وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
– جامعة الشهيد حمة لخضر – الوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية

دروس في مادة القانون المدني
" أحكام الالتزامات"

دروس موجهة لطلبة السنة الثانية ل م د

من إعداد: د. لموشية سامية

السنة الجامعية: 2022 / 2023

- المقصود بالالتزام؟

رابطة قانونية يلتزم المدين بأداء شيء او القيام بعمل او الامتناع عن عمل لمصلحة الدائن. وهو بذلك ينطوي على عنصر المديونية وهو الواجب الملقى على عاتق المدين للوفاء بالتزامه وعنصر المسئولية وهو الذي يمكن الدائن من اجبار المدين على الوفاء بالتزامه في حال عدم تنفيذه.

وعلى هذا فان **التنفيذ العيني (تنفيذ الالتزام)** اما ان يكون:

- تنفيذ عيني اختياري وهو الوضع الطبيعي
- تنفيذ عيني جبرياً عن طريق السلطة العامة لجبر المدين على الوفاء بالتزامه، مثل تسليم البائع المبيع المتفق عليه.

وقد **يكون التنفيذ بمقابل او عن طريق التعويض** :

عندما لا يستطيع المدين تنفيذ التزامه "عينا"، فيجوز للدائن ان يطالب المدين بمقابل يحل محل الاداء الاصلي على ان تكون المطالبة عادلة عن الخسائر التي لحقته نتيجة عدم التنفيذ او التاخير فيه.

قد يكون التنفيذ معلقاً على شرط او مضاف إلى أجل وقد يتعدد اطرافه او يتعدد محله وهذا هو الالتزام الموصوف.

قد **يتغير احد اطراف الالتزام** كأن ينقل الدائن حقه الى دائن اخر او يحيل المدين دينه الى مدين اخر وهذا هو انتقال الالتزام.

لا بد للالتزام ان ينقضي ويكون الانقضاء اما بسبب وفاء المدين لالتزامه او بما يعادل الوفاء الالتزام الطبيعي

الفرق بين الالتزام المدني والالتزام الطبيعي

الالتزام المدني هو الذي يحتوي على عنصرين: المديونية والمسئولية . اما الالتزام الطبيعي فيحوي عنصراً واحداً وهو المديونية فهو التزام ناقص لا تحميه دعوى.

اولاً: مفهوم الالتزام الطبيعي:

يقوم على عنصر المديونية مما يجعل الوفاء به صحيحا مبرئ للذمة ولا يجوز استرداده وليس تبرعاً .

ثانياً: موقف الفقه الاسلامي من الالتزام الطبيعي:

من التطبيقات الهامة لفكرة الالتزام الطبيعي في الفقه الاسلامي هو التقادم وقد نصت عليه م/1674 من مجلة الاحكام العدلية بانه لا يسقط الحق بتقادم الزمن ولكن الذي يسقط هو دعوى المطالبة به قضائياً ويتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي.

ثالثاً: حالات الالتزام الطبيعي:

كالتزام شخص بتعويض آخر عن الضرر غير المباشر، والتزام شخص بالانفاق على طليقته او اقارب له لا تلزمه نفقتهم شرعاً والتزام الاب بتجهيز ابنته او مساعدة ولده في تكاليف الزواج والتزام الورثة بتنفيذ هبات مورثهم والتزام شخص بتقديم مبلغ من المال لمن أدى إليه خدمات لمدة طويلة.

رابعاً: سلطة القاضي تقديرية في الالتزام الطبيعي:

مسالة موضوعية تختلف باختلاف ظروفها المحيطة وسلطة القاضي ليست مطلقة وترد عليها قيدين:

-1الاساس الخلقي القائم على اعتبارات خلقية مستقرة في الضمير الى حد معرفة وجوب الوفاء بها كمبدأ الوفاء بالعهد فهنا يرتقي الواجب الخلقي بالأداء الى الالتزام الطبيعي وليس (تبرعاً). وهو يقوم على معيار موضوعي (شعور الجماعة بصفة عامة) وليس ذاتي (شعور القاضي بصفة خاصة)

-2عدم تعارض الالتزام الطبيعي مع النظام العام والاداب ومن ثم فان ديون المقامرة او الفوائد الربوية او الرهان لا يتخلف عنها التزام طبيعي او اخلاقي (في الدول الاسلامية).

خامساً: آثار الالتزام الطبيعي:

لا يجوز للدائن جبر مدينه على تنفيذ التزامه؛ ولا تجوز المقاصة القانونية بين دين طبيعي ودين مدني لأنها تتطلب المساواة بين الدينين في القوة اما المقاصة الاتفاقية فلا مانع لانها برضا المدين وارادته ؛ ولا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي ولا تأمينه برهن لأنها التزامات اقوى من التزام المدين الاصلي .

لكن بالرغم من ذلك فان للالتزام الطبيعي اثرين هامين:

-1صحة الوفاء الاختياري به؛ يكتفى فيه بالاهلية والسلامة من عيوب الارادة.

2- الالتزام الطبيعي يصلح سبباً للالتزام المدني ويلزم لصحة ذلك ان يكون قاصداً التزاماً مدنياً. كالمقاصة او بسبب اخر كالابراء وهي مواضيع **انقضاء الالتزام.**

المحور الاول: تنفيذ الالتزام

المبحث الاول: التنفيذ العيني للالتزام

طبقا لنص المادة 164 من القانون المدني الجزائري يعتبر التنفيذ العيني هو الأصل في تنفيذ الالتزام، بينما يكون للدائن بالالتزام اللجوء إلى التنفيذ بمقابل متى استحال تنفيذ الالتزام عينا هذا ما نصت عيه المادة 176 من نفس القانون.

المطلب الاول: المقصود بالتنفيذ العيني:

هو أداء المدين عين ما التزم به مختاراً متى كان ذلك ممكناً، طبقاً لما اشتمل عليه العقد وبطريقة تتفق مع مبدأ حسن النية في التنفيذ وقصد المتعاقدين وفقاً لقواعد الأمانة والنزاهة والثقة المتبادلة في نطاق الالتزامات التعاقدية.

يختلف الالتزام بالتنفيذ العيني باختلاف موضوع الالتزام على النحو الآتي:

1- **الالتزام باعطاء شيء:** اي بنقل حق عيني او انشائه فيكون الوفاء بتسليم هذا الشيء المعين (منقول او عقار) مع ملحقاته والمحافظة عليه حتى يتم التسليم القانوني بالكيفية المطلوبة . التسليم يكون في الاشياء المعينة بالذات بتسليمها بعينها وتنتقل ملكيتها بمجرد انعقاد العقد. اما الاشياء المعينة بالنوع فتنتقل ملكيتها عند فرزها وتجنيبها لأن الفرز والتجنيب يحول الشيء المعين بالنوع الى معين بالذات. ان امتنع المدين عن تنفيذ التزامه جاز للدائن ان يحصل على شيء من النوع ذاته ويجوز ان يطلب قيمة الشيء من غير اخلال بالتعويض. **الالتزام باعطاء شيء هو دائما التزام بتحقيق نتيجة.**
2- **الالتزام بالقيام بعمل معين:** فيتم التنفيذ العيني ان قام المدين باداء العمل من حيث الهدف (بنفسه او عن طريق غيره) او من حيث وجوب قيام المدين شخصياً بانجازه متى كانت شخصيته مؤثرة في الالتزام، مثل التزام الفنان برسم لوحة تشكيلية والتزام المحامي بالدفاع في قضية والتزام الطبيب باداء عملية جراحية. ان امتنع المدين عن التنفيذ بنفسه جاز للدائن ان يطلب من القضاء التنفيذ العيني على نفقة المدين كلما كان ممكنا. فان تم التنفيذ على نفقة المدين قام مقام التنفيذ الاصلي. اما ان امتنع المدين عن الاداء بنفسه والاداء على نفقته جاز للدائن حق المطالبة بالتعويض. **ويعتبر الالتزام بعمل هو دائما ما يكون التزام ببذل عناية .**
3- **الالتزام بامتناع عن القيام بعمل معين:** كالتزام الطبيب بالالتزام بعدم افشاء اسرار مريضه والتزام لاعب الكرة بعدم اللعب لصالح فرق اخرى والمقاول ان خالف توجيهات صاحب المنزل. فالاخلال بهذا الالتزام هو بالقيام باداء هذا العمل ويجوز للدائن عندها ان يطلب ازالة العمل على نفقة المدين ان امكن،

فان استحال التنفيذ العيني فيكون التعويض العادل لصالح الدائن، الالتزام بامتناع عن العمل هو دائما التزام بتحقيق نتيجة

المطلب الثاني: التنفيذ العيني الاختياري

هو التنفيذ الصادر من المدين للوفاء بالدين ويتم برضا المدين واختياره وبحسن نية بأداء عين ما التزم به طالما كان ذلك ممكنا. لكل من الدائن والمدين التمسك بالتنفيذ العيني للالتزام حتى لو عرض التنفيذ بمقابل بطريق التعويض والتعويض قد يكون نقدا او عينا بازالة المخالفة التي وقعت من المدين.

الفرع الاول : الاحكام العامة للوفاء:

الوفاء هو عمل قانوني يقوم به المدين يؤدي الى انقضاء الالتزام أيا كان محله سواء تمثل في دفع مبلغ من النقود او تسليم شيء محدد او نقل ملكية شيء او امتناع عن عمل. ويجب ان يتوافر فيه الشروط القانونية المتعلقة بالرضا والمحل والسبب و (ان يكون المدين والدائن كاملا اهلية)، فاذا كان الدائن غير كامل اهلية كان الوفاء لوليه وليس للدائن ولا تبرا ذمة المدين، ولو تم ضياع او هلاك الشيء محل الوفاء في يد الدائن ناقص الاهلية كان لولي الدائن ان يطلب بسداد الدين.

اولاً: طرفا الوفاء:

قد يكون الوفاء من قبل المدين نفسه **وهذا هو الاصل**، وقد ينوب عنه نائبه الاتفاقي او القانوني كالوكيل والولي في القيام بالوفاء، ويعتبر ذا صفة من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن حيث تعد قرينة كافية على وجود النيابة الا لو تم نفيها بالاتفاق الاصلي.

وقد يقوم بالوفاء عنه الغير ممن له مصلحة في انتهاء الالتزام كالمدين المتضامن او كفيله. ولهذا الغير الرجوع على المدين بما دفعه الا لو كانت نيته انصرفت الى التبرع.

ثانياً: رفض الدائن للوفاء:

ان امتنع الدائن عن استيفاء حقه مثل لو رفض دون مبرر او أعلن انه لن يقبل الوفاء مثل للدائن ان يرفض استيفاء حقه النقدي عن طريق الشيكات لان الشيك وفاء معلق على شرط تحصيله. ويترتب على رفض الدائن النتائج التالية:

- تحمل الدائن تبعة هلاك الشيء محل الوفاء او تلفه.
- وقف سريان الفوائد القانونية او الاتفاقية
- حق المدين في التعويض عن الاضرار التي لحقته بسبب امتناع الدائن عن قبول الوفاء
- احتمالية فسخ العقد خاصة لو كان محل العقد اداء عمل (كالمقاولة).

- حق المدين في اتخاذ اجراءات الوفاء كايداع الشيء لدى الجهة المختصة كالمحكمة

ثالثاً: محل الوفاء:

ان الوفاء يكون بذات الشيء المعين المستحق على المدين دون غيره وبه كله لا بعضه بالاضافه الى ملحقاته وتوابعه ومستلزماته، لا يجبر الدائن على قبول شيء غيره ولو كان مساوياً في القيمة للشيء المستحق او كان ذا قيمة اعلى ويجوز الاتفاق على خلاف ذلك بان يقبل الدائن شيء آخر بديلا عن الشيء الاصلي الوارد في العقد ويسمى الوفاء بمقابل وينقضي عليه الالتزام قانونا.

الاصل هو وجوب وفاء المدين بكل الدين المستحق وهي قاعدة عدم تجزئة الوفاء حتى ولو كان قابلا بطبيعته للتجزئة. ويدخل في تحديد الدين مايتبعه من ملحقات وفوائد، الا اذا تم الاتفاق على غير ذلك. وقد يسمح القاضي بتقسيط الدين احيانا للمدين حسن النية وتسمى بنظرة الميسرة ويسمى ايضا الاجل القضائي.

رابعاً: ظروف الوفاء (زمان الوفاء، مكانه ، نفقاته ، اثباته) :

أ- زمان الوفاء :

ان الالتزام يتم تنفيذه فور نشوئه متى كان مستحق الاداء الا ان اتفق على اضافته الى جل او تعليقه على شرط واقف. مثل البيع بالتقسيط .

ب- مكان الوفاء :

ان الاصل ان يتفق المتعاقدان على تحديد مكان الوفاء صراحة او ضمناً واما ان يكون موطن المدين او موطن الدائن او مكان وجود الشيء محل الالتزام. فان لم يوجد اتفاق فيتم العودة الى القواعد العامة وهي تختلف باختلاف محل الالتزام :

ان كان شيء معين بالذات كعقار او سيارة وجب تسليمه في المكان الذي كان موجود فيه وقت نشوء الالتزام اما الالتزامات الاخرى (الالتزام بعمل + الالتزام بالامتناع عن عمل + شيء معين بنوعه كالحبوب) فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء او مكان مركز اعمال المدين . وهذا الاختلاف متماشياً مع القاعدة القانونية (الدين مطلوب وليس محمول).

بالنسبة لتبعات الهلاك فان المعيار القانوني المطبق هو تبعية الرسول المكلف بالنقل. فان كان الرسول يتبع للمدين وهلك الشيء محل الالتزام كانت تبعات هلاكه على المدين. اما اذا هلك الشيء بيد رسول الدائن فتبعة هلاك الشيء على الدائن وتبرأ ذمة المدين من الدين.

ج- نفقات الوفاء :

الاصل بان تكون على المدين الا ان وجد قانون او اتفاق بخلاف ذلك فهي ليست من النظام العام. مثل نفقات افراز الشيء المبيع المعين بالنوع تمهيداً لتسليمه للمشتري بالمقاس او الوزن او الكيل. ونفقات اعداد الشيء المبيع للتسليم كالحزم والتغليف. ونفقات شحن البضاعة الى مكان التسليم. ونفقات ارسال الدين الى الدائن ونفقات نقل الملكية والتحويل من حساب المدين الى حساب الدائن.

د - اثبات الوفاء :

ان عبء اثبات الوفاء بوصفه تصرف قانوني يقع على عاتق المدين وفقاً للقواعد العامة للاثبات بالطرق النظامية والشرعية. مثل الكتابة ان وصلت لنصاب معين حدده القانون، او بكتابة مخالصة مؤرخة وموقعة من الدائن توضح سداد الدين وتعتبر المخالصة بحكم السند الكتابي مع التأشير على سند الدين بحصول على هذا الوفاء ولو كان جزئياً. او بشهادة الشهود او بالقرائن او اليمين الحاسمة.

وإن كانت من المعاملات الالكترونية يجوز اثبات الوفاء بالايميل او بالتوقيع الالكتروني للدائن بشرط التاكد من هوية الشخص الذي اصدره لكي يضمن سلامته من الغش والتزوير.

الفرع الثاني: الوفاء مع الحلول

يترتب على الوفاء انقضاء الالتزام بصفة نهائية. ويستوي ان يكون المدين او غيره مما يؤدي الى براءه ذمة المدين في مواجهة الدائن الموفى له. او من له الصفة في استيفاء الدين لكن ذمته ترتبط بدين آخر وهو حق الغير الذي وفى للدائن، فانه لهذا الغير الحلول محل الدائن في الرجوع على المدين بقدر ما دفع طالما كان غير متبرع للمدين بما وفاه .

اولاً: رجوع الموفي على المدين:

يجوز للغير الذي وفى للدائن أيضاً الرجوع على المدين بدعوى الحلول بمقدار ما اوفى حيث يحل محل الدائن الذي استوفى حقه وبنفس الحق القديم وليس بحق جديد فيحل محله في كافة حقوقه ودفوعه وتأميناته الشخصية او العينية التي كانت ضامنة للدين الذي وفاه فيحصل على الحماية القانونية . اما ان تم الوفاء دون امر المدين فليس للموفي حق الرجوع على المدين بما دفعه لأنه في هذه الحالة يعتبر متبرعا.

ثانياً: حالات الوفاء مع الحلول:

لا يقع الحلول الا بنص القانون وهو (الحلول القانوني) واما بالاتفاق وهو (الحلول الاتفاقي).

أ- الحلول القانوني :

إذا كان الموفي ملزما بالدين مع المدين او عنه كما لو كان احد المدينين المتضامنين . وجود نص قانوني يقرر الحلول مثل حلول المؤمن محل المؤمن له بما دفعه من ضمان عن ضرر.

ب- الحلول الاتفاقي:

اما باتفاق الموفي مع الدائن على ان يكون بناء على ورقة رسمية، او باتفاق الموفي مع المدين فانه يشترط لوقوعه ان يبرم المدين قرضا مع الغير بقصد الحصول على المال اللازم للوفاء بحق الدائن وان يذكر الدائن في المخالصة التي يقر فيها باستيفاء حقه ان الوفاء كان بالمال موضوع القرض. وهذا يقتضي ان يكون القرض قبل الوفاء وان يكون كلا من عقد القرض ولسند المخالصة تاريخ ثابت سابق على نشأة حق الغير حتى يمكن الاحتجاج بها.

ثالثاً: آثار الوفاء مع الحلول:

يترتب على الوفاء مع الحلول ايا كانت صورته حلول الموفي محل الدائن في نفس الحق الذي كان له فانه يحل محله في الرجوع على المدين بمقدار ما اوفى. بمعنى ان الموفي ينتقل اليه الحق بتوابعه وفوائده وتأميناته والضمانات القانونية المقررة للوفاء به سواء كانت شخصية (كالكفالة او التضامن مع مدين آخر) او عينية (كرهن او امتياز) .

ويترتب عليه، ان فكرة الوفاء مع الحلول ذات شقين هما :

1 - وفاء بالنسبة للدائن الاصلي.

2 - انتقال الحق الى الموفي (الدائن الجديد).

ويشترط ان يكون الوفاء صحيح لان الحلول يترتب على الوفاء الصحيح فان كان باطل فلا يرتب حلول.

رابعاً: الحلول الجزئي:

ان حلول الموفي محل الدائن يقتصر على قدر ما وفاه له فان كان الوفاء جزئي فينحصر الحلول في حدود الجزء هذا فقط. مثل لو تنازل الدائن عن جزء من الدين فلا يجوز للموفي ان يرجع على المدين بالدين كله.

المبحث الثاني: التنفيذ العيني الجبري

هو عبارة عن مجموعة الاجراءات الجبرية التي تتخذ في مواجهة المدين لدفعه واكراهه على الوفاء بالتزامه في حال عدم قيامه بالتنفيذ باختياره. يرد التنفيذ الجبري على مال المدين لا شخصه ويتم بواسطة السلطة العامة بشرط ان يكون الحق محقق ومستقر في الذمة ومعين المقدار ومستحق الاداء وخالي من النزاع. فلا يجوز للدائن اخذ حقه بنفسه.

التنفيذ العيني في الفقه الاسلامي:

قيام كل المتعاقدين باداء كل ما عليه من التزامات تعاقدية اداء كامل لا نقص فيه بحسن نية، وعليه فانه يجب الوفاء بعين الالتزام المحدد متى كان ممكناً فان تعذر الوفاء رجع الى الوفاء ببديل عن الالتزام الاصلي على الا يجبر الدائن على قبول البدل ويصير التنفيذ بمقابل (بالتعويض) لعدم الوفاء بالالتزام . من التطبيقات للتنفيذ العيني في الفقه التزام المغصوب (من اخذ مال غيره بغصب او سرقة او وديعه) برد ما اغتصبه ما دام هذا المغصوب قائماً فان استحال رده عيناً رد قيمته وفق مذهب الحنابلة.

المطلب الاول: خصائص التنفيذ الجبري:

يتميز بخصائص ثلاث فهو : 1- عام ، 2- مدني، 3- يقع على مال المدين لا جسمه.

الفرع الاول: التنفيذ الجبري هو تنفيذ عام :

بمعنى الذي يملك الجبر هي السلطة العامة التي تنفذ الاجراءات الجبرية لان ضرورة اللجوء للسلطة العامة هي قاعدة من قواعد النظام العام لا يجوز مخالفتها، كالحجز على اموال المدين سواء ان كانت مؤجلة او معلقة على شرط او ما يكون للمدين في يد الغير او الزامه بتسليم الشيء محل الالتزام.

الفرع الثاني: التنفيذ الجبري هو قهر مدني بحت :

لان الاخلال بالالتزام لا ينشئ جريمة ولا يرتب جزائ جنائياً، محاولات حث المدين لتنفيذ التزامه محاولات مدنية فإن استحالت كان التعويض مقابل استحالة تنفيذ الالتزام لصالح الدائن.

الفرع الثالث : التنفيذ الجبري يقع على اموال المدين :

في الانظمة الحديثة لم يعد التنفيذ يقع على جسد المدين بل امواله (عن طريق التعويض او الحجز التحفظي او حجز ما للمدين لدى الغير) كما كان الحال في الانظمة القديمه

استثناءاً في حاله امتناع المدين عن تنفيذ الالتزام الصادر عنه حكم نهائي في دين مستقر في الذمة ومستحق الاداء لغير عذر الاعسار بوقف الممتنع لمدة لا تزيد عن 10 ايام.

المطلب الثاني: شروط التنفيذ الجبري:

- ان يكون التنفيذ العيني ممكناً.
- الا يكون فيه ارهاق للمدين
- ان يطلبه الدائن بعد اعذار المدين

الفرع الاول: ان يكون التنفيذ العيني ممكناً :

بمعنى انه اذا صار الالتزام مستحيلا سواء كانت الاستحالة بفعل المدين او لسبب اجنبي وسواء كانت الاستحالة مادية (كهلاك الشيء بفعل الحريق او نزع الملكية للنفع العام) او استحالة قانونية (كمنع التعامل في الشيء محل العقد)، فان تحققت الاستحالة فانه يصبح حق الدائن المطالبة بالتعويض.

الفرع الثاني: الا يكون في التنفيذ العيني ارهاق للمدين :

ولا نعني بالارهاق الاستحالة! ولكن الصعوبة الشديدة لتنفيذ عين ما التزم به المدين مما قد يلحق به خسارة شديدة وهي مسالة تترك للسلطة التقديرية . فان كان التنفيذ العيني مرهق للمدين ففي هذه الحالة يكون للمدين يقتصر على دفع تعويض نقدي ولا يسوغ للدائن ان يطالب بالتنفيذ العيني بل يقتصر حقه على التعويض . اما ان كان التنفيذ بطريق التعويض يلحق بالدائن ضرراً جسيماً فلا يقبل من المدين التعويض النقدي بل يتعين التنفيذ العيني لان الدائن اولى بالرعاية القانونية.

الفرع الثالث: ان يطلبه الدائن بعد اعذار المدين :

يجب على الدائن قبل اتخاذ اساليب اجبار المدين على التنفيذ العيبي ان يقوم باعذار المدين (انذاره واخطاره) على ضرورة الوفاء بالالتزام كي يوضع المدين موضع المتاخر في تنفيذ التزامه.

الاعذار هو اجراء لازم لاعتبار المدين مقصراً في التنفيذ وهو عبارة عن ورقة رسمية تعلن للمدين متضمنة الدعوة الى تنفيذ التزامه وتعتبر المطالبة القضائية اعذاراً.

المطلب الثالث: وسائل التنفيذ العيني الجبري:

1- الحجز على اموال المدين
2- ملازمة المدين ومنعه من السفر
3- الغرامة التهديدية

الفرع الاول: الحجز على أموال المدين

للدائن بعد استنفاذ جميع الوسائل النظامية بما فيها ان يطلب من القضاء بعد اعذار مدينه التنفيذ على اموال المملوكة لمدينه باستعمال القوة العمومية الجبرية سواء

كان المال من النقود او منقولات او عقارات او حجز ما للمدين لدى الغير من اموال منقولة.

كما للدائن طلب الحجز التحفظي على منقولات مدينه في حالة الضرورة ان لم يكن للمدين محل اقامة ثابت في المملكة او خشي لاسباب مقبولة اختفاء او تهريب الاموال.

الفرع الثاني: ملازمة المدين ومنعه من السفر

وضع الفقه الاسلامي احكام ملازمة المدين المماطل والاغلاظ عليه بالقول كقول له يا ظالم او يا معتد ونحو ذلك من الفاظ توقظ ضميره لحثه على الوفاء بالتزامه خاصة ان كان موسراً وممتنع عن اداء التزامه بدون عذر شرعي كانت مماطلته ظلم يجب ازالته شرعاً .

انفرد الفقه الاسلامي بالنص على امكانية منع المدين المعسر سيء النية من السفر ان لم يكن لديه ضمان عيني او شخصي كرهن او كفالة لحثه على الوفاء ويعد هذا امر متروك للقاضي وذلك بطلب من الدائن .

يكون المنع من السفر خياراً في حال ان كان السفر يضر الدائن من وراء سفر مدينه وقد يرى الدائن ضرورة منع المدين وكفيله من السفر ولقاضي الموضوع سلطة تقديرية لتقدير ضرورة منع كفيله أم منع احدهما.

الفرع الثالث: الغرامة التهديدية:

وهي تتمثل في الحكم على المدين بغرامة مالية تهديدية عن كل يوم او كل اسبوع او كل شهر او اي وحدة زمنية لحمله على تنفيذ التزامه عيناً في ميعاد تحدده المحكمة. وتعد افضل وسيلة حديثة لجبر المدين على التنفيذ العيني لالتزامه كوسيلة غير مباشرة لحمل المدين ودفعه على تنفيذ العيني.

ليس المقصود بالغرامة التهديدية تعويض الدائن عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه، بل المقصود هو الضغط على المدين لتنفيذ التزامه العيني وخاصة في الالتزامات التي لا تنفذ عيناً إلا إذا قام بها المدين بنفسه (كالطبيب والمحامي ومقاول معروف).

ونظام الغرامة التهديدية هو نظام مدني بحت وليس المقصود منه العقوبة الجنائية، والحكم القضائي التهديدي الذي يقضى بالغرامة التهديدية هو حكم وقتي يتزايد مع استمرار اصرار المدين وتعنته على الامتناع عن التنفيذ، ثم يحل محله حكم نهائي لجمع مبلغ الغرامة النهائي وتقدير التعويض الذي يتحمله المدين عن تاخيره في التنفيذ مراعياً مقدار الضرر الذي لحق بالدائن. وعليه فالقاضي يقدر التعويض الذي اصاب الدائن مقدار العنت من قبل المدين. ويجوز للقاضي ان يزيد مقدار هذه الغرامة ان ظهر استمرار تعنت المدين. ويترتب عليه انه لا محل لمطالبة المدين بالتنفيذ العيني

وفي هذه الحالة ينقضي التزام المدين دون تعويض لانه لا التزام بمستحيل ولا تكليف بمستحيل .

ينقضي الالتزام قانونا حيث ينشا الالتزام ممكن ثم يستحيل تنفيذه في وقت لاحق، اما ان كانت الاستحالة من وقت نشوء الالتزام فان الالتزام لا ينشأ لاستحالة المحل.

وعليه الدراسة الغرامة التهديدية تكون من خلال :

- شروط الحكم بالغرامة التهديدية
- طبيعة الحكم بالغرامة التهديدية
- آثار الحكم بالغرامة التهديدية

اولا: شروط الحكم بالغرامة التهديدية :

يشترط ثلاثة شروط اساسية :

1- ان يكون تنفيذ الالتزام عيناً لا يزال ممكناً: لان الحكم بالغرامة التهديدية يهدف الى حمل المدين على الوفاء واكراهه واجباره على تنفيذ عين ما التزم به فان تبين ان التنفيذ اصبح مستحيل فانه لا مجال لاستخدام التهديد المالي لفوات الغرض منه.

2- ان يكون التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن او غير ملائم الا لو قام به المدين بنفسه: اي ان يقتضي تنفيذ الالتزام تدخل المدين شخصياً (الالتزام بعمل) كما لو كان المدين ينفرد بالعلم او المهارة او الخبرة لتنفيذ الالتزام. كالتزام الفنان بالتمثيل او الغناء او رسم لوحة والطبيب والمهندس المعماري. والالتزام بامتناع عن عمل كالتزام لاعب الكره بشخصه بعدم اللعب في فريق منافس. وعليه فانه لا محل للحكم بالغرامة التهديدية ان كان الالتزام محله اعطاء شيء كنقل ملكية منقول او عقار او اداء مبلغ لان التنفيذ يكون مباشر وبحكم القانون ودون حاجة الى تدخل المدين شخصياً . ولا يجوز الحكم بالغرامة التهديدية ان انطوت على مساس بشخصية المدين (حقوقه اللصيقة بالشخصية) كالحقوق الفكرية وحقه في منع نشر مؤلفه حتى لو تنازل عن حقه المالي للناشر .

أ- ان يقوم الدائن بطلب الحكم بالغرامة التهديدية : وذلك لان المحكمة لا تحكم بالغرامة التهديدية من تلقاء نفسها بل يجب ان يكون ذلك بطلب من الدائن ولقاضي الموضوع سلطة تقديرية في الحكم بالغرامة ويجوز رفضها .

ثانيا: طبيعة الحكم بالغرامة التهديدية:

الحكم بالغرامة التهديدية ليس حكم قطعي او حاسم او نهائي يفصل في موضوع النزاع، بل هو حكم مؤقت مصيره التصفية حسب ما ينتهي اليه موقف المدين الممتنع . ويترتب عليه جواز رجوع القاضي عنه إن تبين عدم جدواه او تعديله بالزيادة ليكون أكثر فعالية في تهديد المدين.

وللتفرقه بين الغرامة التهديدية والتعويض الذي قد يقرر لصالح الدائن بسبب اخلال المدين بالتزامه، فيتم الرجوع إلى مقدار المبلغ المحكوم به، فان تبين انه يقارب التعويض عن الضرر الناجم عن الاخلال بالالتزام كان المبلغ تعويض عن الضرر والا فهو غرامة تهديدية لا غير. وعليه فان لم يجدِ اسلوب الغرامة التهديدية فعلى الدائن الرجوع الى المحكمة المختصة التي اصدرت حكم الغرامة التهديدية لتقضي بالحكم بالتعويض من اموال المدين .

ثالثا: آثار الحكم بالغرامة التهديدية:

إن أحدث الحكم بالغرامة أثره في حمل المدين على التنفيذ العيني لالتزامه ينتهي أثر هذا الحكم التهديدي المالي المؤقت ويرجع الدائن الى المحكمة للمطالبة بالتعويض عن الاضرار التي لحقته من فترة التأخير في تنفيذ الالتزام. أما إن أصر المدين على عدم تنفيذ التزامه فيرجع الدائن ايضا الى المحكمة لتقدر له التعويض بسبب عدم التنفيذ وتقدير التعويض يكون بقدر الضرر. ولا يجوز للحكم بالغرامة التهديدية أن تتجاوز مقدار التعويض عن الضرر الفعلي الذي نشأ وألا فإن الحكم بالغرامة يستوجب النقض.

المبحث الثالث: التنفيذ بمقابل أي بطريق التعويض

ان كان الاصل هو التنفيذ العيني للالتزام فان هناك حالات لا بد فيها من اللجوء الى التنفيذ بمقابل او عن طريق التعويض وهو يقوم مقام التنفيذ العيني لتعويض الدائن عن الاضرار التي اجابته من جراء عدم وفاء المدين بالتزامه او تأخره في الوفاء . والتنفيذ بمقابل او عن طريق التعويض هو طريق احتياطي لا يلجأ اليه الا ان تعذر التنفيذ العيني للالتزام. فهو ليس التزام جديد بل هو تنفيذ للالتزام الاصلي لذا فان التامينات المقررة لضمان التزام المدين تبقى لضمان الوفاء بالتعويض .

- **حالات التنفيذ بمقابل (اي بالتعويض) :**

1- ان اصبح التنفيذ العيني مستحيلاً لفوات المحل او فوات وقت اداء الالتزام.

2- ان كان التنفيذ العيني مرهقاً للمدين كتحقق خسارة جسيمة على المدين .

3- ان كان تدخل المدين الشخصي ضرورياً او ملائماً لتحقيق التنفيذ العيني كالمغني والرسام والطبيب

4- ان كان التنفيذ العيني ممكن ولكن لم يطلبه الدائن ولم يعرض المدين القيام به.

- **أنواع التعويض**

1- تعويض عن عدم تنفيذ الالتزام. (يحل محل التنفيذ العيني ولا يجتمع معه)
2- تعويض عن أتاخر في الوفاء بالالتزام. (لا يحل محل التنفيذ العيني او التعويض ويجتمع مع التنفيذ العيني او التعويض عن عدم التنفيذ، كما انه يحل مجتمعاً مع التنفيذ العيني الجزئي للالتزام فيقرر التعويض عن عدم التنفيذ وتعويض عن التأخر في الوفاء) .

التنفيذ بطريق التعويض يمكن ان يتناول اي نوع من انواع الالتزام (باعطاء شيء او عمل او امتناع عن عمل) اما ان كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود فلا مجال للتعويض فيه لان الالتزام قابل للتنفيذ دائماً فان تاخر المدين في الوفاء بالتزامه جاز للدائن المطالبة بالتعويض عن التاخر.

ولا يستطيع الدائن المطالبة بالتعويض الا ان توافرت شروط المسئولية العقدية بان يثبت وقوع الخطا العقدي وان خطا المدين اصابه بضرر واثبات علاقة السببية بين الخطا والضرر. كما على الدائن ان يقوم باعذار مدينه كشرط اضافي لاستحقاق التعويض.

عليه ستتم دراسه التنفيذ بمقابل وذلك بدراسة كلا من الاعذار وكيفية تقدير التعويض.

المطلب الاول: الإعذار

الاعذار هو اجراء يقصد به وضع المدين موضع المتاخر في تنفيذ التزامه ان لم يوف به فوراً وذلك عن طريق مطالبته رسمياً بتنفيذ التزامه اي بانذاره واخطاره والتنبيه عليه الى انه مقصر في الوفاء بالتزامه وانه سيصبح مسؤولا قانونا عن عدم التنفيذ او التاخير فيه.

الفرع الاول: الاعذار كشرط لاستحقاق التعويض .

لا يستحق التعويض قانوناً الا بعد اعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك نظاما او اتفاقاً وسواء اكان التعويض عن عدم تنفيذ الالتزام اصلا ام عن التاخر فيه . لوضع المدين موضع المقصر في الوفاء بالالتزام لترك فرصة للمدين لكي ينفذ التزامه باختياره دون اجبار ؛ وذلك لان السكوت عن المطالبة هو موقف سلبي يحمل محمل التسامح والرضا الضمني بارجاء التنفيذ وانه غير متضرر من تاخر المدين في التنفيذ.

الفرع الثاني: كيف يتم الاعذار:

الاصل ان يتم اعذار المدين بانذاره كتابة بأية ورقة رسمية تعلن بواسطة اعوان القضاء من الدائن الى المدين الذي يبين فيها بوضوح رغبته في اقتضاء حقه. او بالاخطار الشفوي او الخطاب العادي لانه غير متعلق بالنظام العام. كما انه لايتم بورقة شكلية فلا يشترط فيه بيانات محددة.

وبهذا الصدد اكتفى الفقه الاسلامي بحلول اجل الدين واعتباره كاف بذاته لاعتبار المدين معذراً بمحض ارادته وبحسن نية ودون مماطلة.

الفرع الثالث: الحالات التي لا يشترط فيها الاعذار:

1- ان اصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن بفعل المدين : مثل لو باع شخص عقاره ثم باعه مره اخرى قبل تسجيل العقار باسم الاول وتم تسجيله باسم الثاني وكان الثاني حسن النية فهنا يستحيل تنفيذ الالتزام بالنسبة للاول. اما ان كانت الاستحالة قد وقعت بسبب اجنبي فانه لا محل للتعويض وبالتالي للاعذار.

2- ان كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على فعل غير مشروع (المسئولية التقصيرية)

3- ان كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين انه مسروق او مغصوب فالمدين سيء النية يلتزم بالرد دون اعذار ويلتزم ايضاً بالفوائد والارباح من يوم اصبح فيه سيء النية ويكون مسؤولا عن هلاك الشيء او ضياعه.

4- ان صرح المدين كتابة بانه لا يريد تنفيذ التزامه ويقوم ايضا مقام الكتابة الاقرار امام القضاء واليمين.

5-ان نص القانون او اتفق الطرفان صراحة او ضمناً على عدم لزوم الاعذار ويعتبر المدين معذرا بمجرد حلول الاجل المحدد في العقد

الفرع الرابع: اثار الاعذار :

1- استحقاق تعويض الدائن عما لحقه من ضرر وخسائر من جراء عدم التنفيذ او التاخير فيه من وقت الاعذار .

2-انتقال تبعة الهلاك من الدائن الى المدين بعد الاعذار في الحالات التي كانت تقع فيها على الدائن مثل هلاك الشيء المبيع يكون على البائع قبل التسليم وتنتقل تبعة الهلاك الى المشتري ان اعذره البائع لتسليم المبيع ولم يفعل .

3- فسخ العقد الملزم للجانبين ويجوز للدائن التمسك بالفسخ مع التعويض ان لم يقم المدين بتنفيذ التزامه بعد اعذاره مالم يتفق الطرفان على استبعاد الاعذار

المطلب الثاني : كيفية تقدير التعويض

ان كان تقدير التعويض من قبل القاضي فهو التعويض القضائي وقد يتم تقديره من قبل الطرفان مقدما وهو التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) اما ان كان محل الالتزام نقود فقد يتولى القانون تقدير ما تسمى بالتعويض القانوني (فوائد التاخير القانونية). وعليه ستقسم الدراسة لهذا المطلب من خلال :

- التعويض القضائي
- التعويض الاتفاقي
- التعويض القانوني

الفرع الاول: التعويض القضائي :

التعويض القضائي بمعنى ان القاضي هو الذي يحدده في طبيعته وفي مداه وفقاً لضوابط وأسس قانونية محددة ومعينة. ويشترط لاستحقاق التعويض القضائي توافر شروط قانونية وهي شروط تحقق الخطأ المدني عقدي كان او تقصيري والضرر وعلاقة السببية بينهما. ويشترط ايضاً ضرورة اعذار المدين مالم يوجد نص يقضي بخلاف هذا.

اولاً: يتحدد التعويض في طبيعته:

بان يحكم القاضي بالتعويض العيني ان طلبه الدائن وكان ممكناً من غير ارهاق كبير للمدين. مثل ان يحكم القاضي بازالة بناء اقامه المدين مخالفة لالتزام يمنعه من اقامته. اما ان كان التعويض العيني غير ممكن او مرهق للمدين او غير مجد بالنسبة للدائن لفوات وقته او مرتبط بشخص المدين فليس امام الدائن الا طلب التعويض. يجوز للقاضي ان يحكم بالتعويض النقدي يراعي فيه قيمة المال (عين الالتزام) وما لحق الدائن من خسارة حقيقية وما فاته من كسب مؤكد وقت صدور الحكم القضائي.

ثانياً: كما انه يتحدد في مقداره:

تقوم على عنصرين اساسيين وهما: 1- بما لحق الدائن من خسارة حقيقية و 2- ما فاته من كسب، وهو مدى الضرر المباشر الذي لحق الدائن من جراء اخلال المدين بالتزامه باشتراط ان يكون الضرر مؤكد ومحقق ناجم عن الضرر الواقع فعلا بسبب عدم تنفيذ الالتزام كلياً او جزئياً او التاخير في تنفيذه.

يجوز المطالبة بالفوائد القانونية عن التاخير في تنفيذ الالتزام ان كان محله نقود لكنه في القانون الوضعي بخلاف الفقه الاسلامي الذي لم يجز الفوائد القانونية لانها تفضي الى الربا.

ثالثاً: لا تجوز المطالبة سوى بالضرر الفعلي المباشر:

ايا كانت المسئولية عقدية ام تقصيرية فانه لا يجوز للدائن المطالبة سوى بالضرر الفعلي المادي المباشر الناتج كنتيجة طبيعية لعدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي او التاخير في تنفيذه .

في المسئولية العقدية ، لا تجوز المطالبة بالضرر غير المتوقع او غير المباشر الا في حالة الغش والخطأ الجسيم. **اما في المسئولية التقصيرية** عن الفعل الضار فانه تجوز المطالبة بالضرر المباشر كله المتوقع وغير المتوقع ويشمل الخسارة التي لحقت الدائن والربح الفائت، بالاضافة الى الضرر المعنوي الذي يمس الشرف او السمعة. يعود تقدير الحكم بالتعويض الى قاضي الموضوع حسب خطا المدين وتدليسه دون اغفال لتعنت المدين.

الفرع الثاني: التعويض الاتفاقي

هو أن يتفق الدائن والمدين مقدماً على تحديد مقدار التعويض بالنص عليه في العقد الاصلي او في اتفاق لاحق قبل حدوث الضرر إن لم ينفذ المدين ما التزم به او تأخر في تنفيذه وذلك لحمل المدين على تنفيذ عين ما التزم به.

الأصل أن يقع الشرط صحيحاً وينتج آثاره الشرعية والنظامية تماشياً مع مبدأ العقد شريعة المتعاقدين. يجوز أن يقع في جميع الالتزامات الناشئة عن العقود كالبائع والمشتري، المستأجر والمؤجر، الممثل والمنتج، اللاعب وفريق الكرة، إلا الالتزامات التي تقع على النقود لأنها من الربا.

يصح أن يكون مبلغ من النقود او شيء او عمل او امتناع عن عمل، وقد يقع مبلغ الشرط الجزائي أكبر من قيمة العقد ذاته لحمل المدين على تنفيذ عين الالتزام طالما رضي الطرفان واتفقا على قيمة الشرط الجزائي لكن يجب على الدائن حينها اثبات ان الخطأ أنتج ضرر فعلي لحق به وللمدين الطعن بأن الضرر كي يُجبر يكون ذلك بمبلغ أقل من قيمة العقد .

اولا: خصائص الشرط الجزائي :

- التزام تبعي
- التزام احتياطي
- تقدير جزافي للتعويض

أ- الشرط الجزائي التزام تبعي:

الشرط الجزائي لا يقصد بذاته ولكنه وسيلة لغاية مقصودة وهي حمل المتعاقد على تنفيذ التزامه وعدم الاخلال بالالتزام العقدي .

فهو التزام تبعي يتبع الالتزام الاصلي وجودا وعدماً يستهدف مجرد تقدير التعويض الذي سيكون مستحقاً عند الاخلال بالالتزام العقدي او التاخر في تنفيذه وبمعنى اخر اي انه لا يمكن ان يقوم مستقلاً بذاته .

وعليه فان بطلان الالتزام الاصلي يؤدي الى بطلان الالتزام التبعي اعمالاً لأن التابع يتبع الاصل. كما ان انقضاء الالتزام الاصلي او فسخ العقد الاصلي فان الشرط الجزائي ينقضي بدوره. واخيراً فان الشرط الجزائي لا ينشئ التزاماً جديداً بين الطرفين بل هو مجرد اتفاق تعويضي يثبت في ذمة المدين عند عدم تنفيذه لالتزامه او اخلاله به او تاخره عن تنفيذه. يتشابه الشرط الجزائي مع الكفالة والرهن والتامينات والضمانات حيث يستهدف خدمة وضمان التزام اصلي قائم.

ب- الشرط الجزائي التزام احتياطي:

تعويض قدره الطرفان احتياطياً فهو لا يستحق الا بعد ان يصبح التنفيذ العيني غير ممكن وبعد اعذار المدين لان الاعذار شرط لاستحقاق التعويض ان لم يوجد نص بخلاف ذلك.

ج- الشرط الجزائي تقدير جزافي للتعويض:

تعد هذه الصفة جوهرية ومميزه للشرط الجزائي لأنه ينشئ قبل وقوع اخلال المدين بتنفيذ التزامه ويتم تقديره مقدماً من طرف المتعاقدين في العقد . يتعين لاستحقاق التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) تطبيق القواعد العامة الخاصة باجتماع عناصر المسئولية العقدية وهي ان الخطا العقدي متسبب بوقوع ضرر على الدائن ويقع عبء اثبات تحقق الضرر والخطا العقدي والعلاقة السببية على عاتق الدائن. وعليه فان لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً ان اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه ضرر او انتفاء العلاقة السببية، **وعليه فلا يتم اعمال الشرط الجزائي في الحالات التالية :**

1- انتفاء خطا المدين كما لو استحال تنفيذ الالتزام بسبب اجنبي او قوة قاهرة
2- عدم تحقق الضرر الناتج عن اخلال المدين بالتزامه
3- انعدام السببية بين الخطا والضرر فيما لحق الدائن من ضرر.

ينبغي الالتفات إلى أهمية الشرط الجزائي باعتباره وسيلة تخفف عبء الاثبات عن الدائن فان على الدائن ان يثبت خطا المدين ليثبت الضرر عليه كقرينة غير قاطعة على تحقق الضرر عليه ثم ينتقل عبء الاثبات الى المدين لاثبات انتفاء وقوع ضرر على الدائن حتى ينفي استحقاق الشرط الجزائي.

ثانياً: آثار الشرط الجزائي:

الاصل ان تحققت شروط الشرط الجزائي تعين على القاضي الحكم به دون زيادة او نقصان بناء على نية المتعاقدين ولكن يحق لقاضي الموضوع ان يعدل على مقدار

الشرط الجزائي. وعليه يجوز ان يثبت الحكم بالشرط الجزائي عن التاخير مع التنفيذ العيني للالتزام. فان كان مقدار الشرط الجزائي يساوي مقدار الضرر المتحقق الذي اصاب المدين حكم القاضي بالشرط الجزائي دون تعديل .

اما ان كان مقدار الشرط الجزائي مبالغ فيه وفيه زيادة فاحشة عن الضرر المتحقق فيجوز لقاضي الموضوع تخفيض الشرط الجزائي بما يتناسب مع الضرر الواقع على الدائن. مثل ان اثبت المدين انه نفذ جزء من الالتزام فيخفض قيمة ما تم تنفيذه من مبلغ الشرط الجزائي.

اخيرا ان كان مقدار الشرط الجزائي اقل من قيمة الضرر المحقق على الدائن فالاصل انه لا يحكم بزيادة الشرط الجزائي لانه من قبيل تخفيف الاعباء التعاقدية بين المتعاقدين، الا ان اثبت الدائن ان المدين قام بالغش او انه وقع في خطا جسيم ادى الى الخطا في تقدير قيمة الشرط الجزائي فيجوز حينها ان يحكم القاضي بزيادة الشرط الجزائي.

ثالثاً: التفرقه بين الشرط الجزائي والعربون:

الشرط الجزائي هو تعويض اتفاقي يتم تقديره مسبقاً عن الضرر الذي يصيب الدائن من جراء اخلال مدينه بالالتزام وشرط استحقاقه وقت وقوع الضرر. ولا يحكم به ان لم يصب الدائن ضرر ويجوز تخفيضه ان كان مبالغ فيه. والشرط الجزائي لا يخول للمتعاقد ان يتحلل من التزامه بتنفيذ العقد بدفع مبلغ الشرط الجزائي طالما كان التنفيذ العيني ممكنا. لان الشرط الجزائي ليس التزاماً تخييرياً.

اما العربون هو مبلغ من المال يدفعه احد المتعاقدين للمتعاقد الآخر وقت التعاقد ودفع العربون يفيد ثبوت خيار العدول لكل من المتعاقدين الا ان تم الاتفاق على خلاف ذلك، فان عدل من دفع العربون فقده وان عدل من قبضه رد ضعفه ولو لم يرتب العدول اي ضرر. اما ان استحال تنفيذ الالتزام لظروف خارجه عن اراده المتعاقدين رد العربون لمن دفعه.

البيع بالعربون يعني اما ان العقد اصبح باتا لا يجوز الرجوع فيه اي ان ما تم دفعه جزءاً من الثمن قد دفع ويخصم ذلك الجزء عند تنفيذ العقد ليكمل باقي الثمن المتفق عليه ، واما ان يراد به ان لكل من طرفي العقد حق العدول عن العقد مقابل خساره قيمه العربون.

الفرع الثالث: التعويض القانوني(الفوائد التأخيرية)

فوائد التاخير هي الفوائد القانونية المستحقة كتعويض عن التاخير في تنفيذ التزام مالي بمبلغ من النقود عن الاجل المحدد لوفائه . وتنقسم الى **فوائد تاخيرية** وهي التي تستحق حال التاخر عن الوفاء بالتزام دفع المبلغ النقدي (الالتزام العيني) يحددها القانون ولذا

تسمى بالفوائد التاخيرية القانونية . **وفوائد استثمارية او فائدة راس المال** التي يلتزم المدين بدفعها لا على اساس التعويض بل باعتبارها مقابلا اي ثمن او عوض لانتفاع المدين بالنقود (محل الالتزام) كعقد القرض بفائدة وهي فائدة اتفاقية .

الضمـــــان العـــام

ما هو مفهوم الضمان العام؟

هو أن جميع اموال المدين الموجودة في ذمته المالية (منقولات وعقارات وحقوق مالية) والجائز حجزها جميعها ضامنة للوفاء بديونه حتى لو كان المدين قد تملك بعضها في وقت لاحق لنشوء حق الدائن، وفي حال عدم وجود أفضلية بين الدائنين فان جميع الدائنين متساوين تجاه الضمان.

الغرض من فكرة الضمان العام للدائن:

تمكين الدائن المحكوم له باقتضاء حقه بالحجز والتنفيذ على اموال المدين (موجودات ذمته المالية ولو كانت ديون آجلة او معلقة على شرط) تمهيداً لبيعها واقتضاء حقه منها.

الاصل ان جميع اموال المدين يجوز التنفيذ والحجز عليها الا ما استثنى بنظام مثل:

يترك للمحجوز عليه ما تدعو الحاجة إلى تركه لـه من منقول وعقار مثل مسكنه ومركبه المعتاد، يجوز الحجز على مال المدين من راتبٍ او مخصصاتٍ بعد تقدير الكفاية له من نفقة ونحوها. لا يجوز إيقاع الحجز على عقارات المدين، إذا كانت تقع خارج المملكة.

خصائص الضمان العام

1- **لا يدخل في الضمان العام الا الحقوق المالية للمدين:** والحقوق المالية هي الموجودة في ذمته المالية، والذمة المالية هي مجموع ما للشخص من حقوق مالية وما عليه من ديون والتزامات، بحيث متى زادت الالتزامات على الموجودات كانت الذمة المالية معسرة، وان لم يوف المدين بالتزاماته مختاراً كان للدائن ان يقتضي حقه بالتنفيذ الجبري على اي مال من اموال المدين التي تكون مملوكة له وقت التنفيذ غير الاموال المستثناة.

الموجودات + الذمة المالية = الالتزامات

2- **يتساوى جميع الدائنين في الضمان العام كمجموعة واحدة:** فان اتسعت اموال المدين للجميع استوفوا حقوقهم كاملة ، وان لم تكف فانها تقسم عليهم قسمة غرماء اي بنسبة مقدار دين كل واحد، لا فرق بين دائن على الآخر ولا فرق بين دائن نشأ حقه في تاريخ متقدم ودائن نشأ حقه في تاريخ لاحق، الا الدائن الذي له حق التقدم كحق الرهن وبذلك لا يخضع هذا الدائن لقسمة الغرماء.

مثال/ ان كانت اموال المدين المحجوزة تقدر بـ 100مليون د,ج ، وهناك ثلاثة دائنين / الاول: 60,000، والثاني: 40,000، والثالث: 20,000 دج ، فان الاموال تقسم كالتالي:

- نصيب الدائن الاول: 30,000× (120,000/60,000) = 15,000 د.ج
- نصيب الدائن الثاني: 30,000× (120,000/40,000) = 10,000د.ج
- نصيب الدائن الثالث: 30,000× (120,000/20,000) = 5,000 د.ج

3- الضمان العام لا يخول للدائن <u>حق التتبع</u> لأي مال من أموال المدين:

ان خرج مال من اموال المدين بالبيع فان البيع يسري في مواجهة الدائنين كأصل عام دون اعتراض منهم او سلطة تتبع وتصرفات المدين بعد نشوء الدين قد يترتب عليها اما زيادة امواله وتقوية الضمان العام او انقاص اموال المدين واضعاف الضمان.

يتأثر الضمان العام بالتصرفات التي تكون نتيجة اهمال او تحايل او غش وتلحق أضرارا بالدائنين. وفي هذا يختلف الضمان العام عن الضمان العيني كالرهن الرسمي مثلاً الذي يخول للدائن حق التتبع للعين في أي يد تكون وحق التقدم على سائر الدائنين.

4- الضمان العام لا يخول للدائن <u>حق التدخل</u> في اداره اموال المدين:

في حال عدم اتخاذ التنفيذ الجبري فان المدين يظل محتفظ بحقوقه على أمواله من حيث الادارة والتصرف.

<u>مخاطر الضمان العام ووسائل حمايته</u>

اولا : وسائل المحافظة على الضمان العام:

1- **<u>وسائل تحفظية او احتياطية:</u>** تكفل الحفاظ على اموال المدين وتقويتها الحجز التحفظي على منقولات المدين وحجز ما يكون له لدى الغير من الديون والاعيان المنقولة . التنفيذ الجبري على اموال المدين. شهر اعسار المدين والحجر على امواله بحكم قضائي طالما ان ديونه المستحقه اكثر من امواله وذلك بهدف منعه من الاضرار بالدائنين حبس المدين.

2- **وسائل حماية الضمان العام:** هي الدعاوى والطرق النظامية لحماية الدائن من اهمال مدين: الدعوى غير المباشرة، الدعوى البوليصية، دعوى الصورية، الحق في الحبس.

- **الدعوى غير المباشرة:** بواسطتها يباشر الدائن حقوق مدينه قبل الغير نيابة عنه للمحافظة على الضمان العام بسبب اهمال مدينه او تقصيره في المطالبة القضائية بأمواله وحقوقه المالية.
- **الدعوى البوليصية:** يصل الدائن بها الى عدم نفاذ التصرفات الصادرة من المدين المعسر في مواجهته ان كان المدين لجأ الى هذه التصرفات باهماله او تقصيره للاضرار بالدائنين.
- **الدعوى الصورية:** بها يظهر الدائن صورية التصرف الكاذب الذي قام به مدينه لابعاد بعض امواله وحرمانه من التنفيذ عليها امام الكافة للمحافظة على الضمان العام.
- **الحق في الحبس:** هو ضمان خاص يخول كل من التزم باداء شيء ان يمتنع عن الوفاء به مادام الطرف الآخر لم يعرض الوفاء. فيكون للدائن ان يحبس المال او الشيء الموجود تحت يده حتى يستوفي حقه كاملاً . مثل ان يحبس البائع الشيء المبيع حتى يستوفي الثمن باكمله من المشتري.

ثانياً: عدم كفاية الضمان العام:

ان الضمان العام لا يقدم للدائن الحماية القانونية اللازمة لاستيفاء حقه الذي قد يضيع كليا او جزئيا بسبب اعسار المدين او بسبب مزاحمة باقي الدائنين له او بسبب التصرفات التي قد يتصرفها المدين بقصد الاضرار بدائنيه ويترتب عليها انقاص حقوقه او زيادة التزاماته.

كما ان الدعاوى (البوليصية، الصورية، غير المباشرة) معقدة وصعبة الاثبات والاجراءات ومكلفة وما ينتج عنها لا يستأثر به الدائن لوحده بل يتساوى مع بقية الدائنين مما يجعل الدائن قد يتردد في الخوض فيها.

والافضل من النواحي الاجرائية اتخاذ الدائن حلول قانونية اخرى كالدعوى المباشرة ضد مدين مدينه وباسمه الشخصي والمقاصة والحق في الحبس رغم انه لا يخول له الافضليه في استيفاء حقه، ثم على الدائن البحث عن الادوات الفعالة كالضمانات الخاصة الشخصية (كالكفيل) او العينية لضمان استيفاء حقه كاملاً.

المبحث الرابع: الوسائل التي تكفل للدائن تنفيذ الالتزام

الخوض للمحافظة على الضمان العام للدائنين وخاصة في مجال التصرفات القانونية التي يباشرها المدين عمد القانون الى تخويلهم جميع وسائل التنفيذ والضمان لاستيفاء حقوقهم كاملة والتنفيذ عليها، وهذه الوسائل هي : الدعوى غير المباشرة ، الدعوى البوليصية، الدعوى الصورية، والحق في الحبس .

المطلب الأول: الدعوى غير المباشرة

هي دعوى استعمال حقوق المدين باسمه عن طريق القضاء اي بمعنى ان الدائن يكون نائباً قانونياً في المطالبة بحقوق المدين التي لم يقم باستعمالها نتيجة قعوده او اهماله عن استعمال بعض حقوقه او المطالبة بها. ويترتب عليه ان ما يحكم به في هذه الدعوى يدخل في الذمة المالية للمدين ويكون ذلك في سبيل المحافظة على الضمان العام لجميع دائنيه تمهيداً للتنفيذ عليها. وهذا لا ينفي ان الحق يظل ثابت للمدين من حيث ادارته واستعماله واستغلاله وله ان يتصرف فيه.

سميت بالدعوى غير المباشرة لان الدائن لا يستفيد منها بطريق مباشر وانما تعود عليه بطريق غير مباشر لان المال المتحصل عليه لا يستاثر به وحده وانما يذهب الى ذمة المدين فيزيد الضمان العام وبالتالي يجد الدائن اموال في ذمة المدين عند التنفيذ الجبري على امواله واقتسامها مع بقية الدائنين.

كما انها غير مباشرة من حيث رفعها امام المحاكم لان الدائن لا يرفعها باسمه شخصياً وانما باسم مدينه ونيابه عنه.

الفرع الأول: شروط الدعوى غير المباشرة

شروط متعلقة بالدائن و شروط متعلقة بالمدين وشروط متعلقة بالحق.

أولاً: الشروط المتعلقة بالدائن:

1-ان يشترط في حق الدائن ان يكون موجود (مؤكد وخالي من النزاع حول وجوده ولا يهم التاريخ الذي تحقق فيه هذا الوجود فلكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الاداء وذلك لان الضمان العام مقرر للدائنين بغض النظر عن تاريخ نشوء حقوقهم).

2-ان تكون للدائن مصلحة عاجلة على اقامة الدعوى عند اهمال مدينه عن استعمال حقوقه بنفسه مما يؤدي الى اعساره او يزيد في الاعسار القائم بالفعل ويقع عبء اثبات اعسار المدين على عاتق الدائن.

3- انه لا يشترط في حق الدائن ان يكون معلوم المقدار ليستعمل الدعوى غير المباشرة فانه يجوز للمضرور رفع هذه الدعوى قبل ان يصدر حكم قضائي يتحدد فيه قيمة التعويض المستحق له. لذا ان كان حقه معلق على شرط او مضاف الى اجل ان

يستعمل ايضاً الدعوى غير المباشرة باعتبارها من الاجراءات التحفظية لانه يهدف الى الحفاظ على الضمان العام.

4- لا يشترط ان يكون حق الدائن ثابت في سند تنفيذي لان الدعوى غير المباشرة ليست من اجراءات التنفيذ بل هي تمهيد للتنفيذ.

ثانياً: الشروط المتعلقة بالمدين:

1-لا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا الا ان ثبت ان المدين لم يستعمل هذه الحقوق وان عدم استعماله لها من شانه ان يسبب الاعسار او يزيد من الاعسار .

2- ان تكون للدائن مصلحة جدية ويقدر قاضي الموضوع ما ان كان المدين قد اهمل في رفع دعواه ام لا ويتمتع في ذلك بسلطة تقديرية مطلقة.

فان كان المدين موسراً وكانت امواله تغطي ديونه وكان للدائن استيفاء حقه كاملا فليس للدائن ان يتدخل في شئون مدينه ورفع الدعوى غير المباشرة.

ثالثاً: الشروط المتعلقة بالحق:

وهو الحق الذي يستعمله الدائن باسم مدينه ونيابة عنه وعليه فان القاعدة هي انه يجوز للدائن ان يستعمل جميع حقوق المدين المالية الموجودة بذمته فعلاً التي يمكن تقويمها بالنقود والتي يجوز الحجز عليها مثل العقارات والمنقولات والحقوق المالية فان نطاق الدعوى غير المباشرة يشمل جميع الحقوق والاموال التي تعتبر جزءاً من الذمة المالية للمدين .

وعلى ذلك فان الحقوق غير المالية كالحق في الصورة وحق الملكية الفكرية والحقوق اللصيقة بالشخصية كحق المؤلف لا تدخل باصل وضعها في الضمان العام ولا تصلح ان تكون محل للدعوى غير المباشرة

كما لا يجوز للدائن ان يحل مدينه في استعمال الرخص والخيارات مثل قبول المقايضة او الهبة او الوصية لان استعمال هذه الرخص لا يقصد به المحافظة على الضمان العام وبالتالي يخرج عن الدعاوى غير المباشرة.

مثل: دعوى دائن البائع على المشتري بدفع الثمن الذي في ذمته او فسخ عقد البيع لعدم دفعه، ودعوى دائن الوارث للمطالبة بحقوق مدينه في التركة، ودعوى دائن المضرور بالتعويض عما اصاب مدينه من ضرر، ودعوى ابطال عقد كان مدينه طرفاً فيه لعيب من عيوب الارادة، ودعوى دائن المستامن على المؤمن عند تحقق الخطر المؤمن منه.

الفرع الثاني : آثار الدعوى غير المباشرة

أولاً: احتفاظ المدين بحرية التصرف في حقه:

هذه الدعوى وسيلة تهدف للحفاظ على الضمان العام للمدين وتقويته والتي تكفل حصولهم على حقهم ومن ثم لا يجوز للدائن ان يتولى ادارة اموال المدين او الاشراف عليها كان يبيع اموال مدينه نيابه عنه او ان يؤجرها لان المدين يظل صاحب الحق المطالب به ويحتفظ بحرية التصرف على امواله بنقله للغير او حتى بالتنازل عنه كما لو أبرأ مدينه منه وعندها يكون للدائن رفع الدعوى البوليصية لطلب عدم نفاذ التصرفات وسياتي شرحها.

ثانياً: طبيعة نيابة الدائن عن المدين:

من اهم الاثار للدعوى غيرالمباشرة انها صورة خاصة من صور النيابة القانونية ينوب فيها الدائن عن مدينه المهمل في استعمال حقوقه والدفاع عنها بهدف المحافظة على امواله. وهذه النيابة مقررة لمصلحة الدائن وليس لفائدة المدين.

ثالثاً: ادخال المدين خصماً في الدعوى:

يترتب على كون نيابة الدائن مقرره لصالحه ان وجوده في الدعوى لا يغني عن وجود المدين بل يجب عليه ادخاله في الدعوى لان صاحب الحق اعلم بالملابسات وظروف الدعوى .

يتعين على الدائن رافع الدعوى اعذار المدعى عليه (مدين مدينه) بالوفاء بالحق المطالب به قضائياً وللخصم التمسك بكافة الدفوع التي كان بامكانه التمسك بها في مواجهة دائنه المباشر كانقضاء الدين بالوفاء او الابراء او بطلان العقد او طلب فسخ العقد. وذلك لان الدائن المدعي ليس الا نائباً.

رابعاً: دخول حق المدين في نطاق الضمان العام:

يترتب على ما سبق ان ما يحكم به في الدعوى لا يستاثر بحصيلته الدائن رافع الدعوى وانما يدخل في اموال المدين ضماناً عاماً لجميع دائنيه وبذلك تعود الفائدة ليس فقط على الدائن رافع الدعوى بل على جميع الدائنين ويتقاسم الدائنون ما دخل في ذمة مدينهم قسمة غرماء.

ان القوانين الحديثة وفرت للدائن حماية خاصة وهي الدعوى المباشرة التي تخول للدائن ان يرفع دعوى على مدين مدينه يستأثر فيها بالحق لنفسه ويرفعها الدائن باسمه شخصياً لا باسم مدينه مطالباً بالحق من مدين مدينه دون ان يتعرض لمزاحمة باقي الدائنين مما يعد خروجاً على قاعدة المساواة بين الدائنين.

يجب على الدائن قبل رفع الدعوى انذار مدين مدينه (المدعى عليه) بالوفاء بالحق المطالب فيه. وضرورة وجود ارتباط بين التزام مدين المدين نحو المدين الاصلي وبين التزام الاخير اتجاه دائنه.

الدعوى المباشرة لا تتقرر الا في حال وجود نص نظامي لانها دعوى استثنائية كنوع من الضمان الخاص .

مثل : دعوى المؤجر قبل المستاجر من الباطن ليستوفي اجرة العين المؤجرة من المبالغ التي قد تكون في ذمة الاخير للمستاجر الاصلي .

الدعوى بين الموكل ونائب الوكيل (في حال وجود عقد وكالة من الباطن بين الوكيل ونائبه) بان يرجع كل منهما مباشرة الى الاخر .

الدعوى بين المضرور وشركة التامين في الحوادث المرورية بناء على التامين الاجباري لتغطية الاضرار التي تلحق الغير في عقد التامين بين الؤمن والمستامن.

المطلب الثاني : الدعوى المباشرة

وفرت القوانين الحديثة للدائن حماية خاصة وهي الدعوى المباشرة التي تخول للدائن ان يرفع دعوى على مدين مدينه يستأثر فيها بالحق لنفسه ويرفعها الدائن باسمه شخصياً لا باسم مدينه مطالباً بالحق من مدين مدينه دون ان يتعرض لمزاحمة باقي الدائنين مما يعد خروجاً على قاعدة المساواة بين الدائنين.

يجب على الدائن قبل رفع الدعوى انذار مدين مدينه (المدعى عليه) بالوفاء بالحق المطالب فيه. وضرورة وجود ارتباط بين التزام مدين المدين نحو المدين الاصلي وبين التزام الاخير اتجاه دائنه.

الدعوى المباشرة لا تتقرر الا في حال وجود نص نظامي لانها دعوى استثنائية كنوع من الضمان الخاص . مثل : دعوى المؤجر قبل المستاجر من الباطن ليستوفي اجرة العين المؤجرة من المبالغ التي قد تكون في ذمة الاخير للمستاجر الاصلي .

الدعوى بين الموكل ونائب الوكيل (في حال وجود عقد وكالة من الباطن بين الوكيل ونائبه) بان يرجع كل منهما مباشرة الى الاخر .

الدعوى بين المضرور وشركة التامين في الحوادث المرورية بناء على التامين الاجباري لتغطية الاضرار التي تلحق الغير في عقد التامين بين الؤمن والمستامن.

المطلب الثالث: الدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ التصرفات

الفرع الأول : التعريف بالدعوى وتكييفها قانونا:

أولا: تعريف الدعوى:

هي الدعوى التي يكون للدائنين الحق في طلب عدم نفاذ تصرفات المدين الضاره التي تضر بضمانهم العام بتعطيل اثرها وعدم نفاذها في مواجهتهم. وهنا تكمن خطورة هذه الدعوى لانها تمس حرية المدين في امواله ومصلحة المتصرف اليه وسواء كانت التصرفات معاوضة او تبرعاً .

الهدف منها: اولاً الطعن في تصرفات المدين القانونية التي قام بها اضرارا بحقوق الدائنين، ثانياً المحافظة على اموال المدين، وثالثاً تقوية الضمان العام وعدم انقاصه. اي ان المال المتصرف فيه يظل بالضمان العام ويمكن القيام باجراءات التنفيذ عليه .

كما انها تهدف الى حماية الدائن من غش المدين المعسر بتهريب امواله من الضمان العام اضرارا بحقوق دائنيه وذلك بخلاف الدعوى غير المباشرة التي كانت تهدف الى وقاية الدائن من تقاعس مدينه في المحافظة على امواله .

ومن ثم فانه لا يجوز الجمع بين الدعوى البوليصية والدعوى غير المباشرة لاختلافهما في الاساس والشروط الا انه يجوز استخدامهما متعاقبتين . ويجوز ان ترفع الدعوى البوليصية استقلالاً او كدعوى فرعية.

ثانيا: طبيعتها (تكييفها):

1- اعتبرها البعض دعوى بطلان ولكن ذلك لا يتصور لان التصرف يبقى صحيح ونافذ بين اطرافه وغير نافذ بالنسبة للدائنين. كما ان البطلان جزاء يقرر فيما بين المتعاقدين.

2- واعتبرها اخرون بانها مسئولية عن فعل خاطئ (الفعل غير المشروع، المسئولية التقصيرية) يحكم فيها بالتعويض العيني وهو عدم نفاذ التصرف في حق الدائنين.

3- واخرون اعتبروها ضمن الدعوى المباشرة حيث ان الدائن يباشرها باسمه الشخصي لجعل التصرف الضار غير نافذ في حقه.

4- وقال اخرون بانها من قبيل الدعوى الصورية لان القانون افترض صورية تصرف المدين.

الراجح انها دعوى خاصة عدم نفاذ التصرف المطعون فيه منحت كحق اصلي للدائن حفاظا على حقه في الضمان العام وذلك بالطعن في تصرفات المدين المعسر كي لا تسري اثار التصرف على الدائن .

فالدعوى البوليصية ليس من شانها المفاضلة بين العقود بل هي دعوى شخصية لا يطالب فيها الدائن بحق عيني ولا يؤول اليه بمقتضاها الحق العيني اليه او الى مدينه بل تدخل ضمن الضمان العام فقط دون ان تعود ملكية العين الى المدين وتبقى الملكية تحت يد المتصرف اليه.

الفرع الثاني: شروط الدعوى البوليصية

اولاً: ان يكون حق الدائن مستحق الاداء:

يشترط لقيام الدعوى البوليصية ان يكون حق الدائن قد اصبح حالا ومستحق الاداء وخالي من النزاع. وهذا بخلاف الدعوى غير المباشرة التي لا يشترط فيها الا ان يكون حق الدائن موجوداً . يترتب على ذلك ان من كان حقه معلق على شرط واقف او مضاف الى اجل فلا يستطيع الدائن ان يلجا الى رفع الدعوى البوليصية. لما فيها من تدخل اكثر في التصرفات القانونية التي يباشرها المدين

ثانياً: ان يكون نشوء حق الدائن وليس تاريخ استحقاقه سابقاً على التصرف المطعون فيه:

هو شرط طبيعي توجبه ضرورة ان يكون المال الذي تم التصرف فيه موجوداً في ذمته المالية وقت نشوء حق الدائن حيث يصاب الدائن بضرر من جراء انقاص الضمان العام المقرر له عند نشوء حقه. ويقع عبء اثبات اسبقية الحق على الدائن (المدعي) بكافة طرق الاثبات ان لم يكن مثبتاً في ورقة رسمية، فان كان ثابت في ورقة فانه لا يستطيع الطعن فيها الا بالتزوير.

ثالثا: ان يكون تصرف المدين ضاراً بالدائن :

سواء كان ملزم لجانبين كالبيع او ملزم لجانب واحد كالتنازل عن حق عيني وسواء كان معاوضة او تبرعاً. اما العمل غير المشروع وترتب التزام لصالح الغير عمداً او اهمالاً والتزم المدين بالتعويض فان الدائن لا يستطيع الطعن في هذه الاعمال لانه لا يمكن ادعاء انها نشأت غشاً للاضرار بالدائن. اما ان تصالح المدين مع المضرور على مبلغ التعويض فهنا نكون بصدد تصرف قانوني يجوز الطعن فيه.

وان يكون التصرف مفقراً اي يؤدي الى اعسار المدين او زيادة اعساره اي ان يكون مؤثراً في الضمان العام بانقاص حقوقه او زيادة ديونه ومنطوياً على غش واحتيال للاضرار بالدائنين لان الغش هو جوهر الدعوى البوليصية، فان لم يكن بقصد الاضرار فلا مصلحة لرفع الدعوى البوليصية .

يقع عبء اثبات الغش والاعسار في جانب المدين على عاتق الدائن بان يكون الغش موجود وقت صدور التصرف من قبل المدين ويكفي لذلك ان يتصرف المدين وهو عالم انه في حاله اعسار.

والمعني بالاعسار ليس الاعسار القانوني زيادة ديون الشخص المستحقة الاداء على حقوقه بل الاعسار الفعلي وهو زيادة ديون الشخص المستحقة الاداء على حقوقه سواء الحالة او المؤجلة. فان انكر المدين الاعسار كان عليه اثبات ان لديه اموال تكفي للوفاء بما عليه فان لم يتمكن من الاثبات اعتبر معسراً.

الفرع الثالث: آثار الدعوى البوليصية:

اولاً: عدم نفاذ التصرف في حق الدائن: ينتج عن ذلك ان الحق الذي تصرف فيه المدين يعتبر انه لم يخرج من الضمان العام لكافة الدائنين اي ضمن وسائل حماية الضمان العام. وهذا يبقي التصرف صحيح بين طرفيه غير نافذ بالنسبة للدائنين.

ثانياً: استفادة جميع الدائنين بالحكم بعدم نفاذ التصرف: وذلك من مبدا المساواة بين الدائنين والتي تفرضها قاعدة الضمان العام. وان عدم نفاذ التصرف لا يكون الا بالقدر اللازم لحماية حقوقهم فقط بالقدر الذي يكفي للوفاء بديونهم اما ما يزيد على ذلك فيبقى ملكا للمتصرف اليه.

ثالثاً: بقاء التصرف صحيح نافذ بين طرفيه وغير نافذ بالنسبة للغير(للدائنين):

لا تؤدي الى ابطال التصرف بل يظل العقد قائماً بين عاقديه ومنتجاً كافة اثاره القانونية بينهما. فان قام الدائن بالتنفيذ على المال المتنازع عليه فانه يكون للمتصرف اليه الرجوع على المدين بدعوى الاثراء بلا سبب او ضمان الاستحقاق او فسخ العقد. ويجوز للمتصرف اليه ممن لا يريد الخوض في الدعوى البوليصية والاحتفاظ بالعين الوفاء بالدين محل النزاع ثم الرجوع على مدينه بالقيمة (الوفاء مع الحلول) او ان لم يكن قد وفى الثمن ان كان ثمن المثل للمدين ان يضعه في خزينة المحكمة.

رابعاً: سقوط الدعوى البوليصية بالتقادم ويعني سقوط المطالبة بالدعوى وليس سقوط الحق.

المبحث الرابع: الدعوى الصورية:

المطلب الاول: التعريف بالصورية وانواعها :

الفرع الأول تعريف الصورية

الصورية هي: اخفاء حقيقة قانونية معينة بتصرف قانوني كاذب يظهر امام الناس او هي تصوير امر قانوني على غير حقيقته بقصد الاضرار بالدائنين او بغرض محاباة المتصرف اليه لتهريب اموال المدين عن متناول يد دائنيه مما يؤدي الى اضعاف الضمان العام.

مثل ان يبيع المدين للغير من ماله شيء بعقد صوري كاذب في حين ان الحقيقة انه لا يبيعه انه يهبه. هنا يستطيع الدائن الطعن في هذا البيع على اساس انه غير موجود وانه هبه مستترة لان الثمن صوري.

دعوى الصورية هي الوسيلة التي يصل بها الدائن باسمه الشخصي للكشف عن حقيقة التصرف الذي قام به المدين للمطالبة باعمال الارادة الحقيقية للمتعاقدين والمحافظة على الضمان العام بعد اعادة المال الى ملك المدين.

ومصلحة الدائن لا تتحقق الا ان كان المدين معسر فان كان ما تبقى من اموال المدين كافية فلا معنى لرفع الدعوى الصورية. ولا يلزم ان يكون حق الدائن حال الاداء بل يكفي ان يكون ثابت وخالي من النزاع سواء كان مؤجل او معلق على شرط واقف.

الفرع الثاني: انواع الصورية:

أولا: الصورية المطلقة: هي التي لا يوجد في الحقيقة اي تصرف قانوني اتجهت اليه ارادة المتعاقدين مطلقاً اي لا يوجد الا تصرف ظاهريخفي حقيقة معينة ويترتب عليها انه لا يوجد تصرف مستتر فينعدم التصرف القانوني اصلا ولا يقوم اي اثر قانوني في ذمه طرفي العقد الصوري. مثل: ان يلجا المدين الى شخص ثقة ويبيع له مال بيع صوري غير حقيقي لابعاده عن متناول دائنيه وياخذ من المشتري ورقة (العقد) على سبيل الاحتياط كالهبة المستترة.

ثانيا: الصورية النسبية: هي في الحقيقة تصرف قانوني وتستخدم الصورية لاخفاء او التستر عن طبيعته او موضوعه او شروطه واركانه او شخصية احد المتعاقدين. يترتب عليها اعمال الاثار القانونية لطبيعة وشروط العقد الحقيقي. مثل اخفاء عقد الهبة كعقد من عقود التبرع واظهاره في صورة عقد معاوضة كالهبة المكشوفة تحت مظلة عقد البيع .

وعليه تتحقق الصورية باحدى الطرق :

1- طريق التستر: بأن تنصب الصورية على طبيعة التصرف او نوعه. مثل من يقوم بعقد بيع لاحد ورثته ليتحايل على احكام التركات والمواريث

2- طريق المضادة: بان تتناول الصورية شرط من شروط العقد او ركن من اركانه او ثمن اقل من الثمن الحقيقي او ثمن اكبر من الثمن الحقيقي او تغيير تاريخ التصرف. مثل التهرب من رسوم التسجيل ان استوجبت الوصول الى حد معين او لو كان الشخص مريض مرض موت.

3- طريق التسخير: بان تنصب على شخص المتعاقد. مثل ان يتم الشراء باسم شخص ولكن في الحقيقة هي لحساب شخص آخر. فالصورية هنا تفترض قيام عقد ظاهر

غير حقيقي يخفي وراءه عقد خفي حقيقي بين المسخر والمسخر له. مثل قيام الاجانب بتسخير اسماء سعوديين لفتح محلات تجارية باسم السعودي والفائدة والتشغيل بيد الاجنبي. والتستر العقاري بسبب انظمة تملك العقار.

الفرع الثاني: شروط تحقق الصورية

1- ان يكون هناك عقدان
2- ان يكون هناك عقد حقيقي مستتر اتجهت اليه ارادة الطرفين، وعقد ظاهر صوري كاذب مخالف للحقيقة للتمويه والاحتيال ولغش الدائن وانقاص الضمان العام بتهريب الاموال وزيادة الاعسار
3- ان يختلف العقدان من حيث الطبيعة او الاركان او الشروط.
4- ان يتعاصر العقدان بان يتما في وقت واحد ولقضاة الموضوع تقدير الوقائع وتفسير العقود.

الفرع الثالث: الآثار القانونية لدعوى الصورية

ان كانت الصورية مطلقة امتنع قيام التصرف القانوني لان العقد الظاهر لا وجود له حقيقه ولاينتج اثر، اما ان كانت الصورية نسبية وجب اعمال التصرف الحقيقي المستتر واستبعاد التصرف الظاهر بشرط ان يكون التصرف المستتر مكتمل الشروط والاركان.

أولاً: اثر الصورية فيما بين المتعاقدين والخلف العام (الورثة):

ان العبرة هي بالعقد الحقيقي الجدي اعمالاً لمبدأ سلطان الارادة وليس بالعقد الظاهر الصوري . فلو كان البيع صوري صورية مطلقة فان الملكية لا تنتقل الى المشتري الصوري ولا تؤول الملكية الى ورثته ويبقى البائع الصوري مالكاً للعين وتنتقل الى ورثته؛ لانه ليس له وجود قانوني. اما ان كان البيع الصوري صورية نسبية ويخفي عقد هبه فتنفذ اثار عقد الهبة.

ثانياً: اثر الصورية بالنسبة الى الغير :

المقصود بالغير هو الدائن الشخصي للمتعاقد وخلفه الخاص وهو كل من اكتسب حق عيني على الشيء المتصرف فيه تصرف صوري. مثل دائن البائع او دائن المشتري في البيع الصوري.

يقع عبء اثبات التصرف الصوري بالنسبة للمتعاقدين او الخلف العام او الخلف الخاص ممن لهم مصلحة لاثبات الصورية على المدعي وفقاً لطرق الاثبات واثبات الضرر من وجود الصورية ، وتقدير الادلة يعود لقاضي الموضوع بشكل نهائي.

فان تم تعارض بالنسبة لمصالح العقد الصوري بالنسبة للبائع والمشتري مثلاً فالخلف العام او الخاص للمشتري التمسك بالعقد الظاهر، ومن مصلحة الخلف العام والخاص للبائع التمسك بالعقد الحقيقي فالافضلية بالنسبة للمصالح ترجح لمن يتمسك بالعقد الظاهر حفاظاً على استقرار المعاملات.

ثالثاً: عدم تقادم دعوى الصورية بالنسبة للمتعاقدين او الغير لانه عقد ليس له وجود قانوني.

المطلب الخامس: الحق في الحبس

الفرع الأول: تعريفه ومفهومه:

هو الحق الذي يثبت للدائن الذي يكون ملتزماً بتسليم شيء معين اي اداء شيء لمدينه في ان يمتنع عن تنفيذ التزامه بتسليم هذا الشيء لحين استيفاء حقوقه من المدين، طالما ان التزامه بتسليم الشيء نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبط به.

فالحبس يفترض ان الدائن مدين في نفس الوقت بتسليم شيء تحت يده، في العقود الملزمة للجانبين والتبادلية، كل منها مترتب على الاخر ومرتبط به كعقد البيع. فيترتب عليه ان لكل مدين ان يمتنع عن الوفاء بالتزامه استناداً لحقه في الحبس ما دام الدائن لم يعرض الوفاء لالتزام نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبط به. مثل حبس البائع الشيء المبيع حتى يستوفي الثمن من المشتري. ومثل حبس المودع لديه الوديعه حتى يتقاضى اجره ونفقه حفظ الشيء المودع لديه. و مثل حبس المؤجر العين المؤجرة عن المستأجر حتى يستوفي ثمن الكراء (الاجرة المستحقة).

أهميته: وسيلة لحمل المدين على تنفيذ التزامه اختيارياً وهو ضمان اعطاه القانون للدائن بغية تحصيل حقوقه من اموال المدين وبالتالي المحافظة على الضمان العام .

الفرع الثاني: خصائص الحق في الحبس:

1- يفترض وجود التزامات تبادلية كل منها مترتب على الاخر في العقود الملزمة لجانبين.

2- الحق في الحبس مبدأ عام يخول للدائن وهو مدين باداء شيء ان يحبس ما عنده لاستيفاء حقه.

3- الحق في الحبس متعلق بالعقارات والمنقولات الداخلة في دائرة التعامل المشروع.

4-لا يخول حق تتبع ولا تقدم لصاحب الحق في الحبس.

5-هو من حقوق الضمان الخاص كأي وسيلة من وسائل التامين لحمل المدين على تنفيذ التزامه لاستيفاء الدائن حقه كامل وهو حق تابع للالتزام الاصلي فلا يوجد مستقلاً.

6- لا يقبل التجزئة فيحق للحابس ان يحبس الشيء كله بشرط عدم تعسف الحابس في استعمال حقه ويظل الحق في الحبس قائم حتى يتم استيفاء الدين بالكامل ولو نفذ المدين التزامه وكان معيب او جزئي

7- يجوز للاطراف الاتفاق على ما يخالف الحق في الحبس بشرط في العقد لعدم تعلقه بالنظام العام.

الفرع الثالث: شروط الحق في الحبس

-1ان يكون الحابس ملزماً بأداء شيء.

-2ان يكون حق الحابس محقق الوجود ومستحق الاداء.

3- ان يوجد ارتباط وسببية بين التزام الحابس وحقه.

الشرط الاول: ان يكون الحابس ملزماً بأداء شيء (مدين للطرف الآخر):

لا يشترط في الحق محل الحبس ان يكون مقدر او صادر به حكم قضائي او يكون مزود بسند تنفيذي. وهو يقع على جميع الاشياء التي تدخل في دائرة التعامل كالعقار والمنقول سواء معين بالذات او بالنوع وسواء كان الحبس عمل او امتناع عن عمل كالمقاول يمتنع عن اداء عمله حتى يستوفي اجره .

لا يجوز حبس الاموال العامة لعدم جواز التصرف فيها والاشياء التي لا يجوز الحجز عليها لطبيعتها او لتعلقها بالنظام العام، كالمؤلفات واجره العامل والنفقة وكذا حبس المريض حتى استيفاء اجرة المستشفى ولا يجوز حبس المستندات والاوراق الاصلية من قبل المحامي حتى يستوفي اجره.

قد يكون الشيء محل الحبس مملوك للمدين او للدائن او للغير كالمؤجر حين يمتنع عن تسليم العين حتى يستوفي الاجرة مقدما. ويثبت الحق لحائز الشيء بحسن نية كالمودع والمستاجر والمستعير.

الشرط الثاني: ان يكون حق الحابس محقق الوجود ومستحق الاداء:

يجب ان يكون الدين مدني وليس دين طبيعي اذ لا جبر في تنفيذ التزام الاخير. ولا يجوز ان يتم حبس الشيء ان كان الدين مضاف الى اجل او معلق على شرط واقف لكون الدين غير مؤكد الوجود .

ولا يجوز ايضاً ان يكون حول الشيء محل الحبس نزاع جدي سواء كان مقدر او غير مقدر . ولا يجوز ان يكون حق الحابس لاحق بموجب عقد على حيازة الشيء المحبوس او معاصر لحيازته لضمان ما هو مستحق له بمقتضى عقد سابق لانعدام الارتباط بين الالتزامين.

لا يشترط التناسب بين قيمة حق الحابس وقيمة الشيء المحبوس ولو تجاوزت قيمته بكثير لمقدار حق الحابس ويبقى الحق في الحبس قائم لحين استيفاء الحق بالكامل.

الشرط الثالث: وجود ارتباط وسببية بين التزام الحابس وحقه :

لان الارتباط هو الذي يبرر قانوناً حبس الشيء عن المدين كوسيله لجبره على الوفاء بما يلتزم به. فليس للبائع ان يحبس المبيع ضمان لوفاء المشتري بالتزام مترتب عليه تجاه البائع بسبب قرض لانتفاء السببية والارتباط بين الالتزامين.

أ- مفهوم الارتباط :

المقصود بالارتباط سواء كان ارتباط قانوني او مادي حين توجد العلاقة التبادلية حين تكون الالتزامات متقابلة بين الدائن والمدين وناشئة عن عقد واحد او علاقة قانونية واحدة.

ب- أنواع الارتباط:

1- **الارتباط القانوني او المعنوي:** هو الارتباط الذي ينشأ عن علاقة تبادلية بين التزامين متقابلين حيث يكون كل منهما سبب لوجود الاخر، سواء كانت علاقة عقدية كعقد البيع والايجار، او غير عقدية كحق الفضولي في حبس الشيء بسبب الفضالة حتى يستوفي ما تحمله من نفقات من مالك العين.
2- **الارتباط المادي او الموضوعي :** هو الذي ينشا من واقعة مادية قوامها حيازة الشيء المحبوس وحقوق الحائز التي نشأت بسبب الحيازة دون علاقة عقدية. كحق الدائن الحائز بحسن نية ان يحبس الشيء لحين استيفاء ما انفقه على هذا الشيء لحفظه كمن يجد شيء ضائع او مسروق من شخص ويحفظه تحت يده حتى يتمكن مالكه من اخذه .

ومثل الفعل غير المشروع الناتج عن مسئولية الاشياء او الحيوان فلمن تضرر من حيوان او من شيء معين ان يحبسه تحت يده حتى يستوفي كامل التعويض نظير الضرر الذي اصابه.

الفرع الرابع: أثار الحق في الحبس:

أولاً: حقوق الحابس :

يتمثل حق الحابس في الامتناع عن تسليم الشيء المحبوس الى حين استيفاء حقه كاملاً او الى حين حصوله على تامين كافي يضمن به الحصول على حقه سواء كان شخصي كالكفالة او عيني كالرهن .

حبس الشيء يكون من الحابس ويمتد الى ورثته في مواجهة المدين ويمتد الى ورثته. يحق ان يمتد حبس الشيء الى حبس ثماره تبعاً لحبس الشيء الاصلي ذاته لان الفرع يتبع الاصل في الحكم لكن ليس للحابس الانتفاع بالثمار فتبقى الثمار من حق صاحبها وهو المدين المالك. وليس للدائن ان يستوفي دينه من ثمار الشيء بان يتملك هذه الثمار خصماً من دينه على عكس الرهن الحيازي .

ثانياً: واجبات الحابس :

أ- **المحافظة على الشيء المحبوس وصيانته من الهلاك او التلف او التعيب وفق عناية الرجل المعتاد** ، فهو مسئول عن هلاك الشيء او التقصير في الحفاظ عليه مالم يثبت ان السبب اجنبي لايد للحابس فيه . **يترتب على ذلك** ان تبعة الهلاك تتحول من البائع الى المشتري ان كان البائع يستخدم حقه في الحبس ويظل المشتري ملتزم بسداد الثمن طالما ان الهلاك للمبيع بسبب اجنبي. ويقع عبء اثبات الهلاك على المدين، ويقع على الحابس الدفع باثبات انه بذل عناية الرجل المعتاد في المحافظة عليها .

ان كان الشيء محل الحبس مما يعرض للهلك والتلف كالمأكولات والمشروبات فانه يجوز استئذان القاضي بطلب بيع الشيء وحبس ثمنه ليحل الثمن حلول عيني محل العين المحبوسة.

ب- **رد العين المحبوسة** ان استوفى الدائن حقه او حصل على تامين كافي .

ثالثاً: آثار الحق في الحبس بالنسبة للغير:

أ- سريانه في مواجهة المدين وخلفه العام (الورثة) والدائنين العاديين أياً كان تاريخ نشوء دينهم

ب-سريانه في مواجهة الخلف الخاص للمدين وهم اصحاب الحقوق العينية على العين ان نشأ الحق قبل حبس الشيء فلا يجوز الاستمرار بحبس العقار

الفرع الخامس : انقضاء الحق في الحبس

أولاً: الطريقة التبعية: اي ان زال الاصل زال الفرع فان انقضى الالتزام الاصلي بالوفاء او بما يقوم مقام الوفاء كالمقاصة او اتحاد الذمة او انقضى بما دون الوفاء كالابراء انقضى معه الحق في الحبس .

ثانياً: الطريقة الاصلية:

1- ان تنازل الحابس عن حقه في الحبس صراحة او ضمناً كتخليه عن حيازة الشيء المحبوس فلا يجوز العدول عن هذا التنازل

2- تقديم تامين كافي بدل عن الشيء محل الحبس سواء كان تامين شخصي كالكفالة او عيني كالرهن

3- ان هلك الشيء المحبوس فينقضي لزوال المحل ويلتزم المدين بتعويض عن اخلاله بالتزامه.

4- بفقد حيازة الشيء المحبوس من الحابس فان كان بارادة الحائز فهي تنازل عن حقه في الحبس اما ان كان بغير ارادته (خلسه او غصب) فانه يستطيع المطالبة باسترداده لحين استيفاء حقه اما ان فقده بدون ارادته وبدون غصب كنزع الملكية للمصلحة العامة فينقضي حقه في الحبس.

المحور الثاني / أوصاف الالتزام

الوصف الذي يلحق الالتزام هو تغير في عنصر من عناصره يؤدي الى تعديل آثار الالتزام من حيث قواعد الوفاء به والجبر على تنفيذه وينقسم المحور الى:

- الشرط والاجل،
- تعدد محل الالتزام
- تعدد طرفي الالتزام

المبحث الأول: الشرط والأجل كأوصاف للالتزام

المطلب الأول: الشرط :

يقصد به امر مستقبلي غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه اما تحقق نشوء الالتزام او زواله والذي من شأنه تعديل احكام الالتزام. فيكون الالتزام في مرحلة التعليق موجود ولكن غير مؤكد فلا يجوز للدائن ان ياخذ الوسائل التنفيذية للمطالبة بحقه جبراً او اختيارياً طالما لم يحقق الشرط. ينقسم الشرط الى: شرط واقف وشرط فاسخ.

الفرع الاول: الشروط الواجبة لقيام الشرط :

1- ان يكون امر مستقبلي: الشرط هو التزام مستقبل اي معلق يتوقف عليه وجود الحكم او زواله، مقيد بشرط غير قائم او بواقعة مستقبلة ويعلق اثره حتى يتحقق الشرط فالامر الذي يعلق على امر قد تحقق بالفعل لا يعتبر التزام موصوف وانما هو التزام بسيط عادي كمن يلتزم باعطاء ابنه مكافاة لو نجح.

2- ان يكون امر غير محقق الوقوع: هذه صفة جوهرية واساسية التي تميز الشرط عن الاجل لان كل منهما امور مستقبلية لكن الاجل امر محقق الوقوع لا محال. وقد يكون غير محقق وقوع امر او تاريخ معين كالوفاة حالة لا محال لكن تاريخها غير معلوم لذا يمكن التعليق عليه ان اشترط في تاريخ معين لانه قد يتحقق او لا يتحقق في ذات التاريخ كمن يتعهد باعطاء طفل مبلغ ان توفى اباه قبل البلوغ.

3_ان يكون امر مشروع: اي غير مخالف للنظام العام والاداب والانظمة والشريعة وهنا يبطل الشرط ويبطل التصرف القانوني لانه سيكون هو الباعث للتصرف كمن يعد آخرباعطاءه مبلغ ان قتل شخص .

4- ان يكون امر ممكن الوقوع: فان كانت الواقعة مستحيلة استحالة مطلقة بطل العقد والشرط معاً لانه "لا التزام في المستحيل". كمن يعد شخص باعطاءه مبلغ مقابل ان ربح قضيه في الاستئناف بعد فوات ميعاد تقديم طلب الاستئناف.

5- ان لا يتوقف على ارادة المدين: ينقسم الى ثلاثة انواع (الاول والثاني عقد صحيح، الثالث باطل):

أ- الشرط الاحتمالي: وهو ما يتوقف تحققه على الصدفة دون ان يكون لارادة طرفي الالتزام اي دخل. كمن يهب زوجته مبلغ ان كانت ستنجب ولد. او من يتعاقد مع شركة نقل ان وصلت شحنته سليمة.

ب- الشرط المختلط: وهو ما يكون تحققه رهن بارادة احد اطراف الالتزام وبعامل خارجي او ارادة اخر كمن يقول سأهبك شيئاً ان تزوجت فلان (العلاقة ارادية ومتعلقة بارادة الاخر).

ج- الشرط الارادي: المعلق على ارادة احد اطراف الالتزام كالتزام المؤجر بالتاجير ان هاجر

الفرع الثاني: انواع الشرط:

أولاً: صور الشرط: أ- الشرط الواقف يترتب على تحققه وجود الالتزام فان تحقق الشرط وجد وان تخلف تاكد انعدامه، مثل اب وعد ابنه ان يشتري له سيارة ان نجح في الامتحان

ب- الشرط الفاسخ يترتب على تحققه زوال الالتزام وانقضائه في المستقبل فالالتزام هنا موجود بداية ويجب تنفيذه فان تحقق الشرط زال الالتزام وانفسخ باثر رجعي. مثل ان يهب شخص منزله لاخر بشرط ان تعود ملكيته ان رزق الواهب بطفل. ومثل م53 من نظام العمل السعودي التي تشير الى العقد الفاسخ وهو تعيين العامل تحت

شرط التجربة او الاختبار خلال مدة 90 يوم اي يمكن فسخه خلال هذه المدة ان فشل العامل في فترة تجربته وباثر رجعي.

فان تحقق الشرط الفاسخ في العقود التبادلية الملزمة من جانبين يؤدي الى فسخ العقد اما عدم تنفيذ الالتزام فلا يؤدي ابتداء الى فسخ العقد بل يحق للطرف الاخر ان يطلب التنفيذ العيني ثم الفسخ.

يختلف الشرط الواقف والفاسخ كوصف للالتزام عن الشرط الجزائي والشرط المانع من التصرف وشرط التسليم في مكان وزمان معين وشرط دفع الثمن على اقساط وغيرها من الشروط التعاقدية.

الفرع الثالث: آثار الشرط:

- اثار الشرط في فترة التعليق
- اثار الشرط بعد انتهاء فترة التعليق
- الاثر الرجعي للشرط

أولاً: اثار الشرط في فترة التعليق: فترة التعليق هي فترة مؤقته بالضرورة، فهي لا بد ان تنتهي.

أ- ان كان الشرط واقف:

لا يترتب اثار في فترة التعليق لانه لم يوجد بعد فلا يكون مؤكد ونافذ ولا منجز الا ان تحقق الشرط, ويكون للدائن حق محتمل الوجود قانوناً ، **وهو ما يسمى <u>بالحق الاحتمالي</u> ويترتب على ذلك نتائج هي:**

1- ليس للدائن ان يطلب التنفيذ الاختياري، فان وفى المدين مختاراً جاهلاً قيام الشرط جاز له ان يسترد ما وفاه لانه يكون دفع غير المستحق.

2- ليس للدائن ان يطلب التنفيذ الجبري ضد المدين لان الدين غير مؤكد ثبوته في ذمه الاخير.

3- ليس له التمسك بالمقاصة لان المقاصة لا تثبت بين دين معلق على شرط واقف ودين نافذ.

4- ليس للدائن التمسك بالدعوى البوليصية لانه التزام غير نافذ وغير مستحق الاداء.

5- لا يسري التقادم بالنسبة الى الالتزام المعلق على شرط واقف الا من وقت تحقق الشرط.

6-يستطيع الدائن حال حياته ان ينقل حقه الاحتمالي للغير بالحواله او الهبة او الوصية وينتقل بالورث.

7-لا تنفذ آثار حق الملكية من سلطات خلال فترة التعليق بالنسبة للالتزام المعلق على شرط واقف.

8- يجوز للدائن صاحب الحق المعلق على شرط واقف ان يجري اعمال الصيانة لحفظ العين من التلف

9- للدائن القيام ببعض الاجراءات التحفظية كرفع الدعوى غير المباشرة للحفاظ على الضمان العام

ب- ان كان الشرط فاسخ: يكون الالتزام نافذ وموجود ويرتب آثاره الا انه مهدد لخطر الزوال. ان تحقق الشرط فتزول آثاره بأثر رجعي. وبالتالي فان للدائن مباشرة اجراءات التنفيذ والاجراءات التحفظية واستعمال الدعوى غير المباشرة والبوليصية. والتمسك بالمقاصة القانونية. كما ان الوفاء بالالتزام صحيح ومن ثم فانه ينتقل الى الورثة

ثانياً: اثار الشرط بعد فترة التعليق:

أ- ان كان الشرط واقف: ان تحقق الشرط الواقف فان حق الدائن المحتمل اثناء فترة التعليق يصبح مؤكد ومنجز ونافذ ليس من تاريخ تحقق الشرط بل من تاريخ ابرام العقد لان للشرط اثر رجعي. ويصبح المدين ملتزم به، اي يستطيع الدائن ان يجبر المدين على تنفيذه باجراءات التنفيذ الجبري ويصبح الدائن مالك ملكية تامة . اما ان تخلف الشرط الواقف امتنع وجود الحق المحتمل واعتبر الالتزام كأن لم يكن. وعليه فانه تزول كل الاجراءات التحفظية التي اتخذها الدائن وكل اثر ترتب نتيجة تصرف الدائن باثر رجعي.

ب- ان كان الشرط فاسخ: ان تخلف الشرط الفاسخ يترتب على ذلك ان يعتبر الالتزام منجزاً منذ انشائه وينبني عليه تاييد حق الدائن وتاييد كافة التصرفات التي صدرت منه.

ان تحقق الشرط الفاسخ فان الالتزام الذي كان موجود اثناء التعليق كأن لم يكن اصلا اي يزول الالتزام ولا يرجع الى وقت تحقق الشرط بل يمتد الى وقت ابرام العقد. ويترتب على الاثر الرجعي ان للمدين ان يعود الى الحالة التي كان عليها قبل وجود الالتزام ويسترد كل ما كان له قبل الالتزام. وتزول كافة الاجراءات التنفيذية والتحفظية التي اتخذها الدائن اثناء فترة التعليق .

استثناءات على فكرة الاثر الرجعي للشرط: يستبعد في العقود ذات الطبيعة الخاصة الزمنية المستمرة كعقد الايجار.

المطلب الثاني : الأجل كوصف يلحق الالتزام

الفرع الأول: المقصود بالاجل :

هو امر مستقبلي غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه نفاذ الالتزام او انقضائه فهو وصف يلحق برابطة الالتزام فيحولها من رابطة منجزة واجبة النفاذ حالاً الى رابطة مؤجلة النفاذ يرتبط مصيرها على تحقيق الاجل او انتهائه. ويتميز الاجل عن الشرط بانه محقق الوقوع فلا بد ان يقع يوماً.

مثل: لو اتفق (أ) مع (ب) في شهر ربيع اول على ان يستأجر شقة ملك (ب) ابتداء من شهر رمضان.

الفرع الثاني : انواع الاجل:

أولاً: تصنيف الاجل بالنسبة لآثاره:

أ- **الاجل الواقف:** وهو الذي يوقف نفاذ الالتزام الى ان يقع كأن يشترط المدين دفع الدين بعد شهر او بعد سنة فلا يستطيع الدائن المطالبة بتنفيذ الالتزام حالاً ما لم يحل الاجل. فالعقد موجود ومستوفي الاركان ولكن نفاذه متوقف على حلول الاجل المحدد.

ب- **الاجل الفاسخ:** هو الذي ينهي نفاذ الالتزام اذا ما حل الاجل دون ان يكون لهذا الزوال اثر رجعي مثل عقد الايجار المحدد بمدة سنة فعندما تنقضي السنة ويحل الاجل ينفسخ العقد لانقضاء الالتزام ولا يرتب بذلك اثر رجعي .

ثانياً: تصنيف الاجل بالنسبة لمصدره:

أ- **الاجل الاتفاقي:** وهو الذي ينشأ من الاتفاق اي من ارادة المتعاقدين وهذا الغالب سواء كان صريح او ضمني. مثل الاتفاق مع مقاول على تشييد مبنى فيكون التزام المقاول مضاف الى اجل واقف يتحدد بالمدة الكافية لاقامة البناء. والاتفاق على توريد وجبات لطلاب المدارس مضاف لاجل واقف بداية الدراسة واجل فاسخ وهو نهاية الدراسة.

ب- **الاجل القانوني:** هو الذي يحدد نصوصه القانون، مثل اضافة تنفيذ الوصية الى ما بعد الموت وهذا مثال على الاجل الواقف، وانتهاء حق الانتفاع بموت المنتفع فهو اجل فاسخ .

ج- **الاجل القضائي:** وهو ما يسمى بنظرة الميسرة او المهلة القضائية للوفاء التي تجيز للقاضي ان يمنح المدين المعسر دون عمد او تقصير او مماطلة اجل للوفاء

بالتزامه بسبب ظروف استثنائية قاهرة الى ان تعتدل احواله المالية غير انه يستوجب الا يلحق التاجيل ضرر جسيم بالدائن كما لو ثبت ان الدائن يعتمد على هذا المال الذي يستوفيه بدين حال في ذمته .

الفرع الثالث: التفرقة بين الاجل والشرط:

كلا من الاجل والشرط هما من اوصاف الالتزام وكلاهما يقوما على امر مستقبلي.

يختلف الشرط عن الاجل اختلاف جوهري في كلاً من:

أ- الطبيعة: فالشرط يقوم على امر غير محقق الوقوع (محتمل) اما الاجل فهو امر محقق الوقوع.

ب- بأثر كل منهما على الالتزام: فالشرط يجعل الالتزام غير موجود الا بوقوعه (الواقف) واما يزيل وجوده ان وقع (الفاسخ). اما الاجل فلا يمس الالتزام مطلقاً في وجوده بل متعلق بنفاذ الالتزام اما بتاجيله (الواقف) او انقضائه بالنسبة للمستقبل (الفاسخ).

ج- بالاثر الرجعي: فالشرط له اثر رجعي اما الاجل فليس له اثر رجعي فالاجل الفاسخ ينهي الالتزام كاملاً ويقتصر الاثر على المستقبل لا غير من وقت حلول الاجل ولا يزيله بالنسبة للماضي.

الفرع الرابع : الآثار التي تترتب على الاجل:

أولاً: الالتزام المقترن باجل واقف: هو التزام موجود وكامل ولكنه غير نافذ وغير مستحق الاداء الى ان يحل اجله فلا يقبل التنفيذ الجبري ولا الاختياري. لكن يجوز للدائن ان يتخذ اجراءات تحافظ على حقه كالدعوى غير المباشرة والدعوى الصورية. وعليه فانه لا تجوز المقاصة بين حق مؤجل وحق منجز .

ثانياً: الالتزام المقترن باجل فاسخ: يقع الالتزام نافذ وقائم ومستحق الاداء من وقت نشوءه الى ان ينقضي بحلول الاجل الفاسخ. ويحق اللجوء الى وسائل التنفيذ الجبري. وانقضاء الالتزام سيترتب بالنسبة للمستقبل فقط ويكون الاجل ليس له اثر في الالتزام واثاره القانونية.

الفرع الخامس: انقضاء الاجل:

ينقضي باحد الامور الاتية:

1- بحلول الاجل: بحلول الاجل او بتحقق الواقعة المستقبلة كالوفاة او العودة من السفر.

2- بالتنازل عنه: يتقرر التنازل لمن له مصلحة والاصل ان الدائن هو صاحب المصلحة في الاجل الفاسخ ويقع ذلك بارادته المنفردة

3- بسقوط الاجل :

أ- ان اشهر افلاس المدين او أعسر مما يترتب عليه سقوط آجال الديون فتحل الديون المؤجلة لتحقيق المساواة بين الدائنين.

ب- ان ضعفت التامينات المقررة لصالح الدائن ضمان لحقه فان اجل الديون يسقط كالرهن والكفالة وحينها يحق للدائن المطالبة بدينه المؤجل او ان يطالب بتأمين تكميلي.

ج- ان لم يتم تقديم الضمانات المتفق عليها سواء العينية او الشخصية لان الدائن ما كان ليرضى بالعقد لولا وجود الضمان.

د- موت المدين فيطالب ورثة المدين بأداء ديون مورثتهم قبل حلول آجالها.

المبحث الثاني: تعدد المحل كوصف يلحق الالتزام

قد يتعدد محل الالتزام بأن ينصب هذا الالتزام على اشياء متعددة او يتعلق بعدة اعمال ولكن هذا التعدد لا يؤدي الى تغير اثار الالتزام وبالتالي لا يعتبر وصف للالتزام فيعتبر التزام بسيط يخرج عن الدراسة، اما ان كان التعدد مرتبط بحق في الاختيار بين محلات متعددة او كان للمدين ان يبدل التزام بآخر اي لا يكون التعدد وصف الا ان كان الالتزام تخييري او بديل.

فالالتزام التخييري هو ان تعدد محل الالتزام فانه تبرأ ذمة المدين اذا هو أدى واحد منها. **الالتزام البدلي هو** ان يكون محل الالتزام شيء واحد ولكن تبرأ ذمة المدين ان أدى بدل منه شيء آخر

المطلب الاول: الالتزام التخييري :

مثل اتفاق المؤجر والمستاجر على ارض زراعية ، ان تكون الاجرة مبلغ نقدي او مقدار من الثمار.

ثبوت الخيار في الالتزام التخييري

يكون الخيار للمدين ما لم ينص عليه قانون او اتفق المتعاقدين على خلاف ذلك فاذا كان الخيار للمدين وامتنع عن ذلك عين القاضي بناء على طلب الدائن أجلا يختار المدين محلا للالتزام

اما ان كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار فالخيار ينتقل الى المدين لا القاضي.

متى تم الخيار اصبح الالتزام شيء واحد مختار فينقلب من التزام موصوف الى التزام بسيط

الفرع الأول: شروط الالتزام التخييري:

1- ان تكون الامور التي يشملها موضوع الالتزام متعددة بان تكون من الامور التي تصلح محلا للالتزام.
2- ان يكون كل محل موجودا اذا كان شيئا معينا او قابل للتعين وممكنا ان يكون عمل او امتناع عن عمل.
3- ان يكون مشروعا داخلا في دائرة التعامل الشرعي.
4- تحديد مدة الاختيار في العقد وهي مدة التعيين أو الخيار لتحديد محل الالتزام ومن له حق استعماله. فان لم يكن كل محل للالتزام صحيح ووقع احدهما باطلاً ، نشأ التزام بسيط لا موصوف.

الفرع الثاني: أحكام الالتزام التخييري:

الأصل في الالتزام التخييري أن الخيار بين الأمور التي يشملها موضوع الالتزام يثبت للمدين. وينتقل حق الاختيار الى الورثة فان تعدد الورثة وجب اتفاق الجميع على اختيار محل التزام تخييري مثل بائع سيارات يتفق مع المشتري على ان يختار احد سيارتين.

يجب على صاحب الخيار أن يباشره في الأجل المحدد في العقد فان تخلف أعذر، ثم ينتقل الخيار للقاضي، للخيار اثر رجعي اي ان ما تم اختياره يعتبر واجب الاداء من وقت التعاقد وليس وقت الاختيار.

اذا كان خيار التعيين للمدين وهلك أحد الشيئين في يده بسبب أجنبي كان له ان يلزم الدائن بالشئ الثاني فان هلك الشيئين معاً بسبب اجنبي لا يد للمدين فيه انقضى الالتزام، اما ان كان المدين مسئول عن الهلاك كان عليه ان يدفع قيمة اخر ما هلك منها.

المطلب الثاني: الالتزام البدلي:

مثل ان يتفق البائع مع المشتري على ثمن هو 70 الف ريال المحل الاصلي مع الترخيص له ان يقدم بدل من هذا المبلغ سيارته المحل البديل.

الفرع الأول: احكام الالتزام البدلي:

قيام المدين بالأداء الأصلي الذي التزم به وفقا لاحكام التنفيذ العيني ويجوز للدائن ان يقدم بديل آخر تبرأ ذمة المدين بأدائه. ان الدائن ليس له مطالبة المدين بالأداء البديل يقتصر حقه على طلب الأداء الاصلي

ينقضي الالتزام البدلي باستحالة الاداء الاصلي ولو كان البديل ممكن اما استحالة البديل لا يرتب انقضاء الالتزام ويصبح التزام بسيط لا موصوف.

اما ان هلك المحل الاصلي بسبب المدين فان الالتزام ينقضي وليس للدائن ان يطلب البدل بل يقتصر حقه على مطالبة المدين بالتعويض عن الهلاك. ويحق للمدين دفع التعويض بالوفاء بالالتزام البدلي.

المقارنة بين الالتزام التخييري والالتزام البديل:

1- الالتزام التخييري يشمل محله عدة أشياء تقف على قدم المساواة يختار من بينهما شي واحد, اما الالتزام البديل فانه يشمل شي واحد فقط.
2- لا يمكن تحديد طبيعة محل الالتزام التخييري ولا القيمة،اما في الالتزام البديل فالمحل محدد منذ البداية.
3- يقع الخيار في الالتزام البدلي للمدين دائماً، اما الالتزام التخييري فحسب الاتفاق ويثبت كاصل للمدين
4- لا يجوز اجبار المدين على الوفاء بالشيء البديل في الالتزام البدلي، ولكن يجوز اجباره على الوفاء بأحد الشيئين في الالتزام التخييري
5- ان هلك المحل الاصلي لسبب اجنبي في الالتزام البدلي انقضى الالتزام لانعدام المحل، اما هلك احد المحلين في الالتزام التخييري فانه لا ينهي الالتزام لان المحل سينحصر في الباقي .
6- تقع المطالبة في الالتزام البديل على المحل الأصلي فقط اما الالتزام التخييري فلا تقع المطالبه على شيء دون الأخر الا بعد ان يتم الاختيار.

المبحث الثالث: تعدد أطراف الالتزام

ان الالتزام البسيط يقوم بين دائن واحد ومدين واحد، فان تعدد الدائنون او المدينون سمي الالتزام بالالتزام متعدد الاطراف. مثل لو باع شركاء على الشيوع عقار لمشتري بمبلغ معين فانه الثمن ينقسم عليهم بحسب نصيبهم. ولدراسة موضوع تعدد اطراف الالتزام يجب دراسة: التضامن، وعدم قابلية الالتزام للانقسام.

المطلب الاول: التضامن :

المقصود بالتضامن: هو وصف يلحق الالتزام الذي يتعدد طرفاه الايجابي أو السلبي فيحول دون انقسامه ويؤدي ذلك إلى بقائه واحد لا يتجزأ بغض النظر ان كان موضوع الالتزام يقبل الانقسام او لا . فالتضامن وصف يحول دون انقسام الحق في حال تعدد الدائنين او المدينين.

انواع التضامن:

- **تضامن ايجابي :** وهو التضامن بين الدائنين وهو نادر الوجود في الحياة العملية . الغرض منه تسهيل عملية استيفاء الدين بالنسبة للدائن والمدين بأن يكون لكل الدائنين المتضامنين عن طريق نيابة واحدة استلام كامل الدين من المدين ويكون الوفاء لأي منهم ابراء ذمة المدين.
- **التضامن السلبي:** وهو التضامن بين المدينين وهو شائع إلى حد كبير. الغرض منه ضمان حصول الدائن على حقه دون أن يتعرض لخطر إفلاس أو إعسار احد المدينين.

الفرع الأول: التضامن بين الدائنين (التضامن الايجابي):

أولا: تعريف التضامن الايجابي:

هو تضامن الدائنين في دين مشترك قابل للانقسام ويكون لكل منهم مطالبه المدين مجتمعين أو منفردين بكل الدين .ويكون الوفاء من قبل المدين لأي منهم مبرئاً لذمته. كما ان التضامن بين الدائنين لا يفترض بل يكون بناء على اتفاق أو نص قانون.

ويختلف التضامن الايجابي للدائنين عن الدين المشترك حيث لا يجوز في الاخير الا ان يطالب الدائن الا بحصته في الدين. ولا يكون الوفاء لأحدهم مبرئاً لذمته مثل ديون التركة بالنسبة لاموال الورثة.

ثانيا: التفرقة بين التضامن الايجابي بين الدائنين والدين المشترك:

يشتركان في ان: كلاهما وصف يحول دون انقسام الالتزام فيؤدي إلى بقائه واحدا لا يتجزأ. كما أن كلاهما يقوم على مصدرين الاتفاق أو القانون . يتحمل كل الدائنين تبعة إعسار المدين كل بنسبه حصته في الدين.

أوجه الاختلاف : - في التضامن الايجابي بين الدائنين يجوز لكل دائن الرجوع على المدين بكل الدين اما الدين المشترك فانه لا يستطيع الدائن أن يرجع المدين إلا بنسبه حصته في الدين. - الاثار التي تترتب على الدين المشترك اقل مدى من آثار التضامن الايجابي بين الدائنين. - مسائل انقضاء الالتزام بغير الوفاء كالابراء والمقاصة لا تطرأ الا على التضامن الايجابي بخلاف الدين المشترك لان الدائن لا يقبض الا حصته فلا محل للنيابة فيه.

ثالثا: مصادر التضامن الايجابي: الاتفاق (العقد) و نص القانون .

رابعا: احكام التضامن الايجابي :

أ- **علاقة الدائنين فيما بينهم:** أن ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من المدين يصبح من حق الدائنين جميعا يتقاسمونه كل بقدر حصته في الدين, القاعدة ان ينقسم الدين بنسبة حصصهم ويزول التضامن وإذا أعسر الدائن الذي استوفي الدين من المدين تحمل بقيه الدائنين إعساره بنسبه أنصبتهم ولا يتحمل المدين شيء. مثل حالة تضامن الورثة

ب- **علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين:** أن الدين وان كان منقسما بطبيعته فانه واحد ولا يقبل التجزئة أي انه يجوز لأي دائن مطالبة المدين بالدين كله . وان النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر بمعنى انه يحق لاي من الدائنين ان يستوفي الدين بكامله ويرد على الاخرين كل بنسبة حصته. مثل انذار المدين ورفع دعوى عليه.

الفرع الثاني: التضامن السلبي

أولا: تعريفه: هو عبارة عن تضامن المدينين بان يتعدد المدينون بدين واحد قابل للانقسام بطبيعته ويكون كل منهم ملزماً في مواجهة الدائن باداء الدين كله. اي ان الدائن يستطيع ان يطالب اي مدين بالدين كامل ويكون لكل مدين ان يبرئ ذمته وذمة سائر المدينين بالوفاء بكل الدين للدائن.

ثانيا: اهمية التضامن السلبي: يمكن التضامن السلبي من الحصول على الائتمان اللازم حيث يهيء للدائن تامين شخصي قوي لانه يجنبه خطر اعسار احد المدينين فإن اعسر احد المدينين قسمت حصة المعسر على الباقين بحيث يتحملوا نتيجة هذا الاعسار فيما بينهم بقدر حصة كل منهم في الدين، ويجوز لهم الرجوع على المعسر ان أوسر بحصته في الدين التضامني وبذلك يعتبرالتضامن السلبي اهم من الكفالة.

الاثار التي تترتب على الدين المشترك اقل مدى من آثار التضامن الايجابي بين الدائنين

ثالثا: مصادر التضامن السلبي: الاتفاق (العقد) و نص القانون. وبذلك فان التضامن لا يفترض.

رابعا: احكام التضامن السلبي:

أ- **علاقة المدينين فيما بينهم:** تقوم على الأسس التالية :

1- **انقسام الدين على المدنين المتضامنين:** الأصل أن التضامن مقرر لمصلحه الدائن فإذا استوفي الدائن حقه زال هذا التضامن وانقسم الدين على المدينين المتضامنين فيرجع المدين الذي قام بالوفاء بالدين على بقيه المدينين كل بقدر حصته في الدين ويقسم بينهم بحصص متساوية ولتحديد حصة كل من المدينين

يجب على القاضي الرجوع إلي الاتفاق إذا كان التضامن اتفاقيا اما إذا كان الاتفاق قانونيا يجب الرجوع إلى نص القانون.

فان لم يعين الاتفاق او القانون نصيب كل من المدينين المتعددين فينقسم الالتزام بحسب عدد الرؤوس او بانصبة متساوية وذلك طالما تساوت مصلحتهم . ويستثنى من قاعدة تساوي الحصص، أن يكون احد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين فيتحمل الدين كله، وليس له الحق في الرجوع على باقي المدينين.

2- **رجوع المدين المتضامن الموفي على الآخرين :** إذا وفى احد المدينين المتضامنين الدين للدائن مما ترتب عليه إبراء ذمه المدينين من الدين التضامني, جاز له الرجوع على باقي المدينين الأصليين بحصة كل منهم في الدين, اما إذا كان ما قد وفاه لايزيد عن مقدار حصته فلا يكون له حق الرجوع على احد . وسواء كان الوفاء او بما يقوم مقام الوفاء كالمقاصة او اتحاد الذمة.

3- **الاساس القانوني لرجوع المدين الموفي:**

- <u>الدعوى الشخصية</u>: فهي التي تكون على أساس مايكون بين المدينين المتضامنين من علاقات تربطهم بعضهم البعض كالوكالة في التضامن الاتفاقي او الفضالة او الاثراء بلا سبب في التضامن القانوني فيرجع عليهم بمقدار ما وفى بما يتجاوز نصيبه في الدين.

<u>- دعوى الحلول:</u> فهي أن يحل المدين الموفي محل الدائن الذي استوفي حقه قبل المدينين المتضامنين الآخرين.

وعليه فإن الأساس لرجوع المدينين المتضامنين على بعضهم يختلف باختلاف الطريق الذي يريد المدين الموفي سلوكه في هذا الرجوع بما يتناسب مع مصلحته.

ت- علاقة المدينين المتضامنين مع الدائن:

من اهم الاثار التي تحكم علاقة المدينين المتضامنين هي مسالة وحدة الدين وهي أن الأثر الجوهري للتضامن السلبي هو منع انقسام الدين وهو ما يسمى بوحده الدين وهو ما يعني أن كل مدين يعتبر ملزما بأداء الدين بأكمله للدائن، وللدائن أن يطالب أيا منهم بالدين كاملا غير منقسم. **ويترتب على ذلك نتائج قانونية ومنها:**

1- يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين كله مجتمعين أو منفردين.
2- إذا وفى أحد المدينين المتضامنين بكل الدين فان الوفاء يكون مبرئا لذمته ولذمم المدينين الباقين
3- اشتراك المدينين بالدفوع المتعلقة بالدين، مثل: - أسباب البطلان المطلق أو النسبي، كبطلان العقد مصدر الالتزام. - أسباب انقضاء الالتزام

التي يترتب عليها انقضاء الدين كله كالوفاء أو كالتقادم المسقط او استحالة التنفيذ لقوة قاهرة ، - الأوصاف المشتركة بالنسبة لجميع المدينين المتضامنين الموثرة في نفاذ الالتزام كالالتزام المعلق على شرط او مضاف الى اجل. - مسالة النيابة التبادلية فيما بين المدينين المتضامنين فيما ينفع لا فيما يضر فيما يؤدي الى تحسين مركزهم او تحقيق مصلحة او فائدة لهم.

المطلب الثاني: عدم قابلية الالتزام للانقسام:

الفرع الأول : أسباب عدم القابلية للانقسام

أولا: بناء على طبيعة محل الالتزام:

أ- فيما يتعلق بالالتزام باعطاء شيء : مثل من يشتري سيارة فالالتزام على البائع بتسليم المبيع غير قابل للتجزئة نظراً لطبيعة المبيع ومثل حق الرهن فهو غير قابل للتجزئة لطبيعة الحق بتعلقه بكامل العين.

ب- فيما يتعلق بالالتزام بعمل او امتناع عن عمل : مثل التزام البائع بضمان التعرض والتزام المؤجر بتمكين المستاجر من المنفعة والتزام الجراح بالعملية الجراحية، والتزام المقاول بعدم بناء طابق او الاحداث على السطح عموماً .

ج- عدم القابلية للانقسام بصفة نسبية : مثل التزام المقاول بعدم بناء طابق او تنفيذ تصميم بناء معين ان كان عمله مقسم على وحدات زمنية منفصلة او يشترك مع عمله اشخاص اخرين.

ثانياً: عدم القابلية للانقسام بناء على اتفاق المتعاقدين :

قد يكون صريح او ضمني وخاصة من الغرض المقصود من التعاقد لان هذه الحالة تكون جائزة ان كان محل الالتزام قابل للانقسام بطبيعته ومع ذلك تتجه ارادة الاطراف الى جعله غير قابل للانقسام مثل سداد اجرة في عقد ايجار شقة سكنية التي ساد العرف على تقسيم الاجرة ولكن ورد الاتفاق على ان يتم السداد بشكل كامل دون تجزئة.

الفرع الثاني: آثار عدم قابلية الالتزام للانقسام:

الاثر الجوهري هو عدم قابلية الالتزام للانقسام في وجوب الوفاء بالدين كله فلا يجوز الوفاء الجزئي بالالتزام غير القابل للتجزئة.

أولاً: حالة تعدد المدينين:

تشابه حالة التضامن السلبي في ان كل مدين يلزم بوفاء الدين كاملاً ويجوز للدائن ان يطالب اياً منهم بكامل الدين. وللمدين الذي وفى ان يرجع على البقية كل بقدر حصته باحكام الدعوى الشخصية او دعوى الحلول. فان لم يكن هناك نص او اتفاق على تعيين الحصص تحملوا جميعاً الدين بالتساوي. كما يتحملوا احكام الاعسار كما في التضامن السلبي. الا ان التضامن السلبي مصدره الاتفاق وهو اقوى ضمان للدائن من حالة عدم قابلية الالتزام للانقسام لان مصدره طبيعة الالتزام (محله) وهو اقل ضماناً.

ثانياً: حالة تعدد الدائنين:

تماثل احكام التضامن الايجابي فانه يجوز لكل الدائنين مطالبة المدين بالوفاء بالتزامه كاملاً اي جملة واحدة دون تجزئة. فإن استوفى احد الدائنين الالتزام فللدائنين الآخرين الرجوع عليه كل بقدر حصته في الدين. فإن أعسر الدائن الذي استوفى الدين ولم يحصل الدائنون الا على بعض حقوقهم فانهم يقتسمون ما يحصلون عليه بنسبة حقوقهم ويتحملون تبعة الاعسار كل بقدر حصته في الدين.

المحور الثالث / انتقال الالتزام

الاصل ان الرابطة القانونية بين طرفين (دائن ومدين)، ولكن ليس شرط بان يبقى الطرفين ثابتين طوال فترة الالتزام، فان تم نقل الدين من ناحية الدائن تحققت حالة حوالة الحق ، وان تم نقل الدين من ناحية المدين تحققت حالة حوالة الدين. وعلى ذلك يتم تقسيم الدراسة الى: - حوالة الحق، - حوالة الدين .

المبحث الأول: حـــــوالة الحق

المطلب الأول: التعريف بحوالة الحق:

هي عبارة عن نقل الحق من الدائن الاصلي الى دائن جديد يحل محله في ذات الحق. يسمى الدائن الاصلي (المحيل) والدائن الجديد (المحال له). وتتم هذه الحالة دون حاجة الى رضا المدين (المحال عليه).

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لحوالة الحق:

- قد تتم حوالة الحق بمقابل فتكون عندئذ صورة من صور عقد البيع.
- وقد تتم بلا عوض وبلا مقابل فتاخذ حكم الهبة والتبرع .
- وقد يقصد بها قضاء دين على المحيل للمحال له فتاخذ حكم الوفاء بمقابل
- وقد يقصد بها اعطاء تامين او ضمان خاص فتاخذ حكم الرهن.

المطلب الثالث: التفرقة بين حوالة الحق والوفاء مع الحلول:

1- حوالة الحق صورة لانتقال الالتزام، اما الوفاء مع الحلول فهو يقع بمناسبة الوفاء وكنتيجة له.
2- حوالة الحق لا تكون الا بالاتفاق، اما الوفاء مع الحلول فقد يكون اتفاقي او قانوني.
3- حوالة الحق لا بد فيها من رضا الدائن، اما الوفاء مع الحلول قد يتم بدون رضا الدائن كالحلول القانوني
4- حوالة الحق قد ترد على دين حال او آجل، اما الوفاء مع الحلول لا يقع الا على دين حال
5- يضمن المحيل وجود الحق المحال به، اما الوفاء مع الحلول فان الدائن لا يلتزم بهذا الضمان.
6- لا يملك المحال له الا دعوى الحق الذي انتقل اليه، اما الوفاء مع الحلول فانه يملك دعوى شخصية او دعوى الحلول.

المطلب الرابع: شروط انعقاد حوالة الحق

بما ان حوالة الحق في حقيقته هو عقد يتم بين الدائن الاصلي وبين شخص اجنبي عن الالتزام وهو الدائن الجديد وبمقتضى العقد ينتقل الحق من الاول الى الثاني. وبالتالي فانه يجب ان يتوفر العقد اركانه عموماً من رضا تام خالي من عيوب الارادة وصادر من ذي أهلية، ومحل، وسبب مشروع.

محل العقد من الممكن ان يكون اي نوع من انواع الحقوق الشخصية، لكن لا ترد نهائياً على الحقوق العينية . الا ان هذه القاعدة ليست مطلقة بل ترد عليها استثناءات قانونية مثل لا تجوز الحوالة في الحقوق غير القابلة للحجز عليها كدين النفقة واجور العمال. كما لا تجوز حوالة الحق ان نص على ذلك في العقد . وتكون حوالة الحق نافذة قبل المدين او قبل الغير الا ان قبلها المدين ولا يعتبر طرفاً في الحوالة بل يظل اجنبي عن العقد، او اعلن بها.

المطلب الرابع: آثار حوالة الحق

الفرع الأول : العلاقة بين طرفيها (المحيل والمحال له):

بمجرد ابرام حوالة الحق بين المحيل والمحال له فانه يترتب عليه:

1- انتقال الحق من المحيل الى المحال له بنفس مقوماته وخصائصه وملحقاته وتاميناته وضماناته كالكفالة والرهن والامتياز، فان تمت نقل الحوالة بعوض سرت على الحوالة احكام عقد البيع، وان تمت الحوالة بدون عوض فانه تسري على الحوالة احكام عقد الهبة؛

2- التزام المحيل بتسليم سند الحق وجميع وسائل اثبات هذا الحق كاوراق رسمية واسماء الشهود؛
3- التزام المحيل بالضمان فان كانت الحوالة بدون عوض لم يلتزم المحيل بالضمان لان المتبرع غير ضامن قانوناً/ وان كانت بعوض التزم المحيل بالضمان بحيث يضمن توابع الحق من تامينات شخصية .

الفرع الثاني: العلاقة بين المحال له والمحال عليه:

قبل نفاذ الحوالة في حق المحال عليه بقبوله لها او اعلانه بها: لا يلحق المحال عليه اي تغيير ولا تنشأ بينه وبين المحال له اي علاقة قانونية، أي يبقى المحال عليه مدين للدائن الاصلي (المحيل) وتبرأ ذمته بالوفاء له بالدين وليس للمحال له ان يطالبه بالوفاء ولا يبقى للاخير الا الرجوع على المحيل وفقاً لقواعد الضمان.

بعد نفاذ الحوالة: انتقال الحق المحال به من المحيل الى المحال له في مواجهة المحال عليه، اي يصبح الدائن هو المحال له لا المحيل ولا تبرأ ذمة المحال عليه الا ان وفى الدين الى المحال له. ويصبح المحيل بالنسبة للمحال عليه اجنبياً عن العقد ولا يجوز للمحيل ان يطلب الوفاء بالدين.

الفرع الثالث: العلاقة بين المحال له والغير :

الغير هو كل من تعلق له حق بالمحال به وتكون له مصلحة في الطعن في عقد الحوالة فمن الممكن ان يكون الغير محال له آخر او آخرين او دائن للمحيل ارتهن الحق المحال به او اوقع عليه حجز . وبذلك تثور حالة التنزاع بين المحال لهم فتكون المفاضلة بينهم على اساس الاسبق في تاريخ نفاذ الحوالة في حق الغير وليس بتاريخ انشاء الحوالة بشرط عدم وجود غش للاضرار بالمحال له الاول. كما تثور حالة التزاحم بين المحال له والدائن الحاجز وهو دائن المحيل فان هذا الاخير لاتنفذ الحوالة في مواجهته الا بقبول المدين او اعلانه.

المبحث الثاني: حوالة الدين

المطلب الأول: التعريف بحوالة الدين:

هي اتفاق على نقل الدين من المدين الاصلي (المحيل) الى ذمة مدين جديد (المحال عليه) يحل محله ويتحمل عنه الدين بكافة مقوماته وضماناته في مواجهة الدائن (المحال له) الذي يبقى بلا تغيير.

المطلب الثاني: شروط انعقاد حوالة الدين:

بما انها عقد فانها تخضع للقواعد العامة التي تحكم العقود بشكل عام من اركان يجب ان تتحقق وشروط صحة من سلامة ارادة واهلية كاملة. من الممكن ان تكون حوالة

دين بعوض كما يحدث في عقد القرض بان يوفي المحال عليه بالدين ثم يعود على المحيل بما وفاه . ومن الممكن ان تكون بلا عوض كما لو تبرع المحال عليه بالوفاء بالدين بدلاً عن المحيل .

ان كانت حوالة الدين تتم بمجرد الاتفاق بين المحيل والمحال عليه الذي يتحمل عنه الدين فانها لا تكون نافذه في مواجهة الدائن الا ان اقرها. ويجب ملاحظة ان رضا الدائن ليس شرطاً ولا ركنا في العقد لذا فينعقد العقد دونها الا انها لا تنفذ في مواجهته الا ان اقرها .

وتاتي اهمية اقرار الدائن نظراً لاهمية شخصية المدين في الحياة العملية من حيث ان شخصية المدين تحدد المديونية وقيمة الالتزام وحرص المدين على الوفاء بالالتزام.

وتجوز حوالة الدين باتفاق صريح او ضمني بين كلا من الدائن والمحال عليه يتقرر فيه ان يحل المحال عليه محل المدين الاصلي وتكون النية منصرفة على اعتبارها حوالة دين وليست تضامن في المسئولية حيث يجوز ان يتم الوفاء بالدين من غير المدين ولو بغير علم المدين ودون موافقته. وتكون العلاقة بين المدين والمحال عليه بناء على الاساس القانوني لاحكام الاثراء بلا سبب.

المطلب الثالث : آثار حوالة الدين

الفرع الاول: علاقة الدائن بالمحال عليه:

ان اقر الدائن حوالة الدين المبرمة بين المحيل والمحال عليه بكل توابعه وملحقاته وضماناته، ما عدا الكفالة فالكفيل الشخصي او العيني قد لا يقبل كفالة المدين الجديد لان الكفالة تقوم على الثقة وعلى شخصية المدين. لذا فانه لا يلتزم بالكفالة الا ان وافق الكفيل فلا يجوز اكراهه عليها .

ومن ثم فان ذمة المدين الاصلي المحيل تبرأ عند وفاء المحال عليه بالدين، كما يصبح المحال عليه بالنسبة للدائن هو المدين الجديد وبالتالي يستطيع مطالبته بالوفاء بالالتزام .

الفرع الثاني: علاقة المحيل بالمحال عليه:

اولاً: قبل نفاذ الحوالة: فان المحال عليه يكون ملتزما باداء الدين وقت حلول اجله ويتقرر هذا الالتزام بمجرد انعقاد الحوالة ولا يترتب على رفض الدائن للحوالة اثرها على التزام المحال عليه تجاه المحيل بالوفاء للدائن عند حلول الدين ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك. وذلك بسبب استقلال العلاقة بين المحيل والمحال عليه عن العلاقة بين المحيل والدائن .

ثانياً: بعد نفاذ الحوالة: ان اقر الدائن الحوالة نفذت في مواجهته ويكون المحال عليه هو الملتزم قبله للدين المحال به وتبرأ ذمة المدين الاصلي (المحيل) من الالتزام نهائيا من تاريخ اقرار الدائن.

الفرع الثالث: علاقة الدائن بالمحيل:

ان اقر الدائن حوالة الدين فانه لا يستطيع بعدها مطالبه المحيل لانه يترتب على الحوالة براءة ذمة المحيل نهائياً من الدين ولا يكون للدائن الا مطالبة المحال عليه بالوفاء بالالتزام .

ويضمن المحيل يسار المحال عليه الا ان علم الدائن باعسار المحال عليه ووافق على ذلك وقت اقرار الحوالة وليس وقت استحقاق الدين.

المحور الرابع / انقضاء الالتزام

الاصل ان ينقضي الالتزام بتنفيذه وقد يكون ذلك اختياريا او جبرياً. الا ان الالتزام قد ينقضي بما يعادل الوفاء وقد ينقضي بما دون الوفاء.

وعلى ذلك يتم تقسيم الدراسة الى :

- انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء (الانابة، التجديد، الوفاء الاعتياضي، المقاصة واتحاد الذمة)
- انقضاء الالتزام بما دون الوفاء (الابراء، استحالة التنفيذ، التقادم المسقط)

المبحث الأول: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

المطلب الأول: الانابة في الوفاء:

المقصود بها ان يلتزم شخص ثالث بالوفاء بالدين مكان المدين فان قامت الانابة صحيحة برئت ذمة المنيب وأدى الى انقضاء الالتزام بالانابة في الوفاء .

اطراف الانابة: المنيب (المدين الاصلي)، المناب (الغير المكلف بالوفاء بالدين)، المناب لديه (الدائن). كما لا تقتضي الانابة ان تكون هناك مديونية بين المنيب والمناب، **الإنابة تتضمن هي نفسها حوالة الدين** والأثر الجوهري لها يتمثل في انتقال الدين للمحال عليه.

مثل: (أ) مدين بمبلغ 50,000 د.ج ل (ب) الدائن، و (ج) مدين لـ (أ) بـ 50,000 دج. فيقوم (ج) بالوفاء بالدين مباشرة لـ(ب) . أ (منيب) ، ب (مناب لديه) و ج (مناب).

المطلب الثاني: التجديد:

هو انقضاء الالتزام في مقابل انشاء التزام جديد يحل محله فهو اتفاق بين طرفي الالتزام على انهاء الالتزام القديم مقابل انشاء التزام جديد يحل محله .

مثل: ان يكون التزام الطرفين القديم هو دفع مبلغ نقدي قدره 20,000 د.ج فيتفقا على تجديده بتسليم بضاعة معينة بدلاً عن المبلغ النقدي.

التجديد له 3 صور:

1- تجديد بتغيير الدين (الالتزام البدلي والوفاء بمقابل)،
2- تجديد بتغيير المدين (حوالة الدين) ،
3- تجديد بتغيير الدائن (حوالة الحق).

المطلب الثالث: الوفاء بمقابل

المقصود به قبول الدائن شيء قدمه المدين غير المتفق عليه وبراءة ذمة المدين بناء على ذلك يسمى بالوفاء بمقابل. وبذلك ينقضي الالتزام الاصلي بكافة صفاته وتوابعه وملحقاته وتاميناته وينشأ التزام جديد بدلا منه وهو يقوم مقام الوفاء ينقضي بمقتضاه الالتزام الاصلي.

الوفاء بمقابل نوع من انواع التجديد وذلك بتغيير المحل اي ان التجديد اوسع من الوفاء بمقابل.

المطلب الرابع: اتحاد الذمة:

هي حالة اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة لدين واحد فينقضي الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة . مثل: حين يشتري المستاجر العين المؤجرة من المالك المؤجر فهنا تجتمع صفة المؤجر والمستاجر لدى نفس الشخص. وفي الحقوق العينية حين يشتري المالك حق الانتفاع او العقار محل حق الارتفاق .

المطلب الخامس: المقاصة:

هي تلاقي دينين لشخصين مختلفين كل منهما دائن ومدين للآخر فينقضي الدينان بقدر الاقل منهما .

مثل: ان يكون (أ) مدين لـ (ب) بمبلغ 5000 د.ج, ثم يصبح بعد ذلك (ب) دائن لـ (أ) بمبلغ 3000 د.ج، فان طالب احدهما الوفاء بالتزامه فيستطيع الاخر التمسك بالمقاصة للوفاء فينقضي الدينان بقدر الاقل منهما وهو مبلغ 3000 د.ج ويبقى (ب) مدين لـ (أ) بمبلغ 2000 د.ج فقط.

تنقسم المقاصة حسب مصدرها الى : مقاصة قانونية ومقاصة اتفاقية اختيارية ومقاصة قضائية.

يشترط في المقاصة القانونية تقابل الدينين وتماثل محل الدينين في النوع والجودة وان يكون الدينان خاليين من النزاع الجدي وصلاحية الدينين للمطالبة بهما قضاء اي مستحقا الاداء غير مضافين لاجل او معلقين على شرط. لذا فالمقاصة القانونية من وسائل التنفيذ الجبري متى توافرت شروطها.

المبحث الثاني: انقضاء الالتزام بما دون الوفاء

المطلب الأول: الإبراء :

المقصود به تنازل الدائن صراحة او ضمناً عن حقه في استيفاء دينه اختيارياً متى وصل الى علم المدين وعندئذ يسقط الالتزام بالابراء وينقضي حق الدائن في مواجهة مدينه. وهو بذلك تصرف تبرعي بناء على الارادة المنفردة، غير ان للمدين رد الابراء . الابراء لا ينهي من الالتزام الا عنصر المسئولية ويبقى عنصر المديونية مثل الالتزام الطبيعي.

المطلب الثاني: استحالة التنفيذ

ينقضي الالتزام ان اثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيل عليه بشكل مطلق ودائم بسبب اجنبي لا يد له فيه طرأ بعد قيامه لا يمكن توقعه ولا دفعه .

اما ان تسبب المدين بخطأه في استحالة تنفيذ الالتزام فيترتب عليه ان الالتزام لا ينقضي بل عليه التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض.

ان كانت الاستحالة جزئية لا مطلقة فلا ينقضي الالتزام الا جزئياً فان هلك نصف المبيع بسبب حريق لا يد للبائع فيه فيبقى التزام البائع بالنسبة للنصف الباقي ان كان المبيع يقبل الانقسام اما ان كان لا يقبل الانقسام فلا يتجزأ ويكون الخيار للمشتري ان يقبل الوفاء الجزئي وبين ان يفسخ الالتزام

ان كانت الاستحالة مؤقته وليست دائمة فانها تؤدي الى وقف تنفيذ الالتزام مؤقتا لحين زوالها فان زالت عاد الالتزام الى السريان مرة أخرى .

ان تاخر المدين عن تنفيذ التزامه وقام الدائن باعذاره بوجوب التنفيذ ثم استحال التنفيذ بسبب اجنبي فلا ينقضي الالتزام قانوناً.

ان خطا المدين المتضامن بالنسبة لباقي المدينين المتضامنين مما يرتب استحالة التنفيذ فان الخطا يرتب انقضاء الالتزام بالنسبة لبقية المدينين اما المتسبب بالخطا فيكون وحده مسئول عن التعويض.

المطلب الثالث: التقادم المسقط:

والمقصود هو انقضاء حق الدائن في مطالبة المدين بالدين بسبب عدم مطالبته به خلال مدة معينة وتمسك من له مصلحة بذلك. في الفقه الاسلامي لا يقوم حق ولا ينقضي بمرور مدة زمنية طبقاً للقاعدة الفقهية (الحق لا يسقط بالتقادم) ولكن الذي يسقط هو المطالبة القضائية به امام القضاء.