جامعة العربي بن مهيدي – أم البواقي-

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

محاضرات في أحكام الإلتزام

لطلبة السنة الثانية ليسانس

المجموعة الأولى

الأستاذة: جميلة زايدي

السنة الجامعية :2024-2025

آثار الإلتزام

تناول القانون المدني الجزائري آثار الإلتزام في الباب الثاني منه من المادة 160 إلى المادة 202، و في خضمها قسم الإلتزام إلى مدني و آخر طبيعي، و تنفيذ الإلتزام إلى تنفيذ عيني و إلى تنفيذ عن طريق التعويض، كما تناول ضمانات حقوق الدائنين من أي خطر يهددهم بعدم إستيفاء ديونهم.

المحور الأول: الإلتزام الطبيعي:

إن الإلتزام حق من الحقوق المالية، يطلق عليه أحيانا إصطلاح الحق الشخصي أو حق الدائنية، فهو إذا نظر إليه من الجانب الإيجابي سمي حقا، و إذا نظر إليه من الجانب السلبي سمي إلتزاما، و هو يعتبر حقا شخصيا لأنه حق لشخص في مواجهة شخص آخر، و لا يرد على مال خاص من أموال هذا الشخص، و هو يعتبر من حقوق الدائنية لأن العلاقة بين هذين الشخصين هي علاقة دين، فصاحب الحق هو الدائن ، و الطرف الآخر هو المدين.

فيعرف الإلتزام على أنه الواجب القانوني الخاص الذي يتحمله شخص يسمى المدين و يتضمن قيامه بآداء أو إمتناع عن عمل ذي قيمة مالية لصالح شخص آخر يسمى الدائن يكون له سلطة إجباره على الآداء.

يتضح من ذلك أن للإلتزام :

- طرفان هما الدائن و هو الطرف الإيجابي و المدين و هو الطرف السلبي و لا يشترط وجودهما إلا عند التنفيذ.
- محل الإلتزام هو قيام المدين بآداء مالي قد يكون عملا معينا يقوم به المديت لحساب الدائن، إمتناع عن عمل معين.
- الإلتزام يجب أن يكون لديه إمكانية تقويمه بمال فإن لم يكن كذلك لم نكن أمام إلنزام بالمعنى الدقيق، و على إعتبار ذلك فهو ينتقل بين الأشخاص عن طريق الحوالة و بعد الوفاة بالميراث.
- للإلتزام عنصرين الأول عنصر المديونية و بمقتضاه فإن على المدين أن يستجيب من تلقاء نفسه إلى الواجب الذي يفرضه عليه الإلتزام فيؤدي للدائن ما يستجقه قبله سواء كان ذلك في صورة إعطاء أو عمل أو إمتناع عن عمل. فإذا لم يستجب المدين إلى عنصر المديونية في إلتزامه فإن الدائن يستطيع في هذه الحالة إن يحرك العنصر الثاني و هو عنصر المسؤولية أو الجزاء و هو في هذا يستعين بالسلطة العامة التي تقهر إرادة المدين و تجبره على الوفاء بإلتزامه للدائن.

<u>مفهوم الإلتزام الطبيعي:</u>

إنطلاقا من الخاصية الأخيرة يقسم الإلتزام إلى **مدني** و **طبيعي**، فيعرف **الثاني** أنه إلتزام لا يجبر القانون على الوفاء به، فهو إلتزام ناقص، لإنه لا يضم

عنصر الإلتزام (المسؤولية) فهو إن كان واجبا على المدين به، فهو واجب يترك الوفاء به من جانب الملتزم، لمحض حريته و إختياره.

عناصر الإلتزام الطبيعي:

طبقا للمادة 161 مدني ليكشف القاضي عن وجود إلتزام طبيعي وجب توافر:

- **عنصر مادي** : يعتمد على وجود واجب أدبي محدد تحديدا كافيا يجعله قابلا للتنفيذ واقعا على عاتق شخص معين، و هذه الواجبات قد تكون إلتزامات مدنية إنخفضت قيمتها في نظر القانون بسبب عائق حال دون نشأتها صحيحة كإلتزام ناقص الأهلية أو بسبب عائق أوقف ترتيب آثارها بعد نشأتها صحيحة كالتقادم فإذا وفى بها المدين لا يكون متبرعا، كما قد تكون الإلتزامات الطبيعية واجبات أخلاقية إرتفع شأنها حتى أمكن الإعتداد بها دون أن تصل إلى درجة الإلتزامات المدنية كإلتزام الشخص بالإنفاق على أقاربه الذين لا يقع على عاتقه في مواجهتهم إلتزام قانوني بالنفقة.
- **عنصر معنوي و قانوني** : يقوم من ناحية على إحساس المدين بتحمله بهذا الإلتزام الطبيعي و ينبغي أن يتفق إحساسه هذا من ناحيه أخرى مع إحساس الجماعة كما يجب ألا يتعارض إحساس الفرد بإلتزامه الطبيعي مع مقتضيات النظام العام في الجماعة التي يعيش فيها. فالمدين الذي يلتزم بدفع دين قمار يكون إلتزامه باطلا من الناحية المدنية و هو لا يصلح كذلك لأن يعتبر إلتزاما طبيعيا لتعارضه مع النظام العام.

آثار الإلتزام الطبيعي:

طبقا للمواد 160/ 1 ، 162، 163 مدني يترتب على الإلتزام الطبيعي ما يلي:

- إن الوفاء إختيارا من جانب المدين بالإلتزام الطبيعي يعتبر وفاء بدين مستحق في ذمته و ليس تبرعا و لهذا لا يستطيع أن يرجع فيه مادام قد وفى به مختارا عالما بطبيعة إلتزامه قاصدا آداءه لصاحب الحق فيه بإرادة حرة و متنورة غير مشوبة بإكراه أو بغلط.
- إن التعهد بالوفاء بإلتزام طبيعي ممن يقع عليه هذا الإلتزام يكون تعهدا ملزما و ينشئ على عاتق المتعهد إلتزاما مدنيا بالوفاء يجبر فيه على الوفاء إذا لم ينفذه إختيارا .

- لا تجوز كفالة الإلتزام الطبيعي أو ضمانه برهن مادام أنه دين طبيعي، لأن من المبادئ الأساسية للكفالة عدم جواز أن يكون إلتزام الكفيل أشد من إلتزام المدين، فالكفالة تتضمن إلتزاما مدنيا، بناء على ذلك فكفالة الإلتزام الطبيعي غير جائزة، ضف إلى ذلك أن الكفالة لو أجيزت لفتحت سبيلا لإجبار المدين على الوفاء بطريقة غير مباشرة.
- لا يجوز لمن كان دائنا بإلتزام طبيعي و مدينا بإلتزام مدني أن يتمسك بالمقاصة القانونية بين الإلتزامين، فالمقاصة بين إلتزام مدني و آخر طبيعي لا تجوز و ذلك أن المقاصة تتضمن وفاء إجباريا للدين فالقول بإمكان إجرائها يؤدي إلى إجبار المدين على الوفاء بإلتزام طبيعي، و لكن يجوز أن يتمسك المدين بإلتزام طبيعي بالمقاصة بين هذا الإلتزام و إلتزام مدني له في ذمة دائنه.
- لا يجوز إستعمال الحق في الحبس بالإمتناع عن تسليم شيء مستحق للمدين بقصد حمل المدين على تنفيذ إلتزام طبيعي، لأن في ذلك إجبار للمدين على الوفاء بطريق غير مباشر.

المحور الثاني: الإلتزام المدني:

وفقا لما تقدم فالإلتزام الطبيعي يخلو من عنصر المسؤولية، و بهذا العنصر يتميز الإلتزام المدني، فالإلتزام المدني ينفذ جبرا على المدين (المادة 164 مدني) ذلك أن هذا الإلتزام يجتمع فيه كما سبق القول عنصر المديونية و المسؤولية، و المسؤولية تجبر على الوفاء به خلافا للإلتزام الطبيعي.

و يقدم فيما يلي لتنفيذ الإلتزام المدني و الذي قد يكون تنفيذا عينيا، و إما أن يكون تنفيذا بمقابل (عن طريق التعويض)، و التنفيذ قد يكون إختياريا بحيث يفي المدين بما إلتزم به، و قد يكون التنفيذ جبريا بمعنى أن تتدخل السلطة العامة لإجبار المدين على التنفيذ، على أن القاعدة الجوهرية في هذا الموضوع أن أموال المدين جميعا تكفل تنفيذ إلتزاماته.

<u>أولا : التنفيذ العيني:</u>

التنفيذ العيني هو الأصل فلا يجوز للمدين أن يعرض التنفيذ بمقابل متى كان التنفيذ العيني ممكننا، و لا يجوز للدائن أن يطلب التنفيذ بمقابل إذا عرض المدين

أن ينفذ إلتزامه تنفيذا عينيا، فالتنفيذ بمقابل هو تعويض للدائن عن حقه في الحالات التي لا تتوافر فيها شروط التنفيذ العيني، و قد نص المشرع على ذلك في المادة 164 مدني و المادة 176مدني.

<u>شروط الحكم بالتنفيذ العيني:</u>

- **أن يكون التنفيذ العيني ممكنا:** يجوز للدائن أن يطالب بالتنفيذ العيني و يجوز للمحكمة أن تقضي به طالما كان هذا التنفيذ ممكنا فإن إستحال ذلك تعين العدول عنه إلى التنفيذ بمقابل، و الإستحالة التي نتكلم عنها هي الإستحالة الراجعة إلى خطأ المدين لأنه إذا كانت الإستحالة راجعة إلى سبب أجنبي إنقضى الإلتزام و إمتنع الرجوع على المدين بالتعويض، و جميع ضروب الإلتزام من المتصور إستحالة تنفيذها بخطأ المدين عدا الإلتزام بدفع مبلغ من النقود.
- **أن يطلب الدائن التنفيذ العيني، أو أن يتقدم به المدين:** فإذا طلب الدائن التنفيذ العيني فلا يجوز للمدين أن يعرض عليه التنفيذ بمقابل، لأن التنفيذ العيني هو الأصل كما سبق القول، و إذا عرض المدين التنفيذ العيني فلا يجوز للدائن أن يطلب التنفيذ بمقابل بل تبرأ ذمة المدين بقيامه بالتنفيذ العيني رضى به الدائن أو لم يرض، و لكن إذا لم يطلب الدائن التنفيذ العيني بل طلب التنفيذ بمقابل و لم يعرض المدين التنفيذ العيني بل رضي بالتنفيذ بمقابل فيؤخذ ذلك على أنه إتفاق ضمني بين الدائن و المدين على إستبدال التنفيذ العيني بالتنفيذ بمقابل و يتخلف بالتالي شرط من شروط التنفيذ العيني و هو أن يطالب به الدائن أو يتقدم به المدين.
- **ألا يكون في التنفيذ العيني إرهاق للمدين و ليس في التنفيذ بغيره ضرر جسيم بالدائن:** فقد يكون التنفيذ العيني ممكنا، و لكن في تحقيقه إرهاق للمدين، و في هذه الحالة يجوز إستبداله بالتنفيد بمقابل، و تقدير هذا الشرط متروك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، و يعتبر هذا الشرط تطبيق خاص لنظرية التعسف في إستعمال الحق مع مراعاة الموارنة العادلة في المصالح المتعارضة من ناحية أخرى، فالدائن من حقه أن يطالب بالتنفيذ العيني و لكن إذا كان في ذلك إرهاق للمدين فإن المطالبة تكون تعسفا من الدائن في إستعمال حقه و يكون الأولى به أن يكتفي بالتنفيذ بمقابل، و لكن إذا كان في عدم التنفيذ العيني ما يسبب ضررا جسيما للدائن فمن حقه أن يطالب بالتنفيذ العيني و لو ترتب عليه إرهاق للمدين، لأن حق الدائن في التنفيذ العيني في هذا الفرض أولى بالرعاية من مصلحة المدين في العدول عنه إلى التنفيذ بمقابل.

- **الإعذار:** و هو وضع المدين موضع التقصير، و بالتالي جعله مسؤولا عن التعويض، فمجرد حلول أجل الإلتزام و عدم قيام المدين بتنفيذه لا يعتبر تقصيرا منه بل يجب على الدائن أن يظهر للمدين نيته في إقتضاء التنفيذ و أنه غير متسامح معه في التأخير، ضف إلى ذلك أن قبل حصول الإعذار لا يمكن للدائن جبر المدين على تنفيذ إلتزامه طبقا للمادة 164 مدني.

و يتم الإعذار طبقا للمادة 180 مدني **بالإنذار** أو ما **يقوم مقامه** و **الإنذار** هو توجيه ورقة رسمية من أوراق المحضرين تتضمن مطالبة المدين بالوفاء بإلتزامه، و **ما يقوم مقام** الإنذار هو كل ورقة رسمية تنطوي على مطالبة الدائن للمدين بالوفاء كمحضر الحجز،كما نص المشرع في المادة 180 مدني على جواز الإعذار عن طريق البريد لكنه لم يبين أحكامه، كما تضمنت ذات المادة جواز الإتفاق على إعتبار المدين معذرا بمجرد حلول أجل الوفاء دون حاجة إلى إتخاذ أي إجراء آخر.

من ناحية أخرى خصص المشرع **حالات لا يلزم فيها الدائن بإعذار المدين،** و هي طبقا للمادة 181 مدني :

- إذا أصبح تنفيذ الإلتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين ، كما لة كان إلتزام المدين هو الإمتناع عن القيام بعمل، فقام بالعمل المطلوب عدم القيام به.
- إذا كان محل الإلتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع كمن يصيب غيره بخطئه في حادث سيارة ، فلا حاجة للمصاب في أن يعذر المخطئ بدفع التعويض المستحق له.
- إذا كان محل الإلتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق و هو يعلم ذلك، فتقصيره في هذه الحال بين لا يحتاج إلى أي إجراء من قبل صاحب الحق في إسترداد ذلك الشيء لإثبات هذا التقصير.
- إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي القيام بإلتزامه، فبعد صدور هذا التصريح مكتوبا لا معنى لإلزام الدائن بمطالبة المدين بالتنفيذ العيني بعد أن ثبت إمتناعه عن الوفاء ثبوتا جازما، من مجاعرته بهذا الإمتناع.
- حالة إتفاق الدائن و المدين مقدما على عدم الحاجة إلى الإعذار لإعتبار المدين مقصرا و قيام حق الدائن في المطالبة بالتعويض عن التأخير في التنفيذ أو عن عدم القيام به نهائيا منذ حلول أجل الإلتزام (المادة 180 مدني).

ليترتب على الإعذار **آثار** تتمثل في مايلي:

- يمكن للدائن إجبار المدين على الوفاء و مطالته بالتعويض عن جميع الأضرار التي تلحقه بعد ذلك من جراء التأخر في التنفيذ.
- إمكانية المطالبة بالفسخ في العقود الملزمة لجانبين طبقا للمادة 1/119مدني.
- إنتقال تبعة الهلاك من الدائن إلى المدين طبقا للمادة 1/168 مدني.

<u>كيفية التنفيذ العيني:</u>

يقصد بموضوع التنفيذ العيني عين محل الإلتزام الذي إلتزم به المدين و نظرا لأن محل الإلتزام قد يكون إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل ، فإن موضوع التنفيذ العييني يختلف ضرورة بحسب محل الإلتزام ، و يقدم فيما يلي لكيفية حصول التنفيذ العيني للإلتزامات المختلفة.

- **تنفيذ الإلتزام بنقل الملكية أو بإنشاء الحق العيني:**

إذا كان المدين ملزما في مواجهة الدائن بنقل ملكية شيء أو حق عيني آخر عليه، فإن كيفية التنفيذ العيني لهذا الإلتزام تتوقف على طبيعة هذا الشيء و الذي قد يكون منقولا معينا بالذات أو معينا بالنوع أو قد يكون عقارا.

فإذا كان محل الإلتزام بنقل الملكية أو الحق العيني **منقولا معينا بالذات** كطاولة أو قطعة من الماس، فإن هذا الإلتزام ينتقل من تلقاء نفسه أو بقوة القانون بمجرد الإتفاق ما دام أن هذا المنقول كان مملوكا للملتزم طبقا للمادة 165 مدني، و لا يبقى بعد ذلك إلا مطالبة المدين بتسليمه، و إذا رفض أجبر على ذلك.

أما إذا كان محل الإلتزام بنقل الملكية أو الحق العيني **منقولا معينا بالنوع** كالقطن فإنه لا ينفذ من تلقاء نفسه أو بقوة القانون، و السبب في ذلك أن الشيء قبل تعيينه غير معروف، لذلك يتطلب إنتقال ملكية هذا الشيء إلى الدائن إفرازه قبل التسليم ، و يمكن تنفيذ إلتزام المدين بالإفراز جبرا عنه عن طريق حصول الدائن على شيء من النوع ذاته من الأسواق على نفقة المدين و ذلك بعد إستئذان القاضي طبقا للمادة 166 مدني.

أما إذا ورد الإلتزام بنقل الملكية على **عقار** فإن هذه الملكية و بموجب القانون لا تنتقل بمجرد العقد و إنما يجب إستيفاء إجراءات التسجيل و الشهر العقاري طبقا للمادة 165مدني.

- **تنفيذ الإلتزام بعمل:**

تنقسم الإلتزامات بعمل بحسب الغاية التي تستهدفها إلى نوعين أساسيين: إلتزام **بغاية** أو **نتيجة**، و إلتزام **بوسيلة** أو ببذل **عناية**، و يقصد **بالنوع الأول** الإلتزام الذي يستهدف إنجاز عمل معين كإلتزام المقاول ببناء مسكن، أما النوع الثاني فلا يطلب فيه من المدين به أكثر من بذل عناية محددة و ذلك في سبيل الوصول إلى غرض معلوم لصالح الدائن دون أن يلتزم بتحقيق هذا الغرض كإلتزام الطبيب بعلاج مريضه، و إلتزام المحامي بالدفاع عن موكله.

و يختلف تنفيذ الإلتزام بإختلاف ما إذا كان إلتزاما بنتيجة أم إلتزاما ببذل عناية، فإذا كان من **النوع الأول** فلا يعتبر أنه قد نفذ إلا بتحقيق الأمر المطلوب مثل تشييد المسكن بالمواصفات المطلوبة، أما إذا كان من **النوع الثاني** فإنه يعتبر أنه قد تم تنفيذه إذا بذل المدين في سبيل الغاية المقصودة من الإلتزام القدر الكافي من العناية حتى و لو لم تتحقق النتيجة، فالطبيب لا يلتزم إلا ببذل العناية في علاج مريضه في سبيل شفائه و يعتبر أنه قد نفذ إلتزامه إذا ثبت أنه باشر في العلاج القدر المطلوب من العناية حتى و لو لم يقدر للمريض الشفاء.

و القاعدة أن القدر اللازم من العناية مقدر بما يبذله الرجل العادي، زيادة أو نقصانا ما لم ينص القانون أو يقضى الإتفاق بخلاف ذلك، مع ملاحظة أن المدين يبقى مسؤولا عما يأتيه من عش أو خطأ جسيم ، و هذا ما قضت به المادة 172 مدني.

كما يفرق في تنفيذ الإلتزام بعمل حول وجوب إشتراط التدخل الشخصي للمدين أم لا في التنفيذ العيني فيفرق بين:

الحالة الاولى: لا تكون لشخصية المدين أهمية خاصة بالنسبة للدائن كما لو إلتزم مقاول بإقامة بناء فإن ما يهم الدائن هو إقامة البناء، فإذا نكل المدين عن القيام بتنفيذ إلتزامه جاز للدائن ان يطلب ترخيصا من القضاء في تنفيذ الإلتزام على نفقه المدين و هذا ما قضت به المادة 170 مدني.

الحالة الثانية: تكون لشخصية المدين أهمية خاصة عند الدائن و ذلك طبقا لطبيعة الإلتزام أو الإتفاق المتعاقدين كما لو إلتزم فنان برسم لوحة فنية أو إحياء حفلة موسيقية أو غير ذلك، ففي هذه الحالة يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين طبقا للمادة 169 مدني، و في نفس الوقت فإن المدين لا يجبر على تنفيذ إلتزامه بنفسه لأن في ذلك إعتداء على حريته الشخصية و لا يكون أمام الدائن إلا المطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ.

- **تنفيذ الإلتزام بالإمتناع عن عمل:**

يعتبر الإلتزام بالإمتناع منفذا عينيا طالما أن المدين لا يقوم بالعمل الممتنع عليه ، فإذا قام بهذا العمل كان مخلا بإلتزامه و في هذه الحالة يلزم تعويض الدائن عن الضرر الناجم له جراء هذا الإخلال.

و كما أن **الأصل** في تنفيذ الإلتزام أن يتم **عينيا** فإن **الأصل** في **التعويض** عند الإخلال به أن يكون عينيا أيضا و يكون التعويض العيني عند الإخلال بالإلتزام بالإمتناع عن عمل بإزالة ما وقع مخالفا له، فإذا أقام المالك مثلا في أرضه جدارا عاليا من شأنه أن يحجب الهواء و الضوء و النظر عن ملك جاره مخالفا بذلك إلتزامه بعدم العلو في إستعمال ملكه إلى الحد الذي يلحق بجاره ضررا فادحا غير مألوف كان لهذا الجار أن يطلب إزالة الجدار و تتحقق بتلك الإزالة تعويضه تعويضا عينيا (المادة 173 مدني).

<u>وسائل التنفيذ العيني:</u>

قد يتم التنفيذ العيني طواعية و إختيارا من قبل المدين و هذا هو الوفاء، كما قد يكون التنفيذ العيني جبرا على المدين و هنا تختلف وسائله:

- قد تقوم السلطة العامة بإجبار المدين على تنفيذ إلتزامه عن طريق أعوانها أبرزهم المحضرون ، فإذا وجد سند تنفيذي و إمتنع المدين عن آداء الحق طوعا و إختيارا ، أمكن للدائن تكليف أحد المحضرين بإجبار المدين على التنفيذ الجبري .
- قد يقوم الدائن نفسه بتنفيذ الإلتزام على نفقه المدين إذا كان تدخل المدين الشخصي غير ضروري في هذا التنفيذ بعد الحصول على ترخيص من القضاء أو دونه في حال الإستعجال.
- قد يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني إذ سمحت طبيعة الإلتزام بذلك ، كما هو الحال في الوعد بالتعاقد المادة 72 مدني.
- قد يتكفل القانون نفسه بإجراء التنفيذ العيني فتنتقل ملكية العين المعينة إلى الدائن بحكم القانون في الإلتزام بنقل الملكية .
-
- التهديد المالي أو الغرامة التهديدية:

و هي وسيلة من إبتداع القضاء لحمل المدين على التنفيذ العيني لإلتزام أصبح تنفيذه العيني غير ممكن أو عير ملائم إلا إذا قام به بنفسه و بإرادته، فهي وسيلة يراد بها الضغط على إرادة المدين لعله ينفذ الإلتزام عينيا.

تعريف الغرامة التهديدية:

هي مبلغ من المال يحكم به القاضي على المدين إذا إمتنع عن تنفيذ إلتزامه بعد الأجل الذي حدد له و طيلة ما بقي هذا الإمتناع ، و يقدر عادة على أساس وحدة زمنية معينية كاسبوع أو شعر مثلا ليظل مبلغ الغرامة يتراكم طيلة ما بقي موقف المدين معلقا، حتى إذا ما تحدد بالتنفيذ أو إستبان إمتناعه النهائي تمت تصفية مبلغ الغرامة .

شروط الحكم بالغرامة التهديدية:

يتضح من المادة 174 مدني أنه يشترط للحكم بالتهديد المالي ما يلي:

- أن يظل التنفيذ العيني ممكنا، أما إذا أصبح مستحيلا فلا يكون هناك محل لمحاولة الضغط على إرادة المدين عن طريق التهديد المالي أو غيره.
- أن يكون هذا التنفيذ غير ممكن أو غير ملائم إلا بواسطة المدين أو عن طريق تدخله، أما إذا أمكن الإستغناء عن المدين فلا تكون هناك حاجة للضغط على إرادته، فالتعديد المالي يكون له مجال في كل الإلتزامات بعمل أو الإمتناع عن عمل التي لا يمكن فيها الإستغناء عن تدخل المدين، كالتزام أحد الممثلين بالتمثيل في مسرحية معينة .
- أن يطلبه الدائن ، فلا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، و إن كان بعض الفقه يذهب إلى جوز ذلك.

خصائص الحكم بالغرامة التهديدية:

- أنها وسيلة تهديدية يقصد بها التغلب على تعنت المدين و إمتناعه عن تنفيذ إلتزامه، لذا يكون تقدير الغرامة تقديرا تحكميا بغض النظر للضرر الذي أصاب الدائن فقد يجاوزه بدرجة كبيرة.
- إن الحكم بالغرامة التعديدية يعتبر حكما وقتيا مصيره إلى التصفية وفقا للموقف النهائي للمدين، فإذا قام بالوفاء حط عنه القاضي الغرامة إزاء إستجابته لما أمر به و ألزمه بالتعويض عن التأخير ، و إذا أصر المدين على عناده قدر القاضي التعويض الواجب عن الضرر الناشئ هن هدم الوفاء.
- إن الغرامة التهديدية لا تعتبر دينا محققا في ذمة المدين و لهذا لا يجوز التقيد بالحكم الصادر بها على أمواله بل ينبغي إنتضار التصفية النهائية التي يتوقف عليها مصير الغرامة ثم التقيد بالحكم الصادر بالتعويض عن التأخير أو عدم التنفيذ.

مآل الغرامة التهديدية:

متى تحدد موقف المدين نهائيا بأن قام بتنفيذ إلتزامه أو أصر نهائيا على عدم التنفيذ ، إستنفذت الغرامة الغرض منها و أصبح من المتعين تصفيتها و تقدير المبلغ الواجب للدائن تقديرا نهائيا، و قد قضت المادة 175 مدني بأنه يجب على القاضي عند تقديره التعويض النهائي مراعاة العنت الذي بدى من المدين ليحفظ بذلك المشرع للغرامة التهديدية قوتها الردعية.

- **الإكراه البدني:**

لم يبق العمل به إلا في حدود بعض النصوص الجزائية كون التنفيذ بهاته الوسيلة في الديون المدنية محظور بموجب المادة 11 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية المؤرخ في 12/16/ 1966 و التي إنضمت إليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 67/89 المؤرخ في 1989/05/16، و تم التخلي عن الأخذ به في التنفيذ بصدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09/08 المؤرخ في 02/23/ 2008 و بالنتيجة إلغاء المواد 407إلى 412 المتعلقة بالإكراه البدني في قانون الإجراءات المدنية القديم.

ثانيا: التنفيذ بطريق التعويض أو التنفيذ بمقابل:

حالات التنفيذ بمقابل:

إن التنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض هو بديل عن التنفيذ العيني للإلتزام في الحالات التي لا تتوافر فيها شروط التنفيذ العيني، و يكون ذلك في:

- إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا بخطأ المدين، و هذه الإستحالة متصورة بالنسبة لجميع ضروب الإلتزام عدا الإلتزام بدفع مبلغ من النقود.
- إذا كان تدخل المدين الشخصي ضروريا أو ملائما لتحقيق التنفيذ العيني و لم يجد التهديد المالي في التغلب على تعنته و إمتناعه.
- إذا كان التنفيذ العيني ممكنا و لكن في تحقيقه إرهاق للمدين، أي كانت الفائدة التي ستعود على الدائن منه لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب المدين، و كان في

التعويض النقدي ترضية كافية للدائن، و هذا الحكم ما هو إلا تطبيق خاص لنظرية التعسف في إستعمال الحق.

- إذا كان التنفيذ العيني ممكنا تحقيقه على وجه ملائم دون تدخل المدين، و لكن لم يطلبه الدائن و لم يعرض المدين القيام به، ففي هذه الحالة يحل التنفيذ بمقابل محل التنفيذ العيني.

نوعا التعويض:

طبقا للمادة 176 مدني فالتعويض نوعان: تعويض عن عدم التنفيذ و تعويض عن التأخير في التنفيذ:

تعويض عن عدم التنفيذ يحل محل التنفيذ العيني و لا يجتمع معه، و إذا نفذ المدين جزء من إلتزامه دون الباقي إستحق الدائن تعويضا عن عدم التنفيذ الجزئي.

تعويض عن التأخر في التنفيذ يقصد به تعويض الدائن عن الضرر الذي أصابه نتيجة تأخر المدين في التنفيذ، و هذا النوع من التعويض يجتمع مع التنفيذ العيني.

كما أنه من الجائز أن يجمع الدائن بين نوعي التعويض، بمعنى يمكن له أن يجمع بين التعويض عن عدم التنفيذ و التعويض عن التأخر في التنفيذ، لأن التعويض عن عدم التنفيذ يقوم مقام التنفيذ العيني عند تعذره، فيكون مثله في جواز الجمع بينه و بين التعويض عن التأخر.

شروط إستحقاق التعويض:

إذا وجد الدائن في إحدى الحالات التي تجيز له الإلتجاء إلى طلب التنفيذ بمقابل، وجب أن تتوافر أربعة شروط لإستحقاق التعويض وهي:

- عدم وفاء المدين بإلتزامه أو تأخره في الوفاء به.
- إصابة الدائن بضرر.
- علاقة سببية بين ضرر الدائن و خطأ المدين.
- إعذار المدين و هذا ما قضت به المادة 179 مدني و هو وضع المدين قانونا في حالة المتأخر في تنفيذ إلتزامه.

و يقع عبئ إثبات هذه الشروط وفقا للقواعد العامة في الإثبات على عاتق الدائن الذي يطالب بالتعويض.

و يلاحظ أن هذه الشروط هي ذاتها شروط المسؤولية المدنية ذاتها و التي سبق دراستها في مصادر الإلتزام، فيكتفى بالإحالة إليها بالنسبة للشروط الثالاث الأولى، أما فيما يخص شرط الإعذار فهو ذاته المدروس سابقا في التنفيذ العيني لذا يحال عليه.

كيفية تقدير التعويض:

الأصل في تقدير التعويض أن يتم بمعرفة القاضي، و هذا هو التعويض القضائي، غير أنه بالنسبة للإلتزامات التعاقدية قد يتفق الطرفان مقدما على مقدار التعويض الذي يلتزم به المدين إذا لم ينفذ إلتزامه أو غذا تأخر في الوفاء به، وهذا هو التعويض الإتفاقي أو الشرط الجزائي، و أخيرا قد يتولى القانون تحديد التعويض الذي يستحق عن التأخر في تنفيذ الإلتزام و هذا هو التعويض القانوني أو فوائد التأخير، و يقدم فيما يلي لهذه الطرق على النحو الأتي:

1- **التعويض القضائي:**

هذا النوع من التعويض يعتبر الأصل في إطار المسؤولية المدنية بنوعيها (العقدية و التقصيرية) و حتى يحكم به القاضي وجب أن تتوافر أركانها مع شرط الإعذار كما سبق شرحه، لذا يكتفى بدارسة طريقة تقديره و شكله على النحو الآتي:

تقدير التعويض:

إستنادا للمادة 182 مدني يقدر القاضي التعويض بناء على عناصر التعويض و هي ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب، فالتعويض يكون بقدر الضرر، و الضرر الذي يصيب الدائن من عدم التنفيذ إما أن يكون خسارة لحقته أو كسب فات عليه، أو هذين العنصرين معا، ومن الأمثلة على ذلك أن يرفض ممثل إحياء حفلة تمثيلية إلتزم بإحيائها قبل صاحب المسرح، فيكون الضرر الذي لحق هذا الأخير هو ما لحقه من خسارة تتمثل في نفقات إعداد الحفل ، وما فات عليه من كسب في صورة ربح كان سيعود عليه من إحياء هذه الحفلة.

و لكن في جميع الأحوال فإن الدائن لا يستحق تعويضا إلا عن الضرر المباشر، و هو الذي يمكن إعتباره نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو التأخر فيه.

و من ناحية اخرى فإن التعويض لا يستحق أصلا إذا أثبت المدين أن تنفيذ الإلتزام أصبح مستحيلا لسبب أجنبي لا يد له فيه، فهو بهذا ينفي مسؤوليته.

شكل التعويض:

غالبا ما يقدر القاضي التعويض بمبلغ من النقود، سواء في ذلك المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية، طبقا للمادة 132 مدني فالقاضي يحدد طريقة التعويض تبعا لظروف كل قضية على حدى، فقد يكون مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا و يجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا.

و مع ذلك قد يكون التعويض غير نقدي في بعض الحالات، ففي دعاوى السب و القذف يجوز للقاضي أن يأمر على سبيل التعويض بنشر الحكم لقاضي بإدانة المدعى عليه في الصحف، و هذا النشر يعتبر تعويضا غير نقدي عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعى عليه.

بل قد يكون التعويض تعويضا عينيا فيجوز للقاضي أن يحكم بهدم حائط أقامها المالك تعسفا لحجب النور و الهواء عن جاره.

2- **التعويض الإتفاقي (الشرط الجزائي):**

مفهوم الشرط الجزائي:

هو إتفاق مسبق على تقدير التعويض الذي يستحق للدائن عند إمتناع المدين عن التنفيذ أو التأخر فيه، و يأخذ عادة صورة بند أو شرط في العقد، ومن هنا جاءت تسميته.

و ينتشر الشرط الجزائي في عقود المقاولة و التوريد و النقل، فقد يتفق رب العمل مع المقاول على مبلغ معين يدفعه الأخير عن كل يوم يتأخر فيه عن تسليم العمل الذي تعهد به.

و الغالب أن يوضع الشرط الجزائي في نفس العقد الأصلي ، غير أنه ليس هناك ما يمنع من أن يتضمنه إتفاق لاحق بشرط أن يكون هذا الإتفاق سابقا على

واقعة إخلال المدين بإلتزامه، لأنه إذا كان لاحقا لها أعتبر صلحا لا شرطا جزائيا و هذا ما قضت به المادة 183 مدني.

و عادة يتناول الشرط الجزائي تقدير التعويض عن الإخلال بإلتزام تعاقدي غير أنه ليس هناك ما يمنع من الإلتجاء إليه في شأن تقدير التعويض الناشئ عن الإخلال بإلتزام غير عقدي، كما هو حال إتفاق جار مع جاره سلفا على مقدار التعويض الذي يستحق عما قد يلحقه من مضار الجوار غير المألوفة، فهذا الإتفاق ينصرف إلى تعويض عن مسؤولية تقصيرية.

خصائص الشرط الجزائي:

- الشرط الجزائي هو إلتزام تابع لإلتزام أصلي، و بحكم تبعيته فهو يزول بزواله، فإذا كاان الإلتزام الأصلي باطلا أو حكم ببطلانه أو بفسخه أو إستحال تنفيذه لسبب أجنبي سقط هذا الإلتزام و سقط معه الشرط الجزائي.
- الشرط الجزائي هو إلتزام إحتياطي، فمادام التنفيذ العيني للإلتزام الأصلي ممكنا فإن أيا من المتعاقدين لا يستطيع أن يختار بدلا منه التنفيذ بمقابل عن طريق دفع قيمة الشرط الجزائي.
- الشرط الجزائي مقدر تقديرا جزافيا، لذلك يكون قابلا لغعادة النظر فيه من قبل القضاء و قد نص المشرع على ذلك صراحة في المادة 184 مدني.

الفرق بين الشرط الجزائي و الغرامة التهديدية:

يختلف الشرط الجزائي عن الغرامة التهديدية في أن الثانية يحكم بها القاضي لإرغام المدين على تنفيذ ما إلتزم به شخصيا و عي لا تقدر بالضرر الحاصل ، و الحكم بها ليس نهائيا، و بالتالي يجوز للقاضي أن يرجع عنها أو أن ينقصها أو يزيدها، و جميع هذه الاحكام لا تنطبق على الشرط الجزائي.

شروط إستحقاق الشرط الجزائي:

لا يستحق الشرط الجزائي إلا بإستحقاق التعويض ذاته، فهو ليس إلتزاما مستقلا، و لكنه مجرد وسيلة لتقدير التعويض، و لذلك لا يستحق الشرط الجزائي إلا بتوافر عناصر المسؤولية في مواجهة المدين و هي الخطأ و الضرر و علاقة

السببية، و يشترط كذلك لإستحقاقه أن يقوم الدائن بإعذار المدين، إلا في الحالات التي لا يشترط فيها الإعذار على النحو السابق ذكره.

آثار الشرط الجزائي:

الأصل العام أنه إذا تحققت شروط الشرط الجزائي، تعين على القاضي الحكم بالمبلغ المتفق عليه دون زيادة أو نقصان، غير أنه إستثناء من هذا الأصل أجاز المشرع في حالات معينة للقاضي تعديل الشرط الجزائي، و قد تضمنت المواد 184 و 185 مدني ذلك، و يقدم لها وفقا لمايلي:

- لا يستحق الشرط الجزائي أصلا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر .
- يجوز للقاضي أن يخفض الشرط الجزائي في حالتين هما:
  - إذا كان تقدير التعويض مبالغا فيه إلى درجة كبيرة،لا يتناسب مع الضرر الحاصل، و يقع عبئ ذلك على المدين.
  - إذا أثبت المدين أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، و عنا يقوم القاضي بتخفيض قيمة الشرط بحدود ما تبقى من الإلتزام.
- يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من قيمة الشرط الجزائي إذا أثبت ان المدين قد إرتكب غشا أو خطأ جسيما و أن الضرر قد جاوز التعويض المتفق عليه.

3- التعويض القانوني أو فوائد التأخير القانونية:

أنواع الفوائد: يوجد نوعين من الفوائد هما:

فوائد إستثمارية تعويضية: و هي التي تستحق كتعويض عن الإنتفاع بمبلغ من النقود يظل فترة من الزمن في حوزة المدين، كالمقترض يلتزم بدفع فائدة للمقترض عن مدة القرض، و هي فائدة إتفاقية.

فوائد تأخيرية : و هي التي تستحق كتعويض عن التأخير في الوفاء بإلتزام محله مبلغ نقدي عند حلول أجله، و هذه إما أن تكون إتفاقية تقررت بمقتضى العقد، أو قانونية إستحقت بمقتضى القانون عند توافر شروط معينة، و فوائد التأخير القانونية هي تعويض قانوني عن الضرر الذي يصيب الدائن من حرمانه من الإستفادة بحقه في فترة التأخير.

موقف المشرع الجزائري:

وفقا للمادة 454 مدني أبطل المشرع نص التعامل بالقرض بالفائدة بين الأفراد إمتثالا لأحكام الشريعة الإسلامية، و إستثنى من ذلك المؤسسات المالية بموجب المواد 455 و 456 مدني.

غير أنه يلاحظ أن هناك إشارة إلى الأخذ بنظام التعويض القانوني الذي يتخد صورة الفوائد التأخيرية القانونية في المادة 186 مدني، بتحديد شروط إستحقاقها، و إن لم يحدد سعر الفائدة فيها.

<u>شروط إستحقاق الفوائد التأخيرية القانونية:</u> يتضح من المادة 186 مدني أن شروط إستحقاق التعويض القانوني هي:

- أن يتعلق الأمر بإلتزام محله مبلغ من النقود.
- أن يكون مبلغ الإلتزام معلوم المقدار بوجه كاف وقت المطالبة به امام القضاء.
- أن يتأخر المدين في الوفاء بإلتزامه، و هذا ما يشكل الخطأ لقيام مسؤولية المدين و إلتزامه بالتعويض في مواجهة الدائن، مع إفتراض وقوع الضرر بإعتبار محل الغلتزام هو نقود.
- المطالبة القضائية بالتعويض عن التأخير فالمشرع هنا لم يكتفي بالإعذار فقط.

<u>المحور الثالث: وسائل ضمان حماية حقوق الدائنين</u>

الأصل العام أن أموال المدين تشكل جميعها ضمانا عاما لجميع الدائنين على حد السواء، **إلا** من كان له حق التقدم على الآخرين، و هو ما عبرت عنه المادة 188مدني، حيث جاء فيها: "أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه.

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

يلاحظ أن المادة المذكورة تتضمن شقين يتعلقان بفكرة الضمان العام:

- إن الضمان العام يشمل جميع الأموال التي تكون مملوكة للمدين وقت تنفيذ الدائن بحقه و يقتصر عليه، بمعنى أن هذا الضمان يشمل الأموال التي إكتسبها المدين في تاريخ لاحق لتاريخ نشوء حق الدائن و لا يشمل الأموال التي كان يملكها المدين وقت نشوء الدين ثم خرجت من ملكه قبل التنفيذ، إذ أنه ليس للدائن

العادي ما للدائن ذي التأمين الخاص من حق عيني على مال محدد للمدين يخوله تتبعه و من ثم التنفيذ عليه تحت أي يد يكون، مع الإشارة أن شمول الضمان العام لأموال المدين كافة ترد عليها إستثناءات وردت في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، بحيث لا يجوز الحجز على بعض أموال المدين (المادة 636 – 639)

- إن الضمان العام مقرر لجميع الدائنين فهم متساوون في إقتضاء ديونهم من هذا المال، فإذا إشترك عدة دائنين في التنفيذ على مال المدين و لم يكن هذا المال كافيا لسداد الديون جميعا، إقتسم الدائنون الحاجزون ما تحصل من التنفيذ قسمة غرماء كل بنسبة دينه، بحيث لا يتقدم دائن على آخر حتى و لو كان تاريخ نشوء دينه أو تاريخ حلوله سابقا لغيره، على أنه يستثنى من ذلك من كان له حق التقدم طبقا للقانون (كالراهن و صاحب حق الإمتياز).

وسائل حماية فكرة الضمان العام:

إن فكرة الضمان العام للدائنين لا ترفع و لا تغُل يد المدين عن التصرف بأمواله كيفما يشاء و وقت ما يشاء و هو الأمر الذي قد يشكل خطورة على دائنيه، كونه يتضمن مساسا بفكرة الضمان العام و محل الحق الذي قد يلجأ إليه الدائن لإستيفاء حقه من مدينه لاحقا، هذا المساس الذي قد يكون نتيجة إهمال المدين أو تحايله و إما نتيجة قيامه ببعض التصرفات التي تؤدي إلى تهريب أو إخراج بعض أمواله من ملكه أو العمل على زيادة ديونه، و للحيلولة دون وقوع هذا، وضع المشرع وسائل تمنع من تعريض الضمان العام لأي خطورة هي كالآتي:

- **وسائل تحفظية:** و يراد بها الوسائل التي تؤدي إلى بقاء ذمة المدين على حالتها الراهنة و بذلك تصان حقوق الدائنين، و أبرزها الحجز التحفظي (646 – 666 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية).
- **وسائل تنفيذية:** و يراد بها الوسائل التي ترمي إلى إستخلاص الحق من أموال المدين ببيعها بعد الحجز عليها(681 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية).
- **وسائل وسطى:** و هذه الوسائل تتبوأ مرتبة وسطى بين الاولى و الثانية، فلا تكفي بحد ذاتها للتنفيذ على أموال المدين، و قد نظمها المشرع في الفصل الثالث تحت عنوان ضمان حقوق الدائنين في المواد 188 – 202 مدني، و هي التي ستكون محلا للدراسة وفقا لما يأتي بيانه :

أولا: الدعوى غير المباشرة: (189 مدني)

تعريفها:

هي الدعوى التي يرفعها الدائن ضد مدين مدينه، تقوم على فكرتي وجود مصلحة مشروعة للدائن تبرر نيابته عن المدين، و على إعمال مبدأ أن جميع أموال المدين ضامنة لإلتزاماته.

شروطها:

من هذه الشروط ما يتصل بحق الدائن و البعض الآخر يتصل بحقوق المدين و شخصه و هي كالآتي:

- يشترط في حق الدائن أن يكون محقق الوجود، خاليا من أي نزاع جدي، و لا يهم بعد ذلك أن يكون معين المقدار أم لا، و لا أن يكون له تاريخ ثابت.
- لا يشترط الحصول على إذن مسبق من القضاء لسلوك طريق الدعوى غير المباشرة.
- أن يكون حق المدين حقا ماليا قابلا للحجز عليه.
- ثبوت تقصير المدين في إستعمال حقه، مما يترتب عنه إعساره أو الزيادة فيه و تأثر الضمان العام.
- وجوب إختصام المدين في الدعوى (2/189).

الآثار المترتبة على الدعوى غير المباشرة: (المادة 190 مدني)

- نيابة الدائن عن المدين مقصورة على إستعمال الحق دون التصرف فيه، و الذي يدخل في ذمة المدين فلا يستأثر به الدائن رافع الدعوى فيستفيد منه باقي الدائنين.
- يجوز أن يتمسك مدين المدين بكافة الدفوع التي كان قد يتمسك بها في مواجهة دائنه كسقوط الحق بالتقادم و المقاصة....

ثانيا :دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين (البوليصية) : (191 – 197 مدني)

تعريفها:

هي تلك الدعوى التي يعالج فيها الدائن موقفا إيجابيا لمدينه المعسر الذي يقوم عن عمد بالتصرف في حقوقه بقصد الإضرار بهذا الدائن.

شروطها:

- وجوب أن يكون حق الدائن حال الأداء خاليا من أي نزاع، سابقا في نشوئه على التصرف المطلوب عدم نفاذه، و هذه الدعوى يقيمها الدائن بإسمه ضد مدينه و الغير.
- أن يكون التصرف المطلوب عدم نفاذه تصرفا قانونيا مفقرا للمدين.
- إثبات إعسار المدين (المادة 193مدني).
- يتعين أن يظل هذا الإعسار قائما إلى وقت الحكم في دعوى عدم نفاذ تصرف المدين.
- ثبوت غش المدين و علم من صدر له التصرف بالغش إذا كان التصرف بعوض، و على الدائن إثبات أن مدينه وقت صدور التصرف منه كان يعلم أن تصرفه يسبب إعساره أو يزيد في هذا الإعسار، و للمدين إثبات العكس.
- يجب على الدائن إثبات أن من صدر له التصرف عالم بالغش من قبل المدين.

أحكامها:

- تتقادم الدعوى البوليصية بمضي ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف في حقه، و تسقط بمضي خمس عشره سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه (197 مدني)
- متى قضي بعدم النفاذ إستفاد جميع الدائنين الذين صدر التصرف مجحفا في حقهم (194 مدني).
- يحق للدائن إذا أصابه ضرر من تصرف المدين أن يطالب إلى جانب عدم النفاذ بتعويض عما قد لحقه من ضرر و فقا للمادة 124 مدني.
- بالنسبة للمدين و من صدر التصرف له فالتصرف يضل قائما بينهما و مرتبا لكافة آثاره.

ثالثا :دعوى الصورية:

مفهوم الصورية:

الصورية هي إتفاق طرفي التصرف القانوني على إخفاء إرادتهما الحقيقة تحت ستار مظهر كاذب لسبب قام عندهما، بمعنى آخر هي تصرف قانوني

يناهض حقيقة العلاقة القائمة بين طرفيها و يخفيها و يظهر بدلا منها علاقة مغايرة لها تماما، كأن يوقع مدين مع شخص آخر عقد بيع لمجموع أموال، بينما في الواقع لا يكون هناك بيع و لا خلافه فيكون هذا البيع صوريا أي ظاهريا و ليس حقيقيا و فعليا.

لتكون بذلك الدعوى الصورية المسلك الذي يلجأ إليه الدائن للطعن في تصرف معين من تصرفات المدين التي قد يلجأ إليها لإخفاء أو محاولة تهريب أو نقل أموال، بينما في الحقيقة تكون هذه الأموال في إطار الضمان العام و تبقى في ملك المدين.

أنواع الصورية:

و يمكن التمييز بين **نوعين** من الصورية على النحو التالي:

- **الصورية المطلقة:** و هي التي ترد على العقد أو التصرف ذاته، فيكون العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة، حيث يتفق المتعاقدان على إصطناع مظهر كاذب لتصرف لم تتجه إرادتهما إليه، و مثاله حالة المدين الذي يريد تهريب بعض أمواله من ضمان الدائنين فيتفق مع شخص آخر على إصطناع مظهر عقد بيع لهذه الأموال في حين أنهما في الحقيقة لم يقصدا هذا البيع و لم يقبض المدين شيئا من ذلك المشتري الصوري، و عادة ما يحتاط المدين لنفسه في مواجهة هذا الأخير فيستكتبه بما يسمى **ورقة الضد** يكون فحواها أن هذا البيع لا وجود له في الحقيقة.
- **الصورية النسبية:** في هذه الحالة يكون هناك علاقة قانونية أو تصرف قانوني حقيقي بين المتعاقدين و يقوم التصرف الصوري بإخفاء جانب منه، و هذا الجانب قد يتناول **طبيعة التصرف** (الصورية **بطريق التستر**) و ذلك حين تتجه الإرادة الحقيقية للمتعاقدين إلى إبرام تصرف معين و لكنهما يتفقان على ستره تحت تصرف آخر يختلف عنه في الطبيعة، و قد تتناول الصورية بعض **شروط** أو **أركان** التصرف القانوني (الصورية **بطرق المضادة**) و مثالها أن يذكر المتعاقدان في عقد البيع ثمنا مخالفا لما إتفق عليه في الحقيقة، كما قد تتناول الصورية **شخص** أحد المتعاقدين و تسمى في هذه الحالة (الصورية بطريق **التسخير**) و ذلك حين يُتفق على إخفاء شخصية أحدهما وراء شخص آخر ما إن يمنع القانون

صاحب الشخصية المخفية من إبرام التصرف بسبب صفته و مثال ذلك منع رجال القضاء من شراء الحقوق المتنازع فيها المواد 402 – 403 مدني.

مفترضات الصورية: حتى تتحقق الصورية و جب أن تتوافر أربعة أمور هي:

- يجب أن يكون هناك عقدان، عقد حقيقي إتجهت إليه إرادة الطرفين و عقد صوري.
- يجب أن يختلف العقدان من حيث الطبيعة أو الأركان أو الشروط.
- يجب أن يكون العقدان متعاصران و لو معاصرة ذهنية، فلا تشترط المعاصرة المادية دائما، و إلا كان اللاحق منهما بمثابة تعديل للسابق.
- يجب إخفاء التصرف الحقيقي و إبراز التصرف المصطنع.

أحكام الصورية:

تناول المشرع أحكام دعوى الصورية في المادتين 198 و 199 مدني، و يتبين منهما أن أحكام الصورية تختلف بين المتعاقدين عنها بالنسبة للغير مع الملاحظة أنه يجب الإعتداد بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين.

- **أثر الصورية بالنسبة لطرفيها:** يختلف أثر الصورية بإختلاف نوعها طبقا لما تقدم، فإذا كانت صورية مطلقة بمعنى أن التصرف بحد ذاته غير موجود فعندئذ لا يكون لهذا التصرف غير الموجود أي أثر بين طرفي الصورية. أما إذا كانت الصورية نسبية بمعنى أن التصرف موجود غير أن الصورية قد وردت على أحد شروطه أو أركانه أو أطرافه فتكون دائما العبرة بحقيقة التصرف المستتر و ليس التصرف الظاهر ، و يأخذ نفس حكم أطراف العقد خلفهم العام فيما يتعلق بالصورية على تعاقدهم طبقا للمادة 199 مدني.
- **أثر الصورية بالنسبة للغير:** الغير في الصورية هو كل من يكسب حق بسبب يغاير التصرف الصوري، و قد ذكرت المادة 198 مدني طائفتين من الأغيار و هما: دائنوا المتعاقدين، و الخلف الخاص و هو من يخلف السلف في حق عيني على شيء معين أو في ملكية شيء كالمشتري و الموهوب له و الدائن المرتهن.

و وفقا للمادة 198 مدني يلاحظ أن الغير متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري أي الظاهر، و معنى حسن النية أن الغير يجهل بالتصرف الحقيقي

المستتر أي يجهل صورية التصرف، و علبى ذلك لا يجوز الإحتجاج على الغير حسن النية بالعقد المستتر.

و تجدر الإشارة أن الإشكال يثار في حال ما إذا تعدد الدائنون أو أشخاص الخلف الخاص و تضاربت مصالحهم بحيث يكون منهم من يتمسك بالعقد الصوري و البعض الآخر بالعقد المستتر الحقيقي، الملاحظ أن المشرع في المادة 198 مدني لم يتضمن حكم تعارض المصالح إلى جانب عدم تضمن النص إمكانية تمسك دائني المتعاقدين و الخلف الخاص بالعقد المستتر و إمكانية إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات، و إقتصر على النص على حق الخلف الخاص و الدائنين بالتمسك بالعقد الصوري متى كانوا حسني النية، فيذهب الفقه إلى القول أنه في مثل هذه الحالة الأفضلية تكون لمن يتمسك بالعقد الظاهر.

<u>إثبات الصورية:</u>

- **إثبات الصورية من قبل أطرفها أو خلفهم العام:** القاعدة العامة أن المتعاقدين و خلفهما العام لا يجوز لهما إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة حتى و لو لم تزد قيمة التصرف على النصاب القانوني المحدد للإثبات بالشهادة(المادة 334 مدني)، و للتغلب على هذه العقبة يحرص المتعاقدين على عقد صوري على كتابة ورقة تتضمن حقيقة التصرف أو الإتفاق المستتر تسمى بورقة الضد التي يستطيع كل واحد منهما التمسك بها بمواجهة الآخر إذا دعت الحاجة إلى ذلك.
- **إثبات الصورية من قبل الغير:** طبقا للقاعدة العامة في قواعد الإثبات يقع عبئ الإثبات على من يدعي خلاف الظاهر، و تطبيق ذلك على الصورية يقع عبئ إثبات صورية تصرف على من يدعيها فلو كان دائن أو خلف خاص فعليه أن يثبت ذلك، و له في سبيل الوصول لذلك التمسك بكافة طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود و القرائن، و يبرر هذا الحكم أن الغير – و هم ليسوا طرفا في العقد الصوري- لن يكون بإمكانهم أن يهيئوا دليلا كتابيا على صوريته، كما أن العقد الحقيقي – وهم ليسوا طرفا فيه أيضا- إنما ينزل منهم منزلة الواقعة المادية و الوقائع المادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات.

<u>عدم تقادم دعوى الصورية:</u>

لا تتقادم دعوى الصورية أبدا سواء رفعت من أحد طرفي العقد الصوري أو من الغير، لأن الهدف منها هو تقرير أن العقد الصوري لا وجود له و هي حقيقة قائمة مستمرة لم تنقطع حتى يبدأ سريان التقادم بالنسبة لها.

رابعا : الحق في الحبس:

مفهوم:

عبارة عن وسيلة قانونية يلجأ إليها الدائن لأجل إقتضاء حقه من مدينه و ذلك بحبس شيء مملوك لمدينه أو حبس محل إلتزامه هو، إلى أن يوفي المدين بالدين الذي عليه تجاه الحابس، و ذلك ما تقتضيه قواعد العدالة و الإنصاف التي تقرر قاعدة مفادها أنه من غير المقبول أن يطالب شخص بآداء ما عليه لآخر قبل أن يستوفي ما له من حق عليه.

بعبارة أخرى فإن حق الحبس يفترض وجود إلتزامين كل منهما مترتب على الآخر و مرتبط به فمثلا البائع له أن يحبس الشيء المبيع حتى يستوفي الثمن و ذلك لإرتباطه بإلتزام المشتري، و المودع لديه أن يحبس الشيء المودع حتى يستوفي ما أنفقه في حفظه.

و الحبس قد يكون كذلك في الروابط غير التعاقدية و مثال ذلك حالة من أنفق على ملك غيره وهو في يده مصروفات ضرورية أو نافعة فإن له أن يمتنع عن رده حتى يستوفي ما هو مستحق له.

شروط ممارسة الحق في الحبس:

وفقا لما تقدم فإن حق الحبس يفترض وجود إلتزامين متقابلين، أحدهما ملقى على عاتق الدائن الحابس و الآخر ملقى على عاتق المدين (حق الحابس)، و حتى يتم الحبس صحيحا ينبغي أن يكون إلتزام الحابس و إلتزام المدين مترابطين، من ذلك يتبين شروط ممارسة صحة حق الحبس و هي كالآتي:

- **إلتزام الحابس:**

يفترض حق الحبس وجود إلتزام على الدائن الحابس و هذا الإلتزام بحد ذاته هو غالبا ما يكون موضوع الحبس، و يستوي بعد توفر هذا الإلتزام للحابس **نوعه** أو **مصدره**، فسواء أكان **إيجابيا** يتمثل في نقل حق عيني أو القيام بعمل، أو **سلبيا** يتمثل في الإمتناع عن عمل، كما يستوي أن يكون **مصدره** العقد أو الإرادة المنفردة أو الفعل النافع أو الضار أو القانون، شريطة أن يكون من الأموال أو الأشياء التي يجوز الحجز عليها، كما لا يشترط أن يكون الشيء محل الحبس مملوكا للمدين، حيث من الممكن أن يكون مملوكا للدائن الحابس نفسه، كالمؤجر الذي يحبس العين المؤجرة المملوكة له عن المستأجر حتى يستوفي كامل الأجرة، و يحق لمن حاز الشيء حيازة عرضية حبسه عن مالكه حتى يسترد ما أنفق عليه من مصروفات و قد أشارت إلى ذلك المادة 200/ 2 مدني، غير أنه يشترط ألا يكون الحابس قد حاز الشيء بطريق غير مشروع كالغصب و السرقة.

- **وجود حق مستحق الآداء للدائن الحابس:**

لما كان الغرض من الحق في الحبس هو حمل المدين على تنفيذ إلتزامه تجاه الحابس، فمن الطبيعي أنه لا يصح اللجوء إلى هذه الوسيلة إلا إذا كان حق الدائن محقق الوجود، واجب الأداء، فإن كان هذا الحق مضافا إلى أجل أو معلقا على شرط أو متنازعا فيه أو مجرد دين طبيعي لا يمكن جبر المدين على تنفيذه، لم يكن من حق الدائن أن يحبس الشيء عن الملتزم بتسليمه له، ومن ناحية أخرى لا يشترط في حق الحابس أن يكون مقدرا.

- **وجود إرتباط بين حق الحابس و إلتزامه بأداء الشيء:**

بمعنى أن يكون حق الحابس قد وجد بمناسبة إلتزامه بالرد، و عبء إثبات هذا الإرتباط يقع على الدائن الذي يتمسك بالحق في الحبس، و هذا الإرتباط قد يكون إرتباطا قانونيا كما قد يكون إرتباطا ماديا.

فأما الإرتباط **القانوني** يقوم على وجود علاقة تبادلية بين الإلتزامين هذه العلاقة قد يكون مصدرها العقد كما هو الحال في عقد البيع فيجوز للبائع أن يحبس المبيع حتى يدفع المشتري الثمن و العكس، و يأخذ الحق في الحبس في هذه الحالة صورة الدفع بعدم التنفيذ (المادة 123 مدني)، و إلتزام المودع لديه برد الوديعة و إلتزام المودع برد ما أنفق المودع لديه في حفظ الوديعة، مع وجوب الإشارة أنه

في حالة فسخ العقد أو إبطاله فإن الإرتباط القانوني يبقى إذ يجب على كل من الطرفين رد ما أخذه من الآخر.

و كما قد يقوم الإرتباط القانوني دون وجود علاقة تعاقدية بين الطرفين كما هو الحال في الفضالة فيلتزم برد ما إستولى عليه بسبب الفضالة، و يلتزم رب العمل بتعويض الفضولي عما أنفق فإلتزاماتهما متبادلة، فيستطيع كل منهما الإمتناع عن الوفاء حتى يستوفي إلتزامات الآخر.

أما الإرتباط **المادي** يقوم على مجرد واقعة مادية هي حيازة الشيء أو إحرازه، وبذلك يكون حق الحائز أو المحرز قد نجم عن الشيء ذاته، إما لأن الحابس قد أنفق على الشيء مصروفات يحق له إستردادها و نصت على ذلك المادة 2/200 مدني و مثالها أن ينفق المودع لديه على الشيء المودع نفقات فيكون له حبس الشيء حتى يستوفي هذه النفقات، أو أن الحابس قد أصابه ضرر من هذا الشيء فيستحق تعويضا عنه.

آثار الحق في الحبس:

يترتب على الحق في الحبس حقوق و إلتزامات على الحابس يعرض لها كما يلي:

- **حقوق الحابس:**

- الإمتناع عن تسليم الشيء: إذا ثبت للدائن حق الحبس وفقا لما تقدم كان له الإمتناع عن الرد حتى يستوفي كامل حقه، حتى و لو وفى المدين جزئيا بالدين، مع عدم تعسف الحابس في إستعمال حقه، و ما يسري في حق المالك يسري في حق ورثته، فللحائز حبس العين في مواجهة ورثة المالك (الخلف العام) حتى يستوفي حقه، كما أن الحق في الحبس ينتقل إلى ورثة الحائز بعد وفاته.
- حق الحبس لا يعطي حق إمتياز للحابس: وفقا للمادة 201/ 1 مدني الحق في الحبس لا يمنح للحابس حق إمتياز على العين المحبوسة، فليس له حق التتبع، و إن نفذ على العين المحبوسة فإنه ينفذ عليها بوصفه دائنا عاديا.

- **إلتزامات الحابس:** بينت المادة 201/ 2 مدني واجبات الحابس ، وهي:

- المحافظة على الشيء المحبوس: يلتزم الحابس بالمحافظة على الشيء المحبوس وفقا لأحكام الرهن الحيازي و هو إلتزام ببذل عناية، و إذا خشي على الشيء المحبوس من الهلاك تم إستئذان القضاء في بيعه و إنتقل الحبس من الشيء إلى ثمنه (المادة 201/ 3 مدني).
- تقديم حساب عن غلة الشيء المحبوس:إذا كانت العين المحبوسة تنتج ثمار أو غلة فإن ما تنتجه يكون من حق مالكها و ليس من حق الحائز الذي ليس له إلا أن يحبسها، فإذا إستوفى الحابس حقه و جب رد العين المحبوسة و غلتها إلى مالكها و عليه أن يقدم حسابا عن الغلة.
- رد العين المحبوسة: يلتزم الحابس برد العين المحبوسة بالحالة التي كانت عليها وقت الحبس دون نقص أو تلف، فإذا قام المدين بالوفاء زال سبب الحبس و وجب رد العين المحبوسة.

<u>إنقضاء الحق في الحبس:</u> طبقا للمادة 202 ينقضي الحق في الحبس وفقا :

- إنقضاء الحق في الحبس بطريق تبعي: متى وفى المدين بما عليه من دين فإن الدين الأصلي ينقضي و ينقضي تبعا لذلك الحبس.
- إنقضاء الحق في الحبس بطريق أصلي:

- تقديم تأمين كاف للوفاء بالحق المضمون بالحبس.
- إخلال الحابس بالمحافظة على العين .
- خروج العين المحبوسة من يد الحابس.
- هلاك العين المحبوسة.

<u>قائمة المراجع</u>

<u>النصوص القانونية:</u>

1- القانون رقم 08- 09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجريدة الرسمية العدد21 لسنة 45 المؤرخة في 17 ربيع الثاني 1429 الموافق 23 أبريل 2008.
2- الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 29 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني و المعدل بموحب القانون رقم 05-07 المؤرخ في 17 يونيو 2007.
3- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية، المؤرخ في 16 كانون / ديسمبر 1966.

المؤلفات :

1- أنور سلطان،النظريةالعامة للإلتزام، ((أحكام الإلتزام))، دون رقم الطبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
2- عادل حسن علي، الإثبات، أحكام الإلتزام، دون رقم الطبعة، مكتبة زهراء الشرق، دون بلد النشر، 1998.
3- عامر محمود الكسواني، أحكام الإلتزام، آثار الحق في القانون المدني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، دار الثقافة، عمان- الأردن، 2008.
4 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 2، نظرية الإلتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الإلتزام، دون رقم الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.
5 - عبد القادرسميع الفار، أحكام الإلتزام، آثار الحق في القانون المدني، الطبعة الأولى/ الإصدار الحادي عشر، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 1430- 2009.