

جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان-

قسم القانون الخاص

كلية الحقوق والعلوم السياسية

محاضرات في مقياس القانون المدني

للسداسي الثاني

موجهة لطلبة السنة الثانية المجموعة الرابعة

اعداد: د. زكري ايمن

22/21

آثار العقد.

للعقد قوة ملزمة تجعله يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقات القانونية، ولهذه القوة الملزمة حدود يرسمها المشرع ويمنح للقاضي من خلالها حق التدخل في تحديد مضمون العقد من خلال تفسيره وإعادة توازن التزامات أطرافه بعد تعرضهم لظروف طارئة تؤدي لاختلال ذلك التوازن.

1- القوة الملزمة للعقد.

يقصد بالقوة الملزمة للعقد تنفيذ ما يترتب عنه من التزامات وفقا لمضمونه الذي يتحدد وفقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المادة من 106 ق.م، وقاعدة ابرام العقد وتنفيذه بحسن نية طبقا للمادة من 107 من ق.م، مما يستلزم احترامه وتنفيذه من قبل المتعاقدين باعتباره يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقات العقدية، كما لا يجوز تعديله أو نقضه إلا باتفاق من طرفيه، أما القاضي فيطبقه مثلما يطبق القانون، ولا يجوز له أن يعدله أو يقوم بالمساس بمضمونه حتى ولو كانت بعض شروطه غير عادلة في نظره.

2- حدود القوة الملزمة للعقد.

أ. تعديل العقد.

يجوز المشرع للمتعاقد في بعض العقود أن يستقل بتعديل العقد، أو أن يقوم بنقضه بإرادة منفردة مثاله المادة 587 و588 من ق.م التي يجيز فيها المشرع للموكل في عقد الوكالة أن ينهي الوكالة أو يقيدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك، كما يجيز المشرع لاعتبارات تتعلق بالعدالة تعديل بعض الشروط التعسفية التي يتضمنها العقد، فسمح المشرع للقاضي في عقود الإذعان أن يعدل شروط العقد أو أن يعفي الطرف المدعن من بعض الشروط المادة 110 من ق.م كما يجوز للقاضي أن يقوم بتعديل العقد في حالة الاستغلال والغبن المواد 90 و91 من ق.م الى جانب حالة الظروف الطارئة.

ب- تفسير العقد.

أ- وضع المشرع حدودا لسلطة القاضي الذي يلتزم بقاعدة القوة الملزمة للعقد فله أن يقوم بتفسيره بحسب ما ورد في المادة 111 من ق.م التي أشارت لكيفية التفسير، فإذا كانت

عبارات العقد واضحة على القاضي أن يأخذ بها دون الانحراف عنها عن طريق تأويلها، أما إذا كانت عبارات العقد غير واضحة فيجب على القاضي البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين وقت إبرام العقد والتي يكشف عنها القاضي من وضعية المتعاقدين، وظروف التعاقد والتعاملات السابقة للمتعاقدين.

أما في حالة الشك في التعرف على إرادة المتعاقدين فيتم تفسير الشك لمصلحة المدين إذا عجز القاضي عن الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين، فالأصل في براءة الذمة، وعليه لا يمكن للقاضي أن يقوم باستكمال عناصر العقد عن طريق تفسيره إلا باللجوء للقواعد التكميلية المفسرة لإرادة الأطراف، أو للعرف أو لقواعد العدالة، وأن سلطة القاضي في تحديد نطاق العقد وفي نظرية الظروف الطارئة مسألة قانونية خاضعة لرقابة المحكمة العليا.

ج- نظرية الظروف الطارئة.

يمكن للقاضي أن يقوم بمراجعة العقد إذا طرأت ظروف استثنائية تجعل تنفيذه مرهقا بالنسبة لأحد المتعاقدين، حيث تهتم نظرية الظروف الطارئة بمرحلة تنفيذ العقد عندما تؤدي أحداث استثنائية إلى تغيير الظروف الاقتصادية للمتعاقد عند حلول أجل التنفيذ، فقد يقع حادث عام غير متوقع لا يد فيه لأي من المتعاقدين.

تعالج هذه النظرية اختلال التوازن العقدي عند تنفيذ العقد وتجد تطبيقات لها في مختلف فروع القانون، قانون اداري، دولي، جبائي، اقتصادي، بحري.

نذكر على سبيل المثال: التزام المورد بتوريد سلعة معينة بصفة دورية بكمية معينة، وبثمن محدد ثم لظروف استثنائية عامة ترتفع الأسعار، فيصبح السعر الذي يتحصل به المدين على السلعة الملزم بتوريدها أكبر من السعر الذي يبيع به، عندئذ يصبح تنفيذ العقد مرهقا جدا بالنسبة له

ج- شروط الظرف الطارئ.

أ. أن يطرأ حادث عام استثنائي ومفاجئ.

اشتراط المشرع في المادة 107 من ق.م من أجل تطبيق هذه النظرية أن يطرأ حادث استثنائي، أي حادث غير متوقع وغير مألوف لا يمكن حدوثه في الظروف العادية نذكر على سبيل المثال: الحروب، الكوارث الطبيعية، الزلازل الفيضانات، الحرائق أو أمراض كوباء مثلا.

كما يجب أن يكون حادث عام يمس كافة الناس، أو على الأقل فئة كبيرة منهم ولا يخص المتعاقد وحده فالحوادث الاستثنائية الخاصة بالمدين وحده كإفلاسه أو اضراب عماله أو مرضه لا تعتبر حوادث عامة فهي حادث فردي لا بد من الإشارة في هذا المقام للقوة القاهرة التي تعتبر حادث استثنائي غير متوقع لكنه ليس حادثا عاما لأنها حادث فردي خاص بالمدين دون غيره اشترط المشرع من ناحية أخرى أن يكون الحادث غير متوقع ليس في وسع الرجل العادي توقعه عند ابرام العقد، فمعيار التوقع ليس معيارا شخصيا، وإنما يكون تحديده بالاعتماد على معيار موضوعي وليس من وجهة نظر المتعاقدين.

ب. أن يصيح التنفيذ مرهقا للمدين.

حتى يكون الحادث الطارئ سببا لتعديل العقد اشترط المشرع أن يكون تنفيذ الالتزام مرهقا وليس مستحيلا، اي يهدد المدين بخسارة فادحة وهنا تختلف القوة القاهرة عن الظروف الطارئة، فإن اجتمعتا في صفة المفاجئة فهما يختلفان في الأثر القانوني حيث تجعل القوة القاهرة تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة تؤدي لانقضاء الالتزام بينما تجعل الظروف الطارئة الالتزام مرهقا.

وصف المشرع التنفيذ المرهق بالخسارة الفادحة التي تهدد المدين، وذلك في المادة 107 من ق.م مما يستدعي ضرورة تدخل القاضي من أجل تقدير جسامه الخسارة بمعيار موضوعي لا دخل لظروف المدين فيه، فتقدر الخسارة بالنظر لقيمة الصفقة وحقوق والتزامات المتعاقدين بغض النظر عن ثروة المتعاقدين، فإذا تعاقد شخص على توريد سلعة معينة ثم ارتفع سعرها ارتفاعا باهظا بسبب حادث طارئ فله أن يتمسك بأحكام النظرية، حتى ولو كان ثريا له المقدرة أن يقوم بتوريد السلعة بالسعر المتفق عليه رغم ارتفاع ثمنها

ج. ألا يكون العقد فوريا أو احتماليا.

إذ أن النطاق الطبيعي لهذه النظرية هو العقود التي يتراخى تنفيذها أي تلك العقود المستمرة أو الفورية المؤجلة التنفيذ، كعقد الايجار وعقد التوريد، أما العقود التي يتم تنفيذها فور انعقادها فلا يتصور فيها الأخذ بنظرية الظروف الطارئة، كما لا تطبق هذه النظرية على العقود الاحتمالية لأن طبيعتها القانونية تعرض المتعاقد لعنصر المخاطرة واحتمال تحقيق ربح

أو التعرض لخسارة فادحة، الى جانب العقود التي يكون محلها مبلغ من النقود طبقا للمادة 95 من ق.م.

كيفية مراجعة القاضي للعقد في نظرية الظروف الطارئة.

عند تحقق الضوابط السابقة على القاضي سواء إعادة التوازن بين الالتزامات التعاقدية، وذلك برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وذلك بإنقاص التزامات الطرف المرهق إلى الحد الذي يراه مناسباً، أو يأمر بوقف تنفيذ العقد حتى زوال الحادث إذا تبين أنه مؤقت، أو يؤجل تنفيذ الالتزام إذا كان ذلك ممكناً، ويمكن ان يعفي المدين من بعض الشروط المرهقة المتعلقة بجودة الشيء، أو أجل التنفيذ أو بإعفائه من قسط من الأقساط.

كما للقاضي أن يقوم بزيادة التزامات الطرف الآخر حسبما يراه مناسباً من أجل توزيع الخسارة الفادحة بين المتعاقدين، فعلى القاضي أن يجد حلاً وسطاً متوازناً بين مصلحة الطرفين تحقيقاً للعدالة

يجب الإشارة لما يخرج عن نطاق سلطة القاضي التقديرية في الظروف الطارئة، إذ ليس للقاضي أن يفرض على المتعاقد سعراً معيناً عندما يقرر رفع السعر بل يكون للمتعاقد الخيار بين الموافقة على السعر الجديد أو فسخ العقد، ويتضح من المادة 107 من ق.م أنه ليس للأطراف استبعاد سلطة القاضي في التعديل فيقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك، حيث تعتبر النظرية من النظام العام لا يمكن أن يستبعد تطبيقها بالاتفاق.

نسبية أثر العقد.

لا ينتج العقد آثار في حق شخص لا علاقة له به، فان للعقد مفعول نسبي ينحصر فيما بين المتعاقدين واللذين تحصلوا على حقوق وتحملوا التزامات باعتبارهم خلفاء عامين او خلفاء خاصين، الى جانب الدائن العادي.

الخلف العام والخلف الخاص والدائنين العاديين.

الأصل ألا تنصرف آثار العقد الا لأطرافه فلا يلتزم الغير بآثاره اعمالاً لقاعدة نسبية أثر العقد التي جاء بها المشرع في المواد 108 إلى 113 من ق.م، والتي وسع فيها المشرع من نطاق المتعاقد ليشمل أطرافاً تتأثر بالعقد لم يعتبرهم المشرع من الغير رغم أنهم ليسوا أطرافاً متعاقدة وهم الخلف العام والخلف الخاص والدائنين العاديين.

أ. الخلف العام.

هو من يخلف الشخص في ذمته المالية كلها أو بعضها كالوارث أو الموصى له الذي تتصرف له آثار العقد الذي أبرمه سلفه إما كلياً أو جزئياً، فتنقل للموصى له حقوق والتزامات الموصي المتعلقة بالشيء محل الوصية، أما الوارث فتنقل له الحقوق التي نشأت عن العقد بعد موت المورث، أما الالتزامات فلا تنتقل إلى الوارث إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون، اشارت المادة 108 من ق.م انصراف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ما لم يتبين من طبيعة المعاملة أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام.

قيد المشرع انتقال أثر العقد للخلف العام بقواعد وأحكام الميراث باعتبار أن الوارث غير ملزم بديون مورثه حيث نجد شخصية الوارث منفصلة عن شخصية مورثه في الشريعة الإسلامية، كما لا يوجد نص في قانون الأسرة يخالف هذه القاعدة، بالتالي يعتبر الوارث خلفاً عاماً دون الإخلال بأحكام الميراث.

كما يستثنى من قاعدة انتقال حقوق والتزامات السلف إلى الخلف العام حالة الاتفاق على اقتصار آثار العقد على المتعاقدين دون انصرافها إلى ورثة أحدهما، إضافة لطبيعة العقد التي قد تمنع ترتيب هذا الأثر كالتزامات القائمة على اعتبار شخصي التي يبرمها المهندس أو المحامي، إلى جانب تدخل المشرع عندما ينص صراحة على انقضاء العقد بوفاة المتعاقد، بالتالي عدم انتقال آثاره للخلف العام، مثلما جاء في المادة 439 من ق.م التي قضت بانتهاء عقد الشركة بوفاة أحد الشركاء، والمادة 852 التي قضت بانتهاء حق الانتفاع بموت المنتفع. ب. الخلف الخاص.

هو من يخلف سلفه في ملكية شيء أو حق عيني آخر، كالمشتري الذي يخلف البائع في الشيء المبيع ويتلقى حق انتفاع أو ارتفاق، وقد يخلفه في ملكية شيء مادي أو معنوي، فيعتبر كل من المشتري والموهوب له والموصى له بعين معينة والدائن المرتهن خلفاً خاصاً، أما من ينقرر له حق شخصي في ذمة شخص آخر فلا يعتبر خلفاً خاصاً له بل يعتبر دائناً، كالمستأجر الذي لا يعتبر خلفاً للمؤجر بل دائناً له فهو يتمتع بحق شخصي وليس عيني، يتضح من المادة 109 من ق.م أنه لا تتصرف آثار العقد للخلف الخاص إلا إذا توفرت شروط معينة:

أ. أن تكون الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء ومرتبطة به، فيجب أن تكون توابعه الضرورية لكي تنتقل للخلف الخاص، وتكون من مكملاته بحيث تزيد من قيمته وفائدته

كحق التأمين أو حق الارتفاق، أو شرط عدم المنافسة، كما تعتبر من مستلزمات الشيء تلك الالتزامات التي يتلقاها الخلف من سلفه والتي تنقص من قيمته أو تحد من استعماله كحق الرهن، وحقوق الارتفاق السلبية أو قيود البناء التي تقيد المالك بعدم تجاوز حد معين في الارتفاع، ولا تعتبر الديون من مستلزمات الشيء إلا إذا اتفق المتعاقدين على انتقالها كديون محل تجاري مثلا بعد بيعه.

ب. أن يكون الخلف الخاص عالما بهذه الحقوق والالتزامات وقت انتقال الشيء إليه، والعبرة بالعلم الحقيقي لا بالعلم الحكمي، أما إذا لم يكن عالما بها فإنها لا تنصرف إليه.

يمكن انتقال الالتزامات والحقوق المتصلة بالشيء بصرف النظر عن هذين القيدتين عند وجود الاتفاق، وفي كل الأحوال تعتبر مسألة واقع يفصل فيها قاضي الموضوع.

ج. أن يكون التصرف سابقا على انتقال الحق للخلف الخاص، وتثبت الأسبقية بتاريخ التصرف.
ج-الدائنين العاديين.

لا يعتبر الدائن العادي لا خلفا عاما ولا خلفا خاصا للمدين، ومع ذلك يتأثر بالعقود التي يبرمها مدينه، فإذا كسب هذا الأخير حقا زادت فرصة الدائن في استيفاء حقه، أما إذا حملة العقد التزاما تراجعته فرصته في استيفاء حقه لأنه يرتب انتقاص في أموال الضمان العام، وإن تأثر الدائن يكون غير مباشرا لأنه لا يكتسب من تصرف المدين حقا ولا يتحمل التزاما، لكنه قد يستفيد وقد يتضرر من ذلك العقد.

بالتالي فإن المسألة بالنسبة للدائن هي مسألة احتجاج وليس مسألة خلافة، من أجل ذلك منح المشرع للدائن حق استعمال مجموعة من الدعاوى التي تهدف لحماية الضمان العام المخول له للمحافظة على أموال مدينه، وتتمثل هذه الدعاوى في الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية أو دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين والدعوى الصورية.

أثر العقد بالنسبة للغير.

نصت المادة 113 من ق.م على أنه: "لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا"، الأصل أن العقد لا ينشئ للغير حقوقا ولا يلزمه بالتزامات، ويعتبر الغير في مفهوم المادة 113 من ق.م ذلك الشخص الأجنبي الذي لم يكن طرفا في العقد ولا خلفا للمتعاقدين، ومع ذلك فإن الغير ملزم باحترام العقد والامتناع عن كل فعل من شأنه المساس بالحقوق والالتزامات المترتبة عنه ويسمى الغير باللغة الفرنسية *le tiers*.

لعل أهم صور اكتساب الغير لحقوق ناتجة عن عقد لم يكن طرفا فيه، "التعهد عن الغير" و "الاشتراط لمصلحة الغير".

أ. **التعهد عن الغير.**

هو تعهد شخص لآخر بالحصول على قبول شخص ثالث القيام بما التزم به المتعهد، فيتمثل موضوع التعهد في حمل الغير على الالتزام نحو المتعاقد والتزام المتعهد هو التزم بتحقيق نتيجة، فإذا قبل الغير يلتزم من يوم القبول لا من يوم انعقاد التعهد، ويتضح من المادة 114 من ق.م أنه يجب توفر جملة من الشروط:

يجب أن يتعهد المتعهد باسمه، وأن يلتزم شخصا تجاه المتعاقد معه، وأن يحصل على قبول الغير لما التزم به شخصيا¹، كما تشير المادة 114 من ق.م لعدم تقييد الغير بهذا التعهد وعند رفض الغير هذا الالتزام تقوم المسؤولية العقدية للمتعهد، مع أنه من النادر جدا أن يتعهد دون أن يكون متأكدا من موافقة الغير.

ويمكن أن يتخلص المتعهد من المسؤولية العقدية بإثباته أن عدم التزامه كان راجع لسبب أجنبي، أو عن طريق قيامه بالتنفيذ بنفسه ما لم تكن شخصية الغير محل اعتبار. ب. **الاشتراط لمصلحة الغير.**

يجيز المشرع في المادة 116 من ق.م للغير أن يكتسب حقا بموجب عقد لم يكن طرفا فيه، وذلك بموجب اشتراط لمصلحة الغير، حيث يقوم المشتري بالاشتراط على المتعهد أن يلتزم تجاه المنتفع الذي ينشئ له حقا مباشرا، على أن تكون للمشتري مصلحة شخصية مادية أو معنوية.

للاشتراط لمصلحة الغير تطبيقات كثيرة، من بينها أن يهب شخص عقار للموهوب له مقابل أداء خدمة معينة لشخص ثالث وهو المنتفع²، الذي لم يشترط المشرع وجوده وقت التعاقد على أن يكون قابلا للتعيين وموجودا عندما ينتج العقد أثره.

آثار الاخلال بالعقد.

يرتب اخلال أحد المتعاقدين بالعقد المتفق عليه للمتعاقد الآخر حق المطالبة بالتعويض على أساس مسؤولية عقدية، كما يمنح له حق فسخ العقد ودون الاخلال بحقه في التعويض.

1-المسؤولية العقدية.

يرتب الإخلال بالقوة الملزمة للعقد قيام المسؤولية العقدية للمتعاقد المخل بالتزامه فلا بد لقيام المسؤولية العقدية من وجود عقد صحيح لا باطل، لأن المسؤولية المترتبة عند بطلان العقد هي مسؤولية تقصيرية لا عقدية، ولا تقوم المسؤولية العقدية إلا عند استحالة التنفيذ العيني للالتزام، ومتى صار التنفيذ مستحيلا بفعل المدين حكم عليه بالتعويض، وتقوم المسؤولية العقدية على ثلاثة أركان الخطأ، الضرر، العلاقة السببية.

- الخطأ العقدي.

أ- مفهوم الخطأ: هو عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد كليا أو جزئيا عن عمد أو بغير عمد أي نتيجة إهمال، كما يعتبر التنفيذ المتأخر أو المعيب خطأ عقديا، ويكون الخطأ العقدي سلبيا أو إيجابيا، حيث يختلف باختلاف الالتزام فإذا كان التزام بتحقيق نتيجة يطالب المدين بتحقيق الغاية المتفق عليها، أما في الالتزام ببذل عناية فيلتزم المتعاقد ببذل عناية الرجل العادي، ولا تقوم المسؤولية العقدية إلا إذا استحال التنفيذ العيني فلا مجال للتنفيذ عن طريق التعويض إذا كان التنفيذ العيني ممكنا.

لا يمكن للمدين نفي الخطأ عن نفسه إلا إذا أثبت أن عدم تنفيذه راجع لسبب أجنبي، حيث تتعدم العلاقة السببية حينها بين الخطأ والضرر فتتعدم المسؤولية، فتتنفي العلاقة السببية عند صدور خطأ من الغير طالما لم يكن تابعا له أو مساعدا أو نائبا، ولا يعد الغير سببا أجنبيا إلا إذا كان أجنبيا عن المتعاقد، وعند تحقق مسؤولية المدين عن فعل الغير يرجع الدائن على الغير بدعوى غير مباشرة أساسها المسؤولية العقدية للمدين أو، بدعوى مباشرة على الغير إذا كلفه المدين بتنفيذ العقد.

ب- إثبات الخطأ العقدي.

يثبت الدائن وجود الالتزام وعدم القيام به فعليه اثبات عدم تحقق النتيجة في الالتزام بتحقيق نتيجة، كما يثبت عدم التزام المتعاقد ببذل العناية التي يبذلها الرجل العادي، يقع على المدين في المقابل نفي العلاقة السببية فلا سبيل له للتخلص من المسؤولية العقدية إلا عن

طريق اثبات السبب الأجنبي، في الالتزام بتحقيق نتيجة أما في الالتزام ببذل عناية فيثبت أنه قام بالعناية اللازمة من أجل تنفيذ الالتزام.

2- الضرر: لا تقوم المسؤولية العقدية إلا إذا ثبت وقوع الضرر بسبب الإخلال بالالتزام العقدي، ويشترط في الضرر أن يكون حالاً كما يمكن أن يكون مستقبلاً لكن محقق الوقوع كما يجب أن يكون الضرر متوقعا ومباشرا أي متوقع حدوثه في حالة الإخلال بتنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه، فلا يستحق الضرر الاحتمالي التعويض. لا يسأل المدين عن الضرر غير المتوقع إلا في حالة الغش والخطأ الجسيم حيث يسأل هنا المدين عن كل الأخطاء المتوقعة وغير المتوقعة المادة 182 من ق.م في فقرتها الثانية.

كما يجب أن يكون الضرر مباشرا صلته ثابتة بالخطأ المرتكب، ويستوي أن يكون الضرر ماديا أو أدبيا، فالضرر المعنوي هو ذلك الضرر الذي يصيب الإنسان في سمعته أو عاطفته والذي يقع غالبا في المسؤولية التقصيرية، لأن طبيعة العقد تقتضي أن يكون إبرامه بهدف ذو قيمة مالية، غير أنه يمكن أن يكون للدائن مصلحة أدبية معنوية في تنفيذ العقد فيترتب عن الإخلال بهذه المصلحة ضرر معنوي، كالضرر الأدبي الذي يصيب المريض في سمعته بعد إفشاء الطبيب لسر تم الاتفاق على عدم الإفشاء به. عموما يتضمن تعويض الضرر ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب تطبيقا للمادة 182 فقرة أولى من ق.م.

العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

يجب أن يكون الضرر أثر للخطأ ونتيجة طبيعية له، فعلى الدائن أن يثبت الخطأ والضرر، أما العلاقة السببية فهي مفترضة في نظر المشرع وذلك في المادة 176 من ق.م، وعلى المدين نفيها بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يكون للمدين يد فيه والذي قد يكون: أ. قوة قاهرة.

حادث فجائي غير متوقع يستحيل دفعه يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا غير ممكنا بالنسبة للشخص العادي، ولا يشترط أن يكون حادثا عاما فيمكن أن يكون واقعة فردية للمدين³،

وممكن أن تكون الاستحالة مادية، أو قانونية كصدور قانون يمنع تداول سلعة معينة، على أن تمنع القوة القاهرة المتعاقد من تنفيذ الالتزام أما إذا كانت مؤقتة فهي توقف تنفيذه ولا تمنعه.

ب. فعل الدائن (خطأ المضرور) .

لا مسؤولية على المدين إذا ثبت أن عدم تنفيذ الالتزام راجع إلى الدائن نفسه⁴، فلا مسؤولية على الناقل إذا قام الراكب بالنزول قبل توقف الحافلة مثلاً، أما في حالة اشتراك المتعاقدين في الخطأ فالقاعدة أن توزع المسؤولية بينهما بالتساوي بحسب جسامه الضرر، إلا إذا استغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر، فإذا استغرق خطأ المضرور خطأ المتعاقد معه فلا مسؤولية على هذا الأخير والعكس.

المطلب الثاني: تعديل قواعد المسؤولية العقدية.

تترتب المسؤولية العقدية عن العقد فبالتالي يمكن للمتعاقدين تعديل قواعد هذه المسؤولية بالاتفاق، فيجوز بحسب نص المادة 178 من ق.م اتفاق الأطراف على تشديد المسؤولية العقدية أو التخفيف منها أو الاعفاء منها كلية، على ألا يخالف الاتفاق النظام العام والقواعد الأمرة للمسؤولية، فيمكن أن تشدد مسؤولية المدين عن عدم التنفيذ حتى ولو كان ذلك راجعاً لسبب أجنبي.

التخفيف من المسؤولية وحتى الإعفاء منها جائز إلا في حالة الغش والخطأ الجسيم، فيكون المدين في هذه الحالة مسؤولاً رغم الاتفاق، ويجيز المشرع إعفاؤه في حالة الغش والخطأ الجسيم فقط عند صدوره الغش من أشخاص يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه، وهذا ما يتضح من المادة 178 من ق.م، مع أن النص غير واضح لأن المشرع لم هؤلاء الأشخاص المستخدمين الذين يعملون لدى المدين.

لا يجوز المطالبة بأكثر من قيمة التعويض المتفق عليه حتى ولو جاوز الضرر قيمة التعويض، ويمكن للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً، أو أنه قد نفذ جزء كبير من الالتزام الأصلي في غير حالات الاتفاق على مبلغ التعويض.

فسخ العقد.

يعتبر الفسخ من أهم آثار الإخلال بالالتزام العقدي فيقوم للمتعاقد حق طلب انحلال الرابطة العقدية عند عدم وفاء المتعاقد الآخر بالتزامه، ولا يكون الفسخ إلا في العقود الملزمة

لجانبيين، ويعتبر ركن السبب أساسا قانونيا لنظرية الفسخ، حيث أن عدم وفاء أحد المتعاقدين لالتزامه يؤدي لانعدام سبب المتعاقد الآخر، وهذا ما أكدته المادة 119 من ق.م.، فيجب أن يكون طالب الفسخ قد نفذ التزامه أو كان مستعدا لذلك و قادرا على إعادة الشيء إلى ما كان عليه، والفسخ ثلاثة أنواع:

أنواع الفسخ.

أ. فسخ قضائي.

يرجع تقديره للقاضي الذي يجوز له أن يتجنبه بمنح المدين أجلا لتنفيذ التزامه، أو ما يسمى "بنظرة الميسرة"، كما له أن يمتنع عن فسخه إذا كان المدين قد نفذ جزءا لا بأس به من التزامه، يلجئ المتعاقد عادة للفسخ عندما يصبح التنفيذ العيني مستحيلا، أو في الحالات التي لا يريد فيها المتعاقد أن يحصل على التعويض (التنفيذ عن طريق التعويض)، أو يكون قد لجأ الدائن لوسيلة للدفع بعدم التنفيذ ولم ينجح، أو أنه لا يريد الدفع بعدم التنفيذ نتيجة لوقوع خلاف بين المتعاقدين حول بعض الأحوال التفصيلية للعقد التي تم الاحتفاظ بمناقشتها لاحقا فيفضل حينها فسخ العقد، ويجب اعدار المدين وان اخباره بالرغبة في فسخ العقد يعتبر اعدارا. يمكن للمدين أن ينفذ التزامه قبل الحكم بالفسخ ولا يبقى حينها إلا مسألة التعويض عن التأخير في التنفيذ إذا تسبب ذلك التأخير في ضرر للدائن، أما إذا منح القاضي أجلا للمدين للتنفيذ اعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بانقضاء ذلك الأجل دون تنفيذ.

ب- الفسخ الاتفاقي.

نصت عليه المادة 120 من ق.م، يعتبر العقد مفسوخا مباشرة دون حاجة لحكم قضائي في الفسخ الاتفاقي عند الاخلال بالالتزام العقدي، ولا يعفي هذا الاتفاق من وجوب اعدار المدين ما لم يتم استبعاد الاعذار صراحة بالاتفاق، وهذا ما يتضح من المادة 180 من ق.م، وذلك عندما يتفق المتعاقدين أن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر، كما لا يعني هذا الشرط الفاسخ عن المطالبة القضائية بالفسخ فيكون الحكم القضائي في هذه الحالة كاشفا للفسخ وليس منشئا له، أما إذا اتفق الطرفان على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو اعدار يصل المتعاقدان إلى أقصى صور الاتفاق على الفسخ.

أما إذا نازع المدين في واقعة عدم تنفيذ التزامه فيعرض الأمر على القضاء، فيكون كذلك حكماً مقررًا للفسخ لا منشئاً له؛ وللقاضي سلطة التحقق من شروط الفسخ، كما يتمتع بنفس سلطته التقديرية المقررة في المادة 119 من ق.م.

ج- الفسخ بقوة القانون (الانفساخ).

يفسخ العقد بقوة القانون دون حاجة لاتفاق أو حكم قضائي، وهذا ما قضت به المادة 121 من ق.م، وذلك بسبب استحالة تنفيذ العقد استحالة مطلقة ترجع لسبب أجنبي، و هنا لا يحتاج الدائن إلى أعذار المدين، كما لا يخضع هذا الانفساخ لرقابة القضاء، وإذا تم اللجوء للقضاء من أجل تقريره يكون الحكم القضائي كاشفاً لا مقررًا له، أما إذا لم يتمكن المدين من اثبات السبب الأجنبي حكم عليه بالتعويض.

آثار الفسخ.

أ. ينتج عن الفسخ زوال العقد بأثر رجعي فيتم إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، أما إذا استحال ذلك بسبب هلاك أو تغير طبيعة الشيء يتم الحكم بتعويض مناسب.

ب. بالنسبة للغير فالأصل عدم انصراف أثر الفسخ إليه، فلا ترفع عليه دعوى الفسخ لكن يمكن أن ترفع عليه دعوى الاسترداد، لأن الفسخ حجة في مواجهة الكافة، ومع ذلك لا يمنع الأثر الرجعي للفسخ احتفاظ الغير بحقوق اكتسبها بحسن نية، وهذا ما يتضح من المواد 828 و 835 من ق.م، ولا يكون هنا أمام طالب الفسخ إلا المطالبة بالتعويض.

ج. أما تبعة الهلاك فتكون على عاتق المدين فإذا هلك المبيع قبل تسليمه للمشتري لا يستطيع البائع المطالبة بالثمن ويتعين عليه رده إذا قبضه هذا في حالة الانفساخ، أما إذا فسخ العقد بسبب عدم التنفيذ يسترد كل متعاقد ما حصل عليه، و في العقود الملزمة لجانب واحد فالدائن هو من يتحمل تبعة الهلاك.

الدفع بعدم التنفيذ.

يعتبر الدفع بعدم التنفيذ تطبيقاً لمبدأ حق الحبس المتمثل في امتناع احد اطراف العقد عن الالتزام بما تعهد به في العقود الملزمة لجانبين، حيث يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ العقد في حالة امتناع المتعاقد الآخر عن التنفيذ، وبالرجوع للمادة 123 من ق.م يتبين لنا أن للدفع بعدم التنفيذ شروط قانونية معينة:

يجب أن يكون العقد ملزم لجانبين ومرتباً بالالتزامات فورية، فلا يمكن الدفع بعدم التنفيذ في عقد يضاف الالتزام فيه إلى أجل، إذ لا يمكن للعامل الامتناع عن تنفيذ عقد العمل بسبب عدم التزام رب العمل بدفع الأجرة، لأن طبيعة العقد تجعل العامل ينفذ التزامه ولا يستطيع الامتناع عن العمل إلا إذا اتفق الطرفان على دفع الأجرة مقدماً

ويرتب الدفع بعدم التنفيذ وقف الالتزام إلى حين تنفيذه ووقف الفسخ إلى حين تنفيذ الالتزام، ولا يجوز التعسف في استعمال الدائن لهذا الحق خاصة إذا كان المدين قد نفذ جزء كبيراً من التزامه.

المصادر غير الإرادية للالتزام.

تقوم المسؤولية المدنية على أساس تعويض ضرر ناشئ عن إخلال بالتزام عقدي أو قانوني، فإذا كان الالتزام عقدياً قامت المسؤولية العقدية، أما إذا كان قانونياً قامت المسؤولية التقصيرية، الناشئة عن الفعل الصادر عن إهمال وغالباً يكون بغير قصد، لذلك سميت بشبه الجريمة

التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية.

تقوم كل من المسؤولية العقدية والتقصيرية نتيجة إخلال بالتزام سابق فكلاهما أساسهما الخطأ، لكن هذا لا يعني تطابقهما، ففي حين تعتبر المسؤولية العقدية إخلالاً بالتزام ناشئ عن عقد نظمه إرادة الدائن والمدين، تعتبر المسؤولية التقصيرية إخلالاً بواجب عام فرضه القانون على الكافة، لذلك فإن الالتزام بالتعويض هو الالتزام الأصلي في المسؤولية التقصيرية، بينما يكون الالتزام الثاني في المسؤولية العقدية، وما يؤكد ازدواج المسؤوليتين الكثير من أوجه الاختلاف:

أ. من حيث الأهلية: يجب توافر الأهلية الكاملة في المسؤولية العقدية، بينما يمكن الاكتفاء بسن التمييز في المسؤولية التقصيرية.

ب. من حيث التعويض: يسأل المدين عن الضرر المتوقع وغير المتوقع في المسؤولية التقصيرية، ولا يسأل المدين إلا عن الضرر المتوقع في المسؤولية العقدية ما لم يكن قد وقع منه غش أو خطأ جسيم، فإذا فقدت مسافرة مجوهرات كانت بحقيبة سفرها يعتبر ضرر غير متوقع لا يسأل عنه الناقل الجوي، لكن إذا ثبت ارتبأكه غش أو خطأ جسيم فيسأل الناقل عن هذا الضرر.

ج. من حيث تضامن المدينين: يتضامن المدينون بنص قانوني في المسؤولية التقصيرية كلما تعدد المسؤولون عن الخطأ، وتكون المسؤولية بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض، أما المدينين في المسؤولية العقدية فلا تضامن بينهم إلا بنص قانوني أو اتفاق.

د. من حيث الاعفاء الاتفاقي من المسؤولية: يمكن الاعفاء من المسؤولية العقدية إلا في حالة الغش أو الخطأ الجسيم الذي يصدر من المدين، ويمكن اعفاؤه من المسؤولية حتى في حالة الغش والخطأ الجسيم لكن الصادر من مستخدميه، وهذا ما قصت به المادة 178 من ق.م، أما المسؤولية التقصيرية فلا يجوز الاعفاء منها بالاتفاق وهذا أمر بديهي فلا يمكن لسائق سيارة مثلا أن يتفق مستقبلا مع الشخص الذي سيصدمه بسيارته على عدم التزامه بالتعويض.

وعليه فإنه بالرغم من اتجاه أنصار وحدة المسؤوليتين ان اختلافهما ظاهري لا يتعلق بالجوهر، إلا أن ما اتجه إليه الفقه الحديث هو ازدواج المسؤوليتين من حيث مصدر الالتزام ونطاقه، فيتحدد مجال المسؤولية العقدية بوجود عقد صحيح تم الاخلال به، أما المسؤولية التقصيرية فتقوم على خطأ أو عمل غير مشروع يؤدي إلى الاضرار بالغير.

1-الجمع بين المسؤولية العقدية والتقصيرية والخيرة بينهما.

لا يجوز الجمع بين المسؤوليتين إذ لا يمكن أن يعوض عن الضرر الواحد مرتين، كأن يطالب الدائن بتعويض عن الضرر غير المتوقع في نطاق مسؤولية عقدية ويطالب بتعويض على أساس خطأ عقدي في نفس الضرر، كما لا يجوز الخيرة بين المسؤوليتين أي أن يختار الدائن إحدى المسؤوليتين إذا رأى فيها ما يحقق له مصلحة أكبر من الأخرى، حيث تقوم المسؤولية العقدية بين متعاقدين في حين أن المسؤولية التقصيرية تقوم بين أشخاص لا تربطهم رابطة عقدية.

بما أنه لا يمكن للشخص ذاته أن يجمع بين صفة المتعاقد والغير فإن ما ينشئ بين المتعاقدين أساسه العقد، فالمسؤولية العقدية تستبعد المسؤولية التقصيرية بحكم القانون مادامت شروطها متوافرة، أما إذا انتفى العقد أو كان باطلا فعلى الدائن أن يلجئ للمسؤولية التقصيرية.

نظم المشرع المسؤولية التقصيرية في المواد 124 إلى 140 مكرر 1 من ق.م، وتنقسم إلى 3 صور: مسؤولية عن العمل الشخصي، مسؤولية عن فعل الغير، مسؤولية ناشئة عن الأشياء.

المسؤولية التقصيرية.

المسؤولية عن العمل الشخصي.

نص عليها المشرع في المادة 124 من ق.م وهي لا تقوم إلا بتوفر أركانها:

الخطأ.

هو اخلال بالتزام قانوني ينص عليه المشرع، وهناك واجبات قانونية لا تتضمنها التشريعات لكن استقر الأمر عليها حيث يكون مصدرها مبدأ العدالة، والمسلك الصحيح والمألوف، فمن يقود سيارة في شارع ضيق مليء بالناس لا يمكن أن يسير بسرعة عالية وإلا شكل ذلك انحرافا عن المسلك الصحيح، ويعتبر معيار الرجل العادي المتوسط الذكاء والتبصر هو معيار الخطأ الذي يوجب المسؤولية، دون اغفال الظروف التي وجد فيها هذا الشخص العادي، ويستوي في ذلك العمل أن يكون بقصد أو بغير قصد.

كما يكلف القاضي بالبحث عن الخطأ على ضوء معيار مادي ومعيار شخصي، اما في حالة الإهمال فيؤخذ بمعيار موضوعي متمثل في معيار الرجل العادي لو وجد في ظروف المسؤول، لان الأخذ بالمعيار الشخصي قد يؤدي الى محاسبة الرجل اليقظ على أقل هفواته والتسامح مع الأشخاص غير اليقظين.

أ. المعيار المادي للخطأ.

هو السلوك المعيب الذي ينحرف فيه صاحبه عن المسلك المستقيم الذي يسلكه الرجل العادي، ويعتبر الإهمال شديد الجسامة خطأ عمديا وإن كان لا يتضمن نية الاضرار، ويقوم الخطأ سواء كان الانحراف بسيطا أو جسيما، لكن يستثنى من ذلك حالة الدفاع الشرعي، وحالة الضرورة وتنفيذ أمر صادر من رئيس تجاه مرؤوسه هذا ما يتضح من المادة 128 من ق.م:

- حالة الدفاع الشرعي: تعتبر سببا لمشروعية الفعل المرتكب حتى لو كان غير مشروع إذا كان الفعل مرتكبا دفاعا عن نفسه، أو ماله أو عن نفس الغير، ولا يشترط أن يقع الضرر لمرتكب الفعل بل يكفي وقوع ما يخشى منه وقوع الاعتداء، لكن يجب أن يكون الخطر عملا

غير مشروع، وأن يكون الفعل المرتكب دفعا لهذا الخطر ودون الإفراط فيه، ولم يبين المشرع المقصود بالغير، فلم يشترط المشرع أن تكون هناك علاقة قرابة بالغير.

- تنفيذ أمر صادر عن الرئيس: نص عليه المشرع في المادة 129 من ق.م. يجب أن يكون العمل صادر من موظف أو أحد الأعوان العموميين، فيمكن لهؤلاء التخلص من المسؤولية إذا تم إثبات أنهم قاموا بالعمل تنفيذا لأمر من الرئيس، ويستثنى العمال غير الخاضعين لقانون الوظيف العمومي، على أن يكون الأمر واجب على الموظف تنفيذه فلا يكفي مجرد اعتقاده أنه ملزم بتنفيذه.

- حالة الضرورة نص عليها المشرع في المادة 130 من ق.م، تتحقق عندما يعتدي شخص على حق شخص آخر لكن بسبب حالة ضرورة تبرر الخطأ، على أن يكون إلحاق الضرر هو السبيل الوحيد لدفع ضرر أكبر، وأن يكون الضرر محققا على وشك الوقوع لو لم يدفع بضرر أقل منه، وألا يكون الضرر المراد تجنبه راجع إلى خطأ من يقوم بدفعه، كما لا يكون راجعا للغير لأن خطأ الغير ينفي الدفاع الشرعي.

ب. المعيار المعنوي للخطأ (الإدراك).

لم يشترط المشرع في الشخص الذي يرتكب الخطأ إلا سن التمييز، فهي مسؤولية قائمة على أساس تحمل التبعة وليس على عنصر الإدراك، لا يسأل إلا المميز أما غير المميز فلا يسأل حيث ينتفي الإدراك في كل من الصبي غير المميز والمعتوه والمجنون، لم يشترط المشرع أن يكون الخطأ عمديا، كما لم يحدد جسامته فهي مسؤولية من النظام العام لا يجوز الاعفاء منها، لكن يمكن للشخص أن يتنازل عن التعويض.

ج. اثبات الخطأ.

تقوم المسؤولية عن العمل الشخصي على أساس الخطأ الواجب الإثبات، فعلى من يدعي الضرر إثبات وجود الخطأ، ويعتبر الخطأ واقعة مادية يمكن أن تثبت بكل طرق الإثبات كشهادة الشهود والقرائن والخبرة والمعينة، وغيرها من وسائل الإثبات.

د. تطبيقات الخطأ: يعتبر تجاوز حدود الحق والانحراف عنه خطأ يلزم الشخص المتعدي بالتعويض باعتباره قد مارس رخصة على نحو يتعدى حدودها، كمن قام ببناء جزء من أرضه وجزء آخر على أرض الغير، وهي الصورة التقليدية للخطأ، أما الصورة الأخرى

فتتمثل في التعسف في استعمال الحق، عندما يستعمل الحق استعمالاً يتنافى مع وظيفته الاجتماعية مما يعد انحرافاً عن السلوك المألوف للشخص العادي.

يعتبر التصرف تعسفاً في استعمال الحق متى اتخذ إحدى الصور الثلاث التي ذكرها المشرع في المادة 124 مكرر من ق.م.

أ. عندما يقع الخطأ بقصد الأضرار بالغير حتى ولو أدى استعمال الحق إلى تحقيق مصلحة لصاحبه، ويعد العامل الرئيسي الغالب على استعمال الحق هو قصد الأضرار بالغير، وتأخذ تفاهة المصلحة التي تعود على صاحب الحق نفس الحكم، من أمثلة استعمال الحق بقصد الأضرار بالغير من يطلق زوجته وهو في مرض الموت لحرمانها من الميراث.
ب. عندما يرمي استعمال الحق للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر أي عدم تناسب مصلحة صاحب الحق مع الضرر الذي أصاب الغير، إذ ليس من العدل استعمال الرجل العادي حقاً على وجه يضر بالغير لتحقيق مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع هذا الضرر⁵، كمن يقوم باحتكار سلعة معينة لرفع ثمنها.

ج. إذا كان الغرض من ممارسة الحق الحصول على فائدة غير مشروعة: عندما يقصد صاحب الحق الوصول لغاية غير مشروعة مخالفة للنظام العام والآداب العامة، كمن يفضل عامل بسبب اشتراكه في نشاط نقابي، أو بسبب انتمائه السياسي أو الحزبي، ويقع عبء إثبات إحدى هذه الصور على الدائن المضرور من أجل الحصول على التعويض، كما تقاس هذه الصور بمعيار الرجل العادي.

الضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

أ. الضرر

يجب أن يترتب عن الخطأ ضرر يصيب أحد الأشخاص في جسمه أو ماله، وهذا هو الضرر المادي وقد يقع الضرر على حقوق غير مالية في عاطفة المضرور أو سمعته أو عرضه فيكون الضرر أدبياً، الضرر عموماً هو كل ما يصيب الشخص في حق من حقوقه التي يحميها القانون، كما يجب أن يكون الضرر محققاً وليس محتملاً ويمكن أن يكون الضرر عبارة عن تفويت فرصة للغير.

كما يمكن أن يكون الضرر مستقبلي محقق الوقوع، وحتى غير المتوقع الوقوع، قد يترتب الضرر عن اعتداء على حق مادي ذو قيمة مادية ومعنوية في آن واحد كما هو الشأن في حادث تصادم يصاب به المسافر فيؤدي لتشوه في جسمه ينقص من قدرته على العمل مما يؤثر عليه معنوياً.

ب- العلاقة السببية.

لا تتحقق العلاقة السببية إلا إذا كان الضرر نتيجة للخطأ، أما إذا تدخلت عوامل أخرى كسبب أجنبي تتقطع العلاقة السببية؛ قد يكون السبب الأجنبي قوة قاهرة أو خطأ المضرور، أو خطأ الغير هذا ما أشارت إليه المادة 127 من ق.م.

تمنع القوة القاهرة والحادث الفجائي قيام مسؤولية المدين، ولابد من توفر شرط عدم إمكان توقع القوة القاهرة، أو الحادث الفجائي وقت وقوع الفعل الضار، وما يميز القوة القاهرة عن الحادث هو أن الأولى حادث خارجي عن الشيء، أما الحادث المفاجئ فقد ينجم عن الشيء ذاته كحريق ينشب في سيارة، ومع ذلك فإن هذا لا يمنع مسؤولية المدين عند اشتراكه بخطئه مع القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ.

أما إذا كان الضرر ناتجاً عن خطأ المضرور فلا مسؤولية على المدين، ويقاس هذا الخطأ بمعيار الرجل العادي، أما في حالة اشتراك كل من الشخص المضرور والمدين في الخطأ وجب البحث عن الخطأ الذي يستغرق الآخر، فإذا تبين أن المضرور قد تعمد إلحاق الضرر بنفسه مستغلاً خطأ المدين فلا مسؤولية على المدين لانعدام العلاقة السببية، كمن أراد الانتحار فألقى بنفسه أمام سيارة مسرعة.

أما إذا لم يستغرق أحد الخطأين الآخر فيتحمل كل منهما جزء من المسؤولية، وقضت المادة 126 من ق.م بتضامن المسؤولين عن الضرر متى توافرت العلاقة السببية، فيشتركون جميعاً في التعويض وبالتساوي، إلا إذا عين القاضي مقدار التعويض لكل واحد منهم، ويتخذ تعدد الأسباب صور كثيرة فقد يستغرق أحد الخطأين الآخر من حيث الجسامة، أو يكون أحد السببين نتيجة لسبب آخر، فلا يعتد حينها بالخطأ الثاني.

كما قد تتسلسل الأضرار بسبب خطأ واحد، وهنا يجب البحث عن الضرر المباشر فقد يقع خطأ تنتج عنه أضرار متعاقبة فتتعدد الأضرار ويكون الخطأ واحداً، كأن ينتج عن الخطأ ضرر واحد ثم تتعاقب الأضرار، مثاله: من باع بقرة بها وباء، فانتقلت العدوى لمواشي المشتري

فهلكت كلها، مما أدى لعدم تمكنه من زراعة أرضه، فعجز عن تسديد ديونه فحجز على أرضه، فأصيب على أثر ذلك بمرض وتعاقبت الأضرار، فالأصل أن السببية لا تتوفر إلا بالنسبة للضرر الأول المباشر الذي يتمثل في النتيجة الطبيعية للخطأ، وفقا للمادة 127 من ق.م.

يعتبر خطأ الغير سببا ينفي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، إذا تبين أن خطأ الغير قد شكل انحرافا عن سلوك الرجل العادي، ويجب ألا يكون الغير من الأشخاص اللذين يسأل عنهم المدين كنائبه، أو تابعه وعند وجود خطأين أحدهما صادر من المدين وآخر من الغير يبحث القاضي عن الخطأ الذي يستغرق الآخر، وقد يتحمل كل منهما جزء من المسؤولية، إذا كان الخطأ مشتركا.

أما في حالة صدور خطأ من كل من المضرور والمدين والغير يتحمل كل منهم جزء من التعويض، ويمكن للمضرور الرجوع على المدين والغير على أساس التضامن القائم بينهما، وفقا للمادة 126 من ق.م.

ج. آثار المسؤولية عن العمل الشخصي.

يتضح من المادة 132 من ق.م أن جزاء المسؤولية التقصيرية عبارة عن تعويض يعينه القاضي تبعا للظروف، ويقدر عادة نقدا، وممكن أن يقسطه القاضي كما يجوز أن يكون مرتبا، أو إيرادا وقد يكون التعويض عينيا عندما يأمر القاضي بإزالة العمل، وإعادة الحالة لما كانت عليه، ويحتفظ القاضي بمراجعة التعويض عندما يكون الضرر مستقبلي، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة، وما فاتته من كسب طبقا للمادة 182 من ق.م.

المسؤولية عن عمل الغير.

يسأل المتسبب في ضرر للغير سواء كان خطأ ناتج عن فعله هو شخصا او عن فعل من هو مسؤول عنه قانونا او اتفاقا.

1- مسؤولية متولي الرقابة.

تتمثل في مسؤولية الشخص عن الأشخاص الخاضعين لرقابته.

1- شروط قيام مسؤولية متولي الرقابة.

يتضح من المادة 134 من ق.م وجوب توفر شروط معينة لقيام هذه المسؤولية:

1. أن يكلف الشخص بالرقابة بحكم القانون أو الاتفاق: فلا تكفي الرقابة الفعلية، ولم يعرف المشرع الشخص المكلف بالرقابة حتى بعد تعديله للمادة 134 من ق.م، ولم يبين الأشخاص الذين يقع عليهم هذا الالتزام، بل اكتفى بتحديد مصدره الذي يكمن في صغر سن من يوضع تحت الرقابة، حيث تجب الرقابة على القاصر أي كل من لم يبلغ سن الرشد، فيبقى الصبي المميز خاضعا للرقابة التي تكون أساسها الولاية، فالأب ولي على ابنه وبعد وفاته تحل محله الأم.

2. كما تجب الرقابة بسبب الحالة الجسمية والعقلية للشخص كالأعمى أو المصاب بشلل أو مجنون أو معتوه، فيسأل الولي وكل من انتقلت له الرقابة كطبيب المستشفى مثلا. لابد من التمييز بين أنواع الرقابة القانونية كرقابة الولي والرقابة الاتفاقية كرقابة المدرس ورب الحرفة، أو مدير مستشفى الأمراض العقلية، وعندما يبلغ الشخص سن الرشد يتحرر من الرقابة مهما كان مصدرها، إلا إذا أصيب بعد بلوغه لسن الرشد بعاهة جسمية أو عقلية.

3. لا تقوم هذه المسؤولية إلا بحصول فعل ضار ممن هم تحت رقابة الشخص، حتى ولو كان غير مميزا، فلم يشترط المشرع لقيام هذه المسؤولية سن التمييز في الشخص الخاضع للرقابة، فهي قائمة سواء كان هذا الأخير مميزا أو غير مميز.

2- الأساس القانوني لمسؤولية متولي الرقابة.

تقوم مسؤولية متولي الرقابة على أساس خطأ مفترض طالما أن الخاضع للرقابة بحاجة لها، ولأن فعل الخاضع للرقابة قرينة قانونية على عدم قيام المكلف بالرقابة بواجبه، ولا سبيل له من أجل التخلص من هذه المسؤولية إلا نفي العلاقة السببية بإثبات السبب الأجنبي، ولا يسأل متولي الرقابة إلا عن الضرر الذي يقع للغير، إما إذا وقع على الخاضع للرقابة ضرر من الغير فلا يسأل عنه متولي الرقابة.

مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه.

يتبين لنا من المادة 136 من ق.م شروط قيام مسؤولية المتبوع عن الأفعال الضارة

التي يرتكبها التابع والمتمثلة في:

(1) قيام علاقة تبعية.

تقوم علاقة التبعية في الكثير من الحالات على علاقة عمل فيكون التابع يعمل لحساب المتبوع ويخضع لأوامره، ولا تقتضي هذه العلاقة وجود عقد عمل فيكفي تحقق علاقة التبعية القائمة على عنصر السلطة الفعلية أو عنصر الرقابة والتوجيه، ولا يشترط أن يكون التابع مأجوراً، فيجوز أن تقوم رابطة التبعية بين الأب وابنه والصديق وصديقه طالما كلفه يعمل لمصلحته، وحتى ولو لم يكن للشخص المتبوع حق اختيار الشخص التابع.

كما لا يشترط توفر سلطة فعلية او قانونية، فيكفي عنصر الرقابة والتوجيه مثل: معلم

الحرفة كما قد تنشأ الرابطة التبعية بحكم الواقع عندما يكون العقد مصدر علاقة التبعية باطلا أو غير مشروعاً، المادة 136 فقرة 2.

(2) يجب أن يقع الضرر أثناء تأدية الشخص التابع لوظيفته أو بسببها.

فيكون حينها المتبوع مسؤولاً عن الضرر، ويستوي أن يكون تنفيذاً لأمر أو دون أمر، وسواء كان بعلم المتبوع أو بدون علمه، ولا مسؤولية على المتبوع إذا وقع ضرر لا علاقة له بالوظيفة، أما إذا تجاوز الموظف حدود اختصاصه فيسأل عن أخطائه مسؤولية شخصيته، ويعتبر خطأ في حال تأدية الوظيفة كل اخلال بواجب يقع على التابع وبمناسبة الوظيفة، فيجب وجود صلة بين الخطأ والوظيفة، لا يعتبر مثلاً السائق تابعا إذا أخذ السيارة خارج أوقات العمل.

كما يجب أن تكون الوظيفة سبب لوقوع الخطأ مثاله: أن يرى الخادم سيده يتضارب مع آخر، فيهب لمساعدته فيضرب الشخص الآخر فيسبب له أضرار، هذا الخطأ لم يكن ليقع لولا الوظيفة، يكون المتبوع هنا مسؤولاً عن الفعل الذي ارتكبه التابع.

لا يتخلص المتبوع من المسؤولية إلا إذا أثبت وقوع خطأ جسيم من التابع فالمسؤولية،

هنا واجبة الإثبات وليست مفترضة، حيث سكت المشرع عن بيان إمكانية استبعاد هذه المسؤولية بنفي العلاقة السببية.

وتجدر الإشارة لضرورة التمييز بين المادة 136 من ق.م التي نصت على مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة والقائمة على علاقة التبعية، وبين المادة 129 من ق.م التي يعني فيها المشرع التابع من المسؤولية عند قيامه بتنفيذ أوامر رئيسه في إطار الوظيفة العامة.

المسؤولية الناشئة عن الأشياء.

لها ثلاثة صور تقوم جميعها على فكرة الحراسة، وهي تتعلق بالشخص الذي يتولى حراسة الشيء، حيث تكون له سلطة فعلية على الشيء:

1- مسؤولية حارس الأشياء (مسؤولية عن الأشياء غير الحية).

يشترط لقيام مسؤولية حارس الشيء وفقا للمادة 138 من ق.م:

- أن يقوم شخص بحراسة الشيء: عندما يكون لشخص سلطة فعلية على شيء، حيث يكون مالكة سواء كانت ملكية مفردة أو شائعة، فإذا أراد الحارس دفع المسؤولية عليه أن يثبت خروج الحراسة من يده وقت وقوع الحادث.

- أن يحدث الضرر بفعل الشيء: فيجب أن يكون الضرر ناشئا عن فعل الشيء، ولا يشترط ان يكون تدخل الشيء تدخلا سلبيا، فإذا انطلقت سيارة بسرعة فائقة ففزع أحد المارة وأصيب بضرر دون أن تمسه السيارة يعتبر هذا التدخل إيجابيا، ويكفي أن يكون الشيء مصدر الضرر سواء اتصل بالمضروب اتصالا مباشرا أي ماديا أو كان سببا في وقوع الضرر، كما يجب أن يصدر الضرر عن فعل الشيء، ومعياره افلات زمام الشيء من يد الحارس، أما إذا ارتكب الخطأ متعمدا يسأل الحارس مسؤولية شخصية.

أساس المسؤولية عن فعل الأشياء.

تعتبر هذه المسؤولية مفترضة قانونا أي لا سبيل لاستبعادها إلا نفي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر واثبات السبب الأجنبي، أو إثبات انتقال الحراسة فتنتمي المسؤولية حينها، ويستوي في ذلك انتقال الحراسة بإرادة الحارس كبيع الشيء أو تأجيره أو رهنه، أو انتقالها رغما عنه في حالة سرقة مثلا، حيث لا تقوم هذه المسؤولية على أساس حق الملكية، وإنما على أساس الحيابة والسيطرة الفعلية التي لا يشترط فيها أن تكون بموجب سند قانوني.

2- مسؤولية حارس الحيوان.

نصت عليها المادة 139، وتقوم على شرطين:

1- أن يتولى شخص حراسة الحيوان، وأن تكون له سلطة فعلية على هذا الحيوان، تقوم هذه المسؤولية على أساس الحيازة، فإذا أثبت المالك أنه لم يكن حارساً وقت وقوع الحادث فلا مسؤولية عليه، وتنتقل المسؤولية للغير، لكنها تثبت على الحارس إذا كان الحيوان في يد تابع الحارس.

2- أن يحدث الحيوان ضرراً للغير: أي حدوث الضرر بفعل إيجابي، و أن يكون سبباً مباشراً للضرر، ولم يحدد المشرع أي الحيوانات التي يكون الشخص مسؤولاً عن الضرر الناشئ عنها، فقد أشار المشرع للحيوانات بصفة عامة سواء كانت أليفة أو متوحشة، صغيرة أو كبيرة طليقة أو مقيدة، ولا يتخلص الحارس من هذه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي كقوة قاهرة، أو حادث مفاجئ يخيف الحيوان فيطلق حركته.

3- مسؤولية حارس البناء.

اعتبر المشرع مالك البناء مسؤولاً عما يحدثه انهدام البناء من ضرر للغير، ولو كان انهداماً جزئياً، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة، أو قدم البناء أو عيب فيه، وعليه يستطيع المالك نفي العلاقة السببية إذا أثبت أن الحادث لم يكن بسبب إهماله، ويجوز لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية للوقاية من الخطر، وإن لم يرق المالك بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه، كما أشار المشرع لمسؤولية حائز العقار أو جزء منه، أو حائز المنقول عند حدوث حريق سبب ضرر للغير إلا إذا أثبت أن الحريق لا ينسب إلى خطئه أو خطأ من هو مسؤول عنهم.

المصادر الشبه ارادية للالتزام.

تتميز المصادر الشبه ارادية للالتزام بأنها أعمال اختيارية مشروعة ينشأ عنها التزام نحو الغير، وهي الاثراء بلا سبب وتطبيقاته المتمثلة في الفضالة ودفع غير المستحق.

الفعل النافع " الإثراء بلا سبب".

يعتبر الإثراء بلا سبب مصدرا شبه ارادي للالتزام، ولقد تناول المشرع الجزائري فكرة الإثراء بلا سبب في الفصل الرابع تحت عنوان "شبه العقد"، واعتبر دعوى الإثراء بلا سبب دعوى أصلية عندما يثرى شخص على حساب غيره دون سبب قانوني، فيلتزم برد ما أثري به للغير، وللإثراء بلا سبب أركان نصت عليها المادة 141 من ق.م .

شروط الإثراء بلا سبب.

- أ. اثراء المدين بحسن نية: يجب تحقق الإثراء سواء المادي أو المعنوي في جانب المدين حسن النية فلا إثراء بلا سبب دون تحقق عنصر الإثراء.
- ب. افتقار الدائن: فإذا تحقق الإثراء دون افتقار الدائن لا يلتزم المنتفع برد أي شيء، ويقصد بالافتقار الخسارة التي يتحملها الدائن أو فوات منفعة كان من حقه الحصول عليها.
- ج. عدم وجود سبب قانوني للإثراء: أي انعدام المصدر القانوني الذي يولد للمنتفع حق الاحتفاظ بما حصل عليه، فإذا كان للإثراء سبب في العقد أو في النص القانوني فلا يقوم المنتفع بإرجاعه، حيث يحتفظ به طالما له سبب يبرر الحصول عليه.
- د. بقاء الإثراء وقت رفع الدعوى: تهدف دعوى الإثراء بلا سبب إلى إعادة التوازن بين ذمتين أثريت إحدهما على حساب افتقار الأخرى، لذلك فوقت اشتراط الإخلال في التوازن هو الوقت الذي يطلب فيه إعادة التوازن أي وقت رفع الدعوى، فإذا زال الأثر لا محل لإعادة التوازن، ولا يمكن حينها رفع الدعوى، التي لا يشترط فيها اثبات صدور خطأ من المنتفع.

آثار الإثراء بلا سبب.

دعوى الاثراء بلا سبب هي دعوى أصلية مستقلة في مرتبة دعوى المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، ويترتب عنها التعويض على أساس ما حصل عليه المثرى وفي حدود ما افتقر به الغير ويتم تقدير اثراء المدين وافتقار الدائن وقت رفع الدعوى.

تطبيقات الإثراء بلا سبب "شبه العقود".

دفع غير المستحق.

1- شروط دفع غير المستحق.

اعتبر المشرع دفع غير المستحق صورة للإثراء بلا سبب في المواد 143 إلى 149 من ق.م، وهو واقعة قانونية ترتب الالتزام برد ما تم استيفاءه بغير حق، حيث تنص المادة 143 من ق.م على أنه: " كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده، غير أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه إلا أن يكون ناقص الأهلية أو يكون قد أكره على هذا الوفاء"، فيشترط للالتزام الموفي بالرد أن تتوافر شروط معينة. أ. الوفاء بدين غير مستحق: أي دفع دين منعدم كدين ناشئ عن عقد باطل، أو دين قد انقضى قبل الوفاء به بالتقادم، أو أن يكون الموفي هو المفتقر والموفى له المنتفع، كما قد يكون وفاء لالتزام معلق على شرط أو مضاف لأجل دون تحقق الشرط أو حلول الأجل، ففي الالتزام المعلق على شرط فاسخ يكون الدين مستحق الوفاء ثم يصبح غير مستحقا عند تحقق الشرط الفاسخ، كما قد يكون دينا مستحق الأداء بمقتضى عقد تم فسخه، أو عقد قابل للإبطال تم ابطاله.

ب. وقوع الموفي في غلط: أي اعتقاد الموفي انه ملتزم بالدين، وتعتبر قرينة الغلط بسيطة يستطيع الموفى له نقضها بإثباته أن الموفي كان يعلم وقت الوفاء بأنه غير ملتزم بالدين، فلا يسترد ما أداه باختياره، كما يستطيع الموفي نقض هذه القرينة بسبب نقص أهليته وقت الدفع حتى ولو علم بعدم التزامه بالدين، أو بإثباته بأنه كان مكرها على الوفاء، كأن يقوم

الوفاء بدين ثم يطالب بالوفاء به مرة أخرى، او بسبب عدم عثوره على المخالصة فيقوم بالوفاء مرة أخرى خشية الحجر على أمواله.

2- آثار دفع غير المستحق.

ترفع دعوى الاسترداد، ولا بد ان نميز هنا بين الموفى له حسن النية وسيء النية من أجل تقدير مقدار ما يرجع به الدافع على المدفوع له، فإذا كان الموفى له حسن النية معتقدا أن ما قبضه حقا له يلتزم برد ما قبضه فقط ما لم يخرج من ذمته، أما إذا تم بيعه فيلتزم برد ثمنه، ولا يسأل الموفى له إلا عن خطأه.

أما إذا كان الموفى له سيء النية فيلتزم برد الشيء ورد الأرباح التي جناها، أو التي قصر في جنيها من الشيء، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سيء النية فيلتزم برد النقود أخذا بعين الاعتبار سعرها، ويلتزم بالتعويض عند تأخره عن رد المبلغ، وفي كل الأحوال يلتزم الموفى حسن أو سيء النية برد الثمار من يوم رفع الدعوى، على ألا يلتزم ناقص الأهلية إلا برد القدر الذي أثرى به حتى ولو كان سيء النية المادة 148 من ق.م.

الفضالة.

تعتبر الفضالة تطبيقا خاصا لقاعدة الأثر بلا سبب، عرفها المشرع في المادة 150 من ق.م بأنها: " الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك"، يتولى الفضولي القيام بعمل قانوني أو مادي دون ان يكون ملزما لذلك تعتبر عقدا ناقصا أو شبه عقد، فالتزام الفضولي لا يكون مصدره الاتفاق وإنما الإرادة المنفردة، بينما يلتزم رب العمل التزاما قانونيا أساسه القانوني إثراء بلا سبب.

1- شروط الفضالة: يشترط لقيام الفضالة توفر ثلاثة أركان.

أ. التصدي لشأن عاجل: سواء كان العمل ماديا أو قانونيا يجب أن يتحقق شرط الاستعجال والضرورة، ويعتبر الشأن من الشؤون العاجلة إذا نتج عن التواني في القيام به خسارة مادية أو معنوية، ولا يشترط أن يكون الأمر نافعا للغير مادام ليس عاجلا.

ب. أن يكون التصدي بقصد ولمصلحة الغير: يجب أن تتوفر نية الفضالة فلا يعد من قبيل الفضالة اعتقاد الشخص أنه يقوم بعمل لحساب نفسه ثم يتبين له أنه قام به لمصلحة الغير، لأنه يعتبر في هذه الحالة إثراء بلا سبب.

ج. ألا يكون التصدي ملزماً للفضولي: اعتبر المشرع الفضولي ذلك النائب عن رب العمل الذي يلتزم بتعهدات الفضولي وبالتعويض عن كل ضرر لحقه بسبب القيام بعمله، ولا يستحق الفضولي أجراً على عمله إلا إذا كان هذا العمل من أعمال مهنته، حيث تفترض الفضالة عدم وجود التزام على الفضولي بالقيام بما تولاه من شؤون غيره.

2- آثار الفضالة.

1. بالنسبة للفضولي:

لا بد من توفر أهلية التصرف في الفضولي عند قيامه بعمل قانوني باسمه الشخصي، أما إذا تصرف باسم رب العمل، أو قام بعمل مادي فيكفي توفر التمييز لديه، ما لم يكن عملاً غير مشروع.

2. بالنسبة لرب العمل:

يكون مسؤولاً حتى ولو لم تتوفر فيه أهلية التعاقد.

- أثر موت الفضولي أو رب العمل.:

إذا مات الفضولي التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل طبقاً للمادة 589 من ق.م، أما إذا توفى رب العمل بقي الفضولي ملتزماً تجاه ورثة رب العمل، هذا ما قضت به المادة 156 من ق.م.

3- التزامات الطرفين.

أ. التزامات الفضولي.

يلتزم الفضولي طبقاً للمادة 153 من ق.م بالاستمرار في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه، كما يلتزم بإخطار رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك، ويلتزم الفضولي ببذل عناية الشخص العادي، ويكون مسؤولاً عن خطئه وتعويض رب العمل عما يسببه من ضرر، ما لم يرى القاضي توفر ظروف تبرر إنقاص التعويض المترتب على هذا الخطأ المادة 154 من ق.م.

يلتزم الفضولي طبقاً للمادة 155 من ق.م بتقديم حساب لما قام به لرب العمل، كما يلتزم برد ما تسلمه بسبب الفضالة.
ب. التزامات رب العمل.

نصت عليها المادة 157 من ق.م فيلتزم الفضولي بتنفيذ التعهدات التي التزم بها تجاه رب العمل، والتي يكون أساسها نيابة قانونية، كما يلتزم بتعويض الفضولي عن التعهدات التي التزم بها وعقدها باسمه ولحسابه، و يلتزم برد النفقات الضرورية والنافعة، ويدفع له أجر عن عمله الذي لا يستحقه إلا إذا كان هذا العمل من أعمال مهنته، ويلتزم كذلك بتعويض الفضولي عن كل ضرر لحقه شرط ألا يكون بسبب خطئه.

أحكام الالتزام

1-تنفيذ الالتزام

الأصل ان ينفذ المدين التزامه عينا وليس له ان يعرض على الدائن التنفيذ بمقابل (عن طريق التعويض)، فلا يعتبر التنفيذ عن طريق التعويض الا وسيلة احتياطية عند انعدام التنفيذ العيني، فالتنفيذ نوعين اختياري وجبري.

التنفيذ الاختياري للالتزام(الوفاء): يتحقق عندما يستجيب المدين لعنصر المديونية ويوفي بما التزم به عينا، فاذا كان الالتزام بإعطاء شيء يتحقق الوفاء بالمحافظة على الشيء وتسليمه، اما اذا كان التزاما بعمل فيكون الوفاء بالقيام بالعمل المعين المتفق عليه، واذا كان التزاما بالامتناع عن عمل فيتحقق بالالتزام بالقيام بذلك الالتزام المتمثل في الامتناع عن القيام بعمل معين.

التنفيذ الجبري: يتحقق عند استحالة التنفيذ العيني الاختياري او يكون مرهقا جدا بالنسبة للمدين، فيقتصر حينها حق الدائن في الحصول على مقابل ما التزم به المدين أي تعويض عن عدم التنفيذ او التأخير في التنفيذ ويتم الحصول عليه باللجوء للقضاء.

أ-التنفيذ العيني: تزول صفة المديونية عن المدين بالتنفيذ العيني للالتزام، فلا بد من تحديد شروطه.

شروط التنفيذ العيني.

يجب ان يكون التنفيذ العيني ممكنا: عملا بنص المادة 164 من القانون المدني، أي يجب الا يكون مستحيلا لأنه لا يمكن حينها اجبار المدين على القيام به، فاذا كانت الاستحالة بفعل المدين يلجئ الدائن للمطالبة بالتعويض، اما اذا كانت الاستحالة لسبب اجنبي لا يد للمدين فيه ينقضي الالتزام دون ان يلتزم المدين بدفع أي شيء، ويكون الحكم كذلك اذا تأخر المدين عن التنفيذ عملا بالمادة 176 من القانون المدني.

يتعلق شرط إمكانية التنفيذ العيني للالتزام بطبيعته ومداه، ففي الالتزام بدفع مبلغ نقدي يكون الالتزام العيني دائما ممكنا، حتى وان كان المدين في حالة افلاس او اعسار فيكون تنفيذ الالتزام عينا اضافة للتعويض عن التأخير في التنفيذ.

تظهر استحالة تنفيذ الالتزام عندما يرتبط تنفيذه بشخص المدين الممتنع عن التنفيذ كالالتزام الطبيب او المحامي، فيمكن هنا اجبار المدين لتنفيذ التزامه عن طريق الغرامة التهديدية، وفي حالة فشل هذه الوسيلة ليس للدائن الا المطالبة بالتنفيذ عن طريق التعويض.

اما اذا هلك الشيء بعد نشوء الالتزام يصبح التنفيذ مستحيلا، وان شرط إمكانية التنفيذ العيني تعني أيضا الا يكون التنفيذ مرهقا للمدين، اذا ادى التنفيذ لإصابته بضرر فادح، وتخضع مسألة تقدير الضرر الذي يلحق بكل من الدائن والمدين في هذه الحالة لسلطة القاضي.

- الا يكون في التنفيذ العيني مساس بالحرية الشخصية للمدين: قد لا يكون تنفيذ الالتزام بالنسبة للمدين مستحيلا او مرهقا له لكنه يستلزم تدخلا شخصيا من طرفه، فلا يمكن لشخص اخر ان يقوم بتنفيذ هذا الالتزام مكانه عند إصرار المدين على عدم التنفيذ، لا يكون حينها للدائن الا المطالبة بالتعويض اذ لا يمكن جبر المدين على التنفيذ لان في ذلك مساسا بحريته.

- **وجوب قيام الدائن بإعذار المدين:** يعذر الدائن المدين فيطالبه بالتنفيذ الاختياري وفي حالة عدم الوفاء يلجئ للتنفيذ الجبري، وأول ما يقوم به الدائن هو اعذار المدين أي انذاره او اخطاره طبق للمادتين 180 و181 من القانون المدني.

يمكن اجبار المدين على تنفيذ التزامه دون اللجوء للإكراه البدني وذلك عن طريق الغرامة التهديدية التي يحكم بها القاضي على المدين الذي تخلف عن تنفيذ التزامه، وهي عبارة عن مبلغ نقدي يلتزم بدفعه المدين المتخلف عن تنفيذ التزامه عن الفترة التي يتخلف فيها عن التنفيذ العيني، فيجب ان يكون هناك التزام يمكن تنفيذه عينا، والا يكون التنفيذ العيني غير ممكن او غير ملائم الا اذا قام به المدين، وان يطالب بها المدين امام المحكمة، وللقاضي السلطة التقديرية في الاستجابة لطلب الدائن، وهي عبارة عن حكم تهديدي مؤقت ينقض متى اتخذ المدين موقفا بالتنفيذ او عدمه، كما ان الحكم بها غير محدد المقدار حيث يتحدد

مبلغ الغرامة عن كل فترة تأخير عن الوفاء، وتحدد عادة بمبلغ محدد عن كل يوم تأخير ويمكن ان ترفع مع كل يوم يمضي دون وفاء.

يكون على المدين اما الامتثال للتنفيذ فيكون الحكم قد حقق الهدف منه، فيقوم القاضي بالحكم بالتعويض عن التأخير في التنفيذ زيادة على الغرامة التهديدية. اما اذا اصر المدين على عدم التنفيذ لا يكون للدائن الا المطالبة بالتنفيذ عن طريق التعويض فيقوم القاضي بمراعاة ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب عند تقدير التعويض، كما يراعي الضرر الادبي الذي قد يصيب الدائن جراء عدم التنفيذ.

أ-التنفيذ عن طريق التعويض: او التنفيذ بمقابل فيلتزم المدين بالتنفيذ عن طريق التعويض بسبب عدم التنفيذ العيني او بسبب تأخر المدين في تنفيذ التزامه، وكذلك الحال اذا لم ينفذ المدين الزامه جزئيا او كان التنفيذ معيبا، يحل هنا التنفيذ بمقابل محل التنفيذ العيني أيا كان مصدر الالتزام سواء كان عقديا او عمل غير مشروع او شبه عقود، ويمكن ان يجتمع التعويض عن التأخير في التنفيذ مع التنفيذ العيني مالم يثبت ان استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد للمدين فيه المادة 176 من القانون المدني.

حالات التنفيذ عن طريق التعويض.

لا يتم اللجوء الى التنفيذ بمقابل الا عندما لا يستطيع الدائن ان يتحصل على التنفيذ العيني الذي يعتبر هو الأصل في تنفيذ الالتزام، بالتالي تكمن حالات التنفيذ بمقابل فيما يلي:

استحالة التنفيذ بفعل المدين او بخطئه، باستثناء الحالة التي يكون فيها محل الالتزام مبلغا من النقود حينها يظل التنفيذ العيني ممكنا.

اذا كان التنفيذ العيني مرهقا للمدين شرط الا يرتب على ذلك التعويض ضررا جسيما بالدائن.

اذا كان التنفيذ العيني غير ممكنا الا اذا صدر من المدين نفسه، ولم تنفع الغرامة التهديدية لحمله على الوفاء.

إذا كان التنفيذ العيني ممكناً ولم يطلبه الدائن ولم يعرضه المدين، أي إن التزام المدين بالتعويض لا يعني نشوء التزام جديد في ذمة المدين، بل هو طريق لتنفيذ الالتزام الذي لم يتم تنفيذه عينا، وإذا وجدت ضمانات قانونية أو اتفاقية فإنها تظل قائمة.

-الاعذار:

يعتبر شرطاً لاستحقاق الدائن للتعويض حيث تنص المادة 179 من القانون المدني على أنه: "لا يستحق التعويض إلا بعد اعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك". لا بد أن تظهر نية الدائن في اقتضاء الدين وذلك بإعذار المدين، فحتى يتمكن الدائن من مطالبة المدين بتنفيذ التزامه عن طريق القضاء سواء التزماً عينياً أو عن طريق التعويض يجب عليه أن يخطر مدينه، لأن حلول الأجل لا يدل على أن المدين مقصر في تنفيذ التزامه، وإنما على الدائن المطالبة بتنفيذ الالتزام بشكل رسمي، فسكوت الدائن عند حلول أجل الالتزام لا يترتب مسؤولية المدين، التي تقوم بعد اعذاره وامتناعه عن التنفيذ أو تماطله في التنفيذ المادتين 180 و181 من القانون المدني.

يتم الاعذار بطرق متنوعة يترك تقديرها للقاضي، ويتمثل هذا الإجراء في قيام الدائن بإخطار المدين برسالة عادية موصى عليها بعلم الوصول، أو عن طريق المحضر القضائي بورقة رسمية يتم تسليمها للمدين عن طريق موظف المحكمة، ويثبت التسليم بتوقيع من تسلمها، أو بذكر سبب امتناعه عن التوقيع، ليكون ذلك دليلاً على حصول الاعذار، كما يمكن اعتبار المدين معذراً بمجرد حلول أجل الوفاء دون حاجة لأي إجراء آخر.

هناك حالات يتم الاستغناء فيها عن الاعذار أشارت إليها المادة 181 من ق.م.:

- إذا تعذر تنفيذ الالتزام عندما يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً بفعل المدين فلا فائدة من الاعذار.

-إذا كان محل الالتزام تعويضاً مترتباً عن عمل ضار: في الالتزامات غير التعاقدية (المسؤولية التقصيرية) يعتبر المدين مخطئاً من يوم الإخلال بالالتزام فيعفى الدائن من الاعذار.

-إذا كان محل الالتزام رد شيء تسلمه المدين بدون وجه حق، حالة سرقة مثلا، يكون المدين ملزما بالرد والتعويض ودون اعداره.

-إذا صرح المدين كتابة انه لا ينوي تنفيذ الالتزام لا فائدة هنا من اعداره.

بالإضافة للحالة التي يمكن اعتبار المدين معذرا بمجرد حلول اجل الوفاء دون حاجة لأي اجراء اخر وذلك بموجب اتفاق المادة 180 ق.م.

آثار الاعذار.

يستطيع الدائن بموجب الاعذار ارغام المدين على الوفاء ومطالبته بالتعويض عن التأخير في التنفيذ، ويترتب على الاعذار بموجب المادة 119 من ق.م حق الدائن في المطالبة بفسخ العقد التبادلي بسبب عدم قيام الطرف الاخر بتنفيذ التزامه، كما تنتقل بعد الاعذار تبعة الهلاك من الدائن الى المدين المادة 369 من ق.م، ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين حتى ولو اعذر اذا اثبت ان الشيء كان سيهلك حتى ولو تم تسليمه للدائن.

تقدير التعويض.

التحديد القانوني للتعويض: يقوم المشرع أحيانا بالنص صراحة على تحديد المسؤولية بوضع حد أقصى او تقدير جزافي استثناء على سلطة القاضي في تقدير التعويض، وذلك في قوانين خاصة كقانون العمل والتعويض عن حوادث المرور، اي بتحديد سقف للتعويض حتى ولو تجاوز الضرر ذلك الحد، ويكون القاضي ملزما بهذا الحد، كتحديد مسؤولية أصحاب الفنادق فيما يتعلق بالنقود والاشياء الثمينة وذلك في المادة 599 من ق.م، او عن طريق تقدير جزافي مثل حق العامل في التعويض عن الاضرار الناتجة عن إصابة في العمل.

التعويض القضائي: يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب عملا بالمادة 182 من ق.م، تتمثل الخسارة التي يتعرض اليها الدائن من حرمانه من الانتفاع بالشيء بسبب عدم تسليمه له، اوفي حالة التأخر في التنفيذ فيفوت المدين على الدائن فرصة الربح، ويقع على عاتق الدائن اثبات ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، ويأخذ التعويض صورة:

التعويض العيني: هو أفضل طرق التعويض لأنه يؤدي لإصلاح الضرر وإعادة الحالة لما كانت عليه، المادة 166 والمادة 122 من ق.م.

التعويض النقدي: يأخذ التنفيذ بمقابل غالبا صورة تعويض نقدي وذلك سواء في المسؤولية العقدية او التصيرية المادة 132 من ق.م.

حدود التعويض.

لا يلتزم المدين الا بالتعويض عن الضرر المباشر دون الضرر غير المباشر، سواء في المسؤولية العقدية او التصيرية، كما يقتصر التعويض على الضرر المتوقع دون الضرر غير المتوقع في المسؤولية العقدية، المادة 182 من ق.م.

يكون الضرر مباشرا عندما لا يكون باستطاعة الدائن ان يتوقاه ببذل جهد معقول، فلا يترك الدائن الاضرار تتعاقب اذا استطاع تجنبها ببذل جهد معقول، كما لا يستحق التعويض الا عن الضرر الذي يمكن توقعه، فكل ضرر متوقع هو ضرر مباشر، لكن ليس كل ضرر مباشر هو ضرر متوقع، فلا يمكن لشركة التأمين مثلا في حالة التأمين من الحريق ان تتوقع ان اللوحة المعلقة على جدار المنزل والتي احترقت هي باهظة الثمن باعتبارها لرسام مشهور، ولا تعويض عن الضرر المستقبلي.

يستثنى من ذلك حالتين يسأل فيهما المدين حتى عن الاضرار غير المتوقعة بموجب المادة 182 من ق.م: - حالة ارتكاب المدين غش عند تعمه الامتناع عن الوفاء او التأخير في التنفيذ.

-ارتكاب المدين لخطأ جسيم أي بسوء نية وهو الذي يصدر من الرجل العادين.

اما اذا تضمن العقد شرطا يقضي بإعفاء المدين من المسؤولية فانه لا أثر له في حالة الغش والخطأ الجسيم المادة 178 من ق.م.

تنص المادة 131 من ق.م على أنه: " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة، فان لم

يتيسر له وقت الحكم ان يقدر مدى التعويض بصفة نهائية فله ان يحتفظ للمضور بالحق في ان يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير".

يتضح لنا انه لا يوجد اختلاف في التقدير القضائي للتعويض بين مسؤولية عقدية او تقصيرية، كما قصد المشرع بعبارة الظروف الملازمة كل الظروف الخاصة بالمضور فمثلا الجروح التي تصيب المصاب بمرض السكري يكون أخطر من الجرح الذي يصيب الشخص العادي، أما بالنسبة لوقت تقدير الضرر فيؤخذ بوقت نشوئه لا يوم الحكم بالتعويض، اما الضرر الادبي فنص عليه المشرع في المادة 182 مكرر من ق.م، وهو ذلك الضرر الذي يمس شعور او شرف وسمعة الانسان.

التعويض الاتفاقي او الشرط الجزائي.

يعتبر الشرط الجزائي عبارة عن اتفاق يقدر فيه الطرفان مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن عند اخلال المدين بالتزامه، في حالة عدم التنفيذ او التأخر في التنفيذ، يدرج كبند من بنود او شروط العقد الأصلي، او يوضع عن طريق اتفاق لاحقن اما اذا تم الاتفاق عليه بعد وقوع الضرر فلا نكون امام شرط جزائي فمممكن ان يكون اتفاق صلح، لذلك يعتبر الشرط الجزائي بمثابة وسيلة لإرغام المدين على التنفيذ فيفضل للمدين التنفيذ عوض الامتناع فيضطر لدفع مبلغ الشرط الجزائي الذي يكون عادة مرتفعا، وليس هناك ما يمنع الاتفاق على الشرط الجزائي عند الاخلال بالتزام غير تعاقدية مثاله: اتفاق صاحب مصنع مع جيرانه على تعويض عن الضرر الذي يصيبهم مستقبلا من الدخان المتصاعد من مداخن المصنع.

خصائص الشرط الجزائي.

يعتبر الشرط الجزائي التزام تبعية لا يوجد مستقلا عن التزام أصلي، الامر الذي يرتب عدة نتائج، تتمثل في ان يتبع الشرط الجزائي الالتزام الأصلي في صحته وبطلانه ووجوده وعدمه، كما ان جميع اوصاف الالتزام التي تلحق الالتزام الأصلي تلحق الالتزام التبعية.

يعتبر الشرط الجزائي التزام احتياطي لا يتم اللجوء اليه الا عند عدم تنفيذ الالتزام عينا، فلا يطالب الدائن الا بتنفيذ الالتزام الأصلي مادام ممكنا، كما لا يجوز للمدين ان يعرض على

الدائن الالتزام بالشرط الجزائي فلا يعتبر الشرط الجزائي التزاما بديلا اذ لا يمكن للدائن الاختيار بين الشرط الجزائي والالتزام الأصلي

شروط استحقاق الشرط الجزائي هي نفس شروط استحقاق التعويض أي لا بد من وجود خطأ وضرر وعلاقة سببية الى جانب اعدار المدين الا اذا تعلق الامر بإحدى الحالات التي يتم فيها الاستغناء عن الاعذار، وإذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا لسبب أجنبي لا يمكن مطالبة المدين بالشرط الجزائي بسبب استحالة تنفيذ الالتزام الأصلي.

ينقل الشرط الجزائي عبئ الإثبات من الدائن الى المدين، اذ يكفي فيه اثبات عدم تنفيذ المدين للالتزامه او تأخره في التنفيذ دون اثبات وقوع ضرر للدائن، فيتعين على المدين للتخلص من الشرط الجزائي ان يثبت ان الدائن لم يلحقه اي ضرر او يثبت انتفاء العلاقة السببية بين الخطأ والضرر أي اثبات ان الضرر لم يقع نتيجة للخطأ المرتكب.

- آثار الشرط الجزائي.

لا يجتمع الشرط الجزائي مع التعويض لأنه بمثابة تعويض الا اذا تم الاتفاق على استحقاقه في حالة التأخير عن التنفيذ، حينها يجتمع مع التعويض عن عدم التنفيذ، كم انه لا يجتمع مع التنفيذ العيني الا اذا كان مشروطا كتعويض عن التأخير في التنفيذ.

الأصل في الشرط الجزائي ان يحكم به القاضي بعد التحقق من شروطه دون زيادة او تخفيض في قيمته، لكن مراعاة لاعتبارات معينة أجاز المشرع للقاضي ان يقوم بتعديله فنص في المادة 184 من ق.م على حالتين:

أ- اذا أثبت المدين ان تقدير التعويض كان مبالغا فيه، فيقوم القاضي بإزالة ما فيه من مبالغة آخذا بعين الاعتبار الإرادة المشتركة للمتعاقدين، ومصلحة الدائن وحسن نية المدين، لكن دون ان يقوم بمساواته بالضرر، والا فقد الشرط الجزائي الفائدة منه.

ب- اذا أثبت المدين انه قد وفى بجزء من التزامه الأصلي، حيث يستحق الشرط الجزائي في حالة عدم التنفيذ الكلي.

ت- اما بالنسبة لسلطة القاضي في زيادة قيمة الشرط الجزائي، فيتضح من المادة 185 من ق.م انه لا يمكن للدائن المطالبة بزيادة قيمة الشرط الجزائي باعتباره اقل من قيمة الضرر الحاصل، الا اذا لحق بالدائن ضرر نتيجة لغش او خطأ جسيم صادر من المدين، فعلى الدائن اثبات ذلك مثال: حالة تعمد المدين ان يمتنع عن التنفيذ وتعمره الاضرار به واستطاعة الدائن ان يثبت ذلك، في هذه الحالة يمكن للقاضي ان يحكم بالتعويض المناسب مع الضرر حتى ولو تجاوزت قيمته قيمة الشرط الجزائي.

بالنسبة لمسألة الاعفاء من الشرط الجزائي فهي ممكنة الا في حالة الغش والخطأ الجسيم المادة 178 من ق.م، لكنه باطل في المسؤولية التقصيرية، ويأخذ التعويض التافه حكم الاعفاء منه حيث يقع باطلا بالاتفاق على تعويض تافه في المسؤولية التقصيرية، وللقاضي ان يحكم بتعويض ازيد من التقدير التافه للشرط الجزائي مراعيًا في ذلك تطبيق القواعد العامة في تقدير التعويض.

الوسائل التي تكفل للدائن تنفيذ الالتزام من طرف المدين

1- **حق الضمان العام للدائنين:** يقصد بالضمان العام للدائنين ان جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه، حيث تنص المادة 188 من ق.م على أنه: "أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه، وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فان جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان"، فيعتبر الدائنون متساوون في هذا الضمان العام الا من كان له منهم ضمان خاص يمنحه حق أفضلية، ويمنح حق الضمان العام للدائن حق التنفيذ العيني او عن طريق التعويض على أموال مدينه.

خصائص الضمان العام نطاقه.

- لا يقع الضمان العام على مال معين من أموال المدين بل على كل أمواله الحاضرة والمستقبله، اما الأموال التي تخرج من ذمته فلا يستطيع الدائن تتبعها.
- جميع الدائنين متساوون في الضمان، فلا يتقدم دائن على آخر وفقا لأسبقية نشوء دينه، وفي حالة عدم كفاية أموال المدين يقوم الدائنين باقتسام حاصل أموال التنفيذ قسمة غرماء، أي حصول كل دائن على نسبة من مبلغ دينه كل بحسب قيمة دينه.

- يعتبر الدائنون في هذا الضمان دائنون عاديون لا يتمتعون بأي حق تقدم أولوية او تتبع، الا إذا كان أحدهم يتمتع بحق عيني على أموال المدين يجعله دائنا ممتازا صاحب تأمين، عندما يكون له حق ضمان خاص يخول له حق التقدم والتتبع، كرهن او أي حق يمنح له امتياز.

يتبين لنا مما سبق تعرض الدائنين العاديين لمخاطر الضمان العام، فقد لا يحصل الدائن العادي على حقه كاملا نتيجة مزاحمة الدائنين العاديين، اما الامر الأكثر خطورة هو عندما يقوم المدين بالتصرف في أمواله فيحرم الدائن من التنفيذ عليها، لذلك نص المشرع على مجموعة من الدعاوى تهدف لحماية الضمان العام المخول للدائنين العاديين.

الوسائل العامة لضمان تنفيذ الالتزام.

نص المشرع في المواد 188 الى 202 على دعاوى تعتبر وسائل وسطى بين التحفظية والتنفيذية لمواجهة أخطار الضمان العام التي يتعرض لها الدائنين العاديين تتمثل في:

الدعوى المباشرة والدعوى غير المباشرة.

أ - **الدعوى المباشرة:** يباشر بموجبها الدائن دعواه باسمه الشخصي على مدين مدينه، وعندما يفي مدين المدين بما عليه، يستفيد الدائن وحده من ذلك الوفاء ودون مزاحمة باقي الدائنين، فتمنحه هذه الدعوى حق تقدم على باقي الدائنين، ولا يرفعها الدائن الا اذا وجد نص قانوني خاص، مثاله المادة 580 من ق.م التي تمنح الحق لنائب الوكيل في المطالبة بحقوقه في مواجهة الأصيل مباشرة.

ب- **الدعوى غير المباشرة:** نص عليها المشرع في المادة 189 من ق.م وهي دعوى تمنح الحق للدائن ان يطالب بحقوقه في مواجهة مدين مدينه، حيث يقوم الدائن بمباشرة حقوق مدينه ودعواه نيابة عنه، فالهدف منها هو ادخال الحق الذي يطالب به الدائن الى الذمة المالية للمدين أي الضمان العام من اجل التنفيذ عليها فتعتبر هذه الدعوى بمثابة مقدمة للحجز والتنفيذ على أموال المدين.

شروط الدعوى غير المباشرة:

- ان يكون حق الدائن موجود ثابت ومحقق: لا يكون الحق محل نزاع، او حقا احتماليا كالحق المعلق على شرط واقف، اما الحق المعلق على شرط فاسخ فيمكن المطالبة به لأنه موجود حتى وان كان مهددا بالزوال، ولا يشترط ان يكون الحق مستحق الأداء فيمكن ان يكون مضاف الى أجل، كما لا يشترط ان يكون معلوم المقدار كحق المضرور من فعل غير مشروع، ولا يشترط أيضا ان يكون بحوزة الدائن سند تنفيذي.

- تقصير المدين في المطالبة بحقه بنفسه، فاذا باشر المدين دعواه بنفسه يمنع على الدائن السير في الدعوى، كما يجب ان يؤدي هذا التقصير الى اعسار المدين او الزيادة في اعساره، اما اذا لم ينتج عنه تهديد للضمان العام لا يوجد مصلحة للدائن في رفع الدعوى اذا كان المدين ميسور الحال.

- اشترط المشرع وجوب قيام الدائن بإجراء شكلي متمثل في ادخال المدين في الدعوى والا رفضت دعواه.

وعليه يمكن للدائن مباشرة حقوق ودعاوى مدينه الا ما كان منها متصلا بشخصه كحقوق متعلقة باسمه وحالته المدنية، او حقه في الميراث، او تعويض عن ضرر أدبي، او كان محل الحق من الأموال غير القابلة للحجز عليها.

آثار الدعوى غير المباشرة:

نص عليها المشرع في المادة 190 من ق.م:

- باعتبار الدائن نائبا عن المدين فيمكن للخصم في مواجهة الدائن ان يدفع بكل الدفع التي يحق له التمسك بها في مواجهة المدين، كالتمسك ببطان العقد او فسخه او تقادمه، او صلح عند تصالح المدين مع مدينه، كما لا يتمتع الدائن في الدعوى غير المباشرة بحقوق اكبر من حقوق مدينه، فلا يمكنه التمسك بوسيلة اثبات لا يمكن للمدين التمسك بها.

- لا يكون من حق الدائن ان يقوم باي تصرف يمنع المدين من التصرف في أمواله، او مطالبته بالتصرف في أمواله.

- يكون للدائن المطالبة بكل ما للمدين من حقوق لذى الغير حتى وان كان دينه اقل من ما يطالب به، لان حصيلة الدعوى تدخل في ذمة المدين لا ذمة الدائن، ولا يكون للدائن حق افضلية على غيره وليس له الحق في ادخالهم في الدعوى غير المباشرة.

دعوى عدم نفاذ التصرف (الدعوى البولصية).

نص عليها المشرع في المادة 191 من ق.م، يطالب بموجبها الدائن عدم الاحتجاج عليه بتصرفات مدينه الصادرة بسوء نية، لا تهدف هذه الدعوى لإبطال تصرف المدين وانما عدم سريان تصرفاته تجاه الدائن.

شروط دعوى عدم نفاذ التصرف:

- ان يكون حق الدائن مستحق الأداء وسابق في نشوئه على تصرف المدين المطعون فيه.

- ان يكون حق الدائن محقق الوجود وخالي من النزاع، ولا يكون الحق معلقا على شرط واقف، لكن ممكن ان يكون معلقا على شرط فاسخ او اجل فاسخ.

- يجب ان يكون التصرف المطعون فيه يسبب اعسارا للمدين او يزيد في اعساره، فعلى الدائن اثبات الاعسار الفعلي للمدين، لأنه اذا ثبت العكس انتفت مصلحة الدائن في الدعوى.

- يشترط للطعن في تصرف المدين (عند قيامه بالتصرف في أمواله بعقد بيع او هبة....) ان يكون منطويا على غش وان يكون المتصرف اليه عالما بالغش، حيث أشار المشرع في المادة 192 من ق.م الى قرينة العلم علم كل من المدين بحالة اعساره وقيامه بتصرف يقصد به الاضرار بدائنيه، وعلم المتصرف اليه بذلك، وتعتبر قرينة العلم قرينة بسيطة اذا تمكن المدين اثبات عكسها بانه لا يعلم، لا يمكن للدائن ان يرفع الدعوى البولصية، وميز المشرع ب في المادة 192 من ق.م بين حالتين:

- المعاوضات: اذا كان تصرف المدين بعوض يشترط المشرع اثبات غش المدين وعلم المتصرف اليه (كعقد بيع مثلا).
 - التبرعات: لا تنفذ هذه التصرفات في حق الدائن حتى ولو كان المتصرف اليه حسن النية، وحتى ولو لم يثبت الدائن ان المدين قد ارتكب غشا فمجرد تبرعه وهو في حالة اعسار قرينة على ان تصرفه يؤدي للإضرار بدائنيه.
 - لا يمكن الطعن في تصرفات المدين بدعوى عدم نفاذ التصرف، الا اذا صدر تصرف قانوني من المدين، فلا يمكن الطعن في التصرفات المادية الصادرة عن المدين حتى ولو كانت ضارة بالدائنين.
 - يجب ان يكون تصرف المدين مفقرا له او يؤدي لزيادة اعبائه، أي يكون ضارا بالدائنين.
 - الا يكون تصرف المدين متعلق بحق متصل بشخصه حتى ولو ترتب عنها أعباء مالية، كإقرار ببنوة، وتستنثى كذلك حقوق المدين التي لا يجوز الحجز عليها.
- حالات الطعن بالدعوى البولصية:** نص المشرع على جواز الطعن في تصرف المدين في المادة 196 من ق.م عند قيامه بتفضيل دائن على دائن آخر دون وجه حق عن طريق منحه ضمان خاص مثلا، اذا كان يقصد منه الاضرار بالدائن، اما اذا كان الضمان بمقابل حينها نرجع للحكم المطبق على المعاوضات فيكون على الدائن اثبات غش وتواطئ المدين والمتصرف اليه، من بين الحالات عدم سريان تصرف المدين عندما يقوم بتفضيل دائن بالوفاء له قبل حلول اجل دينه ودون ان يثبت الدائن الغش والتواطئ، اما اذا تم الوفاء بعد حلول الاجل فيجب اثبات غش المدين وعلم المتصرف اليه.

آثار دعوى عدم نفاذ التصرف.

لا يسري تصرف المدين في حق الدائن متى قررت المحكمة عدم نفاذ تصرف المدين استفاد من ذلك جميع الدائنين، وذلك حتى ولو خرج المال المتصرف فيه من ذمة المدين حيث يتم ارجاعه، واذا تعذر ذلك لا يبقى للدائنين الا المطالبة بالتعويض.

اما المتصرف اليه فلا يضر من تصرف المدين طالما كان حسن النية، فله ان يقوم بكافة الإجراءات القانونية لاسترداد الحق واستحقاقه، خاصة اذا لم يتمكن الدائن من اثبات غش المدين وعلم المتصرف اليه.

أوصاف الالتزام. (الشرط والأجل).

أ- الشرط.

الشرط أمر مستقبلي يترتب على تحققه وجود الالتزام او زواله، وهو اما شرط واقف يعلق على وقوعه وجود الالتزام او شرط فاسخ يترتب على تحققه زوال الالتزام، فالالتزام المعلق على شرط واقف لا يعرف مصيره قد يوجد وقد لا يوجد، اما في الشرط الفاسخ فقد يزول الالتزام وقد يتأكد نهائيا، اما الشرط فهو امر مستقبلي يجب ان يكون ممكنا ووقوعه، إضافة لمشروعيته عملا بالمواد 203 و204 من ق.م.

آثار الشرط.

اثناء مرحلة التعليق: لا يكون الالتزام قابلا للتنفيذ في الالتزام المعلق على شرط واقف على عكس الشرط الفاسخ، فيحق للدائن هنا ان يباشر إجراءات التنفيذ للحصول على حقه. بعد انتهاء مرحلة التعليق: اذا تحقق الشرط الواقف يحق للدائن مباشرة إجراءات التنفيذ، ويبدأ التقادم من وقت تحقق الشرط، اما اذا تخلف الشرط ولم يقع فكأن ذلك الالتزام المحتمل لم يوجد.

اذا تحقق الشرط الفاسخ يزول حق الدائن من وقت وقوع التصرف وليس من وقت تحقق الشرط، فيرد الدائن ما اداه للمدين، واذا استحال الاسترداد بسبب الدائن يلتزم بالتعويض للمدين.

للشرط أثر رجعي الا اذا تم الاتفاق على الا يترتب التزاما بأثر رجعي.

هناك استحالة تطبيق الأثر الرجعي بسبب طبيعة الالتزام فأعمال الإدارة المعلقة على شرط فاسخ تبقى قائمة رغم تحقق الشرط.

كما لا مجال لتطبيق الأثر الرجعي في الالتزام المعلق على لشرط واقف اذا هلك الشي محل الالتزام المادة 208 من ق.م.

ب-الأجل.

تنص المادة 209 من ق.م على ان الاجل امر مستقبلي يترتب عليه نفاذ الالتزام او انقضاؤه، وهو اما اجل واقف يتوقف على حلوله نفاذ الالتزام، او اجل فاسخ يترتب على تحققه انقضاء الالتزام، يجب ان يكون الاجل محقق الوقوع فالحق في الالتزام المعلق على اجل حق موجود لكن تنفيذه مضاف الى اجل عكس الالتزام المعلق على شرط واقف هو حق غير مؤكد الوجود.

آثار الأجل.

قبل انقضاء الاجل : يكون للدائن في الالتزام المعلق على اجل واقف حق مؤكد غير مستحق الأداء، وغير قابل للتنفيذ، فلا يستطيع الدائن ان يجبر المدين على التنفيذ كما لا يسري تقادم الحق، وللدائن ان يتخذ الإجراءات التحفظية فقط، المادة 212 من ق.م.

اما في الاجل الفاسخ يكون للدائن حق موجود ونافذ قبل انقضاء الاجل، ويكون الحق محقق الزوال بعد حلول الاجل، فيحق للدائن المطالبة بالوفاء ويسري التقادم بالنسبة للحق.

بعد انقضاء الاجل: ينقضي الاجل بحلوله او بالتنازل عنه بالاتفاق او بسقوطه اذا توفر سبب من الأسباب الواردة في المادة 211 من ق.م. بعد انقضاء الاجل في الالتزام المعلق على اجل واقف يحق للدائن المطالبة بالحق ونفاذه، اما في الالتزام المعلق على اجل فاسخ فينقضي الالتزام دون ان يكون له أثر رجعي حيث يعتبر الاجل الفاسخ حدا زمنيا لانتهاء الالتزام كحلول اجل انتهاء عقد الايجار.

انتقال الالتزام.

1-حوالة الحق.

اتفاق يتم بمقتضاه انتقال الحق من الدائن المحيل الى دائن جديد وهو المحال له قبل شخص ثالث هو المدين في الالتزام وهو المحال عليه، ولا يكون هذا الأخير طرفا في الحوالة التي تعتبر عقد يتم بين المحيل والمحال له نصت عليها المادة 239 من ق.م، فيجب ان تتوفر في هذا العقد اركان العقد وشروط صحته، ويجوز إحالة جميع الحقوق عينية او شخصية سواء كانت منجزة او معلقة على شرط، موجودة او متوقعة الوجود في المستقبل، وأشارت المادة

239 من ق.م للحقوق التي لا يجوز احوالها بنص قانوني حيث نصت المادة 240 من ق.م انه لا تجوز الحوالة الا اذا كان الحق قابلا للحجز، ولا تجوز الحوالة عند وجود اتفاق يمنعها كاشتراط المؤجر على المستأجر عدم إحالة حقه في الايجار لمستأجر آخر، كم ان طبيعة الالتزام تمنعها كذلك عندما تكون شخصية الدائن محل اعتبار كحق الدائن في النفقة.

شروط نفاذ حوالة الحق: نصت عليها المادة 241 من ق.م .

لا تنفذ حوالة الحق تجاه للمدين الا اذا قبلها فيعتبر المدين من الغير بالنسبة للحوالة لذلك يجب ان يقبلها صراحة، او ضمنيا ولا يكون قبول المدين نافذا في حق الغير الا اذا كان ثابت التاريخ عملا بالمادة 328 من ق.م.

لذلك يجب اخبار المدين بالحوالة ويكون بأية وسيلة كانت سواء بورقة رسمية او حتى عرفية بإجراء غير قضائي، عن طريق المحيل او المحال له وفي حالة عدم اعلام المدين او عدم قبوله يكون وفاء المدين للدائن الأصلي، وللمحال له الرجوع على الدائن وان قبول المدين يغني عن اعلامه بها.

اما بالنسبة للغير فلا تكون الحوالة نافذة في حقه الا اذا تم اخبار المدين، او بعد قبوله حماية للمحال له من خطر تعدد الحوالات لذلك يشترط المشرع ثبوت تاريخ الحوالة، ويعتبر الدائن المرتهن للحق المحال من الغير و كذلك دائنو المحيل.

آثار حوالة الحق.

1- بالنسبة للمحل المحال.

ينتقل محل الحق من المحيل للمحال له بصفاته وتوابعه حيث تنص المادة 243 من ق.م على ان الحوالة تشمل ضمانات الحق وتوابعه، كالكفالة والرهن والامتياز وكل صفات الحق سواء كان مدنيا او تجاريا مؤجلا او معلقا على شرط.

كما يتمسك المحال عليه بكل الدفع التي كان يحق له التمسك بها تجاه الدائن الأصلي المحيل كالدفع بالتقادم او بالبطلان او الفسخ، كما يلتزم المحال له بالالتزامات الناشئة عن العقد.

ينتقل الحق المحال من يوم انعقاد الحوالة فقبل انعقادها وحتى قبل نفاذها في مواجهة المدين والغير يمنع على المحيل قبض الدين او التصرف فيه، واذا قبضه يلتزم برده الى المحال له ومن حق المحال له قبل اعلان الحوالة او قبولها ونفاذها المحافظة على حقوقه عن طريق قطع تقادم الحق، او بقيد رهن واتخاذ جميع التدابير والإجراءات التحفظية، اما بالنسبة للمدين فلا ينتقل للمحال له الا بعد اعلامه او قبوله لها، اما الغير فلا ينتقل الحق بالنسبة له الا من وقت نفاذها قبل الغير.

2- بالنسبة للمحيل.

يلتزم المحيل بالضمان وذلك في الحوالة بعوض فقط عملا بنص المادة 244 من ق.م، فيضمن المحيل في الحوالة بعوض وجود الحق وقت الحوالة وانه لم ينقض لاي سبب من أسباب الانقضاء، ويضمن صحته ويشمل الضمان توابع الحق كالتأمينات العينية والشخصية. يمكن ان يتفق الطرفان على الضمان فيكون اتفاقا معدلا للضمان القانوني طالما انه حكم قانوني غير متعلق بالنظام العام، فيمكن التخفيف من شروط الضمان كالاتفاق (بين المحيل والمحال عليه) على عدم ضمان توابع الحق او تشديد الشروط كالاتفاق على ضمان المحيل يسار المدين وقت استحقاق الدفع ويجب اشتراطه صراحة حيث تنص المادة 245 من ق.م ان ضمان يسار المدين لا يسري الا وقت انعقاد الحوالة.

كما يضمن المحيل للمحال له افعاله الشخصية التي قد تصدر منه والتي تنقص من قيمة الحق المحال، كقيامه بحوالة الحق مرة أخرى او قيامه بإسقاط الضمان، سواء كانت الحوالة بعوض او بغير عوض المادة 247 من ق.م.

اما اذا وقع خلاف بين عدة حوالات عند إحالة الحق لأكثر من مرة تكون الأولوية للحوالة التي تنفذ تجاه الغير قبل الأخرى أي الحوالة الأسبق تاريخا في نفاذها أي تسجيلها وثبوت تاريخها.

3- بالنسبة للمحال عليه.

لا يمكن المحال عليه ان يمتنع عن الوفاء الى المحال له حتى ولو استوفى المحيل من المحال عليه محل حوالة الحق، ويتمسك المحال عليه تجاه المحال له بكل الدفع التي يكون له الدفع

بها تجاه المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه، كما يمكن له التمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة كبطلان الحوالة بطلانا مطلقا.

4- بالنسبة للمحال له.

يترتب على نفاذ الحوالة أي قبول المدين بها آثار قانونية بين طرفيها وتجاه الغير، فيكون المحال عليه ملتزما تجاه المحال له بالوفاء، ومع ذلك يمكن للمحال له الرجوع على المحيل في حالة فسخ الحوالة باتفاق الطرفين، وفي حالة انكار المحال عليه للحوالة وعدم قدرة المحيل على اثباتها، كذلك عند وفاة المحال عليه المعسر الو المفلس قبل أداء الدين او صدور حكم باعسار المحال عليه او افلاسه قبل الوفاء بالدين وبطلان الحوالة.

5- بالنسبة للغير.

لا تعتبر الحوالة نافذة في حق الغير الا اذا كان قبول المدين ثابت التاريخ فتكون نافذة من تاريخ التعبير عن الموافقة والاعلان عنه لا من وقت نشوء الحوالة، ومع ذلك قد تتعد الحوالة حتى ولو كانت معلقة على شرط او موقوفة على موافقة المحال له لكن لنفاذها لا بد من رضاء المدين.

1- حوالة الدين.

هي عبارة عن اتفاق بين طرفين على تحويل الدين الذي في ذمة المدين الأصلي الى ذمة المدين الجديد، ومادام ان حوالة الدين عبارة عن عقد فهي تخضع لكل شروط العقد، ولم يشترط المشرع رضاء الدائن رغم انها تشكل خطرا على مصلحته، وهذا ما يتضح من المادة 251 من ق.م، لكنها لا تنفذ في حق الدائن الا اذا اقرها، واذا قام المحال عليه المدين الجديد او المدين الأصلي بإعلان الحوالة الى الدائن، وعين له اجلا ليقر الحوالة ثم انقضى الاجل دون صدور إقرار اعتبر السكوت رفضا من الدائن للحوالة.

شروط نفاذ حوالة الدين.

-الا يكون هناك نص قانوني يمنع حوالة الدين، كحوالة الدين في الوديعة طبقا للمادة 593 من ق.م التي ألزمت المودع لديه بالحصول على اذن من المودع لحلول مودع لديه آخر محل المودع لديه الأصلي.

- الا تتعارض الحوالة مع طبيعة الدين حيث يكون الدين غير قابل للحوالة في الحالات التي تكون فيها شخصية المدين محل اعتبار في العقود ذات الاعتبار الشخصي عقود ذات طابع فني او ادبي.

-الا يكون هناك اتفاق يمنع حوالة الدين حيث يجوز للدائن ان يتفق مع المدين منذ البداية على عدم تحويل التزام المدين للغير، او يشترط على المدين الا تصح الحوالة الا برضائه فيعتبر الاتفاق صحيحا طالما انه غير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

شروط نفاذ حوالة الدين.

تسري حوالة الدين في حق المدين بمجرد انعقادها صحيحة لكنها تشكل خطرا على الدائن لذلك اشترط المشرع ضرورة إقرار الدائن للحوالة حتى تسري في حقه المادة 252 من ق.م، ولم يشترط المشرع شكلا معيناً للإقرار فهو تصرف بإرادة منفردة صادر عن إرادة حرة خالية من العيوب، وقد يكون الإقرار صريحا او ضمنيا، فيجب اتصال الإرادة بعلم من وجهت اليه، وللدائن مطلق الحرية في قبول الحوالة او رفضها ويمكن ان يصدر اعلان الحوالة من المدين الأصلي او المحال عليه، ويمكن ان يقبل الدائن بها بمجرد علمه بها، اما قبل اعلامه بها وعملا بقاعدة اعتبار السكوت قبولا عندما يكون في مصلحة من وجه اليه نص المشرع في المادة 252 من ق.م على اعتبار السكوت رفضا للحوالة في هذه الحالة باعتبارها تشكل خطرا على مصلحة الدائن، فلا يعتبر سكوته قبولا بل رفضا للحوالة اذا عين له اجلا معقولا لإقرار الحوالة ثم انقضى الاجل دون صدور الإقرار.

بناء عليه يكون المدين الأصلي ملزما بالوفاء للدائن ويسري نفس الحكم لو رفض الدائن الحوالة عملا بنص المادة 253 من ق.م.

آثار حوالة الدين.

متى انعقدت حوالة الدين صحيحة تكون ملزمة لطرفيها المحيل والمحال عليه الذي يبقى ملتزماً نحو المدين الأصلي بان يخلصه من مطالبة الدائن بتسديد الدين، ويمكنه ان يفى بالدين مباشرة للدائن الذي ليس له ان يرفض الوفاء تطبيقاً للقاعدة التي تجيز الوفاء بالدين من طرف أجنبي عن العقد.

آثار نفاذ حوالة الدين.

يترتب على نفاذ الحوالة انتقال الدين الى المحال عليه، فينتقل الدين بأوصافه وضمائنه، كما يحتفظ الدين بأوجه الطعن العالقة به من بطلان وفسخ وانقضاء، لكن لا يستطيع المحال عليه ان يدفع بالمقاصة التي انعقدت بين المدين والدائن في تعامل سابق على الحوالة المنعقدة بينه وبين المدين، لان لبرام المدين للحوالة يعني تنازله عن المقاصة، ولا يستطيع المحال عليه ان يدفع بأوجه البطلان النسبي التي كانت للمدين، لان ابرام المدين للحوالة يعني إجازة العقد القابل للإبطال وهو لا يستطيع ان يدفع بالدفع المتعلقة بشخص المدين.

كما لا يستطيع الدائن التمسك بأن المدين الأصلي هو مدينه الا اذا رفض حوالة الدين، وكذلك الامر بالنسبة للمدين الذي يمنع عليه الاحتجاج بحلول مدين آخر محله الا بعد قبول الدائن للحوالة.