الجمهوريـــــــــــــــــــــــة الجزائريـــــــــــــــــــــــة
الديمقراطيـــــــــــــــــــــــة الشعبيـــــــــــــــــــــــة
وزارة التعلـــــــــــيم العالـــــــــي و البحث العلمـــــــــي
جامعـــة مولـــود معمـــري - تيـــزي وزو -
كليـــة الحقوق والعلوم السياسية

التنفيـــذ العينـــي للالتـــزام

مذكـــرة تخـــرج لنيل شهـــادة الماستر ل.م.د في القانون

تخصـــص : القانون الخاص المعمق

مـــن إعـــداد الطالبـــتين:

مصطفـــاي أمينـــة

أعـــراب زهـــرة

تحـــت إشـــراف:

الأستاذة: مواسي العلجـة

لجنة المناقشة

1- **الأستاذة: أيت ساحد كهينة، أستاذة محاضرة «ب»، جامعة مولود معمري، تيزي وزو..... رئيسا**

2- **الأستاذة: مواسي العلجة، أستاذة محاضرة «ب»، جامعة مولود معمري، تيزي وزو .....مشرفا و مقررا**

3-**الأستاذة : ياحي ليلى، أستاذة مساعدة «أ»، جامعة مولود معمري، تيزي وزو .....ممتحنا**

السنـــة الجامعيـــة: 2019/2018

بسم الله الرحمن الرحيم

شكـر و تقديـر

نتقدم بجزيل الشكر و العرفان إلى أستاذتنا المشرفة " **الأستاذة مواسي العلجة**" لقبولها الإشراف على هذه المذكرة، و على المجهودات التي بذلتها في تصحيحها.

و نتقدم بالشكر الجزيل إلى الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة على تعليماتهم و توجيهاتهم القيمة.

و إلى جميع أساتذة كلية الحقوق بجامعة تيزي وزو الذين لم يبخلوا علينا يوما بنصائحهم و توجيهاتهم .

إهـــداء

الحمد لله الذي أعاننا ووفقنا في هذا، الحمد لله الذي هدانا لهذا و ما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله، الحمد لله أولا و آخرا .

أما بعد فإنه من باب الحق و الاعتراف بالفضل لأهله كان لزاما عليّ أن أتقدم بجزيل الشكر و العرفان إلى اعز إنسان على قلبي إلى من منحني الدعم، و سر وصولي إلى هذا المستوى من النجاح "**أبي العزيز**"، و إلى من منحتني الحياة ، الحب و الحنان، و علمتني الصبر لنيل النجاح "**أمي الحبيبة**"،

كما أهدي هذا العمل المتواضع إلى كل أفراد عائلتي الكريمة :

- ✓ إخوتي و أخواتي الذين دعموني و ساندوني .
- ✓ إلى أحبائي و أصدقائي.
- ✓ إلى زميلتي التي شاركتني في هذه المذكرة "***زهـرة***"
- ✓ و لكل من مد لي يد العون .

أمينـــــة

إهـــداء

الحمد لله الذي وفقنا لهذا و لم نكن لنصل إليه لولا فضل الله علينا، أما بعد،

أهدي هذا العمل المتواضع لامي و أبي العزيزين حفظهما الله لي اللذان سهرا على تعليمي و لا أحصي لهم فضل ،

- ✓ **إلى** كل أفراد أسرتي سندي في الدنيا.
- ✓ إلى كل أقاربي.
- ✓ إلى كل أساتذتي الكرام.
- ✓ و كل رفقائي في الدراسة.
- ✓ إلى زميلتي التي شاركتني في إعداد هذه المذكرة ***أمينـــة***".
- ✓ إلى من احبني و تمنى لي الخير و النجاح.

زهـــــرة

مقدمـــــة

مقدمـة

يعد العقد من أهم الأنظمة القانونية و أكثرها شيوعا في الحياة، فهو عبارة عن توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، يرتب أثارا إذا ما انعقد العقد صحيحا و تلك الآثار هي مجموع الحقوق و الالتزامات الناشئة عن العقد بحيث يكون لزاما طرفيه تنفيذه.

و عليه، فالعقد هو السبب القانوني لنشوء الالتزام كونه مصدر من مصادر الالتزام و هذا الأخير يتمثل في أنه رابطة قانونية بين طرفين تخول لأحدهما و هو الدائن أن يقتضي من الأخر و هو المدين أداءا ماليا معينا، و قد يتمثل هذا الأداء في التزام المدين بإعطاء شيء أو أداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل.

كما ينقسم الالتزام، إلى عنصر المديونية الذي يفرض على المدين واجب الوفاء و على الدائن قبوله، فتبرأ بالتالي ذمة المدين إذ قام بالوفاء مختارا.

و الأصل في الالتزام، هو التنفيذ الاختياري، بحيث أعطى القانون الحرية للمدين في تنفيذ التزامه، و الوفاء الاختياري للدين يمكن أن يكون من طرف المدين نفسه أو نائبه، كما يمكن أن يقوم شخص لا علاقة له بالمدين بالوفاء بالدين إلى الدائن، على أن يبقى للموفي حق الرجوع على المدين .

و إلى عنصر المسؤولية الذي يمكن للدائن من قهر مدينه على الوفاء إن لم يقم بتنفيذ التزامه مختارا.

بالتالي إذا نفذ المدين التزامه طوعا، انقضى عنصر المديونية، و إذا امتنع عن التنفيذ برز عنصر المسؤولية الذي من خلاله يمكن للدائن قهر المدين على الوفاء و حصوله على حقه عن طريق إخضاعه للتنفيذ الجبري .

وفي هذه الحالة يمكن للدائن و هو صاحب الحق أن يلجأ إلى القضاء طالبا الحماية و لا تتحقق هذه الحماية بمجرد حصوله عل حكم بحقه، ذلك أن الحصول على حكم لا يعني أن الحق قد عاد لصاحبه، فهو مجرد تأكيد نظري له فقط، و لا تشبع حاجة صاحبه إلا بحصوله على حقه بالفعل بان يتحصل على الشيء محل الالتزام، أو مبلغ نقدي يحصل عليه و يدخل في ذمته المالية، و لا يتم ذلك إلا عن طريق التنفيذ للحصول على الحماية الفعلية.

فإذا كان صدور الأحكام القضائية لا سيما أحكام الالتزام يشكل الخطوة الأولى لاستيفاء المتعاقدين لحقوقهم، فان بلوغ هؤلاء هدفهم لا يتأتى إلا بتنفيذ ما قضت به تلك الأحكام، لذلك تدخل المشرع الجزائري و منح للدائن الحماية التنفيذية إلى جانب الحماية القضائية. و لأجل هذا يعتبر التنفيذ العيني للالتزامات من أهم المحاور في أي نظام قانوني و ذلك لما ينطوي عليه من انعكاسات سواء كانت ايجابية أو سلبية على كافة فروع القانون الأخرى، و يقوم على مبدأ أساسي، بحيث أن أي فرد التزم بإرادته الحرة، فقد قبل الخضوع إلى نظام قانوني معين و من ثم ينشأ حق للدائن في التنفيذ العيني للالتزامات.

و عليه نتساءل عن أحكام التنفيذ العيني للالتزام ووسائل إكراه المدين على التنفيذ؟

و للإجابة على هذه الإشكالية تم الاعتماد على المنهج الوصفي، لدراسة أحكام التنفيذ العيني ووسائل تنفيذه.

و على هذا الأساس تم تقسيم البحث إلى فصلين، فتم التطرق إلى أحكام التنفيذ العيني للالتزام في **(الفصل الأول)**، أما في **(الفصل الثاني)**، فتم التطرق إلى الوسائل القانونية للتنفيذ العيني.

الفصل الاول
احكام التنفيذ العيني للالتزام

- الفصل الأول-

أحكام التنفيذ العيني

إن قيمة الالتزام قد لا تبدو واضحة بمجرد نشوءه، بل ينبغي أن يأخذ طريقة معينة لتنفيذه، حتى يؤدي المدين ما التزم به للدائن على الوجه الصحيح. و تنفيذ الالتزام قد يكون اختياريا من خلال أداء المدين عين ما التزم به طوعا دون المطالبة به و دون اللجوء إلى أي وسائل جبرية، كما قد يكون تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا باعتباره الأصل في تنفيذ الالتزامات (المبحث الأول)، و حتى يكون أداء التنفيذ مطابقا لما تم التعاهد عليه في العقد يجب احترام الشروط المنصوص عليه قانونا (المبحث الثاني).

- المبحث الأول-

مفهوم التنفيذ العيني

تعد مسألة تحديد مفهوم التنفيذ العيني مسألة مهمة و دقيقة ، تقضي إلى نتائج عملية بالغة الخطورة، و ذلك لتقارب التنفيذ العيني بنظم قانونية أخرى.

فالأصل أن التنفيذ يكون اختياريا ذلك ما يقضي به مبدأ حسن النية(المطلب الأول) و في حالة عدم القيام بذلك يجبر المدين على التنفيذ العيني(المطلب الثاني)، و لفهم هذا النظام تم تمييزه عن النظم القانونية المشابهة له (المطلب الثالث).

- المطلب الأول-

تعريف التنفيذ العيني الاختياري

يعبر بعض الفقه عن التنفيذ الاختياري بمصطلح الوفاء، و يقصد بالوفاء تنفيذ المدين لذات ما التزم به، أي التنفيذ العيني للالتزام، والتعرض للوفاء كسبب لانقضاء الالتزام يراد به عرض القواعد التي تنظم القيام به، على فرض أن المدين يتجه إليه اختياريا، وهذه القواعد تتناول تحديد الأشخاص الذين يتم منهم ولهم الوفاء (الفرع الأول) كما تتناول محل الوفاء أي الشيء الموفي به (الفرع الثاني) بالإضافة إلى تحديد زمان ومكان الوفاء (الفرع الثالث).

- الفـرع الأول-

أطـــراف الوفـاء.

طرفا الوفاء هما من يقوما بالوفاء، أي الموفى وهو في الأصل المدين(أولا)، ومن يتلقى هذا الوفاء أي الموفى له او من يحل محله(ثانيا).

أولا: الموفى المدين أو الغير

يقوم الوفاء أصلا من المدين نفسه أو بواسطة شخص ينوب عنه، لكن قد يحدث أن يتم الوفاء من غير المدين، سواء كانت له مصلحة في ذلك أو لم تكن له أية مصلحة بشرط ألا تكون طبيعة الالتزام أو اتفاق الدائن والمدين تجعل الوفاء واجبا من المدين نفسه[1].

ففي هذه الحالة يحق للدائن رفض الوفاء من غير المدين، إذا كانت شخصية هذا الأخير محل اعتبار.

[1] – جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص281.

كما يمكن للغير صاحب المصلحة أن يقوم بالوفاء بدين لا يلتزم به، إذا ما كان كفيلا للمدين، فيكون ملتزم بالتزام تبعي لالتزام المدين، والدائن له أن يطالب الكفيل بالوفاء أو المدين، كما باستطاعته أن يطلب الوفاء من الكفيل مباشرة[1].

كما يجوز الوفاء ممن ليس له مصلحة قانونية في هذا الوفاء ويعتبر هذا بمثابة إسداء معروف وخدمة للمدين أو للدائن، لكن هذا لا يعني بأن الموفى كان في موضع المتبرع إلا إذا وضح ذلك، إذا أن الموفى له حق الرجوع على المدين بمقدار ما دفعه، بما أنه وفى بدين الغير وليس بدينه وهو ما نصت عليه المادة 259 من القانون المدني الجزائري«**إذا قام الغير بوفاء الدين، كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفع**»[2]

ثانيا: الموفى له

يكون الوفاء صحيحا من الناحية القانونية و مبرئا لذمة المدين، إذا تم للدائن نفسه أو لممثله المأذون [3]، أو الشخص الذي يعينه لقبض الدين، كما يشترط أن يكون الدائن الموفى له أهلا للإستفاء، و هذا ما نصت عليه المادة 267 من القانون المدني الجزائري على أنه: « **يكون الوفاء للدائن، أو لنائبه، و يعتبر ذا صفة في استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن، إلا إذا كان متفقا على أن يكون الوفاء للدائن شخصيا**».

و عليه، فالتقدم بالمخالصة الصادرة من الدائن قرينة كافية على وجود النيابة، أي أن الوفاء لحامل هذه المخالصة يقع صحيحا، إلا إذا كان هناك اتفاق مسبق بين الدائن و المدين، على أن يكون الوفاء للدائن شخصيا، فإذا كان هناك اتفاق مسبق بين الدائن

[1] – بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دراسته مقارنة دار هومة، الجزائر، 2015، ص90.

[2] – الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل و متمم.

[3] – بمعنى أن الدائن قد ينوب عنه وكيله يستوفي الدين، فيقع الوفاء للنائب أو الموكل صحيحا مبرئا لذمة الدائن .

و المدين على أن يكون الوفاء للدائن شخصيا ، وفي هذه الحالة يمكن للمدين أن يرفض الوفاء لمن يتقدم له بالمخالصة الصادرة من الدائن، حتى يستوثق بثبوت صفته في استيفاء الدين [1] .

كذلك يلزم أن يكون الموفى له كامل الأهلية، فان لم يكن متمتعا بالأهلية وجب أن يتم الوفاء لمن ينوب عنه قانونا سواء كان ولي، أو وصي، أو قاصر، او قيم... ، فإن تم الوفاء إلى شخص غير أهل لاستفاء حقه كان الوفاء قابلا للإبطال، و للدائن وحده حق طلب هذا الوفاء. [2]

أما إذا قام المدين بالوفاء لغير الدائن أو لغير ذي صفة قبض الدين، كأن يتم الوفاء لابن الدائن أو زوجته...، فهذا الوفاء ليس وفاء لمن له صفة في الاستيفاء، فلا تبرأ به ذمة المدين إلا إذ أقره الدائن. [3]

- الفـرع الثانـي-

محل الوفاء

يكون الوفاء بالشيء المستحق ذاته فلا يجوز أن يفرض على المدين الوفاء بغير الشيء المستحق أصلا، و لا يجوز للمدين أن يفرض على الدائن أن يقبل بغير هذا الشيء و هذا ما نصت المادة 276 من القانون المدني الجزائري: « **الشيء المستحق أصلا الذي يكون به الوفاء، فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره، و لو كان هذا الشيء مساويا له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى** ».

---

[1] – عبد القادر الفار ، أحكام الالتزام، أثار الحق في القانون المدني ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2009، ص ص 38–39.

[2] – أنطوان قسيس، القانون المدني، بدون دار النشر، جامعة سوريا، 1965، ص377.

[3] – جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق، ص354.

تجدر الإشارة، أنه يجوز للدائن أن يقبل الوفاء لشيء أخر محل الالتزام الأصلي يقوم مقام الوفاء و هو ما يسمى بالوفاء بمقابل، و هذا استنادا على القاعدة العامة [1].

كما أنه، لا يجوز للدائن إجبار المدين على الوفاء الجزئي و لا للمدين إجبار الدائن على قبول الوفاء الجزئي للدائن، و لو كان الدين قابلا للانقسام، كما لو كان الشيء معينا بنوعه [2] و هذا ما جاء في نص المادة 277 من القانون المدني الجزائري : « **لا يجبر المدين على قبول وفاء جزئي لحقه، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك**».

و للدائن أن يستوفي بالجزء المعترف به في الدين المتنازع فيه، و ليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء، و هذا ما أكدت عليه الفقرة الثانية من نفس المادة: « **فإذا كان الدين متنازعا في جزء منه، و قبل الدائن استيفاء، الجزء المعترف به، فليس للمدين رفض الوفاء بهذا الجزء**» .

– الفرع الثالث–

ظروف الوفاء

ترتبط ظروف الوفاء بمسائل قانونية تخص زمان الوفاء (أولا)، و مكانه (ثانيا).

أولا: زمان الوفاء

يكون التزام المدين مستحق الأداء، إذ لم يكن هناك اتفاق بين الدائن و المدين على تأجيله، و لم يكن هذا الالتزام معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل، أو لم يوجد نص في القانون يحدد زمانا أخر للوفاء [3]و هذا طبقا للمادة 281 من القانون المدني الجزائري

[1] – انطوان قسيس، مرجع سابق، ص388.

[2] – انظر كل من: بلحاج العربي، مرجع سابق، ص102، عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص46.

[3] – عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص48.

و التي تنص على أنه: « **يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك...** »

غير أنه، يجوز للقاضي في حالات استثنائية، منح المدين أجالا معقولة للوفاء بالتزامه، و على الرغم من حلول وقت تنفيذه، بشرط أن تكون حالة المدين تمر بظروف استثنائية تستدعي ذلك، مع عدم إصابة الدائن بضرر جسيم من جراء التأجيل، و هذا ما قضت به الفقرة الثانية من المادة 281 و التي تنص : «**غير أنه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين ، و مراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا أجالا ملائمة للظروف، دون أن تتجاوز هذه الآجال مدة سنة و أن يوقف التنفيذ، مع إبقاء جميع الأمور على حالها**» .[1]

ثانيا: مكان الوفاء

يتم تحديد مكان الوفاء بالرجوع إلى إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية، و هذا المكان المتفق عليه بين الطرفين، إما أن يكون موطن الدائن أو مكان وجود الشيء محل الالتزام، [2] و هذا ما نصت عليه المادة 282 من القانون المدني الجزائري: «**إذا كان محل الالتزام شيئا وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك**».

و إن لم يكن ثمة اتفاق على مكان الوفاء وجب التفريق بين أن يكون محل الالتزام شيئا معينا بالذات، وجب تسليم الشيء في المكان الذي كان موجود فيه وقت نشوء الالتزام [3] (المادة 2/282) من القانون المدني الجزائري[4].

---

[1] – بلحاج العربي، مرجع سابق، ص106.

[2] –عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص50.

[3] – أنطوان قسيس، مرجع سابق، ص397.

[4] –...اما في الالتزامات الاخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، او في المكان الذي يوجد فيه مركز مؤسسته اذا كان هذا الالتزام متعلقا بهذه المؤسسة

أما إذا لم يكن الالتزام شيئا معينا بالذات، كما لو كان نقودا أو بشيء مثلي يقدر بالوزن أو المقاس فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن الدين وقت استحقاقه أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقا بهذه الأعمال [1].

- المطلب الثاني-

تعريف التنفيذ الجبري

يقتضي تعريف التنفيذ العيني للالتزام ،الوقوف على التعريف اللغوي و الاصطلاحي (الفرع الأول) ،ثم التعريف الفقهي (الفرع الثاني) ،وصولا الى التعريف القانوني (الفرع الثالث).

- الفرع الأول-

التعريف اللغوي و الاصطلاحي

للتنفيذ العيني تعريف لغوي (أولا)، و اصطلاحي (ثانيا)

أولا : التعريف اللغوي

ان الاشتقاق اللغوي لمصطلح تنفيذ «Exécuter»، و هو مشتق من المصطلح اللاتيني «Exsequor»، و تعني المتابعة و الوصول إلى النهاية.

كما يعرف على انه تحقيق الشيء و إخراجه من الفكرة إلى الواقع . [2]

ثانيا: التعريف الاصطلاحي

---

[1] – بلحاج العربي، مرجع سابق، ص108، أنظر كذلك أنطوان قسيس، مرجع سابق، ص398.

[2] – القروي بشير سرحان ، طرق التنفيذ في التشريع الجزائري و التشريع المقارن ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، القانون الخاص ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014، ص 15.

يتمثل التعريف الاصطلاحي للتنفيذ العيني في معنيين:

المعنى الموضوعي، المعنى الإجرائي، فبالنسبة للمعنى الموضوعي فهو عبارة عن اقتضاء حق المرء بذمة أخر ، أو هو الوفاء بالالتزام عينا أو بما يقابله مما يقبله الدائن أو يعتبره القانون عوضا عنه، و ذلك إبراء لذمة المدين.

أما بالنسبة للمعنى الإجرائي فالتنفيذ الجبري يتم بواسطة السلطة العامة استجابة لعنصر المسؤولية الذي يتم كذلك عن طريق **التنفيذ العيني المباشر** ويهدف إلى إجبار الدائن على أداء ذات ما التزم به، مثال على ذلك تسليم الصغير إلى من له حق حضانته شرعا و يوصف التنفيذ الجبري هنا بأنه تنفيذ عيني، لأنه ينصب على عين ما التزم به المدين و يوصف بأنه مباشر و ذلك بالنظر إلى وسيلة التنفيذ، حيث يتم التنفيذ بدون إحداث أي تغيير في المراكز القانونية لطالب التنفيذ أو المنفذ ضده، حيث أن الدائن يقتضي محل حقه دون المساس بحقوق أخرى في ذمة المدين، و تكون هذه الوسيلة إذا كان التنفيذ العيني ممكنا. و يشترط ألا يستلزم تدخلا شخصيا من المدين فيستطيع الدائن الحصول على التنفيذ جبرا عن المدين بوسائل عديدة.

أما التنفيذ العيني غير المباشر أو ما يسمى بالتنفيذ بنزع الملكية أو التنفيذ على أموال المدين أو الحجز، و يحصل هذا التنفيذ بحجز أموال المدين و بيعها، تنفيذا للالتزام الذي محله مبلغ من النقود، إذا كان الالتزام أصلا التزاما بمبلغ من النقود، أو لعدم إمكان تنفيذ الالتزام مباشرة، و تحوله إلى التزام بمبلغ من النقود، كأن يكون الالتزام أصلا التزاما بتسليم شيء معين، فالدائن لا يحصل على حقه مباشرة بل يطلب من القضاء الحكم بالتعويض له، عن طريق الحجز على أموال المدين و بيعها جبرا و استفاء حقه من ثمنها. [1]

[1] – مروة أبو العلا ،مفهوم و أنواع التنفيذ وفقا للقانون، انظر الموقع: https://www.mohamah.net

- الفـرع الثانـي-

التعريف الفقهي

انقسم الفقه في تعريف التنفيذ العيني لاتجاهين، اتجاه مقيد (أولا)، و اتجاه موسع (ثانيا).

أولا: الجانب المقيد للتنفيذ العيني

يكمن مضمون النظرية (أ)، وانتقادها (ب)، فيما يلي:

أ- مضمون النظرية:

يعد رأي الفقيه الفرنسي" هنري مازو" من بين الآراء الفقهية التي تبنت المفهوم المقيد للتنفيذ العيني حيث جاء في قول الفقيه: " حينما يبرم العقد، ينشأ التزام أول يتمثل في قيام كل من الطرفين بتنفيذ التزامه، فإذا لم ينفذ ذلك الالتزام، أو نفذ تنفيذا معيبا، و بعبارة أخرى حينما يكون هناك عدم تنفيذ كلي أو جزئي للعقد تنشأ رابطة قانونية جديدة يلتزم المدين بمقتضاها بإصلاح الضرر الناجم عن خطأه " [1].

و عليه، فالفكرة التي يستند إليها هذا الفقيه " مازو" هو نكرانه لمبدأ التنفيذ العيني مما جعله ينادي بفكرة الالتزام الجديد الذي ينشأ عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه الأصلي. [2]

ب- نقد النظرية انتقد رأي الفقيه "مازو" على أساس انه:

---

[1] – القروي بشير سرحان ، طرق التنفيذ في التشريع الجزائري و التشريع المقارن ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، القانون الخاص ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014، ص 20.

[2] – عادل جبري محمد حبيب، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة ، دار الفكر العربي، الاسكندرية، 2004،ص18.

– التنفيذ العيني و التعويض العيني ليس لفظين لمعنى واحد فالأول هو تنفيذ عين ما التزم به المدين، أما الثاني فهو طريقة من طرق التعويض بدل من الالتزام الأصلي.

– واقعة عدم التنفيذ لا تمحو الالتزام الأصلي .

– الحكم على المدين بالتعويض لا يعني إنشاء التزام جديد في ذمته، بل هو طريق للتنفيذ الالتزام الثابت في ذمته من قبل .

– انتقد كذلك رأي الفقيه "مازو" على أساس أن الالتزام بالتعويض ليس التزاما جديدا، و إنما هو تنفيذ للالتزام الأصلي و عليه يبقى الالتزام بالتعويض مضمونا بنفس ضمانات الالتزام الأصلي [1].

ثانيا: الجانب الموسع للتنفيذ العيني

يتمثل مضمون النظري (أ)، و انتقادها (ب)، فيما يلي:

أ- مضمون النظرية

تبنى هذه النظرية الفقيه الفرنسي "دراجو" "DRAGU" في اقتراحه تقسيما رباعيا في رسالة التنفيذ العيني للعقود و المتمثل في التنفيذ الجبري المباشر (1)، التنفيذ العيني (2)، التنفيذ العيني المشتق (3)، التنفيذ بالمقابل (4). [2]

1- التنفيذ الجبري المباشر

قوام هذا التنفيذ هو إكراه المدين بالقوة الجبرية " Manus Militaris" على تقديم عين ما التزم به حينما يحجم عن الوفاء باختياره.

[1] – عادل جبري محمد حبيب، مرجع نفسه، ص19.

[2] –Dragu (R),l' exécution en nature du contrat, thèse de doctorat. Paris 1936, P34.69.103.

2- التنفيذ العيني

في هذا النوع من التنفيذ يزود الدائن بذات ما التزم به المدين، لكن بوسائل لا تشكل ضغطا يمارس على شخص المدين للحصول على التنفيذ، الذي سيتم على نفقته حتى و لو كان دون دخل المدين، أو بتغيير شخص المدين، أو بتدخل القضاء في الحالة التي تسمح أن يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ، مثال على ذلك، الالتزام بإبرام تصرف قانوني في الوعد بالتعاقد Acte juridique بحيث يبقى الهدف هو الحصول على التنفيذ العيني.

3- التنفيذ العيني المشتق

يتعلق هذا النوع بالأساليب الخاصة لإصلاح الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ العقد و ليس بالتنفيذ بحد ذاته، فالأول يتمثل في الإصلاح المادي و الإجراء الثاني يتمثل في التنفيذ بمقابل وكلاهما يستخدمان في عقود النقل. [1]

4- التنفيذ بمقابل

يقع التنفيذ المقابل في حالة ما إذ تعذر على المدين تنفيذ التزامه، و عندئذ يستطيع الدائن أن يحصل على مبلغ من النقود، يحل محل الأداء الأصلي ليعوض الدائن عن الضرر الذي أصابه جراء عدم التنفيذ العيني للالتزام. [2]

ب- نقد النظرية

الملاحظ في نظرية "دراجو" أنها لم تزل الغموض الذي يكتنف تحديد مفهوم التنفيذ العيني ، كما أنها لم تسلم من الانتقادات و التي هي على أساس :

[1] – الإصلاح المادي: يتمثل هذا الإجراء في إلزام أمين النقل بإصلاح ما تسبب في تلفه من بضائع أثناء الرحلة أو الطريق، نقلا عن عادل جبري محمد حبيب، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية، ص ص 27-28.

[2] – عادل جبري محمد حبيب، ، مرجع نفسه، ص 28.

– التقسيم الذي أقامه الفقيه "دراجو" للتنفيذ العيني لا تظهر أهميته في الواقع، فعلى سبيل المثال، ما هو الفرق بين التزام المدين بتسليم منقول ثم الامتناع عن تسليمه مع الاستعانة بالسلطة العامة لإجبار المدين على التنفيذ العيني.

– كذلك بالنسبة للإصلاح المادي ففي رأي الفقيه "دراجو" يتحقق بقيام الناقل بتنفيذ التزامه تنفيذا معيبا. و عليه يقوم الدائن بالمطالبة بإصلاح العيب عينا من الناقل أو على نفقة أمين النقل، مما يزيد صعوبة في التمييز بين التنفيذ العيني و التعويض[1].

– الفرع الثالث–

التعريف القانوني

نظم المشرع الجزائري، أحكام التنفيذ العيني للالتزام في اطار القانون المدني [2] و ذلك في الباب الثاني تحت عنوان اثأر الالتزام في الفصل الأول بعنوان التنفيذ العيني و ذلك من المادة 164 الى المادة 175.

لكن الملاحظ من خلال استقراء مختلف المواد المتضمنة لأحكام التنفيذ العيني للالتزام، أن المشرع الجزائري لم يعرف التنفيذ العيني ، و اكتفى بالنص في المادة 164 على ان: **«يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا».**

يتبين أن المشرع الجزائري تبنى فكرة التنفيذ العيني متى كان ذلك ممكنا فقط .

و لأهمية التنفيذ بين المشرع كذلك الآليات و الوسائل التي يتبعها طالب التنفيذ لاستفاء حقه و الحجز على أموال المدين و هذا ضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [3] الذي بين الأحكام الإجرائية المتعلقة بالتنفيذ الجبري في الكتاب الثالث منه ابتداء من المادة 584

---

[1] – عادل جبري محمد حبيب، مرجع نفسه، ص30.

[2] – أمر رقم 75–58، مرجع سابق .

[3] – قانون رقم 08–09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، جريدة رسمية عدد 21، صادر بتاريخ 23 أفريل 2008.

إلى المادة 779. حيث تضمنت هذه الأحكام بيان عرض الوفاء الطوعي إلى جانب أحكام التنفيذ الجبري التي تطرقت إلى بيان أنواع السندات التنفيذية و أطراف التنفيذ و محله فضلا عن الإشكالات التي تظهر عنه من جهة.

- المطلب الثالث-

تمييز التنفيذ العيني عن بعض المفاهيم القانونية المشابهة

أدى الاختلاف الذي عرفه الفقهاء في تحديد مفهوم التنفيذ العيني إلى استعمال مصطلحات مغايرة تحمل نفس الدلالة و نفس الهدف في تحقيق الالتزام، فكثيرا ما يتشابه التنفيذ العيني مع بعض المفاهيم القانونية الأخرى، مما يجعل المعنى المقصود غامضا في بعض الأحيان، لذا يجب التمييز بين كل من التنفيذ العيني و التنفيذ بمقابل (الفرع الأول) و بين التنفيذ العيني و التعويض العيني (الفرع الثاني).

- الفرع الأول-

التنفيذ العيني و التنفيذ بمقابل

إذا كان الأصل في تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا، فان هناك حالات لا مناص فيها من الرجوع إلى التنفيذ بمقابل أو ما يسمى بالتعويض، و هذا طبقا لما جاء في نص المادة 164 من القانون المدني « **يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا**»، فالتنفيذ العيني للالتزام ينصب على التنفيذ التام لما تم الاتفاق عليه في العقد .

أما التنفيذ بمقابل، يكون بتقديم مقابل سواء كان نقديا أو عينيا لتعويض الدائن عن الأضرار التي أصابته من جراء عدم وفاء المدين بالتزامه أو تأخره في هذا الوفاء [1] و عليه هناك حالات تتطلب اللجوء للتنفيذ بمقابل و هي كالأتي :

- إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا بخطأ المدين [2].
- إذا كان التنفيذ العيني مرهقا للمدين [3].
- إذا كان تدخل المدين الشخصي ضروريا أو ملائما لتحقيق التنفيذ العيني .
- إذا كان التنفيذ العيني ممكنا، و لكن لم يطلبه الدائن، فمدام أن الدائن لم يقم بالمطالبة بالتنفيذ العيني و المدين لم يعرض القيام به، ففي هذه الحالة عند النزاع يكون التنفيذ بمقابل.

و عليه يبقى التنفيذ عن طريق التعويض، ليس إلا طريقا احتياطيا لا يلجأ إليه إلا إذا تعتذر التنفيذ العيني للالتزام فهو ليس التزاما جديدا بل تنفيذ للالتزام الأصلي. [4]

---

[1] – بلحاج العربي ، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري ، (وفق أخر التعديلات و مدعم بأحداث اجتهادات المحكمة العليا)، دراسة مقارنة ، دار هومه، الجزائر ، 2015، ص ص182–183.

[2] – إذ أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن بسبب أجنبي فهنا ينقضي الالتزام و لا محل للتعويض، انظر بلحاج العربي، مرجع سابق ص54.

[3] – أي انه إذا كان التنفيذ العيني ممكنا، و لكنه يسبب إرهاقا شديدا للمدين، بمعنى أن الفائدة التي ستعود على الدائن لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب المدين، انظر رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ،1998، ص55 .

[4] – أنور سلطان، أحكام الالتزام ، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري و اللبناني، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت،1974، ص67.

- الفرع الثاني-

التنفيذ العيني و التعويض العيني

قد يتشابه مصطلح التنفيذ العيني و التعويض العيني إلى حد يصب كثير التفريق بينهما، فالتنفيذ العيني يكون قبل وقوع الإخلال بالالتزام و يكون من خلال تنفيذه عن طريق عدم الإخلال به.

أما التعويض العيني فهناك من يرى أنه قد ينشأ عند امتناع المدين عن تنفيذ التزامه أو بإساءة تنفيذه ، و يكون بعد وقوع الالتزام لإزالة المخالفة من خلال تعويضه عينيا [1]

و إلى جانب هذا هناك، من يقول بان التعويض العيني يكون بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر.

فالتنفيذ العيني قد يوفر للدائن عينا محل حقه، حين لا يوفر له التعويض سوى بديل عنه و لو كان متشابها تماما له .

و عليه فالتعويض العيني يبقى وسيلة احتياطية يلجأ إليها المتضرر في حالة تأخر المسؤول عن الوفاء بالتزامه، أو عند استحالة التنفيذ العيني باعتباره الأصل، إضافة إلى أن التعويض العيني لا يبقى إلا طريقة من طرق جبر الضرر. [2]

- المبحث الثاني-

أساس و شروط المطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام

يعتبر مبدأ التنفيذ العيني من المبادئ التي لم تلقى إجماع من الفقهاء فمنذ ظهوره أحدث جدل بين المؤيدين و الرافضين له.

[1] – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، منشأة المعارف الإسكندرية ، 2004، ص798.

[2]- www.minshawi.com .

و رغم أن أغلبية الفقهاء ، اعترفوا بهذا المبدأ، و أخذت به معظم التشريعات ، إلا انه لم يسلم من أراء و نقاشات الفئة الرافضة له و بالتالي رفض فكرة أحقية الدائن في المطالبة بالتنفيذ العيني، لذا برزت عدة نظريات اختلفت هي الأخرى في وضع أساس يستند عليه الدائن للمطالبة بالتنفيذ العيني (المطلب الأول)، إلا أن إيجاد هذا الأساس لا يكفي للمطالبة بالتنفيذ العيني بحيث أن المطالبة بالتنفيذ العيني تستوجب توفر شروط موضوعية و أخرى شكلية (المطلب الثاني).

- المطلب الأول-

أساس المطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام

اختلف الفقهاء بشأن الأساس الذي على الدائن الاعتماد عليه للمطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام ، فهناك جانب من الفقه التقليدي الذي بدوره اختلف في وضع أساس محدد للمطالبة بالتنفيذ العيني (الفرع الأول)، بعدها ظهر اتجاه مغاير للنظريات السابقة استند إلى القوة الملزمة للعقد (الفرع الثاني)، بالإضافة إلى الاتجاه الذي أخذ بفكرة الوفاء بالعهد (الفرع الثالث).

- الفرع الأول-

الأساس الذي وضعه الفقه التقليدي

تستند هذه النظرية على الالتزام البدلي كأساس للمطالبة بالتنفيذ العيني(أولا) ، وعلى نظام المسؤولية في حالة عدم التنفيذ العيني(ثانيا)، بالإضافة إلى النظرية التي تأخذ بفكرة حق الدائن في المطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام و التي تستند على فكرة حماية المدين في مواجهة الدائن (ثالثا).

أولا: نظرية الالتزام البدلي

تتمثل مضمون النظرية (أ)، و انتقادها (ب)، فيما يلي:

أ- مضمون النظرية

مفاد هذه النظرية، أن كل التزام يقوم به المدين سواء التزام بعمل، أو امتناعه عن عمل و في حالة عدم تنفيذه يتم التعويض عنه، فالمدين له الخيار في أن يقوم بتنفيذ التزامه أو أن يقوم بدفع تعويض جراء عدم التنفيذ.

ب- نقد النظرية:

لم يتقبل نقاد هذه النظرية، فكرة أن الالتزام بعمل هو التزام بدلي، و بالتالي فإنها لا تستقيم إلا إذا تم إضافة الشرط الجزائي في العقد[1] و ذلك بالقول أن في حالة عدم التنفيذ العيني، يلجأ المدين إلى التعويض، أما فكرة الخيار فتعني أن للمدين كامل الحرية في اختيار ان يقوم بتنفيذ التزامه أو يعوض الدائن مباشرة و التسليم بهذا الأمر ناتج عن عدم فهم معنى الالتزام البدلي [2]

ثانيا : نظرية عدم التنفيذ

يتمثل مضمون النظرية (أ)، و انتقادها (ب)، فيما يلي:

أ- مضمون النظرية:

يعتبر الفقيه الفرنسي "مازو" الذي تبنى موقف شبه رافض لفكرة التنفيذ العيني أن " المسؤولية العقدية هي نتيجة لمخالفة التزام سابق، بينما المسؤولية التقصيرية هي في حد

[1] – الشرط الجزائي هو اتفاق بين المتعاقدين على تقدير مسبق لتعويض الذي يستحقه الدائن أو الملتزم له إذ لم ينفذ الملتزم أو المدين التزامه أو تأخر في تنفيذه، ايثار موسى، معنى و تعريف الشرط الجزائي، نقلا عن موقع : https//www.mohamah.net.

[2] – القروي بشير سرحان ، مرجع سابق، ص 58.

ذاتها التزام"، و يضيف قائلا:" إذا كان العقد مصدر للالتزام فان عدم التنفيذ يعتبر مصدر للمسؤولية"

ب- نقد النظرية:

انتقدت النظرية على أساس أنها لا تقوم على أساس ثابت، باعتبار أن غرضها الأساسي ليس التفرقة بين مجال كل من المسؤولية المدنية، و التنفيذ بل هدفهم كان تأكيد النظرية التقليدية التي تؤسس المسؤولية المدنية على أساس الخطأ. [1]

و عليه ، فان القول بأن عدم تنفيذ المدين لالتزامه يترتب عليه نشوء التزام جديد و هو الالتزام بالتعويض، ليس له أساس قانوني، كما أن هذه النظرية انتقدت من جانب نظام الإعذار الذي لم تتحدث عنه، فالأصل هو تنبيه المدين و إعذاره بأن يمتثل بما التزم به تجاه الدائن، و في حالة عدم الامتثال يصدر الحكم عليه بالتعويض.

ثالثا: نظرية حماية المدين

تتمثل مضمون النظرية (أ)، و انتقادها (ب)، فيما يلي:

أ- مضمون النظرية:

تقوم هذه النظرية على إعطاء حماية فعالة للمدين بحيث يمنع التنفيذ العيني على جسد الإنسان، بمعنى أخر احترام ذات الإنسان و جسده، فهذه النظرية تعتبر أن كل التزام يقع على جسد الإنسان أو نشاطه الجسدي و كل ما يتعلق بكيانه لا يمكن أن يكون محلا لتنفيذ الجبري[2].

[1] – القروي بشير سرحان، مرجع نفسه، ص 59.

[2] – نظرية حماية المدين تطورت كفكرة للجزاء بحيث أصبح المدين يلتزم في ماله لا في شخصه، و جزاء عدم تنفيذ الالتزام يكون تعويض لا عقوبة، و بالتالي فان القوانين الحديثة تخلصت تقريبا من كل أثر للإكراه البدني، أنظر نبيل إبراهيم سعد النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام ، دار الجامعة الجديدة لنشر ، الإسكندرية 2003،ص 34

ب- نقد النظرية:

كون هذه النظرية هي حماية للمدين، فبالتالي نجدها بعيدة عن الأساس الذي نبحث عنه و هو الأساس الذي يستند عليه الدائن للمطالبة بالتنفيذ العيني.

إضافة إلى أنها تبحث عن الوسائل التي استخدمها الدائن لتنفيذ التزامه و لا تبحث عن المسائل المتعلقة بالتنفيذ العيني.

فبرغم من وجود قانون يحمي الكيان الذاتي، إلا أن هذا لا يتم في كل الحالات إذ يمكن إجبار المدين على الوفاء بالتزامه وفقا لشروط يقرها القانون.

-الفرع الثاني-

القوة الملزمة للعقد

مبدأ القوة الملزمة للعقد، من المبادئ القانونية التي تستند عليها النظرية العامة للعقد و في هذا الصدد يقول الفقيه الفرنسي ديمولومب أن الاتفاقات التي تبرم بشكل قانوني و صحيح تشكل قانون للمتعاقدين، و بالنتيجة فللدائن الحق في مطالبة مدينه بالتنفيذ العيني للالتزامات التي تعاقدا عليها.

كما يضيف الفقيه "مولفسيس" بالقول "أن التنفيذ العيني هو ترجمة للقوة الملزمة للعقد" بمعنى أخر، أن بمجرد قيام العقد يكون ملزم لطرفيه، و بالتالي التنفيذ العيني يكون واجب و ملزم أيضا و هذا تأكيدا للقوة الملزمة للعقد [1]. و هذا ما وضحته المادة (106) من القانون المدني الجزائري بنصها على: «**العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون** »

[1] – القروي بشير سرحان، مرجع سابق ص 62.

نقد النظرية:

أنصار هذه النظرية أخلطوا بين تنفيذ العقد و تنفيذ الالتزام، فرغم أن القوة الملزمة للعقد شيء مفروغ منه، إلا أن تنفيذ الالتزام لا يتحقق فقط بالتنفيذ العيني للالتزام بل يستطيع كل من التنفيذ بالمقابل أو المسؤولية المدنية أن تحل محل التنفيذ العيني للالتزام.

– الفرع الثالث–

الوفاء بالعهد

يستند أصحاب هذا الاتجاه على فكرة الوفاء بالعهد أو ما يسمى باحترام الكلمة و عليه فصاحب الوعد أو القسم يكون ملزم بأن يوفي للموعود له بتنفيذ ما جاء به الوعد و إن حدث العكس و لم يحترم يكون قد خالف وعده.

كما يلاحظ، أن هذه النظرية تعطي أهمية عظيمة للكلمة و الوفاء بالعهد، فيرى أصحابها أن الدائن رغم عدم حصوله بعد على الشيء الموعود به من طرف المدين، إلا أن بقوة ذلك العهد المعطى له للحصول على الشيء يعتبر نفسه بأنه صاحب ذلك الشيء و هنا يظهر مدى تقديس أصحاب هذه النظرية للكلمة. [1]

نقد النظرية:

إعطاء هذه النظرية أهمية كبيرة للكلمة و تقديسهم لها، يعتبر شيء غير معقول، فهذا بمثابة أمان قانوني للدائن فقط ، عكس المدين ، فعدم تنفيذه للالتزام الذي وعد به يخدمه أكثر من الناحية الاقتصادية. [2]

[1] – القروي بشير سرحان، مرجع نفسه ص 62.

[2] – القروي بشير سرحان، مرجع نفسه ص 62.

-المطلب الثاني-

شروط التنفيذ العيني للالتزام

التنفيذ العيني هو تنفيذ عين ما التزم به المدين تجاه الدائن ، فالأصل في التنفيذ الجبري أن يكون عينا ، كما أن التنفيذ العيني هو حق للدائن وواجب للمدين ،فإذا طالب الدائن من مدينة التنفيذ، ليس على هذا الأخير أن يقوم بتعويضه و إذ ما عرض المدين على الدائن التنفيذ ليس على هذا الأخير إلا قبوله.

و للمطالبة بتنفيذ الالتزام المتفق عليه تنفيذا عينيا لا بد من توافر شروط موضوعية (الفرع الأول) و أخرى شكلية (الفرع الثاني).

- الفرع الأول-

الشروط الموضوعية للتنفيذ العيني للالتزام

تتمثل الشروط الموضوعية للتنفيذ العيني للالتزام في إمكانية التنفيذ العيني (أولا) و أن لا يكون هذا التنفيذ العيني مرهقا للمدين (ثانيا) بالإضافة إلى عدم مساسه بالحرية الشخصية للمدين (ثالثا).

أولا: أن يكون التنفيذ العيني ممكنا

لإجبار المدين على التنفيذ العيني للالتزام يجب أن يكون هذا التنفيذ ممكنا، ففي حالة الاستحالة لا يمكن جبر المدين على التنفيذ، فلا التزام بمستحيل ، خاصة إذا كانت هذه الاستحالة لا ترجع له بمعنى لا يد للمدين فيها، و إنما راجعة لسبب أجنبي، إذ في هذه الحالة، ينقضي الالتزام دون أن يوفي به، و ليس على المدين أن يقوم حتى بتعويض الدائن باعتبار أن لا تترتب أي مسؤولية قانونية عليه،[1] و كمثال على ذلك: إذا التزم المدين في

[1] – نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق ص 27.

مواجهة الدائن بتسليم شيء معين و لكن هلك الشيء بعد نشوء الالتزام، فهناك يصبح التنفيذ العيني مستحيلا.

لكن ما تجدر الإشارة إليه، إذ كانت هذه الاستحالة راجعة لفعل المدين، هنا يعتبر المدين مسئولا تجاه دائنه و بالتالي يجبر على دفع التعويض له [1].

و الملاحظ كذلك أن إمكانية التنفيذ العيني يرجع إلى طبيعة الالتزام و مداه و الوسائل المادية اللازمة لتنفيذ فمثلا الالتزام بدفع مبلغ من النقود، يبقى التنفيذ ممكنا دائما حتى في حالة إعسار المدين فالدائن ينتظر متى كان المدين في حالة يسر فيطالبه بتنفيذ التزامه[2].

ثانيا: ألا يكون هناك إرهاق للمدين

من بين الشروط الأساسية للتنفيذ العيني هو أن لا يكون مرهقا للمدين إذ يمكن لهذا الأخير أن يعدل عن التنفيذ العيني للالتزام، بما أن المشرع أجاز للقاضي بناء على طلب المدين أن يرفض التنفيذ العيني إذا ما كان تنفيذه مرهقا له [3].

و يقصد بالإرهاق هنا، الخسارة الجسيمة التي قد يتكبدها المدين عند تنفيذه للالتزام عينا أما مضمون هذا الشرط، فيمكن إذا كان التنفيذ العيني مرهقا للمدين، بدلا من أن يطالبه بالتنفيذ العيني، يكتفي بطلب التعويض العيني إذا ما كان محل الالتزام من المثليات أي ما يمكن فرزه كالسكر أو الأرز، او التعويض النقدي إذا ما كان محل الالتزام من القيمات كالسيارات [4].

---

[1] – عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 70

[2] – توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، مصادر الالتزام ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2009، ص 666.

[3] – رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 55.

[4] – عبد القادر الفار، مرجع سابق ص 71.

لكن لا يكفي أن يكون هذا العدول تحقيقا لمصلحة المدين و عدم إرهاقه، بل يجب أن لا ينتج عن هذا العدول ضررا جسيما يصيب الدائن، فإذا ما تضرر الدائن في هذه الحالة يجب الرجوع إلى الأصل و هو التنفيذ العيني للالتزام [1].

و بالتالي فان القاضي عليه أن يقوم بموازنة بين المصلحتين المتعارضتين مصلحة الدائن من جهة و مصلحة المدين من جهة أخرى.

ثالثا: عدم مساس التنفيذ العيني بحرية المدين الشخصية

قد لا يكون التنفيذ العيني مستحيلا و لا مرهقا للمدين، لكنه يستوجب تدخله شخصيا[2]، و يحدث هذا إذ كان التزام المدين يتمثل في القيام بعمل لا يمكن أن يقوم به غيره لأن شخصيته تكون محل اعتبار،[3] فبإمكان المدين أن يرفض تنفيذ التزامه عينا و ليس على الدائن أن يجبره على ذلك، لأن هذا يعتبر مساسا بحريته الشخصية و هذا ما يحرمه القانون [4].

من جهة أخرى، القانون وضع بيد الدائن وسيلتين للمطالبة المدين و حثه على تنفيذ التزامه، فيمكن له أن يطالبه بالتعويض الذي يحكم **به** القاضي حسب الضرر الذي أصاب الدائن، أو باستطاعته اللجوء إلى الغرامة التهديدية .[5]

---

[1] – نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص 28.

[2] – رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 57.

[3] – عبد القادر الفار، مرجع سابق ، ص 71.

[4] – مصطفى الجمال، أحكام الالتزام، الفتح لطباعة و النشر، الإسكندرية ، 2000، ص 347.

[5] – توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص ص666–667.

- الفرع الثاني-

الشروط الشكلية للتنفيذ العيني

يعتبر إعذار المدين شرط ضروري لإجبار هذا الأخير على تنفيذ التزامه إذا ما امتنع عن تنفيذه اختياريا[1] و بالتالي ليس على الدائن أن يتراخى عن المطالبة بتنفيذ الالتزام، بل عليه أن يبدي رغبته في حث المدين على التنفيذ، و هذا عن طريق توجيه إعذار له بالتنفيذ، و بما أن الإعذار هو عمل قانوني يقوم به الدائن بغية التنفيذ، يفترض توافره على شروط موضوعية (أولا) و شروط أخرى شكلية لتأدية الغاية و الغرض الذي وجد من أجله (ثانيا).

أولا: الشروط الموضوعية للإعذار

تتمثل الشروط الموضوعية للإعذار في شرط التأخير (أ)،و أن يكون الحق مشروع و محمي قانونا (ب)، و أن يكون معين المقدار و مستحق الأداء (ج).

أ- شرط التأخير:

إذا ما تأخر تنفيذ الالتزام، و كان هذا التأخير بفعل المدين و بدون أي مبرر، توجب على الدائن إعذرا المدين للمطالبة بتنفيذ التزامه، لكن إذا ما كان هذا التأخير تسبب فيه الدائن أو كان راجعا لقوة قاهرة ، ففي هذه الحالة لا يحق له توجيه الإعذار، كأن يتعاقد شخص على استئجار عين مملوكة لأخر، ثم حالت قوة قاهرة دون تنفيذ المؤجر لالتزامه بتسليم العين المؤجرة ، كوقوع زلزال هلكت معه العين المؤجرة، ففي هذا الفرض لا جدوى من الإعذار[2] .

ب- أن يكون الحق مشروع و محمي قانونا:

[1] - مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 390.

[2] - القروي بشير سرحان ، مرجع سابق، ص 69.

لكي يطالب الدائن بتنفيذ الالتزام عينا، على هذا الأخير ان يكون حقه مشروعا و يحميه القانون بواسطة الدعوى القضائية

فإذا كان محل الالتزام غير مشروع، و غير محمي قانونا لا جدوى من تقديم الأعذار كأن يكون الالتزام المدين دين نشأ عن طريق القمار [1].

ج- أن يكون الحق معين المقدار و مستحق الأداء:

يجب أن يكون الدين محدد المقدار و مستحق الأداء، فان لم يكن محددا لا يصلح الإعذار كما يجب أن يكون مستحق الأداء، فإذا كان الحق معلق على شرط واقف و لم يتحقق الشرط، فلا يمكن للدائن أن يوجه الإعذار إلى مدينه، حيث لم يحل بعد أجل الوفاء لعدم تحقق الشرط [2].

ثانيا : الشروط الشكلية للإعذار:

تتمثل الكيفية التي من خلالها يتم توجيه الإعذار بإتباع شكلية معينة من خلال الإنذار (أ)، الاتفاق على اعتبار المدين معذرا بمجرد حلول الأجل (ب)، و كذا التبليغ عن طريق البريد (ج).

أ-**الإنذار:**

يعتبر وسيلة يلجأ إليها الدائن، وفيها يطلب من مدينه الإسراع في تنفيذ الالتزام المتفق عليه سابقا، دون أي تأخير، وتوجيه هذا الإعذار يكون بأي طريقة سواء عن طريق البريد أو

[1] – أحمد نبيل فرحات ، بحث عن الإعذار في القانون المدني المصري أنظر الموقع:
www.hrdiscussion.com/hr2156.html

[2] –احمد نبيل فرحات، بحق عن الإعذار في القانون المدني المصري، انظر الموقع :
www.hrdiscussion.com/hr2156.html

المحضر القضائي ، أو أي طريقة اتفق عليها الطرفان، تنتفي معه مظنة التسامح في التأخير عن التنفيذ[1].

ب- **الاتفاق على اعتبار المدين معذرا بمجرد حلول الأجل:**

يمكن أن يكون الإعذار مترتبا على اتفاق سابق بين الدائن والمدين وهذا الاتفاق يقضي بأن المدين يكون معذر بمجرد حلول الأجل[2]، أي دون اللجوء إلى إجراء أخر يحثه فيه الدائن على التنفيذ، وهذا ما نصت عليه المادة 180 من القانون المدني الجزائري. [3]

ج- **التبليغ عن طريق البريد:**

تبليغ الإعذار يتم بطرق مختلفة كونه ليس من النظام العام، فمعظم التشريعات أدرجت التبليغ عن طريق البريد من بين الطرق التي يلجأ إليها الدائن للمطالبة بتنفيذ الالتزام إلا أن هذا لا يمنع من إتباع طريقة أخرى اتفق عليها الطرفان([4])

---

[1] – دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام، في القانون المدني الجزائري، دار العلوم لنشر و التوزيع، عنابة 2004 ص 10.

[2] – القروي بشير سرحان، مرجع سابق، ص 70.

[3] – تنص المادة 180 على انه: «... **كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بان يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء أخر** »

[4] – القروي بشير سرحان، مرجع سابق، ص70.

الفصل الثاني
الوسائل القانونية للتنفيذ العيني للالتزام

- الفصل الثاني-

الوسائل القانونية للتنفيذ العيني

إذا ما نشأ التزام على عاتق أحد الأشخاص، فإن الأصل يقتضي أن يقوم على الشخص بأداء عين ما إلتزم به، بما يحقق الإرضاء التام للدائن ووفقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية في المعاملات، غير أن الأمور لا تسير في الواقع العملي بهذه الصورة من السهولة و اليسر، فقد يجد الدائن نفسه أمام مدين مماطل، متعنت يرفض القيام بأداء الالتزام الذي ترتب في ذمته، و في هذه الحالة يمكن للدائن اللجوء إلى وسائل قانونية تمكنه من الحصول على التنفيذ العيني للالتزام دون التدخل من هذا المدين، و تتمثل في وسائل مباشرة يقوم بها الدائن و تختلف باختلاف موضوع التنفيذ العيني (المبحث الأول)، إلى جانب وسائل غير مباشرة قد يتبعها الدائن للمطالبة بتحقيق التنفيذ العيني (المبحث الثاني).

- المبحث الأول-

الوسائل المباشرة للتنفيذ العيني

يلجأ الدائن إلى وسائل و طرق مختلفة يسلكها ليمارس بها الضغط على مدينه لإجباره على التنفيذ العيني للالتزام، و هذه الوسائل القانونية التي يعتمد عليها الدائن تحقيقا للتنفيذ العيني تتمثل في إجراءات مباشرة تمارس على مال المدين (المطلب الأول)، كما يمكن أن تكون اجراءات مباشرة تمارس على الالتزامات غير النقدية (المطلب الثاني).

- المطلب الأول-

الإجراءات المباشرة على مال المدين تحقيقا للتنفيذ العيني

تختلف الإجراءات المباشرة التي يعتمد عليها الدائن لتنفيذ على أموال المدين تحقيقا لتنفيذ العيني ، فيمكن أن يلجأ إلى التنفيذ عن طريق التعويض العيني (الفرع الأول) كما يستطيع اللجوء إلى إجراء الحكم القضائي الذي يعتبر بمثابة سندا تنفيذيا (الفرع الثاني) و في بعض الحالات يضطر إلى اللجوء للتنفيذ العيني على نفقة المدين برخصة من القضاء (الفرع الثالث).

- الفـرع الأول-

التعويض العينـي

نجد من أنواع التعويض العيني، التعويض العيني المادي (أولا)، و التعويض العيني عن الضرر المعنوي (ثانيا).

أولا : التعويض العيني المادي

يظهر هذا النوع من التعويض في إطار الالتزامات بقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل و يشمل على الإصلاح المادي (أ)، و التعويض العيني عن الضرر الجسدي (ب).

أ- الإصلاح المادي:

يمكن للدائن المتضرر أن يرفض التعويض النقدي المقدم من طرف المدين، تجنبا لكون هذا التعويض قد لا يكفي لإصلاح الشيء الذي وقع عليه الضرر، بالتالي يجبر مدينه بإبدال الشيء التالف مثلا، كإصلاح المدين للمواد التالفة أثناء عملية النقل، أما في حالة الاستحالة وتعذر التعويض العيني فللمتضرر الحرية في الاستفادة من التعويض النقدي .

أم،ا بخصوص الإصلاح المادي الذي يتعلق بضمان العيوب الخفية من طرف البائع ، فهناك من يرى أن المشتري ليس له الحق في مطالبة البائع بإصلاح الشيء المعيب على أساس أن هذا يعتبر بمثابة تكلفة و التزام زائد بالنسبة للبائع حسن النية.

بينما يرى آخرون، أن الإصلاح المادي للشيء هو ناتج عن حق المشتري في الانتفاع الكامل من الشيء المبيع، و حتى القضاء قد يحكم على البائع بالإصلاح المادي إذا ما كان سيء النية و قد علم بوجود العيب و تعمد إخفائه . [1]

ب- **التعويض العيني عن الضرر الجسدي:**

يتمثل التعويض العيني في مثل هذا النوع من الأضرار في حالة التزام المسؤول عن الفعل الضار بمعالجة المتضرر في جسده أو عقله، كأن يلتزم بدفع نفقات العلاج أو المستشفى طوال مدة العناية.

كما يتحقق التعويض العيني عن الضرر الجسدي أيضا، بالنسبة للطبيب الذي يجري لمريضه عملية جراحية فاشلة، فيتولى هذا الطبيب تعويضه بزرع أعضاء جديدة في جسم المتضرر، كنقل و زراعة كلية من الشخص المسؤول إلى المتضرر. [2]

بالتالي يلتزم المسؤول عن الضرر بإعطاء المادة التأمينية [3] و تجدر الإشارة إلى أن المادة التأمينية في الأصل يقدمها المسؤول عن الضرر، إلا أنه يمكن للمسؤول أن يتحصل

---

[1] – نصير صبار لفته، التعويض العيني، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، 2001 ،ص ص 160-161.

[2] – نصير صبار لفته، مرجع سابق ص ص 166-167.

[3] – و يتحقق ذلك بتوافر عدة شروط منها:

– أن يكون الاعتداء على الشخص متعمدا

– أن يطلب المتضرر التعويض العيني الجسدي

عليها من جسد شخص ثاني، كأن يتفق مع ورثة شخص ميت بنقل أعضائه، أو جلبها من مريض لا يرجى شفائه، و هذا بشرط آن يحدث توافق بين المادة التأمينية المنقولة و الجسم المستقبل.

ثانيا: التعويض العيني عن الضرر المعنوي:

يتميز الضرر المعنوي بأنه لا يصيب المتضرر في ذمته المالية،و إنما في ذمته الأدبية فلا يترتب عليه خسارة مالية مباشرة، و إنما تتضرر معنوياته نتيجة الاعتداء عليه بالقذف أو الشتم و التشهير... و هذا ما يمس بسمعة الإنسان[1] و تجعله يطالب بالتعويض على ما أصابه من ضرر.

بناءا على ذلك، فإذا كان الضرر المعنوي قد لحق بأحد الأشخاص، بسبب الإساءة إلى سمعته و كرامته، و هذه الإساءة مثلا نشرت في إحدى الصحف يجوز للقضاء على سبيل التعويض العيني ورد الاعتبار للشخص المتضرر، أن يأمر بنشر الحكم القاضي بإدانة المدعي عليه، أي المسؤول عن الضرر المعنوي في نفس الصحيفة التي نشرت الإساءة للشخص المتضرر. [2]

تجدر الإشارة، أن هناك اختلاف من حيث تطبيق التعويض المعنوي، ففي فرنسا مثلا يعوض القضاء الإداري عن العديد من أنواع الضرر و من بينها التعويض على حالات

– أن يكون عضو المسؤول متماثل مع عضو المتضرر تحقيقا للصحة و المنفعة العامة و هذا ما يسمى بالملائمة الطبية الجراحية و الموثقة من خبير طبي ، فإذا كانت العملية ستنجح بحكم بها، و إن كانت تشكل خطر على كلا الطرفين لا يحكم بها

– تحمل المسؤول عن الضرر، تكاليف إجراء العملية ، و سقوط حق المتضرر في المطالبة بالتعويض النقدي في حالة فشل العملية، انظر نصير صبار لفته، مرجع نفسه، ص 168.

[1] – نصير صبار لفته، مرجع نفسه، ص245.

[2] – نصير صبار لفته، مرجع سابق، ص 246.

الاعتداء على السمعة و الشرف و الألم النفسي، [1] أما بالنسبة للمشرع الجزائري فهو بدوره اعتبر أن الضرر المعنوي موجب بالتعويض، شأنه شأن الضرر المادي و هذا ما أكدت عليه المادة 182 مكرر من القانون المدني الجزائري، و التي تنص على أنه: « **يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة** ».

و ما يمكن ملاحظته أيضا في مجال التعويض عن الضرر المعنوي، أن القضاء له أراء و تطبيقات مختلفة ومتباينة و هذا يعود لخصوصيته المتميزة باعتباره يخضع لتقدير القاضي دون رقابة عليه، هذا من جهة، من جهة أخرى، يقوم على اعتبارات أدبية محضة تجعل من طريقة تقديره تختلف من قاضي لأخر. [2]

- الفرع الثاني-

الحكم يقوم مقام التنفيذ العيني

يمكن للدائن أن يستوفي حقه من المدين إذا ما امتنع هذا الأخير عن تنفيذ الالتزام عينا بطريقة ثانية و هي أن الحكم القضائي يقوم مقام التنفيذ العيني لالتزام المدين و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 171 [3] من القانون المدني.

و نجد تطبيق هذا الحكم في الوعد بالتعاقد (أولا) و الاتفاق الابتدائي (ثانيا) كما نجدها في دعوى صحة التعاقد (ثالثا).

---

[1] – نصير صبار لفته، مرجع نفسه، ص358.

[2] – امحمد بوصيدة، معايير تقدير التعويض عن الضرر المعنوي، مجلة البحوث و الدراسات الإنسانية، العدد 12، جامعة 20 أوت سكيكدة،2016 ص 152.

[3] – تنص المادة 171 من القانون المدني على انه: **« في الالتزام بعمل، قد يكون حكم القاضي بمثابة سند التنفيذ إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام مع مراعاة المقتضيات القانونية و التنظيمية»**

أولا: الوعد بالتعاقد

يمكن للوعد بالتعاقد ان يكون بعقد رضائي (أ)، أو أن يكون بعقد شكلي (ب).

أ- الوعد بعقد رضائي:

هو عقد يمهل لإبرام عقد أخر في المستقبل و يسمى بالعقد الموعود به و عقد الوعد هو عقد تام ينعقد بتطابق إرادتين و ليس مجرد دعوى إلى المفاوضة. للوعد بالتعاقد أمثلة كثيرة في الحياة العملية، كأن يتفق شخص مع شخص أخر مالك لعقار على أن يعطيه وعد بالبيع، متى رغب باقتنائه خلال مدة معينة و بالتالي على الواعد مالك العقار أن يلتزم بهذا الوعد طوال المدة المحدد. [1]

كما يمكن أن يكون الوعد بالبيع وعدا بالشراء و في هذه الحالة يكون المشتري هو الذي قدم وعدا بالشراء ، متى أفصح المالك عن رغبته في البيع. و الجدير بالذكر أن هذا الوعد بالتعاقد قد يتحول إلى اتفاق ابتدائي بين الطرفين حرصا على عدم ضياعه للصفقة. [2]

بالتالي يتعهد الواحد تجاه الأخر. بأن يوقع في مدة معينة على العقد النهائي، أما في حالة ما إذا امتنع الواعد إتمام إجراءات العقد النهائي ، فيحق للدائن أن يلجأ إلى القضاء و هذا الأخير يصدر حكما ضد الواعد، بثبوت العقد و قيام الحكم مقام العقد، و قد تبنى المشرع الجزائري هذا الحل القانوني حينما نص في المادة 72 من القانون المدني الجزائري على أنه: «**إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل و قاضاه المتعاقد الأخر طالبا تنفيذ الوعد، و كانت الشروط اللازمة لتمام العقد و خاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد** ».

[1] – أنظر الموقع: wwwbibliodroit.com ، المكتبة القانونية العربية، الوعد بالتعاقد ، تعريفه، شروطه، و خصائصه.

[2] – عادل جبري محمد الحبيب، مرجع سابق، ص391.

ب) الوعد بعقد شكلي:

يستوجب الوعد أن يتم في نفس الشكل الذي اقره القانون لإجراء العقد النهائي فإذا كان العقد الموعود بإبرامه شكليا كالهبة أو الرهن الرسمي ، فيجب أن يتم الوعد في نفس الشكل و إلا وقع باطلا ، فإذا ابرم وعد برهن رسمي في ورقة عرفية كان الوعد باطلا لأنه لم يتم في ورقة رسمية ، ففي حالة تخلف الشكلية في الوعد لا يكون التنفيذ الجبري ممكنا إذا نكل الوعد و امتنع عن إبرام العقد النهائي. [1]

ثانيا: دعوى صحة التعاقد:

يمكن للدائن أيضا أن يرفع دعوى صحة التعاقد إذا ما نكل المدين عن إتمام الإجراءات اللازمة لتحقيق ما يرجاه الدائن .

و تؤكد هذه الدعوى صحة عقد البيع و نفاذه، فمثلا في الالتزام بنقل حق عيني من الواجب أن يراعي فيها قواعد التسجيل بالنسبة إلى الحق العيني الأصلي، و قواعد القيد بالنسبة إلى الحق العيني التبعي .

فبائع العقار يلتزم عند نقله للملكية أن ينفذ التزامه تنفيذا عينيا، بمعنى القيام بكافة الأعمال اللازمة لتسجيل البيع و التصديق على الإمضاء، فإذا لم يقم بهذا الالتزام، جاز للمشتري أن يطلب من المحكمة أن تحكم بإلزام البائع بتنفيذ التزامه [2].

أما إذا تعنت البائع و رفض تنفيذ التزامه، كان للدائن أن يجبره على ذلك و هذه المرة برفع دعوى يطلب فيه الحكم بثبوت البيع و صحة نفاذه، و إذا ما صدر هذا الحكم، أصبح سندا للمشتري يغنيه عن عقد البيع الصالح للتسجيل.

---

[1] – عمر علي الشامسي ، فسخ العقد، المركز القومي للإصدارات القانونية ، بدون دار النشر 2010،ص 207.

[2] – عادل جبري محمد الحبيب، مرجع سابق، ص ص 396–397.

و عليه، يجوز للمشتري أن يسجل هذا الحكم باعتباره سندا قاطعا على وقوع البيع و لا يحتاج في تسجيله إلى تدخل البائع و متى تم التسجيل انتقلت الملكية.

-الفرع الثالث-

التنفيذ العيني على نفقة المدين

يمكن للمدين أن لا ينفذ التزامه عينا و في هذه الحالة بإمكان الدائن، تحقيق التنفيذ العيني على نفقة المدين إذا ما سمحت طبيعة الالتزام بذلك، و شخصيته لم تكن محل اعتبار، بمعنى أن المدين ليس هو الشخص الوحيد الذي بإمكانه تنفيذ الالتزام، بل يمكن أن يحل محله شخص أخر، إذ حينما ابرم الاتفاق مع المدين لم يقصد الاستفادة من شهرته أو خبرته، فيستوي لديه أن يقوم المدين بالتنفيذ العيني للالتزام، أو أن يقوم بتنفيذه شخص أخر.

و عليه، فإن امتناع المدين عن التنفيذ، يمكن للدائن اللجوء إلى القضاء لطلب الحكم بالتنفيذ على نفقة المدين، و كمثال عن ذلك طلب الدائن من شخص أخر القيام بإصلاحات و ترميمات في العين المؤجرة على حساب المدين، و الدائن هنا يلجأ أولا إلى القضاء للترخيص له بتنفيذ الالتزام بواسطة الغير.

و هذا ما أكدته المادة 170 من القانون المدني الجزائري بنصها على : « **في الالتزام بعمل إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا**».

تجدر الإشارة، أن التنفيذ العيني على نفقة المدين هناك من يصر على أهمية حصول الدائن على إذن مسبق من القضاء لتنفيذ الالتزام، بينما يرى البعض أن في الحالات

الاستعجالية، يعفى الدائن من حصوله على ترخيص قضائي [1]، بشرط أن تكون طبيعة الالتزام من نوع الالتزام بعمل دون الالتزام بامتناع عن عمل[2].

إذ أن في الالتزام بامتناع عن عمل على الدائن أن يحصل على الإذن المسبق من القاضي حتى و أن كانت حالة استعجالية، باعتبار أن الدائن هنا يطالب بإزالة ما وقع مخالفا للالتزام، كهدم بناء مثلا أقيم بمخالفة الالتزام بالامتناع عن البناء، و هذا ما نصت عليه المادة 173 من القانون المدني الجزائري و التي جاء فيها **«إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل و أخل بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطالب إزالة ما وقع مخالفا للالتزام و يمكنه أن يحصل من القضاء على ترخيص للقيام بهذه الإزالة على نفقة المدين»**، لكن الملاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يتحدث عن حالة الاستعجال.

- المطلب الثاني-

التنفيذ العيني للالتزامات غير النقدية

تختلف كيفية التنفيذ العيني للالتزام تبعا لاختلاف موضوع أو محل الالتزام الواجب التنفيذ فإذا كان محله ليس مبلغا نقديا أي التزامات غير نقدية فيمكن تقسيمها إلى ثلاثة أنواع فهناك الالتزام بالعطاء(الفرع الأول)، و الالتزام بعمل (الفرع الثاني)، و أخيرا نجد الالتزام بالامتناع عن العمل (الفرع الثالث).

([1])-عادل جبري محمد ، مرجع سابق ص404.

([2])-عادل جبري محمد ، مرجع نفسه ص.406

- الفرع الأول-

الالتزام بإعطاء شيء

يعرف الالتزام بإعطاء شيء، قيام المدين بنقل حق عيني للدائن، و هذا الالتزام ينفذ تنفيذا عينيا يتم بالقيام بالأعمال اللازمة لتحقيق هذا الانتقال ، و هذه الأعمال تختلف حسب نوع الشيء الذي ينصب عليه الحق .

بالتالي، قد يرد على منقول معينا بالذات أو بالنوع، كما قد يرد على عقار، و لكل نوع من هذه الأشياء طريقة خاصة لانتقال الملكية.

فإذا كان الالتزام بنقل حق الملكية مثلا يرد على منقول معين بذاته، و كان الملتزم بنقل الملكية مالكا للمنقول، كبيع قطعة معينة من الألماس، فان هذا الالتزام ينفذ من تلقاء نفسه أو بقوة القانون، بمجرد الاتفاق و ليس على المدين إلا القيام بتسليم، و تنتقل الملكية بمجرد القيام بالعقد أو الاتفاق فتنتقل من البائع الذي كان مالكا، إلى المشتري حتى و أن لم يتسلم هذا الأخير الشيء المبيع بعد. [1]

إما إذا كان الشيء الذي يقع عليه الالتزام شيئا معينا بالنوع كالقطن، فإن الالتزام لا ينفذ من تلقاء نفسه أو بقوة القانون كما هو الحال بالنسبة للشيء المعين بالذات. [2]

لذا يتطلب انتقال الشيء المعين بالنوع من المدين إلى الدائن المرور بمرحلة الإفراز كوضع علامة على الشيء لتمييزه عن غيره، .فيعد فرز الكمية المبيعة يصبح المبيع معينا بالذات و تنتقل ملكيته إلى المشتري. لكن إذ ما امتنع البائع عن القيام بعملية الإفراز اختياريا

[1]- جميل الشرقاوي ، مرجع سابق ،ص31.

[2]- نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق ،ص31، مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص350.

كان للدائن أن يقوم بالتنفيذ الجبري بأن يشتري نفس نوع و كمية المبيع على حساب المدين بعد استئذان القضاء أو دون استئذانه في حالة الاستعجال. [1]

و في حالة ما إذا كان الالتزام بنقل حق عيني أو إنشائه وارد على عقار ، كنقل ملكية قطعة أرضية محددة، فلا يكفي أن يكون العقار معينا بالذات حتى تنتقل الملكية إلى الدائن بل يتوجب القيام بالشهر العقاري، أو ما يسمى بالعلنية، عن طريق تسجيل التصرف في سجلات الشهر العقاري، و بعد استكمال كافة الإجراءات، تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري. [2]

- الفرع الثاني-

الالتزام بعمل

يقتضي الالتزام بعمل سواء كان الالتزام ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة ، صدور عمل ايجابي من المدين، فالتزام المدين ببذل عناية يتمثل في قيامة، بمجموعة من الأعمال لتحقيق هذه العناية دون التزامه بتحقيق نتيجة معينة كالالتزام بالمحافظة على شيء معين فعلى المحافظ أن يبذل عناية و جهد خاص .

كما نجد صورة أخرى للالتزام بعناية و هي التزام الطبيب بعلاج المريض ، فالطبيب يبذل جهدا لشفاء المريض دون أن يضمن له الشفاء [3]، و هذا ما أكدت عليه المادة 172 من القانون المدني الجزائري بنصها على : « **في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو بإدارته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ...** »

---

[1]- توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص668.

[2]-نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق،ص31.

[3]- جميل الشرقاوي ، مرجع سابق ،ص 35.

أما الالتزام بتحقيق نتيجة أو غاية معينة ، فيكون إما التزام بتسليم شيء من الأشياء أو الالتزام بانجاز عمل معين .

فتنفيذ الالتزام بالتسليم، يكون بوضع المدين الشيء المراد تسليمه تحت تصرف الدائن و الحرص على الاستفادة منه دون وضع عقبات تمنعه من ذلك، حتى و إن لم يتم التسليم الفعلي[1] .

في حالة ما إذا امتنع الملتزم بالتسليم عن تنفيذ التزامه اختيارا، يمكن الوصول إلى التنفيذ العيني جبرا ، و هذا بحجز الشيء و تسليمه للدائن بواسطة السلطة القضائية، مادام الشيء لا يزال موجود و لم يتلف بعد .

و تكمن أهمية تحديد معنى تنفيذ الالتزام بالتسليم بمعرفة ارتباط تبعه الهلاك بالتسليم حسب ما جاء في القانون ، فتقع تبعة الهلاك على عاتق المدين آو الملتزم بالتسليم حتى ينفذ التزامه، أو تقع على عائق المتسلم إذ كان الهلاك قد وقع بعد التسليم .

كما أن في حالة هلاك الشيء بقوة قاهرة، بمعنى دون خطأ من الملتزم بالتسليم أو من الملتزم بالتسلم، تحمل التبعة تكون من المدين قبل التسليم و من الدائن بعد التسلم [2].

وفي حالة ما إذا كان محل الالتزام هو انجاز عمل معين ، فلا يتحقق التنفيذ العيني له إلا بإتمام الانجاز المقصود و المرغوب فيه من طرف المدين نفسه إذا كانت شخصيته محل اعتبار كقيام المهندس أو مقاول ببناء منزل مثلا أو قيام طبيب بإجراء عملية جراحية .

---

[1]– يكون التسليم الفعلي بمناولة البضاعة من البائع إلى المشتري، أي أن تتصل البضاعة اتصالا ماديا و تدخل تحت سيطرته الفعلية أو من ينوب عنه، و هذا ما نصت عليه المادة 367 من القانون المدني الجزائري : « **يتم تسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته و الانتفاع به دون عائق و لو لم يتسلمه تسلما ماديا ، ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك...** » فان تعذر ذلك يكون التسليم الفعلي بوضع البضاعة تحت تصرف المشتري، بحيث يتمكن من حيازتها و الانتفاع بها دون عائق ، أنظر محمد نصر محمد، الوسيط في عقود البيع الدولية مكتبة القانون و الاقتصاد ، الرياض ،2013، ص104.

[2]– جميل الشرقاوي ، مرجع سابق ، ص36.

و عليه فالتنفيذ العيني للالتزام لهذا النوع من الالتزامات تقضي أن يقوم المدين بنفسه بالأعمال اللازمة و المتفق عليها، كما أن للدائن كامل الحق في أن يرفض التنفيذ من غير شخص المدين [1]، و هذا ما نصت عليه المادة 169 من القانون المدني الجزائري على انه: « **في الالتزام بعمل، إذا نص الاتفاق، أو استوجب طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز لدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين**»

و من أمثلة الالتزامات التي تستوجب طبيعتها أن يقوم المدين بتنفيذها شخصيا، رسم لوحة فنية، بحيث الدائن و من خلال الاتفاق مع المدين كان يبحث عن كفاءة و شهرة هذا الأخير.

تجدر الإشارة، على انه إذا كان تنفيذ الالتزام عينيا يتطلب تدخل المدين شخصيا للوفاء به و المدين لم يقدر على تنفيذه، ليس على الدائن أن يجبره على ذلك باعتبار طبيعة هذه الأعمال تقتضي أن يكون أداؤها اختياريا، و الإجبار هنا يعتبر مساسا بالحرية الشخصية للملتزم [2] بينما يمكن جبر المدين بوسائل غير مباشرة كالتهديد المالي [3] أو بطلب التعويض .

---

[1]– جميل الشرقاوي، مرجع نفسه ،ص38.

[2]– عبد القادر الفار، مرجع سابق،ص74.

[3]– التهديد المالي هو إلزام القضاء للمدين بتنفيذ التزامه عينا خلال مدة معينة، فإذا تأخر في التنفيذ كان ملزما بدفع غرامة تهديدية ، عن هذا التأخير، يلزم بدفع مبلغ معين عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أي وحدة زمنية أخرى، أو عن كل مرة يأتي فيها عملا يخل بالتزاماته و ذلك إلى أن يقوم بالتنفيذ العيني...، أنظر حسن مرعي، الجزاءات الجنائية و المثالية في العقود الإدارية ، دراسة تحليلية مقارنة ، المركز العربي لنشر و التوزيع القاهرة 2018، ص135.

- الفرع الثالث-

الالتزام بالامتناع عن عمل

الالتزام بالامتناع عن عمل، هو عمل سلبي يمتنع فيه الملتزم بالقيام بعمل معين كأن يلتزم تاجر بائع المحل التجاري بعدم فتح المحل منافس في جوار المحل المبيع و قد نصت عليه المادة 173 من القانون المدني الجزائري : « **إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل و أخل بهذا الالتزام ، جاز للدائن أن يطالب إزالة ما وقع مخالفا للالتزام و يمكنه أن يحصل من القضاء على ترخيص للقيام بهذه الإزالة على نفقة المدين**» و مثالا عن هذا الالتزام، و عليه إذا ما خالف المدين هذا لالتزام أي قام بفتح محل منافس بجوار المحل الذي باعه للدائن يجوز لهذا الأخير، أن يطالبه بالتعويض عن الأضرار التي لحقته جراء إخلاله بالتزامه [1]، كما للدائن أيضا أن يطالب من القضاء أن يحكم بإزالة ما تم خلافا للالتزام ، بحيث يصدر الحكم القضائي بالإزالة على حساب الملتزم الذي يجبر على تنفيذ الحكم كأن يقوم الدائن بهدم الجدار الذي بناه المدين متجاوزا الحد المتفق عليه، فيحصل الدائن على الأمر بالهدم الذي ينفذه بنفسه على حساب المدين. [2]

- المبحث الثاني-

الوسائل الغير مباشرة للتنفيذ العيني

الأصل أن التنفيذ يكون اختياريا، غير انه قد يمتنع المدين عن تنفيذ التزامه ملحقا بذلك ضررا للدائن، لذلك نجد ان المشرع الجزائري قد وضع وسائل قانونية تهدف لحماية حقوق الدائنين و هذا بهدف الضغط على المدين ، و من بينها الغرامة التهديدية (المطلب الأول)، و الشرط الجزائي (المطلب الثاني)، و كذا الحق في الحبس (المطلب الثالث).

[1]-جميل الشرقاوي، مرجع سابق ،ص40

[2]- عبد القادر الفار، مرجع سابق ص74.

- المطلب الأول-

الغرامة التهديدية

يلجأ الدائن في بعض الحالات إلى استعمال بعض الوسائل القانونية للتنفيذ العيني الجبري، بطريقة غير مباشرة، بهدف الضغط على المدين ودفعة للتنفيذ التزامه، وتعتبر الغرامة التهديدية من بين أحدى هذه الوسائل، ولتحديد مفهوم الغرامة التهديدية، لابد من تسليط الضوء على تعريفها (الفرع الأول)، وكذا الإشارة إلى خصائصها (الفرع الثاني) وشروطها (الفرع الثالث).

- الفرع الأول-

تعريف الغرامة التهديدية.

للغرامة التهديدية تعريف فقهي (أولا)، و قانوني (ثانيا).

أولا : التعريف الفقهي

عرف الاستاذ رمضان غنان الغرامة التهديدية على أنها تقرير القضاء لمبلغ مالي لمصلحة الدائن بطلب منه، ضد الممتنع عن التنفيذ على كل فترة تأخير، وتقدر هذه الفترة حسب طبيعة الالتزام بالساعات، الأيام، أو الأسابيع. [1]

و يعرفها الأستاذ السنهوري عبد الرزاق أحمد على أن القضاء يلزم المنفذ ضده بتنفيذ التزامه عينيا خلال مدة زمنية معنية، فإذا تأخر في التنفيذ كان ملزما بدفع غرامة التهديدية عن هذا التأخير، ويحدد المبلغ الواجب دفعه إما عن كل يوم، أسبوع، أو شهر، أو أية وحدة أخرى من الزمن، أو عن كل مرة يأتي عملا يخل بالتزامه، وذلك إلى أن يقوم بالتنفيذ العيني أو أن

[1] – نقلا عن السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الإثبات، أثار الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 807.

يمتنع نهائيا عن الإخلال بالتزام، ثم يرجع إلى القضاء فيما تراكم على المنفذ ضده عن الغرامة التهديدية ويجوز للقاضي أن يخفف هذه الغرامات أو أن يمحوها...

ثانيا : التعريف القانوني :

عرف المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الغرامة التهديدية على أنها عقوبة مالية تسلط على الطرف المحكوم عليه ودفعه للتنفيذ الحكم في اقرب الأجل يحدد مبلغها قاضي الاستعجال أو القاضي المختص بموضوع الدعوى، بالنظر في عدد أيام التأخر في التنفيذ [1] و هذا طبقا لما جاء في الفقرة الأولى من نص المادة 305 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي تنص « **يمكن لقاضي الاستعجال الحكم بالغرامات التهديدية و تصفيتها** »[2].

أما في القانون المدني الجزائري فقد جاء على أنها عقوبة مالية يحكم بها القضاء المدني أو التجاري ضد شخص في حالة الإخلال ببعض القواعد القانونية [3].

و يتبين مما سبق أن الغرامة التهديدية وسيلة ضغط وتهديد على المنفذ ضده لتنفيذ التزامه، كما يبقى الحكم القضائي التهديدي، هو حكم وقتي يتزايد مع استمرار إصرار المدين وتعنته على الامتناع عن التنفيذ، ثم يحل محله حكم نهائي يجمع مبلغ الغرامة النهائي وتقدير التعويض، الذي يحتمله المدين عن كل تأخير في التنفيذ، مراعيا مقدار الضرر الذي لحق بالدائن [4].

---

[1] – بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 163.

[2] – قانون رقم 08–09، مرجع سابق.

[3] – بلحاج العربي، مرجع نفسه، ص 161.

[4] – جلال على العدوى، أصول أحكام الالتزام والإثبات، الناشرة منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص83.

- الفرع الثاني-

خصائص الغرامة التهديدية.

للغرامة التهديدية خصائص مميزة عن باقي الأنظمة فهي ذات طابع مؤقت (أولا) ،ذات طابع تحكيمي (ثانيا)، كما تقدر عن كل وحدة زمن (ثالثا).

أولا : الغرامة التهديدية ذات طابع مؤقت.

تعتبر الغرامة التهديدية وسيلة لكسر عناد الطرف المنفذ ضده، فهي تؤول إلى التصفية والزوال وفقا للموقف النهائي للمدين، فيبقى الهدف منها مؤقت. [1]

وطالما الحكم الصادر عنها حكم مؤقت، تنتفي علة قيامة متى أتخذ المدين موقفا نهائيا منه، إما بوفائه بالالتزام، وإما بإصراره على التخلف، فعلى القاضي إعادة النظر في الحكم بالغرامة في حال أوفى المدين بالتزامه، أو أصر على عناده نهائيا مع مراعاة الضرر الناشئ في كل الأحوال عند تقديره للتعويض. [2]

ثانيا : الغرامة التهديدية ذات طابع تحكيمي

يبقى تقدير القاضي للغرامة التهديدية تقديرا تحكيما، لذلك عليه مراعاة الحالة المالية للمنفذ ضده، وكذا مدى عناده مادام أنه لا يتقيد بأي مقياس إلى على قدر المنفذ ضده على المقاومة والمماطلة في التنفيذ.

---

[1] – الجبوري ياسين محمد، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الثاني، أثار الحقوق الشخصية، أحكام الالتزام، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ص 207.

[2] – رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص79.

فالغاية من الغرامة التهديدية هي الضغط على المنفذ ضده لإجباره على التنفيذ العيني وليس التعويض عن الضرر فقط. [1]

كما تبقى السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالزيادة في المبلغ المقدر في حال كان الحكم السابق لم يؤثر أو لم يحدث الأثر المنتظر منه. [2]

ثالثا : الغرامة التهديدية تقدر عن كل وحدة زمن

تكون الغرامة التهديدية على شكل مبلغ من المال يحكم القاضي على المدين بدفعه عن كل يوم، أو أسبوع، أو شهر، أو أي وحدة زمنية يمتنع فيها المدين عن التنفيذ العيني، بحيث لا يمكن تحديد مقدار الغرامة التهديدية ألإجمالي أو النهائي يوم صدور الحكم بها، فمقدارها يرتفع مع كل تأخير للمدين، ولا يتحقق هدف الغرامة التهديدية حتى يتحقق معنى التهديد في نفس المنفذ ضده. [3]

- الفرع الثالث-

شروط الغرامة التهديدية

يبقى الحكم بالغرامة التهديدية مقيد بتوفر بعض الشروط، ألا وهي أن يكون تنفيذ الالتزام عينا ممكنا (أولا)، كما أن يكون التنفيذ عيني غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه (ثانيا).

[1] – السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أثار الالتزام، مرجع سابق، ص 813.

[2] – محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة الالتزام، أحكام الالتزام، دار الصدى، الجزائر، 2010، ص46.

[3] – بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 153.

أولا : أن يكون تنفيذ الالتزام عينا لا يزال ممكنا.

يشترط للحكم بالغرامة التهديدية، وجود التزام ممكن تنفيذه عينا، إذا إمتنع المدين عن تنفيذه، مهما كان شخص المدين سواء كان شخصا عاما أو خاصا، بحيث تطلب المحكمة منه المبادرة إلى التنفيذ، و يبقى شرط إمكانية التنفيذ العيني شرط منطقي لإجبار المنفذ على التنفيذ العيني فمتى كان هذا الأخير مستحيلا لم يعد للغرامة التهديدية دورا. [1]

ثانيا : أن يكون التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن، أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه.

يقتضي تنفيذ الالتزام في هذه الحالة تدخل المنفذ ضده شخصيا لأن تدخله ضروري وأكثر ملائمة لتنفيذ الالتزام عينيا [2].

ويعتبر تنفيذ الالتزام من قبل شخص غير المدين نفسه بمثابة تنفيذ غير نافع لما هو مطلوب، وهذا ما نجده في الالتزام بعمل، التي تستوجب مساهمة المدين الشخصية في إتمامها، كما لو كان هذا المدين ينفرد بالعلم والمهارة لتنفيذ ذلك الالتزام، كالتزام طبيب جراح بإجراء عملية جراحية أشتهر بمهارته فيها، وهو ما نجده أيضا في الالتزام بالامتناع عن عمل كالالتزام بعدم المنافسة، ولا يتم التنفيذ إلا من طرف المدين شخصيا [3].

وعليه تعتبر الغرامة التهديدية طريقة من طرق التنفيذ الجبري، توقع في حال كان التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن، أو غير مجد إلا إذا قام به المدين بنفسه، وبتدخله

[1] – بلحاج العربي، مرجع نفسه، ص 176.

[2] – بلحاج العربي، مرجع نفسه، ص 157.

[3] – بلحاج العربي، مرجع نفسه، ص 157.

الشخصي [1]. و هذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 174[2] من القانون المدني الجزائري.

ثالثا : أن يقوم الدائن بطلب الحكم بالغرامة التهديدية

يستوجب على الدائن المطالبة بالحكم بالغرامة التهديدية في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ويعتبر طلب تابع للطلب الأصلي. [3]

كما يمكن لأية محكمة سواء كانت مدنية، تجارية، إدارية، جنائية أن تصدر الحكم بالغرامة التهديدية، كما يمكن لقاضي الأمور المستعجلة الحكم بها أيضا وهذا ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة 305 [4]من قانون الإجراءات المدنية و الادارية وعلى عكس المشرع الفرنسي الذي أجاز للقاضي الحكم بالغرامة التهديدية دون أن يطلبها الدائن، نجد أن المشرع الجزائري من خلال المادة 174 من القانون المدني الجزائري جعل من الغرامة التهديدية حق مقرر للمنفذ أي الدائن، لا يجوز للقاضي الحكم من تلقاء نفسه[5].

- المطلب الثاني-

الشرط الجزائي

يترتب على أطراف العقد عند إبرامه، الالتزام بتنفيذه تنفيذا عينا، حيث يقوم كل طرف بتنفيذ ما عليه من التزامات، إلا أنه في بعض الحالات قد يمتنع المدين عن تنفيذ التزامه أو يتأخر في ذلك، مما قد يلحق ضرر للطرف الأخر و هو الدائن، ولهذا سمح المشرع

---

[1] – جلال على العدوى، مرجع سابق، ص 82.

[2] – تنص المادة 174 الفقرة الأولى: **« إذا كان تنفيذ الالتزام عينا ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة إجبارية إن امتنع عن ذلك».**

[3] – بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 162.

[4] – تنص الفقرة الأولى من المادة 305 على ما يلي: **« يمكن لقاضي الاستعجال الحكم بالغرامة التهديدية وتصفيتها».**

[5] – بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 162.

الجزائري لأطراف العلاقة القانونية بوضع اتفاق مسبقا وهو ما يصطلح عليه بالشرط الجزائي، ومن هذا المنطلق سنتعرض لتعريف الشرط الجزائي (الفرع الأول) ثم إلى خصائصه (الفرع الثاني) ثم إلى شروطه (الفرع الثالث).

- الفرع الأول-

تعريف الشرط الجزئي

توجد عدة تعاريف فقهية للشرط الجزائي (أولا)، إلى جانب التعريف القانوني (ثانيا).

أولا : التعريف الفقهي

عرف الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري الشرط الجزائي بأنه : « التعويض الذي يقوم بتقديره المتعاقدان مقدما بدلا من تركه للقاضي، والذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، وهذا هو التعويض من عدم التنفيذ، أو قد يتفقان على مقدار التعويض المستحق في حالة تأخر المدين بتنفيذ التزامه، وهذا هو التعويض على التأخير في التنفيذ» [1].

ويعرفه أيضا الدكتور سليمان مرقص على أنه : «.اتفاق بمقتضاه يلتزم الشخص بالقيام بأمر معين يكون في الغالب دفع مبلغ من النقود في حالة إخلاله بالتزام الأصلي مقرر في ذمته، أو تأخره في الوفاء بذلك الالتزام الأصلي، جزاء له على هذا الإخلال أو التأخير، وتعويضا للدائن عما يصيبه من ضرر بسبب ذلك» [2].

وعليه يتبين من خلال هذين التعريفين، أن الشرط الجزائي عبارة عن اتفاق مسبق يهدف إلى تقدير التعويض المستحق لأحد طرفي العقد عن الأضرار التي تنتج عن مخالفة

[1] – نقلا عن عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الإثبات، أثار الالتزام، مرجع سابق، ص851.

[2] – طارق محمد مطلق ابو ليلى، التعويض الاتفاقي في القانون المدني، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية و الشريعة الإسلامية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة،2001، ص ص 8 – 9 .

الطرف الأخر لالتزامه، بشرط أن يتناسب مقدار التعويض مع حقيقية الأضرار المترتبة عن الإخلال بالتزام.

ثانيا : التعريف القانوني

عرف المشرع الجزائري الشرط الجزائي في نص المادة 183 القانون المدني الجزائري على أنه: « **يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181**».

والملاحظ أن هذا الشرط يقع صحيح، وينتج أثره القانوني، لجبر الأضرار أو الخسارة التي لحقت بالدائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام، أو تنفيذه تنفيذا جزئيا أو ناقص أو معيبا، إعمالا لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، بحيث يمكن أن يرد الشرط في العقد الأصلي أو في عقد لاحق، شريطة أن يتم تقديره قبل وقوع الضرر، لأنه إذا تم بعد حدوث الضرر يعتبر صلح بين المتعاقدين.

الفرع الثاني : خصائص الشرط الجزائي

ينفرد الشرط الجزائي بخصائص قانونية، على انه التزام تبعي (أولا)، و التزام احتياطي (ثانيا)،وعلى انه تقدير جزافي للتعويض (ثالثا).

أولا : الشرط الجزائي التزام تبعي:

الشرط الجزائي لا ينشأ بصفة مستقلة، بمعنى أنه يتبع الالتزام الأصلي وجودا وعدما، وعليه فهو ليس مقصودا لذاته بل هو وسيلة لغاية مقصودة، وهي حمل المتعاقد على تنفيذ التزامه، وعدم الإخلال به.

ويقصد كذلك بتبعية الشرط الجزائي، أن بطلان الالتزام الأصلي يؤدي لا محالة الى بطلان الالتزام التبعي، وفي حالة فسح العقد المنشئ للالتزام الأصلي يؤدي إلى انقضاء الشرط الجزائي نتيجة الفسخ [1].

ثانيا : الشرط الجزائي التزام احتياطي:

الشرط الجزائي يقدره الطرفان احتياطيا، أي لا يجوز المطالبة به إلا إذا كان التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن، وبعد إعذار المدين، فاشرط الجزائي لا ينشأ التزاما جديدا بين الطرفين، وإنما هو مجرد اتفاق تعويضي يثبت في ذمة المدين. [2]

ومنه فالشرط الجزائي لا يعد الالتزام بدليا ولا التزاما تخييريا، فطالما كان الالتزام الأصلي ممكنا، لا يحق للمدين العدول عنه، ولا الاختيار بين الالتزام الأصلي والشرط الجزائي. [3]

ثالثا : الشرط الجزائي تقدير جزافي للتعويض :

يتم تقدير التعويض للشرط الجزائي تقديرا مسبقا من طرف المتعاقدين وقبل وقوع إخلال أحد الأطراف لالتزامه، ويشترط لتطبيق الشرط الجزائي المحدد مقدما اجتماع عناصر المسؤولية العقدية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما [4].

وفي حالة انتفاء هذه الشروط المذكورة، فإنه لا يكون التعويض الاتفاق مستحقا ولا يعمل به [5].

---

[1] – جلال على العدوي، مرجع سابق، ص 71.

[2] – بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 225.

[3] – بلحاج العربي، مرجع نفسه، ص ص 225–226.

[4] – عبد الله نجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري، أطروحة ماجيستر معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983، ص 41

[5] – عبد الله نجاري، مرجع نفسه، ص ص 41–42.

– الفرع الثالث–

شروط الشرط الجزائي

لا يجوز التمسك بحق الشرط الجزائي إلا بتوافر جملة من الشروط المترابطة فيما بينها بحيث أن كل شرط يكمل الأخر، من بينها الخطأ (أولا)، الضرر (ثانيا)، و العلاقة السببية (ثالثا)، و شرط الاعذار (رابعا).

أولا : الخطأ

ركن الخطأ من الشروط الواجب توافرها في الشرط الجزائي لذا يجب تحديد تعريفه (أ)، و كيفية إثباته (ب).

أ–تعريف الخطأ

يشترط لاستحقاق الشرط الجزائي ان يكون هناك خطأ من المدين، و الغالب أن يكون هذا الخطأ عقديا من المدين، و يتمثل الخطأ في مجال الشرط الجزائي، في عدم تنفيذ المدين التزامه او تأخره في التنفيذ، و يعتبر الخطأ ركنا جوهريا لاستحقاق الشرط الجزائي فالأصل لاستحقاق أداء التعويض الذي التزم به المدين يستوجب توافر خطأ من جانب هذا الأخير.[1]

فالأخطاء الأكثر وقوعا في مجال الشرط الجزائي هو الخطأ العقدي، وبالتالي فإن الخطأ الذي يستحق على أساسه الشرط الجزائي هو الإخلال بالتزام الأصلي الذي تقوم عليه

[1] – أبو سعد محمد شتا، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص168.

مسؤولية المدين الذي لم ينفذ التزامه سواء كان ذلك بالامتناع الكلي أو الجزئي عن عدم التنفيذ [1]

ب- إثبات الخطأ

لاستحقاق التعويض المتفق عليه، فإنه يتعين على الدائن أن يثبت خطأ المدين أي التقصير الذي أدى إلى عدم التنفيذ أو التأثير فيه. وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 176 من القانون المدني الجزائري **«.إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا، حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يدله فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه».**

وعليه يستوي على المدين أن يكون قد أمتنع عن التنفيذ وتأخر فيه عن إهمال أو عن فعل يكون سببه مجهول، فالمدين يبقى مسؤولا عن عدم الوفاء ما لم يثبت تدخل السبب الأجنبي، أما في حالة إثبات وجود بسبب أجنبي لا يد له فيه، تنتفي مسؤولية المدين ويبقى مسؤولا فقط عن غشه وخطئه الجسم [2] وهذا طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة 172 قانون المدني الجزائري و التي تنص**« وعلى كل حال يبقى المدين مسؤولا عن غشه أو خطئه الجسم»**

ثانيا : الضرر

1-تعريف الضرر

الضرر هو كل أذى يلحق الدائن المضرور نتيجة خطأ المدين سواء في جسمه أو ماله، و هو ما يدعى بالضرر المادي أو في سمعته أو شرفه أو شعوره، و هو ما يسمى بالضرر المعنوي.

[1] – جلال على العدوى، مرجع سابق، ص 80.

[2] – أبو سعد محمد شتا، مرجع سابق، ص 183.

لذلك كان من الضروري توافر شرط الضرر كشرط جوهري حتى يكون التعويض مستحقا من خلال عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ.[1]

ويكون التعويض في الشرط الجزائي على الضرر الحال الذي وقع فعلا، والضرر المستقبل الذي لم يقع ولكنه محقق الوقوع مستقبلا [2]حيث أن المشرع الجزائري قد نص على ركن الضرر في المسؤولية العقدية في نص المادة 176 من القانون المدني الجزائري: « **إذا استحال على المدين أن ينفد الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه**»

أما فيما يخص فكرة الضرر في المسؤولية التقصيرية فقد نص المشرع في المادة 124 من القانون المدني الجزائري على أنه : « **كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه وبسبب ضررا للغير، يلزم من كان سبب في حدوثه بالتعويض**» وعليه يمكن القول أن الدائن يستحق التعويض عن الضرر الذي لحقه من عدم تنفيذ المدين لالتزامه، أما في حالة انتقاء الضرر يستتبع بالضرورة سقوط الشرط الجزائي. [3]

ثالثا : العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر

لاستحقاق التعويض لابد من قيام العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الحاصل، ويعتبر الضرر حاصل من الخطأ، بمعنى أن تكون علاقة مباشرة مابين الخطأ المرتكب من المسؤول والضرر الذي لحق المضرور، فلا تعويض إذا إنتفت العلاقة السلبية بين الخطأ والضرر، لأن انتقاء الرابطة السلبية يؤدي على انتقاء تحقيق التعويض المتفق عليه، كما

[1] – أبو سعد محمد شتا، مرجع نفسه، ص ص 184-145

[2] – أبو سعد محمد شتا، مرجع نفسه، ص 88.

[3] – جلال على العدوى، مرجع، سابق، ص80.

تلغى مسؤولية المدين إذا كان حدوث الضرر راجع إلى سبب أجنبي، إلا إذا قصد تحميل المدين تبعة الحادث المفاجئ، فيكون الاتفاق في هذه الحالة صحيحا بوصفة شرطا مشددا للمسؤولية، [1] وهذا ما نصت عليه المادة 127 من القانون المدني الجزائري: « **إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يدله فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المتضرر أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو "أتفاق يخالف ذلك»**

رابعا: الإعذار

يشترط لاستحقاق التعويض وجوب توفر شروط قيام المسؤولية المدنية، من خطأ وضرر، علاقة سببية. بالإضافة إلى اشتراط القانون إلى شرط إعذار المدين، بحيث يجب على الدائن أن يقوم بأعذار المدين [2] وهذا وفقا للمادة 179 من القانون المدني الجزائري التي تقضي : " **لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين، ما لم يوجد نص مخالف**" وعليه لابد من تنبيه الدائن للمدين عن طريق إعذاره بمجرد حلول أجل الالتزام، إلا في الحالات التي لا ضرورة فيها للإعذار [3] والتي نصت عليها المادة 181 من القانون المدني الجزائري: «**لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية**

– إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مصر".

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

[1] – أبو سعد محمد شتا، مرجع سابق، ص 198

[2] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجديد الإثبات، أثار الالتزام، مرجع سابق، ص1001.

[3] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع نفسه، ص 1001–1002.

- إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه».

- المطلب الثالث-

الحق في الحبس

تختلف الوسائل القانونية التي وضعها المشرع لحماية الضمان العام للدائنين فإلى جانب وسيلة الغرامة التهديدية و الشرط الجزائي، نجد كذلك الحق في الحبس باعتباره وسيلة لحمل المدين على تنفيذ التزامه وكذا بمثابة ضمان خاص للدائنين لتحصيل حقوقهم، وعلى هذا الاعتبار لابد من فهم المقصود بالحق في الحبس من خلال تعريف الحق في الحبس (الفرع الأول) وكذا الإشارة إلى خصائصه (الفرع الثاني) وشروطه (الفرع الثالث).

- الفرع الأول-

تعريف الحق في الحبس

اختلفت التعاريف بشأن الحق في الحبس، لذلك لا بد من التطرق لبعض التعاريف الفقهية (أولا)،و التعريف القانوني (ثانيا).

أولا : التعريف الفقهي

عرف الدكتور بلحاج العربي الحق في الحبس على أن: « الحق في الحبس يفترض أن الدائن مدين في نفس الوقت بتسليم شيء تحت يده، وهو يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يستوفي الحق الذي له " ومثال ذلك عند حبس البائع الشيء المبيع، حتى يستوفي الثمن من المشتري» [1].

[1] – نقلا عن بلحاج العربي، مرجع سابق، ص307

وعرفه أيضا الدكتور العوجي مصطفى على أنه ل: « حق الحبس حق استثنائي يخول محرز الشيء أن يحبس هذا الشيء تحت يده بصفته دائن بموجب (التزام) متصل بهذا الشيء إلى غاية إيفاء المدين لهذا الالتزام» [1].

ثانيا : التعريف القانوني :

عرف المشرع الجزائري الحق في الحبس في نص المادة 200 من القانون المدني الجزائري على أنه:« **لكل من التزام بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ترتب عليه وله علاقة سببية وارتباط بالتزام المدين. أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا.**

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

وعليه يفهم من هذه المادة، أن الحق في الحبس عبارة عن وسيلة قانونية تخول للشخص الذي يحوز شيئا بوجه شرعي، سلطة الامتناع عن رد هذا الشيء إلى غاية استيفاء حقه الذي يعتبر التزاما على الطرف الأخر في العلاقة القانونية.

ومثال ذلك عند حبس المودع لديه الوديعة، حتى يتقاضى أجره وما أنفقه في حفظها.

[1] – العوجي مصطفى، القانون المدني، الموجبات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 211.

- الفرع الثاني-

خصائص الحق في الحبس

ينفرد الحق في الحبس بجملة من الخصائص، تميزه عن باقي الأنظمة المشابهة له فالحق في الحبس يفترض وجود التزامات تبادلية (أولا)، يقع بقوة القانون (ثانيا)، و لا يقبل التجزئة (ثالثا)، و هو حق من حقوق الضمان الخاص (رابعا).

أولا : الحق في الحبس يفترض وجود التزامات تبادلية :

تكون هذه الالتزامات التبادلية كل منها مترتبة على أخرى ومرتبطة بها، سواء كان هذا الارتباط هو العمل القانوني أو الواقعة القانونية، ففي البيع مثلا التزام كل متعاقد مرتبط بالتزام المتعاقد الأخر.

فيعتبر الحق في الحبس من وسائل التنفيذ والضمان وفقا لاعتبارات العدالة التي يجب أن تسود المعاملات وما يتفق مع المنطق القانوني، كأن يطالب شخص بأداء ما عليه لأخر قبل تنفيذ ما هو ملتزم به تجاهه، ذلك أن أول ما يلجأ إليه الدائن و المدين في نفس الوقت أن يحبس ما في يده حتى يستوفي حقه [1].

ثانيا : الحق في الحبس يقع بقوة القانون :

بمعنى أن الحق في الحبس لا يحتاج إلى ترخيص من القضاء للاستعانة به، بحيث يكفي توافر شروطه حتى يتمكن صاحب الحق من التمسك به، كونه ذو طبيعة جزائية، فهو مقرر على مخالفة مبدأ وجوب الوفاء بالتزام، ولهذا الجزاء وظيفة وقائية، كما أنه يستمد وجوده من مجرد نص القانون عليه، ويقع متى تحقق السبب. [2]

[1] – بلحاج العربي، مرجع سابق، ص307.

[2] – بلحاج العربي، مرجع نفسه، ص 308.

ثالثا : الحق في الحبس لا يقبل التجزئة

شأنه في ذلك شأن كل حقوق الضمان، بشرط أن لا يتعسف الحابس في استعمال حق الحبس، فهو يمنح الدائن الحق في أن يمتنع عن تسليم الشيء كله، حتى يستوفي حقه، من أصل الدين ومصروفاته لذلك يبقى الحق في الحبس قائما حتى أستفاء الحق بالكامل، ومن ثم يجوز الحبس حتى لو نفذ المدين التزامه جزئيا أو معيبا، غير أنه يجوز للأطراف الاتفاق على ما يخالفه لعدم تعلق أحكام الحبس بالنظام العام [1].

رابعا :الحق في الحبس حق من حقوق الضمان الخاص

يعتبر الحق في الحبس إحدى وسائل التأمين أو الضمان المشروعة التي تهدف إلى حمل وإجبار المدين على تنفيذ التزامه، و هو من الوسائل الفعالة التي تكفل للدائن استيفاء حقه كاملا، كونه يعتبر حق من حقوق الضمان، و حقا تابعا يستند إلى الالتزام الأصلي الذي يوفر له ضمان الوفاء به[2].

- الفرع الثالث-

شروط الحق في الحبس

يشترط لقيام الحق في الحبس توافر جملة من الشروط كأن يكون التزام على الحابس بأداء شيء (أولا)، ووجود حق للحابس مستحق الأداء في ذمة المدين (ثانيا)، وجود ارتباط بين حق الحابس و التزامه (ثالثا):

أولا : وجود التزام على الحابس بأداء شيء

[1] – بلحاج العربي، مرجع نفسه، ص312.

[2] – بلحاج العربي، مرجع نفسه، ص 313.

يشترط الحق في الحبس أن يكون الحابس مدينا للطرف الأخر بأداء شيء معين في المقابل، وهو محل الحبس، إلا أنه قد يمتنع عن الوفاء حتى يستوفي حقه، ولا يهم مصدر الدين محل الحبس، فالأصل أن جميع الأشياء يمكن حبسها سواء كانت من العقارات أو المنقولات أو كانت شيأ مثليا أو قيميا، ماديا أو غير مادي عملا أو امتناعا عن عمل [1].

إلا أنه يستثنى من الأصل، الأشياء التي لا يجوز الحجز عليها لأن حبسها يتعارض مع الحكمة التي أرادها المشرع من تقرير عدم جواز حجزها، ومثال ذلك : لا يجوز للمحامي أن يحبس عن موكله مستنداته الأصلية بطلب الحجز عليها مقابل أن يستوفي ماله بذمة الموكل [2].

ثانيا : وجود حق للحابس مستحق الأداء في ذمة المدين :

يشكل حق الحبس وسيلة غير مباشرة لجبر المدين على الوفاء، وعليه لا يصح إلزام المدني بالوفاء إذا لم يكن الدين مستحق الأداء في الحال، و محقق الوجود، لذلك يتم استبعاد الحق المضاف لأجل أو معلق على شرط واقف أو متنازع فيه، كما يشترط في الالتزام أن يكون مدني طبيعي لأنه لا يمكن جبر المدين على تنفيذ ولا جبر في تنفيذ الالتزام الطبيعي[3].

---

[1] – بلحاج العربي، أحكام الالتزام في ضوء الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة ، دار الثقافة، الأردن، 2012، ص178.

[2] – قدادة خليل أحمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، أحكام الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص98.

[3] – الفار عبد القادر، مرجع سابق، ص 132، الالتزام الطبيعي هو التزام قوامه عنصر المديونية و يتخلف فيه عنصر المسؤولية، وفي الالتزام الطبيعي لا يستطيع الدائن إلزام المدين على الوفاء بحيث يكون التنفيذ متروكاً للإرادة الحرة لصاحبه دون تدخل سلطة قضائية بالتنفيذ الجبري. انظر طنطاوي محمد، إشكالية التنفيذ العيني ووسائل إكراه المدين على التنفيذ، على الموقع: https://democraticac.de/?p=58860

ثالثا : وجود ارتباط بين حق الحابس والتزامه

يجب لقيام الحق في الحبس أن توجد هناك علاقة ارتباط بين التزام الحابس بتسليم الشيء المحبوس، وبين حقه المرتب في ذمة مدينه الذي يطالبه بهذا التسليم، وهذا الارتباط بين حق الدائن والشيء الذي يحوزه، هو الذي يبرر قانونا حبس الشيء المدين، كوسيلة لجبره على الوفاء بما يلتزم به [1] ومثال ذلك : ليس للبائع مثلا أن يحبس الشيء المبيع ضمانا لوفاء المشتري بالتزام مترتب عليه بمقتضى قرض، لانتفاء الارتباط بين الالتزامين[2]فالتزام البائع بالتسليم والتزام المشتري بدفع المبلغ المقترض، لا يكون كل منهما سبب للأخر [3].

وعليه نجد أن الفقرة الأولى من المادة 200 من القانون المدني الجزائري أشارت إلى ذلك : **« لكل من التزام بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ما، ترتب عليه وله علاقة سببية وارتباط بالتزام المدين، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا**

[1] – بلحاج العربي، مرجع سابق،ص 319.

[2] – أنظر بلحاج العربي، مرجع سابق، ص320.

[3] – جلال على العدوي، مرجع سابق، ص 89.

خاتمـــــة

خاتمة

وفي الختام يمكن القول أن الأصل في التنفيذ يكون عينيا، إذ يقوم المدين بالوفاء للدائن بمحل الشيء الذي التزم به بموجب العقد المبرم بينهما، أو أي سبب قانوني منشىء لهذا الالتزام طالما أن هناك علاقة دائنية بينهما .

فالأصل في الالتزامات التعاقدية ، أن يقوم المدين بتنفيذ عين ما التزم به، و هو ما يسمى بالتنفيذ العيني، و هذا الأخير يتحقق عند توفر شروط معينة، فيجب أن يكون التنفيذ العيني للالتزام ممكنا و غير مستحيل، و أن لا يكون في تنفيذه إرهاقا للمدين بحيث يترتب على إجباره ضررا فادح، و أن لا يمس تنفيذ هذا الالتزام بحريته الشخصية، أما بخصوص الشروط الشكلية فتتمثل في الاعذار الذي يقوم به الدائن كدعوة توجه إلى المدين قصد إنذاره بوجوب الوفاء و نفي مظنة التسامح في التأخر عن التنفيذ.

لكن تجدر التفرقة فيما إذا كان التنفيذ العيني قد أصبح غير ممكن، أو غير مجد بفعل المدين، فلا ضرورة للإعذار في هذه الحالة، و بين ما إذا كان التنفيذ العيني لا يزال ممكنا فانه يجب الإعذار، لكي يسجل على المدين امتناعه عن الوفاء، و بذلك يحق للدائن أن يطالب بالتعويض مباشرة على أساس أن المدين لا يمانع فيه ما دام انه قد رفض الوفاء العيني.

أما إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه طوعا، جاز اللجوء إلى وسائل قانونية تمكن الدائن من الحصول على التنفيذ العيني للالتزام دون تدخل المدين، و هذا إذا كانت شخصيته ليست محل اعتبار في التنفيذ، و من هذه الوسائل نجد التعويض العيني الذي يعتبر كوسيلة احتياطية يلجأ إليها الدائن المتضرر في حالة تأخر المدين عن الوفاء بالتزامه، فالتعويض العيني يتمثل في إعطاء بديل لمحل الحق .

كما يمكن للحكم القضائي أن يحل محل التنفيذ العيني أحيانا، رغم ضرورة وفاء المدين نفسه بما التزم به، فيجوز للمشتري إذا ما امتنع البائع عن التصديق على الإمضاء أن يستصدر حكما بصحة التعاقد، و أخيرا يجوز للدائن أن يقتضي التنفيذ العيني من غير تدخل المدين، و هذا بان يحصل على إذن من القاضي يخول له أن يتولى هذا التنفيذ على نفقة المدين، كإجراء إصلاحات عاجلة يلتزم المؤجر القيام بها بل يجوز التجاوز أيضا عن إذن القضاء في حالة الاستعجال .

إلا انه، يبقى هناك العديد من الالتزامات التي يقتضي تنفيذها عينا التدخل الشخصي للمدين، بحيث يكون شخصه محل اعتبار، و عليه، يكون التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن و غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، ففي هذا النوع من الالتزامات وضع المشرع في سبيل توفير الحماية للدائن و حفظ حقوقه، و إجبار المدين على التنفيذ اللجوء إلى وسائل غير مباشرة، منها الغرامة التهديدية التي تفرض لكسر عناد المدين و تعنته و إجباره على الوفاء، و هذا عن طريق دفع مبلغ مالي عن كل تأخر له في التنفيذ، إلى جانب إمكانية إدراج الشرط الجزائي الذي هو اتفاق مسبق بين الطرفين على تقدير التعويض الذي يستحقه أحد الطرفان، إذا لم ينفذ الطرف الأخر التزامه، و في الأخير نجد الحق في الحبس الذي يخول للشخص الذي يحوز شيئا بوجه شرعي، سلطة الامتناع عن رد هذا الشيء إلى غاية استيفاء حقه الذي يعتبر التزاما على الطرف الأخر في العلاقة القانونية.

يظهر مما تقدم أن المشرع الجزائري قد أولى اهتمام بموضوع التنفيذ العيني للالتزام، من خلال تنظيم أحكام التنفيذ العيني و مختلف صوره للتنفيذ مع حرصه على تبسيط أحكام إجراءات التنفيذ الجبري.

قائمة المراجع

قائمـــــــة المراجـــــــــع

أولا: باللغة العربية

1- الكتب:

1- أبو السعود رمضان ، أحكام الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ،1998.

2- الجبوري ياسين محمد، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني : الجزء الثاني، أثار الحقوق الشخصية، أحكام الالتزام، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة توزيع، عمان،2003.

3- الجمال مصطفى، أحكام الالتزام، الفتح لطباعة و النشر، الإسكندرية ، 2000.

4- السعدي محمد صبر، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة الالتزام، أحكام الالتزام، دار الصدى، الجزائر، 2010.

5- السنهوري عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، منشأة المعارف الإسكندرية ، 2004.

6- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الإثبات، أثار الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006،

7- الشامسي عمر علي، فسخ العقد، المركز القومي للإصدارات القانونية ، بدون بلد النشر 2010.

8- الشرقاوي جميل النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

9- العدوى جلال علي، أصول أحكام الالتزام وإثبات، الناشرة منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.

10- العربي بلحاج ، أحكام الالتزام في ضوء الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الثقافة الأردن، 2012.

11- العربي بلحاج ، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2015.

12- العوجي مصطفى، القانون المدني، الموجبات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.

13- الفار عبد القادر، أحكام الالتزام، أثار الحق في القانون المدني، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2009

14-أنطوان قسيس، القانون المدني، بدون درا النشر، جامعة سوريا، 1965.

15- أنور سلطان، أحكام الالتزام ، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري و اللبناني، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت 1974.

16- توفيق حسن فرج ، مصطفى الجمال، مصادر الالتزام ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2009.

17- جبري عادل محمد الحبيب، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة ، دار الفكر العربي، الاسكندرية، 2004.

18- دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام، في القانون المدني الجزائري، دار العلوم لنشر و التوزيع، عنابة 2000.

19- قدادة خليل احمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، أحكام الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.

20- محمد شتا ابو السعد ، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.

21- مرعي محمد حسن ، الجزاءات الجنائية و المثالية في العقود الإدارية ، دراسة تحليلية مقارنة ، المركز العربي لنشر و التوزيع، القاهرة،2018.

22- نبيل ابراهيم سعد النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام ، دار الجامعة الجديدة لنشر الإسكندرية، 2003.

23- نصر محمد، الوسيط في عقود البيع الدولية مكتبة القانون و الاقتصاد، الرياض 2013.

2- الرسائل و المذكرات

1- القروي بشير سرحان، طرق التنفيذ في التشريع الجزائري و التشريع المقارن، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، القانون الخاص ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014.

2- طارق محمد مطلق ابو ليلى، التعويض الاتفاقي في القانون المدني، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية و الشريعة الإسلامية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة،2001.

3- عبد الله نجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري، أطروحة ماجيستر معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983.

4- نصير صبار لفته ، التعويض العيني، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، 2001

3- المقالات:

1- أحمد نبيل فرحات، بحث عن الإعذار في القانون المدني المصري، نقلا عن الموقع www.hrdiscussion.com/hr2156.html.

2- امحمد بوصيدة، معايير تقدير التعويض عن الضرر المعنوي، مجلة البحوث و الدراسات الإنسانية، العدد 12، جامعة 20 أوت سكيكدة،2016، ص ص 151-177.

3- محمد طنطاوي، اشكالية التنفيذ العيني و وسائل إكراه المدين على التنفيذ، نقلا عن الموقع: https://democraticac.de/?p=58860

4- النصوص القانونية:

1- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم.

2- قانون رقم 08-09 المؤرخ في .25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، جريدة رسمية عدد 21، صادر بتاريخ 23 افريل 2008.

5- مواقع الانترنت:

wwwbobliodroit.com

ثانيا: باللغة الفرنسية

1- **Les thèses** :

1- Dragu (R),l' exécution en nature du contrat, thèse de doctorat. Paris 1936.

فهـــــرس المحتويـــــات

مقدمة 01

الفصل الأول: أحكام التنفيذ العيني للالتزام

المبحث الأول: مفهوم التنفيذ العيني..... 04

المطلب الأول: تعريف الالتزام الاختياري..... 04

الفرع الأول: أطراف الوفاء 05

أولا: الموفى..... 05

ثانيا: الموفى له..... 06

الفرع الثاني: محل الوفاء 07

الفرع الثالث: ظروف الوفاء..... 08

أولا: زمان الوفاء 08

ثانيا: مكان الوفاء..... 09

المطلب الثاني: تعريف التنفيذ العيني الجبري..... 09

الفرع الأول: التعريف اللغوي و الاصطلاحي..... 10

أولا: التعريف اللغوي 10

ثانيا : التعريف الاصطلاحي 10

الفرع الثاني: التعريف الفقهي 11

أولا: الجانب المقيد للتنفيذ العيني 11

ثانيا: الجانب الموسع للتنفيذ العيني..... 12

الفرع الثالث: التعريف القانوني للتنفيذ العيني..... 14

المطلب الثالث: تمييز التنفيذ العيني عن بعض المفاهيم القانونية..... 15

الفرع الأول: التنفيذ العيني و التنفيذ بمقابل..... 15

الفرع الثاني: التنفيذ العيني و التعويض العيني..... 17

المبحث الثاني: أساس و شروط المطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام 17

المطلب الأول: أساس المطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام..... 18

الفرع الأول : الأساس الذي وضعه الفقه التقليدي..... 18

أولا: نظرية الالتزام البدلي 19
ثانيا: نظرية عدم التنفيذ 19
ثالثا: نظرية حماية المدين..... 20
الفرع الثاني: القوة الملزمة للعقد 21
الفرع الثالث : الوفاء بالعهد..... 22
المطلب الثاني: شروط التنفيذ العيني للالتزام..... 22
الفرع الأول: الشروط الموضوعية للتنفيذ العيني للالتزام..... 23
أولا: أن يكون التنفيذ العيني ممكنا 23
ثانيا: ألا يكون هناك إرهاق للمدين 24
ثالثا: عدم مساس التنفيذ العيني بحرية المدين الشخصية..... 24
الفرع الثاني: الشروط الشكلية للتنفيذ العيني للالتزام 25
أولا: الشروط الموضوعية للإعذار 25
ثانيا: الشروط الشكلية للإعذار..... 27

الفصل الثاني: الوسائل القانونية للتنفيذ العيني للالتزام

المبحث الأول: الوسائل المباشرة للتنفيذ العيني للالتزام 29
المطلب الأول: الإجراءات المباشرة على مال المدين تحقيقا للتنفيذ العيني..... 29
الفرع الأول : التعويض العيني..... 30
أولا: التعويض العيني المادي..... 30
ثانيا: التعويض العيني المعنوي..... 31
الفرع الثاني: الحكم يقوم مقام التنفيذ العيني..... 32
أولا: الوعد بالتعاقد 33
ثانيا: دعوى صحة التعاقد..... 34
الفرع الثالث: التنفيذ العيني على نفقة المدين 34
المطلب الثاني: التنفيذ العيني للالتزامات غير نقدية..... 35
الفرع الأول: الالتزام بإعطاء شيء..... 36
الفرع الثاني: الالتزام بعمل..... 37

الفرع الثالث : الالتزام بالامتناع عن عمل..... 39
المبحث الثاني: الوسائل غير المباشرة للتنفيذ العيني للالتزام..... 40
المطلب الأول: الغرامة التهديدية 40
الفرع الأول: تعريف الغرامة التهديدية..... 40
أولا: التعريف الفقهي 40
ثانيا: التعريف القانوني..... 41
الفرع الثاني: خصائص الغرامة التهديدية..... 41
أولا: الغرامة التهديدية ذات طابع مؤقت 42
ثانيا: الغرامة التهديدية ذات طابع تحكيمي..... 42
ثالثا: الغرامة التهديدية تقدر عن كل وحدة زمن 42
الفرع الثالث: شروط الغرامة التهديدية..... 43
أولا: أن يكون تنفيذ الالتزام عينا ممكنا..... 43
ثانيا: أن يكون التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن، أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه..... 43
ثالثا: أن يقوم الدائن بطلب الحكم بالغرامة التهديدية..... 44
المطلب الثاني: الشرط الجزائي..... 44
الفرع الأول: تعريف الشرط الجزائي 45
أولا: التعريف الفقهي..... 45
ثانيا: التعريف القانوني..... 45
الفرع الثاني: خصائص الشرط الجزائي..... 46
أولا: الشرط الجزائي التزام تبعي..... 46
ثانيا: الشرط الجزائي التزام احتياطي 46
ثالثا: الشرط الجزائي تقدير جزافي للتعويض 47
الفرع الثالث : شروط الشرط الجزائي..... 47
أولا: الخطأ..... 47
ثانيا: الضرر..... 48

ثالثا: العلاقة السببية بين الخطا و الضرر..... 49
رابعا : الإعذار..... 50
المطلب الثالث: الحق في الحبس..... 50
الفرع الأول: تعريف الحق في الحبس 51
أولا: التعريف الفقهي..... 51
ثانيا: التعريف القانوني..... 51
الفرع الثاني: خصائص الحق في الحبس..... 52
أولا: الحق في الحبس يفترض وجود التزامات تبادلية..... 52
ثانيا: الحق في الحبس يقع بقوة القانون..... 52
ثالثا: الحق في الحبس لا يقبل التجزئة..... 52
رابعا: الحق في الحبس حق من حقوق الضمان الخاص..... 53
الفرع الثالث: شروط الحق في الحبس..... 53
أولا: وجود التزام على الحابس بأداء شيء 53
ثانيا: وجود حق للحابس مستحق الأداء في ذمة المدين..... 54
ثالثا: وجود ارتباط بين حق الحابس و التزامه..... 54
خاتمة 57
قائمة المراجع..... 60
فهرس المحتويات 65

ملخص

التنفيذ العيني يعتبر الأصل في تقبيذ الالتزامات ، أي تنفيذ المدين بعين ع التزم به، و من شروط التنفيذ العيني ان يكون التنفيذ ممكنا و ألا يكون التنفيذ العيني مرهقا للمدين و اعذارا المدين بالتنفيذ العيني ووضع المشرع طريقه للتنفيذ العيني و هي ان يكون الالتزام بنقل أو إنشاء حق عيني او الالتزام بالتسليم بعمل أو الالتزام بالامتناع عن عمل و طرق التنفيذ العيني للالتزام تتوقف على الالتزام و طبيعته فالقانون يجبر في بعض الحالات للجوء للغرامة التهديدية لحمل المدين على تنفيذ التزامه.

Résumé :

Exécution en nature l'exécution initial des obligations est considérée comme l'exécution du débiteur avec l'engagement auquel elle s'est engagée . Une des conditions de la mise en œuvre en nature et quelle-ci est possible et que la mise en œuvre en nature n'impose aucune charge supplémentaire au débiteur et que celui-ci n'est pas au courant de la mise en œuvre en nature . Le l'égalisateur fixe la méthode de mise en œuvre en nature , à savoire l'obligation de transférer ou d'établir un droit inaliénable ou un obligation d'extradition, et de se conformer à l'acte ou , à l'obligation de s'abstenir de travailler les modalités de mise en œuvre de l'obligation et de sa nature. Dans certains cas, la loi est contrainte de recourir à une amende menacent pour contraindre le débiteur à s'acquitter de son obligation