

جامعة العربي بن مهدي – أم البواقي-

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

السنة الثانية ليسانس

محاضرات في أحكام الإلتزام

إعداد الأستاذة:

قصار الليل عائشة

السنة الجامعية :

2021 /2020

مقدمة:

إن دراسة نظرية الإلتزام تجزأ إلى جزأين، يتناول الأول النظرية العامة للإلتزام و التي تعنى بتحديد معنى الحق الشخصي و تمييزه عن الحق العيني و التعريف بمصادره و مجموع القواعد الخاصة به، و هو ما كان محلا للدراسة على مستوى السداسي الثالث من

مرحلة الليسانس، حيث خلص إلى أن الإلتزام ينشأ من مصادر مختلفة هي القانون، العقد، الإرادة المنفردة، العمل المستحق للتعويض، شبه العقود.

غير أن الإلتزامات متى نشأت من مصادرها، فإنها تخضع لأحكام موحدة منذ نشأتها و حتى إنقضائها أيا كان ذلك المصدر و هذا ما يعرف بأحكام الإلتزام، و التي تمثل الجزء الثاني المكمل لدراسة نظرية الإلتزام و المقرر للسداسي الرابع من مرحلة الليسانس.

و مادة أحكام الإلتزام تدور أساسا حول تنفيذ الإلتزام، فالحق الشخصي بعد نشوئه من مصدره يصبح تنفيذه واجب على المدين و حق للدائن، فإن لم يتم تنفيذه إختيارا أمكن تنفيذه جبرا بقوة القانون، و التنفيذ قد يكون عينيا و قد يكون بمقابل.

كما تعنى مادة أحكام الإلتزام بدراسة أوصاف الإلتزام التي قد تلحق به كالشرط و الأجل، و التعدد كأن يتعدد محله و طرفاه و كل الآثار المترتبة على ذلك.

كما تتضمن دراسة أحكام الإلتزام موضوع إنتقال الإلتزام من ذمة شخص لآخر (حوالة الحق – حوالة الدين) و الآثار القانونية المترتبة على ذلك.

و أخيرا فإن من المواضيع التي تعنى بها مادة أحكام الإلتزام موضوع إنقضاء الإلتزام سواء أكان هذا الإنقضاء بسبب الوفاء أو كان الإنقضاء بما يعادل الوفاء أو تم الإنقضاء دون الوفاء بالإلتزام.

و قد عالج المشرع الجزائري هذه المواضيع في الكتاب الثاني تحت عنوان الإلتزامات و العقود من القانون المدني و خصص لها الأبواب من الثاني إلى الخامس.

بناء على ما تقدم تكون خطة دراسة أحكام الإلتزام مقسمة إلى أربعة فصول يعرض كل فصل مجموعة مواضيع تدرس تباعا، و تتمثل في :

- الفصل الأول: آثار الإلتزام.
- الفصل الثاني: الأوصاف المعدلة لآثر الإلتزام.
- الفصل الثالث: إنتقال الإلتزام.
- الفصل الرابع: إنقضاء الإلتزام.

قبل دراسة كل تلك الأحكام وجب التذكير ب:

إن الإلتزام هو " الواجب القانوني الخاص الذي يتحمله شخص يسمى المدين و يتضمن قيامه بأداء أو إمتناع عن عمل ذي قيمة مالية لصالح شخص آخر يسمى الدائن يكون له سلطة إجباره على أدائه"⁽¹⁾.

يتضح من ذلك أن للإلتزام :

- طرفان هما الدائن و هو الطرف الإيجابي و المدين و هو الطرف السلبي و لا يشترط وجودهما معا إلا عند تنفيذ الإلتزام .
- محل الإلتزام و هو قيام المدين بأداء مالي لصالح الدائن، و الذي قد يكون عملا أو إمتناع عن عمل معين.
- الإلتزام يجب أن يكون لديه إمكانية تقويمه بمال فإن لم يكن كذلك لا نكون بصدد إلتزام بالمعنى الدقيق.
- ينتقل الإلتزام بين الأشخاص حال الحياة عن طريق حوالة الحق و حوالة الدين، و بعد الوفاة عن طريق الميراث.
- إن للإلتزام عنصرين، أول هو المسؤولية و يقصد بها إمكانية جبر المدين قانونا على الوفاء بما إلتزم به، و عنصر ثان هو المديونية و يقصد بها الواجب الواقع على شخص المدين للقيام أو الإمتناع عن الأداء المطلوب.

إنطلاقا من الخاصية الأخيرة يقسم الإلتزام إلى إلتزام مدني و آخر طبيعي، ليعرف الثاني على أنه : " إلتزام سقط منه عنصر المسؤولية، و لكن يبقى مع ذلك دينا قائما في ذمة المدين"⁽²⁾. كحال الإلتزام المدني الذي سقط بعد التقادم (المادة 320 من القانون المدني).

¹ - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام- التصرف القانوني، العقد والإرداة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة الثانية ، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004، ص 15، و لمزيد من التفصيل أنظر أيضا :

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام (العقد-العمل الغير المشروع- الإثراء بلا سبب- القانون)، الجزء الأول، دون رقم الطبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، دون سنة النشر، ص 114.

- عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الإلتزامات) دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن، 2005، ص 14.

- عبد القادر الفار، مصادر الإلتزام: مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن، 2005، ص 15.

- سمير عبد السيد تناغو، أحكام الإلتزام و الإثبات، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، 2009، ص 219 .

1- 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، ص 722 . و أنظر أيضا :

و قد نظم المشرع الجزائري أحكام الإلتزام الطبيعي في المواد (160 – 163 من القانون المدني).

عناصر الإلتزام الطبيعي :

حتى يقوم الإلتزام الطبيعي وجب أن تتوافر فيه المقومات الآتية :

- **عنصر مادي:** و يتمثل أساسا في الإلتزام في حد ذاته، و يتحدد في نطاق معين بحيث يكون إلتزاما قابلا للتنفيذ، و يكون عادة عبارة عن إلتزام مدني إنقلب إلى إلتزام طبيعي كحال الهبة التي لم تستوفي ركن الشكلية المشترط قانونا.
- **عنصر معنوي:** و يتمثل أساسا في وعي الجماعة و قيام الشعور لدى المدين بوجوب أداء الإلتزام و هذا العنصر خاضع للسلطة التقديرية للقاضي التي تتحكم بها الأخلاق السائدة في بيئة إجتماعية معينة فيأخذ بمعيار موضوعي لا شخصي.
- **عنصر المشروعية:** يجب أن لا يكون هذا الإلتزام في قيامه متعارضا مع أحكام النظام و الآداب العامة السائدة في مجتمع ما، كحال الديون الناشئة عن القمار أو التجارة الممنوعة أو الإقراض بفائدة بين المدنيين⁽¹⁾...

آثار الإلتزام الطبيعي :

يترتب عن الإلتزام الطبيعي ما يأتي بيانه:

- طبقا للمادة 160 الفقرة الثانية من القانون المدني فإن الإلتزام الطبيعي يخلو من عنصر المسؤولية، و عليه فالتنفيذ الجبري لا يسري عليه⁽²⁾، لنكون أمام دائن بإلتزام طبيعي قائم بعناصره الثلاث ينتظر تنفيذ المدين إختيارا فإن هو وفى سرت المواد 162 – 163 من القانون المدني ليصبح لدينا:

- مورييس نخله، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء الأول(من المادة 1 حتى المادة 118)، دون رقم الطبعة، مشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2007، ص 73.

- علي كحلوان، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزامات، أحكام الإلتزامات، دون رقم الطبعة، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2014 - 2015، ص 18.

- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق ص 224 .

- عامر محمود الكسواني، أحكام الإلتزام، آثار الحق في القانون المدني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، دار الثقافة، عمان- الأردن، 2008، ص 35.

- عادل حسن علي، الإثبات، أحكام الإلتزام، دون رقم الطبعة، مكتبة زهراء الشرق، 1998 ص 288.

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد²، نظرية الإلتزام بوجه عام، الإثبات – آثار الإلتزام، المرجع السابق، ص 732.

2- معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، المجلد الثالث الإثراء بلا سبب-الفضالة-القانون-آثار الإلتزام-أوصاف الإلتزام، الطبعة السابعة، مكتبة عالم الفكر و القانون للنشر و التوزيع، 2004، ص 123.

- إذا وفى المدين بالتزامه الطبيعي عن إختيار و بينة و هو عالم قاصد من وراء ذلك الوفاء، أعتبر ذلك وفاء صحيحا لا تبرعا و لا هبة فلا يجوز له الإسترداد.
- إذا وفى المدين بالتزامه الطبيعي نتيجة وقوعه في غلط أو تدليس أو إكراه مثلا، جاز له الإسترداد و يؤسس دعواه على أساس الدفع غير المستحق (المواد 143- 149 قانون مدني).
- إذا تعهد المدين بالإلتزام الطبيعي بالوفاء دون أن يكون واقعا تحت أحد عيوب الرضا، بمعنى يكون حرا مختارا ينقلب الإلتزام الطبيعي إلى إلتزام مدني يجبر المدين على الوفاء به إن لم ينفذ إختيارا، و يكون السبب المنشئ له هنا هو الإلتزام الطبيعي السابق له (المادة 163 قانون مدني).
- لا يجوز إستعمال الحق في الحبس، - الحبس هو الإمتناع عن تسليم الشئ المستحق للمدين من أجل دفعه إلى تنفيذ إلتزامه⁽¹⁾ - لأن في ذلك جبر على المدين و هذا لا يجوز في الإلتزام الطبيعي.
- لا تجوز كفالة الإلتزام الطبيعي أو ضمانه لأنه دين طبيعي، و القول بخلاف ذلك يؤدي إلى جبر المدين على الوفاء.
- لا يجوز لمن كان دائما بالتزام طبيعي و مدينا بإلتزام مدني التمسك بالمقاصة القانونية بين الإلتزامين، لتضمن ذلك وفاء جبريا، و لكن العكس جائز⁽²⁾.

الفصل الأول : آثار الإلتزام

تناول القانون المدني الجزائري آثار الإلتزام في الباب الثاني منه (المادة 160 – 202)، حيث قسم الإلتزام إلى مدني و آخر طبيعي⁽³⁾، و تنفيذ الإلتزام إلى تنفيذ عيني و تنفيذ عن طريق التعويض، كما أدرج ضمانات لحماية حقوق الدائنين من أي خطر قد يهدد عدم إستفاء حقوقهم.

المبحث الأول: تنفيذ الإلتزام

إن الإلتزام المدني إذا ما نشأ و جب تنفيذه، و التنفيذ قد يكون عينيا و هو الأصل أو القاعدة العامة، و التنفيذ بمقابل (أو بطريق التعويض) هو الإستثناء، يقدم لكل منهما كالاتي:

المطلب الأول: التنفيذ العيني

- 1- أنظر ماسيتم دراسته لاحقا، ص 21.
- 2 - أنور سلطان، النظرية العامة للإلتزام، ((أحكام الإلتزام))، دون رقم الطبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 129 و ما يليها و أنظر أيضا:
- عادل حسن علي، المرجع السابق، ص 291، و أيضا : عامر محمود الكسواني، المرجع السابق، ص 40 و ما بعدها.
- 3 - أنظر ما تم تقديمه سابقا، ص 3.

يقصد به قيام المدين بأداء عين ما إلتزم به، مهما كان محل الإلتزام قيام بعمل، إمتناع عن عمل، منح شيء معين، و الأصل فيه أن يقوم به المدين متى حل أجل تنفيذ الإلتزام، كما من حق الدائن المطالبة به طالما كان ذلك ممكنا (المادة 164 مدني).

فالأصل دائما التنفيذ العيني للإلتزام، إلا إذا ما كان هناك إرهاق للمدين و لم يترتب عن التنفيذ بمقابل (بطريق التعويض) ضرر جسيم يلحق بالدائن، أو إذا وجد إتفاق بين طرفي الإلتزام للعدول عن التنفيذ العيني إلى التنفيذ بمقابل إستنادا لمبدأ سلطان الإرادة⁽¹⁾.

الفرع الأول: شروط التنفيذ العيني

إستنادا للمادة 164 مدني يشترط لتنفيذ الإلتزام عينيا ما يأتي بيانه :

أولاً: أن يكون التنفيذ العيني ممكناً:

فمتى كان تنفيذ الإلتزام مستحيلا أو غير مجد فلا جدوى من مطالبة الدائن بإقتضاء حقه بواسطته، و هذه الإستحالة قد تكون بسبب أجنبي أو قد تكون بخطأ المدين، ففي الحالة الأولى ينقضى الإلتزام، و في الثانية يقتضى التعويض⁽²⁾.

و تجدر الإشارة إلى أن تنفيذ الإلتزام عينيا قد يكون بقوة القانون أو بحكم من القضاء مباشرة، كما هو الحال في بيع الأشياء المعينة بالذات (المنقولات) حيث تنتقل الملكية بمجرد إبرام العقد و هذا ما نصت عليه المادة 165 مدني، و قد يكون بحكم قضائي كتتنفيذ الوعد بالبيع مثلا و هذا ما نصت عليه المادة 72 مدني.

ثانياً: الإعذار:

يجب على الدائن طالب التنفيذ بإجبار المدين على التنفيذ العيني أن يسبق هذا الطلب بتوجيه إعذار للمدين (المادة 164 مدني)، و يقصد بالإعذار إشعار المدين بوجود تنفيذ إلتزامه متى حل أجل الوفاء أو التنفيذ، بوضعه في حالة الخطأ الناتج عن التأخير في كل مرة يكون عدم التنفيذ منسوباً إليه⁽³⁾، و قد يتم الإعذار من طالب التنفيذ نفسه (الدائن) أو نائب عنه، و طبقاً للمادة 180 مدني يتم الإعذار عن طريق المحضر القضائي، و عن طريق البريد، كما قد يكون المدين معذراً بمجرد حلول أجل الوفاء دون أي إجراء آخر في حالة وجود نص إتفاقي.

1 - سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 229 وما يليها.
2 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني 2، نظرية الإلتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الإلتزام، المرجع السابق، ص 760.
3 - موريس نخله، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء الرابع (من المادة 249- حتى المادة 371)، دون رقم الطبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2007، ص 44.

غير أن المشرع نص في المادة 181 مدني أنه لا حاجة إلى الإعذار إطلاقاً في حالات واردة على سبيل الحصر هي كالتالي:

- إذا ما صار تنفيذ الإلتزام مستحيلاً بفعل المدين.
- إذا ما كان محل الإلتزام تعويضاً ترتب عن عمل ضار في إطار المسؤولية التقصيرية.
- إذا ما كان محل الإلتزام هو رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو غير مستحق.
- تصريح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ إلتزامه.
- ليترتب عن الإعذار آثار هي:
- إجبار الدائن مدينه على الوفاء و مطالبته بالتعويض عن جميع الاضرار التي تلحقه بعد ذلك جراء التأخر في التنفيذ.
- امكانية المطالبة بالفسخ في العقود الملزمة لجانبين و هذا ما قضت به المادة 119 مدني.
- إنتقال تبعة الهلاك من الدائن إلى المدين، المادة 168 مدني.

ثالثاً: أن يطلب الدائن التنفيذ العيني أو يتقدم به المدين:

فمتى طلبه الدائن و كان ممكناً - كما هو مبين آنفاً - ليس للمدين أن يمتنع عنه و يتقدم بالتعويض، و نفس الحكم يطبق في حال ما إذا عرض المدين التنفيذ العيني فليس للدائن رفضه و طلب التعويض، لتبرأ ذمة المدين بالتنفيذ العيني رضي به الدائن أو أباه⁽¹⁾.

رابعاً: أن لا يكون التنفيذ العيني مرهقاً للمدين و ليس في التنفيذ بغيره ضرر جسيم بالدائن:

يجب أن لا يكون في سلوك التنفيذ العيني إرهاباً للمدين فيلحق به حسارة فادحة، و بالموازاة و جب مراعاة مصلحة الدائن كطالب للتنفيذ العيني في سلوك طريق التنفيذ بمقابل (التعويض)، بأن لا يلحقه ضرر جسيم، و هذا الشرط خاضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع دون رقابة من المحكمة العليا⁽²⁾.

الفرع الثاني: كيفية التنفيذ العيني

تختلف كيفية التنفيذ العيني للإلتزام تبعاً لإختلاف موضوعه أو محله، و محل الإلتزام قد يكون: قياماً بعمل، إمتناعاً عن عمل، نقل ملكية أو أي حق عيني آخر، و فيما يلي تفصيل لذلك.

1 - سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 231.

2 - عامر محمود الكسواني، المرجع السابق، ص 120.

- معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 155.

أولاً: التنفيذ العيني في الإلتزام بالقيام بعمل⁽¹⁾ : و الذي قد يكون إلتزاما بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية .

● الإلتزام بتحقيق نتيجة(غاية): التنفيذ العيني فيه يستلزم تحقق هذه النتيجة كما هو الحال في إلتزام المستأجر برد العين المؤجرة و إلتزام المودع برد ما إستودع عنده بنهاية مدته، و إلتزام البائع بتسليم العين المبيعة، و في حال عدم تحقق النتيجة قامت مسؤولية المدين، المادة 176 مدني.

● الإلتزام ببذل عناية: التنفيذ العيني للإلتزام فيه يكون ببذل الجهد و العناية للوصول إلى الغرض الذي في نفس الدائن، و العناية المطلوبة هي عناية الرجل العادي، و مثاله عمل الطبيب و المحامي، فليس المطلوب من الأول تحقيق الشفاء و الثاني كسب القضية بقدر بذل الجهد للوصول إلى هذه الغاية، المادة 172 مدني.

ثانياً: التنفيذ العيني في الإلتزام بالإمتناع عن عمل⁽²⁾: و هذا الإلتزام هو دائماً إلتزام بتحقيق نتيجة (غاية) فاللتنفيذ العيني فيه دائماً يوجب تحقق النتيجة، و الإخلال به لن يبقى للتنفيذ العيني محل، لئستلزم التنفيذ بمقابل (التعويض) لأن التنفيذ العيني أصبح مستحيلاً، المادة 173 مدني.

ثالثاً: التنفيذ العيني في الإلتزام بنقل ملكية أو حق عيني آخر⁽³⁾: إن الإلتزام بنقل الملكية إما أن يرد على عقار أو منقول، و الذين قد يشكلا فئة الأشياء المعينة بالذات أو النوع، و يفرق التنفيذ العيني للإلتزام فيهما ليكون على النحو الآتي:

● الأشياء المعينة بالذات: و هي مجموع الأشياء التي لا تقوم مقام بعضها لحظة التنفيذ أو الوفاء و قد تكون عقار أو منقولا، و الأصل العام أن التنفيذ العيني للإلتزام بنقل ملكيتهما يكون بمجرد العقد فتنقل إلى الدائن بمجرد نشوء الإلتزام دونما حاجة للتسليم و هو ما قضت به المادة 165 مدني، مع الإشارة أنه إذا كان محل الإلتزام نقل ملكية عقار محدد و جب مراعاة قواعد التسجيل و قواعد القيد بالنسبة للحقوق العينية التبعية.

● الأشياء المعينة بالنوع: و هي مجموع الأشياء التي تقوم مقام بعضها لحظة التنفيذ أو الوفاء بتقديم ما يماثلها بدلاً منها و التي تكون منقولا، فاللتنفيذ العيني للإلتزام بنقلها يكون عن طريق الإفراز و هو ما قضت به المادة 166 مدني، و في حال إمتناع المدين عن التنفيذ جاز تقديم طلب إلى القضاء للحصول على ذات الشيء من الغير على نفقة المدين، كما يحوز المطالبة بقيمة الشيء دونما الإخلال بالتعويض المادة 166 / 2 مدني.

الفرع الثالث: و سائل التنفيذ العيني

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني2، نظرية الإلتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الإلتزام، المرجع السابق، ص778.

2 - عادل حسن علي، المرجع السابق، ص304.

3- مصطفى الجمال، أحكام الإلتزام، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2013، ص176.

الأصل العام أنه و بحلول أجل التنفيذ يقوم المدين بتنفيذ إلتزامه طواعية و إختياراً، فإن لم يفعل أجبر على التنفيذ العيني، و تعدد وسائل الإلجبار على حسب ما يتعين إجبار المدين عليه، و ذلك على النحو الآتي:

أولاً: قد يتم عن طريق السلطة العامة التي تتولى عن طريق أعوانها إجبار المدين على تنفيذ إلتزامه طالما بيده سند تنفيذي⁽¹⁾.

ثانياً: قد يقوم الدائن نفسه بتنفيذ إلتزام المدين على نفقة هذا الأخير بترخيص من القضاء، طالما كان ممكناً و كان عدم تدخل المدين غير لازم شخصياً، و هذا ما قضت به المادتين 170 و 173 مدني.

ثالثاً: قد يقوم حكم القضاء مقام التنفيذ إذا ما سمحت طبيعة الإلتزام بذلك و ما نصت عليه المادة 72 مدني.

و قد يتم حث المدين على التنفيذ العيني بإستخدام :

أولاً: الغرامة التهديدية:

• تعريفها : يقصد بها مبلغ مالي يحكم به القاضي على المدين يحتسب عن كل مدة زمنية محددة يتأخر فيها عن تنفيذ إلتزامه عينياً، فهي تشكل وسيلة ضغط على إرادة المدين للحصول على التنفيذ العيني، كما أنها غير محددة المقدار فلا هي بالعقوبة و لا بالتعويض فالهدف منها إجبار المدين على تنفيذ إلتزامه.

• شروطها: يشترط فيها :

- إمكانية التنفيذ العيني للإلتزام.

- أن يطلب الدائن من القضاء سلوك طريق التهديد المالي فالقاضي لا يقضي بها من تلقاء نفسه.

- أن يكون إلتزام المدين شخصياً بمعنى يشترط تدخل المدين فلا يمكن لغيره أداء التنفيذ العيني⁽²⁾.

ثانياً: الإكراه البدني :

هو وسيلة للوفاء المباشر إذا كان جسم المدين ضامناً لإلتزاماته و هذا الطابع الذي كان له في القانون الروماني فهو يمثل وسيلة لإرهاب المدين عن طريق حبسه و إسترقاقه و قتله إذا لم يوف بدينه⁽³⁾.

إلا أن هذا الأسلوب قد أصبح محظوراً بموجب المادة 11 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية⁽¹⁾.

1- المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

2- عبد القادر سميع الفار، أحكام الإلتزام، آثار الحق في القانون المدني، الطبعة الأولى/ الإصدار الحادي عشر، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 1430-2009، ص 75 و ما يليها.

3- أنور سلطان، المرجع السابق، ص 159.

تم التخلي عن الأخذ به في الجزائر كأسلوب للتنفيذ العيني بصدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09/08 المؤرخ في 2008/2/23 بإلغاء المواد 407 – 412 المتعلقة بالإكراه البدني.

المطلب الثاني: التنفيذ بمقابل (عن طريق التعويض)

إن الأصل في تنفيذ الإلتزام هو التنفيذ العيني، فلا يلجأ إلى التنفيذ بمقابل إلا إذا صار الأول مستحيلا بفعل المدين مع العلم أنه إذا كان محل الإلتزام مبلغا نقديا فتنفيذه يظل دائما ممكنا، ضف إلى ذلك أنه إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن إلا إذا صدر من المدين و لم يوفي به وجب التنفيذ بمقابل، و ذات الحكم يطبق إذا طالب الدائن بالتنفيذ العيني و لكنه كان مرهقا للمدين و لا يُخلف عدم القيام به ضررا جسيما بالدائن، و أيضا في حال إمكانية التنفيذ العيني دون تدخل المدين الذي لم يتقدم به و لم يطلبه الدائن.

و تجدر الإشارة إلى أن التنفيذ بمقابل يتناول كل إلتزام أيا كان مصدره، كما أن وسائل التنفيذ سواء بطريق عيني أو بمقابل هي واحدة.

إستنادا لكل ذلك يقدم فيما يأتي بيانه ل:

الفرع الأول: أنواع التعويض

طبقا للمادة 176 مدني التعويض نوعان :

أولا: تعويض عن عدم التنفيذ: و هو بديل للتنفيذ العيني فلا يجتمع معه بل يحل محله.

ثانيا: تعويض عن التأخير في التنفيذ: يجتمع مع التنفيذ العيني، لتعويض الدائن عن الضرر الذي أصابه نتيجة تأخر المدين في التنفيذ، كما قد يجتمع مع التعويض عن عدم التنفيذ إذا لم يقم المدين أصلا بما تعهد به⁽²⁾.

و يحكم بهما القاضي معا أو في حكمين مستقلين و هذا ما نصت عليه المادة 182 مدني.

الفرع الثاني: شروط إستحقاق التعويض

يشترط لإستحقاق التعويض عندما يكون بديلا عن التنفيذ العيني أو كتعويض عن التأخير ذات شروط قيام المسؤولية المدنية بنوعها سواء أكانت عقدية أو تقصيرية و هي:

1- المادة 11 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية المؤرخ في 16 كانون / ديسمبر 1966: " لا يجوز سجن أي إنسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالإلتزام تعاقدية".

2 - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، أحكام الإلتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 51، أنور سلطان، المرجع السابق، ص 170.

- وقوع الخطأ (عقدي أو تقصيري)
- تحقق الضرر
- قيام رابطة السببية بين الخطأ و الضرر

و قد إشتراط القانون لإستحقاق التعويض شرطا إضافيا و هو الإعذار و هذا ما قضت به المادة 179 مدني و هو وضع المدين قانونا في حالة المتأخر في تنفيذ إلتزامه⁽¹⁾.

الفرع الثالث: طرق تقدير التعويض

وفقا للأصل العام فالقاضي هو الذي يقوم بتقدير التعويض، كما قد يتدخل القانون و يحدده و هذا ما يعرف بالتعويض القانوني، ضف إلى ذلك أن طرفي الإلتزام قد يقومان بتقديره و هذا هو الشرط الجزائي (التعويض الإتفاقي)، و فيما يلي بيان لكل منهم.

أولا: التعويض القضائي:

هو التعويض الذي يقضي به القاضي في حال إجتماع شروط إستحقاقه، و وفقا للمادة 182 مدني يستند القاضي فيه إلى عنصرين هما ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب، فإن لم يصب الدائن بضرر جراء عدم تنفيذ المدين لإلتزامه أو تأخره في ذلك لا يلزم المدين بالتعويض، ويقع عبئ الإثبات على الدائن في ذلك.

يتخذ التعويض شكل التعويض النقدي و هو الأمر الغالب أو شكل التعويض العيني، و إن كان الثاني هو الأفضل إذ يؤدي إلى إصلاح الضرر إصلاحا تاما و ذلك بإعادة الحال إلى ما كان عليه⁽²⁾، و طبقا للمادة 132 مدني يعين القاضي طريقة التعويض تبعا لظروف كل قضية.

ثانيا: التعويض القانوني⁽³⁾: (الفوائد)

الفوائد نوعان هما :

- فوائد قانونية : و هي التي يحددها القانون كتعويض عن التأخير في الوفاء.
- فوائد إتفاقية (تعويضية) و هي التي تستحق مقابل الإنتفاع بمبلغ من النقود خلال فترة زمنية محددة⁽¹⁾.

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني²، نظرية الإلتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الإلتزام، ص 830.

2 - أنور سلطان، المرجع السابق، ص 172.

3 - هناك بعض التشريعات العربية التي نظمت هذا النوع من التعويض كالقانون المصري، الليبي، السوري و العراقي، لشرح و تفصيل أكثر حول هذه التشريعات راجع: معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 271.

لم يتعرض المشرع الجزائري للفائدة القانونية فلم يضع لها سعرا على ذلك، كما أنه وفقا للمادة 454 مدني أبطل نص التعامل بالقرض بالفائدة بين الأفراد إمتثالا لأحكام الشريعة الإسلامية، و إستثنى من ذلك المؤسسات المالية بموجب المواد 455 و 456 مدني.

و يلاحظ أن المادة 186 مدني نصت على تعويض الضرر الناتج عن التأخر في الوفاء بمبلغ نقدي فالقاضي هو الذي يقدر التعويض على أساس ما لحق الدائن من ضرر بسبب تأخر المدين في الوفاء، و هذا الضرر مفترض، و بذلك يقترب هذا التعويض التأخيري القضائي من نظام الفوائد التأخيرية.

و لإستحقاق الفوائد التأخيرية وجب توافر ما يلي:

- المطالبة القضائية بالفوائد.
- أن يكون محل الإلتزام معلوم المقدار وقت المطالبة.
- إفتراض الضرر فرضا لا يقبل اثبات العكس⁽²⁾.

ثالثا: التعويض الإتفاقي: (الشرط الجزائي)

يقصد به الإتفاق سلفا على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن إذا أخل المدين مستقبلا بإلتزامه سواء أكان هذا الإخلال عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه.

و يجب أن يحدد هذا الإتفاق قبل الإخلال بالتنفيذ سواء أكان هذا واردا في العقد أو بموجب إتفاق لاحق⁽³⁾ و هذا ما قضت به المادة 183 مدني.

ليتميز الشرط الجزائي ب :

- أنه إلتزام تابع لإلتزام أصلي، فبطلان الإلتزام الأصلي يرتب بطلان الشرط الجزائي، و سقوط الإلتزام الأصلي يؤدي إلى سقوط الشرط الجزائي، و إذا كان الأول موصوفا لحق الوصف الشرط الجزائي.
- العبرة بالإلتزام الأصلي لا بالشرط الجزائي فلا يستطيع الدائن أن يطالب المدين إلا بالإلتزام الأصلي ما دام تنفيذه ممكنا و كذلك بالنسبة للمدين لا يجوز له أن يعرض على الدائن إلا الإلتزام الأصلي.
- الإلتزام بالشرط الجزائي هو إلتزام إحتياطي فلا هو بالإلتزام البدلي و لا التخيري⁽¹⁾.

1 - عبد القادر سميع الفار، المرجع السابق، ص 86.

2 - عادل حسن علي، المرجع السابق، ص 328 و ما يليها.

3 - سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 249.

و عليه متى تحقق عدم تنفيذ المدين لإلتزامه أو تأخر فيه فإن الدائن يستحق الشرط الجزائي كاملا و القاضي ملزم بأن يحكم به كما هو وارد في الإتفاق، إلا أن المشرع أورد إستثناء أجاز فيه للقاضي تخفيض مقدار التعويض الإتفاقي في حالات ثلاث هي:

- إذا كان مقدار التعويض الإتفاقي مفرطا.
- إذا وفى المدين بجزء من إلتزامه، و يعتبر حكما الحالتين من النظام العام، يقع باطلا كل إتفاق يقضي بغير ذلك، و هو ما قضت به المادة 184 مدني.
- إذا تبين للقاضي أن الدائن و هو يطالب بحقه قد تسبب في إطالة أمد النزاع إضراراً بالمدين، كما يجوز للقاضي كذلك أن لا يقضي به مطلقا و هذا ما نصت عليه المادة 187 مدني.

و كأصل عام لا يجوز زيادة مقدار الشرط الجزائي حتى و لو جاوز الضرر قيمة التعويض المتفق عليه سلفا ما لم يرتكب المدين غشا أو خطأ جسيما، و يقع عبئ إثبات ذلك على الدائن و هو ما نصت عليه المادة 185 مدني.

المبحث الثاني: ضمان حقوق الدائنين

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 188 مدني.

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 إشتراك 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

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني2، نظرية الإلتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الإلتزام، المرجع السابق، ص 860.

يستثنى من ذلك من كان له حق التقدم طبقاً للقانون (كالدائن المرتهن و صاحب حق الإمتياز)⁽¹⁾.

وسائل حماية فكرة الضمان العام:

إن فكرة الضمان العام للدائنين لا ترفع و لا تغل يد المدين عن التصرف بأمواله كيفما يشاء و وقت ما يشاء و هو الأمر الذي قد يشكل خطورة على دائنيه، كونه يتضمن مساساً بفكرة الضمان العام و محل الحق الذي قد يلجأ إليه الدائن لإستيفاء حقه من مدينه لاحقاً، 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⁽²⁾. و للحيلولة دون وقوع هذا، وضع المشرع وسائل⁽³⁾ تمنع من تعريض الضمان العام لأي خطورة هي كالاتي:

- **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 محلاً للدراسة وفقاً لما يأتي بيانه :

المطلب الأول: الدعوى غير المباشرة

هي دعوى يرفعها الدائن بإسم مدينه نيابة عنه ضد مدين مدينه، و تقوم هذه الدعوى على وجود فكرتي وجود مصلحة مشروعة للدائن تبرر نيابته عن المدين، و على أعمال مبدأ أن جميع أموال المدين هي ضامنة لإلتزاماته⁽⁴⁾، و قد نصت عليها المادة 189 مدني.

الفرع الأول: شروط الدعوى غير المباشرة

ومن هذه الشروط⁽⁵⁾ ما يخص حق الدائن و منها ما يتصل بالمدين و حقوقه و هي كالاتي:

- 1 - عبد القادر سميع الفار، المرجع لسابق، ص 91.
- 2 - عامر محمود الكسواني، المرجع السابق، ص 149.
- 3 - لتفصيل أكثر يمكن مراجعة: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني 2، نظرية الإلتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الإلتزم، المرجع السابق، ص 936 و ما يليها.
- 4 - مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 210.
- 5 - سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 266.

أولاً : شروط خاصة بحق الدائن: يشترط في حق الدائن أن :

- أن يكون حق الدائن محقق الوجود ثابتاً خالياً من أي نزاع جدي يمس أصل الحق، فلا يشترط بعد ذلك أن يكون معلوم المقدار مادام أنه مؤكد.
- لا يشترط أن يكون لحق الدائن تاريخ ثابت سواء سابق أو تأخر عن حق المدين المستعمل بالدعوى تطبيقاً لمبدأ أن جميع أموال المدين هي ضامنة للوفاء بديونه.
- لا يشترط فيه أن يكون مستحق الأداء.
- لا يشترط الحصول على إذن مسبق من القضاء لسلوك طريق الدعوى غير المباشرة ذلك لأن نيابة الدائن مستمدة من القانون مباشرة.

ثانياً: شروط خاصة بالمدين: يشترط فيه

- إثبات تقصير المدين في استعمال حقه و يستوي أن يكون هذا التقصير نتيجة إهمال أو سكوت بنية الإضرار بجماعة الدائنين (المادة 189 مدني).
- إثبات ان عدم استعمال المدين لحقه يرتب إفساره أو الزيادة فيه، و تأثر الضمان العام، و يقع عبئ الإثبات على الدائن.
- وجوب إختصاص المدين في الدعوى طبقاً للمادة 189 / 2 مدني.

ثالثاً: الشروط الخاصة بحقوق المدين:

طبقاً للمادة 1/189 مدني يستطيع الدائن أن يستعمل جميع حقوق و دعاوى مدينه إلا ما ورد إتفاق بشأنه، كما أورد المشرع إستثناء أخرج به بعض الحقوق و الدعاوى من دائرة الدعوى غير المباشرة و هي:

- الحقوق الغير القابلة للحجز طبق للمادة 636 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
- الحقوق و الدعاوى اللصيقة بالشخص.
- عدم جواز إستعمال الرخص.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على الدعوى غير المباشرة

وفقاً للمادة 190 مدني يترتب على الدعوى غير المباشرة :

- إن 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....

المطلب الثاني: الدعوى البوليصة (دعوى عدم نفاذ التصرف)

هي الدعوى التي يواجه بها الدائن التصرفات الإيجابية التي يقوم بها مدينه، و التي من شأنها الإضرار بدائنيه⁽¹⁾ تناولها القانون المدني في المواد من 191 إلى 197 منه.

الفرع الأول: شروط الدعوى البوليصية

يتميز فيها بين :

أولاً: الشروط المتعلقة بحق الدائن:

- أن يكون حق الدائن حال الأداء و خالياً من أي نزاع، سابقاً في نشوئه على التصرف الصادر من المدين.
- يجوز لأي دائن أن يرفع الدعوى سواء أكان دائناً عادياً أو صاحب حق عيني، و مهما كان محل حق الدائن (نقد، عمل، إمتناع).

ثانياً : الشروط المتعلقة بالمدين:

- إثبات إعسار المدين أو الزيادة فيه بفعل هذا التصرف، فيقع على الدائن إثبات مقدار ما في ذمة المدين من ديون، و هي قرينة قابلة لإثبات العكس من طرف المدين و هذا ما نصت عليه المادة 193 مدني.
- إستمرار حالة الإعسار إلى وقت الحكم في دعوى عدم نفاذ تصرف المدين، فإذا توفر الضمان العام قبل صدور الحكم فما عادت للدائن مصلحة في الإستمرار في دعواه هذه.
- إثبات غش المدين بنية الإضرار بجماعة الدائنين و علم من صدر له التصرف بالغش إذا كان التصرف بعوض طبقاً للمادة 192 مدني.

ثالثاً: الشروط المتعلقة بالتصرف:

- أن يكون التصرف قانونياً غير متعلق بمال غير قابل للحجز.
- أن يكون هذا التصرف مفقراً بأن يكون قد أنقص حقوقاً أو زاد في إلتزامات المدين، طبقاً لما هو وارد في المادة 191 مدني.

الفرع الثاني : أحكام الدعوى البوليصية

أولاً: تقادم الدعوى البوليصية:

تسقط دعوى عدم نفاذ التصرف بمضي ثلاث سنوات من تاريخ العلم بسبب عدم نفاذ التصرف (الغش، الإعسار).

لتسقط في جميع الأحوال بمضي خمسة عشرة سنة من تاريخ التصرف المطعون فيه سواء علم الدائن به أو بسبب عدم نفاذه.

1 - عادل حسن علي، المرجع السابق، ص349.

ثانياً: أثر الدعوى بالنسبة للدائن:

متى قضي بعدم نفاذ التصرف إستفاد من ذلك الدائن رافع الدعوى و بقية الدائنين الآخرين طبقاً للمادة 194 مدني، كما يحق للدائن أن يطالب المدين بالتعويض عن الفعل الضار الذي إرتكبه إن أصابه ضرر جراء ذلك و يجوز له إدخال المتصرف له إن كان سيء النية و هذا طبقاً للمادة 124 مدني.

ثالثاً: أثر الدعوى على المدين و المتصرف له :

إن التصرف بينهما يظل صحيحاً قائماً مرتباً لجميع آثاره، فيحق للمتصرف له متى إستوفى الدائن حقه من ماله أن يرجع على المدين بكافة الدعاوى الناشئة عن التصرف ، إلى جانب دعوى الإثراء بلا سبب.

المطلب الثالث: الدعوى الصورية

الصورية هي إتفاق طرفي التصرف القانوني على إخفاء إرادتهما الحقيقية تحت ستار مظهر كاذب لسبب قام عندهما، بمعنى آخر هي تصرف قانوني يناهض حقيقة العلاقة القائمة بين طرفيها و يخفيها و يظهر بدلاً منها علاقة مغايرة لها تماماً، كأن يوقع مدين مع شخص آخر عقد بيع لمجموع أموال، بينما في الواقع لا يكون هناك بيع و لا خلافه فيكون هذا البيع صورياً أي ظاهرياً و ليس حقيقياً و فعلياً.

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⁽¹⁾.

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 شيئاً 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.

1 - عامر محمود الكسواني، المرجع السابق، ص 160.

● **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 بطريق المضادة) و مثالها أن يذكر المتعاقدان في عقد البيع ثمنًا مخالفًا 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⁽¹⁾ و مثال ذلك منع رجال القضاء من شراء الحقوق المتنازع فيها المواد 402 – 403 مدني.

الفرع الأول: شروط تحقق الصورية

حتى تتحقق الصورية و جب أن تتوافر أربعة أمور⁽²⁾ 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، و هي التي تقوم في ذهن المتعاقدين و تدل عليها ظروف الحال بأن إنصرفت إليها إرادتهما، و إنعقدت عليها وقت صدور التصرف منهما فلا تشترط المعاصرة المادية دائماً، و إلا كان اللاحق منهما بمثابة تعديل للسابق.
- يجب إخفاء التصرف الحقيقي و إبراز التصرف المصطنع.

الفرع الثاني: 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.

أولاً: آثار الصورية:

- **أثر الصورية بالنسبة لطرفيها:** يختلف أثر الصورية باختلاف نوعها طبقاً 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

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني²، نظرية الإلتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الإلتزام، المرجع السابق، ص 1073.

2 - عبد القادر سميع الفار، المرجع السابق، ص 105.

دائماً العبرة بحقيقة التصرف المستتر و ليس التصرف الظاهر⁽¹⁾، و يأخذ نفس حكم أطراف العقد خلفهم العام فيما يتعلق بالصورية على تعاقدهم طبقاً للمادة 199 مدني.

● **أثر الصورية بالنسبة للغير:** الغير في الصورية هو كل من يكسب حق بسبب يغير 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 وفقاً للمادة 198 مدني يلاحظ أن الغير متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري أي الظاهر، ومعنى حسن النية أن الغير يجهل بالتصرف الحقيقي المستتر أي يجهل صورية التصرف، و على 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.

ثانياً: إثبات الصورية:

● **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:** طبقاً 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 طرفاً في العقد الصوري- لن يكون بإمكانهم أن يهيئوا دليلاً كتابياً على

1 - أنور سلطان، المرجع السابق، ص 65 و ما يليها.

صوريته، كما أن العقد الحقيقي – وهم ليسوا طرفا فيه أيضا- إنما ينزل منهم منزلة الواقعة المادية و الوقائع المادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات(1).

ثالثا: عدم تقادم دعوى الصورية:

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(2).

المطلب الرابع : الحق في الحبس

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 يُطالب شخص بأداء ما عليه لآخر قبل أن يستوفي ما له من حق عليه(3).

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 و هو في يده مصروفات ضرورية أو نافعة فإن له أن يمتنع عن رده حتى يستوفي ما هو مستحق له(4).

الفرع الأول: 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

1 - عبد القادر سميع الفار، المرجع السابق، ص 108.

2 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني2، نظرية الإلتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الإلتزام، المرجع السابق، 1120.

3 - عامر محمود الكسواني، المرجع السابق، ص100.

4 - عبد القادر سميع الفار، المرجع السابق، ص 130.

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 2/200 مدني، غير أنه يشترط ألا يكون الحابس قد حاز الشيء بطريق غير مشروع كالغصب و السرقة.

● وجود حق مستحق الأداء 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 مقذرا.

● 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.

كما قد يقوم الإرتباط القانوني دون وجود علاقة تعاقدية بين الطرفين كما هو الحال في الفضالة فيلتزم الفضولي 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 تعويضاً عنه⁽¹⁾.

الفرع الثاني: أحكام ممارسة الحق في الحبس

أولاً: آثار ممارسة الحق في الحبس: يحدد فيما يأتي بيانه آثار ممارسة الحبس على كل من :

- **مالك العين المحبوسة و خلفه العام:** إذا ما توافرت شروط الحبس فللدائن حبس العين على مالها و خلفه العام دون حاجة إلى إعدار، أو ترخيص من القضاء إلى أن يستوفي حقه، و يرد الحبس أيضاً على ثمار العين المحبوسة أيضاً.
- **الغير:** هو الدائن العادي و الخلف الخاص، فبالنسبة للأول يسري في مواجهته الحق في الحبس سواء ثبت حقه قبل أو بعد ثبوت الحق في الحبس، أما الثاني فيفرق فيه على حسب المحل الذي ورد عليه الحبس فإن كان عقاراً فالحق في الحبس يسري على الخلف الخاص إذا كانت حقوقه قد أشهرت بعد ثبوت الحق في الحبس و إلا فلا، أما إن كان المحل منقولاً فيفترض أن الحيازة تكون للحابس مما يجعل الحق في الحبس يسري على الخلف الخاص نشأت حقوقه قبل أو بعد ثبوت الحق في الحبس.

ثانياً: حقوق و إلتزامات الحابس:

- **الحقوق:** يكون للدائن الحابس ما يلي:
 - الإمتناع عن تسليم الشيء: إذا ثبت للدائن حق الحبس وفقاً لما تقدم كان له الإمتناع عن الرد حتى يستوفي كامل حقه، حتى و لو وفي المدين جزئياً 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 و يحتج به في مواجهة المدين و خلفه العام.
 - حق الحبس لا يعطي حق إمتياز للحابس: وفقاً 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 دائناً عادياً⁽²⁾.

- **الإلتزامات:** بينت المادة 201 / 2 مدني واجبات الحابس، وهي:
 - المحافظة على الشيء المحبوس: يلتزم الحابس بالمحافظة على الشيء المحبوس وفقاً 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 مالها و ليس من حق الحائز الذي ليس له إلا أن يحبسها، فإذا

1 - مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 162 وما يليها.

2 - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 182.

إستوفى الحابس حقه و جب رد العين المحبوسة و غلتها إلى مالکها 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(1).

ثالثاً: إنقضاء الحبس: ينقضي الحق في الحبس ب:

- إنقضاء الحبس بطريق تبعية: متى وفى المدين بما عليه من دين فإن الدين الأصلي ينقضي و ينقضي تبعا لذلك الحبس.
- إنقضاء الحبس بطريق أصلي:
- تقديم تأمين كاف للوفاء بالحق المضمون بالحبس.
- إخلال الدائن الحابس بالإلتزامات الواقعة عليه.
- هلاك العين المحبوسة لإنعدام المحل.

- خروج العين المحبوسة بناء على إرادة الحابس، أما إن كان الخروج بغير ذلك أو دون علمه فيملك الحق للمطالبة باستردادها خلال ثلاثين يوما من تاريخ العلم بخروجها أو على الأكثر سنة واحدة من تاريخ خروجها من يده وهذا ما نصت عليه المادة 202 مدني.

الفصل الثاني: أوصاف الإلتزام

الأصل العام أن الإلتزام بسيط منجز، بمعنى يكون محقق الوجود ذو نفاذ فوري، له محل واحد، طرفاه شخصان فحسب، غير أنه قد تدخل عليه أوصاف تخرجه عن هذا الأصل فتجعله غير منجز أو غير بسيط فيتربط على ذلك تعديل في آثار الإلتزام البسيط (لتعد الأوصاف بذلك أمور عارضة قد تلحق الإلتزام).

نص المشرع على أوصاف الإلتزام في الباب الثالث من الكتاب الثاني للإلتزامات و العقود في المواد 203 – 238 من القانون المدني، فيميز بين ثلاث حالات هي كالاتي:

- قد يتصل الوصف بإستحقاق الإلتزام فيصبح غير منجز، و يتحقق ذلك في الشرط و الأجل.
- قد يلحق الوصف بمحل الإلتزام فيكون عندها الإلتزام تخييريا أو بدليا.
- قد يتصل الوصف بأطراف الإلتزام بحيث يتعدد الدائنون أو المدينون، أو يكون غير قابل للإنقسام.

1 - عادل حسن علي، المرجع السابق، ص 380.

المبحث الأول: الشرط و الأجل

في الحالة الأولى قد يلحق الوصف إستحقاق الإلتزام فيجعله غير محقق في وجوده أو بقاءه، فيربطه بتحقق واقعة مستقبلية غير محققة الوقوع، فيعبر عنه بأنه معلق على شرط، أما إذا لحق الوصف نفاذ الإلتزام، فيربطه بواقعة مستقبلية محققة الوقوع، فعد حينئذ مضافاً لأجل.

ليتفق الشرط و الأجل في أن كلاهما أمر مستقبل، و يختلفان في أن الأول أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه إما وجود الإلتزام أو زواله، في حين أن الثاني أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب على وقوعه إما إرجاء نفاذ الإلتزام أو إنقضائه، و يقدم لكل منهما على النحو الآتي:

المطلب الأول: الشرط

هو أمر مستقبلي غير محقق الوقوع يترتب على تحققه وجود الإلتزام أو زواله⁽¹⁾، و هذا ما أشارت له المادة 203 من القانون المدني.

من التحديد السابق لمعنى الشرط يتضح أن الشرط ينقسم إلى نوعين هما:

- شرط واقف : و هو الوصف المقترن بالإلتزام و يؤدي تحققه إلى تحقق الإلتزام، كما في حالة تعليق إيجار مسكن على تعيين المستأجر في الوظيفة.
- شرط فاسخ: و هو الوصف الذي يرد على الإلتزام فيؤدي تحققه إلى زوال الإلتزام، كما في حالة تعليق إنتهاء إيجار المسكن على نقل المستأجر خارج المنطقة الموجود فيها هذا المسكن⁽²⁾.

الفرع الأول: مقومات الشرط

يشترط في الواقعة حتى تصلح لأن تكون شرطاً يعلق عليها الإلتزام أن:

أولاً: يجب أن يكون الشرط أمراً مستقبلاً:

بمعنى أن ينصرف الشرط إلى أمر مستقبل يعلق نفاذ الإلتزام أو زواله على تحققه أما إذا كان الشرط أمراً ماضياً أو حاضراً فلا نكون بصدد شرط حتى و لو كان طرفاً للإلتزام يجهلان وقت التعامل ما إذا كان هذا الأمر الماضي وقع أو لم يقع (المادة 203 مدني).

ثانياً: يجب أن يكون الشرط أمراً غير محقق الوقوع:

1 - عبد القادر سميع الفار، ص 146 و أيضاً:
- عامر محمود الكسواني، المرجع السابق، ص 192.
- عادل حسن علي، المرجع السابق، ص 411.
2 - مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 14.
- معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 518.

بمعنى أن يمثل الشرط واقعة معينة محتملة الوقوع أي يكون وقوعها إحتمالياً، فإن كان الأمر مستقبلاً محقق الوقوع فلا يكون شرطاً بل أجلاً.

ثالثاً: يجب أن لا يكون الشرط مستحيلاً:

فإذا كانت الواقعة المستقبلية مستحيلة الوقوع فلا تصح أن تكون شرطاً، و العبرة في الإستحالة بالتي تكون معاصرة لوقت تعليق الإلتزام على شرط معين لا تلك المتحققة بعد عملية التعليق.

و يفرق بين الإستحالة المطلقة التي تسري على الكافة و فيها يبطل الإلتزام و تنعدم آثاره، و يستوي أن تكون هذه الإستحالة مادية أو قانونية كمن يعلق إلتزامه بمنح مكافأة لشخص نظير قيامه بالطيران مستخدماً يديه أو بقاءه تحت الماء لمدة طويلة دون أكسجين، و نفس الحكم ينطبق في حال التعهد بمنح مبلغ مالي لمحامي إن تمكن من الطعن في حكم لا يجيز القانون الطعن فيه.

و الإستحالة النسبية التي تعتبر مستحيلة بالنسبة للبعض دون البعض الآخر، فلا تبطل الإلتزام أو تعيبه بل يبقى الإلتزام على الرغم منها صحيحاً منتجاً لآثاره، لإمكانية تحقيق الواقعة من شخص غير من إستحالت في مواجهته⁽¹⁾.

رابعاً: يجب ألا يكون الشرط مخالفاً للآداب أو النظام العام:

يجب أن يكون الشرط الوارد على الإلتزام مشروعاً بمعنى غير مخالف للنظام و الآداب العامة و إلا كان باطلاً طبقاً للمادة 204 مدني، و المقصود بمشروعية الشرط هو أن يكون الغرض من تحقيق الواقعة المعلق عليها الإلتزام مشروعاً بصرف النظر عن الواقعة في حد ذاتها⁽²⁾.

و عليه إذا كان الشرط غير المشروع واقفاً فلا يقوم الإلتزام، لأن الشرط الواقف في هذه الحالة يعتبر بمثابة الدافع الدافع إلى بطلان التصرف، ليرتب عليه عدم نشوء الإلتزام الذي علق وجوده على هذا الشرط⁽³⁾، أما إذا كان الشرط غير المشروع فاسخاً يفرق بين حالتين، الأولى و فيها لا يكون الشرط هو السبب الدافع للإلتزام فيعتبر الشرط غير قائم، و الثانية يكون فيها الشرط هو السبب الدافع فيبطل الشرط و الإلتزام معاً (المادة 204 / 2 مدني).

خامساً: يجب ألا يكون تحقق الشرط معقوداً على إرادة المدين:

1 - علي كحلوان، المرجع السابق، ص 868.

2- أنور سلطان، المرجع السابق، ص 202.

3- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 197.

طبقا للمادة 205 مدني لا يصح أن يكون الشرط رهينا بمحض إرادة المدين، و لإيضاح ذلك يميز بين ثلاثة أنواع من الشروط من حيث تعلقه بالإرادة :

● الشرط الإحتمالي: يكون فيه الشرط مستقل عن إرادة طرفي الإلتزام، فهو مرهون تحققه بالمصادفات وحدها، ويكون شرطا صحيحا يترتب عليه أثره في حالتي تحققه أو تخلفه.

● الشرط المختلط: يكون فيه الشرط يتوقف على إرادة أحد الطرفين و إرادة الغير ، كما لو تم تعليق الإلتزام على زواج أحد المتعاقدين من سيدة معينة، و يقع الشرط هنا صحيح يترتب على تحققه أو تخلفه ما قصده الطرفان من أثر.

● الشرط الإرادي: و هو الذي يتعلق بإرادة أحد طرفي الإلتزام فقط، و هو نوعان:
- شرط إرادي بسيط: و هو الذي يتعلق بإرادة أحد طرفي الإلتزام مقترنة بعمل معين ، و هو صحيح سواء أكان واقفا أو فاسخا متعلقا بإرادة الدائن أو المدين.
- شرط إرادي محض: و هو الذي يتعلق بمحض الإرادة دون أن يقترن بعمل معين، و يختلف حكمه بحسب ما إذا كان واقفا أو فاسخا، و ما إذا كان متوقفا على إرادة الدائن أو على إرادة المدين، فإذا كان الشرط معلقا على محض إرادة الدائن كان الشرط صحيحا سواء أكان واقفا أم فاسخا، أما إذا كان معلقا على محض إرادة المدين كان صحيح إذا كان فاسخا، و يكون باطلا و لا ينشأ الإلتزام الذي علق عليه إذا كان شرطا واقفا⁽¹⁾.

الفرع الثاني : آثار الشرط

تختلف آثار الشرط أثناء فترة التعليق و بعد إنتهاء التعليق، من خلال بيان مصيره من حيث تحققه أو تخلفه، و في كلتا المرحلتين تختلف آثار الشرط الواقف عن آثار الشرط الفاسخ، و فيما يلي بيان لذلك:

أولا: آثار الشرط في فترة التعليق: يفرق بين الشرط الواقف و الشرط الفاسخ.

● الشرط الواقف: طبقا للمادة 206 مدني فقبل تحقق الشرط الواقف لا يكون الإلتزام نافذا ، فيكون للدائن حق محتمل في ذمة المدين أي غير مؤكد و في ذات الوقت ليس مجرد أمل، و يترتب على ذلك:

- لا يجوز للدائن مباشرة إجراءات التنفيذ، و بالمقابل يحوز له إتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على حقه كقيد الرهن، و رفع الدعوى غير المباشرة.
- إن هذا الحق صالح للإنتقال إلى الخلف العام كما يجوز التصرف فيه سواء بالنسبة للدائن أو المدين.

¹ - عبد القادر سميع الفار، المرجع السابق، ص 150 – 151، عامر محمود الكسواني، المرجع السابق، ص 414 – 415.

- لا يسري التقادم في حق الدائن لأنه غير مستحق الأداء (المادة 315 مدني)
- إذا وفي المدين بهذا الحق يجوز له الإسترداد لأنه وفي بغير مستحق⁽¹⁾.
- **الشرط الفاسخ:** يكون للدائن هنا حق مؤكد موجود و نافذ أثناء فترة التعليق، و لكن هذا الحق يكون مهددا بخطر الزوال إن تحققت الواقعة المعلق عليها زوال الإلتزام⁽²⁾، ليترتب على ذلك:
- يجوز للدائن مباشرة إجراءات التنفيذ، من حيث إمكان المطالبة به جبرا و صحة الوفاء به إختيارا.
- يجوز للدائن القيام بجميع أعمال التصرف و الإدارة، غير أنها مهددة بالزوال لتوقف مصيرها على تحقق الشرط.
- تسري أحكام التقادم بالنسبة الدائن .

ثانيا: آثار الشرط عند إنتهاء التعليق:

تنتهي مرحلة التعليق متى تحقق الشرط أو ثبت أنه تخلف نهائيا، و يشترط في تحقق الشرط أن يتم الأمر المشروط فعلا على النحو الذي إتجهت إليه إرادة الطرفين، فيجب أن يتم كاملا غير منقوص من الشخص و في الميعاد الذي قصده الطرفين إذا عينا ذلك، فإن لم يقع هذا الامر أعتبر الشرط أنه قد تخلف⁽³⁾، و تجدر الإشارة أن تدخل صاحب المصلحة تدخلا غير مشروع لتحقق الشرط أو تخلفه لا يعتد به⁽⁴⁾، ليعرض فيما يلي لآثار الشرط الواقف و الفاسخ على التوالي بعد بيان مصيره:

- **الشرط الواقف:** إذا إنتهت فترة التعليق بتحقق الشرط تأكد وجود الإلتزام، و أصبح حق الدائن الذي كان مجرد إحتمال خلال فترة التعليق حقا نافذا و مستحق الأداء، و يعتبر كذلك من يوم إنعقاد التصرف لا من يوم تحقق الشرط، و ذلك طبقا للمادة 206 مدني، ليترتب على ذلك ما يلي:

- يصبح المدين ملزما بالوفاء، و يجوز للدائن إتخاذ الإجراءات التنفيذية.
- سريان أحكام التقادم بالنسبة للدائن.

أما إذا تخلف الشرط الواقف ترتب على ذلك إنعدام إحتمال تحقق الإلتزام الذي كان معلقا عليه و يعتبر كأنه لم يكن منذ البداية طبقا لقاعدة الأثر الرجعي للشرط، و يترتب على ذلك أن تزول كل التصرفات و الإجراءات التحفظية التي باشرها الدائن فيما يتعلق بحقه الذي كان معلقا على تحقق الشرط.

1 - معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 539.
2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 3 نظرية لإلتزام بوجه عام الأوصاف، الحوالة، الإنقضاء، دون رقم الطبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ص 43.
3 - مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 422
4 - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 202.

- **الشرط الفاسخ:** إذا إنتهت فترة التعليق بتحقق الشرط، فإن الحق الذي كان في أثناء التعليق موجود مؤكدا و مستحقا يزول بأثر رجعي من وقت نشوء التصرف لا من وقت تحقق الشرط، فكأن حق الدائن لم يوجد أصلا، و تترتب الآثار التي بينها المادة 207 مدني:
 - يلتزم الدائن برد ما أخذه فإذا تعذر عليه ذلك إلتزم بالتعويض.
 - يزول كل أثر للإجراءات التحفظية أو التنفيذية التي إتخذها الدائن أثناء فترة التعليق.
 - تزول كل التصرفات التي أجراها الدائن في هذا الحق في فترة التعليق و ينعدم كل أثر ترتب عليها، غير أن المشرع قد إستثنى من ذلك أعمال الإدارة التي تكون قد صدرت من الدائن أثناء فترة التعليق طبقا للمادة 207 مدني " تبقى نافذة رغم تحقق الشرط".
- أما إذا تخلف الشرط الفاسخ، فإن حق الدائن يتأكد بصفة نهائية من وقت نشوء التصرف طبقا لقاعدة الأثر الرجعي، فيترتب عن ذلك أن تتأيد جميع التصرفات و الإجراءات التي يكون الدائن قد باشرها في أثناء التعليق، و أن يصبح للدائن التصرف في حقه تصرفات منجزة غير مهددة بالزوال.

- حكم خاص:** تبنى المشرع الجزائري وفقا للمادة 208 مدني قاعدة الأثر الرجعي للشرط، و التي يقصد بها أنه إذا تحقق الشرط أو تخلف فإن أثره يستند إلى الماضي، أي إلى وقت نشوء التصرف⁽¹⁾ و إستثنى منها ثلاث حالات هي:
- حالة إتفاق العاقدين صراحة أو ضمنا على أن لا يكون للشرط أثر رجعي، فلا ينتج الشرط أثره إلا من وقت تحققه أو تخلفه.
 - حالة عدم موافقة تطبيق قاعدة الأثر الرجعي لما تقتضيه طبيعة بعض الإلتزامات.
 - حالة إستحالة الوفاء بسبب أجنبي للإلتزام المعلق على شرط قبل تحققه.

المطلب الثاني: الأجل

هو عبارة عن أمر مستقبلي محقق الوقوع، يترتب على حلوله إستحقاق الإلتزام أو زواله، وهو ما أشارت له المادة 1/209 مدني.

يتضح من ذلك أن الأجل ينقسم إلى نوعين هما:

- **أجل واقف:** و هو الوصف الذي يترتب على حلوله نفاذ الإلتزام، فيصبح مستحق الأداء، كما هو الحال في الإتفاق على تسليم السيارة بعد شهر من تاريخ البيع، و ذات الأمر بالنسبة للمقترض الذي يلتزم برد القرض بعد مدة معينة.
- **أجل فاسخ:** و هو الوصف الذي يترتب على حلوله إنقضاء الإلتزام أو سقوطه، و يظهر بصورة واضحة في العقود الزمنية كعقد الإيجار، و التوريد و عقد العمل⁽¹⁾، أو كتعهد شركة بالقيام بأعمال صيانة لسيارة أو مصعد أو نحو ذلك خلال أجل محدد كسنة مثلا⁽²⁾.

1 - عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 3 نظرية للإلتزام بوجه عام الأوصاف، الحوالة، الإنقضاء، المرجع السابق، ص 59.

و تجدر الإشارة و التنبيه أن الغالب في نشوء الأجل هو التصرف القانوني أي أن الإلتزامات الإرادية قد تقتزن بالإجل الواقف أو الفاسخ الذي يفرض و يتحدد بالإرادة سواء أكان ذلك صراحة أو ضمنا يستشف من طبيعة الإلتزام أو ظروف نشأته⁽³⁾، كمن يتعهد بتوريد بضائع لمدرسة معينة.

غير أن الأجل مع ذلك قد يكون مصدره القانون، فيتكفل بتحديدده، ومثاله نص القانون على زوال حق الإنتفاع بوفاة المنتفع المادة 852 مدني، و الأجل الذي يلحق الإلتزام بإيراد مرتب مدى الحياة المادة 1 / 613 مدني.

و أخيرا فالأجل قد يكون مصدره حكم القضاء، و هو ما يعرف ب نظرة الميسرة التي يمنحها القاضي للمدين في أحوال معينة وفقا لما نصت عليه المادة 2 / 281 مدني.

الفرع الأول: مقومات الأجل

وفقا لما تم بيانه، و بناءً على ما ورد في المادة 209 مدني، و جب أن يتوافر في الأجل ما يأتي بيانه :

أولاً: أن يكون الأجل أمراً مستقبلاً:

بمعنى أن يكون متعلقاً بواقعة لم تكن متحققة وقت تحقق السبب المنشئ للإلتزام، و عادة ما يكون الأجل ميعاداً يضرب لنفاد الإلتزام أو لإنقضائه، و عليه فإن أي واقعة ماضية أو معاصرة أو متحققة بالفعل وقت تحقق سبب الإلتزام لا تصح لأن تكون أجلاً يوصف به إلتزام معين سواء بالنسبة لتحققه أو زواله⁽⁵⁴⁾، كمن جعل من وفاة شخص معين أجلاً لتنفيذ إلتزامه، و يتبين أنه قد توفي قبل إبرام التصرف دون علم الملتزم⁽⁶⁾.

ثانياً: أن يكون الأجل أمراً محقق الوقوع:

بمعنى أن يكون مؤكداً الوقوع سواء أكان ذلك بتحديدده بتاريخ معين أو بواقعة معينة، و سواء أكان تاريخ الوقوع معلوماً أم غير معلوم، فالأجل يعتبر صحيحاً حتى و لو كان موعد تحققه غير محدد أو من الصعب تحديده كواقعة الوفاة، فالوفاة في ذاتها أمر محقق الوقوع و إن كان تاريخ وقوعها غير معروف، و كما هو الحال أيضاً في عقد التأمين على الحياة حين ينص على إستحقاق مبلغ التأمين بوفاة المؤمن على حياته.

و عليه فالأجل لا يكون إلا أمراً محقق الوقوع، و ذلك على عكس الشرط الذي وجدناه لا يكون إلا أمراً غير محقق الوقوع.

1 - عادل حسن علي، المرجع السابق، ص 402.

2 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 3 نظرية للإلتزام بوجه عام الأوصاف، الحوالة، الإنقضاء، المرجع السابق، ص 91.

3 - مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 35.

5 - عامر محمود الكسواني، المرجع السابق، ص 208.

6 - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 208.

الفرع الثاني: آثار الأجل

ليبيان أثر إقتران الحق الشخصي بالأجل يميز بين أثر الأجل على الإلتزام في المرحلة السابقة لحلوله، و مرحلة حلول الأجل، على النحو الآتي بيانه:

أولاً: مرحلة ما قبل حلول الاجل: يفرق بين الأجل الواقف و الأجل الفاسخ.

- **الأجل الواقف:** طبقاً للمادة 212 / 1 مدني فالإلتزام المقترن بأجل واقف يترتب للدائن حق موجود مؤكد و كامل الوجود و لكنه غير مستحق الأداء (غير نافذ) و يظل كذلك حتى يتحقق الأجل، فمثلاً الإلتزام بتسليم السيارة بعد شهر من البيع يكون موجوداً منذ البيع و لكنه غير مستحق الأداء طوال الشهر اللاحق لإبرام البيع⁽¹⁾، و ترتيباً على ذلك يكون:
 - للدائن الحق في إستعمال كافة الإجراءات القانونية اللازمة للمحافظة عليه و حمايته فله رفع الدعوى غير المباشرة، و الدعوى الصورية و قيد الرهن.
 - يجوز للدائن مطالبة المدين بتقديم تأمين متى خشي إفلاسه أو إعساره و إستند في ذلك إلى سبب معقول.
 - إمكانية إنتقال الحق الشخصي سواء بالنسبة للدائن أو المدين بالميراث أو الحوالة، كما يمكن التصرف فيه.
 - لا يجوز للدائن إجبار المدين على أداء الدين المؤجل لأن حق غير مستحق.
 - لا يجوز للمدين استرداد قيمة الدين إذا وفى به قبل حلول الأجل، و يبقى له مطالبة الدائن برد مبلغ الإثراء الحاصل و في حدود الضرر اللاحق بالمدين بسبب الوفاء المعجل (المادة 145 مدني).
 - لا يجوز للدائن إجراء المقاصة مع دين مستحق الأداء.
 - لا يجوز للدائن التمسك بحقه في الحبس، و لا رفع دعوى عدم نفاذ التصرف (البوليصة)، و كذلك لا يسري التقادم لأن الحق غير مستحق.
- **الأجل الفاسخ:** الحق موضوع الإلتزام المقترن بأجل فاسخ هو حق موجود، محقق و مؤكد، نافذ منذ لحظة نشوء الإلتزام و حتى لحظة تحقق الأجل الفاسخ الذي يترتب على تحققه زوال هذا الإلتزام، فيكون للدائن ما يلي:
 - يجوز للدائن إتخاذ جميع الوسائل التنفيذية للمطالبة بحقه، و إجبار المدين على الوفاء.
 - يجوز للدائن أن ينقل هذا الحق للغير، و يتصرف فيه بكل التصرفات التي تتماشى و طبيعته و في حدوده الزمنية بإعتباره حقاً مؤكداً الزوال و أن صاحبه لا يستطيع أن ينقل إلى الغير أكثر مما يملك.
 - يجوز للدائن رفع دعوى عدم نفاذ التصرف (البوليصة)، كما يسري التقادم بالنسبة لهذا الحق .

1 - مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 34 و ما يليها.

ثانياً: مرحلة ما بعد حلول الأجل : يفرق في ذلك بين الأجل الواقف و الأجل الفاسخ، مع بيان لأسباب إنقضاء الأجل على النحو الآتي:

● **أسباب إنقضاء الأجل:** ينتهي الأجل عن طريق: الحلول، السقوط، النزول عنه، توضح كالاتي:

- **حلول الأجل:** إن السبب الطبيعي و المعتاد لحلول الأجل هو إنتهاء أمده أو تحقق الواقعة المرتقبة المحددة صراحة أو ضمناً، فقد يكون الأجل محددًا بتاريخ معين، فيعتبر حلوله في هذا التاريخ، و قد يحدد بمدة معينة كسنة أو شهر مثلاً فيكون حلوله بإنقضاء هذه المدة مع عدم إحتساب يوم نشوء الإلتزام⁽¹⁾، و بالتالي صيرورة الإلتزام نافذاً أو منقضياً تبعاً لنوع الأجل الموصوف به هذا الإلتزام و هل هو أجل واقف أم أجل فاسخ⁽²⁾.

- **سقوط الأجل:** حدد المشرع ثلاثة أسباب لسقوط الأجل نصت عليها المادة 211 مدني ، وهي :

❖ شهر الإفلاس: إن القصد من ذلك جعل الإلتزام المؤجل مستحق الأداء حتى يستطيع الدائن به مشاركة بقية الدائنين في التنفيذ على أموال المدين⁽³⁾، مع وجوب الإشارة أن الإفلاس يكون بالنسبة للمدين التاجر، و أن المادة 212 مدني لم تنص على سقوط الأجل في حالة إشهار إعسار المدين بسبب عدم تنظيم المشرع له.

❖ إضعاف التأمينات: تختلف أحكام سقوط الأجل على حسب سبب إضعاف التأمينات فيفرق بين حالتين، الأولى إذا كان إضعاف التأمينات يرجع لفعل المدين كما لو كان هذا المدين قد أهمل في المحافظة على الشيء المرهون لدائنه حتى هلك هذا الشيء⁽⁴⁾ ، فللدائن الخيار بين التمسك بسقوط الأجل و يطالب بحقه فوراً و بين المطالبة بتأمين إضافي يكمل الذي أضعف مع بقاء الأجل، أما الثانية هي حالة إضعاف التأمينات بسبب أجنبي فالأجل هنا يسقط ما لم يختار المدين تقديم ضمان كافي (الخيار في هذه الحالة للمدين).

❖ إخلال المدين بتعهدده بتقديم تأمينات لدينه: ذلك أن القانون يفترض أن رضاء الدائن بالأجل صدر اعتماداً على التأمين الموعود بتقديمه من المدين، فإن لم يقدم هذا الأخير التأمين، كان للدائن المطالبة بحقه فوراً⁽⁵⁾.

- **النزول عن الأجل:** و يكون النزول عنه من قبل من له مصلحة في ذلك سواء أكان مقرراً لمصلحة المدين فقط أو لمصلحة الدائن فقط أو لمصلحتهما المشتركة معاً، فإذا كان الأجل قد ضرب لمصلحة المدين فقط كما هو الحال في عقد القرض بدون فائدة فيستطيع المدين سداد ما عليه قبل حلول الأجل إن أراد ذلك، و ذات الحكم مقرر لصالح الدائن و مثال

1 - عادل علي حسن، المرجع السابق، ص 406.

2 - عامر محمود الكسواني، المرجع السابق، ص 212.

3 - مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 39.

4 - سمير عبد السيد تناعو، المرجع السابق، ص 292.

5 - علي كحلوان، المرجع السابق، ص 881.

ذلك عقد الوديعة دون أجر فللدائن ردها دون إنتظار إنتهاء الأجل، أما إن كان الأجل مقررا لمصلحتهما معا فلا يسقط بالإرادة المنفردة بل يجب الإتفاق على إسقاطه⁽¹⁾.

● **الأجل الواقف:** إن حلول الأجل الواقف بصفة طبيعية أو بسبب سقوطه أو بالنزول عنه يؤدي إلى صيرورة الإلتزام نافذا و مستحق الأداء، دون أن يكون لذلك أثر رجعي (أي لا يعتبر الحق موضوع الإلتزام الموصوف نافذا إلا من تاريخ تحقق الأجل و ليس قبل ذلك)، فيترتب عن ذلك:

- يستطيع الدائن مطالبة المدين بتنفيذ الإلتزام، فيصبح بذلك الحق قابلا للتنفيذ الإختياري و الجبري على السواء.

- يسري التقادم بالنسبة للحق موضوع الإلتزام.

- يجوز للدائن إجراء المقاصة به.

- يجوز للدائن إستعمال الحق في الحبس و رفع الدعوى البوليصرية.

● **الأجل الفاسخ:** إذا ما تحقق الأجل الفاسخ ترتب على حلوله زوال الإلتزام دون أثر رجعي و هذا ما نصت عليه المادة 212 / 2 مدني، فالإلتزام العامل بالعمل حتى تاريخ معين مثلا و الإلتزام صاحب العمل بالأجر المقابل ينقضيان بحلول هذا التاريخ دون أن يؤثر هذا الإنقضاء على قيام هذه الإلتزامات في الماضي، و لذلك يكون للعامل مثلا المطالبة بالأجر عن المدة السابقة على تاريخ الإنقضاء⁽²⁾، و ذات الأمر يصدق على عقد الإيجار فبحلول أجل إنتهائه تنقضي حقوق و إلتزامات عاقديه، و يبقى الإنتفاع بالعين المؤجرة و ما دفع من أجرة عن المدة السابقة صحيحا⁽³⁾.

1 - عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص 163، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 215.
2 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 3 نظرية لإلتزام بوجه عام الأوصاف، الحوالة، الإنقضاء، المرجع السابق، 130.
3 - مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 41.

