جامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية-
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

التنفيذ العيني في القانون الجزائري والقانون المقارن

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: القانون الخاص

من إعداد الطلبة
- بوعمامة ليندة
- عراش يسمين

تحت إشراف الأستاذ
-إيراثن عبد الله

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ-ة-: دفوس، أستاذ محاضر قسم "أ"، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية----------رئيسا-ة-

الأستاذ: إيراثن عبد الله، أستاذ محاضر قسم "أ"، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية -----مشرفا ومقرر

الأستاذ-ة-: دحاس، أستاذ محاضر قسم "أ"، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية ----------ممتحنا-ة-

السنة الجامعية: 2022-2023

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

نشكر الله سبحانه وتعالى أولا ونحمده كثيرا على أن يسّر لنا أمرنا
في القيام بهذا العمل.
كما نتقدم بأسمى آيات الشكر والامتنان والتقدير
إلى الذين حملوا رسالة العلم والمعرفة
ولا يسعنا في هذا المقام إلّا أنّ نتوجه بالشكر الجزيل والامتنان الكبير
إلى الأستاذ المشرف " إيراثن عبد الله" على تولّيها الإشراف على هذه المذكرة
وعلى كل ملاحظاته القيّمة
وجزاه الله عن ذلك كل خير
كما لا يفوتنا في هذا المقام أن نتقدم بالشكر الخاص إلى الأساتذة الكرام بشكل عام
ويطيب لنا تقديم خالص الشكر والتقدير لأعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بقبول فحص
وتدقيق هذه المذكرة.
وإلى كل من ساهم في إنجاز هذا العمل وكل من ساعدنا على إتمامه،
وإلى كل من خصّنا بنصيحة أو دعاء.
نسأل الله أن يحفظهم وأن يجازيهم خيرًا.

– ليندة، يسمين –

الإهداء

الحمد لله ربي العالمين نحمده حمد الشاكرين ونستجيب له استجابة الطائعين، والصلاة والسلام على سيدنا وحبيبنا وقدوتنا وشفيعنا محمد بن عبد الله، إمام المرسلين، وعلى آله الطيبين الطاهرين اجمعين وجميع الانبياء والمرسلين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

مصدقا لقوله المولى تبارك وتعالى بسم الله الرحمن الرحيم "وإذا تأذن ربكم لئن شكرتم لأزيدنكم ولئن كفرتم إن عذابي لشديد" الآية سورة ابراهيم.

فالحمد والشكر لله حمدا كثيرا على انجاز هذا العمل المتواضع، وأقدم بجزيل الشكر إلى الوالدين العزيز ين اللذان دفعان قدمت نحو الامام وسهرا على تعليمي، شكرا لدعمكم اللامتناهي وثقتكم الكبيرة في قدراتي، أنا مديت لكم بكل نجاح حققته واتطلع لمستقبل مشرق تحت ظل رعايتكم

واتوجه بخالص شكري وتقديري إلى أستاذي الفاضل الدكتور: عبد الله ايراثن، للعالم الطيب الخلوق، الذي ساندني منذ لحظاتي الاولى في دراستي، وشرفني بأن يكون مشرف رسالتي، فلم يبخل علي في علمه ونصحه وإرشاداته ومساعدته، فلك مني كل الشكر والتقدير والامتنان ودمت ذخرا للوطن والعلم

واتوجه الشكر إلى كل اساتذتي الافاضل جميعا في كلية الحقوق جامعة عبد الرحمان ميرة وأخص بالذكر الأستاذ حميطوش جمال، الاستاذ تبري ارزقي، الاستاذ بوبكر بزغيش، بن سليمان امين وجابر نعيمة.

-ليندة-

الإهداء

الحمد لله وكفى، والصلاة والسلام على الحبيب المصطفى وأهله ومن وفى أما بعد:

الحمد لله الذي وفقنا لتثمين هذه الخطوة في مسيرتنا الدراسية بمذكرتنا هذه ثمرة الجهد والنجاح بفضله تعالى مهداة

إلى والدتي العزيزة حفظها الله وأطال في عمرها،

إلى والدي العزيز الذي كان سببا في وجودي أسأل الله أن يحفظه من كل شر

إلى أخواتي اللواتي قمن بمساندتي ووقفنا معي طوال فترة إنجاز المذكرة.

إلى جدي العزيز رحمه لله وجعله من أهل الجنة

إلى صديقتي العزيزة "ليندة"

التي ساعدتني وقاسمتني لحظات إنجاز المذكرة.

إلى كل اللذين تقاسمت معهم مشوار دراستي صديقاتي وأصدقائي.

قائمة المختصرات

قائمة المختصرات

أولا: باللغة العربية

ج.ر.ج.ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

ج: جزء.

د.ب.ن: دون بلد النشر.

د.س.ن: دون سنة النشر.

د.ط: دون طبعة.

ط: طبعة.

ص: صفحة.

ق.إ.م.إ: قانون الاجراءات المدينة والادارية

ق.إ.ج.ج: قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

ق.م.ف: القانون المدني الفرنسي.

ق.م.م: القانون المدني المصري.

ثانيا: باللغة الفرنسية

N°: Numéro.

Op-Cit: Ouvrage **P**récédemment **C**ite.

P: Page.

PP: de **P**age à la **P**age.

Ibid: Même **R**éférence **P**récédent **C**ite**.**

JORF : Journal officiel de la République française

RTD : Revue trimestriell

مقدمة

ساهمت الحضارة الإنسانية في انشائها أجيال بهدف بناء مجتمع متحضر، وكلما تعدد الافراد في المجتمع تعددت المصالح ومعرضها، وبالتالي يجب بمقتضاه التركيز على القيم الأخلاقية لتنظيم الروابط بين الافراد، وذلك بوضع قيود على بعض حرياتهم للحفاظ على البعض الاخر، ومنح كل فرد حقوقه والتزامه عن طريق اصدار قوانين لتنظيم سلوك وحياة الافراد في كل النواحي في المجتمع يسوده العدل، الامن والنظام، والاستقرار.

فالقاعدة القانونية تعتبر أسمى النظام، وتكمن في مجموعة من الضوابط والقواعد منها الأمرة المنظمة لعلاقة الفرد داخل الجماعة خدمة لمصالحهم، حيث تجعل النص القانوني قيد التنفيذ في إلزام الجميع باحترامه وتطبيقه في كل زمان ومكان، وعليه فلما يتصرف الفرد مع غيره من افراد المجتمع فإنّ هذا التصرف يخضع للرابطة القانونية ويسمى هذا التصرف بالعقد.

لذا فالعقد يولد علاقة مديونية بين الطرفين بمجرد تطابق الارادتين (الايجاب والقبول)، حيث تتجه إرادة الافراد إلى انشاء الحق نقله، تعديله، انقضائه، سوآءا يكون مصدره بإرادة منفردة أو باشتراك أكثر من إرادتين فهنا يكون مصدر العقد أو الإرادة المنفردة.

وعليه تنشأ التزامات مدنية مختلفة بداية من عنصر المديونية التي يقصد بها الواجب الواقع على شخص المدين للقيام أو الامتناع عن الأداء الواجب القيام به (المطلوب) ونهاية بعنصر المسؤولية الذي يكمن في حق الدائن في اللجوء للقضاء لقهر المدين قانونا على أداء ما توجب التزامه[1].

ويترتب أثر الالتزام من خلال وجوب أداء محله أي القيام بعمل أو الامتناع عن عمل الذي يفرضه الالتزام على المدين طبق للمادة 54 من ق.م.ج.

فمنه يعد التنفيذ حلقة اتصال بين القاعدة القانونية والواقع، فالأصل في التنفيذ العيني يكون طواعية، وذلك عندما يؤدي المدين التزامه برضاه على أحسن وجه، فهنا تبرا ذمة المدين فيزول عنصر

[1]– أسامة أبو الحسن مجاهد، نظرية الحق (مقدمة القانون المدني)، دار النهضة العربية، مصر، 2019، ص211.

المديونية، أما إذا رفض المدين تنفيذ التزامه اختياريا فيحق للدائن أن يجبر المدين بعد اعذاره على التنفيذ العيني مادام ذلك ممكنا استنادا إلى نص المادة 164 من ق.م.ج[2].

فالقاعدة العامة أنه لا يجوز للشخص أن يقتضي حقه بنفسه جبرا على مدينه المماطل عن الوفاء، وانما السلطة العامة هي التي تتدخل لإجباره على التنفيذ.

وعلى هذا الأساس يتعين على الدائن صاحب الحق ان يستعين بعنصر المسؤولية وهي تدخل القضاء بموجب سند تنفيذي لحمايته في الحصول على حقه، وذلك بالضغط عليه وارغامه على أداء التزامه قسرا عنه وفقا لإجراءات قانونية، فإما يتحصل على ذات الأداء محل الالتزام أو على تعويض.

لهذا منح المشرع لصاحب المصلحة في التنفيذ الحماية التنفيذية إلى جانب الحماية القضائية، وهذا باعتبار التنفيذ العيني للالتزام من اهم المواضيع في النظام القانوني، وذلك لما يترتب عليه من إيجابيات وسلبيات على كافة القوانين بحيث يقوم على مبدا الإرادة الحرة في الالتزامات ومنه ينشا حق الدائن في التنفيذ.

إن موضوع التنفيذ العيني يفرض نفسه في التشريعات المقارنة لكونه أكثر الموضوعات إثارة للجدل بسبب اختلاف راي الفقهاء وكثرة للمواد القانونية التي تعالج هذا الموضوع.

كما تجدر الإشارة إلّا أنّه من الأسباب التي جعلتنا نتناول موضوع التنفيذ العيني رغبتي في مجال البحث العلمي وإثراء من بحوث ودراسات سابقة بمواضيع متعلقة به، وذلك بهدف مقارنتها بالقوانين الأخرى.

وما تحتل من أهمية بارزة في نطاق القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية فهو يستمد أهمية من مبررات وجوده باعتباره يسمح للدائن الحصول على دينه جبرا.

ولدراسة هذا الموضوع كان يستوجب علينا طرح الاشكال التالي والمتمثل في ماهية التنفيذ العيني؟

[2]– راجع المادة 164 من الأمر رقم 75–58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، عدد 101، الصادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

فبرغم من شساعة هذا الموضوع قررنا القيام بدراسة مقارنة مع بعض التشريعات منها المصري والفرنسي.

ومن أجل الالمام بمفهوم التنفيذ العيني في ظل القانون المدني الجزائري، المصري والفرنسي، فقد تم الاعتماد على المنهج التحليلي للنصوص القانونية للتنفيذ العيني لتحديد فعاليته والمنهج المقارن من اجل مقارنة ما جاء به المشرع الجزائري مع النظام القانوني المدني المصري والفرنسي، دون اهمال بعض المناهج الأخرى المرتبطة بموضوع البحث وأهمها المنهج الوصفي.

توصلنا من خلال العمل في هذا الموضوع إلى تقسيم موضوعنا إلى فصلين، سنعالج أحكام التنفيذ العيني للالتزام **(الفصل الأول)**، والوسائل القانونية للتنفيذ العيني **(الفصل الثاني)**.

الفصل الأول

أحكام التنفيذ العيني

الأصل في الرابطة القانونية أن يكون موجودا ومرتبة لالتزامات ويظهر أثر هذا الأخير في وجوب تنفيذه بالتزام بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عنه، ويعد ما يقوم به المدين واجب قانوني يتولد معه حق الدائن، فينشا الالتزام مستحق الأداء بين الطرفين بمجرد تحقق السبب المنشئ له ولينفذ رغما عن إرادة المدين، فاذا وفى بما تعهد به برئت ذمته.

فتنفيذ الالتزام المدني قد يكون اختياريا وذلك بمبادرة المدين راضيا دون قهر بالوفاء بالتزامه، وقد يكون جبرا إذ تعذر المدين عن سداد ديونه، فهنا يكون قد اخلا بالتزامه ويقع عليه عبء المسؤولية، فيخول للدائن الحق لمطالبة مدينه جبرا بواسطة تدخل السلطة العامة بموجب سند تنفيذي يثبت الطرف المتضرر وحقوقه الثابتة لإكراهه على تنفيذ التزامه عينا أو بمقابل عن طريق التعويض أو الحجز والبيع (سوآءا منقولات أو عقارات)، وهذا يمكن الدائن من استيفاء حقه من أموال المدين التي تعتبر ضامنة لالتزاماته المدنية.

وهنا يمكن القول أنّ الأصل في تنفيذ الالتزام يكون تنفيذا عينيا بحيث سنعالج مفهوم التنفيذ العيني **(المبحث الأول)**، وأساسه وشروطه **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

مفهوم التنفيذ العيني

يعرف الالتزام المدني بوجود علاقة مديونية الذي يترتب عليه قيام المدين بتنفيذ التزامه تنفيذا اختياريا، إذا كان موجودا وفقا لنص المادة 160 من ق.م.ج التي تنص على: "**المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به**"، وذلك باتفاق الطرفين (المدين والدائن) بنية حسنة دون اللجوء إلى القضاء، لكن في بعض الأحيان يخل المدين اهمالا أو عمدا بأداء التزامه اتجاه الدائن، وهذا ما يؤدي إلى قيام عنصر المسؤولية بتدخل صاحب الحق بالمطالبة بحقه، بمعنى أن يفي المدين بالشيء الذي التزم به جبرا سوآءا عينيا أو بمقابل، وذلك بواسطة السلطة العامة وبكل الوسائل والإجراءات القانونية (166 إلى 175) من القانون المدني الجزائري، وذلك حماية لحق الدائن في الاستيفاء على حقه.

بحيث نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، بحيث نقوم بتعريف التنفيذ العيني وتمييزه عن النظم المشابهة لها **(المطلب الأول)**، وتقديم أنواع وأطر التنفيذ العيني **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

المقصود بالتنفيذ العيني

يعتبر التنفيذ أثر من أثار الالتزام الذي يعد رابطة قانونية بين أطراف المديونية، وذلك بالالتزام بإعطاء شيء، القيام بعمل أو الامتناع عنه، فينشأ الالتزام ويكون تنفيذه قسرا عن إرادة المدين إن لم يوفي به اختياريا، وذلك بالطرق القانونية، بحيث نجد التنفيذ العيني مختلط ببعض المفاهيم المشابهة لها قانونيا، لذا سنعالج تعريف التنفيذ العيني **(الفرع الأول)**، وتمييز التنفيذ العيني عن المفاهيم المشابهة لها **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

تعريف التنفيذ العيني

سنحاول عرض التعريف اللغوي والاصطلاحي للتنفيذ العيني **(أولا)**، ثم التعريف الفقهي **(ثانيا)**.

أولا: التعريف اللغوي والاصطلاحي

لتعريف التنفيذ العيني تعريف لغوي (1)، وتعريف اصطلاحي (2):

1. التعريف اللغوي

إن مصطلح التنفيذ لغة "**Exécution**" مشتق من المصطلح اللاتيني "Exséquor" وتعني تحقيق الشيء والوصول إلى النهاية [3].

ويعرف أيضا إخراج الشيء من حيز الفكر إلى مجال الواقع الحقيقي وبصورة ملموسة [4].

2. التعريف الاصطلاحي

إن التنفيذ في مصطلح القانون الخاص له معنيين أولهما موضوعي وثانيهما إجرائي.

أ. المعنى الموضوعي

هو الوفاء بالالتزام، اما ان يكون اختياريا بتنفيذ المدين التزامه بحسن النية حسب اتفاق الطرفين، أو قسرا فيكون بإرغام المدين على تنفيذ التزامه، وذلك بلجوء الدائن إلى السلطة العامة لحماية حقه في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخره عن الوفاء.

---

[3]– Julien Coulet , L'exécution Forcée en Nature, thèse de doctorat, Paris 2 , 2007,p10.

[4]– شرف الدين محمد الكهالي، وسائل التنفيذ العيني الجبري في القانون المدني اليمني (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1997، ص 6.

ب. المعنى الإجرائي

إن القاعدة الأساسية في التنفيذ الإجرائي هو التنفيذ الجبري أي لا يمكن للشخص أن يحصل على حقه شخصيا بيده، لهذا يجب أن يلجأ الدائن إلى القضاء لحماية حقه بقوة القانون، وقد يكون التنفيذ عينيا (L'exécution en nature) أو بمقابل (L'exécution par equivalent" d'action en payment) في كلا الحالتين في التنفيذ الموضوعي والإجرائي، وتطبيقا لعنصر المسؤولية في حالة التنفيذ الجبري فإنه يتم عن طريق التنفيذ المباشر الذي يكون فيه التنفيذ العيني محل التزام عينيا سوآءا بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عنه، دون تدخل المدين، مثال ذلك التزام المدين بتسليم الشيء المتفق عليه للدائن إذا كان موجودا، وحصول الدائن على تلك العين بواسطة تحرير محضر يبين ذلك[5]، موافقا لنص المادة 1/338 من ق.إ.م.إ التي تنص على: **"إذا كان المدين ملزما بتسليم شيء منقول أو كمية من الأشياء المنقولة أو أشياء مثلية فإنّ هذه الأشياء تسلم إلى الدائن"**[6].

أما عن طريق التنفيذ غير المباشر الذي يتم باتخاذ إجراءات الحجز على أموال المدين وبيعها، وذلك باستحالة التنفيذ يكون بتحويل محل الالتزام إلى مبلغ من النقود سوآءا كان ذلك من الأصل (كقرض محله مبلغ من النقود) أو كان بصدد تنفيذ بمقابل (كحالة الفسخ التي تقضي الحكم بالتعويض)[7].

والتنفيذ العيني هو الأصل بحصول الدائن على عين أو شيء معين على المدين الالتزام به، إلا إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن (كهلاك العين) فهنا يمتنع التنفيذ العيني، فيحكم عليه بالتعويض، ويقوم بتنفيذه بطريق الحجز (La saisie) على أموال المدين[8].

---

(5)–محمد حسنين، طرق التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية الجزائري، ط.5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص5– 7.

(6)–قانون رقم 08–09، مؤرخ في 18 فبراير2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج، عدد21، الصادرة في 23 أفريل 2008، معدل ومتمم.

(7)– عمارة بلغيت، التنفيذ الجبري وإشكالاته، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 13.

(8)– محمد حسين، المرجع السابق، ص 6.

ثانيا: التعريف الفقهي

نجد أنه لتعريف التنفيذ العيني أن الفقه لم يتفق على تعريف واحد لذا يتبين أن هناك اختلاف فيما بينهم، فهناك من يعرفه على أساس مقيد (1) ومنهم من يعرفه على أساس موسع (2).

1. التعريف المقيد

يجب الإشارة إلى أن تحديد مفهوم التنفيذ العيني من المواضيع الأكثر جدل والتي أثارت خلافا فقهيا، ومازال الفقه إلى يومنا هذا لم يتفق في تحديد مفهوم جامع ومانع للتنفيذ العيني، كالفقيه الفرنسي هنري مازو (Henri Mazeaud) الذي حاول إعطاء مفهوم للتنفيذ العيني، وأن يوضح المسؤولية التقصيرية مثل العقدية ينشأ عنها التزام جديد والمتمثل في التعويض[9].

أما الفقيه "هنري مازو" حينما يبرم العقد، ينشأ التزام أول يتحصل في قيام كل من الطرفين بتنفيذ التزامه، فإذا لم ينفذ ذلك الالتزام، ونفذ تنفيذا معيبا، أو بعبارة أخرى حينما يكون هناك عدم تنفيذ كلي أو جزئي للعقد، تنشأ رابطة قانونية جديدة يلتزم المدين بمقتضاها بإصلاح الضرر الناجم عن خطئه " ويضيف قائلا: "إذا كان العقد مصدر الالتزام، فعدم تنفيذ العقد، أي المسؤولية العقدية هي التزام آخر"[10].

يتضح من خلال نظرية الفقيه "مازو" أنه يتلاشى الالتزام الأصلي بعدم قيام المدين بالتنفيذ الإرادي، أو تنفيذ الالتزام بطريقة معيبة يؤدي إلى نشوء التزام جديد، بحيث ينتج عن التنفيذ العيني خلف فكرة التعويض إما تعويض نقديا أو تعويض عينيا[11]، وكما أنه ينكر فكرة التعويض العيني[12]، وتنتج عنه خلط بين التنفيذ العيني والتعويض العيني بسبب تحديده لفكرة التنفيذ العيني بشكل واسع.

---

[9]– Henri Mazeaud, Responsabilité Délictuelle et Responsabilité Contractuelles, RTD, CIV, 1929, p 551.

[10]–Julie, Coulet, Op.cit , p113.

[11]– عادل جبري محمد حبيب، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2004، ص20.

[12]–Julien Coulet, Op.Cit, p113.

من بين الانتقادات الموجهة لهذه النظرية نجد منهم الفقيه الفرنسي والمصري، فيقول الفقيه جوسران أنه: "يستحيل ان ينقضي الالتزام بفعل امتناع المدين عن أداء التزامه، بل على العكس من ذلك يتبين منه مفعول القوة الملزمة للعقد بين أطراف العلاقة القانونية"[13].

أما الفقيه المصري الأستاذ أحمد شوقي محمد عبد الرحمان يقول "(أن الالتزام بالتعويض ليس التزاما جديد، إنما هو تنفيذ للالتزام الأصلي)، وعلى ذلك فإنّ الالتزام بالتعويض يضل مضمونا بنفس ضمانات الوفاء بالالتزام الأصلي"[14].

وفي الأخير نؤيد راي الفقيه الفرنسي بين جميع الآراء المتناقضة، نجد أن الفقيه جسران بين لنا في كل الأحوال انه لا ينقضي الالتزام بمجرد امتناع المدين عن تنفيذ التزامه، لكنه يلجأ إلى طريقة أخرى وهي التعويض.

2. التعريف الموسع

يبدو أن هناك فريق آخر من الفقه من يقر بهذه النظرية بشكل أوسع، ومن بين أشهر هؤلاء الفقهاء الفقيه الفرنسي دراجو "Dragu" في رسالة التنفيذ العيني للعقود [15].

وقسم هذا الفقيه التنفيذ العيني إلى تقسيم رباعي كالتالي:

أ. التنفيذ الجبري المباشر

مبدأه هو إرغام المدين جبرا على تنفيذ ما التزم به عينا بواسطة القوة العمومية.

ب. التنفيذ العيني

يقصد به حصول الدائن على التنفيذ العيني دون الاستعانة بالمدين لأن تدخله يعتبر ليس أساسيا ومهما، ولكن سيتم على نفقته.

---

[13]– GOSSERAND, Cours de Droit Civil Français, 2éme édition, tome 11 Paris 1933, p.220.

[14]– أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزامات والإثبات، منشأة المعارف الإسكندرية، 1984، ص21.

[15]–DRAGU, L'Exécution en Nature du contrat, thèse de doctorat, Paris, 1936, p 34 - 69.

ج. التنفيذ العيني المشتق

يتعلق بأساليب خاصة لإصلاح الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ العقد، لذا ذكر الفقيه دراجو "**Dragu**" إجرائين وهما الإصلاح المادي والتنفيذ بمقابل اللذين يستخدمان في عقود النقل، وبالتالي فالمدين عندما يمتنع عن الوفاء بالدين، يجب عليه التعويض بمبلغ من النقود يحل محل الأداء الأصلي.

د. التنفيذ بمقابل

في هذه الحالة يحل محل الأداء الأصلي تعويض الدائن بمبلغ من النقود عن الضرر الذي أصابه عند ما يتعذر المدين عن تنفيذ التزامه [16].

ومن الانتقادات الموجهة لنظرية الفقيه دراجو "Dragu" هي:

- إن تقسيم الفقيه "دراجو" للتنفيذ العيني غير مطابق مع الواقع العملي.
- إن ابتكار الفقيه "دراجو" للتنفيذ العيني المعدل لم يكن مقنع في ذاته، وذلك راجع للمثال الذي قدمه المتمثل في البضاعة متروكة التسليم، وأشار أن هذا الإجراء لا يتعلق بالتنفيذ العيني.
- الفقيه "دراجو" أشار إلى الإصلاح المادي بسبب حدوث تلف في البضائع أثناء الطريق، وذلك بإلزام الناقل بإصلاح الضرر الواقع وإلى جانب البضاعة متروكة التسليم (المعيبة) فيحق للناقل تركها في الحالة التي وجدت فيها ويطالب بالتعويض قيمتها كاملة[17].

وفي الأخير يمكن القول ان الفقيه "مازوا" قيد نظريته، وذلك بإنكاره لفكرة التنفيذ العيني وإعطائه مفهوم ضيق لها، عكس الفقيه دراجو (Dragu) الذي توسع في تحديد فكرة التنفيذ العيني وإعطاءه مفهوم شامل لذلك.

---

[16]– القروي بشير سرحان، طرق التنفيذ في التشريع الجزائري والتشريع المقارن، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2014، ص 23 و24.

[17]– أحمد عواد سلامة، البنيان، وسائل المدين على التنفيذ العيني، ج.1، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، 2019، ص59–65.

الفرع الثاني

تمييز التنفيذ العيني عن المفاهيم المشابهة لها

في الكثير من الأحيان ما يختلط مصطلح التنفيذ العيني بالمفاهيم القانونية المشابهة لها ولكن تختلف عنها في أحكامها ومنها التنفيذ بمقابل **(أولا)**، والتعويض العيني **(ثانيا)**.

أولا: التنفيذ العيني والتنفيذ بمقابل

إن التنفيذ العيني للالتزام هو الأصل، فهناك حالات لا مناص فيها من اللجوء إلى التنفيذ بمقابل أو التعويض، فهذا الأخير هو جزاء يترتب عنه عدم التنفيذ الجزئي أو الكلي أو التأخير في الوفاء وغالبا ما يكون مبلغ من النقود [18]،

وعليه هناك حالات يقوم بها التنفيذ بطريق اللجوء إلى التنفيذ بمقابل وهي:

- إذا استحال التنفيذ العيني للالتزام بخطأ المدين.
- إذا كان التنفيذ العيني مرهق للمدين، بشرط ان لا يلحق ضررا جسيما بسبب عدم التنفيذ والا حكم القاضي بالتنفيذ العيني.
- إذا كان ذلك التنفيذ غير ممكن إلا إذا تم من جانب المدين شخصيا.
- إذا كان التنفيذ العيني ممكنا تحقيقه دون تدخل المدين ولكن هنا نجد أن الدائن لم يطلبه ولم يعرضه المدين بالفعل به[19].
- إذا كان في التنفيذ الجبري على المدين مساسا بحريته الشخصية.
- ومنه يعتبر التنفيذ بمقابل وسيلة من وسائل التنفيذ الجبري، وهو مقابل للتنفيذ العيني وقد يكون بموجب حكم قضائي أو باتفاق أطراف العقد[20]، وهذا طبقا لنص المادة 539 من ق.م.ج،

---

[18]– بلحاج العربي، أحكام الالتزام، في ضوء الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 108 و109.

[19]– عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص 68.

[20]– عامر محمود الكسواني، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 128.

وتقابلها المادة 635 من القانون المصري، والمادة 1915 من ق.م.ف، والتي تتعلق بعقد العارية، وعليه يتضح من خلالها أن التنفيذ بمقابل يعتبر وسيلة احتياطية للتنفيذ العيني، مما يجعله بديلا له، بحيث يتم اللجوء إليه إلا في حالة الاستحالة أي في كل مرة لم يتوافر فيها أحد شروط التنفيذ العيني.

ثانيا: التنفيذ العيني والتعويض العيني

قد وقع خلط بين مفهوم التنفيذ العيني والتعويض العيني للالتزام حيث يعتقد الفقهاء، أن التنفيذ العيني هو التعبير عن التعويض العيني.

ويرى بعض الفقهاء أن التعويض العيني قد ينشأ عند تهاون المدين عن وفائه بالالتزام العيني، وذلك تعويضه لإزالة الضرر الذي يترتب عن الإخلال بالالتزام وهناك من يرى أن التعويض العيني هو الحصول على بديل للعين محل الالتزام، بأداء آخر يزيل الضرر ويقوم بإعادة الحال لما كان عليه سابقا قبل وقوع الخطأ[21].

ومن تطبيقات التعويض العيني في التشريعات المقارنة نجد القانون الجزائري في المادة 276 التي تنص على: "**الشيء المستحق أصلا هو الذي يكون به الوفاء، فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره ولو كان هذا الشيء مساويا في القيمة أو كانت له قيمة أعلى**"[22].

وبالمقارنة في نص المادة 176 من ق.م.ج، وتقابلها المادة 241، 212، 923 من ق.م.م، والمادة 2/1184 من ق.م.ف، فإنّ التعويض العيني يعتبر جزاء يترتب عليه استحالة التنفيذ الجزئي أو الكلي للالتزام باعتباره وسيلة استثنائية من وسائل تعويض الضرر، وبالتالي التنفيذ العيني يبقى الأصل في تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

---

[21]– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.2، نظرية الالتزام بوجه عام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 789.

[22]– المادة 276 من الأمر رقم 75–58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

المطلب الثاني

أنواع وأطر التنفيذ العيني

يكون الأصل في التنفيذ العيني للالتزام اختياريا بإرادة المدين المنفردة، وبحرية مطلقة، أما إذا لم يقم بذلك فيلجأ الدائن إلى القضاء للمطالبة بحقه قهرا بكل الوسائل القانونية، سوآءا بالوفاء بالتزامه عينيا أو بالتعويض، بحيث نجد تكريس فكرة التنفيذ العيني في التشريعات المقارنة متأثرة به وفقا للتطبيق العملي. سنعالج موضوع أنواع التنفيذ العيني **(الفرع الأول)** وأطر التنفيذ العيني **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

أنواع التنفيذ العيني

قد يمتنع المدين عن تنفيذ التزامه طوعا فإنه يجبر على أداء ما تعهد به بواسطة تدخل القوة العمومية على ذلك، ولهذا سندرس التنفيذ الاختياري **(أولا)**، التنفيذ الجبري **(ثانيا)**.

أولا: التنفيذ الاختياري

يعتبر التنفيذ العيني الاختياري تنفيذا مباشر بين الدائن والمدين، كونه الوسيلة التي تؤدي إلى استيفاء حق الدائن ويلتزم المدين بالوفاء بالالتزام بمحض إرادته، ومنه تبرا ذمته ويزول الالتزام.

يقصد به أن يقوم المدين بوفاء عين ما التزم به بقناعة وإرادة حرة بنية حسنة دون تدخل السلطة العامة لإجباره أي كان محله سواء يتعلق التنفيذ بتسليم شيء أو نقل ملكية أو دفع مبلغ من المال، ويعتبر التنفيذ اختياريا حتى ولو قام به المدين خوفا وإجبارا للوفاء بالالتزام بواسطة الوسائل التي أعدها التنظيم القانوني [23].

يتضح لنا من خلال هذا التعريف أن مبدأ حسن النية في التشريعات المقارنة من المبادئ الرئيسية في القوانين المدنية، تستلزم الأمانة والإخلاص والتعاون في تنفيذ الالتزامات المترتبة على

[23]– حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ وفقا للقانون رقم 08–09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، ص16.

أطراف العقد، في حين القانون الجزائري والمصري قد نص صراحة على هذا المبدأ في مرحلة تنفيذ العقد، حيث نجد موقف المشرع الفرنسي كان أقر وضوحا على وجوب وجود حسن النية في كل مراحل العقد.

صرح المشرع الجزائري في المادة 1/107 من ق.م.ج على: "**يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه بحسن النية**"، بحيث تقابلها نص المادة 1/148 من ق.م.م على أنه: "**يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية**"، وأيضا القانون المدني الفرنسي في الفقرة الثالثة في المادة 1134 بأنه: "**يجب تنفيذ العقد بحسن النية**"، ولكن محكمة النقض الفرنسية رفضت بعد ذلك مبدأ حسن النية عندما اكتشفت أنه يهدد مبدأ القوة الملزمة العقد [24].

فالتنفيذ الاختياري يقوم على التنفيذ خاضع لقبول الدائن وممكنا، حيث يقوم الوفاء أصلا من المدين نفسه أو من غير المدين (شخص ينوب عنه)، فيطلق عليه اسم مدين متضامن بشرط يكون على علم ورضا بهذا الوفاء وإلا استحال ذلك، أما الموفي له (الدائن) الذي يعتبر الطرف الإيجابي بعلاقة الوفاء بالدين، تربطه بالمدين بمحض إرادته ويمكن أن يعين لقبض الدين شخص أجنبي يطلق عليه في إطار الوكالة (بالوكيل)، وفي إطار النيابة (بالنائب)، ويشترط أن يكون الدائن الموفي له أهلا للاستيفاء وهذا ما نصت عليه المادة 267 من ق.م.ج وتقابلها المادة 332 من ق.م.م.

إن القاعدة في الوفاء يجب أن يكون بحسب الشيء الذي حدد في العقد، فيتعين على المدين الالتزام بالوفاء إذا كان الشيء معين بالذات أو معين بالنوع، أما التزام المدين بالقيمة المحددة دون غيرها إذا وجد اتفاق بين الطرفين، وإذا كان مبلغا من النقود عليهما أن يتقيدا بتحديد الزمان والمكان المحددان في العقد، وفي حالة عدم تحديدهما فإنه يتم تطبيق المادة 210 من ق.م.ج.

[24]– شيرزاد عزيز سليمان، يونس عثمان علي، "حسن النية في تنفيذ العقد، دراسة مقارنة"، **المجلة العلمية**، المجلد 5، العدد 1، كلية الحقوق، جامعة جيهان السليمانية، العراق، 2021، ص 40– 46.

فالشخص المسؤول على هلاك الشيء يقع عليه تحمل عبئ تبعة الهلاك، وفي حال رفض الدائن للمدين عرض الوفاء المقدم منه، فإنّ المشرع أقر لهذا الأخير مرحلتين للوفاء تتمثل [25]، في مرحلة العرض ومرحلة الإيداع ويتعين عليه التقيد بها حماية له، وبالتالي فإنّ المحضر القضائي هو الذي يقدم عرض الوفاء في الموطن الحقيقي والمختار للدائن مع إبلاغه بذلك، وبإتباع مجموعة من الشروط والإجراءات [26]، وذلك وفقا لنص المادة 584 من ق.إ.م.إ.ج[27].

ثانيا: التنفيذ الجبري

يقتضي التنفيذ الجبري، الوقوف على تعريفه **(1)**، والتطرق إلى أركانه **(2)**.

1. تعريف التنفيذ الجبري

يقصد به تمكين الدائن من الحصول على ذات الأداء الذي التزم به المدين وفقا لعلاقة المديونية التي تربطه بالدائن.

عرفه المشرع الجزائري بموجب المادة 164 من ق.م.ج التي تنص على: "**يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا**"، مما يتضح من هذه المادة أن امتناع المدين عن القيام بعمل ما، يجعل الدائن يجبره على تنفيذ التزامه متى كان مدينا بكل الوسائل والإجراءات القانونية للوفاء بالتزامه.

والتنفيذ يرد على مال المدين فقط لكونه محقق الوجود ومستقر في الذمة ومعين المقدار [28]، تباشره السلطة العامة بطلب من المدين قهرا عنه ولو باستعمال القوة العمومية [29]، ولا يجوز للدائن أخذ حقه من المدين إلا بوجود سند تنفيذي قضائي كحكم قضائي نهائي عليه صيغة التنفيذ،

---

[25]– بومالي فروجة، صور تنفيذ الالتزام، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019، ص 4– 6.

[26]–نفس المرجع، ص 6.

[27]– المادة 584 من القانون رقم 08–09، مرجع سابق.

[28]–بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 131 و132.

[29]– حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص18.

يتضمن التزاما بالتنفيذ الجبري أو أمر قضائي استعجالي بالنفاذ المعجل (المادة 600 ق.إ.م.إ الجديد) [30].

وأيضا السندات التنفيذية غير القضائية كالعقود التوثيقية (م 324 مكر 5 من ق.م) والشيكات والسفاتج (م 389 و472 ق.م) ويتعين على التنفيذ الجبري أن يكون محقق الوجود لا يتعسف الدائن في استعماله ولا يمس بالحرية الشخصية[31].

وكما تشير إليه المادة 604 من ق.إ.م.إ حيث تنص على: "**جميع السندات التنفيذية قابلة للتنفيذ في الإقليم الجزائري**"، يتضح من خلالها أن المشرع قد سخر لصالح الدائن القوة العمومية لمباشرة إجرائه[32].

ونشير أنه يجب عند القيام بإجراءات التنفيذ الجبري إعذار المدين على شكل إنذار ويتم إما عن طريق البريد أو المحضر القضائي[33]، وهذا طبقا لما نصت عليه المادة 180 من ق.م.ج على أنه: "**يكون إعذار المدين بإنذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر**"[34].

بالرجوع إلى القانون المصري نجد المادة 203 من ق.م.م تنص على: "**يجب المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 219 و220 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا، على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاقا للمدين جاز له ان يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك**

---

[30]– المادة 600 من القانون رقم 08–09، المرجع السابق، التي تنص على : "**لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي**".

تنص أيضا المادة 601 من نفس القانون على: "**لا يجوز التنفيذ في غير الأحوال المستثناة بنص القانون، إلا بموجب نسخة من السند التنفيذي. ممهورة بصبغة التنفيذية**".

[31]– عامر محمود الكسواني، المرجع السابق، ص 118.

[32]– بومالي فروجة، المرجع السابق، ص 16.

[33]– توفيق حسن فروج، مصطفى الجمال، مصادر أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 231.

[34]– المادة 180 من الأمر رقم 75–58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

لا يلحق بالدائن ضررا جسيما"، ويتضح من هذه المادة أنه إذا كان الالتزام محقق الوجود (ممكنا) فالمدين يكون مجبر عليه بالوفاء، أما إذا استحال عن تنفيذ الالتزام فيحكم عليه بالتعويض بقيمة مالية معينة مقارنة بالقانون الفرنسي فإنّ المادة 1221 التي تنص على: "**يستطيع الدائن بالالتزام، بعد توجيه إعذار القيام بالتنفيذ العيني**"، وأيضا المادة 1222 من ذات القانون، وأيضا نص المادة 1142 من ق.م.ف[35].

نستخلص من هذه المواد في حالة امتناع المدين عن تنفيذ التزامه، يؤدي إلى مطالبة الدائن لاستيفاء حقه جبرا من المدين، وذلك بواسطة القضاء بحيث يطالب بالتعويض عن تنفيذ التزامه.

بالرجوع إلى المشرع الجزائري استعمل مصطلح القوة العمومية في المادة 601 من ق.إ.م.إ لتحديد مضمون الصيغة التنفيذية وقد نص صراحة في المادة 604 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على استخدامها في التنفيذ الجبري على ما يلي:

"**جميع السندات التنفيذية قابلة للتنفيذ في الإقليم الجزائري.**

ولأجل التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية، يجب على قضاة النيابة العامة تسخير استعمال القوة العمومية في أجل أقصاها عشر(10) أيام من تاريخ إيداع طلب التسخيرة.

يسجل طلب التسخيرة في سجل خاص يمسك لهذا الغرض، ويسلم وصل للطالب يثبت إيداع هذا الطلب"[36].

يتضح أن المشرع في هذه المادة لم يذكر شروط استعمال القوة العمومية والتي يلجأ إليها الدائن أثناء إجراءات التنفيذ بل اكتفى بتحديد كيفية تسخير بعض الإجراءات فقط ولم يضع القواعد الواجب إتباعها والتقيد بها لتسخير القوة العمومية، ويستعمل التنفيذ عن طريق القوة العمومية في

---

[35]–المادة 1142 التي تنص على : "**كل التزام بعمل أو امتناع يصار إلى التعويض في حال عدم تنفيذه من قبل المدين**"، من القانون المدني الفرنسي. الإحالة إلي المرجع الأصلي

– Consulté le site : https : //www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/?isSuggest=true

[36]– قانون رقم 08–09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

الممارسة القضائية للتغلب على الصعوبات (المعوقات) التي تصادف عملية التنفيذ، أما المحضر القضائي عند مقابلته لتلك الصعوبات فيتخذ الدائن برفع دعوى الإشكال في التنفيذ [37].

أما إذا كان الالتزام ذو طبيعة عقدية يتوجب تدخل المدين شخصيا للتنفيذ العيني، ولكن يمكن للمحضر القضائي تسخير القوة العمومية، وذلك طلبا من الدائن كحالة إخلاء العقار، وذلك حماية من التعرض للاعتداء [38].

ولاستعمال القوة العمومية في التنفيذ الجبري يتطلب امتناع المدين أو تأخره عن تنفيذ التزامه، بحيث ترفض في حالة استعمالها الذي يؤدي إلى الإخلال بالأمن والنظام العام، وبالتالي يجب أن يحتوي السند التنفيذي إجبار لأحد الأشخاص العاديين وليس في مواجهة الإدارة، لأنها تملك سلطة تسخير القوة العمومية عند تلقيه طلب التنفيذ الجبري من المحضر القضائي، تقابلها في ذلك القانون المصري.

ومقارنة مع القانون الفرنسي فقد نص المشرع على تسخير استعمال القوة العمومية في المادة 21 من قانون التنفيذ لسنة 1991 وبين فيها عناصر القوة العمومية التي تتكون من عناصر الشرطة والدرك الوطني التي ترافق المحضر القضائي في عملية التنفيذ [39]، وأن المشرع نص على حضور رئيس البلدية أو من يمثله أو شاهدين تكون ضروري أثناء عملية التنفيذ، وذلك ضمانا لحقوق الأشخاص وحريتهم.

والمقصود بالقوة العمومية قيام وكيل الجمهورية بإصدار تسخيره يعين فيها أفراد الشرطة والدرك المرافقين للمحضر القضائي في عملية التنفيذ بعدما ألقى إجراء عرض ملف التسخيرة على الوالي المختص، وذلك نفس الرأي مع المشرع المصري، أما التشريع الفرنسي عكس ذلك بدليل أن

---

[37]–لوني يوسف، ضوابط تدخل القوة العمومية أثناء التنفيذ العيني الجبري للالتزامات العقدية، دراسة مقارنة، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 4، العدد 32، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص492.

[38]–Pinoy Gean -Yves, l’état partie intervenante édition, Dalloz, 2013, p 400 et 401.

[39]- Art 21 de la loi N° 91-650 du 9 juillet 1991 portant reformes des procédures civiles d’exécution, Jorf N°110, du 14 mai 1992.

الوالي هو الذي يتولى تعيين الجهة الآمنة حسب الاختصاص الإقليمي لمرافقة المحضر القضائي ويتمثل دور هذا الأخير في تحرير محضر إثبات عمل حضور القوة العمومية [40].

وأخيرا إن التشريعات المقارنة لم تقدم تعريفا واضحا لمعنى القوة العمومية ولم ينظم موضوع حدود استعمالها بصورة دقيقة، مما أدى إلى عدم تمييز فيما يتعلق بموضوع استعمال عناصر الشرطة والدرك للقوة المادية مثل هدم البنايات وتحديد عناصر القوة العمومية المشاركين في عملية التنفيذ.

والدائن في التشريع الجزائري والمصري هو الذي يكلف المحضر القضائي بتقديم طلب تسخير القوة العمومية عكس التشريع الفرنسي الذي فضل الشخص الوحيد المؤهل الذي يقدم طلب تسخير القوة العمومية هو المحضر القضائي [41]، وذلك طبقا للمادة 2/153 من قانون التنفيذ لسنة 2011.

إن التشريع الجزائري والتشريع المصري لم يحددا شكل الطلب الذي يقدمه المحضر القضائي لتسخير القوة العمومية والذي يحتوي عادة على المعلومات المتعلقة بالسند التنفيذي وبمحل أشخاص التنفيذ وتبيان المعوقات التي قابلها المحضر القضائي وإبراز رفض المدين لإجراءات التنفيذ الاختياري في المدة المحددة له قانونا، ويرفق الطلب بملف يحتوي على التبليغ الرسمي للسند التنفيذي، وتحرير محضر أمر المدين بالوفاء طبقا للمواد 406 إلى 416 من ق.إ.م.إ.ج، وعلى غرار المشرع الفرنسي الذي حدد شكل الطلب الذي يقدمه المحضر القضائي لتسخير القوة العمومية في المادة R-153-1 [42] من المرسوم رقم 783-2012.

ومنه في التشريع الجزائري وكيل الجمهورية أو أحد مساعديه هو المشرف أو المكلف على إجراءات طلب التسخير القوة العمومية، وذلك بعد إتباع الإجراءات اللازمة يقوم بإصدار تسخيرة خلال 10 أيام من تاريخ إيداع الطلب طبقا للمادة 604 من ق.إ.م.إ، عكس التشريع الفرنسي الذي

---

[40]– لوني يوسف، المرجع السابق، ص 493 و494.

[41]- Art L-153-2 de loi N°2011-1895.

[42]-Ibid.

فصل وكلف الشخص الوحيد لطلب تسخير القوة العمومية هو الوالي، وذلك من خلال مدة شهرين لفصله في الطلب، وفي حالة رفضه يجب تقديم الحجج على ذلك، ويقوم المحضر القضائي بتبليغ القرار على الدائن والي وكيل الجمهورية.

إن المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يعترف بالمسؤولية المدنية للدولة في حالة رفضها استخدام القوة العمومية خاصة عند المساس بالنظام العام والأمن العام، وفي حالة وجود ضرر أصيب الدائن فهنا تقوم المسؤولية التقصيرية للدولة وتعوضه عن ذلك الضرر، وذلك طبقا للمادة 124 من قانون المدني الجزائري [43].

إن القانون أعطى حماية جنائية لكل الأشخاص المعنيين من طرف وكيل الجمهورية أثناء مزاولة عملية التنفيذ في حالة تعرضه للتعدي وتحمل العقوبة إلى 3 سنوات حبس في حالة ثبوت الإدانة، وذلك حسب المادة 183 من ق.ع.ج [44].

نستخلص من كل ما سبق معاناة قانون الإجراءات المدنية والإدارية من ثغرات واسعة في موضوع التنفيذ الجبري المباشر للسندات التنفيذية وعدم إعطائها الأهمية المناسبة وهذا راجع إلى أن كلا المشرعين الجزائري والفرنسي لم يتطرقا إلى تحديد شروط استعمال القوة العمومية، ولذا يتعين على المشرع ضرورة تحديد ذلك بدقة وموضوعية وإدراج هذه الإجراءات ضمن الأولويات وباتخاذ التدابير اللازمة في التنفيذ حماية لحقوق الدائن.

2. أركان التنفيذ الجبري

يعد الحق في التنفيذ إجراء قانوني ينشئ التزامات وحقوقا للطرفين، ولهذا وجب علينا أن نتطرق إلى أركانه التي تتمثل في أشخاص التنفيذ، سبب التنفيذ، محل التنفيذ.

---

[43]– لوني يوسف، المرجع السابق، ص 495 –498.

[44]– أمر رقم 66–156، مؤرخ في 08 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ج.ج عدد 49، الصادرة بتاريخ 11 جوان 1966، معدل ومتمم.

أ. أطراف (أشخاص) التنفيذ الجبري

يسري التنفيذ عندما يلجأ صاحب الحق (الدائن) إلى القضاء لمباشرة إجراءات التنفيذ قهرا عن المدين للحصول على حقه بقوة القانون وبذلك تنشأ خصومة التنفيذ، بحيث يتطلب أحيانا تدخل الغير والسلطة العامة في عملية التنفيذ، وبدوره ينقسم إلى طالب التنفيذ **(أ-1)** والمنفذ ضده **(أ-2)** والسلطة العامة **(أ-3)**.

أ.1. تعريف طالب التنفيذ (Le saisissant)

هو الشخص الذي يلجأ إلى القضاء مطالبا لمباشرة إجراءات التنفيذ حماية وحصولا على حقه، اي الطرف الإيجابي للحق في التنفيذ الجبري وله صلاحية إرغام مدينه الممتنع عن الوفاء بالالتزام[45]، ويطلق عليه بالدائن سواء كان دائنا عاديا أو مرتهنا أو ممتازا[46]، وكما يعبر عنه باسم الحاجز عندما يباشر التنفيذ عن طريق الحجز والبيع، وبما يثبت أنه حائز على سند تنفيذي بوجود دين يعتبر أنه منشأ للنزاع ويتطلب فيه نفس الشروط الواجبة في رافع الدعوى القضائية من توفر عنصر الصفة والمصلحة والأهلية، وذلك طبقا لأحكام المادة 499 من ق.إ.م.إ[47].

ومن بين الشروط الواجب توافرها في طالب التنفيذ الصفة ويقصد بها أن يكون طالب التنفيذ حائزا لصفة الدائن الذي تثبت أنه مالك الحق بموجب سند تنفيذي وقت إجراء التنفيذ أو الحجز وإلا كان باطلا، وينوبه إما نائبا قانونيا كالولي أو نائبا قضائيا كالوصي أو نائبا اتفاقيا كالوكيل لمباشرة إجراءاته القانونية، وذلك استنادا إلى نص المادة 13 و65 ق.إ.م.إ[48].

---

[45]- محمود مختار عبد العيث محمد، الاتجاهات الحديثة في قانون التنفيذ الفرنسي الجديد، وفقا لآخر تعديلاته الصادرة بالقانون رقم 1547 لسنة 2016، الصادر في نوفمبر 2016 والمرسوم التنفيذي رقم 197 لسنة 2017 الصادر في مايو 2017، **مجلة علوات للدراسات القانونية والاقتصادية**، ص29.

[46]-محمد حسين، طرق التنفيذ في قانون المدني الجزائري، ط.5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص12.

[47]- حمة مرامريه، الجزء التنفيذي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2009، ص10.

[48]- عباس العبودي، شرح أحكام قانون التنفيذ، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص64.

وتشترط أيضا أثناء إجراء عملية التنفيذ أن تكون المصلحة شخصية، قائمة ومباشرة، وإلى جانب عنصر الأهلية أنه يحق لخلف الدائن أن يدير شؤون صاحب الحق في طلب التنفيذ في حالة وفاته، ويجب على الخلف إعلام المدين بصفته حائزا لسند تنفيذي قبل مباشرة عملية التنفيذ، وكما يجب للمدين طلب إبطال تلك الإجراءات في حالة مخالفة ذلك، بحيث يحق للورثة متابعة الإجراءات المأخوذة من طرف مورثهم في حالة وفاته طبقا للمادة 1/165 من ق.إ.م.إ.

ويجب أن تتوفر في طالب التنفيذ الأهلية الكاملة لتسيير أموره الخاصة، فأهلية الأداء لا تشترط أن تتوفر فيه، لكن أهلية الإدارة تكتفي لصاحب الحق كالقاصر (عديم التمييز) والوصي دون إذن من المحكمة، لكن أهلية الوجوب تشترط شخص سواء كان قانونيا أو معنويا أو طبيعيا يتمتع بصلاحية بطلب التنفيذ، وذلك وفقا للمادة 13من ق.إ.م.إ، وكما يمكن للمحضر القضائي أن يقوم بتوقيف إجراءات التنفيذ وكما يجوز له أيضا القيام بإجراءات الحجز التحفظي لحماية حقوق الشركة في حالة نشوب نزاع الورثة وقام أحدهم برفع دعوى لإثبات أو إسقاط صفة هذه الأخيرة[49].

أ.2. أتعريف المنفذ ضده (عليه) "le poursuivi"

يقصد بالمنفذ عليه المدين أو الشخص الذي يتعين عليه أداء التزامه وفقا للسند التنفيذي ويعتبر الطرف السلبي للحق، لأنه قد تتخذ إجراءات التنفيذ الجبري ضده (ضد أمواله)، وفي مواجهة الكفيل أو حائز العقار، وذلك قبل الشروع في عملية التنفيذ لابد من إعلان المنفذ ضده، وذلك تطبيقا وتحقيقا لمبدأ المواجهة في الخصومة [50].

ومن بين شروط المنفذ ضده نجد شرط الصفة وشرط المصلحة، فتشترط إجراءات التنفيذ أن يكون المدين مسؤولا شخصيا أي معتمدا على ذاته بالقيام بتنفيذ التزامه في السند التنفيذي، وذلك متحملا نتائج تصرفاته، وكما يمكن أن يكون هو المدين الأصلي أو الكفيل الشخصي له، فالحكم

---

[49]–لعور جميلة، التنفيذ العيني الجبري في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2017، ص 8 و9.

[50]– خضراوي الأمين، التنفيذ الجبري في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2019، ص 24.

الصادر ضدهما يمكن تطبيقه عليهما مادام السند التنفيذي يتضمن إلزاما في مواجهتهما، لهذا فكلاهما مسؤولا على الدين مسؤولية شخصية [51].

واخيرا شرط الأهلية، فالقانون لم يستلزم أهلية التصرف للمدين، كون أن عملية التنفيذ مقتصرة على الذمة المالية له فقط، وتتم بطريقة جبرية [52].

ولقد اشترط المشرع على عديم التمييز أو المحجوز عليهم ضرورة توجيه الإجراءات ضد من يمثلهم كالولي أو المقدم عند تقصير هذا الأخير في حماية مصالحهم.

كما يجب أيضا متابعة الإجراءات في مواجهة من يمثل المنفذ ضده قانونا في حالة فقدانه للأهلية بسبب عارض من عوارض الاهلية كالسفه دون أن تبطل الإجراءات السابقة.

أما قبل البدء في إجراءات التنفيذ وزالت صفة النائب فلا يجوز التنفيذ لمن قام مقام المدين إلا بعد تبليغه بالتكليف بالوفاء إلزاميا طبقا للمادتين 612 و613 ق.إ.م.إ. ومن ضمن الحالات التي يمكن أن يكون عليها المنفذ ضده هي كالتالي:

– لا يجوز التنفيذ ضد ورثة المنفذ عليه في حالة وفاته قبل مباشرة عملية التنفيذ إلا بعد إعلانهم بالسند التنفيذي وتكليفهم بالوفاء.

– في حالة كان محل إقامة الورثة مجهول (غير معروف) يمكن لطالب التنفيذ أن يطالب من القضاء تعيين وكيلا يمثلهم.

طالما الأمر متعلق بالذمة المالية يمكن للدائن (طالب التنفيذ)، أن يجري عملية التنفيذ ضد المدين (المنفذ عليه) المحبوس، ولكن إجراء حبسه لا يكون إلا بتوافر شرطين منصوص عليهما في المادة 619 من ق.إ.م.إ، وإذا تحققا الشرطين يمكنه أن يطالبا القضاء لتعيين وكيل خاص سواء من عائلته أو الغير، ومن بين المدينون الذين لا يخضعون لإجراء التنفيذ هم:

---

[51]– العربي شحط عبد القادر، طرق التنفيذ في الموارد المدنية والتجارية منشورات الألفية الثالثة، الجزائر، 2008، ص 123.

[52]– محمد حسنين، نفس المرجع، ص 14.

- الدولة والأشخاص المعنوية العامة: إن المبدأ المكرس في المواد 688 و689 من ق.م.ج كقاعدة عامة لا يجوز إجراء التنفيذ على المال العام.

- الدولة الأجنبية وممتلكاتها ورجال السلك السياسي والقنصلي: تعتبر حصانة مقررة في القانون الدولي العام لعلاقة ذلك بسيادة الدول ولذلك لا يجوز التصرف والتنفيذ عليها [53].

- المدين التاجر الذي أشهر إفلاسه: يعني لا يجوز للدائن بعد صدور حكم شهر إفلاسه أن يوقع حجزا على أموال المدين، أيا كان نوع هذا الحجز، لأن نظام الإفلاس يقوم بتوقيف كل الإجراءات الفردية، وبعد ذلك يعين وكيل التفليسة لجرد أمواله وتصفيتها لاقتضاء حقوق الدائنين.

أ.3. نظام المحضر القضائي

يعتبر المحضر وكيلا عن طالب التنفيذ وممثلا للسلطة العامة في نفس الوقت، وهو موظف عمومي من رجال السلطة التنفيذية "Ministériels officies"، ويتم التنفيذ الجبري وفقا للقواعد القانونية بناء على طلب كل ذي شأن، ولا يجوز للمحضر أن يمتنع عن إجراء التنفيذ وإلا يكون مسؤولا عما يقع أثناء تأدية وظيفته مسؤولية مدنية "Responsabilité civile"، لذا عليه أن يتقيد بتطبيق إجراءات التنفيذ الواجبة في إطار اختصاصه، وذلك باحترام القواعد القانونية العامة [54].

ب. سبب التنفيذ

يقصد به الورقة أو الوثيقة أو السند التي يحوز عليها طالب التنفيذ سوآءا كانت حكما أو أمرا أو عقدا رسميا مثبتا لحقه وتكون مزدوجة بالصيغة التنفيذية، ويقوم أساس السند التنفيذي على التوفيق بين مصلحة الدائن ومصلحة المدين، ومنه يعود سبب التنفيذ إلى تأكيد الحق الموضوعي المراد اقتضاؤه جبرا من المدين [55]، لذلك يمنح القانون للدائن بيده سند تنفيذي الحق في التنفيذ الجبري [56].

---

[53]– جميلة لعور، المرجع السابق، ص 10– 12.

[54]– محمد حسنين، المرجع السابق، ص 18– 21.

[55]– خضراوي الأمين، المرجع السابق، ص 26.

[56]– أحمد خليل، أصول التنفيذ الجبري، الدار الجامعية، بيروت، 1992، ص 126.

ج. محل التنفيذ

يعتبر امتلاك المدين للأموال سواء كانت ممتلكات منقولة أو عقارية كوسيلة ضامنة لوفاء ديونه، وهذا ما يمنح لطالب التنفيذ الحق في أن يستعمل كافة الطرق القانونية ضد مدينه لاستيفاء حقه كالحجز على أموال مدينه في أي زمان ومكان وجدت إذ لم يستجيب المدين للالتزام بالوفاء، وذلك بداية من المنقولات أولا إذا وجدت، وفي حالة عدمها فينتقل التنفيذ على عقار، وهذه الأولوية التي ركز عليها المشرع في تقديم الحجز على المنقول ثم الحجز على العقار ذلك مراعاة لمصلحة المدين، وتطبيقا لأحكام المادة 620 من ق.إ.م.إ.

ج.1. الشروط الواجب توافرها في المال محل التنفيذ

- أن يكون حقا ماليا: أي يقوم على مال نقدي، اما الحقوق الشخصية كالشهادات الدراسية لا يتم الحجز عليها.
- أن يكون المال مملوكا للمدين: يضمن تنفيذ الالتزام بما له وليس بمال غيره.
- أن يكون المال من الأموال القابلة للحجز: أي لا ينص القانون على عدم الحجز عليها.
- إمكانية التصرف في المال المحجوز: أن يكون المال المحجوز قابلا للتصرف فيه وليس ممنوعا.

ج.2. الأموال الغير قابلة للحجز بسبب طبيعتها

-الأموال العامة المملوكة للدولة أو الجماعات الإقليمية أو المؤسسات العمومية ذات الصيغة الإدارية طبقا للمادة 636 من ق.إ.م.إ[57].

-الأموال الموقوفة وقفا عاما أو خاصا.

- أموال السفرات الأجنبية.
- الأموال التي لا يجوز بيعها على استقلال كحقوق الارتفاق.
- الأموال التي يملكها المدين ولا يجوز التصرف فيها كعقد هبة.

[57]-قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

ج.3. الأموال التي لا يجوز الحجز عليها رعاية لمصلحة المدين وأسرته

هي الأموال التي يمنع الحجز عليها، وذلك حفاظا على حياة المدين وأسرته وذكرها المشرع في المادة 04 و06 إلى الفقرة 13 من المادة 636 من ق.إ.م.إ[58]، وهي كالتالي:

– الأثاث وأدوات التدفئة والفراش الضروري المستعمل يوميا للمحجوز عليه وأولاده الذين يعيشون معه والملابس التي يرتدونها.

– النفقات المحكوم بها قضائيا إذا كانت قيمتها لا تتجاوز ثلثي 2/3 الاجر الوطني الأدنى المضمون.

– الكتب اللازمة لمتابعة الدراسة أو لمهنة المحجوز عليه في حدود مبلغ يساوي ثلاث مرات الاجر الوطني الأدنى المضمون والخيار للمحجوز عليه.

– أدوات العمل الشخصية والضرورية لأداء مهنة الحجوز عليه والتي لا تتجاوز قيمتها 100.000دج والخيار له

– المواد الغذائية اللازمة لمعيشة المحجوز عليه ولعائلته لمدة شهر واحد.

– الأدوات المنزلية الضرورية للمحجوز عليه وأولاده القصر الذين يعيشون معه.

– الأدوات الضرورية للمعاقين ولوازم القصر وعديمي الاهلية.

– اثاث الماشية لانتفاع المدين وعائلته وما يلزمها من تبن وعلف لمدة شهر واحد وفراش الاسطبل.

الفرع الثاني

أطر التنفيذ العيني

سنحاول عرض أهم أطر التنفيذ العيني التي سنقوم بدراستها والتي تتمحور في أطر التنفيذ العيني في التقنين المدني الفرنسي **(أولا)**، ثم أطر التشريعين الجزائري والمصري **(ثانيا)**.

[58]– المادة 636 من القانون رقم 08–09، المتضمن القانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

أولا: التنفيذ العيني في التقنين المدني الفرنسي

إن مبادئ الثورة الفرنسية أثرت على الوضع الاجتماعي، السياسي والقانوني لتشمل العديد من الدول الأوربية، وإلى جانب الحرية الفردية التي أثرت على النصوص القانونية بعد الثورة، وبفضل هذا قام نابليون باختيار مجموعة من الفقهاء لإعداد مشروع القانون المدني، ومن أبرزهم نجد الفقيه "بورتاليس" portalis" والفقيه "دوما" "Dumas" والفقيه "بوتييه" " pouthier ".

إن الفقه كان تأثيره كبير في صياغة الفصل المتعلق بآثار الالتزام وهذا ما يوضحه القانون في نص المادة 40 من.ق.م حيث نصت على: **"كل التزام بعمل أو امتناع، يترتب عليه في حالة الامتناع عن التنفيذ من المدين التعويض"**. كما جاء في نص المادة 41 من ق.م من نفس القانون على: **"إلا أنه في حالة ما إذا القيام بالعمل على وجه، مخالف لما تم الاتفاق عليه يمكن إتلاف الشيء للدائن أن يطالب إتلاف هذا الشيء، ويمكن الإذن له بإتلاف الشيء على نفقة المدين دون الإخلال بالتعويضات التي يترتب على ذلك"**.

يتضح من خلال هذين النصين أن مشروع القانون كرس القاعدة التي تقر بأن الإنسان لا يكره على فعل شيء، لا يريد القيام به، ولعل من بين العوامل التي غلبت على هذه الفكرة تتمثل في تمجيد الحرية الفردية وإعلان حقوق الانسان التي تعتبر من المبادئ التي جاءت بها الثورة الفرنسية وكذا تأثير فكر الفقهاء كونهم ذات صلة بإعداد مشروع قانون نابليون للقانون المدني [59].

ومن بين المواقف الرافضة المعلنة في فرنسا لمبدأ التنفيذ العيني بقول أحد المقررين بالهيئة التشريعية: "أن الالتزام بعمل أو الامتناع يصار إلى تعويض في حالة عدم تنفيذه من قبل المدين، فالمدين يجب ألا يكره على عمل شيء، أو الامتناع عن عمل شيء ضد إرادته، لأن إجباره يمثل انتهاكا يستحيل أن ينهض أسلوبا لتنفيذ العقود"[60].

---

[59]–Julien Clouet, Op.Cit , p.56.

[60]- Favart et fenet, Recueil Complet des Travaux Préparations du Code Civil 1827, Tome 13, P 322.

وإلى جانب أنصار المذهب الرافض لمبدأ التنفيذ العيني نجد الفقيه "لارومبير" في مؤلفة الالتزامات علما وعملا، الذي يقر على: "هكذا تقضي قاعدة "لا يكره أحد على فعل ما لا يريده" أي ان يكون للمدين كامل الحرية في تقرير تنفيذ التزامه عينيا أو عدم تنفيذه، فالمقدرة القانونية تتحطم إزاء الإرادة الإنسانية التي يستحيل قسرها بوسائل الإكراه المباشر وعلى هذا ليس للمحاكم من سبيل آخر سوى الحكم على المدين الملتزم بالتعويض".

نستنتج أن المحاكم الفرنسية تعترف بالتنفيذ العيني عملا به، وذلك طبقا لما أصدرته من العديد من الأحكام القضائية، ومن بينها الحكم الصادر عن محكمة باريس الابتدائية في 8-11-1973[61]، الذي اكدت فيه ان (الالتزام القانوني لا يشكل سوى الرابطة القانونية التي يستطيع الدائن بمقتضاها ان يستخدم وسائل الاكراه التي وضعتها السلطة العامة تحت تصرفه لإجبار المدين على القيام بعمل أو الامتناع عنه).

ثانيا: التنفيذ العيني في التشريع الجزائري والمصري

إن المصدر المادي للقانون المدني الجزائري هو التشريع الفرنسي والتشريع المصري بحيث لا يوجد اختلاف كبير بينهما ولقد تضمن الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 القانون المدني، ونظم المشرع الجزائري في الباب الثاني أحكام تتعلق بالتنفيذ العيني للالتزام[62] تحت عنوان آثار الالتزام، والفصل الأول تحت عنوان التنفيذ العيني، من المادة 164 إلى المادة 175، وخصص عشرة (10) مواد للتنفيذ العيني، حيث نصت المادة 164 من ق.م.ج على: "**يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ممكنا**"[63].

فالمشرع الجزائري لم يعرف التنفيذ العيني، بل اكتفى بالإشارة عليه في نص المادة السابقة الذكر، ويتضح منها انه تبنى لفكرة التنفيذ العيني متى كان ذلك ممكنا فقط (موجودا) ونظرا لما

---

[61]- عادل جبري محمد حبيب، المرجع السابق، ص 87.

[62]- عادل جبري محمد، المرجع السابق، ص 30.

[63]- أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

يحتويه التنفيذ من أهمية في الحياة العملية، تطرق المشرع إلى الوسائل التي يستعملها طالب التنفيذ لاسترجاع حقه والحجز على أموال المدين وهذا طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية[64]، إن المواد العشرة (10) في القانون المدني الجزائري السابقة الذكر التي خصصها المشرع للتنفيذ العيني ولم يعطي لها أهمية بالغة، وذلك لرفضه فكرة التنفيذ العيني، نظرا لما ذكرته المادة 164 في الفقرة الأخيرة، نجد المشرع الجزائري مادام ترك مسلكا واسعا للتنفيذ العيني مما يجعل المدين يتهرب منه، أما بالنسبة للعبارة التالية "متى كان ذلك ممكنا"، سهلت للمدين بوجود أسباب بعدم تمكنه من تنفيذ الالتزام عينيا أي يتهرب بعدم تنفيذ التزامه، وبالتالي يلجا إلى التعويض، ومنه يجوز تعيين مكان التنفيذ العيني بالتعويض العيني اذا اكترث المدين خطا واصبح مستحيلا بحكم القانون، أو اذا اتفق الطرفين على ذلك في حالة كان التنفيذ ممكنا، وفي هاتين الحالتين اصبح التعويض النقدي بديلا عن التنفيذ العيني[65].

وبالمقارنة مع التشريع الفرنسي نجد تناول أكثر من 20 نصا لأحكام آثار الالتزام، أي نص المادة 1134 إلى 1155 من ق.م.ف، وبالتالي نجد المشرع الجزائري أخذ بشكل مطابق كل أحكام التنفيذ العيني المصري من المواد 203 إلى 214 من ق.م.م[66].

نلاحظ أن المشرع المصري استند تقنينه المدني في التقنين المختلط الصادر بتاريخ 28 جويلية 1875 والتقنين الأهلي الصادر في 28 أكتوبر 1883 من ق.م.ف، بحيث أن القانونين المتمثلين في المختلط الصادر بتاريخ 28 جويلية 1875، والأهلي الصادر في 28 أكتوبر 1883، الذين نقلا من القانون الفرنسي قد تعرضا لمختلف الانتقادات الحادة من طرف الفقه المصري وهذا ما جعل المشرع المصري يأخذ بفكرة مبدأ التنفيذ العيني عملا به بتاريخ 18 أكتوبر 1949، حيث نصت المادة 203 من القانون المدني المصري: "**يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 219 و220 على تنفيذ التزامه عينيا متى كان ذلك ممكنا**"[67]، وطبقا لهذه المادة

---

[64]– قانون رقم 08–09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

[65]– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.2، نظرية الإلتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص405.

[66]– عادل جبري محمد، المرجع السابق، ص104 و105.

[67]– القروي بشير سرحان، المرجع السابق، ص55.

تصور المشرع المصري لمبدأ العام في التنفيذ العيني الذي يبين مدى إتفاق أطراف العقد من تعاقدهما، فالأصل في تطبيق التنفيذ في القانون المصري هو التنفيذ العيني[68].

[68]– سلطان أنور، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، للنشر، الإسكندرية، 2005، ص180.

المبحث الثاني

أساس وشروط التنفيذ العيني

إن نشأة التنفيذ العيني يعتبر من المبادئ التي تثير إشكال بين الفقهاء نجد منهم رافضون ومؤيدون له رغم اعتراف العديد من التشريعات كمبدأ التنفيذ العيني، إلّا أنّه لم يخلو من الانتقادات والآراء الرافضة كفكرة مطالبة الدائن لحقه بالتنفيذ العيني، لهذا نجد اختلاف العديد من النظريات في تطبيق أساس مطالبة الدائن لحقه بالتنفيذ العيني، فالمطالبة بالتنفيذ العيني تستوجب شروط موضوعية وأخرى شكلية وفقا لأحكام القانون المدني الجزائري والقانون المصري والفرنسي.

ولهذا سنحاول التطرق إلى أساس المطالبة بالتنفيذ العيني **(المطلب الأول)** وشروط التنفيذ العيني **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

أساس المطالبة بالتنفيذ العيني

إن معظم النظريات الفقهية ترفض حق الدائن في المطالبة بالتنفيذ الحكم القضائي تنفيذا عينيا وجبريا على أساس اختلافهما فهناك فريق معارض من الفقه في تحديد أساس المطالبة بالتنفيذ العيني **(الفرع الأول)**، بعدما برز فريق أخر يستند إلى القوة الملزمة للعقد **(الفرع الثاني)**، أخيرا فريق أخذ فترة الوفاء بالعهد **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول

النظريات التقليدية

تتفق معظم النظريات على رفض حق الدائن في المطالبة بالتنفيذ العيني ولكن تختلف في الأساس الذي تستند إليه، ومنه نستعرض أهم النظريات التي تتمثل في الالتزام البدلي **(أولا)**، نظرية عدم التنفيذ **(ثانيا)**، ونظرية حماية المدين **(ثالثا)**.

أولا: الالتزام البدلي

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

1. مضمون النظرية

مفادها أن كل التزام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل ما، أو في حالة رفض تنفيذ الالتزام يلجأ إلى التعويض فالخيار يعود للمدين إما بالوفاء بالتزامه أو بدفع التعويض[69].

2. نقد النظرية

إن تقييم فكرة الالتزام بعمل بأنه التزام بدلي تم رفضها من طرف نقاد هذه النظرية، وبالتالي يتعين إضافة الشرط الجزائري لاستقامتها ولتوازنها[70]، وفي هذه الحالة للمدين الحرية أن يختار في أن يلتزم بأداء عمل أو بدفع التعويض للدائن مباشرة، والتسليم حسب هذه النظرية ناتج عن عدم فهم الالتزام البدلي [71].

ثانيا: نظرية عدم التنفيذ

تتمثل مضمون نظرية (1)، وانتقادها (2)، فيما يلي:

1. مضمون النظرية

إن موقف الفقيه الفرنسي "مازوا" الذي أخذ بموقف شبه رافض للتنفيذ العيني حيث قال "**أن المسؤولية العقدية هي نتيجة مخالفة التزام سابق بينما المسؤولية التقصيرية في حد ذاتها التزام**".

---

[69]– القروي بشير سرحان، نفس المرجع السابق، ص 58.

[70]– مصطفاوي أمينة، أعراب زهرة، التنفيذ العيني للإلتزام، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019، ص20.

[71]–J.GEBLIR, Les obligations alternative, Rid civ, 1969, p02.

2. نقد النظرية

إن رأي أصحاب هذه النظرية غير مقنع لأنّ غرضهم هو تبيان النظرية التقليدية التي تؤسس المسؤولية على أساس الخطأ وليس التمييز بين مجال المسؤولية المدنية ومجال التنفيذ، ومنه فإنّ إنشاء التزام جديد وهو الالتزام بالتعويض يترتب عليه عدم قيام المدين بالتزاماته، فهذه النظرية تنتقد من ناحية الإعذار بحيث يتعين تنبيه وإنذاره بأن يتمسك بوفاء التزاماته، ومن ناحية عدم وفائه اتجاه الدائن فيحكم على المدين بالتعويض.

ومن هنا نستنتج أن الحكم بالتعويض يكون بعد إعذار المدين بالوفاء بالالتزام وليس تلقائيا وهذا طبقا لما نصت عليه المادة 164 من ق.م.ج وتقابلها المادة 1146 من ق.م.ف، والمادة 203 من ق.م.م[72].

ثالثا: نظرية حماية المدين

1. مضمون النظرية

تفيد هذه النظرية أنها تقوم على أساس حماية المدين وفقا لمبادئ إنسانية، وذلك باحترام القيم المادية (الجسدية)، والأخلاقية والقيم المعنوية (الروحية) وعدم المساس بها، وفي هذا الشأن يقول الأستاذ "ديكوك" إن المادة 1142 من ق.م.ف تمنع التنفيذ العيني على الإنسان، فالالتزامات التي تقع على جسد الإنسان أو النشاط الجسدي للإنسان أو مع شيء له ارتباط بجسد الإنسان أو نشاطه الجسدي، وبالتالي فإنّ أي دعوى على ما تم ذكره لا يمكن أن تكون محل للتنفيذ العيني الجبري [73].

---

[72]– القري بشير سرحان، المرجع السابق، .58 و59.

[73]–André Decocq, essaie d’une théorie générale des Droits sur la personne, thèse de doctorat en droit, Paris, 1960, p02.

2. نقد النظرية

نجد هذه النظرية تقوم على حماية المدين، فهي تبحث في الوسائل التي يستخدمها الدائن للوفاء بما التزم به عكس الأساس الذي يتوجب علينا بحثه والتطرق إليه والذي يستند إليه الدائن للمطالبة بالتنفيذ العيني الجبري وكذا المسائل المتعلقة بالتنفيذ العيني [74].

فالعودة إلى نص المادة 01 من ق.م.ف رقم 91-650 الصادر بتاريخ 9 جويلية 1991 التي تنص على أنه يمكن قهر المدين على تنفيذ كل ما التزم به وطبقا للشروط التي يعدها القانون، فاحتمال هذه المادة تكون معارضة ومخالفة مع مضمون هذه النظرية.

الفرع الثاني

القوة الملزمة للعقد كأساس لحق الدائن لإجبار المدين على التنفيذ

إنّ العقد يعتبر كقاعدة عامة شريعة المتعاقدين، بحيث من أهم المبادئ القانونية المنتجة من مبدأ سلطان الإرادة هو مبدأ القوة الملزمة للعقد وأثر مباشر للالتزامات العقدية، ويعتبر من المبادئ المستقرة في القانون المدني الفرنسي والمصري لذلك أكدت بعض التشريعات المقارنة على وجوده، وأعتبر العقد بمثابة قانون خاص للمتعاقدين ولهذا لا يجوز مخالفة أحد الأطراف للالتزامات الواردة في العقد.

فقد جاء في نص المادة 106 من ق.م.ج على: "**العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بالاتفاق الطرفين، أو الأسباب التي يقررها القانون**"، وتقابلها المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، والمادة 147 من ق.م.م.

نجد معظم الفقهاء حاولوا تقديم توضيح حق الدائن في المطالبة بالتنفيذ العيني الجبري، وفي هذا الصدد نجد الفقيه الفرنسي "ديمولومب" يقول بأن (الاتفاقيات التي تبرم بشكل قانوني وصحيح تشكل قانون المتعاقدين، وبالنتيجة فللدائن الحق في مطالبة مدينه بالتنفيذ الفعلي للالتزامات التي تعاقد عليها).

[74]– مصطفاوي أمينة، أعراب زهرة، المرجع السابق، ص22.

ويقول أيضا الفقيه "مولفيسيس" "أن التنفيذ العيني هو ترجمة للقوة الملزمة للعقد"، بمعنى عند القيام بالعقد يكون المتعاقدان ملزمان بتنفيذه أدائه بشكل تام ألا يحل أحدهما شروط التزامات العقد، وتنتقل إلى الفقيه "غيستن" الذي يقرر نفس هذا الرأي، وذلك طبقا للمادة 113 من ق.م.ف[75].

تبين هذه النظرية أنها مزجت بين تنفيذ الالتزام وتنفيذ العقد، ومهما كانت القوة الملزمة للعقد فإنه لا يتحقق بالتنفيذ العيني فقط، وإنما يمكن الاستعانة بالتنفيذ بمقابل أو المسؤولية المدنية.

الفرع الثالث

الوفاء بالعهد

يستند فقهاء هذه النظرية على فكرة الوفاء بالعهد أو ما يسمى بتعظيم تقدير الكلمة واحترامها والتمسك بها، بحيث أن صاحب الوعد ملزم بوفاء العهد أي الشيء المتفق عليه أصلا ويكون مصحوبا بالتنفيذ الفعلي للالتزام سوآءا من حيث المكان أو الزمان، وإن خالف وعده ينتج عنه اعتزاله.

ونظرا لما تعطيه هذه النظرية من قيمة ومكانة عظيمة للكلمة والوفاء بالعهد يرى الفقيه (بنفند روف) "من الواجب الأخلاقي للوفاء بالالتزام، استخلصنا الالتزام القانوني للوفاء بالالتزام، وكذلك منحنا الدائن الحق بالتنفيذ في كل الحالات والظروف".

ومعظم الفقهاء ايدوه ومن بينهم الفقيه (قرتيوس) (GRTIUS) والفقيه (ريبر) (ripert) يرى أنه من اثار الوفاء بما توعد به المدين لم يلتزم بتنفيذ الشيء المتفق عليه للدائن، وأنه بفضل مكانة وقوة العهد الذي أعطى من شأنها أصبح الدائن معتبرا نفسه مالك الشيء وله حق وسلطة عليه[76].

بالغت هذه النظرية باعتبار الكلمة ذو مكانة عالية (أهمية جوهرية) والأمان القانوني والغاية التي تسعى تحقيقها تكون من جهة الدائن، عكس جهة المدين فامتناع عن التنفيذ يحقق له فائدة

---

[75]– القروي بشير سرحان، المرجع السابق، ص60 و61.

[76]– مصطفاوي أمينة، أعراب زهرة، المرجع السابق، ص23.

اقتصادية كبيرة (رأس مال) وهذا ما أكدته السيدة (فريسون روش) أن هذه النظرية معارضة مع الفقه الفرنسي وبالتالي فإنّ مصدر التزام القانون الفرنسي لا يعترف بالإرادة المنفردة للعقد[77].

المطلب الثاني

شروط التنفيذ العيني

يعتبر التنفيذ العيني بأنه تنفيذ عين ما التزم به المدين، بحيث انه حق الدائن وواجب المدين، فإذا طلب الدائن من المدين القيام بالتزامه لا يجوز لهذا الأخير القيام بالتعديل أو التعويض، وتنفيذ الالتزام من المدين لا بدا أن يقوم به بمحض إرادته وباختياره ضمن الشروط المتفق عليها، والا يمكن للدائن ان يقوم بإجباره على تنفيذ التزاماته.

وللمطالبة بالقيام بتنفيذ الالتزام تنفيذ عينيا لابد من توفر شروط موضوعية **(الفرع الأول)** وأخرى شروط شكلية **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

الشروط الموضوعية

تعتبر الشروط الموضوعية ضرورية للتنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا ومن أهم هذه الشروط نجد شرط إمكانية التنفيذ العيني **(أولا)** وشرط عدم ارهاق المدين هي التنفيذ العيني **(ثانيا)**، وأخيرا شرط عدم المساس التنفيذ في حرية المدين **(ثالثا)**.

أولا: شرط إمكانية التنفيذ العيني

يقصد به ان يكون ممكنا أي غير مستحيل، بحيث يحق للدائن إجبار المدين بالمطالبة بالتنفيذ العيني إن استطاع القيام به (ممكنا)[78]، ولا يجوز العدول عن هذا الأخير إلا باتفاق

---

[77]– القروي بشير سرحان، المرجع السابق، ص 62.

[78]– حمدي أحمد سعد أحمد، القيمة العقدية للمستندات الإعلانية (دراسة مقارنة بين القانون المدني "المصري–الفرنسي" والفقه الإسلامي)، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص 141.

الطرفين (المدين والدائن) صراحة وضمنا على التنفيذ بمقابل التعويض[79]، وينقضي الالتزام دون تعويض إذا أصبح مستحيلا استحالة مادية كهلاك الشيء[80]، أو إذا كان سبب الاستحالة فعل أجنبي لا دخل للمدين فيه[81]، وذلك طبقا للمادة 307 من ق.م.ج التي تنص على "ينقضي الالتزام إذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي خارج عن إرادته" وتقابلها نص المادة 373 من ق.م.م، وإذا كانت استحالة التنفيذ قانونية نشأت بخطأ المدين [82]، يعني بفعل امتناع المدين عن القيام بالتزامه، فيحكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه طبقا لنص المادة 176 من ق.م.ج.

ولاعتبار التنفيذ العيني ممكنا يتطلب ألا يكون اعتداء يمس بالحرية الشخصية للمدين إلزامه على أداء التنفيذ شخصيا، كإلزام الممثل بالتمثيل في رواية، ولا يمكن إلزام المدين على التنفيذ العيني إذا أبى عن القيام بالتزامها اختياريا[83]، أما إذا كان مصدر الاستحالة راجع إلى المدين بسبب تعذره عن تنفيذ التزامه فهذا لا يعتبر استحالة تنفيذ عكس إذا كانت الاستحالة مصدرها أجنبيا عن المدين فهي تمثل استحالة تنفيذ[84]، فهنا تتحلل الرابطة القانونية ويفسخ العقد بقوة القانون، ويشترط في القوة القاهرة في الاستحالة أن تكون مطلقة ولا نسبية، مثال ذلك كانتشار مرض، أو إصابة الآلات الميكانيكية بتلف مفاجئ[85].

---

[79]–علي بلحاج العربي، أحكام الالتزام في ضوء الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 145 و146.

[80]– بسام سعيد جبر جبر، ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورها في منع تراخي تنفيذ العقود، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011، ص 27.

[81]–محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الصدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2010، ص 21 و22.

[82]– سلطان أنور، المرجع السابق، ص 50.

[83]– عبد الفتاح عبد الباقي، أحكام الإلتزام، مطبعة النهضة، القاهرة، 2013، ص 40 و41.

[84]–نورة بن عبد الله، إنقضاء الإلتزام لإستحالة التنفيذ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2013، ص 14.

[85]– سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام، العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير مشروع، الإثراء بالسبب، القانون مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009، ص 253.

ومنه تعتبر الاستحالة في التنفيذ امتناع المدين بصفة مطلقة عن تنفيذ التزامه العقدي بسبب طرف أجنبي خارج عن إرادته، فالمدين غير ملزم بالتنفيذ ولا بالتعويض، أما إذا كان عكس ذلك وكان خارج عن نطاق السبب الأجنبي، أو أخل بالوفاء بالتزامه وأدى ذلك إلى وقوع الضرر فهنا يتعين على المدين دفع التعويض جراء هذا الإخلال.

نجد المشرع الجزائري لم يعرف الاستحالة، وبالمقارنة مع الفقه المصري ترى محكمة النقض المصرية أنها لم تعرف الاستحالة بل تنازل عن أحد شروطها يعني أن تكون الاستحالة مطلقة.

أما الفقه الفرنسي نجد رأي كل من الفقيه (بلانيول وريبار) لم يقدم تعريف لاستحالة التنفيذ وإنما تطرق إلى القوة القاهرة كموضوع ونفس الشيء بالنسبة لموقف القضاء[86].

ثانيا: شرط عدم إرهاق المدين في التنفيذ العيني

يقصد بالتنفيذ العيني المرهق تنفيذ محتمل الوقوع في حد ذاته وليس مستحيلا، ويكون الإرهاق شديد الصعوبة، ويتسبب ضرر جسيما للمدين [87] ولقاضي الموضوع تقدير درجة خطورة الضرر الذي يلحق المدين، فعليه أن يقوم بإجراء الموازنة بين المصالح المتعارضة، وذلك بحمايته وتفادي تعرضه للضرر من كل جوانبه.

يحق للدائن المطالبة بالتعويض جراء الضرر الذي يلحقه التنفيذ العيني للمدين، وذلك طبقا لمبدأ "عدم جواز تعسف في استعمال الحق" وطبقا للمادة 124، والمادة 176و788 من ق.م.ج[88].

وفي حالة إذا كان التنفيذ بطريق التعويض يتسبب ضررا جسيما للدائن، فالتعويض النقدي من طرف المدين يكون غير مقبول، بل يستوجب التنفيذ العيني مهما كانت درجة خطورته [89].

---

[86]– نورة بن عبد الله، المرجع السابق، ص 21 و22.

[87]– بلحاج العربي، أحكام الالتزام في ضوء الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص147.

[88]– بومالي فروجه، صور تنفيذ الإلتزام، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019، ص21.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 785 من ق.م.ج على: "**إذا كان من أقام المنشأة المشار في المادة 784 يعتقد بحسن النية أن له الحق في إقامتها فليس لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو مبلغ يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب هذه المنشأة عدا ما لم يطلب صاحب المنشأة نزعها غير أنه إذا كانت المنشأة قد بلغت حدا من الأهمية، وكان تسديدها مرفقا لصاحب الأرض جاز له أن يطلب مالك الأرض لمن أقام المنشأة نظير تعويض عادل**"[90].

بالمقارنة مع التشريع المصري نجد نص المادة 203 من ق.م.م نصت على قاعدة إجبار المدين على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، ويشترط في الفقرة الثانية أن لا يتعرض المدين لإرهاق في تنفيذ التزامه وإلا بقوة بدفع التعويض، أما التشريع الفرنسي تضمن نفس أحكام المشرع الجزائري في المادة 555 من ق.م.ف[91].

ثالثا: شرط عدم مساس التنفيذ بحرية المدين الشخصية

يقتضي لإجراء التنفيذ العيني ضرورة تدخل المدين شخصيا ولتحقيق ذلك التنفيذ على المدين أن يكون قد قام به بنفسه، ومن ثم في هذه الحالة المدين يكون مصر على عدم التنفيذ فلا يجوز إكراه المدين مباشرة على التنفيذ العيني بل يمكن اللجوء إلى نظام الإكراه المالي أو الغرامة التهديدية، وإن لم تصلح هذه الوسيلة فالمدين القضاء بالتعويض بدلا من التنفيذ العيني مع مراعاة الضرر الذي أصاب الدائن[92].

هذا الشرط لم يتضمنه نص صريح في القانون المدين الجزائري، أو القانون المدني الفرنسي، أو المصري، فهذا يعود إلى طبيعة المعاملات بين الأفراد، وذلك بخضوعها إلى قواعد أساسية في

---

(89)– بلحاج العربي، أحكام الإلتزام في ضوء الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص148.

(90)– نص المادة 785 من الأمر رقم 75–58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

(91)– أحمد عواد سلامة البنيان، وسائل إجبار المدين على التنفيذ العيني، ج.2، دار اليازوزي العلمية للنشر والتوزيع، عمان، 2019، ص 83.

(92)– رمضان محمد أبو السعود، أحكام الإلتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص57.

المجتمع المدني، وتجد بعض الشروط التي تستلزم وجوب أن يكون الشرط مشروعا، أو يكون بسند تنفيذي، وذلك للوصول إلى التنفيذ العيني [93].

الفرع الثاني

الشروط الشكلية للتنفيذ العيني

يستوجب في الشروط الشكلية إعذار المدين بحيث يعتبر شرط ضروري لإجبار المدين على تنفيذ التزامه إن لم يقم به إراديا، فعلى الدائن في هذه الحالة إجبار أو حث المدين على تنفيذ التزامه، وذلك بتقديم إعذار له، ولتحقيق هذا الأخير يستلزم توفر شروط موضوعية **(أولا)**، وشروط شكلية **(ثانيا)**.

أولا: الشروط الموضوعية للإعذار

تتوفر في الشروط الموضوعية للإعذار شرط التأخير **(1)**، أن يكون الحق مشروع ومحمي قانونا **(2)**، وأن يكون معين المقدار ومستحق الأداء **(3)**.

1. شرط التأخير

يشترط في التأخير عن تنفيذ الالتزام أن يكون غير مبرر بسبب المدين، وهذا ما يدفع الدائن للمطالبة بالتنفيذ العيني بإعذار المدين للوفاء بالدين، وإذا كان سبب التأخير راجع للدائن أو وجود قوة قاهرة فهنا لا يتطلب ذلك إعذار المدين [94].

2. أن يكون الحق مشروع ومحمي قانونا

يتعين على الدائن عند تنفيذ الالتزام، أن يكون حقه مشروعا أي يتفق مع أحكام القانون أو محمي قانونا، فإذا كان حقه غير مشروع وخارج عن القانون، فإنّ الدائن ليس له الحق في توجيه الإعذار على المدين لأنه يكون مخالف للنظام العام كالدين الذي سقط بالتقادم.

---

[93]– القروي بشير سرحان، المرجع السابق، ص 66.

[94]– مصطفاوي امينة، أعراب زهرة، المرجع السابق، ص 27.

3. أن يكون معين المقدار ومستحق الأداء

يجب أن يكون الدين مقدار قائم على أسس ثابتة في تقديره، ومستحق الأداء ومحقق الوجود، فإذا لم يتوفر ذلك لا يستوجب وجود الأعذار، وإذا كان ذلك الحق واقف على شرط ولم يتحقق هذا الأخير، فلا يمكن للدائن البدء في تنفيذ إجراءات الإعذار.

ثانيا: الشروط الشكلية للإعذار

تتمثل الشروط الشكلية من خلال تقديم الأعذار، وذلك باستخدام شكلية، وذلك نجد الإنذار **(1)**، الاتفاق على اعتبار المدين معذرا بمجرد حلول الأجل **(2)**، وكذا التبليغ عن طريق البريد**(3)**.

1. الإنذار

نص القانون المدين الجزائري على الإنذار في المادة 180 على أنه: "**يكون إعذار المدين بإنذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المدين في هذا القانون كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي اجراء أخر**"[95].

حيث بالإنذار يطلب الدائن من المدين تنفيذ التزامه بأقصى سرعة ممكنة، ويبين نيته في عدم التسامح له بالتأخير وإلا يكون مسؤولا، وذلك يفرض عليه عقوبات شديدة ومؤكدة، ويتم الإنذار بأي ورقة رسمية أخرى تقوم مقام الإنذار[96].

2. الاتفاق على اعتبار المدين معذرا بمجرد حلول الأجل

إن الأعذار لا يكون بمجرد التأخير عن تنفيذ الالتزام، وبالتالي يتعين على الدائن أن يعبر صراحة عن عدم تراخيه وامتناع المدين عن تنفيذ التزامه بالطريقة التي حددها القانون إلّا أنّ

---

[95]– راجع المادة 180 من الأمر رقم 75–58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[96]– محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2004، ص 53.

القاعدة العامة نصت على استثناء إذ يجوز على اعتبار حلول أجل استحقاقا لالتزام في حد ذاته إعذار، وذلك باتفاق الطرفين على ذلك، وفقا للمادة 180 من ق.م.ج، تقابلها المادة 219 من ق.م.م، والمادة 1146 من ق.م.ف[97].

3. التبليغ عن طريق البريد

إن إجراءات تبليغ الإعذار للمدين يتم عن طريق البريد وتضمنت تنبيه المدين بتنفيذ التزامه وجوبا، وهي نفس الإجراءات في المادة 180 من ق.م.ج، ويقابلها القانون المصري في نص المادة 219 مدني مصري والقانون المدني الفرنسي في المادة 1146، ويتوجب أن تكون كتابة لسهولة إثبات توجيه الإعذار.

إن تقدير الإعذار بطريق البريد السلطة التقديرية للقاضي، وإلى جانب جواز حصول الإعذار في بعض أحكام القضاء، وأما الإعذار في المسائل التجارية لا يشترط الورقة الرسمية وإنما بيع مسار العرق التجاري.

فنص القانون المصري عدم استحقاق قواعد التأخير من يوم المطالبة القضائية، أما الإعذار فأنه يكتفي به القانون الفرنسي، أما رجوعا إلى نص المادة 186 من ق.م.ج التي تنص على: **"التأخير في استحقاق التعويض من وقت وضع الدعوى، إذا كان محل الالتزام قيمة مالية محددة المقدار بين الأفراد"**[98].

---

[97]– القروي بشير سرحان، المرجع السابق، ص 70.

[98]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 54.

الفصل الثاني

الوسائل القانونية للتنفيذ العيني للالتزام

أحيانا يلجأ الدائن إلى استخدام وسائل قانونية لإكراه المدين وحثه على التنفيذ بما تعهد به، بما تحقق المصلحة لصاحب الحق، ونتيجة لضرورة التنفيذ العيني في الحياة العملية يقتضي تدخل المدين شخصيا لإنجازه، فإذا أجبر على القيام بالعمل المتفق عليه رغما عنه يمس برضا المدين ويؤثر على حريته الشخصية في حالة امتناعه عن الوفاء اختياريا، وقد سعت كل التشريعات المقارنة منها الجزائر، مصر، فرنسا لوضع نظام قانوني يحقق الحماية اللازمة لحقوق الدائن، لذا وجب وضع آليات فعالة في سبيل حماية مصالح الدائن في حالة الإخلال في التنفيذ، وكذلك حمل المدين الممتنع عن الوفاء بالالتزام بكسر عناده يقضي تدخل السلطة العامة لقهره على تنفيذه التزامه، وإذا لم تفلح هذه الوسائل يتحتم اللجوء إلى التنفيذ عن طريق التعويض.

تأسيسا على ذلك فلا بد من بيان الوسائل المباشرة التي يلجا اليها الدائن للتنفيذ العيني **(المبحث الأول)**، والوسائل غير المباشرة التي يتبعها الدائن لتحقيق التنفيذ العيني **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

الوسائل المباشرة للتنفيذ العيني

ليتحقق التنفيذ العيني هناك طرق ووسائل يتطرق إليها الدائن لإجبار مدينه على تنفيذ وتحقيق التزاماته، بحيث يجبره على الوفاء بما التزم به، فهذه الوسائل تضمن احترام تنفيذ الالتزام، دون المساس بشخصية المدين، وذلك لتحقيق المساواة والعدل في الحياة القانونية، ولتحقيق التنفيذ العيني يجب أن تكون هناك إجراءات مباشرة تمارس على مال المدين **(المطلب الأول)**، وأيضا هناك إجراءات مباشرة تمارس على الالتزامات غير النقدية **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

الإجراءات المباشرة على مال المدين تحقيقا للتنفيذ العيني

هناك اختلافات في الإجراءات المباشرة التي يعقد عليها الدائن للتنفيذ على أموال المدين، وذلك لتحقيق التنفيذ العيني، مما يجعله يقوم بالتنفيذ عن طريق التعويض العيني **(الفرع الأول)**، واللجوء إلى الحكم يقوم مقام لتنفيذ العيني **(الفرع الثاني)**، والتنفيذ العيني على نفقة المدين **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول

التعويض العيني

إن التنفيذ العيني يشمل التزامات إما بنقل حق عيني أو القيام بعمل، فإذا لم يوفي به المدين، فعلى الدائن إجبار المدين بتنفيذ الالتزام، وعليه فعلى هذا الأخير اللجوء إلى التنفيذ العيني المباشر وذلك بمساس شخصية المدين وهذا غير ملائم إلا إذا قدم بنفسه، لذا على الدائن اللجوء إلى الوسائل غير المباشرة لقهر المدين على تنفيذ ما التزم به، وإذا لم تنجح هذه الوسائل لجأ الدائن إلى التنفيذ بطريق التعويض، الذي يهدف إلى إصلاح الضرر بإعادة المضرور إلى الحالة التي كان عليها في الحالة الأولى قبل وقوع الضرر، وهذا ما نصت عليه المادة 132 من ق.م.ج التي: "**يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ويصح أن يكون التعويض مقسما كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بقدر تأمين، ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز**

للقاضي، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم، وذلك **على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع**"[99].

بالرجوع إلى نص المادة 176 من ق.م.ج قد استعمل مصطلح التعويض وحكم عليه بالتعويض عن الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ومن هنا يحتمل أن يكون تعويضا عينا أو يكون تعويضا نقديا، وللقاضي السلطة التقديرية في تحديد نوع التعويض الذي يتلاءم مع طبيعة الضرر، وكيفية جبره طبقا للمادة 176 و177 من ق.م.ج المطابقة مع أحكام المادة 215 و216 من ق.م.م، وكذلك تقابلها المادة 1382 من ق.م.ف.

وعليه نجد المشرع الجزائري والمصري والفرنسي لم يثبتوا أي طريقة للتعويض بل أشار فقط إلى قاضي الموضوع الذي يتميز بالسلطة التقديرية في تحديد طبيعة التعويض على حسب الضرر المتوفر والتعويض عنه، وهذا التعويض إما أن يكون تعويضا نقديا أو عينيا، وذلك بالنظر إلى طلب المضرور طبقا نص المادة 132 من ق.م.ج وتقابلها المادة 215 من ق.م.ف.

إنّ الأصل في التنفيذ العيني هو التعويض العيني، لكن نجد أن المشرع الجزائري أوجد استثناء والمتمثل في التعويض النقدي، وفي حالة وجود نزاع في هذا الصدد يمكن للقاضي يمكن أن يختار التعويض العيني بدلا من التعويض النقدي، وذلك لجبر الضرر، ولتحقيق المساواة بين الدائن والمدين.

سنتعرض لأهم أنواع التعويض المتمثلة في التعويض العيني المادي **(أولا)**، والتعويض عن الضرر المعنوي **(ثانيا)**.

أولا: التعويض العيني المادي (الجسدي)

يكون التعويض دائما لمصلحة المتضرر، وذلك بالتعويض العيني عن كل الأضرار التي نجمت عنه، وقد أجاز القضاء الفرنسي في بداية القرن العشرين للناقل إصلاح الضرر عن المواد التالفة،

[99]–القروي بشير سرحان، المرجع السابق، ص 86.

وذلك أثناء عملية النقل، وذلك في حالة عدم وصولها للمكان المتفق عليه في حالة جيدة، وفي حالة أخر خاصة بعقد الايجار نجد القضاء الفرنسي رفض الحكم على المستأجر بإعادة بناء المنزل المحترق الذي كان سبب خطئه وذلك استنادا لنظرية الإثراء بلا سبب اذ ان إعادة البناء تعود على المالك وليس على المستأجر[100].

وفي الأخير نجد أن القانون المدين الجزائري، ينص صراحة على أن المستأجر الذي يقوم بأي تغيير للعين المؤجرة غير مسموح له، فعليه بالتعويض وإعادة الحالة كما كانت عليه سابقا[101].

ففي حالة التعويض عن الضرر الجسدي فإنّ القضاء الجزائري لم يصرح أحكاما يقضي من خلالها بإصلاح الضرر الجسدي، وإنما بالتعويض النقدي، ولا يوجد أي نص أو مبرر على تنظيم عملية زرع الأعضاء البشرية في الجزائر، إلا بعد ظهور القانون المتطلع لزراعة الأعضاء البشرية فإنه يمكن تطبيق فكرة التعويض.

أما إذا كان التعويض نقديا في هذه الحالة فعلى القاضي أن يأمر برجوع الحالة إلى ما كانت عليه، وهذا بالنسبة للأضرار المادية، أما الصعوبة نجدها في الأضرار الجسدية المعنوية التي بها يحكم القاضي بجبر الضرر، وبالرجوع إلى نص المادة 182 مكرر من ق.م.ج التي تنص على: "**يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة**". وبالتالي فالقاضي له السلطة التقديرية في تحديد قيمة التعويض المناسبة[102].

كما يتحقق التعويض العيني عن الضرر الجسدي بالنسبة للطبيب الذي يقوم بعملية جراحية وفشل فيها، ثم يعوض الطبيب بزرع أعضاء جديدة للمتضرر[103].

---

[100]–محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1978، ص53.

[101]– انظر المادة 492 من القانون المدني الجزائري.

[102]– القروي بشير سرحان، المرجع السابق، ص 90 و91.

[103]– نصير صبار لفتة، التعويض العيني (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة النهرين، القاهرة، 2001، ص 160 و161.

وخلاصة القول نجد في التعويض عن الأضرار الجسدية فيها صعوبة لإيجاد وتقدير قيمة التعويض بحيث يخضع لعنصرين الربح والخسارة.

ثانيا: التعويض عن الضرر المعنوي

يعتبر التعويض عن الضرر المعنوي من المبادئ التي اثارت خلافا فقهيا وقضائيا كبيرا في القديم، حيث كانت احكام القضاء ترفض هذا المبدأ كونه يصعب تقويم نتائجه واثاره بالنقود على أساس أنه متعلق بالحالة النفسية للأشخاص، إلّا أنّ أول مرة اقره القضاء الفرنسي في حكم قضائي صادر عام 1833 اعترف به بنصوص صريحة على اعتبار أنّ الضرر المعنوي هو اذى يصيب الانسان في شعوره أو شرفه أو كرامته.

ومنه فالضرر المعنوي يصيب المضرور في معنوياته وقيمه أي شعوره بالألم والحزن وتشويه السمعة، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 182 مكر مدني التي تنص على: "**يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة**"، لهذا يصعب جبره بالمال لعدم وجود معيار نقدي مباشر لتحديد القيمة المالية لصور الضرر المعنوي، وبما أنّ التعويض يحدد بمقدار الضرر الذي أصاب المضرور فإنّ العنصر الوحيد الذي يساعد على تقدير الضرر المعنوي والتعويض عنه في رأي الفقه هو الظروف الملابسة أي تدخل الظروف الخاصة بالمضرور.

ولقد أصر بعض الفقهاء على القاضي بالحكم ان يعتد بالعوامل الخارجة عن الضرر في تقدير التعويض كجسامة خطا المسؤول وظروف حدوث الضرر والمركز المالي والاجتماعي لكل من المضرور والمسؤول، ولكن انتقد على أساس تقدير التعويض يقضي بعدم الاعتداد بهذه العوامل.

ومنه فالقاضي له الحرية الكاملة والسلطة في تقدير التعويض المعنوي بشرط التقيد بمقدار الضرر، وهذا الأخير يقوم بتقديرها قاضي الموضوع دون رقابة من المحكمة العليا[104].

ومن هنا نستنتج ان التعويض عن الضرر المعنوي في كلا التشريعات المقارنة الفرنسي، المصري والجزائري يعتبر ترضية مالية للمضرور أي إعطاء له بديل قصد التخفيف عن وقع الضرر عليه ومواساته وتحقيقا لرد الاعتبار له.

[104]– عادل جبري محمد حبيب، المرجع السابق، ص391.

الفرع الثاني

الحكم يقوم مقام التنفيذ العيني

الأصل في التنفيذ العيني هو أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه عينيا للدائن، لكن إذا لم يستوفي المدين بالتزاماته يلجأ الدائن إلى طريقة أخرى تتمثل في حكم القاضي يقوم مقام التنفيذ العيني.

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 171 من ق.م.ج: "**في الالتزامات بعمل قد يكون حكم القاضي بمثابة سند التنفيذ إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام، مع مراعاة المقتضيات القانونية والتنظيمية**"[105]، وتقابلها نص المادة 210 من ق.م.م، أما المشرع الفرنسي لم يتضمن حكما صريحا في حكم التنفيذ العيني إلّا أنّ هناك نصوص قانونية أخرى من القانون المدين الفرنسي التي أخذت بأن حكم القاضي يقوم مقام التنفيذ العيني لالتزامات المدين[106].

ومنه سنتناول الحكم في الوعد بعقد رضائي **(أولا)**، والوعد بعقد شكلي **(ثانيا)**، ودعوى صحة التعاقد **(ثالثا)**.

أولا: الوعد بعقد رضائي

يعتبر عقد موعود به، ويكمل بتطابق الإرادتين، ويكون الوعد بالتعاقد، كأن يتفق شخص مع شخص آخر مالك لعقار بأن يقدم له وعد ببيعه له ذلك العقار، من خلال مدة معينة، وبالتالي يستلزم على مالك العقار، الوفاء بوعده طوال تلك المدة[107].

وإذا أخل بوعده يلجأ الدائن إلى القضاء يصدر حكما ضد الواعد، بحيث تبنى المشرع الجزائري الحل القانوني في نص المادة 72 من ق.م.ج على أنه: "**إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه**

---

[105]– المادة 171 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[106]– عادل جبري محمد حبيب، المرجع السابق، ص391.

[107]– مصطفاوي أمينة، أعراب زهرة، المرجع السابق، ص36.

المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد"[108].

وعليه فإنها تتطابق مع المادة 102 من ق.م.م بحيث يكمن اختلاف بسيط فقط، أما الحكم الذي يضمنه القانون الفرنسي فهو نفسه يتطابق من تلك المواد المذكورة سابقا، وينص ذلك في نص المادة 1589 من ق.م.ف التي تنص على: "**الوعد بالبيع يقوم مقام البيع، إذا اتفق المتعاقدان على المبيع والثمن**"[109].

وأخيرا عند الوعد بالتعاقد يكون التنفيذ نهائي ولا جدل في ذلك لأنه يعتبر تنفيذا عينيا، وإذا أخل الواعد بوعده فعلى القضاء بالتدخل بإصدار حكم ضد الواعد بثبوت العقد.

ثانيا: الوعد بعقد شكلي

يجب عند الاتفاق بإبرام عقد موعود فيه أن يتم حسب الشكل الذي أقره القانون كعقد الهبة، أي يكون بنفس الشكل وإلا وقع باطلا، فبالتالي إذا أبرم عقد في ورقة عرفية فيعتبر ذلك وعدا باطلا، أما إذا كان في ورقة رسمية فيكون نافذ[110].

وتكمن الصعوبة في تحديد طبيعة الالتزام التي تكون من طرف الواعد الملتزم بالتعاقد أما الموعود له الخيار إما أن يقبل أو يرفض خاصة ما يتعلق بالتنفيذ العيني، فتجد موقف التشريع الفرنسي والاجتهادات القضائية وبعض الفقهاء، الذين يرون أن الواعد الذي له نية سيئة ويرفض التوقيع على العقد الرسمي وتلزمه المحاكم على توقيع عقد البيع، وذلك باستناد المحاكم الفرنسية على نص المادة 1139 من ق.م.ف[111]، أما في التشريع الجزائري، تنص أحكام المادة 123 مكرر 1 من ق.م.ج على ما يلي: "**من وعد الجمهور بجائزة يعطيها عن عمل معين يلزم بإعطائها لمن قام بالعمل، ولو قام به بدون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم به.**

---

[108]– المادة 72 من الأمر رقم 75–58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[109]–Julien Coulet, op.cit, p178.

[110]– علي عمر الشامسي، فسخ العقد، المركز القومي للإصدارات القانونية، د.ب.ن، القاهرة، 2010، ص 207.

[111]– Julien Clouet, op – cit. p189.

وإذا لم يعين الواعد أجلا لإنجاز العمل، جاز له الرجوع في وعده بإعلان الجمهور على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد.

يمارس حق المطالبة بالجائزة تحت طائلة السقوط في أجل ستة (6) أشهر من تاريخ إعلان العدول للجمهور"[112].

من هنا نستخلص أن المشرع الجزائري تضمن أحكام تتعلق بالوعد بالجائزة، فتنفيذ الالتزام إما يكون عينيا أم عن طريق التعويض.

ثالثا: دعوى صحة التعاقد

تبين هذه الدعوى صحة عقد البيع ونفاذه، فمن الضروري في حالة الالتزام بنقل حق عيني ان يقوم المدين باحترام القواعد اللازمة لنقل الملكية للمشتري، فمثلا مالك العقار عند بيعه للعقار يتوجب عند نقله للملكية ان يقوم بكافة الإجراءات اللازمة بتسجيل البيع والتصديق والامضاء عليه، وإذا خالف ولم يقم بوعده أي رفض تنفيذ التزامه يحق للدائن اجباره قسرا برفع دعوى يتطلب فيه الحكم بثبوت البيع وصحة نفاذه، وبالتالي يصبح هذا الحكم في حالة صدوره سندا للمشتري ويجوز له ان يسجل هذا الحكم باعتباره سندا قاطعا على وقوع البيع ومنه تنتقل الملكية دون تدخل البائع [113].

الفرع الثالث

التنفيذ العيني على نفقة المدين

إذا أخل المدين على تنفيذ التزامه أي الامتناع عن عمل، في هذه الحالة يمكن للدائن أي يحصل على إذن من القاضي بإزالة الإخلال على نفقة المدين [114].

نجد أن المدين ليس هو دائما من يقوم بتنفيذ الالتزام، بل يمكن أن نجد شخصا آخر غيره، وهنا يمكن للمدين أن يقوم بالتنفيذ العيني أو يقوم به شخص آخر [115].

---

[112]– المادة 123 مكرر 1 من الأمر رقم 75–58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[113]– مصطفاوي أمينة، المرجع السابق، ص17.

[114]– أحمد عواد سلامة البنيان، المرجع السابق، ص 238.

وأن المشرع الجزائري نص عليها في المادة 170 من ق.م.ج 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**" وكما نصت المادة 173 من نفس القانون على: "**إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام، جاز للدائن ان يطلب إزالة ما وقع مخالفا للالتزام ويمكنه ان يحصل من القضاء على ترخيص للقيام بهذه الازالة على نفقة المدين**"، وتقابلها المادتين 209و212 من ق.م.م، وأما المادة 1143 من ق.م.ف تضمنت بقولها على: "**للدائن الحق في طلب إزالة الفعل المخالف للالتزام على نفقة المدين دون الاخلال بحقه في التعويض**"، وكذلك المادة 1144 من نفس القانون تضمنت بقولها: "**يجوز للدائن في حالة رفض المدين عن تنفيذ التزامه ان يقوم هو شخصيا بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين، ويتوجب عليه دفع قيمة مالية مسبقة لتنفيذ هذا الالتزام**".

وهنا تشير إلى وجوب حصول الدائن على إذن مسبق من القضاء لتنفيذ الالتزام على نفقة المدين، في حين هناك رأي آخر بأنه يعفى من الترخيص القضائي في الحالات الاستعجالية.

بالرغم من أن طلب الإذن من القاضي مسبق حتى ولو كانت حالة استعجالية، مثال كهدم بناء وهذا ما نصت عليه المادة 173 من ق.م.ج، لكن هذه المادة هي التي تؤكد على الحالة الاستعجالية[116].

---

[115]– عادل جبري محمد الحسيب، المرجع السابق، ص 404.

[116]– القروي بشير سرحان، المرجع السابق، ص 39.

–المادة 209 من القانون المدني المصري تنص على" في الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن ان يطلب ترخيصا من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا " وأيضا المادة 212 من نفس القانون تنص على "إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل، واحل بهذا الالتزام جاز للدائن ان يطلب إزالة ما وقع مخالفا للالتزام، وله ان يطلب من القضاء ترخيصا في ان يقوم بهذه الازالة على نفقة المدين".

–L'article 1143 du code civil français : **« Néanmoins, le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention a l'engagement soit détruit ; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêt s'il y a lieu »**.

ومن خلال هذه المواد نلاحظ أن هناك تطابق في احكام التنفيذ على نفقة المدين في كل من التشريع الجزائري، المصري والفرنسي.

المطلب الثاني

التنفيذ العيني للالتزامات غير النقدية

يعتبر الالتزام في التنفيذ العيني واجب قانوني يقع على عاتق المدين، فيستوجب عليه القيام بعمل، وذلك لصالح الدائن، فنجد اختلاف في كيفية التنفيذ العيني، وذلك باختلاف موضوعها أو محلها، فالمدين في هذه الحالة مجبرا على تنفيذ التزامه استجابة لعنصر المسؤولية، أو بالتنفيذ الاختياري بإرادة المدين وذلك بوفائه بما التزم به.

ومن هنا نقوم بتقسيم الالتزامات إلى الالتزام بإعطاء شيء **(الفرع الأول)**، والالتزام بعمل **(الفرع الثاني)**، وأخيرا الالتزام بامتناع عن عمل **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول

الالتزام بإعطاء شيء

يتمثل الالتزام بمنح شيء ما اي بتقديم المدين ملكية شيء ما أو بالتزام عيني، وبذلك يتحقق الالتزام لكن نجده يختلف من نوع ذلك الشيء، فبالتالي يمكن أن يرد على منقول أو على عقار بحيث نجد لكل منهما طريقة خاصة به.

فنجد مثلا نقل الملكية التي تكون على منقول بذاته، وذلك بتسليم الشيء إلى المشتري، فهنا المدين ما عليه إلا القيام بتسليم الشيء، وتنتقل تلك الملكية بالاتفاق الموجود بين طرفي العقد [117].

ويعرف الفقهاء المعاصرون الالتزام أنه التزام ينقل حق عيني إلى الدائن.

-L'article 1144 : « **Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorise à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur .celui-ci peut être condamne à faire l'avance des sommes nécessaires à cette exécution** ».

[117]– الشرقاوي جميل، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 31.

فإن نقل الملكية في الاتجاه القانوني الجديد تكون بتطابق الإرادتين، وذلك دون إجراء أي إجراءات شكلية مما جعله لم يظهر في القانون المدني بل في بعض العقود الخاصة.

والمعنى الحقيقي لتحديد فكرة الالتزام بمنح الشيء يستدعي أولا مفهومه، وحسب المادة 1136 من ق.م.ف، فإنّ النقل الفوري يتجاوز أساس القانون المدني، لذا يصعب التوفيق بين النقل الفوري للملكية وبين تقسيم العقود من حيث عقود رضائية وعقود شكلية [118].

الفرع الثاني

الالتزام بعمل

يتميز الالتزام بنوعين هما الالتزام بعمل والالتزام بالامتناع عن العمل، وبالنظر إلى الالتزام العيني يعتبر الالتزام بعمل حساس نوعا ما [119].

وعليه فإنّ الطائفة القانونية من الالتزامات لا تعد محلا للتنفيذ العيني، وذلك حسب المادة 175 من ق.م.ج، وتقابلها المادة 214 من ق.م.م، والمادة 1142 من ق.م.ف.

ولمعرفة النظام القانوني للالتزام بعمل والامتناع عنه، نظرا لتميزه بالخصوصية بحيث يعرف بأنه: "**التزام المدين عن عدم القيام بعمل**"، وبها يمتنع المدين عن القيام بعمل لمدة طويلة[120].

كما نجد الالتزام ببذل عناية مثال ذلك التزام الطبيب بعلاج المريض يبذل كل ما بوسعه لشفائه[121]، وهذا ما نصت عليه المادة 172 من ق.م.ج على أن: "**في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو بإرادته أو أن يتوفى الحصيلة في تنفيذ التزامه فإنّ المدين يكون قد وفى بالتزامه إذ بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي**"[122].

---

[118]– القروي بشير سرحان، المرجع السابق، ص 111.

[119]– عادل جبري محمد حبيب، المرجع السابق، ص 273.

[120]– القروي بشير سرحان، المرجع السابق، ص 119.

[121]– نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية، 2003، ص 31.

[122]– جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 36.

ونجد أيضا الالتزام بتحقيق نتيجة، وذلك بتسليم الشيء، ويكون هذا الأخير حسب ما جاء به القانون، والوفاء يكون على المدين الملتزم بالتسليم، أما في حالات هلاك الشيء يعين بفعل قوة قاهرة فإنّ المسؤولية تعود على المدين قبل التسليم، أما الدائن فتكون بعد التسليم.

أما الالتزام بإنجاز عمل معين، فلا يكمن ذلك إلا بتحقيق ما طلب منه وإنجازه على أكمل وجه، أي الوجه المقصود كقياس المهندس لبناء منزل، وهنا يتدخل المدين لتنفيذ الالتزام العيني وللوفاء بما ألتزم به، ولا يحق للدائن أن يجبره باعتبار كون أدائها اختياريا [123].

الفرع الثالث

الالتزام بالامتناع عن العمل

يعتبر الالتزام بالامتناع عن عمل هو عدم قيام المدين بعمل ما، وهذا ما نصت عليه المادة 173 من ق.م.ج التي تنص على: "**إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطالب إزالة ما وقع مخالفا للالتزام، ويمكنه أن يحصل من القضاء على ترخيص للقيام بهذه الإزالة على نفقة المدين**"، وتقابلها المادة 212 من ق.م.م، أما القانون الفرنسي فقد نص في المادة 1143 على: "**لكن يحق للدائن طلب إزالة ما تم مخالفا للاتفاق، ويمكنه أن يحصل على ترخيص (من القضاء) للقيام بالإزالة على نفقة المدين، دون الإخلال بالتعويضات في حالة ما إذا وجد**". ومن خلال هذه المواد نستنتج أن إذا أخل المدين عن القيام بما ألتزم به، فعلى لدائن أن يطلب الإزالة على نفقة المدين [124].

[123]– عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 74.

[124]– القروي بسير سرحان، المرجع السابق، ص 132.

وعند مخالفة المدين للالتزام عند قيامه بفتح محل أمام منافس له لمحل الذي باعه الدائن فهنا يجوز له المطالبة بالتعويض عن جميع الأضرار التي لحقت به [125]، كما يمكن للدائن أن يطلب من القضاء الحكم بنزع ما كان خلافا للالتزام، وهدم الجدار الذي بناه المدين متجاوز الحد المتفق عليه، وذلك بصدور حكم قضائي بإزالته [126].

[125]– جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 40.

[126]– عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني، المرجع السابق، ص 74.

المبحث الثاني

الوسائل غير المباشرة للتنفيذ العيني للالتزام

سمح المشرع للدائن من استعمال مختلف الوسائل القانونية للضغط على إرادة المدين لقهره وإرغامه على الوفاء بالالتزام، ففي هذه الحالة يتم اللجوء إلى الوسائل غير المباشرة يهدف الوصول إلى التنفيذ العيني وحماية مصلحة المدين، ومن بينها الغرامة التهديدية **(المطلب الأول)**، الشرط الجزائي وحق الحبس **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

تعريف الغرامة التهديدية

يعد أصل نظام الغرامة التهديدية إلى نتاج الاجتهاد القضاء الفرنسي الذي ابتدع هذه الوسيلة، وبدأت فعلها على الواقع العملي دون سند تشريعي صريح يسمح باستعمالها، ويتمثل تطبيقه في أول حكم صادر عن محكمة غراي(gray) بتاريخ 25 مارس 1811 وفي هذه المرحلة كان القضاء يطبق لفظ التعويض للدلالة على الغرامة، لكن في وقت لاحق اعترف بشرعية الغرامة ونظمها بسند قانوني رقم 72-626 المؤرخ في 5 جويلية 1972[127]، وذلك بسبب الانتقادات الموجهة لتبريرات الأستاذ "اسمان" الذي أسس الحكم على الغرامة التهديدية بالمادة 1036ق.م.ف التي تمنح سلطة اصدار الأوامر وسلطة الفصل في الخصومة.

ولقد تمكنت مختلف التشريعات المقارنة من تنظيم الغرامة التهديدية خصوصا بعد إلغاء وسيلة الإكراه البدني في مجال الالتزامات العقدية وادراجها ضمن قوانينها التشريعية، وذلك بالنص عليها صراحة في التشريع الفرنسي أولا في المواد من 05 إلى 08، وبعدها صدور قانون جديد يعدل القانون القديم بموجب رقم 650/91 المؤرخ في جويلية 1991، ثم سايره التشريع المصري بموجب المادتين 213و214 ق.م.م وأخيرا التشريع الجزائري الذي احذ نظام الغرامة التهديدية من القضاء الفرنسي واقتبس احكامه من التشريع المصري بداية من القانون المدني في المواد 174، 175 من ق.م.ج،

[127]– Loi n 72-626 du juillet 1972 instituant Un juge de l’exécution et relation a la réforme de la procédure civil.

وقانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادتين 471، 340 من ق.إ.م.إ، والمواد 305، 72، 71 الواردة في الكتاب الأول المتعلق بالأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، والمواد 978 إلى 989 المتعلقة بتنفيذ احكام الجهات القضائية الإدارية في قانون الإجراءات المدنية الجديد في الباب السادس، وكذا القوانين الحاصة كقانون تسوية النزاعات الفردية للعمل بموجب المواد 34، 35، 39 من قانون رقم 90-04، واعتبر كل من التشريع الجزائري والمصري والفرنسي الغرامة التهديدية ألية غير مباشرة أي احتياطية لها تأثير على المدين بإرغامه على الوفاء بالدين.

وعلى هذا الأساس نقوم بتحديد تعريف الغرامة التهديدية **(الفرع الأول)**، وتبيان خصائصها **(الفرع الثاني)**، أنواعها **(الفرع الثالث)**، أخيرا شروطها **(الفرع الرابع)**.

الفرع الأول

تعريف الغرامة التهديدية

تعد الغرامة التهديدية أكثر الموضوعات إثارة للجدل في الحياة العملية بسبب تعدد واختلاف الآراء الفقهية حول تعريفها، وذلك راجع إلى أن الأنظمة القانونية سواء الجزائر، مصر وفرنسا، عجزت عن تقديم تعريفا مباشر للغرامة التهديدية، لاختلافها في المصطلحات المستعملة لهذه الاخيرة، وهذا ما دفعنا للاستعانة برأي الفقه عن ذلك **(أولا)**، وكذا التعريف القضائي **(ثانيا)**.

أولا: التعريف الفقهي

اختلف الفقه حول مصطلح الغرامة التهديدية والتهديد المالي لكن اغلبيتهم اتفقوا على كونها يعبران عن مدلول واحد[128].

---

[128]– منال قاسم حصاونة، النظام القانوني للغرامة التهديدية، التهديد المالي، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون المدني، جامعة القاهرة، مصر، 2007، ص 16.

نظم المشرع الجزائري لفظ التهديدي المالي ونظمه في المادة 471 من قانون الإجراءات المدنية الملغى الصادر بموجب الأمر 66-154 بتاريخ 08-06-1996، وقد جاء فيها يجوز للجهات القضائية بناء على طلب الخصوم أن تصدر أحكاما بتهديدات مالية في حدود اختصاصها، غير أن المشرع تخلى عن هذا اللفظ في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر

عرفها جلال علي العدوى على: "أنها مبلغ من المال يحكم القاضي على المدين بدفعه عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أي وحدة زمنية أخرى يمتنع فيها المدين عن التنفيذ العيني الذي حكم به مقترنا بتلك الغرامة"[129].

عرفها الفقيه الفرنسي على: "أنها عقوبة مالية تبعية تحدد بصفة عامة عن كل يوم تأخير يصدرها القاضي بقصد ضمان حسن تنفيذ حكمه أو حتى بقصد ضمان حسن تنفيذ اجراء من إجراءات التحقيق"[130].

عرفها عبد الرزاق السنهوري على أنها: "إن القضاء يلزم المديم بتنفيذ التزامه عينا في خلال مدة معينة، فإذا تأخر في التنفيذ كان ملزما بدفع غرامة تهديدية عن هذا التأخر أي مبلغا معينا عن كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر أو أية وحدة أخرى من الزمن أو عن كل مرة يأتي عملا يخل بالتزامه، وذلك إلى أن يقوم بالتنفيذ العيني أو إلى أن يمتنع نهائيا عن الإخلال بالالتزام ثم يرجع إلى القضاء فيما تراكم على المدين من الغرامات التهديدية، ويجوز للقاضي أن يخفض هذه الغرامات أو أن يمحوها"[131].

أما منصور محمد أحمد فيري عرفها بأنها: "عقوبة مالية تبعية تحدد بصفة عامة عن كل يوم تأخير ويصدرها القاضي بقصد ضمان تنفيذ حكمه أو حتى بقصد ضمان تنفيذ أي إجراء من إجراءات التحقيق"[132].

بموجب قانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 واستعمل الغرامة التهديدية من خلال المواد 30، 71، 137، 625 و987.

[129]- جلال علي العدوى، أصول أحكام الالتزام والإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص18.

[130]-Christophe Guettier, « Droit administratif », Monchrestie, 2eme Edition, Paris, 1997, p 39.

[131]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، ط.3، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص807.

[132]- منصور أحمد فيري، الغرامة التهديدية لجزاء لعدم تنفيذ أحكام القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002، ص15.

ثانيا: التعريف القضائي

يتضمن قرار صادر عن مجلس الدولة ما يلي:

"حيث أنه وفي الأخير، بما أن الغرامة التهديدية التزام ينطبق القاضي به كعقوبة فإنه ينبغي أن يطبق عليها مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات وبالتالي يجب سنها بقانون، حيث أنه لا يجوز للقاضي في المسائل الإدارية النطق بالغرامة التهديدية ما دام لا يوجد أي قانون يرخص صراحة بها، وأن القرار المستأنف بإرفاقه قرار الطرد بغرامة تهديدية قد تجاهل هذا المبدأ، مما يستوجب بالنتيجة قبول طلب وفق التنفيذ"[133].

يتضح من معظم التعريفات المقدمة للغرامة التهديدية أنها أعطت تفسير مناسب لتعريف الغرامة التهديدية باعتبارها بمثابة جزاء يخضع لمبدأ قانون العقوبات طبقا للمادة 01 من ق.ع.ج[134]، وبما أن هدفها واحد وعليه فإنّ التعريف الراجح هو أن الغرامة التهديدية هي وسيلة للإكراه المدين وحمله على تنفيذ الالتزام الواقع على عاتقه متى طلبها الدائن وصورتها أن يصدر أمر من القاضي بإلزام المدين بأداء مبلغ من المال عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أي وحدة أخرى من الزمن يمتنع فيها المدين عن تنفيذ التزامه عينا بعد صدور الحكم بهذا التنفيذ[135].

ومن خلال تفحصنا واستقرائنا لمختلف النصوص المنظمة للغرامة التهديدية في القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية والتشريعات الخاصة في التشريع الجزائري، نستنتج أن المشرع لم يعرف الغرامة التهديدية بل اكتفى بذكر قواعدها الموضوعية والإجرائية وكذا شروطها والجهة المختصة بذلك، والمشرع هنا أحسن تصرفه في وضع نظام مكمل لنظام أخر وهذا تفاديا تعطيل كل واحد منها.

---

[133]– قرار مجلس الدولة الصادر عن الغرفة الخامسة بتاريخ 2003/04/08 تحت رقم 14989 منشور في مجلة الدولة، العدد 3 سنة 2003، ص 177و178.

[134]– أمر رقم 66–156 المؤرخ في 8 جوان 66، يضمن قانون العقوبات، المرجع السابق.

[135]– إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، ج2، مكتبة سيد عبد الله وهبه، القاهرة، 1967، ص22.

ومقارنة مع التشريع المصري الذي نظم الغرامة التهديدية في المادتين 213 و214 من ق.م.م[136]، في الجانب الموضوعي فقط دون الجانب الإجرائي، وهذا ما يشوب نقص في فعالية هذا النظام وما يؤدي إلى تعطيل الجانب الموضوعي، وعلى خلاف القانون الفرنسي الذي كان أكثر اهتماما في تنظيم الجانب الإجرائي للغرامة التهديدية.

الفرع الثاني

خصائص الغرامة التهديدية

من خلال التعريفات السابقة، يمكن حصر أهم مميزات الغرامة التهديدية كونها ذات طابع تهديدي تحكمي **(أولا)**، غير محدود المقدار **(ثانيا)**، وذات طابع مؤقت **(ثالثا)**.

أولا: الطابع التهديدي والتحكمي

إن غاية الغرامة التهديدية هي التغلب على رفض المدين والضغط على إرادته وإرغامه على تنفيذ الحكم، وتعتبر إجراء يتضمن إكراها على المدين تراعيا قدرته على المقاومة[137]، ولكن في بعض الأحيان مبلغ الغرامة يتعدى ولا يتناسب مع الضرر الذي يصيب الدائن، وبالتالي للقاضي السلطة التقديرية في تحديد قيمتها دون النظر إلى الضرر المترتب بفعل عدم التنفيذ، وكذلك لديه الحرية المطلقة في نقص أو زيادة قيمة الغرامة متى استوجب ذلك[138].

---

[136]– المادة 213 و214 من القانون المدني المصري، المرجع السابق.

–المادة 213 من ق.م.م على: "**إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو ملائم إذا قام به المدين نفسه، جاز له ان يحصل على الحكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إذا امتنع عن ذلك، فاذا رأى القاضي ان مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له ان يزيد في الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة**".

–**المادة 214 من نفس القانون نصت على: " إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعيا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن، والغش الدي بدا به المدين**".

[137]–أحمد عواد سلامة البنيان، المرجع السابق، ص119.

[138]–مزياني سهيلة، الغرامة التهديدية في المادة الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم، تخصص قانون إداري وإدارة عامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012، ص20.

وهذا ما أكدته المادة 2/174 من ق.م.ج على أنه: "**إذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة غير كاف لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في قيمة الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة**"، وتقابلها محكمة النقض المصرية في حكمها حيث حكمت بأنه: "**إذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة**"، ويجوز للقاضي أن يزيد قيمتها كلما رأى ذلك صالحا [139].

نلاحظ أن كل من التشريع الجزائري والتشريع المصري والتشريع الفرنسي رغم أن الغرامة التهديدية في بعض الأحيان تتجاوز الضرر الذي يصيب الدائن ولكن المشرع لم ينص صراحة على تقدير قيمة الغرامة.

فحسب رأينا فإنّ المشرع الجزائري نفس التشريعات المقارنة ترك نطاق واسع (السلطة التقديرية) للقاضي في تقسيم وتعيين قيمة الغرامة التهديدية أثناء الحكم بها.

ثانيا: الطابع المؤقت

يعني أنه إجراء مؤقت في تحديد مركز الخصوم مؤقتا لموضوع النزاع إلى أن يتم الفصل في الخصومة، فالحكم الوقتي يصدر في طلبات قائمة على وقائع وظروف متغيرة، إما بمقتضى نص قانوني أو حسب طبيعتها والطابع المؤقت مرتبط به بموقف المدين من الحكم القضائي الصادر في دعوى الغرامة التهديدية، إذا كان موقف المدين إيجابيا أي يقوم بتنفيذ ما اتفق عليه عينا، فهنا ينتهي مفعول الغرامة لكونها مؤقتة وإذا كان موقفه سلبي أي رفض الوفاء بالالتزام فهنا يحرك الدائن دعوى تصفية الغرامة التهديدية ومنه تتحول الغرامة المؤقتة إلى غرامة نهائية[140].

---

[139]–أمد الله الجعيدي محمد، "الغرامة التهديدية ودورها في التنفيذ العيني للإلتزام في القانون المدني الليبي (دراسة مقارنة)، **مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية**، مجلة علمية محكمة، كلية الحقوق، جامعة بيروت، د.س.ن، ص1003.

[140]–ناصر منى، نطاق تطبيق الغرامة التهديدية على الأحكام القضائية المدنية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص تنفيذ الأحكام القضائية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2017، ص 46-48.

والمشرع الجزائري أخذ بهذه الخاصية في المادة 174و176 من ق.م.ج على غرار المشرع المصري في المادة 231 من ق.م.م، وكذا القانون الفرنسي من خلال المادة 36 من قانون رقم 91-650[141].

ثالثا: غير محدد المقدار

تتحدد الغرامة بدفع مبلغ مالي عن كل يوم من أيام تأخير المدين عن الوفاء بالتزامه، فكلما طال في تنفيذ التزامه، يزداد ارتفاع قيمة الغرامة التهديدية، وبالتالي لا يمكن له معرفة المبلغ الإجمالي للغرامة في يوم صدور الحكم، لذلك لا يمكن للدائن أن ينفذها إلا بعد تصفيتها وحكم القاضي بالتعويض عن التأخير في التنفيذ أو عدم التنفيذ، لأنها لا تعتبر دينا محققا في ذمة المدين [142].

الفرع الثالث

أنواع الغرامة التهديدية

تنقسم الغرامة التهديدية إلى نوعين هما الغرامة التهديدية المؤقتة(أولا)، والغرامة التهديدية القطعية(ثانيا).

أولا: الغرامة التهديدية المؤقتة

اعتبرها الفقه القانوني بأنها اصلية نظرا لتطبيقها الشائع من قبل القضاء، فهي مؤقتة لأن المبلغ المحكوم به على أساس الوحدة الزمنية هو مبلغ مؤقت وليس نهائيا يجب تصفية، وتتمثل الغرامة التهديدية المؤقتة بتهديد وتخويف المدين الممتنع عن تنفيذ التزامه وجبره على التنفيذ العيني عن طريق فرض عليه مبالغ مالية كبيرة بشكل مستمر ويجوز إعادة النظر فيها.

---

[141]–Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution. Voir le site http : //www.legifrance.gouv.fr

[142]–سعيداني محمد، الغرامة التهديدية على الإدارة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص إدارة ومالية، وكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2017، ص10.

ثانيا: الغرامة التهديدية القطعية

يقصد بها قيمة مالية معينة يقدرها القاضي ولا يجوز له إعادة النظر في تقريرها أو تعديل مقدارها إلا إذا اثبت وجود سبب أجنبي منع المدين من الوفاء بالتزامه في الوقت المحدد له قانونا.

وللحكم بالغرامة التهديدية القطعية يجب توافر شرطين: أن يسبق صدور حكم بالغرامة التهديدية المؤقتة قبل الحكم بالغرامة التهديدية القطعية وأن يتم تعيين تحديد فترة زمنية معينة لسريانها من طرف القاضي، بحيث إذا تخلف أحد الشرطين عن الاخر اعتبرت غرامة تهديدية مؤقتة [143].

نستنتج من خلال هذه الأنواع أن المشرع الجزائري فضل العمل بالغرامة التهديدية المؤقتة في المرحلة الأولى التي يحكم بها القاضي، ثم في المرحلة الثانية إذا لم تنتج أثرها يقوم بتصفيتها وجعلها وسيلة احتياطية يقوم الدائن بتحريكها شخصيا من أجل الحصول على حقه، وعلى عكس المشرع الفرنسي الذي أخذ بالنظام المزدوج نظام الغرامة التهديدية القطعية، وجعل مجال تطبيقها مطلق وسمح للدائن اللجوء اليها في جميع الالتزامات.

الفرع الرابع

شروط الغرامة التهديدية

منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة الحكم بالغرامة التهديدية لضمان حماية حقوق الدائن، وذلك بتوافر شروط أهمها:

أولا: التزام يمتنع المدين عن تنفيذ

يتعين للحكم بالغرامة التهديدية شرط وجود التزام يقع على عاتق المدين، فإذا أصبح التنفيذ غير ممكنا (مستحيلا) بفعل المدين الممتنع عن تنفيذ التزامه أو بسبب أجنبي لا دخل له فيه (خارج عن إرادته) فلا حال للغرامة التهديدية كون الالتزام غير موجود، ولا يجوز اللجوء إليها لحمل المدين على

---

[143]–بسام سعيد جبر جبر، ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائري والغرامة التهديدية، ودورهما في منع تراخي تنفيذ العقود، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011، ص 59 و60.

الوفاء جبرا أي لا يمكن القهر على مستحيل، وإضافة ان حكمها الغرامة لا يسري على المدين الذي بادر في الوفاء في الآجال المحددة قانونا [144].

ثانيا: أن يكون التنفيذ العيني غير ممكن وغير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه

يعني أن يكون التنفيذ العيني لهذا الالتزام يقتضي أن يكون الحضور الشخصي واجب على المدين وضروري للوفاء بالتزامه، كالتزام فنان بإحياء حفل فني، بحيث يتدخل المدين لتنفيذه ولا يمكن للغير تنفيذه من غير المدين شخصيا، وحالة الالتزام بنقل ملكية عين معينة طبقا للمادة 165 من ق.م.ج.

وتنفيذ الالتزام الذي محله مبلغا من المال يمكن أن يتم دون التدخل الشخصي للمدين لأنه يمكن تنفيذ الالتزام عن طريق الحجز على أمواله أو عن طريق القوة العمومية بقوة القانون ولا يمكن شملها بالغرامة التهديدية لأنه بإمكان الدائن استعمال طرق أخرى غير الغرامة التهديدية وتوجد حالات أخرى رغم أن التنفيذ العيني موجود دون التدخل الشخصي للمدين لكنه غير ملائم يمكن الحكم فيها بالغرامة التهديدية كرجوع الزوجة لمسكن الزوجية، وأيضا حالة المساس بشخصية المدين في حق من حقوقه اللصيقة بشخصه كحق المؤلف في نشر مؤلفه أو سحبه فهنا يمتنع المشرع اللجوء إلى الغرامة التهديدية إلا إذا ثبت تعسف المؤلف في استعمال الحق فهنا يحق للدائن إجباره على الوفاء بالتزامه، وذلك باللجوء إلى الغرامة التهديدية[145].

ثالثا: أن يقوم الدائن بطلب الحكم بالغرامة التهديدية

يستوجب على الدائن في أية حالة كانت عليها الدعوى أن يطلب الحكم بالغرامة التهديدية ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، ويجوز أن يصدر الحكم بها في بعض الحالات من القضاء

---

[144]–رمضان أبو السعود، أحكام السعود، أحكام الإلتزام، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت، 1949، ص 84.

وأنظر أيضا: خضراوي الأمين، المرجع السابق، ص 45.

[145]–بن يوب عمر، الغرامة التهديدية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2021، ص 44 و45.

المستعجل أي يصدر من اية محكمة تقضي في التزام مدني سواء (مدنية، تجارية، إدارية، جنائية)[146].

وإضافة شرط اخر لجواز الحكم بالغرامة التهديدية كمبدأ عام القائل "القاضي لا يحكم بما يطلبه الخصوم" أي منح للقاضي سلطة توقيع الغرامة التهديدية تلقائيا بنص خاص، ويجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بحكم بالغرامة التهديدية وتمثل استثناءات ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويمكن حصرها في المواد 169 و201 من ق.إ.م.إ، والمادة 39 من قانون رقم 90-04[147].

وأخيرا نستنتج أن القانون الجزائري يجيز للقاضي أن يحكم بالغرامة التهديدية من تلقاء نفسه في حالة إذا طلبها الدائن وهنا فالمشرع قيد سلطة القاضي في الحكم بالغرامة التهديدية عكس المشرع الفرنسي الذي منح للقاضي السلطة المطلقة في أن يحكم بها من تلقاء نفسه في المواد المدنية والإدارية دون أن يطلبها الدائن وترك مجال واسع للدائن في حالة استعمالها.

المطلب الثاني

مفهوم الشرط الجزائي والحق في الحبس

تختلف الوسائل القانونية من حيث غرضها حماية للضمان العام للدائنين نجد الشرط الجزائي والحق في الحبس، بحيث يرغم بها المدين على تنفيذ التزامه إلّا في بعض الحالات نجد أن المدين يتهاون ويتأخر في التنفيذ يحقق الضرر بالدائن، لذا سنتطرق إلى تناول كيف عرفه الفقه والقانون للشرط الجزائي **(الفرع الأول)**، فخصصناه لمعنى الحق في الحبس **(الفرع الثاني)**.

---

[146]– بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص162.

[147]– ناصر منى، المرجع السابق، ص 118– 120.

الفرع الأول

الشرط الجزائي

إن مصطلح الشرط الجزائي لديه عدّة تعريفات، وبالرجوع إلى الأنظمة القانونية محل الدراسة نجد أنها لم تقدم تعريف مباشر للتعويض ألاتفاقي، ولكن رغم هذا قام الفقهاء بتقديم تعريف له **(أولا)**، وإلى الجانب القانوني **(ثانيا)**.

أولا: تعريف الشرط الجزائي

توجد عدة تعاريف فقهية للشرط الجزائي (1)، إلى جانب التعريف القانوني (2).

1. التعريف الفقهي

عرفه الدكتور سليمان مرقص على أنه "اتفاق بمقتضاه يلتزم شخص بالقيام بأمر معين يكون في الغالب دفع مبلغ من النقود في حالة إخلاله بالتزام أصلي مقرر في ذمته أو تأخره في الوفاء بذلك الالتزام الأصلي بجزاء له على هذا الإخلال أو التأخير وتعويضا للدائن عما يصيبه من ضرر بسبب ذلك"[148].

وقد عرفه أيضا الدكتور عبد الرزاق السنهوري 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 عن التأخير في التنفيذ"[149].

ونجد أيضا الدكتور أنور سلطان عرفه بقوله "الشرط الجزائي اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو إذا تأخر في تنفيذه"[150].

---

[148]– مرقس سليمان، موجز أصول الالتزامات مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة، 1961، ص 675.

[149]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الانتساب، آثار الالتزام، المرجع السابق، ص 851.

[150]– سلطان أنور، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص 172.

كما يعرفه الأستاذ "تولية " بأنه الشرط الذي يفرض على الشخص ضرورة أداء مبلغ أو شيء كجزاء لعدم قيامه بتنفيذ التزامه أو لتأخره في تنفيذه"[151].

يتبين من خلال هذه التعريفات أن الشرط الجزائي عبارة عن اتفاق بين أطراف العقد بحيث يتم تجديد قيمة التعويض في حالة الامتناع أو تأخير في التنفيذ، إلّا أنّه يجب أن تكون قيمة التعويض تتناسب مع الأضرار التي لحقت بالدائن.

2. التعريف القانوني

عرفه المشرع الجزائري في نص المادة 183 يجوز للمتعاقدين أن يحدد مقدما قسمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق ويراعي في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181[152].

كما عرفه المشرع المصري في نص المادة 223 على أنه: "**يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق ويرى في هذه الحالة أحكام المواد 215 إلى 220**".

أما المشرع الفرنسي عرف الشرط الجزائي من خلال المادتين 1226 من ق.م.ف بنصهما على: "**الشرط الجزائي الذي يفرض على أحد الأشخاص ضمانا لتنفيذ اتفاق بتقديم شيء في حالة عدم التنفيذ**"، وفي نص المادة 1229 على أنه: "**تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم التنفيذ الالتزام الأصلي**"[153].

يتضح من خلال هذه النصوص القانونية أن تعريف المشرع الجزائري للشرط الجزائي هو نفسه مع القانون المدني المصري بحيث يتفقان على أن الشرط الجزائي عبارة عن اتفاق مسبق بين أطراف

---

[151]– نجاري عبد الله، الشرط الجزائي في القانون المدين الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 1983، ص 09.

[152]– أمر رقم 75–58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[153]– قانون رقم 131 لسنة 1948، المتعلق بإصدار القانون المدني المصري.

العقد على قيمة التعويض عملا بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، في حالة امتناع المدين عن تسديد دينه أو التأخير في الوفاء بالتزامه بشرط أن يتم تقديره قبل حدوث الضرر.

على غرار المشرع الفرنسي الذي اعتبر الشرط الجزائي بأنه ضمان مسبق بين الطرفين بتعويض بشيء عن الضرر جراء عدم الوفاء الالتزام الذي يلحق بالدائن.

وأخيرا يمكن القول أنّ المشرع الجزائري والمشرع المصري لم يقدما تعريف للشرط الجزائي بل حددا القواعد المتعلقة به فقط على عكس المشرع الفرنسي الذي قدم تعريف مباشر للشرط الجزائي في نص المادة 1226 من ق.م.ف.

ثانيا: خصائص الشرط الجزائي

يقوم الشرط الجزائي بخصائص قانونية على أنه التزام تبعي (1)، والتزام احتياطي (2)، وعلى أنه تقدير جزائي (3).

1. الشرط الجزائي التزام تبعي

يعني أنه نشأ بتبعية التزام أصلي وليس بصفة مستقلة وعليه قد يكون الشرط الجزائي مصدره العقد أو غيره من مصادر العقد، أي يكون مسندا إلى التزام أصلي لا يمكن أن يقوم وحده، بحث أنه ببطلان الالتزام الأصلي يترتب عليه بطلان الشرط الجزائي، وهذا الأخير بطلانه لا يؤدي بالضرورة إلى بطلان الالتزام الأصلي فلا يجوز المطالبة بالشرط الجزائي إذا نقص الالتزام الأصلي والاستحالة تنفيذه بقوة قاهرة ويسقط الشرط الجزائي بالتبعية في حالة سقوط الالتزام الأصلي نتيجة فسخ العقد ويتحقق ذلك في حالة ما إذا اختار الدائن فسخ العقد بدلا من التنفيذ بمقابل عند إخلال المدين بالتزامه، ويكون للدائن المطالبة بتعويض عن الضرر الذي يلحقه نتيجة الفسخ، وذلك يقدره القاضي وفقا للقواعد العامة[154].

[154]– محمد حسين منصور، أحكام الالتزام دار الجامعية للطباعة والنشر بيروت، 2000، ص 75 و76.

يقول الفقيه الفرنسي "لوران": "يبرم الشرط الجزائي بضمان تنفيذ الالتزام الأصلي ولتعويض الدائن عن الضرر الذي يصيبه في حالة عدم قيام المدين بالتنفيذ، أو في حالة قيامه بالتنفيذ متأخرا، فهل المطلوب هو ضمان تنفيذ الالتزام باطل؟ وكيف يكون المدين ملتزما بالتعويض لعدم تنفيذه التزاما لم يكون ملتزما بالتعويض لعدم تنفيذه التزاما لم يكن ملتزما به أصلا لأنه باطل[155].

2. الشرط الجزائي التزام احتياطي

يجب أن يتم وفقا للشروط المتعلقة عليها العقد إدا كان تنفيذا متأخرا أو منفذ جزئيا (غير مكتمل) فإنّ هذا التنفيذ يؤدي إلى إخلال بالرابطة العقدية وبالتالي يستلزم تعويض جراء هذا الإخلال.

وهذا التعويض لا يجوز المطالبة به إلا إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن، وبعد أعذار المدين فهنا الشرط الجزائي لا ينشأ التزاما جديدا بل عبارة عن اتفاق تعويض يثبت ذمة المدين.

يتضح الطابع الاحتياطي إذا كان التنفيذ ممكنا بحيث لا يمكن للدائن المطالبة بالتنفيذ العيني والشرط الجزائي معا إلا إذا كان مقرر للتأخير في التنفيذ، وهذا ما ذهب عليه المشرع الجزائري في المادة 176 من ق.م.ج، وكذا المادة 183 من نفس القانون، وإلى جانب القانون الفرنسي في المادة 1229 من ق.م.ف.

3. الشرط الجزائي تقدير جزائي للتعويض

تكمن الغاية من إدراج الشرط الجزائي بتقدير حجم التعويض المستحق، وذلك إذا أخل أحد المتعاقدين بالتزامه في العقد المبرم فنجد أن الصبغة الجزائية تظهر في معرفة قيمة ذلك الضرر ويكون في تقدير التعويض وهذا الأخير يكون محدد مسبقا بقسمة الضرر، فهنا إذا كان الشرط الجزائي مساويا للضرر فهنا لا وجود لمشكل إلا في حالة المبالغة فيه يصعب على المدين فيثير الإشكال على ذلك، أو في حالة قلته أو غير مناسب مع الضرر الواقع للدائن، مما جعل أغلب

[155]–Laurent Principes de Droit Français, Tome 17, 2eme Edition, Paris, 1978, P 26.

التشريعات أخضعته لرقابة القضاء[156]، نجد من بينها التشريع الفرنسي الذي أخذ بفكرة تدخل القاضي في تعديل الشرط الجزائي، وهذا من خلال نص المادة 1152 من ق.م.ج المعدلة بموجب قانون 9 يوليو 1975، مما يتضح من هذه المادة أنها لم تقض على الطابع الجزافي لأن عند إخلال المدين بالتزامه المبلغ المتفق عليه يبقى الأهم والذي يستحقه الدائن ولا يمكن للقاضي أن يغيره إلا إذا كان مبالغا أو زهيدا[157].

أما القانون الجزائري فهو أصرّ على الطابع الجزافي للشرط الجزائي، وذلك لعدم المطالبة بالزيادة عند اتفاق طرفا العقد في الشرط الجزائي إلا في حالة الغش أو بوجود خطأ جسيم[158].

ثالثا: شروط الشرط الجزائي

يقوم الشرط الجزائي على وجود اتفاق مسبق على التعويض، لكون عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أو التأخر فيه الذي يعد سببا في استحقاق التعويض.

ويتعين للشرط الجزائي توفر شروط منها الخطأ**(1)**، الضرر **(2)**، علاقة نسبية **(3)**، والأعذار **(4)**.

1. الخطأ

يشترط لاستحقاق الشرط الجزائي وجوب وجود خطأ من المدين، والغالب يكون هذا الخطأ عقديا من المدين، مما يكون في مجال الشرط الجزائي لعدم وفاء المدين بالتزامه وتأخره، بحيث يعتبر الخطأ ركنا جوهريا لتوفر الشرط الجزائي، لذا نجد أن الفقهاء قسمه إلى قسمين من الالتزامات، اولها تحقيق نتيجة حيث يعتبر الالتزام الذي لا يتم تنفيذه إلا بتحقيق النتيجة المستحقة، وهنا يكون الشرط الجزائي، وذلك لعدم تحقق النتيجة، أما ثانيها الالتزام ببذل عناية فهو التزام ب الذي يجب تنفيذه باتفاق طرف

---

(156)– أوشيحة عيسى، الشرط الجزائي، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقوانين الوضعية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014، ص 16.

(157)– نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 37 و38.

(158)– نصت المادة 185 من ق.م.ج على: "**إن جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب عبثا أو خطأ جسيم**".

المتعاقدان أو أن تحدد قانونا، وذلك ببذل عناية معينة، وهنا يكون ويستحق الشرط الجزائي طالما لم يبذل عناية من المدين[159].

أما المشرع المصري فقد نص على الخطأ في نص المادة 215 من ق.م.م وأما المشرع الفرنسي فقد نص عليها في نص المادة 1147 من ق.م.ف مما يتضح أن المدين قد امتنع عن التنفيذ بتأخره، وذلك عن إهمال، فالمدين في هذه الحالة يبقى مسؤولا عن عدم الوفاء ما لم يثبت وجود سبب أجنبي أو قوة قاهرة.

2. الضرر

يلزم الاستحقاق الشرط الجزائي إصابة الدائن بضرر الذي يعتبر هذا الأخير على أنه كل أذى يلحق بالدائن نتيجة خطأ المدين فلا يحق للدائن أن يطالب بالشرط الجزائي ما لم يصبه أي ضرر إما من عدم التنفيذ أو تأخر فيه [160].

يشترط كل من القانون المدني الجزائري لاستحقاق الشرط الجزائي تحقق الضرر، وذلك في نص المادة 184 من ق.م.ج وتقابلها نص المادة 224 من ق.م.م وهنا نجد المشرع الجزائري أكد فقط على الضرر ولا يتم هذا لصالح الدائن فنجد إثبات المدين على عدم إلحاق أي ضرر رغم أنه اقتصر في تنفيذ التزامه، ولعل الشرط الجزائي يقوم بدفع المدين على التنفيذ، وليس فقط التعويض، فنجد أن المشرع الفرنسي حسن ما فعل حينما قرر في نص المادة 1152 من ق.م.ف، وذلك باستحقاق الشرط الجزائي حتى لم يلحق أي ضرر للدائن على أساس أنه اتفق المتعاقدان على أن المدين إذا لم يقم بتنفيذ التزامه ألحق بالضرورة ضررا للدائن لذا وجب تقدير ذلك الضرر[161].

---

[159]– سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 250.

[160]–محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 78.

[161]–سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 250.

3. العلاقة السببية

يلزم أن تقوم الرابطة السببية بين الضرر وخطأ المدين وتؤدي إلى قيام المسؤولية المدنية، بالتالي فلا مجال لاستحقاق الشرط الجزائي إذا كان الضرر ناتج لسبب أجنبي أو لقوة قاهرة، فإذا انتفت هذه الرابطة بتلك الأسباب فلا مجال لأعمال الشرط الجزائي لانتقاء مسؤولية المدين، ولا يتحقق التعويض، فلا يمكن تحقيق الشرط الجزائي إلا إذا القصد منه هو تشديد المسؤولية على المدين وتحكمه الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة[162]، وهذا ما نصت عليه المادة 127 من ق.م.ج إذا أثبت الشخص أن الضرر قد أنشأ عن سبب لا يدله فيه لحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة أو خطأ صدر عن المتضرر أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك[163].

يستوجب لاستحقاق الشرط الجزائي إعذار المدين قانونا في حالة التأخر في تنفيذ الالتزام، فلابدّ من إعذار المدين في حالة حلول أجل الالتزام فلا يكفي فقط جعله في الوضع القانوني[164]، وهذا ما نص عليه القانون المدني الجزائري في المادة 179 التي تقضي: "**لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف**"، وعليه بمجرد حلول أجل الالتزام لابدّ من تنبيه الدائن للمدين، وذلك عن طريق إعذاره إلا في الحالات التي لا وجوب للإعذار، والمنصوص عليها في قانون المادة 181 من القانون المدني الجزائري، وأخيرا نجد أن شرط الإعذار لازم لاستحقاق التعويض بصيغة عامة، والاتفاق على الشرط الجزائي لا يعني أنه معفى تماما من الإعذار[165].

---

[162]– سلطان أنور، المرجع السابق، ص 172.

[163]– أمر رقم 75–58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[164]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أثار الالتزام، ط.3، المرجع السابق، ص832.

[165]– محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 80.

الفرع الثاني

تعريف الحق في الحبس

تعود نشأة الحق في الحبس إلى القانون الروماني القديم في مرحلة المرافعات المكتوبة نتيجة عجز أحكامها عن السعي في تحقيق العدالة القانونية، نظرا لما تضمنه هذه الأحكام من دعوى عينية لصاحب الحق يسترد بها حقه من يد الحائز[166]، ولقد تمكنت مختلف التشريعات من تنظيم حق الحبس في قوانينها التشريعية، وذلك بالنص عليها صراحة في المادة 2286 من ق.م.ف، وفي المادة 346 من ق.م.م وأخيرا المشرع الجزائري الذي نظم حق الحبس في الأمر رقم 75-58 في الكتاب الثاني تحت عنوان الالتزامات والعقود في الباب الثاني بعنوان أثار الالتزام من الفصل الثالث ضمان حقوق الدائن.

ولتسليط الضوء على مفهوم هذا الحق سنتطرق إلى تعريفه **(أولا)** ثم نبين خصائصه **(ثانيا)** وشروطه **(ثالثا)**.

أولا: تعريف الحق في الحبس

يهدف الحق في الحبس إلى توفير الحماية اللازمة للدائن من جهة وتخويف المدين عن عدم حصوله على المقابل لالتزامه إلا في حالة القيام بواجبه من جهة أخرى.

ولتوضيح فكرة الحق في الحبس يستوجب علينا التطرق لمعظم التعريفات المقدمة من طرف كلا من الفقه والقانون.

1. التعريف الفقهي

اختلفت التعاريف حول موضوع الحق في الحبس لذا يستلزم علينا التطرق لبعض التعاريف الفقهية.

---

[166]– سرايش زكريا، المرجع السابق، ص 12.

عرف الدكتور بلحاج العربي الحق الحبس على أنه:" الحق في الحبس يفترض أن الدائن مدين في نفس الوقت بتسليم شيء تحت يده، وهو يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يستوفي في الحق الذي له"[167].

عرفه الفقه الفرنسي بقوله هو "الحق الذي يعطي في بعض الأحيان للدائن حسب شيء يعود للمدين حتى يدفع ما عليه"[168].

عرف الحق في الحبس على أنه "القدرة الممنوحة للدائن الذي يحوز شيئا لمدينه في أن يمتنع عن تسليمه إلى غاية وفاء المدين بحقه"[169].

عرف الحق في الحبس أيضا على أنه "حق الشخص الذي التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء حتى يقوم الدائن بوفاء التزام ترتب على عاتقه بسبب التزام المدين ومرتبط به"[170].

ويعرف أيضا على أنه "وسيلة يراد بها جعل المدين على تنفيذ التزامه وهو يستند في اساسه على مبدأ عام هو إن الدائن إذا كان مدينا في الوقت ذاته لمدينه فهو حقه يقدر الإمكان أن يستوفي الدين الذي له من الدين الذي عليه، فهذا المبدأ إذا تمليه اعتبارات منطقة كما أنه يتفق مع مقتضيات العدالة ولا يأباه العقل" [171].

---

[167]– بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2015،ص 307.

[168]–Marty et Raynaud, Droit civil, les sûretés la publicité foncière, Tome 111, I volume, Sirey, Paris, 1911, p12 n° 16.

[169]–Cadillac (M). Molay (CH), droit des sûretés, 5Edition litec, Paris, 1999, p 441.

[170]– مأمون عبد الرشيد، الوجيز في النظرية للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1905، ص 160.

[171]– رمضان أبو سعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص 222.

2. التعريف القانوني

بعدما تطرقنا إلى التعريف الفقهي سننتقل إلى التعريف القانوني.

عرف القانون الجزائري الحق في الحبس بموجب المادة 200 من ق.م.ج بنصها على: "**لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام يترتب عليه، وله علاقة سببية وارتباط بالتزام المدين، أو ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا، ويكون بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه، إذ هو أنفق عليه مصروفات ضرورية نافعة فإنّ له أن يمتنع عن رد الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له، إلّا أنّ يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع**"[172].

ويقابله القانون المصري في المادة 246 من ق.م.م عرفته كما يلي: "**لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به، أو ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه، ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه، إذا هو اتفق عليه مصروفات ضرورية نافعة فإنّ له أن يمتنع عن رد الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له إلّا أنّ يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع**"[173].

أما في القانون الفرنسي نذكر أهم النصوص القانونية التي تنظم أحكام حق الحبس في نص المادة 2286 المعدل بموجب الأمر رقم 2006-346 الصادر بتاريخ 23 مارس 2006 المتعلق بالتأمينات وقد نصت على ما يلي[174]: "**يمكن أن يمارس الحق في الحبس على الشيء :**

---

[172]- أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[173]- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1947 المؤرخ في 16 جويلية 1948.

[174]-Article 2286 « f » peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose : 1 Celui qui a la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance.
2- celui dont la créance impayé résulte du contrat qui l'oblige à la livrer ;
3- celui dont la créance impayé est née à l'occasion de la détention de la chose ;
4- celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession de droit de rétention se perd par le dessaisissement volontaire.

- **الشخص الذي تسلم الشيء إلى غاية سده.**
- **الشخص الذي لم يستوفي مبلغ دينه ناتج عن الالتزام بنقل الشيء.**
- **الشخص الذي لم يستوفي مبلغ دينه والذي نتج بسبب حيازته للشيء.**
- **الشخص الذي استفاد من رهن دون أن يفقد الحيازة.**
- **يسقط حق الحبس في حالة التنازل الإرادي"**[175].

من خلال استقراء النصوص القانونية الواردة في القانون المدني الجزائري والقانون المدني المصري نستنتج أن حق الحبس مقرر لكل شخص تجتمع فيه صفة الدائن والمدين في وقت واحد ويسمح له بحبس مال مدينه مادان هذا الدائن لم يبادر بالوفاء بالتزامه.

بالتالي حق الحبس سواء كان مصدر العمل قانوني أو واقعة قانونية يفترض وجود التزامين كل منهما مترتب عن الأخر كالمقاول لا يبدأ في العمل حتى يستوفي ما اتفق به مع رب العمل على أن يسبق له أجره.

وكل من ملك شيئا أو حافظ عليه وأنفق عليه مصروفات نافعة أو ضرورية كحق المستأجر في حبس العين (عدم اخلاءها) إذا لم يدفع المؤجر مقابل الترميمات التي قام بها المستأجر في العين المؤجرة، فله أن يرفض برد الشيء (العين المؤجرة) حتى يحصل على حقه (ما هو مستحق له).

أما بالنسبة للفقه والقانون المدني الفرنسي فقد قدم نفس التعريف لحق الحبس يتمثل في رفض الدائن عن أداء التزامه مادام الطرف الآخر لم يقم بتنفيذ ما التزم به، كما اعتبره الفقه الفرنسي آلية لحمل المدين على تنفيذ التزامه وفي نفس الوقت ضمان قانوني بحبس الشيء وصيانته ولا يسمح ببيعه إلى غاية قيام الدائن (الحاسب) بالوفاء بالتزامه[176].

---

[175]– أمر رقم 75–58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[176]– خوجة حسينة، حق الحبس، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، د.س.ن، ص11–13.

والتعريف الذي يتطلب ترجيحه من بين التعريفات المختلفة هو كالآتي "الحق في الحبس هو دفع بعدم التنفيذ يخول للدائن الذي يكون في الوقت ذاته مدينا لمدينه أن يقف الوفاء بالدين الذي عليه حتى يستوفي الدين الذي له، ويقوم بذلك على اعتبارات ترجع إلى مقتضيات العدالة وبداهة المنطق القانوني"[177].

ثانيا: خصائص الحق في الحبس

يتصف الحق في الحبس بمجموعة من الخصائص تجعله يتميز بها عن غيره ويمكن حصرها فيما يلي:

1. الحق في الحبس يقع بقوة القانون

يعتبر وسيلة دفاعية يمنحها القانون لكل دائن يكون مدينا في الوقت ذاته لمدينه، يجوز للدائن دفع مطالبة مدينه له بالوفاء بالالتزام أو استرداد عين في حيازته حتى يبادر هذا الأخير بأداء ما اتفق عليه متى توافرت شروط الحق في الحبس أي يقع من وقت تحقق سببه، وذلك دون حاجة القضاء لاستعماله.

وإذا انتزع الشيء من يد الحائز دون رضاه، ورفع دعوى مطالبا فيها استرداد الشيء المحبوس فهنا موضوع هذه الدعوى هو استرداد الشيء على صورة سرقة واعتداء على الحيازة وليس الحق في الحبس لأن الدائن الذي يمارس حقه في الحبس يرفض إعادة هذا الشيء قبل أن يستوفي دينه ولا ينازع في ملكية المدين للشيء المحبوس[178].

2. الحق في الحبس لا يقبل التجزئة

يعتبر حقا غير قابل للتجزئة لمصلحة الدائن، أن يحبس كل الشيء الموجود في يده وان يمتنع عن ردها حتى يحصل على حقه كاملا من أصل ومصروفات وفوائد، ولا يجوز أن يطالب المدين

---

[177]– سرايش زكريا، المرجع السابق، ص10.

[178]–عدنان هاشم جواد الشروقي، الحق في الحبس للضمان، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 3-13.

صاحب الحق (الدائن) بالتنازل عن جزء من الشيء المحبوس مقابل الجزء الذي قدمه (وفاه) للدائن من مدينه، ولا يسقط حق الدائن في الحبس بمجرد قبوله على الوفاء الجزئي لأنه يحق له أن يتنازل عن جزء من حقه، فيسلم بعضه ويحتفظ بالباقي، وكما يمكن له أيضا أن يتنازل عن حقه في الحبس عن الشيء المحبوس كليا دون أن يتعسف في استعمال حقه في ذلك[179].

3. الحق في الحبس ذو طابع جزائي

مهما احتكرت السلطات العامة لقوة الجزاء والإجبار فإنها تتخلى عن حق الإجبار الجماعي مبيحه الإجبار الفردي في حدود مرسومة، بحيث سمحت للفرد بأن يدافع عن نفسه كما هو الشأن في حالة الدفاع الشرعي، وكذلك يدافع عن ماله باستعمال الحق في الحبس بإرغام المدين لإلزامه قهرا على الوفاء بالدين، حيث يمكن للدائن أن يرفض تنفيذ الالتزام وأن يحبس ما في حيازته دون اللجوء للقضاء[180].

4. الحق في الحبس وسيلة وقائية

يؤكد الفقه أن الحق في الحبس يتسم بالطبيعة الوقائية ويوجد ضمن الأفكار القانونية فكرة الجزاء التي رصدها المشرع ويتطلب من وراءها الوقاية قبل العلاج، فمن الجزاء ما هو وقائي أي يتخذ كل التأمينات والاحتياطات والتدابير حماية وتفاديا من التعرض للخطر (الضرر) ومن الجزاء ما هو علاجي أي مكافحة الضرر بكل الوسائل والطرق اللازمة للحد منه (الشفاء)[181].

---

[179]–شريف رأفت محمد أحمد حماد، مفهوم الحق في الحبس وطبيعته كوسيلة للضمان في القانون المدني (دراسة مقارنة)، **مجلة الشريعة والقانون**، العدد 35، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2020، ص 179.

[180]–عبد الوهاب نسيمة، بوقية دليلة، حالات مشروعية الامتناع عن الوفاء على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص 4.

[181]–عكرمي فاطمة الزهرة، شوراي رحمة، الحق في الحبس، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، غرداية، 2022، ص 12.

ثالثا: شروط قيام حق الحبس

يعتبر القانون الفرنسي مصدر حق الحبس هو القانون، والشرط الأساسي هو ارتباط معنوي أو مادي، وهذا الحق لا ينشأ بإرادة المتعاقدين، وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري والمصري نجد انه ينشأ حق الحبس بإرادة الأطراف المتعاقدة بتوفر شروط أساسية يمكن استخلاصها كالتالي.

1. وجود التزام على الحابس بأداء شيء

يقصد به شخص مدينا لآخر وثانيا هذا الاخر مدينا للأول، ولكي يستوفي الشخص الأول الدين الذي له يجب أن يلتزم بالوفاء الدين الذي عليه.

توحي المادة 200 من ق.م.ج والمادة 246 من ق.م.م بأنه يقع حق الحبس على الأشياء المادية فقط، وبعدما تعرضت المادة للنقد من قبل شراح القانون فوسع المشرع من نطاقه حتى شمل كافة الالتزامات، وتعتبر المنقولات والعقارات سواء كانت من القيميات أو المثليات من بين الأشياء التي يمكن حبسها ولكن يوجد أشياء لا يمكن حجزها كالأشخاص والأموال العامة التي يؤدي حبسها إلى تعطيل المنفعة العامة، وكذا الأموال غير القابلة للحجز لا تصلح أن تكون ضمانا للدائن كأجور الخدم طبقا للمادة 309 من قانون المرافعات المصري.

أما عن محل الحبس فقد يكون مصدره عملا غير مشروع أو إثراء بلا سبب طبقا للمادة 784 ق.م.ج أو نصا قانونيا وفقا للمادة 788 من ق.م.ج[182].

2. وجود حق مستحق الأداء

يشكل الحق في الحبس وسيلة مباشرة لقهر المدين على تنفيذ التزامه وبالتالي إذا لم يكن الدين مستحق الأداء لا يصح إلزامه المدين على تنفيذ الالتزام من جهة ومن جهة أخرى إذا كان حق الدائن ممكنا لا يصح اللجوء إلى الحق في الحبس كأن يكون مضافا لأجل أو معلق على شرط واقف أو متنازعا فيه، وبالتالي يتعين أن يكون الدين مدنيا وليس طبيعيا.

[182]– خوجة حسنية، حق الحبس، المرجع السابق، ص 25– 30.

3. وجود ارتباط بين حق الحابس والتزامه

ينشأ الحق في الحبس بشرط وجود دينان متقابلان أي ارتباط بين حيازة الشيء وحق الحابس. والارتباط نوعان:

أ. الإرتباط القانوني أو المعنوي

ينشأ الارتباط عن علاقة تبادلية بين التزام الحابس وحقه سواء كانت هذه العلاقة تعاقدية أو غير تعاقدية، وقد يكون مصدرها عقدا تبادليا أي عقد ملزم للجانبين، ومن بين أقوى صور الارتباط كل التزام من التزامات الطرفين يكون سبب الالتزام آخر، فعدم الوفاء في أي التزامات الطرفين يؤدي بذلك إلى فسخ العقد، وهذا الارتباط القائم حتى لو فسخ العقد وبطل لكن يبقى قائما.

تنشأ العلاقة التبادلية من عقد ملزم لجانب واحد وإذا نشأ للمدين حق بعد العقد فتكون العلاقة تبادلية تعاقدية، وتتحقق العلاقة التبادلية دون استنادها إلى علاقة تعاقدية بين أطراف العقد.

ب. الارتباط المادي أو الموضوعي

ينشأ الارتباط المادي بناءا على واقعة مادية، وإذا كان الشيء قد انتقل إلى حيازة الحبس دون رابطة قانونية بين الدينين تنشأ العلاقة بمجرد الحيازة بين حائز الشيء ومالكه، فالرابطة هنا تعتبر مادية كالتزام مالك الشيء برد المصروفات الضرورية والنافعة التي توجد في حيازة الغير وفقا للمادة 833 من ق.م.ج[183].

نستنتج أن المشرع الفرنسي وضح أنه لا يتوافر للدائن الحق في الحبس في حالة عدم وجود ارتباط قانوني بين الزامين متقابلين، ومقارنة بالقانون المدني الجزائري والمصري يصرح أنه يكتفي بوجود التزامين متقابلين لقيام الحق في الحبس.

[183]–محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 177 و179.

خاتمة

خاتمة

ختاما لهذا الموضوع توصلنا إلى أن التنفيذ العيني للالتزام إجراء قانوني يلزم المدين على الوفاء بالتزامه، إذ نجد الأصل في التنفيذ يكون عينيا، وذلك أن يقوم المدين بتنفيذ عيني ما التزم به مما يعتبر من الالتزامات التعاقدية التي تحقق بتوفر شروط بأن يكون التنفيذ العيني ممكنا لا مستحيلا، ألا يكون في تنفيذه إرهاق للمدين وألا يمس بحريته الشخصية، أما الشروط الشكلية بإعذار المدين بحيث يعتبر إنذارا له للالتزام بوفائه.

وقد يؤدي سير هذا التنفيذ لعوارض النظام القانوني، كذا نجد صعوبة في توفير الحماية القانونية بحيث الشخص يستحيل استيفاء حقه بنفسه وبالتالي لا مناص من حلول الحماية التنفيذية محل الحماية القانونية، ولتحقيق هذه الأخير لا بد من تدخل القضاء لتطبيق القانون الإجرائي.

وعلى هذا الأساس نجد التنفيذ العيني للالتزام يتم اختياريا لكن إذا أهمل أو تأخر المدين في الوفاء بما التزم به وجب على الدائن اللجوء إلى السلطة العامة لجبر المدين على تنفيذ ما اتفق عليه، فإنّ مضمون النشاط المكون للعملية التنفيذية يختلف بحسب نوع الالتزام الذي يشكل جوهر الرابطة التي تجمع بين أطراف المتعاقدين، ولا يعدو أن يتخذ هذا الالتزام صورة إما أن يكون التزام بإعطاء شيء أو التزام بعمل أو الامتناع عنه.

وعليه فإنّ معظم الفقه والقضاء يؤكد بأولوية التنفيذ العيني للالتزامات، بمعنى أن المدين عليه أن يقوم بما تعهد به ولا يجوز أن يمنح الخيار للمتعاقدين بين تنفيذ التزامه عينا أو بمقابل لأن ذلك يحقق الهدف من التعاقد، لذا نجد أن التعويض يعتبر استثناء أو إجراء احتياطي، وذلك عند الإخلال بالعقد من قبل أحد المتعاقدين، وإذا أخل المدين بالتزامه يلجأ الدائن بطلب من القضاء للحماية التنفيذية لحماية حقه بإجبار المدين على الوفاء، مما جعل القانون يمنع استعمال الإكراه لسبب وجود اتفاقية تمنع من استعماله فيما يخص الأحكام المدنية، والقوة لقهر المدين بالقيام بعمل والقائم على الاعتبار الشخصي للمدين، لذا نقوم باللجوء إلى صور أخرى للحماية التنفيذية كأن يتم التنفيذ على نفقة المدين، أو الإزالة ما تم مخالف للاتفاق أو أن يقوم الحكم القضائي مقام التنفيذ إلى جانب ما يقرره القانون من وسائل غير مباشرة لقهر المدين على التنفيذ،

كالغرامة التهديدية أو الشرط الجزائي، ومن هذه الصور لا تثور فكرة الحجز الذي لا يتطلبه طبيعة الالتزام.

ولهذا ساهمت أغلب التشريعات بتنظيم مسألة الأحكام القانونية، لذا نجد من الأنظمة المقارنة التشريع الجزائري على غرار التشريع المصري والتشريع الفرنسي، بحيث نجد التشريع الجزائري التمس قصور وضعف في أحكام التنفيذ في الجزائر، منذ تطبيقه قدما في قانون الإجراءات المدنية، وجاء قانون الإجراءات المدنية والإدارية سنة 2008 ليصحح الخلل ويسد الثغرات الموجودة سابقا.

ومنه ارتأينا إلى دراسة هذا الموضوع لمعرفة مدى فعالية أحكامه في القانون وتأسيسا لم تم تحليله من خلال هذه الدراسة المقارنة توصلنا على بعض النتائج التي تبين لنا أهمية الموضوع.

- إن المشرع الجزائري، المصري والفرنسي لم يعرف التنفيذ العيني للالتزام، بل ترك المجال للفقه لتحديد مفهومه.
- تضمنت الأنظمة المقارنة نفس قاعدة إجبار المدين على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا.
- يستوجب وجود شروط لمباشرة تنفيذ إجراءات الإعذار.
- وجود حسن النية في كل مراحل العقد والمذكورة في التشريعات المقارنة.
- التنفيذ الجبري هو أخر إجراء يتم اللجوء إليه بعد التنفيذ الاختياري.
- تضمن القانون الجزائري في القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية أغلب القواعد التي تنظم عملية التنفيذ الجبري.
- إن التشريعات المقارنة (الجزائري، المصري، الفرنسي) نصت على تسخير استعمال القوة العمومية في التنفيذ العيني الجبري، بحيث نجد المشرع الجزائري لم يذكر شروط استعمال القوة العمومية بل اكتفى بتحديد كيفية تسخير بعض الإجراءات فقط لكلا التشريعات المشرع الجزائري، المشرع المصري والمشرع الفرنسي.
- لجوء الدائن إلى استعمال وسائل مباشرة أو وسائل غير مباشرة للتنفيذ العيني.

– تضمن المشرع الجزائري أحكاما تتعلق في تنفيذ الالتزام إما يكون عينا أو عن طريق التعويض.

– أما بخصوص الوسائل غير المباشرة تخلى المشرع الجزائري على نظام الإكراه البدني وبدله بالغرامة التهديدية كوسيلة لمبدأ مسؤولية المدين في أمواله دون شخصه.

– منح المشرع الجزائري للقاضي صلاحية فرض الغرامة التهديدية من تلقاء نفسه على حق الدائن بطلب فرضا على المدين، خصوصا أن القانون منح له صلاحية الزيادة أو النقصان.

– المشرع الجزائري والمشرع المصري لم يقدما تعريفا للشرط الجزائي بل حددا القواعد المتعلقة به فقط على عكس المشرع الفرنسي الذي قدم تعريف في نص المادة 1226 والمدين الفرنسي.

– إن الحق في الحبس هو نظام يشرع فيه للدائن أن يمتنع عن تنفيذ التزامه لرد فعل على إخلال المدين بتنفيذ ما يلتزم به لصالح الدائن.

– الحق في الحبس لا يتم اللجوء إليه إلا متى توفرت شروطه ولاعتباره يحقق حماية كبيرة لحق الدائن.

التوصيات:

يجب العمل على تطوير قواعد وأحكام تنفيذ الالتزامات باعتبارها جوهر المعاملات في المجتمع للمساهمة في عدم إفلات المدين من تنفيذ التزاماته.

تسهيل إجراءات الحصول على تسخير استعمال القوة العمومية لأن النيابة المكلفة بها يؤدي إلى إهدار الوقت وتعطيل عملية التنفيذ.

ضرورة توحيد المصطلحات المستعملة في الأنظمة المقارنة للتعبير عن هذه الوسيلة، وذلك باستعمال الغرامة التهديدية بدلا من الغرامة الإجبارية أو التعبير عن التهديد المالي.

ضرورة تحديد القيمة المالية للغرامة التهديدية في حالة تأخير كل وحدة لم يتم التنفيذ فيها، وذلك لتوحيد العمل على مستوى المحاكم بضرب الوحدة الزمنية على المبلغ وليس بتطبيق السلطة التقديرية للقاضي.

قائمة المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية

I. الكتب

1. أحمد خليل، أصول التنفيذ الجبري، الدار الجامعية، بيروت، 1992.

2. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزامات والإثبات، منشأة المعارف الإسكندرية، 1984.

3. أحمد عواد سلامة البنيان، وسائل إجبار المدين على التنفيذ العيني، ج.1، دار اليازوزي العلمية للنشر والتوزيع، عمان، 2019.

4. ــــــــــــــــــ، وسائل المدين على التنفيذ العيني، ج.2، دار اليازوري العلمية، للنشر والتوزيع، عمان، 2019.

5. أسامة أبو الحسن مجاهد، نظرية الحق (مقدمة القانون المدني)، دار النهضة العربية، مصر، 2019.

6. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، ج2، مكتبة سيد عبد الله وهبه، القاهرة، 1967.

7. العربي شحط عبد القادر، طرق التنفيذ في الموارد المدنية والتجارية منشورات الألفية الثالثة، الجزائر، 2008.

8. بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، في ضوء الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

9. ــــــــــــ، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

10. توفيق حسن فروج، مصطفى الجمال، مصادر أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.

11. جلال علي العدوى، أصول أحكام الالتزام والإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.

12. حمدي أحمد سعد أحمد، القيمة العقدية للمستندات الإعلانية (دراسة مقارنة بين القانون المدني "المصري–الفرنسي" والفقه الإسلامي)، دار الكتب القانونية، مصر، 2007.

13. حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ وفقا للقانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016.

14. رمضان أبو السعود، أحكام الإلتزام، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت، 1949.

15. ـــــــــــــــ، أحكام الإلتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.

16. سلطان أنور، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997.

17. ـــــــــــ، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، للنشر، الإسكندرية، 2005.

18. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام، العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير مشروع، الإثراء بلا سبب، القانون مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009.

19. الشرقاوي جميل، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

20. عادل جبري محمد حبيب، التنفيذ العيني للإلتزامات العقدية، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2004.

21. عامر محمود الكسواني، أحكام الإلتزام آثار الحق في القانون المدني دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.

22. عباس العبودي، شرح أحكام قانون التنفيذ، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.

23. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، ط.3، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 1998.

24. ـــــــــــــــ، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.2، نظرية الالتزام بوجه عام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.

25. عبد الفتاح عبد الباقي، أحكام الإلتزام، مطبعة النهضة، القاهرة، 2013.

26. عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

27. ـــــــــــــــ، أحكام الإلتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.

28. عدنان هاشم جواد الشروقي، الحق في الحبس للضمان، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.

29. علي عمر الشامسي، فسخ العقد، المركز القومي للإصدارات القانونية، د.ب.ن، القاهرة، 2010.

30. عمارة بلغيت، التنفيذ الجبري وإشكالاته، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

31. مأمون عبد الرشيد، الوجيز في النظرية للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1905.

32. محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2004.

33. محمد حسنين، طرق التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية الجزائري، ط.5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.

34. محمد حسين منصور، أحكام الالتزام دار الجامعية للطباعة والنشر بيروت، 2000.

35. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الصدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2010.

36. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1978.

37. مرقس سليمان، موجز أصول الالتزامات مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة، 1961.

38. منصور أحمد فيري، الغرامة التهديدية لجزاء لعدم تنفيذ أحكام القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002.

39. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية، 2003.

II. الأطروحات والمذكرات الجامعية

أ. أطروحات الدكتوراه

1. شرف الدين محمد الكهالي، وسائل التنفيذ العيني الجبري في القانون المدني اليمني (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1997.

2. القروي بشير سرحان، طرق التنفيذ في التشريع الجزائري والتشريع المقارن، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2014.

ب. المذكرات الجامعية

ب.1. مذكرات الماجستير

1. بسام سعيد جبر جبر، ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائري والغرامة التهديدية، ودورهما في منع تراخي تنفيذ العقود، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011.

2. حمة مرامرية، الجزء التنفيذي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2009.

3. خوجة حسينة، حق الحبس، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، د.س.ن.

4. علي خوجة خيرة، القوة القاهرة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2002.

5. مزياني سهيلة، الغرامة التهديدية في المادة الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون إداري وإدارة عامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012.

6. منال قاسم حصاونة، النظام القانوني للغرامة التهديدية، التهديد المالي، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون المدني، جامعة القاهرة، مصر، 2007.

7. ناصر منى، نطاق تطبيق الغرامة التهديدية على الأحكام القضائية المدنية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص تنفيذ الأحكام القضائية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2017.

8. نجاري عبد الله، الشرط الجزائي في القانون المدين الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 1983.

9. نصير صبار لفتة، التعويض العيني (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة النهرين، القاهرة، 2001.

10. نورة بن عبد الله، انقضاء الالتزام لاستحالة التنفيذ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2013.

ب.2. مذكرات الماستر

1. أوشيحة عيسى، الشرط الجزائي، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقوانين الوضعية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014.

2. بن يوب عمر، الغرامة التهديدية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2012.

3. بومالي فروجه، صور تنفيذ الالتزام، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019.

4. خضراوي الأمين، التنفيذ الجبري في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2019.

5. سعيداني محمد، الغرامة التهديدية على الإدارة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص إدارة ومالية، وكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2017.

6. عبد الوهاب نسيمة، وقية دليلة، حالات مشروعية الامتناع عن الوفاء على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.

7. عكومي فاطمة الزهرة، شواري رحمة، الحق في الحبس مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، غرداية، 2022.

8. لعور جميلة، التنفيذ العيني الجبري في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2017.

9. مصطفاوي أمينة، أعراب زهرة، التنفيذ العيني للالتزام، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019.

III. المقالات

1. أمد الله الجعيدي محمد، "الغرامة التهديدية ودورها في التنفيذ العيني للإلتزام في القانون المدني الليبي (دراسة مقارنة)، **مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية**، مجلة علمية محكمة، كلية الحقوق، جامعة بيروت، د.س.ن، (ص ص998-1020).

2. شريف رأفت محمد أحمد حماد، مفهوم الحق في الحبس وطبيعته كوسيلة للضمان في القانون المدني (دراسة مقارنة)، **مجلة الشريعة والقانون**، العدد 35، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2020، (ص ص163-233).

3. شيرزاد عزيز سليمان، يونس عثمان علي، "حسن النية في تنفيذ العقد، دراسة مقارنة"، **المجلة العلمية**، المجلد 5، العدد 1، كلية الحقوق، جامعة جيهان السليمانية، العراق، 2021، (ص ص40-60).

4. لوني يوسف، ضوابط تدخل القوة العمومية أثناء التنفيذ العيني الجبري للالتزامات العقدية، دراسة مقارنة، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 4، العدد 32، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، (ص ص488-503).

5. محمود مختار عبد الغيث محمد، الاتجاهات الحديثة في قانون التنفيذ الفرنسي الجديد، وفقا لآخر تعديلاته الصادرة بالقانون رقم 1547 لسنة 2016، الصادر في نوفمبر 2016 والمرسوم التنفيذي رقم 197 لسنة 2017 الصادر في مايو 2017، **مجلة حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية**، مصر، 2017، (ص ص1-285).

IV. النصوص التشريعية

1. أمر رقم 66-156، مؤرخ في 08 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ج.ج عدد 49، الصادرة بتاريخ 11 جوان 1966، معدل ومتمم.

2. أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، عدد 101، الصادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

3. قانون رقم 06-03 المؤرخ في 20 سبتمبر 2006، المتضمن مهنة المحضر القضائي، ج.ر.ج.ج، عدد 14، الصادرة في 08 مارس 2006.

4. قانون رقم 08-09، مؤرخ في 18 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج، عدد21، الصادرة في 23 أفريل 2008، معدل ومتمم.

أ. الإجتهادات القضائية

1. قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 8 أفريل 2003، رقم 14989 عن الغرفة الخامسة، قضية (ك.م) ضد وزارة التربية.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية

I. Ouvrages

1. Favart et fenet, Recueil Complet des Travaux Préparations du Code Civil 1827. Tome 13, Paris, 1987.

2. GOSSERAND (L), Cours de Droit Civil Français, 2éme édition, tome 11 Paris, 1933.

3. Cadillac (M). Molay (CH), droit des sûretés, 5eme Edition litec, Paris, 1999.

4. Christophe Guettiez, « Droit administratif », 2eme Edition, Montchrestien, Paris, 1997.

5. J.GEBLIR, Les obligations alternatives, Rid, Civ, 1969.

6. Laurent Principes de Droit Français, Tome 17, 2eme Edition, Paris, 1978.

7. Pinoy Jean-Yves, l'état partie intervenante, 5eme Edition, Dalloz, 2013.

8. Henri Mazeaud, Responsabilité Délictuelle et Responsabilité Contractuelles, RTD, CIV, 1929.

9. Marty et Raynaud, Droit Civil, les suretés et la publicité foncière, Tome 111, I volume, Sirey, Paris, 1911.

II. Thèses de doctorat

1. André Decoc, essaie d'une théorie générale des Droits sur la personne, thèse de doctorat en droit, Paris, 1996.

2. Dragu (R), L'Exécution en Nature du contrat, thèse de doctorat, Paris, 1936.

3. Julien Coulet, L'exécution Forcée en Nature, thèse de doctorat, Paris 2, 2007.

III. Textes Juridiques

1. Loi N° 91-650 du 9 juillet 1991 portant reformes des procédures civiles d'exécution, Jorf N°110, du 14 mai 1992.

2. Loi n 72-626 du juillet 1972 instituant Un juge de l'exécution et relation a la réforme de la procédure civile.

IV. Sites web

1. site : http : //www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/?isSuggest=true.

2. http : //www.legifrance.gouv.fr

الفهرس

الفهرس

شكر وتقدير

الإهداء

قائمة المختصرات

مقدمة 1

الفصل الأول

أحكام التنفيذ العيني

المبحث الأول: مفهوم التنفيذ العيني 7

المطلب الأول: المقصود بالتنفيذ العيني 7

الفرع الأول: تعريف التنفيذ العيني 8

أولا: التعريف اللغوي والاصطلاحي 8

ثانيا: التعريف الفقهي 10

الفرع الثاني: تمييز التنفيذ العيني عن المفاهيم المشابهة لها 13

أولا: التنفيذ العيني والتنفيذ بمقابل 13

ثانيا: التنفيذ العيني والتعويض العيني 14

المطلب الثاني: أنواع وأطر التنفيذ العيني 15

الفرع الأول: أنواع التنفيذ العيني 15

أولا: التنفيذ الاختياري 15

ثانيا: التنفيذ الجبري 17

الفرع الثاني: أطر التنفيذ العيني 28

أولا: التنفيذ العيني في التقنين المدني الفرنسي 29

ثانيا: التنفيذ العيني في التشريع الجزائري والمصري 30

المبحث الثاني: أساس وشروط التنفيذ العيني 33
المطلب الأول: أساس المطالبة بالتنفيذ العيني 33
الفرع الأول: النظريات التقليدية 33
Toc146620962_أولا: الالتزام البدلي 34
ثانيا: نظرية عدم التنفيذ 34
ثالثا: نظرية حماية المدين 35
الفرع الثاني: القوة الملزمة للعقد كأساس لحق الدائن لإجبار المدين على التنفيذ 36
الفرع الثالث: الوفاء بالعهد 37
المطلب الثاني: شروط التنفيذ العيني 38
الفرع الأول: الشروط الموضوعية 38
أولا: شرط إمكانية التنفيذ العيني 38
ثانيا: شرط عدم إرهاق المدين في التنفيذ العيني 40
ثالثا: شرط عدم مساس التنفيذ بحرية المدين الشخصية 41
الفرع الثاني: الشروط الشكلية للتنفيذ العيني 42
أولا: الشروط الموضوعية للإعذار 42
ثانيا: الشروط الشكلية للإعذار 43

الفصل الثاني

الوسائل القانونية للتنفيذ العيني للالتزام

المبحث الأول: الوسائل المباشرة للتنفيذ العيني 47
المطلب الأول: الإجراءات المباشرة على مال المدين تحقيقا للتنفيذ العيني 47
الفرع الأول: التعويض العيني 47

أولا: التعويض العيني المادي (الجسدي) 48
ثانيا: التعويض عن الضرر المعنوي 50
الفرع الثاني: الحكم يقوم مقام التنفيذ العيني 51
أولا: الوعد بعقد رضائي 51
ثانيا: الوعد بعقد شكلي 52
ثالثا: دعوى صحة التعاقد 53
الفرع الثالث: التنفيذ العيني على نفقة المدين 53
المطلب الثاني: التنفيذ العيني للالتزامات غير النقدية 55
الفرع الأول: الالتزام بإعطاء شيء 55
الفرع الثاني: الالتزام بعمل 56
الفرع الثالث: الالتزام بالامتناع عن العمل 57
المبحث الثاني: الوسائل غير المباشرة للتنفيذ العيني للالتزام 59
المطلب الأول: تعريف الغرامة التهديدية 59
الفرع الأول: تعريف الغرامة التهديدية 60
أولا: التعريف الفقهي 60
ثانيا: التعريف القضائي 62
الفرع الثاني: خصائص الغرامة التهديدية 63
أولا: الطابع التهديدي والتحكمي 63
ثانيا: الطابع المؤقت 64
ثالثا: غير محدد المقدار 65
الفرع الثالث: أنواع الغرامة التهديدية 65

أولا: الغرامة التهديدية المؤقتة 65
ثانيا: الغرامة التهديدية القطعية 66
الفرع الرابع: شروط الغرامة التهديدية 66
أولا: التزام يمتنع المدين عن تنفيذ 66
ثانيا: أن يكون التنفيذ العيني غير ممكن وغير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه 67
ثالثا: أن يقوم الدائن بطلب الحكم بالغرامة التهديدية..... 67
المطلب الثاني: مفهوم الشرط الجزائي والحق في الحبس 68
الفرع الأول: الشرط الجزائي..... 69
أولا: تعريف الشرط الجزائي..... 69
ثانيا: خصائص الشرط الجزائي 71
ثالثا: شروط الشرط الجزائي..... 73
الفرع الثاني: تعريف الحق في الحبس 76
أولا: تعريف الحق في الحبس..... 76
ثانيا: خصائص الحق في الحبس 80
ثالثا: شروط قيام حق الحبس 82
خاتمة..... **84**
قائمة المراجع..... **88**
الفهرس **98**

التنفيذ العيني في القانون الجزائري والقانون المقارن

ملخص

يُعد موضوع التنفيذ العيني أحد أهم وأكثر الموضوعات تطبيقا في الحياة العملية التي لا تنقطع المحاكم عن تطبيقه كل يوم فيما يعرض عليها من قضايا، ولكونه وسيلة لتبرئة ذمة المدين من الالتزام الملقى على عاتقه وفي كونه تطبيقا مهما لمبدأ القوة الملزمة للعقد بحيث يؤول الالتزام إلى ما هو متفق عليه بين أطرافه.

يستند التنفيذ العيني على عنصر الارادة وهذا هو الأصل، لكن أحيانا يخل المدين عن تنفيذ التزامه مما يستدعي قيام عنصر المسؤولية المتمثل في السلطة العامة لإكراهه على الوفاء بالتزامه جبرا وفقا لإجراءات قانونية لاستيفاء حق الدائن وهذا هو الاستثناء.

الكلمات المفتاحية: الالتزام، التنفيذ العيني، التنفيذ الاختياري، التنفيذ الجبري، الإعذار، العقد، التعويض، الغرامية التهديدية، الشرط الجزائي، الحق في الحبس.

L'exécution en nature en droit algérien et droit comparé

Résume

Le sujet de l'exécution par nature est l'un des sujets les plus importants et les plus appliqués dans la vie professionnelle, que les tribunaux appliquent quotidiennement dans les affaires qui leur sont soumises.

C'est un moyen de libérés le débiteur de l'engagement qui lui est imposé et de mettre en oeuvre le principe de force contraignante du contrat, de sorte que l'engagement soit interprété conformément à ce qui est convenu entre les parties,car L'exécution en nature repose sur l'élément de la volonté, qui est l'origine même, mais parfois le débiteur omet d'exécuter son obligation, ce qui nécessite l'intervention de l'élément de responsabilité représenté par l'autorité publique pour le contraindre a respecter son engagement de manière coercitive, conformément aux procédures juridiques afin de satisfaire le droit du créancier, et ceci est l'exception.

Mots-clés : Obligation, Exécution en Nature, Exécution Facultative, Exécution Forcée, La Mise En Demeure, Le Contrat, Indemnisation, Les Astreintes, La Clause Pénale, Droit De Rétention.