جامعة عمار ثليجيي بالأغواط -

كليـة الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الموضوع :

الدفع بعدم تنفيذ العقود في القانون المدني الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر للحقوق — التخصص : عقود ومسؤولية

إعداد الطالبة

العمري فاطمة جليلة

بإشراف الأستاذة :

– عمران عائشة

لجنة المناقشة

الأستاذ : .....بريك الطاهر..... رئيسا

الأستاذ: .....عمران عائشة..... مشرفا ومقررا

الأستاذ: .....بلخضر مسعودة..... ممتحنا

السنة الجامعية 2014 / 2015

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وفوق كل ذي علم عليم ﴾

إلى منأعطتني ولم تخل

إلى من وهبت لنا عمرها

إلى من أضاءت لي الدرب بالشموع

إلى أمي

إلىمن كنت أتمنى أن يكون هنا وغاب

إلىمن بقت نبرات صوته ضاحكة وصراخ حبه راسخا

إلى روح والدي الغالية

إلى من كان سندا لي

إلى شراعي وشاطئ الأمين

إلى زوجي

إلى من هم أملي في الحياة

ابني الحبيب مداني وابنتي الغالية أميرة

ونور قلبي إخوتي الأعزاء

أهدي إليهم هذا العمل المتواضع عرفانا مني بما قدموا لي.

جليلة

شكر وعرفان

أشكر الله عز وجل الذي مد يده لي ومنحني القوة والإيمان لأتم هذا العمل المتواضع

أتقدمبالشكر الجزيل إلىالأستاذة الكريمة والمتواضعة والمعطاءةالأستاذة عمراني عائشة

وأخص شكري هذا الأستاذة فاطمة الزهراء عكاكة عرفانا منا الجهود التي بذلتها

لنجاح هذه الدفعة بارك الله فيك

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل الأساتذة الكرام من الليسانس إلى الماستر

وإلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد وكل أصدقاء هذه الدفعة

الفهرس

إهداء
شكر وعرفان
الفهرس
المقدمة

الفصل الأول :مفهوم الدفع بعدم التنفيذ

المبحث الأول: أساس الدفع بعدم التنفيذ وشروطه 07
المطلب الأول: الأساس القانوني للدفع بعدم التنفيذ 07
الفرع الأول: فكرة الإرادة المفترضة للمتعاقدين كأساس قانوني للدفع بعد التنفيذ 07
الفرع الثاني: فكرة السبب كأساس للدفع بعدم التنفيذ. 09
المطلب الثاني: شروط الدفع بعدم التنفيذ 11
الفرع الأول: الشروط المتعلقة بنوع العقد 11
الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بتنفيذ العقد 13
المبحث الثاني: أهمية الدفع بعدم التنفيذ وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له 15
المطلب الأول: أهمية الدفع بعدم التنفيذ 15
الفرع الأول: الدفع بعدم التنفيذ وسيلة سريعة وبسيطة 15
الفرع الثاني: الدفع بعدم التنفيذ وسيلة ضغط على إرادة المدين المخل بتنفيذ التزامه 18
الفرع الثالث: الدفع بعدم التنفيذ وسيلة ضمان 19
المطلب الثاني: تمييز الدفع بعدم التنفيذ عن بعض الأنظمة المشابهة له 21
الفرع الأول: تمييز الدفع بعدم التنفيذ عن الحق في الحبس 21
الفرع الثاني: تمييز الدفع بعدم التنفيذ عن الفسخ 29

الفصل الثاني : آثار وانقضاء الدفع بعدم التنفيذ وأهم تطبيقاته

المبحث الأول: أثار الدفع بعدم التنفيذ وانقضائه 34
المطلب الأول: آثار الدفع بعدم التنفيذ 34
الفرع الأول: أثار الدفع فيما بين المتعاقدين 34
الفرع الثاني: آثار الدفع بعدم التنفيذ بالنسبة للغير 35
المطلب الثاني: انقضاء الدفع بعدم التنفيذ 37
الفرع الأول: الانقضاء التبعي 37
الفرع الثاني: الانقضاء الأصلي 37

المبحث الثاني: أهم تطبيقات الدفع بعدم التنفيذ 39
المطلب الأول: الدفع عدم التنفيذ في عقد البيع 39
الفرع الأول: تمسك المشتري بالدفع عدم التنفيذ 39
الفرع الثاني: تمسك البائع بالدفع بعدم التنفيذ 47
المطلب الثاني: الدفع بعدم التنفيذ في عقد الإيجار 49
الفرع الأول: مجال التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في عقد الإيجار 49
الفرع الثاني: شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في عقد الإيجار 55
المطلب الثالث: الدفع بعدم التنفيذ في عقد التأمين 59
الفرع الأول: مدى اعتبار وقف الضمان طبقا للمادة 16 من قانون التأمينات تطبيقا للدفع بعدم التنفيذ 59
الفرع الثاني: مدى إمكانية احتجاج المؤمن في التأمين من المسؤولية بالدفع بعدم التنفيذ ضد الغير صاحب الدعوى المباشرة 63
خاتمة 67
قائمة المراجع

مقدمة

إن مصالح الناس وقضاء حاجاتهم في المجتمع مرتبطان بالضرورة بتعامل الناس مع بعضهم البعض ولكي يقوم هذا التعامل على الثقة والأمان لا بد من وجود ضوابط تحكم هذه العلاقات من أجل استقرارها بين الناس، إحدى هذه الضوابط هي ضمانات كوسيلة من الوسائل التي تؤكد الثقة بين الناس والحفاظ على أموالهم، حيث يصبح الانسان مطمئنا على نفسه وعلى أمواله من الضياع، لأن ذمم الناس سريعة التغيير، فكم من إنسان مستقيم عدل عن موقف اتخذه مسبقا سواء من حسن نية أو سوء نية، ولهذا وضعالمشرع العديد من الضوابط تختص بالضمان وتحفظ للناس حقوقهمومن بين هذه الضوابط أو القواعد هو الدفع بعدم التنفيذ.

وقد نشأ هذا الدفع في ظل القانون الكنسي، نتيجة للمبدأ القائل (لا يرعى عهد من لا عهد له) الذي اعتمد عليه شراح القانون الروماني، كنسيين ومدنيين في تغيير نصوصه المتعلقة برفض التنفيذ لاستخلاص فكرة +عامة يقوم عليها مبدأ عدم التنفيذ.

وإذا صار هذا المبدأ معترفا به في الشرائع الجرمانية، وحصلته تقنياتها، فقد اختفى في القانون الفرنسي القديم نتيجة ظهور مدرسة عمدت إلى تخليص القانون الروماني مما أقحمه عليه شراحه المتأخرون للعودة به إلى صورته الأولى، التي تتضمن مبدأ عاما للدفع بعدم التنفيذ.

فهذاالأخير لم يكن معروفا في القانون الروماني، وإن كان فقهاؤه– تحت تأثير فكرة العدل – اعترفوا ببعض تطبيقاته في البيع والإيجار والشركة.

وفي هذا ما يفسر إغفال التقنين الفرنسي لمبدأ الدفع بعدم التنفيذ، واكتفى بالنص على تطبيقاته التقليدية في عقد البيع.

وكان هذا هو مسلك التشريع المصري القديم، ولكن المشرع في تقنين 1948 الجديد تدارك ذلك بالنص على المبدأ في المادة 161منه.

ومع وجود وسائل عديدة تكفل حصول الدائن على حقه وجعله في مأمن من ضياعه لذلك جعل المشرع ذمة المدين بمثابة ضمان عام لكل الدائنين بحيث أن أموال المدين جميعها

ضامنة للوفاء بديونه، وقد اقر العديد من الوسائل تكفل وصول الدائن إلى ذمة المدين واستخلاص حقه من الضمان العام.

بيد أن هذه الوسائل تختلف باختلاف الغاية منها على الرغم من أنها في النهاية تخدم هدفا واحدا وهو وصول الدائن إلى حقه كاملا بحيث يهدف الدائن إلى زيادة فرص المطالبة بالدين وتقويته فإن وسيلته في ذلك تتمثل بالكفالة، إذ لاشك أن ضم ذمة مالية أخرى إلى ذمة المدين يزيد من احتمالات حصول الدائن على حقه، وإذا أراد الدائن حماية حقه ويأمن مغبة إفلاس المدين يلجأ إلى الحصول على ضمان خاص، كالرهن والتأمين وغير ذلك من الضمانات المسماة الخاصة، حيث يختص الدائن وحده في حدود حقه بقيمة الشيء المرهون أو المؤمن عليه.

وإذا كان الدائن يهدف إلى الحفاظ على الضمان العام، فقد مكنه المشرع من ذلك من خلال إقامة دعاوى تهدف إلى حماية الضمان العام، منها الدعوى غير المباشرة والدعوى الصورية..الخ

بيد أن الدعاوى التي تهدف إلى الحفاظ على الضمان العام للدائنين قد تقصر في الوصول إلى تلك الغاية، فضلا عن قصورها على الحفاظ على حقوق الدائنين كاملة في بعض الأحيان.

لكن هناك وسيلةأخرى نص عليها القانون المدني، الا وهي الدفع بعدم التنفيذ حيث يمثل ضمانة قوية للدائن، لما يتمتع به الدفع بعدم التنفيذ من مرونة تطلق يد الدائن في استعماله حفاظا على حقه وبمبادرة فردية منه دون حاجة إلى إجراءات سابقة عليه أو لاحقه له، فضلا عن الحماية الكاملة لحقوق الدائنين المرتبطة بمحل التنفيذ– علما أن المشرع الجزائري قد خص الدفع بعدم التنفيذ بالمادة 123 من القانون المدني وقد وردت عدة تعريفات للدفع بعدم التنفيذ نذكر أهمها:

عرفه البعض على انه: "وسيلة قانونية يلجأ لها أحد المتعاقدين لإرغام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه عن طريق امتناعه بتنفيذ الالتزام المقابل.".

ويعرفه جانب آخر على انه:

"هو حق كل متعاقد في العقد الملزم للجانبين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر في نفس العقد بتنفيذ ماعليه من التزام وهو بذلك يمهد إما إلى التنفيذ وإما إلى الفسخ ومن ثم يتصل بالجزاء الذي يترتب على القوة الملزمة للعقد".

من خلال ما سبق يبدوا أن التساؤل الرئيسي حول هذا الموضوع هو:**ما هو النظام القانوني للدفع بعدم التنفيذ وماذا يترتب عنه و كيف يمكن إبراز فعاليته من خلال تطبيقاته ؟**

انطلاقا من هذه الإشكالية قسمنا دراستنا إلى فصلين:

الفصل الأول: مفهوم الدفع بعدم التنفيذ، وهو على مبحثين:الأول أساس الدفع بعدمالتنفيذ وشروطه نحاول فيه ذكر أهم الأسس القانونية التي نادى بها الفقهاء من أجل تبرير فكرة الدفع بعدم التنفيذ من خلال نظريتين في مطلبه الأول كما أننا قسمنا شروطه إلى قسمين شروط متعلقة بنوع العقد وشروط متعلقة بتنفيذ العقد وهذا كان في مطلبه الثاني، بينما المبحث الثاني نخصصه لأهمية الدفع بعدم التنفيذ والتي تظهر من خلال ثلاثة فروع في الأول كونه وسيلة بسيطة وسريعة، والثاني كونهوسيلة ضغط على إرادة المدين، والثالث كونه وسيلة ضمان هذا في المطلب الأول،أما الثاني فحاولنا من خلاله إبراز فعالية الدفع من خلال مقارنته بالأنظمة المشابهة له.

أما الفصل الثاني فكان تحت عنوان: آثار الدفع بعدم التنفيذ وانقضائه وأهم تطبيقاته

وهوعلى مبحثين تحت عنوان آثار الدفع بعدم التنفيذ وانقضاءه ونذكر فيه أهم أثاره وطرق انقضاءه هذا كمطلب أول – بينما المبحث الثاني فهو يتعرض لأهم وابرز تطبيقات الدفع بعدم التنفيذ.

ونختم في الأخير بخاتمة لأهم النتائج المتوصل إليها.

الفصل الأول :
مفهوم الدفع بعدم التنفيذ

إذا استطاع الفقه حسم الأمر حول ما هي ة الدفع بعدم التنفيذ بحيث أنه أصبح مبدءا قانونيا قائما بذاته، منصوص عليه في أغلب التشريعات المدنية، ومنها القانون المدني الجزائري في مادته 123 فإن الأمر يختلف بالنسبة لأساسه القانوني، ففي هذه النقطة بالذات تعددت الآراء الفقهية حول تبرير أساس الدفع عدم التنفيذ كما أن للدفع شروطا يجب توافرها لكي نقول أننا أمام دفع بعدم التنفيذ الأمر الذي سنعرضه في المبحث الأول لهذا الفصل:

كما أن الدفع بعدم التنفيذ هو وسيلة لحمل المتعاقد على الوفاء بالتزامه الذي نشأ في عقد ملزم للجانبين دون اللجوء إلى حل الرابطة العقدية ودون اللجوء إلى طلب الفسخ فالدفع بعدم التنفيذ هو نظام قد يختلط ببعض الأنظمة المشابهة لهه وهذا ما سنقدمه في المبحث الثاني للفصل الأول.

المبحث الأول: أساس الدفع بعدم التنفيذ وشروطه

إنه لمن الصعب إيجاد أساس قانوني لقاعدةكانت ثمرة تطور تاريخي طويل، وبالفعل فإن من المتبع لتطور الفكر القانوني يلاحظ أنه كلما برز للوجود مبدأ قانوني ما في فترة معينة إلا وحاول الفقهاء تبرير العديد من النظريات كأساس له، وهذا ما سنتناوله في المطلب الأولوبالنسبة لقيام الدفع بعدم التنفيذ واعتماده يجب توافر جملة من الشروط لنتمكن من القول أننا أمام دفع بعدم التنفيذ إلا أنها منقسمة هي بدورها إلى قسمين وهذا ما سنعرضه في المطلب الثاني لهذا المبحث.

المطلب الأول: الأساس القانوني للدفع بعدم التنفيذ

لقد تعددت الأسس القانونية المقدمة من قبل الفقه لتبرير فكرة الدفع بعدم التنفيذ، ومن بين هذه الأسس، اقتراحات لم تجد رواجا كبيرا عند الفقهاء، مثل فكرة العدالة، الأثراء بلا سبب.. في حين عرفت بعض الاقتراحات الأخرى انتشارا كبيرا نذكر منها فكرة الإرادة المفترضة للمتعاقدين، فكرة السبب، فكرة ارتباط الالتزامات، رغم أن هذه النظريات المتبناة من قبل الفقه لم تنج من الانتقادات، فما هو مضمون أساس الدفع بعدم التنفيذ؟.

الفرع الأول: فكرة الإرادة المفترضة للمتعاقدين كأساس قانوني للدفع بعد التنفيذ

يرى أصحاب هذه الفكرة أن الأطراف المتعاقدة عندما تقدم على إبرام عقد من العقود الملزمة للجانبين كالبيع مثلا، يفترض أن يكون في ذهن كل متعاقد أن تنفيذ الالتزامات التي يفرضها العقد سيكون في آن واحد، إلا إذا منح أحد المتعاقدين الآخر أجلا لتنفيذ التزامه، وبعبارة أخرى أن كل متعاقد لا يقدم على تنفيذ التزامه العقدي إلا نتيجة افتراضه أن المتعاقد الآخر سينفذ التزامه في نفس الوقت الذي يقبض فيه الثمن، وبالمقابل يكون في ذهن المشتري أن دفع الثمن يكون أثناء تسلمه للشيء المبيع، وانطلاقا من هذا الوضع، إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه، جاز للآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزامه هوأيضا، وحق له أن يدفع بعدم تنفيذ التزامه إذا ما طالبه المتعاقد الآخر بذلك، لأن هذا الأخير أخل بالإرادة المفترضة التي تقضي بالتنفيذ في وقت واحد، فالبائع من حقه الامتناع عن تسليم الشيء المبيع إذا لم يدفع المشتري الثمن، ويحق لهذا الأخير الامتناع عن دفع الثمن إذا لم يستلم المبيع.

ويبدوا جليا أن هذه الفكرة ما هي إلا نتيجة من النتائج المترتبة على الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة، لهذا وجدت أنصارا لها في الفقه الفرنسي، وعلى رأسهم الإخوة **مازو**، والأستاذ **بوريس ستارك**، ووجدت في الفقه المعاصر من يدافع عنها، وذلك بإعطائها تحليلا جديدا، حيث رأى الأستاذPillebout أن الغرض من

إبرام العقد هو تنفيذه، ولا يكون ذلك إلا بتظافر جهود المتعاقدين معا، فامتناع احد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه يعتبر عرقلة في طريق الوصول إلى تنفيذ العقد، ومن ثم كان البحث عن التنفيذ الكلي للعقد هو أساس فكرة الدفع بعدم التنفيذ[1].

لكن مع الهزات العنيفة التي تعرض لها مبدأ سلطان الإرادة،وجهت لهذهالنظرية انتقادات شديدة.

الانتقادات الموجهة لفكرة الإرادة المفترضة للمتعاقدين:

1- أن الأطراف المتعاقدة، عندما تقدم على إبرام عقد ما، فإن تفكيرها الرئيسي يكون دائما منصبا على تنفيذ العقد، لأنه هو الأصل، ولا يكون منصبا على عدم تنفيذه وبالتالي فإن تفسير إرادةالأطراف على النحو الذي تنادي به فكرةالإرادة المفترضة، تفكير مستبعد في الكثير من الأحيان كما انه تفسير ظني فقط.

2- لو اتجهت إرادة الأطراف إلى الدفع بعدم التنفيذ، نتيجة عدم تنفيذ الالتزامات العقدية لنصت عليه صراحة في العقد.

3- ان هذه الفكرة لا تتناسب إطلاقا مع الاتجاه الفقهي الذي يرى أن نطاق الدفع بعدم التنفيذ غير محصور في العقود الملزمة للجانبين، بل يمتد ليشمل العلاقات الملزمة للجانبين الناشئة بعد فسخ أو بطلان العقد، والعلاقات الملزمة للجانبين الناشئة بقوة القانون

4- إذا امتنع المستمسك بالدفع بعدم التنفيذ، عن تنفيذ التزاماته، فإنه يجوز للمتعاقد الآخر رفع الأمر للقاضي، وذلك عن طريق دعوى يطالب فيها بالتنفيذ، وهنا يبسط القاضي سلطته التقديرية على موضوع النزاع، فإذا رأى عدم توافر شروط الدفع بعدم التنفيذ، كأن يكون منصبا على التزام ثانوي فقط، أو أن التمسك كان على وجه يخالف حسن النية...فإنه يرفضه ويحكم لرافع الدعوى بطلباته سواء كان التنفيذ العيني أوالتعويض أوالفسخ، وعلى العكس من ذلك إذا توافرت شروط الدفع بعدم التنفيذ أقر القاضي موقف المتمسك به، فإذا كان الدفع بعدم التنفيذ يقوم على فكرة الإرادة المفترضة للمتعاقدين، أي يقع بصورة تلقائية، فكيف نفسر تقدير القاضي لموقف المتمسك بالدفع إما بالإقرار أو بعدم الإقرار[2].

وأمام هذه الانتقادات، نادى الفقه بفكرة السبب كأساس للدفع بعدم التنفيذ.

---

[1] عبد الحكم فودة، إنهاء القوة الملزمة للعقد، دار الكتاب الحديث الإسكندرية، 1993، ص 75، 76.

[2] عبد الحكم فودة، المرجع نفسه، ص 77.

الفرع الثاني: فكرة السبب كأساس للدفع بعدم التنفيذ

حتى نفهم فكرةالسبب كأساس قانوني للدفع بعدم التنفيذ، لابد أن نفهم فكرة السبب في حد ذاتها فهذه الفكرة جعلت الفقه ينقسم إلى ثلاث طوائف:

الطائفة الأولى: وعلى رأسها الأستاذ **بلانيول** رفضت فكرة السبب أصلا، **والطائفة الثانية** تمسكت بالنظرية التقليدية للسبب، **والطائفة الثالثة:** نادت بالنظرية الحديثة للسبب،وفيما يتعلق بهذه الدراسة، نستبعد الطائفة الأولى، لأن فكرة السبب فرضت نفسها في أغلب التشريعات المدنية ولم يعد هناك مجال لإنكارها، ونستبعد أيضا الطائفة الثالثة، لأنها ترى أن السبب يقصد به الباعث الدافع إلى التعاقد، وهو بهذا المعنى أمر خارج عن ا لعقد، لا يصلح لتفسير الدفع بعدم التنفيذ، وعليه نستبقي الطائفة الثانية، وهم أصحاب النظرية التقليدية للسبب الذين يرون أن السبب هو القصد والغرض المباشر من وراء التعاقد، أي السبب القصدي، ففي العقود الملزمة للجانبين، سبب التزام كل متعاقد هو وجود التزام الآخر، وحسب هؤلاء الفقهاء أن السبب لا يقتصر على تكوين العقد مثلما عرف عند الرومان، بل يمتد إلى تنفيذه، فالسبب يجب أن يبقى من تكوين العقد إلى غاية تنفيذه، وانطلاقا من هذا التفسير إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه، فهذا يعني أن التزام المتعاقد الآخر أصبح بدون سبب، ومن ثم جاز له أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، أي أن يدفع بعدم تنفيذ التزامه إذا ما طلب منه ذلك، لكن هذا التفسير لم يقنع الأستاذ **بلانيول**، فذهب إلى نقده، ومما قاله أنه في العقود الملزمة للجانبين تنشأ الالتزامات التعاقدية في وقت واحد، فلا يتصور أن يكون أحد الالتزامين سببا للأخر، وأمام هذا النقد الوجيه، عمل الفقيه[1]الفرنسي الكبير الأستاذ**هنري كابيتان** على تحوير نظرية السبب، لاسيما في العقود الملزمة للجانبين، فرأى أن السبب في هذه العقود، هو تنفيذ الالتزامالمقابل، فمثلا في عقد البيع سبب التزام البائع بنقل الملكية هورغبته في الحصول على الثمن، وسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو رغبته في الحصول على المبيع، فطبقا لهذا التصور يعتبر السبب عنصرا مستمرا، يجب أن يكون موجودا وقت إنشاء العقد وتنفيذه فإذا تخلف السبب في أي وقت من الأوقات بعد نشوء الالتزام، انقضى الالتزام،فاستمرارية السبب هي أساس الدفع بعدم التنفيذ، ففي المثال السابق إذا امتنع المشتري عن دفع الثمن يكون التزام البائع بدون سبب، وهذا ما يمكنه

[1]السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، 1952، ص 438.

من الامتناع عن نقل الملكية إلى المشتري، هذه هي نظرية السبب القصدي كما صاغها الفقيه هنري كابيتان في العقود الملزمة للجانبين، واستطاع بواسطتها تبرير فكرة الدفع بعدم التنفيذ[1].

الانتقادات الموجهة لفكرةالسبب:

1- أن القواعد العامة تقضي أن تخلف ركن من أركان العقد، مثل السبب، يؤدي إلى بطلان العقد، وليس لإمكانية امتناع المتعاقد الدائن عن تنفيذ التزاماته العقدية.

2- أن فكرة السبب تصلح لو افترضنا جدلا) لتبرير الدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين وهذا لا يتماشى إطلاقا مع الاتجاه الفقهي الفرنسي الذي يرى أن نطاق الدفع بعدم التنفيذ غير محصور في العقود الملزمة للجانبين

3- من المقرر قانونا، أنه يجوز للمتعاقد الدائن أن يرفع الدعوى للتنفيذ على المتعاقد الممتنع عن تنفيذ التزامه لجبره على التنفيذ، فهل يعقل السماح برفع دعوى لتنفيذ عقد فاقد لركن من أركانه مثل السبب

4- أن القواعد العامة تقضي ببطلان العقد عندما يتخلف ركن من أركانه، وعليه إذا ماعرض الأمر أمام القاضي، فيجب عليه الحكم بالبطلان، لكن في حالة الدفع بعدم التنفيذ، نجد أن للقاضي سلطة تقديرية إزاءه، فيمكنه أن يقره أو يرفضه.

5- أن بعض القوانين ومنها القانون البرازيلي لا يعرف فكرة السبب من بين شروط انعقاد العقد، ورغم ذلك يعرف فكرة الدفع بعدم التنفيذ

6- أن الأستاذ بلانيول، رغم معارضته لفكرة السبب كركن من أركان العقد، إلا أنه دافع عن فكرة الدفع بعدم التنفيذ

7- أن الفقه الإسلامي لا يعرف فكرةالسبب القصدي، ورغم ذلك يعرف الدفع بعدم التنفيذ على نطاق واسع

لكن وأمام هذه الانتقادات ورغم الصعاب التي واجهتها نظرية السبب إلا أنها بقيت صامدة واعتمدت من قبل الأغلبيةكأساس للدفع بعدم التنفيذ[2].

[1] فيلالي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 1997، ص 195-196.

[2] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 384-385.

المطلب الثاني: شروط الدفع بعدم التنفيذ

إن أول مرحلة يجتازها الدفع بعدم التنفيذ هي مرحلة التمسك به، أي مرحلة امتناع الدائن عن تنفيذ التزامه إذا ماطلب منه ذلك، فما هي الشروط المقررة أثناء هذه المرحلة والتي من خلالها يمكننا التمسك بعدم التنفيذ وهي منقسمة إلى قسمين

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بنوع العقد

1-**أن يكون العقد ملزما للجانبين** :لكي يكون للمدين الحق في الدفع بعدم التنفيذ فإنه يجب أن يكون مرتبطا مع الدائن بعقد ملزم للجانبين، أي عقد تبادلي يرتب التزامات في ذمة طرفيه على سبيل التبادل فيكون كل منهما في نفس الوقت دائنا ومدينا أي أن نطاق الدفع بعدم التنفيذ يتحدد وفقا لأساسه القانوني بالعقد الملزم للجانبين، أي بالالتزامات المتقابلة (Obligations CorresPodantes) الناشئة عن العقود الملزمة للجانبين[1]

فالشرط يهدف إلى أن تكون هناك التزامات على عاتق المدين الذي لم يخل بالعقد، يستطيع أن يوقف تنفيذها، فإذا كان العقد ملزما لجانب واحد، فإنه ليس هناك في ذمة طالب التنفيذ التزامات يبغي من المدين تنفيذها، ويهدف بالدفع حمل الدائن على ذلك، ولكن لا يشترط للتمسك بهذا الدفع أن تكون هناك دعوى قضائية.

ويقول في هذا الشرط **هنري دي باج:**

"Il faut qu'il s'agisse d'un contrat synallagmatique.
C'est la condition primordiole. L'exeption d'inexecution se fonde sur l'interdependance des obligations reciporqnes.
Elles ne se justifie donc qu'en matiere de contrats synallogmatique (synallagmatiques)
[2]

وعليه، فلا يمكن أن يتمسك المتعاقد بالدفع في العقود التبادلية الناقصة (كعقد الوديعة مثلا) ولا في العلاقات غير التعاقدية (كالعلاقة بين الوصي والقاصر لو نشأت عنها التزامات مرتبطة)

وعن عدم اشتراط الدعوى القضائية يقول **لويس بوييه** أن الدفع بعدم التنفيذ لا يفترض بالضرورة دعوى أمام المحكمة، فكل طرف يمكنه رفض الأداء إذا لم يتقاضى ما يستحقه من الطرف الآخر.

---

[1] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 2001، ص 297.

[2] عبد الحكم فودة، إنهاء القوة الملزمة العقد، دار الكتاب الحديث الإسكندرية، 1993، ص .86 87

2-أن يخل أحد المتعاقدين بالعقد:

يتعين للتمسك بالدفع أن يكون أحد المتعاقدين قد امتنع عن تنفيذ التزامه، رغم قدرته على التنفيذ بمعنى أنه إذا وافق الطرف الآخر على التنفيذ فليست هناك مشكلة،وليس هناك مايبرر وقف المدين لتنفيذ التزامه فقد تحقق مايهدف إليه.

ولا يشترط أن يقع الإخلال الفعلي من المتعاقد، بل يكفي أن يقوم خطر حقيقي يهدد حقوق المدين قبل الدائن، بحيث بات الإخلال أمرا وشيك الوقوع، وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى القول أن مجرد وجود رهن يثقل العقار المبيع يكفي أن يكون مبررا الامتناع المشتري عن دفع الثمن، كما قضى بأنه إذا طلب البائع نقض البيع بسبب الغبن كان للمشتري أن يمتنع عن دفع الثمن[1]

3-استحقاق الأداء:

أي أن يكون الالتزام الذي لم يتم تنفيذه هو التزام واجب الوفاء حالا ، فإن كان أحد الالتزامين غير مستحق الأداء، أوقد أصبح التزاما طبيعيا، كما لو سقط بالتقادم، فإن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز التمسك به كما أنه لا يجوز الدفع بعدم التنفيذ إذا تعلق الأمر بالتزام مضاف إلى أجل واقف وإذا تمسك كل من المتعاقدين بعدم التنفيذ فإنه يمكن الاستعانة بإجراءات العرض الحقيقي أو يأمر القاضي بالإيداع لدى شخص ثالث يتولى مهام التسليم وبذلك يتم تنفيذه من الطرفين في وقت واحد[2].

والحكمة من هذا الشرط الجوهري هي تخلف الفكرة التي يقوم عليها الدفع بعدم التنفيذ وهي أنه لا يحق للشخص أن يطالب بماله طالما أنه مخل بأداءماعليه فالدائن الذي يطالب مدينه بالتنفيذ يجب أن يكون موعد التنفيذ قد حل فعلا أما إذا كان مؤجلا فإنه لا يجوز أن يطالب به، ومن ثم فلا مجال أصلا للتمسك بالدفع لأن موعد التنفيذلم يحل بعد، ويكفي أن يتمسك المدين بعدم الأحقية في المطالبة بالتنفيذ فالبائع الذي يبيع سلعته بثمن مؤجل لا يجوز له أن يدفع بعدم التنفيذ ويرفض تسليم المبيع بحجة أن الثمن لم يسدد، ذلك أن الالتزام الذي تنشغل به ذمة المشتري لم يحل بعد، فيكون دفعه في غير محله.

كذلك الحال بالنسبة للمشتري الذي يشتري سلعة تقتضي طبيعتها عدم التسليم إلا بعد فترة كبيع الثمار قبل نضجها، فالتزام البائع غير حال الأداء، فلا يجوز له أن يدفع بعدم تسليم الثمن الذي حل دفعه لعدم تنفيذ الالتزام المقابل[3].

---

[1]عبد الحكم فودة، المرجع سابق، ص 88-83.

[2]بلحاج العربي، مرجع سابق، ص297.

[3]عبد الحكم فودة، المرجع نفسه، ص 88-83.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بتنفيذ العقد

1-ألا تقتضي طبيعة العقد أن يكون المدين هو البادئ بالتنفيذ :

لا يجوز للمدين بالالتزام أن يدفع في مواجهة الدائن المطالب بعدم التنفيذ، إذا كانت طبيعة العقد تقتضي أن يكون المدين هو الذي يبدأ بتنفيذ التزامه، فإذا كان المدين هو الملزم بالتنفيذ أولا ليعقبه الدائن، فكيف له أن يدفع بعدم التنفيذ ليحمل دائنه على التنفيذ أولا، إذا كان ذلك مما يخالف طبيعة العقد،وهذه الطبيعة قد تستفاد من شرط تعاقدي صريح، يلقي على عاتق المدين البدء في التنفيذ وقد تستفاد من عرف جار على ذلك أومن عادة اتفاقية في هذا الصدد.

والملاحظ في العقود الزمنية أنه يجب على المدين فيها أن ينفذ التزامه أولا، مالم يكن هناك اتفاق صريح يخالف ذلك، ففي عقد العمل على العامل أن يبدأ بتنفيذ التزامه بمباشرة العمل حتى يحصل على أجره بنهاية الفترة الزمنية المتفق عليها، وبالتالي لا يجوز للعامل أن يدفع مطالبة رب العمل له بمباشرة العمل، بعدم التنفيذ حتى ينقده أجره، إذ أ ذلك مخالف لما جرى عليه العرف

2-أن يكون الالتزام مدنيا غير طبيعي: لا يجير المدين على تنفيذ التزام طبيعي، ولكن إذا أداه فلا يجوز له استرداده وإن كان ما تقدم فإنه لا يجوز التمسك بعدم تنفيذ التزام غيرمدني، فالالتزام الطبيعي لا إجبار في تنفيذه، فلو سقط ثمن المبيع بالتقادم، فأصبحت ذمة المشتري مشغولة بالتزام طبيعي في مواجهة التزام مدني على البائع بنقل الملكية والتسليم فإذا رجع المشتري على البائع، فلا يجوز للأخير أن يدفع بالمطالبة بعدم التنفيذ، إذ أن المشتري غير مجبر على التنفيذ، فبالإضافة إلى انه التزام طبيعي فهو أيضا ليس حال الأداء (Exigible).

3-ألا يكون الجزء غير المنفذ من الالتزام قليل الأهمية: إذا كان الجزء الباقي من الالتزام دون تنفيذ قليل الأهمية، بالنسبة للالتزام برمته، فإنه لا يجوز للمدين أن يدفع بعدم تنفيذ التزامه تحت هذه الحجة فعدم التنفيذ يجب أن يكون على درجة من الأهمية تبرر امتناع المدين عن تنفيذ التزامه، وإلا كان تعسفا في استعمال الدفع بدون وجه حق.

واستنادا إلى ذلك فقد اتجه القضاء الفرنسي إلى اعتبار المتعاقد متعسفا في استعمال حقه في الدفع بعدم التنفيذ إذا كان الجزء الذي لم ينفذ من التزام خصمه قليل الأهمية، فقد قضت دائرة العرائض الفرنسية بعدم أحقية المستأجر في الامتناع عن دفع القيمة الإيجارية لعدم تنفيذ المؤجر لالتزامه بالضمان[1].

[1] عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 89-90-91-92-93-94.

4-ألا يكون المدين هو المتسبب في عدم تنفيذ الدائن لالتزامه:

لكي يكون الدفع بعدم التنفيذ مقبولا يجب أن يكون رفض الدائن للتنفيذ راجعا إلى المدين ذاته إذلا يجب أن يستفيد المدين من فعله غير المشروع، كذلك الحال لا يجب أن يعتبر المدين هو المتسبب في عدم تنفيذ الدائن لالتزامه إذا كان الأمر يتطلب تعاونا من الدائن مع المدين، فتخلفه عن ذلك يعني إخلال الدائن بتنفيذ التزامه الأمر المبرر لدفع المدين بعدم التنفيذ

فلو أننا بصدد عقد عمل وطالب رب العمل العامل بتنفيذ التزامه بالعمل، فليس للعامل أن يدفع في مواجهة رب العمل بعدم التنفيذ لعدم إعطائه أجره، إذا كان الثابت أن العامل هو الذي تسبب في عدم تنفيذ رب العمل لالتزامه، بأن الحق المشروع خسارة مالية فادحة عرّضت رب العمل للإفلاس وعدم المقدرة على سداد أجور العاملين[1].

[1]عبد الحكم فودة، المرجع نفسه، ص 95.

المبحث الثاني: أهمية الدفع بعدم التنفيذ وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له

إن أهم أثر للدفع بعدم التنفيذ هو وقف تنفيذ الالتزامات العقدية، وهذا ما يميزه بوضوح عن فكرة الفسخ، ذلك أن هذا الأخير يترتب عليه إنهاء الرابطة العقدية، وانطلاقا من هذا التصور تبرز استقلالية الدفع بعدم التنفيذ عن الأنظمة القانونية المشابهة له، وتظهر أهميته في كونه وسيلة بسيطة لا تحتاج إلى إجراءات قضائية معقدة، كما انه وسيلة فعالة تعمل على الضغط على إرادة المدين المخل بتنفيذ التزامه من أجل حمله على التنفيذ

وهو في نفس الوقت ضمان لبقاء العقد موجودا مع إمكانية تنفيذه مستقبلا بدلا من انحلاله كما في الفسخ فهل أهمية الدفع بعدم التنفيذ كافية لتشجيع المتقاضيين على ممارسة الدفع بعدم التنفيذ كما هو منظم حاليا في القانون المدني الجزائري، وما هي الفروق الجوهرية بينه وبين الأنظمة المشابهة له في ظل القانون الجزائري؟

وسنعرض كل هذا من خلال مطلبين:

المطلب الأول: أهمية الدفع بعدم التنفيذ

المطلب الثاني: تميز الدفع بعدم التنفيذ عن الأنظمة المشابهة له.

المطلب الأول: أهمية الدفع بعدم التنفيذ

إن الدفع بعدم التنفيذ كأصل عام، وسيلة دفاعية لا يلجأ إليها المتعاقد المتمسك به إلا إذا رفعت ضده دعوى لفسخ العقد أودعوى لمطالبته بتنفيذ العقد، وانطلاقا من هذا الموقع الدفاعي، فإنه لا يحتاج إلى رفع دعوى قضائية، كما لا يحتاج حسب الفقه والقضاء حتى إلى اعذرا، وسنحاول عرض أهمية الدفع بعدم التنفيذ من خلال فروع على النحو التالي:

الفرع الأول: الدفع بعدم التنفيذ وسيلة سريعة وبسيطة

الدفع بعدم التنفيذ اتصف بالسرعة والبساطة وقلة التكاليف المالية، فهل هذا الأمر يخدم الدفع بعدم التنفيذ أم أنه يحتاج إلى نظرة جديدة؟

أولا: الدفع بعدم التنفيذ لا يحتاج لرفع دعوى قضائية

إن عدم اشتراط رفع دعوى قضائية من أجل التمسك بالدفع بعدم التنفيذ يرجع إلى ثلاثة أسباب رئيسية:

1. لأنه شكل من أشكال العدالة الخاصة، وهذه الأخيرة لا تحتاج الرجوع إلى القضاء

2. لأنه وسيلة دفاعية، لا يلتجأ إليها المتمسك إلا إذا رفعت ضده دعوى الفسخ أو دعوى التنفيذ
3. إن تطبيقات الدفع بعدم التنفيذ، خاصة في عقد البيع لا تشير إطلاقاإلى رفع دعوى قضائية ونتيجة لهذا أصبح الدفع بعدم التنفيذ:

أ- **وسيلة سريعة:** بحيث أن التمسك به يكون ربحا للوقت على عكس إجراءات رفع دعوى قضائية ابتداء من رفعها إلى غاية صدور الحكم

ب -وسيلة بسيطة: هو وسيلة بسيطة مقارنة بدعوىالفسخ وذلك من خلال نقطتين

-أن دعوى الفسخ تتطلب وقتا ومالا وإجراءات كرفع الدعوى وتوجيه الاعذار كما أنها معقدة نسبيا -قدلا تتوافر بعض شروط فسخ العقد، فلا يمكن التمسك به، ومن هنا يمكن اللجوءإلى الدفع بعدم التنفيذ كما انه وسيلة بسيطة بالمقارنة مع دعوى التنفيذ الجبري

ج -وسيلة غيرمكلفة ماليا: رغم أنه من أهم مبادئ النظام القضائي الجزائري مجانية التقاضي، إلاأن هذا الأمر ليس مطلقا بل هو نسبي ، بينما طريق الدفع بعدم التنفيذ لا يعرف كل هذه المصاريف مادام أن المتعاقد ليس في حاجة لرفع دعوى قضائية للتمسك به.

ثانيا: الدفع بعدم التنفيذ لا يحتاج إلى اعذار:إن الفقه متفق على أن الدفع بعدم التنفيذ، إذا كان لا يحتاج إلى رفع دعوى قضائية، فإنه أيضا لا يشترط للتمسك به توجيه إعذار من الدائن إلى المدين غير أن هذا المبدأ محل نظر وقابل للنقد[1].

أ- المبدأ: الدفع بعدم التنفيذ لا يحتاج إلى إعذار.

عارض بعض الفقهاء هذا المبدأ في بادئ الأمر، واشترطوا الاعذار كإجراء من اجل التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وابرز هؤلاء الفقهاء الأستاذ **سافتيه**، وسار القضاء الفرنسي في بعض أحكامه على هذا المنوال خاصة في عقد الإيجار، فلا يمكن للمستأجر التمسك بالدفع بعدم التنفيذ لأن المؤجر أخل بالتزامه بإجراء إصلاحات على العين المؤجرة إلا بعد توجيه اعذار له بذلك.

لكن فيما بعد وفي قرار شهير لمحكمة النقص الفرنسية- الغرفة التجارية- بتاريخ 1970/01/27 قضت صراحة بأن المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ لا يحتاج إلى اعذار مسبق، وتعددت أحكام النقص الفرنسية في هذا الاتجاه، وأهم الحجج التي استند عليها الفقه والقضاء في تبرير هذا الاتجاه هي:

[1] بلعيور عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 173-174.

1. إن الاعذار باعتباره من الاجراءات الشكلية لا يتفق مع مميزات الدفع بعدم التنفيذ، باعتباره وسيلة قانونية مميزة بطابع العدالة الخاصة من جهة، وبطابع السرعة والبساطة من جهة أخرى.
2. إن الدفع بعدم التنفيذ وسيلة دفاعية لا يتمسك بها الدائن إلا إذا طولب بالتنفيذ فالاعذار غير متصور في هذه الحالة
3. إن الأثر المترتب على الدفع، مجرد اثر مؤقت يتمثل في تجميد الالتزامات العقدية فقط، وليس انحلال للرابطة العقدية كما في الفسخ ونتيجة عدم خطورة هذا الأثر لا يحتاج إلى إعذار
4. إن الاعذار شرط لرفع الدعاوى وليس شرطا لإبداء الدفوع.
5. إن نص المادة 123 من القانون المدني الجزائري والنصوص التطبيقية له مثلا المادتين 388 و390 قانون مدني لا تشير إلى الاعذارإطلاقا.

ب/ النقـد:

1. إن أهم المخاطر التي نسبها الفقه للدفع بعدم التنفيذ كانت حول كونه شكلا من أشكال العدالة الخاصة لهذا يبدوا أن اشتراط الاعذار بالعكس، يتماشى مع فكرة التقليل من مخاطر الدفع بعدم التنفيذ
2. اعتبار الدفع بعدم التنفيذ وسيلة دفاعية أمر صحيح، لكن محاولة اشتراط الاعذار للتمسك به، قد تساهم في نقله من موقع الدفاع إلى موقع الهجوم، خاصة إذا جعلنا مدة وقف التنفيذ محددة بزمن معين
3. كون الأثر على الدفع بعدم التنفيذ اثر مؤقت، أي تجميد لتنفيذ للالتزامات العقدية، فلا يحتاج للإعذار نتيجة غير معقولة، ذلك أن الأثر المؤقت لا يقل خطورة على الأثر النهائي كما في الفسخ
4. لا يوجد مانع قانوني من اشتراط الاعذار في الدفوع، كما هوالحال في رفع الدعوى، فإذا كانت المنازعة حول مشروعية التمسك بالدفع بعدم التنفيذ قد تصل إلى القضاء، فمن المستحسن للدائن توجيه إعذار للمدين قبل وصول الأمر للقاضي وبالتالي الحكم لصالحه[1]

[1] بلعيور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 175-176.

الفرع الثاني: الدفع بعدم التنفيذ وسيلة ضغط على إرادة المدين المخل بتنفيذ التزامه

في حالة ما إذا أخل المدين بتنفيذ التزامه، فإن المادة 123 من القانون المدني الجزائري تخول الدائن الامتناع هو الآخر عن تنفيذ التزامه، فهل هذا يعني إظهار الدائن لنيته في التحلل النهائي من التزاماته، أم يهدف فقط إلى الضغط على إرادة المدين من أجل حمله على التنفيذ، مع نيةإبقائه على العقد قائما.

فأهم ما يترتب على الدفع بعدم تنفيذ العقد، أي تجميد تنفيذ الالتزامات العقدية لأجل لاحق ومن ثم تبقى إمكانية تنفيذه مستقبلا، فسلوك المتعاقد طريق الدفع بعدم التنفيذ هدفه تنفيذ العقد لا حله، وذلك عن طريق الامتناع عن تنفيذ التزامه من أجل الضغط على المتعاقد الآخر وحمله على التنفيذ، وهكذا يجد المتعاقد المخل بتنفيذ التزامه نفسه في وضعية المضغوط عليه،ذلك أن المتعاقد المدين بامتناعه عن تنفيذ التزامه، قد يجد نفسه ملزما بدفع تعويض للدائن، ذلك أن هذا الأخير بإمكانه طلب فسخ العقد وطلب تعويض هذا الفسخ إذا ألحق به أضرار.

وقد تساءل الفقه عن المدة الزمنية التي يمكن أن يستغرقها وقف تنفيذ العقد، وكان الجواب أن هذه المدة مبدئيا غير محددة بآجال معينة، فالمتمسك بالدفع لا ينفذ التزامه إلى غاية أن ينفذ الطرف الآخر ماعليه من التزامات، ففي عقد البيع، بإمكان البائع الامتناع عن تسليم المبيع إلى غاية قبضه الثمن من المشتري.

وأهم تطبيق لفكرة الضغط نجده في قانون التأمينات، حيث أن المؤمن له يلتزم بدفع القسط للمؤمن وحسب المادة 16 من قانون التأمينات الجزائري الجديد لسنة 1995م، يلتزم المؤمن له بدفع القسط خلال 15 يوما على الأكثر من تاريخ استحقاقه، وفي حالة عدم دفعه لهذا القسط يوجه له المؤمن إعذارا بدفعه خلال 30يوما التالية لانقضاء أجل 15 يوما المذكورة سابقا وبانقضاء مدة 30يوما يوقف الضمان تلقائيا، وإذا استمر الوضع هكذا، فإن للمؤمن طلب فسخ العقد بعد مرور 10 أيام على وقف الضمان، وهكذا يجد المؤمن له نفسه أمام خيارين، إما دفع القسط والتالي تفادي فسخ العقد، وإما إصراره على تعنته وما في ذلك من أضرار له، وهنا تتدخل فكرة الضغط من أجل حمله على تنفيذ التزامه بدفع القسط[1].

[1] عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، ص 609.

الفرع الثالث: الدفع بعدم التنفيذ وسيلة ضمان

إن من مستلزمات التمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يخل أحد الطرفين بالتزاماته، وهذا ما يمكن الطرف الثاني من الامتناع هو أيضا عن تنفيذ التزامه لأن مصالحه مهددة، ومن هذه الزاوية يتضح لنا أن الدفع بعدم التنفيذ بالنسبة لمن تمسك به، يلعب دور الضمان فهو من جهة ضمان لبقاء العقد موجودا مع إمكانية تنفيذه مستقبلا، ومن جهة أخرى ضمان لمصالحه المهددة من جراء إخلال المدين بالتزامه، وتنقسم فكرة أن عدم التنفيذوسيلةضمان إلى قسمين:

أولا: الدفع بعدم التنفيذ ضمان لبقاء العقد موجودا مع إمكانية تنفيذه مستقبلا

إن عدم تنفيذ المدين لالتزامه قد يكون راجعا لقوة قاهرة، كما قد يكون راجعا لخطأ المدين، فإذا كان راجعا لقوة قاهرة، فإننا نقصد القوة القاهرة المؤقتة، التي تمنع المدين في تنفيذ التزامه مؤقتا، وبزوالها يعود بإمكانه تنفيذ التزامه، وعليه فإن الدفع بعدم التنفيذ في هذه الحالة يسمح ببقاء العقد موجودا وتنفيذه بعد زوال هذه القوة القاهرة.

أما إذا كان راجعا لخطأ المدين وإهماله، فإنه يمكن للدائن اللجوء إلى القضاء ومطالبة المدين بالتنفيذ (دعوى التنفيذ) أو المطالبة بالفسخ، لكن يلاحظ أن دعوى التنفيذ معقدة الاجراءات ودعوى الفسخ تؤدي إلى انحلال العقد، لهذا فإن الدفع بعدم التنفيذ يتوسط هذين الحلين، فهو يتفوق على دعوى التنفيذ لأنه يدفع المدين إلى تنفيذ التزامه بطريقة غير مباشرة دون حاجة إلى إجراءات معقدة، وهو يتفوق على دعوى الفسخ لأنه يدفع المدين إلى تنفيذ التزامه بطريقة غير مباشرة دون حاجة إلى إجراءات معقدة، وهو يتفوق على دعوى الفسخ لأنه يحافظ على وجود العقد خاصة إذا كان المدين مهملا لالتزاماته فقط، لا منكرا لها،أو أن عدم التنفيذ يقتصر على جزء من الالتزامات فقط وفي هاتين الحالتين من المستحسن المحافظة على بقاء العقد[1].

ثانيا: الدفع بعدم التنفيذ ضمان لمصالح الدائن: السؤال الذي يطرح أمامنا في هذه النقطة هو:

ما هي ابرز الحالات التي يضمن فيها الدائن مصالحه اتجاه المدين؟

الدفع بعدم التنفيذ ضمان لمصالح الدائن في مواجهة المدين:

إن أهم مثال يبرز لنا دور الدفع بعدم التنفيذ في حماية مصالح الدائن في مواجهة المدين، هو ماورد في المادة 2/390 من القانون المدني الجزائري المتعلقة بعقد البيع، وهي خاصة بحالة امتناع البائع

[1] عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 607.

عن تسليم المبيع للمشتري، وهذه المادة تقضي بسقوط الأجل إذا كان ثمن البيع مؤجلا، ومن ثم يجب على المشتري دفع[1]الثمن فورا، وهذا يعني أن هناك ظروف طرأت على وضعية المدين تهدد مصالح الدائن، مما يتوجه معه إسقاط الأجل ووجوب دفع الثمن، والمادة 2/390 من القانون المدني تحيلنا إلى المادة 212 من القانون وهذه الأخيرة تحدد لنا الحالات التي تسقط فيها الآجال، وكل هذه الحالات تعتبر تهديدا حقيقيا للدائن:

أ- **حالة شهر الإفلاس وفقا لنصوص القانون:**الإفلاس نظام خاص بالتجار، ويتم شهر الإفلاس بحكم قضائي وهو خطر حقيقي يهدد مصالح الدائن أي البائع في هذه الحالة، لأنه من جهة يعني عجز المشتري عن الوفاء بديونه نتيجة تدهور حالته المالية، ولأنه من جهة أخرى نظام يترتب عليه التنفيذ على أموال المدين بصورة جماعية من قبل الدائنين يمثلهم السنديك ويقتسمون أموال المدين قسمة الغرماء.

ب-**حالة إنقاص المدين بفعله إلى حد كبير مما أعطى للدائن من تأمين خاص:** إن المقصود بالتأمين الخاص هنا، هوالتأمينات الخاصة مثل الرهن، الامتياز، سواء كان مصدره العقد أو القانون، ويشترط أن يكون إضعاف التأمين إضعافا كبيرا، بحيث لا يكفي لضمان الدين (ثمن المبيع)، وعليه نلاحظ أن الخطر الذي يهدد البائع هوعدم كفاية التأمين الخاص لضمان المبيع وهذا سبب كاف لسقوط الأجل ومن ثم المطالبة بدفع الثمن حالا ، وإلا فإن الامتناع عن تسليم المبيع هو خير ضمان لمصالح البائع، على أنه يجب أن نشير إلى أن البائع بإمكانه المطالبة بتكملة الثمن إذا كان سبب إضعاف التأمين يرجع إلى خطأ المدين، أما إذا كان راجعا لسبب ليس للمدين يد فيه، فإنه يمكن لهذاالأخير لتفادي سقوط الأجل أن يقدم ضمانا كافيا.

ت-**حالة إخلال المدين بوعده في العقد بتقديم تأمينات للدائن:** يوجد هنا أيضاخطر يهدد مصالح البائع وهوأكثر خطورة من الحالة السابقة (الثانية) ذلك أنه في حالة هذه الأخيرة أنقص المشتري التأمين الخاص بفعله إذن يوجد ضمان لكنه غير كاف لضمان ثمن المبيع، بينما في الحالة المدروسة الآن، لا يوجد ضمان أصلا لأن المشتري أخل بوعده في تقديم تأمين وعد به في العقد، وعليه حرصا على حماية مصالح البائع سمح المشرع للبائع الامتناع عن تسليم المبيع إلى غاية قبض الثمن.

[1] القانون المدني الجزائري، المادة 2/390.

المطلب الثاني: تمييز الدفع بعدم التنفيذ عن بعض الأنظمة المشابهة له

لقد نظم المشرع الجزائري في القانون المدني، عدة أنظمة قانونية شبيهة للدفع بعدم التنفيذ منها مايهدف إلى ضمان حقوق الدائنين كالحق في الحبس(المادة 200ق م) و منها ما يهدف إلى حل الرابطة كالفسخ (المادة 119 ق م)، ورغم هذا التنوع من حيث الأهداف،إلا أنها كثيرا ما تختلط بالدفع بعدم التنفيذ، ذلك أن الحق في الحبس هو شكل من أشكال العدالة الخاصة تماما مثل الدفع بعدم التنفيذ وهذا ما سيتم عرضه في الفرع الأول من هذا المطلب.

كما أن شروط الفسخ تقترب كثيرا من شروط الدفع بعدم التنفيذ إلا أنهما يختلفان في أهم نقطة ، الأمر الذي سنتناوله في الفرع الثاني لهذا المطلب.

الفرع الأول: تمييز الدفع بعدم التنفيذ عن الحق في الحبس

نظم المشرع الجزائري الحق في الحبس في القسم الثاني من الفصل الثالث ضمان حقوق الدائنين، وخصه بثلاث مواد، المادة 200 المتعلقة بشروطه، والمادة 201 المتعلقة بآثاره، المادة 202 المتعلقة بانقضائه، ويعتبر الحق في الحبس من ابرز الأنظمة القانونية التي تختلط بالدفع بعدم التنفيذ إلى حد بعيد، وهذا لسببين رئيسيين:

1. كلاهما ضمان في يد المتمسك به، ففي كلا النظامين يمتنع الحابس والمتمسك بالدفع عن تنفيذ التزامه
2. في بعض الحالات يمتنع الدائن عن تنفيذ التزامه بتسليم شيء مادي، كحالة امتناع البائع عن تسليم المبيع حتى يقبض الثمن، فهل يعتبر حابسا أم متمسكا بالدفع بعدم التنفيذ؟ لكن قبل الخوض في هذه المسألة، لابد من الإشارة إلى نقطة مهمة وهي اختلاف تنظيم الحق في الحبس في القانون المدني الجزائري..عنه في القانون المدني الفرنسي، فالقانون المدني الجزائري نظمه في شكل نظرية عامة تتمثل شروطه في التقابل بين الدينين و الارتباط بين هذين الدينين سواء كان ارتباطا قانونيا وهو الناشئ عن العلاقة التبادلية مابين الدينين، لا يهم أن تكون عقدية مثلا عقد ملزم للجانبين، أو غير عقدية كالفضالة أو كان ارتباطا مادياوهو الناشئ عن وقائع مادية[1].

أما المشرع الفرنسي فلم ينظمه بنص خاص وإنما أشار إلى بعض تطبيقاته هنا وهناك (ونفس الشيء بالنسبة للدفع بعدم التنفيذ)، ومن خلال هذين التنظيمين نلاحظ: وضوح الحدود بين الحق في الحبس

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 269.

والدفع بعدم في القانون المدني الجزائري، فالدفع محصور النطاق في العقود الملزمة للجانبين، بينما الحق في الحبس يشمل العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة للجانب الواحد والعلاقات التبادلية القانونية، وطبقا لهذا التصور يعتبر الدفع بعدم التنفيذ تطبيقا للحق في الحبس، وفي نفس الوقت نلاحظ غموض الحدود بين الدفع والحق في الحبس في القانون المدني الفرنسي ولهذا السبب تعددت النظريات الفقهية هناك للتمييز بينهما،نشير إلى أهمها:فمنهم من حصر نطاق الدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين، ومنهم من جعله يشمل العقود الملزمة للجانبين التامة والناقصة، ومنهم من جعل نطاقه قائما على فكرة الارتباط القانوني، فيشمل العلاقات التبادلية العقدية وغير العقدية[1].

وموقف المشرع واضح في هذه المسألة، فالدفع بمقتضى المادة 123 ق م محصور النطاق في العقود الملزمة للجانبين، لكن هل هذا المعيار يكفي لوحده للتمييز بين الدفع والحق في الحبس؟ ففي المثال السابق هل يعتبر البائع الممتنع عن تسليم المبيع حابسا أم متمسكا بالدفع؟ يظهر أن الفقه العربي، يعتبر هذه الحالة تطبيقا للحق في الحبس، لان البائع حابس لشيء مادي، وأيضا تطبيقا للدفع بعدم التنفيذ، باعتبار عقد البيع ملزما للجانبين، فهذا العميد السنهوري يقول: "...مثل ذلك البائع لا يسلم العين المبيعة حتى يستوفي الثمن: هنا يختلط الدفع بعدم التنفيذ بالحق في الحبس.."، فهل حقيقة يختلط الدفع بالحق في الحبس؟ الا يوجد معيار للفصل بينهما نهائيا في القانون المدني الجزائري؟.

1- المعايير الأساسية للتمييز بين الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس في القانون المدني الجزائري:

تنص المادة 123 من القانون المدني "في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به" بالتمعن في هذه المادة يظهر أن هناك معياران لتمييز الدفع بعدم التنفيذ عن الحق في الحبس وليس معيارا واحدا، فالمعيار الأول تشير له عبارة "في العقود الملزمة للجانبين" والمعيار الثاني تشير إليه العبارة " ..أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به"، فالمعيار الأول هو معيار نطاق الدفع بعدم التنفيذ، والمعيار الثاني هو معيار الغرض من وراء التمسك بالدفع بعدم التنفيذ[2].

أ- **معيار نطاق الدفع بعدم التنفيذ:** إن المادة 123 من القانون المدني صريحة في تحديد نطاق الدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين، وهو نفس اتجاه المشرع الألماني في مادته 23 من

[1] عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص610.

[2] السنهوري، المرجع السابق، ص 737.

القانون المدني الألماني، وانطلاقا من هذا نقول أنه يخرج من نطاق الدفع بعدم التنفيذ وبالتالي يندرج تحت إطار الحق في الحبس في الأحوال التالية:

- **العقود الملزمة لجانب واحد:** مثال ذلك عقد الوديعة بدون اجر، فالمودع لا يترتب عادة في ذمته بالوديعة أي التزام، وتكون الالتزامات كلها في جانب المودع لديه، فيلتزم بتسليم الشيء المودع (591 ق م) وبحفظه (592 ق م) وبرده (1/594 ق م)، فإذا أنفق المودع لديه مصروفات ضرورية أو نافعة من أجل حفظ الشيء المودع، أو أن هذا الشيء المودع سبب له خسارة، هنا حسب المادة (597 ق م) فإنه على المودع أن يعوض المودع لديه عن المصروفات التي أنفقها وعما لحقه من خسارة، فإذ رفض المودع دفع هذه المصروفات جاز للمودع لديه حبس الشيء المودع حتى يتقاضى هذه المصروفات.
- **شبه العقود:** ومثال ذلك الفضالة(المادة 150 ق م)، فحسب المادة 155 ق م يلتزم الفضولي برد ما يستولي عليه بسبب الفضالة، ويلتزم أيضا بتقديم حساب عما قام به، وفي المقابل حسب المادة 157 ق م، يلتزم رب العمل بتعويض الفضولي عن كل التعهدات التي عقدها لحسابه والنفقات التي سوغتها الظروف،والتعويض عن الضرر الذي لحق بسبب أعمال الفضالة، وعليه إذا رفض رب العمل دفع هذه المصروفات، جاز للفضولي حبس ما استولى عليه حتى يتقاضى هذه المصروفات.
- **العلاقة التبادلية الناتجة عن إبطال أو فسخ العقد:** تنص المادة 103 ق م "يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله.."، وتنص المادة 122 ق م "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد .."، وعليه فإنه في كلتا الحالتين (الإبطال أو الفسخ) يعاد الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، ومن ثم وجب على كل واحد منهما أن يرد للآخر ما أخذه فإذا رفض أحد الطرفين رد ما أخذه، جاز للطرف الآخر أن يحبس ما أخذه.
- **العلاقة التبادلية الناشئة بقوة القانون:** إن العلاقة التبادلية لا تجد مصدرها في العقد فقط، بل تجد مصدرها في القانون أيضا، نذكر من ذلك قانون الأسرة حيث تنشأ التزامات مابين الزوجين، أو العلاقات مابين الولي والمحجور عليه، فمثلا على الولي رد مال المحجور الذي تحت يده

على أن يتقاضى المصروفات التي أنفقها عليه، فإذا امتنع المحجور عن رد هذه المصروفات، كان للولي حبس المال الذي تحت يده[1]،

فالمشرع الجزائري استعمل مصطلح"..جاز للبائع أن يمسك المبيع إلى أن يقبض الثمن..." والمشرع المصري في مادته 495 ق م ما ستعمل مصطلح ".. للبائع أن يحبس المبيع، وهذا المصطلح "مسك" أو "حبس" هو الذي كان وراء الخلط بين الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس، فمن المفروض صياغة المادة 390 /2 ق م على النحو التالي: "جاز للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع إلى أن يقبض الثمن"، والغريب في الأمر أن هذا المصطلح استعمله المشرع الجزائري عند نصه على الحق في الحبس في المادة 2/200 ق م "..فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء.." والتعبير الدقيق هو "..فإن له أن يحبس هذا الشيء .." ونفس الأمر يقال عن المادة 2/389 ق م، فالمشرع استعمل مصطلح "يمسك" ...جاز له إن لم يمنعه شرط في العقد أن يمسك الثمن.."

وكان من المفروض أن تكون الصياغة "..جاز له إن لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن...".

والغرض من اقتراح هذه الصياغة هو محاولة التوفيق بين المبدأ العام للدفع بعدم التنفيذ و تطبيقاته، ذلك أن المادة 123 ق م صريحة في استعمال مصطلح "...أن يمتنع ..." لهذا كان لابد من أن تكون تطبيقات هذه المادة تستعمل نفس المصطلح.

كل هذه الحالات تخرج من نطاق الدفع بعدم التنفيذ وتعتبر من تطبيقات الحق في الحبس، وهذا الأمر لم يستقر عليه الرأي في الفقه الفرنسي لأن القانون المدني الفرنسي لم يحدد نطاق الدفع في العقود الملزمة للجانبين، لهذا رأى بعض الفقهاء أن الدفع قد يشمل العديد من الحالات السابقة خاصة حالة العلاقات التبادلية الناشئة عن إبطال أو فسخ العقد.

وإذا كان المعيار الذي جاء به المشرع الجزائري، قد فصل في كثير من المجالات إلا أنه قد يثور تساؤل حول بعض الحالات كحالة البائع الذي يرفض تسليم المبيع، لأن المشتري لم يدفع الثمن، فتطبيقا لمعيار نطاق الدفع، يعتبر البائع متمسكا بحق الدفع، لأن عقد البيع ملزم للجانبين، لكن يمكن القول أيضا أنه حابس للمبيع لأنه حابس لشيء مادي، إذا لا بد من معيار إضافي للفصل نهائيا في هذه المسألة.

ب-**معيار الغرض من التمسك بالدفع بعدم التنفيذ:** إن الغرض الذي يهدف إليه المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أشارت إليه المادة123 ق م بقولها: "..أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر

[1] عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، ص 237.

بتنفيذ ما التزم به". وعليه فإن المثل المراد تحقيقه من قبل المتمسك بالدفع هو الضغط على إرادة المدين المتقاعس لحمله على التنفيذ، أما الغرض الذي يهدف الحابس إلى تحقيقه فقد أشارت إليه المادة 2/200 ق م بقولها: "..فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ماهو مستحق له.."، إذن الهدف المراد تحقيقه من قبل الحابس هو تأمين وضمان حقه في ذمة المالك، ومن ثم فإنه في المثال السابق يظهر بوضوح أن هدف البائع من وراء رفضه تسليم المبيع للمشتري هو حمله لهذا الأخير على تنفيذ التزامه المتمثل في دفع الثمن، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ[1]، ومن هنا يبدوا أن صياغة المادة 1/390 ق م وأيضا صياغة نفس المادة في القانون المصري، كانت غير موفقة ومما ينبغي الإشارة إليه أن البائع في حالة المادة 1/390 ق م عندما يمتنع عن تسليم المبيع للمشتري، تقع عليه عدة واجبات أهمها المحافظة على الشيء المبيع، وإذا كان يخشى عليه التلف أو الهلاك، أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه...وهذه الواجبات منصوص عليها في المادة 201 ق م وهي خاصة بالحق في الحبس إذن كيف يمكن التوفيق بين القول أن المادة 1/390 ق م تطبيق للدفع بعدم التنفيذ، وفي نفس الوقت نرجع لأحكام الحق في الحبس الواردة في المادة 201 ق م؟ لدفع هذا الاشكال نقول أن المادة 1/390 ق م حقيقة تطبيق للدفع بعدم التنفيذ لكنها لم تحدد الواجبات التي تقع على عاتق البائع، ونفس الشيء بالنسبة للمادة 123 ق م لهذا كان لابد من الرجوع إلى القواعد العامة، والمادة 201 ق م تعتبر من القواعد العامة، ذلك أنه قد سبق وأن ذكرنا أن المشرع الجزائري يعتبر الدفع تطبيقا للحق في الحبس، ومن ثم لا يوجد أي إشكال بين الفكرتين.

لكن بقي تساؤل مهم هو: أي المعيارين السابقي الذكر (معيار النطاق، ومعيار الغرض) يعتبر أساسيا؟ أم أن كلاهما أساسي لا غنى عنه في تحديد الدفع بعدم التنفيذ؟ فإذا كان تعارض المعياران فبأيهما نأخذ؟ مثلا في حالة إبطال العقد وفسخه، للبائع مثلا أن يمتنع عن رد الثمن حتى ينفذ المشتري التزامه برد المبيع،وللمشتري الحق أيضا في الامتناع عن رد المبيع حتى يسترجع الثمن الذي دفعه، ففي هذه الحالة الأخيرة، عندما يرفض المشتري إرجاع المبيع، هل يعتبر حابسا أم متمسكا بالدفع؟

طبقا لمعيار النطاق يعتبر حابسا للمبيع، لأنه بعد فسخ أو إبطال العقد لا وجود لهذا الأخير، وبالتالي فلسنا أمام عقد ملزم للجانبين، لكن عند استعمال الغرض، يمكن القول أننا بصدد الدفع بعدم التنفيذ لأن المشتري، يهدف من وراء امتناعه عن رد المبيع إلى حمل البائع عن رد الثمن، فالمعياران في

[1] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 238.

هذه الحالة متعارضان فبأيهما نأخذ؟ نقول أن معيار النطاق هو المعيار الأساسي الواجب الأخذ به، فالمشتري في المثال السابق حابس للمبيع لأنه لا وجود للعقد، بينما معيار الغرض ماهو في الحقيقة إلا معيار إضافي، مهمته الأولى والأخيرة هي الفصل نهائيا في بعض الحالات التي يختلط فيها بالدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس، إذن المعيار المعول عليه في كل الحالات هو معيار النطاق بقي أن نتساءل: هل توجد معايير أخرى[1]؟

2- المعايير الثانوية لتمييز الدفع بعدم التنفيذ عن الحق في الحبس:

هناك معايير أخرى صالحة للتمييز بين الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس، ويمكن تسميتها معايير تمييز الدفع بعدم التنفيذ عن الحق في الحبس من حيث الخصائص، فهي معايير تقوم على أساس الاشارة إلى بعض الخصائص التي يتميز بها كل نظام دون الآخر، يمكن أن نذكر منها:

أ- **من حيث تقديم التأمينات الكافية:** هذا المعيار يعتبر كنتيجة مباشرة لمعيار الغرض الذي سبق ذكره ذلك أنه إذا كان الهدف المراد تحقيقه من وراء التمسك بالدفع بعدم التنفيذ هو حمل المتعاقد المدين على التنفيذ، أي بعبارة أخرى حمل المدين على تنفيذ عين ما التزم به، فإن النتيجة المترتبة مباشرة على هذه الفكرة هي عدم زوال حق الدائن في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ عند تقديم تأمين كاف من قبل المدين، لأن التأمين الكافي (سواء كان كفالة أو رهان) لا يمثل عين ما التزم به هذا الأخير (المدين)، و كان من الممكن جدا أن تشير المادة 123 ق م لهذه الفكرة، لكنها أغفلتها رغم أن المادة 320 ق م ألماني (وهي المصدر المباشر للمادة 123 ق م) أشارت إليها، واستبعدت تقديم أي تأمين ولو كان تأمينا عينيا.أما بالنسبة للحق في الحبس، فالمادة 1/200 ق م صريحة في قبول التامين الكافي وذلك بقولها "..أوما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه بهذا" وهي نتيجة مباشرة لفكرة الغرض المراد تحقيقها من قبل الحابس، فهذا الأخير يزيد تأمين حقه، والتأمين الكافي يقوم بهذا الغرض.

ولكن قد يثور تساؤل بخصوص هذه النقطة، ذلك أننا اعتبرنا المادة 388 ق م (المصححة) تطبيقا للدفع بعدم التنفيذ، وهي تجيز للبائع رغم ثبوت حق المتمسك بالدفع للمشتري، أن يطالب بالثمن من هذا الأخير على أن يقدم كفيلا، وهذه الفكرة خاصة بالحق في الحبس، فكيف يمكن التوفيق بين الفكرتين؟

[1] بلعيور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 154.

لدفع هذا الاشكال، نقول أن القاعدة العامة في الدفع بعدم التنفيذ هي عدم قبول التأمين الكافي، وتعد المادة 1/390 ق م تطبيقا صريحا لهذه القاعدة فهي تجيز للبائع الامتناع عن تسليم المبيع للمشتري المتخلف عن دفع الثمن ولو قدم هذا الأخير رهنا أو كفالة، ولكن استثناءا من هذه القاعدة العامة، يجوز قبول التأمين الكافي، كما في حالة المادة 2/388 ق م لان المشتري عندما ثبت له حق التمسك بالدفع بعدم التنفيذ كان سببه الخشية من أن ينزع منه المبيع أو أن يجد البائع معسرا عند الرجوع عليه بضمان العيوب الخفية، لهذا فإن تقديم هذا التأمين الكافي كفيل بإزالة مخاوفه وهكذا لا يوجد تناقض بين الفكرتين، وإنما توجد قاعدة عامة واستثناءا يرد عليها[1].

ب-**من حيث حسن النية:** طبقا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، يشترط في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ توافر حسن النية لدى مستعمله بينما في الحق في الحبس لا يشترط أحيانا حسن النية عند الحابس، مثل حالة الحائز الحابس، يجوز له الحق في الحبس حتى ولو كان سيء النية، وهذا ما قضت به المادة 1/389 ق م بنصها "على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يدفع إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات اللازمة. وفيما يرجع إلى المصروفات النافعة تطبق المادتين 784و 785 ق م ج ..."وعليه فإنه إذا كانت المصروفات التي أنفقها الحائز ضرورية، فله أن يستردها من المالك، سواء كان هذا الحائز حسن النية (أي يظن أن العين ملك له، أو سيئ النية، فإذا رفض المالك دفع هذه المصروفات جاز للحائز حبس العين،وإذا كانت المصروفات التي أنفقها الحائز نافعة،وطبقا للمادتين 784 ، 785 ق م ج نميز بين ما إذا كان الحائز حسن النية أو سيئها، فإذا كان حسن النية كان على المالك أن يرد له أقل القيمتين: مقدار هذه المصروفات أو زيادة ثمن العين بسببها وإذا كان سيء النية كان على المالك أن يرد له أقل القيمتين: الزيادة في ثمن العين بسبب المصروفات أو قيمة ما استحدث في العين مستحق الإزالة، وانطلاقا من هنا، إذا رفض المالك رد هذه القيم كان للحائز حبس العين سواء كان حسن النية أو سيئ النية.

ت- **من حيث وجود وسائل أخرى:** يشكل الدفع بعدم التنفيذ وسيلة تهديدية على المتعاقد المتقاعس عن تنفيذ التزاماته من أجل جبره على التنفيذ، وهو من هذه الزاوية لا يشكل الوسيلة الوحيدة للتهديد بحيث يمكن للمتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يلجأ أيضا إلى الفسخ وهو أكثر تهديدا لأنه يؤدي إلى

[1] بلعيور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 155.

حل الرابطة العقدية، بينما الحابس ليس أمامه سوى وسيلة الحبس لحمل الطرف الآخر على التنفيذ إراديا.

خلاصة القول بالنسبة لتمييز الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس، يمكن حصره في نقطتين مهمتين:

1. وضوح الحدود الفاصلة بين الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس في القانون المدني الجزائري.
2. تفوق الدفع بعدم التنفيذ عن الحق في الحبس في بعض الجوانب أهمها:

أ- أن تقديم تأمين كاف من قبل المخل بالتزامه لا يؤدي كقاعدة عامة إلى زوال حق الدائن في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، على عكس ذلك بالنسبة للحق في الحبس، فالدفع من هذه الزاوية أقوى ضمانا من الحبس.

ب-ضرورة توافر حسن النية عند المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وعدم اشتراط ذلك في بعض الحالات في الحق في الحبس فالدفع في هذه الزاوية محاط بضمان مهم وهو حسن النية، الأمر الذي يفتقده الحق في الحبس.

ت- إن الدفع بعدم التنفيذ يفتح المجال أمام المتمسك به للجوء إلى وسائل أخرى أبرزها الفسخ، في حين الحق في الحبس وسيلة وحيدة في يد الحابس[1].

[1]علي فيلالي، المرجع السابق، ص 349.

الفرع الثاني: تمييز الدفع بعدم التنفيذ عن الفسخ

يميز الفسخ على أنه جزاء يترتب على امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ ما التزم به، ولقد نظمه المشرع الجزائري في القسم الرابع تحت عنوان "انحلال العقد" وخصه بأربعة مواد: المادة 119 ق م وهي خاصة بالفسخ القضائي، وسلطة القاضي تجاهه، والمادة 120 ق م الخاصة بالفسخ الاتفاقي، والمادة 121 ق م الخاصة بالانفساخ بحكم القانون، بينما المادة 122 ق م تتناول الآثار المترتبة على الفسخ.

ويعتبر الفسخ من أهم الجزاءات المترتبة على عدم تنفيذ العقد، فهو من هذه الزاوية يشترك مع الدفع بعدم التنفيذ، لكن الفقه عادة ما يميز بينهما بالرجوع إلى الأثر المترتب على كل منهما، فالأثر المترتب على الفسخ هو حل الرابطة العقدية، أي أن أثره نهائي، بينما الأثر المترتب على الدفع بعدم التنفيذ، كأصل عام، هو وقف تنفيذ الالتزامات العقدية، أي أن أثره مؤقت، لكن مؤخرا، شككت بعض الدراسات الفقهية المتخصصة، في هذه النقطة الأخيرة، ونادت بإمكانية منح الدفع بعدم التنفيذ أثرا نهائيا مثله مثل الفسخ، وهذا انطلاقا من فكرة وجود عدة نقاط تشابه بين النظامين، وقد تجعلهما متشابهين أيضا من حيث الآثار.

فما هي نقاط التشابه بين الدفع والفسخ، ومدى صحة الفكرة السابقة ومدى ملائمتها للقانون المدني الجزائري؟

1. **أوجه التشابه بين الدفع بعدم التنفيذ والفسخ:**

أ- **النشأة التاريخية:** قرر الفقهاء أن القانون الروماني لم يعرف نظرة عامة للدفع بعدم التنفيذ و لا بالنسبة للفسخ، ولكن عرف بعض التطبيقات لهما، لا سيما في عقد البيع والإيجار، ويعود الفضل الحقيقي لإبراز هاتين النظريتين لفقهاء القانون الكنسي، وهذا تحت تأثيرات مبادئ الديانة المسيحية لاسيما مبدأ "لا عهد لمن لا عهد له" ومبدأ "جزاء الإخلال بالالتزام إخلال مثله"، ومن هنا إذا أخل أحد الطرفين بالتزاماته، جاز للطرف الآخر التحلل من التزاماته ومن هنا يظهر أن لهما نفس الأساس التاريخي، وما يؤكد وجهة النظر هذه أن الدفع منذ القرن 16 اختفى وراء الفسخ مما يعني أن الفقهاء في تلك الفترة كانوا يعالجونهما تحت موضوع واحد لظنهم أنهما يؤديان نفس الوظيفة[1].

[1] سمير تناغو، نظرية الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1975، ص 182.

ب-**نفس المجال:** للدفع بعدم التنفيذ والفسخ نفس المجال، وهو العقود الملزمة للجانبين في القانون المدني الجزائري، وهذا ما قررته صراحة المادة 119 ق م بالنسبة للفسخ والمادة 123 ق م بالنسبة للدفع بعدم التنفيذ، ذلك انه بالنسبة لمثل هذه العقود، كل متعاقد يكون دائنا ومدينا في نفس الوقت، وهذا ما ينشئ التزامات متقابلة بين طرفي العقد، مما يعني إمكانية امتناع الدائن عن تنفيذ التزاماته نتيجة إخلال المدين بما عليه من التزام.

ت-**نفس درجة عدم التنفيذ:** إن امتناع الدائن عن تنفيذ التزاماته كان نتيجة إخلال المدين بتنفيذ التزاماته، وهذا الأمر مشترك بين الدفع والفسخ، والأكثر من ذلك أن المادة 119 ق م تجيز الفسخ دون تحديد درجة الإخلال بتنفيذ الالتزامات، ومادام النص جاء عاما، فهي تشمل عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي والمعيب.... ونفس الأمر يقابل بالنسبة للمادة 123 ق م الخاصة بالدفع فهو إذا جائز في كل الحالات المذكورة سابقا.

ث-**من حيث السلطة التقديرية للقاضي:** إن المادة 119 ق م الخاصة بالفسخ القضائي في فقرتها الثانية، تحدد سلطة القاضي تجاه الفسخ وتجيز له إما رفض الفسخ، وإما منح المدين أجل التنفيذ وذلك على النحو التالي: " ...ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ..." وتتناقض هذه السلطة من الفسخ القضائي، إلى الفسخ الاتفاقي إلى الانفساخ، فهل الأمر كذلك بالنسبة للدفع بعدم التنفيذ؟ لأول وهلة يبدو أنه ليس للقاضي سلطة ايقاع الدفع، مادام أن هذا الأخيرشكل من أشكال العدالة الخاصة، يقع بدون تدخل القاضي، لكن في حقيقة الأمر، كما أن القاضي في الفسخ بإمكانه قبول أو رفض الفسخ، فإنه أيضا بإمكانه فيما يخص الدفع بعدم التنفيذ – إذا عرض عليه نزاع _ أن يقر الدفع بعدم التنفيذ أو يرفضه، وهذا حسب الظروف المحيطة بالعقد ومدى أهمية وجسامة ودرجة الإخلال بتنفيذ الالتزامات العقدية[1].

إن أوجه التشابه بين الدفع والفسخ لا تعني انعدام الفروق بينهما، وإنما كل ما في الأمر أن الاختلاف الرئيسي بينهما الذي يذكره الفقهاء غالبا هو الأثر المترتب على كل منهما، مما ينبغي التركيز عليه.

2- **أوجه الاختلاف بين الدفع بعدم التنفيذ والفسخ:**

أ- **من حيث الاجراءات الشكلية:** أن الأصل في الفسخ أن يكون قضائيا نظرا لخطورته، فلا بد من عرض الأمر على القاضي، كما انه لا بد من توجيه إعذار من الدائن للمدين (المادتين 119 و

[1] بلعيور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 148_223_179.

120 ق م) بينما الدفع بعدم التنفيذ لا يتطلب مثل هذه الإجراءات الشكلية، فهو شكل من أشكال العدالة الخاصة فلا يحتاج معه إلى رفع دعوى قضائية للتمسك به، لأنه لا يؤدي إلى حل الرابطة العقدية، والأكثر من ذلك لا يشترط فيه إعذار من الدائن للمدين، لأن امتناع الدائن عن التنفيذ هو في حد ذاته إعذار للمدين –كما هو منظم في القانون المدني الجزائري–.

ب–**من حيث الزمان المحدد لتدخل القاضي:** إذا كان الأصل في الفسخ هو الفسخ القضائي فإنه لابد من عرض النزاع على القاضي، ومن ثم يبسط هذا الأخير سلطته التقديرية الواسعة في هذا المجال، ذلك أنه حسب المادة 2/119 ق م يجوز له منح المدين أجلا للتنفيذ، وقد يصل الأمر إلى رفض الفسخ، وهذه السلطة تتقلص نوعا ما بالنسبة للفسخ الاتفاقي، ومن أهم ما يلاحظ في هذا الشأن أن سلطة القاضي في الفسخ تكون قبلية، أي تبسط في موضوع النزاع قبل تقرير الفسخ، وهذا حماية للطرف المدين، بينهما في الدفع بعدم التنفيذ، قد لا يصل النزاع إطلاقا إلى القاضي وحتى ولو وصل إليه، فإن سلطته في هذه الحالة ستكون بعدية، كما أنهاضيقة بالنسبة للفسخ.

ت–**من حيث الأثر القانوني المترتب على كل منهما:** يرى أغلب الفقهاء أن أهم ما يميز الدفع بعدم التنفيذ عن الفسخ هو الأثر القانوني المترتب على كل منهما، فالأثر المترتب على الدفع بعدم التنفيذ أثر مؤقت يتمثل في وقف تنفيذ العقد، بينما الأثر المترتب على الفسخ أثر نهائي يتمثل في حل الرابطة العقدية، لكن مؤخرا وجد من الفقهاء من شكك في هذه النقطة واعتبر الأثر المؤقت للدفع فكرة كلاسيكية، كما أنها لا تتناسب مع محاولة إعطائه فعالية كبيرة لجعله من أهم الجزاءات المترتبة على عدم تنفيذ العقد[1].

[1] سمير تناغو، المرجع السابق، ص 183.

الفصل الثاني

آثار وانقضاء الدفع بعدم التنفيذ
وأهم تطبيقاته

إذا كان الدفع بعدم التنفيذ باتفاق الفقهاء شكلا من أشكال العدالة الخاصة التي لا تحتاج معها اللجوء إلى القضاء فهل هذا يعني أن أثره يمتد إلى الدائنين وإلى الغير وكيف ينعكس عليهم وإذا كان المشرع الجزائري قد نص عليه صراحة في المادة 123 من القانون المدني الجزائري فكيف ينقضي هذا الشكل من أشكال العدالة الخاصة هل يخضع في هذه المسألة للقواعد العامة أم أن له نظاما خاصا به؟ وهذا ما سنتناوله في المبحث الأول لهذا الفصل وفيما يخص تطبيقات الدفع بعدم التنفيذ هل خص المشرع كل عقد بتنظيم خاص للدفع بعدم التنفيذ أم أنه تركه للقواعد العامة كذلك؟ وهذا ما سنعرضه في المبحث الثاني لهذا الفصل.

المبحث الأول: أثار الدفع بعدم التنفيذ وانقضائه

ينتج عن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ وقف تنفيذ التزام التعاقدي وبهذا ينتج عن هذا التصرف آثار في مواجهة الدائنين العاديين في مواجهة الغير كما أن الدفع ينقضي بإحدى الطرق التي سنعرضها في هذا المبحث.

المطلب الأول: آثار الدفع بعدم التنفيذ

الدفع بعدم التنفيذ هو وسيلة إجبار للطرف الآخر وحث له على تنفيذ ما ترتب عليه من التزام تجاه المتمسك بالدفع، فهو بهذا الاعتبار وسيلة إنهاء الالتزام عن طريق تنفيذ الالتزام لا حله ومن خلال هذا سنعرض اثر الدفع بعدم التنفيذ ضمن فرعين فرع أول للأثر فيما بين المتعاقدين وفرع ثاني للأثر بالنسبة للغير.

الفرع الأول: أثار الدفع فيما بين المتعاقدي:

أولا: الأثر في العقود الفورية: العقود الفورية هي العقود التي لا يعد الزمن فيها عنصرا جوهريا، بل عنصرا عرضيا، كعقد البيع والدفع بعدم تنفيذ الالتزام التبادلي منها لا يأتي على محل الالتزام ولا يؤثر فيه، فلو دفع البائع بعدم تنفيذ التزامه ملكية المبيع لعدم استيفاء الثمن لا يؤثر هذا الدفع على المبيع الذي يظل كما هو ولكن يترتب على الدفع تجميد التنفيذ فقط لحمل المتعاقد الآخر على تنفيذ التزامه أيضا.

وفي هذا الصدد يشير **هنري دي باج** إلى أن الأثر الوحيد للدفع بعدم التنفيذ هو وقف تنفيذ العقد بالنسبة للطرف الذي يثيره، ومن التعريف نفسه، فالعقد يكون متوقفا بالنسبة للطرف الآخرأيضا، والوقف يكون في ذاته مؤقتا لكن قد يستغرق مدة طويلة إذا استمر سببه.

ولا يؤدي الدفع إلى فسخ العقد، فلو كنا بصدد بيع فإن للبائع أن يمتنع عن اتخاذ إجراءات نقل ملكية المبيع،وإذا كنا بصدد عقد مقاولة وكان الدافع هو المقاول ترتب على دفعه وقف البناء أو ما عهد إليه به، ذلك إذا كان المطلوب من المتعاقد مباشرة أعمال إيجابية، أما إذا كانالمطلوب مباشرة أعمال سلبية كالامتناع عن عمل فإن مقتضى الدفع أن يباشر المتعاقد العمل المحظور عليه، فلوكان هناك اتفاق بين عامل ورب عمل بعد انتهاء علاقة العمل، على حظر المنافسة لمدة معينة في مكان معين، فإن الدفع من جانب العامل يسمح له بمباشرة النشاط على النحو المخالف للعقد.

ولكن إذا زاحم رب العمل خلال المدة المتفق عليها فإن ذلك يعد فسخا للعقد لا وقفا له[1].

فهناك حالا ت للامتناع إذا بوشرت كانت فسخا للعقد، لأنها لا تحتمل الايقاف بحسب طبيعتها،فلو اتفق شخص مع فنان على إحياء حفلة لشخص آخر لقاء مبلغ معين، ولكن الفنان دفع بعدم التنفيذ لعدم تلقي المبلغ، فإن ذلك لا يعتبر وقفا للالتزام بل فسخا له.

فإذا كان الوقف يؤدي إلى الفسخ فإننا لا نكون بصدد دفع بعدم التنفيذ وأثاره بل بصدد الفسخ وآثاره.

ثانيا: أثر الدفع في العقود الزمنية: يكون العقد زمنيا إذا كان الزمن عنصرا جوهريا فيه كعقد الإيجار وعقد العمل وعقد التوريد، وفي هذه العقود يؤدي الدفع إلى الانتقاص من كم محل الالتزام فعقد العمل إذا دفع فيه العامل بعدم التنفيذ ولم يباشر العمل، فإن ذلك ينقص من كم محل التزام العامل كذلك الحال بالنسبة لعقد الإيجار إذا دفع المستأجر بعدم التنفيذ ولم يسدد القيمة الإيجارية فإن ذلك ينقص من محل الالتزام من المدة التي حرم من الانتفاع بها. كذلك إذا منع المؤجر المستأجر من الانتفاع بالعين فإن ذلك يؤثر على مدة الانتفاع منها وإذا كان العقد محدد المدة فإنه لا يمتد مدة تعادل المدة التي انتقصت بسبب الدفع.

والخلاصة أن في العقد الزمني يؤدي وقف الالتزام إلى إحداث أثرنهائي باقتطاع جزء من أصله كانقطاع جزء من كمية الغاز أو الكهرباء المتعاقد على توريدها[2].

الفرع الثاني: آثار الدفع بعدم التنفيذ بالنسبة للغير

لا يسري الدفع بعدم التنفيذ في مواجهة المتعاقدالآخر فحسب ل في مواجهة الغير أيضا ويقصد بالغير هنا كل من تلقى حقا من المتعاقد بعد أن ثبت للمتعاقد الآخر الحق في استعمال الدفع بعدم التنفيذ فالبائع يستطيع أن يتمسك في مواجهة دائني المشتري والخلف الخاص للمشتري بهذا الدفع.

أولا: في مواجهة دائني المدين العاديين، إن الفقه مجمع على أنه يجوز للدائن المتمسك بالدفع أن يحتج به على الدائنين العاديين للمدين المخل بتنفيذ التزامه، ولا يهتم بعد ذلك أن يكون تاريخ دينهم سابقا أولاحقا لثبوت حق التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، فمثلا يمكن للميكانيكي الامتناع عن رد السيارة لصاحبها بعد أن

[1] عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 103-104.

[2] عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 105 108 106.

أصلحها، لأن هذا الأخير لم يدفع المبلغ المتفق عليه[1]ويجوز له أن يحتج أيضا بهذا الامتناع على دائن صاحب السيارة، والأكثر من ذلك إذا نفذ هذا الدائن جبرا على السيارة، و رسا المزاد على مشتر ما، فإنه يجوز للميكانيكي الاحتجاج بالدفع بعدم التنفيذ على الراسي عليه المزاد.

ثانيا: في مواجهة دائني المدين المرتهنين وخلفه الخاص: إن التساؤل المطروح هنا: هو هل يجوز للمتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يحتج به ضد الدائن المرتهن للمدين؟ فمثلا لو أن المشتري تأخر عن دفع الثمن، فامتنع البائع عن تسليم المبيع، وقام المشتري بترتيب رهن على هذا المبيع، فهل يجوز للبائع الاحتجاج بعدم تسليم المبيع ضد هذا الدائن المرتهن؟ نفس المشكل يطرح نفسه بالنسبة للخلف الخاص للمشتري، كأن يعيد المشتري بيع المبيع إلى شخص آخر، فهل يجوز للبائع الاحتجاج بعدم تسليم المبيع لهذا المشتري الثاني، إن الرأي الفقهي الراجح يرى ضرورة التمييز بين حالتين، الحالةالأولى، حالة ثبوت حق التمسك بالدفع بعدم التنفيذ قبل ثبوت حق الدائن المرتهن أوالخلف الخاص، ففي الحالة الأولى يجوز التمسك بالدفع ضد الدائن المرتهن أوالخلف الخاص، ولا يجوز ذلك في الحالة الثانية، ففي مثالنا السابق، يجوز للبائع التمسك بالدفع بعدم تسليم المبيع ضد الدائن المرتهن أو الخلف الخاص، لأن حق البائع في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ثبت قبل ثبوت حق الدائن المرتهن أو الخلف الخاص، وتعليل هذا يرجع إلى:

- أن المشتري لا يستطيع أن ينقل إلى خلفه أكثر مما كان له من حقوق، وقد كانت حقوقه قبل البائع خاضعة لحق المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ[2].
- لأن القول عكس هذا يعني سلب الدفع بعدم التنفيذ كل قيمته العملية، وبالتالي كلما أراد المشتري التهرب من المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، قام ببيع العين أو رتب عليها رهنا[3].

[1]أحمد خليل حسن قدادة، الوجيز بشرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ص 144.

[2]عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 738.

[3]أحمد خليل قدادة، المرجع السابق، ص 145.

المطلب الثاني: انقضاء الدفع بعدم التنفيذ

الدفع بعدم التنفيذ باعتباره كأحد تطبيقات الحق في الحبس ينقضي إما بطريق تبعي أي تبعا لانقضاء الالتزام الأصلي، وإما بطريق أصلي أي مستقلا عن الالتزام الأصلي.

الفرع الأول: الانقضاء التبعي

يقصد بالانقضاء التبعي للدفع أن ينقضي الأخير بانقضاء الالتزام المرتبط به، فالحق في الدفع تابع للالتزام المراد حمل المتعاقد الآخر على تنفيذه، فإذا انقضى الالتزام فإنه ليس هناك ثمة محل يرد عليه الدفع، والالتزام الذي في ذمة المتعاقد قد ينقضي بأسباب الانقضاء المعروفة للالتزامات،كإبراء الدائن مدينه من الالتزام، أو تجديده، أو إجراء مقاصة بشأنه أوبالطريق الطبيعي للانقضاء وهو الوفاء.

الوفاء: هذا هو الوجه الطبيعي لانقضاء الدين ويتبع في وفاء الدين المضمون للدفع بعدم التنفيذ القواعد العامة المقررة في وفاء الديون عامة، والمسألة التي تثار هنا هي عند التنفيذ أو الوفاء المعيب أو الجزئي أو الصوري، فمتى يعتبر التنفيذ كاملا ومتى لا يعتبر، ومن المقرر أن الدائن الدافع بعدم التنفيذ هو الذي يقرر تمام التنفيذ أو الوفاء من عدمه

فإذا كنا بصدد عقد البيع وكان الدافع بعدم التنفيذ هو المشتري فإن دفعه يسقط إذا كان البائع قد سلمه المبيع فالتزام البائع ينقل الملكية والتسليم هوالالتزام الذي يضمنه الدفع، وبالدفع يضغط المشتري على البائع لينفذ التزامه، فإذا كان هذا الالتزام قد انقضى فإن الدفع يسقط تبعا لذلك، فسقوط الالتزام المضمون يؤدي إلى سقوط وسيلة الضمان تبعا لذلك، ولكن لا يكفي الوفاء الجزئي من جانب البائع إذ أن الحق في الدفع بعدم التنفيذ لا يتجزأ[1].

الفرع الثاني: الانقضاء الأصلي

يقصد بانقضاء الدفع بصفة أصلية، أن ينقضي قبل انقضاء الالتزام المضمون به،

تقديم التأمين الكافي لا يسقط الدفع: نصت الفقرة الأولى من المادة 246 مدني مصري على أنه "لكل منالتزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كافي للوفاء بالتزامه هذا".

[1] عبد الحكم فودة، إنهاء القوة الملزمة للعقد، المرجع السابق، ص 111-112-113.

ومن ثم ينقضي الحق في الحبس إذا قدم المتعاقد الآخر تأمينا كافيا يضمن حقوق الحابس قبله، سواء كانت التأمينات شخصية أو عينية، لانتفاء الغرض من الحبس، وإن حبسها أصبح أمرا تعسفيا لا مبرر له.

لكن هذه الحكمة لا تتوافر في حالة الدفع بعدم التنفيذ في الالتزامات المتقابلة المترابطة، حيث العلاقة السببية بين الالتزامات المتقابلة، فكل متعاقد يهدف بتعاقده للحصول على أداء معين من المتعاقد الآخر، ولا يكتفي في هذا الصدد بمجرد ضمان فلديه ضمان هو الدفع بعدم التنفيذ، فلماذا يسقط ليحل محله ضمان آخر فالمسألة بالنسبة للمتعاقد ليست ضمانات متفاوتة فيالقوة أو في الضعف وإنما تحقيق الغرض الاقتصادي بالحصول على الأداء المنشود من التعاقد،ومن ثم لا ينقضي الدفع بهذا الطريق.

المبحث الثاني: أهم تطبيقات الدفع بعدم التنفيذ

حسب المادة 123 ق م، إن نطاق الدفع بعدم التنفيذ هو العقود الملزمة للجانبين، وبالتالي يمكننا القول بكل بساطة، أنه كلما كان العقد ملزما للجانبين، وجد الدفع بعدم التنفيذ تطبيقا له، فهل هذا القول على إطلاقه صحيح؟

ذلك أنه إذا كان المشرع الجزائري قد نص صراحة على تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في عقد البيع، فإن الأمر يختلف النسبة للعقود الأخرى، فهل يمكن تطبيقه رغم عدم النص عليه صراحة؟ وإذا كان عقد البيع لا يطرح إشكالا وهذا ما سنعرضه في المطلب الأول باعتباره عقدا فوريا فإن الأمر يختلف النسبة للعقود الزمنية مثل عقد الإيجار، فهل يمكن إعمال الدفع بعدم التنفيذ في مثل هذه العقود؟ وهذا ما سنقدمه في المطلب الثاني كما أن هناك عقود تدخل المشرع الجزائري بأكثر من نص لتنظيمها تنظيما دقيقا، مثل عقد التأمين، فهل يجد الدفع بعدم التنفيذ مكانه في مثل هذه العقود؟ الأمر الذي سنتناوله في مطلب ثالث.

وانطلاقا من هذه التساؤلات، رأينا انه من الواجب دراسة الدفع بعدم التنفيذ في عقد البيع مادام أن المشرع قد نص عليه صراحة، وفي عقد الإيجار مادام أنه يمثل العقود الزمنية، وفي عقد التأمين باعتباره عقد تدخل المشرع لتنظيم أحكامه.

المطلب الأول: الدفع عدم التنفيذ في عقد البيع

لقد نظم المشرع الجزائري عددا مهما من العقود في القانون المدني،أهمها عقد البيع، وهو يتضمن نصوصا صريحة تعتبر كتطبيق للدفع بعدم التنفيذ، ونلاحظ أن عقد البيع ملزم للجانبين، وبالتالي فإن مبدأ الدفع بعدم التنفيذ يقضي أن إخلال البائع مثلا التزامه، يمكن المشتري من التمسك الدفع بعدم التنفيذ، فمثلا الإخلال بالالتزام بضمان التعرض أو العيوب الخفية يجيز للمشتري رفض دفع الثمن، لكن ما نلاحظه هو أن المشرع قد نظم الإخلال بهذه الالتزامات تنظيما يختلف عن القواعد العامة في الإخلال بالالتزامات، فمثلا أقر دعوى ضمان التعرض ودعوى ضمان العيوب الخفية..والتساؤل المطروح، ما هو المكان الممكن أن يجده الدفع عدم التنفيذ ضمن هذه الدعاوى؟ وما هو الجديد الذي يضيفه الدفع للطرف المتمسك به؟

الفرع الأول: تمسك المشتري بالدفع عدم التنفيذ

تنص على هذه الحالة المادة 2/388 ق م، وهي تتضمن أخطاء فادحة، سواء في نصها العربي أو الفرنسي، لهذا عمل الأستاذ **علي علي سليمان** على تصحيحها وتحليلها على النحو التالي:

تنص المادة 2/388 ق م ..ومع ذلك يجوز للبائع أن يطالب باستيفاء الثمن إذا ظهر للمشتري عيب في الشيء المبيع.." ومعنى هذه الجملة أن استيفاء الثمن معلق على استظهار المشتري عيبا في الشيء المبيع، وهذا الحكم خاطئ جملة وتفصيلا، ذلك أن الالتزام بضمان العيوب الخفية ملقى على عاتق البائع، وبالتالي الإخلال به يجيز للمشتري الامتناع عن دفع الثمن، والصحيح أن نقول "..للمشتري أن يمتنع عن دفع الثمن إذا ظهر له عيب في الشيء المبيع..."

إن الإخلال بضمان التعرض الاستحقاق أو بضمان العيوب الخفية يترتب عليه التزام البائع بالتعويض، وعليه فإن المشتري بحاجة إلى ضمان يضمن له هذا التعويض، وهذا الضمان قد يكون كفالة شخصية أو عينية، لكن المشرع لم يذكر هذا الأمر إطلاقا. وكان من المفروض أن يتضمن نص المادة 2/388 ق م، العبارة التالية".. ويجوز للبائع أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم له كفالة.." وهكذا يستقيم مضمون المادة 2/388 ق م مع مضمون المادة 200 ق م الخاصة بحق الحبس التي تنص صراحة"... أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تامين كاف للوفاء بالتزامه هذا".

واقترح الأستاذ على علي سليمان[1]أن يكون نص المادة 388 /2 ق م على النحو التالي: "فإذا تعرض أحد للمشتري مستندا إلى حق سابق أو آل من البائع، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري، جاز له، إن لم يمنعه شرط في العقد، أن يمسك الثمن إلى أن يقطع التعرض أو يزول الخطر، وله أن يمسك الثمن أيضا إذا ظهر له عيب في المبيع، ومع ذلك يجوز للبائع أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا".

وانطلاقا من نص المادة 2/388 ق م المصحح، نجد أنها تحدد لنا حالا ت الامتناع عن دفع الثمن من قبل المشتري: وهيحالة إخلال البائع بالالتزام بضمان التعرض، وحالة إخلاله بضمان العيوب الخفية، لكن هل توجد حالات أخرى غير هذه الحالات المنصوص عليها في المدة 2/388 ق م ؟

[1]علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 37.

أولا: حالة إخلال البائع بالتزامه بضمان التعرض و الاستحقاق

لا يكتفي البائع بتسليم المبيع للمشتري، بل عليه إلا يتعرض له، وأن يدفع عنه تعرض الغير أيضا، فإذا حدث هذا التعرض، جاز للمشتري رفض دعوى ضمان التعرض على البائع، وإذا كان لم يدفع الثمن جاز له الامتناع عن دفعه، فأيهما الأفضل له؟[1]

1- الأحكام العامة لضمان التعرض و الاستحقاق:

إن التعرض للمشتري قد يكون من البيع كما قد يكون من الغير:

أ- قد يكون التعرض للمشتري من البائع نفسه، إما تعرضنا ماديا أوتعرضا قانونيا، ويلاحظ أن نص المادة 2/388 ق م لا يشير إلى هذه الحالة إطلاقا، رغم أنها لا تقل شأنا عن التعرض الصادرمن الغير.

ب- قد يكون التعرض صادرا من الغير، وفي هذه الحالة يجب أن يكون مبنيا على حق قانوني موجود وقت البيع، فإذا كان لاحقا على البيع، وجب أن يكون البائع مصدره، وهنا تبرز مسؤولية البائع، فيجب عليه أن يتدخل في إزالة هذا التعرض، فإن عجز واستحق المبيع للغير، وجب عليه دفع قيمة المبيع للمشتري مع التعويضات المذكورة في المادة 375 ق م أودفع تعويض له بحسب ما إذا كان الاستحقاق كليا أو جزئيا.

إذن، ما الجديد الذي يمكن أن يقدمه الدفع بعدم التنفيذ؟

2- أفضلية الدفع عدم التنفيذ على دعوى ضمان التعرض الاستحقاق:

أ- **إذا كان المشتري لم يدفع الثمن للبائع**، فمن المستحسن له أن يمتنع عن دفعه، لأنه إذا كان قد دفعه للبائع، فل يحق له استرداده،لأن دفع الثمن يعتبر كتنازل عن الامتناع عن دفعه، و من ثم لايبقى أمامه إلا مقاضاة البائع، وفي هذا ضياع كبير للوقت والمال، ويمكن تبرير الامتناع عن دفع الثمن هنا ، بالرجوع إلى فكرة حسن النية، وذلك أن تعرض البائع للمشتري دليل على سوء نيته، سواء كان التعرض ماديا كأعمال العنف والتعدي مثلا، أو تعرضا قانونيا[2]كادعائه أنه مالك للمبيع، وكذلك الأمر النسبة للتعرض الصادر من الغير، لأن إخفاء البائع لحق عيني رتبه على المبيع لصالح الغير كحق انتفاع أو رهن أو اتفاق، قرينة على سوء نيته.

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، 38.

[2] سمير تناغو، المرجع السابق، ص 350.

ب-**إمكانية الامتناع عن دفع الثمن لمجرد خشية وقوع التعرض،** وهذه أكبر فائدة يقدمها الدفع بعدم التنفيذ للمشتري، وذلك أنه طبقا للأحكام العامة للتعرض يشترط فيه أن يقع فعلا، سواء كان صادرا من البائع أو من الغير، بينما في الدفع بعدم التنفيذ، تكفي مجرد الخشية للامتناع عن دفع الثمن، وهذا ماقضت به صراحة المادة 2/588 ق م "... أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري جاز له ..." على أن الخشية المعتد بها فقها هي الخشية المبنية على أسباب جدية و من أمثلتها:

- أن يكون المبيع مثقلا بحق رهن أو اختصاص اوارتفاق.. وفي هذا الإطار أشارت المادة 1653 ق م ف صراحة إلى دعوى الرهن، لأن قيد رهن على العقار، يجعل المشتري مهددا بخطر نزع الملكية، وهذا مبرر كاف للامتناع عن دفع الثمن، حيث يثبت البائع أنه شطب هذا القيد، أو أن هذا القيد لا يشكل أي خطر على المشتري، وعلى كل حال، يبقى أمر تقدير مخاوف المشتري خاضعا للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.
- أن تكون ملكية البائع معلقة على شرط فاسخ ويخشى المشتري أن يكون قد تحقق، أو معلقة على شرط واقف، ويخشى المشتري ألا يكون قد تحقق، أو أن البائع مازال لم يدفع لمن اشترى منه، فالبيع إذن مهدد بالفسخ، وفي هذا الإطار ، نصت المادة 1653 ق م ف على دعوى الاسترداد الممكن أن يتعرض لها المشتري[1].

على أن هناك تساؤل مهم مفاده، هل علم المشتري بخطر التعرض يسقط حقه في الامتناع عن دفع الثمن؟

بالنسبة للقضاء الفرنسي فهو متردد، فهناك أحكام قضت بسقوط حق المشتري في الامتناع عن دفع الثمن، وأحكام أخرى أقرت هذا الحق للمشتري أما بالنسبة للفقه والقضاء المصريين، فهما متفقان على عدم سقوط هذا الحق النسبة للمشتري،وهذا لسببين رئيسيين:

1- أن الرأي الراجح فقها، أن حق المشتري في ضمان التعرض الاستحقاق لا يسقط رغم على المشتري بسبب الاستحقاق، فمن باب أولى ألا يسقط حقه في الامتناع عن دفع الثمن؟

[1] سمير تانغو، المرجع السابق، ص 352.

2- إن المشتري قد يكون معولا على البائع من أجل دفع هذا الخطر، وعليه فإن علمه بالخطر قد يصلح دلالة على تنازله عن حقه في الامتناع عن دفع الثمن، وقد لا يصلح، فالأمر مرتبط بوقائع الدعوى[1].

ثانيا: حالة إخلال البائع بالتزامه بضمان العيوب الخفية:

لا يقتصر دور البائع على بقاء حيازة المشتري هادئة مستقرة، وإنما عليه أيضا أن يضمن له الانتفاع بالمبيع انتفاعا كاملا، ولا يكون هذا إلا بضمان عيوب هذا المبيع، وإلا جاز للمشتري رفع دعوى ضمان العيوب الخفية، لكنها منظمة تنظيما صارما، قد تجعل المشتري يميل إلى الامتناع عن دفع الثمن، حتى لا يعرض نفسه لمخاطرها.

1- مخاطر دعوى ضمان العيوب الخفية:

من بين الالتزامات الملقاة على عاتق البائع، أن يضمن للمشتري مبيعا خاليا من كل عيب (المادة 379 ق م)، وإذا وجد المشتري عيبا في المبيع، فعليه أن يخطر البائع بذلك في أجل مقبول، وإلا اعتبر راضيا بالبيع ، هذا إذا كان المبيع يتطلب فحصا عاديا، أما إذا كان العيب مما لا يظهر بطرق الاستعمال العادي، فعليه أن يخبر البائع بمجرد اكتشاف العيب وإلا اعتبر راضيا بالمبيع (المادة 380 ق م)، والإخطار لا يغني عن رفع دعوى الضمان التي تسقط بالتقادم بعد مضي سنة من يوم التسليم الفعلي للمبيع، حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل (المادة 383 ق م)، هذه هي أحكام دعوى ضمان العيوب الخفية باختصار شديد، وبالتمعن فيها، نجدها تتضمن عدة مخاطر ليست في صالح المشتري[2]:

أ- أن يتم إخطار المشتري للبائع بوجود العيب في أجل مقبول أو من يوم اكتشافه حسب التفصيل السابق، وإلا أعتبر المشتري راضيا بالمبيع.

ب- تقادم دعوى الضمان بمرور سنة من يوم التسليم الفعلي، حتى ولو كان اكتشاف العيب بعد هذا الأجل

ت- يقع عبئ إثبات العيب على المشتري

فهل بإمكان الدفع بعدم التنفيذ التخفيف من حدة هذه المخاطر؟

[1] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 791.

[2] خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 174.

2- أفضلية الدفع عدم التنفيذ على دعوى ضمان العيوب الخفية:

أ- لو احتار المشتري في ماهية العيب، هل هو موجب للضمان أم لا؟، فإنه إذا سلك طريق ضمان العيوب الخفية، فقد يتعرض لخطر رفضها نتيجة عدم استيفاء العيب للشروط القانونية الواجب توفرها فيه، ومن ثم يلزم المصاريف القضائية وأتعاب المحامي..ويخسر وقتا طويلا نظرا لطول الاجراءات القضائية، بينما لو امتنع عن دفع الثمن، فإن البائع إذا ما رفع ضده دعوى التنفيذ، فالقاضي هنا إذا وجد العيب مستوفيا لشروطه القانونية، أقر المشتري على دفعه، وإذا وجده غير مستوفيا لشروطه القانونية، ألزمه بالتنفيذ.

ب- إن الامتناع عن دفع الثمن يمكن المشتري من الاختيار بين عدة حلول:

1. إما دفع الثمن، أي الرضى بالمبيع
2. إما الاقتناع بأن المبيع معيبا، وبالتالي يرفع دعوى ضمان العيوب الخفية
3. وإما أن يستمر في الامتناع عن دفع الثمن حتى يصلح البائع العيب، أو يرفع ضده دعوى لمطالبته بالتنفيذ، وهناك يفصل القاضي بينهما.

ث- إذا لم يخطر المشتري البائع العيب في أجل مقبول، فهذا يعتبر رضى بالمبيع، ومن ثم يسقط حقه في رفع دعوى ضمان العيوب الخفية، بينما لو امتنع عن دفع الثمن، فلا يمكن اعتبار هذا رضا بالمبيع، بل رفضا له، ومن هنا تظهر لنا مرة أخرى فائدة الاعذار من أجل أن يثبت المشتري حسن نيته، وأن البائع فعلا مخل بالتزامه بضمان العيب الخفي.

ج- لو رفع المشتري دعوى ضمان العيوب الخفية ضد البائع، فيعتبر في هذه الحالة مدعى في الدعوى، يقع عليه عبء إثبات العيب الخفي، بينما لو امتنع عن دفع الثمن، فالبائع هنا مضطر لرفع دعوى لمطالبته بالتنفيذ، فيكون في هذه الحالة المشتري مدعى عليه، ولا يقع عليه عبء إثبات العيب الخفي.

ثالثا: أحوال أخرى يجوز فيها للمشتري التمسك بالدفع بعدم التنفيذ:

يمكننا أن نتساءل هل هذه الحالات الواردة في المادة 2/388 ق م وردت على سبيل الحصر أم على سبيل المثال؟ إن المتفق عليه فقها، أن هذه الحالات وردت على سبيل المثال، فمادام أن عقد البيع عقد ملزم[1] للجانبين، فهذا يعني إمكانية إعمال الدفع بعدم التنفيذ، كلما أخل أحد المتعاقدين بالتزامه،

[1] خليل احمد حس قدارة، المرجع السابق، ص 176 – 177..

وعليه فإن إخلال البائع بالتزامه بنقل الملكية أو بالتزامه التسليم يمكن المشتري من الامتناع عن دفع الثمن.

1- **إخلال البائع بنقل الملكية:** إن نقل الملكية في بعض الأحوال يحتاج إلى القيام بجملة من الاجراءات مثلا الشهر في العقارات، وما يتطلبه من تقديم البيانات والمستندات ..وعليه في حالة إخلال البائع بتقديم هذه البيانات والمستندات للموثق القيام بهذه الاجراءات، يمكن المشتري من الامتناع عن دفع الثمن.

2- **إخلال البائع بالتزامه في التسليم:** إن امتناع المشتري عن دفع الثمن نتيجة إخلال البائع بالتزامه بالتسليم، يعتبر في الحقيقة نتيجة طبيعية ومنطقية للمادة 1/388 ق م، ذلك أن ثمن المبيع يكون مستحقا في وقت تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي خلاف ذلك، وبمفهوم المخالفة، إذا لم يتم تسليم المبيع للمشتري، امتنع هذا الأخير عن دفع الثمن، وسنتعرض لهذا الموضوع بالقدر الذي يخدم دراستنا بحيث نتطرق لنقطتين هامتين:

أ- **حالة تسليم المبيع في غير الحالة التي كان عليها وقت البيع:**

إن عدم تسليم المبيع للمشتري لا يطرح إشكالا، بحيث يمكن للمشتري الامتناع عن دفع الثمن، لكن ماذا لو كان البائع سلمه المبيع في غير الحالة التي كان عليها وقت البيع؟ فهل يعتبر هذا إخلالابالالتزام بالتسليم؟

حسب مقتضيات المادة 364 ق م يعتبر هذا إخلالا بالالتزام بالتسليم، ويمكن للمشتري مطالبته بالتنفيذ العيني أي إرجاع المبيع إلى حالته الأولى إن كان ممكنا، أو المطالبة بالتعويض، أو الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى، على أن تسلم المبيع لمدة معينة دون اعتراض من المشتري يعتبر رضى بالمبيع على الحالة التي هو عليها، فما هو دور الدفع بعدم التنفيذ؟

هنا من المستحسن التفرقة بين حالتين:

- حالةاكتشاف المشتري أثناء التسليم أن المبيع قد تغيرت حالته
- حالة اكتشاف المشتري بعد التسليم أن المبيع قد تغيرت حالته

في الحالة الأولى، يمكن مباشرة للمشتري أن يرفض تسلم المبيع، والنتيجة الطبيعية لرفض التسلم هي الامتناع عن دفع الثمن.

أما في الحالة الثانية، فإنه يمتنع مباشرة عن دفع الثمن إذا ما طالبه البائع بالثمن.

ويبرز دور الدفع بعدم التنفيذ هنا في النقاط التالية:

1- إذا كان المشتري قد دفع الثمن للبائع و وجد المبيع قد تغيرت حالته، فهذا يعني أنه عليه الالتجاءإلى القضاء من أجل مطالبة البائع بإصلاح حالة المبيع أو استرداد الثمن... ومافي ذلك من ضياع للوقت والمال، وكان يكفيه أن يمتنع عن دفع الثمن، بدل أن يدفعه ثم يعمل على محاولة استرداده فيما بعد.

2- إن الامتناع عن دفع الثمن يمنح للمشتري مهلة للتفكير تمكنه من اختيار بين عدة حلول:

أ- إما التراجع عن الامتناع عن دفع الثمن، لأن تغير حالة المبيع كانت يسيرة

ب- إما مواصلة الامتناع عن دفع الثمن، من أجل دفع البائع إلى إصلاح حالة المبيع إن كان ممكنا، وإلا فسخ العقد

ت- أن تسليم المبيع دون دفع الثمن لا يمكن أن يعتبر رضى من المشتري بحالة المبيع، بينما دفع الثمن مع تسلم المبيع ولمدة معقولة يعتبر رضى بحالته، ولا يمكن فيما بعد الاعتراض على البائع

ب- حالة عدم تسليم ملحقات الشيء المبيع:

قد يكون للشيء المبيع ملحقات، مثلا من ملحقات السيارة، العجلة الاحتياطية، الوثائق الخاصة بالتأمين ...فهل عدم تسليم مثل هذه الملحقات يمكن المشتري من الامتناع عن دفع الثمن؟

لم يتطرق المشرع الجزائري إطلاقا لموضوع الملحقات، وهذا نقص تشريعي كبير يجب تداركه، فهل في غياب هذا النص لا يمكن الحديث عن الامتناع عن دفع الثمن؟ شراح القانون المدنيالجزائري، متفقونعلى إمكانية تدارك مثل هذا النقص، وذلك بالرجوع إلى المبادئ العامة، مثل قاعدة الفرع يتبع الأصل، وأحكام المادة 2/107 ق م"... لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فحسب، بل يتناول أيضا ماهو من مستلزماته..." وانطلاقا من هذا، يمكن القول بإمكانية الامتناع عن دفع الثمن من قبل المشتري، في حالة عدم تسليم ملحقات المبيع من قبل البائع، وهذا ما استقر عليه القضاء الفرنسي[1].

الفرع الثاني: تمسك البائع بالدفع بعدم التنفيذ

هذه النقطة تطرقت لها المادة 390 ق م وهي تنص: " إذا كان تعجيل الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال، جاز للبائع أن يمسك المبيع إلى أن يقبض الثمن المستحق، ولو قدم المشتري رهنا أو كفالة، هذا مالم يمنحه البائع أجلا بعد انعقاد البيع.

[1] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 795.

يجوز كذلك للبائع أن يمسك المبيع ولو لم يحل الأجل المتفق عليه لدفع الثمن، إذا سقط حق المشتري في الأجل طبقا لمقتضيات المادة 212 (المادة 211)".

باستقراء هذه المادة يتضح لنا أن هناك حالتان يجوز فيهما للبائع الامتناع عن تسليم المبيع:

أولا: الحالةالأولى.

هذه الحالة مذكورة في المادة 1/390 ق م، وهي حالة كون الثمن مستحق الأداء، لكن لم يقم المشتري بدفعه للبائع، وكان هذا الأخير لا يزال لم يسلم المبيع للمشتري، فهنا بإمكان البائع الامتناع عن تسليم الميع، وقد تأخذ هذه الحالة عدة صور عملية مثلا:

1- إذا اتفق الطرفان على جعل وقت دفع الثمن مقدما على وقت تسليم المبيع، فإذا تأخر المشتري في دفع الثمن حتى حان وقت تسليم المبيع، كان للبائع أن يمتنع عن تسليمه اياه

2- إذا اتفق الطرفان على وقت تسليم المبيع دون الاتفاق على وقت دفع الثمن، فيكون الوقتان متعاصرين، فإذا امتنع المشتري عن دفع الثمن، جاز للبائع الامتناع عن تسليمه المبيع.

ثانيا: الحالة الثانية.

وهي مذكورة في المادة 2/390 ق م، وهي الحالة التي يكون فيها الثمن مؤجلا إلى وقت لاحق لوقت التسليم، لكن هذا الأجل سقط بأحد الأسباب المذكورة في المادة 211 ق م،وقد سبق التطرق لهذه النقطة، ومانضيفه هنا يتمثل فيما يلي:

1. إن الأجل الذي يمنع البائع من الامتناع عن تسليم المبيع، هو الأجل الاتفاقي، أي الأجل الممنوح من قبل البائع للمشتري، وهذا ما تشير اليه صراحة المادة 1/390 ق م "...هذا مالم يمنحه البائع أجلا[1] بعد انعقاد البيع..." وعليه فإن الأجل القضائي لا يشكل عقبة في وجه البائع كي يمتنع عن تسليم المبيع.
2. من بين أسباب سقوط الأجل، هناك سببان يزولان إذا قدم المشتري للبائع ضمانا، وإذا زالا، فهذا يعني عدم إمكانية البائع الامتناع عن تسليم المبيع، وهذان السببان هما:

أ- حالة ضعف التأمين الذي يضمن الثمن

ب- حالة عدم تقديم المشتري للبائع ما وعد به في العقد من تأمينات

[1] أحمد خليل حسن قدادة: عقد البيع، المرجع السابق، ص 197.

بالنسبة للنقطة الأولى، إذا ضعفت التأمينات لسبب لا دخل لإرادة المشتري فيه، فهنا يسقط الأجل، ويمكن للبائع الامتناع عن تسليم المبيع، لكن إذا قدم المشتري ضمانا كافيا، امتنع على البائع عدم تسليم المبيع، لأن تقديم الضمان الكافي يمنع سقوط الأجل.

أما بالنسبة للنقطة الثانية، إذا لم يقدم المشتري للبائع ماوعد به في العقد من تأمينات، فهنا يسقط الأجل ويمكن للبائع الامتناع عن تسليم المبيع، لكن إذا قدم المشتري ماوعد به من تأمينات، زال حق البائع في الامتناع عن تسليم المبيع.

إن ابرز ما يمكن ان نلاحظه على الحالتين المذكورتين في المادة 390 ق م، ما يلي:

أن الحالة الأولى لا تطرح إشكالاعمليا ولا نظريا، فإخلال المشتري بدفع الثمن، إخلال بواجب النزاهة، الذي يفرض عليه تنفيذ عقد بصورة أمينة ومخلصة، مما يجيز للبائع الامتناع عن تسليم المبيع، بينما الحالة الثانية، فهي جديرة بالملاحظة، فهي اعتراف ثان من المشرع بفكرة الدفع بعدم التنفيذ ذي الطابع الإيجابي، فالبائع لا ينتظر حلول الأجل حتى يمتنع عن تسليم المبيع، ذلك أن هناك ظروف تدل على سوء نية المشتري، كإنقاصه للتأمينات الخاصة بفعله، أو إخلاله بوعده في تقديم تأمينات خاصة، وهذا ما جعل المشرع يقرر في مثل هذه الحالات سقوط الأجل من أجل تمكين البائع من ضمان حقوقه، ودفع المشتري لمراجعة سلوكه كأن يقدم ضمانا كافيا أو يقدم ماوعدبه من تأمينات للدلالة على حسن نيته، لسريان الأجل من جديد. ويظهر مما سبق أن المشرع أراد أن يكون عادلا في حمايته للبائع والمشتري في نفس الوقت[1]، بحيث أنه أقر فكرة الدفع بعدم التنفيذ ذو الطابع الإيجابي حماية لمصالح المشتري كما رأينا في المادة 2/388 ق م، وأقر بنفس الفكرة حماية لمصالح البائع كما في المادة 2/390 ق م.

خلاصة القول بالنسبة لتطبيقات الدفع بعدم التنفيذ في عقد البيع، أن المشرع قد خطى خطوة كبيرة عند إضفائه للطابع الإيجابي على الدفع بعدم التنفيذ (المادة 2/388 ق م و 2/390 ق م)، بدلا من الاكتفاء بالدور الدفاعي الكلاسيكي لفكرة الدفع، بحيث أنه جعل المبادرة في يد المشتري وأحيانا في يد البائع، قبل تحقق الأخطار التي تهدد مصالحهما،وهذا يتماشى تماما مع فكرة ضمان مصالح المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ضد أي سوء نية محتمل من طرف المدين، ومع محاولة إضافة قوة إضافية لفكرة الضغط على إرادة المدين لعله يراجع موقفه، ويمكن أن نعتبر ما فعله المشرع نموذجا يقتدى به ونعمل

[1] أحمد خليل حسن قدادة: عقد البيع ، المرجع السابق، ص 197.

على محاولة نقله إلى العقود الأخرى، فيصبح الدفع في مثل هذه الحالات دعوى وقائية، وهذا كله من أجل التأكيد على فعالية الدفع بعدم التنفيذ وتشجيع المتعاقدين على التمسك به.

المطلب الثاني: الدفع بعدم التنفيذ في عقد الإيجار

لم ينظم المشرع الجزائري أحكام الدفع بعدم التنفيذ في عقد الإيجار، في شكل نصوص قانونية مثلما فعل في عقد البيع، وربماعذره في ذلك انه اكتفى بالقواعد العامة للدفع بعدم التنفيذ المذكورة في المادة 123 ق م، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، أحالنا إلى أحكام عقد البيع في بعض الأحيان مثل المادة 478 ق م الخاصة بالالتزام بتسليم العين المؤجرة، لكن على اعتبار ان عقد الإيجار من العقود الزمنية، أفلا تؤثر هذه الخاصية على تطبيق القواعد العامة للدفع بعدم التنفيذ على مثل هذا العقد؟

وهذا الأمريجعلنا نطرح بصورة جدية مسألة:ماهو مجال التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في عقد الإيجار و ما هي شروطه؟

الفرع الأول: مجال التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في عقد الإيجار

لم يورد المشرع الجزائري تعريفا لعقد الإيجار في القانون المدني الجزائري، وعموما يعرفه الفقه على أنه "عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم"، فهو عقد يرتب التزامات في جانب المؤجر والمستأجر، وكلما اخل أحدهما بالتزاماته، جاز للآخر الامتناع عن تنفيذ التزامه، فيجوز للمستأجر التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا أخل المؤجر التزاماته المتمثلة في:

الالتزام بتسليم العين المؤجرة، الالتزام بتعهد العين المؤجرة بالصيانة، الالتزام بالضمان وهو على شقين: الالتزام بضمان التعرض، والالتزام بضمان العيوب الخفية، ويجوز أيضا للمؤجر التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا أخلالمستأجر بالتزاماته وأهمها دفع الأجرة.

وأهم مايلاحظ في هذا الشأن سواء بالنسبة للمؤجر أو المستأجر، أن الحالة الوحيدة الجديرة بالدراسة هي حالة تمسك المستأجر بالدفع بعدم التنفيذ نتيجة إخلال المؤجر بالتزامه بالصيانة، بينما باقي الحالات المذكورة يكفي فيها الرجوع إلى القواعد العامة، ومن هنا سنركز على هذه الحالة فقط[1].

إخلال المؤجر بالتزامه بصيانة العين المؤجرة:

[1] محمدي فريدة: محاضرات في عقد الإيجار، مطبوعة لطلبة السنة الثالثة، معهد الحقوق، بن عكنون، السنة الدراسية، 2001/2000، ص1.

نص المشرع الجزائري على الالتزام بصيانة العين المؤجرة في المادة 479 ق م ج "على المؤجر أن يتعهد بصيانة العين المؤجرة لتبقى على الحالةالتي كانت عليها وقت التسليم، ويجب عليه أن يقوم بجميع الترميمات الضرورية دون الترميمات الخاصة بالمستأجر.." والترميمات المقصودة هنا هي الترميمات الضرورية لانتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، ولقد أوردت المادة 2/479 ق م أمثلة على ذلك، أهمها:

تجصيص الأسطح، تنظيف الآبار والمراحيض ومصارف المياه، ولهذا الموضوع أهميته الكبرى سواء من الناحية النظرية أو العملية، فمن الناحية النظرية كان مثار جدل فقهي كبير في فرنسا وفي مصر، فمنهم من رفض منح المستأجر حق التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، ومنهم من أيد ذلك، ومن الناحية العلمية، نلاحظ أن أغلب النزعات المعروضة على القضاء تتعلق بهذه النقطة، إذن فالسؤال الواجب طرحه هنا: هل يمكن للمستأجر الدفع بعدم تنفيذ التزامه بدفع الأجرة نتيجة إخلال المؤجر بالتزامه بصيانة العين المؤجرة؟ هذا ما سنتناوله بالبحث متعرضين في ذلك لموقف الفقه والقضاء في هذه المسألة.

أولا: موقف الفقه:

1- الفقه الرافض منح المستأجر حق التمسك بالدفع بعدم التنفيذ:

أ- **الفقه الفرنسي:** أبرز الفقهاء المعارضين منح المستأجر حق الامتناع عن دفع الأجرة، نتيجة إخلال المؤجر بالتزامه بالقيام بالترميمات الضرورية للعين المؤجرة، الفقيهان: **كاربونييه وسافيتيه،** فالأستاذ **كاربونييه،** نادى بضرورة التمييز بين الالتزامات الرئيسية والالتزامات الثانوية، وبناءا على هذا المعيار، لا يمكن الامتناع عن تنفيذ التزام رئيسي، إذا كان إخلال الطرف الثاني يتعلق بالتزام ثانوي فقط، فبصدد عقد الإيجار لا يمكن للمستأجر الامتناع عن دفع أجرة للمؤجر بسبب إخلال هذا الأخير بالقيام بالترميمات الضرورية، لأن الالتزام الرئيسي للمستأجر هو دفع الأجرة، والالتزام الرئيسي للمؤجر هو تمكين المستأجر من الانتفاع الهادئ بالعين المؤجرة، وعليه فإن الالتزام بالقيام بالترميمات الضرورية التزام ثانوي، لا يمكن أن يقابل الالتزام بدفع الأجرة،[1] هذا ما توصل إليه الأستاذ **كاربونييه،** وهو بصدد التعليق على قرار لمحكمة النقض الفرنسية –الغرفة الاجتماعية- بتاريخ 13 جانفي 1944، حيث رأى أنه ليس من حسن النية التمسك بالإخلال بالتزام ثانوي من أجل وقف تنفيذ الالتزام الرئيسي، ونفس الفكرة لمسناها عند الأستاذ**سافييه،** فمن

[1] سمير تانغو، عقد الإيجار، منشأ المعارف ، الإسكندرية، ط98/97، ص 148.

جملة المعايير التي وضعها للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، معيار التوازن، ورأى أنه في مادة الإيجار، مادام أن المستأجر مقيم في العين المؤجرة، فهذا يعني أن المؤجر قد نفذ التزامه الرئيسي، فلا يمكن للمستأجر بعد ذلك الامتناع عن دفع الأجرة بحجة عدم القيام بالترميمات[1].

ب-**الفقه العربي**[2]: من أبرز الفقهاء العرب الذين رفضوا منح المستأجر حق الامتناع عن دفع الأجرة لعدم قيام المؤجر بالترميمات الضرورية على العين المؤجرة، الأستاذ المرحوم **سليمان مرقس**، واعتمد على الحجج التالية:

1. لا يجوز السماح للمستأجر عن الامتناع عن تنفيذ التزامه الرئيسي بدفع الأجرة لمجرد ادعائه إخلال المؤجر بتنفيذ أحد التزاماته الثانوية.
2. إن الالتزام بالقيام بالترميمات الضرورية، التزام يحتمل المنازعة، فمنح المستأجر حق الامتناع عن دفع الأجرة، يعني جعل المؤجر تحت رحمة المستأجر، فكلما أراد أن يمتنع عن دفع الأجرة، ادعى حاجة العين المؤجرة إلى بعض الترميمات الضرورية.
3. إن القضاء المصري منح المستأجر حق الامتناع عن دفع الأجر، نتيجة إخلال المؤجر بالالتزام بالقيام بالترميمات الضرورية، لكن بشرط أن يكون هناك تعهد صريح من المؤجر بإجراء هذه الترميمات، إذن هذه الحالة تختلف عن حالة الترميمات التي يقع على المؤجر واجب القيام بها في أثناء انتفاع المستأجر بناءا على التزامه بالصيانة.
4. أن القضاء الفرنسي مستقر على هذا الحل.

الفقه المؤيد من منح المستأجر حق التمسك بالدفع بعدم التنفيذ:

أ- **الفقه الفرنسي:** من الفقهاء البارزين الذين أيدوا منح المستأجر حق الامتناع عن دفع الأجرة نتيجة إخلال المؤجر بالتزامه بالصيانة، الأستاذ **كولان وكابيتان**، ومن الأساتذة المعاصرين: الأستاذ **بيليبو**، والأستاذة **مالكي**، ومن أهم حججهم:

1- أن تقسيم الالتزامات إلى التزامات رئيسية ثانوية ماهو إلا تقسيم تقني فقط[3].

---

[1] سمير تناغو، عقد الإيجار، المرجع نفسه، ص 149.

[2] عبد الرزاق السنهوري، عقد الإيجار والعارية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ب سنة، ص 265.

[3] سمير تناغو، عقد الإيجار، المرجع السابق، ص 150.

2- إن محاولة استناد القضاء الفرنسي على المادة 1728 ق م ف، ماهوإلا تفسير خاطئ للمادة، فكل ماتقضي به المادة هو أنه على المستأجر دفع الأجرة في المواعيد المحددة، لكن مادام المؤجر لم ينفذ احد التزاماته المفروضة عليه قانونا، فشروط الدفع بعدم التنفيذ إذن متوفرة.

ب- **الفقه العربي:** وعلى رأس هؤلاء الأستاذ المرحوم **عبد الرزاق السنهوري**، والأستاذ**سمير عبد السيد تانغو**، ومن أهم حججهم:

1. لا يمكن بأي حال من الأحوال وصف التزام المؤجر بالقيام الترميمات الضرورية للانتفاع بالعين المؤجرة، بالالتزام الثانوي، بل هو من التزامات المؤجر الهامة المنصوص عليها صراحة في القانون المدني.
2. إذا كان الالتزام بالقيام بالترميمات الضرورية، التزاما يحتمل المنازعة، فليس هذا مبررا لرفض حق التمسك بعدم دفع الأجرة، لأن كل الحقوق قد يساء استعمالها، و تدخل القضاء قد يحسم المسألة.
3. إن قيام المؤجر بالترميمات الضرورية لن يلحق هذا الأخير أي ضرر، فإذا كانت الترميمات بسيطة بالنسبة للأجرة، فهو يقوم بها ثم يرجع بعد ذلك على المستأجر إذا كان ينازع في القيام بالترميمات، وإذا كانت هذه الترميمات جسيمة، فمن الظلم أن نجبر المستأجر على دفع الأجرة رغم حاجة العين المؤجرة إلى ترميمات[1].
4. إن الامتناع عن دفع الأجرة دون وجه حق، يخول المؤجر المطالبة بالأجرة قضائيا أوإنهاء عقد الإيجار.
5. إن القانون المدني المصري القديم، لم يكن يلزم المؤجر بالقيام بالترميمات الضرورية، بحيث كان المؤجر لا يلزم بالصيانة إلا إذا وجد اتفاق على ذلك، لكن القانون المدني المصري الحالي، يفرض ذلك على المؤجر، وبالتالي فالقانون أصبح يقوم مقام الاتفاق في القانون المدني القديم، وعليه فإن الاحتجاج بالحكم القضائي السابق، يصبح حجة على الأستاذ **سليمان مرقس** لا حجة له.

ثانيا: موقف القضاء:

1- **القضاءالفرنسي:** وهنا نميز بين موقفه قبل سنة 1969 وموقفه بعد سنة 1969:

[1] عبد الرزاق السنهوري، عقد الإيجار والعارية، المرجع السابق، ص 267.

أ- **موقفه قبل سنة 1969:** كلما تعلق الأمر بالدفع بعدم التنفيذ، كان القضاء الفرنسي يردد عبارة ارتباط الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين، وكنتيجة طبيعية لهذا الارتباط، إذا أخل أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للآخر الامتناع عن تنفيذ التزامه هو أيضا، ولقد طبق القضاء هذه القاعدة على الإيجار، وقضى انه كلما امتنع المؤجر عن إجراء الترميمات الضرورية، جاز للمستأجر الامتناععن دفع الأجرة، ولقد تعددت أحكام القضاء الفرنسي في هذا الاتجاه، نذكر منها: باريس 9 افريل 1954،نقض اجتماعي فرنسي 31 ماي 1956، نقض اجتماعي فرنسي 10 افريل 1959...

ب- **موقفه بعد سنة1969:** ابتداء من هذا التاريخ، سار القضاء الفرنسي في اتجاه معاكس لما سبق ذكره، وأصبح يقضي بعدم إمكانية الامتناع عن دفع الأجرة من قبل المستأجر نتيجة إخلال المؤجر بالالتزام بالقيام بالترميمات الضرورية، وتعددت الأحكام القضائية في هذا الاتجاه، نذكر منها: نقض مدني فرنسي 16 أفريل 1969، نقض مدني فرنسي 28 مارس 1972[1]، وبتفحص هذه الأحكامنجد أن التبرير الذي اعتمدته يتمثل في النقاط التالية:

1. تفادي كثرة الاعتراضات المرفوضة من قبل المستأجرين.
2. الاعتماد على نص المادة 2/1728 ق م ف التي تلزم المستأجر بدفع الأجرة للمؤجر
3. أنالالتزام بالقيام بالترميمات الضرورية دين غير مقدر وهو يحتمل المنازعة.

2- القضاء المصري:

حسب فقهاء القانون المدني المصري، إن القضاء المصرييميل إلى منح المستأجر إمكانية الامتناع عن دفع الأجرة إذا ما أخل المؤجر بالالتزام بالصيانة، واستشهدوا بالحكم التالي: "التزم المؤجر في عقد الإيجار بالقيام بعمل إصلاحات معينة مقدرة في العين المؤجرة، فلا يجوز له مطالبة المستأجر بالأجرة إلا إذا قام أولا بما التزم به من إصلاحات، لأن الأجرة هي مقابل الانتفاع بالعين المؤجرة، فإذا فوت المؤجر الانتفاع على المستأجر بإهماله القيام بما التزم به، يكون من حق المستأجر قانونا فوق طلب الفسخ، وطلب إلزام المؤجر بعمل الإصلاحات أو الإذن له هو بعملها على حسابه،وطلب إنقاص الأجرة، أن يدفع بعدم استحقاق المؤجر للأجرة كلها أو بعضها".

[1] سمير تانغو، عقد الإيجار، المرجع السابق، ص 151.

إن الرأي الذي يؤيد منح المستأجرحق التمسك بالدفع بعدم التنفيذ عند إخلال المؤجر بالتزامه بالصيانة هوالرأي الذي يجب أن يسود في ظل المرسومالتشريعي 93_03 المتعلق بالنشاط العقاري والمرسوم التنفيذي 94_69 الخاص بنموذج عقد الإيجار، فمن المعلومأن هذين المرسومين حسب شراح القانون المدني الجزائري، جاء بمعطيات جديدة تكرستفضيل المؤجرين على حساب المستأجرين من أجل تدعيم السياسة الاستثمارية للجزائر في مجال العقارات من خلال إلغاء حق البقاء..وفيما يخص موضوعنا يظهر تفضيل المؤجر على حساب المستأجر من خلال نص المشرع في المادة 1/9 من مرسوم 94_69 تحت عنوان انفصام العلاقات بين المؤجر والمستأجر "يحتفظ المؤجر بحق فسخ هذا العقد بسبب مايأتي:

- عدم دفع...شهر من الإيجار" وهذا نص خطير جدا، لأنه يوحي، أنه يجوز للمؤجر فسخ عقد الإيجار لامتناع المستأجر عن دفع الأجرة، دون التفات إلى الأسباب التي كانت وراء هذا الامتناع، حتى ولو كانت شرعية مثل إخلال المؤجر بالتزامه بالصيانة، وفي غياب أحكام قضائيةيمكن الاهتداء بها لمعرفة موقف القضاء اتجاه نص المادة 1/9 من مرسوم 94_69 وتقول الأستاذة إن مايوحي به نص المادة 1/9 من مرسوم 94 _69 مرفوض جملة وتفصيلا، وهذا لعدة أسباب:

أ- إذا كان غرض المشرع من خلال نص المادة 1/9 من مرسوم 94 _69 محاولة تدعيم الاستثمار في مجال العقارات فإنه يبدو لي انه لا علاقة للاستثمار بمنح المؤجر حقا مطلقا في فسخ العقد، بل بالعكس، إن مثل هذا النص يعرقل هذا الاتجاه، فهو يجعل المستأجر تحت رحمة المؤجر، ومن ثم متى بدى للمؤجر فسخ العقد امتنع عن تنفيذ بعض التزاماته من أجل دفع المستأجر إلى عدم الوفاء بالأجرة، وهذا كله يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات في المجال العقاري، مما يكون له عواقب وخيمة على الاقتصاد ككل.

ب-إن نص المادة1/9 من مرسوم 94 _69 مخالف لأحكام القانون المدني باعتباره الشريعة الام، فالمشرع الجزائري نص على الالتزام بدفع الأجرة في المادة 498 ق م، ولم يشر إلى إمكانية فسخ[1]العقد من قبل المؤجر عند إخلال المستأجر بدفع الأجرة، وإنما أشار إلى ضمانات خاصة تضمن الوفاء بالأجرة(المادة 500و 501 ق م) ولهذا وجب الرجوع في هذا الصدد للقواعد العامة لنظرية الفسخ، وهذه الأخيرة تجيز للمؤجر فسخ العقد، لكن ليس بصورة مطلقة كما جاء

[1]محمدي فريدة، المرجع السابق، ص 5.

في نص المادة 1/9 من مرسوم 94 _69، فالفسخ لا يكون إلا إذا أخل الطرف الآخر بالتزاماته لكن بشرط إلا يكون طالب الفسخ سببا في عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته[1]، ومن هنا نقول إن المؤجر إذا أخل بالتزامه بالصيانة، فهو المتسبب في امتناع المستأجر عن دفع الأجرة، ومن ثم لا يجوز له المطالبة بفسخ العقد، فحقه في الفسخ مقيد، لا مطلق كما يوحي به نص المادة 1/9 من مرسوم 94 _69

ت- إن نص المادة 1/9 مخالف للمرسوم 94 _69 نفسه، فهذا المرسوم ينص صراحة على التزامات المؤجر في المادة 7 منه، ومن بينها الالتزام بالصيانة، وهذا في الفقرة 2 منه "صيانة المحلات.." ومن ثم فإنه من غير المعقول منح المؤجر حق الفسخ المطلق، حتى ولو كان مخلا بالتزاماته المنصوص عليها في المرسوم نفسه.

الفرع الثاني: شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في عقد الإيجار

عند الاطلاع على المواد القانونية المنظمة لعقد الإيجار في القانون المدني الجزائري، نجدها لا تشير إطلاقا إلى حالات التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، حتى ولو تعلق الأمر بحالة الالتزام بصيانة العين المؤجرة،وهذا نقص تشريعي كبير، على المشرع الجزائري تداركه فورا، ولا يكفي القول إن المشرع قد اكتفى في ذلك بالقواعد العامة حسب المادة 123 ق م، أو ببعض الحالات على أحكام عقد البيع، مثلما هو الشأن بالنسبة للمادة 478 ق م، ذلك أن لعقد الإيجار من الخصائص ما يجعله متميزا عن باقي العقود فهو عقد زمني، كماأنه ينصب على الانتفاع بشيء معين، لهذا يبدوا أن شروط المادة 123 ق م لا تكفي لوحدها، بل لابد من شروط إضافية تتلاءم مع خصائص عقد الإيجار، خاصة بالنسبة لحالة الإخلال بالالتزام بصيانة العين المؤجرة، الحالة التي سنركز عليها هنا.فماهي هذه الشروط الإضافية؟

أولا: شرطالاعذار

لقد سبق وأن قدمنا الاعذار كشرط شكلي للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ[2]،ويتأكد هذا الطرح بصورة جدية إذا تعلق الأمر بعقد الإيجار، وهذا رغم معارضة بعض الفقهاء لمثل هذا الاقتراح على أساس:

[1] فيلالي، المرجع السابق، ص 351.

[2] فيلالي، المرجع السابق، ص 352.

1. أن الدفع بعدم التنفيذ شكل من أشكال العدالة الخاصة، فلا يحتاج لمثل هذه الشروط الشكلية
2. أن الأثر المترتب على الدفع بعدم التنفيذ، مجرد أثر مؤقت، فلا يحتاج مثل الفسخ إلى ضرورة الاعذار.
3. كما أن القضاء الفرنسي قضى بإلغاء شرط الاعذار عند التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وهذا في القرار الشهير لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1970/01/27.لكن يبدو أن شرط الاعذار يتلاءم مع خصوصيات عقد الإيجار،وهذا لعدة أسباب:

1. أن شرط الاعذار يعمل على الانقاص من مخاطر العدالة الخاصة، فبواسطة هذا الأجراء لا يتفاجأ المؤجر من امتناع المستأجر عن دفع الأجرة.
2. من الناحية العملية، إن استمرار المستأجر في الوفاء بالأجرة، هو وسيلة تمكن المؤجر من القيام بالالتزام بالصيانة، وعليه فلا يقبل تعجيزه بالامتناع عن الوفاء ثم الإصرار على تنفيذ الالتزام بالصيانة، وإنما المعقول أن للمستأجر الامتناع عن دفع الأجرة بعد إثباته لتقاعس المؤجر عن تنفيذ التزامه، وهذا لا يكون إلا بعد إعذاره ودعوته إلى ترميم العين
3. من الناحية العملية، يلجأ المستأجرون إلى الاعذار قبل التمسك بالامتناع عن دفع الأجرة، فلماذا لا نقنن مثل هذا الاتفاق؟
4. أن الاعذار ماهو إلا إثبات لحسن نية المستأجر، وأن العين المؤجرة تحتاج فعلا إلى ترميمات، وهذا مايؤكد لنا مرة أخرى العلاقة الوطيدة بين فكرة حسن النية وفكرة الدفع بعدم التنفيذ.
5. إن القضاء الفرنسي في بعض أحكامه اشترط الاعذار عند التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، ففي حكم بتاريخ 25 جويلية 1951 صادر عن مجلس سان مولو، رفض هذا الأخير امتناع المستأجر عن دفع الأجرة نتيجة إخلال المؤجر بالالتزام بالصيانة،ومن الأسباب التي اعتمد عليها المجلس، إخلال المستأجر بشرط توجيه إعذار للمؤجر، والأكثر من هذا، أنه حتى بعد صدور قرار 1970/1/27 استمرت محكمة النقض الفرنسية في اشتراط الاعذار عندما يتعلق الأمر بعقد الإيجار،كما جاء في قرار 1973/12/11.

وهذا اتجاه صائب يجب التمسك به، ومن ثم نؤكد على ضرورة اشتراط الاعذار خاصة عندما يتعلق الأمر بعقد الإيجار[1].

ثانيا: شرط الاستحالة المطلقة للانتفاع بالعين المؤجرة

من المعلوم أن عقد الإيجار من العقود المتعلقة بالانتفاع بالشيء، لهذا أورده المشرع الجزائري في القانون المدني بالباب الثامن تحت عنوان العقود المتعلقة بالانتفاع بالشيء، وعليه انطلاقا من هذا التصور كان لزاما على المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، ومتى استطاع المستأجر الانتفاع بهذه العين، حتى ولو احتاجت إلى بعض الترميمات الضرورية التي لا تعرقل انتفاعه بها انتفاعا كليا، امتنع عليه رفض دفع الأجرة للمؤجر، وكان بإمكانه القيام بها ويرجع بعد ذلك على المؤجر، ورغم وجاهة هذا الرأي عارضه بعض الفقهاء على أساس:

1. ان عدام التنفيذ الجزئي للالتزامات لا يحول دون التمسك بالدفع بعدم التنفيذ
2. إن اشتراط الاستحالة المطلقة للانتفاع بالعين المؤجرة يعني بكل بساطة سلب الدفع بعدم التنفيذ أحد أبرز مقوماته، باعتباره وسيلة ضغط على المدين المتقاعس عن تنفيذ التزاماته.

لكن عند التمعن في خصوصيات عقد الإيجار،خاصة خاصية الانتفاع مقابل الأجرة، لا يسعنا إلا أن نؤكد على ضرورة اشتراط الاستحالة المطلقة للانتفاع بالعين المؤجرة حتى يتمكن المستأجر من الامتناع عن دفع الأجرة نتيجة إخلال المؤجر بالتزامه بالصيانة، وهذا لعدة أسباب:

أ- إن عدم اشتراط الاستحالة المطلقة يعني جعل المؤجر تحت رحمة المستأجر، فكلما بدى له الامتناع عن دفع الأجرة، احتج بحاجة العين المؤجرة للصيانة، حتى ولو كانت لا تعرقل انتفاعه.

ب-أن عدم التنفيذ الجزئي للالتزامات، حقيقة لا يحول دون التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، لكن إذا كان هذا التنفيذ الجزئي للالتزامات قد حقق لوحده الفائدة المرجوة من العقد، وبقي جزء آخر لا يؤثر على مصلحة الدائن، فإنه ليس من حسن النية التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، ففي عقد الإيجار إذا استطاع المستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة رغم حاجتها لبعض الترميمات، فهذا يعني أن الغاية المرجوة من عقد الإيجار بالنسبة له قد تحققت، وبالتالي لا يجوز له الامتناع عن دفع الأجرة،

[1] رمضان أبو السعود: العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة في الإيجار، منشاة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص 392.

ومن الناحية العملية من الأفضل أن يقوم المستأجر بإجراء الترميمات على نفقته ثم يعود بها على المؤجر[1].

ت- إن حماية المستأجر نتيجة منحه حق الامتناع عن دفع الأجرة، يجب أن تقابلها أيضا حماية للمؤجر، ولا يكون هذا إلا بتوضيح شروط الامتناع عن دفع الأجرة، ومن بينها شرط الاستحالة المطلقة للانتفاع بالعين المؤجرة.

ث- إن هذا الشرط قضت به محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها، وهذا ما جاء به صراحة في قضية الزوجين Tran Van Oanh ضد شركة Blan_Bessieres بتاريخ 31 أكتوبر 1978 حيث ارتبط الطرفان بعقد، أجر من خلاله الزوجان محلا للشركة بغرض استعماله للتنظيف بواسطة آلات أوتوماتيكية، لكن سرعان ما استعمل الزوجان مدخنة متواجدة في العقار من أجل تصريف بعض الغازات المنبعثة من آلات ملك لهما، مما حال دون انتفاع الشركة بآلاتها المتواجدة في المحل المؤجر، مما دفعها إلى الامتناع عن دفع الأجرة، لكن محكمة النقض الفرنسية رفضت منح الشركة هذا الحق لأن استحالة الانتفاع لم تكن مطلقة.

خلاصةالقول أنه بالنسبة لعقد الإيجار، من الواجب على المشرع الجزائري التدخل بنص قانوني في القانون المدني يوضح فيه مسألة الامتناع عن دفع الأجرة نتيجة إخلال المؤجر بالتزامه بالصيانة[2]،

[1] عبد الرزاق السنهوري، عقد الإيجار والعارية، المرجع السابق، ص 268.

[2] لم يتطرق المرسوم التنفيذي رقم 94_64 المؤرخ في 19 مارس 1994 المتضمن نموذج عقد الإيجار المنصوص عليه في المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم93_05 ج ر العدد 17. هو أيضا لإمكانية الامتناع عن دفع الأجرة كتطبيق للدفع بعدم التنفيذ.

المطلب الثالث: الدفع بعدم التنفيذ في عقد التأمين

من المتفق عليه فقها أن عقد التأمين عقد ملزم للجانبين، بحيث يترتب عليه التزامات في جانب المؤمن والمؤمن له، فالمؤمن يلتزم بدفع مبلغ التعويض، والمؤمن له يلتزم بدفع الأقساط، فمن المفروض أن الدفع بعدم التنفيذ يجد تطبيقا له، لكن إذا علمنا أن عقد التأمين عقد منظم من طرف المشرع الجزائري تنظيما قانونيا دقيقا، أمكننا أن نتساءل بكل جدية عن المكانة التي يمكن أن يجدها الدفع بعدم التنفيذ ضمن هذا التنظيم القانوني،ومن ثم عدة تساؤلات قد تطرح، سنقتصر على أهمها بالقدر الذي يخدم موضوعنا.

فإذا كان المشرع قد أجاز في المادة 16 من قانون التأمينات الجديد لسنة 1995 وقف الضمان نتيجة إخلال المؤمن له بالتزامه بدفع الأقساط، فهل يعتبر هذا الوقف تطبيقا للدفع بعدم التنفيذ؟ وإذا كان المشرع حسب المادة 59 من نفس القانون، يجيز للغير رفع دعوى مباشرة ضد شركة التأمين (المؤمن)، فهل يمكن الاحتجاج ضد هذا الأخير بالدفع بعدم التنفيذ؟ ولمعالجة هذين التساؤلين، سنخصص فرعا لكل منهما.

الفرع الأول: مدى اعتبار وقف الضمان طبقا للمادة 16 من قانون التأمينات تطبيقا للدفع بعدم التنفيذ

إن وقف الضمان طبقا للمادة 16 من قانون التأمينات جزاء يترتب على إخلال المؤمن له بدفع الأقساط في التأمين على الأضرار، لكن قبل الوصول إلى وقف الضمان، لابد من احترام بعض الاجراءات التي تلخصها لنا المادة 16:

1- أن يذكر المؤمن المؤمن له بتاريخ الاستحقاق، ويجب أن يرد هذا التذكير شهرا على الأقل قبل حلول الأجل (المادة 1/16)

2- على المؤمن له الوفاء بالقسط خلال 15 يوما على الأكثر، وهو أجل يسري ابتدءا من تاريخ استحقاق القسط (المادة 1/16)

3- إذا انقضى هذا الأجل، وجب على المؤمن إعذار المؤمن له برسالة مضمونة الوصول مع الإشعار بالاستلام، وتمنح للمؤمن له مهلة 30 يوما تسري ابتداء من انقضاء أجل 15 يوما السالف ذكرها (المادة 1/16)[1]

وإذا لم يدفع المؤمن له الأقساط الواجبة رغم كل هذا، يقع وقف الضمان تلقائيا، وأي خطر يتحقق خلال هذا الوقف لا يلزم المؤمن بضمانه، في حين يبقى المؤمن له ملزما بدفع الأقساط. و التساؤل ا لمطروح، هل يعتبر هذا الوقف تطبيقا للدفع بعدم التنفيذ؟

بعض الفقهاءعارض هذه الفكرة بشدة، ومن جملة الحجج المعتمد عليها مايلي:

1. أن وقف الضمان منظم تنظيما قانونيا محكما، بينما الدفع بعدم التنفيذ تحكمه مبادئ القانون المدني،ويقع بمجرد توافر شروطه دون حاجة إلى كل الاجراءات السالف ذكرها.
2. أن من بين شروط وقف الضمان،ضرورة الاعذار ،وهو شرط لا يعرفه الدفع بعدم التنفيذ.
3. أن الأثر المترتب على وقف الضمان أثر نهائي بالنسبة للمرحلة السابقة لدفع الأقساط، فلا تعويض عن أي خطر في فترة وقف الضمان، بينما الأثر المترتب على الدفع بعدم التنفيذ أثر مؤقت، بحيث كلما عاد الطرف المخل بتنفيذ التزامه، عاد العقد إلى السريان من جديد.
4. أن فكرة وقف الضمان لا تتماشى إطلاقا مع الأساس القانوني للدفع بعدم التنفيذ، فأثناء [2]فترة وقف الضمان، يسقط التزام المؤمن، بينما يبقى التزام المؤمن له بدفع الأقساط قائما، و هذا يتنافى مع فكرة ارتباط الالتزامات التي يقوم عليها الدفع بعدم التنفيذ.

بعد عرض هذه الحجج، يبدو أن الكثير لا يمكن التسليم بها على أساس:

1- بالنسبة للحجة الأولى: كون وقف الضمان منظم تنظيما قانونيا محكما، يمكن ردها على النحو التالي:

أ- أن تنظيم المشرع لوسيلة قانونية ما تنظيما محكما، ليس معناه ابتداع وسيلة قانونية جديدة، وإنما كل ما في الأمر أن هذا التنظيم جاء من أجل تحقيق بعض الأهداف المتوخاة من طرف المشرع، ففيما يتعلق بموضوعنا، فإن تنظيم وقف الضمان باعتباره تطبيقا للدفع بعدم التنفيذ، الحكمة منه حماية المؤمن له حتى لا يكون هناك إجحاف في حقه إذا ما طبقنا الدفع بعدم التنفيذ كما هو منظم

[1] عبد المنعم البدراوي، العقود المسماة، الإيجار والتأمين، الأحكام العامة، مكتبة وهبة، 1968، ص 347.

[2] عبد المنعم البدراوي، المرجع نفسه، ص348.

في القانون المدني، فالدفع بعدم التنفيذ بمجرد توافر شروطه يطبق أوتوماتيكيا، و هذا لا يتلاءم مع خصوصيات عقد التأمين، فمن الممكن جدا أن يكون عدم الوفاء بالقسط راجعا إلى نسيان المؤمن له لميعاد استحقاق القسط، خاصة إذا كان القسط واجب السداد بمقر شركة التأمين، كما أن هذا التطبيق الأوتوماتيكي إجراء خطير جدا، ذلك أنه إذا ما تحقق الخطر أثناء فترة وقف الضمان، فهذا يعني حرمان المؤمن له من مبلغ التعويض مع بقائه ملتزما بالقسط.

ب- إن تنظيم المشرع لوقف الضمان باعتباره تطبيقا للدفع بعدم التنفيذ، أمر ليس مقصورا على الدفع بعدم التنفيذ، فهناك عدة وسائل قانونية أخرى نظمها المشرع لاعتبارات ما، نذكر منها أقرب وسيلة للدفع وهي الفسخ، فالفسخ منظم بمقتضى المادة119 إلى 122 ق م، لكن إذا تعلق الأمر ببيع العروض والمنقولات، فقد خرج المشرع على الأحكام العامة للفسخ، ونظم فسخ عقد البيع في هذه الحالة بمقتضى المادة 392 ق م، وفق شروط تتلاءم مع هذا النوع من البيع، ورغم هذا لا يوجد أحد من الفقهاء من يدعي أن الأجراء الخاص بالمادة 392 ق م ليس فسخا، وكل مافي الأمر، أنه فسخ منظم قانونيا، أطلق عليه الأستاذ **بلعيور عبد الكريم**[1]تسمية "الفسخ بإرادة البائع بناءا على نص قانوني" ومن هنا يمكن تسمية الحالة التي نحن بصدد دراستها تسمية "الدفع بعدم تنفيذ المؤمن لالتزامه بناء على نص قانوني".

2- **بالنسبة للحجة الثانية:** والمتعلقة باشتراط الاعذار قبل وقف الضمان، فيمكن ردها على النحو التالي:

أ- أن شرط الاعذار يتماشى مع الاقتراح الذي تقدمنا به سابقا، والمتمثل في ضرورة اشتراط الاعذار كشرط شكلي للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ.[2]

ب- أن اشتراط الاعذار في حالة وقف الضمان، أمر فرضته خصوصيات عقد التأمين، ذلك أن الحكمة من شرط الاعذار في هذه الحالة، هي تنبيه المؤمن له على دفع الأقساط حتى يتفادى المشاكل الممكن أن تترتب على عدم دفع الأقساط، وأبرزها عدم تعويض الأخطار الواقعة أثناء فترة الوقف، مع بقاء المؤمن له ملزما بدفع الأقساط.

---

[1]تنص المادة 392 ق م "في بيع العروض وغيرها من المنقولات، إذا عين أجل لدفع الثمن وتسلم المبيع، يكون البيع مفسوخا وجوبا في صالح البائع ودون سابق إنذار إذا لم يدفع الثمن دون حلول الأجل وهذا مالم يوجد اتفاق على خلاف ذلك.

[2]بلعيور عبد الكريم: المرجع السابق، ص 268.

ت- إن اشتراط الاعذار ليس شرطا غريبا عن الدفع بعدم التنفيذ، ذلك أنه من الممكن جدا أن يضمن المتعاقدان عقدهما شرطا يقضي بضرورة الاعذار قبل التمسك بالدفع بعدم التنفيذ.

3. إن اعتبار وقف الضمان ذو أثر نهائي بالنسبةللمرحلة السابقة (أي لا تعويض عن الأخطار التي تحدث أثناء وقف الضمان)، بينما الدفع بعدم التنفيذ ذو أثر مؤقت، أمر من السهل الرد عليه، ذلك أن محاولة إعمال الأثر المؤقت للدفع في مجال عقد التأمين فيه إجحاف كبير في حق المؤمن من جهة[1]، وتشجيع للمؤمن له على عدم تنفيذ التزامه من جهة أخرى، فأي مؤمن له يعلم أنه بمجرد دفع الأقساط في أي وقت يريد، يلزم المؤمن بدفع مبلغ التعويض حتى عن الأخطار السابقة عن دفع الأقساط، يجعله ينفذ التزامه في أي وقت شاء، وهكذا يصبح المؤمن تحت رحمة المؤمن له[2].

4. إن أهم حجة تمسك بها من رفض اعتبار وقف الضمان تطبيقا للدفع بعدم التنفيذ، هي الأثر المترتب على الوقف، حيث أنه يؤدي إلى وقف التزام المؤمن فقط دون المؤمن له، أي لا يؤدي إلى وقف العقد،وكان من المفروض أن يقابل التزام المؤمن التزام المؤمن له كما تقضي به فكرة ارتباط الالتزامات، فوقف التزام المؤمن يجب أن يؤدي إلى وقف التزام المؤمن له هو أيضا، وهذا مالا يحققه الوقف، ويمكن رد هذه الحجة على النحو التالي:

أ- أن فكرة ارتباط الالتزامات_ كما تم توضيح ذلك سابقا_[3]لا تعتبر الأساس القانوني الأمثل لفكرة الدفع بعدم التنفيذ، وعجزها في الحالة المدروسة حاليا، خير دليل على عجزها في تفسير الدفع بعدم التنفيذ.

ب- أن الأساس الأمثل لتبرير الدفع بعدم التنفيذ _ كما تم توضيح ذلك سابقا[4]- هو فكرة حسن النية، وهذه الفكرة تتلاءم بصورة كبيرة مع خصوصيات عقد التأمين، خاصة وأن هذا العقد يصفه الفقهاء بأنه

[1] عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، مج 7، ج 2، عقود الغرر، المرجع السابق، ص 1309.

[2] بلعيور، المرجع السابق، ص 96_98

[3] عبد الرزاق السنهوري، عقود الغرر، المرجع نفسه، ص 103_104.

[4] من أجل دفع هذه الحجة وتبرير هذا التحوير، قال الأستاذ البدراوي: "..ولكن يجب ألا يغيب عن الذهن أننا في مجال نوع خاص من العقود، وهو عقد التأمين، فالمؤمن يعول دائما على مجموع الأقساط لتغطية الحوادث التي يتعرض لها فالقسط

النموذج الأمثل لعقود حسن النية، ومن هنا فإن عدم دفع الأقساط من قبل المؤمن له، رغم التسهيلات الكبيرة التي منحها إياه المشرع من تذكير وإعذار ومهلة 30 يوما...يعتبر قرينة على سوء نيته، ومن ثم كان الجزاء المترتب على ذلك حرمانه من التعويض عن الأخطار الواقعة أثناء فترة وقف الضمان.

ت-حتى لو اعتبرنا ارتباط الالتزامات كأساس للدفع بعدم التنفيذ، فإنه يجب إلا ننسى أن وقف الضمان ماهوإلا دفع بعدم التنفيذ، تم تحويره بما يتلاءم مع طبيعة عقد التأمين، فوقف التزام المؤمن دون المؤمن له هو _ إن صح التعبير القانوني_ عقوبة للمؤمن له عن تقاعسه في تنفيذ التزامه، وهذه العقوبة تتناسب كثيرا مع أبرز مقومات الدفع بعدم التنفيذ، وهي فكرة الضغط على إرادة الطرف المتقاعس عن تنفيذ التزاماته، ففكرة الضغط في عقد التأمين تأخذ شكلا صارما يختلف كثيرا عن فكرة الضغط في الأحوال العادية للدفع، وصل إلى حد تجسيدها ميدانيا، وذلك بمنع المؤمن له من الاستفادة من مبلغ التعويض عن الخطر الواقع أثناء فترة الضمان.

من خلال ما سبق نؤكد على اعتبار وقف الضمان تطبيقا للدفع بعدم التنفيذ، وأن الخطأ الذي وقع فيه الفقهاء الذين رفضوا هذا التصور، هو عدم ملاءمتهم لفكرة الدفع بعدم التنفيذ مع مقومات عقد التأمين التي تتطلب تحويرا كبيرا لفكرة الدفع بعدم التنفيذ.

الفرع الثاني: مدى إمكانية احتجاج المؤمن في التأمين من المسؤولية بالدفع بعدم التنفيذ ضد الغير صاحب الدعوى المباشرة

إن من أهم خصائص عقد التأمين من المسؤولية،أنه تأمين لا يقتصر على وضع المؤمن اتجاه المؤمن له، بل يضع إلى جانبهما شخصا ثالث، وهو المضرور، وهذا الأخير يعتبر من الغير بالنسبة لعقد التأمين، فهل يمكنه الرجوع على المؤمن مباشرة؟ لا يمكن للغير الرجوع على المؤمن مباشرة مادام أنه ليس طرفا في العقد، وكل ما يمكنه فعله وفقا للقواعد العامة هو استعمال الدعوى غير المباشرة، وفقا

يفقد ذاتيته ليدخل في مجموع المبالغ المخصصة لمواجهة الحوادث، ولو كان الأمر على خلاف ذلك لعمد كل مستأمن إلى عدم الوفاء بالقسط، الأمر الذي يترتب عليه اضطراب حسابات المؤمن، ولتأخر المستأمن في دفع الأقساط إلى ما لانهاية، وهو أمر غير مقبول في عملية جماعية كعملية التأمين، فالوقف كجزاء للتأخر في دفع القسط يتفق مع فكرة التعاون التي يقوم عليها التأمين.."البدراوي، الإيجار، والتامين، المرجع السابق، ص 347.

لأحكام المادة 181 ق م لكنه يتعرض في ذلك لجملة من الأخطار: قد يتعرض لمماطلة المؤمن [1]له، فيعمد هذا الأخير إلى إخفاء التعويض الذي تحصل عليه من المؤمن، يتعرض أيضا لمزاحمة دائني المؤمن له، ويقتسم معهم مبلغ التعويض قسمة الغرماء، إذن الأمريحتاج إلى تدخل من قبل المشرع، وفعلا قرر المشرع دعوى مباشرة للضحية اتجاه المؤمن، وهذا بموجب نص المادة 59 من قانون التأمينات الجديد لسنة 1995 (وهي تقابل المادة 55 من قانون التأمينات القديم لسنة 1980 وهكذا حذا المشرع حذو المشرع الفرنسي الذي أقر هذا الحق للضحية وبموجب المادة 53 من قانون التأمينات لسنة 1930، وحاليا المادة 3_124 lمن القانون الجديد لسنة 1976، والسؤال المطروح المتعلق بموضوعنا، هل يجوز للمؤمن الاحتجاج بالدفع بعدم التنفيذ ضد الضحية؟ وبعبارة أكثر دقة، هل يجوز للمؤمن الاحتجاج بالدفع بعدم تنفيذ التزامه بدفع مبلغ التعويض للضحية، بحجة عدم تنفيذ المؤمن له التزاماته مثل عدم دفع الأقساط الواجبة؟ عدم الإبلاغ عن وقوع الكارثة؟...وبلغة فقهاء التامين هل يجوز للمؤمن الاحتجاج ضد الضحية بسقوط حق المؤمن له في مبلغ التعويض نتيجة عدم تنفيذه لالتزامه[2]؟

الأصل أنه يترتب على الدعوى المباشرة انتقال حق المؤمن له في مبلغ التأمين إلى الضحية، وهذا يعني انتقال الحق بتوابعه من ضمانات ودفوع،وبالتالي يمكن للمؤمن الاحتجاج ضد الضحية بكل الدفوع التي كان بإمكانه الاحتجاج بها ضد المؤمن له، لكن يجب أن نلاحظ أن الضحية تعتبر من الغير، لهذا يجب أن نوفر لها حماية خاصة من أجل الحصول على التعويض، لهذا نادى الفقه بضرورة التمييز بين الدفوع السابقة لوقوع الحادث، والدفوع اللاحقة له، فيمكن للمؤمن الاحتجاج ضد الضحية بالأولى دون الثانية، ففي مثالنا السابق، يجوز للمؤمن الاحتجاج بعدم دفع مبلغ التعويض للضحية لأن المؤمن له لم يدفع الأقساط الواجبة عليه، ذلك لأن دفع الأقساط كان[3] واجبا قبل وقوع الحادث، بينما لا يجوز الاحتجاج ضد الضحية بعدم دفع مبلغ التعويض نتيجة عدم إبلاغ المؤمن له عن وقوع الحادث، ذلك أن هذا الالتزام يقع بعد وقوع الحادث، ولقد تبنى القضاء الفرنسي هذا الرأي منذ سنة 1931 ولا يزال يسير عليه إلى يومنا هذا، بل الأكثر من ذلك تم تقنينه منذ سنة 1938 في المادة 1/115 من مرسوم 30 ديسمبر

[1]عبد الرزاق السنهوري: الوسيط/ مج 7، ج2، عقود الغرر، المرجع السابق، ص 1647.

[2]القانون رقم 645/76 الصادر في 16 يوليو 1976.

[3]السنهوري: الوسيط/ مج 7، ج2، عقود الغرر، المرجع نفسه، ص 1691.

1938، والتي عدلت بقانون 15 أكتوبر 1962، وأصبحت حاليا المادة 1-1124، وهذا الاتجاه مدعم من قبل أغلبية الفقه الفرنسي.

والسؤال الواجب طرحه، ما هو موقف المشرع الجزائري بخصوص هذه النقطة؟

للأسف الشديد، لم يتطرق المشرع الجزائري لهذه النقطة، لا في قانون التأمينات القديم لسنة 1980 ولا في قانون التأمينات الجديد لسنة 1995، وهذا نقص تشريعي كبير يجب تداركه فورا، و يبدوا أن المشرع كان متأثرا عند تقنينه لأحكام قانون التأمينات، بما ورد في قانون التأمينات الفرنسي لسنة 1930، الذي كما رأينا، لم يكن ينص على التمييز بين الدفوع اللاحقة والسابقة لوقوع الحادث، ويبدو أنه رغم هذا النقص، يمكن العمل بما وصل إليه القضاء والتقنين الفرنسيين في ظل قانون التأمينات الجزائري لسنة 1995، وهذا بالاعتماد على نص المادة 59 المتعلقة بالدعوى المباشرة، فالمعنى العام للمادة 59 أنه لا ينتفع بالنتائج المالية المترتبة على الفعل الضار إلا الغير....و [1] هذا معناه أنه من لحظة وقوع الفعل الضار يتأكد حق الغير، وبالتالي إذا ماتأكد حقه فهذا يعني أنه لا يتأثر بكل ما يستجد بعد ذلك ، فالدفوع المتعلقة قبل لحظة تأكد حق الغير، يجوز بداهة الاحتجاج بها ضده، وعلى العكس الدفوع المتعلقة بعد لحظة تأكد حق الغير لا يجوز الاحتجاج بها ضده.

وفي النهاية لا يسعنا إلا أن نؤكد على أن الدفع بعدم التنفيذ يجد تطبيقا له في عقد التأمين، لكنه تطبيق لا يزال غامضا في الكثير من جوانبه، ويبقى أمام فقهاء القانون المدني عمل كبير ينتظرهم كي يتم الربط بين النظريات العامة للقانون المدني والتطورات السريعة لفكرة العقد.

[1] السنهوري: الوسيط/ مج 7، ج2، عقود الغرر، المرجع السابق، ص 1692.

خاتمة

من خلال دراستنا فعالية الدفع بعدم التنفيذ وأهميته في الفصل الأول وأساسه القانوني وأهم تطبيقاته في الفصل الثاني، توصلنا إلى عدة نتائج أهمها:

أن الشبهات المثارة حول الدفع بعدم التنفيذ والتي تهدف إلى التشكيك في فعاليته ما هي إلا مبالغة وهذا على أساس

أ- أن الدفع بعدم التنفيذ وإن كان شكلا من أشكال العدالة الخاصة، فإنه تشاركه في هذه الخاصية عدةأنظمة قانونية أعترف بها المشرع صراحة وهي الحق في الحبس المادة 200 من القانون المدني والمقاصة 297 ق م.

ب- إن الدفع بعدم التنفيذ وإن كان حقا قد يساء استعماله، فإن فكرة التعسف في استعمال الحق منظمة حسب المادة 41 ق م كفيلة برد ذلك.

وما لاحظته أن الدفع بعدم التنفيذ متفوق في بعض الجوانب على الميكانيزمات المنافسة له وأبرزها 'والشرط الجزائي والتهديد المادي والشرط الفاسخ.

فهو وسيلة قانونية بسيطة لا تتطلب رفع دعوى قضائية للتمسك به، لأنه شكل من أشكال العدالة الخاصة كما أنه وسيلة دفاعية في كثير من الأحيان وهولا يتطلب أيضا إعذارا موجها من الدائن إلى المدين وهووسيلة ضمان ذلك أنه من جهة ضمان لبقاء العقد قائما مع إمكانية تنفيذه مستقبلا وهذا أمر مهم لأن الأصل في العقود هو تنفيذها لا حلها، ومن جهة أخرى هو ضمان للدائن في مواجهة المدين والغير

وانطلاقا من هذا توصلنا إلى النتائج التالية:

1. ضرورة اشتراط الاعذار كشرط شكلي من أجل إثبات أهمية الدفع بعدم التنفيذ
2. إثبات حسن نية المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ
3. جواز الخروج عن الأحكام العامة للدفع بعدم التنفيذ، كما هي منظمة في المادة 123 ق م وهذا منأجل ملائمة الدفع بعدم التنفيذ مع مقتضيات كل عقد على حدى
4. يمكن أن نعتبر ما فعله المشرع في الحالات الخاصة بعقد البيع نموذجا يقتدى به، ونعمل على محاولة نقله إلى العقود الأخرى وتعميمه مثلا في مجال المقاولة والبيع علىالتصاميم...فيصبح الدفع بعدم التنفيذ وكأنه دعوى وقائية تختلف عن الفسخ، فلا يتعلق بالتنفيذ فقط.
5. على المشرع أن يتدخل بنص قانوني في القانون المدني الجزائري يحسم فيه مسألة الامتناع عن دفع الأجرة نتيجة إخلال المؤجر بالتزامه بالصيانة فالكثير من الفقهاء عارضوا إعمال الدفع عدم

التنفيذ في هذه الحالة بينما أحكام القضاء الفرنسي تضاربت في هذا الشأن، وأفضل الرأي الذي يجيز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في هذه الحالة لكن بشرطين: –ضرورة الاعذار وضرورة تحقق الاستحالة المطلقة للانتفاع بالعين المؤجرة نتيجة عدم إجراء الترميمات الضرورية.

وفي نهاية المطاف، أرجوا أن تكون هذه الدراسة قد ساهمت في كشف بعض الجوانب الخفية لفكرة الدفع بعدم التنفيذ وأن تكون قد فتحت بابا واسعا لدراسات أخرى.

قائمة المراجع

الكتب :

المؤلفات العامة :

1. أحمد خليل حسن قدادة، الوجيز بشرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.
2. سمير تناغو، نظرية الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1975.
3. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، 1952.
4. عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990.
5. العربي بلحاج ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 2001.
6. علي علي سليمان: ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
7. علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 1997.

المؤلفات الخاصة

8. رمضان أبو السعود: العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة في الإيجار، منشاة المعارف، الإسكندرية، 1996.
9. سمير تناغو عقد الإيجار، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط98/97.
10. عبد الحكم فودة، إنهاء القوة الملزمة للعقد، دار الكتاب الحديث الإسكندرية، 1993.
11. عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990.
12. عبد الرزاق السنهوري ، عقد الإيجار والعارية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة.
13. عبد الرزاق السنهوري، عقود الغرر، دار إحياء التراث العربي، بيروت1964 .
14. عبد الكريم بلعيور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

15. عبد المنعم البدراوي، العقود المسماة، الإيجار والتأمين، الأحكام العامة، مكتبة وهبة، 1968.

القوانين والمراسيم :

16. الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بأحدث التعديلات
17. المرسوم التنفيذي رقم 94 /64 المؤرخ في 1994/03/19 المتضمن نموذج عقد الإيجار.
18. المرسوم التشريعي رقم 05/93 الجريدة ، العدد17.

المقـــــالات:

19. محمدي فريدة: محاضرات في عقد الإيجار، مطبوعة لطلبة السنة الثالثة، معهد الحقوق، بن عكنون، السنة الدراسية، 2001/2000.