



وزارة التعليم التعليم العلمي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف - المسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية



مطبوعة دروس في مقياس أحكام الالتزام

في القانون المدني الجزائري

إعداد: د بوخرص عبد العزيز

ألقيت على طلبة السنة ثانية حقوق، السنة الجامعية 2019-2020

مقدمة

تناول المشرع الجزائري أحكام الالتزام بالتنظيم ضمن الكتاب الثاني المتعلق بالالتزامات والعقود ابتداء من المواد 160 وما بعدها، وقد أطلق المشرع على الباب الثاني آثار الالتزام وهو اصطلاح درجت القوانين على استعماله وسائرهم في ذلك شرح القوانين المدينة، غير أننا نفضل استعمال مصطلح تنفيذ الالتزام بدلا عن مصطلح آثار الالتزام، لأن الالتزام لا يعدو أن يكون أثرا لمصدره، ولا يُستساغ القول أن الأثر يولد أثرا.

أما الباب الثالث فجاء بعنوان الأوصاف المعدلة للالتزام من المواد 203 إلى 238، في حين خصص الباب الرابع (239 إلى 257) والخامس (258 إلى 322) إلى انتقال الالتزام وانقضائه على التوالي.

على هذا الأساس نتناول أحكام الالتزام بالبحث ضمن محاور أربعة فصول على التفصيل

السابق

الفصل الأول : تنفيذ الالتزام

تمهيد وتقسيم

الأصل أن وجود الالتزام في ذمة شخص يقتضي قيامه بوفاء عين ما التزم به طوعا ويسعى حينئذ التنفيذ العيني الاختياري⁽¹⁾، فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه أمكن الدائن جبره على الوفاء، ويستعين الدائن عندئذ بالسلطة العام لإكراه المدين على تنفيذ التزامه ما لم يكن هذا الالتزام طبيعيا (م 160 ق م)، فإذا لم يستطع المدين تنفيذ التزامه عينا، أو لم يُرد ذلك فللدائن أن يحصل على تعويض على عدم التنفيذ العيني ويسمى هذا التنفيذ بمقابل.

ولما كانت أموال المدين جميعا ضامنة للوفاء بديونه، كان لا بد من حماية الدائن من التصرفات التي يجربها مدينه ضمن إجراءات خاصة سماها المشرع ضمان حقوق الدائنين على هذا الأساس سنتناول التنفيذ العيني (مبحث الأول)، التنفيذ بمقابل (مبحث ثان)، ضمان حقوق الدائنين في (مبحث ثالث).

⁽¹⁾ لم يشر المشرع الجزائري إلى التنفيذ الاختياري بصدده حديثه عن آثار الالتزام، واكتفى بترتيب نتائجه في باب انقضاء الالتزام، لذا سيكون الحديث عنه ضمن الحديث عن انقضاء الالتزام.

المبحث الأول: التنفيذ العيني الجبري

إذا امتنع المدين عن التنفيذ العيني الاختياري، ولم يكن التزامه التزاما طبيعيا، فإنه يجبر على التنفيذ ويحق للدائن عندئذ الاستعانة بالسلطة العامة واللجوء إلى الطرق المقررة قانونا لتنفيذ الالتزام جبرا على المدين، إلا أن ذلك مرهون بشروط معينة (مطلب أول)، كما أن صورته تختلف باختلاف محل الالتزام (مطلب ثان)، ومن أجل الحصول على التنفيذ العيني الجبري وضع المشرع عدة وسائل (مطلب ثالث)، وتفصيل ذلك كما يلي:

المطلب الأول: شروط التنفيذ العيني الجبري

تتمثل هذه الشروط في أن يكون التنفيذ العيني ممكنا، وألا يكون مرهقا للمدين وألا يكون فيه مساس بحرية المدين الشخصية، وأضاف المشرع الجزائري بالمادة 164 شرطا رابعا وهو إعدار المدين.

01- أن يكون تنفيذ العيني ممكنا: نصت 164 ق م على هذا الشرط صراحة، فإذا أصبح التنفيذ مستحيلا سواء رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي أو كانت بخطأ من المدين، لم تعد هناك جدوى من المطالبة بالتنفيذ العيني، ولم يكف أمام الدائن سوى المطالبة بالتعويض، كما لو هلك الشيء المباع أو فوت المحامي ميعاد الطعن على موكله.

وعدم إمكان تنفيذ الالتزام عينا لاستحالة تنفيذه بخطأ المدين أمر متصور في جميع أنواع الالتزامات، باستثناء الالتزام بدفع مبلغ من النقود الذي لا يمكن تصور استحالة تنفيذه.

02- أن لا يكون التنفيذ العيني فيه إرهاب للمدين أو أن يكون فيه إرهاب ولكن العدول عنه يلحق بالدائن ضررا جسيما، لم ينص القانون المدني الجزائري على هذا الشرط صراحة ولكنه يعد تطبيقا لمبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق كما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 41 من ق م.⁽¹⁾

⁽¹⁾ محمد حسنين، الوحي في نظرية الالتزام: مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري. المؤسسة الوطنية للكتاب،

فقد يكون التنفيذ العيني ممكنا مع ذلك يعدل عنه المدين بإرادته وحده ويقتصر على دفع تعويض نقدي ولكن لا بد من توافر شرطان:

- أن يكون التنفيذ العيني فيه إرهابا للمدين وهي مسألة تخضع لتقدير القضاء.

- ألا يلحق بالدائن ضرر جسيم جراء العدول عن التنفيذ العيني⁽¹⁾.

مثال ذلك مخالفة قواعد البناء يجوز الحكم بإصلاحها عينا، كما يجوز الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك.

03- أن يطلب الدائن التنفيذ العيني أو يتقدم به المدين: وهو شرط يفهم ضمنا دون الحاجة إلى نص ويستخلص من عمل القضاء ، ذلك أن القضاء لا ينظر في ما لا يطلب منه، فإذا طالب الدائن بالتنفيذ الجبري وتوافرت شروطه، فليس للمدين أن يمتنع عنه أو أن يعرض التنفيذ بطريق التعويض وإنما يجبره القضاء عليه، أما إذا تقدم المدين بالتنفيذ العيني في حين طالب الدائن بالتعويض فإنه يحكم بالتنفيذ الاختياري ولا يحق للدائن رفضه.⁽²⁾

04- إعدار المدين: وهو شرط في التنفيذ العيني الإجمالي أما إذا كان التنفيذ العيني يتحقق بحكم القانون، كما هو الحال في الالتزام بنقل ملكية منقول، فلا حاجة إلى أن يكون التنفيذ العيني مسبقا بإعدار لأنه يتم بقوة القانون.

05- ألا يكون فيه مساس بحرية المدين الشخصية: فإذا كان التنفيذ العيني فيه مساس بالحرية الشخصية فيقتصر الدائن على التعويض كالتزام فنان أو طبيب بعمل⁽³⁾.

المطلب الثاني: موضوع التنفيذ العيني

يختلف موضوع التنفيذ العيني أو صورته باختلاف محل الالتزام، فقد يكون نقل حق عيني وقد يكون قيام بعمل، وقد يكون أخيرا امتناع عن عمل.

أولا: الالتزام بنقل حق عيني: قد يرد هذا الحق على منقول معين بذاته أو بنوع أو على

عقار

(1) عبدالمجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام: الجزء الثاني، الجمهورية العراقية، وزارة التعليم العالي، 1996، ص 17.

(2) المرجع نفسه، ص 18.

(3) محمد حسنين، مرجع سابق، ص 247.

فإذا ورد على منقول معين بذاته، فإن الحق ينتقل أو ينشأ بمجرد الاتفاق بقوة القانون دون الحاجة إلى التنفيذ الجبري م 165 ق م ج، ويبقى مع ذلك الالتزام بالتسليم وهو التزام بعمل يمكن تنفيذه جبراً على المدين م 167 ق م، مع ذلك فإن قاعدة انتقال الحق بمجرد التعاقد قد تعطلها قاعدة أخرى هي قاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية.

فإذا باع شخص منقولاً لشخص أول ثم باع ذات المنقول لشخص ثان وسلمه له واستلمه المشتري الثاني بحسن نية، فإن الملكية تنتقل إلى الشخص الثاني تطبيقاً لقاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية، وليس بموجب الاتفاق المبرم بين البائع والمشتري الأول.

وإن ورد الالتزام على منقول معين بنوعه كبيع كمية معينة من الثمار فإن الملكية لا تنتقل بمجرد الاتفاق بل بعد الفرز م 166 ق م، إذ بالفرز يصبح محلها معيناً بذاته فيقبل بذلك أن ترد عليه الملكية أو الحق العيني، وعملية الفرز هي التزام بعمل يمكن جبر المدين عليه، ويمكن الحصول على الشيء ذاته من السوق على نفقة المدين.

وإذا ورد الالتزام بنقل الملكية على عقار فإن الملكية لا تنتقل بمجرد نشوء الالتزام بل يجب اتخاذ إجراءات الشهر م 165 ق م وهذا التزام بعمل يمكن إجبار المدين عليه برفع دعوى صحة التعاقد أو صحة ونفاذ عقد البيع، فإذا صدر الحكم بصحة البيع ونفاذه وتم تسجيله قام مقام تسجيل العقد.

ثانياً: الالتزام بعمل : القاعدة العامة أنه لا يمكن جبر المدين على تنفيذ الالتزام بعمل سواء كان هذا الالتزام بوسيلة أو بتحقيق نتيجة لأن فيه مساس بحريته الشخصية، لكن إذا كان العمل غير مرتبط بشخص المدين، كما هو الحال في الاتفاق مع مقاول على بناء مسكن، فإن التنفيذ العيني فيه ممكن على نفقته، مادام يستوي لدى الدائن أن يقوم المدين أو غيره بهذا العمل⁽¹⁾

أما إذا كان العمل مرتبطاً بشخص المدين، كالاتفاق مع طبيب معين أو محام معين ولا يستوي لدى الدائن أن يقوم بهذا العمل هذا الشخص أو غيره فإن التنفيذ العيني غير ممكن ولا يكون أمام الدائن سوى التنفيذ بمقابل (التعويض).

(1) المادة 170 ق م.

03- الالتزام بالامتناع عن عمل: يكون التنفيذ العيني هنا بإزالة العمل المخالف الذي وقع ومثال ذلك التزام بائع المحل التجاري بعدم فتح محل تجاري مماثل خلال مدة معينة وفي إطار جغرافي معين منعا للمنافسة، فإذا خالف البائع ذلك ففتح محلا مخالفا لالتزامه فإن التنفيذ العيني يكون بإغلاق محل التجارة المنافس⁽¹⁾.

ولا تكون الإزالة إلا بحكم قضائي وللقاضي سلطة تقديرية في أن يحكم بالتعويض إذا وجد في الإزالة إرهاقا للمدين، مع الأخذ بعين الاعتبار أن هناك حالات لا يكون فيها التنفيذ العيني ممكنا فيها كالتزام الطبيب بعدم إفشاء سر مهنته أو أن يكون في التنفيذ العيني مساس بحرية المدين كالتزام ممثل عن التمثيل في مسرح آخر ففي هذين المثالين لا سبيل سوى التنفيذ بمقابل في حالة إفشاء سر المهنة أو في حالة عمل الممثل في مسرح آخر⁽²⁾.

المطلب الثالث: وسائل الخصوم في الحصول على التنفيذ الجبري

تتمثل هذه الوسائل في أمرين الأول الغرامة التهديدية والثاني الإكراه البدني

أولاً: الغرامة التهديدية

تسمى أيضا التهديد المالي وهي من خلق القضاء الهدف منها حمل المدين على تنفيذ التزامه في حالة ما إذا امتنع عن ذلك، فهي تختلف عن التعويضات التأخيرية التي يكون الغرض منها إصلاح الضرر الناشئ عن التأخير في التنفيذ، في هذا الصدد تنص المادة 1/174 من ق م ج على " إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة إجبارية إن امتنع عن ذلك. "

* شروط الحكم بالغرامة التهديدية

يشترط للحكم بالغرامة التهديدية ثلاثة شروط هي:

01- أن يطلب الدائن من المحكمة فرض هذه الغرامة: فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بها

من تلقاء نفسها وهو ما يظهر من نص المادة 174 ق م ج " جاز للدائن أن يحصل على حكم "

(1) المادة 173 ق م.

(2) محمد حسنين، مرجع سابق، ص 249.

02- أن يكون التنفيذ العيني لا يزال ممكناً إذ لا يتصور اللجوء إلى الحكم بالغرامة التهديدية إلا غدا امتع المدين عن تنفيذ التزام ترتب في ذمته، وكان التنفيذ لا يزال ممكناً، فإذا استحال التنفيذ لسبب أجنبي أو بفعل المدين فلا يحكم بالغرامة التهديدية وإنما بالتعويض.

03- أن يكون التنفيذ العيني للالتزام غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه: بمعنى آخر أن للتنفيذ طابع شخصي فإذا كان التنفيذ العيني ممكناً دون تدخل المدين نفسه، فلا يجوز الحكم بالغرامة التهديدية وإنما يجب التنفيذ مباشرة، ومثال ذلك إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود أو كان بإمكان الدائن الحصول على التنفيذ العيني على نفقة المدين.

مع ذلك لا يصح اللجوء إلى الغرامة التهديدية إذا كان في ذلك مساس بالحقوق الفكرية للمدين، ومثال ذلك أن يتعاقد مؤلف مع دار نشر على نشر مؤلفه، ففي هذه الحالة لا يجوز إكراه المؤلف على ذلك بالتهديد المالي، ولا سبيل أمام الناشر إلا طلب التعويض.

* سلطة القاضي في الحكم بالغرامة التهديدية

يجوز للقاضي الحكم بالغرامة التهديدية في أي مرحلة كانت عليها الدعوى متى توافرت شروطها ويجوز إبداء هذا الطلي في أي حالة كانت عليها الدعوى فليس هذا طل جديد و للقاضي السلطة التقديرية فله متى توافرت الشروط أن يحكم أولاً يحكم بهذا الطلب ولا يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض إلا فيما يتعلق بتوافر الشروط.

* خصائص الحكم بالغرامة التهديدية.

يتميز الحكم المتضمن الغرامة التهديدية بأنه حكم تمهيدي وأنه غير محدد المقدار وأنه مؤقت.

- أنه حكم تمهيدي: الغرض منه الضغط على المدين لذا تحدد الغرامة بمبلغ تراعى فيه قدرة المدين على المقاومة ويقدره القاضي تقديراً تحكيمياً، ولا تراعى فيه جسامه الضرر الذي لحق الدائن وهذا يختلف عن الحكم بالتعويض الذي يكون على قدر الضرر.
- أنه غير محدد المقدار: فالغرامة تتحدد عن كل فترة يتأخر فيها المدين عن التنفيذ كغرامة معينة عن كل يوم من أيام التأخير لذلك لا يمكن معرفة مجموع الغرامة يوم صدور

الحكم فهي لا تعتبر دينا محققا في ذمة المدين ولا يمكن للدائن أن ينفذها إلا بعد تصفية الموضوع وحكم القاضي بالتعويض عن عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ

-أنه حكم مؤقت: إذا ليس هناك ما يمنع القاضي من إعادة النظر فيه فيزيد في قيمة الغرامة أو يخفضها متى كان هناك داع، كما أن المحكمة ليست ملزمة في التصفية النهائية بالتقدير الذي رآته في الغرامة التهديدية، من ناحية أخرى إذا أصر المدين على عدم التنفيذ وكان متعنتا فالتعويض يراعي فيه مقدار الضرر الذي أصاب الدائن وكذلك مقدار التعنت الذي بدا من المدين (1).

وتطبيقا لما سبق قضت محكمة العليا بأن " القضاء بالغرامة التهديدية هو وسيلة للضغط على المدين لتنفيذ التزامه عينا ويتم طلب تصفيتهما سواء تم التنفيذ أو أصر المدين على رفض التنفيذ العيني.

لا تعد تصفية الغرامة التهديدية تنفيذا عينيا ولا تنفيذا عن طريق التعويض".

ثانيا: الإكراه البدني

يعتبر الإكراه من الوسائل القديمة وجدت في ظل القانون الروماني ، ثم القانون الفرنسي القديم، اعتمدت عليه النظم القديمة في الوفاء المباشر إذا تنظر إلى جسم الإنسان على أنه ضامن لالتزاماته.

لم يأخذ به المشرع الجزائري حاليا على غرار نظيره الفرنسي لتعارضه مع المبادئ المعاصرة في نظرية الالتزام، فقد الغى المشرع الجزائري العمل به أن كان ساريا بموجب أحكام الأمر 66-154 تحديدا المادة 407 ، وذلك تماشيا مع انضمام ومصادقة الجزائر على العهد الدولي لحقوق الإنسان

(1) المادة 174 ق م ج

المبحث الثاني : تنفيذ الالتزام بطريق التعويض أو التنفيذ بمقابل

L'exécution par équivalent-Dommages intérêts

يقصد ابتداء بالتنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض "أي مبلغ من النقود أو أية ترضية من جنس الضرر يدفعها المدين إلى الدائن تعادل المنفعة التي كان سينالها الدائن فيما لو نفذ المدين التزامه على النحو الذي يوجبه حسن النية وتقتضيه الثقة في المعاملات"

والأصل في التنفيذ كما مر معنا أن يكون عينيا *en nature* ولا يلجا إلى التنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض إلا استثناء وفي أحوال خاصة، وضمن شروط محددة، وفي هذا الصدد نصت المادة 176 ق م ج على أنه " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينيا حُكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أنه استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك تأخر المدين في تنفيذ التزامه "

على هذا الأساس لا يُلجأ إلى التنفيذ بمقابل إلا في الأحوال التالية:

- إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا بخطأ المدين، وهو امر متصور في جميع أنواع الالتزام عدا الالتزام بدفع مبلغ من النقود، ففيه لا يستعصى التنفيذ العيني أبدا.
- إذا كان التنفيذ العيني مرهقا للمدين، ولم يكن في التنفيذ عن طريق التعويض ضرر جسيم للدائن

- إذا لم تجد الغرامة التهديدية في الضغط على المدين.

◆ أنواعه

يفهم من نص المادة سالفة الذكر أن التعويض يكون على نوعين:

الأول: التعويض عن عدم التنفيذ، ويحل محل التنفيذ العيني ولا يجمع بينهما (إلا في حالة

ما إذا كان التنفيذ العيني جزئيا)

الثاني: التعويض عن التأخر في التنفيذ: يجوز الجمع بينه وبين التنفيذ العيني إذا تأخر المدين في التنفيذ التزامه وتوفرت شروط الحكم بالتعويض
ملاحظة: الالتزام بالتعويض ليس التزاما جديدا حل محل الالتزام الأصلي، وإنما طريق لتنفيذه لذلك فإن ضمانات الالتزام الأصلي تظل ضامنة للوفاء بالتعويض.

المطلب الأول: شروط التنفيذ بمقابل

شروط استحقاق التعويض هي ذاتها شروط المسؤولية المدنية (خطأ، ضرر، علاقة سببية) يضاف إليها شرط رابع هو الإعذار ولما كانت شروط المسؤولية موضوع دراسة في نظرية العقد فإننا نكتفي هنا بالحديث عن الإعذار. ضمن الحديث عن مفهومه وشروطه وكيفية حصوله، حالات سقوطه، وأثاره على التفصيل التالي:

01 تعريف الإعذار: هو دعوة المدين من قبل دائئه إلى تنفيذ التزامه، ووضعه في حالة تأخر في التنفيذ، تأخر تترتب عنه المسؤولية عن الأضرار التي تصيب الدائن ، ويبرر بمبر أخلاقي هو أن الذوق يقتضيه قبل اتخاذ الإجراءات القانونية مع المدين، وهو المبرر الذي ترفضه بعض التشريعات لا سيما منها المتأثرة بالمدرسة الألمانية، التي اعتبرت أن حول الأجل يقوم مقام الإعذار وبالتالي استغنت من حيث الأساس عن شرط الإعذار⁽¹⁾.

02-كيفية حصول الإعذار:

طبقا لنص المادة 180 من ق م ج يكون إعدار المدين بإنذاره، ويجوز أن يتم الإعدار عن طريق البريد على الوجه المبين في القانون المدين ، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقتضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون الحاجة إلى أي إجراء آخر"

03-الحالات التي يستغنى فيها عن الإعدار.

يمكن الاستغناء عن الإعدار إما بناء على اتفاق الأطراف، أو بنص القانون على التفصيل التالي:

- الاتفاق: وذلك عملا بأحكام الفقرة الأخيرة من نص المادة 180 من ق م ج ، فمجرد حلول الأجل يقوم مقام الإعدار إذا وجد في العقد نص بذلك، وقد يكون الاتفاق صريحا كما

(1) محمد حسنين، مرجع سابق ص 256.

يمكن أن يكون ضمنيا، كما ينبغي أن تكون التي يستنتج منها عدم ضرورة الإعذار قاطعة، وإلا فالشك يفسر لمصلحة المدين ويجب إعداره.

القانون: لا ضرورة للإعذار في حالات خاصة نص عليها القانون ، في هذا الصدد تقضي المادة 181 من ق م ج أنه لا إعداري في الحالات التالية:

- إذا صار تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد وكان ذلك بفعل المدين، فيعتبر المدين مسؤولا عن نتائج عدم التنفيذ دون الحاجة إلى إعداره، ومثال ذلك أن يترك محام ميعاد الاستئناف ينقضي دون رفعه، أو يبيع مالك عقار عقاره إلى مشترٍ ثانٍ يسارع إلى تسجيله، أو أخيرا أن يبيع مالك منقول إلى مشترٍ ثانٍ يحوزه بحسن نية، فيتملكه طبقا لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.

غير أنه إذا صار التنفيذ مستحيلا لسبب أجنبي، فإن الالتزام ينقضي بقوة القانون ولا بد من التعويض.

- إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل ضار(فعل غير مشروع)، فالإعذار لا يكون إلا في الالتزامات التعاقدية.

- إذا كان محل الالتزام شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.

- إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه إذ لا جدوى من الإعذار، ويرى الفقه أن الكتابة هنا شرط في الإثبات، فيمكن إثبات نيته بإقراره.

04- الآثار القانونية للإعذار:

لا فيما يتعلق بالتعويض:

- يترتب على الإعذار استحقاق الدائن للتعويض عن الإضرار التي تلحقه بسبب الإمتناع عن التنفيذ، أما قبل الإعذار فلا يستحق الدائن تعويضا عن عدم التنفيذ في هذا الصدد تنص المادة 179 على أنه "لا يستحق التعويض إلا بعد إعدار المدين مالم يوجد نص مخالف لذلك"

- الإعذار شرط للتعويض عن التأخير في التنفيذ، ويحسب التأخير من يوم الإعذار، فالإعذار ينفي مظنة التسامح في التأخير، وهو ما يفهم من عموم نص المادة 179 سالف الذكر.

٧ فيما يتعلق بالفسخ:

كقاعدة عامة يشترط الإعذار للمطالبة بالفسخ في العقد الملزم لجانبين عند عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه م 119 ق م ج، ما لم يتفق الطرفان على استبعاد الإعذار.

٧ فيما يخص تبعة الهلاك:

طبقا لنص المادة 168 من ق م ج، " إذا كان المدين ملزما بالقيام بعمل يقتضي تسليم شيء ولم يسلمه بعد الإعذار فإن الأخطار تكون على حسابه ولو كانت قبل الإعذار على حساب المدين، غير أنه هذه الأخطار لا تتعدى إلى المدين رغم الإعذار إذا أثبت أن الشيء قد يضيع عند الدائن لو سلم له، ما لم يكن المدين قد قبل تحمل تبعة الحوادث المفاجئة"

وتنص المادة 270 من ق م ج على أنه " إذا تم إعذار الدائن فإنه يتحمل تبعة هلاك الشيء أو تلفه ويصبح للمدين الحق في إيداع الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر"

وتنص المادة 369 من ق م ج على أنه " إذ اهلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن، إلا إذا وقع الهلاك بعد إعذار المشتري بتسليم المبيع" على ضوء هذه النصوص ينبغي التفرقة بين العقود الملزمة لجانب واحد وتلك الملزمة لجانبين:

- ففي العقود الملزمة لجانب واحد كعقد الوديعة يكون المودع لديه ملزم برد الوديعة فإذا هلك قبل الرد بسبب حادث مفاجئ انقضى التزام المودع لديه وبرئت ذكته من الرد، ويتحمل الدائن تبعة الهلاك إلا إذا كان قد أعذر المودع لديه (المدين) بأن يرد إليه الوديعة فتنتقل تبعة الهلاك من المودع (الدائن) إلى المودع لديه (المدين)، مع ذلك يستطيع المدين أن يدفع عن نفسه هذه التبعة بإثبات أن الشيء كان سيهلك أيضا لو كان تحت يدا الدائن.

- أما في العقود الملزمة لجانبين كعقد البيع، فإن هلاك المبيع يؤدي إلى انقضاء التزام البائع (المدين)، وينقضي معه أيضا التزام المشتري (المدين)، إلا إذا كان البائع قد أعذر المشتري ليتسلم منه المبيع فحينئذ يتحمل المشتري تبعة هلاكه.

المطلب الثاني: تقدير التعويض

إذا توافرت شروط استحقاق التعويض (الخطأ والضرر والعلاقة السببية والإعذار) أصبح التعويض مستحقا ووجب تقديره، والتزم المدين بدفعه اختبارا أو جبرا، والأصل أن يقوم القاضي بتقدير التعويض، ومع ذلك يجوز أن يتم باتفاق الطرفين، وقد يتولى القانون تقديره مسبقا، متى ما كان محل الالتزام مبلغ من النقود وتفصيل ذلك كما يلي:

أولا: التعويض القضائي:

هو التعويض الذي يقدره القضاء، ويحكم به، في فصله في الدعوى التي يقمها الدائن على مدينه، والتي ترمي إلى تحميله المسؤولية عن التأخر أو عدم تنفيذ التزامه، وفي هذا الصدد تنص المادة 182 من ق م ج. على أنه " إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره..."

الأصل أن يكون التعويض نقدا، وهو التعويض الشائع في دعاوى المسؤولية التقصيرية، مع ذلك قد يكون التعويض غير نقدي في بعض الحالات، ، كأن تحكم المحكمة بإزالة حائط كان يمنع المدعى من الضوء والهواء، (بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه)، أو بنشر الحكم القاضي بإدانة المدعى عليه في دعاوى السب والقذف، بل قد يكون التعويض عينا فيجوز للقاضي أن يحكم بإصلاح الشيء الذي أتلّف أو تقديم شيء سليم مماثل له عوضا عنه.

وينبغي الأخذ بعين الاعتبار أن الحكم بالتعويض غي النقدي لا يجوز الحكم به إلا بناء على طلب المتضرر، إذا الأصل أن التعويض يكون نقدا إن لم يطلب المتضرر سواه، مع ذلك فإن طلب المتضرر التعويض العيني غير ملزم للمحكمة فإذا طلب المتضرر التعويض العيني، وعرض المدين تعويضا عينا جاز للمحكمة أن تقدر الأمر وتحكم بما تشاء.

◆ عناصر التعويض:

تنص المادة 1/182 سالفه الذكر على أنه "... يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعته أن يتوقاه ببذل جهد معقول."

وهذا يعني أن التعويض في المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، يقوم على عنصرين هما الخسارة اللاحقة والكسب الفائت*، مع ذلك يلاحظ أن التعويض عن الضرر الأدبي - خلافاً للتعويض عن الضرر المادي - لا يشمل هذين العنصرين وإنما يعتبر قائماً بذاته، وفي حالة وقوعه تتولى المحكمة تحديد ما ينبغي أن تحكم به من تعويض تراه كاف للمضور، وهو في الواقع لا يزيل الضرر الأدبي ولكن يخفف من وقعته.

◆-الضرر المتوقع وغير المتوقع

ما يمكن التعويض عليه في المسؤولية العقدية الضرر المباشر وهو ما يعتبر نتيجة مباشرة أو طبيعية لعد تنفيذ الالتزام أو التأخير فيه، ويعتبر كذلك وفق نص المادة 1/182 ق م ج، إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، ذلك أن السير الطبيعي للأمر يقتضي أن يقوم الدائن من ناحيته ببذل جهد معقول لاتقاء تعاقب الأضرار فلا يترك الأمور تتدهور إلى ما لا نهاية دون محاولة لإيقافها عند حد معقول، أما الضرر غير المتوقع فلا يسأل عنها المتعاقد إلا إذا ارتكب غشاً أي إذا تعمد التأخير في التنفيذ أو إذا تعمد عدم التنفيذ، فالغش مفسد لكل شيء، وتلحق بحالة الغش حالة الخطأ الجسيم لأنه قرينة على سوء النية (المادة 2/182 ق م). ومعيار التوقع أو عدمه هو معيار موضوعي لا ذاتي، ويعبر عن ذلك بالقول أن الضرر يجب أن يكون متوقفاً من ناحية سببه ومن ناحية مداه**.

أما في نطاق المسؤولية التقصيرية فيكون التعويض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع.

◆الضرر المحقق والضرر الاحتمالي:

* مثال ذلك أن يتلف شخص سيارة لشخص اشتراها بمبلغ معين، وكان قد حصل على وعد من شخص آخر بشرائها بمبلغ أكبر، وجب على محدث الضرر أن يعرض مالك السيارة عن كل قيمتها وما توقعه من ربح عند بيعها بثمن أعلى.

** فلا يسأل صاحب مستودع للسيارات مثلاً، والذي بسبب إهماله سرقت سيارة من مستودعه كانت بها حقيبة نقود، إلا عن قيمة السيارة المسروقة دون قيمة النقود.

وما يمكن التعويض عنه هو الضرر المحقق في المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، سواء وقعا فعلا أو تراخي وقوعه مستقبلا، أما الضرر المحتمل فلا يجوز التعويض عنه^{***}. وقد يطرح التساؤل حول التعويض عن تفويت الفرصة، ومثالها التقليدي الشائع أن يفوت محام ميعاد الاستئناف، الواقع أن كسب الاستئناف أمر احتمالي ولكن تفويت ميعاد الاستئناف في ذاته ضرر محقق يستحق عنه التعويض.

◆ وقت تقدير الضرر

يجري في الفقه طرح السؤال التالي: هل يقدر القاضي التعويض على أساس الضرر يوم أن وقع أو يوم صدور الحكم بالتعويض؟ بعبارة أخرى هل الحكم بالتعويض كاشف للحق أو منثني له؟

يجيب الفقه عن ذلك بالقول الحكم بالتعويض كاشف للحق لأن الذي أنشأ الحق هو الضرر، فحق الدائن في التعويض يثبت له من يوم وقوع الضرر (أو من يوم الإعذار في الأحوال التي يشترط فيها ذلك). يؤكد ذلك أن المدين المسؤول لو قام بالوفاء بالتعويض بغير صدور حكم كان وفاء بالتزام موجود.

مع ذلك قد يتغير الضرر من حيث جسامته وتفاقمه في الفترة الممتدة بين حدوثه وبين النطق بالحكم بالتعويض عنه، فهل يقدر في هذه الحالة بوقت وقوع الضرر أو عند الحكم بالتعويض؟ ذهب أكثر الفقهاء واستقر القضاء على الاعتداد بتغير قيمة الضرر وتقدير التعويض حسب جسامته الضرر يوم الحكم به لا يوم وقوع الفعل الضار، على هذا الأساس إذا ساءت حالة المضرور أو تحسنت روعي هذا الاعتبار أو ذلك عند تقدير التعويض، فإذا أصيب مثلا شخص بكسر نتيجة عمل غير مشروع وتفاقم الضرر حتى صار عاهة مستديمة، أو خفت خطورته وقت النطق بالحكم وجب أخذ ذلك بعين الاعتبار من طرف القاضي حين النطق بحكم التعويض.

^{***} فلا يجوز لجمعية خيرة مثلا المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقها جراء قتل شخص اعتاد التبرع لها، والمتمثل في حرمانها من تلك التبرعات لأن ضرر احتمالي.

كذلك قد تتغير قيمة النقود فيحسب التعويض على أساس قيمتها وقت الحكم حتى لا يستفيد الدائن من إطالة أمد النزاع.

◆ الضرر المادي والضرر المعنوي

يجري التعويض في القانون المدني الجزائري عن الضرر المادي والمعنوي، والضرر المادي هو ما أصاب الإنسان في ماله كإتلاف شيء أو نفقات علاج بمعنى آخر ضرر يمس مصلحة للمضور ذات قيمة مالية، أما الضرر المعنوي فهو ما أصاب الإنسان في حريته أو شرفه أو سمعته (المادة 182 مكرر).

وإذا كان انتقال الحق في التعويض عن الضرر المادي إلى الغير كالورثة والدائنين، دون انتظار لاتفاق التحكيم أو حكم يحدد مقداره، أمر متفق عليه في القوانين المقارنة لأنه حق ذو قيمة مالية، فإن انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي أمر محل خلاف، فيرى كثير من شراح القانون المدني الفرنسي أن الحق في التعويض عن الضرر الأدبي متصل بشخص المضور فلا ينتقل إلى الورثة إلا إذا كان المضور قد رفع دعوى يطالب به قبل وفاته أو كان اتفق مع المدين على تحديد مبلغ التعويض قبلها، فحينئذ يصبح هذا الحق حقا ماليا قابلا للانتقال كأى حق مالي آخر.

ثانيا-التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي

(La clause pénale convention portant sur l'évaluation des dommages-intérêts)

تعريفه: يعرف التعويض الاتفاقي بأنه اتفاق يحدد فيه المتعاقدان مقدما مقدار التعويض الذي يستحق الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو أخل به أو تأخر في تنفيذه، ويسمى أيضا الشرط الجزائي، وهو شرط لأنه يدرج عادة ضمن شروط العقد الأصلي، وهو جزائي لأن القصد منه مزدوج فهو تعويض للدائن عما يصيبه من ضرر، وهو جزاء يفرض على المدين لإخلاله بتنفيذ التزام ترتب في ذمته أو لتأخره في تنفيذه، ويحصل مقدما قبل وقوع الضرر، تطبيقا لنص المادة 183 من ق م، التي نصت على أنه " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه في العقد، أو في اتفاق لاحق..."،

على هذا الأساس ينبغي عدم الخلط بين الشرط الجزائي والصلح (المنصوص عليه في المادة 459 من ق م وما بعدها) الذي يحصل بعد وقوع الضرر.

والغالب أن يكون الشرط الجزائي في نطاق المسؤولية العقدية وهو كثير الوقوع في الحياة العملية لا سيما في عقود المقاولات والتوريد ومن أمثلته:

-عقد المقاولة الذي ينص فيه على إلزام المقاولة بدفع مبلغ معين عن كل يوم من أيام التأخير، أو عقد النقل الذي يتضمن تحديد مبلغ معين في حالة فقدان البضاعة أو تلفها.
مع ذلك قد يحدث وان نجد الشرط الجزائي في إطار المسؤولية التقصيرية، كان يتفق صاحب معمل مع من يحيط بمعمله على مقدار التعويض عن الضرر الذي يمكن أن يلحقهم جراء نشاط المعمل.

خصائص الشرط الجزائي

يتميز الشرط الجزائي بالخصائص التالية:

1- أنه التزام تباعي: أي تابع للالتزام آخر أصلي هو ما التزم به المدين أصلا من عمل أو امتناع عن عمل أو نقل ملكية، يأخذ حكمه فيبطل ببطلانه وينقضي بانقضائه، وينفسخ بانفساخه، كما أن جميع أوصاف الالتزام التي تلحق الالتزام الأصلي تلحق كذلك الشرط الجزائي كالشرط والأجل والتضامن.

02- أنه التزام احتياطي: لأنه تعويض والتعويض طريق احتياطية عند عدم التنفيذ العيني، فلا يطالب الدائن بقيمة الشرط الجزائي ولا يعرضها المدين إلا إذا استحال التنفيذ عينا بخطأ المدين. ولا يجتمع التنفيذ العيني إلا إذا كان كتعويض عن التأخير في التنفيذ.

03- أنه تقدير جزائي للتعويض: لأنه اتفاق مسبق على تقدير التعويض عند عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ.

شروط استحقاق الشرط الجزائي:

يشترط في استحقاق الشرط الجزائي ما يشترط في استحقاق التعويض من خطأ ضرر وعلاقة سببية وإعذار متى كان الإعذار واجبا، وباستثناء إثبات الضرر لا تثير هذا شروط إشكالا، فقد نصت المادة 184 من ق م على أنه " لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت

المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر"، وهذا يعني أن المشرع الجزائري أجاز للمدين أن يثب أن الدائن لم يلحقه ضرر ما فيتخلص بذلك من الشرط الجزائي وهو حكم يتسق مع القواعد العامة التي تفترض لاتساق التعويض توافر الضرر.

تخفيض الشرط الجزائي

يجوز للمحكمة أن تنقص من قيمة الشرط الجزائي في حالتين نص عليهما الفقرة الثانية من نص المادة 184 سالفه الذكر،

أولهما إذا كان تقدير التعويض مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو مفرطاً بحسب تعبير المشرع الجزائري، فلا يكفي لتخفيض قيمة الشرط الجزائي أن يكون في التقدير زيادة بحيث تجاوز قيمة الضرر، وإنما يجب أن تكون الزيادة مبالغاً فيها إلى درجة كبيرة
ثانيهما: إذا كان الالتزام الأصلي قد نفذ جزء منه. فإذا اثبت المدين أنه قام بتنفيذ التزامه تنفيذاً جزئياً قبله الدائن ولم يتضرر منه، جاز للقاضي تخفيض قيمة الشرط الجزائي نزولاً عند مقتضيات العدالة واحتراماً لإرادة المتعاقدين.

ويلاحظ أن أحكام المادة 184 من النظام العام يكون باطلاً كل اتفاق يخاف ما نصت عليه من اشتراط الضرر لاستحقاق التعويض الجزائي، ومن حق القضاء تخفيض التعويض إذا كان مفرطاً أو إذا نفذ الالتزام الأصلي في جزء منه.

زيادة الشرط الجزائي:

للقاضي زيادة الشرط الجزائي في حالتين:

1- إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي وهنا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً م 185 من ق م، وتستثنى المادة 178 ق م حالة الاتفاق على عدم مسؤولية المدين عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.

02- إذا كانت قيمة الشرط الجزائي من التفاهة بحيث لا يعتبر تعويضاً جدياً عن الضرر، وكأن الشرط الجزائي وسيلة تحايل للإعفاء من المسؤولية. وهنا تجدر الإشارة إلى أن الاتفاق

على الإعفاء من المسؤولية العقدية جائز إلا في حالي الغش والخطأ الجسيم، بينما الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية باطل حتى في حالة الخطأ اليسير (المادة 178-1/2 ق م)

ثالثا: التعويض القانوني أو الفوائد التأخيرية *Les intérêts moratoires*

رأينا أن الأصل هو أن يقوم القاضي بتقدير التعويض وفقا للقواعد التي رأيناها فيما تقدم، وقد يتفق المتعاقدان على تقدير التعويض مقدما في شرط جزائي علي النحو الذي سبق بيانه.

مع ذلك قد يتكفل القانون في نصوص تشريعية بتحديد مقدار التعويض، في بعض الحالات.

منها ما تنص عليه قوانين العمل، والقوانين المتعلقة بالأمراض المهنية، كذا قوانين التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال. والمشرع إذ يفعل ذلك يكون مدفوعا بمقتضيات العدالة فيرتب التعويض على مسؤولية لا علاقة لها بعنصر الخطأ.

إلى جانب ذلك تولى القانون تقدير التعويض في حالة الالتزام بدفع مبلغ من النقود، فرتب التعويض على مسؤولية المدين عند التأخر في تنفيذ التزام محله الانتفاع بمبلغ من النقود.

التعريف بالفوائد وأنواعها:

تعرف الفائدة بانها مبلغ من النقود يلتزم المدين بدفعه على سبيل التعويض عن التأخير في تنفيذ التزام محله دفع مبلغ من النقود عن الميعاد المحدد له، أو نظير انتفاعه بمبلغ من النقود في عقد من عقود المعاوضة.

على هذا الأساس فإن الفوائد نوعان، أولهما: فوائد تأخيرية وهي تعويض عن التأخير في التنفيذ عن الأجل المحدد للوفاء في الالتزام الذي يكون محله مبلغا من النقود أيا كان مصدر هذا الالتزام، عقدا أو إرادة منفردة أو الفعل الضار أو النافع أو القانون. وثانيهما الفوائد التعويضية أو الاستثمارية وهي الفوائد المستحقة نظير انتفاع المدين بمبلغ من النقود يترتب في

ذمته للدائن، ويكون العقد مصدرها مثل الفوائد المستحقة على المقرض مقابل انتفاعه بمبلغ القرض⁽¹⁾.

والفوائد التأخيرية نوعان اتفاقية وقانونية: الأولى يحددها الطرفان في الالتزامات التي مصدرها العقد في الغالب، والثانية يحددها القانون وتسري في حالة عد اتفاق إذا طلبها الدائن عند التأخير في الوفاء، وليس في القانون الجزائري فوائد قانونية لذلك فإنه عند عدم وجود اتفاق على التعويض فإن القاضي يحكم به على أساس ما لحق الدائن من ضرر بسبب التأخر في الوفاء بدين نقدي معين المقدار وقت رفع الدعوى م 186 سالفه الذكر

شروط استحقاق الفوائد التأخيرية

نص المادة 186 من ق م على مايلي " إذا كان محل الالتزام بين أفراد مبلغا من النقود عين مقداره وقت رفع الدعوى وتأخر المدين في الوفاء به، فيجب عليه أن يعرض للدائن الضرر اللاحق من هذا التأخر."

وهذا يعني أن الفوائد التأخيرية

هي تعويض عن الضرر الذي يفترض القانون وقوعه بسبب خطأ المدين في تأخيره عن الوفاء لالتزامه بدين نقدي، فالضرر إذا مفترض لا يقبل اثبات العكس لاستعمال المشرع صيغة الوجوب.

ولاستحقاق الفوائد التأخيرية لا بد من توافر الشروط التالية:

- أن يكون محل الالتزام مبلغا من النقود: فيكون التنفيذ العيني ممكنا ولا يثور سوى التعويض عن التأخير.

- تأخر المدين عن الوفاء به: فالفائدة التأخيرية تستحق من وقت حصول التأخر في الوفاء ، أي من وقت حصول المطالبة القضائية.

- أن يطالب الدائن بالفوائد التأخيرية: فالإعذار ليس كافيا لاستحقاق فوائد التأخير، بل يجب المطالبة القضائية بها ويفسر هذا الشرط بکراهية المشرع للربا المحرم شرعا.

⁽¹⁾ يلاحظ أن المشرع الجزائري حرم القرض بفائدة فيما بين الأشخاص بمقتضى نص المادة 454 من ق م، لكنه أجاز للبنوك والمؤسسات المالية أن تمنح قروضا بفائدة يحددها بنص قانوني

غير أن هناك بعض التشريعات تستثني من هذا الشرط حالتين: اتفاق الأطراف، و المواد التجارية إذ يتبع بشأنها ما يقضي به العرف التجاري، وهما استثناءان ليس هناك ما يمنع من إعمالهما في القانون الجزائري على أساس ان العقد شريعة المتعاقدين، وأن العرف المصدر الثاني من مصادر القانون التجاري م مكرر 01 من ق ت ج .

- أن يكون مبلغ الالتزام معلوم المقدار: فإذا كان المبلغ الذي يطالب به المضرور على سبيل التعويض عن عمل غير مشروع لا يعرف مقداره إلا بصدور الحكم فإنه لا تسري عليه الفوائد التأخيرية إلا من يوم الحكم.

تخفيض مقدار الفائدة الاتفاقية

وفق نص المادة 187 ق م إذا تسبب الدائن بسوء نية وهو يطالب بحقه في إطالة أمد النزاع فللقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الاتفاق أو لا يقضي به إطلاقاً عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر،

ويعد هذا الحكم تطبيقاً لنظرية التعسف في استعمال الحق.

المبحث الثالث: ضمان حقوق الدائنين في التنفيذ

تمهيد:

سواء كان التنفيذ عينيا أو بطريق التعويض فإن مال المدين هو محل التنفيذ في الحالين، وتكون أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه، ويعبر عن ذلك بأن أموال المدين هي الضمان العام لدائنيه، ويتساوى الدائنون في هذا الحق فلا يتقدم أحدهم على غيره إلا إذا كان حقه مضمون بتأمين خاص على عين بذاتها (حق الرهن أو الامتياز).

والأصل أنه يجوز التنفيذ على جميع أموال المدين ويكون التنفيذ عادة بالحجز على أمواله وبيعها وتوزيع ثمنها على الدائنين، ويتم ذلك وفق طرق التنفيذ المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ومن أجل المحافظ على حقه الذي يريد التنفيذ به وضع القانون تحت تصرف الدائن طرق تحفظية، ومثال ذلك أن يقطع التقادم لمنع سقوط حقه، أو أن يقيد رهنه، أو أن يجدد قيد هذا الرهن، أو أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على أموال المدين كالحجز التحفظي.

وبين الإجراءات التنفيذية والتحفظية، هناك إجراءات وسطى ليست مجرد طرق تحفظية كما انها لا تؤدي إلى التنفيذ مباشر، ولكنها تمهد للتنفيذ وهي ثلاث دعاوى وإجراء أما الدعاوى فهي: الدعوى غير المباشرة، الدعوى البوليصية، والدعوى الصورية، وأما الإجراء فهو حق الحبس وتفصيل ذلك كما يلي:

المطلب الأول: الدعوى غير المباشرة *Action indirect ou oblique*

تهدف هذه الدعوى إلى حماية الدائن من الضرر الذي يصيبه نتيجة إهمال المدين في استعمال حقوقه.

وقد نظم المشرع الجزائري أحكام هذه الدعوى في المادتين 189 و190.

وكقاعدة عامة يجوز للدائن أن يستعمل جميع حقوق ودعاوى مدينه إلا ما ستثني منها، ويكون ذلك في صورة دعوى يرفعها باسم ولحساب مدينه، ومثال ذلك إذا كان للمدين حق في المطالبة الغير بتعويض عن ضرر أصابه وأهمل في هذه المطالبة فللدائن أن يقاضي هذا الغير مطالبا إياه بالتعويض.

فالدعوى غير المباشرة هي دعوى المدين يرفعها الدائن بطريق غير مباشر باسم المدين ونيابة عنه، وهي نيابة قانونية لمصلحة النائب لا الأصل وهي مقصورة على استعمال الحق دون التصرف فيه.

شروط استعمال الدعوى غير المباشرة

من خلال نص المادة 189 ق م يظهر أن استعمال هذه الدعوى توافر يقتضى توافر شروط موضوعية وأخرى شكلية

01/ الشروط الموضوعية: تتمثل فيما يلي:

- تقصير المدين في استعمال حقه: سواء كان ذلك عن إهمال أو سوء نية، ويكفي لإثبات الإهمال والتقصير أن يثبت الدائن أن المدين قد تأخر في استعمال حقه معيار التأخر ما تقضي به العادة.

- تسبب عدم استعمال الحق من قبل المدين في إعساره أو في زيادة إعساره: وهو ما يبرر مصلحة الدائن في استعمال حقوق مدينه، ويقصد بالإعسار هنا الإعسار الفعلي لا الإعسار القانوني الذي يتطلب حكما لشهره، ويكفي وفق نص المادة 193 من ق م لإثبات الإعسار أن يثبت الدائن مقدار ما في ذمة مدينه من ديون وعندئذ يكون على المدين أن يثبت أن أمواله تكفي للوفاء بهذه الديون.

- أن يكون حق الدائن محقق الوجود خاليا من النزاع، ولا يشترط أن يكون حق الدائن واجب التنفيذ أو مستحق الأداء لأن ذلك من شروط إجراءات التنفيذ.

الشروط الإجرائية:

ويقصد بها الإجراءات الواجب استفاؤها لمباشرة الدعوى غير المباشرة وهما شرطان:
الأول: هو وجوب أن يستعمل الدائن حق مدينه باسم المدين، وفي هذا الصدد تنص المادة 190 على أنه " يعتبر الدائن في استعماله حقوق مدينه نائبا عن هذا المدين، وكل ما ينتج عن استعمال هذه الحقوق يدخل في أموال المدين ويكون ضامنا لجميع ديونه"
أما الثاني: فهو وجوب إدخال المدين خصما في الدعوى، م 2/189 لأن الحكم في هذه الدعوى لا يسرى في حق المدين، وللمدين أن يتدخل في الدعوى ويتولاها بنفسه، ويجوز للمحكمة أن تدخله من تلقاء نفسها

مجال الدعوى غير المباشرة

الأصل أن كل ما يقع في الضمان العام للدائنين من دعاوى وحقوق يستطيع الدائن استعمالها باسم المدين، إذا أثبت تقصير المدين في استعمالها وأفضى تقصيره إلى الاضرار بحقوق الدائنين، غير أن المادة 1/189 أخرجت من مجال استعمال الدعوى غير المباشرة طائفة من الحقوق، وهي:

- الحقوق غير القابلة الحجز فليس للدائن أن يستعمل دعوى النفقة لأنه لا يستطيع التنفيذ على المال الذي يُحكم به للمدين كنفقة.

- الحقوق المتصلة بشخص المدين، وهي الحقوق التي تقوم على أساس من الاعتبارات الأدبية التي يستقل الشخص بتقديرها، كحق الشخص في الرجوع عن الهبة، وحقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي.

آثار الدعوى غير المباشرة

آثار الدعوى غير المباشرة ترجع إلى فكرة النيابة القانونية، والضمان العام، فالدائن ينوب عن مدينه نيابة قانونية في استعمال حقوقه لدى الغير بقصد المحافظ على الضمان العام، لذا فإن آثار هذه الدعوى تعني الاطراف الثلاثة التالية:

- آثار الدعوى بالنسبة للمدين (الأصيل): لا يترتب على رفع الدعوى من قبل الدائن حرمان المدين من التصرف في الحق الذي يستعمله الدائن نيابة عنه، فيضلل المدين حرفي أن يتصرف في حقه بكل أنواع التصرفات إما بنقله إلى الغير أو الصلح فيه أو التنازل عنه أو قبول الوفاء به حتى بعد رفع الدعوى.

- آثار الدعوى بالنسبة للدائن ولغيره من الدائنين: تنص المادة 190 من ق م على أنه "يعتبر الدائن في استعماله حوق مدينه نائبا عن هذا المدين، وكل ما ينتج عن استعمال هذه الحقوق يدخل في أموال المدين ويكون ضامنا لجميع ديونه"، وهذا يعني أن الدائن رافع الدعوى لا يستأثر بنتيجتها وحده وإنما يتعرض لمزاحمة الدائنين استنادا إلى فكرة الضمان العام والنيابة القانونية، فالدائن حين يستعمل الدعوى غير المباشرة لا يطالب بحق لنفسه بل يطالب باسم المدين ونيابة عنه.

وهذا الأثر هو من جعل من الدعوى غير المباشرة نادرة الاستعمال، ويفضل عليه في الغالب حجز مال للمدين لدى الغير (La saisie-arrêt)

- آثار الدعوى بالنسبة إلى الخصم وهو مدين المدين: لما كان الدائن يعتبر في مواجهة الخصم نائبا عن المدين، فإن الخصم يستطيع أن يتمسك في مواجهته بكل الدفع التي تكون له في مواجهة المدين نفسه من تقادم أو مقاصة أو إبراء ذمة أو بطلان سند الدين، ولو كانت أسباب الإنقضاء هذه قد حدثت بعد رفع الدعوى.

المطلب الثاني: الدعوى المباشرة L'action direct

يعمد المشرع، في بعض الحالات إلى منح الدائن حماية خاصة فيخوله دعوى مباشرة قبل مدين مدينه، يستأثر الدائن وحده بنتيجتها، ولا تثبت إلا بنص قانوني خاص،

ومثالها الدعوى المخولة للمؤجر ضد المستأجر من الباطن، يستطيع بموجبه أن يطالب بالأجرة وبسائر الالتزامات الناشئة عن عقد الإيجار من الباطن للمستأجر الأصلي (م 507 ق م)

ومثالها أيضا دعوى المضرور ضد شركة التأمين للمطالبة بما في ذمتها للمسؤول المدني أي المؤمن له (م 619 ق م)

وفي عقد الوكالة يجوز طبقا لنص المادة 580 ق م للموكل أن يرجع مباشرة على نائب الوكيل، ولنائب الوكيل أن يرجع مباشرة على الموكل.

هذه الأمثلة وغيرها تبقى حالات خاصة وردت فيها نصوص تشريعية متناثرة تنشئ هذه الدعوى، وهي دعوى مؤسسة على حق الامتياز ، وهي تقوم إما على منفعة قدمها الدائن أو خسارة تحملها، ولا توجد بعد قواعد عامة تُرد إليها . ولا تزال النظرية العامة للدعوى المباشرة حتى اليوم في طور التكوين، ولم تبلغ غايتها من التطور . وفي هذا المعنى يقول فلانتيه : " لا نزال من الدعوى المباشرة في مرحلة من التطور تتجمع فيها الاستثناءات تجمعا لا تخلو من عدم التناسق "

المطلب الثالث: الدعوى البوليصة أو دعوى عدم نفاذ التصرفات القانونية)

(L'action paulienne ou révocatoire)

تناولها المشرع الجزائري في المواد من 191 و 192 من ق م، وهي تنسب إلى البريتور (Preteur) الروماني بولص⁽¹⁾ ، وتستهدف حماية الدائن من تصرفات مدينه التي يقوم بها إضرارا به، وتخول الدائن المطالبة بعدم نفاذ هذا التصرف عليه. وكانت في القانون الروماني دعوى جماعية يرفعا وكيل الدائنين بمناسبة تصفية أموال المدين المفلس تصفية جماعية، أما في الوقت الحاضر فهي دعوى فردية يرفعها الدائن ضد المتصرف إليه مع إدخال المدين في الدعوى،

◆ شروط استعمال الدعوى البوليصة

يتضح من النصوص المنظمة لأحكام الدعوى البوليصة أن شروط هذه الدعوى على ثلاثة أنواع: أولها ما يرجع إلى الدائن ويتصل بحقه، وثانيهما ما يتصل بالتصرف المطعون فيه، وثالثهما ما يرجع إلى المدين وإلى خلفه، على التفصيل التالي:

√ الشروط المتعلقة بالدائن: وهما شرطان أولهما أن يكون حق الدائن سابقا على التصرف المطعون فيه، وثانيهما أن يكون حق الدائن مستحق الأداء.

(1) ويرى البعض أن صحة هذه التسمية واستعمال هذه الدعوى في القانون الروماني محل شك البعض وأن البريتور " بولص " هذا ليس إلا شخصا خياليا اخترعه بعض الشراح (Glossateurs)

أما الشرط الأول فيقتضي أن يكون حق الدائن سابقا على التصرف المطعون فيه وهو شرط لم ينص عليه القانون لكنه من وضع الفقه والقضاء، وهو يقتضيه المنطق إذ لا يمكن تصور وقوع ضرر للدائن من تصرف سابق على حقه،

والعبرة هنا بأسببية نشوء الحق لا بتاريخ استحقاقه ولا بتاريخ شهره إذا كان التصرفات الخاضعة للشهر كبيع العقار، ويقع عبء إثبات أسببية تاريخ حق الدائن في الوجود على تاريخ صدور التصرف المطعون فيه على عاتق الدائن، ويجري الإثبات وفق القواعد العامة.

أما الشرط الثاني فمفاده، أن مباشرة هذه الدعوى تقتضي أن يكون حق الدائن قابلا للتنفيذ به إذا تم ثبوته في سند تنفيذ، ويكون الحق كذلك إذا كان مستحق الأداء، فليس للدائن بحق مؤجل أو معلق على شرط واقف لم يتحقق أن يستعمل الدعوى البوليصة، مع ذلك غالبا ما يطلب الدائن بعد إثبات إعسار مدينه من المحكمة إسقاط الأجل، فيصبح دينه مستحق الأداء.

الشروط المتعلقة بالتصرف المطعون فيه

لاستعمال الدعوى البوليصة يجب أن يكون هناك تصرف قانوني متعلقا بحق يتصل بشخص المدين أو بمال غير جائز الحجز عليه، أو غير داخل في الضمان العام وان يكون هذا التصرف مفقرا، وأن يكون تاليا في وجوده لحق الدائن في هذا الصدد تنص المادة 191 من القانون المدني على ما يأتي: " لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء، وصدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عليه إعسار المدين أو الزيادة في إعساره، وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية " وتفصيل ذلك ما يلي:

1- وجود تصرف قانوني إرادي حتى يمكن القول بأنه أنه قد أنشيء بقصد الإضرار بالدائن، سواء كان هذا التصرف عقد أو التزاما بإرادة منفردة، عقد معاوضة أو تبرع، وسواء منشئا للالتزام أو مسقطا له.

2- ألا يكون التصرف متعلقا بحق متصل بشخص المدين، كما سبق بيانه عند الحديث عن الدعوى غير المباشرة.

3- أن يكون التصرف مفقرا بأن ينقص من حقوق المدين أو يزيد من التزاماته م 191، ويطرح التساؤل في حالة امتناع المدين، عن قبول هبة والراجح أنه لا يجوز الطعن عليه بالدعوى بالبولىصية.

كما يطرح التساؤل أيضا حول الوفاء لأحد الدائنين إذا كان المدين معسرا، تجيب عن هذا التساؤل المادة 196 ق م، من خلال التمييز بين حالتين الأولى إعطاء الدائن ضمانا خاصة كرهن ففي هذه الحالة يحرم الدائن من هذه الميزة، أما الثانية فتتعلق بالوفاء إلى الدائن قبل حلول الأجل أو حتى بعد حلوله إذا كانت نتيجة تواطؤ بين الدائن والمدين. وهنا لا يسري الوفاء في حق باقي الدائنين. ويعتبر التصرف منطويا على تواطؤ من المتصرف إليه متى كان يعلم أن المدين معسرا.

04- أن يكون التصرف ضارا بالدائن، وهذا يعني أن الضرر إذا انتفى، انعدمت مصلحة الدائن في تصرف مدينه وتعذر عليه رفع هذه الدعوى، ويقصد بالضرر، الحيلولة دون استفاء الدائن حقه كاملا بسبب ما يترتب على تصرف المدين من إعساره أو الزيادة في إعساره، ويكون على المدين إثبات ذلك وإثبات أن حالة الإعسار ما زالت قائمة وقت رفع الدعوى، فإذا أصبح المدين موسرا لسبب ما (تلقى ميراث مثلا) فحينئذ لا تكون للدائن مصلحة في رفع الدعوى البولىصية.

ويقصد بالإعسار هنا الإعسار الفعلي، ويكفي أن يثبت الدائن ديون المدين فيكون على المدين إثبات أن لديه من المال ما يفي بسدادها م 193 ق م

الشروط المتعلقة بالمدين وخلفه

اشترطت المادة 192 من ق م صدور التصرف، عن غش وتواطؤ إذا كان معاوضة، ولم تشترط ذلك في تبرعات المدين، ويقصد بالغش نية الإضرار بالدائن وقت صدور التصرف، أما التواطؤ فيعني توافر قصد الغش لدى كل من المدين ومن صدر له التصرف وقت صدوره، ويكفي طبقا لنص المادة 1/192 من ق م لاعتبار التصرف منطويا على غش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم بأنه معسر، وهي قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس.

ولا يشترط إثبات الغش إلا في المعاوضات ، أما إذا كان التصرف تبرعا فإنه لا ينفذ في حق الدائن، ولو لم يرتكب المدين غشا ولو كان من صدر له التبرع حسن النية. (م 3/192)، وهذا يعني أن المشرع الجزائري افترض سوء نية المدين في حالة التبرع فرضا غير قابل لإثبات العكس. وإذا كان المتبرع له قد تصرف بدوره إلى آخر بعبوض فعلى الدائن أن يثبت سوء نية المتبرع له والمتصرف إليه الأخر معا، أما إذا كان المتبرع له قد تصرف إلى آخر تبرعا فعلى الدائن أن يثبت سوء نية هذا الآخر م 4/192 ، فإذا عجز الدائن عن إثبات سوء نية المتصرف إليه الآخر في الحالين فلا يكون أمامه إلا مطالبة المدين بالتعويض على ما سيأتي معنا لاحقا.

آثار الدعوى البوليصة

ترتب هذه الدعوى آثارها في حق كل من الدائن، والمدين والمتصرف إليه -أثر الدعوى بالنسبة للدائن : يحكم بعدم نفاذ التصرف ويترتب على هذا أن المال يعتبر أنه لم يخرج من ضمان الدائن بالقدر اللازم لوفاء دين الدائن رافع الدعوى، وطبقا لنص المادة 194 يستفيد من هذا الحكم جميع الدائنين تحقيقا لفكرة المساواة بين الدائنين في الانتفاع بالضمان العام الذي تهدف الدعوى البوليصة إلى حمايته.

فإذا تعذررد المال المتصرف فيه عينا، كان يكون قد انتقل إلى يد شخص آخر حسن النية وتمسك بأعد الحيازة في المنقول سند الملكية، فلا يكون أمام الدائن سوى رفع دعوى مسؤولية تقصيرية وفقا للقواعد العامة،

- أثر الدعوى بالنسبة إلى المدين والمتصرف إليه: يبقى التصرف صحيحا فيما بين المتعاقدين أي فيما بين المدين والمتصرف إليه، مع عدم نفاذه في حق الدائن ويترتب على ذلك النتائج التالية:

- إذا بقي من ثمن المال محل التصرف شيء فإن هذا الباقي يكون من حق المتصرف إليه وليس من حق المدين

- من حق المتصرف إليه أن يرجع على المدين بالدعاوى الناشئة على العقد كان يطلب الفسخ.

للمتصرف إليه أن يرجع على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب لأنه وفي عن المدين دينه.

المطلب الرابع: دعوى الصورية

يقصد بالصورية بانها وسيلة يلجأ إليها المدين بقصد إبعاد جزء من امواله مجموع الضمان العام وذلك عن طريق إخفاء حقيقة ما قام بينه وبين المتعاقد الآخر.

والصورية تفترض وجود عقد ظاهر وهو العقد الصوري وعقد مستتر وهو العقد الحقيقي والصورية قد تكون مطلقة وقد تكون نسبية وهذه الأخيرة على انواع ، صورية بطريق التستر وصورية بطريقة المضادة وصورية بطريق التسخير.

والصورية المطلقة هي التي تتناول العقد ذاته فيكون العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة ولا تتضمن الورقة المستترة عقدا يختلف عن العقد الظاهر ، وإذا تضمن على تقرير العقد الظاهر هو عقد صوري لا وجود له.

أما الصورية بطريق التستر: فهي تتناول نوع العقد لا وجود كجهة في صورة بيع للمنقول فالعقد الظاهر هو عقد البيع صوري والعقد المستتر هو عقد الهبة هو العقد الحقيقي.

ويكون الفرض من الصورية في هذه الطريقة هو التهرب من شكلية ورسمية غير الهبة والصورية بطريق المضادة: فهي تتناول ركنا في العقد او شرط فيه مثل ذلك عقد بيع يذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقي للتقليل من يوم التسجيل.

أما الصورية بطريق التسخير فهي تتناول شخص احد المتعاقدين كان يهب شخص لآخر مالا ويكون الموهوب له المذكور في العقد ليس المقصود بالهبة بل المقصود شخص آخر القانون منعه من هذا التصرف 402 ق م.

شروط تحقيق الصورية: تتحقق الصورية إذا توافرت الشروط التالية:

أولاً: أن يوجد عقدان، عقد ظاهر وعقد خفي والعقد الظاهر هو الصوري والعقد الخفي هو الحقيقي.

ثانياً: أن يبرما في وقت واحد أما إذا أبرما في تاريخين لا حقين فإن الثاني يعتبر نقدياً

ثالثاً: اختلاف العقد الظاهر عن العقد المستتر في الطبيعة أو الأركان أو الشروط.

أحكام الصورية:

أ- بين المتعاقدين: من نص المادة 199 أن العبرة بين المتعاقدين بالعقد الحقيقي وليس بالعقد الظاهر على أساس ان العقد الحقيقي هو المعبر عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين وللصورية ليست سببا لبطلان العقد ، ويترتب على ذلك ان الصورية لو أفقت تصرف حقيقا وصحيحا كانت سائقة وصح التصرف ، اما إذا أخفت تصرفا باطلا يحرمه القانون فإن الجزاء لهذا التصرف هو البطلان لمخالفة القانون.. وغذا أخفى التصرف الصوري السبب الحقيقي وكان غير مشروع فإن التصرف يعتبر باطلا بطلان مطلقا.

وإثبات الصورية بين المتعاقدين يقع ما يدعى بالصورية.

ب - بالنسبة للغير: الغير هو كل من اطمأن واعتمد على العقد الصوري وبني عليه تعامله بحسن نية.

1- الخلق الخاص: هو من ينتقل إليه عيني على كل شيء من أحد طرفي العقد ويستوي ان يكون قد انتقل إليه هذا الشيء قبل العقد الصوري أو بعده

2- الدائن الشخص: الدائن العادي لاحد الطرفين يعتبر من الغير ويستوى ان يكون حقه مستحق الأداء أولا.

حكم الصورية بالنسبة للغير: من نص المادة 198 يتضح أن الغير له أن يتمسك بالعقد الصوري وللغير ان يتمسك بالعقد المستمر ويثبتون الصورية بكافة طرق الإثبات ويكون للخلف الخاص التمسك به إذا كانت له مصلحة في ذلك.

وللغير أيضا ان يتمسك بالعقد الصوري طالما كانت له مصلحة في ذلك وكان حس النية ويعتبر كذلك إذا كان يجهل وقت قيام تعامله على أساس انه عقد صوري وحس النية مفترض يقبل إثبات العكس.

التعارض بين غير يتمسك بعقد صوري وغير بعقد مستتر ، لاننا لا نستطيع الأخذ بالعقدين فلا بد من ترجيح أحدهما ، لم يتناول المشرع هذا الوضع وقد رجع المشرع المصري الأخذ بالعقد الصوري رغبة في إستقرار المعاملات الخصوم في دعوى الصورية: يمكن أن ترفع دعوى الصورية من أحد طرفي العقد ويجب إدخال من له مصلحة في التمسك بالعقد الصوري.

وقد تكون الدعوى مرفوعة من الغير حتى وجدت له مصلحة في ذلك. ولا تخضع دعوى الصورية للتقادم المسقط ، كما هو الحال في الدعوى البولصية.

الفصل الثاني : الأوصاف المعدلة للالتزام

قد يتصل بالالتزام وصف يعدل من آثاره، مما يؤدي إلى تغيير في القواعد التي تحكم تنفيذه، وقد يلحق هذا الوصف في الرابطة ذاتها فيؤثر إما على وجودها بأن يجعله غير مؤكد فنكون بصدد " شرط " وإما على نفاذها بأن يجعله غير ناقد فنكون حينها بصدد "الأجل".
(مبحث أول)

وإما أن يلحق الوصف أحد طرفي الرابطة القانونية (الدائن أو المدين) فيصبح هذا الطرف متعددا فيكون الحديث عندئذ عن تعدد طرفي الالتزام (مبحث ثان)، وأخيرا قد يلحق الوصف محل الالتزام فيتعدد بعد أن كان واحدا فنكون بصدد " تعدد محل الالتزام " (مبحث ثالث).

وقد تناول المشرع الجزائري في القانون المدني الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام في الباب الثالث

من الكتاب

المبحث الأول: الشرط والأجل

قد يلحق الوصف رابطة المديونية فتُعلق هذه الأخيرة على أمر مستقبلي، فيصبح وجودها غير محقق ويسمى هذا الوصف بالشرط، أو يتراخى نفاذ الرابطة إلى وقت معين ويسمى هذا الوصف بالأجل.

المطلب الأول: الشرط

الشرط وصف يلحق الالتزام فيعدل آثاره وهو أمر مستقبلي غير محقق الوقوع، وقد تناول المشرع الجزائري أحكامه في المواد 203-208 من القانون المدني، وهي مواد بينت مفهومه وخصائصه وأنواعه (فرع أول)، وحددت آثاره حينما يلحق الالتزام (فرع ثان)

أولاً: مفهوم الشرط وخصائصه وأنواعه

1- تعريفه: لغة يدل على معنى العلاقة الدالة المميزة. والشرط والشريطة إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه.

أما كوصف في الالتزام هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع، يترتب عليه وجود الالتزام أو زواله⁽¹⁾، كشفاء مريض أو قدوم مسافر أو وصول بضاعة أو نحو ذلك، وهذا مستفاد من نص

(1) أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام- دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر 2005، ص 196.

المادة (265) من القانون المدني الذي جاء فيه أنه: «يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع».

والشرط الذي يرد على الالتزام فيجعله موصوفاً قد يكون صريحاً كما يمكن أن يكون ضمنياً، ومثال هذا الأخير أن يرسل البنك إلى زبونه أوراقاً مالية كالشيك بإضافة قيمتها إلى حسابه، فإن هذه الإضافة تكون معلقة على شرط قبض قيمتها⁽¹⁾.

و الشرط بهذا المعنى أمر خارجي وهو عارض بلحق الالتزام بعد تكوينه بمعنى بلحق عنصراً جوهرياً من عناصر الحق⁽²⁾.

والشرط بمعناه الفني المتقدم يختلف تماماً عن معناه الواسع أي الاشتراطات أو الأحكام التي اتفق عليها المتعاقدان في العقد أو هي التزام المتصرف في تصرفه بأحد الأمور الزائدة، ومثال الشرط المتعلقة بتسليم سلعة معينة في مكان وزمان محدد.

2- أنواع الشرط: الشرط نوعان هما الشرط الواقف الذي يعلق الالتزام على وجوده والشرط الفاسخ الذي يعلق الالتزام على زواله.

أ- الشرط الواقف: هو الشرط الذي يتوقف على تحققه وجود الالتزام، فإن تخلف لم يخرج الالتزام إلى الوجود. ومثال ذلك أن يعلق الواهب هبته لابنه على شرط أن يتزوج. فالزواج هنا شرط واقف، إذا تحقق وتزوج الابن وُجِدَ التزام الأب بالهبة، وإذا تخلف الشرط ولم يتزوج الابن فإن التزام الأب بإعطاء هبة لابنه لا يوجد⁽³⁾.

وهو ما عبرت عنه المادة 206 من القانون المدني الجزائري بقولها " إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف، فلا يكون نافذاً إلا إذا تحقق الشرط. أما قبل تحقق الشرط، فلا يكون الالتزام قابلاً للتنفيذ الجبري، ولا للتنفيذ الاختياري، على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه"

(1) أنور طلبية المطول في شرح القانون المدني، الجزء الرابع المكتب الجامعي الحديث الاسكندرية، 2004 ص 368

(2) رمضان أبو السعود أحكام الالتزام دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية 1998 ص 256.

(3) محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام دار الكتاب الحديث الجزائر ص 194

ب- الشرط الفاسخ: وهو ما يعلق عليه زوال الالتزام القائم والنافذ، فتحقق الشرط الفاسخ المعلق عليه يُحل الملتزم من التزامه، وتزول رابطته. فهو إذا الشرط الذي يترتب على تحققه زوال الالتزام

ومثال ذلك نزول الدائن عن جزء من حقه بشرط أن يدفع المدين الأقساط الباقية كل قسط في ميعاده، فالشرط هنا شرط فاسخ، فإذا تأخر المدين في دفع الأقساط الباقية عدّ نزول الدائن عن جزء من الدين كأن لم يكن، فالالتزام المعلق على شرط فاسخ هو التزام لا يعرف مصيره إذ قد يزول أو يتأكد نهائياً حسب تحقق الشرط أو عدمه⁽¹⁾، في هذا الصدد تنص المادة 207 من القانون المدني على أنه " يزول الالتزام إذا تحقق الشرط الفاسخ، ويكون الدائن ملزماً برد ما أخذه فإذا استحال الرد لسبب هو المسؤول عنه وجب عليه تعويض الضرر، غير أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط" ، ويبرر بقاء أعمال الإدارة نافذة بالرغبة في استقرار المعاملات، ولكن بشرط ألا تخرج هذه الأعمال عن حدود المألوف⁽²⁾

3- خصائص الشرط: للشرط خصائص أربع هي:

أ- الشرط المعلق عليه أمراً مستقبلاً وممكناً: تنص المادة 203 من القانون المدني على أنه " يكون الالتزام معلقاً إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل ... " فالشرط باعتباره وصف يرد على الالتزام لا يصح أن يكون إلا أمراً مستقبلياً بمعنى متعلقاً بواقعة لم تحل ، أي غير ماضية ولم تتحقق بعد⁽³⁾ ، أما إذا كان أمراً ماضياً أو حاضراً فهو ليس بشرط حتى لو كان طرفاً للالتزام يجهلان وقت التعامل ما إذا كان الأمر الماضي قد وقع أو لم يقع، أو إذا كان الأمر الحاضر واقعاً أو غير واقع.

والأمر المستقبل الذي ينطوي عليه الشرط قد يكون أمراً إيجابياً أو أمراً سلبياً. فالأب الذي التزم أن يهب ابنه داراً إذا تزوج يكون قد علق التزامه على شرط، هو زواج ابنه، وهذا أمر

(1) محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 195

(2) أنور العمروسي، الشرط والأجل في القانون المدني، الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة 2006، ص

. 89

(3) دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 42.

إيجابي. والزوج الذي يوصي لامرأته بدار على شرط ألا تتزوج بعده يكون قد علق الوصية على شرط، هو عدم زواج امرأته، وهذا أمر سلبى.

ب- الشرط أمر غير محقق الوقوع: وهو ما يفهم صراحة من عبارة "وممكن الوقوع" في نص المادة 203 من القانون المدني، ذلك أن الالتزام المعلق على شرط لا يعرف مصيره فوجب أن يكون الشرط أمراً لا يعرف إن كان سيتحقق أم لا⁽¹⁾، فإذا كان الأمر مستقبلاً ولكنه محقق الوقوع فإنه لا يكون شرطاً، بل يكون أجلاً. فإذا أضاف الملتزم التزامه إلى موسم الحصاد كان الالتزام مقترناً بأجل لا معلقاً على شرط؛ لأن موسم الحصاد في المؤلف من شؤون الدنيا لا بد آتٍ، فالأمر هنا محقق الوقوع، فيكون أجلاً لا شرطاً.

ج/ الشرط أمر ممكن الحدوث

لا يكون شرطاً الأمر المستحيل الوقوع. وهو ما قضت به المادة 204 من القانون المدني بقولها "لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن..." لأن الاستحالة تمنع نشوء الالتزام قانوناً وفقاً لقاعدة لا التزام في المستحيل "A L'impossible nul n'est tenu".

فإذا علق الملتزم التزامه على أمر مستحيل استحالة مطلقة؛ فإن الالتزام لا يوجد أصلاً، وتكون الاستحالة مطلقة إن استحال تحقق الشرط بالوسائل المعروفة للإنسان.

أما إذا كانت الاستحالة نسبية فإنها لا تعيب الالتزام، بل يكون في هذه الحالة قائماً يتوقف وجوده أو زواله على تحقق الشرط. وتعدّ الاستحالة نسبية إذا غلب الظن أن تقدم المعارف البشرية يجعل الشرط ممكناً، وليس مستحيل الوقوع.

وكما تكون الاستحالة طبيعية كما سبق ذكره كذلك قد تكون قانونية. فالالتزام المعلق على شرط أن يبيع المشترط عليه تركة مستقبلية لا يكون قائماً؛ لأنه علق على شرط مستحيل استحالة مطلقة.

د/ أن يكون الشرط مشروعاً: وقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة 204 من ق م سالف الذكر، حينما اعتبرت أن الالتزام لا يكون قائماً إذا علق على شرط مخالف

(1) محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 195.

للآداب أو النظام العام، ويكون الشرط غير مشروع ليس فقط إذا خالف نصاً قانونياً أمراً؛ بل إذا كان أيضاً مخالفاً للنظام العام والآداب العامة⁽¹⁾.

فإذا كان الشرط مخالفاً للنظام العام أو الآداب في هذه الحالة باطلاً، ولا يقوم الالتزام الذي عُلق وجوده عليه إذا كان الشرط واقفاً ومثال ذلك من يهب لشخص مالا في حالة ارتكب هذا الأخيرة جريمة.

أما إذا كان الالتزام المعلق على شرط فاسخ مخالفاً للنظام العام والآداب العامة فإذا كان الشرط الدافع للتعاقد باطلاً كان الالتزام باطلاً،

أما إذا كان الشرط الفاسخ مستحيلاً أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب كان باطلاً؛ لأن الالتزام المعلق على شرط فاسخ التزم نافذ وفوري، وزواله هو المعلق على الشرط الفاسخ الذي يعدّ كأن لم يكن لبطلانه، فهو إذن لن يتحقق. ويترتب على ذلك أن الالتزام المعلق على هذا الشرط يكون باتاً غير معلق على أي شرط، وليس التزمماً مهدداً بالزوال كما هو شأن الالتزام المعلق على شرط فاسخ صحيح.

أما إذا كان السبب الدافع إلى الالتزام معلقاً على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام - كأن يهب رجل لامرأة مالا لأجل استمرارها معه في حياة غير شرعية - كان الشرط الفاسخ هنا باطلاً لمخالفته للآداب، وعدّ غير قائم؛ وبالتالي فإن سقوط الشرط يسقط الالتزام معه كما تقضي به .

هـ- ألا يكون الشرط إرادياً محضاً متوقفاً على إرادة الملتزم: تنص المادة 205 من ق م على أنه " لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم" وهذا يعني أنه ينبغي ألا يكون تحقق الشرط الواقف متوقفاً على محض إرادة المدين، ويكون رهينة بمشيئة أحدهما⁽²⁾.

فإذا كان الشرط المتعلق بإرادة المدين شرطاً واقفاً كأن يلتزم المدين إذا أراد أو إذا رأى ذلك معقولاً أو مناسباً، فهذا شرط يجعل عقد الالتزام منحللاً منذ البداية، إذ إن الالتزام قد

(1) محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 197

(2) دربال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 43.

عُلق وجوده على محض إرادة المدين إن شاء حقق الشرط وإن شاء جعله يتخلف، ومن ثم يكون هذا الشرط باطلاً، ويسقط الالتزام وفق ما نصت عليه المادة 205 من القانون المدني سالفه الذكر. أما في الشرط الفاسخ فيكون صحيحاً دائماً لو كان شرطاً إرادياً محضاً حتى ولو تعلق بإرادة المدين.

وتنقسم الشروط من حيث ارتباطها بإرادة أحد الطرفين إلى أنواع ثلاثة:

1- الشرط الاحتمالي: وهو متروك للمصادفة المحضة أو بعبارة أصح متروك للقدر، دون أن يتعلق بإرادة أي من طرفي الالتزام. كان يتعهد أحدهم بأن يهب آخر مالا إذا رزق بمولود

2- الشرط المختلط: وهو شرط يتعلق بإرادة أحد أطراف الالتزام وإرادة شخص من الغير. ومن الأمثلة التي يوردها الفقه في هذا المجال: أن يلتزم أب بان يهب ابنه مالا إذا تزوج من فتاة معينة، فالشرط هنا يتوقف على إرادة الابن المشتراط عليه، وهو أحد المتعاقدين وإرادة الفتاة التي اشترط الزواج منها

وكلا الشرطين الاحتمالي والمختلط صحيح؛ لأنه ينطوي على عنصر خارجي يفلت من إرادة المتعاقدين.

- الشرط الإرادي: وهو ذلك الذي يتوقف على إرادة أحد الطرفين أو قدرته. وهو إما أن يكون شرطاً إرادياً محضاً وإما شرطاً إرادياً بسيطاً.

فالشرط الإرادي البسيط: هو الذي يتوقف على إرادة أحد الطرفين ولكن هذه الإرادة ليست مطلقة وإنما مقترنة بظروف وملابسات خارجية على نحو لا يكون فيه العقد متوقفاً على محض مشيئة المدين.

ومثال ذلك أن يتعهد شخص بأن يستخدم عاملاً إذا فتح فرعاً لتجارته في مدينة أخرى فالإرادة هنا ليست مطلقة أي على رغبتها في فتح الفرع أو عدم فتحه، وإنما توجهها ظروف مالية واقتصادية.

- الشرط الإرادي المحض: فهو الذي يتوقف على إرادة أحد طرفي الالتزام دائماً كان أو مديناً فقط كالتعليق على المشيئة. (إذا شئت أو إذا أردت) دون أن تتحكم في هذه الإرادات ظروف وملابسات أخرى، فيكون وجود الالتزام أو زواله مرهون بمشيئة أحد الطرفين.

فإذا تعلق بمحض إرادة الدائن كان شرطاً صحيحاً، وكان الالتزام قائماً معلقاً على إرادة الدائن، إن شاء تقاضى المدين الشيء الذي ألزمه به وإن شاء أحله من التزامه. كما لو التزمت أنا بأن أعيرك سيارتي للتنزه إذا أردت أنت.

أما إن تعلق الشرط بمحض إرادة المدين؛ فإنه يكون صحيحاً إن كان شرطاً فاسخاً، ومثال ذلك أن تخول المحلات التجارية لزبائنها الحق برد البضاعة إذا لم تروق لهم.

وإن كان الشرط المتعلق بمحض إرادة المدين شرطاً واقفياً، كأن يلتزم المدين إذا أراد، أو يلتزم إذا رأى ذلك معقولاً أو مناسباً؛ فهذا الشرط يجعل الالتزام منحل منذ البداية كما لو قال أحدهم لآخر: «سأدفع لك مبلغاً معيناً أردت أنا» فالالتزام قد عُلق وجوده على محض إرادة المدين إن شاء حقق الشرط وإن شاء جعله يتخلف؛ ومن ثم يكون هذا الشرط باطلاً، ويسقط كل التزام معلق على شرط واقف؛ هو محض إرادة المدين. وهذا ما نصت عليه المادة 205 من القانون المدني سالفه الذكر.

ثانياً: آثار الشرط

لتحديد آثار الشرط يجب التمييز بين مرحلتين: مرحلة التعليق، وهي المرحلة التي يكون فيها الشرط قائماً لا يعلم هل يتحقق أو يتخلف. وهي المرحلة التي تمتد من تاريخ وجود الالتزام المعلق على شرط إلى يوم تحققه أو تخلفه (أولاً)، ومرحلة ما بعد التعليق، وهي المرحلة التي يتبين فيها مآل الشرط هل تحقق أو تخلف (ثانياً). وفي كلتا المرحلتين تختلف آثار الشرط الواقف عن آثار الشرط الفاسخ.

أولاً- أثر الشرط في مرحلة التعليق: يختلف هذا الأثر باختلاف الشرط فيما إذا كان وافقاً أو فاسخاً

أ/آثار الشرط الواقف خلال فترة التعليق: نصت المادة 206 من القانون المدني على أنه: «إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف فلا يكون نافذاً إلا إذا تحقق الشرط، أما قبل تحقق الشرط فلا يكون الالتزام قابلاً للتنفيذ الجبري، ولا للتنفيذ الاختياري، على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه».

يتبين من النص المتقدم الذكر أن الالتزام المعلق على شرط واقف وهو في مرحلة التعليق؛ هو حق موجود لكنه غير بات وغير نافذ ،

فهو موجود ينتقل من صاحبه إلى الغير بالميراث وغيره من أسباب انتقال الحقوق. يجوز لصاحبه أن يجري الأعمال المادية اللازمة لصيانته من التلف. و أن يقوم بالأعمال التحفظية اللازمة للمحافظة على حقه، كوضع الأختام وتحريم قوائم الجرد، والتدخل في القسمة ووضع الحراسة، ويجوز أن يستعمل الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية.

غير أنه في ذات الوقت غير بات وغير نافذ فلا يكون قابلاً للتنفيذ الجبري، ولا التنفيذ الاختياري، فإذا كان المدين قد وفى الدين وهو يعتقد خطأ أن الدين غير معلق على شرط أو أن الشرط قد تحقق جازله استرداده وفقاً للقواعد العامة في دفع غير المستحق. لا يسري التقادم عليه، ولا تجوز المقاصة القانونية بهذا الحق. ولا يجوز لصاحبه أن يستعمل الدعوى البوليصية لأن حقه غير مستحق الأداء

ب / آثار الشرط الفاسخ خلال فترة التعليق: حق الدائن المرتبط بشرط فاسخ حق موجود وقائم من كل وجه، ومنتج لآثاره خلال فترة التعليق وإن كان معرضاً للزوال بتحقيق الشرط الفاسخ.

فصاحب هذا الحق يملكه حالاً، وله يتقاضاه من مدينه بطريق التنفيذ الاختياري أو الجبري، أن يديره وأن يتصرف فيه، ولكن تصرفاته تكون على خطر الزوال كحقه، فإذا ما تحقق الشرط الفاسخ زال حقه وزالت معه جميع التصرفات التي أجراها فيه. وللمالك تحت هذا الشرط دعاوى الحيازة والملكية النسبة للعين التي يملكها تحت هذا الشرط

ثانيا- آثار الشرط بعد فترة التعليق:

يتحقق الشرط أو يتخلف بطرق ثلاث، ويترتب عن ذلك في كل الأحوال آثار خاصة

أ/ كيفية تحقق أو تخلف الشرط

يتحقق الشرط أو يتخلف إما بإرادة طرفي الالتزام، وإما بحلول وقت معين، وإما أخيراً

نتيجة خطأ الدائن أو المدين

- فيتحقق الشرط أو يتخلف بإرادة طرفي الالتزام فإذا كان الشرط تحقق غاية معينة فلكي يتحقق الشرط يجب أن تتحقق الغاية، وإذا كان عملا يجب القيام به ولشخصية القائم به اعتبار ملحوظ يجب أن يقوم به الشخص المعين الذي قصده الطرفان. لا يوجد في القانون الجزائري ما يعبر عن هذه الحالة خلافا للقانون الفرنسي

- وقد يتحقق الشرط أو يتخلف بحلول أجل معين فقد يحدد وقت معين لوقوع الشرط أو لعدم وقوعه وعندئذ يجب لتحقق الشرط أن يقع أو لا يقع خلال الميعاد الذي حدده الطرفان

- قد يتحقق الشرط أو يتخلف أخيرا نتيجة خطأ الدائن أو المدين ومثال ذلك أن يتعمد تاجر بعد التأمين على متجره ضد الحريق إلى إشعال النار فيه⁽¹⁾، فإنه بهذا الخطأ يتحقق شرط استحقاق التأمين لكن لأنه قد وقع من بخطأ الدائن فلا يستحق مبلغ التأمين

وإذا تعهد شخص لسمسار بأن يدفع له مبلغا من المال إذا وجد له مشتر لمنزله بثمن معين ووجد السمسار المشتري لكن صاحب المنزل امتنع عن البيع، فإنه بهذا يتخلف شرط استحقاق مبلغ السمسرة لكن حيث أنه تخلف بخطأ المدين فإنه يلتزم بمبلغ السمسرة.

ثانيا: أثر تحقق الشرط أو تخلفه

مهما كان الشرط واقفا أو فاسخا فإن مرحلة تعليقة لا بد وأن تنتهي بتحقيقه أو تخلفه

أ/- الشرط الواقف: نصت المادة 206 من ق م سالفه الذكر على أنه " إذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف فلا يكون نافذا إلا إذا تحقق " وهذا يعني أنه إذا تحقق الشرط الواقف فإن الالتزام الذي كان حقا محتملا يصير حقا مؤكدا، ويعتبر كذلك من يوم انعقاد التصرف لا من يوم تحقق الشرط⁽²⁾، فيجوز للدائن أن ينفذ حقه اختيارا أو جبرا، فأثر تحقق الشرط الواقف هو نفاذ الالتزام، أما إذا تخلف الشرط الواقف فإن الالتزام يزول ويعتبر كأن لم يكن، فإذا كان المدين قد وفى بشيء منه فإن له أن يسترده، كما يترتب على ذلك زوال كل الإجراءات التحفظية التي اتخذها الدائن بموجب حقه المحتمل، وكذا زوال التصرفات التي صدرت منه في شأن هذا الحق وكل ذلك بأثر رجعي⁽³⁾.

(1) محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام، ج 1 مصر 1976، ص 173.

(2) محمد صبري السعدي مرجع سابق، ص 204.

(3) بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، ط 2 دار هومة الجزائر، 2015، ص 371.

ب/- آثار الشرط الفاسخ بعد تحقق الشرط: نصت المادة 207 من القانون المدني على ما يلي:

«يزول الالتزام إذا تحقق الشرط الفاسخ، ويكون الدائن ملزماً برد ما أخذه، فإذا استحال الرد لسبب هو مسؤول عنه وجب عليه تعويض الضرر.

غير أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط».

وهذا يعني أنه إذا تحقق الشرط الفاسخ زال الالتزام المعلق عليه بأثر رجعي، واعتبر كأن لم يكن بحكم القانون دون الحاجة إلى حكم أو إعدار، ويجب إعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل العقد. فيكون المشتري ملزماً برد المبيع الذي تسلمه، كما يكون البائع ملزماً برد الثمن الذي قبضه.

وإذا استحال الرد لسبب غير أجنبي كان على الدائن أن يعرض المدين عما أصابه من ضرر، أما إذا رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي فلا محل للتعويض لانعدام المسؤولية عنه. وتسقط جميع التصرفات التي صدرت من المالك تحت شرط فاسخ، غير أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن كالأجارات تبقى سارية رغم تحقق الشرط م 2/207 ق م

أما إذا تخلف الشرط الفاسخ فإن الالتزام الذي كان معلقاً يصبح باتاً، وتصبح باتة أيضاً جميع التصرفات التي يكون الدائن أجراها خلال فترة التعليق⁽¹⁾، بقوة القانون دون الحاجة إلى حكم أو إعدار.

الأثر الرجعي لتحقيق الشرط

إذا تحقق الشرط واقفاً كان أم فاسخاً فإن أثره يسري من وقت إبرام التصرف لا من وقت التحقق⁽²⁾ ويعبر الفقه عن هذا الحكم بمبدأ الأثر الرجعي للشرط، وقد نص المشرع الجزائري على هذا المبدأ في المادة 208 من ق م التي جاء فيها " إذا تحقق الشرط يرجع أثره إلى اليوم الذي نشأ فيه الالتزام، إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة أن وجود الالتزام أو زواله، إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط"، ويرى الفقه⁽³⁾ أن هذا المبدأ يتفق مع نية المتعاقدين

(1) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 373.

(2) أنور سلطان، مرجع سابق، ص ص 210-211.

(3) محمد حسنين، مرجع سابق ص 307.

فتفسير نية المتعاقدين هي أنهما أرادا أن يسندا أثر العقد إلى وقت التعاقد لا إلى وقت تحقق الشرط، إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله إنما يكون من الوقت الذي تحقق فيه الشرط

مثال إذا علق البائع التزامه بنقل ملكية المبيع إلى المشتري على شرط واقف هو وفاؤه بجميع أقساط الثمن، فإذا تحقق الشرط انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري، من وقت البيع لا من وقت الوفاء⁽¹⁾.

وقد أورد المشرع لهذا المبدأ استثناءات جاءت على ذكرها المادتان 207 و208 من القانون المدني، وهي:

1- إن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط الفاسخ، بوصفها أعمالاً ضرورية يجب القيام بها في الوقت المناسب حتى لا يتعطل استغلال الأموال م 2/207 ق م

2- إذا تبين من إرادة العاقدين أنهما استبعدا الأثر الرجعي للشرط صراحة أو ضمناً لأن الأثر الرجعي قائم على نيتهما المحتملة فإذا تعارضت هذه الأخيرة مع النية الحقيقية، فالنية الحقيقية هي التي يعمل بها م 208 ق م ومثال ذلك أن يتعاقد شخص مع آخر على إلحاقه بخدمته إذا حصل هذا الأخير على شهادة معينة، فالحصول على الشهادة المطلوبة لا يكون له أثر رجعي يعطي الثاني حقوق المستخدم تجاه الأول⁽²⁾

3- إذا كانت طبيعة العقد تقضي بعدم الاستناد إلى أثر الشرط الرجعي. مثال ذلك العقود الزمنية كعقد الإيجار فإذا علق عقد الإيجار على شرط فاسخ وتحقق هذا الشرط فإن ما تم من العقد لا يقبل بطبيعة الأثر الرجعي فلا يفسخ الإيجار إلا بالنسبة للمستقبل أما الماضي فلا يمكن الرجوع فيه م 208 ق م

4- إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلًا لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه قبل تحقق الشرط. وهو حكم عام ينطبق على الشرط الواقف والشرط الفاسخ، ففي الشرط الواقف نجد أن

(1) محمد صبري السعدي، مرجع سابق ص 207.

(2) محمد صبري السعدي مرجع سابق، ص ص 205-206

هلاك العين في فترة التعليق يمنع نشوء الالتزام لانعدام المحل، في حين أن هلاك العين في يد مالكةا تحت شرط فاسخ يتحملة هذا المالك وهو ما نصت عليه المادة 2/208 من ق م.

المطلب الثاني: الأجل

عالج المشرع الجزائري موضوع الأجل باعتباره وصفا معدلا للالتزام في المواد 209 إلى المواد 211 من القانون المدني الوقوف على أحكامه نتناول (فرع أول) الآثار المترتبة عنه (فرع ثان).

الفرع الأول مفهوم الأجل وخصائصه وأنواعه

- تعريفه: الأجل لغة مدة الشيء، وقانوناً هو "أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب على وقوعه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه"، وقد أشارت المادة 209 من القانون المدني إلى هذا المعنى بقولها " يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتبا على أمر مستقبل محقق الوقوع"
ويعتبر الأجل مثل الشرط وصفا عارضا للإرادة، بمعنى أنه ليس أمرا جوهريا في الالتزام فما هو جوهري في الالتزام يرتبط بالمحل والسبب والرضا⁽¹⁾، فلا يقترن بالالتزام إلا بعد أن يستوفي الالتزام جميع عناصره الجوهرية، فلورُفع عنه هذا الوصف لارتفع دون أن يزول الالتزام. وهو حادث مستقبلي مثله مثل الشرط تماما غير أنه يتميز عن الشرط في كونه محقق الوقوع أي أنه لا بد أن يقع يوما ما ويترتب على وقوعه نفاذ الالتزام أو زواله دون أترجعي.

مقومات الأجل

للأجل ثلاث مقومات هي أنه أمر مستقبل، وأنه محقق الوقوع وأنه أمر عارض يضاف إلى الالتزام بعد أن يستوفي أركانه م 1/209.

- أمر مستقبل: هو ميعاد يضرب لنفاذ الالتزام أو لانقضائه ويكون تاريخا محددا وهو أمر مستقبل فلا يجوز أن يكون أمرا ماضيا أو حاضرا، فلو عين المدين أجلا للوفاء موت شخص وكان هذا الشخص قد مات من قبل، نشأ الالتزام نفاذا حال الأداء⁽²⁾

- أمر محقق الوقوع: وهو ما يميزه عن الشرط وهذا يعني أن الحق المقترن بأجل هو حق مؤكد الوجود بينما الحق المعلق على شرط هو حق احتمالي كما مر معنا، وقد يكون الأجل معيناً

(1) علي كحلون، مرجع سابق، ص 675.

(2) محمد حسنين، مرجع سابق، ص 309.

أو غير معين م 2/209 ومثال الأجل غير المعين الوفاة فهي وإن كانت أمراً محققاً إلا أنه لا يعرف ميعاد حلوله، فالالتزام شركة التأمين على الحياة يدفع مبلغ التأمين عند وفاة المؤمن على حياته هو التزام مقترن بأجل غير معين

- أمر عارض

2- أنواع الأجل:

الأجل نوعان إما أن يكون أجلاً واقفاً أو أجلاً فاسخاً،

أ- الأجل الواقف: وهو ما يتوقف على حلوله نفاذ الالتزام، فلا يكون نافذاً قبله. فهو يوقف نفاذ الالتزام فلا يكون مستحق الأداء قبل حلول الأجل ومثاله التزام المقرض والمستعير والمودع عنده برد مبلغ القرض أو العين المعارة أو المودعة. ومثاله أيضاً أن يضع الطرفان أجلاً لبداية العمل بالعقد⁽¹⁾

ب- الأجل الفاسخ: وهو ما كان حلوله منهيماً للالتزام النافذ قبله. دون أن يكون لذلك أثر رجعي، وأمثله إنما تكون في العقود الزمنية كعقد الإيجار يلتزم فيه المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة في مدة الإيجار⁽²⁾، أو أن يلتزم شخص بأن يدفع لآخر راتباً مدى الحياة فيعتبر الموت هنا أجلاً فاسخاً ينهي حقه⁽³⁾.

مصادر الأجل

للأجل ثلاث مصادر، القانون والاتفاق والقضاء

- الأجل الاتفاقي: وهو الغالب من حيث الواقع، وهو الأجل الذي يحدده العاقدان سواء في العقد الأصلي أو في عقد لاحق، صريحاً أو ضمناً. فالالتزام شخص بتوريد أغذية لمدرسة يعد نفاذه مضافاً إلى أجل ضمني واقف هو بدء الدراسة. وإلى أجل فاسخ هو انتهاءها.

ب- الأجل القانوني: وهو الذي يحدده القانون، فعادة ما يتدخل القانون ليضع أجلاً معيناً في تنفيذ الالتزام أو نهايته ومثاله في الأجل الواقف إضافة تنفيذ الوصية إلى ما بعد الموت ودفع

(1) علي كحلون، مرجع سابق، ص 876.

(2) محمد حسنين منصور، مرجع سابق، ص 310

(3) بلحاج العربي، مرجع سابق ص 383.

الضرائب في ميعاد محدد من كل عام تحت غرامات التأخير، ومثاله في الأجل الفاسخ إنهاء حق الانتفاع بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين⁽¹⁾.

ويعبر رجال القانون عن الأجل الذي يجد مصدره في الاتفاق والقانون بالأجل المستحق قانون⁽²⁾ Terme de droit

- الأجل القضائي (أو نظرة الميسرة): وهي المهلة التي يعطيها القاضي للمدين سيء الحظ حسن النية، الذي قصر بأداء ديونه حيث خوله القانون ذلك. بشرط ألا يلحق الدائن ضرراً جسيماً جراء الأجل الممنوح، وعلى هذا نصت المادة 210 من القانون المدني «إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة؛ عيّن القاضي ميعاداً مناسباً لحلّول الأجل، مراعيّاً في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية، مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه».

الفرع الثاني: الأثار المترتبة على الأجل

أ- يكون حق الدائن في الأجل الواقف قبل انقضائه حقاً مؤكداً للوجود ولكنه غير مستحق الأداء، ويترب على كونه حقاً مؤكداً للوجود النتائج ذاتها المترتبة على وجود الحق المعلق على شرط واقف، ويزيد عليه أنه يجوز لصاحب هذا الحق بوجه خاص أن يطالب بتأمين إذا خشي إفلاس المدين أو إعساره، واستند في ذلك إلى سبب معقول عملاً بأحكام الفقرة الأولى من المادة 274 من القانون المدني السوري. فإذا لم يقدم المدين التأمين ترتب على ذلك سقوط الأجل على ما نصت عليه المادة 273 من القانون المدني السوري التي حددت الحالات التي يسقط فيها حق المدين في الأجل، وهي:

1- إذا شهر إفلاسه أو إعساره وفقاً لنصوص القانون.

2- إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أُعطي الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أُعطي بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين. أما

(1) المادة 1/852 من ق م

(2)

إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه؛ فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين ضماناً كافياً.

3- إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات.

أما كونه غير مستحق الأداء فيترب عليه أنه إذا أدى المدين الدين قبل حلول أجله جاهلاً بقيام الأجل كان له أن يسترد ما أداه بناء على قاعدة دفع غير المستحق. بيد أنه ولكون حق الدائن حقاً مؤكداً للوجود؛ فقد أعطى القانون للدائن مبرراً في أن يحتفظ بأصل الأداء الواقع قبل مواعده على أن يرد قدر الاستفادة من هذا التعجيل في حدود ما لحق المدين بسببه من ضرر وفقاً لقاعدة الإثراء بلا سبب، أي إنه يعرض المدين بأقل القيمتين: قيمة ما أثاره الدائن به وقيمة ما خسره المدين بسبب الوفاء المعجل. وإذا كان التزام المدين الذي لم يحل أجله هو التزام بأداء مبلغ من النقود، فيلتزم الدائن بردّ فائدتها بمعدلها القانوني أو الاتفاقية.

ب- إن حق الدائن في الأجل الفاسخ قبل انقضائه هو حق مؤكد للوجود ونافذ ومستحق الأداء، ولكنه محقق الزوال عند حلول الأجل المحقق. والدائن بأجل فاسخ له حق حال واجب الأداء، ويستطيع أن يتقاضاه من المدين طوعاً أو كرهاً، وله أن يوقع حجزاً للمدين لدى الغير والحجوزات التحفظية الأخرى، وأن يستعمل الدعوى البولصية، وأن يحبس ما تحت يده للمدين حتى يستوفي حقه، وإن التقادم المسقط يسري ضده منذ نشوئه.

ج- إن حق الدائن في الأجل الواقف بعد انقضائه أو سقوطه أو النزول عنه يصبح نافذاً بحلول الأجل، فيجوز للدائن أن يطالب المدين بالوفاء وأن يتخذ الإجراءات التنفيذية عليه وأن يطعن في تصرفات مدينه بالدعوى البولصية، وتقع المقاصة القانونية بين هذا الحق وأي حق آخر منجز، ويسري في حق الدين الذي حلّ أجله التقادم المسقط، وللدائن أن يحبس به ديناً في ذمته للمدين. مع التنويه إلى أن هذه النتائج تثبت مقتصرة منذ الانقضاء ودون أي أثر رجعي.

د- ينقضي الحق المضاف إلى أجل فاسخ بعد انقضائه أو سقوطه أو النزول عنه من تلقاء نفسه بحلول الأجل بأثر مقتصر عملاً بأحكام الفقرة الثانية من المادة 274 من القانون المدني التي نصت على أنه يترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعي.

المبحث الثاني: تعدد محل الالتزام

قد يحدث أن يكون للالتزام أكثر من محل تبرأ ذمة المدين إذا هو أدى واحدا منها، وهذا هو الالتزام التخييري (مطلب أول)، والغرض منه هو رعاية جانب الدائن فلا ينقضي الالتزام لاستحالة التنفيذ إذا هلك أحد المحلين بقوة قاهرة، بل يتعين الوفاء بالمحل الآخر، وبذلك يضمن الدائن تنفيذ التزامه عينا، ومثال ذلك أن يكون محل الالتزام منزلا أو أرضا زراعية، فإذا هلك المنزل بسبب أجنبي فلا ينقضي الالتزام بل يتحدد محله في الأرض وقد يكون محل الالتزام شيئا واحدا، لكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئا آخر، وهذا هو الالتزام البدلي (مطلب ثان)، ومثال ذلك العربون الذي يدفعه البائع مقابل العدول عن البيع إذ أن محل التزام البائع هو المبيع، لكن تبرأ ذمته من هذا الالتزام إذا هو أدى العربون⁽¹⁾.

المطلب الأول: الالتزام التخييري

تنص المادة 213 من التقنين المدني على ما يأتي: "يكون الالتزام تخييريا إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحد منها، ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك". ويستخلص من النص المتقدم أن وصف التخيير يقوم متى شمل محل الالتزام أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحدا منها، وأن خيار التعيين يكون في الأصل للمدين إلا إذا قضى المصدر الذي ينشأ منه - الاتفاق أو القانون - بأن الخيار يكون للدائن أو للغير. ولخيار التعيين أو الالتزام التخييري فائدة في حياة المعاملات والتجارة ففيه من جهة ضمان لحق الدائن، بحيث أنه إذا هلك احد الأشياء فحقه لا ينقضي ويتركز التزام المدين في الأشياء الباقية. كما أن خيار التعيين يعطي من جهة أخرى مجالا للتفكير والتروي والسؤال من أهل الخبرة بأمور البيع والشراء⁽²⁾.

على هذا الأساس نبحت متى يقوم وصف التخيير (أولا) من له خيار التعيين ومصدر هذا الخيار (ثانيا).

(1) أنور سلطان، مرجع سابق، ص 225

(2) عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير القانون المدني وأحكام الإلتزام.. رص 192

أولاً: متى يقوم وصف التخيير: يشترط لإلحاق وصف التخيير بالالتزام أن يتعدد الالتزام عليه، على نحو يتحقق معه قيام مكنة فعلية الخيار، وهذا لا يتأتى إلا إذا كان كل أداء من الأداءات التي ورد عليها الالتزام مستوفياً لشروط المحل، فإذا امتنع الالتزام بأكثر من أداء واحد، بسبب عدم توفر الشروط القانونية فيما عداه،

شروط الالتزام التخييري

ليكون الالتزام تخييراً ، يجب توافر شروط ثلاثة هي :01- أن يتعدد محل الالتزام،02-أن يتوافر في كل محل منها الشروط الواجب توافرها في محل العقد، 03-أن يكون الوفاء بمحل واحد من هذه المحال المتعددة ، يكفي لتبرأ ذمة المدين براءة تامة من التزامه. وتفصيل ذلك كما يلي:

الشرط الأول: تعدد محل الالتزام : لا بد لقيام خيار التعيين أن يكون محل الالتزام متعدداً. فإذا لم يكن هناك إلا محل واحد لا يكون هناك محلاً للخيار ويكون الالتزام في هذه الحالة بسيطاً غير موصوف، ويصح أن يكون محل الالتزام شيئاً غير معين بالذات كالنقود ، أو عيناً معينة عقاراً أو منقولاً . كما يصح إن كون محل الالتزام عملاً أو امتناعاً عن عمل .

الشرط الثاني توافر الشروط في كل من الأداءات المتعددة : ويجب أن يتوافر في كل أداء من الأداءات المتعددة للالتزام التخييري جميع الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام ، لاحتمال أن يقع الاختيار على أي أداء منها فيصبح هو المحل الوحيد

فإذا ورد التخيير على شيئين فقط، وكان أحدهما غير مستوف الشروط، فإن محل الالتزام يتعين في الشيء الثاني متى توافرت فيه شروط المحل، ويكون الالتزام حينئذ بسيطاً غير تخييري والعبرة، في معرفة ما إذا كانت الشروط الواجبة متوافرة في الأداءات المتعددة للالتزام التخييري، تكون بوقت نشوء هذا الالتزام . فإن توافرت الشروط في هذا الوقت ، كان الالتزام تخييراً، حتى لو أصبحت الأداءات بعد ذلك لا تصلح كلها أو بعضها محلاً للالتزام. وعلى النقيض من ذلك ، إذا لم تتوافر الشروط إلا في أداء منها ، كان الالتزام بسيطاً منذ البداية ومحلّه هذا الأداء الذي توافرت فيه الشروط ، ولا ينقلب تخييراً حتى لو أصبحت الأداءات الأخرى بعد ذلك متوافراً فيها الشروط الواجبة

الشرط الثالث: محل واحد من المحال المتعددة هو الواجب الأداء : وإذا كان للالتزام التخييري محال متعددة ، فإن محلاً واحداً منها فقط هو الواجب الأداء ، وهو ما عبرت عنه المادة 213 مدني بقولها : " تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحداً منها " .

وقبل اختيار المحل الواجب الأداء ، يكون كل من المحال المتعددة ممكناً طلبه ، فيقوم التضامن بين هذه المحال على غرار التضامن الذي يقوم بين المدنين المتضامنين . فكما إن كل مدين متضامن يمكن مطالبته بكل الدين فإذا وفاه انقضى ، كذلك أى محل من المحال المتعددة للالتزام التخييري يمكن المطالبة به فإذا وفى انقضى الالتزام . فالتخيير إذن هو ضرب من التضامن ما بين الأشياء شبيه بالتضامن ما بين الأشخاص ، هو تضامن عيني موضوعي (solidarite reelee et objective) إلى جانب تضامن المدنين الشخصي الذاتي (solidarite personnelle et subjective) . والتضامن العيني من شأنه ، كالتضامن الشخصي ، أن يقوى ضمان الدائن ، فإذا أصبح تنفيذ محل من المحال المتعددة للالتزام التخييري مستحيلاً جاز أن ينفذ محل آخر ، فيتسع بذلك مجال التنفيذ ويقوى ضمان الدائن

و بعد اختيار المحل الواجب الأداء يصبح هذا وحده هو محل الالتزام ، وينقلب الالتزام التخييري عند ذلك التزاماً بسيطاً ليس له إلا محل واحد، ويستتبع ذلك أن المحال المتعددة للالتزام التخييري تكون في الكثرة الغالبة من الأحوال متعادلة في قيمتها، ما دام أن تنفيذ أي محل منها يغني عن تنفيذ المحال الآخر. مع ذلك قد تتفاوت قيم المحال إذا تفاوتت شروط أدائها . مثل ذلك أن يلتزم شخص نحو آخر بأن يبيع له الدار بألفين أو الأرض بألف .

تمييز الالتزام التخييري عما يشابهه من أوضاع

هناك أوضاع قد تشبه بالالتزام التخييري فيجب التمييز بينها وبينه، وأهم هذه الأوضاع الشرط الجزائي، والالتزام المعلق على شرط واقف وتفصيل ذلك كما يلي:

أ/ الالتزام التخييري والشرط الجزائي: هناك فرقان بين الالتزام التخييري والشرط الجزائي، وهما

- إذا استحال على المدين تنفيذ التزامه لسبب أجنبي فالتزامه في الشرط الجزائي ينقضي وتبرأ ذمته، أما في الالتزام التخييري فلا ينقضي التزامه بل يتركز في الأشياء الباقية.

- لا خيار للدائن ولا للمدين بين الشرط الجزائي وبين تنفيذ الالتزام الأصلي، ولهما هذا الخيار في الالتزام التخييري.

ب/ الالتزام التخييري والالتزام المعلق على شرط واقف : يظهر الفرق بين الالتزام التخييري والالتزام المعلق على شرط واقف في أن الالتزام التخييري في أن:
-التزام محقق الوجود منذ البداية، أما الالتزام المعلق على شرط واقف غير محقق الوجود وهولن يوجد فعلاً إذا ما تحقق الشرط.

- هلك محل الالتزام الشرطي بسبب أجنبي قبل تحقق الشرط كانت تبعة الهلاك على المدين، أما التبعة في هلاك أحد محال الالتزام التخييري فهي على الدائن.

ج/ الالتزام التخييري والالتزام بشيء غير معين بالذات

الفرق بين أن يلتزم الشخص بإعطاء شيء معين من بين أشياء معينة - وهذا هو الالتزام التخييري - وبين أن يلتزم بإعطاء شيء غير معروف من بين أشياء معروفة، أن الأشياء محل الالتزام التخييري هي أشياء معينة بذاتها، كل شيء منها قد عين تعييناً كافياً حتى لا يختلط بغيره، واحد هذه الأشياء المعينة بالذات سيكون محل الالتزام إذا تم اختياره. أما في الالتزام بإعطاء شئ غير معروف من بين أشياء معروفة، فإن هذه الأشياء المعروفة ليست معينة بذواتها كما هي معينة في الالتزام التخييري، بل هي قد عينت بأنها الخيول التي في الإصطبل دون أن تعين هذه الخيول فرساً فرساً، أو هي قطيع البقر الذي يملكه البائع دون أن تعين رؤوس هذا القطيع رأساً رأساً.

وينبنى على هذا الفرق أمور ثلاثة :

1- في الالتزام بشئ غير معين بالذات، إذا فرز فرس من الاصطبل أو بقرة من القطيع بعد إعدار المشتري، ثم هلك الشئ المفرز، فإن هلاكه لا يكون على المشتري، بل يجب فرز فرس آخر أو بقرة أخرى لتسليمها إليه أما إذا اختير أحد محال الالتزام التخييري، ولم يتسلمه المشتري بعد إعداره، فإن الهلاك يكون عليه لا على البائع.

2- في الالتزام بشئ غير معين بالذات ، إذا فرز المبيع ، انتقلت ملكيته إلى المشتري من وقت الفرز لا من وقت البيع . أما في الالتزام التخيري ، فإنه إذا اختير محل الالتزام ، انتقلت ملكيته من وقت البيع لا من وقت الاختيار ، وسنرى أن الاختيار يستند إلى الماضي

3- في الالتزام بشئ غير معين بالذات ، إذا كان أحد الخيول مثلاً هو ملك المشتري ، ولكنه عندما فرز ليكون هو الفرس المبيع لم يعد ملكاً له ، فإن البيع يصح . أما في الالتزام التخيري ، إذا باع شخص فرساً من بين عدة خيول معينة بذواتها ، وكان أحدها ملكاً للمشتري ثم لم يعد ملكاً له ، واختير ليكون محلاً للالتزام ، فإن الالتزام لا يصح لأن هذا المحل لم يكن قد توافرت فيه الشروط الواجبة وقت نشوء الالتزام إذ كان ملكاً للمشتري

من له خيار التعيين

الأصل في الخيار أن يكون للمدين إلا إذا اتفق المتعاقدان أو نص القانون على غير ذلك م 213 من ق م ، ومثال النص القانوني الذي يعطي الخيار للدائن ما نصت عليه المادة 211 من القانون المدني في فقرتها الثانية من سقوط أجل الدين إذا أضعف المدين بفعله إلى حد كبير ما أعطى للدائن من تأمين ومن إعطاء الدائن الخيار بين سقوط الأجل وبين المطالبة بتكملة الدين.

1 - تعيين المحل الواجب الأداء

تنص المادة 214 من القانون المدني على ما يأتي : " إذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار ، أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم ، جاز للدائن أن يطلب من القاضي تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون ، فإذا لم يتم ذلك تولى القاضي بنفسه تعيين محل الالتزام .

أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار ، أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم ، عين القاضي أجلاً إن طلب المدين ذلك ، فإذا انقضى الأجل انتقل الخيار إلى المدين ."

وهذا يعني أن أمامنا خياران حالة ما إذا كان الخيار للمدين وحالة ما إذا كان الخيار للدائن

التعيين إذا كان الخيار للمدين : إذا كان الخيار للمدين ، فإنه يستعمل خياره ، وفقاً لقواعد العامة ، بإعلان إرادته في أنه اختار محلاً معيناً من المحال المتعددة لالتزامه التخيري .

وهذه الإرادة تعتبر تصرفاً قانونياً من جانب واحد ، وهي ككل إرادة لا تحدث أثرها إلا إذا وصلت إلى علم الدائن (م مدنى) .

يستطيع المدين أن يكشف عن إرادته في تعيين المحل الواجب الأداء في عن طريق تنفيذ محل معين فيكون هذا المحل هو الذي اختاره، ولا يستطيع العدول عن تنفيذ محل إلى تنفيذ محل آخر.

ويغلب أن يحدد الطرفان ميعاداً يستعمل في خلاله الخيار ، فإذا انقضى الميعاد دون أن يعلن المدين اختياره ، تولى القاضي الاختيار على النحو الذى سنبينه . أما إذا لم يحدد ميعاد للاختيار ، فيكون للدائن ، إذا لم يعمل المدين حق خياره في وقت معقول ، أن يلجأ إلى القاضي ليحدد أجلاً للمدين يختار فيه ، بحيث إذا انقضى هذا الأجل ولم يختار المدين ، تولى القاضي الاختيار بنفسه كما سيأتى .

وإذا مات المدين قبل أن يعمل خياره ، انتقل حق الخيار إلى الورثة ، تطبيق للقواعد العامة .. وإذا تعدد المدينون ، سواء عن طريق تعدد الورثة أو بأن كان المدينون في الأصل متعددين ، وجب أن يتفق الجميع على اختيار أحد محال الالتزام التخييري . فإذا لم يتفقوا ، اعتبروا في حكم الممتنعين عن أعمال حق الخيار .

وفي هذه لحالة يتولى القاضي بنفسه تعيين محل الالتزام 214 ق م فالدائن يطلب إلى القاضي أولاً تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه. فإذا انقضى هذا الأجل دون أن يختار أو اتفاق تولى القاضي الاختيار مسترشداً في ذلك بإرادة الطرفين المشتركة ، وبخاصة إرادة المدين إذا كان يستطيع وحده أن ينفرد بالاختيار ولم يفعل ، ومسترشداً أيضاً بظروف التعاقد وبغير ذلك من الملابسات . ولا ينتقل الخيار هنا إلى الدائن ، حتى لا يوضع المدين تحت رحمته. وهذا بخلاف ما إذا كان الخيار للدائن وأبى أن يعمل حقه فيه ، فسرى أن الخيار في هذه الحالة ينتقل إلى المدين ، إذ يغتفر من تحكم المدين ما لا يغتفر من تحكم الدائن .

التعيين إذا كان الخيار للدائن أو لأجنبي

إذا كان الخيار للدائن وجب أن يستعمل خياره بإعلان إرادته، أو بطريق التنفيذ الفعلي،

بأن يقبض من المدين محلاً معيناً من المحال المتعددة أو يطالبه بأداء محل معين .

ولابد أن يختار الدائن في الميعاد المحدد إذا حدد ميعاد، وإلا ففي ميعاد معقول. فإن امتنع عن الاختيار، جاز للمدين أن يلجأ إلى القاضي كما سنرى .

وإذا مات الدائن انتقل الخيار لورثته . وإذا تعدد الدائنون أو تعددت الورثة وجب أن يتفق الجميع على اختيار شيء واحد، وإلا عدوا ممتنعين عن استعمال حق الخيار. وفي هذه الحالة ينتقل الخيار إلى المدين. فالمدين يطلب من القاضي أولاً أن يعين أجلاً يختار فيه الدائن ، أو يتفق فيه الدائنون المتعددون أو الورثة ، فإذا انقضى الأجل دون اختيار أو دون اتفاق انتقل الخيار من الدائن إلى المدين ، م 2/214

ويلاحظ أن الخيار إذا كان لأجنبي، طبقت في حقه الأحكام المتقدمة، لكن إذا امتنع الأجنبي عن الخيار، تولى القاضي الاختيار بنفسه تطبيقاً للقواعد العامة ، ولا ينتقل الخيار إلى المدين لأن انتقال الخيار إلى من ليس له حق الخيار يقتضى نصاً خاصاً ، فإن لم يوجد النص وجب أن يتولى القضاء الاختيار.

استناد تعيين المحل إلى الماضي : وأياً كان الشخص الذي يثبت له حق الخيار، فإنه متى أعمل حقه واختار المحل الواجب الأداء ، صار هذا المحل وحده هو محل الالتزام ، وانقلب الالتزام التخييري التزاماً بسيطاً ذا محل واحد هو المحل الذي وقع عليه الاختيار . ويستند هذا التعيين بأثر رجعي إلى الماضي، فيعتبر الالتزام بسيطاً لا تخييرياً منذ نشوئه لا منذ إعمال حق الاختيار، ويرجع هذا الاستناد إلى أن المحل الذي عين كان منذ البداية محلاً للالتزام ، إلا أن هذه المحلية كانت شائعة بينه وبين المحال الأخرى ، فبتعيينه تركزت المحلية فيه ، واعتبر هو المحل الوحيد منذ نشوء الالتزام .

ويترب على هذا الأثر الرجعي والاستناد إلى الماضي نتائج هامة نذكر منها ما يأتي :

- أن طبيعة الالتزام التخييري تتحدد منذ البداية فيكون الالتزام عقاراً أو منقولاً بحسب ما يقع الاختيار على عقار أو منقول.

- أن ملكية الشيء الذي وقع الاختيار عليه إذا كان منقولاً معيناً بالذات، تنتقل إلى الدائن منذ نشوء الالتزام لا منذ إعمال حق الخيار.

أحكام الهلاك

الأهمية العملية لخيار التعيين لا تظهر إلا في حالة هلاك أحد الأشياء التي التزم بها المدين (1)، تنص المادة 215 من القانون المدني على أنه :

" إذا كان الخيار للمدين، ثم استحال تنفيذ كل من الأشياء المتعددة التي اشتمل عليها محل الالتزام، وكان المدين مسؤولاً عن هذه الاستحالة ولو فيما يتعلق بواحد من هذه الأشياء، كان ملزماً بأن يدفع آخر شيء."

- هلاك الشئتين أو أحدهما والخيار للمدين : إذا هلك الشئتان معا بسبب أجنبي انقضى الالتزام التخييري بسبب هذه الحالة أما إذا كان الهلاك بخطأ المدين ولو بالنسبة إلى أحد الشئتين، فإن الالتزام يتركز في آخر شيء هلك وعلى المدين أن يدفع قيمته م 215 ق م .
- إذ هلك أحد الشئتين دون الآخر سواء كان الهلاك بخطأ المدين فإنه لا يبقى أمام المدين إلا الشيء الباقي فيؤديه للدائن محلاً للالتزام .

وإذا كان الهلاك بخطأ الدائن : فللدائن أن يختار الشيء الذي هلك فتبرأ ذمته أو يختار الشيء الآخر فيؤديه للدائن ويرجع عليه بقيمة الشيء الهالك.

هالك الشئتين أو أحدهما والخيار للدائن: إذا هلك الشئتان معا بسبب أجنبي، انقضى الالتزام التخييري هنا أيضا بسبب هذه الاستحالة.

أما إذا كان الهلاك بخطأ المدين، فللدائن أن يختار أحد الشئتين فيرجع بقيمته على المدين إذا هلك هذا الشيء بخطئه.

وإذا هلك أحد الشئتين دون الآخر بسبب أجنبي، تركز الالتزام في الشيء لباقي وتعين على الدائن اختياره، أما إذا كان الهلاك بخطأ المدين، فللدائن أن يختار الشيء الباقي فيطلب أداءه عينا، أو يختار الشيء الهالك فيرجع بقيمته، وغذا كان الهلاك بخطأ الدائن فإن اختار الشيء الذي هلك بخطئه فقد برئت ذمة المدين بهلاكه، وإن اختار الشيء الآخر فعليه ان يدفع قيمة الشيء الهالك بخطئه للمدين.

(1) عبدالمجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، مرجع سابق، ص 192.

المطلب الثاني : الالتزام الاختياري (البديلي)⁽¹⁾ Obligation facultative

تنص المادة 216 من القانون المدني على ما يأتي : " يكون الالتزام اختياريا إذا لم يشمل محله إلا شيئا واحداً، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر .

والشيء الذي يشمل محله الالتزام ، هو وحده محل الالتزام وهو الذي يعين طبيعته، لا البديل الذي تبرأ ذمة المدير بأدائه "

يظهر من خلال نص هذه المادة أن ما يميز الالتزام الاختياري عن الالتزام التخييري هو أن محل الالتزام الاختياري هو الشيء الأصلي وحده ولا يوجد محلّ غيره وارد في العقد، في حين أن المحل في الالتزام التخييري هو أحد الشئتين أو أحد الأشياء المتعددة الواردة في العقد.

يضاف إلى ذلك أنه في الالتزام الاختياري المدين وحده دون الدائن أن يُحل الشيء البديل محل الشيء الأصلي باختياره، في حين أن الخيار بين الأشياء المتعددة في الالتزام التخييري قد يكون للمدين وقد يكون للدائن.

ويترب على أن محل الالتزام الاختياري هو الشيء الأصلي وحده أن ينقضي الالتزام الاختياري إذا أصبح الوفاء بالمحل الأصلي مستحيلا بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه بينما في الالتزام التخييري إذا استحال الوفاء بأحد الشئتين فإن الالتزام يظل قائما طالما أنه من الممكن الوفاء بالشيء الآخر.

تحدد طبيعة الالتزام الاختياري وفقا لماهية الشيء الأصلي بغض النظر عن البديل الذي تبرأ ذمة المدين بأدائه، فإذا كان هذا الشيء الأصلي عقارا كان الالتزام عقاريا ولو كان البديل منقولا، وهو امر له أهميته في تقدير قيمة الالتزام وتحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع، أما إذا كان الالتزام تخييريا فلا يمكن تحديد طبيعة الالتزام أو تقدير قيمته، إذا اختلف الشئتان في

(1) عالجه المشرع الجزائري تحت مسمى الالتزام الاختياري بينما سمته بعض التشريعات العربية المقارنة الالتزام البديلي

الطبيعة أو القيمة، إلا عند استعمال صاحب الخيار حقه في الاختيار⁽¹⁾. أو يهلك أحدهما فيتعين حينئذ المحل بأنه هو الشيء الذي بقي⁽²⁾.

تبرأ ذمة المدين في الالتزام الاختياري إذا أدى البديل وينقضي هذا الالتزام محله الأصلي بسبب أجنبي أما هلاك البديل فلا ينقضي به الالتزام سواء كان الهلاك بسبب أجنبي أو بخطأ المدين ولكن يتحول الالتزام بهلاك البديل إلى التزام بسيط .

المبحث الثالث: تعدد طرفي الالتزام

قد يحدث وأن يتعدد أشخاص رابطة الالتزام سواء من ناحية الجانب الدائن أو من ناحية الجانب المدين أو من الجانبين معا، وقد يقع هذا التعدد ابتداء كما لو باع ملاك على الشيوع العين المشاعة، أو اشترى عدة أشخاص عينا على الشيوع فيما بينهم، وقد يكون هذا التعدد طارئاً، وهو ما قد يحدث في حالة وفاة الدائن عن عدة ورثة⁽³⁾.

وقد يأخذ هذا التعدد صوراً ثلاث.

الأولى: فأما أن يتعدد طرفا الالتزام أو أحدهما في غير تضامن ما بين الأطراف المتعديدين ، فيتعدد الدائن ، أو يتعدد المدين ، أو يتعدد كل من الدائن والمدين ، دون أن تربط الأطراف المتعديدين رابطة خاصة تجعلهم متضامنين في الحق أو في الدين . ويسمى الالتزام في هذه الحالة بالالتزام متعدد الأطراف (Obligation conjointe) .

الثانية: أن يتعدد طرفا الالتزام أو أحدهما في تضامن ما بين الأطراف المتعديدين. ويسمى الالتزام في هذه الحالة بالالتزام التضامني (Obligation solidaire) . فإذا كان المتعدد هو الدائن ، كان هناك تضامن ما بين الدائنين وهو تضامن إيجابي (solidarite active) . أما إذا كان المتعدد هو المدين ، وهذا هو الغالب ، كان هناك تضامن ما بين المدينين وهو تضامن سلبي (solidarite passive) .

(1) أنور سلطان، مرجع سابق، ص 231.

(2) محمد حسنين، مرجع سابق، ص 316.

(3) أنور سلطان، مرجع سابق، ص 233.

الثالثة: أن يتعدد طرفا الالتزام أو أحدهما في التزام لا يتجزأ تنفيذه ويسمى الالتزام في هذه الحالة بالالتزام غير القابل للانقسام (obligation indivisible).

والصورتان الثانية والثالثة - التضامن وعدم القابلية للانقسام - لا يتحققان بمجرد تعدد الأطراف، بل لا بد من توافر شروط خاصة لتحقيق كل منها أما الصورة الأولى فتتحقق بمجرد تعدد طرفي الالتزام الناشئ من مصدر واحد ومن ثم كان الأصل في الالتزام الذي تتعدد أطرافه أن يكون التزاماً متعدد الأطراف، لا التزاماً تضامنياً ولا التزاماً غير قابل للانقسام. فالتضامن وعدم القابلية للانقسام لا يفترضان، بل لابد لهما من شروط خاصة كما قدمنا. على أن الغالب الذي يكثر وقوعه في العمل هو الالتزام التضامني ثم الالتزام غير القابل للانقسام

المطلب الأول: الالتزام التضامني

التضامن وصف يحول دون انقسام الحق في حالة تعدد الدائنين أو الالتزام في حالة تعدد المدينين⁽¹⁾، وهو على هذا النحو قد يكون إيجابياً (تضامن الدائنين) أو سلبياً (تضامن المدينين)،

أولاً: التضامن بين الدائنين: ولما كان في التضامن خروج عن قاعدة انقسام الالتزام في حالة تعدد أطرافه فقد نصت المادة 217 من القانون المدني على أنه "التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون"

بالرغم من أن نص هذه المادة يشمل التضامن بين الدائنين والتضامن بين المدينين وأنه يقضي بأن التضامن يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون، إلا أن الفقه يرى أن التضامن بين الدائنين ليس كالتضامن بين المدينين الذي يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون. فالتضامن بين الدائنين لا يكون مصدره إلا الاتفاق أو الوصية، أي الإرادة بوجه عام، ولا يكون مصدره القانون.

والتضامن بين الدائنين نادر الوقوع في العمل. وأكثر ما يقع عندما يكون هناك مدينون متضامنون ثم ينقلبون إلى دائنين متضامين. مثل ذلك أن يبيع ثلاثة ستن قنطاراً من القطن ويتضامنون في الالتزام بالتسليم، ثم لا يدفع المشتري الثمن، فيكونون دائنين بالتضامن في

(1) أنور سلطان، مرجع سابق، ص 234.

المطالبة بفسخ البيع. وكذلك لو كان العقد هبة وأراد الواهبون المتضامنون الرجوع في الهبة، فإنهم يكونون دائنين متضامين في هذا الرجوع. ويصح أن يكون مصدر تضامن الدائنين الوصية، فيوصى شخص لأشخاص متعددين بمبلغ من النقود يستوفونه من تركته ويجعلهم متضامين في المطالبة بهذا المبلغ، وهنا نشأ التضامن الإيجابي منذ البداية ولم ينعكس عن تضامن سلبي. والسبب في ندرة التضامن بين الدائنين أن مضار هذا التضامن تربي على فوائده. فإن الدائنين إذا اشترطوا التضامن بينهم لا يكسبون من وراء ذلك إلا أن أي دائن منهم يستطيع المطالبة بكل الدين، كما يستطيع المدين أن يوفيه إياه كله. وهذا الكسب لا يعد شيئاً مذكوراً إلى جانب ما يتعرض له الدائنون من الخطر، فإن أي دائن منهم يستطيع أن يقبض الدين كله، فتبرأ ذمة المدين بهذا الوفاء، فإن أي دائن منهم يستطيع أن يقبض الدين كله، فتبرأ ذمة المدين بهذا الوفاء، وليس لسائر الدائنين إلا الرجوع كله بنصيبه على الدائن الذي استوفى الدين، فإذا هو أعسر تحملوا تبعه إعساره، وفي هذا من الخطر ما فيه. أما ما أفادوه من التضامن فيستطيعون الوصول إليه من غير هذا الطريق، فإنهم يملكون عند حلول الدين أن يعطوا أيّاً منهم توكيلاً بقبض كل الدين.

ولما كان التضامن بين الدائنين مصدره الإرادة أو الاتفاق، فإنه لا يجوز افتراض وجوده، وما لم توجد إرادة واضحة لإخفاء فيها بإنشاء هذا التضامن فإنه لا يقوم. فإذا باع مثلاً ثلاثة أشخاص داراً لهم في الشيوخ، ولم يتشروطوا على المشتري التضامن بينهم في وضوح، فلا يستخلص من شيوخ الدار بين البائعين أنهم متضامنون في تقاضى الثمن، بل ينقسم الثمن عليهم كل بقدر نصيبه في الدار المبيعة. كذلك إذا كان المشتري قد اشترط على البائعين التضامن في التزاماتهم نحوه، فإن ذلك لا يؤخذ منه ضرورة أنهم متضامنون في حقوقهم عليه، بل لا بد من اشتراط التضامن في الحقوق كما اشترط في الالتزامات.

على أنه لا يفهم من ذلك أن التضامن لا بد أن يرد فيه شرط صريح، فقد يستخلص ضمناً من الظروف والملابسات ولكن يجب ألا يكون هناك شك في أنه مشترط.

والتضامن بين الدائنين على النحو الذي سبق ذكره يجعل الالتزام متعدد الروابط ولكنه موحد المحل. أما أن الالتزام يكون متعدد الروابط، فذلك بأن كل دائن متضامن تربطه بالمدين

رابطة مستقلة عن الروابط التي تربط المدين بالدائنين المتضامين الآخرين ، فتعدد الدائنين المتضامين يستتبع تعدد الروابط . وأما أن الالتزام يكون موحد المحل ، فذلك هو الذى يحفظ للالتزام وحدته بالرغم من تعدد الدائنين ، ولو أن الدائنين المتعددين لم يكونوا متضامين لما احتفظ الالتزام بوحدته وكان التزاماً متعدد الأطراف ينقسم على الدائنين المتعددين التزامات مستقلة بعضها عن بعض كما بينا فيما تقدم.

واهم النتائج التي تترتب على تعدد الروابط بالرغم من وحدة المحل ما يلي:

- يجوز أن تكون الرابطة التي تربط أحد الدائنين المتضامين بالمدين موصوفة وتكون الروابط الأخرى بسيطة . فيجوز أن يكون أحد الدائنين المتضامين دائناً تحت شرط أو إلى أجل ، ويكون سائر الدائنين المتضامين حقوقهم منجزة . كما يجوز أن تكون إحدى الروابط معلقة على شرطن ورابطة أخرى مقترنة بأجل . وإلى هذا تشير الفقرة الأولى من المادة 218 من القانون المدني إذ تنص على أنه " يجوز للدائنين المتضامين ، مجتمعين أو منفردين ، مطالبة المدين بالوفاء ، على أن يراعى في ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف " .

- يجوز أن تكون إحدى الروابط قد شابها عيب والروابط الأخرى غير معيبة . فيجوز أن يكون أحد الدائنين المتضامين قاصراً، أو تكون إرادته قد شابها غلط أو تدليس أو إكراه فتكون رابطة قابلة للإبطال لهذا العيب دون الروابط الأخرى،

- يجوز أن تنقضي إحدى الروابط وتبقى مع ذلك الروابط الأخرى ،

الآثار المترتبة على التضامن الإيجابي:

يجب التمييز بين علاقة الدائنين مع المدين، وعلاقة الدائنين المتضامين بعضهم ببعض

أ/ علاقة الدائنين مع المدين: تنص المادة 218 من القانون المدني على ما يأتي :

" - إذا كان التضامن بين الدائنين جاز للمدين أن يوفي الدين لأى منهم ، ما لم يمانع أحدهم في ذلك " .

" 2 - ولا يجوز للمدين إذا طالبه أحد الدائنين المتضامين بالوفاء أن يحتج على هذا الدائن بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين ، ولكن يجوز له أن يحتج على الدائن المطالب بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن بأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً " .

وتنص المادة 220 على ما يأتي :

" - إذا برئت ذمة المدين⁽¹⁾ قبل أحد الدائنين المتضامين لسبب غير الوفاء ، فلا تبرأ ذمته قبل باقي الدائنين الآخرين إلا بقدر حصة الدائن التي (الذي) برئت ذمة المدين قبله " .
تقوم هذه العلاقة على أسس ثلاثة هي وحدة الدين وتعدد الروابط والنيابة التبادلية بينهم فيما ينفع ولا يضر

- وحدة المحل: أي وحدة الالتزام فلا ي دائن من الدائنين المتضامين أن يطالب بكل الدين، وللمدين أن يُبرأ ذمته بأن يوفي بكل الدين لأي واحد منهم، على أنه يراعى فيما يتعلق بحق المدين في اختيار الدائن الذي يوفي إليه بالدين، ألا يكون الدائنين الآخرين قد مانع في ذلك الوفاء (م 218)، فإذا لم يعتد المدين بهذه الممانعة فلا تبرأ ذمته قبل باقي الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذي تم الوفاء له، أما إذا وضع المدين هذا الاعتراض محل الاعتبار فلا يكون أمامه إذا أراد إبراء ذمته إلا الوفاء للدائنين مجتمعين، أو إيداع الشيء محل الالتزام لحسابهم⁽²⁾.
وإذا كان هناك سبب للبطلان متعلق بمحل الالتزام فإنه يجوز لأي دائن أن يتمسك به ومثال ذلك عدم مشروعية المحل⁽³⁾.

تعدد الروابط

تتعدد الروابط التي تربط المدين بدائنيه بقدر عدد أولئك الدائنين فيراعى ما قد يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل أثر الدين م 219 من ق م، وبناء على ذلك فقد توصف إحدى الروابط بوصف يميزها عن غيرها من الروابط، كان يكون الدين معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل بالنسبة لأحد الدائنين، وكذلك قد يشوب علاقة أحد الدائنين بالمدين عيب كتدليس أو إكراه وعندئذ لا يكون للمدين أن ي تمسك بهذا العيب إلا في مواجهة هذا الدائن، وقد يكون هذا العيب متعلقا بسائر الدائنين فيكون للمدين حينئذ أن يتمسك به في مواجهة أي واحد منهم باعتباره من أوجه الدفع المشتركة.

(1) وليس الدائن كما هو في النص العربي للمادة 220 وهو وضع من النص الفرنسي

si le débiteur est libre

(2) أنور سلطان، مرجع سابق، ص 239.

(3) محمد حسنين، مرجع سابق، ص 319.

النيابة التبادلية بين الدائنين المتضامنين

تنص المادة 220 من القانون المدني على أنه " إذا برئت ذمة الدائن (المدين⁽¹⁾) قبل أحد الدائنين المتضامنين لسبب غير الوفاء فلا تبرأ قبل الدائنين الآخرين إلا بقدر حصة الدائن التي (الذي) برئت ذمته من أجله".

لا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتي عملاً من شأنه الإضرار بالدائنين الآخرين". وهذا النص ما هو إلا تطبيق لفكرة النيابة التبادلية فيما ينفع الدائنين لا فيما يضر بهم على هذا الأساس فإن إبراء أحد الدائنين لا يسري على الآخرين، وخطأ أحد الدائنين لا يضر ببقية الدائنين، والصلح الذي يبرمه أحدهم متضمناً إسقاطاً للدين كله أو بعضه لا يسري على الدائنين الآخرين، وإذا منح أحدهم الدائنين مهلة للدين فلا تسري على الآخرين⁽²⁾ وإذا برئت ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامنين لسبب غير الوفاء فلا تبرأ قبل الدائنين الآخرين إلا بقدر حصة ذلك الدائن. م 2/220

بالمقابل تقوم فكرة النيابة على ما يحقق مصلحة الدائنين المتضامنين، فإذا أعذر أحد هؤلاء الدائنين المدين استفاد الباقيون من هذا الإعذار، وإذا طالب أحدهم بفوائد الدين سرت هذه الفوائد بالنسبة إليهم جميعاً من وقت رفع الدعوى بها، وإذا أقر المدين في مواجهة أحدهم أفاد من ذلك الباقيون، وإذا أسقط أحدهم سريان التقادم المسقط استفاد من ذلك الجميع، والأمر ذاته إذا حصل أحدهم على ضمان⁽³⁾

علاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم

ينقسم الحق بينهم فما يستوفيه أحدهم يصير ملكاً لجميع الدائنين أياً كان هذا القدر ولو كان ما استوفاه ذلك الدائن لا يجاوز حصته من الحق، ويقسم ما استوفاه أحد الدائنين المتضامنين على جميع الدائنين بنسبة حصصهم، أو بالتساوي ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك⁽⁴⁾.

(1) الصحيح هو ذمة المدين وليس الدائن كما ورد في النص العربي للمادة 220 ، وهو واضح من النص الفرنسي للمادة ذاتها.

(2) محمد حسنين، مرجع سابق، ص 320

(3) أنور سلطان مرجع سابق ص 242.

(4) المادة 221 ق م

ثانيا: التضامن السلبي أو تضامن المدينين

يتحقق التضامن السلبي حيث يتعدد المدينون الملزمون بدين واحد ويكون كل منهم ملزما بكل الدين وهو أقوى نوع من التأمينات الشخصية ويقع كثيرا في العمل. والتضامن السلبي مصدره الاتفاق أو القانون ولا يفترض في المواد المدنية⁽¹⁾ على خلاف المواد التجارية حيث يذهب الفقه معه القضاء لا سيما في فرنسا إلى التضامن في المواد التجارية مفترض وأساس ذلك ما جرى عليه العرف⁽²⁾. ومثال التضامن السلبي تضامن المسؤولين في التعويض عن الفعل الضار⁽³⁾، وتضامن الموقعين على السفنجة⁽⁴⁾، وتضامن الشركاء في شركة التضامن⁽⁵⁾.

علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين

المبادئ الأساسية التي تقوم عليها العلاقة ما بين الدائن والمدينين في التضامن السلبي هي نفس المبادئ التي تقوم عليها العلاقة ما بين المدين والدائنين في التضامن الإيجابي : وحدة الدين: أي أن محل الالتزام واحد، فللدائن مطالبة أي مدين متضامن منفردا بكل الدين أو أن يطالبهم مجتمعين⁽⁶⁾، ولأي مدين متضامن الوفاء بكل الدين للدائن . ووفاء أحد المدينين بكل الدين يبرئ ذمة المدينين الآخرين نحو الدائن⁽⁷⁾ . كذلك الوفاء الجزئي ينقضي به الدين جزئيا، فلا يجوز للدائن أن يطالب باقي الدائنين إلا بباقي الدين، ويترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد الدائنين أن تبرأ ذمة باقي الدائنين إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم⁽⁸⁾ وإذا أبرأ الدائن أحد مدينيه المتضامنين فلا تبرأ ذمة الباقيين إلا إذا صرح الدائن بذلك⁽⁹⁾

(1) المادة 217 ق م

(2) على خلاف ذلك يذهب الأستاذ محمد حسنين إلى أن التضامن السلبي في القانون الجزائري لا يفترض سواء في المواد المدنية أو التجارية لصريح نص الماد 217 ق م أنظر محمد حسنين مرجع سابق، ص 321،

(3) 126 ق م

(4) 426 ق ت

(5) 551 ق ت

(6) المادة 1/223 ق م

(7) المادة 222 ق م

(8) المادة 224 ق م

(9) المادة 227 ف م

ولا يجوز للمدين المتضامن التمسك بالمقاصة التي تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر إلا بقدر حصة هذا الدين طبقاً لنص المادة 225 ق م ويستطيع أي دائن أن يحتج بالدفع المشتركة كالبطلان المطلق، أما الدفع الخاصة بغيره من المدينين كالبطلان النسبي لنقص الأهلية مثلاً فلا يجوز أن يدفع بها⁽¹⁾.

النيابة التبادلية بين المدينين المتضامين: ولا يجوز لأي مدين متضامن أن يأتي عملاً من شأنه أن يضر بباقي المدينين، ولكن إذا أتى عملاً من شأنه أن ينفعهم أفادوا منه (م 231 – 233 ق م)، ويرجع هذا المبدأ إلى فكرة النيابة التبادلية، فكل مدين يمثل الآخرين فيما ينفع لا فيما يضر. وهذا ما جرت العادة بتسميته الآثار الثانوية للتضامن.

المطلب الثاني: عدم قابلية الالتزام للانقسام أو التجزئة

الالتزام القابل للانقسام هو الذي يقبل محله الانقسام أو التجزئة، والأصل أن الالتزام ينقسم بين الدائنين المتعددين والمدينين المتعددين إلا أنه في بعض الأحيان يكون الالتزام غير قابل للانقسام فيجب عندئذ الوفاء به جملة واحدة.

أولاً: أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام

ترجع هذه الأسباب إلى طبيعة الالتزام أو نص القانون أو الاتفاق وفق ما يلي:

- طبيعة الالتزام: فإذا كان محل الالتزام شيئاً أو عملاً غير قابل للتجزئة مادياً أو معنوياً كان الالتزام غير قابل للتجزئة⁽²⁾.

والأصل أن نقل الملكية أو الحقوق العينية الأخرى قابل للانقسام مادياً كمساحة من الأرض ومعنوياً كنصف الدار على الشيوع ما عدا حق الارتفاق فإنه لا يتصور تقريره على حصة شائعة من العقار المرتفق به.

والالتزام بعمل قد يقبل القسمة كتسليم طن من القمح وقد لا يقبل القسمة كتسليم سيارة باعها شخصان.

(1) المادة 2/223

(2) المادة 1/236

أما الالتزام بالامتناع عن عمل فغالبا لا يقبل القسمة كالاتزام بالامتناع عن المنافسة في حالة بيع محل تجاري⁽¹⁾.

-نص القانون: مثال ذلك حق الشفعة لا يجوز استعماله أو إسقاطه إلا في كامل العقار المشفوع فيه (م 801 ق م).

ثانيا: أثر عدم قابلية الالتزام لقسمة

أثر ذلك هو وجوب الوفاء به جملة واحدة، سواء في حالة تعدد المدينين أو تعدد الدائنين.

1- تعدد الدائنين: إذا تعدد المدينين في التزام مشترك⁽²⁾ وكان الالتزام غير قابل للانقسام أمكن للدائنين أي واحد منهم بالوفاء بكل الدين، ويكون للمدين الذي وفي الرجوع على المدينين الآخرين كل بقدر حصته إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك⁽³⁾.

2- تعدد الدائنين: يجوز للدائن في حالة تعدد الدائنين أو رثة الدائن أن يطالب منفردا بأداء الدين كاملا ما لم يعترض الآخرون، ويرجع الدائنون على الدائن الذي استوفى الالتزام كل بقدر حصته اما إذا اعترض أحد الدائنين على الوفاء فيصبح المدين ملتزما بالوفاء لهم مجتمعين أو بايداع الشيء محل الالتزام⁽⁴⁾.

(1) محمد حسنين، مرجع سابق، ص 327.

(2) ورد في النص العربي للمادة عبارة "المدين المتضامن"، وهي عبارة غير صحيحة فالصحيح ما ورد في النص الفرنسي وهي المدين

المشترك "chacun débiteur conjoints" أنظر محمد حسنين، مرجع سابق، هامش ص 228.

(3) المادة 237 ق م .

(4) المادة 238 ق م.

الفصل الثالث: انتقال الالتزام

انتقال الالتزام يعني أن يتحول الالتزام ذاته حقا كان أو واجبا من شخص إلى آخر؛ من دائن إلى دائن آخر باعتباره حقا شخصا، أو من مدين إلى مدين آخر باعتباره ديناً. وينتقل الالتزام بالوفاء وهذا يكون في الوصية والإرث، وقد يحدث بين الأحياء وهذا يكون في حالة حوالة الحق وحوالة الدين، ولما كان الإرث والوصية محلها قانون الأسرة⁽¹⁾، فإن الحديث هنا سيقصر على حوالة الحق وحوالة الدين.

على هذا الأساس نتناول حوالة (مبحث أول)، وحوالة الدين (مبحث ثان) على التفصيل التالي:

(1) أحالت المادة 774 من القانون المدني إلى أحكام قانون الأحوال الشخصية (قانون الأسرة) فيما يتعلق بالإرث والوصية

المبحث الأول: حوالة الحق: La cession de créance

تمهيد

نظم المشرع الجزائري حوالة الحق بالمواد من 234 إلى 250 من القانون المدني، وحوالة الحق " عقد بمقتضاه ينقل شخص هو الدائن، ويسمى المحيل (Le cédant) إلى شخص آخر وهو الدائن الجديد لهذا الالتزام الجديد بهذا الالتزام ويسمى المحال له (Le cessionnaire) قبل شخص ثالث هو المدين في هذا الالتزام ويسمى المحال عليه (Le cédé) ⁽¹⁾.

وتتعدد أغراض حوالة الحق فقد يكون الغرض منها التبرع وحينئذ يطبق عليها أحكام عقد الهبة من حيث الشكل والموضوع، وقد تكون بعوض أي بمقابل ثمن نقدي وهنا تسري عليها قواعد البيع وأهمها وجوب الثمن على المشتري ووجوب الضمان على البائع. وقد يكون الغرض منها هو رهن الحق المحال له فتكون الحوالة عقد رهن تسري عليه قواعد الرهن، وأهمها وجود دين للمحال في ذمة المحيل يبرر إنشاء الرهن ضمانا له. وقد يكون الغرض من الحوالة هو الوفاء بدين المحيل قبل المحال له فيكون الحق المحال مقابل الوفاء بهذا الدين ⁽²⁾.

ومهما كان الغرض من الحوالة فإنها تخضع لأحكام خاصة لا بد من مراعاتها في جميع الأحوال تتعلق بالأساس بأركانها وشروطها وبالآثار المترتبة عليها. وهو ما سنعرض له بالتفصيل التالي:

المطلب الأول: أركان حوالة الحق

(1) جلال علي العدوي: أصول أحكام الالتزام والإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية 1996، ص 175، عبدالمجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، مرجع سابق، ص 235، جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، 1995، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 247.

(2) محمد حسنين، مرجع سابق، ص 331، 332.

لما كانت حوالة الحق اتفاقاً بين المحيل والمحال له أي عقد كانت أركانها وشروطها هي أركان وشروط العقد بوجه عام، فلا بد من رضا المتعاقدين (طرفا الحوالة) وهما المحيل والمحال له، ولا بد أن يصدر الرضا وفقاً للقواعد العامة من ذي أهلية غير موب بعيب من عيوب الرضا. ولا يشترط رضا المدين المحال عليه لانعقادها، إذا لا يعد طرفاً في عقد الحوالة، ولأنه يستوي لدى المدين استبدال دائن بآخر؛ لأنه لن يترتب على هذا التغيير أية زيادة في عبء الالتزام بالنسبة إليه⁽¹⁾.

ولا بد أن يكون للحوالة سبب مشروع، أما المحل فالقاعدة العامة أن جميع الحقوق الشخصية يجوز حوالتها أياً كان محلها⁽²⁾ ولا يستثنى من ذلك إلا ما نص القانون على عدم جوازها أو ما كان بطبيعته غير قابل لها⁽³⁾، ومثال الأول الحقوق التي لا يجوز الحجز عليها فقد منع القانون حوالتها كديون النفقة ومرتببات المتعاقدين وأجور العمال والصناع إذ لا يجوز حوالتها إلا بمقدار ما يجوز الحجز عليها⁽⁴⁾.

ومثال اتفاق الأطراف اشتراط المؤجر على المستأجر عدم نزوله على الإجارة إلى الغير، ومثال الحقوق المرتبطة حق الشريك في شركة الأشخاص أو حق الدائن في دين النفقة.

المطلب الثاني: شروط نفاذ حوالة الحق

تنص المادة 241 على أنه "لا يحتج بالحوالة قبل المدين، أو قبل الغير إلا إذا رضي بها المدين، أو أخبر بها بعقد غير قضائي، غير أن قبول المدين لا يجعلها نافذة إلا إذا كان هذا القبول ثابت التاريخ".

يستفاد من هذا النص أن المدين والغير لا يحتج عليهما بحوالة الحق إلا بأحد الإجراءين المذكورين على التفصيل التالي:

أولاً- نفاذ الحوالة بالنسبة للمدين: لا تنفذ حوالة الحق في حق المدين إلا بإعلامه بها أو بقبوله لها، إذ أن العدل والمنطق يقتضي ألا يؤخذ على الوفاء للدائن السابق إلا إذا أبلغ

(1) أنور سلطان، مرجع سابق، 277.

(2) عبدالمجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، مرجع سابق، ص 236.

(3) المادة 239 ق م

(4) عبدالمجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، مرجع سابق، ص 237.

بالحوالة أو قبلها⁽¹⁾، كما أن الدين قد يكون محلاً لحقوق أخرى كحوالة جديدة أو حجز أو رهن وعندئذ ينبغي أن يرتب القانون إجراء معيناً للمفاضلة بين أصحاب هذه الحقوق.

ويتم الإعلام بناء على طلب طرفي العقد (المحيل والمحال عليه) بواسطة عقد غير قضائي، ويغني عن الإعلان قبول المدين بالحوالة، والمفروض أن يقع هذا القبول في وقت انعقاد الحوالة أو بعدها، فلا عبرة بالقبول السابق، ولا يشترط في القبول شكلاً معيناً فقد يكون كتابياً أو شفويًا. فإذا لم يحص الإعلام أو يصدر القبول فعلى المدين أو يوفي دينه إلى دائته الأصلي دون غيره ويعتبر هذا الوفاء صحيحاً ومبرئاً للذمة وليس للمحال له إلا الرجوع على المحيل.

وإذا علم المدين بالحوالة بغير هذين الطريقتين، فإن هذا العلم لا يكفي في ذاته لنفاذه في حقه بحسب الأصل، مع ذلك إذا علم المدين بالحوالة وقام بعد ذلك بتصرف ينطوي على غش من ناحيته وعلى تواطؤ من ناحية المدين (المحيل)، فإن هذا الوفاء لا يعتد به في مواجهة الدائن الجديد عملاً بقاعدة أن الغش يفسد كل شيء.

ثانياً: نفاذ الحوالة بالنسبة للغير : المقصود بالغير هنا كل شخص يضار من نفاذ الحوالة⁽²⁾، أو هو كل من يكتسب حقاً من جهة المحيل على الحق المحال بحيث يتعارض مع حق المحال له⁽³⁾.

ومثال ذلك أن يحيل المدين حقه إلى أكثر من دائن فيصبح كل واحد من هؤلاء غيراً بالنسبة للآخر، ومثاله أيضاً أن يرهن الدائن حقه لشخص آخر فيصبح كل من المحال له، المرتهن من الغير بالنسبة للآخر.

والقاعدة هنا أن المحال له، لا يتقدم على من يزاحمه من الغير إلا إذا كان حقه ثابت التاريخ قبل حق من يزاحمه⁽⁴⁾، والهدف من اشتراط ثبوت التاريخ هو منع التواطؤ بين المحيل والمحال له بهدف الإضرار بالغير عن طريق تقديم تاريخ الحوالة⁽⁵⁾.

(1) محمد حسنين، مرجع سابق ص 333، أنور سلطان، مرجع سابق، ص 275.

(2) عبدالمجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، مرجع سابق، ص 239

(3) محمد حسنين، مرجع سابق، ص 333.

(4) المادة 247 من ق م.

(5) سليمان مرقس: موجز أصول الالتزامات، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة 1961، بند 792، صفحة 862

المطلب الثالث: آثار حوالة الحق

تختلف هذه الآثار باختلاف أطرافها على النحو التالي:

أ- آثار انعقاد الحوالة بين المتعاقدين: يترتب على انعقاد الحوالة فيما بين المحيل والمحال أن ينتقل الحق وقت انعقاد الحوالة بكل صفاته وتوابعه وضماناته وقيوده، ويقصد بصفاته إنه إذا كان حقا مدنيا أو تجاريا انتقل بهذه الصفة إلى المحال له، وكذل الحال إن كان حقا قابلا للتنفيذ فإنه ينتقل إلى المحال له بهذه الصفة، ويقصد بتوابعه ما حل من فوائده التي لم يكن الدائن المحيل قد قبضها بعد، ويقصد بضماناته أن يكون الحق مكفولا بكفالة أو مضمونا بتأمين عيني كحق امتياز أو رهن أو أي تأمين آخر مع الأخذ بعين الاعتبار أنه إذا كان الدين مضمونا بتأمين عيني على عقار كرهن عقاري مثلا وجب التأشير بالحوالة في هامش القيد الأصلي في السجل العقاري لشهرها حتى يمكن الاحتجاج على الغير بانتقال هذا التأمين العيني العقاري.

وتعتبر من توابع الحق المحال به الدعاوي التي تحميه وتؤكدده، ومثالها دعوى الفسخ فإذا حول البائع الثمن ولم يقم المشتري بالوفاء به إلى المحال له، كان لهذا الأخير أن يرفع دعوى فسخ البيع ضد المشتري، فإذا قضى بالفسخ عاد الشيء المبيع إلى المحال له لا المحيل⁽¹⁾. وقد عبرت المادة 243 عن هذا الأثر بقولها "تشمل حوالة الحق ضماناته كالكفالة، والامتياز والرهن، ورهن الحيازة كما تشمل ما حل من أقساط." أما قيوده فهي الدفوع التي للمدين قبل دائه الأصلي كالدفوع بالفسخ أو البطلان أو الانقضاء، وإذا قبل المدين الحوالة عد قبوله تنازلا عن الدفع بالمقاصة⁽²⁾.

02-العلاقة بين المحال له والمحيل

(1) عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، مرجع سابق، ص 241.

(2)

رأينا سلفاً أن الحوالة إما أن تكون بعوض أو بغير عوض، فإذا كانت بعوض كانت بيعاً وطبقت عليها أحكام البيع، وإذا كانت بغير عوض كانت هبة وطبقت عليها أحكام الهبة.

- التزام المحيل بالتسليم: أي بتسليم سند الدين وكل ما يمكنه من إثبات الحق المحال والمطالبة به.

- التزام المحيل بالضمان: أي التزامه بضمان وجود الحق المحال وهنا ينبغي أن نفرق بين الحوالة بعوض والحوالة بدون عوض، ففي الثانية لا ضمان لأن المتبرع غير ضامن لوجود الحق⁽¹⁾. مع ذلك يسأل المحيل عن أفعاله الشخصية ولو كانت الحوالة مجانية بدون ضمان⁽²⁾. أما إذا كانت الحوالة بعوض فإن الالتزام بالضمان يكون قائماً، ويجب في هذا الخصوص أن نفرق بين الضمان القانوني والضمان الاتفاقي

فالأول ينظمه القانون ويكون في حالة خلو عقد الحوالة من اتفاق ينظم الضمان وعندئذ يضمن المحيل وجود الحق وصحته هو وتوابعه وقت الحوالة فقط، ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك⁽³⁾، فلا يضمن سقوط الحق لسبب طارئ بعد انعقاد الحوالة إذا كان هذا السبب غير راجع إليه كالتقادم كما أنه لا يضمن ملاءة المدين أي يساره، ولا قدرته على الوفاء⁽⁴⁾.

أما الثاني وهو الضمان الاتفاقي فهو اتفاق العاقدان على تعديل أحكام هذا الضمان القانوني بالتشديد أو التخفيف ومثال الأول أن يشترط المحال له أن يضمن المحيل يسار المدين سواء وقت انعقاد الحوالة أو إلى غاية الوفاء بالحق المحال وكما يجوز تشديد الضمان يجوز على المحيل يجوز تخفيف الضمان أو الإعفاء منه فيجوز الاتفاق على أن المحيل لا يضمن وجود الحق ولا صحته فضلاً عن عدم يسار المدين⁽⁵⁾ غير أن المحيل يبقى مسؤولاً عن أفعاله الشخصية⁽⁶⁾.

3- العلاقة بين المحال عليه والمحيل

(1) المادة 1/244 من ق م.

(2) المادة 250 ق م .

(3) المادة 1/244 ق م

(4) المادة 1/245 ق م

(5) عبدالمجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، مرجع سابق، ص 245

(6) المادة 247 ق م.

يبقى المحيل قبل نفاذ الحوالة في حق المحال عليه بالإعلان أو القبول، هو الدائن للمحال عليه، فيستطيع التصرف بالحق المحال بكل أنواع التصرفات.

وإذا وفي المحال عليه بالحق إلى المحيل برئت ذمته، ولكن إذا كان المحال عليه يعلم بصدور الحوالة وقام مع ذلك بالوفاء للمحيل فإن ذمته لا تبرأ بهذا الوفاء، ذلك أن قيامه بالوفاء للمحيل مع علمه يعتبر تواطؤاً منه مع المحيل على الإضرار بالمحال له. فالوفاء يعتبر في هذه الحالة قائماً على الغش والغش يفسد كل شيء⁽¹⁾.

أما إذا أعلنت الوكالة أو قبلت فإنها تصبح نافذة في حق المحال عليه وفي حق الغير ويصبح المحيل أجنبياً بالنسبة إلى المحال عليه فلا يستطيع مطالبة المحال عليه بالدين ولا التصرف فيه. ولا يعود بإمكان للمحال عليه بالوفاء للمحيل.

04-العلاقة بين المحال له والغير

الغير هنا كل من تعلق له حق بالحق المحال، أو كل شخص يضار من نفاذ الحوالة، كالمحال له الثاني، أو الدائن المرتهن، أو الدائن الحاجز على ذلك الحق تحت يد المدين المحال عليه، والقاعدة العامة أن الحوالة لا تنفذ في حق الغير إلا إذا قبلها قبولا ثابت التاريخ أو أعلن بها، ولقد عاج المشرع الجزائري حالات النزاع التي يمكن أن تثار بين أكثر من محال إليه بنفس الحق أو بين المحال له ودائن حاجز على الحق المحال على التفصيل التالي:

أ- التنزع بين المحال لهم: إذا أبرم المحيل عدة حوالات للحق ذاته ولأشخاص مختلفين؛ فإنّ الأفضلية بينهم تكون لمن أصبح حوالتهم نافذة قبل غيرها في حق الغير⁽²⁾. والعبرة ليست بتاريخ صدور الحوالة، بل بالتاريخ الثابت للتبليغ أو للقبول.

لكن هذه القاعدة ليست مطلقة، بل يحد منها مبدأ الغش يفسد التصرفات، بمعنى أنه إذا تمت الحوالة الثانية بالتواطؤ بين المحيل والمحال له الثاني للإضرار بالمحال له الأول، فإنّه يجب تفضيل هذا الأخير ولو كان تبليغ الحوالة للمدين جاء لاحقاً لقبول الحوالة الثانية أو تبليغها⁽³⁾.

(1) عبدالمجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، مرجع سابق، ص 245

(2) المادة 249 من ق م

(3) جلال علي العدوي: مرجع سابق، صفحة 302

ب- التنازع بين المحال له والدائن المرتهن: إذا قام المحيل بحوالة حقه إلى محال له، ثم قام برهن الحق نفسه إلى دائن مرتهن، فالقاعدة أنّ الأفضلية بينهما تكون على أساس الأسبقية في النفاذ. فإذا كانت الحوالة هي الأسبق في النفاذ كانت الأفضلية للمحال له، أما إذا كان الرهن هو الأسبق في النفاذ، فإنّ الأفضلية تكون للدائن المرتهن.

ج - التنازع بين المحال له والدائن الحاجز: يأخذ التنازع الذي يحدث بين دائن المحيل وبين المحال له وبين دائن المحيل الحاجز على الحق المحال تحت يد المدين صوراً مختلفة، ومنها:
- التزام بين المحال له والدائن الحاجز المتأخر: لم يرد فيها نص لوضوحها ذلك أن الحوالة قد نفذت في حق الغير بالقبول الثابت التاريخ أو بالإعلان قبل توقيع الحجز تحت يد المدين؛ فهنا لا أثر للحجز في الحق المحال، لأنه وقع على حق غير مملوك للمدين باعتباره خرج من ذمة المحيل، فيقع باطلاً لانعدام المحل⁽¹⁾.

- التزام بين المحال له والدائن الحاجز المتقدم: وتتحقق هذه الحالة إذا قام دائني المحيل بالحجز تحت يد المحال عليه، قبل أن تصبح الحوالة نافذة بالنسبة للغير، ثم قام بعد ذلك المحال له بإعلان الحوالة إلى المحال عليه بما يجعلها نافذة في مواجهة الغير ، فهنا يعدّ الحجز صحيحاً لأنّه وقع على مال مملوك للمدين الحاجز، ولكن الحوالة المتأخرة تعدّ بمثابة حجز آخر⁽²⁾ ، ولأنّ المبدأ المقرر هو المساواة بين الدائنين الحاجزين المتأخر منهم والمتقدم، فإنه إذا كان المال كافياً استوفى كل منهما حقه، وإن لم يكن كافياً قسّم بينهما قسمة غرماء⁽³⁾.

- التزام بين المحال له والدائن الحاجز المتقدم والدائن الحاجز المتأخر: إذا وقعت الحوالة بين حزين أولهما سابق على نفاذ الحوالة في حق الغير وثانيهما تالٍ، لذلك هنا يقسّم الدين المحال له بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة⁽⁴⁾.

(1) محمد حسنين مرجع سابق ص 334.

(2) المادة 250 / 1 ق م

(3) المادة 2/250 ق م

(4) المادة 2/250 ق م

والعلة في هذا الحكم أن المشرع اراد أن يجعل الحاجز المتأخر يزاحم الحاجز المتقدم، وأراد في الوقت ذاته إلا يأخذ الحاجز المتأخر شيئاً قبل أن يستوفي المحال له كل حقه لأن الحوالة المتقدمة تجب الحجز المتأخر⁽¹⁾.

⁽¹⁾ عبدالمجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، مرجع سابق، ص 247.

المبحث الثاني: حوالة الدين La cession de dette

نظمها المشرع الجزائري في المواد من 251 إلى 257 ضمن الباب الرابع المتعلق بانتقال الالتزام من القانون المدني.

وحوالة الدين هي اتفاق بين طرفين على نقل عبء الدين من المدين الأصلي وهو المحيل إلى ذمة مدين جديد يحل محله يسمى المحال عليه⁽¹⁾.

المطلب الأول: شروط حوالة الدين وكيفية انعقادها

أولاً: شروطها

تخضع حوالة الدين باعتبارها عقداً للقواعد العامة في انعقاد العقود وصحتها، فلا بد من وجود رضا صادر عن شخص كامل الأهلية وخالٍ من العيوب. كما يجب وجود سبب مشروع لهذه الحوالة، فقد يقصد المحيل إما إقراض المدين مبلغ الدين، وإما الوفاء بدين مترتب في ذمة هذا المدين، وإما التبرع للمدين الأصلي بالمبلغ.

وينبغي أن يكون محل الحوالة هو الدين المحال، مستوفياً لشروطه القانونية، ولكن لا يشترط في حوالة الدين أن ترد على دين منجز، فقد يكون محل الحوالة ديناً حالاً أو مستقبلاً غير مستحق الأداء، وقد يكون محلها مضافاً إلى أجل أو معلقاً على شرط واقف. كذلك يمكن أن يكون محل الحوالة ديناً مدنياً أو تجارياً بفائدة أو من دون فائدة⁽²⁾.

ثانياً: انعقاد الحوالة

تنعقد الحوالة إما باتفاق المدين الأصلي والمدين الجديد (المحال عليه) وإما باتفاق الدائن والمدين الجديد بأن يحل هذا الأخير محل المدين السابق فأحد طرفي الحوالة هو حتماً المدين الجديد والطرف الأخر هو إما المدين السابق وإما الدائن⁽³⁾.

أ- انعقاد الحوالة باتفاق المدين (المحيل) والمدين الجديد

(1) أنور سلطان، مرجع سابق ص 297، عبدالمجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، ص 221، محمد حسنين، مرجع سابق، ص 336

(2) منذر الفضل: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، أحكام الالتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1992، ص 219.

(3) محمد حسنين، مرجع سابق، ص 337.

تنص المادة 251 على أنه "تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين".

فتتم الحوالة غالباً في صورة اتفاق بين المحيل (المدين الأصلي) وبين شخص آخر يحل محله في الدين، وفي هذه الحالة لا يمكن تصور تمام الحوالة أو نفاذها إلا بتدخل الدائن ذلك أن تغيير المدين أمر خطير، فشخصية المدين هي محل اعتبار كبير في الالتزام⁽¹⁾، إذ أن قيمة الالتزام المادية مرتبطة بشخص أي بيساره ومدى حرصه على الوفاء وإذا كان الدائن قد قبل مدينا معيناً فإنه قد لا يقبل مدينا آخر بدله ولا جبر عليه في ذلك⁽²⁾، على هذا الأساس لا بد من قبول الدائن لانعقاد حوالة الدين وهو شرط مسلم به في كل القوانين التي أجازت حوالة الدين مع ذلك فإن المشرع الجزائري على غرار العديد من التشريعات جعل الحوالة كعقد نافذة في حق عاقدتها فيما بينهما ولو لم يجزها الدائن ولو رفضها كذلك⁽³⁾، ومقتضى ذلك أن يكون المدين المحال عليه ملزماً بالحوالة ومسؤولاً بموجب عقد الحوالة أمام المدين السابق عن الوفاء بالدين المحال إلى الدائن، أما إقرار المدين فليس إلا شرطاً لنفاذها في حقه هو⁽⁴⁾.

فيجب إقرار الدائن لهذه الحوالة حتى تكون نافذة في حقه، ولا تعدّ موافقة الدائن على حوالة الدين شرطاً لانعقاد الحوالة، وإنما لنفاذها في حقه.

أ- مفهوم الإقرار: هو موافقة الدائن على حوالة الدين التي تمت بين المدين والمحال عليه مما يؤدي إلى جعل آثار هذه الحوالة نافذة بحقه. والمقصود بنفاذ الحوالة في حق الدائن انتقال الدين الأصلي إلى المدين الجديد، ويصبح سارياً في مواجهة هذا الدائن، وتبرأ ذمة الأول، ويصبح الثاني هو وحده المدين للدائن⁽⁵⁾.

لا يتطلب القانون شكلاً معيناً للإقرار، فيكفي إخطار من الدائن إلى أحد المتعاقدين أنه يقر الحوالة التي تمت بينهما، وقد يكون الإقرار صريحاً أو ضمناً كقبول الدائن من المحال عليه - مع علمه بالحوالة ودون تحفظ - الوفاء ببعض الدين أو بالفوائد المستحقة عنه.

(1) عبدالمجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، مرجع سابق ص 225.

(2) محمد حسنين، مرجع سابق ص 337.

(3) المادة 1/253 ق م.

(4) المادة 1/252 ق م.

(5) سليمان مرقس: مرجع سابق، 1961، ص 877.

ويقابل الإقرار الرفض أي رفض الدائن بالإقرار بالحوالة؛ وهو ما يؤدي إلى اعتبارها غير سارية في مواجهته، وقد يرفض الدائن الحوالة رفضاً صريحاً أو ضمناً، ومن صور الرفض الضمني أن يبلغ المحيل أو المحال عليه الدائن بالحوالة، ويعين له أجلاً معقولاً ليقرها، فإذا انقضى الأجل دون أن يبدي الدائن موقفه من الحوالة عدّ سكوته رفضاً لها.

وفي هذا الصدد تنص المادة 552/2 من ق م على أنه "إذا قام المحال عليه أو المدين الأصلي بإعلان الحوالة إلى الدائن وعين له أجلاً معقولاً ليقر الحوالة ثم انقضى الأجل دون صدور الإقرار، اعتبر سكوت الدائن رفضاً للحوالة".

ب- انعقاد الحوالة باتفاق الدائن والمدين الجديد المحال عليه

تنص المادة 257 على أنه "تتم حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه على أن يتقرر فيه أن هذا الأخير يحل محل المدين الأصلي في التزامه، وفي هذه الحالة تسري أحكام المادتين 254 و256".

ففي هذه الحالة لا تلزم موافقة المدين الأصلي لأنه يجوز وفقاً للقواعد العامة للأجنبي أن يفي بالدين دون رضا المدين، وله حينئذ الرجوع على المدين الأصلي بدعوى الإثراء بلا سبب. وإذا تمت الحوالة بدون موافقة المدين الأصلي فإن هذا الأخير لا يكون ملزماً بضمان يسار المحال عليه، بخلاف ما إذا تمت موافقته، فإنه يكون ملزماً بهذا الضمان⁽¹⁾.

المطلب الثاني: آثار حوالة الدين

تظهر آثار حوالة الدين في علاقة الدائن بكل من المدين الجديد والمدين السابق، وفي علاقة المدينين السابق والجديد ببعضهما البعض.

أولاً- علاقة الدائن بالمدين الجديد:

تتلخص هذه العلاقة في انتقال الدين من ذمة المحيل (المدين الأصلي) إلى المحال عليه ويحل هذا محل المحيل في نفس الدين في نفس الدين بضماناته، ودفعه، كما كان الشأن بالنسبة للمدين الأصلي إزاء الدائن وذلك من تاريخ انعقاد الحوالة.

(1) المادة 255 من ق م.

فيخلف المدين الجديد المدين الأصلي في نفس الدين بصفاته وتوابعه فإذا كان معلقا على شرط أو مؤجلا أو تجاريا أو مزودا بسند تنفيذي انتقل كذلك إلى المحال عليه. وينتقل كذلك بضماناته كذلك وهنا ينبغي التفرقة بين التأمينات العينية التي يقدمها المدين كالرهن تنتقل مع المدين وتبقى ضامنة للوفاء، أما التأمينات المقدمة من غير المدين سواء كانت تأمينات شخصية مثل الكفالة أو تأمينات عينية كرهن قدمه الغير (يسمى الكفيل العيني) فإنها تسقط ما لم يرض الكفيل بالحوالة⁽¹⁾.

ثانيا: علاقة الدائن بالمدين السابق

متى تمت الحوالة وأصبحت نافذة في حق الدائن برئت ذمة المدين السابق من الدين المحال غير أنه قد يلزم بضمان يسار المحال وقت انعقاد الحوالة إذا كانت قد تمت بموافقته مال يتم الاتفاق على خلاف ذلك⁽²⁾.

إذا سكت المتعاقدان عن تنظيم آثار الحوالة قبل إقرارها من الدائن أو بعد رفضها؛ فيكون المحال عليه ملزماً تجاه المحيل بالوفاء للدائن في الوقت المناسب، فإذا قام الدائن بمطالبة المدين قضائياً فإنه يحق لهذا المدين الرجوع على المحال عليه باعتبار أنه قد تعهد بالوفاء عنه ليجنبه هذه المطالبة، فإن تخلف المحال عليه عن الوفاء كان للمحيل الرجوع عليه بالتعويض.

ثالثاً: علاقة المحال عليه بالمحيل يحدد آثار الحوالة بين المحيل (المدين الأصلي) والمحال عليه ما بينهما من علاقة سابقة على الحوالة، فالمحال عليه قد يقصد من التحمل بالدين إقراض المدين قيمة الدين، أو التبرع به، أو وفاء دين سابق عليه له، وعلى وجه العموم يعتبر المحال عليه أنه أدى إلى المدين التزاما بقدر قيمة الحوالة⁽³⁾.

مع ذلك لا يجوز وفقاً لنص المادة 2/253 من ق م للمدين الأصلي أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن مادام هو لم يرض بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضى الحوالة طالما أن الدائن لم يحدد موقفه من الحوالة إقراراً أو رفضاً.

(1) المادة 254 من ق م .

(2) المادة 255 من ق م

(3) عبدالمجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، مرجع سابق، ص 233.

أما إذا أصبحت الحوالة نافذة في حق الدائن فإن ينتقل إلى المدين الجديد وتبرأ ذمة المدين الأصلي، ويتحقق هذا الأثر بمجرد نفاذ الحوالة وقبل أن يقوم المحال عليه بالوفاء فعلا للدائن⁽¹⁾

⁽¹⁾ محمد حسنين، مرجع سابق، ص 339.

الفصل الرابع: انقضاء الالتزام

الالتزام أو الحق الشخصي مؤقت فمصيره حتمًا إلى الزوال، إما بالوفاء أو بغيره، إذ لا يجوز أن يبقى المدين ملزمًا إلى الأبد، فإن ذلك يتعارض مع الحرية الشخصية⁽¹⁾ فالحق الشخصي لا يكون أصلًا حقا خالدا، وهو ما يميزه عن الحق العيني الذي هو في الغالب لا ينقضي ومن طبيعته الخلود كما هو الحال بالنسبة لحق الملكية⁽²⁾.

وإلا كان في هذا تقييد لحرية الشخصية. وقد تناول القانون المدني الجزائري أسباب

انقضاء الالتزام في الباب الخامس من الكتاب الثاني الخاص بالالتزامات والعقود في الموالد من وهي مقسمة إلى أقسام ثلاثة هي أولا الوفاء وهو الطريق العادي لانقضاء الالتزام، ثم بما يعادل الوفاء ثانيا ويتعلق الأمر بالوفاء بمقابل، التجديد، والمقاصة، وأخيرا انقضاء الالتزام بغير هاتين الوسيلتين أي بدون وفاء ولا بما يعادل الوفاء ويتعلق الأمر بالإبراء واستحالة التنفيذ بسبب أجنبي، والتقدم المسقط، وتفصيل ذلك كما يلي:

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 1114.

(2) علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزامات، أحكام الالتزامات، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2015، ص

المبحث الأول: الوفاء *Le paiement*

عالجه المشرع الجزائري في المواد من 258 إلى 284 من القانون المدني، والوفاء هو الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام، لأنه تنفيذ لما التزم به المدين تنفيذا عينيا، وسيرا على منهج المشرع الفرنسي تناول المشرع الجزائري أحكام الوفاء ضمن طرق انقضاء الالتزام خلافا لعض التشريعات التي تعالجه عند الكلام عن تنفيذ الالتزام.

والوفاء واقعة مختلطة يجمع بين التنفيذ العيني للالتزام كتسليم مبلغ من النقود أو إقامة بناء أو الامتناع عن المنافسة، وبين الاتفاق على قضاء الدين والاتفاق، والاتفاق تصرف قانوني، لكن الوفاء وإن كان واقعة مختلطة إلا أنه يغلب فيه عنصر التصرف القانوني، لذلك يلحق عادة بالتصرفات القانونية، يجري عليه ما يجري على سائر التصرفات القانونية، فلا بد فيه من التراضي ويغلب أن يكون التنفيذ المادي هو نفسه التراضي فتسليم الموفي الشيء الذي التزم به هو الإيجاب وتسليم الموفي له هذا الشيء على أنه وفاء للدين هو القبول، ويشترط في هذا التراضي أن يكون صحيحا ويكون كذلك إذا كان صادرا من ذي أهلية خاليا من عيوب الإرادة، كذلك يجب أن يكون للوفاء محل وسبب، فمحل الوفاء هو نفس محل الدين الذي يوفي به، وسبب الوفاء هو قضاء الدين وهذا هو الباعث الرئيسي لهذا التصرف القانوني.

ومن أجل معالجته نتناول الأحكام العامة للوفاء (مطلب أول)، والوفاء مع الحلول (مطلب ثان).

المطلب الأول: الأحكام العامة للوفاء

والحديث عن الوفاء يقودنا إلى الحديث عن طرفي الوفاء (أولا)، ومحلّه (ثانيا)، ثم ظروف الوفاء المتعلقة بزمانه ومكانه ونفقاته (ثالثا).

أولا: طرفا الوفاء

طرفا الوفاء هما الموفي ويغلب أن يكون هو المدين نفسه، وقد يكون غير المدين والموفي له ويغلب أن يكون هو الدائن وقد يكون غير الدائن.

01: الموفي: تنص المادة 258 من القانون المدني على أنه "يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أي شخص له مصلحة في الوفاء وذلك مع مراعاة ما جاء في المادة 170⁽¹⁾".
كما يصح الوفاء أيضا مع التحفظ السابق ممن ليست له مصلحة في الوفاء ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته غير أنه يجوز للدائن رفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن بهذا الاعتراض".

وهذا يعني أن الوفاء يكون إما عن طريق المدين نفسه وهو الأغلب لأنه صاحب المصلحة في قضاء الدين، بل إنه قد يتعين على المدين أن يقوم هو نفسه بالوفاء في بعض الحالات التي يفرضها القانون أو الاتفاق أو طبيعة الالتزام، في هذا الصدد نص المادة 169 من القانون المدني على أنه "في الالتزام بعمل إذا نص الاتفاق أو استوجب طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين".

فإذا لم يتوفر هذا القيد قانونا أو اتفاقا أو طبيعة، يمكن للمدين أن يكلف من ينوبه في الوفاء نيابة عامة أو خاصة وفق القواعد العامة في باب الوكالة، وينوب القاصر في الوفاء وليه، أو وصيه، كما ينوب المحجور عليه لسفه أو جنون أو ضعف في العقل المقدم، وينوب عن الأشخاص المعنوية ممثلها القانوني⁽²⁾.

وقد يتم الوفاء من طرف شخص ليس مكلفا أصلا من طرف المدين سواء كانت له مصلحة في الوفاء بالدين كما لو كان كفيلا أو مدينا متضامنا أو حائزا لعقار مرهون لضمان هذا الدين، أو لم تكن له مصلحة في الوفاء ولكن يقوم به لرغبة في التبرع للمدين بقيمة الدين الذي وفاه عنه. ولكن إذا كان الوفاء من طرف شخص له مصلحة في الوفاء فلا يجوز للدائن أن يرفض الوفاء ولا يطلب رضا المدين أصلا في هذه الحالة.

لكن يجوز للمدين الذي حصل الوفاء رغما عنه أن يمنع الموفي من الرجوع عليه بما وفاه عنه كله أو بعضه إذا أثبت أن له مصلحة في الاعتراض على الوفاء⁽³⁾.

⁽¹⁾ رغم أن المادة 258 من القانون المدني الجزائري أحالت إلى المادة 170 من ذات القانون لكن بالحقيقة فإن المقصود هو المادة 169

من ق م لأنها هي التي تؤدي الغرض.

⁽²⁾ علي كحلون، مرجع سابق، ص 945.

⁽³⁾ المادة 2/259 ق م

ويجوز للدائن أن يرفض الوفاء الصادر من أجنبي بشرط أن يبلغ المدين دأئنه باعتراضه على هذا الوفاء⁽¹⁾.

وللغير الذي قام بالوفاء الحق في الرجوع على المدين بما وفاه⁽²⁾ بدعوى الفضالة إذا كان الوفاء بدون علم المدين أو على أساس الوكالة إذا أقر المدين الوفاء الذي تم، أو على أساس الإثراء بلا سبب إذا تم الوفاء رغم اعتراض المدين.

وينبغي الإشارة إلى أنه في حالة الرجوع بدعوى الفضالة أو الإثراء بلا سبب يجب أن يكون الوفاء نافعا للمدين فليس للموفي أن يرجع على المدين في حالة سبق حصول الوفاء بالمدين، كذلك ليس له أن يرجع على المدين في حالة انقضاء سبب الدين لسبب آخر أو بطلانه⁽³⁾.

تنص المادة 260 من القانون المدني على أنه: "يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفي مالكا للشيء الذي وفي به، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه"

ويستخلص من هذا النص أنه يشترط لصحة الوفاء، سواء كان الموفي هو المدين نفسه أو كان غير المدين، أمران الأول ملكية الموفي للشيء الذي وفي به، والثاني أهليته للتصرف في هذا الشيء. - ملكية الموفي للشيء الذي وفي به: لا بد أن يكون الموفي مالكا للشيء الذي يوفي به الدين، لأن المقصود بالوفاء هو نقل ملكية هذا الشيء للدائن، ولا يستطيع الموفي أن ينقل للدائن ملكية شيء لا يملكه، فتتخلف الغاية من الوفاء، ويكون الوفاء قابلا للإبطال على غرار بيع ملك الغير.

والذي يتمسك ببطلان الوفاء في الأصل هو الدائن الذي تقرر البطلان لمصلحته. ولما كان هذا الوفاء لا يسرى في حق المالك الحقيقي للشيء الموفي به، فإن لهذا أن يسترده من الدائن بدعوى استحقاق لأن الوفاء لم ينقل ملكية الشيء إلى الدائن كما قدمنا، فبقى الشيء على ملك صاحبه فله إذن أن يسترده، وذلك ما لم يكن الدائن قد ملك الشيء بالحيازة أو بالتقادم كما سبق القول. وكما يستطيع المالك أن يسترد الشيء يستطيع على العكس من ذلك أن يجيز

(1) المادة 2/258 ق م

(2) المادة 1/259 ق م

(3) محمد حسنين، ص 343.

الوفاء فيزول بطلانه ، قياساً على صحة بيع ملك الغير بإجازة المالك الحقيقي ، فتنقل ملكية الشيء إلى الدائن بهذه الأجازة ، وينقلب الوفاء صحيحاً وينقضي به الدين - أن يكون الموفى أهلاً للتصرف في الشيء الموفى به:، فإذا كان الموفى مثلاً قاصراً أو محجوراً عليه ، فإن الوفاء يكون هنا أيضاً قابلاً للإبطال بسبب نقص الأهلية لا انعدام الملكية، ولا يتمسك بهذا البطلان إلا الموفى، فلا يجوز للدائن أن يتمسك به ما دام كامل الأهلية وقد استوفى حقه استيفاء صحيحاً، فإذا لم تكن للموفى مصلحة في إبطال الوفاء، بأن كان الوفاء لم يلحق به أي ضرر ، فإن له أن يبقى الوفاء قائماً فينقضي به الدين.

02- الموفى له

لكي الوفاء صحيحاً مبرئاً للذمة يجب أن يتم للدائن أو نائبه أو خلفه العام كالوارث أو خلفه الخاص كالمحال له وقد اعتبر المشرع المخالصة الصادرة من الدائن قرينة على نيابة مقدمها على الدائن في استفاء الدين ما لم يكن هناك اتفاق سابق على أن يكون الوفاء للدائن شخصياً⁽¹⁾.

ويشترط في الموفى له تطبيقاً للقواعد العامة أن يكون أهلاً لاستفاء الدين، فإذا كان ناقص أهلية فإن الوفاء يحصل لنائبه.

وإذا حصل وفاء للغير فإنه لا يبرئ ذمة المدين تجاه دائنه ويبقى ملزماً بالوفاء إليه إلا في حالات ثلاثة نصت عليها المادة 268 من ق م وهي:

- إقرار الدائن لهذا الوفاء بالإجازة اللاحقة كالإذن السابق.
- حصول الدائن على منفعة من هذا الوفاء الحاصل للغير، فإن ذمة المدين حينئذ تبرأ بقدر هذه المنفعة.

- إذا تم الوفاء بحسن نية للشخص أي اعتقاد الموفى أنه وفي للدائن الحقيقي وذلك رعاية لحسن النية وتحقيقاً لاستقرار المعاملات.

(1) المادة 267 ق م.

ثانياً: محل الوفاء

يجب الوفاء بمحل الالتزام أي بالمحل ذاته لا بشيء آخر وبه كله لا بعضه، وإذا كان محل الوفاء محدد في العقد فلا صعوبة، إنما تثار الصعوبة إذا كانت تعوزه الدقة في التحديد وحينئذ تطبق القواعد العامة وهي أن العقد يلزم بما ورد فيه وما هو من مستلزماته قانون أو عرفاً أو عدالة أو حسب طبيعة الالتزام فإذا كان التزام بعمل وجب على ضوء ما إذا كان ببذل عناية أو تحقيق نتيجة⁽¹⁾ وإذا كان إعطاء شيء فلا يكون الوفاء إلا بهذا الشيء لا بغيره ولو كان هذا الغير مساوياً له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى⁽²⁾

وإذا كان محل الالتزام نقود فلا يجوز الوفاء دون رضا الدائن بشيك حوالة بريد أو بغير ذلك من الأوراق المالية أو التجارية. كما يلتزم بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة النقود أو انخفاضها وقت الوفاء أثر⁽³⁾.

وليس للمدين طبقاً لنص المادة 277 ق م أن يجبر الدائن على وفاء جزئي إلا بالاتفاق على ذلك أو نص القانون، وطبق لذات المادة إذا كان الدين متنازعا في جزء منه وقبل الدائن استفتاء الجزء المعترف به، فليس للمدين رفض الوفاء بهذا الجزء.

وإذا كانت القاعدة العامة هي عدم تجزئة الوفاء ولو كان الدين بطبيعته قابلاً للتجزئة، إلا أن هذه القاعدة لا تقوم إلا بالنسبة للدين الواحد فإذا تعددت الديون في ذمة المدين لدائنه وأراد المدين أن يوفي بأحدها دون الأخرى فليس للدائن أن يرفض هذا الوفاء، كما أن هذه القاعدة ترد عليها الاستثناءات التالية⁽⁴⁾:

- حالة اتفاق الدائن والمدين على تجزئة الوفاء اتفاقاً سابقاً أو لاحقاً
- حالة المقاصة بين دينين متقابلين فإنهما ينقضيان بقدر الأقل منهما (م 300 ق م)
- في حالة إعطاء أجل قضائي طبقاً لنص م 210 ق م، أو وقف التنفيذ مراعاة لحالة المدين طبقاً لنص المادة 281 ق م.

(1) محمد حسنين، مرجع سابق، ص 346.

(2) المادة 276 ق م

(3) المادة 95 من ق م

(4)

- حالة تعدد الكفلاء غير المتضامين فلكل منهم أن يدفع بتجزئة الدين م 644 ق م
 - حالة الأوراق التجارية إذ نصت عليه المادة 415 من القانون التجاري على أنه لا يمكن للحامل أن يرفض وفاء جزئيا ويتعين عليه أن يقدم احتجاجا على ما تبقى من الدين.
- خصم المدفوعات**

ثالثا: ظروف الوفاء

تتعلق هذه الظروف زمان الوفاء ومكانه ونفقاته، إثباته على النحو التالي:

01- زمان الوفاء: الأصل أن يتم الوفاء فورا بمجرد نشوء الالتزام ما يكن مؤجلا هن نص

القانون أو اتفاق الأطراف أو منح القاضي مهلة للمدين المعسر

02- مكان الوفاء: يحدده الاتفاق أو القانون، ونجد أن القانون يفرق بين حالتين

الأولى أن يكون محل الالتزام شيئاً معيناً بذاته وهنا يجب الوفاء في المكان الذي كن به وقت نشوء الالتزام أو في موطن المدين. والثانية ألا يكون محل الالتزام شيئاً معيناً بذاته أو أن يكون عملاً أو امتناع عن عمل وهنا يجب الوفاء به في موطن المدين وقت الوفاء أو في مركز مؤسسته إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه المؤسسة⁽¹⁾.

03- نفقات الوفاء: كحالة البريد ونفقات الوزن والعد... فيتحملها المدين مالم لم يتفق

الطرفان على خلاف ذلك، أو يوجد نص يقضي بغير ذلك⁽²⁾.

04- إثبات الوفاء

الوفاء تصرف قانوني فيجب إثباته كتابة إذا جاوز نصاب الإثبات كتابة إذا جاوز نصاب الإثبات بالبينة أو القرائن، وطبا لنص المادة 333 ق م " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك..."

(1) المادة 282 ق م .

(2) المادة 283 ق م

المطلب الثاني: الوفاء مع الحلول

إذا كان الموفي هو المدين أو نائبه، فقد برئت ذمة المدين من الدين، ولا رجوع له على أحد لأنه إنما وفى دين نفسه ، ولا رجوع لأحد عليه لأنه قام بوفاء دينه بنفسه .
وأما إذا وفى الدين غير المدين، سواء كان للموفي مصلحة فى الوفاء أو لم تكن له مصلحة، فإنه، ما لم يكن متبرعاً بوفاء الدين وهذا لا بد فيه من ظهور نية واضحة لأن التبرع لا يفترض، يجوز له أن يرجع على المدين بما وفاه عنه عن طريق دعوى شخصية يعطيها القانون إياه ، وتتكيف هذه الدعوى بحسب الظروف . وقد يكون له فوق ذلك ، أى غير الدعوى الشخصية ، دعوى الدائن نفسه الذي وفاه حقه فيحل محله فيه ، ومن ثم سميت هذه الدعوى الأخرى بدعوى الحلول (action en subrogation) .

أ-الدعوى الشخصية: تنص المادة 259 من القانون المدني على ما يأتى : " إذا قام الغير بوفاء الدين ، كله له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفع.
غير أنه يجوز للمدين الذي حصل الوفاء بغير إرادته منع رجوع الموفي بما وفاه عنه كلاً أو بعضاً إذا أثبت أن له أية مصلحة فى الاعتراض على الوفاء " .
ويخلص من هذا النص أن الموفي لدين غيره ، سواء كانت له مصلحة فى الوفاء أو لم تكن له مصلحة يستطيع ما لم يكن متبرعاً ، أن يرجع بدعوى شخصية على المدين يسترد بها مقدار ما دفعه وفاء للدين .

وقد يكون أساس هذه الدعوى الوكالة إذا وفى الغير الدين بأمر المدين، وقد أن يكون أساسها هو الفضالة إذا كان الغير قد وفى الدين بعلم المدين لكن دون تفويض أو وكالة، أو بغير علمه ولكن دون معارضته ، وتكون الدعوى الشخصية أساسها الإثراء بلا سبب إذا كان الغير قد وفى الدين رغم معارضة المدين .

وسواء رجع الموفي على المدين بدعوى الفضالة أو بدعوى الإثراء بلا سبب ، فإنه لا يستطيع الرجوع بشيء إلا إذا كان الوفاء نافعاً للمدين . فلو أن المدين كان قد وفى الدين قبل أن يوفيه الغير أو وفى قسطاً منه، فإن الغير لا يرجع بشيء أو يرجع بالباقي بعد خصم القسط الذي وفاه المدين.

، أو كان للمدين دفع ضد الدين ، بأن كان يستطيع أن يتمسك قبل الدائن بالمقاصة أو التجديد أو الإبراء أو التقادم ومع ذلك وفاه الغير ، فإن الغير لا يرجع بشيء على المدين لأن الوفاء الذي قام به لم يفد المدين منه شيئاً .

ولو أن المدين كان يستطيع أن يطعن في الدين بالإبطال لنقص الأهلية أو لعيب في الإرادة من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، أو كان يستطيع أن يطعن فيه بالبطلان لانعدام الإرادة أو لعيب في المحل أو في السبب أو في الشكل ، أو كان يستطيع أن يتمسك بالفسخ لتحقيق شرط فاسخ أو أن يتمسك بعدم النفاذ لعدم تحقق شرط واقف أو لعدم حلول الأجل ، أو كان يستطيع أن يتمسك بأي دفع آخر ، فإن هذا كله يكون محل اعتبار عند رجوع الموفى على الدين ، فلا يرجع الأول على الثاني إلا بقدر ما أفاد الثاني من الوفاء .

ب- دعوى الحلول: وقد يكون للموفى، إلى جانب الدعوى الشخصي دعوى الحلول، فيحل محل الدائن في نفس الدين الذي وفاه، ويرجع على المدين بهذا الدين نفسه، لا بدين جديد كما يفعل في الدعوى الشخصية.

أولاً: حالات الحلول

وحلول الموفى محل الدائن إما أن يكون بحكم القانون ويقال له الحلول القانوني، وإما أن يكون بموجب الاتفاق ويقال له الحلول الاتفاقي .

- الحلول القانوني: تنص المادة 1/261 من القانون المدني على أنه: " إذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حل الموفى محل الدائن الذي استوفى حقه في الأحوال الآتية " :

- إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع المدين، أو ملزماً بوفائه عنه.
- إذا كان الموفى دائئاً ووفى دائئاً آخر مقدماً عليه بما له من تأمين عيني ، ولو لم يكن للموفى أي تأمين " .

- إذا كان الموفى قد اشترى عقاراً ودفع ثمنه لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم " .
ويظهر من خلال هذا النص أن هناك حالات للحلول القانوني هي:

أ/ الحالة الأولى: الموفى ملزم بالدين مع المدين أو ملزم عنه: و هي أعم حالات الحلول القانوني، فالموفى ملزم بالدين مع المدين أو عنه، فله مصلحة كبرى في أدائه، بل هو يجبر على الأداء، ومن ثم حق له في رجوعه على المدين أن يرجع عليه بدعوى الدائن بعد أن يحل محله . ويكون الموفى ملزماً بالدين مع المدين إذا كان مديناً متضامناً، أو مديناً مع المدين في دين غير قابل للانقسام، أو كفيلاً متضامناً مع كفاء آخرين في علاقته بهؤلاء الكفاء . ويكون الموفى ملزماً بالدين عن المدين إذا كان كفيلاً شخصياً، أو كفيلاً عينياً، أو حائزاً للعقار المرهون.

ب- الحالة الثانية: الموفى دائن وفي دائننا مقدماً عليه : ويحل الموفى محل الدائن، فيرجع على المدين بدعوى الحلول " إذا كان الموفى دائننا ووفى دائننا آخر مقدماً عليه بما له من تأمين عيني، ولو لم يكن للموفى أي تأمين".

ويفرض القانون أن هناك دائنين لمدين واحد، أحدهما متقدم على الآخر بموجب تأمين عيني، أي أن المدين قد رهن عقاراً مملوكاً له لأحد الدائنين ثم رهنه للآخر، فصار الأول متقدماً على الثاني، بل يجوز أن يكون الدائن الثاني لم يرتهن العقار وظل دائناً شخصياً، فإن الدائن الأول متقدم عليه بما له من حق الرهن . بل يجوز أيضاً أن يكون التأمين الذي يتقدم به الدائن الأول على الدائن الثاني ليس حق رهن رسمي، بل حق رهن حيازة ، أو حق امتياز ، أو حق اختصاص ، فكل هذه تأمينات عينية تجعله متقدماً على الدائن الثاني .

ففي جميع هذه الأحوال قد يكون للدائن المتأخر مصلحة محققة في الوفاء بدين الدائن المتقدم والحل محل له في هذا الدين ، وتتحقق هذه المصلحة في فرضين :

- الأول هو أنه قد يرى الدائن المتقدم أن ينفذ على العقار المرهون، ويكون الوقت غير مناسب للتنفيذ، فيتوقع الدائن المتأخر أن يباع العقار في المزاد العلني بأبخس الأثمان، فلا يدرك الدائن المتأخر من ثمن العقار ما يكفي للوفاء بحقه، فيكون من مصلحة الدائن المتأخر أن يوفى الدائن المتقدم حقه فيحل محله في رهنه، ويمنع بهذا الحلول التنفيذ في وقت غير مناسب، تحيناً لفرصة يبيع فيها العقار المرهون بثمن يكفي لوفاء الدين المتقدم والدين المتأخر جميعاً .

- أما الثاني، قد يرى الدائن المتأخر أن العقار المرهون لا يكفى لوفاء الدينين المتقدم والمتأخر معاً ، مهما بلغ ثمن هذا العقار وفي أى وقت بيع ، ولكن يكون للدائن المتقدم تأمين على عقار آخر مملوك للمدين أو لكفيل عيني، فيوفى حق الدائن المتقدم حتى يحل محله في رهنه المتقدم وفي تأمينه الآخر، ويستطيع بذلك أن يستوفى الدينين معاً من العقار المرهون ومن هذا التأمين الآخر.

ج/ الحالة الثالثة: الموفى اشترى عقاراً ودفع ثمنه لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم : هذه لحالة سبقت الإشارة إليها كتطبيق من تطبيقات الحالة الأولى . ذلك أن المشتري لعقار مثقل بتأمين عيني - رهن أو امتياز أو اختصاص - يصبح حائزاً للعقار ، فيكون مسئولاً عن الدين بحكم انتقال ملكية العقار له . ومن ثم يكون ملزماً بالدين عن المدين ، فيدخل ضمن الحالة الأولى من حالات الحلول القانوني ، وهي الحالة التي سبق بيانها.

ويلجأ المشتري للعقار المرهون إلى دعوى الحلول إذا كان ثمن العقار المرهون معادلاً لقيمته ، بحيث إذا بيع العقار في المزاد العلني لن يبلغ ثمنه في المزاد أكثر من الثمن الذي التزم به المشتري . فإذا فرض أن العقار مرهون لأكثر من دائن ، وكان الثمن الذي التزم به المشتري لا يكفى إلا لوفاء الدائن المرتهن الأول ، كان للمشتري أن يدفع الثمن لهذا الدائن فيوفيه حقه ، ويحل محله في رهنه الأول . ولا تصبح هناك مصلحة للدائنين المرتهنيين المتأخرين في بيع العقار ، فلن يصل ثمنه إلى أكثر من الثمن الذي دفعه المشتري وحل به محل الدائن المرتهن الأول ، ولن يصيبهم شيء في التوزيع بعد أن يستولى المشتري على الثمن الذي دفعه . فيستطيع المشتري ، بفضل هذا الحلول القانوني ، أن يوقف عملياً الدائنين المرتهنيين المتأخرين عن مباشرة التنفيذ على العقار الذي اشتراه .

وقد يكون للدائن المرتهن الأول الذي وفاه المشتري حقه تأمين عيني، فيحل المشتري محله فيه ويستوفى منه ما دفعه له، ويتجنب بذلك أن ينفذ الدائن المرتهن بحقه على العقار الذي اشتراه المشتري.

د/- الحالة الرابعة: وجود نص خاص يقرر للموفى حق الحلول : ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه من القانون التجاري المادة 454 من القانون التجاري على أنه يكتسب الموفى بطريق

التدخل الحقوق الناتجة عن السفتجة على من قام بالوفاء عنه وعلى الملزمين له بمقتضى السفتجة..."

وهذا يعني أنه من دفع قيمة كمبيالة بطريق التدخل أو التوسط يحل محل حاملها ، فيحوز ماله من الحقوق ويلزم بما عليه من الواجبات فيما يتعلق بالإجراءات اللازم استيفاؤها .

2 - الحلول الاتفاقي: ويكون إما باتفاق الموفى مع الدائن وإما باتفاقه مع المدين على النحو التالي:

أ - الحلول باتفاق الموفى مع الدائن: تنص المادة 262 من القانون المدني على ما يلي:" يتفق الدائن الذي استوفى حقه من غير المدين مع هذا الغير على أن يحل محله، ولو لم يقبل المدين ذلك، ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء .."

ويخلص من هذا النص أن الحلول هنا يجب أن يكون باتفاق بين الموفى والدائن، ويجب ألا يتأخر الاتفاق على الحلول عن وقت الوفاء، ولا يشترط في الاتفاق شكل خاص، ويخضع في إثباته للقواعد العامة.

ولا يشترط في الاتفاق شكل خاص ، فأى تعبير عن الإرادة له معنى الحلول يكفى، ولا يجوز أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء. والغالب أن يكون الاتفاق والوفاء بالدين حاصلين في وقت واحد، و في مخالصة واحدة. ولكن لا شيء يمنع من أن يكون الاتفاق على الحلول سابقاً على الوفاء ، فيتفق الموفى والدائن مقدماً على الحلول ، ثم يدفع الموفى الدين بعد ذلك.

والذى لا يجوز هو أن يكون الوفاء بالدين أولاً ، ثم يليه الاتفاق على الحلول. ذلك أنه إذا تم الوفاء بالدين أولاً ، وتراخى الاتفاق على الحلول إلى ما بعد ذلك ، فإن هذا يفتح الباب للتحايل . فقد يكون المدين وفي دينه وفاء بسيطاً، وانقضى الدين، فانقضى بانقضائه رهن في المرتبة الأولى كان يضمنه، وترتب على ذلك أن الرهن الذى كان في المرتبة الثانية أصبح في المرتبة الأولى . ثم يتواطأ المدين بعد ذلك مع الدائن الذى استوفى دينه، ويجعله يصطنع اتفاقاً مع أجنبي يذكر فيه أن هذا الأجنبي هو الذى وفى الدين وهو الذى حل محله فيه، فيعود الرهن الذى كان في المرتبة الأولى وكان قد انقضى، ليحل الأجنبي محل الدائن فيه، وذلك إضراراً بالرهن الذى يليه والذى أصبح في المرتبة الأولى بعد انقضاء الرهن الأول.

ويخضع إثبات الاتفاق على الحلول للقواعد العامة في الإثبات . فإذا كانت القيمة التي وفي بها الدين تزيد على عشرة جنيهات لم يجز الإثبات إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها ، وإلا جاز الإثبات بالبينة وبالقرائن .

إلا أنه يلاحظ أن المخالصة بالدين المتضمنة للاتفاق على الحلول يجب أن تكون ثابتة التاريخ حتى تكون نافذة في حق موف آخر حل محل الدائن ، أو في حق محال له بالحق، أو في حق دائن للدائن حجزت تحت يد المدين . فهؤلاء الأغيار يتنازعون الأسبقية مع الموفى للدين ، فإن كانوا هم السابقين في الوفاء أو في الحوالة أو في الحجز كان الدين لهم ، وإلا فهو للموفى . ومن ثم يجب أن يكون السند الذي يتمسكون به هو أيضاً ثابت التاريخ ، فإذا كان تاريخ الوفاء الواقع من الموفى الثاني أو تاريخ نفاذ الحوالة في حق المدين تاريخاً ثابتاً –أما تاريخ الحجز فهو ثابت بطبيعة الحال - وجب أن يكون للمخالصة المتضمنة للاتفاق على الحلول تاريخ ثابت أسبق . أما بالنسبة إلى المدين وورثته ، فليس من الضروري أن تكون المخالصة ثابتة التاريخ.

ب - الحلول باتفاق الموفى مع الدين تنص المادة 263 من التقنين المدنى على ما يأتي :

" يجوز أيضاً للمدين إذا اقترض مالا وفه به الدين، أن يحل المقرض محل الدائن الذي استوفى حقه، ولو دون رضاه هذا الأخير، على أن يذكر في عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء وفي المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذي أقرضه الدائن الجديد ." ويشترط في هذا الحل شرطان :

1/ أن يذكر في عقد القرض أن المال المقترض قد خصص لهذا الوفاء .

2/ أن يذكر في المخالصة عند الوفاء أن المال الموفى به هو مال القرض ..

وليس من الضروري أن تتعاقب العمليتان ، عملية القرض فعلمية الوفاء ، بل يجوز أن تكونا متعاصرتين ، ففي ورقة واحدة يثبت عقد القرض ويذكر فيه أن المال المقترض خصص للوفاء ، ثم يذكر في الورقة نفسها أن الوفاء قد تم من مال القرض .

ولكن يصح أن تتعاقب العمليتان، بشرط أن تسبق عملية القرض عملية الوفاء، إذا لو كانت عملية الوفاء هي السابقة ، لتبين أن الوفاء لم يكن من مال القرض ، فلا يحل المقرض محل الدائن .

والسبب في ذلك هو توقي خطر التواطؤ ، كما رأينا في الحلول بالاتفاق مع الدائن . فقد يفى المدين بدينه وفاء بسيطاً ، فينقضي الرهن الذي يضمنه . ثم يخطر له إحياء هذا الرهن إضراراً بمرتتهن آخر كان متأخراً في المرتبة وتقدم بعد زوال هذا الرهن الأول ، فيتواطأ مع أجنبي ومع الدائن ، ويصور الأجنبي مقرضاً أقرضه المبلغ الذي وفي به الدين وأحله بهذا الوفاء محل الدائن ، فيحيا الرهن الأول ، فسد القانون طريق هذا التحايل ، بأن اشترط أن تسبق عملية القرض عملية الوفاء .

آثار الحلول

القاعدة العامة أن الحلول يجعل الموفي مكان الدائن ، فيصبح له حق الأخير يباشره كما لو كان هو الدائن نفسه ، غير أنه يرد على هذه القاعدة قيود من شأنها أن تجعل الموفي يعامل معاملة أدنى من معاملة الدائن الأصلي من بعض الوجوه .

أ/ حلول الموفي محل الدائن

تنص المادة 264 من القانون المدني على ما يأتي:

" من حل محل الدائن قانوناً أو اتفاقاً كان له حقه ، بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفع . ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن " .

فيحل الموفي محل الدائن في نفس حقه ، بما لهذا الحق من مقومات وخصائص . فإذا كان هذا الحق تجارياً ، انتقل إلى الموفي على هذه الصفة . ، وإذا كان حقاً يسقط بالتقادم بانقضاء مدة قصيرة ، ينتقل إلى الموفي قابلاً للسقوط بالتقادم بهذه المدة القصيرة . وقد يكون الحق الذي انتقل إلى الموفي ثابتاً في سند رسمي أو في حكم ، فيكون سنداً قابلاً للتنفيذ في يد الموفي كما كان في يد الدائن الأصلي .

ويحل الموفي محل الدائن في الحق بما يلحقه من توابع : فلو كان الحق الذي انتقل إلى الموفي ينتج فوائد بسعر معين ، فإن الحق ينتقل منتجاً لهذه الفوائد بهذا السعر ، وإذا كان هذا الحق مقترناً بدعوى فسخ أو بحق في الحبس ، فإن الموفي يحل محل الدائن في الحق وفي هذه التوابع .

ويحل الموفي محل الدائن في الحق بما يكفله من تأمينات فإذا كان حقا مضمونا بتأمينات عينية أو بكفيل شخصي أو بتضامن حل الموفي في الحق وفي هذه التأمينات دون الحاجة إلى رضا الكفيل

ويحل أخيرا الموفي محل الدائن في الحق بما يرد عليه من دفع كاسباب البطلان والانقضاء ، ما لم يكن الأمر متعلقاً بواقعة غير منفكة عن شخص الدائن، كالدفع بقصر الدائن ، فهو لا يظل قائماً بعد الحل متى كان من تم الحل له كامل الأهلية. فإذا كان الحق مصدره عقد باطل أو عقد قابل للإبطال، أو كان الحق قد انقضى بالوفاء أو بأى سبب آخر كالتجديد أو المقاصة أو الإبراء أو التقادم، جاز للمدين أن يتمسك بهذا الدفع تجاه الموفي كما كان له ذلك تجاه الدائن الأصلي.

ب - القيود التي ترد على حق الموفي

إذا كان الأصل أن يحل الموفي محل الدائن في حقه من جميع الوجوه ، فإن هناك حالات لا يكسب فيها الموفي جميع المزايا التي كانت للدائن وفق ما يلي :

1- لا يرجع على المدين إلا بمقدار ما دفع للدائن ، أما الدائن فإنه كان يرجع على مدينه بكل الدين . وهو ما عبرت عنه المادة 264 سالفه الذكر بقولها " ...ويكون هذا الحل بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن" ، والسبب في ذلك أن الموفي وهو يفي بالدين للدائن إنما يقوم بوفاء الدين ، بعيداً عن فكرة المضاربة وفي هذا الصدد يختلف حق الموفي عن حوالة الحق⁽¹⁾.

2- وإذا كان الموفي مديناً متضامناً، أو كان مديناً مع آخرين في دين غير قابل للانقسام، أو كان أحد الكفلاء المتضامنين، ثم وفي الدين كله للدائن فحل محله فيه حلولا قانونياً، فإنه لا يرجع على أي من شركائه إلا بقدر حصة هذا الشريك، وذلك تفادياً من تكرار الرجوع، أما الدائن فإنه يرجع على أي من هؤلاء المدينين بكل الدين .

3- إذا كان الموفي هو حائز العقار فإن المادة 266 تنص على أنه " إذا وفي الغير الحائز للعقار المرهون كل الدين ، وحل محل الدائنين ، فلا يكون له بمقتضى هذا الحل الرجوع على حائز لعقار آخر مرهون في ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة العقار المحوز " .

(1) محمد حسنين، مرجع سابق، ص 352.

والمفروض هنا أن الدين مضمون برهون متعددة على عقارات مختلفة ، وقد بيع كل عقار فأصبح في يد حائز لعقار مرهون . ولما كان كل من هؤلاء الحائزين ملتزماً بالدين عن المدين، فإنه إذا وفي أحدهم الدين للدائن حل محله قانوناً، وكان ينبغي أن يرجع بالدين، بعد أن يستنزل منه حصته بحسب قيمة ما حازه من عقار، على أي من الحائزين الآخرين، وكان الدائن يرجع بكل الدين على أي منهم لأن الرهن غير قابل للتجزئة، ولكن النص يقضى بأن يرجع الموفي على كل من الحائزين الآخرين بقدر حصته في الدين بحسب قيمة ما حازه من عقار، حتى لا يتكرر الرجوع، وذلك لنفس الاعتبارات التي سبق إيرادها في خصوص التضامن .

4- إذا كان الموفي قد وفي جزءاً من الدين ، فإن الدائن الأصلي في استيفاء ما بقى من حقه يكون مقدماً على الموفي وفي هذا الصدد تنص المادة 265 من القانون المدني على أنه: " إذا وفي الغير الدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء، ويكون في استيفاء ما بقى له من حق مقدماً على من وفاءه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك فإذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقى له من حق، رجع من حل أخيراً هو ومن تقدمه في الحل كل بقدر ما هو مستحق له، وتقساما قسمة الغرماء " وهذا يعني أن الدائن الذي استوفى جزء من حقه يبقى له أن يتقدم على الموفي في استيفاء ما بقس له من هذا الحق فلا يزاحمه الموفي، وهي قاعدة ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على ما يخالفها⁽¹⁾.

(1) محمد حسنين، ص 352.

المبحث الثاني: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

كما ينقضي الالتزام بالوفاء فقد ينقضي بطرق أخرى تعادل الوفاء، وتتمثل هذه الطرق في كل من الوفاء بمقابل، والتجديد، والإنابة في الوفاء، والمقاصة، واتحاد الذمة.

المطلب الأول: الوفاء بمقابل

تناول المشرع الجزائري في أحكام التنفيذ بمقابل في المادتين 285، 286 من ق م ، وتنص المادة 285 من ق م على ما يلي: إذا قبل الدائن في استفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشيء المستحق قام هذا الأخير مقام الوفاء" يتضح من هذا النص أن الوفاء بمقابل هو اتفاق الدائن والمدين على أن يوفي المدين للدائن بشيء آخر غير محل الالتزام ويقوم المدين بوفاء هذا الشيء فعلا.

ولكي يوجد الوفاء بمقابل لا بد من توافر شرطين:

الأول: وجود اتفاق بين الدائن والمدين على نقل ملكية شيء أو حق عيني عوضا عن المحل الأصلي، إذ أنه لا يمكن جبر الدائن على قبول وفاء بشيء غير مستحق له أصلا ، ولما كان الوفاء بمقابل اتفاق وجب أن تتوافر في طرفيه الأهلية فيجب أن تتوافر في الدائن أهلية استفاء الدين ويجب أن تتوافر في المدين أهلية الوفاء بالدين وأهلية التصرف في الشيء الذي يقدمه وفاء للمدين. ذلك أن الوفاء بمقابل ينطوي على معنى الوفاء وعلى معنى نقل الملكية في نفس الوقت، ويجب أن تكون إرادة الطرفين خالية من العيوب المعروفة⁽¹⁾ ،

ويجب أن يكون لهذا الاتفاق محل وسبب مستوفيان شروطهما القانونية فيجب أن يكون المحل شيئا جديدا أي لم يدخل منذ البداية ضمن الالتزام الأصلي وبهذا يختلف الوفاء بمقابل عن الالتزام التخييري والالتزام البدلي، كما يجب أن محل مقابل الوفاء نقل ملكية أو تقرير حق عيني كالانتفاع، فلا يصح أن يكون التزاما بعمل أو امتناع عن عمل أو نقل حق شخصي⁽²⁾ ،

فإذا قدم المدين عوضا عن الدين عملا كنا إزاء تجديد للدين بتغيير المحل⁽³⁾ .

(1) عبدالمجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، مرجع سابق 278.

(2) المرجع نفسه.

(3) محمد حسنين ، مرجع سابق، ص 354

وإذا قدم المدين لدائنه حقا شخصيا كدين في ذمة الغير عوضا عن حقه لم نكن بصدد وفاء بمقابل، بل كنا أمام حوالة حق أو إنابة في الوفاء ، مع ملاحظة أن السندات لحاملها تعتبر شيئا على أساس فكرة اندماج الحق في الصك فيصح أن تكون مقابلا للوفاء⁽¹⁾.

الثاني: وجوب تنفيذ الاتفاق بنقل الملكية فورا: أي يجب أن يكون الاتفاق على الوفاء منجزا وأن ينفذ فعلا ، فإذا كان مؤجلا ولم ينفذ كنا أمام تجديد الدين بتغيير المحل، فالوفاء بمقابل يجب أن ينفذ فعلا بنقل الملكية إلى الدائن وهذا هو معنى الوفاء ومقتضاه.

آثار مقابل الوفاء

تنص المادة 286 من ق م على أنه " تسري أحكام البيع وخصوصا ما يتعلق منها بأهلية الطرفين، وبضمان الاستحقاق، وبضمان العيوب الخفية على الوفاء بمقابل فيما إذا كان ينقل ملكية شيء أعطي في مقابلة الدين، ويسري عليه من حيث أنه يقضي الدين أحكام الوفاء وبالأخص ما يتعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات"

يظهر من خلال نص هذه المادة أن آثار الوفاء مزدوجة فباعتباره ناقلا للملكية تسري عليه أحكام البيع وبوصفه وفاء تسري عليه أحكام الوفاء.

*آثار الوفاء باعتباره ناقلا للملكية: يترتب على هذا التكيف الآثار التالية:

- إذا استحق المقابل في يد الدائن كان للدائن الرجوع على المدين طبقا لأحكام ضمان الاستحقاق المقررة في عقد البيع وأن يطلب فسخ عقد الوفاء بمقابل فيعود الدين الأصلي إلى ذمة المدين، ويؤدي ضمان الاستحقاق إلى تعويض الدائن على الأضرار التي سببها له هذا العقد⁽²⁾، وإذا كشف في المقابل عيبا خفيا كان له أن يرجع على المدين بضمان العيوب الخفية المقررة في عقد البيع كما يضمن الصفات التي تعهد بها بوجودها للدائن وقت التسليم وفق ما هو مقرر في القواعد العامة⁽³⁾.

- إذا كان مقابل الوفاء عقارا فإن الوفاء لا ينتج أثره إلا بعد اتخاذ إجراءات الشهر العقاري للعقد المتضمن هذا الوفاء وفقا لأحكام المادتين 379، 380. من ق م.

(1) محمد حسنين، مرجع سابق، ص 354.

(2) محمد حسنين، مرجع سابق، ص 355.

(3) المادتين 379، 380 من القانون المدني

- إذا كان مقابل الوفاء عقارا وكان المدين قد قدم أيضا معدلا نقديا، وكان حقه في استنفائه مضمونا بحق امتياز البائع لأنه في مركز البائع، وإنما يقع عليه أن يقيد هذا الامتياز في ظرف شهرين من تاريخ الوفاء بمقابل وإلا أصبح الامتياز رهنا رسميا. م 999 من ق م.
- * آثار مقابل الوفاء باعتباره مقابل وفاء: يترتب على هذا الوصف ما يلي:
- يؤدي إلى انقضاء الدين الأصلي ونزول التأمينات التي كانت ضامنة له ولا تعود حتى ولو استحق المقابل في يد الدائن.
- تتبع أحكام الوفاء الخاصة بخصم المدفوعات عند تعدد الديون التي للدائن في ذمة المدين.
- إذا تبين أن الدين غير موجود، اتبعت أحكام الوفاء بمعنى أنه يكون للموفاي أن يسترد ما أوفاه بدعوى استرداد ما دفع بدون وجه حق.
- يخضع الوفاء بمقابل من حيث الطعن بالدعوى البوليصية لأحكام الوفاء.

المطلب الثاني: التجديد والإنابة جديد

عالجهما المشرع الجزائري في المواد 287 إلى 296

أولاً: التجديد:

قد يحدث وأن يتفق الدائن والمدين على اعتبار الالتزام الأصلي الذي يربطهما منقضياً في مقابل أن يحل محله التزام جديد يختلف عن الأول. ويطلق على هذه الصورة من صور انقضاء الالتزام "التجديد"، نتناوله بالبحث عن تعريفه وشروطه وآثاره تباعاً:

1 تعريفه: التجديد هو اتفاق بين الدائن والمدين على استبدال دين جديد بدين قديم⁽¹⁾ ويكون الدين الجديد مغايراً للقديم إما في محله أو يختلف عن في أحد عناصره. لذا يعتبر التجديد طريقاً من طرق انقضاء الالتزام ومصدراً من مصادره إنشائه في أن واحد لأن به ينقضي الالتزام القديم وينشأ الالتزام الجديد الذي يحل محله⁽²⁾.

وهو نظام موروث عن القانون الروماني وكان دوره هاماً كوسيلة لتعديل الالتزام أما اليوم فقد تضاءلت أهميته مع ظهور نظام حوالة الحق وحوالة الدين والإنابة والحلول التي تحقق المقصود من هذا النظام بل وتفضله من بعض الوجوه شروطه: تتطلب طبيعة التجديد توافر الشروط التالية:

01- وجود التزام قديم: وعليه إذا انقضى الالتزام القديم قبل التجديد بأي سبب آخر من أسباب الانقضاء أو كان هذا الالتزام باطلاً بطلانا مطلقاً، فإن الاتفاق على الجديد يقع باطلاً لتخلف سببه وهو ما عبرت عنه المادة 288 بقولها "لا يتم التجديد إلا إذا كان الالتزامان القديم والجديد قد خلا كل منهما من أسباب البطلان"

أما إذا كان الالتزام قابلاً للبطلان فيجوز الاتفاق على التجديد⁽³⁾، لأن هذا الالتزام يعتبر موجوداً حتى يقضى بإبطاله، ولما كانت القابلية للإبطال تزول بالإجازة فإن هذه الإجازة قد تكون صريحة أو ضمنية وقد يستفاد من التجديد نية إجازة الالتزام القديم⁽⁴⁾.

(1) محمد حسنين، مرجع سابق، ص 356.

(2) أنور سلطان مرجع سابق 363

(3) المادة 2/288

(4) أنور سلطان، مرجع سابق، ص 264.

02- إنشاء التزام جديد: لا ينقضي الالتزام القديم إلا إذا حل محله التزام جديد، لأن الدائن لا يقبل انقضاء الالتزام القديم إلا إذا أخذ مكانه التزام آخر جديد، على هذا الأساس لا يتم التجديد إذا كان الالتزام الجديد باطلاً بطلانا مطلقاً⁽¹⁾.

03- ان يكون الالتزامان مختلفان في عنصر معين: يشترط أن يكون الالتزام الجديد مغايراً للالتزام القديم في عنصر جوهري من عناصره بدرحة تقضي على الالتزام القديم والعنصر الجوهري قد يتعلق بالدين أو المدين أو الدائن على التفصيل التالي:

- التجديد بتغيير الدين: يتم التجديد بتغيير الدين بين طرفيه عن طريق تغيير محله أو سببه وبذلك ينشأ التزام جديد مغاير للالتزام القديم في المحل أو السبب أي المصدر⁽²⁾. ويتشابه التجديد بتغيير المحل مع الوفاء بمقابل، غير أن الذي يميزهما عن بعضهما هو أن الوفاء بمقابل ينفذ فوراً وينقضي به الالتزام نهائياً أما التجديد بتغيير المحل فتنفيذه ليس فوراً ولا ينقضي به الالتزام القديم إلا ليحل محله التزام جديد، وقد يختلف الدين القديم عن الدين الجديد في المصدر مع بقاء المحل مثال ذلك أن يتفق المؤجر والمستأجر على استبدال قرض بدين الأجرة المتأخرة عليه⁽³⁾.

-التجديد بتغيير المدين: يتم التجديد بتغيير المدين وفقاً لنص المادة 2/287 بإحدى الطريقتين:

الأولى: أن يتفق الدائن مع واحد من الغير على أن يكون مديناً مكان الدائن الأصلي مع براءة ذمة هذا الأخير، ويسمى التجديد في هذه الحالة تعهداً بالوفاء ويت دون الحاجة إلى رضا المدين الأصلي به⁽⁴⁾.

الثانية: أن يتفق المدين الأصلي مع شخص ثالث ليحل محله فتبراً ذمته إذا حصل المدين الأصلي على رضا الدائن بهذا الاتفاق ويسمى هذا الاتفاق الثلاثي بالإنابة الكاملة la délégation⁽¹⁾، ولا يشترط هنا وجود مديونية سابقة بين المدين الأصلي والغير⁽²⁾.

(1) المادة 1/288

(2) المادة 1/287 ق م ج.

(3) محمد حسنين، مرجع سابق ص 359.

(4) أنور سلطان، مرجع سابق، ص 369

ويختلف هذا الاتفاق عن حوالة الدين لأن المدين الجديد فيه يلتزم بدين جديد، أما الالتزام القديم فقد انقضى بالتجديد في حين أنه في حوالة الدين يحل المحال عليه محل المدين في نفس الدين الذي يظل محتفظاً بضماناته⁽³⁾.

- التجديد بتغيير الدائن: يكون باتفاق الدائن والمدين والغير على أن يكون هذا الأخير هو الدائن الجديد⁽⁴⁾، وبهذا يختلف التجديد بتغيير الدائن في أمرين: الأول أنه لا يشترط لانعقاد حوالة الحق رضاء المدين بها، في حين أن التجديد بتغيير المدين يتطلب ذلك، والثاني أن في التجديد ينقضي حق الدائن الأصلي وينشأ حق جديد للدائن الجديد، في حين أنه في حوالة الحق يخلف المحال له المحيل في نفس الحق بما له من تأمينات وما فيه من صفات وما يرد عليه من دفع⁽⁵⁾.

02- آثار التجديد

يترتب على التجديد أن ينقضي الالتزام القديم، نشوء التزام جديد على التفصيل التالي:

- انقضاء الالتزام القديم: بأصله وتوابعه وضماناته انقضاء نهائياً، فلا تنتقل التأمينات التي تكفل الالتزام الأصلي وفقاً لنص المادة 291، إلا بنص في القانون أو إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين انصرفت إلى غير ذلك. وإذا كانت التأمينات شخصية أو عينية مقدمة من الغير فيجب رضا ذلك الغير⁽⁶⁾. ولا يكون الاتفاق على انتقال التأمينات نافذاً في حق الغير إلا إذا تم مع التجديد في وقت واحد ومع مراعاة الأحكام المتعلقة بالتسجيل⁽⁷⁾.

- إنشاء التزام جديد: مستقل عن الالتزام الأصلي فيما يميزه من خصائص وما يرد عليه من دفع، فمصدر الالتزام الجديد هو دائماً عقد التجديد ويترتب على الأثر المنشئ للتجديد أن المدين لا يستطيع أن يتمسك في مواجهة الدائن الجديد بالدفع التي كانت له في مواجهة الدائن

(1) محمد حسنين، مرجع سابق، ص 358.

(2) المادة 2/294 ق م .

(3) أنور سلطان، مرجع سابق، ص 370.

(4) المادة 3/287.

(5) أنور سلطان، مرجع سابق، ص 370، 371.

(6) المادة 293 من ق م

(7) المادة 05/292

القديم إلا إذا كان الدين الأصلي مشوباً بالبطلان فإن التجديد ذاته في هذه الحالة يبطل أيضاً لأنه يتطلب وجود التزام قديم صحيح⁽¹⁾.

ثانياً: الإنابة

نظم المشرع الإنابة في الوفاء ضمن القسم الثاني للفصل الثاني الخاص بالعقود، جاعلاً منها سبباً من أسباب انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء، فقد خصص لها ثلاث مواد وهي: المادة 294 . 295 . 296 من القانون المدني، وتعتبر الإنابة في الوفاء من العمليات القانونية التي تتعدد وظائفها وأطرافها في نفس الوقت، تتم الإنابة بين ثلاثة أشخاص المدين (المنيب)، الدائن (المناب لديه)، والشخص الأجنبي (المناب)

الإنابة في الوفاء "عبارة عن تصرف بمقتضاه يحصل المنيب (المدين) على رضا المناب لديه (الدائن) بشخص ثالث هو المناب يلتزم بوفاء الدين مكان المدين"⁽²⁾.

ويترتب عليها إبراء ذمة المنيب وحلول النائب محله بالنسبة للمناب لديه وتسمى هذه بالإنابة الكاملة ويجب أن يكون الاتفاق عليها صريحاً، لأن التجديد لا يفترض، فإذا لم يكن هناك اتفاق صريح كانت الإنابة ناقصة أي يبقى المنيب ملزماً إلى جانب المناب ويلزم أن يكون المناب موسر وقت الإنابة وإلا كانت الإنابة ناقصة أيضاً

والإنابة الناقصة هي الغالبة في العمل وبذلك تكون بمثابة تأمين شخصي فيصبح للدائن مدينان هما المنيب والمناب ويكون له أن يطالب أيهما بكل الدين، ويلاحظ أنه لا يوجد تضامن بينهما وإن اتحد محل التزامهما إلا أنهما مختلفان في المصدر.⁽³⁾

ويجب على المناب الوفاء للمناب لديه ولو ثبت أن حقه تجاه المنيب لم يكون موجوداً أو كان باطلاً أو انقضى، وله بعد ذلك الرجوع على المنيب بما وفاه عنه على أساس الوكالة، مع ذلك هذه القاعدة ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على مخالفتها⁽⁴⁾

(1) محمد حسنين، مرجع سابق ص 359.

(2) محمد صبري السعدي، 2004 مرجع سابق ص 364

(3) محمد حسنين، مرجع سابق ص 360.

(4) المادة 296 ق م

المطلب الثالث: المقاصة

نظمها المشرع الجزائري بالمواد من 297 إلى 303 من القانون المدني ، كسبب من أسباب انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء، تفترض أن هناك شخصين كل منهما مدين ودائن للآخر، أي أن بين هذين الشخصين التزامين المدين في أحدهما دائن في الثاني، فبدلاً أن يوفي كل منهما بدينه للآخر ينقضي الدينان بقدر الأقل منهما⁽¹⁾.

- أنواع المقاصة: المقاصة على ثلاثة أنواع قانونية مصدرها القانون، وقضائية مصدرها حكم القاضي، واتفاقية مصدرها اتفاق الطرفين.

أ/- المقاصة القانونية: تقع بحكم القانون إذا توافرت شروطها، والتي تتمثل في:

1 - وجود دينين متقابلين أي أن يكون كل من طرفيها دائناً وديناً في نفس الوقت للطرف الأخر ذاته لا نائبه. تنص المادة 297 ق م على أنه " للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له تجاهه ولو اختلف سبب الدين ".
فلا مقاصة بين دين للوصي على الغير مع دين للغير على القاصر، ولا دين على الشركة لأجنبي مع حق الشريك في ذمة هذا الأجنبي⁽²⁾.

ولا يشترط أن يكون الدينان من مصدر واحد، " ولو اختلف سبب الدين"، ولا يشترط في الدائن أو المدين أهليه الوفاء أو الاستفاء لأن المقاصة تعتبر واقعة قانونية وليست تصرف قانونية⁽³⁾.

2- أن يكون الدينين متماثلين في المحل: أي بمبلغ من النقود أو بكمية من المثليات متحدة النوع والجودة⁽⁴⁾، فالمقاصة لا تقع إلا بين متماثلين النقود أو من المثليات المتحدة في النوع والجودة.

(1) عبدالمجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، مرجع سابق ص 290

(2) المرجع نفسه، ص 292.

(3) محمد حسنين، مرجع سابق، ص 361.

(4) المادة 297 ق م

- 3- أن يكون الدينين صالحين للمطالبة بهما قضائياً: لأن المقاصة وفاء جبري، ولكما كانت كذلك فلا مقاصة في الالتزام الطبيعي لأنه لا يجب المدين فيه على الأداء، كذلك لا مقاصة في دين سقط بالتقادم لأنه أيضاً لا يجبر المدين على أدائه.
- مع ذلك ووفقاً لنص المادة 301 إذا مضت مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة فإن ذلك لا يمنع وقوعها رغم التمسك بالتقادم ما دامت المدة لم تكت قد تمت في الوقت الذي أصبحت في تلك المقاصة ممكنة.
- 4- أن يكون الدينين خالين من النزاع : أي محققين الوجود ومعيني المقدار سواء كانا ثابتين في عقد رسمي أو عقد عرفي ، فإذا كان ثمة شك في وجود الدين امتنعت المقاصة، كالدين الناشئ من الفعل الضار إذ يتوقف على ثبوت مسؤولية الفاعل، ولا مقاصة إذا كان الدين غير معين المقدار، كما لو كان تقديره يتوقف على تصفية حساب معقد أو على تقرير خبير أو على حكم قضائي، كذلك لا مقاصة في دين معلق على شرط واقف لأنه غير محقق الوجود أما الدين المعلق على شرط فاسخ فتجوز فيه المقاصة لأنه موجود ومستحق الأداء لكن إذا تحقق الشرط الفاسخ اعتبرت المقاصة كأن لم تكن⁽¹⁾.
- 5- أن يكون الدينان مستحقي الأداء: ذلك أن المقاصة وفاء جبري ولا يجوز جبر المدين على الوفاء إلا إذا حل أجل الاستحقاق، فلا مقاصة في دين مؤجل إلا إذا حل الأجل أو سقط، غير المقاصة تجري رغم المهلة الممنوحة من القاضي أو الدائن⁽²⁾.
- 6- أن يكون الدينين قابلين للحجز عليهما: فلا تقع المقاصة إذا كان أحد الدينين غير قابل للحجز⁽³⁾.
- 7- ألا يكون أحد الدينين شيئاً نزع دون حق من يد مالكة وكان مطلوباً رده⁽⁴⁾، وهذا الحكم لمنع الدائن من استخلاص حقه بيده، إذا عليه أن يلجا إلى القضاء⁽⁵⁾.

(1) محمد حسنين، مرجع سابق، ص 362.

(2) المادة 2/297 ق م

(3) المادة 299 ق م

(4) المادة 299 ق م

(5) محمد حسنين، مرجع سابق، ص 362.

8- لا مقاصة إذا كان أحد الشئيين محل عقد وديعة أو عارية استعمال وكان مطلوباً رده⁽¹⁾، لأن الشيء المودع أو المعار يعد أمانة في يد المودع لديه أو المستعير والامتناع عن رده خيانة للأمانة⁽²⁾.

9- لا مقاصة بين حق للفرد وحق للدولة على الفرد، فلا مقاصة في دين الضريبة، ذلك أن أموال الدولة لا يجوز توقيع الحجز عليها⁽³⁾.

كيفية إعمال المقاصة القانونية:

لا تقع المقاصة القانونية إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها⁽⁴⁾، فإن لم يحصل هذا التمسك بقي الدينان المتقابلان دون انقضاء، ولهذا لا يجوز للقاضي أن يحكم بوقوع المقاصة من تلقاء نفسه، حتى ولو علم من وقائع الدعوى أن شروطها متوافرة، فالمقاصة ليست من النظام العام، بل هي مقررة لصالح ذوي الشأن، والذي له مصلحة في وقوع المقاصة هو أولاً المدين في كل من الدينين المتقابلين، وكذلك يحق للكفيل أن يتمسك بها ولو كان متضامناً مع المدين⁽⁵⁾.

وإذا لم يتمسك بها صاحبها فقد يحمل مسلكه هذا على أنه متنازل عنها ضمناً، كذلك يعتبر وفاؤه بما عليه لمدينه مع علمه بحقه في المقاصة تنازلاً ضمناً عن التمسك بها⁽⁶⁾، فالمقاصة ليست من النظام العام يجوز التنازل عنها بعد ثبوت الحق فيها⁽⁷⁾.

ب/ المقاصة القضائية

يجرمها القاضي إذا لم يتوفر بالنسبة لأحد الدائنين شرط الخلو من النزاع، ومثالها أن يرفع المؤجر دعواه ضد المستأجر مطالباً بالأجرة فيثير المستأجر حقه في التعويض عن تعرض المؤجر له في الانتفاع بالعين المؤجرة (عن طريق طلب فرعي)، فإذا قدر القاضي جدية هذا الطلب أوقف

(1) المادة 299 ق م

(2) محمد حسنين، مرجع سابق، ص 362.

(3) المرجع نفسه

(4) المادة 300 ق م

(5) عبدالمجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، مرجع سابق ص 296

(6) محمد حسنين، مرجع سابق، ص 363.

(7) المادة 300 ق م

الفصل في دعوى المؤجر الأصلية وفصل في دعوى المستأجر الفرعية، وعندئذ يصبح حق المستأجر في التعويض خاليا من النزاع فيجري المقاصة بين دين الأجرة ودين التعويض ويفصل في الدعويين بحكم واحد⁽¹⁾.

ج/ المقاصة الاتفاقية: هي التي تقع بإرادة الطرفين وصورتها أن يتفق الطرفان على إجراء المقاصة رغم عدم توافر شروطها القانونية.

02- آثار المقاصة

إذا تمسك صاحب الشأن بالمقاصة أنتجت أثرها وهو أن تقضي على الدينين بقدر الأقل منهما وبأثر رجعي أي من الوقت الذي أصبح فيها الدينان صالحين للمقاصة بتوافر شروطها القانونية.

ويترتب على هذا الأثر الرجعي، أنه إذا كان الدينان صالحين للمقاصة فإنه لا يجدي الطرف الآخر أن يدفع بتقادم دينه وقت التمسك بالمقاصة ما دام أنه لم يكن هذا الدين قد تقادم وقت أن توافرت شروطها⁽²⁾.

وإذا تعددت الديون التي تجوز المقاصة فيها اتبعت نفس القواعد التي تسري في حالة خصم المدفوعات عند تعدد الديون وفق ما قضت به المواد 278، 279، 280 من القانون المدني. ويترتب على انقضاء الديون بالمقاصة سقوط التأمينات الضامنة له لأن الفرع يتبع الأصل سواء كانت عينية أو شخصية⁽³⁾.

(1) محمد حسنين، مرجع سابق، ص 364.

(2) المادة 301 ق م.

(3) محمد حسنين، مرجع سابق، ص 364.

قائمة المراجع

- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام: مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1983
- عبدالمجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام: الجزء الثاني، الجمهورية العراقية، وزارة التعليم العالي، 1996.
- أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام - دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر 2005، .
- أنور طلبة المطول في شرح القانون المدني، الجزء الرابع المكتب الجامعي الحديث الاسكندرية، 2004
- رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية 1998
- محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام دار الكتاب الحديث الجزائر.
- أنور العمروسي، الشرط والأجل في القانون المدني، الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة 2006،
- دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر.
- محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام، ج 1 مصر 1976.
- بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 371.
- جلال علي العدوي: أصول أحكام الالتزام والإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية 1996.
- جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، 1995، دار النهضة العربية، القاهرة
- سليمان مرقس: موجز أصول الالتزامات، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة 1961.
- منذر الفضل: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، أحكام الالتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، 1992.
- عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 1114.
- علي كعوان، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزامات، أحكام الالتزامات، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2015.

موضوعات المطبوعة

الفصل الأول : تنفيذ الالتزام

المبحث الأول: التنفيذ العيني الجبري

المطلب الأول: شروط التنفيذ العيني الجبري

المطلب الثاني: موضوع التنفيذ العيني

المطلب الثالث: وسائل الخصوم في الحصول على التنفيذ الجبري

المبحث الثاني : تنفيذ الالتزام بطريق التعويض أو التنفيذ بمقابل.

المطلب الأول: شروط التنفيذ بمقابل

المطلب الثاني: تقدير التعويض

المبحث الثالث: ضمان حقوق الدائنين في التنفيذ

المطلب الأول: الدعوى غير المباشرة *Action indirect ou oblique*

المطلب الثاني: الدعوى المباشرة *L'action direct*

المطلب الثالث: الدعوى البوليصة أو دعوى عدم نفاذ التصرفات القانونية

الفصل الثاني : الأوصاف المعدلة للالتزام

المبحث الأول: الشرط والأجل

المطلب الأول: الشرط

المطلب الثاني: الأجل

المبحث الثاني: تعدد محل الالتزام

المطلب الأول: الالتزام التخييري

المطلب الثاني الالتزام الاختياري (البدلي)⁽¹⁾ *Obligation facultative*

المبحث الثالث: تعدد طرفي الالتزام

المطلب الأول: الالتزام التضامني

⁽¹⁾ عالجه المشرع الجزائري تحت مسمى الالتزام الاختياري بينما سمته بعض التشريعات العربية المقارنة الالتزام البدلي

المطلب الثاني: عدم قابلية الالتزام للالتزام أو التجزئة

الفصل الثالث: انتقال الالتزام

المبحث الأول: حوالة الحق: *La cession de créance*

المطلب الأول: أركان حوالة الحق

المطلب الثاني: شروط نفاذ حوالة الحق

المطلب الثالث: آثار حوالة الحق

المبحث الثاني: حوالة الدين

المطلب الأول- شروط حوالة الدين وكيفية وانعقادها

المطلب الثاني- آثار حوالة الدين

الفصل الرابع: انقضاء الالتزام

المبحث الأول: الوفاء *Le paiement*

المطلب الأول: الأحكام العامة للوفاء

المطلب الثاني: الوفاء مع الحلول

المبحث الثاني: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

المطلب الأول: الوفاء بمقابل

المطلب الثاني: التجديد والإنابة جديد

المطلب الثالث: المقاصة