، إذ أن محل الالتزام واحد فلا يتصور أن يكون الخيار للدائن، وليس لهذا الأخير إلا أن يطالب بالمحل الأصلي دون البديل، وذلك خلافاً للالتزام التخييري الذي يتعدد محله كما سبق القول².

الفرع الثاني: الفرق بين الالتزام البدلي والالتزام التخييري

1- تتعين طبيعة الالتزام البدلي بالنظر إلى طبيعة الشيء الأصلي الذي يلتزم به المدين فإذا كان هذا الشيء عقاراً كان الالتزام عقارياً، وإذا كان هذا الشيء منقولاً كان الالتزام منقولاً، وهذا بخلاف الالتزام التخييري الذي لا تتحدد طبيعته إلا إذا تحدد المحل بعد الخيار أو بهلاك المحل الآخر.

2- تتحدد قيمة الالتزام بقيمة الشيء الأصلي لا بقيمة البديل، وإن كان الغالب أن تتساوى القيمتان.

3- إذا استحال الوفاء بالأداء الأصلي بسبب اجنبي عن المدين، انقضى الالتزام البدلي، ولو كان من الممكن الوفاء بالأداء البديل³، أما في الالتزام التخييري، فإنه لا ينقضي إلا

¹ عبد القادر الفار - المرجع السابق - ص 159.

² محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 411.

³ محمد لبيب شنب، أسامة أبو الحسن مجاهد - المرجع السابق - ص 210.

بهلاك المحليين معا. فان هلك أحدهما تحول هذا الالتزام إلى التزام بسيط ووجب الوفاء بالمحل الباقي، وينطبق نفس الحكم اذا كان محل الالتزام غير مشروع، فإذا كان الالتزام بدليا وكان محله الاصلي 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 الاشياء الاخرى المشروعة¹.

¹ محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 412.

المبحث الثالث

تعدد طرفي الالتزام

يأخذ موضوع تعدد طرفي الالتزام صور مختلفة، فقد يكون الالتزام مشتركا وفيه يتعدد طرفا الالتزام أو أحدهما دون تضامن بين الاطراف المتعديين، وقد يكون الالتزام تضامنيا وفيه يتعدد طرفا الالتزام أو أحدهما مع التضامن، وقد يكون هذا التضامن بين الدائنين فيسمى بالتضامن الايجابي، وقد يكون التضامن بين المدينين فيسمى بالتضامن السلبي، وأخير قد يكون الالتزام غير قابل للانقسام، وفيه يتعدد طرفا الالتزام أو أحدهما دون تضامن، ولكن يكون محل الالتزام غير قابل للتجزئة.

وسنتناول فيما يلي الصورتين الاخيرتين من صور تعدد طرفي الالتزام باعتبارهما وصفا يرد على الالتزام، وسنخصص لكل منهما مطلبا مستقلا على النحو الآتي:

المطلب الاول: الالتزام التضامني

المطلب الثاني: الالتزام غير القابل للانقسام

المطلب الاول

الالتزام التضامني

الالتزام التضامني يتحقق حيث يتعدد الدائنون أو المدينون دون انقسام الالتزام فيما بينهم، فإذا كان التضامن بين الدائنين أطلق عليه التضامن الايجابي، وإذا كان بين المدينين فإنه يسمى بالتضامن السلبي، والتضامن في صورتيه لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون.

وسنتطرق أولاً للتضامن الايجابي، ثم للتضامن السلبي، وذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: التضامن الايجابي

نظم المشرع التضامن الايجابي في المواد من 218 إلى 221 من القانون المدني، وسنتناول هذا النوع من التضامن من خلال التطرق لتعريفه، بعدها نبين آثاره، وذلك فيما يلي:

أولاً: تعريف التضامن الايجابي

التضامن الايجابي يتحقق حيث يكون شخصان أو أكثر دائنين بدين واحد، بحيث يكون لكل منهم الحق في اقتضاء الدين كله من المدين وكما يمكن للأخير أن يوفي الدين كله لأي منهم، وتبرأ بذلك ذمته اتجاههم جميعاً، على أن يرد الدائن الذي استوفى الدين كله لكل واحد من الدائنين الآخرين نصيبها، والتضامن الايجابي لا يفترض، وإنما ينشأ بإرادة الدائنين، وهذا ما نصت عليه المادة 217 مدني: "التضامن بين الدائنين أو المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون".

وفائدة هذا النوع من التضامن انه يسهل للدائنين تحصيل حقهم بتقويض كل منهم الآخرين في مطالبة المدين بحق الجميع، وهذا فيه اقتصاد في الوقت والجهد والنفقات، وأنه يسهل للمدين وفاء دينه اذ يسمح له بوفائه كله دفعة واحدة لاحد الدائنين فتبرأ ذمته اتجاه البقية، دون حاجة إلى التوجه بالوفاء لكل دائن على حدة¹.

أما بالنسبة للدائنين فهذا التضامن قد يعرضهم للخطر إذا ما استوفى أحدهم الدين ثم أعسر قبل ان يوفي لشركائه حصصهم، وتقاديا لهذا نصت المادة 218 فقرة أولى على أن للدائنين أن يمانعوا في ان يقع الوفاء لاحدهم.

¹ سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 529.

ثانياً: آثار التضامن الايجابي

نميز بين أمرين في موضوع آثار التضامن الايجابي، الاول علاقة الدائنين المتضامنين مع المدين، أما الامر الثاني علاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم، وذلك على النحو الآتي:

1- آثار التضامن الايجابي في العلاقة بين الدائنين والمدين

يحكم آثار التضامن في العلاقة بين الدائنين والمدين ثلاثة مبادئ وهي: وحدة الدين، تعدد الروابط، والنيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر، وسنبحث كلا من هذه المبادئ الثلاثة والنتائج المترتبة عليها:

أ- وحدة الدين:

يترتب على وحدة الدين أهم النتائج في علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين، وتتمثل فيما يلي:

استيفاء الدين والوفاء به، حيث تنص المادة 218 مدني على انه: "إذا كان التضامن بين الدائنين جاز للمدين الوفاء بالدين لأي منهم..." كما تنص المادة 219 مدني على أنه: "يجوز للدائنين المتضامنين مجتمعين أو منفردين، مطالبة المدين بالوفاء على أن يراعى في ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف"، من خلال هاذين النصين يتبين أنه في التضامن الايجابي يكون لكل دائن من الدائنين المتضامنين أن يطالب المدين بكل الدين، كما يمكن للمدين أن يوفي بكل الدين لأحد منهم فتبراً ذمته قبل الباقي، على انه يراعى فيما يتعلق بحق المدين في اختيار الدائن الذي يوفي اليه بالدين، ألا يكون أحد الدائنين الاخرين قد مانع في ذلك الوفاء، فإذا لم يعتد المدين بهذه الممانعة فلا تبراً ذمته قبل باقي الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذي تم الوفاء له، أما إذا وضع المدين هذا الاعتراض محل الاعتبار فلا يكون أمامه إذا أراد ابراء ذمته إلا الوفاء للدائنين مجتمعين، أو ايداع الشيء محل الالتزام¹.

وتبقى وحدة الدين مادام الدائن حياً، فإذا توفي أحد الدائنين المتضامنين انقسم الدين بين ورثته، ما لم يكن الدين غير قابل للانقسام فيجوز حينئذ لكل وارث أن يطالب بكل الدين، وهذا ما نصت 218 الفقرة الثانية حيث نصت على أنه: "غير أن التضامن لا يجوز دون انقسام الدين بين ورثة احد الدائنين المتضامنين، إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام".

¹ أنور سلطان - المرجع السابق - ص 239.

يجوز للمدين الاحتجاج على الدائن الذي يطالبه بالوفاء بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن كالتدليس والاكراه الصادر منه، وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً، كالدفع ببطلان الالتزام لعدم مشروعية المحل أو السبب¹، وهذا ما أكدته المادة 219 الفقرة الثانية مدني بقولها: "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".

ب- تعدد الروابط

يقصد بهذا المبدأ أن كل دائن تربطه بالمدين رابطة مستقلة عن تلك التي تربط غيره من الدائنين الآخرين بالمدين، ويترتب على ذلك النتائج الآتية:

أ- يجب الاعتراف بالوصف الذي يلحق كل رابطة، ويكون من شأنه أن يعدل في أثر الالتزام، كأن يكون الدين بالنسبة لأحد الدائنين مؤجلاً أو معلقاً على شرط، وعندئذ يجوز للمدين، في علاقته مع هذا الدائن وحده، أن يحتج بهذا الوصف، ويجب على الدائن المطالب أن يتقيد بالوصف الذي يلحق علاقته بالمدين وهذا ما نصت عليه المادة 219 الفقرة الأولى، كما أنه إذا كانت رابطة أحد الدائنين بالمدين مشوبة بعيب من عيوب الإرادة لا يشوب الروابط الأخرى، فلا يستطيع المدين أن يتمسك بهذا العيب إلا في مواجهة هذا الدائن بالذات، دون غيره من الدائنين كما ورد في المادة 219 الفقرة الثانية السالفة الذكر.

ب- إن براءة ذمة المدين قبل أحد الدائنين بسبب غير الوفاء ليس من شأنه أن يبرئ ذمته قبل الدائنين الآخرين إلا بقدر حصة الدائن الذي برأت ذمة المدين قبله، وعليه فالتجديد الذي يتفق عليه بين أحد الدائنين المتضامنين والمدين لا يترتب عليه انقضاء الالتزام القديم إلا بالنسبة لحصة هذا الدائن فقط، والبراء الذي يقع من أحد الدائنين أو اتحاد الذمة الذي قد يتوافر بالنسبة إليه، لا يقضي الدين إلا بقدر حصته، كذلك إذا انقضى التزام المدين قبل أحد الدائنين بالتقادم، ولم ينقض بهذا السبب قبل غيره من الدائنين، فلا يجوز للمدين أن يتمسك بالتقادم إلا فيما يتعلق بحصة الدائن الذي انقضى التزامه بهذا السبب، وأخيراً ينصرف هذا الحكم إلى المقاصة التي قد تقع بين التزام المدين ودين له في ذمة أحد الدائنين

¹ محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص 233.

المتضامنين¹، وهكذا يقتصر أثر التضامن في العلاقة بين الدائنين والمدين على الحالة التي ينقضي فيها الدين عن طريق الوفاء.

ج- النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر

مقتضى هذا المبدأ أن كل دائن ينوب عن غيره من الدائنين فيما يعود بالنفع دون ما يضر، وقد اشارت المادة 220 الفقرة الثانية على ذلك بقولها: "لا يجوز لاحد الدائنين المتضامنين أن يقوم بعمل من شأنه الاضرار بالآخرين"، يتضح من هذه المادة أنه إذا أعذر أحد الدائنين المتضامنين المدين استفاد من هذا الاعذار بقية الدائنين، ولكن إذا أعذر المدين أحد الدائنين فلا يرتب هذا الاعذار أثره إلا بالنسبة للدائن الذي وجه اليه، وإذا أقر المدين بالدين في مواجهة أحدهم، استفادوا جميعا من ذلك، وبالمثل إذا قطع أحد الدائنين التقادم، أو وجه اليمين إلى المدين فنكل عنها، أما إذا حلف المدين اليمين، فلا يضار باقي الدائنين من ذلك².

2- آثار التضامن الايجابي في علاقة الدائنين فيما بينهم

إن ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين يكون من حقهم جميعا، أي انه إذا استوفى أحدهم الدين كله أو بعضه، فإن ما استوفاه يجب أن يقسم بينهم، وتكون قسمته بينهم بالتساوي أي بقدر عدد الرؤوس، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك، هذا الحكم نصت عليه المادة 221 بقولها: "كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من الدين، يصير ملكا لجميع الدائنين وتقسم بينهم حسب حصصهم. وتكون القسمة بينهم بالتساوي ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك"، فإذا كان ما استوفاه احد الدائنين لا يجاوز قدر نصيبه في الدين فلا يجوز له أن يحتفظ به لنفسه باعتباره مستحقا له وحده، بل يجب عليه أن يقتسمه مع سائر الدائنين على أن يكون له بدوره مقاسمة كل منهم فيما حصله أو يحصله مستقبلا³.

¹ وإن كان هناك من الشراح من يرى في المقاصة نوعا من الوفاء، فيترتب عليها انقضاء الدينين بقدر الاقل منهما، ليس فقط بالنسبة لهذا الدائن بل بالنسبة لسائر الدائنين. انظر توفيق حسن فرج، جلال علي العدوي - المرجع السابق - ص 755.

² محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص 235.

³ سليمان مرقس - المرجع السابق - 574.

الفرع الثاني: التضامن السلبي

نظم المشرع التضامن الايجابي في المواد من 222 إلى 235 من القانون المدني، وسنتناول هذا النوع من التضامن من خلال التطرق لتعريفه، بعدها نبين آثاره، وذلك في الفرعين الآتيين:

أولاً: تعريف التضامن السلبي

التضامن السلبي يتحقق حيث يكون عدة مدينين ملزمين بدين واحد، وكل منهم يجب اعتباره في علاقته بالدائن كمدين بمجموع هذا الدين، ويترتب على هذا التضامن أن يسأل كل مدين قبل الدائن عن كل الدين، بمعنى أن للدائن أن يطالب أي مدين شاء بالدين كله، كما يكون لكل مدين أن يبرئ ذمته وذمة سائر المدينين بالوفاء بكل الدين للدائن، وفي هذا خروج على قاعدة انقسام الدين بين المدينين قبل المدين، كما أن للتضامن السلبي أهميته، لأنه يمكن المدينين من الحصول على الائتمان اللازم، كما يهيئ للدائن تأميناً شخصياً يفوق أي تأمين آخر حتى الكفالة، ولذا لا يفوت الدائن أن يطالب بالتضامن بين مدينيه المتعدين، أو مدينه والكفيل الذي يقدمه، ذلك أنه بالتضامن يتفادى الدائن خطر اعسار أحد المدينين، ويُلقي بهذه المخاطرة على المدينين المتضامنين الذين يتحملوا فيما بينهم نتيجة اعسار أحدهم.

ثانياً: آثار التضامن السلبي

سنتناول في هذا الفرع آثار التضامن السلبي، من خلال نقطتين: الأولى علاقة المدينين المتضامنين بالدائن، أما الثانية علاقة المدينين فيما بينهم:

1- علاقة المدينين المتضامنين بالدائن

تحكم علاقة المدينين المتضامنين بالدائن ثلاث مبادئ وهي: وحدة الدين، تعدد الروابط، والنيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر وسنتناولها فيما يلي:

أ- وحدة الدين

يترتب على وحدة الدين في علاقة المدينين بالدائن نتائج معينة نتناولها في ما يلي: إن أهم النتائج التي تترتب على التضامن السلبي وتمليها وحدة الدين هو حق الدائن في مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين دون أن يستطيع أحدهم أن يدفع في مواجهته بالدفع بالتقسيم، وللدائن إذا رجع على المدينين منفردين مطلق الحرية في

اختيار من يطالبه بأداء كل الدين، فان لم يستوف منه حقه كاملا بسبب اعساره، كان له الرجوع بباقي الدين على غيره من المدينين.

ويترتب على وفاء أحد المدينين المتضامنين براءة ذمة الباقي بقدر ما استوفاه الدائن منه، بمعنى انه إذا استوفى الدائن بعض الدين من احد المدينين فلا يجوز أن يطالب غيره من المدينين إلا بباقي الدين¹، وهذا ما ورد في المادة 222 مدني التي نصت على انه: "إذا كان التضامن بين المدينين فإن وفاء أحدهم بالدين مبرئ ذمة الباقيين".

يجوز أن يحتج المدين على الدائن الذي يطالبه بالوفاء، بأوجه الدفع الخاصة بشخصه، كما في حالة الاكراه أو الغلط الذين شابا رضاه، وكذلك بأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعا، كما إذا كان الالتزام باطلا لعدم مشروعية السبب، ولا يستطيع الاحتجاج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين كالغلط أو التدليس دون أن يؤثر هذا العيب في رضائه².

ب- تعدد الروابط

يقصد بهذا المبدأ أن الروابط التي تربط الدائن بكل من المدينين المتضامنين هي روابط متعددة ومتميزة ومستقلة إحداها عن الاخرى، وترتب على ذلك ما يأتي من نتائج:

أنه يجب على الدائن، حين يختار أحد المدينين للرجوع عليه بكل الدين، أن يراعي طبيعة الرابطة التي تربطه بهذا المدين بالذات، فإذا رجع على أحدهم وكانت الرابطة بينه وبين من رجع عليه مشوبة بالبطلان أو يلحقها وصف يعدل من أثر الالتزام كان للمدين أن يتمسك بهذه الدفع في مواجهة الدائن، في حين لا يكون لغيره من المدينين الاخرين إذا رجع عليه الدائن أن يتمسك بهذه الدفع الخاصة بغيره، أو بعبارة اخرى يكون لكل مدين أن يدفع مطالبة الدائن له بالدفع المشتركة بين المدينين جميعا أو بالدفع الخاصة به وحده دون الدفع الخاصة بغيره، وقد عبرت المادة 223 مدني على هذا المعنى بقولها: "يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين مجتمعين أو منفردين على أن يراعى في ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف. ولا يجوز للمدين إذا طالبه أحد الدائنين بالوفاء أن يعارض بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين ولكن يجوز له أن يعارض بأوجه الدفع الخاصة به وبالتي يشترك فيها جميع المدينين".

¹ توفيق حسن فرج، جلال علي العدوي - المرجع السابق - ص 759.

² محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص 239.

قد ينقضي الدين بالنسبة لأحد المديني دون الاخرين فتبرأ ذمته في مواجهة الدائن، لكن يبقى من حق هذا الأخير أن يرجع على الباقيين بكل الدين بعد استنزال حصة هذا المدين، على تفصيل في أسباب الانقضاء نوره فيما يلي:

- **التجديد:** لا مشكلة إذا اتفق الدائن على التجديد مع المدينين المتضامنين جميعاً فعندئذ ينقضي الالتزام القديم ويصبحون مدينين بالتضامن في الالتزام الجديد، أما إذا تم التجديد مع أحد المدينين فقط ترتب على ذلك انقضاء الدين القديم بالنسبة للباقيين على أن يرجع عليهم المدين الذي قضى الدين بالتجديد كل بنسبة نصيبه، أما الدائن له أن يرجع بعد ذلك على أي من المدينين الآخرين الذين برأت ذمتهم من هذا الدين نتيجة انقضائه بالتجديد، إلا إذا كان قد احتفظ بحقه قبلهم، حيث نصت المادة 224 مدني على انه: "يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين تبرئة ذمة باقي المدينين إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم"، بعبارة أخرى إلا إذا قصد استبقاء الدين القديم في علاقته بهؤلاء المدينين، وعندئذ يمكنه الرجوع على أي منهم بكل الدين القديم بعد استنزال حصة المدين الذي تم التجديد معه¹.

- **المقاصة:** يجب أن نفرق بالنسبة للمقاصة بين فرضين: الفرض الأول أن يطالب الدائن المدين المتضامن الذي تحققت شروط المقاصة بينه وبين هذا الدائن، وفي هذا الفرض يستطيع هذا المدين أن يدفع في مواجهة الدائن بانقضاء الدين بالمقاصة، وينقضي الدين جميعه إذا تساوى الدينان في المقدار، وإذا عاد الدائن بعد ذلك إلى مطالبة مدين آخر بالدين، كان لهذا الأخير أن يدفع بانقضاء الدين بالمقاصة التي تمسك بها المدين الأول. والفرض الثاني، أن يطالب الدائن مديناً غير الذي تحققت شروط المقاصة بالنسبة اليه، فيكون لهذا الأخير أن يدفع في مواجهته بالمقاصة التي تحققت شروطها بين الدائنين والمدين الآخر، ولكن في حدود حصة هذا المدين في الدين²، ونصت المادة 224 مدني على انه: "لا يجوز للمدين المتضامن التمسك بالمقاصة التي تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر إلا بقدر حصة هذا المدين".

- **اتحاد الذمة** بالنسبة لاتحاد الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين، فإنه لا يؤدي إلى انقضاء الدين بالنسبة إلى باقي المدينين إلا بقدر حصة المدين الذي اتحدت ذمته مع

¹ محمد شكري سرور - المرجع السابق - ص 314.

² توفيق حسن فرج، جلال علي العدوي - المرجع السابق - ص 762.

الدائن، حيث نصت المادة 226 مدني على انه: "إذا اتحدت الذمة بين شخص الدائن واحد مدينه المتضامنين، فإن الدين لا ينقضي بالنسبة إلى باقي المدينين إلا بقدر حصة المدين". - **الابراء:** نصت المادة 227 مدني على انه: "إذا أبرأ الدائن أحد مدينه المتضامنين فلا تبرأ ذمة الباقيين إلا إذا صرح الدائن بذلك. فإن لم يصدر منه هذا التصريح لا يجوز له مطالبة باقي المدينين إلا بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذي أبرأه إلا أن يكون قد احتفظ بحقه في الرجوع عليهم بكل الدين وفي هذه الحالة يكون لهم الحق في الرجوع على المدين الذي أبرئت ذمته بحصته في الدين"، كما نصت المادة 228 مدني على أنه: "إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن بقي حقه في الرجوع على الباقيين بكل الدين مالم يكن هناك اتفاق على غير ذلك".

من خلال المادتين السابقتين، يجب فيما يتعلق بالإبراء التفرقة بين الإبراء من الدين والابراء من التضامن، وانه يتعين في الحالتين ألا يتحمل باقي المدينين حصة المبرأ في اعسار أحدهم:

الحالة الاولى الابراء من الدين: إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين فقد يقصد أن يقتصر اثر الابراء على هذا المدين، وقد يقصد أن يعم أثره على سائر المدينين، فإذا قصد الدائن اقتصار اثر الابراء على احد المدينين، كان له الرجوع على الباقيين بالدين بعد استئزال حصة المدين المبرأ، إلا إذا كان الدائن قد احتفظ لنفسه وقت الابراء بالحق في الرجوع على باقي المدينين بكل الدين، وفي هذه الحالة يكون لمن وفي بكل الدين الرجوع على من أبرئ بحصته، أما إذا قصد الدائن بالإبراء الصادر منه أن يعم سائر المدينين المتضامنين، فإن الدين ينقضي كله، على أن هذا الاثر لا يترتب إلا إذا صرح الدائن بذلك، فإن لم يصدر منه مثل هذا التصريح اقتصر أثر الابراء على حصة المدين المبرأ.

أما الحالة الثانية الابراء من التضامن: إذا أبرأ الدائن أحد المدينين من التضامن امتنع عليه مطالبة هذا المدين إلا بقدر حصته في الدين، فان استوفاهما منه كان له الرجوع على الباقيين على وجه التضامن بالدين بعد استئزال الحصة التي استوفاهما و إن لم يكن قد استوفاهما بعد، فله مطالبة أي مدين آخر بكل الدين، ولهذا الاخير أن يرجع على المدين المبرأ من التضامن بحصته في الدين، وليس هناك ما يمنع الدائن من الاتفاق في ابراء أحد المدينين من التضامن، على ابراء ذمة الباقيين من حصة من صدر الابراء لصالحه، وإذا أبرأ الدائن سائر

المدينين من التضامن، فلا ينقضي الدين بداهة، بل ينقسم بينهم، ولا يكون للدائن الرجوع على كل منهم إلا بقدر حصته في الدين¹.

- **التقادم:** نصت المادة 230 مدني على أنه: "إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين فلا يستفيد من ذلك باقي المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين"، فإذا انقضى الدين بالنسبة لأحد الدائنين المتضامنين بالتقادم أفاد من ذلك نفس المدين، فلا يرجع عليه الدائن وله بالمقابل أن يرجع على الباقيين الذين لم يتقادم الدين بالنسبة إليهم بعد خصم حصة ذلك المدين الذي سقط عنه الدين.

ج- النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر

يقصد بهذا المبدأ أن كل مدين متضامن يعتبر نائباً عن بقية المدينين، وهذه النيابة قاصرة على ما ينفع لا فيما يضر، ويترتب على ذلك ما يأتي:

إذا قام أحد المدينين بالوفاء، برئت ذمته وذمة المدينين الآخرين من الدين في مواجهة الدائن، وإذا أجرى أحد المدينين المقاصة على دين له في ذمة الدائن مقابل مجموع الدين برئت ذمته وذمة المدينين الآخرين بشرط أن يكون حق المدين الذي أجرى المقاصة مع الدائن يتساوى مع مجموع الدين كله².

تنص المادة 231 مدني على أنه: "لا يكون المدين المتضامن مسؤولاً في تنفيذ الالتزام إلا عن فعله"، فكل فعل يستقل به أحد المدينين المتضامنين ويزيد من أعباء الآخرين يسأل عنه هذا المدين فقط ولا يسري بالنسبة للآخرين، فإذا هلك الشيء الواجب أدائه بفعل أحد المدينين المتضامنين، فإن الجميع يظلون ملزمين بالتضامن بقيمته ولكنهم لا يلزمون بالتعويض، وإنما تقع المسؤولية عن التعويض على عاتق المدين الذي بخطئه هلك الشيء³.

أما فقرة الثانية من المادة 231 مدني فتتص على أنه: "إذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين أو قضاه فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقي المدينين، أما إذا أعذر أحد المدينين الدائن فيستفيد باقي المدينين من هذا الإعذار"، حسب هذه المادة إذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين فإن هذا المدين وحده هو الذي يتحمل ما يترتب على ذلك من

¹ توفيق حسن فرج، جلال علي العدوي - المرجع السابق - ص 764.

² خليل أحمد حسن قدامة - المرجع السابق - ص 175.

³ محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص 247.

آثار، وأما إذا أعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن، فإن هذا الاعذار يفيد بقية المدينين، فهو إجراء نافع بالنسبة لهم يسري في حقهم جميعا.

كما طبقت النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر في حالتي الاقرار واليمين، حيث نصت المادة 232 مدني على أنه: "لا يسري اقرار أحد المدينين المتضامنين بالدين في حق الباقيين".

وإذا نكل أحد المدينين المتضامنين عن اليمين الموجهة إليه، أو إذا وجه هذه اليمين إلى الدائن وأداها هذا الأخير فلا يضار بذلك باقي المدينين. وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين وحلفها المدين فيستفيد منها الباقيون".

وأخيرا نجد تطبيق فكرة النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر على حجية الاحكام القضائية، فتتص المادة 233 مدني على أنه: "إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين فلا تكون لهذا الحكم سلطة على الآخرين.

أما إذا صدر حكم لصالح أحدهم فيستفيد منه الآخرون، إلا إذا كان هذا الحكم مبنيا على فعل خاص بالمدين المعني"، وفقا لهذه المادة إذا رفع الدائن دعوى على أحد المدينين المتضامنين وحكم في الدعوى ضد هذا المدين، فإن هذا الحكم لا يكون له حجية بالنسبة لباقي المدينين، ولكن إذا صدر الحكم لصالح المدين المرفوعة عليه الدعوى فإن بقية المدينين يستفيدون من هذا الحكم، إلا إذا كان الحكم مبنيا على فعل خاص بالمدين والمقصود سبب خاص بهذا المدين كان يكون الحكم قد قضى ببطالان الالتزام لنقص الاهلية إذ في هذه الحالة لا يستفيد من هذا الحكم بقية المدينين¹.

2- علاقة المدينين فيما بينهم

أ- انقسام الدين

إذا كان الاصل هو التزام كل مدين من المدينين المتضامنين بكل الدين في علاقته بالدائن، إلا انه فيما بين المدينين انفسهم يختلف الوضع وتصبح القاعدة هي انقسام الدين، إذا وفاه احد المدينين حصصا متساوية بين الجميع، غير أن قرينة تساوي الحصص في الدين، يتعين استبعادها إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك، بمعنى أنه إذا كان

¹ محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص 249.

التضامن اتفاقاً وجب الرجوع إلى هذا الاتفاق لمعرفة نصيب كل من المدينين في الدين، فإذا لم يتبين عند الاتفاق نصيب كل منهم، وجب افتراض تساوي الحصص، كذلك الشأن في التضامن القانوني، فالأصل فيه هو تساوي الانصبة إلا إذا وجد نص يقضي بغير ذلك¹.

ب- رجوع المدين على باقي المدينين

رجوع المدين على المدينين المتضامنين يكون بأحد الدعويين الآتيتين:

- **الدعوى الشخصية:** وتقوم على أساس أن المدين أوفى بأكثر من قيمة حصته عن المدينين المتضامنين الآخرين، فينشأ للمدين في مواجهتهم حق شخصي، قد يرجع أساسه إلى الوكالة بين المدينين المتضامنين إذا كان مصدر التضامن هو الاتفاق، وقد يرجع إلى الفضالة إذا نشأ التضامن بنص القانون.

- **دعوى الحلول:** والتي يحل فيها المدين الموفي للدين كله محل الدائن صاحب الحق الذي استوفى الدين من المدين الموفي، وللمدين أن يختار بين الدعويين في رجوعه على بقية المدينين الآخرين، بما يحقق مصلحته².

المطلب الثاني

الالتزام غير القابل للانقسام

سنتناول في دراستنا للالتزام غير قابل للانقسام تعريفه ومصدره، ثم الآثار التي تترتب على ذلك، سواء تعدد المدينون أم تعدد الدائنون، كل هذا في الفرع الآتية:

الفرع الأول: تعريف الالتزام غير قابل للانقسام ومصدره

في هذا الفرع سنبين المقصود بعدم قابلية الالتزام للانقسام، ثم مصدره، وذلك في الفرعين الآتيين:

أولاً: تعريف عدم قابلية الالتزام للانقسام

يكون الالتزام غير قابل للانقسام إذا كان محله واحداً وكانت هذه الوحدة في محله غير قابلة للتجزئة عند تعدد الطرف الدائن أو المدين في هذا الالتزام، سواء توافر هذا التعدد من وقت نشوء الالتزام أو طرأ عليه بعد نشوئه بسبب انتقاله من ناحيته الإيجابية أو من ناحيته السلبية إلى عدة أشخاص، وسواء كان هذا الانتقال بسبب تصرف قانوني أو بسبب إرث أو غير ذلك.

¹ توفيق حسن فرج، جلال علي العدوي - المرجع السابق - ص 769.

² خليل أحمد حسن قدامة - المرجع السابق - ص 178.

يتبين من ذلك أن عدم قابلية الالتزام للانقسام صفة يقترب بها الالتزام من وقت نشوئه، ولو كان قد نشأ بين دائن واحد ومدين واحد، إذ يكون المقصود بها حينئذ عدم جواز قسمة الالتزام في المستقبل إذا حل فيه محل الدائن أو محل المدين عدة اشخاص¹.

ثانياً: مصادر عدم قابلية الالتزام للانقسام

تنص المادة 236 مدني على أنه: "لا يقبل الالتزام الانقسام:

- إذا ورد على محل لا يقبل الانقسام بطبيعته

- إذا تبين من غرض الطرفين أن تنفيذ الالتزام لا ينقسم، أو إذا انصرفت نيتهم إلى ذلك".

يكون الالتزام غير قابل للانقسام وفقاً لنص المادة 236 مدني في حالتين:

إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم

إذا اتفق ذوو الشأن على عدم تقسيم الالتزام رغم أنه بطبيعته قابل للانقسام.

ويسمى عدم الانقسام في الحالة الأولى بعدم الانقسام الطبيعي، وفي الحالة الثانية بعدم الانقسام الاتفاقي، وسنوردهما فيما يلي:

1- عدم الانقسام الطبيعي

يكون عدم انقسام الالتزام طبيعياً إذا كانت طبيعة الاداء محل الالتزام تستعصي على الانقسام، ومثال ذلك التزام مؤجر سيارة بتسليمها، فمن الواضح أنه إذا تعدد المؤجرون فلا يمكن لأي واحد منهم أن يسلم جزءاً منها، كذلك إذا تعدد المدينون، فلا يمكن لواحد منهم أن يتسلم جزءاً فقط من تلك السيارة.

كذلك يعتبر الالتزام بالامتناع عن عمل معين كعدم التعرض في الانتفاع غير قابل للانقسام، فالالتزام بالبائع بعدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالشيء المبيع لا يقبل الانقسام بطبيعته، وعلى ذلك إذا تعدد البائعون منذ البداية، أو توفي البائع عن عدة ورثة، فإن كل واحد من هؤلاء يلتزم بعدم التعرض للمشتري في أي جزء من المبيع، فلا يجوز لواحد منهم أن يدعي أنه باع نصف الشيء فقط، وأنه لذلك لا يلتزم بعدم التعرض إلا بالنسبة لنصف المبيع، ويجوز له التعرض في النصف الثاني.

¹ سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 598.

2- عدم الانقسام الاتفاقي

ويتحقق إذا كان محل الالتزام قابلاً بطبيعته أن ينقسم، ولكن إرادة ذوي الشأن اتجهت صراحة أو ضمناً إلى عدم جواز تقسيم أو تجزئة الوفاء به، ويستفاد اتجاه الإرادة ضمناً إلى عدم انقسام الالتزام من الظروف والملابسات التي صاحبت نشأة الالتزام، وبصفة خاصة إذا تبين من الغرض الذي رُمى إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه مقسماً، ومثال ذلك أن يشتري شخص قطعة أرض من عدة ملاك لإقامة مبنى لا يمكن إقامته إلا على هذه القطعة كلها، ففي هذه الحالة يعتبر التزام البائعين بتسليم الأرض غير قابل للانقسام¹.

الفرع الثاني: آثار عدم القابلية للانقسام

يجب أن نفرق في آثار عدم قابلية الالتزام للانقسام بين تعدد المدينين وتعدد الدائنين وذلك فيما يلي:

أولاً: في حالة تعدد المدينين

نصت المادة 237 مدني على أنه: "يلزم كل مدين متضامن بوفاء الدين كاملاً إذا كان الالتزام لا يقبل الانقسام ويرجع المدين الذي وفى الدين على باقي المدينين كل بقدر حصته إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك"، يتبين من هذه المادة أنه يمكن إلزام كل منهم بوفاء الدين كله، على أن يكون لمن أوفى حق الرجوع على سائر المدينين، ويكون الرجوع على كل بحسب حصته ما لم يتبين من الظروف غير ذلك، كما هو الشأن في التضامن السلبي. وتسري قاعدة عدم انقسام الدين بين ورثة المدين، فيطالب الدائن أياً من ورثة المتوفي بكل الدين، وهو في هذا يختلف عن التضامن حيث يتجزأ الدين التضامني بين ورثة المدين.

ثانياً: في حالة تعدد الدائنين

نصت المادة 238 مدني على أنه: "إذا تعدد الدائنون، أو ورثة الدائن في الالتزام غير قابل للانقسام جاز لكل واحد من هؤلاء أن يطالب بأداء الالتزام كاملاً، فإذا اعترض أحدهم على الوفاء كان المدين ملزماً به لهم مجتمعين، أو بإيداع الشيء محل الالتزام. ويرجع الدائنون على الدائن الذي استوفى الالتزام كل بقدر حصته"، يتبين من هذا النص أنه لكل من هؤلاء الدائنين أن يطالب بكل الدين كما في التضامن الإيجابي، فإذا اعترض أحد

¹ محمد لبيب شنب، اسامة أبو الحسن مجاهد - المرجع السابق - ص 233.

الدائنين كان المدين ملزماً بأداء الدين للدائنين مجتمعين أو ايداع الشيء محل الالتزام، ويرجع الدائنون على الدائن الذي استوفى الالتزام، كل بقدر حصته¹.

¹ محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 432.

الفصل الثالث

انتقال الالتزام

يقصد بانتقال الالتزام هو أن يتحول الالتزام ذاته، سواء في جانبه الايجابي أو جانبه السلبي، من شخص إلى آخر فإذا كان هذا الانتقال من دائن إلى دائن آخر باعتباره حقا شخصيا يسمى هذا التحول بحالة الحق، أما إذا كان هذا الانتقال من مدين إلى مدين آخر باعتباره التزاما يسمى هذا الانتقال بحالة الدين.

وأهم ما يتسم به انتقال الالتزام هو أنه في الحالتين يظل كما هو رغم تغير أحد طرفيه، فإن الذي ينتقل بالحالة هو الالتزام ذاته بجميع مقوماته وخصائصه وصفاته و ضماناته ودفوعه.

وعليه سنتناول في هذا الفصل انتقال الالتزام الذي يتمحور حول مسألتين وهما: حالة الحق في مبحث أول، وحالة الدين في مبحث ثان.

المبحث الاول

حوالة الحق

نظم المشرع حوالة الحق في الفصل الاول من الباب الرابع المسمى بانتقال الالتزام، وذلك من المادة 239 إلى المادة 250 من القانون المدني، والتي سنتناولها في هذا المبحث من خلال تحديد المقصود بها وشروط نفاذها في حق المدين وفي حق الغير، ثم وآثارها، كل ذلك في المطالب الآتية:

المطلب الاول

تعريف حوالة الحق وأهدافها

سنتناول في هذا المطلب المقصود بحوالة الحق والاهداف التي تحققها، وهذا في الفرعين الآتيين:

الفرع الاول: تعريف حوالة الحق

حوالة الحق هي: "اتفاق ينقل الدائن ماله من حق قبل المدين إلى شخص آخر يصبح دائنا مكانه، ويسمى الدائن الاصلي مُحيلًا، والدائن الجديد محالًا له والمدين مُحالًا عليه". وحوالة الحق قد تتم في مقابل ثمن نقدي فتأخذ حكم البيع، وقد تتم بلا مقابل فتأخذ حكم الهبة، وقد يقصد بها قضاء دين على المحيل للمحال عليه، فتأخذ حكم الوفاء بمقابل، وقد يُقصد بها اعطاء تأمين خاص فتأخذ حكم الرهن¹.

الفرع الثاني: أهداف حوالة الحق

إن التطور الاقتصادي الذي شهده العصر الحديث كان من أهم العوامل التي ساعدت على انتشار أفكار المذهب المادي وأبرز امكانية نقل الحق سواء بمقابل أو بدون مقابل من شخص لآخر، وذلك تحقيقاً لأغراض متعددة أهمها:

لما كان الالتزام يمثل حقا ماليا يخضع للتقدير المادي، ومرتبطة بالذمة المالية باعتباره عنصرا منها، فقد تدفع الحاجة العاجلة إلى سيولة نقدية، دون أن يحل أجل الاستحقاق للوفاء بهذا الحق في مواجهة الذمة المشغولة بهذا الدين، فيحال هذا الحق عندئذ إلى ذمة أخرى في نظير ثمن عاجل يكون عادة أقل من قيمة الحق الثابت في الذمة، فمن جهة المحال له بهذا الحق يكون قد قام بعمل من أعمال الاستثمار، حيث أنه سيحصل على أكثر من قيمة ما

¹ نبيل ابراهيم سعد، محمد حسين منصور - أحكام الالتزام - دار الجامعة الجديدة - الاسكندرية - سنة 2002 - ص 295.

دفعه للدائن المحيل وقت الاستحقاق، ومن جهة أخرى يكون المُحيل قد حصل على سيولة نقدية لسد حاجياته الانية والمستعجلة، بل تظهر الحاجة إليها عندما يتعلق الامر بعسر الدائن المحيل إذا لم يوف بدين حال الاداء قد يؤدي به إلى شهر إعساره، فبحصوله على هذه السيولة يتقي الدائن الاعسار، ومن هنا تظهر الفائدة العملية لحالة الحق التي تخضع لنظام الحق العيني عند التصرف تصرفا ناقلا للملكية من أجل تداول القيم الاقتصادية بين الأشخاص.

وقد تنطوي الحوالة على نوع من أنواع المضاربة، وصورة ذلك ما إذا كان الدائن لا يعير اعتبارا أو ثقة في المدين، وبالتالي الشك في حصوله على حقه كاملا، فيعمد الدائن لإحالة حقه بمقابل إلى شخص آخر، ولكن بقيمة أقل من القيمة الثابتة في ذمة المدين بأمل المحال إليه أن يقتضي كل الحق من المدين مع تحقق الربح¹.

المطلب الثاني

أركان حوالة الحق

إن حوالة الحق ليست إلا اتفاقا بين المحيل والمحال له، وعلى ذلك فإن هذا الاتفاق يجب أن تتوفر فيه أركان وشروط صحة الاتفاق بوجه عام، ومن ثم فلا بد من تراض ومحل وسبب، وعلى ذلك فإنه يجب أن تتوفر في المتعاقدين الاهلية اللازمة للتصرف المراد تحقيقه بالحوالة، بيع أو هبة أو رهن أو وفاء بمقابل أو غير ذلك، ويجب أن يكون رضاها سليما خاليا من عيوب الارادة كالغلط والتدليس والاكراه والاستغلال، كما يجب أن يتوافر في كل من المحل والسبب الشروط اللازمة لقانون لكل منهما، ونكتفي بالتركيز على مسألتين في أركان الحوالة نبينهما في الفرعين الآتيين:

الفرع الاول: الحوالة اتفاق بين المحيل والمحال له

تتم الحوالة في القانون المدني برضاء المحيل والمحال له فقط، أي أن الحوالة اتفاق يتم بين الدائن الاصلي (المحيل) والدائن الجديد (المحال له) فالمدين المحال عليه ليس طرفا في عقد الحوالة، فلا يشترط رضاه لانعقاده وهذا ما ذكرته المادة 239 في آخرها "...وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين"، والعلة في عدم اشتراط رضاء المدين لانعقاد الحوالة

¹ عزوز عبد الحميد - مدى تأثر المشرع الجزائري بالمذهبين الشخصي والموضوعي في مجال الالتزامات - رسالة ماجستير في القانون فرع عقود ومسؤولية - كلية الحقوق ابن عكنون - جامعة الجزائر 1 - سنة 2002 - ص 66

هي أنه يستوي لديه بقاء دائنه أو استبداله بدائن آخر طالما أن شخص الدائن ليس محل اعتبار في الالتزام، وأن هذا التغيير لا يترتب عليه زيادة في عبء الالتزام¹.

الفرع الثاني: محل حوالة الحق

محل حوالة الحق هو الحق الذي يحيله المحيل إلى المحال له قبل المحال عليه، والاصل أن الحوالة يجوز أن ترد على جميع الحقوق أيا كان محلها، وأيا كانت أوصافها أو طبيعتها، فالحقوق المؤجلة والمعلقة على شرط، والحقوق المدنية والتجارية يمكن حوالتها، إلا أن هذا الاصل لا يجري على إطلاقه، بل ترد عليه استثناءات ثلاثة وهي²:

1- إذا وجد نص في القانون يمنع من حوالة بعض الحقوق حيث نصت المادة 239 مدني على أنه: "يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا منع ذلك نص القانون..." من ذلك عدم جواز حوالة الحقوق الغير قابلة للحجز عليها، كدين النفقة وإذا كان الحق غير قابل للحجز في جزء منه فحسب فلا تمتنع الحوالة إلا في حدود ذلك الجزء، وهذا ما نصت عليه المادة 240 مدني بقولها: "لا تجوز حوالة الحق إلا إذا كان الحق قابلا للحجز".

2- اتفاق المدين مع دائنه على عدم جواز حوالة هذا الحق إلى شخص آخر³، حيث نصت المادة 239: "...أو اتفاق المتعاقدين..."، فهذه المادة تجعل حوالة الحق جائزة بغير رضا المدين، فيمكنه بالمقابل أن يشترط على الدائن منذ البداية في العقد المنشئ للحق عدم جواز حوالة هذا الحق، وهذا الشرط جائز ومعتبر لأن قابلية الحق للحوالة ليست من النظام العام. ما تستوجبه طبيعة الالتزام من عدم القابلية للحوالة كما هو الحال في الالتزامات التي يكون لشخص الدائن فيها اعتبار خاص، ومن ذلك أن يكون الالتزام بالقيام بنفقات تعليم شخص معين بالذات⁴.

¹ نبيل ابراهيم سعد، محمد حسين منصور - المرجع السابق - ص 297.

² جلال على العدوي - أصول أحكام الالتزام والاثبات - منشأة المعارف - الاسكندرية - سنة 1996 - ص 178.

³ محمد شكري سرور - المرجع السابق - ص 336.

⁴ نبيل ابراهيم سعد، محمد حسين منصور - المرجع السابق - ص 298.

المطلب الثالث

نفاذ الحوالة في حق المدين وفي حق الغير

قلنا فيما سبق أن الحوالة تتعقد بالتراضي بين المحيل والمحال له، دون حاجة إلى رضا المدين، ولكن انعقادها لا يكفي لجعلها نافذة في حق المدين أو في حق الغير وإنما لا بد من إجراءات معينة نصت عليها المادة 241 مدني بقولها: "لا يحتج بالحوالة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا رضي بها المدين، أو أخبر بها بعقد غير قضائي، غير أن قبول المدين لا يجعلها نافذة قبل الغير إلا إذا كان هذا القبول ثابت التاريخ"، وسنتناول هذه الإجراءات فيما يلي:

الفرع الأول: نفاذ الحوالة في حق المدين

من جهة إن انعقاد الحوالة لا يكفي لجعلها نافذة في حق المدين، فذلك لأن الحوالة تتعقد دون حاجة إلى رضائه، وقد يكون جاهلاً بوقوعها بانعقادها، فيعامل دائئه الأصلي على أنه دائئه الوحيد، ويوفي له بالدين أو ينقضي بأي سبب من أسباب الانقضاء كالتجديد والمقاصة والابراء، ويستطيع المدين الاحتجاج بهذا على المحال له، ومعنى ذلك أن الحوالة لا تكون نافذة في حق المدين إلا إذا كان عالماً بها هنا فقط يصبح المحال له هو دائئه الوحيد، ولا يجوز له التعامل مع الدائن الأصلي أو الوفاء له بالدين، وقد اختار القانون لإعلام المدين بالحوالة أحد الطريقتين، إما إعلانه بها أو قبوله لها¹، وسنتطرق لكل منهما فيما يلي:

أولاً: قبول المدين للحوالة

المدين يعتبر من الغير بالنسبة لحوالة الحق إذ هو ليس طرفاً في العقد، ولذا لكي تنفذ في حقه يجب أن يقبلها إما صراحة أو ضمناً، ونشير إلى أن المدين في حالة قبوله الحوالة، لا يعني اعترافه بالدين بل هي إقرار منه على أن الحوالة قد تمت بين دائئه الأصلي ودائئه الجديد².

ثانياً: إخبار المدين بالحوالة

إخبار المدين بالحوالة يكون بأي وسيلة من الوسائل، فقد يكون بورقة رسمية أو عرفية، كما يمكن أن يُخبر بها بالبريد العادي أو الإلكتروني، وللقاضي سلطة تقديرية واسعة في

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام (الأوصاف، الحوالة، الانقضاء) - الجزء الثالث - الطبعة الثالثة - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - سنة 2000 - ص 472.

² محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص 268.

الاخبار، كما أن المحيل هو الذي يقوم بإخبار المدين بالحوالة إذا كانت الوسيلة بورقة عرفية، وقبول المدين للحوالة يغني عن اخباره بها فإذا لم يتم أي إجراء من هاذين الاجراءين، لم يكن المدين مسؤولاً عن الوفاء للمحال له، بل وفاءه للدائن الاصلي يكون صحيحاً مبرئاً لذمته، وللمحال له في هذه الحالة، أن يرجع على الدائن الاصلي الذي استوفى الدين رغم ابرام الحوالة¹.

الفرع الثاني: نفاذ الحوالة في حق الغير

المقصود بنفاذ الحوالة قبل الغير اماكن الاحتجاج بها على دائني المحيل وخلفه الخاص، بحيث يعتبر الحق أنه قد خرج من ذمة المحيل خروجاً يمنع دائنيه من التنفيذ عليه ويحول دون اماكن المحيل التصرف في هذا الحق مرة اخرى تصرفاً يضر بالمحال إليه². وقد اشترط القانون لنفاذ الحوالة في حق الغير نفس الاجراء المشترط لنفاذها في مواجهة المدين، وهو قبول المدين للحوالة، أو اخباره بها، على أنه يشترط لنفاذ الحالة في مواجهة الغير بقبول المدين للحوالة أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ، وهذا ما عبرت عنه المادة 241 مدني: "... غير أن قبول المدين لا يجعلها نافذة قبل الغير إلا إذا كان هذا القبول ثابت التاريخ"، وذلك حتى لا يتواطأ الدائن مع المدين على تغيير التاريخ الحقيقي للقبول إضراراً بالغير³.

¹ محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص 268.

² سليمان مرقص - المرجع السابق - ص 631

³ محمد لبيب شنب، أسامة أبو الحسن مجاهد - المرجع السابق - ص 240.

المطلب الرابع

آثار حوالة الحق

إذا توافرت في الحوالة جميع شروط انعقادها وصحتها انعقدت وانتجت آثارها فينتقل الحق المحال به من المحيل إلى المحال إليه بأكمله، أما إذا تخلف أحد أركانها وقعت باطلا ولم تنتج أي أثر، وكان لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلائها، ويعتبر المدين المحال عليه من ذوي المصلحة في ذلك فيجوز له أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة ذاته، وقد نصت المادة 248 مدني على ذلك في نهايتها: "... كما يجوز له أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة"، فيجوز للمدين أن يتمسك بعدم توافق إرادتي المحيل والمحال إليه أو بانعدام الرضا أو الاهلية عند أحدهما أو بصورية الحوالة أو بعدم قابلية الحق المحال به للحجز عليه أو للنزول عنه أو بعدم مشروعية سبب الحوالة... الخ.

تقتضي دراسة نقل الحق المحال به من الدائن الأصلي إلى المحال له، والتزام المحيل بالضمان نوعاً من التفصيل، كل ذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: انتقال الحق المحال به من الدائن الأصلي إلى الدائن الجديد

يترتب على انعقاد الحوالة انتقال الحق المحال من المحيل إلى المحال له الذي يصبح دائناً بنفس الالتزام الذي كان للمحيل قبل المحال عليه، وذلك من وقت التراضي على الحوالة¹، فالحق ينتقل من وقت انعقاد الحوالة بكل صفاته وتوابعه وضماناته وما يرد عليه من دفع وهذا ما ذكرته المادة 243 مدني²:

1- فهو ينتقل بكل صفاته، كما لو كان تجارياً أو ثابتاً في سند تنفيذي.

2- وهو ينتقل بكل توابعه، فتشمل الحوالة ما حل من فوائد وأقساط لم يكن المحيل قد قبضها بعد، وكذلك التي تحمي الحق وتؤكد مئة دعوى فسخ البيع إذا لم يقيم المدين بدفع الثمن

3- وينتقل بكل ضماناته من كفالة أو امتياز أو رهن أو أي تأمين آخر.

4- ويحتفظ المدين المحال عليه بكل الدفع التي كان له أن يتمسك بها في مواجهة المحيل، كالدفع بالبطان أو الفسخ أو بانقضاء الدين، وذلك باستثناء المقاصة حيث لا يجوز للمدين

¹ جلال على العدوي - المرجع السابق - ص 180.

² التي نصت على أنه: "تشمل حوالة الحق ضماناته كالكفالة والامتياز والرهن، ورهن الحيازة، كما تشمل ما حل من أقساط".

التمسك بها في مواجهة الدائن المحال له، إذا كان قد قبل الحوالة¹، وهذا ما نصت عليه المادة 303 مدني².

الفرع الثاني: التزام المحيل بالضمان

إذا كانت الحوالة مجانية فلا ضمان على المحيل، إلا عن أفعاله الشخصية، أما إذا كانت الحوالة بعوض فإن المحيل يلتزم بالضمان، حيث نصت المادة 244 مدني على أنه: "إذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة، مالم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك.

أما إذا كانت الحوالة بغير عوض فلا يكون المحيل ضامنا لوجود الحق".

كما نصت المادة 245 مدني على أنه: "لا يضمن المحيل يسار المدين إلا إذا وجد اتفاق خاص بهذا الضمان، وإذا ضمن المحيل يسار المدين فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى يسار المدين وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك"، كما تقرر المادة 246 مدني أنه: "إذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقا للمادتين 244 و 245 فلا يلزم المحيل إلا برد ما قبضه بالإضافة إلى المصاريف ولو وجد اتفاق يقضي بغير ذلك"، وجاء في المادة 247 مدني أنه: "يسأل المحيل عن أفعاله الشخصية ولو كانت الحوالة مجانية أو بغير ضمان"، وفقا لهذا المواد سندرس أحكام الضمان القانوني، بعد ذلك نتطرق لأحكام الضمان الاتفاقي، على النحو الآتي:

أولاً: أحكام الضمان القانوني

يفرق المشرع فيما يتعلق بأحكام الضمان بين أفعال المحيل الشخصية وأفعال غيره، فالمحيل مسؤول عن أفعاله الشخصية سواء كانت الحوالة بعوض أم بغير عوض، فلا يجوز أن يأتي عملا من شأنه الاضرار بحق المحال له، كاستيفاء الحق من المدين أو رهن الحق للغير أو حوالة له، لا فرق في ذلك بين الاعمال التي يأتيها المحيل قبل انعقاد الحوالة أو بعدها مادام 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

¹ محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 440.

² حيث نصت 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. أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة"

عليه من خطر الغش، أما بالنسبة للاستحقاق الذي لا يرجع إلى فعل المحيل، فإن هذا الأخير لا يضمنه إلا إذا كانت الحوالة بعوض، ومثاله أن يكون الحق قد انقضى قبل الحوالة بالتقادم أو بفسخ التصرف المنشئ له، أو أن يكون للمحال عليه دفع يعطل مطالبته بالدين كنقص الأهلية أو عيب من عيوب الإرادة¹.

لكن هل يضمن المحيل يسار المدين؟ وفقا للأصل لا يضمن المحيل يسار المدين وقت انعقاد الحوالة أو وقت الوفاء بالحق من قبل المدين، ولا كفاية التأمينات العينية للوفاء بالحق، وكذلك لا يضمن يسار الكفيل الشخصي²، وبعبارة عامة فإن المحيل لا يضمن للمحال له إلا وجود الحق وتوابعه وقت انعقاد الحوالة، وعدم انقضاء شيء منها قبل هذا الانعقاد، هذا إذا كانت الحوالة بعوض، أو ما إذا كانت بغير عوض فلا يضمن حتى وجود الحق³.

ثانيا: أحكام الضمان الاتفاقي

أحكام الضمان القانوني السابق الإشارة إليها ليست من النظام العام، ولذا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلافها، وهذا الأخير يأخذ صورا متعددة وفقا لغرض المتعاقدين، فقد يقصدا انقاص الضمان، أو اسقاطه أو الزيادة فيه.

فمن صور انقاص الضمان اعفاء المحيل في الحوالة بعوض من ضمانه وجود الحق المحال به وقت الحوالة، وقد نصت صراحة على جوازه المادة 244 فقرة أولى.

ومن صور الزيادة في الضمان أن يتفق المحال له مع المحيل على أن يضمن الأخير يسار المدين، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 245 مدني صراحة على ذلك بقولها: "لا يضمن المحيل يسار المدين إلا إذا وجد اتفاق خاص بهذا الضمان"، ويجوز أن يبلغ هذا التشديد حد ضمان المحيل تحصيل الحق المحال به من المحال عليه أو أن يقتصر على ضمانه يسار المدين وقت الحوالة، وإذا ضمن المحيل يسار المدين، فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك⁴، وهذا ما نصت عليه الفقرة

¹ أنور سلطان - المرجع السابق - ص 284.

² محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص 277.

³ أنور سلطان - المرجع السابق - ص 286.

⁴ سليمان مرقص - المرجع السابق - ص 648.

الثانية من المادة 245 مدني بقولها: "إذا ضمن المحيل يسار المدين فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى يسار المدين وقت الحوالة مالم يتفق على غير ذلك".

ثالثاً: ما يرجع به المحال له على المحيل

وفقاً لنص المادة 246 مدني لا يكون للمحال له عندما يرجع على المحيل بالضمان إلا قيمة ما دفعه المحال له للمحيل من ثمن للحق المحال به، وكذلك المصاريف التي قد تكون انفقت على ذلك، فإذا كانت قيمة الحق المحال به أربعين ألف دج ولم يدفع المحال له إلى المحيل إلا بمقدار ثلاثون ألف دج كضمن للحق، فإن المحال له لا يستطيع أن يطالب المحيل إلا بمقدار الثلاثون ألف دج فقد دون القيمة الحقيقية للحوالة مع إضافة المصاريف ان وجدت¹.

¹ خليل أحمد حسن قداد - المرجع السابق - ص 198.

المبحث الثاني

حوالة الدين

نظم المشرع حوالة الدين في الفصل الثاني من الباب الرابع المسمى بانتقال الالتزام، وذلك من المادة 251 إلى المادة 257 من القانون المدني، والتي سنتناولها في هذا المبحث من خلال تحديد المقصود بها وشروط نفاذها في حق المدين وفي حق الغير، ثم وآثارها كل ذلك في المطالب الآتية:

المطلب الاول

تعريف حوالة الدين وفوائدها

نعرض أولا في هذا المطلب تعريف حوالة الدين، ثم فوائدها ثانيا، وذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: تعريف حوالة الدين

حوالة الدين يتفق فيها المدين مع اجنبي على أن يتحمل عنه الدين الذي في ذمته للدائن، فيحل الاجنبي محل المدين في هذا الدين نفسه بجميع مقوماته وخصائصه وضماناته ودفعه، فالمدين يسمى محيلا، لأنه يحيل على الاجنبي الدين الذي في ذمته، ويسمى الأجنبي محالا عليه، لأن المدين أحال عليه الدين، ويسمى الدائن محالا، لان المدين أحاله على الاجنبي¹.

على أن القانون المدني في حوالة الدين لم يستعمل هذه المصطلحات السابقة الا المصطلح الخاص بالأجنبي الذي يتحمل الدين عن المدين الاصلي، فأسماء المحال عليه، واستبقى لكل من الدائن والمدين الاصلي اسميهما، فأطراف الحوالة إذن هم المدين الأصلي والمحال عليه والدائن.

الفرع الثاني: فوائد حوالة الدين

من الناحية العملية نجد حوالة الدين تحقق فوائد مختلفة وهذا ما يؤدي بنا الى التمييز بين حوالة دين مستقلة والتي تتحقق بصفة منفردة وحوالة دين التي تتحقق بالتبعية والتي تكون كعنصر من عملية اوسع.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام (الاصناف، الحوالة، الانقضاء) - المرجع السابق - ص 553.

فالحالة المستقلة لا يمكن تصورها بسهولة، فأحيانا نتصورها كعملية قرض إذ المدين يتحصل على مدين جديد يتحمل الدين في مكانه لمدة محددة في مقابل الزامه بدفع أجرة ومصاريف تدخله وأحيانا أخرى نتصورها كتبرع في حالة قبول الغير تحمل الدين على سبيل التبرع.

في حين حوالة دين بالتبعية يمكن تصورها بسهولة، باعتبار أن القانون بحد ذاته يعطي أمثلة على ذلك، مثل حالة بيع العقار المرهون مع انتقال الدين المضمون بالرهن إلى المشتري¹ والمنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 935 مدني².

المطلب الثاني

انعقاد حوالة الدين

تتم الحوالة بإحدى الطريقتين: إما باتفاق بين المدين وشخص آخر المحال عليه يتحمل عنه الدين نصت عليها المادة 251 مدني، وإما بعقد بين الدائن وشخص آخر المحال عليه يتحمل الدين عن المدين نصت عليها المادة 257 مدني، وسنتطرق لهما بالدراسة فيما يلي:

الفرع الأول: انعقاد الحوالة باتفاق المدين والمحال عليه

في هذه الصورة التي تتم فيها حوالة الدين باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه نميز بين أمرين وهما: انعقاد حوالة الدين، وتتعقد بمجرد الاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه، ونفاذها في حق الدائن بإقراره لها، وسنبين هذين الأمرين فيما يلي:

أولاً: انعقاد حوالة الدين

نصت المادة 251 مدني على أنه: "تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين"، يتبين من هذه المادة أن حوالة الدين تتعقد باتفاق بين المدين الأصلي وبين شخص آخر يحل محله في الدين، لذا لا بد من وجود التراضي صادر من ذي اهلية خال من عيوب الإرادة، ويكون محلها وهو الدين المحال مستوفيا للشروط القانونية، والسبب في عقد الحوالة هو الباعث الدافع إليها³، كما يشترط أن تتجه إرادة الطرفين إلى حوالة إبراء من الدين، وهذا دون تدخل الدائن في إبرام هذا العقد.

¹ مخلوفي حورية - حوالة الدين - رسالة ماجستير في القانون فرع عقود ومسؤولية - كلية الحقوق - جامعة الجزائر 1 - سنة 2010 - ص 11.

² والتي تنص على أنه: "لا يترتب على بيع عقار مرهون انتقال الدين إلى المشتري إلا إذا وجد اتفاق صريح على ذلك".

³ محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص 286.

ومتى تم الاتفاق بين المدين الاصلي والمحال عليه، انعقدت الحوالة وهذا الاخير يصبح ملتزما بهذا الاتفاق، فلا يجوز له العدول عنه إلا باتفاق آخر بينه وبين المدين الاصلي، على اساس العقد شريعة المتعاقدين، بشرط ان يتم هذا الاتفاق الاخر قبل اقرار الدائن للحوالة، فهذا الاتفاق يرتب في ذمة المحال عليه التزامات شخصية قبل المدين الاصلي، فهو ينقل الدين من ذمة هذا الاخير إلى ذمة المحال عليه، أما نقل الدين بالنسبة الى الدائن فلا يتم إلا بإقراره للحوالة¹ كما سنرى ذلك لاحقا.

ثانيا: نفاذ الحوالة في حق الدائن

تنص المادة 252 مدني على أنه: "لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها. وإذا قام المحال عليه أو المدين الاصلي بإعلان الحوالة الى الدائن وعين له أجلا معقولا ليقر الحوالة ثم انقضى الاجل دون صدور الاقرار، اعتبر سكوت الدائن رفضا للحوالة" يتبين من هذا النص أن إقرار الدائن للحوالة ضروري حتى تنفذ في حقه، حتى لا يتغير عليه المدين دون رضاه، والاقرار هو تعبير عن الارادة يصدر من الدائن ليس له شكل خاص، فيمكن أن يكون باللفظ أو الكتابة أو اتخاذ موقف يدل على رضاء الدائن بالحوالة، وقد يكون الاقرار صريحا او ضمنيا ومثاله إذا استوفى الدين أو جزءا منه من المحال عليه دون تحفظ، أو قبل منه أي عمل يقوم به على اعتبار انه هو المدين، كما ينتج هذا الاقرار أثره من وقت علم من وجه اليه وفقا للقواعد العامة، ويستوي فيما بعد ان يصل هذا الاقرار الى علم المحال عليه أو المدين الاصلي لينتج أثره القانوني، ولا يجوز لهما بعد ذلك الاتفاق على العدول عن الحوالة أو التعديل فيها، ولكن قبل وصول الاقرار الى علم أي منهما، يجوز لهما الاتفاق على العدول عنها فلا يكون لها أي أثر حتى ولو صدر إقرار الدائن بعد علمه بهذا العدول.

والقاعدة ان الدائن حر في إقرار الحوالة أو رفضها، فإن أقرها انتقل الدين بالنسبة اليه من ذمة المدين الاصلي الى المحال عليه (المدين الجديد)، وإن رفضها بقيت ذمة المدين الاصلي مشغولة بالدين، ولا شيء يجبر الدائن على إقرار الحوالة، مهما كان المحال عليه ميسورا، أو كان له مالا ظاهرا أيسر في التنفيذ عليه، فليس هناك ما يجبر الدائن أن يغير

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام (الوصاف، الحوالة، الانقضاء) - المرجع السابق - ص 564.

مدينه إلى مدين افضل منه، بل لا يسال أصلا عن اسباب رفضه للحالة¹.

وعليه فالإقرار الذي يصدر من الدائن إنما يلحق عقدا كامل التكوين، لا يساهم الاقرار في تكوينه، بل كل ما له من أثر هو نفاذ الحوالة في حق الدائن، ومن ثم لا يعتبر الاقرار قبولاً ينتج أثره من وقت صدوره، بل هو اقرار لاتفاق تم من قبل، فيكون له أثر رجعي يستند إلى وقت انعقاد الحوالة لا إلى وقت صدور الاقرار، ومتى صدر اقرار الدائن على النحو الذي بيناه، أصبحت الحوالة نافذة في حق الدائن، وانتقل الدين بالنسبة اليه من المدين الاصلي إلى المحال عليه، أما اذا رفض الدائن لإقرار الحوالة، بقيت قائمة بين المدين الاصلي والمحال عليه، غير انها لا تنفذ في حق الدائن، فلا يكون المحال عليه مدينا له مباشرة، و لا يحق أن يجبره على الوفاء.

الفرع الثاني: انعقاد الحوالة باتفاق الدائن والمحال عليه

في هذه الصورة تتم الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه مباشرة، دون تدخل من المدين الاصلي، حيث نصت لمادة 257 مدني على أنه: "تتم حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه على أن يتقرر فيه أن هذا الاخير يحل محل المدين الاصلي في التزامه، وفي هذه الحالة تسري أحكام المادتين 254 و 256".

يتبين من هذا النص أن هناك صورة ثانية لانعقاد الحوالة، وهي اتفاق مباشر بين الدائن والمحال عليه، دون حاجة إلى رضا المدين الاصلي لا في انعقادها ولا في نفاذها في حقه، وسنبين فيما يلي كيف يتم الاتفاق بين الدائن والمحال عليه على الحوالة، وما اثر هذا الاتفاق بالنسبة إلى المدين الاصلي:

أولاً: كيف يتم الاتفاق بين الدائن والمحال عليه

ليس لهذا الاتفاق شكل خاص، فأى تعبير عن الارادة يكفي، وقد يكون تراضي الطرفين صريحاً، كما يكون ضمنياً، فإذا عرض المحال عليه على الدائن الوفاء بجزء من الدين باعتباره هو المدين، لا باعتباره نائباً عن المدين الاصلي، وقبل منه الدائن دون تحفظ هذا

¹ إن اشتراط اقرار الدائن للحوالة المنعقدة بين مدينه وشخص اخر يحل محله في الوفاء بالدين له ما يبرره، ذلك ان تغير المدين في حوالة الدين له شأن أخطر بكثير من تغير الدائن في حوالة الحق، وإذا كان تغير الدائن على المدين ليس بالأمر ذي خطر، فإن تغير المدين على الدائن أمر بالغ الخطورة، إذ العبرة في الالتزام بشخص المدين لا بشخص الدائن، فالمدين هو الذي يحدد قيمة الالتزام من الناحية العملية، وتتوقف هذه القيمة على ملاءته، وعلى ما يبيديه من يسر في الوفاء أو المماطلة، فلا بد ان من رضا الدائن بتغيير مدينه. انظر عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام (الاوصاف، الحوالة، الانقضاء) - المرجع السابق - ص 566

الوفاء، فقد انعقدت حوالة الدين ضمنياً، وتحول الدين إلى ذمة المحال عليه، وهو ملزم بالوفاء بباقي الدين، كل ما في الامر أنه يجب أن تكون نية الطرفين قد اتجهت إلى براءة ذمة المدين الاصلي بحيث يكون الدائن قد قصد التخلي عن مدينه القديم، كما يكون بالمقابل المدين الجديد قد قصد براءة ذمة المدين الاصلي¹.

ثانياً: اثر هذا الاتفاق بالنسبة إلى المدين الاصلي

من القواعد المقررة قانوناً أنه يجوز لأجنبي أن يوفي بالدين دون رضاء المدين²، ومتى قبل الدائن الوفاء، ولو عارض المدين انقضى الدين وكان للأجنبي الذي وفاه الرجوع على المدين الاصلي بمقتضى قواعد الاثراء بلا سبب إذا كان الوفاء بغير علمه أو برغم ارادته، وفي كل الاحوال تبرأ ذمة المدين الاصلي رضي بالحوالة أو لم يرض، علم بها أو لم يعلم بها، فالاتفاق يسري في حقه دون أن يكون طرفاً فيه، لأنه يتمحض لمصلحته، فالحوالة في هذه الصورة تتعقد فوراً في حق المدين الاصلي بمجرد انعقادها ودون حاجة إلى اقرار هذا المدين³.

¹ محمد شكري سرور - المرجع السابق - ص 365.

² نصت الفقرة الثانية من المادة 258 على أنه: "كما يصح الوفاء ايضاً 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".

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام (الانقضاء، الحوالة، الانقضاء) - المرجع السابق - ص 582.

المطلب الثالث

آثار حوالة الدين

تتحدد آثار حوالة الدين في العلاقة بين المدين الأصلي والمحال عليه، وفي علاقة الدائن بالمدين الأصلي، وفي علاقة الدائن بالمحال عليه.

الفرع الأول: آثار حوالة الدين في علاقة المدين بالمحال عليه

يتقيد المحال عليه بالحوالة التي تمت بينه وبين المدين الأصلي، ولو لم يصدر إقرار الدائن، ويلزم بالتالي الوفاء للدائن في وقت مناسب، حيث نصت المادة 253 فقرة أولى مدني على أنه: "ما دام الدائن لم يحدد موقفه من الحوالة إقراراً أو رفضاً، كان المحال عليه ملزماً قبل المدين الأصلي بالوفاء للدائن في الوقت المناسب ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك، ويسري هذا الحكم ولو رفض الدائن الحوالة".

ويجوز مع ذلك للمحال عليه أن يتمتع عن الوفاء إذا لم يقم المدين الأصلي بتنفيذ التزامه قبله بمقتضى عقد الحوالة، متمسكاً في ذلك بالدفع بعدم التنفيذ¹، وهذا ما نصت عليه المادة 253 فقرة ثانية مدني بقولها: "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".

الفرع الثاني: آثار الحوالة في علاقة الدائن بالمدين الأصلي

بالنسبة للحوالة التي تتم بين المدين الأصلي والمحال عليه، فإن ذمة المدين الأصلي لن تبرأ في مواجهة الدائن إلا أقرها هذا الأخير، وبضمن المحيل في هذه الحالة يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة، ولا تعني براءة ذمة المدين بإقرار الدائن للحوالة انقضاء كل علاقة بينهما بهذا الإقرار، فالمدين يضمن أن يكون المحال عليه موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة، فإذا تبين للدائن عند مطالبته للمحال عليه أنه معسر أو أنه كان معسراً وقت إقراره للحوالة، فإنه يستطيع أن يرجع على مدينه الأصلي ليطالبه بالوفاء بالدين، إذ أنه ما كان للدائن أن يقر الحوالة لو علم بإعسار المحال عليه²، إلا إذا نزل الدائن عن هذا الحق، حيث نصت المادة 255 مدني على أنه: "يضمن المدين الأصلي يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة ما لم يتفق على خلاف ذلك".

¹ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن - المرجع السابق - ص 134.

² محمد لبيب شنب، أسامة أبو الحسن مجاهد - المرجع السابق - 249.

وإذا كانت الحوالة بين الدائن والمحال عليه فان ذمة المدين الاصلي تبرأ في مواجهة الدائن بمجرد ابرام عقد الحوالة، وحيث أن المدين الاصلي ليس طرفا فيه، فإنه لا يلزم في مواجهة الدائن بضمان يسار المحال عليه.

الفرع الثالث: آثار الحوالة في علاقة الدائن بالمحال عليه

المحال عليه يصبح مسؤولاً عن الدين في مواجهة الدائن إذا أقر الحوالة في صورتها الاولى، ومنذ ابرام الحوالة بين الدائن والمحال عليه في صورتها الثانية، فلا يكون للدائن ان يطالب المدين الاصلي بالوفاء، ويكون لهذا الدائن ان يطالب المحال عليه بوفاء الدين، وأن يجبره على هذا الوفاء، ونظرا لان الدين الذي يلتزم به المحال عليه هو ذات الدين الذي كان في ذمة المدين، فإن للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بالدفع التي كان للمدين الاصلي ان يتمسك بها، كما لو كان الدين قد انقضى قبل الحوالة، أو كان المنشئ للدين باطلا، كذلك يجوز للمحال عليه ان يتمسك قبل الدائن بالدفع المستمدة من عقد الحوالة، كما لو كان عقد الحوالة قد بطل، أو فسخ¹، حيث نصت المادة 256 مدني على أنه: "يتمسك المحال عليه قبل الدائن، بالدفع التي كانت للمدين الاصلي ان يتمسك بها، كما يجوز له ان يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة".

أما الدفع التي تستند إلى العلاقة السابقة التي كانت تربط المدين الاصلي بالمحال عليه فإن هذا الاخير لا يمكنه ان يحتج بها في مواجهة الدائن، الذي يظل رغم الحوالة أجنبيا عنها².

¹ محمد لبيب شنب، أسامة أبو الحسن مجاهد - المرجع السابق - ص 239.

² محمد شكري سرور - المرجع السابق - ص 366.

الفصل الرابع

انقضاء الالتزام

الالتزام أو الحق الشخصي مؤقت بطبيعته، حيث لا يمكن أن يظل الشخص مقيدا بالالتزام إلى الأبد، وإلا كان في هذا تقييد لحريته الشخصية، ولذلك فهو ينقضي حتما بتنفيذه، أو لأي سبب آخر.

ويمكن تقسيم طرق انقضاء الالتزام إلى ثلاث أقسام وهي:

أولاً: انقضاء الالتزام بالوفاء وهو الطريق العادي لانقضاء الالتزام، إذا أنه من المألوف أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه.

ثانياً: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء، ويشتمل على عدة طرق وهي: الوفاء بمقابل، التجديد وهو يسقط الالتزام بإنشاء التزام جديد يحل محله، والمقاصة، وهي تقضي التزاما بالتزام يقابله، واتحاد الذمة.

ثالثاً: طرق أخرى ينقضي بها الالتزام بدون وفاء ولا ما يعادل الوفاء وهي: الإبراء وهو نزول عن الحق بدون مقابل، استحالة الوفاء بسبب اجنبي، التقادم المسقط وهو يقضي الالتزام بمرور الزمن.

وقد عالج المشرع الجزائري هذه الأسباب في الباب الخامس من الكتاب الثاني الخاص بالالتزامات والعقود وذلك في المواد من 258 إلى 322 مدني.

وسنتناول هذه الأقسام الثلاثة لطرق انقضاء الالتزام في مباحث ثلاث:

المبحث الأول: انقضاء الالتزام بالوفاء

المبحث الثاني: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

المبحث الثالث: انقضاء الالتزام دون وفاء

المبحث الاول

انقضاء الالتزام بالوفاء

الوفاء هو الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام، لأنه تنفيذ لما التزم به المدين تنفيذا عينياً، وهو اتفاق بين الموفي والموفى له على قضاء الدين¹، وهو بهذا المعنى قيام المدين بأداء ما تعهد به للدائن، يستوي في هذا أن يكون محل الالتزام إعطاء شيء، أو أن يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل.

هناك من الفقه² من يعتبر أن الوفاء واقعة مختلطة، فهو يجمع بين التنفيذ المادي للالتزام كتسليم مبلغ من النقود، أو إقامة بناء أو الامتناع عن المنافسة، وبين الاتفاق على قضاء الدين، ولكن الوفاء وإن كان واقعة مختلطة يغلب فيه التصرف القانوني، ولذلك فهو يلحق عادة بالتصرفات القانونية، فلا بد فيه من التراضي، وبشترط في هذا التراضي أن يكون صادراً من ذي اهلية، وأن يكون خالياً من عيوب الإرادة من غلط أو تدليس أو إكراه، أو استغلال، كذلك يجب أن يكون للوفاء محل وسبب، فمحل الوفاء هو نفسه محل الدين الذي يوفى به، وسبب الوفاء هو قضاء الدين وهذا هو الباعث الرئيسي لهذا التصرف القانوني.

وينقسم الوفاء بهذا المعنى إلى قسمين:

- الوفاء البسيط وهو الذي يقع من جانب المدين، فيترتب عليه انقضاء الالتزام.
 - الوفاء مع الحلول وهو الذي يقع من جانب شخص غير المدين، فيترتب عليه ليس فقط انقضاء الدين، وإنما أيضاً حلول الموفى محل الدائن في رجوعه على المدين بالالتزام.
- وسنبحث المطلبين الآتيين الوفاء البسيط والوفاء مع الحلول:

¹ عبد القادر الفار - المرجع السابق - ص 25.

² عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير - المرجع السابق - ص 251.

المطلب الأول

الوفاء البسيط

الوفاء البسيط هو الذي يقوم به المدين ويترتب عليه انقضاء الالتزام، وسنقسم الكلام فيه إلى ثلاث فروع وهي:

الفرع الأول نتناول فيه طرفا الوفاء، الثاني نحصه لمحل الوفاء، أما الفرع الثالث نبحت فيه طريقة الوفاء من حيث زمانه ومكانه ونفقاته وإثباته، كل ذلك فيما يلي:

الفرع الأول: طرفا الوفاء

طرفا الوفاء هما الموفي والموفى له، وهذا هو الأصل باعتبارهما طرفا الالتزام، ولكن يجوز أن يقع الوفاء من غير المدين، كما قد يكون في بعض الأحيان لغير الدائن، وسنبداً بالكلام في الموفي ثم الموفى له:

أولاً: الموفي

الوفاء قد يقع من المدين أو من شخص آخر، كما إذا كان الوفاء بالالتزام باعطاء شيء فإنه يشترط لصحته أن يكون الموفي مالكا للشيء الموفى به، وإذا أهلية في التصرف فيه، وسنبحت ذلك بشيء من التفصيل.

1- ممن يصح الوفاء

نصت المادة 258 فقرة أولى مدني على أنه: "يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أي شخص له مصلحة في الوفاء، وذلك مع مراعاة ما جاء في المادة 170". فالأصل أن يتم الوفاء من المدين نفسه لأنه هو الملتزم وله المصلحة الأولى فيه، فعبد الوفاء يقع على المدين، بل إنه في بعض الحالات يتعين على المدين بالذات أن يقوم هو نفسه بالوفاء، ولا يجوز لأحد غيره ذلك¹.

وقد ينوب عنه نائبه كوكيل أو ولي أو وصي أو قيم، فالوفاء كما رأينا تصرف قانوني يجوز أن يتم بطريق النيابة كأني تصرف قانوني آخر، ونائب المدين هو وكيله في وفاء الدين، وإذا كان المدين ناقص الأهلية أو محجورا عليه، فإنه لا يحق له كقاعدة عامة أن

¹ فقد نصت المادة 169 مدني 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".

يقوم هو نفسه بالوفاء إذ تتقصه أهلية الاداء، والذي يقوم بالوفاء في هذه الحالة هو ولي المدين أو وصيه أو القيم عليه¹.

وبصح كذلك أن يقوم بالوفاء شخص آخر له مصلحة في الوفاء، كما لو كان قد اشترى من المدين عقارا مرهوناً رهناً رسمياً ضماناً لدين المدين، وهذا هو حائز العقار المرهون فأراد بالوفاء للدائن المرتهن أن يطهر العقار من الرهن²، وممن له مصلحة في وفاء الدين المدين المتضامن، والمدين مع غيره في دين غير قابل للانقسام، والكفيل الشخصي، والكفيل العيني، كل هؤلاء لهم مصلحة في الوفاء بالدين، لأنهم إما ملزمون بالدين مع المدين أو ملزمون بوفائه عنه، ومن ثم يكون لهم حق الوفاء، ويقع عليهم في الوقت ذاته واجب الوفاء، مثلهم في ذلك مثل المدين نفسه، ثم يحلون حلولاً قانونياً محل الدائن في رجوعهم على المدين³.

وقد لا تكون للغير مصلحة في الوفاء بالدين، ومع ذلك يوفي به، إما لأنه يريد التبرع للمدين بقيمة الدين الذي وفاه عنه، وإما أن يكون فضولياً أراد أن يسدي خدمة مؤقتة بأن يوفي للدائن دينه على أن يرجع على المدين بعد ذلك بمقدار ما وفى⁴.

ولا يجوز للدائن أن يرفض الوفاء الصادر من غير المدين إلا في حالتين وهما:
الحالة الاولى: إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الالتزام أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه، كما لو كان المدين مطرباً تعهد بإحياء حفلة، أو رساماً تعهد برسم صورة، أو جراحاً مشهوراً تعهد بإجراء عملية جراحية⁵.

الحالة الثانية: إذا اعترض المدين على الوفاء من الغير وأبلغ الدائن هذا الاعتراض، في هذه الحالة يكون الدائن حراً في قبوله، ولو أنه من الصعب تصور اعتراض الدائن على الوفاء ما

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام (الأوصاف، الحوالة، الانقضاء) - المرجع السابق - ص 654.

² نبيل ابراهيم سعد، محمد حسين منصور - المرجع السابق - ص 407.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام (الأوصاف، الحوالة، الانقضاء) - المرجع السابق - ص 655.

⁴ ابراهيم سيد أحمد، أشرف أحمد عبد الوهاب - انقضاء الالتزام (في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء) - الطبعة الاولى - دار العدالة للنشر والتوزيع - القاهرة - سنة 2018 - ص 8.

⁵ نصت المادة 169 مدني 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".

دام أن المدين لم يعرض الوفاء من جهته¹، حيث نصت المادة 258 فقرة ثانية على أنه: "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".

وللغير الذي قام بالوفاء أن يرجع على المدين بقدر ما دفعه إلا إذا انصرفت نيته إلى التبرع به، ويكون الرجوع بدعوى الفضالة إذا تم الوفاء بغير علم المدين، أو بدعوى الوكالة إذا أقر المدين الوفاء بعد حصوله فإذا تم الوفاء رغم اعتراض المدين كان رجوع الموفي على أساس قواعد الاثراء بلا سبب، ويكون للمدين بناء على ذلك أن يمنع رجوع الموفي بما وفاه عنه كلاً أو بعضاً إذا ثبت أنه له أية مصلحة في الاعتراض على هذا الوفاء²، وهذا ما نصت عليه المادة 259 مدني.

2- شروط صحة الوفاء بالالتزام بإعطاء شيء

نصت المادة 260 مدني على أنه: "يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفي مالكا للشيء الذي وفى به، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه"، يتبين من نص المادة أنه إذا كان محل الالتزام إعطاء شيء فيشترط لصحة الوفاء سواء قام به المدين أو شخص من الغير شرطان وهما:

الشرط الأول: أن يكون الموفي مالكا للشيء الذي وفى به

يشترط أن يكون الموفي سواء كان المدين أم الغير مالكا للشيء الذي يوفى به، فإذا وقع الوفاء بشيء غير مملوك للموفي، كان الوفاء قابلاً للإبطال بناء على طلب الدائن، كما هو الحال في بيع ملك الغير، إذ للدائن، وهو المشتري، مصلحة في الإبطال حتى يتجنب استرداد المالك الحقيقي للشيء المبيع، ويكون للدائن عندئذ أن يطالب الموفي بالوفاء مرة أخرى³.

الشرط الثاني: أهلية الموفي

يشترط أن يكون الموفي أهلاً للتصرف في الشيء الموفي به باعتبار أن الوفاء تصرف قانوني يقصد به نقل ملكية الموفي به إلى الموفي له، فإذا كان الموفي ناقص الأهلية كان

¹ محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 456.

² نبيل إبراهيم سعد، محمد حسين منصور - المرجع السابق - ص 408.

³ محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص 310.

وفأوه قابلا للإبطال وكان له أن يتسمك بالإبطال ليسترد ما أوفى به، وغالبا ما لا توجد للموفي، إذا كان هو المدين، مصلحة في الإبطال، لأن الوفاء قد أسقط دينه، فإذا هو أبطله عاد إليه الدين مرة أخرى، ولكن يمكن أن نتصور حالة تكون فيها للموفي مصلحة في التمسك بالإبطال إذا لحقه ضرر من الوفاء، أو بعبارة أدق بأن تكون له مصلحة في المطالبة بإبطال الوفاء إذ لا دعوى بلا مصلحة، ومن بين حالات توافر المصلحة في إبطال الوفاء إذا أوفى قبل حلول الاجل ويريد أن ينتفع بفترة الاجل الباقية، أو يكون قد أوفى بشيء أكبر من قيمة الشيء المدين به، أو يكون أوفى بشيء من صنف جيد في أنه لم يكن ملزما إلا بالوفاء بشيء من صنف متوسط¹.

ثانيا: الموفى له

1- الأصل أن الوفاء يكون للدائن أو لنائبه

القاعدة العامة أن الدائن هو ذو الصفة في استيفاء الدين، أو من ينوب عنه كالوكيل أو القيم أو الوصي، وتنص المادة 267 مدني على أنه: "يكون الوفاء للدائن، أو لنائبه، ويعتبر ذا صفة في استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن، إلا إذا كان متفقا على أن الوفاء يكون للدائن شخصا"، وقد جعل المشرع من التقدم بمخالصة صادرة من الدائن قرينة كافية في ثبوت صفة استيفاء الدين لمن يحمل تلك المخالصة، مالم تنتف دلالة هذه القرينة بالاتفاق على وجوب الوفاء للدائن شخصا، فإذا اتفق على ذلك كان للمدين أن يرفض الوفاء لمن يتقدم له بالمخالصة الصادرة من الدائن حتى يستوثق صفته فسي استيفاء الدين.

ويشترط لصحة الوفاء أن يكون الدائن أهلا لاستيفاء الدين، فإذا كان قاصرا وجب أن يتم الوفاء لنائبه القانوني كالوصي أو الوصي، فإذا حصل الوفاء مع ذلك للقاصر كان قابلا للإبطال، ولا يزول عنه هذا العيب إلا إذا اجازه القاصر بعد بلوغ سن الرشد، على أن الوفاء لناقص الأهلية وإن كان معيبا، إلا أنه يبرئ ذمة المدين من الدين بقدر ما عاد على القاصر من منفعة بسبب هذا الوفاء، وععب اثبات هذه المنفعة تكون على المدين الموفي وليس على القاصر الموفى له، وأخير تثبت صفة استيفاء الدين لمن يخلف الدائن خلافة عامة كالوارث، أو خلافة خاصة كالمحال له بالحق².

¹ محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 458.

² جلال علي العدوى - المرجع السابق - ص 30.

2- الوفاء لغير الدائن أو لغير ذي صفة في استيفاء الدين

إذا حصل الوفاء لغير الدائن أو نائبه، فإنه يكون غير نافذ في حقه بمعنى أنه لا يبرئ ذمة المدين، الذي يبقى ملزماً بالوفاء مرة ثانية، ولكن هناك طائفة من الاستثناءات يكون فيها الوفاء لغير الدائن صحيحاً والتي نصت عليها المادة 268 مدني بقولها: "الوفاء لشخص غير الدائن، أو لنائبه، لا يبرئ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء، أو عادت عليه منفعة منه، وبقدر هذه المنفعة، أو تم الوفاء بحسن نية للشخص كان الدين في حيازته".

وفق نص المادة 268 مدني تتمثل الاستثناءات عن هذا الأصل والتي يكون فيها الوفاء للغير مبرراً لذمة المدين، إذا ما أقره الدائن بعد ذلك، وفي هذه الحالة قد يعني الدائن بإقرار الوفاء للغير التبرع للموفى له بما استوفاه، أو اعتباره وكيلاً في استيفاء الدين، كذلك يكون الوفاء للغير مبرراً لذمة المدين إذا ما عادت على الدائن منفعة من هذا الوفاء وفي حدود هذه المنفعة، كما إذا كان الوفاء قد تم لدائن الدائن فبرئت ذمة الدائن مما عليه له أو من جزء منه، ويمكن إضافة استثناء آخر وهو الوفاء بحسن نية لمن يظهر بمظهر الدائن، كالوفاء مثلاً للموصى له على أساس أن الحق قد آل إليه إذا ما اتضح بعد ذلك بطلان الوصية بطلاناً لم يكن يعرفه الموفى وقت الوفاء، وكالوفاء لشخص كان يعتقد أنه وارث الدائن ثم يتضح بعد ذلك أن الوارث الحقيقي شخص آخر، وكالوفاء للمحال له الدين إذا ما ابطلت الحوالة بعد ذلك¹.

3- حكم امتناع الدائن عن قبول الوفاء

إذا امتنع الدائن عن قبول الوفاء لأي سبب، وأراد المدين أن يبرئ ذمته بأسرع ما يمكن، لكي يتخلص من الالتزام بالمحافظة على الشيء وتحمل تبعة الهلاك، فإنه يستطيع اللجوء إلى إجراءات العرض الحقيقي والإيداع، وهذه الإجراءات تبدأ بالإعذار، ثم يلي ذلك العرض الفعلي، ثم الإيداع، وسنتناولها على التوالي:

أ- إعذار المدين للدائن

تنص المادة 269 مدني على أنه: "إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء إلا بها، أو أعلن أنه لن يقبل

¹ مصطفى الجمال، رمضان محمد أبو السعود، نبيل إبراهيم سعد - المرجع السابق - ص 568.

الوفاء، اعتبر أنه قد تم إعداره من الوقت الذي يسجل المدين عليه هذا الرفض بإعلان رسمي". الظاهر من هذا النص أن المشرع قد حدد حالات ثلاث يعتبر فيها الدائن متعنتا في عدم قبول الوفاء، وهي حالة رفض الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا، دون أي مبرر، وحالة التصريح من جانبه بعدم قبول الوفاء، وأخيرا حالة امتناعه عن القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها، كامتناع المشتري عن تسلم المبيع ونقله من مكان وجوده وقت البيع دون أي إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن.

وإعذار الدائن، وما يتضمنه من تسجيل رفضه الوفاء، يجب أن يتم في إعلان رسمي، أي على يد محضر قضائي¹، ويترتب على هذا الاعذار آثار قانونية معينة بينها المادة 270 مدني وهي:

- انتقال تبعة هلاك الشيء أو تلفه من المدين إلى الدائن.
 - تخويل المدين حق اتخاذ إجراءات العرض الحقيقي، واتباع هذا العرض بإيداع الشيء على نفقة الدائن.
 - حق المدين في مطالبة الدائن بتعويض ما أصابه من ضرر².
- إذا قام المدين بإعذار الدائن وفقا لنص المادة 270 مدني فلا يترتب على ذلك براءة ذمته من الالتزام، بل عليه لترتيب هذا الاثر أن يباشر إجراءات العرض الحقيقي ثم الايداع:

ب- عرض الوفاء والايداع

نصت على أحكام عرض الوفاء والايداع المادتين 584، 585 من قانون الإجراءات المدنية والادارية.

يقدم عرض الوفاء بواسطة المحضر القضائي في الموطن الحقيقي أو المختار للدائن، ويبلغ رسميا حيث يتضمن العرض اسم ولقب المدين وموطنه، ثم اسم ولقب الدائن وموطنه الحقيقي أو المختار، بعدها يوصف الشيء المعروض بحيث لا يمكن استبداله بغيره، وإن كان الشيء المعروض نقودا يحدد مقدارها ونوعها، وذكر اسباب العرض، رقص أو قبول الدائن للعرض، توقيع الدائن أو الشخص المبلغ له العرض، أو الإشارة إلى رفض التوقيع أو عدم قدرته على ذلك، مع تنبيه الدائن بأنه في حالة رفض العرض سيتم الايداع في المكان

¹ أنور سلطان - المرجع السابق - ص 332.

² محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص 317.

واليوم والساعة المحددة في طلب العرض، وأنه سيسقط حقه في المطالبة به بعد مضي سنة واحدة تسري من تاريخ الإيداع.

إذا رفض الدائن العرض يجوز للمدين إيداع المبلغ أو الشيء المعروض بمكتب المحضر القضائي وعند الاقتضاء بأمانة ضبط المحكمة، وهذا الإيداع يكفي بشرط أن يكون المبلغ المودع كافياً للوفاء بدين الدائن، يفصل رئيس المحكمة في كل الاشكالات التي قد تثار بأمر غير قابل لأي طعن، ويترتب على إيداع العرض، سقوط حق الدائن في المطالبة بالحق محل العرض والإيداع، بعد مضي أجل سنة واحدة من تاريخ إيداع العرض. ويمكن للمدين استرجاع المبلغ أو الشيء المعروض والمودع بعد انقضاء سنة بموجب امر على عريضة¹.

الفرع الثاني: محل الوفاء

محل الوفاء هو الشيء المستحق، وهو الاداء الذي التزم به المدين، ولا بد أن يكون هذا الوفاء بكامل بشيء المستحق، كما أنه لا يجبر الدائن على القبول بالوفاء الجزئي لحقه، وسنبين هاتين المسألتين فيما يلي:

أولاً: الوفاء بنفس الشيء المستحق

تنص المادة 276 مدني على أنه: "الشيء المستحق أصلاً هو الذي يكون به الوفاء، فلا يجبر على قبول شيء غيره ولو كان هذا الشيء مساوياً له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى".

يستفاد من هذه المادة أن الوفاء يجب أن يكون بعين ما يلتزم به المدين سواء كان الالتزام بإعطاء شيء أو كان التزاماً بعمل أو بامتناع عن عمل، وهذه القاعدة المقررة لمصلحة الدائن لا يجوز الخروج عليها بصفة عامة إلا بموافقة، فلا يجوز للمدين أن يلزم الدائن بقبول شيء آخر غير الشيء المستحق ولو كان مساوياً له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى إلا إذا ارتضى الدائن الوفاء بمقابل، أو كان الالتزام بدلي، غير أن حق الدائن في رفض الوفاء بغير الشيء المستحق، يحد منه مبدأ وجوب مراعاة حسن النية في التنفيذ، وعلى ذلك لا يجوز للدائن أن يتعنت في استعمال هذا الحق، ولا يجوز الوفاء بالشيء أو

¹ فريحة حسين - المرجع السابق - ص 219.

بالحوالة البريدية، مالم يكن قد اتفق على ذلك أو ارتضاه الدائن ، وفي هذه الحالة لا يعتبر الوفاء مبرراً لذمة المدين إلا بصرف قيمة الشيك أو الحوالة للدائن¹.

وإذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات كسيارة معينة أو دار أو أرض، فالوفاء يكون بهذا الشيء المعين دون غيره، ولو كان غيره من جنسه ونوعه أو يزيد عليه في القيمة، وليس هناك ما يمنع من الاتفاق على أن يتم الوفاء بشيء آخر، وهذا هو الوفاء بمقابل². أما إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالنوع، فليس على المدين إذا لم تذكر درجة الجودة، إلا الوفاء بشيء من الصنف المتوسط³، بمعنى أنه لا يلزم بالوفاء بشيء من أجود صنف، كما لا يجوز له الوفاء بشيء من أردأ صنف⁴.

وإذا كان محل الالتزام هو دفع مبلغ من النقود، فيكون الوفاء بتسليم المدين للدائن القدر المتفق عليه من النقود بصرف النظر عن انخفاض قيمة العملة⁵.

ثانياً: الوفاء بكل الشيء المستحق

تنص المادة 277 مدني على أنه: "لا يجبر المدين الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

فإذا كان متنازعا في جزء منه وقبل الدائن استيفاء الجزء المعترف به فليس للمدين رفض الوفاء بهذا الجزء"، فالقاعدة أن الوفاء بالالتزام يجب أن يكون كاملاً دفعة واحدة فلا يجبر الدائن على قبول وفاء جزئي، غير أن هذه القاعدة ليست آمرة، إذ يجوز الاتفاق على جواز الوفاء الجزئي، ونصت المادة 277 فقرة أولى على ذلك بحكم الاتفاق أو بنص القانون، فقد يتفق الدائن والمدين على تجزئة الوفاء، كما يجوز التجزئة بحكم القانون كما هو الحال في المقاصة بقدر الأقل من الدينين⁶.

¹ جلال علي العدوي - أحكام الالتزام (دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني) - الدار الجامعية - سنة 1993 - ص 82.

² محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 466.

³ تنص المادة 94 فقرة ثانية على أنه: "وبكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن ما يستطيع به تعيين مقداره، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء، من حيث جودته ولم يمكن تبين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط".

⁴ جلال علي العدوي - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص 82.

⁵ تنص المادة 95 مدني على أنه: "إذا كان محل الالتزام نقوداً، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي تأثير".

⁶ محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص 324.

وقاعدة عدم جواز تجزئة الوفاء حق لكل من الدائن والمدين فيجوز لكل منهما أن يتسّمك بها، غير أن المادة 277 الفقرة الثانية قد أوردت استثناء من هذه القاعدة فإذا كان متنازعا فيه، وأقر المدين بجزء منه، فليس له أن يتمتع عن الوفاء بهذا الجزء متى طالب به الدائن، بدعوى التريث حتى يحسم النزاع في الجزء الباقي¹.

الفرع الثالث: طريقة الوفاء

ونقصد بطريقة الوفاء ما يتعلق بها من زمان الوفاء ومكانه، ونفقات الوفاء وإثباته، وسندرس ذلك على النحو الآتي:

أولاً: زمان الوفاء

تنص المادة 281 مدني على أنه: "يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

غير أنه يجوز للقضاء نظراً لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا أجلاً ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه مدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها".

إذا نشأ الالتزام صحيحاً في ذمة المدين، فإن الأصل هو تنفيذه فور نشوئه، فإذا انعقد عقد بيع التزم البائع بتسليم الشيء المبيع، والتزم بالمقابل المشتري بدفع الثمن مباشرة على اعتبار أن الالتزامات التي نشأت عن عقد البيع تعتبر التزامات منجزة وحالة الأداء مالم يوجد نص أو يتفق البائع والمشتري على غير ذلك، فنص المادة 281 مدني يمكن مخالفته بنص القانون كما هو الحال في المادة 186 مدني²، حيث أن الالتزام بالتعويض عن التأخير يستحق وقت المطالبة القضائية، ويمكن كذلك مخالفة نص المادة 281 مدني بالاتفاق بين الدائن والمدين على أن يكون الوفاء بالالتزام بعد فترة معينة من قيام الالتزام، وهذا هو الاجل الواقف³.

¹ نبيل إبراهيم سعد، محمد حسين منصور - المرجع السابق - ص 411.

² والتي تنص على أنه: "إذا كان محل الالتزام بين أفراد مبلغاً من النقود عين مقداره وقت رفع الدعوى وتأخر المدين في الوفاء به، فيجب أن يعرض للدائن الضرر اللاحق من هذا التأخير".

³ خليل أحمد حسن قداد - المرجع السابق - ص 246.

ثانيا: مكان الوفاء

تنص المادة 282 مدني على أنه: "إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً 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 متعلقاً بهذه المؤسسة". يتبين من هذه المادة أنها تفرق بين ما إذا كان الشيء معيناً بالذات أو كان غير ذلك، فإذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بذاته، كان الوفاء به في مكان وجود هذا الشيء وقت نشوء الالتزام، إلا إذا اتفق على خلاف ذلك، أو نص القانون على تحديد مكان غيره، ومثال الالتزام المتعلق بشيء معين بالذات، كالالتزام بتسليم سيارة، فيتم الوفاء به في مكان وجودها وقت نشوئه.

أما ما عدا ذلك من الالتزامات الأخرى، فيكون الوفاء به في موطن المدين وقت الوفاء، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين، إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك، ففي هذه الالتزامات يكون على الدائن أن يسعى إلى المدين لاستيفاء حقه¹.

ثالثا: مصاريف الوفاء

تنص المادة 283 مدني على أنه: "تكون نفقات الوفاء على المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك"، فمثلاً في عقد البيع يلتزم البائع بتسليم المبيع، ويعتبر من مصاريف التسليم نفقات نقل المبيع إلى مكان التسليم إذا كان وقت البيع موجوداً في مكان آخر، ونفقات أعداد المبيع للتسليم كنفقات فرز المبيع تمهيداً لتسليمه بالمقاس أو الوزن أو الكيل أو العد، والحكم السابق بتحميل المدين مصاريف الوفاء، لا يعمل به إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك².

رابعا: إثبات الوفاء

تقضي المادة 323 مدني على أنه: "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه"، فالقاعدة العامة أن عبء الإثبات الوفاء يقع على المدين لأن ظاهر الحال يشهد

¹ محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص 329.

² جلال علي العدوي - أصول أحكام الالتزام والإثبات - المرجع السابق - ص 37.

ضده، وبيان ذلك أن الدائن إذا ما أراد استيفاء حقه فعليه أن يثبت وجود الحق وصحته، ثم على المدين أن يثبت بعد هذا انقضائه بالوفاء أو بسبب آخر.

ويتم اثبات الوفاء بمحل الالتزام حسب أحكام القواعد العامة في الاثبات، ويستطيع المدين أن يثبت الوفاء بالتمسكه بالطرق التالية:

الطريقة الاولى: تنص المادة 284 مدني على أنه: "يكون لمن قام بالوفاء بجزء من الدين، الحق في مطالبة مخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بحصول هذا الوفاء وله ايضا الحق في مطالبة رد السند أو الغائه 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 ايداع الشيء المستحق"، حسب هذه المادة إذا كان الوفاء جزئيا، فللمدين طلب مخالصة من الدائن بما اوفاه مع التأشير على سند الدين بحصول هذا الوفاء الجزئي، أما إذا اوفى المدين بكل الدين، فله أن يطالب الدائن برد سند الدين أو الغائه.

الطريقة الثانية: إذا كانت قيمة الدين تقل عن مائة الف دينار جاز للمدين أن يثبت الوفاء بجميع طرق الاثبات بما فيها الشهادة، وهذا ما يستفاد من مفهوم المخالفة لنص المادة 333 مدني¹.

الطريقة الثالثة: إذا مضت فترة معينة على نشوء الالتزام فان المدين يستطيع أن يتمسك بالتقادم المسقط، والتقادم المسقط في الحقيقة ليس إلا افتراضا قانونيا للوفاء².

¹ والتي تنص على أنه: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الاثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

² حسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو - المرجع السابق - ص 35.

المطلب الثاني

الوفاء مع الحلول

الوفاء مع الحلول هو الوفاء الذي يقوم به شخص غير المدين، ويؤدي إلى استيفاء الدائن حقه مع حلول الموفي (الغير) محله في رجوعه على المدين، فهذا الوفاء يقوم به شخص آخر غير المدين، ويترتب عليه انقضاء دين المدين لدى الدائن، ويكون للموفي حينئذ أن يرجع على المدين الذي استفاد من هذا الوفاء، ورجوع الغير الموفي على المدين يكون اساسه إما الوكالة أو الفضالة أو الاثراء بلا سبب، حسبما إذا كان الموفي وكيلًا عن المدين، أو فضوليًا قام بالوفاء دون علم المدين أو بعلمه ولكن دون معارضته، أو لم يكن هذا ولا ذاك حيث يقوم بالوفاء رغم معارضة المدين ويترتب على ذلك اثناء المدين على حسابه.

على أن الموفي قد يجد نفسه في مركز سيء إذا رجع على المدين على الاساس السابق، إذ أنه سيرجع بدين جديد في ذمة المدين والذي ينشا بسبب الوفاء، وهو مختلف عن الدين القديم الذي انقضى بالوفاء، فقد يكون للمدين الذي اوفى عنه دائنون آخرون وليس لديه ما يكفي لوفائهم جميعا، فلا يكون امامه إلا أن يشترك معهم في اقتسام الدين قسمة غرماء، بل إن الموفي قد لا يحصل على شيء إذا سبقه دائنون للمدين لهم حقوق امتياز أو مضمونة برهن، ومن جهة أخرى فقد يكون الدائن الذي استوفى حقه من الموفي صاحب رهن أو امتياز، فتكون للأخير مصلحة في أن يحل محل هذا الدائن في حقوقه وفي أن يستعمل الدعوى ذاتها التي كانت له في مواجهة المدين، وقد اجاز القانون بالفعل هذا الحلول، وبمقتضاه يرجع على المدين بنفس الدين الذي كان للدائن، وتم الوفاء به، بما له من خصائص وما يكفله من ضمانات، ويكون للموفي حينئذ أن يختار بين أن يرجع على المدين إما بالدعوى الشخصية، وإما بدعوى الحلول محل الدائن، وفق ما يحقق مصلحته.

ونحن نتكلم في الوفاء عن الحلول، سنتناول حالاته في فرع أول، ثم نتطرق لآثاره في فرع ثان، وذلك فيما يلي:

الفرع الأول: حالات الوفاء مع الحلول

حددت المواد 261 و 262 و 263 مدني حالات الوفاء مع الحلول، ويفهم من هذه النصوص أن الحلول يتم بقوة القانون في بعض الاحوال وبالاتفاق في البعض الآخر، وسندرسها فيما يلي:

أولاً: الحلول القانوني

للحلول القانوني حالات ثلاث نصت عليها المادة 261 مدني بقولها: "إذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه في الاحوال الآتية:

- إذا كان الموفي ملزماً بالدين مع المدين، أو ملزماً بوفائه عنه.
- إذا كان الموفي دائناً ووفى دائناً آخر مقدماً عليه بما له من تأمين عيني ولو لم يكن للموفي أي تأمين.

إذا كان الموفي اشترى عقاراً ودفع ثمنه وفاء لدائنين، خصص العقار لضمان حقوقهم.

- إذا كان هناك نص خاص يقرر للموفي حق الحلول".

حسب نص المادة 261 مدني السالفة الذكر فإن حالات الحلول القانوني هي:

1- إذا كان الموفي ملزماً بالوفاء مع المدين أو عنه:

ويكون الموفي ملزماً مع المدين إذا كان متضامناً معه في الدين، أو كان شريكاً معه في دين غير قابل للانقسام، فيكون له إن وفى بالدين عن المدينين المتضامنين أو المدينين بدين غير قابل للانقسام أن يحل محل الدائن بما دفعه إليه بعد استئصال حصته في الدين¹، ويكون الموفي ملزماً عن المدين إذا كان كفيلاً له، سواء كان كفيلاً شخصياً أم كفيلاً عينياً، فإذا وفى أحد هؤلاء بالدين حل بحكم القانون محل الدائن في جزء من الدين، أو في مجموعه حسب حالته.

2- وفاء الدائن المتأخر لدائن متقدم

يفترض في هذه الحالة أن للمدين دائنين، أحدهما متقدم بما له من تأمين عيني كرهن أو حق امتياز، والثاني دائن متأخر عن الأول إما لأنه دائن عادي، أو لأن التأمين الذي له يلي في المرتبة عن تأمين الدائن الأول، فإذا أراد الدائن المتقدم أن ينفذ على الشيء الذي يرد عليه التأمين، كان للدائن الثاني أن يوفي للدائن المتقدم ويحل محله في التأمين الذي له.

3- وفاء حائز العقار بالدين المضمون

حائز العقار هو من انتقلت إليه ملكية عقار مرهون دون أن يكون مسؤولاً شخصياً عن الدين المضمون بالرهن وهذا الحائز يمكنه أن يقوم بالوفاء بالدين المضمون بالرهن على العقار، ويحل محل الدائن في حقوقه ويمنع بالتالي التنفيذ على عقاره، وقد تعرضت المادة

¹ مصطفى الجمال، رمضان محمد أبو السعود، نبيل إبراهيم سعد - المرجع السابق - ص 580.

261 فقرة الثالثة لحالة واحدة من حالات حائز العقار باعتبارها أكثر الحالات شيوعاً¹، وهي حالة أن يشتري شخص عقاراً مرهوناً لعدة دائنين ولا يقوم بدفع الثمن إلى البائع، بل يدفع هذا الثمن للدائن صاحب المرتبة الأولى حتى يمنع بقية الدائنين من الحجز على هذا العقار وبيعه بالمزاد العلني استيفاء لديونهم، فواضح أن الموفي في هذا الفرض لم يكن هو المدين، وأنه وفي دينا على غيره، ولذلك يحل الموفي في هذه الحالة محل الدائن الذي استوفى دينه، ويكون له أن يطالب المدين كما كان للدائن الأصلي أن يطالبه، ويكون حق الدائن الموفي مضموناً برهن في المرتبة الأولى على العقار الذي اشتراه فإذا أراد بقية الدائنين التنفيذ على العقار، فإن الدائن الموفي يتقدم عليهم فلا يكون لهم مصلحة في هذا التنفيذ².

ثانياً: الحلول الاتفاقية

الحلول الاتفاقية عبارة عن حلول الغير الموفي محل الدائن وذلك بموجب اتفاق معه أو مع المدين وبمقتضى هذا الحل يكون لهذا الغير الموفي أن يطالب المدين بما كان في ذمته للدائن، وللحلول الاتفاقية على هذا النحو صورتان إذ يتم في الأولى باتفاق الغير الموفي مع الدائن بينما يتم في الثانية باتفاق هذا الغير مع المدين

1- الحلول باتفاق الغير الموفي مع الدائن

تناول المشرع هذه الصورة بالنص عليها في المادة 262 مدني والتي جاء فيها: "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"، يتضح من هذه المادة، أنه يجب أن يتم الاتفاق على الحل بين طرفيه وقت الوفاء، وهما الغير الموفي والدائن، أما المدين فليس طرفاً فيه، ليس هذا فحسب بل أن رضاه ليس بشرط واعتراضه على الحل لا تأثير له، وألا يتأخر الاتفاق على الحل بين طرفيه عن وقت الوفاء، معنى ذلك أن الاتفاق على الحل يمكن أن يكون سابقاً للوفاء أو معاصراً له، فالمشرع منع بالنص أن يكون الحل لاحقاً للوفاء، وعلة هذا المنع أن الالتزام ينقضي بالوفاء، ولا يعقل أن يتفق بعد ذلك على إحلال الغير الموفي محل الدائن فيه³.

¹ محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 480.

² محمد لبيب شنب، أسامة أبو الحسن مجاهد - المرجع السابق - ص 40.

³ طلبة وهبة خطاب - أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون (دراسة مقارنة) - الطبعة الأولى - دار الفكر العربي - القاهرة - ص 298.

2- الحلول باتفاق الغير مع المدين

نص المشرع في المادة 263 مدني على أنه: "يجوز أيضا للمدين إذا اقترض مالا وفى به الدين أن يحل المقرض محل الدائن الذي استوفى حقه، ولو دون رضا هذا الاخير، على أن يذكر في عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء، وفي المخالصة أن الوفاء كان هذا المال الذي اقرضه الدائن الجديد"، يتبين لنا من هذه المادة أن المشرع اجاز الحلول باتفاق بين المدين والموفي على أن يحل هذا الاخير محل الدائن بحقه وجميع ضماناته وتوابعه دون حاجة لرضا الدائن، ويرى بعض الفقه أن هذه الصورة غريبة لأن الاتفاق يتم بين المدين والموفي على الرغم من انهما يتصرفا بحق الدائن دون موافقته، ومع ذلك فإن الاعتبار العملية هي التي جعلت المشرع يجيز مثل هذه الصورة، فالدائن لا يضار بهذا الاتفاق ما دام أنه استوفى حقه في الميعاد المتفق عليه، وبالتالي لا وجه للاعتراض من الدائن من حلول الموفي محله باتفاق مع المدين، كما أن هذا الاتفاق لن يضر بالدائنين الاخرين يلون الدائن الذي استوفى حقه من الموفي، لأن الاتفاق لم يترتب عليه سوى تغيير دائن بدائن آخر له نفس المرتبة في مواجهة المدين، حتى ولو كان الدائن الموفي له متقدما في المرتبة¹.

ويشترط لصحة الحلول في هذه الصورة ما يلي:

- أن يحصل المدين على المال عن طريق الاقتراض لكي يوفي الدين.
- أن يكون القرض الذي حصل عليه المدين بغرض الوفاء بالدين، ولا بد أن يذكر ذلك في عقد القرض.
- أن يذكر في المخالصة التي تحرر بين المدين والدائن أن الوفاء قد تم من مال القرض الذي حصل عليه المدين.

الفرع الثاني: آثار الوفاء مع الحلول

الوفاء مع الحلول ذو طبيعة مركبة، فهو من جهة وفاء للحق بالنسبة للدائن فينقضي الدين بالنسبة له، وهو من جهة اخرى انتقال للحق بالنسبة للمدين، ذلك أن المدين لم يوف بالدين فلا ينقضي الحق بالنسبة له، بل قام به الموفي، ومن ثم يبقى المدين ملزما بالدين في مواجهته بدلا من الدائن، ويترتب على هذه الطبيعة المركبة للوفاء مع الحلول، أن يحل

¹ خليل أحمد حسن ق داداة - المرجع السابق - ص 268.

الموفي محل الدائن في رجوعه على المدين، وبذلك يمكن القول بأن الوفاء نوع من حوالة الحق بالنسبة للمدين مع فارق كبير بين النظامين.

وستتكمّل في حلول الموفي محل الدائن، ثم في الفرق بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق.

أولاً: حلول الموفي محل الدائن

يحل الموفي محل الدائن في نفس حقه بما له من خصائص، وما يلحقه من توابع، وما له من تأمينات، وما يرد عليه من دفع، ولكن إذا كان ما دفعه الموفي للدائن أقل من قيمة الدين، فإنه لا يرجع على المدين إلا بمقدار الدين الأصلي، وإذا كان الموفي ملتزماً مع غيره ودفع كل الدين فلا يكون له رجوع على غيره من الملتزمين بالدين إلا بعد خصم حصته فيه، ولا يرجع على كل منهم إلا بقدر نصيبه في الدين، وإذا دفع الموفي جزءاً من الدين وبقي للدائن جزء آخر دون وفاء يكون الدائن مقدماً على الموفي في استيفاء ما بقي له ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك¹.

ثانياً: الفرق بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق

يختلف الوفاء مع الحلول عن حوالة الحق في النقاط الآتية:

- 1- الوفاء مع الحلول قد يكون اتفاقياً أو قانونياً، أما الحوالة فلا تكون إلا اتفاقية
- 2- الوفاء مع الحلول يقع دائماً على حق قد حل أداؤه، أما حوالة الحق فقد تقع على حق لم يحل أجل استحقاقه.
- 3- إذا دفع الموفي جزءاً من الدين وأبرأه الدائن من الباقي، فإنه لا يرجع على المدين إلا بما دفعه، أما في الحوالة فيرجع بكل الدين.
- 4- الموفي لا يرجع على المدين إلا إذا كان قد وفى الدين فعلاً، أما في حوالة الحق فيجوز للمحال له أن يرجع على المدين قبل أن يدفع ثمن الحوالة للمحيل².

¹ محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 482.

² سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 770.

المبحث الثاني

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

ينقضي الالتزام بما يعادل الوفاء إذا لم يقيم المدين بوفاء عين ما التزم به، ولكن الدائن يحصل مع ذلك على منفعة تعادل قيمتها في منفعة الوفاء نفسه، فالالتزام ينقضي هنا بما يعتبر معادلاً للوفاء أو بما يقوم مقامه.

وأسباب انقضاء الالتزام التي تُعادل الوفاء هي: الوفاء بمقابل، التجديد والاناة، المقاصة واتحاد الذمة، ويجمع بين هذه الأسباب أن كلا منها يهيئ سبيلاً لإبراء ذمة المدين دون الوفاء بالتزامه عيناً.

وقد عالج المشرع هذه الأسباب في نصوص المواد من 285 إلى 304 مدني، وسندرسها وفقاً لنفس الترتيب الوارد في القانون المدني، جاعلين لكل سبب منها مطلباً من مطالب هذا المبحث.

المطلب الأول

الوفاء بمقابل

تنص المادة 285 مدني على أنه: "إذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلاً استعاض به عن الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء"، كما تنص المادة 286 مدني على أنه: "تسري أحكام عقد البيع وخصوصاً ما يتعلق منها بأهلية الطرفين، وبضمان الاستحقاق، وبضمان العيوب الخفية على الوفاء بمقابل فيما إذا كان ينقل ملكية شيء أعطي في مقابلة الدين. ويسري عليه من حيث أنه يقضي الدين أحكام الوفاء والاختصاص ما يتعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات".

سندرس فيما يتعلق بالوفاء بمقابل تعريفه وأركانه، ثم أحكامه، وذلك في الفروع الآتية:

الفرع الأول: تعريف الوفاء بمقابل وأركانه

يتضمن هذا الفرع عنصران، الأول نتناول فيه تعريف الوفاء بمقابل، أما الثاني فسنستغرق فيه لأركان الوفاء بمقابل، وذلك فيما يلي:

أولاً: تعريف الوفاء بمقابل

يتضح من نص المادة 286 مدني، السالفة الذكر، أن الوفاء بمقابل هو اتفاق بين الدائن والمدين على أن يوفي المدين للدائن بشيء آخر غير محل الالتزام ويقوم المدين بوفاء هذا الشيء فعلاً، فالدائن يستعيز في الوفاء بمقابل بشيء آخر غير الشيء محل الالتزام، وهو

إذا كان لا يجبر على قبول الوفاء بشيء غير مستحق أصلاً، إلا أنه يملك قبول ما يعرضه المدين من الوفاء من الوفاء بشيء آخر غير المستحق أصلاً. والوفاء بمقابل سبب مستقل لانقضاء الالتزام غير الوفاء، وهو بحسب تعريفه يتكون من ركنان، أولهما الاتفاق بين الدائن والمدين وثانيهما تنفيذ هذا الاتفاق:

ثانياً: أركان الوفاء بمقابل

هذان ركنان هما الاتفاق بين الدائن والمدين على الاستعاضة بمحل جديد مكان المحل الأصلي، وانتقال ملكية المحل الجديد فعلاً إلى الدائن.

الركن الأول: الوفاء بمقابل اتفاق بين الدائن والمدين

لأن المدين لا يستطيع أن يفرض على الدائن استيفاء شيء غير المستحق أصلاً، ولكن يجوز للدائن أن يقبل ذلك إذا أراد، وفي هذه الحالة ينعقد عقد جديد بين الدائن والمدين، ويجب أن يكون هذا العقد صحيحاً طبقاً للقواعد العامة من حيث الإرادة والأهلية والمحل والسبب، وهناك شرط خاص بالمحل وهو أن تنتقل ملكية الشيء من المدين إلى الدائن عوضاً عن الشيء المستحق أصلاً، كنقل ملكية سيارة أو منزل أو دفع مبلغ من النقود، أما إذا كان محل الالتزام الناشئ عن العقد الجديد القيام بعمل أو الامتناع عن عمل فلا نكون بصدد وفاء بمقابل بل بصدد تجديد الالتزام عن طريق إنشاء التزام جديد يحل محل الالتزام السابق.

الركن الثاني: انتقال ملكية المحل الجديد فعلاً إلى الدائن

يتمثل هذا الركن في أن ينفذ هذا الاتفاق في الحال فتنتقل الملكية إلى الدائن ويكون ذلك في الأشياء المعينة بالذات بمجرد العقد، وفي الأشياء المعينة بالنوع بطريق الإفراز، مع ضرورة شهر العقد فيما يتعلق بالعقارات¹، أما إذا لم تنتقل الملكية بل اقتصر الأمر على إنشاء التزام بنقل الملكية، فإن عنصراً من عناصر الوفاء بمقابل يكون قد تخلف، ويمكن فقط اعتبار الاتفاق الذي وقع تجديداً للالتزام بتغيير محله².

¹ تنص المادة 793 مدني على أنه: "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".

² سمير عبد السيد تناعو، محمد حسين منصور - القانون والالتزام (نظرية القانون، نظرية الحق، نظرية العقد، أحكام الالتزام) - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - سنة 1997 - ص 346.

الفرع الثاني: أحكام الوفاء بمقابل

إن أحكام الوفاء بمقابل هي انعكاس لطبيعته، ولذلك فإن القواعد المنظمة للوفاء بمقابل تتضمن أيضا مزيجا من أحكام التجديد والبيع والوفاء.

فالوفاء بمقابل يتضمن تجديدا للالتزام بتغيير المحل، لذا ينقضي الالتزام القديم وما يتبعه من تأمينات ولو استحق الشيء المعطى للوفاء في يد الدائن، لكن الالتزام الجديد الذي ينشأ محل الالتزام القديم هو التزام بإعطاء شيء في مقابل الدين، لذلك تسري عليه أحكام عقد البيع، منها على الأخص ما يتعلق بنقل ملكية الشيء وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية فيه، وأهلية المتعاقدين، والنتيجة النهائية لهذا الوفاء بمقابل هو انقضاء الالتزام بالوفاء، لذلك اقتضى الرجوع إلى أحكام الوفاء في هذا الشأن¹.

المطلب الثاني

التجديد والانابة

نظم المشرع الجزائري التجديد في المواد من 285 إلى 293 مدني، أما الانابة فنظمها المشرع في المواد من 294 إلى 296 مدني، وسنبدأ بدراسة التجديد، ثم يليه الانابة، اتبعا للترتيب الذي أورده المشرع، وذلك في الفرعين الآتين:

الفرع الأول: التجديد

سنتناول في بحث التجديد أولا في تعريفه، ثم ثانيا في شروطه، وثالثا في آثاره، وذلك على النحو الآتي:

أولا: تعريف التجديد

التجديد هو استبدال دين جديد بآخر قديم أو هو إحلال دين جديد محل دين قديم يختلف عنه أما أحد الأطراف أو المصدر أو المحل، فالتجديد بعبارة وجيزة اتفاق ينقضي به دين وينشأ بمقتضاه آخر يحل محل الأول ويختلف عنه في عنصر من عناصره الأساسية. والتجديد بهذا المعنى، إما أن يكون شخصيا أو موضوعيا، ويكون التجديد شخصيا إذا كان بتغيير أحد طرفي الالتزام الدائن أو المدين دون أن يشمل هذا التغيير محل الالتزام أو مصدره، ويكون التجديد موضوعيا إذا كان بتغيير الالتزام أو مصدره مع بقاء طرفيه دون تغيير².

¹ نبيل إبراهيم سعد، محمد حسين منصور - المرجع السابق - ص 429.

² طلبة وهبة خطاب - المرجع السابق - ص 336.

ويرى بعض الفقه أنه قد تضاعلت الأهمية العملية للتجديد في الوقت الحاضر، نظراً لأن حوالة الحق وحوالة الدين والائابة والحلول تحقق الغرض المقصود من هذا النظام، بل وتفضله من بعض الوجوه، لكن للتجديد مزايا ما تزال باقية تتجلى قيمتها عندما يراد استبدال محل الالتزام أو مصدره، وإن كان من النادر أن يدعو الأمر إلى ذلك¹.

ثانياً: شروط التجديد

من مقومات التجديد أن يكون هناك اتفاق على التجديد، وجود التزام قديم وجديد، ومختلفان في عنصر معين، مع توافر نية التجديد لدى طرفي التجديد:

الشرط الأول: الاتفاق على التجديد

التجديد يفترض على هذا النحو لتمامه اتفاقاً عليه بين كل من الدائن والمدين، فإذا لم يتوافر هذا الاتفاق فلا يتم التجديد حتى ولو أَرَادَ الدائن أو المدين دون أن يوافق الآخر، وفي صورة تجديد الالتزام بتغيير أحد طرفيه لا يكفي الاتفاق بين الدائن والمدين وإنما يلزم فوق ذلك موافقة الدين أو المدين الجديد، فإذا أَرَادَ الدائن والمدين إحلال دين جديد محل دينهما ويكون فيه الدائن شخصاً ثالثاً غير الدائن الأصلي لزمّت موافقة هذا الشخص الثالث بجانب موافقة كل من الدائن الأصلي والمدين، وبالمثل إذا أَرَادَ إحلال دين جديد محل الدين الأصلي يكون فيه المدين شخصاً غير المدين الأصلي لزمّت موافقة هذا المدين بجانب موافقة الطرفين الأصليين، على أنه يلاحظ في هذا الشأن أن التجديد يمكن أن يتم باتفاق بين الدائن الأصلي وبين الدائن الجديد دون حاجة إلى رضا المدين في صورة التجديد بتغيير الدائن².

الشرط الثاني: وجود التزامين قديم وجديد صحيحين

يتطلب التجديد وجود التزام قديم حتى ينشأ التزام جديد يحل محله، وعلى ذلك إذا كان الالتزام القديم قد انقضى قبل التجديد بأي سبب آخر من أسباب الانقضاء، أو كان هذا الالتزام باطلاً بطلاناً مطلقاً، وقع الاتفاق على التجديد باطلاً لتخلف سببه، وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 288 مدني بقولها: "لا يتم التجديد إلا إذا كان الالتزامان القديم والجديد قد خلا كل منهما من أسباب البطلان".

¹ جلال علي العدوي - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص 333.

² مصطفى الجمال، رمضان محمد أبو السعود، نبيل إبراهيم سعد - المرجع السابق - ص 530.

أما إذا كان الالتزام القديم قابلاً للإبطال فيجوز الاتفاق على التجديد، لأن هذا الالتزام يعتبر موجوداً حتى يقضى ببطلانه، فإذا قضى بإبطاله زال بأثر رجعي، وبطل التجديد كذلك تبعاً لزواله، غير أنه لما كانت القابلية للإبطال تزول بالإجازة، فقد يستفاد من التجديد نية إجازة الالتزام القديم، وذلك إذا كان من له حق طلب إبطال هذا الالتزام قد ارتضى تجديده رغم علمه بسبب الإبطال¹، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 288 مدني بقولها: "أما إذا كان الالتزام القديم ناشئاً عن عقد قابل للإبطال فلا يكون التجديد صحيحاً إلا إذا فقد الالتزام الجديد إجازة العقد وإحلاله له محل الالتزام القديم".

الشرط الثالث: اختلاف الالتزامين في أحد العناصر الأساسية

يشترط في الالتزام الجديد أن يكون مغايراً للالتزام القديم، وهذه المغايرة إما أن تكون في محل الالتزام أو مصدره، وإما أن تكون في شخص الدائن أو في شخص المدين، وبناءً على ذلك تكون أحوال التجديد ثلاثة وهي: تجديد بتغيير الدين، تجديد بتغيير الدائن، وتجديد بتغيير المدين، وقد نصت المادة 287 مدني على هذه الأحوال الثلاثة حيث نصت 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 مديناً 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".

1- التجديد بتغيير الدين

قد يكون التجديد للدين بتغيير المحل كما لو استبدل الطرفان بالالتزام بعمل التزاماً محله مبلغ من النقود أو نقل ملكية عين معينة، ولا ينبغي الخلط بين هذه الصورة من صور التجديد وبين الوفاء بمقابل، إذ أن الأخير هو وسيلة من وسائل انقضاء الالتزام لذلك فإن التعديل في المحل الذي يوجد فيه يصاحبه التنفيذ الفوري له بحيث ينقضي الالتزام، أما في التجديد فلا يوجد هذا التعاصر، إذ يبقى الالتزام الجديد قائماً².

¹ أنور سلطان - المرجع السابق - ص 364.

² جلال محمد إبراهيم - أحكام الالتزام - ص 478

وقد يقع التجديد 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 قرض.

2- التجديد بتغيير المدين:

يتم التجديد بتغيير المدين بطريقتين تشبهان حوالة الدين:

الطريقة الاولى: باتفاق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الاجنبي مدينا مكان المدين الاصلي، وعلى أن تبرأ ذمة المدين الاصلي، فإن التجديد يتم دون حاجة إلى موافقة المدين الاصلي وتطابق هذه الطريقة تماما حوالة الدين باتفاق الدائن والمدين الجديد.

الطريقة الثانية للتجديد: وهي أن يتفق المدين القديم والمدين الجديد والدائن على حلول المدين الجديد محل المدين القديم، وتشابه هذه الطريقة حوالة الدين عن طريق الاتفاق بين المدين القديم والمدين الجديد، وتختلف عنها في أن موافقة الدائن في حوالة الدين شرط لنفاذ الحوالة في حقه بينما هي شرط لانعقاد التجديد وليس فقط لنفاذه¹.

3- التجديد بتغيير الدائن

يتم التجديد بتغيير الدائن باتفاق ثلاثة اشخاص أيضا وهم: 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 الدائن².

الشرط الرابع: نية التجديد:

تنص الفقرة الاولى من المادة 289 مدني على أنه: "لا يفترض التجديد بل يجب الاتفاق عليه صراحة، أو استخلاصه بوضوح من الظروف"، يتضح من هذه المادة أن تجديد الالتزام لا يفترض، وإنما يجب على المتعاقدين الاتفاق عليه صراحة، وعليه يجب أن تتجه ارادة المدين والدائن عند الاتفاق على التجديد إلى انشاء التزام جديد يحل محل الالتزام القديم، فنية المتعاقدين على التجديد لا بد أن تكون صريحة أو على الاقل واضحة يمكن استخلاصها من الظروف التي لا تدع مجالاً للشك على نية المتعاقدين في التجديد، وعند قيام الشك، فإنه يفسر ضد التجديد، وبالتالي لا يقوم أي تجديد، والسبب من اشتراط هذا الشرط يرجع إلى أنه في بعض الاحوال يتغير شخص المدين أو الدائن في الالتزام دون أن يترتب على

¹ سمير عبد السيد تناعو، محمد حسين منصور - المرجع السابق - ص 349.

² محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 496.

ذلك أي تجديد، فقد يكون المدين الجديد يريد الانضمام إلى المدين القديم كمدين متضامن أو كفيلا، أو أن يكون الدائن قد انضم إلى الدائن القديم كمتضامن أو غير متضامن، وتظهر نية التجديد بوضوح إذا جاء الالتزام الجديد مغايرا للالتزام القديم في عنصر من عناصره كما سبق القول، إما أضيف على الالتزام أجل أو مد أجل قائم، أو إلغاء أجل موجود أو إضافة شرط جزائي أو تقديم تأمين عيني أو شخصي، أو إلغاء هذا التأمين، أو تغيير مكان الوفاء أو بتغيير مقدار الدين بزيادته أو انقاصه فهذه الظروف لا تفيد نية التجديد، ومما يؤكد ذلك الفقرة الثانية من المادة 289 مدني التي تنص على أنه: "وبوجه خاص، لا ينتج التجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك، ولو مما يحدث في الالتزام من تغييرات لا تتناول إلا زمان 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"، فكتابة سند دين كان غير مكتوب لا يعتبر في نظر القانون تجديدا وإنما هو تهيئة دليل اثبات على دين موجود فعلا، هذا ما لم يقضي الاتفاق على غير ذلك، وبعبارة أخرى، فقد أجازت هذه المادة أن يقع التجديد بكتابة سند الدين أو بتغيير مكان الوفاء أو بإضافة شرط طالما اتفق المتعاقدان على ذلك¹.

ثالثا: آثار التجديد

تنص المادة 291 مدني على أنه: "يترتب على التجديد انقضاء الالتزام الاصلي بتوابعه، وإنشاء التزام جديد مكانه"، يتبين من هذه المادة أن للتجديد أثرين وهما: إنهاء الدين القديم وإنشاء دين جديد:

1- إنهاء الدين القديم

إذا ما تحقق التجديد على النحو السالف الذكر بتوافر الاتفاق والنية على التجديد والتغيير في أحد عناصر الالتزام الثلاثة الأساسية التي ذكرناها، فإنه يترتب عليه انقضاء الالتزام القديم ونشأة التزام جديد يقوم مقامه ويحتاج إلى وفاء لاحق².

يترتب على التجديد انقضاء الالتزام القديم ونشوء التزام جديد يحل محله، فالتجديد من هذه الناحية يعتبر سببا من اسباب انقضاء الالتزام، فيزول الالتزام القديم بكل مقوماته وصفاته وكذلك دفعه وما يلحق به من تأمينات، ومن جهة أخرى يؤدي التجديد إلى نشوء التزام جديد يحل محل الالتزام القديم الذي انقضى، بل أن التجديد يتوقف على نشوء هذا

¹ خليل أحمد حسن قدامة - المرجع السابق - ص 299.

² مصطفى الجمال، رمضان محمد ابو السعود، نبيل ابراهيم سعد - المرجع السابق - ص 533.

الالتزام الجديد، ومن ثم، فإن انقضاء الالتزام القديم سيتوقف على نشوء الالتزام الجديد، فلا ينقضي الالتزام القديم إلا بنشوء الالتزام الجديد¹، ولكن يجوز الاتفاق على انتقال التأمينات التي كانت تضمن الالتزام القديم إلى ضمان الالتزام الجديد، وقد نصت على هذه الاحكام المادة 291 فقرة ثانية التي قررت بأنه: "ولا تنتقل التأمينات التي تكفل تنفيذ الالتزام الاصلي إلا بنص في القانون أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين انصرفت إلى غير ذلك"، وتطبيقاً لهذا النص فإن التأمينات الضامنة للالتزام القديم كالرهن مثلاً لا تنتقل إلى حماية الالتزام الجديد إلا بنص القانون أو اتفاق المتعاقدين، ففيما يتعلق بانتقال التأمينات باتفاق المتعاقدين يجب التفرقة بين التأمينات العينية المقدمة من المدين كالرهن الرسمي أو الرهن الحيازي، وبين التأمينات الشخصية المقدمة من الغير كالكفالة والتضامن بين المدينين وكذلك التأمينات العينية المقدمة من الغير كالكفالة العينية، فالتأمينات العينية المقدمة من المدين تتم بنفس الطريقة التي يتم بها التجديد نفسه وفي نفس الاتفاق الذي يتم به التجديد، فلا يكون الاتفاق على نقل التأمينات العينية نافذاً في حق الغير إلا إذا تم مع التجديد في وقت واحد وهذا ما نصت عليه المادة 292 فقرة ثانية مدني التي تنص على أنه: "ولا يكون الاتفاق على انتقال التأمينات العينية نافذاً في حق الغير، إلا إذا تم التجديد في وقت واحد، مع مراعاة الاحكام المتعلقة بالتسجيل".

أما التأمينات المقدمة من الغير كالكفالة عينية كانت أو شخصية والتضامن فإنها لا تنتقل إلى الالتزام الجديد إلا إذا رضي بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون وهذا الحكم نصت عليه المادة 293 مدني بقولها: "لا تنتقل الكفالة العينية، أو الشخصية، ولا التضامن، إلى الالتزام الجديد إلا إذا رضي بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون"، والحكمة من هذا النص واضحة وهي أن الاجنبي الذي قبل أن يكفل التزاماً معيناً، ينقضي ضمانه بانقضاء هذا الالتزام، ولا يصبح ضامناً للالتزام الجديد إلا إذا صدر منه رضاء جديد².

الفرع الثاني: الانابة في الوفاء

نصت عليها المادتان 294 و 295 مدني، سنبدأ بدراسة الانابة في الوفاء، من حيث تعريفها، أنواعها وآثارها، وذلك فيما يلي:

¹ خليل أحمد حسن قدامة - المرجع السابق - ص 300.

² سمير عبد السيد تناعو، محمد حسين منصور - المرجع السابق - ص 352.

أولاً: تعريف الانابة في الوفاء وأنواعها

نتطرق أولاً لتعريفها ثم أنواعها على النحو الآتي:

1- تعريف الانابة في الوفاء

تناول المشرع ماهية الانابة في المادة 294 مدني التي نصت على أنه: "تتم الانابة إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص اجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين، ولا تقتضي الانابة أن تكون هناك حتماً مديونية سابقة بين المدين والغير"

من النص السابق يمكن تعريف الانابة في الوفاء بأنها عبارة عن اتفاق بين دائن ومدين وأجنبي يتعهد بمقتضاه الأخير بوفاء الدين للدائن عن المدين أو بدلاً منه، فأطراف الاتفاق ثلاثة أشخاص: المدين ويسمى المنيب، والمدين الجديد يسمى المناب، والدائن يسمى المناب لديه¹.

والغالب أن يكون المنيب مديناً للمناب لديه، ولذلك ينبى المناب في وفاء هذا الدين، والغالب أيضاً أن يكون المنيب دائناً للمناب، ولذلك اختاره ليقوم بوفاء دينه للمناب لديه، فيتخلص المناب بهذا الوفاء من الدين الذي في ذمته للمنيب، وبالمقابل ليس من الضروري أن يكون أن يكون المناب مديناً للمنيب، ومع ذلك يرضى بان ينوب عنه في الوفاء بدينه للمناب لديه، على أن يرجع عليه بعد ذلك بما وفاه عنه، وقد يكون متبرعاً، فلا يرجع على المنيب².

2- أنواع الانابة

يوجد نوعين للانابة وهما انابة كاملة وأخرى ناقصة:

أ- الانابة الكاملة

هي التي تؤدي إلى ابراء ذمة المنيب وحلول المناب محله اتجاه المناب لديه، فهي تجديد للدين بتغيير المدين، ويترتب عليها نفس الآثار التي تترتب على تجديد الدين بتغيير المدين، إذ ينقضي بمقتضاها الالتزام القديم وينشأ التزام جديد، ويشترط لذلك أن يكون المناب موسراً وقت الانابة، فإذا لم يكن كذلك بقي المنيب مسؤولاً إلى جانب المناب، دون أن يكون قد اشترط ذلك عند الانابة، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 295 مدني على الحكم السابق

¹ طلبه وهبة خطاب - المرجع السابق - ص 346.

² عبد الرزاق أحمد السنهاوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام (الأوصاف، الحوالة، الانقضاء) - المرجع السابق - ص 858.

بقولها: "إذا اتفق المتعاقدون في الانابة أن يستبدلوا بالتزام سابق التزم جديد كانت هذه الانابة تجديدا للالتزام بتغيير المدين، ويترتب عليها براءة ذمة المنيب قبل المناب لديه على أن يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاه المناب صحيحا وألا يكون هذا الاخير معسرا وقت الانابة".

ب- الانابة الناقصة

هي التي لا تؤدي إلى إبراء ذمة المنيب وانقضاء الالتزام الاصلي، وانما يترتب عليها اضافة مدين جديد إلى جانب المدين الاصلي، فيكون للدائن مدينان يستطيع أن يطالب أيا منهما بحقه، وإذا وفي احدهما برئت ذمة الاخر.

وهذا الانابة هي الغالبة في العمل، إذ يندر أن يقبل الدائن ابراء ذمة المدين وانقضاء الالتزام الاصلي، وتوجد في الحالات التي لا يتفق فيها على التجديد صراحة، فالتجديد في الانابة لا يفترض¹، وقد نصت على ذلك المادة 295 فقرة ثانية بقولها: "غير أنه لا يفترض التجديد في الانابة، فإن لم يكن هناك اتفاق على التجديد بقي الالتزام القديم إلى جانب الالتزام الجديد".

الآثار التي تترتب على الانابة في الوفاء

نتناول في آثار الانابة العلاقة ما بين المنيب والمناب لديه، ثم العلاقة ما بين المنيب والمناب، واخيرا العلاقة ما بين المناب لديه والمناب، وذلك في النقاط الآتية:

أولاً: العلاقة ما بين المنيب والمناب لديه:

يترتب على الانابة في العلاقة ما بين المنيب والمناب لديه انقضاء التزام المنيب وبراءة ذمة هذا الاخير منه بشرط أن ينشأ التزام المناب قبل المناب لديه صحيحا وان لا يكون المناب معسرا وقت الانابة، وتعليل ذلك أن الاصل في تجديد الدين بتغيير المدين أنه يقضي الالتزام القديم وينشئ التزاما آخر في ذمة المدين الجديد فإذا كان هذا الاخير معسرا وقت التجديد أو اعسر بعده، تحمل الدائن تبعه هذا الاعسار ولم يكن له رجوع على المدين الاصلي إلا إذا كان قد اشترط عليه ذلك عند التجديد، أما في الانابة الكاملة فيكون للدائن المناب لديه الرجوع على المدين المنيب إذا كان المدين الجديد المناب معسرا وقت الانابة، ولو لم يشترط الدائن ذلك وقت الانابة، إذ افترض القانون أن هذه هي نية ذوي الشأن باعتبار أن المناب

¹ محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 501.

لديه لم يقبل الانابة والتجديد وما يترتب عليهما من براءة ذمة المنيب إلا اعتمادا منه على يسار المناب وقت الانابة على الاقل، فإذا تبين أن المناب كان معسرا في ذلك الوقت رجع المناب لديه على المنيب تأسيسا على وقوعه في غلط جوهري دفعه على قبول انابة ما كان ليقبلها لولا هذا الغلط، وبإبطالها تعود الحالة إلى ما كنت عليه قبل الانابة فيعود الدين القديم إلى الوجود، ويحق للدائن أن يطالب به المدين الأصلي وتعود مع هذا الدين تأميناته.

ثانيا: العلاقة بين المنيب والمناب

إذا كان المناب مدينا للمنيب، فالغالب أنه يكون قد قصد بقبول الانابة تجديد الدين الذي كان في ذمته للمنيب عن طريق تغيير الدائن، ويكون قد وفى دينه القديم اتجاه المدين الأصلي بالتزام الجديد الذي ينشأ في ذمته للمناب لديه، فيكون التزامه بهذا الدين الجديد مقابل انقضاء دينه القديم قبل المدين الأصلي، فلا يكون له رجوع على هذا الأخير، وإذا لم يكن المناب قد قصد تجديد الدين القائم في ذمته بتغيير الدائن فتكون انابته كاملة لأنها تنطوي على تجديد بتغيير المدين وهذه الانابة تختلف عن التجديد بتغيير الدائن، ومؤدى ذلك أن يصبح المناب ملزما ازاء المناب لديه وان ينقضي دين المدين الأصلي، فإذا اراد المناب أن يرجع على هذا الأخير فلا يكون له رجوع إلا بالدعوى الشخصية وهي دعوى الوكالة أو الفضالة أو الاثراء بلا سبب بحسب الاحوال.

ثالثا: العلاقة بين المناب والمناب لديه

في الانابة الكاملة ينشأ التزام جديد لصالح المناب لديه في ذمة المناب، فإذا وجد هذا الأخير معسرا وكان اعساره قائما وقت الانابة فقد تقدم أن المناب لديه يستطيع ابطال التجديد لقيامه على غلط في صفة جوهري في المناب، واعادة الدين القديم الذي كان قد انقضى بالتجديد أو الانابة الكاملة الى الوجود والرجوع على المدين القديم بدعوى الدين الأصلي، أما إذا كان اعسار المناب قد حدث بعد الانابة فان المناب لديه يتحمله ولا يكون له رجوع على المنيب بسببه إلا إذا كان اشترطه في عقد الانابة¹.

¹ سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 794.

المطلب الثالث

المقاصة

نظم المشرع المقاصة في المواد من 297 إلى 303 من القانون المدني، وسندرسها من خلال التطرق لتعريفها، ثم أنواعها وذلك في الفروع الآتية:

الفرع الأول: تعريف المقاصة

المقاصة طريق من طرق انقضاء الالتزام عندما يكون هناك شخصان كل منهما مدين ودائن للآخر في نفس الوقت فينقضي الدينان بقدر الأقل منهما، فبدلاً من أن يوفي كل منهما بدينه للآخر، يتقاص الدينان فينقضي الدينان بقدر الأقل منهما، فيكون المدين بالدين الأقل قد وفى دينه ببعض حقه ويكون المدين بالدين الأكبر قد وفى بعض دينه بحقه ويتعين عليه الوفاء بالقدر الزائد وفاء عادياً، فالمقاصة من هذا الوجه أداة وفاء.

وتظهر الأهمية العملية للمقاصة في تيسير وضمان الوفاء بالالتزام، فمن ناحية تحول المقاصة دون عملية الوفاء المزدوج وما تتطلبه من جهد ووقت ونفقات ومخاطر، ومن ناحية أخرى تعتبر المقاصة وسيلة ضمان فعالة فهي تجنب كل من طرفيها مزاحمة باقي دائني الطرف الآخر، فيما لو اضطر إلى الوفاء بما عليه، ثم الرجوع بما له على مدينه¹، وعلى هذا النحو، وكما يرى البعض، تعتبر المقاصة حالة من الحالات النادرة التي يتمتع فيها الدائن العادي بامتياز فعلي بالنسبة لباقي دائني مدينه².

ولا يشترط للتمسك بالمقاصة أن يوجد ارتباط بين الالتزامات كما هو الحال في الحق في الحبس، فيمكن إجراء المقاصة بين ديون مختلفة المصدر، كدين ناشئ من قرض أو من فعل ضار، إلى جانب ذلك فإن المقاصة تقضي على الدينين المتقابلين في حدود الأقل منهما، أما الحق في الحبس فيتوقف التنفيذ مؤقتاً لا غير.

الفرع الثاني: أنواع المقاصة

المقاصة قد تكون قانونية تقع بمجرد توافر شروطها والقاضي لا يملك إلى القضاء بها، وقد تكون مقاصة اختيارية تقع باتفاق الطرفين، أو بإرادة أحدهما فقط إذا لم تتوافر شروطها، وفي حالة تعذر الوصول إلى المقاصة الاتفاقية فإن المدعى عليه يمكنه أثناء نظر في

¹ نبيل إبراهيم سعد، محمد حسين منصور - المرجع السابق - ص 444.

² أنور سلطان - المرجع السابق - ص 382.

الدعوى طلب اجراء المقاصة وهذه هي المقاصة القضائية، وسنعرض هذه الانواع تباعا على النحو الاتي:

أولاً: المقاصة القانونية

لدراسة المقاصة القانونية ينبغي علينا التعرض لشروطها، ثم لآثارها، وذلك فيما يلي:

1- شروطها:

تدور شروط المقاصة حول فكرة واحدة، وهي أن المقاصة وفاء للدين، وأن هذا الوفاء يتم بقوة القانون، لذلك تنص المادة 297 مدني 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 نقوداً أو مثليات متحدة النوع والجودة وكان كل منهما ثابتاً وخالياً من النزاع ومستحق الاداء صالحاً للمطالبة به قضاء.

لا يمنع المقاصة تأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضي أو تبرع بها الدائن".

أ- **تقابل الدينان:** يفترض في المقاصة وجود دينين متقابلين، ويقصد بذلك أن يكون كل من طرفي المقاصة دائناً ومديناً للآخر في نفس الوقت، وبصفتيهما الشخصية، وعلى ذلك فالمقاصة لا تقع إذا كان أحد الطرفين مديناً بصفته الشخصية ودائناً بصفته وصياً على قاصر أو وكيلاً أو مدير شركة¹.

ب- **تماثل محل الدينين:** يجب أن يتماثل الدينان في المحل، بأن يكون كل منهما نقوداً أو اشياء مثلية متحدة في النوع وفي درجة الجودة، فلا تجوز المقاصة بين مبلغ من النقود وبين كمية من القمح، أو بينه وبين كمية من الارز، ولا بين كمية من القمح الامريكي وأخرى من القمح الاوروبي، ولا تجوز المقاصة بين دينين محل احدهما عمل ومحل الاخر امتناع عن عمل، فلا بد أن يكون كل من الدينين التزاماً بنقل الملكية².

ج- **صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء:** يشترط لوقوع المقاصة صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء وللحجز عليه، فإن كان أحد الدينين ديناً طبيعياً فلا تتحقق المقاصة نظراً لأن هذا الدين لا يجوز المطالبة به قضاء وهذا ما لم يكن من يتمسك بالمقاصة هو المدين بهذا الالتزام، إذ الالتزام الطبيعي يصبح كالالتزام المدني صالحاً للمطالبة القضائية إذا أراد المدين فيه الوفاء به من تلقاء نفسه، كذلك لا تقع المقاصة إذا

¹ نبيل ابراهيم سعد، محمد حسين منصور - المرجع السابق - ص 447.

² محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص 371.

كان احد الدينين ديناً بنفقة لان دين النفقة لا يجوز الحجز عليه وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 299 مدني بقولها: "تقع المقاصة مهما اختلفت مصادر الديون فيما عدا الحالات التالية:

- إذا كان أحد الدينين حقاً غير قابل للحجز".

ولذلك فإن المدين بالنفقة يتعين عليه الوفاء بها ثم مطالبة الدائن بما له قبله بالطريق العادي استجابة لطبيعة دين النفقة من حيث عدم جواز الحجز عليه¹.

د- خلو الدينين من النزاع: يشترط لوقوع المقاصة بقوة القانون أن يكون كل من الدينين المتقابلين خالياً من النزاع، أي محققاً سواء في وجوده أو في مقداره، فإذا كان أحد الدينين متنازعا عليه في وجوده أو مقداره، فلا تقع المقاصة بقوة القانون، وإن جاز أن تقع بحكم القضاء بعد حسم هذا النزاع، ويشترط في النزاع الذي يمنع وقوع المقاصة القانونية أن يكون نزاعاً جدياً².

هـ- أن يكون الدينان مستحقّي الوفاء

يجب لوقوع المقاصة أن يكون كل من الدينين مستحق الاداء، لأن المقاصة وفاء إجباري، ولا يجبر المدين على الوفاء إلا عند استحقاق الدين.

والدين لا يكون مستحق الاداء إذا كان مضافاً إلى أجل واقف، فلا تجوز المقاصة بين دين مؤجل ودين حال، ولا بين دينين كلاهما مؤجل، إذ يكون المدين قد اجبر بذلك على الوفاء قبل حلول الاجل، على أن نظرة الميسرة التي يمنحها القاضي للمدين، وهي الاجل، لا تمنع من المقاصة، إذ أن القاضي قد منحها للمدين نظراً له، على اعتبار أنه غير قادر على الوفاء بدينه فوراً، فإذا تبين أنه قادر على الدفع عن طريق المقاصة، أي عن طريق الوفاء بحق له استجد في ذمة دائنه، فلا وجه لانتظار انقضاء الاجل الذي يمنحه القاضي، بل تقع المقاصة قبل انقضاء هذا الاجل، ومثل نظرة الميسرة الاجل الذي يتبرع به الدائن، فهو ايضاً لا يمنع من وقوع المقاصة ولو قبل انقضائه³، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة 297 على

¹ مصطفى الجمال، رمضان محمد ابو السعود، نبيل ابراهيم سعد - المرجع السابق - ص 591.

² محمد لبيب شنب، أسامة أبو الحسن مجاهد - المرجع السابق - ص 266.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام (الوصاف، الحوالة، الانقضاء) - المرجع السابق - ص 899.

هذا الحكم صراحة بقولها: "ولا يمنع المقاصة تأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضي أو تبرع بها الدائن".

و- عدم وجود نص يمنع من المقاصة

ينص القانون في بعض الحالات على عدم جواز التمسك بالمقاصة لاعتبارات خاصة، وقد ذكرنا حالة منها ضمن شروط المقاصة، وهي حالة الدين غير القابل للحجز عليه، وتبقى بعد ذلك حالتان وهي:

الحالة الاولى: إذا كان احد الدينين شيئاً نزع دون حق من يد مالكه وكان مطلوباً رده

ومنع المقاصة في هذه الحالة يعد تطبيقاً لقاعدة حظر انتصاف الشخص لنفسه، فليس للدائن مثلاً أن يتمسك بالمقاصة بين التزام له قبل المدين، وبين التزام يوجب عليه أن يرد لهذا المدين ما غصبه منه، ولولا هذا الحظر لحل اقتضاء الحقوق بالقوة محل الترافع إلى القضاء وتغليب حكم القانون¹.

الحالة الثانية: إذا كان أحد الدينين شيئاً مودعاً أو معاراً عارية استعمال وكان مطلوباً رده

يرجع منع المقاصة في هذه الحالة إلى أن مناط الوديعة أو العارية هي الثقة التي للمودع أو المعير في شخص المودع لديه أو المستعير، وهذه الثقة تستوجب رد الشيء المودع أو المستعار، ولو كان حافظ الوديعة أو المستعير دائماً بمثل ما أؤتمن عليه، لما لهذا الائتمان الخاص من اعتبار في هذين النوعين من العقود.

الفرع الثالث: آثار المقاصة

إذا وقعت المقاصة بين دينين متقابلين انقضى الدينان بقدر الأقل منهما وهذا فيما بين الطرفين أما بالنسبة للغير فلا يجوز أن تقع المقاصة اضراراً بحقوق كسبها هذا الغير، ونبحث ذلك فيما يلي:

أولاً: أثر المقاصة فيما بين الطرفين

تنص المادة 300 فقرة ثانية مدني على أنه: "ويترتب عليها انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما منذ الوقت الذي يصبح فيه صالحين للمقاصة ويكون تعيين جهة الدفع في المقاصة كتعيينها في الوفاء"، كما تنص المادة 301 مدني على أنه: "إذا مضت على الدين مدة

¹ توفيق حسن فرج، جلال علي العدوي - المرجع السابق - ص 590.

التقادم وقت التمسك بالمقاصة فلا يمنع ذلك من وقوعها رغم التمسك بالتقادم مادامت المدة لم تكن قد تمت في الوقت الذي أصبحت فيه تلك المقاصة ممكنة".
يتضح من هذه النصوص أن المقاصة تقضي الدينين بقدر الأقل منهما، وإن انقضاء الدينين منذ الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصة، وأخيراً تعيين جهة الدفع في المقاصة.
فالمقاصة تقضي على الدينين بقدر الأقل منهما وهذا يقع لا من وقت التمسك بالمقاصة بل من وقت صلاحية الدينين لها، ويتضح أن للمقاصة أثراً رجعياً، وهذا الأثر الرجعي يقع ولو كان الطرفان أو أحدهما يجهلان ثبوت حقهما في المقاصة، فإذا كان الدينين متساويين في المقدار انقضيا معا وانقضت التأمينات التي كانت تضمن إيا منهما فيكون للكفيل أن يتمسك بالمقاصة التي وقعت بين المدين المكفول والدائن، أما إذا كان الدينان غير متساويين فإنهما ينقضيان بقدر الأقل منهما¹، فإذا فرضنا أنه كان أحدهما عشرة آلاف والثاني خمسة آلاف انقضى الدين الثاني كله أما الدين الأول فينقضي منه خمسة آلاف فقط وتبقى خمسة آلاف.

للمقاصة أثر رجعي لأنها تقع من الوقت الذي أصبح فيه الدينان صالحين للمقاصة ويترتب على ذلك أنه لا يحول دون التمسك بالمقاصة أن يكون أحد الدينين قد انقضى بالتقادم في هذا الوقت، مادام أن التقادم لم تكن قد تمت مدته في الوقت الذي أصبحت فيه المقاصة ممكنة، أي في الوقت الذي توافرت فيه شروطها.

ثانياً: قاعدة عدم جواز اضرار المقاصة بحقوق الغير

لا تقع المقاصة اضراراً بحقوق كسبها الغير، فإذا تعلق للغير حق يمنع الوفاء به كما في حالة الحجز والحوالة فلا تجوز المقاصة ولو توافرت شروطها.

1- الحجز: نصت عليه المادة 302 مدني بقولها: "لا تقع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها الغير".

فإذا أوقع الغير حجزاً تحت يد المدين ثم أصبح هذا الأخير دائناً لدائنه فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة إضراراً بالغير".

وصورة ذلك في حالة ما إذا أوقع الغير حجزاً تحت يد المدين ثم أصبح المدين دائناً لدائنه فلا يجوز له التمسك بالمقاصة اضراراً بالحاجز، فما المقاصة إلا نوع من الوفاء.

¹ محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص 380.

2- الحوالة: 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 اليه و لا 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 بالمقاصة¹، نصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة 303 مدني بقولها: "إذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ فلا يجوز لهذا الاخير أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان تمسك بهل قبل قبوله للحوالة وليس له إلا الرجوع بحقه على المحيل.

أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها فلا تمنعه هذه الجواله من أن يتمسك بالمقاصة".

ثانيا: المقاصة الاتفاقية والمقاصة القضائية

1- المقاصة الاتفاقية:

من الممكن أن يتم الاتفاق بين الطرفين على تحقق المقاصة في حالة كون احد الدينين غير مستحق الاداء، ويعتبر مثل هذا الاتفاق في الواقع بمثابة تعديل لأجل الالتزام الذي لم يكن أجله الاصلي قد حل بعد، وبالمثل يمكن أن تتحقق المقاصة إذا نزل صاحب الحق في الاجل عن حقه، وتسمى المقاصة في هذه الاحوال بالمقاصة الاتفاقية، لأنها لا تقع بقوة القانون وإنما يلزم لوقوعها اتفاق الطرفين على تعديل الاجل أو تنازل صاحب الحق في الاجل عنه، وهذه المقاصة الاتفاقية تنتج اثرها من تاريخ الاتفاق عليها، لا من تاريخ تقابل الدينين كما في المقاصة القانونية، ويمكن اجراء هذه المقاصة حيث يقوم مانع من وقوع المقاصة القانونية².

2- المقاصة القضائية:

يمكن للقاضي أن يستكمل شرط خلو الدين من النزاع ويحكم بالمقاصة بناء على ذلك، فإذا طالب دائن مدينه بالوفاء فتقدم المدين بطلب ادعى فيه حقا له قبل الدائن فنازعه الدائن

¹ محمد حسنين - المرجع السابق - ص 365.

² محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 509.

في هذا الحق، فالقاضي يستطيع حسم النزاع والقضاء بوقوع المقاصة إذا ما انتهت إلى ثبوته وتسمى المقاصة في هذه الحالة بالمقاصة القضائية¹.

المطلب الرابع

اتحاد الذمة

سنتناول في هذا المطلب تعريف اتحاد الذمة وحالاتها في فرع أول، ثم أثر اتحاد الذمة في فرع ثاني، وذلك فيما يلي:

الفرع الأول: تعريف اتحاد الذمة وحالاتها

نتطرق أولا في هذا الفرع لتعريف اتحاد الذمة، ثم لحالاتها ثانيا:

أولا: تعريف اتحاد الذمة

نصت المادة 304 مدني على أنه: "إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد، انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة".

يتبين لنا من هذه المادة أن اتحاد الذمة هو اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة إلى دين واحد، ويترتب على ذلك انقضاء هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة.

يفترض في اتحاد الذمة وجود دين واحد يخلف أحد طرفيه الطرف الآخر، فيترتب على اجتماع صفتي الدائن والمدين في ذات الشخص انقضاء هذا الدين، ومثال ذلك أن يرث المدين دائنه فيصبح المدين الوارث دائنا لنفسه فينقضي الدين، بمعنى آخر أنه صار دائنا لنفسه بمقدار الدين، فينقضي بالتالي دينه باتحاد الذمة ويقتصر اتحاد الذمة على الديون أي كان مصدرها سواء كان عقدا أو عملا ضارا أو نافعا أو نصا في القانون وسواء كان محلها حقا شخصا أو حقا عينيا².

ثانيا: حالات اتحاد الذمة

تتحد الذمة في كل حالة تقع فيها الخلافة في الدين بين الدائن والمدين، سواء وقعت تلك الخلافة بسبب الموت نتيجة الميراث أو الوصية، أو وقعت حال الحياة.

¹ مصطفى الجمال، رمضان محمد ابو السعود، نبيل ابراهيم سعد - المرجع السابق - ص 591.

² رأفت محمد حماد، محمود عبد الرحيم الديب - المرجع السابق - ص 288

فإذا مات الدائن وورثه المدين، خلف الثاني الاول في الدين، واجتمعت فيه بذلك صفتا الدائن والمدين، بمعنى أنه يصير دائنا لنفسه فتتحد فيه الذمة، ويسري نفس الحكم لو لم يكن المدين وارثا للدائن ولكنه خلفه في الدين الذي عليه نتيجة الوصية له به.

أما إذا مات المدين وورثه الدائن، فاتحاد الذمة لا يقع على اساس قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون، إذ أن الدين لا ينتقل من المدين إلى ورثته، بل تبقى التركة محملة به إلى أن يسدد من اموالها، فالدائن هنا يستوفي دينه من أموال التركة، قبل أن يرث المتخلف منها، وهكذا فالدين ينقضي بالوفاء وليس باتحاد الذمة¹.

الفرع الثاني: أثر اتحاد الذمة

يترتب على اتحاد الذمة انقضاء الدين بالقدر الذي شمله، فإذا شمل اتحاد الذمة الدين كله، انقضى بتمامه، ومثال ذلك أن يموت الدائن وينحصر ارثه في مدينه، أما إذا لم يقع اتحاد الذمة إلا بالنسبة إلى جزء من الدين، انقضى هذا الجزء وحده دون الباقي، ومثال هذه الحالة الاخيرة، أن يموت الدائن وينحصر ارثه في ابنه، حالة كون أحد هذين الابنين هو المدين، فهنا يقع اتحاد الذمة في نصف الدين، فينقضي منه هذا النصف، ويبقى النصف الآخر للابن الثاني على أخيه.

وإذا كان الوارث احد مدينين متضامنين فان اتحاد الذمة مع الدائن لا ينقضي به الدين بالنسبة لباقي المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين فقط².

ونشير أن اتحاد الذمة يتضمن في الحقيقة مانعا طبيعيا لاقتضاء الدين، اكثر من تضمنه لسبب قانوني يؤدي إلى انقضائه، ويترتب على ذلك كما نصت المادة 304 مدني فقرة الثانية: "وإذا زال السبب الذي أدى لاتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي عاد الدين إلى الوجود بملحقاته بالنسبة إلى المعنيين بالأمر ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن"، ومثال هذه الحالة أن يموت الدائن وينحصر ارثه في المدين، ثم يُقضى بحرمانه من الميراث بسبب قتله الدائن أو اشتراكه في قتله، ومثال هذه الحالة ايضا أن يوصي الدائن المدين بالدين ثم يقضى بإبطال الوصية، في هاتين الحالتين يزول السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة بأثر

¹ عبد الفتاح عبد الباقي - دروس في أحكام الالتزام (آثار الالتزام، أوصاف الالتزام، انتقال الالتزام، انقضاء الالتزام) - مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي - سنة 1992 - ص 267.

² نصت المادة 226 مدني على أنه: "إذا اتحدت الذمة بين شخص الدائن وأحد مدينه المتضامنين، فإن الدين لا ينقضي بالنسبة لباقي المدينين إلا بقدر حصة المدين".

رجعي، ويعتبر كأن لم يقع اصلاً، ويترتب على ذلك أن الدين يعود بكل مقوماته وتوابعه وتأميناته¹.

¹ عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق - ص 267.

المبحث الثالث

انقضاء الالتزام دون وفاء

نظم المشرع الجزائري انقضاء الالتزام دون الوفاء به أصلاً، واعتبر أن أسباب انقضاء الالتزام دون وفاء هي: الإبراء، استحالة التنفيذ، والتقادم المسقط، والتي تؤدي إلى نتيجة وهي أن الالتزام ينقضي وتبرأ ذمة المدين دون أن يكون قد أدى للدائن شيئاً، وسنتناولها في ثلاث فروع على النحو الآتي:

المطلب الأول

الإبراء

وسنتكلم في مسألتين فيما يخص موضوع الإبراء وهما كيف يتم الإبراء والآثار التي تترتب عليه، وذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: تعريف الإبراء وخصائصه

أولاً: تعريف الإبراء

نظمه المشرع من المادة 305 إلى المادة 306 مدني، حيث نصت المادة 305 منه على بأنه: "ينقضي الالتزام إذا برأ الدائن مدينه اختيارياً ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ولكن يصبح باطلاً إذا رفضه المدين".

فالإبراء هو نزول الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل، فهو تصرف تبرعي حتماً، وهو تصرف قانوني صادر من جانب واحد هو الدائن، ومتى صدر متوافرة شروطه انقضى به الدين وبرئت ذمة المدين¹.

كما عرفه بعض الفقه بأنه إعفاء الدائن المدين من الدين الذي له عليه بغير عوض، أو نزوله عنه له بغير مقابل².

فإذا ترك الدائن حقه دون مقابل فهو بهذا المعنى تعبير عن الإرادة يقصد من ورائه أحداث اثر قانوني وهو انقضاء الالتزام³، وبما أنه تعبير عن الإرادة موجهة إلى المدين، فيجب وفقاً للقاعدة العامة ألا ينتج أثره إلا من الوقت الذي يتصل فيه بعلم المدين، كذلك لما

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام (الأوصاف، الحوالة، الانقضاء) - المرجع السابق - ص 962.

² عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق - ص 268.

³ رأفت محمد حماد، محمود عبد الرحيم الديب - المرجع السابق - ص 292.

كان الابرء تصرفا اراديا، فإنه يلزم أن تكون ارادة الدائن التي يتم بها الابرء سليمة من عيوب الارادة، بأن يصدر عنه الابرء اختيارا بدون اكراه عليه¹.

ثانيا: خصائص الابرء

للإبراء خصائص وهي:

1- أنه يتم بإرادة الدائن المنفردة

أي لا يشترط لوقوعه رضاء المدين وإن كان لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلمه، ويقوم الوصول قرينة على العلم ما لم يثبت المدين عكس ذلك، ومتى انتج تعبير الدائن عن ارادته في هذا الشأن أثره لم يعد باستطاعته أن يعدل عنه فإذا مات الدائن أو فقد أهليته فان ذلك لا يمنع من تمام الابرء متى وصل إلى علم المدين.

وإذا رد المدين هذا الابرء، فانه بذلك يفقر نفسه ويجب أن تتوافر لديه حتى يكون الرد صحيحا أهلية التبرع ولدائني هذا المدين أن يطعنوا في رده عن طريق الدعوى البولصية متى توافرت شروطها، فإذا رفض المدين الابرء فانه لا ينتج أثره أي أن الابرء يرتد برده رفعا للرجع عن المدين، لأن هناك من الاشخاص من لا يرضون لكرامتهم أن يتفضل عليهم غيرهم².

2- الابرء تبرع

لأن الابرء يكون بغير مقابل يجب أن تتوفر في الدائن اهلية التبرع، كما يطعن فيه بالدعوى عدم نفاذ التصرف دون حاجة إلى اثبات غش الدائن أو سوء نيته، وتواطئ الطرف المبرء من الدين.

3- عدم اشتراط شكل خاص في الابرء

الابرء هبة غير مباشرة فلا يشترط فيه شكل خاص، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان، لأن الابرء ليس ناقلا للحق وإنما هو سبب لانقضاء الالتزام³، وقد تضمنت الفقرة الثانية من المادة 306 مدني هذا الحكم بقولها: " لا يشترط فيه شكل خاص ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان".

¹ جلال علي العدوي - أصول أحكام الالتزام والاثبات - المرجع السابق - ص 218.

² رأفت محمد حماد، محمود عبد الرحيم الديب - المرجع السابق - ص 293.

³ جلال علي العدوي - أصول أحكام الالتزام والاثبات - المرجع السابق - ص 220.

الفرع الثاني: أثر الالبراء

يترتب على الالبراء سقوط حق الدائن وانقضاء الالتزام بالنسبة للمدين، وانقضت بالتالي التأمينات الضامنة له، سواء كانت شخصية كال كفالة ام عينية كالرهن، أما إذا اقتصر الالبراء على التزام الكفيل فلا تبرأ ذمة المدين، لأن الاصل لا يأخذ حكم الفرع¹. وإذا أبرأ الدائن ذمة أحد المدينين المتضامنين فلا تبرأ ذمة الباقيين إلا إذا صرح الدائن بذلك، فان لم يصدر عنه هذا التصريح فلا يكون له مطالبة الباقيين إلا بما بقي من الدين بعد خصم حصة المدين الذي ابراه، إلا أن يكون قد احتفظ بحقه في الرجوع عليهم بكل الدين، وفي هذه الحالة يكون لهم الرجوع على المدين الذي صدر الالبراء لصالحه بحصته في الدين².

المطلب الثاني

استحالة التنفيذ

نص عليها المشرع في المادة 307 مدني بقوله: "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن ارادته"، وسنبحث في هذا المطلب ثلاث فروع، في الاول نتناول تعريف استحالة التنفيذ، أما الثاني فقد خصص لشروط استحالة التنفيذ، وفي الفرع الثالث نتطرق لآثار استحالة التنفيذ.

الفرع الاول: تعريف استحالة التنفيذ

استحالة التنفيذ تعني أن الوفاء بالالتزام اصبح غير ممكن بسبب اجنبي لا يد للمدين فيه، ويترتب على ذلك انقضاء الالتزام بصفة نهائية فلا ينفذ الالتزام تنفيذا عينيا، حيث رأينا في التنفيذ العيني للالتزام أنه يشترط فيه الامكان أي أن التنفيذ لا يكون مستحيلا وإلا أدى ذلك إلى عدم امكان تنفيذه عينيا، فإذا كانت استحالة التنفيذ بخطأ المدين فلا يمنع ذلك من إمكان تنفيذه بطريق التعويض، غير أن الاستحالة إذا كانت بسبب اجنبي لا يد للمدين فيها فهي تؤدي إلى انقضاء الالتزام ولا مسؤولية على المدين، والدائن لا يستطيع مطالبة المدين بالتنفيذ أصلا حتى ولو بطريق التعويض، وهذا هو المعنى المقصود من نص المادة 307 مدني السالفة الذكر.

¹ توفيق حسن فرج، جلال علي العدوي - المرجع السابق - ص 840.

² جلال علي العدوي - أصول أحكام الالتزام والاثبات - المرجع السابق - ص 220.

الفرع الثاني: شروط استحالة التنفيذ

يتضح من النص السابق أن هناك شرطين حتى تتحقق استحالة التنفيذ، أولاً أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً، وثانياً أن ترجع الاستحالة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه.

الشرط الأول: تنفيذ الالتزام أصبح مستحيلاً

يجب أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة فعلية أو استحالة قانونية، ولا يكفي أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً، ما دام لا يزال ممكناً.

فيجب أولاً أن ينشأ الالتزام ممكناً، فلا تطرأ الاستحالة إلا بعد نشوئه، ثم يطرأ ما يجعل تنفيذه مستحيلاً، أما إذا حدثت حوادث جعلت تنفيذه مرهقاً، مع بقاءه ممكناً، فلا ينقضي الالتزام، وإنما نكون بصدد نظرية الظروف الطارئة.

فيجب إذن، حتى ينقضي الالتزام، أن يطرأ ما يجعل تنفيذه مستحيلاً استحالة فعلية أو استحالة قانونية في الوقت الذي يجب فيه تنفيذه، فلو طرأ ما يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة مؤقتة ما بين نشوئه وتنفيذه، ثم زال هذا الطارئ عند حلول ميعاد التنفيذ فاصبح تنفيذ الالتزام ممكناً في هذا الوقت، فإن الاستحالة السابقة التي زالت لا اثر لها في الالتزام، بل يبقى الالتزام قائماً واجب التنفيذ.

الشرط الثاني: استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه:

إذا كانت الاستحالة بخطأ المدين وجب تنفيذ الالتزام عن طريق التعويض، أما إذا كانت الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي، فإن الالتزام ينقضي أصلاً، ولا يقتصر الأمر فيه على أن يتحول محله إلى تعويض ما دامت الاستحالة لا ترجع إلى خطأ المدين، وعبء إثبات السبب الأجنبي يقع على المدين، إذ بعد أن يثبت الدائن وجود الالتزام يجب على المدين أن يثبت التخلص منه وفقاً للقواعد العامة.

هذا وقد يرجع السبب الأجنبي إلى خطأ المدين نفسه، إذا كانت العين التي التزم بها قد احترقت أو سرقت وكان ذلك راجع لتقصيره، فلا يعتد في هذه الحالة بالسبب الأجنبي، بل تعتبر استحالة التنفيذ راجعة إلى خطأ المدين، ولا ينقضي الالتزام، بل يتحول محله من تنفيذ عيني إلى تعويض، وعبء اثبات خطأ المدين في هذه الحالة يقع على الدائن¹.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام (الأوصاف، الحوالة، الانقضاء) - المرجع السابق - ص 986.

الفرع الثالث: آثار استحالة التنفيذ

يترتب على الاستحالة انقضاء الالتزام بصفة نهائية، وينقضي مع الالتزام توابعه، كالتأمينات العينية أو الشخصية التي كانت تضمنه، وإذا كان الهلاك جزئياً التزم المدين أن يسلم الدائن ما بقي من الشيء، ويجب على المدين أن ينزل للدائن عما يكون له من حق أو دعوى في التعويض عن الشيء الهالك، فإذا كان الشيء مؤمناً عليه فاستحق المدين مبلغ التأمين، أو هلك الشيء بفعل أجنبي فاستحق المدين تعويضاً، وجب على المدين أن ينقل إلى الدائن حقه في مبلغ التأمين أو حقه في التعويض.

إذا انقضى الالتزام لاستحالة تنفيذه وكان العقد ملزماً لجانب واحد، فإن الدائن بالالتزام الذي استحاله تنفيذه هو الذي سيتحمل تبعه الهلاك، أما إذا كان العقد ملزماً للجانبين، فإنه يفسخ من تلقاء نفسه، ويسقط عن الطرف الآخر التزامه المقابل، ويترتب على ذلك أن تبعه استحالة تنفيذ الالتزام في هذا العقد تكون على المدين الذي استحاله عليه تنفيذ التزامه، إذ أنه لن يستطيع المطالبة بتنفيذ الالتزام المقابل¹.

المطلب الثالث

التقادم المسقط

يبرر انقضاء الالتزام بالتقادم ضرورة احترام الأوضاع المستقرة، فالدائن الذي يقعد عن استعمال حقه مدة طويلة من الزمن لا يستحق حماية القضاء، ثم إنه يجب حماية المدين وخلفائه من المطالبة بديون مضي على حلول أجلها أمداً بعيداً، وقد يكون المدين أوفاهاً دون أن يحتفظ لنفسه بمخالصة الدين.

سنبدأ بدراسة التقادم المسقط بالتطرق لتعريفه والفرق بينه وبين التقادم المكسب في فرع أول، ثم يلي ذلك دراسة مدد التقادم وكيفية حسابها في فرع ثان، ثم وقف التقادم وانقطاعه في فرع ثالث، وأخيراً أثر التقادم في فرع رابع، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف التقادم المسقط وتمييزه عن التقادم المكسب

نتناول في هذا الفرع تعريف التقادم المسقط أولاً، ثم الفرق بينه وبين التقادم المكسب ثانياً، وذلك فيما يلي:

¹ محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 520.

أولاً: تعريف التقادم المسقط

التقادم المسقط هو سبب لانقضاء الالتزام دون الوفاء به، وذلك بمدة محددة في القانون منذ استحقاق الالتزام، مع عدم مطالبة الدائن به خلال تلك الفترة، وجميع الحقوق الشخصية يمكن ان تكون محلاً للتقادم المسقط، إلا بعض الحقوق المنصوص عليها في القانون، وكذلك تخضع جميع الحقوق العينية للتقادم المسقط، فيما عدا حق الملكية الذي لا يسقط بالتقادم بعدم الاستعمال¹.

ثانياً: الفرق بين التقادم المسقط والتقادم المكسب

الفرق بين هذين النوعين من التقادم ظاهر، يمكن ايجاز ذلك فيما يلي:

- التقادم يقضي الحقوق الشخصية والعينية على السواء، إذا لم يستعمل صاحب الحق حقه مدة معينة يحددها القانون، أما التقادم المكسب يكسب الحائز ما حازه من حقوق عينية بعد أن تستمر حيازته لها لمدة معينة يحددها القانون².
- التقادم المسقط لا يقتصر بالحيازة، وهذا على خلاف التقادم المكسب الذي يقتصر بالحيازة³.
- التقادم المسقط لا يتمسك به إلا عن طريق الدفع، فإذا رفع 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 المكسب⁴.
- التقادم المكسب يعتد فيه بحسن النية، على خلاف التقادم المسقط⁵.

¹ محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 522.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام (الأوصاف، الحوالة، الانقضاء) - المرجع السابق - ص 995.

³ عبد القادر الفار - المرجع السابق - ص 217.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام (الأوصاف، الحوالة، الانقضاء) - المرجع السابق - ص 995.

⁵ عبد القادر الفار - المرجع السابق - ص 217.

الفرع الثاني: مدد التقادم وكيفية حسابها

سنتناول في هذا الفرع مدد التقادم أولاً، بعد ذلك كيفية حساب المدة ثانياً، وذلك فيما يلي:

أولاً: القاعدة العامة والاستثناءات

تنص المادة 308 مدني على أنه: "يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات الآتية"

1- القاعدة العامة

القاعدة العامة أن الالتزام ينقضي بمضي خمس عشرة سنة ميلادية على حلول استحقاقه، والهدف من تقرير هذا النوع من التقادم هو استقرار الحقوق، إذ يتعذر معرفة الحقيقة بشأنها بعد مضي هذه المدة الطويلة، فعدم مطالبة الدائن بحقه طوال هذه المدة يؤدي إلى انقضاء الالتزام بصرف النظر عما إذا كان المدين قد وفاه، أو يفترض فيه أنه وفى، ولذا فللمدين الحق في التمسك بهذا التقادم حتى ولو اعترف بعدم وفاء الدين¹.

2- الاستثناءات

إذا كان الاصل أن الالتزام يتقادم بمضي خمس عشرة سنة، كما ذكرنا ذلك سابقاً، إلا أن هناك حالات استثنائية يكون فيها التقادم بمدة أقل وهي:

أ- التقادم بخمس سنوات

تنص المادة 309 مدني على أنه: "يتقادم بخمس سنوات كل حق دوري متجدد ولو اقر به المدين كأجرة المباني، والديون المتأخرة، والمرتببات والاجور، والمعاشات. غير أنه لا يسقط الربيع المستحق في ذمة الحائز سيئ النية، ولا الربيع الواجب أدائه على متصرف المال المشاع للمستحقين، إلا بانقضاء خمس عشرة سنة".

يتضح من هذا النص أنه يجب توفر شرطين في الديون التي تتقادم بخمس سنوات وهما: الشرط الأول أن تكون هذه الديون دورية أي أن تستحق في موعد دوري معين سنة أو شهر ومنها أجرة المباني والاراضي الزراعية والمرتببات والنفقات.

¹ محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص 412.

أما الشرط الثاني فهو أن تكون الديون متجددة ويقصد بذلك أن الحق يستحق كلما مضت الفترة الزمنية المحددة وبصفة متكررة، دون أن يؤدي هذا إلى الانتقاص من قيمته طالما ظل مصدره قائما.

فمعيار التقادم الخمسي بالنسبة لهذه الحقوق هو الدورية والتجدد، فإذا فقدت مثل هذه الحقوق صفة من صفات المعيار التي تقوم عليه، فإنها تتقادم وفقا للقاعدة العامة للتقادم وهي خمس عشرة سنة، مثال ذلك الديون المقسطة، فعلى الرغم من أنه يتوافر فيها صفة الدورية إلا أنها تفقد لشرط التجدد، أي أنها غير متجددة حيث سينتهي بدفع آخر قسط من الدين¹.

وتستثنى الفقرة الثانية من المادة 309 مدني من الحقوق الدورية المتجددة الربيع المستحق في ذمة الحائز سيئ النية برد ما يجنيه من ثمار الشيء الذي يحوزه بغير حق لأن ما يستحق ليس دينا متجددا يجب الوفاء به في نهاية كل سنة بل هو تعويض عن اغتصابه العين وحرمان الدائن من الانتفاع بها ولذلك لا يستفيد الحائز سيئ النية من التقادم الخمسي، فلا يتقادم حق الدائن إلا بمضي خمس عشرة سنة.

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.

ب- التقادم بأربع سنوات:

تتقادم بأربع سنوات حسب المادة 311 مدني الضرائب والرسوم المستحقة للدولة، ورد ما دفع بغير حق من ضرائب أو رسوم ما عدا ما ورد في قوانين خاصة، ويبدأ سريان تقادم الرسوم السنوية من نهاية السنة التي تستحق عنها، وفي الرسوم المستحقة عن الاوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة في الدعوى أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل مرافعة.

ج- التقادم بسنتين:

تتقادم بسنتين حقوق الاطباء والصيدالة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماصرة والاساتذة، والمعلمين بشرط أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل مهنتهم وعما تكبدوه من مصاريف، كل ما سبق ذكره نصت عليه المادة 310 مدني.

¹ خليل أحمد حسن قدامة - المرجع السابق - ص 364.

د - التقادم بسنة واحدة:

تتقادم بسنة واحدة حقوق التجار والصناع عن أشياء ورودها لأشخاص لا يتاجرون فيها، وحقوق أصحاب الفنادق أجر الإقامة، وثمان الطعام بالمطاعم، وكل ما صرفوه لحساب عملائهم، المبالغ المستحقة للعمال والاجراء الآخرين مقابل عملهم، ويجب على من يتمسك بالتقادم لسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا وهذه اليمين توجه تلقائيا من القاضي إلى ورثة المدين أو إلى اوصيائهم إن كان الورثة قاصرين على انهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء، وهو ما تضمنته المادة 312 مدني.

ثانيا: حساب التقادم

تنص المادة 314 مدني على أنه: " تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات، ولا يحسب اليوم الأول وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم".

تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات، ومعنى هذا عدم حساب كسور الايام، ويؤدي هذا إلى عدم احتساب اليوم الأول الذي بدأ التقادم فيه، ويتم التقادم بانقضاء اليوم الاخير. فمثلا إذا استحق الدين يوم 01 أبريل 2021 فإن التقادم يتم بانقضاء يوم 01 أبريل 2036، فالتقادم يتم بانقضاء اليوم الذي يقابل نفس اليوم الذي بدأ فيه التقادم بعد المدة المحددة قانونا، كما أن الاعياد والعطل الرسمية تدخل في حساب التقادم، إلا إذا كان آخر يوم للتقادم يوافق يوم عطلة رسمية فإن التقادم يقف سريانه حتى أول يوم عمل يليه، وذلك حتى لا يحرم الدائن من اتخاذ اجراءات قطع التقادم في اخر فرصة له، فالعطلة الرسمية تعتبر قوة قاهرة تمنعه من اتخاذ تلك الاجراءات، وفي حالة انتقال الدين من السلف إلى الخلف فان مدة السلف تضم إلى مدة الخلف لاستكمال مدة التقادم¹.

والقاعدة العامة أن سريان التقادم لا يبدأ إلا من يوم تاريخ استحقاق الدين لا من يوم نشوئه، وبناء على ذلك فإذا كان الدين مؤجلا فلا يبدأ سريان التقادم إلا من يوم حلول الأجل بانقضائه أو بسقوطه، أو النزول عنه، وإذا كان الدين مقسطا فإن التقادم يسري بالنسبة لكل قسط عند حلول أجله.

وفي حالة نظرة إلى الميسرة فإن القاضي يعين الاجل، فيسري التقادم من تاريخ هذا الاجل، وفي حالة تعليق الدين على شرط واقف فإن التقادم يسري من تاريخ تحقق هذا

¹ محمد حسنين - المرجع السابق - ص 377.

الشرط، أما إذا كان معلقاً على شرط فاسخ فإن سريان التقادم يبدأ من تاريخ الاستحقاق، كل هذا ما تضمنته المادة 315 مدني بقولها: "لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الاداء".

وخصوصاً لا يسري التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط واقف إلا من اليوم الذي يتحقق فيه الشرط وبالنسبة إلى ضمان الاستحقاق إلا من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق، وبالنسبة إلى الدين المؤجل إلا من الوقت الذي ينقضي فيه الاجل".

الفرع الثالث: وقف التقادم وانقطاعه

نتناول بالدراسة في هذا الفرع مسألتين أولهما وقف سريان التقادم، وثانيهما أسباب انقطاع التقادم، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: وقف التقادم

يقف سريان التقادم إذا وجد مانع يحول بين الدائن والمطالبة بحقه أو يجعل هذه المطالبة أمراً عسيراً، ويمكن حصر أسباب وقف التقادم فيما يلي:

- أسباب ترجع إلى وجود علاقة معينة بين الدائن والمدين تجعل المطالبة بالحق مستحيلة أو متعذرة، من ذلك علاقة الزوجية، وعلاقة البنوة، والعلاقة بين ناقص الاهلية ومن ينوب عنه قانوناً، وعلاقة الاصيل بالنائب، فهي من الموانع الادبية التي تحول دون مطالبة الدائن بحقه من المدين، وما ذكر هو أمثلة للمانع الادبي لم تورد على سبيل الحصر¹، وقد نصت المادة 316 فقرة أولى على أنه: "لا يسري التقادم كلما وجد مانع مبرراً شرعاً يمنع الدائن من المطالبة بحقه كما لا يسري فيما بين الاصيل والنائب".

- أسباب ترجع إلى حالة شخصية لدى الدائن تمنعه من المطالبة كنقص الاهلية أو انعدامها طالما لم يوجد نائب قانوني يمثل ناقص الاهلية، والامر كذلك بالنسبة للغائب والمحكوم عليه بعقوبة جنائية، ولا يقف التقادم لهذا السبب إلا إذا زادت مدته على خمس سنوات، نصت على هذا الحكم الفقرة الثانية من المادة 316 مدني بقولها: "ولا يسري التقادم الذي تنقضي مدته عن خمس سنوات في حق عديمي الاهلية والغائبين والمحكوم عليهم بعقوبات جنائية إذا لم يكن لهم نائب قانوني"، وعليه يظل التقادم موقوفاً حتى يعين لناقص الاهلية وصي أو قيم أو حتى يزول سبب نقص الاهلية أو الحجر².

¹ خليل أحمد حسن قداد - المرجع السابق - ص 371.

² محمد حسنين - المرجع السابق - ص 378.

- أسباب ترجع إلى وجود ظروف مادية والتي تقف دون سريان التقادم، كل الظروف التي من شأنها أن تحول دون أن يستطيع الدائن المطالبة بحقه بشرط ألا يكون للدائن إرادة في أحداثها، كقيام حرب مفاجئة، أو انقطاع المواصلات بسبب جائحة معينة، أو فيضان أو زلزال.. إلخ، منع الدائن من اتخاذ الاجراءات اللازمة للمطالبة بحقه، وبشرط أن تؤدي هذه الظروف إلى عدم قيام المحاكم بعملها¹.

ومتى وقف التقدم لأي سبب من الاسباب السابقة، فإن المدة التي وقف خلالها لا تحسب ضمن مدة التقادم، وتحسب المدة السابقة والمدة التالية له، وتمتد مدة التقادم بقدر المدة التي وقف فيها سريانه².

ثانيا: قطع التقادم

هو محو أثر المدة المنقضية من التقادم وإلغاؤها، وبدء تقادم جديد ابتداء من الصفر من نفس التقادم الملغي، ما عدا في حالة انقطاع التقادم القصير المبني على قرينة الوفاء فان انقطاعه سواء بمطالبة الدائن بحقه أو بإقرار المدين يهدم قرينة الوفاء وحينئذ يبدأ تقادم جديد.

وينقطع التقادم إما لأسباب صادرة من الدائن يظهر بها رسميا رغبته في اقتضاء حقه وقد أحصاها القانون، وإما بسبب إقرار المدين بالدين، وسنتناول ذلك فيما يلي:

1- الاسباب التي تصدر عن الدائن وتقطع التقادم:

أوردها المشرع في المادة 317 مدني وهي:

أ- المطالبة القضائية: أي رفع الدائن دعواه ضد مدينه امام القضاء ولو رفعها إلى محكمة غير مختصة، إنما يجب أن تكون عريضة الدعوى صحيحة شكلا وألا يترك الدائن الخصومة وألا يقضي بسقوطها إذ في هذه الاحوال تلغي صحيفة الدعوى بسبب الانقطاع ويعتبر التقادم مستمرا، وإذا كانت عريضة الدعوى صحيحة فإن الانقطاع يستمر ما بقيت الدعوى قائمة فإذا قضي فيها بصدور حكم نهائي بثبوت حق الدائن بدأ تقادم جديد بصدور هذا الحكم أي بخمس عشرة عاما، وغنى عن البيان أنه إذا قضي فيها بالرفض موضوعا فلا محل للتقادم بعدئذ³.

¹ خليل أحمد حسن قداد - المرجع السابق - ص 372.

² محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق - ص 529.

³ محمد حسنين - المرجع السابق - ص 381.

وبناء على ما تقدم فإن المطالبة الشفوية أو الكتابية طالما ظلت بين الدائن والمدين لا تقطع التقادم، وكذلك لا يكفي توجيه انذار من الدائن إلى مدينه حتى ولو كان رسميا، ولا تحل كذلك الاجراءات التحفظية التي يمكن أن يقوم بها الدائن كقيد الرهن، وكتجديد القيد، بينما حجز ما للمدين لدى الغير الذي يقوم به الدائن يقطع التقادم، وكذلك لا تحل المطالبة القضائية أمام قاضي الامور المستعجلة محل المطالبة القضائية، وبالتالي لا تقطع التقادم، فهو إجراء وقتي يطالب به الدائن دون أن يمس بأصل الحق.

ب- التنبيه: وهو عبارة عن اجراء يتخذ قبل التنفيذ على أموال المدين، متى كان في يد الدائن سند قابل للتنفيذ، وهو من الوسائل التي تقطع التقادم، ويعتبر التنبيه أقوى من المطالبة القضائية، والسبب في ذلك أنه يتم بناء على سند تنفيذي.

ج- الحجز: وهو قيام الدائن بالحجز على أموال المدين عقارات كانت أو منقولات وحجز ما للمدين لدى الغير، يؤدي إلى قطع التقادم واعتباره كأن لم يكن، فالحجز يحمل معنى المطالبة القضائية¹.

د- كل عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه في أثناء سير احدى الدعاوي سواء كانت مرفوعة عليه من المدين أو مقامة بين المدين وشخص ثالث كتقديمه طلبا عارضا في دعوى مرفوعة عليه أو تدخله في تفتيسة المدين أو مطالبته في توزيع مفتوح لأموال المدين.

2- السبب الذي يصدر عن المدين ويقطع التقادم هو اقراره بالدين:

نصت المادة 318 مدني على أنه: "ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقرارا صريحا أو ضمنيا ويعتبر اقرارا ضمنيا أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهونا رهنا حيازيا تأمينا لوفاء الدين".

إن إقرار المدين بدينه يعادل نزوله عن التمسك بالمدة التي انقضت من التقادم، والاصل في الاقرار أنه تصرف قانوني بالإرادة المنفردة وهو اما قضائي يصدر امام القاضي المرفوع امامه النزاع، وإما غير قضائي إذا لم يصدر أمام القاضي، وليس للإقرار شكل معين انما يخضع للقواعد العامة في الاثبات، فلا يجوز اثباته بالبينة والقرائن إذا جاوز نصاب الاثبات بالبينة أي بشهادة الشهود، وقد يقع الاقرار في صورة اتفاق مع الدائن أو غيره وقد يكون الاقرار صريحا أو ضمنيا بان يصدر من المدين تصرف قاطع الدلالة على اعترافه بالدين

¹ خليل أحمد حسن قداد - المرجع السابق - ص 375.

ولا يقبل تأويلا آخر كأن يطلب مهلة للوفاء أو يدفع قسطا من الدين أو فوائده أو يقدم تأميناً أو كفيلاً ضماناً للوفاء، كذلك يعتبر الرهن الحيازي اقراراً ضمناً أن يترك تحت يد الدائن مالا له مرهوناً رهناً حيازياً تأميناً لوفاء الدين.

يترتب على انقطاع التقادم أثران وهما:

سقوط المدة السابقة على الانقطاع نهائياً فلا تحسب في التقادم، وفي هذا الصدد يختلف الانقطاع عن الوقف، ويبدأ بعد الانقطاع ميلاد تقادم جديد بمدة جديدة كاملة، وهذا ما تضمنته الفقرة الأولى من المادة 319 مدني بقولها: "إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسري من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع وتكون مدته هي مدة التقادم الأول" بدء تقادم جديد ابتداء من اليوم التالي لزوال سبب الانقطاع إذا كان سبب الانقطاع حالة مستمرة كحيازة الدائن للشيء المرهون، والأصل أن التقادم الجديد يكون مماثلاً في مدته للتقادم الأصلي إلا في حالتين هما صدور حكم نهائي، فالحق الثابت بالحكم يخضع للتقادم العادي كذلك¹.

الفرع الرابع: أثر التقادم

هو سقوط الحق والدعوى فلا يختلف عنه سوى التزام طبيعي، وإذا سقط الحق بالتقادم تسقط معه ملحقاته ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات، نصت على الحكم المادة 320 مدني.

ويجب التمسك بالتقادم فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين، أو دائنيه بالدعوى غير المباشرة، أو أي شخص له مصلحة فيه كالخلف والمدين المتضامن والكفيل وحائز العقار المرهون، ويجوز التمسك بالتقادم في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية لأنه ليس طلباً جديداً، كل ذلك نصت عليه المادة 321 مدني بقولها: "لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائياً بالتقادم بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو 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".

¹ محمد حسنين - المرجع السابق - ص 382.

ويجوز للمدين الذي يملك التصرف في حقوقه أن يتنازل صراحة أو ضمنا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه باكتمال مدته، أما التنازل عنه مقدما فغير جائز خشية أن يصبح هذا شرطا دارجا في كل العقود يفرضه الدائن على مدينه، ولا ينفذ التنازل في حق الدائنين إذا صدر اضرازا بهم، والتنازل عن التمسك بالتقادم قد يكون صريحا أو ضمنيا ويتم بالارادة المنفردة ويشبه الاقرار في اثره فيبقى الالزام قائما ويبدأ به تقادم جديد.

ويلاحظ كما يرى البعض أن تنازل المدين عن التقادم قد يكون فيه اضرازا بدائنيه، ولذلك لهم أن يطعنوا فيه بالدعوى البولصية، واذا تمسك المدين بالتقادم سقطت دعوى الدائن القضائية وتجرد حقه عن حمايته القانونية وتحول إلى التزام طبيعي.

كما أن المشرع لا يجيز أي اتفاق على تعديل مدة التقادم سواء كان ذلك بإطالتها أو تقصيرها عما ورد في القانون واعتبر مدة التقادم من النظام العام.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العامة

1. بريارة عبد الرحمن - شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية (قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008م) - الطبعة الثانية - دار البغدادي - الجزائر - سنة 2009م.
2. عبد الرزاق أحمد السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- المجلد الثاني - نظرية الالتزام بوجه عام(مصادر الالتزام) - الطبعة 2 - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - سنة 2002.
3. حمدي باشا عمر - القضاء المدني (طبعة جديدة مزيدة بأحدث الاحكام) - دار هومة - الجزائر - سنة 2014م.
4. فريحة حسين - المبادئ الاساسية في قانون الاجراءات المدنية والادارية - الطبعة الثانية - ديوان المطبوعات الجامعة - الجزائر - سنة 2013م.
5. دريد محمود علي- النظرية العامة للالتزام - القسم الاول مصادر الالتزام (دراسة تحليلية مقارنة) - الطبعة الاولى - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - سنة 2012.
6. نزيه محمد الصادق المهدي- النظرية العامة للالتزام- الجزء الاول مصادر الالتزام على التطبيقات المعاصرة لمشكلات المسؤولية المدنية - جامعة القاهرة- كلية الحقوق - سنة 2011.

ثانياً: المراجع الخاصة

1. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن - النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام والاثبات - منشأة المعارف - الاسكندرية - سنة 2008.
2. أحمد أحمد يحيى - المرشد في مصادر الالتزام وأحكام الالتزام - دار المطبوعات الجامعية - الاسكندرية - سنة 2005.
3. أنور سلطان - النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام) - دار الجامعة الجديدة - الاسكندرية - سنة 2005م.
4. ابراهيم سيد أحمد، أشرف أحمد عبد الوهاب - انقضاء الالتزام (في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء) - الطبعة الاولى - دار العدالة للنشر والتوزيع - القاهرة - سنة 2018.

5. بشار ملكاوي، / فيصل العمري - مصادر الالتزام (الفعل الضار) - الطبعة الاولى - دار وائل - عمان - سنة 2006.
6. توفيق حسن فرج، جلال علي العدوي - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، أحكام الالتزام (مع مقارنة بين القوانين العربية) - منشورات الحلبي الحقوقية - لبنان - سنة 2002م.
7. توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال - مصادر وأحكام الالتزام (دراسة مقارنة) - الطبعة الاولى - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - سنة 2008م.
8. جلال علي العدوي - أحكام الالتزام (دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني) - الدار الجامعية - سنة 1993.
9. جلال علي العدوي - أصول أحكام الالتزام والاثبات - منشأة المعارف - الاسكندرية - سنة 1996.
10. خليل أحمد حسن قدامة - الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري - الجزء الثاني أحكام الالتزام - الطبعة الثانية - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - سنة 1992.
11. حسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو - الوجيز في النظرية العامة للالتزام - الجزء الثاني أحكام الالتزام (دراسة مقارنة) - الطبعة الاولى - دار وائل للنشر - عمان - سنة 2004.
12. دريال عبد الرزاق - الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري - دار العلوم - سنة 2004م.
13. سليمان مرقص - الوافي في شرح القانون المدني (في الالتزامات، أحكام الالتزام) - الجزء الثاني - الطبعة السادسة - دار الكتب القانونية - مصر - سنة 1998م.
14. سمير عبد السيد تناعو، محمد حسين منصور - القانون والالتزام (نظرية القانون، نظرية الحق، نظرية العقد، أحكام الالتزام) - دار المطبوعات الجامعية - الاسكندرية - سنة 1997.
15. سمير عبد السيد تناعو - المبادئ الاساسية في نظرية العقد وأحكام الالتزام - منشأة المعارف - الاسكندرية -

16. رأفت محمد حماد، محمود عبد الرحيم الديب - الوجيز في النظرية العامة للالتزام - الجزء الثاني أحكام الالتزام - دار الجامعة الجديدة - الاسكندرية - سنة 1997.
17. عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام (الاثبات - آثار الالتزام) الجزء الثاني - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - سنة 2000م.
18. عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام (الافصاف، الحوالة، الانقضاء) - الجزء الثالث - الطبعة الثالثة - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - سنة 2000.
19. عبد الفتاح عبد الباقي - دروس أحكام الالتزام (آثار الالتزام، اوصاف الالتزام، انتقال الالتزام، انقضاء الالتزام) - مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي - القاهرة - سنة 1992م.
20. عبد الحميد الشواربي - التعليق الموضوعي على القانون المدني - الكتاب الثالث أحكام الالتزام (الفقه، القضاء، صيغ العقود والدعاوى) - منشأة المعارف - الاسكندرية.
21. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير - القانون المدني وأحكام الالتزام - الجزء الثاني - وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - الجمهورية العراقية
22. عبد القادر الفار - أحكام الالتزام (آثار الحق في القانون المدني) - الطبعة الاولى -
23. عزوز عبد الحميد - مدى تأثر المشرع الجزائري بالمذهبين الشخصي والموضوعي في مجال الالتزامات - رسالة ماجستير في القانون فرع عقود ومسؤولية - كلية الحقوق ابن عكنون - جامعة الجزائر 1 - سنة 2002.
24. محمد حسنين - الوجيز في نظرية الالتزام (مصادر الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري) - المؤسسة الوطنية للكتاب - الجزائر - سنة 1983
25. محمود عبد الرحمن محمد - النظرية العامة للالتزام - الجزء الثاني أحكام الالتزام - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - القاهرة - سنة 1999م.
26. محمد لبيب شنب، أسامة أبو الحسن مجاهد - أحكام الالتزام - كلية الحقوق - جامعة حلوان - سنة 2016م.

27. محمد شكري سرور - موجز الاحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري - دار النهضة العربية - القاهرة - سنة 2011م.
28. محمد صبري السعدي - الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام) دراسة مقارنة بين القوانين العربية - دار الهدى - الجزائر - سنة 2010م.
29. مصطفى الجمال، رمضان محمد أبو السعود، نبيل إبراهيم سعد - مصادر وأحكام الالتزام (دراسة مقارنة) - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - سنة 2003.
30. طلبة وهبة خطاب - أحكام الالتزام بين الشريعة الاسلامية والقانون (دراسة مقارنة) - الطبعة الاولى - دار الفكر العربي - القاهرة - السنة
31. نبيل ابراهيم سعد، محمد حسين منصور - أحكام الالتزام - دار الجامعة الجديدة - الاسكندرية - سنة 2002 -
32. ياسين محمد الجبوري - المبسوط في شرح القانون المدني - الجزء الثاني آثار الحقوق الشخصية - المجلد الاول - وسائل تنفيذ الحقوق الشخصية - الطبعة الاولى - دار الثقافة - عمان - سنة 2011

ثالثا: الرسائل العلمية

1- أطروحات الدكتوراه

1. القروي بشير سرحان - طرق التنفيذ في التشريع الجزائري والتشريع المقارن - أطروحة دكتوراه في القانون الخاص - كلية الحقوق - جامعة الجزائر 1 - سنة 2014.
2. لوني يوسف - الحماية الاجرائية للدائن المتعاقد في التنفيذ العيني - أطروحة دكتوراه في العلوم - تخصص قانون - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة مولود معمري - تيزي وزو - سنة 2019.
3. حمة مرمرية - الحجز التنفيذي - رسالة دكتوراه الدولة - قسم القانون الخاص - كلية الحقوق - جامعة باجي مختار - عنابة - سنة 2009.

2- رسائل الماجستير

1. مخلوفي حورية - حوالة الدين - رسالة ماجستير في القانون فرع عقود ومسؤولية - كلية الحقوق - جامعة الجزائر 1 - سنة 2010.

2. لزرق بن عودة - وسائل حماية الضمان العام - مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص - قسم القانون الخاص - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة وهران - سنة 2014.

3. ناصر منى - نطاق تطبيق الغرامة التهديدية على الاحكام القضائية المدنية في ظل قانون الاجراءات المدنية والادارية - مذكرة ماجستير - تخصص تنفيذ الاحكام القضائية - كلية الحقوق - جامعة الجزائر 1 - سنة 2017.

4. بورنان العيد - دور القاضي في التعويض الاتفاقي - رسالة ماجستير - تخصص عقود ومسؤولية - كلية الحقوق - جامعة الجزائر 1 - سنة 2015.

رابعاً: المطبوعات

1. عبد الرحمن العيشي- محاضرات في المسؤولية القانونية - أُلقيت على طلبة السنة الثانية ماستر 2 تخصص: القانون العقاري، الاحوال الشخصية، القانون البيئي - قسم القانون الخاص - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة لونيبي علي البلدية - 2 - العام الجامعي 2017-2018.

خامساً: المجلات

1. بن عامر بواب، مليكة هنان - الغرامة التهديدية ضد الاشخاص المعنوية العامة - مجلة القانون والعلوم السياسية - مجلة علمية أكاديمية محكمة، معهد الحقوق والعلوم السياسية - المركز الجامعي صالحى أحمد النعامة - العدد السابع - جانفي 2018.

2. فواز صالح - النظام القانوني للغرامة التهديدية (دراسة قانونية مقارنة) - مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية - المجلد 28 - العدد الثاني - جامعة دمشق - سنة 2012.

الفهرس

رقم الصفحة	الموضوع
01	مقدمة.....
04	مبحث تمهيدي: الالتزام الطبيعي.....
07	المطلب الاول: تعريف الالتزام الطبيعي والالتزام المدني.....
08	الفرع الاول: تعريف الالتزام الطبيعي.....
08	الفرع الثاني: تعريف الالتزام المدني.....
08	المطلب الثاني: أساس الالتزام الطبيعي وآثاره.....
12	الفرع الاول: أساس الالتزام الطبيعي.....
12	الفرع الثاني: آثار الالتزام الطبيعي.....
09	الفصل الأول آثار الالتزام
10	المبحث الأول: التنفيذ العيني للالتزام.....
11	المطلب الأول: تعريف التنفيذ العيني وشروطه.....
11	الفرع الأول: تعريف التنفيذ العيني للالتزام.....
11	الفرع الثاني: شروط التنفيذ العيني للالتزام.....
15	المطلب الثاني: موضوع التنفيذ العيني.....
15	الفرع الأول: التنفيذ العيني للالتزام بنقل ملكية شيء أو أي حق عيني آخر أو الالتزام بإعطاء شيء.....
15	الفرع الثاني: التنفيذ العيني للالتزام بالقيام بعمل أو الامتناع عنه.....
17	المطلب الثالث: إجبار المدين على التنفيذ العيني.....
17	الفرع الاول: تعريف الغرامة التهديدية.....
17	الفرع الثاني: خصائص الغرامة التهديدية ومدى فاعليتها.....
20	الفرع الثالث: شروط الحكم بالغرامة التهديدية وآثارها.....
22	الفرع الرابع: سلطة القاضي في تصفية الغرامة التهديدية.....
25	المبحث الثاني: التنفيذ بمقابل.....

26	المطلب الأول: مفهوم التنفيذ بمقابل
26	الفرع الأول: المقصود بالتنفيذ بمقابل
26	الفرع الثاني: حالات التعويض
27	الفرع الثالث: شروط استحقاق التعويض
27	المطلب الثاني: تقدير التعويض
28	الفرع الأول: التعويض القضائي
32	الفرع الثاني: التعويض الاتفاقي
39	الفرع الثالث: التعويض القانوني
41	المبحث الثالث: وسائل المحافظة على الضمان العام
42	المطلب الأول: الدعوى غير المباشرة
42	الفرع الأول: تعريف الدعوى غير المباشرة وشروطها
48	الفرع الثاني: آثار الدعوى غير المباشرة
50	المطلب الثاني: دعوى عدم نفاذ التصرف (الدعوى البولصية)
50	الفرع الأول: تعريف الدعوى البولصية وأصل تسميتها
52	الفرع الثاني: شروط استعمال الدعوى البولصية
60	الفرع الثالث: آثار الدعوى البولصية
67	المطلب الثالث: الدعوى الصورية
68	الفرع الأول: مفهوم الدعوى الصورية
71	الفرع الثاني: آثار الدعوى الصورية
74	المطلب الرابع: الحق في الحبس
75	الفرع الأول: تعريف الحق في الحبس وشروطه
78	الفرع الثاني: كيفية استعمال الحق في الحبس وآثاره
82	الفرع الثالث: انقضاء الحق في الحبس
85	الفصل الثاني أوصاف الالتزام
86	المبحث الأول: الشرط والاجل

87	المطلب الاول: الشرط
87	الفرع الاول: مفهوم الشرط.....
91	الفرع الثاني: آثار الشرط.....
95	المطلب الثاني: الاجل.....
95	الفرع الاول: مفهوم الاجل.....
97	الفرع الثاني: آثار الاجل وانقضاؤه.....
103	المبحث الثاني: الاوصاف المتعلقة بمحل الالتزام.....
104	المطلب الاول: الالتزام التخييري
104	الفرع الاول: مفهوم الالتزام التخييري
105	الفرع الثاني: تعيين من له خيار التعيين.....
106	المطلب الثاني: الالتزام البدلي.....
106	الفرع الاول: تعريف الالتزام البدلي.....
106	الفرع الثاني: الفرق بين الالتزام البدلي والالتزام التخييري.....
108	المبحث الثالث: تعدد طرفي الالتزام
109	المطلب الاول: الالتزام التضامني
109	الفرع الاول: التضامن الايجابي
113	الفرع الثاني: التضامن السلبي
119	المطلب الثاني: الالتزام غير قابل للانقسام.....
119	الفرع الاول: تعريف الالتزام غير قابل للانقسام ومصدره.....
121	الفرع الثاني: آثار عدم القابلية للانقسام.....
123	الفصل الثالث انتقال الالتزام
124	المبحث الاول: حوالة الحق.....
124	المطلب الاول: تعريف حوالة الحق وأهدافها.....
124	الفرع الاول: تعريف حوالة الحق.....
124	الفرع الثاني: أهداف حوالة الحق.....

125	المطلب الثاني: أركان حوالة الحق.....
125	الفرع الاول: الحوالة اتفاق بين المحيل والمحال له.....
126	الفرع الثاني: محل حوالة الحق.....
127	المطلب الثالث: نفاذ حوالة الحق في حق المدين وفي حق الغير.....
127	الفرع الاول: نفاذ الحوالة في حق المدين.....
128	الفرع الثاني: نفاذ الحوالة في حق الغير.....
129	المطلب الرابع: آثار حوالة الحق.....
129	الفرع الاول: انتقال الحق المحال به من الدائن الاصلي إلى الدائن الجديد
130	الفرع الثاني: التزام المحيل بالضمان.....
133	المبحث الثاني: حوالة الدين.....
133	المطلب الاول: تعريف حوالة الدين وفوائدها.....
133	الفرع الاول: تعريف حوالة الدين.....
133	الفرع الثاني: فوائد حوالة الدين.....
134	المطلب الثاني: انعقاد حوالة الدين.....
134	الفرع الاول: انعقاد الحوالة باتفاق المدين والمحال عليه.....
136	الفرع الثاني: انعقاد الحوالة باتفاق الدائن والمحال عليه.....
138	المطلب الثالث: آثار حوالة الدين.....
138	الفرع الاول: آثار حوالة الدين في علاقة المدين بالمحال عليه.....
138	الفرع الثاني: آثار حوالة الدين في علاقة الدائن بالمدين الاصلي.....
139	الفرع الثالث: آثار الحوالة في علاقة الدائن بالمحال عليه.....
140	الفصل الرابع انقضاء الالتزام
141	المبحث الاول: انقضاء الالتزام بالوفاء.....
142	المطلب الاول: الوفاء البسيط.....
142	الفرع الاول: طرفا الوفاء.....
148	الفرع الثاني: محل الوفاء.....

150	الفرع الثالث: طريقة الوفاء.....
153	المطلب الثاني: الوفاء مع الحلول.....
153	الفرع الاول: حالات الوفاء مع الحلول.....
156	الفرع الثاني: آثار الوفاء مع الحلول.....
158	المبحث الثاني: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء.....
158	المطلب الاول: الوفاء بمقابل.....
158	الفرع الاول: تعريف الوفاء بمقابل وأركانه.....
160	الفرع الثاني: أحكام الوفاء بمقابل.....
160	المطلب الثاني: التجديد والانباء.....
160	الفرع الاول: التجديد.....
165	الفرع الثاني: الانباء في الوفاء.....
169	المطلب الثالث: المقاصة.....
169	الفرع الاول: تعريف المقاصة.....
169	الفرع الثاني: أنواع المقاصة.....
172	الفرع الثالث: آثار المقاصة.....
175	المطلب الرابع: اتحاد الذمة.....
175	الفرع الاول: تعريف اتحاد الذمة وحالاتها.....
176	الفرع الثاني: آثار اتحاد الذمة.....
178	المبحث الثالث: انقضاء الالتزام دون وفاء.....
178	المطلب الاول: الابراء.....
178	الفرع الاول: تعريف الابراء وخصائصه.....
180	الفرع الثاني: آثار الابراء.....
180	المطلب الثاني: استحالة التنفيذ.....
180	الفرع الاول: تعريف استحالة التنفيذ.....
181	الفرع الثاني: شروط استحالة التنفيذ.....
181	الفرع الثالث: آثار استحالة التنفيذ.....

181	المطلب الثالث: التقادم المسقط.....
181	الفرع الاول: تعريف التقادم المسقط وتمييزه عن التقادم المكسب.....
184	الفرع الثاني: مدة التقادم وكيفية حسابها.....
187	الفرع الثالث: وقف التقادم وانقطاعه.....
190	الفرع الرابع: آثار التقادم.....
192	قائمة المراجع.....
197	الفهرس.....