



جامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص



أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق

مبدأ نسبية أثر العقد وتطبيقاته في القانون المدني الجزائري

تخصص القانون الأساسي الخاص

تحت إشراف الأستاذ :
سلايم عبد الله

من إعداد الطالبة:
يوسفي كهينة

لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة مستغانم	أستاذ	فرحات حمو
مقررا	جامعة مستغانم	أستاذ	سلايم عبد الله
ممتحنا	جامعة مستغانم	أستاذ	بلعبدون عواد
ممتحنا	جامعة مستغانم	أستاذ محاضر أ	رحوي فؤاد
ممتحنا	جامعة وهران 2	أستاذ	مروان محمد
ممتحنا	جامعة وهران 2	أستاذ	بن زحاف فيصل

السنة الجامعية 2020-2021

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ
وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا
أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِصْرًا كَمَا
حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا
مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَارْحَمْنَا
أَنْتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ

البقرة: ٢٨٦

شُكْرٌ وَعِرْفَانٌ

الحمد لله الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة وأعاننا على أداء هذا الواجب ووفقنا إلى انجاز هذا العمل.

أتوجّه بجزيل الشكر والامتنان إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد على إنجاز هذا العمل وفي تذليل ما واجهته من صعوبات، وأخص بالذكر في هذا المقام الأستاذ المشرف "سلايم عبد الله" الذي لم يبخل بأي جهد لتقديم إرشاداته ونصائحه القيمة فله مني جزيل الشكر والعرفان.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى جميع موصّفي كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة عبد الحميد بن باديس بمستغانم، الذين وقّروا لي جميع الإمكانيات المتاحة لديهم لتسهيل إعداد الأطروحة.

ولا يفوتني كذلك إلا التعبير عن جزيل الشكر والامتنان لأعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة هذه الأطروحة.

إِهْدَاء

أهدي ثمرة هذا العمل إلى:

- إلى من كانوا وسيظلون أطرافا في حياتي، الوالدين الكريمين؛
- إلى من كان غيرا وأصبح طرفا رئيسيا في حياتي، رفيق دربي؛
- إلى أبنائي: أنائيس، وسيم وأسينات؛
- إلى إخوتي، وكل أفراد العائلة الأعتز؛
- إلى كل من علمني حرفا؛
- إلى كل الزملاء والأصدقاء؛

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية:

ج.: جزء.

ج.ر.ج.ج.: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

د.د.ن.: دون دار نشر.

د.س.ن.: دون سنة النشر.

د.ط.: دون طبعة.

ص.ص.: من الصفحة إلى الصفحة.

ص.: الصفحة.

ط.: الطبعة.

ع.: العدد.

ف.: الفقرة.

ق.أ.ج.: قانون الأسرة الجزائري.

ق.ت.ج.: القانون التجاري الجزائري.

ق.م.ج.: القانون المدني الجزائري.

م.ق.: المجلة القضائية.

م.م.ع.: مجلة المحكمة العليا.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

Al : Alinéa.

Art : Article.

Civ. : civil.

Ed. : Edition.

Ibid : Même référence.

L.G.D.J : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

N° : Numéro.

Op.cit. : Référence précédemment citée.

p. : page.

RTD civ : Revue trimestrielle de droit civile.

S. : Suite.

Vol. : Volume.

حَدَّثَنَا

مقدمة

يعدّ العقد الأداة الأكثر تداولاً في إنشاء العلاقات بين الأشخاص منذ عصور المدنيات القديمة إلى عصرنا هذا، فلا يكاد يخلو يومٌ من حياتهم من إبرام عقدٍ من العقود المختلفة الأشكال والمقاصد. كما يُعتبر العقد أهمّ مصدرٍ من مصادر الالتزام وتترتب عليه أحكام كونه عمل إرادي مشترك يقوم على التراضي، ويربط جانبيين من الأشخاص بآثاره القانونيّة التي تمثل جملة من الحقوق والالتزامات التي يُنشئها العقد في موضوع مُعيّن.

وحتّى يتسنى للعقد أداء ما أنيط به من مهام، فقد اهتمت به كلّ التشريعات القديمة منها والحديثة وأحاطته بمجموعة من المبادئ والأسس التي تكفل له قوّته الملزمة، وتضمن حماية أطراف العلاقة التعاقدية والحفاظ على حقوقهم فلا يطغى حقّ على آخر؛ فالمعاملات والعقود عموماً لا بدّ أنّ تحاط بأنواع مختلفة من الضمانات ووسائل الاحتياط حتّى يعلم المتعاقدان ما يحقّ لأحدهما قبل الآخر، وكذا ظروف الثقة أو شبهات المخاوف والمخاطر التي تحيط بالعقد. ولا يتسع مجال التعامل بين الأشخاص، بما فيه من رواج في المعاملات وانتقال للحقوق من يد إلى يد إلاّ إذا اطمان العاقدان كلّ فيما يتقرّر له من الحقّ الناشئ عن العقد.

وطالما كانت غاية المشرّع تتصرف إلى حماية حقوق المتعاقدين كما قلنا سابقاً، من أجل ذلك أوجد مجموعة من الوسائل والآليات التي تعنى بذلك؛ ولعلّ من أبرزها: «مبدأ نسبيّة أثر العقد» (Principe de la Relativité du contrat)، وهو الموضوع الذي انعقدت هذه الدراسة لتحليله وتقصي أبعاده واستشراف مضامينه على نحو علمي دقيق.

يعتبر «مبدأ نسبيّة أثر العقد» من بين الأصول الثابتة في القانون المدني ومن أهم المبادئ التي يمكن الاستناد إليها لحماية أطراف العقد وتأكيد الحقّ الذي تقرّر لهم بموجبيه، ويعرف أيضاً بقوة العقد الملزمة من حيث الأشخاص، وهي القوّة التي تخضع لمبدأ النسبيّة في الأثر التعاقدية، ومقتضاها أنّ العقد يُرتّب أثره فقط في حقّ طرفيه أو أطرافه دون الغير الذي لم يمثّل فيه.

فالعقد متى توافرت أركانه، انعقد صحيحا وترتبت عليه آثاره القانونية، وهذه الآثار تترتب عليه إما بوصفه تصرفاً قانونياً أو واقعةً مادية؛ فأثار العقد بوصفه تصرفاً قانونياً تنظمها الإرادة التي تتصف بالنسبية، استناداً إلى الأصل الاتفاقي للعقد، والذي يمنع أن يتعدى إلى الغير بشكل عام. إذ تقتصر آثار العقد من حقوق والتزامات على طرفي العقد دون أن تنصرف إلى الغير. فمن الثابت أن الأصل العام في آثار التصرفات القانونية من حيث الأشخاص هي النسبية، فلا تولد آثارها إلا في دائرة الأطراف وحدهم، فالأثر الملزم ليس في الواقع سوى المضمون الداخلي للإرادة التي أنشأت التصرف، ومن ثم فإن هذا الأثر يظلّ حبيس العلاقة بين الأطراف المتعاقدة ومن في حكمهم.

ولما كان «مبدأ نسبية أثر العقد» نتاجاً لنشأته الاتفاقية، التي تستلزم احترام مبدأ سلطان الإرادة، وهذا المبدأ الأخير يعدّ انعكاساً للمذهب الفردي، إلا أن الفقه الحديث يجمع على أن توالي المبادئ الفلسفية والضرورات الاجتماعية يقبل رأساً على عقب كل المبادئ الثابتة، ومن ثمّ ففكرة الغير لا يمكن أن تبقى حبيسة إطار مغلق وإنما هي تتحمل كل ردود الفعل الطبيعية للتحويلات القانونية والاجتماعية.

وبالتالي يجب الاعتراف بأن العقود لا تهمّ فقط أصحابها ولكن تمتد إلى المجتمع والغير، ولذلك نجد الفقه الموضوعي يميّز بين القوة الملزمة للعقد أو الاتفاق، بوصفه تصرفاً قانونياً ويقصرها على أطرافه، والاحتجاج به بوصفه واقعةً ماديةً تجاه الكافة بما فيهم الغير. فالعقد في مراحل المتعاقبة بدءاً بتكوينه إلى غاية تنفيذه يعتبر بالنسبة للغير مجرد واقعة قانونية يمكن أن يستند إليها، أو يحتج بها في مواجهته كأساس لشرعية المركز القانوني الناتج عن تطبيق قواعد العقد وما يتمتع به هذا الأخير بوصفه تصرفاً قانونياً من قوة ملزمة يقتصر أثرها على طرفيه، وما قد يترتب على الاحتجاج به من فائدة أو ضرر بالغير.

ولعلّ السبب في تنامي دور «مبدأ نسبية أثر العقد» هو المزايا التي يتميز بها؛ في كونه مبدأ قانوني مسلّم به فقهاً وقضاءً وتشريعاً، فقد عُيّنت معظم التشريعات بتنظيمه كما أقرّه المشرع الجزائري وترك للمبادئ العامة نفاذ الوضع القانوني الناشئ عنه، حيث وردت في التقنين المدني

العديد من النصوص القانونية المخصصة للعقود، تطبيقات لـ «مبدأ نسبية أثر العقد» يمكن أن نستدل من خلالها أن المشرع الجزائري يسلم بهذا المبدأ كحقيقة ثابتة لا تحتاج إلى نص، وأن هذه التطبيقات ما هي إلا تطبيق لمبدأ عام يسري على العقود المسماة وغير المسماة، ومن أهم هذه النصوص نذكر ما جاء في المادة 113 من (ق.م.ج) بنصها على أن: «لا يُرتَّب العقد التزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا».

بعيدا عن النصوص القانونية، فقد حظي أيضاً مبدأ النسبية باهتمام الباحثين، حيث تناولته أقلام الفقهاء والشراح وحددوا مفهومه وبيّنوا أساسه ووضّحوا أهميته وأخذوا بتعميمه ليشمل تطبيقه كلّ العقود دون أن يقتصر على طائفة منها، خاصة مع تطور الحياة العملية التي أصبحت تشتمل على علاقات معقدة ومتداخلة بين الأشخاص وكذا تشابك الروابط الاقتصادية ممّا أدى إلى إخراج مفهوم هذا المبدأ من قلبه الجامد والانتقال به من مفهوم تقليدي ضيق إلى مفهوم حديث مرّن ومتطور.

تبرز أهمية هذا البحث كونه موضوعاً يندرج ضمن نظرية العقد؛ نظراً لأنّ العقد يعتبر من أهم مصادر الحقوق الشخصية وأكثرها شيوعاً بين الأفراد في المجتمع، حيث أنه يحوي في طياته معظم القواعد القانونية النّاطمة للآثار التي يُرتّبها، الأمر الذي يستلزم من الباحثين والقانونيين البحث في كافة الجوانب القانونية المتعلقة بالعقد منذ لحظة إبرامه وحتى لحظة انقضائه؛ وذلك لإيجاد الحلول ولمواجهة كافة العقبات والإشكاليات التي يمكن أن تواجه المتعاقدين وغيرهم، لاسيّما تلك المتعلقة بآثار العقد حيث أنّ غاية المتعاقدين من إبرام العقد في الأساس هو ترتيب آثار معينة لتحقيق مصالح ما، فكانت هذه الآثار محلّ عناية المشرع الجزائري فلم يقتصر التشريع على تنظيم انسحاب آثار العقد إلى الأطراف فحسب بل نظم أيضاً انتقالها إلى خلف المتعاقدين عامّاً كان أم خاصّاً وكذا إلى الدائن العادي وحتى إلى الغير في بعض الحالات الاستثنائية؛ وذلك لما لها من أهمية في التطبيق العملي والواقعي في حياة الأفراد حيث أنّ غياب مثل هذه النصوص قد يؤدي إلى حدوث الخلافات والنزاعات. وعلى الرغم من ذلك فقد كان حريّاً بنا أن نعمل على تحليل هذه النصوص ودراستها بعناية بهدف تسهيل فهمها

وتطبيقها في الحياة العملية، نظرا لأهميتها البالغة في حماية حقوق الأفراد. من خلال دراستي المتواضعة لموضوع "مبدأ نسبية أثر العقد وتطبيقاته في القانون المدني الجزائري"، وجدت أنّ معظم الدراسات السابقة يتركز على الدراسة العامة دون إضافة جانب تطبيقي لهذا المبدأ، كما أنّه لم يتمّ جمع الاستثناءات الواردة عليه في بحث أكاديمي، فقد بحث كلّ استثناء من الاستثناءات التي يتناولها البحث في مواقع مبعثرة في ثنايا القانون المدني بشكل موجز وفي بعض الأحيان بشكل مغلّ بالموضوع. فأردت أن أتطرق لذلك من خلال بحثي هذا بالنظر لما لها من أهميّة في نطاق النظرية العامة للعقد، وجمعها في نطاق دراسة علميّة أكاديميّة. فما كان صوابا فمن الله وما كان خطأ أو تقصيرا فمن نفسي والشيطان.

لعلّه من الأهمية بمكان تحديد إشكالية موضوع "مبدأ نسبية أثر العقد وتطبيقاته في القانون المدني الجزائري"؛ وذلك لكشف الغموض واللّبس الذي يمكن أن يحيط به، فالمتعاقد قد ينظر له - بدهاءة - على أنّه الشّخص الذي له صلة بدائرة التّعاقد والغير كلّ من كان خارج هذه الدائرة. وهذه إشكالية حقيقية تتطلب البحث عن إجابة مناسبة لعدّة تساؤلات نلخصها في الآتي:

ما المقصود بـ «مبدأ نسبية أثر العقد»؟ وما هي أهمّ التطبيقات العمليّة التي تجسّد

هذا المبدأ في القانون المدني الجزائري؟

بالطّبع بعد أنّ حدّدنا إشكاليّة البحث، فإنّ الإجابة عليه ستكون المقصودة أساساً بهذه الدراسة من خلال جميع مراحل البحث، وقد اعتمدت في ذلك على تقسيمه إلى مقدمة وبابين الأول نظري والثاني تطبيقي بالإضافة إلى خاتمة تضمنتها أهمّ النتائج التي توصلت إليها. فالمقدمة بيّنت من خلالها أهمية الموضوع وأهدافه، أسباب اختياره، إشكاليته، الخطة المعتمدة، المنهج المتّبع، الدراسات السابقة وكذا الصعوبات التي اعترضت البحث.

أمّا (الباب الأول) فنسخره للإطار القانوني لمبدأ نسبيّة أثر العقد؛ فنتطرق في (الفصل الأول) منه لماهية مبدأ نسبيّة أثر العقد، و(الفصل الثاني) لمجال مبدأ نسبيّة أثر العقد.

في حين نخصص (الباب الثاني) لدراسة تطبيقات مبدأ نسبية أثر العقد والاستثناءات الواردة عليه في القانون المدني الجزائري؛ حيث سنتناول في (الفصل الأول) أبرز التطبيقات العملية على مبدأ نسبية أثر العقد، أما (الفصل الثاني) من هذا الباب فسنعرض فيه لأهم الاستثناءات الواردة على مبدأ نسبية أثر العقد في القانون الجزائري.

فإذا ما تم البحث في ذلك بعون الله وتوفيقه، سنصل إلى خاتمة الموضوع، التي ستضمن النتائج والتوصيات التي ستتوصل إليها دراستنا هذه.

سنعتمد في هذه الدراسة المنهج التحليلي، من خلال القراءة الموضوعية والتحليل المتعمق للنصوص القانونية ذات العلاقة والتعرف على مضامينها ومراميتها، وكذلك الأحكام القضائية كتطبيقات للنصوص القانونية ذات الصلة لمعرفة مدى انسجامها مع النصوص وتحليلها ونقدها، هذا بالإضافة إلى استعراض آراء الشراح والباحثين الذين تناولوا هذا الجانب والرجوع إلى المراجع العلمية المتخصصة والدراسات والبحوث السابقة المتعلقة بالبحث.

حسب استقرائي المتواضع للأبحاث المدروسة في موضوع «مبدأ نسبية أثر العقد»، اطلعت على: أ- كتاب: (نطاق مبدأ نسبية أثر العقد دراسة مقارنة، 2007) من تأليف: د/محمد محي الدين إبراهيم سليم، حيث تناول البحث في مبدأ نسبية العقد في القانون المدني الأردني بشكل عام من خلال التعريف به وتحديد نطاقه وأهم الاستثناءات الواردة عليه بشكل موجز ومختصر.

ب- رسالة دكتوراه بعنوان: (مبدأ نسبية العقد، 1992) من إعداد: د/ زواوي فريدة، تناولت البحث في مبدأ نسبية العقود بشكل عام، حيث تطرقت إلى الأصل العام لنسبية العقد وأهم الاستثناءات الواردة عليه وفقا لأحكام القانون المدني الجزائري والقانون الفرنسي.

ج- رسالة دكتوراه بعنوان: (المشكلات القانونية لمبدأ نسبية أثر العقد، 2009) من إعداد: د/ محمود عبد الحي عبد الله ببيصار، حيث تناولت مفهوم هذا المبدأ وجذوره التاريخية بشكل مفصل.

إنّ الصّعوبات التي واجهتني في انجاز هذا البحث كثيرة، بداية من التفكير في الموضوع

في حدّ ذاته، ولعلّ أهم الصعوبات قد تمثّلت في: قلّة المراجع القانونيّة الخاصّة بالقانون المدني الجزائري المتعلّقة بموضوع هذا البحث مما جعلني اضطرّ إلى الاستعانة ببعض المراجع لبلدان عربيّة أخرى كالمصريّة والأردنيّة وغيرها؛ ذلك لأنّني لم أجد فرقاً كبيراً في المصادر التي حصلت عليها وبين القانون المدني الجزائري إلّا في بعض العناصر فقط.

الدراسة الأولى
الإطار القانوني لمبدأ
نسبية أثر العقد

الباب الأول

الإطار القانوني لمبدأ نسبية أثر العقد

يعود مبدأ نسبية أثر العقود في جذوره العتيقة إلى القانون الروماني، حيث كان الأصل في التصرفات هي الشكلية، ويقوم على عدم إلزام الغير بعقد لم يكن طرفاً فيه. ومن القانون الروماني انتقل إلى التشريع الفرنسي ومنه إلى القانون الجزائري.

ويقوم مبدأ نسبية العقود على حماية الأطراف المتعاقدة والغير الأجنبي وعدم المساس بمراكزهم القانونية، فتمسك الغير بهذا المبدأ يجعله في منأى عن التصرفات التي لم يشارك فيها، ولا تجمعها بها أي رابطة قانونية. بل أكثر من هذا فإن مبدأ النسبية لا يقتصر على العقود والاتفاقات بل يتعداها إلى الأحكام والقرارات القضائية التي لا تسري في حق الغير كأصل عام.

وقد ورد مبدأ النسبية في المادة 108 من (ق.م.ج) والتي نصت على أن: «ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام من دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام». كما نصت المادة 109 (ق.م.ج) على أنه: «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».

وإذا كان مبدأ النسبية العقديّة يقوم على حماية المركز القانوني للمتعاقدين، فإنه ينبغي التوسّع في فهم كلمة "المتعاقدين"، لتشمل أطراف العقد بالإضافة إلى مجموعة من الأشخاص الذين يأخذون حكم الطرف بتوافر شروط وضوابط معينة، وهم الخلف والدائنين العاديين، فيكون العقد قاصراً على هؤلاء الأشخاص ولا يمتدّ إلى الغير كأصل عام. ومع ذلك يظل العقد منتجاً آثاره في مواجهة الغير ليس باعتباره تصرفاً قانونياً ولكن باعتباره واقعة قانونية تنتج آثارها في

العالم المحيط بها.

انطلاقاً مما سبق قوله فسنقوم بتقسيم هذا الباب إلى فصلين؛ حيث سنقوم بتحديد ماهية مبدأ نسبية أثر العقد (الفصل الأول)، ثم مجال مبدأ نسبية أثر العقد (الفصل الثاني).

الفصل الأول

ماهية مبدأ

نسبية أثر العقد

الفصل الأول

ماهية مبدأ نسبية أثر العقد

إنّ البحث في موضوع قانوني ما، يعتبر غير ذي جدوى إذا لم نبحث في تحديد ماهيته، فوضع المفاهيم والمحدّدات القانونيّة هو جوهر البحث القانوني لأيّ موضوع، خاصّة إذا كان هذا المفهوم ذو طبيعة خاصّة كمفهوم مبدأ نسبية أثر العقود، هذا الأخير الذي يحضّر بقوة في الدّراسة القانونيّة بمختلف فروعها، وخاصّة القانون المدني الذي يُعتبر أب القوانين.

وعليه فإننا سنخصّص هذا الفصل للتحديد المفاهيمي لـ «مبدأ نسبية أثر العقد». ولا شك في أنّ ذلك يتطلب منا ابتداءً البحث في مفهومه ومحاولة الوقوف على مضمونه وكيفية تطوّره في ميدان الحياة القانونيّة والأساس الذي يستند عليه، ثمّ تحديد الأهداف التي يسعى القانون لتحقيقها من خلال إقراره لمبدأ النسبيّة لكل من أطراف العقد والغير.

من هنا نرى ضرورة تقسيم هذا الفصل إلى المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: مفهوم «مبدأ نسبية أثر العقد».

المبحث الثاني: «مبدأ نسبية أثر العقد» كوسيلة لحماية أطراف العقد والغير.

المبحث الأول

مفهوم «مبدأ نسبية أثر العقد»

لتحديد مفهوم «مبدأ نسبية أثر العقد» يجب العودة إلى القوانين القديمة كالقانون الروماني وصولاً إلى القوانين الحديثة والمعاصرة مثل القانون الفرنسي والقانون الجزائري، حيث تمسكت هذه القوانين بمضمون هذا المبدأ وأصبح من المبادئ الأساسية فيها. ولكل هذا كان لفقهاء القانون الدور الكبير والواضح لصيرورة ذلك المبدأ كما نراه الآن، وكما كان للفقهاء الإسلامي دور مؤثر في ترسيخه للمبدأ.

وفي ضوء ذلك سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب؛ نخصص (المطلب الأول) للتعريف بـ «مبدأ نسبية أثر العقد» وجذوره التاريخية، ونعرض في (المطلب الثاني) لدراسة أساس مبدأ النسبية، في حين يكون (المطلب الثالث) لاستعراض موقف الفقه القانوني من «مبدأ نسبية أثر العقد».

المطلب الأول

التعريف بـ «مبدأ نسبية أثر العقد» وجذوره التاريخية

إن التحديد الدقيق لمضمون «مبدأ نسبية أثر العقد» لن يتأتى دون الحديث عن جذوره التاريخية واستحضار مختلف التطورات التي عرفها في أهمّ مراحل تطور الفكر القانوني؛ على اعتبار أنّ التأصيل التاريخي والقانوني لأيّ فكرة هو الذي يساهم في تحديد معناها. لذلك سنتطرق في هذا المطلب للتعريف بـ «مبدأ نسبية أثر العقد» (الفرع الأول)، ثمّ نتعرض لبيان الجذور التاريخية للمبدأ (الفرع الثاني) وذلك فيما يأتي.

الفرع الأول

التعريف بـ «مبدأ نسبية أثر العقد»

يقصد بمصطلح النسبية لغةً الاقتصار، وهي عكس الإطلاق ويقال نظرية النسبية أي النظرية التي تفرض فكرة الزمان المطلق والمكان المطلق، ويقال تناسب الشينان أي تشاكلا

والتناسب يعني التشابه⁽¹⁾.

أما فكرة النسبية بمفهومها القانوني فتعني أنّ هناك حكم، وهذا الحكم يسير في مواجهة نسبة دون أخرى من المحكوم عليهم⁽²⁾، والتصرف القانوني بصفة عامة سواء كان في صورته الفردية أو العقدية الثنائية أو العقدية الجماعية، من الطبيعي أن يكون له أثر، وهذا الأثر يوصف بأنه نسبي. ووصف النسبية لا يقتصر على العقود والاتفاقات فقط بل يتعداها حتى إلى الأحكام والقرارات القضائية التي تسري على طائفة معينة ولا تسري في حق الغير كأصل عام⁽³⁾.

أما النسبية في مجال العقود - وهي موضوع دراستنا - فيقصد بها: (قوة العقد الملزمة من حيث الأشخاص، وهي القوة التي تخضع لمبدأ النسبية في الأثر التعاقدية، ومقتضاها أنّ العقد يُرتب أثره فقط في حقّ طرفيه أو أطرافه وليس الغير الذي لم يمثل فيه، وبمعنى أكثر وضوحاً أنّ الحقوق والالتزامات التي يُرتبها العقد لا تتعلق إيجاباً أو سلباً إلا بالمتعاقدين فقط)⁽⁴⁾. هذا ما يطلق عليه الفقه القانوني بـ «مبدأ نسبية أثر العقد»، ذلك المبدأ الذي يضع حدّاً أمام امتداد الأثر الملزم للعقد بحقّ الغير، فهو يعبّر وفقاً لمفهومه التقليدي عن كون العقد لا يضرّ ولا ينفع إلا أطرافه⁽⁵⁾.

(1) - محروك محمّد، النسبية والحجية في العقود، مجلة الأملاك، ع.9، المغرب، 2011، (الصفحات: 127 - 153)، ص. 128.

(2) - بيسار محمود عبد الحي عبد الله، المشكلات القانونية لمبدأ نسبية أثر العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، 2009، ص. 128.

(3) - المراكشي هشام، الغير في القانون المغربي، "دراسة في تحديد المركز القانوني للغير - حماية الغير في النصوص القانونية والعمل القضائي"؛ (ط.1)، مكتبة المعرفة، المغرب، 2019، ص. 149.

(4) - فودة عبد الحكيم، النسبية والغيرية في القانون المدني، "دراسة عملية على ضوء الفقه وقضاء النقض"، (د.ط)؛ دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1996، ص. 42.

(5) - أبو زيد بريهان، «نسبية أثر العقد»، (مدى انصراف أثر العقود إلى الغير، دراسة في القانونين الإنجليزي والمصري)، مقال منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد 2، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2012، ص. 466.

إن «مبدأ نسبية أثر العقد» بهذا المفهوم، يعني بأن الأصل في العقود هو أن لا تنتج آثارها إلا في مواجهة أطرافها فهو لا يُرتب أي حق أو ينشئ أي التزام إلا اتجاه هؤلاء الأطراف وليس الغير ممن لم يساهم في تكوين العقد⁽¹⁾، وعليه فإن الالتزامات الناشئة عنه إنما يتحملها من اتجهت إرادته إلى القبول والرضا بها على أساس الاتفاق المبرم بينه وبين الطرف الآخر في ذلك العقد، فلا يلزم بها من لم تتصرف إرادته لإحداثها، وبالتالي لا يصبح بموجبه دائماً أو مديناً⁽²⁾، فلا يمكن لأي شخص أن يلزم إلا نفسه⁽³⁾، فعلى سبيل المثال لو أن هناك عقد بيع أبرم بين (أ) و(ب)، فإن ذلك العقد ينتج آثاراً معينة، تلك الآثار هي الالتزامات الناشئة عن العقد والمتمثلة في التزام المشتري بدفع الثمن والتزام البائع بتسليم المبيع، كذلك الأمر في التصرف الفردي والتصرف العقدي المتعدد الأطراف⁽⁴⁾.

إن القول بأن العقد ينتج آثاره في مواجهة عاقيه لا يجعلنا نقف عندهما، فهو يتعداهما إلى من يحلون محلها في حقوقهما التي ينظمها العقد، أي من يخلفونهما فيها، كما أنه يؤثر بطريق غير مباشر في دائنيهما عن طريق ما يؤدي إليه من زيادة أو نقص في الضمان العام. وهكذا تبرز الحقيقة الأولى؛ ومؤداها أن آثار العقد تتصرف إلى عاقيه، كما أنها قد تتصرف من بعدهما إلى خلفائهما، كما أنها تؤثر بطريق غير مباشر في حقوق دائنيهما⁽⁵⁾.

إذا كانت آثار العقد تتصرف إلى عاقيه وخلفائهما، وتؤثر في حقوق دائنيهما، فالأصل

(1) - علي عادل طه محمّد عثمان، آثار العقد في الفقه الإسلامي والقانون، (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2007. ص. 191.

(2) - الحسيني عباس علي، حقوق الغير المقترنة بالعقد، "بحث مقارن بالفقه الإسلامي"، مجلة رسالة الحقوق، العدد 3، السنة 6، جامعة كربلاء، العراق، 2014. ص. 10.

(3) - جاك غستان، كريستوف جامان ومارك بيو، المطول في القانون المدني، "مفاعيل العقد وآثاره"، ترجمة منصور القاضي؛ ط. 1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2000. ص. 423.

(4) - بيسار محمود عبد الحي عبد الله، المرجع السابق، ص. 128.

(5) - الدّيب محمود عبد الرحيم، مدى إلزام الغير بما لم يلتزم، "دراسة لإشكالات التعهد عن الغير"، (د.ط)؛ دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1997. ص. 52.

أنها تقف عند هؤلاء ولا تتجاوزهم إلى الغير، وهذه هي الحقيقة الثانية، ومؤداها عدم سريان آثار العقد بالنسبة للغير⁽¹⁾. وهاتان الحقيقتان تكونان معاً «مبدأ نسبية أثر العقد» بمعنى أن العقد ينتج آثاره في مجالٍ محددٍ، وهو ذلك الخاص بالمتعاقدين وخلفائهما ودائنيهما، ولا ينتج أثراً ما في خارج هذا المجال، أي لا ينتج أثراً ما في مواجهة الغير⁽²⁾، ففي المثال السابق لا يمتد أثر البيع إلى غير المتعاقدين سواء كان حقاً أو التزاماً وهذا كله يفترض أمرين:

الأول: أن التصرف صحيح متوافر الشروط والأركان حتى يعتد به شرعاً وقانوناً وينتج الآثار الطبيعية له.

الثاني: أن ذلك كله يدور في مجال الأثر الملزم للعقد وليس مجال النفاذ؛ نظراً لأن مجال النفاذ ينظر إلى التصرف ليس على أنه تصرف إرادي قانوني ولكن ينظر إليه على أنه واقعة قانونية ترتب آثاراً معينة قد يتأثر الغير بها⁽³⁾، فنطاق الحماية في مجال النفاذ أوسع حيث يشمل الكل ما عدا الأطراف.

الفرع الثاني

الجدور التاريخية لمبدأ نسبية أثر العقد

يذهب الفقه القانوني إلى القول أن أصل مبدأ نسبية العقود وجذوره تمتد إلى القانون الروماني، فهو الذي أسهم بوجوده⁽⁴⁾، ولعلّ الأصل الحقيقي له هو العبارة اللاتينية التي تقول

(1)- TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), Droit civil, les obligations, Dalloz, 6ème éd. Paris, 1996. p. 387.

(2)- شنب محمد لبيب، دروس في نظرية الالتزام، "مصادر الالتزام"؛ (د.ط)، دار النهضة العربية، مصر، 1977. ص. 263.

(3)- بيسار محمود عبد الحي عبد الله، المرجع السابق، ص. 129.

(4)- يشير البعض من الفقه القانوني إلى أن قاعدة «نسبية أثر العقد» ليست بالأساس رومانية؛ لأن القانون الروماني لا يستعمل البتة القواعد العامة، ولكن يضع لكل حالة الحل الذي يتماشى معها ويناسبها على حدا. انظر في ذلك: جاك غستان وآخرون، المرجع السابق، ص. 424.

بأن: "الأمر المتفق عليه بين البعض لا يمكن أن يضرّ أو يفيد غيرهم"⁽¹⁾. كما وُجدت لهذا المبدأ عدّة تطبيقات نصّ عليها القانون الروماني وتحديداً قانون "جستينيان" (justinien)؛ على سبيل المثال ما يتعلّق بالوفاء بدين المورث إذ قرّر ذلك القانون بأنّ (القسمة التي تتمّ في غيابك لا يمكنها أن تمسّ بحقوقك، لأنك لست طرفاً فيها)⁽²⁾.

وقد كان القانون الروماني في إقراره لهذا المبدأ منطلقاً من عاملين مهمّين يتحدّد على أساسهما من تتصرف إليه آثار العقد؛ ألا وهما (الشكلية، والنظرة الشخصية للالتزام)⁽³⁾؛ فالشكلية في ذلك القانون تعني أن يتمّ التصرف القانوني وفقاً للشكل المحدّد له وهو من يضيف تلك الصفة الملزمة على ذلك التصرف، وبعبارة أخرى لا يكون التصرف القانوني منتجاً لآثاره (ما لم يتمّ استيفاء الإجراءات والطّوقس المقرّرة، والنطق بألفاظ محدّدة بصرف النظر عن الإرادة الحقيقية لأطرافه)⁽⁴⁾، أمّا بالنسبة للالتزام في القانون الروماني فقد كان يغلب عليه النظرة الشخصية القائمة على أساس أنّ الالتزام رابطة بين شخصين دائن ومدين، حيث يخضع بموجبها المدين إلى سلطة الدائن تلك السلطة التي تمتدّ إلى التنفيذ على جسده، سواءً كان ذلك من خلال بيعه أو حبسه أو غير ذلك من الأساليب الأخرى، حتّى تطوّر الأمر وأصبح التنفيذ يتعلّق بالذمّة المالية للمدين⁽⁵⁾.

(1) - النص الروماني هو:

(Res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest).

ويعبّر عنه بالفرنسي كآلاتي:

(La chose conclue entre les uns ne peut nuire ni profiter aux autres).

(2)- Wintgen (R.), Etude critique de la notion d'opposabilité, les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et al Léman, L.G.D.J., Paris, 2004. p.p. 12- 16.

نقلًا عن نسير رفيق، نظرية التصرف القانوني الثلاثي، رسالة دكتوراه، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2014. ص. 317.

(3)- TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., p. 384.

(4) - الفتلاوي صاحب عبيد، تاريخ القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998. ص. 120.

(5) - السنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، ج. 1؛ ط. 2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998. ص. 14-

هذه العوامل قد أثرت وبشكل كبير على مبدأ نسبية العقد؛ لأنّ الطابع الشّخصي والشكلية التي يتطلّبها القانون لإبرام العقود تجعل كلّ من لم يحضر للقيام بالإجراءات والطقوس المطلوبة، هو من الغير ولا يمكن أن يتصوّر امتداد الأثر إليه لأنّ عمليّة إبرام العقد تتطلّب حضور الشّخص بنفسه(1).

لقد ورث قانون نابليون الاتجاه الشّخصي عن القانون الروماني، إذ كان ذلك واضحاً من خلال النّظر في نصّ المادة 1165 من القانون المدني الفرنسي القديم(2)، والتي جاء فيها أنّه: "لا يكون للاتفاقات أثر إلاّ بين الأطراف المتعاقدين، وهي لا تضرّ بغير المتعاقدين أو تعود عليهم بالفائدة إلاّ في الحالة المبيّنة في المادة 1121"(3). ثمّ أصبحت هذه القاعدة فيما بعد مبدأ قانونياً له أهميّة كبيرة في إطار العلاقات التّعاقدية تتحدّد على أساسه آثار العقد بين أطرافه ولا يمتدّ إلى الغير إلاّ في نطاق ضيقٍ ينحصر فيما نصّت عليه المادة 1121 من (القانون المدني الفرنسي قبل التعديل) التي أجازت الاشتراط لمصلحة الغير(4).

وقد عزّزت من ظهور مفهوم «مبدأ نسبية أثر العقد» بهذه الصورة المبادئ القانونيّة التي كانت سائدة عند تشريع القانون المدني الفرنسي، ويأتي في مقدّمتها "مبدأ استقلال الإرادة" الذي يقضي ألا يلزم الفرد إلاّ بموجب إرادته، و"مبدأ العقد شريعة المتعاقدين" الذي كان يفهم منه أنّ

(1) - بيبصار محمود عبد الحي عبد الله، المرجع السّابق، ص. 09 وما بعدها.

TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), op. cit. p. 384.

(2) - عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، "نظريّة العقد والإرادة المنفردة: دراسة معمّقة ومقارنة بالفقه الإسلامي"، ج. 1؛ (د.ط)، مطبعة نهضة مصر، 1984. ص. 44. محروك محمّد، المرجع السّابق، ص. 130.

(3) - Article 1165 de Code civil français, Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804, dispose que : «Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121».

وضع بتاريخ: 2013/05/19. انظر الرابط:

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006150248/2013-05-19/#LEGIARTI000006436516

(4) - L'article 1121 de Code civil français, Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804, op. cit, dispose que: «on peut pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre».

العقد مملكة المتعاقدين لا يدخلها "الغير" لحجة منطقيّة هي أنّ العقد لا يجوز أن يكون شريعة "الغير"⁽¹⁾.

ولأنّ القانون بشكلٍ عام يعكس حاجات المجتمع وأفراده، فهو بالتالي يجب أن يعدّل باستمرار لمواكبة التّطوّرات الحاصلة ولتلبية تلك الحاجات وبشكلٍ يتلاءم مع الوضع الجديد، هذا ما دفع المشرّع الفرنسي إلى تعديل القانون المدني عدّة مرّات⁽²⁾، كان آخرها ما قام به من تعديل لبعض النّصوص القانونيّة المتعلّقة بالعقد "قانون العقود" في القانون المدني الفرنسي بموجب المرسوم رقم 131 لسنة 2016⁽³⁾ والقانون رقم 2018/287⁽⁴⁾، فهذه التعديلات طالت مسائل جوهرية تتعلّق بتكوين العقد وآثاره، حيث أضاف القانون المدني الفرنسي المعدّل مبحثاً جديداً مستقلاً لأثر العقد بالنسبة إلى الغير، تناول بدايةً الأحكام العامة "Dispositions générales" شرح فيها قاعدة "العقد لا يتناول أثره بوجهٍ عام إلا المتعاقدين"، ثمّ الاشتراط لمصلحة الغير "La stipulation pour autrui" والتعهد عن الغير "Le porte-fort".

وقد نصّت المادة 1199 من القانون المدني الفرنسي رقم 131 لسنة 2016 على أنه:
"لا ينشئ العقد التزامات إلا بين أطرافه. لا يجوز للغير أن يطلب تنفيذ العقد كما لا يجوز أن

(1) - خاطر صبري حمد، الغير عن العقد "دراسة في النظريّة العامّة للالتزام"، ط. 1؛ الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2001. ص. 16.

(2) - فتال رعيد عبد الحميد، أهمّ التعديلات التشريعية المتعلّقة بأثر العقد بالنسبة إلى الغير في القانون المدني الفرنسي المعدّل عام 2016 و2018، "دراسة مقارنة"، مجلة جامعة العين للأعمال والقانون، العدد الثاني، المجلد الرابع، جامعة العين، الإمارات العربية المتحدة، 2020. ص. 60.

(3) - المرسوم رقم 131 لسنة 2016 يتضمّن تعديل القانون المدني الفرنسي، الرابط:

Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016. Texte n° 26
ELI: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/2/10/JUSC1522466R/jo/texte>
Alias: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/2/10/2016-131/jo/texte>
consulter le 15-11-2020.

(4) - القانون رقم 2018/287 الصادر بتاريخ 20 أفريل 2018، منشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 21 أفريل 2018. نقلاً عن فتال رعيد عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 60.

يجبر على تنفيذه...⁽¹⁾، مما يؤكد على تبني المشرع الفرنسي لمبدأ نسبية أثر العقد وتمسكه به.

المطلب الثاني

أساس «مبدأ نسبية أثر العقد»

يجد القانون الخاص مصدره التاريخي في القانون الروماني الذي كان يؤسس «مبدأ نسبية أثر العقد» على الشكلية (الفرع الأول)، في حين تأثرت فلسفة العقد الحديثة بأفكار المذهب الليبرالي مما جعلهم يؤسسون المبدأ على "عنصر الإرادة" (الفرع الثاني)، أما الاتجاهات الفقهية الحالية فتضفي على هذا المبدأ الطابع الإلزامي وتؤسسه على القانون (الفرع الثالث).

الفرع الأول

أساس «مبدأ نسبية أثر العقد» في القانون الروماني

يجد مبدأ نسبية العقد أساسه في ظل القانون الروماني في مبدأ الشكلية⁽²⁾؛ لأن هذا الأخير كان يجهل مبدأ الرضائية كما أسلفنا الذكر، فاتفاق إرادتين لا يكفي لإنشاء العقد إلا إذا استجاب إلى شكل قائم قد يتمثل في عبارات معينة بالنسبة للعقود الشفوية، أو في كتابات معينة في العقود المكتوبة، وفي التسليم في العقود العينية⁽³⁾. وعليه فإن العقود لا تلزم إلا الأشخاص الذين شاركوا في هذه الشكلية.

أول بوادر تلاشي مبدأ شخصية العقود هو مفهوم العائلة في المجتمع الروماني؛ إذ كان يعتبر أفراد العائلة الكبيرة بما فيها العبيد شخصاً قانونياً واحداً، فكل فرد يمثل الآخر قانوناً، كما أن ذممهم المالية واحدة، فيمكن استيفاء الدين من زوجة المدين أو أخيه أو أي فرد آخر من أفراد

(1)- Article 1199 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du code de droit civil français, op. cit., dispose que: «Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints...».

(2)- BACACHE – GIBELLI (M.), La relativité des conventions et les groupes de contrats, L.G.D.J. . Paris, 1996. P. 229.

(3)- الفتاوي صاحب عبيد، المرجع السابق، ص. 192.

العائلة⁽¹⁾. ثم يليه تلاشي مبدأ الشكلية، ليؤدى إلى اتساع دائرة آثار العقد إذا كان ذلك مراد الأطراف وكان ضرورياً لتحقيق الغاية القانونية المرجوة، فبدايةً من القرن الثاني عشر تحرر العرف القانوني في أوروبا من الأشكال الموروثة عن القانون الروماني، فأجاز النيابة في التعاقد وحوالة الدين⁽²⁾. ثم تأكد هذا التحرر مع ظهور القانون الكنسي، أين تم الاعتراف بمبدأ الرضائية⁽³⁾، غير أنّ هذا الاعتراف لم يكن على أساس حرية الإرادة، وإنما على أساس منطلق ديني يتمثل في وجوب احترام العهود⁽⁴⁾، وهذا ما يجعل أساس مبدأ نسبية التعاقد في القانون الكنسي هو "العهد" وليس الإرادة.

الفرع الثاني

تأثير أفكار الفلسفة الفردية في إعادة تأسيس «مبدأ نسبية أثر العقد»

غيرت الأفكار الفلسفية التي سادت القرن الثامن عشر أساس مبدأ نسبية التعاقد، فقد اعتبر أنصار المذهب الفردي (أمثال "KANT" و "ADAM SMITH") أنّ الشخص حرّ، وأنّ إرادته هي مصدر كلّ الالتزامات القانونية⁽⁵⁾، كما يجعلون من الإرادة الضمان الوحيد لحقوق الفرد؛ لأنّ الشخص إن لم يقرّر بنفسه فإنّه يتعرّض للظلم، أمّا إذا قرّر بنفسه فإن ذلك سيكون مستبعداً⁽⁶⁾.

أثرت هذه الأفكار الليبرالية على مفسري القانون الفرنسي آنذاك، ممّا جعلهم يعتبرون أنّ الإرادة هي المصدر الوحيد للقانون، إذ لا يمكن للشخص أن يخضع لقانون غير ذلك الذي أوجده

(1) - جاك غستان وآخرون، المرجع السابق، ص. 425.

(2) - محمّد محي الدين إبراهيم سليم، نطاق مبدأ نسبية أثر العقد، "دراسة مقارنة"، (د. ط)؛ دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007. ص. 27 - 28.

(3) - السنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، ج. 1، المرجع السابق، ص. 93.

(4) - عياد عبد الرحمن، أساس الالتزام العقدي، "النظرية والتطبيقات"؛ (د. ط)، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1971. ص. 15.

(5) - BACACHE - GEBEILLI (M.), op. cit, p. 232.

(6) - نسير رفيق، المرجع السابق، ص. 160.

لنفسه، سواءً بمفرده أو باتفاق مع غيره، وأنه لا يمكن أن يصبح ملتزمًا إلا إذا أراد ذلك، ومن ثم لا يجوز إجباره على أداء التزام لم يكن حرًا في التعهد به ولم تتجه إرادته إليه⁽¹⁾.

انطلاقًا من هذه الأفكار أرسى أنصار مبدأ سلطان الإرادة، عدّة مبادئ تتمثل في؛ مبدأ الرضائية⁽²⁾، مبدأ حرية التعاقد⁽³⁾، مبدأ احترام المشرّع والقاضي للقوة الملزمة للعقد⁽⁴⁾ وكذا مبدأ نسبية التعاقد⁽⁵⁾ وبما أنّ الإرادة هي أساس القوة الملزمة للعقد، فإن هذا الأخير لا يكون ملزمًا إلا لمن عبّر عن إرادته، لذلك أصبح مبدأ نسبية العقد في ظل هذا المذهب يتأسس على عنصر الإرادة.

(1) - عياد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 16.

(2) - يقضي هذا المبدأ بأن الإرادة لوحدها كافية لإعطاء العقد قوته الإلزامية، فنجاعته لا تكون مقيدة باحترام شكل مُعيّن. انظر:

BACACHE – GIBEILLI (M.), op. cit., p. 233.

(3) - وهو يشمل مسألتين: الأولى مفادها أنّ الشخص حرّ في أنّ يتعاقد أو لا يتعاقد، بينما الثانية تتعلّق بمضمون العقد، فلأطراف المتعاقدة كامل الحرية في تحديد بنود العقد. انظر:

FLOUR (J.) et (AUBERT J.-L.), Les obligations, L'acte juridique, 7ème éd., Armand Colin, Paris, 1998. p. 62.

(4) - أي ما صنعه الإرادة، لا يمكن نقضه أو تعديله إلا من قبل هذه الإرادة. انظر: نسير رفيق، المرجع السابق، ص. 161.

(5) - علي يونس صلاح الدين، مبدأ خصوصية العقد في القانون الانجليزي، "دراسة تحليلية مقارنة بمبدأ نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص في القانون المدني العراقي"، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، عدد 6، جامعة جيهان - أربيل، العراق، 2017. ص. 46.

غير أنّ الاعتماد على عنصر الإرادة كأساس لمبدأ نسبية العقد، قد تعرض لحملة من الانتقادات⁽¹⁾؛ من بينها أنها جعلت من مفهوم "الطرف" ومفهوم "الغير" مفهومين جامدان لا يقبلان أي مرونة في تعريفهما، فوحدهم الأشخاص الذين أبرموا العقد من تحقق لهم صفة الطرف؛ لأنّ الإرادة وحدها هي أساس القوة الملزمة للرابطة العقدية، وكلّ من لم يعبر عن إرادته فهو من قبيل الغير⁽²⁾.

الفرع الثالث

القانون كأساس لـ «مبدأ نسبية أثر العقد»

لا شكّ في أنّ إرادة الطرفين المتعاقدين دورٌ بارزٌ في إنشاء وتكوين العقد وتحديد آثاره التي سيلتزمان بها، غير أنّ هذا لا ينفي دور القانون الذي يضفي على أطراف العقد الحماية القانونية انطلاقاً من المبادئ الموجهة ذاتها للعدالة العقدية والمنفعة الاجتماعية⁽³⁾. نتيجة لذلك نرى مع غالبية الفقه أنّ الأساس الحقيقي لمبدأ نسبية العقد يكمن في إرادة القانون ذاته؛ فالقانون لا يحمي إرادة الأطراف وإنما الهدف الذي ترمي إلى تحقيقه⁽⁴⁾، وهذا ما يبرر تدخل المشرع في

(1) - إنّ هذا التوجّه نحو سلطان الإرادة لم يدم طويلاً إذ بدأت الأصوات تتعالى من قبل الفقه في انتقاده للمذهب الفردي في تقديسه للإرادة والروح الفردية؛ وقد ساعد في ذلك ظهور المذهب الاشتراكي الذي جاء بمفاهيم مغايرة عن المذهب الفردي فيما يتعلّق بنظرته إلى الهدف من القانون وغايته، إذ يرى بأن غاية القانون تحقيق مصلحة الجماعة ولا ينظر إلى الفرد بمعزل عن المجتمع الذي يعيش فيه الأفراد. انظر: الزامل علاء، فكرة توحيد النظام القانوني للمسؤولية المدنية في نطاق المجموعة العقدية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة القادسية، العراق، 2017. ص. 93.

(2) - أدى تأسيس مبدأ نسبية العقد على معيار الإرادة إلى جعل مفهومي "الطرف" و"الغير" مفهومين غامضين؛ إذ أنّ هناك فئة من الأشخاص ممن لا يعبرون عن رغبتهم في إنشاء العقد، غير أنّه تثبت لهم بعض مزايا الأطراف، وهم الخلف والدائنين كما سنرى لاحقاً.

(3) - جاك غستان وآخرون، المرجع السابق، ص. 439.

(4) - نسير رفيق، المرجع السابق، ص. 184.

كلّ مرة لا يوفّق فيها مبدأ حرية التعاقد في تحقيقها (كأن يفرض التوثيق أو الشهر⁽¹⁾)، وهذا لا يمسّ بالمبدأ؛ لأنّ المبدأ في حد ذاته مقرّر من أجل تحقيق الحماية للأطراف والغير⁽²⁾. ولا شكّ في أنّ المشرّع يسعى من خلال تقريره لمبدأ نسبيّة العقد إلى تحقيق العدل والتوازن في المبادلات الاقتصادية، فيتحصل الطرف الموفي لالتزامه على مقابل هذا الوفاء، بينما لا يلتزم الغير بتقديم أيّ أداء، وعليه فمن العدل أنّ تخصص الاستفاداة من التصرف لمن هو أهلّ لذلك فقط، وهو الطرف⁽³⁾، إذ يقول في ذلك الفقيه الفرنسي "Demogue": (القانون يجب أن يحمي هؤلاء الذين يعملون ومنهم الأشخاص الذين يحتاطون للمستقبل ويخطّطون له بواسطة إبرام العقود)⁽⁴⁾. كما يهدف القانون من خلال إقراره «مبدأ نسبية أثر العقد» إلى تحقيق التوازن⁽⁵⁾؛ عن طريق إنشاء الحقوق والالتزامات بين ذم الأطراف، ولا يجب أن يستفيد الغير من الالتزامات الناشئة عن العقد؛ لأنه لم يقدم شيئاً بالمقابل⁽⁶⁾. ويسمح هذا الفهم أيضاً بتقبّل

(1) - إنّ التصرفات القانونية لا تنشئ آثاراً قانونية بذاتها كما يدعي أنصار مبدأ سلطان الإرادة، وإنّما تنشئ الآثار بإرادة القانون؛ فبيع العقار مثلاً لا ينتج آثاراً قانونية حتّى ما بين أطرافه إذا لم يتمّ شهره. راجع في ذلك مثلاً نص المادة 16 من الأمر رقم (74-75)، مؤرخ في 12 نوفمبر 1975، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج.ر.ع. 92 صادرة بتاريخ 18 نوفمبر 1975.

(2) - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد، ج. 1، المرجع السابق، ص. 46-47.

(3) - الزاملي علاء، المرجع السابق، ص. 103.

(4) - Demogue (R.), Les notions fondamentales en droit privé, essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations, Paris, 1911, P. 63 ets.

نقلًا عن الزاملي علاء، المرجع نفسه، ص. 102.

(5) - يقصد بالتوازن العقدي، المساواة أو التكافؤ بين أطراف التعاقد والتوازن الموضوعي بين الأداءات المتقابلة، أو بعبارة أخرى أن تكون حقوق والتزامات الأطراف وقت إبرام العقد قد نشأت بطريقة تجعلها متوازنة ماليًا، ولا يقصد بالتوازن المالي المساواة الحسابية بل هي تلك المعادلة الشريفة بين الحقوق والالتزامات والتي أخذت في الاعتبار. انظر: عرارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2015، ص. 03-04.

(6) - منصور محمّد حسين، مصادر الالتزام، "العقد والإرادة المنفردة"؛ د.ط، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2000، ص. 299.

الاستثناءات التي ترد على مبدأ نسبية العقد إذا كانت هذه الأخيرة تسعى إلى تحقيق العدل، كما في الدعوى المباشرة، فليس من العدل أن يبقى المقاول الفرعي بدون مقابل للأداء الذي أوفى به ويستفيد المقاول الأصلي من مبلغ المقاولة على الرغم من أنه لم يقدم أي أداء⁽¹⁾.

هذه هي الأهداف التي يسعى القانون إلى تحقيقها من وراء إقرار مبدأ نسبية العقود، الذي يجد أساسه في إرادة القانون لا في إرادة الأطراف؛ لأنّ جعل إرادة الأطراف كأساس للمبدأ من شأنه أن يفقد الاستثناءات الواردة عليه مبرراتها، فلا يعقل أن تؤسس الدعوى المباشرة مثلاً على إرادة الأطراف، فنقول أنّ المقاول الأصلي وربّ العمل قد اتفقا على أن يفى هذا الأخير مباشرةً للعامل أو المقاول الفرعي في حالة عدم قيام المقاول الأصلي بذلك، غير أنّ تأسيسه على إرادة القانون يسمح بتبرير الاستثناءات: ففي كلّ حالة لا يحقّق فيها مبدأ نسبية العقد الأهداف المرجوة منه، والمتمثلة أساساً في المبادلات الاقتصادية والاستقرار في المراكز القانونية، يجوز الخروج عنه لتحقيق الأهداف التي عجز المبدأ عن تحقيقها.

المطلب الثالث

موقف الفقه القانوني من «مبدأ نسبية أثر العقد»

سنتعرّض في هذا المطلب لبيان موقف الفقه القانوني من مبدأ نسبية أثر العقد، وذلك من خلال موقف شراح القانون المدني الفرنسي (الفرع الأول)، ثمّ موقف الفقه الإسلامي من المبدأ (الفرع الثاني)، وبعد ذلك موقف شراح القوانين المدنية العربية منه (الفرع الثالث).

الفرع الأول

موقف شراح القانون المدني الفرنسي من «مبدأ نسبية أثر العقد»

لقد ورد «مبدأ نسبية أثر العقد» ابتداءً في المادة 1165 مدني فرنسي والتي نصّت على أنه: "لا يكون للاتفاقات أثر إلا بين الأطراف المتعاقدين، وهي لا تضرّ بغير المتعاقدين أو تعود

(1) - نسير رفيق، المرجع السابق، ص. 331.

عليهم بالفائدة إلا في الحالة المبينة في المادة 1121⁽¹⁾، غير أن الفقه الفرنسي السائد في القرن التاسع عشر عندما التفت لتفسير هذا المبدأ في ظل تطور العلاقات العقدية، لم يترجم هذا المعنى بل انحرف عنه وأصبح المبدأ غامضاً بعد أن كان حقيقة مسلماً بها، فبواسطة هذا المبدأ قيل أن "الغير" مستقل تماماً عن العقد، فالعقود كما يقول (أوبري ورو) "AUBRY et RAU" لا يمكن أن يحتج بها على الغير ولا يمكن لهذا الغير أن يستند إليها⁽²⁾. بمعنى أن أثر العقد لا يمس الغير مادياً أو قانونياً⁽³⁾، وبذلك صار معنى القاعدة أن الاتفاقات لا يمكن أن تحدث ضرراً للغير ولا تجلب له نفعاً.

نتيجة لما سبق انتهى الفقه إلى القول بأن الاتفاق يعتبر غير موجود قانوناً في مواجهة الغير، فلا يستطيع الإفادة منه بالتمسك به ولا يحتج به عليه فيلحقه الضرر، حتى وصف الفقيه الفرنسي (ديمولوب) مبدأ النسبية بأنه "مبدأ بسيط إلى حد يبدو ساذجاً، ويدعو للتساؤل عما إذا كانت هناك فائدة لفرضه بموجب نص قانوني"⁽⁴⁾. وفي ذلك قيل بأن هذا المبدأ ظهر في هذه المرحلة بوصفه فردياً، بمعنى أن الغير لا علاقة له مطلقاً بالعقد، فلا يمكن له أن يحتج بالعقد

(1)- Article 1165, Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804, op. cit.: «Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121».

(2)- AUBRY et RAU, cours de droit civil Français, 6 éd, par Bartin, 6.4, 1935, p. 568.

(3)- ويذكر البعض في هذا الشأن أن أصل مبدأ النسبية في القانون الروماني الذي كان يقضي بأن الاتفاق لا يمكن أن يلزم الغير الذي لم يكن طرفاً فيه كما لا يمكن أن يكسبه حقا وذلك في نطاق الأثر الملزم للعقد بالنسبة لأشخاصه، إلا أنه لا يمنع الغير من الاحتجاج به إلى العاقدين ولا العاقدين به على الغير. انظر فودة عبد الحكيم، النسبية والغيرية، ص. 42. ويشير البعض في هذا الشأن إلى أن الفقه الفرنسي يفسر المادة 1165 - السابق ذكرها- تفسيراً حرفياً أدى إلى انحراف مضمونه الأساسي في القانون الروماني. انظر: محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص. 26.

(4)- نقلاً عن: خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 58.

WEILL (A.), Le principe de la relativité de convention, en droit prive français, thèse, Paris, 1938, p. 32.

ولا يمكن للمتعاقد أن يحتج عليه بهذا العقد⁽¹⁾.

وقد ظل النص الفرنسي - بهذا المفهوم - ردحاً طويلاً من الزمن بديهياً، لا يحتاج إلى بيان أو تفسير، ولكن الفقه بدأ منذ وقتٍ ليس ببعيد يثير الشكوك حول سلامته. حيث أن العزلة التي عاش بها العقد - باعتباره غير موجود في مواجهة الغير - لم تستطع أن تقاوم تطوّر الظروف والعلاقات العقديّة، فقد أفرز الواقع العملي تطورات عديدة على صعيد العلاقات القانونيّة، لا يمكن معها القول بعدم وجود العقد في مواجهة الغير، إذ لا بدّ أن يتأثر الغير بعقدٍ لم يكن طرفاً في إبرامه؛⁽²⁾، كلّ ذلك جعل بعض الفقه القانوني الفرنسي يشكك في وجود هذه القاعدة، ولعلّ الفقيه (سافاتييه) "SAVATIER" هو أول من عبّر عن ذلك صراحةً في مقال له بعنوان "المبدأ المزعوم في نسبيّة أثر العقد"، إذ يقول بأنّ: («مبدأ نسبية أثر العقد» لم يعد مبدأً وأنّه قد انهار بسبب كثرة الاستثناءات الواردة عليه)⁽³⁾.

ولكن إزاء هذا النقد الذي تعرّض له مبدأ نسبيّة العقد والذي أراد نفيه بالكامل ظهر جانب آخر من الفقه ساهم في التأكيد على وجوده من خلال تجديد مفهوم هذا المبدأ وإعادة تفسيره، حيث اتّجه الفقه الحديث - وعلى رأسهم الأستاذ (ويل) "ALEX WEILL"⁽⁴⁾ - إلى بلورة مفهوم الحجية بوصفه مبدأً يحدّد الإطار الخارجي للعلاقة العقديّة ولا يتعارض مع «مبدأ نسبية أثر

(1) - الصديقي علي فيصل علي، الغير وحجية العقد، دراسة مقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة للفقه والقضاء في إطار القانون المدني البحريني والفرنسي والمصري، مجلة دراسات دستورية (صادرة عن المحكمة الدستورية)، العدد 3، مملكة البحرين، يوليو 2014. ص. 05.

(2) - فلو أبرم شخص عقد بيع عقار، وقبل تسجيله بادر البائع ببيعه مرّة أخرى على مشترٍ ثانٍ سيء النية سارع بالتسجيل، لا يمكن في الحقيقة القول بإمكانية أن يتجاهل المشتري في العقد الأول ما تمّ من تسجيل في العقد الثاني. وكذلك لو أبرم صاحب عمل عقداً مع أحد عمّال منافسه، فالعقد الأول يعدّ حقيقةً موجودةً في مواجهة صاحب العمل ولو كان غيراً، ولا يمكن عندئذ التحجج بأنّ العقد لا يعنيه، بل يظهر جلياً في هذه الأمثلة أنّ الغير يتأثر بوجود عقدٍ لا علاقة له به في الأصل.

(3) - Savatier (R.) : Le prétendu principe de l'effet relatif, R.T.D. Civ, 1934, p.525 et s.

(4) - WEILL (A.), op. cit, p.p. 41-49.

العقد» بل هو مكمل له⁽¹⁾، بمعنى أن العقد لا ينشئ علاقة التزام إلا بين الطرفين اللذين تراضيا على إنشاء هذه العلاقة، فلا ينشئ في ذمة الغير التزاماً ولا يكسبه حقاً، لكن لا يمنع -على الخصوص- نفاذ العقد في مواجهة الغير⁽²⁾.

فالعقد بما أنشأه من حقوق والتزامات بين طرفيه، واقعة اجتماعية ليس في الوسع تجاهلها، فليس في وسع الغير أن يتجاهل نشوء هذه الحقوق والتزامات بين طرفي العقد، وليس في وسع أي من طرفي العقد أن ينكر في مواجهة الغير أن هذه الحقوق والتزامات قد نشأت فيما بينهما. ويعبر عن ذلك بالقول أن العقد بما أنشأه من حقوق والتزامات بين طرفيه، يحتج به بالنسبة للكافة، فللغير أن يحتج به ويحتج به عليه⁽³⁾.

لقد واكب المشرع الفرنسي الفقه في تطوره هذا في تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 هذه التطورات، متأثراً بما وصل إليه الفقه والقضاء من حقيقة الفصل بين قاعدة «نسبية أثر العقد» من جهة ومبدأ حجية العقد من جهة أخرى⁽⁴⁾، وأزال كلمتي النفع والضرر الواردة في النص القديم (1165)، ليصبح نص المادة 1199 بالشكل الآتي: "لا ينشئ العقد التزامات إلا بين أطرافه. لا يجوز للغير أن يطلب تنفيذ العقد كما لا يجوز أن يجبر على تنفيذه..."⁽⁵⁾. ثم يأتي بعد ذلك في المادة 1200 ليقرر مبدأ حجية العقد بالنص على أنه: "يجب على الغير احترام المركز القانوني الناشئ عن العقد. يمكن للغير التمسك بالعقد وبخاصة من أجل إثبات واقعة

(1) - الحراشة محمد، فكرة عدم سريان التصرف القانوني، دراسة مقارنة؛ (د.ط.)، مطبعة الأجيال، عمان، 2002. ص. 37.

(2) - العميرة عبير مازن، مبدأ نسبية آثار العقد في القانون المدني الأردني، "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، قسم القانون، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، 2004. ص. 03.
(3) - FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), op. cit., p. 316. TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., p. 387.

(4) - فتال رعيد عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 61 وما بعدها.

(5) - Article 1199 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du code civile français, op. cit, dispose que: «Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints...».

ما⁽¹⁾، إذ يبيّن النّصان وبشكلٍ واضحٍ المعيار المميّز بين مبدأ نسبيّة العقد ومبدأ حجّيته تجاه الغير (وهو المطالبة بالتنفيذ)، فلا يحقّ للغير المطالبة بالتنفيذ لأنّه حقّ قاصرٌ على أطراف العقد ويدخل ضمن مبدأ نسبيّة العقد.

الفرع الثاني

موقف الفقه الإسلامي من «مبدأ نسبيّة أثر العقد»

بعد أن قمنا برصد موقف القانون والفقه الفرنسي الذي كان له الدور الكبير في ترسيخ «مبدأ نسبيّة أثر العقد»، فإننا سنتناول هنا موقف فقهاء المسلمين الذين اختلفت آراؤهم حول هذه المسألة، إذ ظهر اتجاهان؛ اتّجاه مؤيّد لفكرة نسبيّة العقد، واتّجاه رافض لها.

الاتّجاه الأول: الاتّجاه المؤيّد لفكرة «نسبيّة أثر العقد».

إنّ البعض من الفقه الإسلامي قد أيّد فكرة «نسبيّة أثر العقد» وأخذ بها ويمثّل هذا الاتّجاه كلّ من الفقه الحنفي والفقه المالكي، الذين ذهبوا إلى ما يفيد معنى الأخذ بهذا المبدأ الذي يقصّر على المتعاقدين دون أن ينصرف إلى الغير⁽²⁾.

وقد جاءت نظرة الفقهاء المسلمين لهذا المبدأ من التّمييز بين حكم العقد وحقوقه؛ فحكم العقد هو الأثر الأصلي للعقد والغرض الذي قصده المتعاقدان من وراء إنشائه، أمّا حقوق العقد فهي ما يستتبعه العقد من التزامات ومطالبات تؤكّد حكمه وتحفظه وتكمّله. فالعاقد إذا باشر العقد بنفسه لنفسه انصرفت إليه وحده آثار العقد بكلّ ما ترتّب من أحكام وحقوق⁽³⁾، ويضرب هذا الفقه مثلاً على ذلك في عقد البيع؛ فحكمه نقل ملكيّة المبيع إلى المشتري ونقل ملكيّة الثمن إلى

(1)- Article 1200 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du code civile français, op. cit., dispose que: «Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait».

(2)- محمّد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص. 25-26.

(3)- علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية؛ (د.ط.)، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008، ص. 346-

347. نقلاً عن: السنهوري عبد الرزاق، مصادر الحقّ في الفقه الإسلامي، "دراسة مقارنة بالفقه الغربي"، ج. 5؛

(ط.1)، دار إحياء التراث العربي، لبنان، (د.س.ن.)، ص. 41.

البائع، وحقوقه إلزام البائع بتسليم المبيع وقبوله في حالة الرد بالعيب وحقه في المطالبة بالثمن وكذا إلزام المشتري بدفع الثمن، وثبوت حقه في المطالبة بتسليم المبيع بحالة يصلح معها للانتفاع... وهكذا⁽¹⁾.

من هذا المبدأ، فأثر العقد في الفقه الإسلامي لا ينصرف إلا إلى العاقد نفسه، ولا يجاوزه إلى غيره ممن لم يكن طرفاً فيه، وقد أشار إلى ذلك صاحب مرشد الحيران في (المادة 1/306) بقوله: «إنما تجري العقود في حقّ العاقدين ولا يلتزم بها غيره»، وفي (المادة 278) أنه: «يجوز للحرّ العاقل غير المحجور عليه أن يباشر أيّ عقد كان بنفسه أو يوكل به غيره، فمن باشر عقداً من العقود بنفسه لنفسه فهو الملزم دون غيره بما يترتب عليه من الحقوق والأحكام»⁽²⁾.

وكذلك نجد البعض من الفقه القانوني قد أشار إلى أنّ الفقه الإسلامي لم يقرّ بنظرية الاشتراط لمصلحة الغير التي لها دور في الأخذ بـ «مبدأ نسبية أثر العقد»، إذ قالوا بأنّ الاشتراط لمصلحة الغير المعروفة لدى الفقه الغربي هي غير جائزة وأنّ الشريعة الإسلامية لم تقرّ بها⁽³⁾.

الاتجاه الثاني: الاتجاه الرافض لفكرة «نسبية أثر العقد».

هناك اتجاه آخر يمثله الفقه الجعفري والفقه الحنبلي والفقه الشافعي يرى بأنّ العقد لا تنصرف آثاره إلى المتعاقدين وحدهم وإنما تتعداهم إلى الغير، والدليل على ذلك هو الأخذ بشرط الخيار للأجنبي لدى الفقه الحنبلي والفقه الشافعي، فكما يصحّ للعاقد أن يشترط الخيار لنفسه يصحّ له أن يشترطه لأجنبي، أي لغيره ممن لا صلة له بالعقد، كما أنّ الفقه الجعفري قد أخذ

(1) - الشباني حيدر عواد، خروج تنفيذ العقد عن دائرة أطرافه "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية القانون، جامعة القادسية العراق، 2016. ص. 15.

(2) - محمد قنبري باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان؛ (ط.2)، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1891. ص. 30. نقلاً عن: بودي حسن محمد، حقوق الغير في العقود المالية "في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، (د.ط)؛ دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004. ص. 15.

(3) - السنهوري عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، "دراسة مقارنة بالفقه الغربي"، ج.5؛ المرجع السابق، ص. 115.

بالاشتراط لمصلحة الغير، إذ يرى بعضهم بأنّ الفقه الإسلامي قد عرف الاشتراط لمصلحة الغير وأقرّ به، فهناك قاعدة عامّة تقول: (أنّ ما صحّ اشتراطه لأحد المتعاقدين صحّ اشتراطه للغير)⁽¹⁾ وبالتالي يصحّ البيع الذي يتضمّن شرطاً لمصلحة الغير ممّا يعني أنّ هذا الاتجاه الفقهي لا يأخذ بنسبية آثار العقود كمبدأ.

الفرع الثاني

موقف شرّاح القوانين المدنية العربية من «مبدأ نسبية أثر العقد»

بعدما عرضنا أعلاه نظرة الفقه القانوني الفرنسي ونظرة الفقه الإسلامي لفكرة نسبية العقد، يأتي الدور للحديث عن موقف القوانين المدنية العربية ونظرة شرّاحه من هذه الفكرة، فهي تعدّ حديثة نسبياً بالمقارنة مع نظيرها الفرنسي، وقد أدّى ذلك إلى أن تتأثر معظم تلك القوانين بالقانون الفرنسي وأن تنتفع من رحلة التطور في المفاهيم القانونية التي شهدتها الفقه والقضاء الفرنسي ولاسيّما في إطار «مبدأ نسبية أثر العقد»، ولكن هذا لم يكن بالشكل الكامل الذي يمنع من وجود التباين والاختلاف في موقف الكتاب العرب من هذا المبدأ وتفسير النصوص المتعلقة به.

على العموم يمكن القول أنّ الموقف لم يكن موحداً من مبدأ نسبية العقد وأهميّة وجوده، فقد ذهب جانبٌ من الفقه القانوني إلى التشكيك بأهميّة وجود مثل هذا المبدأ في النصوص القانونية وذلك بسبب تعدّد وتشابك العلاقات التعاقدية من جهة وما يعانيه المبدأ من كثرة الاستثناءات الواردة عليه من جهة أخرى، متفقاً في ذلك مع الجانب المنتقد له في الفقه الفرنسي سالف الذكر، ولعلّ الانتقاد الذي وجهه الأستاذ "السنهوري" لفكرة النسبية إنّما يمثل دليلاً على ذلك، إذ يقول (إنّ القاعدة التي تقضي بأنّ العقد لا ينصرف أثره إلى الغير «قاعدة عتيقة وبالية» ورثناها عن القانون الروماني ونحن نستبقها اسماً لا فعلاً وإلاّ فنحن نخرج عليها كلّما

(1) - الشباني حيدر عوّاد، المرجع السابق، ص. 18.

اقتضى تقدّم المعاملات ذلك، والقانون الروماني نفسه إذا كان قد أقرّ القاعدة فإنّما ذلك يرجع لمقتضيات ترجع إلى صياغته الفنيّة ومع ذلك فقد اضطرّ إلى الخروج عليها في كثير من الاستثناءات، فنحن إذا كنّا لا نزال نقرّر أنّ العقد لا ينصرف أثره إلى الغير فإنّما نفعل ذلك مجازةً لما يقرّه الفقهاء في هذا الشأن واحتراماً لتقاليد عتيقة أنّ لها أن تهدم⁽¹⁾.

ولكن ومن جهةٍ أخرى كان لفكرة نسبيّة العقد جانبٌ كبيرٌ من المؤيدين في الفقه القانوني العربيّ والذين تعاملوا معها على أنّها من المسلّمات⁽²⁾، وهذا توجهٌ غالبية القوانين المدنيّة العربيّة التي أخذت بها كمبدأ قانوني مسلم به ونظّمته في نصوصٍ عديدةٍ؛ بيّنت فيها نطاق المبدأ بعددٍ من الأشخاص وهم المتعاقدون أو من يمثّلهم على أساس الخلافة (الخلف العام)⁽³⁾ وكذا الخلف الخاص⁽⁴⁾، بالإضافة إلى أشخاص آخرين لا يتأثرون بالعقود التي يبرمها المدين إلاّ بكيفيّة غير مباشرة وهم الدائنين العاديين⁽⁵⁾.

وقد جاء الفقه ليؤكّد على احتواء النصوص المذكورة لمبدأ نسبيّة العقد، منطلقاً من مفهوم المخالفة لهذه النصوص، إذ يتّضح منها أنّ العقد لا ينصرف إلى الغير، فأثار العقد لا تنصرف

(1) - السنهوري عبد الرزاق، نظريّة العقد، ج.2، ط.2؛ منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998. ص. 864.

(2) - بدوي حلمي بهجت، أصول الالتزامات، الكتاب الأول: "في نظريّة العقد"، (د.ط)؛ مطبعة نوري، القاهرة، 1943. ص.283 وما بعدها. سلطان أنور، الموجز في مصادر الالتزام، (د.ط)؛ دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998. ص. 201 وما بعدها.

(3) - انظر على سبيل المثال نصّ المادة 108 من (ق.م.ج) على أنّ: «ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام من دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبيّن من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نصّ القانون أنّ هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام».

(4) - انظر على سبيل المثال نصّ المادة 109 من (ق.م.ج): «إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصيّة تتّصل 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».

(5) - وهذا ما أشار إليه المشرّع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 188 (ق.م.ج) على أن: «أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه».

إلا إلى المتعاقدين لأن إرادتهم هي من اتجهت لإبرام العقد باسمهم ولحسابهم، ومن لم يساهم في إبرامه لا ينصرف أثر العقد إليه ومن ثم يعدّ من الغير. فمن الطبيعي ألا يستفيد الغير من العقد ولا يضارّ به، فلا يكتسب حقاً ولا يلتزم بالتزام، فإذا كان بالإمكان انصراف أثر العقد إلى الغير دون أن يكون دائئاً أو مدينياً، فهذا المعنى لا يستقيم مع العدل والمنطق؛ فالشخص مادام ليس طرفاً في العقد ولا خلفاً ولا دائئاً، لا ينصرف إليه أثر العقد.

أما فيما يتعلّق بالتمييز بين الأثر الملزم للعقد والأثر المادي له، فالقانون المدني الجزائري وفي نصّ المادة 113 منه أشار إلى أنّ الأثر الملزم للعقد لا ينصرف إلى الغير فلا يلتزم بما ورد في ذلك العقد من التزامات ولكن من الممكن أن يكسبه حقاً، حيث نصّت على أنّ: "لا يُرتّب العقد التزاماً في ذمّة الغير لكن يجوز أن يكسبه حقاً"، وهذه هي وظيفة «مبدأ نسبية أثر العقد» التي تميّزه عن مبدأ الحجية الذي يعطي للعقد أثراً مادياً يجعل منه حجة على الكافة، وهذا ما استقر عليه أغلب الكتاب والمفسرين العرب في الفصل بين قاعدة نسبية الأثر ومبدأ حجية العقد حتّى أصبح ذلك الأمر من المسلمات⁽¹⁾.

(1) - محمّدي سليمان، نفاذ العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - بن عكنون، جامعة الجزائر، 2004. ص.

المبحث الثاني

«مبدأ نسبية أثر العقد» كوسيلة لحماية أطراف العقد والغير

لا شك في أنّ هناك غايات مُعيّنة يسعى القانون إلى تحقيقها عن طريق تطبيق «مبدأ نسبية أثر العقد» في إطار أيّ عقد من العقود، في مقدّماتها حماية أطراف العلاقة التعاقدية والغير على حدّ السواء⁽¹⁾؛ لأنّ امتداد آثار العقد إلى الغير سواءً كانت حقوق أو التزامات، إنّما يؤدي إلى الإخلال بالعدل والتوازن بين الدّم المائيّة، وهو ما يمنع حصوله هذا المبدأ. هذا ما سنحاول تبيانه في هذا المبحث الذي سنقسمه على مطلبين؛ نتناول في (المطلب الأول) مظاهر حماية «مبدأ نسبية أثر العقد» لأطراف العقد، ونبحث في (المطلب الثاني) مظاهر حماية «مبدأ نسبية أثر العقد» للغير عن العقد.

المطلب الأول

مظاهر حماية «مبدأ نسبية أثر العقد» لأطراف العقد

إنّ أيّ اتفاق يتمّ بين طرفين من أجل إبرام عقد معيّن تصبح له قوّة ملزمة بين هؤلاء يكفلها القانون (الفرع الأول)، ومن شأنها أن تساهم في ضمان أمن واستقرار العلاقات التعاقدية (الفرع الثاني). ومن جهة أخرى فإنّ العقد كواقعة مادية له الوجود تجاه الكافة وعليهم احترامه (الفرع الثالث).

الفرع الأول

القوّة الملزمة للعقد على أطرافه

إنّ الطّرف في مجال الأثر الملزم للعقد كل شخص ارتضى وارتضى المتعاقدون

(1) - حلّمي ربيعة، الغير في العقد، "دراسة في القانون المدني وبعض القوانين الخاصة"، رسالة دكتوراه، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2017. ص. 03-04.

انصراف الأثر إليه⁽¹⁾، فالمادة 59 من (ق.م.ج) نصت على أن: «يتمّ العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية»، ويتّجه الفقه القانوني إلى التوسيع في معنى لفظة "المتعاقدين" لتشمل ليس المتعاقدين نفسيهما فحسب، بل هما فضلاً عن من يمثلانه في العقد، فالمتعاقدان إذا تعاقدوا انصرف أثر العقد إليهما، كما تنصرف أيضاً إلى خلفهما العام وكذلك إلى خلفهما الخاص وكذا الدائن العادي في بعض الأحيان إذا توافرت الشروط القانونية⁽²⁾.

ففيما يتعلّق بالعاقدین أصلاً، فإنّ انصراف آثار العقد إليهما ينصبّ على كلّ ما يُرتبّه هذا العقد كما تمّ الاتفاق عليها فلا تُفرض عليه قيودٌ ولا توضع عليه حدودٌ⁽³⁾، ممّا يمكن معه وصف هذا الانصراف بأنّه كاملٌ أو مطلقٌ⁽⁴⁾، ولا شكّ في أنّ هذا يمثل مقتضى العقد، بل ويمثّل جوهره؛ لأنّ ذلك هو الآخر ما يقصده كل منهما عندما أبرما العقد، حيث قبل كل منهما أن تتشغل ذمّته بآثار ذلك العقد من حقوقٍ والتزاماتٍ. وهو ما أشارت إليه المادة 106 من (ق.م.ج) بنصها على أن: «العقد شريعة المتعاقدين...»، والمادة 107 ف. 1 بنصها على أن: «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية»، وأما المادة 108 مدني جزائري فقد جاء فيها على

(1) - محمود عبد الحي عبد الله بيار، المرجع السابق، ص. 146.

(2) - فيلاي علي، الالتزامات، "النظريّة العامّة للعقد"؛ (د.ط)، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2008. ص. 398.

(3) - خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج.1، "مصادر الالتزام"؛ (ط.2)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005. ص. 114 - 115.

(4) - تجدر الإشارة إلى أن إطلاق التزام المتعاقد بأثر العقد تنجم بسبب ما يرد من قيود على انصراف آثار العقد إلى الأشخاص الآخرين الذين يذهب الفقه إلى إدخالهم في معنى المتعاقد؛ وهم الخلف العام والخلف الخاص لهذا المتعاقد. فانصراف أثر العقد إلى الخلف العام لا يكون خصوصاً بالنسبة للالتزامات إلا في حدود معينة أشارت إليها المادة 108 (ق.م.ج)، وانصراف أثره إلى الخلف الخاص يقتضي توافر شروط وضعها القانون في المادة 109 (ق.م.ج)، وانصرافه إلى الدائن العادي محكوم بما نصت عليه المادة 188 (ق.م.ج).

أن: «ينصرف العقد إلى المتعاقدين...».

ويخضع العاقدان لمبدأ نسبية آثار العقد وقوته الملزمة من حيث الأشخاص، فالعقد له قوة ملزمة بمقتضاها يلزم العقد الطرفين المتعاقدين دون غيرهما، فيكون نسبي الأثر من حيث أشخاصه، لا يُرتب آثاره إلا في مواجهة عاقيه، فأطراف العقد هم الذين يلتزمون بمقتضاه ويكتسبون الحقوق بموجبه⁽¹⁾، وهذه القاعدة العامة تكملها قاعدة عامة أخرى مؤداها عدم انصراف آثار العقد إلى الغير، فأثار العقد لا تنصرف إلى غير العاقد أو من يمثله، ولا يتحمل الغير الأجنبي عن العقد التزامًا بمقتضى العقد، ولا يكتسب حقًا بموجبه، فلا يضار من العقد من لم يكن طرفًا فيه ولا يستفيد منه⁽²⁾، وهو ما تؤكد المادة 113 (ق.م.ج) بقولها: «لا يُرتب العقد التزامًا في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقًا».

أما في القانون الفرنسي، فقد نصت المادة 1199 من (القانون المدني) الجديد المعدل على المبدأ وهو أن: "العقد لا يتناول أثره بوجه عام إلا المتعاقدين"، على أن العقد لا ينشئ التزامات إلا بين أطرافه، وأن الغير لا يمكنه أن يطلب تنفيذ العقد، كما أنه لا يمكن إلزام الغير بتنفيذ العقد الذي لم يكن هو طرفًا فيه⁽³⁾.

ونلاحظ أن نصوص القانون المدني الفرنسي تعبر وبصورة واضحة ومباشرة على أن العقد لا يتناول أثره بوجه عام إلا المتعاقدين، وهي تتفق مع نصوص القانون المدني الجزائري ولو كانت تختلف معها من حيث الصياغة.

(1) - بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجديد، "وفق آخر التعديلات التشريعية ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا"، دراسة مقارنة؛ (د.ط)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015. ص. 369.

(2) - عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص. 01.

(3) - L'article 1199 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du code civile français, op. cit, dispose que: «Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV».

الفرع الثاني

مبدأ نسبية العقود وسيلة لتحقيق استقرار العلاقات العقدية

من بين الأهداف التي يسعى القانون لتحقيقها ضمان الأمن والاستقرار القانوني للعلاقات القانونية، وتقوم فكرة استقرار المعاملات على حماية المعاملات بين الأفراد وشعورهم بالاطمئنان إليها، وعدم تعرضهم لمفاجآت قد تؤثر في صحتها، فإذا كان من الضروري الحفاظ على الحقوق في ثباتها فيكون من خلال توفير الأمان لها من أي اعتداء عليها من "الغير"⁽¹⁾.

من أجل تحقيق هذا الهدف أقر القانون الذي يعتبر قاعدة حماية للقائمين بالتصرف القانوني؛ فالقانون يضمن من خلال مبدأ نسبية العقد تحقيق الحماية لكل شخص عبر إرادته عن توقعاته المستقبلية من خلال الارتباط بالعقد سواء كان مركزه القانوني في هذا العقد دائماً أم مديناً، فلا يسمح مبدأ النسبية بامتداد آثار العقد إلى الغير، وهذا فيه حماية لأطراف العقد؛ لأنّ مدّ آثار التصرف إلى الغير من شأنه أن يمسّ بالمراكز القانونية التي أراد الأطراف من خلالها تنظيم مستقبلهم⁽²⁾.

إنّ السّماح لغير الدائن مثلاً في مطالبة المدين بتنفيذ التزامه إنّما يؤدي ذلك إلى الإضرار بالدائن وبتوقعاته المستقبلية التي خطّط لها ونظّمها ابتداءً عند إبرام العقد، وبالتالي عدم تحقّق الفائدة المتوقّعة من العقد عموماً لأنّ المستفيد من الأداء في هذه الحالة هو الغير وليس الدائن فيما لو تمّ السّماح بامتداد أثر العقد إليه⁽³⁾. كما أنّ هذا الأمر يؤدي ومن ناحية أخرى إلى الإضرار بالضمان العام لدائني ذلك الدائن لأنّ جميع أمواله تعدّ ضامنة للوفاء بالتزاماته تجاههم

(1) - عباس علي محمد الحسيني، حقوق الغير المقترنة بالعقد، المرجع السابق، ص. 24.

(2) - نسير رفيق، المرجع السابق، ص. 328.

(3) - المثال على ذلك مثلاً في حالة السّماح لغير (المستفيد) في الاعتماد الاجباري من الاستقادة بالعتاد، كما لو كان هذا الغير مثلاً هو دائن (المستفيد) من استغلال العتاد، فهذا من شأنه حرمان (المستفيد) من مركز الدائن الذي كان يسعى إلى تحقيقه من خلال إبرامه للاعتماد الاجباري. وعليه فضمان تحقيقه لهذا المركز هو مبدأ نسبية أثر العقود.

جميعاً⁽¹⁾، وهذا يؤدي إلى النتيجة الأهم وهي زعزعة استقرار العقد وعدم تحقق الغاية والتوقعات المستقبلية منه.

الفرع الثالث

مبدأ النسبية وسيلة للاحتجاج بالعقد على الغير

إن «مبدأ نسبية أثر العقد» يعني أن آثار التي يُرتبها العقد من حقوق والتزامات لا تتصرف كقاعدة عامة إلا إلى المتعاقدين، مما يعني أنه لا يمكن للغير أن يكون دائناً أو مديناً لآخر بأيّ التزام عقدي طالما أنه لم يكن طرفاً فيه. ولكن هذا لا يمنع من أن ينشئ العقد المبرم بين الطرفين حالة قانونية أو وضعاً قانونياً يمكن أن يشعر به الغير أو يؤثر عليه⁽²⁾، هذا ما يسمّى بـ "مبدأ نفاذ العقد أو الاحتجاج به في مواجهة الغير (Opposabilité du contrat) كمبدأ مكمل لقاعدة النسبية ولا يتعارض معه.

إنّ الاحتجاج بالعقد معناه التمسك به في مواجهة شخص لم يكن طرفاً فيه، دون أن يكتسب منه حقاً أو يلتزم فيه بأيّ التزام، فإذا كان صحيحاً ومنطقياً أنّ الغير لا يمكن أن يصبح دائناً أو مديناً بواسطة عقدٍ لم يكن طرفاً فيه، إلا أنّ الالتزامات الناشئة من العقد موجودة ولا يمكن تجاهلها⁽³⁾.

وعلى الرغم من أهمية هذا المبدأ في حكم آثار العقد، إلا أن المشرع الجزائري لم ينصّ عليه بصفة مباشرة في القانون المدني وإنما أشار إليه في بعض النصوص المتفرقة⁽⁴⁾؛ على عكس المشرع الفرنسي قد نص على مبدأ النفاذ ونظمه في الفقرة الأولى من المادة 1200 من

(1) - تنص المادة 188 ف.1 من (ق.م.ج) على أن: «أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه».

(2) - محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص. 24 - 25.

(3) - محمدي سليمان، المرجع السابق، ص. 08. محروك محمد، المرجع السابق، ص. 133.

(4) - راجع على سبيل المثال نصوص المواد 191، 197، 418 و 793 من (ق.م.ج).

التقنين المدني الجديد⁽¹⁾، والتي نصت على ما يلي: "على الغير احترام الحالة القانونية (الوضع القانوني) التي ينشئها العقد".

إنّ هذا النص الفرنسي ليس له مقابلٌ في نصوص القانون المدني الجزائري - كما أشرنا سابقاً - إلاّ أننا يمكن أن نستخلص من المبادئ العامة للعقود نفاذ الوضع القانوني الناشئ عنها في مواجهة الغير. فبالنسبة للعقود التي يكون محلّها إنشاء أو نقل حقّ عيني⁽²⁾، أصلياً كان أم تبعياً، يكون أثرها تجاه الجميع، وبالتالي تجاه الغير⁽³⁾، فيمتد أثر عقد بيع المنقول مثلاً - الذي ينقل حق ملكيته من البائع إلى المشتري - تجاه الجميع، وبالتالي تجاه الغير الذي عليه أن يحترم المركز القانوني الجديد التي أنشأه عقد البيع؛ فعليه إذاً أن يتعامل مع المشتري على أنّه المالك الجديد للمنقول محلّ عقد البيع، وألاّ يمسّ بالحقوق التي ترتبت للمشتري، فإذا تعرّض الغير للمشتري أو اغتصب منه العين المبيعة كان للمشتري قبله دعوى منع التعرّض أو دعوى الملكية والمطالبة بالتعويض⁽⁴⁾. والأمر كذلك بالنسبة لعقد الإيجار، فإذا تعرّض الغير للمستأجر وحرّمه من حيازة العين كان للمستأجر أن يرفع عليه دعوى استرداد الحيازة وأن يطالبه بالتعويض⁽⁵⁾.

(1)- L'article 1200 al. 1 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du code civil français, op. cit, dispose que: «Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat».

تنص المادة 1200 ف. 1 من القانون المدني الفرنسي المعدل، المرجع السابق، على أنه: "على الغير احترام الحالة القانونية التي ينشئها العقد".

(2) - يعرف الحق العيني على أنه سلطة مباشرة يخولها القانون لشخص على شيء معين بالذات، فهو يتحلل إلى عنصرين: صاحب الحق (sujet) وموضوع الحق (objet). وما دام سلطة مباشرة فلصاحبه أن ينتفع بالشيء موضوع الحق بكافة وجوه الانتفاع دون وساطة شخص آخر ومثاله حق الملكية، فللمالك أن يستعمل حق الملكية بالانتفاع بالعين أو باستهلاكها دون حاجة إلى وساطة شخص آخر. انظر: حلمي بهجت بدوي، المرجع السابق، ص. 09.

(3) - محمدي سليمان، المرجع السابق، ص. 30.

(4) - حلمي بهجت بدوي، المرجع السابق، ص. 333.

(5) - محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص. 25.

أما بالنسبة للعقود التي تنشئ حقا شخصيا (1)، فيقع التزام عام يوجب على الناس كافة، فيما عدا صاحب الحق، الامتناع عن أي عمل يمكن أن يعطل مزاولة الحق الشخصي. فصحيح أن الأخير لا يلزم الغير، بل يلزم المدين وحده، ولكنه يوجد بالنسبة إلى الغير تحت طائلة اعتباره مسؤولا على أساس المسؤولية التقصيرية، فعليه أن يحترم الحالة القانونية أو الوضع القانوني الذي أنشأه العقد (2). فالعقد المبرم بين مدير المسرح والفنان، لا يلزم إلا المتعاقدين، ولكنه يوجد في مواجهة الغير، فلا يجوز لمدير مسرح آخر أن يتجاهل وجود هذا العقد، الذي هو أجنبي عنه، ويتعاقد مع ذلك الفنان، مادام العقد الأول قائما، وإلا عد محرضا لذلك الفنان على عدم تنفيذ التزامه قبل مدير المسرح الأول، وكان بذلك مسؤولا بناء على خطأ وقع منه، وهو التعدي على المتعاقد الآخر (مدير المسرح الأول) (3).

المطلب الثاني

مظاهر حماية «مبدأ نسبية أثر العقد» للغير عن العقد

تحدثنا سابقا عن «مبدأ نسبية أثر العقد» ومفهومه، وإذا كان هذا المبدأ يهتم بتحديد الأطراف كي ينصرف إليهم ويلزمهم أثر العقد، فإنّ الوجه الآخر للمبدأ هو تحديد "الغير" حتى تتم حمايتهم من أن تنصرف إليهم آثار عقد هم لم يرتضوه أو تنصرف إليه إرادتهم. لذلك سنتطرق في هذا المطلب لتحديد مفهوم الغير (الفرع الأول)، ثم نتولى إبراز أهم مظاهر الحماية التي

(1) - يعرف الحق الشخصي بأنه علاقة بين شخصين تقضي لأحدهما بأن يطالب الآخر بالقيام بعمل أو بالامتناع عنه. فالحق الشخصي يتحلل إذن إلى ثلاثة عناصر، الدائن (sujet actif) أي صاحب الحق، والمدين (sujet passif)، ثم الشيء موضوع الحق (objet)، كمن يداين آخر بمبلغ من المال لا يمكنه استيفاء موضوع الدين بالاستيلاء عليه، بل لابد له أن يطالب المدين، فهو لا يحصل على الشيء موضوع الحق إلا بوساطة شخص آخر وهو المدين. انظر: عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 09 - 10.

(2) - Flour (J.), Aubert (J.) et Savaux (E), Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, t. I, Sirey, 16 éd, 2014, P. 434.

(3) - طارق كاظم عجيل، مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد "دراسة تأصيلية مقارنة"، بحث منشور في مجلة القانون للبحوث القانونية، العدد 8، جامعة ذي قار، العراق، 2014. ص. 93.

يحضاً بها الغير في ظل «مبدأ نسبية أثر العقد»؛ والمتمثلة في حق الغير في التمسك بالوضع القانوني الذي أنشأه العقد (الفرع الثاني)، وكذا الحماية المقررة للغير من خلال الاستثناءات الواردة على مبدأ نسبية العقد (الفرع الثالث).

الفرع الأول

المقصود بالغير عن العقد

يعتبر مفهوم الغير من المصطلحات التي تستعمل في التشريعات دون أن يتدخل المشرع لتحديد معناها⁽¹⁾، مما ساهم في اختلاف مفهوم الغير تبعاً لأوضاعه المختلفة؛ فالغير في الصورية يختلف عن الغير في الشهر⁽²⁾، وهذا الأخير يتميز بدوره عن الغير في ثبوت التاريخ⁽³⁾، وهذا الأخير يختلف بالنسبة لآثار العقد، فمفهوم الغير في كل وضع من هذه الأوضاع يتحدد على نحو يتلاءم معه.

وبحكم أن موضوع بحثنا يتعلّق بمبدأ نسبية أثر العقود، فإن ما يهمنا هو تحديد الغير في مجال الأثر الملزم للعقد والذي يحكمه مبدأ النسبية وإذا تم تحديد الطرف تم تحديد الغير، فإذا كان الطرف في مجال الأثر الملزم للعقد هو كل شخص ارتضى وارتضى المتعاقدون انصراف الأثر إليه فإن الغير هو ما عدا ذلك، أي كلّ "من لم يكن طرفاً في العقد لا أصالةً ولا نيابةً"⁽⁴⁾ أو "كل شخص أجنبي عن العقد وعن المتعاقدين (Penitus extranéa) فهو أجنبي تماماً عن العقد طالما لم يكن طرفاً فيه، أي أن العقد لم يبرم لا باسمه ولا لحسابه"⁽⁵⁾، أو ويكون الشخص

(1)-خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 25.

(2)- يقصد بالغير في الصورية؛ الخلف الخاص والدائنون العاديون لأحد المتعاقدين طبقاً لنص المادة 198 من القانون المدني الجزائري.

(3)- يقصد بالغير فيما يتعلق بهذه المسألة الخلف الخاص والدائن المرتهن والدائن صاحب حق تخصيص وامتنياز طبقاً للمواد 328 و 896 و 897 من (ق.م.ج).

(4)- CALASTRENG (S.), La relativité des conventions, thèse, Toulouse, (3), 1939. P. 32.

(5)- فيلالي علي، المرجع السابق، ص. 408.

كذلك من الغير إذا كان أجنبياً عن المتعاقدين، وليس له صفة الخلف العام ولا الخلف الخاص لأحد المتعاقدين⁽¹⁾ كالوارث بالنسبة للتصرفات التي قام بها المورث في مرض الموت، فالوارث هنا يعتبر غيراً.

وتعتبر المادة 113 من القانون (ق.م.ج) السند القانوني الذي يضع حداً أمام امتداد الأثر الملزم للعقد بحق الغير حيث تنص على أن: «لا يُرتب العقد التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً»، فالأصل أن العقد لا يضر ولا ينفع إلا أطرافه، وقد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا أنه: "لا يستطيع المتعاقدان إلزام الغير بعقد لم يكن طرفاً فيه"⁽²⁾.

تعتبر الحماية القانونية للغير عن العقد ضرورة تقتضيها مبادئ العدالة واستقرار المعاملات؛ لأنه لم يكن طرفاً في العقد الذي أبرمه عاقديه، وبالتالي فإن حمايته من الآثار الناتجة عنه يأتي انسجاماً مع مبادئ العدالة والمنطق التي تقتضي بعدم انصراف هذه الآثار إلا لأطرافه، وهذا ما سنحاول بيانه في العناصر الآتية من هذا البحث.

الفرع الثاني

حق الغير في التمسك بالوضع القانوني الذي أنشأه العقد

لا شك في أن لقاعدة النسبية أهمية بالغة في حكم آثار العقد وحماية الطرف والغير على حد سواء تجاه تلك الآثار أي ما يُرتبّه العقد من حقوق والتزامات، وكونها سندا مهما لضمان الحرية التعاقدية⁽³⁾. ولعل مسألة ضمان مبدأ نسبية العقود لأمن المراكز القانونية للغير تظهر أكثر بدهاءة من ضمانه للمراكز القانونية للأطراف؛ إذ أن المركز القانوني للغير سيتضرر لو أنشأ

(1)-المراكشي هشام، المرجع السابق، ص. 46.

(2)-المحكمة العليا، غ. أ. ج، 1990/05/28، م. ق، 1992، العدد 1، ص. 09. نقلاً عن بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص. 382.

(3)- الزاملي علاء، المرجع السابق، ص. 105.

العقد آثاره اتجاهه (1).

وعليه فإن دور «مبدأ نسبية أثر العقد» في سعيه لحماية الغير يعتبر بمثابة القيد على حرية التعاقد بقصد صيانة حرية الغير واستقلاله، وهذا ما يفرضه مبدأ استقلال الذمم ومبدأ أعم هو مبدأ سلطان الإرادة، فحماية المصلحة الخاصة للغير هي التي تكمن وراء الغيرية في مجال الأثر الملزم للعقد، وهذا يكفي لإضفاء طابع الانضباط على فكرة الغير في هذا المجال (2).

ولما كان «مبدأ نسبية أثر العقد» يظلم بحماية الغير، فالفقه في ذلك يميز بين الأثر الملزم للعقد وبين حجيته (3)، باعتبار العقد واقعة مادية أو قانونية تستوجب احترام وجودها؛ فالغير بالنسبة للأثر الملزم للعقد لا يصبح دائناً أو مديناً بموجبه، إلا أنه ينفذ في حقه، فمبدأ النسبية يحمي الغير من آثار العقد دون أن يحميه من نفاذه؛ ذلك أن العقد ينفذ بموجب حجيته دون تعارض مع مبدأ النسبية، ويخلص إلى أن الغير بالنسبة لعدم نفاذ العقد لا يكون بحاجة للحماية فيما يتعلق بأثره.

غير أن قاعدة النسبية أو قصور أثر العقد على عاقيه، لا تحول دون تمسك الغير بالحالة القانونية التي ينشئها العقد، فرغم أنه أجنبي عن العقد إلا أنه يمكنه الاحتجاج به - عند الحاجة - في مواجهة المتعاقدين نفسيهما (4). فقد يحتج الغير بالعقد الذي لم يكن طرفاً فيه للمطالبة - مثلاً - بمسؤولية أحد المتعاقدين (5)؛ كمسؤولية متولي الرقابة على أعمال الخاضع

(1) - نسير رفيق، المرجع السابق، ص. 329.

(2) - حلبي ربيعة، المرجع السابق، ص. 03.

(3) - صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص. 183.

(4) - فيلاي علي، المرجع السابق، ص. 411.

(5) - حلبي ربيعة، المرجع السابق، ص. 180. المحروك محمد، المرجع السابق، ص. 142.

لهذه للرقابة طبقا للمادة 134 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾.

كما أن للغير كذلك أن يحتج بالعقد الذي هو أجنبي عنه لإثبات واقعة ما؛ وهذه الحالة وردت في القانون المدني الفرنسي المعدل في المادة 1200 في فقرتها الثانية من القانون المدني الفرنسي المعدل⁽²⁾ التي نصت على ما يلي: "من حق الغير التمسك بالحالة القانونية التي ينشئها العقد خاصة من جهة إثبات الواقعة القانونية".

والملاحظ أن هذه المادة لا نجد لها مثيلا في القانون المدني الجزائري بصفة مباشرة بالرغم من أهميتها في حماية الغير، لكن يمكن أن نستدل من المبادئ العامة على ما يوافقها، من ذلك مثلا؛ الضحية التي تحتج بعقد العمل لإثبات علاقة التبعية التي قد توجد بين الفاعل ورب العمل لقيام مسؤولية هذا الأخير بصفته متبوعا⁽³⁾، أو أن يحتج الغير كذلك بعقد بيع عقار للتعرف على ثمنه، أو على مصدر الملكية، أو على الحقوق العينية المثقلة لهذا العقار⁽⁴⁾.

الفرع الثالث

الحماية المقررة للغير من خلال الاستثناءات الواردة على مبدأ نسبية العقد

إنّ تعقّد الحياة وتطوّر الفكر القانوني أدّى إلى ظهور مجموعة من الاستثناءات على «مبدأ نسبية أثر العقد»، فبالإضافة للاستثناءات التقليدية المتمثلة أساسا في نظام الاشتراط

(1) - تقضي الفقرة الأولى من نص المادة 134 من القانون المدني الجزائري على أنه: «كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسميّة، يكون ملزماً بتعويض الضّرر الذي يحدثه ذلك الشّخص للغير بفعله الضّار».

(2) - L'article 1200 al. 2 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du code civil français, op. cit, dispose : «Ils (les tiers) peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait».

تنص المادة 1200 ف. 2 من القانون المدني الفرنسي المعدل، المرجع السابق، على أنه: "يستطيع الغير التمسك بالحالة القانونية خاصة من جهة إثبات الواقعة القانونية".

(3) - زواوي فريدة، مبدأ نسبية العقد، رسالة دكتوراه، تخصص: القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية - بن عكنون - جامعة الجزائر، 1992. ص. 67.

(4) - محمدي سليمان، المرجع السابق، ص. 10 وما بعدها.

لمصلحة الغير وتطبيقاته المتعددة، فإنّ التشريعات المدنية الحديثة قد أوجدت العديد من النصوص القانونية التي تسمح للغير بالدخول إلى قلب العملية التعاقدية التي تجمع طرفيها، لدرجة جعلت بعض الفقه الفرنسي يدعو بضرورة التخلي عن هذا المبدأ، حيث اعتبر أن مبدأ النسبية يعيش في أزمة من جراء تزايد الحالات الاستثنائية التي ترد عليه⁽¹⁾.

رغم هذه الهجمة الشرسة من الفقه الرافض لمبدأ النسبية، إلا أنه لم يستطع إقناع باقي الفقه - وعلى رأسهم الأستاذ (ويل) "ALEX WEILL" الذي ظلّ يدافع عن هذا المبدأ في رسالته حول "نسبية العقود"⁽²⁾، كما نجد هذا الاتجاه لدى الكثير من الفقه العربي الذي يؤيد استمرار المبدأ بحجج كثيرة كانت من الأسباب والمبررات وراء استمراره؛ لعلّ من أبرزها أنه لا يوجد مخالف وبديل لتعويضه، فضلاً عن ذلك فإنه يشكل حماية قوية للمراكز القانونية للأغيار حيث يمكنهم التمسك به للدفاع عن مصالحهم وحقوقهم، كما أن الاستثناءات المحيطة به - ورغم كثرتها - فهي لا تعدو أن تكون مجرد استثناءات لا تنقص من قيمة مبدأ النسبية⁽³⁾.

يضيف الفقه المؤيد لاستمرار مبدأ النسبية أنّ إيجاد الاستثناءات عليه لم يكن بمحض الصدفة وإنما لحماية الغير الأجنبي عن هذه العلاقة العقدية انطلاقاً من مجموعة من الاعتبارات؛ منها ما يرجع لمبادئ العدالة، كما هو الشأن بالنسبة للدعوى المباشرة التي يقرّها

(1) - يعتبر الفقيه الفرنسي (سافاتيه) "SAVATIER" هو أول من أثار الشكوك حول سلامة مبدأ نسبية العقد، وقد عبر عن ذلك صراحة في مقال له بعنوان "المبدأ المزعوم في «نسبية أثر العقد»"، إذ يقول (بأن «مبدأ نسبية أثر العقد» لم يعد مبدأ وأنه قد انهار بسبب كثرة الاستثناءات الواردة عليه). انظر في ذلك Savatier (R.) : op.cit, p.525 et s.

نقلًا عن نسير رفيق المرجع السابق، ص.316.

(2) - WEILL (A.), op. cit.

(3) - المراكشي هشام، المرجع السابق، ص. 171. محروك محمد، المرجع السابق، ص.132.

المشروع للمقاول الفرعي مباشرة على رب العمل⁽¹⁾، فيجوز للمقاول الفرعي رفع دعوى مباشرة على رب العمل يطالبه فيها بما يجاور القدر الذي يكون رب العمل مدينا به للمقاول الأصلي؛ إذ لا يعقل أن يفى رب العمل للمقاول الأصلي، مع العلم أنه ليس هو من نفذ العمل، وأنه لم يوف بالتزامه اتجاه من نفذه.

من الاعتبارات أيضًا ما يهدف لحماية حسن نية المتعاقد، كالإيجار الذي يصدر من غير المالك إلى مستأجر حسن النية، ومنها ما يرجع لضرورة الحفاظ على استقرار المعاملات، كمنظية الوضع الظاهر التي تحمي الشخص الذي يتأثر بمظهر خادع فيبرم العقد تبعًا لذلك، كما في حالة الوفاء من قبل المدين للدائن الظاهر، وهو شخص غير الدائن الحقيقي لكنه يظهر أمام الكافة على أنه الدائن الحقيقي، فإن هذا الوفاء يكون صحيحًا ومبررًا لزمة المدين إذا اعتقد أنه يقوم بالوفاء للدائن الحقيقي، حيث نصت المادة 268 من (ق.م.ج) على أن: «الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه، لا يبرئ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء، أو عادت عليه منفعة منه، وبقدر هذه المنفعة، أو تم الوفاء بحسن نية للشخص كان الدين في حيازته».

ومنها ما يبرز أثرها تجاه الغير لطبيعتها النظامية كالاتفاقيات الجماعية للعمل التي تسري على طائفة معينة من العمال حتى من لم يوافق عليها منهم⁽²⁾، وغيرها من الآليات التي تسمح بنقل حق للغير عن عقد لم يشارك فيه لدواعي اقتصادية واجتماعية.

(1) - تقضي الفقرة الأولى من نص المادة 565 من (ق.م.ج) على أن: «يكون للمقاولين الفرعيين والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى، ويكون لعمال المقاول الفرعي مثل هذا الحق تجاه كل من المقاول الأصلي ورب العمل».

(2) - تنص المادة 127 من القانون 11/90 مؤرخ في 21 أبريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، ج.ر. عدد 17، صادرة في 25 أبريل 1990. معدل ومتم بالأمر رقم 21/96 مؤرخ في 09 يوليو 1996، ج.ر. عدد 43، صادرة في 10 يوليو 1996. على أن: «تلتزم الاتفاقيات الجماعية كل من وقع عليها أو انظم إليها فور استكمال الإجراءات المنصوص عليها...»

عمومًا وكخلاصة لما سبق، فلا يمكن إنكار أيّ دورٍ لمبدأ نسبيّة العقد في تنظيم العلاقات التعاقدية واستقرارها وأن عوامل استمراره وبقائه أقوى وأكثر من عوامل زواله، لهذا فمبدأ النسبيّة لا يمكن الاستغناء عنه في مجال العقود.

وبهذا نكون قد بينا الأهداف التي يرميها القانون من إقراره لمبدأ نسبيّة العقد، غير أنّ معنى المبدأ لن يتجلى إلّا بعد تحديد هذه الآثار النسبيّة، أو بمعنى آخر عرض نطاق ومجالات تطبيقه.

الفصل الثاني

مجال مبدأ نسبية أثر العقد

الفصل الثاني

مجال مبدأ نسبية أثر العقد

يتحدّد مجال «مبدأ نسبية أثر العقد» بأطرافه، فالالتزامات الناشئة والحقوق المتولّدة عنه لا تنصرف إلّا إلى المتعاقدين، إذ أنّ انعقاد العقد صحيحًا مستوفيًا لكلّ أركانه وشروطه، يجعل منه شريعةً في مواجهة طرفيه، فتتصرف آثاره إليهما دون أنّ تتعدّاهما -كقاعدة عامة - إلى الغير. إلّا أنّ آثار العقد لا تقتصر على من أبرم العقد وإتّما قد تنصرف إلى من يخلفون المتعاقد في ذمته الماليّة كلّها أو في جزءٍ شائعٍ منها وهؤلاء هم **الخلف العام**، أو قد يخلفونه في عينٍ مُعيّنة أو في شيءٍ مُعيّنٍ وهؤلاء هم **الخلف الخاص**، أو لأنّهم يخلفونه في حقّ شخصي وهؤلاء هم **الدائنون العاديون**.

في مقابل ذلك فإنّ «مبدأ نسبية أثر العقد» يقضي بعدم انصراف أثر العقد إلى **الغير** مادام هذا الأخير لم تتّجه إرادته إلى الدخول كطرفٍ فيه ولم يساهم في إبرامه؛ ويتجلى مركز الغير وفق هذا المبدأ بأنّه شخصٌ مستقلٌّ لا يمسّه أثر العقد على أساس أنّ مبدأ النسبية ما هو إلّا وجه لمبدأ استقلال الإرادة، فأطراف العقد يبرمون تعاقدهم طبقًا لإرادتهم دون سلطانٍ لأنّهم أعلم النّاس بمصالحهم وشؤون حياتهم.

ومن هنا يتّضح أنّ مبدأ نسبية أثر العقد يشتمل على جانبين؛ أحدهما هو انصراف آثار العقد إلى العاقدين وخلفائهما ودائنيهما، وثانيهما هو عدم انصراف آثار العقد إلى الغير.

انطلاقًا من ذلك سنقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين أساسيين على النحو التالي:

المبحث الأول: أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين وخلفائهما ودائنيهما.

المبحث الثاني: عدم انصراف آثار العقد إلى الغير.

المبحث الأول

انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين وخلفائهما ودائبيهما

أثر العقد نسبي من حيث الأشخاص بمعنى أنه يمتد إلى أشخاصٍ دون آخرين، ولا يخفى عتاً أنّ المقصود بالأثر الذي يحكمه مبدأ النسبية هو الأثر الملزم الذي يستلزم اتجاه الإرادة لإنتاجه، هذا الأثر يمتد إلى مجموعة من الأشخاص ويأخذون حكم الطرف ويكون قاصراً عليهم فلا يمتد إلى الغير؛ وهؤلاء الأشخاص هم المتعاقدون باعتبارهم الأشخاص الذين قاموا بتكوين العقد، كما يمتد إلى كل من الخلف العام والخاص إما باعتباره قائماً مقام السلف أو امتداداً له أو إلى غير ذلك من الاعتبارات فقد أولاهم المشرع بنصوص جعلتهم في مركز الطرف وفق ضوابط محددة. ومع ذلك يظل العقد منتجاً آثاره في مواجهة الغير ليس باعتباره تصرفاً قانونياً ولكن باعتباره واقعة قانونية تنتج آثارها في العالم المحيط بها.

لتوضيح ذلك نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى أربع مطالب: حيث نتناول في (المطلب الأول) انصراف آثار العقد إلى عاقيه الأصليين، وفي (المطلب الثاني) انصراف آثار العقد إلى الخلف العام، وفي (المطلب الثالث) انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص، ثم انصراف آثار العقد إلى الدائنين العاديين وذلك في (المطلب الرابع).

المطلب الأول

انصراف آثار العقد إلى عاقيه الأصليين

مما لا شك فيه هو أنّ العقد كقاعدة عامة ينتج آثاره في مواجهة طرفيه (المتعاقدين)، غير أنّ هذه الآثار لا تقف عندهما بل تتعداهما إلى من يخلفهما في الحقوق والالتزامات، مثل الخلف العام والخلف الخاص.

ففيما يتعلّق بالعاقدین أصلاً، فإنّ انصراف آثار العقد إليهما يمثّل مقتضى العقد بل ويمثّل جوهره؛ لأنّ ذلك هو الآخر ما يقصده كلّ منهما عندما أبرما العقد، حيث قبل كلّ منهما

على أن تنشغل ذمته بأثار ذلك العقد من حقوق والتزامات. وهو ما أشارت إليه المادة 106 (ق.م.ج) بنصها على أن: "العقد شريعة المتعاقدين..."، والمادة 107 بنصها على أن: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية..." وأما المادة 108 منه فقد جاء فيها أن: "ينصرف العقد إلى المتعاقدين..."

ولتوضيح ذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين: نتناول في (الفرع الأول) مفهوم الطرف في العقد والاعتبارات الواجب توافرها فيه. ثم ضوابط انصراف آثار العقد إلى الطرفين المتعاقدين في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم الطرف في العقد والاعتبارات الواجب توافرها فيه

إنّ تحديد من ينطبق عليه وصف الطرف في العقد وبالتالي تمييزه عن الغير، هي الصعوبة التي تعترض مسألة انصراف آثار التصرف العقدي، حيث ظلت هذه المصطلحات بعيدة عن التّحديد بالرغم من شيوع انتشارها منذ القدم واستعمالها بكثرة في كتابات الفقه وأحكام القضاء، إلا أنّها مازالت محلّاً للخلاف الفقهي.

بناءً على ما تقدّم، ظهرت محاولات عديدة من الفقه القانوني لتمييز مفهوم الطرف عن الغير، سوف نحاول عرض بعضها بإيجاز (أولاً)، وبعد ذلك سنتعرض للاعتبارات التي يجب أن تتوافر في الشخص كي يعد طرفاً في العقد (ثانياً).

أولاً: مفهوم الطرف وتمييزه عن الغير.

إنّ تحديد المركز القانوني للطرف الذي ينصرف إليه أثر العقد، يُعتبر حجر الزاوية في وضع ضوابط محدّدة لهذا الموضوع الذي شغل بال الفقه والقضاء لمُدّةٍ طويلةٍ من الزمن، وتحديدًا هذا المركز الذي لن يتأتّى إلا عن طريق تمييزه عن مفهوم "الغير" الذي دأب الفقه التقليدي على اعتباره هو مقابل "الطرف" في العلاقة التعاقدية.

كما نجد أنّ مفهوم الغير يقترب كثيراً من مفهوم الخلف سواء الخلف العام أو الخلف

الخاص من جهة، ونجده يتداخل في كثير من المجالات مع مفهوم الدائن الذي يتّصف في حالات كثيرة بالغيرية من جهة أخرى. وصعوبة التمييز بين هذه المفاهيم القريبة والمتداخلة شكّل عائقًا ولمدّة طويلة أمام تحديد مفهوم الغير بدقّة.

سنتولّى في هذا العنصر تحديد مفهوم الطّرف (1)، والتّعرض لأهمّ النظريّات التي قيلت في هذا المجال لتميّزه عن الغير (2)، وذلك على النحو التالي:

1- تحديد مفهوم الطّرف في العقد

سنقوم في هذا الصدد تحديد مفهوم الطرف في الفقه الجزائري (أ) ثم في الفقه الفرنسي (ب) كما يلي:

أ- الطّرف في الفقه الجزائري

عند الاطلاع على المراجع المتعلقة بنظريّة العقد نجد أنّ أغلب الكتاب والفقه الجزائري لم يهتموا بمفهوم الطّرف في العقد، وذلك رغم أهميّة تحديد هذا المصطلح في عدّة مواضيع؛ فمعرفته مثلاً تمكّننا من تحديد الإجراءات الواجب إتباعها سواءً من الطّرف أو الغير للتّقاضي، حيث جاء في أحد قرارات المحكمة العليا على أنّه: "لا يجوز وفقًا لمبدأ نسبيّة العقد طلب إبطال العقد، إلّا لمن كان طرفًا فيه"⁽¹⁾.

ويّتجه البعض من الكتاب لاستعمال مصطلح "الطّرف" ومصطلح "المتعاقّد" كمترادفين على الرّغم ممّا يوجد بينهما من اختلاف، فالشّخص الذي ينظّم إلى اتّفاقيّة جماعيّة يعتبر طرفًا فيها غير أنّه ليس متعاقّدًا؛ لأنّه لم يشارك في المفاوضات⁽²⁾. في حين سار البعض الآخر في تعريفهم للطّرف على التّمييز بين العاقد الأصلي الذي تنصرف إليه آثار العقد، وبين نائبه الذي

(1) - الغرفة العقارية للمحكمة العليا، بتاريخ 2006/02/08، ملف رقم 335706، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2006، ص. 423.

(2) - نسير رفيق، المرجع السّابق، ص. 156.

تحلّ إرادته محلّ إرادة الأصيل في إبرام العقد⁽¹⁾. أو أنّ "اصطلاح العاقد ينصرف إلى كلّ شخصٍ شارك في إبرام العقد سواءً كان ذلك بشخصه أو بواسطة نائب عنه (وكيل أو نائب قانوني)، فتصرف إليه آثار العقد كما حدّدها الاتفاق بينهم"⁽²⁾.

ومن الفقه الجزائري من يعرف المتعاقدان على أنّهما "طرفا العقد اللذان أبرماه باسمهما ولحسابهما، وقد يباشر المتعاقد عملية التّعاقد بنفسه أو بواسطة شخصٍ آخر يكون وكيلًا أو نائبًا عنه، وهذا الوكيل أو النائب لا يعدّ طرفًا في العقد بل هو أجنبيّ عنه وما يُنشئه العقد من حقوقٍ وواجباتٍ تضاف إلى ذمّة الأصيل"⁽³⁾. فكلّ هذه التعاريف تدلّ على أنّ فقهاء وشراح القانون المدني الجزائري لم يعتمدوا معيارًا واضحًا لتحديد الطرف في العقد وبالتالي تمييزه عن الغير.

ب- مفهوم الطّرف في الفقه الفرنسي

يتنازع مفهوم الطّرف في الفقه الفرنسي تياران بارزان وكلّ منهما يفسّر لفظ الطّرف الوارد في المادة 1165 مدني فرنسي حسب توجّهه، والتي نصّت على أنّه: "لا يكون للاتّفاقات أثر إلّا بين الأطراف المتعاقدين، وهي لا تضرّ بغير المتعاقدين أو تعود عليهم بالفائدة إلّا في الحالة المبيّنة في المادة 1121⁽⁴⁾"، وذلك على النحو التالي:

اتّجاه أول: هذا الاتّجاه يرى أنّه يعدّ طرفًا في معنى المادة 1165 مدني فرنسي، الشّخص الذي ساهم بواسطة التّعبير عن إرادته في إنشاء الاتفاق، وهذا الاتّجاه يعتبر أنّ الأطراف المتعاقدين هم الأشخاص الذين أنشئوا الاتفاق بمحض إرادتهم⁽⁵⁾. وعليه فهذا التّوجه لا يعترف بنظام النّيابة وإنّما يعتبرها استثناءً من مبدأ المادة 1165 من القانون المدني الفرنسي.

(1) - بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص. 370.

(2) - قداة خليل أحمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري. ص. 114.

(3) - فيلاي علي، المرجع السابق، ص. 398.

(4) - Article 1165, Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804, op. cit.: «Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121».

(5) - جاك غستان وآخرون، المرجع السابق، ص. 430.

اتجاه ثاني: هذا الاتجاه يوسّع من تعريف الطّرف الوارد في المادة 1165 مدني فرنسي، حيث يعتبر أنّ الطّرف ليس فقط من عبّر عن إرادته أثناء التّدخل في العمليّة التعاقدية لكن أيضًا من كان ممثلًا في العقد⁽¹⁾. ويترتّب على هذا التّحليل أنّ نظام النّيابة ليس سوى تطبيقًا للمادة 1165 مدني فرنسي وليس استثناءً له وفق هذا الاتجاه.

2- التّمييز بين الطّرف في العقد والغير

من المسلّم به فقهاً أنّ الطّرف في العقد يلتزم بآثار العقد الملزمة، كما أنّه لا يوجد أحد من الفقه يعارض في امتداد آثار العقد الملزمة إلى غير من أبرموه⁽²⁾. غير أنّ وجهات النظر قد اختلفت بشأن المعيار المعتمد لتّمييز الطّرف عن الغير، ومردّد هذا الاختلاف يكمن في الأساس الذي تم الانطلاق منه في هذا التّمييز؛ فمن الفقه من يعتمد على معيار الإرادة (أ)، ومنهم من يتّخذ من عنصر المصلحة أساسًا للتّمييز بين الطّرف والغير (ب)، وهو ما سنعالجه في هذا العنصر.

أ- معيار الإرادة (المعيار الشكلي)

سنتطرق في هذا الصّدق إلى معالجة أسس القائلين بمعيار الإرادة، ثمّ نتطرق إلى أبرز الانتقادات التي وجّهت لهذا المعيار باعتباره غير كافٍ للتّمييز بين مفهومي الطّرف والغير.

❖ أساس معيار الإرادة

يذهب الفقه التقليدي في تمييزه للأطراف عن الغير، إلى تبني مبدأ حرّيّة التعاقد الذي هو نتاج مبدأ سلطان الإرادة، وقوام هذا المبدأ أنّ المتعاقدين لا يلتزمون إلاّ بإرادتهم، بمعنى أنّه يعدّ

(1) - المراكشي هشام، المرجع نفسه، ص. 83.

(2) - جاك غستان وآخرون، المرجع السابق، ص. 447.

طرفاً من ساهم مباشرةً في إبرام العقد دون الأخذ في الاعتبار المراحل التالية لإبرام ذلك العقد⁽¹⁾، ولعل ذلك كان نتيجةً للشكالية حيث تستلزم في الشخص حتى يكون طرفاً أن يساهم مباشرةً بتواجده وقيامه بتكوين العقد حتى يكون طرفاً فيه، وكذلك نتيجةً للنظرة الشخصية التي تمنع امتداد الالتزام أو نقله إلى شخص لم يشارك في العلاقة التعاقدية التي نشأ عنها ذلك الالتزام⁽²⁾. ويذهب بعض الفقه الفرنسي في إطار شرحه لهذا المبدأ إلى أنّ الطرف في العقد هو "كلمن يساهم في العقد لأنه يريد ذلك"⁽³⁾، أي صرح أو عبر بإرادته القانونية عن رغبته في إبرام العقد⁽⁴⁾. وحسب هذا التيار فالتعبير عن الإرادة هو الفيصل في التمييز بين الطرف والغير.

❖ الانتقادات الموجهة لمعيار الإرادة

لا يُنكر أحدٌ دورَ معيار الإرادة في التمييز بين الطرف والغير، ولكن الاعتماد على هذا المعيار وجعله هو المعيار الوحيد والفيصل في التمييز بين الطرف والغير، لقي معارضةً شديدةً من طرف بعض الفقه الفرنسي وفي طليعته الأستاذ (مارتن)⁽⁵⁾، حيث يذهب إلى القول بعدم

(1) - الساعدي جليل حسن، المفهوم الحديث للطرف في العقد، مجلة العلوم القانونية، العدد 2، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، 2017. ص. 04.

(2) - بيسار محمود عبد الحي عبد الله، المرجع السابق، ص. 158.

(3) - WEILL (A.) et TERRE, droit civil, Introduction générale, 4 éd, D. Paris, 1979, p. 334.

نقلًا عن خاطر صبري حمد، المرجع السابق. ص. 29. وقريب من ذلك انظر: (الزين محمّد، النظرية العامة للالتزامات، "العقد"، (ط.2)، (د.د.ن)، تونس، 1997. ص. 331)، إذ يعرف الطرف بأنه الشخص الذي يتم برضاه انعقاد العقد، فالإرادة حسبها هي معيار العقد.

(4) - إنّ معيار التعبير عن الإرادة تتناوله مدرستان فقهيتان كبيرتان وهما المدرسة اللاتينية التي تأخذ بالإرادة الباطنة والمدرسة الجرمانية التي تأخذ بالإرادة الظاهرة. وبالنسبة للتشريع الجزائري فيأخذ بالإرادة الباطنة أساساً (المادة 59 ق.م.ج مثلاً)، ويأخذ بالإرادة الظاهرة إلى الحد الذي يقتضيه استقرار المعاملات (المادة 61 ق.م.ج مثلاً).

(5) - Martin de La Moute, l'acte juridique unilatérale, thèse, Paris, 1951, P.43.

نقلًا عن خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 29. كذلك: الجبوري ياسين محمّد، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ج.1، "مصادر الحقوق الشخصية - مصادر الالتزامات - دراسة موازنة"، (ط.2)؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011. ص. 357.

كفاية الإرادة كمعيارٍ محدّدٍ للطرف في العقد ويعطي مثال النّيابة الاتّفاقية؛ فالنائب وبالرغم من أنّه يساهم بإرادته في تكوين العقد فهو مع ذلك تنتقي عنه صفة الطرف ما دام دوره يقتصر على إبرام التصرف دون انصراف آثار العقد إليه⁽¹⁾، وقد أسّس الأستاذ (مارتن) بدوره لمعيارٍ آخر هو معيار المصلحة المعبر عنها.

ب- معيار المصلحة المعبر عنها⁽²⁾ (المعيار الموضوعي)

❖ أساس معيار المصلحة المعبر عنها

حسب الأستاذ (مارتن) فإن هناك معياراً آخر أكثر دقة في وضع تمييز بين مركز الأطراف ومركز الأغيار، هذا المعيار هو معيار المصلحة المعبر عنها أو ما يسمّى بمعيار تقابل المصالح، وهذا المعيار يقوم على عملية التّعاقد بين أطراف هذه الأخيرة التي يوازن فيها المتعاقدون بين مصالحهم، وهذه المصالح قد لا يقتصر أثرها على أطراف العقد بل قد يتعداه إلى أشخاص خارج العلاقة التّعاقدية بمفهومها الضيق⁽³⁾. وعليه فمفهوم الأطراف هنا يكون أكثر اتساعاً بحيث لا يُنظر إليه في كونه الشّخص الذي وقّع العقد، وإنما يصبح كلّ شخصٍ يعبر العقد عن مصلحة ذاتية له.

لا بدّ من الإشارة إلى أنّ تحديد الطرف وفقاً للمعيار الموضوعي (المصلحة) يعدّ نتيجةً طبيعيّةً للتّطور الذي أصاب نظريّة الالتزام والانتقال من النظرة الشّخصيّة إلى النظرة الماديّة؛

(1) - الساعدي جليل حسن، المفهوم الحديث للطرف في العقد، المرجع السابق. ص. 04.

(2) - يعرّف الفقه القانوني المصلحة على أنّها: الغاية التي من أجلها اعترف للأفراد بسلطانهم وسلطتهم في إبرام التصرفات القانونيّة، وهي تعدّ الموضوع الرئيسيّ للحقوق والالتزامات، وتتحقّق عن طريق التصرفات والأعمال، فالسلطة في خدمة المصلحة سواء كانت مصلحة الشّخص القائم بالتصرف أو غيره، وسواء كانت المصلحة أدبيّة أو ماليّة، وينبغي أن تكون مشروعةً لأنّها تمثّل الغاية من التصرف. انظر: رسلان نبيلة إسماعيل، النظريّة العامّة للعلاقات الثلاثية في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا، مصر، 1986. ص. 127.

(3) - Martin de La Moute, op. cit, p. 05.

نقلًا عن المراكشي هشام، المرجع السابق، ص. 86.

فالطرف وفقاً لهذا المعيار هو الشخص الذي يتقيد بآثار العقد الملزمة سواء أبرم العقد بنفسه أم لا⁽¹⁾، بينما وفقاً للنظرة الشخصية للالتزام نجد أنّ مصطلح الطرف يُطلق على من باشر عملية التعاقد بنفسه وشارك في تكوينها ولا يُطلق على أي شخص آخر حتى ولو كان قد شارك بإرادته في العملية بتصرف قانوني متعاقب أو مرتبط بالأول في مرحلة تالية وإلى هذا الشخص الذي قام بتكوين العقد تتصرف الآثار⁽²⁾.

❖ الانتقادات الموجّهة لمعيار المصلحة المعبر عنها

رغم الحجج التي قدّمها أصحاب هذا المعيار لتبريره لكنّه بدوره لم يسلم من سهام النقد؛ إذ يرى بعض الفقه أنّ هذا المنطق يبدو سليماً إذا اقتصر على الفروض التي تعرّض لها أصحابه، كالعقد المبرم من القاصر مع الغير بإذن وليّه، إذ لا توجد فيه سوى مصلحتين متناقضتين، المصلحة التي يمثّلها الوليّ والقاصر من ناحية، ومصلحة المتعاقد مع القاصر من ناحية أخرى، وإن كان هناك أشخاص ثلاثة (القاصر، الوليّ، الغير)، ولكن الأمر لن يكون كذلك إذا امتدّ العقد بموجب عملية قانونية إلى شخص ثالث في فروض أخرى كالّتجديد بتغيير الدائن، أو الإنابة في الوفاء⁽³⁾. مع أنّنا نرى أنّ امتداد آثار العقد بعملية قانونية إلى شخص ثالث لا يجعل هذا الشخص طرفاً في العقد، بل أنّه ينشئ رابطةً عقديّةً جديدةً مع الشخص الثالث، وهذا

(1)- جاك غستان وآخرون، المرجع السابق، 446

(2)- الزيايدي نبراس ظاهر جبر، مدى تأثر فكرة المجموعة العقدية بقاعدة «نسيية أثر العقد»، «دراسة مقارنة»، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد 2، المجلد 10، كلية القانون، جامعة القادسية، 2019. ص. 303.

(3)- انظر في عرض هذا الرأي لدى: خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 30. 31. الساعدي جليل حسن، المفهوم الحديث للطرف في العقد، المرجع السابق، ص. 04.

ينطبق على العقود المتتالية⁽¹⁾.

كما انتقد معيار المصلحة من حيث توسيعه من مفهوم الطرف ليشمل فئة من الأشخاص ممن لا يعبرون عن رغبتهم في إنشاء العقد، حيث يثبت وصف الطرف بهذا المفهوم - للخلف العام؛ لأنهم يرثون مصلحة مورثهم، كما تثبت أيضاً للخلف الخاص؛ لأن له مصلحة في العقد باعتبار أن الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء الذي انتقل إليه، كما يؤدي أيضاً لثبوت صفة الطرف للمحال إليه؛ لأن مصلحة المحيل انتقلت إليه بموجب الحوالة⁽²⁾.

فالمصلحة ليست هي التي تحدّد معيار العقد. كما أن هذا المفهوم سيبعد عقوداً من طائفة العقود؛ نظراً لعدم تضمّنها مصالح متناقضة كعقد الشركة⁽³⁾.

ثانياً: الاعتبارات الواجب توافرها لإضفاء صفة الطرف في العقد

من الثابت أن «مبدأ نسبية أثر العقد» هو المبدأ الذي يهيمن على مسألة عدم إلزام الغير بالعقد، فالأصل أنه لا يمكن لشخص ما أن يستفيد أو يضارّ بعقد لم يكن طرفاً فيه ولم تتّجه إليه إرادته، فإرادة الالتزام بالأثر هي وحدها مناط اعتبار الشخص طرفاً في هذا الأثر أو أجنبياً عنه

(1) - يجب أن نوضح هنا أن الغير وإن كان يتأثر بالعقد في بعض الحالات على ما سيأتي ذكره لاحقاً، إلا أنه لا يمكن القول أن انصراف آثار العقد إليه يجعله طرفاً في العقد؛ فالطرف يتلقّى أثر العقد بشكل أصلي، أما الغير فإن آثار العقد لا تنصرف إليه إلا على سبيل الاستثناء.

(2) - نسير رفيق، المرجع السابق، ص. 158.

(3) - تصنّف الشركة عادةً ضمن عقود التشارك (اتفاق منظم)، وعقود التشارك هي النظير لعقود التبادل (العقد الذاتي)، والفرق بينهما أن عقود التبادل هي عبارة عن اتفاق بين شخصين لهما مصلحتان متعارضتان، مثل عقد البيع، حيث أن مصلحة البائع تتعارض مع مصلحة المشتري، في حين لا تعارض بين مصالح الأطراف في عقود التشارك فهي تقتض حاجات متشابهة، ولكن لما كانت الغاية التي يراد الوصول إليها لا يستطيع الفرد وحده أن يصل إليها، فلا جرم أن يتحد جمع من الأشخاص ويضمون جهود بعضهم إلى جهود البعض الآخر من أجل تحقيق غاياتهم المشتركة. انظر السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 5، "العقود التي تقع على الملكية (المجلد الثاني)، الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح"؛ (د.ط)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.س.ن)، ص. 219 - 222.

إلى جانب المصلحة؛ لأنّ الأثر الملزم ليس في الواقع إلّا المضمون الداخلي للإرادة التي أنشأت العقد، فمن لم ترتض إرادته انصراف الأثر إليه يكون بمنأى منه⁽¹⁾.

ولو اقتربنا من دائرة هذا المبدأ لوجدنا أنّه يعني في جميع الأحوال "حظر امتداد أثر قانوني مُعيّن لشخصٍ تقضي القواعد العامّة للقانون بحمايته من أنّ يمتدّ إليه، وإذ تقضي القواعد العامّة بحظر امتداد أثر قانوني مُعيّن إلى شخصٍ من دون إرادته فذلك راجع إلى أنّ الدائنية والمديونية أوصافٌ قانونيةٌ تلحق الشّخص وتجعله في وضعٍ قانوني مُعيّن، لذا فلا يُتصوّر أن تلحقه هذه الأوصاف من دون تعبير عن إرادته بإحدى طرق التعبير عن الإرادة"⁽²⁾، وليس إقرار المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير إلّا تأكيداً على ذلك⁽³⁾.

على العموم فيبدو لنا من خلال مضمون "مبدأ نسبية العقد" أنّه ارتكز على العنصر الإرادي في تحديده للأشخاص الذين ينضون تحت حكمه، فهو يقضي بأنّ كلّ من ارتضت إرادته انصراف أثر العقد إليه فإنّه يكون صالحاً لأن يسري عليه هذا المبدأ، ومع هذا الوضوح في مفهومه، إلّا أنّه مع ذلك فإننا لو اقتربنا من العنصر الإرادي الذي ركّز عليه نجد أنّ نطاقه يتّسع ويضيق بحسب معيارين؛ الأول شكلي يستند على الأداة أي التعبير عن الإرادة، حيث يلزم لوجوب الانضواء تحت سلطان هذه المبدأ أنّ يكون الشّخص هو المعبر عن إرادته أي أنّ إرادته هي المعتبرة في العلاقة، والثاني موضوعي يستند على الأثر الناتج عن التعبير عن الإرادة أو المصلحة التي تضاف إلى ذمّة من عبّر عن إرادته⁽⁴⁾.

وإذا كان الشّخص لا يعدو طرفاً إلّا إذا توافرت فيه الاعتبارات السّالفة الذّكر، لذلك بناءً

(1) - رسلان نبيلة إسماعيل، المرجع السّابق، ص. 76.

(2) - رسلان نبيلة إسماعيل، المرجع نفسه، ص. 76 - 77.

(3) - الحكيم عبد المجيد، البكري عبد الباقي والبشير محمّد طه، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج. 1: مصادر الالتزام؛ (د.ط)، (د.د.ن)، العراق، 1980. ص. 149.

(4) - الزيايدي نيراس ظاهر جبر، مدى تأثير فكرة المجموعة العقدية بقاعدة نسبية أثر العقد، المرجع السّابق، ص. 299.

على ما تقدّم نصل إلى حقيقة مفادها أنّ الإرادة والمصلحة لا يبدآن تجتمعان في شخص الطرف في العقد؛ لأنّ التعبير عن الإرادة إنّما يكون بدافع المصلحة ومن كان لديه مصلحة من تصرف قانوني ما لا يبدآن يعبر عنها بإرادته، أمّا إذا تحقّق أحدهما أي أنّ الشخص كانت له مشاركة إرادية في التصرف القانوني ولكن لا مصلحة لديه أو على العكس من ذلك، في هذه الحالة لا يكون طرفاً في العقد ما لم تتدخل إرادة المشرّع في منحه هذه الصفة⁽¹⁾، كما هو الحال في (الخلف الخاص) إذ يعد صاحب مصلحة بتصرفات سلفه ولاسيما في التصرف القائم بينهما؛ لأنّه يحصل على حقوق سلفه ولكن تلك المصلحة لم يسع بإرادته إلى تحقيقها إنّما بإرادة المشرّع وطبقاً لشروطه، وقد تكون لإرادته دخل في العقد ولكن ليس له أيّ مصلحة كما هو الحال في (النائب).

لذا يمكننا أن نحدّد شخص الغير أنّه (كلّ شخص لا دخل لإرادته في العقد سواءً عند تكوين العقد أو عند تنفيذه، أو أنّه قد ساهم بإرادته في ذلك العقد ولكن لا مصلحة ذاتية قانونية مباشرة لديه، ولم تتدخل إرادة المشرّع لمنحه صفة الطرف في ذلك العقد)، لنطبق ما توصلنا إليه من معيار (تكاملي) يقوم على الجمع بين (الإرادة، والمصلحة، والتشريع).

الفرع الثاني

ضوابط انصراف آثار العقد إلى الطرفين المتعاقدين

سبق القول أنّ الأثر الملزم للعقد ليس في واقعه سوى المضمون الداخلي للإرادة التي أنشأت العقد المنتج لهذا الأثر، وهذا التصوّر كله محكوم بقاعدة إطارها القانوني جاء نسبياً، وبموجبه يحظر بحسب الأصل امتداد الأثر إلى شخص لم يكن لإرادته دور في عملية التعاقد⁽²⁾. ولعلّ خير تبرير لهذه القاعدة من حيث اقتصار آثارها الشخصية هو أنّ هذه الآثار إنّما ترتبط بما اتّجهت إليه إرادة المتعاقدين منذ نشوء العقد، ولهذا فلا مناص من الاعتراف بأحقية

(1) - الزاملي علاء، المرجع السابق، ص. 129 - 130.

(2) - رسلان نبيلة إسماعيل، المرجع السابق، ص. 76.

الأطراف المتعاقدة من ترتيب هذه الآثار، فهي وليدة إرادتهم دون غيرهم ولا يمكن بالتالي أن تتصرف إلا إليهم، فمن الواجب احترام إرادتهم والإقرار بأحقّيتها في تحديد انصراف هذه الآثار (1).

ومما لا شكّ فيه أنّ إعمال هذا التصوّر يقضي بأن إلزاميّة تطبيق هذه القاعدة يتطلّب مجموعة من الضوابط نستهلّها ب: وجود الرابطة القانونيّة (أولاً)، ثمّ المساهمة الإراديّة في التّعاقد (ثانياً)، وبعد ذلك نتعرّض لالتزام المتعاقدين بالعقد (ثالثاً).

أولاً: وجود رابطة قانونيّة

من الأسس التي يقوم عليها الالتزام بوصفه أثراً من آثار العقد أن تكون هنالك رابطة قانونية بين الأطراف المتعاقدة (2)، أي أنّ العقد لا يمكن أن ينتج آثاره خارج هذه الرابطة إلا إذا خرجنا من دائرة التصرف القانوني إلى الواقعة القانونيّة (3)، ويجب أن تكون هذه الرابطة قانونيّة بمعنى أنّها ليست كباقي الالتزامات غير القانونيّة التي لا يترتّب عليها القانون أيّ أثر، من ذلك مثلاً واجب التعاون بين الأصدقاء أو الجيران (4).

ومن هنا فإنّ وجود هذه الرابطة أمرٌ لا محيص منه للقول بنشوء الآثار القانونيّة، ولكن السّؤال الذي يثار حول مضمون هذه الرابطة، فهل هي رابطة بين شخصين وبالتالي فإنّها رابطة شخصيّة أم أنّها رابطة بين ذمتين وبالتالي رابطة موضوعيّة ؟

(1) - الزيايدي نبراس ظاهر جبر، مدى تأثر فكرة المجموعة العقدية بقاعدة «نسبية أثر العقد»، المرجع السابق، ص. 304.

(2) - أنّ المادة 59 من (ق.م.ج) نصّت على أن: «يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونيّة». ويترتّب على ذلك أنّ إرادة واحدة لا تكفي لتكوين العقد بل يستلزم ارتباط إرادتين، وأكثر من ذلك اتجاهاً إلى ترتيب الآثار القانونيّة فإذا لم تتجه كلّ من الإرادتين للترتيب المطلوب لتلك الآثار فليس هناك من عقد يذكر.

(3) - محمّدي سليمان، المرجع السابق، ص. 05.

(4) - دريال عبد الرزاق، الوجيز في النظريّة العامّة للالتزام، "مصادر الالتزام"؛ (د.ط)، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004. ص. 05.

الواقع أنّ إجابة هذا الاستفهام محلّ خلاف بين الفقهاء بالقانون المدني، فنجد منهم من يعتبرها رابطة شخصية وهؤلاء هم أنصار المذهب الشخصي في الالتزام، ومنهم من يعتبرها رابطة موضوعية وهم أنصار المذهب الموضوعي في الالتزام.

ينطلق أنصار المذهب الشخصي في تعريفهم للالتزام على أنه تلك الرابطة القانونية أو العلاقة الشخصية ما بين أطرافها وهما كلّ من الدائن والمدين، وجعلوا لهذه الرابطة أثرًا تمثّل بعدم إمكانية وصول الدائن إلى حقه إلّا من خلال مدينه⁽¹⁾، وعلى أساس هذه الرابطة الشخصية، فإنّه لا يمكن إنكار وجود طرفي الالتزام أو حتّى التقليل من أهميتهم فيها سواءً عند نشوئه أو على الأقلّ تنفيذه⁽²⁾.

وعلى عكس هذا الاتجاه تمامًا ذهب أنصار المذهب الثاني وهو المادّي (الموضوعي)، وذلك من خلال استبعادهم كون الالتزام رابطة أو علاقة بين شخصين وما يترتّب على وجودها ودور طرفيها في تكوين الالتزام وكذلك تنفيذه، وإعطاء الالتزام صبغة موضوعية مجردة، وذلك من خلال النّظر إلى الالتزام من حيث محلّه وليس من حيث الرابطة الشخصية إلى الحدّ الذي أدى إلى انفصال الالتزام عن أشخاصه واختلاطه بمحلّه، فيكون لمحلّ الالتزام قيمة مالية منفصلة عن الدائن والمدين وبه يكون هذا المحلّ قابلاً للتداول شأنه شأن بقيّة الأموال الاقتصادية المادية الأخرى.

وأمام هذه النزعة الموضوعية فقد نظر الفقهاء إلى الالتزام بأنّه علاقة بين ذمتين تكون أحدهما وهي ذمّة المدين مرتبطة في مواجهة الذمّة الأخرى وهي ذمّة الدائن، فيصبح الدائن والمدين مجرد ممثلين قانونيين لذمتيهما وتصبح فكرة الالتزام فكرة اقتصادية موضوعية بحتة⁽³⁾.

(1) - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد، ج. 1، المرجع السابق، ص. 20 - 21.

(2) - الحكيم عبد المجيد وآخرون، المرجع السابق، ص. 08.

(3) - انظر: شنب محمد لبيب، المرجع السابق، ص. 6، فقد ذهب إلى أنه: "أما في الوقت الحاضر فالعنصر الأساسي في الالتزام ليس طرفاه، بل محلّه أي الأداء الذي يتعين على المدين القيام به لمصلحة الدائن، فهذا الأداء هو الذي يحدد القيمة الاقتصادية للالتزام".

الحقيقة أنّ كلا المذهبين الشّخصي والمادي يحتوي على قدرٍ من الصّحة؛ فالالتزام رابطة بين شخصين تجعل له ناحيةً شخصيّةً، وكذلك عنصر في ذمّة كلّ منهما، وهو ما سار عليه الفقه القانوني الجزائري الحديث⁽¹⁾، حيث اتّجه إلى الارتكاز على موقفٍ معتدلٍ من المذهب الشّخصي والمذهب المادي معاً. فإذا كان الالتزام في جوهره هو رابطةً قانونيّةً بين شخصين، فهو أيضاً علاقة بين ذمّتين ماليّتين مختلفتين، ويتربّط على هذه الرّابطة اكتساب أطرافها للحقوق وتحمل الالتزامات.

وقد أقرّ القانون المدني الجزائري هذه التّفرقة؛ حيث أنّه أخذ بالمذهب الشّخصي، وهو ما يمكن تلمّسه في المادة 54 وما يليها من (ق.م.ج)، كما أنّه أخذ بالمذهب المادي من خلال إقراره للحوالة (م 239 وما بعدها من ق.م.ج) والاشتراط لمصلحة الغير (م 118 من ق.م.ج) وقبوله الإرادة المنفردة كمصدر للحق الشّخصي والتي من تطبيقاتها الوعد بجائزة (م 115 من ق.م.ج) وغيرها.

وبالتالي فإنّ إلزاميّة وجود رابطة قانونيّة بوصفها من ضوابط «مبدأ نسبيّة أثر العقد»، أمر متحقّق ومن دون شكّ، وهي تأخذ وصف الرّابطة الشّخصيّة والموضوعيّة بين أطرافها.

ثانياً: المساهمة الإراديّة في التّعاقّد

مما لا شكّ فيه أنّ آثار العقد من حيث الأشخاص تتجسّد في سريان الحقوق والالتزامات النّاشئة عنه إلى الطّرفين المتعاقدين ومن يخلفهما في أحوال مُعيّنة كأصلٍ عام، وهذا التّصور يعني أنّ كلّ شخص ليس بإمكانه أنّ يتأثّر بعقدٍ من العقود من دون أن يكون لإرادته دور فيه، سواءً قام الشّخص بإبرام العقد بنفسه أم كان ممثلاً فيه تمثيلاً صحيحاً، فالقاعدة أنّه لا يمكن إلزام

(1) - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، "مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري"؛ ط.6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006. ص. 09. بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 22. دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص. 05.

شخص بغير إرادته أو نصّ القانون⁽¹⁾.

وأمام هذا التّصور حاول جانب من الفقهاء تحت تأثير عصر التّطور، إعطاء مفهوم جديد لمبدأ «نسبية أثر العقد»، من خلال جعل مفهومه يتّسع ليشمل الأشخاص الذين يساهمون في تنفيذ العقد من دون أن يكون لهم دور في تكوينه، محاولين بتصوّرهم هذا الخروج من النّطاق الضيّق الذي يمتاز به هذا المبدأ بحسب مفهومه التقليدي الذي نشأ في ظلّ القانون الرّوماني بما تضمّنه من شكليّات بموجبها يعدّ الطرف هو من قام بالتّوقيع على العقد لحظة ميلاده طبقاً لمفهوم شخصي بحت⁽²⁾.

غير أنّ هذا التّصور لا يخلو من التّعسف، فلا ننكر أنّ البناء القانوني يجب أن يتأثّر بكلّ ما يجري حوله من تطوّر في المجتمع، ولكن ليس صحيحاً أنّ "مبدأ نسبية العقد" الذي ظهر في ظلّ القانون الرّوماني بنطاقه الضيّق قد غيّرت التطوّرات الاجتماعية في جوهره الشّيء الكثير، فالتطوّر في المجتمع وإن كان قد أدّى فعلاً إلى ظهور استثناءاتٍ عديدةٍ لحقت بمبدأ النسبية، غير أنّ هذه الاستثناءات لا تعني القضاء على جوهر المبدأ ذاته، فالاستثناء قائم إلى جانب الأصل، وهذا ما لا يمكن إنكاره، بل أنّ الحرص على إبراز الاستثناء دليلٌ على أنّ المبدأ ذاته ما يزال قائماً ويفرض وجوده⁽³⁾.

وفي ضوء ما تقدّم فإنّ امتداد أثر العقد إلى شخصٍ ما يتطلّب أن يساهم هذا الشخص بإرادته في تكوين العقد إمّا بنفسه، أو بإحلال شخص آخر يمثّله فيه تمثيلاً صحيحاً، وإذا كان العقد ينشئ التزاماً فإنّ هذا الالتزام يمثّل حقاً لشخصٍ آخر ناشئ عن مشاركته أو تمثيله في العقد⁽⁴⁾، فإذا أبرم شخص تصرف قانوني انصرفت إليه آثاره، فإن دخل بتصرفه القانوني في

(1) - الزيايدي نبراس ظاهر جبر، مدى تأثير فكرة المجموعة العقدية بقاعدة «نسبية أثر العقد»، المرجع السابق، ص. 308.

(2) - ببيصار محمود عبد الحي عبد الله، المرجع السابق، ص. 158.

(3) - محمّدي سليمان، المرجع السابق، ص. 01 وما بعدها.

(4) - ببيصار محمود عبد الحي عبد الله، ص. 229.

رابطة عقدية مع تصرف قانوني آخر أو عدة تصرفات، فإن كل تصرف ينتج أثره في مواجهة صاحبه وبتنتاج أثر كل تصرف في مواجهة صاحبه يتحقق مفهوم "مبدأ نسبية العقد" الذي يعني حظر امتداد أي أثر قانوني إلى شخص دون أن تمتد إرادته إليه⁽¹⁾.

ثالثا: التزام المتعاقدين بالعقد

كما أن العقد نسبي من حيث الأشخاص فهو أيضاً نسبي من حيث الموضوع، بمعنى أنه إذا كانت نسبية الأشخاص تقتضي انصراف أثر العقد إلى أشخاص دون آخرين فإن نسبية الموضوع تقتضي أيضاً إلزام الأشخاص أو الأفراد الذين عناهم مبدأ نسبية الأثر بأشياء وبالالتزامات دون أخرى، فلا يلتزم الأفراد إلا بما ورد في العقد نظراً لأن العقد شريعة المتعاقدين، فالعقد بالنسبة للأفراد بمنزلة القانون⁽²⁾ فهو لا يلزم إلا المتعاقدين ولا يلتزم المتعاقدين إلا بما ورد في هذا العقد. وفي التقنين المدني الجزائري تجد هذه القاعدة أساسها في نص المادة 106 منه التي جاء فيها: «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون».

من الواضح إذن أن الحقوق المتولدة عن العقد قاصرة على المتعاقدين فلا يكتسبها غيرهم⁽³⁾ ونفس الحكم بالنسبة للالتزامات التي يُرتبها العقد فلا يتحملها إلا المتعاقدان، فالعقد رابطة تنشأ بين طرفيه بإرادتيهما لذلك فالأصل أن ما يُرتبه العقد من التزامات وحقوق يُرتبها في

(1) - رسلان نبيلة إسماعيل، المرجع السابق، ص. 76 - 77.

(2) - تجدر الإشارة إلى أن العقد يعتبر قانوناً للمتعاقدين في حدود ما جاء به فقط، أي الالتزام الناشئ عن العقد له نفس قوة الالتزام الناشئ عن القانون، ويختلفان من حيث أن العقد ملزم لطرفيه فقط أما القانون يلزم الكافة، كما أن العقد ذاته يخضع للقانون فمنه يستمد أحكامه ولا يمكنه أن يخالف الأحكام القانونية الآمرة. انظر: دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص. 54.

(3) - إلا فيما يتعلق باستثناءات «مبدأ نسبية أثر العقد» كما سنرى في الباب الثاني من هذه الرسالة.

ذمة أحد المتعاقدين أو كليهما⁽¹⁾. كما أنّ انصراف أثر العقد إلى المتعاقدين ينصبّ على كلّ آثار هذا العقد كما تم الاتفاق عليها فلا تُفرض عليه قيود ولا توضع عليه حدود⁽²⁾، ممّا يمكن معه وصف هذا الانصراف بأنّه كامل أو مطلق⁽³⁾.

يُضاف إلى ذلك أنّ التزام المتعاقدين بالعقد يستلزم أن يكون تنفيذه بطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية؛ ذلك أنّ هذا المبدأ الأخير هو الطريق الطبيعي للتنفيذ الصحيح في العقود⁽⁴⁾، وبمعنى آخر يجب على كلا المتعاقدين (الدائن والمدين) أن يكونا حسنا النية في تنفيذهما لبنود العقد وما ورد به⁽⁵⁾، فينبغي أن ينفذ المدين التزامه على نحوٍ يطابق نية الطرفين عند التعاقد، وبطريق لا تقوّت ما قصده الدائن من مصلحة عند إبرام العقد أو تجعلها أكثر كلفة دون مبرر⁽⁶⁾.

(1) - ففي عقد البيع مثلاً يكتسب المشتري حق ملكية أو حقا مالياً آخر مُعيّنا على الشيء المبيع ويلتزم بدفع الثمن في المكان والزمان المحددين، كما يلتزم البائع بنقل حق الملكية في الميعاد والمكان المحددين، ويلتزم أيضاً بضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق ويكون له الحق في الثمن. انظر زاوي فريدة، المرجع السابق، ص. 16.

(2) - قدارة خليل أحمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 114 - 115.

(3) - تجدر الإشارة إلى أنّ إطلاق التزام المتعاقدين بأثر العقد تنجم بسبب ما يرد من قيود على انصراف آثار العقد إلى الأشخاص الآخرين الذين يذهب الفقه إلى إدخالهم في معنى المتعاقدين؛ وهم الخلف العام والخلف الخاص لهذا المتعاقدين. فانصراف أثر العقد إلى الخلف العام لا يكون خصوصاً بالنسبة للالتزامات إلا في حدود مُعيّنة أشارت إليها المادة 108 (ق.م.ج)، وانصراف أثره إلى الخلف الخاص يقتضي توافر شروط وضعها القانون في المادة 109 (ق.م.ج).

(4) - خلافاً لما كان سائداً في القانون الروماني إذ عرف الأخير عقود حرفية التنفيذ وعقود حسن النية، يتفق كلّ من الفقه والقانون الحالي على أنّ تنفيذ العقود لا بد أن يتم بحسن نية كقاعدة عامة، وهو التزام يقع على عاتق الطرفين؛ وهذا حفاظاً على ثبات واستقرار التعاملات بالنسبة للمدين وبالنسبة للدائن.

(5) - منصور أمجد محمّد، النظرية العامة للالتزامات، "مصادر الالتزام"؛ ط. 2، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2003. ص. 171، 172. سلطان أنور، الموجز في مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 212.

(6) - الحكيم عبد المجيد وآخرون، المرجع السابق، ص. 12.

وقد نصّت الفقرة الأولى من المادة 107 (ق.م.ج) على تنفيذ العقد بحسن نية كالاتي: «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام».

ولكن كيف يمكن التعرّف على ما ورد بالعقد حتّى يلتزم الأطراف به؟

هنا نجد أنّ العقد قد يكون في حاجةٍ إلى التفسير فإذا تمّ التفسير وجب تحديد نطاق العقد ثمّ بعد ذلك وجب على الملتزم أن يقوم بالتزامه كما تحدّد بالعقد دون نقصٍ أو زيادة، وقد جاء في نصّ المادة 111 من (ق.م.ج) أنّه: «إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين. أمّا إذا كان هناك محلّ 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، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات». (ونحيل فيما يتعلّق بمسألة تحديد نطاق العقد ومسألة إلزام المتعاقدين بالعقد إلى المراجع العامّة).

خلاصة القول وبعد تناول وتحليل مفهوم الطّرف نستخلص أنّه يستوجب معيارين:

الأول: يتعلّق بالإرادة وضرورة أن تكون إرادة الشّخص وتعبيره "الطّرف بمعناه الشكلي"، والذي ينطبق على النّائب الذي يباشر الإيجاب والقبول في العقد دون أن تنصرف إليه آثار العقد.

أمّا المعيار الثاني: هو أنّ يضاف الأثر الملزم إلى ذمّة من عبّر عن إرادته "الطّرف الموضوعي"، فاجتماع المصلحة مع القدرة الإرادية هي مناط اعتبار الشّخص طرفاً؛ لأنّ المصلحة هي الهدف والتعبير عن الإرادة هو الأداة، واجتماعهما يعني اكتمال وصف "الطّرف"، أي صلاحية الكائن القانوني لأن يكون طرفاً⁽¹⁾.

(1) - رسلان نبيلة إسماعيل، المرجع السابق، ص. 251. وكذلك بيسار محمود عبد الحي عبد الله، المرجع

السابق، ص. 201.

المطلب الثاني

انصراف أثر العقد بالنسبة للخلف العام

من المبادئ الثابتة في القانون المدني أنّ "العقد شريعة المتعاقدين"، إلا أنّ القول بقصر أثر العقد على أطرافه لا يمنع من امتداد هذا الأثر إلى الخلف العام، حيث أنّ ما في ذمّة المتوقّي⁽¹⁾ من حقوق والتزامات سينتقل إلى خلفه العامّ من خلال الميراث أو الوصيّة إذا ما توافرت شروط مُعيّنة اقتضاها القانون كقاعدة عامة، وتطرأ عليها بالطبع استثناءات مُعيّنة⁽²⁾. وهو ما سنبحثه عبر فرعين، نعالج في (الفرع الأول) قاعدة انصراف آثار العقد إلى الخلف العام، وفي (الفرع الثاني) ندرس الاستثناءات الواردة على هذه القاعدة.

الفرع الأول

قاعدة انصراف آثار العقد إلى الخلف العام

إنّ البحث في هذا الموضوع يكون بغرض إزالة الغموض عن مفهوم "الخلف العام" من خلال حصر الأشخاص الذين ينطبق عليهم هذا الوصف وكذا تحديد مصادر هذا النوع من الخلافة، ويكون ذلك من خلال تحديد مفهوم الخلافة العامّة (أولاً)، ثمّ نتطرق إلى مركز الخلف العامّ بين الامتداد والتقييد (ثانياً)، وبعد ذلك بعض النتائج المترتبة على اعتبار الخلف العامّ في حكم الطرف (ثالثاً).

أولاً: مفهوم الخلافة العامّة

لقد نصّت المادة 108 من (ق.م.ج) على أنّ: «ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العامّ من دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل

(1) - كما هو معروف أنّ الذمّة الماليّة للشخص تتكوّن من مجموع الأصول والخصوم؛ تشمل الأصول كلّ أموال الشّخص سواء كانت مادية (منقولات، وعقارات، وحقوق) أو كانت معنوية (كحقوق التأليف)، بينما تشمل الخصوم كلّ الديون التي تقع على الشّخص.

(2) - السّنهوري عبد الرزاق، مصادر الحقّ في الفقه الإسلامي، (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، ج. 5، المرجع السابق، ص. 07.

أو من نص القانون أنّ هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام».

1- تعريف الخلف العام

يُعرّف الفقه القانوني الخلف العام على أنّه: "من يخلف السلف في ذمته الماليّة كلها أو في جزء منها، فيحلّ الخلف محلّ السلف بالنسبة للحقوق والواجبات المكوّنة للذمّة الماليّة"⁽¹⁾، وقيل أيضًا في تعريفه أنّه: "الشخص الذي يخلف أحد العاقدين في ذمته الماليّة كلّها أو في جزءٍ شائعٍ منها وهذا كالورثة والموصى لهم بجزءٍ من التركة دون تحديد لعينٍ ما"⁽²⁾.

وعلى مستوى التشريع الجزائري فإنّ نص المادة 108 من (ق.م.ج) واضحٌ في اعتبار الخلف العام في حكم المتعاقدين وانصراف آثار العقود التي أبرمها سلفه إليه، حيث جاء في مطلع المادة 108 أنّه: «ينصرف...». فمثلاً لو باع شخصٌ داراً له بثمنٍ مؤجّل ثمّ مات قبل أن يحلّ أجل الدين فإنّ هذا الحقّ الناشئ للبائع عن عقد البيع ينتقل بذاته مؤجّلاً إلى الوارث، وكذلك في الإيجار فلو أنّ شخصاً أجر داره أو أرضه ثمّ مات فإنّ آثار الإيجار تنتقل إلى ورثته فلا يستطيعون فسخ الإيجار بل يلزمهم عقد مورثهم⁽³⁾.

(1) - زواوي فريدة، المرجع السابق، ص. 18.

(2) - دريال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص. 57.

(3) - المراكشي هشام، المرجع السابق، ص. 88.

إنّ الخلف العامّ بهذا المعنى ينصرف إليه أثر العقد؛ لأنّ المتعاقد (السلف) لا يمثّل نفسه فقط في التعاقد بل ويمثّل خلفه العامّ كذلك⁽¹⁾؛ إذ لا تستقيم المعاملات بين الأفراد إذا كانت الحقوق والالتزامات المترتبة عن العقود المبرمة بينهم تنقضي بوفاء أطرافها، فالمنطق يقتضي انتقالها إلى خلفهم العام⁽²⁾، كما أنّ الحقوق التي يكتسبها الخلف والواجبات التي يتحملها ليست له ولا عليه من حيث الأصل، وإتّما تلقّاها لكونه حلّ محلّ السلف ويلزم الخلف بالعقد لأنّ السلف كان ملزماً به⁽³⁾.

وإن كان هذا على المستوى التشريعي والفقهني، فإنّه على مستوى العمل القضائي فيمكن القول بأنّه متواتر على اعتبار الخلف العام في حكم المتعاقدين وبالتالي إلزامهم بالتزامات مورّثهم، حيث جاء في إحدى القرارات القضائية أنّه: "من المقرّر قانوناً، أنّ الخلف العامّ يحلّ محلّ سلفه، وفقاً لأحكام المادة 108 من القانون المدني"⁽⁴⁾، وجاء في قرار آخر أنّه: "من المقرّر قانوناً أنّ الإيجار لا ينتهي بموت المؤجّر أو المستأجر، بل يُحوّل إلى الورثة. وفاة المستأجر

(1) - يفرّق بعض الفقهاء بين "الخلف العام" وهو من تؤول إليه ذمّة مالية كالوارث الوحيد، وبين الخلف بسبب عام وهو من تنتقل إليه نسبة مُعيّنة من ذمّة مالية؛ كأحد الورثة أو الموصى له بنسبة مُعيّنة من التركة. على أنّ هذا التعريف، وإن كان يتسق مع أحكام القوانين المدنية اللاتينية، فإنه لا يتفق مع القواعد المسلّم بها في القانون الجزائري والتي تقضي ببقاء الالتزام في التركة حتّى ينقضي، لينتقل صافي الحقوق إلى الورثة. انظر بلحاج العربي، نظريّة العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 370. الحكيم عبد المجيد، المرجع السابق، ص. 286. خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 41. بدوي حلمي بهجت، المرجع السابق، ص. 293.

(2) - محي الدين إسماعيل علم الدين، نظريّة العقد، "مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية"؛ ط. 3، دار النهضة العربية، مصر، 1994. ص. 407. فودة عبد الحكيم، المرجع السابق، ص. 07.

(3) - فيلاي علي، المرجع السابق، ص. 401.

(4) - الغرفة المدنية للمحكمة العليا، بتاريخ 1999/02/03، ملف رقم 174416، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 1999، ص. 97.

الأصلي تستلزم تطبيق أحكام انتقال حق الإيجار بسبب الوفاة على الورثة...⁽¹⁾.
والخلف العامّ يكون شخصاً طبيعياً، لكن هل يمكن أن يكون شخصاً اعتبارياً؟ وبمعنى آخر هل يمكن أن تنتقل جميع حقوق والتزامات شخص اعتباري إلى شخص اعتباري آخر أو تندمج في شخص اعتباري آخر، باعتبار أنّ الأصل في الخلف العامّ هو الشخص الطبيعي، فهل يمكن للشخص الاعتباري أن يكون خلفاً عاماً؟
إنّ الخلافة العامّة ليست مقصورة على الشخص الطبيعي بل هي متصورة بالنسبة للشخص المعنوي، وصورة ذلك خلافة الشركات الدائمة لتلك المندمجة في حقوقها والتزاماتها⁽²⁾، أي تخلفه خلافة عامة وهذا ما يفهم ضمناً من نصّ المادة 744 من القانون التجاري الجزائري⁽³⁾.

2- مصادر الخلافة العامّة

حتى يصبح الوارث خلفاً عاماً وتنطبق عليه ذات الأحكام المنطبقة على الخلف العامّ لا بدّ من تحقّق إحدى الواقعتان اللتان تعتبران مصدرًا للخلافة العامّة؛ ألا وهما الوراثة (أ) أو الوصاية (ب)، حيث تصبغ كلاهما صفة الخلف العامّ على كلّ من توافرت فيه الشّروط التي نصّ عليها القانون.

(1) - الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 12/03/1996، ملف رقم 129086، العدد 1، لسنة 1996، ص. 137.

(2) - عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 570. محمّد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص. 29. منصور محمّد حسين، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 279.

(3) - الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون التجاري الجزائري، ج.ر. عدد 101، صادرة في 19 ديسمبر 1975. تنص المادة 744 منه على أن: «للشركة ولو في حالة تصفيتها، أن تندمج في شركة أخرى أو أن تساهم في تأسيس شركة جديدة بطريقة الدمج...» .

أ - الوراثة

يقصد بالوراثة أن ما يستحقّه الوارث من مورثه بسبب من أسباب الإرث⁽¹⁾، ويعرّف الإرث بأنه: "أيلولة الحقّ إثر وفاة صاحبه إلى الوارث بقوة القانون ودون اعتداد بإرادة المورث"⁽²⁾، ومعنى ذلك أنّ الميراث ينتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة ويصيرون مستحقّين له منذ ذلك الوقت⁽³⁾، وتطبيقاً لذلك فقد قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها أنّه: "تنتقل الملكية إلى الورثة، بمجرد الوفاة وليس بموجب شهادة توثيقية..."⁽⁴⁾.

وعلى الرّغم من أنّ غالبية التشريعات تعالج الميراث كسبب من أسباب كسب الملكية إلّا أنّ ذلك ليس قولاً دقيقاً حيث أنّه يعدّ سبباً لانتقال الحقّ من المورث إلى الوارث وذلك لوجود العلاقة الزوجية أو القرابة⁽⁵⁾.

والمشرّع الجزائري لم يجعل الميراث سبباً من أسباب كسب الملكية فحسب، بل جعل

(1) - نصّ المشرّع على أسباب الإرث في القانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 جوان 1984، يتضمن تقنين الأسرة الجزائري، ج.ر.ع 24، صادرة في 12 جوان 1984، معدل بالأمر رقم 02/05، مؤرخ في 27 فيفري 2005، ج.ر.ع 15، صادرة بتاريخ 27 فيفري 2005. حيث جاء في المادة 126 منه أن: «أسباب الإرث: القرابة، والزوجية».

(2) - سؤار وحيد الدين، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، ج. 2، ط. 1؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999. ص. 33.

(3) - تجدر الإشارة إلى أنّ آراء الفقه الإسلامي قد اختلفت في مسألة وقت انتقال التركة إلى الوارث؛ فمنهم من يؤخّر انتقالها إلى حين سداد ديون المتوفّى وفقاً للقاعدة الشرعية "لا تركة إلا بعد سداد الديون" وبالتالي لا تنتقل الالتزامات إلى الخلف العام، ومنهم من يقول بانقالها إليه بمجرد موت المورث مع تعلق الديون بها استناداً إلى قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "من ترك حقاً أو مالاً فلورثته" وهذا الرأي هو الأقرب إلى الواقع والمنطق في رأينا؛ حيث لا يجوز أن يتراخى انتقال الملكية عن سببه طالما تحقق وهو موت المورث. للتفصيل في هذه الآراء الفقهية راجع: محمّد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص. 34.

(4) - الغرفة العقارية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 2011/06/09، ملف رقم 713016، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، لسنة 2011، ص. 179.

(5) - العبيدي علي هادي، الحقوق العينية؛ (ط. 8)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، (د.س.ن)، ص. 107.

الميراث سبباً لكسب بعض الحقوق المتفرّعة عن حقّ الملكية أيضاً؛ كحقّ الارتفاق وحقّ الانتفاع، وهو ما يذهب إليه قضاة المحكمة العليا في عدّة قرارات منها: "متى كان من المقرّر قانوناً، أنّ عقد الإيجار لا ينتهي بموت المؤجّر ولا بموت المستأجر، وأنّ الحقّ في الإيجار يدخل ضمن عناصر التركة فإنّ القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعدّ خرقاً للقانون"⁽¹⁾.

وموضوع الوارث باعتباره خلّفاً في القانون المدني الجزائري لا يمكن فصله عن الشريعة الإسلامية؛ لأنّ هذا القانون عندما ذكر الميراث كأحد الأسباب لاكتساب الملكية أحال نظام تعيين الورثة، وتحديد نصيب كلّ واحدٍ منهم في الميراث وكذا كيفية انتقال أموال التركة إلى أحكام الشريعة الإسلامية⁽²⁾.

أمّا بالنسبة للقضاء الجزائري، فهو يتّجه في قراراته إلى الاستناد لمبادئ الشريعة الإسلامية الخاصة بالمواريث عند الفصل في سريان آثار العقود إلى الورثة، حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا أنه: "متى كان من المقرّر قانوناً أنّه لا ينتهي الإيجار بموت المؤجّر ولا بموت المستأجر فإنّ حقّ الإيجار ينتقل إلى الورثة لكّل حسب نصيبه طبقاً لأحكام الميراث في الشريعة الإسلامية. ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ مخالفاً للقانون. ولما كان من الثابت في قضية الحال - أنّ الطّاعن من عصابة المورث وأنّ قضاة الموضوع الذين قضوا بطرده من الأمكنة المتنازع عليها خالفوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون

(1)- الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا، بتاريخ 1985/05/04، ملف رقم 32597، مجلة المحكمة العليا، العدد 2 لسنة 1989، ص. 101.

(2)- تقضي المادة 774 ق. م. ج على أنّ: «تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث وعلى انتقال أموال التركة». كما تقضي المادة 775 منه على أنّ: «يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها». وقانون الأسرة الجزائري - كما هو معروف - مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية.

فيه⁽¹⁾.

ب- الوصية

يعرّف المشرّع الجزائري الوصية في نصّ المادة 184 على أنّها: «تمليك إلى ما بعد الموت بطريق التبّع»، في حين يعرفها الفقه بأنّها: عبارة عن هبة مضافة إلى ما بعد الموت⁽²⁾، أو هي تصرف قانوني انفرادي مضاف إلى ما بعد الموت بموجبه ينقل الموصي إلى الموصى له حقا ماليا بدون عوض⁽³⁾، ويعتبر الموصى له خلفاً عاماً للموصي، شأنه في ذلك شأن الورثة⁽⁴⁾. وتعدّ الوصية سبباً من أسباب انتقال الملكية بالخلفية بسبب الموت، إذا ما كان الهدف منها نقل ملكية شيء أو أي حق آخر كحق المنفعة⁽⁵⁾. وعند البحث في أحكامها نجد أنّ القانون المدني قد أحال بموجب نصّ المادة 775 منه أحكام الوصية إلى أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها أحد أسباب كسب الملكية بالاستخلاف، حيث تقضي المادة 775 من (ق.م.ج) على أنّه: «يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها».

وعلى الرغم من أنّ الوصية تلتقي مع الميراث كون كلّ منهما يعدّ من أسباب انتقال الملكية بالخلافة، إلّا أنّها تختلف عنها في أنّ الخلافة في الميراث تكون بقوة القانون بناءً على واقعة مادية محدّدة هي الوفاة، في حين أنّ الخلافة في الوصية تكون اختيارية تتمّ بمقتضى تصرف قانوني صادر من جانب الموصي، وكذلك الأمر في الخلف في الميراث يكون دائماً خلفاً

(1)-الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 1988/02/22، ملف رقم 45.082، مجلة المحكمة العليا، العدد 3، لسنة 1991، ص. 118.

(2)- الدّون حسن علي، أصول الالتزام؛ (د.ط.)، مطبعة المعارف، بغداد، 1970. ص. 156.

(3)- سوار وحيد الدين، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص. 69.

(4)- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.9، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية، القسم 1، أسباب كسب الملكية؛ (د.ط.)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.س.ن). ص. 215.

(5)- العبيدي علي هادي، المرجع السابق، ص. 117.

عاماً وحتى يكون الموصى له كذلك لا بد أن يكون قد أوصى له بجزءٍ شائعٍ غير مُعيّن بالذات من أموال الموصي، وإلا فإنه يكون خلفاً خاصاً كما لو كان موصى له بمالٍ مُعيّنٍ من أموال التركة⁽¹⁾.

وأخيراً فإن حقّ الورثة يثبت في التركة قبل وفاة المورث استثناءً في حالة مرض الموت؛ وذلك في حالتين يكون فيهما الإرث حقّ شخصي للوارث⁽²⁾، حيث نصّت الفقرة الأولى من المادة 408 ق.م.ج على أنّه: «إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزاً إلا إذا أقره باقي الورثة»، والحالة الثانية نصّت عليها الفقرة الثانية من ذات المادة على أنّه: «أمّا إذا تمّ البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلاً للإبطال». أمّا الموصى له فلا حقّ له مطلقاً قبل الوفاة⁽³⁾.

ثانياً: مركز الخلف العام بين الامتداد والتنقييد

يذهب بنا البحث في مركز الخلف العام، إلى تحديد مركزه في كلّ من القانون الفرنسي باعتباره يمثل امتداداً لشخصيّة سلفه (1)، ثمّ إلى تحديد وضعه المتميّز في القانون الجزائري باعتباره مقيداً بقواعد الميراث (2).

1- شخصيّة الخلف العام هي امتداد لشخصيّة المورث في القانون الفرنسي

يرجع أساس الخلافة العامّة في القانون الروماني والقانون المدني الفرنسي إلى المبدأ القائل بأن: "الوارث يعتبر استمراراً لسلفه في شخصه وفي أمواله"⁽⁴⁾، بمعنى أنّ الخلف يخلف

(1) - الطراونة بنان خلف أحمد، تقييد انتقال آثار العقد للخلف العام والخلف الخاص، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مؤتة، الأردن، 2015. ص. 12.

(2) - فيلاي علي، المرجع السابق، ص. 404.

(3) - سوار وحيد الدين، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص. 70.

(4) - بدري جمال، الخلف العام بين القانون المدني وقانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 47، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 2013. ص. 164.

السلف في ذمته المالية، فيكمل شخصيته فيما يتعلق بالمعاملات المالية مع الغير، حيث جاء في المادة 1122 مدني فرنسي - قبل التعديل - أنه: "يفترض في الشخص أنه تعاقد لمصلحة الورثة وخلفه..."(1).

فالذين في القانون الفرنسي ينتقل إلى ذمة الوارث كما ينتقل الحق إليه كذلك، ولدائني التركة كقاعدة عامة أن ينفذوا على أموال الوارث الشخصية تطبيقاً للحكم السابق، وهذا إذا رضي بالميراث الذي تركه سلفه(2)، ويترتب على ذلك أن شخصية الوارث تعتبر امتداداً لشخصية المورث فيحل محله في حقوقه والتزاماته ولو زادت هذه الواجبات أو الديون على مقدار ما كسبه من حقوق في التركة(3).

فالقاعدة العامة إذن في القانون الفرنسي والتشريعات التي تأثرت به هي أنه بموت المتعاقد، فإن الحقوق الناتجة عن العقد الذي أبرمه تنتقل إلى ورثته والموصى لهم بحصة شائعة في التركة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى تنتقل إليهم كذلك الالتزامات الناتجة عن ذلك العقد(4).

2- انصراف أثر العقد إلى الخلف العام مقيد بقواعد الميراث في القانون الجزائري.

بالرجوع إلى أحكام القانون المدني الجزائري، نجد أن المشرع قد حذا حذو المشرع الفرنسي، باعتبار أن الخلف العام يكون في حكم الطرف المتعاقد فتصرف إليه آثار العقود التي أبرمها السلف حال حياته كقاعدة عامة، لكنه نص على وجوب التقييد بقواعد الميراث عند انتقال

(1)- Article 1122 : «On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, a moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention».

(2)- إن القانون الفرنسي يجعل من الميراث نظاماً اختيارياً، بحيث يعطي الحق للورثة أن يقبلوا التركة أو يرفضوها بطريقة مسبقة خوفاً من سلبياتها. بخلاف نظام الميراث في الشريعة الإسلامية فهو خلافة جبرية مقررة بحكم الشارع، لا يجوز الاتفاق على مخالفته، فهو نظام ملزم لكل من المورث والوارث؛ وهو لا يستحق إلا بعد تصفية التركة من جميع الديون والالتزامات العالقة بها. انظر: بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص. 372.

(3)- تبوب فاطمة الزهراء، الخلف العام والوارث مفهومان مختلفان لا يتعايشان (المادة 108 قانون مدني جزائري كمثال)، مجلة حوليات جامعة الجزائر 1، عدد 27، 2015. ص. 66.

(4)- MARTY (G.) et RAYNAUD (D.), T.11, Les obligations, Paris, 1962, p. 216.

أثر العقد إلى الخلف العام.

فعلى الرغم من أنّ مطلع المادة 108 من (ق.م.ج) جاء مطلقاً كما يلي: «ينتقل اثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام..» إلاّ أنّه جاء باستثناءً بشكلٍ مباشرٍ حيث نصّ في ذات المادة: «...دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث»، والقاعدة الأساسية هي أنّه: "لا تركة إلاّ بعد سداد الديون"، حيث أنّه وبموجب هذه القاعدة لم تعد شخصية الوارث امتداداً لشخصية المورث⁽¹⁾، فلو قلنا بعكس ذلك لانتقلت إليه آثار العقد سواءً كانت حقوقاً أو التزامات، الأمر الذي من شأنه أن يمسّ بالدّم المالىة للخلف العامّ بعقودٍ لم تتّجه إرادتهم إلى إبرامها، وهو ما تجنّبته الشريعة الإسلامية الغزاة في القاعدة الشرعية أن "لا تركة إلاّ بعد سداد الديون"⁽²⁾.

وتطبيقاً لقواعد الشريعة الإسلامية في الميراث، والتي أخذ بها القانون المدني الجزائري وقانون الأسرة، فالخلف العامّ لا يخلف سلفه إلاّ في حقوق التركة دون ديونها⁽³⁾، فإذا أبرم المورث عقداً رتب في ذمته ديناً ومات قبل الوفاء بالدين، فإن الدين لا ينتقل إلى ذمة وارثه بل يبقى في التركة وتصبح التركة هي المسؤولة عنه إلى أن يسدّد، ثمّ تسدّد بعد ذلك وصايا المورث في حدوث ثلث التركة بعد وفاء الديون، وبعد سداد الديون والوصايا يكون الباقي من التركة نصيب الورثة ينتقل إليهم ميراثاً، ويوزّع بينهم كلّ بقدر النّصاب الذي يستحقّه من التركة⁽⁴⁾.

ومن تطبيقات القضاء في هذا الخصوص ما قرّره المحكمة العليا: "إنّ الديون الثابتة في ذمة المتوفى متعلّقة بالتركة ولا تنتقل إلى الورثة. لا يمكن مطالبة ورثة المقترض بتسديد

(1) - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ص. 87.

(2) - عبد الله فتحي عبد الرحيم، شرح النظرية العامة للالتزام، "الكتاب الأول: مصادر الالتزام"؛ ط. 3؛ منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص. 282.

(3) - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 87.

(4) - بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 373.

القرض" (1).

ومن ثم فالوارث لا يحل محل المورث بشكلٍ مطلقٍ، ولا يمكن اعتباره خلفاً عاماً كما اعتبره القانون الفرنسي، وهو ما أكده قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه: "الديون الثابتة في ذمة المتوفى، متعلقة بالتركة وحدها، ولا تنتقل إلى أشخاص الورثة. ولما تبين أن قضاة الاستئناف قد برروا قضاءهم بكون ديون مورث الطاعنين تنتقل إلى الورثة هم خلفهم العام وبالتالي فهم ملزمون بتسديد ديونه التي خلفها مما يفهم معه أنهم جعلوا ديون المتوفى متعلقة بأشخاص ورثته خلافاً لمقتضى المادة 180 من قانون الأسرة التي تجعل الديون الثابتة في ذمة المتوفى متعلقة بالتركة وحدها، فقضاة المجلس كما فعلوا يكونون قد أخطئوا في تطبيق القانون مما يعرض قرارهم للنقض" (2).

ثالثاً: بعض النتائج المترتبة على اعتبار الخلف العام في حكم الطرف.

يترتب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام نزوله بذلك منزلة الطرف المتعاقد (3)، وهذا يعني أنه بوفاء المورث تنتقل العقود إلى الخلف العام دون أن يتمكن هذا الأخير من دفعها أو ردّها على أساس عدم ثبوت التاريخ أو الطعن فيها بالصورية (4).

(1)- الغرفة التجارية والبحرية، قرار بتاريخ 2016/07/14، ملف رقم 1109184، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، لسنة 2016، ص. 277.

(2)- الغرفة المدنية للمحكمة العليا، بتاريخ 2005/06/22، ملف رقم 295913، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، لسنة 2005، ص. 69.

(3)- إن نزول الخلف العام بمنزلة الطرف وسريان أثر العقد في مواجهته، لا يعني أن الإرادة هي أساس جعله طرفاً في العقد، ولو أنه بإمكان الوارث أن يرفض التركة في بعض القوانين التي تقر ذلك، ولكن القانون هو الأساس في ذلك حقيقة، حيث أنزل المشرع الخلف العام صراحة في نص المادة 108 (ق.م.ج) منزلة الطرف دون حاجة إلى معالجة مسألة الإرادة. انظر: كحلون علي، النظرية العامة للالتزامات، "مصادر الالتزامات- أحكام الالتزامات"؛ ط. 1، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015، ص. 335.

(4)- تبوب فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص. 65.

ويستند الفقه في تبرير ذلك إلى أنّ الوارث ليس له حقّ خاصّ فهو في مركز السلف⁽¹⁾، حيث يسري العقد في حقّه بنفس الوضع الذي كان ساريًا في حقّ السلف⁽²⁾؛ فلا يُشترط ثبوت تاريخ الورقة العرفيّة المدوّن فيها العقد حتّى يكون هذا التّاريخ حجّة له أو عليه، حتّى لو لم يكن ثابتاً⁽³⁾. وقد نصّت المادة 328 من (ق.م.ج) على أن: «لا يكون العقد العرفي حجّة على الغير في تاريخه إلاّ منذ أنّ يكون له تاريخ ثابت...»، ويمكن الاستنتاج من مفهوم المخالفة لنص هذه المادة بأنّ السند العادي يسري في حقّ الخلف ويكون حجّة عليه حتّى لو لم يكن ثابت التّاريخ لأنّ الخلف العامّ ليس من الغير.

أمّا في العقود الصوريّة فإنّه يسري في حقّ الخلف العامّ العقد الحقيقي المستتر، الذي يعكس الإرادة الحقيقية للطرفين، دون العقد الصوري⁽⁴⁾، وذلك عملاً بأحكام المادة 199 من (ق.م.ج) جاء فيها: «إذا أخفى المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين، والخلف العامّ هو العقد الحقيقي». وبذلك كان على من يدعي بصوريّة العقد من الخلف العامّ أن يثبت حقيقة ما يدّعيه من خلال إثبات التصرف الحقيقي، فإذا فشل مدعي الصوريّة في إثباتها أمام القضاء يبقى العقد المطعون في صوريّته معتبراً عقداً جدياً ويكون هو وحده المنتج آثاره بين المتعاقدين وخلفهم العام⁽⁵⁾.

- (1) - عصام أنور سليم، اعتبار الوارث من الغير استثناءً، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997. ص. 18.
- (2) - إلاّ إذا كانت شخصيّة السلف محلّ اعتبار في العقد. انظر: عبد الرحمن أحمد شوقي، الدراسات البحثية في نظريّة العقد، "في الفقه والقضاء المصري والفرنسي"؛ (د.ط)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006. ص. 594.
- (3) - السعدي محمّد صبري، النظرية العامّة للالتزامات، "القانون المدني الجزائري"، القسم الأول: مصادر الالتزام؛ (د.ط)، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1985. ص. 349. محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص. 408.
- (4) - بلحاج العربي، نظريّة العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 370. منصور محمّد حسين، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 279 - 280.
- (5) - فودة عبد الحكيم، المرجع السابق، ص. 08. محمّد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص. 32.

كما يُعتبر الخلف العامّ قائمًا مقام سلفه حتّى بالنسبة لعقد الرهن الصّادر من هذا الأخير⁽¹⁾، فإذا كان المورث دائنًا وأبرم رهناً مع مدينه، فهذا الحقّ ينتقل إلى ورثته حتّى قبل أن يتمّ قيده، وليس للمدين الاحتجاج بعدم قيد الرهن في مواجهة الخلف العام؛ لأنّ الرهن قبل أن يقيد يحتجّ به بين المتعاقدين دون الغير، ويحتجّ به على الخلف العامّ للمتعاقدين، إذ يرقى إلى مرتبة سلفه فيما أبرمه من عقود مع الغير⁽²⁾.

كما يعتبر الخلف العامّ قائمًا مقام سلفه في الحياة، ومن القرارات التي أصدرتها المحكمة العليا في هذا الخصوص أنّ: "تنتقل الحياة بجميع صفاتها، الممارسة من طرف المورث إلى غاية وفاته، إلى كلّ الورثة دون تمييز"⁽³⁾، وفي قرار آخر قضت أنّ: "الحياة تنتقل إلى الخلف العام، على الصفة التي كانت عليها. يمكن قسمة الانتفاع، دون قسمة حقّ الرقبة"⁽⁴⁾. وتنتقل للخلف العامّ أيضاً كلّ الدعاوى والدفعات التي كانت مقرّرة للسلف، في حدود الآجال التي حددها القانون، كما ينتقل له الحقّ في ممارسة الخيارات العقديّة والقانونيّة التي كانت ثابتة قانوناً للسلف⁽⁵⁾.

وترتيباً على ذلك قضى بأنّه: "إنّ الورثة يحلّون محلّ المورث في جميع حقوقه (م 108 من ق.م). ومن ثمّ، تنتقل بوفاة البائع إلى الخلف العامّ دعوى الغبن، باعتبارها دعوى مالية لا تنتضي بوفاة الشّخص بل تنتقل إلى ورثته. وعلى هذا، فإن قضاة الموضوع لما انتهوا إلى رفض

(1) - زاوي فريدة، المرجع السابق، ص.22. عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص.19-20.

(2) - لا يعتبر الوارث بالنسبة لعقد الرهن الذي أبرمه مورثه من طبقة الغير التي عاها المشرع الجزائري في المادة 904 من (ق.م.ج) التي تنص على أنّه: «لا يكون الرهن نافذاً في حقّ الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار...».

(3) - الغرفة العقارية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 2005/09/14، ملف رقم 300879، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، لسنة 2005، ص. 359.

(4) - الغرفة العقارية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 2012/03/15، ملف رقم 696304، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، لسنة 2012، ص. 201.

(5) - بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص.370.

دعوى الطاعنين، على أساس أنّ هذه الدّعوى لا تنتقل إلى الخلف العام، قد أخطئوا في تطبيق المادة 358 من ق.م.م، مما يعرض قرارهم للنقض⁽¹⁾.
كما قضى أنّه: "من المقرّر قانوناً، أنّ الخلف العامّ يحلّ محلّ سلفه، وفقاً لأحكام المادة 108 من ق.م.م"⁽²⁾. وفي قرار آخر قضى: "إنّ الحيازة تنتقل للخلف العامّ بالصفة التي كانت عليها، وفقاً للمادتين 108 و 814 من ق.م.م"⁽³⁾.

الفرع الثاني

الاستثناءات الواردة على قاعدة انصراف آثار العقد إلى الخلف العام

إنّ قاعدة سريان أثر العقد بالنسبة إلى الخلف العامّ ليست مطلقة حيث أنّ هناك حالات لا ينتقل فيها أثر العقد إلى الخلف العامّ وإنّما قد يقتصر على المتعاقدين فقط، حيث ينتهي العقد وينقضي أثره في حالة وفاة أحدهما أو كلاهما، وهنا لا بدّ من التمييز بين حالتين إلّا وهما: الحالة التي لا يسري فيها أثر العقد بالنسبة إلى الخلف العامّ مع بقائه خلفاً عاماً (أولاً)، والحالة الأخرى وهي حالة عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العامّ لا باعتباره خلفاً عاماً بل من الغير (ثانياً)، وهذا ما سنتعرض لبياناه على النحو الآتي.

أولاً: حالات عدم سريان آثار العقد إلى الخلف العامّ باعتباره خلفاً عاماً

قد لا يسري أثر العقد بحقّ الخلف العامّ على الرّغم من توافر كافة الشّروط التي تصبغ عليه صفة الخلف، وذلك في حالات محدّدة تعدّ استثناءً من الأصل الذي نصّ عليه المشرّع في مطلع نصّ المادة 108 من (ق.م.ج) حيث ذكر المشرّع هذه الحالات في نفس المادة التي جاء

(1) - الغرفة المدنية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 2010/07/22، ملف رقم 584684، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2011، ص.105.

(2) - الغرفة المدنية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 1999/02/03، ملف رقم 174416، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 1999، ص.97.

(3) - الغرفة العقارية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 2012/03/15، ملف رقم 696304، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2012، ص.201.

فيها: «ما لم يتبين من طبيعة التعامل، أو من نصّ القانون، أنّ هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام». وعليه فإنّ هناك ثلاث حالات تعدّ استثنائية على قاعدة انصراف اثر العقد إلى الخلف العامّ على الرّغم من بقائه خلّفًا عامًّا؛ وهي حالة اتّفاق المتعاقدين (1)، وحالة ما إذا كانت طبيعة الحقّ أو الالتزام غير قابلة للانتقال إلى الخلف العامّ (2)، بالإضافة لحالة نصّ القانون على ذلك (3).

1- اتّفاق المتعاقدين على عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام (1)

الأصل أنّ العقد شريعة المتعاقدين حيث يلزم كلّ طرفٍ في العقد نفسه بمجموعةٍ من الالتزامات، فيحقّق للأطراف إضافة أيّ شروط طالما أنّها لا تخالف النّظام العام (2)، وعليه فيجوز للمتعاقدين الاتّفاق على اقتصار آثار العقد عليهما وعدم انصرافه إلى ورثة أحدهما (3)، كما لو اتّفق طرفان في عقد البيع على سقوط الوعد في حالة وفاة أحدهما، أو كما في حالة قيام شخص بتأجير سيارته لآخر لمدة مُعيّنة واتّفقا على إنهاء الإيجار بموت المستأجر إذا وقع الموت قبل

(1) - يذكر أنّ المشرّع الجزائري لم يورد مثل هذا الاستثناء في نصّ المادة 108 من (ق.م.ج)، إلّا أننا نقرأه مستثنين إلى قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، فليس هناك ما يمنع من الاتّفاق على عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام. انظر السعدي محمّد صبري، المرجع السابق، ص. 350. بلحاج العربي، نظريّة العقد في القانون المدني الجزائري الجديد، المرجع السابق، ص. 374. علي علي سليمان، النظريّة العامّة للالتزام، المرجع السابق، ص. 86. علي فيلال، المرجع السابق، ص. 402. دريال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص. 57. قدادة خليل أحمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 117 - 118.

(2) - السنهوري عبد الرزاق، نظريّة العقد، المرجع السابق، ص. 734 - 735. الفضل منذر، الوسيط في شرح القانون المدني، "دراسة مقارنة"؛ ط. 1، دار أراس للنشر، العراق، 2006. ص. 195. سلطان أنور، الموجز في مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 203.

(3) - لكن لا يجوز للبائع مثلاً أنّ يشترط على المشتري أنّ ما يتبقى من أقساط الثمن بعد موت البائع يدفع إلى أحد الورثة دون الآخرين، إلّا في حدود الوصيّة. انظر فودة عبد الحكيم، المرجع السابق، ص. 09.

فوات تلك المدة⁽¹⁾.

وتطبيقاً لذلك فقد قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها أنه: "من المقرّر قانوناً أنّ عقد التسيير الحرّ عقد إرادي يخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومن ثمّ فإنّ النّعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون في غير محلّه، وما كان من الثابت - في قضية الحال - أنّ الإيجار الذي يربط طرفي النزاع هو عقد التسيير الحرّ، فإنّ قضاة الموضوع بمصادقتهم على اتّفاق الطرفين فيما يخصّ إسقاط حقّ الإيجار عند وفاة المستأجر وعدم تطبيق أحكام القانون التجاري ولا القانون المدني على العقد طبّقوا صحيحاً القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"⁽²⁾. ولذلك فوجود مثل هذا الاتّفاق يقصر أثر العقد على المتعاقدين فقط فتنتهي العقود بوفاة أحد المتعاقدين طالما أنّ اتّفاقهما غير مخالف للنظام العامّ والآداب العامّة.

وعلى الرّغم من انقضاء العقد بوفاة المتعاقدين في حالة اتّفاق الأطراف على ذلك فإنّ وقف آثاره لا يكون بالنّسبة للماضي والمستقبل بشكلٍ مطلقٍ، بل إنّ آثاره بالنّسبة للمستقبل هي التي تقف وتمنع انصرافها إلى الخلف العام، أمّا ما تحقّق من آثارٍ قبل موت المتعاقد فإنّها تبقى في ذمّته وتنتقل إلى التركة ومنها إلى الورثة⁽³⁾، ومثال ذلك في حالة إبرام شخص ما لعقد التأمين فإنّ أقساط التأمين التي قبضها المؤمن تبقى له ولا يحقّ لورثة المؤمن له المطالبة

(1) - السرحان عدنان إبراهيم، خاطر نوري حمد، شرح القانون المدني، "مصادر الحقوق الشخصية"، ط. 1؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005. ص. 263.

(2) - الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 14/05/1989، ملف رقم 57842، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، لسنة 1993، ص. 82.

(3) - الطراونة بنان خلف أحمد، المرجع السابق، ص. 26. السعداوي أحمد سلمان شهيبي، سميسم جواد كاظم جواد، مصادر الالتزام، "دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقهاء الإسلامي"؛ (ط.1)، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، 2015. ص. 171. منصور محمّد حسين، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 281-282. سعد نبيل إبراهيم، النظرية العامة للالتزام، "مصادر الالتزام"؛ (د.ط)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004. ص.

باستردادها، وكذلك الأقساط التي استحققت له قبل وفاته تبقى في ذمته أيضاً وتبقى بمثابة دين على التركة، وفي نفس الوقت فإذا وقع الخطر المؤمن ضده قبل وفاة المؤمن له فإن مبلغ التأمين يستحق على المؤمن وينتقل الحق فيه إلى الخلف العام⁽¹⁾.

أما بالنسبة للعقود التي لم تنته بعد، كأن يكون العقد مثلاً بيع سيارة بالتقسيط فلم تنته بالنسبة للشخص المتعاقد كل الحقوق والالتزامات، إلا أنه توفي قبل سداد الأقساط، فالعقد هنا مازال مستمراً ويمكن أن تتصرف آثار العقد على الورثة وإلى الموصى له بقدر نسبة كل منهم⁽²⁾، وقد جاء في قرار المحكمة العليا أن: "استعمال المورث رخصة الاستيراد قيد حياته، بإبرام عقد شراء السيارة ودفع التسبيق المالي المقرر لها، ثم إكمال الورثة الثمن يدل على أن العقد تام وكامل ومنتج لكل آثاره القانونية"⁽³⁾.

وبذلك فإن الأصل بالعقود انصراف أثر العقد إلى الخلف العام وحتى يمنع الأطراف ذلك لابد أن يرد ذلك باتفاق الأطراف إلا أن ذلك الاتفاق ليس ضرورياً في حالة العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي؛ وهي تلك العقود التي تقوم بناءً على وجود صفة ما في أحد المتعاقدين فيكون ملزماً بتنفيذ العقد بنفسه كالطبيب والمحامي والمهندس والممثل ... وغيرهم⁽⁴⁾، فأثار هذه العقود تتصرف إلى المتعاقدين فقط دون الحاجة إلى الاتفاق على خلاف ذلك.

والسؤال الذي نطرحه هنا هو: هل يجوز أن يتفق الأطراف على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام مباشرة دون أن يمرر بالمتعاقدين أنفسهم، فيصبح الوارث هو الدائن أو المدين مباشرة

(1) - صافي عبد الحق، القانون المدني، ج.1: العقد "الكتاب الثاني: آثار العقد"؛ (ط.1)، (د.د.ن)، المغرب، 2007. ص. 20.

(2) - أحمد إسحاق كمال مصطفى، أثر العقد في مواجهة الغير، "دراسة مقارنة في القانونين المصري والإنجليزي"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، 2014. ص. 38.

(3) - الغرفة المدنية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 2016/07/21، ملف رقم 1055771، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، لسنة 2016، ص. 78.

(4) - عبد الله فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص. 283. الدنون حسن علي، المرجع السابق، ص. 155.

دون مورثه ؟

يجيب الفقه عن هذا التساؤل بأن مثل هذا الاتّفاق يُعتبر باطلاً ولا يسري بحقّ الخلف العام⁽¹⁾؛ لأنّه يتداخل مع قاعدة حظر التصرف في تركة مستقبله فتحول دون ذلك⁽²⁾، على أنّ الأمر جائز بطريق الوصية، فالوصية بطبيعتها مضافة إلى ما بعد الموت فلا تنفذ إلا في حقّ الوارث ولا تلقى المسؤولية إلا على عاتقه، وهي على هذا الوجه تختلف عن الالتزامات التي يعقدها المورث في أثناء حياته والتي تنفذ في حقّه ثمّ في حقّ ورثته مستخلفين عليها⁽³⁾.

2- عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العامّ بسبب طبيعة الحقّ أو طبيعة الالتزام.

قد تلعب طبيعة الحقّ أو الالتزام الناشئ عن العقد دوراً في منع انتقال آثار هذا العقد إلى الخلف العامّ حيث يقتصر أثره على المتعاقدين فقط دون خلفهم العامّ وذلك لوجود مانع مادي أو مانع قانوني يحول دون ذلك.

فقد يقوم مانع قانوني يمنع من انتقال الحقّ إلى الخلف العام⁽⁴⁾، ومثاله مبلغ التعويض عن الضرر المعنوي الذي ينشأ بعد الوفاة، فهو لا ينتقل إلى الورثة لأنّه لا يدخل ضمن عناصر التركة، ومن التطبيقات القضائية في هذا الخصوص ما قرّره المحكمة العليا بأنّه: "لما كان الإرث هو ما يخلفه المورث من أموال جمعها وتملّكها أثناء حياته، فإنّ التعويض لا يدخل ضمن عناصر التركة لشموليّته واستحقاقه لكلّ متضرّر وارثاً كان أو غير وارث، ولخضوع التقدير فيه لجسامة الضرر. إنّ المجلس الذي منح تعويضاً للأطراف المتضرّرة مراعيّاً جسامة الضرر،

(1) - السنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، المرجع السابق، ص. 734.

(2) - جاء في المادة 92 من (ق.م.ج) على أنّه: «يجوز أن يكون محلّ الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً. غير أنّ التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون».

(3) - بدوي حلمي بهجت، المرجع السابق، ص. 295.

(4) - الجبوري ياسين محمّد، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص. 363. الحكيم عبد المجيد، المرجع السابق، ص. 289. فودة عبد الحكيم، المرجع السابق، ص. 10.

يكون بقضائه ذلك قد طبّق القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن⁽¹⁾، أما إذا كان مبلغ التعويض قد نشأ للمورث قبل وفاته فهو يدخل ضمن عناصر التركة وينتقل إلى الخلف العام. ومن قبيل المانع القانوني أيضاً، المشاركة⁽²⁾ حيث أعطى القانون للمشتري وحده الحق في نقض المشاركة في الاشتراط لمصلحة الغير دون أن ينتقل هذا الحق إلى الخلف العام⁽³⁾، وكذلك الأمر بالنسبة للوكالة حيث نصّ القانون على انقضاء الوكالة بوفاة الوكيل أو الموكل⁽⁴⁾. أما بالنسبة إلى المانع المادي فهو يشكّل عبة تمنع من انتقال أثر العقد إلى الخلف العام، ومثال ذلك العقد الذي يقوم على الاعتبار الشخصي لأحد المتعاقدين، فلا يمثل العقد مصلحة إلا للمتعاقد أو أنّ تنفيذه يعتمد على مهارته أو صفة خاصّة كالرّسام أو الطبيب أو المحامي⁽⁵⁾، حيث يترتّب على عدم انتقال الالتزامات إلى ورثة الشخص محلّ الاعتبار في العقد لأنّ مثل هذه العقود تنتهي بالوفاة إذ لا يستطيع ابن الطبيب أو الرسام أو المحامي أحياناً تنفيذ الالتزام في ذلك العقد. وكذلك الأمر إذا حصل شخص بعقد على إيراد مرتب مدى الحياة، فإن

(1) - الغرفة المدنية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 14/04/1982، ملف رقم 24770، مجلة المحكمة العليا، العدد 4، لسنة 1989، ص. 55.

(2) - محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص. 411. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 576.

(3) - انظر في ذلك ف. 1 من نصّ المادة 117 من (ق.م.ج): «يجوز للمشتري دون دائنيه أو وارثيه أنّ ينقض المشاركة قبل أنّ يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشتري رغبتة في الاستفادة منها، ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد».

(4) - تنصّ المادة 586 من (ق.م.ج) على أن: «تنتهي الوكالة... بموت الموكل أو الوكيل، ...» .

(5) - يذهب الفقه إلى أنّ المقصود بالاعتبار الشخصي في التعاقد، هو جعل الاعتبار الشخصي عند الاعتداد به عنصراً جوهرياً في التعاقد، سواء كانت شخصية المتعاقد أو صفته هي الباعث الدافع إلى التعاقد أم لا. راجع في تفصيل ذلك: السّنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، ج. 1، المرجع السابق، ص. 372. الجبوري ياسين محمّد، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص. 363.

هذا الإيراد ينقضي بموت صاحبه ولا ينتقل إلى الورثة⁽¹⁾؛ لأن طبيعته القانونية والمادية تقضي بذلك. وتطبيقاً لذلك فقد ذهبت المحكمة العليا في أحد قراراتها إلى أنه: "لا ينتقل عقد التسيير الحر إلى الورثة بوفاة مورثهم باعتبار أنّ التسيير الحر حقّ شخصي لا ينتقل إلى الورثة"⁽²⁾. على أنه يلاحظ أنّ الآثار التي تحققت فعلاً قبل موت المتعاقد تبقى في ذمّة طرفي العقد وتنصرف إلى الخلف العام؛ فإذا كان الطبيب مثلاً قد استحقّ أجرًا ولكنّه لم يقبضه، انتقل الحقّ فيه إلى ورثته. وإنّما ينتهي العقد حيث لا يمكن أنّ ينتج آثارًا في المستقبل، فلا يمكن مطالبة ورثة الطبيب بتنفيذ العقد⁽³⁾.

كما أنّ هناك بعض العقود التي يستحيل فيها إعمال الأثر الرجعي للبطلان وردّ المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التّعاقد، نظرًا لطبيعتها مثل العقود الزّمنية كعقد الإيجار وعقد العمل، ففي هذا النوع من العقود لا ينتقل الحقّ في المطالبة بالبطلان إلى الخلف العام؛ حيث يستحيل ماديًا إزالة الآثار التي ترتبت عليها في الماضي. وقد ذهبت المحكمة العليا في إحدى قراراتها إلى أنّه: "لا صفة للخلف العام في المطالبة ببطلان عقد الإيجار، بعد انتهاء مدّته"⁽⁴⁾.

3- عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العامّ بنص القانون

قد ينصّ القانون صراحةً - في بعض الحالات - وعلى وجه الاستثناء - على منع

(1)- تقضي الفقرة الأولى من المادة 617 من (ق.م.ج) على أن: «لا يكون للمستحق حقّ في المرتب إلا عن الأيام التي عاشها منذ أنّ قرّر المرتب مدى حياته».

(2)- الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 2019/05/16، ملف رقم 1330626، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، لسنة 2019، ص. 100.

(3)- أبو السّعود رمضان، مصادر الالتزام؛ (ط.3)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003. ص. 250.

(4)- الغرفة المدنية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 2017/03/23، ملف رقم 1101711، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، لسنة 2017، ص. 48.

انصراف أثر العقد إلى الخلف العام، وأهم ما يقضي به القانون في هذا الصدد هو ما تعلق بالوصية؛ فإن كان القانون يبيح للشخص أن يتصرف في كل ماله تصرفاً نافذاً في حق ورثته، حتى لو كان ذلك بطريق التبرع⁽¹⁾، وحتى لو قصد من تصرفه إلا يخلف لورثته من بعده شيئاً، مادام هذا التصرف غير مضاف في إنتاج أثره إلى ما بعد موت صاحبه، إلا أنه يقيد حق الشخص في إجراء التصرفات المضافة إلى إنتاج أثرها إلى ما بعد وفاته، أي هو يقيد في إجراء الوصية⁽²⁾.

ومما يقضي به القانون كذلك في خصوص عدم سريان أثر العقد في حق الخلف العام، بعض الحالات التي يبرم فيها العقد بمراعاة شخصية المتعاقد، والقانون ينص على ذلك في المسائل التي يفهم من ظروفها أن المتعاقدين قد أرادا هذا ضمناً⁽³⁾، كما هو الحال على سبيل المثال في حق الانتفاع الذي ينتهي بموت المنتفع⁽⁴⁾، وانتهاء الوكالة بوفاة الموكل والوكيل⁽⁵⁾، وانتهاء عقد العارية بموت أحد طرفيه⁽⁶⁾، وانتهاء شركة الأشخاص بوفاة أحد أشخاصها⁽⁷⁾ ما لم يكن قد اتفق في العقد على استمرار الشركة مع الورثة أو على استمرارها بين الباقيين من الشركاء على قيد الحياة، وانقضاء عقد المقاولة بموت المقاول إذا أخذت بعين الاعتبار مؤهلاته

(1) - وهنا يبرز الفرق الكبير بين الورثة وبين الدائنين؛ فالقانون وإن كان لا يحمي الورثة من تصرفات المورث المنجزة - أي التي من شأنها أن تنتج آثارها حال الحياة - فهو يحمي الدائنين من تصرفات مدينهم إن كان معسراً، عن طريق الدعوى البوليصية بشروطها القانونية. انظر المادة 191 (ق.م.ج) وما بعدها.

(2) - عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 575.

(3) - يلاحظ أنه في جميع الحالات التي ينص فيها المشرع على انقضاء العقد بوفاة العاقد يفترض أن هذه إرادة المتعاقدين الضمنية، لذلك يستبعد حكم القانون إذا لم يكن حكماً أمراً إذا قضت الإرادة الصريحة بعكسه. انظر سلطان أنور، الموجز في مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 204.

(4) - المادة 852 (ق.م.ج) على أن: «ينتهي حق الانتفاع... بموت المنتفع».

(5) - نص المادة 586 (ق.م.ج) التي تنص على أن: «تنتهي الوكالة... بموت الموكل أو الوكيل».

(6) - نص المادة 548 (ق.م.ج) على أن: «تنتهي العارية بموت أحد الطرفين...».

(7) - نص المادة 439 من (ق.م.ج) على أن: «تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء أو الحجر عليه...».

الشخصية وقت التعاقد⁽¹⁾، وانفساخ عقد العمل بوفاة العامل، وانقضاء عقد الإيجار إذا عقد بسبب حرفة المستأجر أو لاعتبارات تتعلق بشخصه⁽²⁾، وغيرها.

ثانياً: حالات عدم سريان أثر العقد إلى الخلف العامّ باعتباره من الغير.

قد يعتبر الخلف العامّ من الغير بالنسبة للعقود التي أبرمها سلفه فلا تنفذ هذه العقود في حقّه ولا تكون حجة عليه إلا إذا كانت ثابتة التاريخ، ويكون ذلك في الحالات التي قررها المشرّع حمايةً لحقّ الورثة في التركة.

فعلى الرغم من أنّه يحق للإنسان أن يتصرّف في أمواله في حال حياته كما يشاء، حتّى لو أدى ذلك إلى تجريدّه من كلّ ما يملك، إلا أنّ تصرفاته مقيدة في ماله بعد الوفاة باعتبار أنّ ماله أصبح تركةً مستقبليةً للورثة، حيث عمل المشرّع على تقييد تصرفات المورث التي تكون مضافةً إلى ما بعد الموت حتّى يحمي الورثة منها إذا كانت ضارةً بهم، فيعتبر الورثة من الغير بالنسبة إلى هذه التصرفات⁽³⁾؛ بمعنى أنّها لا تنفذ في حقهم إلا في الحدود التي يفرضها القانون، ويتحقّق هذا الوضع بالنسبة إلى الوصية (1)، وكذلك بالنسبة إلى ما يأخذ حكمها من تصرفات تصدر من المورث في مرض الموت (2).

1- الوصية

إذا كان المورث يتمتّع بحرية كاملة في التصرف في أمواله حال حياته، تبرعاً أو معاوضةً، حتّى لو أضرّ تصرفه بورثته، متى كان تصرفه منجزاً؛ فهو لا يستطيع، على التقييد، أن يتصرّف في أمواله تصرفاً مضافاً إلى ما بعد وفاته إلا عن طريق الوصية وفي حدود القدر

(1) - تنص المادة 569 (ق.م.ج) على أن: «ينقضي عقد المقاولة بموت المفاوض...».

(2) - انظر بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص.ص. 374-375.

(3) - السرحان عدنان إبراهيم، خاطر نوري حمد، المرجع السابق، ص. 264. السعدي محمد صبري، المرجع السابق، ص. 350.

الجائز الإيصاء به⁽¹⁾، فيتلقى الوارث حقه في التركة فيما جاوز هذا القدر عن القانون مباشرة، لا بطريق الميراث عن المتوفى، ولا يعتبر الوارث، من ثم، خلفاً لمورثه في تصرفه فيه عن طريق الوصية، ويكون هذا التصرف غير نافذ في مواجهته⁽²⁾. ويعتبر وصية: "كل تصرف قانوني انفرادي مضاف إلى ما بعد الموت، بموجبه ينقل الموصي إلى الموصى له حقا ماليا بدون عوض⁽³⁾، وقد عرفت المادة 184 من (ق.أ.ج) بأنها: «تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع»، كما قضت المحكمة العليا أنه: "من المقرّر قانوناً أنّ الوصية هي تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع، وهي مقدّمة على التركة"⁽⁴⁾.

ومن وجهة نظر الفقه فالوصية هي استثناء من الحكم القاضي ببطلان التعامل في التركة المستقبلية؛ إذ هي تعامل من الموصي في تركته المستقبلية بإرادته المنفردة في حدوث الثلث، وقد أجازت استثناءً بموجب أحكام الشريعة الإسلامية⁽⁵⁾، وقد ذهب محكمة النقض في

(1) - الحكمة التي أدت بالمشرع إلى إجراء هذه التفرقة بين التصرفات المنجزة (كالبيع، الهبة والوقف) من ناحية، والتصرف المضاف إلى ما بعد الموت (أي الوصية) من ناحية أخرى؛ هي أنّ نفاذ التصرفات الأولى حال حياة المتصرف وحرمانه بالتالي شخصياً من الأموال التي وردت عليها، مما يجعله يتردد في إجرائها، ولا يلجأ إليها إلا عند الضرورة، وهكذا يكون الورثة في هذا المجال مشمولين بالحماية، وإن كان بطريق غير مباشر. أما الوصية، فهي لا تنتج أثرها إلا بعد وفاة مجريها، وهي بذلك لا تحرم هذا الأخير شخصياً من المال، الأمر الذي يشجعه على إبرامها، فيضار الورثة منها، لذلك عمد المشرع إلى حماية الورثة من آثار الوصية فقرّر أنّها لا تسري في حقهم، إلا في حدود الثلث. انظر عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 575.

(2) - فودة عبد الحكيم، المرجع السابق، ص. 10 - 11.

(3) - سوار وحيد الدين، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص. 69. وهذان رضا متولّي، انتقال آثار العقود إلى الخلف الخاص، "دراسة مقارنة"؛ (د.ط)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001. ص. 152.

(4) - غرفة الأحوال الشخصية والميراث للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 1995/05/02، ملف رقم 116375، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، لسنة 1996، ص. 108.

(5) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.9، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية، القسم 1، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص. 207.

أحد قراراتها إلى أنه: "من المقرّر شرعاً وقانوناً أنّ الوصية تكون في حدود ثلث التركة"⁽¹⁾.
لقد أخضع المشرّع الجزائري الوصية إلى أحكام الشريعة الإسلامية كما قلنا سابقاً، ومن الأحكام التي قضت بها عدم جواز الوصية لغير الورثة إلا في حدود الثلث فإن تجاوزت هذا الحد فإنها تكون غير نافذة في حقهم وإنما موقوفة على إجازتهم بعد موت مورثهم، فإذا لم يجزها الورثة فإنهم يبقون من الغير ويتلقون التركة دون أن تقل الوصية منها بما يجاوز حدود ثلث التركة⁽²⁾. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا في قرار لها أنه: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث يتوقّف على إجازة الورثة"⁽³⁾.

كانت الحالة السابقة عن الوصية لغير الوارث، أما بالنسبة للوصية للوارث فقد اختلف الفقهاء في مدى جوازها؛ فمنهم من لم يجزها وذلك استناداً إلى الحديث الشريف: (لا وصية لوارث)⁽⁴⁾، ومنهم من أجازها⁽⁵⁾ وجعلها غير نافذة وإنما موقوفة على إجازة الورثة سواء كانت قيمتها تساوي ثلث التركة أو أكثر⁽⁶⁾. وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجد يشترط لصحة الوصية

(1) - غرفة الأحوال الشخصية والموارث للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 1991/02/24، ملف رقم 75598، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، لسنة 1993، ص. 62.

(2) - خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 49. الجبوري ياسين محمد، الوحيز في شرح القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص. 364.

(3) - غرفة الأحوال الشخصية والموارث للمحكمة العليا، الاجتهاد القضائي بتاريخ 1997/07/29، ملف رقم 166090، عدد خاص، لسنة 2001، ص. 298.

(4) - الحكيم عبد المجيد، المرجع السابق، ص. 290.

(5) - من الفقهاء الذين يجيزون الوصية للوارث، فقهاء الشيعة والظاهرية؛ لأنّ الحديث الشريف "لا وصية لوارث" لم يثبت عندهم. انظر الحكيم عبد المجيد، المرجع نفسه، ص. 290. ناصيف إلياس، موسوعة العقود المدنية والتجارية، "أحكام العقد"، ج.2: مفاعيل العقد، دراسة مقارنة؛ (ط.3)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007. ص. 58.

(6) - السرحان عدنان إبراهيم، خاطر نوري حمد، المرجع السابق، ص. 264. السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.9، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية، القسم 1، "أسباب كسب الملكية"، المرجع السابق، ص. 212.

ألا يكون الموصى له وارثاً، فإذا كانت الوصية لوارث فإنها لا تسري إلا إذا أجازها الورثة، حيث نصت المادة 189 من (ق.أ.ج) على أن: «لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي».

وإذا أجازها البعض ولم يجزها البعض الآخر نفذت في حق المجيز بقدر حصته لولايته عليها وبطلت في حق من لم يجزها، أما إذا كان الموصى له غير وارث فقد نص القانون صراحةً على أن الوصية تنفذ في حدود ثلث التركة وما يزيد عن ذلك يبقى موقوفاً على إجازة الورثة⁽¹⁾.

ومن وجهة نظرنا نرى أنه من المستحسن إجازة الوصية للوارث في حدود الثلث دون تعليقها على إقرار باقي الورثة؛ ذلك أنه من العدل أن يتصرف المرء في ثلث ماله كيفما شاء، فقد أطلق الله يده في ذلك، وخير وصية هي تلك التي تكون للأقارب لأنهم أولى بالصدقة من غيرهم.

وخلاصة لما سبق، فإن المشرع قد حدّد سلطة الشخص في الوصية فقيدها بثلاث المال، وكل وصية تتجاوز الثلث بعد سداد الديون لا تنفذ وتظل معطلة ما لم يجزها الورثة (كما أنه قيّد كل وصية لوارث مهما بلغ مقدارها بإجازة الورثة)، فكأن الموصي عندما يتجاوز النصاب الشرعي إنما يتصرف فيما لا يملك إذ هو يتصرف في حق للورثة حفظه لهم القانون فتلقّوه من الشارع نفسه. ولا يكون لهذا التصرف من أثر نافذ في حق الورثة بقدر ما لا يكون لبيع ملك الغير من أثر نافذ في حق المالك الحقيقي⁽²⁾. وبتعبير آخر لا يعتبر الورثة خلفاً للمورث بالنسبة لهذا التصرف حتى ينفذ في حقهم كباقي تصرفاته وإنما هم يعتبرون من الغير فتتطبق قاعدة قصور حكم التصرف على عاقيه دون الغير أو نسبية آثار العقد في حقهم.

(1) - انظر المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري.

(2) - بدوي حلمي بهجت، المرجع السابق، ص. 295-296.

2- التصرفات الواقعة في مرض الموت

على الرغم من حرية الشخص في التصرف في أمواله حال حياته كما قلنا سابقاً، إلا أن تلك الحرية قد تصبح مقيدة ولو كان لا يزال على قيد الحياة؛ وذلك في حالة مرض الموت⁽¹⁾.

❖ المقصود بمرض الموت.

بالرجوع إلى القانون الجزائري نجد أن المشرع لم يأت بتعريف لمرض الموت، تاركاً الأمر للفقهاء والقضاء؛ فيعرفه الفقه على أنه "ذلك المرض الذي من شأنه أن يحدث الموت غالباً ويتصل به فعلاً"⁽²⁾، أو أن مرض الموت هو "المرض الذي يكون فيه الشخص في حال يغلب فيها الهلاك وأن يتوقع هو ذلك، فيتصرف تصرفات يحكمها خوف الموت القريب"⁽³⁾.

أما على مستوى القضاء فقد ورد في أحد الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا على أنه: "متى كان من المقرر فقهاً وقضاً أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيراً ويجز إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعدّ خرقاً للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي

(1) - إن السبب في تقييد التصرف في مرض الموت، لا يرجع إلى أهلية المريض ولا عيب في إرادته؛ فالمريض مرض الموت لا يفقد أهليته بل ولا تنقص، فمادام حياً حافظاً لقواه العقلية فإنه يبقى متمتعاً بأهليته الكاملة إلى غاية وفاته. إنما يرجع سبب التقييد إلى تعلق حقّ الورثة بأموال المريض من وقت المرض الذي يموت فيه، وليس من وقت موته فحسب وفق ما هو مقر في الفقه الإسلامي. فإذا صدرت منه تصرفات تنطوي على تبرع منذ هذا المرض، كان لهذه التصرفات حكم الوصية، وحتى المعاوضات إذا انطوت على تبرع؛ كأن يبيع بثمن أقل من قيمة المبيع. انظر: السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.4، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول "البيع والمقايضة"، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.س.ن). ص. 323-324.

(2) - سوار وحيد الدين، شرح القانون المدني، "النظرية العامة للالتزام"، ج.1، (مصادر الالتزام)؛ ط.2، المطبعة الجديدة دمشق، سوريا، 1977. ص.282. سوار وحيد الدين، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، ص.77.

(3) - أبو زهرة محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية؛ (د.ط)، دار الفكر العربي، بيروت، 1976. ص.349.

السائد بشأن هذا الخصوص. إذا كان الثابت أن الطّاعنين لم يستطيعوا إثبات أن البائع لم يكن يملك تمييزه ولا صحّة إدراكه وقت تصرّفه، وأنّ المرض الأخير الذي اعتراه أدى إلى تصرّف باطل، فإنّ قضاة الموضوع اقتنعوا بما لهم من أدلة يكون المرض الأخير لم يكن من شأنه أن يفقد المتصرّف مراقبة أمواله وقد وافقوا فيما قضاوا به في النزاع المطروح أمامهم، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن المؤسس على مخالفة أحكام هذا المبدأ⁽¹⁾.

وبناءً على ما تقدّم فيشترط لتحقق مرض الموت أن يعجز المريض عن متابعة أعماله المعتادة وأن يغلب في هذا المرض الهلاك، كما يشترط أن يموت المريض وهو في نفس الحالة التي يغلب فيها الهلاك خلال مدّة محدّدة وهي سنة من تاريخ المرض، فإذا امتدّت عن السنّة تكون تصرّفاته صحيحة⁽²⁾.

كما يلحق بمرض الموت الحالات التي يحيط بالإنسان فيها خطر الموت كالحرب الأهلية والحروب بين الدول، حيث يغلب في مثل هذه الظروف الهلاك وفي هذه الحالات تأخذ تصرّفاته حكم الوصيّة تمامًا كالمرض مرض الموت⁽³⁾.

❖ حكم تصرّفات المريض مرض الموت.

نصّت المادة 776 ف.1 على أن: «كل تصرّف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرّع يعتبر تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصيّة أياً كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف».

(1) - غرفة الأحوال الشّخصية والموارث للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم 33719، مجلة المحكمة العليا، العدد 3، لسنة 1989، ص. 51.

(2) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.4، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول "البيع والمقايضة"، ص. 314. عبد الرحمن أحمد شوقي، المرجع السابق، ص. 598 - 599.

(3) - أبو زهرة محمّد، المرجع السابق، ص. 351-352. السنهوري عبد الرزاق، المرجع نفسه، ص. 320-321.

فقد تصدر من المريض مرض الموت تصرفات من شأنها أن تلحق الضرر بالورثة كالوصية والبيع والهبة في مرض الموت التي يكون القصد منها التبرع، وكذلك التصرفات الصادرة من الشخص المريض مرض الموت لأحد ورثته بعين ما على الرغم من احتفاظه بحياتها وبحق الانتفاع بها مدى الحياة، لذلك يحق للشخص أن يوصي بمقدار الثلث من التركة وتكون نافذة في حق الورثة إذا كان الموصى له من الغير، أما إذا كان الموصى له من الورثة فإن هذه الوصية تتوقف على إجازة الورثة كما أشرنا إلى ذلك سابقاً⁽¹⁾.

أما بالنسبة للتصرفات الأخرى التي تأخذ ذات حكم الوصية كالبيع أو الهبة أو الإبراء أو الإقرار، إذا صدرت أثناء مرض الموت، فيشترط أن تكون قد صدرت على سبيل التبرع، فحتى يعتبر الخلف العام من الغير في هذه التصرفات لا بد من إثبات أمرين؛ الأول هو إثبات أن هذا التصرف قد صدر من الشخص وهو في مرض الموت، أما الثاني فيتمثل في إثبات قصد التبرع من هذه التصرفات⁽²⁾. وقد نصت المادة 776 ف.2 (ق.م.ج) أنه: «وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانون قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً»، وعليه فإن المشرع جعل الورثة من الغير فيما يتعلق بالاحتجاج بسند التصرف الصادر في مرض الموت.

ووفقاً لهذا النص فإن المشرع جعل الورثة من الغير بالنسبة لتاريخ السند الصادر في تلك الفترة، حيث يشترط ثبوت تاريخ السند حتى يكون هذا التاريخ حجة عليهم. إلا أن نص المادة 328 (ق.م.ج) جاء فيها: «ألا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت»، ويمكن الاستنتاج من مفهوم المخالفة لنص المادة أعلاه بأن السند العادي

(1) - أبو زهرة محمد، المرجع نفسه، ص. 360. الجبوري ياسين محمد، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص. 363-364. زاوي فريدة، المرجع السابق، ص. 29. عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص. 47.

(2) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.4، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول "البيع والمقايضة"، ص. 327. ناصيف إلياس، المرجع السابق، ص. 59.

يسري في حقّ الخلف ويكون حجّة عليهم كما هو حجّة على مورّثهم حتّى لو لم يكن ثابت التّاريخ لأنّ الخلف العامّ ليس من الغير بالنّسبة لتاريخ السّند.

وبذلك فإنّ المادة 776 (ق.م.ج) تعتبر مادة محلّ نظر في صياغتها ذلك لأنّ المشرّع جعل فيها الورثة من الغير، مما أدّى إلى إيجاد اختلافٍ وتناقضٍ واضحٍ بين نصّ المادة 776 ونصّ المادة 328 (ق.م.ج) التي لم تعتبر الورثة من الغير بالنّسبة لتاريخ السّند⁽¹⁾. فإذا كان السّند يحمل تاريخًا عرفيًا سابقًا على مرض الموت، وادّعى أحد الورثة أنّ التصرف صدر في مرض الموت -خلافًا لما ورد في السّند- أي أنّ السّند قد قدّم تاريخه على وقت المرض لمنع الورثة من الطعن فيه، فهنا يعتبر الورثة من الغير حسب نصّ المادة 776 فلا يكون للسند حجّة عليهم إلّا إذا كان ثابت التّاريخ.

إلا أنّ جانب من الفقه يرى أنّه لما كان الورثة يعدّون خلفاً لمورّثهم فإنّه لا يمكن اعتبارهم من الغير من حيث ثبوت التّاريخ، وعليه فإنّ تاريخ التصرف العرفي يكون حجّة عليهم كما هو حجّة على مورّثهم. فإذا كان التصرف بيعًا ومؤرخًا عرفيًا في وقتٍ ثبت أنّ المورّث أو المدين لم يكن فيه مريضًا كان هذا التّاريخ حجّة على الورثة، إلّا أنّه للورثة أن يثبتوا صوريّة هذا التّاريخ بجميع طرق الإثبات لأنّهم يثبتون غشًا وتحايلًا على القانون وهو ما يمكن اعتباره واقعةً ماديةً، فإنّ أثبتوا ذلك أصبحوا من الغير من حيث سريان التصرف⁽²⁾.

أمّا بالنّسبة لإثبات قصد التبرّع في التصرفات الصّادرة في مرض الموت فقد وضع المشرّع قرينةً قانونيةً بسيطةً مفادها أنّ كلّ تصرف يصدر في مرض الموت هو تصرف صادر على سبيل التبرّع، ويأخذ حكم الوصيّة فلا يكون نافذًا إلّا في حدود ثلث التركة أمّا ما زاد عن

(1) - زواوي فريدة، المرجع السابق، ص. 32 - 33.

(2) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.4، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول "البيع والمقايضة"، المرجع السابق، ص. 322. بدوي حلمي بهجت، المرجع السابق، ص. 296. أبو السعود رمضان، المرجع السابق، ص. 251.

هذا القدر فلا يكون نافذاً إلا إذا أقره الورثة بعد وفاة مورثهم⁽¹⁾؛ وذلك حمايةً للورثة، حيث نقل المشرع عبء الإثبات إلى المتصرف إليه الذي لا بد أن يثبت أن هذا التصرف لم يكن على سبيل التبرع، وهنا يقتصر دور الورثة على إثبات أن تصرف مورثهم قد صدر في مرض الموت وهذا يعتبر تسهياً وتخفيفاً على الورثة، حيث أن قصد التبرع هو أمر نفسي لا يمكن التوصل إليه دائماً فيكون إثباته أمراً في غاية الصعوبة ما لم يكن مستحيلاً⁽²⁾، وهذا ما نظمته المشرع بموجب الفقرة الأخيرة من المادة 776 (ق.م.ج) التي تقضي أنه: «إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه».

من خلال مضمون المادة 776 (ق.م.ج) يمكن القول بأن أي تصرف يصدر من الشخص وهو مريضٌ مرض الموت يكون بحكم الوصية إذا انطوى التصرف على تبرع، وعلى الرغم من شمولية هذا النص إلا أن المشرع قد نظم نصوصاً خاصة لعقد البيع وعقد الهبة الذي يبرمه السلف في مرض الموت⁽³⁾، فقد نصت المادة 408 ف1 على أنه: «إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزاً إلا إذا أقره باقي الورثة».

وعليه إذا أثبت الورثة أن البيع قد صدر في مرض الموت، فإن البيع للوارث يعتبر صادراً على سبيل التبرع أي بمثابة هبة مستترة، ومن الناحية القانونية هو بيع صحيح بين

(1) - أن القرينة التي وضعها المشرع الجزائري؛ والتي مفادها أن تصرفات المريض مرض الموت تأخذ حكم الوصية، هي قرينة غير قاطعة إذ يجوز للمتصرف إليه إثبات عكسها، كأن يثبت أن التصرف لم يكن تبرعاً بل كان على سبيل المعاوضة، وأن المقابل كان معادلاً لقيمة الشيء المتصرف فيه. أبو السعود رمضان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 252. زاوي فريدة، المرجع السابق، ص. 31.

(2) - الطراونة بنان خلف أحمد، المرجع السابق، ص. 36.

(3) - نشير إلى أنه لا توجد نصوص في القانون المدني الجزائري تبين أحكام تصرفات المريض مرض الموت في غير البيع والهبة، لكن نرى أن ذلك جاء على سبيل المثال وليس الحصر، وبالتالي لا يوجد ما يمنع من تطبيق أحكامه على سائر تصرفات المريض مرض الموت.

العاقدين لكنّه موقوف على إجازة الورثة⁽¹⁾؛ فإن أجازوه أصبح نافذًا في حقهم من وقت الإبرام، لكن إذا رفضوه فإنّه يكون غير نافذ من الوقت ذاته أيضًا، وذلك بغض النظر عن ثمن البيع سواءً كان مساويًا لثمن المثل أم لا⁽²⁾ وذلك لعموميّة النص. ونرى مع الأستاذ علي علي سليمان، أنّ الوصيّة لو ارث وغيره في حدود الثلث جائزة، وهذا ما أجمع عليه فقهاء المسلمين، لذا فإن من المفروض أنّ التبرّع في حدود الثلث لو ارث أو لغيره يكون صحيحًا وناجزًا حتّى ولو لم يقره الورثة.

وقد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1996/07/09 في قضية بين (ورثة ر.ب) و (ش.ص) أنّه: "من المقرّر قانونًا أنّ عقد البيع المنجز أثناء مرض الموت لفائدة الوارث لا يكون نافذًا إلا إذا اقره باقي الورثة. ولما تبين في قضية الحال أنّ زوجة المورث قد استغلت مرضه لإبرام عقد البيع قبل وفاته بثلاثة عشر يومًا، وإن القرار المطعون فيه قد استثنى العقد المذكور من التركة أثناء القسمة، دون أن يبيّن في حيثياته حالة المرض الذي أشاره الطاعنون، فإنّه استوجب النقض"⁽³⁾، وفي قرار آخر قضت أنّ: "البيع في مرض الموت لفائدة وارث لا يكون ناجزًا إلا بإقرار باقي الورثة"⁽⁴⁾.

❖ حكم تصرفات المريض مرض الموت الصادرة إلى الغير.

بعد أن درسنا أعلاه حالة التصرف الواقع في مرض الموت للوارث؛ يأتي الكلام عن

(1)-انظر علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، (د. ط)؛ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992. ص. 130.

(2)- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.4، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول "البيع والمقايضة"، المرجع السابق، ص. 328 وما بعدها.

(3)- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 1996/07/09، ملف رقم 139123، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، لسنة 1996، ص.80.

(4)-الغرفة المدنية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 1990/07/09، ملف رقم 62156، مجلة المحكمة العليا، العدد 4، لسنة 1991، ص. 68.

التصرّف للغير فقد نصّت م 408 ف2 (ق.م.ج) على ما يلي: «أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلاً للإبطال».

نحن نعرف أنّه إذا تمّ البيع للغير في مرض الموت فهو يأخذ حكم الوصيّة، فيكون نافذاً في حدود الثلث، أما ما زاد عن ذلك فيكون معلقاً على إقرار الورثة له؛ بينما جاء نصّ المادة 2/408 -المذكور أعلاه- مخالفاً لهذا فهو يعتبر البيع للغير في مرض الموت قابلاً للإبطال سواءً في حدود الثلث أو جازوه؛ وهو أمر غير مستقيم. إلى جانب هذا، فعبارة "قابلاً للإبطال" في غير محلّها؛ فطلب الإبطال قد شرّع لمصلحة ناقص الأهلية ومن شاب رضاه عيب من عيوب الرضاء، وهنا لسنا بصدد عيوب الرضاء ولا نقص الأهلية، وحتى لو كنّا في هذا الإطار فإن المورث هو الذي يكون له حقّ طلب الإبطال ولا ينتقل هذا الحقّ إلى الورثة لأنهم يكونون من الغير بالنسبة لتصرّفات مورّثهم في مرض الموت⁽¹⁾.

فالمفروض أن تكون المادة 2/408 (ق.م.ج) متعلّقة بمدى نفاذ التصرّف في مواجهة الورثة من عدمه ولا يتعلّق الأمر بإبطال التصرّف، ونفاذ تصرّف المورث في حقّ الورثة لا يثار إلاّ إذا جاوز ثلث التركة فقط. لهذا نتفق مع الأستاذ علي علي سليمان في اقتراحه لتعديل نصّ م 2/408 من (ق.م.ج) على النحو الآتي: «أما إذا تمّ البيع للغير في نفس الظروف، فإنّه ينفذ في حدود الثلث، وما زاد على الثلث يتوقّف على إجازة الورثة»⁽²⁾.

ويستخلص من كلّ ما تقدّم أنّه ليس للورثة الحقّ في إبطال الوصيّة بأيّ حالٍ، وكلّ ما لهم من حقّ هو إقرار الوصيّة للوارث فتتفدّ أو عدم إقرارها فلا تتفدّ. أمّا بالنسبة للهبة في مرض الموت فقد نصّت المادة 204 (ق.م.ج) على خضوع الهبة في مرض الموت إلى أحكام الوصيّة، وقد جاء النصّ مطلقاً ليشمل الهبة بنوعيتها؛ بعوض وبغير عوض بنفس الحكم، حيث جاء نصّ المادة على النحو التالي: «الهبة في مرض الموت،

(1) - علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 131.

(2) - المرجع نفسه، ص. 132.

والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية».

وتطبيقاً لذلك فقد قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها: "إنّ القضاء بإبطال عقد هبة في مرض الموت دون مراعاة المبدأ القانوني الذي يقّر بأنّ الهبة في مرض الموت تعتبر وصية ويستفيد منها الموهوب له في حدود ما يسمح بذلك موضوع الوصية يعدّ مخالفة للقانون"⁽¹⁾.

❖ حكم التصرف لأحد الورثة مع الاحتفاظ بالحيازة وحق الانتفاع.

إنّ المشرّع الجزائري قد سحب حكم الوصية على التصرفات الصادرة من شخص لأحد ورثته بعين معينة على الرّغم من احتفاظه بحيازته وبحق الانتفاع منه مدى الحياة⁽²⁾ حيث جاء في نصّ المادة 777 ق.م.ج أنّه: «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». وتطبيقاً لنصّ هذه المادة فقد قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها أنّه: "يعتبر التصرف وصية تجري عليه أحكامها فإذا تصرف لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك"⁽³⁾.

فإذا قامت مثل هذه التصرفات قامت معها قرينة قانونية على أنّها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية ما لم يثبت المتصرف إليه خلاف ذلك⁽⁴⁾، كأن يثبت أنّ التصرف لم يكن على سبيل التبرّع وإنّما كان مقابل عوض قام بدفعه إلى المتصرف، أو أن يثبت أنّ المتصرف قد قصد نقل ملكية العين في حياته إلى المتصرف إليه وأنّه لم يقصد من

(1)-الغرفة العقارية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 2002/04/24، ملف رقم 229397، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، لسنة 2002، ص. 387.

(2)- بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص. 375.

(3)-الغرفة المدنية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 1991/05/28، ملف رقم 74249، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، لسنة 1993، ص. 28.

(4)- السعدي محمّد صبري، المرجع السابق، ص. 350. ناصيف إلياس، المرجع السابق، ص. 59.

تصرفه التبرع والمحاباة لأحد الورثة.

المطلب الثالث

انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص

جاء في المادة 109 (ق.م.ج) أنه: «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».

نستخلص من نص هذه المادة أنّ المشرع الجزائري قد أخذ بانتقال أثر العقد بالخلافة الخاصة ورتّب لها أحكام خاصة تطبق إذا ما كان هناك ثمة تصرف استخلافي نقل به السلف إلى خلفه الخاص عنصراً من عناصر ذمّته، إلّا أنّ ذلك لم يؤخذ على إطلاقه كما أسلفنا القول وإنما قيده المشرع بشروط وقيود، لاسيّما أنّ انتقال أثر العقد إلى الخلف الخاص يبدو في الوهلة الأولى يتعارض مع القواعد العامّة التي تنظّم أثر العقد، وعلى الخصوص «مبدأ نسبية أثر العقد» الذي يقضي أنّ أثر العقد لا ينسحب إلّا على أطرافه.

للتفصيل في مسألة انتقال أثر العقد إلى الخلف الخاص فنخصص هذا المطلب للبحث في قاعدة انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص (الفرع الأول)، ثمّ للاستثناءات الواردة على هذه القاعدة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

قاعدة انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص

عند البحث في مفهوم الخلف الخاص نجد أنّه مصطلح قانوني لم يرد له ذكر عند فقهاء الشريعة الإسلامية، على الرّغم من أنّ الشريعة الإسلامية قد أخذت به في كثير من الحالات؛ منها حوالة الدين وكذلك في الاستخلاف في الملكية والحقوق العينية الأخرى الناتجة عن العقود

كالبيع والهبة وحقوق الارتفاق والرهن⁽¹⁾، إلا أنّ القوانين الوضعية أخذت به وأكدت على انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص في حالات محدّدة ووفق شروط متعدّدة. وعليه كان لزاماً علينا البحث في مفهوم الخلافة الخاصّة بغرض تحديد الأشخاص الذين تنطبق عليهم صفة الخلف الخاص (أولاً)، ثمّ شروط انتقال آثار العقد إلى الخلف الخاص (ثانياً).

أولاً: مفهوم الخلافة الخاصّة

من أجل الإحاطة بمفهوم الخلافة الخاصّة ينبغي التّعرض لتعريف الخلف الخاص (1)، ثمّ عناصر الخلافة الخاصّة (2)، وبعد ذلك بيان مصادر هذه الخلافة الخاصّة (3).

1- تعريف الخلف الخاص

يعرّف الفقه القانوني الخلف الخاصّ بأنه: (كلّ من يتلقّى من سلفه ملكيّة شيءٍ مُعيّنٍ بالذات أو حقّ مُعيّنٍ على هذا الشيء وذلك كمن يخلف المتعاقد في عين بذاتها كالمشتري لعقارٍ مُعيّنٍ أو الدائن المرتهن أو الموصى له بعينٍ مُعيّنةٍ بذاتها)⁽²⁾، وقيل أيضاً في تعريفه أنّه: (من ينتقل إليه حقّ خاصّ من الحقوق - سواءً كانت عينية أو شخصيّة أو معنوية، أو دين من ديون السلف الثّابتة في ذمته الماليّة بإحدى الاتّفاقيات الناقلة للحقوق أو بنص القانون أثناء حياة الأفراد أو بعد موت السلف كما في الوصيّة التي تنصب على حقّ خاصّ من التّركة)⁽³⁾. فالخلف الخاصّ إذاً هو من يتلقّى عن سلفه شيئاً مُعيّناً بالذات، وهذا الشيء قد يكون مادياً أو معنوياً، وتكون الخلافة هذه في ملكيّة هذا الشيء أو حقّ عيني مقررّ عليه⁽⁴⁾،

(1) - وهدان رضا متولّي، المرجع السّابق، ص. 48. عجيل طارق كاظم، نظريّة الخلافة الخاصّة في

التصرّفات القانونيّة، "دراسة مقارنة"؛ (ط.1)، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2010. ص. 11.

(2) - دريال عبد الرزاق، المرجع السّابق، ص. 58. وهدان رضا متولّي، المرجع نفسه، ص. 34.

(3) - قداة خليل أحمد حسن، أثر العقد بالنسبة إلى الخلف الخاصّ وفقاً لأحكام القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1982. ص. 17. قداة خليل أحمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السّابق، ص. 118.

(4) - علي عادل طه محمّد عثمان، المرجع السّابق، ص. 51 - 52.

فالمشتري مثلاً هو خلف خاصّ للبائع في المبيع ولما كان الخلف الخاصّ لا يخلف سلفه إلا في شيءٍ مُعيّن بالذات، لذلك لا يتأثر من تصرّفات سلفه إلا بتلك التي تتعلق بالشيء الذي يخلفه فيه⁽¹⁾.

2- عناصر الخلافة الخاصة.

على العموم، فحتّى ينتقل أثر العقد إلى الخلف الخاصّ لابدّ من أن يتوافر ثلاث عناصر، هي:

أ- انتقال ذات الحقّ الثابت في ذمّة السلف إلى الخلف الخاصّ

من المسلّم به أنّ الحقّ محلّ الخلافة لابدّ أن يكون موجوداً في ذمّة السلف حيث يشكّل عنصراً من عناصر ذمّته الماليّة وذلك بشرط أنّ يكون الثبوت حاصلًا قبل أن ينتقل هذا الحقّ إلى الخلف الخاصّ، أمّا إذا نشأ هذا الحقّ ابتداءً فلا ينطوي ذلك على خلافته وإنّما يخلق علاقة دائنيّة بين دائن ومدين⁽²⁾، وممّا يترتّب على ذلك أنّه لا يعتبر خلفاً خاصاً من تملك عيناً ما بالتقادم لأنّه لم يتلقّ العين من المالك السّابق بل اكتسبها بطريق أصلي وذات الحكم يسري على من يكتسب ملكيّة العين بالاستيلاء أو الالتصاق⁽³⁾.

وبذات الوقت لا يعتبر خلفاً خاصاً من عادت إليه ملكيّة محلّ العقد إثر فسخ العقد أو

(1) - عصمت عبد المجيد بكر، نظريّة العقد في القوانين المدنيّة العربيّة، "دراسة مقارنة بين القوانين المدنيّة العربيّة ومشروع القانون المدني العربي الموحد مع الإشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي ودور تقنيات الاتصال الحديثة في إبرام العقد"؛ (ط.1)، دار الكتب العلميّة، بيروت، 2015. ص. 517.

(2) - وهدان رضا متولّي، المرجع السّابق، ص. 76. الجبوري ياسين محمّد، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، المرجع السّابق، ص. 265 - 266.

(3) - زواوي فريدة، المرجع السّابق، ص. 36. قدادة خليل أحمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السّابق، ص. 120. سوار وحيد الدّين، النظريّة العامّة للالتزام، المرجع السّابق، ص. 283.

بطلانه⁽¹⁾ كالبائع الذي يسترد ملكية العقار أو المنقول باعتباره كان يملك حقًا موصوفًا أي معلّمًا على شرط واقفٍ أو على شرطٍ فاسخٍ ولم يتحقّق هذا الشرط فعودة المنقول أو العقار هي أعمال للأثر الرجعي للشرط وليس خلافةً خاصّةً⁽²⁾، كما لا بدّ أن يكون الحقّ قابلاً للانتقال من شخصٍ إلى آخر سواءً بمقابل أو بغير مقابل، فالأصل في الحقوق سواءً كانت شخصيّة أو عينية أو معنوية أنّه لا تقبل الانتقال من السلف إلى الخلف الخاصّ⁽³⁾.

ففي الحقوق العينية الأصل أنّ جميع الحقوق العينية الأصلية والتبعية أنّها تقبل الانتقال من شخص إلى آخر ما لم يرد نصّ قانوني يقيد أو يمنع هذا الانتقال⁽⁴⁾، كما في نصّ المادة 740 (ق.م.ج) التي تمنع تصرف الشريك في نصيبه لأجنبي في حالة ملكية الأسرة إلا بموافقة جميع الشركاء⁽⁵⁾.

أمّا في الحقوق الشخصيّة فالأصل أنّها قابلة للانتقال من السلف إلى الخلف الخاصّ إلا إذا نصّ القانون على غير ذلك⁽⁶⁾ كما في نصّ المادة 402 من ق.م.ج على أنّه: «لا يجوز للقضاة، ولا للمدافعين القضائيين، ولا للمحاميين ولا للموثقين ولا لكتاب الضبط، أن يشترخوا

(1) - تقضي الفقرة الأولى من نصّ المادة 103 من (ق.م.ج) بأن: «يُعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله...»، فالعقد بعد إبطاله أو فسخه يصبح لا وجود له من الناحية القانونيّة بالنسبة للمتعاقدين، ويعاد كلّ منهما إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وهذا بمقتضى الأثر الرجعي للبطلان.

(2) - السنهوري عبد الرزاق، مصادر الحقّ في الفقه الإسلامي، (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، ج. 5؛ المرجع السابق، ص. 11-12. سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص. 334. أبو السعود رمضان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 203.

(3) - الجبوري ياسين محمّد، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص. 366. قداة خليل أحمد حسن، أثر العقد إلى الخلف الخاصّ وفقاً لأحكام القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص. 33.

(4) - قداة خليل أحمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 120.

(5) - جاء في الفقرة الأولى من نصّ المادة 740 أنّه: «لا يجوز للشركاء أن يطلبوا القسمة ما دامت ملكية الأسرة قائمة، ولا يجوز لأيّ شريك أن يتصرّف في نصيبه لأجنبي عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعاً».

(6) - وهدان رضا متولّي، المرجع السابق، ص. 80.

بأنفسهم مباشرة أو بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلاً». كما يمكن الاتفاق على عدم انتقال الحق الشخصي حيث أنّ انتقال الحقوق الشخصية من شخص لآخر غير متعلق بالنظام العام، وعليه يجوز الاتفاق على ما يخالف ذلك، كأن يتم الاتفاق بين الدائن والمدين على أنّ حوالة الحق لا تصح ما لم يوافق عليها المدين نفسه وهذا الاتفاق جائز وصحيح لأنه غير مخالف للنظام العام، كما تلعب طبيعة الالتزام دوراً في عدم انتقال الحق الشخصي إلى الخلف الخاص كما لو كان الحق الشخصي متصلاً اتصالاً وثيقاً بشخص الدائن⁽¹⁾.

ب- انتقال حق خاص من السلف إلى الخلف الخاص⁽²⁾

إنّ ما يميّز الخلف الخاص عن الخلف العام أنّه يتلقّى حقاً خاصاً من حقوق السلف على خلاف ذلك الأخير الذي يتلقّى من سلفه كلّ ذمّة المائيّة بما لها وما عليها من حقوق والتزامات، وحتى يعتبر الحق المنقول حقاً خاصاً فإنّ الانتقال لا بدّ أن يرد على عنصر من عناصر الذمّة المائيّة للسلف عن طريق إحدى التصرفات الاستخلافية الإرادية أو بنص القانون⁽³⁾.

وعليه فإنّ هذا الحق الخاص الثابت في ذمّة السلف يجب أن يكون موجوداً وقت الانتقال، أمّا إذا كان الحق مستقبلياً فإنّ الرأي الرّاجح في الفقه هو جواز انتقال الحق

(1) - وهدان رضا متولّي، المرجع نفسه، ص. 81 - 82.

(2) - قداة خليل أحمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 119.

(3) - وهدان رضا متولّي، المرجع السابق، ص. 90. الجبوري ياسين محمّد، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص. 266.

المستقبلي⁽¹⁾، حيث أنه بالرجوع إلى التشريع نلاحظ أن نصوص القانون المدني الجزائري تجيز التعامل بالأموال المستقبلية⁽²⁾ إلا في بعض الأحوال الاستثنائية كعدم جواز التعامل بالتركة المستقبلية مثلاً⁽³⁾.

ويجوز أن يكون محلّ الخلافة حقاً معلقاً على شرط واقف وهو ذلك الحق الذي له وجود قانوني وقت الاتفاق على الانتقال ولكن وجوده غير بات وغير كامل، فإذا تحقّق الشرط الواقف أصبح الحقّ باتاً من وقت الاتفاق وذلك إعمالاً للأثر الرجعي للحقّ، وإذا لم يتحقّق الشرط فكأنه أصلاً من لحظة الاتفاق أيضاً، كما يجوز أن تردّ الخلافة على الحقّ المعلق على شرط فاسخ وهو ذلك الحقّ الذي يصبح وجوده ثابتاً إذا لم يتحقّق الشرط الفاسخ⁽⁴⁾.

ويرد الانتقال أيضاً على الالتزام سواء كان موضوعه القيام بعمل معين أو الامتناع عن عمل ويرد الانتقال على النقود والأشياء المنقولة أيضاً⁽⁵⁾، وعليه فإن جميع الحقوق يجوز انتقالها إلى الخلف الخاص طالما أن السلف يملكها ومن عناصر ذمّته.

ج- ثبوت نقل الحقّ من السلف إلى الخلف الخاص بنص القانون أو بتصرف قانوني
لابدّ من وجود علاقة تربط بين السلف وخلفه الخاص ينتقل من خلالها الحقّ إلى ذمّة الخلف

(1)- الحقّ المستقبلي هو ذلك الحقّ غير الموجود في الوقت الحالي -أي وقت الاتفاق- ويمكن وجوده في وقت لاحق، أي بعد الاتفاق. انظر وهدان رضا متولّي، المرجع نفسه، ص.90.

(2)- تقضي المادة 92 ف 1 من (ق.م.ج) على أن: «يجوز أن يكون محلّ الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً».

(3)- تقضي المادة 92 ف 2 (ق.م.ج) أنه: «غير أنّ التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون».

(4)- وهدان رضا متولّي، المرجع السابق، ص. 91.

(5)- قدادة خليل أحمد حسن، أثر العقد بالنسبة إلى الخلف الخاص وفقاً لأحكام القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص. 47.

الخاص، وهذه العلاقة قد تنشأ إما بإرادة الطرفين⁽¹⁾ أو بنص قانوني⁽²⁾. وإذا كانت الإرادة والقانون يمثلان مصدرَي الخلافة الخاصة فهما يمثلان الممر الذي يمر منه الحق المنقول من السلف إلى الخلف الخاص، وبعبارة أخرى يمثلان السبب في نقل الحقوق؛ شخصية كانت أم عينية من السلف إلى خلفه، لذلك فإن السبب المقصود هنا ينبغي أن يكون ناقلاً للحقوق أو الالتزامات وليست منشأً لهما⁽³⁾.

فإذا كان التصرف منشأً للحقوق أو كاشفاً لها فقط وليس له أي أثر ناقل، ففي هذه الحالة لا نكون أمام خلافة خاصة⁽⁴⁾، ومن بين هذه العقود عقد القسمة وعقد الصلح مثلاً؛ فيعد عقد القسمة كاشفاً للحق وليس ناقلاً له، وهذا ما يفهم من المادة 730 من (ق.م.ج) بنصها: «يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوع، وان لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى».

وعليه الشركاء في الشيوع يكون كل واحدٍ منهم مالكا لحصة غير محددة وهذا منذ قيام الملكية الشائعة بينهم، وبعد القيام بقسمة الملك الشائع بينهم يصبح كل شريك مالكا لحصة مفرزة منذ قيام الملكية الشائعة بينهم وليس منذ القسمة، وهذا ما أكدته المادة 714 ف.1 من (ق.م.ج) بنصها على أن: «كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاماً. وله أن يتصرف فيها وان يستولي على ثمارها وان يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء».

(1) - تنشأ الخلافة الخاصة بإرادة الطرفين كما في عقد البيع، أو بإرادة أحد طرفي العقد كما في عقدي الهبة والوصية، وهذه الإرادة هي السبب في انتقال الحق سواء كان شخصياً كما في الحوالة أو عينياً كما في البيع والهبة. انظر: وهدان رضا متولي، المرجع السابق، ص. 94 - 95.

(2) - هذا وقد تنشأ العلاقة أيضاً بين السلف والخلف الخاص بنص القانون، وذلك في الحالات التي يقرّر القانون فيها حلول شخص محل شخص آخر في حق أو دين، كما في الحلول الذي يتم بقوة القانون سواء فيما يسمى بالحلول القانوني أو حلول المدين محلّ الدائن. انظر الجبوري ياسين محمّد، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص. 266.

(3) - وهدان رضا متولي، المرجع السابق، ص. 101.

(4) - وهدان رضا متولي، المرجع نفسه، ص. 99.

يتبين من نص المادة أنّ الشريك في الشيوخ يعتبر مالكاً ملكاً تاماً لحصته ويحق له أن يتصرف فيها كما يشاء، بشرط ألا يلحق ضرراً بشركائه، وعليه فملكية الشريك لحصته الشائعة موجودة ومقررة منذ قيام الملكية الشائعة، وأن قيام قسمة الملكية الشائعة لا يؤدي إلى نقل الملكية وإنما هو كاشف للملكية.

أما عقد الصلح فله أيضاً أثر كاشف بالنسبة للحقوق المتنازع فيها، بينما يكون له أثر ناقل في الحقوق المتنازل عليها ولم تكن محل نزاع، وهذا ما تؤكدته المادة 463 من (ق.م.ج) بنصها على أن: «للصلح أثر كاشف بالنسبة لما اشتمل عليه من الحقوق ويقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها».

3- مصادر الخلافة الخاصة

إنّ مصادر الخلافة الخاصة، تتمثل في كلّ التصرفات القانونية الناقلة للحقوق والالتزامات، بالإضافة إلى نص القانون⁽¹⁾، حيث يؤدي كلّ مصدرٍ من هذه المصادر إلى قيام علاقة بين السلف وخلفه الخاصّ يتمّ بموجبها نقل الحقّ من ذمّة السلف إلى الخلف الخاصّ وذلك أثناء حياتهما أو بعد موت السلف كما في الوصية. فحتّى يصبح الغير خلفاً خاصاً وتطبق عليه ذات الأحكام المنطبقة على الخلف الخاصّ لا بدّ من تحقق أحد الواقعتين اللتان تعتبران مصدراً للخلافة الخاصة وهذان المصدران هما الإرادة (أ) ونص القانون (ب).

أ- الإرادة

يقصد بالإرادة في هذا المجال تلك الإرادة الناقلة للحقوق لا منشئة لها كما في حوالة

(1) - أما التصرفات القانونية غير الناقلة للحقوق، فلا تدخل ضمن مصادر الخلافة الخاصة كما أسلفنا الذكر؛ كعقد الإيجار وعقد القرض، وكذلك الاتفاقات التي يترتب عنها الحقوق العينية لأول مرة؛ كالرهن الرسمي وعقد الرهن الحيازي. انظر قداة خليل أحمد حسن، أثر العقد بالنسبة للخلف وفقاً لأحكام القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص. 69 لغاية 73. قداة خليل أحمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 119.

الدين وحوالة الحق، فإذا اقتصر عمل الإرادة على إنشاء الحق الأول فلا يعتد بها كعنصر من عناصر الخلافة الخاصة كمن يكتسب حقاً لأول مرة بموجب اتفاق مع الغير⁽¹⁾، أي تلك الإرادة التي تولدت لدى شخصٍ ما لنقل حقٍّ من ذمته إلى ذمة الخلف الخاص، ولا يقيد بها قيده في ذلك ولا يمنعها مانعٌ إلا تعارضها مع النظام العام والآداب العامة⁽²⁾.

كما يشترط فيمن تصدر عنه الإرادة أن يكون أهلاً لذلك، بأن تكون أهليته كاملة وقت التصرف وخالية من العوارض التي تشوب الرضا، وذلك حتى يكون هذا المصدر سليماً ويؤدي دوراً في نقل الحق إلى الخلف الخاص بصورة قانونية سليمة وترتب أثرها دون أي عوائق أو موانع قانونية⁽³⁾.

ومن الأمثلة التي تقوم الإرادة فيها على نقل الحق إلى الخلف الخاص؛ الاتفاق على نقل حق شخصي من شخص إلى آخر، سواء كان من حقوقه الشخصية أو ديناً من ديونه، أو ما يعرف بالحوالة التي لها نوعان: حوالة الحق وحوالة الدين⁽⁴⁾. ونعني بالأولى وجود اتفاق بين المحيل والمحال له على نقل حقٍّ كان للمحيل إلى المحال له ليحل محله في ذات الحق المنقول له وتوابعه و ضماناته وفوائده⁽⁵⁾، وقد نصت المادة 239 من (ق.م.ج) على أن: «يجوز للدائن أن يحوّل حقه إلى شخصٍ آخر إلا إذا منع ذلك نص القانون، أو اتفاق المتعاقدين، أو طبيعة الالتزام. وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين».

في حين تختلف حوالة الحق عن حوالة الدين بأن المحيل فيها يكون دائئاً للمحال عليه وليس مديناً كان قد حل محله في أداء الدين⁽⁶⁾، وقد نصت المادة 251 ق.م.ج على أن: «تتم

(1) - وهذان رضا متوّلّي، المرجع السابق، ص. 99.

(2) - الجبوري ياسين محمّد، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص. 265.

(3) - الطراونة بنان خلف أحمد، المرجع السابق، ص. 52.

(4) - السرحان عدنان إبراهيم، خاطر نوري حمد، المرجع السابق، ص. 266.

(5) - وهذان رضا متوّلّي، المرجع السابق، ص. 116.

(6) - وهذان رضا متوّلّي، المرجع نفسه، ص. 121.

حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين».

كما أنّ الإرادة قد تتوجّه إلى نقل حقّ عيني؛ سواءً كان ذلك بتصرفات ملزمة لجانب واحد أو بتصرفات ملزمة لجانبين. ومن التصرفات الملزمة للجانبين عقد البيع الذي يعتبر من العقود الناقلة للحقوق العينية بإرادة المتعاقدين⁽¹⁾ ويظهر دور الإرادة فيه بشكل واضح في تحقيق الاستخلاف الخاص حيث يترتب عليه نقل الملكية للشيء المتعاقد عليه بالإضافة إلى ما يتصل بالشئ من الحقوق العينية والحقوق الشخصية، فإذا لم تتجه الإرادة إلى نقل الملكية فلا يسمّى العقد بيعاً⁽²⁾.

كما تظهر الإرادة كمصدر للاستخلاف في الحقوق العينية عندما يكون مصدر الالتزام هو الإرادة المنفردة كما في الوصية؛ فالوصية قد تكون مصدرًا للخلافة العامة وقد تكون مصدرًا للخلافة الخاصة. والعبرة للتفريق بينهما أنّ الموصى له يكون خلفاً عاماً إذا كان الموصى قد أوصى بجزء شائع غير مُعيّن بالذات وإلا فإنه يكون خلفاً خاصاً كما لو كان موصى له بمال مُعيّن من أموال التركة⁽³⁾، فيحلّ الموصى له بملكية العقار أو المنقول التي انتقلت إليه ملكيته لا باعتباره جزءً من مجموع المال الذي تمثله التركة؛ وإنّما باعتباره حقا خاصاً من حقوق السلف وتنتقل له كافة الحقوق والالتزامات المترتبة على الحقّ العيني إلى الخلف الخاص⁽⁴⁾.

(1) - يعرف المشرع الجزائري عقد البيع في المادة 351 من (ق.م.ج) بأنه: «عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي».

(2) - وهذان رضا متولّي، المرجع السابق، ص. 130.

(3) - قدادة خليل أحمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 119. ناصيف إلياس، المرجع السابق، ص. 73.

(4) - قدادة خليل أحمد حسن، أثر العقد بالنسبة إلى الخلف الخاص وفقاً لأحكام القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص. 123.

ب- نص القانون

إنّ المقصود بنص القانون، هو النص الذي جاء بحكمٍ ناقلٍ للحقّ كما في حالة قضاء دين الغير، وليس منشأً له كمن اكتسب الحقّ لأوّل مرّة بقوة القانون كما لو كان سبب انتقال الملكية هو الاستيلاء أو الالتصاق⁽¹⁾؛ فقد ينصّ القانون على انتقال حقّ من شخصٍ إلى آخر ويتمّ هذا الانتقال بحكم القانون دون أن يتمّ البحث في إرادة الأطراف وذلك عندما يقرّر المشرّع مثلاً استخلاف شخصٍ ما لشخصٍ آخر في الحقوق أو الالتزامات في حالات محدّدة.

ومن الأمثلة على النصوص القانونيّة التي تعتبر مصدرًا للخلافة الخاصّة نصّ المادة 259 ف.1 من (ق.م.ج) التي نصّت صراحة على استخلاف الخلف الخاصّ لسلفه في حالة قضاء دين الغير حيث نصّت على أنّه: «إذا قام الغير بوفاء الدّين، كان له حقّ الرجوع على المدين بقدر ما دفع»، وأكّد المشرّع ذات الحكم في نصّ المادة 261 ف.1 التي جاء فيها: «إذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حل الموفى محلّ الدائن الذي استوفى حقّه...»، وبذلك فإنّ لمن أوفى دين غيره أن يرجع على المدين بما وقّاه باعتباره خلفاً خاصاً للدائن الأصلي في الدّين الأصلي وبالتالي يحلّ محلّه في اقتضاء الدّين.

ومن الأمثلة الأخرى على النصوص القانونيّة التي تعدّ مصدرًا للخلافة الخاصّة نصّ المادة 38 من الأمر رقم 95 - 07 المتعلّق بالتأمينات التي نصّت على أن: «يحلّ المؤمن محلّ المؤمن له، في الحقوق والدعاوى تجاه الغير المسؤولين، في حدود التعويض المدفوع له، ويجب أنّ يستفيد أوليا المؤمن له من أية دعوى رجوع حتّى استيفائه التعويض الكلي حسب المسؤوليات المترتبة»⁽²⁾، وعملاً بأحكام هذا النصّ فإنّ المؤمن يعدّ خلفاً خاصاً للمؤمن له ويحقّ له الرجوع على الغير المسؤول عن الضّرر الذي تسبّب فيه للمؤمن

(1) - وهدان رضا متولّي، المرجع السابق، ص. 99.

(2) - الأمر رقم 95 - 07 المؤرخ في 25/01/1995 المتعلّق بالتأمينات، ج.ر. عدد 13، صادرة في 08 مارس 1995. المعدل والمتمم بالقانون 06 - 04 المؤرخ في 20/02/2006، ج.ر. عدد 15 المؤرخة في 2006/03/12.

له⁽¹⁾.

وتطبيقاً لذلك ذهبت المحكمة العليا في قرار لها حول قضية بين ذوي حقوق (س.م) ضد الشركة الجزائرية للتأمين ومصلحة الإنتاج (وكالة تيزي وزو) إلى أنه: "يجوز للمضرور أو ذوي حقوق المتوفّي رفع دعوى حلول شركة التّأمين محلّ المؤمن له، المحكوم عليه بالتّعويضات. يمكن للمضرور أو لذوي حقوق المتوفّي رفع دعوى مباشرة على شركة التّأمين، عند ثبوت مساءلة المؤمن له، حتّى ولو صدر حكم جزائي حاز حجّية الشّيء المقضي فيه وقضي بثبوت مسؤولية المؤمن له (سائق في حالة سكر) وبالتّعويض في الدّعى المدنية"⁽²⁾.

ثانياً: شروط انتقال آثار العقد إلى الخلف الخاصّ

وضعت المادة 109 من (ق.م.ج) جملة شروط لانتقال آثار العقود إلى الخلف الخاصّ، بنصها على أنّه: «إذا أنشأ العقد التزامات، وحقوقاً، شخصيّة تتّصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشّيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاصّ يعلم بها وقت انتقال الشّيء إليه».

يستخلص من هذا النص أنّ شروط الخلافة الخاصة هي:

- 1- أن تكون الحقوق والالتزامات متصلة بالحقّ المستخلف فيه.
- 2- أن تكون الحقوق والالتزامات من مستلزمات الحقّ المستخلف فيه.
- 3- أن يعلم الخلف الخاصّ بهذه الحقوق والالتزامات وقت تحقق انتقال الحقّ المستخلف فيه.
- 4- أن يكون التصرف المنشئ سابقاً في تاريخه على التصرف الناقل⁽³⁾.

(1) - زينب موسى، حلول المؤمن محلّ المؤمن له في رجوعه على الغير المسؤول عن الضّرر، مقال منشور في مجلة الشريعة والاقتصاد، عدد 12، ديسمبر 2017، ص. 282.

(2) - الغرفة المدنية مجلة المحكمة العليا، قرار بتاريخ 2015/02/19، ملف رقم 0966918، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، لسنة 2015، ص. 166.

(3) - علي عادل طه محمّد عثمان، المرجع السّابق، ص. 75.

الشَّرط الأول: الاتصال

ذكر المشرِّع هذا الشَّرط صراحةً في مطلع نصِّ المادة 109 من (ق.م.ج) والتي جاء فيها: «إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصيّة، تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف...»، ولكي يتحقَّق هذا الشَّرط لا بد من أن يكون الحقّ المستخلف فيه محلّ اعتبار وقت إبرام العقود المنشئة للحقوق والالتزامات التي يتصل بها الحقّ المستخلف فيه، أمّا شخص السلف فليس محلّ اعتبار عند تحقق شرط الاتصال⁽¹⁾. وترجع ضرورة وجود هذا الشَّرط إلى كونه يتحقَّق به انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاصّ في تلك الحقوق والالتزامات المتصلة بالحقوق والالتزامات الأصلية وسبق للسلف إبرامها بغير تواجد الخلف الخاصّ معه⁽²⁾.

وتكون العقود التي سبق للسلف أن أبرمها متّصلة بالحقّ المستخلف فيه، إذا ما ترتّب عليها التزامات من شأنها أن تحدّ من منفعة هذا الحقّ أو من استعماله، أو ترتّب له حقوقاً من شأنها أن تزيد من منفعة الحقّ المستخلف فيه⁽³⁾، بحيث تكون مكتملة أو محدّدة له أي من تواجده وملحقاته⁽⁴⁾.

ومثال ذلك ما لو باع (زيد) عيناً من أعيانه إلى (عمر) وقد عقد قرضاً حصل بواسطته على مبلغ من المال لإنفاقه في شؤونه الخاصّة ولا يمتّ للعين المبيعة بأيّ صلة، ففي هذه الحالة ليس هناك حقوق للخلف الخاصّ ضمن الضمان العامّ للسلف عند إبرام عقد القرض؛ والسبب أنّ عقد القرض الذي أبرمه (زيد) يعتبر منفصلاً وغير متعلّق بالعين المستخلف فيها من قبل (عمر)، والسلف (زيد) وحده هو الذي يتحمّل آثار عقد القرض لأنّ الدين الذي حصل عليه

(1) - وهذان رضا متولّي، المرجع السابق، ص. 181.

(2) - السنهوري عبد الرزاق، نظريّة العقد، ج.2، المرجع السابق، ص. 738.

(3) - عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص. 518 - 519.

(4) - الغرفة المدنية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 1990/12/24، ملف رقم 65773، مجلة المحكمة العليا،

العدد 2، لسنة 1992، ص. 113.

لم يكن لخدمة الحق المنقول إلى (عمر) وإنما كان لانقاعه الشخصي⁽¹⁾؛ لأن الحق المستخلف فيه هو موضع الاعتبار كما أسلفنا الذكر.

أما إذا قام (زيد) برهن العين قبل نقل ملكيتها إلى الخلف الخاص وأمن عليها من الحريق، فيكون كل من عقد الرهن وعقد التأمين من العقود المتصلة بالحق المستخلف فيه وتنتقل إلى (عمر)؛ لأن عقد الرهن من شأنه أن يؤمن الحق المستخلف فيه من المخاطر المؤمن منها، ويظهر من هذين العقدين معنى أن يكون الحق المستخلف فيه متصلاً بالحق أو الالتزام المنقول من السلف⁽²⁾.

الشروط الثاني: المستلزمات

لانصراف الحقوق التي رتبها العقد الذي أبرمه السلف إلى خلفه لابد أن يكون الحق من مستلزمات⁽³⁾ الحق المستخلف فيه حيث نصّ على ذلك صراحة في المادة 109 (ق.م.ج) إذ جاء فيها: «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».

وهذا الشرط له من الأهمية بمكان حيث يضع الحدود لكيفية سريان العقود؛ لأن هذه المستلزمات ليست نوعاً جديداً من الحقوق والالتزامات التي يتم انتقالها من السلف إلى الخلف

(1)- السنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، ج.2، المرجع السابق، ص. 738.

(2)- وهدان رضا متوّلّي، المرجع السابق، ص. 181-182.

(3)- على رغم تعديلات 2005 فإن عبارة (مستلزمات الشيء) ما تزال عبارة مبهمة أو غامضة، وإن كان الفقه الجزائري جرى على اعتبار الحق من مستلزمات الشيء إذا كان مكملًا له، أما الالتزامات فلا تكون من مستلزمات الشيء إلا إذا كانت محددة له. علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 88. السعدي محمد صبري، المرجع السابق، ص. 353. قداة خليل أحمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 126. علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 406. بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 379. زواوي فريدة، المرجع السابق، ص. 39.

الخاص، ولكنها نفس الحقوق والالتزامات الأصلية التي تكون الحقوق والالتزامات المستخلف عليها من مستلزماتها⁽¹⁾.

وهذا الشرط جاء في الحقيقة نتاج فكر (الدكتور السنهوري) في ظل القانون المدني المصري، وهو ما سمي وقتها بـ "شرط المكملات والمحددات"⁽²⁾، حيث لم ينص القانون المصري القديم على انتقال الحقوق المتصلة بالحق المستخلف فيه، وقد قال (السنهوري) في توضيح هذا الشرط: "وحيث تكون الالتزامات التي أنشأها العقد من محددات هذا الشيء فإن الحقوق والالتزامات تنتقل إلى الخلف الخاص"⁽³⁾.

وتكون الحقوق من مكملات الحق المستخلف فيه إذا كان من شأنها أن تحفظ الحق وتقويه، أو كان من شأنها أن تدرأ الخطر أو الضرر⁽⁴⁾، أما الالتزامات فتكون من محددات الحق المستخلف فيه إذا كان من شأنها أن تقيد من استعمال هذا الحق أو أن تغل يد الخلف الخاص في استعمال بعض حقوق المالك الأصلي (السلف)⁽⁵⁾.

وقد سار الفقهاء في مصر وفي معظم البلدان العربية على هذا النهج في تحديدهم لما يعدّ من مستلزمات الشيء المستخلف فيه⁽⁶⁾؛ وشرط المستلزمات يتضمن أنّ يكون الحق المستخلف فيه مكملًا للحق المنقول، وأن يكون الالتزام المستخلف فيه محددًا للالتزام المنقول، على التوضيح التالي:

- (1) - علي عادل طه محمد عثمان، المرجع السابق، ص. 77.
- (2) - وقد استخلص الأستاذ السنهوري هذا المعيار من روح التشريع ومن القواعد العامة ومن طبيعة المسألة. انظر السنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، ج. 2، المرجع السابق، فقرة 704، ص. 740.
- (3) - السنهوري عبد الرزاق، المرجع نفسه، ص. 741. السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص. 608.
- (4) - زواوي فريدة، المرجع السابق، ص. 39.
- (5) - السعدي محمد صبري، المرجع السابق، ص. 354.
- (6) - قدادة خليل أحمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 126. أبو السعود رمضان، المرجع السابق، ص. 254. عبد الرحمن أحمد شوقي، المرجع السابق، ص. 604 - 605.

1- الحقوق المكتملة التي تعتبر من مستلزمات الحق المنقول:

يعتبر من مستلزمات الحق المنقول من السلف إلى الخلف الخاص، الحقوق الآتية:

(أ) - الحقوق العينية التي تعتبر وتترتب لمصلحة المنقول، فإذا كان السلف قد رتب بمقتضى عقد سابق على وقت الانتقال حقاً من حقوق الارتفاق المقررة قانوناً (كحق المرور) وذلك للعين محل الاستخلاف⁽¹⁾، فإن الخلف الذي تنتقل إليه هذه العين يتلقاها من السلف متبعة بهذا الحق.

(ب) - الحقوق التي من شأنها أن تكون تأميناً للحق المنقول، ويدخل في ذلك التأمين سواء كان شخصياً كالكفالة، أو عينياً كالرهن؛ وعلّة ذلك أن التأمينات تعتبر من مكملات الحق المستخلف فيه إذ هي تحفظه وتقويه⁽²⁾.

(ج) - الحقوق الشخصية التي من شأنها دفع الأضرار عن الحق المنقول، كالحق في التأمين ضد الحريق فإنه ينتقل إلى الخلف⁽³⁾، وكذلك حق المشتري في دعوى ضمان الاستحقاق⁽⁴⁾ وضمن العيوب الخفية⁽⁵⁾، كما تنتقل إليه كذلك الدعاوى والأحكام المتعلقة بالشئ، ومن التطبيقات القضائية على ذلك ما قضت به المحكمة العليا أن: "لا يمكن إبطال عقد شهرة أصبح محصناً بالحجية بموجب أحكام نهائية قاضية بصحته. تنصرف آثار هذه الحجية إلى الخلف

(1) - فيلاي علي، المرجع السابق، ص. 406.

(2) - دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص. 58.

(3) - الجبوري ياسين محمّد، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص. 367.

(4) - نصّت عليه المادة 371 من (ق.م.ج): «يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري. ويكون البائع مطالباً بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه».

(5) - نصّت عليه المادة 379 من (ق.م.ج): «يكون البائع ملزماً للضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله. فيكون البائع ضامناً لهذه العيوب ولو لم يكن عالماً بوجودها...».

الخاص" (1).

بالإضافة إلى ما سبق، فتنقل إلى الخلف الخاص أيضا جميع الدعاوى المتعلقة بالحق المستخلف فيه، ومثالها دعاوى الضمان ضد المقاول أو المهندس المعماري عن كل خلل أو تهدم يصيب البناء خلال العشر سنوات التالية لتسلم البائع للعقار (2)، فإن هذه الدعاوى تنتقل إليه لأنه يخلف البائع في الحق المبيع وبالتالي فهذه الدعاوى وهي حقوق شخصية تعتبر من مستلزمات المبيع المكتملة له.

وإذا كانت الحقوق السابق ذكرها تعتبر من الحقوق المكتملة للحق المستخلف فيه حسب شرط المستلزمات، فإن هناك حقوقاً مشابهة لها ولكن لا يمكن اعتبارها من الحقوق المكتملة، وعلى ذلك فهي لا تنتقل إلى الخلف الخاص (3). ومن أمثلة ذلك تلك الحقوق التي تترتب للسلف ولم يكن من شأنها تقوية الحق المستخلف فيه أو إبعاد الضرر عنه (4)، كما لو أبرم السلف عقد مقاوله مع أحد المقاولين لقيامه ببناء بيت على الأرض التي تم انتقال ملكيتها من السلف إلى الخلف، فإن حق البناء لا ينتقل مع الأرض لأنه ليس من شأنه تقوية ملكية الأرض أو رفع الضرر عنها (5)، ومن ذلك أيضاً حق إيواء السيارة في أحد الأماكن المخصصة لذلك لا ينتقل

(1)- الغرفة العقارية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 2016/12/15، ملف رقم 1185565، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، لسنة 2016، ص. 176.

(2)- نصت المادة 554 من (ق.م.ج) على أن: «يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفترة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته. وتبدأ مدة السنوات (10) العشر من وقت تسلم العمل نهائيا. ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين الفرعيين».

(3)- إن إثبات كون الحق من مكملات الشيء يقع على عاتق الخلف، وإثبات كون الالتزام من محدداته يقع على عاتق الغير. انظر الحكيم عبد المجيد، المرجع السابق، ص. 303.

(4)- زواوي فريدة، المرجع السابق، ص. 39.

(5)- وهدان رضا متوئي، المرجع السابق، ص. 185.

إلى مشتري السيارة، حيث لا يعدّ هذا الحقّ من مكملات الشيء⁽¹⁾.
ومن الفقهاء من يعتبر ذلك الحقّ من الحقوق التي تكون فيها شخصية السلف (البائع) محلّ اعتبار، والمُعول عليه هنا أن يكون محلّ الاستخلاف هو محلّ الاعتبار⁽²⁾، ومن تلك الحقوق التي يكون فيها لشخصية السلف محلّ اعتبار أيضاً، كأن يتعاقد مقاول لجمعية خيرية بتشديد مستشفى على أرض تعود للجمعية لقاء مبلغ مُعيّن ثمّ تباع الجمعية قطعة الأرض هذه، فهذا الحقّ لا ينتقل إلى المشتري⁽³⁾.

2- الالتزامات المحددة التي تعتبر من مستلزمات الالتزام المنقول:

والالتزامات المحددة هي التي تحدّد من حرية الانتفاع بالحقّ المنقول من السلف إلى الخلف الخاصّ⁽⁴⁾، ومن أمثلتها ما يلي:

(أ) - الحقوق العينية المقررة على الشيء المستخلف فيه والمشهرة وفقاً للقانون؛ كحقّ الرهن وحقوق الارتفاق السلبية، حيث أنّ هذه الحقوق تحدّد من الانتفاع بالشيء، فإذا كان السلف قد ربّب بمقتضى عقد ارتفاق على أرض خاصّة به فإنّ هذه الأرض تنتقل منه إلى الخلف الخاصّ له مثقلةً بهذا الحقّ⁽⁵⁾. ومثال ذلك ما إذا كان السلف قد التزم بالألاّ يجاوز في بنائه على العقار الخاصّ به ارتفاعاً مُعيّناً أو البناء على مساحة مُعيّنة، فإنّ هذه العقود التي تحدّد من حرية مالك العقار في البناء تنتقل إلى المشتري كخلفٍ خاصّ له لأنّها التزامات مقررة على العقار المنقول

(1) - السعدي محمّد صبري، المرجع السابق، ص. 354.

(2) - السنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، ج.2، المرجع السابق، ص. 744.

(3) - عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص. 518.

(4) - محمّد حسام محمود لطفى، النظرية العامة للالتزام، "المصادر - الأحكام - الإثبات"؛ (د.ط)، (د.د.ن)، القاهرة، 2007. ص. 144.

(5) - دريال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص. 58.

إليه، وهذه القيود تسمى قيود البناء الاتفاقية⁽¹⁾.

(ب) - الالتزامات التي تغلّ يد السلف عن استعمال بعض حقوقه، ومثال ذلك ما إذا اشترى السلف أرضاً من إحدى الشركات التي تعمل في استخراج المعادن واشترطت الشركة لعقد البيع ألا يرجع عليها بالتعويض إذا أصابه ضرر ما بسبب نشاط الشركة في استخراج المعادن، فمثل هذا الشرط يقيد من حقوق المالك على أرضه التي اشتراها فإذا قام ببيعها فإنّ هذا القيد ينتقل إلى المشتري الذي هو خلف خاص له⁽²⁾. ومن أمثلة ذلك أيضاً إذا التزم صاحب متجر مع آخر بأن يمتنع عن مباشرة التجارة في منطقة معينة أو في نشاط تجاري معين وذلك منعا للمنافسة بينهما، فإن هذا الالتزام ينتقل مع المتجر إذا ما باعه إلى من يخلفه لأنه قيد يحدّد من ملكية المتجر المبيع له⁽³⁾.

(ج) - الالتزامات التي يقرّر المشرّع انصرافها إلى الخلف الخاص بنص صريح، كنص المادة 469 مكرر 3 من (ق.م.ج) على أن: «إذا انتقلت ملكية العين المؤجّرة إرادياً أو جبراً يكون الإيجار نافذاً في حقّ من انتقلت إليه الملكية»، ومعنى هذا أنّ عقود الإيجار الصادرة من السلف تنفذ في مواجهة الخلف الخاص كمشتري العقار مثلاً⁽⁴⁾.

نخلص مما سبق أنّه يشترط في الحقوق والالتزامات المستخلف فيها أن تكون من مستلزمات الحقوق المنقولة من السلف إلى الخلف الخاص، وهذا المستلزمات إذا كانت في الحقوق الشخصية فإنّه يشترط فيها أن تكون من مكملات الحقّ المستخلف فيه بأن تضيف إليه أو تدرأ خطراً عنه، أو تكون من محددات هذا الالتزام بأن تنقص من الانتفاع به على الوجه المقرّر له قانوناً.

(1) - قداة خليل أحمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 126. وكذلك:

بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص. 379.

(2) - السنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، ج. 2، المرجع السابق، ص. 744.

(3) - السعدي محمّد صبري، المرجع السابق، ص. 354.

(4) - علي عادل طه محمّد عثمان، المرجع السابق، ص. 81.

الشّروط الثالث: العلم

نصّ القانون على ذلك صراحةً في نصّ المادة 109 من (ق.م.ج) إذ جاء فيها: «... وكان الخلف الخاصّ، يعلم بها وقت انتقال الشّيء إليه»، فحتى ينتقل الحقّ الناشئ عن العقد الذي أبرمه السّلف لابدّ أن يكون الخلف الخاصّ يعلم بوجوده وقت انتقال الحقّ المستخلف فيه إليه، فلا يجوز أنّ يلتزم بشيءٍ لم يعلم به⁽¹⁾.

والمقصود بالعلم هنا هو العلم اليقيني، فلا يكفي أن يكون في استطاعة الخلف أن يعلم أو يفترض فيه ذلك⁽²⁾، ويقوم مقام العلم التّسجيل أو القيد في الحقوق العينية التي يجب شهرها طبقاً للقواعد المقرّرة في قانون الشهر العقاري⁽³⁾.

هناك جانب من الفقه يرى أنّ هذا الشّروط هو شرط بديهي فيما يتعلّق بالحقوق ويكتفي بالإشارة إليه فيما يتعلّق بالالتزامات فقط؛ ذلك لأنّ هذه الحقوق من شأنها أن تتسبّب في زيادة قيمة الحقّ المستخلف فيه مما تتحقّق معه مصلحة الخلف الخاصّ⁽⁴⁾، أمّا الجانب الآخر فيرى أنّ علم الخلف الخاصّ يشترط في الحالتين حيث أنّ النص جاء واضحاً بأنّ انتقال الحقّ الناشئ عن العقد الذي أبرمه السّلف والذي يعتبر من مستلزمات الحقّ المستخلف فيه لا يكون إلّا إذا تحقّق شرط العلم وقت انتقال الحقّ المستخلف فيه⁽⁵⁾، وهذا الرأي منطقي حسب رأينا؛ لأنّ في عدم اشتراط العلم بالحقوق ما يخالف المبدأ المسلّم به وهو أنّ الإنسان لا يلزم بقبول مال الغير جبّاً عنه، إلّا في حالة الميراث كما هو معلوم.

(1) - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 88.

(2) - فيلاي علي، المرجع السابق، ص. 407.

(3) - يعدّ التّسجيل أو القيد في السّجل العقاري بالنّسبة إلى الحقوق العينية العقارية، قرينة قانونية قاطعة على علم من تلقى العقار بوجود هذه الحقوق، ولا يمكن إثبات عكسها. انظر: وهدان رضا متولّي، المرجع السابق، ص. 188.

(4) - الجبوري ياسين محمّد، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص. 269. وهدان رضا متولّي، المرجع السابق، ص. 188.

(5) - سوار وحيد الدين، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 289.

الشّروط الرابع: الأسبقية

هذا الشّروط نصّ عليه صراحةً في مطلع نصّ المادة 109 من ق.م.ج حيث جاء فيها: «إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصيّة، تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الحقوق والتزامات تنتقل إلى هذا الخلف...»، فاستخدام المشرّع لعبارة "بعد ذلك" يدلّ صراحةً على وجوب أسبقية إبرام العقد على انتقال الحقّ إلى الخلف الخاصّ، كما أنّ شرط الأسبقية لملك السلف يستفاد من مفهوم نصّ المادة المذكورة، فإذا كان الغرض هو انتقال الحقوق والتزامات المتصلة بالمال المنقول من السلف إلى الخلف الخاصّ بموجب العقد الذي يبرم بينهما فإن من الواجب أن تكون ملكيّة السلف لهذا المال والحقوق والتزامات الثابتة له ثابتةً بتصرفٍ سابقٍ على هذا العقد الناقل لها.

والمقصود بهذا الشّروط أن يكون التصرف الذي أبرمه السلف والذي ترتبت عليه هذه الحقوق والتزامات أسبق في تاريخ انعقاده على تاريخ انعقاد التصرف الذي نقل الحقّ المستخلف فيه إلى الخلف الخاصّ⁽¹⁾، ويترتب على هذا أنّ الحقوق والتزامات الناشئة قبل تاريخ انتقال الحقّ المستخلف فيه إلى الخلف الخاصّ هي التي تنتقل إليه لو توافرت فيها بقيّة شروط نصّ المادة 109 (ق.م.ج) السابقة الذكر⁽²⁾.

وعلى ذلك فإن الخلف الخاصّ حينما تلقى الحقّ محلّ الاستخلاف كان التصرف الذي أوجد هذه الحقوق والتزامات موجوداً بالفعل ومتصلاً بهذا الحقّ، أمّا إذا وجدت هذه الحقوق والتزامات بعد تاريخ انتقال الحقّ إلى الخلف الخاصّ فلا يحتجّ بها عليه ولا يستطيع هو أيضاً أن يتمسك بها للاستفادة منها حتّى ولو توافرت شروط الانتقال السابقة⁽³⁾؛ والسبب في هذا أنّ الخلف الخاصّ عندما تلقى الحقّ محلّ الاستخلاف لم تكن هذه الحقوق والتزامات قد ترتبت أو

(1) - ناصيف إلياس، المرجع السابق، ص. 71.

(2) - السعدي محمّد صبري، المرجع السابق، ص. 353.

(3) - بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص. 378. علي علي سليمان،

النظرية العامّة للالتزام، المرجع السابق، ص. 88.

وُجِدَتْ بعد(1).

وحتى يثبت أسبقية إبرام العقد - الذي أبرمه السلف والذي ترتبت عليه الحقوق والالتزامات- على تاريخ انعقاد التصرف الذي نقل الحق إلى الخلف الخاص لا بدّ أن يكون العقد ثابت التاريخ كمبدأ عام(2)، وحسب قواعد الإثبات فإن تاريخ العقد يكون ثابتاً ثبوتاً رسمياً في المحررات الرسمية(3)، أمّا بالنسبة لإثبات التاريخ في المحررات العرفية فقد نصت المادة 328 من (ق.م.ج) على أنّه: «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». وحيث أنّ الخلف الخاص يعتبر من الغير بالنسبة إلى تاريخ السند العادي فإنه لا يحتجّ عليه بالتاريخ المدوّن فيها إلا إذا كان لها تاريخ ثابت بالطرق التي نصت عليها المادة 328 (ق.م.ج)، وعليه فإنّه يحقّ للخلف الخاص ألا يعتدّ بهذا التاريخ فلا يسري بحقه.

إلا أنّ هناك جانب من الفقه يرى أنّه لا يُشترط أن يكون عقد السلف ثابت التاريخ إذا ثبت علم الخلف الخاص بالعقد، حيث أنّ العلم يقوم مقام ثبوت التاريخ(4)، بمعنى يجب أن يكون الخلف الخاص الذي يتمسك بعدم ثبوت التاريخ حسن النية أي لا يعلم بسبق التصرف المحرر

(1) - قداة خليل أحمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 125.

(2) - فودة عبد الحكيم، المرجع السابق، ص. 30.

(3) - جاء في نصّ المادة 324 من (ق.م.ج) أنّ: «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 لقانونية وفي حدود سلطته واختصاصه».

(4) - العدوي جلال علي، أصول الالتزامات، "مصادر الالتزام"؛ (د.ط)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997. ص. 241. محمّد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص. 40. سوار وحيد الدين، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 287.

به السند ولا يعلم بوجود السند الذي احتجّ عليه فيما بعد⁽¹⁾، فالعلم يعدّ بمثابة طريقة من طرق إثبات الورقة العرفية ضدّه فتصبح الورقة حجة عليه من وقت علمه بها بوصفه خلفاً خاصاً. ونلاحظ أنّ شرط ثبوت التاريخ غير متعلّق بالنظام العامّ إذ يجوز للخلف الخاصّ أن يتمسك بعقد غير ثابت التاريخ إنشاء ذلك، ويكون هذا من مصلحته إذا كان العقد يكسبه حقاً يتّصل بالحقّ الذي انتقل إليه⁽²⁾.

الفرع الثاني

الاستثناءات الواردة على قاعدة انتقال آثار العقد إلى الخلف الخاصّ

يتّضح بالرجوع إلى نصوص مواد القانون المدني أنّ نطاق الاستثناءات لمبدأ نقل الالتزامات والحقوق الناجمة عن العقود التي يبرمها السلف إلى الخلف الخاصّ، يشمل حالة الاتفاق على عدم انصراف آثار العقد إلى الخلفاء بوجه خاصّ (أولاً)، وصورتها ما إذا نتج هذا الحل إمّا بمقتضى القانون (ثانياً) أو من طبيعة الالتزام بمقتضى العقد (ثالثاً).

أولاً: الاتفاق على عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاصّ

لا يشير هذا الاستثناء مبدئياً أية صعوبة، خاصّة إذا ما أخذنا بمقتضيات المادة 106 (ق.م.ج) التي تتأسس على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين". فالحرية التعاقدية تخوّل بدون شكّ للسلف وللمتعاقّد معه أن يتّفقا على عدم انصراف آثار العقد الذي يربط بينهما إلى الخلف الخاصّ، كما يحقّ للخلف الخاصّ أن يستثني في العقد الذي يربطه بسلفه نقل التزامات معينة متعلّقة بالعين التي تلقّاها منه⁽³⁾. ولا تحدّ من هذه الحرية سوى متطلّبات النظام العامّ التي تكتسي أحيانا طابعاً إلزامياً لنقل آثار بعض العقود إلى الخلف الخاصّ⁽⁴⁾.

(1) - وهدان رضا متولّي، المرجع السابق، ص. 192.

(2) - زواوي فريدة، المرجع السابق، ص. 37.

(3) - الزين محمّد، المرجع السابق، ص. 338.

(4) - كحلون علي، المرجع السابق، ص. 338.

وقد أجازت المادة 239 من (ق.م.ج) الاتفاق على عدم انتقال الحق الشخصي، لكونها لا تدخل في إطار النظام العام والآداب العامة، وتكون باتفاق المدين مع الدائن على ألا يحول حقه إلى شخص آخر، أو أن يتفق الدائن مع المدين بأن حوالة الحق الخاص به لا تصح إلا برضا المدين⁽¹⁾.

ومثال ذلك أيضاً دعوى الضمان التي تعتبر حقاً للخلف الخاص، ورغم ذلك يمكن أن يتنازل الطرفان عن هذا الحق إذا اتفق مع سلفه على ذلك حسب مضمون المادة 377 من (ق.م.ج) التي نصت على أنه: «يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في ضمان نزع اليد، أو ينقصا منه أو يسقطاه. ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا حقاً ظاهراً أو كان البائع قد أعلم به المشتري. ويكون باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير».

كما نصت المادة 384 من (ق.م.ج) على أنه: «يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقط هذا الضمان، غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشاً منه».

ثانياً: عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص بمقتضى القانون

يمنع المشرع في بعض الحالات انصراف آثار العقود إلى الخلف الخاص، ومن أمثلة ذلك ما ورد على سبيل الاستثناء ضمن ما نصت عليه المادة 740 من (ق.م.ج) على أنه: «ليس للشركاء أن يطلبوا القسمة مادامت ملكية الأسرة قائمة، ولا يجوز لأي شريك أن يتصرف في نصيبه لأجنبي عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعاً...». حيث قيدت انتقال الحق من شريك إلى أي شخص آخر دون موافقة الشركاء جميعاً.

ونصت المادة 239 من نفس القانون على أنه: «يجوز للدائن أن يحول حقه إلى

(1) - تنص المادة 239 من (ق.م.ج) على أنه: «يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا منع ذلك نص القانون، أو اتفاق المتعاقدين، أو طبيعة الالتزام...».

شخصٍ آخر إلا إذا منع ذلك نص القانون، أو اتفاق المتعاقدين، أو طبيعة الالتزام وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين». لقد نصت هذه المادة صراحةً على عدم انتقال الحق أو الالتزام عن طريق الحوالة إذا اتفق الأطراف أو اقتضت طبيعة الالتزام بذلك.

كما نصت المادة 100 من ذات القانون على أن: «يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية، وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون الإخلال بحقوق الغير»، فالحق في رفع دعوى إبطال العقد لعيب في الإرادة مثلاً لا ينتقل من السلف إلى الخلف الخاص؛ لأن تصرف السلف هو إجازة ضمنية لقبول العقد، وعليه إذا كان الحق في الإبطال مقرراً لمصلحة البائع فإنه لا ينتقل إلى المشتري⁽¹⁾.

ثالثاً: عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص اعتباراً لطبيعة الالتزام

يرجع بالضرورة إلى القاضي تكليف الحقوق والالتزامات التي تدخل ضمن مستلزمات الشيء أو ينتج من طبيعتها أنها لا تنصرف إلى الخلف الخاص⁽²⁾، ونقصد بهذا أنه يمكن للمحاكم، في غياب معيار موضوعي يعرف بماهية الالتزامات التي تنتقل بحكم طبيعتها إلى الخلف الخاص، أن ترسم لمبدأ انتقال الالتزامات والحقوق إلى الخلف الخاص البعد الذي تبتغيه؛ وذلك إما بالتضييق أو بالتوسيع في نطاق هذا الاستثناء⁽³⁾.

فإن مدى انصراف الالتزامات والحقوق إلى الخلف الخاص يتحدّد حتماً -فيما عدا الحالات التي يحول فيها دونه صراحةً اتفاق الأطراف أو القانون- بالرجوع إلى اجتهاد القاضي الذي له أن يقرّر، بحسب نتيجة تحليله لطبيعة الالتزام، ما إذا كان من النوع الذي ينصرف إلى الخلف الخاص. الأمر الذي يستخلص معه أن آثار العقود بالنسبة للخلف الخاص تبقى في

(1) - السنهوري عبد الرزاق، الوجيز في شرح القانون المدني (1)، نظرية الالتزام بوجه عام، "المصادر - الإثبات - الآثار - الأوصاف - الانتقال - الانقضاء"؛ (د.ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966. ص. 204-205.

(2) - فيلاي علي، المرجع السابق، ص. 407.

(3) - الزين محمد، المرجع السابق، ص. 338.

الواقع غير ثابتة بسبب شمولية عبارة: «..إذا كانت من مستلزماته..» الواردة في نصّ المادة 109 من (ق.م.ج).

ويتفق الشّراح على أنّ الالتزام الذي يتعلّق بشخص السّلف يعدّ من الالتزامات التي لا تتصرف بحكم طبيعتها إلى الخلف الخاصّ⁽¹⁾. ومثال ذلك الصّح الذي يبرمه السّلف مع الغير لتقديم تسهيلات في الدّفع أساسها العلاقة الشّخصية بين الطّرفين، وكذلك اتّفاق البائع مع شركة توزيع الكهرباء يقتضي التّخفيض لفائدته من ثمن التيار الكهربائي الذي يستعمله في الدّار⁽²⁾، فالمشتري لتلك الدار لا ينتفع بذلك الحقّ نظرًا للطابع الشّخصي الذي يكتسبه اتّفاق سلفه مع هذه الشركة ممّا يجعله عديم الصّلة بالعين التي اشتراها منه.

(1) - محمّد حسام محمود لطفي، المرجع السّابق، ص. 143-144.

(2) - كحلون علي، المرجع السّابق، ص. 338. الزين محمّد، المرجع السّابق، ص. 339.

المطلب الرابع

مدى انصراف آثار العقد بالنسبة إلى الدائن العادي

إن الدائن العادي كالخلف لا يساهم في إبرام العقد ومع ذلك قد يتأثر به مادام مدينه (السلف) طرفاً فيه، ولكن الخلف يتأثر باعتباره في حكم الطرف فيه، أما الدائن العادي فيتأثر بالعقد باعتباره حجة عليه.

رغم هذا الاختلاف الدقيق بينهما، ومع ذلك هناك من الفقه من يخلط بين الدائن العادي والخلف بنوعيه⁽¹⁾؛ فأضفى وصف الخلف العام وكذا وصف الخلف الخاص على الدائن العادي، الأمر الذي أدى إلى انقسام الفقه إلى ثلاث اتجاهات؛ الاتجاه الأول وهو الذي يخلط بين الدائن العادي والخلف العام، والاتجاه الثاني وهو الذي يخلط بين الدائن العادي والخلف الخاص، والاتجاه الثالث وهو الذي يقول أن الدائن العادي هو من الخلف دون تحديد نوعه.

ولغرض عرض موقف الاتجاهات الفقهية من مسألة الخلط بين الدائن العادي والخلف وعرض موقف المشرع الجزائري، سوف نقسم هذا المطلب على ثلاث فروع نتناول في (الفرع الأول) تعريف الدائن العادي، ونعرج في (الفرع الثاني) على طبيعة تأثير الدائن العادي بتصرفات المدين، أما (الفرع الثالث) فنفرده لبيان مدى تأثير الدائن العادي بتصرف المدين في القانون المدني الجزائري.

(1) - يرى بعض الفقهاء أن عدم التمييز بين حجية العقد وأثره الملزم هي التي أدت ببعض الفقه إلى الخلط بين مركز الدائن والخلف، في وقت يعتبر فيه مبدأ حجية العقد واحداً من المبادئ المعتمدة في تفسير كثير من الأوضاع القانونية. والفرق بين الأثر الملزم للعقد وبين الاحتجاج بالعقد فالأول يعني أن العقد لا يكسب الغير حقاً ولا يحمله التزاماً، أما الثاني فيعني أن العقد بما أنشأه من حقوق والتزامات بين طرفيه واقعة اجتماعية ليس في الوسع تجاهلها. فإذا كان الأصل أن الأثر الملزم للعقد أثراً نسبياً يقتصر على طرفيه، فلا يستطيع الغير أن يطالب بحق أنشأه العقد ولا توجه إليه مطالبة بالتزام نشأ عنه، إلا أن وجود علاقة الالتزام التي أنشأها العقد هو حقيقة واقعة. انظر: عجيل طارق كاظم، نظرية الخلافة الخاصة في التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص.

الفرع الأول

تعريف الدائن العادي

يعرّف الفقه القانوني الدائن العادي على أنه: "الدائن الذي لا يتمتع بأيّ تأمين عيني أو شخصي خاصّ يضمن له خلاص الدين وإنما له حقّ ضمان عامّ على الذمّة الماليّة لمدينه"⁽¹⁾، أو هو: "الدائن الذي ليس له حقّ أو تأمين خاصّ على مدينه فله ضمان عام على الذمّة الماليّة للمدين ويتأثر حقه سلبيًا أو إيجابًا بمجمل التغييرات التي قد تلحق بالذمّة الماليّة، كما في صورة أن يكون الدائن العادي دائنًا بمبلغ مُعيّن في مواجهة مدينه"⁽²⁾.

يظهر من تعريف الدائن العادي، أن لا ضمان له في الحصول على حقوقه إلا العناصر الموجبة في ذمّة المدين، والتي تشكّل الضمان العامّ للدائنين⁽³⁾، وبالتالي فإن التصرف الذي يعقده المدين يؤثر على الدائن لأنّه قد يستفيد من الحقّ الذي يكسبه المدين بتصرفاته؛ لأنّ الحقّ سوف يثري الضمان العام، كما أنّ الدائن قد يضارّ من تصرف مدينه بطريق غير مباشر؛ لأنّ الالتزام الذي يترتب عليه سيؤدّي إلى إنقاص الضمان العامّ للدائنين⁽⁴⁾. وهذا ما نصّت عليه المادة 188 من (ق.م.ج) في فقرتها الأولى على أن: «أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه». وبذلك قد جعل القانون المدني جميع أموال المدين حاضرها ومستقبلها ضامنة لوفاء دينه.

غير أنّ هناك من الفقه من يرى أنّ حقّ الضمان الذي للدائنين على جميع أموال مدينهم

(1) - الزين محمّد، المرجع السابق، ص. 341.

(2) - كحلون علي، المرجع السابق، ص. 339.

(3) - المقصود بالضمان العامّ للدائنين هو الذمّة الماليّة، وهي مجموع ما للإنسان من حقوق وما عليه من ديون في الحال والاستقبال، والحقوق تجسد العناصر الموجبة في الذمّة الماليّة والديون تجسد العناصر السالبة. وإن ذمّة المدين الماليّة هي التي تضمن تنفيذ التزاماته وتأدية ديونه، وإن من مصلحة الدائنين المحافظة على ذمّة المدين مليئة. السعداوي أحمد سلمان شهيب، وسميسم جواد كاظم جواد، المرجع السابق، ص. 175.

(4) - جاك غستان وآخرون، المرجع السابق، ص. 445. الجبوري ياسين محمّد، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص. 370.

ناقص؛ لأنه من جهة لا يعطي الدائنين حقاً في حبس الشيء إذ أنّ الأموال تبقى في حيازة المدين، ومن جهة أخرى لا يمنحهم حق الأولوية في استيفاء ديونهم على من عداهم لأنه مقرر في صالح جميع الدائنين على السواء (1).

وتجدر الإشارة إلى أنّ حق الضمان هذا لا يوجد إلا في صالح الدائنين الذين تعهد لهم المدين شخصياً مهما كان سبب التعهد؛ سواء كان عقداً أو شبه عقد، جنحةً أو شبه جنحة، فكلاً تعهد إنسان شخصياً فجميع أمواله الحاضرة والمستقبلية تكون ضامنة لإيفاء تعهده وبذلك يخرج المدين الذي كان إلزامه ناشئاً عن حيازته للعين لا من تعهد شخصي. ومثال ذلك من انتقل إليه ملك عقار مرهون فإنه يطالب بدفع الدين الذي رهن العقار تأميناً له لكونه حائزاً للعقار لا لكونه متعهداً بأداء الدين، ولما كانت هذه المطالبة مبنية على حيازة العقار فلا يلزم الحائز دفع الدين بتمامه بل دفع قيمة العقار أو تركه ليس إلا (2).

(1) - عبد العزيز محمد، طلبه الراغبين في بيان حقوق الدائنين؛ (د.ط)، مطبعة المحروسة، مصر، 1993. ص. 13.

(2) - عبد العزيز محمد، المرجع نفسه، ص. 14.

الفرع الثاني

طبيعة تأثر الدائن بتصرفات المدين

اختلفت آراء ومواقف الفقه القانوني حول مدى انصراف أثر العقود التي يبرمها المدين إلى الدائن العادي، وتحديد الطائفة التي ينتمي إليها الأخير؛ ويذكر أنّ هذا الاختلاف سببه الخلط وعدم التدقيق في كتابات الفقه التقليدي بين مفهومي إلزامية أثر العقد من جهة والاحتجاج به من جهة أخرى⁽¹⁾، مما جعل من مركز "الدائن العادي" مفهوماً غير مستقرّ فيما يتعلّق بمدى كونه في مركز المتعاقد أم في مركز الغير⁽²⁾.

نتيجةً لذلك اتّجه جانبٌ من الفقهاء إلى اعتبار الدائنين العاديين خلفاً للمدين (أولاً)، في حين يعتبره فقهاء آخرون من الغير الأجنبي عن العقد وهذا يؤدي إلى استبعادهم كليّةً وعدم إلزامهم بالعقود التي أبرمها المدين وتقرّر حمايتهم تطبيقاً لـ «مبدأ نسبية أثر العقد» (ثانياً)⁽³⁾.

أولاً: الاتجاه القائل بأنّ الدائن العادي خلف

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ الدائن العادي خلفاً بيد أنّهم اختلفوا في تحديد نوعه؛ فمنهم من ذهب إلى إلحاق الدائنين العاديين بالخلف العامّ لأنّ كلّ منهم يتأثر بالتصرفات التي يقوم بها

(1) - ذكرنا سابقاً أنّه لم يكن ثمة تمييز واضح بين الأثر الملزم للعقد وبين الاحتجاج به في الفقه التقليدي، إذ كان يتداخل المعنى بينهما على نحوٍ استخدم أحدهما مكان الآخر، غير أنّ هذا الخلط تم تداركه في كتابات الفقه الحديثة، ويعبّر عن ذلك بالقول أنّ القاعدة هي أنّ العقد، قوامه تراضي الطرفين على إبرامه، لا ينشئ علاقة التزام إلا بين الطرفين اللذين تراضيا على إنشاء هذه العلاقة، فلا ينشئ في ذمّة الغير التزاماً ولا يكسبه حقاً، وهذا هو «مبدأ نسبية أثر العقد». على أنّ العقد، بما أنشأه من حقوق والتزامات بين طرفيه، واقعة اجتماعية ليس في الوسع تجاهلها، إذ يحتج به بالنسبة للكافة، فللغير أنّ يحتج به، ويحتج به عليه، وهذا هو مبدأ حجّية العقد. انظر: عجيل طارق كاظم، مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، المرجع السابق، ص. 80. محمّد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص. 24.

(2) - رسلان نبيلة إسماعيل، المرجع السابق، ص. 81. خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 148.

(3) - فيلاي علي، المرجع السابق، ص. 409-410. بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص. 380. زواوي فريدة، المرجع السابق، ص. 49.

السلف أو المدين (1)، وذهب البعض الآخر إلى اعتبارهم خلفاً خاصاً لأن حقوقهم ثابتة ومستحقة الوفاء ومدينهم على قيد الحياة (2)، في حين ذهب آخرون إلى أن هذا الدائن يعتبر نوع ثالث من الخلف (3). ولبيان ذلك سنتعرض لهذه الآراء الفقهية كلا على حده.

1-الاتجاه القائل أن الدائن العادي هو "خلف عام"

سبق القول أن الخلف العام هو من يخلف السلف في كل التركة أو في جزء منها وهم الورثة والموصى لهم بجزء محدد من التركة (1). ويرجع السبب في إدراج الدائن العادي ضمن طائفة الخلف العام؛ إلى أن الأخير لا يرث سوى ما يوجد في الذمة المالية للسلف يوم وفاته، والدائنون العاديون لا يمكنهم استيفاء ديونهم إلا مما تبقى من الذمة المالية لمدينهم يوم حلول أجل الوفاء (2)، كما الدائن العادي له حق الضمان العام على أموال المدين وبالتالي يتأثر مثل الخلف العام بجميع تصرفات مدينه التي قد تنفعه وقد تضره (3).

وإن كان الخلف العام في قانوننا المدني الجزائري وفي جميع القوانين العربية، لا يتأثر بالتزامات سلفه إذ أنه لا يتحمل الالتزامات بل تخصم من التركة قبل تقسيمها على الورثة؛ إلا أن التزامات السلف تؤثر بطريقة غير مباشرة على القيمة المالية للتركة، وبالتالي تكون النتيجة واحدة فيما يخص مدى تأثر الخلف العام بعقود سلفه سواء ترتبت عليها حقوق أو التزامات؛ إذ ستؤدي إلى الإنقاص أو الزيادة من أصول التركة. وكذلك يتأثر الدائنون العاديون بالعقود التي يبرمها المدين والتي من شأنها إما الإنقاص أو الزيادة في ذمته المالية التي تشكل الضمان العام للدائنين

(1)- السرحان عدنان إبراهيم، خاطر نوري حمد، المرجع السابق، ص. 262.

(2)- FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), op. cit. p. 336.

(3)- البكري محمد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد الثاني "مصادر الالتزام"؛ (ط.3)، دار محمود للنشر، القاهرة، 2018. ص. 479. عبد العزيز محمد، المرجع السابق، ص.

العاديين(1).

ولعلّ من أهم الفقهاء الذين يتزعمون هذا الرأى نجد الفقيه الفرنسي (بودري - لاكانتينري) "LACANTINERIE-BAUDRY"⁽²⁾، إذ يعتبر الدائن العادي خلف عام لوجود أوجه شبه بينه وبين الوارث؛ فالقابلية التي تكون للوارث حيال العقد الذي يبرمه مورثه ترجع إلى أنه يتلقى ذمة المورث المالية، وحقّ الدائن العادي ينصبّ كذلك على ذمة مدينه الماليّة باعتبارها ضماناً عاماً للوفاء بالدين وليس على عنصر محدّد فيها. وإذا كان الوارث لا يستطيع أن يقيد حرّية مورثه في التصرف حال حياته فإنّ الدائن العادي لا يستطيع كذلك أن يقيد حرّية مدينه في التصرف ابتداءً من تاريخ نشوء الدين وحتى انقضائه، ويتحمّل هذا الدائن بالنتيجة نتائج تصرف مدينه. ويضيف أنصار هذا الرأى أنّ الدائن هو خلف عام إذ هذا الأخير لا يملك إلاّ الأموال التي كان السلف يملكها وقت الوفاة، والدائنين لا ينفذون إلاّ على الأموال التي يملكها المدين وقت حلول أجل الدين. إلى جانب هذا فحق الضمان العامّ المقرّر للدائنين لا يعطيهم حقّ الأولوية والتتبع، وهم متساوون في هذا الضمان وهذا يشبه مركز الوارث تماماً⁽³⁾.

(1) - بلحاج العربي، نظريّة العقد في القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص. 373. زاوي فريدة، المرجع

السابق، ص. 50. حليمي ربيعة، المرجع السابق، ص. 36-37.

(2) - BAUDRY-LACANTINERIE, 2ed, p.693. (cite par BONNECASE (J), la condition juridique du créancier chirographique, sa qualité d'ayant- cause a titre particulier, R.T.D, 1920, p. 106.

نقلًا عن خاطر صبري حمد، المرجع السابق، 136.

(3) - STARCK (B.) - ROLAND (H)- BOYER (L), droit civil, les obligations 2, le contrat litec, 6é.ed. 1998. p. 507.

نقلًا عن محمّدي سليمان، المرجع السابق، ص. 149.

وبما أنّهم خلف عام للمدين - حسب أنصار هذا الرأى⁽¹⁾ - فإنهم يستطيعون ممارسة جميع الدعاوى الخاصّة به وفقاً للمادة 1166 مدني فرنسي القديم⁽²⁾، مثلهم في ذلك مثل الورثة الذين يستطيعون عند وفاة مورثهم رفع جميع الدعاوى التي كان لهذا الأخير الحقّ في رفعها، وكذلك الدائنون العاديون لهم عن طريق الدّعى غير المباشرة⁽³⁾، رفع دعوى باسم المدين على مدينه، إلا أنّ الدّعى غير المباشرة يرفعها الدائن باسم المدين ولمصلحته، أمّا الورثة فيرفعون دعوى شخصيّة باسم مورثهم لتحقيق مصلحة شخصيّة لهم.

لكن فكرة اعتبار الدائن العادي خلفاً عاماً انتقدت بشدّة من طرف الفقه على أساس أنّه ليس هناك طائفتين أكثر تباين وتعارض في صفتيهما كالدائن والخلف العام⁽⁴⁾؛ ويذهب الفقه الحديث - في فرنسا - إلى أنّ هذا التقريب في المركز القانوني بين الخلف العامّ والدائنين العاديين مبالغ فيه؛ لأنّ الخلف العامّ يتحمّل كلّ ما يطراً على الذمّة الماليّة للسلف سواءً الحقوق أو

(1) - من بين التّشريعات التي تعتبر أنّ الدائن العادي هو خلف عام للمدين، نجد التّشريع اللبناني الذي نصّ صراحة على أنّ الدائن العادي من الخلف العامّ كما أنّ المدين يمثّل في عمله دائنيه العاديين ما عدا التّعاقّد مع الغير احتيالياً، وذلك في المادة 222 من قانون الموجبات والعقود كما يلي: "إنّ العقود تشمل الذين نالوا على وجه عام حقوق المتعاقدين وتكون مفاعيلها في الأساس لهم أو عليهم أمّا حالاً (كالدائنين) وأمّا بعد وفاة المتعاقدين أو أحدهم (كالورثة والموصى لهم بمجموع التّركة أو بجزء منها على وجه عام". نقلاً عن: ناصيف إلياس، المرجع السابق، ص. 49.

(2) - Article 1166 du code civil français, Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804, op. cit, dispose que, : « Néanmoins, les créanciers exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à exception de ceux qui sont exclusivement attaché à la personne ».

(3) - يقصد بالدّعى غير المباشرة تلك الوسيلة التي يستخدم فيها الدائن سلطة مدينه في المطالبة بحقوقه ضد مدين المدين، وذلك باسم مدينه ونيابة عنه. ويشترط في هذه الدّعى أنّ يكون حقّ الدائن مستحقّ الأداء وذا مصلحة عاجلة في استعمال حقّ مدينه وأن يكون هذا الحقّ المستعمل غير متّصل بشخص المدين. انظر السنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، ج.2، المرجع السابق، ص. 750 وما بعدها.

(4) - AUSSEL (J.M), essai sur la notion de tiers en droit civil français, imprimerie de la charité, Montpellier, 1952, p. 60.

نقلاً عن محمّدي سليمان، المرجع السابق، ص. 150.

الالتزامات، بينما الدائنون العاديون فلا يتحملون التزامات مدينهم⁽¹⁾.

ونفس هذا الاتجاه أيضاً سلكه أغلب الفكر العربي الذي لا يعتبر الدائن العادي من قبيل الخلف العام انطلاقاً من عدّة اعتبارات أهمّها؛ أنّ عبارة الخلف العام تعني من يخلف السلف في ذمته الماليّة، ولا يتسنّى للشخص أنّ يكون خلفاً في الذمّة الماليّة-كلها أو بجزء منها- إلا في حال وفاة السلف، وهذا المفهوم لا ينطبق على وضع الدائنين بالنسبة للمدين⁽²⁾. كما أنّه لا يصحّ اعتبار الدائن خلفاً عاماً لمجرد أنّ له حقّ ضمان عام على أموال مدينه، كما أنّ العقود التي يبرمها المدين تنصرف آثارها إلى الدائن العادي بوصفها مجرد وقائع قانونية فلا يكسب منها حقاً ولا يتحمّل بالتزامات ناشئة عنها⁽³⁾. يظهر مما سلف، أنّه لا يمكن اعتبار الدائنين العاديين من قبيل الخلف العام.

2-الرأي القائل أنّ الدائن العادي خلف خاصّ

سبق القول أنّ الخلف الخاصّ هو من يتلقّى من سلفه ملكيّة شيء مُعيّن بالذات أو حقاً عينياً على هذا الشيء كالمشتري لعقار مُعيّن، أو الدائن المرتهن لعقار مُعيّن أو الموصى له بعين بذاتها⁽⁴⁾. بينما الدائن العادي فإنّ حقه يتعلّق بذمّة المدين كلّها أي أنّ له حقّ الضمان العام. بالرغم من هذه الاختلافات، لكن هذا لم يمنع بعض الفقهاء الفرنسيين من إدراج الدائن العادي ضمن طائفة الخلف الخاصّ، بحجّة أنّ حقه في النهاية يتمثّل في قيمة مادية خاصّة نقداً

(1)-Ghstin (J.), Jamin (Ch.) et Billiau (M.), Traité de droit civil, les effets du contrat, 2ème éd., L.G.D.J., Paris, 1994. P. 388.

نقلًا عن نسير رفيق، المرجع السابق، ص.167.

(2)- ناصيف إلياس، المرجع السابق، ص. 50.

(3)-البكري محمّد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد الثاني "مصادر الالتزام"، المرجع السابق، ص. 480. بدوي حلمي بهجت، المرجع السابق، ص.328-329. وانظر في هذا الاتجاه أيضاً: فودة عبد الحكيم، المرجع السابق، ص. 06.

(4)- فودة عبد الحكيم، المرجع نفسه، ص. 29.

أو عينا⁽¹⁾، وبالتالي تتصرف آثار العقود التي يبرمها مدينه إليه، مثل الخلف الخاص تماماً. فيذهب الفقيه (لابورد لاقوست) "Laborde-Lacoste"⁽²⁾ - وهو من أنصار هذا الرأي - إلى أنّ الخلف الخاص هو من يتلقّى حقا في عين مُعيّنة دون أنّ تكون مُعيّنة بذاتها، وهو على هذا الوضع يعدّ الدائن العادي خلفاً خاصاً ما دام يتلقّى حقا في شيء مُعيّن - هذا الشيء عبارة عن قيمة اقتصادية يتصرّف فيها المدين فتخرج من ذمته لتدخل في ذمّة الدائن - لا فرق في ذلك بين أنّ تكون القيمة عبارة عن عقار أو منقول مُعيّن بذاته أو دين بمبلغ من المال. ويضيف الفقيه أنّ مركز الدائن العادي لا يختلف عن مركز الخلف الخاص؛ إذ لا اعتبار بالقيمة الاسمية للدين، بل الاعتبار بما سوف يحصل عليه الدائن وقت حلول دينه⁽³⁾.

وقد أيد الأستاذ (بونكاز) "Bonncase"⁽⁴⁾ بدوره وصف الدائن العادي بأنّه خلف خاصّ لمدينه، وكان رأيه مدعماً بحججٍ أخرى؛ فالدائن العادي حسبه ليس بخلفٍ عام؛ إذ ليس له نصيب مُعيّن في ذمّة المدين الماليّة بل له فقط حقّ على عنصر من أصول ذمّة المدين الماليّة مساو لقيمة دينه. إلى جانب هذا فموقف الدائن العادي يشبه موقف الخلف الخاصّ لأنه لا يقف موقفا سلبيا أمام تصرّفات مدينه، بل أصبح له في ظل القانون الفرنسي الحقّ في تتبع سفينة مدينه ما دام المتصرّف إليه لم يبحر بها لحسابه، كما أصبح لدائن التاجر الحقّ في تتبع المتصرّف إليه بالمحلّ التجاري⁽⁵⁾. كما يدعم هذا الفقيه رأيه أيضاً بما ورد في القانون المدني الفرنسي بخصوص الحقّ في الحبس، إذ أصبح بفضل حقّ الدائن متعلّقا بمال مُعيّن للمدين ويكون في ذلك مثل الخلف الخاصّ⁽⁶⁾.

رغم كلّ الحجج القانونيّة التي حاول أنصار هذا الرأي تقديمها، إلّا أنّه لا يمكن القول

(1) - بلحاج العربي، نظريّة العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.380.

(2) - LABORDE - LACOSTE, Essai sur la notion d'ayant cause à titre particulier en droit privé Français, thèse, Bordeaux, 1916.

(3) - LABORDE - LACOSTE, op. cit, p.153.

(4) - BONNECASE (J.), la condition juridique du créancier chirographaire, RTD Civ, 1920, p.103.

(5) - BONNECASE (J.), op. cit, p.124-130.

(6) - BONNECASE (J.), op. cit, p.122.

بأنّ الدائن العادي خلف خاصّ لمدينه تتصرف إليه آثار العقود مثل الخلف الخاصّ؛ على الأقلّ لأنّه لا يتلقّى حقّاً في عين مُعيّنة بذاتها⁽¹⁾، فحق الدائن يبقى حقاً شخصياً يخوّله الضمان العامّ على جميع أموال مدينه، وهذه ميزة تبعده كلّ البعد عن ميزات الخلف الخاصّ. بالإضافة إلى أنّ الدائن العادي لا ينتقل إليه الحقّ أو الالتزام الذي يجريه مدينه بل له فقط أن يستعمل هذه الحقوق باسم المدين طالما أنّها ثابتة في ذمّته، واستعمالها يكون بالدعوى غير المباشرة، كما أنّ الدائن لا يتأثر في بعض الأحوال بالعقود الصادرة من مدينه ويعتبر من الغير بالنسبة إليها، ويتحقّق ذلك في حالة ما إذا تصرف المدين في ماله بقصد الإضرار بدائنه، وما على هذا الأخير إلّا أنّ يطعن بالدعوى البوليصية ضد هذه التصرفات⁽²⁾.

3- الرأي القائل أنّ الدائن العادي فريق ثالث للخلف

ذهب بعض الفقهاء في اتجاه وصف الدائن العادي خلفاً للمدين دون أن يوصف على أنّه خلف عامّ أو خاصّ، وبهذا قال الأستاذ (عبد الرزاق السنهوري)؛ إذ يكفي بالقول بأنّ الدائن العادي هو "خلف" دون تحديد الطائفة التي ينتمي إليها⁽³⁾. وفي نفس الاتجاه أيضاً نجد الفقيه الفرنسي "ويل" (WEILL) الذي اعتبر أنّ الدائن العادي "خلف" وأوضح أنّه ليس خلفاً عاماً ولا خاصاً وإنّما يمثل فئة ثالثة للخلف مادام يجمع بين مواصفات تنسب للخلف العامّ وأخرى تنسب للخلف الخاصّ، ويترتّب على هذا الوصف عدم تطبيق «مبدأ نسبية أثر العقد» عليه؛ فالدائن حسب هذا الفقيه يتمتّع بضمان عام تمثله ذمّة المدين الماليّة، وهو بذلك يتأثر بالعقد الذي يبرمه المدين مادام أنّه يحدث تغييراً في هذه الذمّة، ويمارس الدائن العادي حقوق المدين بموجب الدعوى غير المباشرة ويعتبر (WEILL) ذلك نتيجة طبيعية ومنطقية للضمان العامّ الذي يتمتّع

(1) - بدوي حلمي بهجت، المرجع السابق، ص. 329.

(2) - حلّيمي ربيعة، المرجع السابق، ص. 40.

(3) - انظر السنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، ج. 2، المرجع السابق، ص. 747. حيث يقول في مقارنته

للدائن بالخلف: "قال الدائن إنّه يتأثر بالعقود التي تصدر من مدينه، وهو من هذا الوجه خلف للمدين...".

به الدائن⁽¹⁾.

في الواقع أنّ التسليم بهذه الفكرة يقودنا إلى اعتبار الدائن العادي نوعاً ثالثاً من الخلف وهذا أمر غير منطقي، فليس هناك في القانون ما يسمى "بالخلف" بل لا بد من إعطائه وصفاً محدداً، وحتى لو اعتبرناه خلفاً؛ فالخلف هو من يستمد حقه من السلف، والدائن العادي لا يستمد حقه من المدين بل بالعكس له حق في مواجهة مدينه⁽²⁾.

وعليه، يمكن القول أنّ هذه الآراء التي تبناها الفقه والتي تلحق الدائن العادي بالخلف العامّ أو بالخلف الخاصّ أو حتّى التي تعتبر الدائن العادي نوعاً آخر من الخلف ليست مقبولة؛ لأنّ الدائن العادي يقع في مركز قانوني متميز لا يمكن أن يعدّ في نفس مركز الخلف؛ فهذا الأخير إنّما يعدّ من طائفة المتعاقدين ولأنّ الحقوق والالتزامات التي تنشأ عن العقد تنتقل إليه على وفق شروط محددة، وهذا ما لا يمكن حصوله مع الدائن العادي.

ثانياً: الاتجاه القائل بأنّ الدائن العادي من الغير

إن الغير من حيث المبدأ هو كلّ من ليست له علاقة بالعقد لا من قريب ولا من بعيد، فليس بالطرف الذي أبرم العقد ولا تلحقه آثار العقد مطلقاً⁽³⁾. ويصنّف بعض الفقهاء فئة الدائنين العاديين في خانة الغير الأجنبي إذ ليس للدائن علاقة بالقوة الملزمة للعقد، وإن مكّنه المشرع إذا ما توافرت الشروط القانونيّة من ممارسة بعض الدعاوى؛ كالدعوى الصوريّة، أو الدعوى البوليصية والدعوى غير المباشرة. ففي جميع هذه الدعاوى يلحق أثر العقد الدائن العادي بحكم القانون تطبيقاً لمعنى دعاوى الضمان العام، ولكنه ليس ضمن الأطراف الذين بإمكانهم تعديل العقد أو أنّه إنّهائه ولا ضمن الخلف العامّ أو الخاصّ. وفي غير هذه الصور ليس للدائن أن يدعي حقاً على العقد بل يجب اعتباره غيراً يعارض بالعقد أو يستفيد به باعتباره واقعة قانونية لا

(1)- WEILL (A), op, cit, p. 120.

(2)- زواوي فريدة، المرجع السابق، ص. 53-54.

(3)- كحلون علي، المرجع السابق، ص. 339.

غير (1).

وفي هذا الاتجاه الفقهي يذهب (مارتي وراينو) "MARTY et RAYNAUD"، فيعتبران أنّ الدائن العادي غير بالنسبة للعقد الذي يبرمه مدينه لأنّ أثر هذا العقد لا يجعل منه بصفته الشخصية دائناً أو مديناً⁽²⁾. وفي نفس الاتجاه ذهب الأستاذة "Calastreng"، ففي البداية لا تعتبر أنّ الدائن العادي خلفاً؛ لأنّ فكرة الاستخلاف حسبها تعني انتقال الحقوق من شخص إلى آخر، وهذا ما لا يوجد بين الدائن والمدين حيث تجمع بينهما علاقة التزام قائمة على عنصر شخصي. وتضيف أنّه ليس للدائن حقّ مباشر يرد على شيء مُعيّن وإتّما حقّ يثقل إرادة المدين، فلو وصف الدائن بأنه خلف فإن ذلك لا يعني شيئاً مادام هو ليس كذلك ولا يمكن أن يصبح دائناً أو مديناً بدلاً من مدينه وبالتالي فهو "غير" ولا ينصرف إليه أثر العقد⁽³⁾.

ونجد في أغلب كتابات الفكر العربي من يؤيّد هذه الفكرة؛ انطلاقاً من أنّ أثر العقد يتمثّل فيما ينشئه من حقوق والتزامات وهذا الأثر لا يكون كأصل عام إلّا لأطرافه أو عليهم، أمّا من عداهم فيكون غيراً بالنسبة لهذا الأثر غير أنّ هذا لا يمنع من أنّ الأثر المذكور يفرض وجوده على الناس قاطبة⁽⁴⁾ بحيث يكون عليهم احترام وجوده والتعامل مع بعضهم البعض على أساس من التسليم بهذا الوجود⁽⁵⁾، وهو يفرض وجوده على الدائن العادي مثلما يحتج به على الكافة، إلّا أنّ لهذه الحجية في مواجهة الدائن أهمية خاصّة⁽⁶⁾.

فعقد البيع مثلاً ينشئ التزامات وحقوق للبائع والمشتري وهذا يعني أنّ آثاره تسري إليهم، غير أننا لا يمكن أن نقول أنّ العقد ينشأ حقاً أو التزاماً في ذمّة دائن البائع أو دائن المشتري رغم

(1) - كطلون علي، المرجع نفسه، ص. 340.

(2) - MARTY et RAYNAUD, op. cit, p. 243.

(3) - CALASTRENG (S), thèse précitée, p.p. 194-195.

نقلًا عن خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 143.

(4) - عجيل طارق كاظم، مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، المرجع السابق، ص. 80.

(5) - الجمال مصطفى، مصادر الالتزام؛ (د.ط)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999. ص. 268.

(6) - خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 143.

أنه ينشأ وضعا قانونيا يجب على هؤلاء التعامل معه واحترامه، فلا يستطيع دائن البائع مثلاً الحجز على المبيع ضمانا لدينه بعد انتقال الملكية⁽¹⁾ كما لا يستطيع دائن المشتري المطالبة بالثمن أو الحجز عليه، غير أن هذه الأحكام لا تجعل أثر العقد يسري إلى الدائنين بل يمكن القول أن الحقوق والالتزامات التي ينشئها العقد تصبح حجة على الدائن الذي يجب عليه التعامل مع مدينه على أساس وجودها.

وتعبر الأستاذة نبيلة إسماعيل رسلان عما تقدم أن الدائن العادي يعتبر غيرا في مجال الأثر الملزم لأنه لا يخلف مدينه في شيء؛ فهو لا يكتسب حقوق مدينه ولا يلتزم بالتزاماته، وإن تأثر بتصرفات مدينه فبقدر تأثيرها في الضمان العام فحسب⁽²⁾، فيما عبر البعض الآخر من الفقهاء بأن أثر العقد الذي يبرمه المدين يسري إلى الدائن العادي بصورة غير مباشرة لأن العقد لا ينشئ له حقا أو التزاما بل هو يؤثر فقط على ضمانه العام⁽³⁾.

من هنا يتضح لنا مركز الدائن العادي بالنسبة لهذا الاتجاه الذي يعتبر أن تأثر الدائن بالعقود التي يبرمها مدينه لا يعني انصراف أثر العقد إليه كما هو الشأن بالنسبة لطائفة الخلف، فالدائن لا يتعامل مع العقد إلا باعتباره واقعة أنشأت حقا يجب عليه احترامه مثلها مثل الفعل الضار الذي يصدر من المدين والذي ينشئ الحق بالتعويض للمضروب؛ لأن كلاهما سوف يؤثر على الذمة المالية للمدين والتي تمثل الضمان العام للدائنين، فهو لا يكتسب حقوقا ولا يتحمل بالتزامات عن طريق هذه العقود.

أمام هذا التضارب الفقهي بشأن المركز القانوني للدائن العادي، فنحن نرجح القول بأن الدائن العادي غير عن العقد لكن رغم ذلك فهو معني بالعقد ويتأثر بمجمل المتغيرات التي تطرأ

(1) - يعطي القانون الحق للدائن برفع دعوى عدم نفاذ التصرف في حقه عند توفر شروط معينة، وفي هذه الحالة يمكن ألا يحتج بالعقد عليه ويستطيع ترتيب أمره على أن العقد غير موجود، ولكن هذا الحكم استثنائي لا يلغي القاعدة العامة التي تقضي بأن العقد الذي يبرمه المدين يحتج به على الدائن.

(2) - رسلان نبيلة إسماعيل، المرجع السابق، ص. 81.

(3) - السرحان عدنان إبراهيم، خاطر نوري حمد، المرجع السابق، ص. 269.

على الذمة المالية لمدينه، وهذا ما ذهب إليه الأستاذ (محمدي سليمان)⁽¹⁾، الذي يفرّق في رسالته بين الغير المطلق (أو الأجنبي) والغير المعني بالعقد؛ فيقول أنّ الغير المعني بالعقد هو الغير الذي يتأثر بالعقد المبرم إلى درجة التساؤل عن مركزه هل نحن أمام غير فعلا أم طرف؛ فالذائن العادي غير إذ لا يمكنه فسخ العقد أو تعديله إلى جانب أنّه غير ملزم بالالتزامات التعاقدية، ولكن نظرا لهذه العلاقة الوطيدة وتأثره بالمتغيرات التي تطرأ على الذمة المالية للمدين فيحميه القانون بقواعد خاصّة للمطالبة بحقه وبالتالي يصير من الغير المعني بالعقد، ويكون في المرحلة السابقة غيرا أجنبيا عن العقد.

ويخلص الأستاذ أنّ هذه التفرقة بين الغير الأجنبي والغير المعني بالعقد لا تعني أنّ العقد غير نافذ في مواجهة الغير الأجنبي المطلق بل العقد نافذ في مواجهة الجميع ولا يستطيع الغير الأجنبي المطلق تجاهله فيمكن في حالة مشاركة المتعاقد في الإخلال بالالتزام مساءلته على أساس المسؤولية التقصيرية، وهذا القول في رأينا هو الأقرب للصواب. لكن ماذا عن موقف المشرّع الجزائري؟

الفرع الثالث

مدى انصراف أثر العقد إلى الذائن العادي في التقنين المدني الجزائري

إنّ التعرّض لبيان موقف المشرّع الجزائري من مسألة انتقال أثر العقد إلى الذائنين، يقودنا بداية للإشارة أنّ المشرّع لم يعتبر الذائن العادي خلفاً عاماً أو خاصاً لمدينه، أي أنّ الذائن ليس بالمعنى الذي يتحقّق في الخلف حينما تنتقل إليه آثار العقود التي يبرمها المدين كما هو الحال في الخلافة العامّة ولا في صورة الخلافة الخاصّة من جهة، ولا بمعنى الغير الأجنبي عن العقد من جهة أخرى.

إلا أنّ المبدأ في القانون المدني الجزائري أنّ أموال المدين تعتبر جميعها ضامنة للوفاء بدينه وهذا هو الموقف الذي تبناه المشرّع من خلال نصّ المادة 188 من (ق.م.ج) أنّ: «أموال

(1) - انظر محمّدي سليمان، المرجع السابق، ص. 280-281.

المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه». وهذا الضمان العام هو الذي يجعل آثار العقد تتصرف إلى الدائن في العقود التي يبرمها مدينه، بحيث يتأثر الدائن بتلك العقود إيجاباً مثلما يتأثر بها سلباً، فكما قد تزيد في أموال المدين زيادة يزيد معها ضمانه العام قد تنقص من مال المدين انتقاصاً ينقص معه ذلك الضمان. وانطلاقاً من ذلك، فقد خول القانون المدني الجزائري للدائن حماية قانونية نظامية، تجاه التصرفات التي يباشرها المدين، والتي تؤثر على حق الضمان العام؛ ومن هذه الوسائل القانونية: الدعوى غير المباشرة حتى يحافظ على أموال مدينه نيابة عنه.

لكن إذا كانت القاعدة العامة هي أنّ الدائنين يتأثرون بعقود المدين، وفي الحدود سالفة الذكر، بنفس الوضع الذي يسري عليه هو. فهذه ليست مطلقة، إذ يرد عليها استثناءان هامين: **الاستثناء الأول**: يستهدف حماية الدائنين من الغش الذي قد يلجأ إليه المدين إضراراً بهم، فيجوز للدائن بشروط معينة اعتبار التصرف الذي يضره والذي قام على الغش غير نافذ في حقه ووسيلته إلى ذلك الدعوى البوليسية (المادة 189 ق.م.ج⁽¹⁾). والغش لا يلزم هنا إلا بالنسبة إلى التصرفات بعوض أمّا التصرفات بغير عوض أي التبرعات فالغش غير لازم بالنسبة لها.

والاستثناء الثاني: يستهدف تأمين الدائنين من خطر المظهر الكاذب الذي يصوره المدين، أو يشترك في تصويره، ليخفي حقيقة قانونية معينة، ومؤدى ذلك أنه يسوغ للدائن، إذا كان ذلك في مصلحته أنّ يتمسك بالتصرف الكاذب، إذا كان يجهله أو يتمسك بالتصرف الحقيقي أيهما يراه له أوفق ووسيلته إلى ذلك دعوى الصورية (المادة 198 ق.م.ج⁽²⁾)، فهي دعاوى من شأنها

(1) - جاء في نص المادة 189 من (ق.م.ج) أنه: «لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أنّ يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها خاصاً بشخص أو غير قابل للحجز ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولاً إلا إذا أثبت أنّ المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق، وأن هذا الإمساك من شأنه أنّ يسبب عسره، أو أنّ يزيد فيه».

(2) - جاء في نص المادة 198 من (ق.م.ج) أنه: «إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية، أنّ يتمسكوا بالعقد الصوري».

المحافظة على الضمان العام لدائن⁽¹⁾.

إنّ هذا الموقف كفيل لرد الموقف الذي يذهب في مسار أنّ الدائن العادي من الخلف أو من الغير الأجنبي؛ فمادام أنّه يتأثر بالعقود التي تصدر من مدينه فلا يصح أن ينصرف أثر العقد في مواجهة الغير⁽²⁾ وعليه يمكن وصف الدائن العادي بالغير المعني بالعقد طالما يعطيه القانون حق الاعتراض على عقود مدينه عندما تكون له مصلحة في ذلك.

تطبيقاً لما تقدم، يمكن القول أنّ آثار العقد تنصرف إلى العاقدين وخلفهما العام، وقد تنصرف إلى الخلف الخاص، غير أنّ الدائنين العاديين يتأثرون بالعقود التي يبرمها مدينهم؛ فقد يكسب مدينهم من عقودهم حقوقاً فتزداد الضمانات لديون الدائنين، وقد تترتب من عقودهم التزامات تضعف من ضمانات ديونهم.

(1) - وللدائن فضلاً عن هذه الدعاوى المشهورة، التي تكفل له المحافظة على أموال الضمان العام وتنفيذ الالتزام بالطرق القانونية النظامية؛ له "الحق في الحبس" (droit de rétention) الذي يثبت للدائن في أنّ يتمتع عن تنفيذ التزامه بتسليم شيء معين لحين استيفاء حقوقه قبل هذا المدين (م 200 من ق.م). كما له أنّ يطلب شهر إعسار المدين، إذا كانت أمواله لا تكفي للوفاء بديونه المستحقة الأداء، ليتمكن من التنفيذ عليها (Mesures d'exécution)، للحصول على أكبر قدر ممكن من حقه، وليكفل له شيء من المساواة مع غيره من الدائنين العاديين. انظر بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص. 381.

(2) - محمّدي سليمان، المرجع السابق، ص. 178.

المبحث الثاني

عدم انصراف آثار العقد إلى الغير

إنّ العقد متى توافرت أركانه وانعقد صحيحاً وترتبت عليه آثاره، فإنّ هذه الآثار تنصرف إلى المتعاقدين ولا يمكن أنّ تنصرف إلى الغير تطبيقاً لـ «مبدأ نسبية أثر العقد» كما قلنا سابقاً. ومن خلال قراءة النصوص التشريعية المقررة لهذا المبدأ - وبالخصوص نصّ المادة 113 من (ق.م.ج) التي جاء فيها أنّه: «لا يُرتب العقد التزاماً في ذمّة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً» - يظهر أنّ لهذا المبدأ وجهين؛ الأول إيجابي مؤداه انصراف آثار العقد إلى العاقدين، والثاني سلبي ومؤداه أنّ آثار العقد لا تنصرف إلى غير المتعاقدين، فلا يمكن أنّ يُرتب العقد آثاراً في ذمّة الغير من حيث الأصل⁽¹⁾.

وقد تحدثنا في الفصل السابق عن مبدأ النسبية ونطاقه الذي يهتمّ بتحديد الأشخاص الذين ينصرف إليهم أثر العقد، فإنّ الوجه الآخر للمبدأ المتمثّل في (عدم انصراف آثار العقد إلى الغير) يتطلب قبل كلّ شيء تحديد المقصود "بالغير"؛ حتّى يتمّ حمايتهم من أن ينصرف إليهم أثر تصرف هم لم يرتضوه أو لم تنصرف إليه إرادتهم.

ولاشكّ في أنّ آثار العقد لا تنصرف إلّا إلى المتعاقدين لأنّ إرادتهم هي التي اتجهت لإبرام العقد باسمهم ولحسابهم، ومن لم يساهم في إبرامه لا ينصرف أثر العقد إليه ومن ثمّ يعدّ من الغير، فمن الطّبيعي ألاّ يستفيد الغير من العقد ولا يضارّ به، فلا يكتسب حقاً ولا يلتزم بالتزام⁽²⁾، فإذا كان بالإمكان انصراف أثر العقد إلى الغير دون أن يكون دائناً أو مديناً، فيمكن بهذا المعنى حمل ما ذهب إليه الفقه القانوني بأنّ العقد من النّاحية المادية لا ينفع الغير ولا يضرّه⁽³⁾.

(1) - الجبوري ياسين محمّد، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص. 372.

(2) - الحكيم عبد المجيد، المرجع السابق، ص. 304.

(3) - خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 61.

مما لا شك فيه أيضًا أنّ كلمة "الغير" متشعبة المعاني⁽¹⁾، وهو مصطلح مرن من الصعوبة ضبطه⁽²⁾ (3)، وهذه الصعوبات يرددها الفقهاء بشكلٍ مستمرٍ، حتّى أنّ من تعرّض لدراسة هذا الموضوع بدراسةٍ مستفيضةٍ نجده يشير إلى أنّ مفهوم الغير مفهوم غامض لم يوضّحه تعريف محدّد أو متفق عليه⁽⁴⁾.

وفي ضوء ذلك فإن دراستنا لمفهوم "الغير" لا تكون مستفيضةً بحيث تخرج عن مجال بحثنا، فلا ينكر أنّ لمفهوم الغير دلالات متعدّدة في فروع القانون المختلفة، بل أنّه في الفرع الواحد قد يلعب مفهوم الغير أكثر من دور ويكون له أكثر من معنى؛ فيوجد "غير" بالنسبة إلى التصرفات الناقلة للحقوق العينية العقارية، و"غير" بالنسبة إلى أطراف الحكم، وهناك "الغير" بالنسبة إلى أطراف العقد، وهم في كلّ صورة من هذه الصور مختلفون عنهم في الأخرى⁽⁵⁾، فأيّ غيرٍ نقصد في هذه الدراسة؟

لاشكّ في أنّ الذي يعيننا في هذا المقام هو الغير بالنسبة لأطراف العقد الذين يقتصر

(1) - يعتبر هذا المصطلح من أقدم المصطلحات القانونية، استعمله الرومان في العبارة الشهيرة التي سبق لنا ذكرها: «Res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest»، وتعني أنّ العقود وأحكام القضاء لا تتعدى بغير أطرافها بنفع ولا ضرر، ولفظ "aliis" الروماني أصبح "الشخص الثالث" "personne Tierce" عند الفقيه روما "Domat" ثمّ بسط التعبير بعد ذلك عند الفقيه "بوتيه" (Pothier) الذي استعمل بدلا منه مصطلح "الغير" (Le tiers). انظر في تفصيل ذلك: المراكشي هشام، المرجع السابق، ص. 23-24.
(2) - Aussel (J.), Essai sur la notion des tiers en droit civil français, Montpellier, 1953, p. 15 et s
نقلًا عن: أحمد إسحاق كمال مصطفى، المرجع السابق، ص. 23. جاك غستان وآخرون، المرجع السابق، ص. 440.

(4) - خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 21.

(5) - لقد تناول القانون المدني الجزائري مصطلح الغير في كثير من المواضع، لكن تحديده يختلف تبعاً لأوضاعه المختلفة؛ فالغير بالنسبة لآثار العقد يحدد تحديداً آخر في حجية الورقة العرفية، وفي التاريخ الثابت، وفي حجية الشيء المقضي به، وفي الصورية، وفي التسجيل... وغيرها. وهو في كلّ وضع من الأوضاع يتحدد على نحو يتلاءم مع هذا الموضع. والفكرة المشتركة في كلّ هذه الأوضاع أنّ أثرها قانونياً مُعيّناً قد يمتد لشخص تقتضي المبادئ العامة للقانون بحمايته من أنّ يمتد إليه، فيعتبر من الغير بالنسبة لهذا الأثر. للتفصيل أكثر حول المواضع التي يأخذها الغير انظر: المراكشي هشام، المرجع السابق، ص. 26.

انصراف أثر العقد في حقهم⁽¹⁾. وهذا الغير الذي نقصده يتحدّد على نوعين؛ الأول: الغير بالنسبة إلى الأثر الملزم للعقد، والثاني: الغير بالنسبة إلى نفاذ العقد. ولبيان هذين المفهومين كان لزاماً علينا أن نتّجه إلى تقسيم هذا المبحث على مطلبين؛ نبحت في (الأول) منهما الغير في مجال الأثر الملزم للعقد، في حين سنخصص (المطلب الثاني) لدراسة الغير في مجال نفاذ العقد.

المطلب الأول

الغير في مجال الأثر الملزم للعقد

إذا كان «مبدأ نسبية أثر العقد» يعني حظر امتداد الأثر إلى شخصٍ دون أن تمتدّ إليه إرادته، أو أنّ أثر العقد مقصور على المتعاقدين وخلفهما العام والخاص. فتبعاً لذلك ينبغي أن نحدّد مفهوم "الغير" بالنسبة للأثر الناجم عن العقد باعتباره تصرفاً قانونياً (الأثر الملزم) والذي يختلف عن مفهوم "الغير" الناجم عن العقد باعتباره واقعة قانونية (الأثر غير الملزم) - الذي سندرسه لاحقاً-.

لذلك سنخصّص هذا المطلب لتحديد مفهوم "الغير" في مجال الأثر الملزم للعقد؛ والذي قد يكون "غيراً" ذو رابطة عقدية (الفرع الأول)، كما قد يكون "غيراً" أجنبياً عن العقد (الفرع الثاني).

(1) - على أنّ دراستنا للغير في هذا الجزء لا تعني التوصل إلى تعريف عام لهذا المفهوم، بل من أجل الوصول به إلى أعلى درجة من الوضوح، فنحن لا ننكر صعوبة وضع تعريف محدد للغير، حتّى أنّ الفقه مختلف حول من يدخل أو يخرج من نطاق هذه الفكرة، ومن هو متيقن في كونه من الغير، وما هو مختلف فيه. انظر خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 27 وما بعدها.

الفرع الأول

الغير ذو الرابطة القانونية

من الثابت أنّ الأصل العامّ في أثر التصرفات من حيث الأشخاص هي النسبيّة، فلا تولّد آثارها إلّا في دائرة الأطراف وحدهم، فالأثر الملزم ليس في الواقع سوى المضمون الداخلي للإرادة التي أنشأت التصرف، ومن ثمّ يظل هذا الأثر حبيس العلاقة بين الأطراف المتعاقدة ومن في حكمهم⁽¹⁾. فمن لم ترتض إرادته انصراف هذا الأثر إليه كان بمنأى عنه، ولا يصبح بموجبه دائناً أو مديناً، اللهم إلّا إذا خرجنا من نطاق نظريّة التصرف القانوني إلى نطاق الواقعة القانونيّة، ونتيجة ذلك أنّ كلّ من لم يكن طرفاً في العقد ولا خلفاً لمن كان طرفاً فيه لا ينصرف إليه أثر ذلك العقد⁽²⁾.

ومن ذلك يتبين أنّ الغير في مجال الأثر الملزم يحكمه «مبدأ نسبيّة أثر العقد»، بوصفه مبدأً يهدف إلى حماية كلّ من لم يكن طرفاً في العقد ولم يساهم فيه. ويمكن أن نصل بمفهوم الغير في هذا المجال إلى درجة كبيرة من الوضوح، وذلك من خلال تبني معيار شخصي وعلى نحوٍ سلبيّ بأنّه كلّ ما عدا الأطراف المتعاقدة؛ فكّل من لم يكن طرفاً في العقد ولا ممثلاً فيه ولم يشارك فيه، فإنه يعدّ من الغير⁽³⁾، وقد رأينا عند تحديدنا للمقصود بالمتعاقّد أنّه ينظر إليه بشكلٍ أوسع بحيث يشمل الخلف العامّ والخلف الخاصّ والدائن العادي، بيد أنّه في أحوال أخرى تخرج

(1) - بيصار محمود عبد الحي عبد الله، المرجع السابق، ص. 134.

(2) - الفضل منذر، المرجع السابق، ص. 194. وانظر ف هذا المعنى: السنهوري عبد الرزاق، مصادر الحقّ في الفقه الإسلامي، (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، ج. 5، المرجع السابق، ص. 07. وعنده أنّ مفهوم المتعاقدين يستلزم التوسع فيه ليشمل الخلف العم والخلف الخاصّ والدائنين العاديين. وانظر في هذا المعنى: الحكيم عبد المجيد، المرجع السابق، ص. 300.

(3) - الزيايدي نبراس ظاهر جبر الزيايدي، حقوق الغير المقترنة بالعقد "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، 2015. ص. 24 - 25.

هذه الطائفة من دائرة المتعاقد لتدخل في طائفة الغير ومن ثم لا تسري إليهم آثار العقد⁽¹⁾. من أجل الوقوف على مفهوم (الغير ليس الأجنبي) الذي تتكفل قاعدة نسبية العقد بحمايته، يمكن القول أنه ذلك الغير الذي يكون له حق في العقد يخوله الطعن فيه، وبعبارة أدق أنّ هذا الحق يجعل من العقد غير ساري بحقه، أو غير نافذ، وهو بهذا التصور يمكن وصفه بأنه كلّ شخص يتأثر بوضع قانوني مُعيّن ولا يكون طرفاً أو ممثلاً فيه أو ساهم في قيامه⁽²⁾.

أولاً: الخلف العام من الغير

لقد ذكرنا أنّ آثار العقد تنصرف من حيث الأصل إلى الخلف العام، فهو بحكم المتعاقد، إلا أنّ وصف المتعاقد لا يثبت له بصورة دائمة وبعد ذلك فإن مركزه التعاقدية يتسم بالنسبية⁽³⁾، فهناك حالات لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام مع بقائه خلفاً، وقد لا ينصرف إليه هذا الأثر بوصفه من الغير⁽⁴⁾.

إنّ أثر العقد لا ينصرف إلى الخلف العام ومع ذلك يبقى محتفظاً بصفته هذه وتتمثل في حالات مُعيّنة، إذا ما ورد في العقد قيوداً يفيد ذلك كاتفاق المتعاقدين على اقتصار أثر العقد عليهما وأن لا يسري إلى الورثة، كعقد الإيجار الذي يبرمه السلف متفقاً مع المتعاقد الآخر بانقضائه عند وفاة أحدهما، أو في حالة كون طبيعة الحق أو طبيعة التعامل تقتضي ذلك فتجعل أثر العقد غير قابل للانتقال إلى الورثة، كما هو الحال في عقد المرتب مدى الحياة إذ أنّ طبيعة هذا العقد تقتضي انتهاءه بموت صاحبه، وقد يكون لنص القانون دور في منع انتقال آثار العقد

(1) - محروك محمد، المرجع السابق، ص. 140..

(2) - جاك غستان وآخرون، المرجع السابق، ص. 440.

(3) - خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 41.

(4) - الحكيم عبد المجيد، المرجع السابق، ص. 289.

إلى الخلف العام، كما هو الحال في الوكالة فهي تنقضي بموت الوكيل أو الموكل⁽¹⁾. إن الإنسان وإن كان له الحق في القيام بجميع التصرفات المتعلقة بأمواله حال حياته، إلا أنه قد منع من بعض التصرفات، التي يريد بها المورث الإضرار بورثته، وعد بذلك الورثة من الغير الذي لا يضار من عقود غيره⁽²⁾، وعلى أساس هذا الاعتبار فلا يسري أثر العقد إلى الورثة ولا ينفذ بحقهم، ويتحقق ذلك في حالات معينة كالوصية سواء كانت لوarith أم لغير وارث، فهي لا تنفذ في حق الورثة إلا في حدود الثلث ولا يسري بحقهم فيما زاد عن ذلك إلا بإقرار منهم، فهم يعدون من الغير إذا ما زاد عن ثلث التركة⁽³⁾، ويأخذ حكم الوصية، كل تصرف يصدر في مرض الموت بقصد التبريح؛ فالمريض مرض الموت الذي يحس بأن أجله قد قرب ولم يعد يهتم بالمال ومن السهولة أن يؤثر عليه، قد يقوم بتصرفات تضر بالورثة، لذا سيحرمون من الحقوق التي فرضها لهم الشارع، فعد المشرع كل تصرف يصدر من شخص مريض مرض الموت؛ كالبيع والإقرار والإبراء، ويكون القصد بع المحاباة، تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت تسري عليه أحكام الوصية، فهذه التصرفات لا تنفذ في حقهم إلا بالقدر الذي تنفذ فيه الوصية⁽⁴⁾.

(1) - انظر سلطان أنور، الموجز في مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 203-204 . وانظر نص المادة 108 (ق.م.ج). وبالنسبة للوكالة فقد نصت المادة 586 من (ق.م.ج) على أن: «تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة وتنتهي أيضاً بموت الموكل أو الوكيل، كما تنتهي الوكالة أيضاً بعزل الوكيل أو بعدول الموكل».

(2) - الدّون حسن علي، المرجع السابق، ص. 155.

(3) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج. 1، المرجع السابق، ص. 601. وانظر نص المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري بنصها على أن: «تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث توقف على إجازة الورثة».

(4) - الحكيم عبد المجيد، المرجع السابق، ص. 290-291. وانظر نص (المادة 776) من القانون المدني الجزائري.

ثانيا: الخلف الخاص من الغير

يعد الخلف الخاص من الغير في بعض العقود الصادرة عن سلفه، إذا لم تكن هناك أية رابطة لهذه العقود بالشيء المعين الذي ينتقل من السلف إلى الخلف الخاص، فمشتري العقار خلف خاص للبائع، ولكن لا شأن للمشتري بالعقود الصادرة من البائع في غير ما يمس هذا العقار⁽¹⁾، ففي القانون المدني الفرنسي الصادر عام 1804، فإنه لم يورد نصا خاصاً يعالج أحكام الخلافة الخاصة وبشكل صريح، إلا أنّ الرأي السائد في فرنسا يفرق ما بين الحقوق والالتزامات؛ فبالنسبة إلى الحقوق فقد أجمع الفقه والقضاء على انتقال الحق الذي عقده السلف إلى الخلف مادام متصلا بالشيء الذي استخلف فيه، أمّا ما يتعلّق بالالتزامات التي يقصدها السلف فإنها لا تنتقل إلى الخلف الخاص كقاعدة عامة، ولو كانت هذه الالتزامات متعلّقة بالمال الذي استخلف فيه فيعد الخلف الخاص من الغير بالنسبة إليها⁽²⁾.

أمّا في القانون المدني الجزائري فقد نصّت المادة 109 على أن: إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصيّة 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».

ويتبين من ذلك أنّ القاعدة العامّة هي أنّ الخلف الخاص من الغير، وأن انتقال آثار العقد إليه لا يكون بصفة مطلقة بل مقيدا بشروط مُعيّنة أشارت إليها المادة المذكورة آنفا، وهي تختلف عن حالة العاقد الأصلي حيث أنّه الأصل فيه هو انصراف أثر العقد إليه بدون شروط⁽³⁾، وتكون الحقوق من مستلزمات الشيء إذا كانت مكملّة له؛ أمّا الالتزامات فتكون من

(1) - سلطان أنور، الموجز في مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 205.

(2) - عجيل طارق كاظم، نظريّة الخلافة الخاصة في التصرفات القانونيّة، المرجع السابق، ص. 233 - 234.

(3) - خليل حسن أحمد قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 114 - 115.

مستلزمات الشيء إذا كانت محددة⁽¹⁾، وأن عدم انصراف أثر العقد الذي يبرمه السلف إلى الخلف الخاص هو أمر واضح متى كان العقد الصادر من السلف لا يمس الشيء الذي انتقل من السلف إلى الخلف الخاص، فإذا انتقلت ملكية عقار أو منقول مثلاً إلى الخلف الخاص فإن العقود التي أبرمها السلف (كالبائع أو الواهب) لا يتأثر بها الخلف الخاص متى كانت تلك العقود لا تمس هذا العقار⁽²⁾.

ثالثاً: الدائن العادي من الغير.

بعد أن ذكرنا أن الدائن العادي قد تتصرف إليه آثار العقد فلا يعد غيراً؛ إلا أن هناك جانباً من الفقه يرى بأن الدائن العادي هو من الغير بالنسبة لأثر العقد الذي يبرمه مدينه؛ لأن أثر هذا العقد لا يجعل منه بصفته الشخصية دائناً أو مديناً، فلا أحد يستطيع أن يطالب الدائن أن ينفذ التزاماً ناشئاً عن عقد أبرمه مدينه، ولا يستطيع الدائن أن يطالب أحد كذلك بتنفيذ مثل هذا الالتزام، فالعقد الذي يبرمه المدين ذو حجية على الدائن، إلا أن هذه الحجية لا تختص بالدائن وحده وإنما تكون حجة على الكافة⁽³⁾، إذ أن الدائن العادي ليس طرفاً في العقد لا أصالة ولا نيابة وأن أثر العقد الصادر من المدين لا ينصرف إلى دائنيه، فهو يعد من الغير، أي أن الدائن العادي في العقد المبرم لا يصبح دائناً بالنسبة إلى المدين ولا مديناً فيه⁽⁴⁾.

وإن المدين يستطيع الإضرار بالدائن العادي وذلك بإخراج العناصر الموجبة من ذمته وزيادة العناصر السالبة فيها، فيقوم مثلاً إلى هبة أمواله أو بيعها بثمن بخس أو القيام بإبرام قروض صورية، بحيث يزاحم الدائنون الصوريون الدائن الحقيقي فيتقاسمون أموال المدين التي لا

(1) - الحكيم عبد المجيد، المرجع السابق، ص. 294 - 295.

(2) - سلطان أنور، الموجز في مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 206 - 207.

(3) - MARTY (G.), et RAYNAUD (P.), Les bien, 2ed, Paris, 1980, p. 243.

نقلًا عن خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 142 - 143.

(4) - الحكيم عبد المجيد، المرجع السابق، ص. 301. المراكشي هشام، المرجع السابق، ص. 113.

يحصل من خلالها الدائن على حقه⁽¹⁾، ففي هذه الحالة لا تعدّ العقود الصادرة من المدين بقصد الإضرار بالدائن العادي نافذة بحق هذا الدائن، ويستطيع الدائن هنا إقامة دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حقّ الدائن⁽²⁾.

الفرع الثاني

الغير الأجنبي تماماً عن العقد

يقصد بالغير الأجنبي تماماً عن العقد، بأنه من لم يكن طرفاً في العقد ولا خلفاً عاماً أو خاصاً ولا دائناً لأحد طرفيه، فلا يسري إليه أثر العقد، فهو لا يستفيد ولا يضر منه ولا يكتسب حقا منه ولا يلتزم بالتزام⁽³⁾، وهذا شيء طبيعي لأنّ الشّخص مادام ليس طرفاً في العقد ولا خلفاً ولا دائناً فمن العدل والمنطق أن لا ينصرف إليه أثر العقد⁽⁴⁾، فما شأنه لو أنّ زيد قد اشترى داراً من عمر، فقد يكون هذا العقد صحيحاً أو باطلاً، تم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري أو لم يتمّ تسجيله، كلّ هذا لا يعنينا في شيء فأنا خارج عن هذا العقد، فأنا إذن من الغير الأجنبي تماماً عن العقد⁽⁵⁾.

كذلك إذا أبرم أحد الشركاء عقداً لم ينصرف أثر هذا العقد إلى بقية الشركاء، وكذلك الصّح الذي يتمّ بين الدائن وأحد الورثة لا يسري في حقّ باقي الورثة، ولا يسري أيضاً بيع ملك الغير في حقّ المالك الحقيقي الذي لم يكن طرفاً في العقد، وبيع العين المؤجّرة أو المرهونة لا

(1)-الحكيم عبد المجيد، المرجع نفسه، ص. 303-304.

(2)- السنهوري عبد الرزاق، مصادر الحقّ في الفقه الإسلامي، (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، ج. 5، المرجع السابق، ص. 16.

(3)- السنهوري عبد الرزاق، الوجيز في شرح القانون المدني (1)، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص. 554.

(4)- محروك محمّد، المرجع السابق، ص. 139.

(5)- الحكيم عبد المجيد، المرجع السابق، ص. 304.

يسري في حقّ المستأجر أو المرتهن⁽¹⁾.

يعرّف الفقيه الفرنسي "جوسران" الغير الأجنبي بأنه الشخص الذي لا تربطه في الحاضر أو في المستقبل أية رابطة أو صلة ملزمة بأحد أطراف العقد⁽²⁾، ويتفق أيضاً مع هذا الاتجاه كلّ من (كولان وكابيتان) فمدلول الغير لديهم يقتصر على الأجنبي عن العقد وهو الشخص الغريب تماماً عن طرفي العقد⁽³⁾.

وقد انتقد هذا الاتجاه، على أساس أنّ المفهوم المخالف له يجعل من الشخص الذي يُرتبب بأحد المتعاقدين برابطة قانونية سابقة كانت أم لاحقة في حكم المتعاقد وهم الخلف العامّ والخاصّ والدائن العادي، فإنّ مسايرة التعريف المتقدم يجعل المقاول من الباطن والمستأجر من الباطن في حكم المتعاقد، وهذا ما جرى عليه الفقهاء في عدهم من الغير وإن ارتبطوا بعلاقة قانونية مع أحد المتعاقدين⁽⁴⁾.

على أية حال هناك وجه للاتفاق بين الأجنبي الذي تربطه صلة بأحد المتعاقدين وبين الأجنبي تماماً عن العقد، وهذا الاتفاق يتمثل في أنّ الغير شخص لا يدخل ضمن عداد الأطراف في العقد الذي تثار الغيرية بالنسبة إليه، ومما لا شك فيه أنّ فئة الغير -ليس الأجنبي تماماً عن العقد- تعنى بجانبها العملي، إذ بسبب الرابطة أو الصلة التي تربط الأجنبي بأطراف العقد يظهر التعارض بالمصالح، في حين نجد أنّ فئة الغير تماماً عن العقد قد لا تعنى بجانبها العملي نظراً لعدم وجود مصلحة تقضي تأثر حقوقه بحكم العقد⁽⁵⁾، ومع ذلك فإن آثار العقد قد

(1) - السنهوري عبد الرزاق، مصادر الحقّ في الفقه الإسلامي، (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، ج. 5، المرجع السابق، ص. 114.

(2) - JOSSERAND (L.), Cours de droit français, T.2, 2ed, Sirey, PARIS, 1933, n. 259.

نقلًا عن خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 50.

(3) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (1)، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام "مصادر الالتزام"؛ (ط.3)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص. 614.

(4) - خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 57.

(5) - الزيايدي نبراس ظاهر جبر، حقوق الغير المقترنة بالعقد، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص. 32.

تتصرف إليه في مرحلة لاحقة عن تكوين العقد.

إن قاعدة «نسبية أثر العقد» تعني حظر امتداد أثر العقد إلى شخص تقضي القواعد العامة حمايته من أن يمتد إليه هذا الأثر، ولا شك أن القواعد العامة تقضي بحظر امتداد أثر قانوني إلى شخص دون إرادته⁽¹⁾، وأن بعضا من الفقهاء - وهذا ما نرجحه - قد أعطى للإرادة دورا كبيرا ومؤثرا في هذا المجال، فقد عرف الغير بأنه من ليس طرفا في التصرف، أو بعبارة أدق هو كل من لم ترتض إرادته الالتزام بالأثر، فقاعدة نسبية الأثر لا تعني - وعلى خلاف التصور التقليدي - قصر آثار العقد على المتعاقدين دون سواهم، وإنما غاية ما تعنيه هذه القاعدة أن أثر العقد يمكن أن ينصرف إلى كل شخص ارتضى وارتضى المتعاقدان انصراف هذا الأثر إليه، فليس في جوهر القاعدة ذاتها ما يحول دون انصراف آثار العقد إلى شخص لم يساهم في إبرام العقد طالما أن هذا الشخص ارتضى كما ارتضى العاقدان انصراف هذا الأثر إليه⁽²⁾.

المطلب الثاني

الغير في مجال النفاذ

إذا كنا قد حددنا مفهوم "الغير" بالنسبة للأثر الناتج عن العقد باعتباره تصرفا قانونيا (الأثر الملزم)، فإننا في هذا المطلب سنقوم بتحديد مفهوم "الغير" بالنسبة للأثر الناتج عن العقد باعتباره واقعة قانونية (الأثر غير الملزم). أي سنخرج بهذا المفهوم من نطاق الأثر الملزم إلى نطاق النفاذ أو حجية العقد تجاه الكافة، وبالتالي لا نواجه العقد باعتباره تصرفا قانونيا وإنما باعتباره واقعة قانونية.

ونطاق الغيرية في مجال الأثر الملزم يتسع ليشمل ما عدا الأطراف، أما بالنسبة لمجال النفاذ فلا يوجد أغيار ولكن نزولا على مقتضيات الحماية، قد يوجد أشخاص من أغيار النفاذ مع

(1) - بيصار محمود عبد الحي عبد الله، المرجع السابق، ص. 135.

(2) - رسلان نبيلة إسماعيل، المرجع السابق، ص. 82 - 83.

التمسك بجزء عدم النفاذ، كما تختلف الغيرية في هذا المجال باختلاف الوضع القانوني الذي تواجهه وعلى حسب ما يراد تحقيقه من حماية مطلوبة.

ولتوضيح ذلك سنتناول في هذا المطلب؛ ظهور مبدأ حجية العقد وتمييزه عن مبدأ النسبية في (الفرع الأول)، في حين سنخصص (الفرع الثاني) لدراسة مدى أحقية الغير في الاستناد على "عدم النفاذ" لحمايته من آثار العقد.

الفرع الأول

ظهور مبدأ حجية العقد وتمييزه عن مبدأ النسبية

متى ما وجد العقد متوافر الشروط والأركان فإنه لا يعيش بمعزل عن المجتمع الذي وُلد فيه منحصرًا هذا الانحصار الضيق في الإرادة التي أنشأته، فالعقد ككيان يحيا حياته الاجتماعية يحتج به الكافة ويحتجون به وقد يفيدون منه أو يضارون، والعقد في هذا كله يواجههم كواقعة اجتماعية ولا يواجههم بمحتواه أو بمضمونه الداخلي. وبالتالي يعدّ أغيار الأثر الملزم هم أشخاص النفاذ.

ونظرًا لوجود بعض العوامل التي أثرت على تأسيس مفهوم مبدأ نفاذ العقد أو حجّيته تجاه الكافة إلى جانب مبدأ نسبية العقود، فإنّ توضيح ذلك يستوجب تقسيم هذا الفرع إلى عنصرين هما: ظهور مبدأ حجية العقد (أولاً)، ثمّ تمييزه عن مبدأ النسبية (ثانيًا).

أولاً: ظهور مبدأ حجية العقد

لم تكن فكرة حجية العقد واضحة المعالم لدى الفقه التقليدي، إذ لم يكن هناك تمييز بين الأثر المادي المترتب على قيام العقد في عالم الواقع كأى واقعة أخرى، وبين الأثر القانوني للعقد الذي يجعل من الشخص دائنًا أو مدينا بموجبه⁽¹⁾، فالعلاقات القانونية كانت متسمة بالبساطة والسهولة في الإبرام والتنفيذ، والعقد في الغالب الأعم لا يؤثر سوى في عاقيه، ويكون غيرهما

(1) - الحراشة محمد، المرجع السابق، ص. 29.

بمعزل عن الآثار التي يولدها ومن ثمّ لا تعرض مناسبة للمتعاقدين للاحتجاج بعقدتهما في مواجهة الأغير⁽¹⁾.

وقد نصّت المادة (1165) من القانون المدني الفرنسي - قبل تعديل 2016 - على أنّه: "ليس للاتفاقيات أثر إلاّ بين عاقيدها، وأنها لا تضر بالغير ولا يمكن أنّ تفيدهم..."⁽²⁾، وقد قلنا سابقاً أنّ هذه المادة نجد لها أصلاً تاريخياً في القانون الروماني الذي كان ينص على أنّ "الأمر المتفق عليه بين البعض، لا يمكن أنّ يضر أو يفيد غيرهم"⁽³⁾.

وإن كان معنى المبدأ المتقدم هو أنّ الاتفاق لا يلزم الغير الذي لم يكن طرفاً فيه، كما لا يمكن أنّ يكسبه حقاً، فإن فقهاء القرن التاسع عشر في فرنسا، وتأثراً منهم بالأفكار الفردية التي سادت آنذاك، قد فسروا هذا المبدأ بمعنى يحجب حجّة العقد "كواقعة اجتماعية"؛ لأنّ الغير في نظرهم مستقل بالنسبة لأثر العقد سواءً كان هذا الأثر ملزماً اكتساب حقّ أو التحمل بالتزام، أو "مادياً" أي يتعلّق باعتراف الكافة بالوجود القانوني للعقد أي للحقوق والالتزامات التي أنشأها؛ لأنّ الاتفاقات لا يمكن أنّ يحتج بها على الغير، ولا يمكن لهذا الغير أنّ يستند إليها⁽⁴⁾.

وقد أيد جانب من الفقه في فرنسا هذا الاتجاه، بالقول بأن ما تقدم يعبر عما أراده المشرّع بكلمتي "لا تضر" و "لا تنفع" الواردتين في نصّ المادة (1165)؛ لأنه - حسب وجهة النظر هذه - لو أراد المشرّع تحديد نطاق الأثر الملزم للعقد من حيث الأشخاص، لكان اكتفى بالقول أنّه ليس للاتفاقات أثر إلاّ بين طرفيها لأنّ مثل هذا النص يغنيها منطقياً عن القول بأن أثر العقد لا ينصرف إلى الغير، إذ أنّ كلاهما يعد تعبيراً عن نفس القاعدة، أحدهما بالإيجاب والآخر بالسلب. ولكن المشرّع أراد معنى آخر بالنص على أنّ الاتفاقات لا تفيدهم ولا تضر "الغير"، وهذا

(1) - الشّباني حيدر عوّاد، المرجع السابق. ص. 36.

(2) - Article 1165 de Code civil français, Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804, dispose que : «Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121».

(3) - (Res inter alios acta aliis ne que nocere ne que prodesse potest).

(4) - جاك غستان وآخرون، المرجع السابق، ص. 430.

معناه أنّ الاتّفاقات لا يمكن أن تجلب للغير نفعاً مادياً، ولا يمكن أن تلحق به ضرراً له ذات الصفة⁽¹⁾.

من هنا ينفي بعض الفقه في فرنسا أي وجود قانوني للعقد يكون حجّة على الغير؛ لأنّ الغير لا يمكن أن يعد طرفاً في العقد، وبالتالي فهو أجنبي عنه كلياً⁽²⁾. كما أكّدت محكمة النقض الفرنسية هذا التفسير لنص المادة (1165) مدني في حكم لها جاء فيه: "الاتّفاقيات غير قابلة للاحتجاج بها في وجه من لم يكونوا أطرافاً فيها، وتعبير آخر لا حجّة للاتّفاقيات في وجه لغير"⁽³⁾.

وفي مقابلة هذا الاتّجاه، الذي ينفي حجّة العقد، ظهر اتجاه فقهي آخر يهاجم مبدأ النسبيّة ويناصر فكرة حجّة العقد ويتزعم الأستاذ (Savatier) هذا الاتّجاه الجديد الذي ينادي إلى عدم الاعتراف «بمبدأ نسبيّة أثر العقد» بدعوى أنّه لم يعد مبدأً، وأنه قد انهار بسبب كثرة الاستثناءات الواردة عليه؛ وذلك لكثرة الحالات التي يمكن للغير أن يتمسك فيها بالعقد، استناداً إلى ما له من حجّة تجاه الكافة⁽⁴⁾.

لكن الفقه في فرنسا لم يسلم بمجموعه بما جاء به الاتّجاه الأخير، وذهب يبحث عن مفهوم جديد لعلاقة العقد بمحيطه "القانوني والاجتماعي" يواكب تطوّر العلاقات بين الأشخاص، ولا يتعارض مع مبدأ النسبيّة، من هنا اتجه هذا الفقه - وعلى رأسهم يد الأستاذ (Alex Weill)⁽⁵⁾ - لتمييز الأثر الملزم للعقد، الذي يجد مصدره في إرادة المتعاقدين عن الأثر المادي المترتب على قيام العقد بين أطرافه باعتباره واقعةً ماديةً يمكن للغير أن يؤثر بها ويتأثر، وهنا تجلت واضحة أبعاد فكرة الحجّة وصار محوراً الوجود المادي للعقد وأصبحت مبدأً ينطبق على

(1) - الزاملي علاء، المرجع السابق، ص. 94.

(2) - الصديقي علي فيصل علي، المرجع السابق، ص. 05.

(3) - Civ. Ier 6 Fevrier 1952, Bull. Civ. L, no 55, p. 44.

نقلًا عن عجيل طارق كاظم، مسؤولية الغير عن الاختلال بالعقد، المرجع السابق، ص. 85.

(4) - Savatier (R.), op. cit. p. 527 et s.

(5) - WEILL (A.), op. cit. p. 17 et s.

جميع العقود ولا يختص بطائفة منها⁽¹⁾.

ثانياً: التمييز بين مبدأ النسبية ومبدأ الاحتجاج بالعقد

استقرّ الفقه الحالي على اعتبار مبدأ النفاذ مكّلاً لمبدأ النسبية، فإذا كانت هذه قاعدة النسبية تختص بالأثر العقدي، أي بما ينشأ عن العقد من حقوق والتزامات، فإن مبدأ النفاذ قد ظهر حجة يستند إليها أطراف العقد تجاه الغير، ثم بدأ النفاذ يظهر بوصفه مفهومًا متكاملًا دون أن يتعارض مع قاعدة النسبية⁽²⁾.

وعليه فإن آثار العقد تتنازعها قاعدتان: الأولى هي قاعدة «نسبية أثر العقد» وتعني أن آثار العقد تقتصر على عاقيه دون أن تتعداه إلى الغير فالأخير يكون مستقلاً وفقاً لما تمليه إرادة واستقلال أطراف العقد فهما من تتجه إرادتهما وفقاً لمصالحهما لإبرام العقد والذي يكون بمثابة القانون الذي ينظم العلاقة فيما بينهما؛ أما العلاقة الثانية هي قاعدة نفاذ العقد وحجّيته والتي ظهرت نتيجة إلى الانتقادات التي وجهت إلى القاعدة الأولى، ومفادها أن آثار العقد قد تخرج من النطاق الذي حدّته إرادة المتعاقدين ويصبح للعقد وجودٌ يجب على الغير احترام هذا الوجود باعتباره واقعةً ماديةً له حجّيته تجاه الكافة⁽³⁾، ويلاحظ أن آثار العقد إذا كانت لا تنصرف إلى الغير فهنا ليس معناه أن الغير لا يجبر على احترام العلاقة العقدية بين أطراف العقد، بل أنه يجبر على احترامها⁽⁴⁾.

كما أن نفاذ العقد في مواجهة الغير لا يكون مستعملاً من قبل الأطراف في مواجهة

(1) - جاك غستان وآخرون، المرجع السابق، ص. 432.

(2) - محمّدي سليمان، المرجع السابق، ص. 07. نسير رفيق، المرجع السابق، ص. 338 وما بعدها.

(3) - سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص. 327. الحسيني عباس علي، حقوق الغير المقترنة بالعقد، المرجع السابق، ص. 52.

(4) - انظر: بدوي حلمي بهجت، المرجع السابق، ص. 327. فهو يقرّر أن هذا الوصف لا يقتصر على العقد، بل يظهر كذلك في قواعد الإثبات حيث يجوز لغير أطراف العمل القانوني إثباته بجميع طرق الإثبات مهما بلغت قيمته بوصفه مجرد واقعة وإثبات الوقائع لا يفيد بطريق مُعيّن من طرق الإثبات.

الغير فقط⁽¹⁾، وإنما قد يستعمله الغير في مواجهة الأطراف كنتيجة عن التزامهم باحترامه، فيجوز للشخص الذي يتضرر من جراء عدم تنفيذ الأطراف لالتزامهم رفع دعوى تصديرية على الطرف المخل بالتزامه، على اعتبار أنّ عدم التنفيذ هو واقعة مسببة للضرر⁽²⁾.

وفي ذلك يقول (لويس كوتال): "بأنّ العقد يُحتجّ به على الغير مثل الأطراف وكذلك على الأطراف من قبل الغير كما يحتجّ به على الغير من طرف الغير"⁽³⁾، فالعقد بهذا المعنى هو واقعة اجتماعية (fait social) ينشئ وضعيّة لا يمكن لأيّ فردٍ من المجتمع أن ينكرها.

نتيجة لذلك فإن المقصود بـ «نسبيّة أثر العقد» ليس الأثر المادي له وإنما الأثر القانوني الذي يكون نسبياً بين أطرافه ولا يتعدى إلى الغير من حيث الأصل، فهذه القاعدة لا تنشئ التزاماً إلا بين المتعاقدين الذين تراضوا على إنشاء هذه الرابطة القانونيّة، فهي لا تنشئ التزاماً في ذمّة الغير ولا تكسبه حقاً⁽⁴⁾، وهذا يعني أنّ أحد أطراف العقد قد يصبح دائماً والآخر يصبح مديناً.

ففي البيع يكون أطراف العقد البائع والمشتري، يلتزم بموجبه البائع بنقل ملكيّة المبيع إلى المشتري، ويلتزم الأخير بدفع الثمن إلى البائع، فلا يستطيع البائع مطالبة غير المشتري بأداء الثمن ولا يستطيع المشتري مطالبة غير البائع بنقل ملكيّة المبيع، ولكن ليس معنى هذا أنّ العقد لا يمكن الاحتجاج به، إذ أنّ بالإمكان الاحتجاج به في مواجهة الكافة⁽⁵⁾، فالاحتجاج بالعقد يعني أنّ العقد يمكن التمسك به كواقعة لها وجود في مواجهة شخص ليس بطرف فيه، يلتزم به

(1) - يمكن للأطراف - عن طريق مبدأ نفاذ العقد في مواجهة الغير - استعمال العقد كوسيلة إثبات، خاصّة إثبات الملكيّة، أو كواقعة منشئة لمراكز قانونيّة، كعقد الزواج الذي ينشئ مركز قانوني للرجل والمرأة يمكنها من العيش معاً دون اتهامهما بالمساس بالآداب العامّة؛ لأنه واقعة ملزمة لكل المجتمع.

(2) - FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), op. cit, p. 317 : « il est admis qu'un tiers peut se prévaloir de l'existence d'un contrat dont la mauvaise exécution lui a causé préjudice ; il peut invoquer la faute commise par le contractant dans l'exécution du contrat pour lui demander réparation de son dommage ».

(3) - Jean Louis COUTAL, Le principe de l'effet relative du contrat, p. 34.

نقلًا عن: المراكشي هشام، المرجع السابق، ص. 152.

(4) - سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص. 327.

(5) - الشّباني حيدر عوّاد، المرجع السابق، ص. 37.

ولا يكسب حقا منه، فالغير لا يمكن أن يتجاهل وجود العقد باعتباره واقعة ينشئ وقوعها مركزا قانونيا يلتزم الغير باحترامه، ومن ثم يجوز للغير الاحتجاج به، وأن يحتج به عليه⁽¹⁾.

فبالنسبة لعقد البيع على الغير الأجنبي عن العقد أن يحترم المركز القانوني الذي أنشأه هذا العقد وألا يمسّ بالحقوق التي ترتبت للمشتري، فإذا تعرض الغير للمشتري أو اغتصب منه العين المبيعة كان للمشتري أن يحتج بعقد البيع لمنع التعرض أو دعوى المالكية والمطالبة بالتعويض، وقد قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها بأنه: "يجوز الاحتجاج بعقد البيع في مواجهة الغير حتى ولو كان مثقلاً برهن"⁽²⁾.

والأمر كذلك بالنسبة لعقد الإيجار الذي يكون نافذاً في مواجهة الغير، فإذا تعرض هذا الغير للمستأجر وحرمه من حيازة العين كان للمستأجر أن يرفع عليه دعوى استرداد الحيازة وأن يطالبه بالتعويض⁽³⁾.

الفرع الثاني

مدى أحقية الغير في الاستناد على "عدم النفاذ" لحمايته من آثار العقد

لقد ذكرنا بأن العقد يسري في مواجهة الكافة، إذ يمكن للمتعاقدين الاحتجاج به في مواجهة الغير، ويمكن للغير الاحتجاج به في مواجهة المتعاقدين، وهذا هو الأصل.

(1) - الجبوري ياسين محمد، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص. 376. عجيل طارق كاظم، مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، المرجع السابق، ص. 86.

(2) - الغرفة العقارية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 2016/05/12، ملف رقم 0993777، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، لسنة 2016، ص. 74.

(3) - بدوي حلمي بهجت، المرجع السابق، ص. 333.

إلا أن الاستثناء منه هو عدم سريان العقد أو عدم نفاذه في حق الغير⁽¹⁾، وذلك في حالات محدّدة أقرّها القانون حمايةً للغير الذين قد تتأثر مصالحهم بالعقد⁽²⁾. في ضوء كلّ ذلك سوف نتكلم عن المقصود بعدم النفاذ وتمييزه عن البطلان (أولاً)، ثمّ عدم النفاذ بالنسبة لمضمون العقد في (ثانياً)، ومن ثمّ نتكلم عن عدم النفاذ بالنسبة لمظهر العقد في (ثالثاً).

أولاً: المقصود بعدم النفاذ وتمييزه عن البطلان.

يقصد بعدم نفاذ العقد، بقاء العقد ساريًا بين أطرافه وتترتب عليه آثاره بينهما، وفي الوقت نفسه لا يعتدّ به الغير، أي أن ينتج العقد آثاره فيما بين المتعاقدين مع أنّه لا يكون نافذًا في حقّ الغير في الحدود التي يضرّ فيها بمصلحه⁽³⁾.

بعدما وضّحنا معنى "عدم النفاذ"، ينبغي أن نميّزه عن "البطلان"؛ وهو (وصف يلحق بالتصرّف القانوني لنشأته مخالفا لقاعدة قانونية أو اتّفاقية، فيؤدّي إلى توقيع جزاء يتمثّل في شلّ فعالية التصرّف القانوني وفقدانه آثاره القانونيّة)⁽⁴⁾. فإذا كان التعبير عن الإرادة مخالفاً للشروط التي وضعها المشرّع لنشأة التصرّف القانوني من أهلية للتصرّف ومشروعية المحلّ والسبب، أصبح التصرّف باطلاً لا يُرتّب أي أثر باعتباره منعدماً، ولكل ذي مصلحة التمسك به ولا تلحقه

(1) - يلاحظ اختلاف في كتب الفقه القانوني حول استعمال هذين المصطلحين؛ فمنهم من يستخدم عبارة "عدم النفاذ" في حين يفضل البعض الآخر استخدام عبارة "عدم السريان"، إلا أنّ كلا العبارتين تصب في نفس المعنى وهو عدم نفاذ التصرّف في حقّ الغير مع بقاءه صحيحاً بين المتعاقدين. للمزيد من التمييز بين عدم النفاذ وعدم السريان انظر: السنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، ج. 2، المرجع السابق، ص. 601-602.

(2) - الشّباني حيدر عوّاد، المرجع السابق، ص. 41.

(3) - السنهوري عبد الرزاق، مصادر الحقّ في الفقه الإسلامي، (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، ج. 4، المرجع السابق، ص. 69 وما بعدها. الزيايدي نبراس ظاهر جبر، حقوق الغير المقترنة بالعقد، المرجع السابق، ص. 166.

(4) - فودة عبد الحكيم، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصّة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1993، ص. 15. نقلاً عن: حليمي ربيعة، المرجع السابق، ص. 201.

الإجازة وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها⁽¹⁾.

ويتفق البطلان وعدم النفاذ من حيث أنّ كليهما جزاء؛ ففي حالة البطلان وعدم النفاذ يعتبر التصرف منعدما تجاه الغير ولا يترتب عليه أثر، ويختلفان من حيث أنّ عدم النفاذ هو جزاء يمنع التصرف من الاحتجاج به تجاه الغير، إلا أنّ البطلان نظام قانوني يختلف عن عدم النفاذ، ولا يعد بطلانا جزئيا كما يذكر بعض الفقهاء مثل (جايبو)⁽²⁾. وتتمثل أوجه الفرق فيما يلي:

من حيث الأسباب: أنّ أسباب عدم النفاذ بعضها يتعلّق بمضمون التصرف، كالصوريّة، وبعضها يتعلّق بمظهره كعلق بمظهره كعدم ثبوت التاريخ أو الشهر.

من حيث النتيجة: يعتبر التصرف الباطل منعدما لا يترتب أثرا بين أطرافه ولا يوجب احترام الغير، باستثناء الآثار العرضية للعقد الباطل (كالآثار العرضية لعقد الزواج الباطل)، أمّا في حالة عدم النفاذ فلا انعدام للتصرف فهو صحيح ويترتب آثاره بين الطرفين، وكل ما في الأمر أنّ أطرافه لا يستطيعون الاحتجاج به تجاه الغير بوصفه واقعة⁽³⁾.

من حيث التمسك به: يستطيع التمسك بالبطلان كلّ ذي مصلحة، أمّا عدم النفاذ فلا يستطيع التمسك به إلا الغير وحده الذي قدر المشرّع عدم النفاذ لمصلحته⁽⁴⁾.

من خلال هذه الفروق يتضح لنا أنّ البطلان وعدم النفاذ شيئان مختلفان ولكل منهما

(1) - تنص المادة 102 (ق.م.ج) على أن: «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...».

(2) - الحراشنة محمّد، المرجع السابق. ص. 19.

(3) - مثال ذلك عقد إيجار ملك الغير، الذي يقع صحيحا بين المتعاقدين من الوجهة الفنية، ولكنه لا ينفذ في حق مالك العقار الذي لم يشترك في التعاقد، ويبقى هذا العقد غير نافذ في حق المالك إلا بإقراره له. راجع في ذلك: سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص. 229. الحراشنة محمّد، المرجع السابق، ص. 20.

(4) - حلّيمي ربيعة، المرجع السابق، ص. 202. عبد الله فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص. 223.

نطاقه الخاص⁽¹⁾، فعدم النفاذ يبقي العقد نافذاً بين أطرافه، وتترتب عليه آثاره بينما لا يعتد به الغير، بمعنى أنّ الغير بإمكانه أن يتجاهل وجود التصرف وكأنه لم يكن. والغير هنا ليس فئة واحدة وثابتة في كلّ حالة من حالات عدم النفاذ، وإنّما تختلف تبعاً لكل حالة، فالقانون قد أخضع نفاذ العقد بقيود منها ما يتعلّق بمضمون العقد وأخرى تتعلّق بمظهره.

ثانياً: عدم النفاذ بالنسبة لمضمون العقد

قد تنصرف الإرادة إلى الاستفادة من نفاذ العقد للإضرار بالغير؛ ويتمّ ذلك إمّا بإبرام عقد حقيقي قائم على نية الإضرار بالغير، أو أنّ يكون بإخفاء الحقيقة عن طريق إبرام عقدين أحدهما حقيقي لا يعلمه الغير وعقد آخر ظاهري يعلمه الغير⁽²⁾، وبذلك فإن من يتضرر من هذه العقود نتيجة الغش أو إخفاء الحقيقة له حقّ إقامة دعوى أمام القضاء يطالب فيها بعدم نفاذ العقد تجاهه، ومن ثمّ ادعاء الغير بعدم النفاذ قد يقرّر هنا لمصلحة من تضرر من الغير⁽³⁾.

ولغرض بيان ذلك سوف نتناول عدم سريان العقود الحقيقية (1)، ثمّ نتناول عدم السريان بالنسبة لزوج العقد بين الظاهر والحقيقة (صورة العقد) (2)، كالاتي:

1- عدم نفاذ العقود الحقيقية

إنّ إرادة المتعاقدين من حيث الأصل حرّة في إبرام العقود فيما لو كانت حقيقية وغير مخالفة للنظام العام، فتسري في مواجهة الكافة، ولكن نفاذ العقود قد يؤدّي أحياناً إلى الإضرار بالغير (الدائن العادي)، فالدين لا يمنع المدين من إبرام العقود والقيام بجميع التصرفات التي تؤدي إلى تقوية الضمان العامّ للوفاء بالديون⁽⁴⁾.

(1) - السنهوري عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، ج. 4، المرجع السابق، ص. 69.

(2) - الحراحشة محمّد، المرجع السابق، ص. 63.

(3) - الزيايدي نبراس ظاهر جابر، حقوق الغير المقترنة بالعقد، المرجع السابق، ص. 177.

(4) - الحراحشة محمّد، المرجع السابق، ص. 63 - 64.

غير أنّ هذا المدين قد يتصرّف بتصرّفات يقصد بها إضعاف الضمان العامّ بنية الإضرار بالدائن، فهنا للدائنين - في حالة لو ثبت نيّة الإضرار - أنّ يطعنوا بتصرّفات مدينهم بدعوى عدم نفاذ التصرّفات ليحصلوا بالنهاية على عدم نفاذ هذا التصرّف في حقهم⁽¹⁾، وهذا ما يستفاد من نصّ المادة 191 من (ق.م.ج) التي نصّت على أنه: «لكل دائن حل دينه، وصدر من مدينه تصرّف ضار به أنّ يطلب عدم نفاذ هذا التصرّف في حقه، إذا كان التصرّف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتّب عسر المدين أو الزيادة في عسره، وذلك متى توافر أحد الشّروط المنصوص عليها في المادة التّالية»، فهذه المادة جعلت أثر العقد نافذاً بين أطرافه، وغير نافذ تجاه الغير.

ومن التطبيقات القضائية لدعوى عدم النفاذ ما قضت به المحكمة العليا في أحد قراراتها على أنّه: "لا يترتّب عن الدّعوى البوليصرية (عدم نفاذ تصرّفات المدين) إبطال التصرّف. يستوجب النقص، القرار الذي لا يفرّق بين آثار عدم نفاذ التصرّف وبين إبطاله"⁽²⁾.

ويعدّ حسن النيّة من شروط نفاذ التصرّف في حقّ الغير، فعندما يتصرّف المدين تصرّفاً يقصد به الإضرار بالدائن فإنّ النفاذ يفقد شرط من شروطه وبالتالي لا يسري التصرّف في حقه، بحيث يمكن للدائن أنّ يتعامل مع ذمّة المدين الماليّة كما لو لم يحدث فيها تغيير⁽³⁾، وأنّ الدائن لا يمكن أنّ يطعن إلّا في الأعمال الضارة به، أي الأعمال التي تجعل طرق التنفيذ الواجب ممارستها صعبة، كالغش الذي يعتبر من الأسباب الرئيسيّة التي تؤدي إلى عدم نفاذ

(1) - السّنهوري عبد الرزاق، مصادر الحقّ في الفقه الإسلامي، (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، ج. 5. ص. 16 وما بعدها. يوسف فتيحة، دعوى عدم نفاذ تصرّف المدين "الدّعوى البوليصرية"، في القانون المدني الجزائري المقارن، رسالة ماجستير، تخصص: عقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإداريّة، جامعة الجزائر، 1986. ص. 04.

(2) - الغرفة المدنيّة للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 2009/11/22، ملف رقم 459015، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، لسنة 2009، ص. 147.

(3) - الحراشّة محمّد، المرجع السّابق، ص. 64.

التصرف⁽¹⁾، وتطبيقاً لذلك فقد قضي أن: "رفض دعوى الطّاعن الرّامية إلى القضاء بعدم نفاذ التصرفين، المتضمنين الهبتين المتنازع حولهما في حقّه باعتباره دائئاً، يعدّ خرقاً لأحكام المادتين 191 و192 من (ق.م.ج)، اللتان تجعلان كلّ تصرف يضرّ بمصالح الدّائن مرفوضاً"⁽²⁾.
كما أنّ الحكم بعدم النّفاذ وفق القانون المدني الجزائري يستفيد منه جميع الدّائنين ولا يقتصر على رافع الدّعى إذ تنص المادة 194 من (ق.م.ج) على أنّه: «متى تقرّر عدم معارضة التصرف للدّائن استفاد من ذلك جميع الدّائنين الذين صدر هذا التصرف إجحافاً بحقهم».

2- عدم النّفاذ بالنّسبة لازدواج العقد بين الظّاهر والحقيّة (صوريّة العقد).

قد يبرم شخص ما تصرفاً قانونياً مع آخر ويعمد إلى إخفاء حقيقته بإبرام تصرف آخر صوري ظاهر، فنكون أمام عقدين أحدهما حقيقي مستتر والآخر صوري ظاهر يعتقد الغير بحقيقته، وهو ما يطلق عليه بالصوريّة النسبيّة، بخلاف الصوريّة المطلقة التي يبرم فيها عقد صوري ظاهر في حين ليس بين المتعاقدين ثمة تصرف يراد إخفاؤه⁽³⁾، فالصوريّة إذن هي عملية قانونية ظاهرية تختلف عن المركز القانوني الحقيقي للمتعاقدين⁽⁴⁾.

(1)- بدوي حلمي بهجت، المرجع السابق، ص. 330. يوسف فتيحة، المرجع السابق، ص. 161.

(2)- الغرفة المدنية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 2002/02/06، ملف رقم 254083، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، لسنة 2003، ص. 183.

(3)- السنهوري عبد الرزاق، نظريّة العقد، ج. 2، المرجع السابق، ص. 828.

(4)- الدّنون حسن علي، المرجع السابق، ص. 141.

وأيا كان الأمر فإن العلاقة بين المتعاقدين مع بعضهما البعض يحكمها العقد الحقيقي وليس الصوري باعتباره يمثل الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، فالعقد الصوري ما تم إخفاؤه إلا لإخفاء العقد الحقيقي⁽¹⁾، وهذا يتفق مع ما تقضي به المادة 199 من (ق.م.ج) على أن: "إذا أخفى المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين، والخلف العام هو العقد الحقيقي».

إنّ ما يعنينا هنا هو أنّ الغير - الذي لا يعلم بالصوريّة - يتعامل مع كلا المتعاقدين على أساس العقد الصوري الظاهر، دون علم بالعقد الحقيقي. بل وقد يتعامل الغير مع الأطراف على أساس العقد الحقيقي وهو لا يعلم بالصوريّة⁽²⁾.

وينبغي ابتداء تحديد مفهوم الغير الذي يحق له الطعن بصوريّة العقد والتمسك به، وفقا للطريق الذي يمثل الحماية المقرّرة بالنسبة له⁽³⁾، إذ ليس كلّ أجنبي عن العقد يمكن حمايته، فمفهوم الغير يختلف من حالة إلى أخرى ومن وضع إلى آخر، لذلك سعى الفقه إلى وضع معيار عام لتحديد الغير بالنسبة لصوريّة العقد بهذا الشأن، ويرى الفقيه المصري عبد الرزاق السنهوري بأنه يجب إعمال معيار حسن النية والاعتقاد بصحة الوضع الظاهر والاطمئنان إليه بهذا الصدد، إذ يقول بأن: (الوضع القانوني في الصوريّة يكون أساسا في تحديد معنى "الغير" يتلخص في وجوب حماية كلّ من اعتمد على العقد الصوري واطمأن إليه، معتقدا بحسن نية أنّه

(1) - راجع في ذلك: فودة عبد الحكيم، المرجع السابق، ص. 75. وأيضا الزيايدي نيراس ظاهر جبر، حقوق الغير المقترنة بالعقد، المرجع السابق، ص. 180، حيث يقول أن: (الثابت أنّ العقد الصوري معدوم الأثر بين طرفيه لأنه أساسا لا وجود له بينهما سواء تم الطعن بالصوريّة أم لم يتم طالما أنّ الإرادة لم تتصرف إليه، فالطرفان يؤاخذان بما قصدا التّعاقّد عليه فعلا لا بما تواضعا على إظهاره للناس).

(2) - الصديقي علي فيصل علي، المرجع السابق، ص. 13.

(3) - تعدّ حماية الغير حسن النية في إطار الصوريّة من أبرز مظاهر الحماية وأكثرها وقوعا في الحياة العملية بسبب كثرة اللجوء إلى التصرفات الصوريّة. راجع في ذلك: المجالي حسان، حماية الغير حسن النية في القانون المدني الأردني، "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة آل البيت، الأردن، 2003. ص.

عقد حقيقي فبنى عليه تعامله⁽¹⁾.

بينما ذهب اتجاه آخر إلى أن الغير بالنسبة للصورية هو (كل من لم يكن طرفاً في العقد الصوري ولا ممثلاً فيه، وبنى بحسن نية تعامله مع المتصرف إليه بالعقد الصوري على أساس أن هذا العقد حقيقي)⁽²⁾. ويذهب آخرون إلى تحديد الغير في الصورية على فكرة استقرار المعاملات القانونية ووجوب حماية الذين اعتمدوا - بحسن نية - على تصرف - وإن كان كاذباً - كله أو في جزء منه - بجميع مظاهر تصرف صحيح، وجروا في تعاملهم، على أساسه⁽³⁾.

بالرجوع إلى نصوص القانون المدني الجزائري نجد أن المادة حددت أشخاص الغير في الدائنين والخلف الخاص، 198 من (ق.م.ج) على أن: «إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري».

فالأصل أن العقد المستتر باعتباره العقد الذي له وجود قانوني، يسري على الغير نافذاً في حقه، وإن كان هذا الأخير يجهله معتقداً بجديّة العقد الظاهر⁽⁴⁾، إلا أن هذا الأصل لا يؤخذ على إطلاقه، فلا بدّ من حماية الدائن والخلف الخاص في تعامله مع المتعاقدين، إذ متى تعامل شخص مع المتصرف إليه في العقد الصوري باعتباره عقداً حقيقياً فإنّ المنطق والقانون يقتضيان حمايته من نفاذ العقد في مواجهته، وبالتالي له التمسك بهذا العقد بمواجهة المتعاقدين - بشرط أن يكون حسن النية⁽⁵⁾ - وبالتالي يعدّ في هذه الحالة متمسكاً بعقد صوري خلاف الإرادة

(1) - السنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، ج.2، المرجع السابق، ص. 832.

(2) - خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 189. وانظر في نفس المعنى: الصديقي علي فيصل علي، المرجع السابق، ص. 14.

(3) - فودة عبد الحكيم، المرجع السابق، ص. 76.

(4) - السنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، ج.2، المرجع السابق، ص. 838.

(5) - السنهوري عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، ج. 4، المرجع السابق، ص. 69.

الحقيقية للمتعاقدين والتي يجب أن تكون نافذة تسري بحقهما وبحق الغير من حيث المبدأ⁽¹⁾. إذ أن الدائن والخلف الخاص في هذه الحالة لا يطلبان من القضاء الحماية من الأثر الملزم للعقد الحقيقي، إذ أنه ما محميان بموجب «مبدأ نسبية أثر العقد»، ولكنهما يطلبان الحماية من حجبه ونفاذه في مواجهتهما⁽²⁾.

أما المادة 1201 من القانون المدني الفرنسي المعدل فقد اعتبرت أنه: "إذا أبرم المتعاقدان عقداً صورياً يخفي عقداً مستتراً، هذا الأخير يسمى "ورقة الضد"، وينتج آثاره بين المتعاقدين؛ وهو لا يسري على الغير، علماً أن الغير يستطيع التمسك به"⁽³⁾. فهذا النص يتفق مع موقف المشرع الجزائري في أن العقد المستتر هو الذي ينتج آثاره بين المتعاقدين وكذا في إقراره للحماية القانونية للغير من صورية العقد حيث أن العقد المستتر لا يسري على الغير.

لكنهما يختلفان في أن القانون المدني الفرنسي يسمح للغير (على إطلاقه) بالتمسك بالعقد المستتر؛ أما بحسب القانون المدني الجزائري فيستطيع "دائنو المتعاقدين والخلف الخاص" حصراً إذا كانوا حسني النية التمسك بالعقد الصوري فقط دون العقد المستتر. وبرأينا من الأفضل أن يعطى للغير (أياً كان) الحق في التمسك بالعقد المستتر أو بالعقد الصوري، ولا داعي لقصر ذلك على دائني المتعاقدين والخلف الخاص، بل للغير على إطلاقه مثلما فعل المشرع الفرنسي؛ وذلك لإضفاء حماية أشمل للغير عن مثل هذه العقود.

(1) - لم تعط بعض التشريعات المدنية "الغير" حق الخيار بين العقد الصوري والعقد المستتر، وجاء موقفها في ذلك متفاوتاً؛ حيث قضت بعض التشريعات المدنية كالقانون الجزائري بسريان العقد الظاهر في حق الغير ونفاذه في حق المتعاقدين ومن خلفهما، في حين لم تعط بعض التشريعات كالتشريع الألماني هذا الحق للغير فقضي بإعمال الإرادة الحقيقية للمتعاقدين سواء في العلاقة فيما بين المتعاقدين أو فيما بينهم وبين الغير. انظر: المجالي حسان، المرجع السابق، ص. 206 - 207.

(2) - الصديقي علي فيصل علي، المرجع السابق، ص. 15.

(3) - L'article 1201 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du code de procédure civile français, op. cit., dispose que: «Lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussi contre-lettre, produit effet entre les parties. Ils n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir».

مما تقدم يتضح أنّ الغير بالنسبة للصوريّة محمي من أثر العقد بموجب مبدأ النسبيّة ومحمي من حجّية العقد بموجب الوضع الظاهر، ومن ثمّ يتوقّف الجزاء الذي يلحق بالعقد الحقيقي عند حدّ عدم نفاذه في مواجهة الغير.

ثالثاً: عدم النفاذ بالنسبة لمظهر العقد

إنّ المقصود بمظهر العقد، هو أنّ العقد يجب أن يتّخذ مظهراً خارجياً مناسباً حتّى يمكن للغير أنّ يتعامل معه دون تردد أو خشية من التلاعب بهذا المظهر، بما يحول دون أنتكون فكرة النفاذ وسيلة لترجيح كفة المتلاعب بمظهر العقد⁽¹⁾، فالمال قد يرد عليه أكثر من تصرف بحيث أنّ التصرف اللاحق يتعارض مع التصرف السابق ففي هذه الحالة يتمّ الترجيح وفق الأسبقية وتطبيقاً لقاعدة النفاذ⁽²⁾.

إن عدم النفاذ لمظهر التصرف نلاحظه وفق حالتين؛ الأولى بالنسبة لثبوت التاريخ، والثانية بالنسبة للشهر والشكل، وهذا ما سنبيّنه كالاتي:

1- عدم النفاذ بالنسبة لثبوت تاريخ العقد

إن العقد قد يكون واقعة مادية فهو بذلك يعد حجة على الكافة ويجب على الغير احترامه وعدم الإتيان بتصرفات تعيق تنفيذ المتعاقد لالتزامه⁽³⁾، وهذه الحجية لا تتحقق إلا إذا كان للعقد تاريخ ثابت وبخلاف ذلك فإن هذا التصرف لا ينفذ تجاه الغير⁽⁴⁾؛ لأنّ قاعدة ثبوت التاريخ تعدّ من القواعد الأساسية التي تنظم فكرة نفاذ العقد، فالتصرفات التي لا تكون ثابتة التاريخ لا تكون

(1)- الزيايدي نبراس ظاهر جبر، حقوق الغير المقترنة بالعقد، المرجع السابق، ص. 168.

(2)- الحراشنة محمّد، المرجع السابق، ص. 100.

(3)- محمّد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص. 24.

(4)- خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 201. وكذلك الصديقي علي فيصل علي، المرجع السابق،

ص. 16.

نافذة في مواجهة الغير⁽¹⁾، فالعقد يُرتبب من حيث نفاذه بمسألة من مسائل الإثبات وهي أنه يشترط لكي يكون السند العادي حجة على الغير أن يكون ثابت التاريخ⁽²⁾.
وتطبيقاً لذلك فقد قضت المحكمة العليا بأن: "العقد العرفي حجة بين طرفيه من حيث موضوعه وتاريخه ولا يحتج به على الغير إلا إذا كان ثابت التاريخ"⁽³⁾.
وبناءً على ما تقدّم فنحن نطرح التساؤل حول الأشخاص الذين يمكن اعتبارهم من الغير، ومن ثم إمكانية استفادتهم من ميزة عدم نفاذ العقد بالنسبة إلى عدم ثبوت تاريخه؟
إن تحديد الغير بالنسبة لثبوت التاريخ أمر مختلف عليه، بيد أنه كَلَمَن كان طرفاً في السند العادي لا يعد من الغير، ويدخل في حكم الطرف ورثة المتعاقد وكل خلف عام كالموصى لهم بحصة شائعة من التركة والدائن العادي الذي ليس له إلا حق الضمان العام على أموال المدين، إذ أنه يتأثر بتصرفات المدين بصرف النظر عن تاريخها سواء كانت سابقة أم تالية على ثبوت حقه⁽⁴⁾.

أمّا الغير في مجال نفاذ العقد أم عدم نفاذه بسبب تاريخ العقد، هم الأشخاص الذين يسعى المشرع عن طريق قواعد عامة إلى حمايتهم من نفاذ العقد في حقهم⁽⁵⁾، فالغير في ثبوت

(1) - الشباني حيدر عواد، المرجع السابق، ص. 46. الزيايدي نبراس ظاهر جبر، حقوق الغير المقترنة بالعقد، المرجع السابق، ص. 174.

(2) - انظر خاطر صبري حمد، ص. 202. وانظر نصّ المادة 328 من (ق.م.ج) التي نصّت على أن: «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، غير أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف، رفض تطبيق هذه الأحكام فيما يتعلّق بالمخالصة».

(3) - الغرفة المدنية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 20/05/2009، ملف رقم 483177، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، لسنة 2009، ص. 154.

(4) - خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 204.

(5) - الحراشنة محمّد، المرجع السابق، ص. 101.

التأريخ هو الخلف الخاص ومن في حكمه من الدائنين⁽¹⁾، فالخلف الخاص قد يتعرض إلى أن يقوم سلفه بالتصرف بالحق ذاته الذي تلقاه عنه، غير أن التصرف الذي جاء بعد ذلك لا يسري في مواجهة الخلف الخاص عملاً بقاعدة الأسبقية⁽²⁾.

أما بالنسبة للدائنين، فقد يكون لحجية العقد الثابت التأريخ مجالاً بالنسبة لبعض الدائنين، غير أن المقصود هنا ليس الدائن العادي، إذ أنه لا يعد من الدائنين المعنيين بعدم نفاذ التصرف في حالة عدم ثبوت التأريخ⁽³⁾، فالعقد الذي يبرمه المدين يسري على الدائن العادي من حيث أنه ينقص أو يزيد من ضمانه العام وإن كان تالياً على ثبوت حقه، ومن ثم فإن الدائن العادي لا يعد من الغير بالنسبة لثبوت تاريخ العقد كما قلنا سابقاً⁽⁴⁾.

ومما لا شك فيه لا نتناول كل من لا يسري في مواجهته العقد نتيجة لثبوت تاريخ هذا العقد، بل نقصر على الأشخاص الذين لهم حقوقاً تتزاحم على محل واحد، كالغير الذي يحميه شرط ثبوت التأريخ في الرهن الحيازي عندما يكون المال المرهون منقولاً مادياً فهذا الغير الذي يحميه شرط ثبوت التأريخ هو ذات الغير الذي يحميه إجراء التسجيل في حالة الرهن التأميني وهو كل من يضار من ميزتي التقدم والتتبع⁽⁵⁾.

والذي يتطلع إلى النصوص التشريعية في القانون المدني يجد أنها جعلت من ثبوت التأريخ شرطاً لسريان عقد الرهن في حق الرهن في حق الغير وذلك في الأحوال التي يكون فيها المال المرهون منقولاً مادياً، إذ اشترطت أن يثبت الرهن في ورقة ثابتة التأريخ يبين فيها الدين

(1) - السنهوري عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، ج. 4، المرجع

السابق، ص. 69. حليني ربيعة، المرجع السابق، ص. 234.

(2) - علي فيصل على الصديقي، المرجع السابق، ص. 18.

(3) - خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 207.

(4) - خاطر صبري حمد، المرجع نفسه، ص. 207.

(5) - الزيايدي نيراس ظاهر جابر، حقوق الغير المقترنة بالعقد، المرجع السابق، ص. 174. محمدي سليمان،

المرجع السابق، ص. 240.

المضمون والمال المرهون بيانا كافيا⁽¹⁾، ففي هذه الحالة لا يسري حق الدائن المرتهن المتقدم في مواجهة الدائن المرتهن المتأخر إذا لم يكن الأول ثابت التاريخ، فثبوت التاريخ هو الذي يحدد مرتبة الرهن⁽²⁾. وفي عقد الإيجار أيضاً فإن هذا العقد لا يكون نافذاً في مواجهة المشتري إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي ترتب عليه انتقال ملكية العين المؤجرة⁽³⁾.

2- عدم النفاذ بالنسبة للشهر والشكل

يقصد بالشهر أو (الإشهار) بأنه عبارة عن وسيلة قانونية لتحقيق علم الغير بوجود التصرف القانوني فهو وسيلة لازمة لضمان استقرار التعامل⁽⁴⁾، وقد وجد الشهر لحماية الغير من التصرفات التي تطرأ على ذات العين المباعة كما لو باع مالك العقار عقاره إلى شخص ومن ثم باعه إلى شخص آخر، فالإشهار هنا وجد لحماية المشتري⁽⁵⁾، وعدم شهر بعض التصرفات العقارية يؤدي إلى عدم جواز الاحتجاج بها في مواجهة الغير⁽⁶⁾.

إن العقود التي ترتب أثراً قانونياً وترد بدورها على عقار قد أولاهها المشرع الجزائري أحكاماً خاصة من حيث آثارها حسب طبيعتها، إذ جعل التسجيل أو الشهر أو القيد من

(1) - انظر نص المادة 669 من (ق.م.ج) التي نصت على أن: «يشترط لنفاذ رهن المنقول في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة إلى الدائن، أن يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بيانا كافياً، ويحدد هذا التاريخ مرتبة الدائن المرتهن».

(2) - الصديقي علي فيصل علي، المرجع السابق، ص. 18.

(3) - ورد شرط التاريخ الثابت في بخصوص عقد الإيجار في نص المادة 467 مكرر (ق.م.ج): «ينعقد الإيجار كتابة ويكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلاً»، كما تنص المادة 469 مكرر 3 (ق.م.ج) على أنه: «إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة إرادياً أو جبراً يكون الإيجار نافذاً في حق من انتقلت إليه الملكية»، ويفهم من ذلك أن التصرف في العين المؤجرة (كالبيع مثلاً) لا ينفذ في حق المستأجر (الغير بالنسبة للتصرف) ولا يؤثر فيه.

(4) - الحراشنة محمد، المرجع السابق، ص. 118.

(5) - يذكر أن التسجيل والإشهار يجد أصله في القانون الروماني الذي اعتمد على الشكليات نوعاً ما. انظر في تفصيل ذلك لدى: الصديقي علي فيصل علي، المرجع السابق، ص. 20.

(6) - خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 213.

الإجراءات المهمة الجوهرية من أجل أن ترتب هذه العقود آثارها بشكل كامل في مواجهة الغير (1).

وقد عدت الشكلية ركناً في العقود الواقعة على عقار، فألزم أن تسجل التصرفات الواردة على عقار في دائرة التسجيل العقاري وبخلافه تكون العقود باطلة، إذ نصت المادة 793 من ق.م.ج على أن: «لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار». ونص أيضاً في المادة 165 من نفس القانون على أن: «الالتزام بنقل الملكية، أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري».

(1) - محمدي سليمان، المرجع السابق، ص. 168 وما بعدها.

وهو ما يؤكد بموجب الأمر 74/75 المتعلق بإعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري، المرجع السابق، حينما نص على أن كل حق ملكية، وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا يكون له أثر بالنسبة للأطراف، ولا في مواجهة الغير إلا من تاريخ الإشهار في مجموعة البطاقات العقارية، وكذلك أن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني عقاري لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة بطاقات عقارية.

فالمشرع الجزائري قد جعل بيع العقار عقداً شكلياً لا ينعقد ما لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري، فالتسجيل يعد ركناً من أركان العقد لا ينعقد إلا به، إذ يتضح من النصوص القانونية السابقة الذكر بأن ميزة عدم النفاذ بالنسبة إلى عدم تسجيل العقد في دائرة التسجيل العقاري ليس لها أثر يذكر⁽¹⁾؛ لأنّ المشرع الجزائري قد اشترط الشكلية ركناً لانعقاد العقد فعند عدم تسجيل المشتري لعقد البيع مثلاً في المحافظة العقارية فإن هذا العقد يعد باطلاً ولا يُرتب أثراً لا بين المتعاقدين ولا في مواجهة الغير، فالعقد غير المسجل لا يمكن أن يحتج به على دائن البائع⁽²⁾. ومن ثمّ فلا يبقى مجالاً للحديث عن عدم النفاذ في مثل هذه التصرفات.

إن الذي يتبين لنا من خلال ما ذكرناه من تطبيقات لعدم النفاذ أنّها تتجلى في أنّ العقد يبقى صحيحاً وناظراً بين أطرافه، بينما للشخص الذي لا يسري هذا العقد في حقه أن يتجاهل وجوده، فمما لا شك فيه أنّ آثار العقد الخارجية تستقل عن آثاره الداخلية، وبعبارة أخرى أنّ فكرة النفاذ تستقل عن فكرة الأثر الملزم للعقد، فالعقد يبقى صحيحاً من حيث التكوين والآثار، ولكن لمن تضرر منه أن لا يعترف بوجوده متى ما كان له سند قانوني في ذلك، كما لو كان حقا مقترناً بعقد، فالتصرف حينئذ يفتقر إلى مستلزمات نفاذه أو حجيته⁽³⁾.

(1) - يلاحظ في ضوء ما تقدم من نصوص أنّ المشرع الجزائري لم يأخذ بجزء عدم النفاذ بالنسبة إلى هذا النوع من التصرفات لأنه يعتبر كلّ تصرف مرتب لحق من الحقوق العينية الأصلية والتبعية أو نقله أو تغييره أو زواله إذا حصل خارج دائرة التسجيل العقاري يكون باطلاً. وهذا البطلان المقرّر في القانون بسبب تخلف الشكل أمر يؤدي إلى عدم القول بوجود أشخاص يمكن وصفهم بالغير وهذا ما يقضي به منطوق البطلان الذي يعني أنّ العقد منعدم الأثر ولا وجود له من حيث المبدأ، فلا يوجد "غير" في العقد الباطل؛ لأنه عقد ليس له وجود قانوني يدفع بنا إلى البحث عن هم أطرافه أو أعياره وفقاً لما تقضي به القواعد العامة.

(2) - خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 219.

(3) - الزيايدي نبراس ظاهر جبر، حقوق الغير المقترنة بالعقد، المرجع السابق، ص. 176.

لقد حاولنا من خلال دراستنا في هذا الباب الأول من البحث تحديد ماهية «مبدأ نسبية أثر العقد» وكذا المجال الذي يشملها، وقد مكنتنا دراسته من الخروج بمجموعة من الخلاصات والنتائج لعلّ أبرزها:

أنّ لقاعدة «نسبية أثر العقد» أهمية بالغة في حكم آثار العقد وحماية الطرف والغير على حد سواء تجاه تلك الآثار، أي ما يُرتبّه العقد من حقوق والتزامات، وكونها سندا مهما لضمان الحرية التعاقدية، فلا مجال لإنكار كلّ ذلك والتخلي عن هذه القاعدة.

توصلنا إلى أنّ نطاق مبدأ نسبية أثر العقد يتحدّد بأطرافه، فتتصرف آثاره إليهما دون أن تتعداهما -كقاعدة عامة - إلى الغير، كما أنّ هذه الآثار العقد قد تتصرف إلى من يخلفون المتعاقد في ذمته المالية كلها أو في جزء شائع منها وهؤلاء هم الخلف العام، أو قد يخلفونه في عين معينة أو في شيء معين وهؤلاء هم الخلف الخاص، أو لأنهم يتأثرون بطريق غير مباشر بتصرّف مدينهم وهؤلاء هم الدائنون العاديون.

توصلنا إلى أنّ الأصل في العقود والتصرفات وفقا لمبدأ نسبية أثر العقود أنها لا تولد آثارها إلا في دائرة أطرافه وحدهم فمن لم ترتض إرادته انصراف هذا الأثر إليه يظل بمنأى عن هذا الأثر فلا يستفيد ولا يتضرر من العقد وفي إطار الآثار المباشرة لهذا الأخير اللهم إذا خرجنا من نطاق نظرية التصرف القانوني إلى نطاق الواقعة القانونية، وفي إطار الآثار الغير المباشرة للعقد، ويفيد ذلك بأنه وعلى اعتبار أن العقد واقعة قانونية يمكن أن تنشأ عنه آثار غير مباشرة قد تمس الغير بفائدة أو تلقي على كاهله بالتزام وهذا أمر يتعلق بحجية العقد أو عدم حجبيته.

الباب الثاني

التطبيقات العملية على مبدأ نسبية أثر

العقد والاستثناءات الواردة عليه في

القانون المدني الجزائري

الباب الثاني

التطبيقات العملية على مبدأ نسبية أثر العقد والاستثناءات الواردة

عليه في القانون المدني الجزائري

إذا كان الأصل في العقود أنّها لا تلزم إلا أطرافها، وهو ما عبّر عنه المشرّع في المادة 108 (ق.م.ج) التي جاء فيها: «ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العامّ من دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نصّ القانون أنّ هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام».

وإذا كانت هذه الحقوق والالتزامات لا تلزم إلا من كان طرفا فيها، فهي لا تضرّ الغير ولا تنفعهم وهو ما يؤكده المشرّع في المادة 113 (ق.م.ج) التي تنصّ على أنّ: «لا يُرتّب العقد التزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا». وهو ما أورده أيضاً المشرّع في العديد من نصوص القانون المدني المخصصة للعقود المسماة، وما أكّده أحكام وقرارات القضاء في العديد من القضايا التي تعتبر تطبيقات لـ «مبدأ نسبية أثر العقد»، يمكن أن نستدل من خلالها أنّ المشرّع الجزائري يسلم بهذا المبدأ كحقيقة ثابتة لا تحتاج إلى نص، وأن هذه التطبيقات ما هي إلا تطبيق لمبدأ عام يسري على العقود المسماة وغير المسماة.

إذا كان هذا هو الأصل العامّ في القانون الجزائري من قسور آثار العقد على أطرافه وعدم انصرافها إلى الغير، فإنه ترد عليه بعض الاستثناءات؛ لأن التمسك بهذا المبدأ على إطلاقه من شأنه أن يؤدي إلى نتائج محجفة وغير منطقية، لذا فقد وضع المشرّع الجزائري بعض الحالات الاستثنائية التي تمثل خروجاً عن مبدأ النسبية لاعتبارات العدالة واستقرار المعاملات، وسمح لآثار العقد أن تنصرف إلى الغير الأجنبي عنه وتسري بحقه.

إن مثل هذه الأفكار لا يمكن أن تتضح إلا بالانتقال إلى الميدان التطبيقي، لذلك سيتمّ التعرض فيما يلي إلى أهم التطبيقات العملية لـ «مبدأ نسبية أثر العقد» في (الفصل الأول)، ثمّ سنتعرض إلى الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ في (الفصل الثاني).

الفصل الأول

التطبيقات العملية على مبدأ نسبية أثر
العقد في القانون المدني الجزائري

الفصل الأول

التطبيقات العملية على مبدأ نسبية أثر العقد في القانون المدني الجزائري

الأصل وطبقاً لمبدأ «نسبية أثر العقد» في القانون المدني الجزائري أن العقد لا يُرتب التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا كما درسنا سابقاً. وحتى يتضح وصف هذا المبدأ أكثر يجب التطرق له من الناحية التطبيقية لنرى كيف يقتصر أثر العقد على طرفيه، وكيف يظل الغير بموجب هذا المبدأ بعيداً كل البعد عن آثار العقد.

ولا ندعي بذلك أننا سنضع أمام القارئ جميع التطبيقات العملية التي يظهر فيها «مبدأ نسبية أثر العقد»، فهذا يقودنا إلى ضربٍ من البحث لا نهاية له، إنما الغاية أن نعرض أبرز التطبيقات العملية في العقود والتي تقتصر فيها آثار العقد على المتعاقدين، ويظهر فيها أن الغير يظل محتفظاً بمركزه البعيد عن العقد. وهذا ما نعرضه من خلال جانبين: جانب العلاقة العقدية التي لا تتجاوز طرفيها في (المبحث الأول)، حيث تظهر في التطبيق علاقات مختلفة بينها، تنصرف آثارها للمتعاقدين ويحتفظ الغير بوصفه أجنبياً عن العقد، مثلما يبدو في الإنابة في التعاقد، التعهد عن الغير، الفضالة، العقود المتعاقبة، بيع ملك الغير، عقد الإيجار من الباطن، عقد الصلح، عقد إعادة التأمين.

ثم جانب المسؤولية العقدية، حيث أورد القانون المدني الجزائري نصوصاً تشريعية عديدة تمثل حالات تطبيقية لمسؤولية المدين التعاقدية عن فعل أو خطأ الغير الذي أوكل إليه هذا المدين تنفيذ الالتزامات التي تحملها بموجب العقد؛ ووفق ما تقضي به هذه النصوص فإن المدين هو من يتحمل عبء المساءلة المدنية في مواجهة الدائن عن أفعال هؤلاء الأتباع والأعوان بموجب المسؤولية عن فعل الغير.

على ضوء ما تقدّم سنخصّص (المبحث الأول) من هذا الفصل لدراسة التطبيقات العملية على مبدأ نسبية أثر العقد في جانب العلاقة العقدية، في حين نخصص (المبحث الثاني) لدراسة التطبيقات العملية على مبدأ نسبية أثر العقد في جانب المسؤولية العقدية.

المبحث الأول

التطبيقات العملية على «مبدأ نسبية أثر العقد» في جانب العلاقة العقدية

إنّ مبدأ نسبية آثار العقد يجد تطبيقاته في العديد من القضايا العملية في جانب العلاقات التعاقدية، خاصة وأنّ هذا المبدأ يجسّد القاعدة العامة في القانون في انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين وعدم تأثر "الغير" به.

ولكثره هذه القضايا فإننا نعرض بعضاً منها مع تمييز أطراف العقد عن غيرهم وتوضيح الأشخاص الذين تتسحب عليهم آثار العقد بصورة جلية. فاخترنا لذلك أنّ ندرس؛ الإنابة في التعاقد في (المطلب الأول)، التعهّد عن الغير في (المطلب الثاني)، الفضالة في (المطلب الثالث)، البيوع المتعاقبة في (المطلب الرابع)، بيع ملك الغير في (المطلب الخامس)، عقد الصّح في (المطلب السادس)، عقد الإيجار من الباطن في (المطلب السابع)، وأخيراً عقد إعادة التّأمين في (المطلب الثامن).

المطلب الأول

الإنابة في التعاقد كتطبيق لـ «مبدأ نسبية أثر العقد»

تحدثنا في الباب الأول من هذا البحث عن القاعدة العامة، وهي أن يشارك الشّخص بنفسه في إبرام العقد أو التصرف القانوني ويعبّر في نفس الوقت عن إرادته بالالتزام بالآثار الناتجة، وهذا الشّخص يعد طرفاً في العقد بإجماع الفقه والقضاء دون خلاف، ويسمى هذا الشّخص "طرفاً بالمفهوم الموضوعي".

وإذا كانت الحالة السابقة هي الأصل، إلّا أنّه في كثير من الأحيان يقوم الشّخص بالظهور على مسرح التعاقد ويشارك في إبرام العقد دون أنّ تتصرف إليه آثاره وهذا الشّخص يعد «نائباً» أو "طرفاً بالمفهوم الشكلي" (أي مجرد عاقد)، ولا يعد طرفاً بالمعنى الموضوعي؛ لأنّ دوره يقتصر على إبرام العقد فقط، لذلك لا يكتسب النائب حقوقاً من العقد ولا يتحمّل بالتزامات، فهو من الغير بالنسبة للعقد.

ولتوضيح ذلك نتعرض لمفهوم الإنابة في التعاقد (الفرع الأول)، ثم لمدى اعتبار الإنابة في التعاقد تطبيقاً لمبدأ نسبية العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم الإنابة في التعاقد

أولاً: المقصود بالإنابة في التعاقد.

سبق أن أوضحنا أن الأصل في عملية التعاقد أن يباشرها نفس الشخص الذي تتصرف إليه آثاره في محيطه القانوني، إلا أنه قد تحول الظروف دون قيام الشخص بإبرام بعض التصرفات القانونية بنفسه فيحلّ شخص آخر محلّه في إبرام هذه العقود نيابة عنه. ويعرّف الفقه القانوني⁽¹⁾ الإنابة في التعاقد على أنها: "قيام شخص يسمى النائب بإبرام تصرف قانوني باسم شخص آخر ولحسابه يسمى الأصيل، بحيث ينتج التصرف آثاره في ذمّة هذا الأخير". وقد جاء في قرار للمحكمة العليا أن: "الوكالة أو الإنابة، هي عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصاً آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه"⁽²⁾.

وتعدّ الإنابة من الأنظمة التي تطلّبتها مقتضيات الحياة العملية ومقتضيات التعامل في الوقت الحاضر ودفعت التشريعات إلى التدخل لإقرارها وتنظيمها، وهي صورة حديثة نسبياً من صور الفن القانوني؛ إذ لم تعرفها القوانين القديمة ولم يعترف بها القانون الروماني إلا في حدود ضيقة؛ ذلك أن الشكلية كانت هي الأصل - كما هو معلوم - في تلك القوانين، وبالتالي لم يكن مسموحاً للشخص أن يكون دائناً أو مديناً إلا إذا اتبع الشكلية التي يتطلبها القانون⁽³⁾.

(1) - بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص. 154. عبد الفتاح عبد

الباقي، نظرية العقد، ج. 1، المرجع السابق، ص. 217. الجمال مصطفى، المرجع السابق، ص. 241.

(2) - غرفة الأحوال الشخصية والموارث للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 1994/11/15، ملف رقم 110096، مجلة المحكمة العليا، العدد 3، لسنة 1994، ص. 79.

(3) - راجع في ذلك: بدوي حلمي بهجت، المرجع السابق، ص. 75. محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق،

ص. 26 - 27.

أما من منظور الفقه الإسلامي فهو السباق لإقرار النيابة قبل التشريعات، إذ عرّف النيابة في التصرفات (العقد) ويطلق عليها "الولاية" بمعنى أنّ يكون للعاقّد سلطة تخوله تنفيذ العقد وترتيب آثاره، هذه السلطة قد تكون بالأصالة وقد يقوم شخص مقام آخر بولاية شرعية أو بسند شرعي كولاية الأب على ولده، وقد تكون بالاتّفاق كالوكالة بالبيع والشراء، كما قد تكون ولاية من القاضي، وهذه الأخيرة قد تكون على النفس أو على المال، وقد تكون قاصرة كما قد تكون متعدية⁽¹⁾.

حاليًا، أصبحت للنيابة أهمية بالغة في واقع الحياة عامة وفي دنيا القانون بصفة خاصة، وقد تزايد اللجوء إليها في المعاملات اليومية، بل في كثير من الأحيان تمثّل أمراً ضرورياً لا غنى عنه، ويحدث ذلك خاصّة بالنسبة لعديمي الأهلية أو ناقصيها، فالقانون لا يجيز لهؤلاء إبرام التصرفات كلها أو بعضها بذات أنفسهم ولكنه يقدر مع ذلك أنّ مصلحتهم قد تقتضي إبرامها، وهنا تبرز الإنابة كضرورة لإمكان إجراء تلك التصرفات عن طريقها⁽²⁾، وحتى "في الأحوال التي لا تمثل فيها الإنابة أمراً ضرورياً كثيراً ما تظهر كنظام جليل الفائدة للناس، حيث يسهل عليهم أمور حياتهم؛ إذ يمكّنهم من إجراء تصرفات قد يتعذّر عليهم إبرامها بأنفسهم، لغيابهم عن مكان عقدها، أو لعدم إمامهم بها، أو لكثرة مشاغلهم عنها، أو لأي سبب آخر"⁽³⁾.

ثانياً: أنواع الإنابة في التعاقد

تتنوّع الإنابة بالنظر إلى المصدر الذي يحدد سلطة النائب: فقد تكون قانونية أو قضائية، وفي هذه الحالة لا تقوم على إرادة من جانب الأصيل بل أنّها تقوم فقط على إرادة المشرّع، فالقانون هو الذي يحدد سلطة النائب، كما أنّ آثار العقد تنصرف إلى الأصيل سواء ارتضاها

(1) - راجع في تفصيل ذلك: بودي حسن محمّد، المرجع السابق، ص. 16. أبو زهرة محمّد، المرجع السابق، ص. 379 وما بعدها.

(2) - بودي حسن محمّد، نفسه، ص. 16.

(3) - بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجديد، المرجع نفسه، ص. 155. منصور أمجد محمّد، المرجع السابق، ص. 58.

هذا الأخير أم لم يرتضها، وأهم صور هذا النوع من النيابة (نيابة الولي أو الوصي أو القيم والحارس القضائي) فجميع هؤلاء يستمدون سلطاتهم من القانون مباشرة أو بصفة غير مباشرة بتفويض القضاء، ودون تدخل لإرادة الأصيل⁽¹⁾. ومن صور الإنابة القانونية أيضاً إنابة الدائن عن مدينه في الدعوى غير المباشرة، ولكن يجب عدم الخلط بين الإنابة بالمفهوم السابق وبين ما يعرف بالإنابة في الوفاء⁽²⁾.

أما الصورة الثانية هي الإنابة الإرادية⁽³⁾، وفيها يقيم الشخص (الأصيل) من غيره نائباً عنه، ويحدد الأصيل بإرادته سلطات النائب، وبهذا يكون قد ارتضت إرادته أن تتصرف إليه آثار العقد الذي يبرمه مع النائب⁽⁴⁾، كما أن النائب والغير (الذي تعاقد معه) قد ارتضيا ذلك.

والحالة الغالبة للإنابة الإرادية تأخذ صورة الوكالة، إن لم تكن هي الصورة الوحيدة⁽⁵⁾، فالوكيل نائب إرادي عن الموكل؛ لأنه يستمد نيابته عنه من عقد الوكالة وفي الحدود التي يرسمها عقد الوكالة، ويعتبر أيضاً نائباً اتفاقياً مدير الشركة أو الجمعية إذا استمد نيابته عنها بمقتضى عقد تأسيسها، أو بمقتضى قرار تصدره⁽⁶⁾.

والتعاقد بطريق الإنابة جائز في كل التصرفات؛ كالبيع أو الإيجار أو الهبة أو الشركة أو

(1) - الجمال مصطفى، المرجع السابق، ص. 242.

(2) - الإنابة في الوفاء، هي اتفاق بين المدين والدائن وأجنبي على أن يصبح هذا الأجنبي مديناً للدائن بدلاً من المدين الأصلي (إنابة كاملة)، أو مع المدين الأصلي (إنابة ناقصة). انظر: السنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، ج. 2، المرجع السابق، ص. 902.

(3) - النيابة الإرادية قد درج على تسميتها بالنيابة الاتفاقية، والاصطلاح الأول هو الأدق؛ ذلك أنه يدل مباشرة على أن النائب يستمد سلطته من إرادة الأصيل نفسها، بينما يدل مصطلح الاتفاقية على أن النائب يستمد سلطته من الاتفاق أو العقد القائم بين الطرفين (كعقد الوكالة وعقد العمل)، وأن وظيفة هذا العقد هي في الواقع وضع تنظيم للعلاقة بين طرفيه. راجع في عرض ذلك: الجمال مصطفى، المرجع السابق، ص. 242.

(4) - سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص. 147.

(5) - عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 218. الجمال مصطفى، المرجع السابق، ص. 242.

(6) - عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع نفسه، ص. 218.

المقابلة... إلى غير ذلك من التصرفات، ولكن يستثنى من هذه القاعدة الحالات التي يستلزم القانون فيها أن يبرم الشخص التصرف بنفسه، وهي حالات نادرة جداً⁽¹⁾.

وفي صور الإنابة ينعقد العقد ليس بإرادة المتعاقد صاحب المصلحة والذي يسمى بالأصيل، إنما بإرادة شخص آخر هو النائب عنه، فالإنابة تقدم لنا وضعا يقوم فيه شخص بالمشاركة في إبرام وبناء العلاقة التعاقدية ولا تنصرف إليه (النائب) آثار العقد، ولكنها تنصرف إلى شخص آخر (الأصيل) فيكون هو المدين بما ينشأ عن العقد من التزامات وله ما ينشأ عنه من حقوق، هذا كله بالرغم من أنه لم يشارك في بناء العلاقة التعاقدية التي انصرفت إليه آثارها، وهذا ما يدفعنا إلى التساؤل حول مدى اعتبار الإنابة تطبيقاً لمبدأ نسبية أثر العقود؟

الفرع الثاني

مدى اعتبار الإنابة في التعاقد تطبيقاً لمبدأ نسبية أثر العقد»

لدراسة مدى اعتبار الإنابة في التعاقد تطبيقاً لمبدأ نسبية العقود، سنتعرض لتفسير الإنابة في التعاقد وفقاً للاتجاه التقليدي الذي عجز على تفسير من يعدّ طرفاً في العقد (أولاً)، ثم تفسير الإنابة وفقاً للاتجاه الحديث في تفسير مبدأ نسبية أثر العقود (ثانياً)، وبعد ذلك آثار الإنابة في التعاقد (ثالثاً).

أولاً: عجز - الاتجاه التقليدي على تفسير أطراف العقد في نظام الإنابة في التعاقد.

قديمًا كان الفقه التقليدي - على رأسهم (سافيني، لابييه وبلانيول) - يذهب إلى تفسير فكرة الإنابة على أنها تقوم على ضرب من الافتراض أو المجاز القانوني، فالأصيل عندئذ يصبح

(1) - كما في حالة إبرام الزواج إذ لا تجوز النيابة فيه سواء كانت قانونية أم اتفاقية، وذلك مكرس في العديد من التشريعات كالقانون الفرنسي والقانون الجزائري (تم إلغاء التوكيل في الزواج عند إلغاء نص المادة 20 من ق.أ.ج في تعديل 2005).

دائناً أو مديناً بمقتضى العقد؛ لأنه يفترض أنه هو الذي أبرمه⁽¹⁾، إلا أن ذلك كان محلاً للنقد لاسيما في الإنابة القانونية التي يكون فيها الأصيل معدوم الإرادة أو ناقصها، كما أنه في الإنابة الإرادية يتوافر للنائب قسط من الحرية⁽²⁾.

في حين ذهب البعض الآخر من الفقه - من أمثال إهرنج وديموج وكابيتان - إلى القول بأن من ينوب عن غيره إنما يحل إرادته محل إرادة من ينوب عنه، فالتعبير الذي يصدر عن النائب إنما هو تعبير عن إرادة النائب لا عن إرادة الأصيل، فلإرادة النائب دور أساسي في إبرام العقد، وإن اختلف تحديده⁽³⁾.

وإذا كان المسلم به أنه في التعاقد عن طريق الإنابة يقوم شخص ببناء العلاقة التعاقدية مع الغير (المتعاقد معه)، ولا تتصرف إليه آثار هذا العقد، بل تتصرف إلى شخص آخر هو الأصيل بالرغم من أنه لم يشارك في بناء العلاقة التعاقدية. فإن مبدأ نسبية أثر العقود بمفهومه التقليدي، والذي يقصر مفهوم الطرف على الشخص الذي شارك في بناء العلاقة التعاقدية فقط، سوف يعجز عن تفسير انصرف أثر العقد إلى شخص لم يشارك في بناء العلاقة التعاقدية، وهذا هو السبب الذي من أجله لم يقر القانون الروماني للإنابة بمعناها الفني، وهو أيضاً السبب وراء

(1) - السنهوري عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج. 5، المرجع السابق، ص. 120. بدوي حلمي بهجت، المرجع السابق، ص. 77.

(2) - عياد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 112.

(3) - السنهوري عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج. 5، المرجع السابق، ص. 121.

ونود أن ننوه بأن ما يميز النائب عن الرسول، أن هذا الأخير لا دخل لإرادته في إبرام العقد، وإنما هو مجرد ناقل لتعبير أحد طرفي العقد إلى الطرف الآخر، فهو يقوم بعمل مادي وليس تصرف قانوني كالنائب، ويترتب على ذلك نتائج قانونية؛ أهمها أن العقد المبرم عن طريق الرسول العبرة فيه بإرادة المرسل وحده، فتكون إرادته هي المعتبر فيما يتعلق بعيوب الإرادة، كما أنه يعتبر العقد المبرم بالرسول كأنه أبرم بين غائبين في جميع الأحوال. للمزيد من التفاصيل راجع: الذنون حسن علي، المرجع السابق، ص. 44-45. الحكيم عبد المجيد، المرجع السابق، ص. 89.

- رغم إقرار الإنابة إقراراً صريحاً في القوانين الحديثة - ظهور العديد من النظريات التي تفسر فكرة الإنابة إزاء ما يبدو فيها من مخالفة لمبدأ نسبية أثر العقود على أنها استثناء منه.

ثانياً: تفسير الإنابة وفقاً للاتجاه الحديث في تفسير مبدأ نسبية أثر العقود:

إذا كنا قد حددنا مفهوم مبدأ نسبية أثر العقود، وتجاوزنا به المفهوم التقليدي، فإن فيه تفسير لفكرة الإنابة، فقد سبق أن عرضنا للمفهوم الفني لمبدأ النسبية بأنه يعني حظر امتداد الأثر الملزم للعقد إلى الغير على نحو يمس ذمته المالية ما لم يرتض الغير ذلك.

ولما كانت إرادة الأصيل قد انصرفت نحو الالتزام بالأثر الملزم للعقد، وظهرت هذه الإرادة في تخويله النائب سلطة الإنابة، وأن تتصرف إليه آثار العقد الذي يجريه نيابة عنه، كما أن النائب والمتعاقد معه قد ارتضيا ذلك ما دام التعاقد قد تم باسم الأصيل⁽¹⁾. ومن هنا، يظهر أنه في التعاقد عن طريق الإنابة يجب التمييز بين الأثر الملزم للعقد من ناحية، والوسيلة التي تحققه من ناحية أخرى، حيث أن الأثر الملزم للعقد يلتزم به الأصيل، وقد عبّر هذا الأخير عن ارتضائه بالالتزام بالأثر عن طريق الإنابة، والوسيلة قد تمت بالتعبير الإرادي الصادر عن النائب⁽²⁾.

لكن يجب أن نفرق هنا بين مصادر النيابة؛ ففي الإنابة الإرادية؛ فبالنسبة للأصيل نجد أنه شارك بإرادته⁽³⁾ في اختيار النائب أولاً وتحديد سلطته ثانياً وإصدار التعليمات إلى النائب، بل أن هذه التعليمات قد تبلغ حداً من الدقة ما لا يبقى معه للنائب أي مجال للتقدير⁽⁴⁾. وإذا كان النائب هو من ناحية الشكل هو المباشر للتصرف القانوني إلا أن الأصيل قد شارك بإرادته

(1) - ببصار محمود عبد الحي عبد الله، المرجع السابق، ص. 203.

(2) - رسلان نبيلة إسماعيل، المرجع السابق، ص. 247.

(3) - هذه الإرادة هي التي تفسر كيف أن انصراف آثار العقد إلى الأصيل ليس فيه خروج على مبدأ النسبية فالأصيل يعتبر طرفاً في العقد رغم أنه ليس هو الذي قام بإبرامه؛ لأنه رضي فعلاً بأن يكون طرفاً فيه تتصرف إليه آثاره. انظر الجمال مصطفى، المرجع السابق، ص. 242.

(4) - عياد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 113.

وبالتالي فالأثر ينصرف إلى الأصيل إذ أنّ شخص النائب يختفي ويبقى شخص الأصيل والمتعاقد الآخر فهما المتعاقدان وإليهما ينصرف أثر العقد، ولذلك يعد الأصيل طرفاً طبقاً للمفهوم الموضوعي لانصراف الآثار والمصلحة إليه دون النائب⁽¹⁾، وهذا ما يجعل من الإنابة الإرادية تطبيقاً حقيقياً لمبدأ نسبية أثر العقود الذي يقضي بانصراف الآثار من حقوق والتزامات إلى ذمة المتعاقدين.

هكذا يكون الحال كلما كان أساس الإنابة عقد مبرم بين الأصيل والنائب كالوكالة، وفي حالة ممثلي الأشخاص المعنوية الذين يمارسون سلطاتهم في ظل العقد المنشئ للشخص المعنوي، فيكون الشخص الأصيل هو الطرف في هذه الحالات وليس الممثل؛ لأنّ التمثيل القانوني كان بإرادة الأصيل⁽²⁾.

وتطبيقاً لذلك فقد قرّرت المحكمة العليا أنه: "إذا أبرم النائب، في حدود نيابته، عقداً باسم الأصيل، فإنّ ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضيفها إلى الأصيل. لا يعدّ المدير التجاري متجاوزاً حدود نيابته، بإمضائه البروتوكول، بتقويض من الشركة المتعاقدة"⁽³⁾، فالنائب في هذه الحالة (المدير) قد باشر إبرام التصرف ولذلك يعد طرفاً بالمفهوم الشكلي (شخص التصرف) ولكن انصراف أثر التصرف الذي قام به إلى الأصيل (الشركة) جعله يخرج عن نطاق الطرف طبقاً للمفهوم الموضوعي.

أمّا إذا كانت الإنابة قانونية أو قضائية فيتمّ تحديد سلطة النائب فيها عن طريق القانون

(1) - بيصار محمود عبد الحي عبد الله، المرجع السابق، ص. 203.

(2) - نسير رفيق، المرجع السابق، ص. 180.

(3) - الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 1988/04/24، ملف رقم 47.734، مجلة المحكمة العليا، العدد 3، لسنة 1992، ص. 77.

أو القضاء فإن انصراف الأثر فيها يخرج عن نطاق العقد أو التصرف القانوني⁽¹⁾. وإذا كانت هناك معايير لتحديد الطرف في العقد فإن أي من المعايير السابقة التي تناولناها لا يتوافر في الأصل سواء فكرة الإرادة أو فكرة المصلحة حيث أن الأصل قد يكون عديم الأهلية أو ناقصها ليس لديه الإرادة اللازمة لإبرام العقد أو اختيار النائب كما لا يثبت له امتياز تعديل أو إنهاء الاتفاق بسبب عارض الأهلية لديه.

وبالنسبة للنائب فهو يباشر التصرف ليس بناء عن إرادته هو وإنما بناء عن إرادة المشرع (تكليف) يتم بمقتضاه تحديد سلطته في إبرام التصرف، فلا دور لإرادة الأصل في أن يتم تمثيلها من طرف النائب، كما هو الحال في ولاية الأب على ابنه القاصر⁽²⁾، ولا ينصرف إليه أثر التصرف وإنما ينصرف إلى الأصل تطبيقاً لحكم القانون⁽³⁾ ولذلك يطلق الفقهاء على مركز النائب مركز غير ذاتي⁽⁴⁾، فهو لا يعد طرفاً بالمفهوم الموضوعي وإنما هو في شكل الطرف بالمفهوم الشكلي.

لذلك يرى جانب من الفقه أنه إذا كان من الممكن عدم اعتبار النيابة الإرادية استثناء من مبدأ نسبية العقد؛ لأن الأصل قد حدد جميع شروط النيابة، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للنيابة

(1) - يرى جانب من الفقه أن انصراف آثار العقد إلى الأصل في هذه الحالة يتضمن خروجاً على مبدأ النسبية؛ فالأصل لم يرتضي العقد ولذلك فهو يعتبر من الغير بالنسبة له، وقد كان من المفروض وفقاً لمبدأ نسبية أثر العقود ألا يلزمه العقد المذكور. ولكن القانون قد تدخل لتزويد النائب سلطة قانونية في النيابة عن الأصل فصار الأصل طرفاً بمقتضى هذه النيابة بعد أن كان من الغير وفقاً لمبدأ «نسبية أثر العقد». انظر الجمال مصطفى، المرجع السابق، ص. 243.

(2) - نسير رفيق، المرجع السابق، ص. 180.

(3) - تقول الأستاذة (CALASTRENG, thèse précitée, p. 48)، في معرض التمييز بين النيابة القانونية والاتفاقية؛ أن هناك فرقاً بين أن يفرض القانون انصراف أثر العقد إلى شخص معين وبين أن تكون الإرادة وراء انصراف هذا الأثر، فالوضع الأول يتضمن عدم استقلال الشخص أمام القانون أما الثاني فيمثل حرية هذا الشخص.

(4) - بيسار محمود عبد الحي عبد الله، المرجع السابق، ص. 203.

القانونية؛ إذ أنّ شخص الأصيل ملزم بعقد لم يشارك فيه، وهذا يشكل استثناء عن مبدأ نسبية العقد الذي يعتبر الأصيل غيراً بالنسبة للعقد الذي أبرمه النائب مع الغير⁽¹⁾.

لكننا نتفق مع بعض الفقهاء⁽²⁾ على أنّ الإنابة القانونية والقضائية لا يمكن اعتبارها استثناء عن مبدأ نسبية أثر العقود، بل تطبيقاً له إلى جانب الإنابة الإرادية، وذلك رغم أنّ أية إرادة لا تصدر عن الأصيل؛ ذلك أنّ القانون في هذه الحالة يحلّ محلّ إرادة الأصيل، أي أنّ أثر العقد ينصرف إلى الأصيل تطبيقاً لحكم القانون، فهو طرف متعاقد لأنّ المشرّع أراد ذلك. فالقانون يتدخل - على سبيل المثال - لحماية القاصر لذلك يناب عنه وصي أو قيم في إبرام العقد، ولأنّ النائب يبرم العقد مثلما يوجب القانون ومن ثمّ ينصرف أثره للقاصر، فإنّ القاصر يتعاقد نيابة، ولا يستطيع الادعاء بأنه "غير".

ثالثاً: آثار الإنابة في التعاقد.

في الإنابة في التعاقد، هناك ثلاث أشخاص هم:

1- المتعاقد مع النائب.

هذا الشخص يعدّ طرفاً بالمدلول الفني لكلمة طرف، والتي سبق أن وضحناها، فإذا قمنا بتطبيق معياري الطرف بشأنه نجده يعبر بالتصرف (أي بإرادته) عن رغبته في إبرام التعاقد على نحو ما مع النائب، كما أنّ أثر هذا التصرف الإرادي أو المصلحة المرتبة على التعبير الإرادي تضاف إلى ذمته فيعدّ شخص المصلحة أو الأثر، أي أنّ هذا الشخص قد اجتمعت فيه عناصر

(1) - راجع من أنصار هذا الرأي:

Weill (A.), op. cit, p.p. 96- 97.

وكذلك زواوي فريدة، المرجع السابق، ص. 16.

وراجع من الفقه العربي: بيسار محمود عبد الحي عبد الله، المرجع السابق، ص. 203. الجمال مصطفى، المرجع السابق، ص. 243. الذي يعتبر (النيابة القانونية يفرضها القانون دون اعتداد بإرادة الأصيل، وبالتالي يعتبرها خروجاً على مبدأ نسبية العقد، فالأصيل حسبه لم يرتض العقد ولذلك فهو يعتبر من الغير بالنسبة له).

(2) - خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 35. زواوي فريدة، المرجع السابق، ص. 17.

الطرف بالمعنى الشكلي وكذا الطرف بالمعنى الموضوعي.

2- النائب.

قبل تحديد مركز النائب القانوني، نود أن نذكر أن نظام الإنابة في التعاقد من وسائل الفن التعاقد الذي ينفصل فيها الأثر الملزم عن الأداة كما قلنا سابقاً؛ فالأثر الملزم ينسب إلى شخص الأصيل أما الأداة فيقوم بها شخص آخر وهو النائب، وبالتالي يحدث انفصال بين معياري الطرف (أي بين شخص التصرف وشخص المصلحة). لذلك يمكن القول أن النائب يعدّ طرفاً بالمفهوم الشكلي؛ لأنه هو الذي يباشر عملية التعبير عن الإرادة ويظهر وقت تكوين العقد ويشترك في إبرامه، ونظراً لأن العقد ينعقد بإرادة النائب، فإن إرادته هي التي تكون محل اعتبار عند النظر في عيوب الإرادة وفيما يتصل بها من علم أو جهل أو بظروف ذات شأن في عملية التعاقد⁽¹⁾.

والنائب ولو كان شخص تصرف أو أن تعبيره عن إرادته هو من شأنه أن ينعقد به العقد، إلا أن هذا العقد لن ينتج آثاره في حق النائب أي لن تتصرف إليه آثاره الملزمة، بمعنى آخر "يقوم بإبرام تصرف قانوني ذا مضمون خاص من وجه أن آثاره لا تتصرف إلى من أبرمه بل إلى شخص آخر عقد التصرف باسمه"⁽²⁾، لذا فإن النائب إذ أنه هو من يباشر الإيجاب والقبول في العقد دون أن تتصرف إليه آثاره فإنه يعتبر طرفاً شكلياً (أي عاقداً فقط)، فاصطلاح

(1) - راجع في ذلك نص المادة 73 ف.1 من (ق.م.ج)، حيث جاء فيها: «إذا تم العقد بطريق النيابة، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الرضاء، أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو افتراض العلم بها حتماً». إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة فقد جاءت ف.2 من نفس المادة على النحو التالي: «غير أنه إذا كان النائب وكيلًا ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صادرة من موكله، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو، أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها».

(2) - رسلان نبيلة إسماعيل، المرجع السابق، ص. 252.

الطرف الشكلي هو الاصطلاح الأدق بالنسبة للنائب⁽¹⁾.

3- الأصيل.

إن الأصيل في الإنابة في التعاقد لم يباشر الإيجاب والقبول في العقد؛ لذا فإنه لا يعدّ طرفاً شكلياً، إلا أنّ آثار العقد الذي يبرمه النائب تتصرف حقوقاً والتزامات إلى ذمته لذلك يعدّ طرفاً بالمعنى الموضوعي، وقد نصّت المادة 74 من (ق.م.ج) على أنه: «إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فإنّ ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق، والتزامات يضاف إلى الأصيل». كما قضت محكمة النقض في هذا الخصوص بأنّ: "النائب إذا أبرم في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فإنّ ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خطأ في تطبيق القانون"⁽²⁾. وبالتالي يعدّ الأصيل طرفاً موضوعياً في الأثر الملزم للعقد⁽³⁾ وتتصرف إليه جميع آثار التصرفات التي أبرمها النائب باسمه. ويستند انصراف آثار العقد الذي أبرمه النائب إلى ذمة الأصيل، إلى إرادة هذا الأخير الموجودة في الإنابة، دون حاجة إلى إجراء آخر؛ لأنّ هذه الإرادة هي التي قصد من خلالها الاستئثار بالنتائج القانونية المترتبة على مصلحته.

ويمكن أن نضرب مثلاً لحالة انصراف آثار العقد إلى ذمة الأصيل، في تلك الشركات التي تعتمد على الوكلاء والموزعين لبيع منتجاتها وخدماتها، حيث تسري آثار العقود والمعاملات التي يجرونها مباشرة في ذمة الشركات، وفي هذا الخصوص قضت المحكمة العليا في قضية الشركة ذات الأسهم (رونو الجزائر) ضد (ع.ع) بحضور الشركة ذات المسؤولية المحدودة (سيد أوطو)، على أن: "تلزم شركة بيع السيارات بتوثيق العلاقات التعاقدية التي تربطها بالموزعين

(1) - بيصار محمود عبد الحي عبد الله، المرجع السابق، ص. 203.

(2) - الغرفة المدنية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 1990/06/27، ملف رقم 59293، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، لسنة 1992، ص. 16.

(3) - زواوي فريدة، المرجع السابق، ص. 16.

ومعيدي البيع في الشبكة بموجب عقد وكالة أو ما يسمّى بعقد وكيل الخدمة. تبقى شركة بيع السيارات مسؤولة إزاء الزبون النهائي عن أيّ إخلال بالبنود المنصوص عليها في دفتر الشروط، حتى لو قام به الموكل لصالحه، باعتبار أنّ آثار العقد تنصرف إليها كأصيل وأنّ سند طلبية الشراء تضمّن تسمية الموكل وختم الوكيل عنه⁽¹⁾.

المطلب الثاني

التعهد عن الغير كتطبيق لمبدأ نسبية أثر العقد»

إنّ التعهد عن الغير هو عقد مبرم بين شخصين المتعهد والمتعهد له، ويعتبر هذا العقد صحيحاً متى توافرت أركانه من حيث الرضا والمحلّ والسبب وغير ذلك من شروط العقد الصحيح.

والتعهد عن الغير ليس فيه خروج على «مبدأ نسبية أثر العقد»؛ لأنّ هذه القاعدة تمنع من أن يلتزم شخص بمقتضى عقد لم يكن طرفاً فيه⁽²⁾، والغير المتعهد عنه لا يلتزم بمقتضى التعهد الذي لم يكن طرفاً فيه، فإذا قبل التعهد فإنه يلتزم بناء على هذا القبول وليس بناء على التعهد الذي لم يكن طرفاً فيه. فالغير تبقى له الحرية في أن يقبل التعهد أو لا يقبله⁽¹⁾.

وبناء على ما سبق قوله يمكن تقسيم هذا المطلب إلى فرعين؛ نتناول في (الفرع الأول) مفهوم التعهد عن الغير، في حين نخصص (الفرع الثاني) لدراسة الأثر النسبي للتعهد عن

(1)- الغرفة المدنية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 2019/09/19، ملف رقم 1273815، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، لسنة 2019، ص. 35.

(2)- قدادة خليل أحمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 126. فيلالي علي، المرجع السابق، ص. 413. بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص. 384. زاوي فريدة، المرجع السابق، ص. 161. محمّدي سليمان، المرجع السابق، ص. 64.

وتقتضي المادة 113 مدني جزائري على أن: «لا يُرتّب العقد التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً».

الغير.

الفرع الأول

مفهوم التعهد عن الغير

إن البحث يقتضي أنّ نتناول تعريفاً للتعهد عن الغير (أولاً)، وشروطه (ثانياً) طبقاً لما تناوله التقنين المدني والفقهاء القانونيين في هذا الشأن.

أولاً: تعريف التعهد عن الغير

تناول المشرع الجزائري موضوع التعهد عن الغير دون تعريفه، أما التعريفات الفقهية فقد أجمعت على أنّ التعهد عن الغير نظام يقصد به "اتفاق بين شخصين، يتعهد فيه أحدهما وهو المتعهد بأن يجعل شخصاً ثالثاً ليس طرفاً في هذا الاتفاق (الغير) بأن يلتزم بأمر معين قبل الطرف الثاني"⁽²⁾، فالتعهد عن الغير ما هو إلا عقد مبرم بين المتعهد والمتعهد له، فإن توافرت فيه مقتضيات القواعد القانونية بالنسبة إلى العقود عامة انعقد صحيحاً، وتعين أنّ ينتج آثاره⁽³⁾.

وقد نصّ المشرع الجزائري على التعهد عن الغير في المادة 114 من (ق.م.ج) حيث جاء فيها أنّه: «إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهدده، فإن رفض الغير أنّ يلتزم، وجب على المتعهد أنّ يعرض من تعاقد معه، ويجوز له مع ذلك أنّ يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به. أما إذا قبل الغير هذا التعهد، فإن قبوله لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنّه قصد صراحة أو ضمناً أنّ يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد».

وعلى غرار المادة 114 من (ق.م.ج)، فقد كانت فكرة التعهد عن الغير منصوصاً عليها

(1) - أحمد إسحاق كمال مصطفى، المرجع السابق، ص. 86. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد، ج. 2، المرجع السابق، ص. 587 وما بعدها.

(2) - الدّيب محمود عبد الرحيم، المرجع السابق، ص. 12. السعدي محمد صبري، المرجع السابق، ص. 358. بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص. 383.

(3) - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد، ج. 2، المرجع السابق، ص. 587.

في القانون المدني الفرنسي قبل التعديل وتحديداً في المادة 1120، وهي مادة مختصرة كانت تنص على أنه يمكن التعهد عن الغير بأن يقوم هذا الأخير بعمل؛ ولكن يلزم المتعهد عن الغير بالتعويض إذا رفض الغير تنفيذ ما جاء بالتعهد⁽¹⁾. ولكن وفي ظل القانون المدني الفرنسي المعدل استُحدثت المادة 1204 التي كرسّت توجه المحاكم⁽²⁾، إذ أنّ المشرع كرسّ -بالتعديل الأخير - أحكام المحاكم بصيغة نص تشريعي. حيث جاء في المادة المذكورة بأنه يجوز لشخص (المتعهد) أن يتعهد لآخر بأن الغير سيقوم بفعل ما (إبرام أو تنفيذ اتفاق)، يعتبر التزام المتعهد بنتيجة، وتبرأ ذمته من كل التزام إذا قام الغير بتنفيذ الفعل محل التعهد. وفي حال العكس، يمكن أن يلزم بالتعويض عن الضرر.

أما إذا كان محل التعهد إبرام تصرف قانوني ما، يعتبر التصرف القانوني صحيحاً بأثر رجعي يعود لتاريخ نشوء التعهد فيما لو نفذ الغير الفعل محل التعهد ألا وهو إبرام التصرف القانوني⁽³⁾.

والمقصود بـ "الغير" في التعهد عن الغير، هو ذلك الشخص الذي تعهد المتعهد بحمله أو الحصول على موافقته بالالتزام بأمر مُعيّن⁽⁴⁾؛ نظراً لأنه بالنسبة لهذا الاتفاق يعد من الغير

(1)-L'article 1120 de Code civil français, Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804, op. cit., dispose que: "Néanmoins on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci ; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement".

(2)- فتال رعيد عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 78.

(3)- L'article 1204 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du code civile français, op. cit. dispose que: "On peut se porter fort en promettant le fait d'un tiers. Le promettant est libéré de toute obligation si le tiers accomplit le fait promis. Dans le cas contraire, il peut être condamné à des dommages et intérêts. Lorsque le porte-fort a pour objet la ratification d'un engagement, celui-ci est rétroactivement validé à la date à laquelle le porte-fort a été souscrit".

تنص المادة 1204 من القانون المدني المعدل على ما يأتي: "يمكن أن يتعهد شخص لآخر بأن الغير سيقوم بفعل ما. تبرأ ذمة المتعهد من كل التزام إذا قام الغير بتنفيذ الفعل محل التعهد. وفي حال العكس، يمكن أن يلزم بالتعويض عن الضرر. إذا كان محل التعهد إبرام تصرف قانوني ما، يعتبر التصرف القانوني صحيحاً بأثر رجعي يعود لتاريخ نشوء التعهد".

(4)- الدّيب محمود عبد الرحيم، المرجع السابق، ص. 14.

وبالتالي لا يلزمه هذا الاتفاق بشيء فله مطلق الحرية في قبول القيام بالالتزام الذي تعهد المتعهد بموافقة عليه أو رفضه القيام به دون أدنى مسؤولية تقع عليه⁽¹⁾، فكل ما يمثله هذا الاتفاق بالنسبة إليه إيجاب له أن يقبله أو يرفضه، فإن رفضه تحققت مسؤولية المتعهد كما سنبين لاحقاً، وإذا رضي بالالتزام وقف دور المتعهد إلى هنا ونشأ عقد جديد⁽²⁾ بين ذلك الغير والمتعاقد مع المتعهد⁽³⁾.

والتعهد عن الغير كثير الحدوث في الواقع العملي ويقصد به معالجة موقف لا يمكن فيه الحصول على موافقة ذي الشأن لسبب ما، فيلتزم عنه غيره خشية ضياع الفرصة⁽⁴⁾. ومن الأمثلة على ذلك: أن يبغى الشركاء في الشروع أن يتقوا الإجراءات المعقدة للقسمات القضائية فيسرعون في اقتسام الملك الشائع بالرغم من أن أحدهم ناقص الأهلية⁽⁵⁾، أو أن يكون أحدهم غائباً ويخشون ضياع الفرصة في حال انتظار رجوعه⁽⁶⁾. ففي هكذا حالات يتعاقد الشركاء عن أنفسهم ويتعهدون عن غيرهم، ملتزمين بالحصول على رضا القاصر عند الرشد أو رضا الغائب عند رجوعه⁽⁷⁾.

- (1) - فيلاي علي، المرجع السابق، ص. 415. جاك غستان وآخرون، المرجع السابق، ص. 741.
- (2) - الدّيب محمود عبد الرحيم، المرجع السابق، ص. 70. محمّدي سليمان، المرجع السابق، ص. 62.
- (3) - نلاحظ في هذا الأمر، أن التعبير الشائع في كتب الفقه هو (قبول الغير للعهد - رفض الغير للعهد) وبالنظر الدقيق إلى هذا المصطلح نجد أن "الغير" لا يقبل التعهد ولا يرفضه بل أن ذلك لا يدخل في حدود إرادته، وإنما له أن يرفض الأمر الذي تعهد المتعهد بحمله عليه أو يقبله، فالتعهد في جميع الحالات يتم بصدوره من المتعهد ويُرتب أثره سواء بقيامه بما التزم به أو بمسؤوليته المتمثلة بالتعويض عند عدم قيامه بما التزم، فكما أن إرادة كل من المتعهد والمتعاقد معه لا تستطيع أن تلزم الغير فكذلك إرادة الغير لا تستطيع أن تلزمهم بالتعهد أو تمنعهم عنه وإنما لها فقط أن ترتض القيام بالالتزام الذي تعهد المتعهد بالحصول على الموافقة عليه أم لا. يبصار محمود عبد الحي عبد الله، المرجع السابق، ص. 345.
- (4) - السنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، ج. 2، المرجع السابق، ص. 865.
- (5) - سلطان أنور، الموجز في مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 212.
- (6) - سوار وحيد الدين، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 295.
- (7) - ناصيف إلياس، المرجع السابق، ص. 84.

ثانيا: شروط التعهد عن الغير

يتضح من خلال ما سبق قوله أنه يلزم توافر أمور ثلاثة في التعهد حتى يتم في الصورة التي أجازها المشرع والفقهاء القانونيون:

1- أن يتعاقد الشخص باسمه لا باسم الشخص الذي يريد حمله على قبول الالتزام.

حيث أن الغير الذي تم التعهد عنه ما يزال أجنبيا عن العقد⁽¹⁾، وهو بذلك يختلف عن الوكيل الذي يتعاقد باسم الأصيل ولحسابه، وينصرف أثر العقد إلى الأصيل لا إليه، كما يختلف عن الفضولي الذي يتعاقد باسم رب العمل ولمصلحته، فيلزمه بعمله، أما المتعهد عن الغير فيعمل باسمه وينصرف إليه هو أثر العقد⁽²⁾. وما يلاحظ في هذا الصدد أن غالبية الفقهاء يعبر عن هذا الشرط بعبارة (أن يتعاقد الشخص باسمه لا باسم الغير الذي يتعهد عنه)⁽³⁾، وهذا التعبير قد يجانب الصواب نظرا لأن المتعهد لا يتعهد عن الغير ولكن يتعهد عن نفسه هو بحمل الغير⁽⁴⁾ أو الحصول على موافقته على الالتزام بأمر معين، وكان من الأدق طبقا لمفهوم مبدأ نسبية العقد أن تكون التسمية الصحيحة هي التعهد بحمل الغير أو التعهد بموافقة الغير⁽⁵⁾، إذ أن هناك فارق بين المعنيين حيث أن التعهد عن الغير يوحي بأن الشخص يقوم بالتصرف بدلا من

(1)- بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص. 384. سلطان أنور، الموجز في مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 212.

(2)- منصور أمجد محمّد، المرجع السابق، ص. 191. عبد الله فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص. 291.

MARTY (G.), et RAYNOUD (P.), op. cit, p. 230.

(3)- في هذا المعنى: السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (1)، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام "مصادر الالتزام"؛ المرجع السابق، ص. 619. تتاغو سمير عبد السيد، مصادر الالتزام؛ (ط.1)، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009. ص. 121. قداة خليل أحمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 128.

(4)- تنص المادة 114 على أن: «لا يُرتب العقد التزاماً في ذمة الغير...».

(5)- تم ورود مصطلح "الوعد بضمان موافقة الغير" لدى جاك غستان وآخرون، المرجع السابق، ص. 736. وورد مصطلح "التعهد بحمل الغير على التعاقد" لدى عبد الله فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص. 290.

الغير فإذا كان التصرف ببيع فإنه يتعهد بالبيع عن الغير وهذا مخالف لمقصود التعهد المقصود بالدراسة فمحلّ التزام المتعهد ليس البيع ولكن الحصول على موافقة الغير على البيع⁽¹⁾.

2- أن تتجه إرادة المتعهد إلى إلزام نفسه لا إلى إلزام الغير.

حيث أنه لا يجوز لأحد إجبار غيره على الالتزام بدون إرادة ذلك الغير، فالإتفاق على إلزام الغير بعقد لم يكن طرفاً فيه اتفاق باطل⁽²⁾، حيث أنّ الغير يلتزم بإرادته هو في صورة تصرفه الذي يجريه سواء كان قبول أو إقرار على حد تعبير الفقه، ولعل ذلك الأمر هو الذي يميز التعهد عن الغير عن الاشتراط لمصلحة الغير⁽³⁾ لدى الفقه، ولا يملك المتعهد أنّ يلزم الغير بالتصرف الذي قام به ذلك المتعهد إذا لم يكن نائباً عنه، وإن حدث ذلك فإن العقد لا يكون ملزماً له ولا ملزماً للغير⁽⁴⁾.

ولذلك لا يخرج التعهد عن الغير عن مبدأ النسبية⁽⁵⁾ الذي يهدف إلى حماية الغير من أثر قانوني لم تتصرف إليه إرادته واقتصار أثر التصرف على أطرافه الذين اتجهت إليه إرادتهم فقط.

3- التزام المتعهد بالقيام بحمل الغير الذي تعهد عنه على قبول هذا التعهد.

يعد الأمر الثالث تنمة للأمرين السابقين فإذا كان المتعهد يتعهد باسمه هو لا باسم الغير

(1)- ببيصار محمود عبد الحي عبد الله، المرجع السابق، ص. 240 - 241.

(2)- قداة خليل أحمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 128. فيلالي علي، المرجع السابق، ص. 414.

(3)- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (1)، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام "مصادر الالتزام"؛ المرجع السابق، ص. 619. سلطان أنور، الموجز في مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 213. ناصيف إلياس، المرجع السابق، ص. 85.

(4)- تناعو سمير عبد السيد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 122. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد، ج. 2، المرجع السابق، ص. 586.

(5)- السنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، ج. 2، المرجع السابق، ص. 867. سلطان أنور، الموجز في مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 212.

ويسعى إلى إلزام نفسه هو لا إلى إلزام الغير فلا بد أن ينصب الالتزام على شيء يدخل في حدود إرادته وحدود إرادة الإنسان تقف عند بداية حدود إرادة الغير، ومن ثم إذا استطاع الإنسان أن يلتزم بإرادته إلا أنه لا يستطيع أن يلزم الغير بتلك الإرادة ولكن الغير يلتزم بإرادة نفسه فقط ومن ثم فإن المتعهد يلتزم بأن يحصل على موافقة الغير⁽¹⁾ على الالتزام بأمر معين ولا يقوم هو بالالتزام بهذا الأمر لأنه لا يدخل في حدود إرادته وإن فعل فإن تصرفه باطل لاستحالة المحل كما بينا، وإذا كان محل التزام المتعهد هو دائما التزام بعمل⁽²⁾ يتمثل في الالتزام بحمل الغير على قبول أمر معين إلا أن التزام الغير إذا اتجهت إرادته إلى ذلك الأمر قد يكون محله عمل شيء أو امتناع عن عمل أو نقل حق عيني⁽³⁾.

كذلك التزام المتعهد التزام بتحقيق نتيجة وليس التزام ببذل عناية حيث أنه يلتزم بالحصول على موافقة الغير أو قبول الغير الالتزام بالأمر الذي تعهد بحمله عليه ولا يمتد الالتزام إلى ضمان تنفيذ الغير لالتزامه بعد قبوله⁽⁴⁾.

الفرع الثاني

الأثر النسبي في التعهد عن الغير

سبق أن قلنا أن "الغير" بالنسبة لمبدأ نسبية العقد هو ما عدا الأطراف في العقد، أو هو كل من لم ترتض إرادته انصراف الأثر الملزم إليه، فإرادة الالتزام بالأثر الملزم هي مناط اعتبار الشخص طرفا في العقد أو أجنبيا عنه. وهذا التحليل يجعل من نظام التعهد عن الغير تطبيقاً فعليا لمبدأ نسبية العقد الذي يعني حظر امتداد الأثر الملزم للعقد إلى الغير على نحو يمس ذمته المالية ما لم يرتض الغير بذلك.

(1) - الديب محمود عبد الرحيم، المرجع السابق، ص. 15.

(2) - تناغو سمير عبد السيد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 122.

(3) - محمدي سليمان، المرجع السابق، ص. 63.

(4) - السعدي محمد صبري، المرجع السابق، ص. 360. سلطان أنور، الموجز في مصادر الالتزام، المرجع

السابق، ص. 213. منصور محمد حسين، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 304.

فالمتعهد عنه يبقى "غيرا" طالما رفض الالتزام، أما بقبوله فإنه يصبح طرفا في العقد وفي نطاق مبدأ النسبية والذي يوجب إلا يضاف أثر إلى ذمة إلا بموافقة صاحبها، أي بتعبير عن إرادته التي يعتد بها القانون ويترتب عليها الآثار اللازمة لتحقيق هذه النية⁽¹⁾. وفي كلتا الحالتين (القبول أو الرفض) تترتب آثار قانونية نعرضها فيما يلي:

أولا: قبول الغير للتعهد

لا خلاف أن المتعهد عنه لا يعدو كونه شخصا من "الغير" بالنسبة للتعهد، فالأصل بالنسبة إليه أنه لا يلتزم بأثار العقد كما أسلفنا الذكر، ولكنه يلتزم رغم ذلك بهذه الآثار فيما لو أعرب عن رضائه بها، فهو الذي يمد التعهد برضاء جديد، وبهذا الرضاء الجديد يتوافر العنصر الإرادي الذي هو مناط اعتباره طرفا في العقد أو غيرا بالنسبة له، هذا الرضاء الجديد اختلف الفقه في تكييفه إلى اتجاهين:

الأول: يذهب إلى أن رضاء الغير بالقيام بالالتزام هو "إقرار"⁽²⁾؛ فالإقرار في جوهره تصرف قانوني يضيف به المقر إلى نفسه آثار التصرف الذي تم إبرامه، فهو تصرف قانوني يصدر عن شخص لم يكن طرفا في العلاقة القانونية يقصد به إضافة آثار هذه العلاقة إليه⁽³⁾،

(1) - رسلان نبيلة إسماعيل، المرجع السابق، 198.

(2) - يميز الفقه القانوني بين مصطلحي "إقرار العقد" (Confirmation du contrat) و"إجازة العقد" (Ratification du contrat)؛ فالإجازة تصرف قانوني يحمل معنى التصحيح؛ لأنها تصدر من شخص طرف في العقد ولكن إرادته لم تكن سليمة أو كان ناقص الأهلية، وتكون مهمة الإجازة رفع البطلان النسبي عن العقد الذي وقع فيه البطلان. بينما الإقرار يحمل معنى التأييد والتثبيت، لذلك يؤثر جانب من الفقه استعمال معنى "الإقرار" في هذا الصدد. رسلان نبيلة إسماعيل، المرجع السابق، ص. 195.

(3) - بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص. 383. السنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، ج.2، المرجع السابق، ص. 868 وما بعدها. الذيب محمود عبد الرحيم، المرجع السابق، ص. 80. رسلان نبيلة إسماعيل، المرجع السابق، ص. 195-196. جاك غستان وآخرون، المرجع السابق، ص. 736.

لكن هذا الرأي منتقد⁽¹⁾.

الثاني: يذهب إلى أن موافقة الغير على الالتزام بمثابة "قبول" لإيجاب معروض⁽²⁾ ينعقد به عقد جديد بين "الغير" وبين المتعاقد مع المتعهد، ويختلف عن العقد الأول (عقد التعهد) في الأطراف والالتزامات والوقت الذي يتم فيه⁽³⁾. ويتوافق هذا الاتجاه مع نصّ المشرع الجزائري، حيث جاء في المادة 2/114 في على أنه: «إذا قبل الغير هذا التعهد، 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».

ومن جانبنا نرى أن موافقة الغير تعدّ تصرفاً قانونياً حيث أنها تعدّ مضمون إرادته بغض النظر عن اعتبار تلك الموافقة "قبول" أو "إقرار" لتصرف تمّ، حيث أنه أياً كان تكييفه هو في النهاية تصرف قانوني والأثر المترتب على هذا التصرف ينصرف إليه بأثر رجعي، وهذا الأثر الرجعي لا يجعل المتعهد عنه من الغير لأنّ هذا الأثر هو نتيجة الإقرار، ويفترض في الغير أنه

(1) - يتجه فريق من الفقه إلى رفض اعتبار موافقة الغير "إقراراً" للتعهد؛ بحجة أنّ هذا الرأي يقوم على افتراض يخالف الواقع حيث أنّ المتعهد لم يبرم التصرف عن الغير وإنّما التزم بمجرد حمل الغير على الرضاء بالالتزام؛ ولعلّ السبب في ذلك - حسب رأيهم - أنّ الافتراض هو محاولة بسط مبادئ ونصوص القانون على وقائع لا تندرج تحت تلك المبادئ والنصوص، فإذا كانت مبادئ القانون الروماني والتشريعات التي تأخذ به تقصر مبدأ النسبية على الأفراد المشاركين في العقد فقط دون من تواجد بعد ذلك أثناء مرحلة التنفيذ، فإنّ هذا الفريق لجأ إلى افتراض أنّ المتعهد قد أبرم التصرف عن الغير ولم ينقصه إلا الإقرار، وبذلك يتمّ التعهد الذي يحكمه مبدأ النسبية ويعدّ بذلك عقد ثنائي الأطراف والآثار. راجع في ذلك: بيبصار محمود عبد الحي عبد الله، المرجع السابق، ص. 360.

(2) - فودة عبد الحكيم، المرجع السابق، ص. 44. تناغو سمير عبد السيد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 124. عبد الله فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص. 291.

MARTY (G.), et RAYNAUD, op. cit , p. p. 229- 230.

(3) - مع أنّ هذا الرأي لم يسلم بدوره من النقد، من ناحية أنه إذا كان موافقة الغير هي في حقيقتها قبول يقترن بإيجاب صادر من المتعاقد الآخر ينعقد به عقد جديد لن يستقيم أنّ يكون له أثر رجعي ولو أراد القابل ذلك، فالعقد لا ينعقد إلا باقتران الإيجاب بالقبول وليس في وسع القابل أن يجعل ذلك العقد يولد آثاره قبل أن يوجد. راجع في ذلك: محمّدي سليمان، المرجع السابق، ص. 63. فيلالتي علي، المرجع السابق، ص. 416.

كان يدرك ذلك عند إقراره.

وبالتالي يتوافر في "الغير" عنصرى الطرف حيث أنه شارك بإرادته وانصرفت إليه المصلحة⁽¹⁾، ويتوافر هذين المعيارين يصبح المتعهد عنه طرفاً في العملية تطبيقاً لمبدأ نسبية العقد. كما أنه بقبول "الغير" للتعهد وموافقته على الالتزام بالعقد، يكون المتعهد قد نفذ تعهده فينتهي الأمر بالنسبة إليه وتبرأ ذمته، وإذا ما نكل "الغير" بعد ذلك عن تنفيذ الالتزام فلا يكون المتعهد مسؤولاً؛ لأنه كفل الحصول على موافقة "الغير" ورضائه بالتعهد ولم يكفل تنفيذه⁽²⁾.

ثانياً: رفض الغير للتعهد

قلنا سابقاً أنّ التعهد عن الغير كتطبيق لمبدأ النسبية، لا يولد الالتزام إلا على أحد عاقيه ولمصلحة العاقد الآخر، أما الغير المتعهد عنه فهو لا يتأثر إطلاقاً بنتيجة هذا العقد، فهو لا يضار به أبداً، وتبقى له الحرية الكاملة في رفض الأمر المتعهد به وبذلك يظل "غيراً" عن العقد⁽³⁾، وإن كان سلوكه هذا يؤثر بالضرورة على مسؤولية المتعهد حيث أنه لم يؤد التزامه⁽⁴⁾. وفي هذا الشأن تقضي المادة 114 من (ق.م.ج) على أن: «...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».

فإذا أخفق المتعهد في أداء التزامه ولم يحصل على موافقة الغير على القيام بالالتزام تقع عليه مسؤولية⁽⁵⁾ عدم قيامه بالالتزام بسبب عدم حصوله على موافقة الغير أو حمل الغير على

(1) - بيسار محمود عبد الحي عبد الله، المرجع السابق، ص. 360.

(2) - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد، ج. 2، المرجع السابق، ص. 587. فودة عبد الحكيم، المرجع

السابق، ص. 45. منصور محمد حسين، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 306.

(3) - MARTY (G.), et RAYNAUD, op. cit. p.p. 229- 230.

(4) - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد، ج. 2، المرجع السابق، ص. 587.

(5) - ولا شك أنّ هذه المسؤولية عقدية أساسها تخلفه عن الوفاء بالتزام عقدي مصدره عقد التعهد ذاته.

التعاقد، وينبغي أن يسأل عن ذلك حتى لو قام الغير بالالتزام عن طريق تعهد شخص آخر أو بأي طريق آخر غير تعهده؛ نظراً لأن تعهده بمثابة التزام وهذا الالتزام قد يكون له مقابل وبالتالي إذا لم يتم بالالتزام استحق المساءلة ولا ينفي المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي كما لو توفي "الغير" أو فقد أهليته، وله أن يقوم هو بتنفيذ الالتزام⁽¹⁾ الذي تعهد بحمل الغير على القيام به متى أمكن ذلك، وإلا انصرفت مسؤوليته إلى دفع التعويض⁽²⁾، ولا يجبر على تنفيذ التزامه لتعلق ذلك بشخص الغير⁽³⁾.

من خلال ما سبق يتضح لنا أن التعهد عن الغير لا يتعارض مع مفهوم مبدأ نسبية العقد الذي يعني عدم امتداد الأثر القانوني إلى شخص دون أن تتصرف إليه إرادته، فالجميع قام بتصرف والجميع التزم في حدود ما انصرفت إليه إرادته بغض النظر عن مرحلة مساهمته في العملية، فهو يشكل تطبيقاً فعلياً لمبدأ «نسبية أثر العقد».

(1) - تنص المادة 114 ف.1 (ق.م.ج) على أن: «إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده، 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».

(2) - تناغو سمير عبد السيد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 123. عبد الله فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص. 292. منصور أمجد محمد، المرجع السابق، ص. 192.

(3) - السنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، ج.2، المرجع السابق، ص. 873.

المطلب الثالث

الفضالة كتطبيق لمبدأ «نسبية أثر العقد»

لتوضيح مدى اعتبار الفضالة تطبيقاً من تطبيقات مبدأ نسبية آثار العقد لا بد لنا أن ندرس مفهوم الفضالة في (الفرع الأول)، ثم دراسة حكم الفضالة في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم الفضالة

سنقوم في هذا الفرع بتحديد مفهوم الفضالة من خلال تعريفها (أولاً)، ثم إبراز شروطها (ثانياً) كما يلي.

أولاً: تعريف الفضالة

يقصد بالفضالة أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك⁽¹⁾، أي دون أن يكون وكيلاً أو وصياً، وقد يكون هذا الشأن عملاً مادياً، أو تصرفاً قانونياً، كسداد الدين، أو بيع محصول يسرع إليه الفساد، أو عملاً مادياً كأن يطفى حريقاً شب في منزل جاره، أو ترميمه⁽²⁾.

لقد عرفت الفضالة عدة تطبيقات في القانون الروماني، كما أن يتولى شخص المرافعة عن شخص آخر لم يحضر، واعتبرت بالقانون الفرنسي القديم أنها ضمن شبه العقود⁽³⁾، كما

(1) - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج. 2، "الواقعة القانونية: الفعل غير المشروع - الإثراء بلا سبب - والقانون"؛ (د.ط.)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999. ص. 491. الديب محمود عبد الرحيم، المرجع السابق، ص. 17. كذلك: سعد أيمن، مصادر الالتزام، "دراسة موازنة"؛ (د.ط.)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014. ص. 411.

(2) - خليفة سنوسي حاج، أحكام الفضالة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، "دراسة تحليلية نقدية مقارنة"، رسالة ماجستير، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2005. ص. 24.

(3) - حامق ذهبية، الفضالة في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1980. ص. 09 وما بعدها. كحلون علي، المرجع السابق، ص. 783.

اعتبرت الفضالة بالفقه الإسلامي عملاً يقوم على سبيل التبرّع⁽¹⁾. وكغيره من التشريعات نصّ عليها القانون المدني الجزائري صراحة (انظر المواد من 150 إلى 159)⁽²⁾، وعرفها في المادة 150 منه على أنها: «الفضالة هي أنّ يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن⁽³⁾ لحساب شخص آخر، دون أنّ يكون ملزماً بذلك»⁽⁴⁾. وتتحقق الفضالة في حالتين: حالة قيام الفضولي بالعمل دون علم ربّ العمل، وحالة وقوف ربّ العمل موقفاً سلبياً رغم علمه بالعمل الذي يقوم به الفضولي⁽⁵⁾.

الفضالة بذلك تقترب من الوكالة، بل قد تسري عليها أحكام الوكالة إذا أقرّ ربّ العمل عمل الفضولي المادة 152 (ق.م.ج)⁽⁶⁾، وقد تنتهي الوكالة إلى فضالة إذا تجاوز الوكيل حدود وكالته أو استمرّ في عمله بعد انتهاء الوكالة⁽⁷⁾. ولكنّها تختلف عن الوكالة في أنّ مصدرها

(1) - من أبرز الأمثلة على الفضالة ما ذكره (الله تعالى) في سورة الكهف حينما قص قصة سيدنا موسى - عليه السلام - مع سيدنا الخضر - عليه السلام - حيث قال الله تعالى: "فَانطَلَقَا حَتَّى إِذَا أَتَيَا أَهْلَ قَرْيَةٍ اسْتَفْعَمَا أَهْلَهَا فَأَبَوْا أَنْ يُضَيِّقَهُمَا فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَنْ يَنْقُصَ فَاقَامَهُ، قَالَ لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا". (سورة الكهف/ آية 77). راجع في تفصيل ذلك: سعد أيمن، المرجع السابق، ص. 411 - 412.

(2) - نصّ المشرّع الجزائري صراحة على الفضالة في القسم الثالث، من الفصل الرابع، المخصص لشبه العقود، من الكتاب الثاني المخصص للالتزامات والعقود، وصنفها بعد كلامه عن شبه العقود الأخرى، المتمثلة في الإثراء بلا سبب، والدفع غير المستحق.

(3) - الصحيح: بشأن.

(4) - يلاحظ بأن المادة 150 (ق.م.ج) في تعريفها للفضالة لم توضح بأن الأمر يتعلّق بشأن "عاجل"، وهو ما يوافق عليه الفقه في مجموعته؛ ذلك أنّ الفضالة كما ذكرنا، تقوم في الحقيقة حين يتفضل شخص بالعبارة والمحافظة على شؤون الغير في مواقع مستعجلة لا تطيق الانتظار. راجع في ذلك: بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 493.

(5) - بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص. 505.

(6) - تنص المادة 152 من القانون المدني الجزائري على أن: «تسري قواعد الوكالة إذا أجاز ربّ العمل ما قام به الفضولي».

(7) - تتاغو سمير عبد السيد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 336.

القانون، أمّا مصدر التزام الوكيل فهو الاتفاق، كما أنّ الفضالة قد تكون تصرف قانوني أو عمل مادي في حين أنّ الوكالة قاصرة على التصرفات القانونية⁽¹⁾، كذلك فإنّ ربّ العمل في الفضالة لم يختَر الفضولي ولم يكلفه القيام بشؤونه في حين أنّ الموكل يختار وكيله ويكلفه بالقيام بما فوضه فيه⁽²⁾.

كذلك تقترب الفضالة من الاشتراط لمصلحة الغير في أنّ كليهما يكسب الغير حقوقاً دون تدخله. غير أنّه ما يختلفان في أنّ الاشتراط لمصلحة الغير يكسب المنتفع حقاً مباشراً قبل المتعهد دون أنّ ينطوي الأمر على نيابة، بينما يعتبر الفضولي نائباً عن ربّ العمل، كما أنّه يجب أنّ يكون للمشترط مصلحة شخصية في الاشتراط وهذا بخلاف الفضولي الذي يجب أنّ لا تكون له مصلحة شخصية فيما يقوم به من عمل للغير⁽³⁾.

ثانياً: شروط الفضالة

عند إجازة ربّ العمل لتصرف الفضولي، فإنّه يصبح أحد أطراف العقد كما سبق أنّ بيّنا ولتحقق ذلك لابدّ من توافر شروط مُعيّنة في تصرف الفضولي. وقد تولت المادة 150 من القانون المدني الجزائري بيان ذلك، حيث جاء فيها أن: «الفضالة هي أنّ يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر، دون أنّ يكون ملزماً بذلك». يستخلص من هذا النص أنّ للفضالة ثلاثة شروط وهي:

- 1- أن يقوم الفضولي بعمل لحساب ربّ العمل (الركن المادي).
- 2- نية الفضولي في العمل لمصلحة ربّ العمل (الركن المعنوي).
- 3- عدم وجود التزام سابق على الفضولي بالقيام بالعمل (الركن القانوني)⁽⁴⁾.

(1) - كحلون علي، المرجع السابق، ص. 785.

(2) - خليفة سنوسي حاج، المرجع السابق، ص. 53.

(3) - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص. 497.

(4) - حامق ذهبية، المرجع السابق، ص. 53 وما بعدها.

1- أن يقوم الفضولي بعمل لحساب ربّ العمل (الركن المادي)

لتحقق هذا الشرط يتعين أن يتولى الفضولي القيام بعمل توجبه الضرورة لمصلحة ربّ العمل، والعمل الضروري هو ذلك العمل الذي ما كان صاحب العمل ليتقاعس عن القيام به لو كان قادراً على ذلك⁽¹⁾. فلا يكفي أن يكون تدخل الفضولي من شأنه أن يحقق مجرد نفع لربّ العمل، كإقامة بناء على أرض مملوكة لشخص آخر لحسن استغلال هذه الأرض، فهنا يكون تدخل الشخص مفيداً ولكنه ليس ضرورياً، فلا يعتبر بالتالي فضولياً، بل أن تدخله خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية⁽²⁾، فيجب إذن أن يكون تدخل الفضولي ضرورياً، أي أن يكون العمل الذي يقوم به من الشؤون العاجلة بالنسبة لربّ العمل.

وقد ذهب فريق من الشراح إلى أن الفضالة لا تكون إلا في التصرفات القانونية استناداً إلى أن الوكالة لا تجوز إلا في هذه التصرفات؛ إلا أن الرأي الراجح والذي أخذ به القضاء هو أن عمل الفضولي لا يقتصر على التصرف القانوني بل يشمل العمل المادي أيضاً⁽³⁾. ومثال على قيام الفضولي بتصرف قانوني باسم ربّ العمل، أن يقبل هبة صدرت من الواهب إلى ربّ العمل، أو أن يوفي بضريبة مستحقة على ربّ العمل لكي يتقاضي الحجز على أمواله أو أن يبيع محصولات زراعية لربّ العمل مما يسرع إليها التلّف⁽⁴⁾. أمّا مثال قيام الفضولي بعمل مادي فكأن يقوم بإطفاء حريق شبّ في منزل ربّ العمل أو أن يقوم بجني محصول لربّ العمل يخشى عليه من التلّف⁽⁵⁾.

2- نية الفضولي في العمل لمصلحة ربّ العمل (الركن المعنوي)

يجب أن يقصد الفضولي في عمله تحقيق مصلحة الغير وهذا القصد هو الذي يميز

(1) - سعد أيمن، المرجع السابق، ص. 413.

(2) - تتاغو سمير عبد السيد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 337.

(3) - علي علي سليمان، مصادر الالتزام، ص. 266. الذيب محمود عبد الرحيم، المرجع السابق، ص. 18.

(4) - سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص. 528.

(5) - عبد الله فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص. 626.

الفضالة عن الإثراء بلا سبب، فإذا قام شخص بعمل لنفسه وترتب عليه نفع للغير لا يكون فضولياً، فلا يرجع عليه بدعوى الفضالة بل بدعوى الإثراء بلا سبب أن تحققت شروطها⁽¹⁾.

فيشترط لتحقيق الفضالة أن ينصرف قصد الفضولي إلى العمل لحساب الغير، فتتوافر الفضالة طالما توافر هذا القصد، حتى لو قصد في الوقت ذاته أن يعمل لحساب نفسه كذلك⁽²⁾، فإذا تولى الفضولي شأن غيره في أثناء توليه شأنًا لنفسه، لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر فهو فضولي⁽³⁾، فالشريك المشتاع الذي يؤجر العين المشاعة يعد فضولياً بالنسبة لشريكه على الرغم من أنه في الوقت ذاته كان يعمل لمصلحة نفسه⁽⁴⁾.

3- عدم وجود التزام سابق على الفضولي بالقيام بالعمل (الركن القانوني)

حتى تتحقق الفضالة من الناحية القانونية، يجب أن يكون الفضولي غير ملزم بالقيام بالعمل الذي قام به لحساب الغير، ولا موكلاً فيه، ولا منهياً عنه⁽⁵⁾. وقد أشارت المادة 150 من ق.م.ج إلى هذا الشرط قائلة: "... دون أن يكون ملتزماً بذلك". سواء كان هذا الالتزام تعاقدياً (مثل الوكالة)، أو قانونياً (مثل الولي أو الوصي)⁽⁶⁾، ولا منهياً عنه؛ بمعنى أن رب العمل قد نهى الفضولي عن التدخل في شؤونه، ومع ذلك تدخل فيه، فإنه يكون مسؤولاً عن هذا التدخل

(1) - تناغو سمير عبد السيد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 338.

(2) - منصور أمجد محمد، المرجع السابق، ص. 380.

(3) - انظر المادة 151 من (ق.م.ج) التي تقول على إمكانية أن: «تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي أثناء توليه شأنًا لنفسه، قد تولى شأن غيره لما بين الأمرين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر».

(4) - عبد الله فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص. 629.

(5) - بلحاج العريبي، ج. 2، المرجع السابق، ص. 504.

(6) - علي علي سليمان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 274.

مسئولية تقصيرية لأنه يعتبر مخطئاً بشرط أن يترتب على تدخله ضرر لرب العمل⁽¹⁾.

الفرع الثاني

أثر الفضالة على قاعدة نسبية العقد

الغالب أن تتم الفضالة دون أن يعلم رب العمل - نظراً لغيابه - بتدخل الفضولي في شؤونه، ولكن قد يحدث أن يعلم رب العمل بهذا التدخل، هذه الحالة نظمتها المادة 152 من (ق.م.ج) التي تنص على أنه: «تسري قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي»، فإذا علم رب العمل بتدخل الفضولي في شؤونه وأقره، ففي هذه الحالة تطبق أحكام الوكالة على الفضالة، ويعتبر الفضولي نائباً عن رب العمل فيما قام به من أعمال فتسري أحكام الوكالة على العلاقة بينهما⁽²⁾.

فالأصل أن الفضولي يتدخل في شؤون رب العمل دون علمه وفي هذه الحالة يعتبر رب العمل "غيراً" بالنسبة للتصرفات التي يبرمها الفضولي دون علمه، حيث أن رب العمل في هذه الحالة لا يملك تعديل العقد الذي أبرمه الفضولي وإنهائه طالما أنه غير عالم به. أما إذا علم رب العمل بتدخل الفضولي في شؤونه وأقر هذا التدخل ففي هذه الحالة تطبق أحكام الوكالة.

إلا أن هذه المسألة لقيت خلافاً عند الفقهاء، فقد ذهب (ريبير وبولانجيه) إلى القول: "إنّ القياس على الوكالة ما هو إلا مجرد مقارنة، وإنّ الإقرار لا يحول الفضالة إلى وكالة، إذ أنه يأتي بعد التصرف القانوني الذي قام به الفضولي، فرب العمل يعتبر غيراً فيما أقره، والدليل على ذلك أن أهلية رب العمل لا تتطلب إلا عند صدور الإقرار"⁽³⁾. أما (مارتي ورينو) فهما "يشگان في أنّ الإقرار يحول الفضالة إلى وكالة؛ لأنّ الإقرار في رأيهما تصرف قانوني صادر عن إرادة

(1) - خليفة سنوسي حاج، المرجع السابق، ص. 121.

(2) - عبد الله فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص. 631.

(3) - علي علي سليمان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 275.

منفردة، وله آثاره الأصلية والخاصة⁽¹⁾. غير أنه مهما اختلفت الآراء فإن نص المادة 152 من (ق.م.ج)⁽²⁾ يطبق على العلاقة بين الفضولي ورب العمل، ويعتبر بموجبها الفضولي وكيلًا عن رب العمل الذي أقر تصرف الفضولي. ولتفصيل ذلك يجب أن نميز بين حالتين:

الحالة الأولى: تعاقد الفضولي باسمه الشخصي

إذا تعاقد الفضولي باسمه الشخصي وكان المتعاقد الآخر لا يعلم بوجود النيابة تقوم بين الفضولي والطرف الآخر علاقات تعاقدية عادية، فيلتزم نحوه كأبي متعاقد آخر؛ لأن الفضولي هو الذي يكون طرفًا في العقد، وبالتالي يلتزم بتنفيذ ما ورد فيه من التزامات⁽³⁾. وبذلك يعتبر الأصيل "غيرًا" عن العقد الذي أبرمه الفضولي باعتباره نائبًا عن الأصيل باسمه الشخصي، حيث أن آثار العقد في هذه الحالة تنصرف إلى الفضولي سندا لنص المادة 75 من (ق.م.ج) المتعلقة بالنيابة، والتي تقضي بأن آثار العقد تنصرف إلى الوكيل إذا أضاف العقد لنفسه دون أن يعلن أنه يتعاقد بوصفه وكيلًا⁽⁴⁾، فالنص صريح في اشتراطه أن يتعاقد الوكيل باسمه الشخصي وألا يعلم المتعاقد الآخر وقت التعاقد بوجود النيابة حتى تنصرف حقوق العقد إلى الوكيل (وهو الفضولي هنا).

في هذه الحالة يظل رب العمل "أجنبيًا" عن العقد ولا تنصرف إليه آثاره تطبيقاً لمبدأ «مبدأ نسبية أثر العقد»، ويكون الفضولي ملتزمًا في مواجهة الطرف الآخر ويعتبر هو وحده المدين في هذا العقد، كما يجب أن يكون أهلاً للتعاقد، وتقوم مسؤوليته عن أي تقصير يقع منه في تنفيذ

(1) - حامق ذهبية، المرجع السابق، ص. 199.

(2) - تنص المادة 152 من (ق.م.ج) على أن: «تسري قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي».

(3) - حامق ذهبية، المرجع السابق، ص. 197. سعد أيمن، المرجع السابق، ص. 418.

(4) - تنص المادة 75 من (ق.م.ج) على أن: «إذا لم يعلن المتعاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بوصفه نائبًا، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائنًا أو مدينًا، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب».

التزاماته، حيث أنّ الطرف الآخر يتعامل معه على أساس أنّه متعاقد⁽¹⁾. فإذا اضطر إلى أداء شيء من ماله تنفيذاً للعقد الذي أبرمه، كأن يكون قد اتفق مع مقاول على ترميم المنزل المملوك لربّ العمل، ودفع للمقاول أجره المقابل فإنه يرجع على ربّ العمل بما دفعه، وبالفوائد القانونيّة عن هذا المبلغ محسوبة من وقت الدفع⁽²⁾ طبقاً لقواعد الرجوع بما دفعه في القانون المدني⁽³⁾.

الحالة الثانية: تعاقد الفضولي باسم ربّ العمل

إذا تعاقد الفضولي باسم ربّ العمل مع الطرف الآخر ففي هذه الحالة يجب أن يقصد كلّ منهما -أي الفضولي والطرف الآخر- أنّ يكون التعاقد لحساب صاحب العمل وباسمه، وبالتالي تتصرف إليه آثار التصرفات القانونيّة التي أبرمها الفضولي نيابة عنه، ويجب عليه تنفيذها⁽⁴⁾. ويصبح ربّ العمل هو المدين، فيكسب الحقوق التي تتولّد من التصرف ويطلب الطرف الآخر مباشرة بها دون ضرورة لوساطة الفضولي وتترتب في ذمته الالتزامات التي تنشأ عنها، فهو المتعاقد حكماً.

أمّا الفضولي فلا ينشأ في ذمته أي حقّ أو التزام، وإن كان هو الذي تعاقد عنه⁽⁵⁾، وهذا الحكم هو تطبيق لفكرة النيابة وقد طبقها المشرّع الجزائري صراحة في نصّ المادة 152 السابق ذكره. لذلك يعتبر ربّ العمل هو أحد طرفي العقد والمتعاقد الذي تعاقد مع الفضولي هو الطرف

(1) - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 283.

(2) - تناغو سمير عبد السيد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 348.

(3) - تنص المادة 157 من (ق.م.ج) على أن: «يعتبر الفضولي نائباً عن ربّ العمل، متى كان قد بذل في إدارته عناية الرجل العادي، ولو لم تتحقق النتيجة المقصودة وفي هذه الحالة يكون ربّ العمل ملزماً بتنفيذ التعهّدات التي عقدها الفضولي لحسابه، وبتعويضه عن التعهّدات التي التزم بها، ويرد النفقات الضرورية أو النافعة التي سوغتها الظروف، وبتعويضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل، ولا يستحق الفضولي أجراً على عمله إلا إذا كان هذا العمل من أعمال مهنته».

(4) - سعد أيمن، المرجع السابق، ص. 418.

(5) - تناغو سمير عبد السيد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 348.

الآخر، لذا ينبغي أن تتوافر لدى رب العمل الأهلية اللازمة بالنسبة لهذا التصرف، أما الفضولي فيكفي فيه أهلية التمييز، حيث أن آثار التصرف ستضاف مباشرة إلى رب العمل⁽¹⁾.

فالأصل أن رب العمل يعتبر "غيراً" عن التصرفات التي أبرمها الفضولي وبذلك فإن آثار هذا التصرف لا تنصرف إليه تطبيقاً لمبدأ نسبية آثار العقد الذي يقضي بحظر امتداد أثر قانوني معين إلى شخص دون إرادته. لكن في حالة ما إذا كان تعاقد الفضولي باسم رب العمل، وأقر رب العمل هذا التصرف، فإن آثار التصرف تنصرف إليه حكماً، وبذلك يصبح رب العمل "طرفاً" في العقد يملك سلطة تعديل العقد وإنهائه بموافقة الطرف الآخر، إذ لا يمكن أن تلحقه صفة "الطرف" دون إعلان إرادته أياً كان شكل هذا الإعلان - قبول أو إقرار، صريح أو ضمني - ومن لم تترتب إرادته انصراف الأثر إليه يظل بمنأى عن هذا الأثر فلا يصبح بموجبه دائناً أو مديناً، وذلك تطبيقاً لمبدأ نسبية آثار العقد⁽²⁾.

أما إذا علم رب العمل بتدخل الفضولي، ونهاه عن القيام بالعمل واستمر الفضولي مع ذلك بتدخله ورفض رب العمل إقرار هذا التدخل، ففي هذه الحالة يخرج تدخل الفضولي عن حكم الفضالة ويكون رب العمل "غيراً" عن هذا التصرف، فيكون له الحق في الرجوع على المتعاقد الآخر كما لو لم يكن قد قام بأي تصرف معه، فيستطيع مثلاً أن يسترد العقار المبيع من الفضولي، وإذا أصاب الطرف الآخر ضرر من الاسترداد فله أن يرجع على الفضولي بالمسؤولية التقصيرية⁽³⁾.

(1) - سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص. 537.

(2) - رسلان نبيلة إسماعيل، المرجع السابق، ص. 76 - 77.

(3) - حامق ذهبية، المرجع السابق، ص. 197.

إلا أنّ الفقه الفرنسي يرى أنّ الفضولي إذا أبرم عقداً فيه نفع لربّ العمل، فإنّ ربّ العمل ليس في وسعه رفض إقرار العقد أي يعتبر متعاقداً على أساس وجود وكالة ضمنية⁽¹⁾. ونرى أنّ هذا الاتجاه في الفقه الفرنسي يعتبر مجحفاً بحق المالك ويؤدّي إلى الإضرار به، كما أنّه يخالف القواعد العامّة في القانون، فلا يجوز إلزام الشّخص بأيّ تصرّف في ملكه إلاّ بإرادته.

كما يرى بعض الفقهاء العرب أنّ الفضالة القانونيّة ليست بحاجة إلى إقرار لأنّ النيابة فيها قانونية، وإذا ورد على الفضالة الكاملة يسمى تصديقا، وليس إقرارا. أمّا إذا كان تدخل الفضولي غير نافع، أو غير صالح لربّ العمل، فلا تتوافر كلّ الأركان اللازمة في الفضالة، وتسمى الفضالة الناقصة⁽²⁾، وفي هذه الحالة إذا أقرها ربّ العمل تتحول الفضالة الناقصة إلى فضالة تامة⁽³⁾. أمّا إذا علم ربّ العمل بتدخل الفضولي وكان موقفه سلبيا من ذلك بحيث لم يعارضه أو يقره، ففي هذه الحالة تبقى لقواعد الفضالة ولايتها، ويتعين العمل بها⁽⁴⁾.

(1) - خاطر صيري حمد، المرجع السابق، ص. 39.

(2) - تكلم الفقيه "بوتيه" عن الفضالة الناقصة، واعتبرها تلك الفضالة التي اختل أحد أركانها، ومثال ذلك: قيام شخص بشؤون غيره معتقداً أنّه يدير شؤون نفسه، أو قام بإدارة شؤون الغير دون إذن هذا الغير، أو أنّ يكون العمل الذي قام به ليس ضرورياً وعاجلاً. راجع في عرض هذا الرأي الفقهي: بلحاج العربي، النظرية العامّة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 506.

(3) - حامق ذهبية، المرجع السابق، ص. 201.

(4) - علي علي سليمان، النظرية العامّة للالتزام، المرجع السابق، ص. 274. عبد الله فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص. 631.

المطلب الرابع

البيوع المتعاقبة كتطبيق لـ «مبدأ نسبية أثر العقد»

يقصد بالبيوع المتعاقبة، عقود البيع المتتالية في الزمن والتي تتناول جميعها مبيعاً واحداً⁽¹⁾، ومثال ذلك أن يشتري أحد الأشخاص سيارة من شخص آخر ثم يبيعه إلى مشتري آخر وهكذا بحيث تتسلسل البيوع على نفس المبيع⁽²⁾.

هذه الحالة قد أثارت إشكالية تتعلق بظهور عيب في المبيع⁽³⁾، فإذا تصرف المشتري بالمبيع المعيب إلى شخص آخر، فهل يبقى له حق التمسك بخيار العيب؟

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على هذه الحالة، وقد قصد بذلك أن يترك حكمها للقواعد العامة. ويعتبر تصرف المشتري في المبيع أمراً بديهياً؛ لأن المشتري ما كان له أن يقدم على الشراء إلا بدافع التصرف في الشيء المبيع، غير أن تصرفه هذا قد يكون له أثر على دعوى الضمان بخصوص المبيع المعيب⁽⁴⁾. وفي هذا فرضان؛ الفرض الأول هو تصرف المشتري في المبيع بعد اطلاعه على العيب، أما الثاني فهو تصرف المشتري في المبيع المعيب قبل اطلاعه على العيب.

(1) - قرفي مراد، دعوى الضمان القانوني لعيوب المبيع، رسالة ماجستير، تخصص القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، 2006. ص. 74.

(2) - القاسم محمد حسن، عقد البيع؛ (د.ط)، الدار الجامعية، بيروت، 1999، ص. 157. نقلاً عن حليمي ربيعة، المرجع السابق، ص. 53. العمارة عبيد مازن، المرجع السابق، ص. 51.

(3) - لقد عرفت محكمة النقض المصرية العيب الخفي بأنه: "العيب الخفي على أنه تلك الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع". راجع نقض مدني مصري، 1948/04/08، مجموعة عمر، ص. 587، رقم 296. نقلاً عن حسنين محمد، عقد البيع في القانون المدني الجزائري؛ (د.ط)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص. 151. وانظر: مرقس سليمان، شرح القانون المدني، "العقود المسماة: عقد البيع"؛ (ط.4)، دار الهنا للطباعة، القاهرة، 1980. ص. 395.

(4) - قرفي مراد، المرجع السابق، ص. 96.

هذا ما سنحاول توضيحه هنا، حيث ندرس في (الفرع الأول) حالة تصرف المشتري في المبيع بعد اطلاعه على العيب، وفي (الفرع الثاني) حالة تصرف المشتري بالمبيع قبل اطلاعه على العيب وذلك لتوضيح مدى اعتبار هذه الحالة تطبيقاً من تطبيقات مبدأ نسبية أثر العقد.

الفرع الأول

تصرف المشتري بالمبيع بعد اطلاعه على العيب

عندما يقوم المشتري بشراء شيء ما ينبغي أن يكون ذلك قائماً على العلم الكافي، وكذلك فإن على البائع أن يلتزم بإعلام المشتري بالمبيع وما فيه من عيوب وذلك انطلاقاً من مبدأ حسن النية، وهذا موافق لنص المادة (352) من (ق.م.ج)، والتي تنص على أنه: «يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً، ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه. وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به، إلا إذا أثبت غش البائع».

وعليه فإن البائع ملزم بإعلام المشتري بكل العيوب في المبيع، فإن علم المشتري بالمبيع - مع إقراره بذلك - يعد حجة عليه، ويعد تنازلاً منه عن حقه في ضمان المبيع. لكن ماذا لو كان المشتري على علم بتعييب المبيع وبدلاً من أن يتمسك بحقه بفسخ البيع تصرف فيه إلى مشتري ثاني بالرغم من اطلاعه على عيب المبيع؟

إنّ هذه الوضعية لا يوجد نصّ في القانون المدني الجزائري تكلم عنها، على عكس بعض التشريعات المدنية التي نصّت عليها⁽¹⁾؛ من بين هذه التشريعات نجد القانون المدني

(1) - إذا كان هذا الطرف يمكن استخلاصه بالرجوع إلى القواعد العامة للقانون المدني، فإن القانون المدني العراقي قد نظم هذه الحالة بنص خاص في المادة 566 مدني عراقي التي نصّت على أنه: "إذا اطلع المشتري على عيب قديم في المبيع، ثم تصرف فيه تصرف المالك: سقط خياره". راجع في هذا المعنى أيضاً المادة 462 موجبات وعقود لبناني. نقلاً عن قرفي مراد، المرجع السابق، ص. 96.

الأردني الذي أوجد حلاً لهذه الحالة، وذلك في نص المادة 515 منه بقولها: «إذا تصرف المشتري في المبيع تصرف المالك بعد اطلاعه على العيب القديم سقط خياره»⁽¹⁾. فيفهم من هذا النص أنّ المشتري يعتبر متنازلاً عن حقه في ضمان العيب حينما يستعمل حقه في الاستفادة من المبيع على أساس أنّه مالك في المبيع الذي انتقل إليه وهو عالم بأنه معيب⁽²⁾، وبالتالي تسري عليه آثار العقد كلها ولا يعتبر من الغير⁽³⁾.

الفرع الثاني

تصرف المشتري بالمبيع قبل اطلاعه على العيب

يستفاد من نص المادة 515 من (القانون المدني الأردني) المذكورة سابقاً، بمفهوم المخالفة أنّ المشتري لا يسقط حقه في ضمان العيب متى تصرف في المبيع وهو لم يطلع على العيب القديم الذي يوجد في المبيع الذي انتقل إليه من البائع. ففي هذا الفرض يكون للمشتري حق الرجوع على بائعه بسبب العيب⁽⁴⁾.

وقد ثار خلاف حول ما إذا كان المشتري الأخير للعين المعيبة، يستطيع الرجوع على البائع الأصلي لها مباشرة بالضمان دون المرور على البائعين الأصليين الذين يتوسطون هذه العملية.

(1) - نقلاً عن العمارة عيبر مازن، المرجع السابق، ص. 52.

(2) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.4، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول "البيع والمقايضة"، دار إحياء التراث العربي، (د.س.ن)، بيروت، ص. 748.

(3) - حلبي ربيعة، المرجع السابق، ص. 53.

(4) - أنّ المشتري في هذا الفرض لا يكون له إلا الرجوع بالتعويض على البائع بسبب الضرر الذي أصابه من العيب، ويسقط حقه في الرد؛ لأنه لا يملك المبيع ولا يستطيع أن يسترده ممن اشتراه لأنه ضامن للتعرض، والاسترداد والتعرض لا يجتمعان. انظر: السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.4، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول "البيع والمقايضة"، المرجع السابق، ص. 748.

في حقيقة الأمر لا نجد حلاً لهذه المسألة في القوانين، إلا أن الفقه حسم الأمر بأنه لا يمكن للبائع الأخير العودة على البائع الأول بضمان العيب؛ لأنه لا علاقة له به فهو من الغير بالنسبة له، وهذا تطبيقاً لمبدأ «نسبية أثر العقد»⁽¹⁾.

أما في فرنسا فقد حسم الأمر، حيث أصدرت الجمعية العامة لمحكمة النقض بتاريخ (1991/07/12) توصلت فيه إلى أن تقرير رجوع المضرور في سلسلة العقود بالمسؤولية العقدية على المسؤول الذي لا يربطه به عقد مباشر، يشكل إكساب الغير حقا من العقد والزامه أيضاً بالشروط المحددة أو المعفية من المسؤولية الواردة في هذا العقد الذي لم يكن طرفاً فيه. وكان تعليل هذا الحكم على أساس أنه في العقود المتتابعة لا يمكن أن يحلّ الدائن التالي محلّ مدينه ولا يمكن الاستناد إلى وجود العقود في مجموعة واحدة كأساس للمسؤولية العقدية؛ ذلك لأن مجال العقود المتتابعة يصعب تحديده مما يؤدي إلى القضاء على مبدأ نسبية آثار العقد كلياً⁽²⁾. لكن مثل هذا الحل يمكن مخالفته بالرغم من أنه يتماشى مع المبادئ العامة لنظرية العقد، وذلك في ظل نظرية المجموعة العقدية.

كذلك تثار تساؤل آخر فيما يتعلق بمركز الغير في البيوع المتعاقبة، وذلك في فرنسا حيث تساءل الفقه الفرنسي في هذا المجال، حول البيع الذي يتأخر فيه تنفيذ الالتزام بالتسليم - والذي يعطي فيه البائع للمشتري قسيمة تسليم - bon de livraison - وتحرر هذه القسيمة في صورة سند لأمر، ويمكن أن تنتقل من شخص لآخر بالتظهير، وقبل أن تسلم البضاعة يمكن للمشتري أن يبيعها ثانية ويظهر القسيمة للمشتري الجديد، وهذا الأخير يمكن له أن يبيعها إلى مشتري آخر وهكذا بالتعاقب -⁽³⁾. وإذا لم يقم البائع بتسليم البضاعة للمشتري الأخير أو أن هذا المشتري لم

(1) - حليمي ربيعة، المرجع السابق، ص. 53. السنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، ج. 2، المرجع السابق. 749.

(2) - Arrêt de l'Assemblée Plénière du 12/07/1991, Recueil, Dalloz, 1991- 2, n° 38, p. 549.

نقلًا عن زاوي فريدة، المرجع السابق، ص. 303. وكذلك العمارة عبيد مازن، المرجع السابق، ص. 54.

(3) - خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 70. كذلك حليمي ربيعة، المرجع السابق، ص. 54.

يدفع الثمن أو رفض تسلم البضاعة فكيف يكون الحل؟ تعرّض الأستاذ (Weill) لهذه المسألة ويرى بشأنها (بأن المشتري الأخير يعتبر من الغير الأجنبي بالنسبة للبائع الأول لذلك لا يستطيع أحدهما أن يرجع على الآخر بدعوى مباشرة، وفي رأيه أنّ هذا الحكم ما هو إلا تطبيق لمبدأ «نسبية أثر العقد» ولا تجوز مخالفته إلا بناء على نصّ قانوني، وفي غياب النص لا يستطيع المشتري الأخير أن يرجع على بائعه المباشر)⁽¹⁾.

البيع المتعاقبة إذن تعتبر تطبيقاً لمبدأ نسبية آثار العقد في رجوع كلّ متعاقد على من تعاقد معه مباشرة للمطالبة بالضمان عن العيب الخفي، ولا يملك المشتري الأخير الرجوع على البائع الأصلي لأنه ليس طرفاً في العقد الذي تم بين البائع الأصلي والمشتري الأول ولا يكون أمامه سوى الرجوع على بائعه المباشر⁽²⁾، والخطأ الصادر من المنتج في عقود البيع المتتالية، والذي يؤدي إلى أضرار لا تصيب المشتري المتعاقد معه فقط، وإنما يؤدي ذلك إلى الإضرار بالمشتريين المتعاقبين للشيء ذاته، وهم من الغير بالنسبة لعقد البيع الأول⁽³⁾، وغيرها من حالات البيع المتتالية التي تطبيقاً لمبدأ نسبية آثار العقد.

(1)- WEILL (A.), op cit, p. 297.

(2)- العمارة عبير مازن، المرجع السابق، ص. 55.

(3)- الزاملي علاء، المرجع السابق، ص. 12. خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 251-252.

المطلب الخامس

بيع ملك الغير كتطبيق لمبدأ نسبية العقد

لما كانت القاعدة العامة في القانون المدني هي أنّ الملكية تنتقل من البائع إلى المشتري بمجرد انعقاد البيع، فيكون ثمة تعارض بين طبيعة هذا العقد - بوصفه ناقلاً للملكية - وبين كون البائع غير مالك للشيء المبيع⁽¹⁾، إذ لا يستطيع البائع في هذه الحالة نقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري⁽²⁾. وعلى هذا الأساس رتب المشرع الجزائري، ومعه التشريعات الأخرى بعض الأحكام الخاصة لبيع ملك الغير. فماذا نقصد ببيع ملك الغير؟ وما المقصود بالغير في هذا البيع؟ ومتى يشكّل هذا النوع من البيوع تطبيقاً لمبدأ نسبية أثر العقد؟

إن دراسة بيع ملك الغير تقتضي منا دراسة وجه اعتباره أحد تطبيقاتاً مبدأ نسبية آثار العقد، وذلك من خلال دراسة مفهوم هذا التصرف في (الفرع الأول)، ثمّ آثاره في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم بيع ملك الغير

ذكرنا سابقاً أنّه يقصد "بالغير" في العقود غالباً الأطراف غير المتعاقدة، أي الأشخاص الذين لم يكونوا طرفاً في العقد، غير أنّه في هذا النوع من العقود الخاصة يقصد بالغير "المالك الحقيقي"، فهو أجنبي على هذا العقد؛ لأنه لم يكن خلفاً عاماً ولا خلفاً خاصاً ولا من الدائنين فإنه لا ينصرف إليه أثر العقد ولو كان الشيء المبيع خاصاً به ومملوكاً له إذ العقد غير ساري المفعول في حقه⁽³⁾. فمصطلح "الغير" في بيع ملك الغير، نقصد به المالك الحقيقي الذي لم يكن

(1) - نحن نعلم بأن البيع لا يقتصر على نقل الملكية، بل يجاوز ذلك إلى نقل أي حق مالي آخر، فالبيع قد يقع على حقوق عينية غير الملكية كحق انتفاع أو حق الارتفاق، وقد يقع على حقوق شخصية كما في حوالة الحق إذا كانت في مقابل مبلغ من النقود). انظر: السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.4، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول "البيع والمقايضة"، المرجع السابق، ص. 22.

(2) - حسنين محمد، المرجع السابق، ص. 185.

(3) - رحمان يوسف، بيع ملك الغير بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012. ص. 19.

طرفا في العقد إلا أنّ ملكيته للشيء المبيع قد ألزمت إدخاله في هذا التصرف من أجل إقراره أو رده لهذا التصرف الواقع على ملكه.

بعد أنّ وضعنا مفهوم "الغير" في بيع ملك الغير، سنقوم بتعريف هذا البيع في (أولا)، وبعد ذلك نحدد شروطه في (ثانيا).

أولا: تعريف بيع ملك الغير

حتى تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري عند تمام عقد البيع لا بد أنّ يكون البائع مالكا للمبيع، فإذا باع شخص لآخر شيئا غير مملوك له فإن ملكية هذا الشيء لا تنتقل إلى المشتري؛ لأنّ فاقد الشيء لا يعطيه⁽¹⁾، وهو ما يعرف ببيع ملك الغير الذي نصّ عليه المشرع الجزائري في المواد 397، 398، و399 من (ق.م.ج)، حيث نصّت المادة 397 ف.1 منه على أنّه: «إذا باع شخص شيئا مُعينا بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحقّ في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن ببيعه»⁽²⁾.

يعرف الفقه بيع ملك الغير على أنّه: "عقد يبيع الشخص بمقتضاه مالا مُعينا بالذات مملوكا للغير، ولو كان البائع يملك الشيء المبيع لانتقلت الملكية فيه بمجرد العقد إلى المشتري إذا كان منقولا، وانتقلت الملكية فيه بالتسجيل إذا كان عقارا، أمّا إذا كان المبيع غير مملوك للبائع، فإن البيع لا يكون صحيحا، بل يكون باطلا بطلانا نسبيا، ولا تنتقل به الملكية إلى المشتري ولو سجل العقد في الشهر العقاري"⁽³⁾. ويرى البعض من الفقه ومنهم الدكتور (عبد

(1) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.4، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول "البيع والمقايضة"، ص. 268. الخروبي خليفة، العقود المسماة، "الوكالة- البيع والمعاوضة- الكراء- الهبة؛ ط.2)، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2013. ص. 149.

(2) - يقابلها نصّ المادة 466 من القانون المدني المصري.

(3) - تناغو سمير عبد السيد، عقد البيع، "شرح أحكام عقد البيع على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء"، ط. 1؛ مكتبة الوفاء، الإسكندرية، 2009. ص. 352.

الرزاق السنهوري) أنّ بيع ملك الغير هو: "أن يبيع شخص شيئاً مُعيّناً بالذات وهو لا يملكه"⁽¹⁾، ومن وجهة نظرنا نرى أنّه ذلك البيع الذي يرد على شيء مُعيّن بالذات غير مملوك لا للبائع ولا للمشتري.

أمّا التكييف الشرعي لهذا البيع في الفقه الإسلامي هو تصرف الفضولي، حيث يطبق الفقهاء على بيع ملك الغير أحكام الفضالة، وبائع ملك الغير يسمى فضولياً، أي من يتصرف في شؤون غيره، دون أنّ يكون له ولاية على التصرف أو من يتصرف في حقّ غيره بغير إذن⁽²⁾.

في حين يذهب بعض شراح القانون المدني إلى القول أنّ بيع ملك الغير يعد باطلاً بطلاناً نسبياً⁽³⁾، غير أنّ هذا رأي منتقد؛ لكون العقد القابل للإبطال لا ينقلب صحيحاً إلا إذا أجازَه العاقد الذي تقرّر البطلان لمصلحته، بينما في بيع ملك الغير قد يصدر الإقرار من المالك الحقيقي⁽⁴⁾. وهناك رأي آخر يقول أنّ قابلية الإبطال هنا هي من نوع خاص، إذ لا يمكن الأخذ في هذا الصدد بنظرية تحول العقد التي تستلزم انصراف إرادة المتعاقدين إلى تحويل العقد الباطل إلى عقد آخر، كما لا يمكن تطبيق نظرية العقد الموقوف التي يترتب عليها أنّ العقد لا ينتج آثاره بل يقف تنفيذُه، بينما عقد بيع ملك الغير ينتج جميع آثاره ما عدا الأثر المتعلّق بانتقال الملكية⁽⁵⁾.

(1) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.4، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول "البيع والمقايضة"، المرجع السابق، ص. 271.

(2) - رحمان يوسف، المرجع السابق، ص. 20.

(3) - تتاغو سمير عبد السيد، عقد البيع، المرجع السابق، ص. 353. الخزوبي خليفة، المرجع السابق، ص. 154.

(4) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.4، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول "البيع والمقايضة"، المرجع السابق، ص. 283 - 284.

(5) - مرقس سليمان، عقد البيع، المرجع السابق، ص. 529.

إن موقف المشرع الجزائري حول نفاذ عقد بيع ملك الغير في مواجهة المالك صريح، إذ تنص المادة 397 ف.2 (ق.م.ج) على ما يلي: «وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزاً فيحقّ مالك الشيء المبيع ولو أجازته المشتري»، إذن بيع ملك الغير لا يكون صحيحاً وناجراً إلا إذا أجازته المالك الحقيقي، أو أصبح المبيع ملكاً للبائع بعد إبرام العقد⁽¹⁾ مثلما تنص عليه المادة 398 من (ق.م.ج)⁽²⁾، وهذا ما سار عليه القضاء الجزائري في معظم قراراته منها أن: «بيع ملك الغير لا يكون ناجزاً في حقّ مالك الشيء المبيع، ولو أجازته المشتري»⁽³⁾.

ثانياً: شروط بيع ملك الغير

لكي نكون أمام بيع ملك الغير لا بد من توفر كافة شروط نقل الملكية بمجرد التعاقد، زيادة على ذلك شروط أخرى تتطلبها طبيعة بيع ملك الغير. لهذا تنص المادة 397 من (ق.م.ج) على أنه: «إذا باع شخص شيئاً مُعيّناً بالذات، وهو لا يملكه، فالمشتري الحقّ في طلب إبطال البيع، ويكون هذا البيع...». وتبعاً لذلك سنتناول فيما يلي تلك الشروط التي تضعنا أمام حقيقة هذا البيع.

1- ألا يكون البائع مالكا للشيء المبيع بتاريخ التعاقد

يعد هذا الشرط من أهم ما يميّز بيع ملك الغير، إذ يشترط أن يتصرّف البائع في شيء غير مملوك له، ولم يمنحه القانون أو الاتفاق سلطة التصرف فيه نيابة عن مالكه؛ فالوكيل لا

(1) - زواوي فريدة، المرجع السابق، ص. 82. الخروبي خليفة، المرجع السابق، ص. 150.

(2) - تنص المادة 398 (ق.م.ج) على أن: «إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزاً في حقّ المشتري. وكذلك يعتبر البيع صحيحاً في حقّ المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع».

(3) - الغرفة المدنية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 17/02/1988، ملف رقم 51734، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، لسنة 1991، ص. 11.

يعدّ بائعاً لملك الغير إذا تصرف في حدود وكالته⁽¹⁾ وباسم المالك الحقيقي كما بيناه سابقاً⁽²⁾، أمّا إذا تصرف خارج ما تقتضيه الوكالة يكون بائعاً لملك الغير.

ولابدّ لنا في هذا المجال من الإشارة إلى أحكام القرار الصادر عن المحكمة العليا بخصوص بطلان البيع الذي يستند على قرار باطل لملكية المبيع، حيث قضى أنّه: "يعدّ باطلاً، عقد البيع، المستند إلى عقد باطل، بموجب قرار إداري، تضمّن بطلان البيع، لوقوعه ممّن لا يملك المبيع"⁽³⁾.

كما تتحقق صورة بيع ملك الغير إذا كان البائع مالكا للمبيع تحت شرط واقف أو شرط فاسخ، فإذا لم يتحقّق الشرط الواقف وتحقق الشرط الفاسخ، نكون بصدد بيع ملك الغير شرط أنّ يكون البائع قد قرّر أمّام المشتري أنّه مالك للمبيع ملكيّة باتة غير معلقة على شرط⁽⁴⁾.

2- أن يرد البيع على شيء مُعيّن بالذات

بحيث يؤدّي البيع إلى نقل الملكيّة فوراً بمجرد الاتفاق⁽⁵⁾، أمّا إذا علق نقل الملكيّة على أجل مُعيّن أو على القيام بعمل مُعيّن كالفرز أو التسجيل، فلا يقع البيع في هذه الحالة قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري⁽⁶⁾، وبذلك لا نكون بصدد بيع ملك الغير في الأحوال التالية:

- (1) - الدّيب محمود عبد الرحيم، المرجع السابق، ص. 38.
- وتنص المادة 571 (ق.م.ج) على أنّ: «الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصاً آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه».
- (2) - رحمان يوسف، المرجع السابق، ص. 30.
- (3) - الغرفة المدنية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 200/01/12، ملف رقم 216335، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، لسنة 2001، ص. 132.
- (4) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.4، العقود التي تقع على الملكيّة، المجلد الأول "البيع والمقايضة"، المرجع السابق، ص. 273.
- (5) - مرقس سليمان، عقد البيع، المرجع السابق، ص. 509.
- (6) - حسنين محمّد، المرجع السابق، ص. 188.

- 1- بيع المثليات التي لا يملكها المشتري إلا بفرزها.
 - 2- البيع المؤجل فيه انتقال الملكية إلى موعد لاحق أو المعلق على القيام بعمل معين كالتسجيل في سجل خاص.
- وبذلك ينبغي لإعمال أحكام بيع ملك الغير أن يرد البيع على شيء مُعَيَّن بالذات؛ لأنَّ البائع إذا لم يكن مالكا له وقت البيع كان مملوكا للغير. أمَّا إذا كنا أمام بيع لم يقصد منه نقل الملكية في الحال، بأن يكون محلَّ الالتزام شيئا مستقبلاً مثلاً⁽¹⁾، كان العقد صحيحا، ولم ينطبق بشأنه الجزاء المقرّر لبيع ملك الغير⁽²⁾.

الفرع الثاني

آثار بيع ملك الغير على قاعدة نسبية العقد

عندما قمنا بتعريف بيع ملك الغير فيما سبق، قلنا أنَّ مصطلح "الغير" يتعلّق بشخص لم يكن طرفا في العقود بشكل عام، لكن في بيع ملك الغير يكون هو المالك الحقيقي، إذ يعتبر من الغير بالنسبة إلى البيع الصادر من سواه فهو بذلك لا يضار ولا يتأثر به، ما دام لم يتصرّف به، لهذا خول له القانون الحقَّ أمّا في إجازة هذا البيع، أو رفضه.

بما أننا بصدد دراسة آثار بيع ملك الغير كتطبيق لمبدأ نسبية العقد، فإن ذلك يقتضي منا أولا دراسة آثار بيع ملك الغير في حالة عدم إقرار المالك الحقيقي للبيع (أولا)، ثمّ نبين بعد ذلك آثار هذا البيع في حالة إقرار المالك الحقيقي للبيع (ثانيا).

أولا: عدم إقرار المالك الحقيقي للبيع

إن بيع ملك الغير لا ينفذ في حقّ المالك الحقيقي؛ لأنّ هذا العقد لا وجود له بالنسبة إليه، فتصرّف الغير في ملك غيره لا يمكن أن يُرتّب التزاما على مالكة، كما لا يمكن أن يُرتّب

(1) - تنص المادة 92 ف. 1 من (ق.م.ج) على أنه: «يجوز أن يكون محلّ الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا».

(2) - تتأغو سمير عبد السيد، عقد البيع، المرجع السابق، ص. 353.

أي حقّ على ماله؛ ذلك أنّ المالك الحقيقي يعتبر من الغير بالنسبة لهذا العقد⁽¹⁾. وفي هذا الشأن تنص المادة 397 ف.2 (ق.م.ج) على أنه: «وفي كلّ حالة لا يكون هذا البيع ناجزاً فيحقّ مالك الشيء المبيع ولو أجازته المشتري».

وعليه، إذا لم يقرّ المالك الحقيقي البيع، فإنه يعتبر "أجنبياً" بالنسبة لعقد البيع الوارد على ملكه⁽²⁾، فهو بعدم إقراره للبيع يكون غيراً عن هذا العقد. والإقرار - كما قلنا سابقاً - يتمّ في نطاق «مبدأ نسبية أثر العقد»، وليس في جوهر هذا المبدأ ما يحول دون انصراف آثار العقد إلى شخص لم يباشر عملية التعاقد ذاتها طالما أنّ هذا الشخص ارتضى كما ارتضى العاقدان انصراف هذا الأثر إليه⁽³⁾، أمّا إذا لم ترتض إرادته الالتزام بالآثار الملزمة لعقد البيع وبالتالي لا يصبح طرفاً فيه ولا تثبت له سلطة تعديل هذا العقد وإنهائه رضائياً أو قضائياً فلا تنصرف إليه آثار هذا البيع.

في هذا الصدد يذهب كلّ من (بوفنوار وبيلون وأسمان) إلى أنّ المالك هو "غير" (أجنبي) لا ينصرف إليه أثر العقد وذلك بموجب مبدأ نسبية هذا الأثر، كما يذهب (ليفي) إلى أنّ المالك هو "غير" وهو يوصف كذلك تطبيقاً لقاعدة (لا يستطيع الشخص أنّ يدلي لغيره أكثر مما يملك) ولكن هذه القاعدة هي تطبيق للمبدأ العامّ الذي تتم به حماية "الغير" وهو «نسبية أثر العقد»⁽⁴⁾.

وعليه، فإذا لم يقرّ المالك الحقيقي عقد البيع فإنه يعتبر أجنبياً عنه ولا عبرة في هذا الصدد بإجازة المشتري للبيع من عدمها، فتظل ملكية المبيع للمالك الحقيقي ولا تنتقل هذه الملكية

(1) - حسنين محمّد، المرجع السابق، ص. 195.

(2) - مرقس سليمان، عقد البيع، المرجع السابق، ص. 517. تناغو سمير عبد السيد، عقد البيع، المرجع السابق، ص. 357.

(3) - رسلان نبيلة إسماعيل، المرجع السابق، ص. 83.

(4) - خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 55.

إلى المشتري⁽¹⁾. ويترتّب على عدم انصراف آثار العقد إلى المالك الحقيقي أنّه إذا كان المشتري قد وضع يده على المبيع فإنه يكون للمالك أنّ يسترده، فيرجع على المشتري بدعوى الاستحقاق؛ ذلك أنّ ملكيّة المبيع مازالت له فيكون له استرداده من يد المشتري الذي ليس له أنّ يحتج على المالك الحقيقي بعقد لم يكن هذا المالك طرفاً فيه⁽²⁾، كما له رفع دعوى التعويض إذا كان المشتري سيء النية⁽³⁾.

أمّا إذا كان المشتري قد تملك المبيع بالحيازة أو التقادم، ففي مثل هذه الحالة لا يستطيع المالك الحقيقي استرداد المبيع من المشتري ولا يكون أمّامه سوى الرجوع على البائع على أساس المسؤولية التقصيرية، فيلتزم بالتعويض عن الضرر الذي ترتّب عليه⁽⁴⁾.

ثانياً: إقرار المالك الحقيقي للبيع

إذا أقرّ المالك الحقيقي البيع الصادر من البائع إلى المشتري، اعتبر إقراره قبولاً منه بالارتباط شخصياً بالتزامات البائع⁽⁵⁾؛ لأنّه بإقراره يصبح طرفاً في العقد وتتصرف إليه آثار هذا العقد تطبيقاً لمبدأ نسبية آثار العقد. وقد نصّت المادة 398 ف.1 من (ق.م.ج) على أنّه: «إذا

(1) - السنهوري عبد الرزاق، العقود التي تقع على الملكية، ص. 296.

(2) - حسنين محمّد، المرجع السابق، ص. 195.

(3) - يلاحظ أثر تطبيق قاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية" المنصوص عليها في المادة 835 من (ق.م.ج) التي تنص على أنّه: « من حاز بسند صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على المنقول أو سنداً لحامله، فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته. إذا كان حسن النية والسند الصحيح قد توافر لدى الحائز في اعتباره الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية فإنه يكسب ملكية الشيء خالية من هذه التكاليف والقيود العينية. والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السند الصحيح وحسن النية ما لم يقدّم الدليل على خلاف ذلك».

(4) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.4، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول "البيع والمقايضة"، المرجع السابق، ص. 297.

(5) - الديب محمود عبد الرحيم، المرجع السابق، ص. 40. مرقس سليمان، عقد البيع، المرجع السابق، ص.

أقرّ المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزاً في حقّ المشتري»، وهذا النص لم يشترط أنّ يكون الإقرار صراحة، إذ من الجائز أنّ يكون ضمناً⁽¹⁾، كما أنّ نفاذ العقد في حقّ المالك يكون من وقت صدور الإقرار لا من تاريخ إبرام العقد.

ينتج عن إقرار البيع من طرف المالك الحقيقي أنّ يصبح نافذاً في حقه، وهذا الإقرار من شأنه أنّ ينقل ملكية المبيع إلى المشتري من المالك الحقيقي، إذ زال العائق الذي كان يحول دون نقل الملكية برضاء المالك الحقيقي بالبيع، ويلتزم البائع باحترام العقد، فلا يجوز له التعرض للمشتري في انتقاعه، ولا أنّ يطالبه باسترداد المبيع⁽²⁾، كما يترتب على إقرار المالك للبيع أنّ حقّ المشتري في طلب إبطال العقد يسقط بصدور الإقرار⁽³⁾.

(1) - نقض المدني المصري في 30 أبريل 1950: "وقد جاء فيه أنّ توقيع المالك على عقد البيع الصادر من زوجته كضامن متضامن لا يمكن تأويله إلاّ بأنه إقرار لهذا البيع، وخصوصاً إذا كان قد ورد هذا العقد وصفه كبائع مع زوجته، وكان هو لم يعارض في دعوى صحة التعاقد التي أقامها الصادر له العقد وحكم فيها بصحة التعاقد ونفذ هذا الحكم وتسلم المشتري المبيع، وإذن فمن الخطأ إلاّ يعتبر الحكم مثل هذا التوقيع للبيع بمقولة أنّ الإجازة الصادرة من المالك الحقيقي في حدود المادة 624 مدني مصري (قديم) والتي بمقتضاها يصح العقد يجب أن تصدر من المالك في صيغة إجازة صريحة". مجموعة أحكام النقض المصرية 1 - 433 - 111. مشار إليه لدى: مرقس سليمان، عقد البيع، المرجع السابق، ص. 518.

(2) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.4، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول "البيع والمقايضة"، المرجع السابق، ص. 297 - 298.

(3) - تناغو سمير عبد السيد، عقد البيع، المرجع السابق، ص. 358. الخروبى خليفة، المرجع السابق، ص.

لكن التساؤل الذي يبقى مطروحاً هو هل إقرار المالك الحقيقي هو عبارة عن تعهد منه بالوفاء بما التزم به المدين البائع؟ أم أنّ إقراره يكون بمثابة اتّفاق جديد بينه وبين البائع والمشتري؟ أو يحلّ المالك الحقيقي بعد الإقرار محلّ البائع في كلّ حقوقه والتزاماته⁽¹⁾؟

إن إقرار المالك للبيع ينشئ علاقة مباشرة بينه وبين المشتري، إذ يحلّ المالك الحقيقي محلّ البائع في جميع حقوقه والتزاماته قبل المشتري من تاريخ إقراره⁽²⁾.

وفي هذا الشأن يقول الأستاذ (سليمان مرقس): (إن إقرار المالك يعد اعتماداً لما قام به البائع فيتربّب عليه التزام المالك من وقت صدور هذا الإقرار منه بكل ما التزم به البائع، أي أنّه يحلّ في عقد البيع ابتداءً من هذا التاريخ محلّ البائع وتقوم بينه وبين المشتري علاقة مباشرة، فيجوز للمالك أنّ يطالب المشتري بالثمن وأن يعرض عليه تسلم المبيع، ويجوز للمشتري أنّ يطالب المالك بالتسليم وأن يرجع عليه بضمان التعرض أو بضمان العيوب الخفية عند الاقتضاء. ويتربّب على إقرار المالك أيضاً أنّ تبرأ ذمّة البائع من الالتزامات التي أنشأها عقد

(1) - تشير إلى أنّ هناك تضارباً فقهي حول تكييف علاقة المالك الحقيقي بالمشتري؛ فمن الفقهاء من يتجه اعتبار البائع والمالك متضامين في حالة الإقرار أي لديهم مسؤولية تضامنية تجاه المشتري، ومنهم من ذهب إلى اعتبار إقرار المالك للبيع ما هو إلّا إزالة للعقبة التي كانت تحول دون نقل الملكية، ومن ثمّ يبقى المالك أجنبياً عن العقد ويبقى البائع ملتزماً وحده بكل الالتزامات الناشئة عن العقد، فيكون ملتزماً بنقل الملكية التي تكون قد انتقلت بإقرار المالك. ومنهم من ذهب إلى القول بأن إقرار المالك للبيع هو بمثابة تعهد منه للقيام بالوفاء بالالتزام المدين به البائع، وهو نقل ملكية المبيع وما يترتب عن ذلك من ضمان التعرض والاستحقاق. ومن الفقهاء من يتجه إلى القول بحلول المالك الحقيقي محلّ البائع في جميع حقوقه والتزاماته، ومن ثمّ تقوم علاقة مباشرة بينه وبين المشتري، فيكون للمالك حقّ مطالبة المشتري بالثمن ويكون لهذا الأخير حقّ مطالبة المالك بتسليم المبيع والرّجوع عليه بالضمان، - وفي رأينا - هذا القول هو الأقرب للمنطق. راجع في تفصيل هذه الآراء لدى: حسنين محمّد، المرجع السابق، ص. 196 وما بعدها. رحمان يوسف، المرجع السابق، ص. 143 وما بعدها.

(2) - تنص المادة 398 (ق.م.ج) على أن: «إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزاً في حقّ المشتري. وكذلك يعتبر البيع صحيحاً في حقّ المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع».

البيع لأنّ هذه الالتزامات تنتقل إلى ذمة المالك⁽¹⁾.

وبذلك فإن إقرار المالك عقد البيع يجعله طرفا في العقد ويكون المشتري هو الطرف الآخر، أما البائع فإنه يصبح من "الغير" حيث أنّ المالك الحقيقي يحلّ محله، فأقرار المالك عقد البيع يجعل البائع أجنبيا عن العقد فلا ينصرف إليه آثار هذا العقد ويصبح من "الغير" بالنسبة له فلا يملك سلطة تعديل العقد وإنهائه رضائيا أو قضائيا، في حين أنّ المالك الحقيقي يحلّ محله ويصبح هو طرفا في العقد، فتصرف إليه آثار هذا العقد، كما أنّه يملك سلطة تعديل العقد وإنهائه بموافقة الطرف الآخر وهو المشتري هنا.

المطلب السادس

عقد الصلح كتطبيق لـ «مبدأ نسبية أثر العقد»

يعتبر الصلح من أهمّ الوسائل القانونية التي تعتمدها الأطراف المتخاصمة من أجل إيجاد حلول لنزاعاتهم بما يضمن تواصل الحياة المشتركة فيما بينهما ويحفظ حقوقهم، ويعتبر كذلك آلية من آليات تسوية النزاعات بطريقة سلمية وودية بعيدا عن الإجراءات القضائية المعقدة.

وبالنظر لما للصلح من أهمية بالغة، فقد ركز المشرع الجزائري على تنظيم أحكامه على غرار التشريعات المقارنة وذلك في الفصل الخامس تحت الباب السابع من التقنين المدني، بعنوان العقود المتعلقة بالملكية من المادة 459 إلى المادة 466 من (ق.م.ج)، حيث تناول أركان عقد الصلح وآثاره وكيفية بطلانه.

فبمجرد انعقاد الصلح صحيحا مستوفيا لكل شروطه وأركانه، يصبح منتجا لآثاره القانونية في مواجهة أطرافه ويكتسب القوّة الإلزامية التي تخضع لمبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد، والذي يجعل من عقد الصلح كقوة الأمر المقضي في شروطه، فلا يحتج بالصلح إلّا في نزاع اتحد فيه المحلّ والسبب والخصوم. فما هو إذن مركز الغير بالنسبة لآثار عقد الصلح؟ ومن أي زاوية

(1) - مرقس سليمان، عقد البيع، المرجع السابق، ص. 519.

يمكننا اعتبار عقد الصلح تطبيقاً لـ «مبدأ نسبية أثر العقد»؟

لتوضيح مدى اعتبار عقد الصلح تطبيقاً لـ «مبدأ نسبية أثر العقد»، سنتعرض في (الفرع الأول) لمفهوم عقد الصلح، في حين سنبين نسبية أثر عقد الصلح في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم عقد الصلح

سنقوم في هذا الفرع بتحديد مفهوم عقد الصلح من خلال تعريفه (أولاً)، ثم نتعرض لآثاره (ثانياً) كما يلي.

أولاً: تعريف عقد الصلح

يعرف الفقه الصلح بأنه: "عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كلّ منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه"⁽¹⁾، وقد عرفته المادة 459 (ق.م.ج) بأنه: «الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يتنازل كلّ منهما على وجه التبادل عن حقه».

يعتبر عقد الصلح من عقود التراضي، فلا يشترط في تكوينه شكل خاص بل يكفي لانعقاده توافق الإيجاب مع القبول لقيامه⁽²⁾، أمّا الكتابة فهي ضرورية لإثبات الصلح لا لانعقاده؛ نظراً لأنّ الصلح يتضمن اتّفاقات وشروطاً ناتجة عن ثمرة المساومات التي تقع بين طرفي النزاع،

(1) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 5، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الثاني (الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح)؛ (د.ط.)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.س.ن). ص. 507.

(2) - براك الطاهر، عقد الصلح "دراسة مقارنة بين القانون المدني والشريعة الإسلامية"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2002. ص. 45.

وهذه الشروط والاتفاقات إذا لم تثبت بالكتابة فقد تكون محلّ نزاع مرة أخرى⁽¹⁾. كما أنّ عقد الصلح ملزم للجانبين وهو من عقود المعاوضة؛ لأنّ فيه كلّ من الطرفين ينزل عن جزء من ادعائه أو حقه، مقابل نزول الطرف الآخر عن جزء مما يدعيه أو حقه أيضاً⁽²⁾.

ويعتبر الصلح يعتبر عقداً كاشفاً للحقوق، أي مبيناً للحقوق لا منسئ لها؛ لأنّ الحقوق موجودة قبل الصلح ووقع عليها نزاع، فالصلح يبين هذه الحقوق لأصحابها ولهذا يعتبر كاشفاً لها لمن يستحقها، وقد ينزل أصحابها عن جزء منها بهذا الصلح في مقابل إنهاء النزاع والخلاف⁽³⁾. وإذا انتهى النزاع بحكم نهائي فإن ذلك لا يسمى صلحاً حيث أنّ النزاع يكون قد انحسم وانتهى بين طرفيه بالحكم الصادر لا بالصلح إذا ما تم بعد صدور الحكم⁽⁴⁾.

ثانياً: آثار عقد الصلح

إن الآثار القانونية التي تنتج عن عقد الصلح يحكمها مبدأ نسبية أثر العقود كما أسلفنا الذكر، والذي مفاده أنّ عقد الصلح يُرتّب التزامات ويكسب حقوق في ذمة المتعاقدين دون غيرهما كأصل عام. ولا شك في أنّ هذه الآثار التي تترتب عنه تتمثل في إنهاء النزاع القائم أو المحتمل الذي يقوم بين المتخاصمين، بأن يتنازل كلّ متصالح عن جزء من ادعائه على وجه المقابلة مع الطرف الآخر، ويعتبر المتصالح غير مقرر لصاحبه بالحقّ وإنّما يتنازل عن الحقّ في الدّعى والصلح قد حسم النزاع فيه فخلص لصاحبه. فبذلك يكون للصلح أثرين:

(1) - العمروسي أنور، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني؛ (ط. 5)، دار العدالة، القاهرة، 2013. ص. 230. السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 5، "العقود التي تقع على الملكية (المجلد الثاني)، الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح"، المرجع السابق، ص. 528.

(2) - براك الطاهر، المرجع السابق، ص. 44.

(3) - البكري محمّد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد 6 (عقد الهبة - عقد الشركة - عقد القرض - عقد الدخل الدائم - عقد الصلح)؛ (ط. 3)، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018. ص. 567.

(4) - حلّيمي ربيعة، المرجع السابق، ص. 51.

1- انقضاء ما نزل عنه كل من الطرفين من الحقوق والادعاءات نزولاً نهائياً.

حيث تنص المادة 462 (ق.م.ج) على أنه: «ينهي الصلح النزاعات التي يتناولها. ويترتب عليه إسقاط الحقوق والادعاءات التي تنازل عنها أحد الطرفين بصفة نهائية». إذ يترتب على عقد الصلح انقضاء ما نزل عنه كل من الطرفين من الحقوق والادعاءات نزولاً نهائياً، وهذا الأثر الذي رتبته القانون على عقد الصلح هو في الواقع من الأمر الذي أراده العقدان، فالمتصالحين أرادا بالصلح حسم النزاع القائم بينهما طبقاً للشروط التي ارتضاها، واقتصر القانون على إلزامهما بما أرادا، كما هو الشأن في كل تصرف يدخل في سلطان الإرادة، هذه القوة الملزمة للصلح تخضع للمبادئ العامة للعقد⁽¹⁾. وعلى ذلك لا يجوز للمتصالح أن يتحلل من الالتزام الذي تقرر في ذمته بموجب العقد ولا أن ينقض ما تم من جهته بأن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بالحق الذي حسمه الصلح أو أن يسير في دعوى مرفوعة عن ذات الحق، وإلا كان للطرف الآخر أن يدفع بانتهاء الخصومة بالصلح، كما يجوز له أن يطلب فسخ العقد⁽²⁾.

2- الأثر الكاشف للصلح بالنسبة إلى الحقوق المتنازع فيها.

تنص المادة 463 من (ق.م.ج) على أن: «للصلح أثر كاشف بالنسبة لما اشتمل عليه من الحقوق، ويقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها». والمقصود بالأثر الكاشف لهذه الحقوق، أن الصلح لا يتضمن إنشاء أو نقلاً للحقوق المتنازع فيها، بل يقصر الصلح على الكشف عن وجود الحق مستنداً إلى مصدره الأول أي أن الحق الذي تنازل عنه أحد المتصالحين للآخر يعتبر ثابتاً لا من وقت الصلح بل من وقت وجود السبب الذي أنشأ هذا

(1) - البكري محمد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد 6 (عقد الهبة - عقد الشركة - عقد القرض - عقد الدخل الدائم - عقد الصلح)؛ المرجع السابق، ص. 555.

(2) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 5، "العقود التي تقع على الملكية (المجلد الثاني)، الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح"؛ المرجع السابق، ص. 566.

الحق⁽¹⁾.

ويعتبر المتصالح غير مقرّ لصاحبه بالحقّ وإنّما يتنازل عن الحقّ في الدّعى⁽²⁾. فإذا تنازع شخصان على أرض ومنزل كان يملكهما مورث مشترك فاصطحا على أنّ يختص أحدهما بالأرض والآخر بالمنزل، اعتبر كلّ منهما مالكا لما اختص به لا من وقت الصّح بل من وقت موت المورث، وأنه قد ملك لا بالصّح بل بالميراث⁽³⁾.

ويترتب على ذلك أنّ المتصالح لا يعتبر متلقيا للحق المتنازع فيه من المتصالح الآخر، وبالتالي لا يكون خلفاً خاصاً له في مواجهة الغير بمستندات الطرف الآخر⁽⁴⁾، فإذا خلصت لأحد المتصالحين ملكية دار ثمّ نازعه أجنبي غير متصالح معه في هذه الدار لم يستطع وهو يتمسك بالتقادم في مواجهة هذا الأجنبي أن يظم مدة حيازة المتصالح الآخر إلى مدة حيازته⁽⁵⁾. كما ينتج عليه وجوب تسجيل الصّح لينتج أثره بالنسبة للغير أمّا فيما بين المتعاقدين فلا يجب

(1) - البكري محمد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء والتّشريع في القانون المدني الجديد، المجلد 6 (عقد الهبة - عقد الشركة - عقد القرض - عقد الدخل الدائم - عقد الصّح)، المرجع السابق، ص. 567.

(2) - تذهب النظرية التقليدية في تعليل هذا الأثر الكاشف إلى أنّ الصّح هو إقرار من كلّ من المتصالحين لصاحبه، والإقرار إخبار لا إنشاء فهو يكشف عن الحقّ لا ينشئه. في حين تذهب النظرية الحديثة في تفسير الأثر الكاشف إلى أنّ المتصالح في الواقع من الأمر لا يقر لصاحبه وإنّما هو ينزل عن حقّ الدّعى في الجزء من الحقّ الذي سلم به، فهذا الجزء من الحقّ قد بقي على وضعه الأول دون أنّ يتغير وإنّما الصّح قد حسم النزاع فيه فتخلص لصاحبه. العمروسي أنور، المرجع السابق، ص. 256.

(3) - أشرف أحمد عبد الوهاب، إبراهيم سيد أحمد، عقد القرض والدخل الدائم والصّح "في ضوء آراء الفقهاء والتّشريع وأحكام القضاء"؛ (ط. 1)، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018. ص. 87.

(4) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 5، "العقود التي تقع على الملكية (المجلد الثاني)، الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصّح"، المرجع السابق، ص. 584 - 585.

(5) - أشرف أحمد عبد الوهاب، إبراهيم سيد أحمد، المرجع السابق، ص. 89.

التسجيل والصلح في هذا كالقسمة⁽¹⁾.

الفرع الثاني

الأثر النسبي للصلح

إن للصلح - كسائر العقود - أثر نسبي، فهو مقصور على المحل الذي وقع عليه وعلى الطرفين اللذين وقع بينهما وعلى السبب الذي وقع من أجله، وهو في هذا يشبه الحكم فإن الحكم لا يكون حجة إلا عند اتحاد المحل والخصوم والسبب، ولكن الأثر النسبي للصلح يرجع إلى أنه عقد لا إلى قياسه على الحكم⁽²⁾.

أولاً: الأثر النسبي للصلح في المحل والسبب.

إن محل عقد الصلح أو موضوعه هو الحق محلّ التنازع بين الأطراف، والقاعدة أنّ الصلح يرد على أي نزاع سواء تعلّق بوجود الحق أو بصحّته أو ثار في أوصافه أو مداه، وسواء كان هذا الحقّ عينياً أو شخصياً منقولاً أو عقاريّاً فيجب أن يكون قابلاً للتعامل فيه أي مشروعاً⁽³⁾.

(1) - العمروسي أنور، المرجع السابق، ص. 255.

(2) - أشرف أحمد عبد الوهاب، إبراهيم سيد أحمد، عقد القرض والدخل الدائم والصلح، المرجع السابق، ص. 90. البكري محمد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد 6 (عقد الهبة - عقد الشركة - عقد القرض - عقد الدخل الدائم - عقد الصلح)؛ المرجع السابق، ص. 576.

(3) - العمروسي أنور، المرجع السابق، ص. 245.

وبالنسبة للأثر النسبي للصّح فيما يتعلّق بالمحلّ، فيعني أنّه لا يمكن التمسك بالصّح في نزاع مُعيّن إلاّ بشرط كون هذا النزاع سبق إنهاؤه بالصّح، وبعبارة أخرى فإنّ الأثر النسبي للصّح يقتصر على النزاع الذي كان محلاً للعقد دون أن يمتد إلى نزاع آخر لم يشملته عقد الصّح⁽¹⁾،

ويورد الفقه أمثلة كثيرة على اتحاد المحلّ في الصّح منها؛ أنّه إذا تصالح وارث مع بقية الورثة على ميراث اقتصر الأثر على الميراث الذي تناوله الصّح، ولا يتناول ميراثاً آخر يشترك فيه أيضاً بقية الورثة. وإذا تصالح موصى له مع الورثة على وصيّة، لم يتناول إلاّ الوصيّة التي وقع النزاع بشأنها، فلا يشمل وصيّة أخرى للموصى له تظهر بعد ذلك⁽²⁾.

أمّا السبب في عقد الصّح، فهو الهدف المباشر الذي من أجله يكون التزام المدين، وعليه يكون سبب التزام كلّ متصالح وهو نزول المتصالح الآخر عن جزء من ادعائه، ومن الفقهاء من يجعل سبب الصّح هو حسم نزاع قائم أو محتمل⁽³⁾.

والأثر النسبي للصّح يقتضي وحدة السبب، فإذا ثار نزاع جديد بين طرفي عقد الصّح متعلّقاً بذات محلّ الصّح ولكن كان سببه مختلفاً عن سبب النزاع الذي أنهاه الصّح فلا وجه للدفع بالصّح الحاسم للنزاع الأول⁽⁴⁾. ومثال ذلك إذا تصالح (أ) على أرض ادعى أنّه ورثها، ثمّ اشتراها بعد ذلك، فالصّح لا يجاوز النزاع القديم إلى السبب الجديد، ويحتج المتصالح بالبيع الصادر له رغماً من الصّح على الميراث. (ب) تصالح على أرض اشتراها من (أحمد) وبعد ذلك اشترى الأرض من علي، فالصّح لا يجاوز النزاع القديم إلى السبب الجديد، ويحتج

(1) - براك الطاهر، المرجع السابق، ص. 97.

(2) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 5، "العقود التي تقع على الملكية (المجلد الثاني)، الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصّح"، المرجع السابق، ص. 571.

(3) - البكري محمّد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد 6 (عقد الهبة - عقد الشركة - عقد القرض - عقد الدخل الدائم - عقد الصّح)، المرجع السابق، ص. 533.

(4) - براك الطاهر، المرجع السابق، ص. 98.

المتصالح بالبيع الصادر له من (علي)⁽¹⁾.

ثانياً: الأثر النسبي للصلح بالنسبة للأشخاص

إن الأثر النسبي للصلح بالنسبة للأشخاص مصدره - كأبي عقد آخر - ما تنص عليه المادة 113 من (ق.م.ج) من أنه: «لا يُرتب العقد التزاماً في ذمّة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا».

إن يعتبر أثر الصّح أياً كان نوعه نسبياً ولا يمكن أن يُرتب الصّح أي نفع أو ضرر غير عاقديه⁽²⁾، فإذا كان أثر انقضاء وورد على حقّ عيني لا يملكه المتصالح، فإن المالك هو "غير" بالنسبة لهذا الأثر؛ لأنّ المتصالح لا يجوز أن يتصرّف إلّا فيما يملك؛ أمّا إذا ورد على حقّ شخصي فإن هذا الحقّ لا يمثّل إلّا علاقة نسبية تقتصر على الطرفين⁽³⁾، فإذا تصالح المصاب مع المسؤول عن الحادث على مقدار التعويض ثمّ مات المصاب جراء الإصابة فإنّ الورثة هم من "الغير" بالنسبة لهذا التصالح، ما داموا لم يقيموا الدّعى على أساس أنّه م خلف عام، وإنّما على أساس أنّ الضّرر شخصي أي ضرر مرتد⁽⁴⁾. والدّائنون هم من الغير بالنسبة للصلح الذي يجريه أحدهم مع مدين في دين غير قابل للانقسام، والمدينون المتضامنون هم من الغير بالنسبة للصلح الذي يتصالح به أحدهم مع المدين إذا كان ضاراً بهم⁽⁵⁾.

تطبيقاً لذلك قضي أن: "عقد الصّح كغيره من العقود قاصر على طرفيه، فإذا كان الحكم قد رفض الحكم بعدم قبول الدّعى المدنية لسبق الصّح فيها وذلك إسناداً إلى أنّ المدعي بالحقّ

(1) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 5، "العقود التي تقع على الملكية (المجلد الثاني)، الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح"، المرجع السابق، ص. 594.

(2) - براك الطاهر، المرجع السابق، ص. 97.

(3) - حلّمي ربيعة، المرجع السابق، ص. 51 - 52.

(4) - براك الطاهر، المرجع السابق، ص. 97.

(5) - حلّمي ربيعة، المرجع السابق، ص. 52.

المدني لم يكن طرفا في هذا الصلح، فإن ما انتهى إليه الحكم يكون صحيحا في القانون⁽¹⁾. ولعل أشهر من أشهر الأمثل التي يتداولها الفقه في هذا الصدد؛ أنه إذا اصطلح أحد الورثة مع الموصى له على الوصية فإن الورثة الآخرين لا يحتجون بهذا الصلح ولا يحتج به عليهم، وإذا كان الموصى له شخصين بوصية واحدة وصالح الوارث أحدهما فإن هذا الصلح لا يحتج به الموصى له الآخر ولا يحتج به عليه، وإذا تصالح ربّ العمل مع المقاول فإن هذا الصلح لا يحتج به المهندس ولا يحتج به عليه، وإذا أمن شخص مسؤوليته ف صلح شركة التأمين مع المضرور لا يحتج به على المسؤول الذي أمن مسؤوليته⁽²⁾.

المطلب السابع

عقد الإيجار من الباطن كتطبيق لـ «مبدأ نسبية أثر العقد»

سنتناول في هذا المطلب عقد الإيجار من الباطن من خلال تحديد مفهومه (الفرع الأول)، ثم آثاره باعتباره تطبيقاً على مبدأ نسبية أثر العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم عقد الإيجار من الباطن

إن المستأجر له حق شخصي على العين المؤجرة في ذمة المؤجر، فله التصرف في هذا الحق بالبيع والهبة وله أيضاً أن يؤجره للغير، وما هذا إلا تطبيق للقواعد العامة التي تحيز التصرف في الحقوق الشخصية⁽³⁾، ففي تعريف الإيجار نفسه، تنص المادة 467 ف.1

(1) - نقض مدني مصري، جلسة 1970/06/11، مجموعة المكتب الفني، السنة 13 - 720. نقلاً عن أشرف أحمد عبد الوهاب، إبراهيم سيد أحمد، عقد القرض والدخل الدائم والصلح، المرجع السابق، ص. 91. العمروسي أنور، المرجع السابق، ص. 257.

(2) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 5، "العقود التي تقع على الملكية (المجلد الثاني)، الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح"؛ المرجع السابق، ص. 591 - 592.

(3) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 6، المجلد الأول (العقود الواردة على الانتفاع بالشيء: الإيجار والعارية)؛ (د.ط)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.س.ن). ص. 661.

(ق.م.ج) على أن: «الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم».

هذا من الناحية القانونية، أما من الناحية العملية فإن التصرفات التي يجريها المستأجر عادة في حقه هي إيجاره من الباطن، وهو العقد الذي يبرمه المستأجر الأصلي لتأجير العين المؤجرة إليه إلى شخص آخر يسمى مستأجراً من الباطن، فينشأ المستأجر في ذمته التزامات جديدة محلها تمكين المستأجر من الباطن من الانتفاع بحق الإيجار الأصلي⁽¹⁾.

والإيجار من الباطن هو إيجار جديد يعقد بين المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن، وهذا العقد هو الذي يحكم العلاقة بين طرفيه⁽²⁾، فيمكن أن تكون مدته مختلفة عن مدة الإيجار الأصلي، كما أن الأجرة قد تختلف وكذلك شروط العقد، فلا ينقل المستأجر بموجبه حقوقه المستمدة من الإجارة الأصلية إلى المستأجر من الباطن، بل ينشئ هو في ذمته التزامات جديدة محلها تمكين المستأجر من الباطن من الانتفاع بحق الإجارة الأصلية⁽³⁾، هذا مع ملاحظة أن مدة الإيجار من الباطن لا يجوز أن تزيد على مدة الإيجار الأصلي إلا بموافقة المؤجر الأصلي⁽⁴⁾.

والتأجير من الباطن يختلف عن التنازل عن الإيجار، ففي التنازل عن الإيجار لا يوجد إلا عقد واحد هو عقد الإيجار الأصلي بين المؤجر والمستأجر، ويحول المستأجر جميع حقوقه والتزاماته الناشئة عن هذا العقد إلى المتنازل له الذي يحلّ محله فيها، ويكون ذلك في الغالب

(1) - مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، المجلد الثاني، عقد الإيجار؛ (ط.4)، (د.د.ن)، مصر، 1993، ص. 567.

(2) - البكري محمد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع "عقد الإيجار في التقنين المدني الجديد"؛ (ط.5)، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2001، ص. 776.

(3) - زاوي فريدة، المرجع السابق، ص. 244.

(4) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 6، المجلد الأول (العقود الواردة على الانتفاع بالشيء: الإيجار والعارية)، المرجع السابق، ص. 704.

عن طريق حوالة الحق⁽¹⁾.

أمّا في الإيجار من الباطن فيوجد عقدين؛ عقد الإيجار الأصلي ما بين المؤجر والمستأجر، ثمّ عقد إيجار من الباطن، وعلى ذلك يجوز أنّ تختلف شروط كلّ من العقدين عن الآخر، كأن يختلفا في مقدار الأجرة أو المدة، ولا ينقل المستأجر بموجبه حقوقه المستمدة من الإيجار الأصلي إلى المستأجر من الباطن ولا تسري بحقه أحكام الحوالة وإنّما يبقى المستأجر الأصلي محتفظاً بصفته، حيث يظل قائماً في العلاقة بين المؤجر والمستأجر من الباطن⁽²⁾.

لابدّ من الإشارة إلى أنّ القانون المدني الجزائري في المادة 505 منه لم يجز للمستأجر أن يؤجر المأجور كله أو بعضه من شخص إلى آخر إلاّ بإذن المؤجر، وهذا ما نصّ عليه بقوله: «لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن حقه في الإيجار أو يجري إيجاراً من الباطن دون موافقة المؤجر كتابياً ما لم يوجد نصّ قانوني يقضي بخلاف ذلك».

وأكدت على ذلك عدّة قرارات للمحكمة العليا، من بينها أنّه: "إذا كان القانون يمنع التأجير من الباطن إلاّ إذا وجد بالعقد شرط مخالف أو في حالة موافقة المالك، فإنّ هذا لا يعفي المستأجر من إعلام المالك بالتأجير من الباطن بموجب تنبيه وعليه أن يتّبع في ذلك الإجراءات المنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة 198 (ق. ت) ومتى كان الأمر كذلك فإنّه لا يجوز إثبات علم بالإيجار من الباطن إلاّ بموجب عقد مكتوب أو عقد قضائي أو بمقتضى رسالة موسى عليها مع العلم بالوصول. وللقضاء بما يخالف هذا المبدأ القانوني، استوجب نقض القرار

(1) - المطلق مضر مزهر، الإيجار من الباطن والتنازل عن الإيجار في كلّ من القانون الأردني والمصري والعراقي "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الأردن، 1993. ص. 39.

(2) - البكري محمّد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع "عقد الإيجار في التقنين المدني الجديد"؛ المرجع السابق، ص. 778.

الذي يقضي بعلم المالك بالإيجار من الباطن لمجرد إقراره من المستأجر⁽¹⁾.

الفرع الثاني

آثار عقد الإيجار من الباطن على قاعدة نسبية العقد

في دراسة عقد الإيجار من الباطن سوف نقتصر على دراسة آثار هذا العقد حيث أنه الموضوع الذي يهمننا بصدد مبدأ نسبية آثار العقد، حيث ندرس آثار عقد الإيجار من الباطن في علاقة المستأجر الأصلي بالمستأجر من الباطن (أولاً)، وعلاقة المستأجر الأصلي بالمؤجر في (ثانياً)، وعلاقة المستأجر من الباطن بالمؤجر في (ثالثاً).

أولاً: علاقة المستأجر الأصلي بالمستأجر من الباطن

إن العلاقة ما بين المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن - وهما طرفا عقد الإيجار من الباطن - هي علاقة مؤجر بمستأجر؛ فالمستأجر بإيجاره من الباطن أجر حقه في الإيجار للمستأجر من الباطن في عقد إيجار مستقل عن عقد الإيجار الأصلي كما أسلفنا الذكر، وقد أصبح فيه المستأجر الأصلي مؤجراً كما صار المستأجر من الباطن مستأجراً وعليه فإن عقد الإيجار من الباطن يحكم العلاقة بينهما دون مراعاة لعقد الإيجار الأصلي⁽²⁾، أي حتى ولو تم عقد الإيجار من الباطن على خلاف شرط مانع موجود في عقد الإيجار الأصلي⁽³⁾. أمّا المؤجر فيعتبر "غيراً أجنبياً" عن العلاقة التي تربط بين المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن في

(1)-الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 1993/12/20، ملف رقم 111220، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، لسنة 1994، ص. 157.

(2)- العمامرة عبير مازن، المرجع السابق، ص. 57.

(3)- يقصد بالشرط المانع في عقد الإيجار، أن يضمن العاقدان في العقد شرطاً مانعاً أو مقيداً لحق المستأجر في الإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار، أي أن يشترط عليه في عقد الإيجار ألا يقوم بمثل هذا العمل أو يقيد من ذلك بأن يتفقا مثلاً على تعليق استعمال حق المؤجر في التأجير من الباطن على شخص معين، وذلك بالرغم من أن القانون قد سمح له بذلك. المطلق مضر مزهر، المرجع السابق، ص. 43.

عقدهما، وذلك تطبيقاً لـ «مبدأ نسبية أثر العقد»⁽¹⁾.

يترتب على عقد الإيجار من الباطن أن يسلم المستأجر الأصلي المأجور إلى المستأجر من الباطن وأن يتعهده بالصيانة ويضمن له الانتفاع به، ويتعين على المستأجر من الباطن أن يستعمل المأجور فيما أعد له وأن يقوم بدفع الأجرة المتفق عليها إلى المستأجر الأصلي ورد العين إليه عند انتهاء مدة الإيجار من الباطن⁽²⁾. وإذا انفسخ عقد الإيجار الأصلي فإن عقد الإيجار من الباطن لا يكون نافذاً في مواجهة المؤجر الأصلي إلا إذا أقره، أما إذا لم يقره هذا الأخير فإن المستأجر من الباطن يعتبر شاغلاً للعقار دون سند قانوني في مواجهة المؤجر الأصلي ولا يعوق وجوده في العين المؤجرة من تنفيذ حكم الإخلاء الصادر ضد المستأجر الأصلي ولو لم يكن هذا الحكم قد صدر في مواجهته⁽³⁾.

وتطبيقاً لذلك قررت محكمة النقض المصرية في قرار لها: (إن عقد الإيجار من الباطن ينقضي حتماً بانقضاء عقد الإيجار الأصلي ولو كان قائماً بحسب الشروط التي اشتمل عليها، ولا يشترط أن ينبه عليه بالإخلاء لكي يسري حكم فسخ عقد الإيجار الأصلي إذ هو لا يعتبر في هذه الحالة في حكم الغير، إذ يصبح بلا سند"⁽⁴⁾).

أما إذا تخلف المستأجر من الباطن عن دفع الأجرة فإن المستأجر الأصلي لا يستطيع أن يرفع عليه دعوى إخلاء مأجور؛ لأن هذه الدعوى مقررة لمصلحة المالك الأصلي، ولا يكون

(1) - حليني ربيعة، المرجع السابق، ص. 57. وكذلك زواوي فريدة، المرجع السابق، ص. 244.

(2) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 6، المجلد الأول (العقود الواردة على الانتفاع بالشيء: الإيجار والعارية)، المرجع السابق، ص. 708.

(3) - مرقس سليمان، عقد الإيجار، المرجع السابق، ص. 594.

(4) - طعن رقم 92 لسنة 20 ق - جلسة 1952/02/28. نقلاً عن: البكري محمد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع "عقد الإيجار في التقنين المدني الجديد"؛ المرجع السابق، ص. 828.

أمامه سوى رفع دعوى منع معارضة⁽¹⁾.

ثانياً: علاقة المستأجر الأصلي بالمؤجر

تبقى علاقة المستأجر الأصلي بالمؤجر الأصلي خاضعة لأحكام عقد الإيجار الأصلي فلكل منهما أن يستعمل حقوقه بموجب عقد الإيجار الأصلي، ويجب عليه أن ينفذ التزاماته بغض النظر عن عقد الإيجار من الباطن لأنّ هذا الأخير لا يؤثر في وجود العقد الأصلي⁽²⁾. والمستأجر الأصلي يكون حلقة الوصل ما بين المؤجر والمستأجر من الباطن، ويكون دائناً للمؤجر بجميع الالتزامات التي يُرتبها عقد الإيجار الأصلي في ذمّة هذا الأخير، ومدينا له بجميع الالتزامات التي يُرتبها عقد الإيجار الأصلي في ذمته نحو المؤجر⁽³⁾.

أما المؤجر فيلتزم تجاه المستأجر الأصلي لا نحو المستأجر من الباطن، بتسليمه العين المؤجرة في حالة تصلح للاستعمال المعدّ لها تبعاً للاتفاق المبرم بينهما (المادة 476 ق.م.ج)، كما يلتزم نحوه بتعهد العين بالصيانة وإجراء الترميمات الضرورية (المادة 479 ق.م.ج)، وبضمان التعرض والاستحقاق (المادة 483 ق.م.ج)، وبضمان كلّ ما يوجد بالعين من عيوب تحول دون استعمالها أو تنقص من الانتفاع بها (المادة 488 ق.م.ج). وللمؤجر أن يطالب المستأجر الأصلي بكافة التزاماته الناشئة عن عقد الإيجار الأصلي، فله أن يطالبه بالأجرة المتفق عليها في عقد الإيجار الأصلي (المادة 498 ق.م.ج)، كما له أن يطالب المستأجر بجميع الالتزامات الأخرى كاستعماله العين فيما أعدت له (المادة 491 ق.م.ج)، والمحافظة عليها مثلما يبذله الرجل العادي (المادة 495 ق.م.ج)، وعليه أنّ يرد العين عند نهاية الإيجار بالحالة التي كانت عليها وقت تسليمها (المواد 502 و 503 ق.م.ج).

(1) - العمارة عبير مازن، المرجع السابق، ص. 58.

(2) - المطلق مضر مزهر، المرجع السابق، ص. 57.

(3) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 6، المجلد الأول (العقود الواردة على الانتفاع بالشيء: الإيجار والعارية)، المرجع السابق، ص. 731.

ثالثاً: علاقة المؤجر بالمستأجر من الباطن

إن دراسة هذه العلاقة هي التي تهتمنا في هذا الموضوع، فهذه العلاقة تجسد تطبيقاً فعلياً لمبدأ نسبية آثار العقد، فالأصل أنه لا يوجد أي علاقة مباشرة بين المؤجر والمستأجر من الباطن لانعدام التعاقد بينهما⁽¹⁾، فالمؤجر يعتبر "غيراً" بالنسبة لعقد الإيجار من الباطن، فهو لا يملك سلطة تعديل هذا العقد وإنهائه رضائياً أو قضائياً.

والمستأجر من الباطن يعتبر "غيراً" عن عقد الإيجار الأصلي؛ لأنه أيضاً لا يملك سلطة تعديل هذا العقد وإنهائه رضائياً أو قضائياً⁽²⁾، فلا يجوز للمستأجر من الباطن مطالبة المؤجر بتنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد الإيجار الأصلي كالاتزام بتسليم العين المؤجرة وغيرها من التزامات المؤجر، ولا يستطيع المؤجر الأصلي مطالبة المستأجر من الباطن بدفع الأجرة إلا عن طريق الدعوى غير المباشرة⁽³⁾. وهي دعوى يستعمل فيها حقوق مدينه - أي حقوق المستأجر الأصلي - ولكن هذه الدعوى لا تضمن الحماية الكافية للمؤجر لأنها تعرضه لمزاحمة باقي دائني المستأجر، لهذا نجد معظم التشريعات - ومن بينهم المشرع الجزائري - منح المؤجر دعوى مباشرة في مواجهة المستأجر من الباطن للمطالبة بالأجرة، ولكن لا يسمح للمؤجر بأن يطالب المستأجر الفرعي إلا بقدر الأجرة المستحقة للمستأجر الأصلي، أي قيمة الأجرة التي كان يجب أن يدفعها المستأجر الفرعي للمستأجر الأصلي، وليس قدر الأجرة التي كان المستأجر الأصلي ملزماً بدفعها للمؤجر. وهذا ما نصت عليه المادة 507 ف.1 (ق.م.ج) بقولها: «يكون المستأجر الفرعي ملتزماً مباشرة تجاه المؤجر بالقدر الذي يكون بذمته للمستأجر الأصلي،

(1) - نقض مدني مصري 20 مارس 1948، مجموعة القواعد القانونية 05 - 584 - 393، مجلة التشريع والقضاء 1 - 340 - 227. نقلاً عن مرقس سليمان، عقد الإيجار، المرجع السابق، ص. 259. كذلك: البكري محمد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع "عقد الإيجار في التقنين المدني الجديد"؛ المرجع السابق، ص. 775.

(2) - زواوي فريدة، المرجع السابق، ص. 244. العمادية عيبر مازن، المرجع السابق، ص. 59.

(3) - حللمي ربيعة، المرجع السابق، ص. 57. المطلق مضر مزهر، المرجع السابق، ص. 59.

وذلك في الوقت الذي أُنذره المؤجّر»⁽¹⁾.

للمؤجّر إذن دعوى شخصية مباشرة ضد المستأجر من الباطن خاصة بالأجرة دون غيرها من التزامات المستأجر من الباطن، أمّا باقي الالتزامات - كاستعمال العين المؤجرة لما أعدت له والمحافظة عليها - فإن المؤجّر لا يستطيع المطالبة بها قبل المستأجر من الباطن إلا عن طريق الدعوى غير المباشرة⁽²⁾؛ وذلك لأنّ الدعوى المباشرة المنصوص عليها في المادة السابق ذكرها تعتبر استثناءً على قاعدة «نسبية أثر العقد» التي تعتبر المؤجّر الأصلي "غيراً" بالنسبة للمستأجر من الباطن والاستثناء لا يوسع فيه ولا يقاس عليه⁽³⁾. وقد توسع القضاء الفرنسي في الأخذ بالدعوى المباشرة، إذ أعطى الحقّ للمؤجّر الأصلي بالحصول على مبلغ التأمين الناتج عن عقد تأمين المستأجر من الباطن وذلك في حالة حدوث حريق للعين المؤجرة⁽⁴⁾.

بذلك نرى أنّ معظم التشريعات قد أعطت للمؤجّر دعوى مباشرة قبل المستأجر من الباطن الذي يكون ملزماً بأن يؤدي للمؤجّر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي من الأجرة وقت إنذار المؤجّر له؛ أي أنّ المستأجر يكون ملزماً في مواجهة المالك الذي لم يتعاقد معه، حيث يعتبر المستأجر من الباطن "أجنبياً" عن العقد المبرم بين المؤجّر والمستأجر الأصلي، فهو لا يملك سلطة تعديل هذا العقد وإنهائه، وهو بذلك يعتبر "غيراً" عن هذا العقد.

(1) - تقابلها المادة (1/596 مدني مصري)، ويلاحظ أنّ هناك بعض التشريعات المدنية لم تنص على الدعوى المباشرة التي تكون للمؤجّر في مواجهة المستأجر من الباطن للمطالبة بالأجرة. من بينها القانون المدني الأردني الذي لم ينص على هذه الدعوى فلم يرد نصّ صريح على الدعوى المباشرة بين المؤجّر الأصلي والمستأجر من الباطن. راجع في ذلك: العمارة عبير مازن، المرجع السابق، ص. 60.

(2) - المطلق مضر مزهر، المرجع السابق، ص. 60.

(3) - حلّيمي ربيعة، المرجع السابق، ص. 58.

(4) - Civ 13 Janvier 1892 et Civ 25 Janvier 1927, Citées en note N° 32 par COZIAN, L'action directe, Thèse, LGDJ, 1969, p. 88.

نقلًا عن: زواوي فريدة، المرجع السابق، ص. 248.

ومع ذلك فإن هذه التشريعات سمحت بانصراف أثر هذا العقد إليه استثناء على مبدأ نسبية آثار العقد حيث أنّ المؤجّر يرجع مباشرة على المستأجر من الباطن لمطالبته بالأجرة. وبذلك يعتبر عقد الإيجار من الباطن من حيث الأصل تطبيقاً من تطبيقات مبدأ نسبية آثار العقد، كما سبق أنّ بيّنا.

المطلب الثامن

عقد إعادة التأمين كتطبيق لـ «مبدأ نسبية أثر العقد»

أدى تطور التأمين وسعة انتشاره، وضخامة الأخطار التي تواجهها شركات التأمين إلى نشوء عقد إعادة التأمين، بحيث أصبح عنصراً أساسياً لا يمكن الاستغناء عنه في التأمين⁽¹⁾. وبما أنّ عقد إعادة التأمين يتم بين طرفين هما (المؤمن المباشر) و(معيد التأمين)، فما هي علاقة (المؤمن له الأصلي) بهذا العقد، وهل يكتسب حقوقاً أو يتحمل التزامات بموجب عقد إعادة التأمين أم أنه يعتبر من الغير تطبيقاً لـ «مبدأ نسبية أثر العقد».

سنحاول الإجابة عن هذا التساؤل من خلال تعرضنا لمفهوم عقد إعادة التأمين في (الفرع الأول)، ثم نتعرض للأثر النسبي لعقد إعادة التأمين في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم عقد إعادة التأمين

سنقوم في هذا العنصر بتحديد مفهوم عقد إعادة التأمين من خلال تعريفه (أولاً)، ثم تكييفه القانوني (ثانياً).

أولاً: تعريف عقد إعادة التأمين

يعرّف الفقه إعادة التأمين أنّه: "العقد الذي يبرمه المؤمن نفسه مع شركة تأمين أخرى أو

(1) - القصاب سنا مازن فالح، دور إعادة التأمين في ضمان حقوق المؤمن له في مواجهة المؤمن الأصلي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011. ص. 36.

معيد التأمين بحيث يتخلى فيه المؤمن إلى هذا الأخير عن كلّ أو بعض الأخطار التي تحمل بها هو⁽¹⁾، ويعرف أيضاً بأنه "عملية بموجبها ينقل المؤمن المباشر إلى مؤمن آخر هو المؤمن المعيد جزءاً من الأخطار التي تعاقد عليها بقصد تحقيق أكبر قدر ممكن من التناسق بين هذه الأخطار"⁽²⁾.

أمّا المشرّع الجزائري فقد عرفه في نصّ المادة 1/04 من الأمر رقم 07/95 المتعلّق بالتأمينات، فجاء نصّها كما يلي: «إن عقد أو معاهدة إعادة التأمين اتفافية يضع بموجبها المؤمن أو المتنازل على عاتق شخص معيد للتأمين أو متنازل له جميع الأخطار المؤمن عليها أو على جزء منها»⁽³⁾.

إنّ إعادة التأمين تحدث في الحالة التي يتعاقد فيها المؤمن مع المؤمن له ثمّ يجد المؤمن نفسه يتحمّل التزامات كبيرة بالنسبة لخطر واحد فيحاول أنّ ينقل العبء إلى شخص آخر هو معيد التأمين ولا يحتفظ لنفسه إلاّ بنصيب ضئيل، وقد يلقي عبء الخطر كله على معيد التأمين وذلك في مقابل أقساطه⁽⁴⁾.

وواضح مما سلف أنّ إعادة التأمين عقد بين شركتين لا دخل (للمؤمن له) به أصلاً فهو "أجنبي" عنه، وبذلك تتحدد حقوقه والتزاماته قبل الشركة التي أمن لديها على أساس العقد المبرم بينهما، فإذا كانت هذه الشركة قد أعادت التأمين من نفس الخطر لدى شركة أخرى، فتلك عملية

(1) - الحديدي أبو الفضل هاني بن فتحي، التأمين "أنواعه المعاصرة وما يجوز أن يلحق بالعقود الشرعية منها"، ط. 1، دار العصماء، دمشق، 2009. ص. 69.

(2) - البكري محمّد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد العاشر: (عقد التأمين - عقد الكفالة)، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018. ص. 33.

(3) - أمر رقم 95 - 07 مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلّق بالتأمينات، المرجع السابق.

(4) - الحديدي أبو الفضل هاني بن فتحي، المرجع السابق، ص. 69.

جديدة لا تتأثر بها العملية الأولى بحال من الأحوال⁽¹⁾؛ أمّا بالنسبة للمؤمن) فيكون طرفاً مع المؤمن له) في عقد التأمين، كما يكون طرفاً مع (المؤمن المعيد) في عقد إعادة التأمين⁽²⁾. واستقلال اتفاق إعادة التأمين عن العقد الأصلي يحصر العلاقة المتولدة عن العقد الأصلي في طرفي هذا العقد فقط، وقد حرصت التشريع الجزائري على إبراز هذا الحكم على نحو صريح، حيث نصّ في الفقرة الثانية من (المادة 04) من الأمر 07/95 على أن: «يبقى المؤمن في جميع الحالات التي يعيد فيها التأمين المسؤول الوحيد إزاء المؤمن له»⁽³⁾.

ثانياً: التكييف القانوني لعقد إعادة التأمين

لقد اختلف الفقه حول التكييف القانوني لعقد إعادة التأمين تبعاً لاختلاف الزاوية التي ينظر منها إليه؛ فذهب البعض إلى أنه وكالة، والبعض الآخر قال بأنه نوع من الضمان، وهناك من قال بأنه حوالة عقد، بينما يعتبره آخرون بأنه شركة. ويلاحظ أنّ كل هذه الآراء لم تلق قبولاً لأنها حاولت أنّ توجد علاقة بين (المؤمن له) و(معيد التأمين)، والعلاقة غير موجودة بينهما أصلاً⁽⁴⁾.

ومن وجهة نظرنا نتفق مع الجانب الفقهي الذي يرى أنّ عقد إعادة التأمين ليس سوى عقد تأمين ولا يختلف عنه سوى في الموضوع، فهو تأمين التأمين، وذلك لأمرين:

1- هو عقد تأمين حيث يقوم (المؤمن المعيد) بدور (المؤمن) في عقد التأمين، ويقوم (المؤمن المباشر) بدور (المؤمن له) في هذا العقد⁽⁵⁾.

(1)- البكري محمّد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد العاشر: (عقد التأمين - عقد الكفالة)، المرجع السابق، ص. 33-34.

(2)- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 7، المجلد الثاني (عقود الغرر، عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين)؛ (د.ط)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1964. ص. 1121.

(3)- أمر رقم 95 - 07 مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلّق بالتأمينات، المرجع السابق، ص. 04.

(4)- القصاب سنا مازن فالح، المرجع السابق، ص. 78-79.

(5)- الحديدي أبو الفضل هاني بن فتحي، المرجع السابق، ص. 72.

2- أن كافة متطلبات عقد التأمين تتوافر في هذا العقد، من حيث وجود خطر يرغب المؤمن المباشر في أن يؤمن نفسه ضد وقوعه، ومن حيث وجود القسط الذي يدفعه المباشر إلى المعيد، ومن حيث وجود التقدمة المالية التي يدفعها (المعيد) (للمؤمن المباشر) حين تحقق الخطر المؤمن ضده⁽¹⁾.

إذن فعقد إعادة التأمين لا يختلف عن عقد التأمين من حيث تكوينه، وهو يخضع لنفس القواعد القانونية والمبادئ التي تطبق على عقد التأمين⁽²⁾.

ويتفق عقد إعادة التأمين مع عقد التأمين في العديد من خصائصه؛ فهو عقد رضائي ولا يتطلب إبرامه استيفاء شكلية معينة، إذ أن الكتابة لا تقوم ركناً شكلياً في الانعقاد، كما يتفقان في أن كل منهما من عقود حسن النية⁽³⁾، واحتمالي لأن اتفاق طرفيه يتحدد تبعاً لواقعة مستقبلية غير محققة الوقوع ويستمد هذه الصفة من الخطر المحتمل الوقوع في عقد التأمين الأصلي⁽⁴⁾، كما أنه عقد معاوضة وأخيراً عقد زمني لأن (المؤمن) يلتزم فيه مدة معينة فيتحمل تبعه الخطر

(1) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 7، المجلد الثاني (عقود الغرر، عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين)، المرجع السابق، ص. 1431. البكري محمد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد العاشر: (عقد التأمين - عقد الكفالة)، المرجع السابق، ص. 41-42.

(2) - وإن كان يختلف عن عقد التأمين في أنه ليس من عقود الإذعان، نظراً لما يتمتع به الطرفان من تساوي في المركز الاقتصادي ومن إمكان مناقشة شروط الاتفاق في حرية تامة، بمعنى أن كل طرف من طرفيه (المؤمن والمؤمن المعيد) محترف ذو خبرة ويستطيع مناقشة شروط الاتفاق المبرم بينهما. راجع في تفصيل ذلك: ياسين كاظم حسن، إعادة التأمين، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 24، العدد 4، 2016، ص. 71.

(3) - يوصف عقد إعادة التأمين بأنه من عقود حسن النية، والمقصود بذلك إدلاء كافة الحقائق الجوهرية عن الأخطار المؤمنة والمعاد تأمينها وعدم إخفاء أية معلومات ضرورية على المعيد عند الإصدار والتعويض، فحسن النية يعتبر من مستلزمات عقود التأمين التي تبنى على الصدق والأمانة والثقة المتبادلة. راجع في ذلك: البكري محمد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد العاشر: (عقد التأمين - عقد الكفالة)، المرجع السابق، ص. 53.

(4) - ياسين كاظم حسن، المرجع السابق، ص. 1848.

المؤمن منه ابتداء من تاريخ مُعيّن إلى نهاية تاريخ مُعيّن، وفي المقابل (المؤمن له) يوفي التزامه أقساط متتابعة على مدى هذه المدة⁽¹⁾.

الفرع الثاني

الأثر النسبي لعقد إعادة التأمين

القاعدة العامّة في العقود تقر بأن آثارها لا تنصرف إلى غير الأطراف تطبيقاً لمبدأ نسبية العقد، وعقد إعادة التأمين لا يختلف عن بقية العقود لأنّ العلاقة القانونيّة تقوم ما بين (المؤمن) و(معيد التأمين) ويبقى المؤمن له من "الغير" عن هذا العقد، كما أنّ العلاقة في عقد التأمين الأصلي تقوم ما بين (المؤمن) و(المؤمن له) وتحكمها وثيقة التأمين المبرمة بينهما ويبقى (معيد التأمين) "أجنبياً" عنها.

لذلك سنتحدث في هذا المطلب عن العلاقة القانونيّة ما بين (المؤمن له) و(معيد التأمين)، حيث أنّ العلاقة بينهما مستقلة (أولاً)، ولكن ذلك لا يمنع استثناءً من قيام صلة بينهما تخول (المؤمن له) إقامة بعض الدعاوى استناداً إلى بعض الأنظمة القانونيّة (ثانياً).

أولاً: استقلال العلاقة ما بين (المؤمن له) و(معيد التأمين).

إن كلاً من عقدي التأمين وإعادة التأمين مستقل عن الآخر من حيث أطرافه، (فالمعيد) لم يكن طرفاً في عقد التأمين، وبالمقابل فإن (المؤمن له) لم يكن طرفاً أيضاً في عقد الإعادة، وينبني على ذلك انتفاء أية علاقة عقديّة أو قانونية بين (المؤمن له) و(المعيد)⁽²⁾، والأمر لا يعود عن كونه تطبيقاً للقواعد العامّة في نسبية العقود، ويكون لكل طرف آخر أنّ تثبت له حقوق المؤمن له وتكون قد انتقلت إليه من المؤمن له السابق، كما هو الشأن بالنسبة للخلف العامّ أو

(1)-البكري محمّد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد العاشر: (عقد التأمين - عقد الكفالة)، المرجع السابق، ص. 50.

(2)-البكري محمّد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد العاشر: (عقد التأمين - عقد الكفالة)، المرجع نفسه، ص. 42.

الخاصّ لحامل الوثيقة، وكذلك يكون على كلّ طرف يشارك المؤمن له في مركزه القانوني بموجب عقد التّأمين كما هو الحال بالنّسبة للمرتهن الذي يكتسب حقا مباشرا قبل المؤمن في الحصول على التعويض بوجود شرط الرهن، أو بنص القانون بعد استيفاء الشكلية المقررة فيه⁽¹⁾.

وبذلك فإنّ استقلال اتّفاق إعادة التّأمين عن العقد الأصلي، يؤدّي إلى القول بعدم إعطاء (المؤمن له) حقّ رفع دعوى مباشرة على (معيد التّأمين)، خاصّة إذا لم يوجد نصّ قانوني يخول له هذا الحقّ، فعدم وجود رابطة قانونية بين (المؤمن له) و(معيد التّأمين) لا تخول (للمؤمن له) رفع دعوى مباشرة قبل (معيد التّأمين)⁽²⁾.

لكن ورغم هذه الاستقلالية بين العقدين، إلّا أنّ عقد إعادة التّأمين يستفيد منه (المؤمن له) بصورة غير مباشرة، إذ يقيه من عدم التّأمين عند إفلاس (المؤمن)، حيث أنّ هذا الأخير بعد أنّ يدفع التعويض يرجع على (معيد التّأمين) فيسترد المبالغ التي دفعها فتدخل في ذمته فتقوى هذه الذمّة باعتبارها ضمانا لجميع الدّائنين⁽³⁾.

إلّا أنّ هذا الأثر غير المباشر لا يغير من وصف (المؤمن له) بالنّسبة لهذا العقد، فهو "أجنبي" عنه لا يكتسب منه حقا ولا يتحمّل بقيامه التزاما، فيبقى (المؤمن) وحده المسؤول تجاه (المؤمن له) بموجب وثيقة التّأمين المبرمة بينهما⁽⁴⁾؛ ذلك لأنّ عقد إعادة التّأمين نسبي من حيث الأثر فلا يمكن أنّ يستفيد منه (المؤمن له) مباشرة، ولو تحقق الخطر فلا سبيل له إلّا الرجوع على (المؤمن) وحتى لو عجز هذا الأخير عن الدفع فلا يمكن له مقاضاة غيره، وقد نصّت الفقرة الثانية من (المادة 04) من الأمر 07/95 على أنّ: «يبقى المؤمن في جميع الحالات التي يعيد

(1) - القصاب سنا مازن فالح، المرجع السابق، ص. 91.

(2) - الحديدي أبو الفضل هاني بن فتحي، المرجع السابق، ص. 72.

(3) - حلّمي ربيعة، المرجع السابق، ص. 59.

(4) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 7، المجلد الثاني (عقود الغرر، عقود المقامرة والرهن والمرتب مدى الحياة وعقد التّأمين)، المرجع السابق، ص. 1132.

فيها التأمين المسؤول الوحيد إزاء المؤمن له»⁽¹⁾.

بما أنّ العلاقة ما بين المؤمن له ومعيد التأمين مستقلة وإن المؤمن له يعتبر أجنبياً عن عقد إعادة التأمين، فذلك يترتب عليه بعض الآثار وهي:

1- لا يحق للمؤمن له حق الرجوع مباشرة على معيد التأمين بالمطالبة بمبلغ التأمين، حيث أنّ المؤمن له تنحصر علاقته بالمؤمن مباشرة دون غيره، ويحق له الرجوع عليه فقط دون غيره، حيث أنّ المؤمن يبقى مسؤولاً وحده أمام المؤمن له بغض النظر عن قيام معيد التأمين بتعويضه أم لا، حيث أنّ مسؤولية المعيد لا تكون تضامنية مع المؤمن في مواجهة المؤمن له⁽²⁾.

2- لا يحق للمؤمن إقامة الدعوى بالمطالبة بالتعويض على معيد التأمين بالاستناد إلى عقد إعادة التأمين في حالة إفسار المؤمن المباشر، بحجة أنّ المعيد يبقى ملتزماً بموجب عقد الإعادة بأداء كامل التعويض، حيث أنّ قبول معيد التأمين للخصومة بعد إبلاغه بالدعوى من قبل المؤمن لا تجعله طرفاً أصلياً في الدعوى المقامة ضده من قبل المؤمن له⁽³⁾.

ثانياً: رجوع المؤمن له على معيد التأمين

تحدثنا عن القاعدة العامة التي تقضي أنّه لا يحق للمؤمن له الرجوع على (معيد التأمين) تطبيقاً لمبدأ نسبية أثر العقود، غير أنّ هذه القاعدة ليست مطلقة إذ ترد عليها بعض الاستثناءات في بعض الأنظمة القانونية؛ وهذه الأنظمة تتعلق برجوع (المؤمن له) على (معيد التأمين) وفق نظام الاشتراط لمصلحة الغير (1)، ورجوع (المؤمن له) على (معيد التأمين) باستعمال الدعوى غير المباشرة (2).

1- رجوع (المؤمن له) على (معيد التأمين) وفق نظام الاشتراط لمصلحة الغير.

إن (المؤمن له) يعتبر "أجنبياً" في عقد إعادة التأمين بالأصل، ولكن يمكن الاتفاق على

(1) - أمر رقم 95 - 07 مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلّق بالتأمينات، المرجع السابق، ص. 04.

(2) - ياسين كاظم حسن، المرجع السابق، ص. 1841.

(3) - القصاب سنا مازن فالح، المرجع السابق، ص. 92.

خلاف ذلك في عقد إعادة التأمين ويكون الاتفاق صحيحا، بأن يقوم معيد التأمين بدفع التعويض إلى المؤمن له مباشرة في حالة انحلال أو انقضاء العلاقة مع المؤمن أو إفساره وفقا لما يسمى بشرط تحمل الخسارة⁽¹⁾. وبوجود هذا الشرط، فإن معيد التأمين يكون مسؤولا مباشرة قبل المؤمن له عن دفع التعويض، ويكون للمؤمن تبعا لذلك أن يطلب منه تنفيذ ما تعهد به من دفع التعويض إليه، وحق المؤمن له بالرجوع على المعيد لا يبرئ المؤمن أيضا من مسؤوليته القائمة بموجب عقد التأمين بمعنى أن له أن يقاضي المعيد والمؤمن على حد سواء، للحصول على التعويض استنادا لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير في القانون المدني الجزائري⁽²⁾.

2- رجوع المؤمن له على معيد التأمين باستعمال الدعوى غير المباشرة

يحق للمؤمن له باستخدام وسائل ضمان تكفل تعويضه وفق ما هو مقرر للدائنين كافة من حقوق للحفاظ على الذمة المالية للمدين، فيحق له أن يقيم الدعوى غير المباشرة على المعيد للحصول على التعويض المستحق للمؤمن وبالشروط المقررة قانونا لإقامة مثل هذه الدعوى⁽³⁾، ومن بين أهم هذه الشروط أن يكون حق الدائن قائما، ويعني هذا ضرورة أن يكون المؤمن له

(1) - القصاب سنا مازن فالح، المرجع نفسه، ص. 93.

(2) - تقضي المادة 116 (ق.م.ج) في فقرتها الأولى والثانية على أن: «يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية. ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك...».

(3) - تنص المادة 189 ف.1 (ق.م.ج) على أن: «لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها خاصاً بشخص أو غير قابل للحجز ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق، وأن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره، أو أن يزيد فيه».

كما تقضي المادة 190 (ق.م.ج) أنه: «يعتبر الدائن في استعمال حقوق مدينه نائبا عن هذا المدين، وكل ما ينتج عن استعمال هذه الحقوق يدخل في أموال المدين ويكون ضمانا لجميع دائنيه».

دائنا فعلا للمؤمن، ويتحقق ذلك بحدوث الخطر المؤمن ضده واستحقاقه للتعويض وفقاً لعقد التأمين، أما قبل ذلك فهو ليس إلاً دائناً محتملاً أن صح التعبير، لا يحق له إقامة الدعوى غير المباشرة⁽¹⁾.

وإذا كان المؤمن له يستطيع الرجوع على معيد التأمين، فإن ذلك لا يكون إلاً بواسطة الدعوى غير المباشرة التي يمارسها باسم المؤمن. وإذا كان الأثر القانوني لعقد إعادة التأمين لا ينعف المؤمن له فإنه لا يمكن أن يضره، فإذا لم يدفع المؤمن له قسط التأمين فإن معيد التأمين لا يمكن أن يطالبه به، ولكن يمكن أن يرجع عليه بالدعوى غير المباشرة أيضاً، وإذا تم ذلك فيكون الرجوع بموجب عقد التأمين وليس بموجب عقد إعادة التأمين، حيث يظل المؤمن له "غيراً" بالنسبة له⁽²⁾.

على أن رفع الدعوى غير المباشرة، لا يخل بمبدأ استقلال عقد التأمين عن عقد الإعادة، لاسيما وأنها تقام أصلاً باسم المؤمن ونيابة عنه، وإن هذه الدعوى في حقيقتها ترتب رجوعاً على المعيد يتولاه المؤمن له باسم المؤمن، وهي لذلك لا تقيم علاقة حقيقية مباشرة بين المؤمن له والمعيد. ولأن المؤمن له أجنبي بالنسبة لعقد إعادة التأمين، فإن المؤمن له لا يستطيع أن يستند إلى هذا العقد ليمتنع عن دفع التعويض. ولا يمكن أن يطالبه كذلك بالرجوع على معيد التأمين للمطالبة بهذا التعويض، فهذا يعتبر تطبيقاً لـ «مبدأ نسبية أثر العقد».

(1) - القصاب سنا مازن فالح، المرجع السابق، ص. 96-97.

(2) - خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 66.

المبحث الثاني

التطبيقات العملية لـ «مبدأ نسبية أثر العقد» على قواعد المسؤولية العقدية

إن الأصل في المسؤولية التعاقدية هو قيامها على أساس الخطأ الشخصي، أي الإخلال بالالتزامات التعاقدية الناشئة عن العقد المبرم بين أطرافه، ولكن في ظل التطور الاقتصادي الذي يشهده العصر الحديث، أصبح فيه الاعتماد على "الغير" في تنفيذ كل أو بعض الالتزامات التعاقدية الواردة في العقد الأصلي هي سمة غالبية في هذا العصر، وإن هذا "الغير" قد يكون سببا في الأضرار التي تصيب الدائن في العقد الأصلي مما يستوجب حصول هذا الأخير على التعويض المناسب⁽¹⁾.

ولكن لما كان هذا "الغير" أجنبيا عن العقد الذي اضطلع بمهمة تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، لم يكن من الممكن مساءلته عن هذا الإخلال بموجب العقد، على اعتبار أنّ الأثر الملزم للعقد لا يطال إلا ندم أطرافه، أو من كان في حكمهم وفق ما يقَرره مبدأ نسبية العقد، بيد أنّ هذا "الغير" وعلى الرغم من مشاركته في تنفيذ العقد يبقى محتفظا بمركزه القانوني حيال العلاقة العقدية القائمة بين الدائن والمدين، فيحتفظ دائما بوصف "الغير الأجنبي"، مما يجعله بمنأى عن كل دعوى مسؤولية يرفعها الدائن بموجب العقد، وإلا كان القول بخلاف ذلك إهدار لمبدأ نسبية العقد⁽²⁾.

ولكن في ظل عدم وجود علاقة تعاقدية مباشرة بين ذلك المتضرر و"الغير" المسؤول عن إحداث الضرر، وأن الخطأ الصادر من هذا الأخير هو إخلال بالتزام تعاقدية، ومن أجل تسهيل مهمة المتضرر في الحصول على التعويض، أوجدت القوانين المدنية دعوى ذات أساس تعاقدية ترفع على المدين المتعاقدين مع الدائن المتضرر، لكنها لا تقام على أساس المسؤولية التعاقدية عن

(1) - الزاملي علاء، المرجع السابق، ص. 140.

(2) - بن حالة حاتم، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، رسالة ماجستير، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر (1) بن يوسف بن خدة، 2018. ص. (ب- ج).

الخطأ الشخصي لذلك المدين وإثماً على أساس خطأ من استعان بهم في تنفيذ العقد وهذه المسؤولية هي مسؤولية متفرعة عن المسؤولية التعاقدية الاعتيادية تسمى "المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير"⁽¹⁾.

لذا ومن أجل بيان أهمية هذا النوع من المسؤولية ومدى اعتبارها كتطبيق لمبدأ نسبية العقد نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتحدث في (المطلب الأول) عن مفهوم المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير، ونبين في (المطلب الثاني) بعض تطبيقات هذه المسؤولية في القانون الجزائري.

المطلب الأول

مفهوم المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير

إن تحديد مفهوم مسؤولية المدين عقدياً عن فعل الأشخاص الذين يستعين بهم في تنفيذ التزاماته، لا يتأتى إلا من خلال تعريف هذه المسؤولية (الفرع الأول)، ثم استظهار جملة من الشروط التي عددها الفقهاء لقيام هذا النوع من المسؤولية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير

لقد حاول الفقه القانوني إيجاد تعريف جامع يعبر عن هذا النوع من المسؤولية بشكل واضح، فعرفت على أنها: "مسؤولية المدين في التزام عقدي عن فعل شخص آخر غيره ممن يقومون مقامه في تنفيذ هذا الالتزام أو ممن يساعدون في تنفيذه أو عن فعل الأشخاص الذين يمارسون بالاشتراك مع المدين حقا اكتسبه بوساطة العقد... وأدى سلوك واحد من هؤلاء إلى الاختلال بالالتزامات التي يفرضها العقد على المدين"⁽²⁾. وقد عرفها الأستاذ (عبد الرزاق السنهوري) بأن "المسؤولية العقدية عن فعل الغير قد تتحقق إذا استخدم المدين أشخاصاً غيره في

(1) - خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 77.

(2) - الصراف عباس حسن، المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير في القانون المقارن؛ (د.ط)، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، 1954. ص. 14.

تنفيذ التزامه العقدي، فيكون مسؤولاً مسؤولية عقدية عن خطأ هؤلاء الأشخاص الذين أضر بالدائن في الالتزام العقدي⁽¹⁾، وفي الفقه الفرنسي عرف الفقيه (سيجور) "Segur" المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير بالقول أنه: "يسأل المدين مسؤولية تعاقدية عن فعل أتباعه الذين عهد إليهم تنفيذ التزامه التعاقدية"⁽²⁾.

من هذه التعاريف يتضح دور "الغير" وعلاقتهم بالمدين، وهم طائفة الأشخاص الذين يستعين بهم لتنفيذ التزامه أو يحلّهم محلّه فيه، مع انتفاء أي رابطة تعاقدية مباشرة مع الدائن⁽³⁾. فإذا كان سبب إخلال المدين في تنفيذ التزامه فعل هؤلاء "الغير" الذين استعان بهم في تنفيذ التزامه أو أحلهم محلّه في التنفيذ لم يكن له أن يحتج بفعلهم لدرء مسؤوليته⁽⁴⁾.

على أن مفهوم الغير المقصود في المسؤولية العقدية عن فعل الغير، يختلف عن مفهوم الغير الذي بيناه في إطار مبدأ الأثر الملزم للعقد؛ على اعتبار أن مفهوم الغير في إطار المسؤولية أوسع منه في موضوع الأثر الملزم للعقد من حيث الأشخاص، حيث نجده في الحالة الأولى يتسع ليشمل جميع الأشخاص عدا أطراف العلاقة العقدية، فيدخل في مضمون الغير في هذا الإطار الخلف العام والخلف الخاص، بينما أنه طبقاً لمفهوم فكرة الغير في نطاق الأثر الملزم للعقد فإن الخلف العام والخلف الخاص لا يعدان من الغير إذا ما طالهم العقد بأثره⁽⁵⁾، كما سبق وأن بينا ذلك.

أمّا بالنسبة لتنظيم هذه المسؤولية في القانون المدني، فإن المشرع الجزائري لم ينظم

(1)- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (1)، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام "مصادر الالتزام"، المرجع السابق، ص. 665.

(2)- تمت الإشارة إلى هذا التعريف لدى: الزاملي علاء، المرجع السابق، ص. 144.

(3)- بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص. 457. السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (1)، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام "مصادر الالتزام"، المرجع السابق، ص. 665.

(4)- بدوي حلمي بهجت، المرجع السابق، ص. 455-456.

(5)- بن حالة حاتم، المرجع السابق، ص. 48-49.

المسؤولية العقدية عن فعل الغير بوضع قواعد عامة تحكمها بعكس بعض التشريعات الأخرى⁽¹⁾. لكن يفهم بصورة ضمنية وغير مباشرة مسؤولية المدين عقدياً عن فعل غيره؛ وذلك من خلال إيراد بعض الحالات التطبيقية لهذا النوع من المسؤولية بمناسبة تنظيمه لبعض العقود⁽²⁾، ومن هذه النصوص؛ المادة 495 (ق.م.ج) التي تتحدث عن المسؤولية العقدية للمستأجر في مواجهة المؤجر عن فعل المقيمين معه، والمادة 564 (ق.م.ج) المتعلقة بمسؤولية المقاول عن المقاول من الباطن تجاه ربّ العمل والمادة 580 (ق.م.ج) المتعلقة بمسؤولية الوكيل عن النائب، وكذا مسؤولية صاحب الفندق عن أخطاء مستخدميه تجاه النزلاء في القوانين الخاصة، وغيرها من النصوص، سواء وردت في القانون المدني أو في غيره من القوانين الأخرى.

أما الأستاذ عبد الرزاق السنهوري فيرى أنّ المسؤولية العقدية عن فعل الغير تجد أساسها بصورة غير مباشرة في الفقرة الثانية من المادة 217 من القانون المدني المصري - والتي تقابلها الفقرة الثانية من المادة 178 من القانون المدني الجزائري - والتي تنص على أن: «وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى، إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية

(1) - من القوانين العربية التي نصّت على عن المبدأ العامّ للمسؤولية العقدية عن فعل الغير بصفة صريحة؛ نجد المشرّع السوداني الذي ينص في الفقرة الأولى من المادة 200 من قانون المعاملات المدنية على أن: "يكون المدين مسؤولاً عن الخطأ الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه التعاقدى". وقد سار القانون المدني اليمني أيضاً هذا المسلك من خلال المادة 667 منه. أما بالنسبة للتشريعات الأجنبية، فقد كان التشريع المدني السويسري أول التشريعات المدنية اعترافاً بالمبدأ العامّ للمسؤولية عن فعل الغير من خلال نصّ مادته 115 من قانون الالتزامات لعام 1881 ثمّ تأكّد هذا المسلك في هذا البلد قانون عام 1991 في مادته 101 منه على أن: "كل من عهد ولو بصفة مشروعة إلى مساعدين يعملون معه، أو مستخدميه أمر بتنفيذ التزام... يكون مسؤولاً قبل الطرف الآخر عما قد يقع منهم من ضرر أثناء تأدية وظائفهم"، وعلى مثل هذا نجد القانون المدني الألماني في المادة 278 منه، وكذا القانون المدني الإيطالي من خلال مادته 1227. راجع في تفصيل ذلك لدى: بن حالة حاتم، المرجع السابق، ص. 13 وما بعدها.

(2) - بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص. 457.

الناجمة عن الغش، أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه». يلاحظ على نص هذه المادة أنها تجيز لطرفي العقد الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على تنفيذ التزامه العقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو عن الخطأ الجسيم، كما أنها تجيز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه⁽¹⁾، فالمادة تجيز صراحة الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية الناشئة عن أخطاء الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه، مما يعني ضمناً أن الأصل هو مسؤولية المدين عن هؤلاء الأشخاص وإلا لما كان هناك وجه للنص على جواز الإعفاء منها⁽²⁾.

الفرع الثاني

شروط المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير

من خلال ما أورده الفقه القانوني من تعريف للمسؤولية التعاقدية عن فعل الغير، يمكن القول أن هذه المسؤولية لا تتحقق إلا بتوافر عدد من الشروط التي ترجع إلى طبيعة هذه المسؤولية من حيث كونها قائمة على إخلال بالتزام تعاقدي، وأن هذا الإخلال لم يصدر من المدين مباشرة وإنما من "الغير" الذي استعان به ذلك المدين في تنفيذ العقد المبرم بينه وبين الدائن⁽³⁾. لذلك فإن المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير تقوم على توافر ثلاث شروط:

أولاً: ضرورة وجود عقد صحيح.

إن المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير لا تتحقق إلا بوجود علاقة تعاقدية مباشرة بين

(1) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (1)، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام "مصادر الالتزام"، المرجع السابق، ص. 667 - 668.

(2) - خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 81.

(3) - الحكيم عبد المجيد، المرجع السابق، ص. 353.

الدائن والمدين ينظمها العقد الصحيح المبرم بينهما⁽¹⁾ ومثال ذلك العقد المبرم بين المقاول والطبيب الجراح في عيادته الخاصة أو مستشفى الخاص على انجاز بعض الأشغال⁽²⁾. وتكمن أهمية هذا الشرط في التمييز بين هذا النوع من المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، التي لا تشترط وجود مثل تلك العلاقة بين الدائن والمدين⁽³⁾.

ثانيا: استعانة المدين بالغير لتنفيذ التزاماته العقدية.

فبما أن "الغير" لا يرتبط بالدائن بأي علاقة تعاقدية مباشرة، إذن ينبغي لقيام هذه المسؤولية أن يعهد المدين (الطبيب أو المقاول) مثلاً إلى الغير بتنفيذ الالتزام أو أن يمارس هذا الغير حقا من حقوق المدين برضاه الصريح أو الضمني⁽⁴⁾، وبخلافه أي في حالة عدم تواجد إرادة المدين للاستعانة بالغير وإشراكه بالتنفيذ يعد الخطأ الصادر منه سببا أجنبيا تنتفي بموجبه مسؤولية المدين التعاقدية تجاه الدائن، وقد تكون علاقة المدين بالغير ليس من أجل المساعدة بالتنفيذ وإنما للانتفاع من حقوق المدين بالعقد بينه وبين الدائن كما لو أذن المستأجر لعدد من أقاربه من الانتفاع بالعين المؤجرة⁽⁵⁾.

ثالثا: مساهمة الغير في الاختلال بالالتزام العقدي.

يعد هذا الشرط من الشروط الضرورية لقيام أي نوع من أنواع المسؤولية وهو شرط الإخلال، ومفاده ارتكاب الغير للخطأ العقدي مع تجرد المتعاقد نفسه من ارتكاب أي خطأ قد يشترك في عدم تنفيذ الالتزام، والغير هنا هم الكادر الطبي كالمساعدين والممرضين والمسؤول

(1)- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (1)، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام "مصادر الالتزام"، المرجع السابق، ص. 666. الصراف عباس حسن، المرجع السابق، ص. 183.

(2)- الفضل منذر، المرجع السابق، ص. 229.

(3)- الزاملي علاء، المرجع السابق، ص. 145.

(4)- الفضل منذر، المرجع السابق، ص. 229.

(5)- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (1)، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام "مصادر الالتزام"، المرجع السابق، ص. 666. بن حالة حاتم، المرجع السابق، ص. 27-28.

عن خياطة الجرح في العقد الطبي والعمال في عقد المقاولة وغيرهم⁽¹⁾. ولهذا الشرط أهمية في التمييز بين المسؤولية التعاقدية الاعتيادية الناجمة عن الخطأ الشخصي وبين المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير.

الفرع الثالث

آثار المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير

يترتب على استعانة المدين بالغير من أجل تنفيذ العقد المبرم مع الدائن، وجود المدين في نقطة وسط بين الدائن من جهة والغير من جهة أخرى، إذ يترتب مع الدائن بعلاقة تعاقدية مباشرة قوامها العقد المبرم بينهما، ويترتب أيضاً بعلاقة تعاقدية مع الغير الذي يستعين به في تنفيذ التزاماته التعاقدية الواردة في العقد الأول (الأصلي)، لذلك فإن قيام مسؤولية المدين التعاقدية عن فعل ذلك الغير ورجوع الدائن مباشرة عليه بالضمان على أساس المسؤولية التعاقدية يترتب نوعين من الآثار؛ الأول: آثار المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير على (علاقة المدين الأصلي بالدائن المتضرر)، الثاني هو آثار المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير على (علاقة المدين الأصلي بالغير)، ويمكن توضيح تلك الآثار بما يلي:

أولاً: آثار المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير على (علاقة المدين الأصلي بالدائن المتضرر).

تعدّ المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير، نوعاً من أنواع المسؤولية التعاقدية بشكل عام فهي متفرعة منها، وهذا الأمر يعد من أبرز خصائصها، ويترتب عليه عدداً من المسائل المهمة في تطبيق هذه المسؤولية؛ منها أنّ أحكام المسؤولية التعاقدية بصورتها الاعتيادية هي ذاتها تنطبق على المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير، لذلك يشترط لقيام هذا النوع من المسؤولية التعاقدية وجود ركني الخطأ والضرر، وعلاقة سببية تربط بين هذا الخطأ والضرر أي لولا هذا

(1) - الفصل مندر، المرجع السابق، ص. 229.

الخطأ لما حصل الضرر، بالإضافة إلى تماثلها من حيث الإجراءات التي يتطلبها القانون لإقامة دعوى المسؤولية التعاقدية، وصولاً إلى قواعد احتساب التعويض⁽¹⁾.

لكن هذا التشابه بين المسؤوليتين لا يصل إلى حد التماثل التام، إذ يشترط على النحو الذي سبق بيانه توافر شروط خاصة بهذا النوع من المسؤولية وأهمها هو أنّ ركن الخطأ كركن في المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير يقوم أساساً على فعل وخطأ الغير وليس خطأ المدين، وهذا بدوره يؤدي إلى عدد من الفروقات بين المسؤوليتين (المسؤولية التعاقدية بصورة عامة، والمسؤولية التعاقدية عن فعل الغير)⁽²⁾، ومنها مسألة إثبات الخطأ العقدي؛ لأنّ مسألة إثبات الخطأ العقدي في جميع أحوال المسؤولية التعاقدية تتطلب التمييز بين أمرين: الأول إذا كان التزام المدين التعاقدية هو التزام بتحقيق نتيجة يكلف في هذه الحالة الدائن بإثبات عدم تحقق النتيجة سواء كانت المسؤولية التعاقدية عن (الخطأ الشخصي أو عن خطأ الغير).

أمّا إذا كان الالتزام التعاقدية التزاماً ببذل عناية فإن الأمر مختلف بين المسؤوليتين؛ ففي المسؤولية التعاقدية بصورة عامة على الدائن إثبات عدم بذل العناية اللازمة من قبل المدين، أمّا في المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير فإن الدائن عليه إثبات الخطأ في جانب الغير بعدم بذل العناية المطلوبة⁽³⁾. عموماً وفي جميع الأحوال سيحصل الدائن على التعويض من المدين مباشرة سواء كان الضرر نتيجة خطأ المدين التعاقدية أو كان نتيجة لفعل وخطأ الغير أيضاً.

أمّا بالنسبة لمدى جواز اشتراط المدين إعفائه من المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير، فيمكن القول ابتداءً بأن الأصل وفي إطار المسؤولية التعاقدية بصورة عامة يسمح القانون للمدين بالتزام تعاقدية أنّ يشترط في العقد إعفائه من المسؤولية، ولكن هذا الجواز غير مطلق لأنّ القانون يشترط على المدين من أجل استخدامه هذا الحقّ أنّ لا يكون خطأه ناجم عن الغش أو

(1) - الصراف عباس حسن، المرجع السابق، ص. 182 وما بعدها.

(2) - بن حالة حاتم، المرجع السابق، ص. 25.

(3) - الزالملي علاء، المرجع السابق، ص. 146 - 147.

الخطأ الجسيم⁽¹⁾؛ لأن ذلك الخطأ يجعل من مسؤولية المدين مسؤولية تقصيرية لا يجوز اشتراط الإعفاء منها فهو شرط باطل لمخالفته النظام العام، ولكن الأمر مختلف في إطار المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير؛ لأن القانون أجاز للمدين الاشتراط على الدائن إعفاءه من مسؤولية الغير المساهمين معه في التنفيذ حتى وإن كان فعلهم ناشئاً عن الغش أو الخطأ الجسيم⁽²⁾، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 178 ف.2 (ق.م.ج) بقولها: «وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى، إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش، أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه».

نخلص مما تقدم أن حق الدائن بالضمان عن خطأ الغير هو حق ثابت في ذمة المدين فهو من يتحمل تبعه خطأ هؤلاء.

ثانياً: آثار المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير على (علاقة المدين الأصلي بالغير)

إن قيام المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير على عاتق المدين بالالتزام بجبر الضرر الذي يصيب الدائن بسبب خطأ الغير من مساعدين أو بدلاء ممن يستعين بهم المدين من أجل تنفيذ التزامه التعاقدى، لا يعني ذلك بأن هذا الغير بمأمن عن هذه المسؤولية وآثارها، فقد أعطى القانون للمدين من ناحية أخرى حق الرجوع على الغير بما دفع من تعويض؛ لأنه هو من تسبب بخطئه في وقوع الضرر⁽³⁾.

فعلى الرغم من التوصل إلى فكرة المسؤولية العقدية عن فعل الغير إلا أن الغير لم يستبعد تماماً من المسؤولية، ف «مبدأ نسبية أثر العقد» الذي يستلزم أن لا يسأل الغير تعاقدياً في

(1) - بن حالة حاتم، المرجع السابق، ص. 37-38.

(2) - الحكيم عبد المجيد، المرجع السابق، ص. 360. كلون علي، المرجع السابق، ص. 405

(3) - بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص. 457. الحكيم عبد المجيد، المرجع السابق، ص. 354.

مواجهة الدائن بالالتزام العقدي لم يمنع من أن يسأل الغير على عن تعويض الضرر الناشئ عن الإخلال بذلك بالالتزام⁽¹⁾.

ويذهب الفقه إلى أن الأساس القانوني لحق المدين في الرجوع على من استعان بهم في تنفيذ التزامه التعاقدية، هو "العقد" المبرم بينهما، إذ يلتزم هؤلاء بموجب هذا العقد بتنفيذ ما التزم به المدين تجاه الدائن من التزامات تعاقدية، وأن إخلالهم بتلك الالتزامات التي يقرّها العقد المبرم بينهم مباشرة مع المدين يترتب عليه إضراراً بالمدين؛ لأنه سيلتزم بتعويض الدائن عن ذلك، وبما أن الخطأ هو خطأهم وليس خطأ المدين لذلك عليهم تحمل المسؤولية ودفع ما التزم به المدين من تعويض⁽²⁾. أمّا في حالة عدم وجود عقد بين الغير والمدين فإن أساس ذلك الحق هو القانون وتحديدًا نصّ المادة 124 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن كلّ خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض⁽³⁾.

المطلب الثاني

تطبيقات لمبدأ نسبية العقد على قواعد المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير

لقد أورد القانون المدني الجزائري نصوصاً تشريعية عديدة تمثل حالات تطبيقية لمسؤولية المدين التعاقدية عن فعل أو خطأ الغير الذي أوكل إليه هذا المدين تنفيذ الالتزامات التي تحملها بموجب العقد؛ ومن أهمها ما ذكر في نطاق عقد الإيجار (الفرع الأول)، كذلك الأمر في عقد المقاول الفرعية (الفرع الثاني)، مسؤولية الوكيل عن النائب (الفرع الثالث)، وكذا مسؤولية صاحب الفندق (الفرع الرابع). ووفق ما تقضي به هذه النصوص فإن المدين هو من يتحمّل

(1) - خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 81. المراكشي هشام، المرجع السابق، ص. 134.

(2) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (1)، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام "مصادر الالتزام"، المرجع السابق، ص. 669.

(3) - تقضي المادة 124 من القانون المدني الجزائري على أن: «كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض».

عبء المساءلة المدنية في مواجهة الدائن عن أفعال هؤلاء الأتباع والأعوان بموجب المسؤولية عن فعل الغير .

الفرع الأول

تطبيقات المسؤولية العقدية عن فعل الغير في عقد الإيجار

إن التزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة يشمل التزامه بضمان أفعال جميع الأشخاص الذين تمكنهم صلتهم بالمستأجر من الإضرار بالعين المؤجرة، ومسؤولية المستأجر عن فعل أفراد المنزل هي مسؤولية عقدية عن فعل الغير⁽¹⁾، فأفراد المنزل هم من يشاركون المستأجر بالسكن بصورة دائمة وكذلك من يدخلون العين المؤجرة بصورة عرضية كالضيوف والأصدقاء وكذلك الخلية فكل هؤلاء يعتبرون مصداقاً لأفراد المنزل ويسأل المستأجر عن الأضرار التي يسببونها في العين المؤجرة ومسئوليته هنا هي مسؤولية عقدية عن فعل الغير⁽²⁾.

وقد نظم المشرع المدني الجزائري مسؤولية المستأجر عن تلف العين المؤجرة في المادة 495 (ق.م.ج) التي تقضي أنه: «يجب على المستأجر أن يعتني بالعين المؤجرة وأن يحافظ عليها مثلما يبذلها الرجل العادي. وهو مسؤول عما يلحق العين أثناء انتفاعه بها من فساد أو هلاك غير ناشئ عن استعمالها استعمالاً عادياً».

من دراسة هذا النص يتبين أن قصد المشرع هو قصر المسؤولية على المستأجر في المحافظة على العين المؤجرة، وعليه بذل العناية في ذلك وهي عناية الشخص العادي، وهذا فيه تحقيق لمسؤولية المستأجر، كما يتحمل هو الأفعال الضارة بالعين المؤجرة ويضمن أفعال

(1)- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 6، المجلد الأول (العقود الواردة على الانتفاع بالشيء: الإيجار والعارية)، المرجع السابق، ص. 540.

(2)- المحنة أثير عبد الجواد، المسؤولية العقدية عن فعل الغير في عقد الإيجار، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، 2013. ص. 18.

الساكنين معه وكذلك كل شخص دخل إلى منزل المستأجر بإرادته وموافقته⁽¹⁾، فهؤلاء يعتبرون من الغير عن عقد الإيجار، فيعتبر مسؤولاً مسؤولية شخصية عن أفعالهم التي تتسبب في تلف العين المؤجرة، وذلك نتيجة السماح لهؤلاء الأشخاص بالدخول إلى المنزل⁽²⁾.

إن الغير الذي يعنينا هنا هو كل من يسأل عن فعله المستأجر مسؤولية عقدية، وهذا المعنى بطبيعة الحال يختلف عن معنى الغير في إطار «مبدأ نسبية أثر العقد» والذي أشارت إليه المزايد 108 و109 من (ق.م.ج)، والتي تشير إلى أن أثر العقد لا ينصرف إلا إلى المتعاقدين والخلف العام والخلف الخاص، فوفقاً لهذا المفهوم فإن الخلف الخاص والعام لا يعدان من الغير إذا ما تأثروا بالعقد، في حين أن الخلف الخاص والخلف العام يعدان من الغير بالنسبة لمعنى الغير وفقاً لفكرة المسؤولية العقدية عن فعل الغير.

نتيجة لذلك يمكن القول أن الغير في إطار المسؤولية العقدية عن فعله أوسع من الغير في إطار نسبية العقد⁽³⁾؛ فالورثة مثلاً من أقارب المستأجر هم من الخلف العام ولا يعدون من الغير طبقاً لمبدأ نسبية العقد؛ أما في إطار المسؤولية العقدية عن فعل الغير فإنهم يعتبرون من الغير دائماً ويسأل عن فعلهم المستأجر عقدياً.

ولقد توسع الفقه في الأشخاص الذين يسأل عنهم المستأجر؛ فهو لا يقف عند التلّف الحاصل بفعله أو بفعل من كان ساكناً معه، بل يشمل التلّف الحاصل بفعل مستخدميه أو بفعل المستأجر من الباطن وكذا المتنازل له عن الإيجار، وكل من له علاقة بالمستأجر حيث سمح له المؤجر بدخول العين المؤجرة حتى تقوم مسؤوليته العقدية⁽⁴⁾. وبالتالي يسأل عن هذه الأفعال كما

(1) - الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 1990/01/08، ملف رقم 54905، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، لسنة 1991، ص. 110.

(2) - الصراف عباس حسن، المرجع السابق، ص. 243.

(3) - المحنة أثير عبد الجواد، المرجع السابق، ص. 15.

(4) - البكري محمد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع، "عقد الإيجار في التقنين المدني الجديد"، المرجع السابق، ص. 657.

لو كانت صادرة منه شخصياً، وهذا تشديد على مسؤولية المستأجر في ضمان أفعال هؤلاء ولولا ذلك لعد أفعال هؤلاء من قبيل القوة القاهرة، وبالتالي تقوم مسؤولية المستأجر الشخصية بمجرد حدوث ضرر للعين المؤجرة من قبل هؤلاء الأشخاص⁽¹⁾.

إن إقامة مسؤولية المستأجر الشخصية على أفعال هؤلاء الأشخاص يؤدي إلى نفي مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير؛ ومن ثم فإن المستأجر لا يضمن الأفعال الصادرة منه شخصياً فقط بل يضمن جميع الأفعال الصادرة من الغير سواء أكانوا ساكنين معه أم أفراد أسرته أم ضيوفه، أي كلّ من سمح له بإرادته الدخول إلى المنزل.

خلاصة القول أنّ كلّ شخص تسبب بفعله بالإضرار بالعين المؤجرة ويسأل عن فعله المستأجر، يظل من "الغير" الأجنبي عن عقد الإيجار المبرم مع المؤجر، فليس من الممكن مساءلته عن هذا الإخلال بموجب العقد، على اعتبار أنّ الأثر الملزم للعقد لا يطال إلاّ زم أطرافه، أو من كان في حكمهم وفق ما يقرره مبدأ نسبية العقد، بيد أنّ هذا "الغير" وعلى الرغم من تسببه في الإخلال بالعقد يبقى محتفظاً بمركزه القانوني حيال العلاقة العقدية القائمة بين الدائن والمدين، فيحتفظ دائماً بوصف "الغير الأجنبي"، مما يجعله بمنأى عن كلّ دعوى مسؤولية يرفعها الدائن بموجب العقد، وإلا كان القول بخلاف ذلك إهدار لمبدأ نسبية العقد⁽²⁾.

الفرع الثاني

مسؤولية المقاول من الباطن العقدية عن فعل الغير

يعرف المشرع الجزائري عقد المقاولة في المادة 549 (ق.م.ج) على أنّه: "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"، وقد يلجأ المقاول إلى التعاقد مع مقاول ثانوي (فرعي) لتنفيذ العقد الأصلي وذلك لعدم

(1) - مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، المجلد 2، الإيجار، المرجع السابق، ص. 483. بن حالة حاتم، المرجع السابق، ص. 04.

(2) - بن حالة حاتم، المرجع السابق، ص. ب- ج.

قدرته أحيانا إلى تنفيذ العقد الأصلي بمفرده؛ وذلك نتيجة للحجم الكبير للمشروع محلّ العقد الأصلي وما يتفرع عنه من أعمال في الغالب⁽¹⁾، على أنّ يكون المقاول الأصلي مسؤولا عن المقاول الفرعي تجاه ربّ العمل عند إخلاله بالتزاماته التعاقدية.

ولقد نصّ المشرّع الجزائري على هذه المسؤولية في المادة 564 (ق.م.ج) حيث تنص على أنه: «يجوز للمقاول أنّ يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفرض الاعتماد على كفاءته الشخصية. ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول الفرعي».

يعتبر نص هذه المادة صريح في الدلالة عن قيام مسؤولية المقاول الأصلي نحو ربّ العمل عن أفعال المقاول الفرعي، متى ما صدر عن هذا الأخير إخلال بأحد الالتزامات التي رتبها عقد المقاولة، وهذا على أساس أنّ الافتراض قائم على أنّ كلّ الأخطاء الصادرة من المقاول الفرعي تعتبر في نظر ربّ العمل صادرة عن المقاول الأصلي، وبالتالي يكون مسؤولا عنها تجاهه⁽²⁾، كما يكون مسؤولا عن الغش والخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص (العمال والفنيين وغيرهم) يستخدمهم في تنفيذ التزامه إلا إذا اشترط في العقد خلافا لذلك الإغفاء من المسؤولية العقدية عن خطأ هؤلاء⁽³⁾.

ولا يختلف سراح القانون المدني ودارسوه، على أنّ هذه المسؤولية المنوط بذمة المقاول

(1) - إنّ القانون يسمح للمقاول أنّ يستعين بمقاول من الباطن لتنفيذ الالتزام كأصل عام، ولكن هناك استثناء على هذا؛ يتعلّق الأمر بحالة ما إذا كان هناك اتفاق أو كانت طبيعة المقاولة تأبى ذلك، بأن تكون شخصية المقاول محلّ اعتبار؛ كالتعاقد مع فنان لإحياء حفلة، وكذلك إذا كان هناك شرط في العقد يمنع المقاول من الاستعانة بالغير في تنفيذ هذا الالتزام. الفرجاني سامي مصطفى، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد. 6، كلية القانون، جامعة الجبل الغربي، ليبيا، 2015. ص. 50-51.

(2) - برجم صليحة، المقاولة الفرعية، رسالة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر - بن يوسف بن خدة، 2009. ص. 97.

(3) - الفضل منذر، المرجع السابق، ص. 228.

الأصلي تدخل ضمن نطاق المسؤولية العقدية عن فعل الغير⁽¹⁾، لا ضمن مسؤولية المتبوع عن فعل التابع؛ ذلك أنّ المقاول الفرعي لا يمكن عده تابعا للمقاول الأصلي، على اعتبار أنه يقوم بتنفيذ أعمال المقاول الفرعية بصورة مستقلة عن المقاول الأصلي، أي من دون أن يخضع للإشراف والتوجيه لهذا الأخير، ما يعني انتفاء شرط التبعية الذي يعتبر أحد الأسس والمقومات الضرورية لقيام مسؤولية المتبوع عن فعل التابع. وعلى هذا فإن العلاقة التي تربط أحدهم بالآخر - أي المقاول الأصلي بالمقاول الفرعي - هي علاقة ربّ عمل بمقاول، ينظمها عقد المقاول الفرعي⁽²⁾.

إن القواعد العامة لمبدأ نسبية أثر العقود، تقضي أنّ للعقد مفعول نسبي ينحصر فيما بين طرفيه أو الذين نالوا حقوق هؤلاء بوجه عام، وتطبيق مبدأ نسبية العقد على عقد المقاول الفرعية، تكون العلاقة قائمة بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي وتقتصر آثارها عليهما فقط، أمّا المقاول الفرعي وربّ العمل فيعتبر كلّ منهما من الغير بالنسبة للآخر لانعدام أية رابطة عقدية بينهما. وبالتالي لا يلتزم المقاول الفرعي مباشرة بأحكام عقد المقاول الأصلية ولا يكون مسؤولاً أمام ربّ العمل عن عدم تنفيذ المقاول الأصلية ولا الوقوع تحت طائلة المسؤولية العقدية، وإنما يؤخذ كلّ منهما حكم الغير بالنسبة للآخر، ليعتبر المقاول الفرعي مثل أي شخص آخر من الكافة يقع عليه التزام عام باحترام حقوق ربّ العمل، فإن أخل بهذا الواجب عد مرتكباً لخطأ تقصيري وإن كانت صلته بالتنفيذ ساعدت على ارتكابه⁽³⁾.

إن اعتماداً على مبدأ نسبية العقود تنعدم كلّ علاقة مباشرة بين ربّ العمل والمقاول الفرعي، وبالتالي من غير الجائز مطالبة ربّ العمل للمقاول الفرعي مباشرة بتنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد المقاول الفرعية، ولا مساءلته على أساس المسؤولية العقدية، كما لا تثبت مبدئياً

(1)- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (1)، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام "مصادر الالتزام"، المرجع السابق، ص. 668.

(2)- بن حالة حاتم، المرجع السابق، ص. 18.

(3)- برجم صليحة، المرجع السابق، ص. 108 - 109.

علاقة مباشرة بين المقاول الفرعي وربّ العمل.

غير أنّ هذه القاعدة يرد عليها استثناء تضمنته المادة 564 من (ق.م.ج) حيث تنشأ بين ربّ العمل والمقاول الفرعي علاقة غير مباشرة أساسها علاقة كلّ منهما بالمقاول الأصلي، فيحق لكل منهما إقامة دعوى غير مباشرة ضد الآخر باسم مدينه (أي المقاول الأصلي) لمطالبته بحقوق هذا الأخير الثابتة في ذمّة الطرف الآخر. فعن طريق هذا الدّعى يطالب ربّ العمل من المقاول الفرعي بإنجاز العمل وتسليمه وبالضّمان، وأيضا يكون للمقاول الفرعي حقّ مطالبة ربّ العمل بتمكينه من العمل وتسلمه وتقبله مستعملا في ذلك حقّ مدينه⁽¹⁾.

وتطبيقاً لذلك "قرّر حقّ صاحب العمل في الرجوع على المقاول من الباطن وحق هذا الأخير بالرجوع على صاحب العمل في حدود ما يعد مدينا به للمقاول الأصلي، ويكون المقاول مسؤولاً عن الأخطاء التي يرتكبها المقاول من الباطن كما لو كانت صادرة عنه شخصياً"⁽²⁾. لكن إذا ما أراد ربّ العمل الرجوع على المقاول الفرعي بسبب عدم تنفيذ عقد المقاولة الفرعية، فلا يمكنه ذلك إلا من خلال دعوى المسؤولية التقصيرية، والتي يكون فيها ملزماً بإثبات الخطأ التقصيري المرتكب من المقاول الفرعي والضّرر اللاحق به جراء ذلك، وهو الحكم ذاته بالنسبة للمقاول الفرعي في علاقته مع ربّ العمل ما عدا ما قرّرته المادة 564 فلا يمكن مساءلة ربّ العمل إلا على الأساس التقصيري دون العقدي⁽³⁾.

خلاصة القول أنّ المقاول من الباطن الذي اضطلع بمهمة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد الأصلي، يعتبر من "الغير" الأجنبي عنه، وبالتالي لم يكن من الممكن مساءلته عن هذا الإخلال بموجب هذا العقد الأصلي، على اعتبار أنّ الأثر الملزم للعقد لا يطال إلا ذم أطرافه،

(1) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.7، المجلد الأول: العقود الواردة على العمل (المقولة والوكالة والوديعة والحراسة)؛ (د.ط)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1964، ص. 224.

(2) - الغرفة المدنية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 13/06/1990، ملف رقم 61489، مجلة المحكمة العليا، العدد 4، لسنة 1991، ص. 65.

(3) - برجم صليحة، المرجع السابق، ص. 109.

أو من كان في حكمهم وفق ما يقرره مبدأ نسبية العقد، بيد أنّ هذا "الغير" وعلى الرغم من مشاركته في تنفيذ العقد يبقى محتفظاً بمركزه القانوني حيال العلاقة العقدية القائمة بين الدائن والمدين، فيحتفظ دائماً بوصف "الغير الأجنبي"، مما يجعله - كقاعدة عامة - بمنأى عن كلّ دعوى مسؤولية يرفعها الدائن بموجب العقد، وإلا كان القول بخلاف ذلك إهدار لمبدأ نسبية العقد⁽¹⁾.

الفرع الثالث

مسؤولية الوكيل عن النائب

عرفت المادة 571 من (ق.م.ج) الوكالة على أنّها: «عقد بمقتضاه يفوض شخص آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه»، والظاهر من هذا التعريف أنّ القانون يعدّ الوكالة التزاماً على الوكيل يقوم بموجبه بالتصرّف لحساب الموكل، أي أنّه عزّفها بوصفها أثراً من آثار العقد ذاته⁽²⁾. ولا شك أنّ الموكل قد رضي برأي وكيله وذلك باختياره له دون سواه، ولكن هل يشترط في تنفيذ ذلك الالتزام أنّ يقوم به الوكيل بنفسه، أم يجوز أنّ يعهد به إلى الغير؟ من خلال أحكام عقد الوكالة في التقنين المدني الجزائري، نجد أنّ المشرّع قد أجاز للوكيل إقامة نائب عنه، حيث نصّ في المادة 580 (ق.م.ج) على أنّه: «إذا أُناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أنّ يكون مرخصاً له في ذلك كان مسؤولاً عما فعل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية. أمّا إذا رخص للوكيل في إقامة نائب عنه دون أنّ يعين شخص النائب فإنّ الوكيل لا يكون مسؤولاً إلاّ عن خطئه في اختيار نائبه أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات.

(1) - بن حالة حاتم، المرجع السابق، ص. ب - ج.

(2) - الساعدي جليل حسن، الوكالة من الباطن في القانونين العراقي والمصري مع الإشارة للفقهاء الإسلامي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد 24، العدد 1، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، 2009. ص.

ويجوز في الحالتين السابقتين للموكل والنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر». فالأصل إذن في القانون المدني الجزائري أنه يجوز للوكيل أن ينيب غيره في تنفيذ الوكالة على أن يكون مسؤولاً تجاه الموكل عمّن وكله، وهذه الصورة تعتبر تطبيقاً من تطبيقات المسؤولية العقدية عن فعل الغير⁽¹⁾؛ ومثال ذلك أن يوكل محامي في قضية معينة، محام غيره في رفع تلك الدعوى أمام القضاء، ولاشك في أنّ هذه العلاقة يحكمها عقد الإنابة الذي بموجبه أناب الوكيل نائبه، وهو عقد وكالة من الباطن، الذي أصبح بموجبه نائب الوكيل وكيلا عن الموكل الأصلي⁽²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنّ الوكيل في عقد الوكالة من الباطن، قد يوكل نائبه في كلّ ما هو موكل فيه في طابق من حيث السعة عقد الوكالة من الباطن مع عقد الوكالة الأصلي، وقد يوكله في بعض ما هو موكل فيه فقط، وفي كلتا الحالتين يلتزم نائب الوكيل بكل ما يلتزم به الوكيل الأول قبل موكله وفي حدود عقد الوكالة من الباطن فيلتزم بتنفيذ الوكالة بالقدر الذي اتسعت له الإنابة مع بذل العناية اللازمة في تنفيذها بحسب ما إذا كانت الوكالة من الباطن مأجورة أو غير مأجورة⁽³⁾.

أما بخصوص علاقة الوكيل بالموكل، فتبقى محكمة بعقد الوكالة الأصلي ويلتزم قبل الموكل بجميع الالتزامات التي تقع على عاتق الوكيل بموجب عقد الوكالة الأصلي. كما يلتزم

(1) - بالنسبة لعقد الوكالة في بعض القوانين العربية، فإنها تمنع الوكيل من توكيل غيره من الباطن إلا بإذن خاص من الموكل، وعلى هذا فإنه لا يمكن تصور قيام مسؤولية عقدية عن فعل الغير بالنسبة لعقد الوكالة في هذا النوع من القوانين، منها القانون المدني العراقي الذي نصّ في المادة 339 منه على أنه: "ليس للوكيل أن يوكل غيره إلا أن يكون قد أذن له الموكل في ذلك أو فوض الأمر لرأيه". نقلاً عن بن حالة حاتم، المرجع السابق، ص. 17.

(2) - الساعدي جليل حسن، الوكالة من الباطن في القانونين العراقي والمصري مع الإشارة لفقهاء الإسلام، المرجع السابق، ص. 96.

(3) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 7، المجلد الأول: العقود الواردة على العمل (المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة)، المرجع السابق، ص. 486.

قبل وكيله بجميع الالتزامات التي تقع على عاتق الموكل بموجب العقد ذاته⁽¹⁾. وإذا لم يرخص للوكيل في الوكالة من الباطن فإنه يصبح مسؤولاً عن عمل نائبه وذلك طبقاً للمبدأ العام للمسؤولية العقدية عن فعل الغير المقررة في المادة 178 ف2 من (ق.م.ج)⁽²⁾، وهنا يكون الوكيل مسؤولاً بالتضامن مع نائبه قبل الموكل عن كل الأضرار التي ما كانت لتقع لو أنّ الوكيل باشر التصرف بنفسه، بل أنه يسأل حتى عن القوة القاهرة كما لو هلك الشيء المكلف ببيعه بين يدي نائبه بحادث قهري، فمثل هذا الأمر يعد نتيجة لخطأ الوكيل ولا يعفى هذا الأخير من المسؤولية إلا إذا أثبت أنّ الحادث كان سيقع ولو نفذ الوكالة بنفسه⁽³⁾.

ويبدو أنّ الوكيل يعد مسؤولاً على نحو مطلق في حالة ما إذا كان قد منع صراحة من الوكالة من الباطن فهو يعد متجاوزاً لحدود الوكالة بحكم القانون وعلى ذلك يجب تحميله مسؤولية الضرر الذي أصاب الموكل وإن كان هذا الضرر ناشئاً عن قوة القاهرة⁽⁴⁾.

والأصل أنّ مسؤولية الوكيل عن عمل نائبه قبل الموكل هي مسؤولية عقدية عن فعل الغير وقد توافرت أركانها وشروطها⁽⁵⁾؛ فهناك عقد الوكالة الأصلي، الوكيل فيه مدين للموكل بتنفيذ الوكالة وقد استخدم الوكيل في تنفيذ هذا الالتزام العقدي نائبه (الغير) إذ كلفه بموجب عقد

(1) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.7، المجلد الأول: العقود الواردة على العمل (المقولة والوكالة والوديعة والحراسة)، المرجع نفسه، ص. 486 - 487.

(2) - تقضي الفقرة الثانية من المادة 178 (ق.م.ج) على أنه: «وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش، أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه».

(3) - الساعدي جليل حسن، الوكالة من الباطن في القانونين العراقي والمصري مع الإشارة للفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص. 100.

(4) - الساعدي جليل حسن، المرجع نفسه، ص. 100. الفرجاني سامي مصطفى، المرجع السابق، ص. 53.

(5) - نقض مدني مصري، 1956/03/22، المحاماة، 36، 447، 235. نقلاً عن بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص. 457.

الوكالة من الباطن بتنفيذ الالتزام المذكور، فالمسؤول هو الوكيل والمضروب هو الموكل وقد قام بينهما عقد صحيح، هو عقد الوكالة الأصلي والغير هو نائب الوكيل وقد كلف اتفاقاً بتنفيذ الالتزام العقدي للوكيل، فإذا ارتكب نائب الوكيل خطأ في تنفيذ الالتزام المشار إليه تحققت مسؤوليته العقدية قبل الوكيل وتحققت مسؤولية هذا الأخير عن نائبه قبل الموكل. وأمكن أيضاً للموكل أن يرجع مباشرة على نائب الوكيل فيكون للموكل إذا ارتكب نائب الوكيل خطأ، مدينان؛ الوكيل بموجب المسؤولية العقدية عن فعل الغير، ونائب الوكيل بموجب الدعوى المباشرة⁽¹⁾.

واستناداً إلى نص المادة 580 من (ق.م.ج) نجد أنها قد ميزت بين حالتين هما:

الحالة الأولى: نصت عليها الفقرة الأولى من المادة 580⁽²⁾، فإذا لم يكن الوكيل مرخصاً له في الوكالة من الباطن، كان مسؤولاً عن عمل الوكيل من الباطن، كما لو كان هذا العمل قد صدر منه ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية⁽³⁾. وظاهر أن قواعد المسؤولية العقدية عن فعل الغير قد طبقت في هذه الحالة وذلك باستثناء واحد وهو أن الوكيل ونائبه يكونان مسؤولين قبل الموكل بالتضامن، وفي هذا خروج على القواعد العامة لاختلاف أساس المسؤولية؛ فمسؤولية الوكيل مسؤولية عقدية، أما بالنسبة لمسؤولية النائب فهي تقصيرية⁽⁴⁾.

الحالة الثانية: نصت عليها الفقرة الثانية من المادة 580 (ق.م.ج)⁽⁵⁾، فإذا كان الوكيل مرخصاً

(1) - الخروبي خليفة، المرجع السابق، ص. 48.

(2) - تقضي الفقرة الأولى من المادة 580 من (ق.م.ج) على أنه: «إذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له في ذلك كان مسؤولاً عما فعل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية».

(3) - الصراف عباس حسن، المرجع السابق، ص. 234.

(4) - الخروبي خليفة، المرجع السابق، ص. 47. الفرجاني سامي مصطفى، المرجع السابق، ص. 53.

(5) - تقضي الفقرة الثانية من المادة 580 من (ق.م.ج) أنه: «أما إذا رخص للوكيل في إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب فإن الوكيل لا يكون مسؤولاً إلا عن خطئه في اختيار نائبه أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات».

له في الوكالة من الباطن دون تعيين شخص النائب فإن الوكيل لا يكون مسؤولاً إلا عن خطئه الشخصي في اختياره نائبه أو عن خطئه فيما أصدر له من تعليمات⁽¹⁾. وهنا يجب التمييز بين فرضين:

الفرض الأول: الترخيص للوكيل في الإنابة دون تعيين شخص بعينه، وهنا يعفى الوكيل من المسؤولية العقدية عن عمل النائب ولا يكون مسؤولاً إلا عن خطئه الشخصي، أما في اختيار النائب وأما في توجيهه وفيما أصدره من تعليمات⁽²⁾. فإن أخطأ الوكيل في اختيار النائب كأن اختاره معسراً أو مشهوراً بالإهمال أو عدم الأمانة أو غير كفاء للمهمة الموكولة إليه سواء وجد ذلك وقت الاختيار أو وجد بعد ذلك لأنّ الوكيل يلتزم برقابة نائبه، كان هناك خطأ شخصي من الوكيل وكان مسؤولاً عنه قبل الموكل بموجب عقد الوكالة الأصلي⁽³⁾. وعموماً لا يكون الوكيل مسؤولاً عن نائبه قبل الموكل مسؤولية عقدية عن فعل الغير فقد أعفاه القانون المدني الجزائري من هذه المسؤولية ما دام مرخصاً له في إنابة غيره.

الفرض الثاني: وفيه يكون الوكيل مرخصاً له في إنابة شخص بعينه ولم تعرض المادة 580 (ق.م.ج) مباشرة لهذا الفرض ولكن يفهم من المادة المذكورة أنّ الوكيل لا يعد مسؤولاً عن اختيار نائبه إذا كان الموكل قد وافق على هذا الاختيار وخصص فيه، ومن ثمّ فإنّ الوكيل لا يعد مسؤولاً في الفرض الثاني إلا عن خطئه الشخصي فيما أصدره له من تعليمات⁽⁴⁾.
أما بخصوص علاقة الموكل بنائب الوكيل، فإن تطبيق القواعد العامة لـ «مبدأ نسبية أثر

(1) - الساعدي جليل حسن، الوكالة من الباطن في القانونين العراقي والمصري مع الإشارة للفقهاء الإسلاميين، المرجع السابق، ص. 103.

(2) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 7، المجلد الأول: العقود الواردة على العمل (المقاول والوكالة والوديعة والحراسة)، المرجع السابق، ص. 491.

(3) - بدوي حلمي بهجت، المرجع السابق، ص. 458.

(4) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 7، المجلد الأول: العقود الواردة على العمل (المقاول والوكالة والوديعة والحراسة)، المرجع السابق، ص. 492.

العقد» يقتضي ألا تكون هناك علاقة مباشرة بين الموكل ونائب الوكيل؛ فليس للأول أن يرجع على الثاني إلا بالدعوى غير المباشرة التي يستعملها باسم الوكيل، وكذلك ليس لنائب الوكيل أن يرجع على الموكل إلا بالدعوى غير المباشرة التي يستعملها هو الآخر باسم الوكيل⁽¹⁾.

غير أن المشرع الجزائري خرج على هذه القاعدة العامة فنص على سريان آثار التصرفات التي عقدها نائب الوكيل بذمة الموكل؛ لأن نائب الوكيل يمثل الموكل فيعد طرفاً في العقد، فلا حاجة لإقرار الوكيل بتصرفات نائبه بل أنها في حكم التصرفات التي يباشرها الوكيل بنفسه، فيلتزم فيها الموكل ما دامت في حدود الوكالة. فحسب الموكل ضماناً أن يرجع على الوكيل بكل أنواع التقصير الحاصل من نائبه⁽²⁾.

وقد أجازت الفقرة الثالثة من المادة 580 (ق.م.ج) للموكل ونائب الوكيل أن يرجع كل منهما على الآخر بدعوى مباشرة للمطالبة فيها بكل الالتزامات الناشئة في عقد الوكالة من الباطن، حيث نصت على أن: «يجوز في الحالتين السابقتين للموكل والنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر».

خلاصة القول أن النائب عن الوكيل يعتبر من "الغير" الأجنبي عن عقد الوكالة الأصلي الذي اضطلع بمهمة تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، وبالتالي لم يكن من الممكن مساءلته من قبل الموكل الأصلي عن الإخلال بموجب هذا العقد - كقاعدة عامة - على اعتبار أن الأثر الملزم للعقد لا يطال إلا ذمم أطرافه، أو من كان في حكمهم وفق ما يقرره مبدأ نسبية العقد⁽³⁾، فهذا "الغير" وعلى الرغم من مشاركته في تنفيذ العقد يبقى محتفظاً بمركزه القانوني حيال العلاقة العقدية القائمة بين الدائن والمدين، فيحتفظ دائماً بوصف "الغير الأجنبي"، مما يجعله بمنأى عن

(1) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.7، المجلد الأول: العقود الواردة على العمل (المقاول والوكالة والوديعة والحراسة)، المرجع نفسه، ص. 487.

(2) - الساعدي جليل حسن، الوكالة من الباطن في القانونين العراقي والمصري مع الإشارة للفقهاء الإسلاميين، المرجع السابق، ص. 107.

(3) - بن حالة حاتم، المرجع السابق، ص. ب- ج.

كلّ دعوى مسؤولية يرفعها الدائن بموجب العقد، وإلا كان القول بخلاف ذلك استثناء على مبدأ نسبية العقد.

الفرع الرابع

مسؤولية صاحب الفندق

يعرّف الفقه عقد الإقامة في الفندق بأنه: "العقد الذي يتعهد بمقتضاه صاحب الفندق بأن يقدم لأحد النزلاء الإقامة لمدة مؤقتة والطعام والشراب، فضلا عن حفظ وحراسة أمتعته التي يأتي بها إلى الفندق، وتقديم بعض الخدمات الثانوية كخدمة الهاتف والغسل، وذلك كله مقابل مبلغ من المال يلتزم به النزول، ويتمّ تقدير حسب نوع الإقامة والخدمات التابعة لها"⁽¹⁾.

يتبين لنا من هذا التعريف أنّ عقد الإقامة في الفندق يبرم بين طرفين؛ صاحب الفندق الذي يكون في مركز قوي باعتباره المهني المتخصص الذي يملك الخبرة والدراية في مجال عمله، في مقابل النزول الذي يكون الطرف الضعيف في العقد، وهذا العقد يولّد مجموعة من الالتزامات على طرفيه حيث يلتزم صاحب الفندق بتقديم المأوى في مقابل التزام النزول بدفع مبلغ من المال⁽²⁾.

يذهب الكثير من الفقهاء إلى تكييف عقد الإقامة في الفندق على أنّه عقد وديعة⁽³⁾ وتسري

(1) - شعوط حسين عبيد، تكييف عقد الإقامة في الفندق، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد 1، المجلد 5، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، حزيران 2012. ص. 283.

(2) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.7، المجلد الأول: العقود الواردة على العمل (المقولة والوكالة والوديعة والحراسة)، المرجع السابق، ص. 766. شعوط حسين عبيد، المرجع نفسه، ص. 284.

(3) - تعرف المادة 590 من (ق.م.ج) الوديعة على أنّها: «عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولاً إلى المودع لديه على أنّ يحافظ عليه لمدة وعلى أنّ يرده عينا».

عليه أحكامها؛ فأمّعة النزلاء تكون في حكم وديعة اضطرارية⁽¹⁾، إذ يكتسب صاحب الفندق صفة المودع لديه ويلتزم بحفظ الشيء الذي بحوزته وإرجاعه عند نهاية العقد⁽²⁾، فضلا عن ذلك فإن المشرع الجزائري عدّ أمّعة النزّل التي يحظرها معه إلى الفندق وديعة لدى صاحب الفندق، حيث قرّر في القانون 99-01 المتعلّق بالفندقة⁽³⁾ في مادته 23 ف.1 على أن: «يلتزم الفندقي بضمان سلامة وأمن الزبون وأمتعته الشخصية والأشياء التي يودعها في المؤسسة الفندقية وتوابعها». ومن ثمّ يترتّب على ذلك خضوع صاحب الفندق إلى مسؤولية مشدّدة بضمان سلامة النزّل وحفظ أمتعته من الضياع أو السرقة من طرف الغير⁽⁴⁾.

ومن هنا كان اهتمام المشرع الجزائري بتحديد مسؤولية صاحب الفندق في مواجهة زبائنه؛ فلم يجعل مسؤوليته قاصرة على تقصيره الشخصي في حفظ الأمّعة والعناية بها، بل جعلها شاملة لما يقع من تقصير من تابعيه الذين تستعين بهم في تنفيذ عقد الفندقة وهم مقدمي الخدمات، كالموظفين والخدم⁽⁵⁾.

تعتبر مسؤولية صاحب الفندق صورة من صور تطبيقات المسؤولية العقدية عن فعل الغير، والتي ورد ذكرها في الفقرتين الأولى والثانية من المادة 599 من (ق.م.ج) على أن: «يكون أصحاب الفنادق والنزل ومن يمثّلهم من الأشخاص مسؤولين عن الأشياء التي

(1) - أشرف أحمد عبد الوهاب، إبراهيم سيد أحمد، عقد الوديعة والحراسة في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء، المرجع السابق، ص. 59. السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.7، المجلد الأول: العقود الواردة على العمل (المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة)، المرجع السابق، ص. 765.

(2) - شعواط حسين عبيد، المرجع السابق، ص. 294.

(3) - قانون رقم 99-01 مؤرخ في 06 جانفي 1999، يحدد القواعد المتعلقة بالفندقة، ج. ر عدد 02، صادرة في 10 جانفي 1999. ص. 05.

(4) - الفرجاني سامي مصطفى، المرجع السابق، ص. 48.

(5) - البكري محمّد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد التاسع (عقد الوكالة - عقد الوديعة - عقد الحراسة - عقود الغرر "المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة")؛ (د.ط)، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، ص. 525.

يودعها عندهم المسافرون والنزلاء الذين ينزلون عندهم مع وجوب المحافظة عليها، إلا إذا أثبتوا أنّ أسباب الضياع كانت طارئة، أو حصلت ظروف قاهرة أو بسبب خطأ المودع، أو لعب في الشيء المودع. وكذلك يكونون مسؤولين سواء عن السرقة أو الضرر الذي لحق أمتعة المسافرين والنزلاء أو السرقة التي تقع بسبب تابعيهم أو بسبب المترددين على الفندق» (1).

فمن خلال نص هذه المادة يتبين لنا حرص المشرع الجزائري على التشديد من مسؤولية صاحب الفندق عن كلّ السرقات أو الأضرار التي تلحق أمتعة النزلاء بواسطة تابعيه، أو بواسطة أشخاص يترددون على الفندق، وهي تعدّ إحدى التطبيقات التشريعية لمسؤولية المدين عقدياً عن فعل الغير كما قلنا سابقاً.

ينبغي التمييز هنا بين كلّ من مسؤولية صاحب الفندق عن تابعيه، والتي هي تطبيق عادي للمبدأ العامّ القاضي بمسؤولية المدين عقدياً عن فعل من يستخدمهم في تنفيذ التزاماته، وبين مسؤوليته عن الأشخاص المترددين على الفندق (2)؛ والذين تعدّ أفعالهم في الأصل من قبيل فعل الغير الذي من شأنه نفي المسؤولية عن صاحب الفندق، إذ ليسوا تابعين لصاحب الفندق ولا يستخدم أي منهم في تنفيذ التزامه (3)؛ فهي حالة خاصّة من حالات المسؤولية العقدية عن فعل الغير، تخرج عن نطاق المبدأ العامّ الذي أتت به المادة 599 من (ق.م.ج).

(1) - يقابلها نصّ المادة 727 من التقنين المدني المصري.

(2) - يقصد بالأشخاص المترددين على الفندق؛ النزلاء في الفندق والزوار والمتعهّدون الذين يترددون عليه والأشخاص الذين يدخلون الفندق خلسة ولو كان ذلك بمفاتيح مصطنعة أو بطريق التسلق أو الكسر. فهؤلاء المترددين على الفندق يعدون من الغير، وصاحب الفندق في الأصل غير مسؤول عنهم، لكن القانون نصّ على مسؤوليته يشدد عن أفعالهم، تشديداً لمسؤوليته وحماية للنزلاء. البكري محمّد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد التاسع (عقد الوكالة - عقد الوديعة - عقد الحراسة - عقود الغرر "المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة)، المرجع السابق، ص. 526.

(3) - أشرف أحمد عبد الوهاب، إبراهيم سيد أحمد، عقد الوديعة والحراسة في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء، المرجع السابق، ص. 61.

ويلاحظ أنّ المشرّع الجزائري قد شدّد من مسؤولية هؤلاء بأكثر مما تقضي به القواعد العامّة؛ فصاحب الفندق مسؤول عن الملابس والحقائب وكل الأمتعة الموجودة والسيارات إذا تركت في ملحق الفندق، وهذه المسؤولية مشددة بقوة القانون، ولا يمكن لصاحب الفندق أن يتخلّص من المسؤولية إلاّ بإثبات السبب الأجنبي كخطأ النزول أو قوة قاهرة أو غيرها⁽¹⁾ وفق ما تقضي به المادة 23 ف.2 من القانون 01-99 المتعلّق بالفندقة، على أن: «يكون الفندقي مسؤولاً عن التلّف والتخريب والسرقة الواقعة داخل المؤسسة الفندقية إلاّ في حالة: خطأ الزبون أو الأشخاص المرافقين له أمّا لخدمته أو زيارته، حادث فجائي أو قوة قاهرة لا يكون له دخل في وقوعها، الإلتلاف الناجم عن طبيعة الشيء».

كما أنّ المشرّع الجزائري يشدّد أكثر من مسؤولية صاحب الفندق حين اعتبر الأشخاص الذين يدخلون الفندق ويترددون عليه تحت مسؤوليته، وذلك رغم أنّهم من الغير الأجنبي ولا تربطه أي صلة بهم؛ والسبب في هذا التشديد في المسؤولية أنّ النزول عابر ومضطر لأن يودع ما عنده في غرفته أو في الاستقبال ولا يمكن السيطرة على كلّ الأشخاص الداخلين أو الخارجين من الفندق⁽²⁾، لذلك قرّر المشرّع أنّ يتحمّل صاحب الفندق المسؤولية العقدية عن فعل تابعيه وكل الغير المترددين على فندقه. وتأكيداً على ذلك نصّت المادة 24 من القانون 01-99 على أنّه: «لا يمكن الفندقي أن يتنكر لمسؤوليته كما هو منصوص عليه في المادة 22 أعلاه⁽³⁾، عندما يكون التلّف والتخريب والسرقة ناتجا عن خطئه أو عن الأشخاص الواقعين تحت

(1) - البكري محمّد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد التاسع (عقد الوكالة - عقد الوديعة - عقد الحراسة - عقود الغرر "المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة")، المرجع السابق، ص. 526-527.

(2) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.7، المجلد الأول: العقود الواردة على العمل (المقاول والوكالة والوديعة والحراسة)، المرجع السابق، ص. 772. أشرف أحمد عبد الوهاب، إبراهيم سيد أحمد، عقد الوديعة والحراسة في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء، المرجع السابق، ص. 61.

(3) - المادة 22 من القانون 01-99 تنص على أن: "يلتزم الفندقي باحترام جميع الالتزامات ويكون مسؤولاً أيضاً في حالة الإهمال".

مسؤوليته».

خلاصة القول أنه إذا ما تسبب في الإضرار بأمثلة النزول في الفندق، قامت المسؤولية العقدية عن فعل الغير لصاحب الفندق قبل النزول عن هذه الأضرار وإن لم يصدر منه أي خطأ شخصي، أما المتسبب في الأضرار فيظل "غيراً أجنبياً" عن العلاقة مع النزول، وبالتالي لم يكن من الممكن مساءلته عن هذا الإخلال بموجب عقد الفندقة - كقاعدة عامة -⁽¹⁾، على اعتبار أن الأثر الملزم للعقد لا يطال إلا نتم أطرافه، أو من كان في حكمهم وفق ما يقرره مبدأ نسبية العقد، فهذا "الغير" وعلى الرغم من تسببه في الإخلال بالعقد يبقى محتفظاً بمركزه القانوني حيال العلاقة العقدية القائمة بين الدائن والمدين، فيحتفظ دائماً بوصف "الغير الأجنبي"، مما يجعله بمنأى عن كل دعوى مسؤولية يرفعها الدائن بموجب العقد، وإلا كان القول بخلاف ذلك إهدار لمبدأ نسبية العقد⁽²⁾.

(1) - مع أن لصاحب الفندق الرجوع على الغير المتسبب في الأضرار بالتعويض.

(2) - بن حالة حاتم، المرجع السابق، ص. (ب - ج).

الفصل الثاني

الاستثناءات الواردة على مبدأ نسبية أثر
العقد في القانون المدني الجزائري

الفصل الثاني

الاستثناءات الواردة على مبدأ نسبية أثر العقد في القانون الجزائري

رأينا فيما سبق أنّ الأصل في العقود أنّ تقتصر آثارها على عاقدتها، فلا يترتب ما تنشئ من التزامات إلا في ذمة المتعاقدين ومن ينوب عنهم من الخلفاء والدائنين، فالقاعدة أنّ الغير هو أجنبي عن العقد وفقا لما يقرره مبدأ نسبية أثر العقود كما أسلفنا الذكر.

ومع أنّ ظاهر مبدأ نسبية العقود يقضي بأن لا ينصرف أثر العقد إلى الغير سواء كان هذا الأثر التزاما أم حقا، لكن تبين لنا من خلال البحث أنّ هذا المبدأ يضعف في بعض الحالات الاستثنائية التي تقتضيها ضرورة استقرار التعامل وحماية حسن النية والثقة المشروعة بين الأشخاص في معاملاتهم التعاقدية، وهو يبدو في التطبيق العملي لنصوص القانون المدني الجزائري. وهو ما جعلنا نثير التساؤل عن مدى إمكانية سريان أثر العقد إلى الغير الأجنبي عنه؟ إنّ الجواب عن هذا التساؤل ظهر لنا من خلال دراسة الحالات التي فتحت الكثير من الثغرات في «مبدأ نسبية أثر العقد»، والتي يمكن إجمالها في نوعين من الاستثناءات بعضها بنص القانون وبعضها الآخر باتفاق المتعاقدين.

لذلك سنحاول في هذا الفصل أن ندرس بعض هذه الاستثناءات التي وردت على «مبدأ نسبية أثر العقد»⁽¹⁾، حيث سنتعرض للاستثناءات الاتقافية (بإرادة الطرفين) في (المبحث الأول)، في حين سنخصص (المبحث الثاني) لدراسة الاستثناءات القانونية (حدود بإرادة المشرع).

(1) - سنحاول من خلال دراستنا أن نعرض أهم الاستثناءات الواردة على مبدأ نسبية العقد؛ فمن غير الممكن عرض جميع الاستثناءات ففي ذلك ضرب من التكرار، فضلا عن استحالة إذا ما نظرنا للمسألة من حيث الوقائع العملية التي لا تقبل الحصر.

المبحث الأول

الاستثناءات القانونية الواردة على «مبدأ نسبية أثر العقد»

أورد المشرع عدد من الاستثناءات بنصوص صريحة راعى فيها اعتبارات العدالة أو حسن النية أو استقرار التعامل أو هذه الاعتبارات مجتمعة، فأكسب "الغير" بمقتضاها حقاً وألزمه بالتزام⁽¹⁾.

فرغم أنّ القاعدة العامة هي أنّ "الغير" لا يتقيد بعقدٍ لم يكن طرفاً فيه، فلا تشمل القوة الملزمة للعقد ولا تنصرف إليه بالتالي آثاره القانونية، فلا يكتسب منه حقاً ولا يتحمل منه التزاماً. غير أنّ المشرع يورد استثناءات على هذه القاعدة؛ حيث تمتدّ القوة الملزمة للعقد إلى الغير بناءً على نصّ القانون، بإكساب الغير حقوقاً أو تحميله بالتزامات ناشئة عن عقدٍ ليس طرفاً فيه. لتوضيح ذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين؛ نخصص (المطلب الأول) لدراسة الدعوى المباشرة كاستثناء على مبدأ نسبية العقد، في حين نخصص (المطلب الثاني) لنظريّة الأوضاع الظاهرة كاستثناء على هذا المبدأ.

المطلب الأول

الدعوى المباشرة كاستثناء على «مبدأ نسبية أثر العقد»

إن قاعدة «نسبية أثر العقد» ليست مطلقة، ففي بعض الأحيان قد يتضمّن القانون على سبيل الاستثناء بعض النصوص القانونية التي تكسب الغير حقاً مباشراً من عقد لم يكن طرفاً فيه، وأهمّ هذه الحالات هي الدعوى المباشرة التي تعتبر من النظم القانونية المحددة التي لا توجد نظرية عامة لتطبيقها، بل لابدّ من صدور نصّ تشريعي خاصّ بها⁽²⁾، ولذلك فإنّ تطبيقاتها في

(1) - محمّد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص. 147.

(2) - الجبوري ياسين محمّد، الدعوى المباشرة في القانون المدني الأردني، مجلة الشريعة والقانون، العدد 52،

السنة 26، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أكتوبر 2012. ص. 267.

عامة نصوص القانون المدني محدّدة بنص خاص⁽¹⁾.

ومن أجل الإحاطة بهذه الدّعى باعتبارها استثناء على «مبدأ نسبية أثر العقد»، سنقسم مطلبنا هذا على فرعين، نبين ماهية الدّعى المباشرة (الفرع الأول)، ثمّ تطبيقات الدّعى المباشرة في القانون المدني الجزائري في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

ماهية الدّعى المباشرة

إن البحث في الدّعى المباشرة كاستثناء على «مبدأ نسبية أثر العقد»، يقودنا إلى تحديد مفهومها (أولاً)، وبعد ذلك تحديد الأساس الذي تستند إليه طبيعة هذه الدّعى (ثانياً).

أولاً: مفهوم الدّعى المباشرة

يتّجه جانب من الفقه المدني معتمداً على اعتبارات العدالة إلى القول بإمكانية انصراف أثر العقد إلى الغير، ويحصل ذلك من خلال تمكين الأخير من استعمال دعوى أحد المتعاقدين ضد الآخر في عقدٍ لم يكن هو طرفاً فيه، وتسمّى هذه الدّعى بالدّعى المباشرة⁽²⁾. يعرف الفقه القانوني الدّعى المباشرة بأنها "وسيلة مقرّرة بنصّ قانوني خاصّ يلجأ إليها الدائن للمطالبة بما له بذمة مدينه في مواجهة مدين المدين، وتمنحه حقاً لا يزاخمه فيه الدائنون الآخرون، فتضفي على حقّه نوعاً من أنواع الضّمان"⁽³⁾. وفي تعريف آخر لها أنّها "دعوى يرفعها الدائن باسمه ولحسابه على مدين مدينه ليطالب بالحق المترتب في ذمته للمدين، فيؤول هذا

(1) - الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 2010/03/04، ملف رقم 617117، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، لسنة 2010، ص. 192.

(2) - خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 88. الحكيم عبد المجيد وآخرون، المرجع السابق، ص. 140. السعدي محمّد صبري، المرجع السابق، ص. 356. منصور محمّد حسين، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 300.

(3) - الجبوري ياسين محمّد، الدّعى المباشرة، المرجع السابق، ص. 274.

الحق إلى ذمة الدائن المطالب مباشرة دون أن يدخل في ذمة المدين⁽¹⁾

يتضح من التعاريف السابقة أنّ الدعوى المباشرة تخوّل الدائن حق الرجوع المباشر على مدين المدين⁽²⁾، أي أنّ الدائن يباشر الدعوى باسمه شخصياً وليس باسم مدينه ويصبح بمقتضاها دائناً شخصياً لمدين مدينه وله أنّ يستأثر بالحقّ الذي في ذمة مدين المدين⁽³⁾، وهذا ما يميّزها عن الدعوى غير المباشرة.

انطلاقاً ممّا قلناه سابقاً يمكن القول أنّ مضمون الدعوى المباشرة يمثل إخلالاً أو مساساً بقاعدتين رئيسيتين في القانون المدني؛ فهي تنطوي على إخلال بقاعدة المساواة بين الدائنين العاديين وذلك من ناحية أنّها تؤثر الدائن مباشر الدعوى بثمارها دون سائر دائني المدين الأصلي⁽⁴⁾، ولا يعدو هذا سوى أنّه الوسيلة لتحقيق الغاية التي تسعى إليها هذه الدعوى، فالغاية منها تأكيد حقّ الدائن صاحب الدعوى وذلك بإقصائه من مزاحمة دائني المدين الأصلي وبذلك فإنها وفقاً لهذا التصور تقترب من نظم التأمينات⁽⁵⁾.

كما أنّها تنطوي في الوقت ذاته على إخلال «بقاعدة نسبية أثر العقد»⁽⁶⁾، فالدائن مباشر هذه الدعوى يستأثر بالحقّ الذي في ذمة مدين المدين وقد يكون هذا الحقّ ناتج من عقد بين هذا الأخير وبين المدين الأصلي، أي أنّه عقد يعتبر الدائن أجنبياً عنه ومع ذلك تأتي الدعوى المباشرة لتهيئ لهذا الدائن وهو شخص أجنبي عن العقد سبيلاً مباشراً إلى حقّ نشأ عن

(1) - هشام طه محمود سليم، الدعوى المباشرة بين المفهوم التقليدي والحديث لـ «مبدأ نسبية أثر العقد»، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: (WWW.Police media center). ص. 04.

(2) - فيلالي علي، المرجع السابق، ص. 424. سلطان أنور، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام؛ (د.ط)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005. ص. 27.

(3) - انظر هشام طه محمود سليم، المرجع السابق، ص. 04.

(4) - جاك غستان وآخرون، المرجع السابق، ص. 885.

(5) - الزيايدي نيراس ظاهر جبر، حقوق الغير المقترنة بالعقد، المرجع السابق، ص. 223.

(6) - بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص. 401. الجبوري ياسين محمّد، الدعوى المباشرة، المرجع السابق، ص. 279. محمّد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص. 148.

هذا العقد رغم ما في هذا من خروج على قاعدة النسبية⁽¹⁾.

ولا ينكر أنّ دور هذه الدّعى يقتصر على تمكين الدّائن من هذا السبيل المباشر فقط؛ وذلك لتأكيد حقه وحماية له من مزاحمة باقي دائني المدين الأصلي، وبالتالي فإنها لا تجعل الدّائن (الغير) في حكم الطّرف في العلاقة القانونيّة التي هو في الأصل أجنبي عنها⁽²⁾، وبتعبير آخر فإن دور هذه الدّعى يقتصر على تزويد الغير بحق لم يكن له طبقاً للقواعد العامّة، من دون أنّ تتجاوزته إلى تحميله بجميع الآثار المترتبة على هذه العلاقة التي هو أجنبي عنها، وهذا يعني أنّ الدّعى المباشرة تشكل استثناء على قاعدة نسبية أثر العقود التي تقضي بأن العقد لا يكون سارياً إلّا في حقّ أطرافه، فلا يتعدّى أثره إلى الغير⁽³⁾.

فقد الإيجار من الباطن مثلاً، ينشئ لأحد طرفيه، وهو المستأجر الأصلي، حقاً في ذمّة الطّرف الآخر، وهو المستأجر من الباطن؛ أمّا المؤجّر فهو ليس طرفاً في عقد الإيجار من الباطن، وكان ينبغي إلّا يسري أثر هذا العقد في حقه، غير أنّ الدّعى المباشرة هيأت له سبيلاً مباشراً للرجوع على المستأجر من الباطن بمقتضى عقد الإيجار من الباطن الذي ليس طرفاً فيه، وهذا هو وجه الاستثناء من قاعدة نسبية أثر العقود⁽⁴⁾.

ثانياً: الطبيعة القانونيّة للدّعى المباشرة

قد اتفق أغلب فقهاء القانون المدني حول الطابع الاستثنائي الذي يميّز الدّعى المباشرة كونها تعدّ خروجاً على «مبدأ نسبية أثر العقد»، لكنهم اختلفوا حول تبرير هذه الدّعى وتحديد طبيعتها القانونيّة، وقد قيلت نظريات عديدة حاول كلّ منها أن يرد هذه الدّعى إلى إحدى النظم

(1) - بدوي حلمي بهجت، ص. 374. خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 90.

(2) - الحسيني عباس علي، حقوق الغير المقترنة بالعقد، المرجع السابق، ص. 22. الجمال مصطفى، المرجع السابق، ص. 285.

(3) - زواوي فريدة المرجع السابق، ص. 243.

(4) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج. 2، "الإثبات-أثار الالتزام"؛ (د.ط.)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968. ص. 979.

القانونية المعروفة كنظام الإثراء بلا سبب⁽¹⁾، أو حجز ما للمدين لدى الغير⁽²⁾، أو الامتياز⁽³⁾... وغيرها. والملاحظ على هذه النظريات أنّها تعرضت إلى انتقادات لاذعة من قبل الفقه، للتدليل على عدم صلاحية مثل تلك النظريات لوضع أساس قانوني سليم للدعوى المباشرة⁽⁴⁾، فقد حاولت كلّ منها أن تجعل أساس هذه الدعوى نظاماً قانونياً قائماً لا ينسجم مع طبيعة الدعوى المباشرة. وأمام كلّ هذه الاختلافات الفقهية، لجأ بعض الفقهاء إلى تحديد طبيعة الدعوى المباشرة بالاستناد إلى نصّ القانون⁽⁵⁾؛ بمعنى أنّ المشرّع هو الذي يقرّر الدعوى المباشرة؛ وسبب ذلك هو أنّ حقّ الدائن يحتاج إلى سند قانوني (نص من القانون) يقوم لإضفاء الشرعية على حقّ الدائن، ومن ثمّ إعطائه ميزة تلك الدعوى، فحقّ الدائن يؤسس على نصّ القانون وبموجبه تقوم علاقة مباشرة بين هذا الدائن ومدين المدين، بموجبها يكون من حقّ الدائن أنّ يستوفي حقه الذي يكون مستحق الأداء في مواجهة مدين المدين⁽⁶⁾، كما أنّ الدعوى المباشرة تمنح صاحبها (المدعي) حقاً استثنائياً يخرج عن نطاق «مبدأ نسبية أثر العقد»، وهذا الخروج يعد استثنائياً، فلا يمكن أنّ يتمّ التوسع فيه، بل ويحتاج إلى نصّ قانوني يتمثل بمنح الدائن الحقّ في مطالبة مدين المدين استثناءً.

لما كانت الدعوى المباشرة في كلّ تطبيقاتها تنطوي على خروج على قاعدة «نسبية أثر العقد» والمساواة بين الدائنين العاديين، ومن هنا جاء تمييزها وخاصيتها الاستثنائية، وكان مبدأ ألا

- (1) - بدوي حلمي بهجت، المرجع السابق، ص. 377.
- (2) - هشام طه محمود سليم، المرجع السابق، ص. 6.
- (3) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج. 2، المرجع السابق، ص. 980. السعدي محمّد صبري، المرجع السابق، ص. 356. فيلاله علي، المرجع السابق، ص. 425.
- (4) - للمزيد من التفصيل حول عرض النظريات التي قيلت حول التكييف القانوني للدعوى المباشرة؛ انظر لدى الجبوري ياسين محمّد، الدعوى المباشرة، المرجع السابق، ص. 301 وما بعدها.
- (5) - سلطان أنور، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص. 34.
- (6) - الجبوري ياسين محمّد، الدعوى المباشرة، المرجع السابق، ص. 310.

دعوى مباشرة بغير نص، فهذه الدعوى لا تتقرر باتفاق المتعاقدين وليست أثرا إراديا لعقدهما وإنما يقرّها القانون بنصوص تشريعية خاصة لبلوغ أهداف اجتماعية من الناحية العملية⁽¹⁾.

الفرع الثاني

تطبيقات للدعوى المباشرة في القانون المدني الجزائري

لقد اشتمل القانون المدني الجزائري على العديد من النصوص التي تفيد أحقية الدائن في استعمال الدعوى المباشرة في مواجهة مدين مدينه وباسمه الشخصي من ذلك ما يلي:

أولاً: دعوى المؤجر قبل المستأجر من الباطن أو الفرعي (Le sous-locataire)

لقد أكد المشرع الجزائري إمكانية انصراف أثر العقد إلى الغير من خلال تمكينه من استعمال الدعوى المباشرة في عقد لم يكن هو طرفاً فيه، ويعدّ من أهمّ تطبيقات الدعوى المباشرة التي يتجسّد الرجوع فيه بحكم القانون نجد دعوى المؤجر تجاه المستأجر من الباطن للحصول على أجر العين المؤجرة، من المبالغ التي تكون في ذمّة هذا الأخير للمستأجر الأصلي⁽²⁾. وبالرجوع لنصوص القانون المدني الجزائري نجد هذه الحالة واردة في نصّ المادة 507 ف.1، والتي جاء فيها على أن: «يكون المستأجر الفرعي ملتزماً مباشرة تجاه المؤجر بالقدر الذي يكون بذمته للمستأجر الأصلي وذلك في الوقت الذي أنذره المؤجر».

ففي التأجير من الباطن يوجد عقدان هما عقد الإيجار الأصلي وعقد الإيجار من الباطن؛ وهذا الأخير هو عقد جديد يتبع العقد الأول وطرفاه المستأجر الأصلي والمستأجر من

(1) - محمّد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص. 63. الزيايدي نبراس ظاهر جبر، نفاذ العقد في حقّ الغير، المرجع السابق، ص. 15. الحسيني عباس علي، حقوق الغير المقترنة بالعقد، المرجع السابق، ص. 22.
(2) - الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 16/02/1992، ملف رقم 94659، المجلة القضائية، عدد خاص، لسنة 1999، ص. 156؛

الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 20/12/1993، ملف رقم 111220، المجلة القضائية، العدد 1، لسنة 1994، ص. 157؛ وكذا قرار بتاريخ 22/11/1994، ملف رقم 106132، نفس المجلة، ص. 159.

الباطن، أمّا المؤجّر فهو أجنبي عن هذا العقد⁽¹⁾، ولما كان كذلك فلا تتصرف إليه آثاره من حقوق والتزامات، إلّا أنّ الدّعى المباشرة تدخلت على خلاف ذلك⁽²⁾ من أجل أنّ تهيئ للمؤجّر رغم ذلك سبيلاً مباشراً إلى الحقّ الذي في ذمّة المستأجر من الباطن⁽³⁾.

ثانياً: دعوى العمال والمقاولين من الباطن (Le sous-traitant) ضد ربّ العمل

من تطبيقات الدّعى المباشرة كذلك في القانون المدني الجزائري، نجد ما ورد بخصوص عقد المقاولة، حيث خوّل المشرّع دعوى مباشرة للمقاول من الباطن وعمال المقاول الأصلي وأيضاً عمال المقاول من الباطن سواء علاقتهم بالمقاول الأصلي أو برّب العمل⁽⁴⁾. وتأكيد لذلك فقد نصّت المادة 565 ف.1 من (ق.م.ج) على أن: «يكون للمقاولين الفرعيين والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حقّ مطالبة ربّ العمل مباشرة بما يجاوز القدر الذي يكون مدينًا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدّعى، ويكون لعمال المقاول الفرعي مثل هذا الحقّ تجاه كلّ من المقاول الأصلي وربّ العمل».

لا شكّ أنّ الخاصية الاستثنائية للدّعى المباشرة تقتضي أن تباشر هذه الدّعى للحصول على ما هو مستحقّ للمقاول من الباطن طبقاً لعقد المقاولة، أو ما هو مستحقّ للعمال طبقاً لعقد

(1) - خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 91. منصور محمد حسين، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 300.

(2) - فيلاي علي، المرجع السابق، ص. 425. سلطان أنور، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص. 29.

(3) - مع ملاحظة أنّ هذه الدّعى مخولة للمؤجّر فقط فلا يملكها المستأجر من الباطن في علاقته بالمؤجّر، فلما كانت الدّعى المباشرة تعدّ استثناء من قاعدة «نسبية أثر العقد» - والاستثناء لا يجوز التوسع فيه - وإعمالاً بذلك وجدنا المشرّع قد احترم هذا الأمر من خلال حصره حقّ الرجوع بحدود مُعيّنة تمثلت بالأجرة التي يكون المستأجر من الباطن مديناً بها دون باقي الالتزامات الأخرى؛ كالتزام التعويض مثلاً، فالمستأجر الأصلي وحده صاحب الصفة في مطالبة المستأجر من الباطن مباشرة بهذه الالتزامات. انظر: السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 6، المجلد 1، (العقود الواردة على الانتفاع بالشيء: الإيجار والعارية)، المرجع السابق، ص. 739 - 740.

(4) - الغرفة المدنية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 1983/03/16، ملف رقم 30952، المجلة القضائية، العدد 1، لسنة 1990، ص. 15.

العمل⁽¹⁾. فلو استحقّ مثلاً للعامل تعويض قبل المقاول طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، فليس له أن يرجع على ربّ العمل بالدّعى المباشرة مطالباً بهذا التعويض، بل له أن يرجع عليه بالدّعى غير المباشرة إن توافرت شروطها⁽²⁾.

ثالثاً: الدّعى بين الموكل ونائب الوكيل.

جاء في نصّ المادة 580 من (ق.م.ج) أنه: «... يجوز للموكل والنائب الوكيل أن يرجع كلّ منهما مباشرة على الآخر»⁽³⁾. يتبيّن لنا من هذه المادة أنه سواء رخص الموكل للوكيل في إقامة نائب عنه أم لا، فإنّ عقد الوكالة من الباطن الذي يتمّ فيما بين الوكيل ونائبه، يُرتّب دعوى مباشرة للموكل ضدّ نائب الوكيل، يستطيع الموكل بموجبها أن يرجع مباشرة على نائب الوكيل. كما يُرتّب لنائب الوكيل كذلك دعوى مباشرة قبل الموكل⁽⁴⁾ استثناءً على «مبدأ نسبية أثر العقد»؛ إذ أنّ نائب الوكيل يعتبر من الغير بالنسبة للموكل، فلا يوجد عقد بينهما، وليس هناك أيضاً حلول لنائب الوكيل محلّ الوكيل⁽⁵⁾.

وقد تقرّر الاستثناء بموجب القانون لأنّ العمل الذي يقوم به نائب الوكيل يكون لحساب الموكل، فيكون مسؤولاً عنه مباشرة في مواجهة هذا الأخير، كما يمكنه أيضاً تلقّي مقابل للعمل

(1) - انظر نصّ المادة 565 من (ق.م.ج) التي نصّت على أنه: «... بما يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدّعى ...».

(2) - الزيايدي نبراس ظاهر جبر، نفاذ العقد في حقّ الغير، المرجع السابق، ص. 18.

(3) - تنصّ المادة 580 من (ق.م.ج) على أنه: «إذا أُناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له في ذلك كان مسؤولاً عما فعل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية. أمّا إذا رخص للوكيل في إقامة نائب عنه دون أن يعيّن شخص النائب فإنّ الوكيل لا يكون مسؤولاً إلاّ عن خطئه في اختيار نائبه أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات. ويجوز في الحالتين السابقتين للموكل والنائب الوكيل أن يرجع كلّ منهما مباشرة على الآخر».

(4) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج. 2، "الإثبات-آثار الالتزام"، المرجع السابق، ص. 985. بدوي حلمي بهجت، المرجع السابق، ص. 375.

(5) - سلطان أنور، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص. 31.

الذي قام به مباشرة من الموكل⁽¹⁾.

رابعاً: الدعوى المباشرة على شركة التأمين من طرف المصاب المضرور في حادث المرور.

إذا كان المقصود بنظام التأمين هو تغطية المسؤولية المدنية للمؤمن له، فإنه يقصد به كذلك حماية المضرور من خطر إفسار المؤمن له، وهذا الفرض الأخير لن يتحقق إلا إذا منح المضرور دعوى مباشرة يستطيع بها الرجوع على شركة التأمين، فيتقضى به مزاحمة باقي دائني المؤمن له⁽²⁾. وقد عالج المشرع الجزائري حالة رجوع المضرور في حادث بدعوى مباشرة على شركة التأمين التي أمنت المسؤول عن هذا الحادث، فمن الواضح أنّ المضرور في الحادث يرجع على المسؤول (المؤمن له) بالتعويض عن الضرر الذي أصابه، ويرجع المسؤول على شركة سواء في القانون المدني⁽³⁾ أو في غيره من القوانين الخاصة⁽⁴⁾.

خامساً: الدعوى المباشرة من صاحب العمل ضد نائب الفضولي.

قد يقوم الفضولي بأعمال الفضالة بنفسه⁽⁵⁾ كما قد ينبب عنه غيره للقيام ببعض هذه الأعمال، ويعتبر نائب الفضولي من الغير بالنسبة لرب العمل طبقاً لـ «مبدأ نسبية أثر العقد»⁽⁶⁾،

(1) - زواوي فريدة، المرجع السابق، ص. 252.

(2) - سلطان أنور، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص. 31.

(3) - جاء في المادة 619 من (ق.م.ج) أن: «التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه، مبلغاً من المال أو إيراداً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن».

(4) - انظر مثلاً المادة 56 من الأمر رقم 07/95 بتاريخ 1995/01/25 المتضمن قانون التأمينات، المرجع السابق، تنص على أن: «المؤمن في مجال تأمين المسؤولية يضمن التبعات المالية المترتبة على مسؤولية المؤمن له المدنية بسبب الأضرار اللاحقة بالغير».

(5) - الفضالة حسب ما تضمنته المادة 150 من (ق.م.ج) هي: «أن يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك».

(6) - زواوي فريدة، المرجع السابق، ص. 254.

لكن استثناءً على ذلك فيحقّ لربّ العمل الرجوع على نائب الفضولي مباشرةً وذلك بموجب الدّعى المباشرة⁽¹⁾، وهو ما تقضي به المادة 154 في فقرتها 2 و3 من (ق.م.ج) على أنه: «يجوز لصاحب العمل رفع دعوى مباشرة ضد نائب الفضولي الذي عهد إليه الفضولي بكل العمل أو ببعضه؛ فإذا تعدّد الفضوليون في القيام بعمل واحد، كانوا متضامنين في المسؤولية»⁽²⁾.

وفي المقابل من ذلك ليس لنائب الفضولي دعوى مباشرة ضد ربّ العمل مثلما هو مقرّر بالنسبة لنائب الوكيل ضدّ الموكل وفقاً للمادة 580 ف.3 السّالفة الذكر، وبالنسبة للمقاول من الباطن ضد ربّ العمل وفقاً للمادة 565 ف.1 مدني⁽³⁾. وفي هذا الصدد نرى أنّه يستحسن توحيد النصوص في هذا المجال؛ لأنّ نائب الفضولي يقوم بعمل لمصلحة ربّ العمل ومن المفروض إعطاؤه دعوى مباشرة ضدّ هذا الأخير، لتعويضه عن التّعهدات التي التزم بها ولاسترداد التّفقات الضّرورية والنافعة التي أنفقها، ولتعويضه عن الضّرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل.

صفوة القول أنّ انصراف بعض آثار العقد إلى "الغير" بموجب الدّعى المباشرة لا يجزّده من وصف الأجنبي بالنسبة لبقية آثار العقد، فيظلّ محتفظاً بهذا الوصف طبقاً لقاعدة نسبية العقد. ولا بدّ من القول أنّ الدّعى المباشرة لا يمكن أنّ تقتصر على الأحوال المتقدّم ذكرها،

(1) - بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجديد، المرجع السّابق، ص. 403. الجبوري ياسين محمّد، الدّعى المباشرة، المرجع السّابق، ص. 331.

(2) - تنص المادة 154 ف.2 من (ق.م.ج) على أن: «إذا عهد الفضولي إلى غيره، بكل العمل الذي تكلف به أو ببعضه كان مسؤولاً عن تصرفات نائبه، دون اخلال بما لربّ العمل من الرجوع مباشرة على هذا النّائب. وإذا تعدّد الفضوليون في القيام بعمل واحد، كانوا متضامنين في المسؤولية».

(3) - ولو كان من الممكن الرد على ذلك؛ بأنه في الفضالة يتدخل الفضولي في شؤون ربّ العمل دون توكيل أو ترخيص من هذا الأخير، ويعين نائباً له دون موافقة أو ترخيص من ربّ العمل كذلك؛ بينما في الوكالة قد يرخص الموكل للوكيل في تعيين نائب عنه لهذا منح المشرّع هذا النّائب دعوى مباشرة على الموكل. انظر: زواوي فريدة، المرجع السّابق، ص. 255.

فطالما أنّ هذه الدّعى تجد أساسها في إرادة المشرّع، بالتالي فإنّ تطبيقاتها تكون في جميع الأحوال التي يرى المشرّع فيها أنّ الخروج على قاعدة «نسبية أثر العقد» من خلال هذه الدّعى بات أمراً ضرورياً تقتضيه العدالة.

المطلب الثاني

نظرية الوضع الظاهر كاستثناء على «مبدأ نسبية أثر العقد»

على الرّغم من أنّ «مبدأ نسبية أثر العقد» لا يجوز المساس به - بحسب الأصل - كونه يشكّل قوام التشريع المدني كما أسلفنا الذكر، إلّا أنّ مقتضيات العدالة واستقرار المعاملات دعت إلى تجاوز ما يفرضه هذا المبدأ من حرمة وصرامة؛ لأنّ الأخذ به على إطلاقه من شأنه الإضرار بحقوق الغير حسن النية. ولعلّ الحالة البارزة التي تتأثر فيها مصلحة هذا الغير من مراعاة «مبدأ نسبية أثر العقد» هي حالة الوضع الظاهر التي يمكن أن تفاجئ شخصاً لم يكن طرفاً في العقد أو ممثلاً فيه، فتسري في حقّه آثار العقد المبرم فيما بين شخص ليس له سند التصرف والغير حسن النية الذي أجرى التصرف اعتقاداً منه بصحة صفة المتصرف معه. لتوضيح مدى اعتبار نظرية الوضع الظاهر استثناءً على مبدأ نسبية أثر العقود، فقد ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين؛ حيث نتناول في (الفرع الأول) أثر نظرية الوضع الظاهر على مبدأ نسبية العقد، في حين نخصّص (الفرع الثاني) لدراسة أهمّ تطبيقات نظرية الوضع الظاهر في القانون المدني الجزائري.

الفرع الأول

أثر نظرية الوضع الظاهر على مبدأ نسبية العقد

بما أنّ الدراسة تتعلّق بالبحث في نظرية الوضع الظاهر باعتبارها تشكّل استثناءً من «مبدأ نسبية أثر العقد»، فإنّه يستوجب التطرّق لهذه النظرية والتعريف بها وأركان الظاهر بشكلٍ عام، وأساسها القانوني، قبل التطرّق لمدى اعتبار هذه النظرية استثناءً على مبدأ نسبية العقد. وتعتمد فكرة الظاهر على ظهور شخصٍ في الحياة القانونية أمام الكافة على أنّه صاحب حقّ أو سلطة، بينما في الواقع ليس كذلك، وبذلك يجوز قانوني يمكنه من اكتساب حقّ

والتصرف فيه، وقد جاءت هذه النظرية أساساً لحماية الغير الذي يتعامل مع صاحب الظاهر اعتقاداً منه أنه صاحب حق أو سلطة. ومنه سنتطرق إلى مفهوم نظرية الوضع الظاهر (أولاً)، ثم للأساس الذي تستند عليه (ثانياً)، في حين نخصص (ثالثاً) لدراسة مدى اعتبار نظرية الوضع الظاهر استثناءً على مبدأ نسبية أثر العقود كما يلي.

أولاً: مفهوم نظرية الوضع الظاهر

سنسلط الضوء في هذا المطلب على تحديد مفهوم نظرية الوضع الظاهر، مما قد يعتره من غموض أو لبس نتيجة لتقاربها مع عددٍ من المصطلحات والنظريات القانونية الأخرى، وذلك من خلال تعريفها (1)، ثم تحديد أركانها (2).

1- تعريف نظرية الوضع الظاهر

لقد طُرحت عدّة تعريفاتٍ فقهيةٍ لنظرية الوضع الظاهر؛ فالمقصود بالظاهر بمفهومه الواسع أنه "وضعٌ مخالفٌ للحقيقة القانونية، قد نشأ نتيجة أفعالٍ وتصرفاتٍ محسوسةٍ مقترنة بعواملٍ محيطةٍ من شأنها أن توقع الغير في التعامل مع هذا الوضع الظاهري كما لو كان وضع حقيقي يقره ويحميه القانون"⁽¹⁾، أو هو "الشيء المحسوس المخالف للحقيقة، والذي يوهم الغير بأنه مركز يحميه القانون"⁽²⁾. وفي نفس السياق يذهب الأستاذ (نعمان خليل جمعة) إلى أن: "الظاهر الذي نقصده ليس هو المحسوس الذي يجسد ويعبر عن الواقع الباطن أي ما يُصطلح عليه بالمركز القانوني، وإنما هو المحسوس المخالف للحقيقة والذي يوهم الغير بأنه مركز قانوني يحميه القانون"⁽³⁾.

(1)-نجوان عبد الستار علي مبارك. الوضع الظاهر في القانون المدني، "مصدر جديد من مصادر الالتزام غير الإرادية"، دراسة تحليلية تأصيلية تطبيقية؛ (د.ط)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015. ص. 35.

(2)- عياد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 71.

(3)- جمعة نعمان خليل، أركان الظاهر كمصدر للحق؛ (د.ط)، مطابع سجل العرب، القاهرة، 1977. ص.

ومن هنا فإنّه إلى جانب المراكز القانونيّة (situation de droit) التي تنشأ وتتكوّن في إطار القانون وتحضى بحمايته، هناك مراكز فعلية (situation de fait) تنشأ وتتواجد في الواقع. وترجع نشأة نظرية الوضع الظاهر للقانون الروماني، الذي كان يقصد بها الغلط العام أو الجماعي أي اعتقاد الكافة بحقيقة ظاهرة على أساس أن القانون ما هو إلا اعتقاد جماعي وما الغلط الشائع إلا اعتقاد جماعي، فلا يوجد بالنتيجة خروج عن القواعد العامة التي تهدف لاستقرار المعاملات⁽¹⁾.

والوضع الظاهر - بمفهوم مبدأ حسن النية - يولد لدى الغير اعتقاداً شائعاً بقانونية مركز صاحبه بسبب الظروف والمؤثرات الخارجية المحيطة به فيقدم الغير على التعاقد مع هذا الشخص بحسن نية واضعاً ثقته بهذا الوضع الظاهر⁽²⁾؛ كما في حالة الوارث الظاهر الذي يظهر أمام الكافة على أنه وارث حقيقي في حين أنه ليس وارثاً لظهور وارث حقيقي آخر يحجبه⁽³⁾، أو حالة الدائن الظاهر الذي يظهر أمام الكافة على أنه الدائن الحقيقي في حين أنه ليس دائناً ويتولّى استيفاء الدين بصفته الظاهرة ثم يتّضح أنه غير ذلك بظهور الدائن الحقيقي⁽⁴⁾.

فالأصل إذن أنّ كلّ تصرف صادر من الظاهر هو باطل ولكن الواقع قد يفرض نفسه وبالتالي فقد جاءت هذه النظرية أصلاً لاستقرار المعاملات ولحماية الغير الذي يتعامل مع الظاهر بحسن نية، ومثال ذلك من اشترى عقاراً وسجّله وتصرّف فيه إلى الغير ثم زالت ملكيته بأثر رجعي لسبب أو لآخر، فالغير الذي يتلقّى حقاً من صاحب الوضع الظاهر تكون إرادته مشروعة إذا كان الظاهر يوحى بالثقة المشروعة أي المقبولة موضوعياً وينخدع بها الرجل

(1) - زكري إيمان، حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017. ص. 36.

(2) - زاوي فريدة، المرجع السابق، ص. 116.

(3) - الحسيني عباس علي، الزياي نبراس ظاهر جبر، المرجع السابق، ص. 22.

(4) - الزياي نبراس ظاهر جبر، المرجع السابق، ص. 232.

المتوسّط، وباختصار فإن الحق هو ما نعتقد أنّه حق⁽¹⁾.

2- أركان نظرية الوضع الظاهر

لئن كانت نظرية الوضع الظاهر لا يتضمّنهما أي نصّ قانوني بصفة مباشرة إلاّ أنّها مستقرّة في الفقه والقضاء، إذ أنّ تطبيقها تقتضيه مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، ويعدّ ذلك نفاذاً لنصّ المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، التي أوجبت على القاضي في حالة عدم وجود نصّ في القانون أو في مبادئ الشريعة الإسلامية أو في العرف، أن يقضي طبقاً لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، حيث جاء فيها على أنّه: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها... فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

وقد حدّد - الفقه القانوني - للوضع الظاهر ركنين لا بدّ من توافرهما لإضفاء الحماية التي قررتها نظرية الأوضاع الظاهرة على الغير الذي تعامل مع صاحب الوضع الظاهر المخالف للحقيقة، وهذان الركنان هما كالتالي:

أ- الركن المادي للوضع الظاهر

يتمثّل الركن المادي في استقرار المركز الفعلي لصاحب الوضع الظاهر، بالقدر الذي يوهّم المتعاقد معه والكافة بأنّه مركز قانوني صحيح يتفق مع الحقيقة، وذلك بإحاطة صاحب الوضع الظاهر بعوامل ومظاهر ماديّة محيطة به تؤكّد تطابق مركزه الظاهر مع الحقيقة⁽²⁾. فالركن المادي للظّاهر قد يكون ناشئاً عن تصرف إرادي (كصدور تصرف قانوني باطل أو منعدم أو عرضة للفسخ أو الزوال إلى شخص معيّن، فمن شأن هذا التصرف أن يظهر من صدر له التصرف بمظهر المالك للمال ممّا يدفع الغير إلى التعامل معه)⁽³⁾.

(1) - جمعة نعمان خليل، المرجع السابق، ص. 18.

(2) - المجالي حسان، المرجع السابق، ص. 72.

(3) - قرّة فتيحة، أحكام الوضع الظاهر؛ (د.ط)، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، 1978. ص. 31.

وقد يكون الركن المادي ناشئاً عن واقعة مادية، كحالة قيام شخصٍ بتزوير سند بصورةٍ متقنة، مما يُظهره أمام الغير بأنه مالك للحقّ الثابت في السند أو أنه نائب عن الدائن في استيفاء حقّه من المدين إذا كان السند عبارة عن مخالصة صادرة عن الدائن الحقيقي⁽¹⁾.

كما قد يتمثل الركن المادي للظاهر في قرارٍ إداري أو حكم قضائي، يخول شخصاً ما بأن يباشر صلاحيّات يمنحها مركز قانوني معيّن لصاحب الحقّ الأصيل، يتّضح فيما بعد فساده لخطأ في القانون أو لاستناده إلى وقائع غير صحيحةٍ أو إلى سندٍ قانوني ثبت فيما بعد تزويره، ذلك أنّ من شأن هذا الحكم القضائي الخاطئ أن يثبت ملكيّة شخصٍ معيّن على مالٍ معيّن، مما يُظهره أمام الغير بأنه المالك الحقيقي للمال⁽²⁾.

وقد تكون الحيابة سبباً في نشوء الركن المادي للظاهر؛ فمن يحوز عقاراً بهدوءٍ وعلانيةٍ وبدون لبسٍ أو غموضٍ ودون منازعةٍ من أحدٍ لا بدّ أن يظهر أمام العامّة بمظهر المالك ممّا يدفع الغير إلى التّعامل معه على هذا الأساس⁽³⁾، وهذا ما يمكن استتيانه في النصوص القانونية - دون استعمال المشرّع الجزائري لفظ الوضع الظاهر - حيث جاء مثلاً في نص المادة 827 من (ق.م.ج) على أنّه: «من حاز منقولاً أو عقاراً أو حقاً عينياً منقولاً كان أو عقاراً دون أن يكون مالكاً له أو خاصاً به صار له ذلك ملكاً إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر (15) سنة بدون انقطاع».

فحسب هذه المادة يمكن لصاحب الوضع الظاهر اكتساب حقّ وبالتالي يتحوّل من مركز واقعي إلى مركز قانوني إذا حاز عقاراً أو منقولاً أو حقاً عينياً لمدة معيّنة بدون انقطاع، ومارس عليه كافة مكنات وسلطات صاحب المركز القانوني الحقيقي ويظهر بهذا المظهر أمام النّاس، ويقوم بالتّعامل مع الغير على هذا الأساس، فلو جاء المالك الحقيقي ونازع الغير في حقّه فإنّ

(1) - قرّة فتيحة، المرجع نفسه، ص. 31.

(2) - المجالي حسان، المرجع السابق، ص. 73.

(3) - نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق، 62 - 63.

مقتضى نظرية الوضع الظاهر بتوافر كافة أركانه حماية هذا الغير مع عدم الإخلال بحق المالك الحقيقي بالرجوع على صاحب الوضع الظاهر.

كذلك يصلح ركناً مادياً للظاهر شهر التصرف أو تخلفه، والمثال على ذلك قيد الرهن ثم عدم شطبه بعد ثبوت بطلانه أو زواله لسبب من الأسباب، وكذلك تسجيل البيع ثم عدم التأشير عليه بالبطلان أو فسخ البيع يعتبر ركناً مادياً للظاهر الذي هو المشتري⁽¹⁾. على أن الشهر يكون عنصراً مادياً فقط في الأحوال التي يكون فيها الشهر إلزامياً، وقد نصت المادة 14 من الأمر رقم (74-75) المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري على أنه: «يكون إلزامياً شهر جميع: - العقود الرسمية المنشئة أو الناقلة أو المصرحة أو المعدلة المتعلقة بالملكية العقارية. - جميع العقود والقرارات القضائية والخاضعة للإشهار العقاري بمقتضى التشريع المعمول به، وكذا رهون أو الامتيازات...»⁽²⁾.

ب- الزكن المعنوي للوضع الظاهر

يتمثل هذا الزكن في ضرورة توافر حسن النية في الغير المتعامل مع صاحب الوضع الظاهر، ولا يكفي في هذا الشأن توافر حسن النية الذاتي لدى الغير، وإنما يتعين فوق ذلك أن يشيع الغلط لدى الكافة في شأن المركز الظاهر، باعتقاد الكافة أنه يطابق المركز الحقيقي⁽³⁾.

ومن ثم فلا يُعتبر حسن النية متوفراً إلا إذا كان ليس في وسع ذلك الغير والكافة التوصل إلى معرفة المركز الحقيقي المخالف للوضع الظاهر، ولو بذل ذلك الغير عناية الرجل العادي ولم يقصر في استطلاع حقيقة الأمر المخالف للظاهر. حيث ينتفي حسن النية إذا ما كان الغلط في معرفة المركز الحقيقي المخالف للمركز الظاهر، ناتج عن السذاجة أو الإهمال، وذلك نظراً لوضوح الحقيقة أو إمكانية التوصل إليها لو كان ذلك الغير قد بذل عناية الرجل

(1) - جمعة نعمان خليل، المرجع السابق، ص. 59 - 60.

(2) - الأمر رقم (74-75) المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، المرجع السابق.

(3) - محمدي سليمان، المرجع السابق، ص. 83. وكذلك: قرّة فتيحة، المرجع السابق، ص. 35.

العادي لاستطلاعها⁽¹⁾، لذلك يُشترط انتفاء تقصير الغير في استطلاع الحقيقة؛ وإلا زال عنه افتراض حسن النية، وفقد الحماية التي تقرها نظرية الأوضاع الظاهرة⁽²⁾.

أما بالنظر إلى نظرية الوضع الظاهر على أنها إحدى الحالات الاستثنائية على مبدأ نسبية العقد؛ فلا نقصد بمفهوم "الغير" في هذا السياق الشخص الذي يتعاقد مع صاحب الظاهر، وإنما هو صاحب الحق، فعلى سبيل المثال يُعتبر أجنبياً من حيث المبدأ الوارث الحقيقي بالنسبة للعقد الذي يبرمه الوارث الظاهر مع الغير⁽³⁾، والمالك الحقيقي بالنسبة للبيع الذي يُبرمه المشتري معتقداً بحسن نية المبيع من مالكة، والموكل بالنسبة للعقد الذي يُبرمه الوكيل عندما يتجاوز حدود الوكالة أو بعد انقضائها⁽⁴⁾.

ثانياً: أساس نظرية الوضع الظاهر

إن التسليم بالتصور المتقدم واعتبار نظرية الوضع الظاهر بأنها تشكل استثناءً على قاعدة «نسبية أثر العقد»، يقودنا إلى التساؤل حول أساس هذه النظرية؟ فهل تجد أساسها في الإرادة التعاقدية، أم أنها ترجع إلى الإرادة التشريعية؟ لأنه وفق التصور الأول لا يمكن القبول بنظرية الوضع الظاهر لمدّ أثر العقد إلى شخص لم تكن لإرادته دور في تكوينه وترتيب آثاره؛ بينما وفق التصور الثاني فيعني العكس تماماً ويحتم علينا قبول هذه النظرية والقول بأنّ المشرع بإرادته مدّ أثر العقد إلى شخص لم يكن طرفاً فيه على أساس أنّ الإلزام بالعقد مرجعه سلطان المشرع وليس سلطان الإرادة⁽⁵⁾.

والمشرع بتدخله هذا يكون مدفوعاً باعتبارات العدالة واستقرار التعامل التي تقضي

(1) - المجالي حسان، المرجع السابق، ص. 74.

(2) - عياد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 71.

(3) - منصور محمّد حسين، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 301.

(4) - خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 91.

(5) - الزيايدي نبراس ظاهر جبر، المرجع السابق، ص. 233.

بضرورة حماية الغير الذي تعامل بحسن نية مع الظاهر اعتقاداً منه أنه يتعامل مع ذي صفة وخاصة إذا كان اعتقاداً مبرراً، وبالتالي تُجيز هذه الاعتبارات تقرير انصراف أثر العقد تجاه من لم يكن طرفاً فيه⁽¹⁾؛ كالتصرف الذي يصدر من الوارث الظاهر فإنه يسري في حق الوارث الحقيقي (الغير) مع أن هذا الأخير لم يكن طرفاً فيه⁽²⁾، وحبّة ذلك أن إهدار آثار التصرفات التي يقوم بها صاحب المركز الظاهر في مواجهة الغير حسن النية من شأنه التضحية بالاستقرار اللازم توفّره في المعاملات القانونية، ولا يمكن لأيّ تنظيم قانوني الاستغناء عن فكرة الاستقرار التي تشكّل أحد دعائمه، فالاستقرار يقتضي أن يكون للتصرف الظاهر المعقول نفس الآثار التي ينتجها التصرف الصحيح⁽³⁾.

ثالثاً: مدى اعتبار نظرية الوضع الظاهر استثناءً على مبدأ نسبية العقد

بدافع حماية حسن النية والثقة المشروعة في المعاملات، لم تلبث نظرية الوضع الظاهر أن وجدت طريقها إلى نصوص القوانين المدنية الحديثة وباركها الفقه المدني، على أنها استثناء يرد على «مبدأ نسبية أثر العقد»؛ لأنها تجعل من لم يكن طرفاً في العقد في حكم الطرف، حيث تنصرف آثار العقد جميعها إلى الغير حقوقاً والتزامات⁽⁴⁾، وهذا يحصل بخلاف الدعوى المباشرة التي أجازت بأن تنصرف فقط شقّ من آثار العقد وهي الحقوق من دون الالتزامات بحيث يصبح دائماً مباشراً بدلاً من الطرف المتعاقد⁽⁵⁾.

وبناءً على ذلك يمكن تحديد أطراف العقد بأنهم المالك الظاهر والشخص الذي يتعاقد مع المالك الظاهر (المتصرف إليه)، فكلّ منهما ساهم بإرادته في إبرام هذا العقد ويملك سلطة تعديل

(1) - بدوي السيد، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، رسالة دكتوراه، تخصص القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1989. ص. 1020.

(2) - السعدي محمد صبري، المرجع السابق، ص. 356.

(3) - الحسيني عباس علي، الزيايدي نيراس ظاهر جبر، المرجع السابق، ص. 22.

(4) - زكري إيمان، المرجع السابق، ص. 35.

(5) - الزيايدي نيراس ظاهر جبر، المرجع السابق، ص. 233.

العقد وإنهائه كما أنّ كليهما مصلحة في التعاقد، أمّا المالك الحقيقي فإنّه يعتبر "غيراً" عن هذا العقد⁽¹⁾.

فبالنسبة للمالك الظاهر، يُلاحظ أنّه يستوي أن يكون حسن النية أو سيء النية، ولكن تطبق عليه القواعد العامة؛ فالمالك حسن النية يحتفظ بالثمار التي قبضها إلى يوم إعلان الغير بملكيته، ويرد الثمن الذي دفعه له المشتري إلى المالك الحقيقي، أمّا المالك سيء النية فيردّ الثمار التي قبضها وثمان العين يوم الاسترداد إلى جانب تعويض المالك الحقيقي عن الضرر الذي أصابه⁽²⁾.

أمّا المتصرّف إليه، فيكتسب حقّاً ثابتاً بعد أن كان حقّه مهدداً بالزوال بناءً على قاعدة أنّ فاقد الشيء لا يعطيه "NEMO PLUS JURIS"⁽³⁾، ويستطيع الغير المطالبة بالفسخ مع التعويض، وإذا كان تنفيذ العقد مستحيلاً، فهذه المطالبة بالتنفيذ المقابل طبقاً للقواعد العامة.

أمّا بالنسبة للمالك الحقيقي، فالأصل أن آثار العقد لا تنصرف إليه ولا يسري التصرف الصادر من المالك الظاهر في حقه لأنه أجنبي عن هذا التصرف، لكن كما قلنا سابقاً ولحماية المتصرّف إليه حسن النية فإن القانون جعل تصرف المالك الظاهر سارياً في حقّ المالك الحقيقي، ويُشترط لذلك ألا يكون المالك الحقيقي قد ساهم بإرادته في إنشاء الوضع الظاهر، فالعقد الذي يُرميه المالك الظاهر يُلزم المالك الحقيقي على الرغم من أنّه ليس طرفاً ولا ممثلاً فيه⁽⁴⁾.

نتيجة لذلك فإنّ نظريّة الوضع الظاهر تُعتبر حاجزاً يحول دون أعمال الحقيقة ودون إبطال العقود التي أبرمت في ظلّها، فهذه العقود ترتّب جميع آثارها كما لو كان الشخص قد تعاقد مع صاحب الحقّ فعلاً، ولا يستطيع هذا الأخير معارضة المتصرّف إليه أو رفض تنفيذ

(1) - خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 91.

(2) - زواوي فريدة، المرجع السابق، ص. 126.

(3) - ARRIGHI, Apparence et Réalité en Droit prive, these. Nice. (1974). p.482.

(4) - نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق، ص. 164.

الالتزامات التي ترتبت عن العقد، فالوضع الظاهر يُلزمه شخصياً بالتزاماتٍ سلبية فلا يمكنه التعرّض الشّخصي للمتصرّف إليه الذي تعامل بحسن نية طبقاً لنظرية الوضع الظاهر. كما يلتزم بالتزاماتٍ إيجابية؛ كوضع العين تحت تصرّف الخلف الخاص في الزّمان والمكان المحدّدين في العقد.

وتجدرُ الإشارة إلى أنّ بعض الفقه قد نازع في اعتبار حماية الغير حسن النية استثناءً على «مبدأ نسبية أثر العقد»، بالقول أنّ صاحب الحقّ (المالك، الموكل) لا يلتزم بموجب الأثر المباشر للعقد لأنّه ليس أحد أطرافه أو ممثلاً فيه، وأنّ التزامه يكون بطريقٍ غير مباشرٍ باعتبار العقد بالنسبة إليه واقعة قانونية لها أثر مباشر يشتمل على الحقّ الذي يكتسبه الشّخص الذي يتعاقد مع الوكيل الظاهر أو المالك الظاهر، وأثر غير مباشر يمثّل التزام صاحب الحقّ⁽¹⁾.

كما ذهب الأستاذ (ويل) "WEILL" في رسالته حول نسبية العقد إلى أنّ نظرية الوضع الظاهر ليست استثناءً على مبدأ نسبية العقد؛ إلاّ أنّه عدّل عن رأيه فيما بعد واعتبرها استثناءً فعلياً له⁽²⁾. ويقول الأستاذ (أريغي) "ARRIGHI" أنّه: "من البديهي أن يتعلّب الوضع الظاهر الذي يُعتبر مرآةً للواقع على مبدأ نسبية العقد الذي يُعبّر عن مجرد علاقات قانونية وخاصة بعد إزالة الحاجز الذي كان يربط بين الخطأ والوضع الظاهر"⁽³⁾.

وفي الرّد على هذه الاتجاهات، نرى أنّ نظرية الوضع الظاهر هي استثناءً فعليّ وحقيقيّ على «مبدأ نسبية أثر العقد»، وهذا الرّأي هو ما سار عليه أغلب الفقه القانوني الحديث، إذ يقرّ بوجود حماية الشّخص الذي اطمأنّ إلى الظاهر وتعامل على أساسه بحسن نية تحقيقاً لاستقرار المعاملات⁽⁴⁾؛ فصاحب الحق يلتزم، سواءً كان مالكاً للمال المتصرّف فيه أو موكلاً سابقاً، بأثر التصرف الصادر من المالك الظاهر أو الوكيل الظاهر بصورة مباشرة. وكلّ من المالك الحقيقي

(1) - محمدي سليمان، المرجع السابق، ص. 83. وكذلك خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 93.

(2) - WEILL (A.), op. cite, p. 523.

(3) - ARRIGHI, op. cit. p. 623.

(4) - خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 94.

أو الدائن أو الموكل السابق، يفقدون الحق لصالح من يعتقد بوجود الظاهر، وهم بالتالي يلزمون بموجب أثر هذا العقد، فالمالك الحقيقي يُحرم من حق الملكية رغماً عنه، وهذا ليس أثراً غير مباشر وإنما هو أثر مباشر وزيادةً على ذلك فإن المالك يلتزم بالأثر الشخصي للعقد، وبالتالي عليه أن يمتنع عن كل ما يُعيق ممارسة حق الملكية عندما يكسبها الغير حسن النية الذي يتعاقد مع المالك الظاهر أو الوكيل الظاهر.

الفرع الثاني

نطاق تطبيق نظرية الوضع الظاهر في القانون المدني الجزائري

قلنا سابقاً أنّ نظرية الوضع الظاهر تشكّل استثناءً من قاعدة «نسبية أثر العقد»، وقد ألقت هذه النظرية بظلالها على التطبيقات التشريعية في مجال المعاملات المدنية، وقد اتسع نطاق تطبيق الظاهر في القانون الجزائري لتشمل الوكالة الظاهرة (أولاً)، والملكية الظاهرة (ثانياً)، كما امتدت حمايته للغير حسن النية إذا ما قام بالوفاء للدائن الظاهر (ثالثاً)، وهذا ما سنحاول إلقاء الضوء عليه فيما يلي:

أولاً: الوكالة الظاهرة كتطبيق لنظرية الوضع الظاهر

الوكالة هي "عقدٌ بمقتضاه يفوض شخصٌ شخصاً آخر للقيام بعملٍ شيءٍ لحساب الموكل وباسمه"⁽¹⁾، أمّا في موضوع بحثنا، فيمكن تعريف الوكيل الظاهر بأنه "من يُبرم التصرف باسم شخصٍ آخر مستنداً في ذلك ليس إلى وكالةٍ بينه وبين صاحب الشأن وإنما إلى شبهة وكالةٍ بينهما"⁽²⁾.

وانتفاء الوكالة مع قيام شبهتها أمرٌ متعدّد الصّور والفروض؛ من ذلك إبرام الوكيل للتصرف بعد انقضاء الوكالة لأيّ سببٍ من أسباب الانتهاء، وكذلك خروج الوكيل عن حدود

(1) - بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص. 156.

(2) - بدوي السيد، المرجع السابق، ص.ص. 1023 - 1024.

الوكالة كما تضمنها عقد الوكالة⁽¹⁾.

وأياً كانت صور الوكالة الظاهرة فالقاسم المشترك بين هذه الصور هو نفاذ التصرف في مواجهة الموكل رغم المجاوزة أو المخالفة - استثناءً من القواعد العامة لنسبية أثر العقود⁽²⁾ - فيخرج الوكيل عقب إبرامه التصرف من مسرح التعاقد، ويصبح للموكل مطالبة الغير بما له من حقوق وكذلك للغير أن يطالب الموكل بأداء الالتزامات التي عليه والنتيجة عن التصرف المبرم مع الوكيل⁽³⁾.

لقد اعتدّ المشرع الجزائري بالوكالة الظاهرة كأحد تطبيقات الظاهر حيث يُستفاد ذلك من نصّ المادة 76 من (ق.م.ج) التي تنصّ على أنه: «إذا كان النائب ومن تعاقد معه مجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذي يبرمه، حقاً كان أو التزاماً، يُضاف إلى الأصيل أو خلفائه». وظاهر من هذا النصّ أنّ المشرع يُضفي حمايته على الغير حسن النية الذي أجرى تصرفاً مع النائب رغم انقضاء نيابته، وذلك بإعمال أثر الوكالة في مواجهة الموكل رغم انقضائها⁽⁴⁾.

وتقوم فكرة الظاهر في هذا التطبيق على اعتبار أن استمرار ظهور شخصٍ ما بمظهر النائب عن الأصيل رغم انقضاء نيابته يعدّ خلقاً للظاهر الخادع الذي دفع الغير للتعامل مع صاحب الوضع الظاهر (الوكيل الظاهر) تحت تأثير الغلط بصفتها الحقيقية⁽⁵⁾.

وفي هذا المجال نلاحظ أن القضاء الجزائري يقرّر: "تطبيق الوكالة الظاهرة إذا وقع الغير بحسن نية في خطأ مشروع. حيث أن النائب الظاهر يعمل ضمن حدود السلطات المخولة

(1) - المعموري ضمير حسين، الوكالة الظاهرة، مجلة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 15، العدد 2، 2007. ص. 382.

(2) - زواوي فريدة، المرجع السابق، ص. 123.

(3) - الحسيني عباس علي، الزيايدي نيراس ظاهر جبر، المرجع السابق، ص. 24.

(4) - محمدي سليمان، المرجع السابق، ص. 83.

(5) - المعموري ضمير، المرجع السابق، ص. 387. وكذلك: المجالي حسن، المرجع السابق، ص. 91.

له، وقد جرى العمل على أن الأشخاص المعنوية تمثلها هيئات أو ممثلون أمام المتعاملين معها، وعليه فلا يمكن لها الاحتجاج على الغير بتحديد سلطات الهيئات أو الممثلين إذا لم تعلم الغير بذلك، فتكون أعمال هذه الهيئات أو الممثلين باعتبارهم وكلاء ظاهريين ملزمة للموكل في جميع الأحوال⁽¹⁾، فهذا القرار القضائي يُعتبر استثناءً عملياً عن مبدأ نسبية العقد.

ثانياً: حالة الوارث الظاهر كتطبيق لنظرية الوضع الظاهر

تُعتبر حالة الوارث الظاهر من أقدم تطبيقات نظرية الظاهر، ويُقصد بالوارث الظاهر الشخص الذي يتصرف في مالٍ ورثه عن الغير ثم يتضح بعد ذلك أنه لم يكن له حقّ ارث على هذا المال⁽²⁾. وتتعدّد الفروض التي تقضي بحماية حسن النية الذي تعامل مع وارثٍ ظاهر وكسب بموجب هذا التعامل حقاً عينياً من الوارث الظاهر على مالٍ من أموال التركة، وهو يُعتبر وارثاً ظاهراً لأنه ليس له حقّ ارث على الجزء من نصيبه فقد تصرف في مالٍ ليس له، ومع ذلك فقد اعتُبرت تصرفاته التي تمت بصدد هذا المال صحيحةً ومنتجةً لكافة آثارها في مواجهة الغير حسن النية⁽³⁾.

ومن تطبيقات الوارث الظاهر مثلاً؛ أن يُحكّم بوفاة المفقود فتوزّع أمواله على ورثته ثم يظهر أنه على قيد الحياة في الوقت الذي يكون ورثته أو شركاؤه في التركة قد تصرفوا في المال، فتنص المادة 115 ف. 2 من (قانون الأسرة الجزائري) على أنه: «في حالة رجوع المفقود أو ظهوره حياً يسترجع ما بقي عيناً من أمواله أو قيمة ما بيع منها». حيث أنه لا يتمكّن من استرداد الأموال ممّن اكتسبها بحسن نية بمقتضى تصرف صادر من ورثته أو شركائه في تركة

(1) - (قرار المجلس الأعلى، غرفة القانون الخاص، بتاريخ 1969/04/30)، نقلاً عن زاوي فريدة، المرجع السابق، ص. 128 - 129.

(2) - الحسيني عباس علي، الزيايدي نيراس ظاهر جبر، المرجع السابق، ص. 24.

(3) - بدوي السيد، المرجع السابق، ص. 1034.

غيره⁽¹⁾.

وقد تستقرّ أموال التركة أو جزء منها في ذمة شخصٍ ثمّ يظهر بعد ذلك أنّ هذا الوارث الشرعي محبوب بآخر أو ممنوعاً من الميراث بتحقيق أحد موانع الميراث، وبالرغم من ذلك قد تصرف في المال الموروث بعد استيلائه عليه؛ مثل ثبوت قتل الوارث للمورث⁽²⁾، كما قد يتلقّى الموصى له المال الموصى به وبعد أن يتصرف فيه يتضح أن الوصية باطلة أو ملغاة بوصية لاحقة⁽³⁾. ففي هذه الحالات إذا تصرف الشخص في المال الموروث إلى الغير في الفترة ما بين توزيع التركة وظهور الوارث الحقيقي أو اكتشاف الحقيقة، يعدّ وارثاً ظاهراً، ويترتب على ذلك نفاذ التصرفات التي قام بها في حقّ الوارث الحقيقي حمايةً للمتصرف إليه حسن النية، سواءً كان هذا الوارث الظاهر حسن النية أو سيء النية⁽⁴⁾.

وهناك حالة أخرى تمثّل تطبيقاً مباشراً لنظرية الوضع الظاهر، وهي حالة ظهور دائن للمتوفى بعد توزيع التركة يستغرق دينه أموال التركة وبعد أن يكون الوارث قد تصرف في ميراثه، فرغم انتقال التركة محمّلة بالديون فإنّ الوارث هنا يعتبر وارثاً ظاهراً لتوفّر الشواهد المادية للظاهر وهي عدم ظهور الدائنين العاديين في قائمة الجرد، وهذه الشواهد تكفي لقيام مركز فعلي لصاحب الوضع الظاهر، ويتولّد عنها اعتقاد شائع بقانونية مركز الوارث.

ونلاحظ أنّ هذه الحالة لم ينصّ عليه المشرّع الجزائري صراحةً لكن يمكن أن نستخلصها من القواعد العامة، على عكس القانون المدني المصري (رقم 131 لسنة 1948) الذي نصّ عليها في مادّته 897 على أن: "دائنوا التركة الذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ظهورها في قائمة الجرد، ولم تكن لهم تأمينات على أموال التركة، لا يجوز لهم أن يرجعوا على من كسب بحسن

(1) - أبو زهرة محمّد، أحكام التركات والمواريث؛ (د.ط.)، دار الفكر العربي، مصر، 1991. ص. 224.

(2) - نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق، ص. 218.

(3) - بدوي السّد، المرجع السابق، ص. 1033.

(4) - قرّة فتيحة، المرجع السابق، ص. 86.

نية حقا عينياً على تلك الأموال وإنما لهم الرجوع على الورثة بسبب إرثهم⁽¹⁾. إن هذه الفروض وغيرها، قد تظهر في العمل رغم كثرة الإجراءات الواجب إتباعها قبل توزيع التركة، مما يترتب عليه ظهور الوارث الظاهر الذي تعتبر تصرفاته صحيحة ومرتببة لمختلف آثارها في مواجهة الغير حسن النية الذي تعامل معه معتقداً أنه وارث حقيقي يتعامل فيما يملك⁽²⁾؛ كالبيع الذي يتم بين الوارث الظاهر ومشتري حسن النية فإنه يبقى سارياً في حق هذا الأخير وكذلك تجاه الوارث الحقيقي، والذي لم يكن طرفاً في عقد البيع على أساس أنه من "الغير" بالنسبة لهذا التصرف الذي أبرمه الوارث الظاهر ومن تعاقد معه حسن النية⁽³⁾، إذ ينصرف أثر هذا العقد إليه لاستقرار التعامل وتطبيقاً لنظرية الوضع الظاهر التي تُعتبر استثناءً على «مبدأ نسبية أثر العقد»⁽⁴⁾.

ثالثاً: الوفاء للدائن الظاهر كتطبيق لنظرية الوضع الظاهر

من تطبيقات نظرية الوضع الظاهر ما أورده المشرع في باب انقضاء الالتزام في حالة الوفاء من قبل المدين للدائن الظاهر، وهو شخص غير دائن حقيقة ولكنه يقع في نظر الناس كأنه لو كان الدائن فعلاً، وقد اقتضت العناية التشريعية حماية من يتعامل معه بحسن نية رعاية لحسن نيته وتحقيقاً لاستقرار التعامل. وفي هذا الصدد نصت المادة 268 من (ق.م.ج) على أن: «الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه، لا يبرئ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء، أو عادت عليه منفعة منه، وبقدر هذه المنفعة، أو تم الوفاء بحسن نية للشخص كان الدين في حياضته».

(1)- القانون رقم 131 لسنة 1948. صادر في 09 رمضان 1367، الموافق لـ 16 يوليو 1948. يتضمن

إصدار القانون المدني المصري، الوقائع المصرية - عدد رقم 108 مكرر (أ)، صادرة في 29-07-1948.

(2)- خاطر صبري حمد، المرجع السابق، ص. 94.

(3)- الحسيني عباس علي، حقوق الغير المقترنة بالعقد، المرجع السابق، ص. 24.

(4)- منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص. 356.

فبالرغم من أنّ الوفاء لغير الدائن يستلزم الوفاء للدائن ثانيةً، إلا أنّ القانون سعى إلى حماية الوضع الظاهر والثقة المشروعة بين الناس، فإذا قام المدين بالوفاء لشخص كان الدين في حوزته، وهذا ما يحدث غالباً بالنسبة للسندات لحاملها حيث تختلط حيازة السند بحيازة الحق، فإنّ هذا الوفاء يُعتبر صحيحاً ويبرئ المدين من الدين ويكون للدائن الحقيقي الرجوع على الدائن الظاهر بدعوى الإثراء بلا سبب وبالتعويض إذا كان هذا الأخير سيء النية⁽¹⁾.

وقد أشارت بعض الأحكام القضائية المصرية إلى أنّ "إبرام العقد على أساس من نظرية الظاهر يُلزم الدائن الحقيقي متى كانت الظروف تشير إلى ذلك، وكان الغير حسن النية يعتقد بأن الدائن الظاهر هو صاحب الحق نفسه"⁽²⁾

يتضح ممّا سلف، أنّ الوفاء الجاري من قبل المدين يُعتبر صحيحاً ومنتجاً لآثاره في مواجهة الدائن الحقيقي إذا تمّ لشخص غير الدائن ولكنّه ظهر بمظهر الدائن. وظاهر أنّ فكرة الدائن الظاهر تقوم على حيازة الدين، وحيازة الدين تُكوّن الركن المادي للظاهر⁽³⁾، وهذه الحيازة لا تُؤخذ بمعناها المادي الذي يقوم على السيطرة على شيء مادي؛ وإنما تقوم على مباشرة سلطات ومكنات تكون عادةً للدائن الحقيقي، وهذه السلطات قد تكون عبارة عن ظرف أو مجموعة ظروف يوجد فيها الشخص فيعتقد المدين اعتقاداً مبرراً بأنّ هذا الشخص هو الدائن⁽⁴⁾. يترتب على ذلك أن تتصرف آثار التصرف إلى الدائن الحقيقي، وإن لم تكن لإرادته دوراً في إنشائه، وهو استثناء من «مبدأ نسبية أثر العقد» إعمالاً لنظرية الوضع الظاهر⁽⁵⁾.

فبالنظر لاعتبارات العدالة واستقرار المعاملات فإنّ الوفاء للدائن الظاهر يسري أثره

(1) - بدوي السيد، المرجع السابق، ص. 1021.

(2) - نقض مدني مصري، جلسة 200/2/3 و جلسة 200/4/9، المحاماة المصرية، ع.1، 2001، ص. 15، نقلاً عن: الحسيني عباس علي، حقوق الغير المقترنة بالعقد، المرجع السابق، صفحة 51.

(3) - نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق، ص. 203.

(4) - المجالي حسان، المرجع السابق، ص. 100.

(5) - الحسيني عباس علي، الزيايدي نبراس ظاهر جبر، المرجع السابق، ص. ص. 25 - 26.

بالنسبة إلى الدائن الحقيقي ويبرئ ذمة المدين على الرغم من صدوره إلى شخص لا يمكن - حسب الأصول المستقرة - أن يُرتب آثاره في حق شخص آخر وينفذ في مواجهته وفقاً للقواعد العامة لـ «مبدأ نسبية أثر العقد»، لكنّه استثناءً يقرّه الوضع الظاهر⁽¹⁾.

نستخلص ممّا سبق أن المشرّع أقرّ بالوضع الظاهر حمايةً للغير الذي تعامل مع صاحب وضع ظاهر بحسن نية معتقداً أنّه صاحب حقّ، ولعلّ الهدف من تلك الحماية هو الحفاظ على الثقة واستقرار المعاملات، وأنّ هذه النظرية تشكّل استثناءً من مبدأ مسلّم به فقهاً وقضاءً وتشريعاً وهو «مبدأ نسبية أثر العقد».

(1) - الحسيني عباس علي، المرجع السابق، ص. 45.

المبحث الثاني

الاستثناءات الاتفاقية الواردة على «مبدأ نسبية أثر العقد»

من المتفق عليه أنّ إرادة الإنسان ضرورية لارتباطه بعقد من العقود حتى ولو كان هذا العقد يكسبه حقا من الحقوق ولا يضع على عاتقه أي التزام، فالعقد لا ينشئ حقوقا أو التزامات إلا بالنسبة لعاقديه كأصل عام طبقا لـ «مبدأ نسبية أثر العقد»، والذي يقضي بانصراف أحكام العقد إلى أطرافه أو من يكون في حكمهم، فلا يمكن إلزام شخص بغير إرادته. ومن هنا يأتي دور الإرادة كأساس يعتدّ به للقول بانصراف آثار العقد للغير

المطلب الأول

الاشتراط لمصلحة الغير

الاشتراط لمصلحة الغير هو اتفاق بين شخصين على إنشاء حق لشخص آخر ليس طرفاً في هذا الاتفاق. فالعقد يتم بين شخصين؛ الأول منهما يسمّى **بالمشترط**، والثاني - الذي يتعهد بالوفاء بالالتزام تجاه الغير يسمى **بالمتعهد**، أمّا الغير فهو **المنتفع** أو المستفيد، وهو أجنبي عن عقد الاشتراط لمصلحة الغير⁽¹⁾، وبالتالي يعتبر هذا استثناءً فعلياً عن مبدأ نسبية العقد فيرتب العقد حقاً مباشراً في ذمّة شخص ثالث لم يكن طرفاً فيه، أو خلفاً عاماً أو خاصاً لأبي من أطرافه⁽²⁾.

وسنتعرض في هذا المطلب للاشتراط لمصلحة الغير باعتباره يمثل خروجاً فعلياً على قاعدة نسبية العقد؛ حيث نبين في مفهومه في **(الفرع الأول)**، في حين نخصص **(الفرع الثاني)** لدراسة آثار الاشتراط لمصلحة الغير.

(1) - زواوي فريدة، المرجع السابق، ص. 190. فودة عبد الحكيم، المرجع السابق، ص. 46.

(2) - بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص. 389.

الفرع الأول

مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير

سنتناول في هذا الصدد مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير من خلال تعريفه (أولاً)، وبيان شروط تحققه (ثانياً)، وبعد ذلك نتعرض لبعض تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير باعتباره استثناء على مبدأ نسبية أثر العقد (ثالثاً).

أولاً: تعريف الاشتراط لمصلحة الغير

لم يأت القانون المدني الجزائري بتعريف للاشتراط لمصلحة الغير بل ترك أمر تعريفه للفقهاء، والذي يعرفه على أنه: "عقد بين شخصين هما المشتراط والملتزم بمقتضاه يكسب شخص ثالث يسمى المستفيد أو المنتفع حقاً مباشراً قبل الملتزم يستطيع أن يطالبه بالوفاء به"⁽¹⁾. بينما هناك من يرى أن الاشتراط لمصلحة الغير هو: "أن يشترط أحد المتعاقدين (المشترط) على المتعاقد الآخر (المتعهد) بأن يقوم هذا بعمل لمصلحة شخص أجنبي عن العقد (المنتفع) فيتولد لهذا حق تجاه المتعهد يستطيع مطالبته به"⁽²⁾.

على ذلك يكون الاشتراط لمصلحة الغير ثنائي الأطراف في تكوينه إلا أن آثاره ثلاثية الأطراف⁽³⁾، لهذا نرى مع جانب من الفقهاء أن التعريف الأنسب هو: "اشتراط لمصلحة طرف ثالث من الغير ويقبله الطرف الآخر، وأن يكون هذا الحق مشروعاً"⁽⁴⁾، فهذا التعريف - في رأينا - يتطابق مع نص المادة 116 ف.1 من (ق.م.ج.)، والتي تنص على أنه: «يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات

(1) - السعدي محمد صبري، المرجع السابق، ص. 362. فيلاي علي، المرجع السابق، ص. 416.

(2) - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد، ج.2، المرجع السابق، ص. 579. سوار وحيد الدين، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 300.

(3) - نرى من خلال التعريفات السابقة أنه قد يحدث لبس أو خلط ما بين نظامي الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير؛ حيث سمي أحد الأطراف في الاشتراط "بالمتعهد"، لذا نرى أنه يستحسن الأخذ بتعبير أحد الأطراف في العقد أو القول "الطرف المشتراط".

(4) - أحمد إسحاق كمال مصطفى، المرجع السابق، ص. 100.

مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية».

من هنا يتبين لنا أنّ الاشتراط لمصلحة الغير يعتبر استثناءً حقيقياً من «مبدأ» نسبية أثر العقد»؛ فهو يكسب حقاً لمن لم يكن طرفاً في العقد، ويتجه الفقه⁽¹⁾ إلى أنّ هذا المعنى هو المقصود من نصّ المادة 113 من (ق.م.ج) التي تقرّر أنّه: «لا يُرتّب العقد التزاماً في ذمّة الغير ولكن يجوز أنّ يكسبه حقاً»، كما تؤكد أحكام القضاء هذه القاعدة في العديد من قراراتها⁽²⁾، فالغير في الاشتراط لمصلحة الغير هو "المستفيد" الذي تتحقق له فائدة مباشرة من العقد الذي تم بين طرفيه، ويتحمّل الطرف الذي اشترط في العقد لمصلحة الغير الالتزامات الناشئة عن التعاقد⁽³⁾.

تجدر الإشارة إلى أنّ الاشتراط لمصلحة الغير كان ينظمه القانون المدني الفرنسي قبل تعديله، بمادة واحدة مختصرة ألا وهي المادة 1121 التي اكتفت بتعريف الاشتراط لمصلحة الغير فضلاً عن شروطه وأحكامه، والتي كانت تنص على أنه: "يمكن الاشتراط لمصلحة الغير عندما يكون الاشتراط لمصلحة المشتري، أو لمصلحة الغير كهبة"⁽⁴⁾. وقد تمّ استحداث مواد جديدة تعتبر من أبرز الإضافات التي جاء بها القانون المدني الفرنسي المعدل، حيث اهتمت بتكريس الاشتراط لمصلحة الغير كمبدأ ووسّعت من نطاقه بعد أن كان في ظلّ القانون القديم يعالجه كاستثناء، وذلك في المواد من 1205 إلى 1209، فالمادة 1205 ف1 من القانون

(1) - محمّدي سليمان، المرجع السابق، ص. 155. محمّد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص. 55. الجمال مصطفى، المرجع السابق، ص. 272.

(2) - "لا يُرتّب العقد التزاماً في ذم الغير، ولكن يجوز قانوناً أنّ يكسبه حقاً". المحكمة العليا، غ.إ.ج، 1990/05/28، م.ق، 1992، العدد 1، ص. 09؛ نقض مدني مصري، 1978/03/29، م.أ.ن، س 29، رقم 516. نقلاً عن بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص. 389.

(3) - أحمد إسحاق كمال مصطفى، المرجع السابق، ص. 102.

(4) - L'article 1121 de de Code civil français, Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804, dispose que: «on peut pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre».

المدني الفرنسي المعدل تنص على ما يأتي: "يمكن الاشتراط لمصلحة الغير"⁽¹⁾.
أما فيما يتعلق بالطبيعة القانونية للاشتراط لمصلحة الغير، فنشير إلى تعدد النظريات
الفقهية التي قيلت في هذا الشأن؛ فمن الفقهاء من ربط الاشتراط بالإيجاب والفضالة والإرادة
المنفردة على اعتبار أنه صورة من صورها، ومنهم من حاول ربط الاشتراط بالحوالة على أساس
أن حق المنتفع ينشأ في رأيهم عن حوالة حق من المشتراط إلى المنتفع، ومنهم من يرى أن
الاشتراط لمصلحة الغير يقوم على إنشاء الحق المباشر للمنتفع من الاشتراط ذاته، رغم أنه لم
يكن طرفاً في العقد، ولم يكن ممثلاً ضمن أحكام الوكالة⁽²⁾، وهذا الرأي الأخير هو الذي يقترب
من الصواب - حسب رأينا - وهو ما سار عليه أغلب الفقه القانوني؛ كما أنه يتناسب مع نصوص
المواد 116، 117 و 118 من (ق.م.ج) المنظمة للاشتراط، على أساس أنه نظام استثنائي من
«مبدأ نسبية أثر العقد»، فأجاز أن يكسب العقد حقاً للغير، كما سارت عليه اجتهادات المحكمة
العليا بتقريرها اكتساب الغير (المنتفع) حقاً من عقد، رغم أنه لم يكن طرفاً فيه⁽³⁾.

ثانياً: شروط تحقق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير

عقد الاشتراط لمصلحة الغير شأنه شأن جميع العقود من حيث سلطان الإرادة ومن حيث
المحلّ ومن حيث السبب⁽⁴⁾؛ فيجب أن تكون إرادة الطرفين حرة في إبرام العقد، وفي الإيجاب
والقبول، كما يجب أن يكون محلّ العقد مشروعاً، ويفترض أن سببه مشروع إلا إذا أثبت

1 - L'article 1205 (alinéa 1) de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du code civil français, op. cit. dispose que: «One peut stipuler pour autrui».

(2) - للتفصيل أكثر فيما يتعلق بالتكييف القانوني للاشتراط لمصلحة الغير انظر: علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 77. فيلاللي علي، المرجع السابق، ص. 421 وما بعدها. زواوي فريدة، المرجع السابق، ص. 194 وما بعدها. ناصيف إلياس، المرجع السابق، ص. 113 وما بعدها.

(3) - غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 1990/05/28، المجلة القضائية، العدد 1، لسنة 1992، ص. 09.

(4) - زواوي فريدة، المرجع لسابق، ص. 197.

العكس⁽¹⁾. غير أنّ هذا العقد يظّم شخصاً ثالثاً وهو "الغير" الذي يتمّ الاشتراط لمصلحته، لذلك فحتى يتحقّق الاشتراط يجب أنّ تتوافر شروط ثلاثة وهي على النحو الآتي:

الشّرط الأول: المشتراط يتعاقد باسمه لا باسم المنتفع

لقيام الاشتراط يجب أن يتعاقد المشتراط باسمه لا باسم المنتفع الذي يظلّ أجنبياً عن العقد، وقد أشارت المادة 116 (ق.م.ج) إلى أنّه: "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير...".

إنّ هذا الشّرط هو ما يميّز الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة في التعاقد، فالنائب وكليلاً كان أو وليّاً أو فضولياً، يتعاقد باسم الأصيل، أمّا المشتراط فيتعاقد باسمه⁽²⁾. كما يختلف المشتراط عن الفضولي؛ فالمشتراط يتعاقد باسمه كما ذكرنا سلفاً، في حين أنّ الفضولي يتعاقد نيابة عن ربّ العمل⁽³⁾. ويترتّب على التّمييز بين المشتراط والفضولي نتائج مهمّة منها:

أولاً: يجب أن يكون للمشتراط مصلحة شخصية كونه يتعاقد باسمه؛ أمّا الفضولي فهو على العكس من ذلك حيث يجب ألاّ تكون له مصلحة شخصية في إدارة شؤون ربّ العمل. ثانياً: كلّ شخصٍ يستطيع أن يشترط لمصلحة الغير ما دامت له مصلحة شخصية في ذلك وليس كلّ شخصٍ يستطيع أن يدير عمل الغير عن طريق الفضالة؛ إذ لا بدّ من قيام ضرورة تقضي بذلك⁽⁴⁾.

الشّرط الثاني: أن يكون للمنتفع حقّ مباشر.

نصّت على هذا الشرط المادة 116 ف.2 (ق.م.ج) كما يلي: "ويترتّب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه،

(1) - راجع المادة 59 وما بعدها في القانون المدني الجزائري.

(2) - سوار وحيد الدّين، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 301.

(3) - محي الدين إسماعيل علم الدّين، المرجع السابق، ص. 427.

(4) - السنهوري عبد الرزاق، الوجيز في شرح القانون المدني (1)، المرجع السابق، ص. 221 - 222.

ما لم يتفق على خلاف ذلك..."، وهذا ما جاء أيضاً في المادة 1206 ف.1 من القانون المدني الفرنسي المعدل فقد أعطت المنتفع حقا مباشراً في مواجهة المتعهد فيما يخص تقديم الخدمة وذلك منذ إبرام العقد⁽¹⁾. ففي هذا الحق المباشر تتجلى الفكرة الأساسية في الاشتراط لمصلحة الغير، إلا أنه لكي يكسب المنتفع حقاً مباشراً يجب أن تتصرف إرادة العاقدين إلى تخويله ذلك الحق شخصياً⁽²⁾.

أما إذا كان العقد يخول منفعه للعاقد، في ذات الوقت الذي يفيد منه الأجنبي فلا نكون بصدد اشتراط⁽³⁾، كما إذا أمن صاحب السيارة ضدّ الحوادث فإنه يعقد عقداً لا اشتراط فيه لأنه يشترط لمصلحته لا لمصلحة المصاب، وإن أفاد هذا من مبلغ التعويض الذي يستولي عليه المؤمن له من شركة التأمين والذي سيزاحمه فيه غيره من الدائنين⁽⁴⁾.

الشروط الثالث: المشترط له مصلحة شخصية في الاشتراط للغير

يجب أنتكون لمن اشترط لمصلحته مصلحة مادية أو أدبية من هذا الاشتراط، أما إذا لم تكن له مصلحة أو كانت له مصلحة غير مشروعة من هذا الاشتراط فذلك غير جائز⁽⁵⁾. والمصلحة الشخصية هي الفرق الجوهرية ما بين الفضالة والاشتراط لمصلحة الغير⁽⁶⁾، واستناداً

1) - L'article 1206 (alinéa 1) de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du code civil français, op. cit., dispose que: «Le bénéficiaire est investi d'un droit direct à la prestation contre le promettant dès la stipulation».

تنص المادة 1206 من القانون المدني المعدل على ما يأتي: "يتمتع المنتفع بحق مباشر في مواجهة المتعهد فيما يخص تقديم الخدمة وذلك منذ إبرام العقد".

2) - "فإنه في الاشتراط لمصلحة الغير، يتعاقد المشترط مع المتعهد باسمه، لمصلحة شخصية في تنفيذ المتعهد الالتزامات المتعاقد عليها نحو المنتفع، دون أن يدخل المنتفع طرفاً في العقد؛ وأن المنتفع إنما يكسب حقه مباشرة من العقد ذاته المبرم بين المشترط والمتعهد". انظر نقض مدني مصري، 1969/04/24، م.أ.ن، س.20، ص.393. نقلاً عن بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص. 394.

3) - إذا اشترط المشترط حقا لنفسه أولاً، ثم حوله إلى الغير، فهذه حوالة حق.

4) - السنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، ج.2، المرجع السابق، ص. 900-901.

5) - منصور أمجد محمّد، المرجع السابق، ص. 195.

6) - عبد الله فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص. 299. سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص. 344.

إلى ذلك فإنه يصحّ التأمين لمصلحة الزوجة والأولاد وكذلك الاشتراط لمصلحة الفقراء أو العجزة أو لأيّ عملٍ آخر من أعمال البرّ لوجود المصلحة الأدبية للمشتراط، إلّا أنّه لا يعتدّ برجل يؤمّن على حياته لمصلحة خليلته لعدم وجود المصلحة المشروعة، ويفترض أنّ في الاشتراط مصلحة مشروعة للمشتراط حتّى يثبت العكس⁽¹⁾.

يتّضح ممّا تقدّم أنّه إذا توافرت الشّروط المذكورة آنفاً صحّ الاشتراط أو العقد دون أن يشترط أن تقوم الأهلية لدى المنتفع لأنّه ليس طرفاً في العقد، والحقّ الذي يكتسبه من الاشتراط لا يتوقّف على إرادته.

ثالثاً: تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير كاستثناء على «مبدأ نسبية أثر العقد».

ذكرنا سابقاً أنّ الأصل في العقود في الفقه الإسلامي أنّ تقتصر آثارها على عاقدَيْها⁽²⁾، لذلك لا نجد للاشتراط لمصلحة الغير تطبيقات في أحكامه بشكل عام إلّا حالة الوقف، إذ يجوز للواقف أنّ يشترط ذهاب الرّيع لأشخاص مُعيّنين أو غير مُعيّنين⁽³⁾، وإن كان الوقف لا علاقة له بالعقود وله أحكامه الخاصّة.

(1) - السنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، ج.2، المرجع السابق، ص. 907.

(2) - بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص. 392.

(3) - الجمال مصطفى، المرجع السابق، ص. 273.

أما في مجال المعاملات المدنية فلا يقتصر الاشتراط لمصلحة الغير على نوع مُعيّن؛ بل أنّ هذا الشرط يتنوع حسب نوعيّة العقود وطبيعتها، وحسب ظروف أطراف التعاقد وطبيعة تعامل كلّ منهم، وقد كان ذلك نتيجة كفاح طويل بدأ من القانون الروماني⁽¹⁾ واستمر خلال القانون الفرنسي القديم وقانون نابليون حتّى أصبح مبدأ مسلماً به في معظم القوانين الحديثة⁽²⁾ ومنها القانون المدني الجزائري.

وقد تنوعت تطبيقاته في العقود كافة؛ حيث نجده في العقود العادية التي تتمثل بين شخصين، وفي عقود الشركات، وفي عقود المقاولات، وفي عقود التأمين... وغير ذلك من العقود التي تتناول هذا الشرط، وهو شرط شرعه القانون ويحميه القانون طالما في نطاق المصلحة المشروعة، فإذا كانت غير مشروعة فإن الاتفاق يكون باطلاً طبقاً للقواعد العامّة⁽³⁾، فلا يجوز مثلاً أنّ تكون المنفعة المشترطة للغير كمقابل لارتكابه جريمة مُعيّنة أو لإقامة علاقة غير مشروعة.

وقد يأتي الاشتراط لمصلحة الغير على عقد المقاوله كأن يفرض ربّ العمل شروطاً لمصلحة العمال ويضمنها دفتر أو قائمة الشروط، فيحدّد لأجورهم حدّاً أدنى ولساعات عملهم حدّاً أقصى، ويشترط لهم الحقّ في التعويض عن الإصابات، وبذلك يكتسب العمال حقوقاً من

(1) - إذا أردنا أن نبحث في نطاق القانون الروماني عن تطبيقات للاشتراط لمصلحة الغير، فإننا نصطدم بالقاعدة العامّة التي تقرّر بطلانه؛ نظراً لأنّ نطاق «مبدأ نسبية أثر العقد» كان شديد الضيق إذ لم يسمح بامتداد العقد لغير عاقيه إلا على سبيل الاستثناء، وفي حدود حوالة الحقّ أو الدين فضلاً عن انتقال الحقّ والالتزامات بسبب الوفاة، لذلك لم يكن للاشتراط وجود كنظريّة عامة فلا يجوز للمستفيد المطالبة بتنفيذ الاشتراط لسبب بسيط وهو أنّه لم يكن طرفاً في العقد، إلا أنّ هذه القاعدة عرفت بعض الاستثناءات في عصر جستنيان؛ حيث = أجاز اشتراط الذائن الوفاء له ولوارثه ولذلك كان يجوز للأخير بعد وفاة مورثه مطالبة المتعهد بالوفاء. راجع في ذلك: محمّد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص. 56.

(2) - أحمد إسحاق كمال مصطفى، المرجع السابق، ص. 103.

(3) - منصور محمّد حسين، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 313.

عقد المقاوله تجاه المقاول مع أنهم لم يكونوا طرفاً في العقد⁽¹⁾.

عُرف عقد التأمين منذ زمن بعيد ويعتبر هو النظام الثابت في الاشتراط لمصلحة الغير والأكثر تطبيقاً - وإن جاز لنا القول - فإن عقد التأمين هو ذاته الاشتراط لمصلحة الغير⁽²⁾. وبموجب عقد التأمين يمكن للشخص أن يؤمن على حياته لمصلحة أولاده بأن تتعاقد شركة التأمين مع الطرف الآخر بقيامه بدفع مبالغ محددة سنوياً أو شهرياً، ويشترط في العقد أنه إذا توفي تصرف قيمة التأمين إلى الورثة⁽³⁾. كذلك يعمل نظام التأمينات الاجتماعية في العصر الحالي على إلزام صاحب العمل بالتأمين على عماله، مما قد يصيبهم من أضرار من الغير، فالإلزام واقع بحكم القانون من هيئة التأمينات الاجتماعية، والطرف الآخر صاحب العمل والمشرط لمصلحته العامل⁽⁴⁾.

الفرع الثاني

آثار الاشتراط لمصلحة الغير

تشمل آثار الاشتراط لمصلحة الغير الأطراف الثلاثة؛ وهم المشرط والمشرط عليه والمشرط لمصلحته. لهذا سنتناول هذه الآثار على الوجه الآتي:

أولاً: آثار الاشتراط لمصلحة الغير بالنسبة للمشرط

- (1) - السعدي محمد صبري، المرجع السابق، ص. 364.
- (2) - أحمد إسحاق كمال مصطفى، المرجع السابق، ص. 104.
- (3) - قدارة خليل أحمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 130. عبد الفتاح عبد الباقي، ج. 2، المرجع السابق، 590.
- (4) - تكريسا لحق العامل في التأمين ولتدعيم مجال الحماية من الأخطار المختلفة المرتبطة بالعمل، فقد صدرت العديد من النصوص القانونية؛ من ذلك مثلاً ما ورد القانون رقم 83 - 11 مؤرخ في 2 يوليو 1983، ج. ر. للجمهورية الجزائرية، صادرة في 5 يوليو 1983. المتعلق بالتأمينات الاجتماعية. معدل ومتمم بموجب الأمر رقم 96 - 17 مؤرخ في 06 يوليو 1996، ج. ر. عدد 42، صادرة في 07 يوليو 1996. فقد نصت المادة 3 منه على أن: «يستفيد من أحكام هذا القانون؛ كل العمال سواء أكانوا أجراً أم ملحقين بالأجراً، أي كان قطاع النشاط الذي ينتمون إليه، والنظام الذي كان يسري عليهم».

تتحدّد هذه الآثار في العلاقة بين المشتراط والمشتراط عليه وفقاً لما تمّ بينهما من بنود في عقد الاشتراط⁽¹⁾، حيث يلتزم المشتراط والمشتراط عليه بتنفيذ بنود العقد طبقاً لما يوجبه القانون في تنفيذ العقد ووفقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية⁽²⁾. وتطبيقاً لذلك فإنّ ما يسري على القواعد العامة في العقود؛ سواءً كان العقد عقد بيع أم عقد هبة أم عقد إيجار أم عقداً من العقود المسماة أو العقود غير المسماة، أو أيّ نوع آخر من العقود تسري، بالإضافة إلى بند المشتراط لمصلحته⁽³⁾.

فلا يجوز لأحد طرفي العقد المشتراط والمشتراط عليه أن يتحلّل من التزامه في العقد؛ فإذا كان العقد عقد بيع التزم المشتراط بأن يسلم المبيع والتزم المشتراط عليه أنّ يدفع الثمن، أو أن يدفع مبالغ من الثمن للمشتراط لمصلحته⁽⁴⁾.

ولكلّ من طرفي العقد، المشتراط والمشتراط عليه، أن يرفع الدّعى باسمه على الآخر للمطالبة بتنفيذ ما اتفق عليه، فضلاً عن ذلك يجوز للمشتراط أنّ يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع وهو المشتراط لمصلحته⁽⁵⁾ إلاّ إذا تبين من العقد أنّ المنتفع (المشتراط لمصلحته) وحده هو الذي يجوز له ذلك، وهذا ما نصّت عليه الفقرة الثالثة من المادة 116 (ق.م.ج): «يجوز كذلك للمشتراط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلاّ إذا تبين من العقد أنّ المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك».

كما يجوز للمشتراط دون دائنيه أو ورثته (وهو خلفه العامّ والخاصّ) أنّ ينقض المشاركة

(1) - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 92. عبد الفتاح عبد الباقي، ج. 2، المرجع السابق، ص. 595.

(2) - تنص المادة 107 في فقرتها الأولى والثانية (ق.م.ج) على أن: «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام».

(3) - عبد الله فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص. 300. سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص. 345.

(4) - السنهوري عبد الرزاق، الوجيز في شرح القانون المدني (1)، المرجع السابق، ص. 223.

(5) - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 92.

قبل أن يعلن المشتراط لمصلحته إلى المشتراط عليه رغبته في الاستفادة بها ما لم يكن مخالفاً لما نص عليه العقد، وهذا ما تقضي به الفقرة الأولى من المادة 117 (ق.م.ج) أنه: "يجوز للمشتراط دون دائنيه أو وارثيه أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشتراط رغبته في الاستفادة منها، ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد".

ثانياً: آثار الاشتراط لمصلحة الغير بالنسبة للمشتراط عليه

المشتراط عليه هو الطرف الثاني في العقد، ويلتزم طبقاً لما يلتزم به الطرف الأول بنصوص العقد، وله أن يطالب المشتراط بالالتزامات الناشئة عن العقد طالما أنه يوفي بالتزاماته قبله، فهو أيضاً يطالب بتنفيذ العقد طبقاً لما يوجبه حسن النية في تنفيذ العقود.

فضلاً عن ذلك فهو يلتزم قبل المشتراط لمصلحته بتنفيذ الاشتراط الذي وضعه المشتراط لمصلحة الغير، حيث ينشأ للمشتراط حق قبل المشتراط عليه يستطيع أن يطالبه المشتراط لمصلحته بدعوى مباشرة، ومتى استطاع المشتراط لمصلحته الرجوع مباشرة على المشتراط عليه فهذا الأخير يستطيع أن يدفع بالدفع التي تكون في مواجهة المشتراط⁽¹⁾، وهذا ما نصت عليه المادة 116 ف.2 (ق.م.ج) أنه: «يترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً 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».

فمثلاً قد يدفع المشتراط عليه بعدم تنفيذ المشتراط لالتزاماته في العقد، أو عدم الوفاء ببعض الالتزامات في العقد، كأن يكون المشتراط قد التزم بدفع أقساط تأمين للمشتراط عليه، إلا أن المشتراط لم يتم بدفع أي مبالغ رغم ما هو منصوص عليه في العقد بدفع الأقساط شهرياً وإلا تمّ فسخ العقد مثلاً في حالة تأخر لمدة شهرين، فلا يجوز للمشتراط لمصلحته المطالبة بقيمة المبلغ المؤمن عليه، كما يحق للمشتراط عليه أن يفسخ العقد لعدم التزام المشتراط بدفع أقساط

(1) - السنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، ج.2، المرجع السابق، ص. 912.

التأمين طبقاً للشرط الصريح الفاسخ في العقد⁽¹⁾.

ثالثاً: آثار الاشتراط لمصلحة الغير بالنسبة للمشترط لمصلحته.

لا شك في أن للمشترط لمصلحته الحرية في أن يقبل الاشتراط أو عدم قبوله، فكل شخص ليس طرفاً في عقد لا يكون ملزماً به ولا ينتج أثراً بالنسبة له إلا إذا أقر ذلك. وقد نصت المادة 113 (ق.م.ج) على أنه: «لا يُرتب العقد التزاماً في ذمة الغير...»، إذ ليس لطرفي العقد أن يُرتبا باتفاقهما التزاماً في ذمة الغير، ولكن لهما أن يكسبا حقاً وفقاً لنص المادة 113 (ق.م.ج): «...ولكن يجوز أن يكسبه حقاً»، بالإضافة إلى المادة 116 (ق.م.ج) وما بعدها التي أجازت أن يشترط حقاً لمصلحة هذا الغير⁽²⁾. وتذهب المحكمة العليا لتأكيد ذلك في العديد من قراراتها منها أنه: «لا يستطيع المتعاقدان إلزام الغير بعقد لم يكن طرفاً فيه، ولكنهما يستطيعان أن يكسبا الغير حقاً من العقد، بواسطة الاشتراط لمصلحة الغير»⁽³⁾.

ولا يعتبر المشترط لمصلحته طرفاً في العقد ولا خلفاً في علاقته مع المشترط، فالاشتراط يكسبه حقاً فقط، وإذا كان المشترط لمصلحته يطالب المشترط عليه مباشرة رغم أنه ليس خلفاً عاماً ولا خلفاً خاصاً، فإن ذلك يخالف «مبدأ نسبية أثر العقد»، حيث أجاز المشرع انصراف آثار العقد إليه لاعتبارات عملية واقتصادية واجتماعية كاستثناء على مبدأ نسبية العقد.

وهنا يظهر خروج على مبدأ نسبية أثر العقود، فالمنتفع وهو لم يكن طرفاً في عقد الاشتراط ومن الممكن أن يكون غير موجود أصلاً وقت الاشتراط أي قد يكون شرطاً مستقبلاً أو جهة مستقبلية وقد يكون شخصاً أو جهة لم تعين بالذات وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعاً

(1) - أحمد إسحاق كمال مصطفى، المرجع السابق، ص. 116.

(2) - راجع المادة 116 من القانون المدني الجزائري.

(3) - غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 1990/05/28، المجلة القضائية، العدد 1، لسنة

1992، ص. 09.

عند إنتاج العقد أثره⁽¹⁾. ويترتب على أن للمنتفع حقًا مباشرًا تلقاه من عقد الاشتراط ولم ينتقل إليه النتائج الآتية:

أولاً: ليس لدائني المشتراط شأن بهذا الحقّ حال حياته أو بعد وفاته بل ينفرد به المنتفع وحده، فهذا الحقّ لا يدخل في ذمّة المشتراط حال حياته، ولا يدخل أيضاً في تركته بعد وفاته⁽²⁾.
ثانياً: لا يجوز لدائني المشتراط (حال حياته) التنفيذ على الحقّ الذي اشترطه مدينهم للمنتفع، ولا يجوز لهم أن يستعملوا حقّ مدينهم في نقض الاشتراط لكون أن حقّ النقض هذا إرادة لا يملكها غير المشتراط وحده⁽³⁾.

المطلب الثاني

العقود الجماعية كاستثناء على «مبدأ نسبية أثر العقد»

قد يتمّ إبرام عقد من العقود وتسري آثاره على أشخاص أو أطراف لم يشاركوا أثناء انعقاده؛ بمعنى يمكن أن تترتب عنه حقوق أو التزامات على أفراد لم يكونوا ظاهرين ساعة إبرامه ولم يكونوا أطرافاً في تكوينه، وهذا في حالة العقد الجماعي أو المشترك باعتباره يشكّل استثناءً على «مبدأ نسبية أثر العقد».

لذلك سنتناول في هذا المطلب مفهوم العقد الجماعي (الفرع الأول)، ثمّ نتعرّض لدراسة بعض نماذج العقود الجماعية التي تشكل استثناءات فعلية على «مبدأ نسبية أثر العقد»؛ وهي الاتفاقيات الجماعية للعمل (الفرع الثاني)، ثمّ عقد الصّحّ الوافي من الإفلاس في (الفرع الثالث).

(1) - تقضي المادة 118 من (ق.م.ج) على أنه: «يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً أو هيئة مستقبلية، كما يجوز أن يكون شخصاً أو هيئة لم يعينا وقت العقد، متى كان تعيينهما مستطاعاً في الوقت الذي يجب أن ينتج العقد فيه أثره طبقاً للمشاركة».

(2) - الجّمال مصطفى، المرجع السابق، ص. 279.

(3) - ناصيف إلياس، المرجع السابق، ص. 140.

الفرع الأول

مفهوم عقد العمل الجماعي

يقصد بالعقد الجماعي "ذلك الاتفاق الذي يربط أفرادًا بصفة جماعية بفرد مُعيّن أو مجموعة أخرى من الأشخاص، وهو يلزم من وافق عليه ومن لم يوافق عليه، من كان حاضرًا ومن كان غائبًا، فيكفي فيه انضمام الشّخص إلى الجماعة التي أبرمت العقد لإلزامه به واكتسابه حقوقًا منه"⁽¹⁾، كما يعرف على أنّه "العقد الذي توجبه الغالبية على الأقلية بحيث يتقيّد به أشخاص لم يقبلوه، ومثاله عقد العمل الجماعي والصّحح الواقعي من الإفلاس"⁽²⁾.

فبتمام إبرام العقد الجماعي فإن شروطه تصبح نافذة في حقّ كلّ أفراد الهيئة المتعاقدة سواءً منهم من اشترك في إبرامه أو من لم يشترك، كما تسري نصوصه على الأقلية المعارضة، وعلى الأفراد الذين ينظمون للهيئة المتعاقدة بعد إبرام العقد⁽³⁾. ومن هذا المنظور يعتبر العقد الجماعي بصفة عامة استثناءً من «مبدأ نسبية أثر العقد»، إذ تبرم الأغلبية هذا العقد، فيلزم الأقلية رغم عدم مشاركتها بل ورغم اعتراضها⁽⁴⁾.

ويشترط في التصرف الجماعي الذي يلزم الغير أن يكون عقدًا حتّى يعتبر استثناءً من «مبدأ نسبية أثر العقد»؛ أمّا إذا كان مجرد قرار جماعي لدفع اشتراك مُعيّن أو مجرد أعمال مادية، فلا تكون بصدد استثناء من مبدأ نسبية العقد، ومثال ذلك حقّ أغلبية الشركاء على الشيوخ في القيام بأعمال إدارة المال الشائع الذي يكون ملزمًا للأقلية.

هذا ما تضمّنته المادة 716 (ق.م.ج) بنصّها على أن: «يكون ملزمًا للجميع كلّ ما يستقرّ عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة». فإن لم توجد أغلبية فللمحكمة بناءً على طلب أحد الشركاء، أن تتخذ التدابير

(1) - زواوي فريدة، المرجع السابق، ص. 272.

(2) - عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص. 72.

(3) - عياد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 116.

(4) - منصور محمّد حسين، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 301.

اللازمة ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع. وللأغلبية أيضاً أن تختار مديراً، كما أنّ لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاماً يسري حتى على خلفاء الشركاء جميعاً سواء أكان الخلف عامّاً، أو خاصّاً. وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم».

وحتى يكون إلزام الأقلية استثناءً من مبدأ نسبية العقد لا بدّ أنّ يكون العقد، عقد تحسين أو إصلاح للمال الشائع، تبرمه الأغلبية مع مقاول مُعيّن أو متعاقد آخر، أي أن يكون إلزام الأقلية مستمداً من عقود تلزم الغير رغم عدم مشاركتهم أو اعتراضهم عليها⁽¹⁾.

يمكن أن نستدلّ في هذا الصدد بحالة الملكية المشتركة في العقارات المبنية، والتي تتولى فيها جمعية الشركاء إدارة العقار والمحافظة عليه، فتتخذ القرارات بالأغلبية وتلزم الأقلية المعارضة أو الغائبة بها وذلك حسب ما تقضي به المادة 764 ف.1 (ق.م.ج)⁽²⁾. وذلك يعني أنّ العقود التي تبرمها الجمعية مع مقاول لترميم العقار المشترك مثلاً أو لإصلاحه تكون ملزمة لباقي الشركاء، وتسري عليهم سواء كانوا حاضرين أم غائبين أم معترضين، وفي حالة عدم اعتراضهم في أجل شهرين ابتداءً من تاريخ تبليغهم القرارات، يسقط حقهم في المعارضة، ويجب أنّ يتمّ ذلك أمام المحكمة في هذا الأجل وفقاً للمادة 764 مكرر 2 (ق.م.ج)⁽³⁾. لكن يجب أن يكون قرار الجمعية متمثلاً في إبرام عقود مع الغير وإلزام الشريك المعارض أو الغائب بها، حتى يعتبر استثناءً من مبدأ نسبية العقد؛ أمّا إذا تمثّل عمل الجمعية في مجرد قرار للقيام بأعمال

(1) - زواوي فريدة، المرجع السابق، ص. 272.

(2) - تقضي المادة 764 ف.1 من (ق.م.ج) على أن: «تتخذ قرارات الجمعية عن طريق الاقتراع بالأغلبية البسيطة أو الأغلبية المحددة، ويتكفل بتنفيذ هذه القرارات متصرف العقار، الذي يوضع مباشرة تحت مراقبة الجمعية».

(3) - تقضي المادة 764 مكرر 2 (ق.م.ج) على أن: «تنطبق القرارات التي صادقت عليها الجمعية العامة على جميع الشركاء في الملكية أو الشاغلين لها وكذا خلفائهم. ولا يمكن منازعة هذه القرارات من طرف المعارضين أو الغائبين الذين لم يتمّ تمثيلهم، إلا أمام المحكمة وذلك في أجل شهرين ابتداءً من تاريخ تبليغ القرارات، تحت طائلة سقوط الحق».

مادية أو لدفع اشتراك مُعيّن أو لاتخاذ موقف مُعيّن، فهذا لا يشكّل أي استثناء من مبدأ نسبية العقد.

الفرع الثاني

الاتفاقيات الجماعية للعمل كاستثناء على «مبدأ نسبية أثر العقد»

ظهرت اتفاقيات العمل الجماعية خلال القرن التاسع عشر في بعض الدول مثل فرنسا حيث كانت السيادة للمذهب الفردي، وكان عقد العمل الفردي هو الذي ينظم العلاقة بين الطرفين (العمال - صاحب العمل)⁽¹⁾، وعلى الرّغم من أنّ اتفاقية العمل الجماعية لا يتعلّق موضوعها بتقديم خدمة لقاء أجر وإنّما يضع مجموعة من القواعد التي تطبق على عقود العمل الفردية إلا أنّ الفقه كان ينظر إليها كعقد عادي يولد آثار عقدية⁽²⁾.

والواقع أنّ هذه الآثار لا يقتصر تطبيقها على أشخاص محددين بالذات كأطراف الاتفاقية الجماعية أو أعضاء النقابة العمالية وقت إبرامها، بل يمتد تطبيقها ليشمل من ينظمون إلى هذه النقابات بعد ذلك وكذا الذين لم يوافقوا على بنود هذه الاتفاقية، وهو ما يشكّل خروجاً على «مبدأ نسبية أثر العقد»⁽³⁾.

ولا نتناول في هذا البحث اتفاقات العمل الجماعية بالتفصيل وإنّما نقتصر على الجوانب التي لها علاقة بموضوع البحث، والذي يهمنّا هو دراسة آثار عقد العمل الجماعي من حيث الأشخاص، لذا سنحدد (أولاً) مفهوم الاتفاقيات الجماعية للعمل، ثمّ نبين أثر هذه الاتفاقيات بالنسبة لمبدأ نسبية العقد (ثانياً).

(1)- أبو عمر مصطفى أحمد، علاقات العمل الجماعية، د.ط؛ دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005. ص. 192.

(2)- هدفي بشير، الوجيز في شرح قانون العمل، "علاقات العمل الفردية والجماعية"، ط.3؛ دار الريحانة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003. ص. 197.

(3)- منصور محمّد حسين، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 301. العمارة عبيد مازن، المرجع السابق، ص. 74.

أولاً: مفهوم الاتفاقية الجماعية للعمل

سنسلط الضوء فيما يأتي على تحديد مفهوم الاتفاقية الجماعية للعمل، وذلك من خلال تعريفها (1) وتحديد طبيعتها القانونية (2) ثم تحديد خصائصها (3).

1- تعريف الاتفاقية الجماعية للعمل:

يعرّف المشرّع الجزائري اتفاقية العمل الجماعية من خلال نص المادة 114 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل بأنّها: «اتفاق مكتوب يتضمن شروط التشغيل والعمل فيما يخص فئة أو عدة فئات مهنية، وتبرم داخل الهيئة المستخدمة الواحدة بين المستخدم والممثلين النقابيين للعمال، كما تبرم بين مجموعة مستخدمين أو تنظيم أو عدة تنظيمات نقابية تمثيلية للمستخدمين من ناحية أو تنظيم أو عدة تنظيمات نقابية تمثيلية للعمال من ناحية أخرى...» (1).

وقد طُرحت عدّة تعاريف فقهية للاتفاقيات الجماعية متشابهة ومقاربة في المضمون؛ فهناك من يرى بأنّها: "اتفاق يتعلّق بشروط العمل والضمانات الاجتماعية، يبرم بين صاحب عمل أو مجموعة أصحاب عمل، وواحد أو أكثر من تنظيم نقابي للعمال، نتيجة لتفاوض جماعي" (2)، ويعرفها البعض الآخر على أنها: "اتفاق تنظم بمقتضاه شروط العمل وظروفه بين منظمة نقابية أو أكثر وبين صاحب عمل أو أكثر أو من يستخدمون عمالاً ينتمون إلى تلك المنظمات أو منظمات أصحاب الأعمال، بما يكفل شروطاً أو مزايا أو ظروفًا أفضل" (3)، بينما

(1)- قانون 11/90 مؤرخ في 21 أبريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج.ر. عدد 17، صادرة في 25 أبريل 1990. معدل ومتمم بالأمر رقم 21/96 مؤرخ في 09 يوليو 1996، ج.ر. عدد 43، صادرة في 10 يوليو 1996.

(2)- أحمية سليمان، علاقات العمل الجماعية في التشريع الجزائري المقارن "القانون الاتفاقي"؛ (ط.2)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013. ص. 16.

(3)- منصور محمد حسين، قانون العمل في مصر ولبنان، (د.ط)؛ دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان، 1995. ص. 116.

هناك من يرى أنها: "تنظيم عقدي سابق لشروط العمل، أو هي تحديد اتفاقي لعلاقات العمل، تبرم على مقتضاه عقود العمل الفردية"⁽¹⁾.

يتضح من هذه التعاريف أن اتفاقية العمل الجماعية تختلف عن علاقة العمل الفردية⁽²⁾ بأنها لا ترد على العمل، ولا تتولّد عنها رابطة عمل، وإنما تنظم العمل، وتضع شروطه التي تجب مراعاتها عند إبرام عقود العمل الفردية⁽³⁾، وهي بذلك تشبه التشريع.

2- الطبيعة القانونية لاتفاقية العمل الجماعية

واضح أن اتفاقية العمل الجماعية هي ظاهرة غير عادية في نظام العقود لأنها تتضمن مخالفة لـ «مبدأ نسبية أثر العقد»، أو قاعدة قصور أثر العقد على أطرافه⁽⁴⁾؛ فالاتفاقية الجماعية تسري في حق كل أفراد الهيئة المتعاقدة بما فيهم من لم يشترك في إبرامها ومن كان يجهل وجودها، بل ومن كان معارضا لها، وتسري أيضا على من ينظم إلى الهيئة بعد إبرام الاتفاقية. ومعنى ذلك أن الاتفاقية الجماعية تولّد التزامات أو تحدّدتها على غير إرادة جانب من المتعاقدين في عقود العمل الفردية.

وقد ثار في الفقه جدل عنيف بشأن طبيعة اتفاقية العمل الجماعية⁽⁵⁾؛ وذلك لتفسير خروج هذه الاتفاقية على القواعد العامة المستمدة من مبدأ نسبية أثر العقود؛ فذهب البعض إلى أنها ذات طبيعة عقدية، وذهب البعض الآخر إلى اعتبارها ذات طبيعة لأئحية، في حين ذهب

- (1) - محمود جمال الدين زكي، قانون العمل؛ (ط. 3)، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1983. ص. 749.
- (2) - يقصد بعلاقات العمل الفردية، تلك العلاقات التي تنشأ عن قيام شخص (العامل) بالعمل لحساب شخص آخر (ربّ العمل) وتحت سلطته وإشرافه مقابل أجر، فالمصدر الأساسي لهذه العلاقات هو عقد العمل الذي يتفق بموجبه العامل وربّ العمل على إنشاء علاقة عمل بينهما. انظر: حمدان حسين عبد اللطيف، قانون العمل "دراسة مقارنة"، ط. 1؛ منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009. ص. 179.
- (3) - منصور محمد حسين، قانون العمل في مصر ولبنان، المرجع السابق، ص. 116.
- (4) - عياد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 118.
- (5) - للتفصيل في ذلك راجع: بن عزوز بن صابر، الوجيز في شرح قانون العمل الجزائري، مدخل إلى قانون العمل الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010. ص. 145.

رأي وسط إلى القول بأنها ذات طبيعة مزدوجة، وفيما يلي عرض لهذه الآراء:

أ- الاتفاقيات الجماعية هي ذات طبيعة عقدية:

يذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن اتفاقية العمل الجماعية ذات طبيعة عقدية، إذ تتوفر فيه جميع الشروط المطلوبة في العقد، والذي لا يمكن أن يتم إلا باتفاق أطرافه على شروط ونتائج معينة. ولكن هذه الفكرة لا تتفق مع إلزام العقد للعمال المنظمين للنقابة التي أبرمته وكذلك لا تنطبق هذه الفكرة على العمال الرافضين له⁽¹⁾، فالعقد لا يلزم إلا أطرافه وممثلهم بينما في هذه الحالة يتعدى العقد هذا النطاق.

ويرى بعض الفقهاء أن اتفاقيات العمل الجماعية هي عقد من نوع خاص لا محلّ لتشبيهه بغيره من العقود المسماة؛ لأنّ المشرّع ميزه بأحكام تتفق مع طبيعته ودوره⁽²⁾. ويرد على ذلك، بأن أي عقد مسمى أو غير مسمى، إنما تطبق عليه الأحكام العامة في العقود، ولا يتميز عقد عن آخر إلا بنوع الالتزامات المترتبة عليه دون الخروج على تلك الأحكام⁽³⁾، كما أن التسليم أو الاعتراف للاتفاقيات الجماعية بالطابع الخاص، ما هو إلا هروبا من مواجهة الصعوبات التي أفرزتها خصوصيات وطبيعة هذا النظام التعاقدى الجديد⁽⁴⁾.

ب- الاتفاقيات الجماعية هي ذات طبيعة تنظيمية:

نتيجة فشل المحاولات الفقهية التي اتجهت إلى تفسير آثار الاتفاقية الجماعية استنادا

-
- (1) - البرعي أحمد حسن، علاقات العمل الجماعية في القانون المصري المقارن، ج.2، عقد العمل المشترك، دار الفكر العربي، مصر. (د.س.ن). ص. 85.
 - (2) - أحمية سليمان، الوجيز في قانون علاقات العمل في التشريع الجزائري؛ (ط.2)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص. 337.
 - (3) - عياد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 123.
 - (4) - البرعي أحمد حسن، المرجع السابق، ص. 80 وما بعدها.

إلى الأفكار التقليدية المستمدة من مذهب الإرادة، بغية إبقاء الصفة العقدية لهذا التصرف⁽¹⁾، ومن ثم اتجه جانب من الكتاب أغلبهم من فقهاء القانون العام إلى القول بأن اتفاقيات العمل الجماعية ليست في حقيقتها عقدا وإنما هو عمل تنظيمي أو تشريعي أو نوع من القانون المهني (loi professionnelle) يتّصف بالعموم، يضعه الأطراف المتعاقدون من المشروع⁽²⁾. وهذه الصفة هي التي تفسّر تعميم سريانه على جميع الأعضاء⁽³⁾ وتفسّر بطلان كل شرط في العقود الفردية يخالف نصوصه⁽⁴⁾.

إلا أنّه أخذ على هذا الاتجاه، أنّ الاتفاقيات الجماعية للعمل إنّما تنشأ ابتداءً باتفاق أطرافها شأنها في ذلك شأن أيّ عقد آخر، وهؤلاء الأطراف مجردون من السلطة العامة التي لها وحدها حق سنّ التشريع⁽⁵⁾، وكما يحدث في أيّ عقد آخر تدور مفاوضات ومساومات بين ممثلي العمال وبين أصحاب العمل أو ممثليهم حول شروط العمل وهي مفاوضات ومساومات لا يهتمون فيها بغير مصالحهم الخاصة المتعارضة، وقاعدة الأغلبية لا تنطبق عند نشأة العقد بل لابد من إجماع كل من اشترك في إبرامه⁽⁶⁾، هذا إلى أنّ الاتفاقيات الجماعية تخضع للمبادئ العامة في العقود الخاصة بعيوب الرضاء والمشروعية والفسخ... الخ، وهي في محتواها منشئة

(1) - قادية عبد الله، الاتفاقية الجماعية للعمل في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، تخصص: القانون الاجتماعي، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر. 2004. ص. 112.

(2) - محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص. 766.

(3) - أحمية سليمان، الوجيز في قانون علاقات العمل في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص. 337 وما يليها. وكذا: المصاورة هيثم حامد، المنتقى في شرح قانون العمل، "دراسة مقارنة بالقانون المدني"، (ط.1)، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008. ص. 295.

(4) - تنص المادة 137 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، المرجع السابق، على أنه: «يكون باطلا وديم الأثر كل بند في عقد العمل يخالف باستنقاصه حقوقا منحت للعمال بموجب التشريع والاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية».

(5) - مخلوف كمال، الإطار التنظيمي لاتفاقية العمل الجماعية في التشريع الجزائري، بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 4، المركز الجامعي بالبويرة، الجزائر، جانفي 2011. ص. 92.

(6) - أبو عمرو مصطفى أحمد، المرجع السابق، ص. 198.

لالتزامات تعاقدية ينشأ عن الإخلال بها مسؤولية عقدية، وكل ذلك يتنافر تماما مع الكيفية التي يتم بها إعداد العمل التشريعي أو اللائحي، ومع طبيعته وآثاره، كما يدل هذا التنافر أن السلطة العامة لا تستطيع التدخل لتعديل شروط هذا التصرف⁽¹⁾.

ج- الاتفاقية الجماعية للعمل هي ذات طبيعة مزدوجة:

ذهب جانب من الفقه للتوفيق بين الفكرة العقدية وبين الفكرة التنظيمية، إلى القول بأنّ الاتفاقيات الجماعية للعمل ذات طبيعة مزدوجة، فهي تعاقدية من بعض النواحي كناحية تكوينه وإنهائه⁽²⁾، ولائحي من نواح أخرى كناحية سريانه على غير المتعاقدين وبطلان العقود الفردية المخالفة لأحكامه⁽³⁾.

ويؤخذ على هذا القول بأنه يضيف في ظلّ النظام القائم طبيعتين مختلفتين ومتنافرتين على عملية قانونية واحدة، كما أنّ التفرقة بين ما هو تعاقدية وبين ما هو تنظيمية ليست محدّدة المعالم⁽⁴⁾.

إن تحديد الطبيعة القانونية لاتفاقيات العمل الجماعية أهمية قصوى بالنسبة لموضوع هذا البحث؛ ذلك لأنّه لو اعتبرناها عقداً لكان ذلك استثناءً فعلياً من «مبدأ نسبية أثر العقد»، أمّا إذا اعتبرنا الاتفاقية الجماعية لائحة أو تنظيمًا قانونيًا، فهذا لا يعدّ استثناءً من المبدأ إذ لا غرابة في أن تمتد آثار اللائحة إلى غير المتعاقدين.

وعلى العموم، فإنّ غالبية الفقه قد استقرّ على أنّ الطابع العقدي هو الطابع الغالب على الاتفاقيات الجماعية؛ إذ تخضع للأحكام الخاصة بالعقود، وذلك حتى بالنسبة للاتفاقيات

(1) - عياد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 122.

(2) - تقضي المادة 131 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، المرجع السابق، بما يلي: "يمكن الأطراف المتعاقدة نقض الاتفاقية الجماعية جزئياً أو كلياً، ولا يمكن، مع ذلك أن يطرأ النقص في غضون اثني عشر (12) شهراً التي تلي تسجيلها".

(3) - هدي بشير، المرجع السابق، ص. 197.

(4) - البرعي أحمد حسن، المرجع السابق، ص. 103.

الجماعية التي يمدّها وزير العمل بقرار منه، والتي هي أقرب إلى اللائحة من العقد⁽¹⁾.

3- خصائص اتفاقية العمل الجماعية

مما سبق قوله يتبين لنا أن اتفاقية العمل الجماعية تتميز بخصائص تتمثل في:

أ- الصفة الجماعية لأطراف الاتفاقية:

إذ لا يتصور وجود الاتفاقية الجماعية إلا إذا كان أحد طرفيها مجموعة من العمال أو من يمثلهم كالنقابة بين منظمة نقابية أو أكثر، وبين صاحب عمل أو أكثر أو منظمة ممثلة لأصحاب العمل، وبغض النظر عن الطرف الآخر، إذ قد يكون صاحب عمل واحد أو أكثر أو جهة تمثلهم كالنقابة⁽²⁾، إذ لا يشترط توافر الصفة الجماعية في جانب أصحاب العمل⁽³⁾.

بناء على ذلك فإن عقد العمل الجماعي يختلف عن عقد العمل الفردي الذي يبرمه العامل مع المؤسسة المستخدمة وينشئ علاقة العمل بينهما؛ ذلك لأن عقد العمل الجماعي له طابع جماعي من حيث أطرافه، إذ يكون أحد أطرافه على الأقل نقابية أو أكثر من نقابات العمال، ولا يتطلب الصفة الجماعية بالنسبة لأرباب العمل⁽⁴⁾، كما أن آثاره تعتبر جماعية إذ يضع نظاما تخضع له علاقات العمل الفردية الخاصة بالمؤسسة المستخدمة التي أبرمت العقد، فينظم العقد الجماعي هذه العلاقة فهو بمثابة دستور لعلاقة العمل الفردية كما قلنا سابقا.

ب- الطبيعة التعاقدية لاتفاقية العمل الجماعية:

لإبرام اتفاقية عمل جماعية يجب توافق إرادتي أطرافها، وهي إرادة منظمة نقابية أو نقابة عمالية من ناحية، وإرادة صاحب عمل أو منظمة تمثله من ناحية أخرى⁽⁵⁾. وتخضع اتفاقية

(1) - زواوي فريدة، المرجع السابق، ص. 280. المراكشي هشام، المرجع السابق، ص. 120.

(2) - المصاورة هيثم حامد، المرجع السابق، ص. 297.

(3) - حمدان حسين عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. 548.

(4) - أبو عمرو مصطفى أحمد، المرجع السابق، ص. 182.

(5) - قادية عبد الله، المرجع السابق، ص. 110.

العمل الجماعية في انعقادها وصحتها لذات الشروط والأركان المطلوبة في العقود بوجه عام⁽¹⁾، مع إضافة بعض الشروط الخاصة والمتعلقة بأهلية المتفاوضين بالنسبة لممثلي العمال، والأقدمية في العمل بالإضافة إلى شكلية الاتفاقية⁽²⁾.

وإذا انعقدت الاتفاقية الجماعية صحيحة من حيث أركانها وشروطها، فإن آثارها تتصرف إلى أطرافها، أصليين أو منظمين، إذ تلزمهم بكل الالتزامات الناشئة عن العقد ويمتد أثرها إلى أشخاص غير محددين بذواتهم وبالنسبة إلى وقائع غير متناهية⁽³⁾. إلا أن هذه الآثار لا تكون ملزمة إلا إذا اشتملت على شروط أكثر فائدة بالنسبة للعامل، إذ يمكن للعامل والمنظمة النقابية رفع دعوى قضائية في حالة إخلال بشروط العقد⁽⁴⁾. وقد كرس اجتهاد المحكمة العليا هذا المبدأ بحيث جاء في أحد قراراتها بأنه: "يمكن أن تتضمن الاتفاقية الجماعية المبرمة مع ممثلي العمال، ما لا يوجد في القانون أو أكثر مما يسمح به إعمالاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، شريطة أن تكون الاتفاقية في صالح العامل"⁽⁵⁾.

ج- موضوع اتفاقية العمل الجماعية:

إن موضوع اتفاقية العمل الجماعية هو تنظيم شروط العمل وظروفه بما يضمن للعمال مزايا أفضل، ويعني ذلك أن اتفاقية العمل الجماعية لا تنشئ علاقات عمل مثلما يحدث في عقد العمل الفردي الذي يحدد حقوق والتزامات كل طرف. ومن هنا يمكن أن يقال أن اتفاقية العمل الجماعية هي دستور عقود العمل الفردية⁽⁶⁾. حيث أنها تعالج شروط التشغيل والعمل من

(1) - المصاورة هيثم حامد، المرجع السابق، ص. 301.

(2) - هدي بشير، المرجع السابق، ص. 196.

(3) - زواوي فريدة، المرجع السابق، ص. 280.

(4) - حمدان حسين عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. 548.

(5) - الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 2007/11/07، ملف رقم 386846، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، لسنة 2007، ص. 255.

(6) - أبو عمرو مصطفى أحمد، المرجع السابق، ص. 183.

تصنيف المهن، ومقاييس العمل، والمكافآت وإجراءات المصالحة في حالة وقوع نزاع...، إلى غير ذلك من الاختصاصات التي ذكرتها على سبيل المثال المادة 120 من قانون 90-11 المذكور أعلاه⁽¹⁾.

د - عدم التزام العمال بالقيام بعمل معين لمصلحة صاحب العمل:

فاتفاقية العمل الجماعية لا يلتزم العمال بمقتضاها بالقيام بعمل معين لحساب صاحب العمل لقاء أجر، بعكس عقد العمل الفردي، إذ إن دوره يقتصر على تحديد الشروط التي يتعين إتباعها عند الاتفاق على عقد عمل فردي، بحيث يعتبر باطلاً أي اتفاق مخالف للشروط الواردة في عقد العمل الجماعي⁽²⁾.

ثانياً: أثر الاتفاقية الجماعية للعمل على مبدأ نسبية العقود

لا تقتصر آثار الاتفاقية الجماعية على أطرافها، بل تسري أحكامها على أشخاص آخرين استثناءً على «مبدأ نسبية أثر العقد»، وقد ذكرنا سابقاً المادة 114 من القانون 90/11 التي بينت طوائف الأشخاص الذين تسري عليهم الاتفاقية. وبناءً على ذلك سنتناول الاتفاقية الجماعية للعمل كونها تشكل استثناءً على مبدأ نسبية العقود⁽¹⁾، وبعد ذلك نتعرض لأساس سريان آثار الاتفاقية الجماعية للعمل إلى الغير⁽²⁾.

1- الاتفاقية الجماعية للعمل تشكل استثناءً على مبدأ نسبية العقود:

سوف ندرس فيما يلي الاتفاقية الجماعية للعمل باعتبارها تشكل استثناءً على قاعدة نسبية العقود، وذلك من خلال عرض الأطراف الأصليين (أ)، ثم نتطرق لشمول الاتفاقية الجماعية لغير أطرافها (ب).

(1) - جاء في نص المادة 120 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، المرجع السابق، على أنه: «تعالج الاتفاقيات الجماعية التي تبرم حسب الشروط التي يحددها هذا القانون، شروط التشغيل والعمل ويمكنها أن تعالج خصوصاً العناصر التالية: التصنيف المهني...».

(2) - منصور محمد حسين، قانون العمل في مصر ولبنان، المرجع السابق، ص. 120.

أ- الأطراف الأصليين في الاتفاقية الجماعية للعمل:

تسري أحكام الاتفاقية الجماعية باعتبارها عقدا على طرفيها المتعاقدين؛ أحدهما يمثل العمال عن طريق التنظيم النقابي أو التنظيمات النقابية المكلفة بالتفاوض وإبرام العقد، والطرف الثاني ممثلا من قبل صاحب العمل أو عدة أصحاب عمل، أي أن أحكام العقد تسري طبقا للقواعد العامة، على أطرافه الأصليين وقت إبرامه⁽¹⁾ وتصبح ملزمة لكل من وقع عليها، إذ تنص المادة 127 من القانون 11/90 المذكور أعلاه على أن: «تلتزم الاتفاقيات الجماعية كل من وقع عليها أو انظم إليها فور استكمال الإجراءات المنصوص عليها...»⁽²⁾.

ولا يقتصر سريان آثار الاتفاقية الجماعية للعمل على طرفيها الأصليين، بل يسري كذلك على الأطراف المنضمين إليها بعد إبرامها وقيدها⁽³⁾، فقد أجاز المشرع لغير المتعاقدين من المنظمات النقابية أو أصحاب الأعمال أو المنظمات الممثلة لهم الانضمام إلى الاتفاقية بعد قيدها، وذلك بناءً على اتفاق بين طرفي العمل طالبي الانضمام دون موافقة المتعاقدين الأصليين، ويكون الانضمام بطلب يقدم إلى الجهة الإدارية المختصة موقعا عليه من الطرفين⁽⁴⁾، ويصبح الطرف المنضم في حكم الطرف الأصلي تماما وتسري بالنسبة له آثار العقد كاملة⁽⁵⁾.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتعرض صراحة لمصير الاتفاقيات الجماعية عند تغيير صاحب العمل أو المستخدمين الذين وقعوا عليها، وهذا الإشكال يطرح في إطار المؤسسات

(1) - هدي بشير، المرجع السابق، ص. 195.

(2) - القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، المرجع السابق.

(3) - المراكشي هشام، المرجع السابق، ص. 121.

(4) - تنص المادة 126 من القانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل، المرجع السابق، على أن: «يقدم طرف التفاوض الجماعي أو الطرف الأكثر استعجالا منهما الاتفاقية الجماعية فور إبرامها، قصد تسجيلها فقط، إلى مفتشية العمل وكتابة ضبط المحكمة المختصة».

(5) - زواوي فريدة، المرجع السابق، ص. 281.

الخاصة، غير أنه باستقراء المادة 74 من قانون 11/90 التي تنص على إبقاء علاقات العمل في حالات تغيير في الوضعية القانونية للمؤسسة المستخدمة⁽¹⁾، فنرى أنه يمكن الاستناد على هذا النص للقول أن آثار الاتفاقية الجماعية يمكن أن تمتد لتشمل كذلك من يخلف هؤلاء الأطراف؛ أي النقابات التي تحل محلّ النقابات المتعاقدة ومن يحلّ محلّ أصحاب الأعمال المتعاقدين، فإذا تم حلّ النقابة التي أبرمت العقد وجاءت محلّها نقابة جديدة فإنها تلتزم بالعقد مباشرة، وكذلك الحال إذا تغير صاحب العمل، بسبب الوفاة أو بيع المؤسسة مثلاً، فإن اتفاقية العمل الجماعية تسري على ربّ العمل الجديد بدون أية إجراءات⁽²⁾، وبذلك فإن التزام السلف باتفاقية العمل الجماعية ينتقل إلى الخلف ويبقى سارياً في حقه، كما أن العامل يستمر بالخضوع للاتفاقية حتى لو انسحب من النقابة التي وقعت عليها.

ب- شمول الاتفاقية الجماعية للعمل لغير أطرافها:

ذكرنا سابقاً أن اتفاقية العمل الجماعية تلزم نقابات العمال وأصحاب العمل أو المنظمات الممثلة لهم، الذين كانوا موجودين وقت الاتفاقية والذين انظموا إليها بعد إبرامها، ومما لا شك فيه أن هذا الاتفاقية الجماعية لا تلزم فقط هذه الطائفة من الأشخاص بل تلزم كذلك جميع العمال المنخرطين في النقابة والمنتسبين إليها؛ لأن نقابة العمال التي أبرمت الاتفاقية تمثلهم في ذلك، فتتصرف آثار الاتفاقية إليهم حتى لو كانوا معارضين لإبرامها وهذا يشكل استثناء على «مبدأ

(1) - تقضي المادة 74 من القانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل، المرجع السابق، بأنه: «إذا حدث تغيير في الوضعية القانونية للهيئة المستخدمة، تبقى جميع علاقات العمل المعمول بها يوم التغيير قائمة بين المستخدم الجديد والعمال. لا يمكن أن يطرأ أي تعديل في علاقات العمل إلا ضمن الأشكال وحسب الشّروط التي ينص عليها هذا القانون وعن طريق المفاوضات الجماعية».

(2) - ولعلّ الغرض من وراء ذلك هو منع التحايل على التخلص من الشّروط المتعاقدة عليها، عن طريق حلّ النقابة وتكوين نقابة أخرى ترى أن الاتفاق لا يربطها لأنها لم تكن طرفاً فيه، كما قد يصل العمال إلى هذا الغرض أيضاً عن طريق إتيانهم أعمالاً تؤدي حتماً إلى حلّ النقابة. انظر منصور محمد حسين، قانون العمل في مصر ولبنان، المرجع السابق، ص. 125.

نسبية أثر العقد»⁽¹⁾.

إلى جانب أن الاتفاقية الجماعية ترتب التزامات وحقوقا معينة، فهي تنشئ كذلك قواعد عامة تطبق على العقود الفردية؛ سواء انظم أصحابها إلى النقابة التي أبرمت العقد أو لم ينظموا إليها؛ لأن المؤسسة المستخدمة التي أبرمت الاتفاقية الجماعية أو التي انضمت إليها، تلتزم بتطبيق أحكامها على العقود الفردية التي تبرمها ولا يجوز لها مخالفة أحكامها إلا بما ينفذ العامل⁽²⁾، إذ تنص المادة 118 من القانون 11/90 على أن: «تفرض على المؤسسة المستخدمة الأحكام الأكثر نفعا الواردة في مختلف الاتفاقيات الجماعية التي اكتتبت بها هذه الهيئة أو انضمت إليها وتطبق على عمالها. إلا إذا كانت هناك أحكام أنفع مضمنة في عقود العمل المبرمة مع المستخدم».

ويرى بعض الفقهاء أنه في غالب الأحوال، الاتفاقيات الجماعية تضمن دائما شروطا أفضل للعمال من تلك المقررة قانونا، لذلك يرون أنه من الأفضل مدّ اتفاقية جماعية معينة إلى كافة المناطق وإلى كافة النشاطات حتى تشمل جميع العمال والمستخدمين. ويرى الفقيه GOUTAL (قوتال): أنه كلما اتسع مجال امتداد الاتفاقية الجماعية بهذه الصفة إلى أن تضمّ جميع الاختصاصات أو النشاطات في كافة الوطن، ابتعدت عن الإطار العقدي واقتربت من اللائحة، وفي هذه الحالة لا تشكل استثناء من «مبدأ نسبية أثر العقد»، إذ من البديهي أن تتعدى الآثار القانونية للائحة نطاق المتعاقدين ويلتزم بها جميع المستخدمين الذين تضمنهم القرار الوزاري المتعلق بمد الاتفاقية⁽³⁾.

2- أساس سريان آثار الاتفاقية الجماعية للعمل إلى الغير:

الأصل أن العقد لا يلزم إلا أطرافه طبقا لقاعدة نسبية آثار العقود، بينما في حالة

(1) - المراكشي هشام، المرجع السابق، ص. 120.

(2) - حمدان حسين عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. 552.

(3) - GOUTAL (J.L), Essai sur le principe relatif du contrat, LGDJ, 1981. P. 51.

نقلًا عن زواوي فريدة، المرجع السابق، ص. 283.

الاتفاقيات الجماعية فإن الآثار المترتبة عنها تتعدى نطاق أطرافها. وقد تباينت آراء الفقه في محاولته لتفسير انصراف آثار العقد إلى الغير؛ فمنهم من استند في ذلك على فكرة الوكالة (أ)، ومنهم من استند على الفضالة (ب)، ومنهم من اتخذ من الاشتراط لمصلحة الغير تبريرا لذلك (ج).

أ- فكرة الوكالة كأساس لانصراف آثار الاتفاقيات الجماعية إلى الغير:

يرى أنصار هذا الاتجاه، أن النقابة عند إبرامها للاتفاقية الجماعية، فإنها تقوم بذلك باعتبارها وكيلا أو نائبا عن العمال، الأمر الذي يؤدي بالنتيجة إلى انصراف آثار هذه الاتفاقية إليهم، فترتب لهم حقوقا وتقرض عليهم التزامات تجاه صاحب العمل أو أصحاب العمل⁽¹⁾. أي تجعلهم أطرافا مباشرة في الاتفاقية.

غير أن هذا الرأي مردود لأنه يقوم على محض افتراض، ولا يمكن التسليم به لمجرد انضمام العامل للنقابة؛ فالنقابة لا تستشير أعضائها مقدما عند إبرام الاتفاقية وينتقي القول تماما بوجود هذه الوكالة بالنسبة للأقلية المعارضة، كما وأن هذه الاتفاقية تسري أيضا على العمال الذين ينضمون إلى النقابة بعد إبرامه، وهذا يعني بدهاء أنهم لم يوكلوا النقابة عنهم في إبرامه لأنهم لم يكونوا بعد قد التحقوا بعضويتها⁽²⁾.

هذا إلى أنه في الوكالة لا يتحمل الوكيل بالتزامات ولا تترتب له حقوق من العقد الذي يبرمه لمصلحة موكله، في حين أن النقابة التي أبرمت العقد الجماعي يظل لها دور في مرحلة تنفيذ العقد فلا تختفي منها كما يختفي الوكيل⁽³⁾، فيباح لها رفع الدعاوى باسمها لاحترام شروط

(1) - البرعي أحمد حسن، المرجع السابق، ص. 62. المصاورة هيثم حامد، المرجع السابق، ص. 296.

(2) - عياد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 119.

(3) - تنص المادة 127 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، المرجع السابق، على أن: «تلتزم الاتفاقية الجماعية كل من وقع عليها أو انظم إليها فور استكمال الإجراءات المنصوص عليها في المادة السابقة».

العقد.

ومن جهة أخرى، فإنه طبقاً لقواعد لوكالة يجوز للموكل أن يرجع في وكالته فإذا كانت فكرة الوكالة هنا صحيحة لجاز لأعضاء النقابة التي ارتبطت بالعقد سحب وكالتهم وجاز لهم بالتالي التخلص من شروط هذا العقد، ويكون أرباب العمل والعمال أحراراً دائماً في الخروج من النقابة وفي وقف أثر عقد الجماعة بالنسبة إليهم، وهذا يساوي تماماً القول بأن عقد الجماعة لا يحدث أدنى أثر.

ب- فكرة الفضالة كأساس لانصراف آثار الاتفاقيات الجماعية إلى الغير:

لتقادي الانتقادات السابقة الموجهة إلى فكرة الوكالة، استند بعض الفقهاء إلى فكرة الفضالة، إذ لا يلزم في هذه الأخيرة صدور تعبير إرادي من جانب الشخص الذي يجري العمل لمصلحته⁽¹⁾.

لكن يرد على فكرة الفضالة، أن الفضولي كالوكيل لا يلزم شخصياً بما تعاقده عليه، وليس له دعوى قبل المتعاقد الآخر، في حين أنه يجوز لنقابة العمال أن ترفع باسمها دعاوى ضد أصحاب الأعمال وضد أية نقابة أخرى مرتبطة معها بالعقد⁽²⁾، كما يجوز لها أن ترفع باسمها دعاوى ضد العمال الذين يسري عليهم أحكام العقد إذا ما أخلوا بشروطه⁽³⁾.

ج- فكرة الاشتراط لمصلحة الغير كأساس لانصراف آثار الاتفاقيات الجماعية إلى

الغير:

(1) - المصاورة هيثم حامد، المرجع السابق، ص. 296.

(2) - تنص المادة 129 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، المرجع السابق، على أن: «يمكن التنظيمات النقابية للعمال أو المستخدمين التي تربطهم اتفاقية جماعية، أن تباشر كل الدعاوى الناشئة عن هذا السبب أمام القضاء لصالح أعضائها كما يمكنها أن ترفع دعوى لحسابها تستهدف الحصول على تنفيذ الالتزامات المتعاقد عليها».

(3) - زواوي فريدة، المرجع السابق، ص. 277.

ذهب البعض إلى تفسير الاتفاقية الجماعية على ضوء فكرة الاشتراط لمصلحة الغير⁽¹⁾، بدعوى أنه في كل من الاتفاقية وعقد الاشتراط يوجد ثلاثة أشخاص: المشتراط (نقابة العمال أو أصحاب العمل)، والمتعهد (الطرف الآخر من العقد)، والمنتفع (أعضاء النقابة من العمال أو أصحاب العمل)⁽²⁾. وتفسر هذه الفكرة سريان الاتفاقية الجماعية للعمل على الأعضاء الذين ينضمون إلى نقابة مشتركة في العقد بعد إبرامه؛ لأنه في الاشتراط لمصلحة الغير لا ضرورة لأن يكون المنتفع شخصاً أو أشخاصاً معينين وإنما يكفي أن يكون في الإمكان تعيينهم وقت إبرام العقد أو بعد إبرامه⁽³⁾، كما تفسر هذه الفكرة حق النقابة في مباشرة الدعاوى ضد المتعاقد الآخر لضمان تنفيذ العقد واحترام شروطه⁽⁴⁾.

بيد أنه يؤخذ على هذه الفكرة، أنه في الاشتراط لمصلحة الغير يستطيع المنتفع أن يرفض الحق الذي اشترط لمصلحته، في حين أن هذا غير جائز بالنسبة للاتفاقيات الجماعية للعمل، فأعضاء النقابات ليست لهم حرية رفض سريان العقد عليهم⁽⁵⁾، كما وأن قواعد الاشتراط لا تجيز فرض التزامات على الغير، مع أن الاتفاقية الجماعية ترتب التزامات على عاتق من تسري عليهم أحكامها.

بناءً على ما سبق، فنقول أنه مهما اختلفت النظريات حول تفسير أساس شمول آثار الاتفاقيات الجماعية لغير أطرافها، إلا أنها تتفق غالبيتها على أن هذه الاتفاقيات يغلب عليها الطابع التعاقدية وتعدّ استثناءً على مبدأ نسبية العقد، حيث أن قانون العمل الجزائري أجاز انسحاب آثارها إلى أشخاص ليسوا أطرافاً فيها، وهذا يعد خروجاً على «مبدأ نسبية أثر العقد»؛ فالأصل أن الأشخاص الذين لم يوقعوا على اتفاقية العمل الجماعي يعتبرون من "الغير" بالنسبة

(1) - انظر فيما يتعلق بأحكام هذا النظام في التعاقد، أحكام المادة 116 من القانون المدني الجزائري.

(2) - بن عزوز بن صابر، الوجيز في شرح قانون العمل الجزائري، المرجع السابق، ص. 148.

(3) - زواوي فريدة، المرجع السابق، ص. 277.

(4) - أبو عمرو مصطفى أحمد، المرجع السابق، ص. 196.

(5) - عياد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 120.

لهذا العقد فهم لا يملكون تعديل العقد وإنهائه ومع ذلك فإن آثار هذا العقد تسري عليهم كما سبق الذكر.

الفرع الثاني

عقد الصلح الواقي من الإفلاس

يعتبر الصلح الواقي من الإفلاس استثناءً على مبدأ نسبية أثر العقد، وهو نظام قانوني يهدف إلى تمكين المدين حسن النية من تجنب شهر إفلاسه عن طريق اتفاق يقع تحت إشراف القضاء، مع أغلبية الدائنين وتلتزم فيه الأقلية برأي الأغلبية. وهو بهذا يعتبر استثناءً من مبدأ نسبية العقد لأنه يلزم أشخاصاً لم يشاركوا فيه وحتى أشخاصاً اعترضوا عليه⁽¹⁾.

ودراسة الصلح الواقي من الإفلاس تقتضي منا تحديد مفهومه (أولاً)، وبعد ذلك التعرض لآثاره في ضوء «مبدأ نسبية أثر العقد» (ثانياً).

أولاً: مفهوم الصلح الواقي من الإفلاس

الصلح هو الاتفاق الذي يتم بين المدين وجماعة الدائنين⁽²⁾، والذي يسعى فيه المدين لاتقاء خطر الإفلاس، ويعرّف الصلح الواقي من الإفلاس بأنه: "عقد بين المدين وجماعة الدائنين يبرم روفقا للإجراءات المنصوص عليها في القانون، وهي موافقة أغلبية الدائنين على شروطه مع تصديق المحكمة عليه"⁽³⁾.

(1) - منصور محمد حسين، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 301. الحكيم عبد المجيد وآخرون، المرجع السابق، ص. 141.

(2) - المقصود بجماعة الدائنين؛ هي تلك الجماعة التي تتمتع بمركز مستقل نوعاً ما إزاء طوائف مختلفة من الدائنين وذوي الحقوق، أمثال الدائنين المرتهنين والممتازين، والدائنين الذين لهم حقّ الحبس أو المقاصة أو الفسخ، والملاك الذين لهم حقّ الاسترداد، حيث أنّ مصالح هؤلاء متعارضة مع مصلحة جماعة الدائنين في تطبيق مبدأ المساواة على الجميع. انظر: خالص نافع أمين، جواد كاظم نعمة، الآثار القانونية للصلح الواقي من الإفلاس، مجلة العلوم القانونية، العدد الخاص 5، كلية القانون، جامعة بغداد، 2019. ص. 392.

(3) - البلوشي نورة غلوم، الصلح الواقي من الإفلاس في النظام القانوني الإماراتي مع القانون المصري، "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2019. ص. 09.

فالأساس في الإفلاس أنّ الدائنين يسعون إلى الحصول على ديونهم لدى المدين المفلس، وكل أملهم أنّ لم يستطيعوا الحصول على كلّ ما لهم لدى المدين المفلس من ديون فلا مانع من الحصول على القدر الأكبر من هذه الديون، وأيضا يسعى المفلس إلى العودة لمزاولة نشاطه وإدارة أمواله وتحقيق الأرباح منها⁽¹⁾. لذا يسعى كلّ من المدين والدائنين إلى الوصول لاتّفاق يمكن من خلاله تسديد الديون أو جزء منها؛ فقد يرى الدائنون أنّ يقبلوا الصّح لتوقي تقسيم أموال المدين الحالية لديه، وقد تكون قليلة بحيث لا يستوفي الدائنين شيء يذكر من مديونيتهم لديه، وغالبا ما تتمثل عملية الصّح في إمهال المدين فترة زمنية يستطيع خلالها تقسيط المبالغ على دفعات متفق عليها، وقد يكون هناك اتّفاق على التنازل على جزء من مديونيتهم نظير الحصول على الجزء المتبقي من هذه المديونية⁽²⁾. وفي الغالب المدين هو من يقوم بطلب الصّح اتقاء الإفلاس، وعليه في هذه الحالة أنّ يقدمه إلى المحكمة أو إلى وكيل التقلية، حيث يعرض الأمر على الدائنين ويلزم موافقة أغلبية مُعيّنة بحسب ما تقرّه القوانين⁽³⁾. وقد اختلف الفقه حول الطبيعة القانونيّة للصّح؛ فذهب البعض إلى اعتباره عقدا، بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأنه إجراء قضائي طالما أنّه يخضه للتصديق من طرف المحكمة، غير أنّ الرأي الراجح هو عقدا ويخضع للقواعد التّعاقدية بشكل عام⁽⁴⁾، كما أنّه يشكّل استثناء من مبدأ نسبيّة العقد لإلزامه الغير الذين لم يوافقوا عليه، ويتميّز هذا العقد بخصائص ثلاثة:

الخاصية الأولى: أنّه عقد يقع بين المفلس وجماعة الدائنين؛ أي أنّه لا يجوز أنّ يتمّ بين المفلس وكل واحد من الدائنين على انفراد.

(1) - الصادق أحمد المصطفى، الصّح الواقي من الإفلاس "شروطه وطبيعته القانونيّة"، دراسة مقارنة، بحث منشور في المجلة السودانية، العدد 1، جامعة شندي، السودان، 2018. ص. 10.

(2) - العمارة عبير مازن، المرجع السابق، ص. 84.

(3) - الصادق أحمد المصطفى، المرجع السابق، ص. 10.

(4) - زاوي فريدة، المرجع السابق، ص. 285 - 286.

الخاصية الثانية: المشرع أخضع عقد الصلح لرقابة القضاء؛ إذ يلزم صدور حكم بالتصديق عليه، وذلك رعاية منه لمصلحة أقلية الدائنين الذين لم يوافقوا على الصلح.

الخاصية الثالثة: عدم التفليس بالتفليس، فيجب لإبرام عقد الصلح مع المفلس أن يكون إفلاسه خاليا من التفليس؛ ذلك لأن الصلح يفترض قدرا من الأمانة والثقة في المدين⁽¹⁾.

ثانيا: أثر عقد الصلح الواقي من الإفلاس على مبدأ نسبية العقود

إن أطراف عقد الصلح الواقي من الإفلاس هم؛ المدين التاجر والدائنون الذين صوتوا على الصلح، فالصلح بمجرد التصديق عليه من المحكمة، يصبح نافذا وينتج آثاره ويكون ملزما لأطرافه؛ حيث يلتزم المدين بتنفيذ شروط الصلح التي تم الاتفاق عليها⁽²⁾، كما تسري آثار الصلح على جماعة الدائنين العاديين، أما الدائنون الراضون للصلح فإنهم - من حيث الأصل - يعتبرون "غيرا" عن هذا العقد، ومع ذلك فإن آثار عقد الصلح تسري عليهم، فلا يستطيعون مطالبة المدين إلا في الميعاد المحدد في عقد الصلح وذلك استثناءً على «مبدأ نسبية أثر العقد»⁽³⁾.

تؤكد المادة 1/330 من (ق.ت.ج) ذلك بنصها على أن: «التصديق على الصلح يجعله ملزما لكافة الدائنين سواء كانت قد تحققت ديونهم أم لا». فيتضح من خلال هذا النص أن عقد الصلح الواقي من الإفلاس بما تضمنه من شروط يسري إجباريا على جميع الدائنين؛ سواء من حضر منهم جلسة التصويت على الصلح وصوت لصالح منح المدين هذا الصلح أو خالف أو اعترض على هذا الصلح⁽⁴⁾، حتى أن نص المشرع الجزائري جاء عاماً، لذلك تشترط المادة 318 ف.1 من (ق.ت.ج) أن يوافق على الصلح الواقي أغلبية الدائنين الذين اشتركوا في التصويت،

(1) - الصادق أحمد المصطفى، المرجع السابق، ص. 11.

(2) - خالص نافع أمين، جواد كاظم نعمة، المرجع السابق، ص. 386.

(3) - السعدي محمد صبري، المرجع السابق، ص. 356. العمارة عبيد مازن، المرجع السابق، ص. 88.

(4) - زواوي فريدة، المرجع السابق، ص. 286.

وأن تمثل هذه الأغلبية على الأقل ثلثي الديون العادية لانعقاد الصّح (1). والحكمة من تقرير هذه الأغلبية المزدوجة (العددية والقيمية) هي لحماية الدائنين الذين لم يصوتوا على الصّح، حيث أنّ آثار الصّح تسري عليهم استثناءً على «مبدأ نسبية أثر العقد»، وهذا يجب أن يكون في أضيق الحدود (2).

ولا يخص الصّح إلاّ الدائنين العاديين الذين نشأت ديونهم قبل تقديم الصّح؛ أمّا الدائنون المرتهنون والدائنون الذين يتمتعون بتأمين عيني فلا تحسب أصواتهم إلاّ إذا تنازلوا عن تأمينهم (3). والمقصود هنا بالدائن العادي هو من يعتبر كذلك وفقا لأحكام الإفلاس، فبائع المنقول الذي لم يقبض ثمن المبيع مثلاً، هو دائن ممتاز طبقاً لأحكام القانون المدني، ولكن أحكام الإفلاس تحرمه من امتيازته وتجعله دائناً عادياً إذا دخل المبيع مخازن المشتري أو مخازن وكيله المكلف ببيعها (4).

إن الصّح إذن يسري على بائع البضائع وعلى كلّ الدائنين العاديين الذين نشأت ديونهم قبل تقديم طلب الصّح، ولو لم يشتركوا في إجراءاته أو لم يوافقوا عليه (5)؛ أمّا بالنسبة للدائنين العاديين الذين نشأت حقوقهم بعد تقديم طلب الصّح أو إنشائه، وكذلك للدائنين أصحاب حقوق الامتياز والدائنين المرتهنين الذين لم يتنازلوا عن تأمينهم، فلا يحتج عليهم بالصّح إذ يعتبرون

(1) - تقضي المادة 318 من (ق.ت.ج) أنه: «لا يقوم الصّح إلاّ باتفاق الأغلبية العددية للدائنين المقبولين انتهائياً أو وقتياً، على أنّ يمثلوا الثلثين لجملة مجموع الديون، إلاّ أنّ ديون الذين لم يشتركوا في التصويت تخفض لحساب الأغلبية في العدد أو في مقدار المبالغ ويمنع التصويت بالمراسلة».

(2) - العمارة عبير مازن، المرجع السابق، ص. 87.

(3) - تنص المادة 319 ف.1 (ق.ت.ج) على أن: «لا تحتسب في إجراءات الصّح أصوات الدائنين المتمتعين بتأمين عيني، بخصوص ديونهم المضمونة على الشكل المذكور، إلاّ أنّ يتنازلوا عن تأميناتهم».

(4) - خالص نافع أمين، جواد كاظم نعمة، المرجع السابق، ص. 392.

(5) - البلوشي نورة غلوم، المرجع السابق، ص. 84.

من "الغير" وفقا لما تضمنته المادة 330 ف.2 (ق.ت.ج)(1).

فالاحتجاج بالصّح على الدّائنين الرافضين له أو الغائبين يعدّ استثناءً فعلياً على مبدأ نسبية العقد، لكن يظل القانون يحمي "الغير" ويخفف من حدة الاستثناء، إذ يعطي لهؤلاء الدّائنين حقّ المعارضة في الصّح وفقا للمادة 323 (ق.ت.ج)(2)، في حين أنّه ليس للدائنين أصحاب التأمينات العينية الذين لم يتنازلوا عنها مثل هذا الحقّ.

نخلص إلى العقود الجماعية باعتبارها استثناءً على مبدأ نسبية العقد، تبقى خاضعة للقواعد العامّة من حيث طريقة إبرامها إذ من الضروري موافقة الأطراف الذين أبرموها، لكن نظراً لكون أحد أطرافها على الأقل مجموعة من الأشخاص - وهي نقابة العمال بالنسبة لعقد العمل الجماعي، وأغلبية الدّائنين بالنسبة لعقد الصّح - فإن أحكامها مخالفة نوعاً ما للقواعد العامّة في العقد الذي يعتبر قانون العلاقات الخاصّة بالدرجة الأولى، فهو لا يلزم إلا الأطراف المتعاقدة على عكس العقود الجماعية التي تلزم مجموعة من الأطراف أو تنظم مصالح جماعة مُعيّنة غير ممثلة تمثيلاً كاملاً، فأثار العقود التي تبرمها الجماعة الممثلة تتصرف إلى جميع أفراد الجماعة، وهو ما يعتبر استثناءً من «مبدأ نسبية أثر العقد» تفرضه الطبيعة الخاصّة لهذه العقود، وهذا لا يؤدّي إلى الإضرار بحقوق الغير ما دامت الجماعة الممثلة لهم تلتزم بالعقد أيضاً.

(1) - تقضي المادة 330 ف.2 من (ق.ت.ج) على أن: «غير أنّه لا يمكن الاحتجاج بالصّح قبل الدّائنين ذوي الامتياز والمرتهنين عقارياً الذين لم يتنازلوا عن تأمينهم، ولا قبل الدّائنين العاديين الذين نشأ حقهم أثناء مدة التسوية القضائية أو الإفلاس».

(2) - تقضي المادة 323 ف.1 من (ق.ت.ج) على أنّه: «يحق لجميع الدّائنين الذين كان لهم حق المشاركة في الصّح أو الذين حصل إقرار بحقوقهم منذ إبرامه، أن يعارضوا فيه، وتكون المعارضة مسببة ويتعين إبلاغها للمدين ووكيل التفليسة في الثمانية أيام التّالية للصّح، وإلا كانت باطلة، وتتضمن إعلانات بالحضور لأول جلسة للمحكمة».

خاتمة

خاتمة

تم بحمد الله البحث الخاصّ بمبدأ نسبيّة أثر العقد وتطبيقاته في القانون المدني الجزائري، ونود أنّ ننوه في هذه الخاتمة إلى أهمّ النتائج وكذا الاقتراحات التي توصلنا إليها من خلال البحث.

أولاً: على مستوى النتائج.

✓ تكاد تجمع التشريعات والقوانين المختلفة وفي مقدمتها القانون المدني الجزائري على ضرورة الالتزام بنطاق «مبدأ نسبيّة أثر العقد»، هذا المبدأ الذي كان له بالغ الأثر على نظريّة العقد عبر مختلف مراحلها التاريخية منذ ظهور القانون الروماني والقانون المدني الفرنسي القديم لغاية القوانين المدنية الحالية.

✓ قمنا باستجلاء مفهوم «مبدأ نسبيّة أثر العقد» وحددنا ذلك المفهوم في أنّه عبارة عن حظر امتداد الأثر القانوني للعقد إلى شخص تقضي المبادئ العامّة بحمايته من أن يمتد إليه، ولا شك في أنّ المبادئ العامّة تقضي بعدم انصراف أثر العقد إلى من لم يرتضي أو يرضى الأطراف انصراف ذلك الأثر إليه، وكذلك العكس، بمعنى أنّه لا مانع من انصراف أثر التصرف إلى شخص طالما ارتضى ورضي الأطراف انصراف أثر العقد إليه.

✓ استخلصنا من خلال البحث اختلاف مواقف الفقه القانوني بشأن «مبدأ نسبيّة أثر العقد» وأهمية وجوده، فمنهم من ذهب إلى أنّه (مبدأ) ينبغي التسليم بوجوده ولا يقبل النقاش في ذلك أو التشكيك فيه متأثراً بالجذور الرومانية لهذا المبدأ والتي تجسدت في نصوص القانون المدني الفرنسي، وهناك اتجاه فقهي مهم آخر سواءً كان في الفقه الفرنسي أو العربي، ذهب إلى ضرورة إلغاء هذا المبدأ لكونه مجرد موروث لم يعد له أيّة قيمة قانونية. ولكن ثبت لنا عدم التسليم بهذا الرأي الأخير فمن غير الممكن التخلي عن مبدأ نسبيّة العقد؛ وذلك نتيجة للوظيفة القانونيّة المهمة التي يؤديها في إطار العقد والتي تعدّ غاية القانون من النص عليه، فهو وسيلة تضمن حماية لكل من أطراف العقد والغير، ومن ناحية أخرى فهي تمثل وسيلة لتحقيق الاستقرار في

المعاملات. ومن ذلك يتضح الدور المهم الذي يقدمه مبدأ النسبية في إطار العلاقات التعاقدية، والذي يجعل منها مبدأ مهما لا يمكن الاستغناء عنه في ضبط وتنظيم الآثار الناشئة عن أطرافه وحماية أطرافه والغير.

✓ من خلال دراستنا لمبدأ «نسبية أثر العقد» برزت أهمية تحديد نطاقه القانوني أو الأشخاص الذين تنصرف إليهم آثار العقد وتمييزهم عن الغير، حيث أنّ تطبيق القواعد القانونية يختلف تبعا لوصف الشخص فيما إذا كان طرفا في العقد أم كان من الغير عنه. وقد نظرنا إلى نطاق مبدأ نسبية العقد من جهتين؛ الأولى جهة أثره الملزم الذي يمثل علاقة التزام تنشأ بين المتعاقدين، حيث لا ينصرف هذا الأثر إلى الغير بموجب هذا المبدأ، والجهة الثانية هي حجته التي تعني أن للعقد وجودا قانونيا يؤدي إلى أن الغير وإن لم يكن طرفا في العقد، إلا أنه يكون نافذا في مواجهته.

✓ إذا قمنا بتحديد نطاق مبدأ النسبية على أنه يسري بدهاءة إلى أطرافه المتعاقدة، فإن مسألة تحديد صفة الطرف وتمييزه عن الغير بالنسبة للعلاقات التعاقدية، لم تكن مسألة سهلة، بل أنّ عدم وجود نصّ قانوني في القانون المدني الجزائري يحدّد بدقة هذين المفهومين ويميز بينهما، أدى إلى اختلاف الفقه القانوني بشأن تحديدهما، فكانت النتائج التي تم التوصل إليها متباينة تبعا لاختلاف المعيار المعتمد في التمييز بين المفهومين.

✓ لقد توصلنا إلى قناعة راسخة بأنه لا يمكن الاعتماد على أي من المعايير التي طرحت بمفرده من أجل تحديد صفة الأطراف في العقد، لذلك استنتجنا أنّ الإرادة والمصلحة لا يبدآن تجتمع في شخص الطرف لأنّ التعبير عن الإرادة إنّما يكون بدافع المصلحة ومن كان لديه مصلحة من تصرف قانوني ما لا يبدآن أنّ يعبر عنها بإرادته، أمّا إذا تحقق أحدهما أي أنّ الشخص كانت له مشاركة إرادية في التصرف القانوني ولكن لا مصلحة لديه أو حصل العكس، في هذه الحالة لا يكون الشخص طرف في العقد ما لم تتدخل إرادة المشرع في منحه هذه الصفة، كما هو الحال في الخلف الخاص إذ يعد صاحب مصلحة بتصرفات سلفه ولاسيما في

التصرف القائم بينهما؛ لأنه يحصل على حقوق سلفه ولكن تلك المصلحة لم يسع بإرادته إلى تحقيقها إنما بإرادة المشرع وطبقا لشروطه. ومن جهة أخرى قد تكون لإرادة الشخص دخل في التصرف ولكن ليس له أي مصلحة كما هو الحال في (النائب) الذي لا يعد طرفًا بمفهوم مبدأ نسبية أثر العقد.

✓ بالإضافة إلى العاقدين والخلف الخاص، استخلصنا أن نطاق العقد يشمل أيضاً الخلف العام عملاً بأحكام المادة 108 من (ق.م.ج)؛ والخلف العام في القانون المدني الجزائري تنصرف إليه حقوق العقد فقط دون الالتزامات، حيث أن الالتزامات توفى من التركة على عكس القانون الفرنسي الذي يعتبر الخلف العام امتداداً لشخصية السلف، حيث تنتقل إليه العقود التي أبرمها سلفه بما تتضمنه من حقوق والتزامات أيضاً، وبذلك نرى أن القانون المدني الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية أكثر تحقيقاً للعدالة من القانون الفرنسي، فالسماح بانتقال الالتزامات من الخلف إلى السلف يدفع السلف إلى الاستدانة في حياته على اعتبار أن ورثته سوف يوفون ديونه بعد وفاته. أما بالنسبة إلى الخلف الخاص فإنه يتلقى الحق من السلف بالحالة التي كان عليها في ذمة السلف ويشترط ذلك توفر شروط معينة وردت في المادة (109) من القانون المدني الجزائري، فالخلف الخاص يعتبر طرفاً في العقد إذا توافرت هذه الشروط.

✓ أما بالنسبة إلى الدائن العادي - وإن كانت معظم كتب القانون تتطرق له عند دراستها لأطراف العقد - إلا أنه يمثل طائفة قائمة وحدها؛ فلا يمكن اعتباره طرفاً فيه لا أصالةً ولا نيابةً، كما لا يمكن اعتباره خلفاً ما دام لا يتلقى عن سلفه حقاً من الحقوق فلا تطبق عليه قاعدة الاستخلاف. وقد توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى اعتباره من الغير المعني بالعقد، فأثر العقد الذي يبرمه المدين لا ينصرف إلى دائئه، فالدائن لا يصبح دائماً بالحقوق الناشئة عن عقد المدين ولا مديناً بالالتزامات الناشئة عن هذا العقد، وهو يتأثر بالعقد الذي يبرمه المدين تبعاً لتأثير العقد في ذمة المدين المالية، وهذه مسألة لا تتعلق بأثر العقد وإنما بحجّيته.

✓ إنَّ الوجه الثاني لنطاق مبدأ نسبيّة العقد هو عدم انصراف آثاره إلى الغير، وقد وجدنا أنّ تحديد مفهوم "الغير" كان محلّ اهتمام الفقه القانوني، وذلك في ظل سكوت التشريعات عامة والقانون المدني الجزائري بصفة خاصة، عن وضع تعريف "للغير"، فظهرت العديد من الآراء الفقهية التي حاولت تعريفه أو حتّى وضع معيار تتحدد بموجبه طائفة الأشخاص الذين يعدون من الغير عن العقد. وقد خلصنا إلى أنّ لمفهوم الغير في نطاق بحثنا معنيين؛ يتمثل الأول بالنسبة للغير في مجال الأثر الملزم بمعنى أنّه كلّما عدا المتعاقدين فهذا معناه أنّ ما عداهم يدخل تحت مفهوم الغير، أمّا المعنى الثاني: فيظهر بالنسبة إلى الغير في مجال النفاذ، وهذا الغير يشمل الكافة، فلا يجوز وفقا لمبدأ نفاذ العقد للغير أن يتنكر لوجود العقد باعتباره واقعة اجتماعية، فيحتج عليه بالعقد، كما يستطيع هو أنّ يحتج بهذا العقد، لذلك لا يوجد تناقض بين اعتبار الشخص غيرا بالنسبة لأثر العقد مع اعتبار العقد ذا حجّية عليه.

✓ إن أثر العقد يمثّل علاقة التزام بين المتعاقدين، وعليه إذا اعترف شخص آخر بالوجود القانوني للعقد، فهذا لا يتعارض مع وصفه بالغير عن هذا الأثر، وما دام الشخص لا يستفيد من مضمون العقد ليكسب حقا من الغير وإنما يحمل هذا الأخير على الاعتراف بوجود العقد والمركز القانوني الذي ينشأ عنه، فإن هذا العقد مفروض على الجميع دون أدنى شك لكونه واقعة لا يمكن أن تنكر وجودها.

✓ إن المشرّع الجزائري نص في حالات معينة - كالدعوى البوليصة والصورية، عدم ثبوت تاريخ العقد، عدم التسجيل والشهر - على عدم نفاذ العقد في مواجهة الغير، وهذا يعني طبقا لهذا التوجه أنّ القاعدة العامّة هي أن ينفذ العقد في مواجهة الغير؛ لأن العقد لو لم يكن نافذا في مواجهته لما احتاج المشرّع للتدخل ومن ثم النص على عدم نفاذه في الحالات المذكورة. ونفاذ العقد يعني بصورة عامة أن للعقد وجودا قانونيا لا يمكن للغير أن يتجاهله.

✓ بدا واضحا جليا من خلال البحث أنّ مبدأ نسبية أثر العقد يجد تطبيقاته في العديد من القضايا العملية على ضوء القانون المدني الجزائري؛ حيث بيّنا من خلالها الأشخاص الذين

ينطبق عليهم وصف المتعاقدين وكيف أنّ الغير بموجب هذا المبدأ يظلّ بمعزل عن العقد دون أن ينوشه أثره، وقد وضعنا القارئ أمام بعض التطبيقات العملية التي تظهر أبرز الأوضاع في جانبين: جانب **العلاقة العقدية** التي لا تتجاوز طرفيها، ثم الحل المطروح لما قد يسببه "الغير" من إخلال بهذه العلاقة أي محاولة الرجوع إلى **المسؤولية العقدية**.

✓ بالنسبة لنسبية أثر العقد في **جانب العلاقة العقدية**: فقد ظهرت لنا في التطبيق علاقات مختلفة بيّنا فيها أنّ آثار العقود تقتصر على أطرافها وأنّ الغير الأجنبي يحتفظ بوصفه أجنبياً عن هذه العقود، مثلما يبدو في:

1- **الإنابة في التعاقد** التي تعتبر تطبيقاً لمبدأ «نسبية أثر العقد»، وهو ما استقر عليه أغلب الفقه القانوني، فإذا كان أثر العقد لا ينصرف إلا إلى المتعاقدين فإنه ينصرف إلى الأصيل لأنه متعاقد؛ لأن المتعاقد ليس من يعبر عن إرادته بنفسه فقط وإنما من يمثل فيه أيضاً. وبالتالي فإنّ الشّخص متى ما وصف أنه "أصيل" بالنسبة للعقد الذي يبرم بواسطة النيابة لا يعتبر طبقاً للمبادئ العامة من طائفة "الغير"، وإنما هو طرف في العقد ويخضع لأحكامه.

2- **يعدّ التعهّد عن الغير** تطبيقاً لمبدأ «نسبية أثر العقد» وليس استثناء عليه؛ ذلك لأنّ العقد الذي يبرمه المتعهّد لا يلزم الغير المتعهّد عنه إلا إذا قبله أو أقرّه، ويكون إقرار الغير للتعهد بمحض إرادته والأثر الرجعي للإقرار لا يجعل المتعهّد عنه من الغير لأنّ هذا الأثر هو نتيجة الإقرار، ويفترض في الغير أنّه كان يدرك ذلك عند إقراره العقد.

3- من التطبيقات على مبدأ نسبية العقد أيضاً تطرّقنا إلى حالة **تصرّف الفضولي**، حيث يعتبر صاحب المال غيراً عن التصرفات التي تصدر عن الفضولي إذا لم يجزها، فلا تسري هذه التصرفات بحقه، وهذا تطبيقاً لمبدأ نسبية آثار العقود، أمّا إذا أجاز صاحب المال التصرف الصادر من الفضولي في ماله، فإنّ هذه الإجازة تجعله طرفاً في العقد وتتصرف إليه الآثار الناتجة عن العقد، كأن العقد قد صدر منه.

4- **البيع المتعاقبة**، فالمشتري الأخير هو "غير أجنبي" بالنسبة للبائع الأول لذلك لا يستطيع

أحدهما أن يرجع على الآخر بدعوى مباشرة للمطالبة بتعويض العيب الخفي الذي يظهر في المبيع في الحالات التي يجوز فيها ذلك، وهذا الحكم ما هو إلا تطبيق لمبدأ نسبية أثر العقد ولا تجوز مخالفته إلا بناءً على نص قانوني، وفي غياب هذا النص لا يستطيع المشتري الأخير إن يرجع إلا على بائعه المباشر.

5- ومن التطبيقات التي قمنا بدراستها أيضا **بيع ملك الغير**، فهذا التصرف لا يسري بحق مالك الشيء إذا لم يقره ويعتبر من الغير بالنسبة له، أما إذا أقره فإنه يصبح طرفا في العقد، وتنشأ علاقة مباشرة بينه وبين المشتري، وذلك يعتبر تطبيقاً لمبدأ نسبية أثر العقد.

6- **عقد الصلح** يخضع في آثاره وفي كل أوضاعه لمبدأ نسبية أثر العقد، أيًا كان، سواء كان الأثر منشأ أو أثر انقضاء، وسواء ورد على حق عيني أو شخصي، فإن هذا الحق لا يمثل إلا علاقة نسبية تقتصر على طرفي عقد الصلح، ولا يصبح "الغير" بموجبه دائنا أو مدينا.

7- **يعدّ عقد الإيجار من الباطن** تطبيقاً عملياً على مبدأ نسبية العقود، حيث أنّ العلاقة ما بين المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن يحكمها عقد الإيجار من الباطن دون مراعاة لعقد الإيجار الأصلي، أما المؤجّر فيعتبر "غيراً أجنبياً" عن الإيجار من الباطن، وينتج عن ذلك أن العقد من الباطن لا يعتبر عملية قانونية يصبح بموجبها "الغير" المتعاقد من الباطن طرفاً في العلاقة العقدية الناشئة عن العقد الأصلي.

8- لقد اعتبرنا **عقد إعادة التأمين** كذلك من التطبيقات المهمة لمبدأ نسبية العقد، حيث لا تنشأ عنه أيّ علاقة قانونية بين المؤمن له ومعيد التأمين الذي يبقى كلّ منهما أجنبياً عن الآخر، فلا يمكن أن يكون للمؤمن له الحق بمطالبة معيد التأمين بما حصل عليه من المؤمن لأنه ليس طرفاً في العلاقة العقدية طبقاً لنسبية أثر العقد.

9- من زاوية أخرى تطرّفنا من خلال هذه الدراسة إلى تطبيقات أخرى لا تقل أهمية عن جانب العلاقة العقدية وهي **جانب المسؤولية العقدية للمتعاقد** عن فعل الغير الأجنبي، التي أقرّها المشرّع الجزائري بصورة غير مباشرة في المادة 178 من (ق.م.ج)، فعلى الرغم أن هذا النص

لم يضع قاعدة عامة مباشرة لهذه المسؤولية إلا أنه لا يتصور انطباقه إلا إذا كان المتعاقد يسأل مسؤولية عقدية عن الخطأ الذي يرتكبه الغير الذي يعهد إليه بتنفيذ الالتزام العقدي.

✓ ثم أننا استخلصنا أنّ المشرّع الجزائري قد أورد بعض التطبيقات لهذه المسؤولية بصدد عقود مختلفة منها؛ المسؤولية العقدية للمؤجر في مواجهة المستأجر، وكذلك الحكم بالنسبة لمسؤولية المقاول من الباطن ومسؤولية الوكيل عن نائبه ومسؤولية صاحب الفندق في مواجهة زبائنه.

✓ لقد توصلنا من خلال دراسة نطاق «مبدأ نسبية أثر العقد»، إلى أنّ هذا المبدأ لم يعد ذلك المبدأ الصارم الذي كان يعرف في ظل القانون الروماني القديم، والذي كان يطبق على مجرد علاقات عقدية بسيطة، بل أنه اليوم أصبح مبدأ قانونيا مرنا له حدود تجاه الغير، حيث أنه يسمح بالخروج عنه كلما اقتضى تطور المعاملات ذلك. لذلك اهتمت دراستنا لهذا المبدأ بتوضيح أهم الاستثناءات الواردة عليه، فبدأ نسبية أثر العقد هو مبدأ مرن يواكب التطورات التي تطرأ على العلاقات التعاقدية، حيث يجيز انصراف آثار العقد إلى "الغير" استثناء كلما وجدت ضرورة لذلك.

✓ لقد وجدنا أنّ القانون المدني الجزائري قد قرّر استثناءات على مبدأ نسبية العقد، لتفادي ما قد يؤدي إليه من نتائج غير عادلة، وهذه الاستثناءات أساسا قد تمثلت في الدّعى المباشرة وكذا نظرية الأوضاع الظاهرة حيث اعتبرناها من قبيل الاستثناءات التشريعية (القانونية)، أما الاستثناءات الاتفاقية فقد تمثلت في الاشتراط لمصلحة الغير والعقود الجماعية.

✓ قد يقرر القانون في حالات محددة دعوى مباشرة للدائن يصبح بها دائما مباشرا لمدين مدينه، فهذه الدّعى تلزم الغير مع أنه ليس طرفا في العقد، وهذا ما يظهر في حالات العقود من الباطن المعروفة التي تناولناها في البحث؛ فهذه الحالات تصطدم مع حقيقة «مبدأ نسبية أثر العقد» من أن المتعاقد من الباطن هو غير أجنبي عن العقد الأصلي، لكن الغير يلزم بأثر العقد بموجب الدّعى المباشرة استثناء على «مبدأ نسبية أثر العقد»، فهناك ضرورة عملية لأن

يلزم المتعاقد من الباطن مباشرة تجاه الدائن لأن ذلك يحقق هدفا اجتماعيا من الناحية العملية. ✓ ومن الاستثناءات القانونية أيضا نظرية الأوضاع الظاهرة، فهذه النظرية وإن لم يرد بشأنها نص صريح في القانون الجزائري إلا أن تطبيقاتها واضحة في نصوص متفرقة من القانون وكذا في تطبيقات القضاء، فتصرف المالك الظاهر مثلاً يعتبر ساريا بحق المالك الحقيقي استثناء على «مبدأ نسبية أثر العقد»، عند توافر شروط معينة تناولناها من خلال الدراسة.

✓ يجوز أن يكسب الغير حقاً من العقد، ويتحقق هذا عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير الذي نظمه المشرع الجزائري كاستثناء على مبدأ نسبية أثر العقد، ففي هذا الاشتراط يمكن لإرادة المتعاقدين وحدها أن ترتب للغير حقاً ينشأ عن العقد على الرغم من أنه لم يكن طرفاً فيه. ✓ يعدّ عقد العمل الجماعي أيضاً استثناء على مبدأ نسبية أثر العقد، فهذا العقد يسري بحق جميع عمال المؤسسة بما فيهم العمال غير المنتسبين إلى النقابة وفقاً لأحكام قوانين العمل الجزائرية.

ثانياً: على مستوى الاقتراحات

إن دراستنا لمبدأ نسبية أثر العقد وتطبيقاته في القانون المدني الجزائري، جعلتنا نسجل بعض الملاحظات والاقتراحات التي نجملها في النقاط التالية:

✓ نقترح تعديل القانون المدني الجزائري بوضع معيار واضح يمكن الاستناد إليه لتمييز "أطراف العقد" عن "الغير" بالنسبة لآثار العقد وإزالة اللبس الذي يكتنفهما، ونقترح لذلك المعيار الذي سبق أن توصلنا إليه بنتيجة هذه الدراسة وهو معيار الإرادة والمصلحة من العقد، فهذا المعيار في غاية الأهمية، حيث بيّنا أهميته عند تحديد الأشخاص الذين تتصرف إليهم آثار العقد من غيرهم.

✓ نقترح على المشرع الجزائري إضافة مادة في التقنين المدني ضمن الفصل المتعلق

بالعقد، في قسمه الثالث المتضمن آثار العقد، هذه المادة يجب أن تحدد أثر العقد الذي يبرمه العاقد بالنسبة إلى دائنيه العاديين؛ وذلك لأن القانون المدني الجزائري أخذ بالمفهوم الواسع لمصطلح (العاقدين) لكنه لم يبين المركز القانوني للدائن العادي بالنسبة لآثار العقد، فهو لا يتأثر متأثراً مباشراً بالعقد الذي يبرمه مدينه العاقد، إلا أنه يتأثر على نحو مباشر بالآثار التي ترتبها تلك العقود على ذمته الماليّة، بسبب ما تحدثه من إنقاص في الحقوق وزيادة في الالتزامات أو بالعكس، لذا نقترح النص الآتي: (لا ينصرف أثر العقد الذي يبرمه العاقد إلى دائنيه العاديين مباشرة، إلا أنه م يستفيدون من زيادة حقوقه، ما لم يتبين من العقد أن العاقد قد أضر بدائنيه بزيادة التزاماته، فيعد من الغير في مواجهتهم).

✓ من أجل المحافظة على حقوق الورثة بوصفهم غيرا من تصرفات مورثهم في مرض الموت، ندعو المشرّع إلى النص في قانون الأسرة الجزائري على اعتبار وقت المرض هو الوقت الذي يتعلّق به حقّ الورثة؛ لأنّ الغاية منه هو لحفظ حقوقهم ولمنع الضّرر من تصرفات مورثهم بعد أن يتمّ التحقق من أنّ هذا المرض هو مرض الموت بالوسائل الشرعية والقانونيّة، وذلك من أجل حسم المسألة لاسيما وأنّ الفقه الإسلامي متباين في تحديد هذا الوقت.

✓ نقترح على المشرّع الجزائري تعديل نصوص القانون المدني وذلك بإيراد نصّ يؤكد في صياغته على وجوب احترام الغير للعقد وعدم المساس به، وأن كلّ تعدّد على حقوق الدائن التعاقدية من قبل الغير يلزم المعتدي بالتعويض.

✓ ندعو المشرّع الجزائري إلى تنظيم مسألة الأوضاع الظاهرة بنص خاص، طالما اعتمدها كأساس من أجل انصراف آثار العقد إلى الغير استثناء على مبدأ نسبيّة العقد، من دون الاقتصار فقط على ما هو عليه من نصوص متفرقة من القانون والاجتهادات التي أصدرها القضاء على مراعاة حقوق حسن النية ضمانا لاستقرار المعاملات وعدم إلحاق الضّرر بالغير، بل يتعين عليه أن يضع الأحكام التطبيقية للنصوص التشريعية الخاصة بنظريّة الوضع الظاهر.

توقفت قاطرة البحث عند الخاتمة، ولكنها لم توقف بالنسبة للمنظومة القانونية والعلمية بأسرها؛ فهناك الكثيرون من حملة اللواء في المجال القانوني، ممن يمكنهم تقديم الجديد، وذلك ما نرجوه، ونعلم علم اليقين بأنّ هناك من هم أعلى منّا هامة وقدراً وفكراً، ويمكنهم أن يتوصلوا لنتائج أفضل مما تمّ التوصل إليها.

وندعو الله بالتوفيق لجميع الباحثين والباحثات؛ ممن لا يظنون بأيّ جهد في سبيل التوصل لمعارف أو حلول في المجال القانوني.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

1- الكتب

أ- الكتب العامة:

- 1- أبو السعود رمضان، مصادر الالتزام؛ (ط.3)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.
- 2- أبو زهرة محمد، أحكام التركات والمواريث؛ (د.ط)، دار الفكر العربي، مصر، 1991.
- 3- أبو زهرة محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية؛ (د.ط)، دار الفكر العربي، بيروت، 1976.
- 4- أبو عمر مصطفى أحمد، علاقات العمل الجماعية، د.ط؛ دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- 5- أحمية سليمان، الوجيز في قانون علاقات العمل في التشريع الجزائري؛ (ط.2)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015.
- 6- أحمية سليمان، علاقات العمل الجماعية في التشريع الجزائري المقارن "القانون الإتفاقي"؛ (ط.2)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.
- 7- أشرف أحمد عبد الوهاب، إبراهيم سيد أحمد، عقد القرض والدخل الدائم والصّح في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء؛ (ط. 1)، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018.
- 8- بدوي حلمي بهجت، أصول الالتزامات، الكتاب الأول: "في نظرية العقد"، (د.ط)؛ مطبعة نوري، القاهرة، 1943.
- 9- البرعي أحمد حسن، علاقات العمل الجماعية في القانون المصري المقارن، ج.2، عقد العمل المشترك، دار الفكر العربي، مصر. (د.س.ن).
- 10- البكري محمد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد الثاني "مصادر الالتزام"؛ (ط.3)، دار محمود للنشر، القاهرة، 2018.
- 11- البكري محمد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد التاسع (عقد الوكالة- عقد الوديعة- عقد الحراسة- عقود الغرر "المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة)؛ (ط)، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة،

- 12- البكري محمد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد العاشر: (عقد التأمين - عقد الكفالة)، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018.
- 13- البكري محمد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد 6 (عقد الهبة - عقد الشركة - عقد القرض - عقد الدخل الدائم - عقد الصلح)؛ (ط.3)، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018.
- 14- البكري محمد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع، "عقد الإيجار في التقنين المدني الجديد"؛ (ط.5)، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2001.
- 15- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج. 2، "الواقعة القانونية: الفعل غير المشروع- الإثراء بلا سبب- والقانون"؛ (د.ط)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- 16- بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجديد، "وفق آخر التعديلات التشريعية ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا"، دراسة مقارنة؛ (د.ط)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015.
- 17- بن عزوز بن صابر، الوجيز في شرح قانون العمل الجزائري، مدخل إلى قانون العمل الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- 18- تتاغو سمير عبد السيد، عقد البيع، "شرح أحكام عقد البيع على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء"، ط. 1؛ مكتبة الوفاء، الإسكندرية، 2009.
- 19- تتاغو سمير عبد السيد، مصادر الالتزام؛ (ط.1)، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009.
- 20- جاك غستان، كريستوف جامان ومارك بيو، المطول في القانون المدني، "مفاعيل العقد وآثاره"، ترجمة منصور القاضي؛ ط.1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2000.
- 21- الجبوري ياسين محمد، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ج.1، "مصادر الحقوق الشخصية - مصادر الالتزامات - دراسة موازنة"، ط.2؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.
- 22- الجمال مصطفى، مصادر الالتزام؛ (د.ط)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
- 23- جمعة نعمان خليل، أركان الظاهر كمصدر للحق؛ (د.ط)، مطابع سجل العرب، القاهرة، 1977.

- 24-الحديدي أبو الفضل هاني بن فتحي، التأمين "أنواعه المعاصرة وما يجوز أن يلحق بالعقود الشرعية منها"، ط. 1، دار العصماء، دمشق، 2009.
- 25-حسنين محمد، عقد البيع في القانون المدني الجزائري؛ (د.ط)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- 26-حسين عامر، عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية "التقصيرية والعقدية"، ط. 2؛ دار المعارف، القاهرة، 1979.
- 27-الحكيم عبد المجيد، البكري عبد الباقي والبشير محمد طه، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج.1: مصادر الالتزام؛ (د.ط)، (د.د.ن)، العراق، 1980.
- 28-حمدان حسين عبد اللطيف، قانون العمل "دراسة مقارنة"، ط.1؛ منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
- 29-الخروبي خليفة، العقود المسماة، "الوكالة- البيع والمعاوضة- الكراء- الهبة"؛ (ط.2)، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2013.
- 30-دريال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، "مصادر الالتزام"؛ د.ط؛ دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- 31-الدنون حسن علي، أصول الالتزام؛ (د.ط)، مطبعة المعارف، بغداد، 1970.
- 32-الزين محمد، النظرية العامة للالتزامات، "العقد"، (ط.2)، (د.د.ن)، تونس، 1997.
- 33-السرحدان عدنان إبراهيم، خاطر نوري حمد، شرح القانون المدني، "مصادر الحقوق الشخصية"، ط. 1؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
- 34-سعد أيمن، مصادر الالتزام، "دراسة موازنة"؛ (د.ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014.
- 35-سعد نبيل إبراهيم، النظرية العامة للالتزام، "مصادر الالتزام"؛ (د.ط)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
- 36-السعداوي أحمد سلمان شهيبي، سميسم جواد كاظم جواد، مصادر الالتزام، "دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقہ الإسلامي"؛ (ط.1)، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، 2015.
- 37-السعدي محمد صبري، النظرية العامة للالتزامات، "القانون المدني الجزائري"، القسم الأول: مصادر الالتزام؛ د.ط، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1985.

- 38-سلطان أنور، الموجز في مصادر الالتزام؛ (د.ط)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.
- 39-سلطان أنور، النظرية العامة للالتزام، "أحكام الالتزام"؛ (د.ط)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- 40-السَّنهوري عبد الرزاق، الوجيز في شرح القانون المدني (1)، نظرية الالتزام بوجه عام، "المصادر- الإثبات- الآثار- الأوصاف- الانتقال- الانقضاء"؛ (د.ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966.
- 41-السَّنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (1)، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام "مصادر الالتزام"؛ (ط.3)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
- 42-السَّنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 5، "العقود التي تقع على الملكية (المجلد الثاني)، الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح"؛ (د.ط)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.س.ن)،
- 43-السَّنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 5، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الثاني (الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح)؛ (د.ط)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.س.ن)
- 44-السَّنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 6، المجلد الأول (العقود الواردة على الانتفاع بالشيء: الإيجار والعارية)؛ (د.ط)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.س.ن).
- 45-السَّنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 4، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول "البيع والمقايضة"، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.س.ن).
- 46-السَّنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 7، المجلد الأول: العقود الواردة على العمل (المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة)؛ (د.ط)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1964،
- 47-السَّنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 9، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية، القسم 1، أسباب كسب الملكية؛ (د.ط)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.س.ن).
- 48-السَّنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج. 2،

- "الإثبات-آثار الالتزام"؛ (د.ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.
- 49- السنهوري عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، "دراسة مقارنة بالفقه الغربي"، ج. 5؛ (ط.1)، دار إحياء التراث العربي، لبنان،
- 50- السنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، ج. 1؛ ط. 2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.
- 51- السنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، ج. 2، ط. 2؛ منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
- 52- سوار وحيد الدين، شرح القانون المدني، "النظرية العامة للالتزام"، ج. 1، (مصادر الالتزام)؛ ط. 2، المطبعة الجديدة دمشق، سوريا، 1977.
- 53- سوار وحيد الدين، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، ج. 2، ط. 1؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.
- 54- شنب محمد لبيب، دروس في نظرية الالتزام، "مصادر الالتزام"؛ (د.ط)، دار النهضة العربية، مصر، 1977.
- 55- صافي عبد الحق، القانون المدني، ج. 1: العقد "الكتاب الثاني: آثار العقد"؛ (ط.1)، (د.د.ن)، المغرب، 2007.
- 56- الصراف عباس حسن، المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير في القانون المقارن؛ (د.ط)، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، 1954.
- 57- عبد الرحمن أحمد شوقي، الدراسات البحثية في نظرية العقد، "في الفقه والقضاء المصري والفرنسي"؛ (د.ط)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.
- 58- عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، "نظرية العقد والإرادة المنفردة: دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي"، ج. 1؛ (د.ط)، مطبعة نهضة مصر، 1984.
- 59- عبد الله فتحي عبد الرحيم، شرح النظرية العامة للالتزام، "الكتاب الأول: مصادر الالتزام"؛ ط. 3؛ منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.
- 60- العبيدي علي هادي، الحقوق العينية؛ (ط. 8)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، (د.س.ن).
- 61- العدوى جلال علي، أصول الالتزامات، "مصادر الالتزام"؛ (د.ط)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
- 62- عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، "دراسة مقارنة بين القوانين

- المدنية العربية ومشروع القانون المدني العربي الموحد مع الإشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي ودور تقنيات الاتصال الحديثة في إبرام العقد؛ (ط.1)، دار الكتب العلمية، بيروت، 2015.
- 63- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، "مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري"؛ ط.6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- 64- علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، (د. ط)؛ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
- 65- العمروسي أنور، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني؛ (ط. 5)، دار العدالة، القاهرة، 2013.
- 66- عياد عبد الرحمن، أساس الالتزام العقدي، "النظرية والتطبيقات"؛ (د.ط)، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1971.
- 67- الفتلاوي صاحب عبيد، تاريخ القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998.
- 68- الفضل منذر، الوسيط في شرح القانون المدني، "دراسة مقارنة"؛ ط.1، دار أراس للنشر، العراق، 2006.
- 69- فيلاي علي، الالتزامات، "النظرية العامة للعقد"؛ (د.ط)، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2008.
- 70- قدادة خليل أحمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج.1، "مصادر الالتزام"؛ (ط.2)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 71- قرّة فتيحة، أحكام الوضع الظاهر؛ (د.ط)، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، 1978.
- 72- كحلون علي، النظرية العامة للالتزامات، "مصادر الالتزامات - أحكام الالتزامات"؛ ط. 1، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015.
- 73- محمد حسام محمود لظفي، النظرية العامة للالتزام، "المصادر - الأحكام - الإثبات"؛ (د.ط)، (د.د.ن)، القاهرة، 2007.
- 74- محمود جمال الدين زكي، قانون العمل؛ (ط. 3)، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1983.
- 75- محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد، "مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية"؛ ط.3، دار النهضة العربية، مصر، 1994.

- 76- مرقس سليمان، شرح القانون المدني، "العقود المسماة: عقد البيع"؛ (ط.4)، دار الهنا للطباعة، القاهرة، 1980.
- 77- المصاورة هيثم حامد، المنتقى في شرح قانون العمل، "دراسة مقارنة بالقانون المدني"، (ط.1)، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
- 78- منصور أمجد محمّد، النظرية العامة للالتزامات، "مصادر الالتزام"؛ ط.2، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2003.
- 79- منصور محمد حسين، قانون العمل في مصر ولبنان، (د.ط)؛ دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان، 1995.
- 80- منصور محمّد حسين، مصادر الالتزام، "العقد والإرادة المنفردة"؛ د.ط، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2000.
- 81- ناصيف إلياس، موسوعة العقود المدنية والتجارية، "أحكام العقد"، ج.2: مفاعيل العقد، دراسة مقارنة؛ (ط.3)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.
- 82- نجوان عبد الستار علي مبارك. الوضع الظاهر في القانون المدني، "مصدر جديد من مصادر الالتزام غير الإرادية"، دراسة تحليلية تأصيلية تطبيقية؛ (د.ط)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
- 83- هدفي بشير، الوجيز في شرح قانون العمل، "علاقات العمل الفردية والجماعية"، ط.3؛ دار الريحانة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.

ب- الكتب المتخصصة:

- 1- بودي حسن محمّد، حقوق الغير في العقود الماليّة "في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، (د.ط)؛ دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
- 2- الحراشة محمّد، فكرة عدم سريان التصرف القانوني، دراسة مقارنة؛ (د.ط)، مطبعة الأجيال، عمان، 2002.
- 3- خاطر صبري حمد، الغير عن العقد "دراسة في النظرية العامة للالتزام"، ط. 1؛ الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2001.
- 4- الدّيب محمود عبد الرحيم، مدى إلزام الغير بما لم يلتزم، "دراسة لإشكالات التعهّد عن الغير"،

- (د.ط)؛ دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1997.
- 5- عبد العزيز محمد، طلبة الراغبين في بيان حقوق الدائنين؛ (د.ط)، مطبعة المحروسة، مصر، 1993.
- 6- عجبل طارق كاظم، نظرية الخلافة الخاصة في التصرفات القانونية، "دراسة مقارنة"؛ (ط.1)، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
- 7- عصام أنور سليم، اعتبار الوارث من الغير استثناءً، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
- 8- فودة عبد الحكيم، النسبية والغيرية في القانون المدني، "دراسة عملية على ضوء الفقه وقضاء النقض"، (د.ط)؛ دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1996.
- 9- محمد محي الدين إبراهيم سليم، نطاق مبدأ نسبية أثر العقد، "دراسة مقارنة"، (د.ط)؛ دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
- 10- المراكشي هشام، الغير في القانون المغربي، "دراسة في تحديد المركز القانوني للغير - حماية الغير في النصوص القانونية والعمل القضائي"؛ (ط.1)، مكتبة المعرفة، المغرب، 2019.
- 11- وهدان رضا متوأي، انتقال آثار العقود إلى الخلف الخاص، "دراسة مقارنة"؛ (د.ط)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.

2- رسائل ومذكرات.

أ- أطروحات الدكتوراه:

- 1- أحمد إسحاق كمال مصطفى، أثر العقد في مواجهة الغير، "دراسة مقارنة في القانونين المصري والإنجليزي"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، 2014.
- 2- بدوي السيد، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، رسالة دكتوراه، تخصص القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1989.
- 3- بيسار محمود عبد الحي عبد الله، المشكلات القانونية لمبدأ نسبية أثر العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، 2009.
- 4- حليمي ربيعة، الغير في العقد، "دراسة في القانون المدني وبعض القوانين الخاصة"، رسالة دكتوراه، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2017.
- 5- رسلان نبيلة إسماعيل، النظرية العامة للعلاقات الثلاثية في القانون المدني المصري، رسالة

- دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا، مصر، 1986.
- 6- زكري إيمان، حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017.
- 7- زواوي فريدة، مبدأ نسبية العقد، رسالة دكتوراه، تخصص: القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية - بن عكنون - جامعة الجزائر، 1992.
- 8- الزيايدي نبراس ظاهر جبر الزيايدي، حقوق الغير المقترنة بالعقد "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، 2015.
- 9- عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2015.
- 10- علي عادل طه محمد عثمان، آثار العقد في الفقه الإسلامي والقانون، (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2007.
- 11- قعادة خليل أحمد حسن، اثر العقد بالنسبة إلى الخلف الخاصّ وفقا لأحكام القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1982.
- 12- محمّدي سليمان، نفاذ العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - بن عكنون، جامعة الجزائر، 2004.
- 13- نسير رفيق، نظرية التصرف القانوني الثلاثي، رسالة دكتوراه، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2014.

ب- مذكرات ماجستير:

- 1- برايك الطاهر، عقد الصلح "دراسة مقارنة بين القانون المدني والشريعة الإسلامية"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2002.
- 2- برجم صليحة، المقاول الفرعية، رسالة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر - بن يوسف بن خدة، 2009.
- 3- البلوشي نورة غلوم، الصلح الواقي من الإفلاس في النظام القانوني الإماراتي مع القانون المصري، "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2019.
- 4- بن حالة حاتم، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، رسالة ماجستير، فرع القانون الخاصّ، كلية

- الحقوق، جامعة الجزائر (1) بن يوسف بن خدة، 2018.
- 5- حامق ذهبية، الفضالة في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1980.
- 6- خليفة سنوسي حاج، أحكام الفضالة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، "دراسة تحليلية نقدية مقارنة"، رسالة ماجستير، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2005.
- 7- رحمان يوسف، بيع ملك الغير بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012.
- 8- الزالمي علاء، فكرة توحيد النظام القانوني للمسؤولية المدنية في نطاق المجموعة العقدية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة القادسية، العراق، 2017.
- 9- الشباني حيدر عواد، خروج تنفيذ العقد عن دائرة أطرافه "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية القانون، جامعة القادسية العراق، 2016.
- 10- الطراونة بنان خلف أحمد، تقييد انتقال آثار العقد للخلف العام والخلف الخاص، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مؤتة، الأردن، 2015.
- 11- العمارة عبيد مازن، مبدأ نسبية آثار العقد في القانون المدني الأردني، "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، قسم القانون، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، 2004.
- 12- قادية عبد الله، الاتفاقية الجماعية للعمل في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، تخصص: القانون الاجتماعي، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر. 2004.
- 13- قرفي مراد، دعوى الضمان القانوني لعيوب المبيع، رسالة ماجستير، تخصص القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، 2006.
- 14- القصاب سنا مازن فالح، دور إعادة التأمين في ضمان حقوق المؤمن له في مواجهة المؤمن الأصلي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011.
- 15- المجالي حسان، حماية الغير حسن النية في القانون المدني الأردني، "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة آل البيت، الأردن، 2003.
- 16- المحنة أثير عبد الجواد، المسؤولية العقدية عن فعل الغير في عقد الإيجار، دراسة مقارنة،

- رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، 2013.
- 17- المطلق مضر مزهر، الإيجار من الباطن والتنازل عن الإيجار في كل من القانون الأردني والمصري والعراقي "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الأردن، 1993.
- 18- يوسف فتيحة، دعوى عدم نفاذ تصرف المدين "الدعوى البوليصية"، في القانون المدني الجزائري المقارن، رسالة ماجستير، تخصص: عقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1986.
- 3-المقالات:**
- 1-أبو زيد بريهان، نسبة أثر العقد، (مدى انصراف أثر العقود إلى الغير، دراسة في القانونين الإنجليزي والمصري)، مقال منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد 2، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2012.
- 2-بدري جمال، الخلف العام بين القانون المدني وقانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 47، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 2013.
- 3-تبوب فاطمة الزهراء، الخلف العام والوارث مفهومان مختلفان لا يتعايشان (المادة 108 قانون مدني جزائري كمثال)، مجلة حوليات جامعة الجزائر 1، عدد 27، 2015.
- 4-الجبوري ياسين محمد، الدعوى المباشرة في القانون المدني الأردني، مجلة الشريعة والقانون، العدد 52، السنة 26، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أكتوبر 2012.
- 5-الحسيني عباس علي، الزيايدي نبراس ظاهر جبر، التأصيل القانوني لنفاذ العقد في حق الغير، دراسة مقارنة، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد 02، المجلد 06، كانون الأول 2015.
- 6-الحسيني عباس علي، حقوق الغير المقترنة بالعقد، "بحث مقارن بالفقه الإسلامي"، مجلة رسالة الحقوق، العدد 3، السنة 6، جامعة كربلاء، العراق، 2014.
- 7-خالص نافع أمين، جواد كاظم نعمة، الآثار القانونية للصلح الوافي من الإفلاس، مجلة العلوم القانونية، العدد الخاص 5، كلية القانون، جامعة بغداد، 2019.
- 8- زينب موسى، حلول المؤمن محل المؤمن له في رجوعه على الغير المسؤول عن الضرر، مقال

- منشور في مجلة الشريعة والاقتصاد، عدد 12، ديسمبر 2017.
- 9- الساعدي جليل حسن، المفهوم الحديث للطرف في العقد، مجلة العلوم القانونية، العدد 2، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، 2017.
- 10- الساعدي جليل حسن، الوكالة من الباطن في القانونين العراقي والمصري مع الإشارة للفقہ الإسلامي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد 24، العدد 1، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، 2009.
- 11- شعواط حسين عبيد، تكييف عقد الإقامة في الفندق، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد 1، المجلد 5، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، حزيران 2012.
- 12- الصادق أحمد المصطفى، الصّحح الواقي من الإفلاس "شروطه وطبيعته القانونية"، دراسة مقارنة، بحث منشور في المجلة السودانية، العدد 1، جامعة شندي، السودان، 2018.
- 13- الصديقي علي فيصل علي، الغير وحجية العقد، دراسة مقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة للفقہ والقضاء في إطار القانون المدني البحريني والفرنسي والمصري، مجلة دراسات دستورية (صادرة عن المحكمة الدستورية)، العدد 3، مملكة البحرين، يوليو 2014.
- 14- طارق كاظم عجيل، مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد "دراسة تأصيلية مقارنة"، بحث منشور في مجلة القانون للبحوث القانونية، العدد 8، جامعة ذي قار، العراق، 2014.
- 15- علي يونس صلاح الدين، مبدأ خصوصية العقد في القانون الانجليزي، "دراسة تحليلية مقارنة بمبدأ نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص في القانون المدني العراقي"، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، عدد 6، جامعة جيهان - أربيل، العراق، 2017.
- 16- فتال رغيد عبد الحميد، أهمّ التعديلات التشريعية المتعلقة بأثر العقد بالنسبة إلى الغير في القانون المدني الفرنسي المعدّل عام 2016 و2018، "دراسة مقارنة"، مجلة جامعة العين للأعمال والقانون، العدد الثاني، المجلد الرابع، جامعة العين، الإمارات العربية المتحدة، 2020.
- 17- الفرجاني سامي مصطفى، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد 6، كلية القانون، جامعة الجبل الغربي، ليبيا، 2015.
- 18- محروك محمّد، النسبية والحجية في العقود، مجلة الأملك، ع.9، المغرب، 2011، (الصفحات: 127 - 153).

- 19- مخلوف كمال، الإطار التنظيمي لاتفاقية العمل الجماعية في التشريع الجزائري، بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 4، المركز الجامعي بالبويرة، الجزائر، جانفي 2011.
- 20- المعموري ضمير حسين، الوكالة الظاهرة، مجلة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 15، العدد 2، 2007.
- 21- نبراس ظاهر جبر، مدى تأثير فكرة المجموعة العقدية بقاعدة نسبية أثر العقد، "دراسة مقارنة"، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد 2، المجلد 10، كلية القانون، جامعة القادسية، 2019.
- 22- هشام طه محمود سليم، الدعوى المباشرة بين المفهوم التقليدي والحديث لمبدأ نسبية أثر العقد، بحث منشور على الموقع الالكتروني: (WWW.Police media center).
- 23- ياسين كاظم حسن، إعادة التأمين، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 24، العدد 4، 2016.

4-النصوص القانونية:

أ- النصوص القانونية الوطنية:

- 1- أمر رقم 58/75، مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج. عدد 78، مؤرخ في 30 سبتمبر سنة 1975، معدل ومتمم.
- 2- الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري الجزائري، ج.ر. عدد 101، صادرة في 19 ديسمبر 1975.
- 3- الأمر رقم 74/75، مؤرخ في 12 نوفمبر 1975، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج.ر.ع. 92 صادرة بتاريخ 18 نوفمبر 1975.
- 4- القانون رقم 83 - 11 مؤرخ في 2 يوليو 1983، ج.ر. للجمهورية الجزائرية، صادرة في 5 يوليو 1983. المتعلق بالتأمينات الاجتماعية. معدل ومتمم بموجب الأمر رقم 96 - 17 مؤرخ في 06 يوليو 1996، ج.ر. عدد 42، صادرة في 07 يوليو 1996.
- 5- القانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 جوان 1984، يتضمن تقنين الأسرة الجزائري، ج.ر.ع 24، صادرة في 12 جوان 1984، معدل بالأمر رقم 02/05، مؤرخ في 27 فيفري 2005، ج.ر.ع 15، صادرة بتاريخ 27 فيفري 2005.

6- قانون 11/90 مؤرخ في 21 أبريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج.ر عدد 17، صادرة في 25 أبريل 1990. معدل ومتمم بالأمر رقم 21/96 مؤرخ في 09 يوليو 1996، ج.ر عدد 43، صادرة في 10 يوليو 1996.

7- الأمر رقم 95 - 07 المؤرخ في 1995/01/25 المتعلق بالتأمينات، ج.ر عدد 13، صادرة في 08 مارس 1995. المعدل والمتمم بالقانون 06 - 04 المؤرخ في 2006/02/20، ج.ر عدد 15 المؤرخة في 2006/03/12.

8- قانون رقم 99- 01 مؤرخ في 06 جانفي 1999، يحدد القواعد المتعلقة بالفندقة، ج.ر عدد 02، صادرة في 10 جانفي 1999.

ب- النصوص القانونية الأجنبية:

1- القانون المدني الفرنسي الصادر بتاريخ 1804/02/07، الرابط:

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006150248/2013-05-19/#LEGIARTI000006436516

2- القانون رقم 131 لسنة 1948. صادر في 09 رمضان 1367، الموافق لـ 16 يوليو 1948. يتضمن إصدار القانون المدني المصري، الوقائع المصرية - عدد رقم 108 مكرر (أ)، صادرة في 1948-07-29.

3- المرسوم رقم 131 لسنة 2016 يتضمن تعديل القانون المدني الفرنسي، الرابط:

Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016. Texte n° 26 ELI: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/2/10/JUSC1522466R/jo/texte> Alias: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/2/10/2016-131/jo/texte> consulter le 15-11-2020.

5- الاجتهادات القضائية:

1- الغرفة المدنية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 1982/04/14، ملف رقم 24770، مجلة المحكمة العليا، العدد 4، لسنة 1989، ص. 55.

2- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم 33719، مجلة المحكمة العليا، العدد 3، لسنة 1989، ص. 51.

3- الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا، بتاريخ 1985/05/04، ملف رقم 32597، مجلة

- المحكمة العليا، العدد 2 لسنة 1989، ص. 101.
- 4- الغرفة المدنية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 1983/03/16، ملف رقم 30952، المجلة القضائية، العدد 1، لسنة 1990، ص. 15.
- 5- الغرفة المدنية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 1988/02/17، ملف رقم 51734، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، لسنة 1991، ص. 11.
- 6- الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 1988/02/22، ملف رقم 45.082، مجلة المحكمة العليا، العدد 3، لسنة 1991، ص. 118.
- 7- الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 1990/01/08، ملف رقم 54905، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، لسنة 1991، ص. 110.
- 8- الغرفة المدنية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 1990/06/13، ملف رقم 61489، مجلة المحكمة العليا، العدد 4، لسنة 1991، ص. 65.
- 9- الغرفة المدنية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 1990/07/09، ملف رقم 62156، مجلة المحكمة العليا، العدد 4، لسنة 1991، ص. 68.
- 10- الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 1988/04/24، ملف رقم 47.734، مجلة المحكمة العليا، العدد 3، لسنة 1992، ص. 77.
- 11- الغرفة المدنية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 1990/06/27، ملف رقم 59293، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، لسنة 1992، ص. 16.
- 12- الغرفة المدنية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 1990/12/24، ملف رقم 65773، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، لسنة 1992، ص. 113.
- 13- غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 1990/05/28، المجلة القضائية، العدد 1، لسنة 1992، ص. 09.
- 14- الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 1989/05/14، ملف رقم 57842، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، لسنة 1993، ص. 82.
- 15- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 1991/02/24، ملف رقم 75598، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، لسنة 1993، ص. 62.

- 16-الغرفة المدنية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 28/05/1991، ملف رقم 74249، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، لسنة 1993، ص. 28.
- 17-الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 20/12/1993، ملف رقم 111220، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، لسنة 1994، ص. 157.
- 18-الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 20/12/1993، ملف رقم 111220، المجلة القضائية،
- 19-العدد 1، لسنة 1994، ص. 157؛ وكذا قرار بتاريخ 22/11/1994، ملف رقم 106132، نفس المجلة، ص. 159.
- 20-غرفة الأحوال الشخصية والمواريث للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 15/11/1994، ملف رقم 110096، مجلة المحكمة العليا، العدد 3، لسنة 1994، ص. 79.
- 21-الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 12/03/1996، ملف رقم 129086، العدد 1، لسنة 1996، ص. 137.
- 22-غرفة الأحوال الشخصية والمواريث للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 02/05/1995، ملف رقم 116375، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، لسنة 1996، ص. 108.
- 23-غرفة الأحوال الشخصية والمواريث للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 09/07/1996، ملف رقم 139123، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، لسنة 1996، ص. 80.
- 24-الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 16/02/1992، ملف رقم 94659، المجلة القضائية، عدد خاص، لسنة 1999، ص. 156؛
- 25-الغرفة المدنية للمحكمة العليا، بتاريخ 03/02/1999، ملف رقم 174416، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 1999، ص. 97.
- 26-الغرفة المدنية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 03/02/1999، ملف رقم 174416، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 1999، ص. 97.
- 27-غرفة الأحوال الشخصية والمواريث للمحكمة العليا، الاجتهاد القضائي بتاريخ 29/07/1997، ملف رقم 166090، عدد خاص، لسنة 2001، ص. 298.
- 28-الغرفة المدنية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 12/01/2000، ملف رقم 216335، مجلة المحكمة

- العليا، العدد 1، لسنة 2001، ص. 132.
- 29-الغرفة العقارية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 2002/04/24، ملف رقم 229397، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، لسنة 2002، ص. 387.
- 30-الغرفة المدنية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 2002/02/06، ملف رقم 254083، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، لسنة 2003، ص. 183.
- 31-الغرفة المدنية للمحكمة العليا، بتاريخ 2005/06/22، ملف رقم 295913، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، لسنة 2005، ص. 69.
- 32-الغرفة العقارية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 2005/09/14، ملف رقم 300879، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، لسنة 2005، ص. 359.
- 33-الغرفة العقارية للمحكمة العليا، بتاريخ 2006/02/08، ملف رقم 335706، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2006، ص. 423.
- 34- الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 2007/11/07، ملف رقم 386846، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، لسنة 2007، ص. 255.
- 35-الغرفة المدنية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 2009/05/20، ملف رقم 483177، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، لسنة 2009، ص. 154.
- 36-الغرفة المدنية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 2009/11/22، ملف رقم 459015، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، لسنة 2009، ص. 147.
- 37-الغرفة المدنية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 2010/07/22، ملف رقم 584684، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2011، ص.105.
- 38-الغرفة العقارية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 2011/06/09، ملف رقم 713016، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، لسنة 2011، ص. 179.
- 39-الغرفة العقارية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 2012/03/15، ملف رقم 696304، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، لسنة 2012، ص. 201.
- 40-الغرفة العقارية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 2012/03/15، ملف رقم 696304، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2012، ص.201.

- 41-الغرفة المدنية مجلة للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 2015/02/19، ملف رقم 0966918، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، لسنة 2015، ص. 166.
- 42-الغرفة العقارية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 2016/05/12، ملف رقم 0993777، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، لسنة 2016، ص. 74.
- 43-الغرفة التجارية والبحرية، قرار بتاريخ 2016/07/14، ملف رقم 1109184، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، لسنة 2016، ص. 277.
- 44-الغرفة المدنية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 2016/07/21، ملف رقم 1055771، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، لسنة 2016، ص. 78.
- 45-الغرفة العقارية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 2016/12/15، ملف رقم 1185565، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، لسنة 2016، ص. 176.
- 46-الغرفة المدنية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 2017/03/23، ملف رقم 1101711، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، لسنة 2017، ص. 48.
- 47-الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 2019/05/16، ملف رقم 1330626، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، لسنة 2019، ص. 100.
- 48-الغرفة المدنية للمحكمة العليا، قرار بتاريخ 2019/09/19، ملف رقم 1273815، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، لسنة 2019، ص. 35.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية

A- Les ouvrages :

- 1- AUBRY et RAU, cours de droit civil Français, 6 ed, par Bartin, 6.4, 1935
- 2- FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), Les obligations, L'acte juridique, 7ème éd., Armand Colin, Paris, 1998.
- 3- FLOUR (J.), AUBERT (J.) et SAVAUX (E), Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, t. I, Sirey, 16 éd, 2014,
- 4- MARTY (G.) et RAYNAUD (D.), T.11, Les obligations, Paris, 1962,
- 5- TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), Droit civil, les obligations, Dalloz, 6ème éd. Paris, 1996.

B-Les thèses :

- 1- ARRIGHI, Apparence et Réalité en Droit prive, these. Nice. (1974).

- 2- BACACHE – GIBEILLI (M.), La relativité des conventions et les groupes de contrats, L.G.D.J., Paris, 1996.
- 3- CALASTRENG (S.), La relativité des conventions, thèse, Toulouse, (3), 1939.
- 4- LABORDE –LACOSTE, Essai sur la notion d'ayant cause à titre particulier en droit privé Français, thèse, Bordeaux, 1916.
- 5- WEILL (A.), Le principe de la relativité de convention, en droit prive français, thèse, Paris, 1938,

C- Les Articles

- 1- BONNECASE (J.), la condition juridique du créancier chirographaire, RTD civ, 1920
- 2- SAVATIER (R.), Le prétendu principe de l'effet relatif des contrat, RTD civ., 1934.

الفهرس

1	مقدمة.....
7	الباب الأول: الإطار القانوني لمبدأ نسبية أثر العقد.....
9	الفصل الأول: ماهية مبدأ نسبية أثر العقد.....
10	المبحث الأول: مفهوم «مبدأ نسبية أثر العقد».....
10	المطلب الأول: التعريف بـ «مبدأ نسبية أثر العقد» وجذوره التاريخية.....
10	الفرع الأول: التعريف بـ «مبدأ نسبية أثر العقد».....
13	الفرع الثاني: الجذور التاريخية لـ «مبدأ نسبية أثر العقد».....
17	المطلب الثاني: أساس «مبدأ نسبية أثر العقد».....
17	الفرع الأول: أساس «مبدأ نسبية أثر العقد» في القانون الروماني.....
18	الفرع الثاني: تأثير أفكار الفلسفة الفرديّة في إعادة تأسيس «مبدأ نسبية أثر العقد».....
20	الفرع الثالث: القانون كأساس لـ «مبدأ نسبية أثر العقد».....
22	المطلب الثالث: موقف الفقه القانوني من «مبدأ نسبية أثر العقد».....
22	الفرع الأول: موقف شراح القانون المدني الفرنسي من «مبدأ نسبية أثر العقد».....
26	الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من «مبدأ نسبية أثر العقد».....
26	الاتجاه الأول: الاتجاه المؤيد لفكرة «نسبية أثر العقد».....
27	الاتجاه الثاني: الاتجاه الرافض لفكرة «نسبية أثر العقد».....
28	الفرع الثاني: موقف شراح القوانين المدنية العربية من «مبدأ نسبية أثر العقد».....
31	المبحث الثاني: «مبدأ نسبية أثر العقد» كوسيلة لحماية أطراف العقد والغير.....
31	المطلب الأول: مظاهر حماية «مبدأ نسبية أثر العقد» لأطراف العقد.....
31	الفرع الأول: القوّة الملزمة للعقد على أطرافه.....
34	الفرع الثاني: مبدأ نسبية العقود وسيلة لتحقيق استقرار العلاقات العقدية.....
35	الفرع الثالث: مبدأ النسبية وسيلة للاحتجاج بالعقد على الغير.....
37	المطلب الثاني: مظاهر حماية «مبدأ نسبية أثر العقد» للغير عن العقد.....
38	الفرع الأول: المقصود بالغير عن العقد.....
39	الفرع الثاني: حق الغير في التمسك بالوضع القانوني الذي أنشأه العقد.....

الفرع الثالث: الحماية المقررة للغير من خلال الاستثناءات الواردة على مبدأ نسبية العقد	
41.....	
الفصل الثاني: مجال مبدأ نسبية أثر العقد.....45	
المبحث الأول: انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين وخلفائهما ودائنيهم.....46	
المطلب الأول: انصراف آثار العقد إلى عاقيه الأصليين.....46	
الفرع الأول: مفهوم الطرف في العقد والاعتبارات الواجب توافرها فيه.....47	
أولاً: مفهوم الطرف وتمييزه عن الغير.....47	
1-تحديد مفهوم الطرف في العقد.....48	
أ-الطرف في الفقه الجزائري.....48	
ب-مفهوم الطرف في الفقه الفرنسي.....49	
2- التمييز بين الطرف في العقد والغير.....50	
أ-معيار الإرادة (المعيار الشكلي).....50	
- أساس معيار الإرادة.....50	
- الانتقادات الموجهة لمعيار الإرادة.....51	
ب-معيار المصلحة المعبر عنها ⁽¹⁾ (المعيار الموضوعي).....52	
- أساس معيار المصلحة المعبر عنها.....52	
- الانتقادات الموجهة لمعيار المصلحة المعبر عنها.....53	
ثانياً: الاعتبارات الواجب توافرها لإضفاء صفة الطرف في العقد.....54	
الفرع الثاني: ضوابط انصراف آثار العقد إلى الطرفين المتعاقدين.....56	
أولاً: وجود رابطة قانونية.....57	
ثانياً: المساهمة الإرادية في التعاقد.....59	
ثالثاً: التزام المتعاقدين بالعقد.....61	
المطلب الثاني: انصراف أثر العقد بالنسبة للخلف العام.....64	
الفرع الأول: قاعدة انصراف آثار العقد إلى الخلف العام.....64	
أولاً: مفهوم الخلافة العامة.....64	
1-تعريف الخلف العام.....65	

67.....	2-مصادر الخلافة العامة.....
	أ-الوراثة
70.....	ب- الوصية.....
71.....	ثانيا: مركز الخلف العام بين الامتداد والتقييد.....
71.....	1- شخصية الخلف العام هي امتداد لشخصية المورث في القانون الفرنسي .
	2- انصراف أثر العقد إلى الخلف العام مقيد بقواعد الميراث في القانون الجزائري.....
72	72
74.....	ثالثا: بعض النتائج المترتبة على اعتبار الخلف العام في حكم الطرف.....
77.....	الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على قاعدة انصراف آثار العقد إلى الخلف العام..
77.....	أولا: حالات عدم سريان آثار العقد إلى الخلف العام باعتباره خلفاً عاماً.....
78.....	1-اتفاق المتعاقدين على عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام ⁰
	2- عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام بسبب طبيعة الحق أو طبيعة الالتزام.....
81.....	81.....
83.....	3- عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام بنص القانون
85.....	ثانيا: حالات عدم سريان أثر العقد إلى الخلف العام باعتباره من الغير
85.....	1- الوصية.....
89.....	2- التصرفات الواقعة في مرض الموت.....
97.....	المطلب الثالث: انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص
97.....	الفرع الأول: قاعدة انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص
98.....	أولاً: مفهوم الخلافة الخاصة.....
98.....	1- تعريف الخلف الخاص
99.....	2-عناصر الخلافة الخاصة.....
99.....	أ-انتقال ذات الحق الثابت في ذمة السلف إلى الخلف الخاص
101	ب-انتقال حق خاص من السلف إلى الخلف الخاص ⁰
	ج- ثبوت نقل الحق من السلف إلى الخلف الخاص بنص القانون أو بتصرف قانوني.....
102	102

104	3- مصادر الخلافة الخاصة.....
104	أ-الإرادة.....
107	ب- نصّ القانون
108	ثانيا: شروط انتقال آثار العقد إلى الخلف الخاص
109	الشّروط الأول: الاتصال.....
110	الشّروط الثاني: المستلزمات.....
116	الشّروط الثالث: العلم.....
117	الشّروط الرابع: الأسبقية.....
119	الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على قاعدة انتقال آثار العقد إلى الخلف الخاص
119	أولا: الاتّفاق على عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص
120	ثانيا: عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص بمقتضى القانون
121	ثالثا: عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص اعتبارا لطبيعة الالتزام
123	المطلب الرابع: مدى انصراف آثار العقد بالنسبة إلى الدائن العادي
124	الفرع الأول: تعريف الدائن العادي.....
126	الفرع الثاني: طبيعة تأثر الدائن بتصرفات المدين.....
126	أولا: الاتّجاه القائل بأنّ الدائن العادي خلف.....
127	1-الاتّجاه القائل أنّ الدائن العادي هو "خلف عام"
130	2-الرأي القائل أنّ الدائن العادي خلف خاص.....
132	3- الرأي القائل أنّ الدائن العادي فريق ثالث للخلف.....
133	ثانيا: الاتّجاه القائل بأنّ الدائن العادي من الغير.....
	الفرع الثالث: مدى انصراف أثر العقد إلى الدائن العادي في التقنين المدني الجزائري
136
139	المبحث الثاني: عدم انصراف آثار العقد إلى الغير
141	المطلب الأول: الغير في مجال الأثر الملزم للعقد.....
142	الفرع الأول: الغير ذو الرابطة القانونية.....
143	أولا: الخلف العامّ من الغير.....

- 145 ثانيا: الخلف الخاص من الغير
- 146 ثالثا: الدائن العادي من الغير
- 147 الفرع الثاني: الغير الأجنبي تماماً عن العقد
- 149** **المطلب الثاني: الغير في مجال النفاذ**
- 150 الفرع الأول: ظهور مبدأ حجية العقد وتمييزه عن مبدأ النسبية
- 150 أولاً: ظهور مبدأ حجية العقد
- 153 ثانيا: التمييز بين مبدأ النسبية ومبدأ الاحتجاج بالعقد
- الفرع الثاني: مدى أحقية الغير في الاستناد على "عدم النفاذ" لحمايته من آثار العقد
- 155
- 156 أولاً: المقصود بعدم النفاذ وتمييزه عن البطلان
- 158 ثانيا: عدم النفاذ بالنسبة لمضمون العقد
- 158 1- عدم نفاذ العقود الحقيقية
- 160 2- عدم النفاذ بالنسبة لازدواج العقد بين الظاهر والحقيقة (صورية العقد)
- 164 ثالثا: عدم النفاذ بالنسبة لمظهر العقد
- 164 1- عدم النفاذ بالنسبة لثبوت تاريخ العقد
- 167 2- عدم النفاذ بالنسبة للشهر والشكل
- الباب الثاني: التطبيقات العملية على مبدأ نسبية أثر العقد والاستثناءات الواردة عليه في
- 171** **القانون المدني الجزائري**
- 172 **الفصل الأول: التطبيقات العملية على مبدأ نسبية أثر العقد في القانون المدني الجزائري**
- المبحث الأول: التطبيقات العملية على «مبدأ نسبية أثر العقد» في جانب العلاقة العقدية**
- 173**
- 173 **المطلب الأول: الإنابة في التعاقد كتطبيق لـ «مبدأ نسبية أثر العقد»**
- 174 الفرع الأول: مفهوم الإنابة في التعاقد
- 174 أولاً: المقصود بالإنابة في التعاقد
- 175 ثانياً: أنواع الإنابة في التعاقد
- 177 الفرع الثاني: مدى اعتبار الإنابة في التعاقد تطبيقاً لـ «مبدأ نسبية أثر العقد»

أولاً: عجز - الاتجاه التقليدي على تفسير أطراف العقد في نظام الإنابة في التعاقد.	177
ثانياً: تفسير الإنابة وفقاً للاتجاه الحديث في تفسير مبدأ نسبيّة أثر العقود:	179
ثالثاً: آثار الإنابة في التعاقد.....	182
1- المتعاقد مع النائب.....	182
2- النائب.....	183
3- الأصيل.....	184
المطلب الثاني: التعهّد عن الغير كتطبيق لـ «مبدأ نسبيّة أثر العقد»	185
الفرع الأول: مفهوم التعهّد عن الغير.....	186
أولاً: تعريف التعهّد عن الغير.....	186
ثانياً: شروط التعهّد عن الغير.....	189
1- أن يتعاقد الشّخص باسمه لا باسم الشّخص الذي يريد حمله على قبول	
الالتزام.....	189
2- أن تتجه إرادة المتعهّد إلى إلزام نفسه لا إلى إلزام الغير.....	190
3- التزام المتعهّد بالقيام بحمل الغير الذي تعهّد عنه على قبول هذا التعهّد.....	190
الفرع الثاني: الأثر النسبي في التعهّد عن الغير.....	191
أولاً: قبول الغير للتعهّد.....	192
ثانياً: رفض الغير للتعهّد.....	194
المطلب الثالث: الفضالة كتطبيق لـ «مبدأ نسبيّة أثر العقد»	196
الفرع الأول: مفهوم الفضالة.....	196
أولاً: تعريف الفضالة.....	196
ثانياً: شروط الفضالة.....	198
1- أن يقوم الفضولي بعمل لحساب ربّ العمل (الركن المادي).....	199
2- نية الفضولي في العمل لمصلحة ربّ العمل (الركن المعنوي).....	199
3- عدم وجود التزام سابق على الفضولي بالقيام بالعمل (الركن القانوني) ..	200
الفرع الثاني: أثر الفضالة على قاعدة نسبيّة العقد.....	201

- 202 الحالة الأولى: تعاقد الفضولي باسمه الشخصي
- 203 الحالة الثانية: تعاقد الفضولي باسم رب العمل
- 206** **المطلب الرابع: البيوع المتعاقبة كتطبيق لـ «مبدأ نسبية أثر العقد»**
- 207 الفرع الأول: تصرف المشتري بالمبيع بعد اطلاعه على العيب
- 208 الفرع الثاني: تصرف المشتري بالمبيع قبل اطلاعه على العيب
- 211** **المطلب الخامس: بيع ملك الغير كتطبيق لمبدأ نسبية العقد**
- 211 الفرع الأول: مفهوم بيع ملك الغير
- 212 أولاً: تعريف بيع ملك الغير
- 214 ثانياً: شروط بيع ملك الغير
- 214 1- ألا يكون البائع مالكا للشيء المبيع بتاريخ التعاقد
- 215 2- أن يرد البيع على شيء معين بالذات
- 216 الفرع الثاني: آثار بيع ملك الغير على قاعدة نسبية العقد
- 216 أولاً: عدم إقرار المالك الحقيقي للبيع
- 218 ثانياً: إقرار المالك الحقيقي للبيع
- 221** **المطلب السادس: عقد الصلح كتطبيق لـ «مبدأ نسبية أثر العقد»**
- 222 الفرع الأول: مفهوم عقد الصلح
- 222 أولاً: تعريف عقد الصلح
- 223 ثانياً: آثار عقد الصلح
- 1- انقضاء ما نزل عنه كل من الطرفين من الحقوق والادعاءات نزولاً
نهائياً.....
- 224 2- الأثر الكاشف للصلح بالنسبة إلى الحقوق المتنازع فيها.
- 226 الفرع الثاني: الأثر النسبي للصلح
- 226 أولاً: الأثر النسبي للصلح في المحل والسبب
- 228 ثانياً: الأثر النسبي للصلح بالنسبة للأشخاص
- 229** **المطلب السابع: عقد الإيجار من الباطن كتطبيق لـ «مبدأ نسبية أثر العقد»**
- 229 الفرع الأول: مفهوم عقد الإيجار من الباطن

- 232 الفرع الثاني: آثار عقد الإيجار من الباطن على قاعدة نسبيّة العقد
- 232 أولاً: علاقة المستأجر الأصلي بالمستأجر من الباطن
- 234 ثانياً: علاقة المستأجر الأصلي بالمؤجر
- 235 ثالثاً: علاقة المؤجر بالمستأجر من الباطن
- 237.....المطلب الثامن: عقد إعادة التأمين كتطبيق لـ «مبدأ نسبيّة أثر العقد»**
- 237 الفرع الأول: مفهوم عقد إعادة التأمين
- 237 أولاً: تعريف عقد إعادة التأمين
- 239 ثانياً: التكييف القانوني لعقد إعادة التأمين
- 241 الفرع الثاني: الأثر النسبي لعقد إعادة التأمين
- 241 أولاً: استقلال العلاقة ما بين (المؤمن له) و (معيد التأمين)
- 243 ثانياً: رجوع المؤمن له على معيد التأمين
- 1- رجوع (المؤمن له) على (معيد التأمين) وفق نظام الاشتراط لمصلحة الغير
- 243 2- رجوع المؤمن له على معيد التأمين باستعمال الدعوى غير المباشرة ...
- المبحث الثاني: التطبيقات العملية لـ «مبدأ نسبيّة أثر العقد» على قواعد المسؤولية العقدية.**
- 246.....المطلب الأول: مفهوم المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير**
- 247 الفرع الأول: تعريف المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير
- 250 الفرع الثاني: شروط المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير
- 250 أولاً: ضرورة وجود عقد صحيح
- 251 ثانياً: استعانة المدين بالغير لتنفيذ التزاماته العقدية
- 251 ثالثاً: مساهمة الغير في الاختلال بالالتزام العدي
- 252 الفرع الثالث: آثار المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير
- أولاً: آثار المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير على (علاقة المدين الأصلي بالدائن المتضرر).
- 252

ثانيا: آثار المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير على (علاقة المدين الأصلي بالغير)	
254	
المطلب الثاني: تطبيقات لمبدأ نسبية العقد على قواعد المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير	
255	
الفرع الأول: تطبيقات المسؤولية العقدية عن فعل الغير في عقد الإيجار.....	256
الفرع الثاني: مسؤولية المقاول من الباطن العقدية عن فعل الغير.....	258
الفرع الثالث: مسؤولية الوكيل عن النائب.....	262
الفرع الرابع: مسؤولية صاحب الفندق.....	268
الفصل الثاني: الاستثناءات الوارد على مبدأ نسبية أثر العقد في القانون الجزائري	273
المبحث الأول: الاستثناءات القانونية الواردة على «مبدأ نسبية أثر العقد»	274
المطلب الأول: الدعوى المباشرة كاستثناء على «مبدأ نسبية أثر العقد»	274
الفرع الأول: ماهية الدعوى المباشرة.....	275
أولا: مفهوم الدعوى المباشرة.....	275
ثانيا: الطبيعة القانونية للدعوى المباشرة.....	277
الفرع الثاني: تطبيقات للدعوى المباشرة في القانون المدني الجزائري.....	279
أولا: دعوى المؤجر قبل المستأجر من الباطن أو الفرعي.....	279
ثانيا: دعوى العمال والمقاولين من الباطن ضد رب العمل.....	280
ثالثا: الدعوى بين الموكل ونائب الوكيل.....	281
رابعا: الدعوى المباشرة على شركة التأمين من طرف المصاب المضرور في حادث المرور.....	282
خامسا: الدعوى المباشرة من صاحب العمل ضد نائب الفضولي.....	282
المطلب الثاني: نظرية الوضع الظاهر كاستثناء على «مبدأ نسبية أثر العقد»	284
الفرع الأول: أثر نظرية الوضع الظاهر على مبدأ نسبية العقد.....	284
أولا: مفهوم نظرية الوضع الظاهر.....	285
1-تعريف نظرية الوضع الظاهر.....	285
2-أركان نظرية الوضع الظاهر.....	287

- أ-الرّكن المادي للوضع الظاهر..... 287
- ب-الرّكن المعنوي للوضع الظاهر 289
- ثانيا: أساس نظريّة الوضع الظاهر..... 290
- ثالثا: مدى اعتبار نظريّة الوضع الظاهر استثناءً على مبدأ نسبية العقد 291
- الفرع الثاني: نطاق تطبيق نظريّة الوضع الظاهر في القانون المدني الجزائري ... 294
- أولاً: الوكالة الظاهرة كتطبيق لنظريّة الوضع الظاهر 294
- ثانياً: حالة الوارث الظاهر كتطبيق لنظريّة الوضع الظاهر 296
- ثالثاً: الوفاء للدائن الظاهر كتطبيق لنظريّة الوضع الظاهر 298
- المبحث الثاني: الاستثناءات الاتفاقيه الواردة على «مبدأ نسبية أثر العقد» 301**
- المطلب الأول: الاشتراط لمصلحة الغير..... 301**
- الفرع الأول: مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير..... 302
- أولاً: تعريف الاشتراط لمصلحة الغير..... 302
- ثانيا: شروط تحقق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير 304
- الشّروط الأول: المشترط يتعاقد باسمه لا باسم المنتفع..... 305
- الشّروط الثاني: أن يكون للمنتفع حقّ مباشر..... 305
- الشّروط الثالث: المشترط له مصلحة شخصيّة في الاشتراط للغير 306
- ثالثا: تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير كاستثناء على «مبدأ نسبيّة أثر العقد»..... 307
- الفرع الثاني: آثار الاشتراط لمصلحة الغير 309
- أولاً: آثار الاشتراط لمصلحة الغير بالنّسبة للمشرط..... 309
- ثانيا: آثار الاشتراط لمصلحة الغير بالنّسبة للمشرط عليه..... 311
- ثالثا: آثار الاشتراط لمصلحة الغير بالنّسبة للمشرط لمصلحته..... 312
- المطلب الثاني: العقود الجماعية كاستثناء على «مبدأ نسبيّة أثر العقد» 313**
- الفرع الأول: مفهوم عقد العمل الجماعي..... 314
- الفرع الثاني: الاتفاقيات الجماعية للعمل كاستثناء على «مبدأ نسبيّة أثر العقد» .. 316
- أولاً: مفهوم الاتفاقيه الجماعية للعمل..... 317
- 1-تعريف الاتفاقيه الجماعية للعمل:..... 317

318	2- الطبيعة القانونيّة لاتفاقية العمل الجماعية
319	أ-الاتفاقيات الجماعية هي ذات طبيعة عقدية
319	ب-الاتفاقيات الجماعية هي ذات طبيعة تنظيمية
321	ج- الاتفاقية الجماعية للعمل هي ذات طبيعة مزدوجة
322	3-خصائص اتفاقية العمل الجماعية
322	أ-الصّفة الجماعية لأطراف الاتفاقية
322	ب-الطبيعة التعاقدية لاتفاقية العمل الجماعية
323	ج- موضوع اتفاقية العمل الجماعية
324	د- عدم التزام العمال بالقيام بعمل معين لمصلحة صاحب العمل
324	ثانياً: أثر الاتفاقية الجماعية للعمل على مبدأ نسبية العقود
324	1-الاتفاقية الجماعية للعمل تشكّل استثناء على مبدأ نسبية العقود
325	أ-الأطراف الأصليين في الاتفاقية الجماعية للعمل
326	ب-شمول الاتفاقية الجماعية للعمل لغير أطرافها
327	2-أساس سريان آثار الاتفاقية الجماعية للعمل إلى الغير
328	أ-فكرة الوكالة كأساس لانصراف آثار الاتفاقيات الجماعية إلى الغير
329	ب-فكرة الفضالة كأساس لانصراف آثار الاتفاقيات الجماعية إلى الغير ...
329	ج-فكرة الاشتراط لمصلحة الغير كأساس لانصراف آثار الاتفاقيات الجماعية إلى الغير
331	الفرع الثاني: عقد الصّح الواقي من الإفلاس
331	أولاً: مفهوم الصّح الواقي من الإفلاس
333	ثانياً: أثر عقد الصّح الواقي من الإفلاس على مبدأ نسبية العقود
336	خاتمة
346	قائمة المراجع

مبدأ نسبية أثر العقد وتطبيقاته في القانون المدني الجزائري

الملخص

تناولت الدراسة مبدأ مهما من المبادئ التي وضعت لتنظيم العلاقات التعاقدية وهو "مبدأ نسبية أثر العقد"، والذي يقضي بأن آثار العقود بشكل عام لا تتفع ولا تضر غير عاقدتها، ويأخذ حكم العاقدين بنص القانون كلا من الخلف العام والخاص ودائني المتعاقدين، فالغير - بموجب هذا المبدأ - لا يتلقى حقا ولا يتحمل التزاما بمقتضى عقد لم يكن طرفا فيه. والعقد في هذا الصدد يُعتبر تصرفا قانونيا بالنسبة للعاقدين، ولكنه يُعتبر واقعة قانونية لا يجوز للغير أن ينكرها، فقد يتأثر المركز القانوني للغير بناء على ما وُده العقد من حقوق والتزامات.

وقد عمدت الدراسة إلى تحديد مركز المتعاقد من العقد في ضوء مبدأ نسبية أثر العقد من خلال أهم التطبيقات العملية التي نظمها القانون المدني الجزائري سواء في جانب العلاقات التعاقدية أو في جانب المسؤولية المدنية، حيث ساعدت هذه التطبيقات على الكشف عن حدود المركز القانوني للغير الذي يظل أجنبيا تماما لا ينوشه العقد بأي أثر كأصل عام.

لكن مع تطوّر المعاملات، وما يفرضه ذلك من ضرورة الحفاظ على استقرارها، أفرز مظاهر جديدة لتصرفات عقدية تعبر عن أنها خروج عما كرسه هذا المبدأ من أحكام. وقد توصلت الدراسة إلى أن مبدأ نسبية أثر العقد لا تتصرف آثاره إلى الغير إلا في حالات معينة وضمن حدود محدّدة استثنائية تقتضيها العدالة واستقرار المعاملات.

Principe de la Relativité du contrat et ses Applications dans le Droit Civil Algérien

Résumé

L'étude porte sur l'un des principes les plus importants choisis pour classer les relations, qui est «Le principe de la relativité du contrat», et qui présume que les impacts des actes en général n'ont pas d'importance pour les tiers, et la règle des deux parties contractantes selon la loi est prise par les successeurs publics et privés et les créanciers contractants. Un tiers - sous ce principe - n'a pas de droits et ne prend pas d'obligations en vertu d'un acte duquel il n'était pas partie. L'acte à cet égard est considéré comme un comportement légal pour les deux parties. Mais il est considéré comme un fait légal qu'un tiers ne peut pas nier, car la situation légale du tiers peut être affectée en fonction des droit et obligations générés par l'acte.

L'étude vise à déterminer la position du contractant dans l'acte au regard du Principe de la Relativité du contrat à travers les applications scientifiques les plus importantes organisées par le droit civil algérien, que ce soit sous l'aspect des relations contractuelles ou sous celui de la responsabilité civile. Ces applications ont permis de révéler les limites de la situation légale du tiers qui reste totalement étranger, non inscrit dans l'acte par aucun effet comme origine générale.

Par contre, avec le développement des transactions, et la nécessité de maintenir leur stabilité, il a été produit de nouveaux comportements vis-à-vis de l'acte qui exprime qu'il s'agit d'une dérogation aux dispositions consacrées par ce principe.

L'étude a conclu que le principe de la relativité de l'acte n'étend ses effets au tiers que dans des cas précis et dans les limites exceptionnelles spécifique requise par la justice et la stabilité des transactions.

Principle of the Relativity of the Effect of the Act and its Applications in the Algerian Civil Law

Abstract

The study focused on one of the most important principles chosen to classify relationships, which is "The principle of the relativity of the effect of the Act", and which presumes that the impacts of acts in general have no importance for other part, and the rule of the two contracting parties according to the law is taken by the public and private successors and contracting creditors. Another part- under this principle - has no rights and takes no obligations by virtue of an act in which he was not a part. The act in this case is considered as legal behavior for both parts. But it is considered as a legal fact that the other part cannot deny, because the legal position of the other part may be affected according to the rights and obligations generated by the act.

The study aims to determine the position of the contracting person at the act according to the effect relativity through the most important scientific practises organized by the Algerian civil law, either at contractual aspects or those under civil responsibility. These practises allowed to reveal limits of legal situation of others, which remains whole stranger, non registered at the act by any effect as a general origin.

Thus, with transactions and necessity of maintaining their stability, new behaviours towards the act confirming that it is about another face to disposals dealt with this principle.

The study concluded that the principal of relativity of the act effect makes its effects on others only at precised cases and specific exceptional limits required by justice and transactions stability.