

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع:

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم القانون الخاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

مبدأ نسبية أثر العقد في مواجهة المتعاقدين والأغيار

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

التخصص: القانون الخاص

الشعبة: الحقوق

تحت إشراف الأستاذ(ة):

بن طرية معمر

من إعداد الطالب(ة):

عزاز شريفة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة).....بن بدرة عفيف..... رئيساً

الأستاذ(ة).....بن طرية معمر..... مشرفاً مقررًا

الأستاذ(ة).....بن عبو عفيف..... مناقشاً

السنة الجامعية: 2020/2019

نوقشت يوم: 2020/08/29

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...﴾

الآية (1) من سورة المائدة.

صدق الله العظيم.

كلمة شكر

الحمد لله والشكر الذي وفقنا لإتمام هذه المذكرة راجين من المولى عز وجل أن يتقبل منا هذا العمل خالصا لوجهه الكريم.

نتقدم بالشكر الجزيل للأستاذ المشرف "بن طرية معمر" على إشرافه وإبداء ملاحظاته وتوجيهاته القيمة من أجل إعداد هذه المذكرة والشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة.

وأتقدم بشكر خاص جدا للأستاذ سلام عبد الله أطل الله في عمره.

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى من أنار لي مشوار حياتي، والذي الكريمين أطال الله في عمرهما وفي طاعة الله ورسوله.

وإلى إخواني مريم، زهيرة، حكيمة وأخي الوحيد أبو بكر.

إلى أصدقائي الأعزاء فوزية، منصورية، فتيحة، عبديّة، هبة، حكيمة.

إلى كل من قدم لي يد المساعدة من قريب أو من بعيد ولو بعبارات تشجيع.

قائمة المختصرات

- ج.ر: الجريدة الرسمية.
- ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.
- ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.
- ط: الطبعة.
- د.ط: دون طبعة.
- د.د.ن: دون دار نشر.
- ص: صفحة.
- ع: عدد.
- ف: فقرة.

مقدمة

تعتبر إرادة الإنسان وقدرته الطبيعية على الاختيار هي الظاهرة التي يحكمها التشريع، وتبرز هذه الإرادة بصورة قوية في العقد، وليقد حظي هذا الأخير باهتمام العديد من فقهاء القانون المدني، لأنه المصدر الأساسي لنشأة الحقوق والالتزامات، ووسيلة مهمة في المعاملات المدنية والتجارية بين الأفراد.

فإذا نشأ العقد صحيحا وفقا للأركان والشروط التي يتطلبها القانون ترتبت عليه آثار قانونية ملزمة لكلا الطرفين، بحيث يصبح هذين الأخيرين خاضعين لقوة العقد وما يترتب من التزامات تعاقدية.

إن مبدأ القوة الملزمة للعقد من المبادئ المستجدة من مبدأ سلطان الإرادة، غير أن نطاقها يخضع لفكرة نسبية آثار العقد سواء من حيث الموضوع أو من حيث الأشخاص. فبالنسبة لقوة الملزمة للعقد من حيث الموضوع تتمثل في إلزام المتعاقدين بما ورد في العقد، وما هو من مستلزماته، والتي لا يمكن التحلل منها إلا بمقتضى اتفاق أو نص في العقد أما فيما يخص القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص التي تنصرف إليهم آثار العقد أي الأطراف المتعاقدة دون غيرهم، حيث يلتزمون بما نشأ عن العقد من التزامات ويكتسبون ما تخلف عنه من حقوق، ومن هذا المنطلق يبدأ موضوع دراستنا المنصب حول القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص أو ما يعرف بالآثار النسبي للعقد.

فالعقد النسبي في أثره معنى أن قوته الملزمة لا تتعدى المتعاقدين أي أن آثاره لا تنتج إلا في مواجهتهما، أما فيما يخص الغير فهو لا يتلقى حقوقا ولا يتحمل التزامات من عقد لم يكن طرفا فيه، فهو يظل بعيدا عن التأثير بالعقد، غير أن العقد يعتبر تصرفا قانونيا بالنسبة لأطرافه ويعتبر واقعة قانونية بالنسبة للغير لا يمكن إنكارها أو تجاهلها فقد تغير من مركزه القانوني.

وبالتالي، لما كانت الآثار تتمثل في الحقوق والالتزامات التي كان للمتعاقدين دور هام في إحداثها، ومنه وجب عليهما تحملها، وذلك تطبيقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ومنه كقاعدة عامة لا يمكن أن نلزم شخصا لم يكن طرفا في العقد أو بالأحرى لم يلزم نفسه بموضوع العقد. غير أنه تجدر الإشارة إلى أن مصطلح المتعاقدين واسع فهو لا يقتصر على الأطراف التي

شاركه في إبرام العقد بل تتعداهم إلى أشخاص آخرين هذا من جهة، ومن جهة أخرى نجد أن آثار العقد تنصرف إلى الغير هذا كاستثناء على مبدأ نسبية العقد.

أسباب اختيار الموضوع:

هناك عدة أسباب دفعتنا إلى اختيار الموضوع منها ما هو ذاتي ومنها ما هو موضوعي وتتمثل هذه الأسباب في:

السبب الذاتي: الميول الشخصي إلى نظرية الالتزام وخاصة مصدره العقد، وما يترتب عليه من حقوق والتزامات.

- تعميق معارفنا ومكتسباتنا القبلية بهذا الجانب إلهام في حياتنا اليومية، وكذلك نظرا لكونه له صلة وثيقة بالتخصص الدراسي.

- الرغبة في القيام بدراسة تحليلية للموضوع لإبراز مدى تعارض وتكامل بين مبدأ سلطان الإرادة المتمثل في قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ومع الأثر النسبي للعقد والاستثناءات المترتبة عنه.

السبب الموضوعي: كثرة النزاعات المطروحة أمام القضاء وفي المجتمع بحد ذاته بحيث يعد هذا الأخير مصدر لكل هذه النزاعات والمشاكل، كذلك أيضا نظرا للتطور الذي شهده مجال العقود حيث أصبح هناك أنواع كثيرة ومختلفة للعقود وبالتالي تعددت أسباب التعاقد.

أهمية الموضوع:

إن دراسة الأثر النسبي للعقد ذو أهمية كبيرة في المجال القانوني لأنه يتناول أهم مبدأ في القانون المدني، وهو مبدأ سلطان الإرادة في شقه الموضوعي المعروف بقاعدة العقد "شريعة المتعاقدين".

تظهر أهمية الموضوع كذلك أنه هناك استثناءات على مبدأ نسبية العقد، وهذا ما يجعل القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص قاعدة ليست مطلقة بل تتخللها النسبية.

وفقا لقاعدة القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص والتي تقضي كما أشرنا سابقا أن للعقد قوة تلزم أطرافه الذين ارتضوه ولا تتعداها إلى غيرهم، غير أن هذه القاعدة تصطدم بظروف

مغايرة تحول دون تنفيذها واستمرارها في حالات معينة، وذلك بسبب ما تعرفه المعاملات العقدية من تطور وتغير، ومن هنا تتجلى إشكالية الدراسة التي نطرحها كما يلي:

- إذا كان الأصل في العقد هو أنه شريعة المتعاقدين، فهل يعني ذلك أن آثاره تقتصر على أطرافه الذي أبرموه، أما أنها تتعدى إلى الغير الأجنبي الخارج عن العلاقة التعاقدية؟.

وللإجابة عن هذه الإشكالية اعتمدنا في بحثنا على المنهج التحليلي والوصفي لأن هذا الموضوع يتطلب استقراء بعض النصوص القانونية وتصنيفها إلى قواعد وأحكام واستنباط ما يمكن أن ينسجم مع روح القانون الجزائري.

ولمعالجة هذا الموضوع ارتأينا إلى تقسيم البحث إلى فصلين نعرض في الفصل الأول مبدأ نسبية أثر العقد في مواجهة المتعاقدين، حيث بيّنا فيه انصراف آثار العقد إلى العاقدين الأصليين في المبحث الأول، ومدى انصراف آثار العقد إلى خلف المتعاقدين في المبحث الثاني، والفصل الثاني تطرقنا فيه إلى مبدأ النسبية أثر العقد في مواجهة الأغيار، حيث تناولنا التعهد عن الغير في المبحث الأول والاشتراط لمصلحة الغير في المبحث الثاني، لنختم البحث بخاتمة نشير فيها لبعض الاستنتاجات والاقتراحات والتوصيات.

الفصل الأول:

مبدأ نسبية آثار العقد في مواجهة المتعاقدين

باعتبار العقد تصرفاً قانونياً يربط بين شخصين فأكثر يترتب على نشوءه صحيحاً التزامات وتقابلها حقوق في ذمم المتعاقدين دون الغير وهذا ما يعبر عنه بمبدأ نسبية أثر العقد ومفاده أن آثار العقد تكون في مواجهة طرفيه والأشخاص الذين تربطهم صلة معينة بالمتعاقدين كالخلف العام والخلف الخاص وكذا الدائنين العاديين نتيجة ما يؤدي العقد من زيادة أو نقصان في الضمان العام للدائنين، ولهذا فإن انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين يقتضي منا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: انصراف آثار العقد إلى العاقدين الأصليين.

المبحث الثاني: انصراف آثار العقد إلى خلف المتعاقدين.

المبحث الأول: انصراف آثار العقد إلى العاقدين الأصليين.

يقتضي مبدأ الأثر النسبي للعقد كأصل عام أن آثار العقد لا تتصرف إلا لأطرافه المتعاقدة وبصورة كاملة دون قيد أو شرط لأن العقد لا ينفذ ولا يضر إلا عاقديه، ومن ثم فالشخص الذي لم يكن طرفاً فيه ولا تربطه به أي صلة لا يربته العقد أي التزام كما لا يكسبه أي حق، لذلك فلا يثار أي تساؤل بشأنه، مادام أن آثار العقد لا تتصرف إليه من الناحية المبدئية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن النائب الذي يتعاقد باسم الأصل وعلى الرغم من أنه حضر مجلس العقد وهو من أبرمه إلا أن آثار هذا العقد لا تتصرف إليه وإنما تتصرف إلى الأصل مباشرة دون النائب.

من خلال هذا المبحث سنتناول انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين وذلك من خلال مطلبين حيث سنتطرق إلى العقد شريعة المتعاقدين في المطلب الأول والنيابة في التعاقد في المطلب الثاني.

المطلب الأول: العقد شريعة المتعاقدين.

نصت على هذه القاعدة المادة 106 من القانون المدني الجزائري بقولها: «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين وللأسباب التي يقررها القانون». ويقصد بهذه القاعدة كأصل عام أن ما اتفق عليه المتعاقدين بناء على إرادتهما يلزم كلاهما بتنفيذه ولا تملك أي الإرادتين لوحدها حق تعديل ما ورد في العقد أو نقضه إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، ذلك أن العقد ثمرة اتفاق تم بين إرادتين، فلا تستطيع إرادة واحدة أن تهدم بمفردها ما بنته الإرادتين، وعلى هذا الأساس سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى دراسة المقصود بالعاقدين الأصليين (الفرع الأول) والتزام بالمتعاقدين بالعقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المقصود بالمتعاقدين.

يقصد بالمتعاقدين الأصليين، كل شخص اشترك في إبرام العقد وعبر عن إرادته وتوافقت تلك الإرادة مع إرادة الشخص الآخر أو عدة أشخاص من أجل إحداث أثر قانوني ويجب أن تتوفر في إرادة المتعاقد شروط وهي خلوها من عيوب الرضا المتمثلة في الغلط والتدليس

والإكراه وبالإضافة إلى ذلك توفر عنصر الأهلية في المتعاقد لينتج العقد آثاره ويكون صحيحاً¹. ويقصد أيضاً بأطراف العقد الأشخاص الذين شاركوا في إبرامه فهو يلزمهم بالتزامات كما يكسبهم أيضاً حقوقاً، ولكن أطراف العقد ليسوا دائماً هم من تولوا إبرامه فقد يبرمه شخص آخر ينوب عن الطرف الأصلي وهذا واضح في قواعد النيابة².

تثبت صفة المتعاقد لمن ساهم في إبرام العقد عن طريق الإيجاب والقبول للعناصر الأساسية وعلى هذا الأساس فإن المتعاقدان هما طرفا العقد الذي أبرماه باسمهما ولحسابهما، فهو يلزمهما بالتزامات كما يكسبهم في نفس الوقت حقوق. الفرع الثاني: التزام المتعاقدين بالعقد.

النتيجة المباشرة لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين تقضي بعدم نقض وتعديل العقد إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون وعليه فإن القاعدة تلزم المتعاقدين باحترام بنود العقد فهو وليد إرادتهما المشتركة وما تعقده إرادتين لا تحله إرادة واحدة إذ لا يجوز بأي حال من الأحوال أن ينفرد أحد المتعاقدين بإجراء نقض أن تعديل في أحكام العقد إلا إذا اتفق أطرافه ويسري هذا التحريم في حق القاضي كذلك، فلا يجوز له المساس بمضمون العقد بل هو ملزم باحترام مقتضيات العقد كما تم الاتفاق عليها دون إضافة، وتغيير وهذا ما سنبينه فيما يلي:

أولاً: حرمان المتعاقد من النقص أو تعديل العقد بإرادته:

يتعلق العقد بقوته الإلزامية إزاء المتعاقدين حيث يصبح الاتفاق بين الأطراف على الشروط التي تتواجد في العقد مثلها مثل القانون، وهذا الأخير لا يجوز إلغاؤه أو تعديله إلا باتفاق جميع الأطراف أي المتعاقدين لا يمكن لهم التحلل من قيود هذا العقد بإرادة المنفردة³.

وعليه كأصل فإن المتعاقدين ملزمون بتنفيذ ما اتفق عليه في العقد حيث لا يجوز أن ينفرد

¹ - ليندة منصور، القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر، جامعة أحمد بوقرة، كلية الحقوق بوادو، بومرداس 2015، ص 06.

² - فريدة زواوي، مبدأ نسبية العقد، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، 1922، ص 07.

³ - إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، الفعل المستحق للتعويض، الإثراء بلا سبب، القانون، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 292.

أحدهما بنقض أو تعديل العقد بإرادته المنفردة ولكن المشرع جعل استثناء على هذه القاعدة وأقر أنه يجوز للمتعاقدين عند التعاقد وذلك طبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين الاتفاق على منح هذا الحق لأحدهما وكذلك قد رخص القانون لأحد المتعاقدين نقض العقد أو التعديل منه.

قد يتفق المتعاقدان في العقد على أنه يجوز لكل منهما إنهاء العقد بإرادته المنفردة كأن يتفق في عقد إيجار محل تجاري على تحديد مدة الإيجار بثلاث سنوات قابلة للتجديد ما لم يرغب أحدهما في إنهاء العقد¹.

كما قد يرد نص قانوني على جواز إنهاء العقد سواء من طرف أحدهما أو كليهما، وذلك قبل انتهاء مدته أو تنفيذه، ولقد تم النص على حالة إنهاء العقد لأي من طرفيه في عقد وكالة حيث نصت المادة 587 من القانون المدني الجزائري بقولها: «يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة بأجر فإن الموكل يكون ملزماً بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول».

ونجد كذلك في عقد العارية أنه يجوز للمعير طلب إنهاء العارية إذا لم يحدد لها أجل لانتهائها، وهذا ما ذهبت إليه نص المادة 546 فقرة 2 من القا.ال.الج: «فإن لم يكن هناك سبيل لتعيين مدة العارية جاز للمعير أن يطلب إنهاؤها في أي وقت»، كما له أن يطلب إنهاؤها في أي وقت وذلك في الحالات التي نصت عليها المادة 547 من القا.ال.الج حيث نصت على أنه: «يجوز للمعير في أي وقت أن يطلب إنهاء العارية في الأحوال التالية:

- إذا عرضت له حاجة عاجلة للشيء لم تكن متوقعة.
 - إذا أساء المستعير استعمال الشيء أو قصر الاحتياط لواجب المحافظة عليه.
 - إذا أعسر المستعير بعد انعقاد العارية أو كان معسراً قبل ذلك دون علم المعير².
- وتجدر الإشارة كذلك من بين الحالات الاستثنائية التي أجازها المشرع على جواز تعديل

¹ - علي فيلاي، الالتزامات والنظرية العامة للعقد، دون طبعة، موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص363.

² - عبد الرحمان خليفاتي، مدى إعداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، سنة 1987، ص44.

ونقض العقد هو أنه يجوز لأحد الطرفين نقضه أو تعديله برخصة من القانون وذلك يكون في حالة تحريم الالتزام مدى الحياة إذ من غير الممكن أن الشخص يلتزم طيلة حياته وخاصة في العقود الزمنية، حيث أعطى القانون ترخيصاً بقابلية إنهاؤها بالإرادة المنفردة، حيث في هذا الشأن ذكرت بعض الحالات الواردة في القا.الم.الج، مثل نص المادة 440: «تنتهي الشركة بانسحاب أحد الشركاء إذا كانت مدتها غير معينة...» والمادة 544: «...فإن لم يكن هناك سبيل لتعيين مدة العارية جاز للمعير أن يطلب إنهاؤها في أي وقت...».

ومنه تتنافى حرية الفرد وهي الحقوق الأساسية مع الالتزام مدى الحياة، ومن ثم فإن العقود الزمنية التي لم تعلن مدتها تكون بمقتضى ترخيص من القانون، قابلة للإنهاء من طرف واحد ودون رضا الطرف الثاني كما هو في الأمثلة السابقة الذكر¹.

وتمنح الرخصة من القانون كذلك من أجل نقض أو تعديل العقد في حالة انعدام الثقة لأن بعض العقود تقوم على أساس الثقة وبالتالي فإذا انعدمت هذه الثقة لا يمكن استمرار العقد وفي هذه الحالة يسمح المشرع للمتعاقد بإنهاء العقد أو تعديل شروطه بإرادة المنفردة وهذا الحال في عقد الوكالة مثلا حيث يكون الشخص الوكيل محل اعتبار².

ثانيا: حرمان القاضي من النقض أو التعديل:

طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فإن القاضي يحظر عليه نص أو تعديل في العقد هذا كأصل عام إلا أن المشرع الجزائري أجاز القاضي على سبيل الاستثناء تعديل العقد والتدخل في العلاقة العقدية التي تربط بين المتعاقدين وذلك في حالات معينة أهمها الشروط التعسفية في عقد الأذعان، الظروف الطارئة، الشرط الجزئي.

¹ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص363.

² - المادة 587 من القانون 58/75 المتضمن القا.الم.ا لا يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدتها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك فإذا كانت الوكالة بأجر فإن الموكل يكون ملزما بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول.

1- الشروط التعسفية في عقد الأذعان¹:

حيث للقاضي أن يتدخل في العقد وذلك إما تعديل الشرط التعسفي طبقا لمقتضيات العدالة، بالإضافة إلى ذلك له الحق في تقرير ما إذا كان الشرط التعسفي أم لا² كما له أن يلقي الشرط التعسفي إذا كان لم يكتفي تعديله لإزالة أثر التعسف، وذلك لرفع الأجحاف عن الطرف الضعيف وإعادة التوازن للعلاقة التعاقدية ومن مظاهر الحماية التي جسدها المشرع للمدعى.

2- الظروف الطارئة:

من بين الحالات الأخرى التي يتدخل فيها القاضي لتعديل العقد نجد الظروف الطارئة أي إذا طرأت حوادث استثنائية، حيث أنه إذا تراخى تنفيذ العقد بحيث مضى وقت بين انعقاده وتنفيذه، ووقعت حوادث غير عادية كحرب مثلا، بحيث أصبح تنفيذ المدين لالتزامه مرهقا ومؤديا إلى خسارة فادحة³ حيث أنه في هذه الحالة جاز للقاضي أن يختار الطريقة التي تحد من الإرهاق في تنفيذ الموجب. فقد يرى زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، كما قد يرى إنقاص الالتزام المرهق أو يجمع بين الوسيلتين في وقت واحد، فيزيد من الالتزام الدائن وينقص من الالتزام المدين، ولكنه يبقى على عاتق المدين ما يعتبر زيادة مألوفة في عبئ الالتزام، ولا يوزع على عاتق الطرفين سوى الزيادة الغير مألوفة في هذا العبئ، وقد يرى القاضي أن يوقف تنفيذ العقد بينما يزول الظرف الطارئ إذا تبين للقاضي أن الدائن لا يلحقه ضرر كبير من جراء الوقف المؤقت⁴.

¹ - عقد الأذعان: هو العقد الذي يقبل أحد طرفيه كامل الشروط وبنود العقد دون أن يكون له حق في تعديلها أو إضافة عليها وليس له مناقشتها وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو تكون منافسة محدودة النطاق في شأنها، محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر 2007، ص123.

² - شوقي بناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقد في ضوء القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد على الممارسات التجارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسة، العدد2، جامعة الجزائر، سنة 2009، ص178.

³ - د.عدنان إبراهيم سرحان، د.نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2008، ص259.

⁴ - د.إلياس ناصف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، البحث الأول، أحكام الالتزام، مفاعل العقد، الجزء 02، ص35.

3- الشرط الجزئي:

هو اتفاق مسبق بين المتعاقدين على تقدير قيمة التعويض في حالة إخلال المدين بالتزامه العقدي، ومنه جاز للقاضي التدخل في تعديل العقد في حالة ما إذا تضمن على الشرط الجزئي. أي أن القاضي يمكن له التدخل في العقد بتعديل الشرط الجزئي الذي اتفق عليه مسبقاً من قبل الأطراف وذلك إما بتخفيضه أو بزيادته أو بإلغائه.

حيث يقوم القاضي بالنسبة لتخفيض الشرط الجزئي في حالتين هما إما بسبب التقدير المفرد أو التنفيذ الجزئي، ففي الحالة الأولى فإذا تبين للقاضي أن قيمة التعويض المتفق عليها فيها مبالغه كبيرة تتجاوز حتى الضرر الذي يمكن أن يقع، أما الحالة الثانية التي يجوز للقاضي تخفيض الشرط الجزئي إذا نفذ المدين التزامه الأصلي في جزء منه بشرط أن يكون هذا التنفيذ تافهاً.

كما أن القاضي يعدل العقد وذلك بزيادة الشرط الجزئي المتفق عليه في حالة ما إذا كان ارتكاب غشا أو خطأ جسيم، حيث يقع على الدائن إثبات ذلك، وهذا ما نصت عليه المادة 185 من القانون المدني: «إذا تجاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيماً» كما أنه يتعين على القاضي تقدير التعويض بما يتفق والضرر اللاحق بالدائن¹.

كما أن للقاضي سلطة إلغاء الشرط الجزئي وهذا طبقاً لنص المادة 184 من ق.م «لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقاً إذا أثبت المدين أن لم يلحقه أي ضرر يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر...» بمعنى أنه إذا أثبت المدين أنه لم يلحقه أي ضرر من جراء عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه، وقد كان الدائن والمدين قد اتفق على شرط جزئي بشأن هذا الالتزام، وفي هذه الحالة لا مجال لتطبيق هذا الشرط إذ يتدخل القاضي لإلغائه، باعتبار أن الدائن لم يلحقه أي ضرر يجعله

¹ - سعيدة باشا، الشرط الجزئي في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، 2018/2017، ص55.

يستحق هذا التعويض المقدر الذي تلقاه¹.

المطلب الثاني: النيابة في التعاقد.

كأصل عام في التعاقد فإن الشخص يباشر عملية إبرام العقد بنفسه ولحسابه والآثار الناتجة عن التصرف القانوني تتصرف إلى أطرافه إلا أنه استثناء على ذلك أن العقد قد يبرمه الشخص بواسطة شخص آخر ينوب عنه وهذا ما يسمى بالتعاقد عن طريق النيابة.

وتكون في حالة تمنع المتعاقد من تولي عملية التعاقد بنفسه لأسباب مختلفة منها القانونية كأن يكون الشخص ناقص الأهلية وقد تكون أسباب مادية أو شخصية تمنعه من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، ونحن من خلال دراستنا لهذا المطلب سنتطرق إلى مفهوم النيابة في التعاقد (الفرع الأول) وإلى الآثار المترتبة عنها مع الإشارة إلى نظام تعاقد الشخص مع نفسه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد النيابة في التعاقد.

الأصل أن الرضا الذي يتم به انعقاد العقد يجب أن يصدر من المتعاقدين، غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة إذ قد يتم العقد عن طريق النيابة، فيكون الرضا صادرا من النائب وليس من الأصيل، ونحن من خلال دراستنا لهذا الفرع سنتناول كل من المقصود بالنيابة في التعاقد، بالإضافة إلى الشروط الواجب توفرها في النيابة في التعاقد.

أولا: المقصود بالنيابة في التعاقد:

حلول إرادة شخص معين يسمى النائب محل إرادة شخص آخر هو الأصل في إنشاء تصرف قانوني تتصرف آثاره إلى ذمة الأصيل².

وطبقا لنص المادة 74 من الم.الج التي تنص: «إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقد باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل»، والمادة 75 من نفس القانون «إذا لم يعلن المتعاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا فإن أثر العقد لا

¹ - د.نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، الدار الجامعية الجديدة للنشر الأرازيطة، الإسكندرية، سنة 2003، ص76.

² - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص138.

يضاف إلى الأصيل دائنا أو مدينا إلا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب»¹.

كما يقصد بالنيابة عموما قيام النائب وهو من الغير بالتعبير عن إرادة الأصيل ويتعاقد باسمه ولحسابه، مما يترتب عنه انصراف آثار ما قام به النائب إلى الشخص الذي تم التعاقد باسمه ولحسابه.

ثانيا: شروط النيابة في التعاقد:

إضافة إلى الشروط العامة الواجب توافرها في كل العقود، نجد أن النيابة حتى تكون صحيحة يجب أن تتوفر على شروط خاصة وتتمثل في حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل، تصرف النائب باسم الأصيل ولحسابه، عدم تجاوز حدود النيابة.

1- حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل:

مفاد هذا الشرط أن إرادة النائب تحل محل إرادة الأصيل وبالتالي فإن إرادة النائب في نظر القانون هي التي تؤخذ بعين الاعتبار وهو ما يميز النائب عن الرسول، إذ أن هذا الأخير ليس بنائب وإنما يكمن دوره في نقل التعبير من المرسل إلى المرسل إليه، ولا يراعي ما يشوب إرادته من عيوب مادام أنه قام بمهمته بشكل صحيح وتكون إرادة المرسل هي التي يعتد بها، في حين أن النيابة تقتضي النظر في إرادة النائب، إذ لا يمكن أن يبرم العقد إذا كان النائب فاقدا للتمييز هذا من جهة، ومن جهة أخرى يختلف مجلس العقد بين كل من الرسول والنائب، فالتعاقد عن طريق الرسول هو تعاقد بين غائبين في حين التعاقد بالنيابة هو تعاقد بين حاضرين إذا جمع مجلس العقد كل من النائب والأصيل.

لذلك فالعبرة بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل وهذا طبقا لنص المادة 73 ف 1 من ق.م.ج «إذا تم العقد بطريق النيابة، كان الشخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر إلى عيوب الرضا، أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو افتراض العلم بها

¹ - أمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1795 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بقانون رقم 07/80 المؤرخ في أوت 1980.

حتما».

يترتب على حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل أنه إذا كانت إرادة النائب يشوبها عيب من عيوب الإرادة كغلط أو التدليس أو إكراه، فإن العقد يكون قابلا للإبطال حتى وإن كانت إرادة أصيل سليمة من أي عيب¹ جدير بالتتويه أن النظر إلى إرادة الأصيل بخصوص الأهمية لا يصح إلا في النيابة الاتفاقية، أما النيابة القانونية فالنائب فيها يستمد سلطاته من القانون وليس من الأصيل، وبناءا عليه فإن إرادته هي التي محل اعتبار وليس إرادة الأصيل الذي يمكن أن يكون عديم الأهلية أو ناقصها²، كما أن في النيابة الاتفاقية فإن إرادة الأصيل تساهم مع إرادة النائب في إبرام التصرفات القانونية لكن حدود المساهمة تختلف بحسب طبيعة الوكالة إن كانت عامة أو خاصة وبحسب عمل الوكيل، بمعنى هل كان يعمل طبقا لتعليمات محددة أم غير محددة ومنه يتضح أن الوكيل عبر عن إرادته الخاصة أم عبر في نفس الوقت عن إرادة الموكل، كل ذلك مرده إلى النائب في الوكالة الاتفاقية يستمد سلطاته من إرادة الأصيل وليس من القانون كما هو الحال في النيابة القانونية مما يترتب عنه مجموعة من الآثار أهمها:

1- أن تحديد عيوب الرضا تكون بالنظر إلى إرادتي كل من الموكل والوكيل معا لاسيما إذا كان الوكيل يتصرف وفق تعليمات محددة من موكله.

2- ضرورة الرجوع إلى إرادة الوكيل بخصوص العلم بعض الظروف الخاصة التي قد تؤثر في العقد، إلا أن هذا لا ينطبق إذا تصرف الوكيل طبقا لتعليمات حددت له من الموكل، إذ في هذه الحالة يعتد بإرادة الموكل فقط دون الوكيل وهو ما تناوله المشرع الجزائري في المادة 73 ق.م.ج السالفة الذكر.

3- باعتبار أن آثار عقد الوكالة تتصرف إلى الأصيل (الموكل) فإن الأهلية تتحدد في النيابة الاتفاقية بالنظر إلى الشخص الموكل فالعقد صحيح مادام الموكل أهلا للتعاقد، حتى ولو كان

¹ - سمير عبد السيد تناعو، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، ط1، 2009، ص23.

² - محمد حسام محمد لطفى، النظرية العامة للالتزام، القصر للطباعة والدعاية والإعلان، القاهرة، مصر 2009، ص53.

الوكيل ناقص الأهلية¹.

2- تصرف النائب باسم الأصيل ولحسابه:

يشترط في النيابة أن يتعامل النائب باسم الأصيل لا لحسابه الخاص ولا يعتد بقصدته لأنه أمر باطني لذلك يجب أن يعلن أنه يتعاقد بصفته نائباً، فإذا لم يفعل ذلك فإن آثار العقد لا تضاف إلى الأصيل، وإنما تضاف إلى النائب شخصياً هذا ما يعني أنه ينبغي أن يكون الطرف الآخر على علم بصفة النائب، فالغير الذي يتعامل مع النائب يكون عارفاً منذ البداية أن آثار التصرف تنصرف إلى الأصيل، كما أن العلم بوجود النيابة قد يكون حقيقياً كما قد يكون حكماً، حيث أن النائب يفصح عادة عن صفاته، ويقدم ما يثبت أنه يتعاقد نيابة لا يشترط ذكر اسم الأصيل في العقد بل يكفي أن يذكر النائب أنه يتعاقد نيابة عن شخص آخر سيذكر اسمه فيما بعد، كما قد تفهم النيابة ضمناً من الظروف كما في حالة العامل الذي يتعاقد نيابة عن صاحب المحل الذي يعمل فيه، أما إذا لم يعلن صفته وقت إبرام العقد لحساب الأصيل فإن النيابة لا تتحقق ويترتب آثاره في ذمة نائب الأصيل باعتباره أصيلاً، هذا ما أشارت إليه المادة 75 من الق.م.الج بقولها: «إذا لم يعلن المتعاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً، فإن آثار العقد لا تضاف إلى الأصيل دائماً أو مديناً، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة، أو كان يستوي عنده أن يتعامل أو النائب² لكن إذا كان النائب يعمل باسمه، والغير يتعامل باسم الأصيل أضيف العقد إلى الأصيل وهذا ما نصت عليه المادة 74 من ق.م.ج وهما حالتين:

- إذا كان من المفروض حتماً أن الغير يعلم بوجود النيابة.

- أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب.

¹ محمد علي دوير، النظرية العامة للالتزام، القسم الأول، مصادر الالتزام، دراسة تحليلية مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص99.

² محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2000، ص276.

3- عدم تجاوز حدود النيابة:

يجب أن يلتزم النائب حدود النيابة، حيث على النائب أن يتعامل في الحدود التي وكل فيها دون أن يتجاوزها، ولا ينصرف أثر العقد إلى الأصيل إلا في هذه الحدود فإذا تجاوزها فيكون مصير التصرفات التي قام بها باطلة مثلها مثل قيام الولي أو الوصي أو القيم ببيع أموال الصغير أو المحجور عليه دون استئذان المحكمة، ذلك لأن النائب لم يقصد إلزام نفسه حتى ينتج العقد آثاره في ذمته ولم تكن له صفة إلزام الصغير أو المحجور عليه بهذا العقد، فلا ينشئ العقد التزامات في ذمة هذا الأخير، غير أنه يرد على هذه القاعدة استثناء وهو أن تتصرف آثار العقد إلى ذمة الأصيل رغم التجاوز وهي:

الحالة الأولى: ترجع إلى فكرة الفضالة، فيكون تجاوز النائب حدود سلطاته نفعا للأصيل، وذلك إن وجدت فرصة سانحة ولم يستطع الرجوع إلى الأصيل، وكانت الظروف يغلب معها الظن أن الأصيل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف، وعلى النائب في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الأصيل بخروجه عن حدود النيابة¹.

الحالة الثانية: أن يكون هناك إقرار من طرف الأصيل لتصرف النائب، إذ أن القرار اللاحق كإذن السابق، ويسري أثر العقد إلى الفصيل من يوم إبرام العقد، لا من يوم صدور الإقرار.

الحالة الثالثة: ترجع إلى فكرة النيابة الظاهرة، فقد تقوم ظروف تحمل الغير المتعاقد مع النائب، وفقا لأسباب معقولة وبحسن نية إلى الاعتقاد بأنه يتعامل مع النائب في حدود سلطته، خاصة بالنسبة للنيابة الاتفاقية التي تتم غالبا بالإرادة المنفردة، فمن الضروري حماية الغير المتعامل مع النائب الذي يجهل أن الأصيل قد أنهى عقد الوكالة، خاصة إذا ترك سند النيابة في يد النائب، فهنا تقرر حماية وفقا للأوضاع الظاهرة، ويسمى النائب هنا بالنائب الظاهر، وتنتج النيابة آثارها في مواجهة الأصيل² طبقا لنص المادة 76 الق.م.الج بقولها: «إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذي يبرمه، حقا كان أو

¹- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص145.

²- فريدة زواوي، المرجع السابق، ص11.

التزاما، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه».

الحالة الرابعة: وهي تواجد إنهاء سلطة النائب في النيابة، ويعد استمرار النائب في التصرف باسم الأصيل، رغم انقضاء نيابته خروجاً عن حدود النيابة، إلا أنه حماية للغير حسن النية، وللاستقرار المعاملات، فقد قرر القانون أنه في حالة كون النائب ومن تعاقد معه يجهلان انتهاء النيابة، كما في حالة وفاة الموكل أو عزل النائب دون وصول إقرار العزل إليه، فإن التصرف يعد أنه قد تم من النائب بوصفه هذا وتتصرف آثاره إلى الأصيل إن كان حياً، وإلى ورثته من بعده إن كان قد مات¹.

الفرع الثاني: أحكام النيابة في التعاقد.

سيتم الدراسة في هذا الفرع آثار النيابة أي الآثار القانونية المتعلقة بالتصرف القانوني الذي تم عن طريق النيابة لاسيما آثار العقد بالنسبة للأصيل وعلاقته مع النائب وعلاقته بالغير بالإضافة إلى علاقة النائب بالغير ويحدد كذلك في هذا الفرع تعاقد الشخص مع نفسه الذي يجعله يظهر بصفتين.

أولاً: آثار النيابة في التعاقد:

إذا تم العقد بطريقة النيابة فإن أثر العقد فيها بين الأصيل والنائب وآثارها فيها بين الأصيل والغير وأخيراً آثارها فيها بين النائب والغير.

1- علاقة الأصيل بالنائب:

النيابة علاقة قانونية تخول للنائب سلطة التصرف باسم الأصيل ولحسابه، وقد يكون مصدر النيابة الاتفاق، ومن ثم يجب أن يعمل النائب في حدود سلطاته، وإلا كان مسؤولاً أمام الأصيل مسؤولية عقدية، أو يكون مصدر النيابة القانون أو القضاء، فإذا قام النائب بالأعمال تتعارض مع مصالح من ينوب عنه، كان مسؤولاً على أساس المسؤولية التقصيرية.

وإذا نشأ العقد حقا كان صاحبه هو الأصيل، فلا يستطيع النائب مطالبة الغير بتنفيذ العقد، وكذلك إذا أنشأ العقد التزامات فلا يضمنها النائب، ويكون مسؤولاً عن تنفيذها إلا إذا كانت

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 146 و 147.

النيابة شاملة لإبرام التصرف وتنفيذه¹.

2- علاقة الأصيل بالغير:

فهما المتعاقدان اللذان تتصرف إليهم آثار العقد، إذن فالعلاقة بين الأصيل والغير مباشرة² وهذا ما أشارت إليه المادة 74 من الق.م.الج بقولها: «إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات تضاف إلى الأصيل».

3- علاقة النائب بالغير:

إن النائب لا يكتسب حقوق من العقد، فلا يستطيع رفع دعوى على الغير مطالبا إياه بالتنفيذ عينا أو للحصول على تعويض إلا إذا كانت نيابته تشمل أيضا تنفيذ العقد، وهنا يستطيع النائب مطالبة الغير ولكن دائما باسم الأصيل، كل هذا على أساس أن النائب يعمل باسم الأصيل ولحسابه، هذا ما يعني أنه لا علاقة بين النائب والغير إنما علاقة تنشأ مباشرة بين الأصيل والغير، وعلى أثر ذلك فإن ما يترتب عن العقد الذي أبرم بواسطة النيابة يتحول مباشرة إلى الأصيل منذ إبرام العقد فيصبح الأصيل الدائن والمدين في مواجهة الغير، إلا إذا ارتكب النائب خطأ أثناء تأدية عمله، فإنه يعتبر المسؤول عن هذا الخطأ سواء في مواجهة الغير الذي تعاقد معه أو في مواجهة الأصيل الذي أناب عن إرادته³.

ثانيا: تعاقد الشخص مع نفسه:

نقصد بتعاقد الشخص مع نفسه، أن يتعاقد هذا الشخص باسمه ولحسابه ويكون في نفس الوقت نائبا عن الشخص المتعاقد معه، مثلا كأن يقوم بشراء منقولا لنفسه كلفه المتعاقد معه ببيعه وفي هذه الحالة تتصرف آثار العقد من حقوق وواجبات المشتري إلى الشخص الذي باشر التعاقد باسمه ولحسابه كما تتصرف حقوق وواجبات البائع للأصيل بمعنى الشخص الذي

¹ - أنور سلطان، موجز في النظرية العامة للالتزام دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت 1983، ص35.

² - المرجع نفسه، ص37.

³ - خليل أحمد حسن ققادة، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص40.

ناب عنه الوكيل هذا بالنسبة للحالة الأولى، أما في الحالة الثانية فيجوز أن يتعاقد الشخص في نفس الوقت ذاته نائباً عن المشتري وتتصرف آثار العقد إلى هذين الشخصين الآخرين أي للبائع وللمشتري ولا تتصرف للشخص الذي تعاقد مع نفسه لأنه لم يتعاقد لا باسمه ولا لحسابه¹.

وتجدر الإشارة أنه من بين الحالات التي يجوز فيها التعاقد مع النفس هي:

- إذا وجد في القانون نص يجيز ذلك كما حال الولاية على المال، فلأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء كان لحسابه هو أو لحساب شخص آخر.
- إذا رخص الأصيل أو من يقوم مقامه في ذلك، فالمنع مقصود به رعاية مصلحة الأصيل، ولهذا كان له أن يقر العقد بعد تمامه وله أن يأذن به مقدماً.
- إذا قضت التجارة بغير ذلك ومثال ذلك جواز مباشرة الوكيل بالعمولة عقد البيع عن طرفيه معاً وفقاً للقانون التجاري.

المبحث الثاني: مدى انصراف آثار العقد إلى خلف المتعاقدين.

ينصرف أثر العقد إلى العاقد نفسه بصفة مطلقة وبدون قيود كما ينصرف إلى خلفائه باعتبار أن المتعاقد يمثلهما إذ أن ما يرتبه العقد اتجاه هؤلاء مقيد وغير مطلق ويتم وفق شروط حددها القانون.

وخلف المتعاقدين قد يكون من يخلف المتعاقدين في نمته المالية كلها أو بعضها كما هو الحال بالنسبة للخلف العام أو من يخلف السلف في جزء معين من نمته كما هو الحال مع الخلف الخاص، أو من يخلفه في حق شخصي كما هو الحال مع الدائنين.

فالبحث عن مدى انصراف آثار العقد إلى خلف المتعاقدين يستدعي منا التطرق إلى دراسة كل من صلة الخلافة والدائنية التي تربط هؤلاء الأشخاص بالمتعاقدين من خلال المطلبين التاليين الخلف العام والخلف الخاص (المطلب الأول) الدائنين العاديين (المطلب الثاني).

¹ - على فيلالي، المرجع السابق، ص 400.

المطلب الأول: الخلف العام والخلف الخاص.

إن الحقوق قد تنتقل من شخص إلى آخر، فيسمى الشخص الذي انتقل الحق منه بالسلف، أما الشخص الذي انتقل إليه الحق فيسمى خلفا، وعليه فإن الخلافة تقتضى ثبوت حق من الحقوق في ذمة الأصيل ثم انتقال هذا الحق الثابت له إلى الخلف¹ ومنه الخلف هو كل من انتقل إليه حقا عينيا أو شخصيا فالخلف ينقسم إلى نوعين الخلف العام هو من ينتقل إلى ذمته المالية حقوق وأيضا مع تلك الحقوق تترتب عليه التزامات أما الخلف الخاص فهو من يخلف غيره في شيء معين انتقال إليه وقد يتمثل هذا الشيء في حق عيني.

والمشروع الجزائري قرر انصراف آثار العقد إلى كل من الخلف العام والخلف الخاص ومن خلال المادة 108 و 109 من القانون المدني، وعلى هذا الأساس سنتطرق في هذا المطلب إلى انصراف آثار العقد إلى الخلف العام (الفرع الأول) والخلف الخاص (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الخلف العام.

تتصرف آثار العقد بموجب المادة 108 ق.م إلى الخلف العام ما لم يمنع القانون أو طبيعة التعامل من ذلك مع مراعاة قواعد الميراث.

بعد تحديد مفهوم الخلف العام نتناول حدود هذه القاعدة.

أولا: المقصود بالخلف العام:

الخلف العام هو كل من يخلف السلف في ذمته المالية كلها أو جزء منها باعتبارها مجموعة أموال ويكون الخلف العام إما الوارث للتركة أو موصى له بجزء منها ولا تقام الخلافة العامة إلا بعد موت السلف، وهذا ما ذهب إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 24 أكتوبر الذي جاء فيه: «من المقرر قانونا أن الإرث يستحق بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي»².

¹ حميد بن شنيطي، نظرية الالتزامات، نظرية العقد، الجزء 01، دار المطبوعات، جامعة الجزائر 01- بن يوسف خدة، سنة 2013-2014، ص196.

² قرار رقم 125622 مؤرخ في 1995/10/24، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 1996، ص117.

إن المشرع لم يتطرق إلى تعريف الخلف العام بل اكتفى بالنص عليه من خلال المادة 108 من ق.م. التي تنص: «ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ما لم يتبين من طبيعة التعاقد، أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث».

والمقصود من نص المادة أن الخلف العام هو كل من يخلف سلفه في ذمته المالية كلها أو جزء منها، أي في كسر حسابي محدد كالثالث أو الربع أو الخمس وتبرير ذلك كما ذهب بعض الفقه أن المتعاقدين عند إبرامهم للعقود فإنهم يمثلون في نفس الوقت خلفهم العام¹.

والقاعدة بالنسبة للخلف العام أن ما أثار العقد ينصرف إليه سواء من حيث ما يقرره من حقوق أو ما يوجبه من التزامات وذلك على أساس أو الوارث يعتبر امتداد لشخصية مورثه² وبعبارة أخرى فإن الحقوق التي يكتسبها الخلف والواجبات التي يتحملها ليست له ولا عليه من حيث الأصل وإنما تلقاها لكونه حل محل السلف فالخلف يلتزم بالعقد لأن السلف كان ملزما به، وقد استخلف في حقوقه وواجباته، وبالتالي فإن الخلف إذا يمارس ويتمسك بحقوق السلف وواجباته وليس بحقوقه الشخصية، وهذا هو أساس انصراف آثار العقد إلى الخلف العام³.

كما تجدر الإشارة أيضا أنه يشترط لانتقال الحقوق من السلف إلى الخلف العام أن تكون الحقوق المترتبة عن العقد قابلة للانتقال أما إذا كانت الحقوق غير قابلة للانتقال كحق النفقة وحق الانتفاع فلا ينصرف للخلف العام هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الالتزامات الناتجة عن عقد فإن المشرع الجزائري جعل قواعد الميراث من النظام العام، التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها استنادا لأحكام الشريعة الإسلامية بحيث لا تركة إلا بعد سداد الديون وهو ما جاءت به المادة 180 فقرة 1 من ق.م.ج التي تنص: يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

¹ جمال بدري، الخلف العام بين القانون المدني وقانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، عدد1، سنة 2010، ص176.

² إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص138.

³ علي فيلاي، المرجع السابق، ص323.

1- مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع.

2- الديون الثابتة في ذمة المتوفى.

3- الوصية¹.

ثانيا: قاعدة انصراف آثار العقد إلى الخلف العام:

استنادا إلى نص المادة 108 من ق.م.ج فإن الخلف العام كأصل عام تتصرف إليه آثار العقود التي أبرمها سلفه المورث فيصبح دائنا بالنسبة للحقوق المتعلقة بالتركة التي آلت إليه بعد موت مورثه، كما يصبح مدينا بالتزامات تلك التركة، كما كان سلفه أثناء حياته، وأساس هذه الخلافة يعود إلى القانون الروماني وكذا القانون الفرنسي من خلال المبدأ القائل بأن الوارث يعتبر كسلفه في شخصه وفي أمواله، ولا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الخلافة العامة ترد على أموال المورث دون شخصه كما أن الشريعة تقوم على الفصل بين الشخص المورث والشخص الوارث أي بين السلف والخلف العام، ومرد ذلك إلى انتقال التركة أو جزء منها يحكمه المبدأ الفقهي القائل بأن لا تركة إلا بعد سداد الديون والذي بموجبه لا تنتقل من أموال السلف إلا الحقوق التي انقضت منها ديون المورث، وإذا انقضت التركة ولم يبقى منها شيء فلا يحصل الوارث على شيء، ولكن إذا زادت ديون السلف، فلا يلتزم الوارث أي الخلف العام بدفع هذه الديون من ذمة المالية وإنما تسقط على المورث، وبذلك جاء نص المادة متفقا مع أحكام الشريعة الإسلامية وخاصة فيما يخص أحكام الميراث، إذ تنتقل التركة إلى الورثة (الخلف العام) بعد خلوها من الديون السلف².

ثالثا: الاستثناءات على قاعدة انصراف آثار العقد إلى الخلف العام:

يستثنى من القاعدة التي تقضي بأن العقد ينصرف إلى الخلف العام أحوال وردت الإشارة إليها في نص المادة 108 ق.م.ج المذكورة سالفا وهي حالات استثنائية ترجع إلى مقتضيات

¹ - قانون رقم 11/84 مؤرخ في 9 جويلية 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بموجب أمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، جريدة رسمية، ع 15.

² - خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 116.

قواعد الميراث وهذه الحالات تتمثل في حالات لا يخلف فيها الخلف العام سلفه مع بقاءه كذلك وحالات أخرى لا يخلف الخلف العام سلفه لاعتباره من الغير.

1- عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام مع بقاءه خلفا:

وهذه الحالات متمثلة في طبيعة التعامل ونص القانون، بالإضافة إلى اتفاق المتعاقدين.

أ- طبيعة التعاقد:

إذا كانت طبيعة التعامل تحول دون انصراف أثر العقد إلى الخلف العام ماديا أو قانونيا كإبرام عقد مدى الحياة وهذا ما نصت عليه المادة 613 ق.م.ج على: «لا يجوز للشخص أن يلتزم بأن يؤدي إلى شخص آخر مرتبا دوريا مدى الحياة بعوض أو بغير عوض...».

بالإضافة إلى حق الانتفاع بنص في القانون، أو في حالة كون شخصية المتعاقد معه محل اعتبار في العقد كعقد عمل مع فنان أو جراح أو محامي أو طبيب أو رسام، فالعقد لا تتصرف آثاره في مثل هذه الحالات إلى الورثة لأن مثل هذه العقود تنقضي بوفاة المتعاقد.

ب- نص القانون:

إذا ورد نص في القانون يقضي بعدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام كما هو الحال في حق الانتفاع الذي ينتهي بموت المنتفع (م 852 ق.م.ج) وانتهاء عقد الشركة بموت أحد الشركاء (م 439 ق.م.ج) وانتهاء عقد الوكالة بموت الموكل أو الوكيل (586 ق.م.ج) وانفساخ عقد العمل بوفاة العامل¹...

ج- الاتفاق:

قد تتجه إرادة المتعاقدين أثناء إبرام العقد أن تقتصر آثاره إليهما دون أن تمتد إلى الورثة من بعدهما بشرط ألا يكون عدم انتقال هذا الحق أو الالتزام إلى الخلف العام مخالف للنظام العام وهذا طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

¹ بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، دون طبعة، دون بلد النشر، رقم الإيداع القانوني 948-2015، ص 431، 432.

2- عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام لاعتباره من الغير:

إن أثر العقد لا ينصرف دوماً إلى الخلف العام، فقد يعتبر أحياناً من الغير كاستثناء، وبعدها تطرقنا إلى الحالات التي لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام مع بقاءه خلفاً إضافة إلى ذلك تواجد حالتين لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الوارث لأنه من الغير وهما الوصية والتصرف في مرض الموت ففي هاتين الحالتين ينظر فيها إلى الخلف العام باعتباره من الغير لأن القانون يعطي للوارث حقوق يتلقاها منه مباشرة وليس عن طريق الميراث عن سلفه، ويراد بهذه الحقوق حماية الوارث من كل التصرفات الضارة التي قد تصدر من مورثه.

أ- تنفيذ الوصية في حق الورثة في حدود تلك التركة:

تعتبر الوصية تصرف قانوني صادر من المورث وتنفذ في حق الورثة في حدود الثلث لأن المشرع في هذا الشأن أراد حماية الورثة من تصرفات مورثهم الضارة حيث اعتبر الورثة من الغير، وتكون الوصية غير نافذة في حق الورثة إذا تجاوزت ثلث التركة إلا إذا أجازوها وهذا ما جاء في المادة 185 من ق.أ.ج: «تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على ثلث يتوقف على إجازة الورثة» وجاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 24 فيفري 1991: «متى كان من المقرر شرعاً وقانوناً أن الوصية تكون في حدود ثلث التركة ومن ثم فإن النفي على قرار المطعون فيه لخرق الأشكال الجوهرية للإجراءات في غير محله يستوجب رفضه».

ب- تصرف المورث في مرض الموت:

إذا تصرف المورث في مرض الموت كالهبة والبيع والوقف والإقرار مثلاً فلا يسري هذا التصرف في حق الورثة لأن القانون اعتبرهم من الغير لذا يتوقف سريانه في حقهم على إقرارهم هذا ما نصت عليه المادة 408 ق.م.ج: «إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزاً إلا إذا أقره باقي الورثة، أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإن يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلاً للإبطال».

ومتى ثبت أن التصرف قد صدر في مرض الموت اعتبر تبرعا ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك¹.

وعليه فللورثة أن يثبت أن التصرف القانوني الذي صدر من مورثهم قد صدر في مرض الموت وذلك بجميع طرق الإثبات، هذا يعني أن عبأ الإثبات تقع على الورثة، حيث أنهم بمجرد إثباتهم ذلك اعتبر التصرف القانوني الذي أبرمه المورث تبرعا ينطبق عليه أحكام الوصية، كما أنه تجدر الإشارة إلى أنه لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا².

الفرع الثاني: الخلف الخاص.

لا يقتصر سريان أثر العقد على المتعاقدان وخلفهم العام فقط بل يسري أيضا إلى الخلف الخاص وذلك فيما يتعلق بالحقوق والالتزامات المترتبة عن العقود التي أبرمها السلف مع الغير، كما وإن انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص يختلف في الوضع انصرافه إلى الخلف العام لأنه يخلفه في حق معين من حقوقه وهذا ما يبرر القيود التي أوردها المشرع بخصوص انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص وهذا ما سنتناوله من خلال هذا الفرع.

أولا: المقصود بالخلف الخاص:

الخلف الخاص هو كل من ينتقل إليه من السلف حقا معيناً كان قائماً في ذمته، سواء كانت هذه الحقوق عينية أو شخصية أو معنوية³.

كما أن المشرع الجزائري لم يعرف الخلف الخاص كما هو أمر بالنسبة للخلف العام بل اكتفى بالنص عليه في نص المادة 109 من ق.م.ج على أنه: «إذا أنشأ العقد التزامات وحقوق شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى الخلف الخاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق الشخصية تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه، ومن خلال نص المادة نستنتج أن

¹ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص324.

² - تقيّة محمد بن أحمد، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري، مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشعار التربوية، 2003، ص 124، 125.

³ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص321.

الخلف الخاص هو من يخلف السلف في ملكية شيء مادي أو معنوي أو حق عيني على شيء كالمشتري، والموهوب له والموصى له بعين معينة والدائن المرتهن، فمثلا المشتري يعتبر خلف خاص للبائع بالنسبة للشيء الذي اشتراه أي في ملكية العين المباعة كما يعتبر الموهوب له خلف خاص للواهب في ملكية الشيء الموهوب، ومثال الاستخلاف في حق عيني نجد صاحب حق الانتفاع الذي بعد خلف خاص لمن تلقى منه هذا الحق، كما أنه كل من يتقرر له حق الارتفاق وحق الرهن يعتبر خلفا خاصا لماك الشيء الذي تقرر عليه الحق، كما قد يكون الخلف الخاص من تلقى حقا شخصا من سلفه كما في الحوالة، حيث يعتبر المحال إليه خلف خاص يختلف المخيل في حق شخصي هو المحال به¹.

أما فيما يخص مصادر الخلافة الخاصة فهي تتمثل في كل التصرفات القانونية الناقلة للحقوق والالتزامات ونص القانون، كما أن الخلافة الخاصة نجدها تتحقق أثناء الحياة الأشخاص وكذلك بعد موت احدهم، وهذا بخلاف الخلافة العامة التي تتحقق بعد الوفاة السلف².

ثانيا: شروط انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص:

لا يتحقق انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص إلا بتوافر شروط حددتها المادة 109 من ق.م.م والتي تتمثل في:

1- اتصال الحقوق والالتزامات بالحق المستخلف فيه:

يعتبر هذا الشرط الأول وأشارت إليه المادة 109 من ق.م.م والتي تنص على أنه: «إذا نشأ العقد التزامات، وحقوق شخصية تتصل بشيء...» بحيث منه نستنتج أن الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد الذي أبرمه السلف يجب أن تكون متصلة بالشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص. ومن الضروري وجود هذا الشرط لتتصرف الآثار إلى الخلف الخاص.

¹ - أنور طلبه، المطول في شرح القانون المدني، الجزء 03، المكتب الجامعي الحديث، الأزبطة، الإسكندرية، سنة 2004، ص08.

² - خليل أحمد حسن قدارة، المرجع السابق، ص119.

إن البحث في انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص يقتصر على العقود التي يبرمها السلف وتكون متصلة بالشيء موضوع الاستخلاف، أي ينحصر البحث في أثر العقود السلف المتصلة بالحق الذي انتقل إلى الخلف الخاص، لأنه لا يعد خلفا للسلف إلا في خصوص الحق الذي تلقاه وحده، ولا شأن له بالتصرفات السلف الأخرى التي لا تتعلق بالحق محل الخلافة، لأن الخلف الخاص يعد من الغير بالنسبة لتلك التصرفات ولا تسري في حقه، فالمشتري يسري في حقه العقود التي أبرمها البائع وتتعلق بالمبيع الذي وقع فيه الاستخلاف، كما لو كان قد أجر العقار قبل بيعه أو أمن عليه ضد حريق ولا شأن المشتري بعقد الإيجار أو عقد تأمين الذي أبرمه البائع على عقار آخر يملكه¹.

2- أسبقية وجود هذه الحقوق والالتزامات على تاريخ انتقال الحق المستخلف فيه للخلف الخاص:

يستوجب هذا الشرط أن يكون العقد السلف ثابت التاريخ وسابقا عن انتقال الشيء المستخلف فيه إلى الخلف الخاص، وعلى هذا الأساس فإن ما يترتب عن العقد من حقوق والتزامات تنصرف إلى الخلف الخاص أما إذا أبرم العقد بعد انتقال الشيء إلى الخلف الخاص اعتبر هذا الأخير من الغير بالنسبة للعقد ولا ينصرف أثره إليه كأن يؤجر مثلا بائع عقار عقاره بعد أن انتقلت ملكيته للمشتري فلا يكون للإيجار أدنى أثر بالنسبة للخلف الخاص.

حيث أن هذه أسبقية تتحقق قانونا إذا كان لعقد السلف تاريخ ثابت قبل انتقال الشيء إلى الخلف الخاص، حيث أنه إذا كان تاريخ الورقة غير ثابت كان من حق الخلف الخاص التمسك بعدم نفاذ التصرف المثبت فيها في حقه².

3- أن تكون الحقوق والالتزامات المترتبة عن العقد من مستلزمات الشيء:

اشتطت المادة 109 من ق.م.ج على أنه حتى يترتب العقد آثاره في مواجهة الخلف الخاص فإنه يجب أن تكون الحقوق والالتزامات التي أنشأها العقد من مستلزمات الشيء،

¹ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 289.

² - خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 124، ص 125.

ويعتبر الحق من مستلزمات الشيء إذا كان يكلمه والالتزامات من توابعه.

كما أن قواعد انتقال الحق المستخلف فيه تشير أن هذا الحق ينتقل إلى الخلف الخاص بجميع توابعه وملحقاته الإيجابية والسلبية وذلك وفقا لما تقضيه أحكام وقواعد انتقال الحق المستخلف والتي تتمثل في أن الشخص لا يدلي إلى الغير بأكثر مما يملك أو ما يعبر عنه بأن فاقد الشيء لا يعطيه، وأن الفرع يتبع الأصل والعكس غير صحيح.

أ- بالنسبة للحقوق:

يكون الحق من مستلزمات الشيء الذي ينتقل إلى الخلف الخاص متى توافرت فيه شروط ثلاثة وهي:

أ- أن يكون هذا الحق مكملا للشيء.

ب- أن يكون الحق لا يمكنه أن يستعمله سواء من يكون مالكا للشيء.

ج- أن يكون الشيء هو محل الاعتبار في تقرير الحق وليس شخص السلف.

إن المتمعن في هذه الشروط الثلاثة يتضح له أنه لا يعبر سوى عن فكرة واحدة هي تبعية الحق للشيء فالحق المتصل أو المكمل لشيء يعتبر من توابعه، وهو ذلك الحق تابع لشيء موضوع الاستخلاف ومن المعلوم أن التابع أو الفرع ينتقل مع الأصل، وذلك نظرا لارتباطه له ارتباطا وثيقا لا يقبل الانفصال والحق التابع للشيء هو الحق الذي يحفظ ويخدم الشيء كما يشكل كفالة لضمان أحسن استغلال له، مما يجعل ذلك الحق مقورا أساسا له لتعلقه به بغض النظر عن شخص مالكة، فالمالك حق الاستفادة منه¹ ومن أمثلة عن الحقوق التي تعد من مستلزمات الشيء وتنتقل معه إلى الخلف الخاص مثلا حق صاحب المتجر في مواجهة شخص معين في عدم المنافسة حيث يعتبر هذا الحق من مستلزمات المتجر وينتقل بالتالي إلى المتجر، وكذلك الحال بالنسبة للتأمين على منزل من الحريق وعدم صيانة المنزل والمصعد هنا

¹ جيلالي بن عيسى، مبدأ الأثر النسبي للعقد والاستثناءات الواردة عليه في القانون المدني الجزائري، أطروحة لنيل دكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الأساسي الخاص، جامعة عبد الحميد ابن باديس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2018/2017، ص47،48.

يستفيد مشتري المنزل من الحقوق الناجمة عن هذه العقود بوصفها من مستلزمات المبيع، أما فيما يخص أمثلة عن الحقوق التي لا تعد من مستلزمات الشيء ولا تنتقل إلى الخلف الخاص مثلا تعاقد المالك مع المقاول على إقامة بناء على الأرض، هنا لا ينتقل حق المالك قبل المقاول إلى من يشتري هذه الأرض، والتزام الجار بالإشراف على زراعة جاره لا تنتقل إلى من يشتري الأرض لأننا بصدده حق قائم على الاعتبار الشخصي ولا يعد من مستلزمات الشيء¹.

ب- بالنسبة للالتزامات:

وتكون الواجبات كذلك من مستلزمات الشيء إذا كانت تنقص وتحد من الانتفاع به فمثل هذه الواجبات تكون متصلة بالشيء لا بالمتعاقدين، كالحقوق الغيبية المقررة على الشيء فهي تتبعه ولا تتبع المتعاقدين.

ومنه نستنتج أن الالتزام من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص يجب أن تتوفر فيه شروط وهي:

- أن يكون الالتزام محدد للحق الذي يرد على الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص بحيث يقيد من استعماله للشيء أو يغل يده عن مباشرة بعض سلطات حقه كما هو الشأن في الالتزام بعدم البناء إلا على ارتفاع معين.

- أن يكون الالتزام غير قابل للتنفيذ عينا إلا ممن انتقل إليه الشيء.

- أن يكون الشيء هو محل اعتبار في تقرير الالتزام وليس شخص السلف².

ومن أمثلة الحد من سلطات المالك على الشيء التزام مالك الأرض بمراعاة قيود معينة في البناء أو التزام مشتري المنزل بعدم استعماله كمقهى أو مطعم بل للسكن، ومن ذلك أيضا عدم المنافسة في سلعة معينة في حالة بيع المتجر، وعلى ذلك إذا كان الالتزام لا يحدد الشيء الذي انتقل إلى الخلف فلا ينتقل الالتزام مع الشيء إليه، فاللتزام بائع الأرض مع مقاول لبنائها لا ينتقل إلى خلفه، واللتزام بائع سيارة نحو صاحب مكان حفظها لا ينتقل إلى مشتري السيارة ففي

¹ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 290، 291.

² - جلال علي العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية سنة 1997، ص 236.

هذه الحالة يعتبر من الغير ولا ينصرف أثر العقد إليه¹.

4- علم الخلف الخاص:

لا يكفي أن تكون الحقوق والواجبات من مستلزمات الشيء حتى يلزم الخلف الخاص بها، بل يجب أن يكون أيضا عالما بها عند إبرام تصرف قانوني مع السلف وتكون العبرة بالعلم الحقيقي لا بالعلم الحكمي بحيث لا يمكن أن يلتزم بشيء لا يعلم به وتظهر أهمية هذا الشرط خاصة بالنسبة للالتزامات المترتبة عن تصرف السلف لأنها قيود تنتقل إلى الخلف، فمن العدل أن يكون عالما بها وقت انتقالها إليه.

أما بالنسبة للحقوق فالعلم كافي لانتقالها إلى الخلف حتى وإن كان متأخر عن انتقال الشيء المستخلف فيه هذا لكونها تمثل ميزات للخلف كما أنها تزيد من قيمة الشيء ومثال ذلك إذا اشترى شخصا عقارا ثم اكتشف أن له حق ارتفاق بالمطل كان البائع تعاقد عليه مع الجار. حيث أنه قد ترتبط الحقوق بالتزامات معينة فإذا أبرم البائع تأمينا على المبيع قبل البيع فإن المشتري في هذا الحالة لا يستطيع الاستفادة من التأمين دون تحمل الأقساط الواجبة عليه فإذا تمسك الخلف بالحقوق جاز عليه تحمل الالتزامات المتقابلة هذا يعني أنه لا يمكن له أن يتمسك بالحقوق الناشئة عن عقد سلفه ومن جهة أخرى يرفض تحمل الالتزامات المترتبة عليه بحجة عدم علمه بها وقت الشراء.

المطلب الثاني: الدائنين العاديين.

كما أشرنا سابقا أن آثار العقد قد تسري من حيث الأشخاص على متعاقدين وتتعدهما إلى خلفهما العام والخاص بالإضافة أنها تمتد أيضا إلى غير هؤلاء الأشخاص وتشمل الدائنين العاديين.

لقد أثير خلاف فقهي كبير فيما يخص تحديد الطائفة التي ينتمي إليها الدائنين العاديين فبعض الفقهاء صنفهم ضمن طائفة الخلف العام والبعض الآخر صنفهم ضمن الخلف الخاص،

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام من العقد، العمل الغير المشروع، الإثراء بلا سبب القانون، د ط، دار أحياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة نشر، ص743.

كما اعتبرهم جانب من الفقه من الغير، ومن خلال دراستنا لهذا المطلب بإيجاز لهذه الآراء الفقهية في الفرع الأول ثم إلى موقف المشرع في الفرع الثاني.
الفرع الأول: مجال تحديد الدائنين.

اختلفت آراء الفقهاء فيما يخص تحديد الطائفة التي ينتمي إليها الدائنون العاديون، فمنهم من اعتبرهم من الخلف العام ومنهم من اعتبرهم خلفا خاصا ومنهم من الغير وهذا ما سنتناوله في هذا الفرع.

أولا: انصراف آثار العقد إلى الدائنين العاديين باعتبارهم خلفا عاما:

ذهب جانب من الفقه على اعتبار أن الدائنين العاديين خلفا عاما لأن لهم حق الضمان العام على جميع أموال المدين، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة 188 ق.م.ج على أنه: «أموال المدين جميعا ضامنة لوفاء ديونه من مقتضيات هذه المادة أن كل تصرف يبرمه المدين على أمواله ينصرف إلى دائنيه».

إذن الدائنين العاديين يتأثرون بطريقة غير مباشرة في التصرفات التي يقوم بها المدين حيث هذا الأخير من شأنه أن ينقص أو يزيد من هذا الضمان لأن تصرفاته تمس ذمته المالية وهو في ذلك مثله مثل الخلف العام يتأثر بجميع التصرفات التي يبرمها السلف¹.

ثانيا: انصراف آثار العقد إلى الدائنين العاديين باعتبارهم خلفا خاصا:

إذا كان الخلف الخاص هو الشخص الذي يتلقى من السلف حقا واردا على عين أو أعيان معينة مثل المشتري أو الموصى له فإن البعض الآخر من الفقهاء الفرنسيين يدمج الدائن العادي ضمن طائفة الخلف الخاص، وبالتالي تنصرف آثار العقود التي يبرمها مدينه إليه مثل الخلف الخاص تماما لأن حقوقه ومستحقة الوفاء.

ثالثا: انصراف آثار العقد إلى الدائنين العاديين باعتبارهم من الغير:

لا ينصرف آثار العقد التي يبرمها المدين إلى دائنيه، فالدائن إذا لا يخلف المدين فيما رتبته

¹ - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص88.

العقد له حقوق ولا يلتزم بالوفاء بالديون الناجمة عنه، هذا يعني أن الدائن ليس خلفا عاما لأنه لم يتلقى من مدينه كل ذمة المالية أو حصة منها كما أن للدائن حقوق لا نجدها لدى الخلف العام، بالإضافة إلى ذلك أنه إذا كان المدين على قيد الحياة نجد أن الدائن يتمتع بوسائل قانونية تضمن حمايته من تصرفات المدين الضارة، وبعد وفاة المدين نجد أن الدائن يتقدم على الخلف العام ويستوفي حقه من التركة قبل توزيعها على الورثة، ولا يؤول منها إلى الوارث أي الخلف العام إلا ما تبقى بعد سداد الديون¹.

كما أنه ليس بخلف خاص لأنه لم يتلقى حقا كان قائما في ذمة سلفه، أي أنه لم يتلقى من مدينه حقا على شيء معين بالذات² وعلى هذا الأساس فإن الدائن العادي ليس بخلف عام ولا بخلف خاص وإنما يكون من الغير بالنسبة لتصرف مدينه، وعليه فالدائن لا يخلف المدين فيما رتبه العقد له من حقوق ولا يلتزم بأثر العقد ونظرا أن الدائن العادي له حق الضمان العام على جميع أموال المدين هذا وفقا لنص المادة 188 من الق.م.الج التي تنص: «أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، وفي حالة عدم وجود حق أفضلية طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون اتجاه هذا الضمان» فالدائن نجده يستفيد بطريقة غير مباشرة من الحق الذي يكسبه المدين كون أنه يزيد في الضمان العام ويضار بطريقة غير مباشرة من الالتزام الذي يتحمل به المدين لأنه من شأنه أن ينقص من الضمان العام.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري.

وقع خلاف فقهي في تصنيف الطائفة التي ينتمي إليها الدائن العادي فهناك من يلحقه بالخلف العام ومنهم من يلحقه بالخلف الخاص ومنهم من يلحقه بالغير وسبب هذه الخلافات الفقهية راجع إلى الخلط بين نفاذ العقد ونسبية الآثار، غير أن موقف المشرع الجزائري واضح في المادة 131 من ق.م.ج التي تنص: «لكل دائن حل دينه وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان هذا قد أنقص من حقوق المدين أو زاد

¹ - فريدة زاوي، مبدأ نسبية العقد، المرجع السابق، ص52.

² - محمد حسام محمد لطفي، المرجع السابق، ص146.

في التزاماته وترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره...».

يتبين من هذا المادة أن دعوى عدم النفاذ هي دعوى مقررة لصالح الغير وهذا يعني أن المشرع الجزائري ألحق الدائن بالغير¹.

الدائن العادي يتأثر بالعقود التي يبرمها المدين التي من شأنها إنقاص في الحقوق أو الزيادة في الالتزامات لذا فإن القانون خول له حماية خاصة للحفاظ على حقوقهم المهددة في الضمان العام وذلك من خلال الحق في رفع إحدى الدعاوي الثلاث وتتمثل في الدعوى غير المباشرة، الدعوى البوليصية، وكذا الدعوى الصورية.

أولاً: الدعوى الغير المباشرة:

إن المشرع الجزائري تعرض إلى الدعوى الغير مباشرة من خلال نص المادة 189 من ق.م.ج التي تنص على: «لكل دائن ولو لم يحل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع الحقوق هذا المدين إلا ما كان منها خاص بشخص أو غير قابل للحجر ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبول إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق وأن هذا الإمساك من شأنه أن سبب عسره أو يزيد فيه، ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه غير أنه لا بد أن يدخله في الخصام». وكذلك المادة 190 من الق.م.ج التي تنص: «يعتبر الدائن في استعماله حقوق مدينه نائباً عن هذا المدين، وكل ما ينتج عن استعمال هذه الحقوق يدخل في أموال المدين ويكون ضماناً لجميع دائنيه».

نستنتج من خلال المادتين أن الدعوى غير المباشرة هي وسيلة من وسائل المحافظة على حق الضمان العام للدائنين وهي الدعوى التي يرفعها الدائن بطريقة غير مباشرة باسم ولحساب المدين بالنيابة عنه للمطالبة بحق له في ذمة الغير شرط أن يكون سكون المدين تقصيراً منه سواء من إهمال أو عن قصد، ولدعوى الغير مباشرة شروط وهي:

1- شروط المتعلقة بالمدين:

تقصير المدين في عدم استعمال حقه بنفسه والذي يتمثل في إهمال المدين بقصد أو من

¹ - فيلاي علي، المرجع السابق، ص409.

غير قصد شرط أن يكون هذا الإهمال أو التقصير من شأنه أن يؤدي إلى إعسار أو زيادة في الإعسار.

يتعين على الدائن إدخال المدين في الخصام حتى يسري حكم في مواجهته، حيث أنه إذا توافرت هذه الشروط توفرت للدائن مصلحة مشروعة تبرر من خلالها تدخله في شؤون مدينه.

2- شروط متعلقة بالدائن:

يجب أن يكون حق الدائن محقق الوجود وخاليا من النزاع.

لا يشترط أن يكون دين مستحق الأداء وإنما يكون خاليا من المزاح في وجوده ومقداره.

ثانيا: الدعوى البوليصية:

تعوض المشرع الجزائري للدعوى البوليصية من خلال المادة 191 والمادة 192 ق.م.ج حيث نصت المادة 191 من ق.م.ج على أنه: «لكل دائن حل دينه وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عسر المدين أو زيادة في عسره، وذلك متى توافر أحد الشروط المنصوص عليها في المادة التالية» والمادة 192 من ق.م.ج تنص على: «إذا كان تصرف المدين بعوض فإنه لا يكون حجة على الدائن إذا كان هناك غش صدر من المدين، وإذا كان الطرف الآخر قد علم بذلك الغش يكفي لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم بعسره، كما يعتبر من صدر له التصرف عالم بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين في حالة عسر».

ونستنتج من خلال المادتين أن الدعوى البوليصية تستهدف حماية الدائن من تصرفات مدينه بحيث تخول له المطالبة بعدم نفاذ هذا التصرف عليه وهذا من أجل ضمان حقوق الدائن العادي في الضمان العام وحتى يتمكن هذا الأخير من رفع هذه الدعوى لا بد من توافر شروط أهمها:

1- شروط الدعوى البوليصة:

شروط متعلقة بالدائن:

- أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وسابق على تصرف المدين المطعون فيه.
- يجب أن يكون تصرف ضار بالدائن.
- أن يكون للدائن مصلحة عاجلة وهي (إعسار المدين).

شروط متعلقة بالمدين:

- أن يكون التصرف قانوني، ومفقرا للمدين فهو التصرف الذي ينقص من حقوق المدين.
- نية المدين الإضرار بالدائن (الغش والتواطؤ).

ثالثا: الدعوى الصورية:

الصورية معناها ستر عقد حقيقي بين طرفين متعاقدين (العقد المستتر) بأخر ليس له في الظاهر إلا صورة العقد (العقد الصوري) حيث يكون قصد الطرفين التمسك بالعقد المستتر والحقيقي مع التظاهر الحقيقي بالقصد إلى العقد الصوري¹.

وفي هذا الصدد تطرق المشرع الجزائري إلى الصورية خلال نص المادة 198 ق.م بقولها: «إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني نية أم يتمسكوا بالعقد الصوري» والمادة 199 من الق.م نصت على: «إذا أخفى المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد الناقد فيها بين المتعاقدين والخلف الخاص والعقد الحقيقي».

ومن خلال يتضح لنا أن الدعوى الصورية عملية قانونية ظاهرة غير حقيقية تستر موقفا خفيا حقيقيا² ومن شروط تحقيق هذه الدعوى هي:

¹ عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني، د.ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص103.

² علي حسن الدنون، محمد سعيد الرجوع، الوجيز في النظرية العامة للالتزام-أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، الجزء 2، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، سنة 2004، ص124.

- أن يوجد عقدان أو موقفان فيهما الطرفان والموضوع¹.
- أن يختلف العقدان من حيث الماهية أو الأركان أو الشروط.
- أن يكونا متعاصرين، فيصدر معا في وقت واحد.
- أن يكون أحدهما ظاهر عينا وهو العقد الصوري ويكون الآخر مستترا وهو العقد الحقيقي.

¹ - رمضان أبو السعود، همام محمد محمود، المبادئ الأساسية في القانون، د.ط، منشأة المعارف الإسكندرية، 1996، ص494.

الفصل الثاني:

مبدأ نسبية أثر العقد في مواجهة الأغيار

من الثابت أن مبدأ الأثر النسبي للعقد من حيث الأشخاص يستوجب أن آثار العقد تنصرف إلى أطرافه ومن يمثلهما من خلف عام وخلف خاص وبطريقة غير مباشرة للدائنين وما عدا هؤلاء فلا يلزمهما العقد بشيء على اعتبار أن الأصل في العقود لا تنفع ولا تضر سوى عاقيدها، ومن ثم لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير وهذا ما جاءت به قاعدة نسبية أثر العقد بأن الغير لا يتأثر بالعقد غير أن المشرع الجزائري من خلال المادة 113 من القانون المدني الجزائري التي تنص: «لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا» أجاز الخروج عن هذا القاعدة فيما يخص شقها الإيجابي المتعلق بالحقوق وحدها دون شقها السلبي المتعلق بالالتزامات، وعليه فإن القاعدة العامة لمبدأ نسبية آثار العقد تقبل الاستثناء فيما يخص الحقوق دون الالتزامات.

فالغير إذا من جهة يجوز له أن يكتسب حقا من العقد ويكون ذلك عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير، وبمقابل ذلك لا يجوز له أن يرتب العقد التزاما في ذمته ويظهر ذلك من خلال نظرية التعهد عن الغير، ولهذا فإن دراسة مدى انصراف آثار العقد إلى الغير يقتضي منا تقسيم الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: التعهد عن الغير.

المبحث الثاني: الاشتراط لمصلحة الغير.

المبحث الأول: التعهد عن الغير.

يمكن أن يترتب عن الغير التزامات على الرغم من عدم المشاركة في العقد وهذا ما يسمى بالتعهد عن الغير واعتبره المشرع الجزائري استثناء على مبدأ نسبية العقد إلا أنه في الحقيقة الأمر ما هو إلا تكريس لهذا المبدأ وذلك إذا نظرنا إلى شروط قيام التعهد عن الغير والآثار المترتبة عنه يتضح لنا أن هذا الوضع القانوني هو صورة تطبيقية للقاعدة العامة بقصور حكم العقد على متعاقديه¹.

وتتص المادة 114 من ق.م عن التعهد عن الغير وتبين من نصها أن التعهد عن الغير لا يكون إلا بموافقة المتعهد الالتزام ولا ينتج أثرا إلا من وقت صدور قبوله ولدراسة هذا المبحث سنتناول مطلبين، حيث سنتطرق إلى تحديد التعهد عن الغير (المطلب الأول) ثم إلى أحكام التعهد عن (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تحديد التعهد عن الغير.

إن التعهد عن الغير تظهر أهميته من خلال ارتباطه بعقد آخر أوسع منه نطاقا، فالتعهد عن الغير من المستحيل أن ينشئ بصفة مستقلة عن تصرف آخر، كما أن التعهد عن الغير يلعب دور كبير من الناحية العملية، ولهذا السبب سنتطرق إلى دراسة تحديد التعهد عن الغير من خلال ثلاثة فروع حيث سنتطرق إلى المقصود بالتعهد عن الغير في (الفرع الأول) وإلى طبيعة التعهد عن الغير (الفرع الثاني) وإلى شروط التعهد عن الغير (الفرع الثالث).

الفرع الأول: المقصود بالتعهد عن الغير.

يعرفه محمد صبري السعدي على أنه عقد بين شخصين يلتزم أحدهما وهو المتعهد بأن يجعل شخصا ثالثا يلتزم في مواجهة المتعاقد معه².

وبمعنى آخر هو اتفاق بمقتضاه يتعهد لشخص يعمل هو أن يحمل شخص آخر على قبول التزام معين³.

¹ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص413.

² - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص350.

³ - إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص141.

يكون التعهد عن الغير إذا تعهد شخص نحو آخر بأن يجعل شخصا ثالثا (الغير) يقبل القيام بعمل أو عدم القيام بعمل، وإلا عوضه عن ذلك إذا لم يقبل الغير لأن هذا الأخير يظل حرا في أن يقبل العقد الذي تم التعهد به أو أن يرفضه ومثاله كأن يتعاقد شخص مع آخر على أن يحمل الغير على قبول هذا التعاقد كحالة الوكيل الذي تجاوز حدود وكالته فيتعهد شخص آخر بأن يجعل الموكل يقر الاتفاق الخارج عن حدود التوكيل.

الفرع الثاني: طبيعة التعهد عن الغير.

لقد تعمد المشرع الفرنسي في المادة 1121 من القانون المدني الفرنسي أن يستعمل كلمة (أقر) بدلا من (قبل) التي استعملها المشرع الجزائري في المادة 114 من القانون المدني، وهو بذلك يريد الأخذ بنظرية العقد الواحد لا بنظرية العقدين، هذا يعني أن هناك نظريتين في تحديد آثار التعهد عن الغير بعد إقرار ذلك الغير.

أولا: نظرية العقدين:

ترى هذه النظرية أن التعهد عن الغير هو عقد يبرم بين المتعهد والمتعهد له، بحيث يتعهد من خلاله المتعهد بأن يجعل شخصا من الغير يلزم بالتزام معين اتجاه المتعهد له بحيث إذا قبل هذا الغير هذا التعهد انعقد عقد جديد بينهما يختلف عن العقد السابق هذا يعني أن هناك عقدان، عقد فوري وعقد احتمالي، وهذين العقدين يختلفان فيما بينهما في وجود ثلاثة اختلافات تتمثل فيما يلي: من حيث الأطراف، من حيث الالتزامات، من حيث زمان تمام العقد¹.

أ- من حيث الأطراف:

في العقد الفوري الأطراف هما المتعهد عن الغير والمتعهد له أما في العقد الاحتمالي المتعهد له والمتعهد عنه الغير².

ب- من حيث الالتزامات:

يتمثل محل الالتزام في العقد الفوري ينشئ الموجب بعمل شيء في ذمة المتعهد هو حمل

¹ - ليندة منصورى، المرجع السابق، ص55.

² - عبد الرزاق أحمد السنهورى، المرجع السابق، ص879.

الغير على قبول التعهد في حين أن العقد الاحتمالي ينشئ موجبا في جانب الغير قد يكون محله نقل حق عيني أو عملا أو امتناعا عن العمل.

ج- من حيث الزمان:

تطبيقا للقواعد العامة المتعلقة بإبرام العقود فإن التعهد عن الغير يعد كأى عقد آخر ينعقد بمجرد تطابق إرادة طرفيه، والغير يعد أجنبيا عنه فهو حر في الموافقة أو الرفض.

فبالنسبة للعقد الفوري فهو يتم عند تلاقي الإيجاب والقبول بين المتعهد والمتعهد له، أما بالنسبة للعقد الاحتمالي فهو لا يتم إلا عند صدور القبول من الغير هذا ما أكدته المادة 114 ف 2 من الق.م.الج بقولها: «إذا قبل الغير هذا التعهد فإن قبوله لا ينتج أثرا إلا من وقت صدوره ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد.

ثانيا: نظرية العقد الواحد:

إن نظرية العقد الواحد نجدها تقرب التعهد عن الغير من نظرية النيابة بصفة عامة وبين الفضالة بصفة خاصة، فمثلا نجد أن موقف المتعهد يتقارب مع موقف النائب الذي تجاوز حدود السلطة المخولة له، والذي يتعهد بأنه سيحصل على إقرار من الأصيل للتصرف الذي قام به خارج حدود السلطة المخولة له، والذي يتعهد بأنه سيحصل على إقرار من الأصيل للتصرف الذي قام به خارج حدود السلطة المخولة له، وعلى ذلك لا يوجد وفقا لهذه النظرية إلا عقد واحد وهذا العقد هو المبرم بين المتعهد والمتعهد له، كما أن محل هذا العقد ليس مجرد التزام المتعهد بحمل الغير على أن يلتزم بأمر معين، وإنما محله هو أن يتعاقد المتعهد باسم الغير، أي أن يظهر بمظهر المتولي شؤون ذلك الغير، وعندما يوافق الغير يكون تلك الموافقة إقرار لذلك التعهد، ويكون لذلك الإقرار أثر مستند أي أنه يحدث آثاره ابتداء من وقت العقد الذي أجري بين المتعهد والمتعهد له¹.

¹ - وحيد رضا السوار، القانون المدني الجزائري، الجزء 01، سنة 1985، ص 225.

الفرع الثالث: شروط التعهد عن الغير.

لكي نكون بصدد التعهد عن الغير يجب توافر ثلاثة شروط التي تتمثل في: أن يتعاقد المتعهد باسمه لا باسم المتعهد عنه، وأن تتجه إرادة المتعهد إلى إلزام نفسه، كما يجب أن يكون المتعهد ملزما شخصيا بضمان موافقة الغير على التعهد.

أولا: أن يتعاقد المتعهد باسمه:

يقضي التعهد عن الغير أن يتعهد المتعاقد باسمه ولحسابه الخاص وليس باسم وحساب الغير وبهذا يختلف المتعهد عن الوكيل إذ أن هذا الأخير يعمل لحساب الموكل وتتصرف آثار العقود إلى الموكل أي الطرف الأصيل في هذا النوع من العقود، أما المتعهد فتتصرف آثار العقود إلى ذمته ويلتزم بها دون الغير¹.

ثانيا: أن تتجه إرادة المتعهد إلى إلزام نفسه:

لا إلزام الغير الذي يتعهد عنه، وإلا كان التعهد باطلا لاستحالة محل الالتزام الناشئ عنه، إذ لا يمكن قانونا أن يلتزم شخص بإرادته شخص آخر بمقتضى عقد لم يكن هذا الأخير طرف فيه، من ثم فالتعهد عن الغير ليس فيه خروج على القاعدة التي تقضي بأن العقد لا ينصرف أثره إلى الغير، فإن هذا التعهد لم يلزم الغير بل ألزم نفس المتعاقد².

ثالثا: أن يكون محل التزام المتعهد هو الحصول على موافقة الغير على التعهد:

أن يكون مضمون التزام المتعهد هو الحصول على رضا الغير على قبول التعهد والتزام المتعهد هنا هو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، لذلك لا يكفي للمتعهد بذل قصارى جهده ليحمل الغير على قبول التعهد، بل يجب قبول الغير وإلا يعتبر المتعهد مخلا بالتزامه الأصلي.

إن التزام المتعهد دائما الحصول على موافقة الغير للتعهد أما الغير له الخيار في إقرار التعهد أو عدمه فإذا أقر التعهد فإنه يلتزم بتنفيذ ما أقر به فإذا ما تحقق ذلك انقضى التزام

¹ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 414.

² - محمد حسنين-الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزامات وأحكامها في ق.م.ج، د.ط، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، سنة 1990، ص 205.

المتعهد، هذا لكون أن التزام المتعهد يقتصر على الحصول على إقرار الغير¹.
المطلب الثاني: أحكام التعهد عن الغير.

متى استوفى عقد التعهد عن الغير شروطه التي أشارت إليها المادة 114 من ق.م.أصبح التعهد صحيحا ومنتجا لآثاره سواء بالنسبة للمتعهد والمتعهد له، حيث يعتبر التعهد عن الغير عقدا ملزما لجانب واحد هو المتعهد وينجر من هذا أن التعهد عن الغير لا يعتبر استثناء على مبدأ نسبية العقد، فهو لا يولد أي التزام على عاتق الغير كما أنه لا يضر من هذا التعهد هذا لكونه أنه له كامل حرية خيار في قبول التعهد أو رفضه.

ومنه في هذا المطلب سنتناول الآثار المترتبة في حالة إقرار الغير للتعهد (الفرع الأول) وكذا الآثار المترتبة في حالة عدم إقراره للتعهد (الفرع الثاني).
الفرع الأول: حالة إقرار الغير للتعهد.

في حالة إقرار المتعهد عنه نعالجها في حالتين:

أولا: قبل الإقرار:

الغير الذي تعهد عنه المتعاقد حر في إقرار التعاقد أو عدم إقراره، وذلك لأن هذا التعاقد لم يلزمه بشيء ما، فهو أجنبي عن العقد أصلا، فلا ينصرف إليه أثره، تطبيقا للقواعد العامة، وكما أن الغير لم يلتزم بالتعاقد قبل الإقرار فإن لم يكتسب كذلك وقبل الإقرار يستطيع المتعهد عن الغير باتفاقه مع من تعاقد معه أن يعدل في التعاقد أو يعدل عنه أو يحوله إلى شخص آخر ليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة².

وهناك أسباب أيضا قد تمنع المتعهد من تنفيذ التزامه المتمثل في عدم الحصول على موافقة الغير على العقد، فإن المتعهد كذلك يستطيع دفع مسؤوليته بإثبات أن الشيء الذي منعه من تنفيذ التزامه راجع إلى سبب أجنبي لا يعود إليه كوفاة هذا الغير مثلا مع الأخذ بعين الاعتبار أن عدم قبول الغير على التعهد لا يعتبر سببا أجنبيا.

كما المشرع الجزائري طبقا لنص المادة 114 من ق.م.أفقد أجاز للمتعهد أن يتخلص من

¹ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص332.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص868، 869.

المسؤولية المتولدة عن رفض الغير للتعهد وذلك بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به¹.

ثانيا: صدور الإقرار:

إذا أقر الغير التعهد صراحة أو ضمنيا ترتب على إقراره انصراف أثره إليه وبإقراره عقد جديد بينه وبين المتعاقد مع المتعهد بدءا من تاريخ الإقرار، أي منذ الوقت الذي علم فيه بالتعاقد مع المتعهد بهذا القبول وليس من وقت التعهد إليهم، إذا قبل الغير بأن يكون انعقاد هذا العقد بأثر رجعي والإقرار هنا ينزل منزله القبول من هذا العقد الجديد وعلى هذا الأساس فإن بمجرد إقرار الغير التعهد يتبرأ ذمة المتعهد لأنه في هذه الحالة يعتبر موفيا لالتزامه، كما أنه غير مسؤول عن تنفيذ العقد الجديد المبرم بين المتعهد له والمتعهد عنه في حالة عدم تنفيذ الغير التعهد لأن المتعهد لا يعتبر ضامنا لتنفيذ التعهد إلا إذا وجد اتفاق على غير ذلك.

إن إصدار الإقرار من طرف المتعهد لا بد من أن يتوفر على شروط تتمثل في: شروط

موضوعية وشروط شكلية.

1- الشروط الموضوعية:

طالما أن القبول هو تصرف قانوني فهذا يقتضي توفر الأهلية ولا يشترط في هذا القبول أن يرتدي شكلا معيناً وباختيار الغير إقرار للتعهد ذلك الغير إقرار للتعهد فيكون ذلك بصدور رضا منه صريح أو ضمني وبالإضافة إلى ذلك إن إقرار عمل قانوني يجب أن يصدر من ذي أهلية ولما كان الإقرار قبولا للإيجاب، وجب أن تتوافر الأهلية في المتعاقد والمتعهد وقت صدور الإقرار².

كما يعتبر من الشروط الموضوعية أن يصدر الإقرار في الآجال المتفق عليها بين المتعهد والمتعهد له، لأنه إذا ما تم تحديد آجال الإقرار ولم يصدر الغير إقراره ففي هذه الحالة يعد

¹ علي نجيدة، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الكتاب 01، الطبعة 03، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2005، ص306.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص868.

رفضاً ضمناً للتعهد¹.

لكن يظهر إشكال في حالة تحديد مدة بين المتعهد والمتعهد له لإقرار الغير من التعهد وحق لمادة 114 من ق.م. لم تشر لها كـ بعض التشريعات قدرت مدة الإقرار خلال مدة معقولة وهي في أجل خمسة عشر يوماً بعد الإعلام بالعقد².

وتجدر الإشارة أيضاً أن يشمل الإقرار على تحديد التزام بالتعهد كله وليس جزءاً منه وإلا اعتبر إيجاباً جديدي موجهاً من الغير إلى المتعهد له.

2- الشروط الشكلية:

لم يشترط المشرع الجزائري في الإقرار شكل معين حيث يمكن أن يكون صريحاً أو ضمناً باستثناء العقود الرسمية إذ يجب في هذه العقود أن يكون الإقرار صريحاً في عقد رسمي كتعهد شخص عن آخر في رهن رسمي أو في الهبة.

أ- الإقرار الصحيح:

تنص المادة 60 فقرة 1 من ق.م.ج: «التعبير عن إرادة يكون باللفظ والكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع شكاً في دلالاته على مقصود صاحبه».

ويتضح من نص المادة أن التعهد عن الغير يكون إقراره صحيحاً عندما يعطي المتعهد لإرادته مظهراً خارجياً، وهذا باتخاذ موقف لا يدع مجالاً للشك في نيته في التعاقد عن الغير والمجسدة في التزامه لنفسه بالحصول على موافقة الغير أو التعويض في حالة فشله في إقناع الغير بالالتزام بالتعهد.

ويكون تعهد صريحاً إذا صرح المتعهد للمتعهد له أنه يتعهد عن الغير في عملية معينة كأن يقول له أبيعك هذا العقار المملوك للقاصر الذي تحت ولايتي وأتعهد لك أنه سيقره عند بلوغ سن الرشد وإذا لم أنجح في ذلك سأعوضك.

كما يكون الإقرار صحيحاً في حالات يشترط فيها القانون شكلاً كما هو الحال في العقود

¹ - ليندة منصوري، المرجع السابق، ص 63.

² - مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربية، ط. د. د. ن، بيروت، 1982، ص 267.

الرسمية حيث أنه إذا لم يتخذ الإقرار الشكل المطلوب اعتبر الإقرار باطلا.

ب- الإقرار الضمني:

تنص المادة 60 ف 2 من ق.م.ج: «...يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو الرfan على أن يكون صريحا».

يكون الإقرار ضمنيا عندما تكون الإرادة غير واضحة، كأن يتم استخلاصها من الظروف المحيطة به، مثلا إذا قام المقر بالفعل أو يبدأ القيام بنفي الالتزام الذي أراد إقراره، كما يجب الإشارة إلى هذا الإقرار الضمني يطرح لنا إشكالا حول إثبات نية الغير في تبني الالتزام المتعهد به، ففي حالة وجود نزاع يظهر دور القاضي في البحث عن هذه النية التي يمكن إثباتها بكل الوسائل المقررة قانونا للإثبات وهذا حسب طبيعة الالتزام الذي سيلتزم به¹.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا استوفى الإقرار كل شروطه سواء الموضوعية أو الشكلية ينشأ علاقة قانونية بين كل من المتعهد له والغير، وبما أن المتعهد عنه أقر بالالتزام الذي تعهد به المتعهد في هذه الحالة يصبح المتعهد مسؤولا اتجاه المتعهد له بتنفيذ ذلك الالتزام، أما فيما يخص المتعهد فهو يعد موفيا لالتزامه، بمجرد الحصول على إقرار الغير للتعهد².

ثالثا: النتائج المترتبة على إقرار المتعهد عنه الأمر المتعهد به:

طالما أن الإقرار تصرف قانوني فما هو الأثر المترتب على نشوئه؟ إن هذا التساؤل يقودنا إلى تحديد معنى التعهد في هذا المجال بحيث أنه عقد بين المتعهد والمتعهد له إلا أن هذا العقد الجاري بين هذين الفرقين يعتبر بمثابة إيجاب معروض على الغير من جانب المتعهد له. مع التنويه إن قبول الغير بالتعهد يتولد عنه التزاما نشأ من العقد الذي تم إبرامه مع المتعاقد الثاني لذلك فالتزام الغير نشأ عن العقد الثاني وليس عن عقد التعهد (العقد الأول).

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الج 01، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط 2، دار النهضة، سنة 1964، ص 621.

² - فريدة زاوي، المرجع السابق، ص 174.

الفرع الثاني: حالة عدم إقرار الغير للتعهد.

للغير كامل الحرية في رفض التعهد ولا يتحمل أية مسؤولية مهما كان نوعها في ذلك وهذا ما نصت عليه المادة 114 ف 1 من ق.م: «إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعده فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بما التزم به» ونستنتج من نص المادة أن إذا قام المتعهد بالتعهد عن الغير فإن هذا الأخير غير ملزم بأي التزام اتجاه هذا التعهد هذا من جهة وكونه شخص أجنبي عن العقد من جهة أخرى، غير أن رفض الغير معناه أن المتعهد أدخل بالتزامه المتمثل في الحصول على قبول الغير للتعهد وفي هذه الحالة تقوم مسؤولية المتعهد في التعويض عن الضرر الذي لحق المتعهد له وأساس هذه المسؤولية هي المادة 114 ق.م ويتم التعويض وفق للقواعد العامة مادة 179، 181، 183، 184 ق.م.ج.

وكما أشرنا سابقا أن محل الالتزام المتعهد بالالتزام بحصول على إقرار الغير فإن قبل هذا الأخير التعهد اعتبر المتعهد قد أوفى بالالتزام أن المتعهد يضمن إيجاد الالتزام ولا يضمن تنفيذ الغير للتعهد الذي قبله¹.

وهنا نواجه وضعاً قانونياً جديداً بمعنى أنه عندما يقبل الغير فيكون قد قبل الإيجاب المعروف عليه وبذلك يتم عقد جديد بين الغير والمتعهد له وهذا العقد هو مستقل عن العهد الذي جرى أولاً بين المتعهد والمتعهد له وهذا العقد الجديد هو غير العقد الذي تم أولاً ما بين المتعهد والمتعهد له والعقدان يختلفان من حيث طرفي العقد ومن حيث الالتزامات التي ينشئها كل منهما، ومن حيث وقت تمام العقد، أما من حيث طرفي العقد فالعقد الأول طرفاه المتعهد عن الغير والمتعهد له، والعقد الثاني المتعهد له والغير هما طرف العقد فهناك طرف مشترك في العقدين، أما الطرف الآخر فهو مختلف.

أما من حيث الالتزامات ينشئ العقد الأول التزاماً بعمل شيء في ذمة المتعهد هو حمل الغير على إقرار المتعهد أما العقد الثاني فينشئ التزاماً في جانب الغير، قد يكون محله نقل

¹ - أنور سلطان، المرجع السابق، ص 206.

الحق العيني أو عملاً أو امتناعاً عن العمل كما سبقت الإشارة إليه¹.

أما بالنسبة لوقت تمام فالعقد الأول ينعقد بمجرد تطابق إرادة الطرفين، أما فيما يخص العقد الجديد فهو ينعقد ويرتب آثاره من وقت صدور القبول من الغير وليس من وقت انعقاد العقد، وبالتالي لا يسري العقد بأثر رجعي إلا إذا انصرفت إرادة الغير إلى ذلك ومثاله تعهد "أ" عن "ب" بأن يبيع "ب" عينا يملكها إلى "ج" وقبل أن يقر ذلك البيع باع هو العين إلى "د" ومنه فإن إقرار "ب" بالتعهد لا يمكن أن يضر بحق "د".

أما إذا رفض الغير قبول التعهد فيتربط عن ذلك عدم مسؤولية التعهد عنه من جهة ومسؤولية المتعهد من جهة أخرى. وهذا ما سنعالجه من خلال ما يلي:

أولاً: عدم مسؤولية الغير:

لقد سبقنا وأن أشرنا أن الغير له كامل الحرية في إقرار التعهد أو عدم إقراره أي أنه إذا رفض إقرار التعهد فلا تترتب في ذمته أي مسؤولية ولو على أساس فكرة التعسف في استعمال الحق، لأن القانون هو الذي منح له هذا الحق لاعتبار أنه أجنبي عن عقد التعهد كما أن التعهد لم يترتب في ذمته التزاماً².

لكن قد يكون التعهد عن الغير في حدود عمل الفضولي ففي هذه الحالة يلتزم الغير في هذه الحالة، ولكن مصدر التزامه ليس هو العقد الذي لم يكن طرفاً فيه، بل هو عمل الفضولي كذلك قد يلتزم الغير طبقاً لقاعدة الإثراء بلا سبب إذا أثرى من وراء التعهد الذي لم يقره، كل هذا منطقياً لأنه يتوقف مع المبادئ العامة للقانون والعدالة³.

بالإضافة إلى ذلك تجدر الإشارة إلى أنه من الناحية الواقعية قد يجد الغير نفسه مضطراً من الناحية المعنوية الالتزام بما تم الاتفاق عليه لحسابه بدون سلطته، كأن يقوم الزوج ببيع منقول مملوك على الشيوخ بينه وبين زوجته متعهداً عنها أنها ستقر ما قام به لحسابه، فالزوجة

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 870.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد 01، منشورات طلبة الحقوق، بيروت، لبنان، سنة 2000، ص 561.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 872.

هنا تجد نفسها مضطرة بقبول هذا التعهد الذي قام به زوجها لأنها ستتأثر بالتعويض الذي سيدفعه زوجها في حالة رفضها، لأنه سيدفعه من المال المشترك¹.

ثانيا: مسؤولية المتعهد:

المتعهد يبقى مسؤولا عن العقد إذا رفض الغير الإقرار وهو مسؤول اتجاه المتعاقد معه إلا إذا أثبت أنه لم يستطع القيام به بسبب لا يرجع إليه وإنما لسبب أجنبي أو لخطأ من المتعاقد الآخر، كما أنه لا يعتبر امتناع الغير على الإقرار التعهد قوة قاهرة تعفيه من المسؤولية، ولكنه تعتبر قوة قاهرة إذا كان الغير قد أصبح في حالة لا يستطيع الإقرار بسبب الحجر عليه أو مات وكان الالتزام متصلا بشخصه ولا يستطيع الورثة القيام به، وتسقط مسؤولية المتعهد أيضا في حالة أن رفض الغير لم يحدث ضررا ففي هذه الحالة فإن المتعهد غير ملتزم بالتعويض، بالإضافة أن المتعهد لا يترتب في ذمته التزام إذا كان تعهده غير مشروع أي مخالف للنظام العام والآداب العامة كأن يتعهد المتعهد للمتعهد له بأن يحمل الغير على سرقة بنك معين أو أن يبيع له كمية معينة من المخدرات.

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري منح للمتعهد فرصة التخلص من مسؤوليته المترتبة عن عاقبه بسبب عدم تنفيذ التزامه، حيث منح له الحق في أن يقوم هو الوفاء عينا بالالتزام الذي لم يفلح في تنفيذه، وهذا لا يتحقق إلا إذا كانت طبيعة هذا الالتزام ممكن ولم يكن متصلا بشخصية المتعهد عنه أي الغير².

إلا أنه تجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز إجبار المتعهد على تنفيذ الالتزام الذي كان يراد من الغير قبوله لأن المتعهد قد التزم بحمل الغير عن الإقرار، وهذا عمل يتعلق بشخص الغير، بالتالي فلا حيلة للمتعهد فيه، فإذا امتنع الغير عن تنفيذه فلا سبيل إلا التعويض، وهذا تطبيقا للقواعد العامة التي تقضي بأن الالتزام بعمل يخول إلى التعويض إذا استحال التنفيذ العيني³.

¹ - ليندة منصوري، المرجع السابق، ص 67.

² - أنور سلطان، المرجع السابق، ص 206.

³ - مصطفى كمال الجمال، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 263.

المبحث الثاني: الاشتراط لمصلحة الغير.

إذا كان الأصل في العقد أنه لا يضر الغير، فالأصل فيه أيضا أنه لا ينفعه بمعنى أن الذي لم يكن طرفا في العقد ولا من خلفه لا يكسبه من العقد بطريقة مباشرة أي نفع وهذا طبقا لما يقتضيه مبدأ الأثر النسبي للعقد إلا أنه مع مرور الزمن لم يصبح هذا المبدأ طليقا بل وردت عليه استثناءات أحدها معظم المشرعين ومنهم المشرع الجزائري الذي أكد كذلك في نص المادة 113 ف 2 من ق.م على جواز اكتساب الغير حقا من عقد لم يكن طرفا فيه بنصها «لا يترتب العقد التزاما في نمة الغير لكن يجوز أن يكسبه حقا».

والاستثناء الذي يرد على قاعدة أن العقد لا ينفع الغير هو الاشتراط لمصلحة الغير إذ بموجبه تتصرف حقوق إلى غير المتعاقدين ومن يمثلهما وقد نظم موضوع الاشتراط لمصلحة الغير في المواد 117، 116، 118 ق.م.ج.

وبناء عليه نتعرض في هذا المبحث إلى تحديد الاشتراط لمصلحة الغير في (المطلب الأول) وأحكام الاشتراط لمصلحة الغير (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تحديد الاشتراط لمصلحة الغير.

إن عقد الاشتراط لمصلحة الغير الذي يتم بين المشتري والمتعهد، حتى يكون صحيحا ومرتباً لأثره القانوني المتمثل في إنشاء حق مباشر للمنتفع، يجب أن تتوفر فيه شروط خاصة بهذا العقد، إضافة إلى الشروط العامة الواجب توافرها في كل العقود ومن خلال دراستنا لتحديد الاشتراط لمصلحة الغير سنتطرق فيما يلي: إلى مقصود بالاشتراط لمصلحة الغير (الفرع الأول) والطبيعة القانونية للاشتراط لمصلحة الغير (الفرع الثاني) والشروط الواجب توافرها لمصلحة الغير (الفرع الثالث).

الفرع الأول: المقصود بالاشتراط لمصلحة الغير.

الاشتراط لمصلحة الغير هو عقد بين شخصين يرمي إلى إنشاء حقوق لفائدة الشخص ثالث أجنبي عن العقد، يشترط في هذا التصرف القانوني أحد المتعاقدين يدعى المشتري على المتعاقد معه يدعى المتعهد أن يقوم بأداء معين لفائدة شخص ثالث أجنبي عن العقد يدعى

المستفيد أو المنتفع¹، أو بعبارة أخرى هو عقد يتم بين شخصين هما المشتري والمتعهد بواسطته يكتسب شخص ثالث يدعى المنتفع حقا مباشرا باتجاه المتعهد يستطيع المنتفع أن يطالبه بالوفاء به².

ومن هنا يتضح لنا أن الاشتراط لمصلحة الغير هو عمل قانوني يشترط فيه ثلاثة أشخاص بحيث يشترط فيه شخص يسمى المشتري على شخص آخر يسمى المتعهد القيام بأداء معين لمصلحة شخص ثالث يسمى المنتفع وهذا الأخير له الحرية في قبول هذه المشاركة أو رفضها، ومن أهم تطبيقات هذا العمل هو التأمين على الحياة تشترط فيه شخص عن شركة التأمين على الحياة التي تشترط فيه شخص عن شركة التأمين أن تدفع لورثته، أو لغيرهم من الأشخاص بعد وفاته مقدار من المال معيناً بالعقد.

وبالتالي فإن الاشتراط لمصلحة الغير يعتبر استثناء حقيقياً على مبدأ نسبية آثار العقد من حيث الأشخاص وعلى إثره يكتسب الغير حقا على الرغم من كونه أجنبي عن العقد فهو لا يخلف عام وبخلف خاص.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للاشتراط لمصلحة الغير.

لقد قدم الفقه العديد من الاقتراحات بشأن هذه المسألة فحاول إرجاءها إلى بعض المفاهيم المعروفة غير أنه تبين أن الاشتراط لمصلحة الغير هو عملية قانونية متميزة عن غيرها.
أولاً: نظرية الإيجاب:

لقد اعتبر فقهاء القرن السابع عشر أن الاشتراط لمصلحة الغير هو بمثابة عقدين يتم الأول بين المشتري والمتعهد ويتم الثاني بين المشتري والمنتفع ويكون العرض إيجابياً يترتب على قبوله انعقاد العقد الثاني³.

¹ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام من القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 3، 2004، ص220.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 343.

³ سميرة قدور، المرجع السابق، ص81.

ويعاب على هذا الرأي تجاهله لبعض الأحكام المتعلقة بالإيجاب من جهة وبالاشتراط لمصلحة الغير من جهة أخرى وحسب هذه النظرية يمر الحق محل الإيجاب في الاتفاق الثاني بالذمة المالية للمشتراط ويبقى فيها إلى غاية قبول المنتفع ولذلك يكون الحق ضامنا لديون المشتراط فيزاحم دائنيه. غير أن هذه النتيجة تتعرض مع أحكام الاشتراط لمصلحة الغير، إذ تكسب المنتفع حق مباشر على المتعهد¹.

ثانيا: نظرية الإرادة المنفردة:

يرى أصحاب هذه النظرية أن أساس الحق الذي يكسبه المنتفع هو الإرادة المنفردة للمتعهد، حيث واجهت هذه النظرية انتقادات هذا لكون أنها لا تتفق مع أحكام الاشتراط لمصلحة الغير، حيث أنه وفقا لهذه الأحكام نجد أن المشتراط يجيز له دون المتعهد في الرجوع عن اشتراطه أي نقص الاشتراط قبل أن يعلن المنتفع رغبته في الاستفادة منه، ولو كان مصدر حق المنتفع هو الإرادة المنفردة للمتعهد لثبت هذا الحق للمتعهد لا المشتراط، أي حق الرجوع في الاشتراط مقرر للمتعهد دون المشتراط².

ثالثا: نظرية حوالة الحق:

هناك فقهاء من يرى أن المشتراط يكسب حق لنفسه ثم يحوله للمنتفع، أي أن الحق ينشأ في ذمة المشتراط بمجرد العقد ثم ينتقل عن طريق حوالة الحق إلى الغير، حيث يترتب على هذا القول أن المنتفع يصير خاصا للمشتراط، وهذا غير صحيح لأن المنتفع يتلقى الحق مباشرة من عقد الاشتراط.

كما أنه يترتب على نظرية حوالة الحق باعتبارها أساس الاشتراط كمصلحة الغير أي أساس الحق الذي يكتسبه المنتفع، أن الحق يدخل في الضمان العام للمشتراط، فيكون من حق دائني المشتراط ويجوز لهم الطعن في الحوالة إذا كان فيها أضرار بحقوقهم، كما أنه إذا توفي المشتراط قبل قبول المنتفع للحوالة، فلا يترتب حق المنتفع وهذه نتيجة غير معقولة، إذا قد لا يظهر

¹ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص451.

² - أنور سلطان، المرجع السابق، ص213.

المنتفع رغبته ومع ذلك نشأ له الحق، كما أنه قد لا يظهر رغبته إلا بعد موت المشتري كما في حالة التأمين على الحياة بل وقد يكون الحق مقرراً لصالح منتفع لم يوجد بعد هذا نصت عليه المادة 118 من ق.م "يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخص مستقبلاً"¹.

رابعاً: نظرية الفضالة:

يرى أنصار هذه النظرية ومنهم الفقيه الفرنسي لابييه La Bébé أن ما يقوم به المشتري لفائدة المنتفع كالأعمال التي يقوم بها الفضولي لفائدة رب العمل أي أن المشتري بمنزلة الفضولي من رب العمل بالنسبة للمنتفع لأن الفضالة تنقلب بالإقرار إلى وكالة.

تجنبت هذه النظرية الانتقادات التي وجهت إلى النظرية السابقة، إذا يجوز القرار بعد وفاة المشتري بأثر رجعي للاشتراط لمصلحة الغير، كما أن حق المنتفع لا يتعلق بذمة المشتري وبالتالي لا شأن لدائنيه بهذا الحق غير أنه يبقى لهذه النظرية شق سلبي آخر يتمثل فيما يلي:

- تقضي أحكام الاشتراط لمصلحة الغير أن تكون للمشتري مصلحة مادية أو أدبية عكس الفضولي الذي لا يقيد بهذا الشرط.

- يجوز للمشتري نقض الاشتراط، في حين الفضولي ملزم بإتمام العمل.
- يختفي الفضولي بعد إقرار صاحب العمل للعقد بينما يبقى المشتري طرف في العقد بعد قبول المنتفع.

- يعمل الفضولي لحساب الغير، بينما يعمل المشتري لحسابه².

خامساً: نظرية الحق المباشر:

عقد الاشتراط لمصلحة الغير يقوم على إنشاء حق مباشر للمنتفع من عقد الاشتراط على الرغم من أن المنتفع لم يكن طرفاً في عقد الاشتراط، مما يجعل منه استثناء من مبدأ الأثر النسبي للعقد بحيث يجعل الغير دائناً من عقد لم يكن طرفاً فيه وبناء عليه فإن عقد الاشتراط لمصلحة الغير هو نظام أو مفهوم مستقل بحد ذاته له أحكامه الخاصة تجيز للغير هو نظام

¹ - فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 196، 197.

² - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 423.

مستقل بحد ذاته له أحكامه الخاصة تجيز للغير المنتفع تلقي حقا مباشرا من عقد الاشتراط ولا شأن لدائني المشتراط بهذا الحق.

الفرع الثالث: شروط الاشتراط لمصلحة الغير.

لقيام الاشتراط لمصلحة الغير لابد من توافر الشروط العامة المطلوبة في كل العقود وكذا الشروط الخاصة بعقد الاشتراط لمصلحة الغير وهذه الشروط منها ما يتعلق بالمشرط ومنها ما يتعلق بالمنتفع ومنها ما يتعلق بالمتعاقدين.

أولا: الشروط المتعلقة بالمشرط:

زيادة على شروط المحلية وسلامة الرضا تشترط المادة 116 من ق.م أن يتعاقد المشتراط باسمه وأن يكون له مصلحة في الاشتراط.

1- أن يتعاقد المشتراط باسمه:

نصت المادة 116 من الق.م على أنه: «يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير...»، ومنه لقيام الاشتراط يجب أن يتعاقد المشتراط باسمه لا باسم المنتفع الذي يظل أجنبيا عن العقد، وهذا هو الذي يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة، إذ أن التعاقد باسم الأصيل يجعل هذا الأخير هو الطرف في العقد وليس أجنبيا، كما كان الفضولي نائبا عن المنتفع الذي يظل كما ذكرنا أجنبيا على الاشتراط لمصلحته¹.

وفي هذا يظهر الاختلاف الكبير بين الاشتراط وبين النيابة في التعاقد سواء كانت النيابة القانونية أو الاتفاقية، فقد سبق أن رأينا أن النائب يتعاقد باسم الأصيل لا باسمه هو ولهذا فإن انصراف آثار العقد إلى الأصيل يبدو أمرا طبيعيا، أما في الاشتراط فإن المشتراط يتعاقد باسمه هو لا باسم المنتفع ولذلك فإن اكتساب المنتفع حقا مباشرا من هذا العقد يبدو خروجاً على قاعدة نسبية العقد².

وهذا يظهر لنا كذلك الاختلاف بين المشتراط وبين الفضالة لأن الفضولي يتعاقد باسم رب

¹ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 224.

² - سمير عبد السيد تانغو، المرجع السابق، ص 130.

العمل دون أن يكون موكلا منه في ذلك، أما المشتراط فإن يتعاقد باسمه هو كما سبق أن ذكرنا¹.

2- أن تكون للمشتراط مصلحة شخصية:

أشارت إذا ذلك المادة سابقة الذكر 116 من ق.م "...إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة مادية كانت أو أدبية..."، وبناء على ذلك يجب أن تتوفر مصلحة مادية لدى المتعاقد تدفعه إلى الاشتراط لمصلحة الغير باعتبار محل التعاقد يوجب أن تكون فيه فائدة شخصية للمتعاقد بمعنى أن المتعاقد قد أجرى العقد على منفعة تؤدي للغير.

وهذا الشرط اقتضته طبيعة الأمور، فالمشتراط يتعاقد باسمه ويعمل لحسابه فبالتالي، لا بد أن تكون مصلحة للغير، وهذه المصلحة قد تكون مادية أو قد تكون أدبية كما يجب أن تكون مصلحة الغير مشروعة في تنفيذ الالتزامات مشروعة غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة وإلا كان الاشتراط باطل بطلان مطلق وهذا وفقا للأحكام العامة.

ثانيا: الشروط المتعلقة بالمنتفع:

لا يلزم في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع محددًا أو معينًا وقت العقد، بل يكفي أن يكون معينًا وقت ترتيب العقد لآثاره فيمكن الاشتراط لمصلحة شخص لم يولد بعدا أو لهيئة أو لمصلحة مستقلة لم تتمتع بالشخصية المعنوية² وهذا ما نصت عليه نص المادة 118 من ق.م.

1- وجود المنتفع عند الاشتراط ليس لازما:

قد يكون المنتفع شخصا طبيعيا، وقد يكون شخصا معنويا كجمعية خيرية أو مستشفى أو مدرسة أو مسجد، وفي عقد الاشتراط لمصلحة الغير لا يشترط أن يكون موجودا وقت قيام العقد، بل يكفي أن يكون موجودا أثناء استحقاق الحق كاشتراط التأمين لولد لم يولد بعد.

¹ - سمير عبد السيد تانغو، المرجع السابق، ص130.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المجلد 01، المرجع السابق، ص641.

2- المنتفع قابل للتعين:

يجوز أن يكون المستفيد أي المنتفع غير معين وقت الاشتراط لمصلحة الغير شرط أن يكون تعيينه وقت تنفيذ الاشتراط ممكناً، كأن يقوم رب العمل بالتأمين لمصلحة عماله دون تحديد لذواتهم، فالعبرة هو بوجود وإمكانية تعيين المنتفع وقت ترتيب العقد لآثاره، لكن هل معنى ذلك أنه يجوز للمشتراط أن يحتفظ بتعيين المنتفع إلى وقت لاحق؟

فعلا يجوز للمشتراط أن يترك تعيين المستفيد إلى وقت لاحق، غير أنه تجدر الإشارة إلى أنه بعد تعيينه يصبح دائماً للمتعهد بأثر رجعي أي من يوم قيام الاشتراط لمصلحة الغير، كما يمكن للمشتراط استبدال المنتفع بشخص آخر، وله كذلك أن يحل هو نفسه محل المنتفع هذا ما أشارت إليه نص المادة 117 ف 2 من ق.م.ج.¹

ثالثاً: الشروط المتعلقة بالمتعاقدين:

يعتبر هذا الشرط جوهرية فكرة الاشتراط لمصلحة الغير حيث ينبغي أن تنتج إرادة المتعاقدين إلى اتخاذ حق مباشر للمستفيد من جراء هذا العقد سواء كان ذلك صراحة أو ضمناً، أما إذا لم تنتج نية إلى ذلك فلا نكون بصدد الاشتراط لمصلحة الغير، وهذا ما ورد في نص المادة 116 ف 2 من ق.م.ج.: «... وبترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالب بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد».

ونستنتج من كل هذا أن المستفيد يجب أن يكتسب الحق مباشرة من عقد الاشتراط القائم بين المشتراط والمتعهد وليس يكتبه عن طريق عقد الحوالة أو عن طريق الميراث، أو عقد جديد بينه وبين المتعهد.

المطلب الثاني: أحكام الاشتراط لمصلحة الغير.

عقد الاشتراط لمصلحة الغير ثنائي في تكوينه وثلاثي في آثاره وبعبارة آخر عقد الاشتراط لمصلحة الغير ينشأ عنه ثلاث علاقات قانونية تتمثل في: علاقة المشتراط بالمتعهد وعلاقة

¹ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 419.

المشترط بالمنتفع وعلاقة المنتفع بالمتعهد.

الفرع الأول: علاقة المشترط بالمتعهد.

تخضع هذه العلاقة للأحكام التي حددها عقد الاشتراط المبرم بين المشترط والمتعهد وبمقتضى ذلك يكون لكل منهما الحق أن يطالب بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن هذا العقد، وإذا امتنع أحدهما عن التنفيذ التزاماته، جاز للطرف الآخر الحق في الدفع بعدم التنفيذ أو طلب الفسخ أو المطالبة بالتنفيذ العيني، إذا كان ذلك ممكناً.

ويجوز للمشترط خصوصاً لماله من مصلحة شخصية أن يطالب المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك حسب المادة 116 ف 3 من ق.م: «ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده الذي يجوز له ذلك».

إلا أنه إذا لم يقم المتعهد بالتنفيذ فالمشترط الحق في المطالبة بالتعويض لما لحقه من أضرار من جراء عدم تنفيذ المتعهد لالتزامه كما يكون من حق المشترط فسخ العقد لعدم قيام المتعهد بما تعهد به¹.

الفرع الثاني: علاقة المشترط بالمنتفع.

تحدد هذه العلاقة وفقاً لطبيعتها القانونية حسب ما إذا كانت علاقة تبرع لصاحب المنتفع أم علاقة معاوضة.

فإذا كان المشترط قد أراد أن يتبرع للمنتفع فيكون بصدده هبة غير مباشرة وتخضع هذه العلاقة التبرعية بين المشترط والمستفيد لأحكام الموضوعية للهبة ولا يشترط فيها الرسمية إلا أنه يجب أن تتوفر في المشترط أهلية التبرع من وقت صدور العقد².

وإذا كان عقد الاشتراط قد صدر في مرض الموات جرى عليه حكم الوصية حسب ما كان

¹ - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 419.

² - سميرة قدور، المرجع السابق، ص 79.

المنتفع وارثاً أو أجنبياً¹ وفقاً للمواد 776، 408 من ق.م² و م 184، 204 ما بعدها من ق. الأسرة³.

أما إذا كان الاشتراط لمصلحة الغير معاوضة كالوفاء بدين للمشتري على الغير، فلا تبرأ ذمة المشتري قبل المنتفع إلا بعد وفاة المتعهد بهذا الدين نهائياً ويحق للمشتري نقض المشاركة قبل المنتفع إلى المتعهد وإلى المشتري رغبته في الاستفادة منها ما عدا بعض الحالات، وهذا ما نصت عليه المادة 117 ف 1 ق.م.

وكذلك في العلاقة القانونية التي تربط المنتفع بالمشتري يستخلص منها أمرين الأول المتعلق بحق المشتري في نقض المشاركة والثاني في قبول المنتفع للاشتراط⁴.

أولاً: حق المشتري في نقض المشاركة:

للمشتري حق عقد الاشتراط خصوصاً وأن المستفيد من المشاركة لم يعلن عن رغبته في الاستفادة، وهذا الحق خاص به فقط، وهو ما أكدته المادة 117 ق.م.ج، ومرد تلك لحكمة أرادها المشرع وهي حماية حق المستفيد، إذا أنه لو أعطي هذا الحق للخلف العام أو للدائن فإنهما لن يترددا في استعمال هذا الحق بدافع المصلحة الشخصية، كما يترتب زوال حق المستفيد دون أن يترتب عليه براءة ذمة المتعهد قبل المشتري ما لم يتفقا صراحة على خلاف ذلك، وإذا نقض المشتري حق المنتفع له أن يعين منتفعاً آخر للحلول محل المنتفع الأول وفي هذه الحالة فإن حق المستفيد الثاني يثبت له من تاريخ عقد الاشتراط وليس من تاريخ تعيينه، أما في حالة إذا م نقض المشتري حق المنتفع ولو يقوم بتعيين مستفيد آخر فإنه والحال كذلك يكون المشتري قد استأثر هذا الحق لنفسه، وهنا ينقلب عقد الاشتراط لمصلحة الغير إلى عقد عادي لا تتصرف

¹ - فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص143، ص144.

² - الأمر 58-75 ق.م.ج.

³ - قانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/7/9 المتضمن ق.أ.ج المعدل والمتمم بموجب أمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 ج.ر 5، ع15، والموافق بقانون رقم 09/05 المؤرخ في 2005/05/04 ج.ر رقم 43 المؤرخة في 2005/07/22.

⁴ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص344.

أثره إلى الغير وهو ما جاءت به الفقرة الثانية من المادة 117 السابقة الذكر، والتي نصت على أنه: «ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتري إلا إذا اتفق صراحة أو ضمناً على خلاف ذلك وللمشتري إجمال منتفع آخر محل المنتفع الأول كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من عملية الاشتراط¹، وله كذلك أن يرجع عن اشتراطه لصالح الغير متى رأى ذلك مناسباً له.

مع الإشارة إلى أن ذلك أي حق النقص يعتبر من الحقوق الشخصية المقررة للمشتري دون أن يكون لدائنيه أو وورثته هذا الحق، وبالتالي فهو ينقضي بوفاء المشتري وليس لأن من ورثته المطالبة بانتقاله إليه، ويصبح حق المنتفع من الاشتراط لا يمكن نقضه من أي شخص آخر، لكن يشترط لصحة رجوع المشتري عن اشتراطه أن يصدر الرجوع قبل صدور إعلان المنتفع في رغبته في الاستفادة من الاشتراط إلى المتعهد وإلى المشتري نفسه، كما يجب على المشتري إعلان المتعهد بنقضه للاشتراط وذلك لمنع هذا الأخير من تنفيذ ما التزم به اتجاه المنتفع، مع التنويه إلى أن النقص باعتباره يعبر عن إرادتين، فلا يتطلب خضوعه لأي شكلية ولذلك يمكن أن يكون صريحاً أو ضمناً².

ثانياً: قبول المنتفع للاشتراط:

فالقبول تصرف قانوني يترتب عليه تثبيت حق المنتفع بعد أن كان قلقاً غير مستقراً ولا يشترط في القبول أن يتخذ شكلاً معيناً، ولا يعتبر سكوت المنتفع عن إعلان رأيه رفضاً للاشتراط كما أنه ليس هناك مدة يتعين فيها على المنتفع إبداء رأيه فيها بالقبول أو الرفض، إلا إذا كان المشتري قد حدد هذه المدة في عقد الاشتراط أو في الاشتراط أو إعلان لاحق للمنتفع، وفي هذه الحالة إذا نقصت المدة دون أن يعلن المنتفع قبوله يعتبر رفضاً للاشتراط³.

¹ - يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون لمدني، دراسة مقارنة، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الأردن، ط 2، 2011، ص 244.

² - خليل أحمد حسن قدامة، نفس المرجع السابق، ص 135.

³ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 233.

ينتهي حق المشتري في النقص إذا أظهر المنتفع رغبته في الاستفادة في الاشتراط كما أسلفنا الذكر، كما أنه يظهر المنتفع هذه الرغبة حتى يستقر حقه، وإذا صدر نقض من المشتري وظهت رغبة من المنتفع دون أن يعلم أحدهما بموقف الآخر، فلا تكون العبرة بتاريخ صدور النقص أو إظهار الرغبة، بل الأسبقية في إعلان أيهما وصل إلى المتعهد.

وقبول المتعهد للاشتراط لا يكسبه الحق، لأن هذا الحق قد ثبت له من وقت انعقاد عقد الاشتراط، ولذا يكون المقصود من القبول هو حرمان المشتري من حق نقض المشاركة من ناحية، وعدم فرض الحق الناشئ منها على المنتفع رغما عنه من ناحية أخرى¹.

وكسب المنتفع لحق القبول لا يكون إلزامياً بل له الحرية في رفض الاشتراط لمصلحة إذ أن استقرار الحق في ذمته بصفة نهائية يتوقف على إرادته الشخصية، وبالتالي فهذا الاستثناء لا يحطم مبدأ نسبية العقد.

وللمنتفع إذا الحق في رفض الاشتراط، وبما أن الرفض تصرف قانوني مفقود له فيشترط فيه كمال أهليته، ويرى بعض الفقهاء أن للدائنين الحق في الطعن في رفضه بطريق الدعوي البوليسية بينما يرى البعض الآخر رفض هذا الرأي لأن الحق الذي نشأ وأن كان ترتب له من يوم الاشتراط فإنه لا يدخل في ذمته المالية مباشرة بل يتوقف على تنفيذ المتعهد التزامه، وقد يكون التنفيذ متوقفاً على حادث لم يحدث بعد كما هو الحال في التأمين على الحياة² ويترتب على أن للمنتفع حقا مباشرا ينشأ عن عقد المشاركة لأمن إعلان الرغبة ما يلي من الآثار:

1- ينشأ الحق من الاشتراط على رأس المنتفع مباشر دون أن ينتقل إليه من ذمة المشتري، وعلى ذلك فإنه يخلص له وحده من يوم الاشتراط فلا يكون لدائني المشتري المزاحمة في هذا الحق.

2- إذا مات المشتري فلا ينتقل هذا الحق المنتفع بطريقة الميراث لأنه لم يدخل في ذمة

¹- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص322، 333.

²- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص95.

المشترط، ولذا فليس لدائني المشترط مطالبة المنتفع بديون التركة، وإذا كان المنتفع وارثاً فلا يتأثر نصيبه في الميراث بحقه الذي نشأ عن المشاركة¹.

الفرع الثالث: العلاقة بين المتعهد والمنتفع.

في إطار هذه العلاقة يتضح الاشتراط لمصلحة الغير كاستثناء فعلي عن مبدأ الأثر النسبي للعقد، فالمستفيد ليس طرفاً في العقد إلا أنه يكسبه حقا مباشراً عن عقد الاشتراط لمصلحة الغير الذي لم يكن طرفاً فيه².

وهذا ما كرسته المادة 116 ف 2 من ق.م.ج والتي مفادها أن الحق المنتفع نشأ قبل التعهد، وإن مصدر هذا الحق هو عقد الاشتراط، كما أن نشوء هذا الحق لا يتوقف على قبول المنتفع له، وللمنتفع حق مطالبة المتعهد بالتنفيذ بالتزامه باعتباره دائناً للمتعهد من يوم الاشتراط وحتى قبل إظهار رغبته في الاستفادة من الاشتراط، وبالمقابل للمتعهد حق التمسك بدفعاته ضد المنتفع الناتجة عن المشاركة من بطلان أو فسخ، أو انقضاء.

من كل ما سبق نستنتج أن الحق الذي تلقاه المنتفع هو حق شخصي مباشر لا يتلقاه من المشترط، كما أن مصدر هذا الحق هو عقد اشتراط لمصلحة الغير، وهاتين الميزتين نتائج عملية هامة وهذا النتائج تتمثل في:

أولاً: الأثر المترتب على حق المنتفع حقا مباشراً ألا يتلقاه من المشترط:

- يشارك المنتفع جميع دائني المتعهد في ضمانهم العام على أساس لأنه أصبح دائناً للمتعهد من يوم الاشتراط ومن لم يتقاسم الجميع هذا الضمان قسمة غرماء.
- على اعتبار أن قبول المتعهد للالتزام تصرف مفقر لزمته المالية فلدائنيه حق الطعن بالدعوى البوليصية في قبوله هذا الالتزام.
- لدائني المتعهد والمتعهد نفسه التمسك ضد المنتفع بالدفع المترتبة على الاشتراط³.

¹ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 93.

² - عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 280.

³ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 95، 96.

- مصدر حق المنتفع هو عقد الاشتراط، فإن حق المنتفع يتحدد وفقا لشروط العقد المبرم بين المتعهد والمشتري، فيكون للمشتري أو للمنتفع مجتمعين أو منفردين أو كلاهما دون الآخر الحق في المطالبة بتنفيذ، وذلك استنادا إلى مقتضيات لعقد وإلا ثبت هذا الحق للمشتري وحده¹.

ثانيا: الأثر المترتب على أن حق المنتفع مصدره العقد:

نشوء حق المنتفع منذ صدور الاشتراط لمصلحته وليس من وقت إعلان رغبة المنتفع بقبول هذا الاشتراط، وبالتالي فإن توافر الأهلية لكل طرفي العقد للمشتري والمتعهد أمرا لازما وقت انعقاد العقد² إلا أنه إذا فقد المنتفع أهليته في الفقرة ما بين صدور العقد وصدور ورغبة المنتفع، فلا يكون هذا مانع من المنتفع من أن يعلن رغبته، ويترتب على ذلك أن المنتفع إذا رفض الاشتراط جاز الطعن في رفضه عن طريق الدعوى البوليصة التي نصت عليها المادتين 189 و 190 من ق.م لأن يكسب الحق منذ صدور عقد الاشتراط، ورفضه إياه يعد ذلك إنقاصا من حقوقه.

كما يترتب على حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط، أن هذا الحق يتأثر بكل مؤثر في عقد الاشتراط لمصلحة الغير، بحيث نجد أنه من حق المتعهد التمسك بجميع أوجه الدفع الخاصة بهذا العقد، كدفع ببطلانه أو الفسخ.

بالإضافة إلى ذلك أن كل من أطراف عقد الاشتراط المشتري والمتعهد الحق في تكييف هذا الحق طبقا لما يتم عليه الاتفاق بينهما، أي أن حق المنتفع يتحدد وفقا لبنود العقد المبرم بين المتعهد والمشتري ويترتب على ذلك أنه يجوز للمشتري أن يتفق مع المتعهد على أن يكون للمشتري وحده دون المنتفع حق المطالبة بتنفيذ التزام المتعهد نحو المنتفع³.

¹ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص343.

² - محمد أحمد منصور، المرجع السابق، ص198، 199.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق ص585، 586.

كما أنه إذا نص العقد على أن يكون للمتعهد حق نقض المشاركة أمكن له أن يفعل ذلك ولا يمكن للمنتفع أن يتضرر لأن هذا الأخير يتلقى هذا الحق بالقيود التي يمتنها العقد هذا ما أشارت إليه نص المادة 116 ف 3 من القانون المدني¹.

¹- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 229، 230.

الخطمة

إن انصراف آثار العقد من حيث الأشخاص يحكمه مبدأ نسبية العقد وهذا الأخير يفرضه الواقع القانوني القائم على احترام المعاملات المدنية للأشخاص، ويظهر لنا جليا من خلال اطلاعنا على المواد 118، 117، 114، 113، 108، 109 من القانون المدني الجزائري. ويقضي مبدأ الأثر النسبي للعقد أن العقد تتصرف آثاره إلى ذمة عاقديه ومن يمثلهما من خلف عام وخلف خاص بالإضافة إلى الدائنين العاديين فهم يتأثرون بالعقد بطريقة غير مباشرة، ولكن هناك استثناء على هذا المبدأ وهو انصراف آثار العقد إلى الغير الأجنبي، ويظهر ذلك في الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير.

ومن أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال دراستنا هذا الموضوع تتمثل كالتالي:

- 1- أن نص المادة 106 من ق.م التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين يعد مرجعا أساسيا لمبدأ القوة الملزمة للعقد.
- 2- طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين أنه لا يجوز نقض العقد أو تعديله بالزيادة أو النقصان إلا برضا الطرف الآخر وفقا لما ينص عليه القانون ولا يسمح لا للتشريع ولا للقضاء بالتدخل في هذه العلاقة التعاقدية والمساس بحرمتها إلا أن المشرع استثناء على ذلك أجاز للقاضي تدخل في العلاقة التعاقدية في حالات معينة وذلك من أجل تحقيق التوازن العقدي.
- 3- انصراف آثار العقد الذي أبرمه النائب عن طريق عقد النيابة لا يعد استثناء على مبدأ لأن الأصل ارتضى بالعقد لأسباب إما أنه موجود في مكان يبعد كثيرا عن إبرام العقد أو لعدم تمييزه أو لصغر سنه.
- 4- إن العقد لا يقتصر على عاقديه فقط وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 113 من ق.م.ج بحيث يمتد نطاق العقد ليشمل الخلف العام للمتعاقدين والخلف الخاص لهما والدائنين العاديين.
- 5- انصراف آثار العقد إلى الخلف العام فيما يتعلق بانتقال الحقوق الشخصية أما الالتزامات الشخصية فلا تنتقل إلى الخلف العام تطبيقا لقاعدة "لا تركة إلا بعد سداد الديون"، كما أن العلاقة العامة تكون بعد الموت وتتحقق عن طريق الميراث أو الوصية.

- 6- الخلافة الخاصة لا تتحقق إلا بشروط، وهذه الشروط ذكرت في المادة 109 من القانون المدني وهي أن تكون الالتزامات والحقوق الشخصية تتصل بشيء الذي انتقل إليه، وكانت قد نشأت قبل انتقال الحق إليه.
- 7- إن المشرع اعتبر الدائن العادي ليس خلفا عاما ولا خلفا خاصا وإنما هو من الغير، بحيث منح له مجموعة من الدعاوى ليمارسها من أجل حماية حقه في الضمان العام.
- 8- إن المشرع الجزائري اعتبر التعهد عن الغير استثناء على مبدأ الأثر النسبي للعقد، إلا أنه في الحقيقة الأمر يعد تطبيقا لمبدأ نسبية آثار العقد فالمتعهد لا يلزم الغير بالعقد إنما يلزم نفسه فإذا ما انصرفت آثاره إلى الغير يعتبر استثناء منه.
- 9- المادة 114 من ق.م.أجازت للمتعهد أن يتخلص من التعويض التي ترتب على عدم إقرار الغير ولأن هذا الأخير له الحرية في قبول التعهد ورفضه وذلك بأن يقوم المتعهد بتنفيذ بنفسه الالتزام الذي تعهد به إن أمكن ذلك وبطبيعة الحال يجب أن لا تكون شخصية المتعهد محل اعتبار.
- 10- عدم مسؤولية الغير عند رفضه للتعهد، فلا يترتب في ذمة أي مسؤولية ولو على أساس فكرة التعسف في استعمال الحق لأن القانون هو الذي منحه الحق لاعتبار أنه أجنبي عن عقد التعهد.
- 11- أجاز المشرع من خلال المادة 113 من القانون المدني الخروج عن قاعدة نسبية آثار العقد فيما يخص شقها الإيجابي المتعلق بالحقوق (الاشتراط لمصلحة الغير) دون شقها السلبي المتعلق بالالتزامات (التعهد عن الغير).
- 12- يجوز أن يكتسب الغير حقوق وجدها دون التزامات من العقد ويكون ذلك عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير.
- 13- الاشتراط لمصلحة الغير ثلاثي في تكوينه فهو يتكون من المشتراط والمتعهد وثلاثي في آثاره فهو يندرج ضمن علاقة قانونية ثلاثية تتمثل في: علاقة المشتراط بالمتعهد، وعلاقة المشتراط بالمنتفع وعلاقة المنتفع بالمتعهد.

بعد أن تناولنا أهم النتائج المتوصل إليها من خلال دراستنا لهذا الموضوع سنتطرق إلى أهم التوصيات والاقتراحات وهي كالتالي:

1- التنظيم الشامل في كل ما يخص آثار العقد من حيث الأشخاص، وخاصة انصراف الآثار إلى المتعاقدين المدرجة في المادة 108 من القانون المدني المتعلقة بالخلف العام، وتخصيص لها مادة مستقلة باعتبار أن انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين هو الأصل في دراسة القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص.

2- الإفصاح صراحة على اعتبار الخلف من المتعاقدين مهتديا في ذلك بما تفره النظرية الحديثة في موضوع القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص.

3- إضافة مصطلح الاتفاق إلى جانب كل من طبيعة التعامل ونص القانون في المادة 108 من القانون المدني، وذلك لاعتباره من الاستثناءات التي لا تنصرف فيها آثار العقد إلى الخلف العام مع بقاءه خلفا عاما.

4- زيادة فقرة من خلال نص المادة 114 من القانون المدني تحديد من خلالها شكل الإقرار حتى يتفادى كل الإشكالات التي تثار بسبب عدم تحديده.

5- الأخذ بعين الاعتبار المدة المطلوبة لإقرار الغير للتعهد كما أخذت به معظم التشريعات، كأن ينص مثلا على أن المتعاقدين لهم الحق بأن يحدد هذه المدة، وهذا طبقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

6- صياغة نصوص قانونية إضافية لتنظيم كل من الخلف العام والخلف الخاص والتعهد عن الغير، مثلما قام به المشرع الفرنسي في الاشتراط لمصلحة الغير لكي لا يكون هناك فراغ وغموض، ويكون موضوع القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص أكثر وضوحا.

قائمة المراجع

1- النصوص القانونية:

أ- النصوص التشريعية:

- قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة ج المعدل والمتمم بموجب أمر رقم 02/05 المؤرخ في 27/02/2005 الجريدة الرسمية، عدد 15 والموافق بقانون رقم 09/05 المؤرخ في 04/05/2005 الجريدة الرسمية رقم 43 المؤرخة في 22/07/2005.

ب- الأوامر:

- الأمر 58/7 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بقانون 07/80 المؤرخ في أوت 1980.

ج- القرارات:

1- قرار المحكمة العليا غرفة المدنية المؤرخ في 12/01/2000 قضية رقم 112782 المجلة القضائية، عدد 1، سنة 2001.
2- قرار رقم 125622، المؤرخ في 24/10/1995، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 1996.

2- الكتب:

1- أحمد محمد منصور، المصادر العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 2006.
2- إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام -العقد- الإرادة المنفردة- الفعل المستحق للتعويض- الإثراء بلا سبب- القانون- دط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
3- إلياس ناصف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، البحث الأول، أحكام الالتزام، مفاعل العقد، الجزء 2، دار النشر، دون بلد النشر 1998.

- 4- أنور سلطان، موجز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1983.
- 5- أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، الجزء 3، المكتب الجامعي الحديث، الأرازيطة، الإسكندرية، سنة 2004.
- 6- بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة ديوان المطبوعات الجامعية، دط، د.ب.ن، رقم الإيداع، القانون 948، 2015.
- 7- بن شنياتي حميد، نظرية الالتزامات، نظرية العقد، ج 1، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، 2013-2014.
- 8- تقيّة محمد بن أحمد، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري، مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشعار التربوية، سنة 2003.
- 9- خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2010.
- 10- خليل أحمد حسن قدارة، شرح النظرية العامة للقانون في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2010.
- 11- خليل علي العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 1997.
- 12- رمضان أبو أسعد، همام محمد محمود، المبادئ الأساسية في القانون، دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1990.
- 13- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام - العقد - الإرادة المنفردة - العمل الغير مشروع - الإثراء بلا سبب - القانون الحكم - القرار الإداري - ط 1، مكتبة الوفاء القانونية - الإسكندرية، سنة 2009.
- 14- عبد الرزاق أجمد أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد 1، منشورات طلبة الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2000.

- 15- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، المصادر، الإثبات، الآثار، الأوصاف، الانتقال، الانقضاء، الجزء 2، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2004.
- 16- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء 1، ط 2، دار النهضة سنة 1964.
- 17- عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2001.
- 18- عدنان إبراهيم سرحان، د نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2009.
- 19- علي حسن الدنون، محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام- أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، الجزء 2، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، سنة 2004.
- 20- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2006.
- 21- علي فيلاي، الالتزامات والنظرية العامة للعقد، دون طبعة، موفم للنشر، الجزائر، 2008.
- 22- علي نجيدة، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الكتاب 1، الطبعة 3، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2005.
- 23- مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء القانون، الالتزامات والعقود المغربية، طبعة 3، دون دار النشر، بيروت، 1982.
- 24- محمد حسام محمد لطف، النظرية العامة للالتزام، القصر للطباعة والدعاية والإعلان، القاهرة، مصر 2009.
- 25- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري، دون طبعة، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، سنة 1990.

- 26- محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2006.
- 27- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام-العقد-الإرادة المنفردة، دار الهدى، الجزائر، سنة 2012.
- 28- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 29- محمد علي دردير، النظرية العامة للالتزام، القسم الأول-مصادر الالتزام، دراسة تحليلية مقارنة، ط1، منشورات الجلي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012.
- 30- مصطفى كمال الجمال، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
- 31- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، الدار الجامعية.
- 32- وحيد رضا السوار، القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، سنة 1985.
- 33- يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة، ط2، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الأردن، سنة 2011.
- 3- الرسائل والمذكرات:**
- أ- رسائل الدكتوراه:**
- 1- جيلالي بن عيسى، مبدأ الأثر النسبي للعقد والاستثناءات الواردة عليه في القانون المدني الجزائري، رسالة لنيل دكتوراه في الحقوق تخصص قانون خاص، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2017/2018.
- 2- فريدة زاوي، مبدأ نسبية العقد، رسالة لنيل دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، سنة 1992.

ب- مذكرات الماجستير:

1- خليفاتي عبد الرحمان، مدى إعداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، سنة 1987.

2- سميرة قدور، الآثار النسبية للعقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر ميدان الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2018-2019.

3- ليندة منصوري، القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون خاص معمق، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق بودواو، 2015.

4- المقالات:

- بناسي شوقي، مواجهة الشروط التعسفية في العقد في ضوء القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 2، جامعة الجزائر، سنة 2009.

الفهرس

العنوان:

سورة المائدة

شكر وتقدير

إهداء

01.....	مقدمة
05.....	الفصل الأول: مبدأ نسبية أثر العقد في مواجهة المتعاقدين
06.....	المبحث الأول: انصراف آثار العقد إلى العاقدين الأصليين
06.....	المطلب الأول: العقد شريعة المتعاقدين
06.....	الفرع الأول: المقصود بالعاقدين الأصليين
07.....	الفرع الثاني: التزام المتعاقدين بالعقد
07.....	أولاً: حرمان المتعاقد من النقض أو تعديل العقد بإرادته
09.....	ثانياً: حرمان القاضي من النقض أو تعديل العقد
12.....	المطلب الثاني: النيابة في التعاقد
12.....	الفرع الأول: تحديد النيابة في التعاقد
12.....	أولاً: المقصود بالنيابة في التعاقد
13.....	ثانياً: شروط النيابة في التعاقد
17.....	الفرع الثاني: أحكام النيابة في التعاقد
17.....	أولاً: آثار النيابة في التعاقد
18.....	ثانياً: تعاقد الشخص مع نفسه
19.....	المبحث الثاني: مدى انصراف آثار العقد إلى خلف المتعاقدين
20.....	المطلب الأول: الخلف العام والخلف الخاص
20.....	الفرع الأول: الخلف العام
20.....	أولاً: المقصود بالخلف العام

- 22.....ثانيا: قاعدة انصراف آثار العقد إلى الخلف العام.
- 22.....ثالثا: الاستثناءات على قاعدة انصراف آثار العقد إلى الخلف العام.
- 25.....الفرع الثاني: الخلف الخاص.
- 25.....أولا: المقصود بالخلف الخاص.
- 26.....ثانيا: شروط انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص.
- 30.....المطلب الثاني: الدائنين العاديين.
- 31.....الفرع الأول: مجال تحديد الدائنين.
- 31.....أولا: انصراف آثار العقد إلى الدائنين العاديين باعتبارهم خلفا عاما.
- 31.....ثانيا: انصراف آثار العقد إلى الدائنين العاديين باعتبارهم خلفا خاصا.
- 31.....ثالثا: انصراف آثار العقد إلى الدائنين العاديين باعتبارهم من الغير.
- 32.....الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري.
- 33.....أولا: الدعوى الغير المباشرة.
- 34.....ثانيا: الدعوى البوليصية.
- 35.....ثالثا: الدعوى الصورية.
- 38.....الفصل الثاني: مبدأ نسبية أثر العقد في مواجهة الأغيار.
- 39.....المبحث الأول: التعهد عن الغير.
- 39.....المطلب الأول: تحديد التعهد عن الغير.
- 39.....الفرع الأول: المقصود بالتعهد عن الغير.
- 40.....الفرع الثاني: طبيعة التعهد عن الغير.
- 40.....أولا: نظرية العقدين.
- 41.....ثانيا: نظرية العقد الواحد.
- 42.....الفرع الثالث: شروط التعهد عن الغير.
- 42.....أولا: أن يتعاقد المتعهد باسمه.

- 42.....ثانيا: أن تتجه إرادة المتعهد إلى إلزام نفسه.....
- 42.....ثالثا: أن يكون محل التزام المتعهد هو الحصول على موافقة الغير على التعهد.....
- 42.....المطلب الثاني: أحكام التعهد عن الغير.....
- 43.....الفرع الأول: حالة إقرار الغير للتعهد.....
- 43.....أولا: قبل الإقرار.....
- 44.....ثانيا: صدور الإقرار.....
- 46.....ثالثا: النتائج المترتبة على إقرار المتعهد عنه للأمر المتعهد به.....
- 47.....الفرع الثاني: حالة عدم إقرار الغير للتعهد.....
- 48.....أولا: عدم مسؤولية الغير.....
- 49.....ثانيا: مسؤولية الغير.....
- 50.....المبحث الثاني: الاشتراط لمصلحة الغير.....
- 50.....المطلب الأول: تحديد الاشتراط لمصلحة الغير.....
- 50.....الفرع الأول: المقصود بالاشتراط لمصلحة الغير.....
- 51.....الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للاشتراط لمصلحة الغير.....
- 51.....أولا: نظرية الإيجاب.....
- 52.....ثانيا: نظرية الإرادة المنفردة.....
- 52.....ثالثا: نظرية حوالة الحق.....
- 53.....رابعا: نظرية الفضالة.....
- 53.....خامسا: نظرية الحق المباشر.....
- 54.....الفرع الثالث: شروط الاشتراط لمصلحة الغير.....
- 54.....أولا: الشروط المتعلقة بالشرط.....
- 55.....ثانيا: الشروط المتعلقة بالمنتفع.....
- 56.....ثالثا: الشروط المتعلقة بالمتعاقدين.....

56.....	المطلب الثاني: أحكام الاشرط لمصلحة الغير.
57.....	الفرع الأول: علاقة المشرط بالمتعهد.
57.....	الفرع الثاني: علاقة المشرط بالمنتفع.
58.....	أولاً: حق المشرط في نقض المشاركة.
59.....	ثانياً: قبول المنتفع للاشرط.
61.....	الفرع الثالث: علاقة المتعهد بالمنتفع.
61.....	أولاً: الأثر المترتب على أن حق المنتفع حقا مباشرا.
62.....	ثانياً: الأثر المترتب على أن حق المنتفع مصدره العقد.
65.....	الخاتمة.
69.....	قائمة المراجع.

ملخص مذكرة الماجستير

بمجرد نشوء العقد صحيحا، خلصت له قوته الملزمة وصار شريعة المتعاقدين، فيترتب على هذا العقد آثار تنصرف بالضرورة إلى أطرافه الذي شاركوا في إبرامه وفقا لمبدأ يعبر عنه بالقوة الملزمة من حيث الأشخاص ومضمونها أن الحقوق والالتزامات المترتبة عن العقد تقتصر على المتعاقدين دون سواهما والاستثناء على مبدأ الأثر النسبي للعقد يمكن أن تنصرف آثار العقد إلى غير الأصل ونقصد بذلك الانتقال إلى الشخص الذي يمثل المتعاقدين كالخلف العام والخلف الخاص، كذلك قد ينصرف أثره إلى الغير أجنبي عن العقد وهو ما يتجلى في الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير.

الكلمات المفتاحية:

1/القوة الملزمة للعقد 2/العقد شريعة المتعاقدان 3/الخلف 4/الاشتراط لمصلحة الغير
5/التعهد عن الغير

Abstract of Master's Thesis

Once the contract was established correctly, I concluded its binding force and became the *pacta sunt servanda*. This contract has consequences that necessarily flow from the parties to which they participated in its conclusion in accordance with a principle expressed by binding force in terms of persons, and its content is that the rights and obligations of the contract are limited to the contractors and the exclusion of the principle of the relative effect of the contract can be unoriginal, and by that we mean the transfer to a person who represents contractors such as the public and private successors, the effect may also be on third parties to the contract, which is reflected in the requirement of the benefit of others and the pledge of others.

Keywords:

1/Binding force to the contract 2/*Pacta sunt servanda* 3/Successor
4/Requirement for the benefit of others 5/ Pledge of others