

دروس في مادة القانون المدني (أحكام الالتزام) للأستاذ/ كامل فؤاد

(السنة الجامعية: 2020-2021)

المستوى: ثانية حقوق (جذع مشترك)

المادة: قانون مدني (أحكام الالتزام)

الأفواج: 11 - 12

المحول الأول: آثار الالتزام

مدخل تمهيدي:

يتمحور موضوع آثار الالتزام حول وسائل إجبار المدين على تنفيذ التزامه، أيا كان مصدره. وتنفيذ الالتزام قد يكون اختياريا، وهذا هو الوفاء الذي تناوله المشرع ضمن أسباب انقضاء الالتزام في المواد: 258-284 من القانون المدني.

والتنفيذ الاختياري هو الذي يقوم به المدين بمحض إرادته واختياره دون تدخل من السلطة العامة لإجباره عليه.

ويعتبر التنفيذ اختياريا حتى ولو قام به المدين مدفوعا بالخوف من إجباره على الوفاء بالالتزام بواسطة ما أعده التنظيم القضائي من وسائل، كما يعد التنفيذ اختياريا كذلك إذا قام به المدين تحت تأثير الخوف من بطش الدائن.

ولكن قد يمتنع المدين عن تنفيذ التزامه، فيضطر الدائن إلى إجبار مدينه على التنفيذ، وهذا ما يعبر عنه بالتنفيذ الجبري للالتزام، وهو إما أن يكون عينيا أو بمقابل.

والأصل فيه أن يكون تنفيذا عينيا أي أن يلزم المدين بتنفيذ عين ما التزم به، وهذا طبقا لنص المادة 160 ف1 من القانون المدني التي نصت على أن: "المدين ملزم بتنفيذ عين ما تعهد به أي عين ما التزم به، وأساس الالتزام هنا هي الإرادة الحرة، فطالما كان التزم شخص بمحض إرادته، فهو ملزم بتنفيذ ما تعهد به، وهذا عملا بمبدأ سلطان الإرادة، والذي يراد به أن الإرادة الحرة بما لها من سلطان ذاتي، قادرة على ترتيب ما شاءت من التزامات شخصية، ولا يحد من سلطان الإرادة في ذلك سوى قيد النظام العام والآداب العامة، كما يعترف القانون كذلك للإرادة الحرة بالقدرة على تحديد مضمون ما أنشأت من التزامات، فهي إذن لها القدرة على إنشاء الالتزام من جهة، وتحديد آثاره من جهة أخرى.

وما يلاحظ على نص المادة 160 ف1 من ق.م، أن نطاق تطبيقه يقتصر على التصرفات الإرادية فقط، سواء كانت صادرة من جانبيين (العقد) أو من جانب واحد (الإرادة المنفردة)، وهذا يعد

نقصا في نظرنا، لذا ينبغي أن يكون نطاق تطبيق نص المادة 160 ف1 ق.م شاملا للالتزام باعتباره علاقة قانونية بغض النظر عن مصدره ومحلّه.

والقاعدة هي أنه ليس كل التزام يكون قابلا للتنفيذ الجبري، فهناك التزامات لا يكون التنفيذ الجبري فيها مجديا، وعلى ذلك فالالتزام المدني هو الذي يقبل التنفيذ الجبري، أما الالتزام الذي لا يقبل ذلك، فهو التزام طبيعي، والذي يحتوي على عنصر المديونية فقط دون عنصر المسؤولية.

ولما كان تنفيذ الالتزام يقع على أموال المدين وليس على جسده، فإن أمواله تكون جميعها ضامنة لوفاء ديونه أي التزاماته(المادة 188 ف1 ق.م).

ولكن قد يتعمد المدين إلى تهريب أمواله أو التصرف فيها إضرار بحقوق دائنيه، مما يؤثر سلبا على الضمان العام، وبالتالي عدم تمكن الدائنين من استيفاء حقوقهم، ومن أجل ضمان استيفاء هذه الحقوق، منح المشرع للدائنين عدة وسائل(الدعوى غير المباشرة، دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين، الدعوى البوليسية)، بالإضافة إلى الحق في الحبس.

نطاق التنفيذ الجبري للالتزام:

ينقسم الالتزام من حيث الأثر أو الحماية القانونية، إلى التزام طبيعي، والتزام مدني.

الالتزام المدني: هو ذلك الالتزام الذي يشتمل على عنصري المسؤولية والمديونية معا، ويراد بالمديونية، الأداء الذي التزم به المدين أي محل التزام هذا الأخير، وهو إما إنشاء التزام أو نقل حق عيني(التزام بإعطاء)، أو أداء عمل(التزام بعمل)، أو امتناع عن عمل(التزام بعدم فعل شيء ما)، أما المسؤولية، فيراد بها تلك الوسائل التي وضعها القانون تحت تصرف الدائن لحمل وإجبار مدينه على تنفيذ التزامه بعد أن امتنع عن تنفيذه طوعا واختيارا، وتبعاً لذلك، إذا اشتمل الالتزام على عنصر المديونية فقط، فإنه يعتبر التزاما طبيعيا أو كما يسميه البعض بالالتزام الناقص، لأن المدين فيه لا يجبر على التنفيذ.

ويرجع الفضل في تحليل الالتزام إلى هذين العنصرين إلى الفقه الألماني غير أن الفقه الإسلامي قد سبقه إلى ذلك، لكنه أطلق على عنصري الالتزام تسمية مختلفة، وهي المديونية والمطالبة.

الالتزام الطبيعي: هو التزام قانوني ناقص، أي أنه يتضمن عنصرا واحدا فقط، وهو عنصر المديونية دون المسؤولية، وهذا ما يميز الالتزام الطبيعي عن غيره من الالتزامات المدنية، فهو التزام لا يتمتع بحماية القانون، وبالتالي لا يجبر المدين فيه على التنفيذ.

وقد ظهرت فكرة الالتزام الطبيعي عند الرومان، حيث عرفوا بعض الالتزامات التي لا تتمتع بحماية القانون عن طريق الدعوى، غير أن أول ظهور لهذه الفكرة كان بمناسبة العقود التي كان يبرمها الرق مع الغير، فكان الرقيق لا يلتزم مدنيا بل كان التزامه طبيعيا.

وفكرة الالتزام الطبيعي، اختفت في العقود المظلمة في أوروبا، ثم عادت إلى الظهور من جديد في القرون الوسطى، حيث أخذ بها القانون الكنسي، وأخيراً، انتقلت إلى القانون الفرنسي القديم، ثم القانون الفرنسي لسنة 1804، ومنه أخذت القوانين الحديثة، فكرة الالتزام الطبيعي.

الطبيعة القانونية للالتزام الطبيعي:

يرى أغلب الفقهاء الفرنسيين بأن الالتزام الطبيعي ما هو إلا واجب خلقي، يرقى إلى مرتبة الحياة المدنية، وقد عرفه البعض بأنه واجب خلقي، برز إلى الحياة المدنية. وعرفه الأستاذ بلانيول بأنه التزام يعترف به القانون، ولكن فقط في الحالة التي يرضى المدين فيها بما.. هي انعدام الجزاء فيه.

يتضح بالمفهوم المتقدم، أن الالتزام الطبيعي يقع في المنطقة الوسطى بين الواجب الخلقي والالتزام المدني، فهو يقترب من القواعد الأخلاقية إلا أنه ليس من طبيعتها، نظراً لاعتراف القانون به، وترتبه لبعض الآثار القانونية، لذا فهو أكثر قرباً إلى القاعدة القانونية منه إلى القاعدة الخلقية.

ومن أمثلة الالتزام الطبيعي، سقوط الالتزام بالتقادم (المادة 320 ق.م).

أحكام الالتزام الطبيعي:

ولا يجبر المدين فيه على التنفيذ (المادة 160 ف2 ق.م).

والوفاء بالالتزام الطبيعي يعد وفاءاً وليس تبرعاً، إذ لا يسترد المدين ما أداه تنفيذاً له، ما لم يكن يجهل وقت الوفاء بأنه يؤدي التزاماً طبيعياً (المادة 162 ق.م). فإذا كان المدين يعتقد أنه يوفي بالالتزام مدني، جاز له استرداد ما أداه بدعوى رد ما دفع بغير مستحق.

والإقرار بالالتزام الطبيعي لا يحوله إلى التزام مدني، أما التعهد بالوفاء به، ينشأ عنه التزام مدني (المادة 163 ق.م).

أنواع التنفيذ:

I- التنفيذ العيني الجبري:

يلزم المدين كأصل بتنفيذ عين ما التزم به طبقاً لنص المادة 166 ف1 ق.م، أي أن **تنفيذ الالتزام عينا هو الأصل**، وهذا يجبر المدين بعد اعذاره طبقاً للمادتين 160، 181 ق.م على تنفيذ التزامه عينا متى كان ذلك ممكناً (المادة 176 ق.م).

ويقصد بالتنفيذ العيني تمكين الدائن من الحصول على محل حقه أي على الشيء أو الأداء الذي التزم به المدين.

وتجدر الإشارة أنه للدائن أن يطالب بالتنفيذ العيني للالتزام وللمدين أن يعرضه على الدائن، ولكن إذا لم يطالب الدائن بالتنفيذ العيني، واقتصر على طلب التعويض، ولم يبدي المدين استعداداً للتنفيذ العيني، فليس للقاضي إلا الحكم بالتعويض، أما إذا عرض المدين التنفيذ العيني، فينبغي على القاضي أن يحكم به ولو لم يطلبه الدائن، وهذا لا يعد خرقاً للقاعدة الإجرائية التي تقضي بضرورة التقيد بطلبات الخصوم.

أ- **شروط التنفيذ العيني:** يشترط للحكم بالتنفيذ العيني توافر الشروط الآتية:

* أن يكون التنفيذ العيني ممكناً

* ضرورة إعدار المدين

* أن يطلب الدائن التنفيذ العيني

* ألا يكون التنفيذ العيني مرهقاً للمدين

الشرط الأول: أن يكون التنفيذ العيني ممكناً: فإذا كان مستحيلاً فلا يمكن للدائن المطالبة به أو إجبار المدين عليه، فلا التزام بمستحيل سواء كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين أو بسبب أجنبي، غير أن أثرها يختلف في الحالتين، ففي الحالة الأولى يكون للدائن مطالبة المدين بالتعويض على أساس قواعد المسؤولية العقدية، أما في إذا كانت الاستحالة بسبب أجنبي، فإن الالتزام ينقضي دون الوفاء به، ولا تترتب على المدين أي مسؤولية قانونية (المادة 107 ق.م)، وبالأحرى ينتج عن الاستحالة المطلقة انفساخ العقد ولا يكون للدائن أن يرجع على المدين بالتعويض هذا ما لم يوجد هناك اتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية بالتحديد منها.

واستحالة تنفيذ الالتزام أمر متوقع حدوثه في جميع الالتزامات ما عدا الالتزام بدفع مبلغ من النقود، وعلى العموم، فإن استحالة تنفيذ الالتزام عينا تتأثر بعاملين هما: طبيعة الالتزام، وأجل التنفيذ.

- **طبيعة الالتزام:** كأن يكون إجبار المدين على تنفيذ التزامه فيه مساساً بالحرية الشخصية، فالطبيب لا يمكن جبره على تقديم العلاج للمريض بعد أن تعهد بتقديمه لما في ذلك من مساس بحريته الشخصية.
- **أجل التنفيذ:** إذا اقترن تنفيذ الالتزام بميعاد أو أجل، فإن تنفيذه يصبح مستحيلاً بعد انقضاء هذا الأجل ولو أبدى المدين استعداده للتنفيذ، كعدم قيام المحامي باستئناف حكم قضائي، فيكون أجل الاستئناف قد انقضى، وعندئذ لا يجدي التنفيذ العيني، ولا يمكن التنفيذ إلا بطريق التعويض.

الشرط الثاني: وجوب اعدار المدين (المادة 184 ق.م)

الإعذار هو التنبيه بالوفاء أي إنذار المدين عن طريق سند قضائي بضرورة تنفيذ التزامه والوفاء به وإلا تمت مطالبته أمام القضاء.

ويفيد هذا الإجراء أن الدائن غير متهاون في المطالبة بحقه، وأنه يريد اقتضاؤه، وبمعنى آخر، تذكير المدين بأن الدائن لم يتنازل عن المطالبة بحقه، لأن سكوته قد يحمل على رضاه وتسامحه، كما أنه يجعل المدين في حالة المتأخر أو مقصر في تنفيذ التزامه، إذ لا يمكن اعتبار المدين مقصرا حتى ولو تأخر في تنفيذ التزامه إذا لم يتم إعداره، فالإعذار شرط لاستحقاق التعويض عن التأخير في التنفيذ، إذ يجعل الضرر مفترض في الدائن، وبالتالي استحقاق التعويض من تاريخ تلقي الإعذار أو الإخطار.

غير أن هناك حالات لا يلزم فيها الإعذار لانتهاء الغاية من توجيهه، وهذه الحالات نصت عليها المادة 181 ق.م.

وأكثر ما يكون الإعذار في المطالبة بالتعويض النقدي. وسوف نحيل الكلام عن كيفيته وأثاره ضمن التنفيذ بطريق التعويض.

الشرط الثالث: وجوب طلب الدائن للتنفيذ العيني: إذا لم يطلبه الدائن، فلا يمكن للقاضي أن يحكم به، ولكن إذا طلب الدائن التنفيذ العيني، فلا يجوز للمدين الامتناع عنه أو يعرض التنفيذ بطريق التعويض، لأن القاضي سيجبره على ذلك، ولا يجوز للدائن أن يعدل عن التنفيذ العيني إلى طلب التعويض، إذا أبدى المدين استعداده للتنفيذ، لأنه هو الأصل.

الشرط الرابع: ألا يكون التنفيذ العيني مرهقا للمدين: قد يكون التنفيذ العيني ممكنا ولكن الحكم به يكون فيه إرهاق للمدين، مما يقتضي الأمر بالحكم بالتعويض، ويقصد بالإرهاق العنت الشديد الذي من شأنه أن يلحق بالمدين خسارة جسيمة، وقد نصت بعض القوانين العربية على هذا الحكم مثل القانون المصري حيث نصت المادة 203 منه على أنه: "لا إذا كان التنفيذ العيني فيه إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما".

وعلى الرغم على عدم النص على هذا الحكم في القانون المدني الجزائري إلا أنه يمكن للقاضي الأخذ به استنادا إلى مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق حسب المادة مكرر المضافة بقانون 10-05.

هذا ويلاحظ أن لهذا المبدأ تطبيقات في القانون المدني الجزائري من ذلك ما نصت عليه المادة 788 منه، وتبعاً لذلك يجوز للقاضي أن يعدل عن التنفيذ العيني إلى التنفيذ بمقابل بشرط ألا يلحق ذلك بالدائن ضررا جسيما.

ب- موضوع التنفيذ العيني:

تختلف كيفية التنفيذ العيني تبعا لمحل الالتزام المطلوب تنفيذه، فقد يتضمن الالتزام نقل حق عيني أو إنشائه، أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، والالتزام بإنشاء أو نقل حق، إما أن يرد على منقول معين بالذات أو على منقول معين بالنوع، وقد يرد على عقار.

*** المنقول المعين بالذات:** إذا ورد الالتزام بنقل الملكية أو الحق العيني على منقول معين بالذات مملوك للمدين، فإن تنفيذ الالتزام يتم بقوة القانون دون حاجة إلى إجبار المدين عليه، حيث نصت على هذا الحكم بقولها: "الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة القواعد أو الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري".

*** المنقول المعين بالنوع:** إذا ورد الالتزام على منقول لم يعين إلا بنوعه، فإن الملكية لا تنتقل بمجرد العقد بل يتراخى تنفيذ الالتزام إلى وقت الإفراز أي تعيين الكمية المبيعة من القمح أو الأرز، ووضعها في أكياس، وهذا ما نصت عليه المادة 165 ق.م " إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء"، وإذا امتنع المدين عن الإفراز، فيمكن إجباره عليه، وذلك بأن يحصل على شيء من النوع ذاته من الأسواق على نفقة المدين بعد استئذان القاضي.

ويجوز للدائن أن اقتصر على طلب التعويض إذا لم يرغب في ذلك طبقاً للمادة 166 ف2 ق.م " فإذا لم يقم المدين بالتزامه، جاز للمدين أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض".

*** محل الالتزام عقار:** إذا ورد الالتزام بنقل الحق العيني على عقار، فإن الملكية أو الحق العيني لا ينتقل بمجرد إبرام العقد وإنما بعد استفتاء إجراء الشهر العقاري (المادتان: 165، 793 ق.م).

ج- وسائل التنفيذ العيني:

ج-1 الغرامة التهديدية:

ج-1-1 شروط الحكم بالغرامة التهديدية: يشترط للحكم بالغرامة التهديدية، توفر ثلاثة شروط هي:

*** أن يكون التنفيذ العيني مازال ممكناً،** لأن الغرض من التهديد المالي هو حمل المدين على تنفيذ التزامه عيناً، فإذا استحال التنفيذ العيني انقضى الالتزام، وإذا كانت الاستحالة بخطأ أو بفعل المدين حكم القاضي بالتعويض.

*** أن يكون التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه:** يعني ذلك أنه إذا كان التنفيذ العيني ممكناً دون حاجة لتدخل المدين، فلا يجوز الحكم بالغرامة التهديدية، وإنما

يجب مباشرة التنفيذ العيني كما لو كان محل الالتزام عملاً يمكن تنفيذه بواسطة الدائن أو الغير على نفقة المدين، ولا يجوز الحكم بالغرامة التهديدية كذلك إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني أو أداء مبلغ من النقود، وكذلك إذا كان تدخل المدين ضروري ولكن حكم القاضي يقوم مقام التنفيذ، ففي هذه الحالة يجب على الدائن أن يلجأ إلى القضاء، ولكن يمكن اللجوء إلى الحكم بالغرامة التهديدية إذا كان الالتزام محله امتناع عن عمل كما لو تعهد ممثل بعدم التمثيل في فرقة أو على مسرح آخر، فإذا أخل بالتزامه هذا أمكن جبره على عدم التمثيل مستقبلاً.

هذا ويلاحظ أن القضاء الفرنسي قد جرى على الحكم بالغرامة التهديدية في الأحوال الشخصية، كما في الالتزام بتسليم طفل إلى من له الحق في حضانته، والالتزام بدفع النفقة.

* ألا يكون الحكم بالغرامة التهديدية ماساً بالحق الأدبي أو المعنوي للمؤلف، فمن الثابت قانوناً أن لهذا الأخير وحده حق تقرير نشر مصنفه أو مؤلفه، وعلى ذلك لا يجوز إكراهه على نشر مؤلفه بالغرامة التهديدية، لأنه هو أدري بقابلية مصنفه للنشر، ولا يبقى أما الناشر إلا طلب التعويض (راجع المادة 25 من أمر 03-05 مؤرخ في...جويلية 2003 يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة).

ج-1-2 سلطة القاضي في الحكم بالغرامة التهديدية:

يملك القاضي الحكم بالغرامة التهديدية إذا توفرت شروطها ولو لم يطلب منه الدائن ذلك، ولا يعد هذا مخالفاً للقاعدة الإجرائية التي تقضي بأن لا يقوم القاضي الحكم بما لا يطلبه الخصوم، لأن الغرامة التهديدية ليست حكماً مستقلاً وإنما هي وسيلة لضمان تنفيذ الحكم الأصلي، وللقاضي أن يلجأ إلى الوسائل التي تكفل تنفيذ أحكامه.

وعلى العكس من ذلك، يرى الفقيه السنهوري بأن طلب الدائن شرطاً للحكم بالغرامة التهديدية، إذ لا يجوز للقاضي أن يقضي بها من تلقاء نفسه.

وإذا كان القاضي يتمتع بسلطة تقديرية في الحكم بالغرامة التهديدية، إذ أنه لا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا، بينما يخضع لتلك الرقابة بشأن شروط الحكم بها، لأنها مسألة قانونية بخلاف الأولى، لأنها مسألة واقع، وللدائن أن يقدم طلبه للحكم بالغرامة التهديدية في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المجلس القضائي، وأمام أي جهة سواء كانت محكمة مدنية أو تجارية أو جنائية.

ج-1-3 خصائص الحكم بالغرامة التهديدية: يتميز الحكم بالغرامة التهديدية بثلاث خصائص، هي: أنه حكم تمهيدي، وغير محدد المقدار، فضلاً عن كونه حكم مؤقت.

* أنه حكم تهديدي: الغرض منه الضغط على إرادة المدين لحمله على التنفيذ. وعلى ذلك يكون مبلغ الغرامة عادة كبيراً أو معتبراً، وهذا حتى يكف المدين عن امتناعه وتعتته وتماطله، ولا يأخذ القاضي عند تقديره جسامة الضرر الذي يلحق بالدائن من جراء تأخر المدين عن التنفيذ، ون هذه

الناحية، يختلف الحكم بالغرامة التهديدية عن الحكم بالتعويض الذي يجب أن يكون على قدر الضرر الحاصل أي متناسبا معه.

* أنه حكم غير محدد المقدار: يتم فرض الغرامة التهديدية عن كل يوم يتأخر فيه المدين عن التنفيذ، ولهذا لا يمكن معرفة مقدار الغرامة بشكل نهائي يوم صدور الحكم بها.

ولا تعد الغرامة التهديدية دينا في ذمة المدين، وبالتالي لا يمكن للدائن أن ينفذ بها على أمواله إلا عند التصفية النهائية لها وما يسفر عنه حكم القاضي، إما بالتعويض عن التأخير أو بالتعويض عن عدم التنفيذ.

* أنه حكم مؤقت: بمعنى أنه يجوز للقاضي أن يزيد في قيمة أو مبلغ الغرامة إذا رأى داعيا للزيادة(المادة 174 ف2 ق.م) ، كما يجوز له من جهة ثانية أن ينقص من قيمة الغرامة إذا قام المدين بالتنفيذ، ولكن بما يتناسب مع حجم الضرر الذي أصاب الدائن من جراء التأخير في التنفيذ أي أن القاضي يراعي في تقديره للتعويض العنت الذي بدا من المدين(المادة 175 ق.م)، وهذا الاختلاف في الأساس الذي يبنى عليه التقدير في الحالتين هو أن التقدير في الغرامة التهديدية هو قدره المدين الاحتمالية على المقابلة بينما أساس التقدير في التعويض عن التأخير هو جبر أو إصلاح الضرر.

ج-1-4 أثر الحكم بالغرامة التهديدية: يتحدد هذا الأخير بناء على ما قدر يسفر عنه موقف المدين، فهذا الأخير إما أن ينفذ التزامه أو يمتنع عن التنفيذ.

1- إذا قام المدين بالتنفيذ عينا، فإن القاضي يعيد النظر أو يراجع الغرامة حتى تصبح مساوية للضرر الناجم عن التأخير في التنفيذ.

2- إذا امتنع المدين عن التنفيذ، فإن الغرامة تتحول إلى تعويض يحكم به القاضي للدائن عن عدم التنفيذ على أن يشمل التعويض في الحالتين ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بسبب التأخير في التنفيذ أو عدم التنفيذ، غير أن المشرع أضاف عنصر ثالث يجب على القاضي مراعاته عند تقديره للتعويض النهائي، وهو العنت الذي بدا من المدين(المادة 174 ق.م).

ومبلغ التعويض المحكوم به للدائن ينفذ به على أموال المدين لا بصفة غرامة تهديدية، وإنما باعتبارها تعويضا نهائيا.

ج-2 الإكراه البدني:

يراد به حبس المدين لا بقصد عقابه، ولكن بهدف إرغامه على التنفيذ، وقد كان الإكراه البدني في القانون الروماني وسيلة تنفيذ عادية، تجيز للدائن أن يلقي القبض على مدينه، ويذهب به إلى المحاكم الرومانية، ويتفوه بعبارة مشهورة " بما أنك قد أدنت لمصلحتي بمبلغ الدين الذي لي عليك، فإني ألقى بيدي عليك".

فإذا أدى المدين ما في ذمته أو أدى عنه، أطلق سراحه، وإلا سجنه في سجنه الخاص مقيدا بالأغلال لمدة ستين يوما، ليقوم خلالها المدين بعرضه في الأسواق معلنا اسمه وقيمة الدين من أجل استعطاف أهل المدينة، ليقوم بالوفاء عنه، إذا انقضت المدة المذكورة دون أن يتقدم أحد للوفاء عنه، يقوم ببيعه خارج أسوار المدينة عبدا أو بقتله، فإذا تعدد الدائنون، اقتسموا أشلاءه.

وهكذا لم تكن فكرة الضمان العام للمدين معروفة آنذاك، إلى أن تم التخفيف من وطأة ووحشية تلك الإجراءات التي كانت تمارس ضد المدين الذي لا يوفي بدينه بمقتضى قانون حرم على الدائن بيع أو قتل مدينه، وأباح فقط حبسه حتى يقوم بالوفاء.

وقد عرف الفقه الإسلامي نظام الإكراه البدني كوسيلة لقهر المدين الموسر على الوفاء لقوله عليه الصلاة والسلام "مطل الغني ظلم"، أما المدين المعسر، فلا يجيز فقهاء الشريعة حبسه لعدم وجود فائدة ترجى من حبسه، لقوله تعالى "فإن كان ذو عسرة، فنظرة إلى ميسرة".

ج-2-1 الطبيعة القانونية للإكراه البدني:

اعتبر المشرع الجزائري الإكراه البدني المنظم بالمواد من 407-412 من قانون الإجراءات المدنية الملغى بقانون رقم: 08-09 مؤرخ في 25/02/2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وسيلة للتنفيذ وليس عقوبة، نظرا لارتباط فكرة العقوبة بمفهوم الذنب الجزائي(الجريمة) أكثر من الذنب المدني(الخطأ المدني)، وعليه فالإكراه البدني هو طريق من طرق التنفيذ، يتم اللجوء إليه لإرغام المحكوم عليه على الوفاء بما هو ملزم به قضاء بموجب حكم، أو أمر، أو قرار، ولا أدل على ذلك ما نصت عليه المادة 610 من قانون الإجراءات الجزائية: "يجوز أن ينفذ الإكراه المدني من جديد، على المدين الذي لم ينفذ التزاماته التي أدت إلى إيقاف تنفيذ الإكراه البدني عليه، وذلك بالنسبة لمقدار المبالغ الباقية في ذمته".

يتضح من هذا النص أن الإكراه البدني لو كان عقوبة لما أكره المحكوم عليه(المدين) مرة ثانية لنفس الالتزام الذي أكره من أجله في المرة الأولى، لأنه من المبادئ القانونية أن الشخص لا يعاقب على نفس الوقائع المتابع لأجلها مرتين.

والتنفيذ بطريق الإكراه المدني لا يبرئ ذمة المدين من الدين، أي أنه لا يحرم الدائن من التنفيذ من جديد على أموال مدينه، وفي هذا المعنى نصت المادة 599 من قانون الإجراءات الجزائية على ما يلي: "ويتحقق تنفيذ هذا الإكراه بحبس المحكوم عليه، ولا يسقط الإكراه البدني بحال من الأحوال الالتزام الذي يجوز أن تتخذ بشأنه متابعة لاحقة بطرق التنفيذ العادية".

ج-2-2 شروط الحكم بالإكراه البدني:

باستقراء أحكام المواد 407-412 من قانون الإجراءات المدنية الملغى، يتضح أن المشرع لم يأخذ بنظام الإكراه البدني كوسيلة لإجبار المدين على الوفاء إلا في نطاق محدود، وبشروط خاصة، وهي:

* أن يكون الالتزام المراد تنفيذه بطريق الإكراه البدني ناشئ عن معاملة تجارية أو عن قرض النفود.

* يجب أن يكون بيد الدائن سند تنفيذي (أمر، حكم، قرار قضائي).

* يجب أن يكون هذا الحكم أو الأمر أو القرار حائزا لقوة الشيء المقضي فيه، وتجدر الإشارة أن العقد الرسمي والشيك، وأحكام المحكمين، لا يمكن تنفيذها بطريق الإكراه البدني ما لم تتجسد في شكل أمر أو حكم أو قرار قضائي.

* التنفيذ بطريق الإكراه البدني لا يكون إلا بعد استنفاد طرق التنفيذ المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية (الحجوز التنفيذية) أي أن يكون طالب التنفيذ (الدائن) قد باشر إجراءات التنفيذ الجبري، لأن نمة المدين المالية أسبق من نفسه، وضمانة للوفاء بالتزاماته.

* أن يكون أصل الدين تزيد قيمته عن 500 دج.

* أن يكون للدائن موطن حقيقي في الجزائر.

* أن يطالب الدائن بالإكراه خلال 3 سنوات، يبدأ احتسابها..

ج-2-3 الإكراه البدني بين التطبيق والإلغاء:

سبق القول أن الإكراه البدني كوسيلة استثنائية للتنفيذ نظمه المشرع في المواد 407-412 ق.إ.م الملغى بقانون 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، حيث جاء هذا الإلغاء استجابة للعهد الدولي الخاص بالحقوق السياسية والمدنية الذي انضمت إليه الجزائر وصادقت عليه سنة 1989، وطبقا لنص المادة 11 منه، فإنه " لا يجوز حبس أي إنسان لمجرد عجزه على الوفاء بالتزام تعاقدي".

وعليه، لا يجوز التنفيذ بطريق الإكراه البدني في حالة عجز المحكوم عليه على الوفاء بالتزام ذي منشأ تعاقدي.

ومنه يلاحظ وجود تعارض بين أحكام المواد 407-412 ق.إ.م، ونص المادة 11 من العهد الدولي الخاص بالحقوق السياسية والمدنية، مما يعني أنها تعد ملغاة ضمنا على أساس أن العهد الدولي قانون لاحق ويسمو على قانون الإجراءات المدنية.

وبالفعل تدارك المشرع هذا التناقض بإلغاء نظام الإكراه البدني بقانون 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويترتب على هذا الإلغاء كون جواز التنفيذ بطريق الإكراه البدني بسبب العجز على الوفاء بالتزام تعاقدي، يعد قاعدة من النظام العام، يجوز إثارتها تلقائيا من طرف المحكمة، كما يمكن للمدعى عليه (المدين) التمسك بها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا، كما يجب على ممثل النيابة العامة باعتباره القائم بالتنفيذ مسؤولا عن إثارة هذه القاعدة استنادا إلى القانون رقم: 09-08، والمادة 11 من العهد الدولي الخاص بالحقوق السياسية والمدنية في حالة خرق القانون لها.

II- التنفيذ بطريق التعويض:

إذا كان التنفيذ العيني للالتزام هو الأصل، فإن التنفيذ بمقابل قد تقتضيه الحاجة، حيث لا يمكن الحكم بالتنفيذ العيني لأي سبب كان.

وعلى العموم، هناك حالات لا يمكن أن يكون التنفيذ فيها إلا بطريق التعويض، وهي:

- * إذا استحال التنفيذ العيني بخطأ المدين فيما عدا الالتزام بدفع مبلغ من النقود.
- * إذا كان التنفيذ العيني مرهقا للمدين، فيجوز الحكم بالتعويض، بشرط ألا يلحق ذلك بالدائن ضررا جسيما.
- * إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، ولم تجدي الغرامة التهديدية في حمل المدين على الوفاء.
- * إذا كان التنفيذ العيني ممكن ولم يطلبه الدائن ولم يعرضه المدين.

والتعويض يكون عن عدم التنفيذ أو عن التأخير في التنفيذ (المادة 176 ق.م)، والنوع الأول، يحل محل التنفيذ العيني ولا يجتمع معه، أما الثاني، فهو مقابل الضرر الذي أصاب الدائن نتيجة التأخير في التنفيذ، وبالتالي يجوز الجمع بينه وبين التنفيذ العيني، أو بينه وبين التنفيذ بمقابل، فيكون لدينا تعويض عن عدم التنفيذ وتعويض عن التأخير في التنفيذ معا.

والتعويض هنا ليس التزاما تخييريا (المادة 213 ق.م) ولا التزاما بدليا، ولا تجديدا للالتزام قديم (المادة 287 ق.م)، وهو أي التعويض، ليس تجديدا للالتزام، لأنه لا يحل محل الالتزام الأصلي، بل هو طريقة لتنفيذه، ولذلك فإن ضمانات الالتزام الأصلي تظل ضامنة للوفاء بالتعويض.

أ- شروط استحقاق الدائن للتعويض:

هي في الواقع، شروط قيام المسؤولية المدنية، التقصيرية أو العقدية (الخطأ، الضرر، العلاقة السببية)، واجتنابا للتكرار فما على الطالب سوى العودة إليها، ويضاف إليها شرط رابع، وهو الإعدار.

أ-1 الإعدار: (المواد: 164، 179، 180، 181 ق.م) باستقراء نصوص هذه المواد، يتضح بأن التعويض لا يستحق إلا بعد اعدار المدين، والذي يتم بطريقة معينة، ولكن ثمة حالات لا يكون الإعدار فيها لازما.

أ-1-1 تعريف الإعدار: سبق تعريفه بأنه إنذار المدين بضرورة تنفيذ التزامه، وإلا فإنه يعد مقصرا في التنفيذ، حيث يسأل عن هذا التقصير إذا نجم عنه ضرر للدائن، لأنه لا يمكن اعتبار المدين كقاعدة عامة مقصرا بمجرد حلول أجل الوفاء، بل لابد من اعداره، هذا فضلا عن كون الإعدار شرط لجبر المدين عن التنفيذ.

أ-1-2 شكل الإعذار: يكون إعدار المدين بإنذاره حسب نص المادة 180 ق.م عن طريق محضر قضائي بوجوب تنفيذ الالتزام، كما لا يجوز إعداره أيضا عن طريق البريد المسجل.

ويعتبر المدين معذرا حسب المادة 180 ف2 من ق.م بمجرد حلول أجل الوفاء دون حاجة إلى أي إجراء آخر، إذا تم الاتفاق على ذلك.

ويقوم مقام الإنذار، عريضة افتتاح الدعوى، وفي هذا المعنى تنص المادة 185 ق.م على أنه: "إذا كان محل الالتزام بين الأفراد مبلغ من النقود، معين المقدار وقت رفع الدعوى، استحق الدائن تعويض عن التأخير في التنفيذ من وقت رفع الدعوى".

أ-1-3 حالات لا يجوز فيها الإعدار: هذه الحالات نصت عليها المادة 181 ق.م، وهي:

- * إذا استحال تنفيذ الالتزام أو أصبح تنفيذه غير مجدي بخطأ المدين.
- * عدم لزوم الإعدار في الالتزامات غير التعاقدية، مما يعني أنه لا يكون إلا في الالتزامات العقدية، إذ لا فائدة من الإعدار عندما يكون محل الالتزام تعويضا ترتب عن فعل غير مشروع.
- ويبرر جانب من الفقه إعفاء الدائن من الإعدار في هذه الحالة، لأن القانون يعتبر المدين مقصرا من وقت نشوء الالتزام بالتعويض أو بالأحرى من وقت ارتكاب الفعل غير المشروع.
- * لا ضرورة للإعدار إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد تنفيذ التزامه.
- * إذا كان محل الالتزام شيء، يعلم المدين بأنه مسروق أو تسلمه دون حق، وأساس الالتزام بالرد في هاتين الحالتين هو الفعل غير المشروع، والإثراء بلا سبب، فالسارق هو من تسلم شيء دون وجه حق، يكون سيء النية، ومن ثم، فهو ملزم بالرد أو بالتعويض دون إعدار.

* وجود الاتفاق حسب المادة 180 ق.م، حيث تقدم معنا بأن حلول أجل تنفيذ الالتزام، يقوم مقام الإعدار، إذا كان الاتفاق يقضي بذلك، ولا يشترط في الاتفاق أن يكون صريحا، فقد يكون ضمنيا، وقد استقر القضاء الفرنسي على أن عبارة وجوب التنفيذ فورا في عقود التوريد، اتفاق ضمني على عدم لزوم الإعدار.

أ-1-4 الآثار القانونية للإعدار: ونوجزها فيما يلي:

* لا يستحق الدائن التعويض سواء عن عدم التنفيذ أو عن التأخير في التنفيذ ما لم يقر بالإعدار طبقا لنص المادة 179 ق.م. ولكن هناك اتجاه في الفقه، يجعل من الإعدار شرطا لاستحقاق التعويض عن التأخير في التنفيذ وليس عن عدم التنفيذ، على اعتبار أنه لا يتصور أن يتسامح الدائن عن عدم التنفيذ ولو كان جزئيا.

* يجب على الدائن إعدار مدينه قبل رفعه لدعوى الفسخ في العقود الملزمة لجانبين، طبقا لنص المادة 119 ف1 ق.م.

* تقع تبعة هلاك الشيء قبل الإعدار على الدائن، أما بعد الإعدار، فتقع على المدين بالتسليم (المادة 168 ف1 ق.م).

ب- أحكام التعويض:

ب-1 طريقة التعويض: يحدد القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف، طبقاً لنص المادة 132 ق.م المعدلة بقانون 10-05، ويغلب أن يحدد القاضي التعويض بمبلغ من النقود سواء في المسؤولية العقدية أو التقصيرية، أو في أي التزام منشؤه مصدر آخر، سواء كان هذا المبلغ، واجب الدفع، أو مقسطاً أو إيراداً مرتباً لمدى الحياة (المادة 132 ق.م).

ب-2 نطاق التعويض: يجب أن يكون التعويض شاملاً لكل الضرر الذي أصاب الدائن (المادة 182 ف1 ق.م)، لكن يشترط في الضرر لكي يعرض عنه أن يكون مباشراً، فالمدين لا يلزم بتعويض الضرر غير المباشر في نوعي المسؤولية المدنية، كما أن التعويض في المسؤولية العقدية يشمل الأضرار المباشرة المتوقعة فقط، وهذا بخلاف المسؤولية التقصيرية.

ب-2-1 التعويض عن الضرر المباشر: لا يلزم المدين سواء في المسؤولية العقدية أو في المسؤولية التقصيرية إلا بالتعويض عن الضرر المباشر، وهذا ما أقره المشرع في المادة 182 ف1 ق.م. ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء به..".

والضرر المباشر هو ما يعد نتيجة مباشرة وطبيعية لعدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فيه، فإذا تعاقبت الأضرار أو تسلسلت، يجب الوقوف عند حد معين منها يسأل عنه المدين أي عند الضرر المباشر، كما عرفته المادة 182 ف1 ق.م، والمثال الذي يسوقه الفقه التقليدي الفرنسي للضرر غير المباشر هو للفقهاء بوتيه، ومفاده أن شخص اشترى بقرة مريضة، فانتقلت العدوى إلى سائر أبقاره، فنفقت جميعها، ولم يتمكن من زرع الأرض، فكثرت ديونه، وبسبب عجزه عن تسديد هذه الديون، حجز دائنوه على هذه الأرض، وباعوها بثمن بخس، كما أنه لم يتمكن من معالجة ابنه المريض، فهل يتحمل بائع البقرة المريضة التعويض عن كل هذه الأضرار؟

أجاب بوتيه بأن البائع يسأل عن تعويض الأضرار المباشرة فقط، وهي نفوق الأبقار، أما سائر الأضرار، فلا محل للتعويض عنها، لأن الدائن (المشتري) كان بإمكانه أن يتوقاها لو أنه بذل جهد معقول.

ب-2-2 التعويض عن الضرر المباشر المتوقع:

أما القيد الثاني، فهو خاص بالمسؤولية العقدية، فالمدين في هذه المسؤولية لا يسأل عن جميع الأضرار المباشرة وإنما يسأل فقط عن الأضرار المباشرة المتوقعة عادة وقت إبرام العقد، وهذا ما يتفق مع إرادة المتعاقدين المفترضة (المادة 182 ف2 ق.م)، فالناقل مثلاً لا يسأل في حالة ضياع حقيبة السفر إلا عن قيمة الألبسة والأشياء الأخرى التي توضع عادة في حقائب السفر، ولا يسأل عما قد يوجد بها من مجوهرات ومبالغ نقدية.

ويقدر التوقع بمعيار موضوعي لا ذاتي، وتطبيقا لهذا المعيار، يعتد بالضرر الذي يمكن أن يتوقعه الرجل العادي لو وجد في نفس الظروف التي وجد فيها المدين، فالشخص العادي يتوقع ضياع الحقيبة، ولكن لا يتوقع أن بها أشياء ثمينة.

ولكن، قد يسأل المدين في المسؤولية العقدية بصفة استثنائية عن الضرر المباشر غير المتوقع، وذلك في حالتي الغش والخطأ الجسيم، وهذا ما نصت عليه المادة 182 ف2 ق.م.

فالمدين الذي ارتكب غش لا يسأل عن الضرر المباشر المتوقع فقط وإنما يسأل عن الضرر المباشر غير المتوقع أيضا، لأنه غاش، والقاعدة أن الغش يفسد كل شيء، ويأخذ الخطأ الجسيم، حكم الغش، وهو الخطأ الذي لا يصدر من أقل الناس تبصرا وحيطة، لذا فهو يفترض في من صدر منه سوء النية (المادة 178 ف2 ق.م).

ب-3 درجة الخطأ في تقدير التعويض: هل يراعى عند تقدير التعويض درجة الخطأ؟

القاعدة هي أن التعويض يكون على قدر الضرر بغض النظر عن ما إذا كان الخطأ جسيما أو يسيرا، لأن أساس التعويض هو جبر الضرر وإصلاحه، لا العقاب، وهذا بخلاف العقوبة الجزائية التي يراعى فيها جسامته الخطأ، وتختلف باختلاف حالتي العمد والإهمال، هذا ويعتد المشرع أحيانا وبصفة استثنائية بجسامته الخطأ في تقدير التعويض المدني، فيفرض مثلا على القاضي عند التصفية النهائية للغرامة التهديدية أن يراعى العنت الذي بدا من المدين (المادة 175 ق.م)، كما أنه يلزم المتعاقد (المدين) في حالتي الغش والخطأ الجسيم بالتعويض عن الضرر المباشر غير المتوقع (المادة 182 ف2 ق.م).

ب-4 وقت تقدير التعويض: العبرة في تقدير التعويض بيوم صدور الحكم وليس بيوم وقوع الضرر (المادة 131 المعدلة بقانون 10-05)، وعلى ذلك فإن الحكم بالتعويض يكون كاشفا للحق وليس منشئا له، فإذا لم يتمكن القاضي من تقدير التعويض بصفة نهائية وقت الحكم، جاز له أن يحتفظ للمضروور بحقه في أن يطالب خلال مدة معينة بمراجعة التقدير (المادة 131 ق.م).

ب-5 التعويض عن الضرر الاحتمالي: لا يستحق التعويض إلا عن الضرر المحقق أي الضرر الذي وقع فعلا كمن يصاب بعاهة مستديمة إثر حادث مرور أو حادث عمل، أما الضرر الاحتمالي، فلا يجب التعويض عنه إلى أن يتأكد وقوعه فعلا، فإذا أحدث مستأجر خلا بالعين المؤجرة، فلا يسأل إلا عن الخلال (الضرر المحقق)، أما ما قد ينجم عنه من ضرر كاحتمال انهيار العين مثلا فلا يسأل عنه المستأجر إلا بعد تحققه فعلا.

هذا ويجوز التعويض عن الضرر المستقبل متى كان مؤكدا الوقوع (المادة 131 ق.م).
ولكن هل يجوز التعويض عن تفويت الفرصة؟

يجب التمييز بين الضرر الاحتمالي وتقويت الفرصة، فهي أمر محتمل، بينما تفويتها أمر محقق، فلو فات ميعاد الاستئناف بتقصير من المحامي، فهل يسأل عن هذا التقصير إذا ما ترتب عليه ضرر؟ لا شك أم كسب الاستئناف أمر احتمالي، بينما يعد تفويته ضررا محققا، هذا وقد جرى القضاء في كل من فرنسا ومصر بالتعويض عن تفويت الفرصة.

ب-6 التعويض عن الضرر الأدبي: لم يكن المشرع الجزائري ينص على التعويض عن الضرر الأدبي صراحة في القانون المدني قبل تعديله بقانون 05-10 لكن هذا لا يعني أن التعويض لم يكن مستحقا عن الضرر الأدبي، بل كانت هناك نصوص قانونية توجب التعويض عن هذا النوع من الأضرار، كالمادة 3 ف3 من قانون الإجراءات الجزائية، والمادة 5 ف1 من قانون الأسرة (العدول عن الخطبة)، بالإضافة إلى كون نص المادة 131 من القانون المدني جاء عاما ومطلقا، يشمل كافة أنواع الضرر بما في ذلك، الضرر الأدبي، ونفس التفسير ينطبق على نص المادة 124 ق.م التي توجب التعويض عن الضرر أيا كان نوعه.

والجدير بالذكر أن المشرع تدارك هذا النقص بإضافته للمادة 182 مكرر بالقانون رقم: 05-10 التي تنص على التعويض عن الضرر الأدبي الذي يشمل كل مساس بالحرية، أو الشرف، أو السمعة.

ولكن ما مدى قابلية الحق في التعويض عن الضرر الأدبي للانتقال بالميراث؟ في الواقع لا يوجد نص في القانون المدني يجيز ذلك، ومن ثم يمكن القول بأن الحق في التعويض عن الضرر الأدبي لا يمكن أن ينتقل بالوفاة، غير أن الفقه يستثني من ذلك، حالة ما إذا كان هناك اتفاق بين المضرور والمسؤول، أو كان المضرور قد أقام دعوى قبل وفاته

ج- التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي):

التعويض الاتفاقي أو ما يسمى بالشرط الجزائي هو تقدير اتفاقي مسبق للتعويض عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه، وقد نص عليه المشرع في المادة 183 ق.م التي تجيز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض في العقد أو في اتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181.

ولكن إذا حصل مثل هذا الاتفاق بعد وقوع الضرر، فهذا هو الصلح حسب المادة 459 ق.م، لذلك يشترط في الاتفاق، لكي يعتبر شرطا جزائيا، أن يتم الاتفاق عليه قبل وقوع الإخلال بالتزام، ومثاله الاتفاق الذي يقضي بإلزام المقاول بدفع مبلغ معين كتعويض إذا لم يتم بتنفيذ التزاماته وفق شروط العقد أو التأخير في تنفيذها عن الموعد المحدد.

وإذا كان يغلب العمل به في المسؤولية العقدية، كما يظهر من نص المادة 183 ق.م إلا أنه يمكن الأخذ به في نطاق المسؤولية التقصيرية، كاتفاق صاحب مصنع مع أصحاب المساكن

المجاورة لمصنعه أن يقدم لهم مقدما مبلغ معين، عما قد يلحقهم من ضرر بسبب الدخان وضجيج الآلات.

ج-1 الغاية من الشرط الجزائي: تتمثل هذه الغاية فيما يلي:

* إعفاء الدائن من إثبات ركن الضرر، لأن الشرط الجزائي يفترض الضرر بمجرد عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فيه.

* يظهر الشرط الجزائي كشرط مخفف من المسؤولية فيما لو كانت قيمة التعويض أقل من الضرر، ولم يثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غش أو خطأ جسيم.

* قد يشكل الشرط الجزائي وسيلة للضغط على المدين إذا كانت قيمة التعويض أكبر من الضرر بقدر كبير.

* وأخير قد يتخذ الشرط الجزائي شكل التعويض إذا كان معادلا للضرر الفعلي، بحيث يعلم المدين مسبقا مقدار التعويض الذي يلزم به في حالة إخلاله بالالتزام أو التأخير فيه.

ج-2 الشرط الجزائي والعربون: لا يلتبس الشرط الجزائي بالعربون إذا كان هذا الأخير يفيد دلالة

تأكيد العقد، لكن قد يشتبه الشرط الجزائي بالعربون إذا كان له دلالة خيار العدول عن العقد، غير أن الاختلاف بينهما يظل قائم، فالعربون يستحق عن استعمال أحد المتعاقدين لخيار العدول عن العقد ولو لم يترتب على العدول أي ضرر (المادة 72 مكرر المضافة بقانون 10-05)، بينما لا يستحق الشرط الجزائي إذا لم يلحق الدائن أي ضرر نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخير فيه، فيجوز للقاضي أن يخفض الشرط الجزائي إذا كان مبالغا فيه (المادة 182 ف2 ق.م)، أو يعفي المدين منه، إذا أثبت هذا الأخير أن الدائن لم يلحقه أي ضرر (المادة 182 ف1)، وهذا عكس العربون، الذي لا يجوز للقاضي أن يخفض منه.

ج-3 خصائص الشرط الجزائي: يتميز الشرط الجزائي بثلاث خصائص هي:

* أنه التزام تبعي، أي أنه تابع للالتزام الأصلي، وهو ما التزم به المدين سواء كان التزام بنقل حق عيني أو التزام بعمل أو التزام بامتناع عن عمل، ومن ثم، فإنه يأخذ حكمه، فبطلان الالتزام الأصلي مثلا لعدم مشروعية محله أو سببه، يؤدي إلى بطلان الشرط الجزائي، أما إذا كان الشرط الجزائي باطلا، فالالتزام الأصلي لا يمتد إليه البطلان، كما أن انقضاء الالتزام الأصلي لاستحالة تنفيذه لسبب أجنبي، يترتب عليه انقضاء الشرط الجزائي.

* أنه التزام احتياطي: إذ لا يجوز للدائن أن يطالب به، كما لا يجوز للمدين عرضه إلا إذا استحال تنفيذ الالتزام عينا.

ولما كان الشرط الجزائي تعويضا، فإنه لا يجتمع مع التنفيذ العيني، ولا مع التعويض إلا إذا كان مشروطا كتعويض عن التأخير.

* أنه تقدير جزافي للتعويض: وهذه تعد أهم خاصية للشرط الجزائي، لأن كما سبق تعريفه ليس سوى اتفاق مسبق على التعويض، أي أنه يحصل قبل وقوع الإخلال بالالتزام.

ج-4 شروط استحقاق الشرط الجزائي: وهي شروط استحقاق التعويض، أو بالأحرى شروط تحقق المسؤولية المدنية، من خطأ، وضرر، وعلاقة سببية، إلى جانب الاعذار إذا كان لازماً فقد نصت المادة 183 ق.م على أنه "وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181".

ج-5 سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي:

إذا ثبتت مسؤولية المدين عن إخلاله بالالتزام، تعين على القاضي الحكم بالشرط الجزائي من دون تعديل سواء بالزيادة أو بالإنقاص، غير أن القانون المدني أجاز للقاضي في المادة 184 ف2 ق.م منه تخفيض قيمة الشرط الجزائي، كما أجاز له الزيادة في هذه القيمة (المادة 185 ق.م).

ج-5-1 سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي: تجيز المادة 184 ف2 ق.م، للقاضي تخفيض الشرط الجزائي إذا أثبت المدين أن تقديره كان مفرطاً، أو أنه قد أوفى بجزء من الالتزام الأصلي. * **التقدير المفرط للتعويض:** وعلّة التخفيض في هذه الحالة ترجع لكونه يعد بمثابة غرامة تهديدية، فيجوز للقاضي أن يعيد النظر في تقدير الشرط الجزائي بقصد إزالة الإفرط وليس لجعله مساوياً للضرر.

* **وفاء المدين بجزء من التزامه الأصلي:** إذا أوفى المدين بجزء مما التزم به، فلا يلزم بكل الشرط الجزائي، وفي ذلك تطبيق لقواعد العدالة.

ج-5-2 سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي:

تنص المادة 185 ق.م على أنه: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً".

يلاحظ من هذه المادة، أنه لا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من قيمة التعويض المحدد في العقد حتى ولو كانت تقل عن الضرر، وفي هذه الحالة يعد الشرط الجزائي بمثابة تخفيض للمسؤولية، ولكن إذا ما صدر من المدين غش أو خطأ جسيم، فإن القاضي في هذه الحالة، يتولى تقدير التعويض وفقاً للقواعد العامة، فيحكم بتعويض يعادل الضرر حتى ولو كان الضرر أكبر من قيمة الشرط الجزائي.

د- التعويض القانوني (الفوائد التأخيرية):

د-1 تعريفه: هو تعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بأداء مبلغ من النقود خلال الأجل المحدد، لذلك يتخذ التعويض عن التأخير هذا صورة الفوائد التأخيرية، والفوائد التأخيرية قد تكون قانونية أو اتفاقية، والأولى يحددها القانون، والثانية يتفق عليها المتعاقدان بشرط ألا يجاوز سعرها

الحد الأقصى للفائدة المنصوص عليها قانوناً، فإذا لم يوجد اتفاق على الفائدة، طبق عليها السعر الذي يحدده القانون.

وقد تستحق الفوائد الاتفاقية مقابل انتفاع المدين بمبلغ من النقود خلال مدة معينة هي أجل الدين كما في عقد القرض بفائدة، وهذه هي الفوائد الربوية أو الاستثمارية، أو كما في عقد البيع، يتفق فيه المتعاقدان على تأجيل دفع الثمن أو تقسيطه في مقابل فائدة.

هذا ويلاحظ أن القانون الجزائري يحرم القرض بفائدة فيما بين الأفراد (المادة 454 ق.م)، بينما يجيز ذلك، إذا كان أحد الطرفين المتعاملين مؤسسة مالية (بنك)، إذ يجيز لها أن تمنح فائدة عن الأموال المودعة لديها بقصد تشجيع الادخار (المادة 455 ق.م)، كما يجيز لها كذلك أن تمنح قروض بفائدة لتشجيع النشاط الاقتصادي الوطني (المادة 456 ق.م).

د-2 التعويض القانوني (الفوائد) في القانون المدني: لم ينص المشرع على الفائدة القانونية، مما يسمح بالقول أنه في حالة عدم وجود اتفاق بين المتعاقدين على التعويض علماً أن الفائدة التأخيرية الاتفاقية هي من قبيل الشرط الجزائي، فإنه يجب على القاضي أن يحكم بتعويض على أساس ما لحق الدائن من ضرر بسبب تأخر المدين في الوفاء بمبلغ من النقود معين المقدار وقت رفع الدعوى طبقاً لنص المادة 186 ق.م التي تنص على أنه: " إذا كان محل الالتزام بين الأفراد مبلغ من النقود، معين المقدار وقت رفع الدعوى، وتأخر المدين في الوفاء به، فيجب عليه أن يعرض الدائن الضرر اللاحق من هذا التأخير".

يتضح من نص هذه المادة أن القاضي هو الذي يقدر تعويض الضرر الناشئ عن التأخير، فهو **تعويض تأخيري قضائي**، فضلاً عن افتراض المشرع للضرر بمجرد تأخر المدين عن الوفاء بدين نقدي، وهو افتراض لا يقبل إثبات العكس، أي أنه لا يجوز للمدين أن ينفيه، وهو بمثابة حرمان الدائن من استثمار مبلغه لو أنه كان قد قبضه في ميعاد استحقاقه.

د-3 شروط استحقاق التعويض التأخيري القضائي: لا يستحق التعويض عن التأخير حسب ما نصت عليه المادة 186 ق.م إلا بتوافر الشروط الآتية:

* **أن يكون محل الالتزام مبلغ من النقود:** إذا كانت الفائدة التأخيرية نوع من التعويض عن التأخير، فإن نطاقها يقتصر على الالتزام الذي يكون محله مبلغ من النقود أياً كان مصدر هذا التزام.

* **أن يتأخر المدين في الوفاء:** فلا تستحق الفوائد التأخيرية إلا من وقت حصول التأخير في الوفاء عن ميعاد الاستحقاق، ولا يستحق التعويض إلا من يوم المطالبة القضائية به، فلا يكفي الإعذار هنا، وإن كان شرطاً لاستحقاق التعويض وفقاً للقواعد العامة.

* أن يطالب الدائن بالفوائد التأخيرية: إذ لا تستحق هذه الفوائد إذا اقتصر الدائن على المطالبة بأصل الدين فقط. * أن يكون المبلغ محل الالتزام معلوم المقدار وقت رفع الدعوى: فإذا لم يكن محدد المقدار، فلا يمكن للدائن المطالبة به، وتبعاً لذلك، لا يكون التعويض عن التأخير مستحقاً إذا كان المبلغ الذي يطالب به الدائن تعويض عن فعل ضار، فلا تستحق فوائد تأخير عنه إلا بصدور الحكم، لأنه قبل ذلك لا يمكن معرفة مقدار التعويض الذي سيحكم به حتى يستحق الدائن فوائد التأخير عنه.

III- ضمان حقوق الدائنين:

إذا امتنع المدين عن الوفاء، فإنه يحق لدائنيه التنفيذ على أمواله، استيفاء لديونهم، وهذا ما يعبر عنه بالضمان العام للدائنين، المنصوص عليه بالمادة 188 ف1 ق.م التي تنص على أنه: "أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه".

أ- مفهوم حق الضمان العام: يعني أن أموال المدين الحالية والمستقبلية تكون ضامنة لوفاء ديونه، وأن جميع الدائنين متساوون أمام هذا الضمان العام، فلا يتقرر لأحدهم حق أولوية أو أفضلية ما لم يكن دينه مضمون بتأمين خاص على عين بذاتها من أموال المدين، وعندئذ يكون له حق استيفاء دينه بالأولوية على غيره من الدائنين العاديين والدائنين الممتازين التاليين له في المرتبة، كما يكون له أيضاً حق تتبع الشيء المضمون حقه به في أي يد يكون، والتنفيذ عليه، واستيفاء حقه من ثمنه بالأولوية، ومثال الضمان الخاص، حق الرهن الرسمي، والحيازي، وحق الامتياز.

وعلى العكس من ذلك، فإن الضمان العام لا يخوّل الدائن العادي حق التقدم، ولا حق التتبع، إذ يقتسم الدائنون العاديون أموال مدينهم قسمة غرماً، كل بنسبة دينه (المادة 188 ف2 ق.م).

ويكون التنفيذ عادة بالحجز، ولكن يشترط لمباشرة هذا الإجراء، أن يكون حق الدائن طالب التنفيذ، محقق الوجود، ومعين المقدار، وحال الأداء، كما يجب أن يكون بيده سندا تنفيذياً حائزاً لقوة الشيء المقضي فيه.

ب- وسائل ضمان حقوق الدائنين: نص عليها المشرع في المواد من 182 إلى 202 ق.م، وهي ثلاثة دعاوى، يضاف إليها الحق في الحبس، وبالدعوى غير المباشرة، يتجنب الدائن عواقب تهاون وتقصير مدينه في المطالبة بحقوقه لدى الغير، وبالدعوى البوليسية، يصبح التصرف الصادر من المدين إضراراً بحقوق دائنه غير نافذ في حقه، أما الدعوى البوليسية، فيكشف بها الدائن عن حقيقة التصرف الصادر من مدينه، وأخيراً، يجيز المشرع للدائن حبس شيء مملوك لمدينه إلى حين وفاء هذا الأخير بما في ذمته.

ب-1 الدعوى غير المباشرة: نظم المشرع أحكامها في المادتين 189، 190 ق.م، وهي دعوى فردية وليست جماعية كما كانت معروفة في القانون الروماني، يرفعها أحد الدائنين، ومع ذلك، يستفيد من نتائجها سائر الدائنين.

وكقاعدة عامة، يجوز للدائن استعمال جميع حقوق ودعاوى مدينه إلا ما استثنى منها بنص، وعلى ذلك، إذا أهمل المدين في مطالبة الغير بحقه في التعويض عن ضرر أصابه، فللدائن أن يطالب به عن طريق الدعوى غير المباشرة.

ب-1-1 تعريف الدعوى غير المباشرة: هي دعوى المدين، يرفعها الدائن نيابة عنه، أي باسم المدين ضد مدينه، ونيابة الدائن هنا هي نيابة قانونية، لكنها لمصلحة الدائن (النائب) لا لمصلحة المدين (الأصيل)، وهي تجيز للدائن المطالبة بحق مدينه لدى الغير دون التصرف فيه.

ويجب على الدائن، إدخال المدين كخصم في الدعوى، وفقا لنص المادة 189 ف2، كما يجوز للمدين أن يتدخل فيها، ويتولاها بنفسه.

وتجدر الإشارة إلى أنه ليس كل الحقوق والدعاوى، يملك الدائن استعمالها نيابة عن مدينه، فهناك حقوق لا يجوز الحجز عليها، كحق السكنى والاستعمال، وبالتالي تخرج من نطاق الضمان العام، ومن ثم، لا يمكن للدائن أن يستعملها عن طريق الدعوى غير المباشرة، مثل الحقوق المتصلة بحق المدين، كحقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي، ومن الرخص التي لا يجوز للدائن أن يستعملها، قبول الهبة نيابة عن المدين، أو طلب الشفعة، أما الدعوى المتصلة بشخص المدين، فنذكر منها، دعوى النفقة، والنسب.

ب-1-2 شروط استعمال الدعوى غير المباشرة: يجب أن يكون هناك تقصير من المدين في استعمال حقه، وأن يؤدي ذلك إلى إعسار المدين أو يزيد في إعساره.

*** تقصير المدين وإهماله في المطالبة بحقه،** فههدف الدعوى غير المباشرة هو حماية الدائن من تقصير المدين وإهماله سواء كان هذا التقصير عن إهمال أو عن سوء نية.

*** إعسار المدين:** لا تكون للدائن مصلحة في استعمال حقوق مدينه إلا إذا أثبت تقصير المدين في المطالبة بحقوقه من شأنه أن يؤدي إلى إعساره أو يزيد فيه (المادة 189 ف1 ق.م)، ويقصد بالإعسار زيادة الديون على الحقوق، وعلى ذلك إذا كان المدين موسرا، فليس للدائن أن يتدخل في شؤونه.

يضاف إلى هذين الشرطين أن يكون حق الدائن ثابت (مؤكد أو محقق الوجود، وخاليا من النزاع)، غير أن القضاء والفقهاء في فرنسا يشترطا أن يكون حق الدائن، فضلا عن ذلك، معلوم المقدار، ومستحق الأداء.

وأخيراً، لا يشترط أن يكون بيد الدائن سند تنفيذي، لأن الدعوى غير المباشرة ليست إجراء تنفيذي، وإنما هي تهدف إلى المحافظة على الضمان العام وتقويته.

ب-1-3 آثار الدعوى غير المباشرة: يترتب على مطالبة الدائن بحقوق مدينه نيابة عنه ما يلي:
* يجب على الدائن أن يطالب بكل الدين ولو جاوز حقه قبل مدينه، ولكن ليس له أن يطالب بأكثر من الدين الذي لمدينه.
* لا يملك الدائن سوى المطالبة بحق مدينه دون التصرف فيه.
* للمدعى عليه في الدعوى غير المباشرة أن يتمسك في مواجهة رافعها (الدائن) بجميع الدفوع التي يمكنه التمسك بها في مواجهة المدين نفسه، كالتقادم والبطلان.
* وأخيراً لا يمكن للدائن إذا نجح في دعواه أن يسأثر وحده بنتائجها، بل يستفيد منها باقي الدائنين، لهذا السبب ينذر استعمال هذه الدعوى، حيث يفضل الدائن عنها حجز ما للمدين لدى الغير.

ب-2 الدعوى البوليصية: نظم المشرع أحكامها في المواد: 191 إلى 197 ق.م، وقد تقررته هذه الدعوى لحماية الدائن من تصرفات مدينه التي يراد بها الإضرار به، وسميت بالدعوى البوليصية نسبة إلى البريتور الروماني بولص، وهي دعوى فردية، يرفعها الدائن ضد المتصرف إليه مع إدخال المدين في الخصومة، مطالباً بالحكم بعدم نفاذ التصرف في حقه، ومن ثم، فهي لا تؤدي إلى **بطلان التصرف وإنما تؤدي إلى عدم نفاذه في حق الدائن**، مما يعني أن التصرف يظل قائماً فيما بين المدين والمتصرف إليه.

والقاعدة هي أن تصرف المدين يكون نافذاً في حق دائنه ما لم يكن هذا التصرف قد صدر من المدين بنية الإضرار به، وفي هذه الحالة يكون للدائن أن يطعن في التصرف الصادر من مدينه إضراراً به بالدعوى البوليصية.

وقبل التعرض لشروط هذه الدعوى وآثارها، ودب بيان نطاق استعمالها أولاً.

ب-2-1 نطاق استعمال الدعوى البوليصية: لا يمكن الطعن بالدعوى البوليصية إلا إذا كان تصرف المدين قانوني، وألا يكون هذا التصرف متعلقاً بحق متصل بشخص المدين، كما يشترط أيضاً في التصرف لكي يطعن فيه بالدعوى البوليصية أن يكون مفقراً، ولاحقاً في نشوئه لحق الدائن.

* **أن يصدر من المدين تصرف قانوني** سواء كان هذا التصرف صادراً من جانبيين أو من جانب واحد، وسواء كان منشئاً للحق أو مسقطاً له، وسواء كان معاوضة أو تبرعاً، وبالتالي لا يمكن للدائن الطعن بالدعوى البوليصية في التزامات المدين غير التعاقدية حتى ولو أدت إلى إعساره.
* **ألا يكون التصرف متعلقاً بحق متصل بشخص المدين**، وعلى ذلك، لا يجوز الطعن في تصرف صدر عن المدين في حق له، لا يجوز الحجز عليه، كالتفقة والأجر.

* أن يكون التصرف مفقرا، فليس كل تصرف قانوني يستطيع الدائن أن يطعن فيه بالدعوى البوليصية، لذلك يلزم أن يكون التصرف مفقرا، وحسب الرأي الغالب في الفقه والقضاء الفرنسي، فالتصرف المفقر هو الذي ينقص من حقوق المدين دون التصرف الذي يزيد في التزاماته، وبعبارة أخرى إذا أدى التصرف إلى خروج مال من ذمة المدين سواء كان ذلك بمقابل أو بدون مقابل، وفي هذا الصدد، يجيز المشرع الجزائري في المادة 191 ق.م الطعن في الدعوى البوليصية سواء كان التصرف ينقص من حقوق المدين أو يزيد من التزاماته.

وإذا كانت الدعوى البوليصية لا يجوز استعمالها إلا إذا كان تصرف المدين مفقرا، مما يعني أن الدائن لا يستطيع الطعن بهذه الدعوى في تصرفات المدين إذا كان من شأنها أن تمنع زيادة حقوقه أو تمنع إنقاص التزاماته (رفض الاغتناء) كرفض هبة أو إبراء الدين (المادة 305 ق.م)، وإن كان القانون الجزائري يعتبر رفض الإبراء تصرف مفقرا، لأنه عمل يتم بإرادة الدائن وحدها. هذا، ولا يجوز للدائن الطعن بالدعوى البوليصية إذا رفض المدين التمسك بالتقادم.

* أن يكون التصرف لاحقا لحق الدائن: على الرغم من عدم النص على هذا الشرط، يجمع الفقه والقضاء على ضرورة توافره، ذلك أن نية الإضرار لا يمكن تصورها لدى المدين طالما كان حق الدائن قد نشأ بعد تمام التصرف، والعبرة بتاريخ نشوء الحق لا بتاريخ استحقاقه، كما أن العبرة في تصرف المدين بتاريخ نشوئه لا بتاريخ شهره إذا كان من التصرفات التي تخضع للشهر، ويتحمل الدائن عبء إثبات أسبقية حقه على التصرف.

ب-2-2 شروط استعمال الدعوى البوليصية: سبق التعرض للشروط التي تتعلق بموضوع هذه الدعوى، ولكن هناك شروط أخرى، يلزم توافرها لرفع الدعوى البوليصية، بعضها يتعلق بالدائن، والبعض الآخر، يتعلق بالمدين، بالإضافة إلى وجوب رفع هذه الدعوى خلال الميعاد القانوني.

* الشروط المتعلقة بحق الدائن: بالإضافة إلى أسبقية حق الدائن في النشوء على التصرف المطعون فيه، يشترط أيضا أن يكون حقه مستحق الأداء، فلا يكون للدائن بحق مؤجل أو لمن كان حقه معلقا على شرط واقف أن يستعمل الدعوى البوليصية، أما الدائن المقترن حقه بأجل فاسخ أو بشرط فاسخ، فله استعمال هذه الدعوى.

* الشروط المتعلقة بالمدين: يمكن ردها إلى شرطين هما: إعسار المدين، وتوافر نية الإضرار لديه.

شرط الإعسار: يجب أن يثبت الدائن أن تصرف المدين قد أدى إلى إعساره أو زاد فيه، وأن حالة الإعسار لازالت قائمة وقت رفع الدعوى.

شرط نية الإضرار بالدائن: لا يكفي أن يؤدي التصرف إلى إعسار المدين، بل يجب أن يكون هذا التصرف قد صدر بنية الإضرار بالدائن، وفي هذه الصدد يفترض المشرع الجزائري توافر قصد

أو نية الإضرار لدى المدين إذا كان التصرف قد صدر منه، وهو عالم بأنه معسر(المادة 192 ف1 ق.م).

وإذا كان القانون الفرنسي يشترط إثبات غش المدين للطعن في الدعوى البوليصة سواء كان التصرف معاوضة أو تبرعا، فإن القانون الجزائري لا يشترط ذلك إلا في المعاوضات.

ب-2-3 ميعاد رفع الدعوى البوليصة: تتقادم هذه الدعوى بانقضاء 3 سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف أو بانقضاء 15 سنة من الوقت الذي تم فيه التصرف(المادة 197 ق.م).

ب-2-4 آثار الدعوى البوليصة:

*** بالنسبة للدائن:** يسعى الدائن من إقامة الدعوى البوليصة إلى **عدم نفاذ التصرف في حقه**(المادة 191 ق.م).

ويترتب على ذلك، أن المال موضوع التصرف يعد كأنه لم يخرج من ضمان الدائن بالقدر اللازم لوفاء دينه، ويستفيد من الحكم بعدم نفاذ التصرف جميع الدائنين تحقيقا لفكرة المساواة بين الدائنين تجاه الضمان العام، ولكن إذا تعذر رد المال المتصرف فيه عينا، كما لو تملكه المتصرف إليه الثاني طبقا لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، فللدائن أن يطالب المدين والمتصرف إليه الأول المتواطئ معه بالتعويض عن ما أصابه من ضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية.

*** بالنسبة للمدين والمتصرف إليه:** يكون التصرف صحيحا فيما بين المدين والمتصرف إليه مع عدم نفاذه في حق الدائن، ويترتب على ذلك، أنه إذا بقي من المال شيء، كان من حق المتصرف إليه وليس من حق المدين، وللمتصرف إليه أن يرجع على المدين بالدعوى الناشئة عن العقد المبرم بينهما.

ب-3 دعوى الصورية: نظمها المشرع في المادتين: 198، 199 ق.م. فقد يبرم المدين عقدا صوريا بقصد الإضرار بدائنه، كأن يبيع شيء من أمواله بيعا صوريا، فيخرجه من الضمان العام أو يعطي قرضا صوريا، يزيد به من التزاماته، فينقص بذلك الضمان العام للدائنين.

وقد يكون القصد من الصورية الإضرار بالدائن، كما قد يكون القصد منها، التهرب من أحكام القانون، كالهبة المستترة(هبة في صورة بيع)، أو للتهرب من الرسمية في القانون المدني المصري والقانون الفرنسي.

ب-3-1 تعريف الصورية: هي إخفاء تصرف حقيقي في صورة تصرف آخر مختلف عنه، وغير حقيقي، ومن ثم، فالصورية **تفترض عقدين**، أحدهما مستتر(خفي)، غير ظاهر، وهو

العقد الحقيقي، والآخر، ظاهر، ولكنه غير حقيقي، ويسمى التصرف الحقيقي عادة بورقة الضد، والتصرف الظاهر هو التصرف الصوري.

ب-3-2 أنواع الصورية: إما أن تكون صورية مطلقة أو نسبية.

* **الصورية المطلقة:** وتنصب على وجود العقد ذاته، بحيث يكون العقد الظاهر صورياً، مثل أن يلجأ المدين المهدد بالحجز على بيع ممتلكاته بتواطؤ مع أحد أصدقائه، واتفاقه معه على أنه يبيع صوري محض.

* **الصورية النسبية:**

يتناول هذا النوع من الصورية، إما طبيعة التصرف (ماهيته)، كإخفاء هبة في صورة بيع، أو أحد أركان التصرف أو شروطه، كالبيع بثمن أقل أو أكبر من الثمن الحقيقي، وقد تتناول الصورية أحد طرفي العقد لإخفاء شخصية أحدهما، وتسمى الصورية بطريق التسخير، ويقع ذلك عندما يكون المستفيد من العقد شخص يمتنع عليه قانوناً أن يكون طرفاً فيه، فيسخر شخصاً آخر، لهذا الغرض، مثل: حضر تعاقد النائب مع نفسه.

ب-3-3 أحكام الصورية:

* **بالنسبة للمتعاقدين:** يكون العقد الحقيقي هو العقد النافذ فيما بين المتعاقدين (المادة 199 ق.م)، وذلك أخذاً بالإرادة الباطنة للمتعاقدين، وهي الإرادة الحقيقية، وتجدر الإشارة بأن الشروط الموضوعية لانعقاد العقد وصحته، هي شروط العقد الحقيقي لا العقد الظاهر، ففي الهبة المستترة، يجب أن تتوافر في المتصرف أهلية التبرع، أما المتصرف إليه، فيكفي فيه أن يكون أهلاً لمباشرة التصرفات النافعة نفعاً محضاً.

وتسري على العقد، أحكام الهبة، أما الشروط الشكلية، فهي شروط العقد الظاهر، فلا تجب الرسمية، وإن كان العقد الظاهر لا يستلزمها، حتى ولو كان العقد الحقيقي يستلزمها، مثل الهبة المستترة في القانون المدني المصري والفرنسي.

ب-3-4 إثبات العاقدين للصورية:

القاعدة أنه لا يجوز للمتعاقدين والخلف العام إثبات ما يخالف الثابت بالكتابة إلا بالكتابة ولو زادت قيمة التصرف على نصاب الشهادة، وعلى ذلك، يجب إثبات صورية العقد المكتوب بورقة الضد، وهي العقد الحقيقي، وإن لم توجد هذه الورقة، وجب إثبات الصورية بالإقرار أو باليمين الحاسمة.

واستثناءاً يجوز إثبات الصورية بالبينة والقرائن في الحالات الآتية:

* حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة يدل على الصورية.

- * حالة وجود مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على ورقة الضد.
- * حالة فقد الورقة بعد الحصول عليها بسبب أجنبي.

ب-3-5 أحكام الصورية بالنسبة للغير: لا يقصد بالغير هنا الخلف الخاص، ولا الدائن العادي فحسب، وإنما كل شخص يتأثر حقه بالصورية، والأصل أن التصرف الحقيقي هو الذي يسري في حق الغير سواء كان يعلم به أولاً، ولكن، يجوز للغير طبقاً لنص المادة 198 ق.م التمسك بالعقد الصوري وقت التعاقد، فإن كان يعلم به، سار عليه العقد الحقيقي، أسوة بالمتعاقدين .

ب-3-6 إثبات الغير للصورية:

يجوز للغير إثبات الصورية بأي طرق بما في ذلك البيئة والقرائن، لأن العقد الحقيقي بالنسبة للغير مجرد واقعة مادية.

