

جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم

كلية الحقوق والعلوم السياسية

أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق

تخصص القانون الخاص الأساسي الموسومة بـ:

سلطة القاضي في تعديل العقد
في مرحلتي التكوين والتنفيذ

الطالبة

من إعداد

تحت إشراف الأستاذ

طبيب فايزة

أ.د: سلايم عبد الله

أعضاء لجنة المناقشة

د: فرحات حمو.....أستاذ محاضر "أ".....جامعة مستغانم.....رئيسا

أ.د: سلايم عبد الله.....أستاذ.....جامعة مستغانم.....مشرفاً ومقرراً

د: بن قو أمال.....أستاذ محاضر "أ".....جامعة مستغانم.....مناقشا

د: رحوي فؤاد.....أستاذ محاضر "أ".....جامعة مستغانم.....مناقشا

د: اخلف عبد القادر.....أستاذ محاضر "أ".....جامعة وهران.....مناقشا

د: بخدة مهدي.....أستاذ محاضر "أ".....المركز الجامعي بغليزان.....مناقشا

السنة الجامعية 2019/2018

المقدمة:

يهدف القانون إلى تحقيق العدالة ولا تتأتى هذه الغاية إلا إذا كانت النظريات التي يستنبط منها القواعد المكونة له، تساير الضرورات الاجتماعية والاقتصادية التي تنصب عليها، ولكون هذه الضرورات تتغير على مر الزمن، يتعين عليه أن تكون مسايرته لها مواكبة.

ولعل أهم ما يميز الحياة الاجتماعية والاقتصادية هو ضرورة التعاون الذي يتم عن طريق التبادل، هذا الأخير الذي أنشأ نظام العقد، كأقدم رابطة اجتماعية تعبر عن التعاون بين الأفراد داخل المجتمع الواحد، على نحو يجعله من أعظم ما ابتدعه الفكر البشري من أدوات للتعامل، وبذلك يعتبر العقد أهم مصدر من مصادر الالتزام، إذ أثبت أنه أداة قانونية يستحيل الاستغناء عنها في المجتمعات الحديثة، حيث لازال العقد يمثل أداة رئيسية لتحقيق التبادل الاقتصادي بين الأشخاص في المجتمع الواحد كما استطاع بفضلله أن يهتدي إلى أنظمة متطورة في تداول السلع والخدمات وتوزيع الثروات وتنمية الموارد وإقامة العلاقات التجارية والاقتصادية والمالية على نطاق العالم بأسره، ومصدرا هاما للحقوق والالتزامات المتبادلة بينهم ووسيلة من وسائل التفاهم والتعايش السلمي تحت مظلة القانون.

وقد اكتسب العقد مفهوما قانونيا محددا وهو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين، سواء كان الأثر إنشاء التزام أو نقله أو إنهائه.

غير أنه تنازع حول أساس قوته الملزمة، مذهبين فقهيين، ظهر الأول بداية، ويمثل أصحاب النزعة الفردية، وهيمن على نظرية العقد، فذهب أنصار هذا المذهب إلى استناد مفهوم العقد إلى مبدأ سلطان الإرادة، فأسندوا للإرادة السلطان الأكبر في تكوين العقد، وفي الآثار التي تترتب عليه.

ويقوم مبدأ سلطان الإرادة على فكرتين رئيسيتين، فأما الأولى تكمن في أن الإرادة الحرة هي التي تولد الالتزام، فالأصل في الإنسان براءة الذمة، وأن لا أحد ملزما قبل غيره، وبذلك فإن إرادة الإنسان الحرة تشرع بذاتها لذاتها التزاماتها، كما أن الإرادة الحرة لا تقتصر على إنشاء الالتزامات بل تولد كذلك الحقوق من مثل حق الملكية.

وبذلك يتعين على القانون أن يحترم كل مظاهر الحرية التعاقدية وليس من شأنه أن يحمي أيًا من المتعاقدين، إذا ما فرط في حق نفسه، حيث لا يرقى دور القانون إلى إقامة توازن اقتصادي بين المتعاقدين، إذ يقتصر دور القانون على الاعتراف بالأثر الملزم للعقد، كما أراده المتعاقدان، وعلى ضمان تنفيذه، ذلك أن غاية القانون الأولى هي احترام حرية الفرد وإرادته، والمهمة التي يضطلع القانون إلى تحقيقها هي تحقيق حرية كل فرد بحيث لا تتعارض مع حرية الآخرين، وليس له بعد ذلك أن يتدخل في العقد لا على أساس أخلاقي، ولا على أساس عدم اتفاق مصلحة الفرد مع مصلحة الجماعة، فأى التزام يفرض على الفرد دون رضاه يتضمن مساسا بحريته واعتداء على حقه، فالفرد لا المجموع هو الذي يحميه

القانون، ويترتب على ذلك أن كل ما هو عقدي فهو عادل، إذ كل التزام يستند في نشأته إلى الرضاء والاختيار لا بد إلا وأن يكون عادلا.

وأما الفكرة الثانية التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة في العقود، هي أن الإرادة هي التي ترتب أثر العقد، فكما أن منشأ الالتزامات يرجع للإرادة الحرة كذلك الأثر الذي يترتب على العقد فهو خاضع لهذه الإرادة أيضا، وهذا ما يعرف بـ"العقد شريعة المتعاقدين" فالإرادة حرة في تحديد مضمون العقد، ويترتب على ذلك أن ما ارتضاه الملتزم دينا في ذمته، يكون صحيحا وينتج أثره، ويكون ملزما للمتعاقدين ولا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاقهما، ولا يستقل أحد طرفيه بتعديله، بل ولا يملك القاضي هذه السلطة ولو بداعي تحقيق العدالة، فالعقد يعد أصدق تعبير عن العدل.

وقد وقف مبدأ سلطان الإرادة ردحا من الزمن حائلا دون الإقرار بسلطان القانون على العقد، نتيجة لعوامل اقتصادية أدت إلى انتشار روح الفردية، غير أن هذا المفهوم سرعان ما اصطدم بالواقع العملي عندما تغيرت الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي تأسس في كنفها، فجمع رؤوس الأموال وتركيز المشروعات والتفاوت في درجة القوة المفرط بين المتعاقدين، جعل من الضروري حماية الأطراف المتعاقدة، فالتسعت بذلك الناحية الاجتماعية للعقد على الناحية الفردية، وبذلك لم يعد العقد يخص المتعاقدين فحسب بل أصبح واقعة اجتماعية تهتم الحياة الاجتماعية والاقتصادية في المجتمع.

هذه المتغيرات أبرزت عيوب المبدأ ومخاطر الأخذ به على إطلاقه، وشككت في صلاحية الإرادة وحدها لإقامة العقد، فأصبح هذا المبدأ قاصرا بذاته عن احتواء نظرية العقد بكاملها بل وعاجزا عن تفسير الكثير من المسائل المتعلقة بها مما أدى إلى إظهار العقد بمظهر يناقض تحقيق العدالة، فتقلص المذهب الفردي وظهر نتيجة لذلك المذهب الاشتراكي، كرد فعل على مساوئ المذهب الفردي وتطبيقاته المتطرفة.

وقد استغل أنصار المذهب الاشتراكي اهتزاز السمعة الأدبية التي لحقت بالعقد في ظل مبدأ سلطان الإرادة، حيث تجاوزت الحرية التي نادى بها المبدأ الحدود التي يجب عليها أن تقف عندها، وبشكل خاص حينما أصبح العقد، في أغلب الحالات أداة قانونية بيد الأقوياء ليستغلوا بها الضعفاء، مما أدى إلى اختلال التوازن في العلاقات العقدية، وبذلك وجد الاشتراكيون المناخ الملائم للمناداة بتدخل المشرع لحماية الطرف الضعيف في العقد، فإذا كان العقد أداة نافعة للمتعاقدين، فيجب أن لا تستخدم هذه الأداة لاستغلالهم، ولهذا كان لا بد من توجيه العقد.

وكان للمذهب الأخير تصوره الخاص للعقد، حيث جاء بمفهوم يتنافى ومبدأ سلطان الإرادة، فاعتبر أن أساس القوة الملزمة للعقد ليس فيما للإرادة من سلطان ذاتي، بل أن القانون هو الذي يرسم للإرادة دائرة تتحرك فيها، ذلك أن غاية القانون هي مصلحة الجماعة لا مصلحة الفرد، وبذلك تسلل التدخل التشريعي على حساب مبدأ سلطان الإرادة.

غير أن هذه القيود التي فرضها المذهب الاشتراكي على مبدأ سلطان الإدارة في العقد، لم تصل إلى حد إهدار هذا المبدأ، فالواقع العملي يصوت لصالح بقاء العقد كأداة رئيسية

للتعامل، فالقانون يعترف بهذا المبدأ ولكن يحصره في دائرة معقولة تتفق فيها الإرادة مع العدالة والصالح العام.

وهكذا فقد أقر المشرع الجزائري مبدأ القوة الملزمة للعقد ضمن نص المادة 106 من القانون المدني "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون" بما يوحي إلى أنه أطلق دور الإرادة في التعاقد وفي تنفيذها للعقود التي تبرمها، غير أنه باستقراء مواد القانون المدني يظهر جليا أن المشرع بإدراجه لنصوص قانونية أمرة تحد من حرية الإرادة في مرحلة تكوين العقد، كما تحد منها أثناء تنفيذه، قيد هذه الإرادة حيث تعطي هذه النصوص للقاضي سلطة تعديل العقد في حال اختلال التوازن العقدي.

ولا شك أن منح القاضي سلطة استثنائية تخرج عن مهامه العادية، هو أمر خطير في حد ذاته لا يبيحه المشرع إلا في حالات يبدو فيها أن العقد أصبح مخالفا لمبادئ العدالة مخالفة فاضحة تقتضي التدخل القضائي وتبرره، وهدف المشرع من وراء منح هذه السلطة الاستثنائية المبررة لتدخل القاضي هو إعادة التوازن المختل للعقد.

أهمية الدراسة:

من الناحية العلمية يعتبر الموضوع من نتائج قواعد العدالة التي تهدف إلى التخفيف من القوة الملزمة للعقد، ومن الناحية العملية الأوضاع الاقتصادية المتقلبة التي يمر بها العالم بصورة عامة تحتاج إلى وسائل تساعد على المحافظة على التوازن المالي للعقد الذي يتأثر بتلك التقلبات ومن بين أهم هذه الوسائل سلطة القاضي في تعديل العقد.

تتلخص وظيفة القاضي في حماية الحقوق وليس إنشاؤها وهذا هو الأصل، ولأن العدل هو الغاية المثلى التي شرعت من أجلها الشرائع، ويتوقف بلوغ هذه الغاية على مدى سلامة الوسيلة التي تتولى تحقيقها، فقد خرج المشرع عن هذا الأصل، ومنح القاضي سلطة استثنائية غير تلك السلطة التي هي من صميم اختصاصه وهي الفصل في النزاعات على أساس ما يعرض عليه فالواقع أن القاضي عندما يعدل العقد فهو لا يفسره ولا يطبقه، ولكنه يخرج عليه ويقومه، وسيكون حكمه مجددا ومنشأ للحق. هذه السلطة الاستثنائية أثارت لدينا فضولا علميا في البحث بداية في القاعدة العامة التي تعتبر هذه السلطة استثناء منها ثم التطرق لأسس ومبررات هذا الاستثناء.

وتنقسم سلطة القاضي في تعديل العقد بخطورة غير عادية، باعتبارها خروجاً عن أهم المبادئ القانونية التي تحكم العقد وهو "مبدأ العقد شريعة المتعاقدين" وهي أداة في يد القاضي قد تعيد للعقد توازنه و تحقق بذلك العدالة التعاقدية، ولكنها في نفس الوقت قد تهدد استقرار المعاملات وتعصف بمبدأ "الأمن التعاقدي"، وهو ما ولد لدينا الدافع إلى البحث في حدود هذه السلطة.

أهداف الدراسة:

ترمي هذه الدراسة من الوصول إلى الأهداف التالية:

- دراسة مفهوم قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والآثار التي تترتب عليها في القانون المدني دراسة تفصيلية باعتبارها الأصل الذي خرج عنه المشرع بمنح القاضي سلطة تعديل العقد.
- دراسة التفاصيل المتعلقة بسلطة القاضي في تعديل العقد وذلك من خلال البحث في جميع حالات تدخل القاضي لتعديل العقد، وبيان دور القاضي الإيجابي في سبيل تحقيق العدالة التعاقدية.
- الوقوف الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة القاضي في تعديل العقد، كما تهدف إلى دراسة خصائص سلطة القاضي في تعديل العقد ومضمونها ونطاق هذه السلطة والآثار التي تترتب على ممارستها ودور المشرع في تحديد محتواها، ودورها في تحديد الحقوق وضمن تنفيذها.
- البحث في النصوص القانونية التي تتناول سلطة القاضي في تعديل العقد وتبيان مدى كفايتها ونجاعتها في تحقيق الهدف من منح القاضي سلطة تعديل العقد، وللوقوف على الهدف تعين علينا اللجوء إلى بتطبيقاتها القضائية من خلال تحليل القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا والوقوف على مقاصد هذه القرارات ومدى إمكانية تحقيقها في توضيح ما لم يتمكن المشرع من إيضاحه.
- التعمق في آراء الفقهاء حول موضوع الدراسة، وسبر هذه الآراء والأدلة التي استند عليها الفقهاء مع ترجيح الرأي الأقوى دليلاً وبيان الرأي الذي أخذ به المشرع الجزائي، أو القضاء الجزائي في غياب أو غموض نص صادر من هذا الأول.
- بيان الوظائف التي تطلع بها هذه الفكرة (سلطة القاضي في تعديل العقد) سواء بشكل مباشر باعتبارها حداً على إرادة الأفراد، أو بشكل غير مباشر باعتبارها الدرع الواقي لحماية الأسس القيمية والأخلاقية والاقتصادية والاجتماعية، التي هي حصيله موروث الجماعة وما يعتقدون في مجتمع معين في زمان ومكان معين.
- ولا نهدف من خلال هذه الدراسة إلى الخوض في ذلك الجدل الفقهي الذي ثار بين فريقين أحدهما ينكر على القاضي سلطة تعديل العقد والآخر يؤيدها، مدام أن الخوض في مثل هكذا جدال قد تجاوزه الزمن وتجاوزه جل التشريعات وأصبح لا يجدي نفعاً، إذ أن سلطة القاضي في تعديل العقد خرجت عن هذا الجدل العقيم وأصبحت حقيقة راسخة، تستند إلى نصوص قانونية صريحة لا مجال للجدال حولها، إذ لم تعد حالة واقع تستدعي حماية القانون بل أضحت واقعا قانونيا ملموسا.

نطاق الدراسة:

تناولنا لسلطة القاضي في تعديل العقد لا يقتصر على عقد معين بعينه، وإنما يشمل كل العقود المدنية بصفة عامة أي كل ما يمكن أن يدخل تحت نطاق النظرية العامة للعقد، وستكون هذه الدراسة وفق أحكام القانون المدني الجزائي ولا نخرج إلى فروع القانون الخاص إلا حين نجد فيها ما يبرر سلطة القاضي في تعديل العقد، كما ستتطوي الدراسة على جانب تطبيقي كلما تفحصنا وجود قرار قضائي صادر عن قضاة القانون يتعلق بموضوع الدراسة بغرض تحليله.

إشكالية الدراسة:

يثير موضوع "سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ" العديد من المشكلات لعل أهمها إلى أي مدى يلتزم القاضي المدني بمضمون العقد؟ ويتفرع عن هذا الإشكال وأطروحات قانونية هامة : هل للقاضي مطلق الحرية في سلطته في تعديل العقد أم أنه مقيد بضوابط وحدود عند مباشرته تلك السلطة؟ وما هي الحالات التي يتدخل فيها القاضي لتعديل العقد؟ وماذا عن مبررات هذا التدخل الاستثنائي؟ وهل الأحكام القانونية الحالية كافية لتحقيق الغرض الذي شرعت لأجل تحقيقه سلطة القاضي في تعديل العقد؟

للإجابة على إشكالية الدراسة وما تفرع عنها من أسئلة رأينا تقسيم هذا الموضوع إلى بابين رئيسيين، خصصنا الباب الأول لدراسة مضمون وحدود القوة الملزمة للعقد، فيما خصصنا الباب الثاني لدراسة الأساس القانوني لسلطات القاضي في إعادة التوازن العقدي ثم انتهينا من ذلك بخاتمة لخصنا فيها النتائج العامة المستنبطة من هذه الدراسة.

منهج الدراسة:

لغرض الإحاطة بجوانب موضوع البحث كافة، ولأجل الإجابة على التساؤلات المطروحة فيه، اتبعنا المنهج الوصفي التحليلي الذي يهتم بتحديد الواقع وجمع الحقائق عنه و تحليل بعض جوانبه، بما يساهم في العمل على تطويره.

الباب الأول: مضمون وحدود القوة الملزمة للعقد:

قبل إبرام العقد فإنه للإرادة الحرية الكاملة في التعاقد من عدمه وفقا لمبدأ الحرية التعاقدية، ووفقا لذات المبدأ تبقى إرادة المتعاقدين حرة في أن تتجه إلى إحداث الآثار التي ترغبها وذلك في حدود القانون والنظام العام والآداب العامة، غير أنه بمجرد أن يتم إبرام العقد يتقيد العقادان بما تم الاتفاق عليه من آثار ولا يحق لهما الرجوع فيها.

وعليه إذا أبرم العقد على الوجه الصحيح، بأن توافرت أركانه وشروط صحته، أصبح منتجا لآثاره القانونية، أبرزها ربط المتعاقدين برابطة لا يستطيع أحدهما التنصل منها منفردا، حيث يترتب العقد على عاتق المتعاقدين أو على عاتق أحدهما التزامات يتعين الوفاء بها، والعقد ليس من شأنه أن يلزم المتعاقدين فقط، بل من شأنه أن يلزم القاضي أيضا إذ يجب عليه أن يحترم اتفاق المتعاقدين وأن يلتزم بتطبيقه، ويمنع عليه أن يغير فيه ما يرى أنه مناف للعدالة، وهذا ما يعبر عنه بالقوة الملزمة للعقد.

والقوة الملزمة للعقد تحكمها فكرة أساسية، هي فكرة نسبية أثر العقد، فللعقد أثر نسبي سواء بالنسبة للموضوع، إذ أن آثار العقد تقتصر على الالتزام بما جاء فيه دون غيرها من الالتزامات، أو بالنسبة للأشخاص، حيث تقتصر آثار هذه الرابطة العقدية على المتعاقدين دون أن تتعداهما إلى الغير، وهذه القاعدة هي تطبيق محض لمبدأ سلطان الإرادة، ذلك أن العقد لا يلزم إلا أطرافه لأنهم أرادوا الالتزام، ولا يلزم الغير الذي لم يردده، إلا أن ذلك لا يعني أن هذا الأثر يقف عند طرفي العقد بذاتهما، ولكنه قد يمتد إلى الخلف العام لهما، أو إلى الخلف الخاص لأحدهما في حدود معينة.

غير أنه إذا كانت القاعدة تقضي أن العقود لا تنفع ولا تضر غير عاقيها وخلفائهم، فلا يكتسب الغير حقا أو يلتزم بالتزام من عقد لم يكن طرفا أو ممثلا فيه (عاقدا أو خلفا)، فالاستثناء منها أن يُمكن الغير من أن يكتسب حقا من العقد عن طريق ما يعرف بالاشتراط لمصلحة الغير.

وعليه سنتطرق في هذا الباب إلى مضمون وحدود القوة الملزمة للعقد نفصل في الفصل الأول منه في مضمون القوة الملزمة للعقد، ثم نخصص الفصل الثاني لدراسة عدم انصراف آثار العقد إلى الغير.

الفصل الأول: مضمون القوة الملزمة للعقد

يترتب العقد الصحيح التزامات على عاتق المتعاقدين أو على عاتق أحدهما حسب الأحوال يتعين عليهما الوفاء بها، و لا يمكن للرابطة العقدية أن تنتج أي أثر في مواجهة الغير عن العقد، ذلك أن العقد كتصرف إرادي لا يلزم إلا أطرافه الذين ارتضوه، بينما الغير لا يمكن أن يستفيد أو يتضرر من عقد لم يشارك بإرادته في تكوينه وهذا طبقا للأصل العام.

غير أن المتعاقد قد يتوفى ويترك مالا بعد وفاته، فلا يفنى المال معه، حيث ينتقل هذا الأخير إلى ورثته، الذين يخلفونه في ذمته المالية كلها أو في جزء شائع منها، وهم من يصطلح عليهم قانونا بالخلف العام، كما قد يتصرف المتعاقد في ماله حال حياته إلى الغير، فتسري عليهم آثار العقد بمجرد توافر شروط قانونية معينة، فيكتسبون قانونا صفة الخلف الخاص للمتعاقد أثناء حياته وبعد وفاته.

لذلك من الأهمية بمكان قبل الخوض في التزام المتعاقدين بالعقد تعيين علينا التطرق لمضمون الالتزام التعاقدي الذي كانت قد اتجهت إرادة المتعاقدين إلى إحداثه، والذي يترتب

بمجرد تمام تكوين العقد صحيحا، وهو ما يعبر عنه بنسبية أثر العقد من حيث المضمون، فيتقيد المتعاقدين بما تم الاتفاق عليه من آثار ولا يحق لهما الرجوع فيها، ولا يلتزمان في المقابل إلا بما تضمنه وما هو من مستلزماته دون غيرها، نتيجة للقوة التي يكتسبها العقد بمجرد تمام إبرامه، وهي ما تسمى بالقوة الملزمة للعقد، وهذه القوة الملزمة للعقد هي التي تجعل آثار العقد التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين واجبة التنفيذ ولا رجوع فيها سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة لخلفهما العام وهذا ما رصدنا له المبحث الأول من هذه الدراسة تحت مسمى مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد، ومع ذلك، فإن القوة الملزمة للعقد لا تأثير لها إلا فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام فأثار العقد لا تنصرف إلا لهما ولا تتعداهما إلى الغير وهذا حسب القاعدة العامة، غير أنه خروجاً عن هذه القاعدة، قد يكتسب الغير حقا من المتعقد، فيصبح خلفا خاصا له في جميع العقود التي يبرمها السلف وتكون ذات صلة بالحق المستخلف فيه، فتسري عليه آثار هذه العقود بتوافر شروط معينة وهو ما سنتطرق له بالدراسة في المبحث الثاني تحت عنوان التزام الخلف الخاص بالعقد.

المبحث الأول: مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد

مبدأ نسبية أثر العقد يتصل بحرية الشخص في التعاقد وبحريته في تحمل الالتزامات ويتعلق هذا المبدأ بصفة عامة للالتزامات والحقوق الناشئة عن العقود التي أبرمها أشخاص معينون وفقا لإرادتهم الخاصة، فتتنصرف آثار العقد إليهم دون أن تتعداهم إلى أشخاص آخرين¹.

وعليه تقتضي نسبية أثر العقد أن المتعاقدين لا يلزمان إلا بما تضمنه العقد ولا علاقة لهما بما لم يتضمنه، كما أن الأصل في آثار العقد أنها لا تنصرف إلا إلى المتعاقدين وخلفهما العام حيث تنص المادة 108 من القانون المدني " ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل، أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث". وهذا ما سنفصله في هذا المبحث إذ نتناول في المطلب الأول منه أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين، وفي المطلب الثاني أثر العقد بالنسبة للخلف العام.

المطلب الأول: بالنسبة للمتعاقد:

متى نشأ العقد صحيحا، بأن استوفى أركانه وشروط صحته وفقا للقانون، التزم الطرفان بما يترتب عليه من آثار، بحيث يصبح مضمونه واجب التنفيذ، ولا يكون في وسع أحد المتعاقدين التحلل من الرابطة العقدية بإرادة منفردة، إذ أن العقد شريعة المتعاقدين، وهو ما يدفعنا للتطرق لمبدأ التزام المتعاقدين بالعقد في الفرع الأول من هذا المطلب.

وإذا كان من المقرر قانونا أن يلزم العاقد بتنفيذ العقد وفقا لمضمونه، يتعين علينا أن نبين الحدود التي يلتزم فيها المتعاقدان بالعقد، ذلك أن العقد لا يكون ملزما لطرفيه في حدود

¹ زواوي فريدة، مبدأ نسبية العقد، أطروحة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1992، ص 1.

ما ورد فيه فقط، بل يتعدى ذلك ليشمل كل ما يعتبر من مستلزماته، وإذا تم تحديد مضمون العقد واتضحت التزامات المتعاقدين، فإنه يتعين عليهما، متى كان العقد ملزماً للجانبين، وعلى أحدهما، متى كان العقد ملزماً لجانب واحد القيام بتنفيذ تلك الالتزامات، وهو ما يدفعنا لدراسة كيفية تنفيذ العقد في الفرع الثاني من المطلب.

الفرع الأول: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين:

تنص المادة 106 من القانون المدني² أن "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".

تعتبر هذه القاعدة نتيجة منطقية لمبدأ سلطان الإرادة³ ومقتضاه أن إرادة الإنسان الحرة هي المصدر الوحيد للحقوق والواجبات⁴، وأن هذه الإرادة هي التي تشرع بذاتها، إذ تنشئ بذاتها لذاتها التزاماتها، وعليه متى ما التزم شخص بتصرف قانوني بمحض إرادته فهو ملزم به لأنه أرادته⁵، ذلك الإرادة قوية تلزم الشخص مثلما يلزمه القانون، حيث لا المشرع ولا القاضي باستطاعته أن يحرر المتعاقدين من التزاماتهما التعاقدية⁶.

فلا يكون الفرد ملزماً بشيء إلا إذا ارتضاه وقبله وكان في ذلك مختاراً، ويعتبر هذا حقاً طبيعياً يتمتع به الإنسان، وتقر به أحكام القانون الطبيعي وقواعد العدالة التي تمثل مصدر النظام الاجتماعي، مما يجعل الشخص يلتزم بإرادته وحدها ولا يلتزم بإرادة غيره⁷.

كما تبرر هذه القاعدة مبادئ لها جذور تاريخية أخلاقية، تتمثل في واجب الوفاء بالعهد الذي يقطع المرء على نفسه مهما كلفه الأمر⁸، و تبعث عليها اعتبارات اقتصادية تقتضي توفير الاستقرار في المعاملات⁹، وتحث عليها اعتبارات اجتماعية تقتضي ضرورة توفير

² الأمر رقم: 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007، جريدة رسمية عدد 31.

³ محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع S N E D، الجزائر، بدون سنة نشر، ص 112.

⁴ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2010، ص 48.

(P) Malinvaud, Droit des obligations, Litec, 7^{ème} édition, Paris, 2001, P. 149.

⁵ بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة- مذكرة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983، ص 1.

⁶ (H) Mazeaud, (L) Mazeaud, (J) Mazeaud, (F) Chabas, Leçons de droit Civil, Tome 2, Premier volume, Obligations, Théorie générale, 9^{ème} édition, Montchrestien, DELTA, 2000, P 845 .

⁷ لبني مختار، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن، ديوان المطبوعات الجامعية والمؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984، ص 28-29.

(P) Malaurie, (L) Aynès, (P) Stoffel-Munck, Droit civil, Les obligations, 2^{ème} édition, Defrénois, Paris, 2005, P 357 .

⁸ « La Parole donnée doit être tenue, la promesse doit être exécutée quoi qu'il en coûte ; *Pacta sunt servanda* » (H) Mazeaud, (L) Mazeaud, (J) Mazeaud, (F) Chabas, Leçons de droit Civil, op.cit, P 845

⁹ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 359.

(C. L) Deschamps, Droit des obligations, Ellipses, France, 1998, p 95 .

الثقة والاطمئنان والائتمان بين الناس، ذلك أنه إذا سمح للمدين بنقض العقد الذي تعهد به، وعدم تنفيذ ما التزم به، زالت بذلك الثقة والاطمئنان بين الناس وأثر ذلك سلباً على استقرار معاملاتهم¹⁰، فالنظام المتعاقد بالعقد أمر تقتضيه المصلحة الاجتماعية.

أولاً: مفهوم قاعدة العقد شريعة المتعاقدين:

يراد بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، أن الالتزامات التعاقدية المنعقدة على الوجه الصحيح تقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين، بمعنى أن الإرادة هي قانونهما¹¹، وقد وضعت هذه القاعدة من قبل الفقيه دوما Domat والتي تم تجسيدها في القانون المدني الفرنسي¹².

ويتعين على المتعاقدين الالتزام بتنفيذ الالتزامات التعاقدية التي سواء تلك التي تعاقدوا عليها شخصياً أو حتى تلك التي كانا ممثلين فيها بواسطة نائب يعبر عن إرادتهما¹³، كذلك العقد المبرم باسم شركة معينة من قبل مسيرها لا يلزم المسير بل يلزم الشركة نفسها¹⁴.

تقتضي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، أن المتعاقدان يتقيدان بالالتزام الذي ينشأ عن العقد، مثلما يفيدهما الالتزام الناشئ عن القانون¹⁵، وليس المراد بها أن العقد يشبه القانون من جميع النواحي¹⁶، ذلك أن القانون هو الذي يكسب العقد قوته الإلزامية، وبالتالي لا يمكن جعل هذا الأخير في نفس درجة القانون¹⁷، كما أن القانون يلزم جميع المخاطبين به بينما العقد لا يلزم إلا المتعاقدين وخلفهما¹⁸.

كما تقتضي أن يلتزم القاضي بتطبيق العقد مثلما يلتزم عند تطبيق القانون، ذلك أن العقد يعتبر قانون المتعاقدين في حدود ما تضمنه¹⁹، وهو يلتزم بذلك حتى ولو كان العقد

¹⁰ بولحية جميلة، المرجع السابق، ص 2.

(H) Mazeaud, (L) Mazeaud, (J) Mazeaud, (F) Chabas, Leçons de droit Civil, op.cit, P 845.

¹¹ لبني مختار، المرجع السابق، ص 29.

¹² " Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites " (H) Mazeaud, (L) Mazeaud, (J) Mazeaud, (F) Chabas, Leçons de droit Civil, op.cit, P 845.

¹³ (P) Malinvaud, Droit des obligations, op.cit, P148.

¹⁴ (A) Bencheneb, Le droit algérien des contrats, données fondamentales, Editions Ajed, Algerie, 2011, P 216.

¹⁵ (A) Weill, (F) Terré, Droit civil, introduction générale, 4^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1979, P 332.

¹⁶ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، المطبعة الجديدة، دمشق سوريا، 1978، ص 331. نواف حازم خالد، مدى الاعتداد بمبدأ سلطان الإرادة في تنفيذ العقد دراسة تحليلية مقارنة، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، العدد 01، المجلد 16، 2005، ص 23.

¹⁷ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 360. قريقر فتية، حدود سلطان الإرادة نطاق النظام العام، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، المجلد العاشر، العدد الأول، ص 281.

¹⁸ (C.L) Deschamps, Droit des obligations, op. cit, p 95.

¹⁹ نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص 285.

يتضمن بنودا تخالف نصوصا تشريعية، طالما كانت تلك النصوص لا تمس بالنظام العام أو الآداب العامة، أي ما لم تكن قواعد أمرية.

بمعنى أن الإرادة المعبر عنها في العقد تسبق القاعدة القانونية المكملّة، حيث أن العقد ينسحب في مواجهة القاعدة القانونية الأمرية، وذلك باستثناء ما تضمنته القوانين الجديدة اللاحقة للعقد طبقاً لمبدأ عدم رجعية القوانين²⁰، وبالنتيجة إذا كان مبدأ سلطان الإرادة يجعل من الرضاء ركناً أساسياً في إنشاء العقد، وأنه إذا كان للأشخاص كامل الحرية في التعاقد أو الامتناع عن التعاقد، فإن هذه الحرية تخضع لقيد النظام العام والآداب العامة، وبالتالي إذا اصطدم العقد بالنظام العام أو الآداب العامة كان جزائه البطلان المطلق، ولا يمكنه أن يلزم الأطراف المتعاقدة بأي حال من الأحوال²¹ وهذا ما ذهب إليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها²².

ولأجل ذلك يقال أن العقد في دائرة النظام العام والآداب العامة ينسخ القانون²³، من باب أن تلك القواعد التي وضعها المشرع ولم تكن متعلقة بالنظام العام والآداب العامة، لا تعدوا أن تكون مجرد قواعد وضعت لتنظيم العلاقات بين الأشخاص متى لم يقوموا بتنظيمها وفقاً لإرادتهم.

سبق البيان أن العقد إن خالف قواعد القانون الأمرية يكون مصيره البطلان المطلق، غير أنه إن خالف العقد قواعد العدالة فإن القاضي يبقى ملزماً بتطبيق بنوده، فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين ولا تنسخها²⁴، ولا يمكنه التدخل إلا في الحدود التي رسمها له القانون ومنحه حق تعديل مضمون العقد إحقاقاً للعدالة العقدية²⁵.

ولا تمنع قاعدة العقد شريعة المتعاقدين القاضي من الاستعانة بقواعد القانون ومبادئ العدالة والعرف، لتكملة العقد ولتفسير الشك الذي قد يكتنف إرادة المتعاقدين، إذ أنه كما لا

(A) Weill, (F) Terré, Droit civil, introduction générale, op.cit , P 332.

²⁰ (H) Mazeaud, (L) Mazeaud, (J) Mazeaud, (F) Chabas , Leçons de droit Civil, op.cit , P 845 .

(A) Weill, (F) Terré, Droit civil, introduction générale, op.cit , P 332.

²¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، لبنان، 1998، ص 949. لبني مختار، المرجع السابق، ص 21-22. قريقر فتيحة، المرجع السابق، ص 281.

(C) Larroumet ,Droit civil, tome 2, 3^{ème} édition, Economica paris, Delta liban ,1996 , P 585 .

²² قضت المحكمة العليا بموجب قرار صادر عن الغرفة العقارية بتاريخ 2012/06/14 ملف رقم: 716159 أنه " المبدأ: قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" تطبق في مجال العقد الرسمي وليس العرفي، إذا كان منصبا على عقار" قرار منشور بمجلة المحكمة العليا العدد الثاني، 2012، ص 398 (قرار مرفق الملحق تحت رقم 01).

²³ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1952، ص 624.

²⁴ ريماء فرج مكي، تصحيح العقد، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011، ص 365.

²⁵ عامر علي حسن أبو رمان، دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني، دراسة مقارنة، در الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2015، ص 36.

يلزم القاضي بتطبيق القانون بحرفيته بل يستعين في ذلك بمبادئ العدالة وقواعد العرف، فهو كذلك لا يتقيد بحرفية بنود العقد²⁶.

ثانياً: نتائج قاعدة العقد شريعة المتعاقدين:

يترتب على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين نتائج تتمثل في أن العقد لا يجوز نقضه ولا تعديله بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين، ما لم يقرر القانون أسباباً محددة تجيز له ذلك على وجه الاستثناء.

أ. استحالة النقص أو التعديل الأحادي للعقد:

لا يجوز للمتعاقد أن يستقل بنقض العقد أو تعديله بل ولا يجوز ذلك للقاضي²⁷، وهذا ما استقر عليه قضاء النقض²⁸، إذ لا يستطيع المتعاقد أن يتحلل مما التزم به بإرادته المنفردة، فضلاً عن أنه لا يمكن له إدخال أية تعديلات على مضمون العقد، مهما كان نوعها أو أهميتها، فإذا كان القانون من وضع المشرع ويرجع لهذا الأخير وحده دون غيره صلاحية تعديل أو نقض هذا القانون، فيكون الأمر نفسه بالنسبة للعقد، إذ مادامت إرادة المتعاقدان هي التي وضعت، فلا يمكن نقضه أو تعديله إلا باتفاق هاتان الإرادتان²⁹، ووفق نفس الأشكال، فالعقد الرسمي لا يعدل إلا بموجب عقد رسمي آخر مبرم بنفس شكل العقد الأول³⁰، ولا يرجع سبب استحالة النقص الأحادي للعقد إلى مجرد الحرص على تطبيق قاعدة تطابق الأشكال بين إبرام العقد وانحلاله فقط، وإنما يعود كذلك، إلى أن إرادة الموجب بمجرد ارتباطها بإرادة القابل لم تعد مستقلة، ومنه لا يمكن لإحدى الإرادتين أن تنسحب مما أقدمت عليه³¹، وبمعنى آخر فما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة³²، وهذا ما ذهب إليه الفقه موران إذ أن الحرية التعاقدية تكمن في الدخول إلى العقد وليس في الخروج منه³³.

²⁶ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 951.

²⁷ محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 112. نواف حازم خالد، المرجع السابق، ص 24.

²⁸ قضى المجلس الأعلى بموجب قرار له صادر بتاريخ 1990/01/15 في الملف رقم: 52061 أنه "من المقرر قانوناً أن العقد شريعة المتعاقدين، ينفذ طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون. ولما كان من الثابت- في قضية الحال- أن قضاة الموضوع خالفوا إرادة المتعاقدين عندما قبلوا الدعوى المقدمة =من المطعون ضده بعد فوات الأجل المتفق عليه بين المتعاقدين بخمسة أشهر، يكونوا قد خالفوا القانون. ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون ضده" قرار منشور بالمجلة القضائية الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد الأول لسنة 1993، ص 113 (قرار مرفق بالملحق تحت رقم: 02).

²⁹ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 360.

(P) Malinvaud, Droit des obligations, op.cit, P 149 .

³⁰ (A) Bencheneb, op.cit , P 220.

³¹ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 332.

³² محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، مطبعة الوفاء، تونس، 1993، ص 242.

³³ « Morin : La liberté existe pour entrer dans le contrat mais non pour en sortir » مارغريت نقولا انطوان ماروديس، العنصر الأخلاقي في العقد، المنشورات الحقوقية صادر، لبنان، 2006، ص 133.

غير أنه إذا كان العقد بحاجة إلى توافق إرادتين أو أكثر لانعقاده، فإنه ليس بحاجة، من أجل بقاءه إلى استمرارهما معاً، بل يكفي ليبقى منتجا لجميع أثاره أن تتمسك بالإبقاء عليه إرادة واحدة فقط.

إن نقض أو تعديل العقد بالإرادة المشتركة لطرفيه لا يعد خروجاً عن قاعدة القوة الملزمة للعقد، بل هو تكريس فعلي لها، على أنه يتطلب نقض أو تعديل العقد بالإرادة المشتركة للمتعاقدين مراعاة كل الأركان التي يتطلبها أي عقد جديد من تراضي، ومحل، وسبب، وشكلية طبقاً للقانون.

علماً أن تعديل العقد قد يتم باتفاق أثناء إبرام العقد، وذلك بتضمنين هذا الأخير بنداً يمكن من تعديل العقد في حال وجود ظروف معينة، وهنا يتم التعديل استجابة لما تم الاتفاق عليه مسبقاً، وقد يتم التعديل باتفاق لاحق لقيام العقد، تبعاً للظروف المتغيرة وهنا يعد هذا الاتفاق بمثابة عقد جديد يلتزم به الطرفان³⁴.

ب. استثناءات استحالة النقص أو التعديل الأحادي للعقد:

كما أنه لا يوجد ما يمنع المتعاقدين من تعديل أو نقض العقد، وذلك راجع إلى أنه مثلاً منحهما القانون حق إنشاء العقد وتحديد مضمونه وفقاً لما يتفق والقانون، فإنه خولهم كذلك وعلى سبيل الاستثناء الحق في تغيير ما التزم به وذلك عن طريق تعديل هذا العقد أو الخروج من هذه الرابطة العقدية وذلك عن طريق نقض العقد، فمن يملك سلطة الإنشاء يملك سلطة الإلغاء والتعديل³⁵.

يتم نقض العقد عن طريق فسخه بالاتفاق بين الطرفين، وهو ما يعرف بالتقاييل، إذ يبرم المتعاقدان عقداً جديداً يقضي بإلغاء العقد الأول، ويعدل العقد كذلك بنفس الطريقة³⁶، وهذا الأمر جائز وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة غير أنه مقيد بشرط مفاده أن لا يخل التقاييل بحقوق الغير التي يمكن أن تنشأ في محل العقد قبل الإقالة، فمثلاً لو أن مشتري العقار رهنه ثم تقاييل مع البائع، عاد العقار إلى البائع مثقلاً بالرهن، ثم أن التقاييل ليس سوى استثناء ظاهري يرد على إلزامية العقد، ذلك أن أعمال التقاييل يعتبر تأكيداً لمبدأ سلطان الإرادة³⁷.

كذلك لا يوجد ما يمنع المتعاقدان من أن يتفقا على جعل سلطة النقص أو التعديل بيد أحدهما منفرداً دون اللجوء للطرف الآخر³⁸، ذلك أنه من يملك الكل يملك الجزء كذلك، فيكون له حق النقص أو التعديل في حدود الاتفاق، وقد يكون ذلك باتفاق الطرفين عند التعاقد

³⁴ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية، بدون بلد نشر، 2000، ص 349.

³⁵ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 285.

(C) Larroumet, Droit civil, op.cit, P 587.

³⁶ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 361.

³⁷ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 332.

³⁸ محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 112.

(A) Bencheneb, op.cit, P220.

على إعطاء حق النقص أو التعديل لأحدهما، كما قد يتم ذلك بمقتضى اتفاق لاحق لقيام العقد، وفي هذه الحالة يعتبر هذا الاتفاق بمثابة عقد جديد، يشترط لانعقاده وترتيبه لأثاره ما اشترط في العقد الأول³⁹.

وفضلا عن ذلك قد تقتضي طبيعة بعض العقود أن يبيح القانون لأحد طرفي العقد أن ينقض العقد بإرادة منفردة⁴⁰ كما هو الحال في عقد الوكالة⁴¹، وعقد الشركة غير محدّد المدّة⁴²، وعقد العمل غير محدّد المدّة وذلك حتى لا يتحول عقد العمل إلى عقد أبدي يقيد من حرية الشخص، التي تعد حرية مكرسة دستوريا، وهي من النظام العام.

كما ثمة عقود يجيز فيها القانون لأحد العاقدين دون الآخر أن يستقل بنقض العقد⁴³، أي لا يمنح هذا الحق لكلا المتعاقدين، بل يمنحه لمتعاقد واحد فقط له أن يمارسه منفردا، ويبرر هذا الحق برغبة المشرع في حماية هذا المتعاقد⁴⁴، مثلما هو الأمر بالنسبة لعقد الهبة⁴⁵ إذ يحق للواهب الرجوع في الهبة، وكذلك في عقد العارية في حال توافر حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة 547 من القانون المدني؛ وحق المؤمن له في إنهاء التأمين.

الفرع الثاني: إلزامية تنفيذ العقد:

إن تنفيذ مشتملات العلاقة العقدية تمثل الوجه الثاني للقوة الملزمة للعقد من حيث الموضوع، بعد حرمان المتعاقدين من نقض وتعديل الالتزامات التعاقدية والتفديد بأحكامها كوجه أول للقوة الملزمة للعقد⁴⁶.

بعيدا عن إمكانية تعديل العقد بالإرادة المشتركة أو المنفردة لأحد طرفيه، فإنه يترتب على العقد بمجرد انعقاده صحيحا، ضرورة التزام طرفيه بتنفيذ ما ورد فيه وما هو من مستلزماته، على أن تتسم طريقة التنفيذ بحسن النية⁴⁷.

³⁹ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، لبنان، 1974، ص 476.

⁴⁰ (P) Malinvaud, Droit des obligations, op.cit , P 150 .

نواف حازم خالد، المرجع السابق، ص 46.

⁴¹ المادة 587 من القانون المدني "يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيد بها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك..."

⁴² المادة 440 من القانون المدني "تنتهي الشركة بانسحاب أحد الشركاء إذا كانت مدتها غير معينة، على شرط أن يعلن الشريك سلفا عن إرادته في الانسحاب قبل حصوله، إلى جميع الشركاء وأن لا يكون صادرا عن غش أو في وقت غير لائق..."

⁴³ الفصائلي الطيب، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، نشر البديع المغربي، بدون سنة نشر، ص 172.

⁴⁴ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، المرجع سابق، ص 333.

⁴⁵ تنص المادة 211 من قانون الأسرة "للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنة إلا في الحالات التالية:..."

⁴⁶ علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2008، ص 16.

⁴⁷ (P) Malinvaud, op.cit , P 150 - 151.

أولاً: إلزامية تنفيذ مضمون العقد ومستلزماته:

تنص المادة 2/107 من القانون المدني " يجب تنفيذ العقد وفقا لما اشتمل عليه وبحسن نية.

ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام".

وبالتالي فالقاضي لا يقتصر في تحديد التزامات المتعاقدين على ما ورد في العقد وفقا للإرادة المشتركة للمتعاقدين فقط، وإنما يتعين إلزامهما كذلك بكل ما يعد من مستلزماته.

أ. تنفيذ مضمون العقد:

يتمثل مضمون العقد في جملة الحقوق والواجبات الواردة فيه والمحددة بشكل صريح⁴⁸، ويكون المتعاقدان ملزمان بتنفيذ كل ما ورد في العقد دون أن يكون لهما حق التمييز بين ما هو مهم وما هو دون ذلك، فهما مقيدان بالشروط الواردة في العقد. ويعد الامتناع عن تنفيذ بعضها بمثابة عدم تنفيذ العقد⁴⁹.

كل عقد لابد أن يشتمل على التزام أو عدة التزامات أساسية، جوهرية يتفق عليها المتعاقدان، كما لابد أن يشتمل أيضا على التزام أو التزامات ملحقة بالالتزامات الأساسية المتفق عليها، والتي قد تكون لها أهمية كبيرة بالنسبة للمتعاقدين، أو يفرضها القانون، وذلك حتى يتطابق العقد مع النظام العام⁵⁰.

وعليه لا ينبغي أن نقف عند ما ورد في العقد للوصول إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين، ذلك أن العقد يلزم طرفيه ليس فحسب في حدود ما اتفقا عليه، بل وأيضا في حدود أخرى إذ قد لا يتم الاتفاق عليها بصورة مباشرة وصريحة، إما سهوا أو عمدا، مادام أنه ليس من اللازم أن يتوليا تفصيل كل الأمور، ولكنهما يلتزمان في حدود مضمون العقد الذي يحددانه صراحة أو الذي يتحدد من ظروف العقد باعتباره من مستلزماته⁵¹.

فيجب إذن تنفيذ العقد وفقا لما ورد فيه دون زيادة أو نقصان إلا إذا كان ذلك من مستلزماته.

⁴⁸ علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 16.

⁴⁹ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 364.

(A) Bencheneb, op.cit , P 224.

⁵⁰ (P)Malinvaud, op. cit, P 152 .

⁵¹ توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد- ، الدار الجامعية، مصر، 1993، ص229.

ب. تنفيذ مستلزمات العقد:

من المقرر قانوناً⁵² أنه إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها⁵³، فيضيف القاضي شيئاً جديداً لا تتناوله الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وهذا الشيء الجديد هو ما يستلزمه العقد⁵⁴، على يقضي به طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة.

على اعتبار أن كلمة مستلزمات كلمة غامضة لا تفيد أي مدلول قانوني محدد، ونتيجة على ذلك الغموض وعدم التحديد، سارع المشرع إلى إرشاد القاضي ودفعه للاستعانة بجملة من المصادر بغية استكمال العقد مكثفياً بتحديداتها وترتيبها بموجب أحكام المادة 2/107 من القانون المدني.

وذهب الفقه إلى القول بأنه يراد بمستلزمات العقد مجموعة الالتزامات التبعية التي تلازم العقد وتترتب عليه بمجرد انعقاده صحيحاً، وبصرف النظر عن اتجاه إرادة المتعاقدين إليها، لأن الأثر الأصلي للعقد لا يتحقق بدونها⁵⁵.

حدد المشرع الضوابط الموضوعية التي يسترشد إليها القاضي في تحديد ملحقات العقد أو مستلزماته والتي نرى أنه يتعين عليه إعمال أحكامها وفقاً للترتيب التشريعي⁵⁶، قياساً على أحكام المادة الأولى من القانون المدني⁵⁷ التي تلزم القاضي في حال عدم وجود نص في

⁵² تنص المادة 65 من القانون المدني " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد منبرماً وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون، والعرف، والعدالة".

⁵³ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 341. نواف حازم خالد، المرجع السابق، ص 50.

⁵⁴ نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2011، ص 267. نواف حازم خالد، المرجع السابق، ص 50.

⁵⁵ سلام عبد الله الفتلاوي، إكمال العقد، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، لبنان، 2012، ص 76. سعاد بوختالة، دور القاضي في تكملة العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2016، ص 72.

⁵⁶ ونخالف بذلك الرأي الفقهي الذي يرى أن القاضي لا يلتزم بالترتيب الذي جاءت به المادتين 67 و 107 من القانون المدني وله أن يستعملها في غير الترتيب الذي جاءت به، بأن يبحث في هذه المستلزمات في العدالة مثلاً ثم في العرف، ثم في القانون، كما له أن يستعملها مجتمعة أي أن يبحث فيها كلها في نفس الوقت، مبرراً رأيه بأن الترتيب الذي جاء به نص المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي كان مخالفاً لما جاء به المشرع الجزائري حيث بدأ بالعدالة ثم العرف ثم القانون. سعاد بوختالة، المرجع السابق، ص 102.

⁵⁷ تنص المادة 01 من القانون المدني " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.

فإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف.

فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

القانون إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. ثم أنه من غير المنطقي أن يلجأ القاضي إلى أحكام العرف أو يسترشد إلى قواعد العدالة في حين أن المسألة ينظمها نص قانوني يكون الأولى عند التطبيق من العرف والعدالة.

ونبحث فيما يلي في هذه المصادر طبقاً لمقتضيات المادتين 65 و 2/107 من القانون المدني.

1. القانون:

القانون قد يتولى تنظيم بعض الأمور التي يسكت عنها الطرفان، وفي هذه الحالة تعتبر قواعد القانون مكملة لإرادة الطرفين، على أساس أن السكوت عن ذكر ما يخالفها يعني إعمالها في الرابطة التعاقدية⁵⁸.

ذكر المشرع الجزائري القانون كمصدر يستعين به القاضي لأجل استكمال مضمون العقد، غير أنه استخدم هذه الكلمة بشكل مطلق، أي دون أن يحدد إن كان المقصود هو القواعد الأمرة أم أنه أراد بها القواعد المكملة، غير أنه مادام أن المتعاقدان لا يملكان حق الاتفاق على خلاف القواعد الأمرة، باعتبارها ملزمة لهم، سواء اتفقا عليها أو لم يتفقا، وبالتالي يكون المقصود بعبارة القانون مجموعة القواعد القانونية المكملة⁵⁹.

ومنه فإذا اتفقا المتعاقدان على خلاف القواعد المكملة يكون هذا الاتفاق سارياً فيما بينهما⁶⁰، أما إذا لم يتضمن العقد بعض المسائل خاصة منها التفصيلية التي تهم العقد، إما لأنهما لم يتوقعاهما، أو أنهما اعتمدا على الأحكام القانونية المنظمة لها⁶¹، فيلجأ القاضي للقواعد القانونية المكملة أو المفسرة لإرادة المتعاقدين والتي نص عليها القانون فيما يتعلق بموضوع العقد، فتحل هذه الأحكام المكملة محل إرادة العاقدين لتصبح جزءاً من العقد ولو لم يتضمنها، وذلك على افتراض أن إرادتهما اتجهت إلى تطبيقها⁶²، خاصة وأن القواعد المكملة عادة تأخذ أحكامها مما جرى عليه التعامل بين الناس بالنسبة لعقد من العقود⁶³، وأن

⁵⁸ توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، -نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 229.

⁵⁹ عامر علي حسن أبو رمان، دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني، المرجع السابق، ص 107.

⁶⁰ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2009، ص 101.

⁶¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 295.

⁶² ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، الطبعة الأولى، وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2002، ص 244.

(A) Bencheneb, op.cit , P 224.

⁶³ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 101.

الهدف من سن القواعد المكملّة ليس سوى إعفاء الأطراف من عناء التفكير في كل جزئيات العقد⁶⁴.

جدير بالذكر أن كل عقد تكمله أحكام القواعد المكملّة في القانون الذي أبرم في ظله، فإذا تغيرت أحكام هذه القواعد بتعديلها بموجب قانون لاحق ينظم نفس المسألة فإن أحكام هذا القانون لا تسري على العقود التي أبرمت في ظل سريان القانون السابق بل تبقى هذه العقود خاضعة للنصوص التي كانت سارية وقت إبرامها لأن هذه النصوص وحدها هي التي تعتبر مكملّة لتلك العقود التي أبرمت في ظلها⁶⁵.

لم يوضح المشرع كذلك إذا كانت النصوص القانونية التي تطبق لاستكمال العقد هي تلك النصوص الواردة في القانون المدني فقط، أم أنها الواردة في أي قانون خاص آخر⁶⁶.

أما القواعد الأمرة فأحكامها ملزمة للمتعاقدين ولا يمكنهما الاتفاق على مخالفتها⁶⁷، ويطبّقها القاضي دون اعتبار لإرادة الأطراف، أي حتى مع وجود البند المتفق عليه المخالف لها، ففي الحالة التي يتضمن فيها العقد بندا مخالفا لحكم ورد النص عليه في قاعدة أمرة، بطل الشرط المخالف وحل محله حكم القاعدة الأمرة⁶⁸، ثم أن عدم تضمين العقد أحكام قاعدة أمرة لا يعفي المتعاقدين من تنفيذ ما تقضي به⁶⁹ وهو ذات الاتجاه الذي ذهبت إليه المحكمة العليا⁷⁰.

⁶⁴ محمد الزين، المرجع السابق، ص 355.

⁶⁵ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - في الالتزامات - الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، إبريني للطباعة مطبعة السلام، توزيع دار الكتاب الحديث، الطبعة الرابعة، مصر، 1987، ص 504. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 471.

⁶⁶ ويكون المشرع بذلك قد ترك المجال واسعا للقضاء لأجل الاجتهاد والوصول إلى القاعدة المكملّة الأنسب لحل النزاع المعروض أمامه، فإن وجد في المسألة قانون خاص ينظمها، فالأولى أن يطبق القانون الخاص عملاً بقاعدة "الخاص يقيد العام"، وأما إذا ما لم يجد في القانون الخاص ما يحكم المسألة فيلجأ إلى القواعد العامة، فمثلاً إذا كان محل العقد شركة تجارية للقاضي اللجوء إلى أحكام القانون التجاري لاستكمال العقد، فإذا لم يجد ضالته، له أن يلجأ إلى أحكام القانون المدني المنظمة لعقد الشركة بشرط أن لا تختلف مع نصوص أمرة، وكذلك الأمر إذا كان العقد من العقود المسماة فيرجع القاضي إلى أحكام العقد المسمى المنصوص عليها في القانون المدني، فإذا لم يجد نص يستكمل به العقد، له أن يرجع إلى أحكام النظرية العامة للعقد، علماً أنه من الفقه من يرى الرجوع قبل ذلك إلى أقرب العقود المسماة، وإذا لم يكن من بين العقود المسماة فللقاضي أن يلجأ مباشرة إلى النظرية العامة للعقد وفي حال لم يجد كذلك يطبق القواعد المتعلقة بالعقد المسمى الأقرب إلى العقد المراد استكماله.

⁶⁷ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 366.

⁶⁸ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 342.

⁶⁹ (A) Bencheneb, op.cit , P 224.

⁷⁰ وفي هذا الخصوص قضت المحكمة العليا بتاريخ 2007/01/24 في القضية رقم 351919 بين مؤسسة الإنجاز والبناء للجزائر ومؤسسة تسيير المناطق الصناعية " حيث ما تعييه الطاعنة في غير محله لأنه بالرجوع إلى مستندات القضية والقرار المطعون فيه يتبين بأن قضاة المجلس لم يسيئوا في تطبيق المادة 08 من المرسوم 55-84 المؤرخ في 1984/03/03 والمتعلق بإدارة المناطق الصناعية. حيث أن المطعون ضدها قد أثبتت بموجب فواتير خاصة بالحقوق والاشتراكات وحددت المبلغ الواجب دفعه وأن الطاعنة لم

وقد تضمن القانون المدني العديد من الحالات التي يستعان فيها بالقواعد القانونية المكملّة لاستكمال العقد وبالتالي استكمال إرادة المتعاقدين بشرط عدم الاتفاق على ما يخالفها، فإذا سكتا عما يخالفها اعتبرت جزء من العقد⁷¹.

2. العرف:

العرف هو " اطراد أو تكرار سلوك الناس في مسألة ما بطريقة معينة، مع الاعتقاد بأن هذا السلوك ملزم لهم قانوناً" وبالتالي فهو قانون غير مكتوب ينشأ تلقائياً دون تدخل إرادة تشريعية، ويعتبر أقدم المصادر الرسمية للقانون⁷²، ويراد بالعرف في هذا المجال العرف المكمل لمضمون الالتزام وليس العرف المفسر لعبارات العقد حال غموضها⁷³.

علماً أن العرف يعتبر مصدراً رسمياً احتياطياً طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني⁷⁴، ويعتبر العرف طبقاً لنص المادة 2/107 من نفس القانون أساساً

تثبت التخلص من دفع هذه الاشتراكات الواجب دفعها، لذا فإن هذا الوجه غير سديد يتعين رفضه " وبالتالي فإن التزام المؤسسة المتواجدة بالمنطقة الصناعية بدفع مبالغ التكاليف والاشتراكات هو التزام قانوني وليس التزام اتفاقي ناشئ عن شغل القطعة الأرضية بالمنطقة الصناعية وفقاً لما جاء في نص المادة 08 من المرسوم 55-84 المؤرخ في 1984/03/03 والمتعلق بإدارة المناطق الصناعية حيث تنص المادة 08 من المرسوم 55-84 المؤرخ في 1984/03/03 المتعلق بإدارة المناطق الصناعية " تتكون الموارد المالية لهيئة تسيير المنطقة الصناعية، خاصة من عائدات الخدمات التي تقدمها ومن =المساهمة المالية التي تشارك بها الوحدات المقامة في المنطقة تبعاً لنسب المساحة التي تشغلها ورقم الأعمال، ودرجة أهمية الشبكات" وهو نص آمر. نقلاً عن سعاد بوختالة، المرجع السابق، ص 87-88.

⁷¹ حيث نص في المادة 2/356 من القانون المدني " وإذا وقع الاتفاق على أن الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك الرجوع إلى سعر السوق الذي يقع فيه تسليم المبيع للمشتري في الزمان، والمكان، فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره هي السارية" ومنه يتضح أنه في حال سكت المتعاقدين عن تحديد السوق الذي يتعين الرجوع إليه كميّار لتحديد ثمن المبيع، فإنه بموجب نص المادة المذكورة يعتبر سعر السوق الذي يقع فيه تسليم المبيع هو المرجع في تحديد السعر، فإن لم يكن بمكان التسليم سوق وجب الرجوع إلى سعر السوق الذي يقضي العرف أن يسريان أسعاره. وكذلك نص المادة 476 من القانون المدني "يلتزم المؤجر أن يسلم للمستأجر العين المؤجرة وملحقاتها في حال تصلح للانتفاع المعد لها تبعاً لاتفاق الطرفين " ومنه فنص المادة يقضي بتسليم العين المؤجرة بطريقة لا تتنافى مع ما أعدت له، وأن القاضي ملزم بالحكم على أساس وجود هذه الالتزامات ولو يتفق عليها في العقد. كما تنص المادة 479 من القانون المدني " يلتزم المؤجر بصيانة العين المؤجرة لتبقى على الحالة التي كانت عليها وقت التسليم. ويجب عليه أن يقوم بالترميمات الضرورية أثناء مدة الإيجار، دون الترميمات الخاصة بالمستأجر. ويتعين عليه أن يقوم لاسيما بالأعمال اللازمة للأسطح من تجصيص وأعمال تنظيف الآبار وكما يتعين عليه صيانة وتفرغ المراحيض وقنوات تصريف المياه. يتحمل المؤجر الرسوم والضرائب وغيرها من التكاليف المثقلة للعين المؤجرة." ويتبين من هذه المادة أن الالتزامات المتمثلة في أعمال صيانة ودفع الضرائب تقع على عاتق المستأجر في حال عدم وجود اتفاق يقضي بخلاف ذلك ولو لم يتضمن العقد بنوداً تنص على هذه الالتزامات فإن العقد يستكمل في ظل هذا النص القانوني المكمل.

⁷² علي فيلاي، مقدمة في القانون، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص 249-250.

⁷³ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 324.

⁷⁴ تنص المادة 3/01 من القانون المدني " ... وإذا لم يوجد نص تشريعي،... فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف".

عقديا، حيث يفترض أن سكوت المتعاقدين عن تنظيم أمر ما في العقد يفيد اتفاقهما على تطبيق قواعد العرف⁷⁵.

يأخذ العرف حكم القانون ويكمل نطاق العقد خاصة في المسائل التجارية والمعاملات البحرية، وأعمال البنوك والعقود التجارية⁷⁶، وغالبا ما يكون اللجوء للعرف بناء على إحالة من نص تشريعي، فيترك المشرع للعرف، مثلا، مهمة تحديد نطاق الالتزام، فملحقات المبيع يمكن تحديدها على ضوء العرف، كما يتصل بالعرف أيضا ما اصطلح عليه بالشروط المألوفة، وهي الشروط التي جرت العادة على بتضمينها في العقد أمرا مفروضا، حتى أصبح يعمل بها ويطالب المتعاقدون بتنفيذها ولو لم يتم النص عليها صراحة في العقد، ومثالها ما جرى العرف به في شأن التعامل في بعض المحلات من مثل المطاعم والفنادق، حيث تضاف نسبة إلى قائمة الحساب مقابل الخدمة⁷⁷.

علما أن العرف لا يعول عليه في العقد إلا على سبيل الاحتياط، أي عندما يتعذر التعرف على إرادة المتعاقدين⁷⁸ ولا يجد القاضي أساسا قانونيا يستند إليه لاستكمال إرادتهما.

يخضع قاضي الموضوع لرقابة قضاة القانون حول مدى وجود القاعدة العرفية المستند إليها أو المستبعدة التطبيق ومدى صحة تطبيقها مثلما يخضع لرقابتها حول مدى صحة تطبيق القاعدة القانونية⁷⁹.

3. مبادئ العدالة:

قد يلجأ القاضي لمبادئ العدالة إذا لم تسعفه الأحكام القانونية وبعدها القواعد العرفية، لسد النقص الذي شاب العقد، فيحدد بموجبها مضمونه وأثاره.

تعتبر العدالة الأساس الذي يقوم عليه القانون كله⁸⁰، وهي بنص المادة الأولى من القانون المدني مصدرا من مصادر القانون⁸¹.

عرفت العدالة بأنها " شعور كامن في النفس يكشف عنه العقل السليم ويوحى به الضمير المستنير ويهدي إلى إعطاء كل ذي حق حقه دون الجور على حقوق الآخرين"⁸²، كما عرفت بأنها " شعور بالإنصاف، وهو شعور كامن بالنفس يميل له الضمير النقي والعقل

⁷⁵ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 367.

⁷⁶ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 283.

⁷⁷ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني -في الالتزامات- الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 504. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 343. محمد الزين، المرجع السابق، ص 258.

⁷⁸ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 324.

(A) Weill, (F) Terré, op.cit, P 200.

⁷⁹ (A) Weill, (F) Terré, op.cit, P 204.

⁸⁰ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 101.

⁸¹ خليل أحمد حسن ققادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2010، ص 140-142.

⁸² سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص 95.

السليم ويوحي بحلول تسري على الأشخاص والحالات مراعية دقائق الظروف والجزئيات هادفة إلى إيفاء كل ذي حق حقه"⁸³.

والقضاء وفقا للعدالة يعني الفصل في أمر معين وفق ما يقتضيه الضمير والمنطق وطبيعة الأشياء وتكون هذه الأحكام مستمدة من القانون الطبيعي وليس من القانون الوضعي⁸⁴.

وعلى غرار العرف نص المشرع الجزائري على العدالة كمصدر رسمي يلجأ إليه القاضي في حال عدم وجود نص قانوني طبقا للمادة الأولى من القانون المدني، كما ورد النص عليها كمصدر مكمل لإرادة المتعاقدين في حال سكوتها عن تنظيم أمر معين طبقا لنص المادة 2/107 من نفس القانون.

فالعامل الذي يطلع على أسرار مصنع يلزم بمقتضى العدالة عدم إفشاء هذه الأسرار، وعدم البوح بها لمصنع آخر، والالتزام بالسلامة الذي يقع على عاتق الطبيب لفائدة المريض وعلى عاتق صاحب الفندق لفائدة النزيل لديه، ففي غياب اتفاق الطرفين بشأنه وإذا لم يتضمن القانون حكما بشأنه يتعين على القاضي الحرص على ضمان مصالح الطرف الضعيف في هذا النوع من العقد وتحقيق العدالة فيها⁸⁵.

على أنه عند تدخل القاضي لتكملة العقد وفق عنصر العدالة لا يجوز له أن ينظر إليها من وجهة نظره هو ومفهومه الشخصي للعدالة، بل يتعين عليه أن ينطلق في القيام بدوره في تكملة العقد من اعتبارات موضوعية تنسجم و موضوع العقد⁸⁶.

وإذا لجأ القاضي لمبادئ العدالة لتكملة العقد فلا رقابة عليه من المحكمة العليا لأن ما يتعلق بالعدالة هو من مسائل الموضوع لا من مسائل القانون⁸⁷.

4. بحسب طبيعة الالتزام:

لم يعرف المشرع الجزائري المقصود من طبيعة الالتزام، وعرفها الفقه على أنها " الطبيعة القانونية لنوع العقد الذي قصد المتعاقدان إبرامه، أو التنظيم القانوني للمادة التي عالجها المتعاقدان في عقديهما"⁸⁸.

⁸³ سعد حسين عبد ملحم الحلوسي، دور القاضي في إكمال نطاق العقد طبقا لنص المادة 86 مدني عراقي، مقال منشور بمجلة جامعة الأنبار القانونية والسياسية، العدد الأول، المجلد الأول، العراق، سنة 2010، ص 20.

⁸⁴ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع سابق، ص 368.

⁸⁵ محمد الزين، المرجع السابق، ص 259.

⁸⁶ سعاد بوختالة، المرجع السابق، ص 100.

⁸⁷ حميد بن شنييتي، نظرية الالتزامات-نظرية العقد-، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة حسناوي مورا، الجزائر، 2014، ص 234. سعاد بوختالة، المرجع السابق، ص 100.

⁸⁸ عامر علي حسن أبو رمان، المرجع السابق، ص 97.

وعليه يتعين على القاضي عند تحديده لمضمون العقد، أن يراعي طبيعة الالتزام، ومتى اقتضت طبيعة الالتزام زيادة الالتزامات المترتبة على العقد حتى ولو لم يذكرها ورغم عدم وجود أي نص يقضي بها قانونا فمن باع أو نقل ملكية شيء من الأشياء إلى شخص آخر فوجب لأن ينقل هذا الشيء إلى المشتري مضافا إليه ما يعتبر من ملحقات الشيء الضرورية وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمالها وذلك وفقا لما تقضي به طبيعة الأشياء، وبيع المحل التجاري يتضمن إلزام البائع بتسليم الدفاتر والسجلات التي تبين المركز القانوني للمحل التجاري من مثل ما له من حقوق وما عليه من ديون⁸⁹، ويوجد هذا الالتزام في العقود التي يكون أحد طرفيها مهنيا أو حرفيا حيث يلتزم بتبصير المتعاقد الآخر بأبعاد الصفقة وطبيعة الشيء محل العقد وطريقة استعماله ومخاطره وتقديم النصح والإرشاد في الصيانة⁹⁰.

كذلك يتعين التخوف من تحكم القاضي في بنود العقد أمر مستبعد لا مبرر له، ذلك أن المشرع قد وضع المعايير التي بموجبها يتم إضافة الالتزامات إلى مضمون العقد⁹¹، ثم أن تحديد مضمون العقد ومستلزماته مسألة تتعلق بالآثار القانونية المترتبة على العقد، وبالتالي فهي مسألة قانونية، يتعين إخضاعها لرقابة المحكمة العليا، وذلك متى استعان القاضي بقواعد القانون، أو العرف أو طبيعة الالتزام⁹²، وعليه متى زاد التزاما ما لا يصح أن يكون أثر للعقد أو أنه لم يدخل في العقد ما يعد من مستلزماته سواء كان ذلك بسبب القواعد القانونية، أو الأعراف، طبيعة الالتزام، فإنه يعرض حكمه للنقض والإبطال.

أما في الحالة التي يستند فيها القاضي لاستكمال إرادة المتعاقدين إلى قواعد العدالة فلا تعقيب على حكمه من المحكمة العليا، ذلك أن ما يتعلق بمبادئ العدالة يعتبر من مسائل الموضوع التي لا رقابة للمحكمة العليا عليها⁹³.

ثانيا: إلزامية التنفيذ بحسن نية:

لم يلزم المشرع الجزائري المتعاقدين بتنفيذ مضمون العقد ومستلزماته فقط، بل حدد لهما كيفية التنفيذ مشروطا أن تتسم طريقة التنفيذ بحسن النية.

وفيما يلي سنقف عند مفهوم ومظاهر مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد.

أ. مفهوم مبدأ حسن النية:

⁸⁹ توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، -نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 230.

⁹⁰ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 344.

⁹¹ سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص 65.

⁹² حميد بن شنيقي، نظرية الالتزامات-نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 234.

⁹³ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 247. سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص 65. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، -مصادر الالتزام-، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، ص 244.

للقوف على مفهوم مبدأ حسن النية ارتأينا ضرورة التطرق لتعريفه ، وبعدها عرض خصائصه وذلك فيما يلي:

1. تعريف المبدأ:

المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي لم يعرف حسن النية⁹⁴، وهذا لا يعاب عليه، وتولت هذه المهمة الآراء الفقهية، هذه الأخيرة التي تعددت وتنازعت بشأن تحديد مفهوم حسن النية⁹⁵، على اعتبار أن مبدأ حسن النية هو مبدأ أخلاقي فلسفي، يصعب حصره وتحديده⁹⁶.

وعلى العموم يراد بمبدأ حسن النية "التعامل بصدق واستقامة وشرف مع الغير بصورة تبقى ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة والعادلة التي أنشأ من أجلها والتزم بها كل طرفي العقد بحيث لا تؤدي هذه الممارسة إلى الإضرار بالغير دون مسوغ مشروع، بل توصل كل ذي حق إلى حقه بأمانة"⁹⁷، أو هو "ضرورة مراعاة الإخلاص والأمانة وتوخي القصد والاعتدال في تنفيذ العقد حتى لا ينقلب هذا التنفيذ وجالا على العاقد الآخر"⁹⁸، وعرف كذلك بأنه " الاستقامة والنزاهة ومراعاة ما يجب أن يكون من إخلاص في تنفيذ ما التزم به المتعاقد"⁹⁹.

2. خصائص المبدأ:

يتسم مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود بجملة من الخصائص نوردتها فيما يلي:

⁹⁴ عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2002، ص 153.

⁹⁵ علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، المرجع السابق، ص 17.

⁹⁶ محمد عدنان باقر، قواعد الأخلاق في تحديد مضمون العقد، مقال منشور بمجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد 22، العدد 4، العراق، 2014، ص 870.

⁹⁷ مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، الطبعة الخامسة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص 123.

⁹⁸ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - في الالتزامات- الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 509.

⁹⁹ زيتوني فاطمة الزهراء، دور القاضي في تنفيذ العقد في المواد المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009، ص 170.

- يعتبر مبدأ حسن النية من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها تشريع العقد¹⁰⁰، وهو المبدأ الذي يفرض على كلا المتعاقدين¹⁰¹، حيث يقتضي أن يلتزم المدين في تنفيذ التزامه بحسن النية، ويتعين في ظله على الدائن كذلك أن يلتزم حسن النية حال استعماله لحقه¹⁰².

- والنية الحسنة مفترضة لدى كل إنسان لأنها الأصل حيث أنها تستقيم مع الفطرة الإنسانية التي فطر الله الإنسان عليها، وبالتالي لا تستدعي الحاجة إلى التدليل عليها¹⁰³، ومن يدعي بعكس ذلك أي يزعم أن المتعاقد سيء النية يقع عليه عبء إثبات ادعائه¹⁰⁴.

- يعد مبدأ حسن النية من أهم المبادئ الأخلاقية المستقرة في القواعد القانونية¹⁰⁵، لما يتميز به من قدرة على ضمان النزاهة والاستقرار والتوازن¹⁰⁶، وعليه وإن كان مبدأ حسن النية من المبادئ الأخلاقية، إلا أن تطبيقاته القانونية المتعددة جعلت منه مبدأ قانونيا عاما¹⁰⁷، لذلك يعتبر بعض من الفقه أن "مفهوم حسن النية في جوهره قاعدة أخلاقية أكثر من كونه قاعدة قانونية ولكنها تحولت إلى قاعدة قانونية من خلال الأهداف القانونية التي تتوخى تحقيقها والقيم القانونية التي تحاول حمايتها"¹⁰⁸، وهذه الأخلاقية المفروضة في مرحلة تنفيذ العقد كرسها المشرع الجزائري في المادة 1/107 من القانون المدني "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية".

- مبدأ حسن النية هو مبدأ يسود جميع العقود، حيث لم يعد القانون الحديث يميز بين العقود حرفية التنفيذ وبين عقود حسن النية مثلما كان الأمر ساريا في ظل القانون الروماني¹⁰⁹.

- على العموم فإن مبدأ حسن النية من المبادئ الأساسية الراسخة في المجال القانوني بشكل عام، سواء منه القانون العام أو القانون الخاص، وهو مبدأ متعلق بالعقد في جميع مراحله، بدأ من مرحلة المفاوضات، التكوين، تحديد النطاق، التفسير، فالتنفيذ.

¹⁰⁰ محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 111.

¹⁰¹ (P) Malaurie, (L) Aynès, (P) Stoffel-Munck, Droit civil, Les obligations, op.cit P 371.

¹⁰² ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 249.

¹⁰³ رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، أثر سوء النية على عقود المعاوضات في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015، ص 31-32.

¹⁰⁴ (A) Bencheneb, op.cit, P 226.

¹⁰⁵ محمد عدنان باقر، المرجع السابق، ص 871.

¹⁰⁶ عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014/2015، ص 206.

¹⁰⁷ عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2006، ص 94.

¹⁰⁸ زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في علوم القانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2014، ص 311.

¹⁰⁹ دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد -دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016، ص 82.

ذلك أن مبدأ حسن النية ليس بقاصر على تنفيذ العقد، بل أن نطاقه أوسع بكثير من ذلك، حيث يمتد ليشمل مرحلة المفاوضات بتجنب عدم الجدية لتفادي الإضرار بالمتفاوض حسن النية، كما هو مطلوب أيضا في مرحلة التعاقد، لتفادي اغتنام فرصة وجود تعبيرات خاطئة استعملت من قبل المتعاقد بحسن نية، كما أن المبدأ لا يمكن الاستغناء عنه حال وجود داع لتفسير العقد¹¹⁰.

هذا ولا بد من البيان أن المشرع الجزائري تصدى لمبدأ حسن النية في العقد في مرحلة تنفيذه فقط، ولم ينص عليه في مراحل سابقة للتعاقد، ويتعلق الأمر بمرحلة التفاوض، التي لها أهمية بالغة، أكثر مما لتنفيذ العقد من أهمية، خاصة مع تطور الحياة العقدية¹¹¹.

جدير بالبيان كذلك أن المشرع الجزائري وطبقا لأحكام المادة 107 من القانون المدني التي نص فيها على وجوب تنفيذ العقد بحسن نية، غير أنه لم ينص على أي جزاء يترتب في حال تنفيذ العقد بغير حسن نية، وإذا التزمنا بحرفية نص المادة 107 من القانون المدني نذهب بالنتيجة إلى القول بعدم جدوى مبدأ حسن النية في تحقيق التوازن العقدي¹¹².

غير أننا نرى أن إخلال المتعاقد بالتزام تنفيذ العقد بحسن النية يعد خطأ عقديا، تنتج عنه المسؤولية العقدية¹¹³ ويلزم المتعاقد المسؤول بجبر الضرر اللاحق بالمتعاقد الآخر، وإن كان المشرع لم يتمكن من تحديد كل مظاهر سوء النية لارتباطها بالتطورات الحديثة التي يشهدها المجتمع غير أنه أورد أهمها¹¹⁴.

كذلك من ناحية أخرى وفي حدود ضيقة أي في الحالات التي يكون فيها العقد ملزما للجانبين يمكن لنا أن نستنبط جزاء تنفيذ العقد بغير حسن نية من أحكام المادة 123 من القانون المدني¹¹⁵ ذلك أنه وإذا كان القانون قد ألزم المتعاقدين بتنفيذ العقد وفقا لما تقتضيه حسن النية فإنه قد منحهما أيضا حق الامتناع عن تنفيذ العقد متى لم يوف المتعاقد الآخر بما عليه من التزامات ففي عقد البيع لا يلزم البائع بنقل ملكية الشيء المبيع مادام المشتري لم

¹¹⁰ عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، المرجع السابق، ص 156.
¹¹¹ نساخ فطيمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013، ص 248.

¹¹² بودالي محمد، الشروط التعسفية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 53. نساخ فطيمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، المرجع السابق، ص 248.

¹¹³ (P) Malaurie, (L) Aynès, (P) Stoffel-Munck, Droit civil, Les obligations, op.cit P 373.

¹¹⁴ تنص المادة 172 من القانون المدني "... وعلى كل حال يبقى المدين مسؤولا عن غشه، أو خطئه الجسيم".

تنص المادة 178 من القانون المدني "... وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه، أو عن خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش، أو عن الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه...".

تنص المادة 182 من القانون المدني "... غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد...".

¹¹⁵ تنص المادة 123 من القانون المدني "في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به".

يلتزم بدفع الثمن، غير أنه لا يمكن تطبيق هذا الحل على جميع العقود إذ هناك من العقود ما لا تسمح طبيعتها بذلك من مثل البيع بالتقسيط¹¹⁶ وكذلك في الحالة التي يكون فيها العقد ملزماً للجانبين ويكون المتعاقد قد التزم بتنفيذ التزامه كاملاً ولا يبقى له ما يمكن أن يدفع بعدم تنفيذه هنا لا يمكن إعمال الدفع بعدم التنفيذ كجزاء للمتعاقد سوء النية.

تجب الإشارة كذلك إلى أن بحث حسن النية في تنفيذ العقد تعتبر من مسائل الواقع التي لمحكمة الموضوع الحق المطلق في تقديرها¹¹⁷.

ب. مظاهر حسن النية:

يجسد مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد في شكل التزامات عقدية يفرضها القانون على المتعاقدان فتتخذ هذه الالتزامات مظهران، يتجلى الأول في واجب النزاهة، والثاني في واجب التعاون وفيما يلي تفصيل لهما:

1. واجب النزاهة:

يعرف الالتزام بالنزاهة أيضاً بالالتزام بالأمانة وكما يعرف بالالتزام بالإخلاص وشرف التعامل، وبواجب الصدق¹¹⁸ ويعد مظهراً لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد.

يقصد بالنزاهة تنفيذ الالتزام بإخلاص وبصفة تمكن من تحقيق الهدف الذي يرمي إليه العقد¹¹⁹، ويفرض واجب الإخلاص التعاقدية على المتعاقد التزام سلوك مستقيم اتقاء لأي ضرر قد يلحق بالمتعاقد الآخر¹²⁰. وهو الالتزام الذي يفرض أن يتمتع المتعاقد عن كل غش أو تدليس¹²¹ يجعل تنفيذ الالتزام عسيراً أو مستحيلاً¹²².

¹¹⁶ (P) Malinvaud, Droit des obligations, op.cit, P151.

¹¹⁷ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - في الالتزامات- الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 509. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 285.

¹¹⁸ علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، المرجع السابق، ص 18.

¹¹⁹ محمد الزين، المرجع السابق، ص 239.

¹²⁰ بيار إميل طوبيا، الغش والخداع في القانون الخاص (الإطار العقدي والتقصيلي) دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2014، ص 187.

¹²¹ علماً أن التدليس المقصود في باب النزاهة، يختلف عن التدليس الذي يقع أثناء تكوين العقد، والذي يلجأ إليه أحد المتعاقدين لدفع المتعاقد الآخر للتعاقد، ويترتب عليه قابلية العقد للإبطال، فالتدليس المقصود هنا هو بمعنى "الإيذاء" أي الإضرار بمصالح المتعاقد الآخر.

¹²² علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 369.

كما يتمثل الالتزام بالنزاهة في عدة تصرفات يجب على المتعاقدين أن لا يخرجوا عنها، من بينهما رفض التنفيذ بغير سبب مشروع، أو رفض تنفيذ العقد عيناً، أو التأخر في التنفيذ، أو التنفيذ الجزئي¹²³.

ويقتضي هذا الالتزام من أطراف العلاقة العقدية أن يكونوا على قدر من الاستقامة والشرف، بما يؤهلهم لكونوا محلاً للثقة المتبادلة، حيث يثق كل منهما في الآخر، لما يفترضه فيه من أمانة ونزاهة وشرف¹²⁴، وجدير بالبيان أن مبدأ النزاهة لا يتنافى ومبدأ تعارض المصالح في العقود، هذا الأخير الذي يجعل كل طرف يحتفظ لنفسه بأشياء تحقق له أكبر فائدة، على أساس أنه إذا كان الاحتفاظ بهذه الأشياء حقاً، غايته تحقيق أكبر قدر من النفع، إلا أن هذا الحق تقيده قواعد العدالة وحسن النية¹²⁵.

والمعيار الذي يقاس به التزام المدين بالأمانة والإخلاص هو معيار الرجل العادي¹²⁶، فبالنسبة للمدين مثلاً يجب على سائق سيارة الأجرة أن يلتزم الطريق الأقرب للراكب ولا يلجأ إلى طريق طويل بقصد تحميله أجرة مرتفعة، ونفس الشيء بالنسبة للكهربائي الذي يتعين عليه أن يختار المسار الأنسب لعمل التركيبات حتى لا يحمل العميل أعباء و نفقات كبيرة¹²⁷، أما بالنسبة للدائن، فالأمانة والإخلاص يقتضيان أن يمتنع عن الغش أو عن الحيلة التي من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام من قبل المدين مرهقاً له أو مستحيلاً عليه، أو تحميل المدين نفقات وبمصاريف مالية ضخمة لا تنسجم مع الفائدة المرجوة من العقد¹²⁸، ومثال ذلك تراخي المشتري وتقاعسه عن استلام البضاعة بقصد تكبيد البائع مخاطر نفقات تخزينها وصيانتها¹²⁹.

ومن الفقه من يرى بأن الالتزام بالنزاهة ليس بالالتزام العقدي إنما هو واجب أخلاقي اجتماعي خارج عن نطاق العقد، بينما يرى جانب آخر من الفقه أنه التزام حقيقي، يفرض نفسه على أطراف العلاقة العقدية، ويمنع جعل التنفيذ صعباً أو مستحيلاً¹³⁰.

ونرى فعلاً أن هذا الالتزام وإن كان ذا أساس أخلاقي، إلا أنه متعلق بالعقد، بدليل أن الإخلال بهذا الالتزام يعتبر خطأ عقدياً طبقاً لأحكام المادة 178 و 377 و 490 من القانون

¹²³ مارغريت نقولا انطوان ماروديس، المرجع السابق، ص 133.

¹²⁴ دحمون حفيظ، التوازن في العقد، المرجع السابق، ص 66.

¹²⁵ درماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2014، ص 248.

¹²⁶ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 253.

¹²⁷ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - في الالتزامات - الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 509. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 348.

¹²⁸ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 253.

¹²⁹ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 348.

¹³⁰ زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 184.

المدني، ويجد هذا الالتزام أساسه في عديد نصوص القانون المدني¹³¹ التي تلزم القاضي في حال وجود محل لتأويله العقد، بالبحث في النية المشتركة للمتعاقدين، وذلك بما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين.

جدير بالذكر كذلك أن الالتزام بالأمانة يقتضي أن لا يتعسف المتعاقد في استعمال حقه، ذلك أن التعسف في استعمال الحق يناقض مبدأ حسن النية في استعمال الحق¹³².

2. واجب التعاون:

من مظاهر الالتزام بتنفيذ العقد بحسن نية، واجب التعاون المستمر بين طرفيه أثناء تنفيذ العقد¹³³، ويعتبر التزاما أكثر ايجابية من الالتزام بالنزاهة، حيث يلتزم كل عاقد بأن يقدم للآخر ما يعاونه على حسن تنفيذ التزاماته¹³⁴.

جدير بالبيان أن المشرع الجزائري لم ينص على واجب التعاون أثناء تكوين العقد، غير أنه يمكننا استخلاصه من واجب الإفضاء المنصوص عليه في المادة 2/86 من القانون المدني والذي فرض على عاتق المتعاقد، تحت طائلة اعتباره مدلسا¹³⁵.

وفي سبيل وضع مفهوم لواجب التعاون¹³⁶ الذي ينبغي على أطراف العقد الالتزام به ذهب الحقوقي DEMOGUE إلى القول بأنه " إن المتعاقدين يشكلون مجتمعا صغيرا يلتزم فيه كل فرد بالعمل لتحقيق هدف المجموعة. ويتمثل هذا الهدف في جملة الأهداف

¹³¹ من مثل المادة 1/107 ، وكذا نص المادة 2/111 من نفس القانون " أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات." و نص المادة 361 من القانون المدني " يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا".

¹³² بن يوب هدى، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2013، ص 153.

¹³³ محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، بدون بلد النشر، بدون سنة النشر، ص 452.

¹³⁴ زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 190.

¹³⁵ تنص المادة 2/ 86 من القانون المدني "ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

¹³⁶ وقد عرفه سفيان القرقي في أطروحة الدكتوراه المعنونة " بواجب حسن النية في تنفيذ العقود" بوجه عام بأنه " التزام طرفي العقد بمد المتعاقد المقابل بمعلومات تتعلق بعناصر العقد لا تمثل بالنسبة للمتعاقد الدائن بالإعلام دوافع حاسمة لإبرام العقد كما أنها لا تمثل كذلك عيوباً خفية في موضوع العقد ولكنها معلومات تتعلق بعناصر في العقد تتصل بكيفية تنفيذ العقود المعنية بها انطلاقاً من قيمتها الاقتصادية العامة في هذه العقود وذلك كله على أساس التزام عام بالتعاون في تنفيذ العقود فرضه القانون على كل المتعاقدين وليس إزاء طرفي كل عقد بمفرده هم فحسب دون غيرهم فرض أمر بقصد غاية ضمان تحقق قدر إضافي من الفائدة الإضافية المشروعة، سواء الموضوعية أو الاتفاقية، في هذه العقود فوق الفائدة العادية والفائدة الإضافية العادية في أوقات الحياة الطبيعية للعقد في إطار سواء بالنسبة للمتعاقد الدائن بالإعلام أو لكلا المتعاقدين معا تجسيدا للمقاصد الموضوعية للعدالة وحماية الطرف الضعيف" بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 162.

الخاصة التي يرمي إليها كل فرد من أفراد هاته المجموعة. مثلما هو الأمر في الشركات المدنية أو التجارية"¹³⁷، وتبنى الفقيه RIPER نفس الفكرة مؤكداً على أنه " كل عقد هو اتجاه يشكل بين الدائن والمدين مؤسسة صغيرة ومؤقتة من أجل غاية محددة"¹³⁸.

فواجب التعاون بوجه عام هو ضرورة تيسير وتسهيل تنفيذ العقد في الحدود التي تملئها قواعد حسن النية¹³⁹ وقد يقع على عاتق أحد طرفي العقد أو كليهما، أو هو التزام ايجابي يقتضي القيام بعمل يتمثل في إطلاع وإشعار المتعاقد معه بكل الأحداث التي تهم تنفيذ العقد¹⁴⁰.

ويعد واجب التعاون التزام أدبي أخلاقي، يؤدي تطبيقه إلى الحلول دون ممارسة الحق بتعسف، فيفرض واجب التعاون أن لا يقوم الدائن بإجبار المدين على تنفيذ التزامه في ظروف مرهقة، لا تحقق للدائن فائدة، غير أنها تدل دلالة واضحة إلى أنه يقصد من ورائها الإضرار بالمدين، كما يفترض التزام التعاون كذلك، قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه بيسر، متخذاً لتنفيذه أحسن الطرق وأفضلها وباستعمال الوسائل الأكثر أماناً والأكثر سرعة¹⁴¹.

كما يفهم الالتزام بالتعاون بطريقتين، وذلك باختلاف وجهة النظر إليه، فمن جهة المدين، يلزم بتنفيذ التزامه وذلك بإعطاء الحد الأقصى للمنفعة وتنفيذ التزامه بشكل كامل، وأما من جهة الدائن فيجب عليه التسهيل لمدينه لتمكينه من تنفيذ التزامه وذلك بمده بكل المساعدات الضرورية، بالتعاون فالدائن ينفذ العقد بدوره¹⁴².

غني عن البيان أن واجب التعاون الذي يقتضيه مبدأ حسن النية، يخفي في حقيقته تعارض بين مصالح الأطراف المتعاقدة، حيث يسعى كل متعاقد للوصول إلى تحقيق مصلحته الفردية، وفي سبيل ذلك، يغتنم كل فرصة لتحقيق مصلحته، غير أن تعارض المصالح يكون عادة عند تكوين العقد وأثناء مرحلة المفاوضات، غير أنه قد يظهر هذا التعارض كذلك حال تنفيذ العقد، وهذا التعارض يمكن التوصل إلى اتفاق بشأنه عند تعاون المتعاقدين¹⁴³، ومنه فالتعاون هو أساس حسن التنفيذ، وتحقيق مصلحة الأطراف المتعاقدة¹⁴⁴.

¹³⁷ محمد الزين، المرجع السابق، ص 240.

¹³⁸ عرارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، المرجع السابق، ص 216.

¹³⁹ علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 19.

¹⁴⁰ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 369.

¹⁴¹ حيث يمنع واجب التعاون المتعاقد من أن يعرقل تنفيذ التزام المتعاقد الآخر باستعمال أساليب تجعل هذا التنفيذ مرهقاً، أو تزعج المتعاقد الآخر وتثنيه عن تنفيذ ما عليه، ويتوجب عليه كذلك، مساعدته على تنفيذه التزامه، والامتناع عن الإضرار به. مارغريت نقولا انطوان ماروديس، المرجع السابق، ص 136.

¹⁴² بن يوب هدي، المرجع السابق، ص 158.

(Y) Picod, Le devoir loyauté dans l'exécution du contrat, thèse de doctorat, université de Bourgogne, France, 1987, p 104.

¹⁴³ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 348.

¹⁴⁴ (P) Malaurie, (L) Aynès, (P) Stoffel-Munck, Droit civil, Les obligations, op.cit, P373.

فالالتزام بالتعاون فرضته التطورات الجديدة للعلاقة العقدية، التي هي علاقة تعاون وليست علاقة خصام، ذلك أن تضارب المصالح لا يمنع التعاون بين المتعاقدين بغية تحقيق مصلحتيهما¹⁴⁵ وفي هذا الاتجاه كذلك ذهب بعض من الفقه من بينهم " جاك فلور " للقول أن "العقد وإن كان يركز على روابط متعارضة إلا أن هذا لا يعني أنه لا يركز على رؤى متآزرة"¹⁴⁶.

كما يرمي الالتزام بالتعاون إلى تحقيق المصلحة المشتركة للمتعاقدين، حيث يجب على كل طرف بذل كل ما في وسعه لأجل جعل تنفيذ التزام الطرف الآخر أمرا يسيرا، ويقتضي ذلك الالتزام بالتبصير والإعلام بالوقائع والظروف والأحوال ذات الأهمية في تنفيذ العقد¹⁴⁷، ومثال ذلك التزام بائع الآلات والأدوات الكهربائية بأن يبين للمشتري طريقة استعمال تلك الآلات والمخاطر التي يمكن أن تنتج عن استعمالها، كذلك يقع نفس الالتزام على عاتق شركات الأدوية¹⁴⁸.

كما يظهر الالتزام بالتعاون كذلك من خلال ما نصت عليه المادة 15 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات حيث يتعين أن يلتزم المؤمن له بإخبار المؤمن بكل المعلومات التي تهم الخطر محل التأمين. كذلك يعد مظهرا لواجب التعاون عندما يتعين على المستأجر إخبار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله من مثل الترميمات المستعجلة¹⁴⁹.

ومن العقود ما تفرض طبيعتها وضرورة استمرارها أن تقوم على التعاون من مثل عقد الشركة¹⁵⁰ حيث تقوم هذه الأخيرة على أساس واجب التعاون بين الشركاء والمساهمة لأجل تكوينها واستمرارها.

وعليه ونتيجة لمبدأ حسن النية، فإنه يجب أن ينفذ العقد بمستلزماته، وليس بما ورد فيه من عبارات فحسب، وهذا وفقا للقانون والعرف والعدالة، فحسن النية يستلزم تنفيذ العقد بما تتحقق به مصلحة طرفيه، ومستلزمات العقد تزيد من قيمة محل هذا العقد، بل قد تكون ضرورية في تنفيذ العقد مثلما هو الحال بالنسبة لتسليم وثائق السيارة للمشتري، وهو التزام يقع على البائع، ولو لم يتضمنه عقد البيع، لأنه من مستلزماته، مما يجعلها ملزمة للمتعاقدين

¹⁴⁵ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 370.

¹⁴⁶ زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 192.

¹⁴⁷ (O) Deshayes, La formation des Contrats, Lextenso Revue des contrats, colloque du 16 Février 2016, France, avril 2016, P 24.

¹⁴⁸ (C) Larroumet, Droit civil, op.cit, P 590.

¹⁴⁹ تنص المادة 497 من القانون المدني " يجب على المستأجر أن يخبر، فوراً، المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله كأن تحتاج العين المؤجرة إلى ترميمات مستعجلة أو يظهر عيب فيها أو يقع اغتصاب عليها، أو يتعدى الغير بالتعرض، أو الإضرار بها".

¹⁵⁰ تنص المادة 416 من القانون المدني " الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة. كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك".

كما لو اتجهت إرادتهما لأول مرة إليها، لأنه ليس في وسع المتعاقدين الإلمام بكل المسائل الجوهرية والتفصيلية الخاصة بالعقد.

المطلب الثاني: بالنسبة للخلف العام:

الخلف العام هو من يخلف السلف في ذمته المالية كلها، أو في جزء شائع منها باعتبارها مجموعة أموال وليس في مال معين بالذات¹⁵¹، فأما الفرض الأول أي أن يخلف سلفه في ذمته المالية كلها Ayant Cause Universel هو فرض الوارث الوحيد والشخص المعنوي الذي يندمج فيه شخص آخر، وأما الفرض الثاني هو فرض من يخلف السلف في جزء من التركة Ayant Cause à Titre Universel ويكون في حالة الوارث عند تعدد الورثة، والموصى لهم بحصة غير مفرزة في التركة من مثل الربع أو الثلث¹⁵²، أما الموصى له بعين معينة من التركة فهو خلف خاص¹⁵³.

وعليه فإن مصادر الخلافة العامة تتمثل في الميراث، والوصية في حالة عدم انصيابها على عين معينة من التركة¹⁵⁴، بمعنى آخر أن الخلافة العامة بالنسبة للإنسان لا تكون إلا بسبب الوفاة وذلك عن طريق الميراث أو الوصية، وبالتالي الخلف العام لا يعدو أن يكون إلا أحد اثنين إما وارثاً أو موصى له¹⁵⁵.

على أنه من المهم القول بأن صفة الخلف العام لا تقتصر على الشخص الطبيعي فقط، بل تشمل الشخص المعنوي كذلك¹⁵⁶، ومثال ذلك الحالة التي تندمج فيها الشركات أو الجمعيات، حيث تخلف الشركة الدامجة الشركة المندمجة في كل حقوقها والتزاماتها طبقاً للمادة 749 من القانون التجاري.

¹⁵¹ توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، -نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 232. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 18. الفصائلي الطيب، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 151.

¹⁵² مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، ص 256. ¹⁵³ محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 407. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، -مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 204.

¹⁵⁴ خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 116. ¹⁵⁵ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 279.

¹⁵⁶ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 279. (A) Bencheneb, op.cit, p 217.

والخلافة تفترض ثبوت حق من الحقوق في ذمة السلف، ثم ينتقل هذا الحق الثابت له إلى الخلف، وبناءً عليه إذا لم يكن هناك حق ثابت في ذمة شخص من الأشخاص، وإنما تعلق الأمر بإنشاء حق في ذمة شخص معين لصالح شخص آخر دون أن يكون لهذا الحق وجود من قبل، فلا يمكن القول هنا بوجود خلافة بل يعد إنشاء لعلاقة دائنية بين طرفين أحدهما دائن والآخر مدين.

علما أن المشرع لم يعرف الخلف العام، ولم يفصل في جميع أحكامه في القانون المدني بل أحال إلى تطبيق أحكام قانون الأسرة، وفيما يلي سنتعرض إلى مدى انصراف آثار العقد بالنسبة للخلف العام في الفرع الأول، وإلى الحالات التي يصبح فيها الخلف العام من الغير في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مدى انصراف أثر العقد إلى الخلف العام للمتعاقدين:

نظم المشرع الجزائري أحكام الخلف العام في المادة 108 من القانون المدني " ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل، أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة قواعد الميراث"¹⁵⁷. وفيما يلي سنتعرض إلى القاعدة العامة في شأن انصراف أثر العقد إلى الخلف العام، والاستثناءات الواردة عليها.

أولاً: القاعدة العامة في شأن انصراف أثر العقد إلى الخلف العام للمتعاقدين:

القاعدة العامة طبقاً لنص المادة 108 من القانون المدني يعتبر الخلف العام للمتعاقد في منزلة المتعاقد فينصرف إليه أثر العقد¹⁵⁸.

هذا ولا بد من البيان أن أساس الخلافة العامة يرجع إلى القانون الروماني والقانون المدني الفرنسي وإلى المبدأ القائل بأن "الوارث يعتبر استمراراً لسلفه في شخصه وأمواله"¹⁵⁹، ذلك أنه في هذه القوانين تعتبر شخصية الوارث امتداداً لشخصية المورث، حيث يتلقى السلف ذمة الخلف كاملة، فيكتسب كل ما كان لهذا الأخير من حقوق، وفي المقابل يلزم بكل

¹⁵⁷ يلاحظ أن النص العربي أسقط كلمة "أثر" عند مطلع المادة 108 في حين تدارك الأمر في آخرها بعد بنصه على "أثر العقد" على خلاف النص الفرنسي الذي نص على أثر العقد من بداية النص.

¹⁵⁸ محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 96. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 322.

(A) Bencheneb, op.cit, p 216 .

¹⁵⁹ خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص

ما عليه من التزامات¹⁶⁰. غير أنه في ظل القانون الفرنسي يجوز للخلف الوارث أن يرفض انتقال التركة إليه، كما يجوز له أيضا أن يقبل انتقال التركة إليه وذلك تحت شرط الجرد، إذ لا يتحمل ديونها إلا في حدود حقوقها¹⁶¹.

أما في القانون المدني الجزائري فيتضح جليا من نص المادة 108 من نفس القانون، أن المشرع الجزائري وإن كان قد أخذ بالقاعدة العامة المقررة في القانون الفرنسي والتي مفادها أن أثر العقد ينصرف إلى الخلف العام، غير أنه قيد هذه القاعدة بالقواعد المتعلقة بالميراث¹⁶²، فتنصرف إلى الخلف العام جميع آثار العقود التي يبرمها السلف فيما ترتبه من حقوق باستثناء ما كان منها غير قابل للانتقال سواء بسبب طبيعة العقد، نص القانون، أو اتفاق المتعاقدين¹⁶³، فإذا كان السلف لم يقتضها جاز للخلف أن يستوفها، وإن كان قد اقتضاها ونشأ له بذلك حق عيني على محلها انتقل هذا الحق العيني إلى الخلف العام.

تجب الإشارة إلى أن القانون المدني في نص المادة 108 منه قد أحال على تطبيق أحكام قانون الأسرة، وبالرجوع إلى نصوص هذا الأخير نجد أن المشرع الجزائري قد تبنى القاعدة الشرعية لا تركة إلا بعد سداد الديون¹⁶⁴.

يترتب على قيد وجوب مراعاة قواعد الميراث أن أموال التركة تنتقل إلى الورثة فور موت المورث، ولكن الدين يبقى متعلقا بها، وهذا ما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية، والتي تقضي بأن "لا تركة إلا بعد سداد الديون"، والتي بموجبها لا تعتبر شخصية الوارث امتدادا لشخصية المورث¹⁶⁵، وبالتالي فإن أثر العقد ينتقل إلى الخلف العام للمورث (الورثة

¹⁶⁰ وعليه يحل الوارث محل المورث في كامل ذمته المالية، إيجابا وسلبا، حيث تترتب عليه جميع آثار العقود التي أبرمها سلفه، وفي الحالة التي تزيد فيها التزامات المورث عن ذمته المالية، فإن الخلف يلتزم بما على المورث من التزامات من ذمته المالية الخاصة كما لو أنها التزامات نشأت من قبله بشكل مباشر، ويرى الفقيه بوتيه، أن التزام الخلف لا يكون لمجرد أنه يخلف سلفه في المال فقط، بل لاعتباره أيضا خلف وامتداد لشخصية المورث، وبالتالي يكون الخلف في ظل القانون الفرنسي في محل المتعاقد (السلف) يلتزم بجميع ما أبرم من عقود رغم أنه لم تكن له أية إرادة في إبرامها، فيستخلفه في ديونه مثلما يستخلفه في حقوقه. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، -مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 205. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 19-20.

(H) Mazeaud, (L) Mazeaud, (J) Mazeaud, (F) Chabas, Leçons De Droit Civil, op.cit, p 870.

¹⁶¹ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 112.

(H) Mazeaud, (L) Mazeaud, (J) Mazeaud, (F) Chabas, Leçons de droit civil, op.cit, p 870.

¹⁶² بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 206.

¹⁶³ زواوي فريدة، مبدأ نسبية العقد، المرجع السابق، ص 22.

¹⁶⁴ تنص المادة 180 من قانون الأسرة " يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

1- مصاريف التجهيز، والدفن بالقدر المشروع،

2- الديون الثابتة في ذمة المتوفى،

3- الوصية."

¹⁶⁵ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 23.

والموصى لهم بجزء من التركة) بالنسبة إلى ما في التركة من حقوق وما عليها من ديون، ذلك أن قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون لا تمنع من انتقال التركة إلى الخلف العام، غير أنه يبقى الخلف العام مسؤولاً عن الديون المتعلقة بالتركة¹⁶⁶ غير أنه لا يلتزم الخلف العام إلا في حدود ما تلقاه من أموال التركة، حيث لا يسألون في أموالهم الخاصة عن الوفاء بالتزامات السلف، ولا يلزمون بالوفاء إلا في حدود ما آل إليهم من أموال، فالدين لا ينتقل من ذمة المورث إلى ذمة وارثه، بل يبقى معلقاً في التركة إلى أن ينقضي¹⁶⁷، وبالتالي فإن الخلف العام يعتبر خلف للمورث في التركة، وأن الخلافة تكون في الحقوق ولا تكون في الالتزامات والديون¹⁶⁸.

هذا ولا بد من القول أن الخلف العام وإن كان غير مسؤول عن التزامات سلفه لاستقلال ذمتهما المالية، غير أنه وبطريق غير مباشر يتأثر بها لأنها تنقص من مقدار ما يتركه السلف¹⁶⁹، إذ أن الحق ينتقل إلى الخلف العام بأوصافه وتوابعه و الخلف العام لا يمكنه أن يكتسب حقوقاً أكثر مما كانت لمورثه¹⁷⁰.

يسري في حق الخلف العام، نتيجة لانصراف أثر العقد إليه ما يسري في حق السلف بشأنه ومنه:

أ. لا يشترط ثبوت تاريخ العقد حتى يكون حجة على المتعاقدين، وإنما يشترط ثبوت التاريخ ليكون العقد حجة على الغير¹⁷¹، والخلف العام حكمه حكم المتعاقدين، يكون العقد حجة له وعليه ولو لم يكن ثابت التاريخ، غير أنه هناك من الحالات التي يكون فيها الخلف العام من الغير وبالتالي لا يكون العقد حجة عليه إلا إذا كان ثابت التاريخ¹⁷².

¹⁶⁶ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 529. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 207.

¹⁶⁷ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 731.

¹⁶⁸ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 24. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 322.

¹⁶⁹ زواوي فريدة، مبدأ نسبية العقد، المرجع السابق، ص 26.

¹⁷⁰ محمدي سليمان، نفاذ العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء الأول، 2004، ص 130.

¹⁷¹ طبقاً لنص المادة 328 من القانون المدني "لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت...".

¹⁷² عبد الرزاق أحمد السنهاوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 733.

ويستند بعض من الفقه في تبرير هذا الحكم، إلى أن الوارث ليس له حق خاص، فهو في مركز السلف، ويسري عليه ما يسري على السلف، ويحتج عليه بالعقد غير ثابت التاريخ، تماماً مثلما يحتج به على سلفه باعتباره طرفاً في العقد ما لم يطعن فيه بالتزوير¹⁷³.

ب. إذا كان العقد سورياً، فإن العقد الحقيقي هو الذي يسري فيما بين المتعاقدين، دون العقد السوري الذي لا يكون له حق التمسك به، وما يسري على المتعاقدين، يسري كذلك على الخلف العام ولو كانت له مصلحة، حيث يعتبر الخلف في مركز السلف¹⁷⁴، حيث لا يجوز لهم التمسك بالعقد السوري، أما بالنسبة للغير فيسري في حقهم العقد السوري أو الحقيقي وذلك حسب ما تقتضيه مصلحتهم¹⁷⁵، على أن يخضع الخلف العام في إثبات الصورية لما يخضع له السلف، حيث لا يمكنه إثبات خلاف الكتابة إلا بالكتابة إلا إذا وجد مبدأ ثبوت الكتابة، أو إذا كان ذلك التصرف السوري احتيالا على القانون، وكان حقه مستمد من القانون بأن قصد السلف بتصرفه التحايل على قواعد الميراث فيعتبر الخلف العام في هذه الحالة من الغير وله إثبات ذلك بمختلف طرق الإثبات¹⁷⁶.

على أنه إذا كانت القاعدة العامة تقضي أن أثر العقد ينصرف إلى الخلف العام، في حدود قواعد الميراث، كما سبق لنا تبينه، فإنه هنالك من الحالات ما قد يقتصر فيها أثر العقد على المتعاقدين وحدهما، وتعتبر هذه الحالات استثناءات من القاعدة العامة.

ثانياً: الحالات التي لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام للمتعاقدين مع بقائه خلفاً:

لا ينصرف أثر العقد استثناءً، إلى الخلف العام إذا تبين من طبيعة التعامل، أو من نص القانون أو من الاتفاق عدم انصرافه إليه وذلك مع بقائه خلفاً عاماً، وسنفصل في ذلك فيما يلي:

أ. طبيعة التعامل:

¹⁷³ محمدي سليمان، نفاذ العقد، المرجع السابق، ص 130.

¹⁷⁴ تنص المادة 199 من القانون المدني " إذا أخفى المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين، والخلف العام هو العقد الحقيقي".

¹⁷⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 733. الفصائلي الطيب، المرجع السابق، ص 151.

¹⁷⁶ محمدي سليمان، نفاذ العقد، المرجع السابق، ص 130.

يراد بطبيعة التعامل أن الحق أو الالتزام المترتب عن العقد، تأبى طبيعته أن ينتقل من المتعاقد إلى خلفه العام¹⁷⁷.

ويكون هذا المانع من الانتقال إما قانونيا أو ماديا، فأما المانع القانوني فيكون حيث يقوم نص قانوني يمنع من انتقال الحق من السلف إلى الخلف العام¹⁷⁸، ومثال ذلك أن يكون شخص قد اكتسب حق انتفاع بمقتضى عقد، وهذا الحق لا ينتقل إلى الخلف العام، لأن حق الانتفاع تقضي طبيعته القانونية بأن ينقضي بموت صاحبه¹⁷⁹.

وأما المانع المادي فهو الذي يتعلق بالطبيعة المادية للحق أو للالتزام المترتب عن العقد والتي تمنع من انتقال آثار العقد إلى الخلف العام¹⁸⁰، ومن أمثلة المانع المادي، الالتزام الذي ينشأ عن العقد، ويلاحظ أن شخصية المتعاقد أو صفة خاصة به كانت محل اعتبار أثناء التعاقد، من مثل التعاقد مع الجراح، المحامي، الفنان... فإن الالتزامات الناشئة عن مثل هذه العقود لا تنصرف آثارها بالنسبة للمستقبل إلى الخلف العام¹⁸¹، حيث لا يستطيع هذا الخلف الحل محل السلف والمطالبة بتنفيذ العقد محل السلف، لأن شخصية السلف كانت محل اعتبار، بينما الالتزامات التي تحققت فعلا قبل وفاة المتعاقد فتبقى في ذمة كل من المتعاقدين اتجاه المتعاقد الآخر وتنصرف إلى الخلف العام¹⁸².

كما أنه قد يجتمع في العقد الواحد مانعان، واحد قانوني وآخر مادي، أي أن طبيعة العقد القانونية والمادية تأبى أن ينتقل إلى الخلف العام، ويكون ذلك مثلا في عقد المرتب مدى الحياة، فإن هذا الإيراد لا ينتقل إلى ورثة من قرر له، ذلك أن طبيعة الإيراد القانونية والمادية معا تقضي بانتهائه بموت صاحب الإيراد¹⁸³.

وعلى العموم فإن الحقوق العينية الأصلية تورث أما بالنسبة للحقوق العينية التبعية فلا ينتقل منها إلا حق الارتفاق باعتباره تابع للمال المورث¹⁸⁴.

ب. نص القانون:

القانون قد يستثني بعض العقود من قاعدة انصراف أثر العقد إلى الخلف العام للمتعاقدين¹⁸⁵، وذلك نظرا لاتصال الالتزامات المتعلقة بها بشخص العاقد¹⁸⁶، أو بحرفته¹⁸⁷.

¹⁷⁷ خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 117.

(A) Bencheneb, op.cit, p 217.

¹⁷⁸ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 32.

¹⁷⁹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 735.

¹⁸⁰ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 32.

¹⁸¹ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 113.

(A) Bencheneb, op.cit, p 218 .

¹⁸² علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 402.

(A) Bencheneb, op.cit, p 217.

¹⁸³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 735.

¹⁸⁴ محمدي سليمان، نفاذ العقد، المرجع السابق، ص 130.

حيث قد ينتهي بوفاة أحد أطرافه¹⁸⁸ من مثل عقد الشركة التي تنتهي بوفاة أحد الشركاء¹⁸⁹ وينتهي عقد الوكالة بوفاة الموكل أو الوكيل¹⁹⁰، كما ينتهي حق الانتفاع بموت المنتفع¹⁹¹، وكلما نص القانون على انتهاء حق بوفاة صاحبه، فلا ينتقل هذا الحق إلى الخلف العام.

لا بد من الإشارة كذلك إلى أنه في الحالات التي ينص فيها القانون على عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام، فإن المقصود بذلك هو آثار العقد المستقبلية التي قد تنشأ بعد الوفاة، أما ما ترتب منها نتيجة للعقد قبل الوفاة فإنها تنتقل إلى الخلف العام¹⁹².

ت. إذا اتفق المتعاقدين على ذلك:

على الرغم من عدم النص على هذا السبب صراحة في المادة 108 من القانون المدني، غير أنه لا يتعارض والقواعد العامة المقررة في هذا القانون إذ قد يتفق المتعاقدان على عدم انصراف أثر العقد إلى خلفهما، فإذا وجد اتفاق صريح بين المتعاقدين يقضي بعدم انصراف أثر العقد إلى ورثة أحدهما أو إلى ورثتهما معا، فينتهي بموجب هذا الاتفاق العقد بمجرد وفاة أحد المتعاقدين المحدد في الفرض الأول، أو بوفاة أي من المتعاقدين في الفرض الثاني¹⁹³.

ويعتبر هذا الشرط صحيحا إذا لم يكن يخالف النظام العام أو الآداب العامة¹⁹⁴، ذلك أن العقد شريعة المتعاقدين وأن مبدأ الحرية التعاقدية يمكن المتعاقدين من إدراج أي شرط يريانه مناسباً بشرط عدم إخلاله بالأحكام القانونية الأمرة.

هذا وتجب الإشارة إلى أن اتفاق المتعاقدان على عدم انصراف أثر العقد إلى خلفهما، أي اتفاقهما على وقف آثار العقد عليهما، فإن هذا الوقف يسري بالنسبة للمستقبل فقط، أما

¹⁸⁵ مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 259.

¹⁸⁶ حميد بن شني، نظرية الإلتزامات-نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 198.

¹⁸⁷ مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 259.

¹⁸⁸ زواوي فريدة، مبدأ نسبية العقد، المرجع السابق، ص 21.

¹⁸⁹ تنص المادة 439 من القانون المدني "تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء أو الحجز عليه أو بإعساره أو بإفلاسه. إلا أنه يجوز الاتفاق في حالة ما إذا مات أحد الشركاء أن تستمر الشركة مع ورثته ولو كانوا قسراً..." علماً أن النص باللغة العربية علق به خطأ مادي في عبارة "الحجز عليه" والأصح حسب النص باللغة الفرنسية "الحجز عليه".

¹⁹⁰ تنص المادة 586 من القانون المدني "تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة وتنتهي أيضاً بموت الموكل أو الوكيل. كما تنتهي أيضاً بعزل الوكيل أو بعود الموكل".

¹⁹¹ تنص المادة 852 من القانون المدني "ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين، فإن لم يعين أجل عد مقررًا لحياة المنتفع، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين، وإذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو عند موت المنتفع بزرع قائم أقيمت للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع بشرط أن يدفعوا أجره إيجار الأرض عن هذه الفترة من الزمن".

¹⁹² ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 33.

¹⁹³ عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول، المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، الكتاب الثاني، آثار العقد، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، 2007، ص 20.

¹⁹⁴ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني العقد والإرادة، المرجع السابق، ص 207. مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 259.

الأثار التي تحققت قبل موت أحد المتعاقدين فتبقى في ذمته وتنتقل إلى الخلف العام¹⁹⁵، ويكون هذا كما لو اتفق البائع مع المشتري على أنه إذا توفي هذا الأخير قبل انقضاء الأجل المحدد لدفع الثمن يسقط الأجل ولا يستفيد الورثة من هذا الأجل وهنا اتفاق على عدم انتقال الأجل إلى الخلف العام فإذا مات المورث دفع الثمن فوراً¹⁹⁶.

ث. إذا كانت ديون التركة تزيد عن حقوقها:

متى كانت ديون التركة تزيد عن حقوقها فإن الوارث لا تنصرف إليه الالتزامات التي عقدها المورث إلا في حدود ما آل إلى هذا الوارث من حقوق التركة¹⁹⁷ تطبيقاً للقاعدة الشرعية "لا تركة إلا بعد سداد الديون".

هذه هي الحالات التي ورد النص عليها في المادة 108 من القانون المدني والتي لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام مع بقائه خلفاً، إلا أنه هناك حالات أخرى لا ينصرف فيها العقد إلى الخلف العام على اعتباره من الغير.

الفرع الثاني: حالات يصبح فيها الخلف العام من الغير فلا ينصرف إليه العقد:

سبق لنا القول أن قاعدة انتقال الحقوق والالتزامات المترتبة عن العقد إلى الخلف العام ليست من النظام العام وما هي إلا أصل عام يقبل الاستثناء، وأن الخلف العام يظل محتفظاً بصفته هذه وذلك حتى في الحالات الاستثنائية التي تنقضي فيها العقود التي أبرمها السلف بمجرد وفاته سواء بحكم طبيعة العقد، أو بقوة القانون، أو بحكم الاتفاق.

غير أنه هناك حالات يصبح فيها الخلف العام من الغير، ويأخذ حكمه، حيث يترتب على ذلك عدم نفاذ آثار العقد في حقه، إلا في الحدود التي يفرضها القانون، فيثور السؤال كيف يصير الخلف العام غيراً؟ يمكننا القول أن الخلف العام يصبح غيراً متى تناولت تصرفات السلف حق الخلف في الميراث، وذلك رغبة من المشرع في حماية حقوق الورثة من تصرفات المورث الضارة بهم واحتراماً لأحكام الميراث، هذه الأخيرة التي لا يجوز للمورث الخروج عنها لتعلقها بالنظام العام¹⁹⁸.

¹⁹⁵ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - في الالتزامات - الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 585. زواوي فريدة، مبدأ نسبية العقد، المرجع السابق، ص 20.

¹⁹⁶ الفصايلي الطيب، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 152. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 86.

¹⁹⁷ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 112.

¹⁹⁸ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، -مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 206.

فالمورث له أن يبرم ما يشاء من التصرفات، حيث له كامل الحرية في التعاقد والتصرف في أمواله أثناء حياته، سواء عن طريق المعاوضة أو التبرع، إذ له أن يبيع ويهب وله أن يرتب على عاتقه ما شاء من الالتزامات إلى غير ذلك من التصرفات، وحتى لو أدت تلك التصرفات إلى تجريده من جميع أمواله، وحتى ولو قصد من وراء تصرفاته الإضرار بالورثة¹⁹⁹، ولم يقيد المشرع هذه التصرفات لأنه رأى أن مثل هذه التصرفات تضره هو أثناء حياته قبل أن تضر وراثته، وأن حب الإنسان لنفسه وحرصه على حماية مصالحه وتجنب الإضرار بنفسه وهذا ما يكفل امتناع الشخص عن التصرفات التي تضر بورثته من طريق إفقاره حال حياته.

غير أن المشرع قيد تصرفات المورث التي تكون مضافة إلى ما بعد الوفاة، ويمكن لها أن تلحق ضررا بالورثة دون أن يصيب المورث منها أي ضرر أثناء حياته، حماية لحقوق الورثة، ومنع الشخص من التصرف في ماله باعتباره تركة مستقبلية، باستثناء الوصية، وجعل منها أحكام تتعلق بالنظام العام²⁰⁰.

أهم الحالات التي نص فيها المشرع على عدم نفاذ التصرف في حق الخلف العام واعتباره من الغير: الوصية، التصرفات الواقعة في مرض الموت، التصرفات الصادرة من شخص لأحد وراثته مع احتفاظه بحيازة العين وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته.

أولاً: الوصية:

اعتبر المشرع الجزائري الوصية طريقاً من طرق اكتساب الملكية غير أنه لم يعرفها في القانون المدني وإنما أحال إلى تطبيق قانون الأسرة فيما تعلق بأحكامها²⁰¹ وتولت المادة 184 من قانون الأسرة تعريف الوصية على أنها " الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع". وتفترض الوصية حالتين فإما أن تكون لغير الوارث وهو الأصل، وإما أن تكون استثناء للوارث ونفصل في ذلك فيما يلي:

أ. حالة الوصية التي تجاوز الثلث:

أجازت الشريعة الإسلامية²⁰² وحذا حذوها المشرع الجزائري²⁰³ تصرف الشخص في أمواله عن طريق الوصية، غير أنها حددت مقدارها بثلث التركة. فتصح الوصية لغير

¹⁹⁹ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 530.

²⁰⁰ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 114.

²⁰¹ تنص المادة 775 من القانون المدني " يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها".

²⁰² روى عن سعد بن أبي وقاص أنه "قال عاذني رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت: أوصي بمالي كله؟ قال: لا، قلت: فالنصف، قال: لا، قلت: فالثلث، قال: نعم والثلث كثير". بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2008، ص 9.

²⁰³ تنص المادة 185 من قانون الأسرة " تكون الوصية في حدود ثلث التركة. وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة".

الوارث في حدود ثلث التركة، وأما إذا تجاوزت الثلث فلا تكون نافذة في حق الورثة إلا إذا أجازوها²⁰⁴.

يعتبر الخلف العام في حالة تجاوز الوصية لغير الوارث ثلث التركة من الغير، ويباح له الطعن في التصرف وإثبات صحة طعنه بكافة طرق الإثبات، لأنه لا يستمد حقه من المورث، وإنما من نص القانون مباشرة، وعليه لا تقف بنود العقد ولا قوته الملزمة حائلا في مواجهة هذا الإثبات²⁰⁵.

ب. حالة الوصية لوارث:

أما فيما يتعلق بالوصية بالنسبة للوارث، فإنه من المقرر قانونا²⁰⁶ ومن المستقر عليه شرعا²⁰⁷ وقضاء²⁰⁸ أنه لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي. وعليه يعتبر الورثة من الغير في متى أوصى المورث بوصية لوارث، سواء في حدود الثلث أو تجاوزه، ولا تعتبر نافذة في حق الورثة ويعتبرون من الغير، إلا بعد إجازتها من قبلهم، وإن أجازها البعض دون البعض الآخر فتكون نافذة في حق من أجازها فقط ولا تسري في حق من لم يجرها.

²⁰⁴ هذا ولابد من البيان أن المشرع الجزائري بموجب نص المادة 185 من قانون الأسرة نص على إجازة جميع الورثة للوصية وهو الأمر الذي لا يثير أي إشكال، غير أنه غالبا ما يجيز بعض الورثة القسط الزائد في الوصية دون البعض الآخر، وهنا يرى الفقه أن يسري القسط الزائد عن الوصية في حق من أجازها ووافق عليه من الورثة دون البعض الآخر منهم، حيث لا يسري في حق من عارض القسط الزائد، لأنه لم يجزه، وعلى هذا الأساس ذهب شراح قانون الأسرة الجزائري إلى اقتراح تعديل نص المادة 185 من قانون الأسرة بإضافة فقرة " لا يسري ما زاد عن الثلث في حق من عارض هذه الزيادة" بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، ص 37.

ومن جهتنا وإن كنا لا نعارض ما ذهب إليه شراح قانون الأسرة الجزائري حول تعديل نص المادة 185 من قانون الأسرة، غير أننا نرى أن الأمر لا يثير صعوبة كبيرة خاصة مع وجود نص المادة 222 من قانون الأسرة " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" التي تحيل إلى تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص في القانون مما يرفع الحرج عن المادة 185 من قانون الأسرة هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن أحكام الإجازة التي تقضي بأن للإجازة أثر نسبي ينصرف إلى المجيز دون سواء، فلا تلزم الإجازة إلا صاحبها. محمد سعيد جعفر، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2009، ص 204.

²⁰⁵ بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 8.

²⁰⁶ تنص المادة 189 من قانون الأسرة " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي".

²⁰⁷ قال رسول الله صل الله عليه وسلم " إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث" بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، الميراث والوصية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 248. وجاء في حديث آخر قال رسول الله صل الله عليه وسلم " لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة" العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 264.

²⁰⁸ ملف رقم 86039 قرار غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1992/11/24 " من المقرر شرعا وقانونا أنه لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة المورث. ولما كان ثابتا - في قضية الحال- أن قضية الموضوع لما قضوا برفض طلب الطاعن بقسمة التركة على اعتبار أن الوصية بالقسمة قد تمت بعقد توثيقي فإنهم أخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبب لأن الوصية لوارث غير مقبولة شرعا وقانونا. ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه" مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص 292.

والعبرة في كون الموصى له من الورثة أو من غير الورثة هو تاريخ وفاة الموصي لا تاريخ إنشاء الوصية، كذلك الإجازة لا تكون إلا بعد وفاة الموصى، لأن الوصية تمليك لما بعد الموت، ولا يجوز للشخص أن يجيز التصرف إلا في حدود ما يملك²⁰⁹ من ناحية، ومن ناحية أخرى قد يرجع الموصي عن وصيته قبل وفاته²¹⁰ ولا نكون بعدها في حاجة إلى إجازة.

ثانياً: التصرفات الصادرة في مرض الموت:

لم يعرف المشرع الجزائري المقصود بمرض الموت، واقتصر على بيان الأحكام العامة التي تترتب على تصرفات المريض مرض الموت.

وقد عرفته مجلة الأحكام العدلية "مرض الموت هو المرض الذي يعجز المريض فيه عن رؤية مصالحه الخارجية عن داره إن كان من الذكور، ويعجز عن رؤية المصالح الداخلة في داره إن كان من الإناث، والذي يكون فيه خوف الموت الأكثر، ويموت وهو على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان ملازماً للفرش أو لم يكن، وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة، وهو في حالة واحدة، كان في حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله. ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله، ومات قبل مضي سنة يعد حاله من وقت التغير إلى الوفاة مرض الموت"²¹¹.

وتعددت التعريفات الفقهية²¹² لمرض الموت فعرفه الإمام أبو زهرة مرض الموت بأنه "المرض الذي يكون فيه الشخص في حال يغلب فيها الهلاك وأن يتوقع هو ذلك، فيتصرف تصرفات يحكمها خوف الموت القريب"²¹³.

وألقى الفقه الأشخاص الأصحاء الذين تقوم بهم حالة نفسية تجعلهم في حكم المرضى مرض الموت، من مثل المحكوم عليه بالإعدام والذي ينتظر تنفيذه عليه، ومن كان في سفينة على وشك الغرق ولا سبيل له للنجاة، ومن حوصر في حرب وأيقن أنه مقتول كل هؤلاء

²⁰⁹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، الميراث والوصية، المرجع السابق، ص 264.

²¹⁰ تنص المادة 192 من قانون الأسرة "يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمناً. فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها".

²¹¹ حسني محمود عبد الدايم، مرض الموت وأثره على عقد البيع، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007، ص 97.

²¹² عرف على أنه "المرض الشديد الذي يغلب الظن على موت صاحبه عرفاً أو بتقدير الأطباء، ويلزمه ذلك المرض حتى الموت، وإن لم يكن المرض معروفاً لدى الناس بأنه من الأمراض المهلكة، ومعيار شدة المرض واعتباره من مرض الموت هو أن يعجز غير العاجز عن القيام بمصالحه خارج البيت، فيجتمع فيه العجز وغلبة الهلاك" رافد فاطمة، حدود انتقال آثار العقد إلى الخلف العام في التشريع الجزائري، مجلة معارف، السنة الثامنة، العدد 16، كلية الحقوق جامعة البويرة، 2014، ص 156.

وعرف كذلك بأنه "المرض الذي يغلب فيه الموت ويتصل به الموت مباشرة، فإذا شفي المريض من مرضه، فلا يعتبر المرض مرض موت" زواوي فريدة، مبدأ نسبية العقد، المرجع السابق، ص 27.

²¹³ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، بيروت، بدون سنة نشر، ص 314.

أصحاء ليس بهم مرض، ولكنهم يعتبرون في حكم المرضى، ويكون لتصرفاتهم في هذه الحالة حكم التصرفات الصادرة في مرض الموت²¹⁴.

ومن خلال التعاريف السابقة نستخلص أنه حتى يعتبر المريض مرض الموت لا بد من توافر الشروط التالية:

- أن يقعد المريض المريض عن قضاء مصالحه التي كان يقوم بها عادة، كما هو في حالة الصحة، ولا يشترط أن يلزم المريض الفراش على وجه الدوام، فقد لا يلزمه ومع ذلك يبقى عاجزا عن قضاء مصالحه²¹⁵.
- أن يكون المرض مخوفا (غلبة الهلاك) اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية أن يكون المرض مخوفا يغلب معه الموت²¹⁶، أي يغلب الظن فيه الهلاك عادة، سواء كان المرض خطيرا لا يبرأ منه في الغالب أحد أو مرضا بسيطا مزمنًا يتزايد ويتطور يوما بعد يوم حتى تصبح حالة المريض سيئة يخشى عليه فيها الموت²¹⁷.
- أن ينتهي المرض بالموت فعلا، أو أن يتصل بالموت، يجب أن ينتهي المرض الذي يخشى منه الهلاك بالموت فعلا، أو بعبارة أخرى أن يتصل المرض بالموت، سواء كانت الوفاة بسبب هذا المرض، أم بسبب آخر خارج عن المرض، كمن كان مريضا بمرض خطير لا يشفى منه، ولكنه لم يموت بسببه وإنما قتله شخص آخر، أو مات نتيجة حريق شب في مسكنه إلى غيرها من أسباب الموت²¹⁸.
- أن يموت المريض قبل مرور سنة من إصابته بالمرض، إذ قال بعض الفقه الإسلامي أنه إذا طال المرض المزمّن مدة سنة دون أن يشتد فلا يعتبر المرض مرض موت، فيكون الشخص في حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح، ولكن إذا اشتد مرضه وتغيرت حاله ومات بعد ذلك اعتبر مرضه من وقت التغير إلى الوفاة مرض موت، بينما ترى الغالبية من الفقه أن المرض مرض موت كلما ازدادت حالة المريض من سيء إلى أسوأ، ولو زادت عن المدة عن السنة²¹⁹.

على أنه لا بد من البيان أن تقدير توافر هذه الشروط من عدمها يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، فله وحده سلطة تقدير التصرف إن كان قد صدر من الشخص

²¹⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 320-321.

²¹⁵ حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 106. رافد فاطمة، المرجع السابق، ص 157.

²¹⁶ زواوي فريدة، مبدأ نسبية العقد، المرجع السابق، ص 28. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد، القسم الثاني مراتب انعقاد العقد، دار وائل، الطبعة الأولى، الأردن، 2002، ص 259.

²¹⁷ حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 108-109.

²¹⁸ حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 116. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 484.

²¹⁹ زواوي فريدة، مبدأ نسبية العقد، المرجع السابق، ص 27. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد، القسم الثاني مراتب انعقاد العقد، المرجع السابق، ص 259-260.

وهو في مرض الموت، وله في سبيل ذلك اللجوء إلى أهل الخبرة لتفحص التقارير الطبية متى تطلب الأمر رأياً فنياً، كما له إجراء تحقيق مدني، وله أن يستند في تقرير قضائه إلى شهادة الشهود.

وتكليف المرض على أنه مرض موت مسألة موضوع لا رقابة للمحكمة العليا على قاضي الموضوع فيها.

وفي حال اعتبار القاضي أن التصرف صدر في مرض موت، تغيرت بالنتيجة الآثار المترتبة عنه، وفيما عدا التصرف في مرض الموت اعتبر تصرف الشخص صحيحاً، فالأصل كما سبق لنا البيان أنه للشخص متى كان كامل الأهلية، كامل الحق والحرية في إبرام ما شاء من التصرفات، وتعتبر هذه الأخيرة صحيحة ونافاذة، حيث له أن يتصرف في أمواله بالطريقة التي يشاء، غير أن المشرع أورد استثناءاً بعدم جواز تصرف المريض مرض الموت في أمواله وميز بين عقود المعاوضة وعقود التبرع، فأما المعاوضة (البيع في مرض الموت) فترتب جزاء القابلية للإبطال بالنسبة للتصرف، وأما بالنسبة لعقود التبرع فقد حدد له جزء الثلث فقط، حيث للمورث كامل الحرية في التصرف فيه أثناء مرض الموت، وذلك على اعتباره المقدار المخصص للوصية شرعاً²²⁰.

ترجع الحكمة من تقييد تصرف الشخص المريض مرض الموت هي تعلق حق الورثة بأمواله، ولا يتعلق سبب التقييد هذا بأهلية المريض، ولا بعيب في الإرادة لديه²²¹، فمرض الموت لا ينقص الأهلية ولا يعدمها، وما دام الشخص متمتعاً بكامل قواه العقلية، يتمتع بالنتيجة بأهلية كاملة، والحكمة من التمييز بين فقدان ونقص الأهلية لدى الشخص وبين مرض الموت أنه في الحالة الأولى يكون التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا صدر عن عديم أهلية ويكون قابلاً للإبطال إذا صدر عن ناقص أهلية أو ممن شاب إرادته عيب من عيوب الإرادة، أما في حالة المريض مرض الموت فتكون إرادته سليمة وأهليته كاملة غير أن خوفه من الموت جعل المشرع يحمي الورثة وكل من له مصلحة من هذه التصرفات.

كما أن تصرف المريض مرض الموت يكون صحيحاً ومعتداً به حال حياته، ولا يحق للورثة أن يطعنوا في التصرف طوال حياة المريض، فإن انتهى المرض بالموت ولو لم يكن بسببه أصبحت للورثة الصفة والمصلحة في الطعن في تصرف مورثهم الذي أجراه أثناء مرض الموت²²². فالقانون يحمي الخلف العام ويعطيه حكم الغير ويحول بذلك دون انصراف أثر التصرف إليه²²³.

²²⁰ زواوي فريدة، مبدأ نسبية العقد، المرجع السابق، ص 28.

²²¹ حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 122. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص 323.

²²² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة دراسة مقارنة في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 484.

²²³ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 283.

مرض الموت واقعة مادية يقع عبئ إثباتها على الورثة الذين يطعنون بأن التصرف صدر في مرض الموت على أنه يجوز إثباته هذه الواقعة بكافة طرق الإثبات، ومنها البينة والقرائن، ولعل أكثر دليل يستدل به الورثة للطعن في التصرفات التي أبرمها مورثهم هو الشهادات الطبية الدالة على حالة المريض في أواخر أيامه، كما يثبت بشهادة الشهود، وبتقصي حياة المريض في أواخر أيامه²²⁴.

ميز المشرع بين التصرفات الصادرة عن المريض مرض الموت بين ما هو من عقود المعاوضة (البيع في مرض الموت)، وبين التصرفات الصادرة على سبيل التبرع فيما يلي:

أ. البيع في مرض الموت:

نص المشرع الجزائري على حكم البيع في مرض الموت في المادة 408 من القانون المدني " إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة.

أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال"²²⁵.

نلاحظ من نص المادة 408 من القانون المدني أن المشرع الجزائري ميز بين البيع الذي يكون لفائدة أحد الورثة وبين البيع الذي يكون لفائدة الغير، غير أنه رتب ذات الآثار على عقد البيع في مرض الموت وهو قابلية العقد للإبطال، الأمر الذي يدفعنا إلى القول بعدم جدوى هذا التمييز.

فأما في الحالة التي يتصرف فيها المورث المريض مرض الموت لأحد الورثة، فقد علق المشرع نفاذ البيع بشرط إقراره من باقي الورثة²²⁶، أي أنه لا يكون نافذا في حقهم،

²²⁴ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص 321-322. حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 147.

²²⁵ يلاحظ على نص المادة 408 من القانون المدني اختلاف في الصياغة بين النص الفرنسي والنص العربي، حيث أن الفرنسي أورد شرطا لم يتضمنه النص العربي وهو أن يكون البيع قد تم في فترة اشتداد المرض « dans la période aigue de la maladie » بمعنى أنه لم يكتف باشتراط أن يكون البيع قد تم في مرض الموت، بل لابد أن يكون المرض قد اشتد بصاحبه. وهو أمر مخالف لما جاء به الفقه الإسلامي الذي لم يشترط سوى إبرام التصرف في مرض الموت، وفي هذه الحالة نرجح النص العربي باعتباره النص الذي استمدت أحكامه من الشريعة الإسلامية وهي مصدر الحكم البيع في مرض الموت. هذا وقد أضاف النص الفرنسي كذلك عبارة "يعتبر العقد قد حدث دون رضا صحيح « Avoir été faite sans consentement valable » غير أن الصحيح هو ما ورد في النص العربي حيث أن البيع قد تم برضا البائع وأن مرض الموت لا يجعل من المريض ناقص أو عديم أهلية ، وإن كل ما في الأمر أن المشرع أراد حماية الورثة من تصرفات المريض مرض الموت فعلى نفاذ البيع على شرط مصادقتهم.

تجب الإشارة إلى أن من الفقه من انتقد عبارة "يعتبر غير مصادق عليه" الواردة في النص العربي، فما معنى المصادقة ومن يملكها وكيف تتم؟ علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 129.

وبالتالي يعتبر الشيء المبيع عنصر من عناصر التركة، إلا إذا أقروه، على أن يرد للمشتري الثمن الذي ثبت أنه دفعه لقاء إبرام عقد البيع²²⁷ وتقسّم التركة على جميع الورثة ومن ضمنهم المشتري الوارث وفقا للقانون.

وقد أورد المشرع هذا الحكم لحكمة أرادها، وتكمن في الخشية من أن يكون تصرف المريض مرض الموت تبرعا مستورا بعقد بيع وفي ذلك تفضيل لأحد الورثة دون غيرهم، وعلى هذا الأساس اشترط المشرع رضا الورثة وإقرارهم²²⁸ البيع حتى يكون نافذا في حقهم.

يشترط لصحة إجازة الوارث لتصرف المورث، أن يكون المجيز بالغاً سن الرشد متمتعاً بكامل قواه العقلية، وأن تكون إرادته خالية من العيوب، وإلا اعتبرت الإجازة تصرفاً قابلاً للطعن فيه بالبطلان أو الإبطال.

على أنه يشترط في الإجازة أن تصدر من الورثة بعد موت المورث لا قبل ذلك، بأي حال من الأحوال لأن صفة الوارث لا تثبت لأي منهم إلا بعد وفاة المورث، كما أن حقهم بالميراث لا ينشأ إلا بعد وفاة المورث²²⁹.

وإذا كان المشرع لم يحدد أجلاً لإجازة البيع من قبل الورثة إلا أنه لا يمكن أن يفسر سكوتهم بعدم مباشرتهم دعوى النقض أو دعوى الإبطال إجازة.

وفي الحالة التي لا يجيز فيها الورثة أو أحدهم عقد البيع في مرض الموت، فعليه أن يرفع دعوى نقض التصرف أو دعوى إبطال عقد البيع، وإلا بقي العقد صحيحاً منتجاً لآثاره.

وأما البيع الذي يكون لغير الوارث، فإن حكمه طبقاً لنص المادة 2/408 من القانون المدني هو القابلية للإبطال.

وعلى الرغم من أن نتائج دعوى إبطال التصرف ودعوى نقض التصرف واحدة، إلا أننا نفضل رفع دعوى النقض بالنسبة للورثة في الحالة التي لا يجيزون فيها تصرف مورثهم، ورفع دعوى الإبطال بالنسبة للغير مادام أن نص المادة 2/408 من القانون المدني نص على القابلية للإبطال بشكل صريح.

وقد جاء نص المادة 408 مخالفاً للمبدأ العام الساري بالنسبة لعقود التبرعات الذي يقضي بأنه إذا تجاوز التصرف حدود ثلث التركة يتوقف على إجازة الورثة، حيث اعتبر المشرع البيع الذي يتم في مرض الموت ويكون لأحد الورثة فلا يسري في حق الباقيين إلا

²²⁶ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد، القسم الثاني مراتب انعقاد العقد، المرجع السابق، ص 260.

²²⁷ محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر، 2006، ص 219.

²²⁸ أراد المشرع بلفظ الإقرار في نص المادة 408 من القانون المدني هو إجازة الورثة.

²²⁹ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد، القسم الثاني مراتب انعقاد العقد، المرجع السابق، ص 261.

إذا أجازوه (بأن لم يرفعوا دعوى إبطال أو دعوى نقض العقد) ويكون إذا كان لغير الوارث قابلاً للإبطال كذلك سواء كان في حدود الثلث، أم جاوزه.

حماية للغير حسن النية نص المشرع في المادة 409 من القانون المدني " لا تسري أحكام المادة 408 على الغير الحسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع".

وقد أورد المشرع استثناء من قاعدة عدم نفاذ التصرف حيث افترض كذلك الحالة التي يتصرف فيها المتصرف له من المريض مرض الموت في العين، ويرتب هذا التصرف حقا عينيا على العين المبيعة، فنكون أمام حالتين إذ قد يتصرف في العين معاوضة، وقد يتصرف فيها تبرعا، ففي الحالة التي يتصرف فيها المتصرف له من المريض مرض الموت في العين عن طريق المعاوضة، بأن باعها إلى شخص آخر مثلا، فإنه لا يحق للورثة تتبع العين في يد المشتري متى كان هذا الأخير حسن النية، أي متى كان لا يعلم وقت شراء العين أنها من حق الورثة ولا يستطيع أن يعلم أنه تم شرائها من شخص مريض مرض الموت²³⁰ بل كان يعتقد أنها ملك خالص للبائع، وله بالتالي أن يدفع عنه دعوى الورثة الذين يطلبون استرداد المبيع، ويحتفظ بحقه الذي اكتسبه وهو حسن النية²³¹، ولا يبقى أمام الورثة في هذه الحالة إلا الرجوع بحقهم على من تصرف له المريض مرض الموت²³²، وبمفهوم المخالفة لما ورد في نص المادة 409 من القانون المدني يجوز للورثة في حال تبرع المتصرف له أن يتبعوا العين المتبرع بها في يد المتبرع له وأن يستوفوا منها حقهم ذلك أن الورثة أولى من الغير بالحماية، هذا ما لم تكن العين منقولا تمت حيازته من قبل المتبرع له بحسن نية²³³.

وفي سياق الحديث عن شكل الدعوى ومن له الصفة والمصلحة في رفعها، يتعين القول أنه من حق كل ذي صفة ومصلحة رفع دعوى نقض التصرف الصادر في مرض الموت، كما أنه لا حرج عليه في رفع دعوى الإبطال، مادام المشرع قد أجاز رفع دعوى الإبطال بموجب نص المادة 408 من القانون المدني، وأيا كانت التسمية التي يطلقها المدعون على دعواهم التي ترمي إلى الطعن في التصرف بسبب أنه صدر في مرض الموت، فإن التكييف القانوني الصحيح، يكون من صميم العمل القضائي طبقا لمقتضيات

²³⁰ حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 201. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد، القسم الثاني مراتب انعقاد العقد، المرجع السابق، ص 262.

²³¹ يكون المشتري سيء النية مثلا في الحالة التي يعلمه فيها الورثة وقت البيع بأن العين تعتبر من الحقوق المتنازع عليها وأنهم لا يجيزون تصرف مورثهم في مرض الموت، أو أنه قد أعلم عند نقل الملكية إليه بوجود دعوى ترمي إلى إبطال عقد البيع الأول (عقد البيع بين المريض مرض الموت ومن تصرف له).

²³² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص 334. زواوي فريدة، مبدأ نسبية العقد، المرجع السابق، ص 32.

²³³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص 334. حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 201.

المادة 1/29 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " يكيف القاضي الوقائع والتصرفات محل النزاع التكييف القانوني الصحيح، دون التقيد بتكييف الخصوم."

على أنه إذا تعلق محل التصرف بعقار أو حقوق عينية عقارية وجب على المدعى شهر عريضة افتتاح الدعوى الرامية إلى نقض أو إبطال التصرف وتقديمها بأول جلسة ينادى فيها على القضية أو على الأقل يثبت إيداعها للإشهار وذلك تحت طائلة عدم قبول الدعوى شكلا.

ويترتب على تقرير الإبطال أو نقض العقد تطبيق أحكام المادة 103 من القانون المدني " يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل.

غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته، إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد.

يحرم من الاسترداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالما به."

ب. التصرفات الصادرة في مرض الموت ويكون المقصود منها التبرع:

تنص المادة 1/776 من القانون المدني " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف.

وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد²³⁴ إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا.

إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، كل ذلك ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه."

تضمنت المادة 776 من القانون المدني قاعدة موضوعية تتعلق بتصرفات المريض مرض الموت التي يكون الغرض منها التبرع، وقاعدة شكلية تتعلق بالإثبات وفيما يلي نتعرض أولا لمضمون القاعدة التي تحكم تصرفات المريض مرض الموت التي يقوم بها على سبيل التبرع، وبعدها إلى كيفية إثبات هذا التصرف.

عند إحساس الإنسان بقرب وفاته، لا يكون للمال أي قيمة في نظره، الأمر الذي يجعل من السهل على أي شخص التأثير عليه وسلبه أمواله، فيتصرف في أمواله إضرارا بنفسه

²³⁴ بالرجوع إلى النص المادة 2/776 من القانون المدني فإن العبارة الصحيحة هي "السند" وليس "العقد" تبعا لما ورد في النص الفرنسي «Acte».

بورثته، حيث يهب ويبيع ولو بثمن بخس وغبن فاحش أمواله، لأنه لم يعد يخشى على نفسه شيئاً مستقبلاً²³⁵. وعليه تحرز المشرع لمثل لهذه التصرفات التي قد يأتي عليها المريض مرض الموت ويكون قصده من ورائها التبرع، وذلك حماية لحق الورثة في الميراث، وأعطاهما حكم الوصية، أي لا ينفذ في حق الورثة إلا بالقدر الذي تنفذ في حقهم الوصية، بمعنى أن لا يكون التصرف نافذاً في حق الورثة فيما زاد على الثلث إذا كانت لغير وارث، ولا بد من أن لا تزيد عن الثلث إذا كانت لوارث مع شرط وجوب إجازتها من قبل الورثة، وعليه يشترط لتطبيق أحكام هذه المادة أن يصدر التصرف من المورث في مرض الموت، يكون مقصوداً به التبرع فيعتبر تبرعاً أي تصرف سواء كان هبة²³⁶، أو إبراء، أو إقرار ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك، أي على أنه تصرف بعوض تم فيه دفع المقابل، وإلا اعتبر على سبيل التبرع وأخذ حكم الوصية.

وضع المشرع قرينة بسيطة على نية التبرع أيّا كانت التسمية التي أطلقها المتعاقدان على التصرف مادام أن التصرف قد صدر من المورث في مرض الموت، افترض فيه قصد التبرع وألقى المشرع عبء إثبات ذلك على الورثة، إذ نص المشرع في المادة 3/776 من القانون المدني على قاعدة الإثبات حيث يكفي الورثة إثبات أن التصرف صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت حتى يعتبر هذا التصرف تبرعاً، ولهم إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات، تيسيراً لعبء الإثبات، غير المشرع من ناحية ثانية جعل هذه القرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، أي بأن التصرف قد تم بعوض ولم يكن تبرعاً، وأن المقابل كان معادلاً لقيمة الشيء المتصرف فيه²³⁷.

وأنه بعد أن يثبت الورثة أن تصرف مورثهم كان في مرض الموت، يصبحون من الغير، ويخضعون لأحكام المادة 2/776 من القانون المدني حيث يصير الورثة من الغير بالنسبة لمضمون الورقة العرفية، بحيث لا يحتج عليهم بالسندات العرفية التي أبرمها مورثهم في فترة مرض الموت، فقد خرجت هذه المادة عن القواعد العامة في الإثبات، حيث لا يحتج على الورثة بسند التصرف إلا إذا كان ثابت التاريخ ثبوتاً رسمياً، علماً أن الورثة بالنسبة للسندات العادية لا يعدون من الغير، ويمكن الاحتجاج عليهم بالسند العادي حتى لو لم يكن ثابت التاريخ، ما دام التصرف لم يكن في مرض الموت، غير أن الأمر يختلف بالنسبة للتصرفات التي يقدم عليها مورثهم وهو في مرض الموت، فما دام المشرع قد اعتبر الورثة من الغير فلا تسري في حقهم هذه التصرفات²³⁸، ولهم إثبات صورية التاريخ العرفي الذي

²³⁵ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 40.

²³⁶ تنص المادة 204 من قانون الأسرة " الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية".

²³⁷ زواوي فريدة، مبدأ نسبية العقد، المرجع السابق، ص 31. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 282.

²³⁸ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 41. حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 156.

يحمل سند التصرف مهما كانت قيمة التصرف وذلك بكافة طرق الإثبات استثناء من الأصل الذي يقضي بأنه لا يجوز للمتعاقدين أو خلفهما العام إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة²³⁹.

ثالثا: التصرفات الصادرة من شخص لأحد ورثته مع احتفاظه بحيازة العين وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته:

تنص المادة 777 من القانون المدني "يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك".

جاء نص المادة 777 من القانون المدني لتفادي تحايل الأفراد على الأحكام الشرعية المقيدة لحرية الإيصاء، التي تقضي بأن لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة، معتبرا أي تصرف يجريه المورث لفائدة أحد ورثته وصية، ولإعمال هذا المقتضى القانوني لا بد من توافر شرطين نوردتهما فيما يلي:

أ. أن يكون التصرف الذي أجراه الشخص قد أجراه لأحد ورثته:

يشترط أن يكون المتصرف إليه أحد ورثة المتصرف، على أن تحدد صفة الوارث وقت وفاة المتصرف لا وقت انعقاد التصرف²⁴⁰.

وعليه فإذا كان المتصرف له من غير الورثة واحتفظ المتصرف بحقه في حيازة العين المتصرف فيها أو بحق الانتفاع منها ، فلا مجال لتطبيق أحكام المادة 777 من القانون المدني.

ب. أن يحتفظ المتصرف رغم تصرفه، بحيازة العين المتصرف فيها أو بحقه في الانتفاع منها:

يشترط المشرع كذلك احتفاظ المورث بحيازة العين المتصرف فيها أو بحقه في الانتفاع منها طوال حياته، بأي طريقة كانت، والحيازة واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق²⁴¹.

لم يميز المشرع في نص المادة 777 من القانون المدني في شأن اشتراط بقاء العين المتصرف فيها في حيازة المورث المتصرف بين الحيازة في العقار و الحيازة في المنقول، غير أننا نرى أنه يراد بالحيازة في هذا المجال الحيازة المادية في المنقول والحيازة القانونية

²³⁹ محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 219.

²⁴⁰ محمدي سليمان، نفاذ العقد، المرجع السابق، ص 139. رافد فاطمة، المرجع السابق، ص 160.

²⁴¹ محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 221.

في العقار²⁴² للعين المتصرف فيها مدى الحياة، وبالتالي ففي الحالة التي يتصرف فيها المورث للوارث ويشترط أثناء التعاقد أن تبقى الحيازة أو حق الانتفاع لديه، مدى حياته، ولا ينتقل إلى الوارث إلا بعد موت المتصرف، وذلك بموجب شرط يدرجه في العقد، يأخذ التصرف لا محال حكم الوصية، ذلك أن التصرف قد علق أثره إلى ما بعد الوفاة.

وقد أقام المشرع قرينة مفادها أنه متى تصرف الشخص لأحد ورثته واحتفظ لنفسه بحيازة العين وبحق الانتفاع منها، ومتى أثبت الورثة هذين الشرطين اعتبر التصرف مضافا لما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية²⁴³. إلا أن القرينة التي تفيد أن التصرف كان مضافا لما بعد الموت قرينة بسيطة يمكن للمتصرف له أن يثبت عكسها بكافة طرق الإثبات، أي بأن يثبت أن التصرف لم يحصل على سبيل التبرع، وإنما قام بدفع عوض إلى المتصرف مقابل العين المتصرف فيها، أو بأن يثبت أن المتصرف قصد نقل ملكية العين حال حياته إلى المتصرف إليه، وأن تصرفه لم يكن على سبيل التبرع²⁴⁴.

جدير بالذكر كذلك أن حق الطعن في تصرف الشخص المريض مرض الموت لا يقتصر على الورثة فقط، بل هو حق مقرر لكل ذي مصلحة قائمة أو محتملة يحميها القانون.

يترتب على إسقاط حكم الوصية على التصرفات التي يجريها المريض مرض الموت ويقصد من ورائها، أو التصرفات الصادرة من شخص لأحد ورثته مع احتفاظه بحيازة العين وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته، تطبيق أحكام المادة 104 من القانون المدني المتعلقة بإنقاص العقد " إذا كان العقد في شق منه باطل أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله".

²⁴² من الفقه من يفرق بين حيازة المورث للعقار وبين حيازته للمنقول، فيشترط الحيازة القانونية في العقار أي أن يبقى مسجلا باسم المورث إضافة إلى الحيازة المادية، فيبقى المورث مسيطرا على العقار. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 39.

غير أننا لا نؤيد كل ما يذهب إليه، ذلك أن الملكية في العقار لا تنتقل إلا باستيفاء شكلية الرسمية، حيث تعتبر الكتابة فيه شرط لانعقاد، وليس للإثبات، ويترتب على تخلفها البطلان المطلق، وبالتالي يعتبر التصرف كأن لم يكن، وفي رأينا أنه يكفي في المنقول بقاء المورث حائزا للشيء المتصرف فيه حيازة مادية. ويختلف الأمر بالنسبة للعقار إذ قد يتصرف المورث في العقار بشكل رسمي، وتنتقل الملكية إلى المورث المتصرف إليه، غير أن المتصرف يورد شرطا بعدم انتقال الحيازة إلى الوارث إلى ما بعد وفاة المورث أو شرطا ببقاء حق الانتفاع من العين المتصرف فيها من حق المورث المتصرف مدى حياته، حيث لا تنتقل إلى الوارث المتصرف إلا بعد وفاة المتصرف، وهنا يعتبر التصرف مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية.

²⁴³ محمدي سليمان، نفاذ العقد، المرجع السابق، ص 139. رافد فاطمة، المرجع السابق، ص 160.

²⁴⁴ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 40.

المبحث الثاني: التزام الخلف الخاص بالعقد

إن آثار العقد لا تقتصر على المتعاقدين وخلفهما العام بل تمتد لتشمل الخلف الخاص لأحد المتعاقدين حيث تنص المادة 109 من القانون المدني " إذا أنشأ العقد التزامات، وحقوقاً، شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه ".

ومع أن إلزامية العقد تمتد كذلك إلى الخلف الخاص لأحد المتعاقدين، حيث تنتقل إليه الحقوق والالتزامات المترتبة على العقود التي سبق للسلف إبرامها والغير، إلا أنه على العكس من الخلف العام، فإن الخلف الخاص لا تنصرف إليه آثار كل العقود التي يعقدها السلف، حيث لا تسري عليه إلا آثار العقود التي يعقدها السلف وكانت تتعلق بالحق المنقول إلى الخلف الخاص.

لذلك وبغية الوقوف على مدى التزام الخلف الخاص بالعقد سنتطرق في هذا المبحث إلى المقصود من الخلف الخاص وهذا في المطلب الأول، وننتقل بالدراسة في المطلب الثاني إلى أحكام التزام الخلف الخاص بالعقد.

المطلب الأول: المقصود بالخلف الخاص

نص المشرع الجزائري على سريان آثار العقد بالنسبة للخلف الخاص في المادة 109 من القانون المدني، دون أن يقف عند المقصود من الخلف الخاص، وقد عرفه الفقه وحدد عناصر الخلافة الخاصة، ومصادرها وهذا ما سنعرض له في الفروع التالية فنتطرق إلى تعريف الخلف الخاص في الفرع الأول، ونخصص الفرع الثاني لعناصر الخلافة الخاصة.

الفرع الأول: تعريف الخلف الخاص:

الخلف الخاص *ayant cause a titre particulier* هو من يتلقى من سلفه حقا كان قائما في ذمة هذا السلف، ثم انتقل منها إليه، سواء كان هذا الحق عينيا أو شخصيا كالمشتري

والموهوب له وصاحب حق الانتفاع والدائن المرتهن والمحال له²⁴⁵، كما يعرف الخلف الخاص أنه من ينتقل إليه حق خاص من حقوق (العينية منها أو الشخصية، أو المعنوية) أو دين من ديون السلف الثابتة في ذمته المالية بإحدى الاتفاقيات الناقلة للحقوق أو بنص القانون²⁴⁶، وهو الشخص الذي يخلف شخصا آخر في حق معين من حقوقه، أي هو من يتلقى من سلفه حقا معينًا بالذات أو حق عيني آخر أو حق شخصي²⁴⁷.

نستخلص من تعريف الخلف الخاص المميزات التالية:

أولاً: أن الوسيلة التي تنقل الحقوق والالتزامات من السلف إلى الخلف الخاص، تتمثل في كل التصرفات القانونية الناقلة للحقوق والالتزامات، أما التصرفات القانونية غير الناقلة للحقوق والالتزامات، فلا تدخل ضمن مصادر الخلافة الخاصة من مثل عقد الإيجار وعقد القرض، وكذلك الاتفاقات التي يترتب عنها الحقوق العينية لأول مرة كالرهن الرسمي وعقد الرهن الحيازي، كما لا تقتصر المصادر فقط على الاتفاقات الإرادية الناقلة وإنما تشمل الوقائع الأخرى التي تؤدي إلى هذا الانتقال من مثل القانون وأحكامه²⁴⁸.

ثانياً: أن الحق المنقول للخلف الخاص من السلف والذي اتصلت فيه الحقوق والالتزامات المنصوص عليها في المادة 109 من القانون المدني هو حق خاص معين تنتقل إليه بهذا الوصف لا باعتباره مجموعاً من المال كما هو الحال بالنسبة للخلف العام²⁴⁹.

ثالثاً: أن الخلافة الخاصة تنشأ في أثناء حياة الأشخاص في معاملاتهم، كما تنشأ بعد موت السلف كما هو الأمر بالنسبة للوصية عندما تنصب على عين معينة من تركة المتوفى²⁵⁰، وهذا على خلاف الخلافة العامة التي لا تنشأ إلا بعد موت السلف، حيث تنتقل ذمته المالية أو جزء منها إلى ورثته باعتباره خلفاً عاماً له²⁵¹.

الفرع الثاني: عناصر الخلافة الخاصة:

لقيام الخلافة الخاصة كمركز من المراكز القانونية لا بد من توافر ثلاثة عناصر فصلها بالجواب عن الأسئلة التالية: ما هي العناصر التي يتم انتقالها هل هي ذات الحق أم

²⁴⁵ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - في الالتزامات - الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، 571. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 536.

(A) Bencheneb, op.cit , P258.

²⁴⁶ خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 118.

²⁴⁷ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 284.

²⁴⁸ رضا متولي وهدان، إنتقال آثار العقود إلى الخلف الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2001، ص 66.

²⁴⁹ خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 119.

²⁵⁰ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 283. رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 66.

²⁵¹ خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 119.

يتم انتقال حق جديد؟ وهل هذا الحق المنقول بتوابعه وملحقاته حق خاص من حقوق السلف أم لا ؟ وهل عملية الانتقال هذه تشترط وجود تصرف إرادي أم نص تشريعي؟

أولاً: انتقال ذات الحق من السلف إلى الخلف الخاص:

يشترط حتى يمكن القول بانتقال ذات الحق من السلف إلى الخلف الخاص توافر شرطين فأما الأول يكمن في أن يثبت الحق في ذمة السلف قبل انتقاله إلى الخلف الخاص، والثاني يتمثل في أن يكون الحق المنقول للخلف الخاص من الحقوق القابلة للانتقال من شخص لآخر ونفصل في هذين الشرطين فيما يلي:

أ. ثبوت الحق في ذمة السلف قبل انتقاله إلى الخلف الخاص:

يشترط في الحق محل الخلافة أن يكون موجوداً، قائماً وثابتاً في ذمة السلف، حيث يشكل عنصراً من عناصر ذمته المالية، وذلك قبل انتقاله إلى الخلف الخاص²⁵²، ومثال ذلك، قيام مالك العقار ببيع عقاره، فإنه بموجب هذا التصرف ينقل إلى المشتري حقا ثابتاً في ذمته المالية، وهو حق ملكية العقار وتوابعه المتصلة به، كما أنه عند نقل حق الملكية تنتقل معه بالتبعية الحقوق العينية الأصلية المتصلة به والمتفرعة عنه كحق الاستعمال والاستغلال والتصرف، ونفس الأمر يسرى على من ينقل حقا شخصياً أو ديناً من ديونه فإنه بذلك ينقل حقا أو ديناً ثابت في ذمته المالية²⁵³.

وبمفهوم المخالفة لهذا الشرط، فإنه عند انتقال أي حق إلى شخص ما ولم يكن ثابتاً في ذمة الشخص المنقول عنه هذا الحق، لا يعتبر خلفاً خاصاً له في هذا الحق، ويترتب على ما تقدم عدة نتائج أهمها:

النتيجة الأولى: الشخص الذي تعود إليه ملكيته كنتيجة لبطلان أو فسخ تصرف قانوني ناقل لملكية شيء ما، لا يعتبر خلفاً خاصاً لمن عادت منه الملكية، وكذلك من تملك حقا موصوفاً، أي بأن كان معلقاً على شرط واقف ولم يتحقق أو شرط فاسخ تحقق، فمن عادت إليه الملكية بسبب إعمال الأثر الرجعي للشرط، لا يعد خلفاً خاصاً²⁵⁴، ذلك لأن الأثر الرجعي للبطلان أو الفسخ أو الشرط يؤدي إلى اعتبار انتقال الحق من شخص لآخر كأن لم يكن.

النتيجة الثانية: الشخص الذي ينشأ في ذمته الحق لأول مرة لا يعتبر خلفاً خاصاً للشخص الذي أنشأ هذا الحق وإنما يعد دائناً عادياً له²⁵⁵، وعليه فالمستأجر لا يكون خلفاً خاصاً للمؤجر، ولا المستأجر من الباطن بالنسبة للمؤجر الأول، ولا يعتبر المقترض خلفاً خاصاً للمقرض.

²⁵² محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 284. خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 119. رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 76.

²⁵³ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 76.

²⁵⁴ خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 120.

²⁵⁵ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 47.

وعليه فمن يكتسب حقا عينيا ابتداء لا يعتبر خلفا خاصا للمالك السابق للعقار أو المنقول، وهذا ينطبق على من تملك عقارا أو منقولا بطريق الاستيلاء أو التقادم أو الالتصاق²⁵⁶، فالمالك هنا يكتسب الملكية بقوة القانون، وليس بموجب إرادة المالك السابق الذي سقطت ملكيته نتيجة لتطبيق أحكام التقادم، أو الاستيلاء أو الالتصاق.

ب. قابلية الحق للانتقال من السلف إلى الخلف الخاص:

لا يكفي أن يكون الحق المراد انتقاله عن طريق الاستخلاف ثابتا في الذمة المالية للسلف، بل يشترط كذلك أن يكون من الحقوق القابلة للانتقال قانونا.

تنقسم الحقوق إلى حقوق عينية، وحقوق شخصية وحقوق ذهنية، وكلها حقوق تقبل الانتقال من السلف إلى الخلف الخاص وذلك بحسب الأصل العام، مع ورود بعض من الاستثناءات عليها، فأما إذا كان الحق المراد انتقاله من الحقوق العينية، فنميز بين الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية والأصل فيها كما سبق البيان أنها تقبل الانتقال من شخص لآخر ما لم يرد استثناء يقيد أو يمنع انتقال الحق سواء بنص القانون أو الاتفاق، ومثال القيد الأول نص المادة 740 من القانون المدني التي تمنع الشريك في أن يتصرف في نصيبه في الشركة لشخص أجنبي إلا بعد أخذ موافقة جميع الشركاء، ومثال القيد الثاني وجود الشرط المانع من التصرف²⁵⁷، هذا ولا بد من البيان أن الحقوق العينية المستخلقة من السلف إلى الخلف الخاص تنتقل على الحالة التي كانت عليها في ذمة السلف، بمعنى أن الملكية تنتقل مثقلة بعبء الرهن أو الارتفاق.

وأما إذا كان الحق المراد انتقاله من الحقوق الشخصية، فإن هذه الحقوق الأصل فيها أنها قابلة للانتقال من السلف إلى الخلف الخاص ما لم يرد نص قانوني يقضي بعدم جواز ذلك، وكذلك في الحالة التي يحول فيها الاتفاق أو طبيعة دون ذلك، ففيما يتعلق بالنص القانوني من مثل عدم جواز انتقال الحقوق المتنازع عليها إلى القضاة الذين فصلوا في النزاع أو المحامين الذين دافعوا عن الخصوم، وأما الاستثناء بموجب الاتفاق كأن يتفق الدائن والمدين على أن لا يحول الدائن حقه إلى شخص آخر أو يتفقان على أن حوالة الحق لا تصح إلا بموافقة المدين نفسه وهو اتفاق جائز لأنه غير مخالف للنظام العام والآداب العامة²⁵⁸. وقد تحول كذلك طبيعة الحق الشخصي أو الالتزام دون إمكانية انتقاله إلى الخلف الخاص، ويكون هذا الوضع في حالة الارتباط الشخصي بين الحق محل الالتزام وصفة صاحبه أي كان السلف

²⁵⁶ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 78.

²⁵⁷ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 47.

²⁵⁸ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 81. عبتوت سيد بلحاجم، أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص 24.

محل اعتبار شخصي أو حق الدائن في النفقة، أو الحق في التعويض عن الضرر المعنوي كلها حقوق تمنع طبيعة الالتزام من انتقالها من السلف إلى الخلف الخاص²⁵⁹.

وأما إذا كان الحق المراد انتقاله من الحقوق الذهنية وهي الحقوق التي ترد على الأشياء غير المادية وتكون من نتاج الذهن وخلقه وابتكاره²⁶⁰، ومثلها حق المؤلف الذي يتكون من حقين أولهما الحق الأدبي للمؤلف على نتاج عقله وذنه وأفكاره، وثانيهما الحق المالي الذي يتمثل في استغلال المؤلف لأفكاره ماديا، فأما الحق الأدبي لا يجوز انتقاله من صاحبه إلى أي شخص آخر بأي طريق كان بما في ذلك الاستخلاف كما لا يمكن الحجز عليه، وأما الحق المادي فإنه من الجائز للمؤلف أن يتصرف فيه إلى الغير ويكون محل للاستخلاف الخاص²⁶¹، وقد حدده المشرع بمدة خمسين سنة من تاريخ وفاة المؤلف أي للمؤلف أن يستغل مؤلفه ماديا طيلة حياته وينتقل الحق المادي إلى خلفه ويدوم طيلة خمسين سنة بعد وفاته لينتقل بعدها إلى الملك العام.

ثانيا: أن يكون الحق المنقول حق خاص:

يشترط أن يكون الحق المنقول من السلف إلى الخلف الخاص حق خاص، أي أن يكون الحق معيناً ومحدداً، حيث يقتصر على عنصر من عناصر الذمة المالية باعتباره حقاً خاصاً معيناً ومحدداً من مجموع عناصر الذمة المالية للسلف، وليس باعتباره مجوعاً من المال، وعليه متى وردت عملية الانتقال على مجموع عناصر الذمة المالية للسلف اعتبر الخلف عاماً وليس خاصاً²⁶².

يشترط أن يكون الشيء موجوداً أو قابلاً للوجود مستقبلاً بشرط أن يكون محققاً، طبقاً لنص المادة 92 من القانون المدني²⁶³.

كما أنه يجوز أن يرد انتقال الحق الخاص بالسلف إلى الخلف الخاص سواء كان هذا الحق المراد نقله موجوداً وقت الاتفاق على نقله، أو كان معلقاً على شرط واقف أو فاسخ، أو مستقبلياً ومحققاً، أو مضافاً إلى أجل، أو كان محل الالتزام القيام بعمل معين أو الامتناع عنه، أو كان محل الحق المراد نقله شيئاً مثلياً، وعلى العموم جميع الحقوق يجوز انتقالها إلى

²⁵⁹ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 82. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 49. عبتوت سيد بلحاجم، المرجع السابق، ص 25.

²⁶⁰ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 82.

²⁶¹ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 83. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 49.

²⁶² عبتوت سيد بلحاجم، المرجع السابق، ص 28.

²⁶³ تنص المادة 92 من القانون المدني "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً. غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون.".

الخلف الخاص طالما أن السلف يملكها، وتعد من عناصر ذمته المالية²⁶⁴ ما لم يمنع الانتقال نص قانوني أو حال الاتفاق أو طبيعة الالتزام دون ذلك كما سبق البيان.

ثالثا: ثبوت انتقال الحق من السلف إلى الخلف الخاص بموجب نص قانوني أو تصرف قانوني:

يشترط أن يستند انتقال الحق من السلف إلى الخلف الخاص إلى سبب من أسباب انتقال الحقوق، ويمثل هذا السبب العلاقة التي تربط بين السلف وخلفه الخاص والتي من خلالها يخرج الحق من ذمة السلف ليستقر في ذمة الخلف الخاص²⁶⁵.

ويثبت انتقال الحق إما بسبب إرادة الأطراف أي بموجب تصرف قانوني ناقل للحق من السلف إلى خلفه الخاص من مثل الحوالة (حوالة الحق، والدين، والنزول عن الإيجار)، البيع، والهبة، والقسمة، والوصية، وإما بسبب نص قانوني وذلك في الحالات التي يقرر فيها القانون حلول شخص محل آخر في حق أو دين، هذا ولابد من الإشارة إلى أن الإرادة والقانون يعدان عنصرا من عناصر الخلافة الخاصة وكذا مصدرا من مصادرها.

نستخلص من عناصر الخلافة الخاصة أنها حق من الحقوق لا تعتبر تجديدا للحق المنقول أو الدين، ولا تؤدي أيضا إلى إنشاء حق جديد لم يكن موجودا قبل ذلك في ذمة السلف، وإنما تكون انتقالا لذات الحق الخاص الذي كان ثابتا في ذمة السلف، ويكون هذا الانتقال بتصرف قانوني أو بنص قانوني وعملية الانتقال ترد على الحقوق والالتزامات التي تقبل الانتقال من شخص لآخر.

المطلب الثاني: أحكام التزام الخلف الخاص بالعقد:

الأصل هو عدم سريان آثار العقد الذي سبق إبرامه من طرف السلف في مواجهة الخلف الخاص، مادام هذا الأخير أجنبيا عن العلاقة العقدية باعتباره لم يشارك بإرادته في

²⁶⁴ رضا متولي وهذان، المرجع السابق، ص 92.

²⁶⁵ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 51. عبتوت سيد بلحاجم، المرجع السابق، ص 29.

قيامها فيظل غيرا لا ينتفع ولا يتضرر من الحقوق والالتزامات المترتبة عن هذه الرابطة²⁶⁶، وهذا أمر لا خلاف فيه متى كان العقد لا يمس الشيء محل الاستخلاف، أما إذا كان العقد الذي أبرمه السلف يمس الحق أو الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص، فإن الأمر يثور بالنسبة لمدى تأثير الخلف الخاص بأثر هذا العقد، وقد عالج المشرع الجزائري هذا الأمر في نص المادة 109 من القانون المدني.

وفيما يلي سنتعرض للقواعد والأسس التي تبرر انتقال الحقوق والالتزامات إلى الخلف الخاص والتي سنفصل فيها في الفرع الأول من هذا المطلب، بينما نخصص الفرع الثاني منه لدراسة شروط التزام الخلف الخاص بالعقد.

الفرع الأول: قواعد وأسس انتقال الحقوق والالتزامات إلى الخلف الخاص:

إن الخلافة الخاصة لا تؤدي إلى تجديد الحق أو الالتزام المنقول إلى الخلف الخاص، وإنما تؤدي إلى انتقال هذا الحق أو الالتزام إلى الخلف الخاص بالحالة التي كان عليها في ذمة السلف، أي بجميع ما ارتبط به من حقوق والتزامات وما اتصل به من دفع وأوصاف، كأن كان مضافا إلى أجل أو معلقا على شرط، فإنه ينتقل إلى الخلف بهذا الوصف، وإذا كان في ذمة السلف قابلا لطعن ما، كالبطالان أو الفسخ، فإنه ينتقل إلى الخلف الخاص قابلا لهذا الطعن، وإذا كانت له ضمانات عينية أو شخصية، كرهن أو كفالة، فإنه ينتقل إلى الخلف بهذه الضمانات، ومتى كانت هناك حقوق أو تكاليف عينية مقررة لمصلحة الشيء أو عليه، كارتفاق أو رهن فإن الشيء ينتقل إلى الخلف بما له وما عليه من حقوق وتكاليف، وبعبارة مختصرة فإن الحق والالتزام ينتقل إلى الخلف الخاص بجميع توابعه وملحقاته سواء إيجابية كانت أو سلبية، وفقا لأحكام انتقال الحق المستخلف فيه، وتبرر هذا الانتقال قواعد وأسس فقهية نتعرض إليها تباعا فيما يلي:

أولاً: قواعد انتقال الحقوق والالتزامات إلى الخلف الخاص:

إن انتقال الحقوق والالتزامات مبدأ فقهي قبل أن يكون مبدأ قانوني²⁶⁷، حيث حددت القواعد الفقهية أحكام انتقال آثار العقود، وهذه القواعد وإن كانت لا توجد نصوص قانونية تعبر عنها صراحة إلا أن المادة 109 من القانون المدني التي أقرت انتقال الحقوق والالتزامات إلى الخلف الخاص استمدت أحكامها من هذه القواعد الفقهية والتي تتمثل بأن "الشخص لا يدلي إلى غيره بأكثر مما يملك" وأن "الفرع يتبع الأصل"²⁶⁸ ونعرض فيما يلي هذه القواعد.

أ. قاعدة الفرع يتبع الأصل:

ذهب الفقه إلى القول أن الملحقات تتبع الأصل، والملحقات هي الحقوق والالتزامات التابعة للأصل وتكون ملحقة به لكي يتمكن صاحب الحق بمجموع هذه الحقوق والالتزامات

²⁶⁶ (F)Terré,(P) Simler,(Y) Lequette, Droit civil, Les obligations, Dalloz, paris, 1995, P 394 .

²⁶⁷ رضا متولي وهذان، المرجع السابق، ص 198.

²⁶⁸ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، 535.

من أن يستعمل حقه في الغرض المقصود من وجود الحق في حيازته، فهي الملحقات التي تنزل منزلة الفرع ولا يمكن أن تنفصل عن الحق الأصيل²⁶⁹.

وعليه متى قام الشخص بنقل ملكية الحق محل الاستخلاف إلى الخلف الخاص وكان هناك بعض الحقوق العينية التي قد توسع من نطاق هذا الحق أو تضيقه فإنها تنتقل مع الحق ذاتها لأنها تمثل فروعه وملحقاته²⁷⁰.

وعليه إذا كان السلف قد اكتسب حق مسيل لعقاره أو كان السلف قد رتب للغير هذا الحق على عقاره وكان قد تم تسجيلها فإنها تنتقل مع العقار إلى الخلف الخاص لأنها ارتبطت به، وكذلك الأمر بالنسبة إلى الكفالة حيث تعتبر من الملحقات التي تتبع الأصل أي الحق المستخلف فيه سواء كانت الكفالة شخصية أو عينية فهي ضامنة للحق الشخصي، كما يعتبر من الملحقات أيضا الدفوع التي تنشأ من الحق ذاته أو تتعلق بسند انتقاله من مثل الدفوع المستمدة من عقد الحوالة، وكما تعتبر دعاوى الضمان، ودعوى منع التعرض ودعوى الاستحقاق، ودعوى العيوب الخفية في عقد البيع من الملحقات كذلك²⁷¹. ومثلما هو الأمر بالنسبة للحقوق والالتزامات الشخصية التي ترتبط بالحق المستخلف فيه، والتي جاء النص على انتقالها بملحقاتها في المادة 109 من القانون المدني، فإن الحقوق والالتزامات العينية التي تنصل بالحق المستخلف فيه تكون من ملحقاته وتنتقل بالنتيجة معه بشرط أن تتوفر فيها شروط الاحتجاج بها في مواجهة الغير كالتسجيل والإشهار. إذ أنه من المعروف قانونا أن الحق العيني يرتب لصاحبه حق التتبع لملكه وطلبه قضاء في أي يد كان، وعلى هذا الأساس فإن أحكام الحق العيني كفيلة بأن يستند إليها انتقال الحقوق والالتزامات المتصلة به دون نص قانوني لنق هذه الحقوق والالتزامات العينية من ذمة السلف إلى ذمة الخلف الخاص²⁷².

ب. قاعدة الشخص لا يدلي إلى غيره بأكثر مما يملك²⁷³:

يقضي هذا المبدأ أنه إذا قام شخص بنقل حق من الحقوق التي يملكها فإنه ينقله بما يكون لهذا الحق أو عليه، أما إذا كان فاقدا له فإنه لا يستطيع نقله، وعلى ذلك فالخلف الخاص يخلف السلف في حدود ما يملكه السلف فقط، وهذه القاعدة ذات أصول تاريخية ترجع إلى القانون الروماني²⁷⁴ ثم انتقلت إلى القانون الفرنسي فالقانون المصري والقانون الجزائري .

²⁶⁹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1967، ص 578.

²⁷⁰ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 202.

²⁷¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص 730.

²⁷² رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 204.

²⁷³ « Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet »

سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - في الالتزامات- الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 581.

²⁷⁴ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 208.

ويترتب على هذه القاعدة ما يلي:

1. إذا تصرف أحد الأشخاص في مال ليس مملوكا له، وهو ما يعرف بالتصرف في ملك الغير، فإن الخلف الخاص يتأثر بما يتأثر به السلف من حيث عدم نفاذ التصرف بالنسبة للمالك الأصلي إلا إذا أقره²⁷⁵.
 2. إذا كان السند الذي تملك به السلف هذا الحق محل الاستخلاف باطلا أو قابلا للإبطال فإن سند الخلف الخاص الذي ينتقل بموجبه الحق محل الاستخلاف يسري عليه نفس الحكم كذلك²⁷⁶ وفقا للقاعدة الفقهية "ما بني على باطل فهو باطل" ولأنه في الحقيقة لم يكن السلف يملك أكثر من ذلك وبالتالي فلا يستطيع أن ينقل إلى الخلف الخالص أكثر مما يملك، وسند الانتقال لا يعتبر تجديدا للحق لأن الخلافة الخاصة تكون في الحق المملوك للسلف.
 3. إذا كان سند انتقال الحق موصوفا بأحد الصفات من مثل الأجل أو الشرط سواء كان فاسخا أو واقفا فإن الحق أو الالتزام ينتقل إلى الخلف الخاص معلقا بهذه الصفة حيث أن السلف يملك الحق أو الالتزام موصوفا بهذه الصفة، وعلى هذا فإنه إذا تحقق الشرط الفاسخ ولم يتحقق الشرط الواقف فإن ملكية السلف تزول من وقت التعاقد وبالتالي تزول ملكية الخلف الخاص لأنه تلقى حقا خاصا موصوفا ولم يتحقق الوصف²⁷⁷.
 4. أنه إذا كان الحق المنقول تجاريا أو مدنيا في ملك السلف فإنه ينتقل إلى الخلف الخاص بهذه الصفة وكذلك إذا كان الحق منتجا لفوائد معينة أو مستحق الأداء فورا أو قابلا للتنفيذ في وقت لاحق فإن هذه الصفات تنتقل إلى الخلف الخاص مع الحق المستخلف فيه وفقا لقاعدة أن السلف لا يستطيع أن يعطي غيره أكثر مما كان يملك²⁷⁸.
 5. إذا كان الحق محل الاستخلاف مرتبطا به أحد الحقوق العينية كحق ارتفاق أو انتفاع أو رهن أو امتياز وفقا للقانون وكان في ذمة السلف فإنه في حالة انتقاله إلى الخلف الخاص تنتقل هذه الحقوق مع الحق المستخلف فيه محملا بها ولا يستطيع الخلف الخاص أن يغير من هذه التكاليف التي تنقل عبء الحق المنقول إليه²⁷⁹، لأن السلف لم ينقل إلى الخلف إلا الحق الذي كان يملكه وفي الحدود التي كان عليها.
- نستخلص مما سبق أن السلف لا يمكنه أن ينقل إلى الخلف الخاص حقا من حقوقه إلا إذا مالكا له.

ثانيا: أساس انتقال الحقوق والالتزامات إلى الخلف الخاص:

²⁷⁵ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 209.

²⁷⁶ عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول، المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، المرجع السابق، ص 27.

²⁷⁷ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 286.

²⁷⁸ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 209.

²⁷⁹ محمدي سليمان، نفاذ العقد، المرجع السابق، ص 126.

تعددت النظريات الفقهية التي حاولت تأصيل مبدأ انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص في فرنسا، ويعود سبب ذلك إلى عدم وجود نص صريح يجيز انتقال الحقوق والالتزامات إلى الخلف الخاص²⁸⁰.

فبالنسبة للحقوق أسس بعض الفقهاء انتقالها للخلف الخاص على أساس نظرية الاشتراط لمصلحة الغير، ونظرية حوالة الحق الاتفاقية، وأما بالنسبة للالتزامات فقال بعض الفقه بنظرية الاشتراط لمصلحة الغير، وحوالة الدين، ونظرية الارتفاق²⁸¹.

وقد ذهب بعض آخر من الفقه وهو الدكتور خليل أحمد حسن قدامة ونحن نؤيده إلى أن اعتبارات العدالة والرغبة في المحافظة على الثقة والصالح العام تقتضي انتقال مثل هذه الحقوق والالتزامات إلى الخلف الخاص، واعتبرها كافية لتدخل المشرع في تقرير انتقال مثل هذه الحقوق والالتزامات للخلف الخاص مع الحق المستخلف وقرر انتقالها في نص المادة 109 من القانون المدني وتمثل هذه الاعتبارات فيما يلي²⁸²:

أ. أن هذه الحقوق والالتزامات لم يراع في نشأتها مصلحة السلف، وإنما مصلحة الحق الذي اتصلت به وذلك لدرء الخطر عنه أو لتقييد سلطات صاحبه في استعمال حق استغلاله.

ب. أن الخلف الخاص يعتبر الشخص الوحيد، القادر على تنفيذ هذه الحقوق والالتزامات تنفيذا عينيا، بعد انتقال الحق المتصل به إليه.

ت. أن التنفيذ العيني للالتزامات المتصلة بالحق المستخلف فيه يعتبر بدون شك أفضل من التنفيذ بمقابل في أغلب الأحوال، فاعتبارات العدالة من جانب الدائن تقتضي بانتقال الالتزامات التي نشأت لصالحه.

ث. أن عدم تنفيذ الحقوق والالتزامات يعتبر بحد ذاته إخلالا بالثقة التي منحها الدائن للسلف عند إنشاء هذه الالتزامات، وتعتبر إخلالا بالصالح العام، لأن مقتضيات الثقة والصالح العام تقتضي تنفيذ الروابط القانونية بين الأفراد متى استجمعت شروط وجودها وصحتها ونفاذها.

الفرع الثاني: شروط التزام الخلف الخاص بأثر العقد:

إن مسألة انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص لا يراد منها أن كل عقد صدر من السلف ينصرف إلى الخلف الخاص أثره، مثلما هو الأمر بالنسبة إلى الخلف العام، حيث لا يمكن تصور انتقال آثار العقد من السلف إلى الخلف الخاص إلا بتوافر جملة من الشروط نص عليها المشرع الجزائري في المادة 109 من القانون المدني " إذا أنشأ العقد التزامات، وحقوقا، شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه " حيث يظهر من هذا النص أنه يتقرر انصراف أثر

²⁸⁰ خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 122.

²⁸¹ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 203.

²⁸² خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 123.

العقد إلى الخلف الخاص بتوافر شروط صريحة ويتعلق الأمر بالاتصال، المستلزمات، العلم وشرط ضمني هو الأسبقية وفيما تفصيل لهذه الشروط.

أولاً: الاتصال:

يجب أن تكون الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد الذي أبرمه السلف متصلة بالشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص، وهذا الشرط هو ما تصدرت به المادة 109 من القانون المدني حيث قضت بأنه " إذا أنشأ العقد التزامات، وحقوقاً، شخصية، تتصل بشيء انتقل...".

يجب أن تكون الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد الذي أبرمه السلف متصلة بالشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص، أي من مستلزمات هذا الشيء²⁸³.

وحتى يتحقق هذا الشرط فلا بد من أن يكون الحق المستخلف فيه محل اعتبار وقت إبرام هذه العقود المنشئة للحقوق والالتزامات التي يتصل بها الحق المستخلف فيه، أما شخص السلف فليس محل اعتبار عند تحقق الشرط²⁸⁴، و يعد وجود هذا الشرط ضرورياً لأنه هو الذي يتحقق به انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص في تلك الحقوق والالتزامات المتصلة بالحقوق والالتزامات الأصلية وسبق للسلف إبرامها بغير تواجد الخلف الخاص معه²⁸⁵.

وتعد العقود التي سبق للسلف أن أبرمها متصلة بالحق المستخلف فيه إذا ما ترتب عليها التزامات من شأنها أن تحد من منفعة الحق المتصلة به، أو تحد من كيفية استعماله، أو ترتب له حقوقاً من شأنها أن تزيد من منفعة الحق المستخلف فيه، وذلك بدرء الخطر عنه أو المحافظة عليه، كما لو باع شخص عينا من الأعيان إلى شخص آخر، وكان البائع قد اقترض مبلغاً من النقود لأغراضه الشخصية التي لا تمت بأي صلة للعين المباعة قبل نقل ملكية العين، ففي هذه الحالة لا تنثر مسألة انصراف مثل هذا الالتزام للخلف الخاص، وذلك لعدم اتصال القرض بالعين حتى ولو أن العين تدخل ضمن الضمان العام للدائنين عند إبرام عقد القرض²⁸⁶، وسبب ذلك يعود إلى عدم اتصال عقد القرض بالعين المباعة (المستخلف فيها)، وأن السلف هو وحده من يتحمل آثار عقد القرض لأن الدين الذي تحصل عليه لم يكن لخدمة هذه العين المنقولة إلى الشخص الآخر، وإنما لانتفاعه الشخصي لأن الحق المستخلف هو موضوع اعتبار كما سبق لنا البيان، أما إذا قام البائع برهن العين قبل نقل ملكيتها وأمن عليها من الحريق أو الحوادث أو السرقة فيكون كل من عقد الرهن وعقد التأمين من العقود المتصلة بالحق المستخلف فيه، ذلك لأن عقد الرهن من شأنه أن يحد من كيفية استعمال هذا

²⁸³ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 289. سعيد سعد عبد السلام، مصادر الالتزام المدني، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، مصر، 2003، ص 198.

²⁸⁴ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 54.

²⁸⁵ رضا متولي وهذان، المرجع السابق، ص 171.

²⁸⁶ خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 124.
(H) Mazeaud, (L) Mazeaud, (J) Mazeaud, (F) Chabas, Leçons de droit civil, op.cit, p 872.

الحق أو الشيء، وعقد التأمين من شأنه أن يؤمن الحق المستخلف فيه من المخاطر المؤمن منها ويظهر من هذين العقدين معنى أن يكون الحق المستخلف فيه متصلا بالحق أو الالتزام المنقول إلى السلف²⁸⁷.

وعليه يستخلص مما سبق أنه لا يمكن أن تثار مسألة انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص إلا إذا وافر شرطان وهما: أولا: أن يكون العقد قد أبرم في شأن الشيء المستخلف فيه، حيث لا ينصرف إلى الخلف الخاص إلا آثار العقود التي تمس نفس الشيء الذي انتقل إلى الخلف. أما إذا كان العقد الذي يبرمه العاقد لا يتصل بهذا الشيء أدنى صلة فإن آثاره لا تنصرف إلى الخلف الخاص²⁸⁸، وثانيا: أن يكون العقد قد أبرم قبل انتقال الشيء المستخلف فيه إلى الخلف الخاص، وسنفضل لاحقا في شرط الأسبقية.

ثانيا: أن تكون الحقوق والواجبات من مستلزمات الشيء:

نصت على هذا الشرط صراحة المادة 109 من القانون المدني " ...فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى الخلف الخاص في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته..."، وهذا الشرط من الأهمية بمكان حيث يضع الحدود لكيفية سريان لعقود لأن هذه المستلزمات ليست نوعا جديدا من الحقوق والالتزامات التي يتم انتقالها من السلف إلى الخلف الخاص ولكنها هي نفس الحقوق والالتزامات الأصلية التي تكون الالتزامات المستخلف عليها من مستلزماتها²⁸⁹.

وضع الدكتور السنهاوري معيارا يمكن الرجوع إليه للقول إذا كان أثر العقد يسري على الخلف الخاص من عدم ذلك، وهذا المعيار هو معيار "مكملات الحق ومحدداته" وهو ذات المعيار الذي أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 109 من القانون المدني وقد ورد تحت مسمى المستلزمات، ولا اختلاف بين الاصطلاحين إلا بالألفاظ²⁹⁰، وإن كان المشرع لم يحدد ما هي مستلزمات الشيء الذي انتقل من السلف إلى الخلف الخاص، وعلى ذلك وضع الفقه المعيار السابق والذي يحدد بموجبه، متى يعتبر الحق أو الالتزام من مستلزمات الشيء، وبالتالي فالحقوق والالتزامات التي تنتقل إلى الخلف الخاص هي التي يمكن اعتبارها من مستلزمات الشيء الذي انتقل إليه، ويعتبر الحق من مستلزمات الشيء إذا كان مكملا له كعقود التأمين مثلا، ويعتبر الالتزام من مستلزمات الشيء إذا كان يحد من حرية الانتفاع به من مثل قيود البناء الاتفاقية²⁹¹.

²⁸⁷ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 182.

²⁸⁸ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 547. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 116.

²⁸⁹ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 182_183. سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص 198.

(A) Bencheneb, op.cit , P258.

²⁹⁰ خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 126.

²⁹¹ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 209.

وعليه يراد بهذا المعيار حسب ما ذهب إليه الدكتور السنهاوري أنه: تكون الحقوق التي ولدها العقد من مكملات الشيء الذي انتقل إلى الخلف، وحيث تكون الالتزامات التي أنشأها العقد من محدّدات هذا الشيء، فإن الحقوق والالتزامات تنتقل إلى الخلف، وإلا فإنها لا تنتقل. و يبرر ذلك أن الحقوق المكملّة للشيء إنما هي في واقع الأمر تعتبر من توابع هذا الشيء، والتابع ينتقل مع الأصل. أما الالتزامات التي تحدد الشيء فيجب أن تنتقل أيضا معه، لأن السلف لا يستطيع أن ينقل إلى الخلف أكثر مما يملك²⁹².

وعليه نتساءل متى يعتبر الحق من مكملات الشيء؟ ومتى يعتبر الالتزام من محدّداته؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عليه تفصيلا فيما يلي.

أ. الحقوق المكملّة للشيء:

إذا كانت الحقوق الشخصية التي نشأت من تصرف السلف مكملّة للشيء (المال) فإنها تنتقل إلى الخلف الخاص، وتعتبر الحقوق مكملّة للشيء إذا كان من شأنها حفظ المال ودرء الضرر عنه²⁹³.

وتكون الحقوق من مستلزمات الشيء الذي انتقل الذي انتقل إلى الخلف الخاص، إذا توافرت فيها ثلاثة شروط وهي كما يلي:

1. أن يكون الحق مكملًا للشيء، بأن يكون من شأنه حفظه، كما هو الحال في الحقوق الناشئة عن عقد التأمين على المبيع، أو خدمته، كما هو الحال في الحق الناشئ عن عقد يلزم أحد المتعاقدين بترتيب ارتفاع لخدمة العقار المبيع²⁹⁴.
2. أن يكون الحق مما لا يمكن أن يستعمله سوى من يكون مالكا للشيء²⁹⁵.
3. أن يكون الشيء محل الاعتبار في تقرير الحق وليس شخص السلف²⁹⁶.

وتعبر هذه الشروط الثلاثة على فكرة تبعية الحق للشيء، وعلى ذلك فإن الحقوق المكملّة للشيء، والتي تعتبر من مستلزمات الحق المنقول من السلف إلى الخلف الخاص هي كما يلي:

- الحقوق العينية التي ترتبت لمصلحة الحق المنقول، فإذا كان السلف قد رتب بموجب عقد سابق على وقت انتقال الحق حقا من حقوق الارتفاق المقررة قانونا، من مثل

²⁹² عبد الرزاق أحمد السنهاوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة نشر، ص 741.

²⁹³ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 56. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 437.

²⁹⁴ مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 262. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 288.

²⁹⁵ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 290.

²⁹⁶ مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 262.

حق المرور للعين محل الاستخلاف، فإن الخلف الخاص الذي تنتقل إليه ملكية هذه العين، يتلقى حق المرور تابعا لحق الملكية الذي انتقل إليه²⁹⁷.

- الحقوق الشخصية المتولدة عن عقد صدر من السلف، وكان الغرض منه درء الضرر عن الشيء. لأن الحق المقصود به وقاية الشيء من الضرر يعد مكملا للشيء، إذ هو يحفظه كما في التأمينات، فإذا تعاقد شخص مع شركة للتأمين على منزل ضد الحريق، ثم باع المنزل، فإن الحق في التأمين ينتقل مع المنزل إلى المشتري²⁹⁸، كذلك إذا أبرم تاجر اتفاقا بعدم المنافسة مع شخص آخر. فإن الحقوق الناشئة عن هذا الاتفاق تنتقل إلى مشتري المحل التجاري²⁹⁹، كذلك حق المشتري في دعوى ضمان الاستحقاق وضمان العيوب فإن هذه الدعاوى تنتقل إليه لأنه يخلف البائع في الحق المبيع وبالتالي فإن هذه الدعاوى هي حقوق شخصية تعتبر من مستلزمات المبيع المكمل له³⁰⁰.

- الحقوق التي من شأنها أن تكون تأمينا للشيء، سواء كان هذا التأمين شخصيا من مثل الكفالة أو عينيا من مثل الرهن الرسمي³⁰¹، وذلك لأن التأمين يعد مكملا للشيء، إذ هو يحفظه ويدعمه ويقويه³⁰².

إذا كانت هذه الحقوق تعتبر من الحقوق المكملة للحق المستخلف فيه حسب شرط المستلزمات وتنتقل معه، فإن هناك حقوقا مشابهة لها ولكن لا يمكن اعتبارها من الحقوق المكملة، وعلى ذلك لا تنتقل إلى الخلف الخاص، وهي التي يعبر عنها باسم الحقوق غير المكملة للشيء.

وبالتالي تكون الحقوق غير المكملة للشيء:

إذا كانت الحقوق غير مكملة للشيء، بالمفهوم الذي تقدم ذكره، أي بأن أمكن فصلها عن الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص حيث تكون للحقوق وجود مستقل عن الشيء³⁰³، فلا تنتقل إلى هذا الأخير وعلى ذلك تعتبر الحقوق غير مكملة للحق في الأحوال التالية:

- إذا لم يكن من شأن الحق تقوية الشيء الذي انتقل إلى الخلف، ولم يكن من شأنه أن يدرأ الخطر عنه. ومثال ذلك، أن يكون السلف قد تعاقد مع مقاول على بناء مسكن

²⁹⁷ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 184. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 118.

²⁹⁸ عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد، المرجع السابق، ص 742. عبتوت سيد بلحاجم، المرجع السابق، ص 71.

²⁹⁹ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 118. (H) Mazeaud, (L) Mazeaud, (J) Mazeaud, (F) Chabas, Leçons de droit civil, op.cit, p 872.

³⁰⁰ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 184. (H) Mazeaud, (L) Mazeaud, (J) Mazeaud, (F) Chabas, Leçons de droit civil, op.cit, p 872.

³⁰¹ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 56. الفصائلي الطيب، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 153.

³⁰² زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 39.

على الأرض التي يملكها والتي انتقلت إلى الخلف الخاص، فحق البائع نحو المفاوض لا ينتقل إلى الخلف الخاص، لأنه لا يعتبر مكملاً للأرض المبيعة، و ليس من شأنه أن يقوي الأرض كما في التأمينات، والضمان ومنع المنافسة³⁰⁴.

- عندما تكون شخصية السلف محل اعتبار حين التعاقد، فالحق لا ينتقل من السلف إلى الخلف الخاص لاتصاله بشخصية السلف، ومثال ذلك، إذا اشترى طبيب أرضاً وأقام عليها مستشفى متنقلاً، ثم تعاقد مع أحد الشركات لتوريد المعدات والأدوية اللازمة للمستشفى، ثم باع الطبيب الأرض، فحق التوريد للمعدات والأدوية لا ينتقل إلى الخلف الخاص (مشتري الأرض) بعد نقل المستشفى، لأن هذا الحق متصل بشخص الطبيب وليس بالأرض التي انتقلت ملكيتها إلى المشتري الذي خلف البائع (الطبيب) في ملكية الأرض فقط³⁰⁵.

ب. الالتزامات المحددة للشيء:

أما عن انتقال الالتزامات فيلزم لها ما يلزم انتقال الحقوق، من أن تكون من مستلزمات الشيء المستخلف فيه. وتعتبر الالتزامات من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص إذا توافرت فيها ثلاثة شروط هي كما يلي:

1. أن يكون الالتزام محددًا للحق الذي انتقل إلى الخلف الخاص، بحيث يقيد من استعمال الشيء الوارد عليه أو يغل اليد عن مباشرة بعض سلطات الحق الوارد عليه، مثلما هو الحال مثلاً في الالتزام بعدم البناء إلا إلى ارتفاع معين³⁰⁶.
2. أن يكون الالتزام مما لا يمكن تنفيذه عينا إلا ممن ينتقل إليه الشيء³⁰⁷.
3. أن يكون تقرير الالتزام قد روعي فيه الشيء ذاته وليس شخص السلف³⁰⁸.

تعبّر هذه الشروط الثلاثة كذلك على فكرة تبعية الالتزام للشيء لأنه يحد منه ويتقرر بالنظر إلى الشيء، ولا يمكن تنفيذه عينا إلا من قبل الخلف الذي انتقل إليه هذا الشيء. وعلى هذا النحو يعتبر من مستلزمات الشيء وينتقل من ثم إلى الخلف الخاص ما يلي:

³⁰⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد، المرجع السابق، ص 743. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني -في الالتزامات- الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 588.

³⁰⁵ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 184. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 57_58. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني -في الالتزامات- الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 588.

³⁰⁶ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 537. الفصايلي الطيب، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 154. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني -في الالتزامات- الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 588-589.

³⁰⁷ مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 265.

³⁰⁸ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 292.

- الحقوق العينية المقررة على الشيء المنقول والمشهرة والمقيدة وفقا للقانون، من مثل حق الرهن وحقوق الارتفاق السلبية أي تلك التي تحد من الارتفاق بالشيء، فإذا كان السلف قد رتب بموجب عقد ارتفاق على أرض خاصة به، ثم باع مثلاً هذه الأرض فإن هذه الأخيرة تنتقل إلى الخلف الخاص مثقلة بحق الارتفاق³⁰⁹، وتعد من قبيل حقوق الارتفاق كذلك قيود البناء التي من شأنها تقييد حق المالك في البناء بعدم تجاوز حد معين في الارتفاع أو بعدم البناء في مساحة الأرض كلها، هذه الالتزامات تنتقل من السلف إلى الخلف الخاص، لأنها التزامات مقررة على الشيء وهي محددة له.
- الالتزام الذي يقيد السلف بأن يستعمل ملكه على نحو معين³¹⁰، ومثال ذلك، التزام السلف بموجب عقد، بعدم استعمال المنزل الذي يملكه في حي للسكن كمقهى، أو مطعم أو محل تجارة أو غير ذلك، ينتقل إلى الخلف الخاص ويتقيد به، ومثال ذلك أيضاً شراء شخص أرض معينة في حي سكني، وكان البائع قد التزم أمام جيرانه بعدم البناء عليها لأكثر من ارتفاع معين، أو التزمه بترك مسافة معينة بينه وبين جيرانه الملاصقين له، بدون بناء فإن التزمه هذا ينتقل إلى خلفه الخاص³¹¹.
- التزام السلف الذي يغل يده عن استعمال بعض حقوق المالك. كمن اشترى أرضاً من شركة تعمل في استخراج المعادن وتنقيتها، فاشتترطت عليه الشركة ألا يرجع عليها بتعويض إذا أصابه ضرر بسبب ما تقوم به الشركة من الأعمال، لأن مثل هذا القيد يحدد من حقوق المالك، فينتقل مع الأرض إلى الخلف³¹².
- الالتزامات التي يقرر المشرع انصرافها إلى الخلف الخاص بنص صريح في القانون³¹³.
- الالتزامات التي يتفق بين السلف والخلف الخاص على انتقالها إليه³¹⁴.

وبالتالي تكون الالتزامات غير المحددة للشيء:

إذا كانت الالتزامات السابق ذكرها تعتبر من الالتزامات المحددة للالتزام محل الاستخلاف حسب شرط المستلزمات، فإن هناك التزامات مشابهة لها لكن لا يمكن نقلها إلى الخلف الخاص، بل تبقى الالتزامات في ذمة السلف أو تنقضي تبعا لنية المتعاقدين، لأنها

³⁰⁹ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 210. رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 185.

³¹⁰ عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول، المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، المرجع السابق، ص 26.

³¹¹ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 58.

³¹² عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد، المرجع السابق، ص 744.

³¹³ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 186. عبتوت سيد بلحاكم، المرجع السابق، ص 72.

³¹⁴ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 211.

التزامات لا تحد من حرية الانتفاع بالشيء³¹⁵، وتكون الالتزامات غير مقيدة للشيء في الأحوال الآتية:

- إذا لم يكن من شأن الالتزام أن يلزم السلف باستعمال الشيء على نحو معين، وليس من شأنه كذلك أن يغل يده عن استعمال بعض حقوق المالك ولا تثقل العين أو تمنع استعمال بعض حقوقها، ومثال ذلك، اتفاق أصحاب مهنة معينة على عدم فتح محلاتهم في يوم معين من كل أسبوع، ثم باع أحدهم محله إلى آخر، فلا ينتقل التزامه إلى المشتري³¹⁶. كذلك التزام السلف بتعاقد مع أحد المقاولين لإقامة بناء على الأرض التي انتقلت إلى الخلف، فإن التزامه لا ينتقل إلى الخلف لأنه التزام لا يثقل العين ولا يحد من استعمالها وكانت شخصية السلف محل اعتبار في هذا الالتزام ولا محل لها هنا حيث الاعتبار للعين³¹⁷.
- إذا كانت شخصية السلف محل اعتبار وقت نشوء الالتزام، أو كانت قد روعيت فيه صفة خاصة عند التعاقد، لأن الالتزام في هذه الحالة لا يكون محددا للشيء بل ملتصقا بشخص الملتزم³¹⁸، ومثال ذلك، الشخص الذي يبيع حصة شائعة في دار إلى مهندس معماري، واشترط عليه تعمير الدار كلما احتاجت إلى ذلك، ثم باع المهندس حصته في الدار إلى شخص ثالث، فلا ينتقل التزامه بالتعمير إلى المشتري الثاني، لأن الالتزام كان قائما على صفة خاصة في المشتري الأول وهي صفة المهندس³¹⁹.

هذا ولا بد من القول أنه كثيرا ما يكون العقد الذي أبرمه السلف ملزما للجانبين، أي يترتب عليه عدة حقوق والتزامات متبادلة ومتراصة على نحو يصعب الفصل بينهما، ومن ثم فإذا كانت الحقوق الناشئة عن العقد من مستلزمات الشيء، فإن الالتزامات المقابلة لها تكون من المستلزمات أيضا، لهذا فإنه إذا طالب الخلف الخاص بحقه كان للطرف الآخر أن يدفع هذه المطالبة بعدم تنفيذ الالتزام المقابل، وبناء عليه فإن تحديد ما إذا كانت آثار العقد تنتقل إلى الخلف الخاص يتوقف على مجموع ما يترتب من حقوق والتزامات وما يقوم بينهما من ارتباط وليس بالنظر إلى كل منها على حده³²⁰.

ثالثا: علم الخلف الخاص:

³¹⁵ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - في الالتزامات - الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 589.

³¹⁶ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 59.

³¹⁷ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 187. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 119.

³¹⁸ عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد، المرجع السابق، ص 746.

³¹⁹ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 59_60.

³²⁰ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 293.

لا يكفي أن تكون الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء حتى يلزم الخلف الخاص بها، بل يجب كذلك أن يكون عالما بها وقت انتقال الشيء إليه، وإلا فلا تنتقل إليه³²¹.

ثم أن العلم المطلوب هو العلم الحقيقي وليس مجرد افتراض العلم- العلم الحكمي-، فإذا كان بوسع الخلف الخاص أن يكون عالما بالحقوق أو الالتزامات وقت انتقالها إليه إلا أنه لم يعلم بها فعلا، فلا تنصرف إليه آثار العقد³²²، هذا ويغني عن العلم أن تكون إجراءات الشهر بالنسبة للحقوق الواجبة الشهر قد اتخذت كالتسجيل في الحقوق العينية الأصلية والقيد في الحقوق العينية التبعية³²³، ويغني كذلك عن إثبات العلم مطالبة الخلف الخاص للغير بالحقوق الناشئة عن العقد الذي أبرمه معه السلف، بل يؤكد قبوله للالتزامات الناشئة عن ذلك العقد والمرتبطة بالحقوق التي يطالب بها³²⁴.

يرى بعض الفقه أن أهمية العلم تظهر بالنسبة للالتزامات المترتبة على تصرف السلف، لأنها قيود تنتقل إلى ذمة الخلف الخاص فمن العدل أن يكون عالما بها وقت انتقالها إليه³²⁵، ثم أن هذا الانتقال لا يصح إلا بإرادة من تنتقل إليه أو على الأقل علمه الحقيقي الذي يفهم منه افتراض إرادة القبول³²⁶، إذ قد يترتب على علمه بهذه الالتزامات إحجامه عن التعاقد، خاصة وأن الالتزام لا ينشأ في ذمة الشخص إلا بنص القانون أو بموجب الإرادة الصحيحة، وما دام العقد من الالتزامات التي مصدرها الإرادة فلا بد من علم الخلف الخاص بها حتى تنتقل إليه³²⁷، ومتى علم الخلف الخاص بالالتزامات التي رضي بها سلفه اعتبر قابلا لها وبالتالي وقع عليه عبء تنفيذها، فتكون بالتالي الحكمة من هذا الشرط بالنسبة للالتزامات هي حماية الخلف الخاص³²⁸، وعلى هذا اشترط أن يكون العلم حقيقيا فعلم الخلف الخاص يعني أنه قبول ضمني للالتزام قد يؤدي إلى افتراض إرادة ضمنية غير موجودة³²⁹.

³²¹ خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 125.

(A) Bencheneb, op.cit , P258.

³²² علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 407. العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 212. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 288.

³²³ عبتوت سيد بلحاجم، المرجع السابق، ص 75. سمير عبد السيد تناعو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 120.

³²⁴ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 289.

³²⁵ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 553.

³²⁶ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 288. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 61. محمدي سليمان، المرجع السابق، ص 126.

³²⁷ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 61.

³²⁸ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 189.

³²⁹ زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 154. محمدي سليمان، المرجع السابق، ص 126.

في حين أن اشتراط العلم لا يكون مفهوما بالنسبة للحقوق التي يستفيد منها كما يفقد أهميته إذا كانت هذه الحقوق في مصلحته وكانت دون مقابل فهي ميزات للخلف تزيد من قيمة الشيء وعلى هذا الأساس لا يشترط العلم بها للإفادة منها، كما أنه لا ضرر عليه من عدم علمه بها وقت انتقال المال إليه، فمن يشتري عقارا ثم يكتشف فيما بعد أن له حق ارتفاق بالمطل كان البائع قد تعاقد عليه مع الجار³³⁰، وعلى الأساس ذهب جانب من الفقه إلى القول بعدم اشتراط علم الخلف الخاص بهذه الحقوق، أو على الأقل عدم اشتراط علمه بها وقت انتقال الشيء إليه، حيث يكفي علمه اللاحق الذي يستخلص بمجرد مطالبة الحقوق المتصلة بالشيء بعد انتقاله إليه³³¹، وله من ناحية أخرى أنه يجوز له أن يتنازل عنها أو أن لا يتمسك بها³³².

كما أنه متى كان الحق الذي انتقل إلى الخلف يرتبط بالتزام مقابل له، من مثل عقد البيع، وطالب الخلف الخاص بالحق، فإنه للمتعاقد الآخر أن يتمسك بالتزام المقابل للحق، ولو لم يكن الخلف يعلم به وقت انتقال الشيء إليه، ويكون ذلك في شكل دفع بعدم التنفيذ³³³. حيث لا يتصور أن يتمسك الخلف الخاص بالحقوق الناشئة عن عقد سلفه، ثم يفرض التحمل بالتزامات المرتبطة بها على أساس عدم علمه بها وقت الشراء فمطالبة الخلف الخاص بحقوقه الناشئة عن العقد، يتضمن حتما علمه بالعقد وما ينتج عنه من آثار وتعد قبولا له³³⁴، فإذا كان البائع قد أبرم تأمينا على المبيع قبل البيع، فإن المشتري لا يستطيع الاستفادة من التأمين دون التحمل بالأقساط الواجبة السداد³³⁵، أو إذا كانت تلك الالتزامات تحد من حرية الانتفاع بالشيء كما هو الشأن في الالتزام بعدم البناء.

غير أنه من جهة أخرى يرى بعض الفقه الآخر أن العلم يشترط في الحقوق مثلما يشترط في الالتزامات ذلك أنه بالرجوع إلى نص المادة 109 من القانون المدني لا نجدها تستثنى الحقوق عن الالتزامات، بل أنها نصت صراحة على ضرورة علم الخلف الخاص بالحقوق والالتزامات حتى يمكن القول بانتقالها إليه، كما يبررون ما يذهبون إليه بحجة أخرى مفادها أن الإنسان غير ملزم بقبول مال جبرا عنه، إلا في حالة تلقيه الميراث³³⁶.

ويكون من مصلحة الخلف الدفع بعدم امتداد أثر العقد الذي أبرمه السلف إليه محتجا بعدم علمه بهذا الالتزام وقت نشوء حقه، وترتبيا على ذلك يقع عبء إثبات علم الخلف الخاص بالالتزام على عاتق الغير المتعاقد مع السلف، لأنه يفترض أن هذا الغير هو الذي يطالب الخلف الخاص بتنفيذ التزام سلفه. ومن ثم يقع عليه عبء إثبات توافر شروط انتقال

³³⁰ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 288.

³³¹ سمير عبد السيد تناعو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 120.

³³² ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 61.

³³³ سمير عبد السيد تناعو، مصادر الالتزام، ص 120.

³³⁴ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 289.

³³⁵ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 288_289.

³³⁶ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 288_289.

هذا الالتزام إليه، ومن بين هذه الشروط، شرط العلم³³⁷. غير أنه إذا كانت الدعوى مقامة من الخلف مطالباً فيها بحقوق السلف فإن عليه هو أن يثبت علمه بوجود تلك الحقوق. ولما كان العلم مطلوباً لا اعتباره قرينة قانونية على القبول، ولما كانت مطالبة الخلف الخاص بهذه الحقوق تتضمن قبولاً لها، فهي بذلك تغني عن إثبات العلم، أو على الأقل ينتقل بسببها عبء الإثبات، ويلقى على عاتق المدعى عليه عبء نفي العلم³³⁸.

رابعاً: أن يكون تصرف السلف سابقاً على انتقال المال إلى الخلف الخاص:

هذا الشرط لم يرد في نص المادة 109 من القانون المدني بشكل صريح، لأنه شرط منطقي يمكن استفادته من الغرض الذي تهدف إليه المادة 109 المحددة لأحكام الخلافة الخاصة، وعليه متى كان الغرض من نص المادة المذكورة هو انتقال الحقوق والالتزامات المتصلة بالمال المنقول من السلف إلى الخلف الخاص بموجب العقد الذي يبرم بينهما فإنه من الواجب أن تكون ملكية السلف لهذا المال والحقوق والالتزامات الثابتة له، وأن تكون ملكيته ثابتة بموجب تصرف سابق على العقد الناقل لها، لذا فإن شرط الأسبقية لملك السلف يستفاد من مفهوم المادة³³⁹.

يراد بهذا الشرط، أن يكون التصرف الذي أبرمه السلف، والذي ترتبت عليه الحقوق والالتزامات أسبق في تاريخ انعقاده على تاريخ انعقاد التصرف الذي نقل الحق المستخلف فيه إلى الخلف الخاص³⁴⁰، بمعنى أن يكون العقد الذي أنشأ الحقوق والالتزامات التي يقع بشأنها الاستخلاف سابق في إبرامه على انتقال الشيء من السلف إلى الخلف.

وعليه فإن ما ترتب من حقوق والتزامات قبل تاريخ انتقال الحق المستخلف فيه إلى الخلف الخاص، هو فقط الذي يمكن انتقاله إلى الخلف الخاص بشرط توافر جملة الشروط الأخرى المنصوص عليها في المادة 109 من القانون المدني، وأنه لا يمكن بأي حال من الأحوال إذا كان تصرف السلف لاحقاً لانتقال المال أن ينصرف أثر التصرف إلى الخلف الخاص، ذلك لأن السلف حينئذ لا يحق له أن يتصرف في مال خرج من ذمته³⁴¹ من مثل البائع الذي يؤجر العقار الذي باعه بعد أن انتقلت ملكيته للمشتري، فلا ينفذ عقد الإيجار في حق المشتري هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن الخلف الخاص عندما تلقى المال المستخلف فيه كان التصرف الذي رتب هذه الحقوق والالتزامات موجوداً ومتصلاً بالحق، أما ما تم

³³⁷ مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 266.

³³⁸ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 61.

³³⁹ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 189.

عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 547.

³⁴⁰ خليل أحمد حسن ققادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 124. رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 190.

³⁴¹ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 539. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 287.

ترتيبه من حقوق والتزامات بعد تاريخ انتقال الحق المستخلف فيه فلا تنتقل إلى الخلف الخاص لا الحقوق ولا الالتزامات، أي لا يحتج بها عليه ولا يمكنه أن يتمسك بها للاستفادة منها وذلك ولو توافرت الشرط الأخرى التي نصت عليها المادة 109 من القانون المدني، وذلك لعدم وجود هذه الحقوق والالتزامات وقت انتقال الحق المستخلف فيه إلى الخلف الخاص³⁴².

غير أنه يمكن للخلف الخاص أن يجيز تصرف السلف الذي أبرمه بعد انتقال المال المستخلف فيه إليه، ليتحمل آثاره ابتداءً، وليس على أساس قواعد الخلافة الخاصة³⁴³.

على أنه من المهم القول أن شرط أسبقية تصرف السلف على انتقال الحق إلى الخلف الخاص، يفرض أن تتحقق هذه الأسبقية قانوناً، ولكي يكون الأمر كذلك لابد أن يكون تصرف السلف ثابت التاريخ قبل انتقال المال إلى الخلف الخاص، وإذا كان الأمر عادياً بالنسبة للسندات الرسمية فإنه يثير جدلاً فقهيًا بالنسبة للأوراق العرفية ومدى حجيتها وخاصة إذا أنشأت هذه الأخيرة حقاً للغير متصلاً بالحق المستخلف فيه وكان تصرف السلف ثابتاً في ورقة عرفية، فإلى أي مدى يمكن للغير الاحتجاج بحقه الثابت في الورقة العرفية في مواجهة الخلف الخاص للمتعاقد معه؟ أخذاً في الاعتبار أن تاريخ السند العرفي يمكن التلاعب فيه من قبل السلف ومن تعامل معه تقديمًا وتأخيراً .

أخذاً بمفهوم المادة 328 من القانون المدني³⁴⁴ فإن الخلف الخاص يعتبر من الغير بالنسبة للورقة العرفية الصادرة من سلفه في شأن المال الذي انتقل إليه، إذا كان تاريخ الورقة غير ثابت، ويكون من حق الخلف الخاص أن يتمسك بعدم ثبوته، وبالتالي تعتبر الورقة وكأنها غير موجودة بالنسبة إليه، فلا ينفذ في حقه التصرف المثبت فيها³⁴⁵، ولأن هذا الحكم مقرر لحماية الغير وليس مفروضاً عليه، فإن الخلف الخاص يستطيع أن يتنازل عن الاحتجاج به ويتمسك بالتصرف المثبت في الورقة فينصرف أثره إليه، على أنه يكون من

³⁴² خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 125. عبتوت سيد بلحاجم، المرجع السابق، ص 76.

³⁴³ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 63.

³⁴⁴ تنص المادة 328 من القانون المدني " لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابتاً ابتداءً:

- من يوم تسجيله،
- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام،
- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص،
- من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط وإمضاء."

³⁴⁵ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - في الالتزامات- الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 586. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 287.

مصلحة السلف أن يتمسك بما ثبت في الورقة العرفية متى كان تصرف السلف يكسبه حقا يتصل بالمال الذي انتقل إليه³⁴⁶.

كما لنا أن نتساءل عما إذا كان يشترط لتمسك الخلف الخاص بأحكام المادة 328 من القانون المدني، أن يكون حسن النية، بمعنى أنه يجهل وجود سند عادي وقت انتقال الحقوق والالتزامات إليه، أم أنه لا يشترط عدم علمه، وأن علمه أو جهله سيان في الحكم؟ يرى بعض الفقه أنه حتى يتمسك الخلف الخاص

بالورقة العرفية لا بد أن يكون حسن النية أي أنه يجهل وجود المحرر العرفي وقت انتقال الحقوق والالتزامات إليه، فإذا تمسك الطرف الآخر بالورقة العرفية وأنكر الخلف الخاص كان على الطرف الآخر أن يقيم الدليل على سوء نية الخلف الخاص أي أن يثبت أن الخلف الخاص كان يعلم بوجود المحرر العرفي، ذلك أن المادة 328 من القانون المدني قررت لحماية حسن النية وليس سيء النية الذي يتخذ القانون ستارا لارتكاب الغش، ولا يصلح أن يستفيد الغاش من غشه، ثم أن التعداد الذي تضمنته المادة 328 من القانون المدني جاء على سبيل المثال لا الحصر³⁴⁷. أما البعض الآخر من الفقه فيعتبرون أنه يغني عن ثبوت التاريخ علم الخلف الخاص بالتمسك بالسلف، وعليه متى علم الخلف أن سلفه قد أبرم العقد المتعلق بالمال الذي انتقل إليه، فإن هذا العقد يسري في حقه دون حاجة لاشتراط ثبوت تاريخه، ذلك أن العلم من جانب الخلف الخاص يقوم مقام ثبوت التاريخ ويعد طريقا من طرق إثبات تاريخ الورقة العرفية فتصبح الورقة العرفية حجة عليه وقت علمه بها بوصفه خلفا خاصا، هذا ما لم يوجد نص خاص يقضي بخلاف ذلك أي يشترط أن يكون التاريخ ثابتا³⁴⁸.

إن شرط الأسبقية في التاريخ اقتضته مصلحة الخلف الخاص حماية له من كل التصرفات الضارة التي يعقدها السلف وتكون متصلة بالحق المستخلف فيه وهذه الأسبقية تقتضي ثبوت التاريخ ثبوتا رسميا لتصرف السلف المنشئ للالتزامات أو الحقوق سواء كانت له أو عليه³⁴⁹.

نستخلص مما سبق ومن عرضنا لشروط انتقال الحقوق والالتزامات بالنسبة للخلف الخاص أن هذا الأخير يعتبر من الغير ولكن نتيجة لانتقال الحقوق والالتزامات وتوابعهما وملحقاتهما إليه من السلف، يعتبر الخلف الخاص غيرا معنيا بالعقد فيصير بمثابة السلف المتعاقد فعلا، وقد خوله القانون حق الاعتراض في حالة تعارض حقه مع حق المتعاقد السلف، وأنه لا تنتقل إليه العين مثقلة بالتكاليف العينية إلا إذا كانت تلك التكاليف مشهورة، كما أنه لا يلتزم بالالتزامات الشخصية، ولا يمكن افتراض رضائه بها، إلا إذا ألزمته بها قوة

³⁴⁶ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 539. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 116.

³⁴⁷ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 192.

³⁴⁸ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 288.

³⁴⁹ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 192. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 66.

نص قانوني كما في حالة الانتقال القانوني لعقود الإيجار، فهو يلتزم في حدود العين التي انتقلت إليه ويظل غيرا بالنسبة لبقية العقود.

الفصل الثاني: عدم انصراف آثار العقد إلى الغير:

تطبيقا لقاعدة نسبية آثار العقود فالمبدأ العام أن آثار العقد من حقوق والتزامات لا تنصرف إلى الغير، ويعد غيرا في هذا الصدد كل أجنبي عن العقد، وعن طرفيه، فلم يشتركوا فيه ولم يكونوا ممثلين فيه، فالغير فيما يتعلق بآثار إما أنه يدخل أصلا في طائفة الخلف أو الدائنين، ولكنه ينقلب غيرا بصفة استثنائية في حالات خاصة، وهذا الفريق يعامل بحسب أصله إلى أن يثبت هو الظروف التي تسمح باعتباره غيرا سواء عن طريق الصورية أو بأن التصرف صدر في مرض الموت، أو صدوره إضرارا بالدائن، أو أنه أجنبي تماما عن العقد أي لم يكن لا خلفا ولا دائنا.

وقد قرر المشرع في نص المادة 113 من القانون المدني "لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا" قاعدة عامة تقضي بعدم انصراف أثر العقد إلى الغير، ثم نص في المادة 114 من نفس القانون على حالة خاصة هي حالة التعهد عن الغير، واعتبرها تطبيقا لمبدأ نسبية أثر العقد، مادام التعهد عن الغير معلقا على قبول المستفيد.

غير أنه ولا اعتبارات تتعلق بمتطلبات العدالة واستقرار التعامل، قد تقتضي على وجه الاستثناء بانصراف آثار العقد إلى الغير في حالات خاصة يقررها القانون، فإذا انصرفت إرادة المتعاقد إلى أن ما ينشأ عن العقد من حقوق يستفيد به الغير، نكون أمام ما يعرف بالاشتراط لمصلحة الغير.

سأتعرض في هذا الفصل إلى التعهد عن الغير كتطبيق لمبدأ نسبية العقد في المبحث الأول، بينما أتعرض إلى الاشتراط لمصلحة الغير كاستثناء وارد على الأثر النسبي للعقد في المبحث الثاني.

المبحث الأول: التعهد عن الغير

نص المشرع الجزائري في القانون المدني تحت عنوان آثار العقد على التعهد عن الغير ضمن نص المادة 114 من القانون المدني " إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعده، فإن رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به.

أما إذا قبل الغير هذا التعهد فإن قبوله لا ينتج أثرا إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد."

يتضح من نص المادة 114 من القانون المدني أن سريان آثار التعهد عن الغير في حق المتعهد عنه تبقى معلقة على شرط قبول التعهد، مما يجعل التعهد عن الغير تطبيقا لمبدأ نسبية أثر العقد الذي يقصر آثار العقد على طرفيه ذلك أن المتعهد بمجرد إقراره للعقد يصير طرفا فيه كما لو كان قد اشترك في إبرامه، وليس استثناء منه، وللوقوف على حقيقة هذا الطرح (التعهد عن الغير تطبيقا لمبدأ نسبية أثر العقد) يتطلب منا الأمر دراسة التعهد عن الغير ببيان مفهومه وأحكامه.

المطلب الأول: خصائص التزام المتعهد:

لتبين خصائص التزام المتعهد يتعين علينا الإحاطة بمفهوم التعهد عن الغير أتعرض في هذا المطلب إلى تعريفه وبيان أهميته العملية وشروطه القانونية ضمن الفرع الأول، وبعدها إلى تمييزه عن بعض الأنظمة القانونية المشابهة له في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف التعهد عن الغير:

أولا: تعريف التعهد عن الغير:

نص المشرع في المادة 114 من القانون المدني التعهد عن الغير « Promesse de porte – fort » محددًا أحكامه دون أن يعرفه، وعرفه الفقه على أنه " عقد يتعهد بموجبه شخص (المتعهد) نحو المتعاقد معه (المتعهد له) بأن يجعل شخصا ثالثا _ الغير _ يلتزم له بأمر معين كالامتناع عن عمل أو القيام بعمل"³⁵⁰، وعرف على أنه "اتفاق يتعهد فيه أحد

³⁵⁰ محمد الزين، المرجع السابق، ص 338.

طرفيه بأن يجعل شخصا من الغير يلتزم بالتزام معين قبل الطرف الآخر³⁵¹، ويراد به كذلك "بأن يتعهد شخص بحمل الغير على قبول الالتزام بأمر معين"³⁵².

والتعهد عن الغير عقد يبرم بين المتعهد والمتعهد له، ويجب أن تتوافر فيه الشروط المطلوبة في العقود عامة، فإذا انعقد صحيحا، تعين أن ينتج آثاره، وهو في غالب الأحيان ملزم لجانب واحد، إذا اقتصر التعهد على إلزام المتعهد بالحصول على موافقة الغير على قبول الالتزام بأمر ما³⁵³.

التعهد عن الغير بهذا المعنى هو تطبيق محض لقاعدة عدم انصراف أثر العقد إلى الغير، لأن التعهد بذاته لا ينشئ سوى التزام في ذمة المتعهد بالحصول على قبول الغير ورضاه، أما الغير فلا يلتزم بمقتضى العقد (التعهد) وإنما هو أجنبي عنه، وهو حر في قبول الالتزام أو رفضه³⁵⁴.

ومثاله أن يقوم شريك في مال مملوك على الشيوع بينه وبين آخر، بالتعهد عن هذا الشريك الذي قد يكون غائبا، بأن يحمله على بيع نصيبه في هذا المال، ولكن هذا التعهد لا يلزم الشريك الغائب فله أن يقبل أن يتعاقد مع المتعهد له، وله أن يرفض ذلك، باعتبار أنه لا يصح أن يلتزم باتفاق تم بين شريكه والمشتري.

تتحقق أهمية التعهد عن الغير في الحياة العملية، ويقصد من ورائه في الغالب معالجة موقف لا يمكن فيه الحصول على رضا ذوي الشأن لسبب ما فيلتزم عنه غيره. مثل ذلك شركاء في الشيوع يتصرفون في الشيء المشترك بينهم، ويريدون تجنب إجراءات القسمة القضائية، أو فيهم قاصر أو محجور عليه، ويريدون تجنب الإجراءات المقررة قانونا لأجل التصرف في حقوق هؤلاء الشركاء، أو كان فيهم شخص غائب ويخشون ضياع الصفقة في حالة الانتظار، في مثل هذه الأحوال يتعاقد الأشخاص الذين يصح لهم التعاقد: أولا عن أنفسهم، وثانيا ملتزمين عن غيرهم ممن لا يمكنه التعاقد لسبب من الأسباب المتقدمة³⁵⁵، وكأن يجاوز الوكيل حدود الوكالة في الحالة التي لا يستطيع فيها الحصول على إذن الموكل في شأنها في الوقت المناسب، فيستطيع تجاوز حدود الوكالة ويتعاقد باسمه تعهدا عن الموكل³⁵⁶.

وبناء على ما سبق نستخلص أن التعهد عن الغير يظهر في شكل صورتين وهما: إما أم يكون المتعهد طرفا في العقد ويتعهد عن شخص ثالث في الوقت ذاته، ومثاله الشريك الذي يبيع حصته في العين المملوكة على الشيوع ويتعهد للمشتري بأن يحمل الشريك الآخر على

³⁵¹ زاوي فريدة، المرجع السابق، ص 162.

³⁵² عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 548.

³⁵³ زاوي فريدة، المرجع السابق، ص 162.

³⁵⁴ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 128.

³⁵⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 866.

³⁵⁶ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 549.

بيع حصته هو الآخر. وإما أن يكون المتعهد أجنبيا عن العقد، ومثاله الوكيل الذي يجاوز حدود وكالته مع الأصيل(الموكل) يتعهد لمن يتعاقد معه بأن يحمل موكله على قبول العقد وإقراره³⁵⁷.

يتضح لنا من تعريف التعهد عن الغير أنه نظام يقوم على وجود ثلاثة أشخاص ويتعلق الأمر بكل من: أولا: المتعهد، وهو أحد طرفي عقد التعهد، حيث يتعهد للطرف الآخر المتعاقد معه بأن يجعل الغير يلتزم بالتزام معين لصالحه³⁵⁸، ثانيا: المتعهد له، وهو الطرف الآخر في عقد التعهد، وهو الذي يتم التعهد لصالحه. ثالثا: المتعهد عنه، وهو الشخص الذي يتم السعي للحصول على رضائه ليقبل الالتزام لصالح المتعهد له، وهو ليس طرفا في عقد التعهد عن الغير، بل الغير نفسه³⁵⁹.

ثانيا: شروط التعهد عن الغير:

يتبين من نص المادة 114 من القانون المدني أنه يشترط في التعهد عن الغير لكي يترتب عليه أثره، الشروط التالية:

أ. أن يتعاقد المتعهد باسمه هو لا باسم الغير الذي يتعهد عنه:

حتى نكون بصدد التعهد عن الغير وتتحقق آثاره، لا بد أن يتعاقد المتعهد باسمه ولحسابه الخاص، لا باسم أو لحساب الغير الأجنبي الذي يتعهد عنه³⁶⁰، بمعنى أن المتعهد يلتزم شخصا بأن يحصل على قبول الغير الأجنبي الذي يتعهد عنه.

ويرجع هذا الشرط على أساس أن المتعهد لم يحصل من هذا الغير على توكيل يوكله بالقيام بعمل معين، فالوكيل وحده الذي يتعاقد باسم الموكل ولحسابه، ولا يمكن اعتبار المتعهد فضوليا، فالفضولي يتعاقد باسم رب العمل ولمصلحته، فيلزمه بالعمل الذي قام به³⁶¹، بينما المتعهد يتعاقد باسمه وينصرف إليه أثر العقد.

ب. أن تتجه إرادة المتعهد إلى إلزام نفسه هو لا إلى إلزام الغير:

³⁵⁷ مزوغ ياقوتة، نطاق مبدأ نسبية أثر العقد بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة وهران، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، سنة 2015، ص 79.

³⁵⁸ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 303.

³⁵⁹ محمود عبد الرحيم الديب، مدى إلزام الغير بما لم يلتزم، دراسة لإشكالات التعهد عن الغير، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، بدون طبعة، وبدون سنة نشر، ص 14.

³⁶⁰ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 414. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 131.

³⁶¹ خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 128. عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول، المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، لمرجع السابق، ص 71.

يجب أن ينصرف قصد المتعهد إلى إلزام نفسه لا إلى إلزام الغير الأجنبي عن التعهد، حتى يكون لعقده أثر³⁶²، ويرجع هذا الشرط إلى الأحكام العامة في القانون التي تقضي بأنه لا يمكن إلزام شخص بعقد لم يكن طرفاً فيه³⁶³، ولا يمكن لأحد إلزام غيره بدون إرادته³⁶⁴ وإلى نص المادة 113 من القانون المدني " لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً".

وعلى ذلك، يعد باطلاً كل اتفاق يرمي إلى إلزام الغير بعقد لم يكن طرفاً فيه، وعليه متى تعاقد شخص باسمه وأراد إلزام الغير بتعاقده فإن هذا العقد يكون باطلاً لاستحالة المحل³⁶⁵.

وفي حالة قبول الغير للتعهد، فإن التزام الغير لا يكون مصدره تعاقد المتعهد، وإنما مصدره عقد آخر يتم بإقرار الغير للتعهد عنه، وعليه فالتعهد عن الغير ليس فيه خروج على القاعدة التي تقضي بأن العقد لا ينصرف أثره إلى الغير، فإن هذا التعهد لم يلزم الغير بل ألزم نفس المتعاقد³⁶⁶.

ت. أن يكون محل التزام المتعهد حمل الغير على قبول التعهد:

إن التزام المتعهد بحمل الغير على قبول التعهد لا يعتبر التزام ببذل عناية، بل هو التزام بتحقيق نتيجة، وهي حمل الغير المتعهد عنه على قبول مضمون التعهد، ولا يكفي مجرد السعي في ذلك، وعليه يعتبر مقصراً لمجرد أن الغير لم يقبل التعهد، ولا يعفيه من المسؤولية إثباته أنه بذل كل ما في وسعه لحمل الغير على قبول التعهد لكن الغير امتنع، وعليه فإن المتعهد ملزم بالحصول على قبول التعهد لا مجرد السعي في الحصول عليه³⁶⁷، جدير بالذكر أنه يمكن للمتعهد أن يدفع عن نفسه المسؤولية متى أثبت أن قوة القاهرة أدت إلى عدم تحقيق النتيجة التي التزم بتحقيقها من مثل موت الغير المتعهد عنه³⁶⁸.

³⁶² سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - في الالتزامات - الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 601. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 131.

³⁶³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 332.

³⁶⁴ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 414.
³⁶⁵ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، المرجع السابق، ص 217.

³⁶⁶ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات - نظرية العقد -، المرجع السابق، ص 867. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 131.

³⁶⁷ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات - نظرية العقد -، المرجع السابق، ص 867. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 549.

³⁶⁸ خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 128.

فإذا قبل الغير التعهد انقضى التزام المتعهد، فيكون المتعهد قد نفذ التزامه، ولا يكون على المتعهد بعد ذلك أن يكفل تنفيذ الغير للتعهد، ذلك أن المتعهد يكفل إيجاد الالتزام في ذمة الغير ولا يكفل تنفيذه³⁶⁹، ما لم يكن متعهدا وكفيلا³⁷⁰ ما دام ليس هناك ما يمنع من أن يكون المتعهد عن الغير متعهدا وكفيلا في نفس الوقت.

الفرع الثاني: التفرقة بين التعهد عن الغير وبعض الأنظمة المشابهة له:

بعد الوقوف على تعريف التعهد عن الغير واستخلاص شروطه، يتضح لنا أن نظام التعهد عن الغير يشتهر كثيرا مع بعض الأنظمة القانونية إلى الحد الذي يجعله يتداخل معها، إلا أنه يختلف عنها في نقاط أخرى تجعله يتميز عنها، ومن بين أهم هذه الأنظمة الوعد بالتعاقد، الفضالة، الوكالة، الكفالة مما اضطرنا إلى أن نميز بين التعهد عن الغير وهذه الأنظمة المشابهة له حتى ندرأ عن مفهوم التعهد عن الغير كل لبس أو غموض.

أولاً: التعهد عن الغير والوعد بالتعاقد:

لنميز بين التعهد عن الغير والوعد بالتعاقد ينبغي علينا أن نقف عند تعريف الوعد بالتعاقد وشروطه لنستخلص أوجه التشابه والاختلاف بين النظامين.

أ. تعريف الوعد بالتعاقد:

الوعد بالتعاقد هو "عقد بمقتضاه يلتزم شخص يسمى الواعد بقبول إبرام عقد آخر في المستقبل، مع شخص آخر يسمى الموعود له، إذا ما أظهر هذا الأخير إرادته في التعاقد خلال فترة معينة"³⁷¹، كما يعرف على أنه "عقد يلتزم فيه أحد الطرفين أو كلاهما بإبرام عقد في المستقبل إذا أظهر الموعود له رغبته في ذلك خلال المدة التي قد اتفقا عليها"³⁷²، والوعد بالتعاقد على هذا النحو قد يكون ملزما لجانب واحد، وإما ملزما للجانبين³⁷³، وللوعد بالتعاقد تطبيقات كثيرة في الحياة العملية من مثل الوعد بالبيع، والوعد بالشراء، الوعد بالرهن...

ب. شروط الوعد بالتعاقد:

- الوعد بالتعاقد عقد، ولهذا لا بد من توافر الشروط العامة لانعقاد العقد، فمتى كان العقد ملزما لجانب واحد، وهو الوضع الغالب، لا بد من توافر أهلية التعاقد، وخلو الإرادة من

³⁶⁹ نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 340. عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول، المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، لمرجع السابق، ص 72.

³⁷⁰ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 549.

³⁷¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 126.

³⁷² توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 92.

³⁷³ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 46.

العيوب وذلك أثناء الوعد، أما بالنسبة للموعد له فينظر إلى الأهلية خلو الإرادة من العيوب في وقت إبداء رغبته في إبرام العقد النهائي³⁷⁴.

- أن يرد الاتفاق في عقد الوعد على جميع المسائل الجوهرية للعقد الموعد بإبرامه، يراد بالمسائل الجوهرية أركان العقد وشروطه الأساسية التي لا غنى عن الاتفاق عليها لإبرام العقد³⁷⁵، أي تلك التي ما كان العقد ليتم بدونها، فمثلا بالنسبة لعقد البيع تتمثل المسائل الجوهرية في المبيع والثمن، وفي عقد الإيجار العين المؤجرة، ومدة الإيجار، والأجرة.

- لا بد من تعيين المدة التي يتعين إبرام العقد الموعد به فيها، وقد يكون هذا التعيين صريحا كما قد يكون ضمنا يستدل عليه من ظروف الحال، وإلا كان عقد الوعد باطلا³⁷⁶، ولا تستطيع المحكمة أن تكمل العقد بتحديد هذه المدة³⁷⁷.

- يشترط أن لصحة الوعد أن يكون شكليا إذا كان العقد المراد إبرامه شكليا طبقا لنص المادة 2/71 من القانون المدني³⁷⁸، بمعنى أنه يتعين لصحة عقد الوعد أن يتوافر فيه الشكل الذي يستلزمه القانون بالنسبة للعقد الموعد بإبرامه، لحكمة مفادها عدم التهرب من الشكل الذي قد يستلزمه القانون بالنسبة للعقد الأصلي، لأنه لو فرض أن الشكل لكم يراعى في عقد الوعد، ثم نكل الواعد وقاضاه الموعد له طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط الأخرى لتتمام العقد متوافرة، فإن الحكم متى حاز قوة الأمر المقضي فيه يقوم مقام العقد، فإذا كان الشكل قد تخلف استطاع الطرفان التخلص منه عن طرق عقد الوعد، وهو ما يعد تحايلا على القانون، إذ يتوصل الطرفان بشكل غير مباشر إلى التخلص من الشكل الذي قد يستلزمه القانون³⁷⁹.

ت. آثار الوعد بالتعاقد:

إذا توافرت شروط الوعد بالتعاقد ترتبت عليه جملة من الآثار من أهمها:

-التزام الواعد بالبقاء على وعده حتى يظهر الطرف الآخر رغبته في إبرام العقد خلال المدة المحددة في الوعد، و متى أظهر الطرف الآخر رغبته في إبرام العقد خلال هذه المدة تم العقد دون حاجة إلى أي إجراء جديد، لأن الوعد كان مشتملا على جميع العناصر الجوهرية للعقد وبما فيها الشكل إذا العقد من العقود الشكلية، ويستوي في ذلك أن يكون العقد ملزما لجانب واحد أو ملزما لجانبين³⁸⁰. و إذا توفي الواعد انتقلت التزاماته إلى ورثته الذين

³⁷⁴ توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 94.

³⁷⁵ همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، مصر 2004، ص 113.

³⁷⁶ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 129.

³⁷⁷ حميد بن شنييتي، نظرية الالتزامات-نظرية العقد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 77.

³⁷⁸ تنص المادة 2/71 من القانون المدني " وإذا اشترط القانون لتتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد."

³⁷⁹ توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 95. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 47.

³⁸⁰ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 139.

يظلون مرتبطين قبل الموعد له، وإذا مات الموعد له كان لورثته إبداء الرغبة مكان مورثهم فيتم العقد ، وذلك مع مراعاة ما تقضي به قواعد انصراف أثر العقد إلى الخلف العام، أي ما لم يتبين من العقد أو طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا العقد لا ينصرف إلى خلف المتعاقدين.

و لا بد من البيان إلى أنه إذا أبدى الموعد له رغبته بالقبول خلال المدة المعينة، فإن العقد الموعد به ينقذ منذ هذا الوقت فقط، دون أثر رجعي³⁸¹.

-يلتزم الواعد بتنفيذ التزاماته، فإذا امتنع عن ذلك رغم إبداء الموعد له قبوله للوعد، كان لهذا الأخير أن يلجأ إلى القضاء طالبا تنفيذ الوعد، وبعد تحري القاضي لشروط صحة العقد خاصة ما تعلق منها بالشكل وشروط إبداء الموعد له رغبته في إبرام العقد في المدة المتفق عليها، قام حكم القاضي مقام العقد³⁸²، طبقا لنص المادة 72 من القانون المدني³⁸³.

³⁸¹ توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، -نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 97.

³⁸² همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 119.

³⁸³ تنص المادة 72 من القانون المدني " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد."، هذا ويلاحظ الدكتور علي علي سليمان على نص المادة 72 من القانون المدني أنه أسقط شرطا هاما في الحكم لكي يقوم مقام العقد ويسوغ تسجيله، وهو الشرط الذي أتى به القانون المدني المصري والليبي، هو أن يصبح الحكم حائزا لقوة الأمر المقضي به أي نهائيا لا يجوز الطعن فيه بإحدى طرق الطعن العادية وهي المعارضة أو الاستئناف، أما قبل أن يحوز الأمر المقضي فيه، فالحكم معرض لهدمه من المحكمة التي يطعن أمامها بالمعارضة أو الاستئناف، وقال بأنه ينبغي تدارك هذا النقص، فلا يقوم الحكم مقام العقد إلا إذا حاز قوة الأمر المقضي به علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 48، وقد أيد هذا ذهب إليه الدكتور حميد بن شنييتي، نظرية الالتزامات-نظرية العقد-، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 78.

غير أننا لا نرى النص ناقصا، وأن عبارة " قام الحكم مقام العقد" في محلها وكافية للدلالة على قصد المشرع ، خاصة وأن نصوص القانون المدني هي نصوص موضوعية وأن عبارة " حيازة الحكم لقوة الأمر المقضي به" تتعلق بنصوص إجرائية، التي تنظم في القانون الجزائري بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبالرجوع لهذا الأخير خاصة أحكام المادة 232 منه " يوقف تنفيذ الحكم خلال أجل الطعن العادي كما يوقف بسبب ممارسته. باستثناء الأحكام الواجبة التنفيذ بقوة القانون، يؤمر بالنفاذ المعجل، رغم المعارضة أو الاستئناف، عند طلبه في جميع الحالات التي يحكم فيها بناء على عقد رسمي أو وعد معترف به أو حكم حائز لقوة الشيء المقضي به، أو في مادة النفقة" وأنه طبقا لنص المادة 600 من نفس القانون "لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي. والسندات التنفيذية هي 1. أحكام المحاكم التي استنفذت طرق الطعن العادية والأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل، ...".

وعليه فحسن ما ذهب إليه المشرع الجزائري في القانون المدني، لأنه ترك تنظيم المسائل الإجرائية للقانون المختص بها، إذ يظهر جليا من خلال هذه الأحكام-الإجرائية- أنه يوقف تنفيذ الحكم أثناء سريان أجل الطعن العادي أو بسبب ممارسته، وأنه لا يمكن تنفيذ الحكم إلا إذا كان استفاد الشخص من نسخة تنفيذية له، تسلم بغرض التنفيذ، طبقا لنص المادة 381 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بعد استيفاء أو استنفاد طرق الطعن العادية، بما يفهم منه أنه لا تنفيذ إلا بعد صيرورة الحكم نهائيا، ما لم يكن معجل =النفاذ بقوة القانون أو بحكم القاضي ، وباعتبار أن تنفيذ الحكم الذي يقوم مقام العقد يكون عن طريق تسجيله، فلا حاجة للمشرع إلى النص في القانون المدني على أحكام إجرائية كان قد خصص لها نصوصا إجرائية خاصة، هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن المشرع لو أضاف عبارة " قام الحكم الحائز لقوة الأمر المقضي به مقام العقد"

ث. أوجه التشابه والاختلاف:

بعد أن تعرضنا لمفهوم الوعد بالتعاقد وشروطه و وأهم آثاره والتي بسببها وجد خلط بينه وبين التعهد عن الغير نأتي للتمييز بينهما وذلك بعرض أوجه التشابه والاختلاف بينهما وذلك فيما يلي:

1. أوجه التشابه:

-يتم كل من الوعد بالتعاقد و التعهد عن الغير بموجب عقد.
-يترتب على الوعد بالتعاقد بقاء الواعد ملتزما بما وعد به إلى حين انقضاء أجل صدور القبول من الموعود له، مثلما يلتزم المتعهد أيضا بما تعهد به قبل المتعهد له.

2. أوجه الاختلاف:

-يشترط لصحة الوعد بالتعاقد تحديد مدة معينة يتم إبرام العقد النهائي فيها طبقا لنص المادة 1/71 من القانون المدني³⁸⁴، إذ يعتبر عقد الوعد باطلا و عديم الأثر في حالة تخلف تحديد المدة التي يتعين إبرام العقد النهائي فيها، في حين أن المادة 114 من القانون المدني لم تتضمن شرط المدة التي يتعين على المتعهد عن الغير تنفيذ تعهده فيها وإن كان هذا الشرط لا يتنافى و قواعد التعهد عن الغير فما يفيد أنه يمكن للمتعهد والمتعهد له تحديد مدة معينة يتم فيها تنفيذ التعهد وإلا ألزم المتعهد بأثر التعهد عن الغير، غير أنه لا يترتب على عدم تحديده البطلان مثلما هو عليه الأمر بالنسبة لعقد الوعد بالتعاقد كما بينا سابقا.

-يتعاقد الواعد بإبرام عقد في المستقبل، ويكون مضمون التزامه هو أن يتعاقد شخصا مع الموعود له بالتعاقد، بينما في التعهد عن الغير فإن المتعهد يتعاقد باسمه أثناء إبرامه، غير أن محل التزام المتعهد حمل الغير على قبول التعهد.

-إذا أبدى الموعود له رغبته في إبرام العقد الموعود به، انعقد العقد صحيحا دون حاجة إلى إجراء عقد جديد من جانب الواعد، ولو نكل الواعد عن وعده قام الحكم مقام العقد متى توافرت شروط ذلك، وذلك لتوافر أركانه وشروط صحته دون حاجة إلى أي إجراء جديد³⁸⁵ ، أما بالنسبة للمتعهد عن الغير، فإنه في حالة قبوله من جانب الغير - المتعهد عنه- لا يقوم

للتناقض وأحكام إجرائية تتعلق بوجوب تنفيذ الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل بقوة القانون رغم المعارضة والاستئناف على الرغم من أنها أحكام ابتدائية، غير نهائية، وبالتالي غير حائزة لقوة الأمر المقضي فيه. خاصة أنه في الحالة التي يكون فيها عقد الوعد بالتعاقد عقدا رسميا ويجعل من الأمر بالنفاذ المعجل وجوبيا على القاضي الحكم به متى طلب منه.

³⁸⁴ تنص المادة 1 / 71 من القانون المدني " الاتفاق الذي يعهد له كل المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها".

³⁸⁵ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 47.

العقد بين الأخير والمتعهد عنه، إلا بموجب عقد جديد أي بإيجاب وقبول جديدين³⁸⁶ كما سنفصله لاحقاً أثناء عرضنا لآثار التعهد عن الغير.

-في حالة رفض الموعود له للعقد لا يلتزم الواعد ولا الموعود له بشيء ويسقط الوعد³⁸⁷ طبقاً للأحكام العامة في القانون المدني التي تقضي بسقوط الإيجاب من تلقاء بعد فوات المدّة المحددة للتعبير عن القبول متى انقضت هذه المدّة دون أن يقترن بالقبول أو برفض الإيجاب و طبقاً لأحكام المواد 71 و 72 من القانون المدني التي لم تنص على أي أثر يترتب في حالة رفض الوعد بالتعاقد من قبل الموعود له، بينما في التعهد عن الغير، فإذا لم يقبل المتعهد عنه التعهد، التزم المتعهد بتعويض المتعاقد معه، وقد يصل هذا التعويض إلى أن يقوم المتعهد بنفسه بتنفيذ ما تعهد به، في حين لا يلتزم الغير بشيء، شأنه في ذلك شأن الموعود له إذا لم يبد رغبة في العقد الموعود به، ومع ذلك يبقى الخلاف قائم بينهما، إذ أن الموعود له طرفاً في عقد الوعد بخلاف الغير فليس طرفاً في عقد التعهد عن الغير³⁸⁸.

ثانياً: التعهد عن الغير و الفضالة:

حتى نتمكن من الوقوف على المعنى الواضح لفكرة التعهد عن الغير يتعين علينا تبيان مضمون الفضالة ، لنتمكن من الوصول إلى أوجه التشابه و الاختلاف بينهما، وذلك من خلال تعريف الفضالة، وبيان أركانها وأحكامها لنستخلص من ذلك نقاط التشابه والاختلاف وذلك فيما يلي:

أ. تعريف الفضالة:

عرفت المادة 150 من القانون المدني³⁸⁹ الفضالة، فهي إذن "الحالة التي يتولى فيها أحد الأشخاص عن قصد القيام بشأن ضروري لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بهذا الشأن"³⁹⁰. كما عرفت على أنها "عمل يتفضل به شخص على آخر بأن يقوم بشأن عاجل لحسابه، دون أن يكون ملزماً للقيام بذلك، وهو بذلك يحافظ على شأن من شؤون غيره، ولا يعيبه، الأمر الذي أوجب القانون معه على صاحب العمل أن يعرضه عن ذلك"³⁹¹.

ومثالها أن يقوم شخص ببناء جدار يوشك أن يسقط في بيت جاره الغائب، فيعتبر الجار فضولياً في هذه الحالة.

³⁸⁶ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق ص332.

³⁸⁷ علي فيلال، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 140. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق ص132.

³⁸⁸ محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص 37.

³⁸⁹ تنص المادة 150 من القانون المدني " الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك".

³⁹⁰ خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 217.

³⁹¹ محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص 17.

ب. أركان الفضالة:

تقوم الفضالة على توافر ثلاثة أركان نوردها بالقدر الكافي لاستخلاص الفرق بين الفضالة والتعهد عن الغير وذلك فيما يلي:

1. قيام الفضولي بشأن عاجل لرب العمل:

يعبر عن هذا الركن بالركن المادي للفضالة، ويتمثل في أن يقوم الفضولي بشأن لحساب شخص آخر يدعى رب العمل، وقد يكون هذا العمل تصرفا قانونا سواء من أعمال الإدارة أو من أعمال التصرف أو عملا ماديا³⁹²، وسواء كان العمل الذي قام به الفضولي تصرفا قانونيا أو عملا ماديا، يجب أن يكون هذا العمل من الشؤون العاجلة لرب العمل، وتكون كذلك متى كان العمل اللذي قام به الفضولي واجبا القيام به من دون توان، بحيث لو كان رب العمل نفسه موجودا ما تأخر في القيام به³⁹³.

وعليه فلا تكفي أن تكون الأعمال التي يقوم بها الفضولي نافعة ومفيدة لرب العمل كأن يشتري منزلا لحساب شخص لمجرد أن الصفقة رابحة، بل يشترط أن تكون هذه الأعمال النافعة ضرورية ومستعجلة من مثل قطع التقادم الساري لمصلحة الغير³⁹⁴.

وتقدير صفة الضرورة لتدخل الفضولي تكون وقت التدخل، ويجب التشدد عند تقدير هذه الصفة إذا لم يكن العمل من أعمال الإدارة وإنما من أعمال التصرف³⁹⁵.

2. قصد الفضولي في أن يعمل لمصلحة رب العمل:

يعرف هذا الركن بالركن المعنوي، وهو الذي يميز الفضالة عن الإثراء بلا سبب، إذ يجب لقيام الفضالة أن تتصرف نية الفضولي، وهو يتولى شأنًا لغيره، إلى أن يتولى هذا الشأن لمصلحة رب العمل³⁹⁶. أما إذا كانت إرادته قد اتجهت لتحقيق مصلحة شخصية لنفسه هو يقوم بالعمل لغيره، فلا يعتبر فضوليا حتى ولو تحققت للغير منفعة من هذا العمل، من مثل المستأجر الذي قام بالترميمات الضرورية في العين المؤجرة، لكي يحقق لنفسه انتفاعا أفضل في العين، وفي هذه الحالة لا يكون للمستأجر أن يرفع على المؤجر دعوى الفضالة، في حين يمكنه الرجوع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب³⁹⁷.

على أنه يكفي لتحقيق قصد الفضولي أن يكون على بينة من أنه يعمل لمصلحة غيره، حتى ولو كان يعمل في الوقت ذاته لمصلحته لما بين الشائنين من ارتباط لا يمكن معه القيام

³⁹² مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 19.

³⁹³ سمير عبد السيد تناعو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 337.

³⁹⁴ خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 220.

³⁹⁵ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 462.

³⁹⁶ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 1237.

³⁹⁷ خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 220.

بأحدهما منفصلا عن الآخر، ولو كانت مصلحته الشخصية هي الدافع الأساسي للتصرف، طالما مصلحة الشريك كانت دائما محل اعتبار³⁹⁸.

3. ألا يكون الفضولي ملزما بالعمل الذي قام به:

وهو الركن الذي يحدد الموقف القانوني لكل من الفضولي ورب العمل من الشأن العاجل الذي قام به الفضولي، فأما موقف الفضولي من هذا الشأن العاجل فيتلخص في أنه لم يكن ملتزما به قبل أن يتولاه سواء بمقتضى عقد وكالة، أو بأمر من القاضي كحارس قضائي، أو بمقتضى نص قانوني من مثل الولي أو الوصي، وأما موقف رب العمل فيتلخص في أنه لم يأمر الفضولي أن يقوم به وينهه عنه³⁹⁹.

ت. التزامات الفضولي:

إذا توافرت أركان الفضالة، وفقا لما تم تبيانه سابقا، فإن الفضالة ترتب التزامات في ذمة الفضولي، والالتزامات في ذمة رب العمل وسنقتصر في هذه الدراسة على ذكر أهم التزامات الفضولي بالغرض الذي يفى فيما بعد للتمييز بين الفضالة والتعهد عن الغير.

1. استمرار الفضولي في العمل الذي بدأه حتى يستطيع رب العمل القيام به طبقا لنص المادة 153 من القانون المدني⁴⁰⁰.
2. إخطار رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك طبقا لنص المادة 153 من القانون المدني⁴⁰¹.
3. التزام الفضولي ببذل عناية الرجل المعتاد طبقا لنص المادة 154 من القانون المدني⁴⁰².
4. التزام الفضولي بتقديم حساب لرب العمل طبقا لنص المادة 155 من القانون المدني⁴⁰³.

ث. أوجه التشابه والاختلاف:

³⁹⁸ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 339.
³⁹⁹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 1241.

⁴⁰⁰ تنص المادة 153 من القانون المدني " يجب على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بدأه حتى يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه...".

⁴⁰¹ تنص المادة 153 من القانون المدني "... كما يجب عليه أن يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك...".

⁴⁰² تنص المادة 154 من القانون المدني " يجب على الفضولي أن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص العادي، ويكون مسؤولا عن خطئه، ومع ذلك فللقاضي أن ينقص مبلغ التعويض المترتب على هذا الخطأ إذا كانت الظروف تبرر ذلك...".

⁴⁰³ تنص المادة 155 من القانون المدني " يلزم الفضولي بما يلزم به الوكيل من رد ما تسلمه بسبب الفضالة، وتقديم حساب ما قام به...".

بعد تعرضنا لأهم أحكام الفضالة، والتي بسببها وجد خلط بينها وبين التعهد عن الغير الأمر الذي يدفعنا للتمييز بينهما، عن طريق عرض أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بينهما.

1. أوجه التشابه:

-يتفق التعهد الغير مع الفضالة في أن كلاهما تصرف في شؤون الغير بغير نيابة أو وكالة منه⁴⁰⁴.

-أسباب كل منهما تكون في غالب الأحيان موحدة وتتمثل إما في الغيبة أو انتهاز فرصة قلما تتكرر بعد ذلك يحرص عليها كل من الفضولي والمتعهد بقصد تحقيق مصلحة لرب العمل في الفضالة وللمتعهد عنه في التعهد عن الغير⁴⁰⁵.

-محل الفضالة والتعهد عن الغير يكاد يكون متفقا في كل شيء، حيث يجوز أن يكون محل الفضالة والتعهد عن الغير تصرفا قانونيا⁴⁰⁶ سواء بالبيع، أو الشراء، أو الإيجار إلى غيرها من التصرفات القانونية.

2. أوجه الاختلاف:

-يتعاقد الفضولي باسم الفضولي للقيام بأمر عاجل، بينما المتعهد عن الغير لا يتعهد إلا باسمه ولا يريد من ذلك تحقيق مصلحة عاجلة مثلما يكون الحال عليه في الفضالة⁴⁰⁷.

-موضوع الفضالة قد يكون عملا قانونيا أو تصرفا قانونيا، في حين أن موضوع التعهد عن الغير فالغالب الأعم فيه أن يكون تصرفا قانونيا ونادرا ما نجد التعهد يتناول الأعمال المادية، من مثل تعهد شخص لآخر بأن يقوم ثالث بهدم حائط لمصلحة المتعاقد معه، ولو حدث ذلك فإن الذي يحكم العلاقة بين المتعهد والمتعهد له هو التصرف القانوني المبرم بينهما، فضلا عن أن الفضولي يقوم بتنفيذ عمل بخلاف المتعهد فإنه يقوم بمجرد التعهد فقط⁴⁰⁸.

-تلزم الفضالة رب العمل متى قام الفضولي بعمله بعناية الرجل العادي، بينما لا يلزم التعهد عن الغير المتعهد عنه في جميع الأحوال، حيث تبقى لهذا الأخير كل الحرية في قبول التعهد أو رفضه⁴⁰⁹.

-التصرف في الفضالة يعتبر تصرفا صحيحا غير أنه يبقى موقفا على إجازة رب العمل، وذلك على خلاف التعهد عن الغير، فإنه مجرد تصرف لا تنتج عنه أية آثار إلى أن يوافق عليه المتعهد عنه فينشأ عن ذلك عقد جديد بين المتعهد له والمتعهد عنه، أو يرفضه المتعهد عنه ويلزم المتعهد بتعويض المتعهد له أو الوفاء بما التزم به.

⁴⁰⁴ محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص 21.

⁴⁰⁵ محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص 21.

⁴⁰⁶ محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص 21.

⁴⁰⁷ زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 166. حمداوي نورة، الطبعة القانونية للتعهد عن الغير في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، 2002، ص 17.

⁴⁰⁸ محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص 21.

⁴⁰⁹ زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 166.

-يعقد الفضولي بعمله تصرفاً تاماً، بخلاف المتعهد عن الغير فيعقد مجرد التزام بعمل هو حمل الغير على أن يعقد التصرف التام⁴¹⁰.

-يلتزم الفضولي في عمله ببذل عناية الرجل العادي، بحيث يكون قد وفى بالتزامه بمجرد بذل هذه العناية، بخلاف المتعهد عن الغير فإنه يلتزم بتحقيق نتيجة معينة هي حمل الغير على قبول التعهد بحيث لو لم تتحقق هذه النتيجة ما برئت ذمته وقامت مسؤوليته بتعويض المتعهد له أو تفادي ذلك بتنفيذ محل التعهد.

-إقرار رب العمل تصرف الفضولي تنطبق عليه أحكام الوكالة طبقاً لأحكام المادة 152 من القانون المدني⁴¹¹، كما تسري الأحكام العامة في القانون المدني، وعليه إذا أجاز رب العمل عمل الفضولي فإنه لا يمكنه الرجوع عن إجازته، كما يكون لهذا الإقرار أثر رجعي يرجع إلى وقت قيام الفضولي بالعمل لمصلحة رب العمل لا من وقت الإقرار قياساً على الأثر الرجعي للإقرار إلى وقت إبرام التصرف لا من وقت الإقرار بالنسبة لعقد الوكالة⁴¹²، أما بالنسبة للتعهد عن الغير فإنه إذا قبل الغير ما التزم به المتعهد، فإن قبوله لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد طبقاً لنص المادة 2/114 من القانون المدني.

-إذا أجاز رب العمل ما قام به الفضولي فإنه يجيز نفس العمل الذي قام به الفضولي سواء كان تصرفاً قانونياً أو عملاً مادياً، أما بالنسبة للمتعهد عنه فمتى وافق على التعهد فإنه يبرم تصرفاً جديداً قد يعدل من التعهد الذي قام به المتعهد وقد يبقى عليه بالحال التي وجده عليها⁴¹³.

-ولابد من البيان أنه قد يجمع الشخص الواحد بين صفتي الفضولي والمتعهد عن الغير ويكون ذلك عندما يعمل لحساب الغير ويتعهد له بضمان حقه في حالة منازعة رب العمل في تحقيق شروط الفاضلة، وفي هذه الحالة تطبق شروط التعهد عن الغير والفضالة معاً⁴¹⁴.

ثالثاً: التعهد عن الغير و الوكالة:

تعتبر الوكالة إحدى أنواع النيابة في التعاقد، حيث تنقسم هذه الأخيرة إلى نيابة اتفاقية مثل نيابة الوكيل عن الموكل، ونيابة قانونية من مثل نيابة الولي عن القاصر، ونيابة قضائية مثل نيابة الوصي والقيم عن المحجور عليه، والحارس القضائي⁴¹⁵.

تصنف الوكالة ضمن النيابة الاتفاقية، وتقرب كذلك من فكرة التعهد عن الغير، باعتبار أن المتعهد عن الغير يشبه عمله عمل الوكيل في تعاقدته لحساب الغير، مما يوحي بوجود شبه

⁴¹⁰ محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص22.

⁴¹¹ تنص المادة 152 من القانون المدني "تسري قواعد الوكالة إذا أجاز رب العمل ما قام به الفضولي".

⁴¹² خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 39.

⁴¹³ محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص22.

⁴¹⁴ زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 166.

⁴¹⁵ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 140.

كبير بينهما، والأمر الذي دفعنا إلى ضرورة التمييز بينهما، وهو الأمر الذي يتطلب بداية الوقوف على تعريف عقد الوكالة وشروط إبرامه، ووصولاً إلى تحديد الفارق بينها وبين المتعهد عن الغير وذلك فيما يلي:

أ. تعريف الوكالة:

عرفتها المادة 571 من القانون المدني على أنها "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصاً آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه".

وقد فصل المشرع الجزائري عقد الوكالة عن موضوع النيابة بوجه عام، إذ وضع مبدأ النيابة وما يتصل بها من أحكام ضمن الأحكام العامة للالتزامات، ونص على عقد الوكالة ضمن العقود المسماة الواردة على العمل، من باب أن الوكالة محلها عمل الوكيل، وقد يوعي بعد فصل الوكالة عن النيابة أن لا تتكرر النصوص في الموضوعين، فاختصت النيابة بالمبادئ العامة، بينما فصل المشرع في الوكالة من حيث عناصرها، وآثارها في علاقة الوكيل بالموكل، أما فيما تعلق بعلاقة الوكيل والموكل بالغير فتسري عليها أحكام النيابة الواردة في القواعد العامة وكما نص على انقضاءها.

ب. أركان الوكالة:

-الأصل في الوكالة أنها من العقود الرضائية، التي لم يشترط القانون لصحة إبرامها شكلاً معيناً، فتكون صحيحة بمجرد تطابق الإيجاب والقبول، وتوافر الأهلية وخلو الإرادة من العيوب والمحل والسبب، وذلك متى كان التصرف القانوني محل الوكالة تصرفاً رضائياً، غير أنه تكون الوكالة من العقود الشكلية متى كان محلها تصرفاً شكلياً، من مثل الوكالة في بيع العقار، والوكالة في الهبة وغيرها من العقود التي يتطلب القانون لصحتها توافر شكل معين كشكلية الرسمية تطبيقاً لأحكام المادة 572 من القانون المدني⁴¹⁶.

- التصرف القانوني محل الوكالة يتمثل في أن يقوم الوكيل بعمل قانوني لحساب الموكل، أما التزامات الموكل في دفع الأجر ورد المصروفات والتعويض عن الضرر فليست محتمة، إذ هي قد تتحقق وقد لا تتحقق⁴¹⁷، هذا ويجب أن يكون محل الوكالة ممكناً، فإذا كان مستحيلاً، كان باطلاً، كما يتعين أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون مشروعاً.

ت. خصائص الوكالة:

- تتميز الوكالة بأنها من العقود الرضائية أصلاً، والشكلية استثناءً.

⁴¹⁶ تنص المادة 572 من القانون المدني "يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك".

⁴¹⁷ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، العقود الواردة على العمل، المقولة والوكالة والوديعة والحراسة، الجزء السابع، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1964، ص 390.

- يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل، وهو ما يميزها عن غيرها من العقود من مثل عقد العمل والمقاوله فإن محلها دائما الأعمال المادية لا القانونية، ولذا قضى بأن الوكالة لا تكون إلا حيث يقوم الوكيل بعمل قانوني لحساب الموكل⁴¹⁸.

- تتميز الوكالة بتغليب الاعتبار الشخصي، ذلك أن شخصية كل من الوكيل والموكل محل اعتبار، حيث تنقي الوكالة بمجرد موت أحدهما طبقا لنص المادة 586 من القانون المدني⁴¹⁹.

تعتبر الوكالة من العقود غير اللازمة، فيجوز -كقاعدة عامة- أن يعزل الموكل الوكيل، كما يجوز أن يتنحى الوكيل عن الوكالة، وذلك أو قبل البدء في التصرف القانوني محل العقد، قبل إتمامه⁴²⁰.

ث. شروط الوكالة:

يشترط في الوكالة ما يلي:

- أن يبرم الوكيل التعاقد باعتباره نائبا لا باعتباره أصيلا، وذلك حتى تنصرف آثار التصرف إلى الأصيل لا إلى النائب، إذ يجب أن يكون المتعاقدان على علم بأن التصرف باسم ولحساب شخص الأصيل، وعليه يتعين على النائب أن يعلم المتعاقد معه أنه يباشر عملية التعاقد بصفته نائبا⁴²¹.

- أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل، إذ يتصرف النائب بإرادته لا بإرادة الأصيل⁴²²، حيث تكون إرادة النائب هي التي تتجه إلى إحداث الأثر القانوني المترتب على التصرف، ولأجل ذلك يكون شخص النائب محل اعتبار عند النظر في عيوب الرضا، أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما⁴²³.

- يجب أن يلتزم النائب حدود نيابته، المحددة في عقد الوكالة، ومتى جاوز حدود الاتفاق فلا ينتج التصرف أثره في ذمة الأصيل إلا إذا أجازته، فالإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، كما ينصرف أثر العقد إلى الأصيل إذا تجاوز الوكيل حدود وكالته في حالة ما إذا تعذر عليه إخطار الموكل سلفا بمجاوزته حدود الوكالة وكانت الظروف يغلب معها الظن أنه لو كان أخطر الأصيل، ما وسعه إلا أن يوافق على هذا التجاوز ولكن بشرط أن يبادر النائب

⁴¹⁸ محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص 29.

⁴¹⁹ تنص المادة 586 من القانون المدني " تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة وتنتهي أيضا بموت الموكل أو الوكيل. كما تنتهي بعزل الوكيل أو بحدول الموكل.".

⁴²⁰ محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص 30.

⁴²¹ علي فيلال، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 131.

⁴²² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 141.

⁴²³ طبقا لنص المادة 1/73 كمن القانون المدني " إذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل محل الاعتبار عند النظر في عيوب الرضا، أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو افتراض العلم بها حتما".

بإخطار الأصيل فورا بمجاوزته حدود الوكالة تطبيقا لنص المادة 575 من القانون المدني⁴²⁴.

ج. أوجه التشابه والاختلاف:

بعد تعرضنا لأهم أحكام عقد الوكالة، والتي يظهر من خلالها وجود تشابه كبير بين عمل كل من الوكيل والمتعهد عن الغير غير أن هذا لا يغطي على وجود قدر أكبر من الاختلاف بينهما الأمر الذي يدفعنا للتمييز بينهما، عن طريق عرض أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بينهما.

1. أوجه التشابه:

- يتشابه عمل المتعهد عن الغير وعمل الوكيل، من باب أن كل منهما يريد إلزام الغير بتصرف يقوم هو بإبرامه، فالوكيل يلزم الموكل، والمتعهد يريد إلزام المتعهد عنه.
- محل كل من الوكالة والتعهد عن الغير لا يكون إلا تصرفا قانونيا⁴²⁵.

2. أوجه الاختلاف:

- الوكيل يتعاقد باسم ولحساب الموكل، إذ لابد أن يعلم المتعاقد معه أنه نائب عن الأصيل، بينهما المتعهد يتعاقد باسمه لا باسم الغير - المتعهد عنه⁴²⁶.
- تنصرف آثار كل تصرفات الوكيل إلى الأصيل طالما تحققت شروط الوكالة، وعليه فإن الوكيل يلزم الموكل مباشرة⁴²⁷، بينما يتخلف الأمر بالنسبة للمتعهد عن الغير، حيث لا تنصرف آثار العقد إلى المتعهد عنه إلا إذا قبل هذا التعهد.
- قد يتجاوز الوكيل حدود وكالته الأمر الذي يتطلب لانصراف آثار العقد فيما يتعلق بالمسائل التي لم يشملها عقد الوكالة وقام بها الوكيل متجاوزا حدود وكالته موقوفة على إجازتها من قبل الموكل، على أن تسري هذه الإجازة بأثر رجعي إلى تاريخ إبرام التصرفات المجازة لا من وقت صدورها⁴²⁸، بينما في التعهد عن الغير، إذا قبل الغير المتعهد عنه التعهد، فإن هذا القبول لا يسري إلا من تاريخ صدوره، بمعنى أنه لا ينتج أثرا إلا ومن وقت صدوره، هذا أصلا، غير أنه خروجاً عن هذا الأصل يمكن أن ينتج آثاره قبل ذلك أي إلى الوقت الذي

⁴²⁴ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 43-44.

⁴²⁵ محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص 32.

⁴²⁶ زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 165.

⁴²⁷ حميد بن شنييتي، نظرية الالتزامات-نظرية العقد-، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 84.

⁴²⁸ همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 103.

صدر فيه التعهد وذلك متى تبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يسند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد⁴²⁹.

- الالتزام الذي ينشأ في ذمة الغير في التعهد عن الغير إنما ينشأ بمقتضى عقد كان هو طرفا فيه قبله وارتضاه بصفة شخصية، وليس بمقتضى عقد التعهد عن الغير⁴³⁰، بينما الالتزام الذي ينشأ في ذمة الموكل إنما ينشأ عن عقد كان ممثلا فيه بواسطة الوكيل أي لم يعبر عن إرادته بنفسه، كما أن العبرة بشخص الوكيل لا الموكل عند النظر في عيوب الرضا، أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما مثلما سبق لنا بيان ذلك.

- تقترب الوكالة من التعهد عن الغير كذلك أنه في الحالة التي يتجاوز فيها الوكيل حدود الوكالة ولا يجوز الموكل هذا التجاوز، فإن الوكيل يلتزم بالتعويض، مثلما يلتزم المتعهد بتعويض المتعهد معه في الحالة التي يرفض فيها المتعهد عنه التعهد، غير أن الفرض يبقى قائما بينهما، إذ أنه في الوكالة يكون الوكيل الذي تجاوز حدود وكالته قد قام بالتصرف فعلا، سواء عاد أثره التصرف إليه - إذا لم يجزه الموكل - أو عاد أثر التصرف إلى الموكل إذا أقره، وذلك كله بخلاف التعهد الذي يبقى مجرد تعهد فقط، أما التصرف الناتج عنه فلا يتم إلا إذا أقره المتعهد عنه، أو التزم به المتعهد بعد أن رفضه المتعهد عنه⁴³¹.

رابعا: التعهد عن الغير و الكفالة:

كذلك يشتبه التعهد عن الغير بنظام الكفالة، وبناء عليه سنتناول تعريف الكفالة وأهم خصائصها لنتمكن من تمييزها عن التعهد عن الغير وذلك فيما يلي:

أ. تعريف الكفالة:

عرفتها المادة 644 من القانون المدني على أنها "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه".

فالكفالة عقد بين الكفيل والدائن أما المدين الأصلي فليس طرفا في عقد الكفالة، بل إن كفالة المدين تجوز بغير علم المدين، وتجوز أيضا رغم معارضته. والذي يهم في عقد الكفالة هو التزام هذا المدين، إذ أن هذا الالتزام هو الذي يضمنه الكفيل، فيجب أن يكون مذكورا بوضوح ودقة في عقد الكفالة، والالتزام المكفول غالبا ما يكون مبلغا من النقود، كما يمكن أن يكون شيئا غير النقود كالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل ويعرف بالالتزام الأصلي⁴³².

والكفالة تفترض وجود الالتزام الأصلي الذي يجمع بين الدائن والمدين الأصلي، كما تفترض الكفالة وجود عقد آخر بين الكفيل والدائن بالالتزام الأصلي المكفول والذي بموجبه

⁴²⁹ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 90.

⁴³⁰ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 124.

⁴³¹ تنص المادة 647 من القانون المدني " تجوز كفالة المدين بغير علمه، وتجوز أيضا رغم معارضته".

⁴³² عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، في التأمينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1970، ص 19.

بفي الكفيل بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين الأصلي، فالكفالة ترتب التزاما شخصيا في ذمة الكفيل⁴³³.

ب. خصائص الكفالة:

-الكفالة عقد رضائي: إذ تنعقد بتراضي الطرفين -الدائن والكفيل- ويكفي التراضي لانعقادها صحيحة دون استلزام شكل خاص، فالكفالة في عقد الكفالة جاءت للإثبات وليس للانعقاد، إذ يمكن أن تنعقد الكفالة بدون كتابة، غير أنه لا يجوز إثباتها إذا ما أثبتت مسألة إثباتها، إلا بالكتابة⁴³⁴.

-الكفالة عقد ملزم لجانب واحد: وهو جانب الكفيل فالكفيل وحده هو الذي يلتزم بعقد الكفالة بوفاء الدين للدائن إن لم يف به المدين الأصلي أما الدائن فلا يلتزم عادة بشيء نحو الكفيل، وهذا هو الأصل، غير أنه لا يوجد ما يمنع من أن تكون الكفالة عقد ملزم للجانبين، وذلك إذا التزم الدائن نحو الكفيل بدفع مقابل في نظير كفالته للدين، فيصبح كل من الكفيل والدائن ملتزما نحو الآخر⁴³⁵.

-الكفالة عقد تابع: ذلك أن التزام الكفيل يعتبر التزاما تابعا للالتزام الأصلي، ويترتب على ذلك أن الالتزام التابع لا يجوز أن يزيد على الالتزام الأصلي، أو أن يكون أشد عبئا منه⁴³⁶. كما لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا⁴³⁷.

-الكفالة عقد تبرعي بالنسبة للكفيل، ذلك أن الكفيل يتبرع عادة بكفالته للدين، أما بالنسبة للدائن المكفول فالكفالة عقد معاوضة، لأن الدائن حصل على كفالة مقابل إعطاء الدين⁴³⁸.

ت. أوجه التشابه والاختلاف:

تتضح التفرقة بين الكفالة والتعهد عن الغير، حيث يوجد بينهما اتفاق من جانب واختلاف من جانب آخر ويمكن توضيح ذلك فيما يلي:

1. أوجه التشابه:

-يتشابه عمل الكفيل وعمل المتعهد، إذ كلاهما يلتزم بشيء، فالكفيل يلتزم بضمان الالتزام المكفول، والمتعهد بضمان قبول الالتزام من المتعهد عنه⁴³⁹.

⁴³³ عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، في التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص19.

⁴³⁴ تنص المادة 645 من القانون المدني على "لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائر إثبات الالتزام الأصلي بالبينة".

⁴³⁵ محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص 25.

⁴³⁶ تنص المادة 652 من القانون المدني " لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول. ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشرط أهون".

⁴³⁷ تنص المادة 648 من القانون المدني "لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا".

⁴³⁸ عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، في التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص25.

-تعتبر الكفالة في حد ذاتها تعهدا عن الغير بنص المادة 644 من القانون المدني التي عرفت على الكفالة أنها عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه، غاية ما في الأمر أنها تعهد بتنفيذ التزام ، وليس تعهدا بقبول، كما في التعهد عن الغير.

- لا يلتزم الكفيل قبل الدائن إلا إذا لم يف المدين المكفول بالتزامه نحوه⁴⁴⁰، كما لا يلتزم المتعهد عن الغير أمام المتعهد له إلا إذا رفض المتعهد عنه التعهد طبقا لأحكام المادة 114 من القانون المدني.

- وقد ربط المشرع الجزائري في نص المادة 649 من القانون المدني⁴⁴¹ بين التعهد عن الغير والكفالة، وذلك في حالة الكفالة بسبب نقص أهلية المدين إذا من المفروض أن تنقضي الكفالة بانقضاء الدين المضمون، إلا أنه في حالة كفالة ناقص الأهلية، وكانت هذه الكفالة بسبب نقص الأهلية لدى المدين وتمسك ناقص الأهلية بنقص أهليته، وأبطل العقد لمصلحته، فإن الكفيل يبقى ملتزما أصليا لأنه يعتبر متعهدا بضمان الوفاء بالعقد⁴⁴².

2. أوجه الاختلاف:

-تختلف الكفالة عن التعهد عن الغير، في أنه في الكفالة فإن الكفيل يضمن التزاما وجد أو سيوجد طبق لنص المادة 650 من القانون المدني⁴⁴³ ، أما المتعهد فيكفل التزاما لم يوجد بعد⁴⁴⁴.

-الكفيل ملزم بأداء نفس التزام المدين، أما المتعهد عن الغير فقد لا يلزم إلا بالتعويض عن الضرر، وله أن يتوقى التعويض بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به⁴⁴⁵.

- يقوم التزام المتعهد بصفة أصلية وليس له الحق في الدفع بالرجوع على المتعهد عنه أولا، أما الكفيل فإذا لم يكن متضامنا مع المدين فله الحق في مطالبة الدائن بالرجوع على المدين أولا وتجريده من أمواله تطبيقا لأحكام المادة 660 من القانون المدني .

⁴³⁹ محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص26.

⁴⁴⁰ تنص المادة 660 من القانون المدني " لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين. ولا يجوز أن ينفذ على أموال المدين إلا بعد أن يجرّد المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق".

⁴⁴¹ تنص المادة 689 من القانون المدني "من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول ، باستثناء الحالة المنصوص عليها في المادة 654".
تنص المادة 654 من القانون المدني "يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين. غير أنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين يتمثل في نقص أهليته وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد، فليس له أن يحتج بهذا الوجه".

⁴⁴² زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 167.

⁴⁴³ تنص المادة 650 من القانون المدني " تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدما المبلغ المكفول، كما تجوز الكفالة في الدين المشروط".

⁴⁴⁴ زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 167.

⁴⁴⁵ محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص27. زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 167.

- المتعهد لا يضمن تنفيذ العقد بل يضمن الحصول على إقرار الغير فقط، ولا يهمله ولا يلزمه فيما بعد أن يقوم الغير بتنفيذ التزامه، ذلك أن التزام المتعهد ينقضي بمجرد قبول المتعهد عنه للتعهد. ما لم يكن المتعهد كفيلاً للمتعهد عنه في تنفيذ العقد وفي هذه الحالة تطبق أحكام التعهد والكفالة معاً⁴⁴⁶، أما الكفالة فإن التزام الكفيل التزام تابع يقوم إلى جانب الالتزام المدين الأصلي⁴⁴⁷.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن التعهد:

طبقاً لنص المادة 114 من القانون المدني أنه لا يجوز إلزام شخص من الغير عن العقد بعقد لم يكن طرفاً ولا ممثلاً فيه، ولم يلتزم به شخصياً، ومع ذلك فإنه في الحالة التي يتعهد فيها أحد المتعاقدين بجعل شخص آخر من الغير يلتزم بأمر من الأمور، وذلك بحمله على قبول التعهد بهذا الأمر، فإن المسألة لا تخرج عن أحد فرضين، فإما أن يرفض الغير هذا التعهد، وإما أن يقبله، وتختلف الأحكام بين الفرضين، وفيما يلي سنبحث في الآثار التي يمكن أن تترتب على الفرض الذي يرفض فيه الغير التعهد والفرض الذي يقبل فيه التعهد، مستهلين بفرض الرفض مثلما جاء على لسان المشرع الجزائري في عرضه لأحكام التعهد عن الغير في نص المادة 114 من القانون المدني.

الفرع الأول: حالة رفض المتعهد عنه للتعهد:

المبدأ أن الغير يكون حراً في قبول التعهد، أو رفضه، لأنه أجنبي تماماً عن هذا التعهد⁴⁴⁸ فلا هو كان طرفاً ولا كان ممثلاً، وهو ما تؤكدته الفقرة الأولى من المادة 114 من القانون المدني "إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعده".

أولاً: عدم مسؤولية المتعهد عنه في حالة رفضه للتعهد:

من المسلم به أن موضوع التصرف الذي يتعهد به شخص عن الغير يتمثل في جعل هذا الأخير يلتزم بعقد من العقود، ومن المسلم به كذلك أن الغير يكون له مطلق الحرية في الموافقة على الالتزام بالعقد المذكور من عدمه، فإذا وافق فإن هذه الموافقة تكون بمحض إرادته ولا يقيد بها أي التزام واقع على عاتقه، وإذا رفض فإن هذا الرفض لا يرتب أي مسؤولية عليه⁴⁴⁹.

وعليه يستطيع الغير -المتعهد عنه- أن يرفض التعهد، ولا حرج عليه في ذلك، لأن عقد التعهد لا يلزمه بشيء⁴⁵⁰، وبالتالي متى رفض الغير الالتزام بمضمون التعهد لا يمكن أن تقوم أي مسؤولية في جانبه سواء اتجه المتعهد أو اتجاه المتعهد عنه، إذ لا تقوم

⁴⁴⁶ زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 167.

⁴⁴⁷ محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص 27.

⁴⁴⁸ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 340.

⁴⁴⁹ مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 235.

⁴⁵⁰ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 552.

المسؤولية العقدية لعدم وجود أي عقد يربط بينه وبين المتعهد ولا بينه وبين المتعهد له، كما لا تقوم المسؤولية التقصيرية ولو تعسف في استعمال حق الرفض، وذلك لأنه أجنبي عن العقد⁴⁵¹.

غير أنه يمكن لمن تعاقد مع المتعهد في بعض الحالات، الرجوع على الغير بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب⁴⁵²، متى أنفق المتعهد مصروفات ضرورية أو نافعة بمناسبة عقد التعهد عن الغير، ومثال ذلك، إذا باع المتعهد شيئاً وتعهد للمشتري بالحصول على قبول مالك الشيء للبيع، وقام المشتري بإنفاق نفقات ومصروفات للمحافظة على الشيء المبيع، هنا يرجع المتعهد له على الغير بالنفقات والمصروفات، هذا مع التأكيد إلى أن رجوع المتعهد له على المتعهد عنه لا يكون بمقتضى عقد التعهد، وإنما بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب⁴⁵³.

ومادام التصرف المبرم بين المتعهد وبين من تعاقد معه لا يلزم الغير الذي يظل أجنبياً عنه، وأن أثر هذا التصرف يقتصر على المتعهد على من يخلفه، على أنه في لابد من الإشارة إلى أن الغير المتعهد عنه قد يكون خلفاً عاماً للمتعهد، ومثال ذلك، أن يتعهد الأب عن ابنه فيكون التعهد ملزماً للأب دون الابن، ثم يتوفى الأب فيخلفه الابن، وفي هذه الحالة يصبح الابن ملزماً بالتزام سلفه الأب وفقاً للقواعد العامة في انتقال الالتزامات إلى الخلف العام، ويكون ينفذ الغير هذا الالتزام بصفته خلفاً وليس بصفته الشخصية، على أنه يظل للخلف كامل الحرية في الموافقة على الالتزام بالعقد الذي كان موضوعاً لتعهد سلفه، وهنا ينقضي عقد السلف ويلتزم الخلف بصفته متعهداً عنه، وله أن يرفض الالتزام بعقد التعهد، وفي هذه الحالة فإن التزام سلفه يتحول إلى تعويض يقتضى من أموال التركة وفي حدود هذه الأموال وحدها⁴⁵⁴ وفقاً لما سبق لنا أن بيناه في الخلافة العامة.

غني عن البيان أن رفض الغير للتعهد يعتبر تعبيراً عن الإرادة، ويخضع بالتالي إلى القواعد العامة المتعلقة بطرق التعبير عن الإرادة⁴⁵⁵، وعلى ذلك يمكن أن يكون صريحاً، وبذلك بتصريحه بأنه يرفض التعهد، كما يمكن أن يكون ضمناً مثل الحالة يقوم فيها بالتصرف في الشيء محل التعهد رغم عليه بوجود التعهد عن هذا الشيء.

⁴⁵¹ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 137.

⁴⁵² تنص المادة 141 من القانون المدني " كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء".

⁴⁵³ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 137.

⁴⁵⁴ مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 235.

⁴⁵⁵ تنص المادة 60 من القانون المدني " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أشك في دلالاته على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً".

ثانيا: قيام مسؤولية المتعهد في حالة رفض التعهد:

يترتب على الإخلال بأي التزام قيام المسؤولية المدنية والتي قد تكون مسؤولية تقصيرية وهي التي يرتبها القانون في حالة الإخلال بالتزام قانوني مقتضاه ألا يضر الإنسان غيره بخطأ أو تقصير منه، و قد تكون مسؤولية عقدية هي التي تترتب على الإخلال بالتزام مترتب على عقد صحيح ويشترط لقيامها: أن يرتبط الدائن والمدين بعقد صحيح، أن يخل المدين بالتزام ناشئ مباشرة عن العقد، وأن يترتب على هذا الإخلال ضرر للدائن أو لخلفه العام، وأن تقوم علاقة سببية بين الإخلال بالتزام وبين الضرر⁴⁵⁶، وعليه نتساءل أي المسؤولين تتحقق في نظام التعهد عن الغير؟

إذا كان عقد التعهد لا يلزم الغير الذي له كامل الحرية في قبوله أو رفضه، غير أنه يلزم المتعاقد المتعهد عن هذا الغير، باعتبار أن التعهد عقد يبرمه المتعهد مع من تعاقد معه، وهو يبرمه باسمه شخصيا وليس باسم الغير، وعليه فإن آثاره تنصرف إليه باعتباره طرفا فيه، فإذا وافق الغير على هذا التعهد كانت هذه الموافقة بمثابة تنفيذ عيني للالتزام، أما إذا رفض الغير المتعهد عنه أن يلتزم، فإن المتعهد بحمله على التعاقد يكون قد أخفق في مسعاه، وبالتالي تتحقق مسؤولية المتعهد اتجاه المتعهد له، نتيجة لعدم إمكان تنفيذ ما تعهد به، أي عدم تحقيق النتيجة التي التزم بها⁴⁵⁷، وهي حمل الغير على قبول التعهد الناشئ عن عقد التعهد عن الغير، وبالتالي يعتبر إخلالا بالتعهد دون حاجة إلى إثبات أن المتعهد لم يبذل جهده في إقناع الغير بقبول التعهد، لعدم جدوى إثبات ذلك في الحالة التي يكون فيها الالتزام بتحقيق نتيجة، غير أنه إذا ثبت أن التزام المتعهد، بمقتضى الاتفاق، هو مجرد السعي للحصول على رضا الغير، دون التزام بتحقيق هذه النتيجة، أي يكون مجرد التزام ببذل عناية، فلا يكون مسؤولا إلا إذا ثبت تقصيره في بذل الجهد اللازم لذلك⁴⁵⁸.

ومما سبق يمكننا أن نستخلص قيام أركان المسؤولية العقدية في جانب المتعهد، وهي وجود عقد التعهد الذي يجمع بين المتعهد والمتعهد له و الذي يعتبر عقد صحيح، و إخلال المتعهد بالتزامه بتحقيق نتيجة بمجرد رفض المتعهد عنه للتعهد، نشوء ضرر للمتعهد له نتيجة لعدم تنفيذ الالتزام العقدي.

والمتعهد ملزم بتنفيذ التزامه المتضمن حمل الغير على قبول التعهد ولا يستطيع دفع المسؤولية عليه إلا بإثباته أن عدم قيامه بتنفيذ التزامه يرجع إلى سبب أجنبي أو قوة قاهرة حالت بينه وبين الوفاء بالتزامه كما لو توفي الغير، أو فقد أهليته، أو أصيب بمرض يعجزه عن التعبير إرادته⁴⁵⁹، أو كان نتيجة خطأ من المتعاقد الآخر⁴⁶⁰، ولا يعتبر امتناع الغير عن

⁴⁵⁶ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 113.

⁴⁵⁷ توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، -نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 236.

⁴⁵⁸ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 307.

⁴⁵⁹ زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 171.

⁴⁶⁰ عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد، المرجع السابق، 873.

القبول بالتعهد سببا أجنبيا⁴⁶¹، أما إذا لم يفلح المتعهد بإثبات السبب الأجنبي فإنه يكون مسؤولا عن تعويض الضرر الذي أصابه من جراء رفض الغير للتعهد.

ثالثا: جزاء المسؤولية:

إذا رفض الغير أن يلتزم بمقتضى عقد التعهد، فإن المتعهد يكون قد أخل بالتزامه قبل المتعهد له ويترتب على ذلك تحقق المسؤولية العقدية في جانب المتعاقد -المتعهد- اتجاه المتعاقد معه -المتعهد له- ، وجزاء المسؤولية العقدية دفع تعويض للطرف الآخر -المتعهد له- عما أصابه من ضرر من جراء عدم قبول الغير للتعهد⁴⁶².

أ. التنفيذ العيني للالتزام:

إذا كان التنفيذ العيني وفقا للقواعد العامة الواردة في المادة 164 وما يليها من القانون المدني هو الأصل في التنفيذ فهل يجوز إجبار المتعهد على التنفيذ العيني للالتزام الذي كان يريد من الغير أن يقبله؟

الأصل وفا للقواعد العامة في جبر الضرر هو قيام المدين بتنفيذ عين ما التزم به جبرا عنه⁴⁶³، غير أنه إذا استحال التنفيذ العيني فإنه لا سبيل من بعد لتنفيذ الالتزام إلا بتنفيذه عن طريق التعويض⁴⁶⁴، أو ما يعرف بالتنفيذ بمقابل، وتسري هذه القاعدة والاستثناء على المسؤولية المدنية بنوعيتها العقدية و التقصيرية ، غير أن الأمر يكون بالعكس من ذلك في التعهد عن الغير فالأصل أن يكون التعويض بمقابل، والاستثناء أن يكون تنفيذا عينيا، ذلك أنه إذا رفض المتعهد عنه التعهد، فإنه لا يمكن إجبار المتعهد بتنفيذ الالتزام الذي رفضه الغير، تنفيذا عينيا⁴⁶⁵، ولو كان ذلك ممكنا ولم يتصل بشخص الغير، لأن المتعهد لم يلتزم بتنفيذ هذا العقد، وإنما التزم بالحصول على موافقة الغير على الالتزام به، ولذلك فإن التزام المتعهد يتحول إلى تعويض⁴⁶⁶، وعليه فإن حق المتعهد له يقتصر على طلب التعويض.

⁴⁶¹ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني -في الالتزامات- الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 602. عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول، المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، لمرجع السابق، ص 74.

⁴⁶² نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 342. عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد، المرجع السابق، ص 873.

⁴⁶³ تنص المادة 164 من القانون المدني " يجبر المدين بعد إعداره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا".

⁴⁶⁴ تنص المادة 176 من القانون المدني " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينيا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

⁴⁶⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد، المرجع السابق، ص 873. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 552.

⁴⁶⁶ مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 237. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 342.

غير أنه يحق للمتعهد وحده أن يختار القيام بتنفيذ العقد عيناً، لتجنب الحكم عليه بالتعويض⁴⁶⁷، فهي رخصة أعطاه القانون للمتعاقد المتعهد كالرخصة التي أعطاه القانون للغير في أن يقبل أو يرفض التعهد⁴⁶⁸. وبالتالي يجوز للمتعهد أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به، ما دام أن التنفيذ ممكن ولا يتصل بشخص الغير-لم تكن شخصية الغير محل اعتبار⁴⁶⁹، وعليه يقال بأن التزام المتعهد، عند رفض العقد من الغير، هو التزام بدلي، فهو يلتزم أصلاً بالتعويض، ولكنه يستطيع إبراء ذمته بتنفيذ الالتزام المتعهد به⁴⁷⁰، متى أمكن له ذلك دون إضرار بالدائن⁴⁷¹، والغريب في هذا الالتزام البدلي، أن الأصل فيه هو التعويض، والبديل هو التنفيذ العيني، مع أن المفروض أن يكون التنفيذ العيني هو الأصل والتعويض هو الاستثناء⁴⁷².

وينبغي ملاحظة أنه لا يتصور فرض اختيار المتعهد على المتعهد له، ذلك أن تنفيذ الالتزام عيناً لا يكون ممكناً دائماً خاصة عندما تكون شخصية الغير محل اعتبار في العقد المتعهد به، أي إذا كان تحقيق مصالح الدائن من المعاملة غير ممكن إلا بالتعاقد مع المتعهد عنه شخصياً، مثلاً لو تعهد شخص بإقناع مطرب بإحياء حفل أو فنان برسم لوحة، فلا يتصور قيام المتعهد بذلك بدل المطرب أو الفنان⁴⁷³، ومع ذلك إذا قبل المتعاقد المتعهد له تنفيذ الالتزام ممن تعهد له عن الغير⁴⁷⁴ حتى ولو كانت شخصية الغير محل اعتبار فهو حر في ذلك، ويسقط حقه في طلب التعويض.

تجب الملاحظة كذلك إلى أنه قد ينجح المتعهد في أن ينقل إلى المتعهد له ما كان يريد الحصول عليه من وراء عقد التعهد، خاصة إذا لم تكن شخصية الغير محل اعتبار، وفي هذه الحالة لا يكون للمتعهد له حق الرجوع على المتعهد بالتعويض⁴⁷⁵، كما لا يكون للمتعهد له أن يرفض التنفيذ العيني من قبل المتعهد وإلا كان متعسفاً في استعمال حقه⁴⁷⁶.

لا بد من القول كذلك إلى أنه باعتبار أن التعهد هو عقد، فبإمكان طرفيه أن يتفقا على جعل الالتزام المتعهد به إجبارياً على المدين المتعهد، بالإضافة إلى التزامه بالحصول على

⁴⁶⁷ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 307.

⁴⁶⁸ محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص 73.

⁴⁶⁹ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 552.

⁴⁷⁰ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 307.

⁴⁷¹ عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول، المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، المرجع السابق، ص 74.

⁴⁷² ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 137.

⁴⁷³ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 307.

⁴⁷⁴ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 137.

⁴⁷⁵ توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، -نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 236.

⁴⁷⁶ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 552.

قبول الغير، فيتعهد إلى أنه سينفذ الالتزام المتعهد به عندما يرفض الغير الإقرار، ويعد هذا التصرف صرفاً معلقاً على شرط واقف يتمثل في رفض الغير⁴⁷⁷.

ب. التعويض:

فكيف يتم تعويض المتعهد له المتضرر؟ وهل يجوز تحديد مقدار التعويض في عقد التعهد أي أن يكون تعويضاً اتفاقياً؟ وهل يمكن الاتفاق على عدم إلزام المتعهد بدفع تعويض في حال إخلاله بالتزامه العقدي؟ كيف يمكن للمتعهد أن يتخلص من التعويض؟ وهل ينتقل الالتزام إلى الخلف العام للمتعاقد المتعهد؟

متى تحققت مسؤولية المتعهد نتيجة لعدم التزامه بتنفيذ تعهده، ترتب للمتعهد له الحق في المطالبة بالتعويض⁴⁷⁸.

والأصل هو قيام القاضي بتقدير التعويض وهو ما يعرف بالتعويض القضائي الذي يكون مستحقاً مقابل عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ، ويجب أن يكون التعويض جابراً كل ضرر أصاب الدائن بحيث يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب⁴⁷⁹ ويكون التعويض في التعهد عن الغير نقدياً ما لم يقترح المدين أن ينفذ ما تعهد به عيناً.

بالرجوع إلى أحكام المادة 114 من القانون المدني نجدها توجب منح المتعهد للمتعهد له تعويضاً نتيجة لعدم قبول المتعهد عنه للتعهد، دون أن تشترط تحقق الضرر في جانب المتعهد له، غير أن أحكام المادة 176 من نفس القانون تشترط للحكم بالتعويض تحقق الضرر الناجم عن عدم تنفيذ الالتزام، وعليه قد يظهر لنا أن هناك تناقض بين النصين، أي بين وجوب التعويض من جهة وبين كيفية تقدير القاضي للتعويض من جهة ثانية، إلا أن التطبيق العملي لهما يجعل القاضي غير قادر على تقدير قيمة التعويض إذا لم يثبت أمامه ضرر لاحق بالمتعهد، أي لا بد أن يكون ضرر يكون حكم التعويض جبراً له، وفي الحالة التي ينعدم فيها الضرر يرفض فيها القاضي طلب التعويض لانعدام محله، وعليه نرى أنه التعويض يكون على قدر ما أصاب المتعهد له من أضرار بسبب عدم قبول الغير للتعهد، فإذا لا لم يلحقه أي ضرر فلا محل لمطالبته بالتعويض.

وقد يكون تقدير التعويض مقدماً باتفاق الطرفين، والذي يستحقه الدائن إذا أحل المدين مستقبلاً بالتزامه، سواء كان هذا الإخلال يتمثل في عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ، ويكون ذلك قبل الإخلال بالالتزام سواء كان ذلك بموجب العقد أو بموجب اتفاق لاحق، وهو ما

⁴⁷⁷ حمداوي نورة، الطبيعة القانونية للتعهد عن الغير في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 62.

⁴⁷⁸ توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، -نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 236.

⁴⁷⁹ تنص المادة 182 من القانون المدني " إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

يعرف بالتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي⁴⁸⁰. و إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يمكن للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت الغش أو الخطأ الجسيم في جانب المدين⁴⁸¹.

ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ، كما يمكن للقاضي أن يتدخل لتعديل مبلغ التعويض الاتفاقي متى كان مفرطاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ويكون باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك⁴⁸².

وبناء عليه يمكننا أن نستخلص من أحكام التعويض الاتفاقي أنه في حالة تضمن عقد التعهد عن الغير ، شرطاً جزائياً أي كان قد حدد تعويضاً اتفاقياً، فإنه في الحالة التي يثبت فيها المدين-المتعهد- أن الدائن-المتعهد له- لم يلحقه أي ضرر فلا يستحق الدائن التعويض، وأنه متى جاوز الضرر نتيجة عدم تنفيذ عقد التعهد قيمة التعويض المتفق عليه فلا يجوز للدائن – المتعهد له- أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين-المتعهد- قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، غير أنه في الحالة العكسية أي إذا كان تقدير المبلغ مفرطاً مقارنة بالضرر جاز للقاضي التدخل لتخفيض قيمة التعويض الاتفاقي.

وبالرجوع لأحكام المادة 114 من القانون المدني نجدها توجب على المتعهد تعويض من تعاقد معه، غير أنها لم تجعل التعويض مستحقاً بشرط أن يلحق المتعاقد معه ضرر بسبب عدم قبول الغير التعاقد معه، بما يفهم منه أنها جعلت التعويض مستحقاً في جميع الحالات أي بتحقيق الضرر وبدون ذلك. الأمر الذي يجعلنا لأول وهلة نعتقد بوجود لبس وتناقض بين نص المادة 114 من القانون المدني والمواد المحددة لأحكام التعويض الاتفاقي خاصة منها نص الفقرة الأولى من المادة 184 من نفس القانون التي تسقط التعويض الاتفاقي في حال إثبات أن المدين لم يلحقه أي ضرر، وعليه إذا تضمن عقد التعهد تعويضاً اتفاقياً، فلا يستحق المتعهد له التعويض إذا أثبت المتعهد أن المتعهد له لم يلحقه أي ضرر، ومع ذلك يبقى التعويض مستحقاً للمتعهده له بموجب المادة 114 من القانون المدني.

غير أننا نرى أنه ما دام يجوز أصلاً التنازل أثناء عقد التعهد عن الغير عن التعويض، ولو تحقق الضرر، تكريساً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فمن باب أولى فإن المتعهد له بقبوله إدراج التعويض الاتفاقي ضمن عقد التعهد عن الغير يكون قد تنازل ضمناً عن حقه في التعويض، في الحالة التي يثبت فيها المدين –المتعهد- عدم إلحاق أي ضرر به، خاصة

⁴⁸⁰ تنص المادة 183 من القانون المدني " يجوز للمتعاقد أن يحدد مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق. وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181".

⁴⁸¹ تنص المادة 185 من القانون المدني " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً".

⁴⁸² تنص المادة 184 من القانون المدني " لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر.

وجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.

ويكون باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه".

أن نص المادة 184 في فقرة الأخيرة رتب جزاء البطلان على كل اتفاق يخالف أحكامها. وبالتالي فإن التعويض يكون لقاء الضرر الذي يلحق بالمتعهد له جزاء عدم تنفيذ عقد التعهد.

كما لا بد من البيان أنه في الحالة التي يكون فيها التعويض الاتفاقي أكبر بكثير من الضرر اللاحق بالمتعهد له كان للقاضي التدخل في العقد لخفض مبلغ هذا التعويض ويعد باطلا كل اتفاق يخالف ذلك.

وفي كل الأحوال لا يكون التعويض مستحقا إلا إذا رفض المتعهد عنه التعهد فتقوم مسؤولية المتعهد كما سبق لنا بيان ذلك ويكون جزائه أصلا تعويض المتعهد له، وله أن يتخلص من التعويض متى قام بنفسه بتنفيذ ما التزم به متى كان ذلك ممكنا أي لم يكن الالتزام محل التعهد متعلقا بشخصية المتعهد عنه.

لا بد من القول أن الالتزام بالتعويض ينتقل إلى الخلف العام للمتعاقد المتعهد في حال رفض المتعهد عنه التعهد، باعتبار أن التعهد عن الغير عقد مبرم بين المتعهد والمتعهد له، وهو عقد صحيح متى توافرت أركانه وشروط صحته وفقا للقانون، وبالتالي ينتج آثاره بين المتعاقدين وخلفهما ودائنيهما، وعليه يتحول التزام السلف إلى تعويض في حال رفض الغير التعهد ويدفع هذا التعويض من أموال التركة، ويرى أغلب شراح القانون المدني إلى أم الخلف العام ملزم بالتعويض فقط وغير ملزم بالحصول على إقرار المتعهد عنه، إلا إذا كان سلفه طرفا في العقد كأن يكون المتعهد شريكا على الشيوع وتصرف في المال الشائع وتعهد بالحصول على إقرار باقي الشركاء، ففي هذه الحالة يلتزم الخلف العام بالتزامات سلفه، لأن المتعهد ملزم بالضمان وينتقل هذا الالتزام إلى خلفه وهو غير قابل للانقسام بحسب طبيعته، فيكون الخلف في هذه الحالة ملزما بالعقد الذي أبرمه السلف وينتقل الالتزام بالضمان إليه⁴⁸³.

الفرع الثاني: حالة قبول المتعهد عنه للتعهد:

قبل صدور القبول يكون الغير المتعهد عنه حرا في قبول التعهد وفي رفضه، فهو أجنبي تماما عن العقد، ولا يلزمه العقد بشيء، وبالتالي لا ينصرف أثر العقد إليه وذلك وفقا للقواعد العامة⁴⁸⁴، و كما أن الغير لم يلتزم بالتعاقد قبل القبول، فإنه لم يكسب منه حقا كذلك، وقبل القبول يستطيع المتعهد عن الغير باتفاقه مع من تعاقد معه أن يعدل في التعاقد أو يعدل عنه، أو يحوله إلى شخص آخر وهذا تطبيقا للقواعد العامة في التعاقد⁴⁸⁵.

⁴⁸³ زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 171.

⁴⁸⁴ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 132.

⁴⁸⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للتزامات-نظرية العقد، المرجع السابق، 869.

أولاً: صحة القبول:

ينطوي التعهد عن الغير على إيجاب موجه إلى الغير، فإذا قيل الغير التعهد، نشأ عقد جديد بينه وبين المتعهد له، وعليه يشترط في هذا القبول شروطاً شكلية وأخرى موضوعية نتناولها فيما يلي:

أ. من حيث شكل القبول:

الأصل هو عدم اشتراط شكل خاص في قبول الغير للتعهد، كما لا يشترط أن يكون بعبارات معينة، وإنما يكفي فيه أن يكون دالاً على نية الغير في القبول، وعليه فقد يكون صريحاً أو ضمناً، كما قد يستفاد من السكوت الملبس، فالقبول الصريح يكون بتعبير الغير عن قبوله للالتزام المتعهد به عنه وذلك إما باللفظ أو بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه طبقاً لنص المادة 1/60 من القانون المدني، أما القبول الضمني فيمكن أن يستنتج من تصرف صادر عن الغير ولا يمكن تفسيره إلا على أنه قبول للتعهد، فقد يكون مستفاداً من قيام الغير بتنفيذ الالتزام موضوع التعهد كما لو تسلم الثمن أو كان قد بدأ في تنفيذه كما لو بدأ في إقامة البناء، وهو جائز ما لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً تطبيقاً لنص المادة 2/60 من القانون المدني، ويمكن أن يكون السكوت تعبيراً عن الإقرار في حالات معينة تطبيقاً لنص المادة 68 من القانون المدني⁴⁸⁶ فيستفاد القبول من السكوت الملبس.

وعليه لا يشترط في القبول شكل خاص ومع ذلك إذا كان القانون يتطلب شكلاً معيناً في التصرف الذي يراد من الغير أن يقبله، كأن يكون هذا التصرف رهناً رسمياً فيجب أن يتم هذا العقد وفقاً للشكل الذي رسمه القانون⁴⁸⁷.

ب. من حيث موضوع القبول:

ما دام أن القبول ينشأ به عقد جديد بين المتعهد عنه القابل، وبين المتعهد له، فلا بد أن تتوافر لدى الغير وقت القبول الأهلية اللازمة لإبرام العقد.

فالقبول عمل قانوني يجب صدوره من ذي أهلية، ولما كان القبول يصدر ليتطابق مع الإيجاب، وجب أن تكون الأهلية متوافرة كذلك في المتعاقد مع المتعهد وقت صدور القبول⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ تنص المادة 68 من القانون المدني "إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب. ويعتبر السكوت في الرد قبولاً، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه".

⁴⁸⁷ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 550. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - في الالتزامات - الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 603.

كما لا بد أن تكون الإرادة جدية، وأن تكون خالية من عيوب الإرادة من مثل الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، وخالية من عوارض الأهلية من مثل اجتماع العاهتين، وحالات المنع القانوني والقضائي.

تجدر الإشارة إلى أنه إذا كان الغير الموجب له غير ملزم بالرد على الإيجاب بالقبول أو بالرفض، باعتباره أجنبيا عن العقد، فإنه في المقابل فإن طرفي التعهد عن الغير غير ملزمين بالبقاء على التزامهما إلى ما لا نهاية، ذلك أن التعهد معرض للسقوط لذا وجب أن يصدر الإقرار في آجال معينة يحددها المتعاقدان فإذا حددت هذه الآجال وانقضت دون تعبير الغير عن إرادته سواء بالقبول أو بالرفض يعتبر رفضا ضمنيا للتعهد، وي طرح الإشكال في الحالة التي لا يحدد فيها المتعاقدان أجلا للقبول فما هي المدة التي يؤخذ بها لتحديد موقف الغير من التعهد؟ بالرجوع إلى نص المادة 114 من القانون المدني لا نجد لها تعطي حلا لهذا الإشكال، غير أنه يمكن للمتعاقدان في هذه الحالة إبرام عقد لاحق لعقد التعهد عن الغير وب نفس الأشكال التي أبرم بها العقد الأول يحددان فيه المهلة التي يتعين على المتعهد له التعبير عن إرادته فيها من تاريخ علمه بالتعهد⁴⁸⁹.

ثانيا: أثر القبول:

أ. انعقاد عقد جديد:

يترتب على قبول التعهد انعقاد عقد جديد بين المتعاقد مع المتعهد (المتعهد له) والغير الذي قبل التعهد (المتعهد عنه) فالمتعهد عنه قد أصدر إيجابا إلى الغير (المتعهد عنه) من خلال عقد التعهد عن الغير، والغير متى قبل هذا الإيجاب فإن عقدا ينعقد بينهما⁴⁹⁰، ويقوم هذا العقد الجديد على أنقاض العقد القديم (عقد التعهد عن الغير) والغير بقبوله التعهد يكون قد جعل نفسه بإرادته طرفا في العقد الجديد، فلم يعد أجنبيا أنه⁴⁹¹، ويختلف العقد الجديد الذي نشأ على اثر قبول الغير للتعهد، عن العقد الأول الذي تم بين المتعهد ومن تعاقد معه من حيث طرفيه وآثاره ووقت انعقاده.

أما من حيث طرفيه يختلف العقدين من حيث طرفيهما، فطرفا العقد الأول هما المتعهد عن الغير ومن تعاقد معه (المتعهد له)، بينما العقد الجديد طرفاه هما المتعاقد (المتعهد له) والغير (المتعهد عنه في العقد الأول)⁴⁹².

أما من حيث الالتزامات أو الآثار التي تترتب على كل منهما، فالعقد الأول ينشئ دائما التزاما بعمل في ذمة المتعهد، وهو حمل الغير على قبول التعهد، بينما العقد الثاني فينشئ

⁴⁸⁸ عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد، المرجع السابق، 869.

⁴⁸⁹ حمداوي نورة، الطبيعة القانونية للتعهد عن الغير في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 67.

⁴⁹⁰ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 304.

⁴⁹¹ محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص 82.

⁴⁹² سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 124.

التزاما في ذمة الغير يختلف محله بحسب ما يراد من الغير أن يلتزم به فقد يكون التزاما بنقل حق عيني أو بعمل أو بالامتناع عن عمل⁴⁹³، ولا تنقضي هذه الالتزامات إلا بتنفيذها فعلا أو بأي سبب آخر من أسباب انقضاء الالتزام⁴⁹⁴، وعليه فالغير لا يلتزم بمقتضى العقد الأول الذي لم يكن طرفا فيه، بل التزم بمقتضى العقد الثاني الذي كان أحد طرفيه بموجب تعبيره عن إرادته بالقبول، وعليه لا يكون التعهد عن الغير استثناء من القاعدة التي تنقضي بأن العقد لا ينصرف أثره إلى الغير بل هو تطبيق لها⁴⁹⁵.

ومن حيث وقت إبرام العقد، فالعقد الأول يتم عند اتفاق المتعهد ومن تعاقد معه، ويتم العقد الجديد عند قبول الغير⁴⁹⁶، وليس في وقت إبرام عقد التعهد، وليس من وقت علم المتعهد له بهذا القبول كما تنقضي القواعد العامة⁴⁹⁷، فالقبول ليس له أثر رجعي ما لم يتبين أن الغير قصد صراحة أو ضمنا أن يرجع بأثر القبول إلى الوقت الذي تم فيه التعهد طبقا لنص المادة 2/114 من القانون المدني " أما إذا قبل الغير هذا التعهد، فإن قبوله لا ينتج أثرا إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد"، ومثاله إذا باع الشركاء المال الشائع عن أنفسهم ومتعهدين عن قاصر من بينهم فإن قبول القاصر للتعهد بعد بلوغه سن الرشد يفهم منه ضمنا أنه قصد أن يكون لقبوله أثر رجعي يستند إلى الوقت الذي تم فيه التعاقد بين الشركاء.

كما تجب الإشارة إلى أن الأثر الرجعي للقبول لا ينبغي أن يضر بمن يكون قد رتب لهم الغير حقوقا قبل القبول، ذلك أن الأصل أن قبول الغير للتعهد لا يستند إلى الماضي، ولا يترتب أثره إلا من وقت صدوره، باعتبار أن العقد بينه وبين المتعهد له لم ينقذ إلا من هذا الوقت، غير أن القانون أجاز إسناد أثر القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد، وذلك متى ثبت أن إرادة الغير قد اتجهت إلى ذلك صراحة أو ضمنا، وفي هذا الإطار ذهب بعض شراح القانون المدني إلى القول إلى أن هذا الأثر الرجعي لا يصح أن يضر بمن كسب حقا من ذلك الغير، قبل قبوله للتعهد⁴⁹⁸، فالأثر الرجعي لا يترتب إلا في علاقة المتعهد له مع المتعهد عنه، ولا يسري في مواجهة من يكون قد تلقى حقا يتعارض مع قبول المتعهد للعقد المتعهد به، وفي جميع الأحوال لا يمكن أن يحتج على الغير بالقبول الصادر في ورقة عرفية إلا إذا كان له تاريخ ثابت⁴⁹⁹، ومثال ذلك، إذا تعهد (أ) أن يحمل (ب) على قبول تأجير مسكن إلى (ح)، ولكن (ب) سبق أن أجر المسكن إلى (د) ثم قبل التعهد على أن يكون لقبوله أثر رجعي، فإن حق (د) يبقى قائما بالرغم من ذلك.

⁴⁹³ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 550.

⁴⁹⁴ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 124.

⁴⁹⁵ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد، المرجع السابق، 870.

⁴⁹⁶ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 134.

⁴⁹⁷ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 305.

⁴⁹⁸ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 135.

⁴⁹⁹ زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 173.

ب. تبرئة ذمة المتعهد:

إذا نجح المتعهد في حمل الغير على قبول التعهد، إنه بذلك يعتبر قد وفى بالتزامه، إذ بمجرد صدور القبول من الغير تبرأ ذمة المتعهد وتنتهي التزاماته، فهو غير مسؤول عن تنفيذ الاتفاق الجديد المبرم بين المتعهد له والمتعهد عنه، بل تنتهي مسؤوليته بقبول الغير للتعهد ولو تراجع هذا الغير بعد ذلك أو تقاعس في تنفيذ الالتزام فيما بعد، وإن كان هذا لا يمنع من الاتفاق على أن يضمن المتعهد ككفيل تنفيذ هذا الاتفاق⁵⁰⁰.

المبحث الثاني: الاستثناءات الواردة على الأثر النسبي للعقد:

الأصل في العقود، أنها لا تضر الغير ولا تنفعه بصورة مباشرة، وبعبارة أخرى أن آثار العقد لا تتصرف إلا إلى عاقديه ولا تمتد إلى الغير، وإن كان هذا المبدأ مطلقا فيما يضر الغير، أي حين يحمله التزاما، غير أنه ليس مطلقا فيما يفيد الغير وقد تبنى المشرع الجزائري هذا المبدأ ونص عليه في المادة 113 من القانون المدني على أنه " لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا" وعليه فإذا كان العقد لا يرتب التزاما في ذمة الغير، إلا أنه يجوز أن يكسبه حقا، وذلك خروجا عن مبدأ نسبية أثر العقد، ثم طبق هذه القاعدة في المادة 116 و117 و118 من نفس القانون. إذ أنه بموجب قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير أصبح من الممكن استثناءا من الأصل أن يكتسب الغير حقوقا من عقود لم يكن طرفا فيها، فبموجب هذه القاعدة الاستثنائية يمكن أن يكون هناك عقد بين المشتري والمنتفع ينشأ عنه حق مباشر للمنتفع قبل المتعهد، رغم أن المنتفع أجنبي تماما عن العقد.

لذلك من الأهمية بمكان قبل الخوض في مضمون الاشتراط لمصلحة الغير أن نتطرق إلى مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير من حيث تعريف هذا العقد وبيان أهميته و شروطه وهو ما رصدنا له المطلب الأول من هذا المبحث، ثم إلى بيان الآثار القانونية التي تترتب عنه، وهو ما سنتطرق له بالدراسة في المطلب الثاني من هذا المبحث تحت عنوان آثار الاشتراط لمصلحة الغير.

المطلب الأول: الاشتراط لمصلحة الغير:

إن الاشتراط لمصلحة الغير ينطوي على خروج فعلي عن قاعدة اقتصار منافع العقد على عاقديه دون غيرهم، ولأن التعاقد يكون في حالات كثيرة مرتبا لحقوق لأجنبي عن العقد، غير أن قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير، لها شروط محددة لا بد من توافرها لجعلها تتميز عن عقود أخرى مشابهة لها، وقد نظم المشرع الجزائري أحكام الاشتراط لمصلحة

⁵⁰⁰ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 306. زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 170.

الغير في ثلاث مواد وهي من المادة 116 إلى المادة 118 من القانون المدني وفيما يلي سنقف على مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير وذلك بتقديم تعريف له وتبيان تطبيقاته وصوه العملية، كما لا بد من أن نعرض لدراسة الشروط اللازم توافرها لتحقيقه.

الفرع الأول: تعريف الاشتراط لمصلحة الغير:

الاشتراط لمصلحة الغير تعاقداً يتم بين شخصين، أحدهما هو المشتراط والآخر هو المتعهد، فيشترط الأول على الثاني أن يلتزم هذا الأخير قبل شخص ثالث أجنبي عن التعاقد، وهو المنتفع، فينشأ بذلك للمنتفع حق مباشر يستطيع أن يطالب به المتعهد⁵⁰¹، وعرفه الدكتور سليمان مرقس "في الاشتراط لمصلحة الغير يتعاقد شخص مع آخر فيشترط الأول (المشتراط-le stipulant-) من الثاني (المتعهد-le promettant-) حقاً لمصلحة شخص ثالث (المنتفع-le bénéficiaire-) "⁵⁰².

وعليه فالاشتراط لمصلحة الغير هو ذلك الاتفاق الذي يتم بين شخصين يتعهد أحدهما بأن يؤدي مباشرة إلى شخص أجنبي عن العقد، أداء معين يشترطه الطرف الآخر في هذا الاتفاق، ويسمى هذا الأخير المشتراط. أما الطرف الآخر الذي تعاقد معه وتعهده بتقديم أداء معين إلى الغير فيسمى المتعهد. و الغير، وهو من لم يكن طرفاً في هذا الاتفاق يكون متعهداً له، فهو الذي يتم الاشتراط لمصلحته، ولذا يسمى بالمنتفع أو المستفيد، ويكون له حق مباشر من هذا الاشتراط يستطيع بمقتضاه أن يطالب المتعهد⁵⁰³، ويعد ذلك استثناء من مبدأ نسبية آثار العقد إذ يكسب الغير حقاً من عقد لم يكن طرفاً فيه.

لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير مكانة هامة في الحياة العملية، تتمثل في أنه طبقاً لقاعدة نسبية أثر العقد، كان يجب أن لا يترتب على العقد مثل هذه المنفعة، أي المفروض هو عدم تمكن الغير (الشخص الثالث) من أن يتمسك بالحق الذي اشترط لمصلحته في عقد هو أصلاً أجنبياً عنه، غير أن المشرع وجد نفسه أمام الأمر الواقع الذي فرض نفسه عليه، اقتضى منه السماح باستثناءات معينة، من بين أهمها الاشتراط لمصلحة شخص من الغير، ويترتب على هذا الاشتراط حقاً مباشراً لهذا الغير، خلافاً لقاعدة نسبية أثر العقد، ولقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير تطبيقات عملية كثيرة وتعتبر عقود التأمين أهم هذه التطبيقات، ولعل أبرز مثال عليها هو عقد التأمين على الحياة، فالمتعاقد يؤمن على حياته لمصلحته ولمصلحة أولاده من بعده إذا مات قبل مدة معينة، أو أنه يؤمن لمصلحة أولاده فقط فيكسب الأولاد في الحالين حقاً مباشراً من عقد التأمين، وذلك دون أن يمر بذمة المورث ولا يعتبر من التركة، وعليه لا يستطيع دائنوا المورث استيفاء ديونهم من مبلغ التأمين⁵⁰⁴، وعدا

⁵⁰¹ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 555.

⁵⁰² سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - في الالتزامات - الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 607.

⁵⁰³ توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، -نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 237.

(A) Bencheneb, op.cit , P 260.

⁵⁰⁴ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 309. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 177.

التأمين على الحياة هناك صور أخرى يشترط فيها المتعاقد لمصلحة الغير، كأن يؤمن رب العمل لمصلحة عماله مما يصيبهم من أضرار أثناء العمل، أو يؤمن الناقل لمصلحة مرسل البضاعة⁵⁰⁵.

ومن التطبيقات المعروفة منذ القدم أنه في عقد البيع يشترط البائع على المشتري أن يؤدي الثمن إلى شخص آخر، كدائن البائع وفاء للدين الذي له عليه وفاء للدين الذي له عليه أو شخص يريد البائع التبرع له بالثمن، وكمن يبيع عينا مرهونة ويشترط على المشتري لمصلحة عماله أن يدفع الثمن في صورة أقساط الدين إلى الدائن المرتهن، وكمن يبيع المتجر ويشترط على المشتري لمصلحة عماله استبقائهم في الخدمة وعدم إنقاص أجورهم أو منحهم علاوات معينة⁵⁰⁶.

ويجد الاشتراط لمصلحة الغير مجاله أيضا في عقد الهبة كأن يهب شخص شيئا ويشترط على الموهوب له أن يرتب إيرادا أو يقدم خدمة لشخص آخر من الغير⁵⁰⁷، ويظهر عقد الاشتراط لمصلحة الغير كذلك في عقود التزام المرافق العامة (عقود الامتياز) التي تبرم مع شركات المياه والنور والغاز ونحو ذلك إذ تشترط الإدارة عادة شروطا لمصلحة المنتفعين من الجمهور، كأن تحدد مثلا الثمن الذي يتقاضاه الملتزم للسلعة أو الخدمة التي يقدمها للجمهور، فيكون لكل فرد من الجمهور حق مباشر يكتسبه من عقد الالتزام ويستطيع بمقتضاه أن يطالب الملتزم بتنفيذ الشروط التي وضعت لمصلحته.

الفرع الثاني: شروط الاشتراط لمصلحة الغير:

نصت المادة 116 من القانون المدني "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية.

و يترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد.

ويجوز كذلك للمشتري أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك".

يؤخذ من هذا النص أن هناك عدة شروط لابد أن تتوفر حتى يصح الاشتراط لمصلحة الغير وهي كما يلي:

⁵⁰⁵ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 332.

⁵⁰⁶ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 310.

⁵⁰⁷ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 343.

أولاً: الشروط العامة:

يراد بالشروط العامة، جملة الشروط التي يتطلبها أي عقد ليعتبر صحيحاً والتي نوردتها فيما يلي:

أساس الاشتراط لمصلحة الغير هو العقد الرابط بين المشتري والمتعهد والذي يتعين أن يستجمع الأركان والشروط المنصوص المتطلبة لصحة كافة العقود⁵⁰⁸، ويتعلق الأمر بالتراضي بأن يصدر التعبير عن الإرادة عن شخص له أهلية التصرف مع خلو إرادته من العيوب المفسدة للتراضي وهي الغلط والإكراه والتدليس والاستغلال، وتوافر ركن المحل الذي يتطلب القانون أن يكون موجوداً أو قابلاً للوجود ومعيناً أو قابلاً للتعيين، إضافة إلى ركن السبب الذي يتطلب القانون أيضاً إضافة إلى إلزامية وجوده ضرورة أن يكون مشروعاً⁵⁰⁹، وكغيره من العقود يمكن أن يكون عقد الاشتراط صحيحاً أو باطلاً أو قابلاً للإبطال تطبيقاً للقواعد العامة، وعليه فبطلان عقد الاشتراط لمصلحة الغير يمكن المتعهد من التمسك بهذا البطلان في مواجهة المستفيد⁵¹⁰.

الأصل في عقد الاشتراط لمصلحة الغير أنه رضائي أي لا يخضع لشروط شكلية خاصة لإبرامه، مثله مثل أي عقد عادي، إذ يسري عليه ما يسري على سائر العقود الأخرى، والتي لم يلزم القانون المتعاقدين بإفراغها في شكل خاص⁵¹¹.

ثانياً: الشروط الخاصة:

إضافة إلى ضرورة توافر الاشتراط لمصلحة الغير على الشروط العامة المتطلبة لانعقاد أي عقد، فإنه يتعين أن تتوافر له شروط خاصة تقتضيها طبيعته وقد نص عليها المشرع في المادة 116 من القانون المدني وهي:

أ. أن يكون التعاقد باسم المشتري لا باسم المنتفع:

لابد ليتحقق الاشتراط لمصلحة الغير، من أن يتعاقد المشتري باسمه مع المتعهد لا باسم المنتفع⁵¹²، بمعنى أن عقد الاشتراط لمصلحة الغير يتم بين المشتري والمتعهد دون أن يدخل المنتفع طرفاً فيه، فهو أجنبي عن العقد.

⁵⁰⁸ (A) Bencheneb, op.cit , P 261 .

⁵⁰⁹ زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 197.

(A) Bencheneb, op.cit , P261. (H) Mazeaud, (L)Mazeaud, (J)Mazeaud, (F) Chabas , Leçons De Droit Civil, Tome 2, op.cit, P 897.

⁵¹⁰ عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول، المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، لمرجع السابق، ص 49.

⁵¹¹ إياد إبراهيم محمد كلوب، الاشتراط لمصلحة الغير، دراسة فقهية مقارنة، مذكرة للحصول على درجة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2014، ص 33.

ومن هنا كان الفرق بين الاشتراط لمصلحة الغير والنيابة، فالمشترط لا يتعاقد بوصفه ممثلاً للمنتفع، أي نائباً عنه بل يتعاقد المشترط باسمه، ويكون هو الطرف في العقد لا المنتفع، فالمشترط لا ينوب عن المنتفع لا نيابة قانونية ولا نيابة اتفاقية، وإنما هو يتعاقد باسمه لمصلحة من المنتفع، لذلك كان لابد من رضا المنتفع لأنه لم يكن طرفاً في العقد، أما الأصل فلا حاجة إلى رضائه، لأن رضا النائب كاف، إما لأنه اتفق مع الأصل على ذلك في حالة النيابة الاتفاقية، أو لأن القانون أباح له ذلك في حالة النيابة القانونية⁵¹³، فيكون الأصل هو الطرف في العقد.

كما لا يتعاقد باعتباره قائماً بشأن عاجل وضروري للمنتفع، أي باعتباره فضولياً، فالفضولي يعمل باسم رب العمل ولمصلحته فيلزمه بعمله فالفضولي يعتبر نائباً لرب العمل بينما لا يعتبر المشترط نائباً للمنتفع⁵¹⁴، ويشترط ألا تكون له مصلحة شخصية في ذلك، بينما ينبغي أن تكون للمشترط مصلحة شخصية مادية أو أدبية وإلا فلا يجوز الاشتراط لمصلحة الغير⁵¹⁵، وإذا بدأ الفضولي العمل وجب عليه أن يمضي فيه فلا يجوز له الرجوع بعد ذلك، بينما في الاشتراط لمصلحة الغير يمكن للمشترط أن ينقض المشاركة ويرجع فيها على أن يحدث ذلك قبل قبولها من المنتفع، كما لا يجوز للفضولي أن يبرم تصرفاً لمصلحة رب العمل إلا إذا وجدت حالة من حالات الاستعجال، ولا يشترط هذا الشرط في الاشتراط لمصلحة الغير⁵¹⁶.

و عليه إذا تم التعاقد باسم شخص آخر، فإن من يبرم العقد لا تثبت له صفة المشترط وإنما صفة النائب أو الفضولي، ولا نكون بصدد اشتراط لمصلحة الغير، وإنما بصدد نيابة أو فضالة يعمل فيها المتعاقد باسم المنتفع⁵¹⁷. فإذا أبرم الناقل التأمين على البضاعة باسم المالك، فإننا لا نكون بصدد اشتراط لمصلحة الغير، بل بصدد نيابة في التعاقد، إذا كان الناقل موكلاً في التأمين، أو بصدد عمل من أعمال الفضالة إذا لم يكن الناقل موكلاً في ذلك⁵¹⁸، وعلى العموم متى أدخل المشترط المنتفع طرفاً في العقد فلا يكون هناك اشتراط لمصلحة

⁵¹² علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 91.

⁵¹³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 898.

⁵¹⁴ خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 131.

⁵¹⁵ سمير عبد السيد تناعو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 131.

⁵¹⁶ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 560. سمير عبد السيد تناعو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 131.

⁵¹⁷ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني -في الالتزامات- الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 613. توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 238.

⁵¹⁸ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 312.

الغير، لأن المنتفع أصبح طرفاً في العقد، وبالتالي وجب عليه أن يلتزم بالتزاماته ويكتسب من الحقوق التي تترتب عليه بصفته متعاقداً لا منتفعاً⁵¹⁹.

كما يترتب على وجوب أن يتم التعاقد باسم المشتري لا باسم المنتفع، أن الاشتراط غالباً ما يترتب التزاماً في ذمة المشتري بأن يدفع مقابلاً للمنفعة المشترطة للمنتفع، كما يحق للمشتري أن ينقص المشاركة أو أن يحل منتفعاً آخر بدل المنتفع الأصلي، أو أن يستأثر هو شخصياً بالانتفاع من المشاركة طبقاً لنص المادة 117 من القانون المدني⁵²⁰.

ب. اشتراط حق مباشر للمنتفع:

من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها الاشتراط لمصلحة الغير هو أن المنتفع يتلقى حقاً مباشراً من عقد الاشتراط ذاته⁵²¹، بمعنى يجب تنصرف إرادة المتعاقدين المشتري والمتعهد إلى ترتيب حق المنتفع ينشأ مباشرة من العقد الذي في ذمة المتعهد بحيث لا يمر هذا الحق بذمة المشتري، ودون أن يكون المتعهد طرفاً في العقد تطبيقاً لنص المادة 1/116 من القانون المدني "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير... ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه...".

وعليه لا نكون أمام اشتراط لمصلحة الغير في كل حالة يفيد منها الأجنبي عن العقد بطريقة غير مباشرة، كما في الأحوال التالية:

- إذا اشترط الحق لنفسه، ولكن تعود منه فائدة على الغير، فلا يكون هذا اشتراطاً لمصلحة الغير، كما لو أمن شخص يملك سيارة على مسؤوليته عن الضرر الذي قد يقع للغير، على الرغم من أن التعويض الذي سيحصل عليه صاحب السيارة من شركة التأمين سيفيد الغير المضرور لكن هذا الحق الذي نشأ للغير، ليس ناشئاً عن عقد التأمين مباشرة، وإذا أراد أن يرجع على شركة التأمين فليس أمامه إلا الدعوى المباشرة⁵²² ويؤسس دعواه على أساس قواعد المسؤولية وليس على أساس قواعد الاشتراط⁵²³.

- إذا اكتسب شخص حقاً ثم حوله إلى آخر كما لو اتجهت إرادة المتعاقدين إلى إنشاء الحق في ذمة المشتري أولاً ثم نقله بعد ذلك إلى المنتفع، ومثاله كمن يبيع شيئاً ثم يحول حقه

⁵¹⁹ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 91. علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 418.

⁵²⁰ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 182.

⁵²¹ سمير عبد السيد تناعو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 131.

⁵²² خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 133. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد، المرجع السابق، ص 901.

⁵²³ سمير عبد السيد تناعو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 131.

- في الثمن إلى شخص آخر، فنكون هنا بصدد عقدين أحدهما بيع والآخر حوالة⁵²⁴ ويكون الشخص قد تلقى هذا الحق بمقتضى عقد الحوالة وليس بمقتضى عقد الاشتراط.
- كذلك لا يعتبر حق الغير ناشئاً عن الاشتراط لمصلحة الغير، إذا جاء من مصدر آخر غير عقد الاشتراط، كما في الحالة التي يؤمن فيها أحد الأشخاص على بيته، وقبل تحقق الخطر المؤمن منه، يبيع البيت إلى شخص آخر (خلف خاص) فإذا وقع الخطر المؤمن منه واستفاد الخلف الخاص من التأمين، فإن ذلك أساسه أحكام المادة 109 من القانون المدني، إذ يعتبر الحق في التأمين من الحقوق التي تعتبر من مستلزمات الحق المستخلف فيه، فانتقال هذا الحق للخلف الخاص، يقوم على أساس فكرة الاستخلاف في الحقوق المتصلة بالحق المستخلف فيه⁵²⁵، وإذا أمن شخص على حياته بمبلغ لمصلحة نفسه ثم مات فلا يكون عقد التأمين اشتراطاً لمصلحة الغير، ولا يتلقى الورثة حقهم بمقتضى العقد، بل بمقتضى حقهم في الميراث، ولا يكون لهم مطالبة شركة التأمين كمنتفعين بل كخلف عام للمورث⁵²⁶.
- إذا كان المشترط قد اشترط على المتعهد أن يبرم عقداً جديداً مع المنتفع، يلتزم في المتعهد نحو المنتفع، فلا يعهد هذا العقد اشتراطاً لمصلحة الغير⁵²⁷.

و عليه فإن مناط الاشتراط لمصلحة الغير هو البحث عن نية الطرفين المتعاقدين (المشترط والمتعهد)، والكشف عما إذا كانت قد اتجهت إلى أن يكتسب الغير (المنتفع) حقاً مباشراً من عقد الاشتراط، أم أنها اتجهت إلى غير ذلك، والمنتفع لا يكتسب هذا الحق من عقد بينه وبين المشترط، أو بينه وبين المتعهد، ولا على حوالة صدرت له من المشترط، وليس مبنياً على نيابة المشترط عن المنتفع ولا على نيابة الفضولي عن رب العمل، وإنما يتلقاه من العقد الذي تم بين المشترط والمتعهد⁵²⁸ دون أن يمر بذمة المشترط وبناءً على ذلك يجوز للمنتفع أن يطالب المتعهد بالحق الناشئ عن العقد دون حاجة إلى إدخال المشترط في المطالبة. علماً أن هذه النية قد تتضح صراحة من العقد، كما أنها يمكن أن تكون ضمنية مستفادة من مجموع شروط العقد ما أحاط بإبرامه من ظروف⁵²⁹ على أن اعتماد النية الضمنية للاشتراط لمصلحة الغير يتعين أن يتم في أضيق الحدود عندما تقتضيه مبررات

⁵²⁴ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 183.

⁵²⁵ خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 133.

⁵²⁶ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 92.

⁵²⁷ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 183. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 561.

⁵²⁸ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 184. عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد، المرجع السابق، ص 903.

⁵²⁹ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 312.

العدالة الاجتماعية وذلك احتراماً لقاعدة نسبية أثر العقد⁵³⁰. وأن فكرة الحق المباشر تعني من ناحية أخرى أنه لا يلزم قبول المنتفع لعقد الاشتراط حتى تتحقق آثاره، لأن مصدر هذا الحق المباشر ليس هو عقد جديد يبرمه المنتفع مع المتعهد، ولكنه عقد الاشتراط ذاته وهذا هو جوهر الاشتراط لمصلحة الغير كله⁵³¹.

ويكفي أن يكون للمنتفع حق مباشر ولو حول عنه بعد ذلك، إذ متى قصد المشتراط إنشاء حق مباشر للمنتفع فذاك اشتراط لمصلحة الغير، وبالرغم من أن للمشتراط حق تحويل هذا الحق عن المنتفع وإضافته لنفسه أو لمنتفع آخر، فالعبرة في إنشاء الحق المباشر للغير أن يكون ذلك وقت صدور العقد، ولو أضاف المشتراط الحق لنفسه بعد ذلك⁵³².

ت. أن تكون للمشتراط مصلحة شخصية في الاشتراط للغير:

تنص المادة 1/116 من القانون المدني "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية".

وبناء عليه فإنه يشترط لتحقيق الاشتراط لمصلحة الغير أن يتعاقد المشتراط باسمه ويعمل لحسابه، ولهذا كان بديهي أن يكون له مصلحة شخصية في ذلك، ولو كانت هذه المصلحة مجرد مصلحة أدبية⁵³³ وإلا كان عمله ضرباً من العبث⁵³⁴ وعمل العاقل يجب أن ينزه عن العبث، لأن محل تعاقد هو الاشتراط للغير، ومحل التعاقد يجب أن يكون ذا فائدة من للتعاقد، فإذا لم تكن هناك مصلحة لا يقوم الاشتراط نفسه، أي يقع التعاقد باطلاً، وهذا تطبيقاً للقواعد العامة⁵³⁵.

ويرى جانب من الفقه أن اشتراط المشرع لشرط المصلحة هو بديل عن اشتراط سبب العقد، أو هو تعبير آخر عن فكرة السبب بإعطائها معنى خاص بصدد الاشتراط لمصلحة الغير⁵³⁶.

⁵³⁰ عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول، المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، لمرجع السابق، ص 52.

⁵³¹ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 132.

⁵³² عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد، المرجع السابق، ص 903.

⁵³³ (H) Mazeaud, (L) Mazeaud, (J) Mazeaud, (F) Chabas, Leçons de droit Civil, op.cit, P 900.

⁵³⁴ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 561. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - في الالتزامات- الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 615.

⁵³⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد، المرجع السابق، ص 904. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 344.

⁵³⁶ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 132. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 185.

والمصلحة التي يشترطها المشرع ويعتبر وجودها شرطاً لصحة الاشتراط هي مصلحة المشرط، لا مصلحة المتعهد، والمصلحة في الاشتراط لمصلحة الغير هي المنفعة التي يجنيها المشتري من جراء اشتراطه لمصلحة الغير⁵³⁷، ولو لم تكن للمشتري مصلحة شخصية لكان فضولياً، وهذا هو الفرق الجوهرى الذي يميز بين الاشتراط لمصلحة الغير والفضالة كما سبق لنا بيان ذلك.

ووجوب أن تكون للمشتري مصلحة له أهمية أخرى غير تصحيح التعاقد، بتصحيح المحل الذي يقوم عليه، وذلك أن هذه المصلحة الشخصية للمشتري هو الذي يجعل له حقوق التعاقد حتى بعد أن يظهر المنتفع رغبته، فيكون حق الرقابة على المتعهد في تنفيذ التزامه نحو الغير، فإذا لم يقدّم المتعهد بتنفيذ هذا الالتزام، جاز للمشتري أن يطلب فسخ العقد الذي تم بينه وبين المتعهد، وجاز له كذلك مطالبة المتعهد بالتنفيذ العيني لهذا الالتزام، وله أن يطلب بالدفع بعدم التنفيذ وهي الأمور التي لا يملكها المنتفع لأنه ليس أحد طرفي العقد⁵³⁸.

وعلى العموم لا بد من أن تكون للمشتري مصلحة شخصية من حصول المنتفع على الحق الذي اشترطه لمصلحته⁵³⁹، بمعنى أنه يجب أن تكون للمشتري منفعة أو مصلحة شخصية في قيام المتعهد بتنفيذ الالتزامات التي يرتبها عقد الاشتراط في ذمته لصالح المنتفع، ولا يهم بد ذلك نوع هذه المصلحة الشخصية وطبيعتها، إذ يستوي أن تكون هذه المصلحة مادية أو أدبية، المهم أن تكون مصلحة شخصية مشروعة⁵⁴⁰، ومن البديهي أن تكون المصلحة مشروعة، فهي الغاية التي يهدف المشتري إلى تحقيقها، فإذا كانت هذه الغاية هي الباعث الدافع، وكانت غير مشروعة، فإن الاتفاق يكون باطلاً، طبقاً للقواعد العامة، ومثال المصلحة الغير مشروعة أن تكون المنفعة المشترطة للغير كمقابل لارتكابه جريمة معينة أو لإقامة علاقة غير مشروعة⁵⁴¹.

مصلحة المشتري قد تكون مادية هدفها تحقيق نفع مادي⁵⁴² ومثال اشتراط البائع على المشتري أن يقوم بدفع ثمن المبيع إلى الدائن (دائن البائع) وتكون هنا للبائع مصلحة مادية تتمثل في وفاء ما عليه من دين. وقد تكون مصلحة أدبية تقوم عادة على مجرد اعتبارات

⁵³⁷ إيراد إبراهيم محمد كلوب، المرجع السابق، ص 49.

⁵³⁸ عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد، المرجع السابق، ص 904. عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول، المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، المرجع السابق، ص 52. العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، المرجع السابق، ص 226.

⁵³⁹ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 184.

⁵⁴⁰ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 418. توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 239.

(A) Bencheneb, op.cit, P 261 .

⁵⁴¹ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 313. خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 132.

⁵⁴² عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول، المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، المرجع السابق، ص 51.

القربة أو العاطفة أو الإحسان فيهدف من خلالها المشتري لتحقيق الأجر والثواب كالشخص الذي يبيع شيئاً مملوكاً له ويشترط على المشتري دفع ثمنه لمؤسسة خيرية معينة أو أن يعقد شخص هبة ويشترط على الموهوب له التزاماً لفائدة جهة للبر والإحسان، وكذلك إبرام شخص لعقد تأمين لفائدة زوجته وأولاده⁵⁴³ أما دوافع المروءة والصدقة فإنها لا ترقى بمجرد ما إلى مستوى المصلحة في هذا الخصوص، فلا يتحقق معها قيام الاشتراط لمصلحة الغير، فلو أن شخصاً وجد مشترياً لعقار صديقه الغائب بسعر مناسب، فحصل منه على وعد بشراء العقار، فإن هذا لا يكفي لقيام الاشتراط لمصلحة الغير⁵⁴⁴.

ولا يشترط لصحة الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المشتري دائماً للمتعهّد بل يكفي أن تكون له مصلحة في تنفيذ الالتزامات المشروطة⁵⁴⁵.

وعليه فإذا أثبت المشتري أنه لم تكن له مصلحة شخصية في الاشتراط للغير جاز له أن يبطل هذا الاشتراط، وذلك إذا كان قد توهم وجود هذه المصلحة وهي غير موجودة بالفعل (المصلحة الوهمية)، بأن أثبت مثلاً أنه اشترط لمصلحة شخص كان يعتقد أنه دائن له وفاء للدين ثم اتضح أنه ليس بدائن⁵⁴⁶، وكذلك إذا اشترط لمصلحة شخص ظناً منه أنه تربطه به رابطة قرابة واتضح بعد ذلك أن هذه الرابطة موجودة أن المنتفع دلس عليه حتى أوهمه بوجودها⁵⁴⁷، وفي هذه الحالة له الحق في التمسك بأحكام الاشتراط لمصلحة الغير ويطلب بطلان العقد لانعدام المصلحة الشخصية، كما له الحق في طلب إبطال العقد لعيب شاب إرادته وهو عيب الغلط أو التدليس، علماً أن جانباً من الفقه يذهب أنه في التدليس يجب أن يكون صادراً من أحد المتعاقدين حتى يبطل العقد، وإذا صدر التدليس من المنتفع دون تواطؤ مع المتعهّد فإن المشتري لا يستطيع إبطال العقد، فيبقى له حق الطعن بالبطلان نتيجة لعدم وافر الشروط الأساسية في محل التعاقد، كما ذهب رأي إلى القول أنه ما فائدة إثبات حق الطعن بالبطلان المطلق للمشتري، إذا تبين أنه لم تكن له مصلحة في الاشتراط للغير ما دام يستطيع أن يرجع في اشتراطه للغير، فيضيف الحق لنفسه أو لمنتفع آخر، وهو رأي مردود عليه، ذلك أنه لو اكتفينا بحق المشتري في الرجوع وإضافة الحق لنفسه لأجبرناه على تحمل آثار عقد فيما بينه وبين المتعهّد، فيبقى ملتزماً نحوه، أما إذا أعطي المشتري حق الطعن بالبطلان فإنه يمكنه أن يتخلص من هذا الالتزام⁵⁴⁸، ومن ناحية ثانية فإن حق الرجوع في الاشتراط وإضافة الحق لنفسه مقيد بشرط أن يكون قبل قبول المنتفع للاشتراط وإلا سقط هذا الحق.

⁵⁴³ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 184.

⁵⁴⁴ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 563.

⁵⁴⁵ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 418.

⁵⁴⁶ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 185.

⁵⁴⁷ مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 277.

⁵⁴⁸ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد، المرجع السابق، ص 904-905.

ويكفي أن يكون للمشتراط مصلحة شخصية، وليس من الضروري أن يكون دور شخصي في العقد⁵⁴⁹ ذلك أنه للمشتراط أن يشترط لمصلحة المنتفع دون أن يكون له دور شخصي في هذا الاشتراط، لا مشترطاً لنفسه ولا متعهداً عنها، ويؤول الأمر في هذه الحالة إلى أن المشتراط قد اتفق مع المتعهد على أن يقوم المتعهد بتنفيذ التزام نحو الغير، فالمتعهد هو الذي قدم المنفعة للمنتفع، بخلاف الاشتراط الذي يكون للمشتراط فيه دور شخصي فإن المشتراط هو الذي يقدم المنفعة للمنتفع. ولكن لا فرق بينهما في التكييف القانوني، فكلاهما اشتراط لمصلحة الغير، مادام للمشتراط مصلحة شخصية في هذا الاشتراط⁵⁵⁰، ومثال هذه الحالة الأم التي تتعاقد مع والد ابنها، على أن يتعهد الأب بترتيب إيراد للابن دون أن تلتزم الأم بشيء قبل الأب، ففي هذا المثال الأم قد اشترطت حقاً لصالح ابنها، ودون أن تشترط لنفسها حقاً، أو يترتب في ذمتها التزاماً، والأم هنا لا تقوم بعمل الفضولي، بل تقوم باشتراط، لأن لها مصلحة شخصية في الاشتراط وهي مصلحة أديبة⁵⁵¹.

ث. يجب أن يكون المنتفع موجوداً ومعيناً عند ترتيب أثر العقد:

تنص المادة 118 من القانون المدني "يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً أو هيئة مستقبلية كما يجوز أن يكون شخصاً أو هيئة لم يعين وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعاً في الوقت الذي يجب أن ينتج العقد فيه أثره طبقاً للمشاركة".

يتضح من نص المادة 118 من القانون المدني أن المنتفع قد يكون شخصاً طبيعياً، وقد يكون شخصاً معنوياً، كما يستوي في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع موجوداً ومعيناً، أم أنه سيوجد في المستقبل، وبذلك قد يكون المنتفع معيناً وقت التعاقد، وقد يكون المنتفع شخص غير معين، كما قد يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً.

أ. إذا كان المنتفع موجوداً ومعيناً وقت العقد:

يمكن أن يكون المستفيد، موجوداً ومعيناً تعييناً دقيقاً، وقت إبرام عقد الاشتراط، وبالتالي لا تثور أي مشكلة أو صعوبة بشأنه، أما فيما تعلق بأهلية الأداء فلا يشترط وجودها أو توافرها وقت انعقاد عقد الاشتراط، لأن المنتفع ليس طرفاً فيه، ويكفي أن تتحقق هذه الأهلية عند تنفيذ عقد الاشتراط، لأنه يلزم لقيام الاشتراط صحيحاً توافر الأهلية لدى المشتراط ولدى المتعهد، أما عند التنفيذ فيعند بأهلية المستفيد⁵⁵².

ب. إذا كان المنتفع غير معين وقت العقد:

⁵⁴⁹ إياد إبراهيم محمد كلوب، المرجع السابق، ص 49.

⁵⁵⁰ عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 906.

⁵⁵¹ إياد إبراهيم محمد كلوب، المرجع السابق، ص 49. عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 906.

⁵⁵² إياد إبراهيم محمد كلوب، المرجع السابق، ص 51.

طبقا لنص المادة 118 من القانون المدني السالفة الذكر، لا يجعل عدم تعيين المنتفع الاشتراط عديم الصحة إذا كان هذا المنتفع قابلا للتعيين مستقبلا من قبل المشتراط وفي أبعد الحدود عندما ينتج هذا الاشتراط آثاره⁵⁵³، أي أنه يصح الاشتراط لمصلحة شخص غير معين وقت صدور الاشتراط بل يكفي أن يكون معيناً وقت أن ينتج العقد أثره طبقا للمشارطة، وهذا ما ذهب إليه الاجتهاد القضائي الفرنسي⁵⁵⁴ وكثيرة هي الأمثلة التي يكون فيها المنتفع شخصا غير معين وقت العقد لكن يكون معيناً وقت ترتيب العقد لآثاره، كما هو الأمر في عقد التأمين لمصلحة العمال، واشتراط الإدارة شروطا لمصلحة الجمهور.

ثم أن العبرة هي بتوافر صفة المنتفع وقت ترتيب العقد لآثاره إذ تنص المادة 3/73 من قانون التأمين " ... وتؤخذ بعين الاعتبار صفة الزوج عند مباشرة الاستفادة من التأمين"⁵⁵⁵.

جدير بالذكر أن التعيين اللاحق للمنتفع يتم إما بتحديد شخص المنتفع بالذات، أو بتحديد الصفات المميزة لشخصه⁵⁵⁶ متى كانت هذه الصفات كافية لتعيينه بذاته وقت إنتاج الاشتراط أثره. على أنه لا بد أن يؤدي التعيين إلى تمييز الشخص عن غيره وقت ترتيب الاشتراط لمصلحة الغير لآثاره، فإذا كان الشخص قد اشترط لمصلحة جميع ورثته فلا شك في أنه ينظر إليهم باعتبارهم خلفاء عاما فقط وأنه يؤكد حقهم، فلا نكون بصدد اشتراط لمصلحة الغير، بينما يجوز الاشتراط لمصلحة وارث معين⁵⁵⁷، بمعنى أنه في جميع الأحوال يجب أن يكون المنتفع معيناً بوصفه منتفعا، لا بوصفه خلفا للمشتراط، وهو شرط تقتضيه طبيعة الاشتراط لمصلحة الغير⁵⁵⁸.

إذا احتفظ المشتراط بتعيين المنتفع مستقبلا كان لهذا التعيين أثر يستند إلى تاريخ المشارطة، بحيث يثبت له الحق المباشر الذي اشترطه المشتراط لصالحه، لا من وقت تعيينه وإنما من وقت العقد⁵⁵⁹، طبقا لنص المادة 117 من القانون المدني، وقد أقر الفقه والقضاء هذا الأثر الرجعي للتعين تفاديا لوقوع الحق المشتراط في ذمة المشتراط في الفترة ما بين إبرام الاشتراط وإتمام التعيين، بما قد يترتب على ذلك من دخوله في الضمان العام لدائني المشتراط⁵⁶⁰.

⁵⁵³ عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول، المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، المرجع السابق، ص 53.

⁵⁵⁴ (H) Mazeaud, (L) Mazeaud, (J) Mazeaud, (F) Chabas, Leçons de droit Civil, op.cit, P 893.

⁵⁵⁵ زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 202.

⁵⁵⁶ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 186. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 344.

⁵⁵⁷ زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 202.

⁵⁵⁸ إياد إبراهيم محمد كلوب، المرجع السابق، ص 52.

⁵⁵⁹ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 186. عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول، المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، المرجع السابق، ص 54.

⁵⁶⁰ مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 278.

وعليه يجب بصفة عامة أن يكون المنتفع على الأقل قابلا للتعين وقت ترتيب العقد لآثاره، أما إذا لم يوجد المنتفع أو لم يكن قابلا للتعين أو استحال تعيينه لاحقا بسبب قوة قاهرة كموت المشتري وقت ترتيب العقد لآثاره، كان الاشتراط لصالح الغير باطلا، ولكن يبقى العقد بين المشتري والمتعهد صحيحا، وتتحول آثاره إلى المشتري أو ورثته فيقسم بينهم وفقا لقواعد الميراث⁵⁶¹. ومثال ذلك، إذا كان المؤمن له قد احتفظ بحقه في تعيين المنتفع من العقد، ومات قبل أن يستعمل هذا الحق، ومثال ذلك أيضا، إذا مات المؤمن على حياته لمصلحة أولاده، ولم يخلف ولدا، فإن الاشتراط لا ينتج آثاره لتخلف شرط من شروطه.

ت. إذا كان المنتفع شخصا مستقبلا:

يعتبر الشخص المنتفع من الاشتراط مستقبلا عندما يكون شخصا طبيعيا لم يولد بعد أو شخصا اعتباريا لم يتكون بعد⁵⁶²، فقد أجاز نص المادة 118 من القانون المدني أن يكون المنتفع شخصا طبيعيا أو معنويا مستقبلا، أي يصح الاشتراط لمصلحة شخص غير موجود بالفعل وقت التعاقد، سواء كان ذلك لشخص معنوي مستقبلي أو شخص لم يولد بعد، مادام أنه سيكون موجودا وقت استحقاق الحق أي وقت تنفيذ عقد الاشتراط، من مثل التأمين على الحياة لفائدة هيئة لم تكتسب بعد الشخصية المعنوية، أو ولد لم يولد بعد⁵⁶³.

وقد بررت جواز الاشتراط لمصلحة شخص طبيعيا أو معنوي لم يوجد بعد سمحت أن يكون المنتفع غير موجود جملة الاعتبارات العملية و الضرورات المستجدة سمحت بأن يكون المنتفع غير موجود وقت التعاقد، مع إمكان تعيينه عند التنفيذ، وأيضا أن إباحة الاشتراط المستقبلي يساهم ويشجع على إنشاء المؤسسات الخدمية بكافة أنواعها كما في حالة اشتراط شخص أموالا لدار المسنين أو الأيتام في حال قامت الدولة بإنشائها في قريته⁵⁶⁴.

كما يرجع سبب إجازة الاشتراط لمصلحة شخص غير معين في عقد الاشتراط أو أنه غير موجود بالفعل وقت إبرامه، إلى أن المستفيد من الاشتراط ليس طرفا في عقد الاشتراط المبرم لمصلحته، ولذلك كان تعيينه، بل ووجوده، غير ضروري لانعقاد العقد⁵⁶⁵.

يلاحظ أن الحكم الذي يقضي بأنه لا يشترط في المنتفع أن يكون موجودا ومعينا وقت العقد، حكم ينسجم مع النظرية المادية الالتزام التي لا تتطلب لقيام الالتزام وجود الدائن وقت نشوئه مادام أنه ممكن الوجود مستقبلا، وعليه يجوز الاشتراط لمصلحة شخص غير معين

⁵⁶¹ إياد إبراهيم محمد كلوب، المرجع السابق، ص 52. زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 202. عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول، المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، المرجع السابق، ص 54.

⁵⁶² عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول، المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، المرجع السابق، ص 54.

(H) Mazeaud, (L) Mazeaud, (J) Mazeaud, (F) Chabas, Leçons de droit Civil, op.cit, P 893.

⁵⁶³ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 419.

(A) Bencheneb, op.cit, P261.

⁵⁶⁴ إياد إبراهيم محمد كلوب، المرجع السابق، ص 52-53.

⁵⁶⁵ مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 278.

وقت صدور العقد، مادام أنه سيكون حتما معينا بذاته وموجودا وقت استفادته من الحق المترتب له ⁵⁶⁶.

المطلب الثاني: آثار الاشتراط لمصلحة الغير:

إن عقد الاشتراط لمصلحة الغير ثنائي في تكوينه، إذ ينعقد باتفاق بين المشتراط والمتعهد، ولكنه ثلاثي في الآثار المترتبة عنه، إذ تترتب عنه ثلاثة علاقات قانونية تجمع بين ثلاثة أشخاص وهم كل من المشتراط، المتعهد، والمنفع، وفي هذا المطلب نبحت في هذه العلاقات وهي أولا في العلاقة بين المشتراط والمتعهد، وثانيا في العلاقة بين المشتراط والمنفع، وثالثا في العلاقة بين المنفع والمتعهد ونفصل في هذه العلاقات فيما يلي:

الفرع الأول: العلاقة بين المشتراط والمتعهد:

يرتبط المشتراط بالمتعهد بعقد الاشتراط لمصلحة العقد، وهو العقد هو الذي يحدد ويحكم العلاقة بين المشتراط والمتعهد ⁵⁶⁷، فالعلاقة القائمة بين المشتراط والمتعهد هي ذاتها العلاقة التي يربتها أي عقد آخر بين طرفيه العاقدين ⁵⁶⁸. فإذا كان العقد من العقود الملزمة للجانبين مثل عقد التأمين وعقد النقل، فالعلاقة بينهما يحكمها عقد التأمين أو عقد النقل وفقا للقواعد العامة، حيث تنصرف جميع آثاره إليهما فيما عدا الحق المشتراط للغير، فيحق لكل منهما وفقا للقواعد العامة أن يطالب الآخر بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، ولكل منهما أن يجبر الآخر على التنفيذ العيني إذا كان ممكنا أو أن يطلب تعويضا عما أصابه من ضرر جراء عدم التنفيذ، وله أيضا أن يطلب فسخ العقد أو وقف تنفيذه ⁵⁶⁹. ثم أنه لكل من الطرفين المتعاقدين أن يتمسك اتجاه الآخر بأوجه الدفع الجائر التمسك بها بالنسبة للعقد الذي تم بينهما من أوجه بطلان وأسباب انقضاء الالتزام ⁵⁷⁰، إضافة إلى أنه إذا طالب أحد العاقدين العاقد الآخر بالتنفيذ وكان هو لم ينفذ ما تترتب عليه من التزام، فإنه للعاقد الآخر أن يتمسك في مواجهته بالدفع بعدم التنفيذ ⁵⁷¹.

وعليه فإنه مهما كانت طبيعة عقد الاشتراط لمصلحة الغير فإنه يترتب التزامات في ذمة طرفيه العاقدين، فإذا كان المشتراط متبرعا كما هو الأمر في عقد الهبة مثلا فيجب عليه تسليم الشيء الموهوب للمتعهد، وإن كان العقد معاوضة، كعقد التأمين الذي يشترط فيه

⁵⁶⁶ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 564.

⁵⁶⁷ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 566.

⁵⁶⁸ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 187.

(H) Mazeaud, (L) Mazeaud, (J) Mazeaud, (F) Chabas, Leçons de droit Civil, op.cit, P 907.

⁵⁶⁹ إياد إبراهيم محمد كلوب، المرجع السابق، ص 65. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 345. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني -في الالتزامات- الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 619.

⁵⁷⁰ عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 908.

⁵⁷¹ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 566.

الشخص لمصلحة نفسه وأولاده، فإن المشتراط لتزم بأن يدفع للمتعهد وهو شركة التأمين أقساط التأمين في مواعيدها، كما تلتزم شركة التأمين بأن (المتعهد) بتغطية الخطر المؤمن ضده⁵⁷².

إضافة إلى ما للمشتراط والمتعهد من حقوق ترتبها طبيعة عقد الاشتراط وما تضمنه من التزامات، فإنه ينتج عن عقد الاشتراط كذلك للمشتراط الحق في مراقبة المتعهد في تنفيذ التزامه اتجاه المنتفع⁵⁷³.

إذ يستطيع المشتراط بما له من مصلحة شخصية، تلك المصلحة التي رأيناها شرطاً لقيام عقد الاشتراط لمصلحة الغير صحيحاً، أن يراقب تنفيذ المتعهد لالتزاماته تجاه المنتفع، فالمشتراط أن يطالب المتعهد بتنفيذ التزامه الذي عليه للمنتفع، ما لم يتبين أن طلب الوفاء بالالتزام يحتكره هذا الأخير بموجب العقد، وله في حالة امتناع المتعهد عن التنفيذ، أن يرفع دعوى قضائية عليه يطالبه فيها بالتنفيذ، على أن يرفع هذه الدعوى باسمه لا باسم المنتفع⁵⁷⁴، ولا يجوز الاعتراض بأن المشتراط ليس نائباً عن المنتفع حتى يطالب بحقه، وبأنه لا يجوز لشخص أن يرفع الدعوى بحق الغير، فقد قدمنا أن للمشتراط مصلحة شخصية مادية أو أدبية في تنفيذ المتعهد لالتزامه نحو المنتفع وعلى أساس هذه المصلحة الشخصية تقوم الدعوى، بل أن هذه الدعوى، وإن كانت تبدو في بعض الحالات كما في عقود التأمين محدودة الفائدة، تزيد أهميتها إلى حد كبير في حالات أخرى كما في عقود الامتياز التي تمنحها الدولة أو إحدى مؤسساتها إلى الشركات، وتشترط فيها شروطاً متنوعة لمصلحة الجمهور، إذ أن إعطاء الدولة أو مؤسساتها في مثل هذه الحالات دعوى تجبر بها الشركة صاحبة حق الامتياز على تنفيذ ما التزمت به نحو الجمهور له من الأهمية ما لا يخفى، بل أن هناك أحوالاً يتبين فيها أن نية المشتراط قد انصرفت إلى أن يحتفظ لنفسه وحده بدعوى مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه قبل المنتفع دون أن يكون لهذا الأخير دعوى أخرى للمطالبة بذلك⁵⁷⁵.

جدير بالذكر أن للمشتراط الحق في رفع هذه الدعوى ما لم يتبين من الاتفاق أن المنتفع وحده هو الذي يكون له ذلك، إذ قد يكون للمشتراط وحده مطالبة المتعهد بتنفيذ التزاماته قبل المنتفع، مثلما هو الشأن بالنسبة للاشتراطات التي تتم بين الدولة وشركات الاحتكار بالنسبة للشروط المفروضة على الجمهور، ويكون للدولة في هذه الحالة أن تراقب تنفيذ شركات الاحتكار للشروط المتفق عليها لحماية للمنتفعين، وقد يتبين أن للمنتفع وحده حق مطالبة المتعهد بتنفيذ التزاماته التي تعاقد عليها المشتراط⁵⁷⁶ وذلك تطبيقاً لأحكام الفقرة الثالثة من

⁵⁷² (A) Bencheneb, op.cit , P262.

⁵⁷³ (H) Mazeaud, (L) Mazeaud, (J) Mazeaud, (F) Chabas , Leçons de droit Civil, op.cit, P 907.

⁵⁷⁴ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 188.

⁵⁷⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 909-910.

⁵⁷⁶ توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 241. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 134.

المادة 116 من القانون المدني "ويجوز كذلك للمشتراط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك". ومؤدى ذلك أن الأصل هو جواز مطالبة المشتراط للمتعهد بالوفاء للمنتفع، ولا يمنع عليه ذلك إلا إذا تبين أن نية المتعاقدين في عقد الاشتراط قد اتجهت إلى قصر الحق في هذه المطالبة على المنتفع وحده، كما اشترطت الحكومة في عقد احتكار شروطا لمصلحة المنتفعين واحتفظت لنفسها وحدها بالحق في المطالبة بتنفيذ هذه الشروط، وقد يتبين من العقد أن هذا الحق في المطالبة قاصر على المنتفع وحده، كما في اشتراط رب العمل على إدارة المستشفى أن تعالج العمال نظير مبلغ معين يدفعه إليها، فيكون حق المطالبة بالعلاج متروكا لكل واحد من العمال دون رب العمل.

وإذا كان للمشتراط أن يطالب المتعهد بتنفيذ الالتزامات المفروضة عليه على النحو السابق، فله إذا لم يتم هذا الأخير بتنفيذها، كان للمشتراط الحق في المطالبة بالتعويض، طبقا للقواعد العامة، ويكون التعويض في هذه الحالة عما لحق بالمنتفع من أضرار من جراء عدم تنفيذ المتعهد لالتزامه أو التأخر في الوفاء، بل يجوز للمشتراط أن يطالب بتعويض آخر لنفسه عما يكون قد أصابه شخصا من أضرار من جراء الإخلال بالتنفيذ⁵⁷⁷، كما يكون للمشتراط كذلك أن يطلب فسخ العقد لعدم قيام المتعهد بما تعهد به، ويطلب بالتعويض، أو أن يدفع بعدم التنفيذ طبقا للقواعد العامة⁵⁷⁸، علما أن حق المطالبة بفسخ العقد هو حق مقرر للمشتراط وحده دون المنتفع، لأن المشتراط هو من تعاقد مع المتعهد، وبالتالي يكون له وحده الحق في المطالبة بفسخ العقد في حالة إخلال المتعهد بالتزاماته⁵⁷⁹.

ويلاحظ أنه إذا كان يجوز للمشتراط أن يطالب بفسخ العقد القائم بينه وبين المتعهد، فيتخلل من التزامه للمتعهد، إذا لم يتم المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع، لكن إذا فسخ العقد بعد صدور قبول المنتفع، فإن الفسخ لا يضيع على المنتفع حقه، فيرجع هذا الأخير به على المشتراط، إلا إذا كان الاشتراط تبرعا يجوز الرجوع فيه⁵⁸⁰.

جدير بالبيان أن طبيعة الاشتراط ذاتها تملي بأن لا يكون المشتراط دائما بالأداء المشروط لمصلحة المنتفع، بل أن المنتفع يكون وحده هو الدائن به⁵⁸¹ كما سنأتي عليه عند تفصيل علاقة المنتفع بالمتعهد.

الفرع الثاني: العلاقة بين المشتراط والمنتفع:

⁵⁷⁷ مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 286. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - في الالتزامات - الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 620.

⁵⁷⁸ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 345. توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 241.

⁵⁷⁹ زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 205.

⁵⁸⁰ خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 133. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 567.

⁵⁸¹ إياد إبراهيم محمد كلوب، المرجع السابق، ص 68. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 345.

لا تظهر العلاقة بين المشتراط والمنفعة، لأول وهلة، في عقد الاشتراط لمصلحة الغير، فليس بينهما في ظاهر الأمر أي علاقة التزام، وأنه إذا كان المنفعة يتلقى حقه مباشرة من عقد الاشتراط ولا يتلقاه من المتعاقد، فإن ذلك لا ينفي، كل علاقة بين المشتراط والمتعهد، بل تتنوع هذه العلاقة وتختلف بحسب الأحوال فقد تكون تبرعا أو معاوضة، وفي هذا الصدد سنحدد طبيعة هذه العلاقة، ثم بعد ذلك نقف على حق المشتراط في نقض الاشتراط.

أولا: طبيعة علاقة المشتراط بالمنفعة:

تحدد طبيعة هذه العلاقة بحسب الغاية والقصد من الاشتراط، فقد يكون اشتراط المشتراط لصالح المنفعة على سبيل التبرع، وقد يكون على سبيل المعاوضة متى أراد المشتراط أن يقدم للمنفعة أداء في مقابل حق لهذا المنفعة، بأن كان المشتراط مثلا يقصد وفاء دين عليه للمنفعة، أو كان يقصد إقراضه، وحتى أن يودع عنده ما اشترطه لمصلحته⁵⁸²، ووصف الاشتراط، في علاقة المشتراط بالمنفعة، بأنه معاوضة أو تبرع، يترتب عليه تطبيق ما يترتب على هذا الوصف من أحكام في تحديد حقوق كل من المشتراط والمنفعة.

فإذا كان القصد من الاشتراط هو التبرع، -وهو الوضع الغالب - كانت العلاقة تبرعا، فيكون المشتراط متبرعا بالمنفعة، وتطبق عليه الأحكام التي تترتب على هذا الوصف، أي الأحكام الخاصة بعقود التبرعات، فلا حاجة لاستيفاء الشكل الواجب في الهبة، لأن الهبة عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير تكون هبة مستترة أي غير مباشرة ومن ثم لا يشترط الشكل الرسمي حتى ولو كانت علاقة المنفعة بالمشتراط تعد هبة في حقيقتها⁵⁸³، فهو لا يخضع للأحكام الشكلية لعقود التبرع، في حين يخضع للأحكام الموضوعية ويترتب على ذلك ما يلي:

يجب أن تتوافر لدى المشتراط أهلية التبرع، وقت صدور عقد الاشتراط⁵⁸⁴، وإلا كان العقد قابلا للإبطال لمصلحته.

إذا كان الاشتراط لمصلحة الغير قد صدر في مرض الموت، يأخذ حكم الوصية طبقا لنص المادة 776 من القانون المدني⁵⁸⁵ والمادة 204 من قانون الأسرة⁵⁸⁶.

⁵⁸² عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 922.

(H) Mazeaud, (L) Mazeaud, (J) Mazeaud, (F) Chabas, Leçons de droit Civil, op.cit, P 898.

⁵⁸³ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 316.

(H) Mazeaud, (L) Mazeaud, (J) Mazeaud, (F) Chabas, Leçons de droit Civil, op.cit, P 898.

⁵⁸⁴ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 347.

⁵⁸⁵ تنص المادة 1/776 من القانون المدني " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف."

⁵⁸⁶ تنص المادة 204 من قانون الأسرة " الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية".

يحق لدائني المشتراط أن يطعنوا في تصرفه بدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين الضارة بحق دائنيه (الدعوى البولصية) وفقا لقواعد الطعن بها في عقود التبرعات، أي ولو كان من صدر له التبرع وهو المنتفع حسن النية وكان المشتراط لم يرتكب غشاً⁵⁸⁷.

يستطيع المشتراط أن ينقض الاشتراط لمصلحة الغير حتى بعد أن يظهر المنتفع رغبته في الاستفادة من المشاركة، وذلك عند قيام سبب من أسباب الرجوع في الهبة⁵⁸⁸.

يلاحظ أن مقدار الهبة بالنسبة إلى المشتراط ليس المقدار الذي يلتزم به المتعهد نحو المنتفع، بل هو المقدار الذي يدفعه المشتراط للمتعهد، بشرط ألا يزيد عما التزم به المتعهد، فإذا أمن الشخص على حياته لمصلحة أولاده تبرعا منه لهم، فإن مقدار التبرع لا يكون المبلغ الذي تدفعه شركة التأمين للأولاد بعد موت الأب المؤمن له، بل هو الأقساط التي دفعها المؤمن له لشركة التأمين بشرط ألا تزيد عن مبلغ التأمين، حيث ينظر في تقدير مبلغ التبرع إلى أقل القيمتين، فإذا كان المتفق على دفعه ألفين من الدينارات، وكانت الأقساط التي دفعت ألفا، كانت مقدار التبرع ألفا، وما زاد على ذلك مما يجب دفع للأولاد يبقى من حقهم طبقا لقواعد الاشتراط، وإذا كان العكس كان مقدار التبرع ألفا كذلك، أي متى كان المبلغ أقل من القسط وجب الاعتداد به⁵⁸⁹، لأن هذا هو مقدار ما استقاده المنتفع، فهذا هو المقدار الذي يجب مراعاته عند تطبيق حكم الوصية، أو الطعن بالدعوى البولصية، أو الرجوع في الهبة، كأن يؤمن شخص لمصلحة آخر تبرعا، ويتقاضى المنتفع مبلغ التأمين في حياة المؤمن، ويريد المؤمن الرجوع في الهبة، فإنه يرجع على المنتفع بمقدار الأقساط التي دفعها لشركة التأمين لا بمقدار مبلغ التأمين الذي تقاضاه المنتفع من الشركة، وهذا بخلاف ما إذا كان المشتراط قد نقض حق المنتفع قبل تثبيته، فإنه يسترجع الحق في مبلغ التأمين كله لا في الأقساط وحدها⁵⁹⁰.

أما إذا كان المشتراط يريد أن يقدم بعقد الاشتراط للمنتفع أداء في مقابل حق لهذا المنتفع كانت العلاقة معاوضة، ومن ثم تتحدد العلاقة فيما بين المشتراط والمتعهد بحسب الأحوال، وفقا لأصل هذه العلاقة وطبيعتها، أي تطبق عليها الأحكام القانونية لهذه العلاقة، وقد تكون هذه العلاقة سابقة على عقد الاشتراط، ويمكن أن تكون لاحقة عليه⁵⁹¹، فحيث يكون المشتراط مدينا للمنتفع، ويريد بالاشتراط أن يوفي بهذا الدين، وهنا تطبق القواعد الخاصة بالوفاء، وبصفة خاصة لا تبرأ ذمة المشتراط إلا عند استيفاء المنتفع لدينه كاملا من

⁵⁸⁷ زاوي فريدة، المرجع السابق، ص 207. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 569.

⁵⁸⁸ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 190.

⁵⁸⁹ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 316. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 568.

⁵⁹⁰ عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 924.

⁵⁹¹ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 190.

المتعهد⁵⁹²، ذلك أن هذا لا يمنع المشتراط من أن ينقض حق المنتفع قبل صدور الإقرار، ولكنه إذا فعل فإن الدين الذي في ذمة المنتفع يبقى دون وفاء، أما إذا تثبت حق المنتفع فإنه يصبح دائنا للمتعهد بالحق الذي اشترطه في مصلحته، و ينقضي حقه قبل المشتراط كله أو بعضه حسب ما اتفق عليه، ويكون هذا وفاء للدين بمقابل فإذا فرض مثلا أن المنتفع لم يستطع الرجوع على المتعهد لأن التزامه كان باطلا أو لأن المتعهد نجح في فسخ العقد بينه وبين المشتراط، فإن المنتفع يرجع على المشتراط بالضمان، ولكن المشتراط لا يضمن للمنتفع يسار المتعهد، إلا إذا اتفق على خلاف ذلك بأن تضمن عقد الاشتراط ضمان المشتراط حالة عسر المتعهد⁵⁹³، أو قد يقصد منه تعويض المنتفع عما كان قد أوقعه به من ضرر، فالعلاقة التي تربط المنتفع بالمشتراط هنا تكون علاقة سابقة على الاشتراط.

أما حيث يكون غرض المشتراط إقراض المنتفع بطريق الاشتراط، فينشأ على عاتق المنتفع التزام برد القرض وفوائده بمجرد تنفيذ الاشتراط إلا إذا عين تاريخ محدد للاستحقاق، علما أن القرض يكون تبرعا إذا كان بدون فائدة، ويكون معاوضة إذا كان بفائدة، وقد يكون المشتراط قاصدا إعطاء شيء معين للمنتفع على سبيل الإيجار، أو الوديعة أو غير ذلك، والعلاقة هنا تكون لاحقة على عقد الاشتراط لمصلحة الغير أو بعبارة أخرى فإن سبب الاشتراط لمصلحة الغير هو إبرام عقد معاوضة.

وسواء كانت العلاقة بين المشتراط والمنتفع سابقة أو لاحقة لعقد الاشتراط لمصلحة الغير، فإنه لا يجوز لدائني المشتراط أن يطعنوا في اشتراطه بالدعوى البولصية إلا إذا أثبتوا الغش في جانبه وفي جانب المتعهد مادام الأمر يتعلق بعقد معاوضة⁵⁹⁴.

ثانيا: حق المشتراط في نقض المشاركة:

تنص المادة 117 من القانون المدني "يجوز للمشتراط دون دائنيه أو وارثيه أن ينقص المشاركة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشتراط رغبته في الاستفادة منها، ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد.

⁵⁹² سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 135. زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 207.

⁵⁹³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد، المرجع السابق، ص 924.

⁵⁹⁴ تنص المادة 1/192 من القانون المدني "إذا كان تصرف المدين بعوض، فإنه لا يكون حجة على الدائن إذا كان هناك غش صدر من المدين، وإذا كان الطرف الآخر قد علم بذلك الغش يكفي لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم بعسره. كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين في حالة عسر."

ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتري، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمناً على خلاف ذلك، وللمشتري إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من عملية الاشتراط.⁵⁹⁵

يتضح من نص هذه المادة أن المشرع أعطى المشتري الحق في نقض المشاركة، وعليه يستطيع المشتري نقض الاشتراط وإلغاء حق المنتفع المترتب عنه، ولكن ذلك مقيد بالضوابط التالية:

يرجع أساس حق نقض الاشتراط إلى أنه ليس بين المنتفع والمشتري أي علاقة التزام، ولكن بما أن الحق الذي أنشأه العقد للمنتفع، إنما نشأ له بناء على إرادة المشتري وكان نشوئه في الغالب مقابل ما التزم به هذا المتعهد، فإن ذلك الحق ينشأ في حالة تجله خاضعاً لإرادة المشتري، فيجوز لهذا الأخير أن ينقض المشاركة أو يعدلها بحيث يحرم المنتفع منها، ولا يكون معناه أن يتحلل المشتري من التزامه، وإنما معناه أن المشتري يكون صاحب التصرف في هذا الالتزام فيستطيع أن يعين له منتفعاً آخر، أو يجعل نفسه هو المنتفع به⁵⁹⁵.

- يستطيع المشتري أن ينقض حق المنتفع طالما لم يظهر هذا الأخير رغبته في الاستفادة من الاشتراط، وقرر هذا الحق لمصلحة المشتري لأنه هو الذي أنشأ بإرادته حق المستفيد في العقد، ولذلك فإنه يستطيع الرجوع فيه بنقض الاشتراط وذلك بمجرد تعبير المشتري عن اتجاه نيته إليه سواء أكان تعبيره عن ذلك صريحاً أو ضمناً⁵⁹⁶، على أنه ينتهي حق النقص إذا أعلن المنتفع رغبته في قبول الاشتراط، أي أنه منذ اللحظة التي يبدي فيها المنتفع رغبته في الاستفادة من الاشتراط، فإن المشتري لا يحق له نقض الاشتراط.

وحق النقص مقرر للمشتري، ينفرد به، وهو ثابت له بنص القانون دون حاجة إلى النص عليه في العقد، غير أنه يتضح من نص المادة 117 من القانون المدني أن حق المشتري في نقض المشاركة منوط بعدم مخالفة ذلك لما يقتضيه العقد⁵⁹⁷، فقد يكون مقتضى العقد هو نزول المشتري عن حق النقص فلا يكون له نقض الاشتراط أصلاً، تكريساً لمبدأ الحرية العقدية، كما قد يقتضي العقد تقييد حق المشتري في نقض المشاركة حيث لا يكون للمشتري نقض العقد إلا بموافقة المتعهد ذاته، وهذا ما يتحقق إذا كان للمتعهد مصلحة في الاشتراط كما لو اشترط بائع العقار المرهون على مشتريه دفع الثمن للدائن المرتهن وفاء للدين المضمون بالرهن إذ تكون مصلحته في تنفيذ الاشتراط في هذه الحالة حتى يتحرر عقاره من الرهن، وكما لو باع أحد المدينين المتضامنين عينا للمدين المتضامن معه، واشترط عليه الوفاء بالثمن للدائن، إذ يكون للمدين المشتري في هذه الحالة مصلحة في تنفيذ

⁵⁹⁵ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - في الالتزامات- الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 623. عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول، المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، المرجع السابق، ص 61.

(H) Mazeaud, (L) Mazeaud, (J) Mazeaud, (F) Chabas, Leçons de droit Civil, op.cit, P 911.

⁵⁹⁶ مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 280.

⁵⁹⁷ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 138.

الاشتراط حتى يتحرر من الدين، ويكون كذلك في الحالة التي يكون فيها للمتعهد مصلحة ولو أدبية في أن يقوم بالتزامه نحو المنتفع فالمفروض أنه أراد ألا يجعل المشتري يستقل وحده بحق النقص دون موافقته⁵⁹⁸.

كما أن طبيعة العقد قد لا تسمح للمشتري بالنقص ولو قبل إبداء المنتفع لرغبته في الانتفاع بالاشتراط ومثال ذلك أن يكون الاشتراط تأميناً على بضائع مرسله، كان المشتري ملزماً بتأمينها، فهذا يقضي بأن لا يكون له حق نقص المشاركة⁵⁹⁹.

وخلاصة القول أن حق النقص مقرر قانوناً للمشتري، إلا إذا نزل عنه، فنزول المشتري عن حقه في النقص يؤدي إلى سقوط هذا الحق، وقد يتفق على ألا يستعمل المشتري حق النقص إلا بموافقة المتعهد إذا كانت له مصلحة في تنفيذ الالتزام، وقد تقتضي طبيعة العقد حرمان المشتري من حق النقص.

ومن الجائز كذلك أن يتفق في العقد على أن نقص المشاركة يكون من حق المتعهد وحده، على أن يحل المشتري محل المنتفع أو يحل منتفع ثان محل المنتفع الأول، ولكن لا يجوز الاتفاق على أن للمتعهد أن ينقص المشاركة دون أن إحلال شخص آخر محل المنتفع، وإلا لكان التزامه معلق على شرط إرادي محض (شرط المشيئة) وهذا غير جائز في القانون⁶⁰⁰.

- يتم النقص بمجرد تعبير المشتري عن إرادته في معنى الرجوع عن الاشتراط، وليس للنقص شكل خاص، فقد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً، ومثال النقص الضمني أن يسترد المشتري الأداء الذي سبق أن اشترطه لمصلحة المنتفع، ومثال ذلك أيضاً تغيير المشتري شخص المنتفع، ويوجه المشتري النقص إلى المتعهد و المنتفع، إذ لا بد من إعلان المتعهد بالنقص كي يمتنع عن تنفيذ التزامه نحو المنتفع⁶⁰¹، لأنه إذا سبق المنتفع إلى إعلان رغبته في الاستفادة من الاشتراط، إلى المتعهد، ولو بعد التعبير عن النقص ولكن قبل إعلان المتعهد بهذا النقص، لم يكن النقص جائزاً، وإذا كان لا يلزم إعلان المنتفع بالنقص، إلا أنه يستحب هذا الإعلان في حالة ما إذا كان قد تم إخطاره بالاشتراط⁶⁰².

- حق النقص حق شخصي للمشتري، أي أن أساسه اعتبارات يستأثر بتقديرها المشتري. وعليه لا يجوز لدائنيه استعماله باسمه عن طريق الدعوى الغير مباشرة، ولا ينتقل هذا الحق إلى ورثته من بعده، فإذا مات المشتري أصبح حق المنتفع غير قابل للنقص. لأنه لو جاز ذلك لقام معظم الورثة أو الدائنون بنقض الاشتراطات التي أبرمها مورثهم أو مدينهم وذلك تطبيقاً لنص المادة 1/117 من القانون المدني " يجوز للمشتري دون

⁵⁹⁸ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد، المرجع السابق، ص 918.

⁵⁹⁹ زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 208.

⁶⁰⁰ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 138.

⁶⁰¹ توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، -نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 241.

⁶⁰² محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 322.

دائنيه أو وارثيه أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشتري رغبته في الاستفادة منها...".

- يترتب على نقض الاشتراط زوال حق المنتفع بأثر رجعي، واعتباره كأن لم ينشأ لمصلحته منذ البداية، غير أن عقد الاشتراط يبقى قائما بين المتعهد والمشتري، حيث يجوز لهذا الأخير أن يستأثر بالحق الثابت في ذمة المتعهد لنفسه فلا يعين منتفعا آخر، وعليه فإذا نقض المشتري حق المنتفع، ولم يعين منتفعا آخر، فإن الحق ينصرف إليه هو، ويعتبر أنه ثابت له من وقت العقد لا من وقت النقض، لأن الحق ثبت له بموجب العقد ولم ينتقل إليه من المنتفع⁶⁰³، وفي هذه الحالة يصبح عقد الاشتراط لمصلحة الغير، عقدا عاديا لا ينصرف أثره إلا إلى المتعاقدين⁶⁰⁴. كما يجوز للمشتري عند النقض أن يعين مستفيدا آخر يحل محل المستفيد الأول ويمكن أن يكون هو نفسه المنتفع الأول، وأيا كان المستفيد سواء كان هو الأول أو شخصا غيره، فإن الحق يثبت له من وقت العقد كذلك لا من وقت تعيينه ولا من وقت نقض حق المنتفع، لأنه يتلقى حقه من عقد الاشتراط ولا يتلقاه بانتقاله إليه من المنتفع⁶⁰⁵، على أنه في حالة وفاة المشتري مباشرة بعد نقض المشاركة ينتقل الحق إلى ورثته⁶⁰⁶.

وكقاعدة عامة فإنه لا يترتب على نقض الاشتراط براءة ذمة المتعهد في مواجهة المشتري، إذا لم يعين مستفيدا جديدا فإن الحق ينصرف إليه، كما سبق لنا البيان، كل ذلك ما لم يتفق على خلاف ذلك صراحة أو ضمنا، إذ قد يتفق المشتري والمتعهد في عقد الاشتراط ذاته أو بموجب عقد لاحق، على أن نقض الاشتراط يؤدي إلى إعفاء المتعهد من التزامه، أي براءة ذمته. ويترتب على وجود هذا الاتفاق أنه لا يجوز للمشتري أن يعين منتفعا آخر محل المنتفع الأول، ولا يجوز له أن يحتفظ لنفسه بالانتفاع من المشاركة، بل تؤول المنفعة إلى المتعهد. ويحدث ذلك غالبا في الحالة التي تكون فيها شخصية المنتفع محل اعتبار خاص في نظر المتعهد بحيث لا يجوز أن يحل محله شخص آخر، وهو ما نص عليه المشرع في الفقرة الثانية من المادة 117 من القانون المدني " ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتري، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك، وللمشتري إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من عملية الاشتراط".

ثالثا: إقرار المنتفع للمشاركة:

ينقضي حق المشتري في نقض المشاركة بوفاته لأن هذا الحق لا ينتقل إلى ورثته كما سبق لنا بيان ذلك، كما ينقضي حق المشتري في النقض إذا أظهر المنتفع رغبته في

⁶⁰³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 919.

⁶⁰⁴ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 572.

⁶⁰⁵ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 348. سمير عبد السيد تناعو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 140.

⁶⁰⁶ زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 207.

الاستفادة من الاشتراط⁶⁰⁷، حيث لا ينقطع حق المشتري في النقص إلا إذا أظهر المنتفع هذه الرغبة وذلك حتى يستقر حقه ويثبت له نهائياً.

وفي حالة تعاصر القبول والنقص أي إذا صدر نقص من المشتري وظهرت رغبة من المنتفع دون أن يعلم أحدهما بموقف الآخر، فلا تكون العبرة بتاريخ صدور النقص أو إظهار الرغبة، بل بالأسببية في إعلان أيهما إلى المتعهد⁶⁰⁸ أي بما علم به المتعهد أولاً فإذا علم بالقبول أولاً فلا يترتب على النقص أثره، وإذا علم بالنقص أولاً امتنع عن القبول، وهذا الحكم لا يعدو أن يكون تطبيقاً لأحكام المادة 61 من القانون المدني⁶⁰⁹ التي نصت على أحكام التعبير عن الإرادة، ولا تستثنى منه إلا حالة ما إذا كان الاشتراط تبرعاً من المشتري للمنتفع، إذ يجوز للمشتري نقص الاشتراط حتى بعد قبول المنتفع له، إلا أن يقوم مانع من الرجوع فيه وذلك تطبيقاً لقواعد الرجوع في الهبة.

ولا يعتبر إعلان هذه الرغبة قبولاً لإيجاب معروض من المشتري أو المتعهد يؤدي إلى إبرام عقد جديد، فلا يكون المقصود من القبول اكتساب المنتفع للحق محل الاشتراط، لأنه حق ثابت له من وقت انعقاد عقد الاشتراط، بل هو تصرف قانوني من جانب واحد، يترتب عليه حرمان المشتري من نقص المشاركة وذلك بتثبيت حق المنتفع بعد أن كان قلقاً غير مستقر⁶¹⁰ هذا من جهة، ثم أنه كان لابد من صدور إقرار من المنتفع حتى لا يثبت له حق بدون رضاه⁶¹¹ من جهة ثانية.

إذا صدر الإقرار ثبت الحق واعتبر موجوداً من يوم إبرام العقد بين المشتري والمتعهد لا من وقت الإقرار، وعليه فإذا فقد المتعهد أهليته بعد العقد وقبل إظهار الرغبة، فإن هذا لا يمنع المنتفع من إظهار هذه الرغبة. فالحق المشتري لا ينشأ للمشتري أولاً ثم ينقله بعد ذلك إلى المنتفع وإنما ينشأ من العقد ابتداء ومباشرة للمنتفع. وعلى هذا الأساس لا يجوز لدائني المشتري مزاحمة المنتفع في هذا الحق لأنه ليس حقا لمدينهم (المشتري) ولم يدخل في ذمته⁶¹².

ويعبر المنتفع عن رغبته في الاستفادة من الاشتراط بإبداء المنتفع رغبته في قبول الاشتراط في أية صورة، أي دون الالتزام بشكل معين، إذ يتم هذا الإقرار في أي شكل يدل

⁶⁰⁷ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 348.

(H) Mazeaud, (L) Mazeaud, (J) Mazeaud, (F) Chabas, Leçons de droit Civil, op.cit, P 911.

⁶⁰⁸ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، المرجع السابق، ص 232.

⁶⁰⁹ تنص المادة 61 من القانون المدني " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك".

⁶¹⁰ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 573. سمير عبد السيد تناعو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 140.

⁶¹¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 920.

⁶¹² زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 209.

عليه، فقد يكون صريحا ويمكن أن يكون ضمنيا⁶¹³، ولو كان التصرف تبرعا، لأنه لا يعتبر كذلك إلا من حيث الموضوع فقط وليس من حيث الشكل، لأن التبرع هنا ليس هبة مباشرة حتى تستلزم الشكل الرسمي⁶¹⁴

يجب أن يعلن المنتفع رغبته في الاستفادة من الاشتراط، ويوجه هذا الإعلان إلى المتعهد أو إلى المشتراط، ولكن لا بد من إعلانه إلى المتعهد حتى ينفذ في حقه ويجوز مطالبته⁶¹⁵، ولا يعتبر سكوت المنتفع عن إعلان رأيه رفضا للاشتراط، بل بالعكس يفترض أنه قبول له⁶¹⁶.

يستطيع المنتفع أن يصدر إقراره في أي وقت شاء ما دام المشتراط لم ينقض الحق، ولا يسقط حقه إلا بالتقادم⁶¹⁷، وعليه فالإمكان أن يصدر قبول المستفيد حتى عقب وفاة المشتراط وهذا حل بديهي لأنه في كثير من الأحوال لا يعلم الغير المستفيد من الاشتراط بالتأمين المعقود لمصلحته إلا عقب وفاة المؤمن له المشتراط⁶¹⁸. والأصل أنه ليس هناك مدة يتعين فيها على المنتفع إبداء رأيه فيها بالقبول أو الرفض، إلا إذا كان المشتراط قد حدد هذه المدة في عقد الاشتراط أو في إعلان لاحق للمنتفع (بإعذاره مثلا)، وفي هذه الحالة إذا انقضت هذه المدة دون أن يعلن المنتفع قبوله يعتبر رافضا للاشتراط⁶¹⁹.

تنتقل الرغبة في قبول الاستفادة من المشاركة من المنتفع إلى ورثته، هذا ما لم يتبين خلاف ذلك وأنه قد قصد صراحة أو ضمنا قصر الاشتراط على مصلحة المنتفع وحده دون غيره⁶²⁰.

ونرى أنه بعد إعلان المنتفع عن رغبته في الاستفادة من الاشتراط، يصبح الحق غير قابل للنقض، يجوز له أن يحيل حقه على الغير عن طريق حوالة الحق، ما لم يمنع من ذلك بموجب عقد الاشتراط.

⁶¹³ نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 348. خليل أحمد حسن ققادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 136.

⁶¹⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 921. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 573.

⁶¹⁵ سمير عبد السيد تناعو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 140.

⁶¹⁶ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، -مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 229.

⁶¹⁷ عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 920. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 573.

⁶¹⁸ عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول، المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، المرجع السابق، ص 63.

⁶¹⁹ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، المرجع السابق، ص 233.

⁶²⁰ توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، -نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 242.

كما يصبح المدين بهذا الحق هو المتعهد أو ورثته، فالمنتفع أو ورثته مطالبة المتعهد بتنفيذه بدعوى مباشرة، فإذا استحال التنفيذ جاز لهم المطالبة بالتعويض، ولكن لا يجوز للمنتفع المطالبة بفسخ العقد لأنه ليس طرفا فيه⁶²¹.

وبدلاً من إقرار حقه للمنتفع الحق في أن يرفض الاشتراط، وفي هذه الحالة لا تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتراط، حيث ينصرف حق المنتفع إلى المشتراط أو ورثته من وقت العقد، ويجوز للمشتراط حينئذ أن يعين منتفعا آخر يحمل محل المنتفع الذي رفض الاستفادة من هذا الحق، وله أن يستأثر لنفسه بهذا الحق، و يثبت للمنتفع الجديد من وقت العقد كما سبق لنا أن فصلنا. أي أن رفض من المنتفع يحدث ذات الأثر الذي يحدثه نقض الاشتراط من المشتراط، وهو على هذا النحو يسقط حق المنتفع الناشئ عن عقد الاشتراط.

وبيلغ هذا الرفض إلى المشتراط أو إلى المتعهد. وبما أن الرفض تصرف قانوني مفقور للمنتفع فيشترط فيه كمال الأهلية⁶²²، و الرفض كالقبول، يمكن أن يكون صريحا أو ضمنيا، حيث لا يشترط له القانون شكلا معينا.

والرفض مثله مثل النقص وإظهار الرغبة، تصرف قانوني يعقد بإرادة واحدة، وقد اختلف الفقهاء فيما إذا كان يجوز لدائني المنتفع أن يطعنوا في هذا الرفض بالدعوى البولصية متى توافرت شروطها، فيرى فريق منهم أن هذا الطعن يجوز إذا توافرت شروط الدعوى البولصية، لأن المنتفع يكتسب الحق منذ إبرام عقد الاشتراط ، فرضه إياه بعد ذلك عمل قانوني مفقور إذ هو ينقص من حقوقه⁶²³. بينما يرى فريق آخر أن هذا الطعن لا يجوز لأن الحق في الرفض من الحقوق المتعلقة بالشخص ولأن حق المنتفع لم يدخل في ذمته بصفة نهائية. ونحن نؤيد الرأي الذي ذهب إليه الدكتور عبد المنعم فرج الصدة "تجب التفرقة بين ما إذا كان الاشتراط تبرعا أو معاوضة . ففي الحالة الأولى لا يجوز الطعن لأن تقدير المنتفع للقبول أو الرفض يقوم على اعتبارات شخصية وأدبية واضحة، إذ أن هناك نفوسا تخاف التبرع. أما في الحالة الثانية فإن الطعن يجوز لعدم وجود مثل هذه الاعتبارات"⁶²⁴.

الفرع الثالث: العلاقة بين المتعهد والمنتفع:

يتجلى في هذه العلاقة أهم طابع يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن غيره من صور التعاقد، إذ تقوم هذه العلاقة على فكرة أساسية مفادها أن المنتفع رغم أنه لم يكن طرفا في عقد الاشتراط إلا أنه يكتسب منه حقا مباشرا في مواجهة المتعهد⁶²⁵، وهو استثناء على

⁶²¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 921.

⁶²² علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 94.

⁶²³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 922. زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 209.

⁶²⁴ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 573.

⁶²⁵ (H) Mazeaud, (L) Mazeaud, (J) Mazeaud, (F) Chabas , Leçons de droit Civil , op.cit, P 908.

القاعدة العامة القاضية، بأن أثر العقد لا ينصرف إلى الغير والتي تعرف بنسبية أثر العقد، كما يكتسب المستفيد حقا شخصيا ذاتيا يملكه لنفسه لا بالنيابة عن المشتري بمعنى أنه يجوز له أن يطالب المتعهد بموجب دعوى مباشرة ولا يحتاج في ذلك إلى استخدام الدعوى الغير مباشرة التي ترفع باسم المدين، وذلك ما لم يقض العقد بأن المشتري يحتكر وحده مطالبة المتعهد بأداء حق المنتفع وهذا ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة 116 من القانون المدني" و يترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد. ويجوز كذلك للمشتري أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك. "

ويتميز حق المنتفع بميزتين هما أن هذا الحق مباشر لم يتلقاه المنتفع من المشتري، كما أن حق المنتفع مصدره العقد الذي تم بين المشتري والمتعهد، وتترتب على هاتين الميزتين (حق المنتفع قبل المتعهد حق مباشر ينشأ من عقد الاشتراط) نتائج هامة فصلها فيما يلي:

أولاً: حق المنتفع قبل المتعهد حق مباشر:

يترتب على أن المنتفع يكتسب حق مباشرا قبل المتعهد لا يتلقاه من المشتري ما يلي:

أ. ينشأ حق المنتفع في ذمة المتعهد، فهو لا يكسبه عن طريق ذمة المشتري، بل يكسبه مباشرة من المتعهد، أي أن حق المتعهد لم يدخل في يوم ما في ذمة المشتري⁶²⁶، وبالتالي لم يكن عنصرا من عناصر الضمان العام لدائنيه، وعلى هذا فلا شأن لدائني المشتري بهذا الحق، فلا يستطيع هؤلاء التنفيذ على هذا الحق أثناء حياة المشتري، ولا أن يستعملوا في شأنه دعوى مدينهم الغير مباشرة، لأنه لا يدخل في مال المشتري⁶²⁷، كما ليس لهم الحجز عليه لأنه ليس لدائنيهم⁶²⁸ غير أنه يجوز لهم أن يطعنوا في اشتراطه بالدعوى البوليصة⁶²⁹، وهنا لا بد من التمييز فيما يتعلق بشروط الدعوى بين طبيعة عقد الاشتراط ونوع العلاقة التي تربط المشتري بالمنتفع.

ب. لا يدخل حق المنتفع في تركة المشتري، فهو حق خالص للمنتفع فلا يتلقى المنتفع الحق عن طريق الميراث، وإذا كان وارثا لا يتأثر نصيبه في الميراث بحقه الذي نشأ عن المشاركة⁶³⁰، وبذلك فإن دائني أو ورثة المشتري لا يستطيعون المطالبة

⁶²⁶ (H) Mazeaud, (L) Mazeaud, (J) Mazeaud, (F) Chabas, Leçons de droit Civil, op.cit, P 908.

⁶²⁷ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات- نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 914. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 317.

⁶²⁸ مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 279.

⁶²⁹ خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 134.

⁶³⁰ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 95.

بإدخال حق المنتفع في تركة المشتري⁶³¹ ولا أن يدعوا عليه أي حق، ولا يمكن أن تطبق عليه أحكام الوصية، فإذا أمن شخص على حياته لمصلحة أولاده، فإنهم لا يتلقون الحق من تركة أبيهم، وإنما هو حق مباشر لهم قبل شركة التأمين، ويترتب على ذلك أن دائني التركة ليس لهم أن يعتبروا أن حق الأولاد داخلًا في التركة حتى ينفذوا عليه بحقوقهم، فيأخذ الأولاد مبلغ التأمين من الشركة خالصًا لهم، ولا يدفعون منه شيئًا لسداد ديون أبيهم وهذه هي أهم فائدة للتأمين⁶³².

ت. يكون المنتفع دائنًا للمتعهد لكنه دائن عادي⁶³³ بحيث يجوز له مشاركة دائنو المتعهد في قسمة أمواله عند عدم كفايتها لسداد ديونه وله أيضًا أن يستخدم حقوق المتعهد وفقًا لأحكام الدعوى الغير مباشرة، وله أيضًا مع بقية الدائنين أن يستعملوا حقهم في الطعن بتصرفات المتعهد بالدعوى البوليصة⁶³⁴. بما يفهم منه كذلك أنه ولأن حق المنتفع يعد التزامًا على المتعهد، أي ينشأ في ذمته، فإن دائني هذا المتعهد يزاحمون المنتفع في أموال المتعهد إعمالًا للضمان العام للدائنين ويقتسمونها قسمة غرماء إن لم تكن تكفي للوفاء بكل الحقوق، ولهؤلاء أن يستعملوا حق مدينهم في التمسك قبل المنتفع بالدفع الواردة على عقد الاشتراط وأن يطعنوا في التزام مدينهم بالدعوى البوليصة⁶³⁵.

ث. يصبح المنتفع دائنًا للمتعهد، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للمتعهد أن يتمسك بالمقاصة بين حق له على المشتري والدين الثابت في ذمته للمنتفع⁶³⁶.

ثانياً: حق المنتفع حق مصدره عقد الاشتراط:

يترتب على أن حق المنتفع حق مصدره عقد الاشتراط الذي تم بين المشتري والمتعهد ما يلي:

أ. لما كان حق المنتفع مصدره العقد، فإن هذا الحق ينشأ من وقت انعقاد العقد⁶³⁷ لا من وقت إعلان المنتفع رغبته في الاستفادة من الاشتراط، لأن هذا الإقرار ليس هو

⁶³¹ إياد إبراهيم محمد كلوب، المرجع السابق، ص 84. حميد بن شنيبي، نظرية الالتزامات-نظرية العقد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 214.

⁶³² عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 570. مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 279.

⁶³³ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 138.

⁶³⁴ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 193. خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 135.

⁶³⁵ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 318. إياد إبراهيم محمد كلوب، المرجع السابق، ص 85. علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 421. زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 209.

⁶³⁶ إياد إبراهيم محمد كلوب، المرجع السابق، ص 78. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 318.

⁶³⁷ عبد الرزاق أحمد السنهاوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد، المرجع السابق، ص 915.

من يكسب المنتفع الحق بل العقد هو الذي يكسبه إياه . ويترتب على ذلك أنه إذا فقد المتعهد أهليته بعد إبرام العقد (في الفترة ما بين بعد إبرام العقد وقبل إبداء المنتفع الرغبة في الاستفادة من هذا العقد) فإن ذلك لا يمنع المنتفع من إعلان قبوله للاشتراط⁶³⁸ ويعتبر هذا التعبير عن الإرادة صحيحا ومنتجا لجميع آثاره في الاشتراط. وبمفهوم المخالفة أنه لو كان الحق لا يوجد إلا وقت صدور الإقرار من المنتفع، وفقد المتعهد أهليته قبل ذلك، لما كسب المنتفع الحق في هذه الحالة.

ب. المنتفع يكسب حقه من العقد لا من الإقرار الذي يصدر منه بعد ذلك، فهذا الإقرار ليس قبولاً لإيجاب، بل هو تثبيت لحق وجد قبل الإقرار كما في إقرار الموصى له بوصية⁶³⁹.

ت. يثبت الحق للمنتفع في الحدود التي جاءت في عقد الاشتراط⁶⁴⁰، حيث يحدد عقد الاشتراط لمصلحة الغير إلى أي مدى يستطيع المنتفع أن يطالب المتعهد بتنفيذ التزاماته، والرجوع عليه بالتعويض في حالة امتناعه، ذلك أنه يمكن أن يقتصر حق مطالبة المتعهد بالوفاء بالتزاماته للمشتراط وحده دون المنتفع، وقد يكون للمنتفع وحده دون المشتراط⁶⁴¹، ولا شك أن هذا أمر استثنائي لا يقع إلا في بعض الحالات الخاصة، كما في حالة اشتراط الإدارة ميزات معينة على من يمنح امتياز تسيير مرفق عام لمصلحة جمهور المنتفعين بهذا المرفق، فغالبا ما تحتفظ جهة الإدارة بحق المطالبة بتنفيذ الاشتراط⁶⁴².

ث. للمنتفع بعد قبوله الاشتراط أن يستفيد من التأمينات التي قدمها المتعهد ضمانا للوفاء بالتزامه، ما لم يتبين أنها لضمان حقوق المشتراط وحده⁶⁴³.

ج. ينتقل حق المستفيد في إقرار الاشتراط إلى ورثته يستعملونه عقب وفاته، وإذا حصلت الوفاة بعد صدور الإقرار حل الورثة محل سلفهم في الانتفاع بالحق موضوع الاشتراط إلا إذا اشترط المشتراط خلاف ذلك⁶⁴⁴.

ح. يقتصر حق المنتفع على المطالبة بتنفيذ الاشتراط الذي تقرر لمصلحته، وليس له الحق أن يطلب إبطال أو فسخ العقد البرم بين المشتراط والمتعهد في حال إخلال المتعهد بالتزاماته، لأن المنتفع ليس طرفا فيه وأن الفسخ يقتصر حق طلبه على

638 سمير عبد السيد تناعو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 137. خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 135.

639 عبد الرزاق أحمد السنهاوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد، المرجع السابق، ص 917.

640 خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 135.

641 سمير عبد السيد تناعو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 137.

642 عبد الرزاق أحمد السنهاوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد، المرجع السابق، ص 916.

643 توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، -نظرية العقد، المرجع السابق، ص 243.

644 عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول، المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، لمرجع السابق، ص 61. زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 209.

طرفي العقد، أضف إلى ذلك أنه ليست له مصلحة في ذلك، فهو مستفيد من بقاء الحق وليس من هدمه وانقضائه⁶⁴⁵.

خ. لما كان حق المنتفع مصدره العقد، وكان له أن يطالب المتعهد على النحو السابق، فإنه يكون المتعهد يستطيع أن يتمسك تجاه المنتفع بكل الدفوع التي له ضد المشتري والتي تنشأ عن العقد⁶⁴⁶، فله أن يطعن في العقد بسبب من أسباب البطلان وله أن يتمسك بفسخه إذا تحقق ما يوجب الفسخ وبإمكانه كذلك أن يدفع بعد التنفيذ، عندما يمتنع المشتري عن تنفيذ التزاماته اتجاه المتعهد كعدم دفع أقساط التأمين، وقام المنتفع بمطالبة المتعهد بالتنفيذ⁶⁴⁷ وهكذا، وهذا ما نص عليه من المادة 116 من القانون المدني "... ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد." ⁶⁴⁸ على أنه لا بد من القول أنه يمكن التمسك بهذه الدفوع مباشرة في مواجهة المنتفع إذا كان قد قبل الاشتراط لمصلحته، فهو منذ تلك اللحظة يعتبر قائماً على حقوقه، حيث لا يمكن نقض المشاركة، ولا يجوز للمتعهد، بعد قبول المنتفع للاشتراط، أن يتمسك في مواجهته بحكم قضائي صدر في مواجهة المشتري وحده، أو بالاتفاق مع المشتري، بل يتعين اختصام المنتفع في الدعوى حتى يتمكن من تقديم وسائل الدفاع عن حقه⁶⁴⁹. أما قبل إبداء المنتفع لرغبته في قبول الاشتراط، فيجوز للمشتري نقض المشاركة، ويكون الحكم الصادر في مواجهة المشتري بفسخ أو بطلان الاشتراط حجة على المنتفع، ولو لم يكن خصماً في الدعوى.

نخلص في الأخير إلى أن الفكرة الأساسية في الاشتراط لمصلحة الغير هي أن المنتفع شخص أجنبي عن عقد الاشتراط، ومع ذلك فهو يكتسب حقاً مباشراً قبل المتعهد، وهذا الحق

⁶⁴⁵ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 318. توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 243.

⁶⁴⁶ إياد إبراهيم محمد كلوب، المرجع السابق، ص 78. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 192. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 346.

⁶⁴⁷ علماً أنه إذا كان الدفع الذي للمتعهد قبل المنتفع قائماً على تنفيذ المشتري لالتزامه، فيجوز للمنتفع أن يقوم هو بتنفيذ هذا الالتزام حتى يحمل المتعهد على تنفيذ تعهده.

⁶⁴⁸ هذا ولا بد من الإشارة أن بعض شراح القانون المدني الجزائري يلاحظون على نص المادة 2/116 من القانون المدني في صياغتها باللغة العربية أن التعبير لم يكن في محله عندما ذكر المشرع عبارة "ويكون لهذا المدين" مع أنه لم يسبق أن ذكر لفظ المدين الذي يشير إليه في أحكام الاشتراط لمصلحة الغير، وأنه كان عليه ذكر لفظ "المتعهد" « Le Promettant »، كما يعيرون على عبارة "بما يعارض مضمون العقد"، وقد ورد في النص باللغة الفرنسية « Les exceptions »، وعلى هذا الأساس يرى الدكتور علي علي سليمان بأنه ينبغي عند إعادة النظر في القانون المدني الجزائري أن تكون صياغة العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية للمادة 116 من القانون المدني على النحو التالي "ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك = ضد المنتفع بكل الدفوع التي تنشأ عن العقد." العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، المرجع السابق، ص 230-231.

⁶⁴⁹ إياد إبراهيم محمد كلوب، المرجع السابق، ص 78. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 319.

لا يمر بذمة المشتراط بل يكتسبه المنتفع مباشرة من عقد الاشتراط، وأن هذا الحق لا ينشأ عن قبول المنتفع له وإلا لما كان هناك خروج على قاعدة نسبية أثر العقد، ولكنه ينشأ عن عقد الاشتراط الذي لم يكن المنتفع طرفاً فيه ودون حاجة إلى قبوله، بل ودون حاجة إلى أن يكون المنتفع موجوداً ومحددًا وقت إبرام عقد الاشتراط، فيكفي أن يكون موجوداً وقت تنفيذ عقد الاشتراط، وكل ما يشترطه القانون هو أن يكون للمشتراط مصلحة في العقد ولو كانت أدبية.

الباب الثاني: الأساس القانوني لسلطات القاضي في إعادة التوازن العقدي:

نصت المادة 106 من القانون المدني "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون"، ويظهر جلياً من هذا النص أن المشرع يؤكد على احترام قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وأنه لم يجز للقاضي نقض أو تعديل العقد إلا عند توافر الأسباب التي يقررها القانون.

فالأصل هو احترام القاضي لقانون العقد، ولا يمكن له أن يحل محل إرادة الأطراف بتعديله لما في ذلك من مساس بمبدأ القوة الملزمة للعقد، فوظيفة القاضي في الأصل تقتصر على تفسير العقود و تطبيق أحكامها دون تعديل بنودها، إلا أنه استثناء من هذا الأصل رخص المشرع الجزائري للقاضي تعديل العقد، والقاضي بهذا يحل بإرادته محل إرادة المتعاقدين، وينشئ آثاراً جديدة غير تلك التي ارتضاها المتعاقدان، ومنح مثل هكذا سلطة للقاضي أمر خطير للغاية، فهي مقررّة له مباشرة ضد ما أراده المتعاقدين.

ونظراً لهذه الخطورة التي يمكن أن تعصف بمبدأ الأمن التعاقدي المشرع لا يعطي القاضي سلطة تعديل العقد إلا في حالات محددة يبدو له فيها بوضوح أن العقد أصبح مخالفاً للعدل مخالفة صريحة تقتضي تدخل القاضي وتبرره، ولا يملك القاضي ممارسة هذه السلطة من تلقاء نفسه بل لا بد أن ينص المشرع صراحة على سلطة القاضي في تعديل العقد، وقد ورد النص على أسباب تعديل العقد في مواد متفرقة من القانون المدني كما نصت عليها بعض القوانين الخاصة المتفرقة عنه.

وفيما يلي سنحاول البحث في الأسباب التي تجيز للقاضي التدخل لتعديل العقد وذلك في مرحلتَي التكوين والتنفيذ وعليه سنتطرق في هذا الباب إلى الأساس القانوني لسلطات

القاضي في إعادة التوازن العقدي، نخصص الفصل الأول منه لدراسة سلطات القاضي وقت انعقاد العقد، بينما نخصص الفصل الثاني لدراسة سلطات القاضي في مرحلة تنفيذ العقد.

الفصل الأول: سلطات القاضي وقت انعقاد العقد:

قد يخلل توازن العقد في مرحلة تكوينه، بأن يلحق الغبن محل العقد نتيجة عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه أو يلتزم به في مقابل ذلك، أو أن يستغل أحد المتعاقدين ضعفا نفسيا موجودا لدى المتعاقد الآخر يجعل من التزامات هذا الأخير متفاوتة كثيرا بالنسبة لما حصل عليه من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، أو أن يتضمن العقد شرطا تعسفيا يدرجه أحد المتعاقدين (المتعاقد القوي) نتيجة لانعدام المساواة الفعلية أو القانونية ويدعن له الطرف الآخر.

وقد نص المشرع الجزائري على حالات اختلال أو انعدام التوازن العقدي التي تعاصر تكوين العقد في مواد متفرقة من القانون المدني ومنح القاضي سلطة التدخل لأجل تعديل العقد بهدف إقامة التوازن العقدي الذي غاب عن العقد عند إبرامه.

وفي هذا الفصل نتعرض لسلطات القاضي وقت انعقاد العقد، وقد قسمناه إلى مباحث ثلاث، فأما الأول فخصصناه لدراسة سلطة القاضي في حالة وجود غبن، بينما خصصنا المبحث الثاني لدراسة سلطة القاضي في حالة الاستغلال، وتطرقنا في المبحث الثالث لسلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الشرط التعسفي.

المبحث الأول: سلطة القاضي في حالة وجود غبن:

إن التزامات المتعاقدين و إن لم تكن متساوية تماما في كل الأحوال، إلا أنه لا بد أن يكون هناك تناسب بينها، فإذا ما اختل التوازن بالشكل الذي يجعل العلاقة التعاقدية غير متوازنة، مما يوقع أحد المتعاقدين في الغبن، تعين على القاضي التدخل لرفع الغبن عن العقد.

نظم المشرع الجزائري حالات الغبن في مواد متفرقة من القانون المدني وفي بعض القوانين الخاصة كما خصها بجزء يرتب في حال تحققها، وللوقوف على سلطة القاضي في حالة وجود غبن يقتضي الأمر بيان دور القاضي في التحقق من مدى توافر شروط الغبن

وذلك في المطلب الأول، بينما نخصص المطلب الثاني لدراسة آثار تدخل القاضي في حال تحقق الغبن في العقد.

المطلب الأول: دور القاضي في التحقق من مدى توافر شروط الغبن

يتعين على القاضي قبل وقوع جزاء الغبن على العقد أن يتحقق من وجود حالة الغبن في العقد، وعلى ذلك قبل أن نتطرق إلى حالات تدخل القاضي في حالة وجود غبن يتعين علينا الوقوف على مفهوم الغبن بداية وذلك في الفرع الأول بينما نخصص الفرع الثاني لدراسة حالات تدخل القاضي بسبب الغبن.

الفرع الأول: تعريف الغبن:

لم يعرف المشرع الجزائري الغبن، وقد اختلف تعريف الفقهاء للغبن باختلاف نظرتهم إليه، منهم من تعرض له من جانبه الموضوعي فهو عدم التعادل بين الالتزامات المتبادلة في العقود، ومنهم من عرفه من جانبه الشخصي فهو الضرر الذي يلحق بالمتعاقد المغبون.

أولاً: عدم التعادل بين الأداءات المتبادلة في العقد:

عرف الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري الغبن بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه. فقد يكون مغبوناً إذا أعطى أكثر مما أخذ، وقد يكون غابناً إذا أخذ أكثر مما أعطى⁶⁵⁰. كما عرفه الدكتور توفيق فرج بأنه عدم التعادل بين الالتزامات التي يوجبها العقد على أحد الطرفين والتزامات الطرف الآخر، وفي هذه الحالة لا ينظر إلا إلى الجانب المادي فقط من حيث اختلال التوازن بين قيمة ما يلتزم به كل من المتعاقدين⁶⁵¹. وذهب رأي آخر إلى القول بأن ينصرف اصطلاح الغبن إلى مجرد عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه وقت إبرام العقد، محسوباً على أساس قيمة الشيء المادية طبقاً للقوانين الاقتصادية، وأهمها قانون العرض والطلب، بغض النظر عن قيمته الشخصية لدى المتعاقد⁶⁵². وعرف بأنه عدم التكافؤ والتعادل بين البدلين في عقود المعاوضات عما يخرجها عن مألوف الناس في مبادلاتهم⁶⁵³.

ثانياً: إلحاق الضرر بأحد المتعاقدين:

⁶⁵⁰ عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات-نظرية العقد، المرجع السابق، ص 446.

⁶⁵¹ توفيق فرج، النظرية العامة للإلتزام، القسم الثاني، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 127.

⁶⁵² محمود عبد الرحمن محمد، الاستغلال والغبن في العقود ودورهما في إقامة التوازن بين الأداءات العقدية- دراسة مقارنة- دار النهضة العربية، مصر، 1995، ص 12.

⁶⁵³ رياض حسين أبو سعيده، القوة الملزمة للعقد والاتجاه الموسع لدائرة الغبن، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الأول، العدد 23، سنة 2015، العراق، ص 47.

من الفقه من عرف الغبن بالنظر إلى الآثار الناتجة عنه فعرف بأنه الخسارة التي تلحق أحد المتعاقدين في عقود المعاوضات إذا كانت قيمة ما أخذ أقل من قيمة ما أعطى بموجب العقد لحظة تكوين العقد⁶⁵⁴.

ويستنتج من تعاريف شراح القانون للغبن رغم اختلافهم في الألفاظ والمصطلحات أنها تتفق في مجملها على أن الغبن هو عدم التعادل الاقتصادي بين قيمة ما يحصل عليه المتعاقد وبين ما يعطيه أو يلزم به في مقابل ذلك المتعاقد الآخر وبالتالي الضرر الذي يقع على الشخص من جراء ذلك⁶⁵⁵. ويعتبر أحسن تعريف للغبن هو ما جاء على لسان الدكتور سليمان مرقس " الغبن أمر مادي يظهر عند مقارنة قيمتين ماديتين فإذا بلغ الفرق بينهما حدا معيناً كان ذلك غبناً ورتب عليه القانون أثراً خاصاً في بعض العقود، فإذا لم يبلغ هذا الحد أو بلغه ولكنه كان واقعا في عقد من العقود التي يرتب فيها القانون على الغبن أثراً، فإنه لا يعتد به"⁶⁵⁶.

الفرع الثاني: الحالات التي يجوز الطعن فيها بسبب الغبن:

تعرض المشرع الجزائري للحالات التي يجوز فيها الطعن في العقد على أساس الغبن وذلك دونما اعتبار لإرادة المتعاقد المغبون في مواد متفرقة من القانون المدني وفي قوانين خاصة وفيما يلي تفصيل لهذه الحالات:

أولاً: عقد بيع العقار:

يعتبر عقد البيع من أقدم وأهم العقود المسماة، ولكثرة تداوله في الحياة اليومية، أولاه المشرع الجزائري أهمية بالغة، وذلك بتفصيل أحكامه⁶⁵⁷، ولعل من أهم الأحكام التي أحاطت عقد البيع هي جواز الطعن فيه عن طريق الغبن⁶⁵⁸.

عرفت المادة 351 من القانون المدني عقد البيع بنصها أن " البيع عقد يلتزم بمقتضاه، البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي"، و نصت المادة 1/358 من القانون المدني على جواز الطعن في هذا العقد بسبب الغبن " إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في رفع دعوى تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل" .

⁶⁵⁴ هائل حزام ميهوب العامري، النظرية العامة للاستغلال - الغبن الناتج عن الاستغلال- دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2009، ص 52.

⁶⁵⁵ دكار فايزة، الغبن في العقود المدنية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص 8.

⁶⁵⁶ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني -في الالتزامات- الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 407-408.

⁶⁵⁷ نص المشرع الجزائري على أحكام عقد البيع في الفصل الأول من الباب السابع المتضمن العقود المتعلقة بالملكية من الكتاب الثاني المتعلق بالالتزامات والعقود، أي من المادة 351 إلى 412 من القانون المدني.

⁶⁵⁸ جدير بالبيان أنه ليس كل عقد بيع قابل للطعن فيه بالغبن بل يتعين أن تتوافر جملة من الشروط تضمنتها أحكام المواد من 358 إلى 360 من القانون المدني.

يتضح من نص المادة 358 المذكورة أعلاه أنه لا بد من توفر جملة من الشروط في عقد البيع الذي يكون محلاً للطعن بواسطة الغبن وفيما يلي تفصيل لهذه الشروط:

أ. أن يكون العقد بيعاً:

يشترط أن يكون العقد بيعاً، ويجب أن يكون العقد رسمياً⁶⁵⁹، فمتى كان العقد غير رسمي وانصب على عقار أو حق عيني عقاري، يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً، طبقاً لنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني⁶⁶⁰ التي توجب تحت طائلة البطلان إفراغ العقود الناقلة لملكية عقار أو حقوق عينية عقارية في شكل رسمي⁶⁶¹.

وقد ذهبت المحكمة العليا إلى أنه "لا يعد عقد البيع المحرر أمام موثق عقداً سورياً، لمجرد حصول بيع بالغبن"⁶⁶².

ب. أن يكون المبيع عقاراً:

يشترط أن يكون المبيع عقاراً سواء كان عقاراً مادياً أو حقاً عينياً على عقار⁶⁶³ ، وللوقوف على حقيقة هذا الشرط يدفعنا الأمر إلى الخوض في تعريف العقار والحق العيني العقاري وذلك كما يلي:

عرفت العقار المادة 683 من القانون المدني⁶⁶⁴ وقسم العقار إلى عقار بطبيعته⁶⁶⁵ وعقار بالتخصيص⁶⁶⁶.

⁶⁵⁹ تنص المادة 324 من القانون المدني (القانون رقم 14-88 المؤرخ في 03 مايو 1988) "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه."

⁶⁶⁰ تنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني (القانون رقم 14-88 المؤرخ في 03 مايو 1988) "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد. كما يجب، تحت طائلة البطلان، إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي، وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد."

⁶⁶¹ على اعتبار أن العقد الغير الرسمي المنصب على العقار أو الحق العيني العقاري يكون باطلاً، أي أن لا يترتب عنه أي أثر، وهو في حكم العدم، ومنه لا ينقل الملكية العقارية، فمن باب أولى لا يجوز الطعن في هذا العقد بالغبن، وللبائع أن يطعن فيه بالبطلان.

⁶⁶² قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة العقارية بتاريخ: 2013/05/09 تحت رقم الملف: 0771640، منشور بمجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2013، ص 307. قرار مرفق بالملحقات: الملحق رقم: 03.

⁶⁶³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص 392.

⁶⁶⁴ المادة 683 من القانون المدني الجزائري "كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول."

عرفت المادة 684 من القانون المدني⁶⁶⁷ الحق العيني الواقع على العقار، وتنقسم الحقوق العينية إلى قسمين، الحقوق العينية الأصلية الواقعة على العقار⁶⁶⁸، و الحقوق العينية التبعية الواقعة على العقار⁶⁶⁹.

يستخلص من نص المادة 358 من القانون المدني أنها حصرت مجال الطعن بالغبن في بيع العقارات، ويشمل هذا بيع العقار وكل حق عيني يقع على عقار⁶⁷⁰، فقد استبعدت بمفهوم المخالفة المنقولات، من دائرة الطعن بالغبن، ومنه فبيع المنقولات من مثل المحلات التجارية، بأي ثمن، مهما قل، لا يعيبه الغبن، و لا يؤثر في سلامة البيع.

وأما إذا كان المبيع عقارا و منقولا بيعا صفقة واحدة بثمن واحد، فتميز بين ما إذا كانت الصفقة قابلة للتجزئة، جزئت وقسم الثمن على العقار والمنقول، فيحدد ثمن المقابل للعقار والجزء الآخر المقابل للمنقول، ومنه جاز الطعن بالغبن في العقار وحده دون المنقول، أما إذا كانت الصفقة غير قابلة للتجزئة فإنه يجوز الطعن في البيع كله بالغبن، على ألا يدخل في حساب الغبن إلا قيمة العقار وحده بما يمثله من نصيب في الثمن⁶⁷¹.

الطعن في البيع بسبب الغبن حالة استثنائية، خص بها المشرع بيع العقارات دون المنقولات، الأمر الذي يدفعنا للبحث عن الغرض الذي يريده المشرع وراء تقرير هذه الحماية الاستثنائية ؟ ذهب البعض إلى تبرير موقف التشريعات الحديثة التي خصت العقارات بالحماية دون المنقولات بالأسباب التاريخية التي دعت إلى تقرير الغبن، أي إلى

غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص"

⁶⁶⁵ العقار بطبيعته فهو الشيء الثابت المستقر بحيزه، بحيث لا يمكن نقله من مكان لآخر إلا إذا هدم أو اقتلع، وتعتبر الأرض خير مثل للعقار كونها ثابتة ملتصقة بحيزها، وإذا جاز نقل أجزاء منها فإنما يكون بتفتيت سطحها وانتزاع الأتربة والصخور، ونفس الشيء بالنسبة للمباني فهي عقار ثابت مستقر بحيزه، ولا يمكن نقله من مكان لآخر دون هدمه، أو هدم أجزاء منه . عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 14.

⁶⁶⁶ العقار بالتخصيص فهو منقول بطبيعته، رسده مالكة لخدمة أو استغلال عقار بطبيعته هو أيضا مملوك له. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 29.

⁶⁶⁷ المادة 684 من القانون المدني الجزائري " يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار، بما في ذلك حق الملكية، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار".

⁶⁶⁸ سواء كان عقارا بطبيعته أو بالتخصيص، تعتبر حقوقا عقارية، وأول الحقوق العينية العقارية الأصلية حق الملكية، علما أن هذا الأخير حق معنوي، إلا أنه يكون حقا عقاريا إذا وقع على عقار، وتكون الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية وهي حق الارتفاق-الذي لا يقع إلا على العقارات-، و حق الانتفاع وحق الاستعمال- يقع على المنقول والعقار- حقوقا عقارية متى وقعت على عقار . عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 190.

⁶⁶⁹ تعتبر حقوقا عقارية إذا وقعت على عقار، ومن هذه الحقوق أيضا ما يقع إلا على العقار فيكون حتما حقا عقاريا، ويتعلق الأمر بحق الرهن الرسمي، وحق التخصيص، ومنها ما يقع على المنقول والعقار-حق الرهن الحيازي، وحق الامتياز- فإذا وقع على عقار كان حقا عقاريا.

⁶⁷⁰ توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، 2006، ص 162.

⁶⁷¹ سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2009، ص 117.

كون القوانين الحديثة تأثرت بالقانون الروماني الذي كان يقدس العقارات، ويعتبرها الثروة الحقيقية⁶⁷².

وقد برر رأي آخر موقف التشريعات الحديثة أن تقدير قيمة العقارات تمتاز بالسهولة، بخلاف المنقولات، حيث توجد عناصر تساعد على إتمام التقدير ويمكن عن طريقها معرفة ما يساويه عقار من العقارات في وقت ما وفي ظروف معينة أو مكان معين⁶⁷³، كما أن قيمة العقارات ليست سريعة التغير بخلاف المنقولات التي تمتاز بالسرعة في تقلب أسعارها صعودا وهبوطا، وسهولة نقلها من مكان تكون قيمتها فيه ضئيلة إلى مكان آخر تكون قيمتها فيه كبيرة، ونتيجة لعدم استقرارها جعل المشرع لا يطبق عليها أحكام الغبن⁶⁷⁴.

غير أننا نرى أن الأوضاع الحالية اختلفت عما كانت عليه في العصر الروماني، ثم أن المنقولات أصبحت جديرة بالحماية خاصة تلك التي ترتفع قيمتها من مثل السفن، والمحلات التجارية الضخمة والعلامات التجارية المشهورة التي تفوق قيمتها بكثير قيمة العقارات من جهة، والتي تدر عائداً ربحاً وفيراً للاقتصاد الوطني من جهة أخرى. الأمر الذي يستدعي بنصوص خاصة تقرر الحماية لهذه المنقولات، وفي هذه الحالة يعمل حكم النص الخاص.

ت. أن يتم البيع بالتراضي:

إذا تم العقد عن طريق المزاد العلني، فإنه لا يجوز الطعن في هذا العقد على أساس الغبن طبقاً لنص المادة 360 من القانون المدني " لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطريق المزاد العلني بمقتضى القانون" وذلك راجع إلى أن البيع الذي يفرض القانون أن يتم بموجب مزاد علني، يكون باتخاذ جملة من الإجراءات القانونية التي يجب احترامها والتي جعلها خاضعة لرقابة القاضي فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها⁶⁷⁵ من مثل النشر والإعلان والتي من شأنها أن تكفل الحصول على أكبر ثمن ممكن للعقار، وبالتالي فلا مبرر للطعن فيه بواسطة الغبن⁶⁷⁶.

⁶⁷² كانت العقارات أكثر الأشياء قيمة، وهو الأمر الذي جعلها دائماً مطمح للأثرياء والأقوياء الذين عملوا بشتى الوسائل على استغلال الظروف الاقتصادية التي سادت في الإمبراطورية الرومانية في نهاية القرن الثالث ميلادي، حيث أدت تقلبات الأسعار وانخفاض العملة في غالب الأحيان إلى عدم حصول البائع على الثمن الحقيقي للشيء المباع، وعلى وجه الخصوص صغار الملاك والفقراء والضعفاء فاضطروا إلى بيع عقاراتهم بأثمان بخسة لمواجهة متطلبات الحياة الضرورية، وهو ما برر تدخل المشرع الروماني لحماية بائعي هذه العقارات، الذين اضطرتهم ظروفهم القاسية إلى بيع عقاراتهم بأسعار بخسة، وسن بذلك قواعد الغبن كسياسة إصلاحية للأوضاع السائدة آنذاك. أحمد إبراهيم حسن، الأصول التاريخية لنظرية الغبن الفاحش، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، ص 93-94. دكار فايزة، الغبن في العقود المدنية، المرجع السابق، ص 63.

⁶⁷³ عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، المرجع السابق، ص 88.

⁶⁷⁴ دكار فايزة، الغبن في العقود المدنية، المرجع السابق، ص 64.

⁶⁷⁵ بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الثاني، كليك للنشر، الجزائر، 2012، ص 148.

⁶⁷⁶ محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 71.

المشرع الجزائري قرر حماية للعقار المبيع عن طريق المزاد العلني من خلال ضبط مسألة تحديد الثمن الأساسي للبيع⁶⁷⁷، وكذلك جملة الإجراءات التحضيرية لعملية البيع⁶⁷⁸ و من خلال مسألة إعادة البيع بالمزاد العلني⁶⁷⁹ وهي الإجراءات الكفيلة بضمان الحصول على أكبر قدر من المزايدة وبالتالي على أعلى ثمن .

أمام هذه الإجراءات يمكن تبرير موقف المشرع الجزائري في المادة 360 من القانون المدني حين منع الغبن في العقارات المباعة عن طريق المزاد العلني، لكون هذا الأخير، يتم

⁶⁷⁷ خص المشرع الثمن الأساسي الذي يبدأ به البيع في المزاد العلني، بأحكام خاصة ضمنها في المادة 739 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "يحدد الثمن الأساسي، الذي يبدأ به البيع بالمزاد العلني والقيمة التقريبية له في السوق، للعقار و/أو الحق العيني العقاري المحجوز، جملة أو على أجزاء من طرف خبير عقاري، يعين بأمر على عريضة، بناء على =طلب المحضر القضائي أو الدائن الحاجز، بعد إثبات إيداع أتعاب الخبير بأمانة الضبط والمحددة مسبقا من طرف رئيس المحكمة. يجب على الخبير إيداع تقرير التقييم بأمانة الضبط خلال الأجل الذي يحدده رئيس المحكمة، على أن لا يتجاوز هذا الأجل عشرة (10) أيام من تاريخ تعيينه وإلا استبدل بغيره"، وذلك عن طريق ضرورة تعيين ثمن أساسي للعقار المحجوز بتبدي منه عملية بيع العقار في المزايدة، تجنباً منه لمبالغة المباشر في التنفيذ في تقييم العقار المراد بيعه عن طريق المزاد العلني، كما أن عدم تحديده قد يدفع المزايدة إلى الإحجام عن التقدم للمزاد، ويكون تحديد الثمن عن طريق خبرة مأمور بها من قبل رئيس المحكمة، على أن تكون مهمة الخبير متمثلة في تحديد قيمة تقريبية لثمن العقار. بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 168.

⁶⁷⁸ تعتبر الإجراءات التحضيرية لعملية البيع خاصة منها تلك المتعلقة بتعليق ونشر الإعلان عن البيع بالمزاد العلني، ذلك أنه بعد أن يتم إخبار ذوي الشأن بيوم البيع ومكانه يجب أن يتم الإعلان عن البيع للجمهور في جريدة وطنية أو أكثر حسب أهمية العقار ليزيد من عدد المشاركين في المزايدة ويقع التنافس بغرض الحصول على أعلى سعر للبيع. حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ وفقا للقانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 205.

كما يعلق الإعلان عن البيع ضمنا للشفافية والمصادقية والحصول على أكبر قدر من المزايدة في عملية البيع في باب ومدخل كل عقار من العقارات المحجوزة أرضا أو مباني ولو باستحداث ألواح يعلق عليها، وعلى لوحة الإعلانات بقباضة الضرائب التي يوجد بدائرة اختصاصها العقار، ولوحة البلدية التي يوجد بها العقار، وفي لوحة الإعلان بالمحكمة التي يتم بها البيع، وفي الساحات والأماكن العمومية، وفي مكان آخر يحتمل أن يضمن جلب أكبر عدد من المزايدة، ويثبت نشر الإعلان بتقديم صورة من الجريدة، أو تأشيرة الموظف المؤهل على هامش الإعلان المنشور طبقا لنص المادة 750 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. كما تجب الإشارة إلى أنه وحماية للعقار المباع عن طريق المزاد العلني، ففي الحالة التي لا يتوافر فيها النصاب من المزايدة أو كان العرض أقل من الثمن الأساسي للمزايدة أو لم يتقدم أي أحد بأي عرض خلال خمسة عشرة (15) دقيقة أثبت الرئيس ذلك في سجل الجلسة وقرر تأجيل البيع إلى جلسة لاحقة، بذات الثمن الأساسي، على أن يعاد النشر والتعليق وفقا لإجراءات الإعلان الأول، غير أنه في الجلسة الثانية، وبغض النظر عن عدد المزايدة إذا كانت العروض أقل من قيمة الثمن الأساسي وغير كافية لقيمة الدين والمصاريف، قرر الرئيس تأجيل البيع وإنقاص عشر الثمن الأساسي مع إعادة النشر والتعليق، على أنه في الجلسة الموالية يباع العقار و/أو الحق العيني العقاري لمن تقدم بأعلى عرض ولو كان أقل من الثمن الأساسي إلا إذا قبل الدائن الحاجز أو أحد الدائنين المتدخلين استفتاء الدين عينا بالعقار و/أو الحق العيني العقاري بالثمن الأساسي المحدد له. بربارة عبد الرحمن، طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية والجزائية، الطبعة الأولى، منشورات بغداد، الجزائر، 2009، ص 253. حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ وفقا للقانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق، ص 309.

⁶⁷⁹ كذلك يعتبر حماية للعقار، حالة إعادة بيعه لمن يعرض زيادة بالسدس ففي الحالة التي يباع فيها العقار بثمن أقل من الثمن الأساسي المحدد في قائمة شروط البيع، يجوز لأي شخص تتوفر فيه شروط الشراء وغير ممنوع عليه دخول المزايدة، أن يتقدم بعريضة موقعة منه أمام أمانة ضبط المحكمة، يطلب فيها إعادة البيع بالمزاد العلني على أن يتعهد بزيادة لا تقل عن السدس 1/6 من الثمن الراسي به المزاد⁶⁷⁹، وأن يكون ذلك في أجل ثمانية (08) أيام من تاريخ صدور حكم رسو المزاد، ويودع بأمانة ضبط المحكمة المبلغ كاملا مع المصاريف القضائية والرسوم المستحقة، مقابل وصل، ويتم الإعلان عن البيع الجديد بنفس القواعد والإجراءات التي تم بها البيع الأول، وتجرى المزايدة بنفس الإجراءات التي جرت بها المزايدة الأولى طبقا لنص المادة 760 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وفق ضمانات إجرائية صارمة قبل وأثناء عملية التعاقد، بل وحتى بعدها من شأنها ضمان بيع العقار بأكبر ثمن ممكن، وتجنب أن يباع بثمن زهيد، ومنه متى لم يتقدم أحد بشراء العقار بأكثر من ثمن معين، أي الثمن الذي بيع به، فهذا في حد ذاته دليل على أن قيمة العقار لا تزيد عن هذا الثمن⁶⁸⁰، وبالتالي فلا مبرر لإقامة دعوى الغبن بعد ذلك.

ث. أن يقل الثمن عن قيمة العقار وقت البيع بأكثر من الخمس:

يعتبر وضع معيار محدد للغبن أمر يهدف إلى استقرار المعاملات⁶⁸¹ و معيار احتساب الغبن، هو معيار موضوعي⁶⁸² إذ العبرة بالقيمة المادية للعقار وليس قيمته الشخصية لدى المشتري⁶⁸³، بمعنى أن العبرة بالقيمة الحقيقية للعقار المبيع، بصرف النظر عن قيمته في نظر أحد المتعاقدين أو كلاهما.

يتحقق الغبن إذا كانت قيمة العقار المباع وقت البيع تزيد عن ثمنه بأكثر من خمس القيمة⁶⁸⁴، بحيث يكون الثمن المعين للمبيع أقل من أربعة أخماس القيمة الحقيقية له.

وعلى هذا النحو إذا بيع العقار بخمسين ألف دينار وكان الفرق ما بين ثمن البيع و قيمة العقار المبيع وقت البيع يفوق الخمس (يفوق عشرين ألف دينار من الثمن الحقيقي وهو مئة ألف دينار) فيكون الغبن قد تحقق، حتى ولو انخفضت قيمة الشيء بعد ذلك فأصبحت مساوية للثمن الذي بيع به أو أقل منه وللبائع إذن الحق في رفع دعوى تكملة الثمن إلى أربعة أخماس (أي ثمانين ألف دينار) ويجب على المشتري لرفع الغبن عن البيع دفع الفرق ما بين ثمن الشراء وأربعة أخماس الثمن الحقيقي أي 80.000 - 50.000 = 30.000 دج⁶⁸⁵، أما إذا بيع العقار بثمن يعادل أربعة أخماس قيمته أو بأكثر من ذلك وقت البيع فلا مجال للطعن في البيع بدعوى الغبن⁶⁸⁶.

لحساب مقدار الغبن تحسب قيمة العقار وقت البيع لا وقت الطعن بالغبن أي ليس وقت رفع الدعوى أو تاريخ الحكم فيها، على أن يحسب الثمن دون غيره من المصروفات⁶⁸⁷، من مثل رسوم التسجيل ومصاريف التوثيق، ذلك أنها لا تعود على صاحب العقار-البائع- بأي فائدة ومنه لا تدخل في حساب الثمن.

⁶⁸⁰ كذلك يمكن القول أن جعل البيع بالمزاد العلني بدعوى الغبن، أو العيوب، قد يكون سببا في إحجام الكثيرين من دخول المزاد، فلا تنهياً للأسباب كاملة للوصول بثمنه، إلى أعلى مقدار ممكن، ومنه تتقلب الحماية الرامية إلى تحقيق النفع، ضررا.

⁶⁸¹ توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 163.

⁶⁸² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص 397.

⁶⁸³ عزيز كاظم جبور الخفاشي، الغبن عيب في الرضا أم في ذات العقد، مقال منشور بمجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة، العدد الأول، 2009، ص 35.

⁶⁸⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص 398.

⁶⁸⁵ علي فيلاي، الالتزامات-النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 218.

⁶⁸⁶ سي يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد البيع، دراسة مقارنة ومدعمة باجتهادات قضائية وفقهية، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 122.

⁶⁸⁷ أنطوان قسيس، ملحق لامالي، القانون المدني لطلاب الصف الثالث، عقد البيع، كلية الحقوق، جامعة حلب، 1964-1965، ص 154.

للإشارة ينبغي القول أن نسبة الخمس هذه مأخوذة من أحكام الشريعة الإسلامية، حيث يعتبر غبنا فاحشا ما يزيد على الخمس⁶⁸⁸، في حين أن المشرع الفرنسي أجاز الطعن في عقد بيع العقار بالغبن، متى بيع عقار كامل الأهلية إذا زاد الغبن عن 12/7 من قيمة العقار وقت البيع، ويجبر المشتري، إما على رد العين المبيعة، واسترداد الثمن، وإما على تكملة الثمن إلى 12/9 القيمة وقت البيع⁶⁸⁹.

تعرضنا فيما سبق للحق الذي قرره المشرع للبائع عن طريق رفع دعوى تكملة الثمن لرفع الغبن عن العقد والذي ورد النص عليه في المادة 358 من القانون المدني.

بقي لنا الإشارة إلى أن المشرع الجزائري وحرصا منه على الحد من ظاهرة عدم التصريح بالثمن الحقيقي الذي بيع به العقار بغية التهرب من الضريبة وضمانا لأن لا يباع العقار بثمن بخس لا يمثل قيمته الحقيقية وبغية توفير إيرادات للخزينة العمومية استحدث إجراءات جديدة جاءت تكملة لما تضمنه القانون المدني في أحكام الشفعة، تتمثل في ممارسة الدولة ممثلة في إدارة التسجيل لحق الشفعة⁶⁹⁰، وذلك متى رأت أن ثمن البيع أو القيمة غير كاف⁶⁹¹، شرط أن تدفع الدولة مبلغ هذا الثمن مزايد فيه العشر (10/1) لذوي الحقوق. إلا أن التطبيق العملي لهذا الإجراء من قبل مصلحة التسجيل هو تطبيق نادر ويكاد يكون منعدما، ويثور السؤال أنه في الحالة التي تقرر فيها إدارة التسجيل ممارسة حق الشفعة فهل يسقط هذا الإجراء حق البائع في رفع دعوى تكملة الثمن؟

نرى أنه مادام قد صدر قرار استعمال حق الشفعة وبلغ للمتعاقدین أو خلفهما وفقا للقانون، فإنه يصبح عارضا في وجه البائع في استعمال حقه في رفع دعوى الغبن، ما لم يسعى إلى إلغاء القرار الإداري المعلن لرغبة الدولة في استعمال حق الشفعة، باعتبار أن قرارها هو قرار يصدر عن هيئة إدارية وبطبيعته فوري التنفيذ ومن هنا يتعين على البائع لممارسة حق استكمال الثمن أن يبادر إلى إلغاء القرار بموجب دعوى مستقلة وموازية إلى

⁶⁸⁸ أنطوان قسيس، ملحق لامالي، القانون المدني لطلاب الصف الثالث، عقد البيع، المرجع السابق، ص 154.

⁶⁸⁹ سي يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد البيع، المرجع السابق، ص 120.
(A)Lecourt, Fiches de droit des obligations, 4^{ème} édition, Ellipses, Paris, 2014, P 81.

⁶⁹⁰ تنص المادة 38 مكرر 3 من قانون الإجراءات الجبائية (حق الشفعة المقرر للدولة كان منصوص عليه في المادتين 118 و 118 مكرر من الأمر 105/76 الصادر في 1976/12/06 المتضمن قانون التسجيل ليتم إلغاؤها منه وتحويل أحكامها إلى قانون الإجراءات الجبائية بموجب نص المادة 20 من قانون المالية لسنة 2011 الصادر بموجب القانون رقم 13/10 بتاريخ 2010/12/29 في المادة 38 مكرر 3 و 38 مكرر 3 أ) "تستطيع إدارة التسجيل أن تستعمل لصالح الخزينة حق الشفعة على العقارات أو الحقوق العقارية أو المحلات التجارية أو الزبائن أو حق الإيجار أو الاستفادة من وعد بالإيجار على العقار كله أو جزء منه، وكذا الأسهم أو الحصص في الشركة، الذي ترى فيه أن ثمن البيع أو القيمة غير كاف، مع دفع مبلغ هذا الثمن مزايد فيه العشر (10/1) لذوي الحقوق، وذلك فضلا عن الدعوى المرفوعة أمام اللجنة المنصوص عليها من 38 مكرر 2 أ إلى 38 مكرر 2 هـ من هذا القانون وذلك خلال أجل عام واحد ابتداء من يوم تسجيل العقد.

و يبلغ قرار استعمال حق الشفعة إلى ذوي الحقوق، إما بواسطة ورقة من العون المنفذ لكتابة الضبط، وإما بواسطة رسالة موصى عليها مع إشعار بالاستيلاء يوجهها مدير الضرائب بالولاية التي توجد في نطاقها الأموال المذكورة أو الشركة التي تكون سندات محل الصفقة".

⁶⁹¹ تنص المادة 38 مكرر 2 من قانون الإجراءات الجبائية " إذا كان الثمن أو التقدير الذي اعتمد كأساس لتحصيل الرسم النسبي أو التصاعدي، يقل عن القيمة التجارية الحقيقية للأموال المنقولة أو المبيّنة، تستطيع الإدارة الجبائية أن تقدر أو تعيد تقدير هذه الأموال بالنسبة لجميع العقود أو التصريحات التي تثبت نقل أو بيان: (1) الملكية أو حق الانتفاع أو التمتع بالأموال العقارية والمحلات التجارية بما فيها السلع الجديدة التابعة لها ...".

ذلك بدعوى طلب وقف تنفيذه، لوضع حد للأثر الفوري للقرار الإداري ودون ذلك لا يتسنى للقاضي العقاري أن ينظر في دعواه الرامية إلى تكملة الثمن قبل أن تفرغ المسألة الأولية الخاصة بالقضاء الإداري التي تعترضه.

كما أنه وفي الحالة التي يباشر فيها البائع حقه في رفع دعوى تكملة الثمن قبل صدور قرار استعمال حق الشفعة، ليصدر هذا الأخير أثناء سير دعوى تكملة الثمن، وي طرح للمناقشة أمام القاضي المدني، فإن هذا الإجراء يعتبر أيضا من سبيل المسألة الأولية التي تعترض القاضي المدني وتستوجبه إيقاف الفصل إلى حين إفراغها من طرف الجهة القضائية المختصة، حيث يتم صرف الأطراف إلى اتخاذ ما يروونه مناسبا، وما على البائع في هذه الحالة إلا اللجوء إلى القاضي الإداري وفقا للإجراءات الموضحة أعلاه.

ونرى في الأخير إلى أن أحكام الشفعة الوارد النص عليها في قانون الإجراءات الجبائية تشكل قيда على ممارسة البائع لحقه في رفع دعوى تكملة لرفع الغبن عن العقد.

ج. الطعن بالغبن حق مقرر للبائع:

طبقا لنص المادة 358 من القانون المدني فإن الطعن في العقد بسبب الغبن مقصور على البائع وخلفه العام⁶⁹² ولا يحق للمشتري إقامة دعوى الغبن، وقد برر الفقه موقف المشرع من باب أن الذي يضطر عادة للتعاقد هو البائع، لا المشتري⁶⁹³، مستنديين في ذلك إلى الأسباب التاريخية لتقرير الغبن⁶⁹⁴.

ثانيا: عقد المقايضة:

عرفت المادة 413 من القانون المدني "المقايضة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل إلى آخر على سبيل التبادل ملكية مال غير النقود".

أ. مدى سريان قواعد الغبن على المقايضة:

تنص المادة 413 من القانون المدني " المقايضة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال غير النقود"، و نصت المادة 315 من القانون المدني " تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، ويعتبر كل من

⁶⁹² محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 72.
⁶⁹³ (J) Flour et (J.L) Aubert, Droit civil les obligations, volume 1, L'acte juridique, collection U, Armand Colin, Paris, 1975, P176 .

⁶⁹⁴ تعود أسباب تقرير الغبن للقانون الروماني، حيث أقر هذا الأخير أحكام الغبن حماية للبائعين من فقراء وصغار الملاك، في مواجهة الأغنياء الذين استغلوا ظروف المعيشة آنذاك، فالبائع كان مجبرا على البيع بسبب الظروف الاقتصادية وحاجته الماسة للنقود لأجل مواجهتها، فيبيع مضطرا، قابلا بسعر أقل بكثير من القيمة الحقيقية للمبيع، وذلك بعكس المشتري، خاصة مشتري العقار، إذ لا يكون مجبرا ولا مضطرا للشراء، بحيث يكون في وضع أفضل من البائع، ولديه من الوقت والحرية ما يكفي للمساومة حول الثمن، ذلك أن الإنسان دائما يضطر للبيع وليس للشراء. أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص 139- 140.

المتقايضين بائعا للشيء ومشتريا للشيء الذي قايض عليه"، ومنه نتساءل إلى أي مدى يمكن الاعتراف بأحكام الغبن في عقد المقايضة مادام المشرع قرر لعقد البيع وعقد المقايضة نفس الأحكام باستثناء ما تقضي به طبيعة عقد المقايضة؟

المشرع الجزائري لم يورد أي نص ينظم الغبن في عقود المقايضة ومع ذلك لم يستبعده مثلما فعل المشرع الفرنسي⁶⁹⁵ على الرغم من نصه على سريان أحكام البيع على عقد المقايضة⁶⁹⁶، والأصل أن يسري على المقايضة ما يسري على البيع من أحكام، مع مراعاة ما يترتب على اختلاف ماهية كل منهما، وذلك من حيث أن البيع يتم بمقابل ثمن نقدي في حين أن المقايضة، إنما هي مبادلة حق مالي بحق مالي آخر⁶⁹⁷، وهو الأمر الذي جعل الفقهاء يختلفون بين من قال بعدم جواز الطعن في عقود المقايضة بسبب الغبن وبين من أجاز ذلك وهو ما سنفصله فيما يلي:

1. الموقف الرافض لسريان أحكام الغبن على عقد المقايضة:

هناك جانب من الفقه من قال بأن أحكام الغبن في بيع العقار لا تسري على المقايضة⁶⁹⁸، وذلك لاختلاف طبيعة كل من العقدين عن الآخر، وقد برر أصحاب هذا الرأي موقفهم بحجتين:

- غياب الثمن المحدد بالنقود في عقد المقايضة لا يسمح بتحديد من هو المشتري ومن هو البائع⁶⁹⁹، ذلك أن السبب في الطعن بالغبن في عقد البيع هو عدم التكافؤ بين القيمة الحقيقية للعقار أو الحق العيني العقاري وبين الثمن الذي بيع به، ومادام أن المقايضة هي مبادلة شيء بشيء آخر غير النقود فمن غير الممكن الطعن فيها بالغبن.
- اعتد بالغبن في بيع العقار من أجل حماية الطرف الضعيف الذي يبيع بثمن أقل من الثمن الحقيقي للحصول على سيولة نقدية، فالضغط المعنوي الذي يحدد البائع الذي لحقه غبن لا يمكن التخوف منه في المقايضة فلا يكون المقايض بحاجة إلى تلك الحماية⁷⁰⁰.

2. الموقف القائل بجواز سريان أحكام الغبن على عقد المقايضة:

ذهب جانب آخر من الفقه إلى جواز الطعن بالغبن في عقد المقايضة، أنه من حق البائع أو المقايض تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل⁷⁰¹. ونحن نؤيد الموقف القائل بجواز الطعن بالغبن في عقد المقايضة ونبرر رأينا فيما يلي:

⁶⁹⁵ Article 1706 ccf « La rescision pour cause de lésion n'a pas lieu dans le contrat d'échange » .

⁶⁹⁶ Article 1707 ccf « Toutes les autres règles prescrite pour le contrat de vente s'appliquent d'ailleurs à l'échange » .

⁶⁹⁷ توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 650.

⁶⁹⁸ محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 234.

⁶⁹⁹ دكار فايزة، الغبن في العقود المدنية، المرجع السابق، ص 69.

⁷⁰⁰ دكار فايزة، الغبن في العقود المدنية، المرجع السابق، ص 69.

⁷⁰¹ علي فيلال، الالتزامات-النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 217.

- يتضح من تعريف المقايضة أنها من عقود المعاوضات، إذ يحصل أحد الطرفين على شيء في مقابل الشيء الذي يعطيه، كما يحصل الطرف الآخر على مقابل لما يعطيه، وهي من العقود الملزمة للجانبين أي أن أنها تنشأ منذ البداية التزامات متبادلة تقع على عاتق الطرفين، فيلتزم أحدهما بنقل ملكية شيء أو حق مالي بصفة عامة، مقابل حصوله على ملكية شيء يلتزم الآخر بنقل ملكيته إليه⁷⁰²، ومنه قد يكون محل المقايضة غير متعادل، الأمر الذي يبرر جواز الطعن فيها بالغبن.
- انطلاقاً من تعريف الغبن بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه، أي أننا نكون بصدد الغبن متى كان هناك عدم تعادل بين الأداءات، ومادام لا يشترط في العقد الذي يطعن فيه بالغبن أن يكون الأداء هو مبلغ نقدي، فيجوز الطعن بالغبن في عقد المقايضة، على اعتبار أن هنالك أداءات متبادلة في هذا العقد، ويمكن أن يكون هناك تفاوت وعدم تعادل بينها.
- بالرجوع لنص المادة 414 من القانون المدني "إذا كانت الأشياء المتقايض فيها مختلفة القيم في تقدير المتعاقدين جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود" وبالنتيجة ومادام المشرع أجاز بنص المادة 414 من القانون المدني أن يدخل المقايضة نقوداً في حالة اختلاف القيم بين البديلين، ونص في المادة 315 على أن تسري عليها أحكام البيع إلا ما تعارض منها مع طبيعة عقد المقايضة، فإنه من باب أولى يجوز إذا اختلفت قيمة الأداءات وأدت إلى عدم التعادل بين المتعاقدين، إلى حد الوقوع في الغبن، جاز إلزام أحد المتعاقدين بتكملة الفارق بثمن نقدي، مادام الأمر لا يتعارض وطبيعة المقايضة من جهة، و يتفق وأحكام الغبن من جهة ثانية.
- كما نرى أنه من غير الجائز اعتبار الثمن حائلاً على الطعن في عقد المقايضة بالغبن، ذلك أن المشرع أجاز الطعن بالغبن في القسمة، على الرغم من أنها قد لا تتعلق بالنقود، كما سنأتي عليه لاحقاً، ومنه فالمقابل النقدي متى لم يكن موجوداً في عقد المقايضة لا يحول دون الطعن بالغبن مادام ليس مشروطاً في جميع تطبيقات الغبن.
- اعتبار المقايضة من عقود المعاوضة، وليست من عقود التبرع، يجيز الطعن فيها بالغبن.
- ما دام المقايض في حكم البائع وفي حكم المشتري، أي أن تجتمع فيه في نفس الوقت صفتي البائع والمشتري، فإنه يجوز للمقايض منهما الذي منح عقاراً وحقاً عينياً عقارياً تفوق قيمته الشيء الذي تحصل عليه، أن يطعن في هذا العقد بالغبن.

ب. شروط الطعن في عقد المقايضة بسبب الغبن:

⁷⁰² توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 648.

توصلنا إلى جواز الطعن بالغبن في عقد المقيضة، وطبقا لأحكام المادة 358 و المادة 315 من القانون المدني⁷⁰³ فإنه يشترط في الطعن بالغبن في عقد المقيضة ما يشترط في عقد البيع وفيما يلي عرض لهذه الشروط:

1. أن يكون العقد عقد مقيضة:

أن يكون العقد من عقود المقيضة⁷⁰⁴ حيث تنقل الملكية على سبيل التبادل بين الطرفين، إذ يلتزم كل من المتقايضين بنقل ملكية الشيء الذي يقايض به إلى الطرف الآخر، وهي نفس الآثار التي ترتب على البيع من حيث التزامات البائع والمشتري⁷⁰⁵.

2. أن يكون محل المقيضة عقارا أو حقا عينيا عقاريا:

سبق لنا البيان أنه لا يجوز الطعن في الجميع عقود البيع بسبب الغبن، وأن ما يجوز الطعن فيه منها هو البيع العقاري، وعليه ونتيجة لاعتبار أن ما يسري على البيع يسري على المقيضة، فإنه لا يجوز الطعن في عقد المقيضة بسبب الغبن إلا إذا كان محل المقيضة، أي أحد البدلين في المقيضة أو كلاهما، عقارا أو حقا عينيا على عقار.

3. أن يجوز الطعن بالغبن للمقايض الذي قدم العقار أو الحق العيني العقاري:

كما هو مقرر في الطعن في البيع العقاري بالغبن أن حق الطعن مقرر للبائع دون المشتري، فإنه إسقاطا لذلك ومادام في عقد المقيضة تجتمع صفة البائع والمشتري في نفس الوقت في كلا المقايضين المتعاقدين، يكون الطعن بسبب الغبن في عقد المقيضة، من حق المقايض الذي قايض بالعقار أو الحق العيني العقاري، دون المقايض الآخر الذي قايض بحق مالي غير عقاري، غير أنه متى تقايض كل من المتعاقدان بعقار أو بحق عيني عقاري جاز لكل منهما متى وقع في غبن يزيد عن الخمس الطعن في العقد بسبب الغبن.

4. أن يقع أن يقل المقابل الآخر عن قيمة العقار وقت المقيضة بأكثر من الخمس:

متى لحق مقايض العقار غبن يزيد عن الخمس وقت إبرام عقد المقيضة، جاز له رفع دعوى تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن العقار أو الحق العيني العقاري، وعلى المقايض الآخر لرفع الغبن عن عقد المقيضة تكملة الفارق إلى أربعة أخماس الثمن الحقيقي للعقار أو الحق العيني العقاري⁷⁰⁶، وهو ما تقضي به أحكام المادة 358 من القانون المدني والمادة 414 من نفس القانون.

ثالثا: عقد القسمة الرضائية:

⁷⁰³ تنص المادة 315 من القانون المدني " تسري على المقيضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقيضة، ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشيء ومشتريا للشيء الذي قايض عليه".
⁷⁰⁴ عقد المقيضة من عقود المعاوضة، الرضائية، الملزمة للجانبين، وهي من العقود التي تنشأ التزاما بنقل ملكية أو أي حق بصفة عامة.

⁷⁰⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقيضة، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص 861.
⁷⁰⁶ علي فيلال، الالتزامات-النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 217-218.

القسمة "طريقة لانقضاء الشيوخ"⁷⁰⁷، بحيث تؤدي إلى تقسيم المال الشائع إلى عدة أقسام أو حصص، حيث يستقل كل واحد من هؤلاء الشركاء بقسم من الأقسام دون سائر الشركاء"⁷⁰⁸.

تهدف القسمة إلى اختصاص كل من الشركاء في المال الشائع بجزء مفرز من المال يعادل حصته، والأصل أن تكون القسمة رضائية بين الشركاء، فإذا لم يتفق الشركاء على إزالة الشيوخ بالرضاء أزيل بالقضاء عن طريق القسمة القضائية، وتتبع الطريقة الثانية وجوبا في حال وجود ناقص الأهلية ضمن المتقاسمين.

أ. شروط الطعن في القسمة بسبب الغبن:

تنص المادة 732 من القانون المدني "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة.

ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة. وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل المدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته".

1. أن تكون القسمة رضائية:

أجاز المشرع للشركاء في الشيوخ تقاسم المال المشاع، بالطريقة التي يشاءون⁷⁰⁹، ومنه قد يتقاسم الشركاء بالطريقة الاتفاقية⁷¹⁰ ونكون أمام عقد القسمة، وقد يلجئون إلى القضاء وتسمى بدعوى القسمة⁷¹¹.

⁷⁰⁷ عرفت الشيوخ المادة 713 من القانون المدني "إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم فيه غير مقررة فهم شركاء على الشيوخ وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يعم دليل على غير ذلك" فالشيوخ في الملك يتوفر عندما تكون بصدد عقار أو مجموع متكون من عقار ومنقول، أي أن تقع الملكية الشائعة على مال معين بالذات، مملوك في مجموعه لشخصين أو أكثر، دون أن يخصص لكل منهم جزء مادي معين، حيث تتناول هذه الملكية المال الشائع كله غير منقسم، وقد تكون الأنصبة فيه متساوية، كما قد تكون متفاوتة، وهذا بالرجوع إلى مصدر الشيوخ سواء كان بيعا أو وصية أو ميراثا، ومنه لكل شريك في الشيوخ الحق في كل جزء من أجزاء العقار المشاع، بقدر نصيبه. وهاب عياد، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008، ص 9.

⁷⁰⁸ مازن زايد جميل عمران، القسمة الرضائية في العقار، دراسة مقارنة، أطروحة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، 2008 ص 17.

⁷⁰⁹ المادة 723 من القانون المدني "يستطيع الشركاء إذا انعقد اجتماعهم، أن يتقاسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها. فإذا كان بينهم من ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون".

⁷¹⁰ للشركاء على الشيوخ اختيار الطريقة التي تتم بها القسمة الاتفاقية، فقد يختارون أن تكون القسمة عينية، فيفرزون نصيب كل منهم عينا من المال الشائع، وقد تكون هذه القسمة العينية بمعدل أو تكون بغير معدل، وقد يختارون أن تكون القسمة كلية وهو الوضع الغالب، ومن الجائز أن يتقاسموا قسمة جزئية فيبقون بعض المال في الشيوخ ويفرزون نصيب كل منهم في المال الباقي، أو يتفقون على تجنب جزء مفرز من المال الشائع نصيبا لأحدهم ويستمر الباقيون في الشيوخ فيما بقي بعد المال بعد التجنب، وقد يختارون القسمة بطريقة التصفية خاصة إذا تعذر عليهم قسمة المال عينا، فيتفقون على بيع المال الشائع، كله أو بعضا منه في المزداد العلني، ويقتسمون ثمنه، وإذا كان قد بقي جزء اختاروا عدم بيعه، فيبقى شائعا بينهم ولهم أيضا أن يقتسمونه عينا، كما لهم يبيعوا المال بيعا عاديا، وإذا اختاروا طريق المزداد، ليس هناك ما يجبرهم أن يدخلوا أجنبيا معهم، بحيث

وقد قصر المشرع الجزائري بموجب نص المادة 732 من القانون المدني الطعن في القسمة بسبب الغبن على القسمة الاتفاقية⁷¹²، مستبعدا بذلك القسمة القضائية من الطعن فيها بسبب الغبن⁷¹³، وهو المبدأ الذي كرسته المحكمة العليا في العديد من قراراتها مؤكدة على أن نقض القسمة بسبب الغبن مقصور على القسمة بالتراضي⁷¹⁴، واختلف في هذه نقطة المشرع الجزائري مع نظيره الفرنسي الذي أجاز الطعن بالغبن القسمة، ولو كانت قضائية⁷¹⁵.

علما أنه قد تأخذ القسمة الاتفاقية صورة عقد بيع أو عقد مقايضة، أو عقد صلح أو غير ذلك من العقود، وفي جميع هذه الأحوال يعتد بحقيقة العقد لا بصورته، فيكون عقد قسمة اتفاقية يجوز فيها نقض القسمة للغبن⁷¹⁶.

2. أن تكون القسمة الرضائية صحيحة:

القسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود الأخرى، أطرافه الشركاء المشتاعون، ومحلّه المال الشائع ويسري على صحتها ما يسري على غيرها من العقود⁷¹⁷.

يجوز لهم إبقاء المزداد حكرا على الملاك في الشيوع، وفي حال على عدم الاتفاق على ذلك جاز للأجنبي مشاركتهم في المزداد، وفي جميع الأحوال إذا رسي المزداد على أجنبي اعتبر رسو المزداد بيعا لا قسمة، وإذا رسي المزداد على أحد الشركاء فهو قسمة تصفية عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 895-896.

⁷¹¹ القسمة القضائية تكون متى لم يتفق جميع الشركاء على الشيوع على إجراء قسمة المال الشائع بالتراضي، وأراد أحدهم أو بعضهم الخروج من الشيوع، فلا يكون بإمكانه إجبارهم على القسمة الرضائية، وليس أمامه إلا اللجوء إلى القضاء مطالبا بقسمة الملكية الشائعة قسمة قضائية طبقا لنص المادة 724 من القانون المدني "إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يرد الخروج من الشيوع أن يرفع دعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة. وتعين المحكمة إن رأت وجها لذلك خبيرا أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا إذا كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته".

أو في الحالة التي يوجد فيها من بين الشركاء في الشيوع من هو ناقص الأهلية يتعين على الشركاء اللجوء إلى القضاء لأجل اقتسام المال الشائع، هذا حتى ولو اجتمع الشركاء على اقتسامه بموجب الاتفاق فلا يجوز لهم ذلك، طبقا لنص المادة 723 من القانون المدني "يستطيع الشركاء إذا انعقد اجتماعهم، أن يتقاسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها. فإذا كان بينهم من ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون"، علما أن الإجراءات التي يفرضها القانون في حال وجود ناقص الأهلية مع الشركاء في حالة شيوع، تضمنها قانون الأسرة في المادة 2/181 من قانون الأسرة "في حال وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء".

⁷¹² سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - في الالتزامات- الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 421.

⁷¹³ استبعدت القسمة القضائية من إمكانية الطعن فيها بسبب الغبن، إذ المفروض أن هذه القسمة قد أحيطت بالضمانات الواجبة من حيث أنها من جهة أحاطها القانون بضمانات تكفل عدم وجود غبن من مثل تقييم الحصص المشاعة يكون بالاستعانة بخبير، ويأخذ المتقاسم فيها حقه كاملا طبقا لنص المادة 725 من القانون المدني "يكون الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب حتى ولو كانت القسمة جزئية. وإذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينا عوض بما نقص من نصيبه" ومن جهة أخرى كونها تكون تحت إشراف القضاء، ويفترض فيها أنها تمت بعدل، وبالتالي يكون من شأنها رفع الغبن عن المتقاسمين وتحقيق المساواة بينهم.

⁷¹⁴ قرار الغرفة المدنية لدى المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2008/12/24 ملف رقم: 446655 المنشور بمجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2009، ص 137-141، قرار مرفق بالملحق، ملحق رقم 04.

⁷¹⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 901.

⁷¹⁶ عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع نفسه، ص 905.

يعتبر عقد القسمة عقدا رضائيا فيما بين الشركاء المتقاسمين كسائر العقود الرضائية يتطلب توافر أركانه من استيفاء المحل لشروطه⁷¹⁸، ووجود سبب مشروع، ووجود الرضا⁷¹⁹ وخلو الإرادة من العيوب⁷²⁰، إلا أن له أحيانا شروطا أخرى تزيد عن أركان العقود الرضائية، متى انصبت القسمة على عقار أوجب القانون إفراغها في شكل رسمي⁷²¹.

وعليه فلا تكون دعوى نقض القسمة مقبولة، إلا إذا كانت القسمة الاتفاقية صحيحة ووقع أحد الشركاء في غبن وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2007/07/11⁷²²، أما إذا كانت القسمة غير صحيحة أي بأن كانت باطلة فإنه تعين القضاء بطلانها.

3. أن يلحق أحد المتقاسمين غبن يزيد عن الخمس:

الغبن عيب في ذات القسمة يجيز نقضها، وحدد مقدار الغبن بالخمس أسوة بالغبن في بيع العقار طبقا المادة 732 من القانون المدني وهو المقدار المألوف في الغبن في الشريعة

⁷¹⁷ عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع نفسه، ص 892.

⁷¹⁸ فقد يطعن في القسمة الاتفاقية بالبطلان المطلق كما لو وقعت القسمة بين الورثة قبل موت المورث، فهذا العقد يعد تعاملا في تركة مستقبلية، ويكون باطلا طبقا لنص المادة 2/92 من القانون المدني "غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها القانون"، ولكل ذي مصلحة أن يطعن فيه بالبطلان.

⁷¹⁹ قد يطعن في عقد القسمة بالبطلان إذا كان من بين الشركاء في الشيوع ناقص أهلية وتمت القسمة عن طريق التراضي، ذلك أن المال المشاع الذي يكون فيه أحد الشركاء ناقص أهلية بتعين قسمته قضائيا.

⁷²⁰ إذ قد يطعن في القسمة الرضائية بالإبطال لعيب من عيوب الإرادة من مثل الغلط، الإكراه، التدليس.

⁷²¹ فالقسمة الودية المنصبة على عقار والتي لم تفرغ في شكل رسمي الباطلة بطلانا مطلقا تكون في حكم العدم، ويتعين الطعن فيها بالبطلان، يمكن لكل ذي مصلحة التمسك به، ويجوز للقاضي إثارة بطلان القسمة من تلقاء نفسه، ويعتبر الشركاء في حالة شيوع فيما تعلق بالأموال العقارية المتقاسمة بدون إفراغ القسمة في عقد رسمي ومنه لا وجه للطعن في هذه القسمة بالغبن، لأنها في حكم القانون لا وجود لها، وهو الأمر الذي كرسته في العديد من قراراتها :

- قرار الغرفة العقارية لدى المحكمة العليا بتاريخ 2007/09/12 ملف رقم 414655 "من المقرر أن القسمة التي لم تراعى الإجراءات المنصوص عليها لنقل ملكية العقار وشهرها تعتبر قسمة مهابة تخص الانتفاع فقط مع بقاء ملكية العقار في الشيوع. معتبرين أن القضاة الدين رفضوا دعوى الطاعن الرامية إلى إجراء قسمة قضائية بحجة وجود قسمة ودية أساءوا تطبيق نص المادتين 732 و 733 من القانون المدني" قرار منشور بمجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2008، ص 211-214.

- قرار الغرفة العقارية لدى المحكمة العليا بتاريخ 2008/07/16 "تفرغ وجوبا القسمة الودية المنصبة على عقار أو حقوق عينية عقارية في الشكل الرسمي"، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2008، ص 261-264.

⁷²² قرار الغرفة العقارية لدى المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 2007/07/11 ملف رقم 410107، "لا تثار مسألة الغبن تلقائيا. ولا تكون مقبولة إلا إذا كانت القسمة صحيحة وعدل عنها طرف بسبب الغبن" مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني 2008، ص 249-252، قرار مرفق بالملحق، ملحق رقم 05.

الإسلامية⁷²³، علما أن المشرع الفرنسي قد حدد قيمة الغبن في القسمة بما يزيد على الربع⁷²⁴.

فإذا كانت قيمة المال الشائع تساوي 5000 دينار جزائري وكان هناك شركاء خمسة بحصص متساوية، فالواجب أن تكون حصة كل واحد منهم هي 1000 دينار جزائري، فإذا كانت حصة أحدهم هي 800 دينار جزائري فلا يعتبر هذا الشريك مغبونا كون خمس حصته هي 200 دينار جزائري، فإذا زادت قيمة الغبن عن 200 دينار يستطيع طلب نقض القسمة للغبن الذي لحقه في حصته كأن تكون حصته مثلا 800 دينار أو أقل، وقد تشمل القسمة أموال متعددة عقارات ومنقولات فإن كان مجموع ما أصابه من غبن في جميع هذه القسمة يزيد عن الخمس من حصته فإنه يستطيع نقض هذه القسمة بسبب الغبن، فإن كان هذا المقدار لا يزيد على الخمس لم يستطع الشريك أن ينقض القسمة للغبن.

المشرع الجزائري وعلى غرار معظم التشريعات الأخرى لم يفرق في الطعن في القسمة بسبب الغبن بين في العقار والمنقول⁷²⁵، بخلاف القانون المدني السوري حيث نصت المادة 394 منه على أنه " لا تسمع دعوى الغبن في بيع المنقول"⁷²⁶.

4. أن تكون العبرة بتقدير قيمة الشيء وقت القسمة:

للقوف على مدى تحقق غبن في القسمة، يجب تقدير المال الشائع محل القسمة، وتقدير نصيب كل من الشركاء في هذا المال، وتقدر تبعا لذلك حصة الشريك مدعي الغبن، وتقدر تبعا لذلك قيمة الجزء الذي خصص لهذا الشريك، وتقارن قيمة هذا الجزء بقيمة الحصة، وعلى أساس هذه المقارنة يتضح تحقق الغبن من عدمه⁷²⁷، وتقدير المال الشائع يكون بالاستعانة بخبير مختص وهو الوضع العادي والغالب، ولا يعتد بالتقدير الوارد في عقد القسمة الرضائي⁷²⁸. على أن تكون العبرة بتقدير قيمة المال الشائع محل القسمة وقت إجراء القسمة⁷²⁹، وهذا ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا⁷³⁰، وعليه متى كانت قيمة نصيب أحد

⁷²³ مازن زايد جميل عمران، القسمة الرضائية في العقار، المرجع السابق، ص 92.

⁷²⁴ محمود علي الرشدان، المرجع السابق، ص 276.

(J) Flour et (J.L) Aubert, op cit, P 180.

⁷²⁵ بنيت فكرة نقض القسمة للغبن على فكرة تحقيق العدل والمساواة بين المتقاسمين، ذلك أن طبيعة القسمة تقتضي بالضرورة مراعاة الحقوق الخاصة بالشركاء المتقاسمين، والتي كانت لهم في الشبوع السابق على القسمة، فإن لم تحترم هذه الحقوق فإن القسمة تكون قد انتهكت في جوهرها ذاته وبالنتيجة فهي تهدم نفسها بنفسها، وعلى هذا الأساس فالغبن لا يدخل فيها بنفس التصور الذي يكون في غيرها من العقود (حيث لا يشترط أن يكون محل القسمة عقارا) بل الذي يضيئها فكرة أخرى هي أن العدل والمساواة روح القسمة L'égalité est l'âme du partage. محمود عبد الرحمن محمد، الاستغلال والغبن في العقود ودورها في إقامة التوازن بين الأداءات العقدية-دراسة مقارنة- المرجع السابق، ص 149. مازن زايد جميل عمران، القسمة الرضائية في العقار، المرجع السابق، ص 93-94.

⁷²⁶ محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني، المرجع السابق، ص 276-277.

⁷²⁷ محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني، المرجع نفسه، ص 277.

⁷²⁸ عبد الرزاق أحمد السنهاوري الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 903.

⁷²⁹ مازن زايد جميل عمران، القسمة الرضائية في العقار، المرجع السابق، ص 91.

⁷³⁰ قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2000/09/12 تحت رقم الملف: 245195 عن الغرفة المدنية " يجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع. ولما استبان من

الشركاء مبلغ معين وقت القسمة، فلا يعتد بأي أمر يقع بعد القسمة، حيث يحدث وأن تنخفض قيمة نصيب الشريك المتقاسم وقد ترتفع قيمة حصته.

رابعاً: الوكالة:

عرفت المادة 571 من القانون المدني "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصاً آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه"⁷³¹. والوكالة كغيرها من العقود، تستلزم لصحتها شروط صحة أي عقد آخر، من توافر الأهلية، والمحل، وسلامة الرضا.

نص المشرع في المادة 581 من القانون المدني "الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمناً من حالة الوكيل، فإذا اتفق على أجر الوكالة كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضي إلا إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة".

يتضح من نص المادة 581 من القانون المدني وجود فرضين: الأول عدم وجود اتفاق على أجر الوكيل، والثاني وجود اتفاق عليه. فأما في الفرض الأول: تعتبر الوكالة غير مأجورة، والوكيل متبرعاً⁷³²، وبالتالي الوكالة في هذه الحالة عقد من عقود التبرع⁷³³، وإذا كانت الوكالة تبرعية فلا مجال للطعن فيها بالغبن. وأما الفرض الثاني: فالوكيل لا يأخذ أجراً إلا إذا وجد اتفاق على ذلك، وقد يكون هذا الاتفاق صريحاً، كما قد يكون ضمناً، ولعل أبرز حالات الوكيل التي يستخلص منها ضمناً أن الوكالة مأجورة⁷³⁴، إذا كان الشخص يحترف مهنة يكسب منها عيشه، فالمفروض أن الوكالة التي تدخل في أعمال هذه المهنة تكون مأجورة، فمن وكل محامياً، يكون قد اتفق ضمناً على إعطائه أجراً كما هي العادة⁷³⁵.

أ. دور القاضي في تحديد قيمة الأجر:

القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع قاموا بتقدير قيمة العقار بعد تاريخ البيع فإنهم خالفوا أحكام المادة 358 فقرة ثانية من القانون المدني مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه". قرار منشور بالمجلة القضائية العدد الثاني، 2001، ص 137. قرار مرفق بالملحق تحت رقم: 06.

⁷³¹ سقطت الفقرة الثانية من المادة 571 من النص العربي، وبلاستناد إلى النص في اللغة الفرنسية يكون نصها كما يلي "لا يؤسس العقد إلا بقبول الوكيل" « Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire ».

⁷³² الوكالة هي في الأصل من عقود التبرع إلا إذا اشترط الأجر فإنها تصبح من عقود المعاوضة، واعتبرت محكمة النقض الفرنسية "الوكالة مجانية بطبيعتها، يفترض بأن الوكالة مأجورة عندما تسند إلى شخص تتمثل مهنته المعتادة في الانشغال بأعمال الغير" وتجد هذه القرينة المبررة، مكانها في سلطة القاضي في تحديد أجر الوكيل عندما يسكت الطرفان عن تحديدها. لحسين بن شيخ آث ملويا، عقد الوكالة، دراسة فقهية، قانونية وقضائية مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 14.

⁷³³ عبد الرزاق أحمد السنهاوري الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، الجزء السابع، المرجع السابق، ص 516.

⁷³⁴ الغالب أن يكون أجر الوكيل مبلغاً من النقود، ولكن لا شيء يمنع من أن يكون من غير النقود، كأن يكون الأجر جزءاً من المال الذي يدخل في ذمة الموكل نتيجة تنفيذ الوكيل لعقد الوكالة، غير أن المحامي لا يمكن له أن يقتضي أجره من الحقوق المتنازع عليها.

⁷³⁵ عبد الرزاق أحمد السنهاوري الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، الجزء السابع، المرجع السابق، ص 517-518.

إذا اتفق على أن تكون الوكالة بأجر، فقد لا يقوم الطرفان بتعيين مقدار الأجر، أي بأن يقتصر الوكيل على اشتراط الأجر دون أن يتفق والموكل على تحديد مقداره، أو كأن يكون الاتفاق ضمنيا مستخلصا من مهنة الوكيل أو من أي ظرف آخر فيكون هناك اتفاق ضمني على أن تكون الوكالة مأجورة دون تعيين لمقدار الأجر، وفي هذه الأحوال إذا اختلف الطرفان في تعيين مقدار الأجر، تولى القاضي تعيين هذا المقدار⁷³⁶، مستعينا في ذلك بأهمية العمل وما يقتضيه من جهد يبذله الوكيل، كما له أن يرجع في ذلك للعرف⁷³⁷.

إذا اتفق على الأجر، صراحة أو ضمنيا، يكون مستحقا للوكيل ولو لم ينجح في مهمته⁷³⁸، إلا استثناءا في حالتين الحالة الأولى إذا كان الأجر محددًا بنسبة مئوية، والحالة الثانية إذا كان الفشل راجع لخطئه، فآنذاك ولكون الوكيل تسبب في فشل المهمة بخطئه فإن مسؤوليته تقوم وبالتالي يحرم من الأجر⁷³⁹.

ويعتبر تدخل القاضي هنا أقل غرابة من حالة تعديل قيمة الأجر، حيث لا يتعلق الأمر في هذه الحالة بتعديل عقد تام، ولكن بتنتمته عندما لا يكون الأجر محددًا، ويكون للقاضي آنذاك أن يحدد الثمن المستحق للوكيل عندما يقوم بانجاز مهمته وذلك تبعا للعمل المقدم والخدمة المقدمة والأعراف، وللقاضي سلطة مطلقة في ذلك⁷⁴⁰.

ب. دور القاضي في تعديل الأجر:

تبعا للقواعد العامة يجب أن يكون مقدار الأجر المحدد من قبل الطرفين غير قابل للتعديل، والأصل أن يسري هذا الاتفاق وهذا طبقا لنص المادة 106 من القانون المدني، حيث إرادة الطرفين هي الأولى بالتطبيق، غير أن القضاء الفرنسي ومنذ القرن التاسع عشر، تدخل بقوة بأن وضع مبدأ حق المحاكم في تخفيض الأجر المتفق عليه عندما يكون غير متناسبا مع الخدمة المقدمة متأثرا بأن الأصل في الوكالة أن تكون تبرعية⁷⁴¹.

غير أنه إذا كان الأصل أن الأجر المتفق عليه واجب الاحترام لأن اتفاق الطرفين انعقد عليه، فإنه طبقا لنص المادة 2/581 من القانون المدني "فإذا اتفق على أجر الوكالة كان هذا الأجر خاضعا لتقدير القاضي إلا إذا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة"، وبالتالي يتضح أن الاتفاق على الأجر للوكيل في عقد الوكالة غير ملزم للقاضي، إذ قد يجده مبالغا فيه، أو به غبن

⁷³⁶ (L) ayès, Le juge et le contrat : nouveaux rôles ?, Lextenso Revue des contrats, colloque du 16 Février 2016, France, avril 2016, P14 .

⁷³⁷ عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، الجزء السابع، المرجع نفسه، ص522-523.

⁷³⁸ محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني، المرجع السابق، ص 281.

⁷³⁹ لحسين بن شيخ آث ملويا، عقد الوكالة، المرجع السابق، ص137.

⁷⁴⁰ لحسين بن شيخ آث ملويا، عقد الوكالة، المرجع السابق، ص141.

⁷⁴¹ لحسين بن شيخ آث ملويا، عقد الوكالة، المرجع السابق، ص138.

(A)Lecourt, op.cit , P82.

فاحش فيرده إلى الحد المعقول، فإذا غبن الوكيل الموكل فاشتط في تحديد الأجر، جاز للقاضي إنزال الأجر المبالغ فيه إلى الحد المعقول، وبالعكس إذا غبن الموكل الوكيل فحد له أجرا أقل مما يستحق، جاز للقاضي رفع الأجر إلى الحد المعقول، ومعيار تقدير الغبن في الحالتين متروك أمر تقديره للقاضي بقدر كل حالة على حسب ظروفها⁷⁴².

فالأجر متى كان باهظا أو منخفضا مقارنة بالأجر المستحق في مثل الوكالة المنجزة فإن الأداءات تكون قد اختلت بين الطرفين، وهو الأمر الذي يبرر للقاضي تدخله لإعادة التوازن العقدي والطابع العادل للعقد⁷⁴³.

أجاز المشرع للقاضي أن يعيد التوازن بين أجر الوكيل والعمل الذي قدمه⁷⁴⁴ إذا رفع الطرف المغبون دعوى لرفع الغبن وذلك طبقا لنص المادة 2/581 من القانون المدني وبالتالي يترتب على ذلك ما يلي:

1. يجوز للقاضي تصحيح الخطأ الذي وقع فيه المتعاقدان عند تعيين مقدار الأجر، أن يزيد في هذا المقدار إذا كان غير كاف لجزاء الوكيل على عمله، كما له أن يخفضه إذا كان مبالغا فيه⁷⁴⁵، ذلك أن نص المادة 581 من القانون المدني جاء عاما مطلقا يشمل التخفيض والزيادة " خاضعا لتقدير القاضي"، على أن تقدير القاضي يتوقف على ما يتبين بعد تنفيذ الوكالة من أهمية العمل الذي قام به الوكيل، وما لقي فيه من صعوبات، وما أدى العمل إليه من نتائج، ومنه إذا ظهر مقدار الأجر زائد كثيرا عن قيمة العمل، قام القاضي بخفضه إلى الحد الذي يجعل الأجر متكافئا مع العمل المنجز، وإذا تبين له العكس، أي أن العمل الذي قام به الوكيل تكشف عن أهمية غير متوقعة، أو أن الوكيل لقي من الصعوبات في انجاز العمل ما لم يكن في الحساب، هنا يزيد القاضي في مقدار الأجر حتى يكون مجزيا للجهود التي بذلها الوكيل أو للنتائج التي وصل إليها، وفي الحالة التي لا تكون فيها الزيادة فاحشة، ينتفي الغبن، حيث لا يجد القاضي تفاوتا كبيرا ما بين الأجر والعمل، فهو غير مبالغ فيه حتى يجوز تخفيضه، وهو في الوقت ذاته كاف فلا محل لزيادته، أي أن المتعاقدين لم يخطئا عند تقدير قيمة الأجر فعلى القاضي احترام إرادتهما التعاقدية ومنه لا ينقص في الأجر ولا يزيد⁷⁴⁶.

2. لا يجوز للقاضي بل يمنع عليه أن يعدل مقدار الأجر سواء بالنقص أو بالزيادة إذا دفع الموكل مقدار الأجر المتفق عليه طوعا وقبض الوكيل هذا الأجر بعد تنفيذ الوكالة، حيث أن دفع المقدار المتفق عليه بعد تنفيذ الوكالة يعد بمثابة إقرار منهما

⁷⁴² محمود عبد الرحمن محمد، الاستغلال والغبن في العقود ودورهما في إقامة التوازن بين الأداءات العقدية- دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص153.

⁷⁴³ عسالي عرعار، التوازن العقدي عند نشأة العقد، المرجع السابق، ص96.

⁷⁴⁴ (L) ayès, Le juge et le contrat : nouveaux rôles ?, op.cit,P 14 .

⁷⁴⁵ عبد الرزاق أحمد السنهاوري الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، الجزء السابع، المرجع السابق، ص526. لحسين بن شيخ آث ملويا، عقد الوكالة، المرجع السابق، ص139. محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني، المرجع السابق، ص282.

⁷⁴⁶ عبد الرزاق أحمد السنهاوري الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، الجزء السابع، ص527. محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني، المرجع السابق، ص282.

بأن هذا العمل يستحق هذا المقدار من الأجرة ومنه لا مجال لتحكيم القاضي بينهما⁷⁴⁷، وأنه وحتى لو فرض أن مقدار الأجر يزيد عن قيمة العمل أو ينقص فإن الموكل بدفعه طوعا كل مقدار الأجر بعد أن تبين قيمة العمل يكون متبرعا بالزيادة في الأجر، وكذلك الوكيل يكون متبرعا بما نقص فيه، وليس في هذا التبرع ما يخالف النظام العام⁷⁴⁸، وهذا ما ورد النص عليه صراحة في آخر عبارة من الفقرة الثانية من المادة 581 من القانون المدني إذ قضت بعدم جواز تعديل مقدار الأجر "إذا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة".

3. لا يجوز الاتفاق، قبل تنفيذ الوكالة وتبين أهمية العمل المنجز من قبل الوكيل، على أن يتنازل الموكل عن حقه في المطالبة بتخفيض الأجر، ولا أن يتنازل الوكيل عن حقه في المطالبة بزيادة الأجر، غير أنه يجوز هذا النزول من كل من الجانبين بعد تنفيذ عقد الوكالة، إذ يكون كل منهما قد تبين وقتئذ عن قيمة العمل الذي تم إنجازه⁷⁴⁹، ذلك أن سلطة المراجعة الممنوحة للقاضي بموجب نص المادة 2/581 من القانون المدني من النظام العام ومنه لا يمكن استبعادها⁷⁵⁰.

خامسا: عقد الشركة:

الأصل أن يعين عقد الشركة نصيب كل شريك في مال الشركة وكذلك نصيبه في أرباح الشركة وفي خسائرها، وتوزع الأرباح والخسائر بين الشركاء وفقا لما جاء في عقد الشركة⁷⁵¹، غير أنه قد لا يبين عقد الشركة نصيب كل من الشركاء في الأرباح والخسائر، حينها يتعين توزيعها بنسبة حصة كل منهم في رأس المال⁷⁵².

يمنع المشرع الجزائي الغبن في عقد الشركة⁷⁵³ ويتضح ذلك من خلال نص المادة 426 من القانون المدني "إذا وقع الاتفاق على أن أحد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة ولا في خسائرها كان عقد الشركة باطلاً.

⁷⁴⁷ محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني، المرجع السابق، ص 282.

⁷⁴⁸ عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، الجزء السابع، المرجع السابق، ص 527.

⁷⁴⁹ لحسين بن شيخ آث ملويا، عقد الوكالة، المرجع السابق، ص 140. عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، الجزء السابع، المرجع السابق، ص 529.

⁷⁵⁰ لحسين بن شيخ آث ملويا، عقد الوكالة، المرجع السابق، ص 140.

⁷⁵¹ تنص المادة 416 من القانون المدني على أن "الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة. كما يتحملون الخسائر التي قد تتجر عن ذلك".

⁷⁵² تنص المادة 425 من القانون المدني "إذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل واحد من الشركاء في الأرباح، والخسائر كان نصيب كل واحد منهم بنسبة حصته في رأس المال.

فإذا اقتصر العقد على تعيين نصيب كل الشركاء في الأرباح وجب اعتبار هذا النصيب في الخسارة أيضا، وكذلك الحال إذا اقتصر العقد على تعيين النصيب في الخسارة.

وإذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله وجب أن يقدر نصيبه في الربح والخسارة حسب ما تقيده الشركة من هذا العمل فإذا قدم فوق عمله نقودا أو شيئا آخر كان له نصيب عن العمل و آخر عما قدمه فوقه".

⁷⁵³ محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 71.

ويجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يقدم سوى عمله من كل مساهمة في الخسائر على شرط ألا يكون قد قررت له أجرة ثمن عمله".

يشير نص المادة 426 من القانون المدني إلى أن حرمان أحد الشركاء من أرباح الشركة (لا يكون له نصيب من الربح)، أو إعفائه من المساهمة في خسائرها (يسترجع رأس ماله سالما من كل خسارة) يعد غبنا يوجب بطلان عقد الشركة.

فالقانون لا يسمح بأن يغيب الشركاء أحدهم، سواء بأن يخرج من المشاطرة في الربح، أو بأن يغيب شريك بقية الشركاء، فيخرج من المشاطرة في الخسارة⁷⁵⁴، ويتقرر البطلان في هذه الحالة لانقضاء نية المشاركة التي يجب توافرها في عقد الشركة⁷⁵⁵.

ولا يعتبر الشريك معفيا من الخسارة إذا كانت حصته في رأس مال الشركة هي عمله ما دام لم يتقرر له أجر على هذا العمل طبقا لنص المادة 2/426 من القانون المدني، حيث يكون في هذه الحالة مساهما في الخسارة حتما، فقد قام بعمل لم يأخذ عليه أجرا.

تجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يحدد أجلا لرفع دعوى البطلان، وهو ما يدفعنا إلى القول بسريان أحكام النظرية العامة للعقد فيما تعلق بدعوى البطلان، حيث لا تسقط دعوى البطلان إلا بمضي 15 سنة من وقت إبرام العقد تطبيقا لنص المادة 102 من القانون المدني.

سادسا: عقد القرض:

تنص المادة 454 من القانون المدني "القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك".

منع المشرع الجزائري القرض بفائدة بين الأفراد ولو كانت هذه الفائدة ضئيلة جدا، وجعل هذا المنع من النظام العام إذ قرر جزاء بطلان الفائدة الاتفاقية التي تتم بين الأفراد في عقد القرض⁷⁵⁶.

ويرى بعض من الباحثين في ميدان القانون المدني الجزائري أن عقد القرض يكون الطعن فيه بسبب الاستغلال أقرب من الطعن فيه بسبب الغبن، مبررين ذلك في أن عقد القرض يكون من تطبيقات نظرية الاستغلال لكون أن الطرف القوي في العلاقة العقدية يستغل حاجة الطرف الضعيف المعسر لذلك العقد فيفرض مقابلا لقاء انتظاره مدة من الزمن وهو الأمر الذي يجعل عقد القرض جائر⁷⁵⁷.

⁷⁵⁴ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات-نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 460. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني -في الإلتزامات- الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 422. هائل حزام ميهوب العامري، المرجع السابق، ص 126. (J) Flour et (J.L) Aubert, op cit, P 178.

⁷⁵⁵ محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 148. محمود علي الرشدان، المرجع السابق، ص 289.

⁷⁵⁶ محمد حسنين، الوجيز في نظرية الإلتزام، المرجع السابق، ص 58.

⁷⁵⁷ عسالي عرعارة، التوازن العقدي عند نشأة العقد، المرجع السابق، ص 96. درماش بن عزوز، التوازن العقدي، المرجع السابق، ص 121.

غير أننا نرى أنه مادام المشرع الجزائري لم ينص على حالة استغلال الحاجة أو على حالة الضرورة ضمن العنصر النفسي للطعن في العقد بسبب الاستغلال، فلا يمكن القول أن نص المادة 454 من القانون المدني يندرج ضمن حالات الاستغلال، لانعدام أي تأسيس قانوني يبرر على ذلك.

سابعا: عقد استغلال حق المؤلف:

يعترف القانون وعلى غرار حق الملكية في مفهومه التقليدي بالملكية الواردة على الأشياء المعنوية والمتمثلة في مختلف صور نتاج العقل البشري⁷⁵⁸ حيث يتمتع المؤلف بحقوق أدبية ومالية على مصنفه، و إلى جانب الحق الأدبي المقرر للمؤلف على مصنفه، يحق للمؤلف أن يتقاضى المقابل النقدي أو العيني الذي يراه عادلا نظير نقل حق أو أكثر من حقوق الاستغلال المالي لمصنفه إلى الغير، على أساس مشاركة نسبية في الإيراد الناتج من الاستغلال، كما يجوز له التعاقد على أساس مبلغ جزافي أو بالجمع بين الأساسيين⁷⁵⁹ وذلك تطبيقا لأحكام المادة 1/27⁷⁶⁰ من الأمر رقم 05/03 المؤرخ في 19 يونيو 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة⁷⁶¹ ونص المادة 61⁷⁶² من نفس الأمر.

إذا كان المشرع قد أجاز للمؤلف التعاقد مع الغير حول مصنفه فإنه في المقابل لذلك قرر له حماية من الغبن الذي قد يقع فيه نتيجة عقد استغلال مؤلفه حيث تنص المادة 66 من الأمر رقم 05/03 المؤرخ في 19 يونيو 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة " يحق للمؤلف أن يطالب بمراجعة العقد في حالة غبن يضيع حقه، وإن لم يحصل اتفاق يحق له رفع دعوى قضائية إذا تبين بوضوح أن المكافأة الجزافية المحصل عليها تقل عن مكافأة عادلة قياسا بالربح المكتسب. ويعد باطلا كل اتفاق يخالف ذلك.

يمكن المؤلف أن يباشر دعوى بسبب الغبن الذي لحق به في أمد يسري مدة خمسة عشر سنة (15) ابتداء من تاريخ التنازل.

وفي حالة وفاة المؤلف يمكن ورثته التمسك بأحكام هذه المادة مدة 15 سنة تسري ابتداء من تاريخ وفاة المؤلف تسري ابتداء من تاريخ وفاة المؤلف".

يتبين من نص المادة 66 من الأمر رقم 05/03 المذكورة أعلاه أنه يجوز للمؤلف إذا وقع في غبن نتيجة لسوء تقدير المكافأة المحددة بالطريقة الجزافية، سواء وقت التعاقد أو

⁷⁵⁸ نسرين بلهوارى، حماية حقوق الملكية الفكرية في القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، بدون سنة نشر، ص 09.

⁷⁵⁹ حمزة مسعود نصر الدين، حماية الملكية الفكرية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، مصر، 2013، ص 127.

⁷⁶⁰ تنص المادة 1/27 من الأمر رقم 05/03 " يحق للمؤلف استغلال مصنفه بأي شكل من أشكال الاستغلال والحصول على عائد مالي منه".

⁷⁶¹ الأمر رقم 05/03 المؤرخ في 19 يونيو 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، منشور بالجريدة الرسمية عدد 44 السنة الأربعون مؤرخ في 23 يونيو 2003.

⁷⁶² تنص المادة 61 من الأمر 05/03 " تكون الحقوق المادية للمؤلف قابلة للتنازل عنها بين الأحياء بمقابل مالي أو بدونه مع مراعاة أحكام هذا الأمر. وتنتقل هذه الحقوق بسبب الوفاة مع مراعاة أحكام هذا الأمر والتشريع المعمول به".

لظروف تحدث بعد ذلك⁷⁶³ —وهي التي عبر عنها المشرع بـ"قياسا بالربح المكتسب"— تجعل المؤلف يقع في الغبن، أن يرفع دعوى للمطالبة بإعادة التوازن بين الأرباح الناتجة عن استغلال المؤلفات والأجر الممنوح للمؤلف⁷⁶⁴.

ذهب المشرع الجزائري إلى تصور مراجعة عقد استغلال المؤلف في حالتين فأما الأولى فهي بموجب بند المراجعة المدرج في العقد، إذ يتفق الطرفان على تعديل العقد بمجرد أن يلحق بالمؤلف غبن يضيع حقه، ويتم بذلك رفع الغبن عن المؤلف دون حاجة منه إلى رفع دعوى قضائية، وغني عن البيان أن هذا الشرط قد يدرجه المتعاقدان ضمن العقد الأصلي أو ضمن عقد لاحق ملحق به وبنفس أشكال إبرام العقد الأول، وأما الحالة الثانية فافتراض المشرع عدم اتفاق المتعاقدين على تعديل العقد بسبب الغبن سواء عند إبرام العقد أو بموجب عقد لاحق، فقرر حماية للمؤلف من الغبن حيث أجاز له رفع دعوى قضائية يطلب فيها مراجعة العقد، ويقع على المؤلف عبئ إثبات عدم التعادل بين المكافأة المتفق عليها والفائدة الناتجة عن استغلال المؤلف⁷⁶⁵، وللقاضي في هذه الحالة متى تبين له بوضوح أن المكافأة الجزافية المحصل عليها تقل عن مكافأة عادلة قياسا بالربح المكتسب من قبل الناشر أن يعدل العقد لرفع الغبن عن المؤلف.

بما يفيد أنه في الحالة التي يتضمن فيها العقد حق المؤلف في مراجعة العقد بسبب الغبن، يتعين على المؤلف اللجوء إلى الناشر لتنفيذ هذا الاتفاق وتعديل العقد بداية، قبل اللجوء إلى القضاء وإلا رفضت دعواه لسبق أوانها.

بغية تعزيز هذه الحماية جعلها المشرع من النظام العام⁷⁶⁶ بأن قرر جزاء البطلان لكل اتفاق على سلب القاضي سلطة التعديل بسبب الغبن الذي قد يلحق بالمؤلف.

يلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يحدد نسبة الغبن⁷⁶⁷ الذي قد يلحق بعقد استغلال المؤلف، بل اكتفى بوصف هذا الغبن بأن يكون من شأنه إضاعة حق المؤلف، ولم يحدد نسبة لهذه المكافأة الجزافية المحصل عليها بل اكتفى بوصفها بأن تكون مكافأة عادلة قياسا بالربح المكتسب وإلا كانت سببا للطعن في العقد بسبب الغبن وهو ما عبر عنه "إذا تبين بوضوح أن المكافأة الجزافية المحصل عليها تقل عن مكافأة عادلة قياسا بالربح المكتسب".

وعليه لن تكون دعوى مراجعة العقد بسبب الغبن مقبولة إلا بالنسبة لعقود استغلال الحق المادي للمؤلف، في الحالة التي يتم فيها تحديد المكافأة بطريقة جزافية، وبالنتيجة لا

⁷⁶³ يحي باي خديجة، مكانة عقد النشر في قانون الملكية الأدبية والفنية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2013، ص 84.

(J) Flour et (J.L) Aubert, op cit, P 178.

⁷⁶⁴ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، المرجع السابق، ص 135. عسالي عرارة، نظرية الاستغلال، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1997، ص 99. حمزة مسعود نصر الدين، المرجع السابق، ص 127.

⁷⁶⁵ (A) Bencheneb, op.cit, p 213. (J) Flour et (J.L) Aubert, op cit, P 178.

⁷⁶⁶ عسالي عرارة، التوازن العقدي عند نشأة العقد، المرجع السابق، ص 98.

⁷⁶⁷ عسالي عرارة، نظرية الاستغلال، المرجع السابق، ص 99.

يمكن رفع دعوى الغبن متى كانت المكافئة محددة بطريقة تناسبية⁷⁶⁸، و يشترط كذلك أن تكون المكافأة الجزافية المتحصل عليها تقل عن مكافأة عادلة قياسا بالربح المكتسب⁷⁶⁹.

يلاحظ كذلك على المشرع الجزائري من خلال الأمر رقم 05/03 المؤرخ في 19 يونيو 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة أنه قرر حماية للمؤلف من الغبن الذي قد يقع فيه وقصرها عليه وعلى ورثته من بعده، دون أن يكون للناشر الحق في رفع دعوى مراجعة العقد بسبب الغبن.

وبخلاف الحالات الأخرى للطعن في العقد بسبب الغبن التي جعل المشرع فيها مدة الطعن في العقد قصيرة تراوحت في مجملها بين السنة والثلاثة سنوات، فقد جعلها بالنسبة للغبن الذي يطرأ على عقد استغلال المؤلف طويلة الأمد، إذ تسري لمدة 15 سنة كاملة يبدأ حسابها من تاريخ إبرام العقد بالنسبة للمؤلف، وقد قرر المشرع نفس مدة الطعن بالنسبة للورثة حيث يبدأ احتساب مدة التقادم من يوم وفاة مورثهم لا من يوم إبرام العقد وتستمر لمدة 15 سنة كاملة.

كما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يفصل في الجزاء الذي يطبقه القاضي في حال توافر شروط الطعن في عقد استغلال المؤلف بالغبن الأمر الذي يدفعنا للتساؤل عن سلطة القاضي في التدخل وتقرير جزاء البطلان؟

يمكننا أن نستخلص أنه ما دام أن المشرع لم ينص على جزاء البطلان فلا يمكن للقاضي أن يحكم ببطلان العقد، تحكيما للمبدأ القاضي بأنه لا بطلان إلا بنص، ويتعين عليه في حال طلب منه توقيع جزاء بطلان العقد أن يرفض الدعوى لعدم التأسيس، وهو ما يدفعنا للقول أنه يكتفي القاضي بتعديل العقد لرفع الغبن وذلك بأن يجعل المكافأة الجزافية المتحصل عليها مكافأة عادلة قياسا بالربح المكتسب، وله أن يستعين بأهل الخبرة والاختصاص للوصول إلى هدفه (جعل العقد عادلا).

ثامنا: عقد الإنقاذ البحري:

تنص المادة 344 من القانون البحري " كل اتفاقية خاصة بالإسعاف تبرم عند وقوع الحادث وتحت تأثير الخطر، يمكن إلغائها أو تعديلها من طرف المحكمة، بناء على طلب أحد الأطراف وعندما تقدر هذه المحكمة بأن الشروط المتفق عليها ليست عادلة نظرا للخدمة التي تم أدائها وأساس المكافأة المذكورة في المادة التالية أو عندما لا تمثل الخدمة التي تم أدائها طابع الإسعاف الحقيقي مهما كان الوصف الذي اعتمده الأطراف".

بالرجوع إلى نص المادة 344 وما يليها من القانون البحري يتضح لنا أن المشرع أجاز للقاضي التدخل من أجل إلغاء أو تعديل عقد الإسعاف البحري⁷⁷⁰ وذلك كما يلي:

⁷⁶⁸ يحي باي خديجة، المرجع السابق، ص 85.

⁷⁶⁹ درماش بن عزوز، التوازن العقدي، المرجع السابق، ص 120.

⁷⁷⁰ « Le contrat d'assistance maritime, qui peut être annulé ou modifié, à la requête de l'une des parties lorsque le tribunal estime que les conditions convenus ne sont pas équitables » (J) Flour et (J.L) Aubert, op cit, P 178.

أ. الحالة الأولى: الحالة التي تقدر فيها المحكمة أن الشروط المتفق عليها ليست عادلة نظرا للخدمة التي تم أدائها مقارنة بالمكافأة، ولم يحدد المشرع الجزائي رقما معيناً يجب أن يصل إليه التفاوت⁷⁷¹، بل ترك للقاضي السلطة التقديرية في تحديده على ضوء أحكام المواد 345⁷⁷² و 347⁷⁷³ من القانون البحري.

ب. الحالة الثانية: فتتمثل في أن الخدمة التي تم أدائها لا تمثل طابع الإسعاف الحقيقي⁷⁷⁴ مهما كان الوصف الذي اعتمده الأطراف، وهنا يتعين على القاضي القضاء بإلغاء اتفاقية الإسعاف البحري.

ت. الحالة الثالثة: للقاضي كذلك تخفيض أو إلغاء المكافأة إذا اتضح له أن القائمين بالإنقاذ قد جعلوا الإسعاف البحري ضروريا بخطئهم أو أصبحوا مذنبين بالسرقة والإخفاء أو أي عمل من الأعمال التدليسية الأخرى⁷⁷⁵.

على أنه لا بد من الإشارة إلى نص المادة 334 من القانون البحري تضمن عبارة " يمكن تعديلها أو إلغاؤها من طرف المحكمة، بناء على طلب أحد الأطراف" بما يفيد أن حق الطعن في عقد الإسعاف البحري بسبب الغبن مقرر لكلا المتعاقدين في الحالة التي يفقد فيها العقد عدله أي سواء كانت المكافأة مرتفعة مقارنة بعملية الإسعاف فيغبن المُسْعَف (الذي قدمت له المساعدة) أو كانت المكافأة منخفضة فيغبن المُسْعَف (الذي قدم المساعدة).

وسلطة القاضي في تعديل العقد المقررة بموجب نص المادة 334 من القانون البحري هي سلطة ضرورية وأمرة، والتدخل في العقد بالتعديل أو بالإلغاء يكون خاضعا للسلطة

⁷⁷¹ عسالي عرعارة، التوازن العقدي عند نشأة العقد، المرجع السابق، ص 99. عسالي عرعارة، نظرية الاستغلال، المرجع السابق، ص 101.

⁷⁷² تنص المادة 345 من القانون البحري " تحدد المحكمة المكافأة حسب الظروف آخذة كأساس: أ- أولا:

- النجاح الحاصل،
- جهود وجدارة الأشخاص الذين قاموا بالنجدة،
- الخطر الذي تعرضت له السفينة مع مسافريها وطاقمها وحمولتها من طرف الأشخاص القائمين بالإنقاذ ومن طرف السفينة التي قامت بالإسعاف،
- الوقت المستعمل والمصاريف والأضرار التي انجرت وخطر المسؤولية والأخطار الأخرى التي تعرض إليها القائمون بالإنقاذ،
- قيمة المعدات المستخدمة من القائمين بالإنقاذ، مع الأخذ بعين الاعتبار عند الاقتضاء، الامتلاك الخاص بالسفينة التي قامت بالإنقاذ.

ب- ثانيا:

- قيمة الأشياء التي أنقذت والحمولة وأجرة الرحلة.

⁷⁷³ تنص المادة 347 من القانون البحري " لا يمكن أن تتعدى في أي حال مكافأة الإسعاف قيمة الأموال التي أنقذت بما فيها الحمولة وأجرة الرحلة بعد خصم حقوق الجمارك والرسوم العامة الأخرى و كذلك المصاريف الخاصة بحراستها وتقديرها وبيعها".

⁷⁷⁴ تنص المادة 332 من القانون البحري " يعتبر كإسعاف بحري، كل نجدة للسفن البحرية الموجودة في حالة الخطر أو للأموال الموجودة على متنها وكذلك الخدمات التي لها نفس الطابع والمقدمة بين سفن البحر بواخر الملاحه الداخلية، بدون الأخذ في الاعتبار للمياه التي جرت فيها النجدة".

⁷⁷⁵ تنص المادة 346 من القانون البحري " تستطيع المحكمة تخفيض أو إلغاء المكافأة إذا اتضح لها أن القائمين بالإنقاذ قد جعلوا الإسعاف البحري ضروريا بخطئهم أو أصبحوا مذنبين بالسرقة والإخفاء أو أي عمل من الأعمال التدليسية الأخرى"

التقديرية للقاضي، وإذا اختار القاضي أن يعدل العقد بمعنى ذلك أنه أجاز أو لا العقد القابل للإلغاء⁷⁷⁶.

المطلب الثاني: آثار تدخل القاضي في حال تحقق الغبن في العقد:

تختلف الآثار التي تترتب على تحقق الغبن في العقد باختلاف حالاته، فقد يتدخل القاضي معدلاً العقد بموجب دعوى تكملة الثمن وقد يتدخل منهيًا العقد بموجب دعوى النقص. فإذا تعلق الأمر بعقد بيع العقار أو بعقد المقايضة أو بعقد الوكالة عقد استغلال حق المؤلف عقد الإسعاف البحري نكون أمام دعوى تكملة الثمن، أما إذا تعلق الأمر بعقد القسمة الرضائية، أو عقد الشركة أو عقد القرض نكون أمام دعوى النقص.

الفرع الأول: دعوى تكملة الثمن:

إذا توافرت شروط الطعن في عقد بيع العقار بالغبن، فللبائع الحق في رفع دعوى تكملة الثمن، على المشتري، علماً أن هذه الدعوى ليست دعوى إبطال، فالغبن لا يعد سبباً من أسباب إبطال العقد إنما يعد سبباً مبرراً لاستكمال الثمن⁷⁷⁷.

أولاً: صاحب الحق في رفع الدعوى:

إن حق رفع الدعوى هو حق مقرر لكل شخص يدعي حقاً، بحيث يمكنه اللجوء للقضاء للحصول على هذا الحق أو أن يطلب حمايته⁷⁷⁸، غير أنه قد يقصره القانون أحياناً في ظروف معينة على شخص دون الآخر.

وعليه أن صاحب الصفة في الطعن في عقد بيع العقار بالغبن هو البائع (أي دعوى تكملة الثمن)، وأن الأمر مقصور عليه دون المشتري، طبقاً لنص المادة 1/ 358 من القانون المدني⁷⁷⁹.

على أن دعوى تكملة الثمن مقررّة قانوناً للبائع متى باع العقار وهو بالغ سن الرشد، ويجوز له أن يرفعها أمام القضاء سواء بنفسه أو بواسطة ممثله، بينما إذا كان البائع ناقص الأهلية⁷⁸⁰، وتصرف في عقاره بالبيع، فللولي أو الوصي، إذا كان لا يزال ناقص الأهلية، الخيار بين رفع دعوى إبطال البيع⁷⁸¹ ذلك أن البيع في هذه الحالة يكون قابلاً للإبطال

⁷⁷⁶ سمير تناغو، الإلتزام القضائي، الحكم القضائي مصدر جديد للإلتزام (دراسة فنية لتعديل القاضي للعقد)، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، الطبعة الأولى، مصر، 2014، ص 143.

⁷⁷⁷ رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2000، ص 137.

⁷⁷⁸ طبقاً لنص المادة 1/03 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "يجوز لكل شخص يدعي حقاً، رفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته".

⁷⁷⁹ تنص المادة 1/ 358 من القانون المدني "إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل".

⁷⁸⁰ طبقاً لنص المادة 43 من القانون المدني "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون".

⁷⁸¹ على أنه تجب الإشارة إلى أن آثار دعوى تكملة الثمن تختلف عن دعوى تقرير الإبطال التي ينتج عنها إعادة الأطراف إلى ما كانوا عليه قبل العقد طبقاً لنص المادة 1/103 من القانون المدني "يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض عادل".

لمصلحة ناقص الأهلية وبين إجازة هذا البيع ورفع دعوى تكملة الثمن، ونفس الخيار يعود لناقص الأهلية بعد بلوغه سن الرشد⁷⁸².

علما أنه في هذه الحالة قد تكون من مصلحة ناقص الأهلية اختيار إجازة العقد⁷⁸³ وطلب تكملة الثمن، بدلا من طلب الإبطال⁷⁸⁴، ويكون ذلك خاصة إذا نزلت قيمة العقار المباع وقت الطعن بالغبن عما كانت عليه وقت إبرام عقد البيع، فيكون طلب تكملة الثمن أفضل له من استرداد المبيع نتيجة الطعن بالإبطال، كما أنه من جهة أخرى يمكن أن تكون لناقص الأهلية مصلحة في طلب إبطال العقد، ذلك أنه إذا قرر الإبطال نتيجة نقص أهليته لا يلزم برد إلا ما عاد عليه بمنفعة⁷⁸⁵.

إذا توفي ناقص الأهلية بعد أن بلغ سن الرشد وبعد أن أجاز البيع، وقبل أن تنتضي دعوى تكملة الثمن، جاز لورثته رفع هذه الدعوى فهي حق شخصي، ينتقل إلى الورثة⁷⁸⁶.

بينما إذا تصرف الولي أو الوصي في عقار مملوك لقاصر تحت ولايته أو وصايته بالبيع لصالح ناقص الأهلية ووفقا للإجراءات القانونية⁷⁸⁷، فلا يجوز له رفع دعوى الإبطال لانعدام أسبابه، كما لا يجوز الطعن في البيع بالغبن لأنه لا يجوز الطعن في البيوع العقارية التي تتم بطريق المزاد العلني.

في حالة وفاة البائع ينتقل هذا الحق إلى ورثته⁷⁸⁸ بصفتهم الخلف العام⁷⁸⁹ وهذا ما جاء في القواعد العامة المنظمة لنظرية العقد في القانون المدني⁷⁹⁰ والتي سمحت بانتقال آثار

⁷⁸² انطوان قسيس، ملحق لامالي، القانون المدني لطلاب الصف الثالث، عقد البيع، المرجع السابق، ص 155.
⁷⁸³ إجازة العقد هي تأييد تصرف قانوني انفرادي يترتب عليه إسقاط حق إبطال العقد القابل للإبطال بالنزول عنه صراحة أو ضمنا ممن خوله القانون ذلك وصيرورة العقد المؤيد باتا بعد أن كان مهددا بالزوال من مؤلف محمد سعيد جعفر، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 23.

⁷⁸⁴ ذلك أن البيع والإيجار والرهن والمقايضة وغيرها من عقود المعاوضات المالية في مختلف صورها المحتملة لحظ الربح والخسارة، تعتبر من التصرفات الدائرة بين النفع الضرر بحيث يحتمل أن يكون نافعا للشخص ومحققا مصلحة له، ويحتمل أن يكون ضارا به يفوت عليه مصلحة، ويترتب عليه التزاما بدون مقابل أو ينجم عنه خسارة مالية له، وبالنتيجة يترتب القانون على هذه التصرفات متى أبرمت من قبل القاصر جزاء القابلية للإبطال، على أن يزول حق الإبطال بالإجازة طبقا لنص المادة 100 من القانون المدني "يزول حق الإبطال بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير".
⁷⁸⁵ طبقا لنص المادة 2/103 من القانون المدني "غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته، إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد".

⁷⁸⁶ سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، المرجع السابق، ص 122.

⁷⁸⁷ يتم البيع بعد الترخيص له ببيعها قضائيا طبقا لأحكام المواد 87 و 88/1 و 89 من قانون الأسرة ويتم البيع عن طريق المزاد العلني طبقا لنص المادة 783 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⁷⁸⁸ عملا بنص المادة 718 من القانون المدني "لكل شريك في الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء، ولو كان ذلك بغير موافقة الشركاء" وعلى اعتبار أن آثار دعوى تكملة الثمن، قد يترتب عليها حق شخصي يتمثل في قيمة مالية، نعبر عن استكمال الثمن إلى أن يصل إلى أربعة أخماس قيمة العقار، أو في حالة رفض المشتري تكملة الثمن، ينتج عنها فسخ العقد وبالنتيجة استرداد العقار المباع، وفي كلتا الحالتين، يدخل هذا المال في تعداد التركة، ويعتبر مالا مشاعا، يجوز لكل شريك في الشيوع حمايته، وذلك باتخاذ جميع الوسائل التي من شأنها حفظ المال المشاع دون أن يحتاج في ذلك لموافقة باقي الشركاء وذلك من مثل رفع دعوى تكملة الثمن قبل انقضاء أجلها، وفي المقابل يتحمل جميع الشركاء كل بقدر حصته مصاريف حفظ وحماية المال المشاع طبقا لنص المادة 719 من القانون المدني "يتحمل جميع الشركاء، كل بقدر حصته نفقات إدارة المال الشائع، وحفظه، والضرائب المفروضة عليه، وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة على المال، كل ذلك ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"، ومنه يشترك جميع الملاك على الشيوع في مصاريف الدعوى القضائية

العقد إلى الخلف العام، بعد موت السلف، بشرط أن تسمح بذلك طبيعة التعامل وانعدام نص قانوني يمنع ذلك⁷⁹¹.

كما يشترط القانون أن ترفع هذه الدعوى من قبل البائع أو خلفه العام، لا بد أيضا أن ترفع ضد المشتري، أو ضد ورثته⁷⁹²، ذلك أنها دين في ذمة المشتري يظهر أثره بالنسبة له وبالنسبة لورثته.

كما يمكن إقامتها ضد الشفيع متى تنتقل إليه العقار بالشفعة، وعليه يحل الشفيع محل المشتري في الالتزام بتكملة الثمن، ذلك أنه لا يجوز أن يترتب على الشفعة وحلول الشفيع محل المشتري انتقاصا من ما للبائع من حقوق⁷⁹³، ومنه يتعين على القاضي أثناء نظره الدعوى أن يتأكد من توافر الصفة في كل من المدعي إذ لا بد أن تكون له صفة البائع أو الخلف العام للبائع، والصفة في المدعى عليه بأن تكون له صفة المشتري أو خلفه أو الشفيع، وعليه أن يثير انعدام الصفة في أحد طرفي الدعوى تلقائيا، أي أن تقام الدعوى من ذي صفة على ذي صفة، أي حتى ولو لم يثر انعدامها الخصوم، ويقضي بعدم قبول الدعوى شكلا لانعدام الصفة⁷⁹⁴.

ثانيا: ميعاد رفع الدعوى:

الرامية إلى تكملة الثمن ومن ضمنها مصاريف القضائية، ومصاريف التكاليف بالحضور، والخبرات القضائية وغيرها من المصاريف التي يتطلبها السير في دعوى الغبن.

⁷⁸⁹ دكار فايضة، الغبن في العقود المدنية، المرجع السابق، ص 77.

⁷⁹⁰ تنص المادة 108 من القانون المدني " ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل، أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث".

⁷⁹¹ وهو ما أكدته المحكمة العليا بتاريخ 2010/07/22 حيث قضت "بنقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء معسكر في 2006/02/07 بناء على الوجه الوحيد المأخوذ من انعدام الأساس القانوني لكون القرار محل النقض انتهى إلى رفض دعوى الورثة الرامية إلى طلب تكملة الثمن وقد برر قضاة الموضوع قضائهم بأن الورثة ليس لهم الحق في رفع هذه الدعوى، وإنما يعود هذا الحق للبائع نفسه فقط وهو الأمر المخالف لنص المادة 358 من القانون المدني ويعرض القرار للنقض والإبطال. وقد برر قضاة القانون قضائهم بكون الورثة يحلون محل المورث في جميع حقوقه، وما كان للسلف من حق ينتقل إلى الخلف العام، معتبرين أن دعوى الغبن ليست من الدعاوى المرتبطة بشخصية الخصم والتي تنقضي بمجرد الوفاة، بل هي من الدعاوى المالية التي لا تنقضي بوفاة الشخص بل تنتقل إلى الخلف العام، خاصة أنه لا يوجد ما يمنع انتقال هذه الدعوى إلى الخلف العام بعد =وفاة المورث في نص المادة 358 من القانون المدني". قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2010/07/22 ملف رقم: 584684، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2011، ص 105-108، قرار مرفق بالملاحق، ملحق رقم 07.

ونرى أن قضاة المحكمة العليا أصابوا في قضائهم وتبريرهم من باب أن دعوى الغبن هي فعلا دعوى مالية، تنتقل إلى الخلف العام، وليست من الدعاوى التي يكون فيها شخص المتعاقد محل اعتبار، وبالنتيجة لا تنتقل إلى الورثة.

⁷⁹² صم بوعافية محمد، مجال تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص القانون المدني الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، 2015/2014، ص 82.

⁷⁹³ سي يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد البيع، المرجع السابق، ص 123.

⁷⁹⁴ فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد القانون 09/08، منشورات أمين، الجزائر، 2009، ص 44.

يجب أن ترفع دعوى تكملة الثمن خلال ثلاث سنوات من يوم إبرام عقد البيع بالنسبة لمن أبرم العقد وهو كامل الأهلية، وقد خص المشرع من أبرم العقد وهو غير كامل الأهلية بميعاد خاص هو بداية احتساب التقادم لمدة ثلاث سنوات من يوم انقطاع سبب العجز، وقد حدد المشرع الجزائي هذه المدة في نص المادة 359 من القانون المدني " تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاثة سنوات من يوم انعقاد البيع. وبالنسبة لعديمي الأهلية من يوم انقطاع سبب العجز"⁷⁹⁵.

فإذا انقضت المدة المقررة لرفع دعوى الغبن سواء بالنسبة لناقص أو كامل الأهلية، فيسقط الحق في رفعها، ويصبح العقد سليما غير قابل للطعن فيه بالغبن سواء في شكل دعوى، أو حتى في شكل دفع بالغبن، أي يصبح في شكل العقد المجاز من يوم انعقاده.

اعتبر المشرع هذه المدة هي مدة تقادم، لا مدة سقوط، وبالتالي يرد عليها الوقف والانقطاع⁷⁹⁶، وهذا ما كرسته المحكمة العليا في العديد من قراراتها⁷⁹⁷.

⁷⁹⁵ على أنه لا تفوتنا الإشارة إلى أن المشرع نص في المادة 2/359 من القانون المدني على حق عديمي الأهلية في الطعن في البيع على أساس الغبن، في حين أن عديمي الأهلية لا يمكن أن تنسب إليهم إرادة يعتد بها القانون، وتعتبر جميع تصرفاتهم باطلة بطلانا مطلقا، علما أن البطلان المطلق يمكن لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها فهو من النظام العام طبقا لنص المادة 102 من القانون المدني " إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة. وتسقط دعوى البطلان بمضي 15 سنة من وقت إبرام العقد"، ومنه متى أبرم عديم الأهلية عقدا، كان هذا العقد باطلا بطلانا مطلقا، ولو قام برفع دعوى من أجل تكملة الثمن للغبن الذي وقع فيه في هذا العقد، على القاضي أن يقضي ببطلان العقد من تلقاء نفسه، وليس بتكملة الثمن لرفع الغبن. وبناء عليه فالمشرع بنصه في الفقرة الثانية من المادة 359 من القانون المدني على جواز طعن عديمي الأهلية في العقد على أساس الغبن يكون يتعارض والأحكام العامة المنظمة لتصرفات عديمي الأهلية، والتي تقضي ببطلان جميع التصرفات الصادرة عنهم. علما أن النص باللغة الفرنسية استخدم مصطلح « Les incapables » وهو ما يعني "غير قادرين" ولم يوضح مثملا فعل مثلا في نص المادة 44 من القانون المدني حيث ميز بين فاقدو الأهلية وناقصوها سواء في النص العربي أو في النص الفرنسي حيث جاء نصها كما يلي «Ceux qui sont complètement ou partiellement incapables» وعلى هذا يمكن اعتبار النص الفرنسي جاء غامضا أيضا.

هذا التناقض بين النصوص العامة المنظمة لحكم تصرفات ناقص الأهلية ونص المادة 359/2 من القانون المدني هو ما يفسر أن الأمر قد يكون مجرد خطأ مادي تضمنه نص المادة 2/359 من القانون المدني بحيث قد يكون المشرع أراد النص على ناقصي الأهلية مادام قد خولهم الحق في مباشرة بعض التصرفات طبقا لتنص المادة 84 من قانون الأسرة " للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك" من جهة، وجهة ثانية لم يعتبر التصرفات الصادرة عنهم باطلة بطلانا مطلقا، بل خصهم بأحكام خاصة حيث تنص المادة 83 من قانون الأسرة " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت دائرة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر إلى للقضاء"، ومنه يجوز لهم الطعن بالغبن في العقود التي أبرموها وهم ناقصي الأهلية، على أن يبدأ احتساب ميعاد التقادم بثلاث سنوات، بالنسبة لهم من يوم انقطاع سبب العجز لا من يوم إبرام العقد، خاصة وأن هذا الحكم لا يتعارض والأحكام العامة المقررة لحماية ناقصي الأهلية ويماشي مع الغاية من تقريرها.

⁷⁹⁶ محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 72.

⁷⁹⁷ ذهبت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1999/05/12 إلى القضاء بنقض وإبطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء قسنطينة والقاضي بسقوط الدعوى بالتقادم، حيث أسس قضاة الموضوع قرارهم على أن عقد البيع أبرم بتاريخ 1993/03/22 وأن الدعوى الرامية إلى الطعن بالغبن كانت قيدت بتاريخ 1996/03/16 وهي الدعوى الثانية بعد عدم قبول الدعوى الأولى المقيدة بتاريخ 1995/10/17 لعدم شهر العريضة الافتتاحية مما يجعل الدعوى ساقطة بالتقادم لكون عقد البيع أبرم بتاريخ 1993/03/22 معتمدا في

ثالثاً: موضوع الدعوى:

موضوع هذه الدعوى هو المطالبة بحق شخصي⁷⁹⁸، إذ لا يكون للبائع في دعوى تكملة الثمن، إلا طلب التكملة إلى الحد الذي يرفع عن البيع ما لحقه من غبن، وهو ما يكمل أربعة أخماس ثمن المثل، دون أن يطلب تكملة الثمن إلى ثمن المثل، ذلك أن رفع الغبن يتحقق عند بلوغ الثمن أربعة أخماس ثمن المثل⁷⁹⁹.

كذلك أنه من المقرر قانوناً⁸⁰⁰ أن من يدعي حقاً عليه أن يثبتته، ذلك أن مجرد الإدعاء من قبل المدعي بالوقوع في الغبن لا يكفي، بل لابد من إثباته، ومحل الإثبات في الغبن يتمثل في الواقعة المادية التي نتج عنها الحق، وليس الذي يترتب على وجودها، فمن يدعي وجود حق له في ذمة الآخر، عليه إثبات الواقعة القانونية مصدر هذا الحق⁸⁰¹، أي أن يثبت أنه تعاقد عن طريق البيع.

وللمدعي في سبيل إثبات أنه وقع في غبن يزيد عن الخمس عند بيعه العقار أن يطلب من القضاء تعيين خبير بغرض تحديد قيمة العقار وقت البيع على أن يكون تقديره خاضعاً لرقابة قاضي الموضوع، وتعتبر الخبرة من أهم وسائل الإثبات التي يلجأ إليها القاضي متى تعلق الأمر بتقدير قيمة العقار المبيع⁸⁰².

ولأن الغبن عيب في ذات العقد لا علاقة له بسلامة الرضاء⁸⁰³، لا يلزم المدعي إلا بإثبات أنه وقع في غبن يزيد عن الخمس وقت البيع، وهذا ما كرسته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2001/06/20⁸⁰⁴.

حساب التقادم من الدعوى الثانية، وعلى هذا الأساس نقضت المحكمة العليا القرار مبررة قضائها على قضاة الموضوع خرقوا أحكام المادة 359 من القانون المدني بحيث كان عليهم احتساب التقادم من تاريخ رفع الدعوى الأولى بتاريخ 1995/10/17 والتي تعتبر إجراء قضائياً يوقف بدأ سريان التقادم المحدد بثلاث سنوات من تاريخ انعقاد البيع، ومنه القول أن الدعوى رفعت ضمن الأجل القانونية، وأن كل إجراء يقوم به صاحب الحق أمام القضاء يمكن أن يترتب آثاره من حيث احتساب مدة التقادم، وبهذا كان قضاء المحكمة العليا صائباً ومؤسساً تأسيساً قانونياً صحيحاً. قرار الغرفة المدنية بتاريخ 1999/05/12 ملف رقم 188918 المجلة القضائية، لسنة 2000، عدد 1، ص 85-88 قرار مرفق بالملحقات، ملحق رقم 08.

⁷⁹⁸ صم بو عافية محمد، مجال تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي، المرجع السابق، ص 83.

⁷⁹⁹ توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، 165.

⁸⁰⁰ طبقاً لنص المادة 323 من القانون المدني " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه".

⁸⁰¹ عبد الناصر محمد عبد عابدين، الغبن وأثره على العقد في مجلة الأحكام العدلية، رسالة للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الأزهر، غزة، 2013، ص 142.

⁸⁰² ولنا أن نتصور دعوى تكملة الثمن بقيام المدعي برفع دعوى، مدعياً فيها أنه وقع في غبن، ملتصقاً فيها تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، وفي سبيل إثبات ذلك له طلب تعيين خبير من أجل تحديد القيمة الحقيقية للعقار وقت البيع، ويكون حكم القاضي قبل الفصل في الموضوع والقضاء بوجود الغبن من عدمه، ومادام الأمر يتعلق بمسألة تقنية حسابية، لابد أن يعهد بها إلى خبير مختص في العقارات، على أن لا يتخلل القاضي عن النزاع بتعيين الخبير، بل تبقى له عليه سلطة الرقابة، كذلك لابد من الإشارة إلى أنه وبعد استئناف السير في الدعوى بعد إنجاز الخبرة فإن القاضي غير ملزم بما توصل إليه الخبير، بل له أنه يستبعد الخبرة ويقضي بتعيين خبير آخر للقيام بنفس المهام، كما له أن يبنى ويؤسس حكمه على ما نتاج الخبرة.

⁸⁰³ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 213. عرارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، المرجع السابق، ص 134.

إذا ثبت أن العقار بيع بغبن يزيد عن الخمس، حكمت المحكمة بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس القيمة الحقيقية للعقار وقت البيع، إذ لا يحكم بتكملة الثمن إلى القيمة الحقيقية للعقار وقت البيع، بل يكفي لرفع الغبن تكملة هذا الثمن إلى أربعة أخماس هذه القيمة حيث يرفع معها فحش الغبن، حتى وإن بقي بعض الغبن قائما لم يرفع⁸⁰⁵.

يعتبر المبلغ المحكوم به جزءا من الثمن يلزم المشتري بدفعه للبائع، ويعتبر التزاما في ذمته، له أن يفي به طوعا، أو جبرا عن طريق التنفيذ الجبري، ويترتب على ذلك احتمالين، الأول أن يفي المشتري بالتزامه طواعية، وذلك بدفع المبلغ المحكوم به تكملة لثمن البيع، وبذلك يزول الغبن عن البيع، ومنه تصبح أدعاءات المتعاقدين متكافئة ومتوازنة ومتعادلة، وقد يتوصل البائع إلى توازن هذه الأدعاءات عن طريق التنفيذ الجبري، أما الاحتمال الثاني فيمكن في طلب فسخ البيع لعدم وفاء المشتري بالتزامه في تكملة الثمن وسن فصل هذه الأحكام في حينها.

ولا يكون الحكم الصادر في الموضوع والقاضي بتكملة الثمن قابلا لتنفيذه في مواجهة المشتري ومن في مقامه، إلا إذا اعتبر سندا تنفيذيا في مفهوم المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁸⁰⁶.

رابعا: شهر دعوى تكملة الثمن:

يتم الشهر⁸⁰⁷ على مستوى المحافظة العقارية⁸⁰⁸، ويهدف شهر العريضة الافتتاحية أساسا إلى الحفاظ على حقوق المدعي في حالة صدور حكم لصالحه⁸⁰⁹، إذ لا يمكن للمدعي

⁸⁰⁴ ذهبت المحكمة العليا إلى أنه " المستفاد من القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع لما رفضوا دعوى الطاعنين الرامية إلى تكملة ثمن بيع العقار لعدم إثبات الغبن فإنهم يكونون قد وقعوا في خلط بين دعوى الغبن ودعوى الاستغلال، فدعوى الغبن تقوم على أساس مادي لا يكلف فيها البائع بإثبات أنه وقع في غلط أو ضحية غش بل أن يثبت فقط توافر شروط الغبن لأنها ترجع في طبيعتها إلى فكرة التعادل بين المبيع والثمن عكس دعوى الاستغلال القائمة على الأساس الشخصي. وبقضائهم كما فعلوا، فإن قضاة الموضوع يكونون قد شوهوا قرارهم بالخطأ في تطبيق القانون". قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 2001/06/20، تحت رقم الملف 249694، منشور بالمجلة القضائية، العدد الأول، 2002، ص 157، قرار مرفق بالملحق رقم: 09.

⁸⁰⁵ سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، المرجع السابق، ص 122-123.

⁸⁰⁶ تنص المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي. والسندات التنفيذية هي:

- 1- أحكام المحاكم التي استنفذت طرق الطعن العادية والأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل.
- 6- قرارات المجالس القضائية وقرارات المحكمة العليا المتضمنة إلزاما بالتنفيذ.
- 8- محاضر الصلح أو الاتفاق المؤشر عليها من قبل القضاة والمودعة بأمانة الضبط".

⁸⁰⁷ يثبت الإشهار أمام القضاء بوسيلتين حددتهما المادة 85 من المرسوم رقم 63/76 وهما:

- إما بموجب شهادة تسلم من قبل المحافظ العقاري الكائن بدائرة اختصاصه العقار المتنازع عليه.
- أو بالتأشير في أسفل العريضة الافتتاحية على قيام الإشهار. عمر حمدي باشا، ليلي زروقي، المنازل العقارية، المرجع السابق، ص 254.

⁸⁰⁸ المحافظة العقارية مصلحة عمومية وظيفتها حفظ العقود والمحركات الخاضعة للشهر ولم يحدد المشرع طبيعة المحافظة العقارية، وقد أخضعها لوصاية وزارة المالية، وقد صدرت عدة مراسيم وقرارات وزارية من أجل تنظيم عمل المحافظة العقارية من مثل المرسوم 74/75 والمرسوم 63/76 والمرسوم التنفيذي 63/91. بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 50.

أن يحتج بالحكم الصادر لفائدته ضد الغير الذي كسب حقا عينيا على العقار موضوع النزاع
تم شهره قبل شهر الدعوى⁸¹⁰.

كما يؤدي شهر الدعوى العقارية وظيفة إعلام الغير بأن العقار موضوع نزاع القضاء،
وبالتالي إدخاله في مفهوم الحق المتنازع عليه قضاء وما يترتب عليه من آثار أي إمكانية
المدعي في حال صدور الحكم لصالحه من الاحتجاج به في مواجهة كل من قبل التعامل في
العقار محل النزاع⁸¹¹.

وعلى هذا الأساس فإننا نرى أنه يتعين على المدعي شهر عريضة افتتاح الدعوى
الرامية إلى تكملة الثمن وذلك حفاظا على حقوقه في مواجهة الغير الذي قد يتعامل مع
المدعي عليه، وإن كان المشرع لا يوجب شهر مثل هذه الدعوى.

الفرع الثاني: دعوى الفسخ نتيجة لعدم تكملة الثمن

قد تنشأ عن دعوى تكملة الثمن، دعوى أخرى ترفع طبقا للقواعد العامة، وهي دعوى
فسخ عقد البيع متى امتنع المشتري وكل من في مقامه من خلفه العام، أو الشفيع، بتكملة
الثمن المحكوم به للبائع بموجب دعوى تكملة الثمن، ووفقا للقواعد العامة أيضا قد يكون
الفسخ قضائي، قانوني، أو اتفاقي، غير أن الفسخ الذي يطبق في دعوى الغبن هو الفسخ
القضائي⁸¹².

أولا: موضوع دعوى الفسخ:

دعوى الفسخ هي دعوى مستقلة عن دعوى تكملة الثمن وإن كانت ناشئة عنها⁸¹³،
فنشوء حق البائع في دعوى الفسخ ليس نتيجة لتحقيق الغبن بل هو تطبيق للقواعد العامة في
القانون المدني التي تعطي الحق لكل متعاقد امتنع المتعاقد معه عن تنفيذ التزاماته بطلب فسخ
العقد.

وبغض النظر عن سبب دعوى الفسخ، فإن موضوعها واحد يهدف إلى حل الرابطة
العقدية، ولإقامة دعوى الفسخ تشترط المادة 119 من القانون المدني جملة الشروط سنفصلها

⁸⁰⁹ عمر حمدي باشا، ليلي زروقي، المنازعات العقارية، المرجع السابق، ص 262.
⁸¹⁰ تنص المادة 86 من المرسوم 63/76 " إن فسخ الحقوق العينية العقارية أو إبطالها أو إلغائها أو نقضها
عندما ينتج أثرا رجعيا لا يحتج به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر . إلا إذا كان الشرط الذي بمقتضاه
حصل ذلك الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض قد تم إشهاره مسبقا أو كان هذا الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو
النقض، بحكم القانون . تطبيقا للقانون."

⁸¹¹ عمر حمدي باشا، ليلي زروقي، المنازعات العقارية، المرجع السابق، ص 263.
⁸¹² تنص المادة 119 من القانون المدني " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزاماته جاز
للمتعاقد الآخر بعد إذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الأمر
ذلك.

ويجوز للقاضي أن يمنح للمدني أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به
المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات".

⁸¹³ سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، المرجع السابق، ص 124.

في حينها حال التطرق لسلطة القاضي في تقرير الفسخ في المبحث الأخير من هذه الدراسة، وسنكتفي في هذا المبحث بعرض أهم الشروط الواجب توفرها في دعوى الفسخ الناتجة عن عدم تكملة الثمن.

أ. أن يحوز البائع على سند تنفيذي يقضي بتكملة الثمن:

ليتمكن البائع ومن في مقامه من رفع دعوى الفسخ، يشترط إضافة إلى شرط أن يكون قد رفع دعوى تكملة الثمن وفقا لشروط وأشكال إقامتها قانونا، أن يحصل على سند تنفيذي يقضي بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل.

ب. أن يتمتع المحكوم عليه بتكملة الثمن عن تنفيذ ما ألزم به:

هذا الشرط مستخلص من شرط إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه⁸¹⁴، حيث لا يكفي أن يصدر حكم لصالح البائع بتكملة الثمن، حتى يتمكن من استيفاء حقه، بل يتعين أن يسعى الدائن إلى تنفيذ السند التنفيذي، ويواجه من قبل المدين بالامتناع عن التنفيذ⁸¹⁵.

ت. أن يكون طالب الفسخ قادرا على إرجاع الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد:

لم يرد النص على هذا الشرط في المادة 119 من القانون المدني، إلا أنه يستخلص من الآثار القانونية التي يربتها الفسخ المنصوص عليها في المادة 122 من نفس القانون، وعلى اعتبار أن أهم أثر يترتب على الفسخ هو سريانه بأثر رجعي⁸¹⁶، أي إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد، وعليه وحتى يطالب المتعاقد بفسخ العقد عليه أن يكون قادرا على إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد.

يترتب على ذلك القول أنه باعتبار أن أهم التزام يقع على البائع في عقد البيع هو نقل ملكية الشيء المبيع، وأنه في المقابل يقع على المشتري الالتزام بدفع الثمن، وعلى فرض، قيام كل طرف بالتزامه، فإنه يتعين على البائع قابض الثمن في دعوى الفسخ نتيجة عدم تكملة الثمن المحكوم به له، أن يكون قادرا على رد ما أخذه من المدعى عليه.

وهنا يثور السؤال كيف يتمكن القاضي من معرفة أن البائع قادر ومستعد على إعادة الحال إلى ما كانت عليه؟ خاصة أن البائع يستوفي حقوقه بمجرد تنفيذ الحكم القاضي بالفسخ حيث يعاد ترقيم العقار باسمه، بينما يصعب على المشتري وقد يستحيل عليه استرداد ما أداه للبائع، ذلك أنه قد لا يجد ما يحجز عليه لدى البائع الذي يمكنه في المقابل التصرف في العقار.

⁸¹⁴ خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 168.

⁸¹⁵ أي أنه يشترط على البائع المحكوم له (طالب الفسخ)، أن يثبت أن المشتري لم يحم بتنفيذ التزامه بتكملة الثمن المقرر بموجب السند التنفيذي.

⁸¹⁶ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 105.

نرى في هذه الحالة أنه يتعين على القاضي لحسن سير العدالة و لضمان الرد والاسترداد أن يأمر البائع بعرض الوفاء بالثمن الذي قبضه من المشتري بواسطة محضر قضائي تطبيقاً لأحكام المادة 584 و 585 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويثبت ذلك بواسطة محضر رسمي (محضر عرض الوفاء).

ث. أن يطالب الدائن بالفسخ:

لا بد أن يطالب الدائن بفسخ العقد، ذلك أنه لو طالب بالتنفيذ فليس للقاضي الحكم بالفسخ⁸¹⁷ وإلا فهو يحكم بما لم يطلب منه.

وهنا يثور السؤال هل يتعين على الدائن استنفاد جميع إجراءات التنفيذ قبل اللجوء لدعوى الفسخ؟ وفي هذه الحالة قد يكون العقار المباع هو ملكية المدين الوحيدة فيكون يبيعه في المزاد العلني مغامرة من الدائن خاصة إذا افترضنا أنه يباع بأقل من قيمته بالأخص إذا بيع بأقل من قيمة دين البائع. أم يكتفي بتكليف المدين بالوفاء وفي حال امتناعه عن الوفاء الاختياري يباشر دعوى الفسخ؟

ثانياً: شكل دعوى الفسخ:

أ. إعدار المدين قبل رفع الدعوى:

إعدار المدين "هو وضعه قانوناً في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه"⁸¹⁸ وقد نصت المادة 119 على وجوب الإعدار قبل رفع دعوى الفسخ.

على اعتبار دعوى الفسخ نتيجة عدم تكملة الثمن، هي دعوى خاصة مادام أن الأمر يتعلق بتنفيذ حكم قضائي، غير أنها خاضعة في أحكامها للأحكام العامة للفسخ القضائي، نتساءل عن مدى اعتبار إجراءات التنفيذ من محضر محضر التكليف الوفاء إعداراً قانونياً؟

بالرجوع إلى نص المادة 180 من القانون المدني⁸¹⁹ وإلى نص المادة 612 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁸²⁰ يظهر جلياً أن المادة 180 من القانون المدني نصت على أن إعدار المدين يكون بإنذاره، بما يفيد دعوته إلى تنفيذ التزامه طوعاً، وهذا الإنذار يبدو واضحاً من خلال نص المادة 612 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي أوجت أن يتضمن التبليغ الرسمي للسند التنفيذي منح المدين مهلة حددت قانوناً بخمسة عشر (15) يوماً للوفاء طوعاً، يمكننا أن نقول أنه يكفي أن يقوم الدائن بالتكليف المدين بالوفاء بالسند

⁸¹⁷ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 105.

⁸¹⁸ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، لبنان، بدون سنة طبع، ص 830.

⁸¹⁹ تنص المادة 180 من القانون المدني " يكون إعدار المدين بإنذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإعدار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معزراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر".

⁸²⁰ تنص المادة 612 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " يجب أن يسبق التنفيذ الجبري، التبليغ الرسمي للسند التنفيذي وتكليف المنفذ عليه بالوفاء، بما تضمنه السند التنفيذي في أجل خمسة عشر (15) يوماً.

التنفيذي (الحكم القاضي بتكملة الثمن) وبانتهاء مهلة 15 يوما التي حددت للتنفيذ الطوعي، يعتبر المدين معذرا ولا حاجة لإعذاره مرة أخرى قبل رفع دعوى الفسخ.

بمقتضى المادة 119 من القانون المدني يجوز للقاضي أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوفى به قليل الأهمية ومنه نتساءل إذا كان المدين وفى بمعظم الثمن ولم يبق إلا القليل فإلى أي مدى يمكن أن يكون للقاضي سلطة تقديرية في تقرير الفسخ من عدمه؟ هنا نميز بين ما إذا كان ما وفى به يرفع الغبن أم لا، ونميز بين الغبن والمصاريف القضائية، ونقول ردا على هذا التساؤل أنه للقاضي حق غرض النظر عن جزء من المصاريف، لكن ليس له أن يتسامح في المقدار الذي به يرفع الغبن، ذلك أنه بهذا الحكم يهدم أحكام الغبن.

ب. شهر دعوى الفسخ:

لا تقتصر عملية الشهر متى تعلقت بالعقارات على التصرفات القانونية الواقعة عليها، بل تمتد لتشمل أيضا الدعاوى القضائية، متى تعلق موضوعها بفسخ، أو إبطال، أو إلغاء أو نقض حقوق عينية ناتجة عن عقود تم شهرها طبقا لنص المادة 85 من المرسوم رقم 63/76 المتعلق بالسجل العقاري⁸²¹ بالمحافظة العقارية.

علما أن قانون الإجراءات المدنية الساري المفعول آنذاك لم يكن قد تضمن أي نص يوجب شهر عريضة افتتاح الدعوى العقارية وهو ما أثار اختلافا وتباينا في الأحكام القضائية⁸²².

غير أن صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية فصل في نقاش بين اتجاهين قضائيين اختلافا طويلا حول مدى وجوب شهر عريضة افتتاح الدعوى، حيث نصت المادة 2/17 من هذا القانون على أنه " يجب إشهار عريضة افتتاح الدعوى لدى المحافظة

⁸²¹ نصت المادة 85 من المرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على أنه " إن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها، لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا طبقا للمادة 4/14 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 08 ذي القعدة عام 1395 الموافق 12 نوفمبر 1975 والمتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وإذا تم إثبات هذا الإشهار بموجب شهادة من المحافظ أو تقديم نسخة من الطلب الموجود عليه تأشير الإشهار".

⁸²² قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية انقسم موقف القضاء بشأن وجوب شهر الدعاوى العقارية المنصبة على فسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها، إلى اتجاهين نتيجة لنص =المشرع على إجراءات رفع الدعوى وشروط قبولها أمام القضاء في قانون الإجراءات المدنية ولم ينص على هذا القيد بالنسبة للدعاوى العينية العقارية، ومن ثمة خلق تعارضا بين قانون الإجراءات المدنية كتنشريع عادي والمرسوم 63/76 كتنشريع فرعي فذهب الاتجاه الأول إلى أن شهر الدعاوى العقارية يعد قيدا على رفع الدعاوى المتضمنة الطعن في صحة المحررات المشهورة مستنديين في ذلك على أن أحكام المادة 85 من المرسوم رقم 63/76 التي نصت وجوب الإشهار تحت طائلة عدم القبول، بينما ذهب الاتجاه الثاني إلى أن عدم شهر الدعوى في المحافظة العقارية لا يعد قيدا على رفع الدعوى واستند أصحاب هذا الاتجاه على أن المادة 85 من المرسوم 63/76 (التشريع الفرعي) تتعارض والقواعد العامة المتعلقة بإجراءات رفع الدعوى وشروط قبولها المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية (الملغى) (التشريع العادي) أي التي لا تشترط الإشهار تحت طائلة عدم القبول وهو الأمر الذي استوجب طرح التشريع الفرعي وتطبيق التشريع العادي، من جهة وأن إجراء شهر الدعوى إنما شرع لمصلحة رافعها، إذ تعتبر حماية مقررته لصالحه وصونا لغيره كي يعلم الغير أن العقار في حالة نزاع أمام القضاء، وأن إجراء الشهر ليس مفروضا عليه، وأن هذا الإجراء لا يصح أن يعود بضرر عليه ولا يعود بنفع على المدعى عليه، ومنه ليس للمدعى عليه ولا للمحكمة إثارة عدم قبول الدعوى لعدم إشهار العريضة الاقتلاحية، عمر حمدي باشا، ليلى زروقي، المنازعات العقارية، طبعة جديدة 2015، دار هومة، الجزائر، 2015، ص 259-260.

العقارية، إذا تعلق بعقار و/أو حق عيني عقاري مشهر طبقا للقانون، وتقديمها في أول جلسة ينادى فيها على القضية، تحت طائلة عدم قبولها شكلا ما لم يثبت إيداعها للإشهار" غير أن هذا لا يعني أن كل دعوى تتعلق بعقار يجب أن تشهر بالمحافظة العقارية كما قد يفهم من سياق هذه المادة⁸²³، إذ أن الدعاوى المعنية بوجوب شهر عريضتها الافتتاحية تحت طائلة عدم القبول تلك المنصوص عليها في المادة 515 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " ينظر القسم العقاري في الدعاوى المتعلقة بإبطال أو فسخ أو تعديل أو نقض الحقوق المترتبة على عقود تم شهرها" والمادة 519 من نفس القانون " ترفع الدعوى أمام القسم العقاري وينظر فيها حسب الإجراءات الواردة في هذا القانون، مع مراعاة الأحكام الخاصة بشهر دعوى الفسخ أو الإبطال أو التعديل أو نقض حقوق قائمة على عقود تم شهرها" ⁸²⁴ وهذا ما كرسه قضاء المحكمة العليا⁸²⁵.

ومنه نستنتج أن عريضة افتتاح دعوى الفسخ لعدم تكملة الثمن يتعين إشهارها لدى المحافظة العقارية مادامت منصبة متى تعلق بحق عيني عقاري مشهر وذلك تحت طائلة عدم قبولها شكلا.

ثالثا: ميعاد رفع الدعوى:

مادام القانون لم ينص على مدة خاصة تتقادم بها دعوى الفسخ، فإن تقادمها يخضع للأحكام العامة في التقادم المسقط، أي بمضي 15 سنة من وقت ثبوت الحق في الفسخ، وهو عادة وقت الإعذار⁸²⁶.

رابعا: آثار الحكم بالفسخ:

أ. بالنسبة للمتعاقدین:

⁸²³ إن كانت المادة 2/17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد فصلت في النقاش الذي كان قائما حول مدى وجوب شهر العريضة الافتتاحية للدعاوى العقارية الرامية إلى فسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها، المنصوص سابقا على وجوب إشهارها بموجب نص المادة 85 من المرسوم 63/76، إلا أنها فتحت باب آخر للجدل أوسع من الأول حيث بنصها على وجوب شهر جميع الدعاوى المتعلقة بعقار و/أو حق عيني عقاري مشهر دون أن تحدد الهدف الذي ترمي إليه هذه الدعاوى، وهو الأمر الذي وسع دائرة إشهار العرائض وجعل جميع الدعاوى العقارية المنصبة على عقار و/أو تلك المتعلقة بحق عيني عقاري، واجبة الشهر تحت طائلة عدم قبولها شكلا بما فيها دعاوى الإخلاء بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، كليك للنشر، الجزائر، 2012، ص50.

⁸²⁴ كذلك المادة 85 من المرسوم 63/76 والمواد 2/17 و 515 و 519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فصلت في موضوع غاية في الأهمية وهو وجوب شهر الدعاوى المنصبة على عقارات و/أو حقوق عينية عقارية مشهورة، ومنه لا يمكن تطبيق نص هذه المواد متى كان الحق موضوع الدعوى (العقار و/أو الحق العيني العقاري) غير مشهر، ولأن المحافظة العقارية لا تحتوي سجلاتها إلا العقارات المشهورة فلا يمكن تصور شهر العريضة في سجل لا يوجد به العقار أصلا.

⁸²⁵ قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة العقارية، ملف رقم 659801 بتاريخ 2011/07/14 " لا تشهر العريضة المرفوعة أمام القسم العقاري، في حالة عدم تعلق موضوعها ب: (دعاوى الفسخ أو الإبطال، أو التعديل، أو نقض حقوق قائمة على عقود تم شهرها"، منشور بمجلة المحكمة العليا، العدد الأول، سنة 2012، ص 179-183. قرار مرفق بالملحق رقم: 10.

⁸²⁶ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 591.

طبقا للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني⁸²⁷ فإنه يترتب على تقرير الفسخ إزالة العقد بأثر رجعي إذ يصبح العقد منعدم الوجود كأنه لم يكن، وعلى ذلك يتعين محو كل الآثار التي رتبها من يوم انعقاده . ويقتضي الأمر أن يرد كل متعاقد ما تلقى من المتعاقد الآخر تنفيذا للعقد المفسوخ، كما يتم استرداد الأداءات التي أداها كل متعاقد عينا، فيرد البائع الثمن الذي قبضه من المشتري، ويرجعه هذا الأخير المبيع الذي تسلمه وكذا الثمار الطبيعية أو المدنية التي تحصل عليها والتي تعتبر ملكا للبائع، وإذا استحال الاسترداد العيني كأن يكون المبيع قد هلك في يد المشتري يعاد الطرفان إلى ما كانا عليه قبل العقد عن طريق التعويض الذي يتولى القاضي تحديده⁸²⁸.

ب. بالنسبة للغير:

لا يقتصر أثر الفسخ على المتعاقدين فقط، بل يمتد ليشمل الغير، فتسقط كل الحقوق التي اكتسبها الغير من أحد طرفي العقد⁸²⁹.

غير أن هذه القاعدة ترد عليها بعض الاستثناءات تستند إلى اعتبارات عدة من بينها استقرار المعاملات ومن ضمن هذه الاستثناءات، الغير الذي يكسب حقا عينيا على العقار⁸³⁰ تطبيقا لنص المادة 3/359 من القانون المدني " ولا تلحق هذه الدعوى ضررا بالغير الحسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع"⁸³¹.

وعليه ففي الحالة التي يكون فيها الغير الذي اكتسب حقا عينيا على عقار حسن النية، أي لا يعلم بوجود الغبن، سواء كان الحق الذي اكتسبه حقا عينيا أصليا كحق الملكية، أو حقا عينيا تبعا من مثل الرهن الرسمي ، فإنه في الحالة الأولى يستطيع البائع استرداد المبيع من الغير وليس له إلا طلب تعويضه عن الضرر، وفي الحالة الثانية فإن العقار يعود إليه مثقلا بالرهن.

⁸²⁷ تنص المادة 122 من القانون المدني " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض".

⁸²⁸ علي فيلاي، الالتزامات-النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 437. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 315.

⁸²⁹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 357.

⁸³⁰ إن شهر عريضة افتتاح الدعوى لا يمنع من تصرف المدعى عليه في العقار محل النزاع سواء بالبيع أو الهبة أو أي تصرف آخر ناقل للملكية العقارية. عمر حمدي باشا، ليلى زروقي، المنازعات العقارية، المرجع السابق، ص 263.

⁸³¹ وقد كرس المشرع هذا الاستثناء أيضا بموجب نص المادة 86 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري " إن فسخ الحقوق العينية العقارية أو إبطالها أو إلغائها أو نقضها عندما ينتج أثرا رجعيا لا يحتج به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر . إلا إذا كان الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض قد تم إشهاره مسبقا أو كان هذا الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض، بحكم القانون . تطبيقا للقانون".

أما إذا كان هذا الغير سيء النية أي كان يعلم قبل التعاقد بوجود الغبن سواء عن طريق علمه بدعوى تكملة الثمن أو بدعوى الفسخ فإن البائع يستطيع أن يحتج في مواجهته بالأثر الرجعي للفسخ ولو قام هذا الغير بإجراءات الشهر.

ت. شهر الحكم القاضي بالفسخ:

الأحكام القضائية التي تكرر البيع الجبري أو الاتفاقية أو واقعة مادية ترتب نقل ملكية عقارية أو تعديلها أو أي حق عيني عقاري آخر يجب أن تشهر لتكون حجة على الغير⁸³².

الفرع الثالث: دعوى نقض القسمة:

أولاً: صاحب الحق في رفع الدعوى:

إذا تحقق الغبن في القسمة الاتفاقية، فلكل شريك متقاسم متى لحقه من جراء هذه القسمة غبن يزيد عن الخمس الحق في رفع دعوى نقض القسمة⁸³³، ولو كان محل القسمة منقولاً أو عقاراً، بخلاف البيع الذي لا يجوز الطعن فيه بالغبن إلا إذا انصب على عقار.

يكون المدعى في دعوى نقض القسمة الشريك أو الشركاء في الشيوع الذين قد لحق بهم غبن من جراء القسمة دون البعض الآخر من الشركاء⁸³⁴. حيث لا يستطيع المتقاسم الذي لم يلحقه غبن رفع دعوى نقض القسمة، ولو كان الغبن قد لحق البعض الآخر من المتقاسمين، ذلك حق نقض القسمة مخول للمتقاسم المغبون دون غيره، وله أن يتنازل عليه، ولا يمكن لغيره من المتقاسمين الاحتجاج بهذا الغبن.

وعلى غرار دعوى تكملة الثمن، تعتبر دعوى نقض القسمة دعوى مالية، تنتقل بوفاة المورث لخلفه العام، حيث يجوز للوارث رفع دعوى نقض القسمة بعد وفاة مورثه (المتقاسم المغبون)، وله من باب أولى مواصلة السير فيها إذا كان المورث قد سبق له وأن رفعها.

يجوز كذلك لدائن الشريك الذي لحقه الغبن أن يرفع الدعوى باسم مدينه، طبقاً للقواعد المقررة في رفع الدعوى غير المباشرة⁸³⁵.

من المقرر قانوناً أن تشترط الصفة في المدعي والمدعى عليه، ومنه فللمتقاسم الذي لحقه غبن من جراء القسمة الصفة في رفع دعوى نقض القسمة، ويكون هو المدعي، على أن ترفع الدعوى على ذي صفة، وبالتالي يكون المدعى عليه في دعوى نقض القسمة باقي الشركاء المتقاسمين سواء لحقهم أو لم يلحقهم غبن من جراء القسمة، على اعتبار أن هذه القسمة تمت بالتراضي بين جميع هؤلاء الشركاء، وأن الآثار المترتبة في حال نقضها تسري عليهم جميعاً.

⁸³² عمر حمدي باشا، ليلي زروقي، المنازعات العقارية، المرجع السابق، ص 64.
⁸³³ عبد الرزاق أحمد السنهاوري الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 905.
⁸³⁴ عبد الرزاق أحمد السنهاوري الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع نفسه، ص 906.
⁸³⁵ محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2010، ص 278.

ثانياً: ميعاد رفع الدعوى:

طبقاً لنص المادة 2/732 من القانون المدني "ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة" اشترط المشرع لقبول دعوى نقض القسمة رفعها من قبل المتقاسم المغبون خلال أجل السنة التالية للقسمة الرضائية، وذلك تحت طائلة سقوط الحق في رفع هذه الدعوى، ذلك هذه المدة هي ميعاد لرفع الدعوى، وبالتالي هي مدة سقوط وليست مدة تقادم، ومنه فهي لا تخضع للانقطاع والوقف⁸³⁶.

على أن احتساب ميعاد السنة يكون ابتداء من وقت تمام عقد القسمة الرضائية، فإذا انقضت السنة، ولم يرفع المتقاسم المغبون دعواه الرامية إلى نقض القسمة، سقط حق في رفعها⁸³⁷، ولو أثبت أنه علم بالغبن بعد انقضاء ميعاد السنة⁸³⁸، وهنا على القاضي إثارة عدم القبول تلقائياً، ويمكن للخصم الدفع بعدم القبول كذلك.

غير أننا نلاحظ أن مدة سنة لممارسة دعوى نقض القسمة تعبر مدة غير كافية، وحبذا لو وحد المشرع مدة رفع الدعاوى بسبب الغبن وجعلها مقدرة بثلاث سنوات كما فعل في شأن أجل رفع دعوى تكملة الثمن.

ثالثاً: موضوع الدعوى:

إذا تحقق الغبن في عقد القسمة الرضائية، فللمتقاسم المغبون رفع دعوى ترمي إلى نقض القسمة الحاصلة بالتراضي، ويقع عبء إثبات الغبن الذي يزيد عن الخمس على عاتق المدعي، وله أن يثبتته بكافة طرق الإثبات، والوضع الغالب أن تعين المحكمة خبيراً لتقدير قيمة المال الشائع وقت القسمة، وتقدير قيمة المال المفترض الواقع في حصة كل شريك متقاسم وقت القسمة كذلك، وبإجراء المقارنة بين هاتين القيمتين يحدد القاضي إن كان المدعي قد وقع في غبن يزيد عن الخمس.

إذا ثبت للقاضي أنه لم يلحق المتقاسم غبن يزيد عن الخمس، يرفض دعوى نقض القسمة لعدم التأسيس، أما إذا ثبت له أن المتقاسم وقع في غبن يزيد عن الخمس، فيتعين عليه القضاء بنقض القسمة الحاصلة بالتراضي.

⁸³⁶ دكار فايزة، الغبن في العقود المدنية، المرجع السابق، ص 86.
⁸³⁷ أكد هذا قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2000/07/26 حيث قضى "بجواز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا ثبت فيها غبن يزيد عن الخمس، ويجب رفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة ومن ثم فإن القضاء ببطالان قسمة تمت في سنة 1956 لوجود غبن وأنها غير منصفة وجزئية يشكل خطأ في تطبيق القانون، ذلك أن القسمة الودية إذا مرت عليها المدة القانونية تكون نهائية ولو كانت غير عادلة، وعلى هذا الأساس قضت بنقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء البويرة حيث نعي على القرار أنه مشوب بقصور وتناقض في الأسباب، حيث من ناحية ثبت لدى قضاة الموضوع أن القسمة وقعت سنة 1956، وأنه لم ينازع فيها الورثة بسبب الغبن إلا بعد مضي 32 سنة، غير أنهم اعتبروها غير منصفة وجزئية وبالنتيجة قضوا بنقضها مخالفين بذلك أحكام المادة 732 من القانون المدني". قرار الغرفة العقارية لدى المحكمة العليا المؤرخ في 2000/07/26 ملف رقم 196366، منشور بمجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، 2004، ص 279.

⁸³⁸ عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 906.

السؤال الذي يطرح ماذا قصد المشرع بنقض القسمة؟ هل أردا بنقض القسمة إبطالها أم فسخها؟ اختلف الفقه في تفسيرهم لمسألة نقض القسمة فمنهم من قال بأن نقض القسمة يكون بفسخها وإعادة المتعاقدين إلى ما كانوا عليه قبل عقد القسمة الرضائي⁸³⁹، ومن الفقه من قال بأن نقض القسمة يكون بإبطالها، حيث متى ثبت للقاضي أن المتقاسم وقع في غبن يزد عن الخمس، يتعين عليه القضاء بنقض القسمة، أي بإبطالها⁸⁴⁰.

ونحن نرى بأن الرأي الثاني، هو رأي سديد، وأن نقض القسمة يكون بإبطالها، ذلك أنه في دعاوى الإبطال على خلاف الفسخ، لا يملك القاضي سلطة تقديرية بل يتعين عليه أن يقضي بإبطال العقد متى تحقق من سبب ذلك، كما أن نص المادة 732 من القانون المدني تتوافق والقواعد العامة المنظمة لأحكام الإبطال من حيث جواز التمسك بحق الإبطال مقرر فقط لمن قرر لمصلحته.

رابعا: شهر عريضة افتتاح الدعوى:

في دعوى نقض القسمة للعقار يجب شهر عريضة افتتاح الدعوى فيها وشهر الحكم الصادر بشأنها، فإذا أكمل باقي الشركاء حصة الشريك المغبون نقدا لوقف سير دعوى النقض، وجب شهر السند المثبت لدفع تكملة الثمن، سواء كان إيصالا من الشريك المغبون أو محضرا للجلسة التي تم فيها الدفع، ويكون الشهر على هامش عقد القسمة، بما يفيد الدفع وانقضاء الدعوى تبعا لذلك، أما إذا أكمل باقي الشركاء حصة الشريك المغبون عينا فترتب على ذلك تعديل أنصبة الشركاء المفروزة، وذلك بموجب الحكم، الأمر الذي يستدعي شهره، والتأشير بمضونه على هامش عقد القسمة الرضائي متى كان مشهرا⁸⁴¹.

خامسا: الآثار التي تترتب على نقض القسمة للغبن:

يترتب على الحكم القاضي بنقض القسمة، انقضاء القسمة الاتفاقية بسبب الغبن، حيث تبطل وتعتبر كأن لم تكن، ويعاد المتعاقدين المتقاسمين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل القسمة، بمعنى أن يعاد المتقاسمون إلى حالة الشيوع التي كانوا عليها، ومنه يعبرون شركاء في الشيوع، وكأن الشيوع لم ينقطع.

القاضي المدني دوره سلبي في الدعوى المدنية، وأنه لا يحكم بما لم يطلب منه، ولا بأكثر مما طلب، فإذا طلب المتقاسم المغبون نقض القسمة للغبن، ولم يطلب إعادتها من جديد، ولم يقدم المدعى عليهم طلبا مقابلا يقضي بإعادة القسمة من جديد، فإنه ليس في يد القاضي المدني إلا القضاء بنقض القسمة إذا ثبت وقوع المدعي في غبن يزيد عن الخمس.

غير أنه يجوز لكل شريك في الشيوع سواء الذي نقض القسمة، أو أي شريك آخر غيره لم يطلب نقضها أن يطلب إعادة قسمة المال الشائع، بين جميع الشركاء من جديد،

⁸³⁹ دكار فايزة، الغبن في العقود المدنية، المرجع السابق، ص 88.

⁸⁴⁰ عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 907.

⁸⁴¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، الجزء التاسع، دار النهضة العربية، مصر، 1968، ص 382.

ويجوز أن تكون القسمة الجديدة اتفاقية، أي على شاكلة سابقتها التي تم نقضها، وعندئذ يجوز نقضها إذا وقع المتقاسم الذي نقض القسمة الأولى أو أي متقاسم آخر في الغبن، كما يجوز أن تكون قسمة قضائية وبالتالي لا يمكن نقضها ولو كانت غير عادلة⁸⁴².

يترتب على نقض القسمة للغبن كذلك ما يترتب على تقرير الإبطال، حيث يسري النقص بأثر رجعي، فتسقط جميع تصرفات الشركاء في الأموال المفزعة التي وقعت في نصيبهم نتيجة القسمة، وتعود هذه الأموال خالية من الحقوق التي ترتبت للغبن، بينما تحتفظ أعمال الإدارة بأثرها حتى بعد نقض القسمة⁸⁴³.

سادسا: تفادي نقض القسمة بإكمال نصيب الشريك في المغبون:

طبقا لنص المادة 2/732 من القانون المدني " و للمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته".

حددت المادة 732 من القانون المدني في مستهلها الغبن في القسمة بخمس قيمة الشيء وقت القسمة، ورتبت عليه جورا نقضها وإعادة القسمة من جديد، غير أنها أجازت بموجب فقرتها الثانية للمدعى عليه وقف سير الدعوى المرفوعة عليه بأن يكمل للمدعى ما نقص من حصته.

كذلك لابد من الإشارة إلا أنه في دعوى تكملة الثمن، يكفي ليرفع الغبن، تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، بحيث يكفي أن يصبح غير زائد عن الخمس، وأنه ليس من الضروري أن يرتفع الغبن تماما، بينما في دعوى نقض القسمة، لا يعوض الطرف بما يرفع عنه الغبن فقط، بل يجب إكمال الشريك المغبون، نقدا أو عينا ما نقص من حصته بحيث يرفع الغبن عنه كليا⁸⁴⁴.

يكون إكمال نصيب المتقاسم المغبون نقدا بدفع مبلغ من النقود يساوي ما نقص من حصة الشريك المغبون، ويكون الإكمال عينا بأن يدفع إلى الشريك المغبون جزء من المال المقسوم عينه بما يكمل حصته⁸⁴⁵.

على أن يكون الخيار بين الدفع عينا أو نقدا للمدين، أي للمدعى عليه في دعوى نقض القسمة، فإذا عرض الدفع نقدا وقبل الشريك المغبون فلا يصح للمدين بعد ذلك العدول عن

⁸⁴² عبد الرزاق أحمد السنهاوري الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص907.

⁸⁴³ محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني، المرجع السابق، ص 279.

⁸⁴⁴ عبد الرزاق أحمد السنهاوري الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص908. محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني، المرجع السابق، ص 279.

⁸⁴⁵ عبد الرزاق أحمد السنهاوري الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص909.

الدفع نقدا إلى الدفع عينا، والعكس صحيح، أي إذا عرض المدين الدفع عينا وقبل الشريك المغبون، فلا يجوز له العدول والدفع نقدا⁸⁴⁶.

يجوز للمدعى عليه عرض إكمال حصة المدعي في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، ويجوز له العرض حتى بعد صدور حكم نهائي بنقض القسمة للغبن، وذلك إلى وقت إجراء قسمة جديدة، فيمنع المدعى عليه تمام إجراء هذه القسمة الجديدة، بعرضه إكمال حصة المدعي مضافا إلى ذلك المصروفات التي تكبدها هذا الأخير بسبب البدء في إجراء القسمة الجديدة، ويظهر ذلك من عبارة نص المادة 732 من القانون المدني "... للمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته" فمنع القسمة من جديد هو الغرض الذي يهدف إليه المدعى عليه من عرضه إكمال حصة المدعى، فيجوز له هذا العرض إلى ما قبل تمام هذه القسمة⁸⁴⁷.

وفي حل تعدد المدعى عليهم، وهو الأمر الشائع، فلا بد أن يتفق هؤلاء جميعا على مبدأ إكمال حصة المدعي إما نقدا أو عينا، فإذا اتفقوا على ذلك واختلفوا حول مقدار ما يرد إلى المدعي، تولت المحكمة الفصل في ذلك، أما إذا لم يتفقوا على مبدأ الإكمال نفسه، فإن من لم يوافق من الشركاء على الإكمال لا يلتزم به، وإذا دفع الشركاء الذين وافقوا على الإكمال نصيب الشريك المغبون كله، لم يرجعوا على من لم يوافق من الشركاء بشيء⁸⁴⁸.

لتفادي دعوى نقض القسمة، لا بد من رفع الغبن تماما عن المدعي، وإعطائه ما يجعل قيمة نصيبه في القسمة يعادل تماما حصته الشائعة دون نقص، وذلك راجع إلى أن البيع من عقود المضاربة، يحتمل فيها الغبن ويجوز التسامح فيه إلى حد معين، بينما، القسمة لا ليست من نفس الطبيعة، فهي عقد يقوم على المساواة بين المتعاقدين المتقاسمين، ومتى اختلفت المساواة اختلف العقد.

تجب الإشارة إلى أنه متى عرض المدعى عليهم ما يرفع الغبن عن حصة المتقاسم المغبون ليس له أن يتمسك بنقض القسمة على وجه يتعارض وحسن النية، وإلا كان متعسفا في استعمال حقه.

وعلى خلاف دعوى تكملة الثمن، بحيث يكون الأصل فيها تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، والاستثناء في حالة امتناع المدعى عليه عن تكملة الثمن، ترفع دعوى الفسخ، فإن دعوى نقض القسمة، فإن الأصل فيها هو نقض القسمة وإعادتها من جديد، والاستثناء هو جواز توقي نقض القسمة بتكملة ما نقص منها عينا أو نقدا.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في حالة الاستغلال:

إن التزامات المتعاقدين وإن لم تكن متساوية تماما في كل الأحوال، إلا أنه لا بد أن يكون هناك تناسب بينها، فإذا ما اختلف التوازن بالشكل الذي يجعل العلاقة التعاقدية غير متوازنة،

⁸⁴⁶ عبد الرزاق أحمد السنهاوري الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع نفسه، ص 909.

⁸⁴⁷ عبد الرزاق أحمد السنهاوري الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع نفسه، ص 909.

⁸⁴⁸ عبد الرزاق أحمد السنهاوري الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع نفسه، ص 910.

و كان هذا الاختلال ناتجا عن استغلال أحد المتعاقدين للآخر لما غلب عليه من طيش بيّن أو هوى جامح جاز للقاضي أن يتدخل بطلب من المتعاقد المستغل في العقد بإبطاله أو إنقاص التزاماته، وهذا وفقا لما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 90 من القانون المدني⁸⁴⁹ وفيما يلي سنتعرض لدور القاضي في بحث مدى توافر عناصر الاستغلال في المطلب الأول، بينما نخصص المطلب الثاني لدراسة مدى سلطة القاضي في أعمال الجزاء المترتب على قيام الاستغلال.

المطلب الأول: دور القاضي في بحث مدى توافر عناصر الاستغلال:

قبل توقيع الجزاء على العقد الذي يدعي أحد المتعاقدين أنه مشوب بعيب الاستغلال، يتعين على القاضي أن يبحث في مدى توافر عناصر الاستغلال، أي يتعين على القاضي أن يبحث في مدى قيام أحد المتعاقدين باستغلال طيش بيّن أو هوى جامح في المتعاقد الآخر ومدى تأثير ذلك على التوازن في الالتزامات التعاقدية، وقبل الخوض في عناصر الاستغلال يتعين علينا التطرق إلى تعريف عيب الاستغلال وتمييزه عن أنظمة مشابهة له ومتداخلة معه.

الفرع الأول: تعريف الاستغلال

يعرف الاستغلال أنه "عدم تعادل واضح أو غير مألوف في التعامل بين ما يعطيه أحد المتعاقدين وبين ما يأخذ، مقدارا وقت العقد، وينشا عن استغلال الطرف الآخر لحالة الضعف التي وجد فيها هذا المتعاقد"⁸⁵⁰. كما يراد بالاستغلال كذلك أن "يرى أحد المتعاقدين في الآخر طيشا بيّنا أو هوى في أمر من الأمور، فيغتنم هذه الفرصة، ليستغل طيشه أو هواه، ويستجره به إلى عقد يبتغيه، بحيث يحصل على مزايا دون مقابل، أو على مزايا لا تتناسب مع ما يحصل عليه العاقد الآخر"⁸⁵¹، وعرف "لاستغلال بأنه " انتهاز أحد المتعاقدين ما لدى المتعاقد الآخر من طيش بيّن أو هوى جامح عند إبرام العقد وذلك للحصول منه على مزايا دون مقابل أو على مزايا لا تتناسب البتة مع ما يحصل عليه هذا المتعاقد"⁸⁵².

قبل أن ننتقل إلى دراسة عناصر الاستغلال لا بد أن نفرق بينه وبين نظامين يشتبهان به وهما نظام الغبن، ونقص الأهلية بسبب السفه والغفلة:

⁸⁴⁹ تنص المادة 90 من القانون المدني " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بيّنا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد.

ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة.

ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه كافيا لرفع الغبن".

⁸⁵⁰ توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، 1957، ص 10.

⁸⁵¹ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 112-113.

⁸⁵² نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 194.

أولاً: يختلف الاستغلال عن الغبن من حيث نطاقه، ومن حيث معياره، ومن حيث محله.

أ. من حيث النطاق:

الغبن لا يتصور إلا في عقود المعاوضات المحددة، فلا يكون في عقود المعاوضة الاحتمالية، لأن الغبن من طبيعتها، ولا يكون في التبرعات، ذلك أن العاقد يعطي فيها ولا يأخذ⁸⁵³، بينما الاستغلال، فإن المشرع جعل منه نظرية عامة تنطبق في جميع الحالات وبالنسبة لجميع العقود، كقاعدة عامة، متى توافرت الشروط المنصوص عليها قانوناً في هذا الشأن⁸⁵⁴.

ب. من حيث معياره:

معيار الغبن مادي، ينظر فيه إلى ما بين الأداءات المتقابلة من تفاوت في القيمة المادية، أي القيمة بحسب سعر السوق فيحدد المشرع التفاوت الذي يتحقق معه الغبن برقم معين⁸⁵⁵، أما الاستغلال، فمعياره شخصي، فهو أمر نفسي لا يعتبر الغبن إلا مظهراً مادياً له⁸⁵⁶، وأن درجة الاختلال لا تقف عند رقم معين، بل تخضع لمعيار مرن⁸⁵⁷.

ت. من حيث محله:

الغبن عيب في العقد، لأنه يتحقق بمجرد وجود التفاوت المادي المقدر له، لا صلة له بالتراضي، أي أنه يتحقق حتى ولو كانت إرادة المغبون سليمة من كل عيب⁸⁵⁸، بينما الاستغلال عيب في الإرادة⁸⁵⁹، ذلك أن المتعاقدين المغبون إنما تعاقد تحت تأثير حالة الطيش البين أو الهوى الجامح التي وجد فيها، ولا بد أن يكون المتعاقد الآخر قد أراد استغلال تلك الظروف على النحو الذي يفسد الإرادة⁸⁶⁰.

ثانياً: التمييز بين الطيش البين والهوى الجامح من جهة (الاستغلال) وبين السفه والغفلة من جهة ثانية:

إذا كان المشرع الجزائري بنصه في المادة 90 من القانون المدني على حماية ضعف المتعاقد الذي تعاقد في حالة الطيش البين والهوى الجامح، لأن رضاه قد عيب، فإنه لا بد من

⁸⁵³ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 113.

⁸⁵⁴ توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 128.

⁸⁵⁵ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 117.

⁸⁵⁶ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 286.

⁸⁵⁷ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 110.

⁸⁵⁸ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المرجع نفسه، ص 114-113.

⁸⁵⁹ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 286.

⁸⁶⁰ توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 130.

التمييز بين وضعيتين مختلفتين، يقع فيهما المتعاقد، باعتبار أن حالة الضعف إما أن تبدوا كظاهرة عامة توجد كل وقت بصفة دائمة وهذا ما يقع في حالة انعدام ونقص الأهلية، وإما أن تبدوا بصفة خاصة مؤقتة بسبب عارض واستثنائي بصدد حالة معينة عند إبرام العقد، وهذا ما يقودنا إلى حالة عيوب الرضا.

قرر المشرع الجزائري في الوضعيتين المذكورتين حماية لإرادة الشخص الطبيعي، إزاء ما يصدر عنه من تصرفات غير سليمة، ويطبق النظام الأول (عيوب الأهلية) على الإرادات التي يتقرر سلفاً أنها غير سليمة، بينما يتعلق النظام الثاني بالإرادات العادية ولكنها تبدوا غير سليمة بصورة استثنائية في ظرف معين.

نص المشرع على حالة الاستغلال بين عيوب الرضا، وذلك بقصد حماية إرادة الطرف المغبون وهي إرادة غير عادية، غير أن ما يهدف المشرع لحمايته في حالة الاستغلال ليس حالة دائمة من الطيش أو الهوى، بل أنه يهدف إلى حماية تلك الإرادة فقط عندما يبدوا عليها هذا الطيش أو الهوى، وعندما يبلغ وصفاً معيناً، أي بأن يكون بينا في الطيش، وجامحاً في الهوى، وبصدد حالة معينة عند إبرام العقد، وهو الأمر الذي يقرب الوضع في هاتين الحالتين من عيوب الرضا ويفرق بينه وبين حالة نقص الأهلية⁸⁶¹. ذلك أنه في حالة نقص الأهلية (السفه⁸⁶² والغفلة⁸⁶³) يمثلان حالة دائمة ومستمرة للشخص⁸⁶⁴ وهما عارضان يفسدان التدبير وحسن التقدير ولكنهما لا يخلان بالعقل، بينما يفسدان الإرادة بصفة دائمة وفي كل وقت، وبالتالي يترتب عليهما نقص الأهلية⁸⁶⁵، وأما الطيش البين والهوى الجامح فلا علاقة لهما بأهلية الشخص، أي لا تتأثر بهما أهليته، إذ هما يظهران بصفة خاصة مؤقتة لسبب عارض واستثنائي، ولا يفسدان الإرادة إلا بصدد تصرف أو عقد معين، ولأجل ذلك كانت حماية المشرع لمن يلحقاً به عن طريق نظرية عيوب الرضا بما يعرف بعيوب الاستغلال، وليس عن طريق نقص الأهلية⁸⁶⁶.

كما أنه حتى تطبق نظرية الاستغلال لابد أن يكون هناك عدم تناسب صارخ بين الأداءات المتقابلة في العقد وأن يستغل المتعاقد الآخر حالة الطيش البين أو الهوى الجامح في المتعاقد المغبون، بينما تطبق نظرية نقص الأهلية وتنتج أثارها بمجرد التعامل مع ناقص الأهلية.

الفرع الثاني: عناصر الاستغلال

⁸⁶¹ توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 295.
⁸⁶² "السفه حالة تعترى الإنسان فتحمله على العمل على خلاف مقتضى الشرع والعقل" محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 121.

⁸⁶³ "الغفلة فهي ضعف في بعض الملكات النفسية يستدل عليها بإقبال الشخص على التصرفات دون أن يهتدي إلى الرابح منها، أي أن ذو الغفلة هو من لا يحسن التمييز بين الرابح والخاسر من التصرفات فيخدع في معاملاته بسهولة ويغيب فيها لسلامة نيته مما يهدد ماله بخطر الضياع" محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 121.

⁸⁶⁴ حلو عبد الرحمن أبو حلو، نظرية الاستغلال في الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، دار الحداثة للطباعة والنشر، لبنان، 1987، ص 102.

⁸⁶⁵ تنص المادة 43 من القانون المدني "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفياً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون".

⁸⁶⁶ محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 122.

أولاً: سلطة القاضي في تقدير مدى توافر العنصر الموضوعي (المادي):

يفهم من نص المادة 90 من القانون المدني "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو مع التزامات المتعاقد الآخر..." أن العنصر المادي في الاستغلال يتحقق إذا كان هناك تفاوت بين الالتزام والعوض، أو تفاوت بين حظ الربح والخسارة، أو انعدام العوض.

أ. التفاوت بين الالتزام والعوض:

يظهر هذا التفاوت إذا كان هناك عدم تناسب صارخ بين الأداءات المتقابلة في العقد⁸⁶⁷، فالتفاوت الذي قصده المشرع هو التفاوت بين قيمة الأداء الذي يأخذه المتعاقد المغبون تنفيذاً لالتزامه، وقيمة العوض الذي يتحصل عليه مقابل ذلك، ويتبين هذا التفاوت عند مقارنة قيمة الأداء بقيمة الأداء المقابل⁸⁶⁸ أي أن التفاوت يظهر نتيجة لهذه المقارنة.

يعتد المشرع الجزائري بـ"التفاوت الكثير في النسبة" أي أنه لا يكفي للطعن في العقد بالاستغلال مجرد عدم التعادل اليسير بين التزامات الطرفين الذي لا يبدوا معه أي استغلال لطرف في العقد للطرف الآخر، والذي لا تكاد تخلو منه المعاملات عادة، والذي يصعب تجنبه، بل لابد أن يكون عدم التعادل فادحاً أي على درجة كبيرة من الجسامه⁸⁶⁹.

اكتفى المشرع الجزائري بوصف التفاوت بـ"التفاوت الكثير في النسبة" دون تعيين معيار حسابي، أو رقم ثابت مثلما فعل بالنسبة لحالة الغبن في بيع العقار، أو الغبن في عقد القسمة⁸⁷⁰. تاركاً بذلك لقاضي الموضوع السلطة التقديرية في تحديد إذا كان هناك تفاوت يتجاوز الحد المألوف المسموح به في التعامل، تبعاً لظروف كل قضية، ومسألة التفاوت هذه، مسألة وقائع وليست مسألة قانونية وبالتالي فلا رقابة للمحكمة العليا عليه عند تقديرها⁸⁷¹، وليس هناك أي قيد على السلطة التقديرية للقاضي في هذا الشأن، إلا أن يكون بيانه كافياً للظروف التي جعلته يقدر أن الاختلال في التعادل فادح، وأن يكون استخلاصه لتلك النتيجة منها صائغاً ومقبولاً.

إذا كان تحديد العنصر المادي في الاستغلال يدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، فإنه يمكنه أن يلجأ إلى أي وسيلة من شأنها أن تيسر له هذا التقدير، من مثل الاستعانة بأهل الخبرة في الشيء المعقود عليه والاستئثار برأيهم في تقدير قيمته، دون أن يكون ملزماً في النهاية باتباعه، كما له أن يستعين بالعرف الجاري في التعامل، أو أن يستند

⁸⁶⁷ درماش بن عزوز، التوازن العقدي، المرجع السابق، ص 161. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 67.

⁸⁶⁸ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 205.

⁸⁶⁹ لحلو خيار غنيمه، محاضرات في مادة الالتزامات: تكوين العقد، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2013/2014، ص 38.

⁸⁷⁰ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 205.

⁸⁷¹ عسالي عرعاره، نظرية الاستغلال، المرجع السابق، ص 9. عبد الحميد بن شنيقي، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، 1996، ص 31.

على التعاملات السابقة في محل العقد، وما يدره من منافع أو فوائد على صاحبه، إلى غير ذلك⁸⁷²، على أنه لا بد من القول إلى أنه في الحالات التي يكون فيها عدم التعادل الجسيم بين الأداءات ظاهراً للعيان أي لا يحتاج لأي خبرة في الكشف عنه، فلا يكون القاضي حينئذ في حاجة إلى أهل التخصص أو غيرهم لسلامة الحكم عليه كمن اشترى داراً بمليون دينار وكان ثمنها مليوني دينار.

قد ينظر إلى الغبن نظرة موضوعية ويكون أساسه حساباً بحسب قيمة الأشياء في الأسواق⁸⁷³، وقد ينظر إليه نظرة شخصية تختلف فيها القيمة باختلاف الأشخاص أي القيمة الشخصية للشيء لدى المتعاقد⁸⁷⁴. ونحن نعارض الرأي القائل بالأخذ بالقيمة الشخصية للشيء في نظر المتعاقد، لأنه يفتقد إلى الأساس القانوني الذي يبرره، خاصة وأن نص المادة 90 من القانون المدني التي نظمت أحكام الطعن بسبب الاستغلال لم تنص صراحة ولا ضمناً على الأخذ بمعيار القيمة الشخصية للشيء في نظر المتعاقد، وبذلك نؤيد الرأي القائل بأن العنصر المادي في الاستغلال هو دائماً شيء موضوعي يتوقف فقط على عدم التعادل في الالتزامات بحسب القيمة الحقيقية لهذه الالتزامات، أما الاعتبارات الشخصية فهي تدخل في العنصر الثاني وهو العنصر النفسي، لا في العنصر المادي⁸⁷⁵، وهو ما يتوافق وما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 90 من القانون المدني خاصة أن المشرع لم يضمن النص المذكور ما يفيد أن يكون التفاوت بحسب القيمة الشخصية للشيء في نظر المتعاقد.

على أن يكون تقدير قيمة الأداءات بحسب قيمتها وقت إبرام العقد، ولا يعتد في ذلك بما يطرأ على العقد أثناء التنفيذ⁸⁷⁶، أي أن يكون عدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة موجوداً وقت التعاقد، حتى يمكن القول بوجود العنصر المادي لنظرية الاستغلال، أما إذا طرأ الاختلال على العقد أثناء تنفيذه بسبب ظروف طارئة لم تكن موجودة وقت إبرام العقد، فتطبق أحكام نظرية الظروف الطارئة، لا نظرية الاستغلال.

ب. التفاوت بين حظ الربح والخسارة:

إن عدم التكافؤ بين التزامات المتعاقدين يتحقق أكثر في عقود المعاوضة المحددة، لأن العاقد في مثل هذه العقود يعرف بدقة وقت التعاقد مقدار ما يعطي ومقدار ما يأخذ،

⁸⁷² محمود عبد الرحمن محمد، الاستغلال والغبن في العقود ودورهما في إقامة التوازن بين الأداءات العقدية- دراسة مقارنة- المرجع السابق، ص 95. حميد بن شنياتي، نظرية الالتزامات-نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 116.

⁸⁷³ ذهب إلى هذا القول بهذا الرأي الدكتور سمير عبد السيد تناغو في مؤلفه، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 66. وعسالي عرارة، نظرية الاستغلال، المرجع السابق، ص 08.

⁸⁷⁴ ذهب إلى هذا القول بهذا الرأي خليل أحمد حسن قعادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 67، العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، المرجع السابق، ص 130، محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 199. مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 179.

⁸⁷⁵ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 66.

⁸⁷⁶ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 176. عرارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، المرجع السابق، ص 112.

ويمكن بالتالي من قياس الاختلال في التعادل بين الأداءات المتقابلة، وهو الأمر الذي يدفعنا للتساؤل عن مدى إمكانية تحقق هذا الاختلال في عقود المعاوضة الاحتمالية؟

ذهب بعض من الفقه إلى استبعاد العقود الاحتمالية من نطاق نظرية الاستغلال، مبررا مذهبه في أن طبيعة هذه العقود تقوم بطبيعتها على حظ الربح والخسارة⁸⁷⁷.

وفي المقابل يذهب أغلب الفقه إلى القول بإمكان تطبيق نظرية الاستغلال على العقود الاحتمالية لكونها من عقود المعاوضة التي يسعى كل طرف فيها إلى تحقيق فائدة من وراء تعاقد⁸⁷⁸، أن احتمال الربح والخسارة الذي يقوم عليه العقد الاحتمالي شيء، واستغلال ضعف المتعاقد شيء آخر، لذا يجب أن يكون احتمال الربح أو الخسارة الذي يتحملة المتعاقد متكافئاً مع حظ الربح والخسارة الذي يتحملة المتعاقد الثاني، وفي الحالة التي لا يكون فيها تكافؤ كبير بين ما يتحملة كل متعاقد فإننا نكون بصدد تفاوت بين التزامات المتعاقدين، كما لو تم بيع عقار كبير القيمة في مقابل إيراد مرتب مدى الحياة لشخص هرم مريض على وشك الوفاة⁸⁷⁹.

ت. انعدام العوض:

إن عقود التبرع بطبيعتها عقود لا يأخذ فيها العاقد مقابلاً لما يعطي، إذ يلتزم المتبرع بدون مقابل، الأمر الذي يدفعنا للتساؤل عن مدى تطبيق نظرية الاستغلال على عقود التبرع؟ وكيف يمكن إجراء المقارنة بين قيمة الأداءات المتبادلة، وهي ضرورية لإظهار عدم التعادل الفادح بينها، في عقود التبرع التي لا يلتزم أحد طرفيها بأي التزام مقابل ما يأخذ؟

إن تطبيق نظرية الاستغلال على عقود التبرع أثار خلافاً فقهيًا، بين من قال بعدم جواز الطعن في عقود التبرع بسبب الاستغلال مبررين اتجاههم بأنه من شروط الطعن بالاستغلال وجود اختلال بين الأداءات المتقابلة، وهو الأمر الذي لا يمكن تصوره في عقود التبرع، نظراً لأن طبيعتها تقتضي عدم وجود التزامات متقابلة، وبين من قال بجواز الطعن في عقود التبرع بسبب الاستغلال بحجة أنه "إذا جاز أن يتحقق الاستغلال فيما يختل فيه التعادل فإن الاستغلال يكون أكثر تحققاً فيما لا تعادل فيه أصلاً"⁸⁸⁰.

⁸⁷⁷ محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 98. علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 206. درماش بن عزوز، التوازن العقدي، المرجع السابق، ص 161.

⁸⁷⁸ محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 98.
⁸⁷⁹ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 206. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 176. خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 67. سمير عبد السيد تناعو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 66. مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 181.

⁸⁸⁰ عبد الحميد بن شنيقي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 32. مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 180.

بالرجوع إلى نص المادة 90 من القانون المدني وبمفهوم المخالفة لهذا النص⁸⁸¹ نجد أن المشرع الجزائري لم يستثني عقود التبرع من نطاق تطبيق نظرية الاستغلال، فهي تفيد ضمنا أن الاستغلال قد يقع في التبرعات من مثل الهبة كما يقع في المعاوضات من مثل البيع، كما يمكن تصوره في التصرفات الصادرة بالإرادة المنفردة من مثل الوصية⁸⁸².

يستفاد تحقق الاستغلال في التبرعات أيضا من نص المادة 90 من القانون المدني "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد..." ومعلوم أن الفائدة أو النفع قد يكون ماديا وقد يكون أدبيا كما أنه من الثابت أنه يجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين بحيث نكون بصدد عقد ملزم للجانبين وفي نفس الوقت عقد تبرع⁸⁸³.

يظهر العنصر المادي في عقود التبرع في التفاوت بين التزامات المتبرع والغاية الأدبية والمعنوية التي يرغب في تحقيقها⁸⁸⁴. ويرى الفقه أنه يمكن للقاضي أن يقدر التفاوت بين التزامات المتبرع والغاية التي يهدف إلى تحقيقها بطريقتين، فأما الأولى فإنه مادام عدم التوازن في عقود التبرع موجودا أصلا لانعدام العوض فهي أولى بتحقيق الاستغلال فيها، ومن ثم فإن العنصر المادي للاستغلال يكون دائما مفترضا في عقود التبرع⁸⁸⁵، وأما الثانية، فيكون التفاوت بين التزامات المغبون والغاية التي يهدف إلى تحقيقها يتمثل في مقدار التبرع الغير المألوف بالنسبة لثروة المتبرع وهي الطريقة الأقرب لنص المادة 90 من القانون المدني⁸⁸⁶.

ذلك الحكم الخاص الذي جاء به المشرع الجزائري وخص به عقود المعاوضة دون عقود التبرع والذي مفاده جواز توقي دعوى الإبطال بعرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن، بمعنى أنه إذا كان العقد تبرعا، ووقع أحد أطرافه في استغلال دفعه إلى هذا التعاقد، فهنا لا يخرج حكم الاستغلال عن حكم عيوب الرضا الأخرى الواردة في شأن صحة الرضا من أن العقد يكون قابلا للإبطال فقط دون إمكانية توقي هذا الإبطال، ويكون المشرع الجزائري بذلك قد وفر حماية أوسع لرضاء المتبرع⁸⁸⁷ هذا ويتفق روح النص القانوني الوارد ضمن المادة 90 من القانون المدني مع الرأي الفقهي القائل بأن "الاستغلال بالرغم من ذلك يقع في التبرعات كما يقع في المعاوضات. بل هو أشد وطأة في الأولى منه في

⁸⁸¹ تنص المادة 3/90 " ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن".

⁸⁸² أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، -مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 120.

⁸⁸³ همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 176. عبد الحميد بن شنييتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 32.

⁸⁸⁴ لحلو خيار غنيمه، محاضرات في مادة الالتزامات: تكورين العقد، المرجع السابق، ص 38.

⁸⁸⁵ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 208.

⁸⁸⁶ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 208. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 177.

⁸⁸⁷ خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات _ دراسة مقارنة _، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2013، ص 115-116.

الثانية. وإذا جاز أن يتحقق الاستغلال فيما يخل فيه التعادل فإن الاستغلال يكون أكثر تحققا فيما لا تعادل فيه أصلا⁸⁸⁸.

وعلى العموم فإنه إذا كانت فكرة الاستغلال تهدف إلى حماية المتعاقد من عقد المعاوضة، الذي يخل فيه التعادل، فهي، من باب أولى، أجدر بالتطبيق لحماية الشخص من إبرام عقد تبرع ينعقد فيه التعادل.

ثانيا: سلطة القاضي في تقدير مدى توافر العنصر النفسي(الذاتي):

العنصر النفسي هو استغلال أحد طرفي العقد للحالة النفسية التي يوجد فيها الطرف الآخر ودفعه إلى التعاقد، رغم ما في العقد المبرم من اختلال فادح في التعادل إن كان عقد معاوضة، أو رغم انعدام المقابل إن العقد تبرعا⁸⁸⁹. فيفترض أن المغبون وجد في حالة من الضعف، لسبب أو لآخر(اختلفت حالات الضعف من قانون لآخر)، أثرت في إرادته وجعلته سهل الخضوع والانقياد، وأما المتعاقد الآخر فقد انتهز وجود هذه الحالة لديه ودفع به إلى التعاقد بشروط لم يكن ليقبلها قط بمحض إرادته إذا لم يوجد في تلك الحالة، أو كان في حالة طبيعية⁸⁹⁰.

بالرجوع لنص المادة 90 من القانون المدني نجد أن المشرع استوجب لقيام العنصر النفسي في الاستغلال، أن يكون من تعاقد مع المغبون، قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا. بمعنى أن هذا العنصر يتكون من شقين، أحدهما يتعلق بالطيش البين والهوى الجامح لدى المتعاقد المغبون، والثاني يتعلق بنية الاستغلال لدى المتعاقد المستغل.

لما كانت حالة الضعف النفسي للمتعاقد المغبون سابقة على فعل المستغل الذي يعلمها ويستفيد منها، وجب علينا أن نبدأ بدراسة حالة الضعف النفسي الذي يوجد فيها المتعاقد المغبون، ثم ننتهي ببيان دور المتعاقد الآخر في الإفادة منها بدفع هذا الأول لإبرام عقد في غير مصلحته.

أ. حصر حالات ضعف المتعاقد المغبون في الطيش البين والهوى الجامح:

حصر المشرع الجزائري في نص المادة 90 من القانون المدني حالات الضعف النفسي، فجاء النص قاصرا على استغلال حالتين فقط هما: "الطيش" ووصفه بالبين، و"الهوى" ووصفه بالجامح⁸⁹¹، مستبعدا بذلك ما ذهب إليه بعض التشريعات المقارنة التي أخذت بحالات الضعف الأخرى التي لا تقل أثرا عن الحالتين السابقتين إن لم تزد عنها من مثل حالة الضيق أو الحاجة، وحالة عدم الخبرة، وفيما يلي سنتعرض لحالات الضعف

⁸⁸⁸ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 364.

⁸⁸⁹ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 196.

⁸⁹⁰ محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 113.

⁸⁹¹ كان نص المادة 90 من القانون المدني باللغة العربية قبل تعديل 2005 ، يشير إلى حالة الطيش والهوى، في حين أن نفس النص باللغة الفرنسية كان يصف الطيش بالبين « légèreté notoire » والهوى بالجامح « Passion effrénée » وهو الأمر الذي تداركه ليصحح الإغفال الذي كان يشوب النص العربي ليصبح مطابقا لنصيره الفرنسي وذلك حال تعديل القانون المدني بموجب الأمر رقم 10/05.

الواردة في القانون المدني الجزائري وبعض الحالات التي أخذت بها معظم التشريعات العربية.

1. الطيش البين:

وردت عدة تعريفات للطيش البين، وفيما يلي نورد بعضها منها محاولة منا للوقوف على تحديد معناه والكشف عن مضمونه.

عرف الطيش البين على أنه "تسرع وعدم تبصر بالعواقب أو خفة لا تعين صاحبها على تقدير الأمور تقديرا سليما"⁸⁹². وقيل أنه "الخفة الزائدة التي تؤدي إلى سوء التقدير، وهو عيب طارئ على الإرادة (أي ليس حالة مستمرة كالسفه والغفلة) يمكن أن يوجد بالنسبة لتصرف دون آخر"⁸⁹³، وعرف كذلك أنه "التسرع الذي يصطحب بإهمال وعدم تبصر دون اهتمام إلا بالنتائج العاجلة التي يأتي بها التصرف"⁸⁹⁴، وقيل أنه "الإقدام على إبرام تصرف حتى دون قصد الحصول على منفعة وذلك في وقت من أوقات التحمس والاستفزاز"⁸⁹⁵، وقيل عنه كذلك أنه "يجمع بين النزق والخفة والتسرع وسوء التقدير"⁸⁹⁶، و أنه " الخفة والتسرع في اتخاذ القرارات وعدم المبالاة بنتائجها"⁸⁹⁷، إلى غير ذلك مما ورد في كتب الفقهاء. وأبرز مثال الطيش البين أن يرث شخص مالا كثيرا ويأخذ في الإنفاق منه بسفه، فيستغل أحد المرابين فيه هذا الطيش ويبيعه شيئا بأضعاف ثمنه، أو يشتري منه شيئا بأقل من ثمنه، أو يقرضه بفائدة ربوية كبرى⁸⁹⁸.

ومن خلال هذه التعريفات يتبين لنا أن الطيش بهذا المعنى لا يقصد به سلوك الفرد المعتاد في الحياة، إذ قد الطيش يكون دائما، بحيث ينشأ عن طبيعة في الشخص تتسم بالانحراف عن جادة الصواب والطبع المندفع الذي لا يعبأ إلا بالنتائج الحالية العارضة ويغفل المضار المستقبلية⁸⁹⁹، وقد يظهر فقط في نواحي معينة وبشكل عارض، فيكفي أن يكون أمرا طارئا يظهر في حياته بالنسبة لأمر أو لآخر من مثل التحمس والاستفزاز واليأس⁹⁰⁰. ويكفي أن يبدو عند إبرام التصرف الذي به غبن، أي لا يشترط أن يكون مستمرا، وهذا ما يميزه عن ما يجري في حالة نقص الأهلية⁹⁰¹. وفي كلتا الحالتين لا يكفي الإسراف والبذخ

⁸⁹² حلو عبد الرحمن أبو حلو، نظرية الاستغلال في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 98.

⁸⁹³ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 118-119.

⁸⁹⁴ توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 287.

⁸⁹⁵ هائل حزام ميهوب العامري، النظرية العامة للاستغلال، المرجع السابق، ص 305.

⁸⁹⁶ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 298. عبد الحميد بن شنييتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 33.

⁸⁹⁷ خليل أحمد حسن قدارة، المرجع السابق، ص 68.

⁸⁹⁸ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 68.

⁸⁹⁹ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 178.

⁹⁰⁰ مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 177.

⁹⁰¹ توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 287. هائل حزام ميهوب العامري، المرجع السابق، ص 307.

لوحدهما للتدليل على الطيش، بل يجب أن يثبت أن المغبون كان وقت التعاقد في حالة طيش
بيّن لا يخفى على الطرف الآخر⁹⁰².

وصف المشرع الطيش في المادة 90 من القانون المدني بأن يكون بينا، أي أنه اشترط
أن يكون واضحا ومشهورا⁹⁰³ بمعنى معروفا لدى الجميع⁹⁰⁴، ظاهرا جليا، يستطيع معه
الطرف الآخر، الذي وقع منه الاستغلال تبينه بسهولة⁹⁰⁵.

وعلى ذلك متى تبين أن المغبون كان طائشا طيشا بينا، وأن المستغل كان ابن بلدته أو
صديق له، أو من أفراد عائلته أو أن الشخص الطائش قد ذاع صيته بحالته هذه وتم التعاقد
معه من أجل الاستفادة من حالة ضعفه عندها يمكن طلب إبطال العقد لسبب الاستغلال. ولا بد
من الإشارة إلى أن حالة الطيش البيّن يختلف أثرها في المعاوزات عنه في التبرعات، حيث
يكون الطيش أشد وطأة في التبرعات⁹⁰⁶.

في حين لا تعتبر حالة الطيش البيّن متوافرة في المتعاقد المغبون إذا أبرم العقد بعد
قيامه بعدة استشارات، فلا يكون له بعد ذلك الحق في الطعن في العقد بسبب الغبن، حتى ولو
لم يأخذ بهذه الاستشارات، لأن المعنى المراد بالطيش في حالة الاستشارات لا يتوافر لسبب
عدم وجود خفة أو تسرع أو اندفاع، ومنه فلا يقبل منه أن يستند إلى طيشه ونزقه لإبطال
التصرف وإن لحقه من ذلك غبن⁹⁰⁷ كما يعتبر العقد صحيحا إذا لم يكن المتعاقد يعلم بحالة
الطيش لدى المتعاقد معه.

الطيش حالة نفسية يمكن أن توجد لدى أي شخص طبيعي دون استثناء، وعلى اعتبار
أن الطيش حالة نفسية فهي لا تلحق بالأشخاص المعنوية، و يلحق الطيش البيّن عادة
بالشباب، وبالأخص عندما يرثون أموالا طائلة، الذين يرغبون في الحصول على نقود بأية
وسيلة لسد حاجتهم إلى البذخ والتبذير، فهؤلاء يغلب عليهم التسرع وعدم إطالة التفكير فيما
يقدمون عليه من تصرفات وعدم المبالاة بما قد يترتب عليها من نتائج وخيمة، وحينئذ يقعون
لقمة سائغة في أيدي المستغلين الذين يجردونهم من أموالهم مستغلين في ذلك طيشهم ونزقهم
الشديد وذلك عن طريق عقود مجحفة بهم فيأخذون في بيع أموالهم بثمن بخس، أو الاقتراض
بشروط باهظة⁹⁰⁸.

⁹⁰² أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، -مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 121.

⁹⁰³ سعيد سعد عبد السلام، مصادر الالتزام المدني، المرجع السابق، ص 133. خليل أحمد حسن ققادة، المرجع
السابق، ص 68.

⁹⁰⁴ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 210.

⁹⁰⁵ محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 116. همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص
177.

⁹⁰⁶ هائل حزام ميهوب العامري، المرجع السابق، ص 308. حلو عبد الرحمن أبو حلو، المرجع السابق، ص
100.

⁹⁰⁷ تواتي محمد، سلطة القاضي في العقد الذي يتضمن حالة الاستغلال (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي
والقانون المدني)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،
الجزائر، سنة 2013، ص 123.

⁹⁰⁸ خليل أحمد حسن ققادة، المرجع السابق، ص 68. محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 116-
117. سمير عبد السيد تناعو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 67.

غير أن هذا لا يمنع من أن يوجد أيضا لدى أشخاص في ربيع أعمارهم، أو حتى لدى الشيوخ⁹⁰⁹، إذ أنه إذا كان الشيوخ يتحلون عادة بالتروي والتبصر بحكم السن والتجربة، فإن التطبيق العملي أثبت أن من هؤلاء من يمكن أن يطلق عليه وصف الإهمال أو عدم المبالاة، ويكون ذلك سببا في ضياع ماله بدون مقابل، ويعتبر الرضا بشروط مجحفة دليلا على ذلك في أغلب الأحوال⁹¹⁰.

وتقدير حالة الطيش البين أمر متروك لسلطة القاضي المطلقة، ويخضع لسلطته التقديرية حيث يستطيع أن يتبين من قيام حالة الطيش من عدمه من الظروف المحيطة بالتعاقد وملايساته⁹¹¹، وعليه أن يدخل في الاعتبار كل ما يمكن أن يوضح له قيام حالة الطيش لدى الطرف المغبون⁹¹².

2. الهوى الجامح:

عرف على أنه "الرغبة الشديدة التي تعمي الشخص عن تثبت ما هو في صالحه سواء انصرفت هذه الرغبة إلى شخص أو إلى شيء من الأشياء"⁹¹³. كما قيل أنه "رغبة شديدة تقوم في نفس الشخص، ولو لم يكن معروفا بالطيش، تجعله يفقد سلامة الحكم على أعمال معينة هي موضوع هذه الرغبة. وموضوع هذه قد يكون شخصا وقد يكون شيئا"⁹¹⁴، وهو "ميل النفس إلى الشيء واشتهاؤها إياه مما يدفع بهذا الشخص إلى التعاقد، فيقع في الغبن نتيجة لذلك، ويجب أن يكون الهوى جامحا بحيث لا يكون في الإمكان مقاومته أو تلافيه فيعيب بالتالي إرادة المغبون دون أن يعدمها، ولكنها في الواقع إرادة مقهورة"⁹¹⁵، وقيل أنه "الرغبة التي تملك على الإنسان زمام نفسه، فيجد نفسه مدفوعا إلى الرضوخ لكل ما يفرضه هذا الهوى، دون أن يستطيع مناقشة أو خيارا" وقيل أنه "الانسياق وراء ما تشتهيه

⁹⁰⁹ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 178.

⁹¹⁰ محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 117.

⁹¹¹ يلاحظ في قضاء الدول التي تأخذ بنظرية الاستغلال من مثل ألمانيا وسويسرا، أنه لا توجد تطبيقات كثيرة لحالة الطيش أو الخفة، وتبحث المحكمة العليا الألمانية (Reichsgericht)، عن دليل الطيش في نفس العقد، وتذهب في حالة ما إذا كان هناك عدم تعادل فادح إلى القول بأن الرضا بشروط مجحفة يعتبر دليلا على الطيش والخفة، دون أن ترى داعيا للبحث عن أدلة أخرى في الظروف المحيطة، توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 289.

⁹¹² هائل حزام ميهوب العامري، المرجع السابق، ص 308. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2012، ص 114.

⁹¹³ حلو عبد الرحمن أبو حلو، المرجع السابق، ص 101. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 298.

⁹¹⁴ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 121. توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 289. عسالي عرعار، نظرية الاستغلال، المرجع السابق، ص 12.

⁹¹⁵ حلو عبد الرحمن أبو حلو، المرجع السابق، ص 101.

النفس وتهواه والانصياع إلى دون ذلك دون التبصر بما ينتهي إليه المصير⁹¹⁶ إلى غير ذلك.

نستنتج من كل ذلك أن الهوى الجامح، كالطيش البين، حالة نفسية يقع فيها المتعاقد المغبون أسيرا لرغبة معينة تسيطر عليه وتدفعه إلى التساهل في التضحية بماله، ومن ثم التعاقد بغبن فاحش. كما لا يشترط في الهوى الجامح، أن يكون حالة مستمرة لدى الشخص، بل يكفي أن تظهر لديه بصدد إبرام عقد واحد يغبن فيه، أي أنه لا يشترط فيه الديمومة والاستمرار⁹¹⁷. وفي الحقيقة غالبا ما يكون الهوى الجامح سلوكا طارئا في خصوص الرغبة التي أخذت بمجامع نفس الطرف المغبون.

لا يكفي لإثارة العنصر النفسي في الاستغلال توفر مجرد المودة والعطف، ذلك أنهما لا يحققان معنى الهوى الجامح، فبمجرد إثارة أب لأحد أبنائه، فوهبه من ماله، لا يكفي لتحقيق الاستغلال وخاصة إذا كان لهذا الإيثار ما يبرره من عناية خاصة ببذله الابن لأبيه من دون سائر إخوته⁹¹⁸. بل يجب أن يكون الهوى جامحا يضغط على إرادة المتعاقد المغبون أي ينبغي ألا يكون في الإمكان مقاومته أو تلافيه، لدرجة أن يكون من المستطاع تبينه من الطرف الآخر فيستغله لتحقيق مصلحته⁹¹⁹، وذلك حماية لاستقرار المعاملات ولحسن النية⁹²⁰، وأن يؤثر على إرادة المغبون فيعيبها دون أن يعدمها كلياً، وتحت تأثير الهوى يتساهل الشخص إزاء تضحية مالية من شأنها أن تلحق الغبن بالعقد الذي يبرمه وذلك في الوقت الذي يترك فيه تحت تأثير هذا الهوى- كل من حوله من أقارب وأصدقاء، ويضحي فيه بمركزه وكل ما هو عزيز لديه في الحياة⁹²¹.

ويمكن اعتبار إرادة المتعاقد المغبون في هذه الحالة إرادة معيبة بنوع من الإكراه، غير أنه يختلف عن ذلك المعروف في عيوب الرضاء لأنه لا يكون صادرا من المتعاقد الآخر أو من شخص يعمل لحسابه، وإنما وقع على المتعاقد من ذات نفسه، وأثر في إرادته، مما يجعله يتسم بأنه إكراه ذاتي⁹²²، وهو الأمر الذي دفع المشرع إلى التدخل وتقرير حماية قانونية لهذه الإرادة الضعيفة باعتبارها إرادة معيبة⁹²³، وهو الأمر الذي يبرر كذلك إلحاق الاستغلال بعيوب الرضاء⁹²⁴.

⁹¹⁶ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 114. عبد الحميد بن شنييتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 33.

⁹¹⁷ هائل حزام ميهوب العامري، المرجع السابق، ص 312.

⁹¹⁸ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 198-199. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 179.

⁹¹⁹ محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 118. علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 210.

⁹²⁰ همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 178.

⁹²¹ توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 290. تواتي محمد، المرجع السابق، ص 122. حلو عبد الرحمن أبو حلو، المرجع السابق، ص 101.

⁹²² توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 290. درماش بن عزوز، التوازن العقدي، المرجع السابق، ص 163.

⁹²³ هائل حزام ميهوب العامري، المرجع السابق، ص 309.

⁹²⁴ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 210.

والمثل التقليدي للهوى الجامح هو مثل الشيخ الذي يتزوج امرأة لا تزال في مقتبل العمر ويتعلق بها تعلقا يسببه القدرة على رفض أي طلب لها خوفا من هجرها، وليس من النادر أن تستغل هذه الزوجة هواه وتجعله يستكتب من العقود لصالحها أو لأولادها ما تشاء، كما قد يحدث ذلك في الحالة العكسية عندما يتزوج شاب من عجوز غنية، فيبتز أموالها مستغلا هواها الجامح تحت ستار عقود يبرمها معها⁹²⁵. ولا يشترط أن يكون المستغل هو نفس الشخص الذي يستفيد من التصرف، فحين تدرك الزوجة الشابة مدى هيام زوجها الكهل بها فتطلب منه، أن يهب أخاها مالا معيناً، فإن كان الأخ يعلم بذلك، فإن العنصر النفسي يتوافر بدفتيه (الهوى الجامح ونية الاستغلال)⁹²⁶.

على أنه يلاحظ أن الهوى الجامح لا يقتصر على الأشخاص، كما أوردنا سابقاً، بل أنه ينصرف أيضاً إلى الأشياء⁹²⁷ إذ قد يقع ضحية لهوى في الحصول على شيء معين من مثل سيارة، أو أن يكون لدى شخص يهوى التحف رغبة جامحة في الحصول على تحفة معينة لدى تاجر يعلم ذلك فيفرض عليه ثمناً مغالياً فيه مستغلاً بذلك هذه الرغبة، أو يكون لدى الشخص رغبة قوية في الحصول على قطعة أرض مجاورة لكي يوسع من حديقته أو منزله ويعلم صاحب الأرض بهذه الرغبة فيستغلها للحصول على ثمن يزيد على قيمتها إلى حد كبير فيقع تحت تأثيره فيتعاقد بغبن وما إلى ذلك من شاكلة هذين الأمثلة.

كذلك من المتصور أن تتولد حالة "الهوى الجامح" من موقف تساهم في إيجادها ظروف من شأنها أن تؤثر على الإرادة، ومن ذلك مثلاً حالة الشخص الذي قد توجد لديه رغبة جامحة في إنقاذ ابنه من مرض خطير، فيستغل الطبيب ذلك ويطلب أتعاباً مبالغاً فيها، وهنا تقترب من استغلال الحاجة أو الضرورة التي غالباً ما تدخلها القوانين الحديثة في الاعتبار عند الكلام عن الاستغلال⁹²⁸.

وقد يقع الاستغلال على الهوى الجامح وحده، كما قد يقع عليه وعلى الطيش البين مجتمعين في نفس الوقت لدى المغبون⁹²⁹.

ومثلما هو الأمر بالنسبة للطيش البين لا يكفي أن يستغل في المغبون ضعفه، بل يجب أن يكون هذا الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد، ويتحقق هذا إذا تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد قد استغل فيه حالة الهوى الجامح⁹³⁰.

منح المشرع لقاضي الموضوع السلطة التقديرية في بحث حالة المتعاقد المغبون وتقدير ما إذا كان تعاقد تحت تأثير الهوى الجامح من عدمه، على نحو ما قلنا بالنسبة للطيش

⁹²⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 366. عسالي عرارة، نظرية الاستغلال، المرجع السابق، 12. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 299.

⁹²⁶ سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص 134. هائل حزام ميهوب العامري، المرجع السابق، ص 310. مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 179.

⁹²⁷ هائل حزام ميهوب العامري، المرجع السابق، ص 311.

⁹²⁸ توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، -نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 134.

⁹²⁹ توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 292.

⁹³⁰ حميد بن شنييتي، نظرية الالتزامات-نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 120. مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 178.

البين، وله سلطة تقديرية واسعة في هذا الشأن. ويتقيد القاضي عند ترتيب الجزاء المتعلق بالاستغلال على مدى توافر حالتي الطيش البين والهوى الجامح دون أن يتعدهما بالاستناد إلى حالة انعدام الخبرة أو حالة الحاجة، وذلك للحد من نطاق نص المادة 90 من القانون المدني، حتى لا يتسع أفق تطبيقه، وحتى لا يترتب على الأخذ به وضع الراشدين تحت الوصاية القضائية ويترتب عن ذلك عدم استقرار المعاملات مثلما ذهب إليه شراح القانون المدني المصري⁹³¹.

الجدير بالإشارة إلى أن مهمة القاضي في تقدير ما إذا كان التعاقد تحت تأثير حالتي الطيش البين والهوى الجامح، مهمة لا تخلوا من الصعوبة، وتبدوا على جانب كبير الدقة، كونه يقع على عاتق القاضي بحث وتحليل عوامل نفسية وشخصية لدى المتعاقد المغبون⁹³² فهي عناصر داخلية يقوم القاضي باكتشافها⁹³³، والتأكد من مدى تأثيرها في دفعه إلى إبرام العقد الذي غبن فيه، ويزداد الأمر صعوبة بسبب وجود هذه الحالة صورة استثنائية في ظرف معين في الغالب الأعم من الأمثلة العملية، ولا تمثل الوضع العادي للمتعاقد الذي وقع تحت تأثيرها، ولعل ذلك هو السبب في عدم وجود تطبيقات قضائية كثيرة لإبطال العقود على أساس الاستغلال⁹³⁴.

ب. عدم كفاية حالتي الضعف النفسي (الطيش البين والهوى الجامح) لحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية:

إن نص المادة 90 من القانون المدني ضيق حالات الطعن في العقد بسبب الاستغلال وقصرها على حالتي الطيش البين والهوى الجامح، وهو ما لا يحقق الهدف الذي تصبوا إليه النظرية، خاصة أن لهما نفس الفكرة، غير أنه هناك من الحالات التي لم يعتمدها المشرع الجزائي وتناولتها التقنيات المدنية الحديثة بالدراسة والتنظيم وذلك على الرغم مما لهاتين الحالتين من أهمية كبيرة وفيما يلي نتعرض لهذه الحالات آمليين أن يضيف المشرع هذه الحالات مستقبلاً إلى نص المادة 90 من القانون المدني وذلك على النحو التالي:

1. استغلال الحاجة:

⁹³¹ عبد الحميد بن شنتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 34.
⁹³² من المنطق كذلك، أنه في الحالة التي يبرم فيها العقد بواسطة الوكيل، فإن الإرادة التي ينظر إليها عند تقدير توافر حالة الاستغلال هي إرادة الوكيل، فيدخل في الاعتبار ما لحق هذه الإرادة من طيش بين أو هوى جامح، فيعيب العقد في هذه الحالة إذا تأكد لدى القاضي أن النائب أبرم العقد وهو تحت تأثير طيش بين أو هوى جامح، استغله الطرف الآخر للحصول على فائدة لا تتناسب مع التزاماته المترتبة على العقد، حتى ولو لم يقع الأصيل في هذه الحالة، وهذا تطبيقاً لنص المادة 73 من القانون المدني "إذا تم العقد بطريق النيابة، كان شخص النائب لا شخص الأصيل محل الاعتبار عند النظر في عيوب الرضاء، أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو افتراض العلم بها حتماً. غير أنه إذا كان النائب وكيلاً ويتصرف وفق لتعليمات معينة صادرة من موكله، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو، أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها".

⁹³³ نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 255.
⁹³⁴ محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 119-120.

قد أخذ القانون اللبناني باصطلاح الضيق بينما أخذ المشرع العراقي بمصطلح الحاجة، وعلى الرغم من اختلاف الاصطلاحين إلا إن المعنى واحد⁹³⁵.

يقصد بها "الحالة التي يضطر فيها الشخص إلى التعاقد، ولو بشروط مجحفة به، تحت ضغط ظروف مادية أو ظروف شخصية، ذلك أنه ليس من اللازم أن يكون الشخص في ضائقة اقتصادية، إذ قد تكون الضائقة مادية، كما قد تكون أدبية"⁹³⁶. ويراد كذلك بالضيق هو "العسر الذي يحمل المرء على التعاقد مع شخص آخر بشروط مجحفة. فمتى اضطر البائع لإجراء العقد المطعون فيه اجتناباً لمطالبات أو ملاحظات قد تنال من كرامته الشخصية أو من سمعته المالية، فإنه يمكن للمحكمة بما لها من حق التقدير وبالنظر لمركزه الاجتماعي وظروفه وحالته الصحية، أنه كان في وقت العقد بحالة الضيق"⁹³⁷.

لا يقصد بالضائقة الاقتصادية قلة الثروة أو انعدامها، فقد توجد الضائقة ولو كان الشخص غنياً، متى كان من شأنها أن تعرض وجوده الاقتصادي للخطر، كما لو كانت ضائقة مؤقتة من شأنها أن تؤدي إلى الحكم بإشهار إفلاسه، فيضطر الشخص إلى التعاقد لتجنب إشهار إفلاسه⁹³⁸.

حالة الضيق أو الحاجة يمكن أن تلحق الشخص الطبيعي والشخص المعنوي على حد سواء، فيمكن أن تثار الحاجة بالنسبة لشركة تجارية إذا وجد هناك خطر الإفلاس، كما تدخل الحاجة في الاعتبار سواء كانت تمس المتعاقد نفسه أو أحد أقاربه⁹³⁹، ولا بد أن ينظر إلى حالة الاحتياج أو الضيق وقت إبرام العقد، وأنه على المتعاقد المغبون أن يقوم بإثبات الحاجة، ولن يكون هذا الأمر يسيراً دائماً⁹⁴⁰.

كما يجب أن تكون الحاجة حقيقية وليست وهمية ظاهرية، أي يجب أن نفرق بين فرضين فرض يبرم فيه المغبون العقد الذي يلحق به الغبن بقصد الحصول على ربح مستقبل، وفرض يبرم فيه العقد بقصد إنقاذ كيانه الاقتصادي المهدد، فيستبعد الفرض الأول من حالة الاستغلال، ويدخل الفرض الثاني ولو كان العقد قد أبرم بقصد القيام بعمليات تجارية، لأن هذا قد يكون من الضرورات الحيوية بالنسبة للمركز الاقتصادي للمغبون، كما لو كان العقد الذي يبرمه هو الوسيلة الوحيدة لتلافي إفلاسه⁹⁴¹.

⁹³⁵ حلو عبد الرحمن أبو حلو، المرجع السابق، ص 104.

⁹³⁶ هائل حزام ميهوب العامري، المرجع السابق، ص 321.

⁹³⁷ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 300.

⁹³⁸ توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، -نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 135. عرارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، المرجع السابق، ص 118. حلو عبد الرحمن أبو حلو، المرجع السابق، ص 106.

⁹³⁹ هائل حزام ميهوب العامري، المرجع السابق، ص 321. عرارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، المرجع السابق، ص 116.

⁹⁴⁰ توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 308.

⁹⁴¹ توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 307.

متى توافرت حالة الاحتياج لدى المتعاقد فإنها تجعل الإرادة معيبة، حيث ينبغي النظر إلى حالة الاحتياج من حيث وجودها المادي وذلك بغض النظر عن مصدرها، أي سواء كان مصدرها خطأ المتعاقد المغبون، أو أن الظروف هي التي تسببت في إيجادها⁹⁴².

ترجع سلطة تقدير كل حالة على حدتها وما إذا كانت ظروف المتعاقد المادية والنفسية قد وصلت إلى حد الضيق المقصود إلى قاضي الموضوع وذلك بناء على الأدلة المقدمة في دعوى الاستغلال أخذاً في الاعتبار كافة الظروف والملابسات التي تحيط بالعقد و المتعاقدين، في ضوء سلطته التقديرية⁹⁴³، فإذا وجد أن هناك فعلاً استغلالاً، حكم بالجزاء المقرر له، أي قرر إبطال العقد، علماً أن الفكرة الأساسية الكامنة وراء الإبطال ليست فقط بأن الرضا مصاب بعيب من العيوب التي نص عليها القانون (القوانين التي أخذت بحالة الضيق من مثل المشرع اللبناني) كسبب لإفساده، بل يقوم أيضاً على فكرة أن وجوب قيام التعامل بين الناس على أسس أخلاقية تضمن الاستقامة وعدم استغلال القوي للضعيف، ذلك أن القانون يتدخل لحماية الضعيف⁹⁴⁴.

2. عدم الخبرة:

الخبرة بالشيء هي الإلمام بمواصفاته كافة وبقيمتها بحيث يكون الإنسان مدركاً لما يتداوله، وبالتالي مقدراً بصورة صحيحة للعملية التبادلية التي يقدم عليها⁹⁴⁵. وعدم الخبرة "هو تخلف المعرفة لدى الشخص في نطاق المعاملات لدرجة لا يستطيع معها أن يدرك حقيقة مدى التزاماته، وتتحقق إذا ما التزم المتعاقد بشروط لم يفهمها أو إذا لم يكن يدرك مداها على وجه تام"⁹⁴⁶ ويراد بعدم الخبرة كذلك "عدم توفر المعلومات اللازمة بالنسبة للعقد الذي تم إبرامه"⁹⁴⁷ ولهذا فإن الإرادة تكون غير مستنيرة وتبعاً لذلك تعتبر معيبة.

تقترب عدم الخبرة من حالة الطيش، ذلك أنه في كلتا الحالتين، لا يدرك المغبون، حقيقة مدى ما يلتزم به، غير أن الفارق بين الحالتين يكمن في أنه في الطيش يكون الإدراك الغير السليم لنتائج العقد نتيجة لإرادة معيبة، بينما في حالة عدم الخبرة فإن ذلك يكون ناتجاً عن معرفة غير تامة بشؤون الحياة⁹⁴⁸. كما أن الطيش يتعلق بصفة الفرد أما عدم الخبرة فتتعلق بعدم إدراكه، إذ أن عديم الخبرة لا يمكنه رؤية النتائج المترتبة على تصرفاته ولا العيب الذي يلحق بالعقد الذي يبرمه، ولو كان الشخص في حالة عادية لما أبرمه⁹⁴⁹.

⁹⁴² عرارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، المرجع السابق، ص 116. هائل حزام ميهوب العامري، المرجع السابق، ص 323.

⁹⁴³ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 303.

⁹⁴⁴ مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، المرجع السابق، ص 428.

⁹⁴⁵ مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، المرجع السابق، ص 429.

⁹⁴⁶ توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 309.

⁹⁴⁷ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 304.

⁹⁴⁸ هائل حزام ميهوب العامري، المرجع السابق، ص 332.

⁹⁴⁹ توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 309.

كذلك فإن عدم الخبرة يمكن أن يكون عاماً، يقع في شؤون الحياة ويكون نتيجة لصغر سن المتعاقد، وقد يكون خاصاً فيقع فيما يتعلق بشؤون المهن، من مثل الجهل بالعادات الاجتماعية أو المحلية أو التجارية، وقد ثار الخلاف حول هذا الموضوع في ألمانيا، حيث قال البعض بأن يتصف بعدم الخبرة ينبغي أن يكون عاماً، في حين قال البعض الآخر بأنه قد يكون خاصاً كذلك، غير أن القضاء الألماني استقر في الأخير إلى القول بأن عدم الخبرة يجب أن تكون حالة خاصة في شخص المتعاقد ولا يشترط أن تكون ملازمة له بصفة مستمرة، ولا بد أن يراعى في تقديرها لمختلف الظروف التي أحاطت بالعقد من وقت إبرامه كما في حالتي الطيش البين والهوى الجامح⁹⁵⁰، وعلى هذا فهي ليست قاصرة على الشباب، فقد توجد أيضاً عند من هم في ربيع حياتهم، بل قد توجد كذلك لدى العلماء فيما يتعلق بشؤون الحياة العامة، ذلك أن درجة الثقافة والمعرفة ليست معياراً كافياً في هذا الصدد⁹⁵¹.

تقدير مسألة عدم الخبرة من الأمور التي تدخل في التقدير المطلق للقاضي، وهذا يتطلب في القاضي أن يكون على درجة كبيرة من الكفاءة والعلم، وإذا كان يتعذر وجود ذلك وإن وجد فهو قليل، لذلك يكفي أن يكون القاضي على درجة كبيرة من الفطنة والذكاء والعلم بالأمور وأن يساعده في ذلك خبراء مختصون⁹⁵². على أنه إذا تعلق الأمر بتاجر كان عليه أن يعلم بعض العادات التجارية أو شخص كان عليه أن يعلم بعض العادات، يتعين على القاضي في هذه الحالات أن يتشدد في مسألة عدم العلم، فمثلاً مدير البنك يجب أن يكون قادراً على تقدير الظروف الخاصة التي تفيد في تقدير النطاق الاقتصادي للعقد (عقد شراء سندات في البورصة مثلاً)⁹⁵³.

ت. نية الاستغلال:

إن مجرد توافر إحدى حالات العنصر النفسي المنصوص عليها في المادة 90 من القانون المدني، وتوافر العنصر المادي لا يكفي لكي تطبق أحكام نظرية الاستغلال، بل يشترط توافر العنصر الثاني من الجانب النفسي وهو نية الاستغلال لدى المتعاقد الآخر.

ينحصر عنصر الاستغلال في الاستفادة من مركز مؤقت غير ملائم وجد فيه الطرف الآخر ودفع به إلى التعاقد، وبذلك بموجب شروط لم يكن ليقبلها لو لم يوجد في مثل هذا المركز⁹⁵⁴، فيجب أن يكون الاستغلال هو الدافع إلى إبرام التصرف، والمعيار المعتمد هو معيار ذاتي مثلما هو الأمر بالنسبة لباقي عيوب الإرادة، إذ أنه كما في عيوب الإرادة

⁹⁵⁰ هائل حزام ميهوب العامري، المرجع السابق، ص 333. عرارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، المرجع السابق، ص 123.

⁹⁵¹ توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 311.

⁹⁵² حلو عبد الرحمن أبو حلو، المرجع السابق، ص 107.

⁹⁵³ هائل حزام ميهوب العامري، المرجع السابق، ص 334. توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 311.

⁹⁵⁴ توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 312.

الأخرى لابد أن تكون هي التي دفعت إلى التعاقد، فكذا يكون الأمر بالنسبة للاستغلال. وقيام المغبون تحت تأثير هذا الاستغلال بإبرام التصرف تكون إرادته معيبة.⁹⁵⁵

نستخلص أنه لتوافر نية الاستغلال لدى المتعاقد لابد من توافر الشروط التالية:

1. أن يعلم المتعاقد الآخر (المستفيد) بحالة المغبون، سواء كانت طيشا أو هوى، ولعل ذلك هو السبب الذي دفع المشرع لاشتراط أن يكون الطيش بينا و أن يكون الهوى جامحا، إذا يكونا حينئذ من الوضوح بما يكفي لعلم الطرف الآخر بهما دون عناء أو بذل كثيرا من الجهد⁹⁵⁶. أما إذا كان المتعاقد جاهلا لحالة الضعف النفسي التي يوجد بها المتعاقد الآخر، فلا ينسب إليه قصد الاستغلال⁹⁵⁷، ذلك أن الاستغلال لا يوجد ولو كان هناك غبن غير مألوف في التعامل متى كان المستفيد حسن النية، كما لم يقصد من وراء تعاقدته إلا إسداء معروف للمتعاقد الآخر (المغبون)، مع جهله بالظروف التي وجد فيها المتعاقد المغبون.
2. أن يقصد هذا المتعاقد استغلال الحالة التي يوجد فيها الطرف المغبون، أي يهدف إلى الاستفادة منها، وذلك بفرض شروط مجحفة على المتعاقد المغبون⁹⁵⁸.

علما أنه لا يشترط لتحقيق حالة الاستغلال أن يتخذ المستغل موقفا إيجابيا، إذا ليس من المحتم أن يصدر عن المستغل فعلا إيجابيا يساهم به في دفع المتعاقد الآخر للتعاقد، وحتى لو تصورنا قيام المتعاقد المستغل بفعل إيجابي في بعض الفروض من مثل رفض المستغل العرض الذي تقدم به الطرف الآخر الذي وجد في ضعف، مما يجعل هذا الأخير يزيد في قيمة ما عرضه حتى يحصل على رضائه⁹⁵⁹، فلن يصل الأمر إلى درجة التدليس أو الإكراه، بل يكفي أن يقبل الحصول على مقابل أعلى بكثير مما يتوقع عادة من العقد الذي يبرمه مع هذا الأخير، مع علمه بحالته والتي كانت هي السبب الذي دفعه إلى التعاقد بشروط باهظة⁹⁶⁰. وبالتالي فمتى كان المستفيد غير عالم بالحالة النفسية للمتعاقد المغبون، أو أنه لم يقصد من وراء التعامل معه الاستفادة من تلك الحالة، وذلك بحصوله على مبالغ مالية تزيد كثيرا على المنافع التي يقدمها، فإن الاستغلال لا يكون متوافرا، ولو كان هناك غبن غير مألوف في التعامل⁹⁶¹.

ثالثا: إثبات عناصر الاستغلال:

⁹⁵⁵ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 308.

⁹⁵⁶ محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 123.

⁹⁵⁷ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - في الالتزامات- الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 418. حلو عبد الرحمن أبو حلو، المرجع السابق، ص 109.

⁹⁵⁸ محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 123. لحلو خيار غنيمه، المرجع السابق، ص 39.

⁹⁵⁹ توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 313.

⁹⁶⁰ محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 123.

⁹⁶¹ محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 123.

يقع عبئ إثبات الاستغلال بعنصريه على المدعى طبقاً للقواعد العامة في الإثبات، فمن يدعي وجود الاستغلال عليه إثبات قيام هذه العناصر⁹⁶²، وهذا ما كرسته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2008/09/17⁹⁶³.

فعلية أولاً أن يثبت العنصر المادي للاستغلال، أي أن يثبت أن التزاماته لا تتعادل البتة مع التزامات المتعاقد الآخر أو مع ما حصل عليه من فائدة بموجب العقد، ثم عليه أن يثبت ثانياً العنصر النفسي للاستغلال بشقيه، فيثبت العنصر النفسي من جهة المدعي الذي يتمثل في الوقائع التي أثرت على رضاه ودفعته إلى قبول العقد، أي أن يثبت طيشه البين أو هواه الجامح، وأن يقيم الدليل كذلك على العنصر النفسي من جهة المستفيد ويتمثل في الاستغلال الذي قام به المتعاقد الآخر (المستفيد).

غالباً ما يكون إثبات العنصر المادي سهلاً، لأنه ينصب على وقائع مادية، بل أن هذا العنصر هو الذي يستلقت النظر إلى الظروف غير العادية التي تم فيها العقد، فجسامة الغبن من شأنها أن تؤثر على اقتناع القاضي بسهولة وتجعله لا يتشدد كثيراً فيما يتعلق بإثبات الجانب النفسي⁹⁶⁴، غير أن هذا لا يعني أن العنصر النفسي هو عنصر مرتبط بالعنصر المادي أو مستخلص منه أو أنه عنصر مفترض، بل هو عنصر مستقل عن العنصر المادي يتعين على المغبون إثباته⁹⁶⁵، بينما ينطوي إثبات العنصر النفسي على كثير من الصعوبة، لكونه ينصب على إثبات الحالة النفسية التي يكون فيها المتعاقد المغبون من جهة وإثبات نية الاستغلال لدى المتعاقد المستفيد من جهة ثانية.

يتم إثبات هذه العناصر بجميع طرق الإثبات، كشهادة الشهود وشهرة طيش المغبون، أو هواه الجامح، وتلعب القرائن دوراً هاماً في هذا المجال، فعلم المتعاقد (المستفيد) بحالة المغبون يقوم قرينة على نية استغلاله، وعدم التعادل الفادح في الأداءات الناتجة عن العقد يعد قرينة على أن ذلك قد تم نتيجة حالة الضعف⁹⁶⁶.

على أن تقدير العناصر المكونة للاستغلال خاضع للسلطة قاضي الموضوع، فهو ينظر إلى ظروف المتعاقدين والظروف الأخرى التي أحاطت بالعقد، على ضوء الأدلة التي يقدمها الخصوم، ليخلص إلى ما إذا كان هناك تعادل أم لا، ثم عليه بعدها أن يبحث حالة الضعف لدى المتعاقد المغبون، ليرى ما إذا كان قد تصرف بكامل حريته وعن بصيرة كافية أم لا، وبالتالي من مدى توافر حالة الطيش البين أو الهوى الجامح، ثم أخيراً عليه أن يتبين ما إذا كان هناك استغلال من جانب الطرف المستفيد وكان دافعاً للتعاقد من عدم ذلك، وهي

⁹⁶² توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 211. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 68.

⁹⁶³ ذهبت المحكمة العليا إلى أنه "يشترط القانون المدني لإبطال العقد على أساس الاستغلال، إثبات العنصرين المادي والمعنوي". قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 2008/09/17 تحت رقم: 427599 منشور بمجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2009، ص 123، مرفق بالملاحق: ملحق رقم: 11.

⁹⁶⁴ توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 212.

⁹⁶⁵ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 369.

⁹⁶⁶ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 180.

من مسائل الواقع لا من مسائل القانون، وبالتالي فلا يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا، غير أن المحكمة العليا تبسط رقابتها على التكييف القانوني لوقائع الاستغلال⁹⁶⁷ فلها أن تتبين ما إذا كانت الوقائع التي ثبتت أمام قاضي الموضوع تستجيب للشروط التي يتطلبها القانون ومدى توافر كل الشروط التي يتطلبها القانون للقول بوجود عيب الاستغلال من عدمها⁹⁶⁸.

فإذا لم يجد القاضي أن الطرف الآخر قد استغل طيش المغبون البين أو هواه الجامح، رفض دعوى الاستغلال.

المطلب الثاني: مدى سلطة القاضي في أعمال الجزاء المترتب على قيام حالة الاستغلال:

حددت المادة 90 من القانون المدني الجزاء المترتب على توافر حالة الاستغلال وفي هذا يختلف الاستغلال عن عيوب الإرادة الأخرى التي تسمح بالطعن في العقد بالإبطال فقط دون أن يملك القاضي إبقاء العقد مع إعادة التوازن إليه ودون أن يمنح الطرف الآخر حق توقي الإبطال، حيث مكن المتعاقد المغبون من طلب إبطال العقد، أو الإنقاص من التزاماته، كما مكن المتعاقد الآخر من توقي دعوى الإبطال، وفيما يلي نتعرض لهذه الجزاءات.

الفرع الأول: دعوى الإبطال:

قد يختار المتعاقد المغبون رفع دعوى الإبطال، يقتصر الحق في رفع دعوى الإبطال على المتعاقد الذي قرر لمصلحته وهو وقع عليه الاستغلال دون غيره⁹⁶⁹، فلا يجوز للمتعاقد الآخر أن يتمسك بالإبطال، كما لا يمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه، بل لابد أن يتمسك به صاحب المصلحة فيه. وإذا توفي هذا المتعاقد قبل مباشرة حقه في طلب الإبطال انتقل هذا الحق إلى ورثته⁹⁷⁰.

وفي الحالة التي يختار فيها المتعاقد المغبون دعوى الإبطال، فهل يكون القاضي ملزماً بإجابة طلبه؟ خرج المشرع عن المبادئ العامة التي تحكم دعوى الإبطال، فأجاز للقاضي الاختيار بين الآثار القانونية التي تضمنتها المادة 90 من القانون المدني وفقاً لما هو ملائم لواقع النزاع إذ هو غير ملزم بالقضاء بالإبطال⁹⁷¹، فله أن يستجيب إلى الطلب الرامي إلى الإبطال، فيقضي بإبطال العقد متى تبين له أن الاستغلال قد عاب رضاء المتعاقد المغبون إلى حد أن أفسد هذا الرضاء، وثبت لديه أن المتعاقد لم يكن ليبرم العقد أصلاً لولا هذا

⁹⁶⁷ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 368.

⁹⁶⁸ محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 125.

⁹⁶⁹ تنص المادة 99 من القانون المدني " إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق."

⁹⁷⁰ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 178.

⁹⁷¹ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 180.

الاستغلال⁹⁷²، فيكون بالإبطال هنا يشبه الإبطال المترتب على باقي عيوب الإرادة (الغلط، الإكراه، والتدليس)⁹⁷³، أما إذا رأى القاضي أن الاستغلال لم يفسد الرضاء إلى الحد الذي يبرر الإبطال، وأن المتعاقد المغبون كان سيبرم العقد ولو لم يوجد في حالة استغلال وإنما اقتصر الاستغلال على مجرد قبول المتعاقد المغبون للالتزامات باهظة لم يكن ليقبلها في الظروف العادية، فللقاضي أن يرفض طلب الإبطال سواء كان معاوضة أو تبرعا حتى ولو توافرت عناصر الاستغلال، فيحكم بإنقاص الالتزامات الباهظة بما يرفع الغبن عن المعاملة تغليبا لاستقرار المعاملات، بدلا من الإبطال⁹⁷⁴. أو قد يرى كما سبق البيان أنه من غير الممكن أو من غير الملائم تعديل العقد فيحكم بإبطاله، فالخيار بين الجزائين متروك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، يسترشد فيه بملاسات القضية وظروفها، وبالتالي فهي مسألة واقع لا رقابة عليه فيها من المحكمة العليا⁹⁷⁵ مادام التسبيب وافيا.

وهو في كل ذلك يتقيد بمبدأ الطلب القضائي الذي يعتبر الإطار العام لسلطته التقديرية، ذلك أن اختياره بين إبطال العقد وإنقاص الالتزامات يبنى على أساس أن طلب الإبطال يتضمن في جذوره طلب الإنقاص لأن المدعي إذ يطلب إبطال العقد نظرا لاختلال الالتزامات فإن هذا البطالان لا يكون له محل إذا اقتصر القاضي على تعديل الالتزامات بحيث تكون متوازنة أو متقاربة مع بقاء العقد قائما⁹⁷⁶، فالإبقاء على العقد خير من هدمه.

إذا استجاب القاضي لطلب الإبطال، فإن دعوى الإبطال بسبب الاستغلال تخضع أصلا لنفس القواعد التي تحكم إبطال العقود بصفة عامة، غير أنها تتميز عن سائر دعاوى الإبطال في أمرين، وهما أجل رفع دعوى الإبطال، وإمكانية توقي الإبطال، وسن فصل في ذلك فيما يلي:

تنص المادة 1/103 من القانون المدني " يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل" فإذا استجاب القاضي لطلب الإبطال، تقرر إبطال العقد، اعتبر العقد كأن لم يكن. فيصبح هذا التصرف غير قادر على أن يترتب أي أثر قانوني مستقبلا، بل أن أثر البطالان على يقتصر على المستقبل فحسب، وإنما ينصرف إلى الماضي، إذ يسري بأثر رجعي، حيث يعود

⁹⁷² عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 372. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 310. أحمد السعيد الزقرد، الوجيز في نظرية الالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المكتبة العصرية، المنصورة، مصر، 2005، ص 163.

⁹⁷³ محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 130.

⁹⁷⁴ هائل حزام ميهوب العامري، المرجع السابق، ص 387. حلو عبد الرحمن أبو حلو، المرجع السابق، ص 136. همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 181.

⁹⁷⁵ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، -مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 122. درماش بن عزوز، التوازن العقدي، المرجع السابق، ص 165. العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، المرجع السابق، ص 132.

⁹⁷⁶ نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 257-258. محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 120. عبد الحميد بن شنييتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 39.

المتعاقدان إلى الوضع الذي كانا عليه قبل التعاقد ولا حاجة لإثارة مسألة الاسترداد إذ المفروض أن أي من الطرفين لكم يقدم شيئاً للآخر⁹⁷⁷.

وعليه فإذا كان العقد الذي تقرر إبطاله لم ينفذ بعد من أي من المتعاقدين، اعتبر الوضع الطبيعي السابق على التعاقد قائماً بينهما، فلا يلزم أي من المتعاقدين على تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد الذي قضى ببطلانه، أي لا يمكن اعتبار أي منهما دائن ولا مدين⁹⁷⁸.

أما إذا كان العقد قد تم تنفيذه قبل تقرير البطلان، سواء كان هذا التنفيذ كلياً أو جزئياً، فيجب رد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فيكون لكل من الطرفين الحق في استرداد ما أداه بموجب العقد الذي تقرر بطلانه، حتى تزول كل آثار هذا العقد،⁹⁷⁹ فإذا كان العقد بيعاً تعين على البائع أن يرد الثمن الذي قبضه إلى المشتري، وتعين على المشتري أن يرد المبيع الذي تسلمه إلى البائع مع الثمار من وقت رفع الدعوى إذا كان حسن النية⁹⁸⁰، ورد البائع الثمن الذي قبضه مع الفوائد من وقت رفع الدعوى⁹⁸¹، أما إذا كان سعي النية فإنه يلتزم برد الفوائد والأرباح التي جناها، أو قصر في جنبها، من الشيء الذي تسلمه بغير حق، وذلك من الوقت الذي أصبح فيه سعي النية⁹⁸²، مع إمكانية المطالبة بالتعويض على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية⁹⁸³.

الأصل في الرد أن يكون عيناً فإذا كان من المستحيل إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد، بسبب هلاك محل العين في يد المشتري، ومن غير الممكن رده إلى صاحبه، فإنه يجوز الحكم بتعويض يعادل قيمة ذلك الشيء، مع مراعاة الخطأ الذي ارتكبه الطرف الذي هلك الشيء في يده⁹⁸⁴. أو تعذر ذلك بسبب طبيعة المعاملة كما في حالة العقود الزمنية، كعقد الإيجار الذي يستحيل فيه من الناحية المادية إزالة بعض آثاره حيث يستحيل إزالة الانتفاع الذي تم من جانب المستأجر، فيلزم هذا الأخير بتعويض المؤجر (تعويض معادل)، وهذا التعويض ليس أجرة، إذ العقد يفترض أنه باطل فلا ينتج أثراً، ولكنه تعويض مصدره الإثراء على حساب الغير بدون سبب، والأمر كذلك بالنسبة لعقد العمل وعقد الوكالة، فإذا قام العامل أو الوكيل بتنفيذ عمله، لا يمكنه استرداد المجهود الذي بذله بتنفيذه

⁹⁷⁷ حبار محمد، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، جامعة الجزائر، 1985، ص 339.
⁹⁷⁸ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، -مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 179. حلو عبد الرحمن أبو حلو، المرجع السابق، ص 138.

⁹⁷⁹ (A)Slaim, La nullité des actes juridique en droit positif algérien (essai d'une théorie juridique et critique), thèse de doctorat d'état, renes, France, 1984, p 60.

⁹⁸⁰ تنص المادة 1/837 من القانون المدني " يكتسب الحائز ما يقبضه من الثمار مادام حسن النية".
⁹⁸¹ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، -مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 179 _ 180.
محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 130. هائل حزام ميهوب العامري، المرجع السابق، ص 390.
⁹⁸² تنص المادة 838 من القانون المدني " يكون الحائز سعي النية مسؤولاً عن جميع الثمار التي قبضها أو قصر في قبضها من الوقت الذي أصبح فيه سعي النية. غير أنه يجوز له أن يسترد ما أنفقه في إنتاجها".
⁹⁸³ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، -مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 180. حبار محمد، المرجع السابق، ص 341.
⁹⁸⁴ محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 131.

للعقد الذي تم إبطاله، ومن ثم وجب تعويضه بتعويض معادل⁹⁸⁵. والتعويض المعادل لا يكون إلا إذا كان الرد مستحيلا، فإن كان ممكنا فلا يجوز العدول عنه إلى غيره⁹⁸⁶.

الفرع الثاني: توقي الإبطال:

منح المشرع للمتعاقد المغبون الحق في طلب إبطال العقد بسبب الاستغلال، ومنح في المقابل ذلك للمتعاقد المستغل الحق في توقي هذا الإبطال متى كان العقد معاوضة حيث تنص المادة 3/90 من القانون المدني "ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كفيلا لرفع الغبن".

تتميز دعوى إبطال العقد بسبب الاستغلال عن باقي دعاوى الإبطال، في أن للمستغل الحق في توقي دعوى إبطال عقد المعاوضة، إذا عرض ما يراه القاضي كفيلا لرفع الغبن عن العقد.

أراد المشرع أن بهذا الحكم أن يتفادى ما قد يترتب على تطبيق نظرية الاستغلال من نتائج خطيرة تمس استقرار المعاملات، فأتجه إلى تضيق نطاق إبطال العقود التي تتوافر فيها عناصر الاستغلال و استجابة لمبدأ التمسك بالإبطال بما لا يتعارض مع مقتضيات حسن النية.

للمستغل وحده الحق في الاختيار بين تحمل آثار دعوى الإبطال وبين توقيها بعرض ما يراه القاضي كفيلا لرفع الغبن عن العقد وعيه فإنه لا يجوز للقاضي زيادة التزام المدعى عليه ما لم يعرض هذا الأخير رغبته في ذلك⁹⁸⁷ طبقا للمبدأ " لا يحكم القاضي المدني بما لم يطلب منه"، وليس له أن يجبره على قبول هذه الزيادة، فقد لا تتفق هذه الزيادة ومصلحة المستغل، وقد يفضل العدول عن التصرف كله بدلا من الإبقاء عليه بعد تلك الزيادة⁹⁸⁸.

فإذا اختار المستغل زيادة التزاماته فإن القاضي يلتزم حينئذ بقبول العرض من حيث المبدأ، فلا يقضي بإبطال العقد أو إنقاص التزامات المتعاقد المغبون، غير أن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة فيما يخص مقدار الزيادة في الالتزامات التي من شأنها أن ترفع الغبن⁹⁸⁹، فهو الذي يحدد مقدار ما يلتزم به المستغل من الزيادة لرفع الغبن، مسترشدا في

⁹⁸⁵ توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 337. علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 345. محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 131.

⁹⁸⁶ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، -مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 180. حبار محمد، المرجع السابق، ص 342.

⁹⁸⁷ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 69. سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص 135.

⁹⁸⁸ توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 343. درماش بن عزوز، التوازن العقدي، المرجع السابق، ص 167.

⁹⁸⁹ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 215. سمير عبد السيد تناعو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 68. خليل أحمد حسن ققادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 69.

ذلك بملاسات كل قضية وظروفها⁹⁹⁰. وهي مسألة وقائع لا تمارس للمحكمة العليا الرقابة عليها مادام التسبب وافيا.

وعليه إذا كان العقد معاوضة من مثل البيع، وطلب البائع المغبون إبطاله بسبب الاستغلال، جاز للمشتري أن يعرض زيادة في الثمن ترفع الغبن عن البائع، فإذا رأى القاضي أن الزيادة التي عرضها المشتري تكفي لرفع الغبن، اكتفى بها وامتنع عن إبطال العقد⁹⁹¹. ويكفي أن يكون ما يعرضه المتعاقد المستغل كافيا لرفع الغبن (التفاوت الفادح) عن العقد فلا يشترط إذن أن تكون هذه الزيادة بحيث تجعل الثمن معادلا لقيمة الشيء تعادلا حسابيا⁹⁹².

بمفهوم المخالفة لنص المادة 3/90 من القانون المدني فإن توقي دعوى الإبطال لا ينطبق على عقود التبرع، لأن من تلقى التبرع لم يدفع أي مقابل تصح زيادته لرفع الغبن⁹⁹³.

لما كانت آثار الإبطال لا تقتصر على المتعاقدين، بل تمتد لتشمل الغير الذي اكتسب على الشيء محل العقد المطعون فيه بالإبطال، فإن السؤال يثور بشأن مدى ما للغير من حق في تفادي إبطال عقد سلفه عن طريق دفع ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن؟ أي هل يجوز له ذلك على غرار المستغل أم لا؟ أعطى المشرع حق توقي الإبطال بالنسبة للمستغل بموجب نص المادة 3/90 من القانون المدني، إلا أنه سكت فيما يخص هذه المسألة بالنسبة للغير الذي يكتسب حقا على محل العقد.

وقد أثبتت هذه المسألة في فرنسا بالنسبة للغير الذين يكتسبون من المشتري حقا عينيا على العقار المبيع (محل العقد القابل للإبطال)، فقد أعطاهم القانون أيضا الحق في تكملة الثمن الكافي لرفع الغبن حيث قضت الفقرة الثانية من المادة 1681 من القانون المدني "للحائز من الغير نفس الحق" بعدما نصت الفقرة الأولى من ذات المادة على إعطاء المشتري، في حالة قبول دعوى البطلان بسبب الغبن، الحق في أن يختار بين رد المبيع، أو دفع تكملة الثمن تجعل الثمن عادلا⁹⁹⁴.

وعلى ذلك فإننا نرى أنه مادام الغير به مصلحة في بقاء العقد دون إبطال حتى يستقر حقه على الشيء محل هذا العقد، فبالتالي لا مانع من منحه الصفة لتوقي الإبطال، خاصة أنه لو أجاز له توقي الإبطال بدفع ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن عن العقد، لترتب على ذلك

⁹⁹⁰ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 310.
⁹⁹¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 372. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 181.

⁹⁹² نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 258. توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 343. علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 215.

⁹⁹³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 372. محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 121.

⁹⁹⁴ توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 338. حلو عبد الرحمن أبو حلو، المرجع السابق، ص 139.

الاستقرار في نطاق المعاملات تماشياً مع روح التشريع⁹⁹⁵ ويكون ذلك بإدخاله أو تدخله في النزاع.

وما يلاحظ على نص المادة 90 من القانون المدني كذلك أنه لم يحدد إلى متى يكون للمستغل الحق في توقي دعوى الإبطال؟ و بعبارة أخرى متى ينقضي حق المستغل في توقي دعوى الإبطال؟

مما لا جدال فيه أن حق المستغل في توقي الإبطال عن طريق ما عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن، يستمر قائماً من تاريخ رفع الدعوى وإلى غاية إدخالها في المداولة، وذلك في شكل طلب مقابل لطلب المدعي الرامي إلى الإبطال. وفي هذه الحالة إذا رأى القاضي أن ما عرضه المستغل يكفي لإزالة التفاوت الفادح بين التزامات المتعاقدين، كان له أن يعدل عن إبطال العقد، ويقضي بتعديله للعقد بإضافة الالتزامات الجديدة له تحقيقاً للتوازن العقدي وتكريساً لمبدأ استقرار المعاملات.

لكن هل يبقى للمستغل الحق في هذا العرض حتى بعد صدور الحكم القاضي بإبطال العقد؟ في رأينا أنه مادام الحكم لم يصبح نهائياً فإنه يمكن للمستغل توقي دعوى الإبطال، ذلك أن المشرع عندما أجاز للمستغل هذا الخيار إنما كان يهدف إلى الإبقاء على العقود بدلاً من هدمها بما يحقق ضمان استقرار المعاملات. كما أنه من غير المعقول أن ينتظر من المدعي عليه المستغل أن يعرض ما يرفع الغبن عن العقد في هذه المرحلة (قبل صدور حكم بالإبطال) فقد يفهم من عرضه هذا أنه إقرار من المدعي عليه باستغلاله للمتعاقد المغبون الأمر الذي يساعد هذا الأخير في إثبات عنصري الاستغلال، ي حين المدعي عليه أنه يحاول الدفاع عن حقه بدفع دعوى الإبطال ويأمل رفض دعوى الاستغلال بالنتيجة لعدم التأسيس، ثم أنه لا يكون متحققاً من اتجاه القاضي إلى قبول دعوى الاستغلال خاصة أمام صعوبة إثبات عناصر الاستغلال، وبالتالي فلن يرضخ لتقديم ما يرفع الغبن عن العقد إلا إذا بدا له أن المحكمة قد اقتنعت بتوافر شروط الاستغلال وقضت بالإبطال. ومع ذلك فلا بد أن لا يبقى هذا الحق طليقاً غير مقيد يستخدمه المتعاقد المستغل متى يشاء مما يسبب ضرراً أكبر للمتعاقد المغبون، وفي رأينا أنه ينقضي حق المستغل في توقي الإبطال بمجرد صيرورة الحكم القاضي بالإبطال نهائياً، وبذلك يعتبر المتعاقد المستغل متنازلاً ضمناً عن حقه في طلب الإبطال إذا لم يمارسه بعد أن أصبح الحكم نهائياً بأن استوفى أو استنفذ طرق الطعن العادية. لأنه بمجرد أن يصبح الحكم بالإبطال نهائياً فإنه يقوم مقام العقد. وحذا لو يتدخل المشرع ليحدد أجلاً ينقضي معه الحق في الإبطال ليكون حكمه الفاصل بين كل اختلاف للرأي في هذا الشأن.

الفرع الثالث: دعوى الإنقاص:

⁹⁹⁵ توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 339. درماش بن عزوز، التوازن العقدي، المرجع السابق، ص 168.

بالنظر إلى أن أثر الاستغلال على العقد يتمثل في مجرد الإخلال بالتعادل المفروض بين ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه، فقد جعل المشرع الحق للمتعاقد المغبون بدلا من أن يطلب إبطال العقد، أن يطلب من بادي الأمر إنقاص التزاماته. كما قد يرفع دعوى الإبطال، لكن القاضي يرى الاقتصار على إنقاص التزاماته، وفي الحالتين يقضي بإنقاص التزامات الطرف المغبون إلى الحد الذي يزول معه الغبن.

وفي الحالة التي يطلب فيها المتعاقد المغبون إنقاص التزاماته، كطلب أصلي، يتعين على القاضي أن يتقيد بموضوع الطلب القضائي، فلا يجوز له أن يحكم بإبطال العقد بدلا من إنقاص التزامات المتعاقد المغبون، وإلا فيعتبر قد قضى بأكثر مما طلب منه⁹⁹⁶ فالإبطال أكبر من الإنقاص، ويعرض حكمه بذلك للنقض والإبطال، فضلا عن أن قابلية العقد للإبطال لا يثيرها القاضي من تلقاء نفسه بل يتعين أن يطلبها الخصم الذي قررت لمصلحته. ثم المتعاقد المغبون يكون قد قدر مصلحته واختار دعوى الإنقاص، فلا وجه لأن يذهب القاضي إلى أبعد من ذلك⁹⁹⁷.

ويقضي القاضي بإنقاص الالتزامات إلى الحد الذي يقضي على التفاوت الكثير في النسبة بمصطلح القانون المدني، إذ لا يلزم أن ينقص القاضي الالتزامات إلى الحد الذي يجعلها معادلة تماما لما يقابلها وإنما يكفي أن ينقصها إلى الحد الذي يجعلها غير متفاوتة كثيرا في النسب، أي بذلك القدر الذي يراه كافيا لرفع الغبن وجعل عدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة غير مفرط، وهي مسألة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، آخذا في اعتباره ظروف كل قضية، وهي مسألة واقع لا رقابة للمحكمة العليا عليها⁹⁹⁸. ففي البيع مثلا إذا كان المتعاقد المغبون هو المشتري وطلب إنقاص التزاماته، وجب على القاضي إجابته إلى طلبه بإنقاص الثمن إلى الحد الذي يرفع به التفاوت الكثير في النسبة.

إنقاص الالتزامات إلى الحد الذي يراه القاضي ملائما جائز سواء كان العقد من عقود المعاوضة أو من عقود التبرع⁹⁹⁹. وينق القاضي التبرع إلى الحد الذي ينتفي معه أثر الاستغلال¹⁰⁰⁰ أو الذي يراه ملائما.

لا يجوز للطرف المغبون أن يطلب زيادة التزامات الطرف المستغل، وإلا رفض طلبه لعدم التأسيس القانوني¹⁰⁰¹، وكذلك لا يجوز للقاضي، بدل أن ينقص من التزامات المغبون، أن يرفع من التزامات الطرف المستغل¹⁰⁰²، كأن يرفع الثمن مثلا، ذلك أن النص لم يذكر سوى إنقاص التزامات الطرف المغبون، ولكن يجوز للمدعى عليه أن يعرض زيادة التزامه

⁹⁹⁶ نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 258. عبد الحميد بن شنييتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 37. مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 182.

⁹⁹⁷ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 310.

⁹⁹⁸ حلو عبد الرحمن أبو حلو، المرجع السابق، ص 139.

⁹⁹⁹ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 122.

¹⁰⁰⁰ عبد الرزاق أحمد السنيهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 373.

¹⁰⁰¹ عبد الحميد بن شنييتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 38.

¹⁰⁰² علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 216.

بدلاً من إنقاص التزام الطرف الآخر¹⁰⁰³. ذلك أن الإنقاص إن كان يرفع الغبن عن المتعاقد المغبون، فإن الزيادة قد تؤدي المتعاقد المستغل على نحو يفضل معه التحلل من العقد كما سبق لنا بيان ذلك. وفي المقابل لذلك فإن القاضي يبقى مقيداً بطلب الإنقاص إذا تقدم به الطرف المغبون حتى ولو كان الطرف الآخر فضل إبطال العقد على إنقاصه، ذلك أنه لا يستطيع أن يطلب إبطال عقد استغل هو فيه الطرف المغبون¹⁰⁰⁴، كما أن الإبطال لم يقرر لمصلحته فلا يجوز له التمسك به.

إن دعوى الإنقاص هي المفضلة لدى القضاء سواء بالنسبة لمن وقع ضحية للاستغلال، أو بالنسبة للغير أو بالنسبة للمصلحة العامة¹⁰⁰⁵ حيث قد يكون الإنقاص أنفع للمدعي (المتعاقد المغبون) في الحالة التي تكون فيها مصلحته في الإبقاء على العقد بشروط جديدة أقل إجحافاً من الشروط الأولى في حين يكون الإبطال ضاراً به إذ قد يحرمه من المنفعة التي كان يحصل عليها من وراء العقد¹⁰⁰⁶. وأما عن مصلحة الغير فإنها تجد حماية أكثر في ظل الإنقاص منها في ظل الإبطال، والأمر كذلك بالنسبة للمصلحة العامة أن الإنقاص لا يتعارض مع استقرار المعاملات بل على العكس من ذلك فهو يستجيب له، ففيه يبقى العقد قائماً بين طرفيه ولكن في الحدود التي لا يقع فيها غبن على أحدهما بخلاف الإبطال الذي يثير الاضطراب في مجال المعاملات وهو الأمر الذي دفع كثير من الفقه إلى القول بأنه في نظام الإنقاص "يقام العدل مع أقل اضطراب ممكن"¹⁰⁰⁷.

تعديل العقد يرد في هذه الحالة على عقد قابل للإبطال، وقد يختار المدعي الإنقاص من التزاماته وهو بذلك يكون قد تنازل ضمناً عن دعوى الإبطال (أجاز العقد)، وقد يلجأ إلى هذا الاختيار القاضي، وهو ما يعني في الواقع أن القاضي قد أجاز العقد القابل للإبطال ثم قام بتعديله بعد ذلك¹⁰⁰⁸.

الفرع الرابع: أجال رفع دعوى الاستغلال:

تنص المادة 90/2 من القانون المدني "ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة".

يتعين أن ترفع الدعوى القضائية الرامية إلى الطعن في العقد بسبب الاستغلال سواء أسست على طلب إبطال العقد المشوب بعيب الاستغلال أو إنقاص التزامات المتعاقد المغبون، خلال أجل سنة، يبدأ حسابها من تاريخ إبرام العقد، وليس من تاريخ اكتشاف عيب الاستغلال، أي سواء بصر بالعيب أو لم يبصر، وإلا كانت غير مقبولة.

¹⁰⁰³ سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص 135.

¹⁰⁰⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 373.

¹⁰⁰⁵ حلو عبد الرحمن أبو حلو، المرجع السابق، ص 139.

¹⁰⁰⁶ توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 339_340.

¹⁰⁰⁷ محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 137.

¹⁰⁰⁸ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 68.

لا ينطبق ميعاد السنة على الدعوى فقط بل ينطبق أيضا بالنسبة للبطلان الذي يثار في صورة دفع (الدفع بالبطلان)، ويمكن تصور ذلك، في الحالة التي لا يرفع في المتعاقد المغبون دعوى الاستغلال، وفي المقابل لم ينفذ التزاماته، خلال السنة الثانية لتمام إبرام العقد، فإذا ما طالبه الطرف الآخر بالتنفيذ فلا يمكن للمتعاقد المغبون في هذه الحالة أن يدفع بالاستغلال¹⁰⁰⁹.

تعتبر هذه السنة ميعاد سقوط (déchéance) لا مدة تقادم (prescription)، وبالتالي فهي لا تقبل الوقف أو الانقطاع كمدد التقادم¹⁰¹⁰، وبانتهاء مدة السنة تصبح دعوى الاستغلال غير مقبولة، وبذلك فهي تختلف عن دعاوى الغلط والتدليس والإكراه حيث تتقادم هذه الدعوى إذا لم يتمسك بها صاحبها بمضي 05 سنوات من اليوم الذي يكتشف فيه الغلط والتدليس، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، على أن لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر سنوات كاملة من وقت تمام العقد¹⁰¹¹ وهي مدة تقبل الوقف الانقطاع إذ هي مدة تقادم.

وقف جانب من الفقه في صف المشرع مبررا مذهبه هذا في أن العلة من جعل مدة الاستغلال أقل بالنسبة لباقي عيوب الإرادة الأخرى واعتبارها ميعاد سقوط لا يطرأ عليها الوقف أو الانقطاع، هي السرعة في حسم المنازعات التي يشوبها الاستغلال، تدعيما لمبدأي الائتمان واستقرار المعاملات، تحقيقا للمصلحة العامة حتى لا يبقى مصير العقد معلقا لفترة طويلة من الزمن بشأن عيب يكون إثباته أمرا صعبا¹⁰¹² في حين أن الطعن في العقد بسبب عيوب الرضاء الأخرى (الغلط والإكراه والتدليس) أمر ميسور نسبيا تبين وجه الحق فيه ولو طال الزمن إلى ما بعد السنة، بخلاف الاستغلال الذي يزداد إثبات عنصره المادي والمعنوي صعوبة بمضي الزمن¹⁰¹³.

في حين انتقد جانب من الفقه اتجاه المشرع الجزائري إلى تقليص مدة الطعن بسبب الاستغلال وتحديد بسنة، معتبرين أن هذا التحديد غير منطقي يجعل أحكام المادة 90 من القانون المدني صعبة التطبيق لأنه يضعف في كثير من الأحيان الحماية التي أراد القانون تأمينها للمتعاقد الذي وقع ضحية الاستغلال (أبرم العقد ورضائه غير سليم) فكثيرا ما تبقى نقاط الضعف بعد انقضاء السنة من تاريخ إبرام العقد قائمة، خاصة إذا تعلق الأمر بعقد أبرم تحت تأثير الطيش البين وهو حالة نفسية راسخة في الإنسان، والتي لا تزول في ظرف سنة

¹⁰⁰⁹ توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 358.

¹⁰¹⁰ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 69. العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، المرجع السابق، ص 133.

¹⁰¹¹ تنص المادة 101 من القانون المدني " يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات.

ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكتشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر (10) سنوات من وقت تمام العقد".

¹⁰¹² سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص 134-135. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 312.

¹⁰¹³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 371.

واحدة، كما أن الهوى الجامح فعلا قد يكون لفترة مؤقتة غير أنها في غالب الأحوال تستمر لسنوات حتى يتفطن الشخص لحالته¹⁰¹⁴، وكأنما المشرع يعطي الحق بيده اليمنى ليعود فيأخذه باليد اليسرى¹⁰¹⁵. كما أن أحكام المادة 90 من القانون المدني لا تحقق العدالة بين المتعاقد ضحية عيب الغلط أو التدليس أو الإكراه وبين ضحية الاستغلال من حيث أجل رفع الدعوى، واعتبار المدة مدة سقوط في الاستغلال ومدة تقادم في باقي العيوب الأخرى خاصة وأن حالة الاستغلال لا تختلف عن حالات عيوب الرضاء الأخرى، ذلك أن أساس الطعن بسبب الاستغلال في العقد هو عيب في الرضاء، فالمنطق يقضى في مثل هذه الحالة بأن تجعل المدة هي نفس المدة التي ينظمها القانون في حالة عيوب الرضاء الأخرى تحقيقاً للمساواة .

كما انتهى هذا الفقه إلى احتمال التشكيك في تكييف الاستغلال على أنه عيب من عيوب الرضاء، ذلك أن الأجل الذي خص المشرع به أحكام الاستغلال هو سواء من حيث مدته أو موعد بداية احتسابه، أو طبيعته، إنما هو أجل يطبق في العادة على حالات الغبن المادي البحث من مثل الغبن في بيع العقار والغبن في القسمة، حيث يعتبر الغبن في هذه الحالات عيباً في ذات العقد لا علاقة له بسلامة الرضاء، ولذلك فمن الطبيعي إذن أن تكون مدة الطعن في صحة العقد قصيرة، وأن ينطلق أجلها من تاريخ إبرام العقد، وأن يكون أجل سقوط لا أجل تقادم¹⁰¹⁶.

في رأينا أن قصر مدة الطعن بسبب الاستغلال وجعلها تبدأ دائماً من وقت التعاقد من شأنه أن يفوت الحماية التي قصد المشرع إسباغها على المتعاقد المغبون، وعليه فمن الأجدر أن تسود المساواة بين الاستغلال وعيوب الرضاء الأخرى من حيث المدة، كأن تكون ثلاث سنوات من يوم زوال العيب أو أن لا تتجاوز خمس سنوات من تاريخ إبرام العقد مثلاً، لأن استقرار المعاملات لن يكون أقل تعريضاً في حالة الغلط أو التدليس أو الإكراه منه في حالة الاستغلال، والأهم من ذلك (الأهم من قصر المدة) من حيث بدأ ميعاد احتساب هذه المدة، فمادام أن المشرع اعتبر استغلال الطيش البين و الهوى الجامح عيب يلحق الرضاء، فإنه من الواجب عليه حتى يكون منطقياً مع الحل الذي جاء به في باقي عيوب الرضاء، أن يجعل هذا الميعاد يبدأ من اليوم الذي تزول فيه الأسباب التي جعلت الرضاء معيباً، تقادياً لأن لا يعاب على المشرع أنه جعل من الاستغلال عيباً في ذات العقد في حين أنه عيب في الرضاء، وإذا خيف أن تنال هذه الأحكام من استقرار المعاملات، لا بأس أن يحدد حداً أقصى كما فعل بالنسبة لباقي عيوب الرضاء.

ذلك أنه إذا كان قصر المدة يجعل من الحماية صعبة، فإن جعلها تبدأ من تاريخ إبرام العقد يجعل من هذه الحماية شبه مستحيلة لا تتحقق إلا في حالات نادرة. فحتى يصل المشرع إلى الهدف من وراء نص المادة 90 من القانون المدني وهو حماية الطرف الضعيف لا بد أن

¹⁰¹⁴ حلو عبد الرحمن أبو حلو، المرجع السابق، ص 142. لحلو خيار غنيمية، محاضرات في مادة الالتزامات:

تكوين العقد، المرجع السابق، ص 40. محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 118.

¹⁰¹⁵ توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 360.

¹⁰¹⁶ علي فيلال، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 213. عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، المرجع السابق، ص 134.

يسير بهذا الهدف ليصل إلى نهايته، كي لا تكون هذه الحماية عرجاء. إذ لا بد أن يعطى المتعاقد المغبون حقه في الوقت الذي يكون فيه قادرا على ممارسته، وإلا فما الفائدة من تقرير حق يبقى مجرد حبر على ورق، إذ غالبا ما لا يتمكن المتعاقد المغبون طيلة استمرار وقوعه تحت تأثير الطيش البين أو الهوى الجامح من مباشرة دعوى الإبطال.

ولا يهم بعد ذلك أن يجعل المشرع من الميعاد ميعاد سقوط أو مدة تقادم، طالما أن المتعاقد أصبح في وضع يسمح له بالطعن في العقد.

المبحث الثالث: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الشرط التعسفي

لقد منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة تعديل عقد الإذعان في حال تضمن شرطا تعسفيا طبقا لنص المادة 110 من القانون المدني " إذا تم العقد بطريقة الإذعان، و كان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، و ذلك وفقا لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك." و رغبة منه في توفير حماية أكبر للطرف الضعيف في عقود الإذعان ألزم المشرع الجزائري بموجب نص المادة 2/112 من القانون المدني القاضي بالخروج عن القاعدة العامة في تفسير العقود.

وفيما يلي نتطرق لدور القاضي في بحث مدى توافر شروط تعديل العقد بسبب الشرط التعسفي وذلك في المطلب الأول، بينما نخصص المطلب الثاني لدور القاضي في التصدي للشرط التعسفي.

المطلب الأول: دور القاضي في بحث مدى توافر شروط تعديل العقد بسبب الشرط التعسفي:

أعطى نص المادة 110 من القانون المدني للقاضي سلطة تعديل عقد الإذعان وقبل ممارسته لهذه السلطة الاستثنائية يتعين عليه أن يبحث في مدى توافر شروط تطبيق هذه المادة، أي متى تبين له أن العقد تم بطريق الإذعان وقد اشتمل على شرط تعسفي، وفيما نتطرق لشروط تدخل القاضي.

الفرع الأول: أن يتم التعاقد بطريق الإذعان:

أولاً: تعريف عقد الإذعان:

لم يرد في التشريع الجزائري وغيره من التشريعات العربية تعريف محدد لعقود الإذعان، وإنما اكتف بوصف القبول فيها. وأن التعريف السائد فقها هو أنه ذلك "العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها"¹⁰¹⁷.

كما عرف على أنه "محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة، وتلمي قانونها، ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة وتقرضها مسبقاً ومن جانب واحد ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد"¹⁰¹⁸.

يسمى الفقه الفرنسي هذا النوع من العقود بـ"عقود الانضمام" *« les contrats d'adhésion »* وصاحب هذه التسمية هو الفقيه "سالي"¹⁰¹⁹، لأن من يقبل العقد إنما ينظم إليه دون أن يناقشه¹⁰²⁰، بينما يسمى الفقه العربي هذه العقود بـ"عقود الإذعان" وصاحب هذه التسمية هو الفقيه السنهاوري¹⁰²¹ ويرى هذا الأخير ويؤيده جانب من الفقه إلى أن هذه التسمية أصح من التسمية الفرنسية، لأن الإذعان يدل على معنى الاضطرار في القبول، بينما الانضمام أوسع دلالة من ذلك، إذ يشمل عقد الإذعان وغيره من العقود التي ينظم إليها القابل دون مناقشة ولهذا السبب أيضاً تعد تسمية عقد الإذعان أفضل من التسمية التي جاء بها المشرع اللبناني حيث يسمى هذا النوع من العقود بـ"عقود الموافقة"¹⁰²²، في حين يرى جانب آخر من الفقه العربي المعاصر من مثل الدكتور رفيق المصري أن عبارة "عقد

¹⁰¹⁷ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 134.

¹⁰¹⁸ دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد، المرجع السابق، ص 179.

¹⁰¹⁹ (J) Flour et (J.L) Aubert, op cit, P 124.

¹⁰²⁰ جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، لبنان، 2008، ص 95. عامر رحمون، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة- مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2013، ص 36.

¹⁰²¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، لبنان، 1998، ص 279.

¹⁰²² عقد المنعم فرج الصدة، عقد الإذعان، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، السنة الرابعة، العدد الأول، 1996، ص 244.

الإذعان" هي ترجمة خاطئة للمصطلح باللغة الفرنسية التي يعتبرها مسؤولة على كثير من اللبس والخطأ في المواقف الفقهية المعاصرة، فالفقيه المعاصر كلما وقع على هذا الاصطلاح العربي تحركت عنده نوازع الحكم عليه بالتحريم، لأن لفظ الإذعان تأباه النفوس الحرة الباحثة عن الحرية والرضا الحقيقي المتبادل، وأن لفظ "أذعن" كما ورد في معاجم اللغة العربية يعني دَلَّ وخضع وانقاد، فهي ترتبط إذن بمعاني الذل والإكراه والامتنال والانصياع، وربما تكون حاجبا للفقيه من أن يغوص وراء اللفظ ليتبنى معناه الحقيقي، لذا غالبا ما يتخذ موقفا نفسيا مسبقا يميل إلى النفور والتحريم¹⁰²³، واقترح الدكتور رفيق المصري تسمية هذه العقود بعقود الانضمام، فهو برأيه أقرب إلى معنى اللفظ الفرنسي وأشمل من لفظ الإذعان، لأن الإذعان لا يعدو أن يكون في حالة خاصة من الانضمام، وأنه لا حاجة للعدول عن اللفظ الفرنسي إلى معنى آخر¹⁰²⁴.

ظهرت عقود الإذعان نتيجة التطور الاقتصادي الحديث في اتجاهه نحو أسلوب الإنتاج الكبير، وما استتبع ذلك من قيام شركات ضخمة ومؤسسات كبيرة تتمتع باحتكار قانوني أو فعلي لسعة أو خدمة تعتبر من الضرورات الأولية للمستهلكين، بحيث استطاعت هذه الوحدات القوية نتيجة لسلطانها الاحتكاري أن تملئ شروطها المعدّة سلفا على الأفراد الذين يرغبون في التعاقد معها، دون أن يكون لهم أي حق في مناقشة هذه الشروط، فليس أمامهم إذا ما أرادوا التعاقد مع الطرف المحتكر سوى الإذعان لكافة شروطه¹⁰²⁵.

ثانيا: شروط عقد الإذعان:

نستخلص من تعريف عقود الإذعان أنها عقود تجمع بين إرادتين إحداها قوية تصنع شروط التعاقد ويتعلق الأمر بإرادة الموجب، والأخرى إرادة ضعيفة تدعّن لهذه الشروط وهي إرادة القابل ولأجل ذلك سننفل في هاتين الإرادتين (الإيجاب والقبول في عقود الإذعان).

أ. وجود إرادة قوية تصنع شروط التعاقد:

نصت المادة 70 من القانون المدني " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

¹⁰²³ منهل عبد الغني قلندر، الإذعان بين العقد والنظام القانوني -دراسة تحليلية مقارنة-، مجلة الرافدين، المجلد 16، العدد 09، السنة 18، سنة 2013، ص 43-44.

¹⁰²⁴ ذنون يونس صالح، ابراهيم عنتر، التنظيم التشريعي لعقود الإذعان في القانون المدني العراقي، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، السنة الثانية، العدد الخامس، 2010، ص 43.

¹⁰²⁵ عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي النظرية والتطبيقات، المكتب المصري الحديث، مصر، 1972، ص 28.

(J) Flour et (J.L) Aubert, op cit, P 125.

1. الإيجاب في عقد الإذعان: يتميز الإيجاب في عقد الإذعان بأنه: - إيجاب قطعي:

يصدر الإيجاب في عقد الإذعان في صورة قاطعة، حيث يتضمن كل شروط العقد الجوهرية والتفصيلية¹⁰²⁶، ولا يكون الموجب على استعداد لبحثها أو المناقشة حولها، وبذلك لا يحتاج لتمام إبرام العقد صحيحا، إلى أكثر من قبول يكون بمثابة تسليم وإذعان لما صدر من الموجب¹⁰²⁷ تطبيقا لنص المادة 70 من القانون المدني، وبمعنى آخر أنه هذا الإيجاب يكون في شكل قالب نموذجي يعرض شروط التعاقد ككل، فإما أن يرفضها العاقد الآخر كلها وبالتالي لا ينعقد العقد، وإما أن يقبلها كلها وبشكل أدق يذعن إليها¹⁰²⁸ وبالتالي لا يمكن في عقد الإذعان أن نتصور الحالة المنصوص عليها في المادة 66 من القانون المدني¹⁰²⁹ وهي الحالة التي يعدل فيها القبول الإيجاب إذ يعتبر إيجابا جديدا، ذلك أن هذه الحالة لا يمكن تصورها إلا إذا أمكن للمتعاقدين مناقشة شروط التعاقد وهي السمة التي تغيب عن عقود الإذعان وتجعلها تتميز عن غيرها من عقود المساومة العادية.

كما أن العقد الجماعي لا يمكن تكييفه على أنه عقد إذعان لكون مضمونه ينتج عن المفاوضات التي يقوم بها ممثليه¹⁰³⁰.

لابد من البيان أن جميع الشروط التي يتضمنها العقد تكون محل اعتبار سواء كانت صريحة أو ضمنية، إذ لا يوجد ما يمنع في بعض الصور من أن يكون الإيجاب مصحوبا بتحفظات ضمنية مقتضاها أن يكون استعداد الموجب للتعاقد في حدود طاقة المشروع مثلا كما هي الحال بالنسبة لمصلحة السكك الحديدية التي تستطيع أن ترفض المسافرين إذا كانت الأماكن قد نفذت¹⁰³¹، ويعد كذلك شرطا ضمنيا ألا يكون المتعاقد مع شركة النقل في حالة سكر بين يخشى منها على الجمهور، وألا يكون مصابا بمرض معد، ويعتبر شرطا ضمنيا كل ما يفهم من ظروف العقد ويقتضيه حسن سير العمل¹⁰³² وفيما عدا هذه الشروط الضمنية لا بد أن يكون الإيجاب متضمنا لكل شروط التعاقد.

- إيجاب عام:

¹⁰²⁶ منهل عبد الغني قلندر، المرجع السابق، ص 50. عامر رحمون، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 36.

¹⁰²⁷ عقد المنعم فرج الصده، عقد الإذعان، المرجع السابق، ص 245. فاطمة نساخ، الوظيفة الاجتماعية للعقد، المرجع السابق، ص 149.

¹⁰²⁸ علي مصبح صالح الحبيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011، ص 27. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 81.

¹⁰²⁹ تنص المادة 66 من القانون المدني "لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا".
¹⁰³⁰ فاضل خديجة، عقد الإذعان في القانون المدني والتشريعات الخاصة، مقال منشور بمجلة حوليات، جامعة الجزائر 1، سلسلة خاصة بالملتقيات والندوات، عدد خاص بالملتقى الدولي المنعقد بتاريخ 24 و 25 أكتوبر 2016 حول القانون المدني بعد أربعين سنة، العدد 5 سنة 2016، ص 313.

¹⁰³¹ عقد المنعم فرج الصده، عقد الإذعان، المرجع السابق، ص 245. لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 78.

¹⁰³² عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 281-282.

يكون الإيجاب عاما حيث يصدر بشكل انفرادي من متعاقد محتكر احتكار قانوني أو فعلي و يوجه إلى الجمهور كافة أو إلى فريق منه تتوافر فيه صفات معينة، وليس إيجابا موجها إلى شخص معين بذاته، فشخصية المتعاقد المذعن لا تكون محل اعتبار، ويكون موحدا بالنسبة للجميع أي بشروط مماثلة تنسم بالطابع النموذجي¹⁰³³ فشركة المياه تعرض شروطها على جميع الأشخاص، وهي واحدة لا تتغير لقدر محدود من الماء ولطائفة معينة من الأشخاص، وكذلك شركات الكهرباء والغاز والسكك الحديدية والتأمين ونحو ذلك¹⁰³⁴.

- إيجاب دائم:

الإيجاب في عقد الإذعان هو إيجاب دائم، إذ يصدر على نحو مستمر، فيكون ملزما لمدة أطول مما عليه الحال في العقود العادية¹⁰³⁵، وعليه لا يمكن القول أن الإيجاب يكون ملزما فقط خلال المدة الكافية للرد عليه، وطول مدة الإيجاب مسألة آتية من طبيعة الإيجاب وظروفه. وهو أظهر ما يكون في الإيجاب الصادر من محتكر قانوني، إذ أن هذا الأخير يحدد أسعاره وشروطه على أساس تعريفه تخضع لموافقة السلطة العامة، وهذه التعريف لا يلحقها التعديل عادة إلا بعد مدة طويلة¹⁰³⁶ وبالتالي فهي تنسم بالثبات والاستقرار.

هذا ولابد من التوضيح إلى أنه إذا كان عقد الإذعان هو عقد نموذجي لكن ليس كل عقد نموذجي هو عقد إذعان¹⁰³⁷، فإذا كان لابد من صدور إيجاب عام ودائم هو بالضرورة عنصر من عناصر الإذعان فإن عقد الإذعان لا يوجد إلا بتوافر باقي العناصر الأخرى، فالإيجاب العام الدائم ليس بقاصر على عقود الإذعان فالبيع بأسعار محددة في المحلات الكبرى والبيع بالمزاد بقائمة شروط معينة هما من البيوع التي يصدر فيها الإيجاب عاما ولا يعتبر من عقود الإذعان، كذلك فإن ديمومة الإيجاب لا تتوافر إلا بشأن المتعاقد الذي لا يعلق أهمية على شخص الطرف الآخر مع قدرته على الوفاء بجميع احتياجات المتقدمين لطلب السلعة أو الخدمة¹⁰³⁸.

- إيجاب حتمي:

على خلاف من يحترف مهنة أو يزاول تجارة حينما يدعو الجمهور للتعاقد بمحض إرادته فقد يحدد لنفسه مدة يبقى فيها إيجابه قائما، أما بالنسبة لمن يحتكر سلعة أو مرفقا يعتبر من الضرورات الأولية للجمهور، إذ يتحتم عليه أن يكون في حالة إيجاب طوال مدة الاحتكار وأن يقبل كل شخص يتقدم إليه ويظهر هذا الإيجاب الحتمي بوضوح في حالة

¹⁰³³ علي مصباح صالح الحبيصة، المرجع السابق، ص 27. الشريف بحماوي، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية -دراسة مقارنة- مقال منشور بمجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، العدد الثاني، جوان 2014، ص 102. عامر رحمون، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 90.

¹⁰³⁴ (A) Bencheneb, op.cit,P 39.

¹⁰³⁵ لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 78. الشريف بحماوي، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 102. علي مصباح صالح الحبيصة، المرجع السابق، ص 27.

¹⁰³⁶ عقد المنعم فرج الصده، عقد الإذعان، المرجع السابق، ص 246.

¹⁰³⁷ فاطمة نساخ، الوظيفة الاجتماعية للعقد، المرجع السابق، ص 150.

¹⁰³⁸ علي مصباح صالح الحبيصة، المرجع السابق، ص 28.

الاحتكار القانوني، إذ يكون على المحتكر بمقتضى عقد الالتزام المبرم بينه وبين السلطة العامة أن يقدم السلعة أو يؤدي الخدمة لكل من يطلبها من الجمهور، وكذلك يوجد هذا الإيجاب أيضا في حالة الاحتكار الفعلي، ما دام الأمر يتعلق بسلعة ضرورية أو مرفق ضروري، فكلما تأكدت صفة الضرورة بالنسبة إلى العمل الذي يقوم به المحتكر كان مطالبا بسد حاجات الجمهور بشأنه¹⁰³⁹، وفكرة الضرورة هنا تخضع في تحديدها للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة عليه فيها من قبل المحكمة العليا لأنها مسألة واقع¹⁰⁴⁰.

- إيجاب مكتوب:

يفترض في من يتقدم للتعاقد علمه بشروط الإيجاب، ولأجل ذلك يجب عرض هذا الإيجاب بنشره أو بتمكن من يريد الإطلاع عليه من ذلك، فإذا تم هذا فكل من يقبل الإيجاب يتقيد به أصلا، حتى ولو ثبت أنه لم يطلع عليه بالفعل، ما دام أنه كان يستطيع الإطلاع عليه¹⁰⁴¹. وغالبا ما يرد عقد الإذعان في صيغة مطبوعة على جانب كبير من الدقة والتعقيد، وبحيث لا يفهما الشخص العادي، وقد لا يكلف نفسه حتى مشقة قراءتها، كما تتضمن عادة شروطا كثيرة في صالح الموجب، بعضها يقسو على ما سيبدو من المذعن من تقصير محتمل، وبعضها يرحم المذعن له، سواء بالحد من مسؤوليته، أو بإعفائه منها¹⁰⁴².

وتبعا لذلك يتقيد من اشترى تذكرة للسفر بالسكك الحديدية أو بالباخرة بالشروط التي كان يمكنه أن يعرفها لو كلف نفسه ذلك، فهو يتقيد بالشروط الموجودة بتذكرة السفر، وكذلك بالشروط التعريفية الملصقة أو الموضوعية في متناول الجمهور والتي تشير إليها تذكرة السفر، كذلك يلتزم العامل بلائحة المصنع بمجرد علمه بها، سواء كان ذلك عند دخوله المصنع أو عند وجوده به، ولكن لا يفترض علمه بهذه اللائحة إلا إذا كان صاحب المصنع قد اتخذ الوسيلة الكفيلة بتيسير هذا العلم، وذلك بأن تكون اللائحة معلنة في مكان ظاهر مطروق من العمال وبطريقة منتظمة¹⁰⁴³.

ب. إرادة ضعيفة تُدْعَن لشروط التعاقد:

الأصل في العقود حرية الإرادة في اختيار ما تبرمه منها وحريتها في تنظيم الآثار المترتبة عليها، والأصل أن المتعاقدين لا يبرمان العقد إلا بعد مفاوضات ومناقشات في شروطه وآثاره، وذلك بغية توصل كل منهما إلى أفضل الشروط والآثار لكلية، غير أن بعض الظروف قد تضطر الأشخاص إلى إبرام العقود دون أن يكون لهم حق مناقشة هذه الشروط.

¹⁰³⁹ عقد المنعم فرج الصده، عقد الإذعان، المرجع السابق، ص 246-247. فاطمة نساخ، الوظيفة الاجتماعية للعقد، المرجع السابق، 150.

¹⁰⁴⁰ علي مصبح صالح الحبيصة، المرجع السابق، ص 27.

¹⁰⁴¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، نظرية العقد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 281.

¹⁰⁴² محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 81. علي مصبح صالح الحبيصة، المرجع السابق، ص 27. فاطمة نساخ، الوظيفة الاجتماعية للعقد، المرجع السابق، 149.

¹⁰⁴³ عقد المنعم فرج الصده، عقد الإذعان، المرجع السابق، ص 246.

وعليه فإن القبول في عقود الإذعان لا يعدو أن يكون مجرد رضوخ وتسليم بجملة الشروط التي تضمنها الإيجاب دون مناقشتها طبقا لنص المادة 70 من القانون المدني " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

فالموجب يعرض إيجابه في شكل نهائي ولا يقبل مناقشة فيه¹⁰⁴⁴، فلا يسع الطرف الآخر إلا أن يقبل إذ لا غنى له عن التعاقد، فهو محتاج إلى الماء والغاز ولا بد له من التنقل وسفر، كما هو مضطر للعمل، وعليه يمكن القول أنه ثمة قبول ملحوظ في إذعان العاقد، فهو أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى المشيئة¹⁰⁴⁵، و هو يدفعنا للتساؤل هل هذه الإرادة هي سليمة أم هي معيبة بعيب الإكراه؟

إن الطرف المذعن يكون مضطر للتعاقد أو مضطر للقبول، فرضاؤه موجود، لكنه يكاد يكون مكرها عليه، غير أن الاضطرار الذي دفع المتعاقد في عقد الإذعان إلى إبرام العقد لا يصل إلى حد الإكراه الذي يعيب الإرادة، الذي يقع على نفس المتعاقد فيولد فيها رهبة تدفع المتعاقد إلى التعاقد، وإنما الاضطرار هنا يكون ناجما عن حاجة ماسة تدفع بالمتعاقد إلى القبول بشروط الطرف الآخر في العقد دون مناقشتها، ولا تصل إلى درجة إحداث الرهبة في النفس، فهو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر من اتصاله بعوامل نفسية¹⁰⁴⁶.

فإرادة الطرف المذعن ليست إرادة حرة تماما بسبب الضغط الاقتصادي الواقع عليها، وهو ما جعل الفقه يصفها بأنها إرادة موجودة وحقيقية ولكنها إرادة ضعيفة¹⁰⁴⁷.

وإذا كان الموجب يتمتع باحتكار قانوني فلا يجوز له أن يرفض القبول الذي يوجه إليه، إذ هو ملزم بالاستجابة لطلبات الجمهور بمقتضى عقد الالتزام بالشروط، وإذا كان الاحتكار فعليا فلا يحق له أن يرفض القبول إلا لسبب مشروع، وإلا كان متعسفا في هذا الرفض وترتبت مسؤوليته، والواقع أن أساس التزام الموجب بالاستجابة للقبول أن العقد يتم بهذا القبول فيرتبط به الموجب ما دام في حالة إيجاب دائم¹⁰⁴⁸.

وعليه فإذا اقترن الإيجاب بالقبول يتم العقد، ولا يجوز لأحد من المتعاقدين الرجوع عنه منفردا، على أنه لا بد من الإشارة إلى أنه قد لا يتم العقد حتى مع اقتران القبول

¹⁰⁴⁴ فاطمة نساخ، مفهوم الإذعان، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1998، ص 40.

(A) Bencheneb, op.cit,P 39.

¹⁰⁴⁵ لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 83.
¹⁰⁴⁶ عبد الرزاق أحمد السنهاوي، نظرية العقد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 289. عسالي عرعار، التوازن العقدي عند نشأة العقد، المرجع السابق، ص 154. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الأول: انعقاد العقد، دار وائل للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، الأردن، 2002، ص 231.

¹⁰⁴⁷ « Volonté si l'on veut mais volonté faible »

عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي النظرية والتطبيقات، المرجع السابق، ص 68.
¹⁰⁴⁸ عقد المنعم فرج الصده، عقد الإذعان، المرجع السابق، ص 247. لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 83.

بالإيجاب، إذ للموجب أن يرفض القبول في بعض الأحوال وذلك لسبب مشروع إذا كانت هناك تحفظات ضمنية في الإيجاب، كأن يكون الشيء الذي تعاقد عليه قد فقد ولم يكن هنالك مبرر لإيجاد شيء يحل محله¹⁰⁴⁹، فالإذعان هو قبول حقيقي ينعقد به العقد¹⁰⁵⁰.

غياب المناقشة الفعلية لشروط العقد يمكن الطرف القوي من تضمين العقد لشروط تعسفية قد تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي، وهو الأمر الذي يتطلب تدخل القاضي لحماية الطرف الضعيف في العقد¹⁰⁵¹.

الفرع الثاني: أن يتضمن العقد شرطاً تعسفياً

أولاً: تعريف الشرط التعسفي:

أشار المشرع إلى فكرة الشرط التعسفي في المادة 110 من القانون المدني، وربطه بنوع محدد من العقود وهي عقود الإذعان، غير أنه لم يعرفه، مكتفياً بتبيان الجزاء المترتب على إدراجه ضمن عقد الإذعان.

غير أنه تصدى له بالتعريف ضمن القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية¹⁰⁵² عرفته المادة 3/5 على أنه " يقصد في مفهوم هذا القانون: 5-...- شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال بالظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد."

وقد عرف التوجيه الأوروبي رقم 13/93 الشروط التعسفية في المذكرة التوجيهية الصادرة عنه في أبريل 1993 وذلك في الفقرة الأولى من المادة الثالثة منه والتي نصت على "أن الشرط في العقد الذي لم يكن محلاً للمناقشة الفردية، يعتبر تعسفياً عندما يخالف مقتضيات حسن النية، ويرتب ضرراً بالمستهلك، يتمثل في عدم توازن ظاهر بين الحقوق والالتزامات الناجمة عن العقد، بين أطرافه"¹⁰⁵³.

يعرف الفقه الشرط التعسفي على أنه " الشرط المعد سلفاً من طرف المتعاقد القوي، بمقتضاه يستطيع جني منفعة فاحشة أو أنه الشرط الذي يمنح امتيازاً خاصاً للمحترف بشكل يؤدي إلى اختلال التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد."¹⁰⁵⁴ أو هو "الشرط الذي

¹⁰⁴⁹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 282. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 139.

¹⁰⁵⁰ مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 81.

¹⁰⁵¹ (A) Bencheneb, op.cit, P 39-40.

¹⁰⁵² قانون رقم 02/04 مؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 41 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم: 06/10 المؤرخ في 15 أوت 2010، جريدة رسمية رقم 46.

¹⁰⁵³ هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2014، ص 185.

¹⁰⁵⁴ العربي مياد، مقاومة الشروط التعسفية في العقد، مجلة القانون المغربي، العدد 13، 2009، ص 7.

بمقتضاه يفرض على المستهلك التزامات صارمة في حين أن الطرف الآخر الذي يورد له الخدمة يخضع لشروط يتوقف تحقيقها على إرادته وحده¹⁰⁵⁵.

كما عرف على أنه "البند الذي يدرج في العقد من قبل أحد أطرافه وقد أُملى إرادته على الفريق الآخر تحقيقاً لمنفعة ذاتية غير مألوفة ومفرطة منتقصة من حقوق الطرف الآخر الذي أذعن له لتسلط من فرضه على العقد"¹⁰⁵⁶. وعرفت على أنها "الشروط التي يوردها المحترف عادة في العقود التي يبرمها مع الطرف غير المحترف (عديم الخبرة) ويهدف من خلالها إلى ترتيب الالتزامات العقدية على النحو الذي تتحقق معه أكبر مصلحة له ولو كان ذلك على حساب الطرف الآخر"¹⁰⁵⁷.

ويعتبر من أفضل التعاريف الفقهية للشرط التعسفي هو ما ذهب إليه جانب من الفقه بأنه "الشرط الجائر الذي يتضمن أحكاماً تنافي العدالة" إذ وصف الشرط بأنه لا يتفق مع العدالة، وبذلك يكون هذا التعريف جامع مانع، لأن العدالة يقصد بها العدالة الاجتماعية أو الاقتصادية أو غيرها¹⁰⁵⁸.

الشروط التعسفية لا تحتاج دائماً لإدراجها إلى وجود عقد إذعان، فهي لا تختفي باختفاء عقد الإذعان، إذ أنه قد تدرج هذه الشروط ضمن عقد المساومة، غير أن المشرع لا يحمي من هذا النوع من الشروط إلا إذا غابت المساومة عند إبرام العقد حيث لا يتصدى لها القاضي إلا إذا تضمنها عقد الإذعان.

ومن خلال هذه التعريفات للشرط التعسفي وخاصة منها المادة 3 فقرة 4 من القانون رقم 02/04 "عقد: كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه"، وكذلك الفقرة الثانية من المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم: 306/02 "يقصد بالعقد، في مفهوم هذا المرسوم وطبقاً للمادة 3، الحالة 4 من القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004 والمذكور أعلاه، كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن إحداث تغيير حقيقي فيه"، نستخلص أنه لكي يعتبر الشرط تعسفياً، يجب أن يرد الشرط التعسفي مكتوباً في عقد الإذعان.

اشتراط المشرع التحرير المسبق أي الكتابة ويستخلص هذا الشرط من عبارة "حرر مسبقاً" وإذا كان عقد الإذعان يتسع ليشمل في مفهومه العقود المبرمة شفاهة، فإن المقصود

¹⁰⁵⁵ فاطمة نساخ، الوظيفة الاجتماعية للعقد، المرجع السابق، ص 238.

¹⁰⁵⁶ مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، المرجع السابق، ص 764.

¹⁰⁵⁷ سميح جان سفير، دور التشريع المقارن في مواجهة الشروط التعسفية، المجلة القانونية لجامعة الروح القدس في الكسليك، العدد السابع، لبنان، 2001، ص 15.

¹⁰⁵⁸ أنس محمد عبد الغفار، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2013، ص 94.

هنا ليس جميع عقود الإذعان، بل فقط تلك التي تكون في مجموعها أو في جزء منها مكتوب مسبقاً، مما يجعلها تتعلق بعملية مستمرة، وأكثر أهمية من تلك المنجزة مسبقاً¹⁰⁵⁹.

والمقصود بالكتابة هنا ليس الكتابة الرسمية، وإنما مجرد إيراد الشروط العامة للتعاقد في الوثائق المختلفة التي تصدر عن المحترف أو العون الاقتصادي كما هو الحال في طلب الشراء أو الفاتورة أو سند الضمان أو وصل التسليم وفقاً لما ورد في الفقرة الثانية من المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم: 306/02 "... يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفاً".

ثانياً: أنواع الشرط التعسفي:

تتعدد الشروط التعسفية فهي ليست على نوع واحد، فهناك شروط تعسفية تكون ظاهرة بمجرد إدراجها في العقد، ولكن توجد شروط أخرى لا تظهر صفة التعسف فيها عند إدراجها في العقد، ولكن تظهر فيها هذه الصفة عند تنفيذ العقد، وبناء على ذلك يوجد نوعين من الشروط التعسفية الشروط التعسفية بذاتها، والشروط التعسفية بحكم استعمالها.

أ. الشروط التعسفية بذاتها:

وهي التي تظهر حالة التعسف فيها، عند إدراجها في العقد، وتكشف عنها ذات ألفاظه، فتأتي متناقضة مع جوهره¹⁰⁶⁰، بمعنى أنه عند إبرام العقد يتبين فيما إذا كانت بنوده متناقضة وبيان وجود التعسف من عدمه، فالتعرف على ذلك يكون منذ الوهلة الأولى عند كتابة العقد، ومثال ذلك فرض شروط في لائحة المصنع تتضمن غرامات مالية باهظة على العمال تستنفذ جزءاً من أجرهم لأخطاء لا تتناسب البتة مع الجزاء الذي يتضمنه فتعد مثل هذه الشروط تعسفية لأن الغرامات لا تتناسب مع الخطأ الذي ارتكبه العامل¹⁰⁶¹، وهناك من الشروط ما توضع من أجل ترك تحديد الثمن للإرادة المنفردة للمحترف بغض النظر عن موضوعية ذلك التحديد أو قبوله من جهة الطرف الآخر¹⁰⁶²، وسواء اعتبر ذلك شرطاً تعسفياً أو شرطاً جزائياً جائراً فإنه يعد مبرراً لتدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي لعقد

¹⁰⁵⁹ بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود (دراسة مقارنة)، دار الفجر للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2007، ص 118. عسالي عرعارة، التوازن العقدي عند نشأة العقد، المرجع السابق، ص 179.

¹⁰⁶⁰ أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق، ص 97.

(A) Bencheneb, op.cit, P 153.

¹⁰⁶¹ علي مصباح صالح الحبيصة، المرجع السابق، ص 45.

¹⁰⁶² سميح جان سفير، دور التشريع المقارن في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص 16. محمد محي الدين إبراهيم سليم، التسلسل الاقتصادي وأثره على التوازن العقدي، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007، ص 23.

العمل، متسلحا بمبدأ حسن النية، وعدم جواز التعسف في استعمال الحق، وقواعد العرف والعدالة والإنصاف¹⁰⁶³.

ب. الشروط التعسفية بحكم الاستعمال:

هي شروط عادية لا تظهر فيها صفة التعسف عند إدراجها في العقد، ولكن تظهر في معرض تنفيذه وذلك بالتمسك بحرفيته وإهمال روح النص¹⁰⁶⁴، فالتزام المتعاقد القوي باحترام الوعود والضمانات والتزاماته بتحمل المسؤولية عن أعمال تابعيه، عادة ما تكون محلا لشروط تعسفية تهدف إلى تخفيف أعباءه (المتعاقد القوي) ومسؤوليته على حساب المتعامل معه¹⁰⁶⁵، ومثال هذه الشرط، الشرط الذي يلزم المؤمن له بإعلام المؤمن بأمور معينة خلال فترة سريان العقد، وإلا سقط حقه في التعويض، فمثل هذا الشرط لا يتصف بالتعسف، عند إدراجه في العقد، إلا إذا تبين تمسك المؤمن بحرفيته بهدف التنصل من التزاماته العقدية وإسقاط حق المؤمن له في التعويض، وذهب القضاء في لبنان في هذه الحالة إلى القول بأن حق المؤمن له لا يسقط بسبب التأخير في الإبلاغ عن الحادث، إلا إذا نجم عن هذا التأخير ضرر فعلي بالمؤمن، بأن أفقده الضمانات التي من شأنها تأمين حقوقه، أو فرصة الرجوع على المسؤول عن الحادث¹⁰⁶⁶.

ثالثا: الأساليب المعتمدة في تحديد الشروط التعسفية:

اختلفت طرق تحديد الشروط التعسفية في العقد تبعا للأسلوب المتبع من قبل المشرع المقارن، فمن التشريعات من اتبعت مسلك إصدار لائحة تشمل هذه الشروط (أسلوب تشريعي)، ومنها وكل مهمة تحديد الشروط التعسفية إلى هيئة مختصة، فيما جنح البعض الآخر إلى ترك هذه المهمة للسلطة التقديرية للقاضي. ومن خلال نصوص القانون المدني الجزائري وقانون حماية المستهلك وقمع الغش والقوانين والمراسيم التنفيذية المتعلقة به، نستخلص أن المشرع الجزائري وللوقوف على الشرط التعسفية في العقود سلك ثلاثة أساليب تشريعي، إداري وقضائي وفيما يلي تفصيل لذلك.

أ. الأسلوب التشريعي:

يراد بهذا الأسلوب أن يتضمن القانون عددا من الشروط التي يمنع إدراجها في عقود الاستهلاك ويكون مصيرها البطلان إذا عمد أحد طرفي العقد إلى فرضها على الطرف الآخر، إذ تعد مثل هذه الشروط مخالفة للنظام العام¹⁰⁶⁷.

اتباع المشرع الجزائري أسلوب القائمة البيانية لا الحصرية للشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية وذلك كما يلي:

¹⁰⁶³ هانية محمد علي فقيه، المرجع السابق، ص 188.
¹⁰⁶⁴ أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق، ص 97. علي مصباح صالح الحيص، المرجع السابق، ص 46.
¹⁰⁶⁵ محمد محي الدين إبراهيم سليم، التسلسل الاقتصادي وأثره على التوازن العقدي، المرجع السابق، ص 23.
¹⁰⁶⁶ هانية محمد علي فقيه، المرجع السابق، ص 188. الشريف بجموي، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 106.
¹⁰⁶⁷ حميد بن شنيقي، نظرية الالتزامات-نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 253.

نصت المادة 29 من القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على أنه " تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

- 1- أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك،
- 2- فرض امتيازات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد،
- 3- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك،
- 4- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية،
- 5- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها،
- 6- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته،
- 7- التفرد بتغيير آجال تسليم منتج أو آجال تنفيذ خدمة،
- 8- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة."

كما نصت المادة 05 من المرسوم التنفيذي 306/06 المؤرخ في 2006/09/10 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية¹⁰⁶⁸ على أنه " تعتبر تعسفية، البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:

- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و3 أعلاه¹⁰⁶⁹،
- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض للمستهلك،

¹⁰⁶⁸ مرسوم تنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 2006/09/10 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 56 لسنة 2006. (هذا المرسوم عدل وتم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 44/08 المؤرخ في 2006/09/10).

¹⁰⁶⁹ تنص المادة 2 من المرسوم رقم 306/06 " تعتبر عناصر أساسية يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك، العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السلع و/أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع".

تنص المادة 3 من المرسوم رقم 306/06 "تتعلق العناصر الأساسية المذكورة في المادة 2 أعلاه، أساسا بما يأتي:

- خصوصيات السلع و/أو الخدمات وطبيعتها،
- الأسعار والتعريفات،
- كفيات الدفع،
- شروط التسليم وآجاله،
- عقوبات التأخير عن الدفع و/أو التسليم،
- كفيات الضمان ومطابقة السلع و/أو الخدمات.
- شروط تعديل البنود التعاقدية،
- شروط تسوية النزاعات،
- إجراءات فسخ العقد."

- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع تعويض،
- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته،
- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده،
- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد،
- الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه،
- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته،
- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك،
- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإلزامي للعقد دون أن يمنحه نفس الحق،
- يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته،
- يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤولياته."

يستشف من المادتين 29 من القانون 02/04 و 05 من المرسوم التنفيذي 306/06¹⁰⁷⁰ أن المشرع أورد هذه الشروط على سبيل المثال لا على سبيل الحصر¹⁰⁷¹، كما يظهر ذلك من خلال اعتماد المشرع الأسلوب الإداري والقضائي لتحديد الشروط التعسفية، حيث يمكن للجنة البنود التعسفية، كما يمكن للقضاء اعتبار شرط معين على أنه شرط تعسفي على الرغم من عدم ذكر هذا الشرط ضمن أحكام هاتين المادتين.

هدف المشرع من وراء ذلك إلى توفير حماية فعالة للمستهلك وذلك بتوسيع نطاقها. وبإبراده قائمة الشروط التعسفية على سبيل المثال يكون المشرع قد تفادى الانتقادات التي وجهت لأسلوب إعداد قائمة بالشروط التي تعتبر تعسفية على سبيل الحصر، على أساس أنها أكثر جمودا من الأسلوب القضائي الذي يتجه إلى منح القاضي سلطة إبطال شروط العقد التي يقدر أنها تعسفية¹⁰⁷²، كما أن الأخذ بأسلوب اللائحة الجامدة يهمل دور القضاء ويحد من سلطته التقديرية إذ لا يسمح بإبطال بعض الشروط رغم توافرها على خصائص الشروط

¹⁰⁷⁰ بالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 5 من المرسوم التنفيذي 306/06 " تعتبر تعسفية، البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي: "... نجدها توجي بأن الشروط الواردة ضمنها جاءت على سبيل الحصر لا المثال، غير أن نص المادة 30 من القانون 02/04 " بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشروط التعسفية "، واعتماد المشرع للأسلوبين الإداري والقضائي يجعلنا نقول أن هذه الشروط وردت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر.

¹⁰⁷¹ (A) Bencheneb, op.cit, P 154.

¹⁰⁷² بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 136

التعسفية لا لشيء إلا لأنها لم ترد ضمن هذه القائمة¹⁰⁷³، كما عيب على هذا الأسلوب أنه يفرض على المشرع أن يحرص دوماً على تحيين قائمة الشروط التعسفية من وقت لآخر، وكلما تبين قصورها عن تلبية مستجدات الواقع الاقتصادي¹⁰⁷⁴.

لابد من الإشارة إلى أن تحديد الشروط التعسفية من قبل المشرع بموجب قائمة وتكون محددة حصراً، لا يترك لقاضي الموضوع إذا واجهها في نزاع أي سلطة تقديرية إزائها فهي تعسفية بقوة القانون¹⁰⁷⁵.

ب. الأسلوب الإداري:

وهو الأسلوب الذي يترك للسلطة الإدارية أو التنظيمية سلطة التقدير العملي للشروط التعسفية حالة بحالة¹⁰⁷⁶.

إلى جانب الأسلوب التشريعي أخذ المشرع الجزائي بالأسلوب الإداري أو التنظيمي، إذ أنشأ بموجب المادة 06 من المرسوم التنفيذي 306/06 لجنة إدارية خاصة تدعى بلجنة البنود التعسفية.

1. لجنة البنود التعسفية:

- تشكيل لجنة البنود التعسفية:

نصت المادة 08 من المرسوم التنفيذي 306/06 المعدلة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 44/08 المؤرخ في 2008/02/03 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية .

"تتكون لجنة البنود التعسفية من خمسة (5) أعضاء دائمين وخمسة أعضاء (5) أعضاء مستخلفين.

- ممثلان (2) عن الوزير المكلف بالتجارة، مختصان في مجال الممارسات التجارية،

- ممثلان (2) عن وزير العدل، حافظ الأختام، مختصان في قانون العقود،

- ممثلان (2) عن مجلس المنافسة،

- متعاملان اقتصاديان (2) يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود،

- ممثلان (2) عن جمعيات حماية المستهلكين، مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود،

¹⁰⁷³ حميد بن شنييتي، نظرية الالتزامات-نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 253 . العربي مياد، مقاومة الشروط التعسفية في العقد، المرجع السابق، ص 13. عامر رحمون، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 88.

¹⁰⁷⁴ بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 137.

¹⁰⁷⁵ أحمد بورزق، الشروط التعسفية في عقد المعاوضة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2017، ص 93.

¹⁰⁷⁶ دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد، المرجع السابق، ص 176.

يمكن اللجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيد بها في أعمالها".
تنص المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 " تحدد القائمة الاسمية لأعضاء اللجنة بقرار من الوزير المكلف بالتجارة، باقتراح من الوزراء والمؤسسات المعنية.
يعين أعضاء اللجنة لمدة ثلاث (3) سنوات قابلة للتجديد.
تنتهي عهدهم حسب الأشكال نفسها"¹⁰⁷⁷.

- إجراءات انعقاد لجنة البنود التعسفية:

تتعدد لجنة البنود التعسفية سواء من تلقاء نفسها (عن طريق الرئيس) أو بطلب من الوزير المكلف بالتجارة ومن طرف كل إدارة وكل جمعية مهنية وكل جمعية حماية المستهلكين أو كل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك تطبيقاً لنص المادة 11 من المرسوم التنفيذي 306/06.

على أن تجتمع اللجنة في دورة عادية على الأقل مرة كل 03 أشهر وذلك بطلب من رئيسها، ويمكنها أن تجتمع في دورة استثنائية بمبادرة من رئيسها أو بطلب من نصف أعضائها على الأقل طبقاً لنص المادة 13 من المرسوم التنفيذي 306/06.

- مهام لجنة البنود التعسفية:

نصت المادة 07 من المرسوم التنفيذي 306/06 على أهم اختصاصات لجنة البنود التعسفية والتي تتمثل فيما يلي:

- تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي كما تصبغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية،
- يمكن أن تقوم بكل دراسة و/أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين،
- يمكنها مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها.
- تقوم لأعداد تقرير سنوي عن نشاطها العام يبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة، وينشر كليا أو جزئياً بأي وسيلة ملائمة (المادة 3/12 من المرسوم التنفيذي 306/06).

يلاحظ على نص المادة 07 أنها لم تحدد مهام لجنة البنود التعسفية على سبيل الحصر بل تركت الفقرة الأخيرة منها باب الاختصاص مفتوحاً بشأن إمكانية قيام اللجنة بكل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها.

¹⁰⁷⁷ صدر بتاريخ 2017/11/27 قرار يحدد القائمة الاسمية لأعضاء لجنة البنود التعسفية منشور بالجريدة الرسمية عدد 75 لسنة 2017 .

- القوة الإلزامية لتوصيات اللجنة:

تعتبر لجنة البنود التعسفية لجنة ذات طابع استشاري طبقا لنص المادة 06 من المرسوم التنفيذي 306/06. حيث تختص هذه اللجنة بوضع توصيات بشأن بنود تعتبرها تعسفية، ويتعين عليها طبقا لنص المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 أن "تنشر آراءها وتوصياتها بكل الوسائل الملائمة . وزيادة على ذلك يمكنها أن تعد أو تنشر كل المعلومات المفيدة والمتعلقة بموضوعها عن طريق كل وسيلة ملائمة. تقوم كل سنة بإعداد تقرير نشاط يبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة وينشر كليا أو مستخرجات منه بكل وسيلة ملائمة".

وبما أن توصيات لجنة البنود التعسفية غير ملزمة للقاضي وغير ملزمة للمتعاقدين، وجب توسيع مهامها بإضافة توصيات بحذف الشروط التعسفية، وبما أن لجنة البنود التعسفية ليس لها أي قوة إلزامية فهي تمارس على الحرفيين ضغطا معنويا من خلال نشرها¹⁰⁷⁸ ، كما أنه من شأنها تسهيل ومساعدة القاضي على سبيل الاستئناس وليس على سبيل الإلزام¹⁰⁷⁹.

يلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم ينص صراحة على أي دور استشاري للجنة البنود التعسفية لدى القضاء، بخلاف المشرع الفرنسي الذي أقر ذلك بموجب المادة 132 وما يليها من قانون الاستهلاك الفرنسي¹⁰⁸⁰، على الرغم من ذلك نرى أنه لا يوجد في النصوص القانونية العامة و الخاصة ما يمنع القاضي من اللجوء إلى لجنة البنود التعسفية من أجل استشارتها بشأن بند طلب إبطاله أمامه، مثلما يفعل بشأن اللجوء إلى تعيين الخبراء متى عرضت عليه المسائل الفنية التي يصعب عليه الفصل فيها دون اللجوء إلى الخبرة الفنية.

إذا تعلق الأمر بدعوى حول نزاع يتعلق بعقود الاستهلاك يستطيع قاضي الموضوع أن يستعين بلجنة الشروط التعسفية، فيطلب رأيها حول الشرط المتنازع عليه، باعتبار أن تلك اللجنة خبيرة بمسألة الشروط التعسفية، وله أن يترك للجنة مدة كافية لإبداء رأيها فيما لا يتجاوز الثلاثة أشهر من تاريخ إبلاغها بذلك، وله في حالة الاستعجال أن يحدد مدة أقل من ذلك¹⁰⁸¹

ت. الأسلوب القضائي أو التقدير:

¹⁰⁷⁸ فاضل خديجة، عيممة العقد، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016، ص 222.

¹⁰⁷⁹ زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 389. سولم سفيان، الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، مقال منشور بمجلة جيل للأبحاث القانونية المعقدة، مركز جيل البحث العلمي، العدد الرابع، الجزائر، جوان 2016، ص 135.

¹⁰⁸⁰ عسالي عرارة، التوازن العقدي عند نشأة العقد، المرجع السابق، ص 194.

¹⁰⁸¹ أحمد بورزق، الشروط التعسفية في عقد المعاوضة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 302.

يقصد بالأسلوب القضائي في تقدير الشرط التعسفي منح سلطة تقديرية للسلطة القضائية من أجل تكييف كل شرط تعاقدى على حدة على أنه تعسفي من عدمه مع ترتيب الآثار القانونية اللازمة¹⁰⁸².

منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة تقدير الطابع التعسفي للشرط بموجب نص المادة 110 من القانون المدني.

ويلاحظ أن الأسلوب التقديري يترك للقاضي هامشا من الحرية من أجل مراقبة شروط العقد وتأويل عباراته الغامضة بما يضمن حماية ناجعة للطرف الضعيف¹⁰⁸³.

علما أن المشرع الجزائري جعل الرقابة القضائية على عقود الإذعان واسعة وشاملة لكل أنواع الشروط التعسفية، حيث تشمل هذه الرقابة كل الشروط التعسفية سواء علم بها المذعن أم لم يعلم، ففي جميع الأحوال يتوافر الإذعان بالقبول دون مناقشة الشروط التي انفرد الطرف القوي بإعدادها لتحقيق مصلحته، وقد وفق المشرع الجزائري إلى حد بعيد حين سلك هذا الاتجاه، ذلك أن الطرف المذعن لا يستطيع رفض الشرط الذي يتضمنه العقد حتى ولو علم به وكان مدركا لمدى الإجحاف الذي يعرضه إليه¹⁰⁸⁴، غير أنه يجب مراعاة أن بعض الشروط في عقد الإذعان قد تكون محل مناقشة ويكتب ما تم الاتفاق عليه بخط اليد تعديلا على الشروط المطبوعة، وتلك الشروط تخرج عن إطار عقد الإذعان باعتبارها شروطا تفاوضية شريطة أن يكون التفاوض بشأنها حقيقيا وليس مجرد ملأ لبعض البيانات بخط اليد¹⁰⁸⁵.

ومن هنا يتضح لنا جليا أن المشرع وفر حماية فعالة للطرف المذعن من الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان، وذلك نظرا لأن الطرف المذعن لا يملك حق مناقشة هذا النوع من الشروط التي يستقل في المقابل الموجب بصياغتها، فيدرج ما شاء من الشروط التعسفية في العقد، مما يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي بين الأداءات المتقابلة لأطراف الرابطة العقدية¹⁰⁸⁶، وعليه فإن سلطة القاضي التقديرية تقوم بمعالجة حالة الإذعان التي يوجد فيها الطرف المذعن في مثل هذه العقود، وذلك عن طريق ما يملكه القاضي من أدوات تعالج آثار هذا الإذعان¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸² العربي مياد، مقاومة الشروط التعسفية في العقد، المرجع السابق، ص 13.

¹⁰⁸³ العربي مياد، مقاومة الشروط التعسفية في العقد، المرجع نفسه، ص 14.

¹⁰⁸⁴ دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد، المرجع السابق، ص 183.

¹⁰⁸⁵ أحمد بورزق، الشروط التعسفية في عقد المعاوضة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 263.

¹⁰⁸⁶ عامر رحمون، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 88. أحمد بورزق، الشروط التعسفية في عقد المعاوضة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 262.

¹⁰⁸⁷ نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 247. دالي بشير، مبدأ تأويل العقد (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، 2008، ص 42.

(O) Deshayes, La formation des Contrats, op.cit, P 29.

نرى أن المشرع الجزائري وفق حينما اعتمد الأساليب الثلاثة التشريعي، التنظيمي والقضائي في مواجهة الشروط التعسفية، إذ تحاشى عيوب الأسلوب التشريعي الجامد، مما يجعل المستهلك يتمتع بحماية كافية، ذلك أن القانون وإن كان يضع الخطوط العريضة التي تعلن عن رغبة المشرع في عدم تضمين العقود شروطا تعسفية، غير أنه يبقى عاجزا عن وضع حل عملي ومباشر ومحدد لتحقيق هذه الرغبة، وعليه فبنص المشرع على الوسائل التي تمكن من تحقيق هذه النتيجة من مثل لجنة البنود التعسفية، ومنح القاضي المدني السلطة التقديرية لتعديل وإلغاء الشروط التعسفية يكون قد وفر حماية كافية للعقود من الشروط التعسفية التي تخل بالتوازن العقدي.

المطلب الثاني: دور القاضي في التصدي للشرط التعسفي في عقد الإذعان:

يتدخل القاضي لحماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان بطريقة مباشرة عن طريق تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها تطبيقا لأحكام المادة 110 من القانون المدني، كما يتدخل لحماية الطرف المذعن بطريقة غير مباشرة وذلك عند إعماله لسلطته في تفسير عقد الإذعان تطبيقا لنص المادة 112 من القانون المدني. وفيما نتعرض لهذين الجزأين.

الفرع الأول: الجزاء المباشر:

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

يتضح من نص المادة 110 من القانون المدني أن المشرع الجزائري منح القاضي سلطة تعديل العقد، وهي سلطة تخرج عن نطاق مهمته العادية التي تقتصر على تكييف وتفسير العقد، فإذا توصل القاضي إلى أن العقد تم عن طريق الإذعان وتضمن شرطا أو شروطا تعسفية، كان له بمقتضى هذا النص أن يتدخل إما لتعديل الشرط التعسفي وإما لإلغائه¹⁰⁸⁸، وذلك كما يلي:

أولا: تعديل الشرط التعسفي:

القاضي هو الذي يقرر أن الشرط أو الشروط التي تضمنها عقد الإذعان تعسفية أو غير تعسفية، ويتمتع في ذلك بسلطة تقديرية¹⁰⁸⁹.

(A) Bencheneb, op.cit,P 40.¹⁰⁸⁸

¹⁰⁸⁹ سمير تناغو، الإلتزام القضائي، الحكم القضائي مصدر جديد للإلتزام (دراسة فنية لتعديل القاضي للعقد)، المرجع السابق، ص 138.

(J) Flour et (J.L) Aubert,op cit, P 126 .

للقاضي عند ممارسته للرقابة على الشروط التعسفية في عقد الإذعان أن يبقى على هذه الشروط، إلا أنه يتناولها بالتعديل بما يرفع عنها الطابع التعسفي، وتعرف هذه الرقابة برقابة التعديل¹⁰⁹⁰. أي أن تعديل الشرط يعني الإبقاء عليه مع رفع أوجه التعسف عنه بما يحقق الغرض الذي يتوخاه المشرع من منحه للقاضي سلطة إزالة المظهر التعسفي للشرط وإعادة التوازن العقدي بين الأداءات المتبادلة في العقد، إذ هناك بعض الشروط التي لا يمكن للقاضي البتة إعفاء الطرف المذعن منها بسبب طبيعتها، لأن إلغائها من شأنه أن يؤدي إلى القضاء على العقد برمته، من مثل الأجرة في عقد الإيجار حيث لا يمكن للقاضي إلغائها بل يمكن له تعديلها إذا رأى أنها تشكل شرطاً تعسفياً، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة¹⁰⁹¹.

ويتدخل القاضي لتعديل الشرط التعسفي بما يعيد للعقد التوازن الذي يجب أن يكون له، بحيث تتساوى الأعباء الملقاة على عاتق الطرفين المتعاقدين، ويخفف العبء الملقى على عاتق الطرف المذعن وهو الطرف الضعيف في العقد¹⁰⁹².

ولا يشترط حتى يتدخل القاضي لتعديل الشرط التعسفي أن يكون هذا الشرط غامضاً، فوضوح العبارات في العقد لا يرفع عنها التعسف¹⁰⁹³، بل أن الوضوح في عبارات العقد التعسفية هو الذي يدفع إلى تطبيق أحكام المادة 110 من القانون المدني إذ أنه لم يكن في وسع الطرف المذعن أن يفعل شيئاً إزاء الشرط التعسفي الموجود بالعقد رغم وضوح الشرط ودقته.

ومثال ذلك وجود شرط في لائحة المصنع يوقع غرامات مالية باهظة على العمال لأخطاء بسيطة، هنا يكون للقاضي إذا ما قدر أنه شرط تعسفي أن يعدله بتخفيض الغرامة لتناسب مع مقدار الخطأ.

ثانياً: الإغفاء من الشرط التعسفي:

وهذا النوع من الرقابة القضائية أشد جرأة من رقابة التعديل، ويعتبر سلاح بالغ الخطورة في يد القضاء، إذ يستطيع القاضي بموجبه إهدار الشروط التعسفية بإعفاء الطرف المذعن منها وذلك متى وجد أن التعديل لا يكفي لرفع التعسف وتحقيق العدالة، فالمظهر الأساسي للحماية التي يضيفها القانون على الطرف المذعن تتمثل في رفع الضرر الذي قد يلحقه نتيجة النص في العقد على بعض الشروط التعسفية ولو كلف ذلك القاضي إهدار هذه الشروط¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁹⁰ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 148.

¹⁰⁹¹ الشريف بحماوي، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية - دراسة مقارنة -، المرجع السابق، ص

108.

¹⁰⁹² فاضل خديجة، عقد الإذعان في القانون المدني والتشريعات الخاصة، المرجع السابق، ص 326.

¹⁰⁹³ أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق، ص 195.

¹⁰⁹⁴ لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 154.

فاضل خديجة، عاصمة العقد، المرجع السابق، ص 220. أحمد بورزق، الشروط التعسفية في عقد المعاوضة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 264. حنان مريني، النظام العام الاقتصادي وتأثيره على العلاقة العقدية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2004، ص 80.

وعليه فالقاضي يلجأ إلى استخدام سلطته في الإعفاء، حينما يقدر أن تعديل الشرط بالتخفيف من الالتزام المقابل ليس هو الوسيلة المجدية في إزالة مظهر التعسف الذي اتسم به الشرط¹⁰⁹⁵، ويكون الأمر كذلك في الحالة التي يكون فيها الشرط هو نفسه مظهر التعسف في العقد، ولن يتحقق العدل إلا بإعفاء الطرف المذعن منه، كما كان الشرط متمثلاً في شرط من شروط الإعفاء من المسؤولية، جاز للقاضي إلغاء الشرط ليخضع العقد للقاعدة العامة، وهنا تتضح السلطة الاستثنائية لقاضي الموضوع.

يرى بعض من شراح القانون المدني أن سلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المذعن منه سلطة جوازية للقاضي، وعلى ذلك يرون أنه حبذا لو كان النص غير ذلك أي يوجب على القاضي التدخل وممارسة سلطته في تعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه وذلك لتوفير الحماية اللازمة للطرف المذعن¹⁰⁹⁶.

غير أننا نرى أنه متى قدر وتوصل القاضي بناء على سلطته التقديرية أن الشرط الذي تضمنه عقد الإذعان هو شرط تعسفي وجب عليه التصدي لهذا الشرط التعسفي وذلك إما بالإبقاء عليه وتعديله لرفع أوجه التعسف عنه أو بإهداره وإعفاء الطرف المذعن منه، وعلى ذلك فالأمر ليس جوازياً بالنسبة للقاضي بل هو أمر وجوبي وضروري وأمر¹⁰⁹⁷ كما أنه تحصيل حاصل لإقراره بوجود شرط تعسفي في عقد الإذعان، وإلا عرض حكمه للنقض والإبطال على أساس التناقض بين الأسباب والمنطوق، أي أنه لا يمكن للقاضي أن يتوصل إلى وجود شرط تعسفي يخل بالتوازن العقدي مع بقاءه عليه إخلالاً بما تقضي به قواعد العدالة بل وجب عليه إزاحة الطابع التعسفي عن العقد.

تعديل الشروط التي يتضمنها عقد الإذعان أو إعفاء الطرف المذعن منها لا يجريه القاضي من تلقاء نفسه، وإنما بناء على طلب الطرف المذعن (الطرف الضعيف)، لأن الحماية مقررة لمصلحته¹⁰⁹⁸، يجوز للطرف المذعن أن يطلب من القاضي أعمال تلك الرخصة في أي حالة كانت عليها الدعوى ما دام أمام قاضي الموضوع، غير أنه لا يمكن له تقديم الطلب لأول مرة أمام المحكمة العليا¹⁰⁹⁹.

عامر رحمون، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 90.

¹⁰⁹⁵ عبد الحميد بن شنيته، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 47. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 166.

¹⁰⁹⁶ علي مصباح صالح الحبيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، المرجع السابق، ص 51. بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 142. زيتوني فاطمة الزهراء، دور القاضي في تنفيذ العقد في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 81. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 166.

¹⁰⁹⁷ سمير تناعو، الالتزام القضائي، الحكم القضائي مصدر جديد للالتزام (دراسة فنية لتعديل القاضي للعقد)، المرجع السابق، ص 139.

¹⁰⁹⁸ (L) ayès, Le juge et le contrat: nouveaux rôles ?, op.cit, P14 .

¹⁰⁹⁹ علي مصباح صالح الحبيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، المرجع السابق، ص 53. أحمد بورزق، الشروط التعسفية في عقد المعاوضة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 264. عامر رحمون، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 95.

غير أن السلطة الممنوحة للقاضي تقتصر على التعديل أو على الإغفاء بما يعيد للعقد توازنه و يحقق العدالة، دون أن تتعدى ذلك إلى القضاء بإبطال الشرط التعسفي أو إنهاء العقد ما دام متفقا مع النظام العام والآداب العامة¹¹⁰⁰، وبهذا يصبح هذا الحكم أداة فعالة يستطيع بها القاضي أن يحمي الطرف المذعن من الشروط التعسفية التي يفرضها عليه محتكر قانوني أو فعلي¹¹⁰¹.

تقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا مسألة وقائع يتبين منها القاضي في ضوء الظروف مدى ما في الشرط من جور وشدة¹¹⁰².

يلاحظ على المشرع الجزائري أنه على الرغم من تحديده الشروط التعسفية بموجب القانون رقم 02/04 مؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية و المرسوم التنفيذي 306/06 المعدلة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 44/08 المؤرخ في 03/02/2008 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، غير أنه لم يضمنها سوى جزاء جزائي¹¹⁰³ (متعلق بالدعوى العمومية) دون أن تتضمن أي نص يشير إلى تطبيق جزاء مدني يختص بتوقيعه القاضي المدني في حال إيراد الشرط التعسفي في العقد من مثل التعديل، الأمر الذي يدفعنا إلى القول أنه لا يبقى للقاضي حال فصله في نزاع يتعلق بتضمن عقد الإذعان لشرط تعسفي منصوص عليه سواء في المادة 29 من القانون 02/04 أو المادة 5 من المرسوم التنفيذي 306/06 إلا أن يطبق الأحكام العامة المتعلقة بالشرط التعسفي في عقد الإذعان المنصوص عليها في المادة 110 من القانون المدني.

غير أنه يتعين علينا القول أن القاضي الجزائري حين يفصل في الدعوى العمومية يمكنه الفصل في الدعوى المدنية بالتبعية لكن في حدود سلطته في منح التعويض لجبر الضرر الواقع للضحية التي تتأسس أمامه كطرف مدني، إلا أنه ليس بإمكانه القضاء بتعديل العقد عن طريق تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها فهي مسألة من اختصاص القاضي المدني الأصلي.

وعليه وإن كان نص المادتين يطرح إشكالا وفراغا قانونيا من حيث الجزاء المدني الواجب توقيعه على هذه العقود المتضمنة شروطا تعسفية وسواء كان النزاع متعلقا بالعلاقة التعاقدية بين محترف ومستهلك أو محترف ومحترف آخر، يستعين القاضي بأحكام المادة 110 من القانون المدني حيث له إما أن يبقي على الشرط ويتناوله بالتعديل، أو أن يعفي الطرف المذعن منه.

¹¹⁰⁰ علي مصباح صالح الحبيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، المرجع السابق، ص 53.

¹¹⁰¹ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 148.

¹¹⁰² عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 149.

¹¹⁰³ حيث نصت المادة 38 من القانون رقم 02/04 " تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و 27 و 28 و 29 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000 دج) إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000 دج)".

الراجح في نظرنا أنه بتضمن عقد الإذعان لشرط تعسفي من بين الشروط الواردة في نص المادتين 29 من القانون 02/04 أو 05 من المرسوم التنفيذي 306/06، لا يبقى للقاضي إلا إعفاء الطرف المذعن منها وكأنما وجود هذين النصين يحد نوعاً ما من السلطة التقديرية للقاضي حين اختياره للجزاء الذي يطبقه في نفس الوقت الذي يسهل عليه مهمة البحث في مدى اعتبار الشرط تعسفياً من عدمه.

وحبذا لو يتدخل المشرع لتعديل أحكام القانون رقم: 02/04 وكذا المرسوم التنفيذي رقم 306/06 بتحديد جزاء مدني يختص بتطبيقه القاضي المدني في حال تعلق الأمر بتضمن عقود الإذعان لهذه الشروط التعسفية، خاصة وأن النقص الذي شاب هذه النصوص لا يعدو إلا أن يكون مجرد سهو وقع فيه واضعيها لم يكن القصد من ورائه استبعاد الجزاء المدني من التطبيق، وهو نقص ينبغي استكمالها بإضافة جزاء يطبق على هذا النوع من الشروط التعسفية، كأن يتعلق الأمر بتوقيع جزاء البطلان عليها مع بقاء عقد الإذعان قائماً، متى أمكن أن يستمر كذلك دون تلك الشروط الباطلة¹¹⁰⁴.

وبذلك يكون قد فصل في الأمر بشكل واضح وصريح ليرد ويضع الحجة على كل من يرى أنه لا يمكن تطبيق أحكام المادة 110 من القانون المدني متى تعلق الأمر بهذا النوع من الشروط التعسفية خاصة أن ما تضمنته هاتين المادتين من تحديد لقائمة سوداء للشروط التعسفية، لا يكون للقاضي إزائها أي سلطة تقديرية مثلها تخوله إياه أحكام المادة 110 من القانون المدني التي تجعل من سلطته التقديرية واسعة سواء من حيث تقدير مدى اعتبار الشرط تعسفياً أو من حيث أو سلطته في شأن اختيار الجزاء المناسب¹¹⁰⁵.

أما فيما تعلق بإثبات الشرط التعسفي فتسمح المادة 29 من القانون 02/04 والمادة 05 من المرسوم التنفيذي 306/06 بالقول أن هناك افتراض للطابع التعسفي للشروط التي تضمنتها المادتين، حيث يعفى الطرف المضرور من إثبات الطابع التعسفي للشرط إذا كان من بين الشروط التي تضمنتها المادتين. أما إذا تعلق الأمر بشروط أخرى غير تلك التي وردت في هاتين المادتين، فإن المتعاقد المضرور يقع عليه عبء إثبات الطابع التعسفي للشرط وفقاً للمبدأ القانوني العام في مجال الإثبات البيينة على من ادعى¹¹⁰⁶. غير أنه من الفقه من يفضل في مجال الإثبات عدم تحميل الطرف الضعيف بأي عبء إضافي في الإثبات، بل أن يفترض في هذه الحالة أن المحترف قد تعسف في استعمال قوته الاقتصادية أو قدرته الفنية. فإذا أراد المحترف الإبقاء على الشرط فعليه أن يثبت أنه لم يتعسف في استعمال مقدرته وخبرته وأنه قد منح المستهلك فرصة كافية للاختيار، بأن يكون قد عرض عليه عدداً من الشروط يختار من بينها بملأ إرادته واختياره، فاختر هذا الأخير الشرط الذي يعطي للمحترف مزايا مبالغ فيها¹¹⁰⁷.

¹¹⁰⁴ بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 142. زيتوني فاطمة الزهراء، دور القاضي في تنفيذ العقد في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 83.

¹¹⁰⁵ بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 141.

¹¹⁰⁶ بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 100. زيتوني فاطمة الزهراء، دور القاضي في تنفيذ العقد في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 84.

¹¹⁰⁷ سميج جان سفير، دور التشريع المقارن في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص 31.

غير أننا نرى أنه لا يمكن الاستناد لهذا الموقف الفقهي لسبب وحيد هو أن عقود الإذعان تتسم بسمة أساسية وهي انعدام المناقشة بشأن شروطها وبالتالي لا يمكن تصور وجود أي مناقشة حول شروط العقد، ولو سلمنا بوجود مناقشة حول شروط العقد فلا نكون أمام عقد الإذعان بالتالي لا يمكن للقاضي التدخل لتعديله أو إعفاء الطرف المتعاقد من شروطه التعسفية لعدم توافر شروط تطبيق نص المادة 110 من القانون المدني.

ثالثا: اهتداء القاضي لقواعد العدالة

لا بد أن يكون هناك معيار يسترشد به القاضي في رقابته على الشروط التعسفية في عقود الإذعان لتحديد ما إذا كانت تعسفية من عدمه وقد تضمنت المادة 110 من القانون المدني "العدالة" كمعيار يتم على أساسه تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها، حيث وضع المشرع في يد القاضي سلطة تقديرية واسعة لحماية المتعاقد المذعن من الشروط التعسفية التي يفرضها عليه الطرف القوي، فمتى كشف القاضي بناء على سلطته التقديرية وجود شرط تعسفي في عقد الإذعان فله أن يعدله بما يزيل أثر التعسف بل له أن يعفي الطرف المذعن منه إعفاء تاما، ولم يرسم المشرع له حدودا أو أنماطا معينة ليتم التعديل أو الإعفاء بل ترك للقاضي سلطة تقدير واسعة لا تقيد بها سوى ما تقتضيه العدالة¹¹⁰⁸. وعليه فالحكم المقرر في نص المادة 110 من القانون المدني يعتبر تطبيقا لفكرة خضوع العقد لفكرة العدل ويعتبر أيضا مثلا من أمثلة الاستعانة بالقاضي لتحقيق هذا الهدف¹¹⁰⁹.

أحاط الغموض والإبهام بالمقصود بالعدالة، وذلك لاختلاف الإحساس به من شخص لآخر، وتغيره باختلاف الأزمنة و الأمكنة، غير أنه وعلى الرغم من هذا الاختلاف الشكلي إلا أنه يبقى ثابتا من حيث موضوعه، حيث يبقى في حقيقته معبرا عن مجموعة الأسس الثابتة التي تنشئ القانون الأعلى للبشرية والنظام الذي يتعين الوصول إليه¹¹¹⁰.

تعتبر العدالة قاعدة من قواعد القانون الطبيعي إن لم تكن جوهره ذاته، وتهدف العدالة إلى تحقيق المساواة بين الأفراد، على نحو يقيم التوازن بينهم، فلا يحصل الإنسان إلا على ما يستحقه، فلا مجال للإضرار بالغير، لا الإثراء على حسابه، ويجب أن تسيطر على العقد في كل مراحله، وهذا إحساس طبيعي يحرك القاضي في تعديله للشرط التعسفي أو في الإعفاء منه¹¹¹¹.

¹¹⁰⁸ نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 247. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 148. فاطمة نساخ، الوظيفة الاجتماعية للعقد، المرجع السابق، ص 245.

¹¹⁰⁹ سمير عبد السيد تناعو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 43.
¹¹¹⁰ محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 167. سوا لم سفيان، الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 126.

¹¹¹¹ أنس محمد عبد الغفار، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، المرجع السابق، ص 197. علي مصباح صالح الحيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، المرجع السابق، ص 54.

تعتبر تقديرات القاضي وفق مقتضيات العدالة من مسائل الواقع التي لا تخضع لرقابة المحكمة العليا¹¹¹².

رابعاً: اعتبار هذه السلطة من النظام العام

النظام العام كأحد الأفكار الأخلاقية الحمائية، هو مجموعة الأسس التي يقوم عليها المجتمع سواء كانت أخلاقية أم اجتماعية أم اقتصادية أم سياسية¹¹¹³.

وتعتبر هذه الحماية التشريعية حماية أمرة إذ لا يجوز سلب القاضي سلطة تعديل الشرط التعسفي أو الإغفاء منه، فمثل هذا الاتفاق يكون باطلاً وهديم الأثر¹¹¹⁴ تطبيقاً لنص الفقرة الأخيرة من المادة 110 من القانون المدني¹¹¹⁵، و لو جاز مثل هذا الاتفاق، لما تأخر الطرف القوي عن أن يجعله من شروط العقد، لو جاز هذا لتعطلت الحماية التي قصد إليها المشرع من ذلك الحكم¹¹¹⁶، كما أن القول بغير ذلك يعني أنها مجرد حماية صورية¹¹¹⁷.

كما يؤخذ على نص المادة 110 من القانون المدني أنه لم يحدد آجالاً لرفع دعوى تعديل الشرط التعسفي أو الإغفاء منه بخلاف حالتي الطعن في العقد بسبب الغبن أو بسبب الاستغلال، مما يستوجب معه أعمال القاعدة العامة التي سطرها المشرع في أحكام التقادم المنصوص عليها في نص المادة 308 من القانون المدني " يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات الآتية".

الفرع الثاني: الجزاء الغير مباشر:

لم تقف حماية المشرع للطرف المذعن عند تعديل الشروط التعسفية أو الإغفاء منها بل امتدت إلى وجوب تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن سواء كان دائناً أو مدیناً، وهذا خلافاً للقاعدة العامة التي تقضي بأن يفسر الشك لمصلحة المدين، وفيما يلي سنتعرض إلى القاعدة العامة في تفسير العقود عامة بما فيها عقد الإذعان المنصوص عليها في المادة 111 من القانون المدني والمادة 1/112 من نفس القانون ثم نتعرض إلى الاستثناء الخاص بعقد الإذعان المنصوص عليه في المادة 2/112 من القانون المدني.

¹¹¹² حنان مريني، النظام العام الاقتصادي وتأثيره على العلاقة العقدية، المرجع السابق، ص 80. أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق، ص 197.

¹¹¹³ دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد، المرجع السابق، ص 182.
(A) Bencheneb, op.cit,P 151.¹¹¹⁴

¹¹¹⁵ نصت المادة 110 من القانون المدني " ...ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

¹¹¹⁶ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 149. لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 154.

¹¹¹⁷ علي مصباح صالح الحبصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، المرجع السابق، ص 55.

يهدف التفسير إلى تحديد معنى النصوص الواردة في عقد معين وذلك إذا لم تكن واضحة تكشف بجلاء عن قصد المتعاقدين، حتى يمكن تحديد مضمون العقد والوقوف على الالتزامات التي يولدها، لكي يتسنى تطبيقه¹¹¹⁸.

أولاً: سلطة القاضي في حالة وضوح عبارات عقد الإذعان:

تضمنت المادة 1/111 من القانون المدني القاعدة العامة في تفسير العقود حيث نصت على أنه " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين." . يتضح من خلال نص الفقرة الأولى من المادة 111 من القانون المدني أن عبارات العقد الواضحة تمنع القاضي من تأويلها.

أ. المقصود بوضوح عبارات العقد:

الوضوح المشار إليه في المادة 1/111 من القانون المدني ليس وضوح كل جملة على حدة، بل هو وضوح دلالة العقد من مجموع ما جاء فيه من عبارات، لأن الأصل أن يعتبر العقد وحدة متصلة الأجزاء متكاملة الأحكام كلما دعت الحاجة إلى تفسيره أو تطبيقه¹¹¹⁹، لأن العبارة في حد ذاتها قد لا تعبر بصدق عن إرادة المتعاقدين، وقد تتناقض عبارات أخرى، وقد يكون البند واضحاً في حد ذاته إلا أنه متناقض مع بند آخر أو مع مضمون الأحكام الكلية للعقد، مما يجعل العقد غامضاً رغم وضوح عباراته¹¹²⁰.

ب. وضوح عبارة العقد تمنع التأويل:

تستخلص إرادة المتعاقدين، من خلال عبارات العقد لتحديد آثاره، ومتى كانت عبارات العقد واضحة كان لازماً على القاضي التقيد بها، إذ لا يجوز له الانحراف عنها من خلال التأويل للكشف عن إرادة المتعاقدين¹¹²¹. والأصل أن يأتي الشرط واضحاً، ل يرفض القاضي تطبيقه، ذلك أن الشرط الواضح لا يفسر وإنما يطبق كما هو¹¹²²، وهذا ما أكدته المحكمة العليا¹¹²³ من خلال العديد من قراراتها من بينها قرارها الصادر بتاريخ 1985/04/03 في الملف رقم: 33528 حيث جاء فيه "من المقرر قانوناً أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون ومن ثم فإنه لا يجوز للقضاة أن يفسروا إرادة الأطراف الصريحة بما يتنافى معها"¹¹²⁴.

ثانياً: سلطة القاضي في حالة غموض عبارات عقد الإذعان:

¹¹¹⁸ توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 222.
¹¹¹⁹ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، -مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 233.
¹¹²⁰ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 384.
¹¹²¹ حوحو يمينه، سلطة المحكمة العليا في مراقبة تفسير العقد، مقال منشور بمجلة المحكمة العليا، العدد الأول، سنة 2013، ص 64.
¹¹²² هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، المرجع السابق، ص 212.
¹¹²³ كانت تعرف قانوناً بتاريخ القرار بالمجلس الأعلى.
¹¹²⁴ حوحو يمينه، المرجع السابق، ص 65.

نصت المادة 2/111 من القانون المدني "أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین دون الوقوف عن المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات". ويتضح من خلال هذا النص أن عبارات العقد الغامضة تستدعي تدخل القاضي لتأويلها للبحث عن النية المشتركة للمتعاقدین مسترشدا في ذلك بطبيعة التعامل والأمانة والثقة وعرف التعامل.

أ. المقصود بغموض العبارة:

تكون العبارة غير واضحة أو غامضة إذا كانت تحتل في جزئياتها أو في جملتها أكثر من معنى¹¹²⁵ ، ويجب أن تفهم عبارة العقد على أنها مجموع عبارات العقد، أي نصوص العقد في مجموعها وليس عبارة أو جملة معينة فيه¹¹²⁶ وبناء على ذلك يكون العقد غامضا وفي حاجة إلى تفسير في الحالات التالية:

- عندما تكون عبارة العقد غامضة في ذاتها بحيث تحتل أكثر من معنى، ولم يرد في العقد ما يدل على تحديد المعنى المقصود¹¹²⁷.
 - قد يرجع غموض النص العقدي بالرغم من وضوح العبارات التي يتكون منها العقد لعدم تطابق العقد مع حقيقة إرادة العاقدین¹¹²⁸.
 - عندما يكون الشرط الوارد في العقد واضحا ومحددا في حد ذاته، غير أنه يكون مناقضا أو مبهما بالنظر لشروط أخرى في العقد¹¹²⁹.
 - قد يتضح الغموض على الرغم من وضوح كل ما ورد في المحرر، وذلك عندما يتكون الاتفاق من محررات عديدة تتعارض فيما بينها ، فيوجد تعدد مادي للمحررات الممثلة للاتفاق ولكنها في مجموعها تمثل اتفاقا واحدا فقط¹¹³⁰.
- ب. غموض العبارة يستدعي التفسير للتعرف على النية المشتركة للمتعاقدین:

إذا كانت عبارة العقد غير واضحة، أي يكتنفها الغموض، فإنها تصبح في حاجة إلى تفسير يستطيع القاضي بواسطته أن يزيل هذا الغموض لكي يهتدي إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدین، ولا يجوز للقاضي حينئذ أن يقف عند الإرادة الفردية لأحد الطرفين، بل يجب

¹¹²⁵ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 205.

¹¹²⁶ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 206.

¹¹²⁷ حوحو يمينه، المرجع السابق، ص 69.

¹¹²⁸ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 207.

¹¹²⁹ علي فيلالی، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 387. هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، المرجع السابق، ص 214.

¹¹³⁰ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 207.

عليه أن يبحث عن الإرادة المشتركة التي تلاقي عندها الطرفان، ولا يتقيد القاضي في هذا البحث بالمعنى الحرفي للألفاظ¹¹³¹.

وعليه متى تبين للقاضي أن الشرط الوارد في العقد غامض لا يجوز له أن يمتنع عن تطبيق العقد لهذه الحجة، بل يعين عليه أن اللجوء إلى التفسير لرفع الغموض عن العقد، حيث لا يجوز له أن يعدل العقد باستبعاد بعض بنوده لمجرد كونها بنوداً غامضة¹¹³².

والقاضي يستهدي في سبيل البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ودون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ بعدة عوامل غير أنه ليس ملزماً بها، بحيث يمكنه أن يستعين بغيرها¹¹³³ للوصول عن النية المشتركة للمتعاقدين وعلى هذا فقد عددها المشرع على سبيل المثال لا على سبيل الحصر¹¹³⁴ وذلك كما يلي:

- **طبيعة التعامل:** يراد بها طبيعة العقد ذاته فإذا كانت عبارة العقد تحمل أكثر من معنى واحد، فإنه يؤخذ بالمعنى الذي يتفق مع طبيعة العقد¹¹³⁵ طبقاً للتكييف الصحيح للعقد الذي يتوصل إليه القاضي¹¹³⁶.
- **الأمانة والثقة:** الأمانة هي واجب على المتعاقد، والثقة حق للمتعاقد¹¹³⁷، ويراد بهما شرف التعامل في تفهم كل متعاقد للتعبير عن الإرادة الصادر من المتعاقد الآخر، فلا يجوز لأحد المتعاقدين إذا استبان ما في التعبير عن الإرادة الصادر من المتعاقد الآخر من خطأ أو لبس أو قصور أن يستغل هذا النقص في تحقيق فائدة لا حق له فيها¹¹³⁸.
- **العرف الجاري في المعاملات:** يقصد به كل سنة جرى عليها العمل بين المتعاقدين نفسيهما أو بين المتعاملين في طراز العقد الذي ارتبط به المتعاقدان على نحو يجعل

¹¹³¹ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 459. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 205.

¹¹³² ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 207.

¹¹³³ من مثل إذا كانت العبارة تحتمل أكثر من معنى واحد، فإنها تحمل على المعنى الذي يجعلها تنتج أثراً قانونياً، ومن ذلك أيضاً أن عبارات العقد يفسر بعضها بعضاً. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 145.

كما يجوز للقاضي أن يستعين في تفسير العقد بالظروف التي أحاطت بالتعاقد وبالطريقة التي أخذ بها المتعاقدان في تنفيذ العقد، فقد توجد ظروف تصاحب انعقاد العقد وتكشف عن النية الحقيقية للطرفين، وقد يتم تنفيذ العقد خلال فترة طويلة دون معارضة أو تحفظ من أحد طرفيه، فإن نيتهما تتضح من خلال ما أعطياه من تفسير خلال المدة التي تم فيها التنفيذ توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 226. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، -مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 237.

¹¹³⁴ لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 148.

¹¹³⁵ توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 225.

¹¹³⁶ حميد بن شنيقي، نظرية الالتزامات-نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 222.

¹¹³⁷ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 460.

¹¹³⁸ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، -مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 237. توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 225.

منها شرطاً ضمناً مفهوماً في التعامل¹¹³⁹ على أن يكون غير مخالف للنظام العام¹¹⁴⁰.

ثالثاً: سلطة القاضي في حالة الشك

قد توجد في العقد عبارة تحتمل أكثر من معنى ، دون أن يوجد ما يرجح أحدها عن الأخرى بالنظر إلى أن كل منها له ما يبرره ، فيظل الشك يتردد بين وجهتين تحتملها عبارة العقد، ولأجل ذلك نص المشرع في المادة 112 من القانون المدني على أنه " يؤول الشك في مصلحة المدين".

غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضار بمصلحة الطرف المذعن". يتضح من نص المادة المذكور أن المشرع عمد إلى وضع قاعدة عامة يطبقها القاضي عند تأويله لحالة الشك بموجب الفقرة الأولى من المادة وخرج عنها باستثناء في الفقرة الثانية من نفس المادة ، وهو الأمر الذي يدفعنا أن نبين متى نكون بصدد حالة الشك، وبعدها إلى قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين ومبرراتها، ثم إلى الخروج عن هذه القاعدة في حالة عقود الإذعان.

أ. المقصود بحالة الشك:

هي الحالة التي تكون فيها عبارة العقد غامضة، أي تحتمل أكثر من معنى، ولا يستطيع القاضي بالرغم من استعانتة بوسائل التفسير المختلفة أن يهتدي في شأنها إلى معنى يرجحه على غيره من المعاني، فيظل القاضي في شك من حقيقة المعنى المقصود، لأن لكل معنى وجه ينهض به ، ولأنه لا وجه لترجيح معنى على آخر¹¹⁴¹. وعرفت حالة الشك كذلك على أنها " إحساس نفسي ينجم عن العجز عن حسم التردد الذي تحتمله عبارات العقد في شأن الاستدلال على النية المشتركة للطرفين"¹¹⁴².

علماً أن حالة الشك تفيد أن هناك مجال لتفسير العقد على معنى أو على آخر، أما إذا تبين للقاضي استحالة تفسير العقد بأي معنى من المعاني، فإنه لا يكون هناك عقد أو تطابق إرادتين ولا يكون هناك بالتالي مجال لأي تفسير وبالتالي يتحدد نطاق قاعدة تفسير الشك في

¹¹³⁹ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، -مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص237.

¹¹⁴⁰ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 392.

¹¹⁴¹ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 464. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 220.

¹¹⁴² محمد عبد الرزاق محمد، تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن، بحث منشور بمجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، السنة الثالثة، العدد الثالث، 2011، ص 156.

أن يكون التفسير غير مستحيل وفي نفس الوقت هو غير ممكن على وجه واحد لا يقبل الشك¹¹⁴³.

ب. القاعدة العامة في تفسير الشك

القاعدة في مجال تفسير الشك تقضي بأن يفسر الشك في مصلحة المدين، ويثور السؤال هل يقصد بذلك من يكون مدينا بالنسبة للعقد في جملته؟ الواقع أن هذا ليس لازماً، وإنما ينبغي أن ينظر إلى كل شرط على حده، عندما تدعوا الحاجة إلى تفسير أي منها، فإذا قام الشك، فسر هذا لمصلحة الملتزم في خصوص هذا الشرط الذي شابه غموض، بصرف النظر عن وضع الشخص من العقد في جملته، حتى ولو كان دائناً، وعلى هذا الأساس فإنه في العقود الملزمة لجانب واحد يكون تفسير الشك لصالح الطرف المدين أما في العقود الملزمة للجانبين، قد يفسر الشك في بعض الأحيان لمصلحة أحد الطرفين، وفي بعضهما لمصلحة الطرف الآخر، وذلك بحسب ما إذا كان المتعاقد دائناً أم مديناً¹¹⁴⁴.

وتبرر هذه القاعدة على أساس أن الأصل في الإنسان هو براءة الذمة، والاستثناء هو الالتزام، ولا يمكن مخالفة هذا الأصل اعتماداً على الشك وحده¹¹⁴⁵. كما يرجع تفسير الشك لمصلحة المدين إلى أنه يعتبر الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وعلى ذلك يعمل المشرع على حمايته¹¹⁴⁶، كذلك تبرر هذه القاعدة القواعد العامة في الإثبات والتي مفادها أنه إثبات الالتزام يقع على عاتق الدائن، فإذا قام شك حول حقيقة هذا المدى كان معنى ذلك أن الدائن لم يستطع إثباته على نحو واسع فيؤخذ إذن بالمعنى الضيق للالتزام¹¹⁴⁷.

ت. تفسير الشك في عقود الإذعان

خرجت المادة 112/2 من القانون المدني " غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضار بمصلحة الطرف المذعن." عن القاعدة العامة في تفسير الشك لمصلحة المدين، إذ لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن، وعلى ذلك فإذا كان المدين هو المذعن فسر الشك لمصلحته، وإذا كان الدائن هو المذعن فسر الشك لمصلحته. وعلى العموم يكون تفسير العبارات الغامضة في عقد الإذعان ضد من انفرد بوضع شروط العقد¹¹⁴⁸. فقد يكون المذعن دائناً في عقود التأمين إذ أن المؤمن الذي يضع قانون العقد يجب أن يتحمل نتائج الغموض

¹¹⁴³ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 148. حوحو يمينه، المرجع السابق، ص 74.

¹¹⁴⁴ محمد عبد الرزاق محمد، تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن، المرجع السابق، ص 157. توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 228. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 464.

¹¹⁴⁵ دالي بشير، مبدأ تأويل العقد (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 39. حوحو يمينه، المرجع السابق، ص 74.

¹¹⁴⁶ محمد عبد الرزاق محمد، تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن، المرجع السابق، ص 156. توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 227.

¹¹⁴⁷ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 464. حوحو يمينه، المرجع السابق، ص 74.

¹¹⁴⁸ فاضل خديجة، عقد الإذعان في القانون المدني والتشريعات الخاصة، المرجع السابق، ص 320.

الناتج من التحرير المسند إليه، حتى إذا كان المقصود من التفسير هو تحديد نطاق التزاماته البحتة فيفسر القاضي الغموض ضد شركة التأمين رغم أنها المدينة في الشرط¹¹⁴⁹.

فلو اعتمد المشرع قاعدة "أن يفسر الشك لمصلحة المدين" بالنسبة لعقود الإذعان، لأضحت هذه الوسيلة في التفسير، كسيف ذي حدين، لأن الطرف المذعن ليس دائماً مديناً، بل هو في حالات كثيرة دائناً مثلما هو الأمر بالنسبة لعقد العمل فالعامل أو الأجير يعد دائماً، في ما يتعلق بحقه في الأجر الذي يترتب له بذمة رب العمل، وهو الأمر الذي دفع بالمشرع إلى تبني نظام خاص بتفسير الشك في عقود الإذعان¹¹⁵⁰.

قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن قاعدة عادلة لأنها تقوم على أساس أن الطرف المذعن هو الطرف الضعيف اقتصادياً، وأن رضاه في العقد أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى القبول الاختياري مما يتعين معه حمايته لإقامة التوازن العقدي بين المتعاقدين في العقد¹¹⁵¹. كذلك لأنها تقوم على أساس أن الطرف القوي هو الذي يستقل بتحرير العقد، فإذا شابه غموض أو إبهام، وجب أن لا يستفيد من هذا الغموض، بل يقع عليه وزر هذا الغموض مادام كان في وسعه أن يتحاشاه بما له من وسائل يستطيع بها أن يورد عبارات غاية في الوضوح¹¹⁵².

تجب الإشارة كذلك إلى أن هذا الإبهام الذي يكتنف بعض العقود ليس وليد الصدفة دائماً، وليس أيضاً وليد رعونة واضعه وهو المحترف، ولكن في أحيان كثيرة يكون متعمداً، لأنه يسمح للمتعاقد القوي بتمرير اشتراطات معينة تحت ستار الغموض والإبهام، بحيث لو كانت واضحة لأحجم المتعاقد الآخر على التعاقد¹¹⁵³.

تجب الإشارة إلى أن المادة 2/212 من القانون المدني تعتبر قاعدة قانونية آمرة، حيث تقيد القاضي عند تفسيره لعقد الإذعان بعدم الإضرار بمصلحة الطرف المذعن¹¹⁵⁴.

على أنه إعمال هذا الحكم لا يكون إلا في حالة عدم إمكان إعمال قاعدة من قواعد التفسير، فإذا عجز القاضي عن الوصول إلى قصد المتعاقدين عن طريق إعمال قواعد التفسير (طبيعة التعامل، الأمانة والثقة العرف الجاري...)، وثار شك، فإنه يفسر لمصلحة

¹¹⁴⁹ محمد عبد الرزاق محمد، تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن، المرجع السابق، ص 158.

¹¹⁵⁰ هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، المرجع السابق، ص 222.

¹¹⁵¹ زيتوني فاطمة الزهراء، دور القاضي في تنفيذ العقد في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 86. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 239. محمد عبد الرزاق محمد، تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن، المرجع السابق، ص 158. حوحو يمينه، المرجع السابق، ص 75.

¹¹⁵² ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 222. عقد المنعم فرج الصده، عقد الإذعان، المرجع السابق، ص 253. سعيد سعد عبد السلام، مصادر الالتزام المدني، المرجع السابق، ص 81.

¹¹⁵³ بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 79.

¹¹⁵⁴ فاضل خديجة، عقد الإذعان في القانون المدني والتشريعات الخاصة، المرجع السابق، ص 320.

الطرف المذعن دائنا أو مدينا¹¹⁵⁵، وبمفهوم المخالفة لا يستفيد المذعن من الحماية الخاصة إذا لم يكتنف الشك عبارة العقد.

الفصل الثاني: سلطات القاضي في مرحلة تنفيذ العقد:

يتدخل القاضي لإعادة التوازن الذي كان قائما وقت تكوين العقد ولكنه اختل بعد ذلك في مرحلة تنفيذه، وقد نص المشرع الجزائري على حالات محددة حصرا تسمح للقاضي أن يتدخل بموجبها وفي حدود السلطات الممنوحة له دون الخروج عن أحكام القانون في أن يحقق في نطاق الممكن العدالة العقدية.

فيسمح للقاضي بتعديل العقد الذي تم إبرامه في ظل ظروف عادية إلا أن حوادث طرأت بعد إبرامه وقبل تمام تنفيذه لم يكن في الحسبان توقعها بحيث أدت هذه الحوادث إلى جعل تنفيذ الالتزام على الوجه الذي تم التعاقد عليه مرهقا.

وقد يتضمن العقد تعويضا اتفاقيا يبدوا للوهلة الأولى أثناء إبرام العقد عادلا، غير أنه أثناء تنفيذ العقد يظهر أن التعويض الاتفاقي لا يتوافق مع الضرر الحقيقي الحال بأحد أطراف العقد، بأن يكون التفاوت مفرطا بين التعويض المتفق عليه والضرر الحاصل، فيسمح المشرع للقاضي بالتدخل لتعديل مضمون التعويض الاتفاقي.

كذلك منح المشرع للقاضي سلطة تقديرية واسعة في شأن تعديل الأجل المتفق عليه لتنفيذ العقد وذلك بتمكينه من سلطة منح الأجل القضائي وذلك بمناسبة رفع الدائن لدعوى الفسخ القضائي أو رفعه لدعوى التنفيذ العيني.

ولأجل الوقوف على سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تنفيذه خصصنا المبحث الأول لدراسة سلطة القاضي في حالة وجود ظروف طارئة، بينما تطرقنا في المبحث الثاني

¹¹⁵⁵ توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 228. فاضل خديجة، عقد الإذعان في القانون المدني والتشريعات الخاصة، المرجع السابق، ص 319.

لدور القاضي في حالة وجود التعويض الاتفاقي وخصصنا المبحث الثالث والأخير لدراسة سلطة القاضي في تعديل أجل تنفيذ العقد.

المبحث الأول: سلطة القاضي في حالة وجود ظروف طارئة:

الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين و يجب على كل منهما أن ينفذ التزاماته الناشئة منه بأمانة و حسن نية، غير أنه قد تجد خلال تنفيذ العقد ظروف استثنائية عامة لم تكن متوقعة عند انعقاد العقد، تجعل تنفيذ التزامات أحد المتعاقدين مرهقا، ويهدده التنفيذ على ذات الشكل التعاقدي بخسارة فادحة، فتقتضي العدالة إعادة التوازن بين التزامات المتعاقدين، وذلك بمنح القاضي سلطة تعديل العقد، وقد نص المشرع على سلطة القاضي في تعديل العقد للطرف الطارئ في المادة 3/107 من القانون المدني " غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك". وفيما يلي نتعرض لشروط تدخل القاضي لتعديل العقد بسبب الظرف الطارئ في المطلب الأول، بينما نخصص المطلب الثاني لمضمون سلطة القاضي اتجاه الظرف الطارئ.

المطلب الأول: شروط تدخل القاضي لتعديل العقد بسبب الظرف الطارئ:

حتى يتمكن القاضي من تطبيق نظرية الظروف الطارئة طبقا لأحكام المادة 3/107 من القانون المدني يجب توفر مجموعة من الشروط يتعلق بعضها بالالتزام التعاقدي، وبعضها بالظرف الطارئ الاستثنائي، فيما يتعلق بعضها الآخر بأثر الظرف الطارئ على الالتزام التعاقدي، وفيما يلي تفصيل لهذه الشروط.

الفرع الأول: أن يكون الالتزام التعاقدي متراخي التنفيذ:

ينحصر نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال الالتزامات التعاقدية أي تلك التي يكون مصدرها العقد، أما غيرها من الالتزامات فلا تسري عليها هذه النظرية¹¹⁵⁶.

يلاحظ على المشرع الجزائري أنه أطلق على الالتزام محل تطبيق نظرية الظروف الطارئة عبارة "الالتزام التعاقدي" كما سكت عن إدراج شرط التراخي صراحة ضمن نص المادة 107 من القانون المدني الأمر الذي يدفعنا إلى القول أنه مادام المشرع لم يخصص نوعا من الالتزام التعاقدي بعينه بل جاء بعبارة عامة مما يفتح المجال للاجتهاد بناء على مفهوم نظرية الظروف الطارئة ليتسع تطبيق نظرية الظروف الطارئة على جميع العقود

(A)Lecourt,op.cit , P 171.¹¹⁵⁶

التي يفصل بين إبرامها وتنفيذها فترة زمنية يطرأ خلالها حادث استثنائي عام يجعل من تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين.

نظرية الظروف الطارئة تفترض لانطباقها أن حادثا وقع بعد قيام العقد وقبل التنفيذ وأن هذا الحادث قد أدى إلى اختلال التوازن الاقتصادي الذي كان موجودا وقت الانعقاد، ومقتضى ذلك أن تكون هناك فترة زمنية تفصل بين انعقاد العقد وتنفيذه¹¹⁵⁷.

وبذلك فإن العقود التي تشكل محورا لارتكاز النظرية عليها، هي العقود التي يكون تنفيذها متراجيا، ذلك أن العقود التي تنفذ فور انعقادها دفعة واحدة لا تثير في الغالب مراجعة شروطها بسبب تغير الظروف، وذلك بعكس العقود المتراجية التنفيذ إذ تظل الرابطة العقدية التي تولدها ممتدة أو مستمرة في الزمن سواء بطبيعتها أو بحكم الاتفاق ومادام أن الظروف الواقعية دائمة التحول والتغير فإن مراجعة شروط العقد يبقى مطلبا لا مفر منه.

ووفقا لهذا الشرط (شرط التراخي) ينبغي ألا يكون التنفيذ واجبا فور تمام العقد، وإنما لابد أن يتراخى التنفيذ إلى وقت يجيء في المستقبل، أي لا بد أن يكون هناك فاصل زمني بين انعقاد العقد وبين تنفيذه يتخلله حدوث الظرف الطارئ، وقد بلغ من أهمية هذا الشرط بالنسبة لمحكمة النقض الفرنسية أن ربطت المحكمة بين تراخي التنفيذ وتطبيق النظرية، فأصبح هذا التنفيذ يدور مع شرط التراخي وجودا وعدما¹¹⁵⁸.

العقود المتراجية التنفيذ تشمل أول ما تشمل العقود الزمنية¹¹⁵⁹، سواء كانت عقود مستمرة كالإيجار والعمل مثلا أو كانت عقودا دورية¹¹⁶⁰ كالتوريد فمثل هذه العقود تمتد بطبيعتها في الزمن¹¹⁶¹، وفيما عدا ذلك تشمل العقود الفورية¹¹⁶² إذا أجل تنفيذها باتفاق

¹¹⁵⁷ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 482. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - في الالتزامات - الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 420.

¹¹⁵⁸ محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، مطبعة زهران، مصر، 1987، ص 37.

¹¹⁵⁹ العقد الزمني أو عقد المدة هو العقد الذي يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه، حيث يعتبر مقياسا يقدر به محل الالتزام، وقد يكون هذا العقد ذا تنفيذ مستمر مثل عقد الإيجار وعقد العمل وعقد الشركة، وقد يكون ذا تنفيذ دوري مثل عقد التوريد وعقد الإيراد المرتب حيث يتفق الطرفان على تكرار الأداءات. توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، -نظرية العقد، المرجع السابق، ص 51-52.

¹¹⁶⁰ الأداءات في العقود الدورية لا تحدد وفقا للمدة وبالتالي لا تكون مستمرة التنفيذ مما يعني أن هذه الأداءات يمكن تنفيذها فورا ولكن تكرارها مدة من الزمان يأتي نتيجة اتفاق المتعاقدين على ذلك لإشباع حاجو متكررة على مر الأيام وبالتالي تصبح الأداءات دورية ويعتبر العقد المنشأ لها عقدا دوريا كعقد التوريد. محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، مصر 2007، ص 152.

¹¹⁶¹ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 161. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 255-256.

المتعاقدين الأمر الذي سمح بحدوث ظروف جديدة تجعل التنفيذ مرهقا¹¹⁶³. فتطبق النظرية إذن على جميع العقود التي بين إبرامها وبين تنفيذها فترة من الزمن يطرأ خلالها حادث استثنائي عام وغير متوقع يؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا¹¹⁶⁴، ويستوي في ذلك العقد الزمني والعقد الفوري الذي يتفق فيه على أجل لاحق للتنفيذ لتحقيق حكمة التشريع في الحالتين وهي إصلاح ما اختل من التوازن الاقتصادي للعقد في الفترة ما بين إبرامه وتنفيذه نتيجة للظروف الاستثنائية التي طرأت خلال هذه الفترة وذلك برفع العنت عن المدين تمكينا من تنفيذ التزامه دون إرهاب كبير وهذا الإرهاب كما يحدث في الالتزامات التي تنفذ بصفة مستمرة أو دورية يحدث كذلك في الالتزامات المؤجلة التنفيذ¹¹⁶⁵.

ولابد أن يكون تراخي التنفيذ راجعا إلى طبيعة العقد، كما هي الحال في عقود المدة، أو يكون بمقتضى الاتفاق كما هي الحال في العقود الفورية التي بطبيعتها يجب أن تنفذ فور انعقادها، إلا أن إضافة تنفيذها إلى أجل أو آجال متعاقبة من شأنه أن يسمح بحدوث ظروف جديدة تجعل التنفيذ مرهقا أثناء الأجل¹¹⁶⁶، أما إذا كان العقد واجب التنفيذ فورا، ولكن تراخي تنفيذه بخطأ من المدين، ثم طرأ الحادث الاستثنائي العام الذي أدى إلى اختلال توازن العقد فإن نظرية الظروف الطارئة لا تنطبق عليه، عملا بالمبدأ القانوني "لا يجب أن يفيد أحد من تقصيره أو إهماله" وفي هذه الحالة يتحمل المدين تبعة تقصيره¹¹⁶⁷، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2007/02/21 في الملف رقم: 324034 حيث جاء في حيثياته "حيث إنه من جهة أخرى فإن القرار المطعون فيه جاء فيه بأن الالتزام التعاقدي أصبح مستحيل التنفيذ طبقا لمقتضيات المادة 3/107 من ق.م في حين أن تنفيذ التزام المؤسسة المنحلة ومن حل محلها لم يصبح مستحيلا بل قد يصبح مرهقا للمدين، وفي هذه الحالة يجب أن يراعى خلال فترة إنجاز المشروع ما إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وأدت إلى أن يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقا للدين. أما

¹¹⁶² العقود الفورية هو العقد الذي يعتبر الزمن عنصرا جوهريا فيه، فيكون تنفيذه فوريا حتى ولو تراخي في بعض الحالات كما في الأجل. خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 25.

¹¹⁶³ مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 316. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - في الالتزامات - الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 423.

¹¹⁶⁴ (P)Stoffel-Munck, *L'imprévision et la réforme des effets du contrat*, Lextenso Revue des contrats, colloque du 16 Février 2016, France, avril 2016, P 31 .

¹¹⁶⁵ أنور طلبية، انحلال العقود، المكتب الجامعي الحديث، مصر، بدون سنة الطبع، ص 427. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 353.

(A)Lecourt, op.cit , P 169

¹¹⁶⁶ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 483. مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 316.

¹¹⁶⁷ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - في الالتزامات - الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 421. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام -، المرجع السابق، ص 289. فاضل خديجة، تعديل العقد أثناء التنفيذ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2002، ص 78.

إذا طرأت تلك الحوادث خارج الأجل المتفق عليه فإن المدين وحده هو الذي يتحمل تلك الظروف ولا دخل للدائن فيها لأنه لم يكن مقصرا في تنفيذ التزامه" ¹¹⁶⁸.

نظرية الظروف الطارئة تطبق إذا طرأت الظروف الاستثنائية في الفترة بين انعقاد العقد وتنفيذه، أما إذا كانت هذه الظروف موجودة قبل إبرام العقد، فلا تؤثر عليه ولو كان أحد المتعاقدين أو كلاهما لا يعرف بوجودها، كل ذلك ما لم تتوافر في هذه الحالة شروط الطعن في العقد لعيب الغلط ¹¹⁶⁹.

على أنه لا يشترط أن تكون الالتزامات المتبادلة متراخية التنفيذ على وجه التقابل إلى ما بعد الحادث الطارئ، بل يكفي وجود التزام متراخي التنفيذ صار مرهقا للمدين، بصرف النظر عن كون الالتزام المقابل له قد تم تنفيذه، أو كان متراخي التنفيذ كذلك ¹¹⁷⁰.

كذلك تسري نظرية الظروف الطارئة على الالتزام الذي لم ينفذ، أو على الجانب الذي لم يتم تنفيذه منه، وعليه فإن تحقق ظرف الطارئ قبل تنفيذ العقد كان للمدين أن يتمسك بهذا الظرف، فإن كان التنفيذ يتم على مراحل أو بصفة دورية، كان للمدين أن يتمسك به بالنسبة لمراحل التنفيذ التي تحل طوال الفترة التي يظل الظرف الطارئ قائما خلالها، أما ما تم تنفيذه قبل الحادث الطارئ، فإنه ينقضي بالوفاء ويمتنع خضوعه لأحكام الظروف الطارئة ¹¹⁷¹.

تطبق النظرية كذلك في حالة تأجيل التنفيذ بحكم القضاء (نظرة الميسرة)، فقد يمنح القاضي المدين أجلا لتنفيذ التزامه، فيقع الظرف الطارئ قبل حلول هذا الأجل القضائي ¹¹⁷².

كما يلاحظ أن بعض الفقه ¹¹⁷³ يشترط لتطبيق النظرية، أن يكون العقد المتراخي التنفيذ من العقود المحددة ¹¹⁷⁴ وليس من العقود الاحتمالية ¹¹⁷⁵، إذ أن العقد الاحتمالي يُعرض

¹¹⁶⁸ قرار صادر عن الغرفة المدنية لدى المحكمة العليا بتاريخ 2007/02/21 ملف الطعن رقم 324034، منشور بمجلة المحكمة العليا العدد الأول، 2007، ص 211، قرار مرفق بالملحق تحت رقم 12.

¹¹⁶⁹ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 352.

¹¹⁷⁰ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 341. عبد الحميد بن شنياتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 56. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)، المرجع السابق، ص 269.

¹¹⁷¹ أنور طلبة، انحلال العقود، المرجع السابق، ص 425-426. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 289.

¹¹⁷² عمار محسن كزار، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، مقال منشور بمجلة دراسات الكوفة، العدد 38، سنة 2015، ص 90. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 353.

¹¹⁷³ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 483. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 341. أنور طلبة، انحلال العقود، المرجع السابق، ص 427. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 290.

بطبيعته أحد العاقدین لاحتمال الكسب الكبير أو الخسارة الفادحة وبذلك فلا محل لأن تنطبق النظرية عليه فالإرهاق متلازم مع هذه العقود متوقع من المتعاقدين منذ إبرام العقد¹¹⁷⁶. غير أننا نعتقد مع من يرى أن هذا الاتجاه ليس صحيحاً على إطلاقه فالعقود الاحتمالية إن كانت جميعها تفترض احتمال الربح والخسارة في جانب طرفيها، إلا أن بعضها يقوم على المضاربة والمخاطرة كما هو الحال في عقود المضاربة في البورصة، والقمار والرهان¹¹⁷⁷، وبعضها الآخر يقوم على توازن احتمالات الكسب والخسارة في جانب الطرفين، كعقد التأمين، وهذا النوع من العقود (عقد التأمين) يجب أن يمتد إليه تطبيق نظرية الظروف الطارئة، ولنتصور مثلاً أن تأميناً على منزل من الهدم أو تأميناً على سفينة من الغرق، إذا ما قامت حرب بعد انعقاد التأمين، فمثل هذا العقد يفترض توازناً بين احتمالات الكسب والخسارة في جانب كل من طرفيه، وهذا التوازن يختل بالضرورة لصالح المؤمن له وضد مصلحة المؤمن لقيام الحرب وتزايد احتمالات تحقق الخطر المؤمن منه نتيجة لقيامها، مما يوفر الاعتبار اللازمة لإعمال نظرية الظروف الطارئة¹¹⁷⁸، كما يستند بعض من أنصار هذا الاتجاه إلى تطبيق النظرية على جميع العقود بما فيها العقود الاحتمالية، استناداً إلى عمومية النصوص المقررة لنظرية الظروف الطارئة¹¹⁷⁹.

كما لا تنصرف هذه النظرية إلى عقود القرض¹¹⁸⁰، لأنه عملاً بنص المادة 95 من القانون المدني "إذا كان محل الالتزام نقوداً، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي تأثير".

كذلك يشترط أن يكون العقد المتراخي التنفيذ من عقود المعاوضة¹¹⁸¹.

¹¹⁷⁴ العقود المحدد وهو العقد الذي يعرف فيه كل من المتعاقدين مقدار ما يعطي ومقدار ما يأخذ عند التعاقد . علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 16.

¹¹⁷⁵ العقد الاحتمالي ويعرف أيضاً بعقد الغرر وهو العقد الذي لا يعرف فيه كل من المتعاقدين مقدار ما يعطي أو مقدار ما يأخذ، وتتوقف فيه هذه المعرفة على حادث مستقبل غير محقق الوقوع أو غير محقق تاريخ وقوعه. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع نفسه، ص 16.

¹¹⁷⁶ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 341. بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 100. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 354.

¹¹⁷⁷ مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 317. محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 187.

¹¹⁷⁸ مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 317-318. عيد الحكم فوده، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، مصر، 1999، ص 29-30.

¹¹⁷⁹ بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 100.

¹¹⁸⁰ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 256. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 248.

ويقع على القاضي بناء على سلطته التقديرية تحديد اللحظة التي تبدأ فيها الحوادث الاستثنائية وتحديد لحظة صدور العقد بالفعل ومتى لا يعتبر أنه قد تم تنفيذه لأنه إذا صدر العقد و نفذ ثم بعدها جد الحادث الطارئ بعد التنفيذ فلا أثر لهذا الحادث وبالتالي لا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، أما إذا صدر العقد ثم طرأ الحادث قبل التنفيذ أو أثناء التنفيذ فيكون العقد عرضة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة لجود الحادث الطارئ¹¹⁸².

الفرع الثاني: أن تجد بعد العقد حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها:

يشترط نص الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني لانطباق نظرية الظروف الطارئة أن يطرأ على العقد فيما بين إبرامه وتنفيذه حادث استثنائي، عام، لم يكن في الوسع توقعه.

أولاً: الاستثنائية:

يراد بكون الحادث الطارئ استثنائياً "أن يكون خارجاً عن المؤلف أي نادر الوقوع"¹¹⁸³ أو هو "الحادث الذي لا يندرج في عداد الحوادث التي تتعاقب وتقع وفقاً لنظام معلوم"¹¹⁸⁴.

ويراعى المكان والزمان فما يكون استثنائياً في بلد قد يكون عادياً في بلد آخر، وما يكون استثنائياً في زمن قد يغدو مألوفاً في زمن آخر¹¹⁸⁵، ومن الظروف الطارئة ما تكون بطبيعتها استثنائية لا تحدث إلا في القليل النادر كاندلاع الحروب، ووقوع الزلازل، وسقوط الشهب، ومن هذه الظروف ما تكون بطبيعتها غير استثنائية يكثر وقوعها فتكون مألوفاً كارتفاع أو انخفاض الأسعار بمعدلات طفيفة، وتكرار ظاهرة الفيضان بمنسوب معلوم، وزحف الجراد بأعداد مألوفاً، فلا يؤدي إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة إلا إذا بلغ حداً يجاوز المؤلف، فقد يتدفق الفيضان بمنسوب عال غير مألوفاً، وقد تتعاظم أعداد الجراد الزاحف بكل لم يعهده الناس فتأكل الأخضر واليابس، وقد ترتفع الأسعار أو تنخفض بشكل حاد... وهكذا، وهنا يصبح الظرف الطارئ المؤلف بحسب المنشأ غير مألوفاً بحسب الصدفة، وبالتالي تطبق على الظروف الأخيرة نظرية الظروف الطارئة¹¹⁸⁶، وعلى العموم

¹¹⁸¹ محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص 36.

¹¹⁸² نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)، المرجع السابق، ص 269.

¹¹⁸³ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - في الالتزامات - الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 425.

¹¹⁸⁴ محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 250. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 355. عبد الحميد بن شنييتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 57.

(A) Bencheneb, op.cit, P 249.

¹¹⁸⁵ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 342.

¹¹⁸⁶ محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص 45. عمار محسن كزار، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، المرجع السابق، ص 91. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية

يستوي أن تكون الظروف الطارئة سياسية، أو اقتصادية، أو طبيعية¹¹⁸⁷ أو أمنية، فلا يشترط فيها إلا إحداث أثر في التوازن الاقتصادي للعقد.

وقد يتمثل الحادث الاستثنائي في صدور تشريع مفاجئ غير متوقع، كفرض التسعيرة الجبرية ورفعها، لأن النص أطلق التعبير عن الحادث ولم يقيده وبذلك قد يكون الظرف الطارئ حادثا ماديا كما في الأمثلة المتقدمة، ويمكن أن يكون عملا قانونيا كقرار إداري مثلا، كما يمكن أن يكون تشريعا يؤدي إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا تسبب في إرهاب المدين¹¹⁸⁸.

هذا ويلاحظ أن ما نص عليه المشرع الجزائري وعلى غالبية التشريعات التي تبنت نظرية الظروف الطارئة وكذا ما ورد في بعض الشروح الفقهية ذهبوا إلى إلحاق وصف الاستثنائية بذات الظرف لا بالأثر المترتب عليه.

والمفروض حسب بعض آخر من الفقه أن الاستثنائية يتصف بها أثر الظرف وليس الظرف نفسه¹¹⁸⁹، ويرر أصحاب الاتجاه الفقهي الأخير مذهبهم من حيث أن الغاية التي يتوخى المشرع تحقيقها من وراء اشتراط الاستثنائية، هي التوفيق بين استقرار المعاملات والعدالة العقدية التي لا يمكن أن تتم باشتراط أن يوصف الحادث بالاستثنائية، ذلك أن الحادث الاستثنائي قد يفضي إلى آثار استثنائية، كما أن الحادث العادي يمكن أن يفضي كذلك إلى آثار استثنائية تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد وجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين وبالتالي تنطبق عليه نظرية الظروف الطارئة¹¹⁹⁰.

بينما ذهب بعض آخر من الفقه- وهو الاتجاه الذي نؤيده لمنطقيته من ناحية وتطابقه ونص صفة الاستثنائية الواردة ضمن المادة 3/107 من القانون المدني- إلى أن وصف الاستثنائية يجب أن ينصرف إلى الحادث في حد ذاته، وفي نفس الوقت إلى الآثار المترتبة على الحادث حتى تتحقق الغاية من وضع هذا الشرط، ومن ثم فشرط الاستثنائية يجب أن

العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 483. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات- الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 425.

¹¹⁸⁷ حامق ذهبي، المقاربات بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية أحكام نظرية الظروف الطارئة مثلا، مقال منشور بمجلة حوليات جامعة الجزائر 1، عدد خاص بالملتقى الدولي تحت عنوان، تعايش الأنظمة القانونية في القانون الجزائري والمقاربات الجهوية للقانون، المنعقد بالجزائر يومي 24 و 25 نوفمبر 2015، ص 96.

¹¹⁸⁸ عبد الحكم فوده، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، المرجع السابق، ص 31. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 356. مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 318.

¹¹⁸⁹ محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص 46. فاضل خديجة، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 79.

¹¹⁹⁰ يوسف بوشاشي، نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، مقال منشور بمجلة حوليات جامعة الجزائر، الجزء الأول، العدد 31، ص 118. محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص 46. بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 113.

ينصرف إلى الظرف الطارئ وإلى آثاره حتى يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة¹¹⁹¹، إذ لا يستساغ أن يهرع المشرع إلى تعديل الالتزامات التعاقدية لمجرد حادث مألوف يقع دائماً أو حادث استثنائي لكنه لا يرتب نتائج استثنائية تجعل من التزام المدين مرهقا¹¹⁹².

ولا شك أنه يقع على عاتق القاضي تحديد متى يكون الحادث حادثاً استثنائياً وهو في هذا يحدده على ضوء الاعتبارات الموضوعية التي تتعلق بالمركز المتنازع عليه ولا يأخذ في اعتباره للتوصل إلى هذا التحديد العناصر الذاتية للصيقة بشخص المتعاقد¹¹⁹³.

ثانياً: العمومية:

يجب أن يكون الحادث الاستثنائي عاماً، وقد أراد المشرع بوصف العمومية ألا يكون الحادث الاستثنائي خاصاً بالمدين وحده مهما كانت فداحته بل يجب أن يكون شاملاً لطائفة من الناس¹¹⁹⁴ كسكان مدينة أو قرية أو طائفة معينة من التجار أو المزارعين في جهة معينة من البلاد¹¹⁹⁵.

قد تنصرف عمومية الظرف إلى الناحية الشخصية فيتحدد معيار العمومية بعدد الأشخاص الذين يتأثرون بهذا الظرف، وقد تنصرف العمومية أيضاً إلى الناحية الإقليمية، فيتحدد معيار العمومية لمقدار المساحة الإقليمية التي تأثرت بذات الظرف، وقد يندمج العنصران الشخصي والإقليمي معا في تحديد وصف العمومية¹¹⁹⁶.

وعلى ذلك يخرج الحادث الاستثنائي الخاص، الذي يقتصر على المدين وحده عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة، كإعسار المدين أو إفلاسه، أو احتراق محصوله، أو هلاك بضاعته فإن هذه الحوادث وإن كانت ترهق المدين عن تنفيذ التزامه إلا أنها لا تعتبر من

¹¹⁹¹ يوسف بوشاشي، نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، المرجع السابق، ص 118. علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 374. حميد بن شنييتي، نظرية الالتزامات-نظرية العقد، المرجع السابق، ص 238.

¹¹⁹² يوسف بوشاشي، نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، المرجع السابق، ص 118. محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 250.

¹¹⁹³ نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)، المرجع السابق، ص 269.

¹¹⁹⁴ عبد المعين لطفي جمعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الكتاب الثاني، دار عالم الكتاب، مصر، 1979، ص 250. عبد الحكم فوده، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، المرجع السابق، ص 49-50.

¹¹⁹⁵ أنور طلبية، انحلال العقود، المرجع السابق، ص 432.

¹¹⁹⁶ فاضل خديجة، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 79. حميد بن شنييتي، نظرية الالتزامات-نظرية العقد، المرجع السابق، ص 239. حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية وتطوير العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2013، ص 133. محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص 48.

قبيل الحوادث الطارئة¹¹⁹⁷ ، كما لا يشترط في هذا الخصوص أن يكون الحادث عاما شاملا لجميع الناس، وإنما يكفي أن يشارك المدين في ذلك الحادث، طائفة معينة من الناس، أو منطق معينة، إذ ليس ضروريا أن يصيب جميع المناطق وجميع الناس¹¹⁹⁸.

ويقع على عاتق القاضي تقدير مدى العمومية التي يتمتع بها الحادث الاستثنائي، أي أن القاضي بقدر ما إذا كان الحادث عاما يستدعي تطبيق نظرية الظروف الطارئة أم أنه مجرد ظرف خاص بالمتعاقدين وفقا لظروف هذا الأخير الشخصية¹¹⁹⁹. واعتبار الظرف عاما أو خاصا، هو من مسائل القانون التي يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا¹²⁰⁰.

ولا يفوتنا في هذا السياق عرض الرأي الفقهي القائل بأن شرط العمومية هو شرط مصطنع، لا تمليه طبيعة الظروف الطارئة، وهو شرط غير منطقي لأنه يقيس الأثر الجزئي بمتقال أو معيار الأثر الكلي، إذ يجب أن يقدر أثر الظرف بقدره سواء كان المصاب فردا أم مجموعة أفراد، إقليما أو مجموعة أقاليم ، فلو أقليت قنبلة في الحرب أو في غير الحرب على مكان فلم تصب سوى فردا واحدا أوجده حظه العاثر في مكانها، فهل نطلب من هذا الشخص أن يبحث له عن شركاء آخرين في محنته حتى تطبق عليه نظرية الظروف الطارئة¹²⁰¹. كما أنه شرط غير عادل لأنه يحرم المدين المرهق من مزية منحها له القانون، وانطبقت عليه كل شروطها المألوفة سوى أن هذا الإرهاق لم يصب غيره ، وبذلك يخالف شرط العمومية العدالة -وهي أساس هذه النظرية- والتي تقتضي أن يحصر التطبيق في حدود العلاقة العقدية بغض النظر عما عداها من علاقات¹²⁰². وفي ذلك يرى الأستاذ عبد الحميد الشواربي "أن اشتراط العمومية في الحادث الاستثنائي يتعارض مع الغاية التي شرعت من أجلها نظرية الظروف الطارئة. فغاية النظرية تحقيق مبدأ العدالة الذي يقضي

¹¹⁹⁷ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، 292. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 290.

¹¹⁹⁸ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 343. محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقهاء الإسلاميين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 245.

¹¹⁹⁹ نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)، المرجع السابق، ص 270.

¹²⁰⁰ أنور طلبية، انحلال العقود، المرجع السابق، ص 432.

¹²⁰¹ محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص 48.

¹²⁰² محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص 48. بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 118. فاضل خديجة، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 79.

برفع الإرهاق عن المدين، فهي إذن خاصة بالمدين المرهق، فإذا تقيّد الحادث الاستثنائي بشرط العموم، امتنع تحقيق العدالة في حالات كثيرة.¹²⁰³

فضلا عن أن اشتراط صفة العمومية يضيق من نطاق تطبيق هذه النظرية، في الوقت الذي يدعو الفقه إلى توسيعه حتى تؤدي هذه النظرية وظيفتها الاجتماعية¹²⁰⁴.

بينما أيد بعض آخر من الفقه اشتراط العمومية وصفا في ظرف الطارئ إذ يرون أن إضافة المشرع لوصف العمومية إنما ينم عن رغبة منه في أن يضيق من نطاق تطبيق النظرية حتى لا تتال كثيرا من القوة الملزمة للعقد¹²⁰⁵ خاصة وأن فكرة تعديل العقد لوجود ظرف طارئ تمثل استثناء على استقرار الروابط العقدية¹²⁰⁶. فيما استحسن جانب من الفقه من أنصار الاتجاه الأخير إضافة وصف العمومية لأن التغيرات العامة تمثل ظاهرة ملموسة يمكن التحقق منها ويمكن ضبطها بسهولة، بخلاف التغيرات الخاصة بالمدين، ولأجل ذلك يعد عدم الاعتداد بأي ظرف خاص بالمدين ضمان لعدم الغش من جانبه بادعائه خلاف الواقع¹²⁰⁷.

ونحن نؤيد الاتجاه الداعم لشرط العمومية ونرى أنه شرط غير مجحف بالمدين وما عليه إن لم تكن الظروف التي يستند إليها عامة بل كانت خاصة فقط به إلا أن يستند في دعواه على أحكام نظرة الميسرة لرفع الإرهاق عنه.

ثالثا: عدم التوقع:

لا يكفي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، أن يقع حادث استثنائي عام بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه أو أثناء ذلك، وإنما يشترط كذلك أن يكون هذا الحادث الاستثنائي ليس في الوسع

¹²⁰³ عبد الحميد بن شنيّتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 58. حامق ذهبية، المقاربات بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية أحكام نظرية الظروف الطارئة مثلا، المرجع السابق، ص 97.

¹²⁰⁴ عمار محسن كزار، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، المرجع السابق، ص 93.

¹²⁰⁵ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 484. محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 246. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، 643.

¹²⁰⁶ يوسف بوشاشي، نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، المرجع السابق، ص 121.

¹²⁰⁷ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، -مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 249. يوسف بوشاشي، نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، المرجع السابق، ص 121. بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 118. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 257.

توقعه وقت إبرام العقد¹²⁰⁸، ولا يعني هذا أن يكون هذا الحادث مستبعدا تماما، فلا شيء مستبعد في الحياة¹²⁰⁹، فيكفي إذن أن لا يكون متوقعا، أما إذا كان متوقعا أو كان يمكن توقعه، فلا سبيل لتطبيق نظرية الظروف الطارئة¹²¹⁰.

وتوقع الظرف هو العلم الراجح أو الأكثر احتمالا بأن واقعة معينة ستحدث أو لن تحدث خلال وقت تنفيذ العقد بحيث يكون معلوما كذلك أن حدوث هذه الواقعة أو عدم حدوثها سيترتب عليه أن تنفيذ هذا العقد وإن لم يصبح مستحيلا فإنه يكون مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة¹²¹¹، وتكون العبرة بتوقع الحادث من قبل المدين خصوصا¹²¹².

المعيار الذي يمكن أن يستند إليه لمعرفة ما إذا كان الحادث متوقعا أو غير متوقع، هو معيار الشخص العادي إذا وضع في ذات الظروف المحيطة بالمدين وقت التعاقد¹²¹³، ولذلك فإذا كان المدين المعني بالأمر لم يتوقع الحادث ولكن الشخص العادي كان بإمكانه توقعه لو وجد في مكانه فإن الحادث يعتبر متوقعا مع ذلك ولا يكون الظرف موجب لتعديل العقد¹²¹⁴.

فلا يلزم لاعتبار الحادث متوقعا أن يقع وفقا للمألوف من الأمور، بل يكفي لذلك أن تشير الظروف والملابسات إلى احتمال حصوله، كما لا يشترط أن يكون المدين على علم بهذه الظروف إذا كانت لا تخفى على شخص يقظ ومتبصر، لأن عدم إمكان التوقع ينبغي أن يكون مطلقا لا نسبيا إذ المعيار في هذه الحالة موضوعي لا ذاتي¹²¹⁵.

ويتولي قاضي الموضوع تقديره على أن يتم ذلك على ضوء المعيار الموضوعي، وليس من وجهة نظر المتعاقدين الشخصية، فيحدد القاضي ما إذا كان في وسع الرجل العادي توقع أو عدم توقع الظرف الاستثنائي العام لو وجد في نفس ظروف ذلك المدين أثناء التعاقد¹²¹⁶، وذلك بصرف النظر عما إذا كان هذا المدين قد توقع حصولها فعلا أم لم

¹²⁰⁸ عبد المعين لطفي جمعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، المرجع السابق، ص250.

(P)Stoffel-Munck, L'imprévision et la réforme des effets du contrat, op. cit, P31.

¹²⁰⁹ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 162.

¹²¹⁰ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، 644. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 257.

¹²¹¹ محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص 50.

¹²¹² علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 374.

¹²¹³ أنور طلبة، انحلال العقود، المرجع السابق، ص 433. مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 319.

¹²¹⁴ عبد الحكم فوده، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، المرجع السابق، ص 51.

¹²¹⁵ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 356. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، 294.

¹²¹⁶ نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)، المرجع السابق، ص 270. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 249. علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 375.

يتوقعه¹²¹⁷، على أنه لابد من القول أنه يصعب إثبات أن المدين قد توقع الحادث الاستثنائي العام، أما إذا ثبت أن المدين توقع الحادث الاستثنائي العام وكان بإمكانه درأه ولم يفعل لم يعد من الجائر تطبيق نظرية الظروف الطارئة¹²¹⁸.

وتقدير إن كان الحادث متوقعا أم غير متوقع مسألة واقع يستقل بتقديرها قاضي الموضوع ولا يخضع القاضي في شأن هذا التقدير لرقابة المحكمة العليا¹²¹⁹.

ويتفرع على أن الحادث لا يمكن توقعه أن يكون أيضا مما لا يستطاع دفعه أو تفاديه¹²²⁰، فينبغي ألا يكون في وسع المدين أن يدفع هذا الحادث عن نفسه، فلا تطبق نظرية الظروف الطارئة عند وقوع حادث استثنائي كان في وسع المدين أن يتوقاه ببذل جهد معقول، ولكنه لم يفعل، فلا يحق له أن يستفيد من حكم النظرية¹²²¹، ويعتبر المدين في هذه الحالة مقصرا لأنه ملزم بتفادي الحوادث التي تعجزه عن الوفاء بالتزاماته، ما دام أن ذلك في قدرته وإمكانياته، وبذلك عليه أن يتحمل تبعه تقصيره ولا يستطيع أن يحمل دأئه نتائج تقصيره¹²²²، فلو حدث فيضان غير عادي وكان في وسع المدين تفاديه أو التقليل من آثاره ببذل جهد معقول، كوضح حواجز حول زراعته مثلا، لكنه تواني ولم يفعل، فلا يحق له أن يستفيد من هذه النظرية، وكذلك انقطاع المواصلات انقطاعا عارضا يمكن التغلب عليه باستعمال طرق أخرى للنقل غير تلك التي انقطعت.

وعلى ذلك فقد تتعدد صور تجنب الحادث الطارئ أو التقليل من آثاره ويمكن حصرها في أربعة صور هي منع أثر الحادث الطارئ كلية، التقليل من آثار الحادث الطارئ، اتخاذ التدابير الوقائية، وتنفيذ الالتزام في الموعد المحدد.

فأما منع أثر الظروف الطارئ كلية، ويكون ذلك إذا توقع المدين الحادث الطارئ إذ يجب عليه في هذه الحالة تفاديه والعمل على عدم وقوعه وإلا كان مقصرا وسيء النية¹²²³، ومثال ذلك يستطيع المورد أن يدرأ عن مستودعاته الصواعق وما شابه ذلك باستخدام مانعة الصواعق فإذا حدث وحرقت هذه المستودعات من جراء الصاعقة كان مسؤولا وبالتالي لا يمكنه أن يحتكم لأحكام الطوارئ لأنه كان بمقدوره تفادي هذا الحادث كلية.

¹²¹⁷ بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 120.

¹²¹⁸ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 343.

¹²¹⁹ نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 291.

¹²²⁰ أنور طلبية، انحلال العقود، المرجع السابق، ص 433.

¹²²¹ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 485. محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 255.

¹²²² عبد الحكم فوده، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، المرجع السابق، ص 51. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني -في الالتزامات- الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 427.

¹²²³ محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 256.

وأما التقليل من آثار الحادث الطارئ، وفي هذه الحالة لا يستطيع المدين تفادي الحادث الطارئ كلية لكنه في استطاعته التقليل من حجم آثاره فقط، فالمتعاقد لا يستطيع منع الفيضان مثلا، لكنه يستطيع التقليل من حجم الكارثة بوضع الحواجز في طريق المياه أو التذكير في جني محصوله لتقليل حجم الخسائر¹²²⁴، كذلك من صور دفع الحادث الطارئ اتخاذ التدابير الوقائية إذ قد لا يستطيع المدين تجنب آثار الحادث الطارئ أو التقليل منها إلا أنه يستطيع اتخاذ تدابير للوقاية من كل أو بعض هذه الآثار، ففي حالات معينة يكون من المناسب إبلاغ الدائن بما جد من ظروف طارئة تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا لعله يستطيع من جانبه اتخاذ إجراءات معينة للتخفيف من أثر هذه الظروف، فمثلا لو أن موردا في بلد معين قامت فيه مظاهرات سدت منافذ المدينة وقطعت المواصلات فإن المورد يستطيع الاتصال بالطرف الثاني (المستورد) الذي يقطن بمدينة أخرى لإبلاغه بأن هذه المظاهرات ينتظر لها أن تتفاقم يوم حلول أجل التوريد فعل الأخير يوافق على تأجيل التنفيذ حتى تنفجر الأزمة ويتصرف في استيراد السلعة من مدينة أخرى تكون ظروفها مواتية وهكذا¹²²⁵. كما يعتبر تنفيذ الالتزام في الوقت المحدد إجراء يوفر على المدين إجراءات التنفيذ الجبري وما يترتب عليها من تعويضات ومصاريف، كما يهون عليه عما إذا صادف عدم تنفيذه في الميعاد المحدد وقوع حادث طارئ يحمله عسر التنفيذ ولن يستطيع الاستفادة من أحكام الظروف الطارئة لأن ما أصابه من إرهاب كان بتقصير منه لعدم تنفيذه لالتزامه في الموعد المحدد لذلك¹²²⁶.

وإمكانية دفع أو عدم دفع الحادث الطارئ يتولى القاضي تقديرها على ضوء المعيار الموضوعي قوامه الرجل المعتاد، وليس معيارا ذاتيا قوامه المدين نفسه، وعلى ذلك إذا خلص القاضي أن الحادث الطارئ كان من الممكن دفعه فلا مجال لتطبيق النظرية، أما إذا خلص إلى عدم إمكانية دفع هذا الحادث وفقا لمقدرة الرجل العادي فهنا يمكن إعمال هذه النظرية إذا توافرت باقي الشروط¹²²⁷، وتلك مسألة واقع يستقل بتقديرها قاضي الموضوع ولا رقابة عليه فيها من قبل المحكمة العليا¹²²⁸.

ويلاحظ أن اشتراط كون الحادث غير متوقع الحصول يغني عن اشتراط كونه استثنائيا، لأنه إذا صح أن الحادث الاستثنائي قد يكون متوقعا، فإنه على العكس من ذلك إذا كان الحادث غير متوقع فلا بد أن يكون استثنائيا¹²²⁹.

¹²²⁴ محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 257.

¹²²⁵ محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 257.

¹²²⁶ محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 257.

¹²²⁷ نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)، المرجع السابق، ص 270.

¹²²⁸ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 357.

¹²²⁹ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 484. مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 319. فاضل خديجة، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 80.

الفرع الثالث: أن تجعل هذه الحوادث الاستثنائية تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين:

يشترط نص المادة 3/107 من القانون المدني في هذا الخصوص أن يترتب على وقع الحادث الطارئ أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، يصير مرهقا بحيث يهدده بخسارة فادحة.

يعتبر شرط الإرهاق من أهم الشروط الواجب توافرها لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، إذ مهما بلغت الشروط السابقة من الأهمية، فإنها تكون عديمة الجدوى إذا لم ينتج عنها إرهاق في تنفيذ الالتزام التعاقدي¹²³⁰.

وبجب لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون من شأن الحادث أن يجعل الالتزام بالغ الإرهاق للمدين¹²³¹ أما إذا كان الحادث أدى إلى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا فلا يكون مبررا لطلب تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وإنما يستند المدين إلى نظرية أخرى، هي نظرية القوة القاهرة.

وهذا ما يدعونا قبل الخوض في باقي التفاصيل إلى أن نوضح الفارق بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة للذان وإذا كانا يشتركان في أن كلا منهما لا يمكن توقعه ولا يستطيع دفعه، إلا أنهما يختلفان في أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، أما الحادث الطارئ فيجعل تنفيذ الالتزام مرهقا فقط¹²³².

يترتب على هذا الفرق في الشروط فرق في الآثار، إذ تجعل القوة القاهرة الالتزام ينقضي فلا يتحمل المدين تبعه تنفيذه¹²³³، أما الحادث الطارئ فلا ينقضي به الالتزام بل يردده إلى الحد المعقول فتوزع الخسارة بين الدائن والمدين ويتحمل المدين شيئا من تبعه الهلاك¹²³⁴.

يعرف الإرهاق على أنه "وصف يلحق بالالتزام أحد المتعاقدين يجعل تنفيذه لالتزامه مهددا إياه بخسارة فادحة نتيجة تأثر هذا الالتزام بظرف طرأ بعد إبرام العقد"¹²³⁵، ويقوم الإرهاق على اختلال التوازن الاقتصادي بين الالتزامات المتقابلة، أما ما لا يدخل ضمن

¹²³⁰ بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 121. عمار محسن كزار، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، المرجع السابق، ص 96.

¹²³¹ Stoffel-Munck, L'imprévision et la réforme des effets du contrat, op. cit, P31.

¹²³² نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 291. أنور طلبية، انحلال العقود، المرجع السابق، ص 437.

¹²³³ تنص المادة 307 من القانون المدني " ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي".

¹²³⁴ عبد المعين لطفي جمعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، المرجع السابق، ص 254. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 347.

¹²³⁵ محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 282.

المضمون الاقتصادي للعقد فيتعين استبعاده من حكم نظرية الظروف الطارئة مهما كانت طبيعة هذا الأثر الغير الاقتصادي أو درجته¹²³⁶.

وليس المقصود بالإرهاق أن يصبح تنفيذ الالتزام ثقيلًا، بحيث يرتب للمدين الضيق العادي المؤلف، بحيث يصيب المدين بخسارة عادية، وإنما المقصود به هو أن يكون من شأن الحادث الذي وقع أن يجعل تنفيذ الالتزام بالغ الإرهاق والعنت للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة غير معتادة¹²³⁷.

ولم يحدد المشرع مقدار حسابيا للخسارة، بل اكتفى بوصفها بالخسارة الفادحة، أي الخسارة الغير مألوفة، مما يستدعي تدخل القاضي لتقدير مدى فداحة الخسارة، وهو يتمتع في هذا المجال بسلطة تقديرية واسعة¹²³⁸.

ويتحقق الإرهاق إذا كان الفرق كبيرا بين قيمة الالتزام المحددة في العقد، وقيمة العقد الفعلية عند التنفيذ ولو كان المدين يملك من الوسائل ما يمكنه من تنفيذه دون عناء¹²³⁹.

وتقدير مدى ما يرتبه الحادث الطارئ من إرهاق للمدين مسألة موضوعية، يستقل بها قاضي الموضوع، دون معقب عليه من المحكمة العليا، طالما استند في حكمه إلى أسباب سائغة¹²⁴⁰.

وفكرة الإرهاق هي فكرة موضوعية ينظر فيها إلى ظروف الصفقة ذاتها وليس إلى ظروف المدين الخاصة¹²⁴¹، فعند تقدير الإرهاق ينبغي النظر إلى اقتصاديات العقد محل النزاع¹²⁴² أي أثر الحادث على اختلال التوازن العقدي بين الالتزامات المترتبة على كل من

¹²³⁶ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 344. محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص 55. حامق ذهبية، المقاربات بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية أحكام نظرية الظروف الطارئة مثالا، المرجع السابق، ص 99.

¹²³⁷ عبد الحكم فوده، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، المرجع السابق، ص 52. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 100. عبد الحميد بن شنييتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 59.

¹²³⁸ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 377. بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 124. درماش بن عزوز، التوازن العقدي، المرجع السابق، ص 261.

¹²³⁹ بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 122.

¹²⁴⁰ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 358.

¹²⁴¹ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 161. مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 321.

¹²⁴² وقضت كذلك محكمة النقض المصرية في شأن سلطة القاضي التقديرية في تحديد عنصر الإرهاق. إرهاق المدين لا ينظر فيه إلا للصفقة التي أبرم في شأنها العقد فتنسب الخسارة إلى هذه الصفقة لا إلى مجموع ثروة المدين، فإذا كان التعاقد مع الحكومة جاز أن يكون التزام الحكومة مرهقا لها بالنسبة إلى الصفقة التي عقدتها بالذات وإن كانت الخسارة شئنا هينا بالنسبة إلى ميزانيتها الضخمة، كذلك لو فرضنا أن متعهد توريد سلعة معينة للحكومة أصبح التزامه بتوريد هذه السلعة مرهقا بحيث يحدده بخسارة فادحة، فإن

طرفيه. ولا ينتفي الإرهاق حتى لو كان المدين قد أسعفته ظروف موالية لا تتصل بالصفقة التي أصبحت مرهقة في ذاتها وعلى ذلك فإذا التزم تاجر بتوريد قمح وخزن منه كميات كبيرة دون أن تكون هناك صلة بين هذا التخزين وبين التزامه بتوريد القمح ثم علا سعر القمح لحادث طارئ أضعافا مضاعفة جاز له أن يتمسك بنظرية الحوادث الطارئة لتوافر شروطها أما المكسب الذي يجنيه من القمح المخزون لعلو السعر فيكون له هو ولا شأن للدائن به¹²⁴³.

المطلب الثاني: مضمون سلطة القاضي اتجاه الظرف الطارئ

متى توافرت الشروط السابقة، كان للقاضي أن يتناول العقد بالتعديل، عن طريق وسائل رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول سواء بأن ينقص من التزامات المدين، أو يزيد من التزامات الدائن، أو يوقف تنفيذ العقد لمدة محددة إذا كان هناك احتمال لزوال الظرف الطارئ، وتحكمه في ذلك ضوابط قانونية يجب عليه مراعاتها أثناء عملية التعديل، وفيما يلي نتعرض بالتفصيل لوسائل رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وبعد ذلك لضوابط هذه العملية.

الفرع الأول: وسائل رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول

للقاضي أن يزيد في الالتزام المقابل للالتزام المرهق، وقد يرى إنقاص الالتزام المرهق، وقد يكتفي بوقف تنفيذ العقد إذا توقع زوال الظرف الطارئ بعد مدة معقولة.

أولا: إنقاص الالتزام المرهق ذاته:

قد يرى القاضي أن يرفع الإرهاق عن كاهل المدين يكون بإنقاص الالتزام المرهق سواء من حيث الكم أو الكيف¹²⁴⁴، ويتعين على القاضي في سبيل إنقاص الالتزام المرهق أن لا يرفع الإرهاق كلية عن المدين لأن تأبى أن يوضع كل هذا العبء على عاتق الدائن الذي

له أن يتمسك بنظرية الظروف الطارئة على الرغم من أن التزامه بتوريد سلعة أخرى للحكومة يحقق له ربحا يوازي خسارته في السلعة السابقة، وذلك لنسبية الظروف الطارئة إلى ظروف معينة لا إلى شخص الملتزم. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)، المرجع السابق، ص 271. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 100-101.

¹²⁴³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، 645-646. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 486.

¹²⁴⁴ محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 441. بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري- دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 134.

لا يلزمه العقد بشيء من ذلك، ولأجل ذلك يتعين عليه ألا يوزع على عاتق الطرفين سوى الزيادة الغير مألوفة في عبء الالتزام بينما يتحمل المدين وحده عبء الخسارة المألوفة¹²⁴⁵.

ومثال ذلك، أن يتعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من السكر لمصنع من مصانع الحلوى بالتسعيرة الرسمية، ثم يقل المتداول في السوق من السكر إلى حد كبير لحادث طارئ: حرب منعت استيراد السكر، أو إغلاق بعض مصانع السكر، أو نحو ذلك فيصبح من العسير على التاجر أن يورد لمصنع الحلوى جميع الكميات المتفق عليها¹²⁴⁶.

فيجوز في هذه الحالة للقاضي أن ينقص من هذه الكميات بالمقدار الذي يراه حتى يرد التزام التاجر إلى الحد المعقول، فإذا فعل أصبح التاجر ملتزماً بتوريد الكميات التي عينها القاضي لا أكثر، وجرى حكم العقد بهذا التعديل بين الطرفين، فيجوز لمصنع الحلوى أن يتقاضى الالتزام عينا أو تعويضاً طبقاً للقواعد العامة، ويجوز له كذلك إذا امتنع التاجر عن التنفيذ أن يطلب فسخ العقد مع التعويض¹²⁴⁷.

ولا تقتصر سلطة القاضي في الإنقاص على تقليل الكمية الملتزم بها من المدين فحسب بل للقاضي فضلاً عن إنقاص الكمية إنقاص الثمن الذي يدفعه المدين أو يقسطه أو أن ينقص فوائده أو يسقطها كلية¹²⁴⁸، ومثال إنقاص الثمن¹²⁴⁹ أن ينخفض سلع الوحدة من السلعة انخفاضاً فاحشاً بحيث يصبح السعر الذي التزم به المشتري مرهقاً له إرهاباً يهدده بخسارة فادحة كأن ينخفض السعر من عشرة إلى ثلاثة فيستطيع القاضي في هذه الحالة أن ينقص من هذا الثمن أو ينقص من جملة الفوائد المستحقة على هذا الثمن أو تخفيض سعر هذه الفائدة كل ذلك مدة بقاء أثر الظرف الطارئ فإذا انجلى هذا الأثر عادت للالتزام قوته الأصلية كما اتفق عليها الطرفان وقت التعاقد¹²⁵⁰.

¹²⁴⁵ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 487. يوسف بوشاشي، نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، المرجع السابق، ص 124. حامق ذهبية، المقاربات بين القانون الجزائري والشرعية الإسلامية أحكام نظرية الظروف الطارئة مثلاً، المرجع السابق، ص 101.

¹²⁴⁶ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، 648.

¹²⁴⁷ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، 648. عبد المعين لطفي جمعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، المرجع السابق، ص 258. خليفاتي عبد الرحمن، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، مذكرة لنيل درجة الماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1987، ص 83. يوسف بوشاشي، نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، المرجع السابق، ص 124.

¹²⁴⁸ محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 442. فاضل خديجة، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 92. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 360.

¹²⁴⁹ Stoffel-Munck, L'imprévision et la réforme des effets du contrat, op. cit, P34.

¹²⁵⁰ محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 442.

ويثور السؤال عن مدى سلطة القاضي في إنفاذ الالتزام المرهق من حيث الكيف؟ ذهب بعض من الفقه إلى القول بمنح القاضي سلطة التدخل في العقد نظراً لما طرأ من حوادث استثنائية جعلت من الحصول على هذا الصنف بالذات مرهقاً للمدين والسماح للمدين بتقديم نفس الكميات الملتزم بها في العقد ولكن من صنف أجل من حيث الجودة يكون من الميسور الحصول عليها دون إرهاق المدين¹²⁵¹.

في حين ذهب اتجاه آخر إلى القول بعدم جواز تعديل العقد من حيث الكيف، فإذا كان المشرع منح القاضي سلطة مطلقة في اختيار الوسيلة الأنسب لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، غير أنه لم يسمح له بالتلاعب بمقررات العقد وتغيير جوهر الالتزام على عكس ما اتفق عليه الطرفان لأنه مقيد بالضوابط المنصوص عليها ضمن أحكام المادة 3/107 من القانون المدني ومن بينها الموازنة بين مصلحة الطرفين ولا شك أنه ليس من مصلحة الدائن الحصول على صنف أقل من الصنف المتعاقد عليه لأنه نوعية السلعة قد تكون مقصودة لذاتها كما إذا كانت نوعاً من الغزل يستعمل في نوع معين من مواد ماكينات النسيج ولا يصلح لغيره أو نوعاً معيناً من مواد البناء لا بديل له فكيف يمكن إلزام الدائن بقبول هذا الصنف الذي لا يستخدمه، والقول بجواز ذلك يؤدي إلى إنكار روح العلاقة العقدية وتشويه للعقد¹²⁵².

ونحن نؤيد الاتجاه الأخير الرافض إلى تعديل العقد عن طريق الإنقاص من التزامات المدين من حيث الكيف، لأن في ذلك إعفاء للمدين التزامه على الوجه الذي تعاقد عليه، وهذا ما لا تجيزه أحكام المادة 107 من القانون المدني التي لا تجيز للقاضي إلا رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول دون أن يتدخل بإعفاء المدين من التزاماته فذلك لا يجوز إلا إذا كان الالتزام مستحيلاً كما في حالة القوة القاهرة بينما الالتزام في حالة الظروف الطارئة مرهقاً للمدين فقط.

كذلك القول بجواز تدخل القاضي لتعديل العقد عن طريق الإنقاص من التزامات المدين من حيث الكيف يتعارض وأحكام المادة 276 من القانون المدني التي تنص على أن " الشيء المستحق أصلاً هو الذي يكون به الوفاء، فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره ولو كان هذا الشيء مساوياً له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى".

وعلى ذلك فإن سلطة القاضي تقف عند حدود رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول عن طريق إنقاصه دون المساس بطبيعة الالتزام ذاته من حيث الكيف.

¹²⁵¹ فاضل خديجة، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 92. حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية وتطوير العقد، المرجع السابق، ص 138. عبد الحميد بن شنيقي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 64. بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 136.

¹²⁵² محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 443. درماش بن عزوز، التوازن العقدي، المرجع السابق، ص 265.

كذلك يتعين القول أن القاضي يتمتع بسلطة إنقاص التزام المدين من دون إعفاء المدين من تنفيذ التزامه وهذا ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا¹²⁵³.

ثانياً: زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق:

أ. الأصل: عدم جواز الزيادة في الالتزام المقابل:

ذهب أغلب الفقه إلى القول أنه قد لا يرى القاضي أن إنقاص الالتزام من على عاتق المدين هو الحل الملائم لرفع الإرهاق عن هذا الأخير وإعادة توازن العقد، فيقرر زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق¹²⁵⁴، ويكون هذا في حالة ارتفاع الأسعار مثلاً، إذ قد يلتزم المدين بتوريد كمية معينة من القمح بسعر 20 دينار جزائري للكيلوغرام، ثم يرتفع السعر بسبب حادث طارئ إلى 90 دينار جزائري، ففي هذه الحالة تعتبر الزيادة المألوفة في سعر القمح 10 دينار وهذه تبقى على عاتق المدين، وما زاد على ذلك وقدره 60 دينار يعتبر زيادة غير مألوفة وهذه توزع على عاتق الطرفين، فيكون السعر الذي يقف عنده القاضي هو 50 دينار .

مقيدين هذه السلطة بأمرين الأول: أنه يتعين على القاضي عند اختياره تعديل العقد بالزيادة في الالتزامات المقابلة للالتزام المرهق أن يبقي على عاتق المدين ما يعتبر زيادة مألوفة في عبء الالتزام لأنه كان من الممكن توقعها وقت التعاقد، وبذلك لا يوزع على عاتق المتعاقدان سوى الزيادة غير المألوفة¹²⁵⁵، والثاني: أن القاضي عندما يرفع السعر لا يفرض على الطرف الآخر أن يشتري بهذا السعر، بل يخيره بين أن يشتري به أو يفسخ العقد، فإذا اختار الفسخ كان هذا أصلح للمدين، إذ يرتفع عن عاتقه كل أثر للحادث الطارئ¹²⁵⁶.

وذهب بعض آخر من الفقه إلى أنه يمكن للقاضي التدخل في العقد بزيادة التزام الدائن دون أن يحمله كل العبء الناشئ عن الظرف الطارئ بل يزيدها بما يوازي نصف هذا العبء في شقه غير المألوف، أي أن الدائن لا يتحمل ارتفاع السعر المألوف بل يتحمله المدين كما يتحمل الدائن الانخفاض المألوف، غير أن هذا الاتجاه يختلف عن سابقه في أنه

¹²⁵³ قضت المحكمة العليا في قرار لها صادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 2007/03/21 ملف رقم: 351258 بأنه "يجوز للقاضي، إذا طرأت حوادث استثنائية عامة، رد الالتزام المرهق إلى حده المعقول، من دون إعفاء المدين من تنفيذ التزامه"، قرار منشور بمجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2007، ص 135، قرار مرفق بالملحق، ملحق رقم: 13.

¹²⁵⁴ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 487. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، المرجع السابق، ص 300. بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 136.

¹²⁵⁵ خليفاتي عبد الرحمن، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، المرجع السابق، ص 83.

¹²⁵⁶ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، 647. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 293.

ينكر على الدائن الحق في رفع دعوى الفسخ، مبررا مذهبه ذلك في أن هذا الحل غير مجحف بالدائن لأن الوضع في جميع الظروف مريح له فلو أراد في هذا الوقت (وقت الظرف الطارئ) الارتباط بعقد جديد فإنه سيرضخ للسعر السائد وهو 90 دينار في المثال السابق¹²⁵⁷. واتفق الاتجاهين على أنه يمكن للقاضي أن يجمع بين هاتين الوسيلتين في وقت واحد، فينقص من الالتزام المرهق ويزيد في الالتزام المقابل¹²⁵⁸.

فيما أنكر البعض الآخر على القاضي سلطة زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق كلية¹²⁵⁹ وهو الرأي الذي نؤيده على الرغم من بعض الانتقادات التي وجهت له¹²⁶⁰، والتي لا تصمد أمام الحجج التي جاء بها.

فلا يمكن للقاضي الزيادة في الالتزام المقابل ذلك أن المشرع الجزائري بموجب نص المادة 3/107 من القانون المدني منح القاضي صراحة حق تعديل "الالتزام المرهق" أي التزام المدين دون الالتزام المقابل وهو التزام الدائن¹²⁶¹، وتعتبر السلطة الممنوحة للقاضي في هذا المجال سلطة استثنائية يجب إعمالها بدقة، وبالتالي يتم تعديل الالتزام المرهق فقط دون المساس بغيره.

لم يورد المشرع الجزائري ضمن أحكام المادة 3/107 من القانون المدني سواء ضمن النص العربي وهو النص الرسمي حين استخدم عبارة "يرُد" ولا ضمن النص الفرنسي وهو النص الأصلي حين استعمل عبارة « Réduire »¹²⁶²، ما يفيد إمكانية تعديل العقد عن طريق

¹²⁵⁷ محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 444-445.

¹²⁵⁸ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 488. محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 445.

¹²⁵⁹ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 380. فاضل خديجة، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 93.

¹²⁶⁰ ذهب الدكتور عبد الحميد بن شنيقي في أطروحته سلطة القاضي في تعديل العقد إلى انتقاد الرأي الذي جاء به الدكتور علي فيلالي، ومن ذهب في اتجاهه من باب أن إنقاص الالتزام المرهق أو زيادة الالتزام المقابل له لا يختلفان من حيث النتيجة التي تترتب على أي منهما، ولا من حيث الضوابط التي يجب أن تراعى عند إعمال أي منهما، أو من حيث الصعوبات التي تعترض القاضي في إعمال أي منهما. فأما من حيث النتيجة فيترتب على إعمال كلتا الوسيلتين تخفيف الإرهاق الواقع على عاتق المدين، وأما من حيث الضوابط يجب عند إعمال أي منهما أن يحمل المدين تبعه الإرهاق المألوف، وأنه لا يبسط القاضي رقابته إلا على ما لم يتم تنفيذه من التزامات أما ما نفذ فلا رقابة عليه ولو كان مرهقا، وأما من حيث الصعوبات، فإن صعوبة تحديد مقدار الإنقاص هي نفسها صعوبة تحديد مقدار الزيادة. عبد الحميد بن شنيقي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 65.

¹²⁶¹ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 380. حامق ذهيبية، المقاربات بين القانون الجزائري والشرعية الإسلامية أحكام نظرية الظروف الطارئة مثالا، المرجع السابق، ص 103.

¹²⁶² « Réduire » تعني الإنقاص وليس الزيادة في الالتزام.

الزيادة في الالتزام المقابل، ولو أراد المشرع إضافة وسيلة للقاضي تمكنه من زيادة الالتزام المقابل فلا يوجد ما يمنعه من النص على ذلك صراحة¹²⁶³.

ثم أنه لو كانت المادة 3/107 من القانون المدني تؤدي معنى الزيادة في التزام الدائن المقابل للالتزام المرهق، فلماذا جاء المشرع بنص المادة 3/561 من القانون المدني "غير أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد" الذي يعتبر تطبيق خاص لنظرية الظروف الطارئة، حيث لا يختلف هذا النص ونص المادة 3/107 من القانون المدني إلا من حيث الجزاء، وهذا إن دل على شيء إنما يدل أن سلطة القاضي في الزيادة في الالتزام المقابل وسلطته في الفسخ استثناء من الاستثناء المنصوص عليه المادة 3/107 من القانون المدني الذي لا مجال فيه للفسخ بل كل ما يملكه القاضي هو رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول فقط. ومن خلال ذلك وعملاً بقاعدة أن الخاص يقيد العام نستنتج أنه لو قصد المشرع منح القاضي سلطة الزيادة في الالتزام المقابل ضمن أحكام المادة 3/107 من القانون المدني لما أضاف نص الفقرة الثالثة من المادة 561 من القانون المدني

كما أن القول بعدم إمكانية فرض حكم القاضي على الدائن و بجواز رفع دعوى الفسخ من قبل هذا الأخير إذا اختار ذلك، في غياب ما يبررها قانوناً، يهدم الرأي القائل بجواز زيادة القاضي للالتزام المقابل، لأن في ذلك مخالفة بطريقة غير مباشرة للقاعدة الأمرة القاضي بأن سلطة القاضي في تعديل العقد للطرف الطارئ من النظام العام، ولا يجوز في أي حال الاتفاق على ما يخالف ذلك سواء أثناء العقد أو بعد الحكم.

كذلك نظرية الظروف الطارئة تطبق على العقود الملزمة للجانبين مثلما تطبق بشأن العقود الملزمة لجانب واحد، وفي الحالة الأخيرة لا يمكن أن تكون الزيادة في الالتزام المقابل للالتزام المرهق وسيلة يلجأ إليها القاضي تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة لأنه في نطاق هذه العقود لا وجود للأداء المقابل، وبالتالي لا يبقى أمام القاضي سوى اللجوء إلى إنقاص الالتزام أو وقف تنفيذ العقد.

ولختم الجدل نقول أنه أمام غياب نص صريح من المشرع، لا يجد القاضي أساساً قانونياً يستند إليه ليلزم الدائن بالالتزام لم يلتزم به بإرادته، فلا هو ضمن مضمون العقد ولا هو من مستلزماته¹²⁶⁴.

ب. الاستثناء: جواز زيارة الأجر في عقد المقاولة:

يستفاد من نص هذه المادة 561 من القانون المدني¹²⁶⁵ أن يكون هناك عقد مقاولة اتفق فيه على تحديد أجر إجمالي على أساس التصميم المتفق عليه بين المقاول ورب العمل،

¹²⁶³ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 380. فاضل خديجة، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 93.

¹²⁶⁴ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 380.

فإذا كانت التكاليف الفعلية أكثر من الأجر المتفق عليه لحادث غير منتظر أو لزيادة في أسعار المواد الأولية أو أجور النقل أو سعر التأمين أو تبين أن طبيعة الأرض تقتضي تكلفة أكثر (فيما عدى الغلط الجوهري)، فإن تبعة هذا كله يتحملها المقاول ولا شأن لرب العمل بها، وفي نظير ذلك إذا كانت التكاليف الفعلية أقل بكثير من الأجر المتفق عليه، فإن المقاول يتقاضى الزيادة دون أن يرجع عليه رب العمل بتخفيض في الأجر، وهذا هو المعنى المقصود من الاتفاق في المقولة على أجر إجمالي جزافي على أساس تصميم معين متفق عليه بين الطرفين، وقصد المشرع من وراء هذا الحكم حماية رب العمل من المقاول لضعف خبرة الأول بالنسبة لخبرة الثاني¹²⁶⁶.

وليس للقاضي سلطة تعديل العقد للطرف الطارئ بالزيادة في الالتزام المقابل إلا عند تطبيقه المادة 561 من القانون المدني في شأن عقود المقولة، إذ يقع على القاضي زيادة على التحقق من مدى توافر الشروط العامة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة (أن يكون العقد متراخي التنفيذ، وأن تجد بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة غير متوقعة تجعل الالتزام مرهقا)¹²⁶⁷، يجب عليه عند زيادة الأجر أن يراعي ألا يزيده حتى يثقل كاهل رب العمل، ولأجل ذلك يبدأ بتحميل المقاول الخسارة المألوفة وما زاد عن ذلك يقسمه بين المقاول ورب العمل مناصفة¹²⁶⁸، وإرهاق المقاول لا ينظر فيه إلا للصفقة التي أبرمت في شأنها المقولة، فلو أن خسارته كانت فادحة في هذه الصفقة، ولكنها هينة بالنسبة إلى ثروته الضخمة، أو لو كان في صفقة أخرى حصل على مكسب كبير يعوض عليه الخسارة الفادحة في الصفقة الأولى، لم يعتد بشيء من ذلك، بل وجب أن يقف القاضي عند الخسارة الفادحة التي يتحملها المقاول في الصفقة محل النزاع، ولا ينتفي الإرهاق ولو كان المقاول قد خزن كمية كبيرة من المواد الأولية دون أن يتوقع علو الأسعار، ثم طرأت حوادث استثنائية غير متوقعة جعلت الأسعار ترتفع أضعافا مضاعفة، فيجوز للمقاول أن يحتج بارتفاع الأسعار ويطلب

¹²⁶⁵ تنص المادة 561 من القانون المدني " إذا أبرم العقد بأجر جزافي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة إلا أن يكون ذلك راجعا إلى خطأ من رب العمل أو يكون مأذونا به منه واتفق مع المقاول على أجره.

ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابية، إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة.

على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد".

¹²⁶⁶ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، العقود الواردة على العمل، المقولة والوكالة والوديعة والحراسة، الجزء السابع، المرجع السابق، ص 175. عمار محسن كزار، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، المرجع السابق، ص 107.

¹²⁶⁷ بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 152. دحمون حفيظ، التوازن في العقد، المرجع السابق، ص 107.

¹²⁶⁸ محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 472.

زيادة الأجر أو فسخ العقد¹²⁶⁹، لأن معيار الإرهاق موضوعي وليس شخصي كما سبق لنا بيان ذلك.

وبذلك تكون شروط تطبيق النظرية في تطبيقها الخاص بعقد المقاولة تتفق مع شروط نظرية الظروف الطارئة في مبدئها العام، غير أن الجزاء يختلف في التطبيق الخاص عنه في المبدأ العام، إذ يجوز للقاضي أن يعدل العقد و يحكم بزيادة الأجر، أو أن يحكم بفسخ العقد، وهذا بخلاف النظرية العامة التي لا تمنحه لا سلطة التعديل بالزيادة في الالتزام المقابل، ولا سلطة الفسخ.

ثالثاً: وقف تنفيذ العقد إلى حين زوال أثر الظرف الاستثنائي:

قد يرى القاضي وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ إذا كان الحادث وقتياً يقدر له الزوال في وقت قصير¹²⁷⁰، وأنه ليس من شأن هذا الوقف المؤقت أن يلحق ضرراً كبيراً بالدائن¹²⁷¹، و قدّر أن اللجوء إلى وسيلة الإنقاص من الالتزام المرهق يؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد¹²⁷²، كما يتعين على القاضي عند تطبيق هذه الوسيلة أن يحتاط بحيث يأخذ بعين الاعتبار ظروف المدين ويتأكد من حسن نيته¹²⁷³.

يأمر القاضي بوقف تنفيذ العقد لمدة محددة ويكون التحديد تقريبياً بقدر الإمكان إذ ليس في مقدور القاضي أن يتنبأ مقدماً بالوقت الذي سيزول فيه أثر الظرف الطارئ لكن بدراسة ظروف الحاضر يمكن له أن يكون فكرة تقريبية عن المستقبل¹²⁷⁴ أو قد تكون غير محددة من الوقت حتى تزول آثار الظرف الطارئ¹²⁷⁵ بشرط أن يراعي القاضي في هذه المهلة أن تكون من شأنها السماح للمدين بتدبر أمره من جهة كما يراعي في ذلك عدم الإضرار بمصلحة الدائن من جهة ثانية.

¹²⁶⁹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، العقود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، الجزء السابع، المرجع السابق، ص 184. بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 152.

¹²⁷⁰ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، 646. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)، المرجع السابق، ص 272.

¹²⁷¹ عبد الحكم فوده، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، المرجع السابق، ص 91. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 164.

¹²⁷² فاضل خديجة، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 93.

¹²⁷³ مارغريت نقولا انطوان ماروديس، العنصر الأخلاقي في العقد، المرجع السابق، ص 168. دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 129.

¹²⁷⁴ بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 137. عمار محسن كزار، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، المرجع السابق، ص 104.

¹²⁷⁵ عبد الحميد بن شنيّتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 66. فاضل خديجة، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 93.

وبذلك يشتهر وقف التنفيذ الذي يحكم به القاضي في نظرية الظروف الطارئة بنظرة الميسرة التي نص عليها المشرع في المادة 2/281 من القانون المدني¹²⁷⁶ من حيث أن كلاهما يتضمن ترحيلاً للأجل الأصلي لأداء الالتزام لأجل لاحق يحدده القاضي، إلا أنهما معاً أنهما نظامان مستقلان عن بعضهما لاختلافهما من حيث أن السبب الذي يدعو إلى منح نظرة المسيرة هو حادث فردي خاص بالمدين وحده أو بأحد أفراد أسرته، بينما الوقف في نظرية الظروف الطارئة يكون لحادث استثنائي عام وليس خاص بالمدين وحده¹²⁷⁷. كما يختلفان من حيث أن المعيار الذي يمنح على ضوءه القاضي نظرة الميسرة هو معيار شخصي يرجع إلى ظروف المدين الخاصة، بينما معيار وقف تنفيذ الالتزام في الظرف الطارئ هو معيار موضوعي لا ينظر فيه إلى ظروف المدين بل إلى الرجل المعتاد في مثل ظروف المدين¹²⁷⁸، كذلك لا يتقيد القاضي بحد أقصى للمهلة التي يمنحها للمدين في الظرف الطارئ بينما يتقيد بفترة محددة وهي عدم تجاوز سنة في نظرة المسيرة.

ومثال ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى وترتفع أسعار بعض مواد البناء لحادث طارئ ارتفاعاً فاحشاً ولكنه ارتفاع يوشك أن يزول لقرب انفتاح باب الاستيراد فيوقف القاضي التزام المقاول بتسليم المبنى في الوقت المتفق عليه حتى يتمكن المقاول من القيام بالتزامه دون إرهاق، إذا لم يكن في الوقف ضرر جسيم يلحق صاحب المبنى¹²⁷⁹.

ومن خلال ما سبق يمكن أن نستخلص أن الوقف ما هو إلا إجراء يستطيع به القاضي أن يمد من أجل تنفيذ الالتزام ولا يمس ماديّات العقد سواء بالإنقاص منها أو الزيادة فيها سواء لأحد الطرفين أو كلاهما¹²⁸⁰، وبذلك لا يؤثر وقف العقد في كم التزامات المدين الواجبة الأداء، بحيث مهما كانت المدة التي قررها القاضي لصالح المدين، يظل كم الأداء بدون تغيير، لأن الوقف لا يمس مضمون العقد، سواء من الناحية الموضوعية أو المادية، فتبقى الالتزامات فيه محتفظة بقيمتها ومقاديرها دون أن تتأثر بهذا الوقف المؤقت¹²⁸¹.

ولا شك أن الوقف إذا استغرق المدة المحددة أصلاً لتنفيذ الالتزام فإن هذا لا يؤثر على أجل تنفيذ الالتزام فإن هذا لا يؤثر على أجل تنفيذ الالتزام الذي يرحل لمدة جديدة تساوي المدة التي أوقف الالتزام فيها، فإذا كانت المدة المحددة لتنفيذ الالتزام ثلاثة أشهر مثلاً وهي

¹²⁷⁶ تنص المادة 2/281 من القانون المدني " غير أنه يجوز للقضاء نظراً لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا أجلاً ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه مدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها".

¹²⁷⁷ محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 448.

¹²⁷⁸ محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 448.

¹²⁷⁹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، 647.

¹²⁸⁰ محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 446.

¹²⁸¹ عبد الحميد بن شنيّتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 66. فاضل خديجة، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 94.

ذات المدة التي أوقف فيها الالتزام فإن العقد حينما ترتد له قوته التنفيذية فهي تعود لثلاثة أشهر كاملة¹²⁸².

وإذا استمرت الظروف الطارئة التي استدعت وقف تنفيذ العقد طوال المدة المحددة للعقد، بحيث لم تبقى جدوى لتنفيذه، عندئذ لا مناص من الحكم بفسخ العقد، ولا شك أن الظروف الطارئة في مثل هذا الافتراض تعد قوة قاهرة نظرا لاستحالة التنفيذ، ولا يجوز اعتبارها ظرفا طارئا لاقتصار هذا على حالة الإرهاق دون الاستحالة¹²⁸³.

كذلك إذا كان العقد قد نفذ في جزء منه قبل حدوث الظرف الطارئ، فلا محل لتعديل العقد بالنسبة لهذا الجزء، بحيث يقتصر التعديل على ما لم يتم تنفيذه، وبالمثل فإن التعديل يجب أن يقتصر على الجزء من العقد الذي ينفذ أثناء قيام أثر الطرف الطارئ، فإذا زال أثر الظرف الطارئ قبل انتهاء مدة العقد عادت إلى العقد قوته الملزمة كاملة كما كانت عليه في الأصل قبل التعديل¹²⁸⁴، ذلك أن إعمال حكم العقد هو الأصل وتعديله ليس سوى استثناء اقتضته ضرورة حماية المدين من الظرف الطارئ، والضرورة تقدر بقدرها¹²⁸⁵، وعلى ذلك فما يستحق على المدين في المدة التي تقع بين زوال أثر الحادث الطارئ ونهاية العقد يكون واجب الأداء طبقا لما كان متفقا عليه، وليس بحسب التعديل الذي انتهى إليه القاضي¹²⁸⁶.

وتعتبر عملية مراجعة العقد طبقا لنص المادة 3/107 من القانون المدني وسيلة لتنفيذه عوض فسخه، وهو أمر يؤدي إلى استقرار المعاملات¹²⁸⁷.

الفرع الثاني: ضوابط سلطة القاضي في تعديل العقد للظرف الطارئ

تحكم القاضي أثناء عملية تعديل العقد لأجل رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول جملة من الضوابط يتعين عليه مراعاتها زيادة على اعتبار هذه السلطة من النظام العام، وفيما يلي تفصيل لهذه الضوابط.

أولا: مراعاة الظروف المحيطة بالقضية:

¹²⁸² محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 447.

¹²⁸³ عمار محسن كزار، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، المرجع السابق، ص 104.

¹²⁸⁴ مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 366. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 250. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 261.

¹²⁸⁵ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 346. مارغريت نقولا انطوان ماروديس، العنصر الأخلاقي في العقد، المرجع السابق، ص 170.

¹²⁸⁶ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 488.

¹²⁸⁷ نساخ فطيمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، المرجع السابق، ص 174.

وردت ضمن نص المادة 3/107 من القانون المدني عبارة "تبعاً للظروف"، وقد ذهب أغلب الفقه إلى القول أن هذه العبارة لم تأتي عبثاً بل قصد بها المشرع تقييد سلطة القاضي في التدخل في حدود ما تكون عليه ظروف التعاقد أو التنفيذ¹²⁸⁸. وبناء على هذا التفسير فالقاضي لا يستطيع أن يقضي بتعديل المضمون المادي للالتزام إذا ما تبين له من الظروف المحيطة، أن الحادثة الاستثنائية حادثة وقتية يقدر زوالها في وقت قصير لا يستدعي تعديل مضمون العقد، وإنما يتطلب فقط تأجيل تنفيذه¹²⁸⁹.

غير أننا نقف إلى جانب الرأي القائل بأن المشرع إنما أراد بعبارة "تبعاً للظروف" أن يوسع من سلطة القاضي التقديرية ومنحه سلطة واسعة للحركة بما يمكنه من أداء مهمته في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وهذه العبارة وإن كانت تشكل ضابط من ضوابط سلطة القاضي في تعديل العقد للطرف الطارئ إلا أنها ليست قيداً على هذه السلطة¹²⁹⁰، ونزيد على ذلك بأن المشرع أراد من إدراج هذه العبارة أن يرشد القاضي أكثر من أنه أراد أن يقيد.

ثانياً: الموازنة بين مصلحة الطرفين:

يعد هذا الضابط من أهم الضوابط التي تقيد قاضي الموضوع، فالقانون يوجب على القاضي في جميع حالات التعديل أن يتقيد بمبدأ "الموازنة بين مصلحة الطرفين"، وهو المبدأ الذي عبر عنه المشرع بعبارة "بعد مراعاة مصلحة الطرفين"، ويكون ذلك أولاً في اختيار نوع التعديل الذي يجب إجرائه على العقد، كما يكون ثانياً، بعدم تحميل أحد المتعاقدين عبء الحادث الطارئ وتوزيع بينهما وعلى ذلك ليس له في سبيل تجنب المدين الخسارة الفادحة، أن يوقع الدائن في خسارة فادحة¹²⁹¹، إذ يجب على القاضي وهو يرد الالتزام إلى الحد المعقول، ألا يرفع كل الخسارة عن المدين إذا رأى أن ينقص التزاماته وأيضاً لا يحمل الدائن آثار الطرف الطارئ إذا رأى أن يزيد من التزاماته (بالنسبة لعقد المقاولة)، فالخسارة المتوقعة يضيفها إلى جانب المدين وما زاد عنها يقسمه بين المدين والدائن¹²⁹²، سواء مناصفة، أو بالنسبة التي يراها ملائمة مع مصلحة الطرفين واعتبارات العدالة¹²⁹³.

¹²⁸⁸ (P)Stoffel-Munck, *L'imprévision et la réforme des effets du contrat*, op. cit, P31.

¹²⁸⁹ محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص 117. بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 138. فاضل خديجة، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 103. دحمون حفيظ، التوازن في العقد، المرجع السابق، ص 106.

¹²⁹⁰ عبد الحميد بن شنيقي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 61.

¹²⁹¹ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 346. نديا محمد قزمار، تطور دور القاضي في تفسير "قانون العقد" وإشكاليات التطبيق؟ حالة: سلطة القاضي في تعديل العقد بفعل نظرية الظروف الطارئة، مقال منشور بالمجلة الأردنية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 4، العدد 2، 2012، ص 93.

¹²⁹² أنور طلبية، انحلال العقود، المرجع السابق، ص 446. مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 366. حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية وتطويع العقد، المرجع السابق، ص 141.

(A) Bencheneb, op.cit, P 251.

¹²⁹³ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 360.

وعلى ذلك يمكن القول أن الحل اعتمده المشرع في نص المادة 3/107 من القانون المدني هو حل مرن، لأنه يتمثل في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ففكرة الحد المعقول هي فكرة مرنة يرجع في تحديدها بالنسبة لكل حالة حده إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، من خلال بحثه في ظروف القضية وموازنته بين مصلحة طرفي العقد¹²⁹⁴ والمعقولية هنا لا تنصرف إلى متعاقد دون الآخر، فكما يجب أن يكون هذا الحد معقولا بالنسبة للمدين فهو يجب كذلك أن يكون معقولا بالنسبة للدائن¹²⁹⁵.

ثالثا: مدى إمكانية الحكم بالفسخ:

أ. الأصل: عدم جواز الحكم بفسخ العقود التي تخضع لنص المادة 3/107 من القانون المدني:

نلاحظ من خلال نص المادة 3/107 من القانون المدني أن السلطة المخولة للقاضي هي رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وذلك سواء بإنقاص الالتزام المرهق أو وقف تنفيذ العقد مهما كانت الظروف الطارئة أو قسوتها، فتنوزع بذلك تبعة هلاك الحادث بين الطرفين، غير أنه لا يجوز له فسخ العقد، فالالتزام المرهق يبقى ولا ينقضي بالحادث الطارئ كما ينقضي بالقوة القاهرة ولكن يرد إلى الحد المعقول¹²⁹⁶، كما أن الفسخ يؤدي إلى أن يتحمل الدائن وحده تبعة الحادث، مع أن أساس النظرية تضحية من الجانبين وليس إخلاء أيهما من التزامه¹²⁹⁷، كما أنه قد يمتد العقد إلى ما بعد زوال أثر الحادث الطارئ فتعود إلى العقد قوته الملزمة كاملة كما كانت في الأصل، وهذا الأمر لا يصح أن نحول دونه بإجازة الفسخ¹²⁹⁸.

ويرى أغلب الفقه أنه في جميع الأحوال التي يرى فيها القاضي تعديل الالتزام يكون للدائن الخيار، في أن يقبل حكم القاضي، أو أن يرفض التعديل ويؤثر التخلي عن العقد بحيث يختار الفسخ دون تعويض وحينئذ يجيبه القاضي إلى هذا الطلب ولو لم يطلبه المدين، ذلك أن الفسخ في هذه الحالة يكون في صالح الطرف الآخر (المدين) بما يؤدي إليه من رفع أثر

¹²⁹⁴ عبد الحميد بن شنيته، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 61. نديا محمد قزمار، المرجع السابق، ص 81.

(L) ayès, Le juge et le contrat : nouveaux rôles ?, op.cit,P 15 .

¹²⁹⁵ محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص 120.

¹²⁹⁶ نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)، المرجع السابق، ص 272. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 310. محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص 126.

¹²⁹⁷ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 489. عبد الحكم فوده، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، المرجع السابق، ص 91. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 260.

¹²⁹⁸ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 488. محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 460.

الحادث الطارئ عن عاتقه¹²⁹⁹ ولكن ليس للقاضي أن يفسخ العقد من تلقاء نفسه أو بناء على طلب المدين الذي لا يحق له طلب الفسخ، وإنما يتعين عليه أن يؤدي التزامه وفق التعديل الذي يراه القاضي، وبذلك يقتصر هذا الطلب على الدائن وحده¹³⁰⁰.

غير أننا نرى خلاف الرأي الأخير، ونقول بعدم جواز طلب الفسخ من قبل الدائن، لانعدام أي أساس قانوني يستند إليه، إذ لا يمكنه الاستناد إلى أحكام المادة 107 من القانون المدني، كما لا يجد أساسا له ضمن أحكام المادة 119 من القانون المدني مادام المدين استمر في التنفيذ وفق للحكم القاضي بتعديل العقد، ولا يمكنه الاستناد كذلك إلى أحكام المادة 121 من القانون المدني لأنها تخص الفسخ لاستحالة الوفاء.

كما نرى أن القول بجواز طلب الفسخ من قبل الدائن في حال تعديل القاضي للعقد، هو مخالفة لقاعدة اعتبار سلطة القاضي في التعديل من النظام العام فطلب الفسخ في هذه الحالة هو استبعاد لسلطة القاضي في تعديل العقد للطرف الطارئ بطريقة غير مباشرة.

استحسن بعض الفقه مسلك المشرع الجزائري وباقي التشريعات العربية في تقريرهم لجزاء التعديل فقط دون جزاء الفسخ¹³⁰¹، فيما انتقد بعض آخر من الفقه موقف المشرع على أساس أن التعديل لا يكون دائما الحل المجدي، فقد يكون ارتفاع الأسعار فاحشا إلى درجة أنه مهما وزع القاضي الزيادة غير العادية على المتعاقدين فإن المدين لن يستطيع تنفيذ الالتزام¹³⁰².

نحن نرى أن المشرع قد أحسن صنعا عندما جعل سلطة القاضي قاصرة على تعديل الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، دون سلطة الفسخ، وفضل الإبقاء على العقد وتوزيع تبعه الطرف الطارئ بين الطرفين حتى لا يتحملها المدين المتضرر وحده، خاصة أن مختلف الوسائل التي يستند إليها القاضي عند تعديله للعقد تلتقي عند نقطة واحدة هي تأمين التوازن العقدي الذي أخلت به حوادث فجائية، وتهدف إلى الإبقاء على التعاقد وتحرص على استمراره مستبعدة كل إمكانية لزواله بما يتفق وأهداف نظرية الظروف الطارئة، وبما يتفق أيضا مع الهدف الاقتصادي والاجتماعي للعقد¹³⁰³.

ب. الاستثناء: جواز الحكم بالفسخ بالنسبة لعقد المقالة:

¹²⁹⁹ خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 113. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 295. نديا محمد قزمار، المرجع السابق، ص 87. دالي بشير، سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي في إطار نظرية الظروف الطارئة، مقال منشور بمجلة القانون، تصدر عن معهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي أحمد زبانة، غليزان، العدد 6، جوان 2016، ص 147.

¹³⁰⁰ أنور طلبية، انحلال العقود، المرجع السابق، ص 446.

¹³⁰¹ عبد الحكم فوده، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، المرجع السابق، ص 92.

¹³⁰² بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 132.

¹³⁰³ نديا محمد قزمار، المرجع السابق، ص 81.

منحت المادة 561 من القانون المدني للقاضي سلطة استثنائية للقاضي لم تجزها له أحكام المادة 3/107 من القانون المدني المتضمنة المبدأ العام، حيث يكون له بموجبها توقيع جزاء الفسخ على عقد المقاولة وهو جزاء لا يلجأ له إلا إذا رأى مبررا لذلك، ويكون ذلك خاصة إذا زاد القاضي الأجر ومع ذلك بقي التزام المقابل مرهقا وفي الوقت ذاته ترهق زيادة الأجر رب العمل، فيفضل أن يفسخ العقد فيضع حدا لإرهاق المقابل ويمنع إرهاق رب العمل بزيادة الأجر¹³⁰⁴.

رابعا: مدى جواز الاتفاق على استبعاد نظرية الظروف الطارئة:

اعتبر المشرع الجزائري نظرية الظروف الطارئة من النظام العام ويظهر ذلك من خلال نهاية الفقرة الأخيرة من نص المادة 107 من القانون المدني " ويعتبر باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

وعلى ذلك لا يجوز للطرفين أن يتفقا مقدما على استبعاد حكم نظرية الظروف الطارئة، حتى يكفل لنظرية الظروف الطارئة تطبيقا فعالا، ذلك أنه لو سمح بالاتفاق على استبعاد تطبيق نظرية الظروف الطارئة، لاستطاع المتعاقد القوي أن يملئ على المتعاقد الضعيف هذا الشرط وبذلك تغدوا الحماية المقررة لهذه النظرية صورية لا قيمة لها¹³⁰⁵، فاعتبار هذه القاعدة من النظام العام يحقق حماية للمتعاقد الضعيف ويضمن الأخذ بحكم تمليه قواعد العدالة¹³⁰⁶.

لا شك أن المشرع حينما قرر بطلان الاتفاق المخالف لأحكام المادة 3/107 من القانون المدني لم يقصد من وراء ذلك إلا حماية الطرف الضعيف من الطرف القوي فأراد بذلك أن يضيف عليه نوعا من الحماية عند بداية التعاقد أي في الفترة الزمنية التي يبرم فيها العقد حتى لا يتأثر نتيجة حاجته الملحة لإبرام العقد بضغط الطرف القوي الذي يملئ العقد ويضمنه شروطا لم الطرف الآخر ليقبلها لولا حاجته للتعاقد وهذا ضرب من الإذعان تفاداه المشرع بهذا النص¹³⁰⁷ أما بعد وقوع الحادث الطارئ فليس هناك ما يمنع من أن يتفق

¹³⁰⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، العقود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، الجزء السابع، المرجع السابق، ص 185. بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 153. محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 471-472.

¹³⁰⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، 649. حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية وتطوير العقد، المرجع السابق، ص 145.

¹³⁰⁶ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 489. خليفاتي عبد الرحمن، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، المرجع السابق، ص 86. محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص 42.

¹³⁰⁷ محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 375. عبد المعين لطفي جمعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، المرجع السابق، ص 259.

الطرفان على ما يخالف هذا الجزاء، إذ أن الاتفاق لا تشوبه عندئذ شبهة الضغط على إرادة المدين واستغلاله، فيجوز للمدين إذن أن ينزل عن حقه في التمسك بالحادث الطارئ، وأن يتعهد بالوفاء بالتزامه كاملاً غير منقوص¹³⁰⁸ خاصة أنه لا يكون للمحكمة تطبيق حكم هذه النظرية دون أن يطلب المدين ذلك¹³⁰⁹، كما يمكن لهما وضع حد للعقد عن طريق التنازل، مثلاً، أو عن طريق تعديل الالتزامات العقدية من مثل تجديد الدين بتغييره، أو بتغيير الدائن، أو بتغيير المدين¹³¹⁰.

وفي الحالة التي ينزل فيها المدين عن حقه بالاحتكام إلى نص المادة 3/107 من القانون المدني باتفاقه والدائن بعد أن جد الطرف الطارئ على التنازل أو على تعديل الالتزامات العقدية، ورغم ذلك رفع دعوى ضد الدائن مطالبا بتطبيق أحكام المادة 3/107 من القانون المدني، فإن الدفع في هذه الحالة يعتبر دفعا موضوعيا متعلقا تقضي به المحكمة متى تمسك به صاحب الحق فيه، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي فيه من تلقاء نفسها¹³¹¹.

وهنا تجب الإشارة أنه من الناحية العملية، أصبح المتعاقدان خاصة بالنسبة للصفقات المتعلقة بالتوريد أو الأشغال يحتاطون من الظروف الطارئة، فينظمان طرق مراجعة العقد في حال طرأت ظروف طارئة بشكل رضائي دون أن يرقى ذلك إلى استبعاد سلطة القاضي في تعديل العقد لوجود ظرف طارئ.

كما أن الجزاء المنصوص عليه في المادة 561 من القانون المدني المتعلق بعقد المقاولة يعتبر من النظام العام، فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا مقدما على ما يخالفه، كأن ينزل المقول مثلا في عقد المقاولة عن حقه في التمسك بنظرية الظروف الطارئة، فمثل هذا النزول يكون باطلا لا يعتد به، وقد ورد هذا بشكل صريح في المادة 3/107 من القانون المدني، غير أنه لم يرد ضمن المادة 561 من نفس القانون، لكن لما كانت المادة الأخيرة ليست إلا تطبيقا للمادة الأولى، فإنه يتعين اعتبار أحكام كل من المادتين متعلقا بالنظام العام¹³¹².

فإذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، كان للمتعاقد المرهق أن يلجأ للقضاء ويطلب تعديل العقد بما يزيل الإرهاق عنه تبعا للظروف، وعلى ذلك لا يجوز للمدين تعديل العقد بإرادته المنفردة، كما لا يمكن للقاضي أن يقوم بتطبيق النظرية من تلقاء نفسه، إذ لا بد لتدخل القاضي أن يتمسك المدين بتطبيق النظرية، ذلك أن أعمال النظرية رخصة منحها المشرع للمدين إن شاء استفاد منها وإن شاء أحجم عنها، ويجوز للمدين أن يتمسك

¹³⁰⁸ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 347. عبد المعين لطفي جمعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، المرجع السابق، ص 259.

¹³⁰⁹ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 295.

¹³¹⁰ محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقهاء الإسلاميين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 378-382.

¹³¹¹ محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص 44.

¹³¹² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، العقود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، الجزء السابع، المرجع السابق، ص 186.

بتطبيق أحكام هذه النظرية في أية حالة تكون عليها الدعوى أمام محكمة الموضوع، ويستطيع التمسك بها ولو لأول مرة أمام المجلس القضائي أثناء استئناف الحكم الفصل في الدعوى، في حين ليس له أن يتمسك بها لأول مرة أمام المحكمة العليا¹³¹³.

يسعى المشرع من خلال نظرية الظروف الطارئة إلى مساعدة المتعاقد على مواصلة تنفيذ التزامه التعاقدي وينبغي على المدين الاستمرار في تنفيذ التزامه العقد والمطالبة في الوقت نفسه بتدخل القاضي لإعادة التوازن الاقتصادي المختل، إذ ليس لأحد المتعاقدين أن يكون قاضي نفسه وأن يرفض تنفيذ العقد بإرادته المنفردة¹³¹⁴، لأن المدين بانقطاعه من تلقاء نفسه يعتبر مرتكباً لخطأ عقدي تترتب عليه المسؤولية العقدية.

ويكون القاضي ملزماً بمراجعة العقد وحتى ولو استعمل المشرع عبارة "جاز للقاضي" فهذه العبارة لا تفيد أن القاضي غير ملزم بمراجعة العقد إلا إذا أراد ذلك، وهذا تأويل غير صحيح، ويتعارض مع غرض المشرع من استحداث نظرية الظروف الطارئة، ولأن مراجعة العقد بسبب الحوادث الطارئة تعتبر من النظام العام، وبذلك يكون القاضي ملزم بمراجعة العقد إذا توصل إلى توافر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، غير أنه يتمتع بسلطة تقديرية واسعة بشأن تقدير الخسارة الفادحة وكيفية رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول¹³¹⁵، فقد يرى القاضي إنقاص الالتزام المرهق أو إنقاص فوائده أو إسقاط هذه الفوائد مع مد الأجل وفي الواقع فالقاضي يختار من بين عدة وسائل للتخفيف من حدة الالتزام المرهق الوسيلة التي يقدر بأنها الملائمة لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول¹³¹⁶.

غير أنه إذا كان المشرع قد جعل من سلطة القاضي مطلقة في اختيار الوسيلة الملائمة لإزالة اختلال التوازن الاقتصادي بين المتعاقدين، فإنه بالمقابل لذلك جعله خاضعاً لرقابة المحكمة العليا في تقديره لمدى توافر الشروط القانونية التي تبيح له استعمال سلطته في تعديل الالتزام التعاقدي المرهق لرده إلى الحد المعقول¹³¹⁷.

¹³¹³ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 359. حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدي وتطويع العقد، المرجع السابق، ص 143. يوسف بوشاشي، نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، المرجع السابق، ص 125.

¹³¹⁴ نساخ فطيمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، المرجع السابق، ص 174. حامق ذهبي، المقاربات بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية أحكام نظرية الظروف الطارئة مثالا، المرجع السابق، ص 100.

¹³¹⁵ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 378. حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدي وتطويع العقد، المرجع السابق، ص 143.

¹³¹⁶ نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)، المرجع السابق، ص 272. توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 222.

¹³¹⁷ يوسف بوشاشي، نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، المرجع السابق، ص 125. بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 139.

المبحث الثاني: دور القاضي في حالة وجود التعويض الاتفاقي:

إذا كان الأصل أن القاضي هو الذي يقوم بتقدير التعويض، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من اتفاق الطرفين مقدما على تقدير التعويض حيث يعتمد المتعاقدان إلى تضمين عقدهما -إضافة إلى الالتزامات الأصلية- اتفاقا على تعويض مقدر سلفا، سواء حين التعاقد أو في وقت لاحق، يكون مستحقا إذا أخل أحد المتعاقدين بالتزامه تجاه المتعاقد الآخر، يعرف هذا الاتفاق بـ"التعويض الاتفاقي". وقد نظم المشرع الجزائري التعويض الاتفاقي في القانون المدني في ثلاثة نصوص من 183 إلى 185 منه ضمن الفصل الثاني المتعلق بالتنفيذ عن طريق التعويض من الباب الثاني المتعلق بآثار الالتزام.

وفيما يلي سنتعرض إلى دور القاضي في تقدير التعويض الاتفاقي في المطلب الأول، بينما نخصص المطلب الثاني لدراسة سلطة القاضي في مراجعة التعويض الاتفاقي.

المطلب الأول: دور القاضي في تقدير وجود التعويض الاتفاقي:

يتولى القاضي تقدير التعويض الاتفاقي من خلال مراقبة مدى صحة إدراج المتعاقدين للتعويض الاتفاقي ضمن العقد وهذا على ضوء تعريف التعويض الاتفاقي وبيان أهم خصائصه، لأجل ذلك سنتناول في هذا المطلب فرعين نخصص الأول لتعريف التعويض الاتفاقي وبيان أهميته، بينما نخصص الثاني لبيان خصائص التعويض الاتفاقي.

الفرع الأول: تعريف التعويض الاتفاقي وبيان أهميته

سنتناول من خلال هذا الفرع تعريف التعويض الاتفاقي في الجزء الأول منه بينما نخصص الجزء الثاني لدراسة أهمية التعويض الاتفاقي في تنفيذ الالتزام الأصلي.

أولا: تعريف التعويض الاتفاقي

لم يعط المشرع الجزائري تعريفا واضحا صريحا للتعويض الاتفاقي واكتفى بتحديد شرعيته ومضمونه ورقابة القاضي عليه ضمن المواد من 183 إلى 185 من القانون المدني.

ومن بين أهم التعريفات التي أعطيت للتعويض الاتفاقي أنه " اتفاق بمقتضاه يلتزم شخص بالقيام بأمر معين-يكون في الغالب مبلغ من النقود-في حالة إخلاله بالالتزام أصلي مقرر في ذمته أو تأخره في الوفاء بذلك الالتزام الأصلي، جزاء له على هذا الإخلال أو التأخير وتعويضا للدائن عما يصيبه من ضرر بسبب ذلك"¹³¹⁸ أو هو " اتفاق يتعهد فيه

¹³¹⁸ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني -في الالتزامات- الجزء الرابع، أحكام الالتزام، إيريني للطباعة مطبعة السلام، توزيع دار الكتاب الحديث، الطبعة الثانية، مصر، 1992، ص 177.

المدين بدفع مبلغ معين من المال في حال عدم قيامه بتنفيذ ما تعهد به أو تأخر في تنفيذه"¹³¹⁹ ، وعرف على أنه "اتفاق المتعاقدين في ذات العقد، أو في اتفاق لاحق-بشرط أن يكون ذلك قبل الإخلال بالالتزام- على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن عند عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته أو تأخير عنه فيها"¹³²⁰، أو هو " اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو إذا تأخر في تنفيذه"¹³²¹ وعرف كذلك على أنه " مبلغ جزافي يقدر به الطرفان، مقدّمًا، التعويض الذي يستحق لأحدهما عن الضرر الذي يلحقه نتيجة خطأ يقترفه الآخر، ويعتبر اتفاقا يتعلق بالمسؤولية. ويفترض من ثم توافر جميع عناصرها، لأنه لا يعدوا أن يكون استبدالا بالتقدير القضائي للتعويض تقديرا اتفاقا له، لا يترتب عليه أدنى تغيير في طبيعته القانونية"¹³²² .

وسمي أيضا بالشرط الجزائي لأنه يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلي الذي يستحق التعويض على أساسه، ولكن لا شيء يمنع من أن يدرج ضمن اتفاق لاحق لهذا العقد¹³²³ طبقا لنص المادة 183 من القانون المدني "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق. وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181".

وينبغي أن يراعى أنه إذا نص العقد الابتدائي على التعويض الاتفاقي وأغفل النص عليه في العقد النهائي، فإن العقد الأخير هو الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين ويصبح قانون المتعاقدين، ولذلك يسقط التعويض الاتفاقي إذا أتى العقد النهائي خاليا منه، فهذا يدل على أن الطرفين قد تخليا عن التعويض الاتفاقي وانصرفت نيتهما إلى عدم التمسك به أو تطبيقه¹³²⁴، وهو ما يفيد كذلك جواز اتفاق المتعاقدين على التخلي عن التعويض الاتفاقي بموجب عقد لاحق على العقد النهائي الذي كان قد تضمن التعويض الاتفاقي، فالعقد شريعة المتعاقدين يمكن تعديله باتفاق الطرفين وبفس أشكال إبرام العقد الأول.

والذي يميز التعويض الاتفاقي أنه اتفاق سابق على وقوع الضرر، أما إذا جرى الاتفاق على تقدير التعويض المستحق بعد وقوع الضرر فعلا، كنا أمام صلح وليس بصدد

¹³¹⁹ محمد مرعي صعب، البند الجزائي -دراسة مقارنة-، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2006، ص 41.

¹³²⁰ محمد مرعي صعب، المرجع السابق، ص 49.

¹³²¹ طارق محمد مطلق أبو ليلي، التعويض الاتفاقي في القانون المدني -دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل درجة الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007، ص 09.

¹³²² داودي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية-دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1، 2011، ص 24.

¹³²³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 851.

¹³²⁴ رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1998، ص111. إبراهيم سيد أحمد، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي-دراسة مقارنة فقها وقضاء، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، مصر 2003، ص 61.

تعويض اتفاقي، وانطبقت هنا أحكام الصلح دون الأحكام التي نص عليها المشرع في شأن التعويض الاتفاقي¹³²⁵.

والأمثلة على التعويض الاتفاقي كثيرة ومتنوعة، لكثرة وقوعه في الحياة العملية، فعقد المقولة قد يتضمن شرط التعويض الاتفاقي الذي يلزم المَقُول بدفع مبلغ معين عن كل يوم أو عن كل أسبوع أو عن كل مدة أخرى من الزمن يتأخر فيها المَقُول عن تسليم العمل المعهود إليه إنجازَه. ولائحة المصنع قد تتضمن شروطاً جزائية تقضي بخصم مبالغ معينة من أجره العامل جزاء له على الإخلال بالتزاماته المختلفة، وتعريفه مصلحة السكك الحديدية أو مصلحة البريد قد تتضمن تحديد مبلغ معين هو الذي تدفعه المصلحة للمتعاقد معها في حالة فقد (طرد) أو فقد رسالة¹³²⁶.

ثانياً: أهمية التعويض الاتفاقي

أ. ضمان تنفيذ الالتزام الوارد بالعقد:

يعتبر التعويض الاتفاقي وسيلة وضمانة تكفل تنفيذ الالتزامات التعاقدية، فالمتعاقد إذا أدرك مسبقاً أنه في حال تخليه عن تنفيذ التزاماته أو تراخيه في ذلك، يكون ملزماً بدفع تعويض اتفاقي، حمّله ذلك على الوفاء بما التزم به وفي الأجل المحدد للوفاء¹³²⁷ فالتعويض الاتفاقي أداة ضغط هدفها ضمان تنفيذ العقد، حيث يضمن كل طرف لنفسه أنه سيتم تنفيذ الالتزام من الطرف المقابل¹³²⁸. وبذلك فالدافع إلى هذا الشرط (شرط التعويض الاتفاقي) و تضمينه العقد هو الحاجة إلى الأمان، وإمعان الثقة في ضمان تنفيذ ما ورد بالعقد من التزامات.

تجب الإشارة إلى أن التعويض الاتفاقي يمكن توثيقه بتأمين عيني بحيث إذا أصبح هذا التعويض مستحقاً في ذمة المدين فإن الدائن صاحب الحق في التعويض يستطيع أن يستوفي حقه بالتنفيذ على المال المخصص للوفاء بهذا التعويض دون أن يزاحمه فيه غيره من الدائنين¹³²⁹.

ب. إعفاء الدائن من إثبات ركن الضرر:

¹³²⁵ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - في الالتزامات - الجزء الرابع، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 183. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 101.

¹³²⁶ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات - آثار الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 852. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 101.

¹³²⁷ هشام إبراهيم توفيق، التعويض الاتفاقي - الشرط الجزائي - دراسة مقارنة، المصدر القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2011، ص 25.

¹³²⁸ دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم، الجزائر، 2004، ص 17.

¹³²⁹ طارق محمد مطلق أبو ليلي، التعويض الإتفاقي في القانون المدني - دراسة مقارنة -، المرجع السابق، ص 11.

القاعدة العامة في التعويض تقضي أنه يتعين على الدائن إثبات الضرر الذي لحقه لاستحقاق التعويض، ويعتبر التعويض الاتفاقي استثناء من هذه القاعدة، حيث يفترض فيه توافر الضرر لمجرد تأخر المدين في التنفيذ أو عدمه، مما يجنب الدائن مشقة إثباته، وبالتالي يستحق التعويض الاتفاقي بمجرد الإخلال بالالتزام التعاقدي¹³³⁰، ويقع على المدين إثبات أن الدائن لم يلحقه أي ضرر إذا ادعى ذلك¹³³¹ وبذلك ينقل الشرط الجزائي عبء إثبات الضرر من الدائن إلى المدين¹³³².

ت. تجنب المتعاقدين الإجراءات القضائية والطويلة والمعقدة والمصاريف القضائية المكلفة:

تضمن العقد لتعويض اتفاقي يكون مستحقا عند امتناع المدين عن تنفيذ التزامه، من شأنه أن يجنب المتعاقدين اللجوء إلى القضاء وطلب التعويض لجبر الضرر الحاصل، الذي لا يكون مستحقا إلا بعد استيفاء جملة من الإجراءات القانونية التي تكون معقدة في كثير منها ومكلفة (مصاريف الخبرات القضائية، والمعاينات، والترجمة، والدفاع، والاستدعاء...)، للحصول على حكم قابل للتنفيذ، لتبدأ مرحلة أخرى من الإجراءات وهي مرحلة التنفيذ تكون معقدة أكثر من سابقتها، ومكلفة أكثر من حيث مصاريفها.

ث. المساهمة في تخفيف الضغط والإرهاق على المحاكم:

مثلاً يكون اللجوء إلى التعويض الاتفاقي في مصلحة المتعاقدين بحيث يجنبهما اللجوء إلى القضاء إلا استثناء، فإنه بذات الفائدة بالنسبة للدولة، حيث أن الأخذ به يقلل من فرص اللجوء إلى القضاء لطلب التعويض، وذلك لأن وجوده يحدد مواطن النزاع مسبقاً كالضرر ومبلغ التعويض الذي ارتضاه المتعاقدان، وهي ذات العملية التي كانت ستلقى على عاتق المحكمة لو عرض النزاع عليها من دونه، وبذلك فوجوده يخفف إلى حد كبير الضغط الكبير والإرهاق على العدالة¹³³³.

ج. حرية المتعاقد في تقدير التعويض وتجنب المشاكل المتعلقة بتقديره قضاء:

قد لا يرى المتعاقدان ترك أمر تقدير التعويض للقاضي، فيضمنان العقد المنشئ للالتزام بندا يحددان فيه جزاء الإخلال به، حيث يمنح التعويض الاتفاقي للمتعاقدان الحرية في تقدير التعويض، ولا يقيدهما بقواعده، فلهم قبول أي شيء وبأي مقدار بصفته أداء، ويكون القاضي ملزماً باحترام اتفاقهم هذا ولا يتدخل للتعديل إلا استثناء في حال حدث تجاوز كبير أو انخفاض شديد في هذا التقدير. وهو الأمر الذي لا يتوافر في التعويض

¹³³⁰ نجاري عبد الله، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل درجة الماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983، ص 16. عبد الحميد بن شني، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 71.

¹³³¹ داودي مخلوف، المرجع السابق، ص 41. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 92.

¹³³² داودي مخلوف، المرجع السابق، ص 42. هشام إبراهيم توفيق، المرجع السابق، ص 26.

¹³³³ هشام إبراهيم توفيق، المرجع السابق، ص 29.

القضائي، حيث يكون القاضي ملزماً باحترام قواعد خاصة عند تقدير التعويض، كما يتعين عليه أن يأخذ في عين الاعتبار ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، علاوة على كون عملية التقدير هذه تقتضي معارف تقنية وعلمية قد لا تتوافر عند القاضي بحكم تكوينه القانوني، وبهذا قد يلجأ القاضي إلى الاستعانة بأهل الخبرة في المجال المعروض عليه¹³³⁴.

أ. وسيلة لتعديل أحكام المسؤولية:

إن نظام المسؤولية العقدية ليس مفروضاً على الأطراف بل لهما تعديل أحكامها سواء بتشديدها أو بتخفيفها¹³³⁵ إعمالاً لمبدأ الحرية التعاقدية، ففي بعض الأحيان يكون الهدف من إدراج التعويض الاتفاقي هو محاولة التخفيف من التعويض الذي يمكن أن يحصل عليه المتضرر من جراء عدم تنفيذ أو التأخر في تنفيذ الالتزام التعاقدية (إذا كان التعويض المتفق عليه أقل من قيمة الضرر)، وفي هذه الحالة يتخذ التعويض الاتفاقي شكل الشرط المخفف للمسؤولية أو النافي لها¹³³⁶ وهو شرط جائز بموجب نص المادة 178 من القانون المدني¹³³⁷، أما إذا كان التعويض الاتفاقي مرتفعاً أمكن اعتباره وسيلة لتشديد المسؤولية¹³³⁸.

الفرع الثاني: خصائص التعويض الاتفاقي:

يظهر لنا مما تقدم أن التعويض الاتفاقي اتفاق يقصد به الخروج عن أحكام التقدير القضائي للتعويض الذي يستحق عند الإخلال بالتزام أصلي، فهو يتميز بالخصائص التالية:

أولاً: التعويض الاتفاقي: تقدير اتفاق للتعويض

التعويض الاتفاقي هو تعويض يقدره المتعاقدان سلفاً سواء في العقد أو في اتفاق لاحق طبقاً لنص المادة 183 من القانون المدني، ويكون جزاء لعدم التنفيذ أو التراخي فيه. وبذلك

¹³³⁴ نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 16. داودي مخلوف، المرجع السابق، ص 41.

¹³³⁵ نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 16.

¹³³⁶ محمد مرعي صعب، البند الجزائي - دراسة مقارنة -، المرجع السابق، ص 41. داودي مخلوف، المرجع السابق، ص 41.

¹³³⁷ تنص المادة 178 من القانون المدني "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة.

وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.

ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي".

¹³³⁸ نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 16. طارق محمد مطلق أبو ليلي، المرجع السابق، ص 13.

لم يقيد المشرع المتعاقدين بأي شكل خاص يتعين عليهما أن يفرغا فيه التعويض الاتفاقي، هذا ما لم تفرض طبيعة العقد أن يفرغ في شكل خاص، وذلك بموجب نص خاص، وبالتالي فكل عبارة تفيد اتجاه إرادة الطرفين إلى إدراج التعويض الاتفاقي ضمن العقد فهي مقبولة¹³³⁹، ولا يوجب المشرع أن ترد عبارة "التعويض الاتفاقي" أو "الشرط الجزائي" حتى يعتبر الشرط الوارد بالعقد شرط جزائي أو تعويض اتفاقي، بل على العكس من ذلك، فإن التسمية بحد ذاتها غير كافية لإعطاء الشرط المسمى صفة التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)، ويخضع تقدير الشرط إن كان شرطا جزائيا من عدمه للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، مستندا في أعمال سلطته إلى جملة الشروط التي يتعين توافرها في التعويض الاتفاقي، وذلك بمعزل عن الوصف القانوني الذي يعتمد المتعاقدان في العقد¹³⁴⁰ ذلك أن المتعاقدان قد يصفيا الشرط بأنه شرط جزائي، في حين أنه لا يعدوا أن يكون مجرد عربون، وذلك تطبيقا لنص المادة 29 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "يكيف القاضي الوقائع والتصرفات محل النزاع التكييف القانوني الصحيح، دون التقيد بتكييف الخصوم. يفصل في النزاع وفقا للقواعد القانونية المطبقة عليه".

ومع ذلك فإنه وفقا للقواعد العامة وما استقر قضاء المحكمة العليا، أن الشكل الذي قد يتطلبه إبرام العقد الأصلي يلحق التعويض الاتفاقي، سواء تم الاتفاق عليه في ذات العقد أو بموجب اتفاق لاحق، فإذا اشترط القانون مثلا أن يبرم العقد الأصلي في شكل رسمي، يتعين أن يكون العقد اللاحق الذي يتضمن التعويض الاتفاقي رسميا كذلك.

على أنه يتعين أن يتم الاتفاق على التعويض قبل وقوع الضرر الذي المعوض عنه اتفاقا¹³⁴¹.

يترتب خاصية الاتفاقية للتعويض الاتفاقي ما يلي:

أ. التعويض الإتفاقي ليس هو مصدر التعويض:

يتبين من نص المادة 183 من القانون المدني أن التعويض الاتفاقي ليس هو السبب في استحقاق التعويض، ذلك أن الاتفاق سلفا على مقدار التعويض لا ينشئ الالتزام بالتعويض بل يقتصر على تحديد مبلغ التعويض الذي يحتمل نشوء الالتزام به¹³⁴²، أما الالتزام

¹³³⁹ نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 38.

¹³⁴⁰ محمد مرعي صعب، البند الجزائي -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 66.

¹³⁴¹ محمد مرعي صعب، البند الجزائي -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 61.

¹³⁴² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 854. نبيل ابراهيم سعد عوض، النظرية العامة للالتزام- أحكام الالتزام-، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005، ص 68.

بالتعويض ذاته لا ينشأ إلا من الإخلال بالالتزام الأصلي الذي تم إدراج البند الجزائي في العقد لضمان تنفيذه¹³⁴³.

ب. التعويض الاتفاقي تقدير جزافي للتعويض:

التعويض الاتفاقي باعتباره تقدير اتفاقي للتعويض، يكون مقدر مقدما في العقد أو في اتفاق لاحق سواء في شكل مبلغ نقدي أو أي أداء آخر كأن يكون محله القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل¹³⁴⁴، ليكون مقابلا لجبر الضرر المتوقع حدوثه من جراء عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أو تأخره فيه، وذلك بمنأى عن الضرر، والحال هكذا يكون جزافيا، لأن المتعاقدين قدرا التعويض المستحق مقدما قبل التنفيذ وقبل وقوع الضرر، حيث لا يستطيع المتعاقدان التنبؤ بدرجة جسامته، ويكون بذلك من الطبيعي حتما أن يختلف التقدير مقدار الضرر الحقيقي أو الفعلي الواقع على الدائن جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه¹³⁴⁵.

ت. أن تقدير التعويض الاتفاقي يتقيد بما يتقيد به تقدير التعويض بوجه عام:

تقدير التعويض الاتفاقي يتم تحديده جزافا وسلفا، الأمر الذي يجعله في غالب الأحيان غير مساوي للضرر الواقع فعلا، غير أن المشرع الجزائري بنصه في المادة 183 من القانون المدني "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق. وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181." أوجب أن يكون تقدير التعويض الاتفاقي متناسبا مع الضرر وإن كان غير مساوي له، وذلك بتقييده اتفاق المتعاقدين في شأن تقدير التعويض، بما يتقيد به تقدير التعويض بوجه عام وفقا لأحكام المواد 176 إلى 181 من القانون المدني لاسيما منها بكيفية وحدود تقدير التعويض، ومفاد ذلك أنه يتعين أن يقتصر في تحديد مقداره على ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب ، وعلى أن يشمل التعويض عن الضرر الحال، الذي وقع فعلا، والضرر المستقبل، الذي لم يقع بعد، ولكنه محقق الوقوع مستقبلا، أما الضرر المحتمل، الذي لم يقع فعلا وليس محقق الوقوع مستقبلا، فلا يشمل التعويض الاتفاقي إلا إذا تحقق، وإذا تمثل الضرر في تفويت الفرصة شمله التعويض الاتفاقي¹³⁴⁶.

ث. أن تقدير التعويض الاتفاقي يتقيد بما تتقيد به كافة العقود من شروط الصحة و أسباب البطلان و الانقضاء:

باعتبار أن التعويض الاتفاقي هو اتفاق بين المتعاقدين، يكون أثناء التعاقد أو بموجب اتفاق لاحق، فإنه يسري عليه ما يسري على سائر الاتفاقات من شروط صحة من مثل صدوره عن ذي أهلية وسلامة الإرادة من العيوب وأسباب بطلان من مثل انعدام ركني

¹³⁴³ محمد شتا أبو سعد، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2001، ص 88. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 85.

¹³⁴⁴ طارق محمد مطلق أبو ليلي، المرجع السابق، ص 09.

¹³⁴⁵ هشام إبراهيم توفيق، المرجع السابق، ص 124. نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 40.

¹³⁴⁶ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 88.

المحل والسبب أو مخالفتها للنظام العام والآداب العامة¹³⁴⁷، وأسباب الانقضاء كالقوة القاهرة ما لم يتم الاتفاق على تحمل المدين تبعاتها في المسؤولية العقدية، وعلى ذلك يتعين أن يكون الاتفاق سابقا على الإخلال بالالتزام التعاقدي ويستوي بعد ذلك أن يرد في ذات العقد الأصلي أو في اتفاق لاحق، ذلك لأن الاتفاق اللاحق على حصول الضرر، لا يعتبر شرطا جزائيا، ولكنه إما أن يكون صلحا، وإما أن يكون تجديدا للدين¹³⁴⁸.

ثانيا: التعويض الاتفاقي: التزام تابع للالتزام الأصلي

الالتزام الدائن بالأداء المحدد بموجب التعويض الاتفاقي ليس إلا التزاما تابع للالتزام الأصلي لا التزام أصيل¹³⁴⁹ حيث لا يكون له وجود بدونه ولا بقاء بعده¹³⁵⁰.

أما الالتزام الأصيل الذي يتبعه الالتزام بالتعويض الاتفاقي فهو ما التزم به المدين أصلا بالعقد أو بغيره من باقي مصادر الالتزام، فقد يكون نقل حق عيني أو بعمل أو بالامتناع عن عمل¹³⁵¹، وأما التعويض الاتفاقي فهو التزام تابع حيث لا يجوز الاتفاق عليه استقلالا، أي لا يمكن أن يقوم وحده، فهو دائما التزام تابع لا يقوم إلا بجانب التزام أصلي، إذ لا ينشئ التعويض الاتفاقي التزاما جديدا مستقلا عن الالتزام الأصلي وإنما هو جزاء على الإخلال بهذا الالتزام الأخير¹³⁵².

ويترتب على صفة التبعية التي يتميز بها التعويض الاتفاقي ما يلي:

أ. العبرة بالالتزام الأصيل لا بالتعويض الاتفاقي:

يترتب على تبعية التعويض الاتفاقي للالتزام الأصلي، أن انقضاء الالتزام الأصلي يؤدي إلى انقضاء الالتزام التبعي (التعويض الاتفاقي)¹³⁵³.

فقد ينقضي الالتزام الأصلي بالوفاء به فينقضي معه التعويض الاتفاقي بالتبعية، وقد ينقضي الالتزام الأصلي نتيجة استحالة الوفاء به نتيجة لقوة القاهرة فينقضي معه الالتزام

¹³⁴⁷ (A)Slaim , op.cit, P 60.

¹³⁴⁸ داودي مخلوف، المرجع السابق، ص 49. حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدي وتطوير العقد، المرجع السابق، ص 149.

¹³⁴⁹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 860.

¹³⁵⁰ نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 49. محمد مرعي صعب، البند الجزائي -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 125.

¹³⁵¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 860.

¹³⁵² نبيل إبراهيم سعد عوض، المرجع السابق، ص 68. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 105.

¹³⁵³ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات- الجزء الرابع، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 181.

التابع وهو التعويض الاتفاقي¹³⁵⁴، لأن هذا الأخير ليس إلا تقدير لتعويض مستحق، وفي حالة الاستحالة لا يستحق الدائن أي تعويض، وكذلك إذا انقضى الالتزام بأي سبب من أسباب الانقضاء فإن التعويض الاتفاقي ينقضي أيضا حيث لا يجوز المطالبة به.

وإذا أخل المدين بالتزامه ولم يطالب الدائن بتنفيذ العقد بمقابل بل طلب فسخ العقد، فإذا فسخ العقد انقضى الالتزام الأصلي ومعه التعويض الاتفاقي أيضا لتبعيته له، وأن التعويض الذي يطلبه الدائن في هذه الحالة يقدره القاضي طبقا للقواعد العامة في تقدير التعويض، بمنأى عن التعويض الاتفاقي المحدد فيما بين المتعاقدين¹³⁵⁵، وهذا ما لم يكن التعويض الاتفاقي قد حدد مبلغ التعويض المستحق لحالة الفسخ بالذات ففي هذه الحالة يتعين الحكم به، لأنه يكون قانون الطرفين¹³⁵⁶.

يترتب على تبعية التعويض الاتفاقي للالتزام الأصلي أن كافة الأوصاف التي تلحق الالتزام الأخير كما لو كان معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل أو غير ذلك من الأوصاف، فإنها تلحق التعويض الاتفاقي، حيث يصبح موصوفا بدوره بذات أوصاف الالتزام الأصلي¹³⁵⁷.

ب. بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بالضرورة بطلان الشرط الجزائي ولا عكس:

1. أثر بطلان الالتزام الأصلي على التعويض الاتفاقي:

يترتب على بطلان الالتزام الأصلي بالضرورة بطلان التعويض الاتفاقي طبقا لخاصية التبعية للالتزام الأصلي، إذ الفرع يتبع الأصل¹³⁵⁸، وهذا المبدأ متفق عليه في الفقه العربي دون حاجة إلى النص عليه ولكونه أمر منطقي من ناحية، ولاتفاقه مع القواعد العامة من ناحية ثانية، وعلى ذلك فإذا عقد الالتزام الأصلي غير ذي أهلية أو غير ذي صفة، أو تعهد شخص بارتكاب جريمة وإلا دفع مبلغا معيناً كتعويض اتفاقي، كان كل من الالتزام الأصلي والتعويض الاتفاقي باطلا¹³⁵⁹.

¹³⁵⁴ (A)Slaim , op.cit, P 85.

¹³⁵⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 863-864. نبيل إبراهيم سعد عوض، النظرية العامة للالتزام- أحكام الالتزام-، المرجع السابق، ص 69. إبراهيم سيد أحمد، المرجع السابق، ص 78.

¹³⁵⁶ هشام إبراهيم توفيق، المرجع السابق، ص 118. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 84.

¹³⁵⁷ رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 105. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 84.

¹³⁵⁸ دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 17. حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية وتطويع العقد، المرجع السابق، ص 149.

¹³⁵⁹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 863. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 82.

2. أثر بطلان التعويض الاتفاقي على الالتزام الأصلي:

قد يبطل فيها التعويض الاتفاقي لأسباب تتصل بطابعه التعاقدي ودون الاعتداد بعلاقة التبعية بينه وبين الالتزام الأصلي، وأسباب البطلان هي نفسها أسباب البطلان في النظرية العامة للعقود إما لعيوب الإرادة أو لعوارض الأهلية أو لمخالفة النظام العام و الآداب العامة أو لتخلف أحد أركان الانعقاد أو لوجود نص يقضي بالبطلان¹³⁶⁰.

بطلان التعويض الاتفاقي وفقا للقواعد العامة لا يؤدي البطلان الالتزام الأصلي، لأن التعويض الاتفاقي التزام تابع، فلا يتعلق به مصير الالتزام الأصلي¹³⁶¹ وهكذا يبقى الالتزام الأصلي ويستمر بدون تابعه وهو التعويض الاتفاقي، ويصبح المتعاقدان في هذه الحالة كما لو أنهما لم يتوقعا حجم الضرر، الذي كان سيحدث من جراء عدم التنفيذ أو التأخير فيه، ولم يحتاتا بتقدير التعويض الاتفاقي، فيستعيد قاضي الموضوع سلطته في تقدير الضرر وتقدير مقدار التعويض وفقا للقواعد العامة دون الالتفات إلى مقدار التعويض الاتفاقي المقضي ببطلانه.

ومن الأمثلة على بطلان التعويض الاتفاقي أن يشترط الدائن المرتهن في عقد الرهن أنه إذا لم يستوفي الدين في ميعاده، حق له أن يبيع العين المرهونة دون إتباع الإجراءات المنصوص عليها في القانون أو أن يملك العين المرهونة¹³⁶²، ومثال ذلك أيضا أن يشترط الدائن أخذ شخص المدين أو أحد أبنائه رهينة عند حلول أجل الوفاء بالالتزام وعدم الدفع¹³⁶³ وفي مثل هذين المثالين يكون الشرط باطلا دون أن ينسحب هذا البطلان إلى الالتزام الأصلي.

ثالثا: التعويض الاتفاقي: التزام احتياطي

لا اعتبار للتعويض الاتفاقي في مواجهة الالتزام الأصلي¹³⁶⁴، فلا يستطيع الدائن أن يطالب المدين إلا بالالتزام الأصلي ما دام تنفيذه ممكنا، كما لا يجوز للمدين أن يعرض على الدائن إلا الالتزام الأصلي الوارد بالعقد¹³⁶⁵ وذلك لأن العبرة بالالتزام الأصلي لا بالتعويض الاتفاقي الذي لا يمثل سوى التزاما تبعيا واحتياطيا فقط.

¹³⁶⁰ (A)Slaim , op.cit, P 20.

¹³⁶¹ دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 17. هشام إبراهيم توفيق، المرجع السابق، ص 118. داودي مخلوف، المرجع السابق، ص 51.

¹³⁶² رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 105.

¹³⁶³ طارق محمد مطلق أبو ليلي، المرجع السابق، ص 22.

¹³⁶⁴ تطبيقا لنص المادة 176 من القانون المدني " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

¹³⁶⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 861.

والعلة في ذلك أن التعويض الاتفاقي باعتباره اتفاق على تقدير التعويض عند عدم التنفيذ العيني للالتزام أو التأخر فيه، ليس مقصود لذاته، ولكنه وسيلة لغاية وهي حمل المتعاقد على تنفيذ التزامه الأصلي الوارد بالعقد، أما إذا كان تنفيذ الالتزام غير ممكن بخطأ المدين فإنه يجوز للدائن مطالبة المدين بالتعويض الاتفاقي المنصوص عليه بالعقد ويستطيع المدين أن يعرضه على الدائن ويكون هذا الأخير ملزماً بقبوله¹³⁶⁶، ولذلك كان التعويض الاتفاقي وسيلة احتياطية لا يلجأ إليه إلا عند تحقق سببه¹³⁶⁷.

وبناء على ذلك لا يعتبر التعويض الاتفاقي التزام تخيري، لأن الدائن لا يستطيع أن يختار بين الالتزام الأصلي والتعويض الاتفاقي فيطلب تنفيذ أيهما، بل هو لا يستطيع أن يطلب تنفيذ إلا الالتزام الأصلي مادام هذا ممكناً، كما لا يملك المدين هذا الخيار فهو لا يستطيع إلا أن يعرض تنفيذ الالتزام الأصلي¹³⁶⁸، كما لا يعتبر التعويض الاتفاقي التزام بدلي، لأن المدين لا يمكن أن يعدل عن تنفيذ الالتزام الأصلي إذا كان ممكناً، إلى تنفيذ التعويض الاتفاقي كبديل عن الالتزام الأصلي فهو ملزم بقبول التنفيذ العيني طالما كان ذلك ممكناً¹³⁶⁹.

غير أن الاتفاق على التعويض الاتفاقي عند عدم التنفيذ لا يحرم الدائن من اللجوء إلى القضاء مطالباً بتطبيق مختلف الوسائل القانونية لإدراك التنفيذ العيني مباشرة من مثل القيام بالتنفيذ العيني على نفقة المدين والرجوع على الأخير بتلك النفقات حتى ولو زادت عن قيمة التعويض الاتفاقي، خاصة في عقود التوريد والمقاوله، وكذلك اللجوء إلى الوسائل الغير مباشرة للتنفيذ العيني كالغرامة التهديدية، وذلك بشرط توافر الشروط اللازمة لمثل هذه الحالات والمقررة قانوناً¹³⁷⁰ طبقاً لأحكام المواد 174 و175 من القانون المدني.

وغني عن البيان أن التعويض الاتفاقي لا يمكن أن يجتمع مع التعويض القضائي، لأنه بمثابة التعويض، إلا إذا كان قد قصد به التعويض عن التأخر في التنفيذ، فيمكن أن يجتمع مع

¹³⁶⁶ هشام إبراهيم توفيق، المرجع السابق، ص 115. محمد مرعي صعب، البند الجزائي - دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 215. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 84.

¹³⁶⁷ رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 106.

¹³⁶⁸ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات - آثار الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 861. داودي مخلوف، المرجع السابق، ص 49. محمد مرعي صعب، المرجع السابق، ص 216.

¹³⁶⁹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات - آثار الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 861. داودي مخلوف، المرجع السابق، ص 49. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 85.

¹³⁷⁰ نبيل إبراهيم سعد عوض، المرجع السابق، ص 69. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 106. هشام إبراهيم توفيق، المرجع السابق، ص 117.

التعويض عن عدم التنفيذ، كما أنه لا يجتمع مع التنفيذ العيني إلا إذا كان مشروطاً كتعويض عن التأخر في التنفيذ¹³⁷¹.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في مراجعة التعويض الاتفاقي:

أعطى المشرع الجزائري للمتعاقدين الحق بأن يحددوا في العقد أو في اتفاق لاحق قيمة التعويض الذي يروونه مناسباً لجبر الضرر الذي قد يلحق بهم من جراء عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية أو عن التأخر في تنفيذ هذه الالتزامات، فإن كان الهدف من منح المتعاقدين هذا الحق هو تطبيق مبدأ حرية التعاقد على تعيين التعويض وإفساح المجال أمام سلب صلاحية تحديد التعويض من القاضي إلى المتعاقدين، إلا أن الهدف بالتأكيد لم يكن منع القاضي ممارسة حقه في الرقابة على العقد عن طريق مراجعته سواء بطريق استبعاد التعويض الاتفاقي، أو بطريق تعديله، وفيما يلي سنتعرض لدور القاضي في الرقابة على التعويض الاتفاقي سواء باستبعاده أو بمراجعته.

الفرع الأول: دور القاضي في استبعاد التعويض الاتفاقي:

أولاً: استبعاد التعويض الاتفاقي بسبب عدم توافر شروط استحقاقه:

إذا كان التعويض الاتفاقي تقديراً اتفاقياً للتعويض عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه فإنه ينبغي لاستحقاقه توافر شروط استحقاق التعويض، وقد أشارت إلى ذلك المادة 183 من القانون المدني، فأحالت إلى تطبيق أحكام المواد من 176 إلى 181 من نفس القانون، وهي النصوص التي تحدد هذه الشروط، ويتعلق الأمر بالخطأ والضرر وعلاقة السببية في المواد من 176 إلى 178، فيما نصت المواد من 179 إلى 181 على شرط الإعذار.

كما نصت المادة 1/184 من القانون المدني " لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر " وبذلك لا يستحق التعويض الاتفاقي إلا إذا توافرت شروط استحقاق التعويض وهي الخطأ، الضرر، علاقة السببية، الإعذار.

أ. الخطأ:

1. لابد أن يكون هناك خطأ في جانب المدين:

يراد بالخطأ في مجال التعويض الاتفاقي الخطأ العقدي، وهو عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه الناشئ عن العقد، ويتمثل في عدة صور: عدم التنفيذ الكلي، التنفيذ الجزئي أو الناقص،

¹³⁷¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 854. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 85. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 106.

التنفيذ المعيب، التنفيذ على نحو يخالف الوجه المتفق عليه أو الذي يوجبه القانون، التنفيذ المتأخر¹³⁷².

القاعدة أنه يجب، لإمكان استحقاق الأداء الذي التزم به المدين بمقتضى التعويض الاتفاقي، أن يتوافر خطأ في جانب المدين¹³⁷³، أي أن يكون هناك فعل موجب للمسؤولية، سواء كان هذا الفعل إيجابيا أم سلبيا، فلا يكفي عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أو تأخره في هذا التنفيذ، وإنما يجب أن يتوفر إلى جانب ذلك فعل خاطئ يكون عدم التنفيذ أو التنفيذ المتأخر مظهرا له ودليلا على وقوعه¹³⁷⁴.

يمكن أن يأخذ التعويض الاتفاقي شكل بدل التعويض المترتب عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو بدل التأخير المترتب عن التأخر في تنفيذ الالتزام، ففي الحالة الأولى، لابد لكي يعمل بالتعويض الاتفاقي أن يكون الامتناع عن التنفيذ متحققا، وفي الحالة الثانية لابد أن يكون المدين قد تأخر في التنفيذ التزامه¹³⁷⁵ فالمسؤولية العقدية قائمة على ارتكاب المدين لخطأ، والخطأ العقدي يتمثل إما في عدم التنفيذ وإما في التأخر فيه.

ومن الأهمية أن نشير إلى أنه لمعرفة توافر الخطأ العقدي من عدمه يتعين التفرقة بين الالتزامات بتحقيق نتيجة والالتزامات ببذل عناية¹³⁷⁶، ففي الالتزام بتحقيق نتيجة، يعتبر المدين مقصرا في تنفيذ التزامه إذا لم يحقق الغاية أو النتيجة المرجوة منه قانونا أو اتفاقا، وعليه متى كان المدين ملزما بنقل الملكية أو بتوريد كمية معينة من سلعة معينة، أو أنه كان ملتزما بالامتناع عن القيام بعمل معين، كان المدين مخلا بالتزامه ومرتكبا لخطأ عقدي إذا لم يحقق النتيجة المتمثلة في نقل الملكية أو تسليم السلعة أو قام بالعمل الذي التزم بالامتناع عن القيام به¹³⁷⁷.

أما في الالتزام ببذل عناية، فلا يلتزم المدين بتحقيق نتيجة معينة، وإنما يقتصر التزامه على بذل جهد معين، لكي تتحقق نتيجة معينة، فيكون محل الالتزام هو بذل هذه العناية وليس تحقيق نتيجة، فإذا قصر المدين من بذل تلك العناية اعتبر مقصرا أو مرتكبا للخطأ العقدي الموجب للمسؤولية، ومثال ذلك التزام الطبيب بمعالجة المريض، فهو لا يضمن تحقق الشفاء (النتيجة) وإنما يلتزم ببذل عنايته نحو تحقق الشفاء، فإذا قصر في العلاج عد مسؤولا أما إذا بذل عنايته ولم يتحقق الشفاء مع ذلك فلا يعد مسؤولا، وكذلك بالنسبة للمحامي فإن التزامه بالدفاع عن موكله، يقتضي منه أن يبذل ما تفرضه عليه مهنته من عناية، فإذا بذل ذلك فلا يسأل عن كسب القضية وإذا لم يبذل ذلك فلا يكون مسؤولا أمام موكله بسبب ما

¹³⁷² محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 364.

¹³⁷³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات.

آثار الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 856.

¹³⁷⁴ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 168.

¹³⁷⁵ محمد مرعي صعب، المرجع السابق، ص 260.

¹³⁷⁶ هشام إبراهيم توفيق، المرجع السابق، ص 148. نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 114.

¹³⁷⁷ طارق محمد مطلق أبو ليلي، المرجع السابق، ص 30. بورنان العيد، دور القاضي في التعويض

الإتفاقي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015، ص 37.

ارتكبه من خطأ¹³⁷⁸. وبذلك فالتعويض الاتفاقي المقرر لمثل هذه الالتزامات يستحق طالما لم يبذل المدين العناية المطلوبة منه، وهكذا يكون الخطأ مبني على أساس موضوعي قوامه الاعتداد بواقعة مادية بحتة هي عدم تنفيذ الالتزام¹³⁷⁹.

وتأسيسا على ما تقدم فإن التعويض الاتفاقي لا يستحق إلا إذا كان هناك خطأ عقديا من المدين بالمفهوم السابق بيانه، وفي حالة انتفاء الخطأ في جانب المدين فإنه يترتب على ذلك انتفاء المسؤولية، وبالتالي لا يكون مبرر لإعمال التعويض الاتفاقي واستحقاقه، وذلك لأن هذا الأخير هو تقدير مقدم للتعويض، والتعويض هنا يصبح غير مبرر¹³⁸⁰.

2. إثبات الخطأ:

يتعين التفرقة في شأن موضوع إثبات الخطأ بين الخطأ في الالتزام بتحقيق نتيجة وبين الخطأ في الالتزام ببذل عناية، فبالنسبة للنوع الأول يكفي أن يثبت الدائن عدم قيام المدين بتنفيذ ما التزم به، أي أن عدم تحقق النتيجة أو الغاية يفترض معه خطأ المدين، وذلك راجع لطبيعة هذا النوع من الالتزام، الذي إن أراد نفي مسؤوليته إقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي¹³⁸¹ ففي عقد النقل مثلا يكفي أن يثبت الدائن أو المرسل إليه عدم وصول البضاعة المتفق عليها في الموعد المحدد مع أمين النقل، فإذا أثبت الدائن ذلك يفترض وقوع الخطأ من جانب المدين، وإذا أراد هذا الأخير نفي مسؤوليته ينبغي عليه إقامة الدليل على قيام السبب الأجنبي¹³⁸². أما بالنسبة للنوع الثاني المتمثل في بذل العناية، فعلى الدائن أن يثبت أن المدين لم يبذل في تنفيذ التزامه العناية المطلوبة، فلا يكفي منه إثبات عدم التنفيذ فقط، فإن أثبت ذلك انتقل عبء الإثبات إلى المدين، ووجب عليه إذا أراد نفي مسؤوليته إثبات وجود السبب الأجنبي أيضا¹³⁸³.

والأصل إلى أن الجهد أو العناية المطلوبة في هذا الصدد هي عناية وجهد الشخص المعتاد، إذا ما وجد في نفس الظروف التي وجد فيها المدين، ومتى بذلت هذه العناية، فقد تم تنفيذ الالتزام¹³⁸⁴، غير أن المشرع قد يستبدل في بعض الحالات المعيار العام في العناية- عناية الرجل العادي- بمعيار خاص يشدد أو يخفف في مقدار العناية المطلوبة، وذلك نزولا عند اتفاق المتعاقدين أو على نص خاص في القانون ومن الأمثلة على تشديد مقدار العناية

¹³⁷⁸ طارق محمد مطلق أبو ليلي، المرجع السابق، ص 31. بورنان العيد، المرجع السابق، ص 37.

¹³⁷⁹ نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 115.

¹³⁸⁰ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 856. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 107. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 86.

¹³⁸¹ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 175.

¹³⁸² طارق محمد مطلق أبو ليلي، المرجع السابق، ص 31. هشام إبراهيم توفيق، المرجع السابق، ص 149.

¹³⁸³ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 255. طارق محمد مطلق أبو ليلي، المرجع السابق، ص 32. محمد مرعي صعب، المرجع السابق، ص 261.

¹³⁸⁴ هشام إبراهيم توفيق، المرجع السابق، ص 150.

كما في عناية المستعير فيطلب منه عناية تفوق عناية الشخص المعتاد، أما بالنسبة لتخفيف العناية فمن الأمثلة عليها العناية المطلوبة من المودع لديه بدون أجر أو الوكيل بدون أجر تكون العناية المطلوبة منه أقل من المعتاد¹³⁸⁵.

ب. الضرر:

ليس للضرر معنى خاص يتعلق بالتعويض الاتفاقي بل هو نفسه المعنى العام الوارد في باب المسؤولية المدنية بصفة عامة ولذلك يعرف الضرر بأنه "الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقا بسلامة جسمه أو عاطفته، أو بماله أو حريته، أو شرفه"¹³⁸⁶ أو أنه "الأذى الذي يلحق المضرور نتيجة خطأ ينسب إلى المدين بوجه عام، في جسمه أو ماله، وهذا هو الضرر المادي، أو في سمعته أو شرفه وشعوره وعاطفته وما إلى ذلك وهذا هو الضرر الأدبي"¹³⁸⁷.

نص المشرع الجزائري في المادة 1/184 من القانون المدني " لا يكون التعويض المحدد في الإتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر " ويستخلص من هذه المادة أنه لا يستحق التعويض الاتفاقي كذلك إذا لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن، ذلك أن الضرر من أركان استحقاق التعويض، فإذا لم يوجد ضرر لا يكون التعويض مستحقا، ولا محل لإعمال التعويض الاتفاقي في هذه الحالة¹³⁸⁸.

ومن الأمثلة التي يستطيع فيها المدين التخلص من التعويض الاتفاقي، تبعا لإثباته انتفاء ركن الضرر، أن يثبت أن تأخره في الوفاء الذي أدى إلى الفسخ قد أعقبه قيام المالك بتأجير العين بشروط أفضل من شروط العقد المفسوخ، أو إذا أثبت أن أسعار البورصة ظلت منذ تاريخ إبرام العقد حتى التسليم، في انخفاض مستمر، على نحو ما كان يمكنه البيع به¹³⁸⁹ أو تأخر المدين عن تسليم الدائن السيارة التي سيشارك بها في السباق، وتبين بعد ذلك تأجيل هذا السباق في هذه الحالة لم يلحق به ضرر من جراء هذا التأخير¹³⁹⁰.

ويلاحظ من هذا النص أن التعويض الاتفاقي-بالنسبة لركن الضرر- لا يخلو من فائدة، فوجود هذا الشرط يجعل الضرر واقعا في تقدير المتعاقدين، ولذلك يعد الضرر مفترضا، فلا يكلف الدائن بإثباته¹³⁹¹، حيث يكفي مجرد خطأ المدين لافتراض أن الدائن قد أصابه ضرر

¹³⁸⁵ طارق محمد مطلق أبو ليلي، المرجع السابق، ص 32.

¹³⁸⁶ هشام إبراهيم توفيق، المرجع السابق، ص 156.

¹³⁸⁷ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 185.

¹³⁸⁸ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 856. إبراهيم سيد أحمد، المرجع السابق، ص 77.

¹³⁸⁹ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 194-195.

¹³⁹⁰ طارق محمد مطلق أبو ليلي، المرجع السابق، ص 36.

¹³⁹¹ خرج المشرع الجزائري عن القواعد العامة في شأن إثبات الضرر، التي تقضي بأنه يجب على الدائن إثبات أن هناك ضررا قد لحقه من جراء خطأ المدين، فإن لم يستطع إثبات هذا الضرر، فلا يقضى له بالتعويض.

من جراء ذلك¹³⁹²، وما على المدين إلا أن يثبت عدم تحقق الضرر حتى يتخلص من التعويض الاتفاقي، أي أن المدين لم يلحقه أي ضرر من جراء عدم التنفيذ أو التأخير فيه، ومفاد ذلك أن التعويض الاتفاقي وإن لم يستبعد ركن الضرر، إلا أنه ينقل عبء الإثبات في خصوص هذا الركن من الدائن إلى المدين¹³⁹³، وعلى ذلك فإنه يجب أن يكون معلوماً أن الضرر المقصود هنا هو الضرر الواقع أو المحقق الوقوع¹³⁹⁴.

وتقضي القاعدة العامة أن التعويض إن لم يكن متفق عليه بين المتعاقدين، فإن المحكمة تقوم بتقديره آخذة بعين الاعتبار ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، شريطة أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في التنفيذ، أي يكون التعويض عن الضرر المباشر الذي نجم عن عدم الوفاء، ويعد الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن باستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، وفي الالتزام الذي يكون مصدره العقد يلزم المدين بالتعويض عن الضرر الذي كان يمكن أن يتوقعه وقت التعاقد، باستثناء حالة الغش أو الخطأ الجسيم، فإن المدين في هذه الحالة يعتبر مسؤولاً عن الضرر المتوقع والكسب الفائت كما في المسؤولية التقصيرية وذلك تطبيقاً لنص المادة 182 من القانون المدني¹³⁹⁵.

ويبرر قصر التعويض في هذه الحالة على الضرر المتوقع، أن المتعاقدين عند إبرام العقد حددا مدى التعويض، وهو يقتصر على ما كان يمكن أن يدخل في اعتبارهما وقت التعاقد، وهو الضرر المتوقع، أما الضرر غير المتوقع، فلا يمكن القول بأن إرادتهما انصرفت إلى التعويض عنه¹³⁹⁶.

ت. علاقة السببية:

لا يكفي لاستحقاق التعويض المتفق عليه، توافر ركني الخطأ والضرر، بل يجب أن تقوم علاقة السببية بينهما، ويقصد بعلاقة السببية العلاقة المباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه

¹³⁹² محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 194.

¹³⁹³ رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 107. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 369. نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 124. هشام إبراهيم توفيق، المرجع السابق، ص 173.

¹³⁹⁴ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 71. هشام إبراهيم توفيق، المرجع السابق، ص 157.

¹³⁹⁵ تنص المادة 182 من القانون المدني "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد."

¹³⁹⁶ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 66.

المسئول والضرر الذي أصاب المضرور¹³⁹⁷، أو هي الصلة التي تربط الخطأ العقدي بحدوث الضرر¹³⁹⁸.

إذ لا يكفي إثبات عدم التنفيذ أو التأخر فيه، كما لا يكفي تحقق الضرر في جانب الدائن، بل يجب أن يكون الضرر الذي لحق بالدائن ناتجا عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه سواء كان هذا الالتزام بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية¹³⁹⁹، وبعبارة أخرى يجب أن يكون الضرر ناشئا عن الخطأ.

والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر مفروضة لا يطلب من الدائن إثباتها، إذ يكفي الدائن أن يثبت عدم الوفاء حتى يصبح التعويض الاتفاقي واجب التطبيق، إلا أن الفرض هنا قابل لإثبات العكس أي يقع على المدين عبء نفيها¹⁴⁰⁰.

وعلى ذلك لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا إلا إذا قامت علاقة السببية بين الخطأ والضرر، أما إذا انتفت هذه العلاقة بثبوت السبب الأجنبي، أو انتفت بأن كان الضرر غير مباشر أو كان في المسؤولية العقدية مباشرا ولكنه غير متوقع، فعند ذلك لا تتحقق المسؤولية، ولا يستحق التعويض، فلا محل إذن لإعمال الشرط الجزائي¹⁴⁰¹ وهذا من حيث المبدأ، لأنه ومع ذلك يجوز الاتفاق في المسؤولية العقدية على مخالفة الحكم السابق ذكره، ويعتبر هذا الاتفاق بمثابة تشديد للمسؤولية وهذا ما نصت عليه المادة 178 من القانون المدني "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة".

ويعتبر من قبيل السبب الأجنبي ما نصت عليه المادة 127 من القانون المدني "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة القاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

ث. الإعذار:

بالإضافة إلى الأركان السابقة فإنه يجب الإعذار لاستحقاق التعويض الاتفاقي في كافة الأحوال التي يكون فيها الإعذار واجبا، فإذا لم يقم الدائن بإعذار مدينه في الحالات التي يجب فيها ذلك فلا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا، ذلك أن مجرد الاتفاق على الشرط

¹³⁹⁷ هشام إبراهيم توفيق، المرجع السابق، ص 185.

¹³⁹⁸ بسام سعيد جبر جبر، ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورها في منع تراخي تنفيذ العقود -دراسة مقارنة-، مذكرة للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص 116.

¹³⁹⁹ طارق محمد مطلق أبو ليلي، المرجع السابق، ص 42.

¹⁴⁰⁰ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 960. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني -في الالتزامات- الجزء الرابع، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 189.

¹⁴⁰¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 859. محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 198.

الجزائي لا يتضمن إعفاء للمدين من وجوب الإعذار، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2000/01/12¹⁴⁰².

وبذلك فالاتفاق على التعويض الاتفاقي لا يفيد بذاته إعفاء الدائن من ضرورة إعذار المدين، وأنه يلزم لإعفاء الدائن من شرط الإعذار تضمين العقد لاتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر كما تنص على ذلك المادة 180 من القانون المدني "يكون إعذار المدين بإنذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر".

علما أن هناك حالات يعفى فيها طالب التعويض من الإعذار، بقوة القانون، ويعتبر مجرد حلول أجل الدين إشعارا كافيا للمدين بوجوب تنفيذ التزامه، وإلا كان مسؤولا عن التعويض، والعلة من عدم ضرورة قيام الدائن بإعذار مدينه أن الفائدة منه تنتفي عندئذ، ومادامت الغاية قد انتفت فلا داعي للوسيلة، وذلك تطبيقا لنص والمادة 181 من القانون المدني "لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات التالية:

- إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجدي بفعل المدين،
 - إذا كان محل الالتزام تعويضا قد ترتب عن عمل مضر،
 - إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق ، أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.
- إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه".

يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في شأن إسقاط التعويض الاتفاقي متى ثبت له أن التنفيذ أصبح مستحيلا لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فإنه لا يجوز مطالبته بالتعويض الاتفاقي، كما أن انتفاء الضرر أو انتفاء علاقة السببية بين الخطأ والضرر، يستتبع سقوط التعويض الاتفاقي، كما أن تخلف إعذار المدين في حالة وجوب الإعذار لاستحقاق التعويض الاتفاقي فلا يكون التعويض مستحقا، ذلك الاتفاق على تقدير تعويض اتفاقي لا يتضمن إعفاء من وجوب الإعذار في الحالات الواجبة فيه.

وعلى العموم فالاتفاق على تعويض اتفاقي ليس من شأنه أن يعدل من شروط استحقاق التعويض، بل تبقى هذه الأخيرة خاضعة لرقابة القاضي.

ثانيا: دور القاضي في استبعاد التعويض الاتفاقي لتوافر أسباب البطلان:

¹⁴⁰² قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 2000/01/12 ملف رقم: 206796 " من الثابت قانونا أن طلب التعويض لا يستحق إلا بعد إعذار المدين ولما تبين من القرار المطعون فيه أن الطاعن أثار دفعا بأن المطعون ضدها لم تقم بتوجيه إعذار مسبق له كما تشترطه المادة 180 من القانون المدني وبتجاهل قضاة الموضوع هذا الدفع وعدم مناقشته فإنهم أخطئوا مما ينبغي التصريح بنقض القرار =المطعون فيه " منشور بالمجلة القضائية العدد الأول، 2001، ص 110، قرار مرفق بالملحق ، ملحق رقم: 14.

التعويض الاتفاقي باعتباره اتفاق بين المتعاقدين، يجب أن يتم وفقا للأحكام العامة التي تحكم أي عقد لكي ينشأ صحيحا، من حيث أركانه من تراضي ومحل وسبب، أي أن التعويض الاتفاقي تسري عليه أحكام النظرية العامة للعقد، فيلحقه البطلان، إذا توافر سبب من أسبابه.

كما نص المشرع الجزائري على حالات خاصة يكون فيها التعويض الاتفاقي باطلا إذا أدرج في العقد ومن بين هذه الحالات ما نصت عليه المادة 811 من القانون البحري " يعد باطلا وعديم المفعول كل شرط تعاقدى يكون هدفه أو أثره المباشر أو غير المباشر ما يلي:

- أ. ابعاد أو تحديد المسؤولية الخاصة بالناقل والناجمة عن المواد 770 و 773 و 780 و 802 و 803 و 804 من هذا الكتاب،
- ب. تحديد المسؤولية بمبلغ يقل عن المبلغ الذي يحدد في المادة 805 أعلاه، ماعدا في حالة ما جاء في المادة 808،
- ت. منح الناقل الاستفادة من التأمين على البضائع، "

وبذلك يقضي القاضي ببطلان التعويض الاتفاقي المخالف لنص المادة 811 من القانون البحري مع بقاء العقد صحيحا وفقا للأحكام العامة للمذكورة أعلاه في باب عدم تبعية الالتزام الأصلي للتعويض الاتفاقي.

الفرع الثاني: دور القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي:

بما أن التعويض الاتفاقي اتفاق على مقدار التعويض الذي يستحق عندما يخل المدين بالتزامه، فالأصل فيه أنه اتفاق واجب الاحترام، إعمالا للقاعدة القانونية "العقد شريعة المتعاقدين"، واستثناء من هذا الأصل ومراعاة لاعتبارات معينة تتعلق بالعدالة أساسا أجاز المشرع للقاضي أن يتدخل لتعديل مقدار التعويض الاتفاقي، وذلك في حالات ثلاث، حالتان يجوز للقاضي فيهما أن يخفض مقدار التعويض الاتفاقي، وحالة واحدة يجوز له فيها أن يزيد مقدار التعويض الاتفاقي، وفيما يلي نتعرض لسلطة القاضي في تعديله التعويض الاتفاقي.

أولاً: سلطة القاضي في تخفيض التعويض الاتفاقي

تنص المادة 2/184 من القانون المدني " ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه"، يستخلص من نص هذه المادة أنها حصرت الحالات التي يجوز فيها للمدين اللجوء إلى القضاء لأجل طلب تعديل العقد فيما تعلق بالتعويض المتفق عليه وذلك بطريقة تخفيض قيمته ويكون ذلك في حالتين: أ. حالة الإفراط في تقدير التعويض الاتفاقي. ب. حالة تنفيذ الالتزام الأصلي في جزء منه.

أ. حالة الإفراط في تقدير التعويض الاتفاقي:

التعويض الاتفاقي غالبا ما لا يتوافق مع الضرر الحقيقي الحال بأحد طرفي العقد، وعلى ذلك فوجود التفاوت بين القيمة المحددة بموجب التعويض الاتفاقي وبين الضرر الحقيقي أمر بديهي طالما أن هذا التفاوت معقول، حيث لا يعقل القول أنه ليصح التعويض الاتفاقي لأبد أن يكون متطابقا والضرر الحقيقي، نظرا لعدم إمكانية تقييم هذا الأخير مسبقا أثناء التعاقد، أما إذا جاوز تقدير التعويض المتفق عليه الضرر وكان هذا التقدير مفرطا، أجاز المشرع تدخل القاضي لتخفيض هذا التقدير.

1. مضمون تخفيض التقدير المفرط للتعويض الاتفاقي:

لم يحدد المشرع الجزائي مقدارا أو ضابطا أو نسبة يمكن على ضوئها تحديد التقدير المفرط للتعويض، وقد ذهب الفقه إلى القول أن "التقدير المفرط" أو "التقدير المبالغ فيه إلى درجة كبيرة" هو التقدير الذي ينعلم التناسب، تماما، بينه وبين قيمة الضرر¹⁴⁰³، وبذلك فلا يكفي ليستطيع القاضي تخفيض مبلغ التعويض الاتفاقي، أن يكون هذا المبلغ مجاوزا لقيمة الضرر، ولو كانت مجاوزته كبيرة، مادام التناسب لم ينعلم كلية بينهما، بل يجب وضوح اختلال التناسب، وصفته القصوى، بحيث يقفز إلى العيين، كما يقول مثل فرنسي، فيلحظه القاضي، ويدرك صفته التعسفية، دون أن يعمد إلى أي بحث، أو تأمل، أو تفكير، ويكون الدائن في فرضه هذا الجزاء على المدين، قد أساء استخدام الوظيفة التهديدية للتعويض الاتفاقي¹⁴⁰⁴.

المبدأ أن التعويض الاتفاقي في حالة عدم التنفيذ يحتفظ بقوته الملزمة، ولذلك لا يكفي أن يثبت المدين أن التقدير الوارد في التعويض الاتفاقي يزيد على مقدار الضرر الذي وقع فعلا حتى يستطيع القاضي أن يخفض هذا التعويض، بل يتعين عليه إثبات أن هذا التقدير قد انطوى على مبالغة كبيرة، فالمهم في نظر المشرع أن يكون التعويض المتفق عليه متناسبا مع الضرر لا مساويا له¹⁴⁰⁵.

ولما كان الأمر استثناء عن أصل اعتبار العقد شريعة المتعاقدين فإنه يتعين على القاضي أن يمارس سلطته في التعديل بالإنقاص أو التخفيض للشرط الجزائي بحذر، وبطريقة استثنائية¹⁴⁰⁶، وذلك لكي لا نكون قد نزعنا من التعويض الاتفاقي كل فائدة مرجوة منه¹⁴⁰⁷ فوجود التعويض الاتفاقي يفترض أمرين متكاملين أولهما: أن ضررا قد حل بالدائن فعلا

¹⁴⁰³ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 239.

¹⁴⁰⁴ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 239.

¹⁴⁰⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 876. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 110.

¹⁴⁰⁶ (A)Lecourt, op. cit, P 168.

¹⁴⁰⁷ هشام إبراهيم توفيق، المرجع السابق، ص 226.

وثانيهما: أن التعويض الذي تم الاتفاق عليه وتقديره، متناسب مع الضرر الذي لحق الدائن¹⁴⁰⁸.

وعبئ الإثبات يقع على المدين¹⁴⁰⁹، حيث يتعين عليه أن يثبت أن تقدير التعويض الاتفاقي كان مبالغ فيه لدرجة كبيرة، فإذا ما أثبت المدين ذلك، فإن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تخفيض التعويض الاتفاقي، وذلك بغية إعادة التناسب بين الضرر ومبلغ التعويض، لا إلى الحد المساوي للضرر¹⁴¹⁰، ويظهر هذا من خلال نص المادة 184 من القانون المدني حيث اشترط المشرع للتخفيض من قيمة التعويض الاتفاقي أن يكون تقديره مفرطاً فيفهم من هذا أنه إذا كانت المبالغة بسيطة أو معقولة فلا محل للحكم بالتخفيض، ومن ثم إذا وجد القاضي أمامه شرطاً جزائياً سخياً في التقدير، كان هذا من شأنه أن يجعل سلطة القاضي التقديرية في حساب التعويض تسخو لمصلحة الدائن، فيبقى غالباً في التعويض بعد تخفيضه ينتفع هذا بها¹⁴¹¹.

ويتم إثبات هذه المبالغة بكافة طرق الإثبات، لأنها واقعة مادية قوامها أن هناك عدم تناسب بين التعويض المتفق عليه، والضرر الذي حل بالدائن¹⁴¹².

وكما لم يحدد المشرع الجزائي مقدار أو نسبة المبالغة في تقدير التعويض بل اكتفى بوصفه بأن "التقدير كان مفرطاً" فإنه لم يحدد للقاضي معيار يسترشد به للتمييز بين التعويض الاتفاقي المفرط والتعويض الاتفاقي المعقول، فهل يقدر القاضي هذه المبالغة بالاستناد إلى معيار موضوعي أم إلى معيار شخصي؟

اتفق الفقه على أن تقدير المبالغة في تقدير التعويض يتم على أساس معيار مادي لا شخصي¹⁴¹³، ومؤدى هذا المعيار أن المبالغة في التقدير إلى درجة كبيرة هي فكرة مادية، أو موضوعية، تقوم على جساملة الفرق بين مبلغ الجزاء المشترط على المدين وقيمة الضرر الفعلي الذي لحق الدائن، دون اعتبار لعوامل شخصية، أو لظروف خاصة، يمكن أن تبرر، في كل حالة، قدر الصرامة التي يجب إبدائها في مواجهة المدين، وقدر الحماية التي يجب توافرها للدائن¹⁴¹⁴.

¹⁴⁰⁸ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 237.

¹⁴⁰⁹ عبد الحميد بن شنتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 82. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 338.

¹⁴¹⁰ طارق محمد مطلق أبو ليلي، المرجع السابق، ص 76. هشام إبراهيم توفيق، المرجع السابق، ص 225. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 89.

¹⁴¹¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 876. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 110.

¹⁴¹² محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 238.

¹⁴¹³ نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 189.

¹⁴¹⁴ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 239-240.

كذلك لم يحدد المشرع الوقت الذي يتم فيه التقدير، هل يتم بالاستناد إلى وقت إبرام العقد، أم وقت تنفيذه؟ ذهب بعض من الفقه إلى القول أنه تقدير "المبالغة في التقدير إلى درجة مفرطة"، يكون وقت إبرام العقد، ولكن هذا الرأي لا يتماشى وطبيعة التعويض الاتفاقي ووظيفته، لذا وجب أن يكون التقدير يوم أن أصبح التعويض الاتفاقي مستحقاً، وهذا ما يتماشى وطبيعة التعويض الاتفاقي، باعتباره تعويض من جهة، ومن جهة ثانية فإنه في هذه المرحلة يمكن معرفة الضرر وتقديره¹⁴¹⁵.

وللقاضي في هذا الصدد سلطة تقديرية واسعة فيما يقرره أو ينفيه من مبالغة في التعويض المشروط أو فيما يراه حداً مناسباً لتخفيضه، ولا رقابة عليه في ذلك من المحكمة العليا¹⁴¹⁶، على أن القاضي ملزم بتسبيب حكمه عندما يعدل الشرط الجزائي أما عندما يحكم بمقتضاه فلا يلزم بذلك¹⁴¹⁷.

2. مبررات وجوب تخفيض التعويض الاتفاقي المفرط:

إن تخفيض التعويض الاتفاقي يستند إلى أسانيد عديدة قد يكون من أهمها:

- تحقيق العدالة:

أقر المشرع الجزائي الحرية التعاقدية ولكن جعل العدل رقيباً عليها ولهذا منح القاضي سلطة الرقابة ليصلح بالعدل ما تفسده الحرية في العقد¹⁴¹⁸، ذلك أن العدالة تأبى إلزام المدين بالوفاء بمبلغ التزم به بموجب التعويض الاتفاقي، إذا كان هذا المبلغ مبالغاً فيه إلى حد كبير، لما في ذلك من جور و ظلم وإرهاق يتعين رفعه¹⁴¹⁹، وعليه فإذا كان الفارق بين التعويض المتفق عليه والضرر مفرطاً فإنه يكون من العدل تخفيض التعويض الاتفاقي إلى الحد المعقول.

- الحيلولة دون تحول التعويض الاتفاقي إلى عقوبة أو تهديد مالي:

¹⁴¹⁵ نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 191. بورنان العيد، المرجع السابق، ص 59. محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 240.

¹⁴¹⁶ رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 110. عبد الحميد بن شنتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 83. زيتوني فاطمة الزهراء، دور القاضي في تنفيذ العقد في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 44.

¹⁴¹⁷ هشام إبراهيم توفيق، المرجع السابق، ص 226. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 339.

¹⁴¹⁸ نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 185.

¹⁴¹⁹ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 240. عبد الحميد بن شنتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 79. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 334. فاضل خديجة، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 97.

ذهب الفقيه عبد الرزاق أحمد السنهوري إلى القول أن "الشرط الجزائي المبالغ فيه ينطوي في الواقع من الأمر على عقوبة فرضها الدائن على المدين، فيكون باطلا، ويعمد القاضي عند ذلك إلى تقدير التعويض وفقا للقواعد العامة في تقدير التعويض بواسطة القاضي"¹⁴²⁰ والواقع أننا نؤيد الفقيه السنهوري في الأساس الذي ذهب إليه من حيث اعتبار التعويض الاتفاقي المبالغ فيه ينطوي في واقع الحال على عقوبة إلا أننا نخالفه من حيث الجزاء الذي ذهب إليه ، وهو جزاء بطلان الشرط، ذلك أن المشرع لم ينص على مثل هذا الجزاء في شأن سلطة القاضي في حالة التقدير المفرط للتعويض الاتفاقي، حيث لا بطلان إلا بنص.

يتفق الفقه إلى أن الإفراط في الشرط الجزائي ينطوي على معنى التهديد، إذ أن الشرط الجزائي إذا كان مغالي إلى درجة كبيرة فإنه يكون بمثابة تهديد مالي أو غرامة تهديدية لحمل المدين على الوفاء، وعندئذ يجب أن يأخذ حكم الغرامة التهديدية من حيث إعادة القاضي النظر في قدر ما يحكم به على المدين من تعويض وفقا للقواعد العامة¹⁴²¹.

- الوقوف بمقدار التعويض الاتفاقي عند حقائق الأمور دون تجاوز:

التعويض الاتفاقي ليس سببا في استحقاق التعويض، بل يقتصر على مجرد تقديره مقدما وفقا لما قام أمام الطرفين وقت الاتفاق من اعتبارات وظروف، وعلى ذلك إذا اتضح فيما بعد أن الضرر الذي وقع لم يكن بالقدر الذي ظنه المتعاقدان قبل وقوعه، وأن تقديرهما لهذا التعويض عن الضرر كان مبالغا فيه لدرجة كبيرة تصل إلى حد الإجحاف بحقوق المدين وإثراء الدائن وجب تعديل الشرط الجزائي إلى الحد الذي يجعله متناسبا مع الضرر¹⁴²².

- الوقوف بالتعويض الاتفاقي عند حد الاستعمال المشروع للحق لا التعسف في استعماله:

إن طبيعة التعويض الاتفاقي كتقدير اتفاقي للتعويض تستلزم الوقوف به عند حد الاستعمال المشروع للحق في الاتفاق على الجزاء العادل دون تجاوز، ولهذا "اقتضت طبيعة الشرط الجزائي أن تكون سلطة القضاء حياله سلطة خاصة تختلف عن سلطته بالنسبة للاتفاقيات بصفة عامة بحيث تقتصر هذه السلطة على تفسيرها دون الخروج عن شروطها إلا حيث تكون شروطا تعسفية، وفي أحوال خاصة حددها القانون أما بالنسبة للشرط الجزائي أي الاتفاق مقدما على تقدير التعويض، فإن القانون إذ يسمح للأفراد بأن يقوموا مقام القضاء في هذا التقدير، فإنه يخضع اتفقاتهم هنا لسلطة واسعة من القضاء تمكنه من الرقابة

¹⁴²⁰ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 875.

¹⁴²¹ عبد الحميد بن شنيقي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 79. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 334.

¹⁴²² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 875. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 110. فاضل خديجة، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 97.

على مدى التزامهم لقواعد تقدير التعويض بلا مغالاة أو تعسف¹⁴²³ كما ذهب الأستاذ عبد السلام الترماني إلى القول أن "العقد السليم ليس هو الذي يتم فيه اتفاق إرادتي الطرفين على إنشاء التزام فحسب وإنما هو الذي تتساوى فيه منافع الطرفين، ذلك أن العقد أضحى وظيفة اجتماعية لا يقتصر أثره على المتعاقدين بل يترد أثره على المجموع، فكان من حق الدولة أن تراقبه"¹⁴²⁴، والقول بغير ذلك قد يؤدي بالعدالة الخاصة إلى سلب جوهر دور السلطة القضائية في تحقيق العدالة، ولذلك فإن القاضي يجب أن يتدخل كلما كانت الاتفاقات أو الاشتراطات تنطوي على إخلال بالعدالة، ويكون تدخل القاضي هنا ضرورة اجتماعية¹⁴²⁵.

3. ضوابط تخفيض القاضي للتعويض الاتفاقي:

أحيطت سلطة القاضي في تخفيض التعويض الاتفاقي بعدد من الضوابط والقيود التي تضمن عدم تحكم القضاة وعدم مغالاتهم في التعديل، كما تضمن عدم زعزعة الثقة في العقود المبرمة بما يحقق العدالة العقدية من جهة والأمن التعاقدية من جهة ثانية.

كما أن تحديد الضوابط ورسم الحدود مقدما سيعين القضاة على مواجهة ما يعرض لهم من مشكلات، ويساعد على وجود الانسجام النسبي بين أحكام نفس القاضي في ظروف وأوقات مختلفة وبين أحكام القضاة فيما بينهم، وهذا ما يتفق مع المصلحة وما يليق بالعدالة¹⁴²⁶.

- لا يجوز للقاضي أن يعدل التعويض الاتفاقي المفرط من تلقاء نفسه:

لم يتضمن القانون المدني ما يفيد تدخل القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي من تلقاء نفسه، الأمر الذي يتعين معه تطبيق القاعدة العامة في هذا المجال، وهي أن القاضي لا يحكم بما لم يطلب منه ولا بأكثر مما طلب، وإلا عرض حكمه للنقض والإبطال.

وعلى هذا الأساس يتعين على المدين متى أراد إعمال نص المادة 2/184 من القانون المدني أن يطلب من القاضي صراحة تخفيض التعويض الاتفاقي المفرط، هذا إضافة إلى وجوب إثباته لأن تقدير التعويض الاتفاقي كان مفرطاً.

- وجوب تخفيض مقدار التعويض المتفق عليه إذا كان مفرطاً:

¹⁴²³ عبد الحميد بن شنييتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 79. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص 334.

¹⁴²⁴ نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 185.

¹⁴²⁵ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 249.

¹⁴²⁶ عبد الحميد بن شنييتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 80. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص 336.

إذا توصل القاضي أن المدين قد أثبت أن تقدير التعويض الاتفاقي كان مفرطاً مقارنة بالضرر الحاصل للدائن، وجب عليه تخفيضه، وإلا عرض حكمه للنقض والإبطال على أساس تناقض التسبب مع المنطوق، وبذلك لا يمكن تفسير عبارة "يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض" الواردة ضمن المادة 2/184 من القانون المدني على أن سلطة القاضي في هذه الحالة جوازية وليست وجوبية، ذلك أن القول بهذا التفسير يؤدي إلى إهدار الفائدة من إدراج الحماية المقررة من المشرع للمدين من جراء الإفراط في تقدير التعويض الاتفاقي.

ومع هذا فإننا لا ننكر للقاضي سلطته التقديرية الواسعة في تقديره لنسبة التخفيض التي يتعين الوصول إليها للقول بأن التعويض أصبح متناسباً مع الضرر، مادام أن المشرع لم يقيد بالوصول إلى نسبة معينة (بشرط ألا يهدر التعويض الاتفاقي) وهو ليس مقيد في هذه الحالة إلا بتسبب حكمه.

والتخفيض يكون واجباً على القاضي ما لم يبدر من المدين غش، ويراد من هذا أنه إذا كان تقدير التعويض الاتفاقي مفرطاً مقارنة بالضرر الحاصل للدائن، يقع على القاضي تخفيضه، ما لم يكن هناك غش من جانب المدين¹⁴²⁷، أي يتعين أن يكون المدين قد تصرف بحسن نية، لأن حسن النية قاعدة تهمين على تنفيذ جميع العقود¹⁴²⁸.

- لا يجوز للقاضي النزول بالتعويض الاتفاقي إلى ما يساوي الضرر:

ذهب الفقه كما سبق لنا عرض ذلك، إلى أنه لا يجوز للقاضي النزول بما يحكم به إلى ما يساوي قيمة الضرر، لأن في هذا إهداراً للتعويض الاتفاقي، ويكون هذا بمثابة إبطال له، وتقتصر سلطته على رفع "المبالغة الكبيرة" في تقدير التعويض¹⁴²⁹.

ويحفظ هذا الضابط للتعويض الاتفاقي بدوره الضامن لتنفيذ العقد، فالارتفاع عن مستوى الضرر هو المقصود أصلاً للضغط على المدين لتنفيذ التزامه أو عدم التأخر فيه، فالتعويض الاتفاقي حتى يحدث أثره، يجب أن يكون نشطاً وقوياً ليحفز المدين على التنفيذ¹⁴³⁰.

¹⁴²⁷ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 249.

¹⁴²⁸ (L) ayès, Le juge et le contrat : nouveaux rôles ?, op.cit, P 15 .

¹⁴²⁹ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 241. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 876.

¹⁴³⁰ عبد الحميد بن شنيقي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 87. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 343.

- لا يجوز للقاضي أن يرتب على التعويض الاتفاقي تخفيف المسؤولية حينما يكون هذا التخفيف من النظام العام:

إذا جاز أن للقاضي أن يخفف من مسؤولية المدين في حالة الخطأ العادي، فإنه لا يستطيع أن يخفف من مسؤوليته في حالتي الغش والخطأ الجسيم¹⁴³¹ طبقاً لنص المادة 178 من القانون المدني.

ب. حالة تنفيذ الالتزام الأصلي في جزء منه: 1. مضمون التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي:

التعويض الاتفاقي إنما يوضع كتعويض لمواجهة حالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أصلاً، فإذا كان المدين قد نفذ جزء من التزامه، فإن هذا التنفيذ لا يؤدي إلى تحقيق كل أهداف المتعاقدين من العقد، ولكن لما كان هذا التنفيذ يحقق شيئاً من تلك الأهداف، فإنه لا يكون من العدل إهدار هذا التنفيذ الجزئي بصفة كلية، ويكون من المعقول قيام القاضي بتخفيض نسبي لمقدار التعويض عندما ينفذ المدين الالتزام الأصلي في جزء منه¹⁴³²، ولا يكون في هذا التخفيض أي مساس بما اتفق عليه المتعاقدين بل هو احترام لإرادتهما¹⁴³³.

نصت الفقرة الثانية من المادة 184 من القانون المدني على هذه الحالة، ويستفاد من هذا النص صراحة إمكان تخفيض التعويض الاتفاقي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام، أي أن التنفيذ الجزئي يستدعي من القاضي إعادة النظر في تحديد التعويض لأن هذا الأمر لم يكن ملحوظاً عند إبرام العقد.

نص المشرع الجزائري على أن التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي يشكل سبباً لتخفيض قيمة التعويض الاتفاقي، غير أنه أغفل تحديد المقصود بالتنفيذ الجزئي، وذهب الفقه إلى أن كل بدء في التنفيذ هو بالضرورة تنفيذ جزئي للالتزام، إذا ترتب على ذلك فائدة للدائن¹⁴³⁴.

2. شروط تدخل القاضي لتخفيض التعويض الاتفاقي في حالة التنفيذ الجزئي:

ليست سلطة القاضي في تخفيض التعويض الاتفاقي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي سلطة مطلقة، وإنما هي سلطة مقيدة بضوابط محددة، أو شروط يلزم توافرها حتى يتمكن القاضي من ممارسة سلطته في التعديل، وفيما يلي تفصيل لهذه الشروط:

¹⁴³¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 878. محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 242.
¹⁴³² محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 219. فاضل خديجة، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 98.

(L) ayès, Le juge et le contrat : nouveaux rôles ?, op.cit,P 15 .

¹⁴³³ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 870. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 109.

¹⁴³⁴ نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 194.

- أن يكون الالتزام قابلاً للتجزئة:

إذا كان تدخل القاضي في هذه الحالة متوقفاً على التنفيذ الجزئي من طرف المدين يترتب على ذلك أن يكون الالتزام الأصلي قابلاً للانقسام، ذلك أنه ليست كل الالتزامات قابلة للانقسام، فهناك التزامات لا تنفذ إلا تنفيذاً كلياً، ومثال ذلك الالتزام بالامتناع عن عمل لا يقبل التقسيم، كامتناع المدين عن المنافسة¹⁴³⁵، ويكون الالتزام غير قابل للتجزئة، سواء كان مصدر عدم القابلية طبيعة محل الالتزام، أو بموجب نص القانون، أو الاتفاق¹⁴³⁶.

إن عدم قابلية الالتزام الأصلي للتجزئة تعني أن القاضي لن يجد الأساس القانوني الذي يقيم عليه سلطته التقديرية في تخفيض الالتزام، ويعبر عن ذلك بأنه لا تخفيض حيث تنعدم إمكانية التنفيذ الجزئي للالتزام¹⁴³⁷ وبالنتيجة لذلك امتنع على القاضي تطبيق نص المادة 2/184 من القانون المدني وبالتالي تخفيض مقدار التعويض الاتفاقي.

وبذلك لا يكون الأصلي قابلاً للتنفيذ الجزئي إلا إذا كان قابلاً للانقسام، وتقرير قابلية أو عدم قابلية الالتزام للانقسام، مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع¹⁴³⁸.

وقد يكون الالتزام قابلاً للتجزئة بطبيعته ولكن التنفيذ الجزئي لا يحقق المقصود من التنفيذ بحسب غايته، وفي هذه الحالة يعتبر التنفيذ الجزئي غير مجدي، ويكون كما لو كان غير ممكن¹⁴³⁹.

- أن يكون التنفيذ الجزئي مفيداً للدائن:

التنفيذ الجزئي الذي يؤدي إلى إمكانية تخفيض التعويض الاتفاقي هو ذلك الذي يستطيع الدائن أن يستفيد منه بحيث يعود عليه من ورائه مصلحة أو فائدة محققة، وهذه الفائدة التي يجنيها الدائن هي المبرر الرئيسي لإعطاء القاضي سلطة تخفيض التعويض الاتفاقي¹⁴⁴⁰، ولذلك فإنه يتعين على القاضي أن يبحث في مسألة أولية قبل تخفيض التعويض الاتفاقي، وهي إلى أي حد أفاد الدائن من التنفيذ الجزئي سواء كانت المصلحة مادية أو غير مادية، ومدى الضرر الذي يحل به من جراء عدم قيام المدين بإكمال التنفيذ¹⁴⁴¹، وهذا مراعاة لنص

¹⁴³⁵ نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 193. عبد الحميد بن شنييتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 90. بورنان العبد، المرجع السابق، ص 61.

¹⁴³⁶ نبيل إبراهيم سعد عوض، المرجع السابق، ص 76. هشام إبراهيم توفيق، المرجع السابق، ص 228. حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية وتطوير العقد، المرجع السابق، ص 160.

¹⁴³⁷ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 227. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 345.

¹⁴³⁸ نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 193. فاضل خديجة، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 98.

¹⁴³⁹ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 227. هشام إبراهيم توفيق، المرجع السابق، ص 228.

¹⁴⁴⁰ عبد الحميد بن شنييتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 90. هشام إبراهيم توفيق، المرجع السابق، ص 227.

¹⁴⁴¹ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 228. نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 195.

المادة 184 من القانون المدني التي تمنع استحقاق التعويض الاتفاقي في حالة إثبات المدين لعدم حصول أي ضرر للدائن.

فإذا ثبت له أن ما قام به المدين من تنفيذ تافها أو أنه لن يعود على الدائن بأية فائدة، فإن سلطة القاضي في التخفيف ليس لها ما يبررها، فقد يكون الجزء الذي لم ينفذ يتسبب في ذات الأضرار التي تتطلب التعويض الاتفاقي كله¹⁴⁴²، وبالتالي فالعبرة في اشتراط الفائدة هي بالنتيجة النهائية، فلو حصل الدائن على فائدة من التنفيذ الجزئي ولكن سيتسبب عدم التنفيذ الكامل في أضرار تفوت ما جناه من فائدة، فإن هذه تذهب بتلك¹⁴⁴³.

- ألا يكون هناك اتفاق خاص بالتنفيذ الجزئي:

إذا اتفق الطرفان مسبقا على إمكانية وكيفية تخفيض التعويض الاتفاقي في حالة التنفيذ الجزئي، فعلى القاضي احترام إرادتهما حسب ما اتفقا عليه، ذلك أن ورود هذا الشرط في العقد، يستبعد ضمنا، سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي، لكنه يبقى صحيحا طالما أنه يواجه حالة عدم التنفيذ الجزئي، ومع ذلك يبقى خاضعا للرقابة القضائية إذ لو أصبح التعويض الاتفاقي مبالغا فيه بالنسبة للجزء من الالتزام الذي لم ينفذ فيمكن للقاضي أن يخفضه وذلك طبقا للحالة الأولى أي الإفراط في تقدير التعويض الاتفاقي¹⁴⁴⁴.

- أن يقبل الدائن التنفيذ الجزئي:

يجب أن يقبل الدائن التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي حتى يمكن تخفيض التعويض الاتفاقي، ولا يمكن للمدين إجبار الدائن على قبض جزء من الالتزام حتى ولو كان هذا الالتزام قابلا للتجزئة¹⁴⁴⁵ وهذا تطبيقا للقواعد العامة في القانون المدني خاصة منها نص المادة 277 منه " لا يجبر المدين الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك"، والقول بغير هذا الوجوب يعني أن يعمد المدين إلى سداد جزء من التزامه للدائن لكي يتفادى دفع التعويض الاتفاقي بالكامل وسيترتب عليه أن تتوقف العقود قبل اكتمالها وبالتالي لا تتحقق مهمتها التي أنشأت من أجلها بالرغم مما يحمله هذا من أضرار خاصة وعامة، وينال من إرادة الطرفين التي هدفت أصلا إلى التنفيذ الكامل ووحدة الالتزام¹⁴⁴⁶.

¹⁴⁴² عبد الحميد بن شنييتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 90. هشام إبراهيم توفيق،

المرجع السابق، ص 227. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 109.

¹⁴⁴³ محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص 345.

¹⁴⁴⁴ نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 209. فاضل خديجة، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 98.

¹⁴⁴⁵ عبد الحميد بن شنييتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 90. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص 345.

¹⁴⁴⁶ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 230.

ويلاحظ أنه إذا كان العقد قد تضمن عددا من الالتزامات والتعويض الاتفاقي يتضمن تنفيذ كل منها بصورة مستقلة، فإن تنفيذ كل التزام يعتبر تنفيذا كلياً له ولا يعتبر تنفيذا جزئياً بالنظر إلى مجموع الالتزامات ككل، فالتنفيذ الجزئي يرتبط بكل التزام على حده¹⁴⁴⁷.

لكن لا يشترط أن يكون القبول صريحاً أو جازماً، بل يكفي عدم معارضة الدائن للتنفيذ الجزئي حتى يعمل القاضي بمقتضى ذلك ويقوم بتخفيض التعويض الاتفاقي.

إذا تم التنفيذ الجزئي فإن للقاضي أن يخفض التعويض الاتفاقي، كما له أيضاً أن يرفض ذلك كما لو ثبت للقاضي سوء النية من جانب المدين، فالقاضي لا يقف إلى جانب المدين سيء النية، وعلى ذلك يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً بكامله¹⁴⁴⁸.

3. كيفية التخفيض:

لم ينص المشرع الجزائري على أية ضوابط يسترشد إليها القاضي لإجراء التخفيض، مما يدفعنا إلى القول أن القاضي حر في كيفية التخفيض، بشرط احترامه للشروط السابقة.

معنى التخفيض النسبي المنصوص عليه في المادة 184 من القانون المدني، أن تخفيض مقدار التعويض لا يكون إلى حد التساوي بين المبلغ المحكوم به وقدر الضرر الذي وقع فعلاً، وإنما يكون الأساس هو المبلغ المقدّر في التعويض الاتفاقي، فيخفض هذا المبلغ إلى النسبة التي تتفق مع الجزء الباقي دون تنفيذ من الالتزام الأصلي، ويحكم بالمبلغ الباقي ولو كانت قيمة الضرر الذي أصاب الدائن تقل فعلاً عن هذا المبلغ، إلا إذا كان الفرق يصل إلى الحد الذي يصبح فيه هذا المبلغ، كتعويض عن الضرر الواقع، مبالغ فيه إلى حد كبير، عندئذ يجوز تخفيضه إلى الحد المناسب¹⁴⁴⁹.

يجوز للقاضي تخفيض التعويض عند ثبوت تنفيذ جزء من الالتزام الأصلي، ولا يقتصر حكمه على حالة اشتراط التعويض الاتفاقي، عن عدم التنفيذ وحده، بل ينطبق أيضاً على حالة التأخير في التنفيذ، فيجوز تخفيض التعويض بنسبة الفائدة التي عادت على الدائن من الجزء الذي تم تنفيذه من الالتزام، أو بنسبة ما نفذ منه بغير تأخير بحسب الأحوال¹⁴⁵⁰.

ولا يمكن للقاضي ممارسة سلطته في تخفيض التعويض الاتفاقي في حالة التنفيذ الجزئي إذا لم يطلب منه المدين ذلك، خاصة أنه يتعذر عليه ممارسة سلطته في التعديل إذا لم يثبت

¹⁴⁴⁷ عبد الحميد بن شنييتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 91. محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 346. محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 228.

¹⁴⁴⁸ نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 195. محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 230. بورنان العبد، المرجع السابق، ص 62.

¹⁴⁴⁹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 871. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 109. عبد الحميد بن شنييتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 91.

¹⁴⁵⁰ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 221. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 109. فاضل خديجة، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 98.

المدين أنه قام بالتنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي، حيث يقع عبء إثبات التنفيذ الجزئي على المدين¹⁴⁵¹.

4. مبررات تخفيض القاضي للتعويض الاتفاقي في حالة التنفيذ الجزئي:

- احترام إرادة المتعاقدين:

إن احترام إرادة المتعاقدين يفرض تخفيض التعويض الاتفاقي، ذلك أن المتعاقدين إنما أرادوا إلزام المدين بأداء التعويض المتفق عليه في حالة عدم التنفيذ كلية¹⁴⁵²، فإذا كان التنفيذ قد تم في جزء منه، وكان ذلك يمكن أن يفي جزئياً بحاجات الدائن، فإنه يصبح من التعسف إلزام المدين بكامل التعويض المتفق عليه إذ أن ذلك يتنافى وإرادتهما الحقيقية¹⁴⁵³.

- تحقيق العدالة:

إن الضرر يكون كبيراً كلما كان عدم التنفيذ كلياً، ويقل الضرر ويصبح أخف وطأة في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام، ويقل الضرر بالنتيجة كلما ازداد الجزء الذي تم تنفيذه من الالتزام، وعلى ذلك فإنه يصبح من العدل أن يخفض مقدار التعويض نزولاً على مقتضى ما قام به التنفيذ الجزئي في تخفيف هذا الضرر¹⁴⁵⁴.

- احترام قاعدة عدم جواز الجمع بين الالتزام الأصيل والتعويض الاتفاقي:

إذا كانت القاعدة العامة تقضي بأنه لا يجوز الجمع بين الالتزام الأصيل والتعويض الاتفاقي، فإن هذه القاعدة تسري كذلك إذا كان الالتزام الأصيل قد نفذ في جزء منه، لاسيما إذا كان هذا التنفيذ الجزئي مقبولا من الطرف الآخر ومحققاً مصلحته، وعدم التخفيض في هذه الحالة يؤدي إلى مخالفة صارخة لهذا المبدأ حيث يتم الجمع بين التنفيذ الجزئي (الجزء المنفذ من الالتزام الأصلي) و الجزء المقابل له (التعويض المتفق عليه)¹⁴⁵⁵.

- تفادي الوقوع في التناقض:

ذلك أن عدم تخفيض التعويض الاتفاقي في حالة التنفيذ الجزئي يؤدي إلى الوقوع في تناقض منطقي وقانوني، إذ أن من نفذ التزامه جزئياً يكون في وضع أسوأ ممن لم ينفذه على الإطلاق، إذ يتحمل التعويض الاتفاقي بجانب التنفيذ الجزئي، فواقعة التنفيذ التي يقوم بما

¹⁴⁵¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 871.

¹⁴⁵² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 870. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 89.

¹⁴⁵³ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 225.

¹⁴⁵⁴ عبد الحميد بن شني، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 88. محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 344.

¹⁴⁵⁵ عبد الحميد بن شني، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 89. محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 225.

المدين تكون سببا في زيادة مسؤوليته بدلا من تخفيفها وهو أمر غير معقول¹⁴⁵⁶، ولهذا فإن طبيعة الحال تفرض تخفيف التعويض الاتفاقي، ذلك أنه تطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين قد حرم على القاضي الحكم بمبلغ أقل أو أكبر، إلا بطبيعة الحال، إذا كان التنفيذ قد تم جزئيا¹⁴⁵⁷.

كما يطرح السؤال حول مدى إمكانية مدى جمع القاضي بين حالتي التخفيض (حالة التخفيض للإفراط في التقدير وحالة التخفيض للتنفيذ الجزئي للالتزام)؟ قد يفرض الواقع العملي على القاضي أن تطرح عليه حالتي التخفيض حول نفس التعويض الاتفاقي فقد يكون هذا التعويض مبالغا فيه بشكل مفرط، ويتم في نفس الوقت تنفيذ الالتزام الأصلي تنفيذ جزئيا، ينبغي أن يعمل القاضي أولا على رد التعويض الاتفاقي إلى الحد المعقول مما يجعله يتناسب مع الضرر الذي لحق بالدائن، ثم يقوم بعد ذلك بتخفيض التعويض بنسبة ما نفذ المدين من التزامه، وفي حدود ما عاد على الدائن من فائدة¹⁴⁵⁸.

ويتعين الإشارة أخيرا إلى أن الأحكام الواردة ضمن المادة 184 من القانون المدني تعتبر من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، وهذا ثابت بموجب نص الفقرة الأخيرة من هذه المادة " ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه"، وبناء على هذا فلا يجوز للمتعاقدین أن يضيفا إلى التعويض الاتفاقي أنه واجب الدفع على كل حال، حتى ولو لم يقع ضرر، أو قام المدين بتنفيذ الالتزام تنفيذًا جزئيا أو تبين أن التقدير مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، ولو تم الاتفاق على ذلك، كان هذا الاتفاق باطلا لمخالفته النظام العام، وجاز للقاضي بالرغم من وجوده ألا يحكم بأي تعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، وأن يخفض قيمة التعويض الاتفاقي إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أنه قام بتنفيذ الالتزام الأصلي تنفيذ جزئيا¹⁴⁵⁹.

ثانيا: سلطة القاضي في زيادة التعويض الاتفاقي

قد يتم تحديد التعويض الاتفاقي بمبلغ قليل منخفض إلى درجة كبيرة، بحيث لا يتناسب البتة مع الضرر الذي يصيب الدائن، إذا أخل المدين بتنفيذ التزامه، فهل يملك القاضي صلاحية الزيادة في التعويض الاتفاقي لمصلحة الدائن إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي؟

أجابت على هذا السؤال المادة 185 من القانون المدني بنصها " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا، أو خطأ جسيما".

¹⁴⁵⁶ عبد الحميد بن شنيته، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 89. محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 344.

¹⁴⁵⁷ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 226.

¹⁴⁵⁸ نبيل ابراهيم سعد عوض، المرجع السابق، ص 77.

¹⁴⁵⁹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 876.

أ. الأصل: عدم جواز زيادة التعويض الاتفاقي

إذا كان التعويض الاتفاقي أقل من الضرر الواقع، فالأصل أن القاضي لا يزيده ليكون مساوياً للضرر، بل يحكم به كما هو، وإلا فقد التعويض الاتفاقي معناه¹⁴⁶⁰، وبالتالي فالدائن لا يستطيع أن يطالب المدين إلا بقيمة التعويض الاتفاقي، وهذا الحكم قرره صراحة المادة 185 من القانون المدني.

ويكون التعويض الاتفاقي في هذه الحالة بمثابة تخفيف لمسؤولية المدين والاتفاق على التخفيف من المسؤولية أو حتى الإعفاء منها، ومنه فتطبيق هذا المبدأ يفترض أن يكون التعويض الاتفاقي الوارد في العقد والمتخذ لشكل التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية مستوفياً للشروط القانونية المستوجبة لصحة مثل هذه الشروط، وبالتالي يخضع في تطبيقه لنص المادة 178 من القانون المدني حيث يكون من الجائز الاتفاق على التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية في نطاق المسؤولية العقدية إلا ما ينشأ عن غش المدين أو خطئه الجسيم.

وفي الحالة التي يكون فيها التعويض الاتفاقي مخففاً أو معفياً من المسؤولية، فإنه من البديهي أن يكون التعويض المحدد في البند الجزائي أقل من الضرر الواقع، ويجب على الدائن احترام اتفائه مع المدين الذي امتنع عن التنفيذ، وعليه التقيد بالتعويض المحدد في العقد وإن لم يكن مساوياً للضرر الحاصل.

ب. الاستثناء: جواز زيادة التعويض في حالتي غش المدين أو خطئه الجسيم:

لقد أورد المشرع الجزائي ضمن أحكام المادة 185 من القانون المدني السالفة الذكر، استثناءً على قاعدة عدم جواز زيادة الشرط الجزائي، حيث سمح بزيادته في حالة واحدة وهي إذا زاد الضرر عن التعويض الاتفاقي، وأثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً.

ينبغي على ذلك أن القاضي يزد في مقدار التعويض حتى يصبح معادلاً للضرر الذي وقع، ولا يمنعه من ذلك أن التعويض مقدر في العقد، ذلك أن الدائن عند اتفائه مع المدين على تقدير التعويض لم يدخل في حسابه غش المدين أو خطئه الجسيم، ولا ينبغي أن يحسب هذا الحساب¹⁴⁶¹.

¹⁴⁶⁰ رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 111. فاضل خديجة، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 101.

¹⁴⁶¹ عبد الرزاق أحمد السنيهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات. آثار الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 878.

وإذا كان في الأصل أن الدائن لا يكلف بإثبات الضرر لاستحقاق التعويض الاتفاقي ففي هذه الحالة يتعين عليه أن يثبت وقوع الضرر ومقداره حتى يتبين للقاضي أن الضرر كبير ويجاوز مقدار التعويض الاتفاقي¹⁴⁶²، وأن يثبت كذلك الغش أو الخطأ الجسيم¹⁴⁶³.

ويتعين على القاضي في حالة تعديل التعويض الاتفاقي بالزيادة فيه أن يسبب حكمه.

على أنه يجوز الاتفاق على تقدير تعويض اتفاقي يكون مستحقا من جراء تحقق مسؤولية الأشخاص الذين يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه، ولا يجوز للقاضي زيادة هذا التعويض حتى ولو جاوز الضرر المبلغ المقدر ووقع غش أو خطأ جسيم من الأشخاص الذين استخدمهم المدين في تنفيذ التزامه، ذلك أن التعويض الاتفاقي في هذه الحالة يعتبر اتفاقا على تخفيف المسؤولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من تابعي المدين¹⁴⁶⁴ ومثل هذا الاتفاق جائز بموجب نص المادة 2/178 من القانون المدني

ونلاحظ أخيرا أن المشرع الجزائري قصر سلطة زيادة التعويض الاتفاقي على حالة غش المدين وخطئه الجسيم، أما في الفرض الذي يرتكب فيه المدين خطأ يسيرا غير أنه نجم عن هذا الأخير ضرر فادح، فلا تعويض للدائن عن هذا الضرر، الأمر الذي يتحقق معه انعدام التوازن العقدي، غير أن القاضي يقف مكتوف الأيدي على الرغم من وجود حالة اختلال التوازن العقدي نظرا لأن سلطته في التعديل لإعادة التوازن للعقد استثنائية وليس له أن يمارسها إلا بوجود نص خاص، وعلى ذلك حبذا لو أن المشرع الجزائري يتدخل لمعالجة حالة ارتكاب الخطأ اليسير من المدين والذي يترتب عنه الضرر الفادح للدائن وينص على سلطة القاضي في تعديل العقد تحقيقا للتوازن العقدي والعدالة العقدية.

وغني عن البيان أن الطرفين لا يستطيعان أن يضيفا إلى التعويض الاتفاقي أنه غير قابل للزيادة حتى في حالة غش المدين أو خطئه الجسيم، لأن هذا الاشتراط لو جاز لكان مشجعا لارتكاب الغش دون خشية من الجزاء¹⁴⁶⁵، ويعتبر هذا الاتفاق مخالفا للنظام العام ولا حاجة للمشرع في أفراد التعويض الاتفاقي بنص خاص بهذه الحالة مثلما فعل بموجب المادة 3/184 من القانون المدني حينما تطرق إلى سلطة القاضي في تخفيض التعويض الاتفاقي، ذلك أن نص المادة 3/178 من القانون المدني كاف في ذلك " ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي".

¹⁴⁶² نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 205. حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية وتطوير العقد، المرجع السابق، ص 167.

¹⁴⁶³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 91.

¹⁴⁶⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 879. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 112.

¹⁴⁶⁵ فاضل خديجة، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 101.

المبحث الثالث: سلطة القاضي في تعديل أجل تنفيذ العقد

الأصل أنه متى اتفق المتعاقدان على أجل يتم فيه تنفيذ العقد، فبحلول هذا الأجل يكون الالتزام المترتب عن هذا العقد مستحقاً، يتعين الوفاء به طوعاً، غير أن المدين قد يمتنع عن هذا التنفيذ على الرغم من إمكانية التنفيذ العيني وعدم استحالته، وفي هذه الحالة أعط المشرع للدائن حق الخيار بين رفع دعوى الفسخ أو دعوى التنفيذ، غير أنه في المقابل لهذا الحق خول القاضي سلطة التدخل لتعديل أجل تنفيذ العقد ومنح الأجل القضائي، وفيما يلي سنتطرق لسلطة القاضي في منح الأجل القضائي بمناسبة دعوى الفسخ في المطلب الأول، بينما نخصص المطلب الثاني لدراسة سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بمناسبة دعوى التنفيذ.

المطلب الأول: سلطة القاضي في منح الأجل القضائي بمناسبة دعوى الفسخ:

تنص المادة 119 من القانون المدني " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إن اقتضى الحال ذلك.

ويجوز للقاضي أن يمنح أجلاً حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات".

من خلال نص المادة 119 من القانون المدني نستخلص أنه يحق للدائن اللجوء إلى القضاء لطلب فسخ العقد بعد استيفاء جملة من الشروط، وأن القاضي في المقابل لذلك ليس مجبراً على الحكم بالفسخ بل هو مخير كذلك ولا تحكمه في اختياره سوى سلطته التقديرية.

الفرع الأول: شروط دعوى الفسخ القضائي:

يتضح من خلال نص المادة 119 من القانون المدني أنه يشترط لمطالبة الدائن بالفسخ أن تتوافر الشروط التالية:

أولاً: أن يكون العقد محل الفسخ ملزماً للجانبين:

يتعين على القاضي التحقق من وجود التزامات متبادلة بين أطراف العقد، أي أن يكون العقد المراد فسخه من العقود الملزمة للجانبين، لأنها وحدها التي تنشأ التزامات متقابلة بحيث يعتبر كل التزام منها سبباً للالتزام الذي يقابله، وعلى هذا الأساس وجدت فكرة الترابط بين هذه الالتزامات، فإذا لم يقدّم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه كان من العدل ومن المعقول أن يتحلل المتعاقد الآخر من التزامه، فالمبرر الذي ينهض بالفسخ لا يتوافر إلا في هذه العقود¹⁴⁶⁶.

فإذا تخلف ذلك بأن كان العقد المطلوب فسخه من العقود الملزمة لجانب واحد فلا يقضي بالفسخ، لأنه لا مجال في هذه العقود للفسخ، إذ لا يوجد إلا ملتزم واحد، فلا يوجد ترابط بين الالتزامات، وإذا تخلف الطرف الملتزم فيها عن تنفيذ التزامه فلا تكون هناك مصلحة للطرف الآخر في أن يطلب الفسخ، لأنه ليس عليه التزام يتحلل منه بالفسخ، بل تقتضي مصلحته أن يطالب بالتنفيذ¹⁴⁶⁷.

ذلك أن الغاية من إبادة فسخ العقد، سواء كان فسخاً قضائياً، أو اتفاقياً، أو قانونياً، هي إعطاء المتعاقد وسيلة للتخلص من الالتزامات التي تقع على عاتقه، حين لا ينفذ المتعاقد الآخر التزامه المقابل.

وحق الفسخ ثابت في كافة العقود الملزمة للجانبين، سواء منها الفورية أم الزمنية، محددة المدة أو غير محددة المدة، والاحتمالية الملزمة للجانبين بما فيها عقد الإيراد المرتب مدى الحياة، وعقد العمل¹⁴⁶⁸، ويعتبر العقد متضمناً لحق الفسخ ولو خلا من اشتراطه، فهو مفترض في العقود التبادلية ومقرر لمصلحة الدائن لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه¹⁴⁶⁹.

ثانياً: إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه:

يجب لإمكان طلب الفسخ أن يتخلف أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه الناشئ عن ذات العقد المطلوب فسخه، ويجب أن يكون هذا الإخلال راجعاً إلى خطأ المدين، أما إن استحال

¹⁴⁶⁶ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 584. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، -مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 272. حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2011، ص 20.

¹⁴⁶⁷ بلعير عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 167. توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 250.

¹⁴⁶⁸ مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 353.

¹⁴⁶⁹ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 404.

التنفيذ لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فإن الالتزام ينقضي وينفسخ العقد بقوة القانون تطبيقاً لنص المادة 121 من القانون المدني¹⁴⁷⁰.

فالفسخ يفترض أن المدين الذي يطلب الفسخ في مواجهته لم يحم بتنفيذ التزاماته كلها أو بعضها أو على الأقل لم يحم بتنفيذها على الوجه المطلوب، أو أنه تأخر في هذا التنفيذ عن الوقت المحدد¹⁴⁷¹، ويأخذ حكم التنفيذ الجزئي حالة ما إذا كان التنفيذ كلياً لكنه كان معيباً¹⁴⁷².

وبناء على ذلك ففي حالة عدم التنفيذ الكلي فلا شك في أن هذا مبرر للمطالبة بالفسخ¹⁴⁷³، غير أنه إذا كان عدم التنفيذ جزئياً فلا يزال للمتعاقد الآخر حق المطالبة بالفسخ، ويختص القاضي بناء على سلطته التقديرية بنظر فيما إذا كان الجزء الباقي دون تنفيذ من الالتزام يبرر الحكم بالفسخ، أو يكفي إعطاء مهلة للمدين لتكملة التنفيذ¹⁴⁷⁴، أو يرى أن الجزء المتبقي قليل الأهمية بالنسبة لما نفذ من التزامات فيقرر الإبقاء على العقد.

ثالثاً: أن يكون طالب الفسخ قد نفذ التزامه أو مستعداً لتنفيذه وقادراً على إعادة الحال إلى ما كانت عليه:

لم يرد هذا الشرط ضمن أحكام المادة 119 من القانون المدني التي حددت الشروط الواجب توافرها لطلب الفسخ، ولكنه يستخلص من الآثار القانونية التي يترتبها فسخ العقد المنصوص عليها ضمن أحكام المادة 122 من القانون المدني¹⁴⁷⁵ حيث يترتب على حل الرابطة العقدية عن طريق الفسخ أثر أساسي وهو إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد.

وعلى ذلك يجب أن يكون المتعاقد الذي يطلب الفسخ قد نفذ التزاماته كلها أو جزء منها أو على الأقل مستعد لهذا التنفيذ، وإلا فلا يكون من العدل أن يطلب الفسخ في الوقت الذي أخل فيه بالتزامه¹⁴⁷⁶، وإذا كان الحال كذلك فللمتعاقد الآخر أن يدفع بعدم تنفيذ الالتزام متى توافرت شروط هذا الدفع.

¹⁴⁷⁰ تنص المادة 121 من القانون المدني " في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون".

¹⁴⁷¹ مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 354.

¹⁴⁷² توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، -نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 251.

¹⁴⁷³ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد، المرجع السابق، ص 686.

¹⁴⁷⁴ أنور طلبة، المرجع السابق، ص 16. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد، المرجع السابق، ص 686. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 308.

¹⁴⁷⁵ تنص المادة 122 من القانون المدني " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض".

¹⁴⁷⁶ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 588. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد، المرجع السابق، ص 687. خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 169.

ويشترط كذلك أن يكون طالب الفسخ قادرا على إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، أي قادرا على رد ما أخذه فإذا كان قد استلم شيئا بمقتضى العقد، وباعه إلى آخر، فالتزامة بالضمان يحرمه من حق الفسخ، لأنه مضطر إذا طلب الفسخ أن ينزع الشيء من يد المشتري ليرده إلى من تعاقد معه، وفي هذا إخلال بما عليه من الضمان فالضمان والاسترداد لا يجتمعان، وفي هذه الحالة لا يبقى أمامه إلا أن يطلب تنفيذ ما بقي من العقد عينا أو التعويض¹⁴⁷⁷.

وتجب الملاحظة أن استحالة الرد التي تقع من جانب المدين بالالتزام، لا تمنع الدائن بهذا الالتزام من طلب الفسخ، ذلك أن المدين الذي يكون قد تصرف فيما تسلمه من دأنه وبالتالي لا يستطيع رده، يجوز الحكم عليه بالتعويض بدلا من الرد عينا¹⁴⁷⁸.

ويخضع تقدير مدى استعداد الدائن لإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد إلى سلطة القاضي التقديرية، فقيام الدائن طالب الفسخ الذي تسلم شيئا بموجب العقد ثم باعه لآخر فالتزامة بالضمان يحرمه من حق المطالبة بالفسخ لأنه لا يستطيع أن ينزع الشيء من يد المشتري ليرده إلى من تعاقد معه، إذ في هذا إخلال بالتزامة بالضمان¹⁴⁷⁹.

رابعاً: وجوب إعدار المدين:

إذا ما توافرت الشروط السابقة كان للدائن أن يطلب الفسخ، إلا أنه يتعين عليه ليكون له ذلك أن يقوم بإعدار المدين كما نصت على ذلك صراحة المادة 119 من القانون المدني، ذلك أن مجرد حلول الأجل لا يعد إعداراً للمدين.

المقصود بإعدار المدين "هو وضعه قانوناً في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه"¹⁴⁸⁰ أو هو تكليف المدين بالوفاء في صورة ثابتة بإنذار على يد محضر قضائي أو عن طريق البريد¹⁴⁸¹ إذ لا يعتبر المدين متخلفاً عن الوفاء إلا بعد الإعدار، ولا يعتبر الإعدار شرطاً موضوعياً بقدر ما هو إجراء سابق لرفع الدعوى.

أ. أهمية الإعدار:

تكمن أهمية الإعدار من الناحية القانونية والعملية معا من حيث أنه :

¹⁴⁷⁷ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 588. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 190.

¹⁴⁷⁸ بلعير عبد الكريم، المرجع السابق، ص 172.

¹⁴⁷⁹ نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 259-260. حميد بن شنيقي، نظرية الالتزامات-نظرية العقد-، المرجع السابق، ص 340.

¹⁴⁸⁰ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 830.

¹⁴⁸¹ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 191.

- يدل دلالة قاطعة على إخلال المدين بالتزاماته، وعدم وفائه بها بعد أن يوجه له الإعذار من طرف الدائن¹⁴⁸².

- يجعل القاضي أسرع استجابة لطلب الفسخ حيث يظهر تعنت المدين وإخلاله في تنفيذ التزامه العقدي¹⁴⁸³.

- يحث القاضي على الحكم بالتعويض على المدين لمصلحة الدائن، زيادة على الحكم بالفسخ¹⁴⁸⁴.

ب. كيفية الإعذار:

نصت المادة 180 من القانون المدني " يكون إعذار المدين بإنذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر".

فالأصل في إعذار المدين أن يكون بإنذاره، على أن الإنذار هو عبارة عن ورقة ورسمية من أوراق المحضرين القضائيين، يبين فيها الدائن بوضوح أنه يطلب تنفيذ الإلتزام، وتسلم إلى المدين، على أن يثبت التسليم بتوقيع من تسلمها، أو ذكر سبب امتناعه عن التوقيع¹⁴⁸⁵، ليكون ذلك دليلاً على حصول الإنذار.

لا بد أن يقوم طالب الفسخ بدعوى المدين إلى تنفيذ التزامه، وهو ما يكفي لتوافر مقومات الإعذار، ومن ثم فلا يلزم تهديد المدين باتخاذ الإجراءات القضائية ضده وفسخ العقد في حالة عدم التنفيذ، ولكن إذا تضمن الإعذار ذلك فلا يبطله، فجوهر الإعذار يتمثل في تكليف المدين بتنفيذ التزامه أياً ما كانت الصيغة التي تدل على ذلك¹⁴⁸⁶.

كما نصت المادة 180 على جواز الإعذار عن طريق البريد، غير أن الغريب في نص هذه المادة أنه يقضي أن " يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون" في حين أنه ولدى استقراء نصوص القانون المدني لا نجد منها ما يتعرض لشكل الإعذار عن طريق البريد¹⁴⁸⁷ ومنه قد يكون على شكل برقية، أو رسالة مع إشعار بالاستلام على أن تقدير صحة الإعذار يكون خاضعاً لرقابة القاضي.

ت. آثار الإعذار:

¹⁴⁸² بلعير عبد الكريم، المرجع السابق، ص 174.
¹⁴⁸³ خليل أحمد حسن قداة، الوجيز في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 169.
¹⁴⁸⁴ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 588.
¹⁴⁸⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الإلتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 832.
¹⁴⁸⁶ أنور طلبية، المرجع السابق، ص 24. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 407.
¹⁴⁸⁷ علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 105.

يترتب على الإعذار النتائج التالية:

- مطالبة الدائن بفسخ العقد الملزم للجانبين بسبب عدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ التزامه طبقاً لنص المادة 119 من القانون المدني¹⁴⁸⁸.
- يصبح المدين مسؤولاً عن التعويض لتأخره في تنفيذ الالتزام، وذلك من وقت الإعذار¹⁴⁸⁹، بينما في الفترة التي سبقت الإعذار، فلا يجوز إلزام المدين بتعويض الدائن فيها عن التأخر في التنفيذ، ذلك أنه متى سكنت الدائن عن إعذار المدين، يعتبر متسامحاً ويستنتج أنه لم يصبه أي ضرر من تأخر المدين في تنفيذ التزامه. على أنه إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود، فالتعويض عن التأخر (الفوائد) لا يكون مستحقاً من يوم الإعذار، بل لابد من رفع الدعوى، ولا تسري الفوائد إلا من وقت تسجيل الدعوى¹⁴⁹⁰.
- انتقال تبعة الهلاك من الدائن إلى المدين وهذا تطبيقاً لنص المادة 1/168 من القانون المدني¹⁴⁹¹.

خامساً: أن يطلب الدائن فسخ العقد:

لا يمكن للقاضي القضاء بفسخ العقد لعدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته، من تلقاء نفسه، دون أن يطلب منه من قرر الفسخ لمصلحته تقرير الفسخ، فهو مقيد بالطلب القضائي ولا يمكنه أن يحكم بما لم يطلب منه، وإلا عرض حكمه للنقض والإبطال¹⁴⁹².

بتوافر الشروط السابقة للدائن الحق الاختيار بين التنفيذ العيني للالتزام وبين طلب فسخ العقد، وما يهتما في هذه الحالة هو رفع الدائن لدعوى الفسخ، وفي الحالة التي يختار فيها الدائن فسخ العقد، فهل يكون القاضي ملزماً بإجابة طلبه أم خوله القانون سلطة تقديرية في الإجابة أو عدمها.

الفرع الثاني: مدى سلطة القاضي في الحكم بالفسخ من عدمه:

¹⁴⁸⁸ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 57.

¹⁴⁸⁹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 840.

¹⁴⁹⁰ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 841.

¹⁴⁹¹ تنص المادة 1/168 من القانون المدني " إذا كان المدين الملزم بالقيام بعمل يقتضي تسليم شيء ولم يسلمه بعد الإعذار فإن الأخطار تكون على حسابه ولو كانت قبل الإعذار على حساب الدائن".

¹⁴⁹² ذهبت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2002/02/20 ملف رقم: 225843 " إن القضاء بفسخ العقد مع منح التعويض دون أن يطالب بذلك الطاعن الذي تمسك بتنفيذ العقد هو تطبيق سيء للمادة 119 من القانون المدني" قرار الغرفة العقارية، منشور بمجلة المحكمة القضائية، العدد الثاني، 2002، ص 370. قرار بمرفق بالملحق، ملحق رقم: 15.

رفع دعوى الفسخ وإن توافرت شروطها ليس مقتضاه أن القاضي سيحكم حتما بالفسخ وإنما تظل مع ذلك فرصة الخيار بين الفسخ والتنفيذ أمام كل من الدائن والمدين وللقاضي طبقاً لنص المادة 119 من القانون المدني السلطة التقديرية التي بمقتضاها يتمتع بخيارات ثلاثة، إما أن يقضي بالفسخ، أو أن يرفض الفسخ أو أن يمنح المدين أجلاً للتنفيذ حسب الظروف.

إذ للدائن الذي رفع دعوى الفسخ أن يعدل عنها قبل الحكم بالفسخ إلى طلب التنفيذ، عينيًا كان أو بطريق التعويض، وللمدين قبل صدور حكم نهائي في الدعوى أن يتوقى الفسخ إذا قام بتنفيذ التزامه. وليس هذا ما يهمننا في هذه الدراسة، بل ما يهمننا هو الحالة التي يرفع فيها الدائن دعوى قضائية يطالب فيها بفسخ العقد ودور القاضي في التصدي لهذا الطلب، وبالخصوص سلطة القاضي في منح الأجل وفي رفض طلب الفسخ دون سلطته في توقيع الفسخ.

أولاً: مدى سلطة القاضي في منح المدين أجلاً للتنفيذ قبل الحكم بفسخ العقد:

تطبيقاً لنص المادة 2/119 من القانون المدني يستطيع القاضي بمناسبة رفع الدائن لدعوى الفسخ أن يمنح المدين أجلاً للوفاء بالتزامه، وذلك إذا اقتضت الظروف ذلك، دون أن يقيد المشرع بأجل محددة يتعين عليه أن لا يتجاوزها، كما لو كان المدين حسن النية ويرجع تخلفه عن التنفيذ لظروف استثنائية عابرة تستوجب إمهاله بعض من الوقت للوفاء بالتزام، وأن الدائن لم يصبه ضرر يذكر من هذا التأخير¹⁴⁹³، وهذا ما كرسه قضاء المحكمة العليا¹⁴⁹⁴.

وأساس منح القاضي هذه السلطة هو الحد من آثار صرامة الفسخ في حد ذاته باعتباره جزءاً ووسيلة خطيرة يترتب على استعمالها آثار بالغة الخطورة بالنسبة إلى العقد في جميع أجزائه¹⁴⁹⁵، كما أن منح المدين هذا الأجل يبرره أن الوفاء بالتزام من جانب المدين يقتضي تعاوناً من جانب الدائن وإن لم يحم به هذا الأخير جاز للقاضي منح هذا الأجل، كما أن الغرض الأصلي من إبرام العقود في الحقيقة هو تنفيذها، وليس فسخها¹⁴⁹⁶.

¹⁴⁹³ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - في الالتزامات - الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 651.

¹⁴⁹⁴ ذهبت المحكمة العليا في آخر حثية من قراراتها الصادر بتاريخ 2000/01/12 ملف رقم 212782 : "حيث أنه بالرجوع إلى المادة 106 من القانون المدني فإن العقد شريعة المتعاقدين وفي الدعوى الراهنة الطاعنة طلبت فسخ عقد البيع لعدم احترام من قبل المطعون ضدها شروط البيع لكن قضاة المجلس طبقوا نص المادة 119 من ق.م. الفقرة الثانية منها متى منحوا أجلاً للمطعون ضدها لتنفيذ التزاماتها واعتمدوا في قضائهم على الظروف الأمنية السائدة في منطقة الأخضرية سنة 1994 إذ طرأت حوادث استثنائية عامة ترتب عنها عدم الوفاء ترتب عنها عدم الوفاء بالتزامات الناشئة عن العقد بصفة مؤقتة وبعد بمصالح المطعون ضدها وعليه حين قضاة المجلس منحوا أجلاً للمطعون ضدها للوفاء بالتزاماتها فإنهم أحسنوا في تطبيق القانون " منشور بمجلة المحكمة العليا، لسنة 2002، العدد الأول، ص 114. قرار مرفق بالملحق، ملحق رقم: 16.

¹⁴⁹⁵ بلعير عبد الكريم، المرجع السابق، ص 181.

¹⁴⁹⁶ بلعير عبد الكريم، المرجع السابق، ص 180.

وتقدير الظروف التي تستدعي منح المدين أجلاً مسألة موضوعية تدخل ضمن سلطة القاضي التقديرية ولا يخضع في شأن ذلك لرقابة المحكمة العليا، طالما أعطى حكمه تسبباً كافياً¹⁴⁹⁷.

على أنه يراد "بالظروف" تلك الظروف التي حصل فيها الإخلال بالتنفيذ¹⁴⁹⁸، فقد يكون للمدين عذر في تأخره عن التنفيذ، أو أن الدائن لم يصبه إلا ضرر بسيط أو لم يصبه أي ضرر من جراء هذا التأخر، أو أن الضرر الذي أصاب الدائن إنما نتج عن فعله هو لا عن فعل المدين¹⁴⁹⁹.

ولا يجوز الفسخ إذا قام المدين بالوفاء في غضون الأجل الممنوح له¹⁵⁰⁰، أما إذا لم يفي بالتزامه خلال الأجل فإن العقد لا يفسخ من تلقاء نفسه، بل يظل قائماً، ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية في شأن تقرير الفسخ والحكم به، كما يخضع لسلطته التقديرية قبول الوفاء المتأخر عن الأجل القضائي الممنوح للمدين وحتى صدور حكم نهائي، ما لم يتبين أن هذا الوفاء يؤدي إلى الإضرار بالدائن، وفي جميع الحالات يجوز الحكم بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن التأخير في التنفيذ¹⁵⁰¹.

وهذه السلطة التي منحها المشرع للقاضي جاءت مطلقة مقارنة بباقي حالات تعديل العقد، فهي لم تقصر حق منح الأجل على عقد معين أو حالة محددة بل يجوز استعمال هذه السلطة في جميع العقود التي تقبل الفسخ، كما لم يقيد القاضي في شأن مدة المهلة التي يمنحها للمدين لأجل تنفيذ التزامه، مما يتعين عليه أن يمارسها بحذر وأن لا يبالغ فيها، حتى لا تكون هذه السلطة مصدراً للاستهتار بتنفيذ العقود.

ولأجل ذلك يذهب شراح القانون المدني الجزائري إلى القول أنه هناك من الحالات ما لا يجوز فيها للقاضي أن يمنح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه بدلاً من فسخ العقد كما لو كان المدين ملتزماً بعدم القيام بعمل، ولكنه قام به، إذ يصبح التنفيذ الذي يبرجوه الدائن والذي تعاقده من أجله مستحيلاً، مما يجعل إعطاء الأجل من طرف القاضي لا فائدة منه، كذلك الحال بالنسبة إلى الحالات التي يلتزم فيها المدين بالقيام بعمل في وقت معين، ثم لا يقوم به، مما يجعل التنفيذ بعد ذلك لا فائدة منه بالنسبة إلى الدائن، وبالتالي، فلا فائدة من إعطاء المدين أجلاً للتنفيذ¹⁵⁰².

¹⁴⁹⁷ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 410.

¹⁴⁹⁸ مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 356.

¹⁴⁹⁹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 692.

¹⁵⁰⁰ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - في الالتزامات - الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 653.

¹⁵⁰¹ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 410. بلعير عبد الكريم، المرجع السابق، ص 181.

¹⁵⁰² بلعير عبد الكريم، المرجع السابق، ص 183.

كما لا يمنح القاضي للمدين سيء النية أجلا للتنفيذ، في مجال فسخ العقد، لأن الأصل في العقود هو تنفيذها بحسن نية¹⁵⁰³.

على أنه ما يلاحظ على نص المادة 119 من القانون المدني أنها جعلت سلطة القاضي في منح مهلة للمدين لأجل تنفيذ التزامه مطلقة ولم تقيدها بمهلة معينة، مما يجعلنا نتساءل: عما إذا كان بالإمكان منح المدين مهلة قضائية أخرى متى لم يتمكن من تنفيذ التزامه في المهلة القضائية الممنوحة له، وكانت ظروفه التي بررت للقاضي منحه أجلا قضائيا مازالت قائمة؟ نرى في هذه الحالة أنه ما دامت المبررات التي منح على أساس الأجل القضائي قائمة يمكن اللجوء إلى القضاء وطلب تمديد الأجل الممنوح للمدين ما دام أن المشرع لم يحدد مدة المهلة التي يتقيد بها القاضي في منحه للأجل القضائي، ويبقى للقاضي السلطة التقديرية في قبول أو رفض تمديد الأجل القضائي في ذات الظروف التي منح فيها الأجل الأول، مراعيًا في ذلك حالة المدين ومدى سعيه للتنفيذ في ظل المدة الممنوحة له ومدى حسن نيته، ومراعيًا في ذات الوقت الضرر الذي قد يلحق بالدائن .

كما نلاحظ على نص المادة 119 من القانون المدني أنها خولت القاضي سلطة منح المدين أجلا توقيًا للفسخ إلا أنها لم تعلق هذه السلطة بالنظام العام، إذ يجوز الاتفاق على سلب القاضي هذه السلطة، وهذا بخلاف الأجل الذي يمنحه القاضي بمناسبة دعوى التنفيذ المؤسّسة على أحكام المادة 281 من القانون المدني كما سنأتي على تفصيله لاحقًا في أوانه.

ثانياً: مدى سلطة القاضي التقديرية في رفض طلب الفسخ:

تطبيقاً لنص المادة 2/119 من القانون المدني " ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات" فإن سلطة القاضي ليست قاصرة على منح المدين أجلا لتنفيذ التزامه، بل تتجاوز ذلك إلى سلطته في رفض طلب الفسخ.

يجوز للقاضي أن يرفض الحكم بالفسخ ويفضل الإبقاء على العقد إذا كان ما لم يف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته، أي أن تقصير المدين ليس على درجة من الجسامة تستأهل الحكم بالفسخ¹⁵⁰⁴.

ويكتفي القاضي بالحكم بالتعويض للدائن عن الضرر الذي لحق به بسبب عدم تنفيذ جزء من الالتزام أو التنفيذ المعيب له¹⁵⁰⁵، مستندا في الحكم بالتعويض على قواعد المسؤولية العقدية¹⁵⁰⁶.

¹⁵⁰³ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - في الالتزامات- الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 653. بلعير عبد الكريم، المرجع السابق، ص 184.

¹⁵⁰⁴ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 191. خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 170.

¹⁵⁰⁵ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 434.

وللقاضي السلطة التقديرية بصدد تحديد مدى جسامته الإخلال الجزئي بالالتزام، وهل يقتضي الحكم بالفسخ أو الاكتفاء بالتعويض، ويقتضي أن يأخذ القاضي في عين الاعتبار موقف الدائن وعمّا إذا كان قد تعنت في قبول الوفاء من المدين أو عاونه في ذلك، كأن يبدي المتعاقد استعداداً للتنفيذ إلا أن الطرف الآخر استمر في التهرب حتى يتوصل إلى التخلص من العقد بطلب فسخه، ويستقل قاضي الموضوع بهذا التقدير دون رقابة عليه من المحكمة العليا، طالما كان قد سبب حكمه تسبباً كافياً¹⁵⁰⁷.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بمناسبة دعوى التنفيذ:

نص المشرع على سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بموجب نص المادة 210 من القانون المدني " إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي ميعاداً مناسباً لحلول الأجل، مراعيًا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزاماته".

وكذلك نص المادة 281 من القانون المدني " يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

غير أنه يجوز للقضاء نظراً لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا أجلاً ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه مدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها.

وفي حالة الاستعجال يكون منح الأجل من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة.

وفي حالة إيقاف التنفيذ فإن الأجل المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية، بصحة إجراءات التنفيذ تبقى موقوفة إلى انقضاء الأجل الذي منحه القاضي".

الفرع الأول: ضوابط منح القاضي للمدين نظرة الميسرة بمناسبة دعوى التنفيذ:

القاعدة أن الالتزام متى ترتب في ذمة المدين على وجه بات نهائي، فإنه يكون واجب الأداء فوراً¹⁵⁰⁸، ولا يعد الالتزام مستحق الأداء فوراً إذا كان معلقاً على شرط واقف أو مضافاً إلى أجل، وإنما يجب على الدائن انتظار تحقق الشرط أو حلول الأجل للمطالبة بالأداء.

¹⁵⁰⁶ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 411.

¹⁵⁰⁷ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 411.

¹⁵⁰⁸ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 320.

الاستثناء من هذا الأصل أن استحقاق أداء الالتزام لا يمنع من تأجيل تنفيذه بناء على نظرة الميسرة التي قد يمنحها القاضي للمدين، وبذلك فنظرة الميسرة هي أجل قضائي يجوز منحه للمدين إذا توافرت شروط معينة، أو كما تعرف بأنها "مهلة زمنية تمنح للمدين لمواجهة صعوبات لاحقة على إبرام العقد"¹⁵⁰⁹.

ويتضح من خلال نص المادة 210 و نص المادة 2/281 من القانون المدني المذكورتين أعلاه، أن هناك شروط متى توافرت جاز للقاضي أن يمنح المدين نظرة الميسرة وفيما يلي تفصيل لهذه الشروط:

أولاً: أن تكون حالة المدين تستدعي أن يمنحه القاضي نظرة الميسرة:

تكون حالة المدين تستدعي أن يمنحه القاضي أجلاً لتنفيذ التزامه، متى كان في ضيق مؤقت ينتظر زواله¹⁵¹⁰، ويجب أن يكون المدين حسن النية في تأخره في الوفاء بالتزامه¹⁵¹¹، بأن يكون عاثر الحظ لا متعمداً عدم الوفاء ولا مقصراً في ذلك¹⁵¹² وتستشف حالة المدين من ظروفه الاقتصادية، وبعبارة أخرى يشترط في منح نظرة الميسرة أن يكون المدين سيء الحظ malheureux وحسن النية de bonne foi وأن يكون في ظروف استثنائية جداً¹⁵¹³ dans des cas tout exceptionnels.

والنية الحسنة مفترضة لدى كل متعاقد ما لم يثبت من له مصلحة عكس ذلك، ولحسن النية مظهران يتمثل الأول في نزاهة المتعاقد، ويتمثل المظهر الثاني في تعاون كل متعاقد مع الطرف الآخر خلال عملية تنفيذ العقد¹⁵¹⁴، وحسن النية معيار شخصي يرجع فيه القاضي إلى سلوك كل من المتعاقدين ليقرر هل سلك فيه سلوك الرجل العادي.

ولا يجوز أن يكون المدين معسراً وإلا فلا جدوى من منحه هذه النظرة، بل يجب أن يكون لديه من المال ما يكفي للوفاء بالتزامه وليس في مقدوره مؤقتاً أن يبيع هذا المال ليقوم بالوفاء، كأن يكون المال عقاراً أو منقولاً يتعذر بيعه في الحال، فيطلب المدين مهلة حتى

¹⁵⁰⁹ سمير تناعو، الإلتزام القضائي، الحكم القضائي مصدر جديد للالتزام (دراسة فنية لتعديل القاضي للعقد)، المرجع السابق، ص 151.

¹⁵¹⁰ نبيل إبراهيم سعد عوض، النظرية العامة للالتزام-أحكام الالتزام-، المرجع السابق، ص 371.

¹⁵¹¹ دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 83.

¹⁵¹² عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام الأوصاف- الحوالة- الانقضاء، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي 1958، مصر، ص 442.

¹⁵¹³ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني- في الالتزامات- الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 654.

¹⁵¹⁴ طرطاق نورية، سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة، مقال منشور بمجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، الصادرة عن المركز الجامعي لتمنراست، الجزائر، العدد الخامس، جانفي 2014، ص 129.

يتسع له الوقت اللازم لذلك، أو أن يكون للمدين موارد يقتضيها في مواعيد متعاقبة، كأجر عمله أو ريع ملكه، وهي كافية للوفاء لو قسط القاضي عليه الدين¹⁵¹⁵.

ثانياً: أن يراعي القاضي موارد المدين الحالية والمستقبلية مع اشتراط عناية الرجل الحريص في تنفيذ التزامه:

يذهب الفقه في تفسيره لهذا الشرط عموماً إلى أن "العناصر الرئيسية التي يقدر القاضي بمقتضاها حالة المدين ليتعرف هل تستدعي هذه الحالة منح نظرة الميسرة، هي حسن نية المدين، ورغبته في الوفاء بدينه، وأن الضيق الذي أحاط به أمر مؤقت وأن موارده كافية في النهاية للوفاء بدينه، وأنه يتخذ من التدابير ما يبسر له هذا الوفاء، وأنه وفى فعلاً ما أمكنه الوفاء به من الدين، وأن الوفاء بكل الدين يلحق به ضرر جسيماً وأنه قدم للدائن الضمان الكافي للحصول على حقه"¹⁵¹⁶.

ثالثاً: ألا يقوم نص قانوني يمنع من نظرة الميسرة:

إن المشرع هو الحكم في تحقيق العدالة بين الدائن والمدين، وقد يرى أن العدالة يتم تكريسها في الحالات التي يوجد فيها نص صريح يمنع القاضي من منح نظرة الميسرة¹⁵¹⁷، ومن مثل هذه الحالات ما نص عليه المشرع في المادة 120 من القانون المدني "يجوز أن الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي. وهذا الشرط لا يعفي من الإعذار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين."

ومثالها كذلك ما نص عليه المشرع في المادة 392 من القانون المدني "في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا عين أجل لدفع وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخاً وجوباً لصالح البائع ودون سابق إنذار إذا لم يدفع الثمن عند حلول الأجل وهذا ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك" ففي هذه الحالة أيضاً يمنع القاضي من منح المشتري نظرة الميسرة إن تأخر في دفع الثمن عند حلول الميعاد.

وكذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 464 من القانون التجاري¹⁵¹⁸، بعدم جواز منح المدين بورقة تجارية نظرة الميسرة لأن القانون التجاري قانون السرعة والائتمان¹⁵¹⁹.

¹⁵¹⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام الأوصاف- الحوالة- الانقضاء، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 781. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 443.

¹⁵¹⁶ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام الأوصاف- الحوالة- الانقضاء، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 781.

¹⁵¹⁷ طرطاق نورية، المرجع السابق، ص 128.

¹⁵¹⁸ تنص المادة 464 / 2 من القانون التجاري "ولا يجوز منح آجال قانونية كانت أو شرعية إلا في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 426 و438 من هذا القانون".

¹⁵¹⁹ صم بو عافية محمد، المرجع السابق، ص 132.

كما لا يمكن للقاضي في بعض الحالات أن يمنح المدين نظرة الميسرة، كما لو كان هذا الأخير ملتزما بعدم القيام بعمل ولكنه قام به، فلا فائدة من إعطائه هذا الأجل في هذه الحالة لأن الالتزام الذي تعاقد من أجله الدائن أصبح مستحيلا أو لأن المدين كان سيء النية لأن الأصل في تنفيذ العقود هو حسن النية تطبيقا لنص المادة 1/107 من القانون المدني¹⁵²⁰.

رابعاً: أن يكون الأجل الذي يمنحه القاضي في نظرة الميسرة أجلاً معقولاً:

لابد أن يكون الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين أجلاً معقولاً، فلا يجوز منح المدين أجلاً طويلاً يؤدي إلى الإضرار بالدائن، وإنما يجب أن يقاس الأجل بقدر ما هو ضروري لتمكين المدين من الوفاء دون أن يكون في ذلك إلحاق ضرر بالدائن¹⁵²¹.

وقد حدد المشرع الجزائري هذا الأجل بما لا يزيد عن سنة واحدة بموجب نص المادة 281 من القانون المدني، وبذلك يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً واحداً يقدر بسنة أو أجلاً متعاقبة لا أجلاً واحداً، بأن يقسط الدين على أقساط يلاحظ في مواعيدها وفي مقاديرها قدرة المدين على الوفاء¹⁵²² بشرط ألا تتجاوز هذه المواعيد أجل السنة.

خامساً: ألا يصيب الدائن من جراء منح نظرة الميسرة ضرر جسيم:

يشترط الفقه ألا يصيب الدائن من جراء منح نظرة الميسرة ضرر جسيم بالدائن، وفقاً لما ذهب إليه المشرع المصري في نص المادة 346 من القانون المدني¹⁵²³، إلا أن المشرع الجزائري لم يقيد القاضي صراحة بهذا الضابط غير أنه من العدالة مراعاة القاضي لأن يكون منح المدين أجلاً غير ضار بمصلحة الدائن، ونرى أن المشرع الجزائري راعى مصلحة الدائن حينما حدد أجل نظرة الميسرة بمدة أقصاها سنة، وكذلك عندما جعل منح الأجل للمدين أمر جوازي للقاضي خاضع لسلطته التقديرية.

¹⁵²⁰ عبيد نجا، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أي بكر بلقايد تلمسان، 2016، ص 146. طرطاق نورية، المرجع السابق، ص 131.

¹⁵²¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام الأوصاف- الحوالة- الانقضاء، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 783. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 443.

¹⁵²² عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام الأوصاف- الحوالة- الانقضاء، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 783. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 378.

¹⁵²³ تنص المادة 346 من القانون المدني المصري "يجوز للقاضي في حالات استثنائية، إذا لم يمنعه نص القانون أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم" محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 219. طرطاق نورية، المرجع السابق، ص 130. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 443.

فإذا كان في منح المدين أجلا للوفاء بالتزامه ما يصيب الدائن بضرر جسيم، كأن يكون قد عول على استيفاء حقه لكي يوفي ما عليه من ديون في آجالها وإلا عرض للإفلاس، أو كانت نظرة الميسرة تفوت عليه صفقة يعود فواتها عليه بضرر جسيم، ففي هذه الحالة تكون مصلحة الدائن أولى بالرعاية، ولا يمنح المدين أي مهلة للوفاء¹⁵²⁴، فليس من العدل إغاثة المدين عن طريق الإضرار بالدائن¹⁵²⁵.

وبذلك يتعين على القاضي الموازنة بين المصلحة التي ستتحقق من وراء منح الأجل القضائي للمدين وبين الضرر الذي يمكن أن يلحق الدائن من جراء ذلك، فإذا كان الضرر الذي سيلحق الدائن من جراء منح الأجل القضائي جسيما امتنع القاضي عن منحه دفعا للضرر الأشد بالضرر الأخف¹⁵²⁶.

تجدر الإشارة إلى أن الأجل الممنوح في دعوى التنفيذ لا يحول دون إعطاء أجل إزاء دعوى الفسخ، إذا غير الدائن دعواه من دعوى التنفيذ إلى دعوى الفسخ¹⁵²⁷.

سادسا: أن يطلب المدين من القاضي منحه نظرة الميسرة:

يجوز للمدين طلب نظرة الميسرة سواء أثناء نظر الدعوى التي يرفعها الدائن للمطالبة بحقه، أو أثناء مباشرة الدائن لإجراءات التنفيذ، حيث يجوز للمدين أن يطلب وقف التنفيذ طالبا من القاضي منحه أجلا للوفاء بالتزامه¹⁵²⁸.

حيث يستخلص من نص المادة 281 من القانون المدني أنه يمكن للمدين طلب نظرة الميسرة من قاضي الموضوع، كما نصت المادة المذكورة صراحة على حق المدين في طلب نظرة الميسرة من قاضي الاستعجال.

أ. سلطة قاضي الموضوع في منح نظرة الميسرة:

يختص قاضي الموضوع بمنح المدين نظرة الميسرة بما له من سلطة تقديرية، ويكون ذلك حينما يفصل القاضي في الدعوى التي يرفعها الدائن طالبا من القاضي الحكم على المدين بتنفيذ الالتزام الواقع على عاتقه، فيقرر القاضي منح هذا المدين نظرة الميسرة مراعاة لمركزه وظروفه الاقتصادية وتكون بناء على طلب هذا الأخير، اعتبارا لأن القاضي المدني لا يحكم بما لم يطلب منه ولا بأكثر مما طلب.

ب. سلطة قاضي الاستعجال في منح نظرة الميسرة:

¹⁵²⁴ نبيل ابراهيم سعد عوض، النظرية العامة للالتزام-أحكام الالتزام-، المرجع السابق، ص 371.
¹⁵²⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام الأوصاف- الحوالة- الانقضاء، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 782.
¹⁵²⁶ محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 377. صم بوعافية محمد، المرجع السابق، ص 132. عبد الحميد بن شنيته، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 102.
¹⁵²⁷ طرطاق نورية، المرجع السابق، ص 132.
¹⁵²⁸ رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 443.

يكون قاضي الاستعجال استثناءا مختصا بمنح نظرة الميسرة تطبيقا لنص المادة 3/281 من القانون المدني.

وقد تبنى المشرع الجزائري نظرة الميسرة ضمن أحكام قانون المدنية والإدارية حيث جعل من اختصاص قاضي الاستعجال منح نظرة الميسرة وذلك طبقا لنص المادة 300 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "يكون قاضي الاستعجال مختصا أيضا في المواد التي ينص القانون صراحة على أنها من اختصاصه، وفي حالة الفصل في الموضوع يحوز الأمر الصادر فيه حجية الشيء المقضي فيه"، كما نص في المادة 744 من نفس القانون على أنه "يجوز للمدين المحجوز عليه أو الحائز أو الكفيل العيني، أن يطلب بطريق الاستعجال، تأجيل إجراءات بيع العقار و/أو الحق العيني العقاري، إذا أثبت أن الإيرادات السنوية لهذا العقار و/أو الحق العيني العقاري لسنة واحدة كافية للوفاء بديون جميع الدائنين.

يحدد الأمر الفاصل بتأجيل البيع، الأجل الذي يستأنف فيه إجراءات البيع إذا لم يتم الوفاء، مراعيًا في ذلك المهلة اللازمة للمدين المحجوز عليه للوفاء، على أن لا تتجاوز سنة واحدة (1) وبناء على ذلك متى توافرت حالة الاستعجال من مثل تحديد جلسة بيع أموال المدين في المزايد العلني، يكون قاضي الاستعجال مختصا بمنح المدين نظرة الميسرة.

فإذا ما توافرت هذه الشروط جاز لقاضي الموضوع أو لقاضي الاستعجال أن يمنح المدين نظرة الميسرة، فالأمر في النهاية يرجع إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، فهو الذي ينظر حتى بعد توافر هذه الشروط، إن كان ثمة ما يستدعي منح المدين نظرة الميسرة، ولا رقابة على هذا التقدير من المحكمة العليا¹⁵²⁹.

الفرع الثاني: أساس منح القاضي للمدين نظرة الميسرة بمناسبة دعوى التنفيذ:

تعتبر سلطة القاضي في منح الأجل القضائي إخلالا بالقوة الملزمة للعقد¹⁵³⁰، الأمر الذي يتطلب أن تقوم هذه السلطة على أساس قوي يسمح بخرق هذه القاعدة ويكون بقوة إلزامية العقد، وبناء ذلك تقوم سلطة القاضي في منح الأجل القضائي على اعتبارات العدالة فيكون المقصود به التخفيف من قسوة قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، نظرا لما يحيط بالمدين من ظروف قاسية تقتضي التخفيف عليه، وبذلك كان هذا الأجل استثناء من هذه القاعدة¹⁵³¹، كما أن الأجل الممنوح بمناسبة دعوى التنفيذ قائم على مراعاة مصلحة الطرفين أساسا وعلى الرغبة المشتركة لكل منهما في الإبقاء على العقد، فمنح الأجل هنا قائم على مراعاة مصالح الطرفين وحرصهما معا على استمرار العقد، واستمرار المعاملات من

¹⁵²⁹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام الأوصاف- الحوالة- الانقضاء، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 783. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص 378.

¹⁵³⁰ سمير تنناغو، الإلتزام القضائي، الحكم القضائي مصدر جديد للالتزام (دراسة فنية لتعديل القاضي للعقد)، المرجع السابق، ص 151.

¹⁵³¹ بلعير عبد الكريم، المرجع السابق، ص 180. عبد الحميد بن شنيقي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 105-106. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص 382. طرطاق نورية، المرجع السابق، ص 128.

المقاصد الأساسية للمشرع¹⁵³²، وعلى ذلك فقد وضع له القانون عدة شروط بموجبها يستطيع القاضي أن يمنح المدين أجلا متى توافرت شروط منح هذا الأجل المذكورة أعلاه.

الفرع الثالث: الآثار المترتبة على منح نظرة الميسرة:

يترتب على منح القاضي للمدين نظرة الميسرة جملة من الآثار نفصل فيها فيما يلي:

أولاً: وقف إجراءات التنفيذ:

بمجرد منح المدين نظرة الميسرة يتوقف التنفيذ قبل البدء فيه حتى ينقضي الأجل الذي منحه القاضي للمدين، وإذا كان الدائن قد بدأ في التنفيذ، ثم منح المدين نظرة الميسرة، وجب وقف إجراءات التنفيذ، أما إذا استمر الدائن فيها، كان ما باشره منها بعد منح المدين نظرة الميسرة باطلاً، ولكن ما تم من إجراءات التنفيذ قبل منح نظرة الميسرة يبقى قائماً حافظاً لآثاره، فإذا ما انقضى الأجل الذي منحه القاضي للمدين، ولم يوفي المدين بدينه، فإن الدائن يواصل إجراءات التنفيذ من حيث تركها موقوفة، ولا يحتاج إلى إعادة هذه الإجراءات من جديد وهذا تطبيقاً لما ورد في نص المادة 4/281 من القانون المدني "وفي حالة إيقاف التنفيذ فإن الآجال المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية، بصحة إجراءات التنفيذ تبقى موقوفة إلى انقضاء الأجل الذي منحه القاضي".

ثانياً: جواز القيام بالإجراءات التحفظية:

يجوز للدائن القيام بالإجراءات التحفظية، كقطع التقادم وقيد الرهن وتجديد قيده ونحو ذلك، وما اتخذ من إجراءات تحفظية كإعذار المدين ببقى حافظاً لآثاره¹⁵³³، كما يكون بإمكان المدين رفع الدعوى الغير مباشرة طبقاً لنص المادة 189 من القانون المدني ودعوى عدم نفاذ التصرف طبقاً لنص المادة 191 من نفس القانون كما له الحق في الحبس تطبيقاً لنص المادة 200 من القانون المدني.

ثالثاً: بقاء الدين مستحق الأداء:

لا يترتب على منح نظرة الميسرة تأخير استحقاق الدين، فالدين يظل مستحق الأداء، ويترتب على ذلك:

- أن نظرة الميسرة لا تمنع من وقوع المقاصة بين الدين الذي منحت عنه نظرة الميسرة وبين دين في ذمة الدائن للمدين يحل ويصبح مستحق الأداء بعد منحها تطبيقاً لنص المادة 297 من القانون المدني "للدائن حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له تجاهه ولو اختلف سبب الدينين إذا كان موضوع كل منهما نقوداً أو مثليات متحدة النوع والجودة وكان كل منهما ثابتاً وخالياً من النزاع ومستحق الأداء صالحاً للمطالبة به قضاء.

¹⁵³² محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 383. عبيد ناجة، المرجع السابق، ص 146.

¹⁵³³ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام الأوصاف- الحوالة- الانقضاء، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 785.

ولا يمنع المقاصة تأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضي أو تبرع بها الدائن".

-يستطيع المدين أن يقوم بالوفاء قبل التاريخ المحدد في نظرة الميسرة، ذلك أن الأجل القضائي مشروع دائما لمصلحة المدين¹⁵³⁴.

رابعاً: نسبية أثر نظرة الميسرة:

لنظرة الميسرة أثر نسبي، فهو مقصور على المدين الذي منح الأجل دون غيره من المدينين ولو كانوا متضامنين معه، مادام هؤلاء لم يمنحوا نظرة الميسرة مثله، وهذا خلافاً للقاعدة التي تقضي بأن ما يفيد به أحد المدينين المتضامنين يفيد الباقي، ذلك لأن نظرة الميسرة تمنح لظروف المدين الشخصية، فلا يتعدى أثرها إلى غيره من المدينين ممن ليست لهم هذه الظروف، غير أن كفيل المدين إذا منح المدين نظرة الميسرة، ينتفع بذلك، وإلا لجاز للدائن أن يرجع على الكفيل ليتقاضى منه الدين، ولرجع الكفيل على المدين بما وفاه للدائن، وبذلك لا تكون هناك فائدة من منح المدين نظرة الميسرة¹⁵³⁵.

وأثر نظرة الميسرة مقصور كذلك على الدائن الذي حكم في مواجهته بها، فلا يتعدى إلى الدائنين الآخرين ولو كانوا متضامنين مع الدائن الأول، لأن الحكم على أحد الدائنين المتضامنين لا يضر بالباقي، والواجب على المدين أن يدخل كل الدائنين المتضامنين في الدعوى ليحصل على حكم يقضي في مواجهتهم جميعاً بنظرة الميسرة¹⁵³⁶.

الفرع الرابع: انقضاء الأجل في نظرة الميسرة:

ينقضي الأجل الممنوح للمدين في نظرة الميسرة إما انقضاء عادياً أو عن طريق السقوط:

أولاً: الانقضاء العادي:

ينقضي الأجل في الممنوح في نظرة الميسرة بشكل عادي إما بتنفيذ الالتزام اختياريًا قبل حلول الأجل الممنوح للمدين، أو بحلول الأجل دون تنفيذ المدين للالتزام.

ثانياً: سقوط الأجل في نظرة الميسرة:

الأجل في نظرة الميسرة يسقط بما يسقط به الأجل الاتفاقية طبقاً لنص المادة 211 من القانون المدني "يسقط حق المدين في الأجل:

-إذا شهر إفلاسه وفقاً لنصوص القانون،

¹⁵³⁴ طرطاق نورية، المرجع السابق، ص 134.

¹⁵³⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام الأوصاف- الحوالة- الانقضاء، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 786.

¹⁵³⁶ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام الأوصاف- الحوالة- الانقضاء، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 786.

-إذا أنقص بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطي بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، هذا ما لم يفضل الدائن أن يطالب بتكملة التأمين، أما إذا كان إنقاص التأمين يرجع إلى سبب لا دخل للمدين فيه فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا،

-إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من تأمينات".

ويضاف إلى هذا أن الأجل في نظرة الميسرة يسقط بسبب جديد، هو توافر شروط المقاصة ما بين الدين الذي منحت فيه نظرة الميسرة ودين ينشأ في ذمة الدائن للمدين، ذلك أن المدين الذي حصل من القاضي على نظرة الميسرة، إنما حصل على هذا الأجل لأنه لم يكن في إمكانه وفاء الدين في الحال، فنظره القاضي إلى ميسرة، ثم جدّ بعد ذلك أن حل دين في ذمة الدائن للمدين من جنس الدين الأول، سواء نشأ هذا الدين قبل منح المدين نظرة الميسرة أو نشأ بعد ذلك، ففي هذه الحالة يستطيع المدين أن يوفي الدين الذي عليه بالدين الذي له، فلا مبرر إذن لانتظار انقضاء الأجل الذي منحه القاضي للمدين في نظرة الميسرة مادام المدين قد أصبح قادرا على الوفاء بدينه¹⁵³⁷، ومن ذلك يكون توافر شروط المقاصة طبقا لنص المادة 297 من القانون المدني مسقطا للأجل في نظرة الميسرة.

الخاتمة:

جوهر العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، فبمجرد تمام إبرامه صحيحا، يصبح العقد قانون المتعاقدين إذ ارتضى كل منهما بما تم الاتفاق عليه، والتزما بالنتيجة لذلك بتنفيذه ومستلزماته بما يتفق و مبدأ حسن النية الواجب توافره في جميع العقود، وهذا ما يعرف بمبدأ القوة الملزمة للعقد « La force obligatoire du contrat ».

وقد عبر المشرع الجزائري عن مبدأ القوة الملزمة للعقد بنصه في المادة 106 من القانون المدني على أن: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون".

وينصرف العقد بما رتبته من حقوق والتزامات، سواء تلك التي تضمنها أو تلك التي تعتبر من مستلزماته، إلى المتعاقدين ويمتد إلى الخلف العام والخاص في حدود معينة.

بينما لا تنصرف آثار العقد إلى الغير لأنه من المقرر قانونا أن لا يجوز إلزام الغير بعقد لم يكن طرفا فيه تطبيقا لمبدأ نسبية أثر العقد، غير أن هذه القاعدة تتضمن استثناء يتمثل في أنه يجوز للغير أن يكتسب حقا من عقد كان أجنيا عنه، هذا في حالة الاشتراط لمصلحة الغير.

ويترتب على التسليم بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" التزام المتعاقدين بتنفيذ جميع آثاره ويتعين أن يتم التنفيذ بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية تطبيقا لنص المادة 1/107

¹⁵³⁷ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام الأوصاف- الحوالة- الانقضاء، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 787.

من نفس القانون أنه "يجب تنفيذ العقد وفقا لما اشتمل عليه وبحسن نية" وذلك بتوخي واجب الأمانة والثقة بين المتعاقدين والتعاون في التنفيذ، والامتناع عن الغش.

ويترتب على ذات القاعدة أيضا، أن دور القاضي يقتصر على تطبيق ما اتجهت إليه المتعاقدين، ولا يجوز له أن يعيد النظر في العقد، وهذا بحسب الأصل.

غير أنه وإن كانت النصوص التشريعية وجميع المبادئ القانونية والأحكام الشرعية والأعراف السارية بين الناس ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة تدعو وتأمّر المتعاقدين بالالتزام بحسن النية عند إبرام وتنفيذ العقد، غير أن الواقع يثبت أن الأطراف المتعاقدة عندما تتجه إرادتهم إلى إبرام العقد فإن كل منهم يهدف إلى الحصول على مزايا وفوائد من هذا العقد، ويظل هذا الهدف دائما وأبدا هو المسيطر على ذهن الأطراف المتعاقدة منذ بداية تكوين العقد وإلى غاية تمام تنفيذه، وهو الأمر الذي قد يتسبب في اختلال التوازن العقدي.

وباختلال التوازن العقدي سواء عند تكوين العقد أو تنفيذه يتحول العقد من أداة تبادل الأموال و الخدمات لا غنى عنها، إلى أداة ظلم وضيق لأحد المتعاقدين.

وعلى اعتبار أن العقد لم يلحقه سبب من أسباب البطلان فإنه يتعين الإبقاء عليه بدلا من إلغائه، غير أنه مادامت وظيفة القانون الأساسية هي رفع الظلم وتحقيق العدالة، اتجهت التشريعات الحديثة وسائرها المشرع الجزائري إلى تقرير سلطة القاضي في تعديل العقد، و ذلك بمنح القاضي سلطة إعادة التوازن المختل في العقد، فبعد أن قررت المادة 106 من القانون المدني أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أشارت بعد ذلك إلى أسباب تجيز للقاضي استثناء نقض العقد وتعديله، وهو في ذلك غير مقيد سوى بالنصوص القانونية التي تمنحه هذه السلطة الاستثنائية.

وبذلك لم تعد قاعدة العقد شريعة المتعاقدين هي القاعدة الملزمة على إطلاقها ولم يعد دور القاضي سلبيا في مجال المعاملات، بل أصبح متى أذن له المشرع بتعديل العقد يقوم بدور إيجابي فعال، ولا تقتصر هذه السلطة على مرحلة تكوين العقد، بل تمتد إلى ما بعد ذلك أثناء تنفيذه، وإن كانت هذه السلطة تنتهك مبدأي الحرية التعاقدية والأمن التعاقدية وتهدد استقرار المعاملات إلا أنها ترسخ مبدأي التوازن العقدي والعدالة العقدية.

وقد تتسع وتضيق سلطة القاضي التقديرية عند تعديل العقد، ويقع عليه أن يجتهد في حدود سلطاته ووفق ضوابط ومبادئ قانونية معينة ووسائل فنية محددة، فسلطته لها أهداف واضحة ومحددة هي تحقيق التوازن العقدي والعدالة العقدية يتعين عليه أن يسعى إلى تحقيقها.

وعلى ذلك منح المشرع للقاضي سلطة مراقبة تكوين العقد، بتمكينه من التدخل لتعديل العقد في حالة الغبن وحدد المشرع للقاضي بموجب نصوص المواد 358، 413، 426، 454، 581 و 732 من القانون المدني، والمادة 66 من الأمر المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة ونص المادة 344 من القانون البحري حالات يتدخل فيها لرفع الغبن عن العقد على سبيل الحصر، وقد وفق المشرع عندما وضع حدا للغبن في العقود التي لها أهمية خاصة، ولم يجعله في جميع العقود، لضمان استقرار المعاملات والتي من شأنها تعزيز مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، لأن استقرار العقد أولى من التوازن العقدي ومن هنا يمكننا القول أن المشرع أخذ بمبدأ استقرار العقد أصلا وخرج عنه استثناء في حالات محددة حماية للتوازن العقدي.

ومن الأسباب التي قرر فيها المشرع للقاضي سلطة تعديل العقد، الحالة التي يتبين له أن العقد اختل التوازن فيه بين التزامات أحد المتعاقدين والتزامات الطرف الآخر وكان هذا الاختلال ناتجا عن استغلال أحد الطرفين حالة الضعف التي وجد فيها المتعاقد الآخر أثناء إبرام العقد ونص على ذلك في المادة 90 من القانون المدني.

من جهة أخرى تتسم عقود الإذعان بالدقة والتعقيد والسرعة في الإبرام، إذ تحمل في كفتيها متعاقدين أحدهما قوي فعليا أو قانونيا يفرض شروط العقد على متعاقد آخر ضعيف ليس له إلا الانصياع لها لتلبية حاجاته، الأمر الذي قد يؤدي إلى تضمين المتعاقد القوي لشروط أو شروط تعسفية لا تتفق ومقتضيات العدالة العقدية، وإن كان المشرع بموجب المادة 70 من القانون المدني أقر بجواز التعاقد على هذه الصورة تلبية للحاجيات الاقتصادية والاجتماعية الملحة، غير أنه في المقابل لذلك قرر مبادئ قانونية تحمي الطرف الضعيف، حيث منح القاضي سلطة التدخل في هذه العقود في حال تضمنت شروط تعسفية وذلك بموجب نصوص المواد 110 و 112 من القانون المدني وأحكام القانون المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية سواء بتعديها أو بإعفاء الطرف المدعى منها مهتديا في ذلك لما تقتضي به مبادئ العدالة.

ولم يكتف المشرع بمنح القاضي سلطة تعديل العقد أثناء تكوينه، بل قرر هذه السلطة للقاضي في مرحلة تنفيذ العقد، ذلك أنه قد ينشأ العقد متوازنا في نظر طرفيه، غير أنه قد تجد ظروف لم يكن يمكن توقعها تؤدي إلى اختلال هذا التوازن وتجعل بذلك من تنفيذ العقد مرهقا يهدد المدين بخسارة فادحة.

ويترتب على ذلك أنه وفي مرحلة تنفيذ العقد، أعطى المشرع للقاضي بموجب نص المادة 2/107 من القانون المدني استنادا لنظرية الظروف الطارئة أن يعدل العقد برفع الإرهاق عن عاتق المدين وذلك بتوزيع الخسارة الغير مألوفة بين المتعاقدين بعد الموازنة بين مصلحتيهما ومراعاة الظروف المحيطة بالعقد، وذلك تحقيقا للعدالة التي تقتضي بمراعاة الظروف وبتعديل التزامات المدين بما يتناسب مع هذا التغيير.

كما منحه سلطة تعديل التعويض الاتفاقي، وذلك بالإنقاص من قيمته متى تبين له أثناء تنفيذ العقد أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام قد نفذ في جزء منه، أو بالزيادة في قيمة هذا التعويض إذا تبين له أن الضرر الواقع قد جاوز قيمة التعويض المحدد في الاتفاق متى أثبت

الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما، كما له عدم الحكم بالتعويض الاتفاقي إذا أثبت المدين عدم وقوع الضرر، وذلك بموجب نصوص المواد 183 و 184 و 185 من القانون المدني.

إلى جانب ذلك، أجاز المشرع للقاضي أن يمنح المدين أجلا لتنفيذ التزامه العقدي متى اقتضت الظروف ذلك، وذلك في مواجهة الدائن الذي يطلب الفسخ تطبيقا لنص المادة 119 من القانون المدني أو حين يطلب هذا الأخير تنفيذ العقد فيمنح القاضي للمدين نظرة الميسرة متى اقتضت ظروفه ذلك طبقا لنص المواد 210 و 281 من نفس القانون.

وبعد الانتهاء من هذه الدراسة توصلنا إلى أن المشرع لم يبيح للقاضي سلطة التدخل لتعديل العقد إلا في الحالات التي يبدو فيها أن العقد أصبح مخالفا للعدل مخالفة صريحة تقتضي التدخل وتبرره في ذات الوقت، وبذلك للعدالة تأثير في تدخل القاضي لتعديل العقد، بل لطالما اتخذها المشرع كمبرر لتدخل القاضي وأساسا يستند إليه عند التعديل، إذ أن توازن المصالح وتعادلها في العقود يقتضي الرجوع إلى مبادئها للإبقاء على كفتي الميزان التعاقدية في حالة التعادل و المساواة، خاصة لما تمتاز به من مرونة في إعادة التناسب في الالتزامات.

كما توصلنا إلى أن الحماية التي منحها المشرع للطرف الضعيف في العقد اتسمت بالفعالية خاصة لما علق جل أحكامها بالنظام العام وجعل كل اتفاق على سلب القاضي سلطته في تعديل العقد باطلا وعديم الأثر، باستثناء سلطة القاضي في منح الأجل بمناسبة دعوى الفسخ، على أننا لا نعييب عليه مسلكه الأخير مادام أجاز للمتعاقدين إمكانية الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا بقوة القانون عند التعاقد طبقا لنص المادة 120 من القانون المدني.

غير أننا نقترح أنه إلى جانب هذه الحماية التي منحها المشرع للطرف الضعيف وتعزيزا لها ضرورة إعادة النظر في المواد القانونية المنظمة لسلطة القاضي في تعديل العقد فأما فيما يتعلق بأحكام تعديل العقد بسبب حالة الغبن نرى أنه يتعين على المشرع وضمانا منه لاستقرار المعاملات التدخل بإدراج آجال الطعن بسبب الغبن تحت طائلة سقوط الحق في رفع الدعوى بالتقادم وذلك في عقد الشركة والوكالة وعقد القرض، كما نقترح في ذات السياق أن يوحد آجال الطعن بالغبن بين مختلف حالاته أو على الأقل عليه أن يقارب بينها في المدة.

كما نرى ضرورة إدراج نص خاص يسمح بالطعن بسبب الغبن في عقد المقايضة الذي يكون محله عقارا للفصل في الجدل الفقهي القائم بين من يجيز الطعن في هذا العقد عن طريق الغبن وبين من يمنع ذلك.

لم يفرق المشرع في الطعن في عقد القسمة بسبب الغبن بين العقار والمنقول، وهو ما يدفعنا إلى القول بضرورة إعادة صياغة نص المادة 732 من القانون المدني المتعلقة بالطعن في القسمة بسبب الغبن وتوضيح أن كان يقتصر حق الطعن بالغبن على قسمة العقار دون قسمة المنقول أو بجواز الطعن بسبب الغبن في قسمة العقار والمنقول وعلى العموم نحن

نرى أن يقصر حق الطعن على قسمة العقار تماشياً مع ما قرره بالنسبة لعقد البيع إذ خص بيع العقار دون المنقول بجواز الطعن فيه بالغبن.

وسعيًا من المشرع لتحقيق التناسق بين مختلف النصوص القانونية فإننا نرى أنه لا بد عليه أن يتدخل لتعديل نص المادة 66 من الأمر رقم 05/03 المؤرخ في 19 يونيو 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة وذلك من ناحيتين فأما الأولى تتعلق بضرورة خفض مدة تقادم دعوى الغبن إلى حد يجعلها تتماشى وما قرره في شأن الطعن بالغبن في البيع العقاري مثلاً خاصة وأن الغبن عيب في ذات العقد لا يمس الإرادة وأما الثانية تتعلق بالاختلاف في بداية احتساب التقادم بين المؤلف وورثته إذ تبدأ من تاريخ إبرام العقد بالنسبة للمؤلف، وقد قرر المشرع نفس مدة الطعن بالنسبة للورثة بينما يبدأ احتسابها من يوم وفاة المورث لا من يوم إبرام العقد، وعلى ذلك ندعو إلى جعل آجال سريان التقادم يبدأ بالنسبة للمؤلف ولورثته من يوم إبرام العقد.

وأما فيما يتعلق بحالة الاستغلال، نرى أنه على المشرع إعادة صياغة نص المادة 90 من القانون المدني وذلك بالنص صراحة على جواز الطعن في عقود التبرعات بالاستغلال، وهذا للفصل في الجدل الفقهي بين من قال بإجازة المشرع الطعن في عقود التبرع بسبب الاستغلال وبين رافض لذلك.

أيضاً نلاحظ أن نص المادة 90 من القانون المدني لا يوفر حماية كافية للمتعاقد المستغل سواء من ناحية حالة الضعف في حد ذاتها، إذ ضيق حالات الطعن في العقد بسبب الاستغلال وقصرها على حالتي الطيش البين والهوى الجامح، علماً أن حالتي عدم الخبرة و استغلال الحاجة الماسة للتعاقد ضعفاً يقع فيه المتعاقد المستغل لم يجعله المشرع من حالات الضعف النفسي التي تنبأها كعنصر نفسي للاستغلال على الرغم من أن الواقع العملي أصبح يعج بمعاملات تعاقدية معقدة تستدعي الخبرة لدى المتعاقد الذي يقدم عليها حتى لا يغبن فيها، كما يثبت كذلك أن العديد من المعاملات العقدية التي تختفي فيها العدالة العقدية تبرم باستغلال أحد المتعاقدين لحالة ضيق يكون فيها المتعاقد الآخر، على الرغم من أن التعامل بين الناس يقوم على أسس أخلاقية تضمن الاستقامة وعدم استغلال القوي للضعيف، لذلك نأمل من المشرع أن يضيف هذه الحالات مستقبلاً إلى نص المادة 90 من القانون المدني.

وسواء من ناحية مدة رفع الدعوى، ذلك أن مدة السنة التي قررها المشرع لرفع دعوى الاستغلال تحت طائلة السقوط غير كافية إذ يعد هذا التحديد غير منطقي يجعل أحكام المادة 90 من القانون المدني صعبة التطبيق لأنه يضعف في كثير من الأحيان الحماية التي أراد القانون تأمينها للمتعاقد الذي وقع ضحية الاستغلال فكثيراً ما تبقى نقاط الضعف بعد انقضاء السنة من تاريخ إبرام العقد قائمة، خاصة إذا تعلق الأمر بعقد أبرم تحت تأثير الطيش البين وهو حالة نفسية راسخة في الإنسان، والتي لا تزول في ظرف سنة واحدة، كما أن الهوى الجامح فعلاً قد يكون لفترة مؤقتة غير أنها في غالب الأحوال تستمر لسنوات حتى يتقطن الشخص لحالته، كما أن صعوبة إثبات العنصر النفسي تفرض أن يمنح المتعاقد أكثر من سنة لرفع الدعوى، وعلى ذلك نرى ضرورة إعادة النظر في أحكام هذه المادة وذلك بجعلها تتلاءم ومدة تقادم في باقي العيوب الإرادة الأخرى خاصة وأن حالة الاستغلال لا

تختلف عن هذه الأخيرة، فأساس الطعن بسبب الاستغلال في العقد هو عيب في الرضا، فالمنطق يقضى في مثل هذه الحالة بأن تجعل المدة هي نفس المدة التي ينظمها القانون في حالة عيوب الرضاء الأخرى، أو على الأقل يجعلها من يوم زوال العيب لا من يوم الإبرام إذ لا بد أن يعطى المتعاقد المغبون حقه في الوقت الذي يكون فيه قادرا على ممارسته.

أما فيما تعلق بدور القاضي في تعديل العقد لوجود الشروط التعسفية فإننا نلاحظ كذلك أن المشرع على الرغم من تحديده الشروط التعسفية بموجب المادة 29 من القانون رقم 02/04 مؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية والمادة 05 من المرسوم التنفيذي 306/06 المعدلة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 44/08 المؤرخ في 2008/02/03 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، غير أنه لم يضمنها سوى جزاء جزائي الأمر الذي نقترح معه إما إضافة جزاء مدني إلى نص هذه المواد أو بإضافة ما يفيد الإحالة على تطبيق الأحكام العامة المتعلقة بالشرط التعسفي في عقد الإذعان المنصوص عليها في المادة 110 من القانون المدني.

كما نرى أن سلطة القاضي في تعديل العقد للظروف الطارئة تقف عند حدود رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول عن طريق إنقاصه دون المساس بطبيعة الالتزام ذاته من حيث الكيف، ودون المساس بالالتزام المقابل عن طريق الزيادة فيه إذ ليس للقاضي إلزام الدائن بالالتزام لم يلتزم به بإرادته، إلا عند تطبيقه المادة 561 من القانون المدني في شأن عقود المقاول، ولأجل ذلك ندعو إلى إعادة صياغة نص المادة 3/107 من القانون المدني وذلك بتوضيح كيف يتم رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول للفصل في مدى جواز تعديل الالتزام من حيث الكيف وكذلك مدى جواز تعديل الالتزام المقابل.

ونلاحظ أن المشرع قصر سلطة زيادة التعويض الاتفاقي على حالة غش المدين وخطئه الجسيم، أما في الفرض الذي يرتكب فيه المدين خطأ يسيرا غير أنه نجم عن هذا الأخير ضرر فادح، فلا يمكن للقاضي الزيادة في هذا التعويض الاتفاقي ليتناسب مع الضرر، نظرا لأن سلطته في التعديل لإعادة التوازن للعقد استثنائية ليس له أن يمارسها إلا بوجود نص خاص، الأمر الذي يتحقق معه انعدام التوازن العقدي، وعلى ذلك حبذا لو أن المشرع يعيد النظر في نص المادة 185 من القانون المدني بتضمينها إمكانية الزيادة في التعويض الاتفاقي في حالة ارتكاب الخطأ اليسير من المدين والذي يترتب عنه الضرر الفادح للدائن.

وندعو المشرع أخيرا إلى استبدال عبارة "جاز للقاضي" بعبارة "تعين على القاضي" الواردة في نصوص المواد 90، 3/107، 110 و 184 من القانون المدني لأن الوضع الحالي يفسر على أن سلطة القاضي في تعديل العقد جوازية يمارسها إن شاء وإن شاء يعرض عنها في حين أن سلطة القاضي في تعديل العقد وجوبية يتعين عليه أن يمارسها متى توصل وفقا لسلطته التقديرية أن هناك اختلال في توازن العقد وإلا عرض حكمه للنقض للتناقض بين الأسباب والمنطوق.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية:

أ. المراجع العامة:

1. أحمد السعيد الزقرد، الوجيز في نظرية الالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المكتبة العصرية، المنصورة، مصر، 2005.
2. أنطوان قسيس، ملحق لامالي، القانون المدني لطلاب الصف الثالث، عقد البيع، كلية الحقوق، جامعة حلب، 1964-1965.
3. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، -مصادر الالتزام-، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005.
4. بربارة عبد الرحمن، طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية والجزائية، الطبعة الأولى، منشورات بغداد، الجزائر، 2009.
5. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
6. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، الميراث والوصية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
7. بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2008.
8. بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الثاني، كليك للنشر، الجزائر، 2012.
9. بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، كليك للنشر، الجزائر، 2012.
10. بيار إميل طوبيا، الغش والخداع في القانون الخاص (الإطار العقدي والتقصيري) دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2014.
11. توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، 2006.
12. حسني محمود عبد الدايم، مرض الموت وأثره على عقد البيع، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007.
13. حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ وفقاً للقانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة، الجزائر، 2012.
14. حمزة مسعود نصر الدين، حماية الملكية الفكرية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، مصر، 2013.

15. خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2010.
16. دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم، الجزائر، 2004.
17. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1998.
18. رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2000.
19. سعيد سعد عبد السلام، مصادر الالتزام المدني، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، مصر، 2003.
20. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - في الالتزامات- الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، إيريني للطباعة مطبعة السلام، توزيع دار الكتاب الحديث، الطبعة الرابعة، مصر، 1987.
21. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - في الالتزامات- الجزء الرابع، أحكام الالتزام، إيريني للطباعة مطبعة السلام، توزيع دار الكتاب الحديث، الطبعة الثانية، مصر، 1992.
22. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2009.
23. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2009.
24. سي يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد البيع، دراسة مقارنة ومدعمة باجتهادات قضائية وفقهية، دار هومة، الجزائر، 2012.
25. عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، في التأمينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1970.
26. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
27. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام الأوصاف- الحوالة- الانقضاء، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي، مصر، 1958.
28. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، الجزء التاسع، دار النهضة العربية، مصر، 1968.
29. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1967.
30. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1952.

31. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، العقود الواردة على العمل، المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة، الجزء السابع، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1964.
32. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، لبنان، (بدون سنة نشر).
33. عبد المعين لطفي جمعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الكتاب الثاني، دار عالم الكتاب، مصر، 1979.
34. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
35. علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
36. علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر، الجزائر، 2010.
37. عمر حمدي باشا، ليلي زروقي، المنازعات العقارية، طبعة جديدة 2015، دار هومة، الجزائر، 2015.
38. فايز السيد للمساوي، أشرف فايز للمساوي، الصيغ النموذجية في العقود، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، مصر، 2009.
39. الفصايلي الطيب، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، نشر البديع المغرب، بدون سنة نشر.
40. فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد القانون 09/08 ، منشورات أمين، الجزائر، 2009.
41. لحسين بن شيخ آث ملويا، عقد الوكالة، دراسة فقهية، قانونية وقضائية مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2013.
42. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، بيروت، بدون سنة نشر.
43. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع S N E D، الجزائر، بدون سنة نشر.
44. محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر، 2006.
45. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية، بدون بلد نشر، 2000.
46. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر، 2009.
47. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، دار الهدى، الجزائر، 2010.

48. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2008.
49. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، المطبعة الجديدة، دمشق سوريا، 1978.
50. مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999.
51. نبيل ابراهيم سعد عوض، النظرية العامة للالتزام-أحكام الالتزام-، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005.
52. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.
53. نسرین بلهوارى، حماية حقوق الملكية الفكرية في القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، بدون سنة نشر.

ب. المراجع الخاصة:

1. إبراهيم سيد أحمد، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي-دراسة مقارنة فقها وقضاء، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، مصر 2003.
2. أحمد ابراهيم حسن، الأصول التاريخية لنظرية الغبن الفاحش، دار المطبوعات الجامعية، مصر ، 1999.
3. أنس محمد عبد الغفار، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2013.
4. أنور طلبة، انحلال العقود، المكتب الجامعي الحديث، مصر، بدون سنة الطبع.
5. بلعير عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
6. بودالي محمد، الشروط التعسفية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة، الجزائر، 2007.
7. بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود(دراسة مقارنة)، دار الفجر للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2007.
8. توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، 1957.
9. توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، -نظرية العقد- ، الدار الجامعية، مصر، 1993.
10. جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، لبنان، 2008.
11. حلو عبد الرحمن أبو حلو، نظرية الاستغلال في الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، دار الحداثة للطباعة والنشر، لبنان، 1987.

12. حميد بن شنيطي، نظرية الالتزامات-نظرية العقد-، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة حسناوي موراد، الجزائر، 2014.
13. رضا متولي وهدان، إنتقال آثار العقود إلى الخلف الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2001.
14. رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، أثر سوء النية على عقود المعاوضات في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015.
15. ريماء فرج مكي، تصحيح العقد، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011.
16. سلام عبد الله الفتلاوي، إكمال العقد، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، لبنان، 2012.
17. سمير تناغو، الإلتزام القضائي، الحكم القضائي مصدر جديد للإلتزام (دراسة فنية لتعديل القاضي للعقد)، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، الطبعة الأولى ، مصر ، 2014 .
18. عامر علي حسن أبو رمان، دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2015.
19. عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول، المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، الكتاب الثاني، آثار العقد، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، 2007.
20. عبد الحكم فوده، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، مصر، 1999.
21. عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2002.
22. عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي النظرية والتطبيقات، المكتب المصري الحديث، مصر، 1972.
23. عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات- نظرية العقد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة نشر.
24. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، لبنان، 1998.
25. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، لبنان، 1998.
26. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، لبنان، 1974.
27. عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود(دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2006.
28. علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2010.

29. لبنى مختار، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن، ديوان المطبوعات الجامعية والمؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984.
30. لحلو خيار غنيم، محاضرات في مادة الالتزامات: تكوين العقد، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2013/2014.
31. لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
32. مارغريت نقولا انطوان ماروديس، العنصر الأخلاقي في العقد، المنشورات الحقوقية صادر، لبنان، 2006.
33. محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، مطبعة الوفاء، تونس، 1993.
34. محمد سعيد جعفر، إجازة العقد في القانون المدني والفقہ الإسلامي، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2009.
35. محمد شتا أبو سعد، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2001.
36. محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، مطبعة زهران، مصر، 1987.
37. محمد محي الدين إبراهيم سليم، التسلط الاقتصادي وأثره على التوازن العقدي، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007.
38. محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقہ الإسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، مصر 2007.
39. محمد مرعي صعب، البند الجزائي - دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2006.
40. محمود عبد الرحمن محمد، الاستغلال والغبن في العقود ودورها في إقامة التوازن بين الأداءات العقدية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية، مصر، 1995.
41. محمود عبد الرحيم الديب، مدى إلزام الغير بما لم يلتزم، دراسة لإشكالات التعهد عن الغير، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، بدون طبعة، وبدون سنة نشر.
42. محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2010.
43. محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، بدون بلد النشر، بدون سنة النشر.
44. مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، الطبعة الخامسة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.
45. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2011.
46. هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2014.

47. هائل حزام ميهوب العامري، النظرية العامة للاستغلال - الغبن الناتج عن الاستغلال- دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2009.
48. هشام إبراهيم توفيق، التعويض الاتفاقي - الشرط الجزائي- دراسة مقارنة، المصدر القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2011.
49. همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، مصر 2004.
50. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثالث: آثار العقد وانحلاله، الطبعة الأولى، وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2002.
51. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد، القسم الثاني مراتب انعقاد العقد، دار وائل، الطبعة الأولى، الأردن، 2002.
52. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الأول: انعقاد العقد ، دار وائل للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، الأردن، 2002.

ت. الرسائل والمذكرات:

- الرسائل:

1. أحمد بورزق، الشروط التعسفية في عقد المعاوضة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2017.
2. حبار محمد، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي_دراسة مقارنة_ ، أطروحة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، جامعة الجزائر، 1985.
3. خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات_ دراسة مقارنة_ ، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2013.
4. دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد -دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016.
5. درماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2014.
6. زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في علوم القانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2014.
7. زواوي فريدة، مبدأ نسبية العقد، أطروحة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1992.
8. سعاد بوختالة، دور القاضي في تكملة العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2016.

9. عبد الحميد بن شنييتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، 1996.
10. عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015/2014.
11. فاضل خديجة، عيممة العقد، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016.
12. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2012.
13. محمدي سليمان، نفاذ العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء الأول، 2004.
14. نساخ فطيمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013.

- المذكرات:

1. إياد إبراهيم محمد كلوب، الاشتراط لمصلحة الغير، دراسة فقهية مقارنة، مذكرة للحصول على درجة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2014.
2. بسام سعيد جبر جبر، ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورهما في منع تراخي تنفيذ العقود -دراسة مقارنة-، مذكرة للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011.
3. بن يوب هدى، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2013.
4. بورنان العيد، دور القاضي في التعويض الإلتفاقي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015.
5. بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983.
6. تواتي محمد، سلطة القاضي في العقد الذي يتضمن حالة الاستغلال (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2013.
7. حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الإلتزام التعاقدية وتطوير العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2013.
8. حمداوي نورة، الطبيعة القانونية للتعهد عن الغير في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، 2002.
9. حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2011.
10. حنان مريني، النظام العام الاقتصادي وتأثيره على العلاقة العقدية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2004.

11. خليفاتي عبد الرحمن، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، مذكرة لنيل درجة الماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1987.
12. دالي بشير، مبدأ تأويل العقد (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، 2008.
13. داودي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية-دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1، 2011.
14. دحمون حفيظ، التوازن في العقد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012.
15. دكار فايزة، الغبن في العقود المدنية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008.
16. زيتوني فاطمة الزهراء، دور القاضي في تنفيذ العقد في المواد المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009.
17. صم بوعافية محمد، مجال تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص القانون المدني الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، 2015/2014.
18. طارق محمد مطلق أبو ليلي، التعويض الإتفاقي في القانون المدني -دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل درجة الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007.
19. عامر رحمون، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة- مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2013.
20. عبتوت سيد بلحاجم، أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002.
21. عبد الناصر محمد عبد عابدين، الغبن وأثره على العقد في مجلة الأحكام العدلية، رسالة للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الأزهر، غزة، 2013.
22. عبيد نجا، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أي بكر بلقايد تلمسان، 2016.
23. عسالي عرارة، نظرية الاستغلال، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1997.
24. علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2008.
25. علي مصبح صالح الحيص، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011.

26. فاضل خديجة، تعديل العقد أثناء التنفيذ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2002.
27. فاطمة نساخ، مفهوم الإذعان، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1998.
28. مازن زايد جميل عمران، القسمة الرضائية في العقار، دراسة مقارنة، أطروحة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، 2008.
29. مزوغ ياقوتة، نطاق مبدأ نسبية أثر العقد بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة وهران، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، سنة 2015.
30. نجاري عبد الله، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل درجة الماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983.
31. وهاب عياد، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008.
32. يحي باي خديجة، مكانة عقد النشر في قانون الملكية الأدبية والفنية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2013.

ث. المقالات:

1. حامق ذهبيّة، المقاربات بين القانون الجزائري والشرعية الإسلامية أحكام نظرية الظروف الطارئة مثالا، مقال منشور بمجلة حوليات جامعة الجزائر 1، عدد خاص بالملتقى الدولي تحت عنوان، تعايش الأنظمة القانونية في القانون الجزائري والمقاربات الجهوية للقانون، المنعقد بالجزائر يومي 24 و 25 نوفمبر 2015.
2. حوحو يمينية، سلطة المحكمة العليا في مراقبة تفسير العقد، مقال منشور بمجلة المحكمة العليا، العدد الأول، سنة 2013.
3. دالي بشير، سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي في إطار نظرية الظروف الطارئة، مقال منشور بمجلة القانون، تصدر عن معهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي أحمد زبّانة ، غليزان، العدد 6، جوان 2016.
4. ذنون يونس صالح، ابراهيم عنتر، التنظيم التشريعي لعقود الإذعان في القانون المدني العراقي، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، السنة الثانية، العدد الخامس، 2010.
5. رافد فاطمة، حدود انتقال آثار العقد إلى الخلف العام في التشريع الجزائري، مجلة معارف، السنة الثامنة، العدد 16، كلية الحقوق جامعة البويرة، 2014.
6. رياض حسين أبو سعيدة، القوة الملزمة للعقد والاتجاه الموسع لدائرة الغبن، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الأول، العدد 23، سنة 2015، العراق.
7. سعد حسين عبد ملحم الحلبوسي، دور القاضي في إكمال نطاق العقد طبقا لنص المادة 86 مدني عراقي، مقال منشور بمجلة جامعة الأنبار القانونية والسياسية، العدد الأول، المجلد الأول، العراق، سنة 2010.

8. سميح جان سفير، دور التشريع المقارن في مواجهة الشروط التعسفية، المجلة القانونية لجامعة الروح القدس في الكسليك، العدد السابع، لبنان، 2001.
9. سولم سفيان، الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، مقال منشور بمجلة جيل للأبحاث القانونية المعمقة، مركز جيل البحث العلمي، العدد الرابع، الجزائر، جوان 2016.
10. الشريف بحماوي، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية -دراسة مقارنة- مقال منشور بمجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، العدد الثاني، جوان 2014.
11. طرطاق نورية، سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة ، مقال منشور بمجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، الصادرة عن المركز الجامعي لتمنرست، الجزائر، العدد الخامس، جانفي 2014.
12. العربي مياد، مقاومة الشروط التعسفية في العقد، مجلة القانون المغربي، العدد 13، 2009.
13. عزيز كاظم جبور الخفاشي، الغبن عيب في الرضا أم في ذات العقد، مقال منشور بمجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة، العدد الأول، 2009.
14. عقد المنعم فرج الصده، عقد الإذعان، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، السنة الرابعة، العدد الأول، 1996.
15. عمار محسن كزار، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، مقال منشور بمجلة دراسات الكوفة، العدد 38، سنة 2015.
16. فاضل خديجة، عقد الإذعان في القانون المدني والتشريعات الخاصة، مقال منشور بمجلة حوليات ، جامعة الجزائر 1 ، سلسلة خاصة بالملتقيات والندوات، عدد خاص بالملتقى الدولي المنعقد بتاريخ 24 و 25 أكتوبر 2016 حول القانون المدني بعد أربعين سنة، العدد 5 سنة 2016.
17. قريقر فتيحة، حدود سلطان الإرادة نطاق النظام العام، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، المجلد العاشر، العدد الأول.
18. محمد عبد الرزاق محمد، تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن، بحث منشور بمجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، السنة الثالثة، العدد الثالث، 2011.
19. محمد عدنان باقر، قواعد الأخلاق في تحديد مضمون العقد، مقال منشور بمجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد 22، العدد 4، العراق، 2014.
20. منهل عبد الغني قلندر، الإذعان بين العقد والنظام القانوني -دراسة تحليلية مقارنة-، مجلة الرافيدين، المجلد 16، العدد 09، السنة 18، سنة 2013.
21. نديا محمد قزمار، تطور دور القاضي في تفسير "قانون العقد" وإشكاليات التطبيق؟ حالة: سلطة القاضي في تعديل العقد بفعل نظرية الظروف الطارئة، مقال منشور بالمجلة الأردنية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 4، العدد 2، 2012.
22. نواف حازم خالد، مدى الاعتداد بمبدأ سلطان الإرادة في تنفيذ العقد دراسة تحليلية مقارنة، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، العدد 01، المجلد 16، 2005.

23. يوسف بوشاشي، نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، مقال منشور بمجلة حوليات جامعة الجزائر، الجزء الأول، العدد 31.

ج. المجلات القضائية:

1. المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثالث، 1992.
2. المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الأول، 1993.
3. المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الأول، 1994.
4. المجلة القضائية، العدد الأول، 2000.
5. المجلة القضائية، العدد الأول، 2001.
6. المجلة القضائية، العدد الثاني، 2001.
7. مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.
8. المجلة القضائية، العدد الأول، 2002.
9. المجلة القضائية، العدد الثاني، 2002.
10. مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، 2004.
11. مجلة المحكمة العليا العدد الأول، 2007.
12. مجلة المحكمة العليا العدد الثاني، 2007.
13. مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2008.
14. مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2008.
15. مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2009.
16. مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2009.
17. مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2011.
18. مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012.
19. مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2012.
20. مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2013.

ح. النصوص القانونية:

1. القانون رقم: 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم: 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 جريدة رسمية رقم: 15.
2. القانون رقم: 21/01 المؤرخ في 22 ديسمبر 2001 المتضمن قانون المالية لسنة 2002 والمتضمنة قانون الإجراءات الجبائية المعدل والمتمم.
3. قانون رقم 02/04 مؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم: 06/10 المؤرخ في 15 أوت 2010، جريدة رسمية رقم 46.
4. القانون رقم: 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية منشور بالجريدة الرسمية عدد 21.
5. الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78، المعدل والمتمم.

6. المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم جريدة رسمية عدد 30 و1976/38.
 7. الأمر رقم: 80/76 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 المتضمن القانون البحري المعدل والمتمم بموجب القانون 04/10 المؤرخ في 15 أوت 2010 ، جريدة رسمية عدد 46.
 8. الأمر 105/76 الصادر في 1976/12/06 المتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم بموجب قانون المالية لسنة 2011.
 9. الأمر رقم 05/03 المؤرخ في 19 يونيو 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، منشور بالجريدة الرسمية عدد 44.
 10. المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 2006/09/10 يحدّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 56 لسنة 2006، المعدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 44/08 المؤرخ في 2006/09/10.
- ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية:**

A. Ouvrages :

1. (A) Bencheneb, Le droit algérien des contrats, données fondamentales, Editions Ajed, Algerie, 2011 .
2. (A) Weill, (F) Terré, Droit civil , introduction générale, 4^{ème} édition, Dalloz , Paris, 1979.
3. (A) Lecourt, Fiches de droit des obligations, 4^{ème} édition, Ellipses, Paris, 2014 .
4. (C) Larroumet ,Droit civil, tome 2, 3^{ème} édition, Economica paris, Delta liban , 1996 .
5. (C. L) Deschamps, Droit des obligations, Ellipses, France, 1998.
6. (F) Terré, (P) Simler, (Y) Lequette, Droit civil, Les obligations, Dalloz, paris, 1995 .
7. (H) Mazeaud, (L) Mazeaud, (J) Mazeaud, (F) Chabas , Leçons de droit Civil, Tome 2, Premier volume, Obligations, Théorie générale, 9^{ème} édition, Montchrestien, DELTA, 2000 .
8. (J) Flour et (J.L) Aubert, Droit civil les obligations, volume 1, L'acte juridique, collection U, Armand Colin, Paris, 1975.
9. (P) Malinvaud, Droit des obligations, Litec, 7^{ème} édition, Paris, 2001.

- 10.(P)Maurie ,(L) Aynès,(P)Stoffel-Munck ,Droit civil, Les obligations, 2^{ème} édition, Defrénois, Paris , 2005.

B. Thèses:

1. (A)Slaim , La nullité des actes juridique en droit positif algérien (essai d'une théorie juridique et critique), thèse de doctorat d'état, rennes, France, 1984.
2. (Y) Picod, Le devoir loyauté dans l'exécution du contrat, thèse de doctorat, université de Bourgogne, France, 1987.

C. Articles:

1. (L) ayès, Le juge et le contrat : nouveaux rôles ?, Lextenso Revue des contrats, colloque du 16 Février 2016, France, avril 2016 .
2. (O) Deshayes, La formation des Contrats, Lextenso Revue des contrats, colloque du 16 Février 2016, France, avril 2016 .
3. (P)Stoffel-Munck,L'imprévision et la réforme des effets du contrat, Lextenso Revue des contrats, colloque du 16 Février 2016, France, avril 2016 .

الفهرس:

المقدمة.....	1
الباب الأول: مضمون وحدود القوة الملزمة للعقد:.....	8
الفصل الأول: مضمون القوة الملزمة للعقد.....	9
المبحث الأول: مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد.....	10
المطلب الأول: بالنسبة للمتعاقد:.....	10
الفرع الأول: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين:.....	11
الفرع الثاني: إلزامية تنفيذ العقد:.....	19
المطلب الثاني: بالنسبة للخلف العام:.....	44
الفرع الأول: مدى انصراف أثر العقد إلى الخلف العام للمتعاقدين:.....	45
الفرع الثاني: حالات يصبح فيها الخلف العام من الغير فلا ينصرف إليه العقد:.....	55
المبحث الثاني: التزام الخلف الخاص بالعقد.....	74
المطلب الأول: المقصود بالخلف الخاص.....	74
الفرع الأول: تعريف الخلف الخاص:.....	74
الفرع الثاني: عناصر الخلافة الخاصة:.....	76
المطلب الثاني: أحكام التزام الخلف الخاص بالعقد:.....	82
الفرع الأول: قواعد وأسس انتقال الحقوق والالتزامات إلى الخلف الخاص:.....	82
الفرع الثاني: شروط التزام الخلف الخاص بأثر العقد:.....	87
الفصل الثاني: عدم انصراف آثار العقد إلى الغير:.....	106
المبحث الأول: التعهد عن الغير.....	107
المطلب الأول: خصائص التزام المتعهد:.....	107
الفرع الأول: تعريف التعهد عن الغير:.....	107

112	الفرع الثاني: التفرقة بين التعهد عن الغير وبعض الأنظمة المشابهة له:
135	المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن التعهد:
135	الفرع الأول: حالة رفض المتعهد عنه للتعهد:
146	الفرع الثاني: حالة قبول المتعهد عنه للتعهد:
152	المبحث الثاني: الاستثناءات الواردة على الأثر النسبي للعقد:
153	المطلب الأول: الاشتراط لمصلحة الغير:
153	الفرع الأول: تعريف الاشتراط لمصلحة الغير:
155	الفرع الثاني: شروط الاشتراط لمصلحة الغير:
171	المطلب الثاني: آثار الاشتراط لمصلحة الغير:
171	الفرع الأول: العلاقة بين المشتراط والمتعهد:
175	الفرع الثاني: العلاقة بين المشتراط والمنتفع:
189	الفرع الثالث: العلاقة بين المتعهد والمنتفع:
196	الباب الثاني: الأساس القانوني لسلطات القاضي في إعادة التوازن العقدي:
197	الفصل الأول: سلطات القاضي وقت انعقاد العقد:
198	المبحث الأول: سلطة القاضي في حالة وجود غبن:
198	المطلب الأول: دور القاضي في التحقق من مدى توافر شروط الغبن:
198	الفرع الأول: تعريف الغبن:
200	الفرع الثاني: الحالات التي يجوز الطعن فيها بسبب الغبن:
235	المطلب الثاني: آثار تدخل القاضي في حال تحقق الغبن في العقد:
235	الفرع الأول: دعوى تكملة الثمن:
244	الفرع الثاني: دعوى الفسخ نتيجة لعدم تكملة الثمن:
253	الفرع الثالث: دعوى نقض القسمة:
260	المبحث الثاني: سلطة القاضي في حالة الاستغلال:
260	المطلب الأول: دور القاضي في بحث مدى توافر عناصر الاستغلال:
261	الفرع الأول: تعريف الاستغلال:
264	الفرع الثاني: عناصر الاستغلال:
288	المطلب الثاني: مدى سلطة القاضي في أعمال الجزاء المترتب على قيام حالة الاستغلال:
289	الفرع الأول: دعوى الإبطال:
293	الفرع الثاني: توقي الإبطال:

297	الفرع الثالث: دعوى الإنقاص:
299	الفرع الرابع: أجال رفع دعوى الاستغلال:
304	المبحث الثالث: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب التعسفي:
304	المطلب الأول: دور القاضي في بحث مدى توافر شروط تعديل العقد بسبب التعسفي:
304	الفرع الأول: أن يتم التعاقد بطريق الإذعان:
313	الفرع الثاني: أن يتضمن العقد شرطاً تعسفياً:
328	المطلب الثاني: دور القاضي في التصدي للشرط التعسفي:
328	الفرع الأول: الجزاء المباشر:
337	الفرع الثاني: الجزاء الغير مباشر:
347	الفصل الثاني: سلطات القاضي في مرحلة تنفيذ العقد:
348	المبحث الأول: سلطة القاضي في حالة وجود ظروف طارئة:
348	المطلب الأول: شروط تدخل القاضي لتعديل العقد بسبب الظرف الطارئ:
348	الفرع الأول: أن يكون الالتزام التعاقدي متراخي التنفيذ:
355	الفرع الثاني: أن تجد بعد العقد حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها:
367	الفرع الثالث: أن تجعل هذه الحوادث الاستثنائية تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين:
371	المطلب الثاني: مضمون سلطة القاضي اتجاه الظرف الطارئ:
371	الفرع الأول: وسائل رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول:
385	الفرع الثاني: ضوابط سلطة القاضي في تعديل العقد للظرف الطارئ:
395	المبحث الثاني: دور القاضي في حالة وجود التعويض الاتفاقي:
395	المطلب الأول: دور القاضي في تقدير التعويض الاتفاقي:
401	الفرع الأول: تعريف التعويض الاتفاقي وبيان أهميته:
401	الفرع الثاني: خصائص التعويض الاتفاقي:
411	المطلب الثاني: سلطة القاضي في مراجعة التعويض الاتفاقي:
410	الفرع الأول: دور القاضي في استبعاد التعويض الاتفاقي:
421	الفرع الثاني: دور القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي:
443	المبحث الثالث: سلطة القاضي في تعديل أجل تنفيذ العقد:
443	المطلب الأول: سلطة القاضي في منح الأجل القضائي بمناسبة دعوى الفسخ:
443	الفرع الأول: شروط دعوى الفسخ القضائي:
451	الفرع الثاني: مدى سلطة القاضي في الحكم بالفسخ من عدمه:

المطلب الثاني: سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بمناسبة دعوى التنفيذ:	456
الفرع الأول: ضوابط منح القاضي للمدين نظرة الميسرة بمناسبة دعوى التنفيذ:	457
الفرع الثاني: أساس منح القاضي للمدين نظرة الميسرة بمناسبة دعوى التنفيذ:	464
الفرع الثالث: الآثار المترتبة على منح نظرة الميسرة:	464
الفرع الرابع: انقضاء الأجل في نظرة الميسرة:	466
الخاتمة:	468
الملاحق	
قائمة المراجع:	476
الفهرس:	496

المخلص:

تناولت هذه الرسالة سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ باعتباره استثناء عن مبدأ سلطان الإرادة المجسد في قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" منح بموجبها المشرع للقاضي سلطة مراجعة العقد في حالات حددها

حصراً متى تبين له أن هذا الأخير فقد توازنه المالي سواء في مرحلة تكوينه أو عند تنفيذه.

الكلمات المفتاحية:

العقد، الغبن، الاستغلال، عقد الإذعان، نظرية الظروف الطارئة، الشرط الجزائي، الأجل القضائي.

Résumé :

La présente recherche a pour objet de circonscrire le pouvoir du juge dans la modification du contrat au moment de sa conclusion et de son exécution considéré comme une dérogation au principe de l'autonomie de la volonté connu sous la formule usuelle du contrat faisant la loi des parties. Aussi, le législateur lui a reconnu un pouvoir de révision du contrat dans des situations limitées qui lui laissent apparaître l'existence d'un déséquilibre financier de celui-ci au moment de sa conclusion ou de son exécution.

Mots clés :

Contrat, lésion, exploitation pou lésion, contrat d'adhésion, théorie de l'imprévision, clause compromissoire, terme judiciaire.