وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعـة غرداية

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية

قسم العلوم الإسلامية

إكراه المدين في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

مذكّرة مقدمة لاستكمال متطلّبات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: الشريعة والقانون.

إعداد الطالب :

بن حويط عمر

إشراف الأستاذ(ة):

د. شويرف عبد العالي

الموسم الجامعي:

1443-1444هـ/2022-2023م

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعـة غرداية

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية

قسم العلوم الإسلامية

إكراه المدين في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

مذكّرة مقدمة لاستكمال متطلّبات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: الشريعة والقانون.

إعداد الطالب :

بن حويط عمر

إشراف الأستاذ(ة):

د. شويرف عبد العالي

الموسم الجامعي:

1443-1444هـ/2022-2023

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعـة غرداية

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية

قسم العلوم الإسلامية

إكراه المدين في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

مذكّرة مقدمة لاستكمال متطلّبات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: الشريعة والقانون.

إعداد الطالب (ة):

بن حويط عمر

إشراف الأستاذ:

د. شويرف عبد العالي

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
عادل شباب	جامعة غرداية	رئيسا
شويرف عبدالعالي	جامعة غرداية	مشرفا مقررا
شوقي نذير	جامعة غرداية	مناقشا

الموسم الجامعي: 1443-1444 / 2022-2023

بسم الله الرحمن الرحيم

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة غرداية

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية
قسم العلوم الإسلامية

غرداية في: .....

تصريح شرفي للطالب

(يلتزم فيه بالقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها وفقا للقرار رقم: 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016)

أنا الممضي أسفله:

1) اسم ولقب الطالب (01) : عمر بن حوية .....

رقم التسجيل: 16163909825 9 .....

التخصص: الشريعة والقانون .....

2) اسم ولقب الطالب (02): .....

رقم التسجيل: .....

التخصص: .....

المكلفان بإنجاز مذكرة التخرج لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر والموسومة بـ:

أحكام المحبب غير المنتفع في القانون الجزائري .....

.....

أصرح بشرفي أني قمت بإنجاز مذكرة نهاية الدراسة المذكور عنوانها أعلاه بجهدي الشخصي، ووفقا للمنهجية المتعارف عليها في البحث العلمي(دليل إعداد مذكرات التخرج)، وبذلك أتحمل المسؤولية الكاملة عن أي مخالفة لقواعد الأمانة العلمية وما يترتب عن ذلك من متابعة بما فيها الإجراءات الإدارية حسب المقررات الوزارية المعمول بها.

التوقيع: الطالب الأول:..... الطالب الثاني:.....

صودق على صحة إمضاء السيد(ة) عمر بن حوية
الحضرة في: 2023
رئيس المجلس الشعبي البلدي

رئيس المجلس الشعبي البلدي
ينوب عنه
المساعد: العيدي عبد الوهاب

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة غرداية

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية
قسم العلوم الإسلامية

غرداية في: _____

إذن بالتجليد والإيداع [مذكرة ماستر]

أنا الممضي أسفله الأستاذ(ة): .....

رئيس اللجنة المناقشة للمذكرة الموسومة بـ: إطراء المدح في الخمر .....

..... الحد في القانون الجزائري .....

.....

من إعداد الطلب(ة):1- .....

2- .....

وإشراف: .....

تخصص: .....

أقرّ بأن الطلبة أنجزوا عملهم وفق ما قدم لهم من ملاحظات وتعديلات في لجنة المناقشة، ويمكنهم تجليد المذكرة وإيداعها عند إدارة القسم قصد إتمام الإجراءات الإدارية اللازمة.

إمضاء المشرف:

إمضاء رئيس لجنة المناقشة

ملاحظة: تسلم الاستمارة مع المذكرة المجلّدة لأمانة القسم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ :

{يَا أَيهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتبُوهُ ۚ..}

[البقرة، الآية: 282].صدق الله العظيم.

عَنْ صُهَيْبِ الْخَيْرِ رَضِيَ الله عَنْهُ، عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «**أَيُّمَا رَجُلٍ يَدِينُ دَينًا وَهُوَ مُجْمِعٌ أَنْ لَا يوَفِّيَهُ إِيَّاهُ لَقِيَ اللَّهَ سَارِقًا**»

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ:

{وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ۚ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ ۖ إِنْ كُنتُمْ تعْلَمُونَ}

[البقرة ،الآية: 280] صدق الله العظيم.

شکر وعرفان

شكر وعرفان

الحمد لله على توفيقه واحسانه والحمد لله على فضله وانعامه.

اشكر الله العلي القدير الذي وفقني لانجاز هذا العمل المتواضع، كما اتقدم بشكري الى استاذي المشرف الدكتور شويرف عبد العالي، الذي افادني بنصحه وتوجيهاته لكي اضع هذا العمل بين ايديكم فجزاه الله عنا كل خير.

كما اتقدم بشكري وامتنان وتقديري الى كل من ساهم في تكويني ، واخص بذلك جميع اساتذة قسم علوم الاسلامية، لمجهوداتهم المتواصلة معنا طوال المسار الدراسي، فلهم كل الشكر والاحترام والتقدير بعد المولى عز وجل.

الإهداء

الإهداء

الحمد لله والصلاه والسلام على اشرف المرسلين والانبياء، اما بعد :

اهدي ثمره جهدي الى :

الوالدين العزيزين اطال الله في عمرهما، والى كل عائلتي واخواني واخواتي، واخوالي واعمامي، وإلى خطيبتي، والى كافة الأصدقاء، وبالاخص اصدقاء الدراسة : الشيخ خالد وبونوة وعبد الرحمن .

وفي الاخير، تقبلوا مني فائق الاحترام والتقدير، لكل من ساندني بكلمة طيبة وصادقة أو دعوة خالصة، او اي عمل فيه فائده لنجاح هذا العمل.

المقدمة

مقدمة:

بسم الله الرحمن الرحيم و الحمد لله رب العالمين والصلاه والسلام على اشرف الانبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، اللهم إشرح لي صدري ويسر لي أمري وأحلل عقدة من لساني يفقه قولي، أما بعد:

يعد الإنسان بطبيعته كائن إجتماعي، وهو في تواصل مستمر مع غيره، ولهذا فيكون هناك إحتكاك وحاجيات متبادلة بينه وبين الآخرين من بني جنسه، ومن أكثر هذه الإحتكاكات و التعاملات كسب القوت، ومن اهم أسباب كسب القوت البيع والشراء ، ومنه تكون هناك معاملات كالسلف أو الاستدانة وهي صورة من صور التكاف الإجتماعي و ينتج عنه دائن ومدين، وهذا يكون وفق الالتزام بالوفاء و إسترداد الدين للدائن من المدين، لكن في بعض الأحيان ينعدم هذا الوفاء وبالتالي يلجأ الدائن لإرغام المدين لإسترداد حقه منه، وهذا هو موضوعنا: إكراه المدين في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري.

إن دراسة موضوع، إكراه المدين يعد من المواضيع الهامة في المجتمع لما فيه الكثير من الحلول الاجتماعية و المالية، كإسترداد الحق بالقانون دون خصومة، وايضا حماية الممتلكات.

من أهم أسباب اختيار الموضوع هو : كثرة انتشار الدين بين الناس وكثرة التعامل به ، وأيضا عدم المبالات في أمر الدين ، وهو ماأدى إلى انتشار ظاهرة التخلف عن سداد الدين في المجتمع ،والتقاعس في تسديد.

وأيضا من اهم الأهداف دراسة هذا الموضوع هي :

- الفهم والادراك الجيد في التعامل مع ظاهرة التخلف في سداد الدين سواء من الجانب الشرعي أو القانوني.

- كيفية إكراه المدين على الالتزام بالوفاء ومعرفة وسائل اكراهه.
- نشر الوعي ومعرفة الطرق القانونية و الشرعية في التعامل مع الدين.
- الحفاظ على نظام المجتمع وحمايته من الخلافات وعواقبها الوخيمة.
- ابراز نقاط الموافقة والإختلاف بين الشريعة والقانون في دراسة إكراه المدين.

وفي معرض دراسة الموضوع إكراه المدين في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري ، تراء لدينا اتباع المنهج الوصفي والمقارن حيث أننا قمنا بالمقارنة بالشريعة الإسلامية والقانون الجزائري في دراسة وبيان أوجه التشابه والإختلاف بينهما ،واعتمدنا ايضا المنهج الاستقرائي وهذا بفحص الكثير من الجزئيات للوصول إلى النتائج ،وكما إستعنا بالمنهج التحليلي من خلال تحليل بعض النصوص القانونية وآيات القرآنية والأحاديث النبوية المتعلقة بالموضوع.

لقد استعنت بدراسات سابقة كانت تتناول أجزاء من مطالب موضوعي وهي كالتالي:

1. براهيمي فايزة , مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون , الأثر المالي لعدم تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية , جامعة بومرداس

2. بن عاشور صفاء، تدخل القاضي الاداري في تنفيذ قراراته ضد الشخص المعنوي العام، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع تنفيد الاحكام القضائية، جامعة الجزائر كلية الحقوق ، ،2014.

3. علي عثماني، آليات تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية الإدارية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية تخصص الدولة و المؤسسات العمومية، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، باتنة، سنة. 2018.

4. زين العابدين بلماحي، الوسائل القانونية لضمان تنفيذ القرارات القضائية الادارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام كلية الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية ،2007-2008.

5. مرابط عمار، الإكراه البدني في التشريع الجزائري على ضوء العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء ، الدفعة ، 12السنة ، 2004-2001الجزائر.

6. سرايش زكريا، الحق في الحبس وأثره في الضمان، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه علوم، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، ،2017-2018.

ومن أهم الصعوبات التى واجهتها هي صعوبة الجمع والإحاطة الدقيقة بحيثيات الموضوع في بداية ، وكذالك صعوبة المقارنة والتوصل إلى النتيجة الكافية، وأيضا صعوبة حصر الموضوع نظرا لتوسعه وتشعبه الكبير.

الاشكالية: يعتبر الدين عقد من عقود الشرعية والقانونية التي تتجلى فيها صور التكافل الإجتماعي، إلا أنه في حالة تعدر عدم الوفاء بالدين أو تسديده يمكن للدائن أن يسترد حقه بوسائل الشرعية والقانونية.

-فماهي الطرق و الوسائل الشرعية والقانونية التي يتم فيها إكراه على المدين؟

من خلال هذه الاشكالية نقوم بطرح التساؤلات التالية:

- ماهي الحالات التي يتخلف فيها المدين عن سداد الدين؟
- ماهي وسائل إكراه المدين في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري؟

والإجابة على الإشكالية المطروحة والتساؤلاتها، وللاحاطة بموضوع وضعنا الخطة التالية ، والتي تتكون من فصلين ،فصل اول يحتوي على ماهية عناصر الموضوع، وكانت بشكل مبحثين ،المبحث الأول يحتوي على ثلاثة مطالب ،حيث المطلب الأول كان يدرس مفهوم الاكراه في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري ،أما المطلب الثاني فكان يحتوي على مفهوم الدائن والمدين في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري ،أما المطلب الثالث فهو عبارة عن موازنة للمفاهيم المدروسة في المطلب الأول والثاني.

بينما المبحث الثاني فهو يشمل اهم أسباب تخلف المدين عن سداد الدين ،حيث اشتمل بدوره على ثلاثة مطالب ،المطلب الأول كان يدرس الافلاس، أما المطلب الثاني كان لدراسة الاعسار ، بينما المطلب الثالث فهو عبارة عن مقارنة بين الإفلاس والإعسار في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

ثم ننتقل إلى الفصل الثاني ويحتوي على وسائل اكراه المدين في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري ،حيث كان متكون من مبحثين المبحث الاول يدرس الغرامة التهديدية ،وهو يحتوي على أربع مطالب ،المطلب الاول به مفهوم الغرامة التهديدية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري ،اما المطلب الثاني فيحتوي على أنواع الغرامة التهديدية ، بينما المطلب الثالث فهو خصائص وشروط الحكم بالغرامة التهديدية، واخيرا المطلب الرابع فكان موازنة بين مفهوم الغرامة التهديدية في الفقه الإسلامي والقانون.

المبحث الثاني فكان يحتوي على الإكراه البدني والحق في الحبس ،حيث كان يتكون من خمسة مطالب ،المطلب الاول لمفهوم الإكراه البدني والحق في الحبس في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري ،أما المطلب الثاني فهو الطبيعية القانونية للاكراه البدني وشروط الحكم به ، والمطلب الثالث يحتوي على خصائص الإكراه البدني والآثار المترتبة عليه ،والمطلب الرابع فكان خصائص و شروط الحكم بالحق في الحبس، واخيرا المطلب خامس فكان عبارة عن الموازنة بين مفهوم الإكراه البدني والحق في الحبس في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

وفي الأخير الخاتمة طبعا التي كانت عبارة عن سرد لنتائج البحث وكذالك بعض النصائح و التوصيات.

الفصل الأول

ماهية إكراه المدين وحالات تخلف عن السداد في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري

الفصل الاول: ماهية إكراه المدين و حالات تخلف عن السداد، في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري

المبحث الأول: مفهوم الإكراه والدائن والمدين في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري

لدراسة إكراه المدين في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، لابدة من التطرق لفهم الجيد والدقيقة والحقيقي لمعنى ومفهوم لكل من الاكراه على حدى ، والمدين على حدى ، حتى يتسنى لنا دراسة إكراه المدين في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، وهذا ما سنشرع له في المطلب الأول وهوا مفهوم الاكراه في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، أما المطلب الثاني فهو لمفهوم الدائن والمدين في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المطلب الأول: مفهوم الاكراه في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري

ان مفهوم الإكراه هو حمل الغيرِ على أن يفعل ما لا يرضاه، وهو أيضا عبارة عن ضغط مادي او معنوي يمارسه شخص على شخص آخر فيدفعه للتعاقد، ولي دراسة مفهوم الإكراه شرعا وقانونا في هذا المطلب قمنا بتعمق أكثر في فرعيه وهما كالتالي:

الفرع الاول: مفهوم الإكراه شرعاً.

أولاً: تعريف الإكراه:

الإكراه لغة: جاء في اللسان: (وقد أجمع كثير من أهل اللغة أن الكَرْه والكُره لغتان، فبأي لغة وقع فجائز)[1].

قال الفراء: (الكره، بالضم، المشقة، يقال: قمت على كره: أي على مشقة، قال: ويقال أقامني فلان على كره، بالفتح، إذا أكرهك عليه، وقال ابن سيده: الكره الإباء والمشقة تحتملها من غير أن تكلفها ..).

[1] لسان العرب لابن منظور ج13 ,ص 534

وجاء في المعجم: (كره الشيء كرهاً وكراهة وكراهية: خلاف أحبه فهو كريه ومكروه، وأكرهه على الأمر: قهره عليه، وكره إليه الأمر، صيره كريهاً إليه، **والمكره:** ما يكرهه الإنسان ويشق عليه، وجمعه مكاره)[2] ، وجاء في المصباح المنير: (الكره، بالفتح، المشقة، وبالضم، القهر، وقيل: بالفتح، الإكراه، وبالضم، المشقة، وأكرهته على الأمر إكراهاً، حملته عليه قهراً، يقال: فعلته كرهاً، بالفتح، أي إكراهاً، ومنه، قوله تعالى: طَوْعًا وَكَرْهًا [3], فقابل بين الضدين.

وفي اصطلاح الفقهاء:

- "الضغط على إنسان بوسيلة مؤذية ، أو بتهديده بها، لإجباره على فعل أو ترك[4]".
- "حمل الشخص على قول أو فعل لا يريد مباشرته[5]".

ثانيًا:انواع الإكراه:

1- الإكراه المُلجِئ أو الكامل:

وهو الذي يقع على نفس المكره: ولا يبقى للشخص معه قدرة ولا اختيار: كأن يهدد الإنسان بقتله أو بقطع عضو من أعضائه كيده أو رجله، أو بضرب شديد يفضي إلى هلاكه أو بإتلاف جميع ماله، فمتى غلب على ظنه أن ما هدد به سيقع عليه، جاز له القيام بما دفع إليه بالتهديد، باعتباره في حالة ضرورة شرعية[6].

---

[2] . مادة: كره .(,المعجم الوسيط ,ج2 ,ص761)

[3] آل عمران:٨٣

[4] مصطفى أحمد الزرقا،: المدخل الفقهي العام، دار القلم . دمشق، ط1418 ،1هـ/1998م، .

[5] أبو زهرة، محمد: أصول الفقه، دار الفكر العربي، ص. 355

[6] الموسوعة العقدية, مجموعة من الباحثين بإشراف الشيخ عَلوي بن عبد القادر السقاف, موقع الدرر السنية على الإنترنت ج6 ,ص340

2- الإكراه غير الملجئ أو الناقص:

وهو التهديد أو الوعيد بما دون تلف النفس أو العضو، كالتخويف بالضرب أو القيد أو الحبس أو إتلاف بعض المال، وهذا النوع يفسد الرضا، ولكنه لا يفسد الاختيار لعدم الاضطرار إلى مباشرة ما أكره عليه لتمكنه من الصبر على ما هدد به[7].

ثالثا: الشروط الاكراه :[8]

- أن يكون المكرِه قادرًا على تنفيذ ما هدَّد به.
- أن يغلب على ظن المستكرَه أن المكرِه سينفِّذ تهديدَه لو لم يحقِّق ما أكره عليه، وأنه عاجز عن التخلص من التهديد بالهرب أو الاستغاثة أو المقاومة.
- أن يكون الأمر المكره عليه متضمنًا لما لا يرضاه الشارع من إتلاف نفس أو عضو أو مال، ومتضمنًا أذى الآخرين ممَّن يهمه أمره عما يعدم الرضا.
- أن يكون المستكرَه ممتنعًا عن الفعل الذي أُكرِه عليه قبل الإكراه.
- أن يترتب على فعل المكره به الخلاص من المهدد به.
- أن يكون المهدد به عاجلاً.
- أن يكون المهدد به أشدَّ خطرًا على المستكرَه مما أكره عليه.
- ألا يخالف المستكره المكره بفعل غير ما أكرهه عليه، أو بالزيادة عليه أو بالنقصان منه، وإلا اعتبر مختارًا، وهذا عند الشافعية والمالكية، أما الحنابلة والحنفية فقد اعتبروا المخالفة بالنقصان وحدَها إكراهًا.

[7] مرجع سبق ذكره, الموسوعة العقدية,ج6,ص340 ,

[8] عبد العزيز بن سعد الحلاف, أثر الإكراه في القصاص والحدود في الشريعة الإسلامية , رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير , ص12-22

- اشترط الشافعية أن يكون المكره عليه معينًا بأن يكون شيئًا واحدًا، فلو تعدَّد لم يكن كذلك، وليس هذا بشرط عند بقية المذاهب.
- ألا يكون المهدد به حقًّا للمكره يتوصل به إلى ما ليس حقًّا له ولا واجبًا، وهذا شرط عند الحنفية والمتأخرين من الشافعية، وليس بشرط عند غيرهم.

رابعا: أثر الإكراه في التصرفات الحسية [9]:

ما لا يقع عليه الإكراه من الفعل أو الترك: قد يكون حسيًّا، وقد يكون أمرًا شرعيًّا، والمكره به في كل منهما معين أو مخير فيه.

ويتعلق بالتصرفات الحسية المعينة حكمان: أحدهما بالنسبة للآخرة، والآخر بالنسبة للدنيا

أ- احكام الآخرة:

وتختلف أحكام الآخرة في التصرفات الحسية المكرَه عليها بحسب نوع التصرف، وأنواع التصرف الحسي ثلاثة:المباح ، المرخص فيه، الحرام.

- **التصرف الحسي المباح بالإكراه:**

وهو أكل الميتة، والدم، ولحم الخنزير، وشرب الخمر، ونحو ذلك، وحكمه يختلف بحسب نوع الإكراه.

فإن كان الإكراه ملجئًا، فإن هذه الأفعال تباح؛ لأن الله أباحها عند الضرورة بقوله: ﴿ **إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ** ﴾ **[الانعام، الآية: 119]**، فلو امتَنَع المستكرَه عن تناولها حتى قُتِل فإنه يؤاخذ على ذلك؛ لأنه ألقى بنفسه إلى التهلكة، وقد قال -تعالى-: ﴿ **وَلَا تلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التهْلُكَةِ** ﴾**[البقرة، الآية: 195]**. أما إن كان الإكراه ناقصًا، فلا يباح الإقدام عليها ويأثم إذا فعل.

[9] عبد العزيز بن سعد الحلاف, أثر الإكراه في القصاص والحدود في الشريعة الإسلامية , رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير , ص111-149-160

- **التصرف الحسي المرخص بالإكراه:**

مثل إجراء كلمة الكفر على اللسان مع اطمئنان القلب بالإيمان، أو سب النبي محمد – صلى الله عليه وسلم – أو الصلاة إلى الصليب، فهذه لا تباح بحالٍ، ولكن رخَّص الشارع فيها عند الإكراه التام رحمةً بالعباد، ولكن إن امتنع المستكرَه عن فعله حتى قتله كان مثابًا ثواب الجهاد.

وألحق الشافعية والحنابلة والظاهرية الإكراهَ الناقص بالتام في هذا الباب، واقتصر الحنفية والمالكية على الإكراه التام، وقالوا: إذا كان الإكراه ناقصًا فلا يرخص فيها أصلاً، ويحكم بكفر فاعلها, والأصل في ترخيص كلمة الكفر عند الإكراه التام ثابتٌ **بقوله – تعالى:** ﴿ **مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ** ﴾**[النحل، الآية: 106]**,ولم يُبِح المالكية إجراءَ كلمة الكفر على اللسان إلا في حالةِ الإكراه على القتل فقط.

- **التصرف الحسي الحرام الذي لا يباح ولا يرخص فيه بالإكراه:**

هو قتل المسلم بغير حقٍّ، أو قطع عضوٍ من أعضائه ولو أنملة؛ لأن القتل حرام محض، قال – تعالى –: ﴿ **وَالَّذِينَ يؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بِغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا فقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا** ﴾ **[الاحزاب: 58]**، وتستوي في التحريم حال الإكراه الناقص والإكراه التام، ومن أمثلة هذا التصرف أيضًا في التحريم ضرب الوالدين، والزنا.

ب- أحكام الدنيا:

أما الأحكام الدنيوية في الأنواع الثلاثة المتقدمة؛ فهي:

النوع الأول: ومن امثلته:

- **الاكراه على شرب الخمر:**

لا يجب الحد على المستكره إكراهًا تامًّا باتفاق، ولا تنفذ تصرفات السكران المكره على الشرب عند الجمهور.

أما في حالة الإكراه الناقص، فيجب الحد عند الحنفية دون الجمهور الذين أخذوا بعموم قوله – صلى الله عليه وسلم –:« **إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استُكرِهوا عليه** »[10].

- **الاكراه على السرقة:**

إذا كان الإكراه تامًّا، فلا إثم ولا حد على السارق المستكره، والحكم نفسه ينطبق على الإكراه الناقص عند الجمهور، خالف في ذلك الحنفية، فقالوا بالإثم والحد في ذلك.

النوع الثاني: ومن أمثلته:

إذا كان الإكراه تامًّا، فلا يحكم بالردة ولا تَبِين امرأةُ المستكرَه باتفاقِ الفقهاء ما عدا المالكية إذا كان التهديد بغير القتل.

وكذا إذا كان الإكراه ناقصًا عند الشافعية والحنابلة والظاهرية، أما المالكية والحنفية، فقالوا: يُحكَم بكفره وتلحقه أحكام المرتدِّين، قالوا: لأنه ليس بمكرَه حقيقة؛ بل أقدم على هذا الفعل الشنيع لدفع الغمِّ عن نفسه لا للضرورة، والرأي الأول أرجح؛ عملاً بالنص.

[10] أخرجه ابن ماجه (2045) واللفظ له، والطبراني في ((المعجم الأوسط)) (8273)، والبيهقي) 11787

- **الاكراه على اتلاف المال:**

إذا كان الإكراه تامًّا، فالضمان على المكرِه عند الحنفية والحنابلة في الأرجح عندهم، وبه قال بعض الشافعية؛ لأن المستكرَه مسلوب الإرادة، وهذا هو الأظهر.

وقال المالكية وبعض الشافعية: الضمان على المستكره قياسًا على المضطر إلى أكل طعام الغير فإنه يضمن.

وقال الشافعية في الأرجح عندهم، وفي وجهٍ عند الحنابلة: الضمان عليهما معًا؛ لأن الإتلاف صدر من المستكره حقيقة، ومن المكره بالتسبب.

أما إذا كان الإكراه ناقصًا، فالضمان على المستكره عند الجمهور؛ لأن الإكراه الناقص لا يسلب الاختيار.

النوع الثالث: ومن امثله:

- **الاكراه على القتل:**

اتَّفق أهل العلم على إثم مَن أُكرِه على القتل فقَتَل، واختلفوا في القصاص منه إذا كان الإكراه تامًّا، فقال المالكية والشافعية والحنابلة: يقتص من المكرِه والمستكرَه جميعًا؛ لأن المستكره وجد منه القتل حقيقة، والمكرَه متسبِّب في القتل، والمتسبب كالمباشر.

وقال أبو حنيفة: يقتص من المكرَه، ولا قصاص على المستكره، وهذا القول رواية عن أحمد وأحد قولَي الشافعي. أما إن كان الإكراه ناقصًا، فيجب القصاص على المستكره بلا خلاف.

- **الاكراه على الزنا:**

إذا أكرهت المرأة على الزنا، فلا يقام عليها الحد عند جمهور الفقهاء، سواء كان الإكراه تامًّا أم ناقصًا؛ لقوله تعالى: ﴿ **وَمَنْ يُكْرِهْهُنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِنْ بعْدِ إِكْرَاهِهِنَّ غَفُورٌ رَحِيمٌ** ﴾ **[النور،الآية: 33]**.

أما إذا أُكرِه الرجلُ على الزنا إكراهًا تامًّا أو ناقصًا، فالمختار عند الحنابلة وجوب الحد؛ لأن الانتشار لا يكون إلا عن طواعية واختيار.

وقال الشافعية: لا يجب الحدُّ على المكرَه على الزنا، سواء أكان الإكراه تامًّا أم ناقصًا؛ لأن في الإكراه شبهةً، والحدود تُدرَأ بالشبهات، وهذا أظهر المذاهب، والله أعلم. أما الحنفية، فيُوجِبُون الحدَّ في الإكراه الناقص ولا يوجِبُونه في الإكراه التام.

أما عند المالكية، فالمفتَى به سقوط الحد إذا كان التهديد بالقتل، ووجوب الحد إذا كان دون ذلك، ويستوي عندهم المرأة والرجل في الحكم.

خامسا: أثر الاكراه في التصرفات الشرعية:

أولا: التصرفات الشرعية المعنية : وهي اما ان تكون انشاء او اقرار.

والتصرفات الانشائية نوعان : ما لا يحتمل الفسخ، ومايحتمل الفسخ:

1- التصرفات الشرعية المعنية التي لاتحتمل الفسخ:

وهي مثل الطلاق، والنكاح، والظِّهار، واليمين، والعفو عن القصاص. ويذهب الحنفية إلى أنه لا تأثير للإكراه على هذا النوع، وأنها نافذة مع الإكراه؛ لأنها لا تقبل الفسخ؛ ولأنه يستوي فيها الجِدُّ والهزل.

أما الجمهور، فيذهبون إلى أن الإكراهَ يؤثّر في هذا النوع فيفسد، فلا يقع طلاق المكرَه ونحو ذلك، وهذا هو الأرجح؛ لقوله تعالى: ﴿ **إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ** ﴾**[النحل، الآية:106]**

كما ثبت في السنة أن خنساء بنت خزام زوَّجها أبوها وهي ثيِّب، فكَرِهت ذلك، فأَتَت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فردَّ نكاحها، وقال – صلى الله عليه وسلم –: « **لا طلاق في إغلاق**»[11].

[11] أخرج ابن ماجه (2046) ، وأحمد في مسنده (26360) ، وأبو يعلى في مسنده (4444), وحسنه الألباني في " صحيح وضعيف سنن ابن ماجة)" 2046. (

2- التصرفات التي تحتمل الفسخ:

وهي مثل البيع والإجارة ونحوهما من كل تصرف يعتبر سببًا للملك. ويذهب الحنفية إلى أن الإكراه يفسد هذا النوع من التصرفات ولا يبطلها؛ أي: إن التصرف نافذ ولكنه فاسد، تترتب عليه أحكام فساد العقود.

ولكن يملك المشتري البيع مثل المبيع بالقبض، وللمستكره بعد زوال الإكراه الخيار بين إمضاء التصرف وفسخه؛ لأن الرضا شرط لصحة هذه التصرفات، وليس ركنًا.

وقال المالكية وبعض من الحنفية: تعتبر هذه التصرفات مع الإكراه موقوفة؛ لأن الرضا شرط في صحة انعقاد العقد. وذهب باقي الفقهاء من الشافعية والحنابلة والظاهرية إلى بطلان هذه التصرفات مع الإكراه.

ثانيا: مفهوم الاكراه قانونا :

تناول المشرع الجزائري في المادة 88 من القانون المدني الإكراه كعيب من عيوب الإرادة.

- **تعريف الاكراه :**

الإكراه هو إجبار أحد على أن يعمل عملا بغير حق من دون رضاه بالإخافة ويقال له المكره[12]. و بهذا يمكن أن يعرف الإكراه بأنه الرهبة أو الخوف الذي ينشأ في نفس المتعاقد و الذي يدفعه لإبرام التصرف القانوني، و الإكراه في هذه الحالة لا يؤدي إلى إعدام الإرادة كليا بل فقط يضيق من حرية الاختيار لدى الشخص فيدفعه لتعاقد لم يكن يرتضيه، أما إذا أدى الإكراه إلى إعدام الإرادة بصفة نهائية فإن العقد يكون في هذه الحالة باطل بطلانا مطلقا و ذلك لانعدام ركن من أركان العقد و هو التراضي، كأن يمسك شخص شخصا آخر بالقوة و يجبره على التوقيع فهنا الإرادة لم تفسد و إنما أعدمت نهائيا.

[12] مجلة الاحكام العدلية ' المادة 948

- **شروط الاكراه المعيب للارادة :**

تنص المادة 88 فقرة الاولى من ق،م،ج، على انه:"يجوز إبطال العقد للاكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق".

من خلال استقراء نص المادة المذكورة وكذا المادة 89يتضح لنا ان الاكراه كعيب من عيوب الواردة يستلزم اجماع الشروط التالية:

❖ استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محدق:

لكي تتولد الرهبة الدافعة للتعاقد و التي من شأنها أن تعيب إرادته لا بد أن يستعمل المكره وسائل معينة تهدد المكره بخطر جسيم محدق الوقوع في جسمه أو ماله أو بأحد أقاربه , و هذه الوسائل قد تكون مادية بإلحاق الأذى بالشخص و هو ما يسمى بالإكراه الحسي كالضرب و الإيذاء بأنواعه المختلفة، و قد تكون معنوية نفسية تتمثل في التهديد بالإيذاء الذي يولد رهبة و ألما معنويا كاختطاف ولد و تهديد والده بالقتل في حالة عدم القيام بتصرف معين.

و الإكراه سواء كان ماديا أو معنويا يعيب الإرادة و يجعل التصرف القانوني قابلا للإبطال، مع الإشارة إلى أن الإكراه المادي نادر الحدوث في الواقع العملي مقارنة بالإكراه النفسي .

و يشترط في استعمال الإكراه أن يهدد بخطر محدق سيلحق الشخص إذا لم يوقع على التصرف القانوني و عليه يشترط أن يكون الخطر جسيما، و العبرة في ذلك بنفسية الشخص المكره أي الذي وقع تحت طائلة الإكراه، بمعنى أنه إذا استخدمت وسائل إكراه غير جدية كالشعوذة و السحر و لكنها رغم ذلك أحدثت في نفسه رهبة و خوفا بأن خطرا كبيرا يتهدده فإن ذلك يكفي لإفسد رضاه و بالتالي تجعل التصرف القانوني المبرم قابلا للإبطال.

❖ الرهبة في النفس الدافعة للتعاقد:

و يعتبر هذا الخوف أو الرهبة بمثابة تحقق الإكراه الذي يدفعه للتعاقد، بحيث لولاه لما أقدم الشخص على التصرف القانوني لو كان في ظروف طبيعية، أما إذا لم يترتب على الإكراه أي خوف أو رهبة في نفسية من تعرض له فإنه لا أثر له على الإرادة و بالتبعية على صحة التصرف القانوني المبرم .

و لمعرفة ما إذا كان الشخص قد تأثر بوسائل الإكراه التي مورست ضده ينبغي الأخذ بعين الاعتبار جنس الشخص و سنه و حالته الاجتماعية و الصحية و كل ظرف من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه في نظره و هذا ما نصت عليه المادة 88 ف 2 ق.م.ج، و هو ما يعني أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمعيار الذاتي الذي يرجع إلى الشخص الذي تعرض للضغط و إلى مدى تأثره بوسائل الإكراه .

❖ اتصال الإكراه بالطرف الآخر:

و اشتراط هذا الاتصال تستلزمه الرغبة في عدم مفاجأته بالمطالبة بإبطال العقد، و هو أمر تقتضيه طبيعة الأمور من حيث استعمال وسائل الإكراه إذ لا بد أن يتم عن طريق شخص من الأشخاص ليجبر الشخص الآخر بناء على ما تولد لديه من رهبة على إثر استعمال وسائل الإكراه على التعاقد.

أما إذا وقع الإكراه من شخص آخر غير المتعاقد فإن المادة 89 ق م ج تشترط للمطالبة بإبطال العقد علم الطرف الآخر به و بمن صدر عنه أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه.

المطلب الثاني: مفهوم الدائن و المدين في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري

لدراسة مفهوم المدين يجب علينا التطرق الدائن ، حيث انه يجب ان يكون الدائن لكي يتدين منه المدين ، وهدا ماتم دراسته في هذا المطلب من مفهوم للدائن والمدين شرعا وقانونا ،وهو مجسد في الفرعين وهما كالتالي:

الفرع الاول: مفهوم الدائن والمدين شرعا

قبل التطرق لمفهوم الدائن والمدين لابدة من التعريج لمفهوم الدين أولا ، لأن فهم الدين من فهم الدائن والمدين.

أولا :تعريف الدَّين:

❖ تعريف الدَّيْن لغة:

أصل كلمة الدَّيْن من دانَ، والفاعل منها دائن، والمفعول مدين ومديون، والدَّيْن يدلّ على الاقتراض وأخذ المال[13].

❖ تعريف الدين شرعا:

عرّف العلماء الدَّيْن أو الاستدانة بِـ: "طَلَبُ أَخْذِ مَالٍ يَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ شَغْل الذِّمَّةِ، سَوَاء كانَ عِوَضًا فِي مَبِيعٍ أَوْ سَلَمٍ أَوْ إِجَارَةٍ، أَوْ قَرْضًا، أَوْ ضَمَانَ مُتْلَفٍ"[14], ويُفهم من ذلك أنّ الدّين يعني طلب المال من الغير لإرجاع مثله في المستقبل، ويكون ذلك لأداء حقوق العباد؛ كالإنفاق على الأسرة، أو لأداء حقوق الله؛ كالحج والعمرة، أو لحقّ النّفس؛ كأن يستقرض شخص المال لنفسه بسبب حاجته **وعرفه ايضا:**" بأنه ماوجب في دمة المديون بعقد استهلاك مال اوضمان غصب "[15]

❖ حكم الدين:

---

[13] أحمد مختار عمر , معجم اللغة العربية المعاصرة , عالم الكتب – القاهرة 1429 – 2008 , ط1,ج1,ص 795

[14] الموسوعة الفقهية الكويتية 'وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت , دارالسلاسل – الكويت ط2 ,ج3 ص262

[15] حسن نعمة ياسر الياسري , الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقة الاسلامي والقانون المقارن , دراسة تحليلية مقارنة , ط1,ص 79-75

إنّ طلب الدَّين من الأمور المباحة عند الحاجة، بشرط وجود نيّة الوفاء بها وسدادها، وممّا يدلّ على ذلك أنّ رسول الله –صلى الله عليه وسلم– تُوفّي ودرعه مرهونة عند يهودي بسبب الدَّيْن، فعن عائشة –رضي الله عنها– قالت: «**تُوُفِّيَ النبيُّ صَلَّى اللهُ عليه وسلَّمَ ودِرْعُهُ مَرْهُونَةٌ عِنْدَ يَهُودِيٍّ بثَلَاثِينَ**»[16].

وهذا الجواز مشروطٌ أيضاً في حال كانت الاستدانة لأمرٍ مشروع، أما الدَّين لأمرٍ محرّم فلا يُجيزه الشرع الإسلامي،قال رسول الله –صلى الله عليه وسلم: « **إنَّ الله معَ الدَّائنِ حتَّى يقضِيَ دينَه ما لم يَكُن فيما يَكرَه الله** »[17]، وقال أيضاً: « **مَن أخَذَ أمْوالَ النَّاسِ يُرِيدُ أداءَها أدَّى اللَّهُ عنْه، ومَن أخَذَ يُرِيدُ إتْلافَها أتْلَفَهُ اللَّهُ** »[18].

❖ خطورة عدم سداد الدين:

حذّرت العديد من النصوص الشرعية من أمر الدَّين وثقل مسؤوليّته، فقد قال رسول الله –صلى الله عليه وسلم–: « **نفس المؤمن مُعَلّقة بدَيْنِه حتى يُقْضى عنه** »[19]، وعقّب العراقي على الحديث فقال: "أي أمرها موقوف لا حكم لها بنجاة ولا هلاك حتى ينظر هل يقضى ما عليها من الدين أم لا"، وفي حديث آخر يقول فيه النبي الكريم: « **مَنْ ماتَ وهو بَريءٌ مِن ثلاثٍ: الكِبرُ، والغُلولُ، والدَّينُ؛ دَخَلَ الجنَّةَ** »[20]. وفي الحديث السابق : « ...**ومن اخد يريد اتلافها أتلفه الله** » ويروي جابر –رضي الله عنه–ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى على رجل مات وعليه دين بعد ان تكفل أحد الصحابة بسداد دينه ، وفي اليوم التالي سأله النبي عن أمر الدين ،فاخبره بأنه قد تم سداده ، فقال النبي : « **الآن حين بردت عليه جلده** »[21] .

---

[16] رواه البخاري في صحيحه عن عائشة أم المؤمنين, حديث صحيح, الصفحة أو الرقم2916

[17] رواه ابن ماجة في سننه ،عن عبد الله بن جعفر بن أبي طالب، الصفحة أو الرقم 1968

[18] رواه البخاري في صحيحه ، عن ابي هريرة الصفحة أو الرقم 2387صحيح

[19] رواه الترمذي ،في سننه عن ابي هريرة ،الصفحة او رقم 1079حسن.

[20] رواه الحاكم في المستدرك على الصحيحين ،عن ثوبان ، الصفحة أو الرقم 2252، صحيح على شرط الشيخين

[21] رواه الحاكم في المستدرك على الصحيحين، عن جابر الصفحة أو الرقم 2381 صحيح الإسناد

وكان عليه الصلاة والسلام يستعيذ دائما من الدين وعن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يدعو في الصلاة ويقول: « **اللهم اني أعوذ بك من المأثم والمغرم ، فقال له قائل: ما أكثر ماتستعيذ يارسول الله من المغرم ؟ قال: إن الرجل إذا غرم حدث فكذب ووعد فأخلف**»[22].

وهذا ان يدل فهو يدل على التحذير والتشديد من أمر الدين فقد يعذب صاحبه اذا عزم على عدم ارجاعه.

ثانيا : تعريف الدائن والمدين وفرق بينهما في الفقه الإسلامي.

الدائن أو صاحب الدين: يُطلق هذا المصطلح على الطرف الأول في معاملة الدين الذي يقوم بإعطاء الدين للطرف الثاني، ويكون صاحب ومالك الحق في المبلغ أو الشيء الذي يُمثل الدين، ولا ينحصر الدائن في كونه فرداً، بل يتعدى ذلك ليكون حكومة أو مؤسسة قطاع عام أو شركة تمويل أو مجموعة من الأفراد، بحيث يتمّ الاتفاق بين الدائن والطرف الآخر على شكل عقد يقر فيه الطرف الثاني بإعادة ما قام باستلافه، وهناك دائن مضمون، ودائن مميز، ودائن سائر، أمّا المدين أو المستلف أو المقترض هو من قام بأخذ الدين من الطرف الأول، بحيث يقع على عاتقه سداده ضمن العقد أو الاتفاق المبرم بين الطرفين، ويمكن أن يكون هذا الطرف أيضاً شخصاً أو مؤسسة أو قطاعاً خاصاً أو أي كيان أو جهة اعتبارية [23].

في حال تخلف أو قصر المدين في سداد الدين المستلف من الدائن فيكون هناك أحكاماً قضائية لرد الحقوق إلى أصحابها، وتشترط هذه الأحكام وجود عقد موثق وعليه شهود لا يقل عددهم عن شخصين، يتضمن كل من أسماء الطرفين والمبلغ أو الشيء المقترض وكذلك موعد السداد أو الاستيفاء وتحصيل الدين.

[22] رواه البخاري في صحيحه عن عائشة أم المؤمنين الصفحة أو الرقم 2397 صحيح

[23] دروس في القانون في اليوتيوب , الحل النهائي لمشكلة الدائن والمدين , تاريخ النشر : 2022/02/25 . تاريخ الاطلاع : 16 مارس 2023

الفرع الثاني: مفهوم الدائن والمدين قانونا:

أولاً: تعريف مفهوم الدّين:

وهو عبارة عن استلاف شخص لمبلغ أو خدمة أو شيء معيّن يملكه شخص آخر بالتراضي والاتفاق، على أين يعيده أو يرجعه له خلال فترة معينة بعد الاتفاق مع الطرفين، وتتعدّد أشكال الدين وأوقات سداده فمنه ما هو طويل الأجل ومنه ما هو متوسّط وقصير الأجل، ومنه ما يكون على شكل قرض أو تمويل أو ضمان وغيره[24].

ثانياً : مفهوم الدائن والمدين في القانون الجزائري.

نحن نعلم ان المشرع الجزائري في العادة لا يركز عن التعريفات والمفهوم وانما يتطرق مباشرة إلى تنظيم العلاقات.

لم يشر المشرع الجزائري إلى مفهوم الدائن والمدين بل تطرق مباشرة إلى تنظيم العلاقة بينهما،حيث تكلم القانون المدني الجزائري عن ضمان حقوق الدائنين في الباب الثاني :آثار الالتزام ،في الفصل الرابع:شبه العقود ، في المادة 188وهي ان أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه.

ثم بعدها تكلم عن وسائل التنفيد من المادة 189إلى المادة 199 من نفس الباب والفصل ،ثم تكلم عن الحق في الحبس من المادة 200الى المادة 202.

غير ان هناك بعض رجال القانون تكلموا بشيء وجيز عن مفهوم الدائن والمدين وهذا أحد النمادج:

- **مفهوم الدائن:**

هو من يقرض المال وقد يكون شخص او مؤسسة أو حكومة او شركة، وهو الطرف الايجابي في العلاقة التعاقدية .

[24] مفهوم الدائن والمدين والفرق القانوني بينهم , مقالة من اعداد اية الوصيف , تاريخ النشر : 12 اكتوبر 2019, تاريخ الاطلاع : 16 مارس 2023

- **مفهوم المدين :**

هو من يقترض المال وقد يكون شخص أو مؤسسة أو حكومة أو شركة ،وهو الطرف السلبي في العلاقة التعاقدية.

المطلب الثالث: الموازنة بين مفهوم الإكراه والدائن والمدين في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

يعد المطلب الثالث من الفصل الأول هو دراسة مقارنة حول المفاهيم من الجانب الشرعي والجانب القانوني حيث انقسم لفرعين ،الفرع الأول هو دراسة مقارنة حول مفهوم الإكراه شرعا وقانونا، أما الفرع الثاني فهو دراسة مقارنة حول مفهوم الدائن والمدين شرعا وقانونا.وهما كالتالي:

الفرع الاول: الموازنة بين مفهوم الإكراه شرعا وقانونا.

- لقد وافق فقهاء القانون الجزائري فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف الاكراه على انه عبارة عن وسيلة ضغط وهو ماجاء في التعريف القانوني لإكراه ''هوعبارة عن ضغط مادي او معنوي يمارسه شخص على شخص آخر بدفعه للتعاقد'' وهذا ماجاء في المادة 88من القانون المدني الجزائري ،وهو نفس الشيء الذي قاله فقهاء الشريعة الإسلامية في قولهم في تعريف الإكراه هو''حمل الغير على ان يفعل ما لا يختار مباشرته لو ترك نفسه'' اي هو إخضاع وإرغام شخص شخص آخر على أمر أو نهي ،غير ان المشرع الجزائري أشار في تعريفه على اعدام الارادة حيث نوه في كلامه على امكانية ان يكون هذا الإكراه غير قانوني في حالة اعدام الإرادة كليا.
- أما إذا كان مجرد تضييق الخناق وتخويف يدفع الشخص إلى ابرام العقد فهو تصرف قانوني.
- اما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد قسموا الإكراه إلى نوعين وهما الإكراه الملجئ أو الكامل ،والإكراه الغير ملجئ او الناقص ،ويكمن أصل التفرقة بينهما في أمرين هما الرضا والإختيار، أما الرضا فينعدم في النوعين معا وهو أصل الإكراه وجوهره ،أما الإختيار فيختلف حيث انه يفسد في الإكراه الملجئ أو الكامل ، ولا يفسد في الإكراه الغير ملجئ او الناقص.

وبتالي فإن المشرع الجزائري وافق فقهاء الشريعة الإسلامية في التفصيل في مفهوم الإكراه حيث ان الإكراه القانوني هو نفسه الإكراه الغير ملجئ او الناقص في الشرع ،اما الإكراه الغير قانوني فهو في الشرع الإكراه الملجئ أو الكامل ،ومنه فإن الإكراه قد قسم إلى قسمين بناءً عن الإرادة الشخصية في القانون الجزائري وعن الإختيار في الشريعة الإسلامية.

ومانستخلصه في الموازنة في مفهوم الإكراه شرعا وقانونا ان القانون الجزائري مبني على أحكام الشريعة الإسلامية لأن الجزائر دولة إسلامية طبعا وتستمد قوانينها من الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني: الموازنة بين مفهوم الدائن والمدين شرعا وقانونا.

بما أن المشرع الجزائري لايركز في المفهوم والتعريف بل يتطرق مباشرة إلى تنظيم العلاقات ،وتنظيم هذه العلاقات دائما ماتكون على حسب الشريعة الإسلامية .

وبتالي فإن العلاقة بين مفهوم الدائن والمدين في شرعا وقانون هي علاقة تكاملية ،لأن الشرع قام بتعريف الدائن والمدين والعلاقة بينهما وهي الدين طبعا ،والقانون الجزائري قام بتنظيم هذه العلاقة وفق ماجاء في المفهوم الشرعي لها وركز على ضمان حقوق الدائن ثم اشار إلى وسائل تنفيد هذه العلاقة .

المبحث الثاني: بعض حالات تخلف الدائن عن سداد الدين

فنجد أن المشرع الجزائري لم يعرف التوقف عن الدفع فقد عرفته المادة 1/64 من القانون التجاري الفرنسي هو استحالة مواجهة الديون حالة الأجل.

التعريف القانوني للتوقف عن الدفع: هو عجز التاجر أو امتناعه عن دفع ديونه التجارية في مواعيد استحقاقها ويتحقق ذلك بتوافر شروط، ولقد بينا بعض الحالات التي تكون هي سبب في تخلف الدائن عن سداد الدين ، الافلاس ولاعسار وهما ماسنتطرق له في المبحث الثاني.

المطلب الأول : الافلاس

يعد الإفلاس من أكبر أساب تخلف المدين عن سداد الديون ، و اكثرها انتشارا وتنوعا حسب حالة المدينة و الإجتماعية وحالته المادية واكثر حتى من الإعسار ولفهم وتوضيح معنى الإفلاس سنقوم ببيانه في الفروع هذا المطلب.

الفرع الاول: مفهوم الإفلاس في الفقه الإسلامية و القانون الجزائري:

إن الإفلاس في الشرع يطلق على معنيين:[25] أحدهما: أن يستغرق الدين مال المدين، فلا يكون في ماله وفاء بديونه. والثاني: أن لا يكون له مال معلوم أصلا. وفي كلا الفلسين قد اختلف العلماء في أحكامهما.

أما في القانون الجزائري: الإفلاس هو عبارة عن الحالة القانونية التي ينتهي إليها تاجر توقف عن دفع ديونه، أو هو طريق للتنفيذ الجماعي على أموال المدين التاجر الذي توقف عن سداد ديون في ميعاد استحقاقها، مما يؤدي إلى تصفية أمواله وبيعها تمهيدا لتوزيع ثمنها على الدائنين قسمة غرماء[26].

---

[25] ابن رشد , بداية المجتهد ونهاية المقتصد ,دار الحديث – القاهرة ١٤٢٥هـ – ٢٠٠٤ م ,ج4, ص67

[26] الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري , ديوان المطبوعات الجامعية , الساحة المركزية بن عكنون – الجزائر , ص5

الافلاس : لغة : بأنه صيرورة الرجل الى فلوس بعد أن كان ذا دراهم وقد قال البعض ، أفلس الرجل أي صار الى حال ليس له فلوس أوصار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهـم.(أحمد بن فارس , معجم مقاييس اللغة , pdf دار الفكر ١٣٩٩هـ – ١٩٧٩م ,ج4,ص451)

الفرع الثاني: شروط الإفلاس في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري :

أ- في الشريعة :

شروط تفليس المدين:

- ان يدين المدين ويماطل بعد حلول الأجل في دفع ماعليه.
- ان يطلب الدائنين الحجز على المدين.

شروط الدين الذي يفلس به:

- ان تكون الديون لآدمي فلا يحجز بدين الله تعالى ,كون الدين حالا ,كون الدين ثابتا ببينة أو اقرار.
- ان يكون الدين لازما.
- ان يكون الدين الحال زائدا على مال المدين.

ب- في القانون :

الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري **المادة 215من القانون التجاري الجزائري على أنه:**" يتعين على كل تاجر أو شخص معنوي خاضع لقانون الخاص ولو لم يكن تاجرا إذا توقف عن الدفع أن يدلي بإقرار في مدى 15يوما بقصد إفتتاح التسوية القضائية أو الإفلاس.

وتنص المادة 225من القانون التجاري الجزائري بأنه": لا يترتب إفلاس ولا تسوية قضائية على مجرد التوقف عن الدفع بغير صدور حكم مقرر لذلك. نستخلص من هاتين المادتين أنه يشترط لشهر الإفلاس توفر شروط موضوعية وأخرى شكلية.

- **الشروط الموضوعية**

1. شرط صفة التاجر

الشخص الطبيعي:

حسب المادة الأولى من القانون التجاري يشترط لاكتساب صفة التاجر أن يباشر الشخص الأعمال التجارية ويتخذها مهنة معتادة له، ويقصد بذلك احتراف الأعمال التجارية أي القيام بها بصورة مستمرة ومنتظمة بقصد الارتزاق من ممارستها والأعمال الواجب عليه و لتكسب الشخص الصفة التجارة في الأعمال التجارية الأصلية وبالتبعية, كما يشترط أن يمارس الشخص الأعمال التجارية على وجه الاستقلال أي باسمه ولحسابه[27].

وعلاوة على ذلك يشترط لاكتساب الشخص الصفة التجارية، تمتعه بالأهلية القانونية اللازمة لممارسة الأعمال التجارية والتي تتحقق ببلوغ الشخص سن الرشد التي تتحدد ببلوغ 15سنة كاملة وتمتعه بكامل قواه العقلية ،إلا انه وحسب المادة 7 **ق،ت** ، فإنه يجوز للقاصر المرشد البالغ من العمر 13سنة كاملة ممارسة التجارة إذا حصل على إذن مسبق من والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصادق عليه من المحكمة، فيعتبر عندئذ كامل الأهلية في حدود ما أذن له، وعليه يجوز شهر إفلاسه إذا توقف عن دفع ديونه المستحقة الأداء.

ويجوز شهر إفلاس المرأة المتزوجة إذا مارست نشاطا تجاريا مستقلا عن نشاط زوجها وتوقفت عن دفع ديونها التجارية. ولقد نصت

المادة 5 من **ق.ت.ج** أن زوج التاجر لا يعد تاجرا إلا إذا كان يمارس نشاطا تجاريا منفصلا، وتضيف المادة 3من نفس القانون أن المرأة التاجرة تلتزم شخصيا بالأعمال التي تقوم بها لحاجات تجارتها. ويثور التساؤل حول مدا جواز شهر إفلاس المحظور عليهم من ممارسة التجارة والتاجر المتوفى والتاجر المعتزل للتجارة .

[27] أسامة نائل المحيسن الوجيز في الشركات التجارية والإفلاس،دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،5995ص.57

المحظور عليهم من ممارسة التجارة بمقتضى القوانين والأنظمة، كالمحامين والموظفين فإن الحظر لا يحول دون اكتسابهم صفة التاجر إذا زاولوا بالفعل الأعمال التجارية، وعليه يجوز الحكم بشهر إفلاسهم إذا توقفوا عن دفع ديونهم. كما يطبق نظام الإفلاس على الشخص الذي يمارس التجارة مستترا وراء شخص أخر، إذ استقر الفقه والقضاء على أن كلا من الشخص المستتر والظاهر يكتسب صفة التاجر باعتبار أن الأول هو التاجر الحقيقي وممارسة التجارة كانت لحسابه وعليه تحمل تبعات ذلك، والثاني حماية الغير الذي تعامل معه ولظهوره بمظهر التاجر وتعامله مع الغير وحماية لثقة الغير[28].

أما الحرفي فلا يعد في الأصل تاجرا،إلا أن المشرع أخضعه لنظام الإفلاس أو التسوية القضائية إذا مارس إلى جانب نشاطه الحرفي نشاطا تجاريا بصفة معتادة وهذا ما أكدته المادة 85 من القانون الأساسي للحرفي التي نصت على حالة الإفلاس والتسوية القضائية من بين حالات الشطب من سجل الصناعة التقليدية والحرف[29].

شهر إفلاس التاجر بعد وفاته أو اعتزاله التجارة

تنص المادة 515 من **ق،ت** "إذا توفى تاجر وهو في حالة توقف عن الدفع ترفع الدعوى لمحكمة التجارة في اجل عام من الوفاة بمقتضى إقرار أحد الورثة أو بإعلان من جانب احد الدائنين. وللمحكمة أن تفتح الإجراءات تلقائيا خلال نفس ذلك الأجل." وعليه يجوز شهر إفلاس التاجر بعد وفاته إذا توقف عن دفع ديونه إلى حين وفاته، على أن ترفع الدعوا خلال سنة من الوفاة بمقتضى إقرار يقدمه أحد ورثته أو بطلب من أحد دائنين أو من تلقاء ذات المحكمة. أما بالنسبة للمدين الذي اعتزل التجارة فإن المادة **559ق ت .ج** تقضي بجواز شهر إفلاسه إذ تنص على أنه: "يجوز طلب شهر الإفلاس أو التسوية القضائية في اجل عام من شطب المدين من سجل التجارة إن كان التوقف عن الدفع سابقا لهذا الشطب.", ويجوز طلب شهر الإفلاس أو التسوية القضائية لشريك متضامن في أجل عام من قيد انسحابه في سجل التجارة إذا كان التوقف عن الدفع سابقا لهذا القيد." وبناء على ذلك يشترط لشهر

[28] مصطفى كمال طه , الوجيز فى القانون التجاري: الأوراق التجارية العقود التجارية عمليات البنوك الإفلاس , مؤسسة المعارف للطباعة والنشر, 1973 , ص514

[29] أمر رقم 91-52المؤرخ في 19جانفي ،1552يحدد القواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف، عدد 98الصادر بتاريخ14حانفي.1996

إفلاس التاجر الذي أعتزل التجارة، أن يكون التاجر متوقفا عن الدفع قبل اعتزاله التجارة ، وأن يقدم طلب شهر الإفلاس أو التسوية القضائية خلال سنة من الاعتزال، وذلك من تاريخ شطب اسم المدين من السجل التجاري. كما يسري نفس الحكم على الشريك المتضامن الذي انسحب من الشركة وفقد صفته التجارية فيمكن شهر إفلاسه إذا توقف عن دفع ديونه، وترفع الدعوى خلال سنة من قيد انسحابه في السجل التجاري[30].

الشركات التجارية:

تخضع الشركات التجارية لنظام الإفلاس أو التسوية القضائية إذا توقفت عن دفع ديونها. وتكتسب الشركة الصفة التجارية ,إذا اتخذت أحد الأشكال المنصوص عليها في القانون التجاري.

وطبقا للمادة 5الفقرة 8ق ت فإن الشركات تعتبر عملا تجاريا بحسب الشكل. وحسب المادة 744ق ت يحدد الطابع التجاري لشركة إما بشكلها أو موضوعها. وتعد شركات التضامن وشركات التوصية والشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة تجارية بحكم شكلها ومهما يكون موضوعها .ونكتفي بدراسة نوع من شركات الأشخاص(5شركة التضامن) في حالة الإفلاس ونوع أخر من شركات الأموال (الشركة ذات المسؤولية المحدودة)،لنتوصل إلى أوجه التمييز بينهما.

شركة التضامن

تعتبر شركة التضامن شركة تجارية وتخضع لنظام الإفلاس أو التسوية القضائية إذا توقفت عن دفع ديونها المستحقة، وإفلاسها يستتبع إفلاس الشركاء باعتبارهم مسئولون عن ديون الشركة مسؤولية تضامنية وشخصية ، فالذمة المالية لكل شريك تعتبر ضامنة لديون الشركة، كما أن الشريك فيها يعتبر مكتسبا لصفة التاجر بمجرد دخوله كشريك في الشركة, غير أن إفلاس أحد الشركاء لا يستتبع إفلاس الشركة، وإنما قد يؤدي إلى انحلالها إلا إذا نص القانون الأساس ي للشركة على استمرارها في حالة إفلاس أحد الشركاء أو فقدان أهليته[31].

[30] أحمد محمود خليل،شرح الإفلاس التجاري في قانون التجارة الجديد،منشأة المعارف، الإسكندرية2002 , 18-19

[31] راشد راشد , الاوراق التجارية الافلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري , ص 255

الشركة ذات المسؤولية المحدودة

تعتبر شركة ذات المسؤولية المحدودة شركة تجارية بحسب شكلها وتخضع لنظام الإفلاس أو التسوية القضائية إذا توقفت عن دفع ديونها المستحقة، ولا يستتبع إفلاسها إفلاس الشركاء لعدم توافر صفة التاجر فيهم, غير أن المشرع ورغبة منه لتجنب تهرب من تسبب في إفلاس الشركاء من العقاب أجاز شهر إفلاس المدير أو المسير القانوني أو الواقعي ،الظاهري أو الباطني المأجور أو غير المأجور: -إذا كان في ظل الشخص المعنوي وأثناء قيامه بتصرفاته قد قام لمصلحته بأعمال تجارية أو تصرف في أموال الشركة كما ولو كانت أمواله الخاصة، -إذا باشر تعسفيا، لمصلحته الخاصة استغلالا خاسرا لا يمكن أن يؤدي إلا إلى توقف الشخص المعنوي عن الدفع.

2. الشركات المدنية

على خلاف الشخص الطبيعي الذي اشترط المشرع أن تتوافر فيه صفة التاجر لإخضاعه لنظام الإفلاس أو التسوية القضائية إذا توقف عن سداد ديونه، فإن الأمر يختلف بالنسبة للشخص المعنوي، إذ أن المشرع أخضع الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص لنظام الإفلاس أو التسوية القضائية ولو لم تكن تاجرة (المادة 517ق ت.ج) وعليه فإن الشركات المدنية والجمعيات والتعاونيات تخضع لنظام الإفلاس إذا توقفت عن سداد ديونها.

3. شرط التوقف عن الدفع [32]

يجب أن نميز بين التوقف عن الدفع والإعسار ,فالمدين المعسر هو الذي تستغرق ديونه كل أمواله فلا تكفي أمواله لسداد ديونه، أما توقف التاجر عن الدفع، فليس من الضروري أن يكون نتيجة إعساره، فقد تكون لديه أموال كثيرة متجمدة تتجاوز قيمتها ديونه ولكنها ليست سائلة، فيتوقف عن الدفع ويشهر إفلاسه. ويشترط أن يتوقف التاجر عن دفع ديونه التجارية. أما توقفه عن دفع ديونه المدنية فلا يترتب عليه إفلاسه وإن كان لا يمنع أحد دائنيه المدنيين أن يطلب شهر إفلاسه إذا توقف عن دفع ديونه التجارية.

[32] الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري , ديوان المطبوعات الجامعية , الساحة المركزية بن عكنون – الجزائر , ص15

وتقدير حالة التوقف عن دفع الديون التجارية متروك لقاضي الموضوع أن يستدل عليه بواسطة القرائن، كتوجيه الاحتجاج للتاجر أو قيام التاجر بسحب سفتجات المجاملة (les traites de complaisance) لا تستند إلى مقابل وفاء وليس الغرض منها إلا إخفاء حقيقة مركزه المالي أو قيامه باقتراض أموال بفوائد ربوية .... الخ وإذا كان تقدير حالة التوقف عن الدفع متروكا لقاضي الموضوع فإن محكمة النقض الفرنسية تتمسك بسلطتها في رقابة تكييفه للقرائن التي توصل بواسطتها لاعتبار التاجر متوقفا عن الدفع وعلى المحكمة أن تمدد اليوم الذي بدأ فيه التوقف عن الدفع ويكفي أن يتوقف التاجر عــن دفع دين تجاري واحد ولو كانت قيمته ضئيلة، وكان القضاء الفرنسي يظهر شيئا من العطف إذا توقف التاجر عن دفع دين غير هام أبدا .

وإذا كان تقدير حالة التوقف عن الدفع متروكا لقاضي الموضوع فإن محكمة النقض الفرنسية تتمسك بسلطتها في رقابة تكييفه للقرائن التي توصل بواسطتها لاعتبار التاجر متوقفا عن الدفع وعلى المحكمة أن تمدد اليوم الذي بدأ فيه التوقف عن الدفع ويكفي أن يتوقف التاجر عــن دفع دين تجاري واحد ولو كانت قيمته ضئيلة، وكان القضاء الفرنسي يظهر شيئا من العطف إذا توقف التاجر عن دفع دين غير هام. وتشترط القوانين أن يكون التوقف عن دفع عدة ديون تجارية كما تشترط البعض ألا يقل مبلغ الدين الذي توقف عن دفعه عن مبلغ معين، ويجب أن يكون الدين التجاري الذي توقف عن دفعه واجب الأداء حالا وغير متنازع فيه ، بغض النظر عن كونه دينا عاديا أو ممتازا أو مضمونا برهن.

اما المشرع الجزائري فقد قضى في المادة 216 من القانون التجاري بأنه لا يشترط أن يكون الدين تجاريا كي تفتح التسوية القضائية أو الإفلاس ومن ثم فيستوي أن يكون الدين من طبيعة تجارية أو من طبيعة مدنية.

تاريخ التوقف عن الدفع

يقع عبء التأكد من حالة التوقف عن الدفع على عاتق المحكمة وفي أول جلسة يثبت فيها لدى هذه الأخيرة قيام حالة التوقف عن الدفع فإنها تحدد تاريخه كما تقضي بالتسوية القضائية أو الإفلاس. المادة 222 من القانون التجاري التي تنص على ما يلي: في أول" جلسة يثبت فيها لدى المحكمة التوقف عن الدفع فإنها تحدد تاريخه كما تقضي بالتسوية القضائية أو الإفلاس، فإن لم يحدد

تاريخ التوقف عن الدفع عد هذا التوقف واقعا بتاريخ الحكم المقرر له وذلك مع مراعاة أحكام المادة 233".

إذن للالتزام بتحديد ريخ التوقف عن الدفع فإن لم تتمكن من ذلك اعتبر تاريخ التوقف عن الدفع هو يوم صدور الحكم بالتوقف غير أنه لا يسوغ للمحكمة أن ترجع تاريخ التوقف عن الدفع إلى أكثر من ثمانية عشر شهرا تسبق تاريخ صدور الحكم بالإفلاس أو بالتسوية القضائية (المادة 247 الفقرة الأخيرة من القانون التجاري).

وإن كان يحق للمحكمة أن تعدل تاريخ التوقف عن الدفع بقرار تال للحكم الذي قضي بالتسوية القضائية أو بالإفلاس وسابق لقفل قائمة الديون المادة 248 من القانون التجاري.

أما إذا تم القفل النهائي لكشف الديون في هذه الحالة لا يقبل أي طلب يرمي إلى تحديد تاريخ التوقف عن الدفع يغاير ويختلف عن التاريخ الذي حدده الحكم بشهر الإفلاس أو بالتسوية القضائية أو الذي حدده حكم تال. أي بقفل كشف الديون يصبح تاريخ التوقف عن الدفع ثابتا بالنسبة لجماعة الدائنين المادة 233 من القانون التجاري).

ب : الشروط الشكلية للإفلاس[33]:

اولا– الاختصاص النوعي:

إن الاختصاص بإصدار حكم شهر الإفلاس أو التسوية القضائية يتعلق بالنظام العام، و بالرجوع للمادة الأولى من قانون الإجراءات المدنية فإن المحاكم لها الولاية العامة للفصل في القضايا المدنية بما فيها التجارية، إلا أن القضايا المتعلقة بالإفلاس يؤول الاختصاص بنظرها إلى المحكمة المنعقدة بمقر المجالس القضائية دون سواها .

وهذا طبقا للمادة 8 من ق.ا.م. على أن المحاكم الجزائية لا تخضع لهذا الاختصاص عند نظرها في تحقق حالة الإفلاس و حكمها في الإفلاس بالتقصير أو بالتدليس كما جاء في المادة 225 من ق.ت

[33] انظر الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري , ديوان المطبوعات الجامعية , ص16-23

ثانيا –الاختصاص المحلي:

تختص محليا محكمة المكان الذي يقع فيه إعلان الإفلاس أو التسوية القضائية، أي المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدين، ولا يجوز الاتفاق على خلاف ذلك طبقا للمادة 8 من ق.ا.م ,و بالرجوع للمادة 37 ق.م نجد أن الموطن هو مكان وجود الإدارة الرئيسية للأعمال التجارية بالنسبة للمدين التاجر و المركز الرئيسي للنشاط بالنسبة للمدين غير التاجر.

و يعود الاختصاص للمحكمة المختصة بشهر الإفلاس أو بالتسوية القضائية لنظر المنازعات المرتبطة بالإفلاس أو الناشئة عنه مدنية كانت أو تجارية متعلقة بمنقول أو عقار .

ذلك أن هاته المحكمة قد فحصت حالة المدين المالية عند النظر في أمر شهر إفلاسه و كونت لنفسها فكرة عامة عن ظروف التفليسة و ملابستها و كذا تصرفات المفلس ضف إلى ذلك أن هذه المنازعات عادة ما تكون مرتبطة ببعضها البعض، .

بحيث يستحسن عرضها على محكمة واحدة والاختصاص النوعي لمحكمة شهر الإفلاس أو التسوية القضائية ملازم للاختصاص المحلي ، و يعد هذا الاختصاص من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفته و يمكن الدفع بعدم الاختصاص في أي مرحلة كانت عليها الدعوى كما يجوز للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها و بانتهاء التفليسة يزول اختصاص محكمة الإفلاس و يتم الرجوع إلى المحكمة المختصة وفقا للقواعد العامة.

ثالثا : أطراف دعوى شهر الإفلاس و التسوية القضائية:

و يمكن شهر الإفلاس أو التسوية القضائية بطلب من المدين أو بمبادرة من أحد دائنيه كما يمكن للمحكمة المختصة أن تحكم به من تلقاء نفسها.

1- شهر الإفلاس بناءا على طلب المدين:

قضت المادة 215 ق.ت بأنه يتعين على المدين المبادرة خلال 15 يوما إلى إعلان توقفه عن الدفع من أجل افتتاح إجراءات الإفلاس أو التسوية القضائية، فالدعوى تقام من قبل المدين كمدع ضد دائنيه كمدعى عليهم و هي حالة استثنائية من القواعد العامة في رفع الدعاوى التي تقتضي أن

تقام من الدائن ضد المدين، و تقرير المشرع لمبادرة المدين على هذا النحو دليل على حسن نيته فهو بذلك يبعد نفسه من خطر اعتباره مرتكبا لجريمة الإفلاس بالتقصير أو بالتدليس، و يأمل به إعطاءه فرصة إجراء اتفاق أو تسوية قضائية مع دائنيه تحت إشراف القضاء.

و إن كانت صيغة المادة 215 ق.ت سوت بين التسوية القضائية و الإفلاس أي أن للمدين طلب شهر إفلاسه كما له طلب إفتتاح التسوية القضائية، فهناك من يرى أن تقديم إقرار بالتوقف عن الدفع خلال 15 يوما هو حالة من حالات الاستفادة من التسوية القضائية و ليس الإفلاس ، فإن كان من مصلحة المدين أن يطلب شهر إفلاسه متى توقف عن الدفع لأن السكوت عن ذلك يزيد من اضطراب أحواله وارتباك شؤونه المالية، مما يؤدي إلى نقص أصوله و زيادة خصومه الأمر الذي قد يعرضه لانهيار تام لا يجدي إصلاحه وقد يعرضه للمساءلة الجزائية عن الإفلاس بالتقصير أو التدليس ،فالمنطق يتوافق مع اعتبار الإقرار المقدم من المدين حالة من حالات التسوية القضائية ذلك أنه و في أسوء الحالات من مصلحته طلب التسوية القضائية لا شهر الإفلاس. مع الإشارة إلى أن القانون اشترط تقديم الإقرار من المدين و الإقرار لا يتطابق مع ما تقتضيه الإجراءات العملية في العمل القضائي، لذلك نرى تقديم الإقرار في صورتين إما بتحرير عريضة يضمنها إقرارا منه بالتوقف عن الدفع، أو بتحرير إقرار بالتوقف عن الدفع في وثيقة مستقلة و يلحقه بالعريضة كأحد مرفقا لها.

وفي الحالتين يتضمن الإقرار التصريح بصحة و مطابقة الوثائق المرفقة للواقع من طرف المدين و الأسباب التي حالت دون تقديم هذه الوثائق، و يتعين أن يرفق بالإقرار الوثائق المنصوص عليها في المادة 218 ق.ت مؤرخة و موقعا عليها من طرف صاحب الإقرار.

و بالرجوع للمادة 219 ق.ت فإن وفاة التاجر و هو في حالة توقف عن الدفع يمكن معه رفع دعوى من أجل شهر الإفلاس أو التسوية القضائية بإقرار من أحد ورثته في أجل عام من الوفاة. و يجب أن يشتمل الإقرار على قائمة بأسماء الشركاء المتضامنين و موطن كل منهم إن كان الأمر يتعلق بشركة تشتمل على شركاء مسؤولين بالتضامن.

وبرفع إقرار المدين للمحكمة لابد لها أن تتحقق من توافر شروط الإفلاس أو التسوية القضائية قبل الحكم به، و لها رفض طلب شهر الإفلاس إذا ثبت لها أن المدين غير متوقف عن الدفع ،إنما في

حالة ارتباك مالي أو أنه يريد من وراء تقديمه طلب شهر الإفلاس إرغام الدائنين على إبرائه من جزء من ديونه، و ذلك رغم اعترافه بتوقفه عن الدفع.

2- طلب شهر الإفلاس أو التسوية القضائية بناءا على طلب الدائن:

نصت المادة 218 ق.ت على أنه يجوز افتتاح التسوية القضائية أو الإفلاس بناءا على تكليف بالحضور صادر من دائن مهما كانت طبيعة الدين، فيحق لكل دائن متى كان دينه حقيقيا و صحيحا، و مهما كانت قيمته و طبيعته مدنيا أو تجاريا، و كذا صفته عاديا أو ممتازا أو مضمونا برهن أو اختصاص تقديم طلب بذلك.

و يحق لكل دائن أن يتدخل بصفة شخصية في دعوى شهر الإفلاس المرفوعة من أحد الدائنين و لا يؤثر رجوع المدعي عن دعواه على هذا التدخل باعتبار أن الإفلاس لا ينحصر أثره على المدعي و المدعى عليه بل يتعداهما إلى جميع الدائنين و للدائن بدين مؤجل أن يطلب شهر الإفلاس شريطة أن يقيم الدليل على أن المدين متوقف عن دفع ديونه الحالة.

و إذا تعلق الأمر بشركة فإن الحق في طلب شهر الإفلاس يثبت لدائني الشركة و حدهم دون الشركاء أو الدائنين الشخصيين للشركاء. على أن حق الدائن بطلب شهر إفلاس مدينه الذي توفي و هو في حالة توقف عن الدفع أو افتتاح إجراءات التسوية القضائية له ، يسقط بمرور عام من تاريخ الوفاة أو من تاريخ شطب المدين من سجل التجارة إذا كان المدين قد شطب و هو في حالة توقف عن الدفع. و تجدر الإشارة إلى أنه متى رفضت المحكمة شهر الإفلاس لعدم توافر شروطه فلا يجوز للمدين طلب التعويض عما لحقه من ضرر كون الدائن استعمل حقا مقررا له قانونا، إلا إذا ثبت أن الدائن كان سيء النية، قصد التشهير بالمدين.

3- شهر المحكمة للإفلاس أو التسوية القضائية من تلقاء نفسها:

نصت المادة 216 ق.ت على حق المحكمة في إشهار إفلاس المدين أو افتتاح التسوية القضائية من تلقاء نفسها وذلك بعد سماعه أو استدعائه قانونا، و في ذلك خروج عن القواعد العامة التي تقضي بأن المحكمة لا تحكم بما لم يطلب منها، و مع ذلك فإن في إعطاء هذا الحق للمحكمة حماية لمصالح الدائنين الغائبين أو الذين منعتهم الضرورة من تقديم طلب للمحكمة، وهو مبرر بأن الإفلاس و التسوية

القضائية من النظام العام، ويبقى من الصعب على المحكمة معرفة أن المدين في حالة توقف عن الدفع. و يمكن للمحكمة أن تستعمل حقها بناء على تبليغ غير رسمي من قبل النيابة العامة التي تلقت شكوى متعلقة بإحدى جرائم الإفلاس كما لها أن تقضي به من تلقاء نفسها إذا ما عرضت عليها قضية تبين من خلالها حالة التوقف عند الدفع، كأن يطلب أحد الدائنين شهر إفلاس مدينه ثم يتنازل عنه فتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها متى تثبتت من شروطه، أو أن يكون طلب شهر الإفلاس أو التسوية القضائية مرفوع من غير ذي صفة.

و تجدر الإشارة إلى أن هذا الحق يثبت للمحكمة دون المجلس القضائي، على أنه يتعين على المحكمة قبل افتتاح التسوية القضائية أو الإفلاس أن تستمع للمدين أو تستدعيه قانونا، وكذلك الأمر بالنسبة للشريك المتضامن في حالة إعلان إفلاس الشركة والورثة في حالة وفاة المدين و هو في حالة توقف عن الدفع.

الفرع الثالث : انواع الافلاس:

الإفلاس البسيط

هي الحالة التي يؤول إليها التاجر الذي توقف عن دفع ديونه لسبب لا دخل له فيها، مما يؤدي إلى شهر إفلاسه على الرغم من حسن نيته وعدم تقصيره أو تدليسه، مثلا وجود أزمة اقتصادية، نشوب حرب، وجود قيود على الاستيراد والتصدير ،تعرض محله لسرقة أو حريق[34].

الإفلاس التقصيري

يمثل الإفلاس التقصيري حالة التاجر الذي توقف عن سداد ديونه بسبب تقصير من جانبه أو بسبب أخطاء ارتكبها أثناء ممارسته لتجارته، كأن يكون مهملا أو مبذرا في مصاريفه. ولقد تعرض المشرع لحالات الإفلاس التقصيري في المادتين 859و 851ق ت، 1وميز بين حالات التفليس بالتقصير الوجوبي وبين حالات التفليس بالتقصير الجوازي. وعلى خلاف الإفلاس البسيط فإن

[34] مصطفى كمال طه الوجيز في القانون التجاري , ص127-128

الإفلاس التقصيري يشكل جريمة معاقب عليها بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة مالية من57 الى599ألف دج 5 وهذا ما قضت به المادة 838 من قانون العقوبات.

الإفلاس الاحتيالي:

الإفلاس الاحتيالي حالة التاجر الذي توقف عن دفع ديونه المستحقة بسبب أفعال قام بها بقصد الإضرار بدائنيه، كأن يقوم بتبديد الأموال أو إخفاء دفاتره وتضخيم مديونته. ويعد الإفلاس الاحتيالي من الجرائم العمدية التي نص عليها قانون العقوبات و يستلزم فيها توافر العنصر المعنوي المتمثل في سوء نية المدين وتعمد الإضرار بدائنيه . ولقد نص المشرع على حالات التفليس بالتدليس 1 في المادة 854ق ت، ويعاقب القانون على مرتكبي أحد هذه التصرفات بالحبس من سنة إلى 7سنوات وبغرامة من 199ألف دج إلى 799ألف د ج ، بالإضافة إلى ذلك يحرم المفلس بالتدليس من بعض الحقوق الواردة في نص المادة5مكرر1من قانون العقوبات وذلك لمدة سنة على الأقل أو 7سنوات على الأكثر.

وتكمن أهمية التفرقة بين الإفلاس البسيط والإفلاس الذي ينطوي على جريمة في إمكانية منح الصلح للتاجر حسن النية سيئ الحظ 8وهذا لا يكون إلا في حالة الإفلاس البسيط.

المطلب الثاني: الإعسار :

أيضا كما أسلفنا الذكر على أساب تخدف الدائن عن سداد الديون ،اجد أيضا من بعض الأساب الاعسار ، فما مفهوم الاعسار شرعا وقانونا ؟ ولمعرفة ذالك تطرقنا لماهو موجود في الفرعين التاليا:

الفرع الأول : الاعسار في الفقه الإسلامي:

ضيق من جهة عدم وقد جاء في أحكام القرآن لابن العريق أن العسرة تعلم بأن لا يجـد له مالا وفي غريب القرآن عن تعريف الاعسار شرعا قوله :" أن لا يجد في ملكــه ما يؤديه بعينه ولا يكون له

مالو باعه لأمكن أداء الدين من ثمنه، دارا أو ثوبا لا يعد من ذوي العسرة اذا أمكنه بيعها وأداء ثمنها"[35].

وبناء على هذا التعريف فأنه يمكن القول بأن الاعسار يتحقق إذا صـــار الشخص في حالة لا يملك شيئا عدا ما استثنى له من النفقات الضرورية التي تلزم له للملبس والمسكن والمأكل.

الفرع الثاني: الاعسار في القانون:

تطرق القانون الجزائري للاعسار مباشرة ،لكن للاستئناس هناك بعض التعاريف القانونية له وهي: **عرف بأنه** : " الإعسار هو زيادة قيمة الديون المستحقة الأداء على قيمة أموال المدين"[36].

نجد أن الدكتور عبد الرزاق السنهوري قد قسم الإعسار إلى نوعين: الإعسار القانوني: وهو الإعسار المدني المنظم، والإعسار الفعلي، وقد عرف الإعسار الفعلي بأنه: حالة واقعية تنشأ من زيادة ديون المدين, ولو كانت غير مستحقة الأداء على ديونه.

أما الإعسار القانوني: فحالة قانونية تنشأ من زيادة ديون المدين المستحقة الأداء على ديونه، ولا بد من شهرها بحكم قضائي يجعل المدين في حالة إعسار[37]

---

[35] أبو بكر ابن العربي , كتاب أحكام القرآن لابن العربي , دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان ١٤٢٤ هـ – ٢٠٠٣ م, ط3 ,ج 1, ص246

الاعسار لغة : عرف الاعسار بالافتقار فيقال " أعسر الرجل اذا افتقر " كما يقال عسرت الغريم أى المدين اذا طالبته بالدين على عسرة من وجاء في غريب القرآن , أن العسر نقيض اليسر قال تعالى (فإن مع العسر يسرا إن مع العسر يسرا) والعسرة تعسر وجود لقوله تعالى فى ساعة الحسرة وقوله تعالى (وان كان ذو عسرة) . وأعسر فلان نحو أضاق وتعاسر القوم طلبوا تعسير الأمر وعسرني طالبن بشيء حين العسرة.

[36] احمد محمود خليل , كتاب الافلاس التجاري والاعسار المدني , دار منشاة المعارف الاسكندرية ,1987, ص10

[37] عبد الرزاق السنهوري , مصادر الحق في الفقه الإسلامي, منشورات الحلبي الحقوقية , ج5 ,ص 27

المطلب الثالث: المقارنة بين الإفلاس والإعسار في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري والقانون الوضعي:

أولاً: الفرق بين الإفلاس والاعسار في الفقه الإسلامي:

- المعسر أسوأ حالا من المفلس لان المفلس هومن عنده مال لكن لايفي بديونه أما المعسر فهو الذي لايملك مالا أصلا .
- ان المعسر لاسبيل لدائنين عليه شرعا فلا يجوز حبسه بالدين بل يجب انظاره إلى الميسرة عملا بقوله تعالى: ﴿ **وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة** ﴾ **[البقرة، الآية: 280]**.
- أما المفلس فتجري عليه أحكام الإفلاس التي تؤدي لبيع ماله جبرا عنه وتوزيعه على الغرباء.

ثانياً : الفرق بين الإفلاس والإعسار في القانون الجزائري والوضعي:

الإفلاس متعلق بالمدين التاجر المتوقف عن دفع ديونه التجارية حتى ولو كانت أمواله كافية للوفاء بذلك، بينما الإعسار متعلق بالمدين غير التاجر إذا كانت أمواله غير كافية للوفاء بديونه المستحقة[38].

يجب على القاضي التجاري تشهير إفلاس التاجر متى توقف عن الدفع دون النظر إلى أسباب التوقف عن الدفع، ودون منح آجال جديدة للمدين، بينما يجوز للقاضي البحث في أسباب إعسار المدين، كما يجوز لو رفض تشهير إعساره وتمديد آجال الديون لصالح المدين والدائنين.

يجوز للمحكمة أن تشهير الإفلاس من تلقاء نفسها أو بناءا على طلب النيابة العامة بينما لا يجوز للمحكمة أن تشهير الإعسار من تلقاء نفسها، إذ يتعين على المدين أو أحد دائنين أن يطلبوا من المحكمة.

لحكم بشهر الإفلاس حكما مقرر بينما الحكم بشهر الإعسار حكم منشئ لحالة قانونية جديدة. الإفلاس يكون على التاجر فقط أما الاعسار فيكون لغير التاجر .

[38] صبحي عرب، محاضرات في القانون التجاري، الإفلاس والتسوية القضائية، مطبعة الكاIنة، الجزائر، 2000، ص.191

إن الإعسار الفعلي يكون اذا زادت ديون المدين على حقوقه سواء كانت ديونه مستحقة الآداء او غير مستحقة الآداء مادامت محققة الوجود.

الإعسار القانوني يتحقق اذا كانت أموال المدين غير كافية للوفاء بديونه المستحقة الآداء وحدها. والإفلاس يكون اذا توقف المدين عن دفع دين حال و لم يكن هذا المدين معسر إعسارا قانونيا ولا إعسار فعليا.

في الإعسار المدني لاتوجد تصفية جماعية يقوم بها السنديك ممثلا لاتحاد الدائنين كما في الافلاس التجاري بل يبقى أمر التنفيد على أموال المدين المعسر موكولا إلى اجراءات فردية يقوم بها كل دائن باسمه خاصة. ومع هذه الفروق وغيرها فإن الاعسار المدني يتفق مع الافلاس التجاري في بعض القوانين نظمت الاعسار في أحد الدائنين لاينفرد دون الباقي بالاستئثار بمال المدين في أن المدين تغل يده عن التصرف في أمواله مند شهر الاعسار كما تغل يد التام عن التصرف في أمواله مند شهر الافلاس.

الفصل الثاني

وسائل إكراه المدين

الفصل الثاني: وسائل اكراه المدين.

التمهيد:

يعتبر الوفاء بالدين هو تنفيذ العيني لالتزام وقع بين طرفين (الدائن والمدين) لكن عدم الوفاء بالالتزام يعد ظلم بالنسبة للدائن ولكي يتم ارغام المدين على الوفاء لجئ القانون كما الشريعة لوسائل ترغمه على ذلك وهي وسائل اكراه المدين وهذا ما ندرسه في مباحث هذا الفصل.

اما بالنسبة للشريعه الاسلامية فقط كان وسائل اكراه المدين فيها على مرحلتين قبل نزول الاحكام وبعد نزولها فلقد اتبع النبي صلى الله عليه وسلم في مسائل الدائن والمدين والخلاف بينهما احكام الامم السابقة وهذا لعدم توفر الاحكام المفصلة انذاك(بداية الاسلام) وهي المنتشرة في ذلك الوقت و المعتادة ومن اهمها الرق اي ان المدين يستعبد اذا لم يفي بدينه ويباع لكي يسدد دينه بثمنه، لكن بعد نزول الاحكام وتوفر الايات قام الاسلام بالغاء تلك الوسائل لما فيها من هتك لكرامة الانسان حيث تم حفظ حقوق الدائنين وحمايه المدينين في نفس الوقت .

اما بالنسبة للقانون الجزائري فقد كان يستمد احكامه حول وسائل الاكراه المدين بشريعه الاسلاميه طبعا غير انه قام بتقسيم هذه الوسائل الى مراحل الثلاث وهذا ما سنوضحه في المباحث الثلاث وهي كالتالي: المبحث الاول: الغرامة التهديدية. المبحث الثاني :الاكراه البدني . المبحث الثالث: الحق في الحبس.

المبحث الأول : الغرامة التهديدية

التمهيد:

لم تكن الغرامة التهديدية متبعة في حث المدين على سداد دينه في الشريعة الاسلامية ،لكن قبلها(قبل الاسلام) كانت تستعمل بشكل آخر مثل الربا اي الدين بزيادة وعادتا ماتكون من بداية الدين أصلا، اما اذا تاخر الدائن فتكون مصيبة ويغرق في ديون اكثر واكثر.

أما في وقتنا هذا تعد الغرامة التهديدة من او مراحل الوسائل حث المدين على الوفاء بدينه وهي عبارة عن مبلغ مالي يفرض على المدين جراء تاخره عن السداد ويكون عادت مبلغ معين على كل يوم ،اما مقداره فالقاضي يحكم وهذا طبعا بعد استيفاء كامل الشروط، وتعد وسيلة ضغط يقوم بها الدائن عن طريق القانون لدفع المدين على الوفاء. ولي توضيح اكثر قمنا بدراسة الغرامة التهديدية في المطالب التالية:

المطلب الأول : مفهوم الغرامة التهديدية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

لدراسة مطلب مفهوم الغرامة التهديدية ،قمنا بتقسيمه إلى فرعين ،الفرع الأول يحتوي على المفهوم الغرامة التهديدية في الفقه الإسلامية ،اما الفرع الثاني يحتوي على مفهوم الغرامة التهديدية في القانون الجزائري.

الفرع الاول: مفهوم الغرامة التهديدية في الفقه الإسلامي

بالنسبة للفقه : قد عرفها الأستاذ السنهوري بقوله هو مبلغ مالي يلزم به القضاء المدين من أجل تنفيذ إلتزامه عينا في خلال مدة معينة، فإذا تأخر في التنفيذ كان ملزما بدفع مبلغ عن التأخير عن كل يوم أو كل أسبوع أو في أي وحدة أخرى من الزمن أو عن كل مرة يأتي عملا يخل بإلتزاماته، وذلك إلى أن يقوم بالتنفيذ العيني أو إلى أن يمتنع نهائيا بالإخلال عن الالتزام.[39]

[39] مفهوم الغرامة التهديدية وفقا الفقه والقضاء في مقال قانوني متميز 24مايوا. 2023 المحامية مروة أبو العلا ،تم نظر له 2023/06/23

الفرع الثاني: مفهوم الغرامة التهديدية في القانون الجزائري :

بالرجوع للنصوص القانونية المتعلقة بنظام الغرامة التهديدية و المنصوص عليها في كل من القواعد القانون المدني و كذا قانون الإجراءات المدنية و القوانين الاخرى كقانون تسوية النزاعات الفردية في العمل و كذا القانون المتعلق بمجلس المحاسبة و اخيرا قواعد قانون الإجراءات المدنية و الادارية ، يلاحظ ان المشرع الجزائري لم يقدم تعريفا قانونيا للغرامة التهديدية بل نص فقط على الاحكام التشريعية التي تنظمها باعتبارها نظاما قانونيا حتى تم توضيح الشروط المتعلقة بالحكم بالغرامة التهديدية، و الاثار المترتبة عن الحكم بالغرامة التهديدية[40].

وقانون الإجراءات المدنية والادارية سمح للقاضي الاداري بفرض الغرامة التهديدية الا اذا اقتضى الامر او الحكم او القرار الزام الجهة المحكوم ضدها باتخاذ تدابير تنفيذ معينة، ولم تستجب الادارة له فالغرامة التهديدية لا تقضي بها في غير المادتين 978و 979كان تقتصر الدعوى على المطالبة بإلغاء قرار اداري او تعويض. اما ما جاءت به المادة 981بانه يجوز للجهة القضائية المطلوب منها تحديد تدابير التنفيذ التي لم يتم تحديدها بموجب القرار القضائي محل عدم التنفيذ ان تامر بغرامة تهديدية، وتقوم الجهة القضائية بتصفية الغرامة التهديدية التي أمرت بها اي وضع حد لسريانها مع تحديد المبلغ الاجمالي عن طريق عملية ضرب المبلغ المحدد في عديد الايام التي لم يستجب فيها المنفذ عليه، ودلك بموجب دعوى قضائية يرفعها صاحب المصلحة امام هده الجهة القضائية ودلك طبقا لنص المادة[41]983.

[40] براهيمي فايزة , مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون , الأثر المالي لعدم تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية , جامعة بومرداس , ص 67-86-69

[41] ميمونة سعاد، مدى التزام الادارة بتنفيذ القرارات القضائية الإدارية الصادر ضدها، مجلة الفقه والقانون، جامعة تلمسان، العدد الخامس والعشرون ، ،2014ص128

المطلب الثاني: انواع الغرامة التهديدية، وطبيعتها القانونية

الفرع الأول : أنواع الغرامة التهديدية

أولا الغرامة التهديدية الوقتية

إن أول ظهور للغرامة التهديدية لدى القضاء الفرنسي كانت في صورة الغرامة التهديدية الوقتية، هذه الأخيرة تعتبر الأصل في نظام الغرامة التهديدية، والغرامة التهديدية المؤقتة هي وسيلة تهديدية لإلزام المدين، وعلى ذلك تكون للغرامة التهديدية الوقتية وظيفة مزدوجة فهي تهدف إلى ضمان تنفيذ الحكم الصادر بإلزام المدين بتنفيذ عين ما التزم به، وفي نفس الوقت وسيلة إجبار ترد على الذمة المالية للمدين تيسر إعمال مقتضى فكرة التنفيذ العيني للالتزامات. وتتميز بكونها قابلة للمراجعة من حيث المقدار الذي تم الحكم به، سواء عند اتضاح موقف المدين من تنفيذ الحكم أو القرار القضائي أو قبل اتضاح هذا الموقف

ثانيا : الغرامة التهديدية القطعية (النهائية)

جوهر الغرامة القطعية يتمثل في أن القاضي إذا ما تيقن سلفا من أهمية الضرر الذي سينجم عن عدم قيام المدين بالتنفيذ، فإنه يحكم عليه نهائيا وبصفة قطعية بتعويض الدائن عن تأخير في التنفيذ أو من أجل عدم قيامه أصلا بالتنفيذ، كما يعتبر هذا النوع من كل يوم الغرامة التهديدية،[42] وسيلة لإصلاح الضرر الذي يصيب الدائن من جراء تماطل المدين من تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، كما أن سلطة القاضي في تقدير الغرامة التهديدية النهائية مثلها مثل الغرامة المؤقتة، غير أنه يتجرد من سلطة تعديلها أو إلغائها عند تصفيتها، ويقتصر دوره في تقديرها الأخذ بعين الاعتبار مدة عدم التنفيذ وحدها.

كما أن المشرع الجزائري أشار إلى هذا النوع من الغرامة في المادة 981 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 4 التي تنص: " في حالة عدم تنفيذ أمر أو حكم أو قرار قضائي، ولم تحدد تدابير

[42] بخيت محمد بخيت علي، الغرامة التهديدية أمام القضاء المدني الجوانب الموضوعية والإجرائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 42.

التنفيذ، تقوم الجهة القضائية المطلوب منها ذلك بتحديدها، ويجوز لها تحديد أجل التنفيذ والأمر بغرامة تهديدية"[43].

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للغرامة التهديدية

اولا: الغرامة التهديدية امر بالتنفيذ

تنص لمادة 980على جواز الامر بغرامة تهديدية بمناسبة توجيه امر باتخاذ تدابير تنفيذ او الامر بإصدار قرار جديد:"يجوز للجهة القضائية الادارية المطلوب منها اتخاد الامر بتنفيذ طبقا للمادتين 978و 979ان تامر بالغرامة التهديدية ...."كما تقترن الغرامة التهديدية طبقا للمادة 981بالأمر الضمني باتخاذ تدابير التنفيذ المحدد في الحكم «في حالة عدم تنفيد امر او حكم او قرار قضائي ولم تحدد تدبير التنفيذ ،تقوم الجهة القضائي المطلوب منها دلك بتحديدها ويجوز ...والامر بغرامة تهديدية". يتضح اقتران الغرامة التهديدية بالأوامر بالتنفيذ بوضوح اكثر في نصوص قانون القضاء الاداري المدروسة سابقا[44].

ثانيا :الغرامة التهديدية ترتبط بتنفيذ حكم قضائي

الغرامة التهديدية سلطة من سلطات القاضي الاداري فعدم تنفيذ الادارة للحكام والقرارات القضائية والادارية يوضع لمبدأ الاحكام موضع التطبيق، واجبار الادارة على تنفيذ من خلال فرض الغرامة التهديدية وبالتالي فان الغرامة التهديدية ماهي الى وسيلة قانونية سمح المشرع الجزائري بموجبها للقاضي الاداري بتوجيه اوامر للإدارة سعيا من خلالها الى السرعة في التنفيذ الاحكام الادارية الحائزة لقوة الشيء المقضي به[45].

---

[43] قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج . ر ، ج. ج ، عدد ،21، بتاريخ 23 أفريل 2008.

[44] بن عاشور صفاء، تدخل القاضي الاداري في تنفيذ قرراته ضد الشخص المعنوي العام، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع تنفيد الاحكام القضائية، جامعة الجزائر كلية الحقوق ، ،2014ص ،215ص .216

[45] علي عثماني، آليات تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية الإدارية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية تخصص الدولة و المؤسسات العمومية، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، باتنة، سنة. 2018 ,ص126

ثالثا: الغرامة التهديدية ليست اجراء من اجراءات التنفيذ

ان الحكم بالغرامة التهديدية لا يعد بذاته اجراء من اجراءات التنفيذ، فهو وسيلة اجبار غير مباشر. والمقصود ان الغرامة التهديدية تهدف الى ضمان تنفيذ احكام القضاء الاداري، و هذا لا يعني انها احد اجراءاته، اي ان الغرامة لا تحقق بالضرورة التنفيذ بل تحث عليه تهديدا، فهي مجرد وسيلة ضغط على المدين عموما، لإجباره على تنفيذ التزامه. وما دام الحكم الصادر ضد الادارة يرتب في ذمتها مجموعة من الالتزامات تكون مدنية بها للمحكوم له، فالغرامة المحكوم بها ضدها غايتها دفعها الى تنفيذ الالتزامات الناشئة عن ذلك الحكم.

المطلب الثالث: خصائص وشروط الحكم بالغرامة التهديدية

يتناول هذا المطلب فرعين الفرع الأول يشمل خصائص الحكم بالغرامة التهديدية ،أما الفرع الثاني يدرس شروط الحكم بالغرامة التهديدية:

الفرع الأول : خصائص الحكم بالغرامة التهديدية

اولا: الغرامة التهديدية ذات طابع تحكمي وتهديدي

يقدر القاضي الغرامة التهديدية تقديرا تحكيما وهو غير مقيد فيه مع الأخذ بعين الاعتبار قدرة المدين على المقاومة والمماطلة في التنفيذ ،وكدا القدر الذي يرى من خلاله انه منتج لتحقيق الهدف من هده الوسيلة، الا وهو اخضاع المدين وحمله على القيام بتنفيذ التزامه عينا حيث نجد ان سلطة القاضي في هدا المجال تتسع كتحديده مبلغا للغرامة غير متناسبا والضرر[46].

وفي هدا المقام نصت المادة 985من القانون 08/09يتضمن قانون الإجراءات المدنية والادارية على انه من الجائز ان تقرر الجهات القضائية عدم دفع جزء من الغرامة التهديدية الى المدعي في حالة ما اذا تجاوزت قيمة الضرر وتامر بدفعه الى الخزينة العمومية، 1وقد لا يشترط وجود الضرر اصلا وأكثر من ذلك فانه يجوز للقاضي في حالة ما اذا تبين له ان المبلغ الذي حكم به كغرامة تهديدية غير كاف لحمل المدين على التنفيذ ان يرفع من قيمته متى طالب المدين ذلك، كما يجوز للقاضي تخفيض الغرامة

[46] عز الدين مرداسي، الغرامة التهديدية في القانون الجزائري، دار هومة للنشر، الجزائر، .2008 ، ص15

التهديدية او الغائها عند الضرورة، حيث ان الطابع التحكمي والتهديدي الغرامة التهديدية يكون لهدف الضغط على المدين واجباره على التنفيذ العيني.

ثانيا: الغرامة التهديدية ذات طابع مؤقت

ومعني الوقتية ان القرار القضائي الذي يتضمن غرامة تهديدية لا يجوز على حجيه الشيء المقتضي به، لأنه وقتي، ومتى كان كدلك فانه يجوز للقاضي ان يزيد مقدار الغرامة اذا ارتأى انها غير كافية، ويجوز له ايضا عند تحويلها اي تصفيتها الى التعويض النهائي[47].

ثالثا: الغرامة التهديدية ذات طابع تبعي

لا تفرض الغرامة الا بوجود حكم قضائي بإلزام المحكوم عليه بتنفيذ التزاماته، ولا تعتبر تعويضا بل هي جزاء للتأخر في التنفيذ او الاصرار على عدم التنفيذ، وبالرجوع للمادة 625 من قانون الإجراءات المدنية والادارية يتبين ان المشرع قد خير المحكوم بين المطالبة بالتعويض او المطالبة بالغرامة التهديدية لا تفرض الغرامة الا بوجود حكم قضائي بإلزام المحكوم عليه بتنفيذ التزاماته، ولا تعتبر تعويضا بل هي جزاء للتأخر في التنفيذ او الاصرار على عدم التنفيذ، وبالرجوع للمادة 625 من قانون الإجراءات المدنية والادارية يتبين ان المشرع قد خير المحكوم بين المطالبة بالتعويض او المطالبة بالغرامة التهديدية.

رابعا: الغرامة التهديدية تقدر عن كل وحدة من الزمن

إن الغرامة التهديدية تحدد على كل فترة او وحدة زمنية يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه او يمتنع عن تنفيذه وهو ما يجعل مقدارها الاجمالي او النهائي يوم صدور الحكم بها باعتبار ذلك متوقف على موقف المدين فمقدارها النهائي يرتفع مع كل يوم يمضي دون قيامه بالتنفيذ، هذا ما يجعل الغرامة التهديدية لا تقدر من خلال مبلغ محدد دفعة واحدة وذلك حتى يتحقق معنى التهديد بحيث يحس المدين انه كلما طالت مدة تأخره عن التنفيذ كلما ارتفع مبلغ الغرامة التهديدية المحكوم به[48].

---

[47] زين العابدين بلماحي، الوسائل القانونية لضمان تنفيذ القرارات القضائية الادارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام كلية الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية ،2008-2007ص88.

[48] براهمي فايزة، المرجع السابق، ص 73-74

الفرع الثاني : شروط الحكم بالغرامة التهديدية

أولاً : شروط التنفيد الحكم بالغرامة التهديدية:

1- أن يكون التنفيذ عينا لا يزال ممكنا:

لا معنى للحكم بالغرامة التهديدية إذا لم يتحقق الغرض منها ، وبغض النظر إذا كان سبب الاستحالة يرجع الى خطأ المدين أو بغير خطأ منه [49]، لأن التنفيذ العيني يصبح غير ممكن في كلتا الحالتين، والدائن هنا يسقط حقه في التنفيذ العيني، ويتحدد له حق في التنفيذ بمقابل، أي لا يبقى أمامه سوى طلب التنفيذ عن طريق التعويض. وهذا الشرط أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 21/12/2005 تحت رقم 342962 والذي جاء فيه: "... أنه من المقرر قانونا أن الغرامة التهديدية لا يحكم بها إلا إذا تأكد قضاة الموضوع أن تنفيذ الالتزام ممكنا وامتنع المدين عن ذلك عمدا، إضرارا بالدائن".

كما أنه لا محل للقضاء بالغرامة التهديدية عند عدم وجود التزام في ذمة المدين أصلا، كما لو سقط الالتزام بالتقادم مثلا، أو استحال تنفيذه لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فلا يكون هناك محلا للمطالبة بتنفيذه لا عينا ولا بمقابل[50], وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 24/12/2003 تحت رقم 321708 والذي جاء فيه: " طالما أن عدم تنفيذ الالتزام عينا يعود لأسباب خارجة عن إرادة المدين فإن الأصل بتوقيع الغرامة التهديدية يعد خطأ في تطبيق القانون.

2- أن يكون التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن أوغير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه:

هذا الشرط مفاده أنه للحكم بالغرامة التهديدية يتطلب الأمر تدخل المدين شخصيا، أي أن شخص المدين محل اعتبار في التنفيذ، كما يعتبر تنفيذ الالتزام من غير المدين شخصيا غير مطابق لما

[49] سعيداني محمد، الغرامة التهديدية على الإدارة في التشريع الجزائري، مذكرة من متطلبات نيل شهادة الماستر حقوق تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة زيان عاشور، الجلفة 2017., ص 48

[50] بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا (دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر ، 2013 ، ص .156

هو مطلوب، ويصدر ذلك في الالتزامات التي محلها القيام بعمل معين بحيث يكون تدخل المدين شخصيا أمرا لازما[51].

إذا كان تنفيذ الالتزام يمكن أن يتم دون تدخل المدين شخصيا، هو الحال في تنفيذ الالتزام الذي محله مبلغا من النقود، لأنه يمكن تنفيذ الالتزام عن طريق الحجز على أموال المدين، وكذلك في حالة الالتزام بنقل ملكية عين معينة، لأن الملكية هنا تنقل بحكم القانون وفقا لنص المادة 165 من ق. م.ج، وبالتالي لا يمكن شمل هذه الأحكام بالغرامة التهديدية. وفي حالة الالتزام بالامتناع عن عمل، كالالتزام بعدم منافسة الدائن فالتنفيذ العيني في هذه الحالة لا يتم إلا من جانب المدين شخصيا. تعد الأحكام الملزمة التي يمكن تنفيذها عن طريق القوة العمومية أو بواسطة الحجز على أموال المدين أو بقوة القانون ودون تدخل المدين شخصيا أحكاما لا يمكن شملها بالغرامة التهديدية لأن الدائن لا يحتاج للضغط على المدين بل بإمكانه استعمال طرق أخرى غير أنه توجد حالات أخرى يمكن الحكم فيها بالغرامة التهديدية رغم أن التنفيذ العيني ممكن دون التدخل الشخصي للمدين ولكنه غير ملائم، ومثال ذلك أنه يمكن شمل الحكم برجوع الزوجة للمسكن الزوجية، وكذلك الحكم بتسليم طفل بغرامة تهديدية'، رغم أنه في كلتا الحالتين يمكن تنفيذ الالتزام دون تدخل شخصي للمدين إلا أنه سيكون غير ملائم، لأنه في حالة تنفيذ ذلك بالقوة العمومية ستكون خطورة على نفسية الطفل ومساسا بحرية الزوجة، كما توجد حالات أخرى يمنع فيها المشرع الالتجاء إلى الغرامة التهديدية إذا انطوى ذلك على مساس بشخصية المدين في حق من حقوقه اللصيقة بشخصه، ومثال ذلك حق المؤلف في نشر مؤلفه أو عدم نشره أو سحبه، فلا يجوز إجباره على النشر رغما عنه، باللجوء إلى الغرامة التهديدية، إلا إذا ثبت تعسف في استعمال الحق من جانب المؤلف، كالرغبة في التعامل مع ناشر آخر بدون وجه حق، فيصبح من حق الدائن اللجوء إلى الغرامة التهديدية لإجباره على تنفيذ التزامه.

3- أن يقوم الدائن بطلب الكم بالغرامة التهديدية :

هذا الشرط مفاده أن يتقدم الدائن الى القضاء بطلب الم بالغرامة التهديدية تأكيدا منه على تعنت مدينه وعدم تنفيذه للالتزام المترتب عليه، وقد أثارت مسألة مدى جواز الحكم غيربالغرامة

[51] الكسواني عامر محمود أحكام الالتزام آثار الحق في القانون المدني، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، 2010، ص 112.

التهديدية من قبل القاضي من تلقاء نفسه خلافا كبيرا بين مؤيد ومعارض لذلك أن المشرع الجزائري لم يترك هذا الخلاف قائما بل تصدى له من خلال اشتراط ذلك صراحة وكمبدأ عام من خلال نص المادة 625/ ف401 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تكريسا للمبدأ القاتل بأن " القاضي لا يحكم بما لم يطلب منه ، وأيضا ما جاء في نص المادة 174 من ق. م. ج. غير أنه استثناء يجوز للقاضي الحكم بالغرامة التهديدية من تلقاء نفسه في نصوص وردت على سبيل الحصر في قانون الإجراءات المدنية والإدارية تكريسا للدور الإيجابي للقاضي، كما يمكن الإشارة في الأخير أنه يستوجب على القاضي عند الحكم بالغرامة التهديدية أن يبين توفر هذه الشروط في حكمه ، لأنها مسألة قانونية، وحكمه سيخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا[52] .

ثانياً : الشروط الشكلية للحكم بالغرامة التهديدية

1- ميعاد رفع دعوى الغرامة التهديدية أمام القضاء المدني

باستقراء النصوص القانونية الواردة سواء في القانون المدني الجزائري أو في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجد أن المشرع الجزائري لم يحدد ميعادا خاصا يقوم الدائن خلاله بتحريك دعوى الغرامة التهديدية ضد مدينه، وفي حال غياب النص المحدد للميعاد الخاص لرفع الدعوى، نرجع للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني وبعض القوانين الخاصة، استنادا للنصوص القانونية المنظمة لموضوع تقادم الالتزامات بصفة عامة. كما أن جميع الالتزامات أيا كان مصدرها أو موضوعها ، وبصرف النظر عن صفتها المدنية أو التجارية، تتقادم بمضي خمس عشرة سنة ميلادية ، حسب ما جاء في نص المادة 308 من ق . م . ج: " يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيهارفض التنفيذ الاختياري ، وهذا استنادا لما نصت عليه المادة 987/ف01 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ولذلك لا يمكن تقديم الطلب قبل انقضاء الأجل المحدد في المادة سالفة الذكر، لأن الأجل هنا من النظام العام و القاضي يقضي به من تلقاء نفسه، حتى لو لم يثره الخصوم وذلك في أي مرحلة تكون عليها الإجراءات3. كما أن المشرع في تنظميه لهذا الميعاد حدد القاعدة العامة في بدء سريانه ثم أورد عليها عددا من الاستثناءات، يستوي في شأن تطبيقها الطلبات المقدمة أمام مجلس الدولة وتلك التي تقدم أمام المحاكم الإدارية 4، ومن بين هذه الاستثناءات ما ورد في نص المادة 987 من قانون

[52] مرداسي عز الدين، مرداسي عز الدين الغرامة التهديدية في القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2008. ص 55.

الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتيها الثانية والثالثة، من خلال إمكانية الدائن في رفع دعوى من أجل تنفيذ أمر استعجالي ع طريق الغرامة التهديدية، دون أن يتقد بأي ميعاد معين، كذلك حالة تحديد المحكمة لأجل معين للتنفيذ، فإن ميعاد رفع الدعوى يبدأ بالسريان بعد انقضاء الآجال المحددة من طرف المحكمة الإدارية.

2- الطلب الصريح بالحكم بالغرامة التهديدية

يعد طلب الحكم بالغرامة التهديدية أداة إجرائية يتقدم به من له الحق والشأن في الحصول على ح م بالغرامة، ولهذا الطلب دوره الأصيل في بدء الإجراءات نحو دفع القاضي إلى التصدي لهذا الطلب والفصل فيه بالقبول أو الرفض ، ولذلك فهو يتطلب شكلية يجب الجوانب الإجرائية في الغرامة التهديدية مراعاتها من أجل الحصول على حكم قضائي بالغرامة التهديدية، بالإضافة إلى توفر بعض الشروط الإجرائية في أطراف الطلب.

- شكل الطلب

الطلب الذي يعرض به صاحب الحق ادعاءه على القضاء يعد شرطا إجرائيا للحكم بالغرامة التهديدية، ولا يشترط أن يكون لهذا الطلب شكلا معينا ، وإنما يخضع لنفس الإجراءات المطلوبة لرفع الدعوى القضائية، غير أنه يجب أن يكون مكتوبا ، استنادا لنص المادة 09 من ق. إ. م. إ. التي تنص: "الأصل في إجراءات التقاضي أن تكون مكتوبة". والأصل أن للقضاء ولاية لا تمارس بغير طلب[53]، وهذا تكريسا لنص المادة 625 من ق. إ. م. إ، باستثناء المواد الإدارية وأيضا ما نصت عليه المادة 169/01 من ق. إ. م. إ، وذلك قصد التمكن من الوقوف بسهولة على موضوع وسبب وأطراف الخصومة. أطراف طلب الحكم بالغرامة التهديدية كسائر المنازعات يكون لمنازعة طلب الحكم بالغرامة طرفين بصفة عامة، الطالب الي يقدمه والخصم الذي يكون في مواجهته، ولا بد من توافر مجموعة من الشروط في كل منهما:

[53] منصر عادل وبشيرين محند الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار المنفذ ضده، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2018.، ، ص.53

- **طالب التنفيذ يعتبر المدعي طالب التنفيذ عن طريق الغرامة** التهديدية كأصل عام، هو الدائن الأصلي أو ممثله القانوني أو الاتفاقي، أو خلفه الخاص أو العام[54]، وبما أن طلب الحكم بالغرامة ليس بمثابة دعوى متاحة للجميع بغير ضوابط تحكمه، أو دون معايير تحكم حسن ممارسته، وبالتالي لا بد من توفر في صاحب الحق في الطلب أهلية قانونية وأن تكون له مصلحة وأن تكون له صفة وهذا ما نصت عليه المادة 13 ف 01 من ق . إ. م كما أنه في حالة وفاة الدائن المدعي طالب التنفيذ أو في حالة فقدان أهليته أثناء التنفيذ، فإن الخصومة القضائية تنقطع مع طالب التنفيذ المتوفي حسب المادة 210 من ق. إ. م. إ، كما يقع على من يحل محله أن يستكمل الإجراءات من النقطة التي توقف عندها، وذلك استنادا لأحكام المادتين 211 و 2012 من ق. إ. م. إ ، بحيث لا يتم إعادة الإجراءات من جديد وإنما يتم السير في الدعوى من قبل من له صفة بعد تكليفه للحضور من جديد.

- **المنفذ عليه هو الشخص الذي لم يفى بالتزامه طواعية واختيارا**، مما جعل طالب التنفيذ يتخذ في مواجهته إجراءات التنفيذ الجبري، ويعتبر المنفذ عليه في دعوى الغرامة التهديدية دائما هو المدين لأن شخصية المدين هي محل اعتبار ، ولأن التنفيذ بواسطتها يكون فقط كما سبق و أن رأينا في الالتزام بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل. إذا كان لا يشترط في المنفذ عليه أهلية معينة، كونه يجوز التنفيذ ضد ناقص الأهلية أو عديمها من خلال توجيه الدعوى ضد من يمثلهما، إلا أنه يشترط الأهلية الكاملة في شخص المدين المنفذ عليه بواسطة الغرامة التهديدية لأن التنفيذ العيني يلزم تدخله شخصيا ولا يمكن أن يحل محله خلفه العام أو الخاص، أو من يمثله قانونا أو اتفاقا، خاصة أنه لا يمكن المطالبة بتنفيذ التزام بإجراء عملية جراحية، من خلال مطالبة الورثة أو من يمثل المدين بالتنفيذ العيني للالتزام غير أنه يمكن مطالبتهم بالتعويض.

[54] مبارك سعيد، أحكام قانون التنفيذ، ط01، مطبعة التعليم العالي العراق، 1989، ص 83.

المطلب الرابع: الموازنة بين مفهوم الغرامة التهديدية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

لقد اشارت تعريف الشرعي للغرامة التهديدية على انها وسيلة الاكراه المدين وحمله على الالتزام بعمل او الامتناع عن عمل غير ان المشرع الجزائري إعتبرها كقرار قضائي يحكم بموجب دعوة قضائية يرفعها صاحب المصلحة (الدائن) عند عدم استجابة المنفد عليه(المدين) وتكون بتحديد المبلغ الاجمالي عن طريق عملية ضرب المبلغ المحدد في عديد الايام التي لم يستجب فيها المنفذ عليه، ومنه نستنتج:

- الغرامة التهديدية هي وسيلة غير مباشره من وسائل التنفيذ الجبري تطبق على كل التزام بعمل او الامتناع عن عمل.
- تكون الغرامه التهديدية على كل التزام يقتضي بوفاء المدين عن سداد دينه.
- تكون الغرامة التهديدية على مال المدين.
- يحكم بالغرامة التهديدية القاضي بعد صدور دعوة او شكوى من الدائن .
- تكون الغرامة التهديدية بشكل غرامة يومية يدفعها المدين عن كل يوم تاخير في الدفع .
- تنتهي الغرامه التهديدية بنهاية ما التزم به المدين للدائن.

المبحث الثاني : الإكراه البدني والحق في الحبس:

تمهيد:

يعد الاكراه البدني في الشريعة الاسلامية الوسيلة الوحيدة والأساسية لحث المدين على سداد دينه ،وقد شملة السجن والضرب والايلام والوعيد بقتل لكن هذه الوسائل تقوم وفق شروط وليست على جميع أنواع المدينين فقد قامت الشريعة الاسلامية بمراعات المدين حسب حالته وكل حالة وعقوبتها ،لان في الاخير الشريعة الاسلامية تحمي كرامة الانسان ، وأما بنسبة للحق في الحبس في الفقه الإسلامي له معنيان ،المعنى الاول والمشهور هو حبس المدين اي سجنه لارغامه على سداد الدين ويكون تنفيد على يد الحاكم طبعا بعد تقديم دعوة مني الدائن وتوفر الشروط، اما المعنى الثاني هو حبس مايملك من مال وبيعه وسداد الدين الذي عليه من ثمن بيع ماله ويكون قصرا من طرف الحاكم .

اما في القانون الجزائري فالاكراه البدني يعد وسيلة ثانية من وسائل اكراه المدين فهو تهديد جسدي بحبس او تهديد مالي بغرامة وكما نصت المادة188من القانون المدني الجزائري على ان ''اموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه''اي انه القانون الجزابي لا يركز مباشرة على جسد المدين إنما يخوفه به ثم اذا لم يدفع من بيع ماله او حيازة القضاء على ممتلكاته لتسديد ماعليه ،بعدها يلجئ الى الحبس وهو الضرر الجسدي .

اما في الحق في الحبس عقار او حيازة ممتلكات المدين من طرف الدولة وفق حكم من المحكمة ،وهذا قصد ارغام المدين على سداد الدين او ان يتم مصادرة هذه الممتلكات وبيعها وسداد الدين بثمنها،وكل هذا وفق شروط وأيضا إلتزامات من الدائن بالمقابل .

ولي توضيح اكثر قمنا بدراسة مفهوم الإكراه البدني والحق في الحبس في المطالب التالية:

المطلب الاول: مفهوم الإكراه البدني و الحق في الحبس شرعا وقانونا:

يحتوي المطلب مفهوم الإكراه البدني على فرعين ،الفرع الاول يدرس مفهوم الاكراه البدني في الفقه الإسلامية وفي القانون الجزائري،أما الفرع الثاني يدرس مفهوم الحق في الحبس في الفقه الاسلامية والقانون الجزائري:

الفرع الاول:مفهوم الإكراه البدني شرعا وقانونا:

1- **مفهوم الاكراه البدني في الشريعة الإسلامية :**

لغة : كره الشيء كرهاً وكراهة وكراهية: خلاف أحبه فهو كريه ومكروه، وأكرهه على الأمر: قهره عليه، وكره إليه الأمر، صيره كريهاً إليه، والمكره: ما يكرهه الإنسان ويشق عليه، وجمعه مكاره[55].

اصطلاحا: حمل الغير على ما يكره بالوعيد بالقتل أو التهديد بالضرب أو السجن أو إتلاف المال أو الاذى الشديد أو الايلام القوي[56].

حيث كان المدين قبل نزول الوحي يسترق ويباع إذا لم يستطع الوفاء بدينه، فقد أخذ الرسول، صلى الله عليه وسلم، هذه القاعدة في البداية جريا على ما كان متبعا في شرائع الرسل السابقين لعدم وجود نص يحرم اللجوء إلى ذلك، ففي هذه المرحلة اعتبر عدم الوفاء بالدين من أعظم الذنوب، ففي حديث أخرجه أبو داود في سننه عن أبي سلمة عن جابر قال: كان رسول الله، صلى الله عليه وسلم، لا يصلي على رجل مات وعليه دين، وفي حديث آخر رواه الشافعي رضي الله عنه قال: ''أخبرنا إبراهيم بن سعد عن أبيه عن عمر بن أبي سلمة عن أبيه عن أبي هريرة قال: **قال رسول الله، صلى الله عليه وسلم**: « **نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه دينه** ».

لكن بعد مجئ الإسلام قام بإلغاء ما اعتاد عليه العرب في الجاهلية من استرقاق المدين أو بيعه استيفاء لدينه، حيث خولت للدائنين وسائل أفضل وأنجع لاستيفاء حقوقهم، كما وفرت الحماية للمدنيين في كرامتهم وحياتهم امتثالا **لقوله تعالى**: ﴿**وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا**

[55] مجمع اللغة العربية بالقاهرة , المعجم الوسيط , دار الدعوة , ج2,ص791

[56] سيد سابق, كتاب فقه السنة ,دار الكتاب العربي، بيروت – لبنان الطبعة: الثالثة، ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م, ج3,ص169

خير لكم إن كنتم تعلمون﴾ [البقرة، الآية: 280] ، وفي حديث شريف قال رسول الله، صلى الله عليه وسلم، لغرماء المدين الذي كثر دينه « **خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك** »، لكن في مقابل هذه الرحمة بالمدين المعسر، شددت الشريعة الإسلامية على المدين الغني المماطل الذي لا يريد تنفيذ التزاماته، فالمدين في المنظور الإسلامي يكون في حالات ثلاث:

أ- **المدين الموسر:**

وهذا يسجن حتى يؤدي ما بذمته أو يعطي ضامنا بالمال لأجل قصير، لأنه ظالم بمطله، ويقول أبو حنيفة بحبسه معللا ذلك بقول الرسول، صلى الله عليه وسلم: « **مطل الغني ظلم** »[57]، وذهب أبو قدامة الحنبلي إلى أنه إذا كان للمدين مال ظاهر يفي بديونه يحبس عند امتناعه عن الوفاء لقوله صلى الله عليه وسلم: « **لي الواجد يحل عرضه وعقوبته حتى يبرئ ذمته** »[58]، أما إذا أصر على عدم الوفاء بالتزامه فإن القاضي يبيع عليه ماله ويقضي عليه دينه.

ب- **المدين المعسر:**

يرى الشافعية في المدين المعسر عدم الحبس شريطة تقديم بينة على نفاد ماله أو اعساره. اما المالكية فقد قسموا المدين المعسر على نوعين : المدين المعسر غير معدم :يرون بجواز انظاره حتى يوسر . ويحتجون بقول النبي صلى الله عليه وسلم: « **من أنظر معسرا أو وضع عنه أظله الله في ظله** »[59].

ت- **المدين المعسر المعدم** : فيرون بوجوب انظاره. ويحتجون بقول الله تعالى: ﴿**وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ﴾ [البقرة، الآية: 280]**.

---

[57] التخريج : أخرجه الترمذي (1309)، وأحمد (5395) مطولاً، وابن ماجه (2404) مَطْلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ، فإذا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ علَى مَلِيٍّ فَلْيَتْبَعْ. الراوي : أبو هريرة | المحدث : البخاري | المصدر : صحيح البخاري الصفحة أو الرقم: 2287 | خلاصة حكم المحدث : [صحيح] التخريج : أخرجه البخاري (2288)، ومسلم (1564).

[58] التخريج : أخرجه أبو داود (3628)، والنسائي (4689) واللفظ لهما، وأخرجه البخاري معلقاً بصيغة التضعيف قبل حديث (2401) باختلاف يسير

[59] أخرجه الترمذي (1306) واللفظ له، وأحمد(8711)

ث- **المدين مجهول الحال:** عند جمهور الفقهاء يحبس حتى يتم التتبث من اعساره. عند المالكية هو نوعان :

❖ **مدين مجهول الحال معلوم صدقه:** يطلق سراحه بعد ان يحلف بسداد ماعليه

❖ **مدين مجهول الحال ولم يعلم صدقه:** يضرب حتى يؤدي ماعليه أو ان يموت في الحبس او ان صدق ادعائه او ان يقر له بذالك صاحب الدين

ومنه نستنتج من حالات حبس المدينه انه:

- حبس لتضييق وتنكيل بنسبة للمدين الموسر عقابا عن مماطلته وظلمه.
- حبس تأديب وتعزير بنسبة للمدين الذي ثبث انه خبأ ماله.
- حبس اختبار وتثبث بنسبة للمدين مجهول الحال.

وفي اخير نستنتج ان الشريعة الإسلامية قد اعطت اهتمام كبير بنسبة لقضية الدين وقد فصلت فيها وكل هذا مع مراعات كرامة الإنسان في تطبيق عقوباتها واستنادا لما جاء في آيات الكريمة والأحاديث النبوية .

2- مفهوم الاكراه البدني في القانون الجزائري :

يقصد بالإكراه البدني بصفة عامة إحداث ألم بالمدين سواء بجسده مباشرة أو بتقييد حريته الشخصية عن طريق حبسه، فقد عرفه بعض الفقهاء بأنه "طريق من طرق التنفيذ يلجأ فيها إلى تهديد المحكوم عليه في جسمه بتحقيق حبسه إرغاما له على الوفاء بما هو ملزم به قضاءا بموجب أمر أو حكم أو قرار"[60].

[60] مرابط عمار، الإكراه البدني في التشريع الجزائري على ضوء العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء ، الدفعة ، 12السنة ، 2004-2001الجزائر ، ص 10

الفرع الثاني: مفهوم الحق في الحبس شرعا وقانونا:

1- التعريف الفقهي:

"الحق في الحبس هو دفع بعدم التنفيذ يخول للدائن الذي يكون في الوقت ذاته مدينا لمدينه ان يقف الوفاء بالدين الذي عليه حتى يستوفي الدين الذي له، ويقوم ذلك على اعتبارات ترجع إلى مقتضيات العدالة وبداهة المنطق القانوني"[61].

2- التعريف القانوني :

تنص المادة 200 الفقرة الأولى من القانون المدني على أنه"كل من لتزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ترتب عليه وله علاقة سببية وارتباط بالتزام المدين، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا".

ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له، إلا أن يكون لالت ازم بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع.

وعليه يفهم من هذه المادة، أن الحق في الحبس عبارة عن وسيلة قانونية تخول للشخص الذي يحوز شيئا بوجه شرعي، سلطة الامتناع عن رد هذا الشيء إلى غاية استيفاء حقه الذي يعتبر التزاما على الطرف الأخر في العلاقة القانونية. ومثال ذلك عند حبس المودع لديه الوديعة، حتى يتقاضى أجره وما أنفقه في حفظها.

ومثال ذلك التزام البائع بتسليم المبيع للمشتري والتزام هذا الأخير بدفع ثمن المبيع. وفي إطار هذا المثال السابق لو فرضنا أن البائع قصر أو تقاعس أو أهمل أو أخل بالتزامه المفروض عليه والمتمثل في تسليم المبيع، للمشتري الحق في الامتناع عن تنفيذ التزامه المتمثل في دفع ثمن المبيع أو احتباس جزء منه وذلك لحث وضمان قيام البائع على الوفاء بالتزامه وتسليم المبيع كاملا للمشتري[62], ومنه فإن الحق في

---

[61] سرايش زكريا، الحق في الحبس وأثره في الضمان، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه علوم، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2017-2018-ص 10.

[62] الكيلاني عامر محمود، أحكام الالتزام آثار الحق في القانون المدني (دراسة مقارنة،) دار الثقافة، عمان، 0232،ص.100

الحبس هو وسيلة لحمل المدين على تنفيذالتزامه، تنفيذ اختياري للالتزام دون حاجة إجراءات التنفيذ الاجباري، فهو بمثابة ضمان خاص أعطاه القانون لكل دائن يكون مدينا في الوقت ذاته لمدينه.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للإكراه البدني ، وشروط الحكم به:

لقد تطرقنا في هذا المطلب إلى الطبيعة القانونية وشروط الحكم بالإكراه البدني ،وكان بشكل فرعين، الفرع الاول به الطبيعة القانونية للإكراه البدني، أما الفرع الثاني فكان يحتوي على الشروط الحكم بالإكراه البدني:

الفرع الأول :الطبيعة القانونية للاكراه البدني:

هناك بعض التشريعات جعلت من طبيعة الإكراه البدني مزدوجة حسب السلطة التي أمرت به، فإذا صدر عن جهة الحكم فهو يعتبر جزاءا جنائيا يتضمن معنى العقوبة، وإذا أمرت به سلطة التنفيذ أي النيابة العامة اعتبر وسيلة تنفيذ وليس جزاء. إلا أن هذا الرأي يعاب عليه في أن الإكراه البدني مجرد وسيلة للتنفيذ لا غير مهما اختلفت الجهة التي أمرت به أو النص الذي نظم أحكامه، و رغم أن تنفيذه سيودع الشخص السجن و يسلبه حريته إلا أنه لا يعد عقوبة و يختلف عن الحبس الوارد في المواد الجزائية من حيث السبب و الغاية، فالحبس التنفيذي أو الإكراه البدني سببه الامتناع عن الوفاء و الغاية منها إجبار المدين على الوفاء أما الحبس الجزائي فسببه إخلال الجريمة بالنظام العام و الأمن العام للمجتمع. و بالرجوع لنص المادة 599 من قانون الإجراءات الجزائية نجدها تنص "يجوز تنفيذ الأحكام الصادرة بالإدانة و برد ما يلزم رده و التعويضات المدنية والمصاريف بطريق الإكراه البدني، و ذلك بقطع النظر عن المتابعات على الأموال حسبما هو منصوص عليه في المادة 597 " ثم تنص المادة 610 "يجوز أن ينفذ الإكراه البدني من جديد على المدين الذي لم ينفذ الالتزامات التي أدت إلى إيقاف تنفيذ الإكراه البدني عليه و ذلك بالنسبة لمقدار المبالغ الباقية في ذمته، فلو كانت عقوبة لما أكره المحكوم عليه ثانية لنفس الالتزام الذي أكره من أجله في المرة الأولى، لأنه من المبادئ القانونية أن الشخص لا يعاقب على نفس الوقائع المتابع من أجلها مرتين. أما بالنسبة للقضاء الفرنسي فقد وردت قرارات عن الغرفة الجنائية، منها القرار المؤرخ في 17 جوان 1953 و القرار المؤرخ في 12 ماي 1960 والقرار المؤرخ في 30 جويلية 1960 مفادها أن الإكراه البدني ليس بعقوبة ولكن وسيلة تنفيذ . كما ورد في

تقرير مجلس الشيوخ الأول في إطار التعليق على نص المادة 520 إجراءات جنائية أن ''الإكراه البدني ليس عقوبة و إنما هو طريقة تنفيذ و لا يوجد محكوم عليه بالإكراه البدني''.[63]

الفرع الثاني: شروط الحكم بالاكراه البدني:

أولا : الشروط الشكلية لتوقيع الإكراه البدني

لكي يتمكن الدائن من استفاء الديون المتعلقة بتحصيل المصاريف القضائية أو رد ما يلزم رده أو غرامة مالية أو تعويضات مدنية لابد من توافر جملة من الشروط الشكلية المنصوص عليها في المادتين 604 ،599من قانون الإجراءات الجزائية و هي:

1- ضرورة وجود حكم أو قرار حائز لقوة الشئ المقضي فيه:

و ذلك باستنفاذ طرق الطعن العادية و الغير العادية " معارضة، استئناف، طعن بالنقض " لأنها توقف التنفيذ في المادة الجزائية طبقا للمواد 425 ،409و 499/1من قانون الإجراءات الجزائية. بفوات المدة المقررة للطعن، لأن خلال تلك المدة يوقف تنفيذ الحكم أو القرار الجزائي. أو إلى غاية صدور الحكم أو القرار بعد ممارسة حق الطعن مع الإشارة إلى أن قبول معارضة المتهم في الحكم الغيابي تجعل منه كأن لم يكن في جميع ما قضى به حسب المادة 409/1من قانون الإجراءات الجزائية. الاستئناف يوقف تنفيذ الحكم الصادر في الدعوى المدنية إلا إذا أمرت المحكمة بأن يدفع مؤقتا كل أو جزء من التعويضات المدنية أو أنها أمرت بمنح الطرف المدني مبلغ احتياطي قابل للتنفيذ رغم المعارضة أو الاستئناف, المادتين 425و 2/ 357من قانون الإجراءات الجزائية.

الطعن بالنقض في الأحكام الجزائية يوقف تنفيذ ما قضى به في الدعوى العمومية، فيما عدا ما قضى به من حقوق مدنية إلا أن هذه القواعد لا تطبق على الإكراه البدني المنصوص عليه في المادة الجمركية و ذلك أن المادة 299من القانون رقم 10-98 أقرت إمكانية تطبيق الإكراه البدني لتحصيل العقوبات المالية الصادرة ضد المتهم المرتكب لعملية تهريب بغض النظر عن كل استئناف أو طعن بالنقض و هذا ما يشكل مساس بمبدأ حجية الشئ المقضي به و كذا خرق لحقوق الإنسان[64].

[63] الاكراه البدني وطبيعته القانونية حسب التشريع الجزائري. 24مايوا. 2023 المحامية مروة أبو العلا،تم نظر له 2023/06/23

[64] أحسن بوسقيعة ، المنازعات الجمركية ، ط ، 2دار النشر النخلة ، ،2001ص371

2- أن يكون طالب التنفيذ قد باشر كافة طرق التنفيذ:

إذ لا يجوز التنفيذ بطريق الإكراه البدني إلا بعد استنفاذ طالب التنفيذ إدارة الضرائب أو الطرف المدني أو إدارة الجمارك جميع طرق التنفيذ المنصوص عنها قانونا و التي تختلف بحسب طبيعة الدين: فإذا كان الدين مصاريف قضائية أو غرامات مالية فإن إدارة الضرائب لمحل إقامة المحكوم عليه تحصلها طبقا لقانون الضرائب المباشرة بمجرد إرسال مصلحة تنفيذ العقوبات ملخصات مالية إلى مديرية الضرائب بمعرفة النائب العام لدى المجلس القضائي، فتوزع على مديرية التحصيل فيحيلها نائبها على مكتب التصفية ويبعثها إلى قابضات الضرائب محل إقامة المحكوم عليه، و يتولى القابض التحصيل و يبدأ في إجراءات المتابعة بتوجيه إنذارات إليه ومنحه مهلة ثمانية أيام 08 للتقدم إليها والوفاء بالمبالغ المحكوم بها عليه، فإذا انتهت المدة و لم يستجب يوجه له إلزام بالدفع وتمنح له مهلة ثلاثة أيام، فإذا لم يستجب تضاف إلى المبالغ المدين بها غرامة تأخيرية تقدر ب % 10 وهكذا تكون إدارة الضرائب قد استنفذت طرق التنفيذ التي انتهت بدون جدوى و تشرع في مباشرة إجراءات التنفيذ بالإكراه البدني. أما بعد استحداث مصلحة تحصيل على مستوى كل جهة قضائية أصبحت هي من تتولى تحصيل الغرامات و المصاريف القضائية و هذا ما نص على قانون المالية لسنة 2017في المادتين 107و 108منه و قانون المالية لسنة 2018في المادة 06منه و كذا قانونّ الإجراءات الجزائية، مع منح المدين الذي يسدد خلال مهلة شهر من إشعاره تخفيض بنسبة 10بالمائة.

أما إذا كان الدين تعويضات مدنية أو رد ما يلزم رده فإنه يجب على طالب التنفيذ أن يستنفذ طرق التنفيذ العادية أو المنصوص عنها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وأن تنتهي هذه الأخيرة بدون جدوى " سلبية".

3- مطالبة الطرف المدني بحبس المدين:

لا يجوز للنيابة العامة مباشرة الإجراءات المتعلقة بالإكراه البدني فيما يخص التعويضات المدنية بصورة تلقائية ما لم يطالب بها الطرف المدني صراحة، إذ تكتفي النيابة العامة بذلك في المصاريف القضائية.

4- توجيه التنبيه بالوفاء إلى المطالب بالسداد:

لا يجوز مباشرة التنفيذ بالإكراه البدني إلا بعد توجيه التنبيه بالوفاء إلى المطالب بالسداد و يجب أن يتضمن التنبيه بالوفاء مستخرج من الحكم لا صادر بالعقوبة و أسماء الخصوم ومهلة 10أيام للوفاء أو لا نفذ ضده الإكراه البدني

ثانيا : الشروط الموضوعية لتطبيق الإكراه البدني

يشترط لتطبيق الإكراه البدني توافر مجموعة من الشروط الموضوعية نوردها كما يلي:

- وجود حكم قاضي بالإدانة، ومعناه أن الأحكام القاضية بالبراءة لا تكون محلا للإكراه البدني.
- أن يكون الدين متعلقا بغرامات مالية أو مصاريف قضائية أو تعويضات مدنية أو رد ما يلزم رده وهذا ما نصت عليه المادة 600 من قانون الإجراءات الجزائية بقولها "يتعين على كل جهة قضائية جزائية حينما تصدر حكما بعقوبة غرامة أو رد ما يلزم رده أو تقضي بتعويض مدني أو مصاريف أن تحدد مدة الإكراه البدني" .[65]

[65] بيازة أميرة , مقتضيات الإكراه البدني في التشريع الجزائري , مذكرة مكملة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر , حقوق تخصص: قانون جنائي ,جامعة العربي , تبسة ,ص 37-39

المطلب الثالث: خصائـص الحكم بالإكـراه البـدني، والآثار المترتبة عليه:

ينقسم هذا المطلب إلى فرعين ،الفرع الاول يتناول خصائص الحكم بالإكراه البدني ،أما الفرع الثاني فهو الآثار المترتبة على الحكم بالإكراه البدني:

الفرع الأول : خصائص الاكراه البدني:

- **الإكراه البدني ليس بديلا عن الإلتزام و لا يسقطه :**

بأي حال من الأحوال إذ يمكن لصاحب الحق إتخاذ المتابعات للحصول على حقه وهذا ما نصت عليه المادة 599/2 من قانون الإجراءات الجزائية "... لا يسقط الإكراه البدني بأي حال من الأحوال الإلتزام الذي يجوز أن تتخذ بشأنه متابعات لاحقة بطرق التنفيذ العادية "[66].

وبالتالي الإكراه البدني ماهو إلا وسيلة لإجبار المدين الممتنع عن تنفيذ إلتزامه متى لم يستطيع صاحب الحق من إستعادة المبالغ الواجبة الدفع بالطرق الجبرية المنصوص عليه في قانون الاجراءات المدنية و الإدارية.

- **الإكراه البدني وسيلة غير مباشرة لإرغام المدين على الوفاء بإلتزماته:**

لأن حبس المدين لا يؤدي إلى التنفيذ المباشر و انما يكون وسيلة للضغط على المدين من أجل حمله على الوفاء بدينه، إذن حبس المدين هو إجراء تمهيدي لإرغامه على الوفاء بالإلتزام الملقى على عاتقه[67].

- **الإكراه البدني ليس عقوبة جزائية:**

لأن المدين المحبوس لإكراه بدني يخلى سبيله و يفرج عنه فورا حال وفائه بدينه، بينما لا يستفيد المدان بعقوبة الحبس بالإفراج التلقائي حال وفائه بما في ذمته نحو الطرف المدني .

---

[66] بربارة عبد الرحمان ، طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية و الجزائية ، ط ، 2منشورات بغدادي ، الجزائر ، 2013 ,ص 406

[67] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، دار الطبع ، منشورات الحلبي الحقوقية ، سنة ، 1998ص800

فحبس المدين بطريق الإكراه البدني يختلف عن الحبس بموجب حكم قضائي فاصل في الدعوى العمومية مقترنة بدعوى مدنية تبعية، لأن وفاء المتهم المدان لا يضع حد لتنفيذ الشق الجزائي بوصفه حقا للمجتمع في حين يستند الإكراه البدني في مطالبة المتضرر بإستعادة حقوقه المدنية جبرا[68].

الفرع الثاني : الآثار المترتبة على الاكراه البدني:

الآثار المترتبة على الإكراه البدني:

يترتب على توقيع الإكراه البدني إرغام المدين على دفع ما في ذمته تجاه الدائن والذي قد يستجيب لذلك قبل توقيع الإكراه البدني أو قبل تنفيذه أو أثناء تنفيذه أو بعده طالما أن ذلك لا يعد وفاء[69].

والقاعدة العامة التي تحكم مسألة الإكراه البدني في مواجهة الدائن أو المدين، هو أن مباشرة التنفيذ بطريق الإكراه البدني لا يستلزم معه براءة ذمة المدين من الالتزام الواقع ٍ عليه إذا لم يقم هذا الأخير بالوفاء، حتى وان استنفذ مدة الحبس المحكوم بها ضده، فالعبرة من توقيع الإكراه البدني هو تهديد المدين في نفسه لإرغامه على الوفاء فإن لم يأتي ذلك بنتيجة ظلت ذمته المالية المستقبلية ضامنة للوفاء بالتزاماته ما لم تسقط هذه الأخيرة بالتقادم. و ما على الدائن إلا تتبع إثراء ذمة مدينه بمنقولات أو عقارات لأجل أن يحجز عليها و يحصل على حقه طبقا للمادة 599/02من ق إ ج. وللإشارة فإن المبدأ العام هو أنه لا يجوز أن توقع على الشخص الدائن إجراءات التنفيذ بطريق الإكراه البدني مرتين لأجل الدين نفسه أو لأجل أحكام لاحقة على تنفيذ الإكراه البدني لأول مرة طبقا للمادة 611من ق إ ج[70].

لكن استثناءا يجوز تنفيذ الإكراه البدني من جديد على المدين الذي لم ينفذ الالتزام الذي يقابل المبالغ المالية الباقية في ذمته، بعد أن أوقف تنفيذ الإكراه البدني لوفائه بجزء من الالتزام.

---

[68] بربارة عبد الرحمان ، طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية و الجزائية ، ط ، 2منشورات بغدادب ، الجزائر ، سنة . 2013، ص . 406

[69] قرساس خديجة، أحكام الإكراه البدني في القانون ،06-18مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة المسيلة، السنة الجامعية ،2019-2018ص 37

[70] علي محمد جعفر، العقوبات والتدابير وأساليب تنفيذها، ط ، 1المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و و التزيع، الاسكندرية، مصر، ،1998ص4

المطلب الرابع: شروط وخصائص الحكم بالحق في الحبس :

يتناول المطلب الثالث فرعين وهما كالتالي، الفرع الأول يتكلم على شروط الحكم بالحق في الحبس ،أما الفرع الثاني فيحتوي على خصائص الحكم بالحق في الحبس:

الفرع الأول: شروط الحكم بالحق في الحبس:

يلزم لنشوء الحق في الحبس ان يكون بصدد مدين ملتزم باداء شيء معين، وان يصبح هذا المدين دائنا في ذات الوقت وبهذا نكون امام شخصين كل منهما دائنا ومدينا في نفس الوقت نفسه [71],من اي انه لنشوء الحق في الحبس يجب ان يكون على المدين الملزم باداء دينه ولكن لم يقم على ذلك وان يتحول المدين الى دائن اي يقوم باداء شيء لشخص اخر ومن اجل الاحاطة بكل هذه الشروط تم تقسيم الدراسة الى ثلاثة اقسام وهي:

أولاً: شرط ان يكون الحابس ملزم بآداء الشيء:

للقيام للقيام الحق في الحبس يجب ان يكون الحابس مدينا ،للطرف الاخر باداء شيء وهو محل الذي يراد عليه الحبس. والدين المستحق في ذمه الحابس قد يكون مصدره العقد او العمل غير مشروع او الاثراء بلا سبب او نقص القانون[72],اي ان الحق في الحبس ينفع على كل تعامل قانوني وعلى الاشياء الماديه كالاموال او العقارات او الغير الماديه كالقيام بالعمل او تركه، غير ان يستثنى من هذا ذكرنا الاموال العامه لانها ليست ملك خاص كما نصت عليه المادة 689 من ق م ج [73]

---

[71] بلحاج العربي،أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)ط2،دار هومه الجزائر 2015ص314

[72] سعيد صبري محمد ،الواضح في شرح القانون المدني أحكام الالتزام (دراسة مقارنة)دار الهدى ،طبعة جديدة مزيدة ومنقحة ،الجزائر ص172

[73] أنظر المادة 689من ق،م،ج، المادة 636/1 من القانون رقم 08/09 مؤرخ في 25فيفري2008 ،يتضمن قانون اجرائات المدنية والإدارية ، الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية العدد21الصادرة بتاريخ 23أفريل 2008.

ثانيا: ان يكون حق في الحابس مستحق الآداء

في هذا الشرط تتجلى خصائص الحق في الحبس باعتباره وسيلة الضغط خاصة لحمل المدين على الوفاء بالتزامه ووسيلة لضمان الوفاء بحق الدائن الحابس[74].

- ان يكون التزام المدين مدنيا: ليكون الالتزام مدنيا يجب ان لا يكون الالتزام طبيعي وهو ما نصت عليه المادة 160 ق م ج " المدين ملزم بما تعهد به، غير لا يجبر على تنفيذ اذا كان الالتزام طبيعيا" اي انه في هذه الحاله لا يمكن ممارسة الحق في الحبس على المدين ما دام ان الالتزام طبيعي[75].

- ان يكون حق الحابس غير مشروط وغير مؤجل: يضل الحق في الحبس قائما حتى استيفاء الحق بالكامل ويجوز الحبس حتى ولو نفذ المدين التزامه تنفيدا جزئيا او معيبا[76], لان الحق في الحبس هو ضمان استرجاع حق من المدين وهو ما دفع الدائن على تنفيذه عليه ،وحتى الاجل الذي منحه القاضي للمدين المعسر لا يحول دون استعمال الدائن الحق في الحبس، وايضا الوقت الذي يمنحه الدائن للمدينه.

ثالثا: وجود ارتباط بين إلتزام الحابس وحقه: ان العلاقة بين الالتزام الحابس وحقه فقد تكون علاقة قانونية تبادلية وقد تكون مادية

1- **مفهوم الارتباط وانواعه :**

ان الارتباط هو الالتزامين سواء كان الارتباط قانونيا او ماديا وهذا يكون حيث توجد العلاقة قانونية تبادلية بين الحق الدائن والتزامه بتسلم الشيء[77], والارتباط المادي يكون في حالتين :

[74] نبيل إبراهيم سعد، أحكام الالتزام والاثبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية2013,

[75] سرايش زكريا، الحق في الحبس وأثره في الضمان، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه علوم، جامعة الإخوة منتوري، كلية الحقوق، تخصص القانون الخاص قسنطينة , 2016-217,ص128

[76] منصور محمد حسين، النظرية العامة للالتزام وأحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية 2006 ,ص 168

[77] بلحاج العربي ،أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)،مرجع سابق ص320

- اذا ارفق الحائز مصروفات ضروريه او نافعه على شيء يكون هذا الاتفاق على عقد معين دون ان يكون ملزم للجانبين مثل الوديعة[78], وان يكون الاتفاق في ظل وجود عقد مثل الإتفاق على حبس عقار ما او منقول بعد ان يحوزه[79].
- اذا سبب الشيء ضررا لحائزه يستحق عنه تعويضا : يحدث عندما يتسبب الشيء في ضرر لشخص معين فتقوم المسؤوليه التقصيرية للمسؤول عن الشيء فان لم يكن شيء وقع في حوزة المتضرر، فليس لهذا الاخير الا ان يطالب بحقه وفق وسائل المشروعة[80].

2- اهميه التمييز بين الارتباط القانوني والمادي:

ان في الارتباط المادي المنسوب الى المصروفات انفقها الحائز على الشيء يحتج بحق الحبس على الغير ولو كان الحق الغير ثابتا قبل الاتفاق[81], اما في الغير هذه الحالة من حالات الارتباط المادي والارتباط القانوني فلا يحتاج بالحق في الحبس على الغير[82],في الارتباط الموضوعي او المادي يقتصر الحبس على الشيء ذاته الذي انفق عليه مصروفات او لحقه بسببه ضرر على حين انه في الارتباط القانوني

3 –كيفيه استعمال الحق في الحبس:

بكل اختصار ومما سبق من خلال الشروط يتضح ان استعمال الحق في الحبس يكون عند الاستفاء كامل الشروط ويكون بترخيص من القضاء ويعرض على المدين تنفيذ هذا الالتزام عرضا حقيقيا وبالرغم من هذه الشروط الا انه يمكن لا انه هناك بعض الامور بها يمكن عدم استعمال الحق في الحبس وهي :

- عندما يقوم الدائن باعذار المدين

---

[78] دربال عبد الرزاق ،الوجيز في أحكام الالتزام ،دار العلوم للنشر والتوزيع ،عنابة 2004ص24

[79] سرايش زكرياء ،مرجع سابق ص140

[80] سرايش زكرياء ،مرجع سابق ص141

[81] خوجة حسينة، حق الحبس، بحث لنيل شهادة ماجيستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية. ص45

[82] سلطان أنور، أحكام الالتزام الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار النهضة الغربية، الإسكندرية 1983,ص 175

- عندما يقوم الدائن لتنفيذ التزامه للدائن.

الفرع الثاني : خصائص الحكم بالحق في الحبس:

- **الحق في الحبس يقع بقوة القانون**

نقصد بهذه السيمة أن الحق في الحبس لا يحتاج إلى ترخيص من القضاء باستعماله، وأنه متى توافرت شروطه، يجب على صاحب الحق فيه أن يتمسك به لكي يقع ولا يحتاج ذلك لحكم قضائي يقرره. وحكم وقوعه بقوة القانون كونه ذو طبيعة جزائية، وهو مقرر على مخالفة مبدأ وجوب الوفاء بالالتزام، ولهذا الجزاء وظيفته الوقائية. وهو يقع من وقت تحقق سببه، متى تمسك به من تقرر لمصلحته، كما أنه يستمد وجوده من مجرد نص القانون عليه.

- **الحق في الحبس لا يقبل التجزئة:**

يقصد بعدم قابلية حق في الحبس التجزئة أن الوفاء الجزئي للمدين لا يرتب عنه انقضاء الحق في الحبس بصفة جزئية، فالدائن يحق له التمسك بحبس كامل الشيء حتى ولو تم بصفةجزئية من المدين , شأنه في ذلك شأن كل حقوق ضمان، فهو يمنح الدائن الحق في أن يمتنع عن تسليم الشيء كله، حتى يستوفي حقه من أصل الدين ومصروفاته وفائدة[83].

- **الحق في الحبس مظهر من مظاهر العدالة الخاصة**

رغم احتكار السلطات العامة لقوة الجزاء والإجبار فإنها تنزل عن حق الإجبار الجماعي، مبيحة الإجبار الخاص عن طريق الاقتصاص الفردي، وان يكن ذلك في حدود ضيقة مرسومة، كما هو الشأن في حالة الدفاع الشرعي، حيث يباح للفرد الدفاع عن نفسه وعن ماله ولو باستعمال القوة دفعا للعدوان غير المشروع. كذلك له أن يستعمل الحق في الحبس للدفاع عن ماله. حيث يستطيع الدائن، من خلال الحق في الحبس أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، وأن يحبس ما تحت يده دون اللجوء للقضاء. لكن التنفيذ الجبري قد يصطدم في بعض الأحيان ببعض العقبات المتعلقة بالشخص المدين، إذ الأصل أن المدين بعمل أو بامتناع عن عمل يلتزم به.

[83] بلحاج العربي، أحكام الالتزام في ضوء الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة،)ط ،3دار الثقافة ،عمان،2012 ,ص180

- **الحق في الحبس وسيلة دفاعية وقائية:**

يؤكد الفقه على اتسام الحق في الحبس بالطبيعة الوقائية، حيث يرى الفقه أن فكرة الجزاء هي إحدى الأفكار القانونية التي رصدها المشرع يبتغي من ورائها الوقاية والعلاج، فمن الجزاء ما هو وقائي مرصود بهدف منع وقوع الضرر، ومن الجزاء ما هو علاجي يستهدف جبر الضرر الذي نزل بشخص معين. ولذلك يقرر بعض الفقه "أنه وسيلة دفاعية ممتازة يستعملها الأطراف –إذا ما توافرت شروطها– لكي يصلوا إلى غايتهم وهو أقل خطورة من الفسخ، حيث يتفادى تحطيم العقد.[84]

- **الحق في الحبس يتعلق بالعقار والمنقول على سواء**

أي أن مجاله جميع الأشياء والأموال الداخلة في دائرة التعامل الشرعي والقانوني، وهو لا يخضع لنظام الشهر العقاري وإجراءات القيد إذا تعلق بعقار، لأنه ليس حقا عينيا محضا، ومنه فالحق في الحبس لا يضمن لصاحبه أي خاصية إيجابية ،وعلى ذلك ليس للدائن الحابس– بصفته هذه–حق الأفضلية أو التتبع على المعنى المقصود في الحقوق العينية التبعية[85].

[84] عبد الوهاب نسيمة –بوقبة دليلة , حالات مشروعية الامتناع عن الوفاء على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر حقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، بجاية، .02, ص .4-5

[85] رأفت محمد أحمد حماد، مفهوم الحق في الحبس وطبيعته كوسيلة ضمان في القانون المدني (دراسة مقارنة،) مجلة الشريعة والقانون، ع ،ج1-2020 ,ص 180

المطلب الخامس : الموازنة بين مفهوم الاكراه البدني والحق في الحبس في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

1- الموازنة بين مفهوم الإكراه البدني في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

لم تقم الشريعة بتعريف الاكراه البدني بشكله الخاص وانما قامت بتعريف الاكراه بشكله العام , حيث تتحدث عن حالة المدين قبل نزول الوحي وبعد انتشار الإسلام .

قامت الشريعة الإسلامية بذكر أنواع المدين وهم المعسر والموسر على عكس القانون الدي لم يتطرق لهم .

عرفت الشريعة الإسلامية الاكراه بانه "حمل الغير على ما يكره بالوعيد بالقتل أو التهديد بالضرب أو السجن أو إتلاف المال أو الاذى الشديد أو الايلام القوي ", فهنا تدخل كل الوسائل المؤدية الى الاكراه من الضرب وقتل وايلام بالجسد , حيث ان القانون اقتصر على تعريف الاكراه البدني بانه حبس للمدين فقط دون احداث الضرر كالضرب او القتل .

2- الموازنة بين تعريف الحق في الحبس في الشرع والقانون:

لقد توافق الشرع مع القانون في تعريف الحق في الحبس وذالك بانه وسيلة ضغط تفرض على المدين لترغمه على الوفاء بإلتزامه نحو الدائن ، غير ان القانون الجزائري فصل واضاف فئة اخرى من الدائنين وهم الذين يكونون دائنين ومدينين في نفس والوقت حيث قال: ‘‘وهي ايضا بمثابة ضمانة خاص اعطاه القانون لكل دائن يكون مدينا في نفس الوقت ‘‘ اي انه يمكن للمدين ايضا استعمال الحق في الحبس مااستدانه من الدائن حتى ينفد الدائن إلتزامه اذا كان بينهما اتفاق ،وما نستنتجه ان استعمال الحق في الحبس هو وسيلة ضغط يقوم بها الدائن على المدين لاستيفاء حقه وهي وسيلة ضمان ايضا للمدين حتى يستوفي الدائن التزامه اذا كان بينهما التزام.

الخاتمة

الخاتمة:

وفي الاخير هذه الدراسة المقارنة التي تناولنا فيها موضوع ذو اهمية بالغة في عصرنا هذا ولحجم اثره الكبير على المجتمع الا وهو اكراه المدين في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري، والذي نكون قد حاولنا قدر المستطاع بجمع كافة المعلومات حول مفهوم عناصر البحث لادراكه ومحاولة توضيح الموضوع، وكذا ابراز اهم العوامل التي تؤدي لظهور تخلف السداد الدين، الذي بدوره يظطر الدائن لاكراه المدين وايضا اظهار الوسائل وطرق الشرعية والقانونيه التي يجب تحلي بها الاكراه المدين واسترجاع حق الدائن .

ولقد كانت هناك صعوبات جمة اثناء البحث وقبله، من صعوبة احتواء الموضوع وصعوبة استقراء النصوص القانونية والاحكام الشرعية، وايضا لصعوبة الوصول إلى المصادر الموضوع، وندرتها رغم انتشار هذه الظاهره الكبير وتواجدها منذ القدم .

ومن النتائج المستخلصة من الدراسة موضوع البحث، هي نتائج كثيرة وذات فائدة عظيمة على الفرد والمجتمع، ومن اهم هذه النتائج نجد :

- انه لا يلجا الدائن لاكراه المدين الا بعد عدم الوفاء بالالتزام الذي تم الاتفاق عليه.
- اكراه المدين يكون وفق وسائل قانونية تصدر من المحكمة بحكم القاضي وفق دعوة من الدائن بعد التحقق من كامل شروط الدعوة.
- توفر وسائل للاكراه المدين والتي هي وسائل القانونية كان لها دور هام في تنظيم المجتمع من حل المشاكل وحفظ للحقوق سواء من استرجاع حق الدائن او حمايه كرامه المدين .
- ونستنتج ايضا ان اكراه المدين يكون بالتدرج ابتداءً بالغرامة التهديدية ثم اللجوء الى الاكراه البدني والحق في الحبس.
- اخذ في عين الاعتبار حالة المدين المعسر او الموسر اثناء اكراه المدين واستعمال وسائل الاكراه عليه .
- حماية النفس وحفظ المال وصيانة الكرامة وبتالي تنظيم الفرد والمجتمع.

واستنادا للنتائج المستخلصة يجب علينا ارشاد انفسنا وغيرنا باهمية الوفاء بالدين وعدم الاستهزاء به ، سواء بكتابته او بالاتفاق على شروط سداده ، وايضا اللجوء الى وسائل القانونية بعد عدم الوفاء بالآداء ، لاكراه المدين على الاداء ، وحماية الحق والنفس ، ومراعاه اسباب عدم الوفاء المدين وايضا حالته.

وفي الاخير يجب علينا التمسك بالشريعة الاسلامية ، وهذا بتعلم الفقه الاسلامي ، لادراك ما هو لك وما هو عليك، وايضا طاعة ولي الامر ، واحترام أحكامه ، وهذا هو غاية من الدراسة المقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون.

فهرس الآيات القرآنية

فهرس الآيات القرآنية:

الرقم	الآية	الصفحة
01	{يَا أَيهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتبُوهُ ۚ..} [البقرة، الآية: 282].	
02	{وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ۚ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ ۖ إِنْ كُنتُمْ تعْلَمُونَ} [البقرة ،الآية: 280]	
03	﴿ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾ [الانعام، الآية: 119]	08
04	﴿ وَلَا تلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التهْلُكَةِ ﴾ [البقرة، الآية: 195]	08
05	﴿ مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾ [النحل، الآية: 106]	09
06	﴿ وَالَّذِينَ يؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بِغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا فقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا ﴾ [الاحزاب: 58]	09
07	﴿ وَمَنْ يُكْرِهْهُنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِنْ بعْدِ إِكْرَاهِهِنَّ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ [النور،الآية: 33].	11
08	﴿ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ ﴾ [النحل، الآية: 106]	12
09	﴿ وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ﴾ [البقرة، الآية: 280]	36
10	﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون﴾ [البقرة، الآية: 280]	53

فهرس الأحاديث النبوية

فهرس الأحاديث النبوية

الرقم	طرف الحديث	الصفحة
01	«أَيُّمَا رَجُلٍ يَدِينُ دَينًا وَهُوَ مُجْمِعٌ أَنْ لَا يوَفِّيَهُ إِيَّاهُ لَقِيَ اللَّهَ سَارِقًا»	
02	« إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استُكرِهوا عليه »	10
03	« لا طلاق في إغلاق»	13
04	« إنَّ الله معَ الدَّائنِ حتَّى يقضِيَ دينَه ما لم يَكُن فيما يَكرَه الله »	17
05	« مَن أخَذَ أمْوالَ النَّاسِ يُرِيدُ أداءَها أدَّى اللَّهُ عنْه، ومَن أخَذَ يُرِيدُ إتْلافَها أتْلَفَهُ اللَّهُ »	17
06	« نفس المؤمن مُعَلّقة بدَيْنِه حتى يُقْضى عنه »	17
07	« مَنْ ماتَ وهو بَريءٌ مِن ثلاثٍ: الكِبرُ، والغُلولُ، والدَّينُ؛ دَخَلَ الجَنَّةَ »	17
08	« ...ومن اخد يريد اتلافها أتلفه الله »	17
09	« الآن حين بردت عليه جلده »	17
10	« اللهم اني أعوذ بك من المأثم والمغرم ، فقال له قائل: ما أكثر ماتستعيذ يارسول الله من المغرم ؟ قال: إن الرجل إذا غرم حدث فكذب ووعد فأخلف »	18
11	« نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه دينه »	53
12	« خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك »	54
13	« مطل الغني ظلم »	54
14	« لي الواجد يحل عرضه وعقوبته حتى يبرئ ذمته »	54
15	« من أنظر معسرا أو وضع عنه أظله الله في ظله »	54

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم:

رواية ورش عن نافع من طريق الأزرق

المصادر والمراجع:

- أحمد بن فارس , معجم مقاييس اللغة pdf , دار الفكر ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م ,ج4
- أحمد محمود خليل , كتاب الافلاس التجاري والاعسار المدني , دار منشاة المعارف الاسكندرية ,1987,
- أحمد بن محمد بن علي الفيومي, المصباح المنير في غريب الشرح الكبير , المكتبة العلمية - بيروت , ج2
- أحمد محمود خليل،شرح الإفلاس التجاري في قانون التجارة الجديد،منشأة المعارف، الإسكندرية2002 ,
- أحمد مختار عمر , معجم اللغة العربية المعاصرة , عالم الكتب - القاهرة 1429 - 2008 , ط1,ج1
- إدوار عاني الدهني ، مجموعة بحوث قانونية ، ط ، سنة ، 1987توزيع دار الكتاب الحديث.
- أحسن بوسقيعة ، المنازعات الجمركية ، ط ، 2دار النشر النخلة ، ،2001ص371
- الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري , ديوان المطبوعات الجامعية , الساحة المركزية بن عكنون – الجزائر.
- بخيت محمد بخيت علي، الغرامة التهديدية أمام القضاء المدني الجوانب الموضوعية والإجرائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

- بلحاج العربي،أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)ط2،دار هومه الجزائر 2015ص314
- بلحاج العربي، أحكام الالتزام في ضوء الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة،)ط ،3دار الثقافة ،عمان،2012 .
- بأحدث اجتهادات المحكمة العليا (دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر ، 2013.
- بربارة عبد الرحمان ، طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية و الجزائية ، ط ، 2منشورات بغدادي ، الجزائر ، 2013 .
- أبو بكر ابن العربي ,كتاب أحكام القرآن لابن العربي , دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان ١٤٢٤ هـ – ٢٠٠٣ م, ط3 ,ج 1,
- دربال عبد الرزاق ،الوجيز في أحكام الالتزام ،دار العلوم للنشر والتوزيع ،عنابة 2004.
- ابن رشد , بداية المجتهد ونهاية المقتصد ,دار الحديث – القاهرة ١٤٢٥هـ – ٢٠٠٤ م ,ج4,
- أبو زهرة، محمد: أصول الفقه، دار الفكر العربي.
- سعيد صبري محمد ،الواضح في شرح القانون المدني أحكام الالتزام (دراسة مقارنة)دار الهدى، طبعة جديدة مزيدة ومنقحة ،الجزائر.
- السنهوري عبد الرازق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الإثبات، أثار الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ،2006.
- سيد سابق,كتاب فقه السنة ,دار الكتاب العربي، بيروت – لبنان الطبعة: الثالثة، ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م, ج3.
- سلطان أنور، أحكام الالتزام الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار النهضة الغربية،الإسكندرية 1983,ص 175

- سامة نائل المحيسن الوجيز في الشركات التجارية والإفلاس،دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،5995.

- صبحي عرب، محاضرات في القانون التجاري، الإفلاس والتسوية القضائية، مطبعة الكاIنة، الجزائر، ،2000

- عز الدين مرداسي، الغرامة التهديدية في القانون الجزائري، دار هومة للنشر، الجزائر، .2008

- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، دار الطبع ، منشورات الحلبي الحقوقية ، سنة ، 1998.

- علي محمد جعفر، العقوبات والتدابير وأساليب تنفيذها، ط ، 1المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و و التزيع، الاسكندرية، مصر، ،1998.

- عبد الرزاق السنهوري , مصادر الحق في الفقه الإسلامي, منشورات الحلبي الحقوقية , ج5

- الكيلاني عامر محمود، أحكام الالتزام آثار الحق في القانون المدني (دراسة مقارنة،) دار الثقافة، عمان، ،0232.

- الكسواني عامر محمود أحكام الالتزام آثار الحق في القانون المدني، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، 2010، ص 112.

- لسان العرب لابن منظور ج13

- مصطفى أحمد الزرقا،: المدخل الفقهي العام، دار القلم. دمشق، ط1418 ،1هـ/1998م

- مجمع اللغة العربية بالقاهرة , المعجم الوسيط , دار الدعوة , ج2.

- منصور محمد حسين، النظرية العامة للالتزام وأحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية 2006 .

- مصطفى كمال طه , الوجيز فى القانون التجاري: الأوراق التجارية العقود التجارية عمليات البنوك الإفلاس , مؤسسة المعارف للطباعة والنشر, 1973

- مبارك سعيد ،أحكام القانون التنفيد ،ط1،مطبعة التعليم العالي العراق 1989
- نبيل إبراهيم سعد، أحكام الالتزام والاثبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية2013,

الأطروحات والرسائل والمذكرات الأكادمية:

- براهيمي فايزة , مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون , الأثر المالي لعدم تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية , جامعة بومرداس ,
- بيازة أميرة , مقتضيات الإكراه البدني في التشريع الجزائري , مذكرة مكملة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر , حقوق تخصص: قانون جنائي ,جامعة العربي , تبسة.
- حسن نعمة ياسر الياسري , الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقة الاسلامي والقانون المقارن , دراسة تحليلية مقارنة , ط1,
- خوجة حسينة، حق الحبس، بحث لنيل شهادة ماجيستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية.
- زين العابدين بلماحي، الوسائل القانونية لضمان تنفيذ القرارات القضائية الادارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام كلية الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية ،2008-2007
- سرايش زكريا، الحق في الحبس وأثره في الضمان، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه علوم، جامعة الإخوة منتوري، كلية الحقوق، تخصص القانون الخاص قسنطينة , 2016-2017
- سعيداني محمد، الغرامة التهديدية على الإدارة في التشريع الجزائري، مذكرة من متطلبات نيل شهادة الماستر حقوق تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة زيان عاشور، الجلفة 2017.
- عبد العزيز بن سعد الحلاف, أثر الإكراه في القصاص والحدود في الشريعة الإسلامية , رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير.

- علي عثماني، آليات تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية الإدارية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية تخصص الدولة و المؤسسات العمومية، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، باتنة، سنة. 2018

- بن عاشور صفاء، تدخل القاضي الاداري في تنفيذ قراراته ضد الشخص المعنوي العام، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع تنفيد الاحكام القضائية، جامعة الجزائر كلية الحقوق ، ،2014

- عبد الوهاب نسيمة –بوقبة دليلة , حالات مشروعية الامتناع عن الوفاء على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر حقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، بجاية.

- قرساس خديجة، أحكام الإكراه البدني في القانون ،06-18مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة المسيلة، السنة الجامعية ،2019-2018

- منصر عادل وبشيرين محند الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار المنفذ ضده، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2018.

- مرابط عمار، الإكراه البدني في التشريع الجزائري على ضوء العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء ، الدفعة ، 12السنة ، 2001-2004الجزائر.

المواقع الإلكترونية:

- دروس في القانون في اليوتيوب , الحل النهائي لمشكلة الدائن والمدين , تاريخ النشر : 2022/02/25 . تاريخ الاطلاع : 16 مارس 2023

- مفهوم الدائن والمدين والفرق القانوني بينهم , مقالة من اعداد اية الوصيف , تاريخ النشر : 12 اكتوبر 2019, تاريخ الاطلاع : 16 مارس 2023

- الموسوعة العقدية, مجموعة من الباحثين بإشراف الشيخ عَلوي بن عبد القادر السقاف, موقع الدرر السنية على الإنترنت ج6 ,ص340

الأوامر القانونية:

- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج . ر ، ج. ج ، عدد ،21، بتاريخ 23 أفريل 2008.
- المادة 689من ق،م،ج، المادة 636/1 من القانون رقم 08/09 مؤرخ في 25فيفري2008 ،يتضمن قانون اجرائات المدنية والإدارية ، الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية العدد21الصادرة بتاريخ 23أفريل 2008.
- مر رقم 91-52المؤرخ في 19جانفي ،1552يحدد القواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف، عدد 98الصادر بتاريخ14حانفي.1996

المجلات والدورات:

- الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري , ديوان المطبوعات الجامعية , الساحة المركزية بن عكنون – الجزائر .
- رأفت محمد أحمد حماد، مفهوم الحق في الحبس وطبيعته كوسيلة ضمان في القانون المدني (دراسة مقارنة،) مجلة الشريعة والقانون، ع ،ج1-2020 ,
- راشد راشد , الاوراق التجارية الافلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري ,
- ميمونة سعاد، مدى التزام الادارة بتنفيذ القرارات القضائية الإدارية الصادر ضدها، مجلة الفقه والقانون، جامعة تلمسان، العدد الخامس والعشرون ، ،2014
- الموسوعة الفقهية الكويتية ’وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت , دارالسلاسل – الكويت ط2 ,ج3

ملخص:

تهدف هذه الدراسة المقارنة ، في موضوع اكراه المدين في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري ، الى استرداد المال وحق الدائن وفي نفس الوقت حماية الكرامة وحق المدين.

ولقد طرحت تساءلا لدراسة الموضوع وكان كالاتي : ما هي وسائل اكراه المدين ومقارنتها في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري ، واعتمدت المنهج المقارن اكيد مع الاستعانة بالمنهج الاستقرائي والتحليل ايضا.

ولقد خلصت هذه الدراسة الى نتائج واهمها:

- ان الاكراه المدين يكون وفق وسائل قانونية يصدر الحكم بها من طرف القاضي، بعد استيفاء كامل الشروط، والاقرار بعدم الوفاء المدين .
- ان استعمال وسائل اكراه القانونية لها منعكس ايجابي في حفظ النظام والامن للفرد والمجتمع.
- ان جوهر استعمال وسائل الاكراه هو لحماية النفس وحفظ المال وصيانة الكرامة .

وعليه من النتائج الدراسة، نستخلص انه علينا الالتزام بالوفاء مهما كان بواتباع والالتزام بالقانون، مع مراعاة الشريعة الاسلامية ، في ذلك وهذا بالتفقه في الدين، ومعرفة القانون، وطاعة ولي الامر ، على تحقيق الامن والامان ونظام .

الكلمات المفتاحية:

– الاكراه المدين ، –الدائن ، –حالات تخلف عن السداد الدين: (الافلاس الاعسار) ،–وسائل الاكراه :(الغرامة التهديدية ، الاكراه البدني والحق في الحبس)

Summary:

This comparative study aims to explore the concept of debtor coercion in Islamic jurisprudence and Algerian law, with the objective of recovering debts while protecting the dignity and rights of both the debtor and the creditor. The study raises the question of the means of debtor coercion and compares them in Islamic jurisprudence and Algerian law, utilizing a comparative and inductive analysis approach.
The study concludes with several important findings:

- Debtor coercion is carried out through legal means, which are determined by the judge after fulfilling specific conditions and acknowledging the debtor's failure to fulfill their obligations.
- The use of legal means of coercion has a positive impact on maintaining order and security for individuals and society.
- The essence of using coercion means is to protect oneself, safeguard assets, and preserve dignity.
- Based on these findings, it is emphasized that adherence to fulfilling obligations and compliance with the law, while also considering Islamic principles, is crucial. This requires understanding religious teachings, knowledge of the law, and obedience to authority to achieve security, safety, and order.

Keywords:
Debtor coercion – Creditor - Cases of debt default: bankruptcy, insolvency - Coercion means: penalty fines, physical coercion, and the right to imprisonment.

فهرس المحتويات:

المحتوى	الصفحة
الشكر والإهداء	
مقدمة	01
الفصل الأول: ماهية الإكراه والدائن والمدين و حالات تخلف الدائن عن السداد، في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري	
المبحث الأول: مفهوم الإكراه والدائن والمدين في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري.	05
المطلب الأول: مفهوم الاكراه في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري	05
الفرع الاول: مفهوم الإكراه شرعاً	05
أولاً: تعريف الإكراه	05
تعريف الاكراه لغة	05
الاكراه في اصطلاح الفقهاء	06
ثانيًا:انواع الإكراه	06
1- الاكراه الملجئ او الكامل	06
2- اكراه غير ملجئ او الناقص	07
ثالثا : شروط الاكراه	07
رابعا: أثر الإكراه في التصرفات الحسية	08
أ- أحكام الاخرة	08
1- التصرف الحسي المباح	08
2- التصرف الحسي المرخص بالاكراه	09
3- التصرف الحسي الحرام الذي لا يباح ولا يرخص فيه بالاكراه	09
ب- أحكام الدنيا	10
خامسا: اثر الاكراه في التصرفات الشرعية	12
اولا: التصرفات الشرعية المعنية	12
ثانيا: مفهوم الإكراه قانونا	13
المطلب الثاني: مفهوم الدائن و المدين في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري	16
الفرع الأول: مفهوم الدائن والمدين شرعا	16
أولا: تعريف الدين	16

ثانيا: تعريف الدائن والمدين في الفقه الاسلامي	18
الفرع الثاني: مفهوم الدائن والمدين قانونا	19
المطلب الثالث: الموازنة بين مفهوم الإكراه والدائن والمدين في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري	20
الفرع الأول : الموازنة بين مفهوم الاكراه شرعا وقانونا	20
الفرع الثاني : الموازنة بين مفهوم الدائن والمدين شرعا وقانونا	21
المبحث الثاني: بعض حالات تخلف الدائن عن سداد الدين.	22
المطلب الأول : الافلاس	22
الفرع الأول : مفهوم الافلاس في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري	22
الفرع الثاني: شروط الافلاس في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري	23
الفرع الثالث: أنواع الافلاس	33
المطلب الثاني: الاعسار	34
الفرع الاول: الاعسار في الفقه الاسلامي	34
الفرع الثاني: الاعسار في القانون	35
المطلب الثالث: المقارنة بين الإفلاس والإعسار في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري والقانون الوضعي	36
أولا: الفرق بين الافلاس والاعسار في الفقه الاسلامي	36
ثانيا: الفرق بين الافلاس والاعسار في القانون الجزائري والوضعي	36
الفصل الثاني : وسائل إكراه المدين	
تمهيد	39
المبحث الأول: الغرامة التهديدية	40
تمهيد	40
المطلب الأول: مفهوم الغرامة التهديدية في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري	40
الفرع الأول: مفهوم الغرامة التهديدية في الفقه الاسلامي	40
الفرع الثاني: مفهوم الغرامة التهديدية في القانون الجزائري	41
المطلب الثاني: أنواع الغرامة التهديدية و طبيعتها القانونية	42
الفرع الاول : انواع الغرامة التهديدية	42
اولا: الغرامة التهديدية الوقتية	42
ثانيا: الغرامة التهديدية القطعية	42
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للغرامة التهديدية	43

اولا: الغرامة التهديدية امر بالتنفيذ	43
ثانيا: الغرامة التهديدية ترتبط بتنفيذ حكم قضائي	43
ثالثا: الغرامة التهديدية ليست اجراء من اجراءات التنفيذ	44
المطلب الثالث: خصائص وشروط الحكم بالغرامة التهديدية	44
الفرع الاول : خصائص الحكم بالغرامة التهديدية	44
الفرع الثاني: شروط الحكم بالغرامة التهديدية	46
المطلب الرابع: الموازنة بين مفهوم الغرامة التهديدية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري	51
المبحث الثاني : الإكراه البدني والحق في الحبس	52
المطلب الاول: مفهوم الإكراه البدني و الحق في الحبس شرعا وقانونا	53
الفرع الاول:مفهوم الإكراه البدني شرعا وقانونا	53
الفرع الثاني: مفهوم الحق في الحبس شرعا وقانونا	56
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للإكراه البدني ، وشروط الحكم به	57
الفرع الأول :الطبيعة القانونية للاكراه البدني	57
الفرع الثاني: شروط الحكم بالاكراه البدني	58
المطلب الثالث: شروط وخصائص الحكم بالحق في الحبس	61
الفرع الأول: شروط الحكم بالحق في الحبس	61
الفرع الثاني خصائص الحكم بالحق في الحبس	62
المطلب الرابع: خصائص الحكم بالإكراه البدني ، والآثار المترتبة عليه	63
الفرع الأول : خصائص الاكراه البدني	63
الفرع الثاني : الآثار المترتبة على الاكراه البدني	66
المطلب الخامس : الموازنة بين مفهوم الاكراه البدني والحق في الحبس في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري	68
الخاتمة	70
فهرس الايات القرانية	73
فهرس الاحاديث النبوية	75
قائمة المصادر والمراجع	77