

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة سطيف 2- محمد لمين دباغين
كلية الحقوق والعلوم السياسية
كلية الحقوق

القانون المدني (أحكام الالتزام)

محاضرات

أقيت على طلبة السنة الثانية ليسانس تخصص حقوق

من إعداد:
د. عبيزة منيرة

السنة الدراسية: 2025-2026

تمهيد:

بعد دراسة مصادر الالتزام سنتناول أحكام الالتزام أي منذ نشوء الالتزام إلى حين انقضائه، وقد تناول المشرع أحكام الالتزام في الكتاب الثاني من القانون المدني من الباب الثاني إلى السادس.

مخصص الباب الأول من المواد 160 إلى 202 لأثار الالتزام المتمثل في وجوب التنفيذ الذي قد يقوم به المدين طواعية أو يجبر على ذلك، كما أن التنفيذ قد يكون عينيا أو بمقابل.

ثم تطرق المشرع في الباب الثاني للأوصاف المعدلة لأثار الالتزام من المواد 202 إلى 238 فقد يكون الالتزام معلق على شرط أو مضاف إلى أجل، كما أنه قد يتعدد أطرافه أو المحل.

في حين تناول في الباب الثالث انتقال الالتزام في المواد 239 إلى 257 فقد ينتقل الالتزام من دائن إلى آخر وهو ما يعرف بحوالة الحق، أو من مدين إلى آخر ويعرف بحوالة الدين.

وأخير فإن الالتزام مصدره الانقضاء وهو ما تناوله المشرع في الباب الرابع في المواد 258 إلى 328 وتتعدد طرق انقضاء الالتزام إما بسبب الوفاء أو غيرها من طرق زوال الالتزام.

I- أثار الالتزام

الأثر العادي والطبيعي للالتزام هو وجوب تنفيذه، والتنفيذ قد يقوم به المدين طواعية، وقد يجبر عليه إذا امتنع عن التنفيذ، وتنفيذ المدين للالتزام سواء اختياريا أو جبرا يسمى التنفيذ العيني ويقصد به تنفيذ المدين عين ما التزم به، وقد يتعذر التنفيذ العيني، فيكون التنفيذ بمقابل أي تقديم شيء آخر يحل محل العقد أو يحصل الدائن على مبلغ من النقود يحل محل الأداء الأصلي ليعوضه عن الضرر الذي لحقه ويكون عن طريق التعويض. ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب.

الالتزام الطبيعي:

نص المشرع الجزائري على الالتزام الطبيعي في المواد 160-163 من القانون المدني وبالرجوع لنص المادة 160 تنص أنه: «المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به، غير أنه لا يجبر على التنفيذ إذا كان الالتزام طبيعياً».

يتضح من نص المادة أن الفرق الأساسي بين الالتزام الطبيعي والالتزام المدني هو الأثر المترتب بمعنى آخر الحماية، لأن الالتزام الطبيعي يتكون من عنصر المديونية دون عنصر المسؤولية فيتيح العنصر الأخير للدائن إجبار المدين قانونا على الوفاء من خلال اللجوء للسلطة العامة.

والالتزام الطبيعي وإن كان مجردا من عنصر الجبر، إلا أنه التزم قائم في ذمة المدين، فإذا قام المدين بتنفيذه بإرادته فلا يكون هذا التنفيذ تبرعا، بل هو وفاء بالالتزام قائم في ذمته ولا يستطيع المدين استرداده وهو ما نصت عليه المادة 163 من القانون المدني.

يصبح التزم الطبيعي التزم مدني إلى تعهد المدين بالوفاء بالالتزام ومثاله تقادم الدين لا يتيح للدائن إجبار المدين على الوفاء بالدين لانقضائه بالتقادم أي يسقط عنصر المسؤولية ويتخلف في ذمة المدين التزم طبيعي فقط، لكن المدين تعهد للدائن بالوفاء بعد استيفائه لدينه وبالتالي يصبح المدين ملزم بالتنفيذ ومجبر على الوفاء به.

كذلك إذا وفى المدين بالالتزام الطبيعي باختياره فلا يستطيع استرداد ما أداه استناد لنص المادة 162 من القانون المدني كالأب الذي يقوم بتجهيز ابنته العروس باعتباره التزم طبيعي فلا يمكنه المطالبة باسترداده.

- أثار الالتزام الطبيعي:

يتضح من نص المادتين 162-163 من القانون المدني أن أثار الالتزام الطبيعي مرهونة بإرادة المدين وحده، وهذه الإرادة تكون عن طريق الوفاء أو التعهد بالوفاء.

أ- الوفاء الاختياري (المادة 162 من القانون المدني): إن الوفاء بالالتزام الطبيعي يعد وفاء بدين مستحق في ذمة المدين وليس تبرع ويجب أن يتوافر شرطان في هذا الوفاء:

- أن تكون إرادة المدين خالية من عيوب الإرادة كالغلط مثلا أي يكون على دراية أنه يوفي بالتزام طبيعي فمثلا لو كان يعتقد أنه يوفي بالتزام مدني لا طبيعي، جاز له استرداد ما أوفى به بدعوى رد ما دفع بغير حق.

- أن يكون قد قصد الوفاء بالتزام طبيعي وهو ما يفهم من نص المادة 162 من القانون المدني، فإذا اعتقد أنه ملزم قانونا بالوفاء كان الوفاء غير صحيح وجاز له استرداد ما وفاه.

ب-التعهد بالوفاء بالتزام الطبيعي (المادة 163 من القانون المدني): إذا تعهد المدين الوفاء بالتزام طبيعي ينشأ حينها التزام مدني في ذمته، وإن الاعتراف بوجود الالتزام الطبيعي لا يكفي وإنما لا بد أن يكون المدين قصد التزام نفسه بالتزام مدني.

- شروط الالتزام الطبيعي:

إن مسألة البت في وجود الالتزام الطبيعي أو الأخلاقي هي مسألة موضوعية تخضع لتقدير قاضي الموضوع وفق قيود قانونية تنحصر في قيدين اثنين هما:

أ- إذا استقر الأساس الأخلاقي في الضمير الجماعي إلى حد التعارف على وجوب الوفاء به فهنا يرتقي الواجب الأخلاقي بالأداء إلى التزام الطبيعي فإذا انتفى لدى الفرد الشعور بأن يشارك الضمير الجماعي فلا ينشأ الالتزام الطبيعي أي شعور الجماعة بصفة عامة بحتمية الوفاء به.

ب- عدم تعارض الالتزام الطبيعي مع النظام العام والآداب: إن الالتزامات الباطلة في العقد لعدم مشروعية المحل أو السبب لا يتخلف عنها التزامات طبيعية أو أخلاقية لتعارضها مع فكرة النظام العام كالوفاء بدين نشأ عن قمار أو رهان محضور أو سبب ارتكاب جريمة قتل وهو ما نصت عليه المادة 163 من القانون المدني.

المحور الأول: التنفيذ العيني (176-164 من القانون المدني)

إن تنفيذ الالتزام عينا هو الأصل وحسب المادة 164 من القانون المدني يجبر المدين بعد إعداره على تنفيذ التزامه عينا متى كان ذلك ممكنا، وإذا استحال التنفيذ العيني نلجأ للتنفيذ بمقابل (التعويض) أي التعويض عن الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه وهو ما نصت عليه المادة 176 من القانون المدني.

بمعنى آخر واستناد لنص المادتين 164-176 من القانون المدني للدائن المطالبة بالتنفيذ العيني، لكن إذا اقتصر المدين على المطالبة بالتعويض ولم يعرض المدين للتنفيذ العيني ففي هذه الحالة القاضي يحكم بالتعويض.

أولا-شروط الحكم بالتنفيذ العيني الجبري:

بالرجوع لنص المادة 164 من القانون المدني يستخلص أنه لا بد من توافر أربعة شروط للحكم بالتنفيذ العيني:

1-إعذار المدين (المادتين 180-181 من القانون المدني):

الإعذار هو تنبيه المدين بالوفاء بالتزامه ووضعه موضع المقصر أو المتأخر في تنفيذ التزامه والإعذار ليس شرط لقبول الدعوى وإنما هو شرط للحكم بالتنفيذ العيني للالتزام.

2-أن يكون التنفيذ العيني ممكنا (المادة 164 من القانون المدني):

يلزم الدائن المدين بالتنفيذ العيني إذا كان ممكنا، وإذا استحال على المدين تنفيذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، إلا إذا أثبت أن استحالة التنفيذ راجع إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه ففي هذه الحالة ينقضي الالتزام ولا يرجع على المدين بالتعويض حسب ما جاء في المادة 307 من القانون المدني بنصها: « ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته» .

ومثال استحالة التنفيذ بسبب خطأ المدين هو أن يبيع منزل لشخص ثم يبيعه لشخص آخر وتنتقل ملكيته للأخير.

وكذا في حالة امتناع المدين عن تنفيذ التزامه في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي كما لو امتنع الأستاذ عن تقديم محاضرة بعد اتفائه على إلقائها ففي هذه الحالة لا يمكن إجباره عينا، وإنما يكون التنفيذ عن طريق التعويض.

3- أن لا يكون التنفيذ العيني مرهقا:

قد يكون التنفيذ العيني ممكنا، لكن جبر المدين على الوفاء يعدّ إرهاقا للدائن فيقتصر على دفع التعويض النقدي بشرط أن يكون التنفيذ العيني من شأنه أن يلحق المدين خسارة فادحة، وهي مسألة ترتبط بظروف كل حالة، وهي متروكة لتقدير قاضي الموضوع.

فإذا كان التنفيذ العيني مرهق للمدين فيسوغ لهذا الأخير الاقتصار على دفع تعويض نقدي، ولا يحق للدائن الإصرار على التنفيذ العيني متعسفا في استعمال حقّه وهو ما نصت عليه المادة 124 مكرر من القانون المدني بنصّها: « يشكّل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الأحوال الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ بالغير.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة».

ولا يكفي لتطبيق الحكم بالتنفيذ بمقابل (التعويض) في أن يكون التنفيذ العيني مرهقا للمدين، بل يجب أيضا ألا يلحق الدائن ضررا جسيما من جراء عدم التنفيذ العيني، فإذا كان التنفيذ العيني مرهقا للمدين ويصيب الدائن ضررا يسيرا جاز أن يحل التنفيذ بمقابل محل التنفيذ العيني لكن إذا كان ذلك من شأنه إلحاق ضرر جسيم بالدائن، فالأولى بالرعاية هو الدائن ووجب الرجوع إلى الأصل وهو وجوب التنفيذ العيني.

ومن تطبيقات هذا المبدأ الذي نحن بصدده ما ورد في المادة 788 من القانون المدني، وتنص على ما يلي: « إذا كان مالك الأرض وهو يقيم بناء قد تعدى بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب الأرض الملاصقة على أن يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل».

يتضح من نص المادة أعلاه أنه يجوز للقاضي العدول عن التنفيذ العيني إلى التنفيذ بمقابل ومثال ذلك ما نصت عليه المادة أنه إذا تجاوز مشتري الأرض في البناء مساحة معينة منها ولكن تجاوزه كان يسيرا ففي هذه الحالة لا يجوز لدائن المطالبة بالتنفيذ العيني أي إزالة البناء، وإنما يقتصر على التعويض النقدي.

وبهذا نخلص أنّ التنفيذ العيني يصبح مرهقا ويحل محله التنفيذ بمقابل (التعويض) بشرطين أن يلحق التنفيذ العيني خسارة جسيمة بالمدين، وأن لا يصاب الدائن بضرر جسيم من جراء عدم التنفيذ العيني والاقتصار على التنفيذ بمقابل.

4- أن يطلب الدائن التنفيذ العيني أو يتقد به المدين.

ثانيا- وسائل التنفيذ العيني

سبقت الإشارة إلى أنّ التنفيذ العيني قد يكون اختياريا يقوم به المدين من تلقاء نفسه عن طريق الوفاء، وإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه اختياريا فيتم اللجوء إلى التنفيذ لجبري اعتمادا على الإكراه البدني أو الغرامة التهديدية، إلا أنّ إجراء الإكراه البدني أصبح مستبعدا كوسيلة لجبر المدين على تنفيذ التزامه المدنية والتجارية في القوانين الحديثة إلا أنه بقي معمول به في بعض الحالات كديون الأسرة.

وعليه ارتأينا أن تقتصر دراستنا على أهم وسيلة المتمثلة في الغرامة التهديدية.

1- الغرامة التهديدية (التهديد المالي):

سبق أن وضحنا في شروط التنفيذ العيني أنه يجب أن يكون غير متعارض وحرية الشخصية للمدين أي لا تمس شخص المدين إلا أنّ القضاء أوجد وسيلة تسمى الغرامة التهديدية لإجبار المدين على التنفيذ العيني للالتزام، ويتمثل في الحكم على المدين بغرامة مالية تهديدية عن كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر لجبره على تنفيذ التزامه عينا ميعاد معين تحدده المحكمة، أي أنّ الحكم القضائي الذي يقضي بالغرامة التهديدية هو حكم وقتي يتزايد مع استمرار تعنت المدين على الامتناع عن التنفيذ، وقد اعتد المشرع الجزائري على غرار غيره من التشريعات بهذه الوسيلة في القانون الجزائري بموجب المواد 174- 175 من القانون المدني ونصوص قانونية في القانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ولا تعد الغرامة التهديدية عقوبة جنائية وإنما هو نظام مدني بحث وعليه سنحاول من خلال دراستنا لموضوع الغرامة التهديدية البحث فيما يلي:

شروط الحكم بالغرامة التهديدية.

طبيعة الحكم بالغرامة التهديدية.

أثار الحكم بالغرامة التهديدية.

أ- شروط الحكم بالغرامة التهديدية:

عند التمعن في نصوص المواد 174 من القانون المدني و625 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتبين أنه يشترط للحكم بغرامة تهديدية توافر ثلاثة شروط أساسية وهي:

أن يكون تنفيذ الالتزام عينا لا يزال ممكنا.

أن يكون التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن، أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه ويكون محله القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

أن يقوم الدائن بطلب الحكم بالغرامة التهديدية.

أن يكون تنفيذ الالتزام عينا لا يزال ممكنا: إنّ الحكم بالغرامة التهديدية بهدف حمل المدين على الوفاء بالالتزام وإجباره على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، لذا يجب أن يكون الالتزام ما زال ممكنا، وإذا استحال التنفيذ العيني للالتزام بسبب أجنبي ينقضي الالتزام ولا يمكن اللجوء للغرامة التهديدية، وكذلك إذا كانت الاستحالة بفعل المدين فلا يحكم بالغرامة التهديدية وإنما بالتنفيذ بمقابل (التعويض).

أن يكون التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن، أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه: أي أنّ تنفيذ الالتزام يقتضي تدخل المدين شخصيا وإلا لا يمكن تنفيذ الالتزام كما لو كان محل الالتزام تسليم الشيء لا يعلم مكانه سوى المدين، أو الامتناع عن عمل معين لفتح محل تجاري في شارع معين أو أنه تنفيذه من قبل شخص آخر لا يكون بنفس الجودة، كالتزام طبيب جراح بإجراء عملية جراحية فيمكن إجراؤها من غير الطبيب الملتزم لكنّه لا يكون ملائم وهذا الشرط يحدد مجال الالتجاء للغرامة التهديدية الذي يقتصر في الالتزامات بعمل كالتزام الطبيب بإجراء عملية جراحية معينة اشتهر بمهارته فيها فإذا أحل بالتزامه أمكن اللجوء إلى الغرامة التهديدية.

وهو ما تطبق أيضا في الالتزام بالامتناع عن عمل كما لو تعهد لاعب كرة القدم بعدم اللعب في فريق معين، فإذا أخل بالتزامه، أمكن اللجوء إلى الغرامة التهديدية لحمله الامتناع عن الاستمرار في المخالفة.

وعليه نخلص أنّ الغرامة التهديدية هي طريقة من طرق التنفيذ الجبري لإجبار المدين على تنفيذ التزامه عينا متى كان ممكنا، ويقتصر نطاق تطبيقها على الالتزامات التي يستوجب الوفاء بها التدخل الشخصي للمدين بمعنى آخر أنّ تنفيذ الالتزام غير ملائم وغير ممكن إلا إذا قام به المدين نفسه.

وعليه فإنه لا محل للحكم بالغرامة التهديدية إذا كان الالتزام محله إعطاء شيء كنقل ملكية عقار أو منقول أو التزام بأداء مبلغ مالي من النقود لأنّ تنفيذ الالتزام في هذه الحالات لا يتطلب التدخل الشخصي للمدين.

والجدير بالإشارة أنّه لا يجوز اللجوء إلى الغرامة التهديدية، إذا انطوى ذلك على المساس بشخصية المدين ومثال ذلك حق المؤلف الذي يعطيه سلطة تقدير أو صلاحية نشر مؤلفه على الجمهور من عدم أو حتى سحبه، فلا يجوز إجباره على النشر باللجوء للتهديد المالي باعتباره متعارض مع حقوق المؤلف الواردة في قوانين الملكية الفكرية وحقوق المؤلف والحقوق المجاورة إلا إذا ثبت التعسف في استعمال الحق.

وعليه نخلص أنّه إذا كان تدخل المدين غير ضروري للتنفيذ العيني، أي يمكن تنفيذه دون تدخله فلا يحكم بالغرامة التهديدية لأنها طريقة غير مباشرة لإجبار المدين على تنفيذ التزامه، فإذا كان بالإمكان إجباره بالطريق المباشرة وجب سلوك الطريق المباشر كأن يكون محل الالتزام دفع مبلغ من النقود وللمدين أموال ظاهرة نسلك الطريق المباشر أي حجز أموال المدين وبيعها بالمزاد العلني.

أن يقوم الدائن بطلب الحكم بغرامة تهديدية: لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالغرامة التهديدية من تلقاء نفسها ما لم يطلب الدائن ذلك حدود اختصاصها استنادا للمبدأ الساري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنّه لا يجوز للقاضي أن يقضي بأكثر ممّا طلبه الخصوم، أو بما يطلبه الخصوم، ولا يجوز للدائن أن يطلب الحكم بالغرامة التهديدية في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام جهة الاستئناف.

ولا يخضع قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا في الحكم بالغرامة التهديدية من عدمها، إلا فيما يتعلق بتوافر الشروط القانونية اللازمة للحكم بالغرامة التهديدية فهي مسألة قانونية يخضع فيما قاض الموضوع لرقابة المحكمة العليا.

ب- خصائص الحكم بالغرامة التهديدية

يتميز الحكم بالغرامة التهديدية بثلاث خصائص، فهو حكم تهديدي ومؤقت وغير محدد القيمة.

حكم تهديدي: الغرامة هي عبارة عن تهديد وضغط على المدين، لهذا فالغرامة عادة ما تحدد بمبلغ كبير لا يتناسب مع الضرر الذي يصيب الدائن بسبب تأخر المدين عن التنفيذ، حيث يراعي القاضي عند تقديره للغرامة قدرة المدين على التحمل أي يختلف الأمر بين إذا ما كان المدين شخص عادي أو شركة قوية.

كما أنّه أجازت المادة 2/174 من القانون المدني للقاضي الزيادة في الغرامة التهديدية كلما وجد داعيا لذلك لكسر إصرار وتعنت المدين الممتنع عن التنفيذ.

فالغرامة التهديدية تحدد عن كل فترة يتأخر فيها المدين عن الوفاء أو عن كل يوم أي حسب تعنت المدين، لذا لا يمكن معرفة مقدار الغرامة يوم صدور الحكم، لأنّ مجموع الغرامة التهديدية النهائي يرتفع مع كل يوم يمضي دون قيام المدين بالتنفيذ.

حكم مؤقت: إنّ الحكم بالغرامة التهديدية حكم مؤقت لا يمنح القاضي الذي أصدره أن يعيد النظر فيه استنادا لنص المادتين 02/174 و175 من القانون المدني فبإمكان القاضي

الزيادة في مقدار الغرامة إذا رأى داعيا لذلك، كما يمكنه الإنقاص من الغرامة التهديدية متى قام المدين بالتنفيذ وجعلها متساوية للضرر الذي لحق الدائن لتأخر المدين في التنفيذ، مراعيًا القاضي تعنت وإضرار المدين.

وبمأنّ الحكم بالغرامة التهديدية حكما مؤقتا سيعاد النظر فيه، فإنّها لا تكون واجبة التنفيذ، لأنّ المبلغ المحكوم به لا يعدّ دينًا محققًا في ذمة المدين يجيز التنفيذ على أمواله، فالحكم بالغرامة التهديدية تنقضي متى اتخذ المدين موقفًا نهائيًا من تنفيذ الالتزام فإذا وفى المدين بالالتزام يكون الحكم بالغرامة التهديدية قد حقق الهدف منه فلا يكون هناك محل لبقائه حتى وإن لحق الدائن ضررًا من جراء تأخر المدين عن تنفيذ التزامه فلا يقوم الحكم بالغرامة التهديدية مقام الحكم بالتعويض، فيكون للدائن مطالبة القاضي الحكم له بتعويض الضرر الذي أصابه من هذا التأخير.

وإذا أصر المدين على عناده نهائيًا ورفض التنفيذ، تعين على الدائن طلب التنفيذ بمقابل لتعذر الوصول للتنفيذ العيني ويقدر القاضي التعويض بمقدار ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب سواء بسبب عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ ولا ينظر في تقدير التعويض خطأ الدائن، لكن استثناءً أجاز المشرع للقاضي أن يراعي تعنت المدين في رفض تنفيذ التزامه وبالتالي يمكن زيادة مقدار التعويض المحكوم به للدائن عن مقدار الضرر فتعتبر هذه الزيادة بمثابة عقوبة خاصة توقع على المدين جراء تعنته وهو المبرر الوحيد للأخذ بنظام الغرامة التهديدية، وإلاّ اعتبرت نظام غير فعال لأنّ المدين يعلم أنّ مصير الحكم بالغرامة التهديدية هو زوال، وأنّه إذا استمر في الامتناع عن التنفيذ لا يحكم عليه إلاّ بتعويض يقدر على أساس مقدار الضرر فلن يغير أهمية بالحكم عليه بالغرامة التهديدية، لكن إذا علم أنّ الحكم عليه بالغرامة التهديدية قد يعرضه في حالة إصراره على عدم التنفيذ لدفع مبلغ إضافي يضاف لمقدار الضرر فإنّه يشكل عليه ضغط نفسي وقلق يجعله يفكر في عواقب إصراره على عدم التنفيذ.

-الحكم بالغرامة التهديدية لا يمكن تنفيذه: أي أنّ الدائن المحكوم له لا يستطيع أن يرغم المدين على الوفاء له بالمبلغ المحكوم به كغرامة تهديدية، فهو حكم مؤقت -كما سلف الذكر- لذلك لا يجوز للدائن الحجز على أموال المدين، وبيعها بالمزاد العلني لاستيفاء قيمة الغرامة، بل على الدائن الانتظار إلى غاية تبين الموقف النهائي للمدين، ويطلب بالتعويض الذي يراعي في تحديده مقدار ما بدا من المدين من تعنت.

وعليه فإنّ عدم قابلية الحكم بالغرامة التهديدية لتنفيذ يضعف من نظام الغرامة التهديدية، ويجعل فائدتها العملية محدودة، فكان ينبغي توقيع جزاء على المدين في حالة رفض التنفيذ كما هو الحال في القانون الإنجليزي الذي يجعل من رفض المدين تنفيذ حكم المحكمة القاضي بإلزامه بالوفاء بالتزام معين جريمة معاقب عليها جنائياً وهي جريمة امتهان أو احتقار المحكمة.

ج-أثار الحكم بالغرامة التهديدية: إنّ أثر الحكم بالغرامة المالية يتحدد حسب موقف المدين، إمّا أن ينفذ التزامه أو يصر على عدم التنفيذ، يعيد القاضي النظر في الغرامة التهديدية ويحكم بالتعويض، أمّا في الحالة الثانية فإنّ الاستمرار في الحكم بالغرامة التهديدية لن يحقق الغرض منها، فتتحول الغرامة إلى تعويض يحكم به الدائن لعدم التنفيذ.

والتعويض في كلتا الحالتين يشمل عناصر التعويض العادي أي ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب نتيجة التأخر في التنفيذ أو عدم القيام به مراعيًا القاضي إضافة عن ذلك تعنت المدين، وهو ما نصت عليه المادة 175 من القانون المدني.

وبذلك يمكن أن يزيد مقدار التعويض المحكوم به للدائن عن مقدار الضرر، وتعتبر هذه الزيادة بمثابة عقوبة خاصة توقع على المدين جزاء له على تعنته.

المحور الثاني: التنفيذ بمقابل

إذا كان الأصل هو التنفيذ العيني للالتزام طبقاً لنص المادة 164 من القانون المدني فإنّ هناك حالات يتم اللجوء إلى التنفيذ بمقابل إذا تعذر التنفيذ العيني للالتزام، فإنّ التنفيذ العيني للالتزام هو الأصل، والعدول عنه إلى التعويض النقدي هو رخصة ويتم التنفيذ بمقابل بدلاً من الوفاء بالالتزام عيناً في حالات معينة.

أولاً-حالات التنفيذ بمقابل:

هناك حالات قانونية يتحتم اللجوء إلى التنفيذ بمقابل، حيث يستحيل أو يتعذر الحصول على التنفيذ العيني للالتزام وهو كالاتي:

1- إذا كان التنفيذ العيني مستحيلاً بخطأ المدين: حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر فيه، أمّا إذا استحال التنفيذ العيني بسبب أجنبي عن المدين، كقوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو فعل الغير، أو فعل الدائن، فهنا يسقط التزام المدين والدائن ولا محل للحكم بالتعويض على المدين، فإنّ الالتزام ينقضي بهذه الاستحالة ولا ينفذ لا عيناً ولا عن طريق التعويض.

2- إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن إلا إذا قام به المدين نفسه وأصر المدين على عدم التنفيذ، ولم تجد الغرامة التهديدية في التغلب على تعنته، فهنا لا يمكن الالتجاء إلى التنفيذ العيني بل التنفيذ بمقابل.

3- إذا كان التنفيذ العيني ممكناً لكن فيه إرهاقاً للمدين أي الفائدة التي ستعود على الدائن لا تتناسب والضرر الذي يلحق المدين، فهنا يجوز قانوناً الاقتصار على التنفيذ بمقابل منعاً للتعسف في استعمال الحق وفق نص المادة 124 من القانون المدني، متى كان ذلك لا يلحق ضرراً جسيماً بالدائن.

- إذا كان التنفيذ العيني ممكناً ولم يطلبه الدائن، وكان المدين لم يعرض القيام بهذا التنفيذ، ففي هذه الحالة يكون التنفيذ بمقابل هو البديل عن التنفيذ العيني للالتزام، أي أنّ التنفيذ العيني هو الأصل متى كان ممكناً وليس فيه إرهاق، ولا يعدل عنه إلى التعويض إلا بموافقة الدائن المدين معاً.

ثانياً-أنواع التعويض

استناداً لنص المادة 176 من القانون المدني هناك نوعين من التعويض، التعويض عن عدم تنفيذ الالتزام، والتعويض عن التأخر الوفاء به.

التعويض عن عدم التنفيذ أصلاً هو تعويض بمقابل يحل محل التنفيذ العيني ولا يجتمع معه، إلا أنّ المدين قد يكون نفذ التزامه تنفيذاً معيناً إمّا لأنّه لم ينفذ كله بل نفذ جزءاً منه كما لو أتمّ المقاول بعض الإنشاءات المتفق عليها في العقد دون البعض الآخر، وإمّا لأنّه لم يبذل العناية المطلوبة منه لتنفيذ الالتزام، أو لأنّه تأخر في التنفيذ عن الموعد المحدد له.

ففي حالة التنفيذ العيني المعيب للالتزام يجوز للدائن رغم استيفائه للالتزام المطالبة بالتعويض، فيجمع بذلك بين التنفيذ العيني والتعويض.

والجددير بالذكر أنّ المدين لا يمكنه الحصول على تعويض رغم توافر الحالات السابقة، إلا بعد توافر شروط المسؤولية العقدية فضلاً عن شرط الإعذار.

ثالثاً-شروط استحقاق التعويض

يشترط لإمكان تنفيذ الالتزام عن طريق التعويض توافر مجموعة من الشروط الأساسية المتعلقة بالمسؤولية العقدية.

ركن الخطأ: أي يكون المدين لم ينفذ التزامه أو تنفيذه للالتزام كان معنيا. إصابة الدائن بضرر.

أن يكون الضرر الذي أصاب الدائن ناتج لعدم تنفيذ الالتزام أو تنفيذا معنيا وهو ما يعرف بركن العلاقة السببية.

فضلا عن الشروط الثلاثة الخاصة بالمسؤولية العقدية المتمثلة في الخطأ والضرر والعلاقة السببية يشترط إعدار المدين كشرط إضافي لاستحقاق التعويض.

1- الخطأ: لا يمكن اعتبار المدين مخطئ بمجرد عدم تنفيذ الالتزام، فلا مكانية نسبة الخطأ للمدين أن يكون بإمكان المدين تنفيذ التزامه وعليه يعرف الخطأ أنه: عدم تنفيذ المدين لالتزامه مع إدراكه له وإمكانية التنفيذ.

يتضح من التعريف أن الخطأ يتكون من عنصرين: عنصر مادي وعنصر معنوي. العنصر المادي (عدم التنفيذ): حتى يعدّ المدين مخطئا يجب ألا يكون قد نفذ التزامه أصلا رغم إمكانية تنفيذه، أو أنه لم ينفذ الالتزام الواقع عليه على النحو الواجب ويتحقق ذلك إذا لم ينفذ المدين الالتزام إلا بشكل جزئي، أو أنه نفذ الالتزام كله لكنه معيبا سواء بسبب تأخره في التنفيذ، أو لأنه لم يبذل العناية الواجبة.

العنصر المعنوي: لا يكفي لاعتبار المدين مخطئا أن يكون لم ينفذ التزامه أو نفذه بشكل معيبا، إضافة عن ذلك يجب إدراك المدين لوجود الالتزام، وبإمكانه أن يقوم به.

وينتفي الإدراك لدى المدين في حالة إذا كان غير مميز بأن كان صغيرا لم يبلغ سن 13، أو كان مجنون أو معتوه، ومثال ذلك إذا جن المقاول ولم يستكمل الأشغال فلا يمكن إلزامه بالتعويض عن الضرر الناتج عن عدم إتمام الأشغال، ويمكن للدائن الرجوع على المكلف برقابته وفق أحكام المسؤولية التقصيرية.

كما ينتفي الإدراك عند المدين إذا كان يجهل وجود الالتزام شرط أن يكون ذلك الجهل بالإمكان أن يقع فيه أي شخص عادي، ومثاله استعارة شخص شيء من الأشياء ثم توفي فإنّ الوارث يلتزم بالمحافظة على الشيء ورده للمالك، لكن قد يحدث ويكون الوارث يجهل وجود العارية وبالتالي لا يتخذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على الشيء المعار فيهلك أو يتلف الشيء المعار، وهنا لا يستطيع المعير (مالك الشيء) مطالبة الوارث بالتعويض عن الضرر الذي لحقه لأنه لم يكن مدركا لمجرد هذا الالتزام بل جاهلا له وجهله معذور، لكن قد يكون جهل المدين غير معتقر كأن يكون الالتزام مصدره القانون لأنّ العلم بالقانون مفروض لدى الكافة، ويتمثل كذلك العنصر المعنوي في إمكانية التنفيذ فلا اعتبار المدين مخطئا يجب أن يكون بوسعه تنفيذ إزامه فإذا استحال عليه فلا يعدّ مخطئا كأن يلتزم الناقل بتوصيل بضاعة إلى مكان معين فانقطعت المواصلات بسبب إضراب، أي أنه ليس بوسع أي شخص آخر تنفيذ ذلك الالتزام لو وجد في نفس الظروف.

غير أنه أجاز القانون الاتفاق على تحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ والقوة القاهرة حسب المادة 127 من القانون المدني أي أنه يلتزم المدين بالتعويض عند عدم تنفيذ الالتزام بسبب استحالة التنفيذ بسبب أجنبي عن المدين.

والجدير بالذكر أنه كي تقوم المسؤولية العقدية لا بدّ أن يكون هناك خطأ عقدي أي يجمع المتعاقدان عقد صحيح أو صحيح قابل للإبطال، أي أن إذا كان العقد باطل بطلان مطلق لا تقوم بين الطرفين إلا المسؤولية التقصيرية، كما أنه لا تقوم المسؤولية العقدية قبل

انعقاد العقد باستثناء حالة الوعد بالتعاقد أي في مرحلة المفاوضات تقوم المسؤولية التقصيرية أو بعد زوال العقد وانقضائه.

إضافة عن ذلك لا تقوم المسؤولية العقدية بعد انحلال العقد أو تمام تنفيذه مثل ما هو الحال للعامل الذي يفشي أسرار العمل تخص رب العامل السابق وتسبب ذلك بضرره، ففي هذه الحالة تقوم المسؤولية التقصيرية إلا إذا تضمن عقد العمل شرط يمنع العامل من إفشاء أسرار العمل فيكون العامل قد أخل بالتزام عقدي.

2-الضرر: إن حدوث الخطأ العقدي لا يكفي وحده لتحقق المسؤولية العقدية، بل لا بد أن يترتب عن هذا الخطأ ضرر يلحق بالدائن سواء كان المتعاقد الآخر أو الخلف العام، وإن كان الشخص أجنبيا عن العقد تقوم المسؤولية العقدية لا التقصيرية.

ويعرف الضرر أنه: الأذى الذي يصيب حقا أو مصلحة مشروعة للإنسان، سواء انصب هذا الأذى على جسم المضرور أو ماله أو شرفه أو كرامته أو مركزه الاجتماعي. فالضرر نشأ عن عدم تنفيذ الالتزام العقدي أصلا أو الإخلال به كالتنفيذ الجزئي أو التأخر في التنفيذ، وقد يكون الضرر مادي وهو الأذى الذي يصيب الشخص في جسمه أو ماله، أو أدبي وهو ما يصيب الشخص من أذى في العرض أو السمعة أو الاعتبار أو العاطفة.

ويشترط في الضرر أن يكون محققا أو مؤكدا وقوعه في المستقبل، يكون الضرر محققا إذا كان قد حصل فعلا كأن يترتب عن عدم التنفيذ خسارة تلحق الدائن أو فوات كسب، وقد يكون الضرر لم يقع فعلا لكنه مؤكد في المستقبل ومثال ذلك إصابة المسافر أثناء نقله بعاهة أبدية تعجزه عن العمل، ففي هذه الحالة يستحق الشخص التعويض عن الضرر الذي سيصيبه في المستقبل نتيجة عجزه عن العمل إضافة إلى التعويض عن العاهة الذي أصابته أما إذا كان الضرر محتمل وقوعه في المستقبل فلا يستحق التعويض.

ويشترط في الضرر حسب المادة 182 من القانون المدني أن يكون مباشرا ومتوقعا، فيقتصر التعويض في مجال الالتزامات العقدية على الضرر بالمتوقع، واستثناء عن ذلك يشمل التعويض جميع الأضرار بما في ذلك الأضرار غير المتوقعة إذ كان المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما، والمقصود بالغش تعمد المدين تنفيذ إلزامه قصد الإضرار بالغير، ويقصد بالخطأ الجسيم الخطأ الذي لا يرتكبه حتى الشخص المهمل.

وتقدير إذا ما كان الضرر متوقعا أو غير موقع يتم وفقا لمعيار موضوعي لا ذاتي، فيعتبر الضرر متوقعا إذا كان الشخص العادي يتوقع حصوله من جراء عدم تنفيذ العقد، ولو كان المدين ذاته لم يتوقعه، فيعتبر الضرر متوقعا إذا كان الشخص المعتاد يتوقعه وقت التعاقد فمثلا إذا تعهد شخص بنقل حقيبة تستخدم عادة لنقل الملابس ولم يفصح له المالك عن محتوياتها، ثم ضاعت الحقيبة أثناء النقل ليتبين أنها تحتوي على مجوهرات، فلا يمكن إلزام الناقل بدفع قيمة المجوهرات لأن أي شخص عادي وفي مثل هذه الظروف لا يتوقع أن تحتوي الحقيبة على مجوهرات، فلا يسأل الناقل إلا عن قيمة معقولة للحقيبة ومحتوياتها.

3-العلاقة السببية: لا يكفي لاستحقاق التعويض أن يقع من المدين خطأ، بل يجب أن يكون هذا الخطأ هو الذي ألحق ضررا بالدائن، فإذا انتقلت هذه العلاقة بين الخطأ والضرر الذي أصاب الدائن، ولم يلتزم المدين بتعويض هذا الضرر وهو ما عبرت عنه المادة 182 بنصها: «... يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة بيعة لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به...».

إضافة لشروط المسؤولية العقدية اشترط القانون شرطا إضافيا لاستحقاق التعويض هو الإعذار.

4-الإعذار: تنص المادة 179 من القانون المدني أنه: «لا يستحق التعويض إلا بعد اعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك».

استنادا لنص المادة 179 المذكورة أعلاه الاعذار شرط الاستحقاق التعويض، بحيث يتعين على الدائن الذي يطالب بتنفيذ الالتزام عن طريق التعويض (التعويض بمقابل) اعذار المدين أولاً، فإذا أعذره أي طالبه بالتنفيذ العيني للالتزام إلا أنّ المدين لو يوف بالتزامه، جاز للدائن المطالبة بالتعويض.

والهدف من اشتراط الاعذار هو وضع المدين وضع المقصر والمتأخر عن تنفيذ التزامه، وإثبات هذا التأخير قانون، فلا يكفي حلول أجل تنفيذ الالتزام لاعتبار المدين مقصرا بل على الدائن إظهار نيته في المطالبة بتنفيذ الالتزام، وأنه غير متسامح معه في التأخير وذلك باعذار المدين، وإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه رغم اعذاره ثبت تأخيرهم، وبالتالي فإن قيامه بالتنفيذ بعد ذلك يعدّ تنفيذ متأخر يحق للدائن المطالبة بتعويض الضرر الناشئ عن التأخير، وإن لم يتم الاعذار فلا يثبت تأخير المدين، ولا يستحق الدائن تعويضا.

ولكن القاعدة التي تستوجب الاعذار لاستحقاق التعويض ليست من النظام العام، ويجوز الاتفاق على مخالفتها سواء قبل حلول موعد الوفاء وحصول الإخلال أي يتم الاتفاق على أنّ المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر.

وقد يكون الإنفاق بعد حلول الأجل كأن يقيم الدائن دعوى التعويض على المدين دون اعذاره ولا يتمسك المدين بأنّ الدائن لم يعذره.

أتعريف الاعذار: هو تنبيه يوجهه الدائن للمدين لوضعه موضع المقصر والمتأخر عن تنفيذ التزامه.

ب-شكل الاعذار: تنص المادة 180 من القانون المدني أنه: «يكون اعذار المدين بإنذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر».

استنادا لنص المادة 180 أعلاه إلاّ إذا أحدث شكلا معينا هو شكل الإنذار، أو شكلا آخر وهو ما يقوم مقام الإنذار في نظر القانون.

ويكون الاعذار بالإنذار وهو ورقة رسمية من أوراق المحضر القضائي يطلب فيها الدائن المدين بتنفيذ التزامه، وتسلم للمدين ويثبت هذا التسليم بتوقيع من تسلمها في الأصل، أو ذكر سبب الامتناع عن التوقيع ليكون ذلك دليلا على حصول الإنذار.

أمّا ما يقوم مقام الاعذار فهو كل ورقة رسمية تعلن للمدين وتضمن مطالبته بالوفاء كصحيفة الدعوى المتضمنة تكليف المدين بالحضور أمام المحكمة في تاريخ معين، كذلك محضر الحجر على مال من أموال المدين.

كذلك يجوز أن يكون الاعذار عن طريق البريد المسجل المضمن بعلم الوصول أو برسالة أو برقية مستعجلة يحظر فيها الدائن بتنفيذ التزامه في أجل معقول.

ج-حالات لا ضرورة فيها الاعذار: استثنى المشرع بعض الحالات، فأجاز للدائن المطالبة بالتعويض دون الحاجة إلى إعذار، وقد وردت هذه الحالات في المادة 181 من القانون المدني وتتمثل فيما يلي:

*إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين: ومثال ذلك أن يكون التزام المدين التزاما سلسا أي محله الامتناع عن العمل فهنا لا حاجة لاعذار المدين لإثبات التقصير عليه، كالتمثيل في مسرحية بالرغم من وجود التزام يحضر عليه هذا الفعل، كذلك لو باع شخص عقاره لشخص ثم يبيع نفس العقار لشخص آخر ويسبق في إجراءات التسجيل فيستحيل تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية، وبالتالي لا يكون للاعذار أي معنى، وبالتالي لا يكون هناك محل لاعذاره ومطالبته بالوفاء، لأنّ عدم اشتراط الاعذار في هذه الحالة مرجعه إلى أنّ التعويض مطلوب عن عدم تنفيذ الالتزام لا عن التأخير في التنفيذ.

* إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على فعل غير مشروع: بمعنى أنّ المدين أخل بالالتزام قانوني مفروض على الشخص بعدم الاضرار بالغير، ممّا يعدّ خطأ تقصيري موجبا للمسؤولية، فتتحقق بذلك أركان المسؤولية التقصيرية، فيكون للمضور المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه دون الحاجة إلى إعداره.

فإنّه لا محل للاعذار في المسؤولية التقصيرية وتعدّ هذه الحالة مجرد تطبيق لما سبق أن رأيناه من أنّ الاعذار يشترط بالنسبة للتعويض عن التأخير في التنفيذ فقط دون حالة عدم التنفيذ.

*إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنّه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك: فإذا حاز شخص شيئا بدون وجه حق، كأن سرقة أو تسلمه من السارق، وامتنع عن رده إلى صاحب الحق فيه بسوء نية أي عمله بأنّه لا حق له في حيازته، فبإمكان صاحب الشيء المطالبة برد هذا الشيء، والمطالبة بالتعويض عن عدم رد الشيء أو التأخر في رد دون اعذاره والعلّة من وراء عدم اشتراط الاعذار في هذه الحالة ترجع أنّ القانون وضع هذا الشرط للمدين حسن النية والمدين في هذه الحالة ليس جديرا بإعطائه هذا الحق باعتباره سيء النية.

*إذا صرح المدين كتابة أنّه لا يريد القيام بالالتزامه: إذا صرح المدين كتابة أنّه لا ينوي تنفيذ التزامه، فمثل هذا التصريح يدل على تعنت وتعمد المدين عدم التنفيذ فالاعذار هنا لا يلتزم لعدم الجدوى.

ويجب على المدين الذي تمسك بتصريح المدين أن يثبت صدور هذا التصريح، ويتم اثباته بالكتابة، أو بما يقوم مقام الكتابة مثل إقرار المدين بصدور التصريح منه أو عن حلف اليمين بعدم صدور التصريح منه إذا وجه إليه الدائن هذه اليمين.

*إذا اتفق الطرفان على عدم لزوم الاعتذار: فيعتبر أنّ المدين معذرا بمجرد حلول أجل الدين دون الحاجة لاعذاره، مع العلم أنّ الاعذار ليس من النظام العام يجوز الإنفاق على مخالفته.

د-أثار الاعذار: يترتب على الاعذار نتائج قانونية بالغة الأهمية على النحو الآتي:
-يبدأ احتساب التعويض عن الضرر الذي لحق الدائن من وقت الاعذار، وهو ما نصت عليه المادة 179 من القانون المدني بصريح العبارة أنّه: «لا يستحق التعويض إلا بعد اعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك»

-انتقال تبعّة الهلاك إلى المدين بعد الاعذار حتى وإن كانت قبل الاعذار كانت على عاتق الدائن وهو ما نصّت عليه المادتين 1/168 و2 و270 من القانون المدني، وذلك مثل هلاك الشيء المبيع يكون على عاتق البائع قبل التسليم لكن تنتقل تبعّة الهلاك إلى المشتري إذا أعذره البائع بتسليم الشيء المبيع ولم يفعل.

-لا يمكن المطالبة بفسخ العقد في العقود الملزمة للجانبين إلا بعد إعدار المدين وفقا لنص المادة 119 من القانون المدني.

ففي العقود الملزمة للجانبين، يجوز للدائن المطالبة بتنفيذ العقد، كما يمكنه أن يطلب فسخ العقد مع التعويض بعد اعداره إذا أخل المدين بتنفيذ التزامه التعاقدية. بعد أن تمّ الإلمام بالشروط الواجب توافرها للمطالبة بالتعويض اتضح لنا أنّ هناك عدة نقاط تفرق المسؤولية العقدية عن المسؤولية التقصيرية.

رابعاً تحديد التعويض

الأصل أن يتم تحديد التعويض المستحق للدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخير فيه عن طريق القضاء، فالأصل إذا هو التعويض القضائي (لذلك تعتبر القواعد المنظمة للتعويض القضائي هي القواعد العامة في التعويض)، وقد يكون تقدير التعويض مقدماً باتفاق الطرفين وهو ما يسمى بالتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي.

ولكن يحصل أحياناً أن يحدد القانون بنص عام مقدار التعويض المستحق للدائن في حالة عدم التنفيذ، وهذا هو التعويض الاتفاقي، وفي كلتا الحالتين يكون التعويض عن عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ، بحيث يشمل ما لحق هذا الأخير من خسارة وما فاتته من كسب.

وقد يتولى القانون بتحديد مقدار التعويض المستحق عن الإخلال بالتزامات معينة بنص عام فيكون التعويض في هذه الحالة قانونياً وهو ما يعرف بالتعويض القانوني أو فوائد التأخير، وهذا إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود، وكان معلوم المقدار وقت الطلب، وقام الدائن بالمطالبة القضائية بأصل الدين وبفوائد التأخير القانونية.

وعليه سنحاول دراسة كل نوع من أنواع التعويض:

1- التعويض القضائي

إذا لم ينفذ المدين التزامه عيناً، كان لدائن أن يطالبه بتعويض الضرر الناشئ عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه، فإذا وافق المدين على دفع التعويض الذي يطلبه الدائن، انتهى الأمر عند هذا الحد، أما إذا رفض المدين طلب الدائن، فإنّ الدائن يرفع الأمر إلى القضاء طالباً إصدار حكم على المدين يدفع التعويض المستحق له.

أ- عناصر تقدير التعويض: نصت المادة 182 من القانون المدني أنّه: «إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن بذل جهد معقول».

يتضح من نص المادة 182 من القانون المدني أنّ القاضي يقدر التعويض بمقدار الضرر الذي لحق الدائن، ويتحدد هذا الضرر بعنصرين أساسيين: الخسارة التي لحقت الدائن. الكسب الذي فاتته.

وعلى ذلك إذا تعهد صاحب مصنع بتزويد بضاعة إلى التاجر ولم يف بالتزامه فاضطر التاجر إلى شراء هذه البضاعة من مكان آخر بثمن أعلى، وفي خلال بحثه للعثور على البضاعة ضاعت عليه عدة صفقات.

فهناك يكون للدائن أن يطالب صاحب المصنع بتعويضه عن الضرر الذي أصابه نتيجة عدم تنفيذ التزامه، ويشمل التعويض:

-الخسارة التي لحقت الدائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام، وتتمثل في الفرق بين الثمن المتعاقد عليه والثمن الذي اشترى به التاجر فعلا.
-الكسب الذي فات الدائن نتيجة عدم التنفيذ، ويتمثل في الربح الذي كان سيحققه من الصفقات التي ضاعت عليه بسبب التأخر.

يشترط أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم تنفيذ المدين التزامه أو تنفيذه تنفيذا ناقصا أو جزئيا أو معيبا، أو التأخر فيه، وأن تكون هناك رابطة سببية بين الضرر المحقق وعدم تنفيذ المدين لالتزامه، وبهذا إذا لم يلحق الدائن ضررا أو خسارة جراء عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه، فإنه لا مجال للحكم بالتعويض.

ومثاله عدم قيام المحامي بالتزامه تجاه موكله واستكمال إجراءات قيد الرهن، غير أنّ العقار نفسه كان مثقل برهون أخرى تستغرقه، ففي هذه الحالة الرهن غير منتج فلا يلتزم المحامي بالتعويض لأنّ الموكل لم يلحقه ضرر.

ب- طريقة التعويض (التعويض العيني والتعويض النقدي):

التعويض العيني هو أفضل طرق التعويض، إذ يؤدي إلى إصلاح الضرر إصلاحا تاما، وذلك بإعادة الحالة ما كانت عليه، إلا أنّ الأصل أن يكون التعويض نقديا، وذلك لسهولة تقويم الأضرار على اختلاف أنواعها بالنفوذ ولا مكان الوفاء بالنقود.

ولكن كما سبق الذكر أفضل طرق التعويض هو التعويض العيني فيلزم المدين بإعطاء شيء آخر غير نقدي، قيميا كان أو مثليا، أو يلزم المدين القيام بعمل لمصلحة الدائن، فالتعويض بغير نقود سمي بالتعويض العيني، ويقع هذا كثيرا الالتزامات التعاقدية والقاضي ملزم بالتعويض العيني إذا كان ممكنا وطلبه الدائن أو تقدم به المدين.

ومن أمثلة التعويض العيني هو أن يلتزم شخص بتوريد كمية معينة من القمح لشخص آخر ولم يف بالتزامه وحكم على المدين بتوريد كمية من الشعير أو نوع آخر من القمح فإننا نكون بصدد تعويض عيني.

أمّا في المسؤولية التقصيرية فيمكن في بعض الحالات تصور التعويض العيني، كما هو الحال في الحكم بإزالة حائط يمنع الضوء والهواء عن الجار وهو ما نصت عليه المادة 02/122 من القانون المدني.

ويلاحظ أنّه في أغلب الحالات يتعذر التنفيذ العيني في المسؤولية التقصيرية، فلا يبقى أمام القاضي إلاّ الحكم بالتعويض بمقابل ويكون غالبا نقدا (التعويض النقدي) ولكن من الجائز أن يكون غير نقدي كما هو الحال في دعاوى السب والقذف، فيحكم القاضي على سبيل التعويض بنشر الحكم القضائي بإدانة المدعى عليه في الصحف وهو تعويض عيني عن الضرر الأدنى.

يتضح في الأخير أنّ الأصل هو التعويض النقدي سواء في المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية أو أي التزام منشؤه مصدر آخر وهو ما نصت عليه المادة 132 من القانون المدني، فلا يجوز للقاضي أن يحكم بتعويض عيني إلاّ إذا طالبه الدائن ووافق المدين.
ج- حدود التعويض: يجب أن يكون التعويض جابرا بقدر الإمكان لكل ضرر أصاب الدائن، غير أنّه يرد على هذا المبدأ مجموعة من القيود.

لا يلزم المدين إلى بالتعويض عن الضرر المباشر دون الضرر غير المباشر سواء كانت الالتزامات عقدية أو غير عقدية ويتم التعويض.

في المسؤولية العقدية التعويض مقصور على الضرر المتوقع دون الضرر غير المتوقع.
التعويض عن الضرر المحقق.

-التعويض عن الضرر المباشر دون الضرر غير المباشر:

لا يلتزم المدين في التعويض إلا عن الضرر المباشر سواء في المسؤولية العقدية أو التقصيرية، والضرر المباشر عبر عنه المشرع الجزائري في المادة 182 من القانون المدني بعبارة "نتيجة طبيعية" أي لا بد أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء أو التأخر في الوفاء بشرط أنه لم يكن باستطاعة الدائن أن يتوفاه ببذل جهد معقول.

-ويتم التعويض في المسؤولية العقدية-كما سلف الذكر- عن الضرر المباشر المتوقع دون الضرر غير المتوقع إلا إذا ارتكب المدين غش أو خطأ جسيم حسب ما جاء في المادة 02/132 من القانون المدني.

والجدير بالذكر أن المشرع في المادة 02/178 من القانون المدني أجاز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على تنفيذ التزامه التعاقدية إلا أنه لا يتم إعفاؤه من المسؤولية إذا كان عدم التنفيذ راجع إلى غش المدين أو خطئه الجسيم.

-ويشترط في الضرر أن يكون محققاً أو مؤكداً الوقوع في المستقبل أما الضرر المحتمل فلا تعويض عنه إلا إذا وقع فعلاً، ويتميز عن الضرر المؤكد الوقوع أن هذا الضرر الأخير لم يقع بعد، إلا أن سبب الضرر قد تحقق لكن تراخت أثارها كلها أو بعضها للمستقبل، فمثلاً شخص مسافر نتيجة تهور سائق الحافلة وقع حادث جعل أحد المسافرين عاجز عن الحركة مما منعه من العمل فلا بد من تعويضه عن العجز في الحركة باعتباره ضراً محققاً، وعن الضرر الذي سيقع مستقبلاً وهو عجزه عن العمل.

وعند تقدير التعويض يقدر بحسب الضرر أي ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، ويراعي القاضي عند الحكم بالتعويض، التعويض عن الضرر المادي والضرر المعنوي.

ويعرف الضرر المادي بالأذى الذي يلحق الشخص في جسمه أو ماله، أما الضرر المعنوي هو الذي يلحق المدين في سمعته وشرفه وحرية، وهو ما نصت عليه المادة 182 مكرر من القانون المدني بصورة صريحة على أن التعويض يشمل الضرر المعنوي وذلك عند تعديل القانون المدني في سنة 2005، وقبل التعديل كان المشرع ينص على التعويض المعنوي في نصوص متفرقة في القانون منها قانون العمل، قانون الأسرة.

2-التعويض الإنفاقي (الشرط الجزائي)

يجوز للمتعاقدين أن يحدد بشكل مسبق قيمة التعويض المستحق في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر فيها وهو ما نصت عليه المادة 183 من القانون المدني بنصها: «يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181». ويسمى هذا الاتفاق المحدد لهذا التعويض بالشرط الجزائي، وقد يتم الاتفاق عليه في ذات العقد المنشئ للالتزامات أو بموجب اتفاق لاحق.

ولابد أن يتم الاتفاق عليه بشكل مسبق، أي قبل حصول أي إخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد لأنه إذا تم الاتفاق على تحديد التعويض بين الدائن والمدين بعد حصول الإخلال به، فإننا لا نكون بصدد شرط جزائي بل تصالح يخضع لأحكام الخاصة بعقد الصلح.

ويجوز اشتراط الشرط الجزائي مهما كان موضوع الالتزام سواء كان قيام بعمل أو امتناع عن عمل أو إعطاء شيء، ومثاله أن يبرم شخصان عقد مقاوله ويتفقان على إلزام المقاول بدفع مبلغ معين عن كل يوم يتأخر فيه عن تسليم البناء عن الموعد المحدد.

وإذا كان في غالب الأعم الشرط الجزائي يكون في مجال المسؤولية العقدية، غير أنه لا يمنع أن يوجد في نطاق المسؤولية التصويرية، ومثال ذلك اتفاق صاحب مصنع مع جيرانه على مقدار النقود لتعويض مقدما عن الضرر الذي يصيبهم مستقبلا من الدخان المتصاعد أو من أصوات آلة وضجيجها.

الفائدة القانونية والفائدة الاتفاقية

قد يكون موضوع الالتزام هو دفع مبلغ من النقود، فيتم الاتفاق بين الطرفين على الزام المدين في حالة تأخره في الوفاء بدفع مبلغ إضافي زيادة على المبلغ الأصلي في حالة تأخره، ويسمى هذا المبلغ الفائدة الاتفاقية لأن مصدرها الاتفاق لا القانون وهو ما يميزها على الفائدة القانونية لأن مصدرها هو القانون دون اتفاق مسبق.

وعليه سنحاول توضيح المقصود بالشرط الجزائي وأهم خصائصه، لنبين بعدها شروط استحقاقه وأهم النتائج المترتبة عنه، وفي الأخير نوضح الأهمية العملية لشرط الجزائي.

أ- تعريف الشرط الجزائي: إن الشرط الجزائي عبارة عن اتفاق مسبق على تقدير التعويض الذي سيبستحقه الدائن إذا أخل المدين مستقبلا بالتزامه سواء نفذ التزامه بشكل معيب أو لم يتم بتنفيذه أصلا.

ب- خصائص الشرط الجزائي: يتميز الشرط الجزائي بثلاث خصائص أساسية:

- الشرط الجزائي تابع للالتزام الأصل:

* الالتزام بالشرط الجزائي هو التزام تابع وليس التزام أصيل.

* والالتزام الأصلي الذي يتبعه الشرط الجزائي، فقد يكون القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو نقل حق عيني، فلا يجوز الاتفاق على الشرط الجزائي استقلال فهو دائما يتبع التزام أصلي، ويترتب عن ذلك بطلان الالتزام الأصلي يؤدي إلى بطلان الشرط الجزائي كان يكون محل الالتزام الأصلي عمل غير مشروع وبالتالي بطلان الشرط الجزائي، كما لو كان محل العقد هو صفقة مخدرات، وكذلك إذا كان العقد قابل للإبطال وتمسك به صاحب المصلحة فيسقط الالتزام الأصلي مما يؤدي إلى سقوط الشرط الجزائي، كما لو كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية، لكن في حالة ما إذا كان الالتزام الأصلي صحيحا والشرط الجزائي باطل، فإن بطلان هذا الأخير لا يمتد إلى الالتزام الأصلي.

كذلك في حالة استحالة تنفيذ الالتزام الأصلي، أو أنه فسخ العقد الذي أنشأ الالتزام الأصلي يترتب عنه سقوط الشرط الجزائي.

والجدير بالذكر أنه إذا أخل المدين بالتزامه ولم يطالب الدائن تنفيذ العقد بمقابل قيمة الشرط الجزائي، وإنما إختار فسحة فلا مجال للمطالبة بالشرط الجزائي لأنه بزوال الالتزام الأصلي بالفسخ يسقط معه الشرط الجزائي،

وإذا ترتب عن الفسخ ضرر لحق بالدائن فالقاضي هو الذي يقدر قيمة التعويض، إلا في حالة إذا ما كان الشرط الجزائي يريد به مواجهة الضرر الذي يصيب الدائن نتيجة الفسخ.

أيضا في حالة ما كان الالتزام الأصلي موصوفا كما لو كان معلقا على شرط أو مضاف إلى أجل، فإن هذه الأوصاف تلحق الشرط الجزائي بالتبعية.

ب- الشرط الجزائي التزام احتياطي: الشرط الجزائي هو وسيلة احتياطية لا يلجأ إليه إلا في حالة عدم تنفيذ الالتزام عينا وكان ذلك مستحيلا بخطأ المدين، فلدائن المطالبة بقيمة الشرط الجزائي وللمدين أن يعرضه للتنفيذ العيني ممكنا فلا يستطيع الدائن إلا المطالبة بالالتزام الأصلي، كما لا يجوز للمدين أن يعرض على الدائن إلا الالتزام الأصلي.

فالالتزام بالشرط الجزائي ليس التزاما بديليا لأنّ الالتزام الأصلي إذا كان ممكنا تنفيذه فلا يستطيع المدين العدول عنه بتنفيذ الشرط الجزائي كبديل له، كما لا يعدّ التزاما تخييري لأنّ الدائن لا يحق له الاختيار بين الشرط الجزائي والالتزام الأصلي ما دام هذا الاختيار بينهما فلا يحق له إلاّ عرض التنفيذ العيني للالتزام الأصلي ما دام ممكنا.

- الشرط الجزائي هو تقدير جزافي للتعويض: الشرط الجزائي هو تعويض اتفاقي يتم تقديره مقدما من قبل المتعاقدين قبل إخلال المدين بالتزامه، ولا يستطيع المتعاقدان التنبؤ مسبقا بمقدار الضرر المادي الذي يصيب أحدهما من جراء إخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزامه، وعليه يشترط لاستحقاق التعويض الاتفاقي حصول الضرر بسبب الإخلال بشروط العقد المتفق عليه وإعذار المقصر.

ج- شروط استحقاق الشرط الجزائي

يشترط لاستحقاق التعويض الاتفاقي الشروط العامة لاستحقاق التعويض وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية وشرط الاعذار، فإذا انتفى شرط من هذه الشروط لم يكن للدائن مطالبة المدين بقيمة الشرط الجزائي.

- **الخطأ:** يشترط لاستحقاق التعويض الاتفاقي وقوع خطأ من طرف المدين وغالبا ما يكون لخطأ عقدي، وعلى الدائن إثباته، فإذا لم يكن هناك خطأ من المدين فلا يلتزم بالتعويض أي لا محل لإعمال الشرط الجزائي.

- **الضرر:** لا بدّ من وقوع الضرر للدائن فإذا لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن فلا يستحق الشرط الجزائي، إلاّ أنّه يفترض أن كل إخلال من المدين بالتزامه يسبب ضررا للدائن وعليه يستطيع الدائن أن يطالب المدين بأداء التعويض المحدد في الشرط الجزائي دون الحاجة إلى إثبات إصابته بضرر لكّنها قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس فبإمكان المدين أن يثبت أنّه رغم إخلاله بالتزامه فإنّه لم يترتب على هذا الإخلال حصول أي ضرر بالدائن، ومثال ذلك التزام المدين بتوريد البضاعة بثمن معين واتفقا على إلزامه بدفع تعويض مقدرا بمبلغ مالي معين إذا لم يتم بالتوريد، فأخل المدين بالتزامه بالتوريد لكنه استطاع إثبات أنّ ثمن البضاعة في الثبوت قد انخفض، وأنّ الدائن يستطيع الحصول عليه من غيره بهذا الثمن المنخفض، وهو ما يؤكد أنّه ليس هناك ضرر أصابه نتيجة إحلال المدين بالتزام التوريد، أمّا إذا لم يستطع المدين إثبات انتفاء الضرر في جانب الدائن، فالأصل أنّه يلتزم بدفع قيمة التعويض المتفق عليه وهو ما أكدته المادة 184 من القانون المدني بنصّها: «لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مسبقا إذا أثبت المدين أنّ الدائن لم يلحقه أي ضرر».

- **د- سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي:** الأصل أنّه إذا تحققت شروط استحقاق الشرط الجزائي تعين على القاضي الحكم به دون زيادة أو نقصان وهو ما جاء في المادة 2/184 من القانون المدني، وهو ما سيتم تفصيله كالتالي:

- سلطة القاضي في تخفيض قيمة التعويض الاتفاقي: طبقا لنص المادة 2/184 من القانون المدني يكون التخفيض في حالتين:

* الحالة الأولى: إذا أثبت أنّ تقدير التعويض كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة.

- إذا وجد عدم التناسب الكبير بين قيمة التعويض والضرر، ويقع عبء إثبات ذلك على المدين وللقاضي التدخل بناء على طلب المدين فينقص مقدار التعويض لإزالة المبالغة ولا يجعله مساويا للضرر، بل يكون الانقاص إلى الحد المعقول الذي يزيل المبالغة في التقدير.

* الحالة الثانية: إذا أثبت أنّ الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه لأنّ تحديد قيمة التعويض في البند الجزائي يكون على أساس الإخلال الكلي بالالتزام، فإذا كان الإخلال

جزئياً بأن قام المدين بتنفيذ جزء منه، فيجوز للقاضي التخفيض من مقدار التعويض بشكل يتناسب والجزء الذي تم تنفيذه، ويقع عبء إثبات تنفيذ جزء من الالتزام على المدين. وتعد الحالتين السابقتين من النظام العام فأى اتفاق على خلاف ذلك لاستيعابها تعدّ باطلا حسب المادة 0/184 من القانون المدني.

-سلطة القاضي في زيادة قيمة التعويض الاتفاقي: الأصل أنه يلتزم المدين بقيمة التعويض المتفق عليه بلا زيادة، حتى وإن كان قيمة الضرر الحاصل فعلا يزيد على مقدار التعويض الاتفاقي طبقاً لقاعدة العقد سريعة المتعاقدين.

غير أنه أجاز المشرع بموجب المادة 185 من القانون المدني أن يطالب الدائن بأكثر من قيمة التعويض الاتفاقي إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق، وثبت أنّ المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً.

ويقع على الدائن الذي يطالب بزيادة قيمة التعويض الاتفاقي عبء إثبات غش المدين أو خطئه الجسيم، كما يثبت مجاوزة قيمة الضرر لمقدار التعويض.

لكن يستحق التتويه إليه أنه يحق للقاضي التعويض ويكون أزيد بكثير من الشرط الجزائي إذا كان تقديره تافه في المسؤولية التقصيرية لأنه يعدّ تحايل للإعفاء من المسؤولية التقصيرية، بحيث أبطل المشرع كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي (المادة 3/178 من القانون المدني).

و-الشرط الجزائي والعربون: يختلط الشرط الجزائي والعربون إذا كان يقصد من دفع العربون الاحتفاظ بالحق في العربون، فيفهم أنّ العربون هو شرط جزائي للعدول عن العقد، غير أنّ لشرط الجزائي يختلف العربون في أنّ الأخير هو مقابل لحق العدول فيستحق عند استعمال أحد المتعاقدين حق العدول حتى وإن لم يترتب عن العدول أي ضرر، أو كان هذا الضرر أقل من قيمة العربون أو الضرر أكبر من قيمة العربون فلا يستحق إلا مبلغ العربون، أمّا الشرط الجزائي هو تعويض لا يستحق لدائن إلا إذا وجد ضرر. كما أنّه لا يجوز للقاضي التخفيض من قيمة العربون في حين بإمكانه تخفيض الشرط الجزائي في الحالات المنصوص في المادة 2/184 من القانون المدني.

إضافة عن ذلك لا يعدّ الشرط الجزائي لا يعدّ الشرط الجزائي التزاماً تحذيرياً أو بدالياً فلا يمكن للمدين العدول عن تنفيذ الالتزام ويعرض الشرط الجزائي، في حين يمكن العدول عن تنفيذ الالتزام الأصلي حتى ولو كان ممكناً، ويدفع العربون بدلاً منه.

المحور الثالث: الضمان العام ووسائل المحافظة عليه

تمهيد لفكرة الضمان العام: القاعدة أنّ أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه طبقاً للمادة 188 من القانون المدني، ومضمون الضمان العام أنه لم ينفذ المدين التزامه اختيارياً، كان للدائن في سبيل حيز المدين على التنفيذ الحجز على أموال المدين كلها أو بعضها، وأنّ ببيعها بالمزاد العلني تحت إشراف القضاء وفقاً للأوضاع والإجراءات التي يحددها القانون، ليستوفي حقه من الثمن الناتج عن هذا البيع.

خصائص الضمان العام:

يتميز الضمان العام بخاصيتين أساسيتين:

*يرد الضمان العام على جميع أموال المدين: يستطيع الدائن أن يحجز على أي مال يملكه المدين وقت الحجز، سواء كان هذا المال مملوكاً للمدين وقت نشوء حق الدائن أو تملكه بعد ذلك أي لا يقتصر الضمان العام على الأموال التي تكون مملوكة للمدين وقت نشوء الالتزام، بل تشمل ما يملكه المدين بعد ذلك.

إلا أنه لا يجوز لدائن الحجز على مال غير مملوك للمدين وقت الحجز، ولو كان هذا المال مملوك له وقت نشوء الالتزام، لأنّ الضمان العام لا يغل يد المدين عن التصرف في أمواله، كما لا يخوله سلطة تتبع أموال المدين لدى من تنتقل ملكيتها. فالضمان العام يرد على أموال المدين الموجودة وقت الحجز، ويرد على جميع أموال المدين وليس على مال معين فقط.

*لا يتقرر الضمان العام لدائن أو لدائنين معينين وإنما يشترك فيه جميع الدائنين على قدم المساواة: يتضمن كذلك نص المادة 188 من القانون المدني مفادها أنّ جميع الدائنين متساوون أمام الضمان العام فلا يتقدم دائن على آخر وفقا للأسببية نشوء دينه، فإذا بيعت الأموال المحجوزة بالمزاد العلني ولم يكن ثمنها كافيا للوفاء بجميع حقوق الدائنين الحاجزين، فلا يتقدم دائن على غيره، بل يشترك جميعهم في اقتسام حاصل التنفيذ قسمة غرماء أي كل دائن يحصل على نسبة من دينه النصف أو الربع مثلا، بصرف النظر عن تاريخ نشوء هذه الحقوق وتاريخ الحجز الذي أوقعه كل دائن، أي لا تكون هناك أولوية لأحد الدائنين على الآخرين، ولكن مع مراعاة نسبة حق كل دائن ومثال ذلك إذا كان محمد مدينا لعلي بمبلغ 20.000.000 دج ومدينا لعمر بمبلغ 500 مليون دج، وحجز كل منهما سيارة مملوكة لمحمد، وبيعت هذه السيارة بمبلغ 20.000.000 دج فلا يستقل علي باستثناء حقه من ثمن السيارة، بل يقسم هذا الثمن على كل من علي وعمر بنسبة حق كل منهما فيأخذ علي 15.000.000 دج ويأخذ عمر 4.000.000 دج، حتى وإن كان دين علي سابق في النشوء على حق عمر.

غير أنّ قاعدة المساواة بين الدائنين لا يعمل بها إلا إذا كانوا جميعا دائنين عاديين، أما إذا كان لأحد التخصيص، فإنّ القانون يخول هؤلاء الدائنين سلطتي الأولوية والتقدم على الدائنين العاديين في استيفاء حقوقهم من أموال المدين، وعليه في المثال السابق إذ كان لعلي رهن حيازي على السيارة فإنه يستوفي حقه كاملا بالأولوية بثمن السيارة على عمر، وعليه يستوفي على مبلغ 20.000.000 دج، في حين لا يستوفي عمر أي مبلغ.

-مخاطر النظام العام

يتضح مما سلف أنّ الدائن العادي يتعرض لخطرين شديدين، الأول خطر تصرف المدين في أمواله لأنّ الضمان العام لا يغل يد المدين عن التصرف في أمواله وأنّ أي مال يخرج من ذمة المدين، يخرج بالتالي من الضمان العام، ولذلك فلدائن مصلحة مؤكدة في العمل على زيادة أموال المدين، أو على الأقل عدم إنقاصها، حتى يجد ما يمكنه الحجز عليه وبيعه استيفاء لحقه، وقد شرع القانون عدة وسائل تهدف للمحافظة على الضمان العام وتقويته، وتتجلى هذه الوسائل في الدعوى غير المباشرة ودعوى عدم نفاذ التصرف ودعوى الصورية والحق في الحبس.

أما الخطر الثاني يتمثل في مزاحمة الدائنين العاديين بعضهم لبعض مما يؤدي إلى عدم استيفاء حقه كاملا أو قد يستفي جزء من حقه لأنهم يقسمون أموالهم قسمة غرماء لهذا أوجد التشريع الجزائري على غرار غيره من التشريعات وسائل أخرى تدعى بالتأمينات العينية تمنح لدائن سلطة التقدم والتتبع على باقي الدائنين العاديين، وهذا خارج عن موضوع درسنا. وعلي ستقتصر دراستنا على وسائل المحافظة على الضمان العام المتمثلة في: الدعوى غير المباشرة، ودعوى عدم نفاذ التصرفات، ودعوى الصورية.

أولا-الدعوى غير المباشرة

قد يكون المدين تجاه دائن معين، دائنا لشخص آخر بالتزام معين كأن يكون عمر مدينا لزيد بمبلغ معين، وفي نفس الوقت كان عمر دائنا لأحمد بمبلغ معين، وبالتالي استيفاء عمر لحقه من قبل أحمد يزيد من أموالهم أي يقوي الضمان العام مما يزيد من فرصة حصول دائنيه على حقوقهم، لكن قد يتقاعس عمر عن المطالبة بحقه بسبب إهمال منه أو لتعمد الأضرار بدائنيه، وفي هذه الحالة أجاز المشرع الجزائي على غرار غيره من التشريعات لدائن المدين (زيد) مطالبة مدين مدينه (أحمد) بحقوق دائنه (عمر) برفع دعوى باسم المدين لا باسمه الخاص تعرف: الدعوى غير المباشرة وأساسها نص المادة 189 من القانون المدني، ويعتبر الدائن نائبا عن مدينه في استعمال حقوقه بموجب نص قانوني (نيابة قانونية).

1- شروط الالتجاء إلى الدعوى غير المباشرة:

من أجل دراسة شروط الدعوى غير المباشرة يتطلب منا استظهار نص المادة 189 من قانون المدني التي نصت أنه: «لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها خاصا بشخصه أو غير قابل للحجز، ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق، وأن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره، أو يزيد فيه.

ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه غير أنه لا بد أن يدخله في الخصام» يستخلص من نص المادة 189 من القانون المدني أن الالتجاء إلى الدعوى غير المباشرة يستوجب عدة شروط، فهناك شروط تتعلق بالمدين وأخرى تخص الدائن، وشروط تتعلق بالحق الذي يطالب به الدائن.

أشروط خاصة بالمدين: لا يجوز للدائن أن يطالب بحقوق مدينه إلا إذا توافرت في هذا الأخير مجموعة من الشروط:

تقصير المدين في استعمال حقه: لا يجوز للدائن المطالبة بحقوق مدينه، إلا إذا كان هذا المدين لم يستعمل حقوقه بمعنى أن المدين مقصرا في المطالبة بحقوقه رغم استحقاقها سواء كان نتيجة إهمال منه أو تعمدا للأضرار بحقوق دائنه، ويكفي إثبات الدائن تقصير مدينه للمطالبة بحقوقه.

وإذا باشر المدين في استعمال حقه حتى بعد رفع الدائن الدعوى نيابة عنه فله ذلك ويمنع على الدائن أن يحل محله في هذه الدعوى ليباشرها نيابة عنه، فله فقط المطالبة بإدخال خصما في الدعوى ليراقب تصرفات مدينه ويمنع على المدين ما قد يصدر منه إهمال أو تواطأ مع الدائن إضرار به.

-إعسار المدين: أن يكون له مصلحة وراء استعمال حقوق مدينه أي أن عدم استعمال حقوقه من شأنه أن يؤدي إلى إعساره أو يزيد في إعساره فإذا أثبت المدين أن ما لديه من أموال كافية لتسديد ديونه فلا يكون لدائن مصلحة في ذلك وبالتالي لا يحق له رفع الدعوى.

-إدخال المدين خصما في الدعوى: يشترط المشرع بموجب المادة 2/189 ضرورة إدخال المدين كخصم في الدعوى تحت طائلة عدم قبول الدعوى.

ب-شروط خاصة بالدائن: يشترط أن يكون للدائن مصلحة من استعمال حقوق مدينه وتتحقق هذه المصلحة إذا كان عدم استعمال المدين يسبب إعساره أو يزيد في إعساره، ويقع على الدائن كما سلف الذكر عبء إثبات إعسار المدين أو الزيادة في إعساره، وبأن يكون له حق مؤكد قبل المدين أي ثبوت صفة الدائن شرط لقبول الدعوى غير مباشرة فإذا كان حقه فلا يحق له مباشرة الدعوى غير مباشرة، لكن متى ثبت حق الدائن فإنه يجوز له رفع الدعوى غير المباشرة سواء كان هذا الحق مستحق الأداء وفق رفع الدعوى أولا فيستطيع

الدائن رفع الدعوى غير المباشرة ول كان حقه مؤجلا ولم يحل أجله بعد، أو معلقا على شرط وافق ولم يتحقق الشرط بعد أو غير معلوم المقدار كحق المضرور عن فعل غير مشروع يمكنه رفع دعوى غير مباشرة دون انتظار تقدير التعويض وغير ثابت بسند تنفيذي أي مقرر بمقتضى ورقة رسمية أو حكم لأنّ الدعوى غير مباشرة ليست من الإجراءات التنفيذية التي تحتاج إلى سند تنفيذي.

ج- شروط خاصة بالحق الذي طالب به الدائن: القاعدة العامة أنّه يجوز لدائن المطالبة بأي حق مالي يكون لهذا المدين دون الحقوق غير مالية لأنها لا تدخل في الضمان العام فلا تكون لدائن مصلحة للمطالبة بها، وقد استثنى المشرع بموجب المادة 1/189 طائفتين من الحقوق المالية لا يجوز لدائن المطالبة بها باسم مدينه وهي:

-الحقوق المتصلة بشخص المدين: لا يجوز لدائن استعمال حقوق مدينه المالية المتصلة بشخصه كحق في الطلاق وإن كان يترتب عنها ميراث وكذا الحق في التعويض عن الضرر الأدبي الذي أصابه.

-الحقوق غير القابلة للحجز: إنّ الهدف من وراء الدعوى غير مباشرة هو إدخال المال في ذمة المدين بقصد التنفيذ عليه، وعليه لا يجوز لدائن المطالبة باسم مدينه الحقوق التي لا يجوز الحجز عليها لانتهاء مصلحة الدائن من وراء ذلك ومثال ذلك النفقة لأنّ الدائن ليس بإمكانه الحجز على مبلغ النفقة أو النزول عنها للغير.

-عدم جواز استعمال رخص مدينه: لا يجوز لدائن استعمال رخص مدينه نيابة عنه لأنّ ذلك يسلب المدين حرية تقدير أموره وتصريف شؤونه فمثلا لا يجوز لدائن قبول هبة نيابة عن المدين أو قبول شراء صفقة مربحة معروضة عليه.

2- آثار الدعوى غير المباشرة

يمكن استخلاص آثار الدعوى غير مباشرة من خلال استظهار نص المادة 190 من القانون المدني التي تنص أنّه: «يعتبر الدائن في استعمال حقوق مدينه نائبا عن هذا المدين، وكل ما ينتج عن استعمال هذه الحقوق يدخل في أموال المدين ويكون ضمانا لجميع دائنيه». يمكن تحديد آثار الدعوى غير المباشرة حسب كل شخص:

أ- آثار الدعوى بالنسبة للمدين وسائر الدائنين: يترتب على الوفاء بالحق المحكوم به للمدين يدخل هذا الحق في الذمة المالية للمدين فيزداد بذلك الضمان العام، أي يصدر الحكم على مدين المدين بأداء الحق الذي في ذمته لا لدائن رافع الدعوى بل للمدين ذاته الذي رفعت الدعوى باسمه ونيابة عنه.

وبالتالي يستفيد من ذلك الحق جميع الدائنين بما في ذلك الدائن رافع الدعوى ولا تكون له أولوية بناء على إقامته لهذه الدعوى.

ولا يترتب على رفع الدائن لدعوى غير مباشرة على يد المدين عن الحق المطالب به، فيستطيع المدين أن يرفع دعوى مستقلة للمطالبة بهذا الحق إذا شاء وله أن يتصرف في هذا الحق كأن يتنازل عنه للمدين أو يحوله للغير، وبالتالي لا يكون هناك محل لاستمرار الدائن في الدعوى التي رفعها للمطالبة بهذا الحق، فلا يكون لدائن إلاّ الطعن في تصرفات المدين عن طريق دعوى عدم نفاذ التصرف (الدعوى البوليصة) إذا استوفت الشروط القانونية.

ب- آثار الدعوى بالنسبة إلى الدائن: إذا نجح الدائن في دعواه فيدخل المال في ذمة المدين أي في ضمان العام للدائنين ولا يستأثر وحده بنتيجة الدعوى باعتباره مجرد نائب عن المدين في مباشرته لدعوى.

وبما أنّ نتائج الدعوى غير مباشرة تدخل في الضمان العام لدائنين ولا يستأثرها رافع الدعوى فهذا يقلل من استعمالها.

ج- آثار الدعوى بالنسبة للخصم: يجوز لمدين المدين الذي رفعت عليه الدعوى غير المباشرة أن يتمسك ضد الدائن بجميع الدفوع التي له قبل المدين كما لو كان هذا المدين هو الذي رفع الدعوى المباشرة ولم يرفعها الدائن باسمه، فمثلاً إذا كان موضوع الدعوى غير مباشرة لمطالبة بثمن شيء باعه المدين للمدعى عليه، ولم يدفع هذا الأخير ثمنه وكان عقد البيع باطلاً لتخلف شرط من شروط صحته فهنا يحق لمدين المدين التمسك بهذا الدفع أمام رافع الدعوى (المدعى).

3- الفرق بين الدعوى المباشرة والدعوى الغير مباشرة

اتضح لنا أنّ الدعوى غير مباشرة ليست كافية لحماية الدائن لذا فهي نادرة الاستعمال عملياً، وحماية لبعض الدائنين ولا اعتبارات معينة، منحت التشريعات الدائن إلى جانب الدعوى غير المباشرة، دعوى مباشرة يرفعها باسمه شخصياً ولحسابه وليس باسم المدين ونيابة عنه وبمجرد رفع الدعوى المباشرة تغل يد المدين عن التصرف في الحق المطالب به، وبصدور الحكم في هذه الدعوى يلتزم المدعى عليه (مدين المدين) بأداء الحق المطالب به لرفع الدعوى مباشرة ولا يزاحمه سائر الدائنين.

وعليه يتضح أنّ الدعوى غير مباشرة ترفع باسم ولحساب المدين ونيابة عنه، وأنّ رفع هذه الدعوى لا يغل يد المدين عن التصرف في الحق المطالب به وأنّ رفع هذه الدعوى لا يغل يد المدين عن التصرف في الحق المطالب به، ونتائج الدعوى تستقل بها الدائن رافع الدعوى وبذلك تظهر مزايا الدعوى المباشرة مقارنة بالدعوى غير مباشرة.

لكن الدعوى المباشرة لا تقرر بصفة عامة لجميع الدائنين كما هو الحال في الدعوى غير المباشرة، فهي مقررة لبعض الدائنين فقط وفي حالات محددة في القانون على سبيل الحصر، ففي غير هذه الحالات لا يجوز الالتجاء إليها ويمثل في: المؤجر مع المستأجر الباطن.

حسب نص المادة 507 من القانون المدني يجوز للمؤجر مباشرة دعوى مباشرة ضد المستأجر من الباطن، لمطالبته بالأجرة وغيرها من الالتزامات التي أنشأها عقد الإيجار من الباطن، والمقدار الذي يطالب به المؤجر المستأجر الفرعي هو المقدار الذي في ذمة المستأجر الفرعي للمستأجر الأصلي وقت إنذار المؤجر المستأجر الفرعي.

ومثال ذلك أن يؤجر عمر شيئاً لأحمد بأجرة قدرها 10.000 دج في الشهر، ويقوم أحمد بتأجير هذا الشيء من الباطن لأمانة بنفس الأجرة فهنا عمر (المؤجر) ودائن لأحمد (المستأجر الأصلي، مدين) وأحمد دائن لأمانة (المستأجر من الباطن، مدين المدين)، فإذا لم يف أحمد بالأجرة الواجبة عليه لعمر، كان لدائن وهو عمر مطالبة المستأجر من الباطن (أمانة) بأن يف له مباشرة بما في ذمتها تجاه أحمد.

عن المقولة الفرعية: نصت على ذلك المادة 565 من القانون المدني يجوز لعمال المقاولين، وللمقاولين الفرعيين رفع دعوى مباشرة ضد رب العمل لمطالبته بما في ذمته للمقاول وقت رفع الدعوى أو بمالهم في ذمة المقاول إذا كان لهم في ذمة المقاول أقل من هذا المقدار.

كذلك لعمال المقتول الفرعيين رفع دعوى مباشرة على المقاول الأصلي (مدین مدینهم) وأیضا ضد رب العمل (مدین مدین مدینهم).

الموکل مع نائب الوکیل: حسب المادة 580 من القانون المدني يجوز لنائب الوکیل الرجوع على الموکل بدعوى مباشرة شأنه في ذلك شأن ما يرجع به الوکیل الأصلي على الموکل.

ثانيا- دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين (الدعوى البوليصية)

إنّ جميع أموال المدين ضامنة لالتزاماته، أي الأموال الموجودة في ذمة المدين وقت الحجز، ذلك أنّ وجود الالتزام لا يمنع المدين من التصرف في أمواله، ومن شأن تصرف المدين في مال من أمواله إنقاص ضمان الدائنين، رغم ذلك ليس للدائنين الاعتراض على تصرفات المدين أو أن يطعنوا فيها، لأنّ حق الدائن لا يتعلق بمال معين من أموال المدين، لكن قد يلجأ إلى التصرف في أمواله كلها أو بعضها قاصدا بذلك الإضرار بالدائنين، وهناك تكون للدائن مصلحة في الاعتراض على تصرف المدين بغية المحافظة على الضمان العام وعدم إنقاصه، وقد أعطاه القانون لتحقيق هذا الغرض دعوى سماها دعوى عدم نفاذ التصرف أو الدعوى البوليصية نسبة للفقهاء الروماني الذي ابتدعها وهو بولص .
وسنحاول توضيح شروط الدعوى البوليصية وكذا الأثر القانوني المترتب عنها.

1- شروط الدعوى البوليصية

بالرجوع لنص المواد 191 و196 من القانون المدني يتضح أنّه يشترط للطعن في تصرفات المدين بالدعوى البوليصية توافر عدة شروط، يتعلق بعضها بالتصرف المطعون فيه، ويتعلق البعض الآخر بالدائن الذي يطعن في التصرف، كما يختص بعض هذه الشروط بالمدين الذي أبرم التصرف.

أ- الشروط المتعلقة بالتصرف المطعون: يشترط لاستعمال الدعوى

- ضرورة وجود تصرف قانوني: يشترط لاستعمال الدعوى البوليصية أن يكون التصرف المطعون فيه قانونيا، أي عمل اتجهت إليه إرادة المدين بقصد إحداث أثر قانوني كعقد هبة أو بيع أبرمه المدين، والإبراء والنزول، وعلى ذلك لا يمكن الطعن في أعمال المدين المادية، فإذا ارتكب المدين خطأ سبب ضررا للغير فيلزمه القانون بتعويض هذا الضرر ولا يمكن للدائن الطعن في نشوء الالتزام بالتعويض أو الفعل النافع، لأنّ هذه الالتزامات لا تنشأ في ذمة المدين بإرادته.

- وجوب أن يكون التصرف مفقرا: يشترط للطعن في تصرفات المدين بالدعوى البوليصية أن يكون التصرف مفقرا.

وفقا لنص المادة 191 من القانون المدني يكون تصرف المدين مفقرا في حالتين:
* إذا أنقص من حقوق المدين سواء في الحقوق العينية أو الشخصية، فمثلا إذا وهب المدين مالا من أمواله، فإنّ الهبة تعد تصرفا مفقرا باعتبارها تنقص حقا عينيا، كذلك إذا أبرأ المدين مدينا له من دينه، فإنّ الإبراء يعتبر تصرفا مفقرا لأنّه ينقص من حق شخصي.
* إذا زاد من التزامه ومثاله تعهد المدين بالنفاق على شخص لا يلزمه القانون بالنفقة عليه، وحسب الرأي الراجح يعد البيع من التصرفات المفقرة على الرغم من أنّه يدخل في ذمة البائع الثمن مقابل لما يخرج، لأنّ النقود يسهل إخفاؤها ويتم إنفاقها بسرعة، لهذا يمكن اعتبار خروج المبيع من ذمة المدين نقصا لحقوقه.

أما إذا لم يترتب على تصرفات المدين إنقاص من حقوقه أو زيادة من التزاماته فلا يمكن الطعن في تصرفاته بالدعوى البوليصة، كأن يرفض هبة فهنا لا يعدّ تصرفاً مفقراً لأنه اقتصر عدم زيادة حقوقه إلاّ أنه لم يؤدّ إلى الإنقاص من حقوقه أو زيادة في التزاماته.

- أن يؤدي التصرف إلى إفسار المدين أو الزيادة في إفساره.

استناداً لنص المادة 191 من القانون المدني يشترط لجواز الطعن في تصرف المدين بالدعوى البوليصة، أن يكون قد ترتب على هذا التصرف إفسار المدين أو زيادة إفساره، ويقع على الدائن عبء إثبات إفسار المدين أو الزيادة في إفساره من خلال إثبات مقدار ما في ذمة المدين من ديون ومقدار ماله من حقوق، ويبين أن ديونه تزيد على أمواله لكن لصعوبة إثبات ذلك فيكتفي الدائن بإثبات صافي ذمة المدين من ديون، وعلى المدين إثبات أنّ له من الأموال ما يساوي قيمة هذه الديون أو يزيد عليها، ومن بين التصرفات التي قد تؤدي إلى إفسار المدين التصرفات التبرعية كالهبة والإبراء، وقد يكون التصرف معاوضة كالبيع بثمن أقل من قيمة الشيء .

- أن يؤدي التصرف إلى إصابة الدائن بضرر: لا يكفي أن يكون التصرف مفقراً أو مؤدياً إلى إفسار المدين، بل لا بدّ أن يؤدي إلى إصابة الدائن بضرر وإلاّ لا يكون للدائن الطعن فيه بالدعوى البوليصة، كما لو تصرف المدين في عين محملة بحقوق عينية ببيعه ضماناً لاستيفاء بعض الدائنين حقوقهم وكانت قيمة هذه الديون مساوية لقيمة العين أو تزيد عليها، فلا يحق هذا التصرف ضرراً بالدائن العادي وبالتالي لا يحق له الطعن في التصرف بالدعوى البوليصة.

ب- الشروط المتعلقة بالدائن:

لكي يطعن الدائن في تصرفات مدينه عدم نفاذها لا بدّ أن تتوفر لديه الشروط التالية:

- أن يكون حقه مستحق الأداء: نص المشرع على هذا الشرط في القانون المدني بموجب المادة 191 منه وعليه إذا كان حق الدائن مضافاً إلى أجل لم يحل بعد أو معلقاً على شرط يثبت تحققه أو متنازعا فيه، فلا يكون له الطعن في تصرف مدينه بالدعوى البوليصة، وعليه تختلف هذه الدعوى عن الدعوى غير مباشرة التي يجوز لدائن إقامتها ولو كان حقه غير مستحق الأداء.

- أن يكون حقه سابقاً على التصرف المطعون فيه: أن يكون حق الدائن قد نشأ قبل صدور التصرف المطعون فيه فإذا تم التصرف أولاً ثم نشأ حق الدائن بعد ذلك فلا يمكن للدائن الإدعاء أنّ ضرراً لحقه من جراء التصرف لأنه لم يكن دائناً عند إبرامه، والعبرة في أسبقية حق الدائن هي بتاريخ نشوء هذا الحق مقارنة بتاريخ إبرام التصرف المطعون فيه.

ج- الشروط المتعلقة بالمدين:

إذا كان التصرف المطعون فيه تبرعاً كعقد هبة فلا يشترط للطعن فيه بالدعوى البوليصة أي شرط يتعلق بالمدين، أي لا يشترط للطعن في تبرعات المدين أن تكون منطوية على غش منه أو أنّ المدين قصد من إجراءات الأضرار بحقوق دائنيه، فيجوز الطعن في التبرعات حتى إذا كان المدين يجهل أنّ التبرع من شأنه أن يسبب إفساره أو زيادة إفساره أو أنّه لم يقصد الإضرار بدائنيه.

أما إذا كان التصرف المطعون فيه من معاوضات، فإنّه يشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطوياً على غش من المدين ويكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش (المادة 192).

فاستوجب المشرع وجود تواطؤ المدين مع المعوض للإضرار به، ويتحقق التواطؤ أو الغش إذا كان المدين يقصد من تصرفه الإضرار بدائنيه، وكان المتصرف إليه يعلم بهذا القصد.

وبالتالي لا يكفي توافر الغش في جانب وحده بل يجب أن يأخذ الغش صورة تواطؤ أي يقع من الجانبين، من المدينة في صورة قصد الإضرار بالدائنين، ومن المتصرف إليه في صورة العلم بقصد المدين، ولإثبات غش المدين فيكفي أن يثبت الدائن أن المتصرف قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر لكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس أي يمكن للمدين دحضها كأن يثبت أنه لم يقصد من تصرفه الإضرار بالدائنين، لأنّ المتصرف كان مثلاً لإشباع حاجاته الضرورية من مأكّل وملبس.

أمّا بالنسبة لإثبات غش المتصرف إليه يكفي إثبات علم المتصرف إليه بإعسار المدين. وفقاً لنص المادة 197 من القانون المدني يسقط دعوى عدم نفاذ التصرفات بالتقادم بحلول أقرب الأجلين وهذه المدة هي:

انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف لا من تاريخ العلم بالتصرف وإنما من تاريخ العلم بالأسباب كإعسار المدين وغشه. وتقضي لمرور خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه سواء لم يعلم الدائن بصدور التصرف أو بسبب عدم نفاذه.

2- آثار الدعوى البوليصة

عندما يطعن الدائن في تصرفات مدينه الضارة به، فإنّ المحكمة لا تحكم لا بإبطال هذا التصرف ولا بفسخه وإنما تحكم بعدم نفاذ تصرف المدين في مواجهة الدائن، فالدعوى البوليصة ليست دعوى إبطال ولا دعوى فسخ للتصرف وإنما دعوى عدم نفاذ، وعلى هذا الأساس يمكننا توضيح الآثار المترتبة على هذه الدعوى، سواء بالنسبة للدائن أو المدين وكذلك المتصرف إليه.

أ- أثر الدعوى بالنسبة للدائنين: إذا استوفت الدعوى البوليصة شروطها يحكم بعدم نفاذ للتصرف في مواجهة الدائن رافع الدعوى وبالنسبة لجميع الدائنين الآخرين، فيعتبر هذا التصرف كأنّه لم يوجد أصلاً.

وتختلف النتائج المترتبة على عدم نفاذ التصرف في حق الدائنين باختلاف طبيعة التصرفات التي حكم بعدم نفاذها، فإذا كان التصرف عبارة عن نقل ملكية شيء كبيع أو هبة فإنّه يترتب على الحكم بعدم نفاذ هذا التصرف، أن يكون للدائنين اعتبار الشيء المتصرف إليه لا يزال مملوكاً للمدين لم يخرج عن ذمته، فيكون لهم حق الحجز على هذا الشيء وبيعه بالمزاد العلني لاستيفاء حقوقهم دون مزاحمتهم من قبل دائني المتصرف إليه.

أمّا إذا كان التصرف قد تضمن إنشاء حق عيني آخر غير الملكية كحق الانتفاع أو حق الرهن، فإنّ الحكم بعدم نفاذ التصرف يخول للدائنين سلطة الحجز على العين باعتبارها خالية من تلك الحقوق.

وقد يكون التصرف قد أنشأ التزامات جديدة على عاتق المدين كقرض عقده والتزام أبرمه أو شراء قام به فالتزام بدفع الثمن، وإذا حكم في هذه الحالة بعدم نفاذ التصرف، فلا يكون للدائن الجديد (المقرض أو البائع) أن يشترك مع الدائنين الذين أبرم التصرف إضراراً بهم في التنفيذ على أموال المدين، فلا يكون للدائن الجديد وجود في نظر الدائنين المستفيدين من الحكم بعدم النفاذ.

ب-أثر الدعوى بالنسبة إلى المدين والمتصرف إليه: إن الدعوى البوليصة لا تؤدي إلى إبطال التصرف بين المدين والمتصرف إليه وإنما يبقى التصرف صحيحا بين المتعاقدين مع عدم نفاذه في حق الدائن، وقد يستطيع المدين بتنفيذه فعلا إذا ما استوف الدائنون حقوقهم ولم يقوموا بالحجز على المبيع وبيعه بالمزاد.

أما إذا قام الدائنون بالحجز على المبيع وبيعه لاستيفاء حقوقهم فيترتب عن ذلك: -إذا بقي من ثمن البيع بعد استيفاء الدائنين الحاجزين حقوقهم فإن ذلك يكون من حق المشتري المتصرف إليه، وليس من حق البائع لأن البيع لا يزال قائما رغم صدور الحكم بعدم نفاذه.

-يحق للمتصرف إليه الرجوع على المدين بدعوى ضمان استحقاق المبيع بمعنى مطالبة المدين بتعويضه عن الضرر الذي أصابه نتيجة تنفيذ دائنيه على هذا المبيع، أو يطلب فسخ العقد لعدم تنفيذ المدين لالتزاماته، أو يطلب التنفيذ بمقابل.

ثالثا-دعوى الصورية (المواد 198-199 من القانون المدني)

قد يلجأ المدين إلى إجراء تصرف صوري لا وجود له في الحقيقة لإضرار منه بالدائنين، بإبعاد الأموال عن الضمان العام فحول القانون للدائن رفع دعوى للكشف عن صورية التصرف وتعرف بالدعوى الصورية حماية ل ضمان العام، والكشف عن صورية التصرف بالصورية وشروط رفع الدعوى الصورية، والأثر القانوني المترتب عن مباشرتها، وسنوضح المقصود بالصورية، ثم نتكلم في شروط الدعوى الصورية وأخيرا نوضح آثار الصورية.

1-تعريف الصورية:

يقصد بالصورية إظهار علاقة قانونية على غير الحقيقة، ويكون عن طريق اتفاق يعقده شخصان يكون من شأنه إيجاد مظهر مخالف للحقيقة وقد نص عليها المشرع الجزائري بموجب المادتين 198-199 من القانون المدني.

والصورية نوعان: صورية مطلقة وصورية نسبية.

أ-الصورية المطلقة: هي التي تتضمن إظهار وجود علاقة قانونية لا وجود لها في الحقيقة، ومثالها أن يتفق شخص مع آخر على أن يظهر المظهر المشتري لمال معين من أمواله، فيبرم معه عقد بيع في حين أن إرادة الطرفين لم تتجه إلى بيع ذلك المال ونقل ملكيته، فيظهر المالك بمظهر البائع وهو لم يبيع، ويظهر الشخص الآخر بمظهر المشتري وهو لم يشتري.

ب-الصورية النسبية: تكون الصورية نسبية إذا كان من شأنها إخفاء حقيقة العلاقة بين الطرفين، فالعلاقة موجودة فعلا لكن على نحو يخالف ما أظهره الطرفين.

فقد ترد الصورية على بند أو شرط من شروط التصرف، فتظهره على غير حقيقته أي ما اتفق عليه الطرفين، كأن يبيع شخص مالا من أمواله بيعا حقيقيا مقابل ثمن معين لكن يتفق مع المشتري على أن يذكر في العقد ثمن أقل أو أكثر من الثمن الذي تم فيه البيع فعلا وذلك تحقيقا لأهداف مختلفة منها تخفيض رسوم التسجيل المستحقة والتي تقدر أساسا بنسبة معينة من الثمن الذي تم به البيع، أما زيادة الثمن عن الثمن المتفق عليه فيلجأ إليه عادة حتى يحجم الشفيع عن طلب أخذ العقار المبيع في الشفعة بسبب ارتفاع الثمن الواجب عليه دفعه عن قيمة المبيع.

أيضا من صور الصورية التي ترد على شروط التصرف ذكر تاريخ التصرف مخالف للتاريخ الذي أبرم فيه إما بتقديمه أو تأخيره، وتعرف الصورية التي تنصب على شرط من شروط التصرف أو ركن من أركانه بالصورية بطريق المضادة.

كذلك قد ترد الصورية على شخصية أطراف التصرف، فيتم التصرف في الحقيقة لحساب شخص معين، ولكنه يذكر أنه تم لحساب شخص آخر، وهذه هي الصورية بالتسخير ويلجأ إليها الطرفان عادة للتحايل على القانون، كأن يكون الشخص ممنوع من الشراء مثل القضاة والمحامون الذين لا يجوز لهم شراء الحقوق المتنازع عليها في دائرة عمله (المادة 403 من القانون المدني).

وقد ترد الصورية النسبية على طبيعة التصرف الذي أنشأ العلاقة القانونية، ومثاله أن يبرم الطرفان عقد هبة ويخفيانه في صورة عقد بيع، فهنا يوجد عقد حقيقي فهو عقد الهبة انعقد صحيحا مستوفيا أركانه وشروط صحته إلا أنه عقد خفي مستتر لا يعلم بوجوده سوى طرفاه، ويوجد عقد ظاهر هو عقد بيع، وهو عقد لا وجود له في الواقع، وهذه هي الصورية بطريق التستر.

2- أثر الصورية:

الأصل أن الصورية ليست سببا من أسباب بطلان التصرف الصوري لا يبطل لمجرد صوريته، لكن ذلك لا يعني أن التصرف الصوري لا ينتج ذات الآثار التي تترتب على التصرف الحقيقي لأن إرادة المتعاقدان لم تتجه إلى إبرام التصرف الصوري، بل اتجهت إلى التصرف المستتر، ولما كانت العبرة في إبرام التصرفات القانونية، بما اتجهت إليه الإرادة، فإن التصرف المستتر هو الذي يعتد به دون التصرف الصوري الظاهر، ويترتب على ذلك وجوب أعمال الآثار التي تنشأ عن التصرف المستتر واستبعاد ما قد يترتب على التصرف الصوري من آثار.

ولتوضيح ذلك يتطلب الأمر أن نفرق بين الصورية المطلقة والصورية النسبية من جهة، وبين أثر الصورية فيما بين أطراف التصرف وبالنسبة للغير من جهة أخرى.

أ- أثر الصورية فيما بين أطراف التصرف: إذا كانت الصورية مطلقة فمعنى ذلك أن الإرادة لم تتجه إلى إبرام أي تصرف قانوني، وبالتالي فإن العقد الصوري الظاهر لا يخفي أي عقد، بل يخفي انتفاء أية علاقة تعاقدية بين أطرافه، ومادام لا يوجد عقد بين الطرفين فلا يكون لأي منهما المطالب الآخر بأية حقوق مما يمكن أن ينشأ عن العقد.

فإذا باع شخص لآخر شيئا بيعا صوريا دون أن تتجه إرادتهما إلى البيع والشراء، فهنا لا يوجد أي تعاقد بين هذين الشخصين، فالعقد الظاهر هو عقد بيع لا وجود له، ولا يستتر هذا العقد أي عقد آخر، ولذلك لا يكون للبائع الصوري أن يطالب المشتري الصوري بدفع الثمن كما لا يكون للمشتري الصوري أن يطالب البائع الصوري بنقل ملكية المبيع أو تسليمه. وشأن أطراف التصرف في ذلك شأن الخلف العام لهم (الورثة والموصى لهم بحصص من التركة).

أما إذا كانت الصورية نسبية، فالعبرة بالعقد الحقيقي المستتر لا بالعقد الظاهر الصوري، وعلى ذلك فالعقد الذي ينفذ هو العقد الحقيقي، بشرط أن يكون هذا العقد صحيحا مستوفيا لأركان انعقاده وشروط صحته، وهو ما نصت عليه المادة 199 من القانون المدني بقولها: « إذا أخفى المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين، والخلف العام هو العقد الحقيقي ».

وإذا وردت الصورية النسبية على شرط من شروط العقد، فالعبرة بما اتجهت له إرادة المتعاقدين حقيقة، لا بالشرط الظاهر، كأن يتفق المتعاقدان على أن ثمن المبيع هو 10.000.000 دج ولكنهما كتب في العقد أن الثمن هو 20.000.000 دج، فإن البائع وورثته لا يمكنهم مطالبة المشتري وورثته إلا بمبلغ 10.000.000 دج، فهذا هو الثمن الحقيقي، أما الثمن المذكور في العقد فهو ثمن صوري لا يلتزم به المشتري.

وإذا وردت الصورية على أطراف التصرف، كأن يذكر مثلا أن المشتري هو أمين، في حين أن المشتري الحقيقي هو أحمد، فإن أحمد هو الذي يعتبر طرفا في العقد، ويكون له على هذا الأساس أن يطالب بالحقوق الناشئة عنه كما يقع عليه تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه.

إلا أن أعمال العقد الحقيقي مشروط كما سبق الذكر بأن يكون صحيحا مستوفيا لأركانه وشروط صحته، فإذا تخلف ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته فيكون باطلا أو قابلا للإبطال لعدم توفر شروط صحة العقد الحقيقي المستتر ولا يكون البطلان راجع إلى الصوري.

ب- إثبات الصورية فيما بين أطراف التصرف والخلف العام: إذا ادعى أحد المتعاقدان أو خلفه العام أن العقد الظاهر عقد صوري أي مخالف لحقيقة ما اتفق عليه، وجب عليه إثبات ذلك، أي أن عبء إثبات الصورية على من يدعي، سواء كانت الصورية مطلقة أو نسبية، وإثبات ما يخالف الثابت بالكتابة يجب على المتعاقد إذا عقد تصرفا صوريا أن يكون حريصا، حيث يحرران ورقتان ورقة تثبت عقد البيع الصوري، وورقة أخرى تلغي كل أثر لذلك البيع وتثبت أن إرادتهما لن تتجه إلى البيع وتسمى الورقة الثانية بورقة الضد، فإذا لم توجد فلا يجوز إثبات صورية العقد المكتوب بالشهادة والقرائن، على أنه استثناء من ذلك يجوز للمتعاقدين وخلفهم العام إثبات الصورية بغير الكتابة في أربع حالات.

-حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة.

-حالة فقد السند الكتابي بسبب أجنبي.

-حالة وجود مانع من الحصول على الدليل الكتابي.

-حالة التحايل على القانون.

ج- أثر الصورية بالنسبة للغير: يقصد بالغير فيما يتعلق بأثر الصورية كل شخص غير المتعاقدين وخلفهم العام، وبصفة خاصة يمكن اعتبارهم من الغير دائنو المتعاقدين، الخلف الخاص وهو الشخص الذي تلقى من المتعاقد على مال معين كالمشتري والموهوب له. القاعدة أنه إذا أبرم عقد صوري، فللغير أن يتمسك بالعقد الصوري أو بالعقد المستتر وفقا لمصلحته (المادة 198 من القانون المدني).

ويقع على الغير الذي يتمسك بالعقد المستتر أن يثبت صورية العقد الظاهر بكافة طرق الإثبات، بغض النظر عن قيمة التصرف أي حتى وإن كانت تزيد على 100.000 دج ويترتب على إثبات التصرف الحقيقي أن هذا التصرف هو الذي يعمل به، وينتج أثره في العلاقة بين الغير وأطراف ذلك التصرف.

كما يمكن للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر الصوري متى وجد مصلحته في ذلك، والعلة من اجازة التمسك بالعقد الظاهر هي المحافظة على استقرار المعاملات، وقد اشترط القانون تمسك الغير بالعقد الظاهر متى كان حسن النية (المادة 198 من القانون المدني) ويكون الغير حسن النية إذا كان يجهل وقت نشوء حقه بصورية العقد، أي يكون قد تعامل على أساس العقد

الظاهر معتقداً أنه عقد جدي لا صوري، أمّا إذا كان الغير سيئ النية بأن كان يعلم وقت نشوء حقه بصورية العقد فلا يكون له التمسك بالعقد الصوري لأنّه يعلم أنّه غير حقيقي. ونشير أنّ حسن النية مفترض، وعليه لا يكلف الغير المتمسك بالعقد الظاهر إثبات حسن نيته، وإنّما يكلف مدعي سوء هذه النية بإثبات ما يدعي.

سبقت الإشارة أنّ الغير يتمسك بالعقد الحقيقي المستتر أو بالعقد الصوري الظاهر وفق مصلحتهم، إلاّ أنّه قد تتعارض مصالح الغير بالنسبة لتصرف معين، وهو ما لم يتضمنه نص المادة 198 من القانون المدني.

وأخيراً نشير أنّ شروط الصورية تختلف عن شروط الدعوى البوليصة. فلا يشترط لرفع الدعوى الصورية من قبل الدائن سوى ثبوت حق الدائن ووجود مصلحة له، أي يكون خالياً من النزاع، ولا يشترط أن يكون هذا الحق مستحق الأداء كما هو الحال بالنسبة للدعوى البوليصة، بل يجوز أن يكون الحق مضافاً إلى أجل أو معلقاً على شرط.

كذلك يستوي في حق الدائن أن يكون سابقاً في نشوئه على التصرف الصوري أو لاحق له.

ولا يشترط لرفع الدعوى الصورية أن يثبت الدائن قصد المدين في الإضرار به أو أن يكون التصرف الصوري قد سبب إفسار المدين أو زاد في إفساره، فيمكن رفع هذه الدعوى ولو كان ما بقي لدى المدين من أموال كافية للوفاء بجميع دونه، لأنّ هدف الدعوى الصورية الكشف عن الواقع وليس المحافظة على الضمان العام.

ويستطيع الدائن رفع الدعوى الصورية في أي وقت ما دام حقه قائماً فلا تسقط هذه الدعوى بالتقادم، ذلك لأنّ موضوعه تقرير أن العقد الظاهر لا وجود له وهذه حقيقة مستمرة.

II - أوصاف الالتزام

اتضح لنا ونحن بصدد التكلم عن آثار الالتزام أننا بصدد التزام بسيط، وهذه هي الصورة العادية للالتزام، فهو عبارة عن دائن ومدين ويكون المحل واحداً، لكن لا يكون الأمر على هذه الصورة دائماً فقد لا يكون الالتزام بسيطاً وقد لا يكون منجزاً فقد يتراخى تنفيذه إلى أجل، فيكون الالتزام معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل، كما أن محل الالتزام قد يتعدد، فنكون حينئذ بصدد التزام تخيري أو التزام بديل وأخيراً قد يتعدد طرفاه فيكون ذلك في التضامن بين الدائنين أو المدينين أو عدم الانقسام، ونظم المشرع الجزائي في القانون المدني في المواد 203 إلى 238.

الأوصاف المتعلقة بوجود أو نفاذ الالتزام الأجل والشرط تنص المادة 203 من القانون المدني أنّه: «يكون الالتزام معلقاً إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبلي وممكن وقوعه».

وتنص المادة 209 من القانون المدني أنّه: «يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبلي محقق الوقوع».

يتضح من النصين الفرق بين الشرط والأجل في أنّ الأجل أمر محقق الوقوع، أمّا الأجل فيغير الشرط محقق قد يقع وقد لا يقع.

ويتفق الأجل مع الشرط أنّ كلاهما أمر مستقبلي، أي أمر مرتقب حدوثه في المستقبل. كما أنّ كلاهما أمر عارض وليس من العناصر أو الأركان الداخلة في تكوين الالتزام، أي أنّه يمكن تصور وجود الالتزام كاملاً بدون أجل ولا شرط، فلا يمكن اعتبار الشرط والأجل محل للالتزام أو بسببه، ومثال ذلك أن يقول شخص لآخر أبيعك هذه السيارة إذا قبلت

دفع 5.000.000 دج فالرضا بدفع الثمن هنا بعد محل الالتزام فلا يمكن أن ينعقد البيع بدونه فلا يعتبر الثمن شرط نشوء التزام المشتري، أما إذا قال له أبيعك السيارة بثمن 2.000.000 دج في 2026/07/10 إذا نجحت في امتحان شهادة البكالوريا، فإن 07/10 والنجاح في الامتحان يعتبران من أوصاف الالتزام، فالأمر الأول يعد أجلا، والثاني شرط لأنهما أمران عارضان أي خارجان عن أركان الالتزام، ويتصور وجود الالتزام بغيرهما، فيمكن أن يقول شخص أبيعك هذا الشيء بمبلغ كذا فيقول الآخر قبلت فينعقد البيع، ويكون الالتزام واجب التنفيذ.

المحور الأول: الشرط

الشرط كما رأينا أمر أو حادث مستقبلي غير محقق الوقوع، يترتب على تحققه وجود الالتزام أو زواله وعليه فالشرط نوعان: شرط وافق وشرط فاسخ.
- الشرط الواقف: أمر يترتب على وقوعه بنشوء الالتزام.
- الشرط الفاسخ: فهو أمر يترتب على وقوعه انقضاء الالتزام.
وفي كلا الحالتين لا بد أن يكون هذا الأمر مستقبليا وغير محقق الوقوع، فإن كان الأمر ليس مستقبليا بل الأمر تم في الماضي، لم يكن شرطا، فمثلا إذا تعهد الأب بتقديم مبلغ من النقود لابنه إذا نجح في الامتحان، وتبين أن الابن قد نجح في الامتحان قبل صدور هذا التعهد فإن الالتزام نشأ منجزا لا معلقا على شرط.
كذلك إذا كان الأمر مستقبلي محقق الوقوع فإنه يعد أجلا لا شرطا حتى وإن كان وقت حصوله غير معلوما مقدما.

ولا ينشأ الشرط عن حكم القضاء ولا عن نص القانون، فالمصدر الوحيد للشرط كوصف من أوصاف الالتزام هو الاتفاق.
وعليه يمكن تعريف الشرط أنه أمر عرضي أي عنصر خارج عن أركان الالتزام فيمكن تصور الالتزام بدونه وهو مستقبلي غير محقق الوقوع يترتب على تحققه وجود الالتزام أو زواله.

أولا خصائص الشرط

يجب الاعتبار الحادث شرطا صحيحا وجواز تعليق الالتزام عليه، توافر مجموعة من الخصائص المستخلصة من نص المادة 203 من القانون المدني.

1- الشرط أمر مستقبلي: فإذا علق على أمر وقع فإن الالتزام منجزا غير مشروط حتى وإن كان متعاقدان يجهلان تحقق الشرط عند إبرام العقد.

2- الشرط أمر غير محقق الوقوع: أي أمر لا نعرف تحققه أم لا فإذا كان محقق يصبح مضاف لأجل، كالتأمين على الحياة لمصلحة الورثة فهو التزام مضاف إلى أجل لأن الوفاة أمر محقق الوقوع.

3- أن يكون الشرط أمرا ممكنا: حسب نص المادة 204 إذا كان الشرط مستحيلا انتفت حقيقة التعليق، فإذا كان الشرط المستحيل شرطا واقفا فلن يوجد الالتزام كامن يعد شخص بأن يهبه مبلغ معين في حالة عودة ابنه المتوفى للحياة، أما إذا كان الشرط المستحيل شرطا فاسخا فإن الالتزام لا يزول.

والاستحالة المقصودة هي الاستحالة المطلقة لا النسبية.

4- أن يكون الأمر مشروعاً: يقصد بذلك أن لا يكون الشرط مخالفا للنظام العامة والآداب العامة حتى يكون صحيحا فإذا كان الشرط الغير مشروع شرطا واقفا لا يقوم الالتزام كمن يعد شخص أن يقدم له سيارة كهبة إذا ارتكب جريمة قتل.

أما إذا كان الشرط الغير المشروع شرطا فاسخا فحسب نص المادة 204 نميز بين ما إذا كان الشرط هو السبب أو الدافع لنشوء الالتزام أو لا، فإذا كان الشرط الفاسخ الغير مشروع هو الدافع لنشوء الالتزام فلا ينشأ الالتزام أصلا، كأن يشترط شخص بدفع راتب لامرأة مدى الحياة وعلق انقضاء الشرط على انقطاع علاقتها الغير الشرعية معه فالالتزام لا ينشأ منذ البداية، أما إذا كان الشرط الفاسخ الغير المشروع ليس هو السبب أو الدافع لنشوء الالتزام ففي هذه الحالة ينشأ الالتزام ولا يتحقق الشرط.

5- أن لا يكون إراديا محضا: استنادا لنص المادة 205 من القانون المدني لا بد أن لا يكون تحقق الأمر مرهون بإرادة المدين وحدها، بحيث يستطيع أن يجعل الالتزام قائما إذا اتجهت إرادته إلى ذلك، كما يستطيع أن يمنع من نشوء الالتزام إذا أراد، كأن يقول شخص لأخر أبيعك هذا المنزل عندما أريد وقال الآخر قبلت، فلا يعقد بيع ولا نشأ التزام، لأنّ البائع علق نشوء التزامه على إرادته المحضة ويسمى الشرط في هذه الحالة بالشرط الإرادي المحض وهو كما رأينا شرط غير صحيح.

لكن لا يعني بطلان الشرط الإرادي المحض أي أنّه يجب لصحة الشرط ألا يكون لإرادة المدين أي دخل في تحققه، فيمكن تقسيم الشروط من حيث أثر إرادة المدين في تحققها إلى ثلاثة أنواع شرط احتمالي شرط مختلط وشرط إرادي.

أ- الشرط الاحتمالي: هو الشرط الذي يتوقف حصوله على المصادفات المحضة دون أن تكون لإرادة المدين أي دخل في حصوله كالالتزام شخص باستئجار منزل في مدينة معينة إذا تم نقله إليها، أو التزام شخص بدفع مبلغ من النقود إلى شخص آخر إذا تحصل على معدل مشرف جدا، والشرط الاحتمالي شرط صحيح يجوز تعليق الالتزام عليه.

ب- الشرط المختلط: هو الشرط الذي يتوقف حصوله على إرادة أحد الطرفين الالتزام وإرادة شخص ثالث في وقت واحد، ومثاله كأن يتعهد شخص لآخر بأن يهبه مبلغا نقديا إذا تزوج ابنة عمه، فهنا الزواج متوقف على إرادة الدائن وإرادة ابنة العم والشرط المختلط شرط صحيح أيضا.

ج- الشرط الإرادي: هو الذي يتوقف تحققه على إرادة أحد المتعاقدين. فإذا كان تحقق الشرط متوقف على إرادة الدائن لا المدين يكون صحيحا سواء كان واقفا أو فاسخا مثاله أبيعك سيارة إذا أردت أنت.

وإذا كان الشرط فاسخ يقع صحيحا سواء تعلق بإرادة المدين أو الدائن، كأن يتفق المؤجر والمستأجر على أن يكون لكل منهما حق فسخ عقد الإيجار في أي وقت.

لكن إذا كان الشرط واقف ومتوقف على إرادة المدين نفرق بين صورتين:
- الصورة الأولى: تتمثل في الشرط الإرادي البسيط، وهو ذلك الشرط الذي يتوقف على إرادة المدين وعلى ظروف وملابسات خارج عن إرادة المدين كأن يلتزم بتأجير منزله إذا نقل إلى بلد آخر وهو شرط صحيح يجوز تعليق نشوء أو انقضاء الالتزام عليه.

- الصورة الثانية: تتمثل في الشرط الإرادي المحض وهو ذلك الشرط الذي يتوقف تحققه على محض إرادة الملتزم (المدين) وقد أبطله القانون إذا كان شرط واقف ففي هذه الحالة لا ينشأ الالتزام أصلا، لأنّ الشخص الذي يعلق نشوء الالتزام على إرادته لا يريد الالتزام فعلا.

أما إذا كان الشرط الإرادي المحض فاسخا - وهو ما سبق ذكره - فإنه يكون صحيح ولا يمنع نشوء الالتزام فمثلا يؤجر شخص لشخص آخر سيارة لمدة معينة ويشترط أن يكون له إنهاء الإيجار واسترداد السيارة في أي وقت ولو لم تنقضى المدة المتفق عليها.

