

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي



محاضرات في أحكام الالتزام

للأستاذة: ليور زريق خميرة
مناقشة على طلبة السنة الثانية ليسانس

السادس الرابع

الموسم الجامعي

2024 - 2023

تقديم الدرس

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته أعزائي طلبة السنة الثانية ليسانس حقوق وبالأخص المجموعة "ب"، أضع بين أيديكم سلسلة المحاضرات الخاصة بمقياس "أحكام الالتزام".

يعتبر هذا المقياس من المقاييس المهمة في مجال القانون الخاص، ويعد امتدادا لمقياس مصادر الالتزام الذي سبق وأن درسه الطالب في السداسي الأول، والذي أكسبه معرفة بأن هناك مصادر متعددة للالتزامات نظمها المشرع الجزائري بموجب القانون المدني.

ينقسم الدرس إلى مجموعة من وحدات التعلم التي تتيح للطالب الفهم الجيد لعناصر الدرس، والحصول على مهارات في حل القضايا والمسائل القانونية، وذلك من بعد اكتساب المعارف والمهارات التالية:

- سهولة الربط بين مقياس مصادر الالتزام وأحكامه أي مآل الالتزام بعد نشوئه صحيحا والآثار المترتبة عليه.
- التفرقة بين الالتزام الطبيعي والالتزام المدني.
- التطرق إلى موضوع تنفيذ الالتزام الذي يعد الأثر المباشر له بعد نشوئه صحيحا سواء تنفيذا عينيا أو عن طريق التعويض.
- التعرف على وسائل حث المدين على التنفيذ وفي المقابل الوسائل التي يستعملها الدائن للحفاظ على حقه لدى المدين، والتفرقة بين الوسائل المتعددة للضمان العام.
- التفرقة بين الالتزام البسيط والالتزام الموصوف وأهم الآثار المترتبة على هته الأوصاف، وذلك من خلال التطرق إلى أوصاف الالتزام.
- فهم كيفية انتهاء الالتزام من خلال التعرف على حالات وأسباب انقضائه.

وبهذا يكون الطالب قادرا على تحصيل مكتسبات معرفية تؤهله للانتقال إلى مرحلة أخرى وموضوعات جديدة في القانون المدني مستقبلا، كما يسمح له ذلك باكتساب المعرفة على المستوى الميداني لما للمقياس من أهمية من الناحية العملية والحياة اليومية.

مقدمة

يعد القانون المدني الشريعة العامة لسائر القوانين فهو يتضمن مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الأشخاص في المجتمع، وتتولى جل أحكامه تنظيم العلاقات ذات الطابع المالي والتي لها تأثير على الذمة المالية بجانبها الإيجابي (الحقوق) والسلبي (الالتزامات). ويقصد بالحقوق المالية تلك الحقوق التي تخول لصاحبها الاستئثار بقيمة مالية معينة، وتنقسم هذه الحقوق إلى حقوق عينية وحقوق شخصية (الالتزامات) و أخرى ذهنية أو فكرية (حقوق الملكية الفكرية)، وهذه الأخيرة تخضع لنصوص قانونية خاصة بها. إذ هو سلطة مباشرة لشخص على شيء معين بالذات، تخوله الاستفادة منه مباشرة في الحدود التي يرسمها له القانون كحق الملكية، سواء كانت واردة على عقار أو على منقول، وتكون العلاقة في هذا الحق بين الشيء الذي يرد عليه الحق (محل الحق) وبين صاحبه مباشرة دون تدخل لأي شخص آخر فيها، لذلك سمي بالحق العيني. أما الحق الشخصي أو حق الدائنية أو الالتزام فهو علاقة قانونية بين شخصين، يقوم بموجبها أحدهما وهو المدين قبل الآخر وهو الدائن بإعطاء شيء أو بأداء عمل أو الامتناع عنه، وتقوم العلاقة القانونية في هذا الحق بين الدائن والمدين، فلا يستطيع الدائن مباشرة هذا الحق إلا عن طريق تدخل المدين شخصيا بتنفيذ التزامه محل الحق. ويقوم الحق الشخصي على ثلاثة عناصر (صاحب الحق وهو الدائن، ومن عليه الالتزام وهو المدين، ومحل الحق وهو الأداء الذي يلتزم به المدين).

إن مقياس أحكام الالتزام يعد محورا أساسيا في القانون المدني وذلك تكملة لما تم دراسته في السداسي الأول وهو موضوع مصادر الالتزام (العقد، التصرف بالإرادة المنفردة، الفعل الضار -المسؤولية التقصيرية-، الفعل النافع - الإثراء بلا سبب، والدفع غير المستحق-، القانون) حيث تناول المشرع الجزائي أحكام الالتزام في المواد من 160 إلى المادة 322 من القانون المدني ويقصد به وجوب تنفيذ الالتزام، وذلك لأن من أهم الآثار القانونية المترتبة على العقد بعد نشأته صحيفا خاليا من أي عيب أو نقص (نظرية البطلان النسبي والمطلق) هو نشوء الالتزام وليست فقط الالتزامات التي يكون مصدرها العقد بل حتى المصادر الأخرى، حيث يعد الأثر المباشر للالتزام تنفيذه اختياريا من طرف المدين وهو الأصل وذلك تنفيذا عينيا وإن تقاعس على التنفيذ أجاز القانون للدائن إجباره على التنفيذ أو التنفيذ عن طريق التعويض في حالة استحالة التنفيذ العيني. هذا بالإضافة إلى ضمان حقوق الدائنين بتوفير وسائل الضمان.

بعد ذلك يتم التطرق في المحور الثاني إلى أوصاف الالتزام التي تلحق الرابطة القانونية أو محل أو طرفي الالتزام، وفي المحور الثالث يتعرف الطالب على انتقال الالتزام بما فيها حوالة الحق وحوالة الدين. وفي الأخير تتم دراسة كيفية انقضاء الالتزام. وبهذا يكون الطالب قد حصل مجموعة من المعارف العلمية في الالتزام وآثاره ككل مما يجعله محيطا بالمكتسبات المتعلقة بالموضوع والتي تؤهله إلى التعرف والتطرق لأحكام العقود من بيع وإيجار بالإضافة إلى مقياس طرق الإثبات في السنة الثالثة بمشيئة الله تعالى.

المحور الأول

آثار الالتزام

الالتزام المدني هو الالتزام بالمعنى الكامل لهذا الاصطلاح والذي يتكون من عنصري المديونية والمسئولية، وإذا أطلق لفظ الالتزام فيكون المقصود به الالتزام المدني، وهو محور دراستنا دون غيره وسنكتفي في شأنه بإطلاق لفظ الالتزام دون تخصيصه بأي وصف خاص، ويتمثل الأثر العادي والطبيعي للالتزام الذي ينشأ في ذمة المدين في الوفاء به، والوفاء قد يقوم به المدين طوعاً واختياراً وذلك هو المجرى العادي للأمر ويسمى حينئذ بالتنفيذ الاختياري (Exécution volontaire)، وينقضي التزامه بهذا الوفاء وإذا لم يقم المدين بالتنفيذ طواعية فإن القانون يضع السلطة العامة في خدمة الدائن لقمه ارادته واجباره على تنفيذ التزامه وذلك ما يسمى بـ التنفيذ الجبري (Exécution forcée).

والأصل في التنفيذ أن يكون بعين ما التزم به المدين وبالشروط التي نشأ بها التزامه سواء اختياراً أو جبراً ويسمى بالتنفيذ العيني (Exécution en nature) (المبحث الأول)، وقد يتعذر التنفيذ العيني فيتم اللجوء إلى التنفيذ بمقابل أي بطريق التعويض (المبحث الثاني)، هذا وقد أوجد القانون للدائن وسائل لضمان الحصول على حقه في التنفيذ الجبري بأن جعل جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه وذلك ما يطلق عليه الضمان العام (المبحث الثالث).

المبحث الأول: التنفيذ العيني للالتزام

يقصد بالتنفيذ العيني للالتزام أداء المدين عين ما التزم به، وذلك ما نصّت عليه المادة 164 ق م ج بقولها "يجبر المدين بعد اعذاره طبقاً للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً"، فالمدين ملزم بأداء وتنفيذ ما تعهد به، أي ذات الأداء الذي التزم به تنفيذاً عينياً بطريقة تتفق ومبدأ حسن النية وفقاً لقواعد الأمانة والنزاهة والثقة المتبادلة متى كان ذلك ممكناً بطبيعة الحال.

وللإحاطة بمقصود التنفيذ العيني وجب تناول العناصر التالية:

- شروط التنفيذ العيني الجبري (مطلب أول)، ثم موضوع التنفيذ العيني (مطلب ثان)، وبعدها الغرامة التهديدية (مطلب ثالث).

المطلب الأول: شروط التنفيذ العيني الجبري

من خلال النص المتقدم (المادة 164 ق م) يستخلص أنّ هناك شروطاً وجب توافرها من أجل إجبار المدين على تنفيذ التزامه عينياً، نتناولها في الآتي:

الشرط الأول- أن يكون التنفيذ العيني للالتزام ممكناً: للدائن الحق في مطالبة مدينه بالتنفيذ العيني ولا يجوز للمدين أن يمتنع عن تنفيذ الالتزام الذي يقع على عاتقه بل يجبر على القيام به متى كان ذلك ممكناً، أمّا إذا استحال تنفيذه فلا جدوى من المطالبة بالتنفيذ العيني، وينظر عندئذٍ إلى سبب الاستحالة فإن نسبت إلى خطأ المدين وجب العدول إلى التنفيذ بمقابل أي بطريق التعويض، كما في حالة عدم قيام المحامي باستئناف حكم ابتدائي في الآجال القانونية فيفوت ميعاد الاستئناف، وإن كانت الاستحالة بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه انقضى التزامه بلا مسؤولية وامتنع الرجوع عليه بالتعويض، كما في حالة هلاك محل الالتزام بسبب قوة القاهرة مثل الفيضانات، وذلك ما نصّت عليه المادة 307 ق م بقولها "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أنّ الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي عن إرادته".

وعدم إمكان تنفيذ الالتزام عينياً لاستحالة ذلك بخطأ المدين أمر متصور في جميع أنواع الالتزامات، عدا الالتزام بدفع مبلغ من النقود الذي لا يمكن تصور استحالة تنفيذه عينياً، فلا يعتبر تنفيذه مستحيلاً لمجرد إفسار المدين، لذلك يجب فيه دائماً إلزامه بالتنفيذ العيني، ولا يتصور الحكم بالتعويض عن عدم تنفيذ هذا الالتزام إلاّ أنّه يجوز التعويض عن التأخر في التنفيذ.

الشرط الثاني- أن يطلب الدائن التنفيذ العيني: وهو شرط مستخلص من عمل القضاء فالمحكمة لا تحكم بالتنفيذ العيني الجبري ما لم يقدم طلب من الدائن يطالب فيه هذا التنفيذ فإذا لم يقدم الدائن هذا الطلب فلا يمكن للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها، وعليه يجب كذلك من أجل إمكانية التنفيذ العيني الجبري أن يطالب الدائن بالتنفيذ العيني، ولا يجوز للمدين أن يرفض ذلك وأن يعرض عليه التنفيذ بمقابل، لأنّ التنفيذ العيني هو الأصل، وإذا عرض المدين التنفيذ العيني فلا يمكن للدائن أن يطلب التنفيذ بمقابل بل تبرأ ذمته بقيامه بالتنفيذ العيني رضي به الدائن أو لم يرض به، لكن في المقابل إذا لم يطلب الدائن التنفيذ العيني وطلب التنفيذ بمقابل ولم يعرض المدين التنفيذ العيني ورضي بالتنفيذ بمقابل، فيؤخذ ذلك على أنه اتفاق ضمني بينهما على استبدال التنفيذ العيني بالتنفيذ بمقابل.

وإذا رفع للمحكمة طلب من الدائن بالحكم على المدين بالتنفيذ العيني الجبري، فيجب من أجل الحكم به توافر شرطين، يتمثل **الأول** في أن لا يكون امتناع المدين عن التنفيذ أو التأخر فيه راجع إلى عدم قيام الدائن بتنفيذ التزامه هو الآخر أي عدم تمسك المدين بالدفع بعدم التنفيذ، في حين يتمثل **الشرط الثاني** في وجوب أن يكون الدائن حاصلا على الصيغة التنفيذية بأن يكون الدين مستحق الأداء وحاصلا على حكم حائز لقوة الشيء المقضي فيه، أو مثبتا في سند تنفيذي آخر كعقد توثيقي مثلا.

الشرط الثالث- الإعدار: الإعدار إجراء قانوني يقوم به الدائن ليضع من خلاله المدين موضع المقصر بتنفيذ التزامه بإثبات تأخره في الوفاء به، أو هو إشعار المدين بوجوب تنفيذ التزامه متى حلّ أجل الوفاء وذلك حتى لا يتخيل المدين أنّ عدم المطالبة بالتنفيذ بعد حلول الأجل هو تسامح من الدائن وعدم معارضته للتأخر في تنفيذ الالتزام، وعليه متى تم توجيه الإعدار وجب على المدين تنفيذ التزامه على الفور وإلا اعتبر مقصرا.

ويتم إعدار المدين بإذاره عن طريق المحضر القضائي أو البريد أو ما يقوم مقام الإنذار كالتبنيي بالإخلاء أو التكليف بالحضور، ومع ذلك فإنّ الطرق السابقة ليست من النظام العام وبالتالي يجوز الاتفاق على مخالفتها، كالاتفاق على اعتبار المدين معذرا بمجرد حلول

أجل الوفاء من دون الحاجة إلى أي إجراء آخر¹، كما أنه لا حاجة للإعذار مطلقا بحسب نص المادة 181 ق م في حالات معينة ذكرتها على سبيل الحصر².

والإعذار وفقا لاجتهاد المحكمة العليا إجراء ضروري لاعتبار المدین مقصرا في التنفيذ³، وإذا لم يقدّم الدائن بإعذار المدین قبل مطالبته قضائيا بالتنفيذ العيني، جاز للمدين التمسك بتخلف الاعذار لإسقاط دعوى الدائن، كما له حتى بعد المطالبة القضائية أن يعرض على الدائن التنفيذ العيني، فيتحمل الدائن في هذه الحالة المصاريف القضائية، ولا يصح كذلك أن يطالب الدائن المدین بالتعويض عن تأخره في تنفيذ التزامه تنفيذيا عينيا لأنه لم يعذره قبل المطالبة القضائية.

الشرط الرابع - أن لا يكون في التنفيذ العيني إرهاب للمدين، أو فيه إرهاب ولكن العدول عنه يلحق الدائن ضررا جسيما: قد يكون التنفيذ العيني ممكنا ولكن يكون من شأن القيام به إرهاب للمدين، بأن يلحق به خسارة وضررا فادحا لا يتناسب مع ما سيلحق الدائن من ضرر نتيجة عدم التنفيذ، وتقدير ذلك متروك لقاضي الموضوع باعتبارها مسألة تتغير من حالة إلى أخرى.

وقد نصت بعض التشريعات العربية على هذا الحكم على غرار المادة 203 ق م مصري، وبالرغم من أنه لم يرد مثل هذا النص في القانون المدني الجزائري إلا أنه يمكن للقاضي الأخذ بهذا الحكم باعتبار هذا الشرط تطبيقا خاصا لنظرية التعسف في استعمال

¹ تنص المادة 180 ق م على "يكون اعذار المدین بإنذاره، أو بما يقوم مقام الانذار، ويجوز أن يتم الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدین معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة الى أي إجراء آخر".

² تنص المادة 181 ق م على "لا ضرورة لإعذار المدین في الحالات الآتية:

- إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدین،
- إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر،
- إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدین أنه مسروق، أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك،
- إذا صرح المدین كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه".
- 3 قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية/ ملف رقم 206796، بتاريخ 2000/01/12 ينص على "ان عدم توجيه الاعذار المسبق للمدين للمطالبة بالتنفيذ بطريق التعويض وفقا للمادتين 179 و 180 م ق م واغفال مناقشة الدفع بشأنه من طرف قضاة الموضوع يستوجب النقص والابطال".

الحق¹، مع ضرورة الموازنة العادلة بين المصالح المتعارضة من ناحية أخرى، فالدائن من حقه المطالبة بالتنفيذ العيني، ولكن إذا كان في ذلك إرهاقا للمدين فإنّ المطالبة به تكون تعسفا من الدائن في استعمال حقه، ويكون الأولى به الاكتفاء بالتنفيذ بمقابل، لكن في المقابل إذا كان من شأن عدم التنفيذ العيني التسبب في ضرر جسيم للدائن فمن حقه التمسك بالتنفيذ العيني ولو ترتب على ذلك إرهاق للمدين، لأنّ حق الدائن في التنفيذ العيني في هذا الفرض أولى بالرعاية من مصلحة المدين في العدول عنه إلى التنفيذ بطريق التعويض.

الشرط الخامس: أن لا يكون في التنفيذ العيني مساس بالحرية الشخصية للمدين: قد يكون التنفيذ العيني ممكنا وغير مرهق للمدين، لكن يلزم من أجل تنفيذ هذا الالتزام التدخل الشخصي للمدين، وفي هذه الحالة يكون جبره مساسا بحريته الشخصية، لذلك يتعذر التنفيذ العيني الجبري، ولا مناص من الحكم بتعويض عادل للدائن، ويتحقق ذلك على وجه الخصوص في عمل الرسّام والممثل والفنان، وفي كل عمل فني كعمل الطبيب، فإذا لم يلجأ القاضي إلى طريق التهديد المالي، أو لجأ إليه ولم يحقق الغاية المرجوة منه، لم يبق إلاّ اعتبار التنفيذ العيني غير ممكن، ولا مناص إذن من العدول عنه والاتّجاء إلى طريق التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض، وذلك لأنّ إجبار المدين على التنفيذ العيني هنا يعتبر مصادرة لحرية الشخصية كما يعتبر غير مجد وغير محقق لمصلحة الدائن إذا أجبر المدين على ذلك رغما عنه، فمن المستبعد قبول مريض أن تجرى له عملية جراحية رغما عن إرادة الطبيب.

المطلب الثاني: موضوع التنفيذ العيني الجبري

تختلف طريقة التنفيذ العيني للالتزام تبعا لاختلاف محل الالتزام المطلوب تنفيذه وما يقتضيه من المدين، فقد يكون محل الالتزام إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل وذلك ما سنحاول معالجته في الآتي بيانه:

أولا- تنفيذ الالتزام بإعطاء شيء (الالتزام بنقل حق عيني أو انشائه) من 165 إلى 167 ق م

¹ تنص المادة 124 مكرر ق م على "يشكّل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الاضرار بالغير،
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشئ للغير،
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

يمكن تنفيذ الالتزام بإعطاء شيء ما دام ذلك ممكنا، وتتوقف كيفية التنفيذ على نوع المحل الذي يرد عليه، فقد يكون منقول معين بذاته، أو منقول معين بنوعه، كما قد يكون عقارا.

01- في المنقول المعين بذاته: إذا كان محل الالتزام نقل الملكية أو حق عيني آخر على منقول معين بذاته وكان هذا المنقول مملوك للمدين فإنّ تنفيذ الالتزام يتم بمجرد نشوئه وبقوة القانون، وعليه فإنّه في هذه الحالة لا حاجة للتنفيذ الجبري للالتزام على المدين، فالقانون لا يشترط أي شرط خاص لانتقال الملكية أو الحق العيني في هذه الحالة ولا حتى التسليم، فإذا اشترى شخص مجوهرات معينة بذاتها تنتقل ملكيتها إليه من وقت العقد وحتى قبل أن يتسلمها وعليه فإنّ الالتزام بنقل الملكية ها هنا ينفذ تلقائيا وبقوة القانون¹.

02- في المنقول المعين بنوعه: إذا كان محل الالتزام نقل الملكية أو حق عيني آخر على منقول معين بنوعه فإنّ الملكية لا تنتقل بمجرد نشوء الالتزام بل يتراخى تنفيذ الالتزام إلى غاية القيام بعملية الفرز²، أي عزل المقدار المتعهد به عن بقية الصنف، فمن يشتري كمية من القمح لا يصبح مالكا لها بمجرد العقد بل يلزم فرز هذه الكمية عن طريق وزنها ووضعها في أكياس تحت تصرف المشتري، والعلة في ذلك واضحة باعتبار أنّ الحق العيني سلطة مباشرة على الشيء، وهذه السلطة تتطلب أن يكون محلها شيئا معينا بالذات.

وإذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه بامتناعه عن عملية الفرز اختيارا فإنّه يمكن التنفيذ عليه جبرا، ويكون ذلك بأن يحصل الدائن على شيء من النوع ذاته من السوق على حساب ونفقة المدين بعد استئذان القاضي، أو دون استئذانه في حالة الاستعجال (الحالة لا تتحمل انتظار رفع الدعوى كما لو كان الدائن مستشفى مثلا)، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء

¹ تنص المادة 165 ق م على "الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري".

² وافرار الشيء إما يكون عن طريق عدّه أو وزنه أو كيله أو مقاسه وإما أن يكون عن طريق تسليمه، وهو الوضع الغالب، على أنّه ينبغي الاحتراز في شأن أثر التسليم فلا يقال أنّ الحق ينتقل بالتسليم بل يقال أنّ التسليم يؤدي إلى الإفراز الذي يتم به تعيين الشيء فينتقل الحق؛ أنظر: أنور سلطان، المرجع السابق، ص 154.

أي بتعويض نقدي يعادل قيمته (التنفيذ بمقابل)، ويحق له فوق ذلك أن يطالب بالحصول على تعويض عما أصابه من ضرر من جرّاء التأخر في تنفيذ التزامه المادة 166 ق م¹.

وتجدر الإشارة إلى أنّ الالتزام بنقل ملكية حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى عملية التسليم².

كما تجدر الإشارة إلى أنّه في التنفيذ العيني إذا كان الالتزام يتمثل في دفع مبلغ من النقود فإنّه لا يستحيل أبداً، لأنّه في حالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه اختياراً جاز قهره بالحجز على أمواله وبيعها في المزاد العلني واقتضاء الدين نقداً من ثمنها.

03- في الالتزام الوارد على عقار: إذا ورد الالتزام بإعطاء شيء على عقار فإنّ الملكية أو الحق العيني الآخر لا ينتقل بمجرد نشوء الالتزام بل يتراخى لغاية اتخاذ إجراءات الشهر العقاري (م 165 ق م)، ولأنّ العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية يجب أن تتم في شكل رسمي تحت طائلة البطلان³، لذلك فإنّ امتناع المدين (البائع) عن القيام بإجراءات الشهر العقاري لا يطرح أية اشكالية لأنّ العقد الرسمي لوحده كاف للمشتري (الدائن) لكي يقوم بتقديمه للإشهار العقاري كون هذا العقد في حد ذاته يعتبر سند تنفيذي، ثم أنّ عملية الإشهار العقاري من صميم مهنة الموثق⁴ وبالتالي لا وجود لأي دور في هذه العملية بالنسبة للمدين حتى تقهر إرادته حال رفضه أو تأخره في تنفيذ التزامه.

¹ تنص المادة 166 ق م على "إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق لا بإفراز هذا الشيء.

فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض".

² الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم".

³ تنص المادة 124 مكرر 1 ق م على "زيادة على العقود التي يأمر القانون على إخضاعها الى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية".

⁴ تنص م 10 من القانون 06-02 المؤرخ في 20/02/2006 والمتضمن تنظيم مهنة الموثق على "يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها أو يتسلمها للإيداع ويسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانوناً لا سيما تسجيل وإعلان ونشر وشهر العقود في الأجل المحددة قانوناً".

ثانيا- محل الالتزام القيام بعمل: (المواد من 167 الى 171 ق م): إذا كان محل التزام المدين القيام بعمل فإنه يجب التمييز بين فرضين:

01- شخصية المدين محل اعتبار في تنفيذ الالتزام: إذا كانت شخصية المدين محل اعتبار في تنفيذ الالتزام الواقع على عاتقه سواء كانت طبيعة الالتزام تقتضي أن يقوم بها المدين شخصيا أو نص الاتفاق على ذلك مثل التزام الطبيب والممثل والرسام، في هذه الحالة يستطيع الدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين¹، لكن إذا امتنع المدين عن القيام بالعمل الذي التزم به ولم يفلح التهديد المالي في التغلب على تعنته، لم يبقى للدائن إلا المطالبة بالتنفيذ بمقابل بطريق التعويض، لأنّ من شأن التنفيذ العيني إذا تم جبرا المساس بالحرية الشخصية للمدين وعدم جدواه إذا لم يحم به اختيارا.

02- شخصية المدين ليست محل اعتبار في تنفيذ الالتزام: إذا لم تكن شخصية المدين محل اعتبار في تنفيذ الالتزام الواقع على عاتقه بأن يكون التنفيذ مجد وممكن دون الحاجة إلى تدخله شخصيا، فإنّ التنفيذ العيني الجبري يكون ممكنا دائما، بحيث يمكن للدائن أن ينفذه على نفقة المدين بعد الحصول على ترخيص من القضاء²، فإذا تعاقد شخص مع مقاول على بناء منزل ولم يحم هذا الأخير بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن ينفذ الالتزام عن طريق مقاول آخر على نفقة المدين بعد الحصول على ترخيص مسبق من القضاء طبعاً، أو دون استئذان في حالة الاستعجال.

ثالثا- محل الالتزام الامتناع عن عمل: التنفيذ العيني للالتزام بالامتناع عن عمل هو عدم القيام بهذا العمل فعلا، كتعهد ممثل بالعمل لدى شركة سينمائية مع التزامه بعدم التمثيل في شركة أخرى منافسة، والتزام مالك الأرض بعدم الارتفاع في البناء إلى قدر معين، فإذا وقع

¹ تنص المادة 169 ق م على "في الالتزام بعمل، اذا لم يحم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان التنفيذ ممكنا".

² تنص المادة 170 ق م على "في الالتزام بعمل، اذا لم يحم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكنا".

العمل المخالف للالتزام بالامتناع عن عمل فإنّ التنفيذ العيني للالتزام يكون ممكنا عن طريق إزالة ما وقع، كغلق المحل المنافس أو إزالة الجدار المرتفع¹.

وللقاضي سلطة تقديرية في منح الترخيص بإزالة العمل المخالف أو الاقتصار على التنفيذ بمقابل بطريق التعويض إذا رأى أنّ من شأن الإزالة إرهاب المدين كما هو الحال في بناء جدار على الأرض الملاصقة.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنّه لا يجوز للدائن أن يقوم بالإزالة بنفسه ولو في حالة الاستعجال على خلاف الحكم الذي رأيناه بالنسبة للالتزام بإعطاء شيء أو القيام بعمل (م 173 ق م) ، وتكمن العلة في ذلك كما يقول الدكتور "عبد الرزاق السنهوري" أنّ إزالة ما وقع مخالفا للالتزام بالامتناع عن عمل أمر لا يخلو من العنف، فلا يصح أن يتولاه الدائن بنفسه قبل أن يستصدر حكما من القاضي، وقد لا يحكم القاضي بالإزالة إذا كانت تسبب إرهابا شديدا للمدين كما هو الحال في بناء جدار على الأرض الملاصقة² ويكتفي في هذه الحالة بالحكم بتعويض عادل نقدا، إلاّ إذا كان في عدم التنفيذ العيني ما يلحق بالدائن ضررا جسيما، فيراعي القاضي في هذه الحالة جانب الدائن ويحكم بالإزالة ولو ترتب عن ذلك ضرر فادح للمدين.

كما تجدر الإشارة إلى أنّه قد يستحيل التنفيذ العيني بطريق الإزالة، أي أنّ ما وقع لا يمكن تداركه، كما لو أفشى الطبيب سر مهنته بإذاعته حالة مريضه، فلا يتبقى في هذه الحالة إلاّ التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض النقدي.

¹ تنص المادة 173 ق م على "إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطالب إزالة ما وقع مخالفا للالتزام ويمكنه أن يحصل من القضاء على ترخيص للقيام بهذه الإزالة على نفقة المدين"

² تنص المادة 788 ق م على "إذا كان مالك الأرض وهو يقيم بناء بها قد تعدى بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب الأرض الملاصقة على أن يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل".

المطلب الثالث: وسائل حمل المدين على التنفيذ العيني الجبري

(الغرامة الإيجابية المواد 174 و175 ق م)

رأينا سلفاً أنّ التنفيذ العيني للالتزام قد يكون اختياراً أي يقوم به المدين من تلقاء نفسه وذلك ما يسمى الوفاء -والذي سنتطرق له دراسة وتفصيلاً في باب انقضاء الالتزام- كما قد يكون جبراً إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه اختياراً عن طريق الضغط على إرادته، وهناك وسيلتان لذلك، تتمثل الأولى في "الإكراه البدني" وهو وسيلة تسلب من خلاله حرية المدين من أجل تنفيذ التزامه، إلا أنّ القوانين المعاصرة عدلت عن هذه الوسيلة على أساس أنّها تخالف المبادئ المدنية الحديثة، ولم يعد التنفيذ بطريق الإكراه البدني ممكناً في المواد المدنية والتجارية¹، بل لم يبق له تطبيق إلا في بعض المواد الجنائية على غرار تحصيل المصاريف القضائية والغرامات المالية وذلك ما يخرج من نطاق دراستنا (المواد من 597 إلى 611 ق م ج).

وأما الوسيلة الثانية فتتمثل في "الغرامة الإيجابية" أو ما يسمى بالتهديد المالي، والتي نظّمها المشرع المدني لكسر عناد المدين الذي يمتنع عن تنفيذ التزامه، وسبق القول أنّ الالتزامات التي لا تقبل في الأصل التنفيذ العيني جبراً على المدين إذا كان هذا التنفيذ غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه وهو ما من شأنه مصادرة حريته الشخصية، إلا أنّ القضاء ابتدع وسيلة تسمى بالغرامة التهديدية أو التهديد المالي كرّستها فيما بعد التشريعات الحديثة في قوانينها لتصبح أفضل وسيلة لإجبار المدين على التنفيذ العيني للالتزامه، وذلك عن طريق الحكم عليه بغرامة مالية تهديدية عن كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر أو أية وحدة زمنية تأخر، لحمله على التنفيذ عينا في ميعاد تحدده المحكمة، وغالباً ما يدّعي المدين لحكم

¹ تم الغاء الإكراه البدني في المواد المدنية في الجزائر اعمالاً لاتفاقيات دولية وقعت عليها الجزائر خاصة المتعلقة بحقوق الانسان لأن في ذلك مساس بكرامة المدين، فقد انضمت للعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والذي تنص مادته 11 على "لا يجوز سجن أي انسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدي"، وفقاً لذلك تدخل المشرع لإلغاء المواد 407 وما يليها من قانون الاجراءات المدنية القديم والمتعلقة بالإكراه البدني. انضمت الجزائر الى هذا العهد بموجب مرسوم رئاسي رقم 67-89 مؤرخ في 1989/05/16.

القاضي تحت هذا التهديد فينقذ التزامه، إذ أنّ مقدار الغرامة عادة ما يفوق بشكل كبير قيمة الضرر الذي يسببه التأخير بالنسبة للدائن.

نتناول في الآتي بيانه الغرامة التهديدية من حيث شروطها (الفرع الأول)، ثم نعرّج على خصائصها وآثارها في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط الغرامة التهديدية

يشترط للحكم بالغرامة التهديدية من خلال المادة 174 ق م¹ مجموعة من الشروط وجب توافرها، نتاولها تفصيلا فيما يلي:

أولاً- أن يكون تنفيذ الالتزام عينا ما زال ممكنا: يشترط للحكم بالغرامة التهديدية أن يكون هناك التزام على المدين، وأن يكون تنفيذه عينا لا زال ممكنا، فالغاية المنشودة من الحكم بالغرامة التهديدية هو حمل المدين على تنفيذ عين ما التزم به، فلا يتصور مثلا الحكم على الشريك في جريمة بغرامة تهديدية لحمله على إفشاء أسماء شركائه لأنّه ليس ملزما بذلك قانونا.

ولا بد أن يكون تنفيذ الالتزام عينا لا يزال ممكنا فإن أصبح مستحيلا تعذر الحكم بالغرامة التهديدية لفوات الغرض منها، وبالتالي يصبح التهديد المالي بدون موضوع، فإن كانت الاستحالة بسبب خطأ المدين فلا مجال للحكم بالغرامة التهديدية وإنما يتم اللجوء إلى التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض، وأما إذا كانت الاستحالة بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه انقضى الالتزام بدون مسؤولية وتعذر اللجوء للتهديد المالي.

ثانياً- أن يكون تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه: يتحدد نطاق الالتجاء إلى الغرامة التهديدية بالحالات التي يكون فيها تدخل المدين شخصيا لتنفيذها عينا محل اعتبار أي حيث يكون هذا التنفيذ غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه، والالتزام بعمل هو المجال الأرحب والفسيح الذي يتسع للغرامة التهديدية، ففي نطاق المعاملات المدنية والتي يكون فيها التنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم دون تدخل المدين يمكن اللجوء إلى التهديد المالي، كما هو الحال في الالتزام بالقيام بعمل فني كإعداد

¹ تنص المادة 1/174 ق م على "إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة اجبارية ان امتنع عن ذلك".

مقطوعة موسيقية، أو التمثيل في مسرحية، أو قيام الطبيب بعملية جراحية، وفي الالتزام بتسليم العين المؤجرة أو إخلائها، وبعض هذه الالتزامات غير ممكن تنفيذها عينا دون تدخل المدين وبعضها تنفيذه غير ملائم دون هذا التدخل، ويكون من شأن إكراه المدين على التدخل مصادرة لحرية الشخصية.

ويمكن اللجوء إلى الغرامة التهديدية أيضا إذا كان محل الالتزام امتناعا عن عمل من المدين بصفة مستمرة، كما لو تعهد مهندس بعدم العمل في مصنع منافس، فإذا أخل بالتزامه جاز اللجوء إلى تهديده ماليا عن كل مرة يأتي فيها الأمر الممنوع، ولحملة على الامتناع عن الاستمرار في المخالفة مستقبلا.

الشرط الثالث - أن لا يكون في الحكم بالغرامة التهديدية مساس بالحق الأدبي للمؤلف: يمتنع اللجوء إلى التهديد المالي بالرغم من توافر الشرطين السابقين إذا انطوى ذلك المساس بشخصية المدين في إنتاجه الفكري، فالمؤلف هو وحده صاحب الحق في تقرير مصير مصنفة، فإذا اتفق مؤلف (كاتب أو رسام) مع دار للنشر فلا يمكن اللجوء إلى الغرامة التهديدية لحملة على تسليم مؤلفه، لأنّ في ذلك اعتداء على حقه الأدبي في تقدير ملائمة النشر من عدمه، حيث يكون له سلطة تقدير ما إذا كان إنتاجه جدير بالعرض على الجمهور أم أنّ ذلك من شأنه التأثير على سمعته الأدبية أو الفنية، ولا تملك دار النشر في هذه الحالة إلا المطالبة بالتنفيذ بمقابل بطريق التعويض.

أمّا إذا كان امتناع المؤلف عن تسليم مؤلفه راجع إلى إغراء مالي أكبر من طرف دار نشر أخرى فيجوز هنا اللجوء للغرامة التهديدية لحملة على تنفيذ التزامه.

الشرط الرابع: أن يقوم الدائن بطلب الحكم بالغرامة التهديدية: يذهب البعض إلى أنّه لا يجوز أن تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بفرض الغرامة التهديدية على المدين إذا لم يطلب الدائن منها ذلك، تطبيقا لقاعدة "لا يحكم القاضي إلا بما يطلبه الخصوم"، على أنّ الرأي الراجح يذهب إلى جواز أن تقض المحكمة من تلقاء نفسها بالغرامة التهديدية إذا توافرت شروطها على أساس أنّ هذا الحكم ليس مستقلا عن الحكم بالتنفيذ العيني وإنّما هو مجرد وسيلة يكفل بها القاضي نفاذ هذا الحكم الأخير، فللقاضي أن يتخذ من الإجراءات ما يراه

مناسبا لتنفيذ الأحكام الصادرة عنه، والغرامة التهديدية تعد أحد هذه الوسائل التي تساهم في ذلك.

هذا ويمكن للدائن طلب الحكم بالغرامة التهديدية في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ولو أمام المجلس القضائي لأول مرة ولا يعتبر ذلك طلبا جديدا، ويجوز أن يصدر الحكم بالغرامة التهديدية من أية محكمة مدنية أو تجارية أو إدارية أو جنائية إذا كانت تقضي في حكم مدني كما يجوز ذلك من قضاء الاستعجال¹.

ولا رقابة للمحكمة العليا على القاضي في حكمه بالغرامة التهديدية، إنما تكون رقابتها في مدى توافر شروطها من عدمه، فهذه الأخيرة مسألة قانون في حين أن تقدير الغرامة التهديدية مسألة واقع.

الفرع الثاني: خصائص وآثار الحكم بالغرامة التهديدية

نتناول تاليا خصائص الحكم بالغرامة التهديدية (أولا)، ثم آثار ذلك (ثانيا)

أولا- خصائص الحكم بالغرامة التهديدية: يتميز الحكم بالغرامة التهديدية بعدة خصائص يملئها الغرض منه، أهمها يتمثل فيما يلي:

01- الحكم بالغرامة التهديدية هو حكم تهديدي: الهدف المنشود من الحكم بالغرامة التهديدية هو تهديد المدين والضغط على إرادته، ومحاولة التغلب على تعنته وعناده، لذلك فإنها عادة تحدد بمبلغ كبير لا يتناسب والضرر الذي يصيب الدائن من جراء التأخر في التنفيذ، ويكون هذا التقدير تحكيميا يراعي فيه القاضي المركز المالي للمدين ودرجة تعنته، حتى يمكن حمله على تنفيذ التزامه عينا، فالقاضي لا يراعي في تقديره للغرامة الاجبارية التناسب مع الضرر الذي يصيب الدائن بسبب التأخر في التنفيذ لأنها ليست تعويضا عن هذا الضرر، وإنما يحكم بالمبلغ الكافي لتحقيق الغرض المنشود وهو إكراه إرادة المدين وحمله على التنفيذ، لذلك فهو

¹ نصت المادة 305 ق إ م إ على "يمكن لقاضي الأمور المستعجلة الحكم بالغرامة التهديدية وتصفيته،...، كما تنص المادة 984 من نفس القانون على "يجوز للجهة القضائية تخفيض الغرامة التهديدية أو الغائها عند الضرورة".

يراعي قدرة المدين المحتملة على المقاومة، وبالتالي فالغرامة التي تفرض على شركة في العادة تكون مرتفعة إذا ما قورنت بالغرامة التي تفرض على مدين ملاءته المالية ضعيفة.

لذلك فإنّ الحكم بالغرامة الاجبارية يختلف عن الحكم بالتعويض، إذ أنّ التعويض يجب أن يكون على قدر الضرر، في حين قد لا يكون هناك ضرر أصلا في الحكم بالغرامة التهديدية.

ويجوز للقاضي الزيادة في مقدار الغرامة التهديدية لكسر عناد المدين الممتنع عن التنفيذ فيجوز له تعديلها كلما وجد داع، لذلك يقال أنّ الغرامة التهديدية هي صفة تحكّمية¹.

والصفة التهديدية للغرامة الاجبارية تثبت في نفس المدين القلق وعدم الاطمئنان، فلا يعلم مقدار مبلغ التعويض الذي سيحكم به القاضي في النهاية، ممّا يدفعه عادة إلى الإسراع في تنفيذ التزامه أملا في تسامح القاضي عند تقديره للتعويض عن التأخر في التنفيذ.

02- الحكم بالغرامة التهديدية غير محدد المقدار: يقدر التهديد المالي عن كل وحدة زمن (يوم، أسبوع شهر ...) يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه عينا، أو عن كل مرة يخل فيها بالتزامه، دون أن يقدر مبلغا محددًا دفعة واحدة، فلا يمكن معرفة مقدار الغرامة في يوم صدور الحكم بها، وذلك حتى يتحقق معنى التهديد، يحس من خلالها المدين أنّه كلما طال وقت تأخره كلما زاد مبلغ الغرامة التهديدية.

03- الحكم بالغرامة التهديدية حكم مؤقت: تعتبر الغرامة التهديدية حكم مؤقت لا يجوز لحجية الشيء المقضي فيه، وبالتالي يمكن للمحكمة التي أصدرته إعادة النظر فيه كلّما رأت داع لذلك سواء بالزيادة أو النقصان، فإذا رأى القاضي أنّ مقدار الغرامة غير كاف لكسر تعنت المدين الممتنع عن التنفيذ أمكنه الزيادة في الغرامة (م 2/174 ق م)، كما يمكنه الانقاص من قيمتها إذا قام المدين بالتنفيذ، ففي نهاية المطاف الغرض من الغرامة هو حمل المدين على التنفيذ، ومتى تم ذلك قامت المحكمة بالتصفية النهائية للغرامة، وفي العادة تنقص من تقديرها

¹ تنص المادة 2/174 على "وإذا رأى القاضي أنّ مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة".

ليصبح مساو للضرر الذي لحق بالدائن من جزاء التأخر في التنفيذ، مع الأخذ في الحسبان عند التقدير درجة العنت الذي أبداه المدين¹.

ولأنّ الحكم بالغرامة التهديدية **حكم مؤقت** فهو ليس نهائي واجب التنفيذ لأنّه لا يعتبر ديناً محققاً في ذمة المدين، حتى ولو صدر من المحكمة آخر درجة (المجلس القضائي)، أو كان الحكم الأصلي مشمولاً بالنفاذ المعجل، بل يبقى الحكم مجرد وسيلة للضغط على إرادة المدين لحمله على التنفيذ، ولا يجوز تنفيذه إلاّ إذا تحوّل إلى تعويض نهائي.

ثانياً - أثر الحكم بالغرامة التهديدية: يتحدد أثر الحكم بالغرامة التهديدية بما يسفر عليه موقف المدين الممتنع عن التنفيذ، والذي لا يخرج عن أحد الموقفين، فإمّا أن يحدث فيه التهديد أثره ويقوم بتنفيذ التزامه، وإمّا أن يصّر على عدم التنفيذ، وفي كلتا الحالتين ينكشف الموقف النهائي للمدين وتتقوى جدوى مواصلة الضغط بطريق الغرامة التهديدية، لأنّها تكون قد استنفذت غرضها، فتتحول الغرامة إلى تعويض يحكم به القاضي لمصلحة الدائن.

وعناصر التعويض النهائي هي نفسها عناصر التعويض العادي (ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب) من جزاء عدم التنفيذ أو التأخر فيه، إضافة إلى عنصر جديد وهو العنصر البارز في التعويض الذي يعقب التهديد، بل هو العنصر الذي يخرج التعويض عن معناه المألوف إلى المعنى الذي يتفق مع فكرة التهديد المالي، فيجب أن يأخذ القاضي في الحسبان عند تقديره للتعويض النهائي، يتمثل هذا العنصر في **العنت** الذي يبديه المدين، فيمكن للقاضي أن يزيد في قيمة التعويض في مقابل الضرر الأدبي الذي أصاب الدائن بسبب عناد المدين وتعنّته وإصراره على عدم تنفيذ التزامه، أو تعمده التأخر في هذا التنفيذ.

ومتى فرغ القاضي من تقدير التعويض على النحو الذي بسطناه، حكم به على المدين وأمّن للدائن أن ينفذ به على أموال المدين لا على أساس أنّه تهديد مالي بل لأنّه تعويض نهائي، والغالب أن يكون هذا التعويض أقل قيمة من مجموع الغرامة التهديدية، بل قد لا يرى القاضي في بعض الحالات وجهاً للحكم بالتعويض لانعدام الضرر وعدم إمعان المدين في

¹ تنص المادة 175 ق م على "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".

العنت، فيلغي الغرامة التهديدية دون أن يحل محلها أي تعويض، على أن التعويض قد يكون في بعض الحالات معادلا لقيمة الغرامة التهديدية خاصة في الحالة التي يبالغ فيها المدين في التعنت والإصرار على عدم التنفيذ بدون أي مبرر.

المبحث الثاني: التنفيذ بطريق التعويض (التنفيذ بمقابل).

عرفنا سابقا أن تنفيذ الالتزام عينا هو الأصل، إلا أنه قد تحدث أمور تحول دون ذلك فيتم عندئذ اللجوء إلى تنفيذ الالتزام عن طريق التعويض وذلك في الحالات التالية:

- 1- استحالة تنفيذ الالتزام نتيجة لفعل المدين أو خطئه.
- 2- إذا أصبح التنفيذ العيني مرهقا للمدين، فيمكن التنفيذ عن طريق التعويض شريطة ألا يكون في ذلك إضرار جسيم بالدائن.
- 3- إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن إلا إذا قام به المدين نفسه.
- 4- إذا لم يطلب الدائن التنفيذ العيني ولم يقم المدين بعرضه، فيحكم بالتعويض مادام الدائن يرغب في ذلك.

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن للتعويض نوعان: تعويض عن عدم التنفيذ و تعويض عن التأخير في التنفيذ، و يعتبر التنفيذ عن عدم التنفيذ بديلا عن التنفيذ العيني فيحل محله، و عليه لا يمكن تصور اجتماعهما معا، و هذا بخلاف التعويض عن التأخير في التنفيذ فيمكن أن يجتمع مع التنفيذ العيني أو التعويض عن عدم التنفيذ. وقد أشارت إلى نوعي التنفيذ المادة 176 مدني جزائري.

المطلب الاول: شروط التنفيذ بطريق التعويض.

غني عن البيان أن شروط استحقاق الدائن للتعويض هي نفسها شروط قيام المسؤولية وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية، ولكن المشرع اشترط شرطا آخر وهو الإعذار، وسنتطرق فيه إلى المقصود به ثم كيف يتم هذا الإعذار مرورا بالحالات التي يستغني فيها عن الإعذار وصولا إلى آثاره.

الفرع الأول: المقصود بالإعذار

نصت على الإعذار المواد 179-180-181 من القانون المدني (وجوب الاطلاع على هذه المواد).

يجب أن نعرف بداية أن حلول أجل الدين لا يكفي -كأصل عام- لاعتبار المدين مقصرا في تنفيذ التزام بل يجب على الدائن أن يبين أنه يريد اقتضاء دينه و بأنه لا يتسامح في

التأخير إطلاقاً و يكون ذلك بإعذار المدين، و عليه فالإعذار هو إثبات تأخر المدين في الوفاء و وضعه موضع المقصر في التنفيذ.

وبناء على هذا وطبقاً لأحكام المادة 164 من القانون المدني فإن الدائن لا يمكنه إجبار المدين على تنفيذ التزامه إلا بعد القيام بإعذاره.

الفرع الثاني: كيف يتم الإعذار

يتم الإعذار عن طريق إنذار المدين و ذلك بورقة رسمية على يد محضر قضائي يطلب فيها الدائن تنفيذ الالتزام، و تسلم هذه الورقة للمدين الذي يوقع عليها، فإذا امتنع عن التوقيع يذكر سبب الامتناع ليكون ذلك حجة على حصول الإنذار. ويمكن أن يقوم مقام الإنذار أي ورقة رسمية أخرى بشرط أن يذكر فيها بصراحة ودون لبس أن الدائن يطلب تنفيذ الالتزام. كما أجاز المشرع الجزائري حسب المادة 180 من القانون المدني أن يتم الإعذار عن طريق البريد.

الفرع الثالث: الحالات التي يستغنى فيها عن الإعذار

- إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً أو أصبح غير ذي جدوى بفعل المدين.
- إذا كان الالتزام غير تعاقدي.
- إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو تسلمه دون وجهة حق.
- إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه.
- إذا اتفق الدائن و المدين على اعتبار المدين معذراً لمجرد حلول أجل التنفيذ.

الفرع الرابع: آثار الإعذار

يترتب على الإعذار الصحيح النتائج التالية:

● يجبر المدين على الوفاء، إضافة إلى مطالبته بكل ما يلحق الدائن من ضرر جراء عدم التنفيذ.

● إذا كان العقد تبادلياً، جاز للدائن المطالبة بفسخ العقد إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، مع التعويض عن الضرر اللاحق بالدائن. أنظر المادة 119 مدني.

● بعد القيام بالإعذار فإن تبعة الهلاك تنتقل إلى المدين حتى و لو كانت قبل الإعذار

على الدائن أنظر المادة 168 مدني جزائري فقرة 1، و الاستثناء الوارد على ذلك في الفقرة 02 من نفس المادة.

المطلب الثاني: كيفية تقدير التعويض

يكون التعويض مستحقا للدائن سواء بسبب عدم تنفيذ الالتزام، أو بسبب التأخر فيه، و يجب أن يكون هذا التعويض مشتتلا ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب، و تقدير التعويض لا يخرج عن إحدى طرق ثلاث (التعويض القضائي، التعويض الاتفاقي أو ما يسمى بالشرط الجزائي و أخيرا التعويض القانوني).

الفرع الاول: التعويض القضائي.

تنص المادة 182 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، و يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء به، و يعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

فمن خلال هذا النص يظهر جليا أن التعويض يجب أن يشتمل ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب.

وأبرز مثال على هذا امتناع الشخص عن تسليم البضاعة المتفق عليها للتاجر الذي أبرم العقد بشأنها و دفع ثمنها، فالتعويض هنا يجب أن يشتمل ما لحق التاجر من خسارة و هو هنا قيمة البضاعة إضافة إلى ما فات هذا التاجر من كسب و هو الربح الذي كان سيحصل عليه بعد إعادة بيعها.

و بمفهوم المخالفة لما سبق أي إذا لم يلحق الدائن أي ضرر و خسارة و لم يفته أي كسب جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخره في ذلك، فلا يكون هنا أي محل للتعويض و هذا لانتفاء مبرره، فأخلال المحامي باستئناف حكم تعهد به و ظهر فيما بعد أن هذا الحكم لا يمكن استئنافه أصلا فلا مجال للحديث عن التعويض في هذه الحالة. ويقع على الدائن عبء إثبات مقدار ما فاته من كسب و ما لحقه من ضرر طبقا للقواعد العامة للإثبات.

و تجدر الإشارة إلى أن التعويض العيني هو أفضل طرق التعويض و ذلك لأنه يعيد الحالة إلى ما كانت عليه، و مثاله حصول الدائن على شيء من النوع ذاته الذي التزم به المدين و على نفقته حسب ما نصت عليه المادة 166 من القانون المدني، لكن يلاحظ أن التنفيذ العيني يمكن أن يتعذر في المسؤولية التقصيرية فيلجأ القاضي هنا إلى التعويض بمقابل، و يكون هذا غالبا بمبلغ من النقود، ما عدا في بعض الحالات التي يكون فيها التعويض غير نقدي كحالة السب و القذف و التي يمكن فيها للقاضي أن يجعل التعويض غير نقدي و ذلك بنشر الحكم القاضي بإدانة المدين في الصحف... (أنظر المادة 132 مدني جزائري).

و يجب التنويه أخيرا إلى أن التعويض يجب أن يكون جابرا قدر المستطاع لكل لكل ما لحق الدائن من ضرر و ما فاته من خسارة فلا حدود لهذا التعويض ما عدا في حالتين:

1- لا يلزم المدين إلا بتعويض الضرر المباشر فقط سواء في المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية.

2- لا يكون التعويض إلا على الضرر المتوقع فقط و هذا في المسؤولية العقدية وحدها.

و يوجد استثناءان على هذه الحالة الثانية، حيث يسأل فيهما المدين عن الأضرار غير المتوقعة و هذا حسب المادة 182 فقرة 02 و هما:

● إذا ارتكب المدين غشا بموجبه يتعمد عدم الوفاء أو التأخر في التنفيذ، فهنا يكون المدين قد خرج عن مبدأ حسن النية المفترض احترامه في العلاقات بين المتعاقدين.

● إذا ارتكب المدين خطأ جسيما و معياره هو ذلك الخطأ الذي لا يرتكبه أقل الناس تبصرا، فارتكاب هذا الخطأ الجسيم يجعل من المدين مسؤولا عن الضرر المتوقع و الضرر غير المتوقع كذلك. فإذا تضمن العقد شرطا بإعفاء المدين من المسؤولية كان لزاما العمل بهذا الشرط، ما عدا في هاتين الحالتين (الغش + الخطأ الجسيم) فلا يعمل به.

الفرع الثاني: التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي).

أجاز المشرع الجزائري الشرط الجزائي صراحة في المادة 183 بقولها: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، و تطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181".

فالشرط الجزائي هو تقدير اتفاقي للتعويض، و معناه أن يتفق المتعاقدان على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن جراء إخلال المدين بالتزامه و ذلك بعدم التنفيذ أو بالتأخر فيه و يكون ذلك في العقد أو في اتفاق لاحق على العقد. و يمكن تصور وجود هذا الشرط في المسئوليتين سواء العقدية أو التقصيرية و إن كان غالبا ما يكون في المسئولية العقدية.

1- خصائصه: (تابع للالتزام الأصلي، التزام احتياطي، تقدير جزافي للتعويض)

أ. الشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الأصلي:

لا يمكن أن يكون الشرط الجزائي مستقلا عن الالتزام الأصلي فهو دائما يقوم إلى جانب التزام أصلي آخر و يترتب على هذا ما يلي:

● بطلان الالتزام الأصلي يؤدي إلى بطلان الشرط الجزائي، فسواء كان الالتزام الأصلي باطلا لسبب غير مشروع أو قابلا للإبطال لأي سبب من الأسباب كنقص الأهلية مثلا و تسمك به من له الحق في ذلك فإن الشرط الجزائي يبطل بالتبعية لبطلان الالتزام الأصلي و العكس غير صحيح.

● فسخ العقد الأصلي يؤدي حتما إلى زوال الشرط الجزائي.

● إذا كان الالتزام الأصلي موصوفا فإن هذه الأخيرة تلحق الشرط الجزائي بالتبعية.

ب. الشرط الجزائي التزام احتياطي:

يعتبر الشرط الجزائي وسيلة احتياطية فقط، يتم اللجوء إليه عند عدم التنفيذ العيني للالتزام و عليه فالدائن مجبر على المطالبة بتنفيذ الالتزام الأصلي مادام التنفيذ العيني ممكنا، فإذا استحال هذا الأخير يمكن للدائن المطالبة بالشرط الجزائي كما يمكن للمدين أن يعرضه.

و بناء على ما سبق فالشرط الجزائي يختلف اختلافا جوهريا عن الالتزام البدلي لأن الشرط الجزائي لا يعتبر بديلا عن تنفيذ الالتزام الأصلي فلا يمكن للدائن عدم المطالبة بالتنفيذ الأصلي إذا كان ممكنا و اللجوء إلى الشرط الجزائي كبديل لتنفيذ الالتزام الأصلي، كما أنه يختلف عن الالتزام التخييري لأنه ليس من حق الدائن الاختيار بين الإلزام الأصلي و الشرط الجزائي و يطلب تنفيذ ما يشاء منهما.

و سبق أن قلنا بأن الشرط الجزائي يعتبر بمثابة تعويض، و عليه لا يمكن أن يجتمعا معا إلا إذا كان المقصود بالشرط الجزائي التعويض عن التأخير في التنفيذ فيمكن هنا أن يجتمع مع التعويض عن عدم التنفيذ.

ت. الشرط الجزائي تقدير جزافي للتعويض:

ينشأ التعويض جراء عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فيه، فليس الشرط الجزائي هو مصدر التعويض و السبب في استحقاقه فهو في حقيقة الأمر اتفاق مسبق على التعويض، و يترتب على هذا الأمر أنه ولاستحقاق الشرط الجزائي يجب توافر جميع شروط التعويض و هي الخطأ و الضرر و علاقة السببية و الإعذار و هذا ما أكدت عليه المادة 183 من القانون المدني بوجوب العمل بأحكام المواد 176 إلى 181.

2- آثار الشرط الجزائي:

إذا تحققت شروط الشرط الجزائي حكم به القاضي مباشرة دون زيادة أو نقصان وهذا هو الأصل، لكن ووفقا لأحكام القانون المدني الجزائري (المادتان 184-185) فإن للقاضي سلطة تخفيض أو زيادة في قيمة هذا الشرط.

فيجوز للقاضي التخفيض في قيمة الشرط الجزائي في حالتين:

- إذا تمكن المدين من إثبات أن تقدير التعويض كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة وغير معقولة فيجوز للقاضي أن يزيل هذه المبالغة.

- إذا تمكن المدين من إثبات وفائه بجزء من التزامه الأصلي، لأن الشرط الجزائي موضوع أصلا لحالة عدم تنفيذ الالتزام تنفيذا كاملا، فتنفيذ جزء من الالتزام يقتضي منطقاً وعدالة عدم إلزام المدين بكامل الشرط الجزائي.

كما يجوز للقاضي الزيادة في قيمة الشرط الجزائي إذا ثبت أن هناك غشا أو خطأ جسيما من المدين، فالاتفاق على تخفيف المسؤولية هنا باطل طبقا للمادة 178 فقرة 02 من القانون المدني، وعلى القاضي هنا أن يحكم بتعويض وفقا للقواعد العامة حتى ولو كان هذا الأخير أكبر من الشرط الجزائي في حد ذاته.

3- فوائد الشرط الجزائي:

للشرط الجزائي فوائد عديدة ولعل أهمها:

- * إعفاء المدين من إثبات ركن الضرر لأن هذا الأخير مفترض بناء على الشرط الجزائي.
- * غالبا ما يتم الحكم بهذا الشرط من طرف القضاء.
- * يعتبر الشرط الجزائي وسيلة تهديدية يمكن أن يجبر المدين على الوفاء بالتزامه خاصة إذا كانت قيمة الشرط كبيرة.

المبحث الثالث: ضمان حقوق الدائنين.

قصد استيفاء حقه بعد حلول الأجل، يستطيع الدائن أن ينفذ على أموال مدينه سواء كان ذلك عينيا أو بطريق التعويض، إن هذا الحق الممنوح للدائن يسمى حق الضمان العام (droit de gage général). و لقد نصت المادة 188 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه، و في حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان".

فيتضح من هذا أن الضمان العام يقع على جميع أموال المدين و ليس على مال معين من أمواله، و لذا ينطوي هذا على خطرين كبيرين يهددان حق الدائن و هما:

- مزاحمة باقي الدائنين له.

- تصرف المدين في أمواله.

فبالنسبة للخطر الأول، فلقد أقر المشرع الجزائري حماية لحق الدائن عدة وسائل لذلك وهي ما تسمى بالتأمينات العينية كالرهن و الامتياز، و هي حقوق عينية تخول للدائن تتبع ماله في أي يد كان (ليس موضوع دراستنا).

أما الخطر الثاني الذي يهدد الدائن وهو إمكانية تصرف المدين في أمواله، فلقد وضع القانون الجزائري (نقتصر على دراسة ما ورد في القانون المدني فقط دون ما ورد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية) عدة وسائل تهدف في مجملها إلى المحافظة قدر الإمكان على

الضمان العام وهي الدعوى غير المباشرة، الدعوى البولصية، دعوى الصورية إضافة إلى حق الحبس.

المطلب الاول: الدعوى غير المباشرة:

(المادة 189 من القانون المدني)

الدعوى غير المباشرة هي تلك الدعوى التي يرفعها الدائن باسم مدينه ونيابة عنه ليحمي بها حقه في الضمان العام وهذا نتيجة لتقصير المدين في استعمال بعض حقوقه أو المطالبة بها.

ومثال ذلك أن يملك المدين عقارا و يكون هذا العقار في حيازة الغير الذي سيكسبه بالتقادم، فيحق للدائن هنا أن يرفع دعوى الاستحقاق العقاري باسم مدينه الحائز، فإذا حكم باستحقاق العقار يرجع العقار إلى ذمة المدين، و يمكن للدائن حينها الحجز عليه و هذا ما يسمى بالدعوى غير المباشرة.

الفرع الأول: مجال الدعوى غير المباشرة

الأصل أن الدائن يمكنه استعمال جميع حقوق ودعاوى مدينه وهذا طبقا للمادة 189 من القانون المدني، وهذه السلطة ليست من النظام العام إذ يجوز منع الدائن من مباشرة حق من الحقوق التي يجوز للمدين استعمالها، وطبقا لنص المادة سالفه الذكر فقد أخرج من نطاق الدعوى غير المباشرة ما يلي:

1- الحقوق المتصلة بشخص المدين:

فالحقوق غير المالية لا تدخل أصلا في مجال الدعوى غير المباشرة إضافة إلى الحقوق المالية المتصلة بشخص المدين كالحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية، فلا يجوز للدائن المطالبة باسم مدينه بطلاق هذا الأخير من زوجته حتى و لو رتب هذا الطلاق إثراء لذمة المدين كذلك تخرج من مجال الدعوى غير المباشرة تلك الحقوق و الدعاوى المالية المتصلة بشخص المدين كالمطالبة بالتعويض الأدبي أو ما يتعلق بحقوق المؤلف.

2-الحقوق غير القابلة للحجز:

تهدف الدعوى غير المباشرة إلى إثراء ذمة المدين قصد التنفيذ عليها، و عليه إذا استحال هذا التنفيذ فلا مبرر لاستعمال هذه الدعوى، و مثالها دعاوى النفقة فهذه الأخيرة (النفقة) لا يجوز التنفيذ عليها، و عليه لا يمكن رفع دعوى غير مباشرة للمطالبة بها، إضافة إلى هذا تخرج من مجال الدعوى المباشرة حق المدين في السكن و الاستعمال فهي حقوق غير قابلة للتنازل أو الحجز عليها.

3-عدم جواز إستعمال رخص المدين:

يقصد بالرخصة ذلك الحق الممنوح لأي شخص و المتوقف نشوؤه على إعلان إرادة ذلك الشخص، و مثالها حق الشفعة و قبول الإيجاب أو قبول صفقة رابحة... فلا يجوز هنا أن يباشر الدائن الدعوى المباشرة لأن هذه الأمور رخص ممنوحة للمدين فقط.

الفرع الثاني: شروطها

يجب أن نعرف بداية أن استعمال الدعوى غير المباشرة يقوم على فكرتين أساسيتين وهما: إهمال المدين وتقصيره في استعمال حقه إضافة إلى وجود مصلحة مشروعة للدائن، ولمباشرة هذه الدعوى لابد من توافر شروط إحداها مرتبطة بالمدين وأخرى مرتبطة بالدائن و تتمثل الشروط المرتبطة بالمدين في:

1-تقصير المدين في استعمال حقه.

2-أن يؤدي هذا التقصير إلى إفسار المدين أو الزيادة في إفساره.

3-وجوب إدخال المدين في الدعوى.

أما الشروط المرتبطة بالدائن فيمكن تحديدها فيما يلي:

1-يجب أن يكون حق الدائن ثابتا و محققا غير متنازع فيه و غير احتمالي.

2-و مادام هذا الحق ثابتا و محققا فلا يشترط فيه أن يكون معلوم المقدار ومثاله حق

المضرور من فعل غير مشروع، كما لا يشترط في دين الدائن أن يكون قابلا للتنفيذ فلا يشترط

أن يحوز الدائن سنداً تنفيذياً حتى يرفع الدعوى غير المباشرة.

كما لا يشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء حسب المادة 189 مدني.

إضافة إلى كل ما سبق وبما أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه، فلا يلزم أن يكون حق المدين الذي يستعمله الدائن بالدعوى غير المباشرة سابقا على حق هذا الأخير لأن جميع أموال المدين تدخل في الضمان العام بغض النظر عن تاريخ دخولها في ذمة المدين.

الفرع الثالث: آثار الدعوى غير المباشرة

تنص المادة 190 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يعتبر الدائن في استعمال حقوق مدينه نائبا عن هذا المدين، وكل ما ينتج عن استعمال هذه الحقوق يدخل في أموال المدين و يكون ضامنا لجميع دائنيه".

من خلال هذا النص نجد أن آثار الدعوى غير المباشرة تتصل بالدائن و المدين و الخصم إضافة إلى ترتيبها آثار في ذمة باقي الدائنين.

فبالنسبة للدائن، و مادام هذا الأخير نائبا، فإن الحق الذي سيحكم به القضاء لا ينصرف إلى ذمته بل ينصرف إلى ذمة المدين، و لكن يجوز له مطالبة الخصم بكل ما كان يمكن للمدين أن يطالبه به حتى و لو كان حق الدائن أقل من حق المدين.

و بالنسبة للمدين، فإن الحكم برجوع الحق إليه من مدينه يخوله حق التصرف في هذا الحق بكل أنواع التصرف، فإذا قام بذلك جاز للدائن الطعن في تصرفاته هذه بالدعوى البولصية إذا كانت شروطها متوفرة، كما يحق للمدين تلقي حقه من مدينه مباشرة حتى بعد رفع الدعوى غير المباشرة و يعتبر هذا وفاء صحيحا مبرئا لذمة الخصم.

أما بالنسبة للخصم و هو هنا مدين المدين، فيمكنه التمسك في مواجهة الدائن بكل ما كان يمكنه التمسك به ضد المدين كالتمسك بانقضاء الدين بالتقادم أو المقاصة... إضافة إلى حقه في التمسك بالإبطال إذا كان له ما يبرره.

و أخيرا و بالنسبة لبقية الدائنين العاديين فإن نجاح الدائن في الدعوى غير المباشرة هو نجاح لهم و زيادة للضمان العام فيحق لهم إلى جانب الدائن رافع الدعوى التنفيذ على هذا المال دون أن يستأثر به وحده، و يتقاسمونه فيما بينهم قسمة غرماء. من خلال ما سبق يظهر لنا

مدى القصور الموجود في الدعوى المباشرة فبعد نزاع و خسارة للجهد و المال يرجع الحق إلى ذمة المدين ليتقاسمه باقي الدائنين فيما بينهم، وأمام هذا أضاف المشرع الجزائري دعوى أخرى تسمى **الدعوى المباشرة** و هي دعوى تمنح لرافعها حق امتياز على هذا الحق يتقدم بموجبه على باقي الدائنين.

فيقوم الدائن (أ) في هذه الدعوى بتتبيه مدين المدين (ج) رسميا بعدم الوفاء للمدين (ب) وهو إجراء تحفظي قصد تجميد دين المدين (ب) حتى لا يقوم مدين المدين (ج) بالوفاء لدائنه (ب) وعلى المحجوز لديه (ج) الوفاء للحاجز (أ).

و هذه الطريقة أكثر فعالية و فائدة للدائن عكس الدعوى غير المباشرة، و لقد حدد المشرع الجزائري الحالات التي يمكن فيها استعمال الدعوى المباشرة كما يلي:

1/ المؤجر مع المستأجر من الباطن (المادة 507 من القانون المدني الجزائري).

2/ الموكل مع نائب الوكيل (المادة 580 مدني).

3/ الشخص المضور مع شركة التأمين (المادة 619 مدني).

4/ المقاول الفرعي و العمال مع رب العمل (المادة 565 مدني).

5/ رب العمل ونائب الفضولي (المادة 154 مدني).

المطلب الثاني: الدعوى البولصية:

المادة 191 مدني وما بعدها دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين.

قد يتصرف المدين في جميع أمواله أو في جزء منها إضراراً منه بباقي الدائنين، لذا فقد منح المشرع للدائن حماية قانونية من مثل هذه التصرفات، فمنح له الحق في رفع دعوى يهدف بمقتضاها إلى عدم نفاذ تصرفات مدينه و هذا ما يطلق عليه "الدعوى البولصية".

و بالرجوع إلى نص المادتين 191 و 196 من القانون المدني نجدهما تؤكدان على وجوب توافر شروط في التصرف المطعون فيه حتى يمكن الحديث عن الدعوى البولصية.

الفرع الأول: شروط الدعوى البولصية

ويمكن حصر هذه الشروط فيما يلي:

1/ يجب أن يكون التصرف المطعون فيه تصرفاً قانونياً:

يجب أن يكون هذا التصرف إرادياً لكي نتحدث عن إمكانية قصد الإضرار بالدائن، و عليه لا يمكن الحديث عن هذه الدعوى إذا كانت التزامات المدين ناشئة عن الفعل الضار أو الفعل النافع مثلاً فحتى ولو سببت هذه الأفعال إفساراً للمدين فلا يجوز للدائن التمسك بها فمناط هذه الدعوى هو التصرفات القانونية فقط سواء كانت هذه التصرفات عقوداً أو تصرفات بإرادة منفردة.

2/ يجب ألا يتعلق هذا التصرف بمال لا يجوز الحجز عليه أو بشخص المدين:

ليست كل تصرفات المدين قابلة للطعن فيها بالدعوى البولصية، فهناك تصرفات تخرج من نطاقها، و هي ثلاثة:

- التصرفات المتعلقة بشخص المدين كما رأينا في الدعوى غير المباشرة، و مثالها تنازل المدين عن حقه في رفع دعوى تعويض عن الضرر الأدبي.
- التصرفات المتعلقة بالحقوق غير المالية للمدين حتى و لو رتبت هذه الأخيرة حقوقاً مالية، فلا تقبل الدعوى البولصية في عقد زواج مثلاً.
- لا يجوز استعمال هذه الدعوى ضد حق من حقوق المدين التي لا يجوز الحجز عليها كالنفقة والمرتب.

3/ يجب أن يكون تصرف المدين مفقراً له:

بغض النظر عن الجدل الفقهي و القضائي في المقصود بالتصرف المفقّر، فإن المشرع الجزائري قد حدد المقصود بذلك في المادة 191 مدني، فكل تصرف أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته فهو تصرف مفقّر، و عليه لا تقبل الدعوى البولصية إلا إذا كانت مبنية على الفكرة السابقة، و العكس غير صحيح، فلا يجوز رفع هذه الدعوى إذا رفض المدين الاغتناء مثلاً، فكل تصرف من المدين يكون ضد زيادة حقوقه أو إنقاص التزامه لا يكون محلاً

لهذه الدعوى، فإذا رفض المدين مثلاً هبة عرضت عليه فلا يجوز الطعن بالدعوى البولصية على هذا التصرف.

و نشير هنا إلى نقطة مهمة و هي إذا قام المدين بتفضيل دائن على آخر، حيث حدد المشرع الجزائري حالتين هنا يمكن الطعن فيهما بالدعوى البولصية و هما:

- تفضيل المدين لدائن على آخر دون وجه حق كمنحه رهناً مثلاً.
- قيام المدين بالوفاء لأحد الدائنين دون غيره.

حيث نصت المادة 196 مدني على ما يلي: "إذا لم يقصد بالغش إلا تفضيل دائن على آخر دون حق فلا يترتب عليه إلا حرمان الدائن من هذه الميزة.

و إذا وفى المدين المعسر أحد دائنيه قبل حلول الأجل المضروب أصلاً للوفاء، فلا يسري هذا الوفاء في حق باقي الدائنين و كذلك لا يسري في حقهم الوفاء و لو حصل بعد حلول هذا الأجل، إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين و الدائن الذي استوفى حقه".

4/ أن يكون التصرف المطعون فيه لاحقاً لوجود حق الدائن:

و هذا الشرط تقتضيه الضرورة و هو محل إجماع فقهي، فلا يتصور الطعن في تصرف للمدين كان قبل نشوء حق الدائن الطاعن لأن قصد الإضرار هنا منعدم، و إن كان الفقه يرى بقبول رفع هذه الدعوى إذا كان تصرف المدين قصد الإضرار بشخص يوشك أن يكون دائنه، فرغم أسبقية تصرف المدين على حق الدائن هنا إلا أن احتمال غش المدين هنا ظاهر يمكن إثباته بسهولة، و مثاله أن يبيع المدين جزءاً مهماً من أمواله ليبرم بعدها مباشرة قرض بفائدة كبيرة.

و العبرة بأسبقية حق الدائن على تصرف المدين هي تاريخ نشوء الحق و ليس تاريخ استحقاقه، كما أن العبرة في حق الدائن هي دائماً في وقت نشوئه و ليس في وقت شهره إذا كان عقاراً مثلاً، و يتحمل الدائن عبء إثبات أسبقية حقه على تاريخ تصرف المدين.

ونشير أخيراً إلى أن الدعوى البولصية تتقادم بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف، وتسقط في جميع الأحوال سواء علم الدائن بصدور

التصرف أو لم يعلم به بمرور خمسة عشر سنة تحتسب من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه وهذا ما نصت عليه المادة 197 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثاني آثار الدعوى البولصية:

يجب أن ننوه ثانية الى أن الدعوى البولصية هي دعوى تهدف حصرا الى عدم نفاذ التصرفات التي يبرمها المدين اضرار بدائنه في مواجهة هذا الأخير، فهي ليست دعوى بطلان أو دعوى تعويض، فيبقى التصرف الذي أبرمه المدين صحيحا لكنه غير نافذ، بخلاف الحكم بالبطلان مثلا حيث أن الحكم ببطلان التصرف يؤدي الى عدم ترتيب أي أثر وإرجاع المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد. كما أن الفقه زاخر بالمناقشات حول الطبيعة القانونية لهذه الدعوى.

وترتب هذه الدعوى عدة اثار سواء بالنسبة للدائن من جهة أو بالنسبة للمدين والشخص المتصرف اليه من جهة أخرى

1- اثار الدعوى البولصية بالنسبة للدائن:

الأثر الأساسي الذي ترتبه هذه الدعوى بالنسبة للدائن هو عدم نفاذ التصرف في حقه، فعدم استيفاء الدائن لحقه بعد رفع الدعوى وعدم قيام المتصرف اليه بإيداع ثمن المثل حسب ما تقضي به المادة 194 من القانون المدني الجزائري يؤدي الى عدم نفاذ التصرف في مواجهة رافع الدعوى إضافة الى باقي الدائنين، وعليه يعتبر هذا التصرف كأنه لم يوجد أصلا، فاذا لم يتمكن الدائن رافع الدعوى من إعادة المال المتصرف فيه الى الضمان العام جاز له في هذه الحالة المطالبة بالتعويض.

2- اثار الدعوى البولصية بالنسبة للمدين:

وبالنسبة للمدين والشخص المتصرف اليه، فإن التصرف يبقى صحيحا دون أن يكون نافذا في حق الدائن كما سبق القول، ويترتب على اعتبار التصرف صحيحا بالنسبة لهما تعامل المتصرف اليه كما لو أن التصرف منتج لجميع اثاره، فمثلا لو افترضنا بقاء جزء من ثمن الشيء محل التصرف بعد قيام الدائن بالتنفيذ، فان هذا الباقي هو من حق المتصرف اليه وليس

من حق المدين، كما يحق للشخص المتصرف اليه الرجوع على المدين بجميع الدعاوى التي تنشأ عن العقد ، فاذا كان التصرف عقد بيع مثلا من المدين الى المتصرف اليه، فيمكن لهذا الأخير الرجوع على البائع (المدين) بكل الضمانات التي يمنحها عقد البيع وعلى رأسها دعوى ضمان التعرض والاستحقاق (المادة 371 من القانون المدني وما بعدها) واذا كان العكس بأن كان الشخص المتصرف اليه هو البائع، فيمكنه المطالبة بفسخ العقد نظرا لإخلال المشتري (المدين) بالتزامه بدفع الثمن. (المادة 387 وما بعدها)

المطلب الثالث: دعوى الصورية :

(198-199 من القانون المدني الجزائري)

قد يلجأ المدين الى القيام بتصرف لا وجود له في الحقيقة أو مخالف لها، كل هذا بهدف إبعاد أمواله محل هذا التصرف من الضمان العام لدائنيه، وهذا ما يسمى بالصورية. فالصورية هي إخفاء حقيقة معينة وراء مظهر قانوني كاذب.

الفرع الأول: أنواع الصورية

تنقسم الصورية الي نوعين وهما الصورية المطلقة والصورية النسبية

1-الصورية المطلقة:

وهي التي يكون فيها العقد الظاهر مجرد مظهر فقط لا وجود له في الحقيقة، فالمتعاقدان لم يقصدا ترتيب أي أثر قانوني على هذا العقد الظاهر، ومثالها بيع المدين لأمواله الى أحد أقاربه ظاهرا فقط ويتفقا على أن هذا البيع هو عقد بيع صوري بحت، وتبقى هذه الأموال في حقيقة الأمر ملكا للمدين.

2-الصورية النسبية:

ويقصد بها إخفاء المتعاقدين لجزء من الحقيقة في العقد الصوري الظاهر، سواء كان هذا بإخفاء طبيعة العقد بينهما (التستر) أو إخفاء شرط من شروط العقد(المضادة) أو إخفاء أحد أطراف التصرف(التسخير)

أ-الصورية عن طريق التستر:

وهدفها إخفاء طبيعة التصرف في حد ذاته، ومثالها إخفاء هبة في عقد بيع أو العكس أو افراغ وصية في عقد بيع حتى لا تكون في حدود الثلث حسب ما يقضي القانون.

ب-الصورية عن طريق الضد:

ويكون فيها المساس بشرط من شروط العقد أو ركن من أركانه، كأن يذكر ثمن أعلى من ثمن البيع الحقيقي اضرازا بالشفيع، أو ثمن أقل من الثمن الحقيقي تهريا من رسوم تسجيل العقارات. وعادة ما يحتفظ المتعاقدان في هذا النوع من الصورية بورقة تسمى ورقة الضد قصد إثبات الثمن الحقيقي للعقد.

ج-الصورية عن طريق التسخير:

ويهدف فيها طرفا التعاقد الى إخفاء أحد طرفي التصرف وإظهار طرف اخر مكانه وهذا لان القانون يمنع ذلك، كمنع القضاة والمحامين والموثقينمن شراء الحقوق المتنازع فيها أمامهم (402-403 من القانون المدني الجزائري).

الفرع الثاني: شروطها

يجب التذكير بداية أنه يمكن رفع دعوى الصورية حتى ولو لم تؤدي تصرفات المدين الى إعساره أو الزيادة في إعساره، فلا علاقة لها بإعسار المدين عكس الدعوى البولصية. ويمكن حصر شروط هذه الدعوى فيمايلي:

1- وجود عقدين أحدهما ظاهر والأخر مستتر يتحد فيهما الأطراف والموضوع

2- صدور العقدين في وقت واحد وهذا ما يسمى بالمعاصرة الذهنية

3- اتجاه إرادة المتعاقدين الى إخفاء العقد الحقيقي أو جزء منه وراء عقد ظاهر

الفرع الثالث: أحكامها

بالنسبة لأطراف التعاقد وخلفهما العام فان العبرة بالعقد الحقيقي فقط، فلا يعتد بتاتا بالعقد الظاهر وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 199 من القانون المدني بقولها: "إذا أخفى المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي".

وتثبت الصورية فيما بين المتعاقدين والخلف العام وفقا لقاعدة عدم جواز إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون محرر كتابي إلا بالكتابة، ماعدا ما استثناه المشرع في هذه الحالة، وهو وجود بداية ثبوت بالكتابة أو وجود مانع أدبي أو مادي يحول دون الحصول على دليل كتابي أو حالة فقد الدليل الكتابي لسبب أجنبي.

ففي هذه الحالات الثلاث يمكن النزول عن الاثبات بالكتابة الى الاثبات بالشهادة والقرائن.

وهناك حالة واحدة يمكن بمقتضاها تجاوز قاعدة عدم جواز اثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة الا بالكتابة وهي إذا كان هدف الصورية هو التحايل على القانون، فيجوز للمتعاقد هنا وخلفه العام اثبات هذه الصورية بجميع طرق الاثبات، فلا يجوز التمسك بقاعدة الكتابة مثلا في دين هو في حقيقته دين قمار ويظهره المتعاقدان على أنه عقد قرض عادي.

أما بالنسبة للغير، وهو كل شخص لم يكن طرفا في التصرف الصوري لكن تكون له مصلحة تجعله يستفيد أو يضار من هذا التصرف، وهم الدائنون العاديون للمتعاقدين وخلفهم الخاص، فيمكن لهم متى كانوا حسني النية حسب المادة 198 من القانون المدني أن يتمسكوا بالعقد الصوري الظاهر، وترتبيا على ذلك، لا يمكن بأي حال من الأحوال التمسك في مواجهتهم بالعقد المستتر، كما يجوز لهم اثبات الصورية بكل طرق الاثبات حيث انهم ليسوا طرفا في العقد حتى يطلب منهم الامتثال لقاعدة عدم جواز اثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها إلا بالكتابة، فالتصرف بالنسبة لهم يأخذ حكم الواقعة المادية.

وتجدر الإشارة هنا الى أنه يمكن أن يحصل تعارض بين الدائنين فيما بينهم، فهناك من تكون مصلحته في تطبيق العقد الظاهر وهناك من تكون مصلحته في تطبيق العقد المستتر، وما يلاحظ هو عدم تطرق المشرع الجزائري لهذه النقطة وإن كنا نرى حسب المادة 198 سالفة

الذكر، أنه وفي حال وجود هذا الاختلاف بين الدائنين فإن الذين يجب الأخذ بموقفهم هم الدائنون الذين يتمسكون بالعقد الظاهر، وهذا ما يتماشى مع نص المادة.

ولقد تطرقت العديد من التشريعات الى هذه الحالة وأعطت الخيار للدائنين بين الأخذ بالعقد الصوري أو العقد المستتر، وإن حدث اختلاف بينهم يؤخذ بقول من يرى بتطبيق العقد الظاهر.

المطلب الرابع: الحق في الحبس

(المواد 200-201-202)

يمكن للدائن إذا كان ملتزماً بأداء شيء لمدينه، أن يتمتع عن أداء هذا الالتزام مادام هذا الأخير مرتبطاً بالالتزام المدين اتجاه الدائن، وهذه هي فكرة الحق في الحبس. فهذا الأخير يقصد به حبس الشيء الذي التزم الدائن بأدائه للمدين حتى يستوفي حقه منه.

وأبرز امثلة الحق في الحبس، حبس البائع للشيء المبوع عن المشتري حتى يستوفي ثمنه، وحبس المقاول للشيء الذي صنعه حتى يستوفي أجره... وسنتطرق لهذا الحق بدءاً بشروطه ثم آثاره وأخيراً إنقضاء الحق في الحبس.

الفرع الأول: شروط الحق في الحبس

تنص المادة 200 من القانون المدني على مايلي: "لكل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالالتزام ترتب عليه وله علاقة سببية وارتباط بالالتزام المدين. أو مادام الدائن لم يقدم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالالتزامه هذا.

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

وحسب هذه المادة يمكن تحديد شروط الحق في الحبس على النحو التالي:

1-التزام في ذمة الحابس بأداء شيء معين يقتضي الحق في الحبس أن يكون في ذمة الحابس التزام بأداء شيء معين مهما كان هذا الشيء ومهما كان مصدره، ومثاله إمتناع الحابس عن تسليم شيء باعه حتى يستوفي ثمنه ...

وليس ضرورياً أن يكون الحابس مالكا للشيء المحبوس، فيمكن للحائز حيازة عرضية وبطريقة مشروعة، حسب نص المادة سالفه الذكر، أن يحبس ما في حيازته عن مالكة الحقيقي الى غاية استرداد ما أنفقه عليه من مصروفات (المادة 02/202).

أما إذا كانت هذه الحيازة غير مشروعة كمن يحوز منقولا عن طريق السرقة مثلا، فلا يجوز له حبسه عن مالكة طالبا ما أنفقه عليه من مصروفات (المادة 02/202).

2-وجود حق مستحق الأداء للحابس

يجب أن يكون هناك حق للحابس في ذمة المدين، ويجب أن يكون هذا الحق محقق الوجود ومستحق الأداء، فلا يمكن الحديث عن الحق في الحبس إذا كان حق الحابس معلقا على شرط أو مضافا الى أجل (سننترق الى ذلك بالتفصيل في الفصل الثاني من هذه الدراسة عند الحديث عن أوصاف الالتزام).

3-وجوب وجود إرتباط بين حق الحابس وبين التزامه بأداء شيء

ويعتبر هذا أهم شرط، حيث يقصد به وجوب وجود إرتباط بين بين الدينين المتقابلين، وقد يكون هذا الارتباط قانونيا أو ماديا.

فالارتباط القانوني هو ذلك الارتباط الناشئ عن علاقة قانونية بين الدينين، ولعل أبرز صور هذا الارتباط هو ذلك الذي ينشأ في العقود الملزمة لجانبين، فيكون الالتزام الذي في ذمة

المدين هو السبب في الالتزام المقابل الذي ينشأ في ذمة الطرف الاخر، كحق البائع في حبس المبيع (المادة 390 من القانون المدني) والذي يقابله حق المشتري في حبس الثمن (المادة 388).

ويمكن تصور هذا الارتباط حتى دون وجود عقد، ومثال ذلك العلاقة بين الفضولي ورب العمل، فالالتزاماتهما متبادلة وعليه بإمكان كل منهما عدم تنفيذ التزامه حتى يستوفي حقه من الطرف الاخر. (المواد 150...159).

أما الارتباط المادي، فهو الارتباط الناشئ عن واقعة مادية دون أن تكون هناك رابطة قانونية، فكل من حاز شيئاً بحسن نية وقام بالإنفاق عليه يمكنه حبسه عن المالك حتى يسترد ما أنفقه عليه. فمصدر العلاقة بين الحائز والمالك هنا هي الحيازة فقط، ومثاله ما نصت عليه المادة 836 من القانون المدني فيما يتعلق باسترداد الشخص الذي اشترى شيئاً ضائعاً أو مسروقاً بحسن نية لثمنه من مالكة الأصلي، حيث يمكنه أخذ الثمن الذي دفعه مقابل هذا الشيء من المالك، حيث تنص المادة 836 على مايلي: "يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا فقده أو سرق منه أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وذلك في أجل ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة. إذا كان الشيء الضائع أو المسروق قد وجد في حيازة من اشتراه بحسن النية في السوق بالمزاد العلني أو اشتراه ممن يتجر في مثله فإن له أن يطالب ممن يسترد الشيء أن يرد الثمن الذي دفعه." كما أكدت نفس الكلام السابق المادة 839 من القانون المدني.

فإذا انعدم هذا الارتباط سواء كان قانونياً أو مادياً فلا مجال للحديث عن الحق في الحبس. ويتوافر الشروط السابقة يصبح من حق المعني أن يحبس الشيء دون قيامه بأي إضرار، كل هذا وفقاً لمقتضيات حسن النية ودون تعسف في استعمال الحق من الشخص الحابس

الفرع الثاني: آثار الحق في الحبس

تنص المادة 201 من القانون المدني على مايلي: "مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه. وعلى الحائز أن يحافظ على الشيء وفقا لأحكام رهن الحيازة، وعليه أن يقدم حسابا عن غلته.

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 الى ثمنه."

من خلال النص السابق يمكن القول أن آثار الحبس تتمثل في حقوق وواجبات تقع على عاتق الحابس، ويمكن لهذه الآثار أن تمس بحقوق الغير وهم الأشخاص الذين يحتج بالحبس في مواجهتهم.

فمن حق الحابس أمران مهمان وهما:

-حقه في عدم تسليم الشيء المحبوس الى المالك الأصلي.

-تمسكه بحقه في الحبس في مواجهة الغير.

فيمكن لمالك الشيء المحبوس مطالبة الحائز بتسليم الشيء بعد الوفاء بما في ذمته للحائز، ويكون هذا الوفاء كاملا غير منقوص، لأن الحق في الحبس حق غير قابل للتجزئة، إلا إذا رأى القاضي تعسفا في استعمال الحق من طرف الحابس، فيمكنه هنا تجزئة هذا الحق، ويكون ذلك إذا كان الجزء المتبقي للوفاء تافها مقارنة مع الالتزام الأصلي. ويسري ما سبق ذكره على المالك وخلفه العام، كما يطبق على الحابس وخلفه العام، بمعنى أن الحق في الحبس كما يطبق على المالك يطبق على ورثته، وإذا حدث ومات الحابس فإن هذا الحق ينتقل الى ورثته كذلك، فلهم حبس الشيء الى غاية استيفاء حقهم.

وجدير بالذكر أن الحق في الحبس لا يمنح للحائز حق إمتياز، فحق الحبس لا يمنح حق التتبع الذي يمنحه حق الامتياز حسب الفقرة الأولى من المادة 201.

والى جانب الحقوق الممنوحة للحابس يلتزم هذا الأخير حسب المادة 201 دائما بمايلي:

- المحافظة على الشيء المحبوس
- المحافظة على ثمار الشيء وتقديم حساب عنها، وحبسها أو حبس ثمنها إذا بيعت مع الشيء المحبوس.
- القيام برد الشيء المحبوس بعد استيفاء حقه.

الفرع الثالث: إنقضاء الحق في الحبس

تنص المادة 202 من القانون المدني على مايلي: "ينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه غير أنه لحابس الشيء إذا خرج من يده بغير علمه أو بالرغم من معارضته، أن يطلب استرداده إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده مالم تنقضى سنة من وقت خروجه"

وبناء على هذا النص، قد ينقضي الحق في الحبس بطريق أصلي أو بطريق تبعي.

1-إنقضاء الحق في الحبس بطريق أصلي

ويقصد به انقضاؤه قبل انقضاء الحق المضمون بطريقة مستقلة تماماً، ويكون ذلك إما بتقديم المالك لضمان كاف قصد الوفاء بالحق المحبوس وذلك عن طريق رهن أو كفالة...وهذا حسب المادة 200. وإما بإخلال الحابس بالتزامه بالحفاظ على العين المحبوسة وهنا يحق للمالك اللجوء الى القضاء والمطالبة بانقضاء الحق في الحبس نتيجة لعدم محافظة الحابس على العين. ويمكن أن ينقضي الحق في الحبس بطريق أصلي كذلك في الحالة التي تهلك فيها العين المحبوسة ونميز هنا بين أمرين:

فإذا كان الهلاك نتيجة لخطأ الحائز فإنه يلزم بالتعويض، أما إذا كان الهلاك بسبب أجنبي فإن تبعة الهلاك تقع على المالك. وكمثال على ذلك هلاك الشيء المبيع المحبوس، حيث تنص المادة 391 من القانون المدني على مايلي: "إذا تلف المبيع في يد البائع وهو ماسك له كان تلفه على المشتري ما لم يكن التلف قد وقع من فعل البائع." وينقضي الحق في الحبس أخيراً بطريق أصلي إذا خرج بطريق إرادية من يد الحائز حسب المادة 202.

2-إنقضاء الحق في الحبس بطريق تبعي

وهذا أمر منطقي، فالحق بالحبس في هذه الحالة ينقضي بالتبعية لانقضاء الحق المضمون، فإذا أوفى المالك مثلا بالمصروفات التي أنفقها الحابس، فإن الحبس ينقضي تلقائيا بالتبعية، فلا مبرر للإبقاء على الحبس بعد إعطائه ما أنفق. فما قام به المالك في المثال السابق يسمى وفاء وهو يؤدي مباشرة الى انقضاء الحق في الحبس بالتبعية له، كما يمكن أن ينقضي الحق في الحبس بما يقوم مقام الوفاء كالتجديد والمقاصة...ويمكن أن ينقضي حتى دون وفاء كحالة الإبراء أو إستحالة التنفيذ، مع ملاحظة مهمة وهي أن الحق في الحبس لا يقبل التجزئة - كما سبق ذكره - وعليه لا يقبل بصدده الوفاء الجزئي.

وأخيرا فإن الحق في الحبس لا يتقادم لأن بقاء الشيء المحبوس في يد الحابس هو في حد ذاته يعتبر إقرارا من المدين بمديونيته، وهذا الإقرار المتجدد يقطع التقادم.

المحور الثاني: أوصاف الالتزام

إن الالتزام بصورته البسيطة هو الذي لم يلحقه أي وصف في عناصره الثلاثة :

- رابطة قانونية تربط الدائن بالمدين.

- محل الالتزام و هو الشيء الذي يلتزم المدين بأدائه للدائن.

- طرفا الالتزام و هما الدائن و المدين.

فهذا هو الالتزام بصورته البسيطة في كل عنصر من هذه العناصر، فالرابطة القانونية

فيه وجودها محقق ونفاذها فوري، و له محل واحد و كل من طرفيه واحد لا يتعدد. و لكن قد

يلحق الالتزام في أحد هذه العناصر الثلاثة وصف يكون من شأنه أن يعدل من هذه الآثار

فيكون الالتزام موصوفا وهذا الوصف اما ان يلحق العنصر الاول من عناصر الالتزام رابطة

المديونية، فتتعلق هذه الرابطة على شرط او يتراخى نفاذ هذه الرابطة او ينقضي هذا الالتزام

بأجل معين فيكون لرابطة المديونية وصفان هما : الشرط و الاجل.

و إما ان يلحق الوصف العنصر الثاني من عناصر الالتزام و هو المحل فلا يكون

هذا المحل واحدا بل يتعدد و هذا التعدد اما ان يكون تخييريا او اختياريا.

و قد يلحق الوصف العنصر الثالث من عناصر الالتزام فيتعدد أحد طرفيه من دائن

أو مدين او كلاهما معا فينشئ بينهم تضامن و يحول دون انقسام الدين.

المبحث الاول : الاوصاف التي تلحق الرابطة القانونية للالتزام

إن الوصف الذي يمكن أن يلحق الالتزام قد يلحقه في الرابطة القانونية ذاتها فيؤثر في وجودها أو نفاذها. فإذا اثر في وجودها فجعل وجودها غير مؤكد، أو زوالها مترتب أمر مستقبلي غير محقق الوقوع فهو "الشرط" و إذا اثر في نفاذها فجعلها غير نافذة فهو "الأجل".

ولقد تطرق المشرع الجزائري الى كل من الشرط و الأجل في المواد من 203 إلى 212 قانون مدني و اعتبر كل منهما وصف من الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام.

المطلب الاول : الشرط.

يتناول هذا المطلب بيان مفهوم الشرط من خلال تعريفه و تمييزه عن غيره و تبيان خصائصه و ذلك بتقسيمه الى فرعين. نتناول في الأول، تعريف الشرط و انواعه ثم نتطرق الى خصائص الشرط و اثاره.

الفرع الاول : تعريف الشرط و انواعه

أولاً : تعريف الشرط.

"الشرط لغة: هو "الزام" الشيء و "التزامه" و يقال فلان شارطه ، "اذ شرط كل منهما على صاحبه"، فالشرط بهذه المثابة يستهدف بيان حقوق و واجبات المتعاقدين او المشترط و المشترط عليه¹.

و للشرط معنى اخر هو المعنى الاصطلاحي : و بموجبه يكون الشرط ما يتوقف وجود الشيء على و جوده و كان خارجا على حقيقته او ماهيته ، ولا يلزم من وجوده وجود الشيء ولكن يلزم من عدمه عدم ذلك الشيء².

¹ ابن قيم الجوزية ، اعلام الموقعين عن رب العالمين . ج3 تحقيق و ضبط عبد الرحمان الوكيل ص 471
² الحكيم عبد المجيد، الموجز في شرح القانون المدني . الجزء الثاني في احكام الالتزام . ط3 . بغداد. ص 156-157

أما قانوننا، فلقد نصت المادة 203 من القانون المدني الجزائري على مايلي : "يكون الالتزام معلقا اذا كان وجوده او زواله مترتبا على امر مستقبلي و ممكن وقوعه" .

فالشرط بهذا المعنى لا يمكن ان يوجد الا في التزامات التي تصدر عن ارادة ، سواء كانت تلك الالتزامات ترتبت عن عقد ام صدرت بإرادة منفردة. و لذلك لا يعد من قبيل الشرط كوصف إرادي للالتزام تلك الشروط القانونية التي يتطلبها القانون لترتيب اثر معين كشرط التسجيل في العقود الشكلية و لا يعد كذلك شرطا بالمعنى الدقيق للشرط باعتباره وصفا من اوصاف الالتزام ما يتضمنه العقد من احكام تنظيم العلاقة العقدية بين الطرفين مثل الشرط الجزائري

و عليه يمكن القول أن الشرط هو أمر مستقبلي غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه انشاء التزام او زواله.

ثانيا: انواع الشرط.

الشرط نوعان: الشرط الواقف و الشرط الفاسخ.

1- الشرط الواقف:

هو الذي يترتب على تحققه وجود إلتزام، بحيث أنه إذا تحقق الشرط إنعقد العقد و نشأت التزامات في ذمة كل من طرفيه، أو نشأ التزام في ذمة الواعد إذا كنا امام ارادة منفردة كمصدر للالتزام، مثلا أن يعد والد ابنه بهدية إذا نجح في الامتحان فإذا نجح استحق الابن الجائزة، و إذا تخلف الشرط لا ينشأ العقد ولا الالتزام و هذا ما اكدته المادة 205 من القانون المدني.

أما إذا كان الشرط الواقف المستحيل و المخالف للنظام العام و الآداب العامة كان العقد باطلا ولا ينشأ عنه أي التزام حسب المادة 204 من القانون المدني. و سبب ذلك ان الشرط لا يمكن ان يتحقق لاستحالة مادية او قانونية و يقصد بالاستحالة هنا استحالة مطلقة لا نسبية. فالشرط الواقف المخالف للنظام العام و الآداب العامة هو الشرط الذي يسلب الانسان

احدى الحريات التي يعترف له القانون بها مثل عدم الزواج او عدم الطلاق فهذا الشرط باطل.

2- الشرط الفاسخ:

هو الذي يترتب على وقوعه زوال الالتزام¹. و مثاله إذا باع شخص شيئاً و اشترط على المشتري ان يكون له استرداد المبيع في خلال مدة معينة بعد رد الثمن وهذا هو بيع الوفاء فهنا العقد موجود و صحيح و لكن فسخه و زواله معلق على شرط و هو رد الثمن فإذا تحقق الشرط فسخ العقد و زال.

اما إذا كان الشرط مخالفا للنظام العام و الآداب العامة² فلا يمكن ان يتحقق كما سبق ذكره، و يرجع عدم امكانية تحققه إلى الإستحالة القانونية ، فالقانون لا يعترف بشرط مخالف للنظام العام و الآداب العامة ومثال ذلك إذا وهب شخص لأخر شيئاً واشترط عليه ان لا يطلق زوجته ، فهذا الشرط مخالف للنظام العام، و إذا وهب شخص لامرأة شيء على ان تعاشره معاشرة غير مشروعة فهذا الشرط مخالف للآداب العامة.

الفرع الثاني : خصائص الشرط

يمكن أن نستخلص من النصوص القانونية أن للشرط ثلاث مقومات وهي : أنه أمر مستقبل، غير محقق الوقوع، و غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة. و هناك مقوم رابع وهو أن الشرط أمر عارض إضافي.

أولاً : الشرط أمر مستقبل.

الوصف كشرط يرد على الالتزام لا يصح الا ان يكون أمراً مستقبلاً³ ، فإذا وعد شخص شخصاً آخر بجائزة إذا عثر على المال المفقود أو وعد أب ابنه إذا نجح في الامتحان بجائزة فإن كلا من العثور على جائزة و النجاح في الامتحان كان معلقاً على شرط

¹ د. محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الرغاية ، ص 295

² المادة 93 من القانون المدني الجزائري

³ عبد الباقي عبد الفتاح، احكام الالتزام، نهضة مصر . القاهرة. ص238

و هو الالتزام بالجائزة ، إذ يتوقف وجوده على تحقق هذا الشرط وعليه لا يجوز أن يكون الشرط أمرا ماضيا أو حاضرا فلا بد ان يكون الشرط امرا مستقبلا¹.

أما إذا كان ماضيا أو حاضرا فهو ليس بشرط، حتى لو كانا طرفا الإلتزام يجهلان وقت التعامل ما إذا كان الامر الماضي وقع أو لم يقع، أو إذا كان الامر الحاضر واقعا أم غير واقع. فلو أن الواعد بالجائزة في المثال المتقدم وقت أن وعد بها كان الموعود له قد عثر على المال المفقود ولا يعلم الواعد ذلك، فاللتزام الواعد بالجائزة التزم منجز غير معلق على شرط و هو واجب الوفاء في الحال فالأب الذي وعد بالجائزة كان وقت الوعد بها لا يعلم ان نتيجة الامتحان قد ظهرت و ان ابنه قد رسب ، فاللتزم الاب بإعطاء الجائزة التزم لم يوجد ولن يوجد، فهو التزم غير موجود أصلا منذ البداية و ليس التزاما معلقا على شرط. وقد يكون الأمر المستقبل أمرا ايجابيا أو أمرا سلبيا فالأب الذي التزم بأن يهدي لابنه جائزة قد علق إلتزامه على شرط و هو النجاح و هذا أمر إيجابي . و الزوج الذي يوصي لامرأته بدار على ان لا تتزوج بعده قد علق الوصية على شرط عدم الزواج وهذا أمر سلبي. ولا فرق ما إذا كان الأمر المستقبل امرا ايجابيا أو سلبيا إلا من ناحية تقدير الوقت الذي يعتبر فيه الشرط قد تحقق أو تخلف. ففي الشرط الايجابي تكون المدة عادة قصيرة فإذا لم يتحقق الشرط فيها اعتبر متخلفا، أما في الشرط السلبي فتكون المدة طويلة غالبا.

ثانيا :الشرط أمر غير محقق الوقوع.

فالشرط يجب أن يكون أمرا غير محقق الوقوع و هذا الشك في وقوع الأمر هو لب الشرط و الأصل فيه. فالشرط أمر أو واقعة يكتنف الشك حدوثها فلا يتسنى لاحد الجزم سلفا بها و ما ستنتهي اليه².فإذا كان أمرا محقق الوقوع فإنه لا يكون شرطا. فالشرط لا يكون أمرا محقق الوقوع، فإذا كان الأمر مستقبلا و لكنه محقق الوقوع فإنه لا يكون شرطا بل يكون أجلا ، فإذا أضاف الملتمزم إلتزامه إلى موسم الحصاد كان الإلتزام

6 الجبوري ، ياسين ، "الواقعة الشرطية" المرجع السابق ، ص268

² ابو السعد ، محمد شتا، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني، عالم الكتب ، القاهرة ، ص 21-22

مقترنا بأجل لا معلقا على شرط . و يكون الامر محقق الوقوع أجلا حتى لو لم يكن موعد وقوعه محققا كالموت، ومثاله إلتزام شركة التأمين على الحياة بأن تدفع لورثة المؤمن له عند موته هو إلتزام مضاف إلى أجل واقف لا معلق على شرط واقف .

كما لا يكون أمرا مستحيل الوقوع، فإذا علق الملتزم وجود التزامه على أمر مستحيل إستحالة مطلقة، فإن الإلتزام لا يوجد أصلا. فإذا وعد شخص شخصا آخر بأن يعطيه جائزة إذا وصل إلى الشمس كانت هذه استحالة مطلقة. أما إذا كانت الاستحالة نسبية فإنها لا تعيب الإلتزام بل يكون في هذه الحالة قائما يتوقف وجوده او زواله على تحقق الشرط، فمثلا يجوز لشخص أو هيئة أن تعد بمنح جائزة إذا استطاع الموعود له أن يجد علاجاً لبعض الامراض المستعصية التي لا يوجد لها علاج¹.

ويمكن أن تكون الاستحالة طبيعية كما يمكن أن تكون قانونية². فالإلتزام المعلق على شرط أن يبيع المشتري عليه تركة مستقبلية أو أن يتزوج محرماً، لا يكون التزاماً قائماً لأنه علق على شرط مستحيل استحالة مطلقة ، والاستحالة هنا قانونية لا طبيعية لان بيع تركة مستقبلية باطل و باطل كذلك الزواج بمحرم.

وقد يكون الشرط إرادياً أو متعلقاً بأحد طرفي الإلتزام أو متروكاً للصدفة. أما الشرط الإرادي فهو إما شرط إرادي بسيط أو شرط إرادي محض. فالشرط الإرادي البسيط يتعلق بإرادة أحد طرفي الإلتزام، ولكن هذه الإرادة ليست مطلقة بل هي مقيدة بظروفها و ملابساتها. فالزواج شرط إرادي يتعلق بإرادة الدائن و المدين ولكن إرادة المشتري عليه ليست مطلقة، إذ الزواج أمر تحوط به ظروف و ملابسات اجتماعية و اقتصادية. أما الشرط الإرادي المحض وهذا إما يتعلق بمحض إرادة الدائن او المدين³ فإذا تعلق بمحض إرادة الدائن كان شرطاً صحيحاً، وكان الإلتزام قائماً معلقاً على شرط إرادة الدائن أما

¹ مأمون الكزيري، نظرية الإلتزامات ، مطابع دار القلم ، بيروت ، ص 25

² السنهوري ، مرجع سابق ، ص 17

³ ابو السعد محمد الشتا ، مرجع سالك ، ص 290

إن تعلق الشرط بمحض إرادة المدين كان شرطا فاسخا كأن يلتزم المدين حالا و يجعل فسخ هذا الالتزام معلقا على إرادته المحضة كان الشرط صحيحا و كان الالتزام قائما ،لان الالتزام لم يعلق وجوده على محض ارادة المدين وإنما استبقى المدين زمامه في يده إن شاء أبقاه و إن شاء فسخه .

وإن كان الشرط متعلقا بمحض ارادة المدين شرطا واقفا كأن يلتزم إذا أراد أو إذا رأى ذلك معقولا أو مناسبا فهذا الشرط يجعل الالتزام غير موجود منذ البداية، أي أنه ان شاء حقق الشرط و بالتالي يصبح محقق الوقوع ، وإن شاء تخلف عنه و بالتالي يصبح مستحيل الوقوع ومن ثم يكون هذا الشرط باطلا وهذا ما تقره المادة (205) ق مدني بقولها "لا يكون الإلتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الإلتزام متوقفا على محض ارادة الملتزم".

ويمكن تصور وجود الشرط متعلقا بأحد طرفي الإلتزام كالزواج فهو متعلق بإرادة من يشترط عليه الزواج. وقد يكون شرطا مختلطا يتعلق بإرادة أحد طرفي الإلتزام و بعامل خارجي كالصدفة أو إرادة الغير كالزواج من شخص معين فهذا الشرط متعلق بإرادة من اشترط عليه الزواج و إرادة من اشترط الزواج منه. و كل من الشرط المتروك للصدفة و الشرط المختلط شرط صحيح ،لان الامر لا هو محقق الوقوع و لا هو مستحيل الوقوع، أي أنه محتمل الوقوع.

ثالثا :أن يكون الشرط غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة.

يجب أن يكون الشرط مشروعاً، و مشروعيته تأتي من انسجامه مع النظام العام و الآداب العامة، فلا يكون مخالفا لهما فالشرط المخالف للنظام العام يعتبر باطلا ولا يقوم الإلتزام الذي علق وجوده عليه.

وبالرجوع الى نص المادة (204) من القانون المدني الجزائري يتضح أنه يجب ان يكون الشرط مشروعاً غير مخالف للقانون و يترتب عليه البطلان، ومن أمثلته إذا علق

الملتزم التزامه على ان لا يتزوج الدائن إطلاقاً، وأيضاً إذا اشترط الزوج مثلاً منع زوجته من الزواج بعد موته غيرة منه فهذا شرط مخالف للنظام العام، أما إذا رُمى الشرط إلى جعل زوجته بعد موته تتفرغ لتربية أولاده منها، فالشرط صحيح و الالتزام قائم¹. و يمكن التمييز بين الشرط المخالف للنظام العام و الشرط المستحيل استحالة قانونية، و إن كان كل من الشرطين باطلاً ، فاشتراط عدم الزواج قد يكون شرطاً مخالفاً للنظام العام و لكنه شرط غير مستحيل ،أما اشتراط الزواج من محرم فهو شرط مستحيل استحالة قانونية وهو في الوقت ذاته مخالف للنظام العام².

رابعاً : الشرط أمر عارض.

يدخل في مقومات الشرط أنه أمر عارض يلحق عنصراً جوهرياً من عناصر الحق. و يترتب على أن الشرط يلحق عنصراً جوهرياً من عناصر الحق أن كلا من الحق المضمون برهن و الحق غير معين القيمة و الحق التبعية لا يعتبر حقاً معلقاً على شرط لأن الوصف هنا لا يلحق عنصراً جوهرياً من عناصر الحق³.

أما المقصود بأن الشرط أمر عارض فمعناه أنه وصف يدخل على الحق بعد تمام هذا الحق و تكامل عناصره فيكون الشرط أمراً عارضاً لا يساهم في تكوين الحق ذاته ، بل يضاف إليه بعد تكوينه و يمكن تصور قيام الحق بدونه، فالشرط إذن باعتباره أمراً عارضاً قد يوجد و قد لا يوجد ،فإذا وجد فالحق يصبح موصوفاً ،و إذا لم يوجد فالحق يقوم بالرغم من ذلك لأنه استكمل عناصره ويكون حقاً غير موصوف أي حقاً بسيطاً منجزاً.

الفرع الثالث : آثار الشرط

تقتضي دراسة آثار الشرط التفرقة بين مرحلتين:

¹ أنور سلطان ، أحكام الالتزام ، دار النهضة العربية ، ص 211

² السنهوري، المرجع السابق ، ص 22

³مصطفى أحمد الزرقا ، شرح القانون المدني السوري، أحكام الالتزام، ص 220

مرحلة التعليق وهي التي يكون فيها الشرط قائما لا يعلم هل يتحقق أو يتخلف ،ولذلك يكون فيها الالتزام معلقا ، و مرحلة بعد انتهاء التعليق وهي التي يتبين فيها ما إذا تحقق الشرط أو تخلف، و هذه الاثار تختلف في كل من الشرط الواقف و الشرط الفاسخ.

أولا :آثار الشرط في مرحلة التعليق

و هنا يجب ان نميز بين آثار الشرط الواقف و آثار الشرط الفاسخ.

1-آثار الشرط الواقف :

تنص المادة(206)من التقنين المدني على:" إذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف، فلا يكون نافذا إلا إذا تحقق الشرط. فلا يكون الإلتزام قابلا للتنفيذ الجبري ،ولا التنفيذ الاختياري. على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقه"¹. فالشرط الواقف هو الشرط الذي عليه يتوقف وجود الالتزام بحيث إذا تحقق وجد الالتزام و إذا تخلف لم يوجد². مثال ذلك ان يلتزم أب بأن يهب ابنه مالا معيناً إذا ولد له ولد. فالشرط الواقف يوقف الالتزام إلى ان تتحقق الواقعة المشروطة . وعلى ذلك فليس للدائن حق مؤكد إذ لا يدري أيتحقق الشرط ام لا لكن ليس معنى هذا أنه لا توجد رابطة قانونية بين الدائن و المدين أثناء فترة التعليق فلا شك أنه ليس للمدين أن يعدل عما تعهد به و لو كان قد علق التزامه على شرط لم يتحقق بعد، فليس للدائن مجرد أمل للمدين بل له حق و لكنه حق غير مؤكد الوجود. و يترتب على ذلك عدة نتائج: أ- أنه لا يجوز للدائن أثناء فترة التعليق أن يباشر أي اجراء من إجراءات التنفيذ في مواجهة المدين, بل إذا أوفى المدين دين الدائن أثناء فترة التعليق حقه وفاء اختياريًا، فله أن يسترد ما وفاه لأنه يكون قد ادى غير المستحق، فالالتزام المعلق على شرط واقف لا يقبل التنفيذ الجبري او التنفيذ الاختياري المادة (206) ق مدني.

¹ يقابله من النصوص العربية مادة(268) مدني مصري , و المادة (268) مدني سوري, و المادة (238) مدني كويتي

² الجبوري ياسين , مرجع سابق , ص432 و ما بعدها

ب- ليس للدائن أن يتمسك بالمقاصة في مواجهة المدين أثناء مرحلة التعليق لان المقاصة طريق لاستيفاء الحق، فلا يمكن أن تقع بين دين حال و دين مؤجل لان المقاصة تكون بين دين حال و دين حال.

ج- ليس للدائن أن يباشر الدعوى البوليصية لأنها لا تستلزم ان يكون الحق الدائن موجود فحسب بل تتطلب علاوة على ذلك أن يكون حقه مستحق الاداء.

د- لا يسري التقادم أثناء فترة التعليق بالنسبة للالتزام المعلق على شرط واقف لأنه لا يستحق الأداء إلا من وقت تحقق الشرط.

هـ- إذا كان الالتزام المعلق التزاما بنقل ملكية شيء معين بالذات فلا تنتقل الملكية إلى الدائن إلا معلقة على شرط واقف.

و- إذا كانت هذه الاثار تترتب على اعتبار أن للدائن حقا غير مؤكد الوجود إلا انه على أي حال لهذا الدائن حق و ليس مجرد أمل و يترتب على ذلك ما يلي:
فللدائن أن يتخذ بمقتضاه من الاجراءات ما يكفل له المحافظة على حقه م(206) مدني فإذا كان الالتزام بنقل ملكية عقار جاز للدائن ان يسجل العقد حتي تنتقل الملكية إليه فالملكية معلقة على شرط واقف ، كما يجوز له ان يقيد الرهن المقرر لضمان هذا الحق و يجوز له رفع دعوى صحة التوقيع، و الدعوى غير المباشرة و دعوى الصورية¹. و له علاوة على ذلك أن يتدخل في اجراءات القسمة و في الدعاوى التي يكون المدين طرفا فيها و يجوز له طلب تعيين حارس على العين المملوكة تحت شرط واقف، إذا كان المدين ينازع في هذا الحق و يخشى على العين بسبب هذه المنازعة.

فحق الدائن ينتقل بوصفه إلى الورثة إذا توفى أثناء فترة التعليق. كما يجوز له أن يتصرف فيه حال حياته، وأن يوصي به.

¹ راجع المواد 191 الى غاية 198 من القانون المدني الجزائري

1- آثار الشرط الفاسخ:

يترتب على اعتبار ان التزام معلق على شرط فاسخ أن الالتزام موجود و نافذ في مرحلة التعليق، النتائج التالية:

أ- للدائن أن يباشر أي إجراء من اجراءات التنفيذ في مواجهة المدين و إذا قام المدين بالوفاء بالتزامه المعلق على شرط فاسخ يعتبر وفاؤه وفاء بالتزام مستحق الاداء.
ب- يجوز للدائن أن يتمسك بالمقاصة بين حقه و بين ما قد ينشأ في ذمته لصالح مدينه.
ج- يسري التقادم أثناء فترة التعليق بالنسبة للالتزام المعلق على الشرط الفاسخ لأنه التزام مستحق الأداء.

د- يجوز للدائن أن يباشر الدعوى البوليصرية إذ أن حقه مستحق الأداء.

هـ- إذا كان الالتزام بنقل ملكية شيء غير مفرز فان الملكية تنتقل إلى الدائن بمجرد الافراز، فيكون مالكا تحت شرط فاسخ كما كان دائنا بنفس الشرط. وبذلك يكون مصير تصرفاته معقودا بمصير الشرط. أما المدين فهو مالك تحت شرط واقف إذ يترتب على تحقق الواقعة المشروطة أن تزول الملكية عن الدائن و تثبت الملكية للمدين¹.

ثانيا :آثار الشرط بعد انتهاء مرحلة التعليق.

بعد انتهاء مرحلة التعليق فإن حال الشرط يتبين إما أن يتحقق أو يتخلف.

1-انتهاء التعليق بتحقق الشرط أو تخلفه:

تنتهي مرحلة التعليق إذا تحدد مصير الشرط بأن تحقق أو تخلف ولا يعتبر الشرط قد تحقق إلا إذا وقعت الواقعة المشروطة على النحو المتفق عليه بين المتعاقدين، فإذا تحدد ميعاد معين لوقوعها فان الشرط يعتبر متخلفا إذا لم تقع الواقعة المشروطة قبل انقضاء الميعاد ولو وقعت بعد ذلك.

أما إذا لم يحدد ميعاد فإن الالتزام يظل معلقا مهما طالت المدة دون أن يقع الامر المشروط إلا إذا كان من المؤكد أنه لن يقع فيعتبر الشرط قد تخلف منذ هذا الوقت.

¹ الجوري ياسين ,مرجع سابق , ص 437

و يلاحظ أن الشرط يعتبر متحققا حكما و لو تخلف إذا كان الطرف الذي له مصلحة في ان يتخلف كالمدين في الشرط الواقف و الدائن في الشرط الفاسخ. و يعتبر متخلفا حكما و لو تحقق إذا كان تحققه راجعا إلى فعل من جانب الطرف الذي له مصلحة في ان يتحقق كالدائن في الشرط الواقف و المدين في الشرط الفاسخ.

2- آثار انتهاء التعليق:

ينتهي بتحقق الشرط او تخلفه و يترتب على ذلك عدة اثار سواء بالنسبة للشرط الواقف أو الشرط الفاسخ.

أ - أثر تخلف الشرط

-إذا كان الشرط واقفا و تخلف: فان حق الدائن يصبح عدما أي امتنع وجوده. و يترتب على ذلك زوال كل الاجراءات التحفظية التي اتخذها الدائن اثناء فترة التعليق ، و زوال التصرفات التي صدرت منه في شأن هذا الحق، فاذا تخلف الشرط الواقف فان الالتزام الذي علق عليه لا يقوم و يعتبر حق الدائن الذي كان محتملا كأنه لم يكن، و يصبح المتعاقدان كأن لم يتعاقدا.

- إذا كان الشرط فاسخا و تخلف: فإن الالتزام الذي كان مهددا بالزوال أثناء فترة التعليق يزول عنه هذا الخطر و يتأكد نهائيا، و تتأكد بالتالي جميع التصرفات التي يكون قد أجرها الدائن اثناء فترة التعليق.¹

ب - اثار تحقق الشرط:

- إذا كان الشرط واقفا و تحقق: فان حق الدائن يتأكد وجوده و يصبح حقا نافذا مستحق الاداء فورا²، و يكون للدائن مباشرة الاجراءات التنفيذية و يكون الوفاء اليه صحيحا لا سبيل إلى استرداده كما يكون له رفع الدعوى البوليسية و يسري التقادم من وقت تحققه و

¹مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 171

² السنهوري، مرجع سابق، ص 46-47

له ان يتمسك بالمقاصة إذا توافرت شروطها الاخرى و يعتبر حق الدائن حقا موجودا و نافذا مستحق الاداء ليس فقط منذ تحقق الشرط بل من وقت الاتفاق على انشاءه عملا بفكرة الاثر الرجعي للشرط .

-إذا كان الشرط فاسخا وتحقق: فإن حق الدائن الذي كان موجودا اثناء فترة التعليق يزول و يعتبر كأنه لم يوجد أصلا عملا كذلك بفكرة الاثر الرجعي للشرط.

ج - الاثر الرجعي للشرط:

تنص المادة 208ق مدني على " إذا تحق الشرط يرجع أثره إلى اليوم الذي نشأ فيه الالتزام.إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط.

غير انه لا يكون للشرط أثر رجعي، إذا اصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب لا يد للمدين فيه".

يظهر من النص أن الاثر الرجعي يعتبر تفسيراً لإرادة المتعاقدين. و لذلك يستبعد الاثر الرجعي إذا تبين من هذه الارادة أو طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط.

و نجد أن المشرع بإسناد أثر الشرط الى الماضي حماية لحقوق الطرف الذي تحقق الشرط لمصلحته و هو الدائن في الشرط الواقف و المدين في الشرط الفاسخ . ويستثنى من الاثر الرجعي مايلي:

1 -يجوز للمتعاقدین الاتفاق على استبعاد الاثر الرجعي للشرط

2- يستبعد الاثر الرجعي للشرط إذا كانت طبيعة العقد تقضي أن يكون وجود الالتزام أو زواله من وقت تحقق الشرط لا من وقت الاتفاق عليه، كما هو الحال في العقود الزمنية.

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

4- لا يكون للشرط أثر رجعي إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه (208) فقرة 2 .

المطلب الثاني : الاجل.

الفرع الأول: تعريف الاجل و انواعه

ونتناول فيه تعريف الأجل و بيان أنواعه.

أولاً : تعريف الاجل

الأجل هو أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب عليه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه دون أن يكون لذلك اثر رجعي¹. و كما هو واضح من هذا أن الأجل إما ان يكون واقفا يترتب عليه إرجاء نفاذ الالتزام، واما ان يكون فاسخاً فيؤدي إلى انقضاء الالتزام. والأجل الفاسخ لا يعتبر وصفاً للالتزام بالمعنى الدقيق لأنه لا يعدل من اثار الالتزام إذ لا يجوز للدائن ان يطلب تنفيذ الالتزام المضاف إلى أجل فاسخ فور نشوئه فالأجل الفاسخ هو الذي يحدد النطاق الزمني للالتزام.

ثانياً : انواع الاجل.

ينقسم الأجل حسب أثره ومن حيث مصدره.

1- من حيث أثره: ينقسم إلى أجل واقف و أجل فاسخ.

أ -الأجل الواقف: يكون الاجل واقفا إذا أضيف إلى حلوله نفاذ العقد. فالعقد موجود و مستكمل لعناصره و أركانه بدون أجل، ولكن نفاذه أضيف الى الاجل، فلا يمكن المطالبة بتنفيذه في الحال. فإذا حل الاجل أمكن مطالبة المدين بتنفيذ التزامه ومثال ذلك عقد القرض فالمقترض يلتزم برد ما اقترضه بعد مدة من تسلمه له، فإذا حل الاجل المعين وجب عليه الوفاء.

¹ جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية ط1993، ص 105

ب-الأجل الفاسخ: يكون الأجل فاسخا إذا اضيف إليه انقضاء العقد. مثال ذلك عقد الإيجار فهو ينقضي عند انتهاء مدته و يزول حق المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة.

2- من حيث المصدر: ينقسم إلى أجل اتفاقي، قانوني و أجل قضائي. أ-الأجل الاتفاقي: الاصل في الاجل ان يتفق عله المتعاقدان. فيتفق البائع و المشتري مثلا على تأجيل دفع الثمن الى ميعاد معين، أو على تأخير تسليم المبيع. وقد يكون الاتفاق على الاجل ضمنيا، وعندئذ يستخلص من طبيعة المعاملة مثال ذلك اتفاق في فصل الشتاء على عمل لا فائدة منه إلا في الصيف كالاتفاق على تبريد المحل.

ب -الأجل القانوني¹: وقد يتولى القانون تحديد الاجل وذلك بتحديد الاجل او الحد الأقصى له كالتأمين على الحياة فبالموت يحل دفع مبلغ التأمين. كما قد يصدر المشرع قوانينا استثنائية في اوقات الازمات الاقتصادية يمنح فيها للمدنيين أجلا للوفاء بديونهم.

ج- الأجل القضائي: و يسمى بنظرة الميسرة، و هي مهلة يمنحها القضاء للمدين المعسر للوفاء بالتزاماته بسبب ظروف قهرية ألتمت به شريطة الا يعرض هذا الدائن الى ضرر جسيم²، و من ضوابطها :

- النظر الى موارد المدين الحالية و المستقبلية.
- ان ينظر القاضي الى مدى حرص المدين على تنفيذ التزامه فلا يكون المدين مهملًا.

ولا يجوز منح هذه المهلة في المعاملات التجارية، كونها تتنافى مع طبيعة هذه المعاملات و التي تتطلب السرعة و الائتمان.

¹ مثل انتهاء حق الانتفاع بموت المنتفع المادة 852 من القانون المدني الجزائري

العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، ج 1 -العقد و الإرادة المنفردة- ديوان م ج 2015، ص 390.

ونظرة الميسرة كنظرية الظروف الطارئة يراد بها التخفيف من عبء التزام المدين الجدير بالرافة .

المطلب الثاني: مقومات الأجل

تنص المادة 209 من القانون المدني على مايلي: " يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتبا على أمر مستقبل محقق الوقوع. ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتما، ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه"

و تنص المادة 210 على مايلي: " إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي مياعدا مناسبة لحلول الأجل، مراعيًا في ذلك موارد المدين الحالية و المستقبلية مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه". يستخلص من هذه النصوص أن للأجل ثلاث مقومات فهو أمر مستقبل ، محقق الوقوع كما أنه أمر عارض يضاف الى الالتزام بعد أن يستوفي عناصره الجوهرية.

أولا : الأجل أمر مستقبل.

يجب أن يكون الأجل أمرا مستقبلا وهو كما يدل عليه اسمه ميعاد يضرب لنفاذ التزام أو انقضائه، و يكون عادة تاريخا معينا. فإذا تعهد المقرض للمقرض بوفاء القرض في ميعاد معين، أو تعهد المشتري للبائع أن يدفع له ثمن على أقساط في مواعيد معينة، فكل من التزام المقرض بوفاء القرض ، والتزام المشتري بدفع الثمن مقترن بآجال يترتب على حلولها نفاذ الالتزام .

ولا يجوز أن يكون الأجل أمرا ماضيا أو حاضرا و إلا فهو ليس بأجل حتى لو كانا طرفا الالتزام يجهلان وقت التعامل أن الأجل الذي يضربانه للمستقبل هو أجل قد حل. فلو أن شخصا عين أجلا لنفاذ التزامه قبل قدوم أول قافلة من الحجيج، وكان يجهل أن القافلة قد قدمت فعلا قبل أن يلتزم فإن التزامه لا يكون مقترنا بأجل.

ثانيا :الأجل أمر محقق الوقوع.

يجب أن يكون الأجل حسب المادة 209 من القانون المدني أمرا مستقبلا محقق الوقوع. وكون الأجل أمر محقق الوقوع هو فرق جوهري بين الأجل و الشرط. فالشرط أمر غير محقق الوقوع كما رأينا أما الأجل فهو أمر محقق الوقوع فالحق المقترن بالأجل حق موجود كامل.

و إذا كان من الضروري أن يكون الأجل محقق الوقوع، فليس من الضروري أن يكون ميعاد وقوعه معلوما. فقد يكون هذا الميعاد مجهولا ومع ذلك يبقى الأجل محقق الوقوع فيكون أجلا لا شرطا وهذا ما تقضي به المادة 209 فقرة 2 ويسمى في هذه الحالة الأجل غير المعين و مثال ذلك "الموت" فهو أمر محقق الوقوع لكن لا أحد يدري متى يأتي.

ثالثا :الأجل أمر عارض.

الأجل عنصر عارض في الالتزام لا عنصر جوهري فيه، فهو كالشرط عنصر عارض في الالتزام لا عنصر جوهري وهو لا يقترن بالالتزام إلا بعد أن يستوفي الالتزام جميع عناصره الجوهرية. ويأتي الاجل بعد ذلك عنصرا إضافيا يقوم الالتزام بغيره، ويتصور بدونه ولا يحتاج إليه في قيامه بذاته.

أما الأجل في العقود الزمنية وباعتبار أن العقود الزمنية هي عقود مقترنة بأجل دائما و بالعودة إلى القاعدة ان الأجل عنصر عارض لا جوهري يتبين أن العقد الزمني لا يمكن ان يكون عقدا مقترنا بأجل، لأن الأجل عنصر جوهري فيه، و بالتالي فإن العقد الزمني إذا انعدم فيه الأجل يكون باطلا لانعدام المحل

الفرع الثالث: آثار الأجل

تنص المادة 212 من القانون المدني على : " إذا كان الالتزام مقترنا بأجل واقف فإنه لا يكون نافذا إلا في الوقت الذي ينقضي فيه الأجل على أنه يجوز للدائن حتى قبل انقضاء الأجل أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقوقه وله بوجه خاص أن

يطلب بتأمين إذا خشي إفلاس المدين أو عسره واسند إلى ذلك بسبب معقول ويتطلب انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام ، دون ان يكون لهذا الزوال اثر رجعي ". ويتبين من النص أنه يجب أن نميز بين مرحلتين مرحلة قبل حلول الأجل ، و مرحلة حلول الأجل.

أولا :مرحلة قبل حلول الأجل.

حيث تختلف الآثار التي تترتب على الأجل الواقف عنها في الأجل الفاسخ.

1- الأجل الواقف:

الحق المقترن بأجل واقف هو حق موجود وهو كامل الوجود وبترتب على وجود حق مقترن بأجل واقف النتائج التالية:

- ينتقل هذا الحق من صاحبه إلى الغير بالتصرف أو الميراث....
-يجوز لصاحب هذا الحق أن يجري الأعمال المادية اللازمة لصيانته من التلف، ولا يجوز لمن عليه الحق أن يقوم بأي عمل من شأنه أن يقلل من استعمال الحق عند حلول أجله أو يزيده صعوبة.

-يجوز لصاحب الحق أن يقوم بأعمال تحفظية للمحافظة على حقه، كوضع أختام أو قيد الرهون الرسمية و رفع الدعوى ...الخ

-يجوز لصاحب الحق أن يدخل في التوزيع، إذا كان هذا التوزيع نتيجة لإفلاس المدين أو إعساره ،فإن الاجل الواقف يسقط و يستوفي الدائن حقه باعتبار أنه حال مستحق الأداء..

ومن النتائج المترتبة على كمال الوجود الحق ما يلي:

- يسقط الأجل الواقف ويصبح الحق المؤجل مستحق الأداء إذا أشهر إفلاس المدين أو حكم بإعساره.

- إن المدين إذا أضعف بفعله التأمينات التي أعطاها للدائن أو لم يقدم ما وعد من تأمينات فإن الأجل يسقط .

- إذا هلك الشيء محل الحق المؤجل بسبب أجنبي قبل حلول الأجل كان الهلاك على الدائن لا على المدين

والحق المقترن بأجل واقف -كما سبق وذكرنا- هو حق موجود وهو كامل الوجود وهو حق غير نافذ وهذا ما أكدته المادة (212) فقرة 1 " فإنه لا يكون نافذا إلا في الوقت الذي ينقضي فيه الأجل"

و يترتب على ذلك عدة نتائج وهي:

- لا يجوز للدائن أن يجبر المدين على أداء الدين المؤجل قبل حلول الأجل، فإن هذا الدين لا يقبل التنفيذ الجبري ما دام الأجل قائما.

- لا يقبل الدين المؤجل التنفيذ الاختياري فإذا أداه المدين عن غلط معتقدا أن الأجل قد حل جاز له أن يسترده من الدائن ما دام أن الأجل لم يحل بعد
-لا يجوز للدائن إذا كان حقه مؤجلا أن يستعمل الدعوى البوليسية لان هذه الدعوى تقتضي ان يكون حق الدائن مستحق الأداء.

- إذا كان الدين المؤجل لا يستحق الأداء إلا عند حلول الأجل ، فإن التقادم المسقط لا يسري في حقه مادام الأجل قائما ولا يسري إلا من حلول الأجل.

- لا يجوز للدائن إذا كان حقه مؤجلا أن يحبس حقا للمدين عنده، فإن الحبس لا يكون إلا لدين مستحق الأداء.

2- الأجل الفاسخ:

الحق المقترن بأجل فاسخ هو حق مؤكد الزوال عند حلول الأجل، فصاحب الحق المقترن بأجل فاسخ يملكه حالا وله أن يتصرف فيه بجميع أنواع التصرفات الجائزة وتنفذ جميع تصرفاته فورا ولكن في حدود حقه فالمستأجر يستطيع أن يتصرف في حقه بالإيجار و بالتنازل عن الإيجار لغيره ويكون ذلك بطبيعة الحال في حدود الإيجار الأصلي.

و الدائن بأجل فاسخ له حق حال واجب الأداء و يستطيع أن يتقاضاه من المدين طوعا أو كرها أي بطريقة التنفيذ الجبري أو الاختياري . فالحق المقترن بأجل فاسخ مؤكد الزوال وهذا هو المعني الجوهرى للأجل الفاسخ فالحق المقترن به حق مؤقت بطبيعته وينتهي حتما بانتهاء الأجل .

و يترتب على ذلك أن جميع تصرفات صاحب الحق المقترن بأجل فاسخ تكون مقيدة بحدود هذا الحق إذ لا يستطيع الشخص أن ينقل لغيره أكثر مما له.

ثانيا :مرحلة حلول الأجل.

1- اسباب حلول الاجل.

يحل الاجل بأحد الاسباب الثلاثة الاتية : بانقضائه ، بالنزول عنه ممن هو مقرر لمصلحته او بسقوطه.

أ-حلول الاجل بانقضائه :

ينقضي الأجل بتحقق الامر الذي كان يتوقف على حدوثه نفاذ الالتزام أو زواله إذا كان من نوع الاجل غير المعين كوفاة الشخص أو بمضي الميعاد المضروب لنفاذ الالتزام او زواله اذا كان من نوع الاجل المعين كالיום الاول من الشهر الأول من العام الحالي.

ب- حلول الاجل بالنزول عنه :

الأجل ليس من النظام العام لذا يمكن النزول عنه ، على أن النزول عنه و حتى يكون صحيحا و ملزما يجب أن يصدر عن من تقرر الأجل لمصلحته .

فاذا كان الاجل مقورا لمصلحة الدائن وحده كما في الوديعة او لمصلحة الدائن و المدين معا كعقد الايجار ، فلا ينقضي الاجل بنزول المدين عنه بل لا بد لانقضائه من صدور النزول عن الدائن ، اذا كان الاجل مقورا لمصلحته وحده او عن الدائن و المدين كليهما اذا كان الاجل مقورا لمصلحتهما معا .

ج- حلول الاجل بسقوطه :

يقوم منح الاجل على الثقة من الدائن بمدينه ، فإذا ظهر أن هذه الثقة كانت في غير موضعها و أن مصلحة الدائن باتت مهددة بالخطر فمن العدل أن يسقط حق المدين بالأجل وفقا لما تفتضيه المادة 210 وذلك في الحالات التالية :

- اذا أشهر افلاسه وفقا لنصوص القانون.

- اذا لم يقدم المدين تأمينات كافية للدائن او قام بإضعافها، و الملاحظ أن إضعاف التأمينات له وجهان:

-إضعاف المدين للضمان العام: لا يترتب على هذا الاضعاف أي أثر و لو كان قد وقع بفعل المدين الا عن طريق شهر الاعسار.

- إضعاف المدين للضمان الخاص بالدائن: و من المؤكد أنه يستوي أن يكون هذا الاضعاف قد تزامن مع نشأة علاقة المديونية أو انه قد يكون لاحقا على نشأتها، بعقد أو بنص قانوني أو حكم قضائي و يشترط في هذا الاضعاف ان يكون اضعافا كبيرا، بما ينال من تناسب بين قيمة التأمين الخاص و قيمة الدين نفسه و ينال كذلك من مقصود الدائن من منح الاجل لمدينه بداية¹.

- اذا مات المدين فيسقط الاجل و تنهدم ذمته المالية و تبقى التركة هي المسؤولة عن سداد الديون فلا تركة الا بعد سداد الديون² ، اما اذا مات الدائن فلا يسقط الاجل. و لكن يحل الأجل.

¹ اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام دار النهضة العربية ، ص281 ط 1966.

1 بلحاج العربي ، الوجيز في احكام التركات و المواريث في ضوء قانون الاسرة الجزائري الجديد ، دار هوما ، الجزائر 2013 ، ص 66

2: الأثر المترتب على حلول الأجل.

أ- الأجل الواقف:

إذا حل الأجل الواقف بانقضائه أو بسقوطه أو بالتنازل عنه على نحو الذي رأيناه أصبح الحق نافذا ووجب على المدين القيام بتنفيذه بعد أن يعذره الدائن. لأن حلول الأجل وحده لا يكفي لإعذار المدين¹.

ويترتب على أن حق الدائن يصبح نافذا بحلول الأجل عكس النتائج التي رأيناها عند عدم نفاذ الحق قبل حلول الأجل فيجوز للدائن أن يجبر المدين على أداء الدين، ويقبل من المدين الوفاء الاختياري فلا يسترد ما دفعه لأنه دفع دينا مستحق الأداء، و تقع المقاصة القانونية بينه و بين دين اخر مقابل له مستحق الأداء ، ويجوز للدائن أن يحجز بموجبه تحت يد المدين الدين كما يجوز له توقيع الحجز التحفظية الأخرى، و له ان يستعمل الدعوى البوليصية، ويسري في حق الدين الذي حل أجله التقادم المسقط ،وللدائن أن يحبس به دينا في ذمة المدين².

وليس لحلول الأجل الواقف أثر رجعي فلا يعتبر الحق نافذا من وقت الاتفاق بل من وقت حلول الأجل.

2 - الأجل الفاسخ:

بداية فإن العقود الزمنية مرتبطة بأجل فاسخ فإذا حل الأجل بانقضائه أو سقوطه أو التنازل عنه فإن الحق ينقضي من تلقاء نفسه بحلول الأجل دون الحاجة إلى حكم يصدر بذلك. ويجوز للطرفين مد الأجل مرة أخرى ولكن يكون ذلك باتفاق جديد. ويترتب على أن الحق يزول بحلول الأجل أن جميع التصرفات التي أجراها صاحب الحق تزول بزواله و يزول الحق بحلول الأجل حتى لو كان قد انتقل من الدائن إلى الخلف العام أو الخلف الخاص ويكون انقضاء الحق بحلول الأجل دون أثر رجعي دائما.

¹ راجع المواد 179-181 من القانون المدني الجزائري.

² راجع المواد من 191 الى 197 من القانون المدني الجزائري²

المبحث الثاني : تعدد محل الالتزام و أطرافه

يجب التذكير دائماً أن الأصل أن للالتزام محلاً واحداً معيناً بالإضافة إلى دائن و مدين، على أن هذه الصورة البسيطة قد تتعدد حينما يصبح الالتزام الواحد متعدد الأطراف دون أن تكون بينهم رابطة معينة.

المطلب الأول : تعدد محل الالتزام

الأصل أن يكون الالتزام بسيطاً، أي أن يكون محله عبارة عن أداء واحد كأن يلتزم المدين بالقيام بعمل واحد، إلا أن الالتزام قد يلحقه وصف ينفي عنه هذه البساطة حيث يرد الوصف على محل يكون متعدداً أي يضم أكثر من أداء و نتناول هنا تعدد محل الالتزام في فرعين، الفرع الأول يتناول الالتزام التخييري والفرع الثاني يتكلم عن الالتزام البدلي (الاختياري)

الفرع الأول : الالتزام التخييري

إن الالتزام التخييري هو الذي يشتمل محله على عدة أشياء تبرء ذمة المدين إذا أدى واحداً منها، فهو إتفاق بين الدائن والمدين على عدة محلات، وعلى المدين أن يختار للوفاء بأي واحد منها، فتبرأ ذمته إذا وفى به¹. و لقد تناولته المواد من 213 إلى 215 من القانون المدني الجزائري.

أولاً : الشروط التي يجب توافرها في الالتزام التخييري.

يجب أن يتوفر في كل أداء من الأداءات المتعددة من الالتزام التخييري عدة شروط:

1- أن يكون محل الالتزام متعدداً:

فقيام الالتزام التخييري لا بد أن يكون محله متعدداً، فإن لم يكن كذلك وكان محل الالتزام شيئاً واحداً فلا يكون عندئذٍ التزاماً تخييرياً، بل يكون التزاماً بسيطاً غير موصوف، ولا

¹مصطفى الزرقا، شرح القانون المدني، نظرية الالتزام العامة، أحكام الالتزام، ج2، ط1، عام 1964، مطبعة الحياة

يهم إذا كانت المحلات مختلفة من حيث النوع، فيصح أن يكون بعضها منقولاً، وأن يكون بعضها الآخر نقوداً أو عقاراً، أو أن يكون بعضها التزاماً بعمل وبعضها امتناعاً عن عمل أو أن تكون المحلات متعددة و هذا يعني أن تكون هذه المحلات موجودة أو قابلة للوجود و أن تكون معينة أو قابلة للتعين¹ , سواء كان التعدد بالنوع أم بالجنس أم بالشروط. و يجب توفر الشروط التي نص عليها القانون في المواد من 92 الى 95 و التي يستخلص منها شروط المحل الأربعة و هي:

أ- أن يكون المحل موجوداً او قابل للوجود في المستقبل.

ب- أن يكون معيناً او قابلاً للتعين.

ج- أن يكون ممكناً لا مستحيلاً.

د- أن يكون مشروعاً و قابلاً للتعامل فيه².

فإذا لم تتوافر هذه الشروط في محل من المحلات المتعددة انحصر الالتزام في المحلات التي تتوافر فيها الشروط السابقة، فإذا كانت المحلات المتعددة محلين فقط وكان أحدهما غير مشروع أو كان غير ممكن الوجود؛ فإن التزام المدين ينحصر في هذه الحالة في محل واحد، ويكون الالتزام حينئذٍ بسيطاً غير موصوف، ويكون الالتزام قائماً في المحل المشروع أو الموجود، ويكون باطلاً في المحل الآخر. والعبرة في توافر شروط المحل أن تكون عند إبرام العقد³.

2- المحل الواجب الأداء محلاً واحداً من المحلات المتعددة:

إذا تم اختيار محل الالتزام من بين المحلات المتعددة فإن ذمة المدين تبرأ براءة تامة إذا أدى المحل الذي تم اختياره، وبذلك ينقضي الالتزام بالوفاء و يجب أن يحدد طرفا الالتزام مدة محددة ليحدد صاحب الخيار خياره.

¹ محمود جلال حمزة ، التبسيط في شرح القانون المدني ج 3 ، مصادر الالتزام 2006 ص 65

² بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، ج 1 ، ص 398

فتحي عبد الرحيم عبد الله، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ص

219³

و الأصل أن يكون الاختيار للمدين ولا يتطلب ذلك اتفاقاً وأما جعله للدائن فذلك يتطلب اتفاقاً أو نصاً قانونياً. والاتفاق قد يكون صريحاً أو ضمناً مستفاداً من ظروف العقد، غير أن المدين قد يمتنع عن الاختيار أو أن يمتنع المدينون إذا تعددوا ولم يتفقوا فيما بينهم على الاختيار فيجوز للدائن في هذه الحالة أن يطلب من القاضي تعيين أجل يختار فيه المدين محلاً محددًا ، أو يتفق فيه المدينون المتعددون على الاختيار، فإذا انقضى الأجل الذي حدده القاضي ولم يختار المدين أو لم يتفق المدينون على الاختيار؛ تولى القاضي بنفسه تعيين محل الالتزام¹.

أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عنه أو امتنع الدائنون المتعددون ولم يتفقوا على الاختيار، عين القاضي أجلاً للاختيار، فإن لم يفعلوا وانقضى الأجل انتقل الخيار إلى المدين.

3- استحالة تنفيذ محل الالتزام بسبب هلاكه كلياً أو جزئياً:

نصت المادة (307) من ق م ج صراحة انه "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه بسبب اجنبي عن ارادته"² وقد يكون هلاك محل الالتزام إما بسبب اجنبي لا يد للدائن أو المدين فيه، وإما أن يكون بسبب من المدين أو بسبب لحقه من الدائن، وإما أن المدين والدائن قد اشتركا في استحالة تنفيذ الالتزام.

أ- هلاك محل الالتزام بسبب اجنبي:

إذا استحال تنفيذ جميع محلات الالتزام المخير بينها بسبب اجنبي لا يد للمدين فيه انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه، سواء كان الاختيار للمدين أم للدائن. أما إذا هلك شيء من الأشياء المتعددة بسبب اجنبي كقوة قاهرة أو حادث فجائي أو آفة سماوية؛ فإن الاختيار عندئذٍ يتركز على ما بقي من الأشياء، فإذا كان المحل شيئين

¹ المادة 214 من القانون المدني الجزائري

² تقابلها المادة 335 مدني مغربي ، 360 مدني ليبي ، 1148 مدني فرنسي ، 371 مدني سوري ، 373 مدني مصري

فهلك أحدهما تركز الاختيار على الشيء الباقي، فليس للمدين إلا أن يختاره لعدم وجود غيره¹.

ب- هلاك محل الالتزام بخطأ من المدين:

إذا هلك شيء من الأشياء المتعددة بسبب من المدين (أو أحد تابعيه) تركز الاختيار على باقي المحلات، مما يجعل الالتزام متركزاً على الأشياء الباقية، فإذا كان ما بقي شيئاً واحداً وهلك بسبب أجنبي و كان خطأ المدين هو الذي أدى إلى هلاك الشيء الأول، ولولا هذا الخطأ لبقى الشيء الآخر وتركز عليه الاختيار، فهلاك الباقي بسبب أجنبي يوجب على المدين أن يدفع ثمن الشيء الهالك. وفي كل الأحوال على المدين أن يدفع للدائن قيمة آخر شيء هلك إذا اشترك خطأ المدين في الهلاك مع السبب الأجنبي².

ج- هلاك محل الالتزام بخطأ من الدائن:

الأصل أن يكون الاختيار للمدين، فإذا هلك شيء من محل الالتزام فللمدين أن يختار الشيء الذي هلك بخطأ الدائن أو يختار واحداً مما بقي من الأشياء محل الالتزام يؤديه للدائن، ويعود على الدائن بقيمة الشيء الذي هلك³، أو يعدّ الشيء الهالك هو الشيء الواجب الأداء فتبرأ ذمته ولا يرجع على الدائن بشيء.

فإذا اشترك خطأ المدين وخطأ الدائن في هلاك محل الالتزام، فهلك الشيء الأول بسبب خطأ المدين وهلك الشيء الثاني بسبب خطأ الدائن، فالأصل أن يكون الخيار للمدين، فيقع اختياره على الشيء الثاني ما دام الشيء الأول هلك بخطئه، إلا أن هلاك الشيء الثاني قد سببه الدائن مما يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، فينقضي الالتزام ويعدّ الدائن قد استوفى حقه، وتبرأ ذمة المدين، ولا يرجع على الدائن بشيء.

¹ السنهوري ، مرجع سابق ، ص 168-169

² انظر نص المادة 215 من القانون المدني الجزائري

³ سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، الالتزامات ، المجلد الرابع ، أحكام الالتزام ، ط 2 . عام 1994

الفرع الثاني : الالتزام الاختياري.

قد يكون محل الالتزام شيئاً واحداً و لكن المدين يستطيع الوفاء بشيء آخر بدلاً منه وهذا ما يسمى بالالتزام التخييري.

أولاً : تعريف الالتزام الاختياري.

تناول المشرع الالتزام الاختياري في نص المادة 216 و يمكن أن نعرفه بأنه هو الالتزام الذي يكون محله شيئاً واحداً ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً عنه شيئاً آخر. والشيء الذي يشمل محل الالتزام لا البديل الذي تبرأ ذمة المدين بأدائه هو وحده محل الالتزام وهو الذي يعين طبيعته.

فالأصل في الالتزام الاختياري أن يكون المحل واحداً، يقوم مقام هذا المحل الأصلي شيء آخر هو الذي يسمى بالبديل فالالتزام البديل لا يتعدد محله بل هو واحد أصلي يلتزم المدين بأدائه، وليس للدائن مطالبة المدين بالأداء البديل بل يقتصر حقه على المطالبة بمحل الالتزام الأصلي.

فإذا استحال على المدين تادية الالتزام البديل يظل حق الدائن بالمحل الأصلي، وإذا استحال تنفيذ الالتزام الأصلي فإن حق الدائن لا ينتقل إلى الالتزام البديل، وينقضي الالتزام لاستحالة التنفيذ ولو ظل تنفيذ الالتزام البديل ممكناً.

وينشأ الالتزام البديل غالباً باتفاق يعقد بين الدائن والمدين بأن تبرأ ذمة المدين إذا أدى للدائن الأداء البديل، وقد يقضي القانون بذلك أحياناً.

فالالتزام البديل ليس هو الشيء الذي يطالب به الدائن ولكنه شيء يقوم مقام الالتزام الأصلي في الوفاء، شريطة أن تتوافر في المحل جميع الشروط التي يفرضها القانون، فإن لم تتحقق هذه الشروط في الالتزام البديل فإن المحل الأصلي يكون التزاماً بسيطاً يجب أدائه، وإن لم تتحقق في محل الالتزام الأصلي وقع الالتزام باطلاً طبقاً للقواعد العامة و قد يكون مصدر الخيار إما القانون أو الاتفاق أو الإرادة المنفردة.

ثانياً : مقارنة بين الالتزام التخييري والالتزام البدلي.

- 1- يختلف الالتزام البدلي عن الالتزام التخييري في أن الالتزام التخييري يشمل عدة أشياء تبراُ ذمة المدين إذا اختار صاحب الخيار واحداً منها. أما في الالتزام البدلي فمحلّه شيء واحد تبراُ ذمة المدين إذا أدى إلى الدائن شيئاً بدلاً منه.
- 2- في الالتزام التخييري يعدّ كل من الأشياء المتعددة محلاً للالتزام يمكن الدائن من المطالبة به متى وقع عليه الاختيار، أما في الالتزام البدلي فمحل الالتزام هو الالتزام الأصلي و الشيء الآخر ليس سوى بديلاً عنه عند الوفاء، وليس للدائن المطالبة به¹.
- 3- إذا هلك أحد المحلات في الالتزام التخييري انتقل حق الاختيار إلى الأشياء الأخرى، فإذا كان المحل شيئين فهلك أحدهما بسبب أجنبي فإن الالتزام لا ينقضي، بل يصبح الالتزام بسيطاً ويلزم المدين بتأديته. أما في الالتزام البدلي إذا هلك المحل الأصلي انقضى الالتزام حتى لو كان البديل موجوداً، أما إذا انقضى الالتزام البديل فإن الالتزام يبقى في المحل الأصلي، وينقلب الالتزام البديل التزاماً بسيطاً، فإذا كانت شروط المحل لا تتوافر فيه طبقاً للقواعد العامة فيسقط الالتزام البدلي.
- 4- في الالتزام التخييري يكون الخيار للمدين تارة ويكون للدائن تارة أخرى، في حين لا يكون الخيار في الالتزام البدلي إلا للمدين².

ثالثاً : التمييز بين الالتزام التخييري وكل من الشرط الجزائي والشرط الواقف

1- التمييز بين الالتزام التخييري والشرط الجزائي:

يختلف الالتزام التخييري عن الشرط الجزائي بالأمور التالية:

- أ- الشرط الجزائي هو تقدير اتفاقي جزافي للتعويض إذا تحقق سببه؛ وهو إخلال المدين بتنفيذ التزامه. فالشرط الجزائي ليس إلا تعويضاً يُستحق عند عدم تنفيذ المدين

¹ السنهوري، ، الأحكام، ص179

² السنهوري، ص180. مرقس، ص 563-564

لالتزاماته، فلا خيار للدائن أو المدين بين تنفيذ الالتزام الأصلي وبين الشرط الجزائي، وعلى هذا الأساس لا يستطيع المدين أن يختار الشرط الجزائي من دون التنفيذ العيني، في حين أن للمدين أو الدائن الخيار في الالتزام التخييري.

ب- من جهة أخرى إذا كان الالتزام المنعقد بين الدائن والمدين مصحوباً بشرط جزائي، ثم أضحى الالتزام مستحيل الأداء؛ انقضى الالتزام وسقط الشرط الجزائي. أما في الالتزام التخييري إذا أصبح تنفيذ أحد محليّ الالتزام مستحيلاً فيصبح المحل الثاني هو الواجب الأداء.

ج- إذا كان محل الالتزام المصحوب بشرط جزائي، لا تتوافر فيه شروط المحل اللازمة طبقاً للقواعد العامة؛ فإن الالتزام يسقط ويسقط معه الشرط الجزائي، بخلاف الالتزام التخييري إذا كان أحد الأشياء موضوع الاختيار لا تتوافر فيه شروط المحل اللازمة أصبح أحد المحلات الأخرى هو الذي يكون مستحقاً الأداء¹.

2- التمييز بين الالتزام التخييري والالتزام المعلق على شرط واقف:

يختلف الالتزام المعلق على شرط واقف عن الالتزام التخييري في أن الالتزام المعلق على شرط واقف غير مؤكد الوجود، في حين أن الالتزام التخييري وجوده مؤكد، فإن لم يكن أحد المحلات موجوداً أصبح أحد المحلات الأخرى هو الواجب الأداء، فإن كان محلاً واحداً أضحى الالتزام بسيطاً وأصبح هو عينه الواجب الأداء.

المطلب الثاني : تعدد أطراف الالتزام

إذا ورد التعدد على طرفي الالتزام كان له ثلاث صور:

- فقد يتعدد أحد طرفي الالتزام أو كلاهما من غير أن تربط بين أطرافه رابطة خاصة كما إذا تعدد الدائنون وكان المدين واحداً وكانت حصة كل من الدائنين محددة مقدماً وهذه

¹ السنهوري، أحكام، ف، 88، ص 146. الحكيم، أحكام، ف، 103، ص 192

التعدد يقال له التعدد الصوري، وهو لا يهمل لأنه لا يثير أي صعوبة في العمل وذلك لوجود عدد من الروابط القانونية بعدد الدائنين.

- وقد يتعدد أحد طرفي الالتزام أو كلاهما وتربط بين الدائنين أو المدينين رابطة خاصة ويقال له التعدد مع التضامن ويقال للالتزام فيه "التزام تضامني"، ويقال للدائنين "دائنون متضامنون"، و هو تضامن ايجابي. ويقال للمدينين "مدينون بالتضامن"، و هو تضامن سلبي.

- وقد يتعدد أحد طرفي الالتزام، أو كلاهما، ولكن محل الالتزام لا يمكن أن ينقسم على الدائنين ولا بين المدينين. ويقال للالتزام في هذه الحالة "الالتزام غير القابل للتجزئة". وقد عالج المشرع الجزائري تعدد طرفي الالتزام في قسمين، خصص الاول منهما للتضامن بين طرفي الالتزام. وقد تكلم في الثاني عن عدم قابلية التجزئة.

الفرع الأول: التضامن بين أطراف الالتزام

أولاً : تعريف التضامن.

التضامن هو وصف يلحق الالتزام الذي يتعدد أطرافه فيحول دون انقسام الدين فيصبح الدين واحداً و قد يكون هذا التضامن إيجابياً أو سلبياً. حيث تقضي المادة 217 من القانون المدني بأن: "التضامن بين الدائنين أو المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون". و يقوم التضامن على مبادئ أساسية تحكمه وهي وحدة الدين وتعدد الروابط القانونية والنيابية التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر. ويقصد بوحدة الدين أن ينشأ من سبب واحد رغم تعدد الدائنين المتضامنين أو تعدد المدينين المتضامنين.

فالالتزام واحد ومحل واحد في مواجهة الدائن أو المدين. والمقصود بتعدد الروابط القانونية؛ أنه رغم وحدة الدين فإن ذلك لا ينفي تعدد الروابط القانونية، سواء تلك التي تربط كلا من الدائنين المتضامنين بالمدين أو التي تربط كلا من المدينين المتضامنين بالدائن؛ ورغم وحدة المحل فإن هذه الروابط يستقل بعضها عن البعض الآخر .

أما النيابة التبادلية فتعني أن كل من الدائنين أو المدينين المتضامنين يمثل الباقيين ويعمل باسمهم فيما يعود عليهم بالنفع ودون ما يلحق به من ضرر .

و للتضامن نوعان هما : التضامن الايجابي و يكون بين الدائنين و يسمى ايجابيا لأنه يضيف قيمة مالية الى ذمة المدين و هناك التضامن السلبي الذي يكون بين المدينين و سمي بالتضامن السلبي لأنه ينقص من ذمة المدينين.

ثانيا : الآثار التي تترتب على التضامن.

تختلف الآثار التي تترتب على التضامن في علاقة الدائنين المتضامنين (التضامن الإيجابي)؛ عنها في علاقة المدينين المتضامنين (التضامن السلبي)

1-الدائنون المتضامنون " التضامن الإيجابي":

التضامن الايجابي هو اشتراك ما بين الدائنين في مطالبة المدين بكل الدين سواء كانوا مجتمعين او منفردين، فاذا قام المدين بسداد الدين تبرأ ذمته اتجاه بقية كل الدائنين، و على باقي الدائنين الرجوع على الدائن، فاذا أعسر او أفلس يتحمل بقية الدائنون هذا الاعسار او الافلاس .

و علاقة الدائنين المتضامنين تضامن ايجابي تختلف حسب :

-علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين.

-علاقة الدائنين ببعضهم البعض.

أ-علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين:

أوردها القانون المدني في المواد 218 إلى 221 على النحو التالي:

-يترتب على وحدة الدين؛ أن يكون لكل دائن من الدائنين المتضامنين أن يتلقى

الوفاء بالدين كله، وأن يكون للمدين أن يبرئ ذمته بالوفاء بكل الدين لأي واحد منهم؛ تطبيقا

للمادتين (218-219) من ق م ج.

- الاعتداد بالوصف الذي يلحق رابطة كل دائن بالمدين؛ فإذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف في مواجهة أحد الدائنين المتضامنين وحده دون الباقيين فمن حق المدين أن يمتنع عن الوفاء إذا طالبه هذا الدائن بالوفاء طالما لم يتحقق الشرط. و يجوز للمدين الاحتجاج بالشرط إذا كانت المطالبة من دائن آخر.

- يترتب على تعدد الروابط القانونية؛ أنه إذا برئت ذمة المدين اتجاه أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء؛ فلا تبرأ ذمته قبل باقي الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذي برئت ذمة المدين قبله، وهو ما نصت عليه المادة (220) من القانون المدني الجزائري.

- يترتب على النيابة التبادلية ما ينفع دون ما يضر أن الأعمال التي يقوم بها أحد الدائنين، ويكون من شأنها إلحاق فائدة بكل الدائنين فإنها تسري عليهم أما إذا كانت تلك الأعمال ضارة بهم فيقتصر أثرها على الدائن فقط.

ب- علاقة الدائنين المتضامنين فيما بين بعضهم البعض:

للدائن مطالبة أي من المدينين سواء كانوا منفردين أو مجتمعين بالدين، فإذا طالب أي واحد منهم كان ملزماً بسداد الدين كله. غير أنه إذا كان من قام بسداد الدين هو المدين الأصلي صاحب المصلحة و باقي المدينين هم كفلاء له فقط فلا يجوز له الرجوع على باقي المدينين و يمكن للمدين الذي وفى أن يرجع على بقية المدينين. و في حالة عدم إرجاعهم لما وفى به فله أن يرفع دعوى الاثراء بلا سبب و دعوى الحلول و غيرها من الدعاوى التي تمكنه من استرجاع ما وفى به. وللدائنين مطالبة الدائن المستوف للدين كل بقدر حصته.

و بهذا يشبه التضامن بين الدائنين الدين المشترك، و نجده في الوكالة الضمنية؛ فالدائن القابض يعتبر أصيل عن نفسه في القبض، ووكيل عن الدائنين الآخرين. فالدائنون ما داموا قد اتفقوا على التضامن فيما بينهم في مطالبة المدين؛ فمعنى ذلك أنهم قد وكل بعضهم بعضاً في قبض الدين.

2-المدنيون المتضامنون "التضامن السلبي":

يعد التضامن السلبي أقوى انواع الكفالة¹ و هو نوع من الضمان، فللدائن أن يستوفي دينه من كل المدينين و له أن يطالب أي واحد من المدينين بسداد كل الدين. ويكون المدينون متضامنون إذا كان للدائن مطالبة من شاء منهم بكل الدين بالرغم من قابلية محل الالتزام للانقسام، و إذا وفي أحدهم بالدين برئة ذمته و ذم المدينين الاخرين . فإذا باع شخص شيئاً إلى ثلاثة أشخاص و اشترط عليهم أن يكونوا متضامنين في الوفاء بالثمن كان له مطالبتهم مجتمعين ومنفردين و المدين الذي يطالبه الدائن بالثمن يكون ملزماً بالوفاء بالثمن كله. أما علاقات المدينين المتضامنين فتختلف حسب علاقة المدينين المتضامنين بالدائن و علاقة المدينين المتضامنين فيما بين بعضهم البعض.

أ-علاقة المدينين المتضامنين بالدائن :

وتكون على النحو التالي:

-يترتب على وحدة الدين أن الدائن يستطيع مطالبة أي مدين شاء بكل الدين و إذا طالب أحدهم لم يسقط حقه في مطالبة غيره، فيستطيع مطالبتهم مجتمعين و منفردين ولا يستطيع المدين المطالبة بأن يدفع حصته فقط و إذا وفي أحد المدينين بالدين برئة ذمته و ذم المدينين الاخرين، و كان له الرجوع عليهم كل بقدر حصته².

أما بالنسبة لانقضاء الدين بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين بغير الوفاء قد ينقضي الدين بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين بأحد أسباب انقضاء الالتزام بغير الوفاء (التجديد أو المقاصة) عندها لا يستطيع الدائن بمطالبة المدينين الاخرين إلا بعد خصم حصة المدين الذي انقضى الدين بالنسبة له و هذا ما جاء في نص المادتين (224-225) من ق م ج .

¹ راجع المادة 644 من القانون المدني الجزائري

² راجع المواد 222 - 223 من القانون المدني الجزائري

- يترتب على تعدد الروابط أن كل مدين يرتبط مع غيره من المدينين المتضامنين برابطة التضامن اتجاه الدائن و في نفس الوقت فإنه يرتبط بالدائن برابطة خاصة والتي قد تختلف عن الروابط التي تربط غيره من المدينين بالدائن¹

وينتج عما سبق أن بعض الروابط قد تكون موصوفة و بعضها الآخر بسيط، فقد يكون دين أحد المدينين مؤجلاً بناءً على اتفاق مع الدائن و قد يكون مضاف إلى أجل، بينما ديون المدينين الآخرين حالة و منجزة فيجب على الدائن مراعاة ذلك عند مطالبتهم المدينين بالدين.

ب - علاقة المدينين ببعضهم البعض :

سبق القول أنه يمكن للدائن مطالبة أياً من المدينين منفردين أو مجتمعين بالدين ، فإذا طالب أي واحد منهم بعينه كان ملزماً بسداد كل الدين ثم يقسم هذا الدين بين الدائنين حسب الاتفاق او حسب حصص كل واحد منهم.

غير انه اذا قام بسداد الدين هو المدين الاصلي صاحب المصلحة و الباقي ، كفلاء له فقط فلا يجوز له الرجوع على باقي الدائنين.

و يتضامن المدينون فيما بينهم في سداد الدين اذا وقع اعسار أي مدين منهم.

و يمكن للمدين الذي وفى و سدد الدين أن يرجع على باقي المدينين، و في حالة عدم قبولهم كان له ان يرفع دعوى امام القضاء على اساس الاثراء بلا سبب أو دعوى الحلول.

الفرع الثاني: الالتزام غير القابل للانقسام (عدم قابلية التجزئة)

هذا النوع من الالتزام لا يقبل فيه المحل التجزئة، و لا يقبل التنفيذ الجزئي بل يجب أن يكون التنفيذ فيه كلياً، مثلاً اذا اشترى شخص سيارة من شخصين فالبائعان ملزمان بتسليم السيارة و يستطيع المشتري أن يطالب أياً منهما بهذا التسليم، إذ لا يمكن أن يقوم كل منهما بتسليم حصته من الدين.

¹ راجع المواد 226 الى 230 من القانون المدني الجزائري

إذ أن هذا الالتزام يجب أن يؤدي دفعة واحدة دون تجزئة لان طبيعته لا تقبل التجزئة و يكون أطرافه متعددون سواء كانوا دائنين أو مدينين.

أولا : أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام

و هي تعود إما إلى اتفاقية الطرفين أو إلى طبيعة المحل.

1- اتفاق الطرفين:

الالتزام قابل للانقسام بطبيعته، و لكن المتعاقدين قد يتفقان على اعتباره غير قابل للانقسام مثلا كأن يقول المشتري للبائع أشتري مائة طن خيط، و اشترط أن يكون التسليم غير قابل للانقسام، أي بالكمية كلها و قد يكون الاتفاق ضمنيا إذا تعهد شخص بإقراض آخر مبلغا من المال للقيام بعمل؛ كبناء دار، فمبلغ البناء كله يكون غير قابل للانقسام.

2 - طبيعة المحل لا تقبل القسمة :

قد تكون طبيعة المحل غير قابلة للانقسام و هي إما مطلقه أو نسبية المطلقة: إذا كان محل الالتزام لا يمكن انقسامه كتسليم حسان أو سيارة. النسبية: إذا كان محل الالتزام غير قابل للانقسام بشكله الطبيعي لكن يمكن تصور انقسامه عند التنفيذ، فمثلا عندما يتعهد مقاول ببناء منزل فيمكن تصور انقسام الالتزام مقاول يبني الاساس، وآخر يبني الهيكل...

ثانيا : الآثار التي تترتب على عدم قابلية الالتزام للانقسام:

1- في حالة تعدد المدينين: ولم يكن بينهم تضامن، فان الدين ينقسم عليهم و لكن إذا كان الدين غير قابل للانقسام عندها بإمكان الدائن مطالبة أيا منهم بالتنفيذ الكلي و يكون كل مدين ملزما بالتنفيذ الكامل ويرجع المدين الذي وفى الدين على باقي المدينين كل بقدر حصته، إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك.

2 - في حالة تعدد الدائنين: و لم يكن بينهم تضامن ,فكل دائن لا يستطيع أن يطالب إلا بحصته ,و لكن إذا كان محل الالتزام غير قابل للانقسام عندها بإمكان كل دائن أن يطالب بكل الدين ويرجع الدائنون على الدائن الذي استوفى الالتزام كل بقدر حصته.

الجزء الثالث: انتقال الالتزام

ينتقل الالتزام إما عن طريق حوالة الحق أو عن طريق حوالة الدين و سنتناول ذلك في المبحثين التاليين على النحو التالي:

المبحث الأول: حوالة الحق

تعتبر القيمة المالية في الالتزام هي جوهره الأساسي مما يؤدي الى امكانية تصور انتقال الالتزام في شقه الايجابي والمتمثل في تحول الحق الشخصي، فبذلك ظهرت حوالة الحق كوسيلة قانونية تنظم هذا الانتقال.

وعليه سيتم تقسيم دراسة هذا المبحث الى مطلبين، في المطلب الاول سنتناول مفهوم عقد حوالة الحق، اما في المطلب الثاني سنتطرق فيه الى آثار حوالة الحق.

المطلب الاول: مفهوم حوالة الحق

سنتناول ضمن هذا المطلب تعريف حوالة الحق (الفرع الاول)، خصائص عقد حوالة الحق (الفرع الثاني)، والتميز بين حوالة الحق وبعض الأنظمة الأخرى المشابهة (الفرع الثالث) لنتطرق أخيرا الى شروطها (الفرع الرابع).

الفرع الاول : تعريف حوالة الحق.

نصت المادة 239 على: "يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا منع ذلك نص القانون، أو اتفاق المتعاقدين، أو طبيعة الالتزام وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين" فحوالة الحق طبقا لنص المادة 239 من القانون المدني الجزائري هي عقد ينقل بمقتضاه الدائن ماله من حق قبل المدين الى شخص اخر يحل محله في اقتضاء هذا الحق من المدين¹.

¹ هذا التعريف وارد ايضا في نص المادتين 303 و 304 مدني مصري وتقابلهما المادة 993 مدني اردني.

الفرع الثاني: خصائص حوالة الحق.

يتبين لنا من تعريف حوالة الحق أنها عقد رضائي، يتم بتوافق إرادتي المحيل والمحيل والمحال له، ومحل هذا العقد هو الحق الشخصي الذي يكون للمحيل في ذمة المحال عليه، وأنه عقد يترتب عليه نقل الحق الشخصي ذاته بكل مقوماته وخصائصه من المحيل إلى المحال له، وأنه عقد منتج لآثاره حال حياة عاقيه أي انه ليس من الأعمال القانونية المضافة إلى ما بعد الموت

أولاً: حوالة الحق عقد رضائي

العقد الرضائي هو ما يكفي لانعقاده تراضيا المتعاقدين، أي اقتران الإيجاب بالقبول، فالتراضي وحده الذي يكون العقد، وأكثر العقود في القانون المدني رضائية كالبيع و الإيجار¹...

ويتم عقد الحوالة بين المحيل والمحال له اللذين يلعبان دورا أساسيا وإيجابيا إذ أن العقد ينعقد وينتج آثاره القانونية فيما بين طرفيه، بمجرد توافق إرادتهما².

ثانياً: حوالة الحق عقد منجز حال حياة عاقيه

حوالة الحق عقد يجب أن ينتج آثاره حال حياة طرفيه فلا يجوز إضافته إلى ما بعد موت المحيل، لأن تصرف المحيل إذا كان بمقابل في هذه الحالة يكون وارد على تركة مستقبلية، فيقع تحت طائلة المنع و البطلان المنصوص عليه في المادة 2/92 من القانون المدني الجزائري يقولها: "التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطلا ولو كان برضاه".

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، العقد العمل غير المشروع، الاثراء بلا سبب، القانون د ط دار احياء التراث العربي لبنان ص 150.

² بوشاشي يوسف ، حوالة الحق في القانون المدني الجزائري ، (دراسة مقارنة) ، اطروحة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة الجزائر ، 1989 ، ص 52.

ثالثاً: حوالة الحق عقد تابع

فعقد حوالة الحق يفترض وجود حق سابق على وجوده إذ انه لا يمكن تصور قيام حوالة الحق الا بالتبعية لغيرها، لأنها لا توجد إلا بوجود حق للمحيل في ذمة المحال عليه، وتتم حوالاته بمقتضى العقد المبرم بين المحيل والمحال له، فتكون حوالة الحق تابعة لهذا الدين وجوداً وعدمًا.

رابعاً: موضوع حوالة الحق هو الحق الشخصي

الحق الذي ينتقل بالحوالة هو حق الدائن الموجود في ذمة المدين المحال عليه، فهذا الحق الشخصي هو الذي تتم حوالاته من الدائن الأصلي إلى الدائن الجديد.

خامساً: عقد الحوالة ينقل الحق بجميع مقوماته وخصائصه

كما أن الحق ينتقل بجميع ضماناته، فلو كان الحق المحال به مضموناً برهن رسمي، أو بحق امتياز أو بكفالة فإنها تعود إلى الدائن مع كل هذه التامينات التي تضمن الوفاء به¹.

وإذا كان الدائن يتوقع عناء في الحصول على دينه فإنه يوفر على نفسه هذا العناء، بتحويل حقه مع التنازل عن جزء منه، وعندئذ تكون حوالة الحق مضاربة، فينتقضى المحيل ثمناً اقل من القيمة الاسمية لحقه².

ب- يشتهبان في كونهما عقدان رضائيان مصدرهما الاتفاق الصريح³.

ج- يتشابهان بأنهما عقدان تابعان

¹ بوشاشي يوسف، المرجع السابق ص 5.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق ص 262.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الاوصاف - الحوالة الانتقضاء - المرجع السابق 439.

الفرع الثالث: تميز حوالة الحق عن بعض الأنظمة المشابهة

هناك عدة أنظمة متشابهة في أحكامها وقواعدها لحوالة الحق، إلا أن هذا التشابه لا يمنع من وجود بعض الفروق التي سنحاول تناولها من خلال هذا الفرع .

أولا : حوالة الحق والتجديد

التجديد هو إتفاق على استبدال التزام جديد ، بالتزام قائم مغاير له في احد عناصره الجوهرية. فالطرفان في التجديد قد يتفقان بدلا من الوفاء بالدين على أن يستبدل به التزام جديدا يختلف عن الالتزام الأول في أحد عناصره الموضوعية أو الشخصية، ويجري كل شيء كما لو كان الدين القديم قد حصل الوفاء به، في حين انه في الحقيقة لم ينقضي بالوفاء بل انقضى لان الطرفين قد استبدلا به دينا آخر¹، وان مصدر التجديد يكون دائما الاتفاق الصريح بين الأطراف حسب نص المادة 1/289 من القانون المدني الجزائري. إن الظروف الشائعة بين نظام الحوالة ونظام التجديد المتمثلة في أوجه التشابه وأوجه الفرق بين هذين النظامين هي:

1/ أوجه التشابه: حوالة الحق تتشابه مع التجديد في:

أ- يشتهبه التجديد بتغيير الدائن مع حوالة الحق في ان كلاهما يهدف إلى تغيير الدائن الأصلي بدائن جديد في المستقبل.

ب- يشتهبان في كونهما عقدان رضائيان مصدرهما الاتفاق الصريح².

ج- يشابهان بأنهما عقدان تابعان

¹ بوشاشي يوسف ، المرجع السابق ، ص 61.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الاوصاف - الحوالة الانقضاء- المرجع السابق 439.

2/ أوجه الاختلاف: تختلف حوالة الحق عن التجديد في:

أ-يختلف التجديد بتغيير الدائن عن حوالة الحق، حيث ان التجديد بتغيير الدائن يترتب عليه انقضاء حق الدائن الاصلي وانشاء حق جديد للدائن الجديد مستقل كل الاستقلال عن الحق.

ب-ويختلف التجديد عن حوالة الحق في ان التجديد بتغيير الدائن لابد فيه من اتفاق المدين الاصلي والدائن الاصلي والدائن الجديد.

ثانيا: الحوالة والوفاء مع الحلول

أوجه التشابه: يتشابه نظام الوفاء مع الحلول بنظام حوالة الحق في نقطة أساسية، اذ انه في كل من النظامين ينتقل الحق من الدائن الاصلي الى الموفى او من المحيل الدائن الاصلي الى المحال له.

أوجه الاختلاف:

أ-حوالة الحق هي صورة انتقال الالتزام، اما الوفاء مع الحلول فهو يقع بمناسبة الوفاء.
ب-حوالة الحق لا تكون الا اتفاقا، اما الوفاء مع الحلول فقد يكون اتفاقيا، وقد يكون قانونيا.

ج-حوالة الحق قد ترد على دين حال او على دين مؤجل، اما الوفاء مع الحلول فانه لا يقع الا على دين حال³.

د-من حيث الوظيفة يختلف الوفاء مع الحلول عن حوالة الحق في ان وظيفة حوالة الحق هي نقل الحق من المحيل الى المحيل له⁴.

³ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 287.



ثالثاً: حوالة الحق و الإشتراط لمصلحة الغير

الإشتراط لمصلحة الغير عقد يشترط فيه احد المتعاقدين، ويسمى المشتراط على الطرف الاخر "المتعهد" التزاما لمصلحة شخص ثالث، ليس طرفا في العقد ويسمى "المنتفع" بحيث ينشأ عن هذا العقد حق مباشر للمنتفع قبل المتعهد.

يمكن لنظام الإشتراط لمصلحة الغير أن يحقق بطريقة غير مباشرة نقل الحق كالدائن الذي يشترط على مدينه الوفاء بالدين على أن يلتزم في مواجهة اجنبي فيكون هذا الغير هو المستفيد من الإشتراط الذي تم لصالحه، ويصبح دائنا بالحق بدلا من المشتراط¹.

و يختلف الإشتراط لمصلحة الغير عن حوالة الحق في:

أ- أن الإشتراط لمصلحة الغير لا يوجد الا عقد واحد، هو الذي تم بين المشتراط والمتعهد، ورتب حقا مباشرا للمنتفع في ذمة المتعهد ، اما في حوالة الحق هناك عقدان، عقد ما بين المشتراط والمتعهد، أي بين الدائن (المحيل) والمدين (المحال عليه)، ولم ينشأ للمشتراط نفسه، والعقد الثاني ما بين المحيل والمدين (المحال عليه)، والمحال له (المنتفع) وهذا هو العقد الذي يستمد منه المحال له حقه².

ب-ولما كان المحال له في حوالة الحق يتلقى حقه من عقد الحوالة، فللمحال له ان يتمسك ضده بكل الدفع التي كان له ان يتمسك بها قبل المحيل، وكذلك بالدفع الستمدة من عقد الحوالة نفسه، اما في الإشتراط لمصلحة الغير فالمنتفع لا يكون معرضا الا للدفع المستمدة من عقد³.

ج- في حوالة الحق يستطيع المحال عليه ان يتمسك بالمقاصة اذا اصبح دائنا للمحيل قبل ان تصبح الحوالة نافذة في حقه، اما في الإشتراط لمصلحة الغير فان المتعهد اذا اصبح

¹ بوشاشي يوسف، المرجع السابق، ص 79.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الالتزام بوجه عام الاوصاف - الحوالة- الانتضاء، المرجع السابق، ص 42.

³ عبد الرزاق السنهوري المرجع نفسه، ص 43.

دائنا للمشترط فلا يستطيع ان يتمسك بالمقاصة بين ما له في ذمة المشترط وما ذمته للمنتفع.

د-في الاشتراط لمصلحة الغير، المشترط لا يحول حقا للمنتفع، بل يشترط لمصلحته حقا يلزم به المتعهد، فينشا للغير حق مباشر يشهده من عقد الاشتراط ذاته دون ان ينتقل اليه من المشترط بطريق الحوالة، بينما في الحوالة يستمد المحال له حقه مباشرة من العقد الذي قام بابرامه فينتقل اليه الحق الذي كان في ذمة المحيل نفسه بكل توابعه وضماناته⁴.

الفرع الرابع: شروط حوالة الحق.

تتم حوالة الحق نتيجة لتصرف قانوني تلتقي فيه إرادة المحيل، بإرادة المحال إليه، من أجل إحداث اثر قانوني يعتبر من التصرفات القانونية الناقلة للحق، ويخضع هذا التصرف في قيامه إلى الشروط العامة التي يخضع لها أي تصرف قانوني وهي نوعان: شروط الانعقاد وشروط النفاذ، وعليه سنتناول في هذا الفرع: شروط الانعقاد وشروط النفاذ على النحو التالي:

أولاً: شروط انعقاد حوالة الحق.

مادام أن حوالة الحق تتم بعقد وهذا الاخير يخضع الى الاحكام العامة في العقود. وعليه سندرس هنا أطراف حوالة الحق و التراضي وأخيرا المحل.

1: أطراف حوالة الحق

نستخلص من المادة 239 من القانون المدني الجزائري أن الحوالة عقد يتم بين طرفين هما: المحيل والمحال له. بحيث تتم الحوالة بين الدائن المحيل والمحال له، أي مجرد تراضيها وليس المدين طرفا فيها وفي ذلك تقول المادة 239 ق.م.ج " ...تتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المدين وفي ذلك أخذت الإرادة التشريعية الجزائرية بمذهب الجمهور في

⁴ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الالتزام بوجه عام، الاوصاف، الحوالة، الانقضاء، المرجع السابق، ص 901.

الفقه الإسلامي وهم المالكية والشافعية والحنابلة، فهؤلاء يجيزون حوالة الحق دون إشتراط رضا المدين أما أبو حنيفة وأصحابه فإنهم لا يجيزونها، إذ يعتبرونها عملا باطلا على أساس أنها بيع الدين بالدين⁵

2: التراضي

بما أن المشرع الجزائري لم يشترط لانعقاد حوالة الحق أي شكل خاص ، فهي بالتالي تخضع للقواعد العامة في العقود فتتعد بمجرد التراضي بين أطرافه. هذا وتنص المادة 239 من القانون المدني الجزائري على انه: "يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا منع ذلك نص القانون، أو اتفاق المتعاقدين، أو طبيعة الالتزام، وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين"

3: محل حوالة الحق

الأصل أن جميع الحقوق الشخصية يجوز تحويلها أيا كان محلها والغالب في حوالة الحق، أن يكون محل هذا الحق مبلغا من النقود وأن جميع الحقوق الشخصية مدنية كانت أم تجارية قابلة للحوالة سواء كان محلها مبلغا من النقود، أم أشياء مثلية، لأن حوالة الحق محلها حق الدائن، وهذا الحق ينتقل بالحوالة، من الدائن الأصلي إلى الدائن الجديد. ويجوز كذلك لمشتري المتجر إذا اشترط على بائعه عدم المنافسة، وهو التزام بالامتناع عن عمل أي يتنازل عن المتجر الذي اشتراه لشخص آخر ويعتبر أنه قد نزل في الوقت ذاته عن حقه الشخصي قبل البائع بعدم المنافسة⁶.

⁵ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 264

⁶ عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، الاوصاف، الحوالة -الانقضاء- مرجع سابق، ص 391 .

كما يستطيع المؤلف الذي يبرم عقدا مع دار النشر لطبع كتابه ونشره نظير مبلغ معين، أن يحول حقه في المبلغ إلى شخص آخر حتى قبل تأليف كتابه، أما قبل إبرام العقد فلا تجوز له الحوالة، إذ لا وجود لحق يمكن تحويله¹.

ثانيا: شروط نفاذ حوالة الحق

حسب المادة 241 من القانون المدني الجزائري فان شروط نفاذ حوالة الحق تتمثل في نفاذ الحوالة في حق المدين، ونفاذ الحوالة في حق الغير. وعليه سنعالج : نفاذ الحوالة في حق المدين ثم نفاذ الحوالة في حق الغير .

1: نفاذ الحوالة في حق المدين

لا تنفذ الحوالة في حق المدين إلا بأحد الإجراءين: قبول المدين للحوالة و إعلانه بذلك:

أ-قبول المدين للحوالة

المدين يعتبر من الغير بالنسبة لحوالة الحق إذ هو ليس طرفا في العقد، إذا لايلزم تدخله في هذا الاتفاق. غير انه يظهر، كأنه موضوع هذه الحوالة التي انعقدت دون رضاه²، رضاه²، وتنفذ الحوالة في مواجهة المحال عليه (المدين) إذا قبلها صراحة أو ضمنا، ولأن القبول وسيلة لنفاذ حوالة الحق في مواجهة المحال عليه، فانه يجب أن يكون دالا على موافقته على قبول الحوالة.

ب-إعلان المدين للحوالة

يكون إعلان المدين بالحوالة أما بناءا على طلب المحيل أو المحال له وان كان الغالب أن يتم بناءا على طلب الأخير لوضوح مصلحة في هذا الشأن، هذا ما نصت عليه المادة 241 من القانون المدني الجزائري.

¹ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 265.

² المرجع نفسه، ص 267.

ج-إجراءات خاصة بنفاذ الحوالة

الأصل أن تنفذ الحوالة في حق الغير بقبول المدين أو إخباره بها، ولكن القانون يتطلب لنفاذ الحوالة إجراءات أخرى في حالات معينة، فالأوراق التجارية وهي السفتجة والسند الأدنى والشيك يتم تحويلها، وتسري في حق الغير بالتظهير.

ويقصد بالتظهير عبارة تكتب على ظهر السند تفيد بصرف المستفيد، ولذلك تختلف أشكال التظهير وأثاره القانونية باختلاف الصفة المستعملة فيه، فهو إما أن يكون تظهيراً ناقلاً للملكية، أو تظهير توكلياً أو تظهير تأمينياً¹.

2-نفاذ الحوالة في حق الغير.

حسب المادة 241 وحتى تصبح حوالة الحق نافذة في حق الغير وحجة عليهم، يجب أن يعلم المدين المحال عليه والغير بواقعة الحوالة علماً قانونياً، وقد رصد المشرع الأدوات القانونية اللازمة لإتمام عملية العلم القانوني وتتم أساساً بإعلان للمدين المحال عليه بواقعة الحوالة بعقد غير قضائي أو رضاه بها ، ويجب أن تتم هذه الإجراءات بالكيفية التي حددها المشرع سلفاً، ويلاحظ أيضاً انه لا فرق بين هاتين الوسيلتين من حيث قيمتهما القانونية ولأصحاب الشأن رخصة الخيار بينهما².

وليتأكد الغير من وقوع الحوالة دون أدنى شك، وليحددوا بعدها موقفهم في الدائن المحيل، كما أنها تفيد منع التواطؤ بين المحيل والمحال عليه، للأضرار بالمحال له وذلك باصطناع تاريخ لقبول الحوالة³.

ان طائفة الغير تشمل المدين بالحق المحال به، والمحال له الثاني، والدائن المرتهن، والدائن الحاجز، وكذلك دائني المحيل الذي تم شهر إفلاسه. ومعنى ان حق المحال له ينفذ في مواجهة هؤلاء الغير، انه عند تراحمهم مع المحال له، فان هذا يقدم عليهم إذا كان تاريخ

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 486.

² محمد صبري سعدي، مرجع سابق، ص 268.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الالتزام بوجه عام، الاوصاف، الحوالة، الانقضاء، مرجع سابق، ص 476.

نفاذ حوالبته في حقهه سابق على تاريخ نفاذ الحوالة الثابته أو الرهن، و الحجز أو شهر الإفلاس¹.

المطلب الثاني: آثار حوالة الحق.

سبق أن رأينا أن حوالة الحق تخضع في تكوينها للقواعد العامة التي تحكم تكوين العقد، وعليه فإنها تخضع في آثارها للقواعد العامة التي تحكم آثار هذا العقد. لكن يتميز عقد الحوالة عن العقود الأخرى بأن محله هو الحق الشخصي الذي اقتضت طبيعته قيام علاقات قانونية مختلفة، وتوعدت بين الأشخاص الذين تنعكس عليهم آثار الحوالة.

الفرع الأول: علاقة المحال له بالمحيل وعلاقة المحال له بالمحال عليه.

هناك علاقات تقوم بين أطراف حوالة الحق، وتنتج آثارها منذ قيام الإيفاق، سنتطرق هنا الى علاقة المحال له بالمحيل ثم علاقة المحال له بالمحال عليه.

أولاً: علاقة المحال له بالمحيل

يترتب بمجرد إبرام عقد الحوالة ونفاذها جملة من الإلتزامات القانونية بين طرفيها ينتقل فيها الحق المحال به من الأول إلى الثاني (من المحيل إلى المحال له).

1: الإلتزام بنقل الحق

يلتزم المحيل بنقل الحق للمحال له، حيث ينتقل بمجرد انعقاد العقد مع تسلّم سند الحق ووسائل إثباته، وذلك بقوة القانون².

وعلى المحيل بمجرد إنعقاد الحوالة صحيحة، أن يمتنع عن القيام بكل ما من شأنه الإضرار بحقوق المحال له أو الإنقاص منها، فليس للمحيل أن يستوفي الحق المحال به،

¹ المرجع نفسه، ص 285.

² المادة 165 من ق م ج " الإلتزام بنقل الملكية.....".

وإذا قام المحال عليه بعد إنعقاد الحوالة و قبل أن تصبح نافذة في حقه بالوفاء للمحيل وهو حسن النية لا يعلم بالحوالة، فالوفاء يعتبر صحيحاً مبرئاً لذمة المحال له. ولا يجوز للمحيل أن يتفق مع المحال عليه على تعديل طبيعة الحق، أو التعديل من شروط الوفاء به وإن فعل شيئاً من ذلك كان مسؤولاً قبل المحال له. فالمبدأ هنا يتمثل في أن الحق محل الحوالة ينتقل من المحيل الى المحال اليه بكافة ضماناته¹ وصفاته وفوائده واقسامه ودفوعه² وتسليم سند الحق المحال به ووسائل اثباته³ وانتقال الدعاوى التي تؤكد الحق المحال به.

2: التزام المحيل بضمان الحق المحال به

حسب نص المادة 247 من القانون المدني الجزائري، فان المحيل يضمن للمحال له جميع الأفعال الشخصية التي تصدر منه بعدم إبرام الحوالة وقد يكون من شأنها الإنتقاص من قيمة الحق المحال به أو زواله، وذلك في جميع الأحوال لا فرق بين أن تكون الحوالة بعوض أو بغير عوض، ولا يقع في ذلك اشتراط الضمان عنه، اذ يقع الشرط باطلا إذا كان الحق الذي حوله قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق المحال عليه، أو قام بحوالة الحق مرة ثانية، وإعلان المحال للحوالة الثانية لتصبح نافذة في حق المحل له الأول.

ثانياً: علاقة المحال له بالمحال عليه

إن علاقة المحال له بالمحال عليه تتأثر بتغير الوقت الذي تصبح فيه الحوالة نافذة في حق المحال عليه بالإعلان أو القبول، فقبل هذا الوقت لا تكون علاقة المحال له بالمحال عليه إلا علاقة دائنية، إلا أنها علاقة تسمح ببعض الآثار المحدودة، أهمها أن المحال له

¹ المادة 243 ق م ج.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الالتزام بوجه عام، الاوصاف، الحوالة، الانقضاء، مرجع سابق ص 496.

³ محمد صيري السعدي، مرجع سابق، ص 271.

يستطيع أن يتخذ إجراءات تحفظية للمحافظة على حقه قبل المحال عليه، كما يمنع على المحال عليه أن يأتي من الأعمال ما يضر بهذا الحق.

ومنذ إعلان حوالة الحق أو قبولها يصبح المحال له هو وحده الدائن الحالي للمحال عليه وتقوم بينهما علاقة المديونية كاملة بما يترتب عليها من آثار، وعليه سنتطرق إلى نقطتين: في النقطة الأولى نتطرق إلى علاقة المحال له بالمحال عليه قبل إعلان الحوالة و في النقطة الثانية سنتناول علاقة المحال له بالمحال عليه بعد إعلان الحوالة .

1: علاقة المحال له بالمحال عليه قبل إعلان الحوالة

قبل إعلان حوالة الحق أو قبولها يبقى المحيل دائناً للمحال عليه، لأن الحوالة لم تنفذ بعد في حق المحال عليه، أما المحال له فدائنيته للمحال عليه ينقصها النفاذ، فهي دائنية محدودة لا تولد آثاراً كاملة، ولكنها تولد بعض الآثار على كل حال، فيستطيع المحال له من جانبه أن يتخذ للمحافظة على حقه إجراءات تحفظية¹.

2: علاقة المحال له بالمحال عليه بعد إعلان الحوالة

بإعلان الحوالة وقبولها تصبح نافذة في حق المحال له فيترتب على ذلك حلول المحال له محل المحيل في نفس الحق المحال به ويكون للمحال عليه التمسك بالدفع قبل المحال له.

يترتب على إعلان الحوالة إنتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له في مواجهة المحال عليه، إذ يصبح الدائن للمحال عليه هو المحال له وليس المحيل، ولا تبراؤمة المحال عليه إلا بالوفاء للمحال له وهو الدائن الجديد².

أ- حلول المحال له محل المحيل في نفس الحق المحال به:

ب- الدفع التي يتمسك بها المحال عليه تجاه المحال له:

¹ المادة 242 ق م ج.

² بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 299.

يفهم من نص المادة 248 من القانون المدني أن المشرع الجزائري يعتبر أنه متى أصبحت الحوالة نافذة قبل المحال عليه، جاز للمحال له أن يطالبه بوفاء الدين، غير أن للمدين أن يدفع هذه المطالبة، بالدفع التي كان يستطيع بها دفع مطالبة المحيل، لان الحق لم يتغير بانتقاله بالحوالة، وعلى ذلك يستطيع المدين أن يدفع ببطلان الدين أو بانقضائه بأي سبب من أسباب الانقضاء، أو غير ذلك من الدفع¹. كما يمكن له كذلك التمسك بتلك الدفع المستمدة من عقد الحوالة.

ثانياً: علاقة المحيل بالمحال عليه وعلاقة المحال له بالغير.

في العلاقة بين المحيل والمحال عليه يظل المحيل هو المالك الحقيقي للحق المحال به.

أما بالنسبة للعلاقة بين المحال له والغير فتتصرف آثار الحوالة إلى هذا الأخير بمجرد انعقادها فتؤثر على حقوقهم، وقد يتضررون منها، لذا فلا تكون نافذة في حقهم إلا إذا أصبحت ثابتة التاريخ و فقا لما يمليه القانون.

وبناء على ما تقدم سننترق الى علاقة المحيل بالمحال عليه ثم علاقة المحال له بالغير.

1: علاقة المحيل بالمحال عليه

ونميز هنا علاقة المحيل بالمحال عليه في مرحلتين:

أ: مرحلة ما قبل إعلان الحوالة أو قبولها.

في هذه المرحلة لا تزال حوالة الحق غير نافذة في حق المحال عليه، ولا يزال صاحب الحق بالنسبة إليه هو المحيل، فيستطيع المحيل إذن أن يقوم باتخاذ جميع الإجراءات

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام، الاوصاف ، الحوالة، الانقضاء، مرجع سابق ص 529.

التحفظية اللازمة، كأن يقطع التقادم، يقيد الرهن، يحدد القيد، وأن يتقدم في التوزيع ونحو ذلك¹.

ب: مرحلة ما بعد إعلان الحوالة.

إذا ما أعلنت الحوالة أو قبلت، تصبح نافذة في حق المحال عليه وفي حق الغير ويصبح المحيل أجنبيا بالنسبة إلى المحال عليه. ومن ثم لا يستطيع المحيل في هذه المرحلة أن يفعل شيئا مما كان يستطيع أن يفعله في المرحلة الأولى (قبل الإعلان)، لا يستطيع أن يستوفي الحق في المحال عليه، وان استوفاه كان الوفاء غير مبرر لذمة المحال عليه، ولا يستطيع بالأولى إلزام المحال عليه بالوفاء².

2: العلاقة بين المحال له والغير.

يجب علينا هنا أن نتناول العلاقة القانونية التي تربط بين المحال له والغير، وذلك باعتبار الغير هم الأشخاص الذين لهم في ذمة المحيل حق خاص على الحق المحال به يتعارض مع الحوالة وهم المحال لهم بذات الحق المحال به بعوض أو بغير عوض، والدائنون العاديون للمحيل الذين أوقعوا على الحق المحال به حجوزا تحت يد المحال عليه، إضافة إلى دائني المحيل إذا أشهر إعساره أو إفلاسه، وكانت حقوقهم ثابتة في ذمته قبل شهر إعساره. وذلك كما يلي:

أ: التزام بين المحال له وبين الدائنين.

تناولت المادة 249 من القانون المدني الجزائري، أحكام هذه العلاقات حيث جاء النص مفسرا لذلك، فإذا صدرت الحوالة من المحيل ولكنها وقبل التنفيذ في حق الغير بالإعلان أو القبول أشهر افلاس المحيل، ففي هذه الحالة يصبح دائنو المحيل من الغير،

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام، الاوصاف، الحوالة، الانقضاء، مرجع سابق ص 546.

² المرجع نفسه، ص 547.

بالنسبة للمحال له. وذلك منذ صدور الحكم بالإفلاس. فإذا لم يكن قد تمت حتى هذا التاريخ، فلا يجوز إجراؤها بعد ذلك، ومن ثم لا يحتج على جماعة الدائنين لأنهم من الغير¹.

ب: التزام بين المحال له والدائن الحاجز

حسب المادة 250 من القانون المدني الجزائري فإنها تفرق بين حالات ثلاث.

الحالة الأولى: بعد نفاذ الحوالة في حق الغير قام دائن المحيل الى توقيع حجز تحت

يد المحال عليه فقام التزام بين المحال له والدائن الحاجز.

الحالة الثانية: قبل نفاذ الحوالة في حق الغير قام دائن المحيل بتوقيع الحجز، تحت يد

المحال عليه، فقام التزام بين الدائن والمحال له.

الحالة الثالثة: قبل نفاذ الحوالة في حق الغير قام الدائن المحيل بتوقيع الحجز ثم بعد

نفاذ الحوالة في حق الغير وقع دائن آخر حجز ثانيا، فقام التزام بين الحجز الأول، والمحال له، والدائن الحاجز الثاني.

المبحث الثاني: حوالة الدين

ونتناول فيه مفهومها وآثارها على التوالي.

المطلب الاول: مفهوم حوالة الدين

ونتطرق هنا الى تعريف حوالة الدين وتمييزها عن غيرها من المفاهيم إضافة الى تناول

شروطها على النحو التالي:

الفرع الاول: تعريف حوالة الدين

تنص المادة 251 من القانون المدني على مايلي: "تم حوالة الدين باتفاق بين المدين

وشخص آخر يتحمل عنه الدين"

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 549.

يتبين من هذا بأن حوالة الدين هي عبارة عن عقد يتمكن المدين بمقتضاه من نقل ديونه قبل دائه الى شخص أجنبي يصبح مدينا في مواجهة هذا الدائن بدلا من المدين الاصيلي وهذا ما يجعل من الحوالة تتميز بمايلي:

-تغيير الطرف السلبي للالتزام اي المدين

-براءة ذمة المدين القديم.

-إحتفاظ الدين بدائنيته الاولى، فالدين الاصيلي هو نفسه الذي ينتقل من مدين الى

آخر.

-يعتبر المدين الجديد خلفا خاصا للمدين القديم، ويسمى محالا عليه أما الدائن يسمى

بالمحال.

إلا أنه من ناحية أخرى، ليس هناك ما يمنع أن تكون الحوالة باتفاق بين الدائن والغير،

وإن كانت الصورة الاولى لانعقاد الحوالة هي الصورة الشائعة.

الفرع الثاني: تميز حوالة الدين عن بعض الانظمة المشابهة لها

أولا: تمييز حوالة الدين عن التجديد:

1- من حيث الانعقاد: من خلال تحليل نص المادة 02/287 من ق م ج يتبين بأن

رضا الدائن في التجديد يعد ركنا في الاتفاق، بينما رضا الدائن في الحوالة لا يعد ركنا في

الاتفاق، وان كان في بعض الحالات يعد كذلك.

2-من حيث الاثار المترتبة: حسب نص المادة 291 من ق م ج فان التجديد له أثر

إزدواجي حيث أنه يؤدي الى انقضاء الالتزام القديم وينشئ في نفس الوقت التزاما جديدا على

عائق المدين الجديد الذي يختلف عن الالتزام القديم من حيث صفاته ودفوعه وتأميناته.

ثانيا: تميز حوالة الدين عن الانابة في الوفاء

الانابة في الحقيقة هي صورة من صور التجديد بتغيير المدين، حيث ترتب نفس الاثار التي يرتبها التجديد بتغيير المدين.

إن لإنابة الكاملة تؤدي الى تجديد الدين فتقضي على الدين القديم الذي بين المنيب و المناب لديه وتحل محله دينا جديدا وهو دين المناب لديه، مثال على ذلك بيع عقار مرهون إنابة البائع للمشتري في دفع الثمن كله او بعضه الى الدائن. نستنتج مما سبق أن الانابة في الوفاء إن كانت لها اهميتها في المعاملات التجارية، فإنها تعتبر أقل اهمية بالنسبة لحالة الدين في المعاملات المدنية، لكون الانابة في الوفاء كالتجديد تؤدي الى انقضاء جميع التأمينات و الدفع، وبالتالي لا توفر ما توفره حوالة الدين من ضمانات وحماية كاملة لمصالح جميع الاطراف.

ثالثا: تميز حوالة الدين عن حوالة الحق

حوالة الحق هي اتفاق بين الدائن وأجنبي على ان يحول له حقه الذي في ذمة المدين، فيحل الأجنبي في هذا الحق نفسه بجميع مقوماته وخصائصه ويسمى الدائن محيلا والاجنبي محالا له والمدين محالا عليه¹.

إن حوالة الحق مثلها مثل حوالة الدين، تؤدي الى انتقال الالتزام، الا ان الاختلاف بين الحوالتين هو ان حوالة الحق تنقل الالتزام من جانبه الايجابي، حيث تنقل الحق من دائن الى آخر، بينما حوالة الدين تنقل الالتزام من جانبه السلبي، أي تنقل الدين من مدين لآخر، ولهذا يقال بأن حوالة الدين ماهي في الحقيقة سوى الوجه المعاكس لحوالة الحق.

¹ عبد الرزاق احمد السنهوري، مرجع سابق ص 442

الفرع الثالث: شروط حوالة الدين

حوالة الدين عبارة عن اتفاق او عقد يتم بموجبه احلال شخص (المحال عليه) محل المدين الاصيلي (المحيل) في الدين الذي على الاخير تجاه الدائن. مادام حوالة الدين عقدا فانها تخضع ككل العقود للشروط العامة الواجب توافرها في العقد¹، باعتبارها عقدا من نوع خاص فانها تخضع من ناحية اخرى لشروط خاصة من خلال دراستنا لهذا الفرع والذي نقسمه الى شروط انعقاد الحوالة بصفة عامة والى شروط نفاذ الحوالة في حق الدائن وفي حق الغير.

اولا: شروط انعقاد حوالة الدين

1-الشروط العامة لانعقاد الحوالة:

أ-الرضا : يتم العقد بمجرد ان يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون² . فالعقد لا يتم الا اذا كان هناك اقتران ارادتين متطابقتين والمقصود بالإرادة هي تلك الارادة التي تتجه الى احداث اثر قانوني معين وهو انشاء الالتزام. فالتعبير عن الارادة يمكن ان يكون تعبيراً صريحاً او ضمناً³. لكي يصح الرضا لابد أن يكون التغيير صادراً عن رضا خالي من كل العيوب والتي تتمثل في الغلط، التدليس، الاكراه، الغبن والاستغلال والتي نص عليها المشرع من المادة 81 الى 90 ق م ج. ب-المحل: المحل كما عرفنا هو ما يلتزم به المدين وهو إما أن يكون إعطاء شيء، او نقل حق عيني وإما ان يكون أداء عمل او الامتناع عن العمل كما يجب ان يكون المحل موجود او قابلاً للوجود، معين او قابلاً للتعيين ومشروعاً.

¹ المرجع نفسه، ص 583.

² المادة 59 من ق م ج.

³ المادة 60 من ق م ج.

ج-السبب: بغض النظر عن الاختلاف في تحديد المقصود بالسبب إلا أنه يمكننا القول أنه الغرض و الدافع الذي يدفع كل متعاقد الى ابرام العقد. فهو الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول اليه¹.

ففي حوالة الدين يختلف السبب حسب الغرض المقصود من الحوالة، فقد تكون بمقابل كما اذا كان المحال عليه مدينا للمحيل والمقابل هنا تبرئة المحال عليه تجاه المحيل، و قد تكون بغرض القرض كما ذا لم تكن هناك علاقة مديونية من قبل بين الطرفين وقد تكون بقصد التبرع.

ويشترط أخيرا في السبب أن يكون مشروعاً.²

2- الشروط الخاصة لانعقاد الحوالة:

بالإضافة الى وجوب توفر كل الشروط العامة السالفة الذكر، فانه يجب توفر ايضا شروط خاصة لصحة الحوالة، والتي تتمثل في ثلاث شروط وهي:

أ- ان لا يكون هناك نص قانوني يمنع حوالة الدين.

ب-ان لا تتعارض الحوالة مع طبيعة الدين.

ج-ان لا يكون هناك اتفاق يمنع الحوالة.

ثانيا :شروط نفاذ حوالة الدين

إن حوالة الدين تتعد بصورتين ،فقد تتعد باتفاق بين المدين الاصلي و المحال عليه، وقد تتعد بين الدائن والاجنبي .

نقسم هذا الشرط الى شروط الحوالة في حق الدائن، وشروط نفاذ الحوالة في حق الغير .

1-شروط نفاذ الحوالة في حق الدائن:

¹ عبد الرزاق احمد السنهوري مرجع سابق ص 451.

² المادة 98 ق م ج.

إذا كانت حوالة الدين تسري في حق المدين مباشرة ومن دون أي شرط حتى ولو كان اجنبيا عن الاتفاق على الحوالة ، فان الامر يختلف بالنسبة للدائن، وذلك لان حوالة الدين اذا كانت تحقق للمدين مصلحة اذ تبرأ ذمته المالية فان حوالة الدين تشكل خطرا على مصالح الدائن، لهذا يشترط المشرع ضرورة اقرار الدائن للحوالة حتى تسري في حقه وهذا ما تقضي به المادة 252 من ق م

إن اقرار الدائن للحوالة يرتب نتيجتان:

*النتيجة الاولى: حلول المحال عليه محل المدين الاصلي.

*النتيجة الثانية: براءة ذمة المدين الاصلي نهائيا اتجاه الدائن.

ان اجبار الدائن على قبول الحوالة قد يسبب اضرار كبيرة للدائن، لانه ارتضى ان يتعامل مع مدين دون غيره لاسباب متعددة¹

فحسب نص المادة 935 من القانون المدني² ، نجد المشرع عدل من الاحكام الخاصة المنظمة لحوالة الدين، فقدخرج عن القواعد المنظمة لحوالة الدين في عدة نقاط والتي نوضحها فيما يلي:

- اشتراط أن يكون الاعلان عن الحوالة للدائن في شكل قانوني وهذا معناه ان يكون الاعلان في شكل رسمي، ويكون عن طريق المحضر القضائي.
- في تقييد الدائن بوقت محدد في استعمال حقه في الاقرار او الرفض.
- في اعتبار سكوت الدائن بعد انقضاء ميعاد 06 اشهر اقرارا للحوالة.
- في تحديد بدء ميعاد الاعلان بالحوالة.

2-شروط نفاذ الحوالة في حق الغير:

ان حوالة الدين تسري على المدين الاصلي مباشرة حتى ولو رفضها لما فيها من مصلحة له كما سبق ذكره. الا أن المدين الاصلي قد يكون له كفيل شخصي او عيني

¹ سليمان مرقس - احكام الالتزام ص 665.

² المادة 935 من ق م ج

ضامن لدينه، وقد يكون الى جانبه مدين او مدينين متضامنين معه، وقد يتضرر هؤلاء من حوالة الدين الى مدين اخر اجنبي.

سوف نتعرض في هذه الشروط الى شروط نفاذ الحوالة في حق الكفيل ثم شروط نفاذ الحوالة في حق المدينين المتضامنين مع المدين الاصلي.

أ-شروط نفاذ الحوالة في حق الكفيل:

قد يكون الدين المحال به مكفولا بشخص غير المدين الاصلي كفالة شخصية او كفالة عينية. فالكفيل الشخصي يضم ذمته الى ذمة المدين، فيرد حق الدائن على الضمان العام للكفيل طبقا لقاعدة جميع اموال الكفيل ضامنة للوفاء بديونه.

ب-شروط نفاذ الحوالة في حق المدينين المتضامنين:

في مقتضى عقد الحوالة، يحل محل المدين الاصلي مدين جديد، وقد يكون للمدين الاصلي مدينين متضامنين معه . فحوالة الدين قد تضر بالمدينين المتضامنين اذا أجبروا على التضامن مع المدين الجديد والذي قد يكون أقل ملاءة ويسرا من المدين الاصلي. إن تصرفات المدين التي تضر بباقي المدينين المتضامنين لا تسري في حقهم. ومن هنا نستنتج بأن حوالة الدين لا تنفذ في حق المدينين المتضامنين الا بشرط رضاهم بها.

المطلب الثاني: آثار حوالة الدين

تتمثل اثار حوالة الدين في وجود علاقات ثلاث بين اطرافها الدائن بالمحال عليه والمدين الاصلي وتختلف آثار حوالة الدين حسب نوع هذه العلاقة. لذلك سنتطرق في هذا المطلب الى علاقة الدائن بالمحال عليه وعلاقة المدين الاصلي بالمحال عليه وأخيرا علاقة الدائن بالمدين الاصلي.

الفرع الاول: علاقة الدائن بالمحال عليه

بعد إقرار الدائن لحوالة الدين، تصبح هذه الاخيرة نافذة ويصبح المحال عليه هو المدين فتيبرا ذمة المدين الاصلي من الدين، فلا يمكن للدائن بهذا المفهوم أن يرجع على المدين الاصلي الذي لم يعد مدينا بموجب الحوالة. وينتقل الدين الذي كان على المدين الاصلي بكافة صفاته كأن يكون معلقا على شرط أو مضافا الى أجل كما ينتقل الدين بدفوعه كالدفع ببطلانه او انقضائه.

يستطيع المحال عليه (المدين الجديد)، بموجب حوالة الدين ان يتمسك في مواجهة المحال له (الدائن) بكافة الدفوع القانونية التي كان للمحيل الحق في التمسك بها وهو ما تطرقت اليه المادة 256 من ق م ج.

ينتقل الدين من ذمة المدين الاصلي الى المحال عليه الذي يحل محل المدين الاصلي في ذات الدين بصفاته وبضماناته وبدفوعه¹

لو تم اتفاق بين المدين الاصلي والمحال عليه واقراها الدائن ، فضمن اليسار واجب ويعتد به وقت الاقرار لا بعده². ونؤكد علو أنه اذا كان الدين ينتقل بضماناته، فإنه ينتقل الى المحال عليه بدفوعه أيضا، فيستطيع بالتالي المحال عليه التمسك تجاه الدائن بالدفوع التي كانت للمدين الاصلي كبطلان الدين بطلانا مطلقا او نسبيا أو انقضائه بأحد اسباب الانقضاء كالوفاء والابراء والتقادم، و بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة ذاته ككون الحوالة باطلة بطلانا مطلقا او نسبيا³.

الفرع الثاني: علاقة الدائن بالمدين الاصلي

تبرأ ذمة المدين الاصلي من الدين براءة تامة، بشرط أن يكون المحال اليه موسرا وقت اقرار الدائن للحوالة. مع ملاحظة هامة ان الدائن هو طرف العقد، ومن ثم يجوز للمحال

¹ محمد صبري سعدي ص 28 احكام الالتزام.

² عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ص 585.

³ سنهوري عبد الرزاق ص 599.

عليه ان يتمسك في مواجهته بالدفع بعدم التنفيذ طبقا للقواعد العامة في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يتم بما التزم به نحو المحال عليه¹

الفرع الثالث: علاقة المدين الاصلي بالمحال عليه

ان الاتفاق بين المحال عليه والمدين الاصلي على حوالة الدين يلزم المحال عليه بالوفاء بالدين المحال به نحو المدين الاصلي في الوقت المناسب (المادة 253 / 01 من ق م ج).

كما ان الاتفاق بين المدين الاصلي والمحال عليه كل لا يقبل التجزئة (م 253 / 02 ق م ج)، بمعنى انه ليس للمدين الاصلي ان يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن ما دام المدين الاصلي لم يتم بالوفاء بالتزامه.

ان تحمل المدين الجديد للدين، قد يكون إما على سبيل التبرع تجاه المدين الاصلي، او لان المدين الجديد يريد ان يوفي بالحوالة دينا عليه تجاه المدين الاصلي، كما قد يريد المدين الجديد بالحوالة اقراض المدين الاصلي وفي كل الاحوال يلتزم المحال عليه تجاه المدين الاصلي بان يفي بالدين الى الدائن على اعتبار أن إخلاله بذلك يترتب مسؤوليته العقدية تجاه المدين الاصلي².

يترتب على حوالة الدين بعد أن تصير نافذة في حق الدائن بإقراره أن تبرأ ذمة المدين الاصلي من الدين براءة تامة بحيث ليس للدائن الرجوع عليه ومطالبته بالدين، بل يطالب به المدين الجديد أي المحال عليه، على أن المدين الاصلي يبقى مع ذلك ضامنا يسار المدين الجديد وهذا وقت إقرار الدائن للحوالة لا بعده³.

¹ د بلحاج العربي . احكام الالتزام دار العمومية ، الطبعة الثالثة 19 ج ص 539.

² السنهوري ج ، 3 م ، ص 13

³ السنهوري ج ، 3 م ، ص 607.

ويمكن تلخيص العلاقة بين المدين الاصيلي والدائن في مسالتين: الاولى براءة ذمة المدين الاصيلي و الثانية ضمان المدين الاصيلي للدائن يسار المحال عليه وقت اقرار الدائن للحوالة في الصورة التي انعقدت بها الحوالة بين المدين الاصيلي والمحال عليه.¹ كما تتميز علاقة المدين الاصيلي بالمحال عليه بمرحلتين مرحلة ما قبل اقرار الدائن للحوالة و مرحلة مابعد اقراره لها.²

في مرحلة قبل نفاذ الحوالة في حق الدائن تسري الاحكام العامة حتى ولو رفض الدائن الحوالة ، على اساس استقلال العلاقة بين المحيل والمحال عليه، عن العلاقة بين المحيل و الدائن، فعدم الاقرار لا يترتب سقوط الاتفاق على الحوالة، والالتزام الناشئ عنها في ذمة المحال عليه.³

فاذا اقر الدائن حوالة الدين، فانه لا يستطيع بعد ذلك مطالبة مدينه الاصيلي. وذلك لأنه يترتب على الحوالة براءة ذمته نهائيا من الدين، ولا يكون له قانونا الا ان يطالب المدين الجديد (المحال عليه) الذي يعتبر بموجب حوالة الدين ملتزما بالوفاء وتبرا ذمة المدين الاصيلي في مواجهة الدائن بمجرد انعقاد الحوالة بين الدائن و المحال عليه، او بإقرار الدائن للحوالة اذا انعقدت بين المدين الاصيلي و المحال عليه.⁴

إن تحمل المدين الجديد للدين، قد يكون إما على سبيل التبرع تجاه المدين الاصيلي، او لان المدين الجديد يريد ان يوفي بالحوالة دينا عليه تجاه المدين الاصيلي، كما قد يريد المدين الجديد بالحوالة اقراض المدين الاصيلي وفي كل الاحوال يلتزم المحال عليه تجاه المدين

¹ محمد صبري السعدي ص 293 احكام الالتزام.

² بلحاج العربي احكام الالتزام ص 538

³ د محمد صبري السعدي، احكام الالتزام ص 294 و 295.

⁴ د بلحاج العربي، احكام الالتزام ص 541.

الاصلي بان يفي بالدين الى الدائن على اعتبار أن إخلاله بذلك يترتب مسؤوليته العقدية تجاه المدين الاصلي¹.

يترتب على حوالة الدين بعد أن تصير نافذة في حق الدائن بإقراره أن تبرأ ذمة المدين الاصلي من الدين براءة تامة بحيث ليس للدائن الرجوع عليه ومطالبته بالدين، بل يطالب به المدين الجديد أي المحال عليه، على أن المدين الاصلي يبقى مع ذلك ضامنا يسار المدين الجديد وهذا وقت إقرار الدائن للحوالة لا بعده .

ويمكن تلخيص العلاقة بين المدين الاصلي والدائن في مسألتين: الاولى براءة ذمة المدين الاصلي و الثانية ضمان المدين الاصلي للدائن يسار المحال عليه وقت اقرار الدائن للحوالة في الصورة التي انعقدت بها الحوالة بين المدين الاصلي والمحال عليه.² كما تتميز علاقة المدين الاصلي بالمحال عليه بمرحلتين مرحلة ما قبل اقرار الدائن للحوالة و مرحلة ما بعد اقراره لها.³

في مرحلة قبل نفاذ الحوالة في حق الدائن تسري الاحكام العامة حتى ولو رفض الدائن الحوالة ، على اساس استقلال العلاقة بين المحيل والمحال عليه، عن العلاقة بين المحيل و الدائن، فعدم الاقرار لا يترتب سقوط الاتفاق على الحوالة، والالتزام الناشئ عنها في ذمة المحال عليه.⁴

فاذا اقر الدائن حوالة الدين، فانه لا يستطيع بعد ذلك مطالبة مدينه الاصلي. وذلك لأنه يترتب على الحوالة براءة ذمته نهائيا من الدين، ولا يكون له قانونا الا ان يطالب المدين الجديد (المحال عليه) الذي يعتبر بموجب حوالة الدين ملتزما بالوفاء وتبرأ ذمة المدين

¹ السنهوري ج ، 3 م ، ص 13

² محمد صبري السعدي ص 293 احكام الالتزام.

³ بلحاج العري احكام الالتزام ص 538

⁴ د محمد صبري السعدي، احكام الالتزام ص 294 و 295.

الاصلي في مواجهة الدائن بمجرد انعقاد الحوالة بين الدائن و المحال عليه، او بإقرار الدائن للحوالة اذا انعقدت بين المدين الاصلي و المحال عليه¹ .

¹ د بلحاج العربي، احكام الالتزام ص 541.

المحور الرابع: انقضاء الالتزام

يعد الالتزام المرتب على عاتق المدين ذو طبيعة مؤقتة ،فلا يبقى للأبد فمصيره ،الزوال، فالأصل أن المآل الطبيعي للالتزام هو الانقضاء بطريق التنفيذ، بحيث ينتهي الالتزام وتنتهي معه آثاره بحصول صاحب الحق على حقه، ويكون ذلك بعدة أسباب فقد ينقضي الالتزام بتنفيذه أي بالوفاء به أو ينقضي باستيفاء الدائن ما يعادل حقه أي بما يقابله أو يساويه، كما ينقضي الالتزام أيضا دون تنفيذ في حالات أخرى مثل الإبراء واستحالة التنفيذ بسبب أجنبي ، وكذا التقادم المسقط والمشرع الجزائري وعلى غرار باقي التشريعات المقارنة عالج مسألة انقضاء الالتزام في القانون المدني من خلال نصوص المواد من 258 الى 322 ق م.

المبحث الأول: انقضاء الالتزام بالتنفيذ.

المطلب الأول: انقضاء الالتزام بالوفاء.

المطلب الثاني: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء.

المبحث الثاني: انقضاء الالتزام دون تنفيذ.

المطلب الأول: انقضاء الالتزام بالإبراء

المطلب الثاني: انقضاء الالتزام بسبب استحالة التنفيذ

المطلب الثالث: انقضاء الالتزام بالتقادم المسقط

خاتمة.

المبحث الأول: انقضاء الالتزام بالتنفيذ "الوفاء"

نظم المشرع الجزائري طريقة انقضاء الالتزام في طيات القانون المدني، إن المآل

الطبيعي للالتزام هو التنفيذ، وقد يكون هذا الأخير بالوفاء أو بما يعادل الوفاء.

المطلب الأول: انقضاء الالتزام بالوفاء البسيط

يقصد بانقضاء الالتزام عن طريق الوفاء قيام المدين بتنفيذ الالتزام الذي رتبته على

نفسه، وذلك عن طريق أداء محل هذا الالتزام مهما كان نوعه سواء كان نقل حق عيني، أو

القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل، وقد اختلف الفقه في تحديد الطبعة القانونية للوفاء، غير

أن الرأي الراجح يعتبر الوفاء تصرفاً قانونياً، بحيث يتطلب في الوفاء شروط انعقاد التصرف

القانوني وشروط صحته، وكذا يخضع من حيث إثباته للقواعد العامة في إثبات الالتزام¹،

والوفاء نوعان هما وفاء بسيط ووفاء مع الحلول².

الفرع الأول: طرفا الوفاء

أولاً: الطرف الموفي

¹ هشام اليوسفي، دروس في القانون المدني المغربي، انقضاء الالتزام، ص1.

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات "أحكام الالتزام"، دار الهدى

للطباعة والنشر عين مليلة، الجزائر، 2010، ص294.

الطرف الموفى قد يكون المدين أو نائبه أو شخص له مصلحة في وفاء الالتزام وهو المدين المرتبط مع غيره في التزام تضامني أو التزام غير قابل للقسمة أو الكفيل الشخصي أو العيني، كما يصح الوفاء من قبل شخص ليستله مصلحة في ذلك مع مراعاة أحكام المادة 170 من القانون المدني الجزائري ولو كان ذلك دون علم المدين، أو رغم إرادته¹. إلا ان هناك حالات يرفض فيها الدائن الوفاء من الغير ومنها في حالة وجود اتفاق بين الدائن والمدين على أن المدين يقوم بتنفيذ الالتزام بنفسه، وكذا طبيعة الدين إذا كانت شخصية المدين محل اعتبار، وكذلك في حالة قيام شخص من الغير بالوفاء للدائن ولم تكن له مصلحة واعتراض المدين على هذا الوفاء وهذا الاعتراض لا يمنع الدائن من قبول الوفاء من الغير الذي لم تكن له مصلحة في ذلك ويشترط في الموفى أن يكون ذا أهلية ومالكا للشيء الموفى به².

ثانيا: الطرف الموفى له

الأصل في الموفى له أن يكون الدائن أو نائبه واستثناءا يصح الوفاء ويقبل لشخص من الغير يعينه الدائن لقبض الدين ، إلا إذا كان اتفاق بين الدائن والمدين على أن الوفاء يتم للدائن شخصا ماعدا إذا كان الوفاء من الخلف كالورثة، في هذه الحالة يقبل الوفاء لغير الدائن ،إضافة لذلك يشترط لصحة الوفاء أن يكون الدائن ذا أهلية، أو أن يتم الوفاء لممثله القانوني ويكون الوفاء لشخص غير الدائن صحيحا إلا أن ذلك لا يبرئ ذمة المدين، إلا إذا أقر الدائن ذلك، أو عادت عليه منفعة أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته، أو إذا تم الوفاء للدائن الظاهر³.

ثالثا: محل الوفاء

¹ أنظر المادة 258 من القانون المدني الجزائري.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص ص 295 و 296 و 297، وأنظر المواد 169 و 258/2 و 259 و 260 من القانون المدني الجزائري.

³ محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص من 299 إلى 309.

حتى يكون الوفاء صحيحا يلزم أن يكون مبررًا للذمة، أي يجب أن يكون بنفس الشيء المستحق دون غيره، سواء كان شيئاً معيناً بالذات، أو بالنوع، القيام بعمل، أو الامتناع عن القيام بعمل أي الشيء المعين بالذات، وأن يكون هذا الشيء كاملاً دون تجزئته، إلا أنه تجزئة الوفاء في حالة وجود اتفاق بين المتعاقدين على ذلك، أو نص في القانون يقضي بذلك، أو حكم قضائي، ويجب تحديد جهة الوفاء في حالة تعدد الديون¹.

إذا تعددت الديون في ذمة المدين وكان ما أداه لا يفي بهذه الديون جميعاً، فإنه يجوز للمدين أن يعين تعيين الدين الذي يريد الوفاء به مالم يوجد مانع قانوني، أو تعاقدية يحول دون هذا التعيين وفي حالة عدم النص على تعيين الدين الذي يتم الوفاء به كان الخصم من حساب الدين الذي حل أجله وفي المدين، أو من الدين الأشد كلفة، وذلك في حالة حلول أجل ديون متعددة².

ثالثاً: زمان الوفاء

طبقاً لنص المادة 281 من القانون المدني الجزائري، فإن الأصل أن الالتزام مستحق الأداء بمجرد نشوء الدين مالم لأجل اتفاقي أو قانوني يكن هذا الالتزام³.

غير أنه يجوز للقاضي أن يمنح للمدين أجلاً قضائياً وهو ما يعرف بنظرة الميسرة، من أجل الوفاء بالتزامه دون إرهاب، بناء على طلب الدائن، متى توافرت الشروط اللازمة لذلك والمتمثلة في عدم قدرة الوفاء بالتزامه مع استعداده للوفاء وسداد ديونه متى أمكن الأمر ذلك، وأن ليتعارض ذلك مع القانون، وألا يسبب ضرراً جسيماً للدائن، وأن يكون هذا الأجل معقولاً، وإن يكون حسن النية⁴.

¹ أنظر المواد من 276 إلى 281 من القانون المدني الجزائري.

² هشام اليوسفي، المرجع السابق، ص 4.

³ أنظر المادة 1/281 من القانون المدني الجزائري.

⁴ سمير تتاعو، أحكام الالتزام والإثبات، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ط 1، مكتبة الوفاء القانونية، 2009، مصر، ص من 399 إلى 401.

ويترتب على نظرة الميسرة مجموعة من الآثار منها، وقف التنفيذ حتى ينقضي الأجل الذي منحه القاضي للمدين وكذلك يجوز للدائن متابعة ومباشرة الإجراءات التحفظية في قيد الرهن وتجديد قيده، وقطع التقادم، كمأن لنظرة الميسرة أثر نسبي على المدين الذي منح له الأجل القضائي دون غيره من المدينين ولو كانا متضامنين¹.

رابعاً: مكان الوفاء

طبقاً لنص المادة 282 من القانون المدني الجزائري، فإنه إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجود فيه، أما إذا كان شيئاً معيناً بالنوع فإن مكان الوفاء هو موطن المدين وقت الوفاء، على أساس قاعدة أن الدين مطلوب وليس محمول، أوفي المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال².

خامساً: مصاريف الوفاء

بالرجوع إلى نص المادة 283 من القانون المدني الجزائري، فإن نفقات الوفاء على المدين مالم يوجد اتفاق، أو نص يقضي بخلاف ذلك، فهي نفقات مستقلة عن الدين الأصلي، والاثتان يتحملهما المدين³، ومثال ذلك تكاليف إرسال الشيء محل الوفاء إلى مكان الوفاء، وكذا نفقات العد والقياس.

سادساً: إثبات الوفاء

يخضع إثبات الوفاء للقواعد العامة للإثبات، ويقع على المدين عبئ حصول الوفاء وعلى الدائن إثبات العكس، فإذا وفى المدين بكل الدين⁴، فله أن يطالب الدائن برد سند الدين أو إلغائه، أما إذا كان الوفاء جزئياً فللمدين أن يطلب مخالصة من الدائن بما أوفاه مع

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 315.

² سمير تتاغو، المرجع السابق، ص من 401 إلى 403.

³ انظر المادة 283 من القانون المدني الجزائري.

⁴ محمد صبري السعدي، المرجع نفسه ص ص 322 و323.

التأشير على سند الدين بحصول هذا الوفاء الجزئي، أما في حالة ضياع سند الدين، فيمكن للمدين مطالبة الدائن بإقرار كتابي على ضياع هذا السند، فإذا رفض الدائن جاز للمدين أن يودع الشيء المستحق إيداعاً قضائياً، وهذا ما كرسته المادة 284 من القانون المدني.

الفرع الثاني: الوفاء مع الحلول

أولاً: المقصود بالحلول

يقصد بالوفاء مع الحلول هو النوع الثاني من الوفاء، بحيث يترتب عليه استيفاء الدائن لحقه ولكن يحل الموفي محل الدائن في الرجوع على المدين، فإذا قام شخص غير المدين بالوفاء بالدين، انقضى هذا الدين، ونشأ للموفي دين جديد في مواجهة المدين، قد يكون أساسه الفضالة أو الوكالة أو الإثراء بلا سبب على حساب الغير¹.

أما عن الطبيعة القانونية للوفاء مع الحلول فقد اختلف الفقه في تحديدها، حيث يرى بعض الفقه ان الوفاء يؤدي الى انقضاء الالتزام، ليس في علاقة المدين بالدائن فحسب ولكن أيضاً علاقة المدين بالطرف الموفي، لكن تأمينات الدين المنقضي تنتقل بقوة القانون الى الدين الجديد الذي يرجع الموفي بموجب الدعوى الشخصية، إلا أن هذا الرأي انتقد على أساس أن إنقضاء الدين يؤدي الى انقضاء توابعه.

ويرى بعض الفقه أيضاً أن الحق لاينقضي، وإنما ينتقل إلى الموفي بخصائصه ودفعه وتأميناته وحجتهم في ذلك أن القانون يفترض وجود الحق وانتقاله إلى الموفي، إلا أن الفقه الحديث يرى أن عملية الوفاء مع الحلول عملية مركبة، فهي وفاء للحق بالنسبة للدائن وانتقال الحق بالنسبة للمدين، فهي عملية وفاء بالنسبة للدائن لأنه يستوفي حقه من الموفي، ويؤدي هذا الوفاء إلى انقضاء الحق، كما أنها انتقال للحق بالنسبة للمدين، لأن المدين لم

يقم بعملية

¹ محمد صيري السعدي، المرجع نفسه، ص 317.

الوفاء بنفسه، وعليه لا ينقضي الحق بالنسبة له، وإنما ينتقل إلى الموفي، لأنه هو الذي وفى الحق، ثم يحل مكان الدائن، وهذا هو الرأي السائد في الوقت الحديث¹.

ثانياً: حالات وآثار الوفاء من الحلول

قد يكون الوفاء مع الحلول قانونياً متى نص عليه القانون وقد يكون اتفاقياً من خلال اتفاق الموفي مع الدائن أو المدين

1- الحلول القانوني

في هذا النوع من الحلول يحل الموفي محل الدائن بقوة القانون وفي جميع الحالات يكون للموفي مصلحة في الوفاء بالدين، ويقوم بالوفاء بالدين رغم إرادة كل من الدائن والمدين، وبالرجوع إلى نص المادة 261 من القانون المدني الجزائري نجدها بينت حالات الحلول القانوني متمثلة في²:

- إذا كان الموفي ملزماً بالدين مع المدين، أو ملزماً بوفائه أو ملزماً عنه.
- إذا كان الموفي دائناً ووفى دائناً آخر مقدماً عليه بما له من تأمين عيني، ولو لم يكن للموفي أي تأمين.
- إذا كان الموفي إشتري عقاراً ودفع ثمنه وفاء لدائنين، خصص العقار ماناً لحقوقهم.
- إذا كان هناك نص خاص يقرر للموفي حق الحلول.
-

2- الحلول الاتفاقي

يكون الحلول الاتفاقي إما من طرف المدين أو الدائن وفي هذا الصدد نصت المادة 262 من القانون المدني الجزائري على أنه يمكن للدائن أن يستوفي حقه بحلول شخص من غير المدين محل المدين بموجب اتفاق بين الدائن والموفي ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء، حتى ولو لم يقبل المدين ذلك، أي أن يتم الاتفاق على

¹ محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص320.

² أنظر المادة 261 من القانون المدني الجزائري.

الحلول وقت الوفاء، أو يسبقه، كما نصت المادة 263 من القانون المدني الجزائري على أنه يجوز للمدين إذا اقترض مالا وفى به الدين بأن يحل محل الشخص المقرض محل الدائن الذي استوفى حقه، ولو دون رضا المدين¹.

ويترتب على الحلول حلول الشخص الموفي محل الدائن، سواء كان ذلك قانونا أو اتفاقا في هذا الحق وتوابعه ولواحقه وما يكفله من تأمينات ومايرد عليه من دفع، ويكون الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن

إلا أن هذا الحلول ليس على إطلاقه بل ترد عليه مجموعة من القيود تتمثل فيمايلي²:
أ-إذا كان الشخص الموفي قد دفع بعض الدين وأبرأه الدائن من البعض الآخر من الدين، فلا يجوز للشخص الموفي الرجوع على المدين إلا بمقدار ما دفعه.

ب-إذا كان الموفي ملتزما مع غيره، وأوفى بكل الدين، فلا يحق له الرجوع على المدينين معه إلا بعد خصم حصته من الدين، ثم يرجع على كل منهم بمقدار حصته.

ج-إذا وفى المدين بجزء من الدين وبقي للدائن جزء من دينه في ذمة المدين، فإن هذا الجزء الباقي من الدين الأصلي مقدم على دين الشخص الموفي.

المطلب الثاني: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء.

إذا استحال التنفيذ العيني للالتزام بسبب المدين يمكن اللجوء الى التنفيذ بمقابل أي م يعادل الوفاء بشرط ألا يسبب ذلك ضررا جسيما للدائن وسنتطرق إلى ذلك كم يلي:

الفرع الأول: الوفاء بمقابل

سنتطرق في هذا الفرع الى المقصود بالوفاء بمقابل وكذا تحديد الآثار المترتبة على ذلك.

¹ انظر المادتين 262 و263 من القانون المدني الجزائري.

² أنظر المادتين 265 و266 من القانون المدني الجزائري.

أولاً: المقصود بالوفاء بمقابل

سنتطرق في هذه الجزئية إلى المقصود بالوفاء بمقابل والآثار المترتبة على ذلك المنصوص عليها في المواد من 285 إلى 286 من القانون المدني الجزائري. يقصد بالوفاء بمقابل هو أن يقدم المدين مقابلاً لدائنه يرتضيه عوضاً عن الشيء المستحق وهذا ما جسده المشرع الجزائري في نص المادة 285 من القانون المدني الجزائري، ويشترط في ذلك توافر مجموعة من الشروط منها الاتفاق على تقديم مقابل عن المحل الأصلي سواء كان هذا المقابل عقاراً أو منقولاً ووجوب تنفيذ الاتفاق بنق الملكية فوراً¹.

ثانياً: آثار الوفاء بمقابل

يترتب على الوفاء بمقابل باعتباره وفاء ما يلي²:

- 1- تزول التأمينات التي كانت للدين الأصلي ولو استحق العوض.
- 2- إحتساب الخصم إذا وقع بشأن ديون متعددة حتى ولو لم يكن العوض مقابلاً كافيالها جميعاً.
- 3- في حالة ما إذا تبين أن الدين غير موجود، يجوز للموفي المطالبة باسترداد ما أوفاه دون وجه حق.
- 4- للدائنين الحق في الطعن بالدعوى البوليصة وذلك في حالة ما إذا وفى المدين المعسر وفاء بمقابل لأحد دائنيه قبل انقضاء الأجل، فهذا الوفاء لا يسري في حق باقي الدائنين حتى ولو بعد انقضائه إذا كان قد تم بتواطؤ بين الدائن والمدين.

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 337، 338. وانظر المادة 285 من القانون المدني الجزائري.

² سمير تناعو، المرجع السابق، ص 406، 407.

الفرع الثاني: التجديد والإنابة

أولاً: التجديد

التجديد هو اتفاق على الاستعاضة على الالتزام الأصلي الذي كان يربطهما من بالالتزام جديد يحل يترتب عليه انقضاء قائم ونشوء التزام جديد محله، أي استبدال دين جديد بدين قديم وهوس سبب من أسباب انقضاء الالتزام، وطرق تجديد الالتزام ثلاث، تكون إما بتغيير الدين القديم بدين جديد يختلف عنه من حيث محله أو مصدره أو بتغيير المدين بمدين جديد وذلك من خلال اتفاق الدائن والغير، أو بتغيير الدائن بدائن جديد من خلال اتفاق المدين والغير¹.

1- شروط التجديد

يشترط في التجديد توافر مجموعة من الشروط، منها وجود التزام صحيح يستعاض عنه وذلك، بإنشاء التزام آخر صحيح مغاير للالتزام الأول في أحد عناصره الجوهرية، وكذا تمتع الأطراف بالأهلية اللازمة وتوافر نية التجديد².

2- آثار التجديد

يترتب على التجديد انقضاء الالتزام القديم عن طريق الأثر المسقط، وهو انقضاء تام للالتزام ويشمل الأصل ولواحقه من توابع وما يضمنه من تأمينات عينية أو شخصية، كما للتجديد اثر منسئ حيث ينشأ التزام جديد من الوقت الذي ينقضي فيه الالتزام القديم الأصلي، والالتزام الجديد مستقل عن الالتزام القديم فله ذاتيته الخاصة به وصفاته وله دعواه ودفعه³.

ثانياً: الإنابة

1- المقصود بالإنابة

¹ هشام اليوسفي، المرجع السابق، ص 10.

² سمير تناعو، المرجع السابق، ص ص 413، 414.

³ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص من 347 إلى 348، وأنظر المواد من 291 إلى 293 من القانون المدني الجزائري.

الإنبابة تصرف قانوني بمقتضاها يحصل شخص يدعى المنيب أي المدين على على رضا شخص يدعى الناب لديه أي الدائن بشخص ثالث وهو المناب، يلتزم هذا الأخير بوفاء الدين مكان الوفاء¹، وهذا ما جسده المشرع الجزائري في نص المادة 294 من القانون المدني الجزائري.

2-أنواع الإنبابة وآثارها

الإنبابة نوعان إما أن تكون كاملة، وإن تكون ناقصة، فلإنبابة الكاملة هي تلك التي يختفي ويغيب الشخص المنيب وهو المدين الأصلي وليصبح مدينا للدائن، بل المناب هو الذي يصبح المدين الجديد، حيث تتطوي الإنبابة الكاملة على تجديد الالتزام وذلك بتغيير شخص المدين، أما الإنبابة القاصرة هي التي تؤدي الى تجديد الالتزام أو إلى براءة ذمة المدين الأصلي وهو الشخص المنيب، حيث يظل المنيب مدينا ويضاف اليه مدين جديد هو المناب، هذا مما يؤدي الى الضمان بالنسبة للدائن²، حيث جسد المشرع الجزائري الإنبابة الكاملة والإنبابة الناقصة في نص المادة 295 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثالث: المقاصة

المقاصة طريق من طرق انقضاء الالتزام بمقتضاه تبرأ ذمة المدين من الدين المترتب عليه مقابل براءة ذمة دائنة عن دين يرتب عليه لمصلحة مدينه والمقاصة هي سبب لانقضاء دينين متقابلين بين نفس الشخصين بقدر الأقل منهما، والمقاصة تقوم بوظيفة مزدوجة فهي من جهة وفاء مزدوج فهي تقضي كليا على الدين وتقضي جزئيا على الدين الأكبر، ومن ناحية أخرى هي أداة ضمان لأنها تخول الدائن أن يستوفي حقه من الدين الذي في ذمته لمدينه دون غيره من دائني المدين، فيكون في حكم الدائن الممتاز³. والمقاصة أنواع.

¹ سمير تتاغو، المرجع السابق، ص 415، أنظر المادة 294 من القانون المدني الجزائري.

² سمير تتاغو، المرجع نفسه، ص 415.

³ محمد صيري السعدي، المرجع السابق، ص ص 354، 355.

أولاً: أنواع المقاصة

1- المقاصة القانونية

معنى ذلك هي التي يقرها القانون وهذا ما كرسه المشرع الجزائري في نص المادة 297 من القانون المدني الجزائري فهناك ديون لا يجوز المقاصة فيها حددتها المادة 299 من القانون المدني الجزائري، وهناك ديون يجوز فيها المقاصة ويشترط لذلك ما يلي¹:

أ- وجود دينين متقابلين أي يكون كل طرف من أطراف الالتزام دائناً ومديناً للطف الآخر في نفس الوقت، سواء كان هذين الدينين ناشئين عن مصدر واحد، أو مصدرين مختلفين.

ب- أن يتماثل الدينان في المحل، أي يكون كل منها نقوداً أو أشياء مثلية متحدة في النوع ودرجة الجودة.

ت- خلو الدينين من النزاع.

ث- استحقاق الدينين للأداء، أي حلول اجلهما.

ج- صلاحية كل من الدينين للمطالبة القضائية، أي يجوز اقتضاء كل من الدينين جبراً على المدين فالمقاصة لا تقع بين دين طبيعي ودين مدني.

ح- قابلية الدينين للحجز.

خ- وجوب التمسك بالمقاصة "المادة 298 ق.م. ج".

2- المقاصة الاتفاقية والمقاصة القضائية

يقصد بالمقاصة الاتفاقية هي الحالة التي لا يجوز فيها إجراء المقاصة القانونية لتخلف أحد شروطها، أما المقاصة القضائية هي التي تقع اثناء نظر دعوى معروضة أمام

¹ سمير تناعو، المرجع السابق، ص ص 420، 422.

القضاء عندم لا تتوافر شروط المقاصة القانونية القضائية، ويكون الشرط المتخلف من الشروط المقررة لمصلحة المدعي، أو لمصلحة الطرفين، ويرفض المدعي التنازل عن هذا الشرط، فيستبعد بذلك إجراء المقاصة الاتفاقية، ولا يبقى أمام المدعي سوى المطالبة بالمقاصة القضائية¹.

ثانياً: آثار المقاصة

إذا وقعت المقاصة بين دينين متقابلين، انقضى الدينان بقدر الأقل منهما هذا فيما بين الطرفين وتبدأ المقاصة من وقت صلاحية الدينين للمقاصة، لامن وقت التمسك بها أي أن لها أثر رجعي، وأن المقاصة تكون مع الدين أشد كلفة على المدين، فإذا كان على المدين ديون عادية وأخرى مكفولة بتأمينات فإن المقاصة تحدث بالنسبة للديون المكفولة بتأمينات لأنها أشد كلفة أما بالنسبة للغير فطبقاً للمبدأ العام الذي يقضي بعدم جواز وقوع المقاصة

إضراراً بحقوق اكتسبها الغير كما في حلة الحجز التحفظي على أحد الدينين المتقابلين وحالة حوالة الحق، حيث جسد المشرع الجزائري هذه الآثار في نصوص المواد 302 و303 من القانون المدني.

الفرع الرابع: اتحاد الذمة

¹ هشام اليوسفي، المرجع السابق، ص 13.

يقصد باتحاد الذمة أنه إذا اجتمعت في شخص واحد صفا الدائن والمدين لنفس الالتزام، نتج عن ذلك اتحاد في الذمة يؤدي إلى انتهاء علاقة الدائن بمدينه، ويتحقق اتحاد الذمة عمليا عن طريق الميراث، والوصية والتصرفات القانونية بي الأحياء¹.
ويترتب على اتحاد الذمة مجموعة من الآثار منها، انقضاء الدين كليا أو جزئيا،
كأن زوال سبب اتحاد الذمة يعيدا لدين إلى الوجود².

المبحث الثاني: انقضاء الالتزام دون تنفيذ "دون وفاء"

ينقضي الالتزام أيضا دون الفاء به لجملة من الأسباب القانونية منه الإبراء واستحالة التنفيذ والتقدم المسقط.

المطلب الأول: الإبراء

يقصد بالإبراء هو تنازل الدائن عن حقه، وهو تصرف قانوني تبرعي يصدر من جانب واحد هو الدائن، فإذا توافرت شروطه ينقضي به الدين وهذا ما نصت عليه المادة 305 من القانون المدني الجزائري: «ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه اختياريا ويتم الإبراء متى وصل الى علم المدين، ولكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين»³.

أولا: شروط الإبراء

طبقا لنص المادة 306 من القانون المدني الجزائري فإنه يتعين لإعمال الإبراء وجب توافر مجموعة من الشروط الموضوعية أما الشروط الشكلية فإن الإبراء لا يخضع له حتى ولو كان محل الإبراء قد نشأ أمن عقد كان يشترط القانون أو الطرفان شكلا معيننا لانعقاده،
اما الشروط الموضوعية فيشترط في الإبراء ما يلي⁴:

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 373.

² أنظر المادة 304 من القانون المدني الجزائري.

³ بن ددوش نصره، انقضاء الالتزام دون الوفاء به في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي "دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة وهران، 2010/2011، ص 16.

⁴ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص ص 380، 381.

- 1- أن تكون الإرادة خالية من العيوب وتتوافر في الشخص الأهلية القانونية اللازمة، أي يجب أن يكون الدائن أهلا للتبرع، فلا يجوز للمحجور عليه إبراء المدين من الدين.
- 2- الإبراء يقع على أي التزام حتى وكوكان التزاما طبيعيا، ويجب أن يكون غير مخالف للنظام العام والآداب العامة.
- 3- يجب أن يكون السبب مشروعاً وإلا كان ذلك تحت طائلة البطلان.
- 4- الإبراء لا يفرض ولكن يجوز استخلافه من أعمال الدائن التي تجسد وجود إرادته في الإبراء

ثانياً: آثار الإبراء

يترتب على الإبراء سقوط الدين، كما تسقط توابعه ولواحقه أيضاً، وما يضمنه من تأمينات شخصية أو عينية إعمالاً لقاعدة الفرع يتبع الأصل، فإبراء الدين يؤدي إلى إبراء الكفيل والعكس غير صحيح والإبراء الجزئي

يؤدي إلى انقضاء الدين جزئياً، وتظل التأمينات ضامنة للجزء الباقي، وأن إبراء المدين لحد المدينين المتضامنين، لا يؤدي ذلك إلى إبراء باقي المدينين الآخرين¹.

المطلب الثاني: انقضاء الالتزام بسبب استحالة التنفيذ

ينقضي الالتزام وتبرأ ذمة المدين، إذا أصبح تنفيذه مستحيلاً، إذ لا يمكن إلزام أحد على تنفيذ ما يستحيل تنفيذه وقد تطرق المشرع الجزائري الى استحالت التنفيذ بسبب المدين وفي هذه الحالة نكون امام التنفيذ بمقابل الذي سبق التطرق اليه "انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء، اما إذا كان تنفيذ الالتزام مستحيلاً بسبب أجنبي ولا يد للمدين فيه الأمر الذي يؤدي الى انقضاء الالتزام بقوة القانون².

¹ بن ددوش نضرة، المرجع السابق، من 23 إلى 25.

² أنظر المادة 307 من القانون المدني الجزائري.

أولاً: شروط استحالة التنفيذ

يشترط في انقضاء الالتزام إذا استحال التنفيذ مجموعة من الشروط نص عليها المشرع الجزائري في المادة 307 من القانون المدني الجزائري، منها، يجب أن يكون الالتزام قد نشأ ممكناً، أن يكون تنفيذ الالتزام مستحيلاً بعد نشأته مستحيلاً، ويقصد بذلك الاستحالة المطلقة على خلاف الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين، ويجب أن يكون استحالة التنفيذ راجعة لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه¹.

ثانياً: آثار استحالة التنفيذ

تتجلى آثار استحالة التنفيذ بسبب أجنبي لا يد للمدين حول قواعد ثلاث تتمثل في انقضاء الالتزام وتوابعه، وانتقال حقوق ودعاوى المدين إلى الدائن عند انقضاء الالتزام وكذا تحمل تبعة الهلاك في حالة استحالة التنفيذ فبالسبب لعقود المعاوضة التبادلية يتحملها المدين وفي عقود التبرع غير التبادلية يتحملها الدائن².

المطلب الثالث: انقضاء الالتزام بالتقادم المسقط

التقادم المسقط هو سبب لانقضاء الحقوق المتعلقة بالذمة المالية ولاسيما الالتزامات إذا تخلف صاحبها عن ممارستها، وأهمل المطالبة بها خلال مدن معينة يحددها القانون، فإذا انقضت هذه المدة يستطيع المدين دفع مطالبة الدائن، والتقادم المسقط يقضي الحقوق الحصية والعينية حد سواء³. ولتحقق التقادم المسقط لا بد من توافر مجموعة من الشروط منها وجوب كون الحق أو الدعوى مما يتقادم وكذا وجوب انقضاء المحددة قانوناً لتحقق التقادم.

أولاً: مدة التقادم

¹ سمير تناغو، المرجع السابق، ص ص 432 و433.

² هشام اليوسفي، المرجع السابق، ص 6.

³ محمد صيري السعدي، المرجع السابق، ص 389.

الأصل أن مدة التقدم تقدر بخمسة عشر سنة بالنسبة لجميع الالتزامات وهذا ما نص على المشرع الجزائري في المادة 308 من القانون المدني الجزائري بنصها، إلا أن هذا الأصل لا يرد على إطلاقه بل ترد عليه استثناءات نذكر منها ما يلي¹:

1-التقاعد الخمسي: ويخص الحقوق الدورية والمتجددة أي أن مدة التقادم هي خمس سنوات بالنسبة للالتزام الدوري والمتجدد وهذا مكرسته المادة 309 من القانون المدني الجزائري مثل دعوى البطلان تسقط بمرور 15 سنة من وقت إبار العقد أما الدفع بالبطلان لا يسقط أبدا"م.102.ق.م.ج".

2-التقاعد بسنتين: ويخص حقوق بعض أصحاب المنه الحرة، وهذا مكرسته المادة 310 من القانون المدني الجزائري مثل الطبيب الذي يعالج المريض يبدأ التقادم بالنسبة لحقه من اليوم الذي ينتهي فيه العلاج.

3-التقاعد الرباعي: تتقادم بأربع سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة، ويبدأ سريان التقادم من نهاية السنة التي تستحق عنها. وهذا ما نصت عليه "المادة 311.ق.م.ج".

4-التقاعد السنوي: ويخص حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتاجرون بها، وكذا حقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجرة الإقامة وثمان الطعام، ومبالغ العمال المستحقة والأجراء الآخرون مقابل عملهم وهذا ما نصت عليه "المادة 312 وما بعدها.ق.م.ج".

ثانيا: آثار التقادم

طبق لنص المادة 320 من القانون المدني الجزائري يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ولكن يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي²، وتسقط مع الحق أيضا لواحقه وفوائده

¹ محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص من 394 إلى 404.

² أنظر المادة 320 من القانون المدني الجزائري.

الدين أيضا، كون الدين يسقط بأثر رجعي كمان سقوط الدين بالتقادم عن طريق الدعوى لا يمنع التمسك به عن طريق الدفع¹.

¹ محمد صبري السعدي المرجع السابق، ص 440.

قائمة المراجع

- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية)، دارالهدى، الجزائر، 2002.
- بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا) دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دارهومه، الجزائر، 2015.
- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2006.
- سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والاثبات، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، 2009.
- دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام، في القانون المدني الجزائري، دارالعلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر. 2004.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الالتزام بوجه عام، الاثبات، آثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، الالتزام بوجه عام، الأوصاف، الحوالة، الانقضاء، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر.
- عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المصادر، الاثبات، الآثار، الأوصاف، الانتقال، الانقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966.