جامعة عمار ثليجي الاغواط

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

آليات تنفيذ العقد في التشريع الجزائري

مذكرة في إطار مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص عقود ومسؤولية

من إعداد الطالبة :

- مباركي كوثر

إشراف الأستاذة:

عكاكة فاطمة الزهراء

لجنة المناقشة:

الدكتور.....خضراوي الهادي..... رئيسا

الأستاذة.....عكاكة فاطمة الزهراء..... مشرفا ومقررا

الأستاذة.....مسعودة بالخضر..... عضوا مناقشا

2017 / 2016

كلمـــــة شكـــر وتقديـــــر

اشكرا لله عز و جل على حسن توفيقه

في شق طريق العلم وإتمام هذا العمل المتواضع.

أتقدم بالشكر الجزيل والثناء والعطر

إلى الأستاذة عكاكة فاطمة الزهراء على مساعدتها لي والإرشادات التي قدمتها طوال فترة البحث .

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى كافة الأساتذة الذين تابعوني طوال مشواري الدراسي من الابتدائي حتى الجامعي.

والى كل من ساعدني من قريب أو بعيد.

مباركي كوثر

إهداء

الحمد لله الذي هدانا لي هذا وما كنا أن لنهتدي لولا أن هدانا الله. اهدي ثمرة هذا العمل الى من فتحت أبواب الجنة لها، نبع الحنان ونور حياتي التي تحتضنني كلما تخلت الأيام عني إلى أنبل وأعظم قلب إلى أغلى ما أملك في الوجود، مهما قلت ومهما فعلت لن أو فيهما قدرهما أمي و أبي الغاليين

حفظهما الله ورعاهما وجعل مثواهما الجنة.

الى من ضحى وتعب من أجلي ونسي وجوده بوجودنا الى من اعانني في دراستي فتحمل عناء تخرجي وكان سببا في الوصولي الى هذه المرتبة ولم يقف في طريق مستقبلي الى من غرس في معاني العفة والطهر،وكان لي نعم الأب والزوج والمعلم والمربي زوجي الفاضل محمد" حفظه الله لي ورعاه

إلى معنى الحب ومعنى الحنان وبسمة الحياة

إلى بناتي الصغيرات

الى من شاركوني حلاوة الدنيا ومرارتها وقاسموني حب وحنان الوالدين اخوتي واخواتي

كما أخص اهدائي إلى كل من عائلتي الثانية عائلة حمدي

مباركي كوثر

مقدمة

يعتبر العقد وسيلة من وسائل التبادل الاقتصادي وهو مفهوم قانوني مستقل بذاته لوجود خصائص تميزه عن غيره، وعرف المشرع الجزائري في المادة 54 من القانون المدني أنه:"اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"

ويتضح من هذا التعريف القانوني أن العقد هو اتفاق يهدف إلى إحداث آثار قانونية وتختلف هذه الأخيرة باختلاف العقود.

والأصل في العقد أنه يلزم عاقديه بكل ما يجيء فيه،فهو يتضمن قوة تحتم على طرفيه الرضوخ له في كل محتوياته.

ولا يكون العقد صحيحا منتجا لأثاره إلا باستيفاء أركانه التي حددها القانون المدني و تعتبر مرحلة التنفيذ محل دراستنا من أهم المراحل التي يمر بها العقد فيتوجب أن يكون هذا التنفيذ بحسن نية و طبقا لمشتملات العقد، غير أن الأمور لا تسير دائما كما يتوقع فالعلاقات التعاقدية قد تصطدم بعد إبرامها بظروف مغايرة تحول دون تنفيذها واستمرار مفعولها حسب ما اتفق عليه المتعاقدين، فقد تطرأ ظروف غير متوقعة و مفاجئة فتغير مسار تنفيذ العقد.

و يعتبر تنفيذ العقد اثر للالتزام و بالتالي يعد المدين ملزما بتنفيذه و الأصل أن يكون هذا التنفيذ اختياريا و طواعية فإذا تماطل أو امتنع عن الوفاء يكون معرضا للتهديد المالي عن طريق الغرامة التهديدية ، وتعتبر الغرامة التهديدية في التشريع الجزائري وسيلة غير مباشرة لضمان تنفيذ الالتزامات .

وينفذ التزامه بطريق التعويض كطريق احتياطي للتنفيذ وذلك في الحالات التي لا تتوافر فيها شروط التنفيذ العيني حيث يعتبر التنفيذ بمقابل الجزاء العام لقيام المسؤولية المدنية و يسبق مرحلة التعويض الاعذار كما خول المشرع للمتعاقدين أربع دعاوى كوسائل لضمان حقوقهم كدائنين من غش المدين أو إهماله.

أهمية الموضوع :

تعد مرحلة التنفيذ من أهم المراحل التي يجب أن يمر بها العقد ، و هي مرحلة إلزامية فالعقد أفضل وسيلة للتعامل و ضمان حقوق المتعاقدين من ناحية و كيفية حماية الدائن من غش و امتناع مدينه عن التنفيذ.

صعوبات البحث:

تمثلت في ضيق المدة الزمنية الممنوحة لانجاز البحث.

الإشكالية:

- ما هي الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد؟
- و ما هي الحلول التي وضعها المشرع لمواجهة تلك الصعوبات ؟

المنهج المعتمد:

وللإجابة عن هذه الإشكالية ارتأينا اعتماد المنهج الوصفي في دراستنا هذه والتركيز على موقف المشرع الجزائري .

حيث قسمنا خطة بحثنا إلى فصلين الأول عرضنا فيه أركان العقد و حالات تنفيذه وقسمناه إلى مبحثين في المبحث الأول تعرضنا إلى أركان العقد و الحالات العادية للتنفيذ حيث تحدثنا عنها في ثلاث مطالب الأول شمل أركان العقد والثاني يشمل تنفيذ العقد طبقا لمشتملاته و الثالث بعنوان تنفيذ العقد بحسن نية، وفي المبحث الثاني تعرضنا إلى الحالات الاستثنائية للتنفيذ عبر مطلبين الأول تحدثنا فيه عن نظرية الظروف الطارئة و الثاني تحدثنا فيه عن عقود الإذعان.

أما في الفصل الثاني تطرقنا إلى وسائل تنفيذ العقد ففي المبحث الأول تكلمنا عن التنفيذ العيني للعقد و قسمنا المبحث إلى مطلبين في الأول تحدثنا عن التنفيذ العيني الاختياري وفي الثاني عن التنفيذ العيني الجبري،وفي المبحث الثاني والأخير تعرضنا إلى التنفيذ بطريق التعويض و وسائل الضمان العام و قسمناه إلى ثلاث مطالب في المطلب الأول

تطرقنا إلى التعويض القضائي وفي المطلب الثاني إلى التعويض الإتفاقي أو ما يسمى بالشرط الجزائي و في المطلب الثالث إلى وسائل حماية الضمان العام.

الفصل الأول

أركان العقد وحالات تنفيذه

نصت المادة 106 "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب يقررها القانون"

وألزمت المادة 107من القانون المدني المتعاقدين بتنفيذ العقد المبرم بينهما طبقا لما اشتمل عليه أي مضمونه و محتواه، وهم مطالبون بحسن النية في التنفيذ و هذا هو المبدأ العام.

أما عن الاستثناءات فقد ذكرت المادة 3/107 من القانون المدني حالة وقوع حوادث استثنائية ، والحالة أو الاستثناء الثاني ذكرته م 110من القانون المدني و هي حالة عقد الإذعان بشروط تعسفية.[1]

كل هذه الحالات سنتطرق إليها

المبحث الأول

أركان العقد و حالات التنفيذ العادية

يشمل هذا المبحث ثلاث مطالب الأول نعرض فيه أركان تنفيذ العقد.

وفي المطلب الثاني سنتطرق إلى الحالة الأولى للتنفيذ وهي تنفيذ العقد طبقا لمشتملاته ، وفي المطلب الثالث إلى الحالة الثانية للتنفيذ وهي تنفيذ العقد بحسن نية والتي تعتبر من المبادئ الأساسية في مجال القانون بشكل عام وفي مجال العقود بشكل خاص.

المطلب الأول

أركان العقد

تناول المشرع شروط العقد في القسم الثاني من الفصل الثاني من التقنين المدني ذاكرا على وجه الخصوص الرضاء و المحل و السبب بحيث جعل لكل منهما عنوانا لفقرة من فقرات ذلك القسم حيث يلاحظ أن المشرع قد وقع في بعض الخلط بين مسائل متباينة ألا و هي أركان العقد من جهة وشروطه من جهة.

و يمكن إضافة ركن رابع لم يشر إليه المشرع إطلاقا و هو ركن الشكلية و إن كان يخص

[1] القانون المدني في ظل الممارسة القضائية منشورات بيرتي 2010/2009

بعض العقود فقط.

سوف نذكر هذه الشروط في الفروع التالية

الفرع الأول

التراضي و المحل

أولا التراضي :

لا تعبر كلمة الرضاء التي أطلقها المشرع على الركن الأول للعقد بدقة عن المعنى المقصود وقد أخطئ المشرع في ترجمة مفردة **le consentement** التي تفيد توافق أو تطابق الإرادتين أي تراضي المتعاقدين، كما يتجلى ذلك من مضمون المادة 59 من القانون المدني " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية "أما لفظ الرضاء فانه يعني رضاء شخص واحد دون الثاني ، لذا يستحسن استعمال مصطلح التراضي عوض الرضاء و التراضي هو ظاهرة مركبة تقتضي وجود إرادتين متطابقتين على الأقل ثم التعبير عنهما و تبادلها من قبل الأطراف فيندمج بعضهما ببعض لتكون الإرادة مشتركة.

1- **وجود التراضي:** تعد الإرادة عنصرا جوهريا في التراضي الذي يتم عن طريق تبادل الطرفين التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين.

أ- **الإرادة** وهي ظاهرة نفسية تتمثل في قدرة الكائن المفكر في اتخاذ موقف أو قرار يستند إلى أسباب و اعتبارات معقولة، مما يستدعي وجود الإدراك وحسن التدبير عند صاحب الإرادة و القانون لا يعتد إلا بالإرادة الجدية التي عرفت في مفهومها تطورات عديدة فرضتها تحولات المجتمعات و قد أجمعت كلها على ضرورة إظهار هذه الإرادة.[1]

ا/1 الإرادة الجدية : و تكون الإرادة جدية متى صدرت من شخصية قانونية مؤهلة أي يجب أن يكون صاحب الإرادة مؤهلا قانونا أي يجب أن تكون له شخصية قانونية من جهة و أن

[1] علي فيلالي الالتزامات النظرية العامة للعقد موفم للنشر الجزائر 2010 ص 81

يتمتع بأهلية الأداء من جهة أخرى ، و يجب أن تتصرف الإرادة إلى إحداث أثار قانونية فالإرادة الجدية هي التي يسعى الفرد من خلالها[1]إلى تحمل واجبات او اكتساب حقوق على الغير أو التنازل عن حقوق مكتسبة فيلتزم صاحبها بواجبات تنفذ جبرا إذا اقتضى الأمر.

ب – تطابق الإرادتين: يتم تطابق الإرادتين بعد صدور الإيجاب و القبول

ب/1 الإيجاب: و هو تعبير عن الإرادة له خصائص معينة و قيمة قانونية فهو العرض الذي يتقدم به الشخص ليعبر به على وجه الجزم عن إرادته في إبرام عقد معين، فينعقد هذا العقد بمجرد صدور القبول ويكون التعبير عن الإرادة ايجابا متى كان الإيجاب عرضا محددا ودقيقا و باتا أي جازم يعبر عن الإرادة القطعية.

ب/2– القبول: و هو الرد الايجابي من طرف الموجب له و لكي يعتد به لا بد من بعض الشروط فيجب ان يكون القبول مطابقا للإيجاب و في بعض الحالات يكون الاتفاق الجزئي كافيا لانعقاد العقد، و أحيانا قد يكفي السكوت الملابس فالقبول تعبير عن الإرادة يخضع لأحكام المادة 60 من القانون المدني و قد يتم التعبير باللفظ او الإشارة او الكتابة أو باتخاذ موقف.

2– صحة التراضي :

يشترط في المتعاقد ان يكون أهلا للتعاقد يوم إبرامه التصرف و ان تكون إرادته التي عبر عنها غير مشوبة بعيب من عيوب الإرادة التي نص عليها المشرع في المواد من 81 إلى 91 مدني و هي على التوالي الغلط و التدليس و الإكراه و الاستغلال.[2]

ثانيا: المحل

يقصد بالمحل في النصوص المتعلقة به محل الالتزام أي الأداء ذاته سواء كان في صورة القيام بعمل او الامتناع عنه او في صورة إعطاء شيء اما محل العقد فيقصد به العملية القانونية المراد إجراؤها بين المتعاقدين كالبيع او الإيجار.

[1]علي فيلالي مرجع سابق ص 82

[2]دربال عبد الرزاق الوجيز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام دار العلوم للنشر و التوزيع 2004 ص من 21 الى 32

1- شروط المحل يشترط في المحل ان يكون معينا او قابلا للتعيين و ان يكون موجودا او قابلا للوجود و ان يكون ممكنا و مشروعا.

أ- أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين: و يجب توافر هذا الشرط سواء كان الأداء عبارة عن قيام بعمل أو بالامتناع عنه أو كان عبارة عن منح شيء ما. و الشيء المادي إما آن يكون معينا بذاته أو بنوعه فقط.

ب-أن يكون المحل موجودا أو قابلا للوجود المحل إن تمثل في شيء مادي فانه يجب إن يكون موجودا وقت العقد وإلا بطل نظرا لتخلف المحل و لكن ذلك لا يمنع من التعامل في الأشياء التي ستوجد في المستقبل، و بالرغم من جواز التعامل في الأشياء المستقبلية فان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة و لو برضاه باطل بنص المادة 2/92 مدني .

ج -أن يكون المحل مشروعا المحل غير المشروع كما قد يتصور في الأداء محل الالتزام كالتعهد بارتكاب جريمة قد يكون في الشيء ذاته موضوع الأداء كالتعامل في شيء يخرج عن دائرة التعامل ، و عدم المشروعية تدخل في فكرة النظام العام و الآداب العامة فكل تصرف يصطدم بها يكون غير مشروع.

د -أن يكون المحل ممكنا أي ألا يكون مستحيلا والاستحالة المقصودة هي الاستحالة المطلقة لا النسبية و الاستحالة المطلقة قد تكون مادية كهلاك الشيء المعين بذاته قبل العقد أو قانونية كمن يتعهد برفع استئناف في قضية فات ميعاد الاستئناف فيها[1]

الفرع الثاني

السبب و الشكلية

أولا: السبب

1- تعريف السبب للسبب مفهومين فهو إما يراد منه المصدر كقولنا أن الخطأ سبب في التعويض أو يراد منه الغاية كالقول أن الغاية من البيع حصول البائع على الثمن لأجل

[1] دربال عبد الرزاق مصادر الالتزام مرجع سابق ص من 37 إلى 40

استثماره في مشروع تجاري معين والكلام عن السبب في هذا الفرع إنما ينصرف إلى المعنى الثاني دون الأول.

2- شروط السبب: للسبب شرطان

أ- شرط سبب العقد المشروعية: كل تصرف يجب أن يكون الدافع إليه مشروعا أي غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة كشراء أو استئجار أماكن للدعارة واغني المشرع طرفي العقد من عناء إثبات هذا الشرط إذ وضع قرينة قانونية بسيطة تقضي بمشروعية سبب العقد وعلى من يدعي عكسها إثبات ذالك بكل الطرق إذا لأمر هنا مرتبط بالغش فجاز إثبات ذالك بكل الوسائل.

ب- شرط سبب الالتزام الوجود: أن سبب الالتزام هو كما قلنا محل التزام الطرف المقابل وهذا إذا تعلق الأمر بعقد ملزم للجانبين أما أن تعلق الأمر بعقد ملزم لجانب واحد كالوعد بالعقد مثلا فان سبب الالتزام يتمثل في الالتزام المدني أو الطبيعي سابق كان على عاتق الواعد من ذلك أن يكون عليه دين مدني ثم يسقط بالتقادم ثم يتعهد بالوفاء به فان سبب التزامه المدني هو الالتزام الطبيعي الذي كان في ذمته والواعد بالعقد يمكن تصور سبب التزامه في مجرد الأمل في إبرامه العقد النهائي أما في عود التبرع فان سبب الالتزام هو نية التبرع ذاته إما في العقود العينية كالوديعة و القرض فان سبب التزام المودع لديه أو المقترض يرد الوديعة أو القرض هو تسلم الشيء المودع أو المقترض.[1]

وبالرغم من انه لا حاجة لذكر السبب في العقد فان السبب المذكور يعد هو السبب الحقيقي على اعتبار انه هو الظاهر، إلا إذا طعن طرف ما في ذلك بادعائه أن هناك سببا خفيا غير معلن' فعليه في هذه الحالة إثبات ما يدعيه.[2]

[1] دربال عبد الرزاق مرجع سابق ص 41

[2] دربال عبد الرزاق مرجع نفسه ص 41

ثانيا: الشكلية

1- **مفهوم الشكلية** يبدو أن اشتراط ركن الشكلية في العقود هو حالة استثنائية حيث أن المشرع اخذ بمبدأ الرضائية كما يتجلى ذلك في المادة 59 من القانون المدني" يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"أن انتشار مبدأ الرضائية الذي يترجم حرية المتعاقدين بخصوص كيفية إبرامها للعقد لم يدم طويلا وقد بدا يتراجع مع مطلع هذا القرن لأسباب عدة منها ما يخص المصالح الفردية ومنها ما يتعلق بالمصلحة العامة.

و الشكلية كفيلة بحماية إرادة المتعاقد وسلامة رضائه خاصة إذا تمثلت في كتابة رسمية حيث يلزم الموثق بإرشاد ونصح المتعاقد، كما تحقق الشكلية إيرادات للخزينة العامة عن طريق الضرائب التي تلحق بنقل الثروات وعملية التسجيل.

ثانيا صور الشكلية: للشكلية صورتان

أ- **الشكلية المباشرة** :هي التي تكون ركنا في العقد والمقصود بالشكلية كركن في العقد هو ذلك التصرف القانوني الذي يكون فيه الشكل ركنا من أركانه اذ لابد منه لقيام التصرف وبالتالي يشترط في العقد الشكلي إضافة الى التراضي والمحل والسبب ركن رابع هو ركن الشكلية وتدعى هذه الشكلية بالمباشرة لانها تتصل مباشرة بتكوين تصرف قانوني حيث يترتب على انعدامها انعدام التصرف.

ب-الشكلية غير المباشر: تتمثل هذه الشكلية في مختلف الإجراءات التي يفرضها القانون قبل أو بعد إبرام العقد بغية تحقيق أغراض مختلفة وقد سمية هذه الإجراءات بالشكلية غير المباشرة لأنها لا تتصل مباشرة بالتصرف القانوني فهي لا تؤثر مبدئيا على صحته ولكنها قد تحد من فعاليته ونفاده وتتعلق هذه الإجراءات بمسائل مختلفة منها قواعد الإثبات والإشهار و إجراءات إدارية و جبائية.[1]

[1]علي فيلالي مرجع سابق ص310

المطلب الثاني

تنفيذ العقد طبقا لمشتملاته

بعد أن يفسر القاضي العقد و يحدد نطاقه لا يبقى إلا أن يلزم العاقدين بتنفيذه طبقا لجميع ما اشتمل عليه ، مادام العقد قد نشأ صحيحا وملزما، وهو لا يكون صحيحا و ملزما إلا في الدائرة التي يجيزها القانون أي في نطاق لا يصطدم فيه مع النظام ولا مع الآداب.

و يطبق القاضي العقد كما لو كان يطبق قانونا، لأن العقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة التعاقدية فيما بين المتعاقدين. بل هو ينسخ القانون في دائرة النظام العام والآداب.[1]

وتفرض القوة الملزمة للعقد على أطرافه تنفيذ كل ما تضمنه و ما اشتمل عليه من شروط أو بنود، أي جميع الحقوق و الالتزامات المقررة .

ومضمون العلاقة العقدية يتمثل في المسائل الواردة فيها صراحة من حقوق وواجبات محددة وكذلك التي لم تحدد و لم ترد فيها إلا أنها تعدمن مستلزماتها.

وقد أقر المشرع الجزائري إلزامية تنفيذ العقد من حيث ما يتضمنه وما يستلزمه بواسطة قواعد آمرة في فقرة 2 من المادة 107 من القانون المدني.[2]

وطبقا للفقرة 2 من المادة 107 من القانون المدني " ...ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته ..." .

يتمثل مضمون العقد إذن في المسائل الواردة فيه صراحة من حقوق وواجبات من جهة وتلك التي لم ترد فيه إلا أنها من مستلزماته من جهة أخرى.

---

[1] عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام (العقد . العمل المشروع . الإثراء بلا سبب . القانون) ، دار نشر الجامعات المصرية القاهرة 1952م ص 623.

[2] علاق عبد القادر ، أساس القوة الملزمة للعقد و حدودها –دراسة مقارنة–، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،السنة الجامعية 2008/2007 . ص 16.

الفرع الأول

الحقوق و الواجبات الواردة في العقد

لا يقتصر العقد على إنشاء الرابطة العقدية، بل يتناول أيضا تنظيمها، فيضع الشروط المختلفة التي تدير هذه العلاقة، ويعين على وجه الخصوص حقوق وواجبات العاقدين ويكون هؤلاء ملزمين بتنفيذ كل ما ورد فيه دون التمييز بين ما هو مهم و ما هو دون ذلك. فهم مقيدون بالشروط الواردة في العقد و يعتبر الامتناع عن تنفيذ بعضها بمثابة عدم تنفيذ العقد، لذلك وجب تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتق كل طرف وفق الشروط المتفق عليها. فإذا تعلق الأمر مثلا بعملية بيع، فإن العقد يعين المبيع والثمن، وقد يتناول شروطا تفصيلية كتحديد آجال و مكان التسليم ، وشروط تحزيم البضاعة وغيرها.

فإلزامية التنفيذ تعني بالنسبة للبائع أن يسلم البضاعة المتفق عليها كما وكيفا وطبقا لشروط التحزيم، وفي الأجل والمكان المعينين، وتخلف شرط من الشروط الواردة في العقد يعني عدم تنفيذ العقد.

الفرع الثاني

مستلزمات العقد

يحدد العقد مبدئيا مضمونه و نطاقه فيوضح على وجه الخصوص حدود الالتزامات التي يرتبها، ولكن إذا أغفل العاقدان بعض التفاصيل سهوا،ولكونهما أمرا مألوفا بين الناس يكون العقد ناقصا، فيتولى القاضي إكماله حسب نظام المادة 2/107 من القانون المدني في ضوء القانون والعرف والعدالة حسب طبيعة الالتزام.[1]

وفي ماعدا ذلك لا يلزم المتعاقد إلا بما ورد في العقد، وفي هذا السياق قضى المجلس الأعلى في قراره المؤرخ في 88/7/13 بنقض قرار مجلس قضاء تبسة الذي حكم

[1] علي فيلالي ، الالتزامات ، مرجع سابق ، ص 365.

بتعويض المؤمن له عن ضرر غير منصوص عليه في عقد التأمين ، وخالفوا أحكام المادة 106 من القانون المدني.

المطلب الثالث

تنفيذ العقد بحسن نية

لا يلزم العقد كلا المتعاقدين بتنفيذ ما يتناوله فقط بل يلتزم كل منهما أيضا بتنفيذ ما يترتب على العقد من مستلزماته التي وردت في نصوص قانونية، أو التي يقتضيها العرف أو تتطلبها العدالة بحسب طبيعة الالتزام، ويكون كل منهما سيء النية إذا لم يفعل ذلك.[1]

والتحلي بحسن النية في تنفيذ العقد أمر بالغ الأهمية، فحسن النية يلعب دورا المحرك في العلاقة العقدية، والنية الحسنة مفترضة لدى كل متعاقد ما لم يثبت من له مصلحة عكس ذلك ، ولحسن النية مظهران سوف نتطرق لهما في الفرعين التاليين :

الفرع الأول

الالتزام بالنزاهة

تقتضي حسن النية نزاهة المتعاقد في تنفيذ التزامه وبإخلاص، ويقصد بالنزاهة والإخلاص أن يمتنع المتعاقد عن كل غش أو تدليس يجعل تنفيذ الالتزام عسيرا أو مستحيلا. ولقد أشار المشرع إلى هذا الالتزام في عدة مواد منها المادة 361من القانون المدني :" يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا " .

إن هذا الالتزام الذي يقع على عاتق كل متعاقد هو الذي يبرر بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية الناتجة عن غش المتعاقد أو خطئه الجسيم المادة 178من القانون المدني ويكون المتعاقد قد أخل أيضا بالتزامه بالنزاهة إذا تم تنفيذ العقد بطريقة غير مرضية كما أشارت إلى ذلك المادة 553من القانون المدني وفي الحقيقة فإن التنفيذ السيئ يساوي في

[1] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر،1998 ص 97 .98 .

بعض الأحيان عدم التنفيذ ويتم تقدير نزاهة المتعاقدين في تنفيذ التزاماتهما، في ضوء سلوك الرجل العادي.[1]

حيث صدر عن المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 2009/04/01 في الشطر الثاني المبني على مخالفة المادة 553 من القانون المدني ذلك أن ادعاء المطعون ضده بمخالفة الطاعنة لالتزاماتها غير مؤسس إذا كان على المطعون ضده وفقا للمادة المذكورة فسخ العقد.[2]

والمتعاقد ملزم بإعلام الطرف الآخر بكل التفاصيل الضرورية قصد تنفيذ العقد على أحسن ما يرام فهذا واجب الصدق،وهو يعني كل من الدائن والمدين، فيفرض على المدين تنفيذ التعهدات بكل أمانة ونزاهة و التنفيذ مطابق للتعهد بكل استقامة وأمانة و نزاهة.[3]

الفرع الثاني

الالتزام بالتعاون

هناك عقود يتجلى فيها واجب حسن النية في التنفيذ في صورة التزام بالتعاون، وهو التزام يقضي على كل من المتعاقدين أن يتعاون مع صاحبه في تنفيذ العقد.

ففي عقد الشركة واجب التعاون مابين الشركاء في تنفيذ العقد أمر ملحوظ، حتى أن القانون يجيز حل الشركة لو أخل أحد الشركاء في تنفيذ الواجب.

وفي عقد التأمين يلزم واجب التعاون المؤمن له بإخطار المؤمن بما يقع من حوادث اثناء سريان العقد و ان يبذل ما في وسعه للتخفيف من الضرر المؤمن عليهإذا وقع.[4]

فالالتزام بالتعاون تفرضه تطورات جديدة للعلاقة العقدية فهي تقوم على التعاون وليست علاقة خصام[5].

---

[1] علي فيلالي ، مرجع سابق ، ص 369.

[2] قرار صادر بتاريخ 2009/04/01 ملف رقم 532578 مجلة المحكمة العليا الغرفة الاجتماعية العدد 01 سنة 2009 ص 199

[3] LEGIER .G . droit civil .les obligations .Dalloz .17 éme édition 2001 France Paris. Page 92.

[4] عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص 628.

[5] علي فيلالي ، مرجع نفسه، ص 297

فتضارب المصالح لا يمنع التعاون و التكاتف بين الأطراف لتحقيق الغرض المطلوب لتعميم المنفعة، مثال ذلك عقد الشركة، كما ذكرنا من قبل يبرز التعاون في نية المشاركة فيما بين الشركاء[1]،فإلزامية التنفيذ بحسن نية تقتضي الإخلاص والأمانة وتقتضي واجب التعاون[2].

المبحث الثاني

الحالات الاستثنائية لتنفيذ العقد

لقد أورد المشرع في نص المادة 3/107من القانون المدني: "... غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع وقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " .

وفي نص المادة 110من القانون المدني:" إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية جاز للقاضي أن يعدل الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها ، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ، و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

و نصت المادة 112 من القانون المدني " يؤول الشك في مصلحة المدين"

غير انه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة بالطرف المذعن "[3]

فبالنسبة للظرف الطارئ هو بمثابة التبرير الذي يسمح بمخالفة القواعد القانونية لكن لإعمال الاستثناء وجب توافر شروط لاعتبار الحادث استثنائيا حيث عرفه الأستاذ المحامي إسماعيل عمر انه " حالة عامة غير مألوفة أو غير طبيعية أو واقعة مادية عامة لم تكن في

[1] عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية ،بيروت لبنان 2006 ، ص 152.

[2] بالحاج العربي،النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري الجزء الأول طبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر، 2004، ص 784

[3] القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية ، ص53.

حسبان المتعاقدين وقت التعاقد...ويترتب عليها أن يكون تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة و أن لم يصبح مستحيلا"[1].

المطلب الأول

نظرية الظروف الطارئة

قد تطرأ ظروف استثنائية عامة بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه، قد جعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين ، يهدده بخسارة فادحة، والأصل أن مثل هذه الظروف لا تؤثر في العقد طالما أنها تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام، وخاصة أن تخويل القاضي سلطة تعديل العقد في هذه الحالة يهدد استقرار التعامل.

وإذا كانت العدالة تقضي بتوزيع هذه لخسارة الفادحة على طرفي العقد فإن هذا الحكم مع ذلك لا يجوز إعماله بدون سند قانوني.

وقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بنظرية الظروف الطارئة ، لما لها من دور إنشائي في مجال القانون الإداري ، وحرصا على جانبه على ضمان سير المرفق العام بانتظام و تجنبا لما يتعرض له متولي المرفق من إفلاس بسبب تعرضه لخسارة فادحة ، لو ظل ملزما بنفس شروط العقد ، الأمر الذي يؤدي غلى توقف المرفق العام[2].

ولقد اعتمدت نظرية الظروف الطارئة لأول مرة في القانون الدولي تطبيقا لقاعدة " تغير الظروف"و مفادها أن تراضي المتعاقد مشروط باستمرارية الظروف التي تم فيها التعاقد و إذا تغيرت تلك الظروف يجب تغير الالتزامات، وبعبارة أخرى تتضمن المعاهدة شرطا ضمنيا مؤداه أن الاستمرار في تنفيذ المعاهدة مرهون ببقاء الأوضاع على حالها ، بحيث لا يكون له قوة إلزامية إذا تغيرت الظروف عما كانت عليه وقت إبرامها.[3]

---

[1] محمد عبد الرحيم عنبر الوجيز في نظرية الظروف الطارئة دار زهران الأزهر مصر دون .سنة نشر.ص 6

[2] أحمد شوقي عبد الرحمن ، النظرية العامة للالتزام المصادر الإرادية وغير الإرادية للالتزام، (العقد –الإرادة المنفردة–المسؤولية المدنية) ، الإثراء بلا سبب ، 2008 ، ص 98 . 99.

[3] علي فيلالي ، مرجع سابق ، ص 371.

الفرع الأول

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

إن تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري يستوجب وجود شروط لابد من توافرها و هي كالتالي:

أولا : أن يكون الالتزام تعاقديا

يشترط في تطبيق النظرية أن يكون الالتزام ناشئا عن عقد فكل التزام لا ينشأ عن عقد لا تسري عليه أحكام النظرية ذلك يقتضي البحث في أمرين :

1. في طبيعة العقود التي تنطبق عليها النظرية :

إن اشتراط عدم توقع الحادث الاستثنائي وهو الأصل الذي تقوم عليه النظرية و المتلازم مع طبيعتها يوجب استبعاد تطبيقها على العقود الاحتمالية فهذه العقود تقوم على احتمال الخسارة والكسب ولا يستطيع فيها كل من المتعاقدين تحديد ما يحصل عليه من منفعة وقت التعاقد وهي لا تحدد إلا فيما بعد،تبعا لوقوع أمر محقق كعقود التأمين والمغاربة و بيع الثمار قبل انعقادها والزرع قبل نباته بثمن جزافي.

لذلك لا يسمح فيها إدعاء خسارة مرهقة من حادث غير متوقع، لأن الأساس الذي بنيت عليه هو عبث احتمالي و خسارة متوقعة يتحملها أحد العاقدين.[1]

2 في عامل المدة بالنسبة للعقود التي تنطبق عليها النظرية:

إذا تقرر بأن تطبيق النظرية ينحصر في العقود المحددة التي تتعين فيها الالتزامات المتقابلة عند تكوين العقد، فإن هذه العقود تختلف من حيث زمن تنفيذها، فمنها ما يكون تنفيذه فوريا لا يحتاج لزمن ومنها ما يكون تنفيذه متعاقبا أو متراخيا يحتاج إلى زمن يستمر فيه تنفيذ العقد أو بتعاقب خلاله.

[1] عبد الحميد الشواربي، المشكلات العملية ،تنفيذ العقد دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، 1988 ، ص42.

فهل يتقيد تطبيق النظرية بالعقود المتتابعة التي تحتم طبيعتها تأجيل التنفيذ وهي التي تسمى بعقود المدة، أو يشمل جميع العقود التي لا يتعاصر وقت انعقادها ووقت تنفيذها؟ ليس هناك خلاف بين الفقه والاجتهاد في تطبيق النظرية على عقود المدة وإنما يقوم الخلاف امتداد تطبيقها على العقود التي لا يتعاصر وقت انعقادها ووقت تنفيذها، كالعقود الفورية التي لم تنفذ أو التي تأجل تنفيذها باتفاق الطرفين.[1]

ثانيا: أن يكون الحادث استثنائيا عاما غير متوقع

إن حصول ظرف نادر على حساب السير العادي للأمور يعتبر الحادث أو الظرف استثنائيا عاما و مفاجئ لا يمكن توقعه أو دفعه أم تحاشيه فيخرج عن المألوف وفق المجرى العادي مثال: (حروب، فيضان..) فيترتب عن ذلك اختلال التوازن الاقتصادي للعقد من إبرامه حتى تنفذه نتيجة هذه الظروف الطارئة غير المتوقعة [2]، وينسب بعض الفقهاء وصف الاستثنائية إلى آثار الحادث وليس للحادث نفسه، فقد يكون الحادث في حد ذاته أمر مألوف كالتضخم إلا أن الآثار التي تترتب على تطبيقها آثار غير مألوفة كالقانون تأميم المحروقات، ففي اعتقادنا فغن العبرة تكون بالآثار الاستثنائية للحاد كما تكون كذلك بالحادث نفسه إذا كان استثنائيا.[3]

فإذا كان الحادث مألوفا فلا يعتد به ولا تعتبر الخسارة التي تلحق المدين منه مرهقة لأن عادة المألوف أن يكون محتملا بحكم العادة و التعامل .

كما يجب أن يكون الحادث عاما، حيث رأى الدكتور "عبد الحميد الشواربي" أن اشتراط العمومية في الحادث الاستثنائي يتعارض مع الغاية التي شرعت من أجلها نظرية الظروف الطارئة، فغاية النظرية تحقيق مبدأ العدالة الذي يقضي برفع الإرهاق عن المدين فهي إذن خاصة بالدين المرهق، فإذا تقيد الحادث الاستثنائي بشرط العموم امتنع تحقيق

[1] عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق ، ص 110 . 111

[2] قوافلية إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 53

[3] علي فيلالي ، مرجع سابق 374

العدالة في حالات كثيرة، قد لا يكون الحادث الاستثنائي فيها عاما و ذلك يضمحل شأن النظرية وتفقد كثيرا من معناها والمقصودة بالعموم هو أن لا يكون الحادث الاستثنائي خاصا بالمدين ولا يشترط فيه أن تعم جميع البلاد، بل يكفي أن يشمل أكثره عددا كبيرا من الناس، كأهل بلد أو إقليم أو طائفة منهم كالزراعة في جبهة من الجبهات، أما إذا كان الحادث خاصا بالمدين وحده فلا تنطبق عليه إلى النظرية ، وعلى ذلك لا يجوز للمدين أن يتذرع بمرض أصابه أو موت ولده كان يعاونه في تنفيذ التزامه أو بحريق أمواله أو اضطراب أحواله [1].

وبالتالي فإنه يخرج من مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة، الحوادث الخاصة بشخص المدين ، كإفلاسه أو تعرضه لحريق نظرًا للطابع الفردي لهذه الحوادث [2].

ويكون الحادث غير متوقع إذا لم يكن في وسع المتعاقدين وعلى وجه الخصوص المتعاقد المدين توقعه وقت إبرام العقد، وإلا احتاطا بذلك وهذه الشروط في الحقيقة هو مكمل للشرط الأول (حادث استثنائي) لأن الحادث غير المتوقع هو الحادث الاستثنائي، ويظهر أن المشرع أو رد هذه الصفة من باب التذكير والتأكيد على أن مراجعة العقد ي حالة استثنائية فقط .

ولقد تساءل بعض الفقهاء عما إذا كانت العبرة بعدم توقع الحادث في حد ذاته ، أم هي بعدم توقع النتائج المترتبة عن الحادث ، ويرى بعض فقهاء في هذا الشأن أن : ((عدم توقع ينصرف إلى نتائج الظرف الطارئ لأن ما يترتب عنه من آثار هي التي تكون غير متوقعة وتؤدي إلى الاختلال بين الأداء المتقابلة))، ويقول البعض الأخر :((إذ كان الظرف الطارئ غير متوقع لا يحدث غلا نتائج غير منتظرة)) إن توقع الحادث الطارئ هي مسألة نسبية فما هو متوقع بالنسبة لشخص قد يكون غير متوقع بالنسبة لشخص آخر الأمر الذي يطرح مشكلة المعيار الواجب اعتماده لتقدير توقع أو عدم توقع الحادث الطارئ، وهي

[1] عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق ، ص 111–112.

[2] أحمد شوقي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 101

في اعتقادنا فإن المعيار الموضوعي يكون أكثر انسجاما مع نظرية الظروف الطارئة، فتحديد درجة عدم توقع الحادث في ضوء الظروف المحيطة بالعملية يجب أن يكون بالنظر للرجل العادي و يساهم في وجهة نظر المتعاقدين الشخصية [1].

ثالثا: أن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا وليس مستحيلا

ومعنى ذلك أن الحادث لا يؤدي لاستحالة التنفيذ بل يجعل منه مرهقا فقط عكس القوة القاهرة التي تجعل التنفيذ مستحيلا فمنه ينقص الالتزام ولا يتحمل المدين تبعة التنفيذ أما الحادث الطارئ فلا يجعل التنفيذ مرهق فحسب، ويترتب على هذا الفرق في الشرط فرق في الأثر إذ القوة القاهرة تجعل الالتزام ينقص فلا يتحمل المدين تبعة عدم تنفيذ[2]، أما الحادث الطارئ فلا يقضي الالتزام بل يرده إلى حد معقول فتتوزع الخسارة بين الدائن والمدين ويتحمل المدين شيء من تبعة الحادث .

والإرهاق الذي يقع في المدين جراء الحادث الطارئ معيار مرن ليس له مقدار ثابت بل يتغير بتغير الظروف فما يكون مرهقا لمدين لا يكون مرهقا بالنسبة لمدين آخر. المهم أن تنفيذ الالتزام يكون بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة فالخسارة المألوفة في التعامل لا تكفي[3] وما دام المعيار المتخذ لتحديد الإرهاق هو معيار موضوعي يتعلق بموضوع العقد، فيكون مقصود بالخسارة الفادحة هو كل ما يمس كيان العقد الاقتصادي ويزعزع أركانه بحيث يمس تنفيذ العقد واحترامه . كما يقول الأستاذ " أيسمن": ((ضربا من الجور لا يطاق احتماله وهذا ما أخذ به القضاء الإداري في تحديد الخسارة الفادحة)) على أنه يشترط في الخسارة الفادحة أن يكون نتيجة حتمية للطارئ الذي لا يمكن دفعه، فإذا كانت من عمل المدين أو نتيجة

[1] علي فيلالي ، مرجع سابق ، ص 374 ، 357

[2] قوافلية إبراهيم، قوافلية حمزة،الدفع بعدم التنفيذ مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق،عقود ومسؤولية، الاغواط،السنة الجامعية 2015-2016.، ص 54

[3] عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص 644 ، 645

لخطئه أو لسوء تصرفه، فلا تعتد بها في إرهاقه ويمنع عن التمسك بنظرية الظروف الطارئة[1]

وبالتالي إذ توافرت الشروط الثلاث التي ذكرناها فإن نص القانون يجيز للقاضي تبعًا للظروف النظر في إعادة التوازن بين التزامات الطرفين فيجوز له رد الالتزام المرهق إل الحد المعقول بحيث يتوازن مع التزام الدائن[2].

الفرع الثاني

أثر نظرية الظروف الطارئة

يجوز للقاضي وفقا لنظرية الظروف الطارئة تعديل العقد بما يكفل تحقيق الموازنةبين الطرفين ، وذلك برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول .

وتحقيق الموازنة بين مصلحة الطرفين لا يعني رفع كل الخسارة على المدين وإلى فإن الدائن يقع عليه وحده عبئ الخسارة بكاملها وعلى ذلك ينبغي أن يتحمل كل عاقد نصيبا من الخسارة التي يتعرض لها المدين دون أن يزيلها تماما، وقد ينقص القاضي من مدى الالتزام الذي يتحمله المدين بإنقاص مقدار أداء المدين، أو الإنقاص من درجة جودته وقد يجمع القاضي بين الإنقاص التزام المدين، وزيادة التزام المقابل وقد يأمر القاضي بوقف تنفيذالعقد لحين زوال الظروف الطارئة ولا يجوز للقاضي أن يحكم بالفسخ بناءا على طلب المدين وإلا فإن الدائن يتحمل وحده عبئ الخسارة الفادحة الناجمة عن الظرف الطارئة وفي جميع الأحوال فإن الدين يتحمل وحده الخسارة المألوفة التي كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد ، أما ما يزيد على ذلك ضمن الخسارة الغير مألوفة فتقسم بين المتعاقدين.

وحيث يكون الالتزام مقسطا فإن رد الالتزام إلى الحد المعقول لا يكون إلا بالنسبة للقسط أو الأقساط التي تثبت أن الالتزام المدين بها أصبح مرهقا بسبب الحادث الطارئ ، مما يهدده بخسارة فادحة ولا مجال بالتالي لإعمال نظرية الظروف الطارئة بالنسبة للأقساط

[1] عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق ، ص 131

[2] علي علي سليمان ، مرجع سابق ، ص 101

المستقبلية التي يتحمل زوال أثر الحادث الطارئ عند استحقاقها وسنتطرق لأثار النظرية في عنصرين[1] :

أثر الظروف الطارئة بالنسبة للمتعاقدين وأثر الظروف الطارئة بالنسبة للغير .

أولا : أثر الظروف الطارئة بالنسبة للمتعاقدين ;

نتيجة للظروف الاستثنائية العامة التي لم يكن في الواقع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، قد يجعل القاضي يزيد الالتزام المقابل للالتزام المرهق كوسيلة لرده الحد المعقول مما يجعل المتعاقدين يتمنى لو خرج عن دائرة هذا العقد و يحمل الطرف الأخر كل أوزار الظرف الطارئ ومن هنا فضل المشرع عدم ترك معالجة أثر الظرف الطارئ ومن وسائل ذلك:

1. الاتفاقات الخاصة في معالجة اثر الظروف الطارئة :

جاء في نهاية المادة 3/107 من القانون المدني"ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .." فالقاعدة إذن هي عدم جواز، الاتفاق على ما يخالف حكم المادة، فالا يمكن للمتعاقدين سلب سلطة القاضي بعد أن توافرت شروط الظرف الطارئ بما يفهم منه أن هذا النص آمرو عليه فما مدى حرية المتعاقدين في الاتفاق على مخالفة حكم المادة 107/ 3 من القانون المدني

أ- حدود الاتفاقات الخاصة في معالجة أثر الظروف الطارئة :

إذا كانت القاعدة عدم جواز الاتفاق على ما يخالف نظام 107 فهل ينصرف البطلان على أي اتفاق للمتعاقدين سنتعرض للفرق بين ما يتفق عليه أثناء إبرام العقد،ذلك الذي يتم بعد وقوع الحادثة الطارئة .

[1] أحمد شوقي عبد الرحمن ،مرجع سابق ، ص 102 ، 103

أ /1- الاتفاق المعاصر لإبرام العقد :

إذا اتفق الدائن مع المدين مقدما على اشتراط عدم لجوء المدين إلى القضاء لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول نتيجة ظرف طارئ فإن هذا الاتفاق يقع باطلا ، لأنه خالف حكم المادة3/107 من القانون المدني، لأنها آمرة.

أ /2- الاتفاق اللاحق لحدوث الظرف الطارئ :

وبما أن الرأي الأول قد عطل الاتفاقات السابقة على إبرام العقدفإنه لا يوجد ما يمنع منه أتفاق المتعاقدين على ما يخالف هذا الحكم بعد وقوع الظرف الطارئ إن الاتفاق في هذه الحالة يكون مجرد صفة ضغط على المدين فيجوز للمدين أن يتنازل عن حقه في التمسك بالحادث الطارئ وعليه فإن موافقة المدين على تنفيذ التزامه بالرغم من قيام الظرف الطارئ لا يعدو أن يكون تعبيرا عن،رادته وهذا التعبير يجب أن يستوفي الشروط المطلوبة في التعبير عن الإرادة عموما .

ب- وسائل الاتفاقات الخاصة في معالجة أثر الظروف الطارئة :

رأينا أن بإمكان المدين أن يتنازل عن حقه بالتمسك بالظرف الطارئ ويقوم بتنفيذ التزامه برغم ما يتهدده من خسارة بعد الإبرام و في فترة التنفيذ ، فهل يعد التنازل الوسيلة الوحيدة التي يستطيع بها الطرفان مواجهة الظرف الطارئ بعيدا عن القضاء أم توجد وسائل أخرى لمواجهة ذلك [1]

ب/1-التقايل :

يعرف التقايل بأنه حل للعقد باتفاق الطرفين بعد أن يكون قد تم تكوين العقد صحيحا فهو يتم بإيجاب وقبول صريحين أو ضمنيين ويهدف المتعاقدان من ورائه حل الرابطة التعاقدية حتى دون وجود سبب ودون اللجوء إلى القضاء، وهذا ما يطلق عليه بالتقايل أو الإقالة، وبهذا يكون أثر التقابل مرهونا بإرادة طرفي العقد فقد يتفقان على ترتيب آثرا رجعيا

[1] بالقاسم زهرة،اثر نظرية الظروف الطارئة على العقود، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق،عقود و مسؤولية، جامعة اكلي محمد البويرة،السنة الجامعية 2013-2014، ص 51 ، 52

يستغرق الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد الذي تقايل عنه وقد يتفقان على أن يكون للتقايل أثر فوريا فقط و كما هو ملاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على التقايل صراحة، وإنما يستفاد ذلك من المادة 106 من القانون المدني.

ويعتبر التقايل نوعا من التصالح على حل معين يقبله الطرفان لينهيا به هذا العقد فإن كان للطرفين الحق في الاتفاق على تنازل المدين عن حقه بتطبيق حكم المادة 3/107 من القانون المدني وتنفيذ التزامه رغم الصعوبات التي يواجهها فيكون من السهل أن يتفق المتعاقدان على التقايل لأنه حل أسهل من التنازل عن حقه وتنفيذ التزامه المرهق، ضف إلى ذلك أن التقايل مبني على أساس التراضي بين الطرفين والاقتناع بأنه الوسيلة المثلى لمواجهة أثر الظروف الطارئة وهذا بعد دراسة متأنية من جانب كل منها ، أما إذا لجأ أحد المتعاقدين خاصة المدين إلى القضاء وطلب رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول فهذا يدل على وجود خلاف بين الطرفي العلاقة العقدية ، ولا يمكن الوصول إلى الحل الودي يحل المسألة لذلك فالتقايل طريق سهل من طرف انحلال الرابطة العقدية و أفضل من طريق الفسخ [1].

ب/2 تعديل الالتزامات العقدية:

نتساءل هل يجوز للعاقدين إجراء تسوية لالتزامات العقد يعتبر هذا الأمر جائز فإذا كان لهما الحق في إنهاء العقد بالتقابل عنه، فلهما كذلك الحق في البقاء عليه أوإجراء بعض التعديلات التي تناسبها والتي من شأنها أن تخفف عن كاهل كل منهما، خاصة المدين من بعض الإرهاق الناجم عن الظرف الطارئ وتعديل الالتزامات العقدية يكون بمثابة عقد جديد يثبت فيه الطرفان ما اتفقا عليه وهذا ما يسمى بتجديد الالتزام[2].(المادة287من القانون المدني).

[1] بلقاسم زهرة ، مرجع سابق ، ص 52- 53

[2] محمد محي الدين إبراهيم سليم ، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية ، مصر ، 2007 م ، ص 380

وبناء على ذلك جاز لكل من الدائن و المدين أنينهيا العقد الأول و يحلا عقد جديد مكانه تصلح التزاماته أن تنفذ في ظل الظروف التي طرأت دون إرهاق لأي منهما وتجديد الالتزام له ثلاثة صور :

التجديد بتغيير الدين: يرد التجديد هنا على الدين نفسه فيغير محله أو مصدره وعليه فالتجديد بتغيير الدين يتم بين أطراف العلاقة القانوني وذلك عن طريق تغييره محله أو سببه.

التجديد بتغيير الدائن: يتحقق إذا اتفقا الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأخير هو لدائن الجديد، فيجب إذا اتفق الأطراف الثلاثة.

التجديد بتغيير المدين : يكون في حالة ما إذا اتفق الدائن مع الأجنبي على أن يكون هذا الأخير مدين مكان المدين الأصلي، على أن تبرأ ذمة المدين للأصلي لدون حاجة إلى إرضائه أو إذا حصل المدين على إرضاء لدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد[1].

ب . دعوى رد الالتزام إلى حد المعقول: إن الإنقاص من مقدار الالتزام المرهق هو الوسيلة الطبيعية لرفع الإرهاق عن المدين و ذلك عن طريق إعفاء المدين بجزء من التزامه [2]

1 رفع دعوى رد الالتزام المرهق إلى حد المعقول : إن مصدر الدعوى في حد ذاتها هو النزاع القائم حول ما يرتبه العقد من التزامات تعاقدية و يترتب على ذلك إن الدعوة وسيلة من وسائل الحماية القانونية التي اقرها القانون إذ أنه لا يجوز الاتفاق على حرمان أحد الطرفين

2 إثبات ظرف طارئ : ما هي وسيلة المدين لإثبات الظرف الطارئ حتى ينال مراده من تلك الدعوى.

يجب على المدين أن يثبت الظرف الطارئ عن طريق إثبات أوصافه وشروطه فعلى المدعى عليه إثبات عمومية الظرف الطارئ، ويثبت استثنائية وندرة وقوعه، وعدم استطاعته

[1] بلقاسم زهرة ، مرجع سابق ، ص 54 ، 55

[2] قوافلية إبراهيم، ، مرجع سابق ص 54

لدفعه وأن يكون خارجا عن إدارته ويثبت عدم إمكانية توقعه ، وفضلا على ذلك يثبت أن الظرف الطارئ أصابه بإرهاق يهدده بخسارة فادحة، إن هو أقدم عليها التنفيذ، ثم يتوجه إلى القاضي للمطالبة برد للالتزام المرهق، إلى حد معقول، ولهذا أوجب عليه تقديم الدليل على صحة ما يدعيه .

وعليه من يدعي الظرف الطارئ عليه عبئ إثباته، وبعد ذلك يأتي دور خصمه حيث يكون على هذا الأخير نفى عناصر هذا الظرف، ومنها فعل أو تفسير مدعي الظرف الطارئ والقاضي له سلطة تقديره، في التحقق من شروط تطبيق النظرية ورد الالتزام المرهق، وله الاستعانة بأهل الخبرة بما يتناسب مع وقائع الدعوى[1].

3 إنقاص التزام المدين: إن الإنقاص من الالتزام المرهق هو الوسيلة الطبيعية والعادية لرفع الإرهاق على المدين، ويكون ذلك بإعفاء المدين من تنفيذ قسط مما التزم به كأن يكون ملزما بألف قنطار من السكر فلا يلزم تبعا للظروف الطارئة إلا بنصف المقدار المتفق عليه وقد يتمثل الإنقاص في تخفيض ثمن الشراء، إذا كانت قيمة الشيء مرهقة بالنسبة للمشتري، وقد يتمثل الإنقاص أيضا في إعفاء المدين من بعض الشروط المرهقة كالتي تتعلق بأجل التنفيذ أن الغاية من الإنقاص في كل الحالات هي التقليص من الخسارة الفادحة التي يتحملها المدين، معنى ذلك أن المدين سيتحمل الخسارة المألوفة، بينما يحاول القاضي في ضوء العملية العقدية أن يوزع مقدار الخسارة، بين المتعاقدين مراعيا مصلحة كل منهما [2].

4 زيادة التزام الدائن:ينظر بعض الفقه أن رد الالتزام المرهق للحد المعقول قد يتحقق بزيادة التزامات على عاتق الدائن ومن يزيد مقدار العوض الذي يتحصل عليه المدين منه تقلل من الخسارة التي قد يتحملها المدين فيرون أن النتيجة هي نفسها سواء الزيادة في التزام الدائن أو إنقاص في التزام المدين ومن ذلك فكلا الحالتين يتحمل كل المتعاقدين جزءا من الخسارة التي ترتبت على الحادث الطارئ وفي ذلك شك في صحة الرأي لأسباب منها: وضوح المادة

[1] بلقاسم زهرة ، مرجع سابق،ص 55

[2] علي فيلالي ، مرجع سابق ، ص 379

3/107من القانون المدني التي تقيد القاضي في النظر في الالتزام المرهق بجانب المدين، فقط فالمشرع اتجه إلى عبارة الإنقاص في التزام المدين لا زيادة في التزام الدائن ولو كان يقصد الفكرة الأخيرة لعبر بكل وضوح عن ذلك مثل ما جاء في المادة 3/561 من القانون المدني على أنه " إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزام كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في حساب وقت التعاقد وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقديم المالي المقاول جاز للقاضي أن يحكم بزيادة لأجر أو فسخ العقد "[1].

5 و قف تنفيذ العقد : قد يقوم القاضي بوقف تنفيذ العقد لمدة معينة حتى انتهاء الحادث الطارئ وعودة الأمور لمجراها الطبيعي، وكذا قد يقوم القاضي بمنح المدين أجل لتنفيذ التزامه بالصورة التي يراها القاضي لتحقيق التوازن إذ لم يكن وقف التنفيذ يسبب ضررا جسيما للدائن، فيكن ذلك نوعا من نظرة الميسر التي تنص عليها المادة 2/281 القانون المدني ولكن يشترط أن لا تزيد مدة الوقف عن سنة[2]

ثانيا : أثر الظروف الطارئة بالنسبة للغير :

قد يبرم العقد من قبل طرفيه ثم يمتد أثر هذا العقد إلى من لم يكن طرف فيه سواء كانت خلافة عامة أو خاصة، أو غير ذلك، وقد يتصادف أن يتوفى أحد الطرفي في أي مرحلة كانت عليها الدعوى أو قبل ذلك، فهل يجوز للورثة أن يخلفوه أو لا ؟ بمعنى هل يمتد أثر نظرية الظروف الطارئة إلى الخلف العام أو الخلف الخاص ، أو الدائنين الشخصيين ؟[3]

1 الخلف العام يعرف على أنه هو من يخلف السلف في ذمته المالية أو في جزء منها فيحل الخلف محل السلف بالنسبة للحقوق والواجبات المكونة للذمة المالية .

وبعبارة أخرى فإن الحقوق التي يكتسبها الخلف والواجبات التي يتحملها ليست له ولا عليه من حيث الأصل و إنما تلقاها على محل السلف، ويلزم الخلف بالعقد لان السلف كان ملزما

[1] قوافلية ابراهيم ، مرجع سابق ، ص 55

[2] علي علي سليمان، مرجع سابق ، ص 101

[3] قوافلية ابراهيم ، مرجع نفسه ، ص 59

به ، وقد استخلف في حقوقه وواجباته [1]، ومن نص المادة 108 من القانون المدني نستنتج أن أثار العقد تنصرف إلى الخلف العام كقاعدة عامة و لكن هذا المبدأ ليس مطلقا و إنما مقيد بمبدأ (لا تركة إلا بعد سداد الديون)

ـ هل يجوز للخلف العام رفع دعوى رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ؟ من خلال ما عرضناه يجوز له ذلك و هذا بصفته خلفًا للمدين وعليه هنا ما إذا اعترضت العقد ظروف طارئة أدت إلى إصابة المدين بإرهاق يهدده بخسارة فادحة فمن حق الخلف العام رفع دعوى لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول[2].

2 الخلف الخاص : نصت المادة 109 من القانون المدني"إذا انشأ العقد التزامات وحقوق شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف الخاص فان هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه".

يجب أن نحدد تحديدا دقيقا من هو الخلف الخاص، فقد قدمنا انه هو من يتلقى من سلف ملكة شيء معين بالذات أو حق عيني على هذا الشيء فالمشتري خلف خاص للبائع في الشيء المبيع وهذا استخلاف في ملكية شيء معينو يلخص من هذا أن الخلف الخاص هو من يتلقى شيئا سواء كان هذا الشيء حق عيني أو حق شخصي، أما من يترتب عليه حق شخصي في ذمة شخص أخر فلا يكون خلفا خاصا له بل يكون دائنا . فالمستأجر ليس بخلف للمؤجر بل دائن له [3] والالتزامات التي ينشئها عقد السلف لا تنتقل إلى الخلف الخاص إلا أن تكون من مستلزمات الشيء ويشترط أن يعلم بها الخلف الخاص وقت انتقال الشيء أو الحق إليه وأن تتعلق تلك الحقوق والالتزامات بالشيء الذي آل إلى لخلف الخاص.

---

[1] علي فيلالي ، مرجع سابق ، ص 401

[2] محمد محي الدين ابراهيم ، مرجع سابق / ص 402

[3] عبد الرزاق السنهوري (أحكام الالتزام) ، مرجع سابق ، ، ص 546 ، 547

وعلى هذا الأساس تنتقل الحقوق إلى الخلف الخاص متى كانت مما يتقوى به الحقأو الشيء يدر عنه الخطر (كالتأمينات الشخصية، الكفالة، العينية كالرهن..) أما الالتزامات التي تنتقل إلى الخلف فهي تلك التي تحد من استعمال الشيء أو الحق أو من الانتفاع به وهذا كالارتفاقات المختلفة المقررة على عقار لفائدة أخر والالتزام بعدم المنافسة [1]

وبما أن القانون يقرر صراحة خلافة الخلف الخاص لحقوق السلف والتزاماته وطبقا لذلك فإنه يجوز للخلف الخاص رفع دعوة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، لأنه في حال وقوع ظرف طارئ الذي قام الخلف الخاص بتنفيذ الالتزام الذي آل إليه من سلفه، سيصيبه بإرهاق يهدده بخسارة فادحة ففي هذه الحالة يحق له المطالبة برد الالتزام المرهق للحد المعقول [2].

3 الدائنون الشخصيون : لا يعد الدائن خلفا عاما أو خلفا خاصا، وبالتالي لا تنصرف إليه آثار العقود التي يبرمها المدين، فلا يخلفه في الحقوق المترتبة على العقد ولا في الالتزامات أيضا.

وكل ما في الأمر أن للدائن حق الضمان العام على أموال مدينه، يتأثر بتصرفات ذلك المدين، وقد منح القانون لهؤلاء الدائنين الحق في رفع إحدى الدعاوى الثلاث التي ترمي إلى حماية حقوقهم في الضمان العام، وهي الدعوى غير المباشرة التي يرفعها الدائن نيابة عن مدينه لإدخال حق تقاعس عنه المدين في الضمان العام والدعوى البولصية للطعن في تصرف مدين الذي يتم غشا نحو الدائنين و دعوى صورية للتمسك بالعقد الصوري[3].

[1] دربال عبد الرازق ،مرجع سابق ص 58

[2] محمد محي الدين ابراهيم ، مرجع سابق ، ص 405

[3] قوافلية ابراهيم ، مرجع سابق ، ص63

المطلب الثاني

عقود الإذعان

نصت المادة 110القانون المدني (إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط وأن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك).

وكذلك المادة 2/112(...غير انه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة ضارا بمصلحة الطرف المذعن).

معنى ذلك أن المشرع الجزائري هنا يقوم بحماية الطرف الضعيف من تعسف الطرف القوي و ذلك في حالة وجود بند تعسفي فيعفيه منها و نص المادة110 جاء أمرا فلا يجوز الاتفاق على مخالفته.

وأيضا بالنسبة لتأويل العبارات الغامضة أوجب المشرع أن يكون التفسير في مصلحة المذعن أي الضعيف وبالتالي يفسر القاضي العبارات لمصلحة الطرف الضعيف و ذلك حماية له.

سنتناول في الفرع الأول تعريف عقد الإذعان وفي الفرع الثاني عن دور القاضي في وجود هذا النوع من العقود.[1]

الفرع الأول

تعريف عقد الإذعان

عرفه "سالي" وهو أول صاحب فكرة الإذعان على انه:"هو محض تغليب إرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة وتملى قانونا ، ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة ويفرضها مسبقا جانب واحد ولا ينقصها سوى أن يكون هناك من يقبل قانونا العقد "[2].

---

[1] لشعب محفوظ بن حامد،عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائري،ط 1990، ص 31

[2] saleilles de la déclaration de volonté contribution a l،étude de l،acte juridique dans le code civile allemand traite de contrat t 25 Paris 1933. Page 133

ويعرفه الأستاذ" لشعب محفوظ ":هو العقد الذي يعيد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي شروط محددة غير قابلة لتعديل أو المناقشة ويوجهها إلى الجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليه ،ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة "إما عن المشرع الجزائري مثل باقي التشريعات لم يتطرق لتعريف عقد الإذعان ،وإنما اكتفى بالنص على كيفية القبول في عقد الإذعان ، من خلال نص م 70من القانون المدني[1].

وعرفه شراح القانون انه"العقد الذي يملي شروطه فان قبلها ووافق قبوله إيجاب الطرف الأول واختار الدخول في التعاقد وارتبط قبوله بالإيجاب تكون العقد وترتب عليه أثاره وان رفض الشروط فقد الخدمة أو السلعة محل التعاقد" [2].

ويعتبر هذا النوع من العقود القليلة التي أثارت العديد من النقاشات بين رجال القانون بشقيه العام والخاص لدرجة أن البعض أنكر عليه صفة العقدية لكن رغم كل الانتقادات الموجهة لهذا النوع من العقود إلا أنها لم تتمكن من إزاحتها من الإطار القانوني الذي وضع إليها لكن يعتبر كل اتفاق اتخذ صبغة إذعان يعتبر قابلا للإبطال متى جاء مجحفا أو مضرا ضررا فادحا بمصالح الطرف الضعيف.

الفرع الثاني

دور القاضي في وجود عقد الإذعان

كما اشرنا سابقا من خلال المادة 110 من القانون المدني تظهر لنا عقود الإذعان كاستثناء لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين وتبرز السلطة الممنوحة للقاضي في حالة وجود عقد من عقود الإذعان، فللقاضي المدني سلطة تقديرية في إعفاء الطرف الضعيف من شروط جائرة وتعسفية وردت في عقد الإذعان والتي لا يستطيع الأخير سوى القبول بها إذا أراد

[1] لشعب محفوظ بن حامد ،مرجع سابق، ص 31.

[2] نجلاء بنت محمد بن عبد الرحمان الجهني ،أحكام عقود الإذعان بنية الفقه والقانون ، جامعة المدني العالمية ، ،كلية العلوم الإسلامية دولة ماليزيا كلية العلوم الإسلامية، 2014 ص11.

الحصول على الخدمة أو السلعة المقدمة فلينظر القاضي ما إذا كان أي بند في العقد تعسفيا وفقا تقديره هو فيقوم إما بعديله أو إلغائه أعمالا بالمادة 110[1].

فللقاضي سلطة واسعة في التقدير فله إن يعدل بندا من العقد لازالت التعسف الواردة فيه ومنها في مجال حماية المستهلك من شروط تعسفية وبعض التجاوزات المفروضة من قبل الشركات الاحتكارية ، فجاءت صياغة نص المادة 110 من القانون المدني على وجه الأمر فهو واجب لا يجوز الاتفاق على مخالفته ، وحتى من ناحية ورود عبارات غامضة أو شروط غير واضحة عند التعاقد فتفسر لمصلحة الطرف الضعيف (المذعن)وفقا لنص المادة 112 /1و2 من القانون المدني.

يملك القاضي سلطة تعديل الالتزامات العقدية إذا توفرت الأسباب التي تجعل هذا التعديل ضروريا لتحقيق العدالة ،وان اعتبر هذا التدخل خرقا للقوة الملزمة للعقد التي يمنع المساس بها فان القاضي يعدل الشروط استثناءا لإرساء التوازن العقدي ومن بين الحالات الشائعة التي فيها للقاضي إجراء مثل هذا التعديل حالة الشروط التعسفية في عقود الإذعان ،وحالة الشرط الجزائي .

حيث حرص المشرع الجزائري على معالجة عقد الإذعان بشكل خاص حماية لطرف الضعيف الذي هو المتعاقد المذعن من تعسف واحتكار الأقوياء كما هو الشأن في عقد التامين.[2]

إن المشرع قد فعل الصواب في تقريره في نص المادة 112 /2. من القانون المدني تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن في عقد الإذعان فأوجب على القاضي تفسير الغموض شرط أن يكون الغموض في صالح الطرف المذعن في عدة اعتبارات:

فأولها هو أن تبعة الغموض تقع على عاتق الموجب الذي انفرد بتحقيق العقد وهو الطرف الذاعن، وكان من الأولى تفسير الغموض لصالح الطرف المذعن .

---

[1] قوافلية إبراهيم، مرجع سابق، ص 49 -50.

[2] علاق عبد القادر ، مرجع سابق ، ص 86-87 .

وثانيا انه إذا عقد الإذعان فالإرادة المشتركة تكاد تنتفي تماما حيث يتوارى الطرف المذعن تحت نظام لم يناقشه كما هو الحال بالنسبة إلى التوقيع على عقد التامين سواء كان دائنا أو مدينا[1].

و**ثالثا** إن القواعد العامة تقضي حماية الطرف الضعيف،وان الطرف المذعن في عقد الإذعان وهو دائما الضعيف بغض النظر عن مركزه حتى ولو كان الطرف المذعن هو الذي أضاف الشرط الذي سلكه الغموض فان التفسير يكون لمصلحته فان التفسير يكون لمصلحته لان العاقد المحتكر هو الطرف القادر الذي له الوسائل التي تمكنه من تبين صيغ الشروط وتوضيحها.

حيث حمى المشرع الجزائري المستهلك المذعن من الشروط التعسفية و وضع شروطا لاستفادة الطرف المستهلك من الحماية وهي

- أن يتعلق الأمر بوجود عقد قائم و صحيح
- أن يتضمن العقد شرطا أو عدة شروط تعسفية
- أن يكون المذعن في موقف ضعيف.[2]

حيث جاء رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش المؤرخ في 2009/02/25 فجعل إخلال المتدخل بالتزامه اتجاه المستهلك كونه الطرف الضعيف يعرض مصالحه للخطر و لذلك لابد من وجود أجهزة قوية و فعالة و عليه تم إنشاء أجهزة مختلفة مؤهلة لمراقبة تطبيق هذه النصوص .

و تشمل رقابة الدولة أيضا مدى تنفيذ التدخل كافة الالتزامات الملقاة على عاتقه ، لا سيما تلك المتعلقة بالإعلام، حيث نظم المرسوم التنفيذي رقم 207/94 المؤرخ في 1994/07/16 و المتعلق بصلاحيات وزير التجارة فيما يتعلق بالجودة و حماية المستهلك بعدما كانت تناط

[1] بدر حسام اليعقوبي،أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، ط1981،ص .287

3 عبد الحميد الشواربي فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، منشاة المعارف،الإسكندرية، ط 1997 ص 68.

[2] مريم بوحظيش ابتسام عمارة حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في قانون الأعمال كلية الحقوق سنة 2016/2015 ص 106 107

هذه المهام لوزير الاقتصاد بموجب المرسوم التنفيذي رقم 189/30 المؤرخ في 1990/06/23 و المتضمن صلاحيات وزير الاقتصاد.[1]

ونستنتج من الحالات الأربعة التي تطرقنا إليها في المبحثين السابقين أن هناك حالات يسودها ظروف عادية و ملائمة لتنفيذ الالتزامات حيث اشترط المشرع في نصوص القانون المدني تنفيذ العقد طبقا لمضمونه و محتوياته التي اتفق عليها الطرفان وقت التعاقد وما يولده من حقوق و واجبات كما ألزم العاقدين بما ورد فيه من مستلزمات وفقا للقانون والعرف والعدالة و طبيعة الالتزام.

- كما اشترط القانون تنفيذ العقد بحسن نية التي تتمثل في التعاون و النزاهة مما يفرض تجنب كل غش ويفرض الصدق وذلك من اجل تنفيذ العقد بأحسن وجه و بكل إخلاص وأمانة و ثقة بين المتعاقدين.

- أما عن الحالات الاستثنائية هي حالة الظروف الطارئة التي جعلها المشرع من النظام العام بقوله ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك، لكن هناك شروط إذا لم تتوافر في الظرف الطارئ فوجب أن يكون الظرف استثنائيا كالحوادث الطبيعية أو الوقائع المادية ، وان يكون الظرف عاما و انه لم يكن متوقع الحدوث اي فجائي و ان يجعل التنفيذ مرهق و ليس مستحيل.

- وآثار الظروف الطارئة يكون من ناحيتين الأولى بالنسبة للمتعادين أي طرفا العقد والثانية بالنسبة للغير المتمثل في الخلف العام و الخلف الخاص والدائنين الشخصيين.

- والحالة الاستثنائية الثانية تتمثل في عقود الإذعان التي فرض فيها القانون حماية للطرف الضعيف من التعسف إذا كان الشرط تعجيزيا فأجاز للقاضي تعديله أو إعفاءه منه كما كرس له حماية في مجال التفسير فقضى بان يؤول تفسير العبارات الغامضة لصالح المدين.

---

[1] صياد الصادق حماية المستهلك في ظل القانون الجديد رقم 09/03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية قانون أعمال كلية الحقوق جامعة قسنطينة 1 سنة 2014/2013 ص 96 و 98

الفصل الثاني

وسائل تنفيذ العقد

الأصل أن يتقدم المدين طائعا و مختارا تنفيذ ما التزم به ،وهذا هو التنفيذ الاختياري أما إذا رفض أو تقاعس هذا الأخير عن تنفيذ التزامه تحرك عنصر المسؤولية في الالتزام وأمكن بمقتضاه إكراهه على وجوب تنفيذه .

فالأصل هو التنفيذ الاختياري للالتزام، ويحدث ذلك بالوفاء بما التزم به المدين طبقا للعقد المبرم بينه وبين الدائن.

أما إذا لم يقم بتنفيذ ما تعهد به في العقد اختياريا و طواعية ،كان هنا محلا للحديث عن التنفيذ الجبري أو القهري للالتزام ، سوف نتعرض في المبحث الأول إلى التنفيذ العيني للعقد في المطلب الأول سنتكلم عن التنفيذ العيني الاختياري وفي المطلب الثاني إلى التنفيذ العيني الجبري.

وإذا استحال التنفيذ العيني يتم التنفيذ بطريق التعويض أي بمقابل .فيقوم المدين بدفع تعويض للدائن يشمل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب عدم تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا أو بسبب التأخير في تنفيذه ، والتعويض يكون مبلغا نقديا .

أما في المبحث الثاني فقد تطرقنا إلى التنفيذ بطريق التعويض وقسمناه إلى ثلاثة مطالب تتمثل في التعويض القضائي والتعويض الإتفاقي ووسائل حماية الضمان العام.

المبحث الأول

التنفيذ العيني للعقد

إن التنفيذ عينا هو الأصل وهذا ما قررته المادة164 القانون المدني:

(يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 180-181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا)[1] .

وينقسم التنفيذ العيني إلى قسمين الأول يكون اختياريا حيث يقوم به المدين من تلقاء نفسه عند حلول اجل الوفاء بالدين، فإذا قام بتنفيذ التزامه وينتهي العقد بمجرد الوفاء.

[1] المادتين 180، 181 من القانون المدني .

أما في حالة تهرب المدين أو المماطلة أو محاولة الامتناع عن تنفيذ الالتزام هنا نكون أمام مخالفة القواعد القانونية وبالتالي يحق للدائن إجبار مدينه و قهره لينفذ التزامه رغما عنه لكن ليس بنفسه بل عن طريق الغرامة التهديدية أو ما يسمى بالإكراه المالي حيث تعتبر وسيلة للضغط على المدين، سوف نتحدث في هذا المبحث عن التنفيذ العيني بنوعيه الاختياري والجبري عبر مطلبين كالتالي:

المطلب الأول تعرضنا فيه إلى التنفيذ العيني الاختياري

والمطلب الثاني إلى التنفيذ العيني الجبري

المطلب الأول

التنفيذ العيني الاختياري

إن الأثر الأصلي للالتزام هو وجوب تنفيذه من جانب المدين بإرادته، واختياره أي وجوب قيام المدين من تلقاء نفسه بما يفرضه عليه التزامه سواء كان هذا الالتزام إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن العمل.

وتختلف طريقة قيام المدين بتنفيذ التزامه في كل التزام عن غيره بحسب محل هذا الالتزام وما يقتضيه من المدين .فالالتزام بإعطاء شيء يختلف في طريقة تنفيذه عن الالتزام بعمل، وهذا يختلف في طريقة تنفيذه عن الالتزام بالامتناع، فهناك قواعد خاصة لبيان طريقة تنفيذ كل من هذه الأنواع الثلاثة من الالتزام.

وهناك فوق هذه القواعد الخاصة قاعدة عامة تحكم طريقة تنفيذ كل التزام بغض النظر عن ماهية محله سوف نعرض القواعد الخاصة في الفروع التالية :

سوف نتطرق لها عبر ثلاثة فروع:

الفرع الأول

الالتزام بنقل ملكية شيء أو أي حق عيني أخر (أو الالتزام بإعطاء شيء)

الالتزام بنقل ملكية شيء كما قد يرد على عقار قد يرد على منقول وفي كلتا الحالتين إما أن يكون الشيء معينا بذاته أو بنوعه وعلى هذا الأساس متى كان الشيء معينا بذاته وكان منقولا، فان التنفيذ العيني للالتزام كنقل الملكية يتم بمجرد العقد اما إن تعلق الأمر بعقار، فلا يتم ذلك التنفيذ إلا بتسجيل العقد بالسجل العقاري أو بإجراء القيد لسائر حقوق العينية التبعية .

أما في الشيء المعين بنوعه فقط (كمقدار معين من القمح أو الأرز أو رؤوس الماشية او مساحة معينة من ارض شاسعة) فلا يتم التنفيذ العيني إلا بالفرز وهذا مع مراعاة إجراءات التسجيل أو القيد دائما بالنسبة للعقارات.[1]

أولا محل الالتزام شيء معين بالذات بملكية الملتزم :

نصت المادة 165 القانون المدني (الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني أخر من شانه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري) [2]

1/- نقل الملكية التميز بين المنقول والعقار :

ويتبين من هذا النص إن الالتزام بنقل حق عيني (obligation de donner) سواء كان الحق العيني حق ملكية أو أي حق عيني أخر كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن – يتم تنفيذه من تلقاء نفسه فينتقل الحق العيني إلى الدائن بحكم القانون(de plein droit) إذا كان الشيء إلي يقع عليه الالتزام شيئا معينا بالذات (corps certain)يملكه المدين...

[1] دربال عبد الرزاق ،الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري ،دار العلوم للنشر والتوزيع ،ص 11 -12

[2] القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية.

2/- الشيء الذي يقع عليه الالتزام منقول :

فإذا كان الشيء الذي يقع عليه الالتزام منقولا وكان عينا معينة مملوكة للمدين كسيارة معينة بالذات أو مجوهرات تم اختيارها بأعيانها ، فان الالتزام بنقل حق عيني على هذا المنقول يتم تنفيذه بمجرد نشوئه .فإذا باع شخص سيارة معينة بالذات لأخر أو رهنها رهن حيازيا لضمان دين في ذمته عليها لمصلحة الدائن المرتهن ومتى نشئ هذا الالتزام في ذمة المدين أو يترتب حق الرهن فعلا لمصلحة الدائن المرتهن وذلك دون حاجة إلى إي إجراء أخر من تسليم أو نحوه .[1]

3/- الشيء الذي يقع عليه الالتزام عقار :

أما إذا كان الشيء الذي يقع عليه الالتزام عقارا معينا بالذات ومملوكا للمدين ، كدار أو ارض محددة ، فان الالتزام بنقل حق عيني على هذا العقار لا يتم تنفيذه بمجرد نشوئه بل يجب مراعاة قواعد التسجيل بالنسبة إلى الحقوق العينية الأصلية كالملكية والارتفاق والانتفاع و قواعد القيد بالنسبة الى الحقوق العينية التبعية كالرهن الرسمي والاختصاص ورهن الحيازة، على أن عدم التسجيل لا يمنع من نشوء الالتزام بنقل الملكية أو الحق العيني لان هذا الالتزام إنما ينشئ من العقد والتسجيل ينفذ الالتزام ولا ينشئه.

4/ محل الالتزام شيء لم يعين إلا بنوعه :[2]

نصت المادة 166 من القانون المدني: "إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء، فان لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض".[3]

---

[1] عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني ،الجزء الثاني ،نظرية الالتزام بوجه عام ،المجلد الثاني ،اثار الالتزام ،دار النهضة العربية 1982 ص1008

[2] مرجع نفسه ص 1008

[3] القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية،مرجع سابق ص 45

فإذا كان محل الالتزام بنقل حق عيني شيئا منقولا معينا لا بذاته بل بنوعه ومقداره، أي شيئا من المثليات التي يختلط بعضها ببعض ويقوم بعضها مقام بعض في الوفاء سواء كان ذالك الشيء نقودا أو غير نقود، فان الحق العيني المتعهد بنقله على هذا الشيء لا ينتقل بمجرد الاتفاق الذي انشأ هذا الالتزام، وذلك لان الحق العيني لا يرد إلا على معينة بالذات فيكن عدم تعين الشيء محل التعهد بالذات مانعا، من انتقال الحق العيني المتعلق به إلى أن يزول هذا المانع ويتم التعين بالذات فتنتقل الملكية بمجرد تمامه ...

ويترتب على ربط انتقال ملكية المثليات بحصول فرزها، انه إذا باع شخص 100 قنطار من القطن الناتج من مزارعه ...،ثم أوقع أخر حجزا على كل ما يملكه البائعمن قطن أو على المبيع إليه استنادا على عقد شرائه ،لان هذا العقد لم ينقل إليه الملكية القدر المبيع طالما أن هذا القدر لم يكن قد تم فرزه قبل الحجز .

وكذالك إذا أفلس البائع قبل فرز المبيع ، وقع الأخير في التفليسة ولم يجز للمشتري أن يرفع دعوى الاستحقاق بشأنه[1] .

-**الفرع الثاني – الالتزام بعمل** (obligation de résultat)**:**

أقسام الالتزام بعمل رأينا أن الالتزام العقدي ينقسم إلى التزام بتحقيق غاية (obligation de résultat)، والتزام ببذل عناية (obligation de moyen) ويمكنه القول أن كل التزام – عقدي كان أو غير عقدي – يكون إما التزاما بغاية أو التزاما بعناية[2].

إن العمل الذي يلتزم به المدين قد يكون عملا متعلقا بشيء كالالتزام بالمحافظة على شيء والالتزام بتسليم شيء، وقد يكون عملا قائما بذاته كالتزام الطبيب بعلاج مريض والتزام المدرس بإعطاء درس والمقاول بإقامة بناء[3].

[1] سليمان مرقس ،مرجع سابق ،ص 63-64

[2] عبد الرزاق السنهوري ،أثار الالتزام ،مرجع سابق ،ص 1018.

[3] سليمان مرقس ،مرجع نفسه ،ص 67

والالتزام بالقيام بعمل قد يكون التنفيذ العيني فيه ممكنا دون تدخل المدين (وهذا كالالتزام بنقل البضاعة أو أشخاص) وقد لا يكون ممكنا الا بتدخله (وهذا كرسم لوحة فنية أو أداء دور في مسرحية) ، ففي الحالة الأولى، ومتى امتنع المدين عن التنفيذ ، أمكنه الوصول إلى التنفيذ العيني، وذلك عن طريق تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا لكنه على نفقة المدين الممتنع أما في الحالة الثانية ، فلا مفر من اللجوء إلى التنفيذ عن طريق التعويض.[1]

1-الالتزام ببذل عناية : نصت المادة 172 من القانون المدني (في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإرادته أو أن يتوقى الحيطة في تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ،ولو لم يتحقق الغرض المقصود هذا ما لم ينص القانون أو ألاتفاق على خلاف ذلك ، وعلى كل حال يبقى المدين مسؤولا عن غشه ، أو خطئه الجسيم) [2]

إن الالتزام ببذل العناية يتعلق بشيء، أو بعمل وقد أوردت المادة 172 من القانون المدني ضرورب الالتزام ببذل عناية فهذا الالتزام يتعلق إما بشيء أو بعمل، فإذا تعلق بشيء فهو إما أن يكون :

- المحافظة على هذا الشيء، كالالتزام المودع عنده بالمحافظة على الشيء المودع .

-أو يكون إدارة هذا الشيء، ويتضمن هذا بطبيعة الحال المحافظة عليه، كالتزام الوكيل في الإدارة بإدارة " العين الموكلة له " إليه إدارتها .

وإذا كان الالتزام ببذل عناية متعلقا بعمل، كالطبيب يلتزم بالعلاج،والمحامي يلتزم بالدفاع عن مصالح موكله أمام القضاء وبالتالي عليه أن يبذل العناية المألوفة في الدفاع عن مصالح موكله وليس عليه ان يكسب القضية .[3]

---

[1] دربال عبد الرزاق أحكام الالتزام ،مرجع سابق ،ص 13

[2] القانون المدني ، مرجع سابق ، 46

[3] عبد الرزاق السنهوري ،أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، من ص 1021- 1024

2- الالتزام بتسليم وقد يكون مستقلا و قد يكون التزاما تبعيا : قد يكون الالتزام بالتسليم التزاما مستقلا فيكون منذ البداية التزاما بعمل مثل التزام المستأجر برد العين المؤجرة ....

وقد يكون الالتزام بالتسليم التزاما تبعيا يتضمنه الالتزام بنقل حق عيني مثل التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري ...

وسواء كان الالتزام بالتسليم التزاما مستقلا أو تبعيا ، فان تنفيذه يكون بتسليم المدين الشيء إلى الدائن ،وفقا لأحكام القواعد العامة في التسليم .[1]

3- الالتزام بانجاز عمل معين :نصت المادة 169 (في الالتزام بعمل، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين)، والمادة 170 (في الالتزام بعمل إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا)[2].

يتبين من النصوص المتقدمة أن الالتزام بانجاز عمل معين، من حيث تدخل المدين الشخصي في تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا أنواع ثلاثة :

1-أن يكون الالتزام ممكن التنفيذ عينا دون تدخل شخصي من المدين في هذا التنفيذ وهذا هو الأصل .

2- أن يكون الالتزام غير ممكن التنفيذ عينا دون تدخل شخصي من المدين، وهذا استثناء يرد على الأصل من إحدى ناحيته، ناحية تعذر تنفيذ الالتزام .

3-أن تكون طبيعة الالتزام تسمح بان يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني، وهذا استثناء يرد على الأصل من الناحية الأخرى ، ناحية إمكان تنفيذ الالتزام .[3]

الفرع الثالث تنفيذ الالتزام بالامتناع عن عمل : وكذلك يكون الالتزام بالامتناع أن يتجنب المدين إتيان العمل الذي التزم بالامتناع عنه ، كالتاجر الذي يبيع متجره في جهة ما ويلتزم

[1] عبد الرزاق السنهوري ، أثار الالتزام ،مرجع سابق ،ص 1026-1027

[2] القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص46

[3] عبد الرزاق السنهوري ،أثار الالتزام ،مرجع سابق ، من ص 103 الى ،1037

بعدم فتح متجر أخر في هذه الجهة ، فان تنفيذ التزامه هدا يكون بتجنب فتح متجر أخر بالجهة المذكورة ولو باسم مستعار.

ويلاحظ أن الالتزام بالامتناع يعتبر دائما التزاما بغاية ، أي أن المدين به يكون ملزما بتحقيق الامتناع ولا يكتفي منه بان يبذل جهده أو درجة معينة من العناية في سبيل تحقيق ذلك

وكذلك يجب أن يكون تنفيذ التزامه هذا بحسن نية ، فإذا نفذه بسوء نية لم يكن تنفيذه صحيحا ،كما إذا تعهد شخص لجاره بعدم إدارة آلة للري ليلا ثم شب عند جاره وفي غيبه ذات ليلة حريق كان إطفاؤه يحتاج إلى الماء الذي تخرجه تلك الآلة.فلا يعتبر امتناع المتعهد عن إدارة الآلة المذكورة في تلك الليلة تنفيذا صحيحا لالتزامه بعدم إدارتها ليلا بوجه عام ، لأنه لا يتفق مع حسن النية الذي يجب أن يسود تنفيذ الالتزامات[1] .

المطلب الثاني

التنفيذ العيني الجبري

التنفيذ الجبري هو الذي يتم بواسطة السلطة العامة تحت تصرف القضاء ورقابته، بناء على طلب المدين الذي بيده سند مستوفي لشروط خاصة بقصد استيفاء حقه الثابت في السند من المدين قهرا عنه.

و طبقا لنص المادة 160 من القانون المدني، فإذا ما أبى المدين الاستجابة لعنصر المديونية في الالتزام وماطل ولم يوفي بالتزامه اختياريا فللدائن أن يلجا إلى الاستعانة بعنصر المسؤولية في الالتزام لقهر المدين على التزامه جبرا بعد اعذاره طبقا لأحكام المادة 164 من القانون المدني.

[1] سليمان مرقس ،مرجع سابق،ص 71

الفرع الاول

شروط التنفيذ العيني الجبري

يستخلص من المادة 164من القانون المدني انه يجب أن تتوافر شروط أربعة للحكم بالتنفيذ العيني الجبري:

- ❖ إعذار المدين
- ❖ أن يكون التنفيذ العيني ممكنا
- ❖ أن لا يكون في التنفيذ إرهاقا للمدين
- ❖ أن لا يكون في التنفيذ مساس بحرية المدين الشخصية

الشرط الأول:إعذار المدين

الإعذار هو تنبيه المدين بالوفاء وهو إجراء واجب في التنفيذ العيني لان المدين إن لم يقم بالتنفيذ بعد الأجل المحدد فانه لا يكون مسؤولا إذ قد يحمل سكوت الدائن على رضائه وتسامحه .وعلى ذالك فان طالب الدائن مدينة قضائيا دون أن يسبق ذالك إعذاره ، وعرض المدين التنفيذ العيني فيتحمل الدائن مصروفات الدعوى[1].

الشرط الثاني: أن يكون التنفيذ العيني ممكنا

للدائن أن يطلب التنفيذ العيني ويلتزم المدين بأدائه طالما كان التنفيذ العيني ممكنا فان أصبح التنفيذ العيني مستحيلا سواء رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي أو إلى خطا المدين لم يجز الحكم على المدين بالتنفيذ العيني ،و لم يبقى أمام الدائن سوى المطالبة بالتعويض(أو التنفيذ بمقابل) إذا رجعت الاستحالة إلى خطأ المدين ،أما إذا كانت راجعة إلى سبب أجنبي ،فانه يترتب عليها انقضاء الالتزام ويمتنع بالتالي الرجوع على المدين بالتعويض ففي الالتزام يدفع مبلغ من النقود فانه من الممكن دائما تنفيذه عينا،ولا يعد التنفيذ العيني مستحيل المجرد كون المدين معسرا ، وعلى ذلك لا يتسنى تنفيذ الالتزام بدفع مبلغ من النقود

[1]محمد صبري السعدي ، مرجع سابق، ص22.

الا عينا فهو لا يتصور فيه عدم التنفيذ، وان كان من المتصور فقط الحكم على المدين بتعويض على التأخر في التنفيذ.

ولكن في الالتزامات الاخرى كالالتزام بانشاء أو نقل حق عيني ،والالتزام بعمل أو بامتناع عنه ،فمن المتصور أن يستحيل التنفيذ العيني بفعل المدين .فقد يهلك الشيئ اويتم نقل ملكيته لاخر،فيستحيل عندئذ على المدين تنفيذ التزامه في مواجهة دائنه ، وقد يمتنع المدين عن أداء العمل محل الالتزام فانه لا يمكن اكراهه عليه لوجوب تدخله الشخصي ،كعمل الفنان،أو التزام المحامي برفع استئناف ، ويفوت هذا المحامي ميعاده ... وبالتالي لا مناص من التنفيذ بمقابل أي الحكم على المدين بالتعويض طالما رجعت استحالة التنفيذ العيني لخطأ المدين.[1]

الشرط الثالث : أن لا يكون التنفيذ العيني مرهقا

قد يكون التنفيذ العيني ممكنا، ولكن في جبر المدين على الوفاء إرهاق للدائن في هذه الحالة للدائن طلب التنفيذ عن طريق التعويض.

الشرط الرابع :ألا يكون في التنفيذ مساس بحرية المدين الشخصية

قد لا يكون التنفيذ العيني مستحيلا، ولا مرهقا، ولا يلزم أن يتدخل المدين شخصيا ليتم التنفيذ العيني وفي هذه الحالة يكون جبره مساس بحريته الشخصية، ولذا يمنع التنفيذ الجبري ويحكم للدائن بالتعويض لان في جبر المدين على التنفيذ مصادرة لحريته الشخصية هذا بالإضافة إلى أن إجباره في هذه الحالة يكون غير منتج.ومثال ذالك التزام الفنان بالقيام بعمل و التزام الطبيب والمحامي والرسام .

وهذه الوسيلة هي الغرامة التهديدية، فيحكم القاضي على المدين بدفع مبلغ معين عن كل مدة زمنية يتأخر فيها عن الوفاء فإذا لم تفلح هذه الوسيلة فيكتفي بالحكم بالتعويض النقدي.[2]

[1] محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص23-25.

[2] محمد صبري السعدي ،مرجع سابق ،ص23-25.

الفرع الثالث

وسائل التنفيذ العيني الجبري

طالما كان تدخل المدين شخصيا لازما للتنفيذ ففي هذه الحالة يلجأ الدائن إلى وسيلة لقهر المدين على القيام بالتزامه والقضاء على تعنته ومماطلته وهي :

الغرامة التهديدية[1]

أولا تعريف الغرامة التهديدية :(التهديد المالي)

ابتدع الفكر القانوني نظام التهديد المالي لإجبار المدين على تنفيذ الالتزام الذي يقتضي تنفيذه تدخلا شخصيا من جانبه ،وهذا النظام وليد اجتهاد القضاء في فرنسا، ثم أصبح يستند إلى نصوص تشريعية فقد أقره المشرع الجزائري في المادتين 305 625 قانون الإجراءات المدنية [2].

والغرامة المالية هي عبارة عن مبلغ مالي ،يحكم به القاضي على المدين ،يحتسب عن كل مدة زمنية معينة يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه عينا ،وعلى هذا الأساس تعد الغرامة التهديدية وسيلة ضغط على إرادة المدين، وهي بذالك وسيلة غير مباشرة للحصول على التنفيذ العيني للالتزام ،كما أن ما يميزها أنها غير محدودة المقدار، بحيث تخضع للتقدير التحكمي للقاضي الذي يحكم به[3].

-ثانيا شروط الغرامة التهديدية :

يشترط في الالتجاء إلى وسيلة التهديد المالي والحكم بغرامة تهديدية الشروط الآتية:

الشرط الأول: امتناع المدين عن تنفيذ الالتزام مع أنه لا يزال ممكنا:

لابد أن يكون المدين ممتنعا عن تنفيذ التزامه ،بان تطلب إليه المحكمة هذا التنفيذ فلا يمتثل أما إذا امتثل فلا محل للحكم عليه بالتهديد المالي ولابد أن يكون الالتزام لا يزال ممكنا

[1] العربي شحط عبد القادر ،مرجع سابق ص17_18

[2] العربي شحط عبد القادر ،مرجع نفسه ،ص 34

[3] دربال عبد الرزاق ،مرجع سابق ،ص20

تنفيذه عينا أما إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا كأن هلك الشيء المطلوب تسليمه أو اتى المدين العمل الذي التزم بالامتناع عنه ،ولم يعد في الاستطاعة الرجوع في ذالك،فلا محل للالتجاء للتهديد المالي،حيث لن يتحقق الغرض منها وهو حمل المدين على التنفيذ العيني[1] وإنما يحكم عليه في هاته الحالة بالتعويض عن ما أصاب الدائن من ضرر نتيجة عدم التنفيذ العيني ... لان الالتزام انقضى وامتنع بالتالي الالتجاء إلي نظام الغرامة التهديدية.

الشرط الثاني: أن يكون التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه :

في الالتزام بعمل من المتصور الالتجاء إلى نظام الإكراه المالي للحصول على التنفيذ العيني وذالك كالقيام بعمل فني كالغناء أو التمثيل، وأيضا في الشركات الاحتكارية بتقديم خدماتها إلى المتعاقدين معها [2].

الشرط الثالث:أن يطلب الدائن من القضاء الحكم على المدين بالغرامة التهديدية :

وبالتالي لا يقضى بها القاضي من تلقاء نفسه.[3]

فالرأي الراجح انه يجب أن يطالب الدائن بالتهديد المالي فلا يجوز أن تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بغرامة تهديديه على المدين إذا لم يطلب الدائن ذالك.

على أن هناك رأي يذهب إلى جواز أن تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بالغرامة التهديدية إذا وجدت أن شروطها متوافرة.

ومهما كان الأمر فللدائن ان يطلب الحكم بالغرامة التهديدية في أي حالة كانت عليها الدعوى بل يجوز له أن يطلب ذالك لأول مرة أمام محكمة الاستئناف–ولا يعتبر هذا الطلب جديدا.[4]

1عبد الرزاق السنهوري (الالتزام)مرجع سابق ص1058 بتصرف

[2]رمضان ابو السعود ، مرجع سابق، ص74-75

[3]دربال عبد الرزاق ،مرجع سابق ،ص21

[4]عبد الرزاق السنهوري(أثار الالتزام)، مرجع سابق، ص1062 -1063

-ثالثا – سلطة القاضي في الحكم بالغرامة التهديدية :

إذا توافرت الشروط السابقة جاز للقاضي الحكم بالغرامة التهديدية أيا كان مصدر الالتزام ،ولا يشترط أن يطلب الدائن الحكم بالغرامة التهديدية ،بل يستطيع القاضي أن يحكم هو من تلقاء نفسه طالما أن شروطها متوافرة ولا تعارض في هذا المبدأ الذي يقضي بوجوب أن يحكم القاضي إلا بما يطلب الخصوم ، وإذا كان الحكم بالغرامة ليس حكما مستقلا ،وإنما وسيلة لضمان تنفيذ الحكم الأصلي، والقاضي يملك من تلقاء نفسه اللجوء إلى الوسائل التي تكفل تنفيذ أحكامه وسلطة القاضي في الحكم بالغرامة التهديدية بناء على طلب الدائن هي سلطة تقديرية لا يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا (محكمة النقض) اذ أن القاضي يقضي في مسالة موضوعية ولكنه يخضع للرقابة من حيث تقديره لتوافر أو عدم توافر شروط الحكم بالغرامة التهديدية ،لان هذه مسألة قانون.

وطلب الغرامة التهديدية يجوز إبدائه في أية مرحلة تكون عليها الدعوى فيجوز طلبه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (المجلس القضائي) دون أن يعد ذالك طلبا جديدا يمتنع توجيهه أمام هذه المحكمة [1].

فان آبى تنفيذ التزامه بالرغم من اللجوء للغرامة التهديدية فلا يبقى أمام القاضي إلا اللجوء إلى إلزام المدين بتنفيذ التزامه عن طريق التعويض وفي هذا المعنى جاء القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 28-05-1990 أن التزام رب العمل بالاحتفاظ بالعامل أو إرجاعه لمنصب عمله هو التزام بعمل يستحيل تنفيذه قهرا أو جبرا ،ويتم حسابه على شكل تعويضات طبقا للأحكام القضائية المستقر عليها[2].

[1] محمد صبري السعدي، مرجع سابق ص 44

[2] قرارصادر بتاريخ 28-5-1999 ملف رقم 41122،أنظر عمر بن سعيد الاجتهاد القضائي وفقا لاحكام القانون المدني

المبحث الثاني

التنفيذ بطريق التعويض(أو التنفيذ بمقابل)

التنفيذ بمقابل أو التنفيذ عن طريق التعويض لا يلجأ إليه إلا عندما لا يقضى بالتنفيذ العيني للالتزام وسبق القول أن الأصل هو تنفيذ الالتزام عينا. إلا أن هنالك حالات لابد فيها من اللجوء إلى التنفيذ عن طريق التعويض وهذه الحالات هي :

– استحالة التنفيذ بفعل المدين أو بخطئه مع ملاحظة أنه إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود فان تنفيذ الالتزام يظل دائما ممكنا.

–إذا كان في التنفيذ العيني إرهاقا للمدين فيجوز الاقتصار على التعويض بشرط أن لا ينزل ضررا جسميا بالدائن .

–إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا صدر من المدين ولم تفلح الغرامة التهديدية في حمله على الوفاء .

–إذا كان التنفيذ العيني ممكنا ولكن لم يطلبه الدائن ولم يعرضه المدين فيقضي بالتعويض في هذه الحالة مادام الدائن لم يطلبه[1].

سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب: (تعويض قضائي – تعويض اتفاقي – وسائل حماية الضمان العام)

المطلب الأول

التعويض القضائي

يهدف التعويض القضائي إلى إزالة ما أصاب الدائن من ضرر بسبب ارتكبه المدين من خطأ بتخلفه عن تنفيذ التزامه عينا أو بتأخره في القيام بذالك التنفيذ ...ويشترط القانون لاستحقاق التعويض وجوب إعذار المدين فالمادة 197 من القانون المدني تقضي "لا يستحق

[1] محمد صبري السعدي مرجع سابق، ص 49

التعويض إلا بعد إعذار المدين، ما لم يوجد نص مخالف لذلك "فإذا ما توافرت الشروط استحقاق التعويض تولى القاضي تقديره ،محددا طريقته ومقداره[1].

وقد نصت المادة 182 من القانون المدني"إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب،بشرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو تأخير في الوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول " [2].

الفرع الأول

الإعذار

اشترط المشرع على الدائن لاستحقاق التعويض شرطا إجرائيا يتمثل في وجوب إعذار المدين والذي يعبر من خلاله عن رغبته في استفتاء دينه أن كان محل الالتزام أداء مبلغ من المال وتنفيذ الالتزام أيا كان هذا الالتزام، فالأصل في التعويض أنه لا يستحق إلا بعد إعذار المدين، ولكن هذا ليس شرطا مطلقا ،إذ أجاز المشرع الحكم بالتعويض إذا وجد في القانون أو العقد يقضي باستحقاقه التعويض دون التقيد بالإعذار ...

حيث أن الإعذار وجد لتحقيق مصلحة شخصية للمدين ، لهذا يجوز الاتفاق على استبعاده واعتبار المدين معذرا بمجرد حلول أجل الالتزام دون حاجة للإعذار ما لم يفسخ الدائن هذا الاتفاق بتصرف صادر منه كأن يقوم بإنذار المدين مثلا للمطالبة بقسط معين فانه لا يجوز له عندئذ المطالبة بباقي الأقساط إلا بعد إعذار المدين.

والغاية من الإعذار هي تنبيه المدين إلى أنه متأخر في تنفيذ التزامه تأخرا يرتب عليه القانون بعض الآثار،ودعوته لتنفيذ التزامه مع وضعه أمام مسألة قانونية في حال امتناعه على ذلك[3].

---

[1] رمضان أبو السعود مرجع سابق، ص85

[2] القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية

[3] حازم ظاهر عرسان صالح ، التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه دراسة مقارنة رسالة الاستكمال لمتطلبات الحصول على درجة ماجستير في القانون الخاص،جامعة النجاح الوطنية . ،نابلس فلسطين، 2011، ص 41.42

أولا : كيف يتم الإعذار(المادة 180 من القانون المدني)

الأصل أن يتم عن طريق الإنذار و الإنذار ورقة رسمية من أوراق المحضرين يبين فيها الدائن بوضوح انه يطلب من المدين تنفيذ التزامه وهذا هو الطريق المعتاد لإعذار المدين حتى صح أن يقال " قد أعذر من أنذر"ويقوم المحضر بتسليم صورة من هذا الإنذار إلى المدين نفسه أو وكيله أو خادمه أومن يكون ساكنا معه في موطنه و إلا سلمها إلى جهة الإدارة على الوجه المبين في قانون المرافعات (المادة 10-11) ويقضي القانون المدني بإمكان أن يتم الإنذار عن طريق البريد على الوجه المبين في طريق المرافعات[1]

ثانيا: الحالات التي لا ضرورة فيها للاعذار

جاء في مفهوم المادة 181من القانون المدني هنالك حالات لا ضرورة فيها للإعذار ويعتبر مجرد حلول الدين إشعارا كافيا للمدين لوجوب تنفيذ التزامه وإلا كان مسئولا عن التعويض وهذه الحالات ترجع إما إلى الاتفاق أوالى حكم القانون وإما لطبيعة الأشياء فقد يتفق الطرفان مقدما أن المدين يكون معذرا لمجرد حلول أجل الالتزام دون حاجة إلى أي إجراء ويكون هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا، ويجب أن يكون الاتفاق الضمني غير محل للشك وقد يقضي القانون بعدم الحاجة إلى الإعذار[2].

الفرع الثاني

تقدير القاضي للتعويض

بالنظر إلى المادة 176من القانون المدني فان التعويض القضائي قد يتقرر إما لعدم تنفيذ المدين للالتزام أو لتأخره في تنفيذ التزامه فقطوفي كل الأحوال يراعي القاضي في التعويض عنصر الخسارة التي لحقت المضرور وعنصر الكسب الذي فاته بسبب عدم التنفيذ أو التأخر فيه باعتبار أن ذالك يمثل حقيقة الضرر الذي أصاب الدائن أي (المضرور) والتعويض قد يكون في صورة نقدية وهو الغالب، وقد يكون في صورة عينية

[1] رمضان أبو السعود ، مرجع سابق، ص89

[2] عبد الرزاق السنهوري(أثار الالتزام) ،مرجع سابق، ص1092

وهذا كإزالة ما أتاه المسئول من إخلال بالالتزام الواقع عليه (كهدم جدار أو سد نافذة التي أقامها).

والتعويض النقدي قد يدفع جملة واحدة أو على أقساط،أو في شكل إيراد مرتب مدى حياة الدائن مثلا أوالى بلوغه سن الرشد كأن يكون المتضرر قاصرا [1].

فعندما ترفع أمام القاضي دعوى المطالبة بالتعويض وجب عليه في مرحلة أولى أن يفهم الوقائع المطروحة أمامه، وفي المرحلة الثانية تكييفها بتطبيق النص القانوني الملائم لها من خلال التأكد بأنها كافية لتشكيل أركان المسؤولية المدنية ليأتي له في مرحلة ثالثة تقدير التعويض على اعتبار انه لا تعويض دون مسؤولية ولا تقدير حيث لا تعويض.

و هذا ما سار عليه المشرع الجزائري حيث لم يترك للقاضي حرية تقدير التعويض حسب ميوله و أهوائه الشخصية بل حدد له معايير يسير عليها.

كما تنص المادة 182 من القانون المدني " إذا لم يكن للتعويض مقدار في العقد أو في القانون فلقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب "ويتضح من هذه المادة أن للتعويض عنصرين هما :

- ما أصاب الدائن من خسارة وما أضاع من كسب والمقود بالخسارة اللاحقة الضرر المباشر الذي لحق حقا أو مصلحة مشروعة للمضرور،أما الكسب الفائت فيخص كل الثمرات الطبيعية للثمرات للشيء المتلف أو محل الالتزام والأرباح المتوقعة في المسؤولية العقدية .

المطلب الثاني

التعويض الإتفاقي : (أو الشرط الجزائي)

الشرط الجزائي عبارة عن تعويض يتفق على تحديده أطراف العقد إما في العقد ذاته أو في وثيقة لاحقة يتولى المدين أداءه إلى الدائن أما في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه وفي

[1] دربال عبد الرزاق ، أحكام الالتزام مرجع سابق ،ص15-16

حالات التأخر في ذالك فقط فالتعويض هنا مقدر اتفاقيا لا قضائيا ومن مزايا الشرط الجزائي أنه تقدير مسبق للتعويض ما يجنب الدائن مشقة إثبات الضرر وكذا تقديره كما يمثل نوعا من التهديد المالي للطرف الذي تسول له نفسه الإخلال بالتزامه وبهذا يضمن كل طرف لنفسه أن يحصل على التنفيذ العيني للالتزام من الطرف المقابل .

وأما عن طبيعة الشرط الجزائي القانونية فهو إنما يثبت التزام تبعي لالتزام أصلي[1]

ومن الأمثلة على الشرط الجزائي كثيرة و متنوعة فشروط المقاولة قد تتضمن شرطا جزائيا يلزم المقاول بدفع مبلغ معين عن كل يوم أو عن كل أسبوع أو عن كل مدة أخرى من الزمن يتأخر فيها المقاول عن تسليم العمل المعهود إليه انجازه وقد يكون المبلغ المتفق عليه في الشرط الجزائي تعويضا عن عدم تنفيذ كما في اشتراط المشتري من البائع تعويضا معينا في حالة عدم تسليم المبيع أو في حالة تصرف البائع في المبيع إلى أخر.

الفرع الأول

شروط استحقاق الشرط (البند الجزائي):

يتعين لإعمال الشرط الجزائي توافر شروط استحقاق التعويض وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية فضلا عن الإعذار.

أولا : يجب أن يتوافر الخطأ في جانب المدين ويتعين على الدائن إثبات وجود خطأ أي يجب أن يرتكب المدين تقصيرا فيما يتعلق بتنفيذ التزامه الأصلي أو فيمتنع عن التنفيذ أو يتوقف عن إتمامه فيكون التنفيذ جزئيا أو يتأخر فيه، ويلتزم الدائن بإثبات هذا التقصير ويكون بكافة طرق الإثبات باعتبار أن عدم التنفيذ مسالة مادية ويعتبر عدم التنفيذ في ذاته خطا موجب للمسؤولية

ثانيا : أما بالنسبة للضرر فلا بد من توافره وإلا انتفى استحقاق التعويض، ومن الجدير بالذكر أن الشرط الجزائي يؤدي لنقل عبئ الإثبات أي لا يقع على عاتق الدائن وإنما على

[1] دربال عبد الرزاق ، مرجع سابق، ص 16-17

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص 852

عاتق المدين أن يثبت أن الدائن لم يصبه بضرر ويجب كذالك توافر علاقة السببية لإعمال البند الجزائي .

ثالثا:العلاقة السببية بين الخطأ والضرر فلا يستحق الشرط الجزائي إلا إذا قامت العلاقة السببية بين الخطأ والضرر أما إذا انتفت هذه العلاقة بثبوت السبب الأجنبيأو بان كان الضرر غير مباشر أو كان في المسؤولية العقدية مباشرا ولكنه غير متوقع فعند ذلك لا تتحقق المسؤولية ولا يستحق التعويض فلا محل إذن لإعمال الشرط الجزائي ومع ذلك يجوز الاتفاق على مخالفة هذا الحكم ويكون هذا بمثابة اتفاق التشديد من المسؤولية وتحميل المدين تبعة الحادث المفاجئ و هذا ما جاء في نص المادة 178 من القانون المدني " يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ و القوة القاهرة[1] .

رابعا: شرط الإعذار جعل المشرع الإعذار شرطا لاستحقاق الشرط الجزائي من خلال نصه في المادة 179 من القانون المدني انه لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك و يقصد بالأعذار وضع المدين موضع المتأخر في تنفيذ التزامه ذلك أن مجرد حلول اجل الالتزام لا يكفي لجعل المدين في هذا الوضع القانوني حيث أن التأخر في التنفيذ حالة قانونية الأصل فيها انه لا يكفي لقيامها مجرد التأخر الفعلي وان يلزم أن يسجله الدائن عليه بالإعذار.

وعليه فالتعويض لا يستحق إلا بالإعذار في الأحوال التي يجب فيها فانه إذا لم يقم الدائن بإعذار المدين في هذه الأحوال لم يكن التعويض الإتفاقي مستحقا ويتم الإعذار حسب نصت المادة 180 من القانون المدني يكون إعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم الإنذار ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بان يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر و الإنذار يتم بورقة رسمية يعبر فيها الدائن عن رغبته في اقتضاء حقه، و يتم

[1] عبد الرزاق السنهوري، أثار الالتزام مرجع سابق، ص 859

إعلانه للمدين على يد محضر لشخصه أو في موطنه أما ما يقوم مقام الإنذار فيقصد به أية ورقة رسمية أخرى يعلنها الدائن لمدينه وتتضمن تمسك الدائن باستيفاء حقه تجاه مدينه ومثال ذلك محضر الحجز على مال المدين أو إعلان صحيفة الدعوى للحضور أمام محكمة ولو كانت غير مختصة[1].

وغياب الإعذار لا يترتب عليه عدم قبول الدعوى أو بطلان الإجراءات بحيث ذهبت المحكمة العليا في قرار لها بخلاف هذا الرأي إذ جاء في حيثيات قرار صادر في 2002/07/25 ما يلي بمراجعة أوراق الملف تبين أن الطاعن كان قد أثار أمام مجلس قضاء الجزائر دفعا يتمثل في أن المطعون ضدها لم تقم بتوجيه إعذار مسبق قبل مقاضاته طبقا للمادة 180 من القانون المدني لكن هذه الجهة القضائية لم تقم بتسجيل هذا الدفع إذا اكتفت بمجرد التصريح بخصوصه بما يلي حيث أن التمسك بالمادة 180 من القانون المدني ليس من شانه أن يجعل الدعوى غير مقبولة شكلا و في هذه الحالة يستوجب إبطال القرار[2].

الفرع الثاني

سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي

أولا : سلطة القاضي في تخفيض مبلغ التعويض الإتفاقي :

للقاضي حق تخفيض التعويض إذا كان ينطوي على مبالغ جسيمة وله الحق في تخفيض قيمة الشرط بنسبة ما نفذه المدين من التزام ويقع عبئ التنفيذ الجزئي على المدين[3]المادة 187 من القانون المدني، والأصل أن التعويض من اختصاص القاضي فهو الذي يقدره إلا انه قد يتفق بشأنه المتعاقدين ضمن شروط العقد الأصلي أو قد يدرج في اتفاق لاحق[1]ولقاضي الموضوع أن يخفض الشرط الجزائي إلى الحد الذي يتناسب مع مقدار

---

[1] احمد شوقي محمد عبد الرحمان الدراسات البحثية في المسؤولية المدنية الجلد الأول المسؤولية المدنية الشخصية منشاة المعارف مصر سنة ص 317-318

[2] ملف رقم 215762منشور بالمجلة القضائية لسنة 2002 عدد 1 ص 279.

[3]مصطفى أحمد أبو عمر موجز أحكام الالتزام منشورات الحلبي الحقوقية ، ص 49-54 بتصرف

[1]احمد محمد شوقي عبد الرحمان ، ص 317-318

الضرر الحقيقي الذي لحق بالدائن و ذلك إذا كان المدين قد نفذ بعض التعهدات التي التزم بها وتخلف عن تنفيذ بعضها الآخر،كما يجوز للقاضي أن يخفض الشرط الجزائي إذا اثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه.

ويستفاد من ذلك انه يجوز للقاضي أن يتدخل في الاتفاقات التي يبرمها الأطراف وفي ذلك حد لمبدأ القوة الملزمة للعقد إلا انه لصالح المتعاقدين و خاصة المتعاقد الضعيف.

ثانيا : سلطة القاضي في زيادة مقدار الشرط الجزائي :

نصت المادة 185 من القانون المدن "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا اثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطا جسيما"

وفي هذه الحالة تعالج الفرض الذي يجاوز فيه الضرر قيمة التعويض الإتفاقي والسؤال الذي يطرح نفسه هل يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة و إذا كان ذلك جائزا فما هي الشروط اللازم توافرها لذلك

وقد أجابت عن هذه التساؤلات المادة 185 من القانون المدني " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن المطالبة بأكثر من هذه القيمة إلا إذا اثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطا جسيما".[1]

وإذا تبين على العكس مما تقدم أن التعويض المقدر ليس مبالغا فيه بل هو اقل من الضرر الواقع فان القاضي مع ذلك لا يزيده ليكون مساويا للضرر بل يحكم به كما هو ويكون الشرط الجزائي في هذه الحالة بمثابة تخفيف لمسؤولية المدين أما إذا زاد الضرر الواقع على التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي واثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطا جسيما في الشرط الجزائي واثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطا جسيما فان الشرط الجزائي الذي يجوز أن يخفف من مسؤولية المدين في حالة الخطأ اليسير لا

[1] عبد الرزاق السنهوري ، أثار الالتزام ، مرجع سابق ، ص 1147

يمكن أن يخفف منها في حالة الغش أو الخطأ الجسيم و على ذلك يجوز للقاضي أن يزيد في قدر التعويض في هذه الحالات لجعله مساويا للضرر الواقع.[1]

ثالثا استبعاد الشرط الجزائي يمكن للقاضي أن يعفي المدين من كل مقدار التعويض المحدد في الشرط الجزائي متى اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر وذلك لان الضرر ركن في المسئولية و متى انتفى فلا محل للتعويض وهذا ما نصت عليه المادة 184 من القانون المدني لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر.

المطلب الثالث

وسائل حماية الضمان العام

نص المشرع الجزائري في نص المادة 188 من القانون المدني على أن "جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه"

وضع المشرع الجزائري بين يدي الدائن حتى قبل التنفيذ على أموال المدين وفقا للإجراءات المعهودة في قانون الإجراءات المدنية وسائل تحفظية يحافظ بها على الضمان العام حتى لا يدخله تغيير و هذا كمطالبة القضاء بتعيين حارس على أموال المدين أو تعيين من يتولى إدارة ممتلكاته أو وضع جرد لممتلكاته و ليست الوسائل التحفظية الوحيدة التي بيد الدائن بل أضاف لها المشرع وسائل أخرى تحتل مرتبة وسطى بين التحفظية والتنفيذية ألا وهي الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة الدعوى البولصية و دعوى الصورية.[2]

الفرع الأول

الدعوى غير المباشرة و الدعوى المباشرة

أولا الدعوى غير المباشرة : لقد قامت فلسفة القانون الخاص على فكرة رئيسية مفادها حماية

[1] رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 88-89

[2] دربال عبد الرزاق أحكام الالتزام مرجع سابق ص 30

الضمان العام للدائن فالدعوى غير المباشرة هي نظام قانوني قائم و مستقل بذاته يعطي للدائن الحق في مباشرة حقوق مدينه إذا أهمل هدا الأخير في استعمال حقوقه بنفسه.[1]

أحيانا يتقاعس المدين عن المطالبة بحقوقه التي لدى الغير أي مدينه ومن شان دلك التقاعس ان يسبب ضررا للدائن الذي من مصلحته أن يزداد الضمان العام ليطمئن بذلك الى استيفاء حقوقه كاملة غير منقوصة . لهدا الغرض مكن المشرع الدائن من رفع دعوى للمطالبة بديون مديون مدينه التي لدى الغير وهذا نيابة عنه. على انه يشترط لمباشرة حقوق المدين الأتي

- فبالنسبة للدائن المشرع لا يشترط فيه إلا أن يكون حقه قبل المدين محقق الوجود لا احتمالي و خال من أي نزاع و لو لم يكن دين الدائن مقدرا و على يجوز أن يكون دين الدائن مؤجلا او معلقا على شرط واقف.

- بالنسبة للمدين يجب ان يمسك على استعمال حقوقه (كان لا يطالب بدين حل اجله في مواجهة مدينه) و أن من شان ذلك إعسار المدين أو الزيادة فيه...و يجب ايضا عند مباشرة الدعوى غير المباشرة إدخال المدين في الخصومة اذ هو شرط قبول الدعوى.[2]

و للدعوى غير المباشرة أثار وهي

نصت المادة 190 من القانون المدني " يعتبر الدائن في استعماله حقوق مدينه نائبا عن هدا المدين و كل ما ينتج عن استعمال هده الحقوق يدخل في اموال المدين و يكون ضمانا لجميع دائنيه"[3]

إن الدائن حينما يباشر حقوق مدينه و التي منها الدعوى غير المباشرة انما يعد نائبا عن المدين و مصدر هده النيابة هو القانون ذاته . على ان رفع هده الدعوى ليس معناه كف المدين عن التصرف في أمواله فله مطلق التصرف فيها و ليس معنى ان ما يتحصل عليه

---

[1] لزرق بن عودة وسائل حماية الضمان العام مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص كلية الحقوق و العلوم السياسية السنة الجامعية 20014/ 2013 ص 6

[2] دربال عبد الرزاق أحكام الالتزام مرجع سابق ص 31 32

[3] القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية

الدائن من مديني مدينه ان تلك الحقوق تدخل الذمة المالية للمدين وعلى الدائن ان اراد استيفاء حقه التنفيذ على أموال المدين كما يفعل غيره من الدائنين. ويترتب على استعمال الدائن لحقوق مدينه إمكانية تمسك مدين المدين المرفوعة ضده الدعوى بكل الدفوع التي كان له أن يتمسك بها في مواجهة دائنه(كالبطلان و الفسخ و المقاصة....)[1]

ثانيا الدعوى المباشرة :

وهي وسيلة قانونية يقررها المشرع تسمح للدائن ان يسعى مباشرة باسمه شخصيا إلى مدين المدين ليسأله الوفاء بما هو مستحق في ذمته للمدين فهي تغل يد المدين عن التصرف في حقه الذي في ذمة مدينه كما تغل يد المدين عن تسليم ما لديه للمدين وقت انذاره فيستأثر الدائن بالحق موضوع الدعوى دون أن يشاركه بقية الدائنين و إن كانت لا تجنبه مزاحمة دائني مدين المدين و بدلك يصبح الدائن في مركز ممتاز يحميه من مزاحمة الدائنين.

و من تقصينا لنصوص القانون المدني الجزائري لم نجد فيها نصا عاما يتعرض فيه المشرع للدعوى المباشرة.

و بالتالي يتضح ان الدعوى المباشرة لا تقرر للدائن إلا في حالات معينة منها

- المؤجر مع المستأجر من الباطن (مادة 507 قانون مدني)
- المقاول الفرعي و العمال مع رب العمل (مادة 565 قانون مدني)
- علاقة المضرور بشركة التامين (مادة 619 قانون مدني)
- رب العمل مع الفضولي (مادة 154).

أما فيما يخص طبيعة الدعوى المباشرة فقد اختلف الفقه و القضاء في تحديدها فقد دهب جانب من الفقه إلى القول ان أساس الدعوى المباشرة هو نظرية الاشتراط لمصلحة الغير وقد برر أنصار هذه النظرية نظريتهم أن المدين قد اشترط على مدينه رجوعا مباشرا لمصلحة دائنه.[2]

[1] دربال عبد الرزاق مرجع نفسه ص 33

[2] لزرق بن عودة مرجع سابق ص من 34 الى 39

الفرع الثاني

الدعوى البولصية والدعوى الصورية

أولا: الدعوى البولصية (او دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين):

تمثل هذه الدعوى الوسيلة الأمثل التي يواجه بها الدائن التصرفات الايجابية لا السلبية كما في الدعوى غير المباشرة التي يقدم عليها مدينه والتي من شانها إنقاص الضمان العام الذي يعول عليه الدائن لاستيفاء حقه و هذه الدعوى من ابتداع البريتور الروماني paulus.

أما عن شروط الدعوى البولصية فبعضه يتعلق بالدائن و بعضه يتعلق بتصرف المدين .

- فبالنسبة للشروط الخاصة بالدائن يجب ان يكون حق الدائن حال الأداء بالإضافة إلى كونه خاليا من أي نزاع و بديهي أيضا ان يشترط في حق الدائن ان يسبق وجوده تصرف المدين الضار و إلا ما حصل هذا الإضرار بالدائن.

- بالنسبة للشروط الخاصة بتصرف المدين يشترط ان يباشر المدين تصرفا قانونيا، كما يشترط أن يكون ذلك التصرف مفقرا للمدين حيث يؤدي إما لإعساره أو الزيادة فيه .و يراعى هذا الشرط سواء وقت إقدام المدين على التصرف او عند رفع الدعوى، و يعد من قبيل التصرفات المفقرة او الضارة عدم تمسك المدين بتقادم مسقط او مكسب و يجب أيضا إثبات أن التصرف الذي قام به المدين فيه غش متى كان معاوضة أما إن كان تبرعا فلا حاجة لذلك.

وتتمثل آثار الدعوى البولصية في علاقة الدائن رافع الدعوى بمدينه حيث انه ان نجح فيها عد التصرف الذي أجراه المدين غير نافذ في مواجهة هذا الدائن وبقية الدائنين الذين تضرروا من تصرف المدين و يعني عدم النفاذ اعتبار التصرف كان لم يكن .

و تتقادم هذه الدعوى أما بمضي ثلاث سنوات من يوم علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف في حقه ، او ب خمسة عشر سنة منذ تاريخ إبرام التصرف مادة 197 قانون مدني .[1]

[1] دربال عبد الرزاق أحكام الالتزام مرجع سابق ص من 33 إلى 36

ثانيا: دعوى الصورية

لم يعرف المشرع الجزائري هذه الدعوى ولم يخصص لها بابا خاصا بها وانما اكتفى بالنص عليها في المادتين 198 و 199من القانون المدني.

و يشترط لتحقق الصورية

- أن يوجد عقدان – او موقفان – اتحد فيهما الطرفان و الموضوع
- ان يختلف العقدان من حيث الماهية أو الأركان أو الشروط
- أن يكونا متعاصرين فيصدرا معا في وقت واحد
- ان يكون احدهما ظاهرا علنيا و العقد الصوري و يكون الآخر مستترا سريا و هو العقد الحقيقي .[2]

أحكام الصورية تظهر في العلاقة الموجودة بين العاقدين و الغير

أحكام الصورية فيما بين المتعاقدين و خلفهما العام طالما اتجهت إرادة المتعاقدين إلى العقد الخفي لا الظاهر فان العقد الخفي هو الذي يسري عليهما و على خلفهما العام ، مع ما يترتب على هذا القول أحكام و عليه يجب ان تتوافر في العقد الخفي أركانه الأساسية من تراضي و محل و سبب أما إن كان العقد الخفي يتطلب شكلية معينة كالرسمية بينما لا يتطلبها العقد الظاهر فان العقد الخفي يكون صحيحا و لو لم يفرغ في شكل مطلوب و هذا و إثبات وجود العقد الخفي بين المتعاقدين يتبع في شانه القواعد العامة في الاثبات بحيث متى كان العقد الظاهر مكتوبا وجب إثبات العقد الخفي بالكتابة و في الحالة العكسية جاز إثبات العقد الخفي بكل الطرق .

أحكام الصورية بالنظر إلى الغير يقصد بالغير هنا الدائنون العاديون للمتعاقدين و خلفهما الخاص فهؤلاء و اعتمادا منهم على ظاهر الأمور يسري في حقهم العقد الظاهر لا الخفي وهذا متى كانوا حسني النية بحيث لا يعلمون بوجود الصورية.[3]

---

[2] عبد الرزاق السنهوري آثار الالتزام مرجع سابق ص 1396

[3] دربال عبد الرزاق أحكام الالتزام مرجع سابق ص 37 38

الفرع الثالث

الحق في الحبس

هو عبارة عن وسيلة قانونية يلجا إليها الدائن لأجل اقتضاء حقه من مدينه و ذلك لحبس شيء مملوك لمدينه أو حبس محل التزامه هو اي محل التزام الحابس و هذا الى ان يوفي المدين بالدين الذي عليه اتجاه الحابس فالحبس بذلك وسيلة ضغط على ارادة المدين تدفعه للتنفيذ العيني لالتزامه و الحبس بهذا يرد على شيء معين كما قد يرد على التزام بالقيام بعمل او بالامتناع عنه.

و لان كان ما سبق قوله هو الأصل العام فانه ترد استثناءات معينة تمنع ممارسة الحق في الحبس فمن ذلك انه لا يجوز ان يرد الحبس على الأشخاص فليس للمستشفى مثلا حبس مريض الى ان يؤدي مصاريف العلاج كما لا يرد على ما لا يجوز الحجز عليه كالأموال العامة.

أما عن شروط الحبس فهي اثنان :

تقابل الدينان: و يقصد به على العموم ان يكون كل طرف دائنا و مدينا في ذات الوقت للطرف الاخر ، فالبائع دائن بالثمن والمدين بنقل الملكية و التسليم و يجب ان يكون الدين مدنيا لا طبيعيا لان هذا الاخير لا يجبر المدين على الوفاء به. كما يجب ان يكون الدين حالا و خاليا من اي نزاع ولو لم يكن مقدرا و يشترط اخيرا ان يكون الدين خاليا من اي نزاع و لو لم يكن مقدرا . ويشترط أخيرا ان يكون الدين لم ينفذ بعد و إلا انتفت الجدوى من الحبس أصلا.[1]

وجود ارتباط بين الدينين: وينشأ الارتباط القانوني عن علاقة قانونية تبادلية. و قد يكون مصدر هذه العلاقة عقدا فعقد البيع مثلا من العقود الملزمة لجانبين و هذا يعني أم هذا العقد ينشئ الالتزامات على عاتق كل طرف من أطرافه و على البائع أن يسلم للمشتري و أن ينقل

[1] دربال عبد الرزاق اثار الالتزام ص 22 23

إليه الملكية وعلى المشتري واجب الوفاء بالثمن فإذا طالب المشتري البائع بتسليم المبيع كان للبائع حبس المبيع حتى يستوفي الثمن.[1]

ونستنتج من هذا الفصل انه في الأصل يتوجب على المدين أن ينفذ التزامه من تلقاء نفسه وهذا هو المفروض أي يجب على المدين عند حلول اجل الدين الوفاء به في وقته وهذا يسمى التنفيذ العيني الاختياري.

- أما في حالة عدم التنفيذ يطبق عليه التنفيذ الجبري أو القهري عن طريق المحضر تحت رقابة القضاء لكن لا تطبق أحكام التنفيذ الجبري إلا إذا اعذر المدين ويجب أن يكون التنفيذ غير مرهق للمدين وممكنا و إلا يكون فيه مساس بحرية الشخص .

- الغرامة التهديدية وهي مبلغ يحتسب عن كل مدة زمنية معينة يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه عينا للضغط كما تسمى الغرامة التهديدية بالتهديد المالي

- ولتطبق أحكام الغرامة التهديدية لابد أن يكون المدين ممتنعا عن تنفيذ التزامه،وأن يكون التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه،كما يجب أن يكون الحكم بها بطلب من الدائن.

- كما خول المشرع حق الضمان للدائنين بالرفع دعاوى للتنفيذ على أموال الدائن و وسائل حماية الضمان العام متنوعة.

[1] العربي شحط عبد القادر مرجع سابق ص 102

خاتمة

خاتمة:

وإجابة على الإشكالية المطروحة توصلنا إلى نتيجة مفادها أن العقد في الحالات العادية أي في الظروف الملائمة و الهادئة لا تواجهه اية مشاكل او عراقيل ، لكن في حال حدوث ظروف طارئة و مفاجئة يتغير ويصعب تنفيذ العقد بسبب تلك الظروف الطارئة فيتدخل القاضي في هذه الحالة لمراجعة العقد ورد الالتزام المرهق لحد المعقول تطبيقا لأحكام المادة 3/107 من القانون المدني الجزائري

كما يعد عقد الإذعان من العقود التي تواجه تنفيذ العقد وذلك اذا احتوى على شروط تعسفية يتدخل القاضي في مراجعة العقد بتعديل تلك الشروط تطبيقا لنص المادة 110 من القانون المدني الجزائري.

كما يعتبر عدم وفاء المدين أو تأخره عن الوفاء من عراقيل تنفيذ العقد و هذا يعتبر خطا مولد للمسؤولية ولاستحقاق التعويض لابد من توافر عناصر المسؤولية المتمثلة في الخطأ و الضرر و العلاقة السببية بينهما.

حيث وضع المشرع حلا لعدم تنفيذ المدين لالتزامه و ذلك بإقراره للتهديد المالي لكن إن لم تفلح هذه الطريقة يتم اللجوء إلى التنفيذ بطريق التعويض و يكون التعويض إما اتفاقيا أو قضائيا

كما خول للدائن وسائل لحماية الضمان العام فمنها وسيلتان وقائيتان المتمثلتان في الدعوى المباشرة و الدعوى غير المباشرة فإذا لم تفلح هذه الوسائل اوجد المشرع وسلتين علاجيتين لرفع الضرر و هما الدعوى البولصية و الدعوى الصورية و الحق في الحبس .

و بالتالي نجد أن المشرع تشدد في مجال تنفيذ الالتزامات و ذلك بعدم ترك المجال لغش وتماطل و امتناع المدين عن الوفاء للدائن.

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية :

1. احمد شوقي عبد الرحمان، النظرية العامة للالتزام، المصادر الإرادية وغير الإرادية للالتزام، العقد الإرادة المنفردة المسؤولية المدنية الإثراء بلا سبب، 2008.

2. بالحاج العربي النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري الجزء الأول الطبعة الثالثة ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر 2004

3. بدر حسام اليعقوبي، اصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، ط1981 .

4. حبيب ابراهيم الخليلي، المدخل إلى العلوم القانونية النظرية العامة للقانون الطبعة الثانية ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر. 1983

5. دربال عبد الرزاق :

-الوجيز في احكام الالتزام في القانون المدني الجزائري،دار العلوم للنضر والتوزيع 2004-

الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام،دار العلوم للنشر و التوزيع 2004

6. رمضان أبو السعود أحكام الالتزام،دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية مصر2006

7. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني 2 في التزامات الجزء الرابع ، أحكام الالتزام توزيع دار الكتاب الحديث .1998

8. عبد الحميد الشواربي :

- المشكلات العملية ،تنفيذ العقد توزيع دار الفكر العربي، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1988.

- فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، منشاة المعارف الإسكندرية،1997.

9. عبد الرزاق السنهوري :

-الوسيط في شرح المدني القانون المدني الجديد ،نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام:العقد -العمل غير المشرع-الإثراء بلا سبب القانون) الجزء الأول،دار نشر الجامعات المصرية القاهرة 1952م

-الوسيط في شرح المدني القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام المجلد 2 آثار الالتزام، ج2، ط3، دار النهضة العربية توزيع دار الكتاب الحديث القاهرة ، 1982

10. عبد المنعم موسى إبراهيم حسن النية في العقود منشورات زين الحقوقية بيروت لبنان 2006

11. العربي شحط عبد القادر،طرق التنفيذ في المواد المدنية والادارية ، دار الكتاب الحديث، 2010.

12. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري طبعة الثالثة ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، 1998

13. علي فيلالي الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر 2010.

14. عمر بن سعيد الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، الديوان الوطني للأشغال التربوية باتنة ، الجزائر، 1998.

15. لشعب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائري، ط 1990

16. محمد حسنين، الوجيز في نظرية القانون (في القانون الوضعي الجزائري)المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1968

17. محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزام القانون المدني الجزائري، القسم الثاني ،دار الكتاب الحديث،2004.

18. محمد عبد الرحيم عنبر الوجيز في نظرية الظروف الطارئة دار زهران ، الازهر مصر بدون سنة نشر

19. محمد محي الدين ، إبراهيم سليم ، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية ، مصر 2007

20. محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني و الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، مصر، 2007.

21. مصطفى احمد أبو عمر ، موجز أحكام الالتزام ، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010.

22. معوض عبد التواب، مدونة القانون المدني، مطبعة الأطلس، القاهرة، 1986.

23. نجلاء بنت محمد بن عبد الرحمان الجهني، أحكام عقود الإذعان بين الفقه والقانون،جامعة المدينة العالمية، دولة ماليزيا، كلية العلوم الإسلامية، 2014

الرسائل الجامعية

1. بلقاسم زهرة،اثر نظرية الظروف الطارئة على العقود، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق،عقود و مسؤولية، جامعة أكلي محمد البويرة السنة الجامعية 2013-2014.

2. حازم ظاهر عرسان صالح التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه دراسة مقارنة رسالة لاستكمال لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص،جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، 2011

3. علاق عبد القادر،أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص،السنة الجامعية 2007- 2008.

4. قربه رضا، سلطة القاضي في تقدير التعويض، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص،فرع عقود و مسؤولية، السنة الجامعية 2012-2013

5. قوافلية إبراهيم، قوافلية حمزة الدفع بعدم التنفيذ مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق،عقود ومسؤولية، الاغواط،السنة الجامعية 2015-.2016

6 لزرق بن عودة، وسائل حماية الضمان العام،مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، السنة الجامعية 2014/2013

7 مريم بوحظيش ، ابتسام عمارة ، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري ،مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في قانون الأعمال ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة 8 ماي 1945 قالمة 2016/2015

8 صياد الصادق حماية المستهلك في ظل القانون الجديد رقم 09/03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية قانون أعمال كلية الحقوق جامعة قسنطينة 1 سنة 2014/2013.

مراجع بالفرنسية

1. LEGIER .G. droit civil ، les obligations ،Dalloz، paris France 17em édition 2001.

2. saleilles de la déclaration de volonté contribution a l،étude del،acte juridique dans le code civile allemand traite de contrat t 25 Paris .

المجلات

مجلة المحكمة العليا لسنة 2009 العدد 01.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

المحتويات **الصفحة**

شكر و عرفان

الإهداء

مقدمة..... أ

الفصل الأول: أركان العقد و حالات تنفيذه

المبحث الأول:أركان العقد والحالات العادية لتنفيذه..... 05

المطلب الأول:أركان العقد..... 05

المطلب الثاني:تنفيذ العقد طبقا لمشتملاته..... 11

المطلب الثالث تنفيذ العقد بحسن نية..... 13

المبحث الثاني: الحالات الاستثنائية لتنفيذ العقد..... 15

المطلب الأول: نظرية الظروف الطارئة..... 16

المطلب الثاني: عقود الإذعان..... 30

الفصل الثاني: وسائل تنفيذ العقد

المبحث الأول: التنفيذ العيني للعقد..... 36

المطلب الأول: التنفيذ العيني الاختياري..... 37

المطلب الثاني: التنفيذ العيني الجبري..... 43

المبحث الثاني: التنفيذ بطريق التعويض (أو التنفيذ بمقابل)..... 49

المطلب الأول: التعويض القضائي..... 49

المطلب الثاني: التعويض الإتفاقي..... 52

المطلب الثالث : وسائل حماية الضمان العام..... 57

خاتمة..... 65

قائمة المراجع. 67