

المحور الأول

آثار الالتزام

الالتزام المدني هو الالتزام بالمعنى الكامل لهذا الاصطلاح والذي يتكون من عنصري المديونية والمسئولية، وإذا أطلق لفظ الالتزام فيكون المقصود به الالتزام المدني، وهو محور دراستنا دون غيره وسنكتفي في شأنه بإطلاق لفظ الالتزام دون تخصيصه بأي وصف خاص، ويتمثل الأثر العادي والطبيعي للالتزام الذي ينشأ في ذمة المدين في الوفاء به، والوفاء قد يقوم به المدين طوعاً واختياراً وذلك هو المجرى العادي للأمر ويسمى حينئذ بالتنفيذ الاختياري (Exécution volontaire)، وينقضي التزامه بهذا الوفاء وإذا لم يقم المدين بالتنفيذ طواعية فإن القانون يضع السلطة العامة في خدمة الدائن لقمه ارادته واجباره على تنفيذ التزامه وذلك ما يسمى بـ التنفيذ الجبري (Exécution forcée).

والأصل في التنفيذ أن يكون بعين ما التزم به المدين وبالشروط التي نشأ بها التزامه سواء اختياراً أو جبراً ويسمى بالتنفيذ العيني (Exécution en nature) (المبحث الأول)، وقد يتعذر التنفيذ العيني فيتم اللجوء إلى التنفيذ بمقابل أي بطريق التعويض (المبحث الثاني)، هذا وقد أوجد القانون للدائن وسائل لضمان الحصول على حقه في التنفيذ الجبري بأن جعل جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه وذلك ما يطلق عليه الضمان العام (المبحث الثالث).

المبحث الأول: التنفيذ العيني للالتزام

يقصد بالتنفيذ العيني للالتزام أداء المدين عين ما التزم به، وذلك ما نصّت عليه المادة 164 ق م ج بقولها "يجبر المدين بعد اعذاره طبقاً للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً"، فالمدين ملزم بأداء وتنفيذ ما تعهد به، أي ذات الأداء الذي التزم به تنفيذاً عينياً بطريقة تتفق ومبدأ حسن النية وفقاً لقواعد الأمانة والنزاهة والثقة المتبادلة متى كان ذلك ممكناً بطبيعة الحال.

وللإحاطة بمقصود التنفيذ العيني وجب تناول العناصر التالية:

- شروط التنفيذ العيني الجبري (مطلب أول)، ثم موضوع التنفيذ العيني (مطلب ثان)، وبعدها الغرامة التهديدية (مطلب ثالث).

المطلب الأول: شروط التنفيذ العيني الجبري

من خلال النص المتقدم (المادة 164 ق م) يستخلص أنّ هناك شروطاً وجب توافرها من أجل إجبار المدين على تنفيذ التزامه عينياً، نتناولها في الآتي:

الشرط الأول- أن يكون التنفيذ العيني للالتزام ممكناً: للدائن الحق في مطالبة مدينه بالتنفيذ العيني ولا يجوز للمدين أن يمتنع عن تنفيذ الالتزام الذي يقع على عاتقه بل يجبر على القيام به متى كان ذلك ممكناً، أمّا إذا استحال تنفيذه فلا جدوى من المطالبة بالتنفيذ العيني، وينظر عندئذ إلى سبب الاستحالة فإن نسبت إلى خطأ المدين وجب العدول إلى التنفيذ بمقابل أي بطريق التعويض، كما في حالة عدم قيام المحامي باستئناف حكم ابتدائي في الآجال القانونية فيفوت ميعاد الاستئناف، وإن كانت الاستحالة بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه انقضى التزامه بلا مسؤولية وامتنع الرجوع عليه بالتعويض، كما في حالة هلاك محل الالتزام بسبب قوة القاهرة مثل الفيضانات، وذلك ما نصّت عليه المادة 307 ق م بقولها "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أنّ الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي عن إرادته".

وعدم إمكان تنفيذ الالتزام عينياً لاستحالة ذلك بخطأ المدين أمر متصور في جميع أنواع الالتزامات، عدا الالتزام بدفع مبلغ من النقود الذي لا يمكن تصور استحالة تنفيذه عينياً، فلا يعتبر تنفيذه مستحيلاً لمجرد إفسار المدين، لذلك يجب فيه دائماً إلزامه بالتنفيذ العيني، ولا يتصور الحكم بالتعويض عن عدم تنفيذ هذا الالتزام إلاّ أنّه يجوز التعويض عن التأخر في التنفيذ.

الشرط الثاني- أن يطلب الدائن التنفيذ العيني: وهو شرط مستخلص من عمل القضاء فالمحكمة لا تحكم بالتنفيذ العيني الجبري ما لم يقدم طلب من الدائن يطالب فيه هذا التنفيذ فإذا لم يقدم الدائن هذا الطلب فلا يمكن للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها، وعليه يجب كذلك من أجل إمكانية التنفيذ العيني الجبري أن يطالب الدائن بالتنفيذ العيني، ولا يجوز للمدين أن يرفض ذلك وأن يعرض عليه التنفيذ بمقابل، لأنّ التنفيذ العيني هو الأصل، وإذا عرض المدين التنفيذ العيني فلا يمكن للدائن أن يطلب التنفيذ بمقابل بل تبرأ ذمته بقيامه بالتنفيذ العيني رضي به الدائن أو لم يرض به، لكن في المقابل إذا لم يطلب الدائن التنفيذ العيني وطلب التنفيذ بمقابل ولم يعرض المدين التنفيذ العيني ورضي بالتنفيذ بمقابل، فيؤخذ ذلك على أنه اتفاق ضمني بينهما على استبدال التنفيذ العيني بالتنفيذ بمقابل.

وإذا رفع للمحكمة طلب من الدائن بالحكم على المدين بالتنفيذ العيني الجبري، فيجب من أجل الحكم به توافر شرطين، يتمثل **الأول** في أن لا يكون امتناع المدين عن التنفيذ أو التأخر فيه راجع إلى عدم قيام الدائن بتنفيذ التزامه هو الآخر أي عدم تمسك المدين بالدفع بعدم التنفيذ، في حين يتمثل **الشرط الثاني** في وجوب أن يكون الدائن حاصلا على الصيغة التنفيذية بأن يكون الدين مستحق الأداء وحاصلا على حكم حائز لقوة الشيء المقضي فيه، أو مثبتا في سند تنفيذي آخر كعقد توثيقي مثلا.

الشرط الثالث- الإعدار: الإعدار إجراء قانوني يقوم به الدائن ليضع من خلاله المدين موضع المقصر بتنفيذ التزامه بإثبات تأخره في الوفاء به، أو هو إشعار المدين بوجوب تنفيذ التزامه متى حلّ أجل الوفاء وذلك حتى لا يتخيل المدين أنّ عدم المطالبة بالتنفيذ بعد حلول الأجل هو تسامح من الدائن وعدم معارضته للتأخر في تنفيذ الالتزام، وعليه متى تم توجيه الإعدار وجب على المدين تنفيذ التزامه على الفور وإلا اعتبر مقصرا.

ويتم إعدار المدين بإذاره عن طريق المحضر القضائي أو البريد أو ما يقوم مقام الإنذار كالتبنيح بالإخلاء أو التكليف بالحضور، ومع ذلك فإنّ الطرق السابقة ليست من النظام العام وبالتالي يجوز الاتفاق على مخالفتها، كالاتفاق على اعتبار المدين معذرا بمجرد حلول

أجل الوفاء من دون الحاجة إلى أي إجراء آخر¹، كما أنه لا حاجة للإعذار مطلقا بحسب نص المادة 181 ق م في حالات معينة ذكرتها على سبيل الحصر².

والإعذار وفقا لاجتهاد المحكمة العليا إجراء ضروري لاعتبار المدين مقصرا في التنفيذ³، وإذا لم يقدّم الدائن بإعذار المدين قبل مطالبته قضائيا بالتنفيذ العيني، جاز للمدين التمسك بتخلف الاعذار لإسقاط دعوى الدائن، كما له حتى بعد المطالبة القضائية أن يعرض على الدائن التنفيذ العيني، فيتحمل الدائن في هذه الحالة المصاريف القضائية، ولا يصح كذلك أن يطالب الدائن المدين بالتعويض عن تأخره في تنفيذ التزامه تنفيذيا عينيا لأنه لم يعذره قبل المطالبة القضائية.

الشرط الرابع - أن لا يكون في التنفيذ العيني إرهاب للمدين، أو فيه إرهاب ولكن العدول عنه يلحق الدائن ضررا جسيما: قد يكون التنفيذ العيني ممكنا ولكن يكون من شأن القيام به إرهاب للمدين، بأن يلحق به خسارة وضررا فادحا لا يتناسب مع ما سيلحق الدائن من ضرر نتيجة عدم التنفيذ، وتقدير ذلك متروك للقاضي الموضوع باعتبارها مسألة تتغير من حالة إلى أخرى.

وقد نصّت بعض التشريعات العربية على هذا الحكم على غرار المادة 203 ق م مصري، وبالرغم من أنه لم يرد مثل هذا النص في القانون المدني الجزائري إلا أنه يمكن للقاضي الأخذ بهذا الحكم باعتبار هذا الشرط تطبيقا خاصا لنظرية التعسف في استعمال

¹ تنص المادة 180 ق م على "يكون اعذار المدين بإنذاره، أو بما يقوم مقام الانذار، ويجوز أن يتم الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة الى أي إجراء آخر".

² تنص المادة 181 ق م على "لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية:

- إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين،
- إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر،
- إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك،
- إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه".
- 3 قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية/ ملف رقم 206796، بتاريخ 2000/01/12 ينص على "ان عدم توجيه الاعذار المسبق للمدين للمطالبة بالتنفيذ بطريق التعويض وفقا للمادتين 179 و180 ق م و اغفال مناقشة الدفع بشأنه من طرف قضاة الموضوع يستوجب النقص والابطال".

الحق¹، مع ضرورة الموازنة العادلة بين المصالح المتعارضة من ناحية أخرى، فالدائن من حقه المطالبة بالتنفيذ العيني، ولكن إذا كان في ذلك إرهاقا للمدين فإنّ المطالبة به تكون تعسفا من الدائن في استعمال حقه، ويكون الأولى به الاكتفاء بالتنفيذ بمقابل، لكن في المقابل إذا كان من شأن عدم التنفيذ العيني التسبب في ضرر جسيم للدائن فمن حقه التمسك بالتنفيذ العيني ولو ترتب على ذلك إرهاق للمدين، لأنّ حق الدائن في التنفيذ العيني في هذا الفرض أولى بالرعاية من مصلحة المدين في العدول عنه إلى التنفيذ بطريق التعويض.

الشرط الخامس: أن لا يكون في التنفيذ العيني مساس بالحرية الشخصية للمدين: قد يكون التنفيذ العيني ممكنا وغير مرهق للمدين، لكن يلزم من أجل تنفيذ هذا الالتزام التدخل الشخصي للمدين، وفي هذه الحالة يكون جبره مساسا بحريته الشخصية، لذلك يتعذر التنفيذ العيني الجبري، ولا مناص من الحكم بتعويض عادل للدائن، ويتحقق ذلك على وجه الخصوص في عمل الرسّام والممثل والفنان، وفي كل عمل فني كعمل الطبيب، فإذا لم يلجأ القاضي إلى طريق التهديد المالي، أو لجأ إليه ولم يحقّق الغاية المرجوة منه، لم يبق إلاّ اعتبار التنفيذ العيني غير ممكن، ولا مناص إذن من العدول عنه والاتّجاء إلى طريق التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض، وذلك لأنّ إجبار المدين على التنفيذ العيني هنا يعتبر مصادرة لحرية الشخصية كما يعتبر غير مجد وغير محقّق لمصلحة الدائن إذا أجبر المدين على ذلك رغما عنه، فمن المستبعد قبول مريض أن تجرى له عملية جراحية رغما عن إرادة الطبيب.

المطلب الثاني: موضوع التنفيذ العيني الجبري

تختلف طريقة التنفيذ العيني للالتزام تبعا لاختلاف محل الالتزام المطلوب تنفيذه وما يقتضيه من المدين، فقد يكون محل الالتزام إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل وذلك ما سنحاول معالجته في الآتي بيانه:

أولا- تنفيذ الالتزام بإعطاء شيء (الالتزام بنقل حق عيني أو انشائه) من 165 إلى 167 ق م

¹ تنص المادة 124 مكرر ق م على "يشكّل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الاضرار بالغير،
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشئ للغير،
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

يمكن تنفيذ الالتزام بإعطاء شيء ما دام ذلك ممكنا، وتتوقف كيفية التنفيذ على نوع المحل الذي يرد عليه، فقد يكون منقول معين بذاته، أو منقول معين بنوعه، كما قد يكون عقارا.

01- في المنقول المعين بذاته: إذا كان محل الالتزام نقل الملكية أو حق عيني آخر على منقول معين بذاته وكان هذا المنقول مملوك للمدين فإنّ تنفيذ الالتزام يتم بمجرد نشوئه وبقوة القانون، وعليه فإنّه في هذه الحالة لا حاجة للتنفيذ الجبري للالتزام على المدين، فالقانون لا يشترط أي شرط خاص لانتقال الملكية أو الحق العيني في هذه الحالة ولا حتى التسليم، فإذا اشترى شخص مجوهرات معينة بذاتها تنتقل ملكيتها إليه من وقت العقد وحتى قبل أن يتسلمها وعليه فإنّ الالتزام بنقل الملكية ها هنا ينفذ تلقائيا وبقوة القانون¹.

02- في المنقول المعين بنوعه: إذا كان محل الالتزام نقل الملكية أو حق عيني آخر على منقول معين بنوعه فإنّ الملكية لا تنتقل بمجرد نشوء الالتزام بل يتراخى تنفيذ الالتزام إلى غاية القيام بعملية الفرز²، أي عزل المقدار المتعهد به عن بقية الصنف، فمن يشتري كمية من القمح لا يصبح مالكا لها بمجرد العقد بل يلزم فرز هذه الكمية عن طريق وزنها ووضعها في أكياس تحت تصرف المشتري، والعلة في ذلك واضحة باعتبار أنّ الحق العيني سلطة مباشرة على الشيء، وهذه السلطة تتطلب أن يكون محلها شيئا معينًا بالذات.

وإذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه بامتناعه عن عملية الفرز اختيارا فإنّه يمكن التنفيذ عليه جبرا، ويكون ذلك بأن يحصل الدائن على شيء من النوع ذاته من السوق على حساب ونفقة المدين بعد استئذان القاضي، أو دون استئذانه في حالة الاستعجال (الحالة لا تتحمل انتظار رفع الدعوى كما لو كان الدائن مستشفى مثلا)، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء

¹ تنص المادة 165 ق م على "الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني اذا كان محل الالتزام شيئا معينًا بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري".

² وافرار الشيء إمّا يكون عن طريق عدّه أو وزنه أو كيله أو مقاسه وإما أن يكون عن طريق تسليمه، وهو الوضع الغالب، على أنّه ينبغي الاحتراز في شأن أثر التسليم فلا يقال أنّ الحق ينتقل بالتسليم بل يقال أنّ التسليم يؤدي إلى الإفراز الذي يتم به تعيين الشيء فينتقل الحق؛ أنظر: أنور سلطان، المرجع السابق، ص 154.

أي بتعويض نقدي يعادل قيمته (التنفيذ بمقابل)، ويحق له فوق ذلك أن يطالب بالحصول على تعويض عما أصابه من ضرر من جرّاء التأخر في تنفيذ التزامه المادة 166 ق م¹.

وتجدر الإشارة إلى أنّ الالتزام بنقل ملكية حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى عملية التسليم².

كما تجدر الإشارة إلى أنّه في التنفيذ العيني إذا كان الالتزام يتمثل في دفع مبلغ من النقود فإنّه لا يستحيل أبداً، لأنّه في حالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه اختياراً جاز قهره بالحجز على أمواله وبيعها في المزاد العلني واقتضاء الدين نقداً من ثمنها.

03- في الالتزام الوارد على عقار: إذا ورد الالتزام بإعطاء شيء على عقار فإنّ الملكية أو الحق العيني الآخر لا ينتقل بمجرد نشوء الالتزام بل يتراخى لغاية اتخاذ إجراءات الشهر العقاري (م 165 ق م)، ولأنّ العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية يجب أن تتم في شكل رسمي تحت طائلة البطلان³، لذلك فإنّ امتناع المدين (البائع) عن القيام بإجراءات الشهر العقاري لا يطرح أية اشكالية لأنّ العقد الرسمي لوحده كاف للمشتري (الدائن) لكي يقوم بتقديمه للإشهار العقاري كون هذا العقد في حد ذاته يعتبر سند تنفيذي، ثم أنّ عملية الإشهار العقاري من صميم مهنة الموثق⁴ وبالتالي لا وجود لأي دور في هذه العملية بالنسبة للمدين حتى تقهر إرادته حال رفضه أو تأخره في تنفيذ التزامه.

¹ تنص المادة 166 ق م على "إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق لآ بإفراز هذا الشيء.

فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض".

² الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم".

³ تنص المادة 124 مكرر 1 ق م على "زيادة على العقود التي يأمر القانون على إخضاعها الى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية".

⁴ تنص م 10 من القانون 06-02 المؤرخ في 20/02/2006 والمتضمن تنظيم مهنة الموثق على "يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها أو يتسلمها للإيداع ويسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانوناً لا سيما تسجيل وإعلان ونشر وشهر العقود في الأجل المحددة قانوناً".

ثانيا- محل الالتزام القيام بعمل: (المواد من 167 الى 171 ق م): إذا كان محل التزام المدين القيام بعمل فإنه يجب التمييز بين فرضين:

01- شخصية المدين محل اعتبار في تنفيذ الالتزام: إذا كانت شخصية المدين محل اعتبار في تنفيذ الالتزام الواقع على عاتقه سواء كانت طبيعة الالتزام تقتضي أن يقوم بها المدين شخصيا أو نص الاتفاق على ذلك مثل التزام الطبيب والممثل والرسام، في هذه الحالة يستطيع الدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين¹، لكن إذا امتنع المدين عن القيام بالعمل الذي التزم به ولم يفلح التهديد المالي في التغلب على تعنته، لم يبقى للدائن إلا المطالبة بالتنفيذ بمقابل بطريق التعويض، لأنّ من شأن التنفيذ العيني إذا تم جبرا المساس بالحرية الشخصية للمدين وعدم جدواه إذا لم يحم به اختيارا.

02- شخصية المدين ليست محل اعتبار في تنفيذ الالتزام: إذا لم تكن شخصية المدين محل اعتبار في تنفيذ الالتزام الواقع على عاتقه بأن يكون التنفيذ مجد وممكن دون الحاجة إلى تدخله شخصيا، فإنّ التنفيذ العيني الجبري يكون ممكنا دائما، بحيث يمكن للدائن أن ينفذه على نفقة المدين بعد الحصول على ترخيص من القضاء²، فإذا تعاقد شخص مع مقاول على بناء منزل ولم يحم هذا الأخير بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن ينفذ الالتزام عن طريق مقاول آخر على نفقة المدين بعد الحصول على ترخيص مسبق من القضاء طبعاً، أو دون استئذان في حالة الاستعجال.

ثالثا- محل الالتزام الامتناع عن عمل: التنفيذ العيني للالتزام بالامتناع عن عمل هو عدم القيام بهذا العمل فعلا، كتعهد ممثل بالعمل لدى شركة سينمائية مع التزامه بعدم التمثيل في شركة أخرى منافسة، والتزام مالك الأرض بعدم الارتفاع في البناء إلى قدر معين، فإذا وقع

¹ تنص المادة 169 ق م على "في الالتزام بعمل، اذا لم يحم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان التنفيذ ممكنا".

² تنص المادة 170 ق م على "في الالتزام بعمل، اذا لم يحم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكنا".

العمل المخالف للالتزام بالامتناع عن عمل فإنّ التنفيذ العيني للالتزام يكون ممكنا عن طريق إزالة ما وقع، كغلق المحل المنافس أو إزالة الجدار المرتفع¹.

وللقاضي سلطة تقديرية في منح الترخيص بإزالة العمل المخالف أو الاقتصار على التنفيذ بمقابل بطريق التعويض إذا رأى أنّ من شأن الإزالة إرهاب المدين كما هو الحال في بناء جدار على الأرض الملاصقة.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنّه لا يجوز للدائن أن يقوم بالإزالة بنفسه ولو في حالة الاستعجال على خلاف الحكم الذي رأيناه بالنسبة للالتزام بإعطاء شيء أو القيام بعمل (م 173 ق م) ، وتكمن العلة في ذلك كما يقول الدكتور "عبد الرزاق السنهوري" أنّ إزالة ما وقع مخالفا للالتزام بالامتناع عن عمل أمر لا يخلو من العنف، فلا يصح أن يتولاه الدائن بنفسه قبل أن يستصدر حكما من القاضي، وقد لا يحكم القاضي بالإزالة إذا كانت تسبب إرهابا شديدا للمدين كما هو الحال في بناء جدار على الأرض الملاصقة² ويكتفي في هذه الحالة بالحكم بتعويض عادل نقدا، إلاّ إذا كان في عدم التنفيذ العيني ما يلحق بالدائن ضررا جسيما، فيراعي القاضي في هذه الحالة جانب الدائن ويحكم بالإزالة ولو ترتب عن ذلك ضرر فادح للمدين.

كما تجدر الإشارة إلى أنّه قد يستحيل التنفيذ العيني بطريق الإزالة، أي أنّ ما وقع لا يمكن تداركه، كما لو أفشى الطبيب سر مهنته بإذاعته حالة مريضه، فلا يتبقى في هذه الحالة إلاّ التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض النقدي.

¹ تنص المادة 173 ق م على "إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطالب إزالة ما وقع مخالفا للالتزام ويمكنه أن يحصل من القضاء على ترخيص للقيام بهذه الإزالة على نفقة المدين"

² تنص المادة 788 ق م على "إذا كان مالك الأرض وهو يقيم بناء بها قد تعدى بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب الأرض الملاصقة على أن يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل".

المطلب الثالث: وسائل حمل المدين على التنفيذ العيني الجبري

(الغرامة الإجبارية المواد 174 و175 ق م)

رأينا سلفاً أنّ التنفيذ العيني للالتزام قد يكون اختياراً أي يقوم به المدين من تلقاء نفسه وذلك ما يسمى الوفاء -والذي سنتطرق له دراسة وتفصيلاً في باب انقضاء الالتزام- كما قد يكون جبراً إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه اختياراً عن طريق الضغط على إرادته، وهناك وسيلتان لذلك، تتمثل الأولى في "الإكراه البدني" وهو وسيلة تسلب من خلاله حرية المدين من أجل تنفيذ التزامه، إلا أنّ القوانين المعاصرة عدلت عن هذه الوسيلة على أساس أنّها تخالف المبادئ المدنية الحديثة، ولم يعد التنفيذ بطريق الإكراه البدني ممكناً في المواد المدنية والتجارية¹، بل لم يبق له تطبيق إلا في بعض المواد الجنائية على غرار تحصيل المصاريف القضائية والغرامات المالية وذلك ما يخرج من نطاق دراستنا (المواد من 597 إلى 611 ق م ج).

وأما الوسيلة الثانية فتتمثل في "الغرامة الإجبارية" أو ما يسمى بالتهديد المالي، والتي نظّمها المشرع المدني لكسر عناد المدين الذي يمتنع عن تنفيذ التزامه، وسبق القول أنّ الالتزامات التي لا تقبل في الأصل التنفيذ العيني جبراً على المدين إذا كان هذا التنفيذ غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه وهو ما من شأنه مصادرة حريته الشخصية، إلا أنّ القضاء ابتدع وسيلة تسمى بالغرامة التهديدية أو التهديد المالي كرّستها فيما بعد التشريعات الحديثة في قوانينها لتصبح أفضل وسيلة لإجبار المدين على التنفيذ العيني للالتزام، وذلك عن طريق الحكم عليه بغرامة مالية تهديدية عن كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر أو أية وحدة زمنية تأخر، لحمله على التنفيذ عينا في ميعاد تحدده المحكمة، وغالباً ما يدّعي المدين لحكم

¹ تم الغاء الإكراه البدني في المواد المدنية في الجزائر اعمالاً لاتفاقيات دولية وقعت عليها الجزائر خاصة المتعلقة بحقوق الانسان لأن في ذلك مساس بكرامة المدين، فقد انضمت للعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والذي تنص مادته 11 على "لا يجوز سجن أي انسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدي"، وفقاً لذلك تدخل المشرع لإلغاء المواد 407 وما يليها من قانون الاجراءات المدنية القديم والمتعلقة بالإكراه البدني. انضمت الجزائر الى هذا العهد بموجب مرسوم رئاسي رقم 67-89 مؤرخ في 1989/05/16.

القاضي تحت هذا التهديد فينقذ التزامه، إذ أنّ مقدار الغرامة عادة ما يفوق بشكل كبير قيمة الضرر الذي يسببه التأخير بالنسبة للدائن.

نتناول في الآتي بيانه الغرامة التهديدية من حيث شروطها (الفرع الأول)، ثم نعرّج على خصائصها وآثارها في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط الغرامة التهديدية

يشترط للحكم بالغرامة التهديدية من خلال المادة 174 ق م¹ مجموعة من الشروط وجب توافرها، نتاولها تفصيلا فيما يلي:

أولاً- أن يكون تنفيذ الالتزام عينا ما زال ممكنا: يشترط للحكم بالغرامة التهديدية أن يكون هناك التزام على المدين، وأن يكون تنفيذه عينا لا زال ممكنا، فالغاية المنشودة من الحكم بالغرامة التهديدية هو حمل المدين على تنفيذ عين ما التزم به، فلا يتصور مثلا الحكم على الشريك في جريمة بغرامة تهديدية لحمله على إفشاء أسماء شركائه لأنّه ليس ملزما بذلك قانونا.

ولا بد أن يكون تنفيذ الالتزام عينا لا يزال ممكنا فإن أصبح مستحيلا تعذر الحكم بالغرامة التهديدية لفوات الغرض منها، وبالتالي يصبح التهديد المالي بدون موضوع، فإن كانت الاستحالة بسبب خطأ المدين فلا مجال للحكم بالغرامة التهديدية وإنما يتم اللجوء إلى التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض، وأما إذا كانت الاستحالة بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه انقضى الالتزام بدون مسؤولية وتعذر اللجوء للتهديد المالي.

ثانياً- أن يكون تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه: يتحدد نطاق الالتجاء إلى الغرامة التهديدية بالحالات التي يكون فيها تدخل المدين شخصيا لتنفيذها عينا محل اعتبار أي حيث يكون هذا التنفيذ غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه، والالتزام بعمل هو المجال الأرحب والفسيح الذي يتسع للغرامة التهديدية، ففي نطاق المعاملات المدنية والتي يكون فيها التنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم دون تدخل المدين يمكن اللجوء إلى التهديد المالي، كما هو الحال في الالتزام بالقيام بعمل فني كإعداد

¹ تنص المادة 1/174 ق م على "إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة اجبارية ان امتنع عن ذلك".

مقطوعة موسيقية، أو التمثيل في مسرحية، أو قيام الطبيب بعملية جراحية، وفي الالتزام بتسليم العين المؤجرة أو إخلائها، وبعض هذه الالتزامات غير ممكن تنفيذها عينا دون تدخل المدين وبعضها تنفيذه غير ملائم دون هذا التدخل، ويكون من شأن إكراه المدين على التدخل مصادرة لحرية الشخصية.

ويمكن اللجوء إلى الغرامة التهديدية أيضا إذا كان محل الالتزام امتناعا عن عمل من المدين بصفة مستمرة، كما لو تعهد مهندس بعدم العمل في مصنع منافس، فإذا أخل بالتزامه جاز اللجوء إلى تهديده ماليا عن كل مرة يأتي فيها الأمر الممنوع، ولحملة على الامتناع عن الاستمرار في المخالفة مستقبلا.

الشرط الثالث - أن لا يكون في الحكم بالغرامة التهديدية مساس بالحق الأدبي للمؤلف: يمتنع اللجوء إلى التهديد المالي بالرغم من توافر الشرطين السابقين إذا انطوى ذلك المساس بشخصية المدين في إنتاجه الفكري، فالمؤلف هو وحده صاحب الحق في تقرير مصير مصنعه، فإذا اتفق مؤلف (كاتب أو رسام) مع دار للنشر فلا يمكن اللجوء إلى الغرامة التهديدية لحملة على تسليم مؤلفه، لأنّ في ذلك اعتداء على حقه الأدبي في تقدير ملائمة النشر من عدمه، حيث يكون له سلطة تقدير ما إذا كان إنتاجه جدير بالعرض على الجمهور أم أنّ ذلك من شأنه التأثير على سمعته الأدبية أو الفنية، ولا تملك دار النشر في هذه الحالة إلا المطالبة بالتنفيذ بمقابل بطريق التعويض.

أمّا إذا كان امتناع المؤلف عن تسليم مؤلفه راجع إلى إغراء مالي أكبر من طرف دار نشر أخرى فيجوز هنا اللجوء للغرامة التهديدية لحملة على تنفيذ التزامه.

الشرط الرابع: أن يقوم الدائن بطلب الحكم بالغرامة التهديدية: يذهب البعض إلى أنّه لا يجوز أن تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بفرض الغرامة التهديدية على المدين إذا لم يطلب الدائن منها ذلك، تطبيقا لقاعدة "لا يحكم القاضي إلا بما يطلبه الخصوم"، على أنّ الرأي الراجح يذهب إلى جواز أن تقض المحكمة من تلقاء نفسها بالغرامة التهديدية إذا توافرت شروطها على أساس أنّ هذا الحكم ليس مستقلا عن الحكم بالتنفيذ العيني وإنّما هو مجرد وسيلة يكفل بها القاضي نفاذ هذا الحكم الأخير، فللقاضي أن يتخذ من الإجراءات ما يراه

مناسبا لتنفيذ الأحكام الصادرة عنه، والغرامة التهديدية تعد أحد هذه الوسائل التي تساهم في ذلك.

هذا ويمكن للدائن طلب الحكم بالغرامة التهديدية في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ولو أمام المجلس القضائي لأول مرة ولا يعتبر ذلك طلبا جديدا، ويجوز أن يصدر الحكم بالغرامة التهديدية من أية محكمة مدنية أو تجارية أو إدارية أو جنائية إذا كانت تقضي في حكم مدني كما يجوز ذلك من قضاء الاستعجال¹.

ولا رقابة للمحكمة العليا على القاضي في حكمه بالغرامة التهديدية، إنما تكون رقابتها في مدى توافر شروطها من عدمه، فهذه الأخيرة مسألة قانون في حين أن تقدير الغرامة التهديدية مسألة واقع.

الفرع الثاني: خصائص وآثار الحكم بالغرامة التهديدية

نتناول تاليا خصائص الحكم بالغرامة التهديدية (أولا)، ثم آثار ذلك (ثانيا)

أولا- خصائص الحكم بالغرامة التهديدية: يتميز الحكم بالغرامة التهديدية بعدة خصائص يملئها الغرض منه، أهمها يتمثل فيما يلي:

01- الحكم بالغرامة التهديدية هو حكم تهديدي: الهدف المنشود من الحكم بالغرامة التهديدية هو تهديد المدين والضغط على إرادته، ومحاولة التغلب على تعنته وعناده، لذلك فإنها عادة تحدد بمبلغ كبير لا يتناسب والضرر الذي يصيب الدائن من جراء التأخر في التنفيذ، ويكون هذا التقدير **تحكميا يراعي فيه القاضي المركز المالي للمدين ودرجة تعنته، حتى يمكن حمله على تنفيذ التزامه عينا، فالقاضي لا يراعي في تقديره للغرامة الاجبارية التناسب مع الضرر الذي يصيب الدائن بسبب التأخر في التنفيذ لأنها ليست تعويضا عن هذا الضرر، وإنما يحكم بالمبلغ الكافي لتحقيق الغرض المنشود وهو إكراه إرادة المدين وحمله على التنفيذ، لذلك فهو**

¹ نصت المادة 305 ق إ م إ على "يمكن لقاضي الأمور المستعجلة الحكم بالغرامة التهديدية وتصفيتها، ..."، كما تنص المادة 984 من نفس القانون على "يجوز للجهة القضائية تخفيض الغرامة التهديدية أو الغائها عند الضرورة".

يراعي قدرة المدين المحتملة على المقاومة، وبالتالي فالغرامة التي تفرض على شركة في العادة تكون مرتفعة إذا ما قورنت بالغرامة التي تفرض على مدين ملاءته المالية ضعيفة.

لذلك فإنّ الحكم بالغرامة الاجبارية يختلف عن الحكم بالتعويض، إذ أنّ التعويض يجب أن يكون على قدر الضرر، في حين قد لا يكون هناك ضرر أصلا في الحكم بالغرامة التهديدية.

ويجوز للقاضي الزيادة في مقدار الغرامة التهديدية لكسر عناد المدين الممتنع عن التنفيذ فيجوز له تعديلها كلما وجد داع، لذلك يقال أنّ الغرامة التهديدية هي صفة تحكيمية¹.

والصفة التهديدية للغرامة الاجبارية تثبت في نفس المدين القلق وعدم الاطمئنان، فلا يعلم مقدار مبلغ التعويض الذي سيحكم به القاضي في النهاية، ممّا يدفعه عادة إلى الإسراع في تنفيذ التزامه أملا في تسامح القاضي عند تقديره للتعويض عن التأخر في التنفيذ.

02- الحكم بالغرامة التهديدية غير محدد المقدار: يقدر التهديد المالي عن كل وحدة زمن (يوم، أسبوع شهر ...) يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه عينا، أو عن كل مرة يخل فيها بالتزامه، دون أن يقدر مبلغا محددًا دفعة واحدة، فلا يمكن معرفة مقدار الغرامة في يوم صدور الحكم بها، وذلك حتى يتحقق معنى التهديد، يحس من خلالها المدين أنّه كلما طال وقت تأخره كلما زاد مبلغ الغرامة التهديدية.

03- الحكم بالغرامة التهديدية حكم مؤقت: تعتبر الغرامة التهديدية حكم مؤقت لا يجوز لحجية الشيء المقضي فيه، وبالتالي يمكن للمحكمة التي أصدرته إعادة النظر فيه كلّما رأت داع لذلك سواء بالزيادة أو النقصان، فإذا رأى القاضي أنّ مقدار الغرامة غير كاف لكسر تعنت المدين الممتنع عن التنفيذ أمكنه الزيادة في الغرامة (م 2/174 ق م)، كما يمكنه الانقاص من قيمتها إذا قام المدين بالتنفيذ، ففي نهاية المطاف الغرض من الغرامة هو حمل المدين على التنفيذ، ومتى تم ذلك قامت المحكمة بالتصفية النهائية للغرامة، وفي العادة تنقص من تقديرها

¹ تنص المادة 2/174 على "وإذا رأى القاضي أنّ مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة".

ليصبح مساو للضرر الذي لحق بالدائن من جزاء التأخر في التنفيذ، مع الأخذ في الحسبان عند التقدير درجة العنت الذي أبداه المدين¹.

ولأنّ الحكم بالغرامة التهديدية **حكم مؤقت** فهو ليس نهائي واجب التنفيذ لأنّه لا يعتبر ديناً محققاً في ذمة المدين، حتى ولو صدر من المحكمة آخر درجة (المجلس القضائي)، أو كان الحكم الأصلي مشمولاً بالنفاذ المعجل، بل يبقى الحكم مجرد وسيلة للضغط على إرادة المدين لحمله على التنفيذ، ولا يجوز تنفيذه إلا إذا تحوّل إلى تعويض نهائي.

ثانياً - أثر الحكم بالغرامة التهديدية: يتحدد أثر الحكم بالغرامة التهديدية بما يسفر عليه موقف المدين الممتنع عن التنفيذ، والذي لا يخرج عن أحد الموقفين، فإمّا أن يحدث فيه التهديد أثره ويقوم بتنفيذ التزامه، وإمّا أن يصّر على عدم التنفيذ، وفي كلتا الحالتين ينكشف الموقف النهائي للمدين وتتفني جدوى مواصلة الضغط بطريق الغرامة التهديدية، لأنّها تكون قد استنفذت غرضها، فتتحول الغرامة إلى تعويض يحكم به القاضي لمصلحة الدائن.

وعناصر التعويض النهائي هي نفسها عناصر التعويض العادي (ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب) من جزاء عدم التنفيذ أو التأخر فيه، إضافة إلى عنصر جديد وهو العنصر البارز في التعويض الذي يعقب التهديد، بل هو العنصر الذي يخرج التعويض عن معناه المألوف إلى المعنى الذي يتفق مع فكرة التهديد المالي، فيجب أن يأخذ القاضي في الحسبان عند تقديره للتعويض النهائي، يتمثل هذا العنصر في **العنت** الذي يبديه المدين، فيمكن للقاضي أن يزيد في قيمة التعويض في مقابل الضرر الأدبي الذي أصاب الدائن بسبب عناد المدين وتعنّته وإصراره على عدم تنفيذ التزامه، أو تعمده التأخر في هذا التنفيذ.

ومتى فرغ القاضي من تقدير التعويض على النحو الذي بسطناه، حكم به على المدين وأمّن للدائن أن ينفذ به على أموال المدين لا على أساس أنّه تهديد مالي بل لأنّه تعويض نهائي، والغالب أن يكون هذا التعويض أقل قيمة من مجموع الغرامة التهديدية، بل قد لا يرى القاضي في بعض الحالات وجهاً للحكم بالتعويض لانعدام الضرر وعدم إمعان المدين في

¹ تنص المادة 175 ق م على "إذا تم التنفيذ العيني، أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعيًا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين".

العنت، فيلغي الغرامة التهديدية دون أن يحل محلها أي تعويض، على أن التعويض قد يكون في بعض الحالات معادلا لقيمة الغرامة التهديدية خاصة في الحالة التي يبالغ فيها المدين في التعنت والإصرار على عدم التنفيذ بدون أي مبرر.

المبحث الثاني: التنفيذ بطريق التعويض (التنفيذ بمقابل).

عرفنا سابقا أن تنفيذ الالتزام عينا هو الأصل، إلا أنه قد تحدث أمور تحول دون ذلك فيتم عندئذ اللجوء إلى تنفيذ الالتزام عن طريق التعويض وذلك في الحالات التالية:

- 1- استحالة تنفيذ الالتزام نتيجة لفعل المدين أو خطئه.
- 2- إذا أصبح التنفيذ العيني مرهقا للمدين، فيمكن التنفيذ عن طريق التعويض شريطة ألا يكون في ذلك إضرار جسيم بالدائن.
- 3- إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن إلا إذا قام به المدين نفسه.
- 4- إذا لم يطلب الدائن التنفيذ العيني ولم يقم المدين بعرضه، فيحكم بالتعويض مادام الدائن يرغب في ذلك.

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن للتعويض نوعان: تعويض عن عدم التنفيذ و تعويض عن التأخير في التنفيذ، و يعتبر التنفيذ عن عدم التنفيذ بديلا عن التنفيذ العيني فيحل محله، و عليه لا يمكن تصور اجتماعهما معا، و هذا بخلاف التعويض عن التأخير في التنفيذ فيمكن أن يجتمع مع التنفيذ العيني أو التعويض عن عدم التنفيذ. وقد أشارت إلى نوعي التنفيذ المادة 176 مدني جزائري.

المطلب الاول: شروط التنفيذ بطريق التعويض.

غني عن البيان أن شروط استحقاق الدائن للتعويض هي نفسها شروط قيام المسؤولية وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية، ولكن المشرع اشترط شرطا آخر وهو الإعذار، وسنتطرق فيه إلى المقصود به ثم كيف يتم هذا الإعذار مرورا بالحالات التي يستغني فيها عن الإعذار وصولا إلى آثاره.

الفرع الأول: المقصود بالإعذار

نصت على الإعذار المواد 179-180-181 من القانون المدني (وجوب الاطلاع على هذه المواد).

يجب أن نعرف بداية أن حلول أجل الدين لا يكفي -كأصل عام- لاعتبار المدين مقصرا في تنفيذ التزام بل يجب على الدائن أن يبين أنه يريد اقتضاء دينه و بأنه لا يتسامح في

التأخير إطلاقاً و يكون ذلك بإعذار المدين، و عليه فالإعذار هو إثبات تأخر المدين في الوفاء و وضعه موضع المقصر في التنفيذ.

وبناء على هذا وطبقاً لأحكام المادة 164 من القانون المدني فإن الدائن لا يمكنه إجبار المدين على تنفيذ التزامه إلا بعد القيام بإعذاره.

الفرع الثاني: كيف يتم الإعذار

يتم الإعذار عن طريق إنذار المدين و ذلك بورقة رسمية على يد محضر قضائي يطلب فيها الدائن تنفيذ الالتزام، و تسلم هذه الورقة للمدين الذي يوقع عليها، فإذا امتنع عن التوقيع يذكر سبب الامتناع ليكون ذلك حجة على حصول الإنذار. ويمكن أن يقوم مقام الإنذار أي ورقة رسمية أخرى بشرط أن يذكر فيها بصراحة ودون لبس أن الدائن يطلب تنفيذ الالتزام. كما أجاز المشرع الجزائري حسب المادة 180 من القانون المدني أن يتم الإعذار عن طريق البريد.

الفرع الثالث: الحالات التي يستغنى فيها عن الإعذار

- إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً أو أصبح غير ذي جدوى بفعل المدين.
- إذا كان الالتزام غير تعاقدي.
- إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو تسلمه دون وجهة حق.
- إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه.
- إذا اتفق الدائن و المدين على اعتبار المدين معذراً لمجرد حلول أجل التنفيذ.

الفرع الرابع: آثار الإعذار

يترتب على الإعذار الصحيح النتائج التالية:

● يجبر المدين على الوفاء، إضافة إلى مطالبته بكل ما يلحق الدائن من ضرر جراء عدم التنفيذ.

● إذا كان العقد تبادلياً، جاز للدائن المطالبة بفسخ العقد إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، مع التعويض عن الضرر اللاحق بالدائن. أنظر المادة 119 مدني.

● بعد القيام بالإعذار فإن تبعة الهلاك تنتقل إلى المدين حتى و لو كانت قبل الإعذار

على الدائن أنظر المادة 168 مدني جزائري فقرة 1، و الاستثناء الوارد على ذلك في الفقرة 02 من نفس المادة.

المطلب الثاني: كيفية تقدير التعويض

يكون التعويض مستحقا للدائن سواء بسبب عدم تنفيذ الالتزام، أو بسبب التأخر فيه، و يجب أن يكون هذا التعويض مشتتلا ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب، و تقدير التعويض لا يخرج عن إحدى طرق ثلاث (التعويض القضائي، التعويض الاتفاقي أو ما يسمى بالشرط الجزائي و أخيرا التعويض القانوني).

الفرع الاول: التعويض القضائي.

تنص المادة 182 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، و يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء به، و يعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

فمن خلال هذا النص يظهر جليا أن التعويض يجب أن يشتمل ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب.

وأبرز مثال على هذا امتناع الشخص عن تسليم البضاعة المتفق عليها للتاجر الذي أبرم العقد بشأنها و دفع ثمنها، فالتعويض هنا يجب أن يشتمل ما لحق التاجر من خسارة و هو هنا قيمة البضاعة إضافة إلى ما فات هذا التاجر من كسب و هو الربح الذي كان سيحصل عليه بعد إعادة بيعها.

و بمفهوم المخالفة لما سبق أي إذا لم يلحق الدائن أي ضرر و خسارة و لم يفته أي كسب جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخره في ذلك، فلا يكون هنا أي محل للتعويض و هذا لانتفاء مبرره، فأخلال المحامي باستئناف حكم تعهد به و ظهر فيما بعد أن هذا الحكم لا يمكن استئنافه أصلا فلا مجال للحديث عن التعويض في هذه الحالة. ويقع على الدائن عبء إثبات مقدار ما فاته من كسب و ما لحقه من ضرر طبقا للقواعد العامة للإثبات.

و تجدر الإشارة إلى أن التعويض العيني هو أفضل طرق التعويض و ذلك لأنه يعيد الحالة إلى ما كانت عليه، و مثاله حصول الدائن على شيء من النوع ذاته الذي التزم به المدين و على نفقته حسب ما نصت عليه المادة 166 من القانون المدني، لكن يلاحظ أن التنفيذ العيني يمكن أن يتعذر في المسؤولية التقصيرية فيلجأ القاضي هنا إلى التعويض بمقابل، و يكون هذا غالبا بمبلغ من النقود، ما عدا في بعض الحالات التي يكون فيها التعويض غير نقدي كحالة السب و القذف و التي يمكن فيها للقاضي أن يجعل التعويض غير نقدي و ذلك بنشر الحكم القاضي بإدانة المدين في الصحف... (أنظر المادة 132 مدني جزائري).

و يجب التنويه أخيرا إلى أن التعويض يجب أن يكون جابرا قدر المستطاع لكل لكل ما لحق الدائن من ضرر و ما فاتته من خسارة فلا حدود لهذا التعويض ما عدا في حالتين:

1- لا يلزم المدين إلا بتعويض الضرر المباشر فقط سواء في المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية.

2- لا يكون التعويض إلا على الضرر المتوقع فقط و هذا في المسؤولية العقدية وحدها.

و يوجد استثناءان على هذه الحالة الثانية، حيث يسأل فيهما المدين عن الأضرار غير المتوقعة و هذا حسب المادة 182 فقرة 02 و هما:

● إذا ارتكب المدين غشا بموجبه يتعمد عدم الوفاء أو التأخر في التنفيذ، فهنا يكون المدين قد خرج عن مبدأ حسن النية المفترض احترامه في العلاقات بين المتعاقدين.

● إذا ارتكب المدين خطأ جسيما و معياره هو ذلك الخطأ الذي لا يرتكبه أقل الناس تبصرا، فارتكاب هذا الخطأ الجسيم يجعل من المدين مسؤولا عن الضرر المتوقع و الضرر غير المتوقع كذلك. فإذا تضمن العقد شرطا بإعفاء المدين من المسؤولية كان لزاما العمل بهذا الشرط، ما عدا في هاتين الحالتين (الغش + الخطأ الجسيم) فلا يعمل به.

الفرع الثاني: التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي).

أجاز المشرع الجزائري الشرط الجزائي صراحة في المادة 183 بقولها: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، و تطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181".

فالشرط الجزائي هو تقدير اتفاقي للتعويض، و معناه أن يتفق المتعاقدان على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن جراء إخلال المدين بالتزامه و ذلك بعدم التنفيذ أو بالتأخر فيه و يكون ذلك في العقد أو في اتفاق لاحق على العقد. و يمكن تصور وجود هذا الشرط في المسئوليتين سواء العقدية أو التقصيرية و إن كان غالبا ما يكون في المسؤولية العقدية.

1- خصائصه: (تابع للالتزام الأصلي، التزام احتياطي، تقدير جزافي للتعويض)

أ. الشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الأصلي:

لا يمكن أن يكون الشرط الجزائي مستقلا عن الالتزام الأصلي فهو دائما يقوم إلى جانب التزام أصلي آخر و يترتب على هذا ما يلي:

● بطلان الالتزام الأصلي يؤدي إلى بطلان الشرط الجزائي، فسواء كان الالتزام الأصلي باطلا لسبب غير مشروع أو قابلا للإبطال لأي سبب من الأسباب كنقص الأهلية مثلا و تسمك به من له الحق في ذلك فإن الشرط الجزائي يبطل بالتبعية لبطلان الالتزام الأصلي و العكس غير صحيح.

● فسخ العقد الأصلي يؤدي حتما إلى زوال الشرط الجزائي.

● إذا كان الالتزام الأصلي موصوفا فإن هذه الأخيرة تلحق الشرط الجزائي بالتبعية.

ب. الشرط الجزائي التزام احتياطي:

يعتبر الشرط الجزائي وسيلة احتياطية فقط، يتم اللجوء إليه عند عدم التنفيذ العيني للالتزام و عليه فالدائن مجبر على المطالبة بتنفيذ الالتزام الأصلي مادام التنفيذ العيني ممكنا، فإذا استحال هذا الأخير يمكن للدائن المطالبة بالشرط الجزائي كما يمكن للمدين أن يعرضه.

و بناء على ما سبق فالشرط الجزائي يختلف اختلافا جوهريا عن الالتزام البدلي لأن الشرط الجزائي لا يعتبر بديلا عن تنفيذ الالتزام الأصلي فلا يمكن للدائن عدم المطالبة بالتنفيذ الأصلي إذا كان ممكنا و اللجوء إلى الشرط الجزائي كبديل لتنفيذ الالتزام الأصلي، كما أنه يختلف عن الالتزام التخييري لأنه ليس من حق الدائن الاختيار بين الإلزام الأصلي و الشرط الجزائي و يطلب تنفيذ ما يشاء منهما.

و سبق أن قلنا بأن الشرط الجزائي يعتبر بمثابة تعويض، و عليه لا يمكن أن يجتمعا معا إلا إذا كان المقصود بالشرط الجزائي التعويض عن التأخير في التنفيذ فيمكن هنا أن يجتمع مع التعويض عن عدم التنفيذ.

ت. الشرط الجزائي تقدير جزافي للتعويض:

ينشأ التعويض جراء عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فيه، فليس الشرط الجزائي هو مصدر التعويض و السبب في استحقاقه فهو في حقيقة الأمر اتفاق مسبق على التعويض، و يترتب على هذا الأمر أنه ولاستحقاق الشرط الجزائي يجب توافر جميع شروط التعويض و هي الخطأ و الضرر و علاقة السببية و الإعذار و هذا ما أكدت عليه المادة 183 من القانون المدني بوجوب العمل بأحكام المواد 176 إلى 181.

2- آثار الشرط الجزائي:

إذا تحققت شروط الشرط الجزائي حكم به القاضي مباشرة دون زيادة أو نقصان وهذا هو الأصل، لكن ووفقا لأحكام القانون المدني الجزائري (المادتان 184-185) فإن للقاضي سلطة تخفيض أو زيادة في قيمة هذا الشرط.

فيجوز للقاضي التخفيض في قيمة الشرط الجزائي في حالتين:

- إذا تمكن المدين من إثبات أن تقدير التعويض كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة وغير معقولة فيجوز للقاضي أن يزيل هذه المبالغة.

- إذا تمكن المدين من إثبات وفائه بجزء من التزامه الأصلي، لأن الشرط الجزائي موضوع أصلاً لحالة عدم تنفيذ الالتزام تنفيذاً كاملاً، فتتخذ جزء من الالتزام يقتضي منطقاً وعدالة عدم إلزام المدين بكامل الشرط الجزائي.

كما يجوز للقاضي الزيادة في قيمة الشرط الجزائي إذا ثبت أن هناك غشاً أو خطأ جسيماً من المدين، فالإتفاق على تخفيف المسؤولية هنا باطل طبقاً للمادة 178 فقرة 02 من القانون المدني، وعلى القاضي هنا أن يحكم بتعويض وفقاً للقواعد العامة حتى ولو كان هذا الأخير أكبر من الشرط الجزائي في حد ذاته.

3- فوائد الشرط الجزائي:

للشرط الجزائي فوائد عديدة ولعل أهمها:

- * إعفاء المدين من إثبات ركن الضرر لأن هذا الأخير مفترض بناء على الشرط الجزائي.
- * غالبا ما يتم الحكم بهذا الشرط من طرف القضاء.
- * يعتبر الشرط الجزائي وسيلة تهديدية يمكن أن يجبر المدين على الوفاء بالتزامه خاصة إذا كانت قيمة الشرط كبيرة.

المبحث الثالث: ضمان حقوق الدائنين.

قصد استيفاء حقه بعد حلول الأجل، يستطيع الدائن أن ينفذ على أموال مدينه سواء كان ذلك عينيا أو بطريق التعويض، إن هذا الحق الممنوح للدائن يسمى حق الضمان العام (droit de gage général). و لقد نصت المادة 188 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه، و في حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان".

فيتضح من هذا أن الضمان العام يقع على جميع أموال المدين و ليس على مال معين من أمواله، و لذا ينطوي هذا على خطرين كبيرين يهددان حق الدائن و هما:

- مزاحمة باقي الدائنين له.

- تصرف المدين في أمواله.

فبالنسبة للخطر الأول، فلقد أقر المشرع الجزائري حماية لحق الدائن عدة وسائل لذلك وهي ما تسمى بالتأمينات العينية كالرهن و الامتياز، و هي حقوق عينية تخول للدائن تتبع ماله في أي يد كان (ليس موضوع دراستنا).

أما الخطر الثاني الذي يهدد الدائن وهو إمكانية تصرف المدين في أمواله، فلقد وضع القانون الجزائري (نقتصر على دراسة ما ورد في القانون المدني فقط دون ما ورد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية) عدة وسائل تهدف في مجملها إلى المحافظة قدر الإمكان على

الضمان العام وهي الدعوى غير المباشرة، الدعوى البولصية، دعوى الصورية إضافة إلى حق الحبس.

المطلب الاول: الدعوى غير المباشرة:

(المادة 189 من القانون المدني)

الدعوى غير المباشرة هي تلك الدعوى التي يرفعها الدائن باسم مدينه ونيابة عنه ليحمي بها حقه في الضمان العام وهذا نتيجة لتقصير المدين في استعمال بعض حقوقه أو المطالبة بها.

ومثال ذلك أن يملك المدين عقارا و يكون هذا العقار في حيازة الغير الذي سيكسبه بالتقادم، فيحق للدائن هنا أن يرفع دعوى الاستحقاق العقاري باسم مدينه الحائز، فإذا حكم باستحقاق العقار يرجع العقار إلى ذمة المدين، و يمكن للدائن حينها الحجز عليه و هذا ما يسمى بالدعوى غير المباشرة.

الفرع الأول: مجال الدعوى غير المباشرة

الأصل أن الدائن يمكنه استعمال جميع حقوق ودعاوى مدينه وهذا طبقا للمادة 189 من القانون المدني، وهذه السلطة ليست من النظام العام إذ يجوز منع الدائن من مباشرة حق من الحقوق التي يجوز للمدين استعمالها، وطبقا لنص المادة سالفه الذكر فقد أخرج من نطاق الدعوى غير المباشرة ما يلي:

1- الحقوق المتصلة بشخص المدين:

فالحقوق غير المالية لا تدخل أصلا في مجال الدعوى غير المباشرة إضافة إلى الحقوق المالية المتصلة بشخص المدين كالحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية، فلا يجوز للدائن المطالبة باسم مدينه بطلاق هذا الأخير من زوجته حتى و لو رتب هذا الطلاق إثراء لذمة المدين كذلك تخرج من مجال الدعوى غير المباشرة تلك الحقوق و الدعاوى المالية المتصلة بشخص المدين كالمطالبة بالتعويض الأدبي أو ما يتعلق بحقوق المؤلف.

2-الحقوق غير القابلة للحجز:

تهدف الدعوى غير المباشرة إلى إثراء ذمة المدين قصد التنفيذ عليها، و عليه إذا استحال هذا التنفيذ فلا مبرر لاستعمال هذه الدعوى، و مثالها دعاوى النفقة فهذه الأخيرة (النفقة) لا يجوز التنفيذ عليها، و عليه لا يمكن رفع دعوى غير مباشرة للمطالبة بها، إضافة إلى هذا تخرج من مجال الدعوى المباشرة حق المدين في السكن و الاستعمال فهي حقوق غير قابلة للتنازل أو الحجز عليها.

3-عدم جواز إستعمال رخص المدين:

يقصد بالرخصة ذلك الحق الممنوح لأي شخص و المتوقف نشوؤه على إعلان إرادة ذلك الشخص، و مثالها حق الشفعة و قبول الإيجاب أو قبول صفقة رابحة... فلا يجوز هنا أن يباشر الدائن الدعوى المباشرة لأن هذه الأمور رخص ممنوحة للمدين فقط.

الفرع الثاني: شروطها

يجب أن نعرف بداية أن استعمال الدعوى غير المباشرة يقوم على فكرتين أساسيتين وهما: إهمال المدين وتقصيره في استعمال حقه إضافة إلى وجود مصلحة مشروعة للدائن، ولمباشرة هذه الدعوى لابد من توافر شروط إحداها مرتبطة بالمدين وأخرى مرتبطة بالدائن و تتمثل الشروط المرتبطة بالمدين في:

1-تقصير المدين في استعمال حقه.

2-أن يؤدي هذا التقصير إلى إفسار المدين أو الزيادة في إفساره.

3-وجوب إدخال المدين في الدعوى.

أما الشروط المرتبطة بالدائن فيمكن تحديدها فيما يلي:

1-يجب أن يكون حق الدائن ثابتا و محققا غير متنازع فيه و غير احتمالي.

2-و مادام هذا الحق ثابتا و محققا فلا يشترط فيه أن يكون معلوم المقدار ومثاله حق

المضرور من فعل غير مشروع، كما لا يشترط في دين الدائن أن يكون قابلا للتنفيذ فلا يشترط

أن يحوز الدائن سنداً تنفيذياً حتى يرفع الدعوى غير المباشرة.

كما لا يشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء حسب المادة 189 مدني.

إضافة إلى كل ما سبق وبما أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه، فلا يلزم أن يكون حق المدين الذي يستعمله الدائن بالدعوى غير المباشرة سابقا على حق هذا الأخير لأن جميع أموال المدين تدخل في الضمان العام بغض النظر عن تاريخ دخولها في ذمة المدين.

الفرع الثالث: آثار الدعوى غير المباشرة

تنص المادة 190 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يعتبر الدائن في استعمال حقوق مدينه نائبا عن هذا المدين، وكل ما ينتج عن استعمال هذه الحقوق يدخل في أموال المدين و يكون ضامنا لجميع دائنيه".

من خلال هذا النص نجد أن آثار الدعوى غير المباشرة تتصل بالدائن و المدين و الخصم إضافة إلى ترتيبها آثار في ذمة باقي الدائنين.

فبالنسبة للدائن، و مادام هذا الأخير نائبا، فإن الحق الذي سيحكم به القضاء لا ينصرف إلى ذمته بل ينصرف إلى ذمة المدين، و لكن يجوز له مطالبة الخصم بكل ما كان يمكن للمدين أن يطالبه به حتى و لو كان حق الدائن أقل من حق المدين.

و بالنسبة للمدين، فإن الحكم برجوع الحق إليه من مدينه يخوله حق التصرف في هذا الحق بكل أنواع التصرف، فإذا قام بذلك جاز للدائن الطعن في تصرفاته هذه بالدعوى البولصية إذا كانت شروطها متوفرة، كما يحق للمدين تلقي حقه من مدينه مباشرة حتى بعد رفع الدعوى غير المباشرة و يعتبر هذا وفاء صحيحا مبرئا لذمة الخصم.

أما بالنسبة للخصم و هو هنا مدين المدين، فيمكنه التمسك في مواجهة الدائن بكل ما كان يمكنه التمسك به ضد المدين كالتمسك بانقضاء الدين بالتقادم أو المقاصة... إضافة إلى حقه في التمسك بالإبطال إذا كان له ما يبرره.

و أخيرا و بالنسبة لبقية الدائنين العاديين فإن نجاح الدائن في الدعوى غير المباشرة هو نجاح لهم و زيادة للضمان العام فيحق لهم إلى جانب الدائن رافع الدعوى التنفيذ على هذا المال دون أن يستأثر به وحده، و يتقاسمونه فيما بينهم قسمة غرماء. من خلال ما سبق يظهر لنا

مدى القصور الموجود في الدعوى المباشرة فبعد نزاع و خسارة للجهد و المال يرجع الحق إلى ذمة المدين ليتقاسمه باقي الدائنين فيما بينهم، وأمام هذا أضاف المشرع الجزائري دعوى أخرى تسمى **الدعوى المباشرة** و هي دعوى تمنح لرافعها حق امتياز على هذا الحق يتقدم بموجبه على باقي الدائنين.

فيقوم الدائن (أ) في هذه الدعوى بتتبيه مدين المدين (ج) رسميا بعدم الوفاء للمدين (ب) وهو إجراء تحفظي قصد تجميد دين المدين (ب) حتى لا يقوم مدين المدين (ج) بالوفاء لدائنه (ب) وعلى المحجوز لديه (ج) الوفاء للحاجز (أ).

و هذه الطريقة أكثر فعالية و فائدة للدائن عكس الدعوى غير المباشرة، و لقد حدد المشرع الجزائري الحالات التي يمكن فيها استعمال الدعوى المباشرة كما يلي:

1/ المؤجر مع المستأجر من الباطن (المادة 507 من القانون المدني الجزائري).

2/ الموكل مع نائب الوكيل (المادة 580 مدني).

3/ الشخص المضور مع شركة التأمين (المادة 619 مدني).

4/ المقاول الفرعي و العمال مع رب العمل (المادة 565 مدني).

5/ رب العمل ونائب الفضولي (المادة 154 مدني).

المطلب الثاني: الدعوى البولصية:

المادة 191 مدني وما بعدها دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين.

قد يتصرف المدين في جميع أمواله أو في جزء منها إضراراً منه بباقي الدائنين، لذا فقد منح المشرع للدائن حماية قانونية من مثل هذه التصرفات، فمنح له الحق في رفع دعوى يهدف بمقتضاها إلى عدم نفاذ تصرفات مدينه و هذا ما يطلق عليه "الدعوى البولصية".

و بالرجوع إلى نص المادتين 191 و 196 من القانون المدني نجدهما تؤكدان على وجوب توافر شروط في التصرف المطعون فيه حتى يمكن الحديث عن الدعوى البولصية.

الفرع الأول: شروط الدعوى البولصية

ويمكن حصر هذه الشروط فيما يلي:

1/ يجب أن يكون التصرف المطعون فيه تصرفاً قانونياً:

يجب أن يكون هذا التصرف إرادياً لكي نتحدث عن إمكانية قصد الإضرار بالدائن، و عليه لا يمكن الحديث عن هذه الدعوى إذا كانت التزامات المدين ناشئة عن الفعل الضار أو الفعل النافع مثلاً فحتى ولو سببت هذه الأفعال إفساراً للمدين فلا يجوز للدائن التمسك بها فمناط هذه الدعوى هو التصرفات القانونية فقط سواء كانت هذه التصرفات عقوداً أو تصرفات بإرادة منفردة.

2/ يجب ألا يتعلق هذا التصرف بمال لا يجوز الحجز عليه أو بشخص المدين:

ليست كل تصرفات المدين قابلة للطعن فيها بالدعوى البولصية، فهناك تصرفات تخرج من نطاقها، و هي ثلاثة:

- التصرفات المتعلقة بشخص المدين كما رأينا في الدعوى غير المباشرة، و مثالها تنازل المدين عن حقه في رفع دعوى تعويض عن الضرر الأدبي.
- التصرفات المتعلقة بالحقوق غير المالية للمدين حتى و لو رتبت هذه الأخيرة حقوقاً مالية، فلا تقبل الدعوى البولصية في عقد زواج مثلاً.
- لا يجوز استعمال هذه الدعوى ضد حق من حقوق المدين التي لا يجوز الحجز عليها كالنفقة والمرتب.

3/ يجب أن يكون تصرف المدين مفقراً له:

بغض النظر عن الجدل الفقهي و القضائي في المقصود بالتصرف المفقّر، فإن المشرع الجزائري قد حدد المقصود بذلك في المادة 191 مدني، فكل تصرف أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته فهو تصرف مفقّر، و عليه لا تقبل الدعوى البولصية إلا إذا كانت مبنية على الفكرة السابقة، و العكس غير صحيح، فلا يجوز رفع هذه الدعوى إذا رفض المدين الاغتناء مثلاً، فكل تصرف من المدين يكون ضد زيادة حقوقه أو إنقاص التزامه لا يكون محلاً

لهذه الدعوى، فإذا رفض المدين مثلاً هبة عرضت عليه فلا يجوز الطعن بالدعوى البولصية على هذا التصرف.

و نشير هنا إلى نقطة مهمة و هي إذا قام المدين بتفضيل دائن على آخر، حيث حدد المشرع الجزائري حالتين هنا يمكن الطعن فيهما بالدعوى البولصية و هما:

- تفضيل المدين لدائن على آخر دون وجه حق كمنحه رهناً مثلاً.

- قيام المدين بالوفاء لأحد الدائنين دون غيره.

حيث نصت المادة 196 مدني على ما يلي: "إذا لم يقصد بالغش إلا تفضيل دائن على آخر دون حق فلا يترتب عليه إلا حرمان الدائن من هذه الميزة.

و إذا وفى المدين المعسر أحد دائنيه قبل حلول الأجل المضروب أصلاً للوفاء، فلا يسري هذا الوفاء في حق باقي الدائنين و كذلك لا يسري في حقهم الوفاء و لو حصل بعد حلول هذا الأجل، إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين و الدائن الذي استوفى حقه".

4/ أن يكون التصرف المطعون فيه لاحقاً لوجود حق الدائن:

و هذا الشرط تقتضيه الضرورة و هو محل إجماع فقهي، فلا يتصور الطعن في تصرف للمدين كان قبل نشوء حق الدائن الطاعن لأن قصد الإضرار هنا منعدم، و إن كان الفقه يرى بقبول رفع هذه الدعوى إذا كان تصرف المدين قصد الإضرار بشخص يوشك أن يكون دائنه، فرغم أسبقية تصرف المدين على حق الدائن هنا إلا أن احتمال غش المدين هنا ظاهر يمكن إثباته بسهولة، و مثاله أن يبيع المدين جزءاً مهماً من أمواله ليبرم بعدها مباشرة قرض بفائدة كبيرة.

و العبرة بأسبقية حق الدائن على تصرف المدين هي تاريخ نشوء الحق و ليس تاريخ استحقاقه، كما أن العبرة في حق الدائن هي دائماً في وقت نشوئه و ليس في وقت شهره إذا كان عقاراً مثلاً، و يتحمل الدائن عبء إثبات أسبقية حقه على تاريخ تصرف المدين.

ونشير أخيراً إلى أن الدعوى البولصية تتقدم بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف، وتسقط في جميع الأحوال سواء علم الدائن بصدور

التصرف أو لم يعلم به بمرور خمسة عشر سنة تحتسب من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه وهذا ما نصت عليه المادة 197 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثاني آثار الدعوى البولصية:

يجب أن ننوه ثانية الى أن الدعوى البولصية هي دعوى تهدف حصرا الى عدم نفاذ التصرفات التي يبرمها المدين اضرار بدائنه في مواجهة هذا الأخير، فهي ليست دعوى بطلان أو دعوى تعويض، فيبقى التصرف الذي أبرمه المدين صحيحا لكنه غير نافذ، بخلاف الحكم بالبطلان مثلا حيث أن الحكم ببطلان التصرف يؤدي الى عدم ترتيب أي أثر وإرجاع المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد. كما أن الفقه زاخر بالمناقشات حول الطبيعة القانونية لهذه الدعوى.

وترتب هذه الدعوى عدة اثار سواء بالنسبة للدائن من جهة أو بالنسبة للمدين والشخص المتصرف اليه من جهة أخرى

1- اثار الدعوى البولصية بالنسبة للدائن:

الأثر الأساسي الذي ترتبه هذه الدعوى بالنسبة للدائن هو عدم نفاذ التصرف في حقه، فعدم استيفاء الدائن لحقه بعد رفع الدعوى وعدم قيام المتصرف اليه بإيداع ثمن المثل حسب ما تقضي به المادة 194 من القانون المدني الجزائري يؤدي الى عدم نفاذ التصرف في مواجهة رافع الدعوى إضافة الى باقي الدائنين، وعليه يعتبر هذا التصرف كأنه لم يوجد أصلا، فاذا لم يتمكن الدائن رافع الدعوى من إعادة المال المتصرف فيه الى الضمان العام جاز له في هذه الحالة المطالبة بالتعويض.

2- اثار الدعوى البولصية بالنسبة للمدين:

وبالنسبة للمدين والشخص المتصرف اليه، فإن التصرف يبقى صحيحا دون أن يكون نافذا في حق الدائن كما سبق القول، ويترتب على اعتبار التصرف صحيحا بالنسبة لهما تعامل المتصرف اليه كما لو أن التصرف منتج لجميع اثاره، فمثلا لو افترضنا بقاء جزء من ثمن الشيء محل التصرف بعد قيام الدائن بالتنفيذ، فان هذا الباقي هو من حق المتصرف اليه وليس

من حق المدين، كما يحق للشخص المتصرف اليه الرجوع على المدين بجميع الدعاوى التي تنشأ عن العقد ، فاذا كان التصرف عقد بيع مثلا من المدين الى المتصرف اليه، فيمكن لهذا الأخير الرجوع على البائع (المدين) بكل الضمانات التي يمنحها عقد البيع وعلى رأسها دعوى ضمان التعرض والاستحقاق (المادة 371 من القانون المدني وما بعدها) واذا كان العكس بأن كان الشخص المتصرف اليه هو البائع، فيمكنه المطالبة بفسخ العقد نظرا لإخلال المشتري (المدين) بالتزامه بدفع الثمن. (المادة 387 وما بعدها)

المطلب الثالث: دعوى الصورية :

(198-199 من القانون المدني الجزائري)

قد يلجأ المدين الى القيام بتصرف لا وجود له في الحقيقة أو مخالف لها، كل هذا بهدف إبعاد أمواله محل هذا التصرف من الضمان العام لدائنيه، وهذا ما يسمى بالصورية. فالصورية هي إخفاء حقيقة معينة وراء مظهر قانوني كاذب.

الفرع الأول: أنواع الصورية

تنقسم الصورية الي نوعين وهما الصورية المطلقة والصورية النسبية

1-الصورية المطلقة:

وهي التي يكون فيها العقد الظاهر مجرد مظهر فقط لا وجود له في الحقيقة، فالمتعاقدان لم يقصدا ترتيب أي أثر قانوني على هذا العقد الظاهر، ومثالها بيع المدين لأمواله الى أحد أقاربه ظاهرا فقط ويتفقا على أن هذا البيع هو عقد بيع صوري بحت، وتبقى هذه الأموال في حقيقة الأمر ملكا للمدين.

2-الصورية النسبية:

ويقصد بها إخفاء المتعاقدين لجزء من الحقيقة في العقد الصوري الظاهر، سواء كان هذا بإخفاء طبيعة العقد بينهما (التستر) أو إخفاء شرط من شروط العقد(المضادة) أو إخفاء أحد أطراف التصرف(التسخير)

أ-الصورية عن طريق التستر:

وهدفها إخفاء طبيعة التصرف في حد ذاته، ومثالها إخفاء هبة في عقد بيع أو العكس أو افراغ وصية في عقد بيع حتى لا تكون في حدود الثلث حسب ما يقضي القانون.

ب-الصورية عن طريق الضد:

ويكون فيها المساس بشرط من شروط العقد أو ركن من أركانه، كأن يذكر ثمن أعلى من ثمن البيع الحقيقي اضراارا بالشفيع، أو ثمن أقل من الثمن الحقيقي تهريا من رسوم تسجيل العقارات. وعادة ما يحتفظ المتعاقدان في هذا النوع من الصورية بورقة تسمى ورقة الضد قصد إثبات الثمن الحقيقي للعقد.

ج-الصورية عن طريق التسخير:

ويهدف فيها طرفا التعاقد الى إخفاء أحد طرفي التصرف وإظهار طرف اخر مكانه وهذا لان القانون يمنع ذلك، كمنع القضاة والمحامين والموثقينمن شراء الحقوق المتنازع فيها أمامهم (402-403 من القانون المدني الجزائري).

الفرع الثاني: شروطها

يجب التذكير بداية أنه يمكن رفع دعوى الصورية حتى ولو لم تؤدي تصرفات المدين الى إعساره أو الزيادة في إعساره، فلا علاقة لها بإعسار المدين عكس الدعوى البولصية. ويمكن حصر شروط هذه الدعوى فيمايلي:

1- وجود عقدين أحدهما ظاهر والأخر مستتر يتحد فيهما الأطراف والموضوع

2- صدور العقدين في وقت واحد وهذا ما يسمى بالمعاصرة الذهنية

3- اتجاه إرادة المتعاقدين الى إخفاء العقد الحقيقي أو جزء منه وراء عقد ظاهر

الفرع الثالث: أحكامها

بالنسبة لأطراف التعاقد وخلفهما العام فان العبرة بالعقد الحقيقي فقط، فلا يعتد بتاتا بالعقد الظاهر وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 199 من القانون المدني بقولها: "إذا أخفى المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي".

وتثبت الصورية فيما بين المتعاقدين والخلف العام وفقا لقاعدة عدم جواز إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون محرر كتابي إلا بالكتابة، ماعدا ما استثناه المشرع في هذه الحالة، وهو وجود بداية ثبوت بالكتابة أو وجود مانع أدبي أو مادي يحول دون الحصول على دليل كتابي أو حالة فقد الدليل الكتابي لسبب أجنبي.

ففي هذه الحالات الثلاث يمكن النزول عن الاثبات بالكتابة الى الاثبات بالشهادة والقرائن.

وهناك حالة واحدة يمكن بمقتضاها تجاوز قاعدة عدم جواز اثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة الا بالكتابة وهي إذا كان هدف الصورية هو التحايل على القانون، فيجوز للمتعاقد هنا وخلفه العام اثبات هذه الصورية بجميع طرق الاثبات، فلا يجوز التمسك بقاعدة الكتابة مثلا في دين هو في حقيقته دين قمار ويظهره المتعاقدان على أنه عقد قرض عادي.

أما بالنسبة للغير، وهو كل شخص لم يكن طرفا في التصرف الصوري لكن تكون له مصلحة تجعله يستفيد أو يضار من هذا التصرف، وهم الدائنون العاديون للمتعاقدين وخلفهم الخاص، فيمكن لهم متى كانوا حسني النية حسب المادة 198 من القانون المدني أن يتمسكوا بالعقد الصوري الظاهر، وترتبيا على ذلك، لا يمكن بأي حال من الأحوال التمسك في مواجهتهم بالعقد المستتر، كما يجوز لهم اثبات الصورية بكل طرق الاثبات حيث انهم ليسوا طرفا في العقد حتى يطلب منهم الامتثال لقاعدة عدم جواز اثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها إلا بالكتابة، فالتصرف بالنسبة لهم يأخذ حكم الواقعة المادية.

وتجدر الإشارة هنا الى أنه يمكن أن يحصل تعارض بين الدائنين فيما بينهم، فهناك من تكون مصلحته في تطبيق العقد الظاهر وهناك من تكون مصلحته في تطبيق العقد المستتر، وما يلاحظ هو عدم تطرق المشرع الجزائري لهذه النقطة وإن كنا نرى حسب المادة 198 سالفة

الذكر، أنه وفي حال وجود هذا الاختلاف بين الدائنين فإن الذين يجب الأخذ بموقفهم هم الدائنون الذين يتمسكون بالعقد الظاهر، وهذا ما يتماشى مع نص المادة.

ولقد تطرقت العديد من التشريعات الى هذه الحالة وأعطت الخيار للدائنين بين الأخذ بالعقد الصوري أو العقد المستتر، وإن حدث اختلاف بينهم يؤخذ بقول من يرى بتطبيق العقد الظاهر.

المطلب الرابع: الحق في الحبس

(المواد 200-201-202)

يمكن للدائن إذا كان ملتزماً بأداء شيء لمدينه، أن يتمتع عن أداء هذا الالتزام مادام هذا الأخير مرتبطاً بالالتزام المدين اتجاه الدائن، وهذه هي فكرة الحق في الحبس. فهذا الأخير يقصد به حبس الشيء الذي التزم الدائن بأدائه للمدين حتى يستوفي حقه منه.

وأبرز امثلة الحق في الحبس، حبس البائع للشيء المبوع عن المشتري حتى يستوفي ثمنه، وحبس المقاول للشيء الذي صنعه حتى يستوفي أجره... وسنتطرق لهذا الحق بدءاً بشروطه ثم آثاره وأخيراً إنقضاء الحق في الحبس.

الفرع الأول: شروط الحق في الحبس

تنص المادة 200 من القانون المدني على مايلي: "كل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالالتزام ترتب عليه وله علاقة سببية وارتباط بالالتزام المدين. أو مادام الدائن لم يتم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالالتزامه هذا.

ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع".

وحسب هذه المادة يمكن تحديد شروط الحق في الحبس على النحو التالي:

1-التزام في ذمة الحابس بأداء شيء معين يقتضي الحق في الحبس أن يكون في ذمة الحابس التزام بأداء شيء معين مهما كان هذا الشيء ومهما كان مصدره، ومثاله إمتناع الحابس عن تسليم شيء باعه حتى يستوفي ثمنه ...

وليس ضروريا أن يكون الحابس مالكا للشيء المحبوس، فيمكن للحائز حيازة عرضية وبطريقة مشروعة، حسب نص المادة سالفه الذكر، أن يحبس ما في حيازته عن مالكة الحقيقي الى غاية استرداد ما أنفقه عليه من مصروفات (المادة 02/202).

أما إذا كانت هذه الحيازة غير مشروعة كمن يحوز منقولا عن طريق السرقة مثلا، فلا يجوز له حبسه عن مالكة طالبا ما أنفقه عليه من مصروفات (المادة 02/202).

2-وجود حق مستحق الأداء للحابس

يجب أن يكون هناك حق للحابس في ذمة المدين، ويجب أن يكون هذا الحق محقق الوجود ومستحق الأداء، فلا يمكن الحديث عن الحق في الحبس إذا كان حق الحابس معلقا على شرط أو مضافا الى أجل (سننترق الى ذلك بالتفصيل في الفصل الثاني من هذه الدراسة عند الحديث عن أوصاف الالتزام).

3-وجوب وجود إرتباط بين حق الحابس وبين التزامه بأداء شيء

ويعتبر هذا أهم شرط، حيث يقصد به وجوب وجود إرتباط بين بين الدينين المتقابلين، وقد يكون هذا الارتباط قانونيا أو ماديا.

فالارتباط القانوني هو ذلك الارتباط الناشئ عن علاقة قانونية بين الدينين، ولعل أبرز صور هذا الارتباط هو ذلك الذي ينشأ في العقود الملزمة لجانبين، فيكون الالتزام الذي في ذمة

المدين هو السبب في الالتزام المقابل الذي ينشأ في ذمة الطرف الاخر، كحق البائع في حبس المبيع (المادة 390 من القانون المدني) والذي يقابله حق المشتري في حبس الثمن (المادة 388).

ويمكن تصور هذا الارتباط حتى دون وجود عقد، ومثال ذلك العلاقة بين الفضولي ورب العمل، فالالتزاماتهما متبادلة وعليه بإمكان كل منهما عدم تنفيذ التزامه حتى يستوفي حقه من الطرف الاخر. (المواد 150...159).

أما الارتباط المادي، فهو الارتباط الناشئ عن واقعة مادية دون أن تكون هناك رابطة قانونية، فكل من حاز شيئاً بحسن نية وقام بالإنفاق عليه يمكنه حبسه عن المالك حتى يسترد ما أنفقه عليه. فمصدر العلاقة بين الحائز والمالك هنا هي الحيازة فقط، ومثاله ما نصت عليه المادة 836 من القانون المدني فيما يتعلق باسترداد الشخص الذي اشترى شيئاً ضائعاً أو مسروقاً بحسن نية لثمنه من مالكة الأصلي، حيث يمكنه أخذ الثمن الذي دفعه مقابل هذا الشيء من المالك، حيث تنص المادة 836 على مايلي: "يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا فقده أو سرق منه أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وذلك في أجل ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة. إذا كان الشيء الضائع أو المسروق قد وجد في حيازة من اشتراه بحسن النية في السوق بالمزاد العلني أو اشتراه ممن يتجر في مثله فإن له أن يطالب ممن يسترد الشيء أن يرد الثمن الذي دفعه." كما أكدت نفس الكلام السابق المادة 839 من القانون المدني.

فإذا انعدم هذا الارتباط سواء كان قانونياً أو مادياً فلا مجال للحديث عن الحق في الحبس. ويتوافر الشروط السابقة يصبح من حق المعني أن يحبس الشيء دون قيامه بأي إضرار، كل هذا وفقاً لمقتضيات حسن النية ودون تعسف في استعمال الحق من الشخص الحابس

الفرع الثاني: آثار الحق في الحبس

تنص المادة 201 من القانون المدني على مايلي: "مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه. وعلى الحائز أن يحافظ على الشيء وفقا لأحكام رهن الحيازة، وعليه أن يقدم حسابا عن غلته.

وإذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه وفقا للأحكام المنصوص عليها في المادة 971، وينتقل الحق في الحبس من الشيء الى ثمنه."

من خلال النص السابق يمكن القول أن آثار الحبس تتمثل في حقوق وواجبات تقع على عاتق الحابس، ويمكن لهذه الآثار أن تمس بحقوق الغير وهم الأشخاص الذين يحتج بالحبس في مواجهتهم.

فمن حق الحابس أمران مهمان وهما:

-حقه في عدم تسليم الشيء المحبوس الى المالك الأصلي.

-تمسكه بحقه في الحبس في مواجهة الغير.

فيمكن لمالك الشيء المحبوس مطالبة الحائز بتسليم الشيء بعد الوفاء بما في ذمته للحائز، ويكون هذا الوفاء كاملا غير منقوص، لأن الحق في الحبس حق غير قابل للتجزئة، إلا إذا رأى القاضي تعسفا في استعمال الحق من طرف الحابس، فيمكنه هنا تجزئة هذا الحق، ويكون ذلك إذا كان الجزء المتبقي للوفاء تافها مقارنة مع الالتزام الأصلي. ويسري ما سبق ذكره على المالك وخلفه العام، كما يطبق على الحابس وخلفه العام، بمعنى أن الحق في الحبس كما يطبق على المالك يطبق على ورثته، وإذا حدث ومات الحابس فإن هذا الحق ينتقل الى ورثته كذلك، فلهم حبس الشيء الى غاية استيفاء حقهم.

وجدير بالذكر أن الحق في الحبس لا يمنح للحائز حق إمتياز، فحق الحبس لا يمنح حق التتبع الذي يمنحه حق الامتياز حسب الفقرة الأولى من المادة 201.

والى جانب الحقوق الممنوحة للحابس يلتزم هذا الأخير حسب المادة 201 دائما بمايلي:

- المحافظة على الشيء المحبوس
- المحافظة على ثمار الشيء وتقديم حساب عنها، وحبسها أو حبس ثمنها إذا بيعت مع الشيء المحبوس.
- القيام برد الشيء المحبوس بعد استيفاء حقه.

الفرع الثالث: إنقضاء الحق في الحبس

تنص المادة 202 من القانون المدني على مايلي: "ينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه غير أنه لحابس الشيء إذا خرج من يده بغير علمه أو بالرغم من معارضته، أن يطلب استرداده إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده مالم تنقض سنة من وقت خروجه"

وبناء على هذا النص، قد ينقضي الحق في الحبس بطريق أصلي أو بطريق تبعي.

1-إنقضاء الحق في الحبس بطريق أصلي

ويقصد به انقضاؤه قبل انقضاء الحق المضمون بطريقة مستقلة تماما، ويكون ذلك إما بتقديم المالك لضمان كاف قصد الوفاء بالحق المحبوس وذلك عن طريق رهن أو كفالة... وهذا حسب المادة 200. وإما بإخلال الحابس بالتزامه بالحفاظ على العين المحبوسة وهنا يحق للمالك اللجوء الى القضاء والمطالبة بانقضاء الحق في الحبس نتيجة لعدم محافظة الحابس على العين. ويمكن أن ينقضي الحق في الحبس بطريق أصلي كذلك في الحالة التي تهلك فيها العين المحبوسة ونميز هنا بين أمرين:

فإذا كان الهلاك نتيجة لخطأ الحائز فإنه يلزم بالتعويض، أما إذا كان الهلاك بسبب أجنبي فإن تبعة الهلاك تقع على المالك. وكمثال على ذلك هلاك الشيء المبيع المحبوس، حيث تنص المادة 391 من القانون المدني على مايلي: "إذا تلف المبيع في يد البائع وهو ماسك له كان تلفه على المشتري ما لم يكن التلف قد وقع من فعل البائع." وينقضي الحق في الحبس أخيرا بطريق أصلي إذا خرج بطريق إرادية من يد الحائز حسب المادة 202.

2-إنقضاء الحق في الحبس بطريق تبعي

وهذا أمر منطقي، فالحق بالحبس في هذه الحالة ينقضي بالتبعية لانقضاء الحق المضمون، فإذا أوفى المالك مثلا بالمصروفات التي أنفقها الحابس، فإن الحبس ينقضي تلقائيا بالتبعية، فلا مبرر للإبقاء على الحبس بعد إعطائه ما أنفق. فما قام به المالك في المثال السابق يسمى وفاء وهو يؤدي مباشرة الى انقضاء الحق في الحبس بالتبعية له، كما يمكن أن ينقضي الحق في الحبس بما يقوم مقام الوفاء كالتجديد والمقاصة...ويمكن أن ينقضي حتى دون وفاء كحالة الإبراء أو إستحالة التنفيذ، مع ملاحظة مهمة وهي أن الحق في الحبس لا يقبل التجزئة - كما سبق ذكره - وعليه لا يقبل بصدده الوفاء الجزئي.

وأخيرا فإن الحق في الحبس لا يتقادم لأن بقاء الشيء المحبوس في يد الحابس هو في حد ذاته يعتبر إقرارا من المدين بمديونيته، وهذا الإقرار المتجدد يقطع التقادم.