مقدمة:

يعبّر مفهوم القانون المدنيّ عن مجموعةٍ من القواعد التي يضعها مشرع ما لتنظيم المعاملات بين الأفراد مع بعضهم البعض، وتنقسم قواعد هذا القانون إلى قواعد آمرة والتي لا يمكن الاتفاق على مخالفة أحكامها، وقواعد مكمّلة والتي تُطبّق في حالة عدم الاتّفاق على ما يخالفها، ويعتبر الهدف الرئيسيّ من وضع هذه القواعد هو تنظيم كيفية التعامل بين الأفراد، وتعيين الحقوق والالتزامات لجميع الأطراف، بهدف منع حدوث أي نزاعات.

يعتبر القانون المدني أهم فروع القانون الخاص على الاطلاق، فهو الشريعة العامة للقانون الخاص، بمعنى أنه بمثابة المرجع العام لتنظيم جميع العلاقات التي تنشأ بين أفراد المجتمع في الأحوال التي تسكت فيها الفروع المشتقة عن القانون المدني عن تنظيم مسألة من المسائل التي تدخل في نطاقها، وتعدّ نظرية الالتزام من أهم موضوعات القانون المدني، وهي تهتم بدراسة علاقة الفرد بغيره من حيث المال، حيث تدخل في دائرتها كل علاقات التبادل المالي، كما تعني كذلك بدراسة جبر الضرر الذي يلحق الغير في مجال المسؤولية.

يعرف الالتزام كموضوع من مواضيع هذه النظرية على أنه رابطة بين شخصين أو رابطة بين ذمتين ماليتين، فهو واجب قانوني يقع على الشخص يسمى المدين، يلزمه بالقيام بأداء أو الامتناع عن عمل ذي قيمة مالية لمصلحة شخص آخر يسمى الدائن، والذي يكون له سلطة اجباره على أدائه، ومهما كان موضوع الالتزام، باعطاء شيء، أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، فهو ينشأ عن سبب معين أي مصدره فالمقصود بمصدر الالتزام هو السبب الذي أنشأ الالتزام، فيكون التزام المشتري بدفع الثمن هو عقد البيع، والتزام المتسبب في الضرر بالتعويض هو العمل المستحق للتعويض، والتزام الاب بالفقة هو القانون، وعدد هذه المصادر هو خمسة في القانون المدني الجزائري وهي العقد، الارادة المنفردة، وكليهما يعدّ تصرفا قانونيا، بالاضافة إلى الفعل الضار والفعل النافع، وكذلك القانون الذي يعتبر المصدر المباشر وغير المباشر لكل الالتزامات.

ومهما كان مصدرالالتزام، فإنّ الأثر الجوهري الذي يترتب عليه بعد قيامه صحيحا هو وجوب قيام المدين بالتنفيذ طوعاً وبمحض إرادته واختياره وضمن المدة المحددة ويسمى ذلك بتنفيذ الالتزام اختيارا،هذه هي القاعدة العامة والأصل في تنفيذ الالتزامات تطبيقا لنص المادة 160 من ق م التي تنص على أنه: **" المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به..."**[1]، **وهذا** تطبيق لمبدأ حسن النية والثقة المتبادلة بين

[1]- أمر رقم 75- 58، مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 ديسمبر، يتضمن القانون المدني ، ج.ر.ج.ج عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

الناس، فمتى نشأ الالتزام صحيحا، فإنه يكون صالحا لإنتاج آثاره القانونية والتي تتلخص في ضرورة قيام المدين بتنفيذه واختيارا استجابة لعنصر المديونية في الالتزام، وإلاّ فإنّ الالتزام ينفذ جبرا على المدين تحقيقا لقوته القانونية التي يعبّر عنها بعنصر المسؤولية، وهذا هو الاستثناء على القاعدة بالتنفيذ بطريقين هما التنفيذ العيني الجبري أو بالتنفيذ بطريق التعويض.

ولمّا نتحدث عن امكانية جبر المدين على التنفيذ إذا كان لا يزال ممكنا، فإننا نعني بذلك الالتزام المدني، والذي يختلف بدوره عن الالتزام الطبيعي[2]،الذي وإن كان يحتفظ بعنصر المديونية في ذمة المدين،إلا أنه يفتقد لعنصر المسؤولية،أي عدم إمكانية إجبار المدين على تنفيذه طبقا للمادة 2/160 التي تنص على أنه:" **... غير أنه لا يجبر على تنفيذ إذا كان الالتزام طبيعيا**"[3]، والسبب في ذلك لكونه تحول إلى مانع قانوني من المطالبة به قضاءً لانقضاء مدة المطالبة به-التقادم- وبالتالي لا تسمع دعوى المطالبة به ويرده القاضي لتقادمه زمنياً وعادة ما يكون ذلك بالتقادم الطويل 15 سنة في أغلب القوانين المدنية المقارنة، ويفهم من هذا أن الالتزام الطبيعي لا يحميه القانون، فهو يتحول إلى إلتزام اخلاقي على المدين، ولكن يبقى الوفاء به وفاء صحيحا، وتترتب عليه جميع آثار الوفاء بالالتزام المدني الذي يجمع مابين عنصر المديونية وعنصر المسؤولية أي وجوب تنفيذه من المدين اختياراً أو جبراً إن اقتضى الأمر.

غير أنّ أحكام الالتزام لا تقتصر فقط على آثاره البسيطة، فحسب بل تتناول موضوعات أخرى هي على وجه التحديد أوصاف الالتزام ، فإن كان الالتزام في وجوده معلقا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع، فإنه يكون معلقا على شرط واقف، وإذا كان زوال الالتزام معلقا على أمر غير محقق الوقوع، فإنه يكون معلق على شرط فاسخ، أمّا إذا كان نفاذ الالتزام مضاف إلى أمر مستقبل محقق الوقوع فإنه يكون مضاف إلى أجل واقف، وإذا كان زواله مضاف إلى أمر محقق الوقوع ، فإنه يكون مضاف إلى أجل فاسخ .

ومن أوصاف الالتزام كذلك تعدّد أطرافه، فقد يكون الدائن أكثر من شخص واحد، وقد يكون المدين أكثر من شخص واحد، هنا تثور مسألة التضامن بين الدائنين أو المدنين إذا تعددوا.

---

[2] -L'appellation d'obligation naturelle s'opose a celle d'obligation civile. Celle-ci caracterisé la situation de contrainte du débiteur, le crréancier etant admis a exiger l'exicution , au besoin en recourant a des mesure d'éxicution forcée.Celle- la est, au contraire, une obligation qui ne comporte pas tel pouvoir de contrainte : le créancier ne peut forcer le débiteur a l'exécution ; il ne peut le porsuivre en justisce a cet effet.Voir FLOUR Jaques, AUBERT Jean-Luc, FLOUR Yvonne, SAVAUX Eric, *Droit civil, les obligations/ le rapport d'obligation*, 2éme Ed, Dalloz , Paris, 2001, p. 37.

[3] - أمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 ديسمبر، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

والالتزام باعتباره علاقة بين دائن ومدين يجوز أن يتغيّر فيه شخص الدائن أو شخص المدين، فالالتزام بذلك قابل للانتقال والتحول من شخص للآخر، وانتقال الالتزام من جانب الدائن يسمى حوالة الحق أمّا انتقاله من جانب المدين فيسمى حوالة الدين.

غير أنّ الالتزام لا يوجد مؤبدا على الدوام فمصيره الانقضاء، وأوّل سبب لانقضائه هو تنفيذه أي عن طريق الوفاء، ومع ذلك فهناك أسباب أخرى لانقضائه غير الوفاء وهي الوفاء بمقابل، التجديد، المقاصة ، اتحاد الذمة، وقد ينقضي الالتزام بدون وفاء لاستحالة تنفيذه أو التقادم.

وكما ذكرنا فإن الأصل أنّ الالتزام المدني إذا نشأ في ذمة الشخص بفعل مصدر من مصادره، فإنه يولد أثرا قانونيا، وأول هذه الآثار تنفيذ الالتزام طبقا لما اشتمل عليه، وتنفيذ الالتزام من المدين لابد أن يكون طوعا ، وخلال المدة المتفق عليها، فالأصل في تنفيذ الالتزامات هو التنفيذ العيني الاختياري أي وفاء المدين بعين ما التزم به، لكن غالبا ما يمتنع أو يتأخر المدين في تنفيذ التزامه، أو تنفيذه تنفيذا معيبا أو تنفيذا جزئيا، الأمر الذي يخول الدائن امكانية اللجوء إلى القضاء لإجبار المدين على تنفيذ عين ما التزم به إذا كان ذلك ممكنا، وهذا ما يسمى بالتنفيذ العيني الجبري، وإذا لم يكن ممكنا فينفذ بطريق التعويض، فالحقبة التي كان يحق فيها للدائن أن يتولى بنفسه القيام بالتنفيذ على أموال المدين قد زالت، وأصبح الآن التنفيذ من اختصاص السلطة العامة فهي التي تملك وسائل القهر و الإجبار وبالتالي ليس للدائن أن يقتضي حقه بنفسه(nul ne se fait justice par soi- même) وإنما الذي يتدخل لاجبار المدين على التنفيذ هو السلطة العامة[4]، إما عن طريق اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم يتم التنفيذ بموجبه أو عن طريق الموثق بالنسبة للعقود الرسمية ويتم التنفيذ عن طريق أشخاص يمتلكون صفة الضابط العمومي و منهم المحضر القضائي فيتخذ التنفيذ في هذه الأحوال صيغة الجبر.

ونظرا لاتساع نطاق نظرية الالتزام وشمولية موضوعاتها، نكتفي في مجال هذه المطبوعة بالتطرق لأحكام الالتزام مكتفيين بموضوعين أساسيين هما طرق التنفيذ الجبري للالتزام(**الفصل الأول**)، ومادام أن الالتزام لا ينشأ دائما بسيطا ناجزا،فإننا سنتطرق للأوصاف المعدلة لاثر الالتزام(**الفصل الثاني**).

[4]- راجع في الموضوع: لوني يوسف، " ضوابط تدخل القوى العمومية أثناء التنفيذ العيني الجبري للالتزامات العقدية(دراسة مقارنة)"، **حوليات جامعة الجزائر** ، العدد32، الجزء الرابع، ديسمبر 2018، ص ص 288-503.

الفصل الأول

طرق التنفيذ الجبري للالتزام

يقوم الالتزام على عنصرين هما المديونية والمسؤولية، ويقصد بالمديونية تلك العلاقة القائمة بين الدائن والمدين والتي بمقتضاها يستطيع الدائن مطالبة المدين بالوفاء، إمّا الوفاء بالتزام إيجابي كنقل حق عيني أو القيام بعمل، وإمّا الوفاء بالتزام سلبي يتمثل في الامتناع عن عمل[5]، فالمديونية هي التي تفرض على المدين الوفاء بما التزم به، وإن فعل ذلك برأت ذمته لأن الأصل في التنفيذ هو التنفيذ الاختياري حيث يعتمد القانون أساسا على إرادة الافراد وحرية اختيارهم في تنفيذ الالتزام، وتعتبر هذه الصورة المثالية للتنفيذ[6]، أما عنصر المسؤولية فهو الحماية القانونية المقررة للالتزام باللجوء إلى القضاء واقتضاء حق الدائن من المدين باستعمال السلطة العامة للدولة إذ لا يجوز للدائن اقتضاء حقة بيده، و هو ما يسمى بالتنفيذ الجبري، ويكون هذا الاخير إمّا تنفيذا مباشرا أي عن طريق التنفيذ العيني الجبري (**االمبحث الأول**)، أو عن طريق التنفيذ الجبري بالتعويض(**المبحث الثاني**).

[5]-عامر محمود الكسواني، أحكام الالتزام - آثار الحق في القانون المدني (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، ص 116.

[6]- القروي بشير سرحان، طرق التنفيذ في التشريع الجزائري والتشريع المقارن، أطروحة لنيل شهادة الدكتورا في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر -1، 2014، ص 2.

المبحث الأول

التنفيذ العيني الجبري للالتزام

الأصل أن يقوم المدين بالتنفيذ العيني، فلا يجوز له العدول إلى طريق التنفيذ بالتعويض، إلاّ إذا تعذر التنفيذ العيني، أو تمّ ذلك بتراضي الطرفين،وقد خصص المشرع الجزائري الفصل الأول من الباب الثاني المتعلق بآثار الالتزام من الكتاب الثاني من ق م ج في المواد 164 إلى المادة 175 للتنفيذ العيني، وقد نصت المادة 164 من ق م على أنّه:" **يجبر المدين بعد اعذاره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا**"[7] ، وتطبيق لهذا النص سنبيّن مفهوم التنفيذ العيني الجبري للالتزام(**المطلب الأول**) ثم نبيّن موضوعاته(**المطلب الثاني**)

المطلب الأول

مفهوم التنفيذ العيني الجبري للالتزام

القاعدة الأساسية في الوفاء هي الوفاء بذات الشيء وعلى ذلك كان التنفيذ العيني للالتزام هو الأصل، وهو حق لكل من الدائن والمدين بمعنى لا يمكن لأي منهما أن يحيد عنه بمفرده ويطلب التنفيذ بطريق التعويض، وعليه يجب ضبط تعريف التنفيذ العيني (**الفرع الأول**)، مع العلم أن بقاء حق الدائن في المطالبة بالتنفيذ العيني الجبري يقتضي توفر شروط معينة(**الفرع الثاني**)

الفرع الأول: تعريف التنفيذ العيني الجبري

يقصد بالتنفيذ العيني الجبري تمكين الدائن من الحصول على ذات الأداء الذي التزم به المدين [8] أي هو اجبار المدين على تنفيذ عين ما التزم به وفقا لعلاقة المديونية الى تربطه بالدائن وموضوعها إذا كان ذلك ممكنا شرط أن يسبق هذا الإجبار إعذار.

ويوصف التنفيذ الجبري أنه عيني ومباشر بالنظر إلى وسيلة التنفيذ وأن الدائن يحصل على حقة الناتج عن العلاقة التعاقدية بطريقة مباشرة[9] ، بحيث تحقق تلك الوسيلة التنفيذ بغير

---

[7]- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 ديسمبر، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[8]-منذر الفضل، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين المدنية الوضعية) ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، 1998، ص 16.

[9]-FRICERO Natalie, Procédures civiles d'exécution(Voies d'exécution et procédures de distribution), Ed Gualino Lextenso,Paris, 2016, p.160.

إحداث تغيير في المراكز القانونية لكل من الدائن طالب التنفيذ والمدين المنفذ ضده فيقتضي حقه دون أن يتعدى على الحقوق الأخرى للمدين.

فالتنفيذ العيني الجبري وفقا لما تقدم هو حق للدائن وهو واجب على المدين، فإذا طلبه الدائن فلا يمكن للمدين أن يعدل عنه إلى التعويض شرط أن يكون التنفيذ العيني الجبري ممكنا، وإذا عرضه المدين، فلا يمكن للدائن أن يرفضه، ومن ثمة كان مناط الحكم بالتنفيذ العيني طلبه من الدائن أو عرضه من المدين[10].

الفرع الثاني – شروط التنفيذ العيني الجبري

لصحة التنفيذ العيني الجبري يقتضي توفر مجموعة من الشروط وهي :

أولا - أن يكون التنفيذ العيني ممكنا وغير مستحيلا:

من البديهي أن يشترط للحكم بالتنفيذ العيني الجبري أن يكون ممكنا، لأنه إذا استحال تنفيذ الالتزام استحالت معه المطالبة به قضائيا، وبالتالي استحال تنفيذه جبرا، ويستوي أن تكون الاستحالة لسبب أجنبي أو بسبب المدين، وتنحصر أهمية تحديد سبب الاستحالة فيما يترتب عليه من آثار، فالاستحالة بسبب أجنبي تؤدي إلى انقضاء الالتزام، أمّا إذا كانت بفعل لمدين فيلتزم الأخير بالتنفيذ بمقابل[11].

ثانيا- أن يطلب الدائن التنفيذ العيني الجبري أو يتقدم به الدائن

لم يشر المشرع إلى هذا الشرط في المادة 164 من ق م

صراحة، إلا أنّه يفهم ضمنيا، لأنّ المحكمة ليس لها الفصل في قضية لم يرفع بشأنها دعوى، كما أنه ليس للمحكمة أن تحكم بالتنفيذ العيني إذا كان الدائن قد طلب منها الحكم على المدين بالتعويض لامتناعه عن التنفيذ، حتى ولو كان التنفيذ العيني ممكنا على اعتبار أن هناك اتفاقا ضمنيا بين الدائن والمدين.

الملاحظ أنّ مجرد امتناع المدين عن التنفيذ لا يعطي الحق للدائن في طلب التنفيذ العيني الجبري، بل لابد من أن لا يكون الامتناع راجع إلى عدم قيام الدائن بتنفيذ التزامه، لأن المدين في هذه الحالة يجوز له الدفع بعدم التنفيذ[12].

---

[10]- الجمال محمد مصطفى، أحكام الالتزام، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2000، ص 344.

[11]- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام،د د ن، د ب ن، 2008، ص 8.
http://olc.bu.edu.eg/olc/images/eltzam.pdf

[12]- تنص المادة 123 من ق م ج في هذا الشأن على أنه: **: في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جازلكل المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به".**

ثالثا- أن يسبق التنفيذ العيني الجبري اعذار المدين

لا نجد أي أثر لتعريف الإعذار في النصوص القانونية للتشريعات المقارنة، حيث اقتصرت على بيان آثاره وأشكاله[13]، وقد نصت المادة 180 من ق م :" **يكون اعذار 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 الحاجة إلى أيّ إجراء آخر**" [14]، فالمشرع في هذا النص لم يعرف الإعذار بل عّدد وسائله، إلا أنّه يمكن تعريفه أنه دعوة المدين من قبل دائنه إلى ضرورة قيامه بتنفيذ التزامه[15]، وإلا أصبح مسؤولا عن الضرر الذي يصيبه من جراء إخلاله بالتنفيذ، فهو بهذا المعنى تصرف يصدر من الدائن يعبر فيه عن رغبته بضرورة تنفيذ التزامه وإلا عد المدين مسؤولا عن أي ضرر يصيبه[16]، ويقصد كذلك بالإعذار وضع المدين موضع المقصّر، وإعلان الدائن للمدين أنه متمسك بالمطالبة بحقه في تنفيذ الالتزام القائم في ذمته[17].

يعد الاعذار المدين شرط في التنفيذ العيني الجبري، أمّا إذا قام المدين بالتنفيذ العيني اختيارا غير مجبرا، أو كان التنفيذ العيني يتحقق بحكم القانون فالظاهر أنه لا حاجة للإعذار في هاتين الحالتين، غير أنّ هناك حالات أخرى لا ضرورة فيها لاعذار المدين وهي تلك المذكورة في المادة 181 التي تقضي بأنه: " **لا ضرورة لاعذار المدين في الحالات الآتية:**

-إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين،

-إذا كالمحل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر،

---

[13]- تعتبر فكرة الاعذار من تقاليد القانون الفرنسي، راجع في الفكرة : عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري- ج 2، الإثبات وآثار الإلتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1964، ص 831.

[14]- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 ديسمبر، يتضمن القانون المدني الجزائري، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[15]- « La mise en demeure est l'acte par lequel un créancier demande a son débiteur d'exécuter son obligation », Voir : CABRILLAC Remy, *Droit des obligation*, 9émé Ed, Dalloz, Paris, 2010, p.136.

[16]- الحكمة من الاعذار أنه مطلوب لاعتبارات منها قانونية ومنها أخلاقية، وترتبط الأولى من أن مجرد حلول أجل الدين لا يشكل قرينة على تضرر الدائن ، وإنما يعني أن الدين أصبح مستحق الأداء وبذلك اذا اراد الدائن أن يجعل مدينه مسؤولا فعليه اعذاره، أما الاعتبار الثاني فيقوم على أساس أن القيم الخلقية في أي مجتمع توجب على الدائن أن ينبه مدينه قبل مفاجئته بإجراءات التنفيذ الجبري التي تشكل أغلبها مساسا بحرية وكرامة المدين. راجع تفاصيل أكثر عن الموضوع:

FLOUR Jaques, AUBERT Jean-Luc, FLOUR Yvonne, SAVAUX Eric, *Droit civil, les obligations/ le rapport d'obligation*, Op, cit, p. 93.

[17]- راجع: لواني عبد المجيد، الإعذار في المواد المدنية والتجارية طبقا للقانون الجزائري، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر، 2005، ص 5.

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

-إذا صرّح المدين كتابة أنه لا ينوى تنفيذ الالتزام"[18].

رابعا- ألا يكون في التنفيذ العيني إرهاق للمدين :

التنفيذ العيني المرهق هو تنفيذ ممكن في حدّ ذاته، ولكنه يلحق ضررا بالمدين، بحيث يترتب على اجباره عليه ضرر لا يتناسب مع ما يلحق الدائن جراء التخلف عن الوفاء ، وهذا الشرط نموذج للموازنة بين مصالح كل من الدائن والمدين[19]، وقد كان الاصل ألا يعتد بهذا الإرهاق إعمالا للمبادئ التقليدية التي تعطي للدائن الحق في الالتزام المدني في جبر مدينه على الوفاء به، ولكن اعتبارات العدالة، وتطبيقا لفكرة عدم جواز التعسف في استعمال الحق، يحدث أن يجيز المشرع للمدين دفع تعويض بدل التنفيذ العيني، وتقدير مدى الإرهاق يعود للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، وإذا كان العدول عن التنفيذ العيني للتعويض يرتب ضررا للدائن وجب الرجوع للأصل، حتى ولو كان مرهقا[20]، فعلى القاضي هنا أن يرجح مصلحة الدائن لأنه الاولى بالرعاية حيث أنه لا يطالب إلاّ بحقه وبدون تعسف منه، أما إن كان بالإمكان تفادي إرهاق المدين، ولو بضرر يسير يصيب الدائن جاز أن يحل التعويض النقدي محل التنفيذ العيني.

خامسا- ألاّ يكون في اجبار المدين على التنفيذ مساس بحريته الشخصية:

قد تكون شخصية المدين محل اعتبار في بعض صور الالتزام بعمل، أين يقتضي تدخل المدين شخصيا، ولكنه يصر على عدم التنفيذ، في هذه الحالة يكون في اجباره على التنفيذ مساس بحريته الشخصية، عندئذ يمتنع التنفيذ العيني الجبري، وقد أعطى المشرع وسيلة غير مباشرة للدائن للضغط على المدين للتنفيذ وهي وسيلة الغرامة التهديدية وإن لم تفلح لجأ الدائن إلى طلب تعويض كما هو في التزام الفنان، الطبيب، المحامي...ألخ[21].

---

[18]- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 ديسمبر، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[19]- نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني(أحكام الالتزام)، منشأة المعارف، الاسكندرية،2001، ص 28.

[20]- راجع في بعض التطبيقات لهذه الفكرة : الفار عبد القادر سميح، أحكام الالتزام، آثار الحق والقانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2015، ص ص 70-71.

[21]- رمضان أبو السعود ، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2006، ص57.

سادسا- أن يكون لدى الدائن سند تنفيذي

ينبغي حتى يتمكن الدائن المطالبة بالتنفيذ العيني الجبري أن يكون حائزا أو حاصلا على حكم قضائي[22] أو سند تنفيذي يتضمن حقه بصورة واضحة لا لبس فيها[23]، كحالة الوعد بالبيع الوارد على عقار المستوفي للشكلية القانونية اللازمة، فإذا امتنع الواعد عن التنفيذ يكون للموعود له جبره عن طريق العقد الرسمي الذي بحوزته كسند تنفيذي، واستصدار حكم على أساسه يقوم مقام العقد في نقل الملكية [24].

المطلب الثاني

موضوع التنفيذ العيني الجبري ووسائل اداءه

تختلف كيفية التنفيذ العيني الجبري للالتزام تبعا لاختلاف موضوع (محل) الالتزام الواجب التنفيذ (**الفرع الأول**)، وإذا ما تعنت المدين عن أداء إلتزامه وأصرّ على الامتناع عن التنفيذ ، وبهدف الصيرورة إلى الحكم عليه بالتعويض برزت هناك وسائل للضغط عليه للتنفيذ(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول-موضوع التنفيذ العيني الجبري

موضوع التنفيذ العيني للالتزام هو عين محل الاالتزام، حيث ينقسم هذا الأخير إلى أنواع وتأسيسا عليها يختلف موضوع التنفيذ إذا كان **وارد على الالتزام بنقل حق عيني أو انشائه(أولا) أو وارد على الالتزام بعمل سلبي أو ايجابي (ثانيا).**

أولا - التنفيذ العيني الجبري وارد على الالتزام بنقل حق عيني أو انشائه

تتوقف كيفية التنفيذ العين في الالتزام بنقل حق عيني أو بتسليم شيء على نوع المحل الذي يرد عليه الالتزام، فقد يرد على منقول و قد يرد على عقار:

---

[22]- كما نصت عليه المادة 171 من ق م حيث تقضي بأنه:" **في الإلتزام بعمل، قد يكون حكم القاضي بمثابة سند التنفيذ إذا سمحت بهذا طبيعة االتزام مع مراعاة المقتضيات القانونية والتنظيمية".**

[23] - FLOUR Jaques, AUBERT Jean-Luc, FLOUR Yvonne, SAVAUX Eric, *Droit civil, les obligations/ le rapport d'obligation*,Op, cit, p. 93.

[24]- راجع حكم المادة 72 من ق م .

1- إذا كان الإلتزام بالتسليم[25] أو الإعطاء وارد على منقول:

هنا يجب أن نميّز بين فرضين

الفرض الأول أن يكون المنقول معينا بالذات مملوك للمدين، فإنّ الالتزام بنقل ملكيته يعتبر منفذا بمجرد نشوئه[26]، فبائع المنقول المعين بالذات يلتزم بنقل ملكيته للمشتري بمجرد تمام العقد دون الحاجة إلى إجراء آخر، و كذلك الحال بالنسبة لكافة الحقوق العينية الأخرى[27] ، أمّا عن التزام المدين بتسليم المنقول، فإنّه التزام بعمل، يمكن تنفيذه بعد ذلك جبرا على المدين، ذلك أنّ الإلتزام بإعطاء يتضمن دائما التزام المدين بالمحافظة على الشيء وتسليمه[28].

أمّا الفرض الثاني أن يكون المنقول معينا بالنوع، وهنا لا ينتقل الحق العيني إلاّ بإفراز الشيء[29]، كبيع كمية من محصول زراعي، وإذا امتنع المدين عن الفرز أو التسليم جاز للدائن الحصول على شيء من النوع ذاته من الأسواق على نفقة المدين بعد استئذان القضاء أو دونه في حالة الاستعجال إعمالا لنص المادة 2/166 من ق م التي تنص:" **إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جار للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته ...بعد استئذان القاضي من غير الإخلال بحقة في التعويض".**

وتطبيقا للمادة يكون للدائن أن يطالب المدين بقيمة الشيء فيكون هنا التنفيذ بطريق التعويض، ليس لأن التنفيذ العيني مستحيل ولكن على اساس أن الدائن ارتضاه ولم يمانع فيه المدين- وتجدر الإشارة أن التنفيذ العين في الأشياء المعينة بالنوع يكون ذائما ممكنا- مع احتفاظ الدائن بحقه في التعويض عما لحقه من ضرر جراء تأخر المدين عن التنفيذ.

2-إذا كان الإلتزام بالتسليم أو الإعطاء وارد على عقار

إذا كان الشيء الذي يقع عليه الالتزام بإعطاء عقارا ، فإنه لايكفي تعيينه بالذات بل يجب القيام بإجراء الشهر التي لا تتم إلا بتدخل المدين أو بموجب حكم قضائي يقوم مقام تدخل المدين الممتنع عن اتخاذ ما يلزم من جهته لتمام عملية التنفيذ، وهذا وفقا للمادة 165 من

---

[25] - MOREL Journel Christel, *Droit général(Le cadre juridique , les actes de la vie juridique, les droits et les biens, les obligation,le droit patrimonial de la famille, les successions et les libertés, le cadre juridique des échanges , le droit pénal, le droit du travail)*,4éme Ed, Gualino Lextenso, Paris, 2010,p. 183.

[26] - FLOUR Jaques, AUBERT Jean-Luc, FLOUR Yvonne, SAVAUX Eric, *Droit civil, les obligations/ le rapport d'obligation*, Op, cit, p. 95.

[27]- وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 165 من ق م التي تنص: " **الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني ، إذا كان محل ا التزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم...**"

[28]- راجع المادة 167 من ق م التي تنص:" **الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الإلتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم**".

[29]- راجع المادة 1/166 من ق م .

ق م التي تنص:" **الالتزام بنقل الملكية ... إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه المدين، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالاشهار العقاري".**

على هذا الاساس يكون عقد البيع الوارد على عقار مثلا لا ينقل الملكية بذاته وبمجرد نشوء الالتزام كما في المنقول، بل يقتصر على انشاء التزام على البائع بنقلها، وهذا الإلتزام يمكن تنفيذه عينيا جبرا على البائع على أساس دعوى صحة ونفاذ البيع، فإذا صدر حكم بصحة البيع ونفاذه استطاع المشتري شهر الحكم ، فتنتقل إليه الملكية على أساس الحكم[30]

ثانيا- التنفيذ العيني الجبري وارد على الالتزام بعمل:

قد يكون هذا العمل ايجابيا أي الالتزام بالقيام بعمل، أو سلبيا بالامتناع عنه[31].

1- التنفيذ العيني الجبري وارد على الالتزام بالقيام بعمل

قد يكون المدين ملتزما في مواجهة الدائن بالقيام بعمل، وتختلف كيفية تنفيذ هذا الالتزام بحسب الفرضين التاليين:

الفرض الأول: أن تكون شخصية المدين محل اعتبار في الالتزام بحيث يجب أن يقوم به بنفسه(كالطبيب والرسام)، لا يمكن الحصول على التنفيذ العيني الجبري إذا أصر المدين الإمتناع لما لذلك من مساس بحرية المدين الشخصية، كما لا يجوز في هذا الفرض للمدين أن ينفذ الالتزام بواسطة غيره إذا رفض الدائن تطبيق للمادة 169 من ق م التي تقضي بأنه:" **في الالتزام بعمل إذا نص الاتفاق، أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين".**

لا يكون للدائن في الفرض الوارد في النص المذكور أعلاه، سوى اللجوء إلى الوسائل غير المباشرة للتنفيذ العيني كالتهديد المالي إذا كان ذلك لا يتعارض مع الحرية الشخصية للمدين أو الحكم بالتعويض[32].

الفرض الثاني: أن لا تكون شخصية المدين محل اعتبار في الالتزام، فيكون تدخل المدين غير ضروري لتحقيقه، فسواء قام به بنفسه أو بمساعدة غيره، وإذا أصر المدين على الامتناع

---

[30] - نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 31.

[31]- FLOUR Jaques, AUBERT Jean-Luc, SAVAUX Eric, Droit civil, *les obligations/ l'acte juridique*,9éme Ed, Dalloz , Paris, 2000,p.p. 25-26.

[32]- منذر الفضل، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين المدنية الوضعية) ، مرجع سابق، ص 49.

نهائيا على التنفيذ، يمكن الحصول على التنفيذ العيني الجبري عن طريق طلب إذن من القضاء بالقيام بذلك على نفقة المدين أو دونه إذا اقتضت الضرورة ذلك، تطبيقا للمادة 170 من ق م التي تنص على أنه:" **في الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ جازللدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ التزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا".**

الفرض الثالث أن يكون محل الالتزام بعمل المحافظة على الشيء وإدارته، فعلى المدين أن يبذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص العادي، فإذا بذل هذه العناية كان منفذا لالتزامه، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، إلاّ إذا نص القانون أو الاتفاق على غير ذلك، فمثلا إذا تبين من شروط الاتفاق أن على المدين أن يبذل في المحافظة على الشيء وإدارته العناية التي يبذلها في شؤونه الخاصة، فإنه لا يعتبر موفيا بالتزامه لإلاّ إذا بذل هذه العناية، وعلى كل حال يسأل المدين على وجه الدوام عمّا يصدر منه من غش أو خطا جسيم سواء كانت العناية الواجبة هي عناية الرجل العادي أ العناية التي يبذلها في شؤونه الخاصة[33]

الفرض الرابع أن تكون طبيعة الالتزام تسمح بأن يقوم حكم القاضي محل التنفيذ العيني، كامتناع البائع عن القيام بإجراءات الشهر لنقل ملكية المبيع تطبيقا للمادة 171 من ق م التي تنص على أنه: " **في الالتزام بعمل قد يكون حكم القاضي بمثابة سند التنفيذ، إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام مع مراعاة المقتضيات القانونية والتنظيمية**"[34]، ففي الوعد بالتعاقد مثلا إذا أظهر الموعود له ي في ابرام العقد النهائي وامتنع الواعد عن ذلك وإمضاء العقد كان للموعود ل استصدار حكم باثبات التعاقد ، ويقوم هذا الحكم مقام العقد الموعود بابرامه تطبيقا للمادة 72 من ق م التي تنص على أنه: " **إذا وعد شخص بابرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد وكانت كل الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متو افرة قام الحكم مقام العقد**".

2- التنفيذ العيني الجبري وارد على الالتزام بالامتناع عن القيام بعمل :

إذا كان محل الالتزام امتناع عن عمل، وقام به المدين أصبح التنفيذ العيني غير ممكن، كما لو تعهد تاجر بعدم منافسة تاجر آخر، ثم فتح متجرا لمنافسته، هنا للدائن اللجوء للقضاء

[33]- راجع المادة 172 من ق م .

[34]- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 ديسمبر، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

وإزالة ما وقع مخالفا للالتزام على نفقه المدين،كهدم بناء أقيم بالمخالفة للالتزام بالامتناع عن البناء والمطالبة بالتعويض[35].

قد يكون مصدر الالتزام بالامتناع عن القيام بعمل هو القانون، فالطبيب مثلا والمحامي ملزمين بعدم افشاء السر المهني، وإذا تم الاخلال بهذا الالتزام قامت مسؤولية الفاعل ولا يكون أمام الدائن إلا المطالبة بالتعويض[36]، وباعتبار أن الالتزام بالامتناع عن عمل كالالتزام بنقل حق عيني فهو التزام بتحقيق نتيجة، أما الالتزام بعدم الاضرار بالغير عن خطأ فهو التزام ببذل عناية وليس التزام عن الامتناع عن عمل، فهو التزام بعمل وهو عدم الإضرار بالغير[37].

الفرع الثاني - وسائل التنفيذ العيني الجبري

يستطيع الدائن اللجوء إلى أكثر من وسيلة للضغط على المدين المتماطل أو الممتنع عن التنفيذ للحصول على التنفيذ العيني الجبري لالتزامه، ومن أهم هذه الطرق الإكرام البدني أي تقييد حريته حتى يبادر إلى تنفيذ ما التزم به**(أولا)**، أو الضغط عليه بالإكراه المالي أو ما يسمى بالغرامات التهديدية**(ثانيا)**.

أولا- التنفيذ الجبري بواسطة حبس المدين(الإكراه البدني-La contrainte par corps)

كان المدين في العصور القديمة يلتزم بالدين في جسمه لا في ماله[38]، و الهدف الرئيسي في استخدام هذه الطريقة هو اجبار المدين على تنفيذ ما تعهد به للمدين وذلك بتقييد حريته مؤقتا، وقد أباح القانون الروماني القديم للدائن أن يتملك المدين الذي لم يوف بدينه فيسترقه بل ويقتله[39]، ثم تطور القانون ليصبح حق الدائن حبس مدينه والعمل لمصلحته، غير أنه في وقت

---

[35]- حسب المادة 173 من ق م التي تنص:" **إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطالب إزالة ما وقع مخالفا للالتزام، ويمكن أن يحصل من القضاء على ترخيص بهذه الإزالة على نفقة المدين".**

[36] - FLOUR Jaques, AUBERT Jean-Luc, FLOUR Yvonne, SAVAUX Eric, *Droit civil, les obligations/ le rapport d'obligation*, Op, cit, p. 98.

[37]- راجع في أنواع الالتزام:

- MOREL Journel Christel, *Droit général(Le cadre juridique , les actes de la vie juridique, les droits et les biens, les obligation,le droit patrimonial de la famille, les successions et les libertés, le cadre juridique des échanges , le droit pénal, le droit du travail)*, Op,cit,p.p. 157-159.

[38]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، الإثبات- آثار الإلتزام، الطبعة الثالث، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، 1998، ص 800.

[39]- راجع في فكرة الاكراه البدني في القوانين القديمة: الطبيب برمضان، حبس المدين(الإطراه البدني) بين الفقه الاسلامي والقانون الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر-1، 2015، ص ص3-11.

لاحق لم يعد حق الدائن في التنفيذ إلاّ على أموال المدين، حيث تغيرت النظرة إلى الالتزام الذي أصبح ينصب على ذمة المدين المالية، لتصبح أمواله ضامنه للوفاء بديونه.

ويجب فهم أن الحبس التنفيذي أو كما تسميه بعض التشريعات " بالحبس التعويضي" وهو التسمية الدقيقة[40] ليس له علاقة بالحبس المنصوص عليه في القانون الجزائي، فهو ليس عقوبة بل وسيلة ضغط على المدين لإجباره على التنفيذ، لذلك فإنّ الحبس التنفيذي يختلف عن الحبس الجزائي من حيث السبب في اللجوء إليهما فالسبب الذي يفرض به الحبس التنفيذي هو الدين، في حين أن السبب في الحبس الجزائي هو وقوع جريمة، وأن الغاية في الفرض الأول هي التضييق على المدين الموسر للوفاء، في حين أنّ الغاية في الفرض الثاني هي عقوبة المجرم وردع الغير[41].

والملاحظ أن الكثير من القوانين الوضعية الأجنبية[42] وحتى العربية أجازت هذه الطريقة ولم تجزها قوانين أخرى أو ضيقتها في مجالات محددة[43]، ومن هذه المجالات ديون الأسرة(كديون النفقة، الحضانة، الرضاع و المسكن)، وكذلك الديون التي تنشأ للدولة على مرتكبي الجرائم (كغرمات والمصروفات الواجب ردها، والتعويضات المحكوم بها للدولة)[44]، وتعتبر هذه الطريقة من مخلفات الماضي البعيد ولم تعد تتفق مع المبادئ الحديثة[45].

لم ينص المشرع الجزائري على حبس المدين الممتنع عن تنفيذ التزامه، ولم يأخذ به لمجافاته للنظرة الحديثة للالتزام، والتي ترى أنّ في اموال المدين ضمانا للوفاء بذلك الالتزام، وهو ما تضمنته المادة 1/188من ق م التي تنص على أنه:" **أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء**

---

[40]- هاشم محمود محمد، الحبس في الديون في التشريعات العربية والفقه الاسلامي(دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، 1985، ص 20.

[41]- للتفصيل في الموضوع راجع: الطبيب برمضان، حبس المدين(الإكراه البدني) بين الفقه الاسلامي والقانون الجزائري (دراسة مقارنة)، مرجع سايق، ص 49.

[42]-ورث القانون الفرنسي الكثير من المبادئ عن القانون الرماني ومنها فكرة حبس المدين بسبب الدين، فقد اجاز القانون الفرنسي الإكراه البدني في الديون المدنية المتسمة بطابع الغش وفي الديون التجارية إذا تجاوزت قيمة الدين 200 فرنك انذاك، وفي القضايا الجنائية، ولم يتم إلغاء العمل بحبس المدين في المسائل المدنية والتجارية إلاّ سنة 1967، في حين تم استبقائه في المسائل الجنائية. عن: ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني- الجزء الثاني- آثار الحقوق الشخصية، أحكام الالتزام، دراسة موازنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 189.

[43]- منذر الفضل، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين المدنية الوضعية)، مرجع سابق، ص 55.

[44]- بلحاج العربي، أحكام الالتزام في ضوء الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص89.

[45]- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني ، الالتزامات،الجزء الثاني، منشورات الحقوقية ، بيروت، 1998، ص 589.

ديونه..."[46]، ولكن هذا لم يمنعه من النص عليه ضمن أحكام ق إ ج كما ورد في المادة 599 منه التي تنص: " **يجوز تنفيذ الأحكام الصادرة بالإدانة وبرد ما يلزم رده والتعويضات المدنية والمصاريف بطريق الإكراه البدني..."**[47]، أما في المواد المدنية فقد تم الغائه إعمالا لاتفاقيات دولية وقعت عليها الجزائر خاصة المتعلقة بحقوق الإنسان، لأن في ذلك مساس بكرامة المدين، فقد انضمت الجزائر للعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية[48]، وهذا الأخير نص في المادة 11 منه: " **لا يجوز سجن أي إنسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدي"**، وبهذا أصبح هذا النص يسمو على القوانين الوطنية لاسيما ق إ م إ[49] تطبيقا لنص المادة 150 من الدستور التي تنص على أنه:" **المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون"**[50] .

ووفقا لما تقدم فإن المشرع الجزائري تدخل بإلغاء نص المادة 407 وما يليها من قانون الاجراءات المدنية القديم والمتعلقة بالإكراه البدني بالقانون 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية، وذلك تحقيقا للانسجام المفروض مع التزامات الجزائر الدولية.

ثانيا-الغرامة التهديدية كوسيلة للتنفيذ العيني الجبري(الاكراه المالي- Les astreintes)

لم تعد القوانين الحديثة تأخذ بالإكراه البدني إلاّ أنه قد ظهرت هناك حاجة إلى نوع آخر من الاكراه لإجبار المدين على التنفيذ العيني لالتزامه إذا كان ممكنا خاصة في الأحول التي تتطلب تدخله الشخصي فاهتدى القضاء الفرنسي إلى فكرة التهديد المالي، أو ما يسمي بالغرامة التهديدية لذلك يجب أن نقف عند تعريفها وآثارها.

---

[46]- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 ديسمبر، يتضمن القانون المدني ، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[47]- المرجع نفسه..

[48]- مرسوم رئاسي رقم 89-67، مؤرخ في 16 ماي 1989، يتضمن الانضمام إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والبرتكول الاختياري المتعلق بالعهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الموافق عليها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 16 ديسمبر سنة ، ج ر ج ج عدد 20، صادر بتاريخ 17 ماي 1989 .

[49]- قانون رقم 08-09، مؤرخ في 26 فيفري 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج عدد 21، صادر في 23 أفريل 2008.

[50]-دستور 1996، صادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96- 438، مؤرخ في07 ديسمبر 1996، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر.ج.ج عدد 76، صادر بتارخ 8 ديسمبر 1996، معدل ومتمم بقانون رقم 16-01، مؤرخ في 6 مارس 2016، ج. ر.ج.ج عدد 14، صادر في 7 مارس 2016.

1- تعريف الغرامة التهديدية كوسيلة للتنفيذ العيني الجبري

الغرامة التهديدية عبارة عن مبلغ مالي، يحكم به القاضي على المدين، يحتسب عن كل مدة زمنية معينة (يوم، أسبوع، شهر ...) يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه عينا[51]، وعلى هذا الأساس تعد الغرامة التهديدية وسيلة ضغط على إرادة لمدين لغرض حمله على التنفيذ[52]، وسيلة بيد الدائن يطالب بها اما الحق المحكوم عليه بالحق بأن يسارع في عملية التنفيذ[53]، وهي بذلك وسيلة غير مباشرة للحصول على التنفيذ العيني للالتزام كما أن ما يميزها أنها غير محددة المقدار، بحيث تخضع للتقدير التحكمي للقاضي الذي يحكم بها[54].

يعد نظام الغرامة التهديدية في الأصل نتاج الاجتهاد القضائي الفرنسي الذي عرفها على أنها وسيلة لكسر عناد المنفذ ضده لتنفيذ التزامه[55]، ولم يكن التقنين المدني الفرنسي لعام 1804 ينظمه[56]، وقد كان القضاء الفرنسي يعتمد على المادة 1036 من تقنين أصول المحاكمات المدنية الفرنسي القديم لعام 1806 الذي كان يجيز للمحاكم أن تصدر في القضايا التي تنظر فيها، ولو من تلقاء نفسها أوامر، وذلك باعتبار القضاء الفرنسي يعتبر الحكم بالغرامة التهديدية أمرا صادر عن المحكمة الناضرة في الدعوى للمدين بتنفيذ التزامه، وإن رفض التنفيذ جاز لها أن تفرض عليه عقوبة ماليةثم نظم المشرع هذه المسألة في وقت لاحق[57]، أمّا ق م فقد نظم أحكام الغرامة التهديدية في المادة 174 ق م التي تنص على أنه: **" إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن**

---

[51]- السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، دار الهدى للطباعة والنشروالتوزيع، الجزائر، 2010، ص ص 39 -40.

[52]- ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، مرجع سابق، ص 192.

[53]-سلمي نضال، "الغرامة التهديدية في الاحكام الاجتماعية بالادماج وفقا للاجتهاد القضائي الجزائري"، **مجلة قانون العمل والتشغيل**، العدد السادس، جوان 2018، ص 267.

[54]- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 15.

[55] -DONNIER Mark, BAPTISTE Jean, *Voies d'exécutions et procédures de distribution*, 7eme Ed,Juris - classeur, paris, 2003, p.132

[56]- سلمي نضال، "الغرامة التهديدية في الاحكام الاجتماعية بالادماج وفقا للاجتهاد القضائي الجزائري"، مرجع سابق، ص 270

- وكإضافة في الموضوع فإنّ، المشرع الفرنسي تدخل بموجب القانون رقم 226-72 الصادر بتاريخ 1972/7/5 الذي أقر لأول مرة النظام القانوني للغرامة التهديدية، حتى وإن كان للمشرع الفرنسي أن تدخل في وقت سابق بموجب القانون الصادر في 21 تموز 1949 الذي أجاز الحكم علةى المستأجر الذي تقرر إخلاءه بغرامة تهديدية عن كل مدة زمنية يمتنع فيها عن تنفيذ حكم الإخلاء، وكانت تعد تعويضا نهائيا لأنها كانت تقدر بقدر الضرر الفعلي الذي أصاب المؤجر . عن : منذر الفضل، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق، ص 59.

[57]- فواز صالح، النظام القانوني للغرامة التهديدية (دراسة مقانونية مقارنة)"، **مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية**، المجلد 28، العدد الثاني، 2012، ص 10.

أو غير ملائم، إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ، وبدفع غرامة إجبارية إن امتنع عن ذلك .

وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ، جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة"[58].

2- شروط الحكم بالغرامة التهديدية

ويشترط في اللجوء إلى الغرامة التهديدية توافر شروط أربعة يمكن استنتاجها من نص المادة 174 من ق م المذكور أعلاه وهي:

أ- أن يمتنع المدين عن تنفيذ التزامه عينا، سواء كان الالتزام بالقيام بعمل أو بالامتناع عنه.

ب-أن يكون التنفيذ العيني للالتزام لا يزال ممكنا:

لا يكفي لتبرير الحكم بالغرامة التهديدية مجرد وجود الالتزام وإنما يجب أن يكون التنفيذ العيني لذلك الالتزام مازال ممكنا، وهذا شرط بديهي إذ المقصود من الغرامة إجبار المدين على التنفيذ العيني، فمتى كان هذا الأخير مستحيلا لم يعد للغرامة جدوى ووجب اللجوء إلى التنفيذ بطريق التعويض، ولأن الهدف من هذا النظام هو حمل المدين على تنفيذ التزامه عينا، فإذا كان التزام المدين هو الإمتناع عن القيام بعمل معين، وبادر المدين إلى القيام به، فلم يعد بإمكانه تنفيذ هذا الالتزام، فإذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا ولو بخطأ المدين فلا فائدة من الحكم بالغرامة التهديدية، فإذا كان التزام المدين تسليم عين معينة بالذات وهلكت لأي سبب كان تعذر على المدين تنفيذ التزامه بالتسليم، فينقضي الالتزام مع قيام حق الدائن في التعويض إذا كانت استحالة التنفيذ بسسب المدين ودونه إذا كانت لسبب أجنبين ولكن لا يمكن اللجوء للغرامة التهديدية .

ج- أن يكون تدخل المدين شخصيا ضروريا لتنفيذ الالتزام:

يكون الالتزام بدفع مبلغ من النقود قابل للتنفيذ المباشر دائما[59]، وكذلك الإلتزام بنقل الملكية أو الحق العين[60]، بل أنّ التنفيذ العيني ممكن دائما في الالتزام بعمل إذا كانت شخصية

---

[58]- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 ديسمبر، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[59]- إذا كان محل الالتزام مبلغ من النقود، فلا يمكن اللجوء لتسلط الغرامة التهديدية قصد تنفيذه، وهذا ما قضت به المحكمة العليا: قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة التجارية والبحرية، بتاريخ 16/02/2005 ، المجلة القضائية، العدد 1 ،سنة 2005 ،ص. ص. 185-188.

[60]- تنص المادة 165 من ق م أنه : " **الالتزام بنقل الملكي، أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني...**".

المدين ليست محل اعتبار بالنسبة للدائن وكان محل الالتزام شيء معين بنوعه[61]، لذلك يكاد يقتصر نظام الغرامة التهديدية على حالة الالتزام بعمل لا يمكن تنفيذه إلاّ من جانب المدين شخصيا[62]، أو أن تنفيذ الالتزام من الغير يكون غير ملائم[63]، وبالتالي يشترط للتنفيذ العيني للالتزام تدخل المدين شخصيا ولا يمكن للغير أن يقوم مقامه في هذا التنفيذ (وهذا كالتزام فنان برسم لوحة فنية، أو بالتمثيل في فيلم أو مسرحية، ألتزام المستأجر بإخلاء العين المؤجرة...)

غير أن هناك حالات حالات يمتنع فيها اللجوء للغرامة التهديدية بالرغم من أن تنفيذ الالتزام ليس ممكنا دون تدخل المدين شخصيا، ومن ذلك إذا كان التهديدي المالي يمس بشخصية المدين وفيه تقييد على حريته الشخصية والمتمثلة في نتاج فكره وابداعه مثلا، كالتزام مؤلف تجاه دار النشر على وضع كتاب للنشر، ثم احتاج المؤلف إلى الإلهام لتحقيق ما التزم به، فهنا لا يمكن إعمال الغرامة التهديدية، أو إدراكه مثلا أن نتاج عمله ليس جديرا بالنشر، لأن المسألة تتعلق بسمعته فيمتنع عن التنفيذ[64].

كما أنه لا مجال للغرامة التهديدية إذا كان التزام المدين هو الامتناع عن القيام بعمل وقام به ، فيصبح التنفيذ العيني مستحيلا، وبالتالي نتحول إلى التنفيذ عن طريق التعويض كإفشاء السر المهني من الطبيب أو المحامي...الخ.

د- أن يطلب الدائن من القضاء فرض الغرامة التهديدية على المدين:

اختلف الفقه بشأن هذا الشرط، والرأي الراجح أنه يجب يطالب الدائن بفرض الغرامة التهديدية، فهو أمر جوازي للدائن بالتالي لا يجوز أن يقضي به القاضي من تلقاء نفسه، وللمحكمة السلطة التقديرية في رفض الطلب أو قبوله عند توفر شروطها. ولا تخضع المحكمة لرقابة المحكمة العليا إذ هي تقضي في مسالة موضوعية، أمّا من حيث مدى توفر شروط الغرامة التهديدية للحكم بها فهي مسألة قانون تخضع فيها محكمة الموضوع لرقابة المحكمة العليا[65].

---

[61]- تنص المادة 166 من ق م أنه: " ... **إذا لم يقم المدين بتنفيذ إلتزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي...**".

[62] -Voir : ALVAREZ Isabelle, *Essai sur la notion d'exécution contractuelle*, Thése pour le doctorat en droit, Université Montpellier 1 ,France, 2014, pp. 299- 300.

[63]- CHABASFrançois, L'astreinte en droit français, p. 02. Consulté l'article sur :
http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/Chabas-Lastreinte.pdf

[64]- السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق،ص 44.

[65]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، الإثبات- آثار الإلتزام، مرجع سابق، ص 812.

تجدر الاشارة أنه يجوز للدائن أن يطلب الحكم بالغرامة التهديدية في أي مرحلة من مراحل الدعوى، بل يجوز المطالبة بها لأول مرة أمام جهة الاستئناف ولا يعتبر هذا الطلب جديدا.

3- خصائص الحكم بالغرامة التهديدية

يتميز الحكم بالغرامة التهديدية بمجموعة من الخصائص منها:

أ-أنه وسيلة تحكمية(Arbitraire): فلا مقياس لها سوى تقدير القاضي الذي يراه منتج لتحقيق غايته وهي انصياع المدين للحكم القضائي وتنفيذ التزامه عينا بشرط أن يكون مختص نوعيا[66]، فلا يراعي درجة الضرر الذي أصاب الدائن جراء عدم التنفيذ، بل أن مقدارها قد يزيد على مقدار الضرر الذي وقع، لأن الغرض منها كسر عناد المدين المتعنت عن التنفيذ، وعلى القاضي أن يأخذ في الاعتبار مركز المدين وحالته المالية ، وكذا درجة عناده وتعنته، وعليه لا يشترط أن تكون مساوية للضرر الحاصل، لأنّ الغاية منها ليس تعويض الضرر الذي لحق بالدائن، وإنما الضغط على إرادة المدين وحمله على التنفيذ، فمتى قدر القاضي أن مبلغ الغرامة غير كافي لإخضاع المدين للحكم القضائي، جاز له أن يزيد في المبلغ للقدر الذي يراه محققا للغرض، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري ق م في المادة 2/174 التي تنص على أنه: " ... **وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ، جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة"**[67].

ب-أنه وسيلة تهديدية(Comminatoire): تعد الغرامة التهديدية التي تقضي بها المحكمة وسيلة ضغط على المدين، ولا تعتبر بأي حال حق للدائن ولا دين على المدين[68]، لذلك لا يجوز التنفيذ بالحكم الصادر بها على أموال المدين، وعلى هذا الأساس كان تقدير التهديد المالي عن كل وحدة من الزمن يتأخر فيها المدين عن التنفيذ أو عن كل مرة يخل فيها بالتزامه، ولا يجبر المدين على عرض مبلغ الغرامة التهديدية عرضا حقيقيا [69].

ج-أنه وسيلة مؤقتة(Provisoire) :الحكم بالغرامة التهديدية لا يعد حكما نهائيا واجب التنفيذ، لأن الهدف منه هو مجرد الضغط على المدين، وأن مصيرها الزوال والتصفية بحسب الموقف

---

[66]- قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ،ملف رقم 28881، المؤرخ في 1983/06/27، المجلةالقضائية ،العدد الأول 1989، ص185.

[67]- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 ديسمبر، يتضمن القانون المدني الجزائري، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[68] - DE JUGLART Michel, *Cour de droit civi*l, T1, Vol 2 , Biens – Obligations , Montchrestien, Paris, 1977, p. 432.

[69]- ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، مرجع سابق، ص 199.

النهائي للمدين[70]، فمصير الحكم بالتهديد المالي يبقى غير مفصول فيه، وبالتالي لا يطلب من المدين دمجه مثلا في عرضه للدين المترتب ي ذمته، وعليه لا يحوز هذا الحكم حجية الامر المقضي فيه، فهو حكم وقتي[71]، وبالتالي يجوز للقاضي أن يزيد فيه أو يحوله إلى تعويض نهائي مراعيا في ذلك الضرر الذي لحق بالدائن لعدم الوفاء بالالتزام[72]، ومن ثمة فهي وسيلة إكراه مشروعة تمارس على المدين لحمله على التنفيذ[73].

من خلال ما سبق يتضح لنا أن الحكم بالغرامة التهديدية أمرا جوازيا للقاضي، والقاضي متى حكم بالغرامة، كان له أن يقدرها بصفة تحكمية، على اعتبار أن مقدارها لا يقاس بالضرر، عن كل وحدة زمنية (يوم، أسبوع، شهر ...) يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه، ومتى لاحظ القاضي أن مقدارها لم يؤثر في إرادة المدين، كان له أن يزيد في مبلغها، وعلى أي حال، فإن موقف المدين منها لا يخلو من أمرين : فإما أن يبادر المدين إلى التنفيذ ولو متأخرا، وإما يبقى على تعنته، وفي كلتا الحالتين، ولما كان الحكم بالغرامة التهديدية حكما مؤقتا لا يجوز تنفيذه بتلك الحالة، فإنه **يلتزم القاضي بتصفية الغرامة** بحيث تتحول إلى تعويض لكن يراعي فيه من جهة الضرر الذي أصاب الدائن والكسب الذي فاته، وكذلك العنت الذي أبداه المدين، وهذا ما يجعل الغرامة التهديدية نوعا من العقوبة الخاصة[74].

---

[70]- راجع في موضوع تصفيتها: براهمي فايزة، براهمي سهام، " تصفية الغرامة التهديدية في ظل قانون الاجراءات المدنية والإدارية" **مجلة الميزان**، العدد 1، 2016، ص ص35-53، وكذلك:

- FLOUR Jaques, AUBERT Jean-Luc, FLOUR Yvonne, SAVAUX Eric, *Droit civil, les obligations/ le rapport d'obligation*, Op, cit, p. 101.

[71]- -LAUBA René, Le contentieux de l'exécution, 11eme édition, lexis nexis, Paris, 2012, p.523

[72]-لا تعد الغرامة التهديدية تعويضا عن الضرر الذي يلحق الدائن نتيجة تأخر المدين عن التنفي، وهذا ما أكدته المادة 1/34 من القانون الفرنسي رقم 91/160 التي تنص على أنه: " إن الغرامة التهديدية مستقلة عن التعويض".

L'article 34/1 de la loi française n°91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution stipule que: « L'astreinte est indépendante des dommages- intérêts ».
https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000172847

[73]- Mazeaud Henri Léon Jean. et CHABAS François, *Leçons de droit civil, Obligations: théorie générale*, 9 ème Ed, Montchrestien 1998- Delta 2000, n°924 et s., p.1028. Voir aussi : FRANCOIS Terré, PHILIPPE Simler YVES Lequette et François chénedé, *Droit civil, Les obligations*, 12ème Ed, Dalloz, Paris 2018.

[74] - CHABAS François, L'astreinte en droit français, Op.cit, p. 02.

المبحث الثاني

التنفيذ بطريق التعويض(التنفيذ بمقابل)

عدم تنفيذ المدين لالتزامه عينا لا يعني انقضاء الالتزام وإنما يضل قائما، ويصار إلى تنفيذه بطريق التعويض وهو تعويض الدائن عما أصابه من ضرر نتيجة الاخلال بالالتزام ويشكل الوسيلة الثانية من وسائل التنفيذ الجبري إذا كان التنفيذ العيني مستحيلا، فعندئذ لا يكون بيد الدائن سوى اتخاذ هذه الوسيلة كبديل[75].

وإلزام المدين بالتعويض لا يعني انشاء التزام جديد في ذمته، وإنما هو طريق لتنفيذ الالتزام الثابت في ذمته من قبل، وبالتالي فكل التأمينات التي قررت ضمانا للالتزام تظل ضامنة لوفاء المدين بالتعويض عند الاخلال به.

لذا عرف التعويض على أنه الحق الذي يثبت للدائن نتيجة اخلال مدينه بتنفيذ التزامه، والذي قد يتخذ شكل النقد أو أية ترضية معادلة للمنفعة التي سينالها الدئن ولو لم يحصل الإخلال بالالتزام من جانب المدين[76].

والتنفيذ بهذه الطريقة تعد وسيلة احتياطية وعلاجية تعوض الدائن عما لحقه من ضرر نتيجة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا أو تأخره في التنفيذ وذلك في حالات معينة تدخل في نطاقه وتتلخص فيما يلي:

- حالة استحالة تنفيذ الالتزام بخطأ المدين، وهي استحالة متصورة بالنسبة للالتزام أيا كان مصدره عقدي أو تقصيري[77]، ومهما كان محله، عدا الالتزام بدفع مبلغ من النقود الذي يكون دائما ممكنا.

---

[75]- CABRILLAC Remy, *Droit des obligation*,Op, cit, p. 265.

[76]- الحسناوي حسن خنتوش رشيد، التعويض القضائي في المسؤولية العقدية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص 39.

[77]- كل التزام مهما كان مصدره يجوز تنفيذه عن طريق التعويض، فالالتزام العقدي سواء كان التزاما بنقل ملكية أو التزاما بعمل أو التزاما بالامتناع عن عمل يكون التنفيذ بهذه الطريقة ممكنا، وكذلك الالتزام التقصيري الذي يغلب أن يكون تنفيذه بالتعويض باعتباره ا نتيجة للإخلال بالتزام قانوني هو عدم الإضرار بالغير، وإلاّ ترتبت عن هذا الاخلال المسؤولية التقصيرية إذ نص المشرع الجزائري على هذه الفكرة في المادة 124 من ق م التي كان حكمها كما يلي: " **كل فعل أيا كان يرتكبه شخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض**".

- والأمر سواء بالنسبة للالتزام الناشئ من الاثراء بلا سبب الذي يقوم نتيجة الاخلال بالالتزام القانوني الذي مفاده الّ يثرى شخص على حساب شخص آخر دون سبب إعمالا للمادة 141 من ق م التي تنص: " **كل من نال عن حشن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الاثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء**". في موضوع التعويض عن الاثراء بلا سبب راجع: جلال علي العدوي، الوجيز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف،الاسكندرية، 1990، ص ص 425-426.

- حالة تأخر المدين عن تنفيذ الالتزام عينا.
- حالة عدم تنفيذ الالتزام ويتصور هذا الفرض عندما يقتضي تنفيذ الالتزام تدخل المدين الشخصي، أو أنه غير ملائم إلاّ إذا قام به المدين، وامتنع عن التنفيذ ولم يجد التهديد المالي في دفعه للتنفيذ تطبيقا للمادة 175 من ق م ج [78].
- إذا كان التنفيذ العيني ممكنا وطلبه الدائن، ولكن فيه ارهاق للمدين، وكان عدم القيام به لا يعود بضرر جسيم على الدائن.
- إذا كان التنفيذ العيني ممكنا ولكن لم يطلبه الدائن ولم يعرضه المدين ، وهو ما يعني الاتفاق الضمني على التنفيذ بطريق التعويض.

الأصل في تقدير التعويض أن يتم بمعرفة القاضي وهو ما يعرف بالتعويض القضائي(**المطلب الأول**)، لكن في نطاق الالتزامات التعاقدية قد يتفق الطرفان مقدما على مقدار التعويض الذي يلتزم به المدين إذا لم ينفذ التزامه، أو تأخر فيه، وهذا هو التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي(**المطلب الثاني**)، وقد يتكفل القانون بتقدير التعويض، وهذا هو التعويض القانوني (**المطلب الثالث**).

المطلب الأول

التعويض القضائي

يعتبر الأصل في اطار المسؤولية المدنية عقدية كانت أو تقصيرية هو التعويض القضائي،الذي يعرّف بأنه تعويض يقّدره القضاء و يحكم به للفصل في الدعوى التي يقيمها الدائن على مدينه ليحمّله بمقتضاها المسؤولية الناشئة عن عدم تنفيذ التزامه أو عن تأخره في تنفيذ، و هي دعوى يجب أن يتقدمها الإعذار في الحالات التي يجب فيها استيفاؤه، و يحكم بهذا التعويض في الحالات التي لا محل للحكم بالتنفيذ العيني والمذكورة أعلاه، و في الأحوال التي يثبت فيها إصابة الدائن بضرر لمجرّد تأخر المدين في تنفيذ التزامه[79].

---

[78]- تنص المادة على أنه: " ...**أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعيا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين**".

[79]- عن: الحكيم عبد المجيد،طه البشير محمّد،البكري عبد البقي، **القانون المدني و أحكام الالتزام**،الجزء الثاني، د س ن، د ب ن، ص 55.

وحرصا من المشرع على إقامة التوازن بين المراكز القانونية لكل من الدائن والمدين، منح الدائن وسيلة التنفيذ الجبري بطريق التعويض الذي يراه القاضي مناسبا لجبر الضرر الذي يلحق الدائن تطبيقا للمادة 176 من ق م كما يلي: " **إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ الالتزام، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه"**[80]، غير أنه لا يمكن اللجوء للتعويض القضائي إلاّ بعد اعذار المدين إعمالا لحكم المادة 179 من ق م التي تنص : " **لا يستحق التعويض إلاّ بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك"**

انطلاقا من النصين أعلاه يتضح لنا ضرورة توفر شروط معينة لاستحقاق التعويض(**الفرع الأول**)، ومتى توفرت شروطه يقوم القاضي بتقدير التعويض(**الفرع الثاني**)

الفرع الأول: شروط استحقاق التعويض القضائي

للحكم على المدين بالتعويض لابد من توفر شروط معينة،يرتبط بعضها بذات الشروط الواجبة لقيام المسؤولية المدنية (عقدية أو تقصيرية من خطأ، ضرر، علاقة السببية) أي اخلال المدين بالتزام مدني (**أولا**) بالإضافة إلى شرط الاعذار (**ثانيا**).

أولا- قيام شروط المسؤولية المدنية

المسؤولية المدنية هي مجموعة من القواعد التي تلزم من ألحق ضررا بالغير بجبره، وذلك عن طريق تعويضه، وهذا التعويض الذي يتحمله المسؤول هو نتيجة إخلال بالتزام سابق رتبه العقد أو القانون، وهكذا تنشأ المسؤولية المدنية عن امتناع المسؤول عن تنفيذ ما تعهد به من التزامات عقدية أو القيام بالتزام قانوني مقتضاه عدم الإضرار بالغير، ولقيام هذه المسؤولية الموجبة للتعويض يقتضي الأمر ما يلي:

1- الإخلال بالتزام عقدي أو قانوني

يتحقق الإخلال بالتزام عقدي عند عدم وفاء المدين بالالتزام الذي ترتب عليه بموجب العقد، أو تأخره في تنفيذه، وهو انحراف في السلوك من جانب المدين، لا يأتي مثله الرجل العادي في نفس الظروف، ويقتضي الأمر توفر شروط قيام الخطأ العقدي من امتناع المدين عن التنفيذ، أو تأخره في ذلك، ففي الالتزام ببذل عناية يكون مقصرا إذا لم يبذل عناية الرجل المعتاد لتنفيذ

[80] - أمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 ديسمبر، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

التزامه، وفي الالتزام بتحقيق نتيجة، يعتبر اخلال بالتزامه إن لم تتحقق النتيجة، ففي البيع يجب تسليم المبيع، والمقاول إكمال البناء وتسليمه لرب العمل[81].

أما الإخلال بالالتزام القانوني فهو تجاوز الحد الذي لا بد من الوقوف عنده في الفعل والامتناع عن الفعل، حيث ان الخطأ التقصيري قد يكون ايجابيا بالاتيان بفعل يحرمه القانون هو عدم الاضرار بالغير، أو الامتناع عن فعل يلزمنا به القانون.

2-وجود ضرر يصيب الدائن كنتيجة لاخلال المدين بالتزامه العقدي أو القانوني

المقصود بالضرر الذي يترتب عن الاخلال بالالتزام العقدي أو القانوني الاذى الذي يصيب الدائن نتيجة اخلال المدين بالتزامه، بالمساس بحق من حقوقه أو مصلحة مشروعة له، سواء كانت هذه المصلحة مادية أو معنوية[82]، والضرر الموجب للتعويض هو الضرر المحقق، المباشر والشخصي الذي لم يسبق تعويضه.

3- قيام علاقة السببية بين إخلال المدين والضرر الذي لحق بالدائن

لا يكفي قيام ركني الخطأ والضرر لقيا المسؤولية وبالتالي استحقاق التعويض، بل لا بد أن يرجع الضرر الذي اصاب الدائن إلى الخطأ العقدي للمدين أو إلى الاضرار، بمعنى أنه يجب أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالتزامه العقدي أو القانوني[83].

ثانيا- الإعذار

تنص المادة 179 من ق م التي تنص: " **لا يستحق التعويض إلاّ بعد اعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك**"، من خلال النص نستنتج أن الاعذار شرط للتنفيذ بطريق التعويض القضائي، والسبب في ذلك هو التأكد من تصميم الدائن على استيفاء حقه في مواجهة المدين.

1- تعريف الاعذار

اعذار المدين هو وضعه قانونا في موضع المتأخر في تنفيذ الالتزام وأن مجرد حلول أجل الالتزام لا يكفي لجعله في هذا الوضع القانوني، بل لابد من اعذاره، وعن طريق هذا الإجراء

---

[81]- ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، مرجع سابق، ص 208.

[82]-دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة في الالتزام(مصادر الالتزام)، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2004، ص ص 72-82.

[83] - CABRILLAC Remy, *Droit des obligation*, Op,cit, p.253.

يطالب الدائن مدينه بالتنفيذ ويسجل تقصيره في تنفيذ الالتزام والوفاء به[84] ، وهو ما يوجب مسؤوليته بتعويض الدائن عما أصابه من ضرر جراء ذلك.

2- الهدف من الاعذار

الحكمة من الاعذار أنه مطلوب لاعتبارات منها قانونية ومنها أخلاقية، وترتبط الأولى من أن مجرد حلول أجل الدين لا يشكل قرينة على تضرر الدائن، وإنما يعني أن الدين أصبح مستحق الأداء وبذلك إذا أراد الدائن أن يجعل مدينه مسؤولا فعليه اعذاره، أما الاعتبار الثاني فيقوم على أساس أن القيم الخلقية في أي مجتمع توجب على الدائن أن ينبه مدينه قبل مفاجئته بإجراءات التنفيذ الجبري التي تشكل أغلبها مساسا بحرية وكرامة المدين.

فالاعذار يفترض وجود مدين لم ينفذ التزامه بعد إزاء الدائن، إلا أن المشرع لا يعتمد على التأخير الفعلي لكن باستبعاد مظنة تسامح الدائن في تأخر مدينه عن تنفيذ التزامه وهذه المظنة تتنفي بتوجيه الاعذار من الدائن لمدينه بما لا يتصور معه تسامح، وبالتالي جعل عند عدم الوفاء متأخراً قانوناً عن الوفاء، مما يعني أن وظيفة وطبيعة الاعذار لا تختلط بالخطأ الذي هو عنصر من عناصر المسؤولية بل أنّ الغاية من الاعذار هي اثبات تأخر أو تقصير المدين في القيام بتنفيذ التزامه.

-اعلام المدين بمصلحة الدائن في التنفيذ الفوري للالتزام: يهدف الاعذار إلى إحاطة المدين علماً بأن الدائن له مصلحة جدية في التنفيذ الفوري للعقد دون ادنى تأخر من جانب المدين.

- منح المدين فرصة للتنفيذ العيني: يهدف الاعذار إلى إعطاء المدين فرصة لتنفيذ التزامه بعين ما انصرفت ارادته الى الوفاء به من التزم ففي الغرض الذي يكون فيه المدين أو يجهل بحسن نية تاريخ الوفاء تكون وظيفة الاعذار في هذا الغرض تعين تاريخ الوفاء بعين ما التزم به المدين لذا يستهدف الاعذار منح المدين فرصة أخيرة لتنفيذ التزامه عيناً.

-تحميل المدين رسميا نتائج اخلاله بالتزاماته: فيتحمل المدين آثار عدم تنفيذه للالتزام قانونيا قبل المطالبة بالتعويض.

[84]- أنور سلطان، الوجيز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، دار الجامعة للنشر ، 2005، ص 374.

3- شكل الإعذار

تنص المادة 180 من ق م على أنه: " **يكون اعذار المدين بإنذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون الحاجة إلى أيّ إجراء آخر**"[85]، يأخذ الاعذار بمقتضي هذا النص ثلاث أشكال:

-**يكون اعذار المدين بانذار:** يعد الاعذار على هذا النحو هو القاعدة العامة، لذا يقال " قد أعذر من أنذر"، والإنذار هو ورقة رسمية يعبر فيها الدائن عن رغبته الجدية في اقتضاء حقه، وهي ورقة من أوراق المحضرين القضائيين، وتتم اجراءاته وفقا لما نص عليه المشرع في قانون الاجراءات المدنية والادارية.

- **يكون الاعذار بطلب كتابي** : يبرد في ورقة رسمية، غير رسمية كرسالة أو برقية يعبر فيها الدائن على رغبته في اقتضاء حقه، والاعذار بهذه الطريقة قد يثر اشكاليات في اثباته، ومدى تسلم المدين لها.

-يجوز أن يتم الاعذار في أية صورة أخرى يحددها اتفاق الطرفين: فيجوز الاتفاق صراحة أ, ضمنا على أن يكون المدين معذرا بمجرد حلول أجل الدين دون حاجة إلى أي اجراء آخر، قد يكون أخطارا شفويا ...ألخ.

غير أنه لا ضرورة للاعذار قانونا في الحالات المذكورة في المادة 181 التي تقضي بأنه:

" لا ضرورة لاعذار المدين في الحالات الآتية:

-إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين،

-إذا كالمحل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر،

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

-إذا صرّح المدين كتابة أنه لا ينوى تنفيذ الالتزام"[86].

[85]- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 ديسمبر، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[86]المرجع نفسه..

4- آثار الاعذار: يترتب على الاعذار نتيجتين أساسيتين هما :

-الزام المدين بتعويض دائنه عن الضرر الذي لحقه من وقت الاعذار، وسبب عدم مسؤولية المدين عن الضرر الذي لحق الدائن بسبب التأخر في تنفيذ المدين لالتزامه قبل الاعذار هو افتراض عده تضرر الدائن، وأنّ سكوته يعد تمديد ضمني لأجل الوفاء.

-انتقال تبعة الهلاك بالاعذار من الطرف الذي يجب تحملها إلى الطرف الثاني، الأصل في تبعة الهلاك أنها تقع على المدين في العقود الملزمة للجانبين، فهو الذي يتحمّل تبعة الهلاك قبل التسليم، أما إذا كان العقد ملزم لجانب واحد فالدائن من يتحمّلها في حالة كونها بسبب أجنبي، أما إذا أعذر المدين فتنتقل إليه تبعة الهلاك حسب المادة 168 من ق م [87].

ثالثا- عدم وجود اتفاق على الإعفاء من المسؤولية

يستفاد هذا الشرط من نص المادة 178 /2 من ق م التي تنص: " ... **وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلاّ ما ينشأ عن غشه أو الخطئه الجسيم ...".**

وتجدر الاشارة أنه في مجال المسؤولية التقصيرية لا يجوز الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها.

الفرع الثاني: تقدير القاضي للتعويض

إذا توفرت شروط استحقاق التعويض المبينة أعلاه، أصبح التعويض مستحقا و وجب تقديره، وكان على المدين دفعه للدائن، والتعويض الواجب على المدين نوعان، تعويض عن عدم التنفيذ، وتعويض عن التأخر في التنفيذ، ويحل النوع الأول محل التنفيذ العيني ولا يجتمع معه، أما النوع الثاني فيجتمع معه، فنكون أمام تعويض عن عدم التنفيذ وتعويض عن التأخر عن التنفيذ وعليه سنبحث في كيفية تقدير القاضي للتعويض**(أولا)**، والعناصر التي يجب أن يشملها هذا التعويض**(ثانيا)** ثم وقت تقدير الضرر**(ثالثا)**.

---

[87]- تنص المادة على أنه : " إذا كان المدين الملزم بالقيام بعمل يقتضي تسليم شيء ولم يسلمه بعد الاعذار فإن الأخطار تون على حسابه ولو كانت قبل الاعذار على حساب الدائن.

غير أن هذه الأخطار لا تتعدى إلى المدين رغم الاعذار إذا أثبت المدين أن الشيء قد يضضيع عند الدائن ولو سلم له، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعية الحوادث المفاجئة.

على أن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت فإنّ تبعية الهلاك تقع على السارق".

أولا- كيفية تقدير القاضي للتعويض

الأصل أن يكون التعويض نقديا، فيقدره القاضي بمبلغ من النقود في نطاق المسؤولية العقدية والتقصيرية، أو أي التزام نشأ من مصدر آخر، ويكون للدائن استيفائه قهرا بالتنفيذ على أموال المدين، ويجوز للقاضي إذا طلب الدائن التعويض بغير النقود، وهو ما يسمى بالتعويض العيني[88]، ففي الالتزام بالمحافظة على الشيء، ويخل المدين بالتزامه بأن يسرق نتيجة اهماله، فيطلب الدائن الزامه تسليم شيئا مثله، أو يصاب الشيء بتلف فيطلب الدائن باصلاحه[89]، وفي دعاوى السب والقذف يجوز للقاضي أن يأمر على سبيل التعويض بنشر الحكم تعويضا عن الضرر الأدبي[90]، الذي يمكن أن يأخذ عدة صور[91].

يأخذ التعويض العيني ثلاثة أشكال إما إعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو الحكم بأداء أمر معين، أو رد المثل في المثليات، ويستفاد ممّا سبق أن التعويض النقدي هو الاصل ، وعليه لا يحكم القاضي بالتعويض العيني من تلقاء نفسه، وإنما يجب أن يطلبه الدائن، وإذا طلب الدائن التعويض العيني لا يستجيب له القاضي حتما، لّأن الأمر جوازي، ولأنه في حالات معينة يستحيل التعويض العيني[92] وإذا طلب الدائن التعويض النقدي، ليس للقاضي أن يحكم له بتعويض عيني ولول عرض المدين ذلك، لأنه قد يكون سببا لمنازعات جديدة، وهذا تطبيقا للمادة 2/132 ق م التي تنص على أنه: " **ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما مانت علي، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الاعانات تتصل بالعمل غير المشروع**".

ثانيا – عناصر التعويض

يعتبر الغرض الأساسي من التعويض هو جبر الضرر الذي أصاب الدائن من عدم التنفيذ أو التأخر عن التنفيذ، لذلك فإن التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة ق م 182 التي تنص: " ... **ويشمل**

---

[88]- CABRILLAC Remy, *Droit des obligation*, Op,cit, p.138.

[89]- نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني(أحكام الالتزام)، مرجع سابق، ص 56.

[90]- **تنص المادة 18** من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق الموافق 8 يونيو سنة يونيو سنة 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج ر ج ج عدد46 ، صادر بتاريخ 11 جوان 1966، معدل ومتمم على أنه : **" للمحكمة عند الحكم بالادانة أن تأمر في الحالات التي يحددها القانون بنشر الحكم بأكمله أو مستخرج منه في جريدة أو أكثر يعينها..."**

[91] - Voir : CABRILLAC Remy, *Droit des obligation*, Op,cit, p.p 242-244.

[92] - TERKI Nour-Eddine, *Les obligations, Responsabilité et régime général*, OPU , Algérie, 1982, p.189

التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول ...".

تشمل عناصر التعويض ما أصاب الدائن من خسارة، وما ضاع عليه من كسب، ويدخل في عنصر الخسارة في نطاق المسؤولية التقصيرية ما فات المضرور من منافع بالمال الذي جرده منه الفعل الضار من الانتفاع به، وما ضاع منه من أجر كان سيتلقاه قبل وقوع الضرر[93]، أمّا في نطاق المسؤولية العقدية، الخسارة اللاحقة والكسب الفائت لا بسبب ضياع الحق فحسب بل بسبب التأخر في استفائه كذلك، فإن تعاقد شخص مع مغن لاحياء حفلة، في وقت محدد، ولم ينفذ التزامه، حكم عليه بتعويض يشمل الخسارة ممثلة في المصروفات التي انفقت للاستعداد للحفلة، ويشمل كذلك ما فاته من كسب يمثله ما كان يتوقعه المتعهد أن يجنيه لو أقيمت الحفلة[94].

وتطبيقا للمادة 182 المذكورة أعلاه فإن الضرر الذي يمكن التعويض عنه في مجال المسؤولية المدنية، هو الضرر المباشر دون الضرر غير المباشر، وهو ما يكون نتيجة طبيعية لعدم تنفيذ الالتزام العقدي أو التأخر في تنفيذه، ويكون نتيجة مباشر للإخلال بالواجب القانوني في المسؤولية التقصيرية.

يلاحظ أن التعويض في المسؤولية العقدية يكون عن الضررالمباشر المتوقع سببه ومقداره عند التعاقد[95]، أمّا الضرر غير المتوقع فلا يعوض عنه المدين إلاّ إذا نشأ عن غشه أو خطئه الجسيم تطبيقا للمادة 2/182 من ق م التي تنص : " **...غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلاّ بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد"**، أمّا في نطاق المسؤولية التقصيرية فإن التعويض يكون على الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع.

أمّا التعويض عن الضرر الأدبي، فإنه لا يشمل على هذين العنصرين، وإنما يعتبر عنصرا قائما بذاته، وفي حالة حدوثه يتولى القاضي تحديد ما ينبغي الحكم به من تعويض كترضية

---

[93] - TERKI Nour-Eddine, *Les obligations, Responsabilité et régime général*, OP,cit, p.186

[94] - الحكيم عبد المجيد،طه البشير محمّد،البكري عبد البقي، القانون المدني وأحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 57.

[95] - راجع في الموضوع، علي فيلالي،" تطور الحق في التعويض بتطور الضرر وتنوعه" **حوليات جامعة الجزائر 1**، المجلد31، العدد الأول، 2017 ، ص ص 10-43.

للمضرور، كنشر الحكم، والتعويض عن الضرر الادبي لا يزيله، وإنما قد يخفف منه، ;و للاشارة فإن للقاضي سلطة واسعة في مجال تقدير الضرر المعنوي[96] وقد نص المشرع الجزائري على تعويض الضرر الأدبي في المادة 182 مكرر التي تنص على أنه: " **يشمل التعويض عن الضرر الأدبي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة"** [97]، يستفاد منه أنه كل مساس بمصلحة غير مالية في الحرية أو الشرف أو السمعة، ويدخل في هذه الطائفة الأضرار الناشئة عن السب والشتم والطعن في الشرف[98].

وما تجدر إليه الإشارة، أن الضرر واجب التعويض في نطاق المسؤولية المدنية العقدية منها والتقصيرية هو الضرر المحقق، سواء وقع فعلا أو تراخى وقوعه إلى المستقبل، بأن تكون أسباب الضرر وقعت أما آثاره فقد تراخت للمستقبل، وقد نص المشرع الجزائري على الضرر المستقبلي في المادة 131 من ق م على أنه: " **يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا للمادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير"**[99].

باستقراء مضمون النص فإنه لا يجوز التعويض عن الضرر المحتمل لأنه غير محقق، ولكن يجوز التعويض عن الضرر المستقبلي متى كان مؤكد الوقوع، فالعامل الذي يتعرض لحادث في العمل يعجزه عن العمل، عندئذ ينبغي تعويضه عن الكسب الذي سيفوته مستقبلا، لأن هذا الضرر تكتمل معالمه فيحكم به القاضي، ولكن قد لا تكتمل هذه المعالم، حينها قد يتعذر معرفة النتيجة النهائية للضرر ومدى تأثيرها على قدرة العامل على أداء الأعمال مستقبلا، فيحكم له القاضي بتعويض مؤقت أو جزئي مع حفظ حقه بالطلب من جديد بتعويض نهائي عن الأضرار التي استجدت ولم تكن داخلة في تقدير القاضي وقت حكم بالتعويض المؤقت[100].

ثالثا- وقت تقدير التعويض

الأصل في تقدير التعويض أن يحدده القاضي بقدر الضرر وقت تحمله، وذلك ما يقتضيه الغرض من التعويض، وهو رد المضرور إلى الوضع الذي يمكن أن يكون لو نفذ المدين إلتزامه،

---

[96]- TERKI Nour-Eddine, *Les obligations, Responsabilité et régime général*, OP,cit,p.p 168-169.

[97]-أمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 ديسمبر، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[98]-دربال عبد الرزاق، الوجير في النظرية العامة للالتزام(مصادر الالتزام)، مرجع سابق، ص ص 78-82.

[99]- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 ديسمبر، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[100]- TERKI Nour-Eddine, *Les obligations, Responsabilité et régime général*, Op,cit, p.187.

غير أن الفقه والقضاء استقر على أنّ الضرر إذا كان متغيرا وجب تقديره وقت الحكم، والضرر المتغير هو الضرر الذي يزداد أو ينقص بمرور الزمن خلال الفترة التي تعقب إصابة الدائن بالضرر وحتى صدور الحكم، وإذا كان التغيير في سعر النقد الذي يقدر به التعويض، فالعبرة بسعره وقت الحكم، وإذا كان المضرور قد أصلح الضرر بنفسه، ثم رجع على محدث الضرر ، حكم له بما دفعه فعلا، بغض النظر عن تغير قيمته وقت الحكم، وإذا تعذر على القاضي تقدير التعويض نهائيا وقت الحكم منح الحق للدائن للمطالبة من جديد بتقدير تعويض نهائي، كما أسلفنا.

المطلب الثاني

التعويض الاتفاقي(الشرط الجزائي)

الهدف من التعويض هو جبر الضرر الذي لحق الدائن من عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ، وإذا كانت القواعد القانونية ثابتة أن الأصل أن يتم تقدير التعويض قضائيا، إلا أن القانون لا يمنع أن يتفق المتعاقدان مقدما على مقداره، وهو ما يسمى بالشرط الجزائي الذي سنحاول تحديد مفهومه (**الفرع الأول**) ثم نفصّل في أحكامه(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: مفهوم الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي)

وفقا لما تقدم يكون للمحكمة تقدير التعويض على أساس الضرر أو الخسارة التي لحقت بالدائن والكسب الذي فاته، غير أنه قد يعمد الطرفين إلى تقديره مقدما فما المقصود منه (**أولا**)، وما هي خصائصه(**ثانيا**).

أولا – تعريف الشرط الجزائي وخصائصه

ورد النص على التعويض الاتفاقي في المادة 183 من ق م التي تنص: " **يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى المادة 181**"، يتحدد لنا من النص:

1- تعريف الشرط الجزائي: أنه مبلغ التعويض الذي يتفق عليه المتعاقدان مقدما وسمي بالشرط الجزائي لأنه يوضع عادة ضمن شروط العقد الأصلي[101] ولكن ليس هناك مانع أن يرد في اتفاق لاحق لهذا العقد لضمان تنفيذه، حيث يلتزم المتعاقد الذي أخل بالتزامه بأداء معين

[101] - FLOUR Jaques, AUBERT Jean-Luc, FLOUR Yvonne, SAVAUX Eric, *Droit civil, les obligations/ le rapport d'obligation*, Op, cit, p. 152.

لتعويض المتعاقد الآخر، بمجرد تحقق المخالفة العقدية[102]، وبالتالي فهو أداة للضغط على المتعاقد وحمله على التنفيذ الجاد لالتزامه كما في عقد المقاولة، فهو بهذا ينطوي على التهديد، دون أن يعتبر عقوبة[103]، و لا شيء يمنع أن يكون اتفاقا على التعويض المستحق من مصدر غير العقد، كالعمل غير المشروع، وإن كان يحدث نادرا[104].

والتعويض الاتفاقي قد يكون تعويضا على عدم التنفيذ، كأن يشترط المشتري على البائع تعويضا إذا تصرف في المبيع لشخص آخر، وقد يكون تعويضا عن التأخر عن التنفيذ كما في عقود المناقصات أو عقود الايجار حين يضع المالك على المستأجر شرطا جزائيا إذا تأخر في تسليم بدل الايجار مثلا.

ومن تطبيقات الشرط الجزائي في عقود المقاولات، فقد يتضمن عقد المقاولة شرطاً جزائياً يُلزم المقاولَ بدفع مبلغ معين عن كل يوم، أو أسبوع يتأخر فيه عن إنجاز العمل، كذلك اللوائح والأنظمة المنظمة لعمل العمال في مصنع أو شركة أو غيرها، قد تتضمن شرطاً جزائياً يقضي بخصم مبلغ معين من أجرة العامل في حال إخلاله بالتزاماته المختلفة، أو مصلحة البريد (أو أي مؤسسة تقوم بنقل الرسائل والطرود) قد يتضمن التعاقد معها تحديد مبلغ معين تدفعه للمتعاقد معه في حال فقد طرد أو رسالة.

ويبقي أن الغرض من هذا الشرط إما التحايل على أحكام القانون المتعلقة بالفوائد القانونية، أو تعديل أحكام المسؤولية المترتبة عن الاخلال بالالتزام تشديدا أو تخفيفا، وقد يكون الغرض منه الزيادة في القوة الملزمة للرابطة العقدية، ويبقى غرضه الاساسي تجنب القضاء والنزاع المحتمل فيما يتعلق باثبات ركن الضرر وتحديد طبيعته[105].

---

[102]- عرف الشرط الجزائي أيضا:

- La clause pénale réalise une « évaluation convontionnelle et forfaitaire du préjudice futur ». Voir : FLOUR Jaques, AUBERT Jean-Luc, FLOUR Yvonne, SAVAUX Eric, *Droit civil, les obligations/ le rapport d'obligation*, Op, cit, p.153.

[103]- الحكيم عبد المجيد،طه البشير محمّد،البكري عبد البقي، القانون المدني وأحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 60.

[104]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح ق م ج الجديد، مرجع سابق، ص 851.

[105]- بورنان العيد، الرقابة القضائية على الشرط الجزائي"، **مجلة العلوم القانونية والاجتماعية**، المجلد 2، العدد الأول، 2017، ص ص 83-84.

2- خصائص الشرط الجزائي: يتميز الشرط الجزائي بخصائص استخلصها الفقه من الوظيفة التي يقوم بها ومنها:

- اتفاق ينطوى الخروج على أحكام التقدير القضائي: لأنّ الأصل أن القضاء هو الذي يتولى تقديره، لذا فأحكام التعويض الاتفاقي هي أحكام استثنائية يجب تفسيرها تفسيرا دقيقا وضييقا، بهذف عدم الخروج عما قصده المتعاقدان.

- الشرط الجزائي اتفاق:

تستفاد هذه الخاصية في المادة 183 من ق م التي تنص: " **يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق...**".

فلا يمكن تصور شرط جزائي مصدره القانون وتتجلى الإدارة كمصدر للالتزام في شكلين هما العقد و الإرادة المنفردة، والشرط الجزائي العقدي يأخذ صورتان، أولها أن يدرج في العقد الأصلي، وثانيها أن يوضع في اتفاق لاحق، فليس من الضروري وضع الشرط الجزائي ضمن العقد الأصلي إذ أنه قد يكون الشرط الجزائي في اتفاق لاحق للعقد، و لكن بشرط أن يكون هذا الاتفاق اللاحق قبل وقوع الضرر الذي يقدر الشرط الجزائي التعويض عنه،

- الشرط الجزائي تقدير جزافي للتعويض:

لقد مر بنا أنّ الشرط الجزائي اتفاق مسبق على تقدير التعويض حيث أن الأطراف بإرادتهم يحددون بصفة مسبقة المبلغ الذي يدفعه المدين في حالة إخلاله بإلتزامه أو عند تأخره في تنفيذه، فهو إذن تقدير جزافي للتعويض[106]، ويترتب على كون الشرط الجزائي تقديرا جزافيا للتعويض أنه يمكن للقاضي أن يعدل في هذا التقدير زيادة أو نقصانا وذلك لكي يتناسب الحجم الحقيقي للتعويض .

-الشرط الجزائي طريق إحتياطي:

إن المبدأ العام الذي يقتضي بأن الأصل في التنفيذ أن يكون عينيا ولا يحكم بالتعويض إلا في حالة استحالة التنفيذ أو التأخر وهو الذي يطبق على الشرط الجزائي وذلك باعتباره تعويضا، ومن هنا تبرز الصفة الاحتياطية للشرط الجزائي فباعتباره تعويض لا يجوز المطالبة به أو إعماله إلا إذا كان التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن ويبرز الطابع الاحتياطي بصورة أكثر وضوحا في حالة

[106]- FLOUR Jaques, AUBERT Jean-Luc, FLOUR Yvonne, SAVAUX Eric, *Droit civil, les obligations/ le rapport d'obligation*, Op, cit, p153.

ما إذا كان التنفيذ العيني ممكنا، إذ لا يمكن للدائن عندئذ أن يجمع بين التنفيذ العيني والشرط الجزائي إلا إذا تقرر للتأخير في التنفيذ، فالأصل العام هو المطالبة بالتنفيذ العيني أولا فإذا كان غير ممكن (الاستحالة) جاز المطالبة بالشرط .

ومن المتفق عليه أن الشرط الجزائي المقرر لعدم التنفيذ لا يحول دون مطالبة الدائن بالتنفيذ العيني للالتزام الأصلي فله أن يختار بين هذا وذاك[107].

ا الشرط الجز ائي التزام تابع :

الشرط الجزائي اتفاق هدفه تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين التزامه أو تأخره في ذلك، فالشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الأصلي أي أنه يتبع الالتزام الاصلي[108] في نشأنه استمراره، أو انقضائه، وعلى هذا الأساس يبطل الشرط الجزائي إذا كان الإلتزام الأصلي باطلا وإن كان بطلان الشرط الجزائي لا يؤدي إلى بطلان الإلتزام الأصلي.

وغالبا ما يتمثل هذا الشرط في أداء نقدي، إلاّ أنه يمكن أن يكون سوى ذلك كتقصير ميعاد الوفاء، تعجيل جميع أقساط الدين المؤجلة إذا تأخر المدين في دفع قسط منها، أو يكون تغيير مكان التنفيذ ...الخ.

يجب أن نراعي أن الشرط الجزائي ليس هو السبب في استحقاق التعويض، فهو لا يتولد عنه التزام أصلي بالتعويض بل التزام تبعي بتقرير التعويض[109].

ثانيا- شروط استحقاق الشرط الجز ائي وتقديره

إذا كانت الشروط الجزائية الواردة في عقود المقاولات وعقود الايجار وعقود البيع وغيرها من التصرفات القانونية إنما هي تقدير اتفاقي للتعويض، فإنّ الشروط العامة اللازمة لاستحقاق هذا التعويض هي نفس شروط قيام المسؤولية من ضرورة توفر الضرر لجبره، لهذا فإن التعويض الاتفاقي يجب أن يتناسب مع درجة الضرر، وبالتالي قد لا يحكم به لانقطاع علاقة

---

[107]- ويرى بعض الفقهاء أنه مستمد من القواعد العامة حيث يمكن للدائن أن يطالبه بدلا من التعويض بتنفيذ الالتزام عينا. في حين يرى البعض الآخر أن هذا الحق ينتج عن الطبيعة القانونية للشرط الجزائي، حيث لو لم يتقرر هذا الحق للدائن واستحق الشرط الجزائي عقد عدم التنفيذ لكنا بصدد تجديد الالتزام الأصلي عينا والشرط الجزائي، يتبين لنا بكل وضوح أن هناك التزامين أحدهما أصلي يرد عليه التنفيذ العيني والآخر تبعي يكتفي به الدائن إذا لم ينفذ الالتزام الأصلي.

[108] - FLOUR Jaques, AUBERT Jean-Luc, FLOUR Yvonne, SAVAUX Eric, *Droit civil, les obligations/ le rapport d'obligation*, Op, cit, p. 154.

[109]-عامر محمود الكسواني، أحكام الالتزام - آثار الحق في القانون المدني (دراسة مقارنة)، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2010، ص 140.

السببية وقيام السبب الأجنبي، أو خطأ الغير ، أو الدائن، وبالتالي فهو تعويض مقدر على أساس الضرر.

1- توفر أركان المسؤولية[110]

إن العلة من وجوب توفر أركان المسؤولية (خطأ، ضرر، علاقة السببية)، هي أن التعويض الاتفاقي ليس التزاما مستقلا، وإنما هو مجرد وسيلة لتقدير التعويض، فالشرط الجزائي اتفاق تبعي لا يقصد لذاته ولا يستقل بنفسه، وبالتالي فالعبرة عند مطالبة المدين بالالتزام الاصلي وليس بالشرط الجزائي، الأمر الذي يقتضي أركان المسؤولية الثلاث، ويترتب عن ذلك أن مجرد اتفاق الطرفان على مقدار التعويض لا يجعل الدائن مستحقا له، ما لم يلحقه ضرر نتيجة عدم تنفيذ الالتزام، وهو ما نصت عليه المادة 184 من ق م التي تنص: " **لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحق إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر.**

ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي كان قد نفذ في جزء منه

يعتبر باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه "[111].

يعتبر حكم المادة 184 أعلاه من النظام العام[112]، اذا لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه، وما تجدر الإشارة إليه أنه لا يفهم من حكم المادة أنه لا فائدة من الاتفاق على مقدار التعويض، ما دام يجوز للقاضي التعديل من مقداره[113]، و بالتالي فإنّ مقدار التعويض المتفق عليه إن لم يكن يلزم القاضي، إلاّ أنه يحقق فائدة بالنسبة للدائن وهي تحويل عبء الاثبات من الدائن إلى المدين.

فهذا النوع من التعويض يكون الضرر فيه مفترض، وينتقل عبء اثبات انعدام الضرر على المدين، بينما على الدائن إذا لم يكم هماك اتفاق على التعويض اثبات الضرر الذي لحق به نتيجة اخلال المدين بالتزامه.

---

[110] -- LAPOYADE DESCHAMPS Christian, *Droit des obligations*, Ellipses, Paris, 1998,p.p. 150-160.

[111] - أمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 ديسمبر، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[112] - مقدم السعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1992، ص 191.

[113] - LAPOYADE DESCHAMPS Christian, *Droit des obligations*, Op,cit,p. 137.

2- اعذار المدين

لا يكفي مجرد توفر الشرط الأول من قيام أركان المسؤولية المدنية لاستحقاق الدائن للتعويض الاتفاقي بل يشترط شرط آخر بموجبه يجب على الدائن اعذار المدين في كل الأحوال التي يجب فيها الاعذار، إلاّ في الحالات الاستثنائية التي لا ضرورة فيها للاعذار الواردة في المادة 181من ق م ج.

الفرع الثاني: أحكام الشرط الجزائي

بيّنا أن مجرد اتفاق الدائن والمدين على مقدار التعويض لا يجعل الدائن مستحقا له، وذلك باعتبار أن استحقاقه مقيد بالضرر الفعلي الذي يصيب الدائن نتيجة اخلال المدين بالترامه، فهو لا يستحق التعويض إذا لم يتضرر، وإذا كان الضرر الذي لحق به أقل من التعويض الذي اتفق عليه، فالقاضي لا يحكم به، بل بتعويض معادل للضرر الحاصل.

كما يلاحظ أنه ليس للدائن أن يطلب بتعويض يزيد عن مقدار التعويض المتفق عليه حتى ولو جاوز الضرر الفعلي الحاصل الذي لحقه المقدار المتفق عليه، ويستثنى من هذه الحالات معينة، وهكذا يتمتع القاضي بالسّلطة في الحكم بالتعويض المتفق عليه أو في تعديله[114]، فإذا تحققت شروط استحقاقه ووجد القاضي تناسبا بين قيمة الشرط الجزائي و درجة الضرر حكم بالشرط الجزائي دون تعديل من قيمته، أما إذا لم يجد تناسبا فيتدخّل لتعديله، و ذلك إمّا بالإعفاء منه **(أولا)** إما بتخفيضه في بعض الحالات **(ثانيا)** أو بزيادته في حالات أخرى**(ثالثا)**.

أولا- الاعفاء من الشرط الجزائي (عدم استحقاق التعويض الإتفاقي):

لما كان الشرط الجزائي يتمثّل في تعويض إتفاقي عن الضرر الذي يصيب الدائن من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه، فإنه يجوز إعفاء المدين منه متى أثبت أن الدّائن لم يلحقه ضرر ما نتيجةالإخلال بالالتزام، فإذا نجح المدين في إثبات أن الدائن لم يلحه أي ضرر من عدم تنفيذ أعفي المدين من الشرط الجزائي، و إلا كان التعويض بغير سبب لعدم وجود ضرر،

[114]- سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي تعتبر استثناء من المبدأ العام وهو القوة الملزمة للعقد، وقد حدد المشرع الحالات التي يسمح فيها للقاضي بهذا التعديل، لأن الأصل العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلاّ باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 106 من ق م.

وهو ما قضت به المادة1/184 من ق م التي تنص على":**لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أيّ ضرر...**".

ثانيا- تخفيض الشرط الجزائي

يجوز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي إلى المقدار المتناسب مع الضرر لأن الشرط الجزائي يعتبر شرطا تهديديا يقصد به حمل المدين على تنفيذ الالتزام.

و قد أورد المشرّع الجزائري حالتين لتخفيض مقدار التعويض المحدّد في الشرط الجزائي و ذلك في المادة 184 /2 و التي تنصّ : " ... **و يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت لمدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفّذ في جزء منه...**".

1- الافراط والمبالغة في تقدير التعويض الوارد في الشرط الجزائي:

المبدأ أن الشرط الجزائي في حالة عدم التنفيذ يحتفظ بقوّته الملزمة، و لذلك لا يكفي أن يثبت المدين أن الشرط الجزائي يجاوز مقدار الضرر الذي لحق بالدّائن، حتى يستطيع القاضي أن يخفّض هذا الشّرط و إلا انتفت فائدة للشرط الجزائي[115]

فينبغي أن يمارس القاضي هذه السلطة بحذر و بطريقة استثنائية ،حالة ما إذا كان الشرط الجزائي مجحفا بالمدين، و عبء الإثبات يقع على المدين حيث يتعيّن عليه أن يثبت أن تقدير التعويض كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، و معيار المبالغة في تقدير التعويض حسب الفقه يقوم على فكرة مادية لا شخصيّة تقوم على جسامة الفرق بين المبلغ المشترط على المدين، وقيمة الضرر الفعلي الذي لحق الدائن، دون اعتبار لعوامل شخصيّة أو لظروف خاصة و تقدّر المبالغة في التقدير إلى درجة كبيرة ،لا وقت ابرام العقد، و لا وقت المطالبة بالجزاء بل وقت الحكم[116] ، فإذا ما أثبت المدين ذلك يقوم القاضي بخفض التعويض إلى الحدّ المعقول، أي الحد الذي يتناسب مع الضرر لا إلى الحد المساوي للضرر،أخذا في الاعتبار إرادة المتعاقدين و مصالح الدائن حسن نية المدين، و للقاضي في هذا الصدد سلطة تقديرية واسعة فيما يقرّره أو ينفيه من مبالغة في التعويض المشروط أو فيما يراه حدّا مناسبا لتخفيضه، دون أن يخضع لرقابة المحكمة العليا في ذلك.

[115]- نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني(أحكام الالتزام)، مرجع سابق، ص 75.

[116]- محمد شتا أبو سعد،التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر،2001، ص 239.

2-حالة التنفيذ الجزئي للالتزام.

يوضع الشرط الجزائي عادة لحالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أصلا، فإذا نفذ المدين جزء من التزامه، فإن القاضي يكون قد احترم المتعاقدين ومقتضيات العدالة إذا خفض الشرط الجزائي بنسبة ما نفّذه المدين، ويعتبر الأساس هو المبلغ المقدر في الشرط الجزائي، فيخفّض هذا المبلغ إلى النسبة التي تتفق مع الجزء الباقي من الالتزام الاصلي دون تنفيذ، ويقع عبء إثبات التنفيذ الجزئي على المدين[117]، ولا يكفي أن يكون هناك تنفيذ جزئي للالتزام ليحكم القاضي بالتخفيض فقد لا يرى القاضي مبررا لتخفيض الشرط الجزائي، و هذا إذا تمّ إثبات أن الجزء الذي نفّذ كان تافها أو لم يحقق منه أية فائدة للدائنأ وكان تنفيذا معيبا، فالتخفيض لا يكون لحدّ التساوي بين المبلغ المحكوم به و مقدار الضرر الفعلي،بل يكون على أساس أن المبلغ المحدد تجاوز الضرر قيمة التعويض.

ثالثا- زيادة الشرط الجزائي

يجوز للقاضي أن يتدخل لتعديل قيمة التعويض الواردة في الشرط الجزائي، إذا كان المبلغ المقدر يقل عن الضرر الحاصل للدائن وهذا حسب نصّ المادة 185 من ق م التي تنص "**إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدّائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قدارتكب غشا أو خطأ جسيم**"[118].

من الجدير بالذكر أنه لا يجوز المطالبة بالزّيادة في الشرط الجزائي حتّى ولو كان الضرر الذي أصاب المضرور أكثر من التعويض المتّفق عليه إذا كان الخطأ عادي، أما إذا أثبت الدّائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما ففي هذه الحالة يتعيّن على القاضي زيادة مقدار التعويض الإتفاقي ليكون متناسبا مع الضرر[119].

غير أنّه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش، أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه، ولا يمكن للقاضي الزيادة من الشرط الجزائي، كذلك يعتبر التعويض الإتفاقي ذو القيمة التافهة باطلا بطلان مطلق في الحالة التي يقصد منها الإعفاء من المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الفعل الضار لتعلق ذلك بالنظام العام و هذا ما نص عليه المشرع في المادة 178 /3 التي تنص على ما يلي":**يبطل كلّ شرط يقضي**

---

[117]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (الإثبات- آثار الإلتزام)، مرجع سابق، ص ص 870-871.

[118]- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 ديسمبر، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[119]- - Mazeaud Denis, *La notion de clause pénale*, LGDJ, Paris, 1992, p. 448.

بإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي"، فلا يمكن للطّرفين إبرام هذا الاتفاق سواء كان بطريق غير مباشر بأن يتّفق على شرط جزائي يكون من التفاهة حيث يكون القصد أن يصل به المدين إلى إعفائه من المسؤولية التقصيرية، ويكون الشّرط الج ا زئي في هذه الحالة باطلا[120].

لقد منح المشرع للمحكمة سلطة التدخّل لتعديل التعويض الإتفاقي سواء بالزّيادة أو النقصان بناءا على طلب أحد المتعاقدين ليتساوى مع مقدار الضرر الحاصل فعلا و اعتبر ذلك من النظام العام، وبالتالي يعتبر أي اتفاق يتضمّن استبعاد سلطة المحكمة باطلا كما هو واضح في المادة 3/184 3بنصّها : "**...ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه**".

المطلب الثالث

التعويض القانوني (الفوائد)

سبق الإشارة أن الأصل في تقدير التعويض هو أن يتم من طرف القاضي وفقا للقواعد التي بسطناها، لكن ليس هناك ما يمنع من أن يتفق الطرفان مقدما على مقداره أو أن يتكفل القانون ذاته بتقديره، وتكفل المشرع بتحديد مبلغ التعويض بنصوص جامدة هو أمر ينبغي عدم الإقدام عليه إلاّ في حالات نادرة يقوم فيها مبرر قوي يمثل هذا الإجراء ويكون هذا المبرر القوي ما يكافئ الضرر الذي ينجم عن انطواء نصوص تشريعية جامدة على مقادير معينة للتعويض في حالات متنوعة قد تختلف ظروفها، وقد يتفاوت الضرر في كل حالة منها، ورغم ذلك يبقى مبلغ التعويض جامدا لا يتغير[121].

ومن أمثلة التعويضات المقدرة قانونا ما ينتج عن أضرار إصابات العمل، القوانين المتعلقة بالأمراض المهنية، والتقاعد وقوانين الضمان الاجتماعي وغيرها، والمشرع إذ يفعل ذلك كان مدفوعا بمقتضيات العدالة، فيترتب التعويض عن المسؤولية لا علاقة لها بالخطأ[122].

و تولى القانون تحديد التعويض في حالات معينة يكون مدفوعا فيها على مسؤولية تقوم على أسس مختلفة، أما حينما تدخل عندما يكون محل الالتزام مبلغا من النقود، فكان لكراهيته التقليدية للربا، وبالتالي فموضوع التعويض القانوني في مجال أحكام الالتزام كموضوع لهذا

---

[120] - مقدم السعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص192.

[121] - نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني(أحكام الالتزام)، مرجع سابق، ص 79.

[122] - الحكيم عبد المجيد،طه البشير محمّد،البكري عبد البقي، القانون المدني وأحكام الالتزام، مرجع سابق، ص73.

المطلب سيتمحور حول الفوائد(**الفرع الأول**)، ولأن ما تكفل المشرع بتحديده من تعويضات في حالات أخرى لا يعتبر تطبيقا لنظرية التعويض القانوني، وإنما هو تعويض تحدده التشريعات وفقا لأحكام خاصة في ضوء الغرض من تشريعها، وعلى نحو يعتبر استثناء لما شرع في ق م ج الذي يشترط أن يكون موضوع الالتزام مبلغا من النقود بالاضافة إلى شروط أخرى (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: مفهوم التعويض القانوني(الفوائد القانونية)

قد يحدد القانون مقدار التعويض للدائن عمّا لحقه من ضرر نتيجة اخلال المدين بالتزامه، ويتجسد هذا التحديد في صورة وحيدة هي حالة ما إذا كان إلتزام المدين ينصب على دفع مبلغ معين من النقود للدائن في أجل معين، وسواء كان مصدر هذا الالتزام هو التصرف القانون أو الفعل الضار أ و الفعل النافع، أو القانون، وهذا النوع من الالتزام يتميز بخاصية جوهرية، أنه يمكن تنفيذه تنفيذا عينيا دائما فماذا تعني الفوائد القانونية **(أولا)** وما خصائصها **(ثانيا)**.

أولا- تعريف الفوائد القانونية

تعتبر الفوائد القانونية في نظر البعض التعويض الذي يحكم ويلزم به المدين نتيجة تأخره في تنفيذ التزام، وهي بهذا المعنى تتضمن مبلغا من النقود يضاف إلى الالتزام وتحدد بموجبه نسبة مئوية معينة على ضوء قيمة الالتزام[123].

كما تعرف الفائدة بأنها مبلغ من النقود يلتزم المدين بدفعه على سبيل التعويض عن التأخر عن تنفيذ التزام محله دفع مبلغ من النقود في الميعاد المتفق عليه، أو نظير انتفاعه بمبلغ من المال في عقد من عقود المعاوضة[124]، وبهذا المعنى فهي نوعان فوائد تأخيرية مستحقة عند التأخر في تنفيذ إلتزام محله دفع مبلغ من النقود مهما كان مصدر هذا الالتزام، والنوع الثاني هي الفوائد التعويضية أو الاستثمارية، ويجب الاشارة أن المصطلح الأدق هو الفوائد العوضية والتي تكون مستحقة نظير انتفاع المدين بمبلغ من النقود[125] أ ي الانتفاع برأس المال، ويكون مصدرها في هذه الحالة العقد، كالفوائد المترتبة عن عقد القرض في ذمة المقترض لمصلحة المقرض.

[123] - عامر محمود الكسواني، أحكام الالتزام - آثار الحق في القانون المدني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 143.

[124] - الحكيم عبد المجيد،طه البشير محمّد،البكري عبد البقي، القانون المدني وأحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 74.

[125] - أنور طلبة، دعوى التعويض، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية ،2014، ص 437.

ويكمن الفرق بين هذين النوعين في أن الفوائد التأخيرية تترتب عند في الوفاء بدين حلّ ميعاد استحقاقه، وتحدد دائما قانونا، بينما الفوائد التعويضية تكون اتفاقية، وتكون تعويضا عن دين لم يحل أجله وإنما يلتزم المدين بدفعها ما بقي الدين في ذمته.

وقد أشار المشرع الجزائري إلى التعويض القانوني في المادة 186 من ق م جالتي تنص:

" إذا كان محل الالتزام بين الافراد مبلغا من النقود عين مقداره وقت رفع الدعوى، وتأخر المدين في الوفاء به، فيجب عليه أن يعوض للدائن الضرر اللاحق من هذا التأخير"[126].

والملاحظ بالنسبة للمشرع الجزائري أنه حرّم القرض بالفائدة، أو الفوائد التعويضية، بدليل نص المادة 454 من ق م الجزائري التي تنص: " **القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر، ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك"**[127]، وبموجب هذا النص حرم المشرع الفائدة بين الافراد والتي تعتبر ربا من الناحية الشرعية، غير أنه أجاز العمل بها عندما يتعلق الأمر بمؤسسة قرض إعمالا للمادة 455 من ق م التي تنص: "**يجوز لمؤسسات القرض في حالة ايداع أموال لديها أن تمنح فائدة يحدد قدرها بموجب قرار من الوزئر المكلف بالمالية لتشجيع الادخار"** ، أردف المشرع في المادة 456 من نفس القانون ليحدد الهدف من إجازة هذا النوع من القروض وهو تشجيع الاقتصاد الوطني حيث نصت: " **يجوز لمؤسسات القرض التي تمنح قروضا قصد تشجيع النشاط ا اقتصادي الوطني أن تأخذ فائدة يحدد قدرها بموجب قرار من الوزئر المكلف بالمالية"**[128] .

مما سبق نستنتج أن المشرع الجزائري أقرّ التعويض عن التأخر عن الوفاء بالتزام نقدي وترك تقدير هذا التعويض للقضاء، الذي له السلطة التقديرية في ذلك.

ثانيا- خصائص الفو ائد القانونية

يتضح لنا من خلال تعريف الفوائد القانونية أو التعويض القانوني أنّه يتميز بمجموعة من الخصائص أهمها:

1- **أنه تعويض تولى القانون تقديره**، حيث أن المال يعتبر دائما مصدر ربح و ثمار ونفع وذلك باستثماره، وهو ما يمكن أن يفتح المجال للربا، لذا تدخل المشرع نفسه لتحديد التعويض القانون.

---

[126] - أمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 ديسمبر، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[127] - الملرجع نفسه.

[128] - المرجع نفسه.

2-**أنه تعويض خرج فيه المشرع عن القواعد العامة للمسؤولية المدنية**، وهذا تكريسا للنظام الاقتصادي المعاصر من أنه يحمي مصلحة الدائن تارة ومصلحة المدين تارة أخرى[129].

3-**أنه تعويض تمادى المشرع في التدخل في نطاقه كوسيلة لمحاربة الربا**، وهو ما يشكل حلول لإرادة المشرع محل إرادة المتعاقدين، ويشكل هذا قيد على حرية الطرفين[130]، خاصة الدائن الذي يظل مقيد بالنصوص القانونية التي تحدد نسب مئوية للتعويض، وهو ما أخذت به بعض التشريعات العربية دون المشرع الجزائري،أمّا بالنسبة للمدين فعليه دفع هذا التعويض بمجرد التأخر عن الوفاء بغض النظر عن مدى تحقق الضرر من عدمه.

الفرع الثاني: شروط استحقاق التعويض القانوني وكيفية تقديره(الفوائد القانونية)

تكمن الشروط العامة لاستحقاق التعويض في ضرورة قيام أركان المسؤولية المدنية من خطأ، ضرر وعلاقة السببية، بالإضافة إلى الاعذار،وببحث هذه الشروط في مجال التعويض القانوني، يكون الخطأ هو تأخر المدين عن الوفاء بمبلغ نقدي مستحق في ذمته وهو ما يستوجب مسؤوليته،أمّا الضرر وعلاقة السببية فالمشرع افترض وجودهما غير أنّ هناك شروط أخرى يتميز بها التعويض القانوني(الفوائد القانونية) (**أولا**)، غير أن المشرع الجزائري لم يحدد نسب مئوية لهذا النوع من التعويض من حيث كيفية تحديده(**ثانيا**.

أولا- شروط استحقاق التعويض القانوني

لاستحقاق التعويض القانوني يجب أن تجتمع شروط معينة من **أن** يكون معلوم المقدار وقت رفع الدعوى، ، وتكون هذه الفوائد كنتيجة عن التأخر في الوفاء غير أن استحقاق هذه الفواد لا لا يكون إلا عن طريق القضاء، وهو ما يقتض المطالبة بها قضائيا .

1-أن يكون محل الالتزام مبلغا من النقود

يتحدد نطاق اعمال التعويض القانوني بالالتزامات التي يكون محلها مبلغا من النقود، فالعبرة بمحل الالتزام ما دام أنه دفع مبلغ من النقود، وليس بمصدر الالتزام حتى تستحق الفوائد إذا توفرت شروطها، والغالب أن يكون مصدر الالتزام العقد (البيع، الايجار، الشركة...)، وكلن قد يكون غير العقد كالالتزام برد غير المستحق، أو نص القانون كالالتزام بدفع النفقة التي يغلب تقديرها نقدا.

---

[129]- الحكيم عبد المجيد،طه البشير محمّد،البكري عبد البقي، القانون المدني وأحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 83.

[130]-السعدي محمد صبري ، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للمطبوعات، الجزائر، 2012، ص97.

2- أن يكون مبلغ النقود معلوم المقداروقت رفع الدعوى

يعتبر مبلغ النقود معلوم المقدار إذا كان تحديد مقداره قائما على أسس ثابتة لا تقوم معها سلطة تقديرية للقضاء، فلا يكفي كون ما يطالب به الدائن مبلغ من النقود بل لا بد أن يكون محدد المقدار وقت المطالبة القضائية[131]، ولا يقصد بهذا الشرط منع سريان الفوائد عن كل التزام مقداره محلا للمنازعة، وإنما يقصد منه منع سريان المبالغ التي يطالب بها الدائن على سبيل التعويض عن عمل غير مشروع، لأنه إذا كان للمضرور الحق في التعويض الذي ينشأ وقت تحقق الضرر، فإنّ هذا المبلغ لا يصبح معلوما إلاّ من تاريخ الحكم به.

لكن ليس معنى هذا أنّ ا التزام بالتعويض يخرج عن نطاق استحقاق الفوائد، بحيث أن الجاري به العمل أن القاضي يأخذ بعين الاعتبار نوعين من الضرر، ذلك الناشئ عن خطأ المسؤول والضرر الناشئ عن التأخر من يوم النطق بالحكم.

3- أن يتأخر المدين عن الوفاء بالالتزام

يعتبر التأخر خطأ صادرا من المدين، أمّا أركان المسؤولية الأخرى أي الضرر وعلاقة السببية فإنّ القانون يفترض وجودها، بموجب قرينة قاطعة لا تقبل العكس، مؤداها أنّ كل شخص يحرم من النقود المستحقة له يلحقه ضرر مؤكد، لأنّ النقود يمكن استغلالها دائما والحرمان منها حرمان من فرصة استغلالها، و يفترض قيام الضرر وعلاقة السببية بمجرد تأخر المدين عن الدفع، ويقوم هذا الشرط سواء كانت فوائد تأخيرية أو فوائد تعويضية، وعليه لا يشترط لاستحقاق التعويض القانوني أن يثبت الدائن أنه متضرر نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه بدفع هذا المبلغ[132].

4- مطالبة الدائن بالفوائد مطالبة قضائية

يشترط لاستحقاق الدائن التعويض القانوني (الفوائد)، أن يطالب بها مدينه مطالبة قضائية، فلا يكفي الاعذار كما هو الحال في بقية أنواع التعويض، ولكن قد ينص القانون في حالات خاصة على أن الفوائد التأخيرية تسري من وقت لآخر غير المطالبة القضائية(كأن يكون ذلك من وقت حلول أجل الدين أو القيام بعمل معين)، والملاحظ في هذا الصدد أن المشرع خرج

[131] - خليل متري موسى، "المفاهيم القانون للفائد"، **مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية**، المجلد 29، العدد الثالث، 2013، ص 53.

[132] - ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، مرجع سابق، ص 247.

في استحقاق التعويض عن القواعد العامة في مجال اثبات أركان المسؤولية لمصلحة الدائن ، ولكنه كذلك خرج عنها بالنسبة لشرط الاعذار حماية لمصلحة المدين.

ثانيا- كيفية تقدير التعويض القانوني

تختص التشريعات المدنية عادة بتحديد نسب مئوية كفائدة يستحقها الدائن في حالة تأخر المدين عن الوفاء بالتزامه النقدي كالتشريع المصري[133]، ولكن المشرع الجزائري لم يحدد التعويض المستحق للدائن على أساس نسبة مئوية، وإنما هو يكتفي في المادة 186 ق م بالنص على استحقاقه التعويض عن الضرر الذي لحق به.

لذا فتحديد مقدار هذا التعويض يتم وفقا للقواعد العامة التي تطبق في مجال التعويض القضائي، إذا لم يحدد الاتفاق ذلك مع مراعاة أن مجرد تأخر المدين عن الوفاء يعتبر خطأ، أمّا الأركان الأخرى فهي مفترضة بموجب قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس .

ويجب عند تحديد مقدار التعويض المستحق للدائن ملاحظة حكم المادة 187 من ق م التي تستوجب تخفيف مقدار التعويض المحدد في الاتفاق، أو عدم الحكم به إطلاقا عن المدة التي طال فيها النزاع بدون مبرر، إذا كان الدائن قد تسبب في ذلك بسوء نية.

[133] - المادة 226 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 التي تنص: " ذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به ، كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية . وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ، وان لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخا آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره". القانون متوفر على الموقع: https://www.almatareed.org