

سلطة القاضي في تقدير مشروعية الدفع بعدم تنفيذ العقد

*The authority of the judge to assess the legality of the payment
by non-performance of the contract*

أ. د كريم زينب⁽²⁾

أستاذة - مخبر النشاط العقاري

جامعة الجيلالي ليايس، سيدي بلعباس (الجزائر)

krim.univ.sba@gmail.com

ط. د عين سمن العالية⁽¹⁾

باحثة دكتوراه - مخبر النشاط العقاري

جامعة الجيلالي ليايس، سيدي بلعباس (الجزائر)

lalia.ainsemene@univ-sba.dz

تاريخ النشر
30 مارس 2022

تاريخ القبول:
19 فيفري 2022

تاريخ الارسال:
15 نوفمبر 2021

المخلص:

يعتبر الدفع بعدم تنفيذ العقد وسيلة من أهم الوسائل الدفاعية التي يملكها المتعاقد، والتي يرمي من ورائها ضمان تنفيذ العقد، عن طريق امتناعه على تنفيذ التزامه حتى ينفذ المتعاقد الآخر ما عليه من التزامات، وعادة ما يتم هذا الدفع دون اللجوء إلى القضاء، لكن قد يتدخل القاضي بإعمال سلطاته التقديرية والكشف عن مدى مشروعية الدفع بعدم التنفيذ، فالغاية المرجوة من الدفع بعدم التنفيذ هي حمل المتعاقد على تنفيذه التزامه، ويترتب عنه وقف العقد بصفة مؤقتة، فالمتعاقد يسعى من خلال تفعيل الدفع إلى الحرص على الحفاظ على العقد، بعكس ما هو الحال في الفسخ الذي يؤدي إلى حل الرابطة العقدية.

الكلمات المفتاحية:

العقد - الدفع بعدم التنفيذ - السلطة التقديرية للقاضي - المشروعية - وقف العقد.

Abstract:

The payment non-execution of a contract is one of the most important defense means owned by the contractors, which aims to ensure the implementation of the contract, through the contractor's refusal to implement his obligation until the other party fulfills his obligation, and this payment is usually made without resorting to the judiciary, but the judge may intervene by implementing His discretion and disclosure of the legality of the non-execution or not, the intended purpose of the payment of non-execution is to compel the contracting party to carry out his obligation, so the results of the payment are temporary arrest of the contract, It is a result that seeks as a whole to preserve the contrbond, as it does not lead to the resolution of the contractual tie, as is the case in the case of contract avoided.

Key words:

Contract - Payment of non-execution - The judge's discretion - legality - stop contract.

(1) المؤلف المرسل: ط. د عين سمن العالية. Email: lalia.ainsemene@univ-sba.dz



مقدمة:

بعدما ينشأ العقد صحيحا، ومستوفيا لكافة أركانه وشروط صحته، فإنه يرتب آثارا على عاتق طرفيه، ومن البديهي أن يقوم كل من الطرفين بتنفيذ التزاماته، اتجاه الطرف الآخر، وتنفيذ الالتزامات ينقضي العقد المبرم بينهما، لكن قد يتقاعس أحد الطرفين أو يحجم عن تنفيذ ما عليه من التزامات، فعوض أن يقوم المتعاقد الآخر بفسخ العقد، يلجأ إلى تفعيل فكرة الدفع بعدم التنفيذ، مما يبين حسن نية المتعاقد، ورغبته في تنفيذ العقد.

ولقد عالج المشرع الجزائري مسألة الدفع بعدم التنفيذ في القسم الرابع المعنون بانحلال العقد، من الفصل الثاني الخاص بالعقد، من الكتاب الثاني، حيث ورد في نص المادة 123 من القانون المدني الجزائري أنه "في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به".

ولما كان الدفع بعدم التنفيذ وسيلة مشروعة في يد المتعاقد تسمح له بأن يمتنع عن تنفيذ التزاماته إلى غاية تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزاماته، فإن الأصل فيه أنه لا يستدعي تدخل القضاء، لأنه يعتبر حقا خالصا للمتعاقد، لكن في آخر المطاف قد يرد الدفع بعدم التنفيذ إلى القضاء، فيتدخل لتسوية النزاع.

ولهذه الدراسة أهمية تكمن في أن الدفع بعدم التنفيذ أداة في يد المتعاقد يرغم بها المتعاقد الآخر على تنفيذ التزامه، وبالتالي يحول دون حل الرابطة العقدية، كما تظهر أهميته أيضا في أن القضاء يتمتع بدور مهم في حماية العلاقات التعاقدية، وفرض رقابة عليها والكشف عن مدى مشروعيتها.

وتبعا لذلك تسألنا: ما مدى سلطة القاضي في تقدير مشروعية الدفع بعدم تنفيذ

العقد؟

وللإجابة عن هذا التساؤل استندنا على منهجين؛ منهج تاريخي يظهر من خلال بيان التطور التاريخي لفكرة الدفع بعدم التنفيذ، ومنهج آخر تحليلي يبرز من خلال تحليل مختلف المعلومات والنصوص القانونية، أما بالنسبة لمضمون الدراسة فقد تم تقسيمه إلى مبحثين؛ المبحث الأول حددنا فيه ماهية الدفع بعدم التنفيذ، والمبحث الثاني تعرضنا فيه إلى كيفية تدخل القاضي في تقدير الدفع بعدم التنفيذ.

المبحث الأول: ماهية الدفع بعدم التنفيذ

من أجل معرفة ماهية الدفع بعدم التنفيذ، يتعين علينا الوقوف على تأصيله التاريخي (المطلب الأول)، ثم نحدد مفهوم الدفع بعدم التنفيذ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التأصيل التاريخي لفكرة الدفع بعدم التنفيذ

إن البحث عن التأصيل التاريخي لفكرة الدفع بعدم التنفيذ، يتوجب علينا تتبع تسلسله الزمني، من بداية نشأته إلى غاية تجسيده كنظام قانوني قائم بذاته، وعليه سنحاول من خلال هذا المطلب التعرض إلى التطور التاريخي لفكرة الدفع بعدم التنفيذ بداية من القانون الروماني والقانون الكنسي في (الفرع الأول)، وبعد ذلك نتطرق إلى الدفع بعدم التنفيذ في الفقه الإسلامي في (الفرع الثاني)، وأخيرا نبين موقف كل من القانون الفرنسي والجزائري من الدفع بعدم التنفيذ في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: فكرة الدفع بعدم التنفيذ في القانون الروماني والقانون الكنسي

لتفحص الجذور التاريخية لفكرة الدفع بعدم التنفيذ، نستهل دراستنا (أولا) بالقانون الروماني، ثم يليه القانون الكنسي (ثانيا).

أولا- فكرة الدفع بعدم التنفيذ في القانون الروماني:

بالرغم من الصياغة اللاتينية للدفع بعدم التنفيذ، *exceptio non adimpleti contractus*، إلا أن أصله لا يعود إلى نصوص القانون الروماني¹، لأن الرومان لم يعرفوا الدفع بعدم التنفيذ كنظرية عامة²، وكانوا يقتصرون على إعطاء المدين الذي يطالبه الدائن بتنفيذ التزامه، دون أن يقوم هو بما في ذمته من التزام بمقتضى عقد ملزم للجانبين دفعا بالغش. ولم يكن لهذا الدفع قوام ذاتي، بل كان هو الدفع بالغش المعروف في كل العقود المبينة على حسن النية، فلم يكن له اسم خاص، ولم يطلق عليه اسم الدفع بعدم تنفيذ العقد، *exceptio non adimpleti contractus*، إلا في القانون الفرنسي القديم. فالاصطلاح ليس رومانيا وإن كان لاتينينا ولقد وضعه المتأخرون من شراح القانون في العصور الوسطى بعد أن صاغوا القاعده ونسبوا إلى القانون الروماني³.

ثانيا- فكرة الدفع بعدم التنفيذ في القانون الكنسي:

لقد ظهرت فكرة الدفع بعدم التنفيذ في القانون الكنسي، وبالتحديد في العقود الملزمة للجانبين⁴، لأن فقهاء القانون الكنسي أبصروا بفكرة تقابل الالتزامات في العقود التبادلية، وقرروا كنتيجة لها، بل تعد نتيجة أخلاقية، بمعنى أنه لا يلزم العاقد بتنفيذ التزامه إلا إذا نفذ الطرف الآخر التزامه المقابل، وبهذا ظهرت فكرة الدفع بعدم التنفيذ، على خلاف ما قد توحي به تسميته اللاتينية التي اشتهر بها، ولقد صاغة فقهاء القانون الكنسي بعبارة "لا يرضى عهد من لا عهد له"⁵.

بناءً على ما سبق ذكره، يظهر لنا من خلال التسمية اللاتينية للدفع بعدم التنفيذ، أن أصله لا يُنسب إلى القانون الروماني، وإن كانت تسميته مستنبطة من اللغة اللاتينية لأن فكرته تعود في الأصل إلى القانون الكنسي، في حين أن صياغته في ترجع إلى القانون الفرنسي.

الفرع الثاني: فكرة الدفع بعدم التنفيذ في الفقه الإسلامي

إن المطلع على الشريعة الإسلامية لا يجدها تحتوي على نظرية عامة بشأن قاعدته الدفع بعدم التنفيذ، إلا أن كتب فقهاء المذاهب الأربعة للفقه الإسلامي* تتضمن تطبيقات عدده لهذه القاعدة⁶.

فالفقه الإسلامي قد عالج تطبيقات الدفع بعدم التنفيذ، من خلال طائفة واسعة من الدفوع التي تثار أمام القضاء، وهذا ما قد درج عليه الفقه الإسلامي من أنه يعالج المواضيع دون أن يتم جمعها معا تحت مظلة نظرية واحدة، ثم يحدد شروطها نظريا ثم الانطلاق إلى التفرع بتطبيقه على الوقائع كل على حدة، ولقد حدد الفقهاء المسلمون معالم نظرية الدفع بعدم التنفيذ كقاعدة عامة من خلال بحثهم لمفردات والتي تعتبر من أهم تطبيقاته⁷ وهي:

- **الحق في الحبس**: للبائع حبس المبيع إلى قبض الثمن ولو بقي منه دراهم، ولو كان المبيع شبيهاً بصفقة واحدة وسمى لكل ثمن، فله حبسها إلى استيفاء الكل، ولا يسقط حق الحبس بالرهن، ولا بالكفيل، ولا بإبرائه عن بعض الثمن حتى يستوفي الباقي حسب البائع المبيع حتى يستوفي الثمن⁸.

- **سقوط نفقة الناشر**: تعتبر سقوط نفقة الناشر إحدى تطبيقات الدفع بعدم التنفيذ، حيث أن الناشر هي المرأة الممتنعة عن طاعة وتسليم النفس، وهذا الالتزام واجب عليها بموجب عقد الزواج، ارتبط به التزام آخر واجب على الزوج، حيث قرر الفقهاء باتفاق أن الناشر لا نفقة لها، سبب في ذلك أن امتناعها عن تنفيذ ما وجب عليها من التزام، ثبت للزوج الامتناع عن الإنفاق⁹.

ومن هذا نجد أن الفقه الإسلامي اعتبر الدفع بعدم التنفيذ فرعا عن الحق في الحبس، فإذا طبق الحق في الحبس في نطاق العقود الملزمة للجانبين اعتبرا دفعا بعدم التنفيذ، أما إذا خرج عن هذا النطاق اعتبرا حقا في الحبس، لا دفعا بعدم التنفيذ¹⁰.

وعليه يمكن القول أن الفقه الإسلامي لم يعرف فقط تطبيقات الدفع بعدم التنفيذ، بل ذهب إلى أبعد من ذلك، فأوجد نظام متكامل والذي يعرف بالحق في الحبس، وهو أوسع بكثير من نطاق الدفع بعدم التنفيذ، بحيث يشمل الدفع بعدم التنفيذ وبتعداه، وأوجد العديد من تطبيقاته في مختلف العقود.

الفرع الثالث: الدفع بعدم التنفيذ في القانون الفرنسي والقانون الجزائري

تقتضي دراسة الدفع بعدم تنفيذ العقد، التعرض لدراسته (أولا) في القانون المدني الفرنسي، و(ثانيا) في القانون المدني الجزائري.

أولاً- فكرة الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني الفرنسي؛

سنتعرض في هذه الفقرة إلى فكرة الدفع بعدم التنفيذ في تصور القانون المدني الفرنسي، وذلك وببيان موقفه من الدفع قبل وبعد تعديل.

1- الدفع بعدم التنفيذ قبل تعديل القانون المدني الفرنسي؛

قبل تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة 2016، لم يكن هناك أي نص يدل على وجود قاعدة عامة للدفع بعدم التنفيذ، فقد كان كمبدأ معروف في الاجتهاد القضائي الفرنسي في العقود الملزمة للجانبين، حيث تكون الالتزامات متقابلة واجبة التنفيذ حالاً¹¹، ولكن هذا لم يمنع من وجود تطبيقات له في نصوص قانونية متفرقة بصدد بعض العقود¹²، لأن فقهاء القانون الفرنسي القديم، لم يسلموا بهذه الفكرة كنظرية عامة، وإنما قصروا تطبيقاتها على بعض الحالات التي يوجد في شأنها نص¹³.

2- الدفع بعدم التنفيذ بعد تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة 2016؛

بعد تعديل القانون الفرنسي، بموجب الأمر 2016-131، والمؤرخ في 10 فيفري 2016، فقد أقر القانون الفرنسي القاعدة العامة للدفع بعدم التنفيذ في نص المادة 1219 والتي جاء فيها: "يجوز لأحد الطرفين أن يرفض تنفيذ التزامه، حتى وإن كان مستحقاً، إذا لم ينفذ الطرف الآخر التزامه، وكان عدم التنفيذ خطيراً بما فيه الكفاية"¹⁴.

فالمشرع الفرنسي بعد تعديله للقانون المدني الفرنسي، أدرج القاعدة العامة للدفع بعدم التنفيذ في نص المادتين 1219 و1220، ويستشف من هذا العرض أن القانون الفرنسي قبل تعديل 2016 لم يكن يعترف بفكرة الدفع بعدم التنفيذ، ودليل ذلك أنه لم يخصص لها نص في قانونه المدني، وإن كان يطبقها في بعض الحالات الخاصة ببعض العقود، لكن بعد التعديل الذي مس القانون الفرنسي اتخذ القانون الفرنسي موقفاً مغايراً لما سلف، وأصبح ينص على الدفع بعدم التنفيذ.

ثانياً- الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني الجزائري؛

لقد نص القانون المدني الجزائري على الدفع بعدم التنفيذ في نص المادة 123 على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به"¹⁵.

ومعنى ذلك أن الدفع بعدم التنفيذ هو حق المتعاقد في العقود الملزمة للجانبين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ما لم يقم المتعاقد الثاني بتنفيذ الالتزام المقابل له، بحيث يكون الغرض من الدفع بعدم التنفيذ هو تأجيل تنفيذ الالتزامات إلى حين تنفيذ الالتزامات المقابلة، وينتمي هذا الدفع إلى مبدأ عام وهو الحق في الحبس¹⁶.

المطلب الثاني: مفهوم الدفع بعدم التنفيذ

لم يتفق الفقهاء على تعريف واحد للدفع بعدم التنفيذ، وإنما تعددت تعريف الفقهاء تبعاً لاختلاف وجهة نظرهم، وعلى هذا سنحاول تعريف الدفع بعدم التنفيذ في الفقه القانوني في (الفرع الأول)، ثم نوضح خصائصه في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الدفع بعدم التنفيذ

يعرف الدفع بعدم التنفيذ بأنه: جزاء وسط بين تنفيذ العقد وفسخه، وغايته الوصول إلى تنفيذ العقد اختيارياً فإن لم يقع التنفيذ، ولم يشأ المتعاقد أن يطلب التنفيذ العيني أو التعويض، طلب الفسخ وبه ينحل العقد نهائياً¹⁷.

وعرفه آخرون بأنه: وقف تنفيذ العقد من جانب أحد طرفي العقد، حتى يقوم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه، فهو وسيلة يضغط بها المتعاقد على الطرف الآخر في التعاقد كي يحمله على أداء التزامه¹⁸.

عرف أيضاً الدفع بعدم التنفيذ، أو الامتناع المشروع عن الوفاء، دفع أحد المتعاقدين مطالبة المتعاقد الآخر معه بتنفيذ الالتزام ولو كان حالاً، إذا لم يقم هذا الأخير بتنفيذ التزامه أو على الأقل عرض القيام بتنفيذه مادام هذا الالتزام حال الأداء¹⁹.

أما الفسخ فقد عرف بأنه: حق المتعاقد في العقد الملزم للجانبين، إذا لم يوف المتعاقد الآخر بالتزامه، في أن يطلب حل الرابطة العقدية كي يتخلص هو من التزامه²⁰.

وخلاصة لما تم ذكره نستنتج أن كل من الدفع بعدم التنفيذ والفسخ، هما حقان موكولان للمتعاقد، في العقود الملزمة للجانبين، غير أن الخلاف الجوهرى بينهما أن الدفع هو قسر المتعاقد على تنفيذ التزامه، في حين أن الفسخ هو نتيجة لإخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته، وبالتالي يترتب عنه حل العقد.

الفرع الثاني: خصائص الدفع بعدم التنفيذ

يتسم نظام الدفع بعدم تنفيذ العقد بالعديد من خصائص، نبرزها في هذا الفرع: (أولاً) باعتباره وسيلة دفاعية في يستعملها المتعاقد من أجل دفع المتعاقد الآخر على أداء التزامه، و(ثانياً) باعتباره أداءً ضماناً، و(ثالثاً) باعتباره وسيلة مؤقتة في يد المتعاقد.

أولاً- الدفع بعدم التنفيذ وسيلة دفاعية:

الدفع بعدم التنفيذ هو وسيلة دفاعية، يعتد بها المتعاقد عندما يطالب المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام الذي تحمله بموجب العقد في الامتناع عن التنفيذ، ويقتصر أثر هذا الدفع على هذا الموقف السلبي الذي يتخذه المتعاقد إلى حين قيام الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل²¹، فالدفع

بهذا الشكل يعتبر وسيلة ضغط على إرادة المتعاقد لحمله على تنفيذ التزامه دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء، ولذلك فهو وسيلة أقل كلفة بالنسبة للمتعاقد الذي تمسك به²².

ثانيا- الدفع بعدم التنفيذ أداة ضمان :

يعتبر الدفع بعدم التنفيذ وسيلة ضمان في يد المتعاقد²³، حيث يمكن للمتعاقد مطالبة دائته بالتنفيذ من خلال الامتناع عن تنفيذ التزاماته إلى أن يتم الوفاء بما هو مستحق له، وبذلك يتفادى أن يصبح في وضع من يطالب بالوفاء بعد أن قام هو بوفاء ما تعهد به²⁴.

فالدفع بعدم التنفيذ هو بمنزلة ضمان خاص لكل دائن يكون مدينا في الوقت لدائنه، فيمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يستوفي الدين الذي له في ذمة دائته²⁵، وقد منحه القانون للمتعاقد من أجل تحقيق العدالة بين طرفي العقد²⁶.

ثالثا- الدفع بعدم التنفيذ وسيلة مؤقتة :

إن دفع بعدم التنفيذ العقد هو سيلة مؤقتة محضة، فهو مجرد وقف تجميدي موقوت لبعض آثار العقد، وينتهي عادة إما بتنفيذ متقابل للالتزامات وإما بالفسخ²⁷.

المبحث الثاني: كيفية تدخل القاضي في تقدير الدفع بعدم التنفيذ

الأصل في الدفع بعدم التنفيذ أنه لا يتطلب تدخل القضاء، لأنه إذا كان المتعاقد قد أخل بالتزامه، فيجوز للمتعاقد الآخر أن يدفع بعدم تنفيذ العقد حتى يقوم المخل بتنفيذ التزامه، وفي حال عدم الاتفاق الطرفين، يستوجب الأمر تدخل القضاء، ولكي يتمكن القاضي من التدخل في الدفع بعدم التنفيذ، عليه بداية أن يتحقق من توافر شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ونخصص له (المطلب الأول)، ثم يعمد إلى أعمال سلطته في تقدير هذا الدفع وتعرض له في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تحقق القاضي من توافر شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ

إذا ما عرض الدفع بعدم التنفيذ على القضاء، فإن مهمة القاضي الأولى تكمن في التحقق من مدى توفر شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ العقد، وجدير بنا التطرق إلى هذه الشروط من خلال الفروع التالية، أن يكون العقد ملزما للجانبين في (الفرع الأول)، وأن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء في (الفرع الثاني)، ثم نبين مدى اشتراط الإعذار في الدفع بعدم تنفيذ العقد في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: أن يكون العقد ملزما للجانبين

يشترط في الدفع بعدم تنفيذ العقد أن يكون العقد ملزما للجانبين، وهو بذلك يتفق في مجاله مع الفسخ، فالدفع بعدم التنفيذ يقتصر على العقود الملزمة للجانبين، مثل ما هو عليه الأمر في الفسخ، وعليه فهو أضيّق نطاقا من الحبس، فلا يتصور إعماله في مجال العقود الملزمة

للجانِب الواحد، والتي هي بحسب تعريفها لا ترتب التزامات إلا على عاتق أحد الطرفين، وفي العقد الملزم للجانبين غير التام، فالراجح أنه لا مجال إعمال الدفع بعدم التنفيذ بشأنه، وإنما يكون المجال متسعاً للحق في الحبس²⁸.

وهذا الشرط قد نصت عليه المادة 123 من القانون المدني الجزائري، والمادة 1219 من القانون المدني الفرنسي.

الفرع الثاني: أن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء

يشترط عند تمسك المتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ، أن تكون الالتزامات متقابلة التي يتحملها كل متعاقد مستحقة الأداء وواجبة التنفيذ²⁹، بمعنى أن تكون الالتزامات استحق أداؤها في نفس الوقت أي تعاصر تنفيذها³⁰.

فيفترض في الدفع بعدم التنفيذ أن يكون التزام كل من المتعاقدين واجب التنفيذ فوراً، وأن يكون أحدهما واجب التنفيذ ويمتنع المدين به عن تنفيذه، فيكون واجب التنفيذ حالاً، ويكون للمتعاقد الآخر أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ حتى يقوم من يجب عليه التنفيذ أولاً بتنفيذ التزامه. على سبيل المثال عقد بيع يكون الثمن فيه واجب الدفع فوراً، فيكون للبائع أن يمتنع عن نقل ملكية المبيع حتى يدفع المشتري الثمن، أما إذا كان الثمن مؤجلاً فلا يتصور أن يطالب البائع بدفعه، وليس على من يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يوجه إعدارا إلى من يتمسك بهذا الدفع لأنه لا يطالب بالفسخ، ولكن إذا تعسف المتعاقد الآخر ولم يقم بتنفيذ التزامه على الرغم من التمسك ضده بالدفع فإنه يسوغ عندئذ للمتمسك بالدفع أن يرفع الأمر للقضاء³¹.

ولا يكفي لثبوت الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، أن يكون حق من يتمسك به مستحق الأداء حالاً، بل يلزم فضلاً عن ذلك، ألا يكون المتعاقد مجبراً، بمقتضى العقد أو العرف أو العادة، على أن يقوم هو بتنفيذه التزامه أولاً، فالأصل أن تنفذ التزامات المتعاقدين المتقابلة في نفس الوقت، إعمالاً لفكرة إعط وخذ، ولكن إذا اتفق الطرفان على أن يبدأ أحدهما بتنفيذ التزامه، أو قضى بذلك القانون أو العرف أو العادة، ما ساء لهذا المتعاقد أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ³²، وهذا الشرط قد نصت عليه في المادة 123 من القانون المدني الجزائري، والمادة 1219 من القانون المدني الفرنسي.

الفرع الثالث: مدى اشتراط الإعداري في الدفع بعدم تنفيذ العقد

لم ينص القانون الجزائري على شرط الإعداري في الدفع بعدم التنفيذ، فإذا ما توافرت شروط السابق بيانها جاز للمتعاقد التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، دون الحاجة إلى إتباع إجراءات معينة، فالتمسك بالدفع بعدم التنفيذ وممارسته يتميز بالبساطة، حيث لا حاجة

لإعذار المدين ³³ ، فالمتمسك بالدفع بعدم التنفيذ لا يحتاج إلى إعذار المتعاقد الآخر قبل أن يتمسك بالدفع، وهذا بخلاف المطالبة بالفسخ العقد فإن الإعذار قبلها واجب، على أن التمسك بالدفع معناه امتناع المتمسك عن تنفيذ التزامه، وفي هذا إعذار كاف للمتعاقد الآخر بوجود تنفيذ الالتزام الذي في ذمته ³⁴ ، وهذا موقف المشرع الجزائري، غير أن القانون الفرنسي بعد التعديل، أصبح يستوجب شرط الإعذار، وبهذا صار الإعذار إجراء وشرط ضروري كما هو عليه الحال في الفسخ حيث نصت عليه المادة 1220 أنه: "يجوز لأحد الأطراف أن يوقف تنفيذ التزامه، إذا كان من الواضح أن الطرف الآخر لا ينفذ التزامه في تاريخ استحقاق، وأن النتائج المترتبة عن عدم التنفيذ خطيرة بما يكفي بالنسبة له، يجب أن يتم الإعذار بهذا الوقف في أقرب وقت ممكن" ³⁵ .

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن الدفع بعدم التنفيذ، باعتباره يؤدي فقط إلى وقف تنفيذ العقد، وليس إلى حل الرابطة العقدية كما في الفسخ، وبالتالي فلا حاجة لإجراء الإعذار، وخاصة أن الدفع بعدم التنفيذ لا يتسم بالتعقيد، وهذا لبساطته وسهولته، وليس هذا فقط بل أن الدفع بعدم التنفيذ في أصله لا يتطلب اللجوء إلى القضاء، فلماذا يشترط الإعذار؟ وحتى إن تمادى الطرف الآخر في عدم التنفيذ، فيمكن للمتعاقد أن يطلب من القضاء فسخ العقد كآخر حل وبالتالي يقوم بإعذاره، وهذا طبقاً لنص المادة 119 من القانون المدني الجزائري أنه: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك"، لأن الغاية المرجوة من الدفع بعدم التنفيذ هو الضغط على المدين.

المطلب الثاني: إعمال سلطة القاضي في تقدير الدفع بعدم التنفيذ

بعد أن ينتهي القاضي من التحقق من توافر شروط الدفع بعدم التنفيذ السابق بيانها، أمكنه حينئذ التدخل في الدفع بعدم التنفيذ تنطوق له في (الفرع الأول)، ثم له أن يفرض رقابته على هذا الدفع نعالجه في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تدخل القاضي في الدفع بعدم التنفيذ

الأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يحتاج إلى تدخل القضاء، لأنه حق لكل متعاقد في العقد الملزم للجانبين، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، إذا لم يقم المتعاقد الآخر في نفس العقد بتنفيذ ما عليه من التزام وهو بذلك إما يمهد إلى التنفيذ، وإما إلى فسخ العقد ³⁶ .

فالقاضي كأصل عام ليست له سلطة في إيقاعه، مادام هذا الأخير يعد شكلاً من أشكال العدالة الخاصة يقع دون تدخله، فالدفع بعدم التنفيذ العقد يترك لتقدير المتعاقد الذي يتمسك به، وذلك بخلاف الفسخ الذي يوكل لتقدير القضاء، إذ أن الدفع بعدم التنفيذ يعتبر

أقل خطرا من الفسخ، فهو لا يحل العقد، بل يقتصر على وقف تنفيذه، على أن الدفع بعدم التنفيذ قد يكون مرده في آخر الأمر إلى القضاء³⁷، فقد يتم اللجوء إلى القضاء في حالة إنكار أحد المتعاقدين حق المتعاقد الآخر في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ كأن يدعى مثلا أنه قد نفذ التزاماته أو معظمها، ففي هذه الحالة يكون للقاضي تقدير مشروعية التمسك بالدفع³⁸.

فتمسك أحد الطرفين بالدفع وامتناعه عن تنفيذه التزامه، فهنا يحق للطرف الآخر أن يرفع الأمر للقضاء، وللقاضي تقدير موقف من يتمسك بالدفع فيقره أو لا يقره³⁹، وهذا حسب الظروف المحيطة بالعقد، ومدى أهمية وجسامة ودرجة الإخلال بتنفيذ الالتزامات العقدية، وبناء على ذلك فإن سلطة القاضي في الفسخ تكون قبلية، أي تبسط على موضوع النزاع قبل تقرير الفسخ، وهذا حماية للطرف المدين بينما في الدفع بعدم التنفيذ فإن سلطته في هذه الحالة تكون بعدية، كما أنها ضيقة بالنسبة للفسخ⁴⁰، فالتمسك بالدفع بعدم التنفيذ يبرئ إثنين؛ الدور الأول وهو دور غير قضائي، يتمتع فيه متمسك بالدفع عن تنفيذ التزامه، وهذا مجرد امتناع لا يحتاج فيه إلى عمل إيجابي، أما الدور الثاني فهو الدور القضائي، لا يتحقق إلا إذا رفع المتعاقد الآخر دعوى يطلب فيها تنفيذ التزام المتعاقد الأول⁴¹.

الفرع الثاني: الرقابة القضائية على الدفع بعدم التنفيذ

يخضع الدفع بعدم التنفيذ لرقابة القاضي، حيث يمكن لهذا الأخير أن يبسط رقابته على هذا الدفع، وعلى القاضي أن يراعي حسن النية في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ (أولا)، ثم يقدر القاضي تجاوزات المتعاقد في الدفع بعدم التنفيذ (ثانيا).

أولا- وجوب مراعاة القاضي لحسن النية في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ:

يتوجب على القاضي أثناء تقدير الدفع بعدم التنفيذ أن يكون المتمسك به حسن النية، فعلى المتعاقد الذي يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ألا يسئ استعمال هذا الدفع، لأن القاعدة العامة هي وجوب مراعاة حسن النية عند تنفيذ العقود وذلك طبقا لنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري: "يجب تنفيذ العقد طبقا اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"، ومقتضى هذا أنه يجب على الدائن مبدي الدفع ألا يكون مبالغا في التشدد، بل يتغاضى عن المدين في بعض العيوب البسيطة التي قد تؤثر على تنفيذ الالتزام ويكون الدائن في هذه الحالة سي النية، رفض التنفيذ الحاصل له من المدين بحجة أن المدين لم يبلغ في تنفيذه درجة الكمال المطلق، فكل ما يجوز للدائن في هذه الحالة هو أن يطلب خفض الثمن لا منعه كله، وعلى ذلك لا يجوز لشركة النور أن تقطع التيار الكهربائي عن المشترك لجرد أنه لم يدفع قيمة الفاتورة بل خصم منها طفيفا يعتقد أنه غير واجب في ذمته⁴²، ويعود للقاضي تقدير مدى قيام المتمسك بالدفع بأداء التزامه من عدمه، لأنه لا يجوز التمسك بالدفع إذا كان

المتعاقد الآخر قد قام بمعظم التزامه ولم يبق إلا جزء يسير، لا يبرر امتناع المتعاقد الأول عن القيام بالتزامه⁴³.

ومنه يجب مراعاة حسن النية في استعمال الدفع وعدم التعسف فيه، وهذا إعمالاً للمبدأ العام الذي يوجب تنفيذ العقود بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، ومبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق⁴⁴.

ثانياً- تقدير القاضي تجاوزات المتعاقد في الدفع بعدم التنفيذ:

يقدر القاضي من هو المتعاقد المتسبب في عدم تنفيذ الالتزام المقابل، أو إذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل هو جزء يسير بالنسبة إلى جملة الالتزام⁴⁵، وعلى ذلك فلا يجوز للمتعاقد أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا كان هو البادئ بعدم التنفيذ التزامه، وإذا تسبب في عدم تنفيذ الالتزام الآخر⁴⁶، فالحق في التمسك بهذا الدفع، شأنه في ذلك شأن أي حق آخر غيره، ويتقيد في استعماله بقاعدته عدم جواز إساءة استعمال الحق، وبقاعدته وجوب تنفيذ العقد على نحو ما يقتضيه حسن النية، وعلى هذا فلا يسوغ التمسك بالدفع بعدم التنفيذ على وجه يتعارض مع وظيفته الاجتماعية، ومع ما يجب أن يسود التعامل من شرف ونزاهة وحسن النية⁴⁷.

وكذا يفرض القاضي رقابته على مدى تعنت الذي يوجد في جانب التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، ومثال ذلك أنه قد يتمسك كل من المتعاقدين بالدفع بعدم التنفيذ، ويمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم الآخر بالتنفيذ، فإذا رفع أحد المتعاقدين على الآخر دعوى يطالبه بالتنفيذ، حكم القاضي على المدعى عليه بأن ينفذ التزامه بشرط أن يقوم المدعى من جانبه بتنفيذ التزامه، وإذا تبين للقاضي أن أحد المتعاقدين متعنت، فإن كان هو المدعى رفض دعواه، وإن كان هو المدعى عليه حكم عليه بالتنفيذ دون شرط، أما إذا كان كل من المتعاقدين متعنتاً، أو ظهر أن لا أحد منهما متعنت لكن لا يثق أحدهما بالآخر، ولم يلجأ أحد للإجراءات العرض الحقيقي لم يبق للخلاص من هذا الموقف إلا أن يحكم القاضي بأن يودع كلا من المتعاقدين ما التزم به في خزانة المحكمة أو تحت يد شخص ثالث، وفي هذا ما يجعلهما ينفذان التزاميهما في وقت واحد⁴⁸.

وتقدير مشروعية الدفع بعدم التنفيذ، يخضع لسلطة القاضي، فإذا رأى القاضي أنه لم يتوافر شرط من شروط التمسك بالدفع، فإنه يرفضه ويحكم لرافع الدعوى بطلباته سواء كانت هي التنفيذ العيني أو التعويض أو الفسخ، أما إذا رأى القاضي أن لمن تمسك بالدفع حق في ذلك فهو يقره على موقفه، ومع ذلك فإن القاضي قد يحكم لرافع الدعوى بالتنفيذ على أن يوقف التنفيذ إلى أن يقوم بتنفيذ التزامه⁴⁹.

خاتمة:

للقاضي سلطة في تقدير مشروعية الدفع بعدم التنفيذ، كما هو الحال في فسخ، إلا أن سلطته في تقدير الدفع بعدم التنفيذ، لا تظهر بصفة جلية، فالدفع باعتباره وسيلة ممتازة في يد المتعاقد يستخدمها، لإرغام المتعاقد الآخر على تنفيذ التزاماته، دون المساس بالعقد، فالغاية المنتظرة من الدفع هو الإبقاء على العقد، وتنفيذه بدلا من فسخه، وانطلاقا مما سبق ذكره توصلنا إلى مجموعة من النتائج نبين أبرزها فيما يلي:

1 - أن أصل فكرة الدفع بعدم التنفيذ، لا يعود للقانون الروماني، ففكرة الدفع بعدم التنفيذ ظهرت على يد فقهاء القانون الكنسي، لكن تسميته أطلقها فقهاء القانون الفرنسي القديم، على شكل صياغة اللاتينية.

2 - أن الشريعة الإسلامية عرفت الدفع بعدم التنفيذ، والذي أدرجته ضمن نظام الحق في الحبس، والذي يعتبر أوسع نطاق من الدفع بعدم التنفيذ.

3 - لم ينص القانون الفرنسي على أي قاعدة عامة تدل على الدفع بعدم التنفيذ، برغم من وجود بعض التطبيقات القضائية للدفع، إلى غاية تعديله للقانون الفرنسي بالأمر 131/16 نص المشرع الفرنسي على القاعدة العامة للدفع بعدم التنفيذ، في نص المادتين 1219 و1220.

4 - للقاضي سلطة في تقدير الدفع بعدم التنفيذ، فالقاضي يتولى تقدير مدى مشروعيته، فإذا كان شرعي يقره، وإذا كان غير ذلك فيرفضه، بالإضافة إلى أن القاضي يقدر كذلك مدى تعسف المتعاقد في استعمال الدفع من عدمه.

5 - إن الأثر المترتب عن الدفع بعدم التنفيذ، يتمثل في وقف العقد، فهو أداة ضغط على المتعاقد الآخر من أجل تنفيذ التزامه، بعكس الضخ الذي يهدف من خلاله المتعاقد إلى فك الرابطة التعاقدية.

وبالنظر لما توصلنا إليه من هذه الدراسة يمكننا اقتراح بعض التوصيات:

- 1- نقترح على المشرع الجزائري ضرورة تغيير موقع نص المادة 123، وذلك إما بوضعها ضمن أحكام التنفيذ، أو إلحاقها ضمن أحكام الحق في الحبس باعتبار الدفع بعدم التنفيذ فرع منه.
- 2- لقد عالج المشرع الجزائري الدفع بعدم التنفيذ العقد في نص مادة واحدة فقط وهي نص المادة 123 وهي غير كافية لذا يفضل أن يفصل المشرع في أحكامه، وذلك بإضافة بعض المواد.
- 3- ينبغي على المشرع توضيح سلطات التي يتمتع بها القاضي إزاء الدفع بعدم تنفيذ العقد.

الهوامش:

- ¹ - Francois terré , philippe simler ; yves lequette, *droit civil les obligation*, t.02, édition 11, dalloz, paris, France 2013 , p. 686.
- ² - أنور السلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط. 01، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2002، ص 266.
- ³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه جديد، ج. 01، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة النشر، ص 729.
- ⁴ - Francois terré , philippe simler , yves lequette, *Op.Cit*, P.686.
- ⁵ - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، ج. 02، بدون بلد النشر، 1984، ص 666.
- ^{*} ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، ج. 07، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003م. 1423هـ. ص.93؛ الشربيني، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب، مفني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، ج. 02، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000م. 1421هـ. ص. 73؛ الصاوي، أحمد بن محمد الصاوي، حاشية الصاوي على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، تحقيق: مصطفى كمال وصفي، ج. 03، دار المعارف، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 200؛ ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، ج. 04، دار الكتاب العربي، بدون بلد وسنة نشر، ص 270.
- ⁶ - فواز صالح، القانون المدني النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، ج. 01، الجمهورية العربية السورية، بدون سنة النشر، ص 128.
- ⁷ - منصور عبد الله الطواليه، الدفع بعدم التنفيذ دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية، 2005/06/24، ص ص. 49 - 50.
- ⁸ - ابن عابدين، المرجع السابق، ص 93.
- ⁹ - منصور عبد الله الطواليه، المرجع السابق، ص 52.
- ¹⁰ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج. 06، ط. 01، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة النشر، ص 147.
- ¹¹ - Jan carbonnier, *droit civil les biens les obligations*, volume 02, 1er édition, quadrièq, paris, France, 2004, p 2245.
- ¹² - سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، ط. 01، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2009، ص 199.
- ¹³ - أنور السلطان، المرجع السابق، ص 266.
- ¹⁴ - L'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de lapreuve des obligations , J.O. de11 /02/2016, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000032004939/> Art. 1219. "Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave".
- ¹⁵ - الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 1975/09/26، والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 78، الصادر بتاريخ 1975/09/30. ويلاحظ أن نص المادة

- 123 من القانون المدني الجزائري مأخوذ من نص المادة 162 من القانون المدني المصري رقم 131، الصادر بتاريخ 16 يوليو 1948 والساري التنفيذ بتاريخ 1949/10/15.
- 16 - علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، ط. 03، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص 473.
- 17 - حشمت أحمد أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مطبعة مصر شركة مساهمة مصرية، القاهرة، 1954، ص 264.
- 18 - أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام دراسة مقارنة، ج. 01، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2006، ص 220.
- 19 - محمود عبد الرحيم الديب، الوجيز في مصادر الالتزام، ج. 01، بدون دار نشر، مصر، 1998، ص 230.
- 20 - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون الجزائري، ج. 01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 708.
- 21 - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 475.
- 22 - محمد حسن قاسم، قانون المدني للالتزامات المصادر العقد، ج. 02، ط. 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018، ص 571.
- 23 - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 706.
- 24 - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص ص. 572 - 573.
- 25 - المرجع نفسه، ص 573.
- 26 - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 706.
- 27 - محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، ج. 01، مطبعة الرياض دمشق، سوريا، 1980-1981، ص 426.
- 28 - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 580.
- 29 - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 474.
- 30 - أنور السلطان، المرجع السابق، ص 269.
- 31 - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط. 09، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص 110.
- 32 - عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 670.
- 33 - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 611.
- 34 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه جديد، المرجع السابق، ج. 01، ص 734.
- 35 - Art. 1220. "Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais".
- 36 - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 700.
- 37 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه جديد، المرجع السابق، ج. 01، ص 735.

- 38 - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات العقد والإرادَةُ المنفردَةُ، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص 365.
- 39 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه جديد، المرجع السابق، ج. 01، ص 735.
- 40 - شهب حورية، زينب سالم، الطبيعة القانونية للدفع بعدم التنفيذ في القانون الفرنسي دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد 02، 2018، ص ص. 18-19.
- 41 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه جديد، المرجع السابق، ج. 01، ص 735.
- 42 - عبد الحي الحجازي، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، ج. 02، مطبعة النهضة، مصر، بدون سنة النشر، ص ص. 352-353.
- 43 - نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 264.
- 44 - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 608.
- 45 - أنور السلطان، المرجع السابق، ص 280.
- 46 - نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 264.
- 47 - عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 671.
- 48 - نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 264.
- 49 - سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 201.

