وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

UNIVERSITE
Abdelhamid Ibn Badis
MOSTAGANEM

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم
كلية الحقوق والعلوم السياسية

المرجع:.....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

الأثر النسبي للعقد في ظل التشريع الجزائري

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة: حقوق التخصص: قانون قضائي

من اعداد الطالبة : مغـــالط ايمـــان تحت اشراف الاستاذة : حميدي فاطمة

اعضاء لجنة المناقشة

الاستاذ(ة) : بحري أم الخير ــ رئيسا

الاستاذ(ة) : حميدي فاطمة ــ مشرفا مقررا

الاستاذ(ة) : بوعيزم عائشة ــ مناقشا

السنة الجامعية: 2022- 2023

نوقشت في: 19-06-2023

اهداء ..

اهدي هذا العمل المتواضع لمن لها الفضل في وجودي

الى من ربتني وانارت دربي واعانتني بدعائها

الى اغلى انسانة في الوجود " امي الغالية "

والى من بكد في سبيلي وعلمني معنى الكفاح

والصبر و اوصلني الى ما انا عليه الان

الى سندي ومسندي " ابي العزيز "

والى الذي حقق قوامه كسند

والى الذي اعانه الله فاعانني

الى الذي مضى معي نحو غايتي

كانها غايته " زوجي الكريم "

والى كل اخواتي والى روح جدي رحمه الله

شـــــكر و تقـــــديـــر

الشكر والتقدير دائما و أولا وابد لله الواحد الأحد الذي
وفقني في اعداد هذه المذكرة
وإمتثالا لقول المصطفى عليه الصلاة والسلام
" لا يشكر الله من لا يشكر الناس"
رواه الترميذي
فاني اتقدم بالشكر الجزيل والتقدير الكثير لأستاذتي الفاضلة "
الأستاذة حميدي فاطيمة " والتي يعود الفضل لها في توجيهاتها
السديدة و رحابة صدرها اثناء فترة البحث واعداد المذكرة ، فلها
مني فائق الاحترام والتقدير ، داعين المولى ان يبارك لها في عملها
وان يبقيها ينبوعا للعلم وسندا لفعل الخير .
كما اتقدم بالشكر الخاص والامتنان اللامتناهي لزوجي الاستاذ بن
عمور المهدي الذي وجهني ومد لي يد العون لانجاز هذه المذكرة .
كما اتقدم بالشكر والعرفان للجنة المناقشة كل باسمه وصفته على
تفضلهم بقبول مناقشة هذا العمل .
والشكر موصول ايضا الى كل الاساتذة والزملاء بكلية الحقوق
والعلوم السياسية .

قائمة المختصرات :

ج.ر.: * جريدة رسمية

ص: * صفحة

ط : * طبعة

ع: * عدد

غ.م : * غرفة مدنية

ف : * فقرة

ق. م . ج : * القانون المدني الجزائري

م.ق : * المجلة القضائية .

ق.ت.ج : * القانون التجاري الجز

المقدمة

يبنى العقد في القانون المدني أساسا على الاراده ويعد الترجمة لمبدأ السلطان الاراده والذي يعني قدره الفرد على إنشاء العقد أو العمل القانوني وكذلك حريته في ترتيب الآثار التي تتولد عن العقد إذ يعبر عن أهميه الاراده في إنشاء تصرف القانوني مبدأ تقليدي و هو مبدأ سلطان الاراده الذي ظهر نتيجة لظهور مذهب الفردي الذي نادي بالحرية الفردية واعتبرها حقا طبيعيا ومقدسا وان وجود قانون جاء لحماية الحرية الفردية فالاراده مصدر كل تصرف[1]

ويعني مبدأ سلطان الاراده آن الاراده قادرة وحدها على إنشاء ما تشاء من عقود ما دامت تلتزم بتنفيذها في حدود النظام العام و الآداب العامة فارادة الطرفين حرة في إنشاء الرابطة العقدية و رسم نطاق العقد وتحديد الآثار القانونية التي يتضمنها

- وعليه فان المبدأ يستند بذلك على عده أو الكثير من المبررات وهي كالأتي :

إن الفرد في الأصل حر من كل الالتزامات ولكن فرض عليه القانون قيدا لبعض الالتزامات حفاظا على السير الحسن للمجتمع ولكن يبقى هذا استثناء عن الاصل .

ومن ثم تظهر أراده الانسجام كقوة حرة لإنشاء تعديل أو إنهاء هذه الحقوق والالتزامات فالعقود لا ترتب اثرها إلا لكون إرادة المتعاقدين انصرفت إليهم.

[1] عدنان ابراهيم سرحان و نوري محمد خاطر , شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية " الالتزامات " دار الثقافة للنشر و التوزيع , 2008 صفحة 33

العقد وليد التراضي الناتج عن اتفاق طرفيه فهو ينسجم ويتماشى مع مصالحهم لأنه يستحيل أن يرضى شخص بأمر يتعارض مع مصلحته وهذا يؤدي إلى تحقيق العدالة وتحقيق المصالح بين متعاقدين

إن سلطان الاراده يعتبر أحسن وسيلة لتحقيق النمو الاقتصادي الشامل كما أن الحرية التعاقديه تخدم الصالح العام لذلك يتعين أن تكون أراده الشخص حرة من أي قيد وهذا يعني أن مبدآ سلطان الاراده يقوم على عنصرين:

- كيفاية الاراده لوحدها لإنشاء تصرف قانوني أو ما يعرف بمبدأ الرضائية.
- قدرة هذه الاراده على تحديد أثار التصرف القانوني وهو ما يعبر عنه بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين[1].

ويترتب على مبدأ سلطان أراده ثلاث اثأر رئيسية : حرية التعاقد ، القوه الملزمة للعقد ونسبية اثار العقد ، وهذه الاخيره تناولها المشرع في القسم الثالث من الفصل الثاني " العقد " من الكتاب الثاني "الالتزامات والعقود من التقنين المدني ابتداء من الماده 107 إلى المادة 118.

ففيما يتعلق بالقوة الالزاميه للعقد ، فان الاراده الحرة هي التي تكسبه قوته الالزاميه فالعقد يكون ملزما للمتعاقدين التزاما بإرادتهم الحرة وهذا ما يفسر قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وطالما التزم المتعاقد بمحض إرادته وجب عليه تنفيذه بحسن نية بحيث ما التزم ولا يجوز له نقض العقد أو تعديله أو إنهائه دون حصوله على رضا المتعاقد معه وهذه القوه الالزاميه

[1] – بوكماش محمد ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي ، اطروحة لنيل دكتوراه في القانون ، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية والعلوم الاسلامية ، جامعة الحاج لخضر – باتنة – سنة 2012/2011 ، ص5 .

للعقد تسري كذلك في حق القاضي فهو ملزم باحترام اتفاق المتعاقد حتى وان كان غير عادل من وجهه نظره فلا

يمكن له اضافه أو إنقاص أو تعديل ما ورده فيه ، وان اقتضى الأمر تأويل العقد وجب عليه حينها البحث عن نية المتعاقدين بغض النظر عن الاعتبارات الأخر

وفيما يتعلق بمبدأ نسبية العقد فهو يعني ان اثار العقد لا تنصرف الا للمتعاقين فالحقوق والواجبات التي يرتبانها تلحقهما دون غيرهما وهذا المبدا يستمد أساسه من فكره فلسفيه مفادها أن " الفرد لا يلتزم إلا من خلال إرادتها الحرة " أي أن الفرد هو من يولد تلك الرغبة الذاتية التي تنتهي بالتعاقد إذا ما لم يتخللها عيب من عيوب الارادة ومن ثم فان العلاقة العقدية لا تلزم ولا تكسب إلا للمتعاقدين فالعقد يرتب أثاره إلا على ما خلصت إليه أراده الطرفين التي الت إلى إنشاء ذلك العقد أو على احدهما بحسب إذا كان عقد من عقود المعاوضه أو من عقود التبرع.

ومن خلال ما سبق يمكن اداره الاشكالية الاتية :

- ماذا يترتب عن العقد الصحيح المستوفي أركانه ؟
- وما هو الاثر النسبي للعقد ؟

منهجية البحث :

لمعالجة عناصر هذا الموضوع اعتمدنا في هذا البحث على المنهج التحليلي وفقا لما تقتضيه نصوص القانون المدني الجزائري المتعلقة بمبدأ الاثر النسبي للعقد والاستثناءات الواردة عليه لاسيما المواد من 106 الى 118 ، لاجل تفسيرها وتحليلها واستخلاص الاحكام منها ، كما اعتمدنا كذلك على موقف واراء الفقهاء والاجتهادات القضائية .

خطة البحث :

نظرا لسعة البحث وتشعبه بحيث يشمل العديد من المسائل القانونية ، فكان توزيعنا لخطة البحث حسب ما يقتضيه هذا الموضوع ، لذلك تم تقسيمه الى ثلاث فصول ، فالاول كان

فصلا تمهيدي ،اذ اشتمل على مبحثين ، خصصنا الأول منهما لماهية العقد والذي تضمنبدوره مطلبين ، الأول منهما لمفهوم العقد، والثاني لانواع العقود ، اما في المبحث فكان بعنوان القوة الملزمة للعقد ،حيث اشتمل ايضا على مطلبين ،الأول قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والنتائج المترتبة عنها ، والثاني حدود مبدا القوة الملزمة للعقد

اما الفصل الأول فتطرقنا فيه الى انصراف اثر العقد الى اطرافه والغير فقد احتوى على مبحثين الأول منهما لانصراف اثر العقد بالنسبة للمتعاقدين ، حيث شمل مطلبين الأول تناولنا فيه اثر العقد بالنسبة للمتعاقدين ، والمطلب الثاني تناولنا في النيابة في التعاقد . وفي المبحث الثاني تطرقنا الى انصراف اثر العقد الى الخلف بنوعيه ففي المطلب الأول تناولنا انصراف اثر العقد الى الخلف العام للمتعاقدين ، والمطلب الثاني انصراف اثر العقد الى الخلف الخاص للمتعاقدين .

وتعرضنا في الفصل الثاني الى الاستثناءات الواردة على انصراف اثر العقد ، اذ تضمن هذا الفصل مبحثين ، الأول منهما للتعهد عن الغير كتطبيق لمبدا نسبية العقد ، والذي انقسم الى مطلبين الأول ماهية التعهد عن الغير وشروطه والمطلب الثاني اثار التعهد عن الغير ، اما فيما يخص المبحث الثاني تناولنا فيه الاشتراط لمصلحة الغير والذي قسم بدوره الى مطلبين الأول ماهية الاشتراط لمصلحة الغير والمطلب الثاني اثار الاشتراط لمصلحة الغير .

فصل تمهيدي

المبحث الأول : ماهية العقد

يعتبر الفقهاء العقد من أهم المصادر الالتزام سواء الاراديه أو اللاراديه وقد خصه المشرع الجزائري بما يزيد عن 70 ماده وذلك نظرا لأهميته العملية فاغـــــلب المعاملـــــة تسري في تشكل عقود باختلاف أطرافها(الأشخاص طبيعيه والمعنوية)[1]

المطلب الأول : مفهوم العقد

الفرع الأول : تعريفه

عرفه المشرع الجزائري في المادة 54 من القانون المدني بقوله " العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عده أشخاص نحو شخص أو عده أشخاص آخرين يمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما " من هذا التعريف يتضح لنا بان القانون المدني الجزائري قد صار مسار القانون المدني[2] الفرنسي في تعريف العقد بترجمة حرفيه لنصل المادة 1101 حيث جمع بين تعريف العقد والالتزام

الفرع الثاني : أركان العقد

اولا / التراضي : وبما أن أراده الشخص هي أمر كامل بذاته فلابد لها إذن أن تخرج إلى العالم الخارجي وذلك بتعبير عنها حتى تتطابق في مع أراده أخرى وبالتالي يتم العقد ، و تنصالمادة 59 القانون المدني على انه لا يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية والمشرع الجزائري لما يكتفي بالقول أن العقد[3] يتم

---

[1]- علي علي سليمان النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الساحة المركزية بن عكنون ، ط 8 ، سنة 2008

[2]- المادة 54 من قانون المدني الجزائري

[3] - علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 98

بتوافق إرادتين بل أكاد من خلال المادة 60 عن طرق التعبير عن الاراده بحيث أن التعبير عن الاراده يكون باللفظ والكتابة أو الاشار المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدعو إلى الشك في دلالته على مقصود صاحبه ويجوز أن يكون التعبير عن الاراده ضمنيا إذا لم ينص القانون آو يتفق الطرفان على آن يكون صريحا.

1- **الإيجاب:** ويتمثل في عرض شخص على شخص أخر بان يسلمه شيئا ما بالمقابل والإيجاب قد يوجه إلى شخص معلوم آو غيره.

ونجد في العادة أن التجار يعلنون سلعهم سواء بعرضها آو بواجهات محلاتهم مع كتابه أثمانها عليها آو بالنشر عنها ويعد هذا إيجابا صريحا لان التاجر قصد بيع هذه البضائع بالثمن المكتوب عليها وان هذا الإيجاب غير موجه إلى شخص معين فالبيع ينعقد بين التاجر المذكور ومن يتقدم له بالقبول.

2-**القبول** : وهو عبارة عن الرد الصادر عن الموجب إليه بان يقبل بذلك العرض بالمقابل الذي يتفق عليه الطرفين.

3-**الاهليه :** إن المقصود بالأهلية في نطاق دراسة صحة التراضي هو أهليه الأداء، وهي صلاحية الشخص لصدور أعمال أو تصرفات على وجه يعتد به الشرع[1]

ثانيا/ المحل و السبب

تناولنا فيما سبق أول ركن من أركان العقد الذي يتمثل في التراضي ورأينا انه لا يجوز إبرام العقد دون تواجده ، وسنتطرق إلى(الركن الثاني) المحل والسبب اللذان يعدان بدورهما أيضا من أهم الأركان الواجب توافرها في العقد.

[1]- بالحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الاول ، التصرف القانوني للعقد والارادة المنفردة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة 6 ، 2008 ، ص 65

1-المحل (أو موضوع العقد)

المحل هو ركن في الالتزام كما هو ركن في العقد ومحل الالتزام هو ما يتعهد به المدين وهذا الأخير قد يلتزم بإعطاء شيء وبتأدية شيء ، أو بالامتناع عن (م54) ق.م اما محل العقد فهم العملية القانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقهما ففي عقد البيع مثلا نجد أن ما محله المراد تحقيقها في النقل الملكية بمقابل ثمن نقدي(م351 ق. م)[1]

و من خلال نصوص التقنين المدني وبالأخص المواد 99 إلى 95 نجد أن للمحل ثلاثة شروط وهي :

- **أن يكون المحل موجودا:**

تكون العبرة عموما بوجود شيء محل الالتزام إذا كان الغرض من الالتزامات هونقل الحق عيني أو حق مالي آخر من المدين إلى الدائن ، في حين يعتد بشرط الإمكان أذا كانت، ولهذا السبب أتحدت الشروط التي يجب توافرها في كل من محل الالتزام ومحل عقد على سواء في الالتزامات العقدية أما الالتزامات الغير عقدية فمحلها يتحدد بمقتضى القانون لا باراده الملتزم ، والقانون هو الذي يتكفل ببيان محلها[2]

02- السبب:

نعرف السبب بأنه الغرض المباشر الذي تتجه أليه ارادة الملتزم والفرق بينه وبين المحل كما يقول بعض الفقهاء عادة هو أن المحل هو جواب من يسال " بما التزم المدين" أما السبب فهو جواب من يسأل " لماذا التزم المدين " اضافة إلى ما سبق فانه يشترط في السبب وفقا للمادتين 97 و 98 من ق. م شرطان أساسيان هما:

[1] - علي فيلالي ، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر ، 2008 ، ص 22
[2]- بالحاج العربي ، نفس المرجع ، ص 147

أن يكون موجودا:

يشترط في سبب الالتزام أن يكون موجودا، فإذا كان معدوما بطل العقد ومعناه أن يكون الالتزام مقابلا ، وهذا المقابل يختلف باختلاف تسميات العقود .

وعليه فان السبب يعتبر غير موجود إذا تعاقد الطرفان وهما على نية عدم وجود السبب كمن يتعهد بدين تحت الإكراه بغير سبب او كان هناك غلط في السبب . و القاعدة في القانون الجزائري هو أن الالتزام يكون مسبب والاستثناء يكون مجردا (أي أن السبب لا يكون ركنا في الالتزام) ، إن كان لا يتعين هذا الاستثناء على نص في القانون ومن أمثلة الالتزامات المجردة في القانون المدني حالة الانابه (م 294 ق. م) و التزام الكفيل نحو الدائن (م 644 ق. م) وفي القانون التجاري السفاتج (م 390 ق.ت) و السندات الأمر(م465 ق.ت)[1].

أن يكون مشروعا :

وهذا الشرط يتعلق بسبب الالتزام وسبب العقد والعبرة هنا بالبعث او الدافع على التعاقد وقد اشترط القانون في الباعث الرئيسي ضرورة ان يكون مشروعا و الا يخالف النظام و الآداب العامة و إلا كان العقد باطلا(م97 ق.م) وقد قضت المحكمة العليا في قرارها المشهور الصادر في 12 افريل 1987

بأنه إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف لنظام العام و الآداب العامة كان العقد باطلا ولما كانت من الثابت في قضيه الحال أن عقد إيجار المنزل المتنازل عليه معدا

[1]- تنص المادة 294 من ق.م على : " تتم الانابة اذا حصل المدين على رضاء الدائن لشخص اجنبي يلتزم بالوفاء بالدين مكان المدين ولا تقتضي الانابة ان تكون هناك حتما مديونية سابقة بين المدين والغير .

لاستغلاله في الدعارة فان قضاء المجلس بمناقشتهم لهذا العقد واعتماده كوثيقة رتب عليها التزامات بالرغم من بطلانه بطلان مطلقا خالفوا القانون و عرضوا قرارهم للنقض[1]

2-الشكلية :

يبدو أن اشتراط ركن الشكلية في العقود هو حاله استثنائية حيث اخذ المشرع بمبدأ الرضاية كما يتجلى ذلك في المادة 59 من القانون المدني " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية " وفي الحقيقة فان التخلي عن الشكلية في العقود هو احد المظاهر البارزة التي تميز القوانين الحديثة والسبب في ذلك يرجع إلى اعتبارات حضاريه واقتصاديه واجتماعيه فحصريا يقول الفقيه الفرنسيه " لويزل " : ".. تربط الثيران من قرونها والرجال باقوالها ".

إن انتشار مبدأ الرضاية الذي يترجم حرية المتعاقدين بخصوص كيفية إبرامها للعقد لم يدم طاويلا وقد بدا يتراجع مع مطلع هذا القرن لأسباب عده منها ما يخص المصالح الفرديه ومنها ما يتعلق بالمصلحة العامة.

فبالنسبة للمصالح الخاصة فإن للرضائية مساوئ قد يتضرر بسببها المتعاقد والغير فهي تزيد من تسرع المتعاقد في إبرام العقد قبل أن يقدر الأمور حق قدرها ، وقد يغفل عن المسائل الهامة ، وقد لا يحتاطلنفسه من سوء نية المتعاقد معه ، كما تسهل الرضائية تظليل المتعاقد وتساعد على نشوء الخلافات والنزاعات حول مضمون العقد ، وحتى بالنسبة لوجوده أحيانا.[2]

[1]- قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية رقم 43098 ، الصادر بتاريخ : 1987/04/12 .
[2]- علي فيلالي ، نفس المرجع ، ص291

أولا/ الكتابة :

قد يشترط المشرع لقيام العقد ان يكون مكتوبا وهناك كتابة مطلوبة لقيام الالتزام بمقتضى قانون وهنا من اجل الإثبات أمام القضاء ولكنها لا تجعل العقد شكليا و إنما يشترط للإثبات أي قد تكون الكتابة للشكل ، وقد تكون للإثبات[1]

ثانيا/ الرسمية :

وهي تحرير العقد في السند من قبل موظف عام أو محافظ عمومي أو موثق فيختص في تحريرها من حيث المضمون والمكان وفق الأوضاع القانونية.

المطلب الثاني : أنواع العقود.

يراد بتقسيمات العقود أنواعها من حيث التنظيم القانوني والتكوين و الأثر.

الفرع الأول : العقود من حيث التكوين.

ويندرج تحت هذا العنوان العقود الرضائية و العقود الشكلية وسيتم توضيح ذلك فيما يلي :

أولا /: العقود الرضائية.

هو العقد الذي يكفي لانعقاده مجرد تراضي المتعاقدين اي تطابق الإرادتين عليه أيا كانت وسيلة التطابق بالكتابة أو المشافهة أو الإشارة لمعتمدة عرفا ، و معظم العقود المدنية هي عقود رضائية و الرضائية هي القاعدة العامة في القانون المدني الجزائري ما لم يقضي بغير

[1] - المادة 323 و المادة 323 مكرر من الامر 58/75 المتضمن القانون المدني المؤرخ في 1975/09/26 المعدل بموجب الامر 10/05 المؤرخ في 2005/06/20 ج . ر عدد 44

هذا النص وعلى هذا تنص صراحه المادة (59 من ق. م) على انه : " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية[1]

ثانيا / : العقود الشكلية

أما العقد الشكلي هو العقد الذي يحتاج الى جانب التراضي ضرورة مراعاة كتابته في شكليه معينه ينص عليها القانون كتحرير عقد في ورقه رسمية أمام موظف مختص أو ضابط عمومي

ومثاله في القانون الجزائري العقود التي ترد على نقل على النقل ملكيه عقار او ترتيب أي حق عيني عقاري (م 324 ق. م) و عقد الشركة وعقد الرهن الرسمي .[2]

الفرع الثاني : العقود من حيث الآثار.

نستطيع التحدث في هذا الفرع عن نوعين من العقود ألا وهما العقود الملزمة لجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد .

أولا : العقود الملزمة لجانبين.

العقد الملزم بجانبين هو عقد تبادلي هو الذي ينشا التزامات وحقوق ثنائية متقابلة في ذمه كل من المتعاقدين أي تبادليه في ذمة طرفي العقد حيث يعتبر كل متعاقد بموجبه دائنا ومدينا في أن واحد كما هو الشأن في عقد البيع مثلا حيث يلتزم البائع بنقل الملكية وتسليم المبيع وضمانه ويلتزم المشتري في المقابل ذلك بدفع الثمن وفي عقد الإيجار يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة طيلة المدة المتفق عليها مادام المستأجر يؤدي التزامه بدفع الأجرة[3] تحرير العقود التي تضمن نقل ملكية عقارية آو محلات تجاريه آو صناعية آو

[1] - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الاول ، نظرية الالتزام ، دار احياء التراث العربي ، بيروت – لبنان – ص150

[2] - تنص المادة 324 مكرر من نفس القانون " زيادة عن العقود الذي يامر القانون باخضاعها الى الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان تحرير عقود

[3]- بالحاج العربي ، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، طبعة 2015 ، ص 67

كل عنصر من عناصره آو التنازل عن آسهم من شركه او حصة فيها ، آو عقود إيجار زراعيه آو تجاريه آو عقود التسيير محلات تجاريه آو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، و يجب الدفع ثمنه الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد.

ثانيا : العقود الملزمة لجانب واحد

أما العقد الملزم لجانب واحد أو العقد غير التبادلي ، فهو الذي لا ينشا التزامات الا في جانب واحد دون مقابل ، أن يكون بمقتضاه احد طرفين مدينا و الأخر دائما فقط ومثال ذلك : عقود الهبة ، الوكالة بدون عوض و الوديعة بغير اجر.

ففي عقد الهبة يكون الموهوب له مستفيدا من الشيء محل هبه من غير أن يتحمل أي التزام مقابل و الواهب بتسليم شيء موضوع الهبة.

ونلاحظ أن العقد الملزم لجانب واحد هو عقد كغيره من العقود لا يتم إلا بارادتين متطابقتين لتوافر سائر عناصر ونلاحظ أن العقد الملزم لجانب واحد هو عقد كغيره من العقود لا يتم إلا بارادتين متطابقتين لتوافر سائر عناصر العقد الاساسية و ان كان لا يرتب التزامات إلا في ذمة احد طرفي العقد دون الآخر طبقا الماده 56 من ق. م[1]

وفي هذا الصدد يجب عدم الخلط بين العقد الملزم لجانب واحد والذي هو كسائر العقود لا يتم إلى بتوافق إرادتين وتصرف القانون الصادر من جانب واحد الذي يتم باراده منفردة وهو يعتبر

عقدا كالوصية و الوقف و الوعد بجائزة كما أن عقد العارية و عقد الرهن الحيازة وعقد القرض وان كانت تذكر غالبا ضمن العقود الملزمه لجانب واحد إلا أنها في الواقع من العقود الملزمة للجانبين و الحقيقة انه كلما تم الأعراض عن فكره العقود العينية أدى ذلك إلى الإقلال من العقود الملزمة لجانب واحد.

[1] - تنص المادة 56 من ق. م على انه : " يكون العقد ملزما لشخص او عدة اشخاص اذا تعاقد فيه شخص نحو شخص ، او عدة اشخاص اخرين دون الالتزام من هؤلاء الاخرين " .

المبحث الثاني : القوه الملزمنة للعقد

تمهيد :

إن القوه الملزمة للعقد مبدأ عالمي ويعني هذا المبدا انه بمجرد انعقاد العقد بصفه صحيحة وجب على أطرافه تنفيذه كما لو كان قانونا وبالتالي لا يجوز لأحد المتعاقدين الانفراد بتنفيذه او تعديله دون حصوله على رضا الطرف الثاني

فالقوه الملزمة للعقد هي التي تمنع انفراد احد أطرافه بتعديله و تفرض أن يكون هذا التعديل بإرادتهما المشتركة فكل ما اتفق بشأنه من شروط وبنود بأخذ مكانه القانون من حيث القوه ومن ثم يصبح واجبة فيه ويمنع المساس به أي عدم امكانيه تخلص أي طرف من تطبيق بنوده إلا بموافقة الآخر.

و الالزامية المقترنة بهذا العقد تستمر مع ارادة المتعاقدين لذلك تميزت العلاقة التعاقدية بالثبات والاستقرار ، كما أن الالزامية تتولد بعد تطابق ارادة الأطراف الحرة فلا يمكن التحلل من هذه الرابطة إلا بعد التقاء أراده مماثلة لها[1] ، فإذا انعقد العقد صحيحا بان توافرت فيه كل أركانه وشروط انعقاده أصبحت حقيقة قانونية خلصت له قوته الملزمة.

المطلب الأول : قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والنتائج المترتبة عنها.

إذا كان مبدأ سلطان الارادة يقوم على ارادة الشخص من خلال حريته في التعاقد وفق مبدأ الرضائية و تحديد أثار العقد فان النتيجة المنطقية لذلك لأنه إذا كان هناك قانون يحكم المجتمع بصوره عامه فأن المتعاقدين في نطاق محل تعاقدهما إنما يحكمهما العقد الذي ارتضياه

[1]- عبد القادر علاق ، اساس القوة الملزمة للعقد وحدودها ، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير ، كلية الحقوق ، جامعة ابوبكر بلقايد ، تلمسان 2007-2008 ، ص 8

بارادتهما و وضع فيه من الشروط ما أرادا و بالتالي فهما ملزمين به كشريعة التحكم على علاقتها التعاقديه فلا يمكن لأي احد منهما التملص من التزاماته المنصوص عليها في هذا العقد ولا حتى تعديلها ولا إنهائها بالارادة المنفردة و إنما يلزم للقيام بذلك أن تتوافق ايرادتهما كما كانا في بداية تعاقدهما[1]

وهذا المبدأ هو نتيجة رتبها مبدأ سلطان الاراده على انه يمكن أن يجد لي هذا المبدأ أساسا خلقيا واقتصاديا فالأساس الخلقي هو وجوب احترام العهد الذي يقطعه الإنسان و الأساس الاقتصادي و ضرورة توفيق استقرار المعاملات بين الأفراد.

فإذا انعقد العقد صحيحا فانه ويلزم للمتعاقد بالقيام بالالتزامات الملقات على عاتقه والتي يرتبها العقد في ذمته وفقا لمضمون العقد ، مثلا في عقد البيع يلتزم البيع بنقل الحق المبيع الى المشتري وبمقتضى حسن النية وجوب امتناعه عن كل عمل من شانه جعل نقل الحق مستحيلا أو عسيرا ويعبر عن ذلك بالقوة الملزمة للعقد.

وعلى كل طرف احترام العقد في حدود تنظيم العلاقات التي يحكمها القانون تماما [2] ويترتب على ذلك انه لا يستطيع احد أطرافه بإرادته المنفردة أن ينقصه أو أن يتحلل منه ولا يحق له تعديله ما لم يصح له القانون ، لان العقد ثمرة الاتفاق بين إرادتين فلا تستطيع ارادة واحدة ان تعفى منه او تعدله.

[1] - بوكماش محمد ، المرجع السابق ، ص 16 .

[2]- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزام ، التصرف القانوني العقد والارادة المنفردة ، ج 1 ، ط 2 ، دار الهدى ، عين ميلة ، الجزائر ، سنة 2004 ص316

الفرع الأول : مفهوم العقد شريعة المتعاقدين.

نصت على هذه القاعدة المادة 106 من ق. م الجزائري على أن : " العقد الشريعة المتعاقدين فلا يجوز نقله أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب التي يقررها القانون ".

أولا : تعريف قاعدة العقد شريعة المتعاقدين

ويقصد بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين إن ما اتفق عليه المتعاقدان بمحض إرادتهما يلزمهما فالإرادتان اللتان حددتا عناصر الالتزام هم اللتان تملكان تعديل أي عنصر من عناصره ولا تستطيع ارادة واحده منهما ولا ارادة خارجية عنهما إجراء هذا التعديل كمبدأ عام.

العقد هو القانون الاتفاقي الذي يلتزم به المتعاقدين فهو يقوم بمقام القانون في تنظيم العلاقات العقديه ويطبقه القاضي عليهما كما يطبق القانون.[1]

وبالتالي العقد عند تمامه بين المتعاقدين وبعد التوافر شروط صحته ووجوده تصبح أحكامه بمثابة القانون الذي ينطبق عليهما من حيث الحقوق والالتزامات دون أن يملك احد ما حق تعديله أو نقضه وهذا الحظر ليس مقصور على كل متعاقد بمفرده دون اتفاق بينهما و إنما يشمل كذلك القاضي ما لا يجوز له تعديل أو نقض هذا العقد ولو كان ذلك بدعوى منه.

بغرض تحقيق العدالة ومنع الظلم و إنما واجبه يتركز في تحديد الحقوق والتزامات المترتب على العقد متى توفرت في شروط صحته ما تعيين أصحاب هذه الحقوق والالتزامات.[2]

فارادة المتعاقدين هي مصدر القوه الملزمة للعقد فهي تفرض احترام مضمونه من جهة وتستوجب تنفيذه من جهة ثانيه ، فالالتزام الناشئ عن المتعاقدين يعد بمثابة شريعة لهم كما

[1]- بالحاج العربي ، نفس المرجع ، ص 248

[2] - خليل احمد حسن قدادة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، ج 1 ، مصادر الالتزام ، طبعة 2 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون – الجزائر – سنة 2005 ، ص 106

لو كان ناشئا عن مصدر تشريعي تماما وينتج عن ذلك عن أن ارتباط متعاقدين باتفاق بينهما يعادل الالتزام بنص قانوني[1]

هذا وتقتضي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ان تكون للعقد قوة ملزمة في موضوعه اي ان المتعاقد يلتزم بما ورد في العقد من جهة ولا يلتزم الا به من جهة اخرى

فالعقد في قوته الملزمة كما للقانون فهو ملزم للطرفين وللقاضي الذي لا يستطيع ان يعدل شئ في مضمونه وعليه ان يفسره بما يظهر ارادة الطرفين[2] وهذا الحظر يشمل المشرع كذلك فيمنه عليه المساس او التدخل في الرابطة العقدية الناشئة بين المتعاقدين

ثانيا / : الزامية العلاقة العقدية في حق المتعاقدين

ان الالتزام الناشئ عن المتعاقدين يعد بمثابة شريعة لهما ويترتب على ذلك ان ارتباطهما بالاتفاق بينهما يعادل التزامهما بنص قانوني ، ولا يمكن للمدين التحلل من التزامه بارادته المنفردة الا برضى الدائن .

فاطراف العقد يلتزمون به ولا يجوز لهما الانفراد بوقف اثر هاو انهائه الا باتفاق وتراض بينهما كقاعدة عامة كرسها القانون وبالتالي لا يمكن ان يعدل الا باتفاق ارادي جديد لان العقد كالقانون بالنسبة للمتعاقدين لا يمكن لاحد منهم التنصل عن ما التزم به لذلك يقال ان العقد شريعة المتعاقدين ، ولذلك يجب ان يلتزمو بتنفيذ التزاماتهم العقدية في حدود ما اقره القانون ، هذا من حيث المبدا .

[1] - دغمان محمد رياض ، نفس المرجع ، ص 51 .
[2] - علاق عبد القادر ، نفس المرجع ، ص 13 .

وبما أن القانون منع على المتعاقدين فك الرابطة العقدية بارادة احدهم كمبدأ عام فانه يقيد كذلك القاضي والمشرع اللذان لا يمكنهما الاعتداء على مضمون العلاقة العقدية بل هما ملزمان باحترام ارادة المتعاقدين[1]

الفرع الثاني : النتائج المترتبة عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين

طبقا لنص المادة 106 من ق. م فانه يترتب عن قاعدة العقد الشريعة المتعاقدين عدم جواز النقد أو تعديله إلى باتفاق الطرفين اللذان أبرماه مع ضرورة وجوب مراعاة حسن نيتهما في العقد وهو ما قررت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1987/6/17 في الملف رقم 49174 بانه من المقرر قانونا أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين للأسباب

التي يقررها القانون ومن المقرر أيضا أن إثبات التزام المتنازع فيه يقع على عاتق المتذرع به ومن ثم فان القضاء بما يخالف ذلك يعد خرق للقانون وفقدان للقاعدة القانونية الشرعية.[2]

أولا : عدم جواز نقض العقد أو تعديله

ينتج عن كون أن العقد شريعة المتعاقدين ابرمه بتوافق ارادة متعاقديه لانه لا يستطيع احد منهما دون الآخر أن يستقل بنقضه أو تعديله إلا إذا وافقه الطرف الآخر أو لأسباب أخرى يقرها القانون والقواعد التي تطبق على توافق إرادتين في إيجاد العقد هي نفسها التي تطبق على توافق إرادتين سواء في حله أو تعديله كما يصح أن يكون اتفاق على إلغاء العقد ضمنيا[3]

[1]- علاق عبد القادر ، نفس المرجع ، ص 14

[2]المجلة القضائية ، سنة 1990 ، عدد 3 ، ص 27 -28-29 .

[3] - عبد الرزاق احمد السنهوري ، نفس المرجع ، ص 952

واقر المشرع الزاميه تنفيذ العقد من حيث ما يتضمنه وما يستلزمه بواسطته قواعده آمره في المادة 107 فقرة 1 و2 من ق. م : " **يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية .و لا يقتصر العقد على التزام التعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف و العدالة بحسب طبيعة الالتزام** ".

إن القوه الملزمة للعقد تفرض على أطرافه تنفيذ كلما تضمنه العقد من بنود وما اشتمل عليه من شروط فمشتملات العلاقة العقدية تمثل الوجه الثاني للقوه الملزمة للعقد بعد التأكد من حرمان نقض وتعديل التزامات العقدية وتقيد بأحكامه كوجه أول.

فالمتعاقدان يلتزمان بتنفيذ الحقوق والواجبات الناتجة عن العلاقة العقدية بالاضافه إلى أمور أخرى حتى ولم حتى ولو لم ينص عليها بصراحه

ثانيا : مراعاة حسن النية

يقصد بحجر النية في تنفيذ العقود بأنه قصد المتعاقدين لتحقيق أهداف و مقاصد العقد الحقيقية بأفضل الطرق وعلى أحسن وجه ما يعني أن كل متعاقد يفي بالتزامات الملقاة على عاتقه دون أي نقص أو تقصير منه وهو ما كرسته المادة 107 ف 1 من القانون المدني[1] .

و تنص المادة 107 ف 1 من ق.م على انه : " **يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية** " باعتبار أن العقد يعبر عنه انه قانون متعاقدين فيجب عليهما تنفيضه بأمانة وحسن نية.

وحسن النية هو معيار شخصي يستمد من القانون الفرنسي يرجع فيه القاضي إلى سلوك كل من المتعاقدين ليقرر هل سلك فيه سلوك الرجل العادي كما تقتضي حسن النية إلا بتعسف احد المتعاقدين في تنفيذ حقه الناشئ عن العقد ولا يلزم العقد كلا من المتعاقدين بتنفيذ ما

[1] - بوكماش عبد القادر ، المرجع السابق ، ص 401

تناوله من التزامات فقط بل يلتزم كل منهما بتنفيذ ما يترتب على العقد من مستلزمات التي وردت في نصوص القانونية أو التي يقتضيها العرف أو تتطلبها العداله بحسب طبيعة الالتزام ويكون كل منهما إذا لم يفعل ذلك[1].

ينبغي الإشارة إلى إلا أن التزام المتعاقد طبقا لحسن النية هو التزام تعاقدي فإذا حاد عما هذا المبدأ في المطالبة بحقه فيكون مسؤولا على أساس المسؤولية العقدية لإخلاله بالتزام عقدي هو

وجوب مراعاة حسن النية في التنفيذ وبذلك لا حاجة إلى تقرير مسؤوليته على أساس المسؤولية التقصيرية لتعسفه في استعمال حقه[2]

فتحلي المتعاقد بحسن النية في تنفيذه للعقد أمر بالغ الأهمية فله دور محرك في العلاقة التعاقدية وحسن النية مفترض في كل متعاقد ما لم يثبت الغير عكس ذلك[3]

مع الإشارة إلا انه من أسمى مظاهر حسن النية احترام متعاقد لما تم الاتفاق عليه من الطرف الأخر وان يتم التنفيذ وفقا لذلك وليس كما يريده احدهما[4]

المطلب الثاني : **حدود مبدأ القوه الملزمة للعقد**

إن القوه الملزمة للعقد ليست بمبدأ مطلق و إنما هي مقيدة بحدود فإرادة المتعاقدان الحرة قد تطرأ عليها امرر تحول دون تحقيق الغرض الذي أبرمت لأجله كما قد يتدخل القاضي والمشرع في بعض الحالات لغرض تنظيمهما وتعديلها وهذا استثناء عن المبدأ.

[1] - علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، ط 8 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، سنة 2008 ، ص 98

[2] - محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 316

[3] - علي فيلالي ، نفس المرجع ، ص 368 .

[4] - علاق عبد القادر ، نفس المرجع ، ص 18 .

الفرع الأول: حالات إنهاء العقد.

إن للإرادة دور في تكوين العقد فتراضي المتعاقدين يعتبر ركن جوهري لقيام أي علاقة عقديه صحيحة . و لكن ، هل للإرادة نفس الدور في مرحلة تنفيذ العقد ؟

فالعقد بعد إبرامه واكتسابه القوه الملزمة قد ينفلت و إلغائه يكون باتفاق الطرفين من حيث المبدأ ما يعني إن للإرادة دخل أيضا في إنهاء العقد وتعديله على غرار إنشائه سواء باتفاق آو الانفراد في حالات محدودة.

ان مبدأ القوه الملزمة للعقد يقضي ويسمح للمتعاقدين لإنشاء ما أراد من عقود ما التزامهما بتنفيذها فالاصل في العقد انه ينقضي بتنفيذ الالتزامات المستمدة منه وفقا لما اتفق عليه الطرفين وذلك في التنفيذ العادي للعقد لكن قد تنقضي هذه الأخيرة دونما تنفيذه وذلك لأسباب خارجة عن إرادتهما وهذا هو الاستثناء الوارد على هذا المبدأ ، إذ يمكن لهما في حالات معينه إنهاء العقد أو تعديله إذا ما فرضت الضرورة ذلك[1]

ومنه فانه يمكن مراجعه شروط العلاقة العقدية باتفاق أطرافها من حيث المبدأ و بالاراة المنفردة كاستثناء.

أولا/ انهاء العقد بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين و بإرادة المشرع

إن الالتزامات الناشئة عن العقد المبرم ما بين طرفين تحتم عليهما تنفيذه كما هو دون زيادة أو نقصان ، وتعتبر هذه الأخيرة مبدأ أساسيا للقوه الملزمة للعقد.

فمبدأ القوه الملزمة للعقد يسمح للمتعاقدين بإنشاء ما شاء من العقود شريطه الالتزام بالتنفيذ بنودها ولكن استثناء عن هذا المبدأ وخروجا عنه يمكنهما تعديل بعض شروطه ان إقتضت الضرورة ذلك.

[1] - علاق عبد القادر ن نفس المرجع ن ص 54 .

ففيما يتعلق بإنهاء العقل بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين فيجوز لمتعاقد إنهائه إذا وجد شرط في العقد يجوز له ذلك ففي عقد الإيجار مثلا يجوز إبرام العقد لمده تسع سنوات على أن يكون لكل من طرفيه الحق في إنهاء العقد بإرادته كل ثلاث سنوات.

ويجوز أيضا إنهاء العقد إذا وجد نص قانوني يقضي بذلك كما هو الحال في عقد الوكالة(م 586 و 588 من ق.م) وعقد الشركة(م 440 و 442 من ق.م) ففي هذين العقدين يفترض قيام الثقة بين أطرافه فإذا زالت كل كان من الواجب أن يسمح لأي من أطرافه بإنهائه بإرادته[1] ويعطي القانون حق إنهاء العقد إما بموجب بند صريح منصوص عليه قانونا أثناء إبرامهما للعقد أن يكون هناك رضاء من المتعاقد الأخر حتى يتمكن من الحصول على سلطة الإلغاء بإرادته المنفردة[2] أو يكون له ذلك بترخيص من القانون فقد يكفل القانون في بعض الحالات بإعطاء احد المتعاقدين الحق في إنهاء العقد بإرادتهم منفردة خاصة في العقود الغير المحددة المدة وذلك بموجب نصوص خاصة بشرط عدم التعسف في استعمال الحق و ضرورة إعلام المتعاقد معه مسبقا برغبته في الإنهاء.

أما فيما يخص العقود المحددة المدة فإنهاء العقد بالإرادة المنفردة هو استثناء ، فمثلا فيما يتعلق بحق المعير في انهاء العارية قبل انتهاء مدتها في حاله معينه[3] وهذا ما جاءت به المادة من 547 من ق.م بقولها: " يجوز للمعاير أن يطلب في أي وقت إنهاء العارية في الأحوال الآتية:

- إذا عرضت له حاجه عاجله لشيء لم تكن متوقعه
- إذا أساء المستعير استعمال الشيء أوقات صوره في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه
- إذا أعصر المستعير بعد انعقاد العارية أو كان معسرا قبل ذلك دون علم من المعير".

[1] - محمد صبري السعدي ، نفس المرجع ، ص 317 .
[2] - علاق عبد القادر ، نفس المرجع ، ص 56 .
[3]- علاق عبد القادر ، نفس المرجع ، ص 57

أما فيما يتعلق في إنهاء العقد بإرادة المشرع ، قد يتدخل بصفه تلقائية في العلاقة العقدية استثناءا عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وذلك لحماية الطرف الضعيف وتحقيق العدالة العقدية و إعادة تنظيم هذه العقود من جديد.

فهناك حالات معينه يتدخل فيها المشرع لينهي العقد أو يعدله رغم إرادة المتعاقدين ولا يملك القاضي فيه سلطة تقديرية فلا يحق له إبقاء العقد أو إنهائه كحالة وفاة احد المتعاقدين ونلاحظ في هذه الحالات أنها لا تعتبر الخروج عن الحقيقة على قاعدة القوة الملزمة للعقد وعدم انتقال العقد إلى الورثة ، فهذا النوع من العقود يراعي حين إبرامها الى الاعتبار الشخصي للمتعاقدين على أننا نجد إنهاء الحقيقي في تدخل المشرع رغم إرادة المتعاقدين في إنهاء العقد أو تعديله مثلا في عقد الإيجار غالبا ما يتدخل المشرع في تحديد الأجرة أو في تمديد مدة الإيجار م474 و 509 من ق.م ، و بالرغم من تدخل المشرع في هذه الحالات بإدراج قواعد و أحكام تاموس العلاقة العقدية فهو يهدف إلى إجراء موازنة بين الإرادة وكذا صالح العام[1]

ثانيا/: تعديل العقد بواسطة القاضي وبرخصة من القانون

طبقا للقوة الملزمة للعقد لا يجوز للقاضي تعديل العقد أو إنهائه غير أن المشرع للاعتبارات العدالة منح له في حالات معينه وكاستثناء ، فقد أصبح للقاضي إمكانية التدخل في العقود في مرحله تكوينها بمراجعتها وتعديلها وسلطته في هذه المرحلة ذا الطابع وقائي فهي تجعل المتعاقدين يدخلون في اعتبارهما سلطة و إمكانية القاضي بمراجعة اتفاقهما فيحرصان على أن يضمن تعاقدهما والاستقرار ويتفادى كل ما من شانه أن يؤدي إلى تدخل القاضي وممارسته لهذه السلطة، ولعل أهم الأسباب التي تسمح له بذلك والتفاوت الفادح في الالتزامات المتعاقدين و المتمثلة في الغبن والاستغلال .

[1]- علاق عبد القادر ، نفس المرجع ، ص 58

ففيما يتعلق بالاستقلال حتى يتمكن القاضي من تعديل العقد وجب عليه أن يتفحص عدم تعادل الالتزامات بين الأطراف حتى يتمكن من قيام حاله الاستغلال من عدمها ويقصد بعدم تعادل

الاداءات هو التفاوت الفاحش أو الغير العادي الخارج عن المعتاد ويمكن أن يبطل او يعدل العقد بسبب الاستغلال في العقود التبرعية (م 90 /3 من ق.م)[1]

واستغلال الطيش البين أو الهواى الجامع في المتعاقد وهذا هو العنصر النفسي الذي يبحث فيه القضية عن نية الطرف المتعاقد في استغلال المتعاقد الأخر معه ، فالقاضي يبحث فقط عن توافر شرط اختلال الاداءات.

وعليه يجب آن يكون الاستغلال هو الذي أدى بالمتعاقد المغبون إلى إبرام فهو ذو معيار ذاتي أي تكون اراده المغبون معيبة ويقع عبر إثبات هذا العنصر على المتعاقد المغبون الذي له رفع دعوى الاستغلال خلال سنة من تاريخ العقد و إلا كانت غير مقبولة (م 2/90 من ق.م)

إذا توافرت هذه الشروط فللقاضي وفقا للمقتضيات العدالة التدخل بناء على طلب المضرور من الاستغلال وله أن يأمر بإنقاص الالتزام آو بإبطال العقد طبقا للمادة 1/90 من ق. م

و إما فيما يتعلق بسلطة القاضي في تعديل العقد فيما يخص الغبن ، وقبل ذلك يجبر بنا أولا إعطاء تعريف ولو بسيط للغبن حيث يعرف الفقه الغبن على انه : " عدم التوازن بينما ياخذه احد المتعاقدين وبينما يعطيه مقابل ذلك بحيث يكون بينهما فارق في سعر السوق يؤدي إلى الخسارة أو الضرر المادي الذي يلحق احد المتعاقدين "، باعتبار ان الغبن يتحقق بمجرد التفاوت المادي فهو يعتبر عيب في العقد والسبب لابطاله فعدم تعادل الاداءات في الغبن

[1]- رياحي احمد ، المجال المادي للغبن في العقود بين التوسعة والتضييق ، دراسة مقارنة ، الاكادمية للدراسات الاجتماعية والانسانية ، 2010 ، ص 25 .

يكون بالنظر إلى قيمه شيء لا بالنظر إلى قيمته بالنسبة للراغبين فيه وهو وما يؤكد بان الغبن يتحدث بالمعيار الموضوعي[1] وليس بالمعيار النفسي كما هو الحل بالنسبة للاستغلال.

ويتميز الغبن باعتباره العنصر النفسي للاستغلال بأمرين ، فالأول كونه لا يكون إلا في عقود المعاوضة ، و الثاني إذا بيع عقار بغبن وبثمن يزيد عن الخمس فلبائع طلب تكمله الثمن إلى أربعة أخماس الثمن الحقيقي لذلك العقار، وتقدير حاله الغبن يكون وقت إبرام عقد البيع.

إن دعوى الغبن يقتصر رفعها على المتعاقد المغبون الذي وقع عليه الغبن لأنه المتضرر الوحيد في العقد وتسقط هذه الدعوة بعد مضي ثلاث سنوات من تاريخ انعقاد العقد وهذا الأجل لا يسري في حق عديمي الاهلية إلا بعد انقطاع العجز.[2] مع الاشارة إلا أن المادة 360 من ق. م لا تجيز الطعن بالغبن في عقار بيع بالمزاد العلني.

الفرع الثاني : تطبيقات من حدود القوه الملزمة للعقد.

من المسلم به أن للعقد قوه تلزم أطرافه الذين ارتضوه ، اذ أن العقد يمثل شريعة المتعاقدين فلا يجوز أن يستقل احدهما بنقضه أو تعديله لأي سبب إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضي به القانون .

وهذا المبدأ ينطبق على العقود الخاصة دون العامة أي الادارية التي تستقل السلطة العامة بتعديلها و إنهائها بدواء المصلحه العامه مع التعويض[3]

ففي ظل القوة الملزمة للعقد فان اي طرف لا يستطيع ان يرجع عن العقد فمتى تم التقاء الايجاب والقبول قام العقد وتنفيذه يصبح ملزما ولا رجعة فيه. واذا كانت اغلب تشريعات

[1]- رياحي احمد ، المرجع السابق ، ص 21
[2]- على فيلالي ، المرجع السابق ، ص 218
[3] - دغمان محمد رياض ، المرجع السابق ، ص 68

تعترف بمبدا العقد شريعه المتعاقدين فهي لا تطلق العنان له بل تفرض نصوص قانونية ما يقصد بها حماية المصلحة العامة ما يجعل حرية المتعاقدين مكبلة امام هذه القواعد المرتبطة بالنظام العام والاداب العامة.[1]

فاذا كانت القاعدة العامة تقضي بعدم المساس باحكام العقد بصفه انفراديه احتراما لمبدا سلطان الاراده فان هذه القاعده ترد عليها استثناءات حيث اجاز القانون للقاضي لاعتبارات متعلقة بالعدالة ان يقوم بتعديل العقد كما هو الحال في نص الماده 3/107 من ق. م التي تمنح للقاضي رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول في حالة الحادث الطارئ وكذلك المادة 110 من ق. م التي تمنح له ايضا سلطه تعديل الشروط التعسفيه في حق الاذعان او الاعفاء منها[2] فسماح المشرع الجزائري للقاضي بالتدخل في العقد كان بهدف اقامه التوازن العقدي اذا ما طرات بعد ابرامه ظروف استثنائية لم تكن متوقعه في الحسبان وترتب عن حدوثها ان صار

تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقه للمدين وهذا ما يطلق عليه اسم نظرية الظروف الطارئة[3] كما للقاضي امكانية التدخل في العقد اذا ما تضمن الشروط التعسفية

اولا /: نظرية الظروف الطارئة

لم يكتفي المشرع بمنح القاضي سلطه التعديل او اعاده التوازن الى العقد بموجب عقود الاذعان بال حرص على حماية المتعاقدين تحقيقا للعدالة ومدها الى مرحله ثانية في العقد اي مرحلة تنفيذه فمنح للقاضي سلطه التدخل فيه لمواجهات هذه الحوادث الاستثنائية التي ينجر

[1] - دغمان محمد رياض ، المرجع السابق ، ص 55
[2]- فاضلي ادريس ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2009 ، ص 130
[3] - بن شويخ الرشيد ، دروس في النظرية العامة للالتزام ، دار الخلدونية ، ط2012 ، ص 113

عنها اختلال التوازن العقدي وذلك بان خول له المشرع سلطه التعديل في العقد اثناء التنفيذ في حالة الظروف الطارئة وكذا حالة وجود شرط جزائي مرهق لاحد الطرفين[1]

فالظروف الطارئة هي كل حادث عام لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع لحدوث اثناء التعاقد ينجر عنه اختلال منافع متولده عن عقود تراخى تنفيذها لاجل ، بحيث يصبح تنفيذ للمدين للالتزامه مرهقا له ومهددا بخسارة فادحة.

ويتعين لتطبيق نظريه الظروف الطارئه وفقا للماده 107 من ق. م ان تتوافر الشروط الموضوعية الثلاثة :

- فالشرط الأول: يتمثل في ان يكون العقد متراخيا في تنفيذه
- الشرط الثاني : في ان تكون هذه الظروف الاستثنائيه عامة وغير متوقعة
- الشرط الثالث : يتمثل في كون تنفيذ الالتزام اصبح مرهقا للمدين وليس مستحيلا بسبب هذا الحادث.

وعليه القول والحكم انه متى توافرت الشروط الثلاثه السالفة الذكر كان على القاضي تبعا لهذه الظروف وبعد موازنه بين مصلح الطرفين وبناء على طلب المدين ان يرد الالتزام المرهق الى

الحد المعقول[2] ، الذي يراه متماشيا مع العدالة وحسن النية فله ان يعدل من العقد في حدود مهمته العاديه ولا يتمادى بالمبالغة فيه وهي التفسير كما ان يختار بين اكثر من وسيله لهذا التعديل فالمهم هو اعاده توازن للعقد بتوزيع تبعة الحادث على عاتق الطرفين ، فالحادث طارئ لا يقضي الالتزام ولا يبرئ ذمه المدينه وانما يكون سبب لتعديل هذا الالتزام[3]، فهو

[1] - بوكماش محمد ، المرجع السابق ، ص 240 .
[2]- بالحاج العربي ، المرجع السابق ، ص258.
[3]- عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 971 .

يقع على العقد حتى يتمكن المتعاقدين من تحقيق الاهداف المرجوه منه ، مع الاشاره الى ان المشرع لم يحدد للقاضي الوسائل التي يعتمد عليها لرد الالتزام الى الحد المعقول.

والقاضي ملزم بمراجعه العقد فقد يرى فقد يرى انقاص مدى التزام المدين وفي هذه الحالة يلتزم هذا الاخير بالالتزام الذي حدده القاضي فقط ، مثلا: شركه سكر تتعهد بتوريد كمية منه

لمصنع الحلوى ولحدوث الظروف الطارئة يصبح توريد هذه الكمية مرهقا فينقص القاضي من كمية المقدار التي يرد عليها التزام الشركة الى الحد المعقول وفي هذه الحالة تلتزم الشركه بتوريد الكمية التي حددها القاضي فقط[1]

ففيما يتعلق بزياده التزام المدين قد يرى القاضي زياده الالتزام لمقابل الالتزام المرهق فيوزع الزيادة على كل من الدائن والمدين ففي المثال السابق يرفع القاضي السعر عن المحدد في العقد ولكن دون تحميل دائن الزياده في السعر الذي ترتب عن الظروف الطارئه بل يوزعها بينهما وذلك لاجراء الموازنة بين الطرفين.

ويجوز للقاضي ان يامر بوقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ اذا كان مؤقتا[2] ومثال ذلك: كان يتعهد مقاول باقامة بناء وبعد ذلك يرتفع سعر مواد البناء ولكن هذا السعر سينخفض قريبا وذلك بعد طرح كميات من مواد البناء في السوق ، فيأمر القاضي بوقف التزام المقاول بتسليم المبنى وذلك بهدف الوفاء بالتزامه دون ارهاق او اي ضرر مادي قد يلحق بالمقاول جراء تلك الزياده .

وينبغي الملاحظة انه لا يجوز للقاضي ان يحكم بفسخ العقد فسلطته مقصورة على الالتزام المرهق وتوزيع عبئ الحادث على طرفي العقد ومعنى ذلك الابقاء على الالتزام وبالتالي

[1]- صبري محمد السعدي ، المرجع السابق ، ص 323 .
[2]- بالحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 259 .

على العقد وهنا يظهر الفرق بين اثر الحادث الطارئ والقوة القاهرة التي يستحيل معها تنفيذ الالتزام ومن ثم يترتب عنها انقضاء الالتزام وانفساخ العقد[1]

واخيرا نلاحظ بان الاثر الذي قرره القانون للحادث الطارئ من النظام العام فلا يجوز للمتعاقدين الاتفاق مقدما على ما يخالف فقد نصت الفقرة 03 من المادة 107من ق. م على انه : " غير انه اذا طرات حوادث استثنائيه عامه لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها

ان تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وان لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

ثانيا/ : الشروط التعسفية في عقد الاذعان والشرط الجزائي

الاصل في العقود انها تبرم بالارادة الحرة لمتعاقدين بمناقشة ومعرفة كل طرف لحقوق والتزامات وفقا لمبدا حرية التعاقد علا انه هناك بعض العقود يتم فيها ادراج شروط مجحفة في حق الطرف الاخر الذي ليس له حريه مناقشتها ما يؤدي الى اختلال التوازن العقدي لذا فهي تعتبر شروطا تعسفية ، وفي ظل هذه ظروف سعى المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات باحتواء هذا الوضع وحماية الطرف الضعيف بالغاء بعض الشروط التعسفية وفرض الرقابة عليها بمنح القاضي سلطة التدخل في العقد لاعادة التوازن.

ولقد عالج القانون المدني الجزائري عقود الاذعان في الماده 70 منه وكذلك في الماده 110 اما بخصوص تفسير عقود الاذعان فقد جاء بها في المادة 2/112 ، وقد حرص المشرع على معالج عقد الاذعان بحكم خاص يعتبر استثناء من العصر القاضي بان العقد بان العقد شريعة المتعاقدين وما يقضيه هذا المبدا من عدم امكانية تدخل القاضي في تعديل موضوع العقد او الغائه احتراما لارادة المتعاقدين اللذين ابرماه اذا بموجب الحكم الذي تضمنه

[1]- محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 326 .

النصوص الخاصة بعقد الاذعان خول القاضي سلطة التعديل الشروط التعسفية او اعفاء الطرف المذعن منها[1].

وعليه فانما يميز عقود الاذعان عن سائر العقود هو كون احد طرفي العلاقة في موقع اقتصادي يخول له الاحتكار القانوني ويمنحه الغلبة الاقتصادية بشكل مستمر وواضح مع

جميع من يتعاقدون معه اي ان الموجب يفرض سيطرته التي تجعل المنافسة محدودة النطاق[2] ، وان يتعلق العقد بسلع او مرافق تعد من الضروريات الاساسية التي لا يمكن للطرف المذعن صرف النظر عنها او عدم التعاقد ، ويشترط الايجاب فيها هو ان يعرض الطرف المحتكر لتلك الخدمة الشروط كلها اي من الطرف القوي في العلاقة العقدية ، اما القبول من الطرف الضعيف فيشترط اما قبول تلك كلها او رفضها كلها او بعبارة اخرى لا مجال للتفاوض بين الطرفين فيما يخص الشروط[3]

وباستقراء نص الماده 110 من ق. م نجد انها تتضمن الشروط الواجب توافرها لمنح القاضي سلطة تعديل ما تضمنه العقد من الشروط التعسفية او اعفاء الطرف المذعن منها وهذا خروجا عن مبدا حرية التعاقد ممثلا في قاعد العقد شريعة المتعاقدين [4] ، فحتى يمكن حماية الطرف المذعن (الضعيف) من الشروط التعسفية يجب توافر ثلاث شروط وهذا من خلال المادة السالفة الذكر، وهي ان يكون وان يتواجد عقد اذعان وان يتضمن العقد شروط تعسفية ، والشرط الثالث المتمثل في توافر الضعف الارادي للطرف المذعن امام الشروط التعسفية المفروضة عليه في العقد بحيث لا يمكن الى التسليم لها.

[1]- بوكماش محمد ، المرجع السابق ، ص 145 .
[2]- بالحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 94 .
[3]- منصور حاتم وايمن طارق ، القوة الملزمة للشروط الاحادية تحرير في العقد ، مجد 1 ، كلية القانون ، جامعة بابل ، سنة 2009 ، ص21
[4]- بوكماش محمد ، المرجع السابق ، ص 156

وبالرجوع الى نص المادتين 110و112 من ق.م نجد ان المشرع وفر حماية للطرف المذعن في عقود الاذعان بحيث انه منح للقاضي سلطه التعديل العقد العقود متى تضمنت شروطا تعسفية وذلك استثناء عن مبدا السلطان الارادة.

اما بخصوص الشرط الجزائي او التعويض الاتفاقي ، فتبقى لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فان الاطراف هم احرار في ابرام العقود ولهم تضمينها ما يشاؤون من الشروط مع الاخذ بعين

الاعتبار ان لا تكون مخالفة النظام العام والاداب العامة وبين الشروط التي يمكن تضمينها في العقد الشرط الجزائي.

فالهدف من ادراج الشرط الجزائي وتحذير المتعاقدين من الاخلال بتنفيذ الالتزامات العقدية و يجعلهما يسعيان بكل طرق للقيام بها على احسن وجه ، و بذلك يعتبر الشرط الجزائي ذلك الاتفاق الواقع بين المتعاقدين على التعويض عن ضرر لم يقع بعد فاذا ما وقع الضرر وكان مستوفيا لكل الشروط استحق المشترط في هذه الحالة التعويض المتفق عليه مسبقا[1]

ولكن قيمة هذا التعويض يكون مبالغ فيها في بعض الاحيان مقارنه مع ما لحق للمتعاقد المضرور من الضرر. فانه في هذه الحالة يتدخل القاضي لغرض اعادة التوازن بينهما بتخفيف هذا الشرط الى الحد المعقول والمتكافئ مع قدر الضرر اللاحق بالمضرور.

وقد اشترط المشرع الجزائري لتطبيق الشرط الجزائي توافر اركان المسؤولية المدنية بصفة عامة والمتمثلة في الخطأ والضرر والعلاقة السببية والاعذار، فليس من المعقول ان يطالب المشترط المضرور الوفاء بقيمة الشرط الجزائي دونما ان يلحقه ضرر او يكون الخطأ الصادر على متعاقد الاخر ليس له علاقه تجمع بينه وبين الضرر الذي الحقه المضرور.

[1] - بوكماش محمد ، المرجع السابق ، ص 324 .

اذا ما تاكد القاضي من توافر الشروط السابقة تاكدت له مسؤولية المدين ففي هذه الحالة يتقرر حقه في التدخل بتعديل الشرط الجزائي سواء بالانقاص او بزيادة.

فالمشرع الجزائري منح للقاضي سلطه التخفيض الشرط الجزائي في حالتين :

1-اذا نفذ المدينه الالتزام الاصلي في جزء منه.

1-اذا اثبت المدين ان تقدير قيمة التعويض مبالغ فيها.

كما يجوز للقاضي زيادة قيمة الشرط اذا ما كانت نسبة الضرر تفوق قيمة هذا الشرط او اثبت الدائن ان المدين استعمال الغش او ارتكب خطأ جسيم وعلى القاضي ان يفسر سبب زياده او خفضه لقيمة الشرط الجزائي المقدر سابقا من طرف المتعاقدين والا كان حكمه معرضا للنقض

واخيرا فان الشرط الجزائي هو الترجمة الاتفاقية للتعويض جراء عدم تنفيذ الاتزامات المتفق عليها فهو اتفاق مسبق على تحديد التعويض بدلا من ان يترك هذا الامر للقضاء[1]، فالاصل انه اذا تحققت شروط اعمال البند الجزائي تعيين على القاضي الحكم بالمبلغ المتفق عليه دون زيادة او نقصان ، فاذا كان طرفا العقد يقصدون من الشرط جزائي تحديد التعويض عن الاضرار الناتجة عن عدم التنفيذ يكون هذا الشرط ملزما لهم بصدوره عن ارادة حرة ومدركة

[1]- محمد رياض دغمان ، نفس المرجع ، ص66

الفصل الأول

مدى انصراف اثر العقد الى اطرافه والغير

الفصل الأول : مدى انصراف اثر العقد الى اطرافه والغير

المبحث الأول: مدى انصراف اثر العقد الى اطرافه والدائنين والغير.

اذا كان العقد يبرم بين طرفين الذين تتصرف اليهما اثره فانه من الاجدر تسليط الضوء على الاشخاص الموجودون في المنطقة الوسطى فهم ليسوا اطرافا اصليين في العقل وهم ليسوا اجانب عن الاطراف الاصلين بل تربطهم باحد طرفي العقد علاقه خلافه او دائنية.

ويرى الاستاذ عبد الرزاق احمد السنهوري انه يجب التوسع من فهم كلمة المتعاقدين فليس المقصود بها المتعاقدين فسب بل المقصود بها : هما ومن يمثلهما في التعاقد فالمتعاقدين اذا تعاقدا انصرف اثر العقد اليهما وقد ينصرف الى الخلرف الخاص وكذلك الدائنين[1]

وبناءا عليه سوف نتطرق في هذا المبحث الى اثر العقد بالنسبة للمتعاقدين في المطلب الأول . ثم النيابه في التعاقد في المطلب الثاني.

المطلب الأول: اثر العقد بالنسبه للمتعاقدين

لتوضيح اثار العقد بالنسبة للمتعاقدين قسمنا هذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الأول : مفهوم اطراف العقد ، وفي الفرع الثاني : اثار العقد في مواجهة اطرافه.

الفرع الأول : مفهوم أطراف العقد

يقتضي مبدا سلطان الارادة حصر القوة الملزمة للعقد في اطراف العقد ، اي من اعلنوا بطريقة صريحة او ضمنية عن تطابق ارادتهم تطابقا تماما ، وترتب عن ذلك قيام العقد وتحققت صفة الدائن والمدين بالنسبه للعقد بينهما[1]

[1]- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، الوسيط ج 1 ص 344

كما ان العقد يتم بمجرد ان يتبادل طرفان بالتعبير عن ارادتهما المتطابقتين دون اخلال بالنصوص القانونية ، ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون[2].

ومتى استكمل العقد جميع اركانه وتوافرت في كل ركن شروطه ، صار العقد صحيحا مرتبا لجميع اثاره والتي يتحدث نطقها بالمتعاقدين فقط ، وهذا ما يعرف بالقصور العقد على العاقدين لو بنسبية اثار العقد [3]ولا يجوز وفقا لمبدا نسبية العقد طلب ابطال العقد الا لمن كان طرفا فيه[4]وتكون اثر العقد ملزمة لطرفيه الذين انشئ بينهما ، وهذه القاعدة مطلقة لا استثناء عليها ، وذلك بحسب طبيعة الالتزام ، فعلى سبيل المثال يلزم عقد البيع بما يرتبه من التزامات وحقوق البائع والمشتري ، كما يلزم عقد الايجار المؤجر والمستأجر ويقيد كلا منهما وكذلك لا يلزم عقد الهبة سوى الواهب ويكتسب الموهوب حقوقا.

وهكذا يلزم العقد طرفيه وتنصرف اثاره اليهم بمجرد انعقاده بينهما ويصبح بموجبه كل منهما دائنا بما له من حقوق رتبها العقد ومدينه بما عليه من التزامات [5] فيترتب على ذلك ان كل متعاقد ملزم بما رتبه العقد اتجاهه من التزامات، كما له الحق في المطالبة بحقوقه المكتسبة منه دون ان يملك كل متعاقد الحق في نقض العقد اوتعديله.[6]

---

[1]- عبد الحق صافي ، القانون المدني ، جزء 1 ، المصدر الارادي للالتزامات ، العقد ، الكتاب 2 ، اثار العقد ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، المغرب 2007 ، ص 8 .

[2]- قرار المحكمة العليا ، غ.م ، المؤرخ في 1987/11/11 ، ملف رقم 51440 ، م . ق ، السنة 1992 ، ع 1 ، ص 7

[3]- انور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، مصر ، 2005 ، ص 203

[4]- قرار المحكمة العليا ، غ . ع ، المؤرخ في2006/02/08 ، ملف رقم 335706 ، م. م .ع ، سنة 2006 . ع 1 ، ص 423 .

[5]- رمضان ابو السعود ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، 2007 ، ص 346 .

[6]- خليل احمد حسن قدادة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء 1 ، مصادر الالتزام 2005 ، ديوان المطبوعات الجزائرية ، بن عكنون ، الجزائر ، ص 105

كما انه من المؤكد ان ما يترتب عن العقد من اثار لا يلزم الى طرفيه اللذان يلتزمان بالتزامات التي انشاها العقد كما يكتساب يكتسبان ما يتولد عنه من حقوق ، ولا يثير انصراف اثار العقد

الى المتعاقدين سوى تحديد من ينطبق عليه وصف المتعاقد ، ذلك انه ليس من الضروري ان يكون المتعاقد هو من ابرم العقد وصدر عنه احد التعبيرين الذين تحقق بالتقائهما التراضي وانعقد العقد، فمن الممكن ان يكون من ابرم العقد مجرد نائب لا يتعاقد باسمه ولحسابه ، وانما باسم و لحساب شخص اخر، هو الذي تثبت له صفة المتعاقد وتسري اليه اثار العقد اتجاهه استنادا لنظرية النيابة في التصرفات القانونية.[1]

فاصطلاح المتعاقد ينطبق على كل شخص شارك في ابرام العقد سواء كانت مشاركته فيه بصفه شخصية ، او عن طريق شخص يمثله (الوكيل او نائب قانوني) ، فكل شخص اشترك بنفسه او بواسطة نائب عنه يعتبر متعاقدا ، فتنصرف اليه اثار العقد كما حددها الاتفاق بينهم ، مع ان انصراف هذه الاثار يكون بصورة مطلقة وكاملة ، اي لا يرد عليها قيد ولا يوضع لها حدود.

الفرع الثاني: اثار العقد في موا جهة اطرافه

قد يبرم الشخص العقد بنفسه وقد يكون ذلك عن طريق ممثل كما هو الحال في النيابة الاتفاقية بحيث يبرم النائب العقد باسم ولحساب الاصيل ، لكن قد تنعدم ارادة المنوب ، وعلى الرغم من ذلك اعطى المشرع لاحد الاشخاص صفة المتعاقد دون وجود اراده الالتزام من طرفه ، وذلك قصد تجنب عرقلة تسيير اموال فئه غير قادرين على التعبير عن ارادتهم على نحو يعتد به قانونا وهو ما يطلق عليه بالنيابة القانونية او القضائية ، وهنا يلاحظ ان

[1]- جلال علي العدوي ، مصادر الالتزام في القانونين المصري واللبناني ، دار الجامعية ، بيروت لبنان ، 1994 ، ص 218.

تحقق صفة الطرف في العقد تستوجب فقط الارادة التعاقدية للالتزام والالزام دون وجود المتعاقد شخصيا ، او بواسطة ممثل عنه عند التعاقد ذلك انه يمكن ان يجري التعاقد بعدة وسائل كالهاتف او التلكس وعن طريق الموزع الاوتوماتيكي ، او بطريقة التجارة الكترونية ، كما يلاحظ ايضا ان تنفيذ

العيني للالتزامات لا يتم من طرف من ابرم العقد ، اذ يمكن ان ينفذ العقد عن طريق شخص اخر ليس طرفا فيه ، مثال ذلك المقاول في عقد المقاولة يمكنه اللجوء عند الشروع في التنفيذ المادي لالتزامات المقررة في عقد المقاوله الى مقاول اخر عن طريق التعاقد من الباطن[1].

ويباشر المتعاقد عليه التعاقد بنفسه او عن طريق وكيل او نائب ليس طرفا في العقد بل هو اجنبي عنه الا ان ما يتولد عن العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الاصيل ، ولا يتحمل من لم يكن طرفا في العقد اي التزام حتى ولو كانت له علاقه بالمعقود عليه وعلى هذا الاساس

اعتبرت المحكمه العليا لزام صاحب صاحبة سيارة مسروقه تم ايداعها دون علمها في حظيره بدفع مبالغ ماليه على سبيل ايجار خطا في تطبيق القانون ، للانعدام علاقه الايجار[2].

كما اعتبرت ان البنك الذي تسلم مبلغا من المال من قبل الحاج على ان يحوله الى حساب بعثة الحج الجزائريه اجنبيا عن العلاقه التي تربط الحاج بالبعثه ومن ثم لا يمكن الحاج الذي قام باداء الحج عن طريق اخر غير البعثة ان يطالب البنك برده ذلك المبلغ [3]، وقضت ايضا

[1]- عبد الحق صافي ، القانون المدني ، جزء 1 ، المصدر الارادي للالتزامات ، العقد ، الكتاب الثاني اثار العقد ، الدار البيضاء ، المغرب 2007 ، ص 9 .

[2]- قرار المحكمة العليا ، غ. ت .ب ،المؤرخ في 2006/01/04 ، ملف رقم 364686 ، م .م .ع ، ع 2 ، سنة 2006 ، ص 359

[3]- قرار المحكمة العليا ، غ . ت .ب ، المؤرخ في 2009/05/20 ، ملف رقم 474257 ، م. م ع ، ع 2 ، سنة 2009 ، ص 152 .

بان المستاجر الجديد ليس خلفا عاما او خاصا للمستاجر السابق للاماكن بشان عقد التزويد بالكهرباء الذي ابرمه هذا الاخير مع شركة سونلغاز فهو اجنبي عنه.

ومن ثم لا يلزم بتسديد الديون السابقة ولا يمكن لشركة سونلغاز رفض تزويد المستاجر الجديد بموزع الكهرباء[1].

المطلب الثاني : النيابه في التعاقد.

يتناول هذا المطلب النيابة في التعاقد ونتعرض فيه الى ماهية النيابة وانواعها وطبيعتها القانونية وشروطها في الفرع الأول ، ثم نبحث اثار الوكالة في الفرع الثاني ، وتخصص الفرع الثالث لتعاقد الشخص مع نفسه.

الفرع الاول : ماهية النيابة وانواعها وشروطها.

اولا/ – ماهية النيابة: عرفه معظم رجال القانون ومن بينهم الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ووافقه في تعريفه ذلك الدكتور محمد حسنين في كتابه الوجيز في نظرية الالتزام ، الا ان تعريف النيابة –la représentation بانها : " حلول ارادة النائب محل ارادة الاصيل في انشاء تصرف قانوني مع اضافة هذا التصرف الى الاصيل".[2]

كما سبق الاشاره اليه اعلاه ، فان النيابة اما ان تكون قانونية واما اتفاقية ، فعلى سبيل المثال فالولى والوصي والقيم والكفيل في قانون الاسرة الجزائري والفضولي والدائن الذي يستعمل حق مدينه ، هم نواب قانونيين، اي ان مصدر نيابتهم مستمد من القانون ، في حين يعتبر الوكيل وحده نائبا اتفاقيا ، لان مصدر نيابته هو عقد الوكاله المبررا بينه وبين الموكل وذلك ما يستخلص من الماده 571 من ق.م الجزائري التي عرفت الوكالة بما يلي : "

[1]- قرار المحكمة العليا ، غ .ت.ب ، مؤرخ في2009/12/03 ، ملف رقم 578302 ، م.م.ع ، ع 2 ، السنة 2009 ، ص 2016 .

[2]- بوعبدالله رمضان ، احكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، القبة الجديدة ، الجزائر ، ط2، 2008 ، ص 10

الوكالة او الانابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا اخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه"، ويقابلها النص باللغه الفرنسيه بما يلي:

« Le manda ou la procuration et un acte par le quel une personne donne une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandat et en son nom »

وما يلاحظ من خلال التعريفين لا سيما من خلال المصطلحات المستعملة ان المشارع الجزائري عرف الوكالة في النص العربي بانها عقد ، لكن في النص الفرنسي يستعمل مصطلح "acte" والذي يعني في اللغه العربية معنى التصرف القانوني فيقال التصرف القانوني Acte juridique[1] مع الاشارة ان مصطلح العقد يقابله باللغه الفرنسية مصطلح contrat وقد عرف المشرع الجزائري العقد في الماده 54 من ق.م على انه اتفاق – convention – فجاء في نصها ما يلي :" العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص او عده اشخاص اخرين بمنح ، او فعل او عدم فعل شيء ما " ولكون الوكالة هي اتفاق بين الموكل والوكيل فان مصطلح العقد الوارد

في النص العربي من المادة هو المصطلح المناسب بدلا من المصالح –acte – التي تطلق على اي تصرف قانوني بما في ذلك العقد

ولا ينبغي ان يقع الخلط بين الانابه في الوفاء ، والنيابه في التعاقد والوكاله في الفقه الاسلامي فالنيابة في التعاقد ،هي ان يفعل شخص فعلا عن غيره ، وهي اوسع معنى ونطاقا من الوكالة اذا أن الوكالة تعد نوعا من النيابة اي الوكالة اخص منها ، فالنيابة قد تكون قانونية وقد تكون قضائية وقد تكون اتفاقية اما الوكالة ، فهي قيام شخص بالعمل فيما

[1]- بوعبدالله رمضان ، المرجع السابق ، ص 11

وكل فيه نيابة عن الاصيل ، بمعنى انها اتفاق بين الاصيل والوكيل يجعل الوكيل نائبا عن الاصيل في التصرفات القانونية باسم الاصيل وللحسابه.

اما الانابة في التعاقد فهي ليست نيابة في التعاقد وليست وكالة وتشبيهها بهما غير صحيح فالمناب ليس نائبا في الوفاء عن الاصل في تصرفه وهم منيب وهو حينما يقوم بالوفاء بدين انما يقوم بذلك تنفيذا لالتزام عليه شخصيا[1]

كما يقصد بالنيابة عموما غياب النائب وهو من الغير بالتعبير عن ارادة االاصيل ويتعاقد باسمه ولحسابه ، بما يترتب عنه انصراف اثار ما قام به النائب الى الشخص الذي تم التعاقد

باسمه ولحسابه وتظهر الاهمية البالغة للوكالة في الحياة العملية لذلك ان الاصيل قد يعجز عن القيام بتصرف القانونية بنفسه لعدد اسباب منها : – مثلا صغر سنه او لكونه مصابا بعاهة من العاهات كالجنون او العته مما تعيين نائبا عنه يعبر عن ارادتة القيام بما يلزم من تصرفات ضرورية له كما يستطيع الاصيل انشاء العقد لظروف تمنعه كبعده عن مكان ابرام العقد او بسبب مبارشته لاعمال اخرى[2]وعلى ذلك فهو بحاجة ماسة الى انابة غيره للقيام مقامه والدفاع عن مصالحه المالية او التجارية[3]

كما انا النيابه هي الية لحلول شخص محل اخر لقيام بتصرف قانوني كابرام عقد مثلا ، انها الالية التي تسمح بمنح صفة الطرف لاشخاص غير حاضرين في مجلس العقد[4].

وفي كل الحالات التي تبرم فيها الوكالة فان العقد لا ينعقد بارادة الاصيل وانما بارادة من ينوب عنه لكن ذلك لا يحول دون اعتبار الاصيل هو الذي تم التعاقد باسمه وهو صاحب ما

[1]- ياسين محمد الجبوري ،المبسوط في شرح القانون المدني ، الجزء 2 ، اثر الحقوق السشخصية (احكام الالتزامات) ، المجلد الاول ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان – الاردن – ط 1 ، الاصداار الاول ، 2006 ، ص 519 .

[2]- دريد محمود على ، النظلرية العامة للالتزام ، القسم الاول ، مصادر الالتزام دراسة تحليلية مقارنة ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان – 2012 ، ص 94 .

[3]- بالحاج العربي ، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري – دراسة مقارنة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر – 2015 – ص 155 .

[4] -jacque – fluor Jean lue aubert –Erie sa vaux les obligations armond colin - DELTA ED DALLOUZ – PARIS 2eme Ed 2002 p 321.

يتولد عن العقد من حقوق والتزامات رتبها عقد الوكالة ولذلك فان عقد الوكالة يوفر على الاصيل

الوقت والجهد فبدلا من ان يتعاقد الغير مع الغير ثم تنقل الحقوق والالتزامات المتعاقد بشانها الى الاصيل وبعدها يقوم العقد بما بين الغير والاصيل فان العقد الوكالة يسهل العملية ويحقق الاثر النهائي المطلوب بعمليه قانونية واحدة ومن هنا تكمن اهمية الوكاله فالنائب يبرم العقد لكن اثار العقد تنصرف الى شخص اخر وهذاالاخير هو المدين بما ينشا عن العقد من التزامات وحقوق[1]

ثانيا/ : انواع النيابة :

تنقسم النيابة من حيث مصدرها الى ثلاثة انواع رئيسية نيابةاتفاقية ، نيابة قضائية ، ونيابة قانونية وسنوضح كل نيابة على حدى تبعا لمصدرها.

1- **النيابة الاتفاقية :** وهي تلك التي يكون مصدرها عقد الوكالة مبرم بين الوكيل والموكل حيث يوكل الموكل الوكيل بالقيام بعمل قانوني للحسابة.

2-**النيابة القضائية :** وهي تلك التي يكون مصدرها حكم قضائي كالحكم القاضي بنيابةه الوصي والقيم والحارس القضائي والمصفي القضائي

3-**النيابة القانونية** : وهي التي يكون مصدرها القانون كنيابة الوالي على ابنائه القصر كما تنقسم الوكاله بالنظر الى التصرفات القانونية الى قسمين: وكالة عادية ، و وكالة خاصة وذلك طبقا للمادة 573 من ق.م. ج .

[1]- المادة 573 ق.م .ج" ان الوكالة الواردة بالفاظ عامة والتي لا تخصص فيهل حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل ، لا تخول الوكيل الا القدرة على تنفيذ العقود الادارية ."

ثالثا/ : شروط النيابة : يشترط في النيابة توافر الشروط التالية:

1-ان يتعاقد النائب بارادته الخاصة :

مفاد هذا الشرط ان اراد النائب تحل محل ارادة الاصيل وبالتالي فان ارادة النائب في نظر القانون هي التي تؤخذ بعين الاعتبار وهو يميز النائب عن الرسول ، اذ ان هذا الاخير ليس بنائب وانما يكمن دوره في نقل في نقل التعبير من المرسل الى المرسل اليه ، ولا يراعي ما يشوب ارادته من عيوب ما دام انه قام بمهمته بشكل دقيق وتكون اراده المرسل هي التي تؤخذ في الحسبان دون ارادة الرسول في حين ان النيابه تقتضي النظر في ارادة النائب اذ لا يمكن ان ينعقد العقد اذا كان النائب فاقدا لتمييز هذا من جهة ومن جهة اخرى يختلف مجلس العقد بين كل من الرسول والنائب فالتعاقد عن طريق الرسول هو تعاقد بين غائبين لكن التعاقد بالنيابة هو التعاقد بين حاضرين اذا جمع مجلس العقد كل من النائب والاصيل[1] لذلك فالعبره باراده النائب لا باراده الاصيل وهو منصت عليه الماده 73ف1 من ق.م .ج

ويترتب على حلول اراده النائب محل اراده الاصيل انه اذا كانت اراده النائب يشوبها عيب من عيوب الاراده كغلط او تدليس او اكراه فان العقد يكون قابلا للابطال حتى ولو كانت ارادة الاصل سليمة من اي عيب[2]

ولا تنصرف اثار العقد الوكالة الى ذم الاصيل الا انه ترد على ذلك استثناءات من ذلك ما ورد في الفقرة الثانيه من مادة 73 والاستثناء المذكور في نص المادة 75 والمادة 76 من ق.م.ج اذا كان من المتعذر على الوكيل ان يخطر الموكل بخروجه عن حدود الوكالة ويغلب على الظن ان الموكل ما كان ليوافق وكذا اذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلانه وقت العقد

[1]- زكريا سرايش ، المرجع السابق ، ص 67 .
[2]- سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الالتزام ، مكتبة الوفاء القانونية ، مصر ، ط1 ، 2009 ، ص 23 .

انقضاء النيابه لكل ذلك فان تجاوز النائب لحدوثه تسقط عنه صفة النيابة وبالتالي فان التصرف الذي ابرمه مع الغير لا ينصرف الى اصل الى باجازته [1]

ثانيا/: التزام النائب في حدود النيابة

فارادة النائب ليس طليقة وانما محددة وفقا لعقد الوكالة لذلك لا يمكن مجاوزت حدودها وتلك الحدود تقيد سلطة النائب في التعاقد من حيث الموضوع ومن حيث الاشخاص.

1-حدود سلطة النائب من حيث الموضوع:

ان سلطه النائب من حيث الموضوع تتحدث تبعا لمصدر النيابه فاذا كان مصدرها القانون كما هو الحال بالنسبه لسلطه الوالي والوصي والقيم والمصفي والحارس القضائي فالقانون هو من يحدد سلطة هؤلاء اما اذا كانت النيابة اتفاقية فان مصدرها عقد الوكالة وقد تكون عامة منصبة على اعمال الادارة وقد تكون خاصه متعلقة بنوع معين ومحدد من الاعمال القانونية فانه يتعين على النائب ان يتصرف وفق الحدود التي رسمها عقد الوكالة ، فاذا تجاوز حدوده فقد صفته ويصبح الاصيل الاجنبيا عن

التصرف الذي قام به الوكيل لكن اذا اقر الاصيل ذلك تصرف فانه يصبح نافذا في مواحهته وتنتقل اثاره اليه[2]

واذا كان هو الاصل العام الا انه ترد عليه استثناءات ثلاث يمكن من خلالها للنائب الخروج عن حدود نيابته ويكون بالتالي تصرفه نافذا في حق الاصيل وهي المذكور كما يلي :

حاله انقضاء النيابة لسبب من اسباب الانقضاء وكان نائب و من تعاقد معه يجهلان ذلك فهنا و على الرغم من انقضاء النيابة يبقى العقد نافذا في حق الاصيل وذلك حماية للغير حسن النية ومثال ذلك وفاة الموكل او عزلة لنائبه وهو لا يعلم بذلك العزل.

[1]- بالحاج العربي ، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ، 2015 ، ص 158 .

[2]- دريد محمود علي ،نفس المرجع السابق ، ص 102 .

وقد تضمنت الماده 79 من ق.م.ج هذا الاستثناء بنصها على انه: " اذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت انقضاء النيابة فان اثر العقد الذي يبرمه حقا كان أو التزاما يضاف الى الأصيل او خلفائه " .

اذا استحال على الوكيل اخبار الموكل سلفا وكانت كل المؤشرات لدى الوكيل ترجح ان الموكل سيوافق على هذا التصرف ففي هذه الحالة يكون العقد الذي ابرمه الوكيل نافذا في مواجهة الاصيل رغم خروجه عن الحدود الوكاله وعلى النائب ان يبلغ الاصيل عن خروجه هذا و هو ما جاءت به المادة 575 من ق.م.ج والتي جاء فيها: " الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون ان يتجاوز الحدود المرسومة لكن يسوق له ان يتجاوز الحدود اذا تعذر عليه اخبار الوكيل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بانه مكان يسع الموكل الى الموافقه على هذا التصرف وعلى الوكيل في هذه الحالة ان يخبر الموكل حالا بتجاوزه حدود الوكالة " .

كما يرتب تصرف النائب اثاره في ذمة الاصيل رغم التجاوز حدودي نيابته متى كان من تعاقد معه النائب حسن النية وليس على علم بتجاوز النائب لحدود نيابته وذلك مراعاة لحسن نية هذا الغير من جهة وضمانا لاستقرار المعاملات من جهة اخرى و أخذا بفكرة النيابة الظاهرة[1] .

2-حدود سلطة النائب من حيث الاشخاص :

لكون سلطات النائب محددة من حيث الموضوع فهي محددة كذلك من حيث الاشخاص اذ لا يجوز للنائب ان يتعاقد مع نفسه بحيث يكون نائبا عن غيره اصيلا عن نفسه او ان يكون نائبا

[1]- محمد صبري السعدي , الواضح في شرح القانون المدني , النظرية العامة للالتزامات , مصادر الالتزام , العقد و الارادة المنفردة , دراسة مقارنة , دار الهدى , عين مليلة – الجزائر – 2012 , ص 145 .

عن كل من طرفي العقد بحيث يظهر هنا الشخص الواحد بصفتين و العله في هذا المنع القانوني هو الخشيه من الحاق النائب اضرار بمصلحة احد الطرفين لحساب الطرف الاخر

وتزداد هذه الخشيه اكثر عندما يتعاقد النائب لحسابه الخاص ويكون في نفس الوقت نائبا عن غيره أصيلا عن نفسه ومثال ذلك لا يجوز للوكيل الذي كلف بشراء منزل بمواصفات معينة ان يبيع المنزل الذي يملكه الى موكله اذ يكون في هذه الحالة نائبا عن الوكيل كمشتري و أصيلا عن نفسه كبائع كما لا يجوز له ان يكون وكيلا عن بيع منزل لشخص ما و يكون في نفس الوقت وكيلا عن المشتري لشراء نفس المنزل وبالتالي يظهر في نفس العقد وكيلا لكلا من البائع والمشترك[1].

وبناء عليه فان المصالح متناقضة اذا لا يمكن للشخص الواحد الدفاع عن مصلحتين متناقضتين في ان واحد ، خصوصا اذا تعلق الامر بالمصلحة ، لذلك منع النائب من التعاقد باسم من ينوب عنه سواء لحساب به او لحساب شخص اخر دون ترخيص من الاصيل، وهو ما اقره الشطر الاول من الماده 77 من ق.م .ج والذي جاء فيه بانه : " لا يجوز لشخص ان يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو او لحساب شخص اخر دون ترخيص من الاصيل "

الا انه على الرغم من النص الصريح على قاعدة منع التعاقد مع النفس الا ان المشروع استثناءات تستند الى فكره النيابة الظاهر حمايه للغير او الى فكرة الفضالة لكون تصرف النائب خارج حدود النيابة ويعود بالمنفعه للاصيل[2]

هذه الاستثناءات نوردها فيما يلي :

[1]- دريد محمود علي ، نفس المرجع ، ص 105 .
[2]- على فيلالي ، المرجع السابق ، ص 149 .

– ترخيص الاصيل للنائب في التعاقد مع نفسه او اجازته لتصرف النائب مع نفسه بعد ابرامه ، فالاجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة تجعل من التصرف نافذا في حق الاصيل من وقت ابرامه.

– اذا وجد نص قانوني يجيز تعاقد الانسان مع نفسه وتجيزه قواعد التجارة كما هو الحال بالنسبه للولاية على المال[1] ، وهو ماعبر الشطر الثاني من نفس الماده 77 المشار اليها اعلاه على انه يجوز للاصيل في هذه الحالة ان يجيز التعاقد كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون وقواعد في التجارة.

3 تعاقد النائب باسم الاصيل ولحسابه:

اذا اعلن المتعاقد بطريقة صريحة او ضمنية بانه يتعاقد بصفته نائبا وكان من يتعاقد معه على علم بهذه النيابة فانما يباشره النائب من تصرفات تنصرف الى الاصيل ويتعين ان ينصرف قصد المتعاقد معه الى ايقاع اخر العقد في ذمه الاصيل ، وهو ما أكدته الماده 74 من ق.م.ج بقولها : " اذا ابرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الاصيل فانما ينشا عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الاصيل " وكرسه قضاء المحكمة العليا في عدة قرارات اذا جاء في احدى قراراتها : ".. من المقرر قانونا انه اذا ابرم النائب في حدود نيابته عقد باسم الاصيل فانما ينشا من عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الاصيل ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدا يعد خطا في تطبيق القانون

ولما كان من الثابت– في قضية الحال – ان قضاة المجلس عندما قضو بابطال عقد البيع بالرغم من كون المدعي عليه في الطعن ارتكب خطا قانونيا في سير الاجراءات الجوهرية وفي تطبيق القانون . ومتى كان ذلك استوجب رفض القرار المطعوم فيه".[2]

[1]- دريد محمود علي ، نفس المرجع السابق ، ص 106 .

[2]- قرار المحكمة العليا ، غ . م ، المؤرخ في 1990/06/27 ، ملف رقم 59293 ، م.م.ع ، السنة 1992 ، ع1، ص 12 .

زياده على ذلك فان احكام النيابة عموما والنيابة الاتفاقية على الخصوص تقتضي بان النائب فيها يعمل بتسليط من الاصيل ، لذلك فان الاثر المترتبة عن اي تصرف يقوم به النائب تنصرف الى الاصيل لا الى النائب[1]

الفرع الثاني: أثار النيابة :

يترتب على على النيابة اثار بالنسبة للاصيل وبالنسبة للنائب وبالنسبة للغير الذي تعاقد معه لذلك نتطرق لهذه الاثار بالنسبة لكل طرف من هؤلاء.

اولا /: الاثار بالنسبة للاصيل:

نصت المادة 74 من ق.م.ج على انه : " اذا ابرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الاصيل فان ما ينشا عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الاصيل".

يتضح من هذا النص ان النائب اذا تصرف باسم الاصيل في حدود نيابته فانما ابرمه من تصرف ينفذ في حق الاصيل ، وهو ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا والتي قضت في احدى قرارتها بانه :

" ... من المقرر قانونا ان النائب اذا ابرم في حدود نيابته عقدا باسم الاصيل فانما ينشا عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الاصيل ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدا يعد خطا في تطبيق القانون".

" لما كان من الثابت في – قضيه الحال– ان قضاة الموضوع لما قضوا بابطال عقد البيع بالرغم من كون المدعى عليه في الطعن ارتكب خطا قانونيا عندما قاضى الوكيلين دون

[1]- عدنان ابراهيم السرحان ، شرح القانون المدني ، العقود المسماة في المقاولة ، الوكالة ، الكفالة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان - الاردن – ط1 ، اصدار الثاني 2001 ، ص 157 .

الاصيل يكونوا بقضائهم كما فعلوا اخطؤ في سير الاجراءات الجوهرية وفي تطبيق القانون وماذا كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

ثانيا / : الاثار بالنسبة للنائب .

يعتبر النائب من الغير بالنسبه لاثار العقد وبالتالي لا يتحمل اي التزام رتبه العقد ، كما لا يكسبه اي حقد اتجاه من تعاقد معه او حتى اتجاه الاصيل ، وذلك على الرغم من ان التعاقد تم عن طريقه وبارادته وبرضاه وهو من اشرف على اعداده ووضع شروطه بالتنسيق مع المتعاقد معه ، وكما ان العبر تكون بارادته وفيما يخص صحه وسلام الرضا[2]

وعلى هذا فانه لكي ينصرف اثر التصرف الذي يعقده النائب مع الغير الى شخص الاصيل فانه يستوجب على النائب العمل في الحدود التي قررها عقد الوكالة دون تجاوزها، ومتى التزم الوكيل بحدود وكالته فان العلاقة مباشرة بين من تعاقد معه الوكيل والغير، ولاثر لشخص الوكيل فيما بينهما وذلك استنادا للقواعد المقررة في النيابة ، الشيء الذي يترتب عنه رجوع الموكل مباشرة على الغير الذي تعاقد معه الوكيل بجميع التزامات الناشئة عن هذا التعاقد والتي هي في ذمة الغير، والامر كذلك بالنسبة للغير اذا له حق الرجوع مباشرة على الموكل بجميع الحقوق التي رتبها العقد المبرم بين الوكيل والغير، وله كذلك الحق في مطالبة ، الغير و دون تدخل من الوكيل ، كما يكتسب هذا الغير الذي تعاقد معه الوكيل وله هو الاخر حق الرجوع الى الموكل دون وساطة الوكيل.

[1]- قرار المحكمة العليا ، غ.م ، المؤرخ في 1990/06/27 ، ملف 59293 ، م.ق، السنة 1992 ، ع1 ، ص 16
[2]- على فيلالي ، المرجع السابق ، ص 151 .

لكن الوضع ليس كذلك اذا ما تبينا للموكل وجود حاله غش ، فاذا تواطأ الوكيل مع الغير قصد الاضرار بحقوق الموكل ، فان ما ابرمه الوكيل من تصرفات مع الغير على هذا النحو لا تنصرف اثره الى الموكل وهنا يقع على الغير ان اراد الزام الموكل بهذا التصرف عبء اثبات ان الوكيل تصرف فعلا ضمن الحدود المرسومة للوكالة.

واذا تصرف الوكيل متجاوزا حدود الوكالة او عمل بدونها ، او قام بتصرف بعد انتهاء مدتها فان ما قام به لا ينصرف الى الموكل الا اذا كان خروج الوكيل عن حدود الوكالة نتيج عدم استطاعته اخبار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معاها الظن بان الوكيل ما كان الا ليوافق على تصرف الوكيل[1] ، وعلى الوكيل في هذه حاله ان يبادر بابلاغ الموكل عن حدود الوكالة ، ومن المعلوم كذلك بانه اذا كانت الوكالة باجر فان التزام الوكيل بتنفيذها هو التزام ببذل عناية ، وهو ملزم في تنفيذها بنفس العناية التي يبذلها الرجل العادي في شؤونه واموالله الخاصة.

وما دام التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة هو التزام عناية لا التزام بتحقيق نتيجة ، فانه يكون مسؤولا عن ما يرتكبه من غش او خطا جسيم ، فهو مسؤول عن تعهده بعدم تنفيذ الوكالة دون ان يتنحى عنها في الوقت المناسب ، ويكون كذلك اذا قام ببيع شيء دون تحديد قيمته متواطأ مع المشتري على ان يستعمله في مصلحته الشخصية ، مرتكبا بذلك جريمة التمديد متى ارتكب ذلك بنية تملكه وتتحقق كذلك المسؤولية المدنية ، ويلتزم بفوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه ويكون الوكيل مسؤولا عن غشه مثلا ، اذا كان موكلا في ادارة اراضي زراعية واجرها باجرة بخسه بتواطئ مع المستاجر ، كما يكون غشه اشد في حالة اتصاله بخصم موكله بمعلومات تضر بمصلحة موكله او تعلق الامر بافشاء اسرار، ويعتبر الوكيل مرتكبا لخطا جسيم اذ خالف

[1]- بوعبد الله رمضان ، نفس المرجع السابق ، ص 129 .

شروط الوكالة في كيفية استغلال المال واستغله في غير مصلحة الموكل مما يستوجب عليه رده مع فوائد القانونية.

وفي نفس السياق اذا تجاوز الوكيل عن عمد حدود وكالته ، والزم الموكل بما ابرمه من تصرف واضر بحسن نيه شروط الوكالة الظاهرة رجع الموكل على الوكيل بتعويض الضرر على اساس انه ارتكب غشا او في القليل خطا جسيما في تنفيذ الوكالة.

وعلى هذا فان الوكيل ملزم بتحقيق عناية الرجل العادي وفي علاقته مع الموكل ، فاذا لم يبذل هذه العناية يكون مسؤولا عن اي غش او خطا جسيم ، اما اذا كان الخطا عاديا او يسيرا فهنا يجب معرفة ما اذا كانت الوكالة تمت مقابل اجر للوكيل ام تبرعيه؟ اي بدون مقابل[1]

فاذا كانت الوكالة بدون اجر فان المعيار المعتمد في تقدير العناية هو معيار شخصي اي عنايه الرجل العادي بالنظر الى العناية التي يبذلها الوكيل في شؤونه الخاصة والشخصية، اما اذا كانت الوكالة باجر مثل : وكالة المحامي فان المعيار المعتمد في تقدير العناية هو معيار موضوعي وهو ما يستخلص من نص المادة 581 من ق.م.ج ، والتي نصت على انه:

"..الوكاله التبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة او يستخلص ضمنيا من حالة الوكيل.فاذا اتفق على اجر للوكالة ، كان هذا الاجر خاضعا لتقدير القاضي الا اذا دفعت طوعا بعد تنفيذ الوكالة ".

من نص هذه المادة يتبين ان الوكيل الماجور عليه يبذل عناية الرجل المعتاد في تنفيذ الوكالة وفقا للمعيار الموضوعي لا المعيار الشخصي كما هو الحال في النيابة التبرعية ، والا كان

[1]- عبد الحميد الشواربي ، الالتزامت والعقود التجارية ، الجزء 2 ، منشاة المعارف جلال حزى وشركائه ، الاسكندرية – مصر- 2002 ، ص 93 وما يليها .

مسؤولا حتى ولو اثبت ان العناية الاقل التي بدلها فعلا هي عنايته التي يبذلها في تدبير شؤونه

الشخصية ، كما انه ملزم ببذل عناية الرجل المعتاد حتى ولو كانت هذه عنايه تفوق او تزيد على عنايته بشؤونه الشخصية وفي المقابل اذا بذل الوكيل عناية الرجل المعتاد فانه لا يكون مسؤولا عن اي ضرر يلحق الموكل ، حتى ولو ثبت انه يستطيع تفادي هذا الضرر لو بذل العنايه التي يبذلها في شؤونه الشخصية ، لانه في الخلاصة يكون قد نفذ ما عليه من التزامات رتبها عقد الوكالة[1]

ثالثا/ : بالنسبة للغير.

على الرغم من ان العقود التي يبرمها الوكيل تتم بارادته وهو من يعدها بالتعاون مع المتعاقد معه ، الا ان ما يترتب عن هذه العقود من اثار لا علاقة له بها ، اذ تنشا علاقة مباشرة بين المتعاقد معه والاصيل، فيكتسب هذا الاخير كل ما يتولد من حقوق والتزامات فلا يسأل النائب عن تنفيذ العقد الا اذا كان كفيلا للاصيل، وفي هذه الحالة يرجع عليه بصفته كفيلا لا وكيلا وللغير حق الرجوع عليه اذا ارتكب خطا في حقه اثناء التعاقد لكن على اساس المسؤولية

التقصيرية عن فعله غير المشروع ، وقد نصت الماده 74 من ق.م.ج على العلاقة القابلة للابطال بموجب نص خاص لعدم تيسر ضمانات الحماية الواجبة لها ، ويرى البعض ان هذا الجزاء يلتمس في نظرية التجاوز النائب بحدود نيابته وليس في نظرية البطلان ، ويرجع ذلك الى وجود قرينة قانونية بسيطة ان الشخص اذا اناب غيره فهو لا يقصد التوسع في هذه

[1]- بوعبد الله رمضان ، نفس المرجع السابق ، ص 101 وما يليها .

الانابة الى حد ان يسمح للنائب ان يتعاقد مع نفسه اصيلا او نائبا عن شخص اخر وذلك لتعارض وتناقض المصالح بينهما[1]

كما نشير في هذا الاطار بانه ليس هناك ما يمنع الاصيل ان يرخص مقدما للوكيل في تعاقده مع نفسه على ان يكون عمله في حدود هذا التمثيل المرخص به ويكون نافذا في حق الاصل[2]

المبحث االثاني: اثر العقد بالنسبة للخلف بنوعيه.

اذا كان انصراف اثر العقد بالنسب للمتعاقدين يكون بصفة مطلقة وبدون قيود ، فان الامر ليس كذلك بالنسبة الى الخلف ، سواء الخلف العام او الخلف الخاص وكذا الدائن ، اذا انا ما يرتبه العقد تجاه هؤلاء مقيد وغير مطلق ويتم وفق شروط حدها القانون ، وعليه نتعرف في هذا المبحث لاثر العقد بالنسبة للخلف والعام في المطلب الاول والى اثر العقد بالنسبة للخلف الخاص في المطلب الثاني.

المطلب الاول : انصراف اثر العقد الى الخلف العام للمتعاقدين.

تنص الماده 108 من القانون المدني الجزائري على انه: " ينصرف العقد الى المتعاقدين او الخلف العام لم يتبين من طبيعة التعامل او من نص القانون ان هذا الاثر لا ينصرف الى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث.."، يتضح من نص هذه المادة ان اثار العقد تنصرف بعد موت المورث الى الوارث باعتبره من الخلف العام فالحقوق التي انشاها العقد تنتقل الى الوارث ويسري في حقه ما يسري في حق السلف[3]

[1]- محمد حسام محمود لطفي ، نفس المرجع السابق ، ص 62 وما يليها .
[2]- موريس نخلة ،الكامل في شرح القانون المدني دراسة مقارنة ، جزء 3 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، 2007 ، ص 339 .
[3]- حسن زقور ، المقارنة بين فقه المعاملات المالكي والقانون المدني الجزائري ،اثار العقود في المعاملات المالية ، منشورات دار الاديب ، السانية –وهران – 2007، ص 29 .

وليتناول اثر العقد بالنسبه لخلف العام قسمنا هذا المطلب الى فرعين تناولت في الاول المقصود بالخلف العام وتطرقنا في الثاني الى مدى انصراف اثر العقد الى خلف العام

الفرع الأول: المقصود بالخلف العام

يقصد بالخلف العام الشخص الذي تنتقل اليه الذمة المالية للسلف ، اي من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات وفي جزء منها باعتبارها مجموع من المال كالورثة والموصى له عندما يتلقى جزء غير معين من التركة ، كربع التركة او ثلثها ، مما يفيد ان مصادر الخلافة العامة تتمثل في ميراث او الوصية في حالة عدم انصبابها على عين معينة من التركة[1] ، وتتحقق الخلافة العامة بالوفاة عن احد الطريقتين وهما الميراث او الوصية مع مراعاه المبدا القائل ان لا تركة الى بعد سداد لديون وهو المبدا الماخوذ من قواعد الشريعة الاسلامية التي يقضي بان التزامات المترتبة (الديون) على ذمة الموروث تبقى في التركة مما يجعل للوارث الحق فيما بقي من التركة بعد سداد ديون المورث ، وبعد ذلك فلا تنتقل اليهم الا الحقوق دون الاتزامات ، فليس له حينها ان يمتنع عن سريان في حقه ما كان يسري في حق سلفه وبالتالي فثبوت تاريخ العقد حجة له او عليه دون حاجة الى ان يكون هذا التاريخ ثابتا رسميا ، كما لا يجوز له التمسك بالعقد الصوري في حالة الصورية حيث يسري في حقه العقد الحقيقي وذلك لكونه يعتبر كالوارث تماما[2]

الفرع الثاني: مدى انصراف اثر العقد بالنسبة للخلف العام

استنادا الى نص المادة 108 من ق.م.ج فان الخلف العام كاصل العام تنصرف اليه اثار العقود التي ابرمها سلفه المورث فيصبح دائنا بالنسبة للحقوق المتعلقة بالتركة الذي الت اليه بعد موت مورثه ، كما يصبح مدينا بالتزامات تلك التركة ، كما كان سلفه اثناء حياته ، واساس هذه الخلافه يعود الى القانون الروماني وكذا القانون الفرنسي من خلال مبدا القائل

[1]- خليل احمد حسن قدادة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء 1 ، مصادر الاتزام ، ط2 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون –الجزائر- 2005 ، ص116 .

[2]- محمد حسام محمود لطفي ، النظرية العامة للالتزام ، القصر للطباعة والدعاية والاعلان ، القاهرة 2007 ، ص 138 .

بان الوارث يعتبر كسلفه وفي امواله ، ولا خلاف بين فقهاء الشريعة الاسلامية على خلاف العامة ترد على

على اموال المورث دون شخصه ، كما ان الشريعة تقوم على الفصل بين الشخص المورث والشخص الوارث اي بين السلف والخلف العام ، ومرد ذلك الى انتقال التركة او جزء منها يحكمه المبدا الفقهي القائل بان لا تركة الى بعد سد الديون والذي بموجبه لا تنتقل اموال السلف الى الحقوق التي انقضت منها ديون المورث ، واذا انقضت التركة ولم يبقى منها شئ فلا يحصل الوارث على شئ ولكن الذا زادت ديون السلف فلا يلتزم الوارث اي الخلف العام بدفع هذه الديون من ذمته المالية وانما تسقط عن المورث ، وبذلك جاء نص المادة متفقا مع احكام الشريعة الاسلامية وخاصة فيما يخص احكام الميراث ، اذ تنتقل التركة الى الورثة (الخالف العام) بعد خلوها من ديون السلف[1]، لذلك فان المادة 108 من ق.م.ج ادركت احترام قواعد الميراث بحيث ان العقد ينتج اثاره ليس فحسب بين المتعاقدين ، وانما كذلك الى خلفهما بصفة عامة بمعنى الورثه وحتى الموصى لهم[2]

و يجدر الاشارة الى انه من امثلة الحقوق الشخصية التي لا تورث مطلقا حق الحصانة وحق الولاية على النفس فهي ليست بحقوق مالية، لذلك لا تنتقل الى الورثة وكذلك الحقوق المتصلة بشخص المورث، كحق النفقة والاجل في الدين، كما يلاحظ ان المشرع لم يتعرض لاجل الدين

والى ما يؤول اليه هذا الدين بعد وفاة المدين ، هل يسقط ام يورث ؟ ومن امثلة الحقوق التي لا تورث كذلك الحقوق المتصلة بارادة المورث[3] ، على سبيل التبرع تخضع لاحكام الميراث ولا يجوز الخروج على هذه الاحكام ، مما يتبين معه ان المشرع احاط الوارث

[1]- خليل احمد حسن قدادة ، المرجع السابق ، ص 116 .

[2] - Ali Ben cheneab . LE droit Algerien des contras.données fondamentales .ED. AJEB ALG2RIE 2011. P 216 .

[3]- محمدي سليمان ، ضرورة اعادة النظر في مركز الخلف العام ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، عدد 1 ، 2009 ، ص 499 .

بحماية وضمانات خاصة منها: عدم نفاذ الوصية في حق الورثة فيما زاد عن ثلث التركة الا باقرار من الورثة ، فكل ما تجاوز الثلث بعد سداد الديون لا ينفذ وتعطل الوصية ما لم يجزها الورثة ذلك انا

الوصي عندما يتجاوز النصاب الشرعي وكانه تصرف في حق حفظه قانون الورثة مثله مثل الذي يصرف في ملك الغير بالبيع فلا يكون ذلك البيع نافذا في حق المالك الحقيقي ، والوارث في مثل هذاالحال يعتبر من الغير بالنسبة لتصرفات المورث التي مست حق الوارث بقدر ما يؤول له من التركة ، الا اذا اقره ، فلا تنفذ في حقه هذا التصرفات الا في حدود هذا الاقرار ذلك ان التصرف مضاف الى ما بعد الموت فيتقيد الدائن المورث بما تتقيد به الوصايا من انها " لا تنفذ الا في حدود ثلث صافي التركة "[1]

المطلب الثاني : انصراف اثر العقد الى الخلف الخاص للمتعاقدين.

نتناول في هذا المطلب توضيح موضوعين هامين يتعلق الأول : بالمقصود بالخالف الخاص، وهو ما نتعرض له في الفرع الاول ، اما الثاني فيتعلق بمدى انصراف اثر العقد الى الخلف الخاص وهو نتطرق اليه في الفرع الثاني.

فرع الأول: المقصود بالخلف الخاص

نصت المادة 109 من ق.م.ج على انه : " اذا انشا العقد التزامات وحقوق شخصيه تتصل بشيء انتقل بعد ذلك الى الخلف الخاص فان هذه الالتزامات والحقوق تنتقل الى الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء اذا كانت من مستلزمته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال

[1]- عصام انور سليم ، اعتبار الوارث من الغير استثناء ، منشاة المعارف جلال حزي وشركائه ، الاسكندرية- مصر – ص46 .

شيء اليه " يتضح من النص هذه المادة بان اثار العقد لا تنصرف الى المتعاقدين وخلفهم العام فحسب ، بل تمتد كذلك الى الخلف الخاص لاحد المتعاقدين ويترتب عن ذلك انتقال الحقوق والتزامات التي ابرمها السلف مع الغير وفق شروط معينة وبناء علية يطرح السؤال من هو هذا الخلف الخاص ؟

ان الخلف الخاص هو كل من يكتسب ممن يستخلف حقا على شيء معين ، اي كل من يتلقى من السلف بمقابل او بدون مقابل حقا معين كان قائما في ذمته سواء كان هذا الحق عينيا ام شخصيا ام ذهنيا يرد على شيء غير مادي كحقوق المؤلف والمخترع وصاحب العلامة التجارية والرسم والنموذج الصناعي، فاذا كان السلف متصل بالشئ المستخلف فانه ما يترتب عن هذا العقد من حقوق والتزامات ينتقل الى الخلف الخاص بشروط معينة من امثلة ذلك يخلف للبائع في المبيع فهو خلفا خاصا له ، والمرتهن هو الاخر خلفا خاصا للراهن والموصي له ، هوكذلك بالنسبة للموصي ، نفس الشيء بالنسبة للمنتفع يخلف النافع المالك في حق الانتفاع ، ومنه فتصرفات السلف ترتب اثارها تجاه الخالف الخاص لا سيما الاحتجاج بهاعليه وبشروط معينة [1]

بناءا على ما سبق ذكره ، فالخلف الخاص هوذلك الشخص الذي ينتقل اليه حق خاص من الحقوق مهما كانت طبيعتها عينية او شخصية او معنوية او دين ثابت في ذمة سلفه بمقتضى اتفاقية ناقلة للحقوق او بنص التشريع ، وعليه نستخلص من هذا التعريف ما يلي :

1-ان الخلاف الخاصة ترد على الحقوق ولا ترد على الاشياء باعتبار ان الحقوق وحدها هي التي تقبل الاستخلاف فيما دون الاشياء

[1]- بالحاج العربي ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الثاني ، المصادر الارادية ، العقد والارادة المنفردة ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع – الجزائر- 2014 ، ص 691 .

2-تتمثل مصادر الخلافة الخاصة في جميع التصرفات القانونية الناقلة للحقوق والالتزامات وكذلك نص القانون.

3-ان الحق الذي انتقل الى الخلف الخاص من السلف الذي اتصلت به الحقوق والالتزامات المتعلقه بالشيء الذي انتقل الى الخلف الخاص وحق خاص معين تنتقل اليه بهذا الوصف لا باعتباره مجموعة من المال كما هو الحال بالنسبه للخلف العام.

4-ان الخلافه الخاصة تتواجد اثناء احياء حياة الاشخاص كما يمكنها ان تقوم بعد الموت كما هو الشعر في الوصية عندما تنصب على عين معينه من تركة المتوفى عكس الخلافه العامه التي ترجع الا بوفاه السلف[1]

الفرع الثاني: مدى انصراف اثر العقد الى الخلف الخاص

من المعلوم ان مبدا الاثر النسبي للعقد هو الذي يحكم اثار العقد وبمقتضاه لا يرتب هذا الاخير التزامات في ذمة الغير كما لا يكسبهم حقوقا كاصل العام كما ذكرنا سابقا، ما دام هذا الغير لا تربطه اي صلة بطرفيه، لكن هناك اشخاص هم ليسوا اطرافا في العقد وليست لهم اي صلة قانونية باحد طرفي العقد لكن حقوقهم تتاثر بما يرتبه العقد، وهؤلاء هم الخلف الخاص، لذلك يثار التساؤل بشان مدى انصراف اثر العقد اليهم[2].

وعليه فالخلف الخاص لا يعتبر خلفا لسلف الا في الحق الشخصي الذي تلقاه منه ولا شان له فيما عداه فهو من الغير بالنسبة لتصرفات السلف في غير هذا الحق ، فعلى سبيل المثال : من اشترى عقارلا شان له بعقد قرض عقده صاحب هذا العقار ما لم يكن هذا العقار مرهونا

[1]- خليل احمد حسن قدادة ، المرجع السابق ، ص 119 .

[2]- زكرياء سرايش ، الوجيز في مصادر الالتزام ، العقد والارادة المنفردة ، دار هوما للطباعة والنشر والتوزيع ، بوزريعة الجزائر ، ط2 ، 2014 ، ص 134 .

كضمان لهذا القرض ، كما لا علاقة له بعقد ايجار اجر بموجبه عين اخرى يملكها، وعلى هذا الاساس ينحصر البحث في اثر عقود السلف المتصلة بالحق الذي انتقل الى الخلف الخاص ، كالعقد المتضمن تأجير العقار المبيع قبل بيعه او عقد تأمين نفس العقار مبرم لدى شركه تأمين ضد اخطار الحريق[1] ، او عقد التامين لسيارة بيعت لمشتري او عقد رهن للسيارة المبيعة.ففي مثل هذه العقود المتصلة بشيء يثار التساؤل في مدى انصراف اثر هذا العقود

الى الخلف الخاص بانتقال الشيء اليه ، او انه من الغير بالنسبة لعقد سلفه فلا تنصرف اليه اثاره[2].

وفي هذا الصدد نصت المادة 109 ق.م.ج على انه: " اذا انشا العقد التزامات وحقوق شخصيه تتصل بشيء انتقل بعد ذلك الى خلف خاص ، فان هذه الالتزامات والحقوق تنتقل الى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء ، اذا كانت من مستلزمته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال شيء اليه "، وعلى ذلك فان مقتضى هذه المادة هو انه خلافا للاصل العام فان الخلف الخاص يتاثر بالعقود والالتزامات التي ابرمها السلف في القانون المدني قبل حصول استخلاف اي انا وصف الطرف ينتقل اليه[3]

غير ان انصراف العقود التي يبرمها السلف الى الخلف الخاص لا يكون الا بتوافر الشروط حددتها المادة 109 من ق.م.ج السالفة الذكر وهي:

1-ان يصدر من السلف عقد يتصل بالشيء الذي انتقل الى الخلف الخاص:

عقد السلف يتصل بشيء الذي انتقل الى الخلف الخاص متى كان مكملا له ، ويكون كذلك اذا كان من شأنه حفظ ذلك شيء او تقويته او درء الخطر عنه ، او كان من توابعه وملحقاته ،

[1]- نبيل ابراهيم سعدي ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام دار الجامعة الجديدة ، الازاريطة ، مصر ، 2004 ،ص 335 .

[2]- دريد محمود على ، نفس المرجع السابق ، ص 247 .

[3]- بالحاج العربي ، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ، 2015، ص 378 .

واذا كان لا يمكن استعمال هذا الحق سوى مالكه من لم يكن شخص السلف محل اعتبار بالنسبة لهذا الحق ، فيلتزم الخلف الخاص بما وافق عليه سلفه كما يلتزم هذا الاخير بعدم منافسة شخص اخر في تجارة ما، وبعد ذلك انتقلت ملكيته للمنشاة التي كان يملكها المعينة بشرط المنافسة ، فان هذا الشرط يتنقل بدوره الى المشتري الجديد ، وفي نفس السياق ادرج شرط توزيع قطع الاراضي على مستفيدها باحترام معايير معينة في البناء ، كعدم تجاوز البناء

ارتفاع معين ، فاذا باع احد المستفيدين قطعة من هذه القطاع انتقال هذا الشرط الى البائع ، وعليه الالتزام به ومن ثم فان الخالف الخاص يتاثر بالتصرف الذي ابرمه سلفه ولكن الامر ليس كذلك في كل الاحوال ، اذا لا يلتزم من اشترى قطعة ارض بالعقد الذي ابرمه مالكها مع مقاول في البناء لبناء منزل على القطعة التي بيعت ولا يمكن للمقاول ان يحتج بالعقد الذي ابرمه من قبل مع البائع ، كما تكون الالتزامات من مستلزمات الشيء الذي انتقل الى الخلف الخاص متى كانت مفيدة باستعماله او ان تغل اليد في مباشرة بعد حقوق الملك او ان لا يكون في وسعه تنفيذ هذا الالتزام عينا كما يجب ان لا تكون شخصية السلف محل اعتبار عند تقرير الالتزام[1].

بناء على ما سبق تناول فان عقد السلف لا يرتب اثاره في مواجهة الخلف الخاص اذا كان لا يتصل بالشيء الذي انتقل اليه ، ومثال ذلك كان يرهن بائع لمسكن مسكن ثاني له او يؤمن عليه من الحريق ، فعقد الرهن او التامين لا يسري في حق الخلف الخاص ما دام لا يتعلق

بالمسكن الذي اشتراه وانما يتعلق بالمسكن الثاني لنفس البائع ، لكن اذا كان الرهن او التامين يخص العين المبيعة فان اثارهما يمكنها ان تنتقل الى الخلف الخاص.

1-ان يكون العقد الذي ابرمه سابقا على انتقال الشيء الى الخلف الخاص :

[1]- شريف الطباخ ، المرجع السابق ، ص 70

سيتوجب هذا الشرط ان يكون عرض السلف ثابت التاريخ هو سابقا عند عن انتقال شيء الى الخلف الخاص ما عدا حالة علم الخلف بتصرف سلفه ، بحيث لا يشرط ان يكون عقد السلف ثابت التاريخ اذ يغني العلم عن ذلك [1] .اما اذا ابرم العقد بعد انتقال الشيء الى الخلف الخاص اعتبر هذا الاخير من الغير بالنسبة للعقد ولا ينصرف اثره اليه[2]

2- ان يعلم الخلف بالعقد الذي ابرمه سلفه :

ورد هذا الشرط في نص المادة 109 من ق.م.ج ومفاده ان الخلف الخاص يجب ان يكون على علم بالحقوق والالتزامات التي رتبها العقد الذي ابرمه سلفه وقت الانتقال الحق المتصل به اليه ، والا فانها لا تنتقل اليه ، وتتضح اهمية العلم بالنسبة للالتزامات على الخصوص دون الحقوق باعتبارها قيود ننتقل الى الخلف الخاص ، لذلك فمن العدل ان يكون عالما بها وقت انتقال الشيء اليه ، ويشترط في هذا العلم ان يكون يقينا اي حقيقيا وليس علم افتراضي او مجرد استطاعة الخلف الخاص العلم بهذه الالتزامات[3] ، ولا يجوز للخلف الخاص ان يلتزم بشيء لم يعلم به

والحكمة من ذلك هي تحقق ارادة القبول بما سيؤول الى الخلف الخاص من التزامات والتي قد تجعله يعدل عنها لو علم بها وقت العقد ، وهي نظرة عادلة اقرها المشرع للخلف الخاص الذي

استوجب العلم بهذه الالتزامات حتى لا يحدث لديه الخلف اية مفاجأة لم يكن يتوقعها ولم تكن في حسبانه[4]

3- ان يكون الحق او الالتزام الذي رتبه السلف من مستلزمات الشيء :

[1]- دريد محمو علي ، نفس المرجع السابق ، ص 248 .
[2]- بالحاج العربي ، المرجع السابق ، ص379 .
[3]- خليل احمد حسن قدادة ، المرجع السابق ، ص125 .
[4]- بالحاج العربي ، احكام الالتزامات ، دراسة مقارنة ، 2015 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ص188 .

اشترطت كذلك المادة 109 من ق.م.ج على انه حتى يرتب العقد الذي ابرمه السلف اثاره في مواجهه الخلف الخاص فانه يجب ان تكون الحقوق والالتزامات التي انشاها العقد من مستلزمات الشيء ، ويكون الحق من مستلزمات الشيء اذا كان مكملا له ، ذلك ان الحقوق المكملة للشيء تعتبر من توابعه التي تزيد من منفعت الحق المستخلف فيه او تدفع الخطر عنه.

الفصل الثاني

الاستثناءات الواردة على انصراف اثر العقد الى الغير

الفصل الثاني : الاستثناءات الواردة على انصراف اثر العقد الى الغير

المبحث الأول : التعهد عن الغير كتطبيق لمبدأ نسبية العقد.

يمكن ان يترتب عن الغير التزامات بالرغم من عدم المشاركة في العقد وهذا ما يسمى بالتعهد عن الغير واعتبره المشرع استثناء على مبدا نسبية العقد ، الا انه في حقيقة الامر ما هو الا تكريس لهذا المبدأ وذلك اذا نظرنا الى شروط قيام التعهد عن الغير والاثار المترتبة عنه يتضح لنا ان هذا الوضع القانوني هو صورة تطبيقية للقاعدة العامه بقصور حكم العقد على متعاقديه[1]

تواصل الماده 114 من القانون المدني عن التعهد عن الغير وتبين من نصها ان التعهد عن الغير لا يكون الا بموافقة المتعهد بالالتزام ولا ينتج اثرا الا من وقت صدور قبوله ولدراسة هذا المبحث سنتناول مطلبين بحيث سنتعرض الى مفهوم التعهد عن الغير كمطلب اول واحكام التعهد عن الغير كمطلب ثاني.

المطلب الأول : مفهوم التعهد عن الغير وشروطه.

ان التعهد عن الغير تظهر اهميته من خلال ارتباطه بعقد اخر اوسع منه نطاقا فالتعهد عن الغير من المستحيل ان ينشا بصفة مستقلة عن تصرف اخر، كما ان التعهد عن الغير دور كبير من الناحية العلمية[2]

ولهذا السبب سوف نتطرق في هذا المطلب الى ثلاثة فروع ، المقصود بالتعهد عن الغير. (الفرع الأول) ، وشروط التعهد عن الغير (الفرع الثاني)

[1]- على فيلالي ، المرجع السابق ، ص 413 .
[2]- منصوري ليندة ، المرجع السابق ، ص 52 .

الفرع الأول: مفهوم التعهد عن الغير

تناول المشرع موضوع التعهد عن الغير دون تعريفه في المادة 114 من ق.م.ج ، وتنص هذه المادة في متنها على انه : " ...اذا تعاهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده فان رفض الغير ان يلتزم ، وجب على المتعهد ان يعوض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلك ان يتخلص من التعويض بان يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به".

اما اذا قبل الغير هذا التعهد فان قبوله لا ينتج اثرا الا من وقت صدوره ، ما لم يتبين انه قصد صراحة او ضمنيا ان يستند اثر هذا القبول الى الوقت الذي صدر فيه التعهد وهذه المادة تقابل الماده 151 فقرة 1 من القانون العراقي والمادة 150 من القانون الكويتي والمادة 209 من القانون الاردني.

ونقصد بالتعهد عن الغير انه اتفاق يتعهد بموجبه بان يعمل الغير على الالتزام باداء معين نحو الطرف الاخر.

ويتضح من ذلك ان التعهد عن الغير لا يمكن ان يلزم هذا الغير الا اذا انصرفت ارادته الى ان يلتزم وعلى ذلك لا يعتبر التعهد عن الغير خروجا عن مبدا نسبية اثر العقد.[1]

ويقصد بالتعهد عن الغير في تعريف اخر ان يلتزم الطرفين في العقد يحمل اجنبي عنه على قبول الالتزام معين ، وبعبارة اخرى هو ذلك العقد الذي يتعهد فيه احد الطرفين بان يجعل شخصا اخر يلتزم بالتزام معين من قبل الطرف الاخر للعقد اي عقد التعهد عن الغير.

فصورة التعهد عن الغير هو ان يلتزم شخص بان يجعل غيره يقوم بابرام عقد ، فهو يلتزم بالالتزام بعمل فقط ولا يخرج المسعى عن قبوله من الغير او رفضه[2]

[1] - العربي بالحاج ، المرجع السابق ، ص 216 .
[2]- دريس فاضلي ، المرجع السابق ، ص 141 .

من خلال ماسبق يتبين لنا ان جل التعاريف اجمعت على ان التعهد عن الغير هو التزام او تعهد من المتعاقدين بان يحمل الغير على الالتزام بامر معين نحو المتعاقد الثاني او هو عقد يتم بين شخصين يلتزم من خلاله احدهما وهو المتعهد بان يجعل شخص ثالثا اجنبيا عن هذا العقد يلتزم بالتزام معين في مواجهة المتعاقد معه ، اي ان يتعهد شخص يحمل الغير على قبول الالتزام بامر معين[1]

وهناك عده امثلة عن التعهد عن الغير، فمثلا احمد يتعهد لصديقه محمد بان يشتري له سيارة صديقهما ابراهيم ، اي ان يحمل ابراهيم على بيع سيارته لمحمد وفي هذا المثال تعهد احمد لمحمد بحمل ابراهيم على ابرام عقد البيع ابراهيم غريب عن هذا التعهد وهو حر ان شاء قبل بيع سيارته لمحمد وان شاء رفض فاذا رفض احمد المتعهد بالتزام بعمل ان يكون قد اخل بالتزامه فيلزم بتعويض محمد عما اصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ هذا التعهد ، ولكن يجوز ان يقوم احمد بشراء سيارة لمحمد مماثلة لسيارة ابراهيم ، فيكون قد نفذ التزامه ،ولكن اذا قبل ابراهيم البيع لمحمد سواء كان قبوله صريحا او زمنيا فان احمد يكون قد قام بتنفيذ ما تعهد به وينسحب من الوسط ويتم عقد جديد بين ابراهيم ومحمد ولا ينتج هذا العقد الجديد اثره الى من يوم ابرامه[2] .

مثل ثاني ان يرغب شركاء على الشيوع في بيع ارض يملكونها واحدهم غائب ، فيتعهد كلهم او بعضهم للمشترك بالحصول على موافقة الغائب

[1]- ليندة منصوري ، المرجع السابق ، ص 53 .
[2]- علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 90 .

وكذلك بالنسبه للوكيل (النائب) قد يرى ان هناك صفقه مفيده للاصيل(الموكل) وليس لديه سلطة عقدها ويضيق الوقت للحصول على رضا الموكل بالعقد اي على اقراره ، له فيصبح مسؤولا شخصيا امامه اذا لم يقر الموكل العقد.[1]

ومن هنا يتضح ان نظام التعهد عن الغير يوجد فيه ثلاث اشخاص المتعهد و المتعهد له المتعد عنه. والعقد لا ينتج اثرا الا في العلاقة بين طرفيه اما بالنسبة للمتعهد عنه فهو من الغير فلا تنصرف اليه اثار العقد.

الفرع الثاني : شروط التعهد عن الغير

لتحقيق التعهد عن الغير يجب توافر الشروط الثلاثة الاتية : وهي ان يتعاقد المتعهد باسمه لا باسم المتعهد عنه ، وان تتجه ارادة المتعهد الى الزام نفسه ، كما يجب ان يكون المتعهد ملزما شخصيا بضمان موافقة الغير على التعهد.

اولا / يتعاقد المتعهد باسمه

ان يتعهد باسمه لا باسم الغير الذي يتعهد عنه ، وبهذا يتميز المتعهد عن الوكيل في ان الوكيل يعمل لحساب الموكل وتنصرف اثار العقد الذي يبرمه الى ذمة الاصل ، اما المتعهد فيبرم العقد باسمه هو وتنصرف اثار العقد الى ذمته ويلتزم هو نفسه والغير لا يلتزم.[2]

وفي هذا يظهر الاختلاف الكبير ايضا بين المتعهد عن الغير وعمل فضولي فالفضولي يعمل باسم رب العمل ولمصالحته فيلزمه بعمله ام المتعهد عن الغير يعمل باسمه وتنصرف اليه هو اثار العقد.[3]

[1]- محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ص 331
[2]- محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 331
[3]- عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 866 .

ومنه اذا في الفضاله والوكاله تنصرف اضرار العقد الى ذمه الاصيل مباشره بما تضمنه العقد من التزامات ويكتسب ما تضمنه من حقوق

ثانيا/ ان تتجه ارادة المتعهد الى الزام نفسه.

ان تتجه ارادة المتعهد الى الزام نفسه لا الزام الغير الذي تعاهد عنه ، والا كان التعهد باطلا لاستحالة محل الالتزام الناشئ عنه ، اذ لا يمكن قانونا ان يلزم شخص بارادته شخص اخر بمقتضى عقد لم يكن هذا الاخير طرفا فيه[1]

اذا فان التعهد عن الغير لا يعتبر خروجا على القاعده التي تقضي بان العقد لا ينصرف اثره الى الغير لان هذا التعهد لم يلزم الغير بل الزم نفس المتعاقد كما ان قصد المتعهد في ان يلزم نفسه وقد يكون صريحا كما قد يكون ضمنيا . فاذا كان صريحا تكون هناك الفاظ شكلية للتعبير عنه ، كما قد يفهم هذا القصد من الظروف فيكون ضمنيا.

ثالثا/ ان يكون محل التزام المتعهد هو الحصول على موافقة الغير عن التعهد.

يتمثل موضوع التعهد في حمل الغير على الالتزام نحو المتعاقد الثاني ، اي قبول التعهد وهذا التزام بتحقيق نتيجة حيث يسال المتعهد اذا لم يتحصل المتعاقد الثاني على قبول التعهد من قبل الغير.[2]

فالمتعهد يلتزم دائما بعمل شيء اما الغير اذا اقرت التعهد فانه يلتزم بما اقره وقد يكون محل التزامه عمل شيء كأن يقوم ببناء منزل ، او الامتناع عن شيء كأن يمتنع عن منافسة متجر او نقل حق عيني كما اذا تعاقد شركاء في شيوع عن شريك لهم في بيع شيء مشاع[3].

[1]- بالحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 217 .
[2]- علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 415 .
[3]- عبد الرزاق احمد السنهمري ، المرجع السابق ، ص 867 .

اذا محل التزام المتعهد هو القيام بعمل وهو الحصول على قبول الغير المتعهد والالتزام هنا هو: الالتزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية ، ولذلك لا يكفي للمتعهد بذل قصارى جهده ليحمل الغير على قبول التعهد ، بل يجب قبول الغير والا يعتبر المتعهد مخلا بالتزامه الاصلي وهذا ما يميز التعهد عن الغير عن الكفالة فالكفيل يضمن تنفيذ المدين الاصلي.

فالتزام الكفيل التزام تبعي ، اما التعهد عن الغير فيلتزم بايجاد الالتزام المتعهد عنه ، غير انه ليس ما يمنع من الكفالة المتعهد عن الغير في تنفيذ هذا الغير بالتزام وبذلك يصبح متعهدا عن الغير وكفيلا في نفس الوقت.

ان التزام المتعهد دائما الحصول على موافقة الغير للتعهد اما الغير له الخيار في اقرار التعهد او عدمه فاذا اقر التعهد فانه يلتزم بتنفيذ ما اقر به ، فاذا ما تحقق ذلك انقضى التزام المتعهد هذا لكون ان التزام المتعهد يقتصر على الحصول على اقرار الغير[1].

المطلب الثاني : اثار التعهد عن الغير.

كما اسلفنا الذكر انه لكي يكون ثمة تعهد عن الغير يقتضي ان تتوفر الشروط وهي ان يتعاقد المتعهد باسمه لا باسم الغير الذي تعهد عنه ويفترض هنا بالمتعهد ان يلزم نفسه بالتعهد لا ان يلزم الغير والا اعتبر العقد باطلا وبالاضافة لهذين الشرطين يجب ان يكون الموجب الذي اخذه

المتعهد على عاتقه في حمل الغير الذي تعهد عنه على قبول التعهد وبتوفر هذه الشروط التي اشارت اليها المادة 114 من ق.م.ج يصبح التعهد عن الغير صحيحا ومنتجا لاثاره حيث ينجر على ذلك ان التعهد عن الغير لا يعتبر استثناء على مبدا نسبية العقد ، فهو لا

[1]- محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 332 .

يرتب اي التزام على عاتق الغير لان هذا الاخير له كامل حرية الخيار في قبول التعهد ورفضه ، ومنه

في هذا المطلب سوف يتم دراسة اثار التعهد عن الغير بالنسبه للمتعاقدين في الفرع الاول واثار التعهد عن الغير بالنسبة للغير

الفرع الأول : اثر التعهد عن الغير بالنسبة للمتعاقدين .

اذا صح التعهد وتوفرت الشروط كما اشرنا سابق فان التصرف يرتب جميع اثاره وباعتباره عقدا فلا يمكن نقضه ولا تعديله بارادة احد المتعاقدين ويكونان ملزمين بتنفيذ كل الالتزامات التي تضمنها العقد وبحسن نيه ، واذا قام المتعهد بتنفيذ ما التزم به انقضى التعهد ، واما اذا حصل العكس اي لم ينفذ التعهد ولم يتحصل المتعاقد الثاني على التزام الغير فيطالب المتعهد بالتعويض ما لم يثبت ان عدم التنفيذ راجع الى سبب اجنبي[1].

ومثال ذلك : كان يتعهد احمد لصديقه محمد بان يشتري له سيارة صديقهما ابراهيم ، اي ان يحمل ابراهيم على ابرام عقد البيع فابراهيم غريب عن هذا العقد اي من الغير وهو حر ان شاء قبل بيع سيارته لمحمد وان شاء رفض ، فان احمد متعهد بالتزام بعمل يكون قد اخذ بالتزامه فيلزم بتعويض محمد عما اصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ هذا التعهد ، و لكن يجوز ان يقوم احمد بشراء سيارة لمحمد مماثلة لسيارة ابراهيم فيكون قد نفذ الالتزام.[2]

ان من المعلوم اذا رفض الغير التعهد وجب على المتعهد التعويض ولكن اذا حال على تنفيذ وجوب وجود سبب اجنبي يؤدي الى استحالة فانه ينقضي الالتزام وذلك ما جاء في نص المادة 307 من ق.م.ج التي تنص على : "..ينقضي الالتزام اذا اثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلا عليه لسبب اجنبي عن ارادته".

[1]- علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 415 .
[2]- علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 90 .

ومنه نستنتج ان الاثار بالنسبة للمتعاقدين متعلقة بالعلاقة التي تربط بين المتعهد والمتعهد له حيث اذا قبل المتعد عنه – الغير– التعهد واقره يعتبر ليس على المتعهد شيء ، وقد وفى

التزامه ويصبح هناك عقد جديد ، وهذا ما سنتناوله في العنصر الثاني المتعلق بالاثار المترتبة بالنسبة للغير.

الفرع الثاني : اثار التعهد عن الغير بالنسبة للغير

ان الغير غير ملزم بما تعهد به المتعهد ، و يحتفظ بكامل حريته فيما يتعلق بقبول او رفض التعهد ، فان شاء قبل التعهد وان شاء رفض ولا يتحمل اي مسؤولية مهما كان نوعها

وقد يكون القبول صريحا او ضمنيا، و بدون اثر رجعي ومعنى ذلك ان تاريخ التزام الغير يوم قبوله للتعهد و ليس تاريخ انعقاد التعهد ، وهذا " ما لم يثبت انه قصد صراحة او ضمنيا ان يستند اثر هذا القبول الى الوقت الذي صدر فيه التعهد[1].

المبحث االثاني : الاشتراط للمصلحه الغير.

اذا كان الاصل في العقد انه لا يضر الغير فالاصل فيه ايضا انه لا ينفعه بمعنى ان الذي لم يكن طرفا في العقد ولا من خلفه لا يكسب من العقد بطريقة مباشرة اي نفع ، وهذا طبقا لمبدا نسبية اثر العقد ، و هذا ما نصت عليه المادة 113 فقرة 1 ، ومنه اثار العقد مقصورة على

المتعاقدين و لا يجوز للغير ان يكتسب حقا ما دام ليس طرفا في العقد ، وحتى انه لا يمكن ان يلتزم به بحكمه اجنبيا عنه يعني ذلك انه لا يمكن ان يتفق اثنان اذا على الزام طرف ثالث (باثر الالتزامات وحقوق اتفاقا عليها).

[1]- علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 415 .

واشرنا سابقا ان الغير ليس خلفا عاما ولا خاصا بل هو طرف اجنبي لم يشارك في العقد ولكن على سبيل الاستثناء يمكن للغير ان يكتسب حقا وذلك بما يعرف بنظام الاشتراط لمصلحة الغير ففي هذا المبحث سنتعرض فيه الى مطلبين : المطلب الاول نعالج فيه مفهوم الاشتراط

لمصلحة الغير، وذلك بتعريف الاشتراط في مصلحة الغير ، ونذكر شروطه ، اما المطلب الثاني سنعنونه باحكام الاشتراط لمصلحه الغير

المطلب الأول : ماهية الاشتراط لمصلحة الغير

من المفترض ان في اي عقد من العقود لكي ينتج اثاره لابد من ان ينشأ صحيح هو تتوفر فيه شروط معينة ، وكذلك بالنسبة للاشاط لمصلحة الغير حتى يكون صحيحا ومرتبا لاثره القانوني يجب ان تتوفر شروط خاصة لهذا الاشتراط ، وقبل توفر هذه الشروط لابد من تحديد المقصود بالاشتراط لمصلحة الغير ، ومنه سنتعرض في هذا المطلب الى تحديد ما المقصود بالاشتراط في الفرع الاول ، وشروط التي يجب ان تتوفر في الاشتراط في مصلحه الغير في الفرع الثاني

الفرع الاول : مفهوم الاشتراط لمصلحه الغير

يقصد بالاشتراط لمصلحة الغير هو الاتفاق بين شخصين على انشاء حق لشخص اخر ليس طرفا في هذا الاتفاق . فالعقد يتم بين شخصين ، الاول منهما يسمى المشترط والثاني الذي يتعهد بالوفاء بالالتزام اتجاه الغير[1].

وعرفه البعض ايضا بانه عمل قانوني يشترط فيه شخص يسمى المشترط على شخص اخر يسمى المتعهد او الملتزم بان يقوم باداء معين لمصلحة شخص ثالث يسمى المنتفع ومن اهم

[1]- عبد الرزاق دربال ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دون طبعة ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، الجزائر ، دون سنة النشر ، ص 66 .

تطبيقاته التامين على الحياة التي يشترط فيه الشخص على شركة التامين ان تدفع لورثته او لغيرهم من الاشخاص بعد وفاته مقدار من المال معينا بالعقد.[1]

وعرف كذلك بانه اتفاق بين المشترط والمتعهد ينشا عنه على عاتق الاخير حق للمنتفع اوبعبارة اخرى هو بند في عقد ينشأ بمقتضاه حق لاجنبي اصلا عنه ،وصورته ان يتعهد احد المتعاقدين

للاخر بان يلتزم قبل شخص ثالث اجنبي اصلا عن العقد ، فينشا له بمقتضى هذا الاتفاق حق مباشر.

ان المشرع الجزائري لم يعرف الاشتراط لمصلحة الغير بل تعرض لفكرة الاشتراط في المواد 116 و 117 و 118 من ق.م.ج.

ويتضح من هذه التعاريف السابقة ، ان طرفي عقد الاشتراط لمصلحة الغير هما المشترط والملتزم او المتعهد اما المستفيد فهو ليس طرفا في العقد، بل هو من الغير، وان المشترط و المتزم هما من يتبادلان التعبير عن الارادة من اجل انشاء عقد الاشتراط لمصلحة الغير والمنتفع له الحرية في قبول هذه المشارطة او رفضها.

ويعتبر الاشتراط لمصلحة الغير استثناءا حقيقيا عن نسبية اثر القوة الملزمة للعقد من حيث الاشخاص ، فيترتب حقا في ذمته الشخص الثالث ليس طرفا فيه ولا خلفا عاما او خاصا لطرف فيه[2]

وهنا يجب التميز بين الاشتراط والتعهد عن الغير، لان التعهد عن الغير ما هو في الحقيقة الا تطبيق للقواعد العامة التي تقتضي بان الغير لا يلتزم بعقد لم يكن طرفا فيه ، وان التعهد اذا قبله الغير اصبح لدينا عقدين كما سبق وان ذكرنا ، في حين انالاشتراط لمصلحة الغير

[1]- العربي بالحاج ، المرجع السابق ، ص 221 .
[2]- محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 334 .

هو عقد يلتزم بمقتضاه شخص ثالث يسمى المتعهد في مواجهة شخص ثالث يسمى المستفيد ، وبذلك يكون الاشتراط لمصلحة الغير استثناء حقيقي على مبدأ نسبية

الفرع الثاني: شروط الاشتراط لمصلحة الغير

اضافة الى الشروط العامة الواجب توفرها في كل العقود من التراضي ، السبب ، و المحل او غيرها تتطلب صحة الاشتراط لمصلحة الغير بعض الشروط الخاصة ، منها ما يتعلق بالمشترط ، ومنها ما يتعلق بالمنتفع ، ومنها ما يتعلق بالمتعاقدين.

اولا/ الشروط المتعلقه بالمشترط :

زيادة على شرط الاهالية وسلامة الرضا تشترط المادة 116 من ق.م.ج ان يتعاقد المشترط باسمه وان يكون له مصلحة في الاشتراط.

1- ان يتعاقد المشترط باسمه :

نصت المادة 116 من ق.م.ج على انه : ".....يجوز للشخص ان يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير....." ، ومنه لقيام الاشتراط يجب ان يتعاقد المشترط باسمه لا باسم المنتفع الذي يظل اجنبيا عن العقد، وهذا هو الذي يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة ، اذ ان تعاقد النائب باسم الاصيل يجعل هذا الاخير هو الطرف في العقد وليس اجنبيا كما انه اذا كان الفضولي نائبا عن المنتفع الذي يظل كما ذكرنا اجنبيا على الاشتراط لمصلحته[1]

وفي هذا يظهر الاختلاف الكبير بين الاشتراط و بين النيابة في التعاقد سواء كانت النيابة القانونية او الاتفاقية ، فقد سبق و ان راينا ان النائب يتعاقد باسم الاصيل لا باسمه هو، ولهذا فان انصراف اثار العقد الى الاصيل يبدو امرا طبيعيا ، اما في الاشتراط فان المشترط

[1]- العربي بالحاج ، المرجع السابق ، ص 224 .

يتعاقد باسمه هو لا باسم المنتفع ، ولذلك فان اكتساب المنتفع حقا مباشر من هذا العقد يبدو خروجا على قاعدة نسبية العقد

وهذا يظهر لنا كذلك الاختلاف بين الاشتراط و الفضالة لان الفضولي يتعاقد باسم رب العمل دون ان يكون موكلا منه في ذلك ، اما المشترط فانه يتعاقد باسمه هو كما سبق ام ذكرنا[1]

2- مصلحه المشترط :

اشارت الى ذلك المادة السابقه الذكر (116 من ق.م.ج) "...اذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة ماديه كانت ابو ادبية....." ، وبناء على ذلك يجب ان تتوفر مصلحة مادية لدى المتعاقد تدفعه الى الاشتراط لمصلحة الغير باعتبار محل التعاقد يجب ان تكون فيه فائدة شخصية للمتعاقد بمعنى انا المتعاقد قد اجرى العقد على منفعة تؤدي للغير.

وهذا الشرط اقتضته طبيعة الامور، فالمشترط يتعاقد باسمه ويعمل لحسابه فبالتالي لابد ان تكون مصلحة للغير، وهذه المصلحة قد تكون مادية ، كاشتراط البائع على المشتري ان يدفع الثمن الى شخص ثالث هو دائن البائع ، ففي هذه الحالة يحقق البائع مصلحتة في الوفاء بما.عليه من ديون اما اذا كان متبرعا بثمن لمصلحة شخص ثالث يعرفه البائع فغالبا تعتبر مصلحة مصلحة البائع مصلحة ادبية.[2]

ويجب ان تكون للمشترط مصلحة مشروعة في تنفيذ الالتزامات المشروعة على المتعهد يستوي ان تكون هذه المصلحة مادية او ادبية وقد تتمثل المصلحة المادية في قضاء الدين

ثانيا/ الشروط المتعلقة بالمنتفع:

[1]- سمير عبد السيد تانغو ، مصادر الالتزام العقد ، الارادة المنفردة ، العمل الغير المشروع ، الاثراء بلا سبب ، القانون ، ط 1 ، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، 2009 ، ص 130 .

[2]- مزوغ ياقوتة ، نطاق مبدا نسبية اثر العقد بين الفقه الاسلامي والقانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير ، جامعة وهران ، 2014-2015 ، ص 89 .

تنص المادة 118 من ق.م.ج على ما يلي : " يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير ان يكون المنتفع شخصا مستقلا او هيئة مستقلة كما يجوز ان يكون شخص او هيئة لم يعين وقت العقد متى كانت تعيينها مستطاعا في الوقت الذي يجب ان ينتج العقد فيه اثره طبقا للمشارطة ".

لا يلتزم في الاشتراط لمصلحة الغير ان يكون المنتفع محددا او معينا وقت العقد ، بل يكفي ان يكون معينا وقت ترتيب العقد لاثاره ، فيمكن الاشتراط لمصلحة شخص لم يولد بعد او لهيئة او لمصلحة مستقلة لم تتمتع بالشخصية المعنوية.

ولا يشترط في عقد الاشتراط تعيين الشخص المنتفع باسمه ، بل يمكن فقط تعيينه بذكر الاوصاف الاساسية التي تمكن من تعيينه وقت نفاذ اثار الاشتراط كالتامين لمصلحة عمال هيئة معينة ، والتامين لمصلحة مالك شيء معين

يجب بصفة عامة ان يكون المنتفع على الاقل قابلا للتعين وقت ترتيب العقد لاثاره والا كان الاشتراط لصالحه باطلا ، ولكن يبقى العقد بين المشترط والمتعهد صحيحا وتتحول اثاره الى المشترط او لوارثته[1]

ومنه نستنتج ان المنتفع قد يكون شخصا طبيعيا او معنويا كالجمعية الخيرية ، ولا يشترط ان يكون المستفيد متواجدا وقت قيام العقد بل يكفي ان يكون موجودا وقت تنفيذه ولذلك يجوز ان يكون شخص معنوي مستقبلي او شخص لم يولد بعد ، وكذلك يجوز ان يكون المستفيد غير معين وقت الاشتراط في مصلحة الغير شريطة ان يكون تعيينه وقت تنفيذ الاشتراط ممكنا، كما يمكن للمشترط حسب احكام االمادة 117 من ق.م.ج استبدال المنتفع بشخص اخر، وله كذلك ان يحل هو نفسه محل المنتفع [2]

ثالثا/ الشروط المتعلقه بالمتعاقدين:

[1]- عبد الباقي عبد الفتاح، نظرية العقد والارادة المنفردة ، بدون طبعة ، مطبعة النهضة ، مصر ، 1984 ، ص 601 .
[2]- علي فيلالي،المرجع السابق،ص419 .

يعتبر هذا الشرط جوهر فكرة الاشتراط لمصلحة الغير حيث يؤدي هذا الاشتراط الى نشوء حق مباشر للمنتفع رغم انه لم يكن طرفا في العقد ، وان تتجه ارادة المتعاقدين الى ترتيب حق مباشر للمنتفع ينشا مباشرة من العقد في ذمة المتعهد.

فاذا كان المشترط اشترط الحق لنفسه ولكن تعود منه فائدة على الغير فلا يكون هذا الاشتراط لمصلحة الغير ومثال ذلك : اذا امن شخص على حياته بمبلغ لمصلحة نفسه ثم مات وورثه ابناءه فلا يكون عقد التامين اشتراطا لمصلحة الغير ولا يستفيد الورثة من التعويض بمقتضى العقد بل بمقتضى حقهم في الميراث باعتبارهم خلفا عاما للمورث[1].

واتجاه ارادة المتعاقدين في انشاء الحق المباشر قد تكون صريحة او ضمنية مثل الاشتراط الصريح نجد ابرام الزوج لوثيقة التامين على حياته لصالح زوجته ، اما الاشتراط الضمني نجد مثلا انطواء عقد النقل الاشخاص على الاشتراط لمصلحة اقارب الراكب لدى وفاته في اثناء النقل نتيجة حادث يسال عنه الناقل ، حيث ينشا هؤلاء الاقارب حق مباشر في الرجوع بالتعويض على الناقل ، وذلك على اساس انهم مستفيدين من هذا الحق من عقد الاشتراط لمصلحته وليسوا باعتبارهم ورثه

المطلب الثاني: اثار الاشتراط لمصلحة الغير

كما سبق وان تطرقنا الى المقصود من الاشتراط لمصلحة الغير حيث عرف انه اتفاق بين المشترط والمتعهد ينشا عنه حق للمنتفع على عاتق المتعهد فيفترض الاشتراط لمصلحة الغير وجود متعاقدين هم المشترط والمتعهد هذان الاخرين يبرمان العقد فينشا حق مباشر لشخص اجنبي الا وهو المنتفع وطبعا على هذا العقد تترتب اثار تشمل الاطراف الثلاثة وعلاقتهم ببعض ومنه في هذا المطلب سيتم التعرض الى الاثار التي يرتب الاشتراط لمصلحة الغير اذ

[1]- محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 338 .

سنعالج في الفرع الاول علاقة المشترط بالمتعهد ، وفي الفرع الثاني علاقة المشترط بالمستفيد.

الفرع الأول: علاقه المشترط بالمتعهد

هذه العلاقة يحكمها عقد الاشتراط الذي بينهما، ولذا يكون من حقوق المشرط ان يراقب المتعهد في تنفيذ الاشتراط لكونه صاحب مصلحة شخصية وهذا الحق يعني ان للمشترط ان يرفع دعوى على المتعهد باسمه هو لا باسم المنتفع.

ان كل من المشترط والمتعهد ملزمان بتنفيذ العقد طبقا للقواعد العامة فيلتزم المتعهد والمشترط واذا امتنع احدهما عن تنفيذ العقد ، كان للطرف الاخر الحق في الدفع بعدم التنفيذ او طلب الفسخ[1] وللمشترط الحق في مراقبة تنفيذ المتعهد لالتزاماته نحو المنتفع كما تسمح المادة 116 من ق.م.ج للمشترط : "..... ان يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع الا اذا تبين من العقد ان المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك ".

غير انه في حالة امتناع المتعهد عن تنفيذ التزاماته يكون المشترط وحده والحق في المطالبة بفسخ العقد ، كعقد التامين مثلا فان المشترط يلتزم بموجب هذا العقد ان يدفع اقساط التامين في مواعيدها وان يقوم بغير ذلك من الالتزامات التي يوجبها العقد ، وتلتزم شركة التامين في حالة ما اذا كان المؤمن قد اشترط لنفسه الى جانب اشتراطه للغير ان تقوم بما عليه من التزام نحو المشترط فتدفع له مثلا المبلغ المتفق عليه اذا بقي المؤمن حيا الى مده معينة واذا لم يقم احد المتعاقدين بما عليه من التزامات قبل الاخر، وجب تطبيق القواعد العامة ، فيجوز للمتعاقد الذي لم يحصل على حقه من المتعاقد الاخر بطلب تنفيذ اذا كان ممكنا وبطلب تعويض عن عدم التنفيذ[2]

[1]- علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 420 .
[2]- عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 908 .

وله ايضا ان يطلب فسخ العقد او ان يوقف تنفيذ التزاماته حتى يقوم المتعاقد الاخر بما اخذه على نفسه من التزامات ، وليس في هذا الا تطبيق للقواعد العامة ولكل من المتعاقدين ان

يتمسك قبل الاخر باوجه الدفع جائز التمسك بها بالنسبة للعقد الذي تم فيما بينهما من اوجه بطلان مطلق او بطلان نسبي ومن اوجه انقضاء الالتزامات وهناك راي لا يعطي للمشترط الحق في المطالبة بالتنفيذ بحجة ان التزام المتعهد ، هو التزام بالقيام بعمل ، وفي حالة عدم تنفيذ هذا الالتزام لا يستطيع الدائن الا المطالبة بالتعويض ، وهذا وفق المادة 1142 من القانون المدني الفرنسي ، ولكن المشرع الجزائري يعطي للمشترط الحق في طلب التنفيذ (المادة 116 فـ3 من ق.م.ج) ولذا لا يجب تطبيق هذه المادة حرفيا خاصة وان القضاء يسمح احيانا بالمطالبة بالتنفيذ العيني للالتزامات المتعلقة بالقيام بعمل فاذا لم ينفذ المتعهد التزامه يستطيع المشترط المطالبة بالتنفيذ او التعويض على اساس الضرر الذي لحقه شخصيا[1]

الفرع الثاني : علاقه المشترط بالمستفيد

تتحدد هذه العلاقة وفقا لطبيعتها القانونية ، بحسب ما اذا كانت العلاقة تبرع ام علاقة مفاوضة اي ضرورة التفرقة بين حالة ما اذا كان المشترط يستهدف من اشتراط التبرع للمنتفع قضاء دين له ، فاذا كان المشترط يريد التبرع وهو ما يحدث غالبا ، فالتبرع يتم بالاشتراط لمصلحة

المنتفع في اي شكل كان وليس من الضروري عمل عقد رسمي لان الهبة هنا غير مباشرة واذا تبث حق المنتفع بصدور اقراره ، فالمنتفع يعتبر موهوب له والعلاقة فيما بينة وبين

[1]- عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 909.

المشترط تخضع لاحكام الهبة لا من حيث الشكل بل من حيث الموضوع فيجب توافر اهلية التبرع في المشترط والا كان الاشتراط قابلا للابطال كمصلحة الغير[1]

واذا كان تبرعه قد تم وهو في مرض الموت اعتبرت وصية طبقا للمادة 776 من ق.م.ج التي نصت على ما يلي : " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حالة الموت بقصد التبرع

يعتبر مضافا الى ما بعد الموت وتسري عليه احكام الوصية ايا كانت التسمية التي تعطي الى هذا التصرف " ، ويجوز للدائن المشترط الطعن في هذا الاشتراط عن طريق الدعوى البولصية[2]

واذا كان الاشتراط قد تم في شكل تامين على الحياة لصالح المنتفع وسرت عليه احكام الوصية طبقا لنص المادة 776 من ق.م.ج فينظر في تقدير الوصية الى اقل القيمتين ، قيمة المبلغ الذي يكون المشترط قد دفعه اقساطا للتامين ، وقيمة المبلغ الذي تلتزم شركة التامين بدفعه للمنتفع

ومثال ذلك اذا امن شخص على حياته لصالح زوجته واتفق مع شركة التامين على الحد الاقصى للمبلغ الذي يجب ان يدفعه طوال مدة التامين ، مثلا كان هذا المبلغ 3000 دينار ولكن عندما توفي ولم يدفع من المبلغ التامين المتفق عليه الا 1500 دينار فان المبلغ الذي يدفع لزوجته يكون في حدود 1500 دينار فقط ، هذا ما قد ما يفيد ان قدر المبلغ يدفع بالنسبة للمشترط ليس ما التزم به المتعهد قبل المنتفع بل قدر ما دفعه المشترط للمتعهد

اما اذا كان الاشتراط لمصلحة الغير معاوضة كالوفاء بدين للمشترط على الغير، فلا تبرا ذمة المشترط قبل المنتفع الا بعد وفاء المتعهد بهذا الدين نهائيا ويحق للمشترط نقض

[1]- العربي بالحاج ، المرجع السابق ، ص 228 .
[2]- علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 93 .

المشارطة قبل ان يعلن المنتفع الى المتعهد او الى المشترط رغبته في الاستفادة منها ما عدا بعض الحالات ، وهذا ما نصت عليه المادة 117 فـ1 من ق.م.ج.

و مثال ذلك ان المشترط مدينا للمنتفع والمشترط هو البائع واشترط على المشتري المتعهد ان يدفع الثمن لاحد دائنيه ، في هذه الحالة يجب ان تتوفر له اهلية التمييز لان التصرف الذي قام

به يعد من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كما لا يجوز لدائن المشترط ان يطعن في اشتراطه بالدعوى البولصية الا اذا اثبتوا ان الغش من جانب المشتريط ومن جانب المتعهد[1]

وكذلك في العلاقة القانونية التي تربط المنتفع بالمشترط يستشف منها امرين : الاول المتعلق بحق المشترط في نقض المشارطة وثاني قبول المنتفع للاشتراط.

اولا حق المشترط في نقض المشارطة:

يجوز للمشترط بعد ان عقد اشتراط ان ينقذه، بمعنى ان يحرم المستفيد من المنفعه التي يرتبها له هذا العقد ،وهذا الرجوع قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا ومثال الرجوع الضمني ان يقوم

المستامن اي المشترط بتغيير شخص المستفيد من التامين[2] ، وقد نصت المادة 117 فـ1 من ق.م.ج على انه: " يجوز للمشترط دون دائنيه او وارثه ان ينقض المشارطة فبل ان يعلن المنتفع الى المتعهد او الى المشترط رغبته في الاستفادة منها ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد ". فيستطيع المشترط ان ينقض حق المنتفع الى ان يظهر رغبته في الاستفادة من الاشتراط ويرجع النقض لاعتبارات خاصة بالمشترط فهو حق شخصي له ،ولا يجوز لدائنيه استعماله باسمه ولا ينتقل بوفاته الا ورثته[3] .

[1]- علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 92و93 .
[2]- محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 344 .
[3]- العربي بالحاج ، المرجع السابق ، ص 231 .

من خلال المادة 117 ف 1 من ق.م.ج التي يستدل منها ان طبيعة قد لا تسمح للمشترط بالنقص ولو قبل ومثال ذلك ان يكون الاشتراط يتضمن تامينا على بضائع مرسلة ، كان المشترط ملزم بتامينها فهذا يقضي بان لا يكون له حق نقض المشارطة.

كما قد يتفق في العقد على ان لا يستعمل المشترط حق نقض المشارطة الا بموافقة المتعهد اذ لهذا الاخير مصلحة في تنفيذ الالتزام ، كما لو كان الالتزام عبارةعن الوفاء بدين دائن مرتهن

لعقار اشتراه المتعهد ، فيكون من مصلحته الوفاء بالدين اذ لم يرد ان يتخلى على العقار المرهون ومثال ذلك : " اذا باع شخص عقار مرهون واشترط على المشتري دفع بعد الثمن وذلك سدادا للدين المضمون بالرهن ، فهنا يكون عدم جواز نقض الاشتراط لمصلحة الدائن

المرتهن امرا يقتضيه العقد وذلك لما للمشتري من مصلحة في تخليص العقار من الرهن، فلا يجوز في هذه الحالة للبائع الرجوع في هذا الاشتراط[1]

وجاء في الفقرة الثانية من المادة 117 من ق.م.ج : " .. لا يترتب على نقض المشارطة ان تبرا ذمه المتعهد قبل المشترط الا اذا اتفق صراحة او ضمنا على خلاف ذلك ، وللمشترط احلال منتفع اخر محل المنتفع الأول ،كما له ان يستاثر لنفسه الانتفاع من عملية الاشتراط" ومنه ليس للنقض شكل خاص ، فقد يكون صريحا او ضمنيا، ويجوز ان يوجه الى المنتفع او الى المتعهد ، وان كان يجب على كل حال اعلانه الى هذا الاخير ليمتنع عن الوفاء بالتزامه للمنتفع[2]

كما انه لا يترتب نقص المشارطة من طرف المشترط براءة الذمة المتعهد قبل المشترط الا اذا اتفق صراحة او ضمنيا على خلاف ذلك و للمشترط استبدال المنتفع اخر محل المنتفع الاول كما خول القانون ان يجعل نفسه المنتفع من عقد اشتراط، لكن في هذه الحالة لا نكون

[1]- محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 345.

[2]- العربي بالحاج ، المرجع السابق ، ص 232 .

امام الاشتراط لمصلحة الغير بل نكون بصدد عقد عادي لا تنصرف اثاره الا لاطرافه وهذا منصت عليه المادة117ف2 المذكورة اعلاه.

ثانيا/ قبول المنتفع الاشتراط :

القبول تصرف قانوني يترتب عليه تثبيت حق المنتفع بعد ان كان قلقا غير مستقر ولا يشترط في القبول ان يتخذ شكلا معينا، ولا يعتبر سكوت منتفع عن اعلان رايه رفضا للاشتراط كما انه ليس هناك مدة يتعين فيها على المنتفع ابداء رايه فيها بالقبول او الرفض، الا اذا كان المشترط قد حدد هذه المدة في عقد الاشتراط او في الاشتراط او في اعلان لاحق للمنتفع، وفي هذه الحاله اذا انقضت المدة دون ان يعلن المنتفع قبوله يعتبر رافضا للاشتراط[1]

ينتهي حق المشترط في النقض اذا اظهر المنتفع رغبته في الاستفادة في الاشتراط كما اسلفنا الذكر، كما انه يجب ان يظهر المنتفع هذه الرغبة حتى يستقر حقه ، واذا صدر النقض من المشترط وظهرت رغبة من المنتفع دون ان يعلم احدهما بموقف الاخر، فلا تكون العبرة بتاريخ صدور النقض او اظهار الرغبة ، بل بالاسبقية في اعلان ايهما وصل الى المتعهد.

وقبول المتعهد للاشتراط لا يكسب الحق ، لان هذا الحق قد ثبت له من وقت انعقاد عقد الاشتراط ، ولذا يكون المقصود من القبول هو حرمان المشترط من حق نقض المشارطة من ناحية وعدم فرض الحق الناشئ منها على المنتفع رغما عنه من ناحية اخرى[2]

وكسب المنتفع لحق القبول لا يكون ازاميا له بل يستطيع رفض الاشتراط لمصلحته اذ ان ثبوت الحق في ذمته يتوقف على رغبته الشخصية ، وبالتالي فهذا الاستثناء لا يحطم مبدا نسبية العقد

[1]- العربي بالحاج ، المرجع السابق ، ص 233 .
[2]- العربي بالحاج ، المرجع السابق ، ص 332-333 .

وللمنتفع اذا الحق في رفض الاشتراط ، وبما ان الرفض تصرف قانوني مفقر له فيشترط فيه اكمال اهليته ،ويرى بعض الفقهاء ان للدائنين الحق في الطعن في رفضه بطريق الدعوى البولصية بينما يرى البعض الاخر رفض هذا الراي لان الحق الذي نشا للمنتفع وان كان ترتب له من يوم الاشتراط فيه فانه لا يدخل في ذمته المالية مباشرة بل يتوقف على تنفيذ المتعهد التزامه ، وقد يكون التنفيذ متوقفا على حادث لم يحدث بعد ، كما هو الحال في التامين على الحياة[1] ويترتب على ان للمنتفع حقا مباشرا ينشا عن عقد المشارطة لا من اعلان الرغبة ما يلي من الاثار:

1-ينشا الحق من الاشتراط على راس المنتفع مباشر دون ان ينتقل اليه من ذمة المشترط وعلى ذلك فانه يخلص له وحده من يوم الاشتراط فلا يكون لدائني المشترط المزاحمة في هذا الحق.

2-اذا مات المشترط فلا ينتقل هذا الحق الى المنتفع بطريقة الميراث لانه لم يدخل في ذمة المشترط ، ولذا فليس لدائني المشترط مطالبة المنتفع بديون التركة ، واذا كان المنتفع وارثا فلا يتاثر نصيبه في الميراث بحقه الذي نشا عن المشارطة [2].

[1]- علي علي سليمان ، المرجع السابق ،ص 95 .

[2]- علي علي سليمان ، المرجع السابق ،ص 93.

الخاتمة

وفي خلاصة بحثنا يتعين علينا عرض أهم ما توصلنا اليه من نتائج :

اذا ما نشأ العقد صحيحا وفقا للارادة الحرة لعاقديه وتوفر على كل الاركان والشروط المقررة قانونا ، رتب اثارا يضفي عليها القانون صفة الالزامية وهو ما يعبر عنه بالقوة الملزمة للعقد .

وهذا المبدا هو نتيجة لسيادة مبدأ سلطان الارادة فقد تميزت العلاقة التعاقدية بقداسة لا يمكن المساس بها تحت اي مبرر ، فاذا ما انشات الارادة الحرة عقدا تحققت التزامات على كل من عاقديه وصار ثابتا ومستقرا وواجب التنفيذ .

كما ان المبدا يستند على ارادة اطراف العقد التي لها دور في انشاءه وتنفيذه . وتعتبر المادة 106 من ق.م.ج الجزائري التي تقابلها المادة 1134 من ق.م الفرنسي والمادة 147 من ق.م المصري مرجعا لمبدا القوة الملزمة للعقد .

لذلك تكرس هذا المبدا في اطار العلاقات التعاقدية و صار قاعدة لا يجوز نقضها ولا تعديلها سواءا بالنسبة لطرفي العقد او الغير ولم يسمح لا للقاضي ولا للمشرع بالتدخل في هذه العلاقات وحتى المساس بحرمتها ، فالمتعاقدان ملزمان بتنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليها وبحسن نية وهو ما جاء به المشر في المادة 107 من ق.م.ج .

ولكن اثر العقد لا ينصرف دائما الى الخلف العام فهناك حالات معينة نص عليها القانون صراحة كما هو الحال بالنسبة للمادة 439 من ق.م المتعلقة بموت احد الشركاء ، او اذا احتوى العقد على شرط عدم انصراف اثره الى الخلف العام مع ضرورة الا يكون هذا الشرط مخالفا للنظام العام والاداب العامة .

اما فيما يتعلق بالخلف الخاص للمتعقدين فهو الاخر يتاثر بالعقود التي يبرمها السلف في شان الشئ الذي تلقاه منه وهو ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 109 من ق .م .ج

وطبقا لمبدا الاثر النسبي للعقد لا يمكن للغير كمبدا عام ان يكتسب حقا ا وان يتحمل التزاما في عقد لم يكن اصلا طرفا فيه ولكن هذا لا يمنع ان يكون ذا تاثير عليه ، فالعقد بالنسبة له يشكل واقعة قانونية تفرض عليه احترام مضمون هذا العقد .

ان انصراف اثار العقد الر غير عاقديه يعتبر استثناءا ، لان انصرافه الى الغير اذا كان ذلك بارادته اعتبر تطبيقا للمبدا ، لهذا تلعب طريقة تعبير الغير عن ارادته دورا مهما في الابقاء على مبدا نسبية اثر العقد وبالنتيجة استبعاد الاستثناءات الواردة عليه ، فالمتعهد لايلزم الغير بالعقد انما يلزم نفسه فاذا ما انصرفت اثره الى الغير يعتبر استثناءا منه .

ما اذا ما التزم الغير بالتعاقد ورضى به اعتبر ذلك تطبيقا مبدا نسبية العقد ويعتبر الاشتراط لمصلحة الغير من أهم الاستثناءات الواردة على هذا المبدا لاعتبار ان العقد نسبي اثاره لا يلزم غير عاقديه وخلفهما ولا يرتب اي التزام في ذمة الغير .

ولكن على غرار باقي التشريعات المقارنة سمح المشرع الجزائري بنقض وتعديل العقد بالاتفاق او بنص صريح وفي هذا حد لمبدا القوة الملزمة للعقد لغرض ايجاد نوع من التوازن في العلاقة العقدية واصبح المشرع يتدخل بتعديل وتنظيم العقد لحماية الطرف الضعيف فيه ، كما سمح للقاضي ايضا بالتدخل في العقد في حالات معينة وذلك استثناءا عن القاعدة العامة " العقد شريعة المتعاقدين " ،

وبذلك حصر ارادة الطرفين وقيدها لغرض اقامة التوازن العقدي سواءا كان ذلك بعد مرحلة انعقاده او تنفيذه ، ومثلها اذا ما طرات بعد ابرام العقد ظروف استثنائية لم يكن في الوسع توقعها وترتب عن حدوثها ان صار تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقا للمدين وهو ما يدعى بنظرية الظروف الطارئة ، وكذا هو الحال اذا ما شاب العقد عيب في الاستغلال ، او كان فيه غبن، وتخفيظ الشرط الجزائي والحد من الشروط التعسفية في عقود الاذعان وهذا كله من اجل اعادة التوازن التعاقدي في العقد .

حيث انه وبالاضافة الى ذلك فان العقد لا يقتصر على عاقديه فقط وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة : 113 من ق .م .ج بحيث يمتد نطاق العقد ليشمل الخلف العام لعاقديه وخلفهما الخاص .

مع الاشارة الى ان ادخال الخلف في اطار العلاقة العقدية لا يعد استثناءا من مبدا نسبية اثر العقد بل فيه تاكيد له ، فبالنسبة للخلف العام هو كما قلنا الشخص الذي يخلف الاخر في ذمته المالية من حقوق والتزامات من حقوق و التزامات او في جزء منها كما تم الذكر ، والخلافة العامة تكون بعد الموق وتحقق عن طريق الميراث او الوصية فالمتعاقدان لما يبرمان العقد فانهما يتعاقدان عن نفسهما وفي ذات الوقت قد ينصرف اثر هذا العقد الى الخلف العام .

قـــوانـــــيـــــــــــن :

الامر رقم 58/75 الصادر في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم بموجب الامر رقم 10/05 المؤرخ في 20يونيو 2005

اولا / الكتب :

- بالحاج العربي ، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، طبعة 2015 .

- بالحاج العربي ، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ، 2015 .

- بالحاج العربي ، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ، 2015 .

- بالحاج العربي ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الثاني ، المصادر الارادية ، العقد والارادة المنفردة ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع – الجزائر- 2014 .

- زكرياء سرايش ، الوجيز في مصادر الالتزام ، العقد والارادة المنفردة ، دار هوما للطباعة والنشر والتوزيع ، بوزريعة الجزائر ، ط2 ، 2014.

- بن شويخ الرشيد ، دروس في النظرية العامة للالتزام ، دار الخلدونية ، ط2012

- دريد محمود على ، النظلرية العامة للالتزام ، القسم الاول ، مصادر الالتزام دراسة تحليلية مقارنة ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان – 2012 .

- محمد صبري السعدي , الواضح في شرح القانون المدني , النظرية العامة للالتزامات , مصادر الالتزام , العقد و الارادة المنفردة , دراسة مقارنة , دار الهدى , عين مليلة – الجزائر – 2012 .

- رياحي احمد ، المجال المادي للغبن في العقود بين التوسعة والتضييق ، دراسة مقارنة ، الاكادمية للدراسات الاجتماعية والانسانية ، 2010 .- فاضلي ادريس ، الوجيز في النظرية لعامة للالتزامات ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2009 .

- سمير عبد السيد تانغو ، مصادر الالتزام العقد ، الارادة المنفردة ، العمل الغير المشروع ، الاثراء بلا سبب ، القانون ، ط 1 ، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، 2009 .

- عدنان ابراهيم سرحان و نوري محمد خاطر , شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية " الالتزامات " دار الثقافة للنشر و التوزيع , 2008 .

- على فيلالي ، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الجزائر ، ط 2008

- بالحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الاول ، التصرف القانوني للعقد والارادة المنفردة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة 6 ، 2008 ،

- علي فيلالي ، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر ، 2008 ،

- علي علي سليمان ، النظرية العامة للاتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، ط 8 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، سنة 2008 .

- بوعبدالله رمضان ، احكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، القبة الجديدة ، الجزائر ، ط2، 2008 .

- محمد حسام محمود لطفي ، النظرية العامة للالتزام ، القصر للطباعة والدعاية والاعلان ، القاهرة 2007

رمضان ابو السعود ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، 2007

- ياسين محمد الجبوري ،المبسط في شرح القانون المدني ، الجزء 2 ، اثر الحقوق السشخصية (احكام الالتزامات) ، المجلد الاول ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان – الاردن – ط 1 ، الاصداار الاول ، 2006 .

- خليل احمد حسن قدادة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء 1 ، مصادر الاتزام ، ط2 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون –الجزائر- 2005..

- نبيل ابراهيم سعدي ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام دار الجامعة الجديدة ، الازاريطة ، مصر ، 2004 .

- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزام ، التصرف القانوني العقد والارادة المنفردة ، ج 1 ، ط 2 ، دار الهدى ، عين ميلة ، الجزائر ، سنة 2004 .

- عدنان ابراهيم السرحان ، شرح القانون المدني ، العقود المسماة في المقاولة ، الوكالة ، الكفالة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان - الاردن – ط1 ، اصدار الثاني 2001

- منصور حاتم وايمن طارق ، القوة الملزمة للشروط الاحادية تحرير في العقد ، مجد 1 ، كلية القانون ، جامعة بابل .

- جلال علي العدوي ، مصادر الالتزام في القانونين المصري واللبناني ، دار الجامعية ، بيروت لبنان ، 1994.

- عبد الباقي عبد الفتاح، نظرية العقد والارادة المنفردة ، بدون طبعة ، مطبعة النهضة ، مصر، 1984 .

- عصام انور سليم ، اعتبار الوارث من الغير استثناء ، منشاة المعارف جلال حزي وشركائه ، الاسكندرية- مصر.

- بالحاج العربي ، احكام الالتزامات ، دراسة مقارنة ، 2015 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ص188 . - عبد الرزاق دربال ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دون طبعة ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، الجزائر .

- عبد الحميد الشواربي ، الالتزامت والعقود التجارية ، الجزء 2 ، منشاة المعارف جلال حزى وشركائه ، الاسكندرية

- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الاول ، نظرية الالتزام دار احياء التراث العربي ، بيروت – لبنان –

- علي علي سليمان النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الساحة المركزية بن عكنون ، ط 8

المجـلات :

- محمدي سليمان ، ضرورة اعادة النظر في مركز الخلف العام ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، عدد 1 ، 2009

قـــــــرارات المحـــكمـــة العـــلـــــــيا :

- قرار المحكمة العليا ، غ . ت .ب ، المؤرخ في 2009/05/20 ، ملف رقم 474257 ، م. م ع ، ع 2 ، سنة 2009 .

- قرار المحكمة العليا ، غ .ت.ب ، مؤرخ في2009/12/03 ، ملف رقم 578302 ، م.م.ع ، ع 2 ، السنة 2009 .

- قرار المحكمة العليا ، غ. ت .ب ،المؤرخ في 2006/01/04 ، ملف رقم 364686 ، م .م .ع ، ع 2 ، سنة 2006 .

- قرار المحكمة العليا ، غ.م ، المؤرخ في 1990/06/27 ، ملف 59293 ، م.ق، السنة 1992 ، ع1

- قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية رقم 43098 ، الصادر بتاريخ : 1987/04/12

المجلة القضائية ، سنة 1990 ، عدد 3 .

الرســـــائـــــل:

- مزوغ ياقوتة ، نطاق مبدا نسبية اثر العقد بين الفقه الاسلامي والقانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير ، جامعة وهران ، 2014-2015

– بوكماش محمد ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي ، اطروحة لنيل دكتوراه في القانون ، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية والعلوم الاسلامية ، جامعة الحاج لخضر – باتنة – سنة 2012/2011

- عبد القادر علاق ، اساس القوة الملزمة للعقد وحدودها ، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير ، كلية الحقوق ، جامعة ابوبكر بلقايد ، تلمسان 2007-2008.

المراجع باللغة الفرنسية :

- Ali Ben cheneab . LE droit Algerien des contras.données fondamentales .ED. AJEB ALG2RIE 2011.

-jacque – fluor Jean lue aubert –Erie sa vaux les obligations armond colin - DELTA ED DALLOUZ – PARIS 2eme Ed 2002

فهرس

مقدمة 01

فصل تمهيدي.....06

المبحث الأول : ماهية العقد.....06

المطلب الأول : مفهوم العقد 06

المطلب الثاني انواع العقود.....11

المبحث الثاني : القوة الملزمة للعقد 14

المطلب الأول : قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والنتائج المترتبة عنها 14

المطلب الثاني : حدود مبدأ القوة الملزمة للعقد 20

الفصل الأول : مدى انصراف اثر العقد الى اطرفه والغير 35

المبحث الأول : انصراف اثر العقد بالنسبة للمتعاقدين 35

المطلب الأول : اثار العقد بالنسبة للمتعاقدين 35

المطلب الثاني: النيابة في التعاقد.....39

المبحث الثاني : انصراف اثر العقد الى الخلف بنوعيه. 53

المطلب الأول : انصراف اثر العقد الى الخلف العام للمتعاقدين 53

المطلب الثاني : انصراف اثر العقد الى الخلف الخاص للمتعاقدين 56

الفصل الثاني : الاستثناءات الواردة على انصراف اثر العقد الى الغير 68

المبحث الأول : التعهد عن الغير كتطبيق لمبدا نسبية العقد 68

المطلب الأول : ماهية التعهد عن الغير و شروطه 68

المطلب الثاني : اثار التعهد عن الغير 73

المبحث الثاني : الإشراط المصلحة الغير 75

المطالب الأول : ماهية الاشتراط المصلحة الغير وشروطه 76

المطالب الثاني : اثار الاشتراط المصلحة الغير 81

الخاتمة 91

ملخص مذكرة الماستر

عند نشوء العقد صحيحا وبتوافر اركانه القانونية تترتب عليه اثار تنصرف بالضرورة الى المتعاقدين الذين شاركو في ابرامه ، وفقا لمبدا هام يطلق عليه " مبدا نسبية العقد " او ما يعبر عنه بالقوة الملزمة للعقد من حيث الاشخاص والذي يقتضي ان يكون اطراف العقد ملزمين بما ورد في مضمونه من التزامات وحقوق ، ولا يستطيع احد الاطراف "بارادته المنفردة " ان ينقضه او يتحلل منه كما لا يمكنه الا بالاتفاق او بالقانون ، وخروجا عن مبدا " الاثر النسبي للعقد " يمكن ان تنصرف الاثار للغير ، وهو ما يتجلى في الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير .

الكلمات المفتاحية :

1/ مبدا نسبية العقد 2/ القوة الملزمة للعقد 3/ الاثر النسبي للعقد

4/ العقد شريعة المتعاقدين.

Abstract of master.s Thesis

When the contract is established properly and its legal elements are available ,it results in effects that necessarily go to the contacting parties who participated in its conclusion,according to an important principle called the – principle of relativity of the contract- or what is expresed by the binding force of the contract in terms of persons,which requires that the parties to the contract be bound by what is stated in its content is of obligations and rights ,and one of the parties cannot-by his own will-revoke it or derogate from it,just as he cannot amen dit except by agreement or by law,and departing from the principle of – the relative effect of the contract- the effects can go others ,which is evident in the stipulation in the undertaking and others.

Keywords :

1 the principle of the contract. 2the binding force of the contract

3 the relative effect of the contract. 4 the contract is the contracting parties