

جامعة محمد الصديق بن يحيى - جيجل

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

السنة الثانية جذع مشترك - المجموعتين (01) و (02)

محاضرات في مادة القانون المدني 2 (أحكام الالتزام)

المحور الأول: آثار الالتزام

يعتبر التنفيذ العيني الأصل في تنفيذ الالتزام طبقا لما جاء في نص المادة 164 ق م، ويكون للدائن اللجوء إلى التنفيذ بمقابل إذا استحال تنفيذ الالتزام عينا (المادة 176 ق م).

الفصل الأول: التنفيذ العيني

المبحث الأول: شروط التنفيذ العيني

المطلب الأول: إعدار المدين

الإعذار هو التنبيه بالوفاء، وهو إجراء إلزامي للمطالبة بالتنفيذ العيني، ويتضمن تنبيه المدين إلى وجوب الوفاء بالمدين، لكن سكوت الدائن قد يحمل على أنه رضا منه بعدم الوفاء بالمدين أو تسامح، وقد أحالنا المشرع بموجب المادة 164 ق م في أحكام الإعذار إلى المادتين 180 و 181 ق م.

المطلب الثاني: أن يكون التنفيذ العيني ممكنا

يكون للدائن المطالبة بالتنفيذ العيني ويزم به المدين مادام ممكنا، فإذا استحال تنفيذ الالتزام بخطأ من المدين فيلجأ الدائن إلى التنفيذ بمقابل، أما إذا كانت الاستحالة ترجع لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه (خطأ الغير، القوة القاهرة)، فإن الالتزام ينقضي ولا يكون للدائن الرجوع على المدين بالتعويض (المادة 121 ق م).

المطلب الثالث: ألا يكون في التنفيذ العيني إرهاب للمدين

ولم يورد المشرع نصا على ذلك في القانون المدني، ولكن للقاضي الأخذ بهذا الشرط على أساس عدم جواز التعسف في استعمال الحق (المادة 124 مكرر) والتي من حالاته الحصول على فائدة قليلة مقارنة بالضرر الذي أصاب المدين، ومن تطبيقاته ما جاء في نص المادة 788 ق م.

المطلب الرابع: ألا يكون في تنفيذ الالتزام مساسا بحرية المدين الشخصية

قد لا يكون التنفيذ مستحيلا ولا مرهقا، ولكن يلزم أن يتدخل المدين شخصا ل يتم التنفيذ العيني، وفي هذه الحالة يكون جبره مساس بحريته الشخصية ويمتنع التنفيذ العيني.

المبحث الثاني: موضوع التنفيذ العيني**المطلب الأول: الالتزام بنقل حق عيني أو إنشائه****الفرع الأول: الالتزام الوارد على المنقول****أولاً: المنقول المعين بالذات**

إذا ورد الالتزام بنقل الملكية أو ق عيني آخر على منقول معين بالذات مملوك للمدين، فإن تنفيذ الالتزام يتم بقوة القانون (المادة 165 ق م).

الفرع الثاني: المنقول المعين بالنوع (المادة 166 ق م).**ثانياً: المنقول المعين بالنوع**

إذا ورد الالتزام على منقول معين بالنوع فإن الملكية لا تنتقل فور إبرام العقد، بل تتراخى إلى وقت الإفراز، والإفراز هو إجراء مادي الغرض منه فصل الشيء عن غيره وتمييزه عنه كوضع علامة مميزة على المنقول.

فإذا امتنع المدين عن الإفراز فيكون للدائن الحصول على شيء من نفس النوع على نفقة المدين بعد استئذان القاضي وفي حالة الاستعجال دون استئذانه.

الفرع الثالث: الالتزام الوارد على عقار

إذا ورد الالتزام بنقل الملكية على عقار فإن الملكية والحق العيني لا ينتقل إلا بعد إتمام إجراءات الشهر، فإذا امتنع المدين عن معاونة الدائن في إتمام إجراءات الشهر العقاري كان للدائن تقديم العقد الرسمي الموثق للإشهار العقاري.

المطلب الثاني: الإلتزام بالقيام بعمل**ونميز بين ثلاث حالات:**

الحالة الأولى: إذا كان العمل الذي تعهد به المدين مرتبط بشخصه، أي يهم الدائن أن يقوم به المدين بنفسه، أو قد ينص الاتفاق على ذلك، كان للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين (المادة 169 ق م)، ولا يمكن إجبار الدائن على أن يقبل التنفيذ من غير المدين، ومن ثمة يمتنع التنفيذ العيني ولو على نفقة المدين، ولا يكون للدائن إلا التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض.

الحالة الثانية: في الإلتزام بعمل إذا لم يقوم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القاضي بتنفيذ الإلتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً (المادة 170 ق م)، ويجوز في حالة الاستعجال أن يتم تنفيذ الإلتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القاضي.

الحالة الثالثة: في هذه الحالة يقوم حكم القاض مقام التنفيذ إذا سمحت بذلك طبيعة الالتزام (المادة 171 ق م).

المطلب الثالث: الالتزام بالامتناع عن عمل

إذا وقع العمل المخالف للالتزام بالامتناع فإن التنفيذ العيني يكون ممكنا عن طريق إزالة ما وقع مخالفا للالتزام (المادة 173 ق م)، ويكون للدائن أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين بعد استئذان القاضي وفي حالة الاستعجال دون استئذانه.

المبحث الثالث: وسائل حث المدين على تنفيذ الالتزام

ألغى المشرع الإكراه البدني كوسيلة لحث المدين على تنفيذ الالتزام في المسائل المدنية، فيقتصر تطبيقه في المسائل الجزائية بحسب ما هو مقرر في المواد من 597 إلى 611 من قانون الإجراءات الجزائية، وحسب هذه النصوص فإن الإكراه البدني يطبق في تحصيل المصاريف القضائية والعـغرامة ورد ما يلزم رده والتعويضات المالية عن الجرائم المرتكبة، ويتحقق هذا الإكراه بحسب المحكوم عليه (المدين). لذلك فإنه لا يكون للدائن في سبيل حث المدين على تنفيذ الالتزام إلا استعمال الغرامة التهديدية والحق في الحبس:

المطلب الأول: الغرامة التهديدية

الفرع الأول: شروط الحكم بالغرامة التهديدية

أولا: أن يكون تنفيذ الالتزام لا يزال ممكنا

حيث أنه لا يجوز اللجوء إلى الغرامة التهديدية إذا لم يوجد التزام، كما يجب أن يكون الالتزام ما زال ممكنا، فإذا استحال التنفيذ بسبب أجنبي عن المدين أو بسبب المدين نفسه فلا يحكم بالغرامة التهديدية بل بالتنفيذ بمقابل.

ثانيا: أن يكون تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه

حيث يقتصر نظام الغرامة التهديدية على تلك الحالات التي يكون محل الالتزام عمل يقتضي صدوره من المدين شخصا.

ثالثا: ألا يكون في الحكم بالغرامة التهديدية مساس بالحق الأدبي للمؤلف

حيث لا يجوز إلزام المؤلف على نشر مصنفه، فإذا اتفق مؤلف مع دار للنشر فلا يمكن اللجوء إلى الغرامة التهديدية لحمله على تسليم مؤلفه، لأن في ذلك اعتداء على حقه الأدبي في ملاءمة النشر من عدمه، ولا يكون أمام دار النشر إلا طلب التنفيذ بمقابل.

الفرع الثاني: خصائص الحكم الغرامة التهديدية

أولاً: حكم يخضع للسلطة التقديرية للقاضي

يستطيع القاضي أن يحكم بالغرامة التهديدية من تلقاء نفسه متى توافرت شروطها حتى بدون طلب من الدائن، وسلطة القاضي في الحكم بالغرامة التهديدية بناء على طلب الدائن هي سلطة تقديرية لا يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا، ولكن يخضع للرقابة من حيث تقديره لتوافر أو عدم توافر شروطها. يجوز تقديم طلب الغرامة التهديدية في أية مرحلة تكون فيها الدعوى ولو أمام المجلس القضائي.

ثانياً: حكم تهديدي

حيث أن الغرض منه هو الضغط على المدين من أجل دفع إلى تنفيذ الالتزام، لذلك عادة ما تحدد الغرامة التهديدية بمبلغ كبير لا يتناسب مع مقدار الالتزام أو مقدار الضرر، والقاضي في تحديده مبلغ الغرامة يراعى مدى قدرة المدين المحتملة على المقاومة.

ثالثاً: حكم غير محدد المقدار

تحدد الغرامة التهديدية عن كل فترة يتأخر فيها المدين عن الوفاء، وعادة تحدد عن كل يوم تأخير، ولهذا لا يمكن معرفة قدر الغرامة النهائية وقت صدور الحكم بها لأنها متوقفة على مدة التأخير في التأخير.

رابعاً: حكم مؤقت غير قابل للتنفيذ

يجوز للقاضي إعادة النظر في الغرامة التهديدية عن طريق زيادة مبلغ الغرامة كلما وجد داعياً لذلك (المادة 174 الفقرة 02 ق م)، كما يستطيع إنقاص المبلغ متى قام المدين بتنفيذ جزء من الالتزام، كما يعتبر الحكم بالغرامة التهديدية غير قابل للتنفيذ لأن المبلغ المحكوم به لا يعتبر ديناً محققاً في ذمة المدين يُجيز للدائن تحصيله من أموال المدين.

الفرع الثالث: أثر الحكم بالغرامة التهديدية

إذا قام المدين بتنفيذ التزامه يعيد القاضي النظر في الغرامة التهديدية ويحكم بتعويض عن التأخر في التنفيذ، كذلك الحال في حالة إصرار المدين على عدم التنفيذ فتتحول الغرامة التهديدية إلى تعويض يحكم به القاضي لعدم تنفيذ الالتزام، والتعويض في الحالتين يشمل عناصر التعويض العادية، أي ما فات الدائن من كسب وما لحقه من خسارة، غير أن المادة 175 ق م أضافت عنصراً آخر يضيفه القاضي إلى التعويض، وهو العنت الذي بدا من المدين، وبذلك يستطيع زيادة مقدار التعويض نتيجة للضرر الأدبي الذي أصاب الدائن من جراء عناد المدين.

المطلب الثاني: الحق في الحبس

الحق في الحبس هو وسيلة لحمل المدين على تنفيذ التزامه، والحبس يفترض أن الدائن مدين في نفس الوقت بتسليم شيء تحت يده، فيمتنع عن تنفيذ ما عليه من أداء حتى يُوفي له الآخر حقه (المادة 200 ق م).

الفرع الأول: شروط الحق في الحبس

أولاً: وجود التزام على الحابس بأداء شيء معين

يلتزم الحابس بأداء شيء معين، وهو المحل الذي يرد عليه الحق في الحبس، إلا أنه يمتنع من تسليمه حتى يستوفي حقه، والأصل أن جميع الأشياء مهما كانت طبيعتها يمكن أن تكون محلاً للحق في الحبس (عقارا أو منقولا، معينا بذاته أو معينة بنوعه، ماديا أو غير مادي)، كما قد يكون الشيء المحبوس مملوكا للمدين أو للدائن الحابس نفسه.

كما لا يهتم مصدر الدين محل الحبس، إلا أنه لا يجوز أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع كالسرقة أو الغصب.

غير أنه تستثنى بعض الأشياء كمحل للحبس ومثلها الأموال العامة والأموال غير القابلة للحجز، أو بوجود نص يحرم الحبس كامتناع المحامي عن حبس المستندات والأوراق التي عهد إليه بها نظير استيفاء أتعابه.

ثانياً: وجود حق للحابس مستحق الأداء

الغرض من الحبس هو حمل المدين على تنفيذ التزامه قبل الحابس، لذلك وجب أن يكون هذا الالتزام مدنيا لا طبيعيا أو متنازعا فيها أو غير حال، ولا يجوز استعمال الحق في الحبس بهدف الحصول على حق معلق على شرط واقف أو مضاف إلى أجل، غير أن الأجل الذي يمنحه القاضي لا يحول دون استعمال الدائن الحق في الحبس، كذلك بالنسبة للأجل الممنوح من الدائن، إلا إذا أثبت المدين أن منح الأجل قصد منه التنازل عن الحق في الحبس.

ثالثاً: الارتباط بين الحق في الحبس والتزامه أداء شيء

يقصد بالارتباط قيام رابطة بين الالتزامين، ولا يشترط أن تكون علاقة سببية بينهما، أي أنه لا يشترط أن يكون الالتزام المحبوس قد ترتب بسبب الالتزام المحبوس من أجله، لأنه لا يقتصر على دائرة العقود الملزمة لجانبين فقط.

وهذا الارتباط نوعان:

1- ارتباط قانوني أو معنوي

بمعنى أن كلا الالتزامين ناشئان عن عقد واحد أو علاقة قانونية واحدة، والتي قد يكون مصدرها عقد ملزم لجانبين، وقد توجد العلاقة التبادلية نتيجة انحلال العقد بالفسخ أو البطلان، كما يمكن أن توجد هذه العلاقة بمناسبة عقد ملزم لجانب واحد، كحق المودع لديه في حبس الوديعة حتى يستوفي ما أنفق من مصروفات في حفظها.

2- الارتباط المادي أو الموضوعي

وينشأ عن واقعة مادية، فالحائز يلتزم برد الشيء الذي في حيازته إلى المالك، ومثاله إذا فر حيوان من حارسه إلى ملك الجار فسبب له ضررا كان للجار الحق في حبسه إلى حين استيفاء حقه في التعويض، وكذلك من اشترى بحسن نية منقولا مسروقا أو ضائعا فيلتزم المشتري برد المنقول إلى مالكه على أن يؤدي له الثمن الذي دفعه وله في سبيل ذلك حبس الشيء.

الفرع الثاني: آثار الحق في الحبس

أولا: آثار الحق في الحبس بالنسبة للحابس

1- التزامات الحابس:

- بيع الشيء المحبوس إذا كان معرض للهلاك.
- تقديم حساب غلة ونتاج الشيء المحبوس.
- الالتزام برد الشيء المحبوس.

2- حقوق الحابس:

- الامتناع عن تسليم الشيء المحبوس وردها إلى المدين والذي غالبا ما يكون مالكها حتى يستوفي كافة حقوقه بما فيها أصل الدين والمصاريف.
- يشمل الحبس ما ينتجه الشيء المحبوس من غلات وثمار فيحق للحابس أن يتمنع عن تسليمها للمدين وأن يحتفظ بحيازتها مع الأصل.

ثانيا: بالنسبة للخلف العام والخاص

1- بالنسبة للخلف العام:

يسري الحبس في حق الخلف العام، فإذا توفي المدين كان الحبس مستمرا بالنسبة للورثة.

2- بالنسبة للدائنين العاديين:

لا يملك الحابس ميزة التقدم والتتبع، لكن نفذ أحد الدائنين العاديين على العين المحبوسة وطالب بيعها، فللحابس أن يتمنع عن تسليم الشيء المحبوس في مواجهة الكافة بما فيها المشتري الذي رسا عليه المزداد.

3- بالنسبة للخلف الخاص:

وهو من تلقى من المدين ملكية الشيء المحبوس كالمشتري، أو رتب حقا عينيا عليها كالدائن المرتهن، ويسري الحق في الحبس في مواجهة الخلف الخاص.

المطلب الثالث: إنقضاء الحق في الحبس

ينقضي الحق في الحبس بإحدى هذه الطرق:

- قد ينقضي بطريقة تبعية لانقضاء الالتزام الأصلي.

- قد ينقضي بصفة أصلية في الحالات التالية:

- فقدان الحياة، بشرط أن يكون إراديا، فإن فقدتها الحابس عن طريق الاختلاس أو الإكراه، ظل الحبس قائما، وكان للحابس حق استرداد الشيء على أن يرفع دعوى استرداد خلال ثلاثين يوما من الوقت الذي علم فيه بمخرج الشيء من تحت يده، على ألا تتجاوز المدة سنة من يوم الخروج.
- تنازل الحابس عن حقه في الحبس صراحة أو ضمنا، والذي يكون بسكوت الحابس على قيام المدين بأخذ الشيء المحبوس وعدم اعتراضه.
- إذا قدم المدين تأمينا للوفاء بالتزامه سواء كان تأمينا عينيا أو شخصيا، ويقدر قاضي الموضوع مدى كفاية التأمين.
- بزوال سببه، أي بانقضاء حق الحابس لأي سبب من أسباب الانقضاء.

الفصل الثاني: تنفيذ الالتزام بمقابل (بطريق التعويض)

المبحث الأول: حالات التنفيذ بمقابل وشروطه

المطلب الأول: حالات التنفيذ بمقابل

الأصل هو تنفيذ الالتزام عينا وبالتالي لا يلجأ إلى التنفيذ بمقابل إلا عندما لا يقضي بالتنفيذ العيني، غير أن هناك حالات لا بد فيها من اللجوء إلى التنفيذ عن طريق التعويض، وهذه الحالات هي:

- استحالة التنفيذ بفعل المدين أو خطئه (غير أنه إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود يبقى التنفيذ العيني ممكنا دائما).

- إذا كان في التنفيذ العيني إرهابا للمدين، فيجوز الاقتصار على التعويض بشرط ألا يلحق ضررا جسيما بالدائن.
- إذا كان في التنفيذ العيني إرهابا للمدين، فيجوز الاقتصار على التعويض بشرط ألا ينزل ضررا جسيما بالدائن.
- إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا صدر من المدين، ولم تفلح الغرامة التهديدية في حمله على الوفاء.
- إذا كان التنفيذ العيني ممكنا، ولكن لم يطلبه الدائن ولم يعرضه المدين، فيحكم القاضي بالتعويض مادام طلبه الدائن.

المطلب الثاني: نوعا التعويض

ينقسم التعويض إلى نوعين، التعويض عن عدم التنفيذ والذي يحل محل التنفيذ العيني، والتعويض عن التأخر في التنفيذ ويجمع مع التنفيذ العيني، ويكون لتعويض الدائن عن الضرر الذي أصابه نتيجة التأخر في التنفيذ.

المبحث الثاني: شروط استحقاق الدائن للتعويض

هذه الشروط هي ذاتها شروط قيام المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية أو تقصيرية، والتي يشترط فيها الخطأ والضرر وعلاقة السببية، ويضيف المشرع شرطا رابعا وهو الإعذار.

المطلب الأول: تعريف الإعذار

هو تسجيل التأخير على المدين، الغرض منه وضع المدين موضع المقصر في تنفيذ التزامه بإثبات تأخره عن الوفاء به، حيث أنه على الدائن أن يظهر للمدين نيته في اقتضاء الدين، وأن غير متسامح في التأخير وذلك عن طريق إعذاره.

المطلب الثاني: طريقة الإعذار

طبقا لنص المادة 180 ق م فإنه يتم إعذار المدين عن طريق إنذاره أو ما يقوم مقام الإنذار، والإنذار هو عبارة عن ورقة رسمية من أوراق المحضر القضائي يطلب فيها الدائن تنفيذ الالتزام، وتسلم للمدين على يد الموظف، ويثبت هذا التسليم بتوقيع من تسلمها على الأصل أو ذكر سبب امتناعه عن التوقيع، أما ما يقوم مقام الإنذار فهو صحيفة الدعوى ومحضر الحجز كذلك أي ورقة رسمية تعلن للمدين ويتضح منها بجلاء أن الدائن يطلب التنفيذ.

ويمكن أن يتم الإعذار عن طريق البريد على أن يترك للقاضي تقدير هذا الطريق.

المطلب الثالث: حالات الإعفاء من الإعذار

- حددت المادة 181 رق م الحالات التي يعفى فيها الدائن من إعذار المدين بحيث لم يعد إجراء إلزامي للمطالبة بالتعويض وتتمثل في:
- حالة عدم إمكانية التنفيذ أو أن يصبح غير مجد بفعل خطأ من المدين.
 - حالة الالتزامات غير التعاقدية، حيث لا ضرورة للإعذار إذا كان محل الالتزام تعويض عن فعل مضر.
 - حالة إذا ما صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ الالتزام.
 - حالة الاتفاق على أن يكون المدين معذرا بمجرد حلول أجل التنفيذ ولا حاجة لأي إجراء آخر (المادة 180 ق م).

المطلب الرابع: آثار الإعذار

- يستطيع الدائن إجبار مدينه على الفاء ومطالبته بالتعويض عن جميع الأضرار التي تلحقه بعد ذلك من جزاء التأخر في التنفيذ.
- إمكانية المطالبة بفسخ العقد التبادلي بسبب عدم قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه (المادة 119 ق م).
- انتقال تبعة الهلاك من الدائن إلى المدين (المادة 168 الفقرة 01 ق م).

المبحث الثالث: كيفية تقدير التعويض

المطلب الأول: التعويض القضائي

يكون التعويض مستحقا مقابل التأخير في التنفيذ أو مقابل عدم التنفيذ، ويجب أن يكون في الحالتين جابرا لكل الضرر الذي أصاب الدائن، حيث يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب (المادة 182 ق م)، كما يشمل التعويض الضرر المباشر فقط، وهو الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام بحيث لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، كما ويشمل التعويض الضرر المتوقع فقط عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية، في حين يشمل التعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع عن عدم تنفيذ الالتزامات غير التعاقدية (الفعل غير المشروع).

الفرع الأول: طريقة التعويض

حسب المادة 132 ق م يكون للقاضي اختيار طريقة التعويض التي يراها مناسبة فقد يكون مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا مدى الحياة، كما ويجوز في كلا الحالتين الزام المدين بأن يقدم تأمينا، كما يكون للقاضي أن يحكم بتعويض نهائي إذا تيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض

بصفة نهائية، كما يستطيع أن يحتفظ للدائن بحقه في أن يطالب مرة أخرى بإعادة تقدير التعويض (المادة 131 ق م)، وهو ما يعرف بالتعويض المؤقت.

الفرع الثاني: مدى تدخل درجة الخطأ في تقدير التعويض

القاعدة في التعويض أن يراعى فيه جسامته الضرر لا جسامته الخطأ، فمهما كان الخطأ يسيرا أو جسيما فيجب أن يجبر التعويض كل الضرر، ولا يجوز مطلقا أن يزيد التعويض عن الضرر المباشر، وهذا هو الفرق الأساسي بين التعويض والعقوبة الجزائية.

ولكن في بعض الحالات يمكن للقاضي أن يأخذ في اعتباره جسامته الخطأ ويفرق بين العمد والإهمال عند تقدير التعويض، ومن تطبيقات ذلك:

- نص القانون على عند تحديد التعويض بعد الحكم بالغرامة التهديدية أن يدخل القاضي في اعتباره مدى العنت الذي بدا من المدين (المادة 175 ق م).
- يشمل التعويض في المسؤولية العقدية في حالة الغش أو الخطأ الجسيم الاضرار المتوقعة وغير المتوقعة (المادة 182 الفقرة 02 ق م).
- أورد المشرع في المادة 131 ق م عبارة "مع مراعاة الظروف الملائمة"، والمقصود بها الظروف المحيطة بالواقعة والتي يجي الاعتداد بها عند تقدير التعويض، ومن بينها ظروف ارتكاب الخطأ.

المطلب الثاني: التعويض الاتفاق (الشرط الجزائي)

الفرع الأول: تعريف الشرط الجزائي

هو الاتفاق مسبقا على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن غذا أخل المدين مستقبلا بالتزامه، سواء كان هذا الإخلال عدم تنفيذ للالتزام أو التأخر فيه، فالشرط الجزائي تقدير اتفاقي للتعويض، وحتى يعتبر هذا الاتفاق شرطا جزائيا فإنه يتعين أن يبرم قبل الإخلال بالالتزام، سواء كان رادا في العقد المنشأ للالتزام أو في اتفاق لاحق (المادة 183 ق م).

الفرع الثاني: خصائص الشرط الجزائي

أولا: التزام تابع للالتزام الأصلي

حيث لا يجوز الاتفاق على الشرط الجزائي استقلالا فهو دائما يقوم إلى جانب التزام آخر أصلي، ويترتب على هذه الصفة مايلي:

- بطلان الالتزام الأصلي يترتب عليه بطلان الشرط الجزائي.
- إذا سقط الالتزام الأصلي نتيجة استحالة تنفيذه بقوة قاهرة سقط معه الالتزام بالشرط الجزائي.

- إذا فسخ العقد الذي أنشأ الالتزام الأصلي فن هذا الأخير يسقط ويؤدي إلى زوال الشرط الجزائي.
- إذا كان الالتزام الأصلي موصوفا فإن هذا الوصف يلحق الشرط الجزائي بالتبعية.

ثانيا: أنه التزام احتياطي

فهو وسيلة احتياطية لا يلجأ إليه إلا عند عدم تنفيذ الالتزام عيناً، حيث لا يستطيع الدائن إلا المطالبة بالالتزام الأصلي ما دام التنفيذ العيني ممكناً، كما لا يجوز للمدين أن يعرض على الدائن إلا الالتزام الأصلي، لأن الالتزام بالشرط الجزائي ليس بديلاً ولا تخيراً.

ثالثا: الشرط الجزائي هو تقدير جزائي للتعويض

فهو اتفاق مسبق على التعويض، وهذا الاتفاق ليس هو مصدر التعويض، وإنما ينشأ التعويض من مصدر آخر هو عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه، ويترتب على ذلك أنه يشترط لاستحقاق الشرط الجزائي كل شروط التعويض، وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية وأيضاً الإعذار (المادة 184 ق م).

الفرع الثالث: شروط استحقاق الشرط الجزائي

1- الخطأ: حيث يشترط وقوع خطأ من جانب المدين وفي غالب الأحيان يكون عقدياً، وعلى الدائن إثبات هذا الخطأ.

2- الضرر: فإذا لم يصب الدائن أي ضرر فلا يستحق الشرط الجزائي (المادة 184 الفقرة 01 ق م).

3- علاقة السببية: فإذا انتفت علاقة السببية بإثبات المدين السبب الأجنبي أو انتفت بأن كان الضرر غير مباشر أو غير متوقع في المسؤولية العقدية فلا مجال لإعمال الشرط الجزائي.

4- الإعذار: وهو شرط لاستحقاق الشرط الجزائي باعتباره تعويضاً اتفاقياً.

الفرع الرابع: آثار الشرط الجزائي

أولاً: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي

يكون للقاضي تخفيض الشرط الجزائي حسب المادة 184 ق م في حالتين:

الحالة الأولى: إذا أثبت المدين أن تقدير التعويض كان مبالغاً في إلى درجة كبيرة، والقاضي لا يخفض الشرط الجزائي ليصبح مساوياً للضرر بل يزيل ما فيه من مبالغة.

الحالة الثانية: إذا أثبت المدين أنه أوفى جزء من التزامه الأصلي، حيث أن الشرط الجزائي وضع أصلاً لحالة عدم التنفيذ الكامل للالتزام، فإذا كان المدين قد نقد جزء من التزامه فإن قواعد العدالة تقضي بعدم إلزام المدين بكل الشرط الجزائي، وسلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي في هذه الحالة تعد من النظام العام بحيث يعد باطلاً كل اتفاق على ما يخالف ذلك (المادة 184 الفقرة 03 ق م).

ثانيا: سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي

طبقا للمادة 185 ق م فإن الدائن لا يستطيع أن يطالب المدين إلا بقيمة الشرط الجزائي، فإذا كان أقل من الاضرار الواقعة بالدائن فإنه يعتبر من قبيل الاتفاق على التخفيف من المسؤولية، ومثل هذا الاتفاق جائز، أما إذا لحق الدائن ضررا أكبر نتيجة غش أو خطأ جسيم فإن الاتفاق على التخفيف من المسؤولية يعد باطلا حسب المادة 187 الفقرة 02 ق م، وفي هذه الحالة يبطل الشرط الجزائي ويقدر القاضي التعويض وفق ما هو مقرر في القواعد العامة/ فيحكم بتعويض جابر لكل الشرر ولو كان أكبر من قيمة الشرط الجزائي.

ثالثا: حكم تفاهة الشرط الجزائي

يكون الشرط الجزائي التفاهة من قبيل الإعفاء من المسؤولية، وفي هذه الحالة نميز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، ففي المسؤولية العقدية يكون الاتفاق على الإعفاء منها جائزا إلا في حالة الغش أو الخطأ الجسيم، وبالتالي يبقى الاتفاق صحيحا والشرط الجزائي مستحقا، أما في المسؤولية التقصيرية فالاتفاق على الاعفاء منها باطل (المادة 178 الفقرة 03 ق م)، وبالتالي يبطل الشرط الجزائي التفاهة المتفق عليه عن عدم تنفيذ الالتزام التقصيري، ويكون للقاضي تقدير التعويض بحسب ما هو مقرر في القواعد العامة.

في الأخير تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري إلى حالة خاصة أخرى بالإضافة إلى التعويض القضائي والتعويض الاتفاقي، وهي التعويض عن الضرر اللاحق عن التأخر في التنفيذ، نصت عليها المادة 186 ق م، وهو ليس تعويضا قانونيا، ونشير إلى أن الضرر من تأخر المدين في الوفاء مفترض لا يقبل إثبات العكس، ويشترط شروطا خاصة تختلف عن تلك المطبقة في المسؤولية المدنية تتمثل في:

- أن يكون محل الالتزام مبلغا من النقود.
- أن يتأخر المدين عن الوفاء به.
- أن يقوم الدائن بالمطالبة به مع اصل الدين.
- أن يكون المبلغ محل الالتزام معلوم المقدار عند الطلب.

الفصل الثالث:

الوسائل التي تكفل للدائن تنفيذ الالتزام

يقرر المشرع الجزائري في نص المادة 188 ق م لجميع الدائنين الحق في الضمان العام، حيث تكون جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه، حيث أن الدائن يستطيع أن ينفذ بحقه على أموال مدينه، ويلاحظ أن الضمان العام يتميز بمجموعة من الخصائص:

- الضمان العام لا يقع على مالا معين بالذات من أموال المدين، بل هو عام يرد على أموال الدين جميعا، ويشمل كل ما ذمته من أموال وقت التنفيذ، لذا فإنه يتضمن الأموال التي تدخل في ذمة المدين بعد نشوء الدين، وفي المقابل فهو لا يشمل الأموال التي تخرج من ذمته بعد نشوء الدين.
- يكون الدائنون متساوون في المرتبة أمام الضمان العام، لذا يسمى أحيانا بالضمان المشترك، فلا يتقدم دائن على آخر وفقا لأسبقية نشوء الدين، فإذا كانت أموال المدين غير كافية للوفاء بما عليه من ديون لدائنيه اقتسموا حاصل التنفيذ فيما بينهم قسمة غرماء، أي حصول كل دائن على نسبة من مال المدين، تعادل نسبة دينه إلى مجموع الديون.

بمذه الخصائص فإن الدائن العادي صاحب الضمان العام يتعرض لخطرين شديدين، الأول خطر تصرف المدين في أمواله، والثاني هو خطر مزاحمة الدائنين الآخرين له، لذلك فقد قرر المشرع الجزائري للدائن الحق في استعمال مجموعة من الدعاوى الغرض منها حمايته والمحافظة على الضمان العام والتي تتمثل في الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة، والدعوى البوليصية وأخيرا دعوى الصورية والتي لنا تفصيل فيها كمايلي:

المبحث الأول: الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة

المطلب الأول: الدعوى غير المباشرة

نصت عليها المادة 189 ق م وهي وسيلة وضعها المشرع في يد الدائن ليحمي بها حقه في الضمان العام نتيجة تقصير المدين في استعمال بعض حقوقه أو المطالبة بها، فهدفها حماية الدائن من تقصير المدين وذلك بأن يباشر بنفسه حقوق مدينه ودعواه نيابة عنه.

الفرع الأول: شروط الدعوى غير المباشرة

أولاً: الشروط المتعلقة بالحقوق والدعاوى التي يجوز للدائن استعمالها باسم المدين

طبقاً للمادة 189 الفقرة 01 ق م فإن سلطة الدائن في استعمال حقوق مدينه ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على منع الدائن من مباشرة حقوق المدين، في غير وجود مثل هذا الاتفاق فإنه يجوز للدائن مباشرة جميع حقوق مدينه نيابة عنه باستثناء طائفتين من الحقوق هي:

1- الحقوق غير القابلة للحجز عليها:

وهي حقوق تخرج من الضمان العام للدائنين، فالغرض من الدعوى غير المباشرة هو إدخال المال في ذمة المدين بقصد التنفيذ عليه، فإذا لم يكن هذا ممكناً امتنع بالتالي استعمال هذه الدعوى، ومثال الحقوق غير القابلة للحجز الأموال العامة وأموال النفقة.

2- الحقوق والدعاوى المتصلة بشخص المدين:

ويقصد بها الحقوق غير المالية والحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية كحق المدين في طلاق زوجته ودعوى إثبات النسب ولو ترتب عليها حقوقاً مالية كالحق في الميراث. وتضاف إلى هذه الحقوق والدعاوى تلك المتعلقة بالمطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي، وكذلك حق المؤلف في نشر مؤلفه أو إعادة نشره.

3- الرخص:

تكون الرخصة في الحق الذي يتوقف نشوؤه على إعلان إرادة من جانب الشخص، فمثلاً لا يجوز للدائن قبول هبة نيابة عن المدين، ولا قبول شراء صفقة رابحة، كذلك لا يجوز له أن يقبل إيجاباً موجهاً للمدين.

ثانياً: الشروط المتعلقة بالمدين

وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

1- تقصير المدين في استعمال حقه بنفسه:

يستوي أن يكون هذا التقصير نتيجة إهمال أو يكون بقصد الإضرار بالدائنين، ويكفي لإثبات هذا التقصير إثبات أن المدين لم يستعمل حقه بنفسه.

2- إعسار المدين:

حيث يتعين على الدائن أن يثبت أن عدم استعمال المدين لحقه يسبب إعساره أو يزيد في هذا الإعسار، والإعسار المقصود به هنا هو الإعسار الفعلي، أي زيادة الديون على الحقوق.

3- إدخال المدين خصما في الدعوى:

وهذا شرط شكلي نصت عليه المادة 189 في فقرتها الثانية، حيث يتعين على الدائن إدخال المدين في الخصومة، ولا يكفي التكليف لأنه يبقى مجرد إنذار.

ثالثا: الشروط التي ترجع إلى الدائن

يشترط في الدائن شرطا واحدا وهو أن يكون حقه ثابتا، أي غير متنازع فيه أو احتماليا، ولكن لا يشترط أن يكون حق الدائن قبل للتنفيذ، كما لا يشترط أن يكون معلوم المقدار ولا مستحق الأداء، فقد نصت المادة 189 ق م على أنه يجوز للدائن رفع دعوى غير مباشرة ولو كان حق المدين معلقا على شرط واقف أو مضافا إلى أجل.

كما لا يشترط أن يكن حق الدائن سابقا على حق المدين لدى الغير والذي يستعمله الدائن في الدعوى غير المباشرة.

الفرع الثاني: آثار الدعوى غير المباشرة

أولا: آثار الدعوى بالنسبة للمدين

تقتضي فكرة النيابة أن يرجع الحق المطالب به بموجب الدعوى غير المباشرة إلى ذمة المدين لا إلى ذمة الدائن الذي يباشر الدعوى، ويدخل هذا الحق في الضمان العام لجميع الدائنين، وسكون للمدين التصرف فيه بعد ذلك كيفما شاء.

ثانيا: بالنسبة للغير

يمكن للغير أن يتمسك في مواجهة الدائن بجميع الدفوع التي يستطيع أن يتمسك بها ضد المدين نفسه، فله أن يتمسك بانقضاء الدين أو ببطالان العقد الذي نشأ الدين عنه.

ثالثا: بالنسبة للدائن

يمكن للدائن أن يطالب بحق المدين لدى الغير ولو فاق مقداره مقدار حقه في ذمة المدين، غير أن آثار الدعوى لا تنصرف إلى ذمته بل إلى ذمة المدين، وتدخل في الضمان العام لجميع الدائنين، حيث لا يستأثر وحده بنتائج الدعوى.

المطلب الثاني: الدعوى المباشرة

حوّل المشرع للدائن إلى جانب الدعوى غير المباشرة دعوى مباشرة يرفعها باسمه شخصا على مدين مدينه ليحصل على حقه مباشرة، ولكن هذه الدعوى لا تثبت إلا بنص خاص وفي حالات محددة، وتجدر الإشارة إلى أنه على عكس الدعوى غير المباشرة يشترط أن يكون حق الدائن مستحق

الأداء وقابل للتنفيذ وألا يزيد ما يطالب به عن مقدار حقه في ذمة المدين، لأن الغرض من الدعوى المباشرة هو استفاء حقه.

الفرع الأول: المؤجر مع المستأجر من الباطن (المؤجر الفرعي)

للمؤجر أن يرفع دعوى على المستأجر من الباطن يستطيع بموجبها أن يطالبه بالأجرة وغيرها من الالتزامات التي أنشأها عقد الإيجار من الباطن في ذمة المستأجر الفرعي الأصلي، والمقدار الذي يطالب به المؤجر الأصلي هو المقدار الذي في ذمة المستأجر الفرعي للمستأجر الأصلي وقت إنذار المستأجر الفرعي. (المادة 507 ق م).

الفرع الثاني: المقاول الفرعي والعمال مع رب العمل (المادة 565 ق م)

يمكن لعمال المقاولين وللمقاولين الفرعيين رفع دعوى مباشرة ضد رب العمل يطالبونه فيها بما في ذمته للمقاول وقت رفع الدعوى إلا إذا كان في ذمة المقاول أقل من هذا المقدار، فيطالبون بما لهم في ذمة المقاول فقط.

كذلك لعمال المقاولين الفرعيين رفع دعوى مباشرة على النحو المتقدم ضد المقاول الأصلي وأيضا ضد رب العمل.

الفرع الثالث: الموكل مع نائب الوكيل (المادة 580 ق م)

يتضح من هذا النص أن عقد الوكالة من الباطن ما بين الوكيل ونائبه ينشأ دعوى مباشرة للموكل بالرجوع على نائب الوكيل مباشرة بالتعويض عن الأضرار الناجمة بسبب سوء تنفيذ الوكالة.

الفرع الرابع: المضرور مع شركة التأمين

حسب المادة 619 ق م فإن المضرور له دعوى مباشرة ضد شركة التأمين فيطالبها بما في ذمتها للمؤمن له.

الفرع الخامس: رب العمل ونائب الفضولي (المادة 154 الفقرة 02 ق م)

لرب العمل الحق في رفع دعوى مباشرة ضد نائب الفضولي الذي عهد إليه الفضولي بكل العمل وبيعضه للمطالبة بالتعويض بسبب الأخطاء التي يرتكبها أثناء تنفيذ العمل.

المبحث الثاني: دعوى عدم نفاذ تصرفات المدي (الدعوى البوليصية)

مكن المشرع الدائن من وسيلة تهدف إلى حمايته من تصرفات مدينه التي يجريها إضرارا به، تسمى هذه بالدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ تصرفات المين (المادة 191 ق م).

المطلب الأول: شروط استعمال الدعوى البوليصة

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالتصرف المطعون فيه

أولاً: أن يكون التصرف قانونياً

إذ لا يمكن الطعن بالدعوى البوليصة في أعمال المدين المادية ولا في التزاماته غير الإرادية، لأن هذه الالتزامات لا تنشأ في ذمة المدين بإرادته، وبالتالي لا يستطيع الدائن أن يزعم أنها قد تمت بقصد الإضرار به ولو أدت هذه الأعمال إلى إعسار المدين.

ثانياً: ألا يكون التصرف متعلقاً بحق متصل بشخص المدين أو غير قابل للحجز عليه

كما إذا تنازل المدين عن حقه في رفع دعوى تعويض عن الضرر الأدبي، وكذلك بالنسبة للحقوق غير المالية ولو ترتب عليها آثاراً مالية، كعقد الزواج أو الإقرار بالبنوة، كذلك لا يمكن الطعن بالدعوى البوليصة في الحقوق التي لا يجوز الحجز عليها كالنفقة.

ثالثاً: أن يكون التصرف مفقراً

يعتبر التصرف مفقراً حسب المادة 191 ق م إذا أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته، سواء كان العقد بعوض أو بدون عوض، ولكن في المقابل لا يمكن الطعن بالدعوى البوليصة في تصرفات المدين التي من شأنها منع زيادة حقوقه أو منع انقاص التزاماته، كما إذا رفض قبول هبة معروضة عليه، أما فيما يتعلق بالنزول عن التقادم فإن المادة 322 الفقرة 01 ق م اعتبرته تصرفاً مفقراً إذا صدر بقصد الإضرار بالدائنين.

كما قد يلجأ المدين إلى تفضيل أحد دائنيه كأن يقدم له رهناً على أحد أمواله، وهذا يعطيه الحق في استيفاء حقه قبل الدائنين الآخرين، ومثل هذا التصرف يمكن الطعن فيه بالدعوى البوليصة (المادة 196 ق م)، كذلك في حالة وفاء المدين لدائن دون الآخرين قبل حلول الأجل الذي عين للوفاء، فلا يسري هذا الوفاء في حق باقي الدائنين.

رابعاً: أن يكون التصرف المطعون فيه تالياً لوجود حق الدائن

العبرة في أسبقية حق الدائن هي تاريخ نشوء الحق لا بتاريخ استحقاقه، أما إذا كان تصرف المدين قد قصد به الإضرار بشخص يوشك أن يكون دائنه، فإن لهذا الدائن في التصرف بالرغم من أسبقية التصرف على تاريخ نشوء حق الدائن.

الفرع الثاني: الشروط التي ترجع إلى الدائن

- في جميع الأحوال يستطيع الدائن أن يرفع الدعوى البوليصية بصرف النظر عن مصدر دينه سواء كان عقداً أو واقعة مادية أو عمل غير مشروع.
- إن الحق في الطعن بالدعوى البوليصية مقرر لكل من الدائن العادي والدائن صاحب الضمان الخاص.
- يستطيع الدائن رفع الدعوى دون أن يكون له سند تنفيذي، إذ لا تعد من إجراءات التنفيذ وإن كانت تمهد له.
- يشترط في حق الدائن أن يكون مستحق الأداء غير معلق على شرط واقف أو مضاف إلى أجل، كما يشترط فيه أن يكون ثابتاً أي غير متنازع فيه ومؤكّد غير احتمالي.

الفرع الثالث: الشروط التي ترجع إلى المدين

أولاً: أن يؤدي المتصرف المطعون فيه إلى إعسار المدين أو الزيادة في إعساره

ويكفي لإثبات هذا الشرط أن يثبت الدائن مقدار ما في ذمة المدين من ديون، ويكون على المدين إثبات أن له مالا يساوي قيمة هذه الديون أو يزيد عليها، كما يشترط أن تبقى حالة الإعسار قائمة إلى حين رفع الدعوى.

ثانياً: شرط الغش أو قصد الإضرار

لما كان إثبات نية الإضرار من الأمور الشاقة على الدائنين فقد قرر المشرع تيسير الأمر على الدائنين، إذ يكفي لاعتبار المتصرف منطوياً على غش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالماً بأنه معسر (المادة 192 ق م)، غير أنها قرينة غير قاطعة يمكن إثبات عكسها.

كما اشترط المشرع في المعاوضات أن يكون الغش من جانب المتصرف إليه أيضاً، ويكفي علم المتصرف إليه بأن المدين في حالة إعسار حتى يعتبر ذلك غشاً منه.

أما إذا كان المتصرف تبرعاً فإنه يكفي إثبات علم المدين بإعساره، ولا ينفذ هذا التصرف في حق الدائن ولو كان المتبرع إليه حسن النية.

كما يشترط لرفع الدعوى البوليصية ألا تتقادم الدعوى بمرور المدة، ومدة التقادم هي 03 سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف وليس من تاريخ التصرف، وجميع الأحوال تسقط الدعوى بمرور 15 سنة من تاريخ التصرف.

المطلب الثاني: آثار الدعوى البوليصة

إن هدف الدعوى البوليصة هو عدم نفاذ التصرف في مواجهة الدائن، فهي ليست دعوى بطلان، ويترتب على ذلك أن تصرف المدين لا يبطل بل يكون صحيحا بالنسبة إلى المدين ومن تصرف معه.

الفرع الأول: أثر الدعوى بالنسبة للدائن

أولا: سقوط الدعوى إذا لم تعد للدائن مصلحة

حيث تسقط الدعوى إذا استطاع المتصرف إليه التخلص منها وذلك بإحدى الطريقتين:

1- إذا أدى المتصرف إليه إلى الدائن ما هو مستحق له في ذمة المدين، أو إذا قام المدين نفسه بالوفاء للدائن.

2- إذا أودع المتصرف إليه ثمن المثل للشيء الذي كسبه في الخزنة العامة (المادة 195 ق م).

ثانيا: عدم نفاذ التصرف في حق الدائن

إذا لم يستوف الدائن حقه بعد رفع الدعوى ولم يودع المتصرف إليه ثمن المثل بالخزنة فيحكم بعدم نفاذ التصرف في مواجهة الدائن رافع الدعوى وبالنسبة لجميع الدائنين الآخرين، فيعتبر هذا التصرف بالنسبة لهم كأن لم يوجد أصلا (المادة 194 ق م).

الفرع الثاني: أثر الدعوى بالنسبة للمدين والمتصرف إليه

يبقى التصرف صحيحا بين المتعاقدين حيث أن الدعوى البوليصة لا تؤدي إلى إبطال التصرف، فهو يبقى صحيحا بين الطرفين مع عدم نفاذه في حق الدائن، ويترتب على ذلك مجموعة من النتائج:

- إذا بقي من ثمن الشيء محل التصرف شيء بعد التنفيذ فإن هذا الباقي يكون من حق المتصرف إليه لا من حق الدائن.

- يحق للمتصرف إليه أن يرجع على المدين بالدعاوى الناشئة عن العقد، كطلب الفسخ أو التنفيذ بمقابل.

- إذا أوفى المتصرف إليه بحق الدائن له أن يرجع على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب.

المبحث الثالث: دعوى الصورية

قد يلجأ المدين إلى إجراء تصرف صوري إضرارا منه بدائنيه وذلك لإبعاد أمواله محل التصرف الصوري من الضمان العام لهؤلاء الدائنين، وقد حوّل القانون للدائن حق رفع دعوى يكشف بها عن صورية التصرف وتعرف بدعوى الصورية.

تعرف الصورية بأنها إخفاء حقيقية معينة وراء مظهر قانوني كاذب، وهي تقسم إلى:

- صورية مطلقة: ويكون العقد الظاهر صورياً بحتاً ومرد مظهر لا وجود له في الحقيقة، فالصورية تنصب على وجود العقد.

- صورية نسبية: وفي هذا النوع من الصورية يوجد تصرف قانوني حقيقي ولكن يهدف المتعاقدان إلى إخفاء جانب من حقيقة التصرف، وقد يكون الهدف و إخفاء طبيعة العلاقة بينهما وهذه هي الصورية بطريق التستر، ومثالها إخفاء الهبة في صورة بيع، وقد يكون الهدف من الصورية هو إخفاء شرط من شرط التصرف أو ركن فيه، وهي الصورية بطريق المضادة كأن يذكر في عقد البيع ثمن أعلى من الثمن الحقيقي، وقد يكون الهدف من الصورية هو إخفاء أحد أطراف التصرف بسبب أن القانون يمنع بعض الأشخاص من إبرام تصرف معينة لصفة فيهم، وهذه هي الصورية بطريق التسخير.

المطلب الأول: شروط دعوى الصورية

يشترط لقبول دعوى الصورية توفر مجموعة من الشروط تتمثل في:

- أن يوجد عقدان أو موقفان أحدهما ظاهر والآخر مستتر أو خفي، يتحد فيهما الأطراف والموضوع.
- اتجاه إرادة المتعاقدان إلى إخفاء العلاقة الحقيقية أو جانب منها وراء العقد الظاهر.
- أن يتعاصر العقدان، أي أن يصدران معا في وقت واحد، والعبرة في هذه الحالة بالمعاصرة الذهنية.
- أن يكون حق الدائن ثابت غير متنازع فيه، ولا يشترط أن يكون مستحق الأداء كما لا يشترط إثبات غش المدين أي نية الإضرار بالدائن، كما لا يشترط أيضا أن يكون تصرف المدين قد سبب إعساره أو زاد في هذا الإعسار، لأن هدف دعوى الصورية هو الكشف عن الواقع.

المطلب الثاني: آثار دعوى الصورية

الفرع الأول: فيما بين المتعاقدين

طبقا للمادة 199 ق م فإن العبرة فيما بين المتعاقدين بالعقد الحقيقي دون العقد الظاهر، حيث يحتج بالعقد الحقيقي في العلاقة بين الطرفين وخلفهما العام، ويكون على من يدعي الصورية إثبات إدعائه، والقاعدة أنه لا يجوز للمتعاقدين أن يثبتا ما يخالف الثابت بالكتابة إلا بالكتابة وغالبا ما تكون ورقة ضد.

الفرع الثاني: آثار الصورية بالنسبة للدائنين والخلف الخاص

طبقا للمادة 198 ق م فإنه يستطيع الغير متى كان حسن النية أن يتمسك بالعقد الصوري أي الظاهر، ويقصد بالغير هنا الدائنون العاديون للمتعاقدين والخلف الخاص لهم، سواء كان اكتسابهم للحق قبل التصرف الصوري أو بعده.

ومعنى حسن النية أن الغير يجهل بالتصرف الحقيقي المستتر، أي يجهل بصورية التصرف، ومع ذلك يكون للغير الحسن النية بحسب الأصل أن يتمسكوا بالعقد الحقيقي المستتر.

أما في حالة تعارض مصالح دائني المتعاقدين فإن المادة 198 ق م لم تتضمن حكما لمثل هذه الحالة، واقتصرت على حقهم بالتمسك بالعقد الصوري متى كانوا حسني النية، مع أنه قد يكون من مصلحة دائني أحد المتعاقدين التمسك بالعقد الحقيقي، في حين يكون من مصلحة دائني المتعاقد الآخر التمسك بالعقد الصوري، ويتجه الفقه الغالب إلى أن الأفضلية تكون لمن يتمسك بالعقد الظاهر.

تجدر الإشارة إلى أن دعوى الصورية لا تتقدم لأن في هذه الدعوى تقرير صورية العقد الظاهر الذي لا وجود له، وهي حقيقية قائمة مستمرة لا تتغير بمرور المدة.

المحور الثاني: أوصاف الالتزام

أوصاف الالتزام هي أمور عارضة تلحق الالتزام في أحد عناصره، فقد تلحق العلاقة القانونية في حد ذاتها، ويتعلق الأمر بالشرط والأجل، وقد يلحق الوصف محل العلاقة القانونية فنكون أمام تعدد محل الالتزام، كما قد يلحق الوصف أطراف العلاقة القانونية فنجد تعدد الدائنين أو المدينين (التضامن وعدم القابلية للإنقسام).

الفصل الأول: الشرط والأجل

المبحث الأول: الشرط

المطلب الأول: مفهوم الشرط

الشرط أمر مستقبلي محقق الوقوع يترتب على تحققه وجود الالتزام أو زواله، والتعليق على شرط وصف يلحق الالتزام وليس التصرف القانوني فهو ليس ركنا في الالتزام.

الفرع الأول: أنواع الشرط.

أولا: الشرط الواقف

هو الذي يترتب على تحققه وجود الالتزام.

ثانيا: الشرط الفاسخ

الذي يترتب على تحققه زوال الالتزام.

الفرع الثاني: خصائص الشرط

أولا: الشرط أمر مستقبلي

يجب أن يكون الشرط أمرا مستقبلا، حيث أنه إذا علق الالتزام على أمر تم وقوعه من قبل فإن الالتزام يكون منجزا غير مشروط، ولو جهل المتعاقدان تحقق الشرط عند إبرام العقد (المادة 202 ق م).

ثانيا: أن يكون الشرط أمرا ممكنا

إذا كان الشرط مستحيلا أي لا يمكن وقوعه على الإطلاق انتفت حقيقة التعليق، والاستحالة المقصودة هنا هي الاستحالة المطلقة، وإذا كان الشرط المستحيل واقفا فلن يوجد الالتزام لأن الأمر الذي علق عليه لن يتحقق، وإذا كان الشرط المستحيل فاسخا فلن يزول الالتزام لأن الشرط لن يتحقق. (المادة 203 ق م)

ثالثا: أن يكون الشرط أمر غير محقق الوقوع

حيث يجب أن يكون الشرط أمرا لا يعرف إن كان سيتحقق أم لا (المادة 204 ق م)، فإذا كان الأمر المستقبل محقق الوقوع كان الالتزام مضاف إلى أجل ولو كان الوقت الذي سيتحقق فيه هذا الأمر مجهولا.

رابعا: أن يكون الشرط أمرا مشروعا

يجب أن لا يكون الشرط مخالفا للنظام العام والآداب، فإذا كان الشرط غير مشروع واقفا فإنه يبطل الشرط ويعتبر الالتزام غير قائم (المادة 204 ق م)، أما إذا كان الشرط غير المشروع فاسخا، فإن المادة 204 في الفقرة الثانية منها تميز بين حالتين:

- إذا كان الشرط هو السبب الدافع إلى التعاقد فيبطل الشرط ومعه الالتزام.

- أما إذا كان الشرط ليس هو السبب الدافع الموجب للالتزام فيبطل الشرط ويبقى الالتزام قائما.

خامسا: ألا يكون الشرط إراديا محضا

ونميز فيما يتعلق بهذه الخاصية بين حالتين بحسب طبيعة الشرط في حد ذاته:

1- الشرط الإرادي الفاسخ: وفي هذه الحالة يكون صحيحا سواء توقف على إرادة الدائن أو المدين.

2- الشرط الإرادي الواقف: فيكون صحيحا إذا توقف على إرادة الدائن، أما إذا كان الشرط الواقف إراديا من ناحية المدين فيجب التفرقة بين:

* الشرط الإرادي البسيط: وهو لا يتوقف فقط على إرادة المدين ولكن تتدخل في هذه الفئ هذه الإرادة ظروف وملابسات لا سلطان للمدين عليها، وهو شرط صحيح.

* الشرط الإرادي المحض: وهو الذي يتوقف على الإرادة الكاملة للمدين وهو شرط غير صحيح ويعتبر الإلتزام غير قائم. (المادة 205 ق م).

المطلب الثاني: آثار الشرط

الفرع الأول: آثار الشرط أثناء فترة التعليق

أولا: بالنسبة للشرط الواقف

قبل تحقق الشرط الواقف لا يكون الالتزام نافذا، ويكون للدائن حقا محتملا في ذمة المدين، ويترتب على ذلك مايلي:

- لا يجوز للدائن مباشرة إجراءات التنفيذ، ولا أن يتخذ ما هو من مقدماته كالدعوى البوليصة (المادة 206 ق م).

- سريان التقادم بالنسبة لحق الدائن لا يبدأ لأنه غير مستحق الأداء (المادة 315 ق م).
- للدائن اتخاذ الإجراءات التحفظية ليحافظ على حقه مثل قيد الرهون ورفع الدعاوى غير المباشرة.
- يكون حق الدائن صالحا للخلافة العامة والخاصة.

ثانيا: الشرط الفاسخ

قبل تحقق الشرط الفاسخ يكون للدائن حق مؤكد غير أنه مهدد بالزوال، ويترتب على ذلك ما يلي:

- للدائن أن يباشر إجراءات التنفيذ لاقتضاء دينه.
- للدائن القيام بجميع أعمال التصرف والإدارة، غير أن جميع التصرفات التي تبرم بشأن هذا الحق يتوقف مصيرها بمصيره.
- سريان مدة التقادم بالنسبة للدائن.

الفرع الثاني: آثار الشرط بعد انتهاء فترة التعليق

تنتهي حالة التعليق بتحقق الشرط أو عدم تحققه، غير أن تدخل صاحب المصلحة تدخلا غير مشروع لا يعتد به.

أولا: أثر الشرط الواقف بعد انتهاء فترة التعليق

1- إذا تحقق الشرط الواقف:

- إذا تحقق الشرط الواقف يرجع أثره إلى اليوم الذي نشأ فيه الالتزام، ويترتب على تحقق الشرط الواقف مايلي:- يحق للدائن مباشرة إجراءات التنفيذ وله رفع الدعوى البوليصة.
- يبدأ سريان التقادم بالنسبة لحق الدائن منذ تحقق الشرط.
- إذا أوفى المدين للدائن فلا يستطيع استرداد ما أداه.
- أما إذا تخلف الشرط الواقف فإن الالتزام الذي كان حقا محتملا يصبح عدما، فإذا كان الدائن قد اتخذ الإجراءات التحفظية فإن آثارها تزول، وإذا انتقل إلى الخلف العام أو الخاص فإنه يعتبر كأن لم يكن.

ثانيا: أثر الشرط الفاسخ بعد انتهاء فترة التعليق

- وفقا للمادة 207 ق م فإنه إذا تحقق الشرط الفاسخ فإن حق الدائن الذي كان مؤكدا يزول، ويعتبر هذا الزوال من الوقت الذي أبرم فيه التصرف وليس من وقت تحقق الشرط، وذلك طبقا لقاعدة الأثر الرجعي (م 208 ق م)، غير أن هذه القاعدة ترد عليها مجموعة من الاستثناءات:

- استبعاد الأثر الرجعي للشرط بالاتفاق (الفقرة الأولى من المادة 208 ق م).
- استحالة الرجعية بسبب طبيعة الالتزامات (الفقرة الثانية من المادة 208).
- استحالة تنفيذ الالتزام المعلق على شرط قبل تحققه لسبب لا يرجع للمدين (المادة 208 ف 02 ق م).

2- إذا تخلف الشرط الفاسخ:

إذا تخلف الشرط الفاسخ فإن الحق الذي كان مهددا بالزوال يتأكد بصفة نهائية ويستقر حق الدائن يعتبر نهائيا من وقت إبرام التصرف لا من وقت تخلف الشرط، طبقا لقاعدة الأثر الرجعي.

المبحث الثاني: الأجل

المطلب الأول: مفهوم الأجل

الفرع الأول: خصائص الأجل

أولا: الأجل أمر مستقبل

يكون الأجل في الغالب تاريخا معيناً يحدد لنفاذ الالتزام أو انقضائه، أما إذا كان الأمر الذي أضيف إليه الالتزام الذي وقع فإن الالتزام يكون منجزا.

ثانيا: الأجل أمر محقق الوقوع

وهذه الخاصية هي الفارق الأساسي بين الأجل والشرط، فالحق المضاف لأجل هو حق موجود وكامل، وإن كان نفاذه مؤجلا، في حين أن الحق المعلق على شرط هو حق ناقص غير مؤكد الوجود. إن ميعاد حلول الأجل قد يكون معلوما أو مجهولا (المادة 209 الفقرة 02 من ق م).

الفرع الثاني: أنواع الأجل

أولا: الأجل الواقف والأجل الفاسخ

الأجل الواقف هو الذي يترتب عليه نفاذ الالتزام، أما الأجل الفاسخ فهو الذي يترتب عليه زوال الالتزام.

ثانيا: الأجل الاتفاقي والقانوني والقضائي

- 1- الأجل الاتفاقي: وهو الذي يحدده الطرفان سواء كان تحديدا صريحا أو ضمنيا.
- 2- الأجل القانوني: هو الذي يحدده القانون، ومثاله عقد الإيجار غير المحدد المدة (المادة 852 ق م).
- 3- الأجل القضائي: وهو الذي يمنحه القاضي للمدين مراعاة لظروف معينة (المادة 281 ف 02 ق م).

يختلف الأجل الاتفاقي عن القضائي في أن الأجل القضائي لا يمنع المقاصة إذا توفرت شروطها بين الدين الذي منح له أجل قضائي ودين في ذمة الدائن للمدين له أجل اتفاقي (م 297 الفقرة 02 ق م)، كما أن الأجل القضائي يسقط بالإضافة إلى مسقطات الأجل المقررة في المادة 211 ق م يسقط أيضا إذا أصبح موسرا قبل انقضاء الأجل.

ثالثا: الوفاء عند المقدرة

في هذه الحالة لا يحدد المتعاقدان أجلا للوفاء بل يتفقان على أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه عند المقدرة أو الميسرة، وبموجب المادة 210 ق م فإنه للقاضي سلطة تحديد الميعاد، على أن يراعي ذلك موارد المدين وما يقوم به الرجل الحريص من بذل العناية في سبيل الوفاء بالتزامه.

المطلب الثاني: آثار الأجل

الفرع الأول: آثار الأجل قبل انقضائه

أولاً: الأجل الواقف

قبل انقضاء الأجل يكون للدائن حق مؤكد، لكنه غير مستحق الأداء، أي غير نافذ، ويترتب على أن حق الدائن مؤكد مايلي:

- للدائن اتخاذ الإجراءات التي يحافظ بها على حقه.
- يحق للدائن أن يطالب بتأمين أي بضمان.
- يكون الحق صالحا للخلافة العامة والخاصة من ناحية الدائن والمدين، وفي المقابل يترتب على كون حق دائن غير مستحق الأداء.
- لا يستطيع الدائن إجبار المدين على الوفاء قبل حلول الأجل.
- لا يسري التقادم بالنسبة لحق الدائن.
- لا تقع المقاصة بين حق الدائن وحق آخر للمدين في ذمة الدائن منجزا.
- لا يستطيع الدائن رفع الدعوى البوليصية أو ممارسة الحق في الحبس.
- إذا أوفى المدين الحق فلا يستطيع استرداد ما أداه حتى ولو كان يجهل قيام الأجل (المادة 145 ق م).

ثانيا: الأجل الفاسخ

يكون حق الدائن موجود ونافذ قبل انقضاء الأجل، ولكن هذا الحق مهدد بالزوال عند حلول الأجل، ويترتب على ذلك ما يلي:

- يستطيع الدائن أن يطالب المدين بالوفاء في الحال.
- للدائن أن ينقل حقه للغير ويتصرف فيه ولكن في حدود المدة الزمنية لهذا الحق.
- تسري مدة التقادم بالنسبة لحق الدائن.
- يحق للدائن استعمال الدعوى البوليصية.

الفرع الثاني: آثار الأجل بعد انقضائه

1- أسباب انقضاء الأجل:

ينقضي الأجل لإحدى الأسباب التالية:

- الحلول: يحل الأجل بوقوع الأمر المضاف إليه كالموت، أو انقضاء الميعاد المحدد صراحة أو ضمنا.
- النزول عن الأجل: ينقضي الأجل إذا نزل عنه من ضرب لمصلحته، والغالب يكون لمصلحة المدين، وقد يكون الأجل لمصلحة الدائن كما هو في الوديعة.
- سقوط الأجل: يسقط الأجل إذا توافرت إحدى الأسباب المقررة في المادة 211 وهي:
 - * شهر الإفلاس.

- * إضعاف التأمينات بخطأ من المدين يسقط الأجل إلا إذا اختار الدائن تكملة التأمين.
- * إضعاف التأمينات بسبب أجنبي إذا لم يقدم المدين ضمانا آخر كافيا.
- * إذا تخلف المدين عن تقديم ما وعد بتقديمه من تأمينات.

2- أثر انقضاء الأجل إذا كان واقفا:

- إذا انقضى الأجل الواقف أصبح الالتزام مستحق الأداء دون أن يكون له أثر رجعي، ويترتب على ذلك مايلي: - يكون حق الدائن ثابتا له من تاريخ انقضاء الأجل لا من تاريخ إبرام التصرف.
- يكون للدائن من تلك اللحظة مباشرة إجراءات التنفيذ أو ما هو من مقدماته كالدعوى البوليصية.
- تبدأ مدة التقادم في السريان بالنسبة لحق الدائن.

3- أثر انقضاء الأجل إذا كان فاسخا:

- بانقضاء الأجل الفاسخ ينقضي الالتزام بالنسبة للمستقبل ولا يكون له أثر رجعي، ويترتب على ذلك:

- ينقضي حق الدائن من تاريخ انقضاء الأجل لا من تاريخ نشوء الحق.
- وقف إجراءات التنفيذ وجميع الدعاوى المتعلقة به.

الفصل الأول: تعدد محل الالتزام

المبحث الأول: الالتزام التخييري

إن الالتزام التخييري يرد على أمور متعددة حيث يكون المدين ملزم بأداء أحد منها طبقا لاختياره، فإذا أدى إحدى المحال المتفق عليها برأت ذمته، غير أنه حتى نكون بصدد التزام تخييري يجب أن تتوافر شروط المحل في الأداءات التي التزم بها المدين أو في اثنين منها على الأقل، وإلا كان الالتزام بسيطا وليس موصوفا.

I - الحق في الخيار:

الأصل أن يكون الخيار للمدين غير أنه يمكن أن يكون للدائن بمقتضى نص في القانون (المادة 213 ق م) أو الاتفاق.

لصاحب الحق في الخيار استعماله في المدة المحددة فإن لم تحدد المدة ففي مدة معقولة، ويجب إخبار الطرف الآخر بالاختيار، ويتمنع العدول عن الخيار إلا إذا رضي بذلك الطرف الآخر، فإذا تم الخيار أصبح الالتزام بسيطا، ويكون المحل المختار هو المحل الواجب أدائه منذ نشوء الالتزام.

II - حكم الامتناع عن استعمال حق الخيار (المادة 214 ق م):

ونميز بين حالتين:

1 - فإذا كان الخيار للمدين:

إذا امتنع المدين عن استعمال حقه، فيعين له القاضي أجلا إن طلب الدائن ذلك، فإن لم يفعل قام القاضي بتعيين المحل، والحكم ذاته يسري في حالة تعدد المدينين ولم يتفقوا على الاختيار.

2 - إذا كان الخيار للدائن:

فإذا امتنع الدائن عن استعمال حقه أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فإن الخيار في هذه الحالة يكون للمدين.

III - حكم استحالة التنفيذ: (المادة 215 ق م)

إذا استحال تنفيذ أحد الأشياء بسبب لا يرجع إلى المدين أو الدائن قبل استعمال الخيار، فإن الالتزام لا ينقضي بل يكون محله الشيء الآخر.

أما إذا كان الخيار للمدين واستحال التنفيذ بسبب خطأ من جانبه وشملت الاستحالة جميع الأشياء التي يرد عليها التخيير، فإنه يكون ملزما بدفع قيمة آخر شيء استحال تنفيذه.

لم ينص المشرع على حكم استحالة التنفيذ إذا كان الخيار للدائن وكانت الاستحالة أحد المحلين فقط، وعندئذ تبرأ ذمة المدين من التزامه إلا إذا أراد الدائن استفاء المحل الآخر، على أن يعرض المدين عما استحال الوفاء به، وأما إذا شملت الاستحالة كل الأشياء فإن ذمة المدين تبرأ، وعلى الدائن أن يعرضه عن قيمة أحد المحلين وفقا لاختياره.

إذا كانت الاستحالة بخطاء من المدين وكان الخيار للدائن فإن لهذا الأخير أن يطالب بقيمة ما هلك أو يطالب بما لم يهلك، أو يطالب بقيمة أحد الشيئين إذا شملهما الهلاك.

المبحث الثاني: الالتزام البدلي أو الاختياري

عرفت المادة 216 ق م الالتزام البدلي بأنه يكون الالتزام اختياريا إذا لم يشمل محله إلا شيئا واحدا، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئا آخر.

الشيء الذي يشمل محله الالتزام هو وحده محل الالتزام وهو الذي يعين طبيعته لا البديل الذي تبرأ ذمة المدين بأدائه.

يمكن تحديد الفوارق الأساسية بين الالتزام البدلي والالتزام التخييري فيما يلي:

- الالتزام البدلي يقع على محل واحد ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلا عنه شيئا آخر، أما الالتزام التخييري فيقع على عدة محال.
- في الالتزام البدلي محل الالتزام الأصلي هو الذي يعين على أساسه طبيعته المحل ولا يعتد بالبديل، فإذا استحال على المدين تنفيذ الالتزام الأصلي لسبب لا يرجع إليه فإن الالتزام ينقضي، كذلك إذا كان الالتزام الأصلي غير مشروع فإنه يترتب عليه بطلان الالتزام ولو كان البديل مشروعا.
- أما في حالة استحالة الوفاء بالبديل فإن الالتزام يظل قائما، وهذا بخلاف الحال بالنسبة للالتزام التخييري، فإذا كانت أحد الأمور التي يشملها محل الالتزام التخييري مستحيلة أو غير مشروعة فإن هذا لا يؤدي إلى بطلان الالتزام بل ينحصر في المحال الأخرى الممكنة أو المشروعة.
- قيمة الالتزام تتحدد بقيمة الالتزام الأصلي، أما البديل فلا أهمية له في تحديد قيمة الالتزام.

الفصل الثالث: تعدد طرفي الالتزام

المبحث الأول: التضامن بين الدائنين (التضامن الإيجابي)

إن التضامن لا يفترض فهو لا يتقرر إلا باتفاق بين الدائنين أو المدينين أو بنص القانون، والتضامن الإيجابي يقرر لأي من الدائنين الحق في استيفاء الدين كله من المدين، على أن يرجع الدائنون الآخرون عليه كل بقدر نصيبه، ويترتب على التضامن الإيجابي مجموعة من الآثار تتمثل فيما يلي:

المطلب الأول: آثار التضامن في العلاقة بين الدائنين والمدين

الفرع الأول: وحدة الدين

يترتب على هذا المبدأ مايلي: - إذا وقى المدين بالدين لأي من الدائنين تبرأ ذمته بهذا الوفاء نحو جميع الدائنين (م 218 ف 02 ق م)، بشرط عدم اعتراض أحد الدائنين، ولكنه في حالة وفاة أحد الدائنين فينقسم الدين بين ورثته.

- يحق لأي دائن مطالبة المدين بكل الدين (م 219 ف 01 ق م).

الفرع الثاني: تعدد الروابط

يقصد بهذا المبدأ أن كل دائن تربطه بالمدين رابطة مستقلة عن تلك التي تربط غيره من الدائنين الآخرين بالمدين، ويترتب على ذلك أن كل دائن يتقيد عند مطالبته المدين بالوصف والعيب الذي يخص رابطته، وإذا انقضت رابطة أحد الدائنين لسبب يقوم بالنسبة له هو فإن ذمة المدين قبل باقي الدائنين لا تبرأ إلا بقدر حصة هذا الدائن.

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

- على الدائن أن يتقيد عند مطالبة المدين بالوفاء بالوصف الذي يلحق رابطته. (م 219 الفقرة 01 ق م)

- احتجاج المدين بعيب في الرابطة القانونية لا يكون إلا في مواجهة الدائن الذي عيب رابطته.

- إذا انقضت رابطة أحد الدائنين بسبب يرجع له فإن ذمة المدين قبل باقي الدائنين لا تبرأ إلا بقدر حصة هذا الدائن.

الفرع الثالث: النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر

حيث أن كل دائن ينوب عن غيره من الدائنين فيما ينفع دون ما يضر (م 220 الفقرة 02 ق م)، فإذا قام أحد الدائنين بإعذار المدين فإن المدين يعتبر معذرا بالنسبة للجميع الدائنين، في حين أنه إذا كان هذا الإعذار موجه من المدين إلى أحد الدائنين فإن آثار هذا الإعذار والمتمثلة في انتقال تبعة الهلاك لا تكون إلا بالنسبة لهذا الدائن.

المطلب الثاني: آثار التضامن الإيجابي في علاقة الدائنين فيما بينهم

إن الدين ينقسم فيما بين الدائنين المتضامنين، ويترتب على ذلك أنه إذا استوفى أحدهم الدين من المدين أو جزءا منه فيكون من حق الدائنين جميعا ويقسم بينهم بحسب حصة كل واحد منهم بحسب

ما تم الاتفاق عليه فإذا لم يكن هناك اتفاق فإن القسمة تكون بينهم بالتساوي (المادة 221 ق م)، ويتحمل جميع الدائنين إعسار مدينهم في حالة لم يتم تحصيل الدين كاملا.

المبحث الثاني: التضامن السليبي (التضامن بين المدينين)

يكون التضامن السليبي بين عدة مدينين ملزمين بدين واحد، فيعتبر كل واحد منهم ملزما بكامل الدين في علاقته بالدائن، وهو غير مفترض فيكون مصدره نص القانون أو اتفاق الأطراف.

المطلب الأول: آثار التضامن السليبي في العلاقة بين الدائنين والمدين

تحكم هذه العلاقة مجموعة من المبادئ تتمثل في:

الفرع الأول: وحدة الدين

يترتب على هذا المبدأ مايلي: - كل مدين يستطيع الوفاء بكل الدين، وتبرأ بذلك ذمة باقي المدينين (م 222 ق م)، وفي حالة وفاة أحد المدينين المتضامنين فإن الدين ينقسم بين الورثة إلا إذا كان غير قابل للانقسام.

- للدائن الحق في مطالبة أي مدين بكل الدين. (المادة 223 الفقرة 01 ق م).

الفرع الثاني: تعدد الروابط

حيث أن كل مدين تربطه بالدائن رابطة مستقلة عن تلك التي تربط غيره من المدينين، ويترتب على ذلك أنه يتعين على الدائن عند مطالبته بالدين أن يتقيد بما يلحق رابطة المدين الذي يطالبه من وصف ومن عيوب شابت رابطته هو دون باقي المدينين (م 223 ق م)، وقد تنقضي رابطة أحد المدينين بسبب يقوم إليه دون أن تنقضي رابطة غيره من المدينين.

الفرع الثالث: النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر

كل مدين متضامن يعتبر نائبا عن غيره من المدينين فيما يعود عليهم بالنفع لا فيما يضرهم، ومثاله:

- إذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة لأحد المدينين فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك في مواجهة باقي المدينين (م 230 ف 02 ق م).

- إذا أعذر الدائن أحد المدينين فإن هذا المدين وحده هو الذي يتحمل ما يترتب على ذلك من آثار، فيصبح وحده مسؤولا عن تبعة الهلاك من وقت الإعذار، أما إذا أعذر أحد المدينين الدائن فإن هذا الإعذار يستفيد منه باقي المدينين.

المطلب الثاني: آثار التضامن السلي في العلاقة بين المدينين فيما بينهم

في العلاقة بين المدينين فإنه ينقسم الدين فيما بينهم، فإذا وفى أحد المدينين بكامل الدين يحق له الرجوع على باقي المدينين كل بقدر حصته في الدين (م 234 ق م)، إذا أعسر أحد المدينين المتضامنين فلا يتحمل المدين الموفى وحده نتيجة هذا الإعسار، وإنما يشاركه في هذا بقية المدينين.

المبحث الثالث: الالتزام غير القابل للانقسام

الالتزام غير القابل للانقسام هو الالتزام الذي لا يكون الوفاء به إلا جملة واحدة، وهذا النوع من الالتزام لا تظهر أهميته إلا حين يتعدد طرفا الالتزام، سواء من ناحية الدائنين أو المدينين، وتعدد أطراف الالتزام قد يكون منذ نشوئه، وقد يكون التعدد لاحقا لنشوئه، كما في حالة انقسام الالتزام بين الورثة.

المطلب الأول: حالات عدم القابلية للانقسام

حسب المادة 236 من ق م ج فإنه يمكن أن نورد حالات عدم القابلية للانقسام فيما يلي:

- 1- إذا ورد الالتزام على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم، كما في الالتزام بتقرير حق الارتفاق، أو الالتزام بعدم المنافسة.
- 2- إذا كان الغرض من الالتزام يحتم أن يكون غير قابل للانقسام ولو كان محله قابل للانقسام، كما في التزام المقاول ببناء منزل.
- 3- إذا اتفق الأطراف في العقد على أن تنفيذ الالتزام لا ينقسم.

المطلب الثاني: آثار عدم القابلية للانقسام

الفرع 01: في حالة تعدد المدينين

في هذه الحالة يكون كل مدين ملتزم في مواجهة الدائن بكل الالتزام، على أن يرجع المدين الذي وفى بالدين على الباقيين بالدعوى الشخصية أو دعوى الحلول (م 237 ق م ج). وفي علاقة المدينين فيما بينهم ينقسم الدين، ويشترك المدينون في تحمل إعسار المعسر منهم.

الفرع 02: في حالة تعدد الدائنين

يحق لكل دائن المطالبة بكل الدين، ولبقية الدائنين الرجوع على هذا الدائن كل بقدر نصيبه في الدين، فإذا كان غير قابل للتجزئة بطبيعته فإنه ينقسم في قيمته حصصا بينهم والأصل أن الحصص تكون متساوية إلا إذا كان هناك اتفاق آخر. (م 238 ف 02 ق م ج)، أما إذا اعترض أحد الدائنين فإن المدين ملزم بأن يؤدي الدين للدائنين مجتمعين أو أن يودع الشيء محل الالتزام. (م 238 ف 1 ق م ج).

المطلب الثالث: الفرق بين عدم القابلية للانقسام والتضامن

تتلخص الفوارق الأساسية بين عدم القابلية للانقسام والتضامن في النقاط التالية:

- التضامن يكون باتفاق أو بنص القانون وهو لا يفترض، في حين أن سبب عدم القابلية للانقسام قد يرجع إلى طبيعة الالتزام أو الغرض أو إلى اتفاق الأطراف.
- في عدم القابلية للانقسام يبقى الالتزام كذلك بين ورثة الدائنين، في حين أنه في التضامن الإيجابي إذا توفي أحد الدائنين يلتزم المدين بتقسيم الدين على ورثته (م 218 ف2 ق م).
- إذا كانت عدم القابلية للانقسام ترجع إلى طبيعة المحل واستحال التنفيذ عينا، يكون التنفيذ عن طريق التعويض، ويصبح الالتزام قابل للانقسام، على خلاف الحال في التضامن، حيث يبقى التضامن بين الدائنين أو المدينين حتى ولو تحول الالتزام إلى تعويض.

المحور الثالث: انتقال الالتزام

الفصل الأول: حوالة الحق

المبحث الأول: شروط حوالة الحق

حوالة الحق عقد ينقل بمقتضاه الدائن حقه الشخصي إلى آخر يحل محله في حقوقه قبل المدين، ويسمى الدائن الأصلي محيلا والدائن الجديد محالا له، والمدين محال عليه.

المطلب الأول: شروط انعقاد الحوالة

تتم الحوالة بعقد بين الدائن والمحال له، أي بمجرد تراضييهما، دون حاجة إلى رضا المدين (م 239 ق م)، وهي بذلك تحتاج لانعقادها توافر أركان العقد وشروطه بوجه عام، من تراضي ومحل وسبب.

والأصل أن جميع الحقوق الشخصية يجوز تحويلها أيا كان محلها أو طبيعتها (مدنية أو تجارية)، وسواء كانت منجزة أو موصوفة، كما يستوي أن يكون الحق موجودا أو مستقبلا، غير أن المشرع في نص المادة 239 يستثني من الحوالة بعض الحقوق:

- نص القانون على منع حوالة بعض الحقوق، مثل الحقوق التي لا تقبل الحجز كالنفقة (م 240 ق م).

- أن يكون الحق بطبيعته غير قابل للحوالة، ويكون كذلك إذا كانت شخصية الدائن محل اعتبار في العقد.

- إذا اتفق الطرفان على عدم جواز الحوالة.

المطلب الثاني: شروط نفاذ الحوالة

الفرع 01: نفاذ الحوالة بالنسبة للمدين

حسب المادة 241 ق م فإن الحوالة لا تنفذ بالنسبة للمدين إلا بأحد الإجراءين:

- قبول المدين الحوالة.
- إخبار المدين بالحوالة، ويجوز أن يكون الإخبار بأي وسيلة، كما أنه لا يكون لعلم المدين بالحوالة أي أثر ما دام لم يتم إخباره بها من أحد أطراف الحوالة.

الفرع 02: نفاذ الحوالة بالنسبة للغير

أما بالنسبة للغير فلا تكون الحوالة نافذة في حقهم إلا بإخبارهم بها، أو إذا قبلها المدين وكان قبولها ثابت التاريخ.

المبحث الثاني: آثار الحوالة

المطلب الأول: انتقال الحق للمحال له

يترتب على الحوالة فيما بين طرفيها انتقال الحق المحال به إلى المحال له من وقت انعقاد الحوالة صحيحة، أما بالنسبة للمدين فهذا الحق لا ينتقل إلا من وقت نفاذ الحوالة في مواجهته، ويكون للمحال قبل نفاذ الحوالة في مواجهة المدين اتخاذ جميع الإجراءات التحفظية اللازمة للمحافظة على حقه كإجراء قطع التقادم (م 242 ق م)،

والحق المحال به ينتقل للمحال له بجميع صفاته وتوابعه (م 243 ق م)، ويترتب على ذلك مايلي:

- الحق ينتقل بكل صفاته، سواء كان تجاري أو مدني، وسواء كان منجزا أو مؤجلا...
- ينتقل الحق أيضا بتوابعه، فتشمل الحوالة الأقساط التي لم يكن الدائن قد قبضها بعد، ومن التوابع أيضا الدعاوى التي تحميه، كدعوى الفسخ، وأيضا تسليم سند الدين، كما تعتبر من التوابع التأمينات المقدمة لضمان الحق سواء كانت عينية أو شخصية.
- يكون للمحال له التمسك بجميع الدفعات التي كانت للدائن الأصلي التمسك بها ضد المدين، وفي المقابل يكون للمدين أن يتمسك في مواجهة المحال له بجميع الدفعات الناشئة عن العقد مصدر الحق المحال به الذي كان بينه وبين الدائن الأصلي، كما يمكنه أن يتمسك بالدفعات الناشئة عن عقد الحوالة (م 248 ق م).

ولكن في مقابل كل هذه الحقوق يلتزم المحال له بالالتزامات الناشئة عن الحوالة، فإذا قدمت الحوالة معاوضة يلتزم المحال له بدفع المقابل للدائن الأصلي.

المطلب الثاني: التزام المحيل بالضمان

الفرع الأول: الضمان القانوني

لا يلزم القانون المحيل إلا بضمان وجود الحق وصحته عند انعقاد الحوالة، بشرط أن تكون بعوض، فإذا انقضى الحق بعد ذلك لأي سبب فلا يكون مسؤولاً أمام المحال له، كما يشمل الضمان توابع الحق كالتأمينات، ولكن لا يضمن مدى كفاية هذه التأمينات، ولا ضمان يسار المدين، بحيث لا يكون إلا بوجود شرط الضمان في اتفاق الحوالة.

الفرع الثاني: الضمان الاتفاقي

فقد يتفق الطرفان على الإعفاء تماما من الضمان، كما قد يتفقا على التخفيف من أحكام الضمان، كأن لا يضمن المحيل توابع الحق، وقد يتم التشديد في أحكام الضمان، كأن يتفقا على ضمان وجود الحق وقت حلول أجله، أو على ضمان يسار المدين، وفي هذه الحالة الأخيرة تنص المادة 245 ف 1 على أن المحيل لا يضمن إلا يسار المدين وقت انعقاد الحوالة إلا إذا كان هناك اتفاق مخالف.

الفرع 03: ضمان الأفعال الشخصية

يضمن المحيل للمحال له جميع الأفعال الشخصية التي تصدر منه بعد إبرام الحوالة، والتي من شأنها الانتقاص من قيمة الحق المحال به أو زواله، سواء كانت الحوالة بعوض أو بدون عوض، ويعتبر كل شرط على اسقاط الضمان الشخصي باطلا (م 247 ق م)، ومن الأفعال الشخصية التي قد يقوم بها المحيل هو أن يقوم بتحويل نفس الحق مرة أخرى قبل نفاذ الحوالة الأولى في حق المدين، ويجعل الحوالة الثانية نفاذة قبل الأولى، بحيث يكون المدين ملتزما قبل المحال له الثاني، ولا يكون للمحال له الأول إلا بالرجوع على المحيل للمطالبة برد ما حصل عليه من مقابل لهذه الحوالة، وإذا استحال الرد يكون له المطالبة بالتعويض.

المطلب الثالث: نفاذ حوالة الحق في حالة حجز ما للمدين لدى الغير

الفرع 01: في حالة التزام المحال له والدائن الحاجز

أولاً: إذا وقع الحجز بعد نفاذ الحوالة

إذا وقّع دائن المحيل الحجز على الحق المحال به تحت يد المدين بعد نفاذ الحوالة في حق الغير، يكون الحجز واقعا على ما لا يملكه المحيل، لدى فهو باطل لانعدام محله.

ثانيا: إذا وقع الحجز بعد نفاذ الحوالة

أما إذا وقع الحجز قبل نفاذ الحوالة في حق الغير، فإن الحجز يقع صحيحا، غير أن الحوالة تعتبر بمثابة حجز ثان (م 250 ف 01 ق م)، ويقسم الحق المحجوز بين المحال له ودائن الدائن قسمة غرماء.

الفرع الثاني: التزاحم بين الدائن الحاجز الأول والمحال له والدائن الحاجز الثاني

إذا أعلن الحاجز الأول حجه قبل نفاذ الحوالة، وبعد نفاذها في حق الغير قام دائن آخر بتوقيع حجز آخر، فبالرغم من أن الحجز المتأخر في الأصل يكون باطلا، إلا أن المشرع في المادة 250 ف 02 وتحقيقا لبعض المساواة بين الدائنين الحاجزين، قضى بأن يقسم الحق المحجوز بين الثلاثة قسمة غرماء، على أن يستكمل المحال له حق من نصيب الحاجز المتأخر.

الفصل الثاني: حوالة الدين

المبحث الأول: انعقاد الحوالة

حوالة الدين هي عبارة عن عقد ينقل بمقتضاه الدين الذي على المدين إلى شخص آخر يصبح مدينا مكانه يسمى المحال عليه، وهذا العقد قد يبرم بين المدين الأصلي والمدين الجديد، وقد يتم بين الدائن والمدين الجديد.

المطلب الأول: الحوالة باتفاق بين المدين والمحال عليه

الصورة العادية للحوالة هي أن تتم بين المدين والمحال عليه، لكنها لا تكون نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها (م 252 ف 01 ق م)، ويستطيع الدائن توجيه الإقرار إلى المدين أو المحال عليه، ولا يتطلب القانون شكلا معينا للإقرار، كما قد يكون صريحا أو ضمينيا، غير أنه إذا عين أجلا معقولا للدائن لإصدار قبوله وسكت، فإن سكوته هذا يعد رفضا (م 252 ف 02 ق م). وإذا أقر الدائن الحوالة فلا يجوز للمدين والمحال عليه أن يتفقا على العدول عنها أو تعديلها.

أما إذا رفض الدائن الحوالة فلا تكون نافذة في حقه، والرفض مثل الإقرار لا يشترط له شكلا معينا كما قد يكون صريحا أو ضمينيا، وإذا رفض الدائن الحوالة فلا يجوز له بعد ذلك أن يعود ويقرها من جديد إلا إذا كان الطرفان قد بقيا على اتفاقهما الأول، ومع رفض الدائن الحوالة تبقى قائمة بين المدين الأصلي والمحال عليه، فيكون للأول مطالبة الثاني بالوفاء عند حلول الأجل (م 253 ق م).

المطلب الثاني: الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه

قد تتم الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه، وفي هذه الحالة تتم الحوالة دون حاجة لموافقة المدين، وتنفذ في مواجهته دون هذه الموافقة، بل على الرغم من معارضته، غير أن عدم موافقة المدين تظهر آثارها في أمرين:

الأول: يكون رجوع المحال عليه على المدين الأصلي بما يوفيه للدائن على أساس الإثراء بل سبب أو دعوى الحلول المقررة في القواعد العامة.

الثاني: لا يضمن المدين يسار المحال عليه، بعكس ما إذا تمت الحوالة بموافقته.

وإذا تمت الحوالة فإن ذمة المدين تبرأ من تلك اللحظة، ولا يؤثر في ذلك اتفاق الدائن والمحال عليه في الرجوع عن الحوالة أو إلغائها.

المبحث الثاني: آثار الحوالة

المطلب الأول: آثار الحوالة في علاقة الدائن بالمحال عليه

ويمكن تلخيص هذه الآثار فيما يلي:

- انتقال الدين بصفاته: فإذا كان معلق على شرط أو مضاف إلى أجل فينتقل بشرطة أو أجله، وإذا كان تجاريا فينتقل بهذه الصفة، كذلك إذا بدأ سريان التقادم فينتقل والتقادم مستمر في سريانه، وإذا كان مقترنا بسند تنفيذي فينتقل وهو قابل للتنفيذ.

- انتقال الدين بضماناته: (م 245 ق م) حيث ينتقل الدين للمحال عليه بضماناته العينية، أما إذا كان الدين مضمون بكفالة فإن الكفالة تنقضي بحوالة الدين إلا إذا رضي الكفيل ببقاء الكفالة.

- انتقال الدين بدفعه: (م 256 ق م) يكون للمحال عليه التمسك بجميع الدفع التي كان للمدين الأصلي التمسك بها في مواجهة الدائن، كما يكون للمحال عليه التمسك في مواجهة الدائن بالدفع المستمدة من عقد الحوالة، أما الدفع التي ترجع إلى عقد سابق بين المدين والمحال عليه بموجبه التزم المحال عليه بإبرام الحوالة أو كانت الحوالة تنفيذا لالتزام جاء فيه، فلا يكون له التمسك بهذه الدفع في مواجهة الدائن، فلا يمكن أن يحتج قبل الدائن بعلاقة قانونية هو أجنبي عنها.

المطلب الثاني: أثر الحوالة في علاقة المدين الأصلي بالدائن

الفرع 01: براءة ذمة المدين الأصلي

تبرأ ذمة المدين الأصلي بمجرد انعقاد الحوالة دون حاجة لرضائه، أما إذا تمت الحوالة بعقد بين المدين والمحال عليه، فلا تبرأ ذمة المدين إلا حين إقرار الدائن لهذه الحوالة، وهذه البراءة تتم بقوة القانون.

الفرع 02: التزام المدين الأصلي بضمان يسار المحال عليه

فإذا تمت الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون تدخل المدين فإنه لا يكون ملزماً بضمان يسار المحال عليه إلا إذا وافق على هذه الحوالة، أما إذا تمت الحوالة بين المدين والمحال عليه وأقرها الدائن، فإنه ملزم بالضمان حسب نص المادة 255 ق م، لكن هذا الضمان ليس من النظام العام، فيجوز الاتفاق على الإعفاء منه أو التشديد فيه أو التخفيف منه.

المطلب الثالث: أثر الحوالة في علاقة المدين الأصلي بالمحال عليه**الفرع 01: التزام المحال عليه نحو المدين الأصلي**

يترتب على الحوالة انتقال الدين من المدين الأصلي إلى المحال عليه، حتى قبل إقرار الدائن للحوالة وحتى عند رفضها (253 ف 01)، لأن المحال عليه ملزم بأن يدرأ عن المدين كل مطالبة من جانب الدائن، ويتم تنفيذ هذا الالتزام إما بالوفاء للدائن أو أن يسلم للمدين مقدار الدين لدفعه للدائن. فإذا ما اضطر المدين للوفاء للدائن، كان المحال عليه ملزماً بتعويضه بسبب إخلاله بالتزامه بدرء مطالبة الدائن حسب ما هو مقرر في القواعد العامة.

الفرع 02: التزام المدين الأصلي بما يفرضه عليه عقد الحوالة

إذا كان المدين الأصلي قد التزم في عقد الحوالة نحو المحال عليه بشيء، فلا يحق له مطالبة المحال عليه بالوفاء للدائن إلا إذا كان قد نفذ التزامه هذا (م 253 ق م).