وزارة التعليـم العالـي والبحـث العلمـي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم القانون الخاص

المرجع : 05

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

الآثار النسبية للعقد

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: حقوق

التخصص: القانون الخاص

من إعداد الطالبة :

قدور سميرة

تحت إشراف الأستاذ :

سلايم عبد الله

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ	بلبنة محمد	رئيسا
الأستاذ	سلايم عبد الله	مشرفا مقررا
الأستاذ	حمو فرحات	مناقشا

السنة الجامعية: 2019/2018

نوقشت يوم: **2019/07/10**

إهـــــداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى منبع الحنان الوالدة الكريمة أطال الله في عمرها و في طاعة الله و رسوله

و إلى رفيق دربي و صاحب سعادتي زوجي العزيز فتح الله لنا أبواب السعادة ، أدامه الله عونا لي

إلى أبنائي مليكة و بشير و منال و محمودية أطال الله عمرهم في طاعة الله و رسوله

وإلى أخواتي و الأهل و الأقارب والأصدقاء

إلى كل من قدم لي يد المساعدة من قريب أو من بعيد و لو بعبارات التشجيع

و إلى كل من سار على درب العلم و سار على نهجه صغيراً و كبيراً

كلمـــة شـــكر

الحمد الله على نعمه الذي لا تعد ولا تحصى والصلاة والسلام على الرسول (ص)

الحمد الله على التوفيق في انجاز هذا العمل المتواضع في صحة و عافية

و أتقدم بالشكر الجزيل للأستاذ المشرف

" **سلايم عبد الله** "

على كل النصائح و قبوله الاشراف على البحث

وتأطيره ، وكذا توجيهاته و ايضاحاته والشكر

إلى أعضاء لجنة المناقشة

إلى كل من أعانني في إعداد هذه المذكرة من قريب أو من بعيد ومن سارني ولو بكلمة طيبة

قائمة المختصرات

ص : صفحة

ط : طبعة

د،ط : دون طبعة

د،د،ن : دون دار النشر

د،ب،ن: دون بلد النشر

د،س،ن : دون سنة النشر

م : المادة

ق.م.ج : القانون المدني الجزائري

ق.أ.ج : القانون الأسرة الجزائري

ج.ر.ع : الجريدة الرسمية عدد

ج: جزء

ع: عدد

غ.م : غرفة المدنية

م.ج : مجلة اقضائية

ن.ش : النشرة القضائية

المقدمة

إن العقد له أهمية عظمى في حياتنا اليومية فهو المرتكز الأساسي للمعاملات المالية في وسطنا الإجتماعي و متى توافرت أركانه و شروط صحته نشأ صحيحا و ترتبت آثاره التي قصدها المتعاقدان. هو رابطة بين طرفين أو أكثر بتراضي منهما لتحقيق غرض معين يتفقان عليه و يصبح واجب التقديس و التنفيذ و بالتالي وجب على أطرافه تنفيذ ما التزما به.

و من المسلّم به أن للعقد قوة تلز م أطرافه الذين إ رتضوه ، هذه القوة تعرف بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين " لا يتقيد بها إلا الأشخاص المتعاقدين و ينصرف أثره لهؤلاء دون سواهم خاصة إذا كانت آثار العقد تتحدد من حيث نطاقها بالعاقدين و هذا ما يعرف بنسبية آثار العقد .

وعليه إذا لم يكن الشخص طرف في العقد فإنه لا يل تزم بتنفيذ مضمونه ولا يكتسب حقوق ولا يتحمل التزامات كقاعدة عامة .

وموضوعنا يعالج جزئية مهمة من نظرية ا لعقد ، إذ يتناول تأكيد مبدأ القوة الملزمة للعقد من حيث الموضوع و من حيث الأشخاص ، وآثاره النسبية و جزاءات الإخلال به .

هذه الآثار لا تقف عند طرفي العقد بل قد تمتد أيضا إلى خل فهما إذ المتعاقد لا يمثل نفسه فحسب و إنما يمثل أيضا خلفائه و الغير أيضا .

فالتعاقد يستوجب كل شخص تربطه صلة بالمتعاقد ين كالخلف العام و الخلف الخاص والدائنين العاديين ، كما أن أثر العقد قد يمتد أثره إلى الغير الأجنبي كما سبق القول وهو ما يسمى بالإشتراط لمصلحة الغير ، بحيث يكتسب هذا الغير الأجنبي حقوقا دون أن يكون من الأطراف المتعاقدة ، كما لا يلتزم بالتزام لم يشترك في إبرامه كما في التعهد عن الغير الذي لديه الحق في قبول هذا التعهد أو رفضه .

لكن في العلاقات العقدية الأمور لا تسير دائما كما يجب فقد تصطدم بعد إبرامها بظروف استثنائية ، مغايرة ، مما يستوجب تدخل القاضي للحد من هذا المبدأ وذلك أن يعدل في بعض الحدود من شروط تنفيذ العقد و الآثار التي يرتبها هذا العقد .

كما أنه يصبح كلا من المتعاقدين مسؤول عن تنفيذ ما التزم به وهذه هي المسؤولية العقدية ، فهي جزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد.

وقد عالج المشرع أيضا حالات الفسخ و الدفع بعدم تنفيذ التي قررها لانحلال العقد متى توفرت الأسباب القانونية و عليه يثا ر التساؤل : ما هو الأثر المترتب عن القوة الملزمة للعقد ؟ و ماهي حدود هذه القوة ؟ هل هي مطلقة أم نسبية ؟

و للإجابة عن هذه التساؤلات اعتمدنا في بحثنا على المنهج التحليلي و الوصفي لأن هذا الموضوع يتطلب استقراء بعض النصوص القانونية وتصنيفها للوصول إلى قواعد وأحكام واستنباط ما يمكن أن ينسجم مع روح القانون الجزائري .

وأهم الأسباب التي دفعتنا إلى اختيار هذا الموضوع

بسبب ذاتي :(شخصي) رغبتي في البحث في هذا الموضوع و ميولي لمثل هذه الدراسات القانونية التي يكثر فيها البحث والنقاش .

سبب موضوع ي : كثرة المشاكل و النزاعات المطروحة في المجتمع والمحاكم و كثرة أنواع العقود و تعدد أسباب التعاقد .

و للإجابة إلى تلك الإشكاليات إرتأينا تقسيم البحث إلى فصلين نعرض في الفصل الأول القوة الإلزامية للعقد من حيث الموضوع و خصصنا التفصيل في مبحثين تناولنا في المبحث الأول : تحديد موضوع العقد ، وانتقالا الى المبحث الثاني من نفس الفصل فكان بعنوان أثر عدم الالتزام بتنفيذ العقد ، وخصصنا الفصل الثاني الأثر النسبي للعقد وقسمنا

هذا الفصل الى مبحثين كا ن أول مبحث بعنوان مبدأ نسبية الأ ثر الإلزامي للعقد ، أما في المبحث الثاني بعنوان إنصراف أثر العقد إلى الغير .

الفصل الاول

لا ينتج العقد أثره و لا يكون له فعالية إلاّ باقترانه بقوة الزامية تضمن تنفيذ الالتزامات التي يتعهد بها الأطراف. فالقوة الملزمة للعقد هي مبدأ عالمي و يعني هذا المبدأ أنه متى أبرم العقد صحيحا ترتب عليه ج ميع آثاره التي تعن ي إنشاء التزامات على عاتق كل طرفيه أو على عاتق احدهما حسب الأحوال ...[1]

هذه القوة الالزامية للعقد تساوي قوة القانون لأ نّ العقد شريعة المتعاقدين (م106،107 من القانون المدني) فلا يجوز لأحد أطرافه تعديله منفردا بل يفرض أنّ يكون هذا ا لتعديل بإرادتهما المشتركة . فإذا انعقد العقد صحيحا بتوافر جميع اركانه و شروط انعقاده اصبح حقيقة قانونية خلصت له قوته الملزمة ت رتب على كل متعاقد تنفيذ الالتزامات التعاقدية التي ترتبت في ذمته بمقتضاه ....[2].

و في ظ لالتطور الحديث وتحديدا مع و جود قانون حماية المستهلك تغير المجرى القانوني الطبيعي للأمور باعتبار أن القانون خفف من حدة مبدأ القوة الملزمة للعقد حماية للطرف الضعيف [3].

وقد تقوم الزامية العقد على عدة اعتبارات ، ا خلاقية و إق. و .إج ،بالإضافة الى واجب احترام العهد الذي يقطعه المرئ على نفسه لابد من ضمان استقرار المعاملات حتى يطمئن الناس و يعمّ ا لسلام في المجتمع، و من ثم فلن تحديد موضوع العقد أو مضمونه هو أمر هام لمعرفة مقصود الطرفين و لتحديد مضمون الالتزامات

1- فاضلي ادريس ،الوجيز في النظرية العامة للالتزام ديوان المطبوعات الجامعية، د.ط. د.د.ن. 2009، د.ب.ن. ص 129.

2- بلحاج العربي نظرية العقد في القانون المدني الجزائري ،دراسة مقارنة ،ديوان المطبوعات الجامعية ، د .ط، د .ب..ن ، رقم الإيداع القانوني 2015/948. ص403.

3عثمان محمد رياض ، الزامية العقد ، دراسة مقارنة ط1، منشورات زين الحقوقية، ص 49.

التعاقدية الناشئة عن العقد ومدى التزام المتعاقدين بتنفيذ العقد وحدود القوة الملزمة له[1] وعلى ذلكفتتطلب دراستناالتالية للقوة الملزمة للعقد من حيث الموضوع التطرق الى مسألتين مهمتين سنتعرض في المبحث الأول: تحديد موضوع العقد والمبحث الثاني أثر عدم الالتزام بتنفيذ العقد .

المبحث الأول : تحديد موضوع العقد

إذا نشأ العقد صحيحا التزما الطرفانبما يترتب عليه من آثار ولكي يلتزم المتعاقدين ينبغي تحديد نطاق العقد بينهما ، وما دام أنّ العقد نسبي من حيث المضمون فلا يلزم إلا بما ورد فيه و بيان نطاق العقد و حدوده يستلزم تفسيره أولا .

و سوف نتطرق الى ذلك في المطلب الأول ، وفي المطلب الثانيي نتعرض الى مدى التزام المتعاقدين بالعقد باعتباره شريعة المتعاقدين و الجزاء المترتب عنه[2].

المطلب الأول : تفسير العقد :

إنّ القاعدة الجوهرية في تفسير العقد هي احترام ارادة المتعاقدين طبقا لمبدأ سلطان الارادة و سواء أخذنا بمذهب الإرادةالباطنة أو مذهب الارادة الظاهرة فالقاضي انما يفسر مظهر التعبير عن الارادة سواء كان التعبير عنها كلاما او إشارة أو سكوتا [3].

1- بلحاج العربي ، المرجع السابق ،ص 403.

2- بن ناصر وفاء ، وبن شعلان نسيمة ، " مبدأ نسبة العقد ، تخصص القانون الخاص مذكرة لنيل شهادة الماستر لسنة 2014-2015.،ص 52.

3- عبد الرزاق احمد السنهوري .شرح القانون المدني .النظرية العامة للالتزامات .نظريةالعقد.دار احياء التراث العربي بيروت .د.ط. ص9

الفرع الاول : المقصود بتفسير العقد

تفسير العقد هو ضبط الالتزامات التعاقدية أي تحديد ما انصرفت إليهالإرادة المشتركة الحقيقية للمتعاقدين و المصطلح المستعمل من القانون المدني الجزائري للدلالة على التفسير هو التأويل طبقا لنص المادتين 111 و112[1].

المادة 111:" إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف عن إدارة المتعاقدين .

إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحثعن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عن المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أنّ يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ،وفقا للعرف الجاري للمعاملات"[2] فالتأويل هو مصطلح مقبول وهو الكشف عن المقصود بنصوص العقد و بيان ما هو غامض منهالاستخلاص النية المشتركة للمتعاقدين ومن تم يجب على القاضي الذي عرض عليه النزاع التأكد أولا من توافر أركان انعقاد العقد وشروط صحته ثم ثانيا البحث في معرفة مضمون الالتزام العقدي الذي يجب تنفيذه و يتطلب ذلك عمليا في البحث عن حقيقة النز اع وذلك بتفسير بنود العقد و شروطه وتكييفه وسد فجواته وثغراته متى تطلب الأمر ذلك.

1- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بقانون رقم 07/80 المؤرخ في أوت 1980.

2- منير الفضل ، الوسيط في شرح ق.م. مصادر الالتزامات وأحكامها دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن سنة 2012،ص 2000.

وتفسير العقد وتحديد مضمونه هو عمل القاضي غير أن المشرع الجزائري لم يترك للقاضي الحرية المطلقة في شأنّ تفسير العقود بل ألزمهبإتباع قواعد معينة لضمان عدم خروجه على مهمته الأصليةإلى تعديل العقد [1].

كما ان عملية التفسير هي مسألة واقعية في الحقيقة أساسها البحث عن واقعة عملية معينة و هي معرفة قصد المتعاقدين ومن ثم لا رقابة للمحكمة العليا من حيث المبدأ على الأقل غير أنه لا مانع ان تراقب هذه الاخيرة حسن تطبيق الطرق المعتمد في التأويل وفقا لنص المادتين 111 و 112 من ق.م بخلاف التكييف الذي هو عملية ا ضرفاء الوصف القانوني على التصرف الصادر م ن المتعاقدين اثناء ابرام الاتفاق فهذه مسائل قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا [2].

الفرع الثاني : بيان حالات التفسير :

يتبين من خلال نص المادتين 111و 112 من القانون المدني الجزائري أنّ هناك حالات التي يلجأ فيها القاضي الى تفسير العقد و التي اجازها له فيها المشرع الجزائري ' تتلخص في ثلاث حالات" حالة ما تكون فيها عبارات العقد واضحة ، وحالة ما تكون عبارات العقد غير واضحة أي وجود غموض و الاخيرة ق اعدة الشك في التصرف على ارادة المتعاقدين".

اولا : وضوح العبارات :

المقصود بالوضوح هو و ضوح العبارات لا وضوح اللفظ فقد يكون اللفظ واضحا في ذاته ومع ذلك يظهر أنّ المتعاقدين لم يحسن اختيار الا لفاظ وعبارات

1- بلحاج العربي ، نفس المرجع ص 407.

2- وليد صالح مرسي رمضان ، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة بين الفقه الاسلامي، القانون المدنيدراسة مقارنة د.ط.دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية ، 2009،ص 150-155.

معبرة عن حقيقة قصدهما[1] ففي هذه الحالة على القاضي ألا يأخذ بالمعنى الواضح للألفاظ والعبارات الموجودة في العقد ، وانما عليه أن يبحث عن المعنى الحقيقي الذي اتجهت اليه الارادةو قد يكون بند العقد واضحا في حد ذاته إلا انه متناقض مع بند آخرمما يجعل العقد غامض فالوضوح المشار إليه في الفقرة 01 من المادة 111 هو وضوح مدلول العقد ككل في جميع بنود مما يتطلب أن يكون العقد واضحا في دلالته الكلية وهذا هو المقصود بالعبارة الواضحة[2] والعبرة عن وضوح العبارة بالإرادة الظاهرة حيث يمنع القاضي من البحث عن الإرادة الباطنة والا وقع تحت طائلة تحريف او تشويه العقد ولقد ذكره المجلس الاعلى بهذا المجال من خلال حيثيات قراره المؤرخ في 1985/07/13 وعليه يتوجب على القاضي ان يبين اسباب حكمه الظروف التي ادت الى استبعاد المعنى الواضح والظاهر وكيف توصل الى استخلاص المعنى الذي اقتنع به.[3]

ثانيا غموض العبارات :

اذا كانت عبارات العقد غير واضحة بان كانت غامضة متناقضة او تحمل جزئياتها او جملتها اكثر من معنى او مبهمة او اذا كانت الالفاظ المستعملة لايتأتى التوفيق بينها وبين الغرض الواضح الذي قصد عند تحرير بنود العقد , تعين على القاضي ان يلجأ الى تفسيرها أي تأويلها حتى يزيل الغموض بان يبحث في الإرادة المشتركة للمتعاقدين فتأويل العقد يكون بموجب أحكام المادتين 112و111 بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين أي بما يسمى التفسير أو التأويل الشخصي ما لم يكون بصدد حالة شك فيكون تأويل العقد عندئذ موضوعي لكون النية المشتركة منعدمة

1- خليلاحمد، حسن قدادة الوجيز في شرح ق .م.ج. ج 1 مصادرالالتزام ،ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1994،ص 138.

2- على فيلالي الالتزمات النظرية العامة للعقد ، ط الثانية ،موفم للنشر الجزائر 2013 ص408

3- القرار الصادر في نشرةالقضاة لسنة 1986 العدد 1 ملف رقم 23713 ص 63. الاجتهاد القضائي، لسنة 1987 ص 165.

فلابد أن يعقد ب طبيعة التعامل و الغرض الذي يظهر بأنّ المتعاقدين قد قصدا هـ والعرف الجاري في المعاملات من تبادل الثقة و الامانة الواجب توافرها بين المتعاقدين و حتى المفاوضات التي تسبق ابرام العقد قد تسا عد على الكشف عن عباراتهـ الغامضة او المتناقضة [2].[1]

و هنا أردنا الإشارة و التوضيح ما المقصود بالنية المشتركة للمتعاقدين هل المقصود بها الارادة الباطنة أم الظاهرة ؟ حسب ما وضحه الدكتور انور سلطان يرى ان الاعتدا د بالارادة الباطنة وما قد تؤدي اليه من وجوب البحث عن النية قد ينتهي الى افتراض ارادة المتعاقدين غير اراداتها الحقيقية والمقصود بالارادة المشتركة هي الارادة الممكن التعرف عليها و هذه تتحددبما يمكن ان يفهمه كل متعاقد من التعبير الموجه اليه من المتعاقد الآخر وفقا للظروف التي ي علمها او من المفروض ال علم في الوقت الذي اتصل بعلمه هذا التعبير [3].

وذكر الدكتور احمد عبد الرزاق السنهوري على سبيل المثال ان اشترط المعير في عارية الاستعمال ان يرد المستع ير الشيء او مثله فقال : فلا يفسر ذلك على ان المتعاقدين أرادا عارية استهلاك بل قصد المعير ان يلزم المستعير في حالة هلاك الشيء برد مثله لا بأن يدفع تعويض [4].

ثالثا : وجود الشك في التصرف

قد يوجد عبارات العقد ما يحمل اكثر من معنى دون ان يوجدما يرجح احدهما بالنظر الى ان لكل منها ما يبرر هـ ولم يهتد القاضي الى استخلاص النية المشتركة بعد استخدام المعايير السابقة الذكر التي تعتبر قيودا لا يجوز ان يتعداها فهو

1علي فيلالي ،نفس المرجع ،ص 411-412.

2- بلحاج العربي ،المرجع السابق ، ص 409.

3 - بن ناصر وفاء، بن شعلان نسيمة، مذكرة مبدأ نسبية العقد ، المرجع السابق، ص ص 52-53.

4- عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق ،ص 609.

ليس كالقاضي في المسا ئل الجنائية يسوغ له ان يقضي بـما اقتنع به . فالقاضي المدني مقيد بالأدلة المقدمة له ولو كانت مخالفة لاقتناعه فإذا ما عجز القاضي عن التوصل الى الادارة الحقيقيةللمتعاقدين جاز له تطبيق نص مادة 1/112 ق.مدني الذي تقضي بأ نّ يؤول الشك في مصلحة المد ين ومبررات هذه القاعدة أنّ المد ين عادة يعتبر الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية و لذلك يعمل المشرع على حمايته وكذلك قاعدة ان الأصل براءة ذمة المدين من أي التزام و انّ ترتيب الالتزام في ذمته استثناء [1] فهذه القاعدة لا تطبق إلا في حالة صعوبة الكشف عن الارادة المشتركة للمتعاقدين لأن بوجود الشك يصعب ترجيح معنى فيه عن الآخر [2] ضف الى ذلك أنّ هذه القاعدة تطبق سواء تعلق الأمر بعقد من العقود الملزمة لجانب واحد ام بعقد من العقود الملزمة للجانبين لكن لا تطبق في عقود الاذعان لأنّ الشك يفسر لمصلحة الطرف المذعن سواء كان دائنا او مدينا وهذا ما ماورد في نص المادة 2/112 غير انه لا يجوز ان يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضار بمصلحة الطرف المذعن[3].

وعليه فإنّ المشرع قد خرج عن القاع دة ان الشك يفسر لصالح المدين فلا يجوز تفسير العبارات الغامضة ان يكون ضار لمصلحة الطرف الم ذعن وعليه يكون تأويل القاضي بطريقة موضوعية و لصالح المد ين او الطرف الم ذعن عملا بأحكام المادة 2/112 [4].

1 فاضلي ادريس، المرجع السابق ص 135-136.

2- انور سلطان الموجز في مصادر الالتزام ،د.ط،دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية ،سنة 1998.

3 الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن، ق.م.ج المعدل و المتمم بقانون رقم 07/80 المؤرخ أوت 1980.

4- علي فيلالي، المرجع السابق ، ص 417.

وبالنتيجة تستند هذه القاعدة على اسس تقوم عليها وتتمثل في:

- براءة الذمة.

- الدائن هو المكلف باثبات الالتزام .

-وان الدائن هو الذي يملى شروط العقد على المدين [1].

إنّ المشرع الجزائري وضع بعض القواعد التي يلتزم بها القاضي في التفسير ولذلك فإن القاضي في تطبيقه لهذه القواعد يخضع أيضا لرقابةالمحكمة العليا باعتبار هذا التطبيق من مسائل القانون لا من مسائل الواقع فإذا لم يلتزم القاضي بقاعدة من تلك القواعد كان حكمه مشوبا بالنقض .

المطلب الثاني : التزام المتعاقدين بتنفيذ العقد و الجزاء المترتب عنه.

إنّ الالزامية صفة لصيقة بالعلاقة العقدية متى نشأت صحيحة والعقد لا يكون شريعة للمتعاقدين إلا اذا توافرت له شروط انعقاده و شروط صحته وعليهلا يجوز نقضه أو تعديله لا بواسطة القانون . ولا بواسطة القاضي ولا بواسطة أحد المتعاقدين منفردا من جهة فهو يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقات العقدية وملزم للمتعاقدين بتنفيذه من جهة أخرى [2].

الفرع الأول : عدم جواز نقض او تعديل العقد الا بلتفاق الأطراف :

يعتبر العقد كالقانون بالنسبة للمتعاقدين متى نشأ صحيحا كما سبق الذكر فلا يجوز لأي من المتعاقدين أن يستقر أو ينفرد بنقض العقد او تعديله او يبدل احكام العقد بإرادته المنفردة لهذا يقال ان العقد شريعة المتعاقدين ، فيلزم المتعاقدين بتنفيذ

1- بلحاج العربي ،المرجع السابق، ص 418.

2 بن ناصر وفاء ، بن شعلان نسيمة ، مبدأ نسبية العقد ، المرجع السابق ص53.

التزاماتهما العقدية في حدود ما يقضي به القانون حتى و لو كان الع قد يخالف نصوص تشريعية طالما كانت تلك النصوص لا تتعلق بالنظام العام و الأداب ...[1]

تنص المادة 106 منق.م.ج " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين و للأسباب التي يقررها القانون " يحرم المتعاقد إذن من نقض او تعديل العقد بإدارته المنفردة ما لم يسمح له القانون بذلك على وجه الاستثناف [2] ويبرر هذا التحريم في حق القاضي كذلك ، فلا يجوزله المساس بمضمون العقد و لو كانت بعض شروطه غير عادلة في نظره فهو م لزم على غرار المتعاقدين با حترام مقتضيات العقد كما تم الاتفاق عليها دون اضافة او تغيير .

لكن يمكن نقض العقد عن طريق فسخه بالاتفاق وهذا ما يعرف بالتقا يل حيث يبرم المتعا قدان عقدا جديدا يقضي بإلغاء العقد الأول و لهما أنّ يقوما بتعديل العقد برفس الطريقة.

كما يسمح القانون أحيانا لأحد المتعاقدين بنقض او تعديل العقد دون رضى أحد المتعاقد الأخر وهذا على وجه الاستثناء في حالات محددة كحق الابوين في الرجوع عن الهبة و يظهر هذا الاستثناء للمحافظة علىالحق في حرية التعاقد المكفولة دستوريا وقد يرجع بعضها الآخر الى مبدأ سلطان الادارة ومن بين النتائج التي نتوصل بها فيما يخص هذا المحتوى.

1- ان العقد اذا نشأ صحيح التزم كل من طرفيه بتنفيذه ولا يستطيع أي منهما ان يتحلل منه بإرادته المنفردة إلا في الحدود التي يسمح بها القانون .

1- علي فيلالي ،المرجع السابق ، ص 373.

2- علي فيلالي ، المرجع السابق ،ص 375-376.

2- يجب على القاضي ان لا يخرج على قانون العقد فينقض ما اتفق عليه المتعاقدان او يعدل في مدى التزاماتهم إلا في الحالات الخاصة التي أجاز له المشرع ذلك [1].

الفرع الثاني: تنفيذ العقد بحسن النية

نص المشرع في المادة 1/107 من ق.م.ج :" يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن النية "[2]

يفيد الزامية تنفيذ العقد امرين : أن يلتزم المتعاقدان بتنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه الأمر الذي يطرح مشكلة تحديد مضمون العقد و ان يت حلى المتعاقدين في تنفيذ التزامهما بحسن النية [3]فالتنفيذ هو آخر مرحلة يمر بها العقد تأتي بعد انعقاد العقد و تفسيره و تحديد نطاق الالتزامات الناشئة عنه وكل عقد يجب تنفيذه بحسن نية .

و يتمثل مضمون العقد في المسائل الواردة فيه صراحة من حقوق وواجبات من جهة وكذلك تلك التي لم ترد فيه الا انها من مستلزماته من جهة اخرى [4].

ومبدأ حسن النية " ليس له تعريف محدد الا انه يمكن القول بأنه النية الخالية من القصد السيء فهي كل إحساسبالأمانة و استقامة الضمير[5].

ان تحلي المتعاقد بحسن النية في تنفيذ العقد أمر بالغ الأهمية فحسن النية يلعب دور المحرك في العلاقة العقدية و له مظهران ان الالتزام بالنزاهة و تعاون

1- نبيلإبراهيم سعد ،همام محمود ، المبادئ الأساسية في القانون د .ط، منشأة المعارف ، الإسكندرية سنة 2001،ص 238-239.

2- الامر 58/75 ،المتضمن ق.م.ج.المعدل و المتمم.

3- علي فيلالي ، المرجع السابق، ص 386.

4- سمير .عبد السيد تناغو ، مصادر الالتزام ،العقد- الإرادة المنفردة –العمل الغير المشروع-الإثراء بلا سبب-القانون، الحكم القرار الإداري ، ط 1 ، الإسكندرية ،سنة ،2009ص 100.

5- أنور سلطان ،المرجع السابق ، ص 233.

كل متعاقد مع الطرف الآخر [1] و حسن النية أما أن يكون ايجابيا ، كإبلاغ المؤمن له شركة التأمين بكل واقعة من شأنها أن تزيد المخاطر او سلب لي بتحقيق ذلك مثلا عندما يكف الشخص عن مباشرة أي عمل يتنافى مع القصد السيء كأن يعرض العقار محل التأمين ضد الحريق لمصادر النيران إما عمدا أو إهمالا [2].

الفرع الثالث : نظرية الظروف الطارئة

ان نظرية الظروف الاستثنائية التي استحدثها المشرع في القانون المدني 1975 تعد انتهاكا صارخا للقوة الملزمة للعقد وتفيد كذلك تراجع مبدأ سلطان الادارة حيث اصبح المتعاقد في بعض الحالات غير ملزم بما تعهد به . تنص م 3/107 من ق.م.ج على انه :" غير ان إذاطرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توق عها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة ل مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك [3].

أولا : المقصود بنظرية الظروف الطارئة

و يقصد بالظروف الطارئة تلك الو قائع التي تحدث بعد انعقاد العقد فتجعل تنفيذ التزامات احد المتعاقدين مرهقا يهدده بخسارة فادحة و ليس المقصود منه ان يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا لأنّ الالتزام المستحيل يؤدي الى انقضاء الالتزام ويترتب عليه تعذر الوفاء كليا ،أما اذا ظل الوفاء ممكنا وان اصبح مرهقا فإنه لا ينقضي و في هذه الحالة يجوز تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، والاستحالة افترض فيها انها نشأت بعد نشوء الالتزام لا قبله فالالتزام لا ينشأ اذا كان محله

1-علي فيلالي ، نفس المرجع ، ص 392.

2- ربيل ابراهيم ، سعد همام ، محمد محمود ، مرجع سابق،ص 370.

3- الامر 58/75 المتضمن ق.م. ج ، المعدل و المتمم .

من البداية مستحيلا و تقضي ان تكون هذه الاستحالة فعلية او قانونية في الوقت الذي يجب فيه تنفيذه[1].

و بنص المادة 107 السالفة الذكر يكون المشرع قد حاول المساواة بين الطرفين اذا ليس من العدل ان ينفذ المد ين الالتزامات التي تم الاتفاق عليها سابق مع وجود ظروف طرأت عند تنفيذه جعلت هذا الاخير مرهقا بالنسبة اليه ،وهذا لا يعني ان يقوم القاضي برفع الارهاق كله و رميه على عاتق الدائن بل ينبغي ان يتوخى الدقة في توزيع العبئ الطارئ بين المتعاقدين و ان يجري موازنة بينهما .

و من امثلة ذلك عقود التوريد إذا ما ارتفع سعر السلعة التي تعهد المدين بتوريدها ارتفاعا فاحشا او حدث انخفاضا كبيرا بقيمة المبيع فهنا من العدل ان يتحمل الطرفين معا هذا الظرف الطارئ لآنه ظرف او حدث عير متوقع.

ثانيا: شروط نظرية الظروف الطارئة :

يتدخل القاضيلإعادة التوازن العقدي عند تحقق الظرف الطارئ شروط معينة لابد من توضيحها و تباين أثرها.

1- تراخي تنفيذ العقد

ان مجال اعمال نظرية الظروف الطارئة من طرف ا لقاضي يكون في العقود التي يفصل بين وقت انعقادها ووقت تنفيذها فارق زمنيا يمتد التنفيذ الى اجل [2] و يقصد بالتراخي في العقد ذلك العقد ذات التنفيذ المستمر و هذا ما نجده في

1- محمد صبري السعدي ،الواضح في شرح ق.مالنظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام ،العقد و الإدارة المنفردة ،دار الهدى الجزائر ، 2012، ص 385-386.

2- صم بوعافية محمد ، مجال تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي ، مذكرة لنيل شهادة الما جستير في القانون تخصص ق.م. الاساسي كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مستغانم ، سنة 2014،2015، ص101.

العقود الزمنية التي تقتضي طبيعتها ان يمر تنفيذها على مراحل متتالية عبر الزمن سواء كانت مستمرة كالإيجار او دورية كعقد التوريد [1].

و لا تطبق في العقود الفورية التي يتم تنفيذها فورا انعقادها ثم تحدث ظروف طارئة وكذلك في الالتزامات الفورية اذا تأخر المد ين في تنفيذها بخطئه حتى حدثت ظروف طارئة و لا على العقود الاحتمالية [2].

2- وجود حادث استثنائي عاما

يقصد به هو حادث غير مألوف لكنه نادر الوقوع فهو حادث لا يقع في الظروف العادية ،ولم يحدد المشرع طبيعة الحادث ا لطارئ فقد تكون حوادث طبيعية زلزال ، بركان، فيضان ، سيولا جارفة ، وقد تكون عم لا انسانيا كالحروب و الثورات و قد تكون واقعة مادية بحثة كإصابة المحاصيل بآفة زراعية ، غازات ،الجراد، الامطار ، وقد تكون اجراء اداري و قد تكون اقتصادية كرفع الاسعار [3].

فلابد ان تتسم بالطابع الاستثنائي أي ان يكون وقوعها أمر نادر ويكون الحادث عام اذا اشتمل طائفة معينة من الناس ينتمون الى نفس الاقليم و لا يخص المتعاقدين وحدهم [4].

3- عدم توقع الحوادث الاستثنائية :

يكون الحادث غير متوقع اذا لم يكن في وسع المتعاقدين و على وجه الخصوص المتعاقد المدين توقعه وقت إبرام العقد وهذا الشرط هو مكمل للشرط الأول لآنّ

1خديجة فاضل ، سلطة القاضي في تعديل العقد اثناء التنفيذ ، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع العقود و المسؤولية كلية الحقوق جامعة الجزائر ، سنة 2000-2001.،ص 77.

2فاضلي ادريس ، المرجع السابق، ص 133.

3- صم بوعافية محمد ، مجال تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي ، المرجع السابق ،ص 101.

4- بن ناصر وفاء و بن شعلان نسيمة ، مبدأ نسبية العقد ،المرجع السابق ، ص58

الحادث الغير المتوقع هوالحادث الاستثنائي و تحديد درجة عدم توقع الحادث في ضوء الظروف المحيطة بالعملية يجب انيكون بالنظر للرجل العادي و ليس من وجهة نظر المتعاقدين الشخصيين [1].

4- جعل الالتزام مرهق للمدين و ليس مستحيل

ان يؤدي الظرف الطارئ الى جعل تنفيذ التزام المدين مرهقا بحيث يهدده بخسارة فادحة اذ يكفي ان يصير التنفيذ مرهقا للمدين و ليس مستحيل و يجب ان يحدد هذا الارهاق بصورة موضوعية فلا ينظر الى ظروف المدين الخاصة و شخصه.[2]

فيتحقق الإرهاقإذاكان الفرق كبيرا بين قيمة الالتزام المحدد في العقد وقيمة العقد الفعلية عند التنفيذ[3]. و المعيار الموضوعي يقدر الارهاق فيه على ضوء الالتزامات و الحقوق الناجمة عن العقد .

ولم يعين المشرع الجزائري مقدار حسابيا للإرهاق أي مقدار التفاوت بين الالتزامات بل اكتفى بوصف هذا الارهاق بالخسارة الفادحة أي الخسارة الغير المألوفة مما يستدعي تدخل القاضي لتقديرها [4].

ثالثا : أثر نظرية الظروف الطارئة :

إذا توافرت شروط الظروف الطارئة السابقة الذكر جاز للقاضي ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول و يتحقق ذلك بأية وسيلة يراها القاضي لإقامة التوازن ، فقد ينقص الالتزام المرهق بالنسبة للمدين و قد يزيد التزام الطرف الآخر

1- علي فيلالي ،المرجع السابق ، ص 398-399 .

2- فاضلي ادريس ،المرجع السابق ،.ص 133.

1- خديجة فاضل المرجع السابق ،ص 82.

4.صم بوعافية ، محمد ، المرجع السابق، ص 110

بحيث يخفف من خسارة المدين[1]أو يعدل العقد وله ان يختار لأكثر من وسيلة لهذا التعديل ، فمهمة القاضي تكمن في إعادة التوازن العقد ي،وتوزيع تبعة الحادث الطارىء على عاتق الطرفين وعلى هذا النحو فإ ن المشرع أطلق يد القاضي في العقد ليختار اكثر الحلول اتفاقا مع العقل و العدل [2].

أ-وقف تنفيد العقد حتى يزول الظرف الطارئ .

قد يكتفي القاضي بايقاف تنفيذ العقد فترة من الزمن متى قدَّ ر أن الظرف الطارئ مؤقت و انه على وشك الزوال اوأن اللجوء إلى وسيلة الإنقاص أو الزيادة قد يؤدي إلى إختلال التوازن الإقتصادي للعقد ومثال ذلك يتعهد مقاول بإقامة مبنى وترتفع أسعار مواد البناء إرتفاعا فاحشا بسبب حادث طارئ أدى إلى وقف الإسترداد، فعلى القاضي هنا أن يوقف تنفيذ العقد حتى يزول أثر هذا الظرف طبقا لنص م 2/281 من ق.م. التي تنص :" غير أنه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين ومر اعاة للحالة الإقتصادية أن يمنحوا آجلا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه الأجال مدة سنة أو يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها"[3].

ب – إنقاص إلتزام المدين المرهق:

إن الإنقاص من مقدار الإلتزامالمرهق هو الوسيلة الطبيعة والعادية لرفع إرهاق المدين ويكون ذلك بإعفاء المدين من تنفيذ قسط مما إلتزم بـه، وقد يتمثل الإنقلص في تخفيض ثمن الشراء إذا كانت قيمة الشيء مرهقة بالنسبة للمشتري أو في إعفاء المدين عن بعض الشروط المرهقة كالتي تتعلق بأجل التنفيذ أو بـجودةالشئ أو ببعضشروط التنفيذالأخرى، والغاية من

1-فاضلي ادريس، المرجع السابق ،ص 133.

2- سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الالتزام ،المرجع السابق ،ص 164.

3 – بن ناصر وفاء بن شعلان نسيمة ، مبدأ نسبية العقد ، المرجع السابق، ص 60-61.

الإنقاص هي التقليص من الخسارة الفادحة التي يتحملها المدين بمحاولة القاضي توزيع هده الخسارة بين المتعاقدين ومراعيا مصلحة كل منهما[1].

ج – زيادة إلتزام الدائن:

وفي هذه الحالة يرى القاضي أنه من الضروري رفع وزيادة إلتزام الدائن في مقابلإلتزام المدين الى حد يصل فيه من التناسب معه، فهنا يتحمل الدائن جزء من الزيادة الغير المتوقعة، أما المدين فيتحمل الزيادة المألوفة المتوقعة[2]، كما لو قد تعهد تاجر بأن يورد كمية من القمح سعر مئة ألف دينار ج زائري للكيلو الغرام الواحد، فيرفع السعر إلى مائتي دينار جزائري للكيلو غرام الواحد، فيرفع القاضي السعر في العقد إلى أكثر من مئة ألف دينار، وأقل من مائتي دينار، فكلما ادى وقوع الظرف الطارئ إلى إرتفاع باهض في سعر السلعة المتفق عليها جاز للقاضي أن يقوم بزيادة السعر المتفق عليه في العقد حتى يتحمل الطرفان الزيادة غير المألوفة بهدف الوصول إلى التوازن بين مصلحة الطرفين [3].

1 – علي فيلالي، المرجع السابق، ص 403،

54 – صم بوعافية محمد، مجال تدخل القاضي لاعادة التوازن العقدي، المرجع السابق،ص 114.

2 – حميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، الجزائر، 1996،ص 64.

3 – بلحاج العربي ، المرجع السابق،ص 441

المبحث الثاني : أثر عدم الإلتزامبتنفيذ العقد

إذا نشأ العقد صحيحا يكون واجب التنفيذ قانونا، بحيث يتعين على ك ل متعاقد تنفيذ الإلتزمات الملقا ة على عاتقه، طبقا لما إشتمل عليه العقد وبطريقة تتفق مع مبادئ حسن النية و الأمانة و الثقة المتبادلة ويلزم المتعاقد بكل ملحقات الإلتزام التي يقررها القانون أو العرف وفقا لما تقتضيه طبيعته(م106-1/107 من ق.م.)[1]

وعليه فإذاإمتنع المدين عن تنفيذ إلتزامه جاز إجباره على ذلك بالقوة الجبرية، فالسلطة العامة تساعد الدائن أن يلجأ إلى قهر المدين على التنفيذ العيني الجبري للإلتزام فيحصل جبرا على عين ماإلتزام به المدين وذلك بواسطة الوسائل القانونية التي قررها القانون للدائن ، غير أنه في بعض الحالات يتعذر فيها التنفيذ العيني إما بسبب طبيعة الإلتزام أو أصبح تنفيذ الإ لتزام مستحيل بفعل المدين أو بخطئه، فيلجأ الدائن إلى ما يسمى " بالتنفيذ المقابل"أي " بطريق التعويض..."[2] طبقا لأحكام المسؤولية العقدية(م176-187 ق.م)[3]

كما يجوز لأ حد المتعاقدينفي العقد الملزم للجانبين أن يوقف تنفيذ إلتزامه حتى ينفذالطرف الآخر إلتزامه بمقتضى الدفع بعدم التنفيذ، وفي حالة إذا تأخر أو عدل أحد المتعاقدين في تنفيذ الإلتزام تحركت مسؤ وليته وكان مسؤولا مسؤولية عقدية ، بالتالي جاز للطرف الآخر طلب الفسخ .وترتيب على ماتقدمسنخصص مطلبين الأول للدفع بعدم التنفيذ وأحكام المسؤولية العقدية و المطلب الثاني الجزاء المترتب عن عدم تنفيذ العقد (الفسخ).

1 – الأمر 58/75 المتضمن ق. م.ج. المعدل والمتمم .

2 – علي فيلالي، المرجع السابق،ص 473.

3 – بن ناصر وفاء بن شعلان نسيمة، مبدأ نسبية العقد ، المرجع السابق،ص 64.

– سمير عبد السيد تناغوا، المرجع السابق،ص 198.

المطلب الأول : عدم تنفيذ العقد

في العقود الملزمة للجانبين يحق للمتعاقد الإمتناع عن تنفيذ إلتزامهمالم يقم المتعاقد الثاني بتنفيذ الالتزام المقابل له ويكون الغرض من الدفع بعد م التنفيذ هو تأجيل تنفيذ الإلتزمات إلى حين تنفيذالإلتزامات المقابلة[1]ولتفصيل قواعد الدفع بعدم التنفيذ نتعرض : أولا : المقصود منه، ثم كيفية التمسك به وك ذا الآثار التي تترتب عليه وأخيرا نتطرق إلى المسؤولية العقدية[2].

الفرع الأول :الدفع بعدم التنفيذ

إذا لم تقترن الإلتزامات التي يرتبها ال عقد بأجل ، سواء ك ان هذا الأجل إتفاقيا أو قانونيا أو قضائيا فإن هذه الإل تزامات وجب تنفيذها بمجرد إنعقادالعقد ويكون تنفيذ هذه الإلتزماتجبرا على المدين بموجب مبدأ القوة الملزمة للعقد ولكن يوجد إستثناء يختص به العقد الملزم للجانبين دون العقد الملزم لجانب واحد يطلق عليه الدفع بعدم التنفيذ[3].

أولا : المقصود بالدفع بعدم التنفيذ

الدفع بعدم التنفيذ هو حق كل مت عاقد في أن يم تنع عن تنفيذ إلتز امه إذا لم يقم المتعاقد الأخر في نفس العقد بتنفيذ ما عليه من إلتزامفهو يتصل بالجزاء الذي يترتب على القوة الملزمة للعقد.

وفي هذا تقضي المادة 123 من ق.م.ج :" في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الإلتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ إلتزامه، إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به."

1 – علي فيلالي . المرجع السابق . ص 473.

2 – بن ناصر وفاء و بن شعلان نسيمة المرجع لسابق .ص 64.

3 – سمير عبد السيد تناغوالمرجع السابق ص 198.

بمعنى ان الدفع لا يكون الا في العقود الملزمة للجانبين و ان يتع لق بالإلتزامات متقابلة في عقد قائم و ان يكون الالتزام يدفع تنفيذه واجبا حالا.و الدفع بعدم التنفيذ يعتبرفي الحقيقة فرعا أو تطبيقا لأصل هو الحق في الحبس [1]تناوله المشرع في المادة 1/200:" لكل من إلتزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام المدين لم يعرض الوفاء بإلتزام ترتب عليه وله علاقة سببية وإرتباط بإلتزام المدين أو م ادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كا ف للوفاء بإلتزامه هذا"[2].

فلأساس الدفع بعدم التنفيذ هي نظرية السبب التي تقيم إرتباط وثيقا بين الإلتزمات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين وهو الأساس ذاته الذي يقوم عليه الفسخ[3]

ثانيا: شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ

يقتضي التمسك بالد فع بعدم التنفيذ تحقق ثلاثة شروط يجب ان يكون العقد تبادليا بالإلتزمات المقابلة لإلتزام محل الدفع بعدم التنفيذ وأن تكون مستحقة الأداء وبإمتناع المتقاعدين تنفيذ إلتزامه.

أ – إلزامية العقد للجانبين:

يتحدد نطاق الدفع بعدم التنفيذ وفقا لنص م 123 ق.م.بالعقد الملزم للجانبين، وعليه لا يجوز أن يتمسك المتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ إذا كانت الإلتزمات غير متقابلة [4] ،بمعنى في العقد الملزمة لجانب واحد، لأن الدفع بعدم التنفيذ هو ذلك الإرتباط الذي يقوم بين الإلتزمات الناشئة والمترتبة عن العقد كما أنه لا يجوز الدفع بعدم التنفيذ في العقو د التبادلية الناقصة كعقد الوديعة والعارية مثلا ولا في ال علاقات غير التعاقدية كالعلاقة بين الوصي والقاصر.

1–بلحاج العربي ،المرجع السابق .ص 471–472

2 – علي فيلالي ، المرجع السابق،ص 473.– سمير عبد السيد تناغو، ص 199.

3 –أمجد محمد منصور النظرية العامة للإلتزمات مصادر الإلتزام ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006،ص220.

4 – خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق،ص 175.

ب – إستحقاق الأداء:

أي أن يكون الإلتزام الذي لم يتم تنفيذه هو إلتزام واجب الوفاء حالا فإن كان أحد الإلتزامين غير مستحق الأداء أو قد أصبح إلتزاما طبيع يا أو كما لو سقط بالتقادم فإن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز التمسك به[1] و بالتالي فلا يقبل الدفع بعدم التنفيد إذا كان احد الإلتزامين مؤجلا إلى أجل كمثلا إذا أعطى البائع المشتري أجلا لدفع الثمن فليس له ان يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا طالبه المشتريبتسليم المبيع الذي حل ميعاد تسليمه.

فالأجل المقصود في هذا المعنى هو الأجل الإتفاقي، أما الأجل المقرر قانونا كنظرة المسيرة التي يمنحها القاضي للمدين فهي لا تمنع من التمسك بالدفع بعدم التنفيذ.

كذلك قد تستوجب طبيعة الإلتزام أن يبدأ أحد المتعاقدين بالتنفيذ فلا يحق له التمسك بالدفع كما في العقد المحدد المدة كالمؤجر أو العامل الذي ينفذ إلتزامه أولا لفترة زمنية محددة (شهرا أو أسبوع) إلا إذا كان هناك إتفاق على خلاف ذلك[2].

وإذا تمسك كل من المتعاقدين بالدفع بعدم التنفيذ، فإنه يمكن الإ ستعانة بإجراءات العرض الحقيقي الوارد في المواد 272 ومابعدها من ق .م.[3] والمادتين 584 و 585 منق.إ.م.وإ.إ.ج. الجديد لمعرفة المتخلف عن الوفاء من المتعاقدين فليس أمام المتعاقد إلا أن يودع ما إلتزم به أو يأمر القاضي بالإيداع لدى شخص ثالث يتولى مهام التسليم وبذلك يت م التنفيذ من الطرفين في الوقت واحد[4].

ج – إخلال أحد المتعاقدين بالعقد:

لقد سبق القول أن الدفع بعدم التنفيذ هو تأجيل تنفيذ الإلتزام الذي يتحمله المتعاقد الذي يتمسك بهذا الدفع إلى حين تنفيذ الإلتزام المقابل وهذا يفيد حتما إمتناع المتعاقد الآخر

1 – بلحاج العربي ، المرجع السابق،ص 474.

2 – محمد علي البدوي، النظرية العامة للإلتزام ،ج 1، مصادر الإلتزام،ط2، منشورات الجامعة المفتوحة، د .ب.ن.، سنة 1993،ص 174.

3 –الأمر 58/75 المعدل والمتمم .

عن تنفيذ إلتزامه ولا تشترط المادة 123 ق.مأن يكون عدم التنفيذ كليا أو جزئيا، ومن ثم يمكن الدفع بعدم التنفيذ ولو أخل المتعاقد الآخر جزئيا فقط بإلتزامه[1].

– يجب أن يكون عدم التنفيذ قد بلغ درجة كبيرة من الأهمية حتى يتسنى للمتعاقد الآخر ان يمتنع عن تنفيذ إلتزامه[2].

كذلك يجب عدم التعسف في إستعمال هذا الحق، حيث ينبغي أن تنفذ العقود بحسن نية فلا يكون من تمسك بالدفع هو ال ذي تسبب في تأخير تنفيذ المتعاقد الآخر لإلتزامه[3] ، كما يستطيع المتعاقد الآخر الإمتناع عن تنفيذ جزء معادل لما لم يتم تنفيده ، إذا كان إلتزامه قابلا للتجزئة[4] .

ثالثا: التمسك بعدم التنفيذ

يتمسك المتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ إذا طولب بما عليه من إلتزام وعليه متى توفرت شروطه جاز للمتعاقد أن يتمسك بهذا الدفع دون حاجة إلى إعذار المدينكونه لا ينشيء أكثر من مركز سلبي مؤقت، كما أنه لا يشترط دفع دعوى أمام القضاء للتمسك بعدم التنفيذ لأنه لا يعدو أن يكون موقف سلبي لا يحتاج مباشرته إلى القيام بعمل إيجابي وهو الإلتجاء إلى القضاء[5].

وفي حالة ما إذا نازع الم تعاقد الآخر بحق الدفع بعدم التنفيذ أي كان ذلك أمام القاضي كان لهذا الأخير أن يتأكد أولا من توافر شروط التمسك به وبعدها يقر للمتعاقد على تمسكه بالدفع[6].

---

1 – علي فيلالي ، المرجع السابق،ص 475.

2 – محمد صبري السعدي المرجع السابق،ص 364.

3 – فاضلي إدريس، المرجع السابق،ص 159.

4– محمد علي البدوي، المرجع السابق،ص 175.

5 – بلحاج العربي ، المرجع السابق،ص 476.

6 – عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني ، مصادر الحقوق الشخصية الإلتزمات، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2009،ص 250.

وقد يتمسك أيضا كل م ن المتعاقدين بالدفع ويمتنع عن تنفيذ إلتزام اته شرط أن ينفذ المدعي كذلك ما يقع عليه من الإلتزمات، وإذا تبين للقاضي تعنت فإنه يرفض دعواه أما إذا كان المدعي عليه هو المتعنت فيحكم عليه القاضي بالتنفيذ دون شروط وفي حالة تعنت كلا من الطرفين فيحكم القاضي بالتنفيذ من الجانبين في وقت واحد.

رابعا: أثر الدفع بعدم التنفيذ:

يتجسد الدفع بعدم التنفيذ بإعتباره وسيلة دفا عية يحت بها المتعاقد عندما يطالب بتنفيذ الإلتزام الذي تحمله بموجب العقد في الإمتناع عن التنفيذ .ومن ثم يظل وقف تنفيذ الإلتزام قائما كوسيلة مؤقتة للضغط على إرادة طالب التنفيذ حتى يقوم بتنفيذ إلتزامه [1] ومتى توافرشروط الدفع فإنه ينتج أثره بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبية على الغير.

أ- بالنسبة للمتعاقدين

يترتب على التمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ إلتزامه فيترك بذلك المتمسك بهذا الدفع دفعه وينفذ هو الآخر إلتزامه سواء كان ذلك إختياريا أو جبريا في حالة ما إذا لم يعد هناك مبررا لإستمراره في تمسكه بعدم التنفيذ بعد قيام الطرف الآخر بالتنفيذ وبالتالي يجوز للمتمسك به أن يعدل عنه ويطالب فسخ العقد[2].

ويسقط الدفع بعدم التنفيذ بالتنازل عنه صراحة أو ضم نيا ويكون التنازل عنه ك أن يقوم من كان متمسكا به بتنفيذ إلتزماته بإرادته بعد أن كان ممتنعا ، ك ذلك يسقط الدفع بعدم التنفيذ بإعطاء به تأمينات يقدمها المدين كضمان لتنفيذ إلتزامه وذلك في حالة ما إذا تبين للقاضي ان التمسك بالدفع يعطل على المدين مصالح جسيمة وأن الضرر الذي يلحقه ومن جراء ذلك يزيد بكثير على الضرر الذي يلحق الدائن من جراء سقوط الدفع وأنه يكفي لضمان مصلحة الدائن أن يقدم له تأمين كاف مع توافر حسن النية في التمسك بالدفع[3].

---

1 - علي فيلالي،المرجع السابق،ص 475.

2 - بن ناصر وفاء بن شعلان نسيمة ، مبدأ نسبة العقد ، المرجعالسابق،ص 69-70.

3 - عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد ، المرجع السابق،ص 716.

* إذا أخل أحد المتعاقدين بإلتزامه وتمسك المتعاقد الآخر في مقابل ذلك بالدفع بعدم التنفيذ وبقي كل متعاقد متمسكا بموقفه فإن العقد يبقى قائما فلا يتأثر لهذا الوضع بإستثناء العقود الزمنية التي قد تتأثر من حيث مقدار الإلتزمات ا لتي يتحملها كل المتعاقد، فإذا توقف مثلا تنفيذ عقد تزويد مطعم باللحوم لمدة شهر فإنه يخصم من الإلتزمات المتعاقدين مقدار اللحوم الذي كان من المفروض أن يزود به المطعم خلال هذه المدة والثمن المقابل له.

ويجوز للمتعاقد الذي يتمسك بال دفع بعدم التنفيذ أن يطالب بال تنفيذ الجبري سواء التنفيذ العيني أو عن طريق ا لتعويض أو بفسخ العقد وكذلك يجوز للمتعاقد الآخر الم خل بإلتزامهالإلتجاء إلى القضاء مدعيا تعسف المتعاقد الآخر في تمسكهبالدفع بعدم التنفيذ.

ب – بالنسبة للغير

إن الدفع بعدم التنفيذ ينتج أثره القانوني ليس فقط في مواجهة المتعاقد الآخر بل وفي مواجهة الغير أيضا ، ويقصد بالغير كل شخص إكتسب حق في تاريخ لاحق على التمسك بعدم التنفيذ.

فلو هناك بيعا مثلا وتأخر المشتري في دفع الثمن ثم باع العين التي إشتراها المشتري الثاني أو رهنها لدائن مرتهن فإنه يجوز للبائع أن يحبس العين محل العقد ويتمسك بالدفع ضد المشتري الثاني أو الدائن المرتهن[1].

هناك حالات لا يتصور فيها وقف تنفيذ الإلتزام لأن طبيع ته لا تقبل الوقف ويتحقق ذلك في بعض صور الإلتزامبالإمتناع عن العمل كأن يتعهد لشخص بعدم البناء في أرض معينة يملكها بمقابل مبلغ من المال وعليه فإن تأخر الطرف الآخر عن دفع المبلغ فإن للطرف الأول إن يبني هذه المساحة وهذا بمثابة فسخ العقد[2].

1 – علي فيلالي ، المرجع السابق ،ص 476.

2–عبدالمنعم فرج الصدة، نظرية العقدفيقوانين البلاد العربية ،د.ط.، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان، 1974، ص 209–210.

ونشير في الأخير إلى أن حق الدفع بعدم التنفيذ مثله مثل الحقوق الأخرى هو معرض للإنقضاء ويتحقق ذلك على وجه الخصوص في الحالات التالية:

- إذا هلك الشيء محل الإلتزام.
- إذا تخلى الدائن عن حقه في الدفع بعدم التنفيذ.
- إذا إستفاد المدين المخل بإلتزامه من أجل جديد لتنفيذ إلتزامه.
- إذا قدم المدين للدائن تأمين كافيا يضمن الوفاء بإلتزامه.

الفرع الثاني: المسؤولية العقدية.

المسؤولية عنصر من عناصر الإلتزام الذي يتحلل إلى عنصرين عنصر المديونية و عنصر المسؤولية.

المسؤولية العقدية هي جزاء العقد [1] ولا يقوم إلا عند إستحالة التنفيذ العيني ولم يكن من الممكن إجبار المدين بالوفاء بإلتزاماته العقدية عينا، فيكون المدين مسؤولا عن الأضرار التي سببها للدائن من جراء ذلك نتيجة عدم الوفاء بالإلتزمات الناشئة عن العقد.

أولا : تعريف المسؤولية العقدية

هي جزاء الإخلال بالإلتزمات الناشئة عن العقد أي عدم تنفيذها أو التأخر تنفيذها، وقيام المسؤولية العقدية يفترض أن هناك عقدا صحيحا واجب التنفيذ لم يقم المدين بتنفيذه[2] وأن يكون عدم التنفيذ أو التأخر فيه راجعا إلى فعله إي إلى خطئه ولا محل لمسائلته إذا انتفى الخطأ بسبب أجنبي أي لاي للمدين فيه.

وعليه نصت المادة 176 من ق.م.ج. صراحة بقولها :" إذا إستحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ إلتزامه، ما لم يثبت أن إستحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ إلتزامه ".

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري،المرجع السابق،ص 424 و 425.

2 - بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص 442.

فالمسؤولية العقدية بهذا المفهوم إ ذن هي أن نجازي المدين على عدم تنفيذه لإ لتزامه الناشئ عن العقد وذلك بمقابل تعويض يقتضيه منه الدائن الذي تسبب له المدين ب أضرار فهو يدفع التعويض طبق لقواعد المسؤولية العقدية[1].

ثانيا : أركان المسؤولية العقدية

يشترط لقيام المسؤولية العقدية توافر أركانها الثلاثة وهي :

الإخلال بإلتزام عقدي (الخطأ العقدي) والضرر وعلاقة السببية تربط بين الخط أ والضرر.

أ – إخلال بإلتزام العقدي

الخطأ العقدي هو الركن الأول الذي يجب أن يتحقق لقيام المسؤولية العقدية وهو عدم وفاء المدين بإلتزامه الناشئ عن العقد.

1- تعريف الخطأ العقدي

المراد بالخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بتنفيذ إلتزماته الناشئة عن العقد او تأخير في تنفيذها (retard dans l'exécution) أيا كان السبب في ذلك سواء كان ذلك عن عمد أو إهمال عنه أو غشا منه او عدم قدرته أو حتى سبب أجنبي بغض النظر إذا كان عدم التنفيذ كليا او جزئيا[2] وسواء كان عدم التنفيذ مرده الى الفعل الشخصي للمدين أو كان مصدره فعل شخص تابع له أو شيء في حراسته وله السيطرة الفعلية عليه[3].و على هذا فإن عدم قيامالمدين بتنفيذ إلتزامه هو بذاته الخطأ العقدي ويتوقف تحديد نوع هدا الإلتزام هل الإلتزام بتحقق نتيجة أو الإلتزام يبذل عناية فقط.

1 –محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد ، مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، د .ط.،.د.ب.ن.، د.س.ن ، ص 466.

2 –محمد علي البدوي ،المرجع السابق ص 184.

3 – بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص 444.

2-الإلتزام بتحقيق نتيجة والإلتزام ببذل عناية

عدم تنفيذ الإلتزامبإعتباره خطأ ، يختلف بحسب ما إذا كان الإلتزام بتحقيق نتيجة أو الإلتزام ببدل عناية.

2 -1 الإلتزام بتحقيق نتيجة

وهو الإلتزام الذي يجب على المدين فيه أن يدرك غاية معينة أو يحقق نتيجة معينة مثال ذلك إلتزام البائع بنقل ملكية المبيع فالواجب الملقى على عاتق البائع في هذا الإلتزام هو نقل ملكية المبيع إلى المدين ، ولا يكون البائع قد وفى بإلتزامه إلا إذا تحققت النتيجة فعلا وهي انتقال الملكية من الأمثلة على ذلك أيضا إلتزام المقاول بإقامة مبنى معين وإلتزام الناقل بتوصيل بضاعة معينة.

2-2 الإلتزام ببذل عناية

ويسمى أحيانا الإلتزام بو سيلة والواجب الملقى على عاتق المدين في هذا الإلتزام هو بذل العناية في تنفيذ إلتزامه دون أن يكون مطالبا بإدراك النتيجة التي تأمل الدائن الوصول إليها[1]. وهذه العناية المطالب بها هي عناية الرجل المعتاد ولكن هناك حالات التي يقضي فيها القانون أو نص الإتفاق على تقليل هذه العناية المطلوبة أو الزيادة عنها وتشديدها إلى مستوى عناية الرجل الحريص[2].

والغالب ان يكون نوع الإلتزام محدد في العقد، فإذا لم يذكر فإن القانون يتولى معظم الأحوال تحديد نوع الإلتزام بها إذا لم يوجد تحديد في القانون والعقد فالقاضي يحدد نوع الإلتزام.

1 – سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق،ص 169.

2 – محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 468.

3- إثبات الخطأ العقدي

يقصد بإثبات الخطأ العقدي بإثبات عدم القيام بالتنفيذ أو التأخر منه أو تنفيذه بشكل معيب او بصورة جزئية[1].

يتعين على الدائن إثبات الإلتزام العقدي وتحديد مضمونه فإذا أثبت عدم التنفيذ أو التأخير فيه يكون قد أثبت الخطأ العقدي فإذا أثبت الضرر المترتب عن هذا الخطأ أيضا ، يكون فد إضطلع بما يقع على عاتقه من إثبات فإستحق التعويض والمدين هو من يتحمل عبء نفي الخطأ العقدي.

وإذا كان الإلتزام بتحقيق نتيجة فعلى الدائن إثبات عدم تحقيق هذه النتيجة أما ذا كان الإلتزام ببذل عناية فقط عليه إثبات أن ا لمدين لم يبذل العناية المطلوبة التي يبذلها الشخص العادي وعلى هذا الأخير ان ينفي عن نفسه هذا الإهمال.

ب – الضرر العقدي

الضرر هو الركن الثاني من أركان المسؤولية العقدية ذلك ان وقوع الخطأ لا يكفي وحده لقيامها وإنما يجب أن يترتب على هذا الخطأ ضرر يصيب الدائن.[2]

1 – تعريف الضرر:

الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص في حقه من حقوق أو في مصلحه مشروعة له سواء كان ذلك الحق أوتلك المصلحة ذات قيمة مالية.

أو لم يكن.

1 – عصمت عبد المجيد بكر ، النظرية العامة للإلتزمات ، ج1، مصادر الإلتزام، د.د.ن ،د.ب.ن.،سنة 2011.

2 – بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص 459-461.

وهو كل ما يلحق الدائن من خسارة فعلية وما يفوته من كسب نتج مباشرة عن عدم الوفاء بالإلتزام ، والضرر الذي يعوض عنه هو الضرر المباشر المتوقع أما الغير المباشر فلا يستحق عنه التعويض في المسؤولية العقدية[1].

2 – شروط الضرر

يشترط توافر ثلاثة شروط

2-1 الضرر يكون محقق

إذا كان حالا و حاصلا أي وقع فعلا كإصابة المسافر بخطأ الناقل أثناء الرحلة.

أن لا يكون إفتراضيا أو إحتماليا بمعنى أن الخسارة الفعلية الحاصلة التي لحقت المدعي فعلا بالنسبة للضرر المستقبل فإذا كان من الممكن تقدير التعويض عنه في الحال جاز للدائن ان يطالب به فورا، أما بالنسبة للضرر المحتمل فإنه لا يعوض عنه إلا إذا تحقق وتأكد فعلا لأن المدين لا يس أل عن الضرر الغير المتوقع إلا إذا إرتكب غشا أو خطأ جسيما.

2 – 2 أن يكون الضرر مباشر

المدين لا يسأل إلا عن الضرر المباشر الناتج عن عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخير فيه.

2-3 أن يكون الضرر متوقعا

يسأل المدين في المسؤولية العقدية عن الضرر المباشر المتوقع بمعنى ذلك الضرر الذي يتوقعه وقت التعاقد الرجل العادي.

ومن هنا فإن المدين يسأل عن الضرر المباشر المتوقع عادة وإن كان إخلاله له بإلتزامه التعاقدي يرجع إلى غشه أوإلى خطئه الجسيم فإنه يكون مسؤولعن جميع الاضرار المباشرة المتوقعة منهو غير المتوقعة .

1 – محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص470

– بلحاج العربي ، المرجع السابق ،ص463-466.

3- أنواع الضرر :

الضرر نوعان مادي أو معنوي أدبي

1.3الضرر المادي:

هو الضرر الذي يمكن تقويمه بالنقودوهو يصيب الشخص في ذمته المالية أو في جسمه كالضرر الذي يصيب المسافر نتيجة حادث يسبب له عجز كلي أو جزئي عن قدرته على العمل و على الكسب .

2.3 الضرر الأدبي المعنوي :

هو الذي لا يمس الم ال وإنما يصيب الشخص في حساسيته و إعتباره كال شعور أو العاطفة أو الكرامة أو الشرف أو السمعة.

4.تقدير التعويض عن الضرر :

نصت المادة 182 من ق.م على أنه " إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره و يشمل التعويض م ا لحق الدائن من خسارة ومافاته من كسب شرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو التأخير في الوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية ، إن لم يكن في إستطاعة الدائن أن يتوفاه ببذل ج هد معقول وعليه فإن التعويض يشمل الأضرار المباشرة التي وقعت فعلا ويقدر التعويض بقيمته الحقيقية وقت وقوع الضرر فعلا على أساس ما لحق الدائن من خسارة حقيقته وما فاته من كسب مؤكد[1].

ج- علاقة السببية من الخطأ و الضرر العقدي :

هذه العلاقة هي الركن الثالث في المسؤولية المدنية عموما فلا يكفي أن يقع الخطأ من المدين وأن يلحق ضرر بالدائن حتى تقوم المسؤولية العقدية بل لابد أن يكون هذا الخطأ هو السبب في هذا الضرر وهذا هو معنى علاقة السببية بين الخطأ و الضرر .

1- الأمر رقم 58/75 المتضمن ق. م.ج. ، المعدل و المتمم .

1- معنى السببية وعبئ الإثبات :

المقصود بالعلاقة السببية بين الخطأ و الضرر هو أنه يجب ان يكون خطأ المدين هو السبب الذي ألحق الضرر بالدائن.

و يقع على الدائن عبئ الإثبات بين عدم تنفيذ الإلتزام و الضرر الذي لحقه أما العلاقة السببية بين عدم التنفيذ وسلوك المدين ، فهي مفترضة في نظر المشرع الذي يفترض أن الخطأ راجع إلى الضرر و على المدين إذا كان يدعي العكس أن ينفي العلاقة السببية بن عدم التنفيذ و سلوكه وهذا طبق لنص م 176 ق م إلى هذه المادة تتعلق بركن الخطأ وهي تفترض أن إستحالة التنفيذ راجع إلى سلوك المدين .....[1]

2- السبب الأجنبي :

لا يستطيع المدين ان يدفع المسؤولية العقدية عنه إلا بنفي العلاقة السببية بين عدم تنفيذ الإلتزام وسلوكه ، وذلك بإثبات السبب الأجنبي ويقصد به كل أمر غير منسوب إلى المدين أدى إلى حدوث الضرر الذي لحق بالدائن فقد يكون قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو يكون فعل الدائن أو يكون فعل الغيرطبقا المادة 127 من ق.م.ج أنه إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو الخطأ صدر من المضرور أو الخطأ من الغير كان غير م لزم بالتعويض هذا الضرر مالم يوج د نص قانوني أو إتفاق يخالف ذلك ...."[2].

ثالثا : أحكام المسؤولية العقدية .

1- بلحاج العربي المرجع السابق، ص 467 -468 . بن ناصر وفاء بن شعلان نسيمة المرجع السابق،ص 78.

2- الأمر رقم 58/75 المتضمن ق. م.ج. ، المعدل والمتمم .

المسؤولية العقدية هي جزاء الإخلال بإلتزام عقد ي فإذا كان العقد ذاته يرجع فيهصدره إلى إرادة طرفيه فإن هذه الإرادة المشتركة تملك أيضا التعديل من أحكام المسؤولية التي تترتب على الإخلال بهذا العقد .[1]

وتنص المادة 178 منق.م.ج في فقرتيها 1 و 2 على مايلي :

" يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة. وكدلك يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيد إلتزامه التعاقدي الا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم ال ذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ إلتزاماته ".

إن الإرادة المشتركة تملك التخفيف من مسؤولية المد ين العقدية و أيضا التشديد ولا يحد من الإرادة في هذا الشأن إلا النصوص القانونية لتكوين العقد أو فكرة النظام العام [2].

1) الإعفاء من المسؤولية :

يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية العقدية و يترتب على ذلك إعفاءه من المسؤولية بالقدر الذي ينص عليه الشرط أما إذا كان شرط الإعفاء باطلا فيبطل الشرط وحده ويبقى العقد صحيحا و يبطل العقد كله إذا كان هذا الشرط باطل هو الدافع للتعاقد مثال عن إشتراط الإعفاء من المسؤولية العقدية بحيث يجوز للمتعاقدين في عقد البيع و بإتفاق خاطئ أن يسقط االإستحقاق .

2) التخفيف من المسؤولية :

يجوز للمدين أن يشترط التخفيف من المسؤولية العقدية أو إنقاصها سواء قامت هذه المسؤولية عن عدم التنفيذ أو التاخير أو التنفيذ المعيب أو الجزئي بإستثناء إعف ائه عن

1-سمير عيد السيد تناغوا ،المرجع السابق ، ص164.

2- الأمر رقم 58/75 ق. م.ج.

مسؤوليته التي تنشأ عن غشه أوخطئه الجسيم فإنه لا يجوز في هذه الحالة التخفيف أو الإعفاء منها [1].

3) التشديد من المسؤولية :

للدائن أن يشترط التشديد من مسؤولية ا لمدين العقدية كأن يتحمل المدينلمسؤولية عدم التنفيذ حتى ولو كان ذلك بفعل أجنبي لا يدله فيه ، فيقوم المدين بدور المؤمن لمصلحة الدائن [2].

4) الاتفاق على تحديد التعويض :

تنص المادة 183 من ق. م.ج. على أنه يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد في إتفاق لاحق ..." [3].

يتضح من خلال النص أنه يمكن لأطراف العقد أن يتفقوا على تحديد مقدار التعويض لجبر الضرر الذي يلحق الدائن نتيجة إخلال المدين بإلتزامه العقدي وهذا المقدار يسمي بالشرط الجزائي و يشترط لإستحقاق الشرط الجزائي ان يكون هناك خطأ ضرر علاقة سببية والإعذار فما الشرط إلا إتفا ق على التعويض و الإعذار واجب لإستحقاق التعويض خاصة في حالة التأخير عن التنفيذ [4].

المطلب الثاني : الجزاء المترتب عن عدم تنفيذ العقد .

في العقود الملزمة للجانبين إذا اخل أحد المتعاقدين بإلتزاماته جاز للمتعاقد الأخر بدلا من أن يطلب تنفيذ العقد تنفيذا عينا أو طلب التعويض عن عدم التنفيذ أن يطلب بفسخ

1- بن ناصر وفاء وبن شعلان نسيمة .المرجع السابق ، ص 81.عصمت عبد المجيد بكر ،المرجع السابق ص 461-462.

2- محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ،ص 319.

3- الأمر رقم 58/75 المتضمن ق. م.ج.

4- محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الإلتزام ، مصادر الإلتزامات و أحكامها في ق .م.ج ، ، د.ط ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية،الجزائر ، سنة 1990 ، ص 265-266.

العقد هو ما يؤدي إلى زواله بأثر رجعي و الفسخ هو جزاء القوة الملزمة للعقد إلى جانب المسؤولية العقدية فله طابع جزائي .....[1].

الفرع الأول: الفسخ بسبب عدم التنفيذ

الفسخ هو حل الرابطة العقدية بعد نشوئها صحيحة وزوالها بأثر رجعي وهو صورة من صور المسؤولية العقدية وهو حق لكل متعاقد بان يتمسك به في حالة إذا لم يوف الطرف الاخر بإلتزامه العقدي [2] فيتحرر بدوره من الإلتزامات التي تحملها بموجب محل الفسخ .

أولا : شروط الفسخ .

تنص المادة 119 منق.م.ج. على انه " في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بإتزامه جاز للمتعاقد بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذه العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذ إقتضى الحال ذلك " .

" يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإالتزامات " [3].

و يتبين من المادة أن تمسك المتعاقد بحقه في فسخ العقد يخضع لشروط منها يتعلق بالعقد المراد فسخه و الذي يشترط أن يكون العقد تبادليا أي الملزم لجانبين ومنها ما يتعلق بالمتعاقد الاخر و يتمثل في إمتناعه عن تنفيذ الإلتزامات المترتبة علي ه بموجب العقد و الشرط الثالث يخص المتعاقد الذي يطالب بفسخ العقد إذ يجب أن لا يكون مقصرا في تنفيذ إلتزاماته و الشرط الأخير هو إعذار المدين طبق لنص المادة 179 وما يليها من ق.م.ج .[4]

1- سمير عيد السيد تناغوا ،المرجع السابق ، ص 188.

2- بلحاج العربي ، المرجع السابق،ص 483.

3- علي فيلالي ، المرجع السابق ،ص 457.

4 - الأمر رقم 58/75 المتضمن ق. م.ج.

أ- العقد محل الفسخ ملزم للجانبين :

أن العقود التي يرد عليها نظام الفسخ في جميع أنواعه هي العقود الملزمة للجانبين. وفق لما ورد في نص المادة 119 ق.م المذكورة سالفا وهذا سواء على أساس فكرة السبب او فكرة العدل أو الترابط بين الإلتزامات المتقابلة ويكون تقدير السبب وقت تكوين العقد وليس وقت تنفيذه .

أما العقود الملزمة لجانب فلا يتصور في ها بنظام الفسخ [1] فالفسخ يرد على العقود التبادلية ولو كانت إحتمالية[2].

ب) إخلال أحد المتعاقدين بإلتزامه :

لطلب الفسخ لابد أن يتخلف احد المتعاقدين عن الوفاء بإلتزامه العقدي بأ ن يكون عدم التنفيذ العيني راجع إلى فعل المدين ، وأن يكون التنفيذ العيني لا يزال ممكن ولكن المدين لم يقم بالتنفيذ فأصبح مستحيلا بفعل المدين ، ففي هذه الحالات يجوز للدائن أن يطالب بفسخ الع قد أو المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية كما يجوز له المطالبة بالتنفيذ طالما بقي ممكن .....

لكن إستثناء إذا كان عدم تنفيذ العقد يرجع إلى إستحالة التنفيذ لسبب أجنبي فإن إلتزام المدين ينقضي و بالتالي ينقضي الإلتزام المقابل و يفسخ العقد بقوة القانون .....[3].

2- عدم وجود تقصير من طرف طالب الفسخ :

يجب ألا يكون طالب الفسخ مقصرا في تنفيذ إلتزامه وهذا يقتضي أن يكون قد وفى ما تعهد به أو أن يكون على الأقل مستعدا بالوفاء به ولما كان الفسخ من خصائصه أن

1- بلحاج العربي ، المرجع السابق ،ص 482- 489.

2- علي فيلالي ، المرجع السابق ،ص 459.

3- أمير فرج يوسف ،العقد والإرادة المنفردة،المكتب الجامعي الحديث ، د.ط ، الإسكندرية ، سنة 2007 ، ص 498.

يعيد الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد فلابد أن يكون الدائن الذي يطالب بالفسخ قادرا على رد ما اخذه أو تسلمه بموجب العقد الذي يود فسخه[1].

3) الإعذار المادة 179 وما بعدها من القانون المدني :

إعذار الدائن للمدين قبل المطالبة بالفسخ له على كل حال أهمية عملية تظهر في أمرين :

1)- يجعل القاضي أسرع إستجابة لطلب الفسخ

2)- يجعله أقرب إلى الحكم على المدين بالتعويض فوق الحكم بالفسخ [2] ويلاحظ أن طلب الفسخ لا يكون إلا بعد إعذار المدين ما لم يتفق الطرفان على إستبعاد الإعذار (م 119و 179 من ق.م).

ففي بعض الحالات يجوز للدا ئن أن يطالب بفسخ العقد من وقت جحود المدين لإتزامه التعاقدي أو المطالبة بالتعويض كما يجوز المطالبة بتنفيذ الإلتزام طالما كان ممكنا هنا سيتوجب إعذار المدين لإقامة الدليل على تحق يق خطئه أو تقصيره ولو عن طريق المطالبة القضائية بالفسخ ما لم يكن الإعذار غير متطلب [3] قانون للمواد 120- 179- 180 -181 من ق .م.ج.)[4].

وعليه وفق لنص المادة 119 /1 ق.م إعذار المدين أي إخطاره و تنبيهه وتكليفه كتابة بالوفاء حالا في صورة ثابتة بإنذار أو ما يقوم مقام الإنذار وفقا لنص المادة 180 .

- ضف إلى ذلك تعتبر المطالبة الق ضائية ذاتها إعذارا فإن شرط الإع ذاريعتبر مستوفيا لكل فسخ بطلب من القضاء أن يحكم به فالأصل في القانون المدني الجزائري أن الفسخ طبق لنص المادة 119 لا يتقرر [5]إلا بحكم القاضي وأنه لابد من إعذار المدين قبل طلب

1- أمير فرج يوسف ،المرجع السابق ،ص 498.

2- عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق ،ص 702 ، 703.

3- بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص 482 - 483 .

4-الأمر رقم 58/75 المتضمن ق.م.ج .

5- بلحاج العربي ، المرجع السابق ،ص 484 .

الفسخ وقد نص المشرع الجزائري على الإع ذار وطرقه والحالات التي يجب فيها ، و التي لايجب في المادتين (180- 181 من ق.م.ج).

ثانيا : أنواع الفسخ :

الأصل أن يكون الفسخ قضائيا أيبمقتضى حكم من القضاء غير أنه يجوز أن يتحقق بإتفاق الطرفين ، وكذلك أن يقع بحكم القانون وقد تناول المشرع الجزائري أنواع الفسخ من خلال نص المواد 119- 120-121 من ق.م.ج.

1- الفسخ الإتفاقي :

قد يتضمن العقد محل الفسخ طبقا لنص الما دة120 من ق .م شرط يقضي بفسخ العقد من تلقاء نفسه بسبب عدم التنفيذ دون الحاجة إلى إعذار وحكم قضائي .

يتمتع المتعاقدان بحرية تامة في تحديد صياغة الفسخ الإتفاقي، فيتخذ الفسخ الإتفاقي عدة صور منها شروط الفسخ الإتفاقي أو الشرط الفاسخ الصريح [1].

وبناءا على هذا فللفسخ يتخذ إحدى الصيغ التالية :

1- الاتفاق على إعتبار العقد مفسوخا :

وما يطلق عليه بالشرط الفاسخ الصريح لأن إتفاق المتعاقدين على الفسخ يحل محل الحكم غير أن هذا الشرط لا يعفى من الإلتجاء إلى القضاء .

2- الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بغير الحاجة إلى حكم قضائي أو إعذاره :

وهو أقصى ما يصل إليه الشرط الفاسخ الصريح في العقد .

3- **الإتفاق على أن يكون العقد مفسوخا بحكم القانون :**

يفسخ الاتفاق في هذه ال حالة على أن الطرفين قد إتجهت نيتهما لسلب السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالفسخ أو عدم الحكم به فلا يمنح المدين مهلة للوفاء ، و يتحتم

1- الأمر رقم 58/75 المتضمن ق.م.ج

عليه توقيع الفسخ ولكن يجب رفع دعوى بالفسخ و أيضا يشترط الإعذار و الحكم هنا يكون مقررا كاشفا وليس منشأ [1]

ب-الفسخ القانوني :

طبقا لنص المادة 121من ق.م التي تنص " في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الإلتزام بسبب إستحالة تنفيذه إنقضت معه الإلتزامات المقابلة له ويفسخ العقد بحكم القانون".

ويتضح من خلال نص المادة أنه إذا إستحال تنفيذ الإلتزام العقدي إلى المدين بسبب اجنبي لايد له فيه ، فإنه يترتب على ذلك إستحالة تنفيذ الإلتزام المقابل له وإنقضاءه وبالتالي إنفساخ العقد بحكم القانون ولا يحتاج هذا النوع من الفسخ إلى إعذار من الدائن إلى المدين بالوفاء لأن الإعذار لا يتصور إذا كان التنفيذ لا يزال ممكنا كما لا يحتاج على حكم القضاء .

- اما إذا إستحال التنفيذ بسبب خطأ المدين فإن العقد لايفسخ بقوة القانون بل يلزم المدين بالتنفيذ بمقابل إذا كان التنفيذ العيني ممكنا أو بالتعويض أو يطالب بالفسخ.

ج- الفسخ القضائي

يملك القاضي سلطة تقديرية واسعة وهو يفصل في دعوى الفسخ التي تستهدف حل القوة الملزمة للعقد إذ خول له القانون إما قبول طلب الفسخ أو رفضه أو إقرار مهلة وفاء للمدين أو منح التعويض للدائن مع إعفاء المدين من التنفيذ أو فسخ العقد مع منح التعويض للدائن أو رفض طلب الفسخ ومنح المدين أجلا لتنفيذ ماتبقى ، إذ ا تبين للقاضي أن ما بقي في ذمة المدين من إلتزاماتضئيل بالنسبة لما تم تنفيذه، و أن مصلحة الدائن لا تتأثر بذلك.

1- بن ناصر وفاء و بن شعلان نسيمة ، المرجع السابق ، ص87 - 89 محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 358- 359 .

وقد يتجنب المتع اقدان فسخ العقد بتنفيذ المدين لإلتزامه عينا أو عن طريق التعويض..[1] وهذا ما أكدته المادة 119 من القانون المدني الجزائري التي تنص " في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بإلتزامه ، جاز للمتعاقد الأخر بعد إعذاره المدين ان يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذاإقتضى الحال ذلك .

و يجوز للقاضي أن يمنح أ جلا حسب الظروف كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات . يتضح من المادة أن الفسخلا يتقرر إلا بحكم القضاء و على الدائن الدي يطالب بالفسخ أن يقوم بإعذار المدين طبقا لنص المادة 180 من ق.م.ج[2] لوضع هذا الأخير موضع المقصر .

– و يقصد بالإعذار هوتكليف المدين بصورة ثابتة بإنذار على يد محضر أو بطريق البريد على الوجه المبين في ق.إ.م.و.إ.إ[3].

– غير أنه لا ضرورة للاعذار إذا أصبح تن فيذ الإلتزام غير ممكن أو غير م جد بفعل المدين وكذا صرح كتابة أنه لايريد تنفيذ إلتزامه طبقا للمادة 181 /4 ق.م.ج. [4].

ومثال ما جاء في " القرار الصادر عن المحكمة العليا غ .م. في 2000/01/12 م.ق لسنة 2001 في العدد 1 ص 110 1985/06/01 ملف رقم 32113 المجلة نفسها ، 1990 العدد 02 ص 94 .

فالإعذار يساعد الدائن على إثبات تخلف المدين عن الوفاء و يجعل إس تجابة القاضي على طلب الفسخ أكثر من الا وقد يحكم بالتعويض أيضا إلى جانب الحكم بالفسخ....[5] .

1– بلحاج العربي ،المرجع السابق ،ص 482 – 483 .علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 353 .

2– الأمر رقم 58/75 المتضمن ق.م.ج.

3– سمير عيد السيد تناغوا ،المرجع السابق ، ص 188.

4– بلحاج العربي ، المرجع السابق ،ص 483.

5– عبد الرزاق دربال ، الوجيز في القانون في النظرية العامة للإلتزام ،مصادر الإلتزام ، د.ط ، دار العلم للنشر والتوزيع الجزائر ، د.س.ن ، ص67.

إن الفسخ بحكم القضاء يعتبر حكم منشئا أما الحكم بالفسخ بحكم القانون أو الاتفاق فيعتبر حكما مقررا .

– كما طبق القضاء الجزائري م ا اقره المشرع الجزائري في المادة 119 من ق.م.ج المذكورة سابقا بشأن الفسخ القضائي للقوة الملزمة للعقد من خلال عدة قرارات نذكر منها :

القرار الذي جاء فيه " إن قضاة المجلس عندما منحوا للمطعون ضدها أجلا لتنفيذ إلتزاماتها معتمدين في ذلك على الظروف الأمنية الإستثنائية السائدة في المنطقة التي ترتب عنها عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عن العقد بصفة مؤقتة يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما [1].

كما يجوز للدائن أن يعدل عن طلب التحلل من العقد بنفسه في أي وقت م ادام الحكمبالفسخ لم يصدر بعدوله العدول عنه بطلب التنفيذ وفقا لمصلحته ، كما يجوز للمدين دفع طلب الفسخ بإظهار إستعداده لتنفيذ إلتزامه و بحسن نية وذلك بالتعجيل في هذا التنفيذ[2].

الفرع الثاني : اثر الفسخ :

تناول المشرع الجزائري أثار الفسخ العقد في المادة 122 ق. م التي تنص " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد فإذا إستحال ذلك جاز للمحكمة ان تحكم بالتعويض [3]" و يظهر من هذا النص أن الفسخ بجميع صوره (القضائي الإتفاقي ، القانوني) يرتب آثار بالنسبة للمتعاقدين تتمثل في إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد ، بمعنى زوال حكم العقد وإعتبا ره كأنه لم يكن وقد تمتد الآثار إلى الغير الذي يكون قد تلقى حقا من أحد المتعاقدين .

1– قرار المحكمة العليا غ .م.المؤرخفي 2000/01/12، فضية رقم 212782 م.ق. سنة 2001 ،ع 1 ، ص 114–116.

2– ولد صالح مرسي رمضان القوة الملزمة للعقد و الإستثناءات الواردة عليه ، د .ط دار الجامعة الجديدة للنشر الأزارطة الإسكندرية ، 2009 ، ص 664 .

3– الأمر رقم 58/75 المتضمن .ق.م.ج.

أولا : أثر العقد فيما بين المتعاقدين .

وفقا لأحكام المادة 122منق.م.ج يترتب على فسخ العقد إعادة كل من المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد و إعتبار العقد كأن لم يكن [1].

ويقصد بعبارة إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد " أنه يزول حكم العقد بأثر رجعي إلى حين نشوءه ، بحيث يجب على كل من المتعاقدين أ ن يرد إلى الطرف الأخر ما تسلمه أو حصل عليه بمقتضى العقد الذي فسخ ومن لم ينفذ إلتزامه فلا يجبر على التنفيذ ،و في حالة إستحالة رد من أ خذحكم القاضي بتعويض عادل للدائن عن الضرر الذي أصابه على أساس المسؤولية التقصيرية [2].

و يلاحظ أن الفسخ لا يتم بأثر رجعي بالنسبة لعقود المدة أو العقود المستمرة أو العقود الزمنية التي يعتبر فيها الزمن عنصر من عناصرها ، فإنه لا يمكن إعادة المتعاقدين في مثل هذه العقود إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد و لذلك الفسخ لا يحدث أثره الا من وقت تقريره أي إلا بالنسبة للمستقبل فمثلا عقد الإيجار ، أن تأخر المستأجر في دفع الأجرة على نحو إضطر [3] بالمؤجر إلى طلب إستصدار من العقد من تاريخ الفسخ [4].

ومماتقدم فإن الفسخ في العقود الفورية يكون له أثر رجعي أما بالنسبة للعقود المستمرة أو الزمنية فإنه لا يكون له هذا الأثر لأن ما تقدم من العقد لا يمكن إعادته.[5]

1-سمير عبد السيد تناغوا ،المرجع السابق ، ص 192.عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 698.

2- علي علي سليمان ،النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري ، ط 7 ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر د .س.ن.-إبراهيم أنس محمد يحيى،الإقالة ، فسخ العقد برضى الطرفين ، رسالة في استكمال متطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية في نابلس 2009.

3- سمير عيد السيد تناغوا ،نفس المرجع ص 192.

4- محمد علي البدوي المرجع السابق ، ص 180.

5- بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 491

ثانيا : اثر الفسخ بالنسبة للغير .

يسري الأثر الرجعي للفسخ بالنسبة للغير أيضا بحيث تسقط كل الحقوق التي إكتسبها الغير من احد طرفي العقد المفسوخ ففي عقد البيع مثلا يعتبر المشريتي بفعل الاثر الرجعي للفسخ كأنه لم يكن مالك أبد ا للشيء المبيع و يسترد البائع المبيع خاليا من الحقوق التي رتبها المشتري عليه ، لأن الشخص لايستطيع أن يعطي الغير مالا يملك و لأن فاقد الشيء لا يعطيه.

غير أن لهذه القاعدة إستثناء الغير حسن النية فالقانون يحمي الغير الذي إكتسب حق عينيا على منقول بحسن نية طبقا لنص المادة 835 من القانون المدني [1]و الغير الذي تقرر له حق على عقار و أشهره طبقا للمادتين 15و 16 من الأمر 75/74 و كذلك الغير الذي كسب حق بموجب عقد من عقود الإدارة الحسنة و عليه لا سيرى الفسخ في هذ ه الحالات في مواجهة الغير وهذا لاستقرار المعاملات ...".

– فالغير لا توقع عليه دعوى الفسخ لأنه لم يكن طرف في العلاقة العقدية بل تر فع عليه دعوى الإسترداد ، ويمنع الأثر الرجعي بقاء حق الغير إذا إستند على سبب قانوني [2].

1– الأمر رقم 58/75 المتضمن ق.م.ج .

2–علي فيلالي ، المرجع السابق مرجع سابق ، ص 465–466 ،بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 491 – 492.

الفصل الثاني

تخضع القوة الملزمة للعقد بالنسبة للأشخاص الى مبدأ هام و هو مبدأ نسبية أثر العقد و الذي نقصد به أن أثر العقد يتوقف على طرفيه فقط ، فلا ينتج أثره إلا في مواجهة طرفيه باعتبار أن العقد تصرف يربط بين شخصين فأكثر يترتب على نشو ءه التزامات و تقابلها حقوق في ذمم المتعاقدين دون الغير ، فالعقد لا يفيد و لا يضر غير طرفيه الا ان هذه الاثار قد لا تتوقف عن د طرفي العقد بل كذلك تمتد الى خلفه ما لان المتعاقد لا يمثل نفسه فحسب بل يمثل ايضا خلفه ، كما يؤثر العقد بطريق غير مباشر في حقوق دائني المتعاقدين العاديين نتيجة ما يؤدي العقد من زيادة او نقصان في الضمان العام للدائنين.

من ثمة فالعقد يعد بالنسبة لأطرافه تصرفا قانونيا تترتب عليه حقوق و واجبات بينما يعتبر بالنسبة للغير مجرد واقعة قانونية تكون نافذة في حقهم [1] لايمكن انكار او تجاهلها فقد تغير من المراكز القانونية . ان المتعاقدان دون غيرهما يلتزمان بالعقد كقاعدة عامة لان العقد م تى نشأ صحيحا و استوفي جميع اركانه و شروطه توفرت له القوة الم لزمة فيصبح مضمونه ملزم لهما و يرتب اثار بالنسبة للمتعاقد ين و على الاشخاص الذين تربطهم صلة معينة بالمتعاقدين كالخلف العام و الخلف الخاص و كذا الدائنين لكن أثاره قد تمتد الى غير هؤلاء اي الى الغير الاجنبي عن العقد و خاصة في حالة الاشتراط لمصلحة الغير [2].

و حتى نوضح مضمون مبدأ نسبية العقد قسمنا هذا الفصل ا لى مبحثين بعرض في المبحث الأول آثار العقد التي تنصرف الى المتعاقدين والخلف والدائنين العاديين والمبحث الثاني انصراف أ ثر العقد بالنسبة الى الغير و هو الاستثناء الذي يكت سب فيه الغير حق عن طريق الاشتراط لمصلحته و التعهد عنه .

1-علي فيلالي ، الإلتزامات النظرية العامة للعقد ،د.ط موفم للنشر الجزائر ،2010 ،ص: 397 .

2-خليل أحمد حسن ، قداده ، المرجع السابق ص:114 .

المبحث الأول : مبدأ نسبية الأثر الالزامي للعقد .

لقد سبق القول ان العقد نسبي في اثره فقوته الملزمة لا تتعدى المتعاقدين اذ لا يتلقى الغير حقوق و لا يتحمل التزامات بمقتضى عقد لم يكن طرف فيه ، لان الأصل ان هذه الحقوق و الالتزامات تنصرف الى ذمة المتعاقدين دون سواهما ،كما أن العقد لا يفيد و لا يضر غير طرفيه ، اي ان آثار العقد تنحصر في المتعاقدين دون تخطيها للغير .

غير أن العقد يعتبر تصرفا قانونيا بالنسبة لأطرافه و يعتبر كواقعة قانونية بالنسبة للغير لا يمكن انكارها او تجاهلها فقد تغير من مركزه القانوني .

اذن العقد ملزم لأطرافه في حدود ما يرتبه من التزامات و هو ينتج تلك الاثار بالنسبة للمتعاقدين و كذلك بالنسبة لطوائف اخرى من الأشخاص و على هذا الاساس فان القوة الملزمة للعقد من حيث الاشخاص لا تنحصر بين طرفي العلاقة العقدية فحسب بل تمتد الى خلفهما من جهة و الى الغير من جهة اخرى .

المطلب الأول : انصراف اثر العقد الى المتعاقدين

المتعاقدان هما طرفا العقد الذي يبرمانه باسمهم ا و لحسابهما و من ثمة يلتزم كل طرف بما رتبه العقد من آ ثار كالتزامهما باحترام القانون فيصبح كلا منهما دائنا بماله ومدينا بما عليه طبقا لنص المواد (106-107-160 و ما بعدها ق .م.) ، وقد يباشر الشخص المتعاقد عملية ابرام العقد بنفسه أو بواسطة شخص آ خر يكون و كيلا او نائب عنه ولا يعتبر هذين الأخيرين طرف في العقد بل هما أ جنبيان عنه فينشأ عن العقد حقوق والتزامات تضاف الى ذمة الأصيل كما يتعاقد الشخص مع نفسه و تتصرف آثار العقد الى الأصيل .

الفرع الأول : النيابة في التعاقد :

النيابة في تعريف الفقه هي حلول ارادة شخص معين يسمي النائب محل ارادة شخص آخر هو الأصيل في إنشاء تصرف قانوني تنصرف آ ثاره الى ذمة الأصيل لا الى ذمة النائب.

وطبقا لنص المادة 74 من ق.م التي تنص " اذا ابرم النائب في حدود نيابته عقد باسم الاصيل فان ما ينشأ عن العقد من حقوق و التزامات يضاف الى الاصيل " و المادة 75 من نفس القانون " اذا لم يعلن المتعاقد وقت ابرام العقد انه يتعاقد بصفته نائبا فان اثر العقد لا يضاف الى الاصيل دائنا او مدينا الا اذا كان من المفروض حتما ان من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة او كان يستوي عنده ان يتعامل مع الاصيل او النائب ..."[1].

و عليه قد يباشر المتعاقد عملية التعاقد بواسطة شخص آ خر يكون وكيلا او نائبا عنه لهذا الوكيل او نائب لا يع د طرف في العقد بل اجنبيا عنه و ما ينشئه العقد من حقوق وواجبات تضاف الى ذمة الاصيل و يبقى الشخص ا لذي لم يكن طرف في العقد اجنبي و لا يتحمل اي التزام بموجب العقد و لو كانت له علاقة بالمعقود عليه [2].

فالنيابة أن تحل إرادة شخص معين يسمي النائب محل ارادة شخص اخر هو الاصيل في ابرام تصرف قانوني فيتصرف و يتفاوض و يعبر عن ارادة الاصيل .

الفرع الثاني : انصراف آثار العقد الى ذمة الاصيل .

بغض النظر عن الاستثناءات القانونية ، فاذا تصرف النائب في حدود نيابته من جهة ، و أخبر المتعاقد معه بانه يتعاقد بصفته نائب من جهة اخرى فان آ ثار العقد من

1- الأمر 58/75 المعدل و المتمم .

2-علي فيلالي ، النظرية العامة للعقد ، المرجع السابق ، ص :426،427 .

حقوق وواجبات تنصرف الى ذمة الاصيل ، وهذا ما نصت عل يه أحكام المادة 74 ق.م.ج السالفة الذكر.

فالنائب لا يكتسب حقا و لا يتحمل التزاما و لا بد من تفادي الخلط بين الالتزامات التي يتحملها الوكيل أو النائب شخصيا بموجب عقد الوكالة فهو طرف أصلي و الإلتزامات التي يرتبها التصرف القانوني الذي ابرمه الوكيل لحساب الاصيل و التي يتحملها هذا الاخير وان يكون الوكيل من الغير وهذا ما اشارت اليه المحكمة العليا في قراراها الصادر عن الغرفة التجارية والبحرية " حيث أن مسؤولية الوكيل تنتج عن عقد الوكالة المبرمة بينه و بين المجهز (السفينة) ولا يترتب عن الوكالة اي التزام شخصي للوكيل ، بحيث انه يتعامل باسم و لحساب الم جهز و لا يكون مسؤولا الا عن أخطائه الشخصية كما أنه لا يكون مسؤولا إلا إتجاه المجهز الذي أعطاه الوكالة [1].

الفرع الثالث : تعاقد الشخص مع نفسه

يتعاقد الشخص مع نفسه اذا تعاقد بلسمه و لحسابه و يكون في نفس الوقت نائبا عن الشخص المتعاقد معه ، كأ ن يشتري لنفسه منقولا كلفه مالك هذا المنقول ببيعه او يتعاقد الشخص في نفس الوقت بصفته نائبا عن المتعاقدين فهو نائب عن البائع و في نفس الوقت ذاته نائب عن المشتري .

ففي الحالة الأولى ، تنصرف آ ثار العقد من حقوق ل لشخص الذي يباشر التعاقد باسمه و لحسابه و تنصرف حقوق و واجبات البائع للأصيل اي الشخص الذي ناب عنه الوكيل .

1- علي فيلالي ، المرجع السابق ،ص:429.

و أما في الحالة الثانية ، فالشخص الذي يتعاقد مع نفسه لم يتعاقد لا باسمه ولحسابه بل لحساب شخصين اخرين و هما تتصرف اليهما اثر العقد [1].

المطلب الثاني : إنصراف أثر العقد الى الخلف

لا يقصد بقاعدة نسبية اثر العقد ان قوته الملزمة تتصرف الى المتعاقدين بأشخاصهما فقط بل يقصد بها ان اثار العقد تتصرف الى المتعاقدين و الى خلفها العام والى خلفهما الخاص في حدود قانونية معينة للمتعاقد و يختلف حكم كل منهما عن الاخر [2].

الفرع الأول : الخلف العام

تتصرف آثار العقد بموجب المادة 108 ق.م إلى الخلف العام ما لم يمنع القانون او طبيعة التعامل من ذلك ، مع مراعات قواعد الميراث . بعد تحديد مفهوم الخلف العام نتناول حدود هذه القاعدة .

أ- المقصود بالخلف العام :

الخلف العام هو من يخلف الشخص في ذمته المالية اي يرثه في كل حقوقه و في كل التزاماته و ذلك يتحقق اذا لم يوجد الا وارث واحد أو موصى به له بكل التركة حيث يجوز ذلك [3].

وبعبارة اخرى انه من يخلف سلفه في مجموع التركة او في جزء منها كا لوارث او الموصى له بنسبة معينة من التركة و الخلافة العامة تكون بسبب عام و هي لا تقوم الا بعد

1-سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق ، ص 111.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ،ص: 730 .

3- بلحاج العربي ، المرجع السابق ،ص 370،371. -زكريا سرايش ، الوجيز في مصادر الالتزام العقد و الارادة المنفردة د. ط دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر 2013 ،ص :135.

الموت و تتحقق بطريق الميراث او الوصية و (774 ق.م.ج و 180 و 185 و ما بعدها من ق.أ) .

فالخلف العام يلزم بالعقد لان السلف كان ملزما و له ان يتمسك كقاعدة عامة بحقوق السلف و ليس بحقوقه الشخصية ا ذ انه لا يضار بالتزامات السلف ، و انه يسري في حق الخلف العام ما كان يسري في حق سلفه .

– و ينتقل للخلف العام كل الدعاوى و الدفوع التي كانت مقررة للسلف في حدود الاجال التي حددها القانون ، كما ينتقل له الحق في ممارسة الخيارات العقدية و القانونية التي كانت ثابتة قانونا للسلف ...[1]فقد نصت المادة 108 من ق.م.ج في هذا الصدد " ينصرف العقد الى المتعاقدين و الخلف العام ما لم يتبين من طبيعة التعامل او من نص القانون ان هذا الاثر لا ينصرف الى الخلف العام كل ذلك مع مراعات القواعد المتعلقة بالميراث ....."[2]

وطبقا لنص المادة 108 المذكورة اعلاه تنصرف آثار العقد الى الخلف العام الذي يتمتع بما اكتسبه من حقوق و ينف د بما اوجبه من الالتزامات إلا الديون الثابتة في ذمة المورث و هو السلف تكون مسؤوليته عنها في حدود التركة و ما يزيد على ذلك لا يتعدى الى امواله الخاصة [3].

فلقد جعل المشرع الجزائري قواعد الميراث من النظام العام التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها إستناد الأحكام الشريعة الاسلامية حيث لا تركة الا بعد سداد الديون و هو ما جاءت به م .1/180 من ق.أ.ج.

1– الامر 58/75 المتضمن ق. م.ج المعدل والمتمم.

2– بلحاج العربي ،المرجع السابق ،ص 380.

3– عبد الرازق احمد السنهوري ، المرجع السابق ،ص:731.

و عليه فلا تنتقل الى الورثة الا الحقوق المالية الصافية دون الديون و الالتزامات فالورثة لا يسألون في أ موالهم الخاصة عن الوفاء بالديون و الالتزامات التي تركها ال سلف (المورث) الا في حدود ما آل اليهم من اموال التركة بعد تصفيتها و قد حكمت المحكمة العليا في قرار مشهور لها بان الديون الثابتة في ذمة المتوفي متعلقة بالتركة و حدها لأنه لا تركة إلا بعد سداد الديون و لا تنتقل للأشخاص الورثة ،غير ان الحق في التعويض الناشئ عن وفاة الضحية ينتقل إلى الورثة الشرعيين في حالة وفاته و يق سم عليهم وفقا لأحكام المواريث مادام انه نشأ قبل الوفاة و دخل في الذمة المالية للمضرور .....[1].

ب- الحالات الاستثنائية التي ينصرف فيها أثر العقد الى الخلف العام و قواعد الميراث

يستثنى من القاعدة التي تقضي بان العقد ينصرف الى الخلف العام احوال وردت الاشارة اليها في نص م 108 من ق.م.ج المذكور سالفا و هي حالات استثنائية ترجع الى مقتضيات قواعد الميراث و هذه الحالات تتمثل في ارادة المتعاقدين و طبيعة التعامل و أخيرا نص قانون .

1- إرادة المتعاقد أي بالاتفاق :

قد يتفق المتعاقدان على ان العقد الذي تم بينهما لا تتصرف آثاره الى الخلف العام طبق للقاعدة العقد شريعة المتعاقدين [2].

كالتزام الواعد ببيع المنزل شرط ان يتم ذلك وهو على قيد الحياة فهذا الاتفاق طالما انه لا يخالف النظام العام او الآداب العامة فانه شرط صحيح و عندئذ لا ينصرف اثر العقد الى الخلف العام [3].

1- قرار المحكمة العليا غ.م .2001/03/21 ملف رقم 241943 م.ق 2003 العدد 2 ص 111

2- زكريا سرايش المرجع السابق ،ص 136.

3-بلحاج العربي، المرجع السابق ، ص 347.

2- وجود نص قانوني :

اذا ورد نص في القانون يقضي بعدم إ نصراف أثر العقد الى الخلف العام كما هو الحال في حق الانتفاع الذي ينتهي بموت المنتفع (م 852 ق.م) و انتهاء عقد الشركة بموت احد الشركاء (م 439 ق.م) و انتهاء عقد الوكالة بموت الموكل او الوكيل (586 ق.م) و انفساخ عقد العمل بوفاة العامل ....[1].

و يهدف القانون من منع إنصراف آثار العقد الى الخلف العام حماية للورثة من بعض تصرفات مورثهم ، فالقانون يبيح للشخص أ ن يتصرف في كل امواله فتكون تصرفاته في هذا الصدد نافذة في حق الورثة [2]و مع ذلك يقيد القانون حق المورث في التصرف في امواله.

3- طبيعة التعامل

اذا كانت طبيعة الحق او الالتزام الناشئ عن العقد تتنافى مع انتق اله الى الخلف العام ماديا او قانونيا كما هو الشأن في شركات الاشخاص و الايراد المترتب مدى الحياة ، وحق الانتفاع بنص في القانون او كانت العلاقة القانونية شخصية بحتة تنتهي بوفاة المتعهد بتنفيذ الالتزام كعقد عمل مع فنان او اتفاق مع جراح أو طبيب او محام او مهندس معماري او مقاول او رسام فلا ينصرف اثر العقد في هذه الحالات [3].

1-بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 431 -432 .

2- رمضان ابو سعود ، همام محمود ، المبادئ الاساس ية في القانون ،د.ط، منشاة المعارف الاسكندرية ، 1996ص:489.

3- بن ناصر وفاء ، بن شعلان نسيمة ،المرجع السابق ، ص 11.

ج- الحالات التي يصبح فيها الخلف العام من الغير :

إن أثر العقد لا ينصرف دوما الى الخلف العام ، فقد يعتبر احيانا من الغير كاستثناء ، و بعدما تطرقنا الى الحالات التي لا ينصرف فيها اثر العقد الى الخلف العام مع بقائه خلف اضافة الى ذلك توجد حالتين لا ينصرف فيها اثر العقد الى الوارث لأنه من الغير و هما الوصية و التصرف في مرض الموت ففي هتين الحالتين ينظر فيها الى الخلف العام باعتباره من الغير لان القانون يعطي للوراث حقوقا يتلقاها منه مباشرة و ليس عن طريق الميراث عن سلفه و يراد بهذه الحقوق حماية الوارث من تصرفات مورثهم الضارة به ، و هذا طبق لنص المادة 408 ق.م.ج التي تنص " اذا باع المريض مرض الموت لوارث فان البيع لا يكوننا جزا الا اذا اقره باقي الورثة ، اما اذا تم البيع للغير في نفس الظروف فانه يعتبر غير مصادق عليه و من اجل ذلك يكون قابلا للإبطال[1] و متى تبث ان التصرف قد صدر في مرض الموت اعتبر تبرعا ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك [2] ، و يأخذ الورثة في هده الحالة حكم الغير فلا يسري هدا التصرف في حق الورثة لان القانون اعتبرهم من الغير و يتوقف سريانه في حقهم على اقراره .[3]

و عليه اذا باع السلف حال كونه في مرض المو ت ، عينا تزيد قيمتها على ثلث التركة لأحد الورثة او الاجنبي عنه فان الوارث يعتبر غير بالنسبة لهذا البيع ولا يكون من تم نافذا في مواجهته فيما يزيد عن ثلث التركة الا اذا اجازه و ان التزام المورث في هذه الحالة لا ينتقل للورثة الذين لم يجيزوا البيع فيما يخص الحصة الزائدة ولا يسري العقد في حقهم لانهم يعتبرون من الغير و يترتب على ذلك ان عقد البيع لا يكون حجة ع ليهم الا اذا كان ثابت التاريخ وعلى ورثة المتصرف ان يثبتوا ان التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في

1- الامر 58/75 .

2-أنور سلطان ، الموجز في مصادر الالتزام،د.ط، المرجع السابق ، ص204 .

3-محمد صبري السعدي ،المرجع السابق ،ص 324 .

مرض الموت و لهم اثبات ذلك بجميع الطرق القانونية ....[1] المواد (408، 3/776 من ق.م).

الفرع الثاني : الخلف الخاص

اذا تلكما عن الخلف الخاص بمناسبة انصراف أ ثر العقد اليه فلا نقصد من ذلك أن كل عقد صدر من السلف ين صرف اليه اثره كما ينصرف الى الخلف العام فانه لا يمكن تصور ذلك اذا لم يكن هناك ارتباط بين العقد و الشيء المعين الذي انتقل من السلف الى الخلف و عليه لابد من توافر شروط معينة نصت عليها 109 من ق.م.ج .

" اذا انشأ العقد التزامات و حقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك الى الخلف الخاص ، فان هذه الالتزامات و الحقوق تنتقل الى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء ، اذا كانت من مستلزماته و كان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء اليه [2].

سنحدد أولا المقصود بالخلف الخاص و ثانيا شروطإنصراف آثار العقد الى الخلف الخاص.

أ-المقصود بالخلف الخاص :

الخلف الخاص هو من تلقى من شخص آخر مالا سواء كان هذا المال حقا عينيا او شخصيا او من تلقى حق عينيا على هذا المال [3]فهو كل من يكتسب ممن يستخلفه حق على شيء معين اي كل من يتلقى من السلف بالمقابل او بدون مقابل حقا عينيا كان قائما في

1-بلحاج العربي ، المرجع السابق ،ص 375.

- عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 737-738.

2- الأمر 58/75 المتضمن ق.م.ج.

3- سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، ص 115 .

ذمته سواء كان هذا الحق عينيا ام شخصيا او ذهنيا يرد على ش يء غير مادي (كحقوق المؤلف وصاحب العلامة التجارية او رسم و النموذج الصناعي).

فالمشتري مثلا يخلف البائع في المبيع و المرتهن يخلف الراهن في حق الرهن والمنتفع يخلف المالك في الحق الانتفاع و الموهوب له بمال معين يخلف الواهب في المال، و هكذا فتأثر الخلف الخاص بتصرفات السلف يحتج بها عليه من الناحية القانونية بشروط معينة يتم تفصيلها فيما بعد [1] .

و لا يعتبر خلف خاص البائع الذي يسترد العين المبيعة من المشتري بعد فسخ العقد او ابطاله و هذا بمقتضى الاثر الرجعي للفسخ و البطلان لان الملكية تعتبر كأنها لم تنتقل اصلا الى المشتري و انها لم تخرج ابدا من ذمة البائع [2] .

ب- شروط انصراف اثر العقد إلى الخلف الخاص :

من خلال نص المادة 109 مرق.م.ج المذكور سالفا يتضح انه لإ نصراف اثر العقد الى الخلف الخاص لا يتحقق إلا بتوافر ثلاثة شروط :

1- أسبقية تاريخ العقد على انتقال الشيء الى الخلف الخاص.

2-ان تكون الحقوق و الواجبات التي رتبها العقد من مستلزمات الشيء الذي تلقاه الخلف الخاص .

3- ان يكون الخلف الخاص على علم بهذه الحقوق و الواجبات [3].

1- بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 376.

2- انظر رمضان ابو السعود همام ومحمد محمود، المرجع السابق ،ص 490

3- على فيلالي ، المرجع السابق ، ص 435.

1- اسبقية تاريخ العقد على انتقال الشيء الى الخلف الخاص :

يجب ان يكون العقد قد ابرم قبل انتقال الحق الى الخلف الخاص لانه بعد انتقاله اليه يصبح مالك له ولا يمكن للغير ابرام عقود تتعلق به ، فاذا كان تصرف السلف لا حقا لانتقال المال فلا ينصرف اثر التصرف الى الخلف الخاص لان السلف حينئذ لا يحق له ان يتصرف في شأن مال خرج من ذمته ، و منه فان اسبقية تصرف السلف على انتقال الشيء شرط لإنصراف أثر العقد و حتى تتحقق هذه الأسبقية قانونا يجب ان يكون تصرف السلف بتاريخ ثابت قبل انتقال المال الى الخلف الخاص [1]

2- الحقوق والواجبات من مستلزمات الشيء.

تعتبر الحقوق او الواجبات من مستلزمات الشيء الذي انتقل الى الخلف الخاص اذا كانت مكملة له ، اي من شانها ان تزيد في قيمته وفائدته ، من حيث الانتفاع به او تنقص من هذه القيمة بحيث تحذ من حرية استعماله [2].

- و تكون الحقوق على وجه الخصوص من مستل زمات الشيء اذا كان لا يمكن التعرف عليها الا من خلاله ، فهي توابع للشيء ذاته فهذا ما اكدته المادة 109 من ق.م.ج المذكورة اعلاه (سالفا). فمثلا حق ارتفاق لمصلحة العين المبيعة هو من الحقوق المكملة للشيء .

أما عن الالتزامات التي تحدد الشيء م ثلا كحق ارتفاق عليه مصلحة عقار آ خر او قيد وارد عليه كقيد استعمال محل مباع للسكن فقط فلا يجوز استعماله كمقهى او

1- على فيلالي ،المرجع السابق ، ص 435 .

2- بن ناصر وفاء و بن شعلان نسيمة ، المرجع السابق ، ص 14.

مطعم[1]فالقاضي يتولى تكييف هذه الحقوق و الالتزامات فيقررها ما اذا كانت من مستلزمات الشيء أولا ما لم يرد نص صريح يقضي بذلك كما هو الحال في المادة 243 ق.م...[2].

3- علم الخلف الخاص بالحق او الالتزام وقت انتقال الشيء :

لا يكفي ان تكون الحقوق و الواجبات من مستلزمات الشيء حتى يلزم الخلف الخاص بها .

بل يجب ان يكون ايضا عالما بها وقت انتقال الشيء اليه و تكون العبرة بالعلم الحقيقي لا بالعلم الحكمي [3].

فلا يجوز ان يلتزم بشيء لا يعلم ب ه و تظهر اهمية هذا الشرط خاص ة بالنسبة للالتزامات المترتبة على تصرف السلف ، بحيث تكون للخلف مصلحة جدية لوقف القيود التي تحد من انتفاعه بالشيء الذي تلقاه من ا لسلف ، كذلك يترتب على علمه به ذه الالتزامات ان يحجم عن التعاقد لان العدالة تظهر في ضرورة العلم بهذه الالتزامات حتى لا يتفاجئ الخلف بقيود لم يكن يتوقعها .

فاذا توافرت الشروط السابقة الذكر انصرفت آ ثار العقد الى الخلف الخاص غير انه توجد حالات قرر فيها القانون ان تنصرف آ ثار العقد الى الخلف الخاص و بدون شروط معينة [4]مثلا ما نصت عليه م 469 مكرر 03 من ق .م.ج " اذا انتقلت ملكية العيين المؤجرة ارادیا أوجبرا يكون الايجار نافذا في حق من انتقلت اليه الملكية [5].

1-خليل أحمد حسن قدادة ،ج1 ، المرجع السابق.ص 126.

2- علي علي سليمان ،المرجع السابق ، ص 87-88 .

3-امر 58/75 المتضمن ق .م .ج المعدل والمتمم .

4-علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 435-436 .

5- عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ،ص 540.

المطلب الثالث : انصراف أثر العقد الى الدائنين العاديين .

ليس الدائن العادي كما ذهب بعض الفقه الفرنسي خلفا عاما للمدين ، و لا يعتبر كما رأى البعض الاخر خلف خاص له ، و مع ذلك يتأثرالدائن بالعقود التي يبرمها مدينه اذا هو كقاعدة عامة يتأثربتصرف المدين ، فاذا اكتسب هذا التصرف المدين حق زادت فرصة الدائن في استفاء حقه و ان حمله التزامات ضاعت هذه الفرصة اذ ينجم عن نقص امواله ضعف الضمان العام على اموال المدين طبقا لما ورد نص المادة 188 " اموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه "...[1]، و في هذا الصدد هناك إختلافات فقهية حول تحديد الطائفة التي ينتمي اليها الدائن العادي ووجدت ثلاثة آراء .

الفرع الاول : باعتبار الدائنين العاديين خلف عام

يعتبر الفقهاء الفرنسيين ان الدائنين العاديين خلف عاما لما لهم من الضمان العام على اموال المدين و هذا اما اكدته المادة 188 و يترتب على ذلك ان الدائنين العاديين باعتبارهم خلف عام انهم يستطيعون ممارسة جميع الدعاوىالخاصة مثلهم مثل الورثة و خول القانون المدني الجزائري للدائن حماية قانونية نظامية اتجاه التصرفات الضارة به التي يباشرها المدين والتي تؤثر على الضمان العام كالدعوى الغير المباشرة و الدع وى البولصية وغيرها من انواع الوسائل القانونية الاخرى ، فكل تصرف ابرمه السلف على امواله ينصرف الى دائنيه.[2]

1-زكريا سرايش ، المرجع السابق ،ص 140.

2- قانون رقم 05/07 المتضمن ق.م. المعدل و المتمم ج ر ع 31. الامر 58/75 المتضمن ق.م.ج .

الفرع الثاني : بلعتبار الدائنين العاديين خلف خاص

اذا كان الخلف الخاص هو الشخص الذي يتلقي من السلف حقا واردا على عين او اعيان معينة مثل المشتري او الموصى له فان البعض الاخر من الفقهاء الفرنسيين يدمج الدائن العادي ضمن طائفة الخلف الخاص ، و بالتالي تتصرف آثار العقود التي يبرمها مدينه اليه مثل الخلف الخاص تماما لان حقوقه ثابتة و مستحقة الوفاء [1].

الفرع الثالث : باعتبار الدائنين العادين من الغير :

يصنف بعض الفقهاء و من بينهم " ويل " و " السنهوري " فئة الدائنين العاديين في خانة الغير لأنه لا يمكن اعتبار الدائن العادي لا خلف عاما و لا خلف خاص و موقف المشرع الجزائري واضح في هذا و ذلك من خلال نص م 191 من ق.م.ج التي تنص " لكل دائن حل دينه وصدر من مدينه تصرف ضار به ان يطلب عدم نفاد هذا التصرف قد انقص من حقوق المدين او زاد في التزاماته وترتب عسر المدين او الزيادة في عسره..."[2].

يتبين من هذه المادة ان دعوى عدم نفاد هي دعوى مقررة لصالح الغير و هذا يعني ان المشرع الجزائري اعتبر الدائن العادي كالغير.

فالدائن يتأثر بهذا العقد بطريقة غير مباشرة من خلال تأثير هذا العقد في ذمة المدين من انتقاص للحقوق او زيادة في الالتزامات .

و الدائن ليس له ان يناقش تصرفات المدين لكن القانون خول له حماية خاصة تتمثل في بعض الوسائل القانونية التي تضمن له و تحمي حقه من تصرفات ال مدين الضارة و تكمن هذه التصرفات في العقود التي يبرمها المدين و تختلف هذه الحماي ة القانونية بالنظر الى طبيعة هذه العقود ما اذا كانت غير ملزمة او ملزمة للدائن .

1-بناصر وفاء و بن شعلان نسيمة المرجع السابق ، ص17 .

2- الامر 58/75 المتضمن ق.م.ج المعدل و لمتمم.

أولا : العقود الغير الملزمة للدائن

ان العقود التي يبرمها المدين لا تلزم الدائن و لا تكسبه حقا ، غير انها نافدة في مواجهة الدائن ما دامت شروط النفاد متوفرة، كالشهر في العقارات طبقا لنص المادة 793 من ق.م.ج الذي تنص "لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان دلك بين المتعاقدين أو في حق الغيرإلا إدا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".

يتضح ان التصرفات الواردة على العقار تكسب الع قد حجية قبل المتعاقدين و الغير وبذلك تستقر المعاملات بالقضاء على المنازعات العقارية .

و كما تنص المادة 17 من القانون نفسه " ان الايجارات لمدة 12 سنة لا يكون لها اثر بين الاطراف و لا يحتج بها اتجاه الغير في حالة عدم شهرها ..."والتي لم تشهر هذا بالنسبة للعقود الرسمية و أما بالنسبة للعقود العرفية فلا تكون نافدة في مواجهة الغير الا اذا كان لها تاريخ ثابت طبقا لنص م 328 ق.م.ج " لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه الا منذ ان يكون له تاريخ ثابت و يكون تاريخ العقد ثابتا ابتداءا[1] من :

- يوم تسجيله
- يوم ثبوت مضمونه في عقد اخر حرره موظف عام.
- من يوم التأشير على يد ضابط عام مختص .
- من يوم وفاة احد الذين لهم على العقد خط او امضاء .

1- الأمر 58/75 ق.م.ج.

غير انه يجوز للقاضي تبعا للظروف رفض تطبيق هذه الاحكام فيما يتعلق بالمخالصة [1].

ثانيا : العقود الملزمة للدائن

الدائن يتأثر بالتصرفات التي يبرمها المدين و لكن تأثره هذا يكون بشكل غير مباشر وليس بطريقة مباشرة ، فه و لا يكتسب من تصرف المدين حقا و لا تتحمل التزام و لكنه يستفيد من اكتساب المدين حقا و يضار من تحمله بالتزام [2] و عليه فان الدائن له وسائل قانونية قررها القانون لحمايته و تتمثل في الدعاوى الثلاثة التي ترمي الى حماية حقوق الدائنيين العاديتين في الضمان العام و هي :

الدعوى غير مباشرة : الدعوى البولصية ، الدعوى الصورية

1-الدعوى غير المباشرة :

هي الدعوى التي يرفعها الدائن باسم و لحساب المدين نيابة عنه اذا اهمل هذا الاخير في المطالبة بحق له في ذمة الغير [3]. و ذلك برفع الدائن عن نفسه نتائج تهاون المدين اذا سكت هذا الأخير عن مطالبة حقوقه لدى الغير ، فالدعوىغير المباشرة هي دعوى يباشرها الدائن ضد مدينه بطريقة غير مباشرة باسم مدينه و بالنيابة عنه حتى يحافظ على اموال المدين (الضمان العام) وطبقا لنص المادة 189 ق.م.ج " لكل دائن و لو لم يحل اجل دينه ان يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين الا ما كان منها خاص بشخصية او غير قابل للحجز و لا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا الا اذا اثبت ان المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق و ان هذا الإمساك من شانه ان يسبب عسره او

1- بلحاج العربي ، المرجع السابق ص 380.

2- بن ناصر وفاء و بن شعلان نسيمة المرجع السابق ص 19.

3- محمد حسنين المرجع السابق ،ص 276 .

ان يزيد فيه.ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه غير أ نه لابد ان يدخله في الخصام ".

و يتبين من نص المادة انهبالإضافةإلى الدعوى التي يباشرها الدائن لابد من ادخال خصما في الدعوى و ان للمدين ان يتدخل في الدعوى و يتولاها بنفسه ، و ليس للدائن ان يتصرف في الحق و استثنت المادة بعض الحقوق من مجال استعمال الدعوى غير المباشرة وهي الحقوق غير القابلة للحجز و الحقوق و الدعاوى المتصلة بشخص المدين كدعوى النفقة او حقوق الاستعمال او الاستغلال باعتبارها من الحقوق التي لا يجوز ا لتنازل عنها للغير او حجزها .[1]

وحتى تقبل دعوى غير المباشرة لابد من ان تكون للدائن مصلحة مشروعة و لتحقيق هذه المصلحة لابد من توافر الشروط التالية :

1-1 تقصير المدين في عدم استعمال حقه بنفسه :

سواء كان ذلك مجرد اهمال او كان بسوء نية فيجوز للدائن استعمال حقوق مدينه اذا اثبت ان المدين لم يستعملها لنفسه .

اما اذا نشط المدين و اراد ان يباشر بنفسه استعمال حقه حتى بعد ان يكون الدائن قد باشر استعمال الحق بالنيابة عنه فانه يستطيع أ ن يفعل ويجب في هذه الحال ة على الدائن ان يترك اتمام الإجراءات للمدين او ان يتخذ موقف ايجابيا في الدعوى .[2]

1- عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح الق .المدني الاثبات اثار الالتزام الجزء 2 دار احياء التراث العربي د.طبيروت لبنان د.س.ن.ص 940.

2- محمد حسنين المرجع السابق ،ص 278 .

2-2 اعسار المدين :

والمراد بالإعسار هو الاعسار الفعلي بان تزيد ديون المدين على حقوقه لا الإعسار القانوني [1]حيث نتص م. 193 من ق.م.ج على " اذا ادعى الدائن عسر المدين ، فليس عليه إلا ان يثبت مقدار ما في ذمته من الديون ،و ع لى المدين نفسه ان يثبت ان له ما لا يساوي قيمة الديون او يزيد عنها "و على الدائن اثبات الاعسار[2] .

3-3 حق مستحق لأداء :

يجب ان يكون حق الدائن محقق الوجود وخاليا من النزاع و ان يكون م عوم المقدار.

2- الدعوى البولصية :

الاصل ان تصرفات المدين تكون ن افدة في مواجهة الدائن شرط حسن نية المدين غير انه اذا تصرف مضرا بدائنه او غشا منه فلا تصبح تصرفاته نافدة في حق دائنيه[3]

و الاساس الذي بنيت عليه الدعوى البولصية هو ان القانون اراد حماية الدائن من سوء نية مدينه المعسر و من هنا كانت الدعوى البولصية مشتركة مع الدعوى غير المباشرة في تنظيم اعسار المدين [4] فالدعوى البولصية تستهدف حماية الدائن من تصرفات مدينه بحيث تخول له المطالبة بعدم نفاد هذا الت صرف عليه و هي اجراء فردي يرفعه الدائن ضد المتصرف اليه مع ادخال المدين في الدعوى كما انها لا تؤدي الى ابطال تصرف المدين بل

1- عبد الرازق احمد السنهوري نفس المرجع ، ص 953-954

2- الأمر 58/75.ق.م.ج.المعدل و المتمم

3-الامر 58/75 المتضمن ق.م.ج المعدل والمتمم .

4- محمد حسنين المرجع السابق ،ص 280.

الى عدم الاحتجاج ب ه على الدائن فالتصرف يبقى قائم فيما بين المدين و المت صرف اليه.والمال موضوع التصرف يعود الى الضمان العام [1].

و نرى مما تقدم ان الاساس الذي ترتكز عليه الدعوى البولصية هو ان القانون اراد حماية الدائن من سوء نية مدينه المعسر ، حيث يرفعها الدائن باسمه و هو ينصرف اثرها اليه دون غيره [2]و هذا ما تقرر بموجب المادة 191 من ق.م.ج.

1- شروط الدعوى البولصية

هناك شروط ترجع للدائن الذي يستعمل الدعوى ، و شروط ترجع للتصرف الذي يطعن فيه هذا الدائن و هي كلها ترجع الى فكرة الضرر في جانب الدائن و الغش في جانب المدين فهي تعالج موقف دائن اضر به مدين بطريق الغش .

ا-شروط التي ترجع للدائن :

- ان يكون حق الدين مستحق الاداء و سابق على تصرف المدين المطعون فيه .

- ان يكون للدائن مصلحة عاجلة (اعسار المدين) و المصلحة هنا تتمثل في الحق الذي تصرف فيه المدين ، كان يستطيع الدائن ان يستوفي منه حقه و ان المدين معسر ليست عنده اموال اخرى تكفي للو فاء بحق الدائن اما اذا كان الحق الذي تصرف فيه المدين لا يستطيع الدائن ان يستوفي منه حقه منه لا وجود لمصلحة عاجلة و على ذلك لا يجوز رفع الدعوى البولصية[3]فلابد ان يكون المدين معسرا او التصرف الذي قام به المدين قد تسبب في اعساره او في زيادة في اعساره .

1- عبد الرزاق احمد السنهوري ،المرجع السابق ،ص 777-782.

2- محمد حسنين نفس المرجع ص 285.

3- عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق، ص 792.

ب-شروط ترجع للتصرف المطعون فيه

1 – التصرف المطعون فيه لابد ان يكون عملا قانونيا صادر من المدين سواء كان صادر من الجانبين او صادر من جانب واحد و سواء كان تبرعا او معاوضة.

2 – ان يكون التصرف مفقرا للمدين و التصرف المفقر هو التصرف الذي ينقص من حقوق المدين ، فا ذا وهب المدين عينا مملوكة له او أبرأ مدين من حق له في ذمته فقد انق ص حقوقه ،ان تبرع بحق عيني في حالة الهبة و بحق شخصي في حالة الابراء.

3- نية الاضرار بالدائن (الغش) و هذا الشرط الثالث في العمل الذي يصدر من المدين فهذه الدعوى البولصية تقوم على محاربة الغش الذي يقع من طرف المدين [1].

3- الدعوى الصورية :

يلجا المتعاقدان عادة الى الصورية عندما يريد ان اخفاء ما تعاقدا عليه لسبب قائم عندهما ومن هنا وجد العقد الظاهر وهو العقد الصوري و العقد المستتر وهو العقد الحقيقي والصورية قسمان صورة مطلقة وصورية نسبية والصورية النسبية اما ان تكون بطريق التوبة واما ان تكون بطريق المضادة واما ان تكون بطريق التسخير.[2]

وقرر المشرع الجزائري حماية لتفادي خطر العقود الصورية التي يصورها المدين او يشرك في تصويرها حتى يخفي العقد الحقيقي فاذا ابرم المدين عقدا صوريا جازا لدائنيه التمسك بالعقد الحقيقي المستتر او بالعقد الصوري اذا كانوا حسن النية.

1- عبد الرزاق احمد السنهوري ،المرجع السابق ، ص 1073.

2- عدنان ابراهيم السرحان خوري حمد خاطر شرح ق.م. د.ط الأردن 2009 . ص 269

وفي هذا الصدد تنص م 198 من ق .م.ج "[1] اذا ابرم عقد صوري و الدائنين المتعاقدين و الخلف الخاص متى كانوا حسن النية ان يتمسكوا بالعقد الصوري.

فالاصل ان العقود التي يبرمها المدين لا تسري في حق دائنيه شرط ان تكون هذه العقود حقيقية و كانت غير مبرمة للاضرار بالدائنين فاذا اثبت ان العقد المبرم و الذي بمقتضاه تم خروج المال من ذمة المدين عقدا صوريا ج از للدائن ان يطعن في هذا العقد بدعوى الصورية[2].

شروط تحقق الصورية

و يتبين مما تقدم ان الصورية لا تحقق الا اذا توفرت الشروط التالية

1- ان يوجد عقدان او موقفان اتحد فيهما الطرفان و الموضوع [3]

2- ان يختلف العقدان من حيث الماهية او الاركان او الشروط

3- ان يكونا متعاصرين .، فيصدر معا في وقت واحد

4- ان يكون احدهما ظاهر علنيا و هو العقد الصوري و يكون الآخر مستترا و هو العقد الحقيقي.

ان لم تكن اموال المدين كافية لوفاء بديونه المستحقة الاداء للدائن فضلا عن الدعاوى الثلاثة ان يطالب ايضا شهر اعسار المدين ليتمكن من الحصول على اكبر قدر من حقه وليكفل له شيء من المساواة مع غيره من الدائنين .

1- الأمر 58/75 المتضمن ق.م .ج. المعدل و المتمم

2- رمضان ابو السعود همام محمد محمود المرجع السابق،ص494

3- عبد الرزاق احمد السنهوري ،المرجع السابق ،ص 1077.

المبحث الثاني : انصراف اثر العقد الى الغير .

ان العقد كمبدا عام لا ينفع و لا ي ضر غير عاقد يه و من ينوب عنهم و خ لفائهم طبقا لمبدأ نسبية اثر العقد و قد نصت المادة 113 على انه " لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير و لكن يجوز ان يكسبه حقا .[1]

ان الغير هو الشخص الاجنبي عن العقد و كان ا لمفروض طبقا لقاعدة نسبية اثر العقد ان يظل بعيدا عن التأثر بالعقد فلا يتلقى منه خطأ و لا يتحمل بسببه التزاما و مع ذلك أجاز المشرع في المادة 113 المذكورة اعلاه ان يكتسب حقوق وحدها دون الالتزامات ويكون ذلك عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير و التعهد عن الغير [2].

المطلب الأول : التعهد عن الغير .

تناول المشرع الجزائري موضوع التعهد عن الغير دون تعري فه في المادة 114 من ق.م التي تنص على ما يلي " اذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده ،فان رفض الغير ان يلتزم وجب على المتعهد أ ن يعوض من تعاقد معه و يجوز له مع ذلك ان يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ ما إلتزم به ، أما إذا قبل الغير هذا التعهد فان قبوله لا ينتج أثرا الا من وقت صدوره ما لم يتبين انه قصد صراحة او ضمنا ان يستند اثر هذا القبول الى الوقت الذي صدر فيه التعهد .

فالتعهد عن الغير هو استثناء من مبدا نسبية العقد و اجتمعت التعريفات الفقهية على ان التعهد عن الغير هو التزام او تعهد المتعاق د بان يحمل الغير على الالتزام بأ مر معين نحو المتعاقد الثاني .

1- علي فيلالي ،المرجع السابق،ص443.

2- الامر رقم 58/75 ق.م.ج.

الفرع الاول : المقصود بالتعهد عن الغير و شروطه .

أ-تعريف التعهد عن الغير .

يعرف محمد صبري السعدي على أنه عقد بين شخصين يلتزم أحدهما و هو المتعهد بأن يجعل شخصا ثالثا يلتزم في مواجهة المتعاقد معه [1]" و بمعنى اخر هو اتفاق بمقتضاه يتعهد لشخص يعمل هو أن يحمل شخص آخر على قبول التزام معين.[2]

فالتعهد عن الغير لا يرتب إ لتزاما في ذمة الغير الذي يظل حرا في ان يقبل العقد الذي تم التعهد به او ان يرفضه و مثاله كأن يتعاقد شخص مع آخر على أن يحمل الغير على القبول هذا التعاقد كحالة الوكيل الذي تجاوز حدود وكالته فيتعهد شخص بأ ن يجعل الموكل يقر الاتفاق الخارج عن حدود التوكيل .

ب- شروط التعهد عن الغير

أشارت المادة 114 من ق.م .ج إلى مقومات التعهد عن الغير و هي ضرورة توافر الشروط الاتية

1-ان يتعاقد المتعهد باسمه هو لا باسم الغير الذي يتعهد عنه

2- ان تتجه ارادة المتعهد الى الزام نفسه .

3 – ان يكون محل التزام المتعهد هو الحصول على رضى الشخص الثالث .

1- محمد صبري السعدي المرجع السابق ،ص 350.

2- فاضلي ادريس ، المرجع السابق ،ص 141 .

1-ان يتعاقد المتعهد باسمه هو لا باسم الغير الذي يتعهد عنه .

يقتضي التعهد عن الغير ان يتعهد المتعاقد باسمه و لحسابه لابإسم الغير الذي يتعهد عنه حيث ان الغير الذي تم التعهد عنه ما يزال اجنبيا عن العقد ، فهو يختلف من تم عن الوكيل الذي يتعامل باسم الموكل طبقا لنص م 73و 571 من ق.م.ج..

والفضولي الذي يعمل باسم رب العمل و لمصلحته (م 150 من ق.م) اما المتعهد فانه يتعاقد باسمه و ينصرف اليه اثر العقد و يلزم هو نفسه و الغير لا يلتزم [1].

2- ان تتجة ارادة المتعهد الى الزام نفسه :

لا الزام الغير الذي يتعه د عنه ، و الا كان التعهد باطلا لاستحالة محل الالتزام الناشئ عنه ، اذ لا يمكن قانونا ان يلتزم شخص بارادته شخص اخر بمقتضى عقد لم يكن هذا الاخير طرف فيهو من ثم فالتعهد عن الغير ليس فيه خرو ج على القاعدة التي تقضي بان العقد لا ينصرف اثره الى الغير ، فان هذا التعهد لم يلزم الغير بل الزم نفس المتعاقد .[2]

3- ان يكون محل التزام المتعهد هو الحصول على رضى الشخص الثالث :

اي حمل الغير الذي يتعهد على قبول التعهد و من تم التزام المتعهد هو اذا التزام بتحقيق نتيجة محددة و ليس التزام يبذل عناية و عليه ان يكون محل التزام المتعهد هو القيام بعمل ، و لا يكفي بذل المتعهد قصارى جهده يحمل الغير على قبوله التعهد ، بل يجب قبول الغير و الا اعتبر مخلا بالتزامه .[3]

1- عبد الرزاق احمد السنهوري ،المرجع السابق ، ص 866-867 .

2- محمد حسنين المرجع السابق ص 205

3- بلحاج العربي المرجع السابق ص 384-385.

الفرع الثاني : قبول الغير التعهد

اذا اقر الغير التعهد صراحة او ضمنيا ترتب على اقراره انصراف اثره اليه ، و باقراره عقد جديد بينه و بين المتعاقد مع المتعهد بداء من تاريخ الاقرار ، اي منذ الوقت الذي علم فيه بالتعاقد مع المتعهد بهذا القبول و ليس من وقت التعهد اللهم اذا قبل الغير بان يكون انعقاد هذا العقد باثر رجعي و الاقرار هنا ينزل منزله القبول من هذا العقد الجديد .

و على هذا الاسس ينبني قبول الغير ان يعتبر المتعهد قد اوفى بالتزامه و الاصل ان لا شان له بالتنفيذ اللهم الا اذا قضى الاتفاق على غير ذلك [1].

الفرع الثالث : رفض الغير التعهد

للغير كامل الحرية في رفض التعهد و لا يتحمل أ ية مسؤولية مهما كان نوعها في ذلك بل و يعد باطل كل اتفاق يرمي الى الزام الغير رغم عنه إذ أ ن التعهد كما سبق القول لا يلزم الغير باي شيء [2] لكن المتعهد نفسه في هذه الحالة يتحمل المسؤولية لانه يكون قد أخل بالتزامه الذي ترتب على عقد التعهد عن الغير و تتضمن مسؤول ية هدا بتعويض للمتعهد له عن الاضرار التي اصابته و اساس هذه المسؤولية هي المادة 114 ق.م و يتم تقدير التعويض وفق للقواعد العامة (م 176 ، 179 ، 181 ، 183 ، 184 من ق.م) هذا من جهة .

و من جهة اخرى يرى الفقه و القضاء في فرنسا أ ن المتعاقد مع المتعهد لا يجوز له أن يجبره على تنفيذ الالتزام الذي رفضه الغير و أن المتعهد لا يجوز له أنيجبر المتعاقد معه على قبوله مدينا في الالتزام الذي تعهد بحمل الغير على قبوله .و تجدر الاشارة اليه انه في حالة قيام المتعهد هو بنفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد مادام أ ن التنفيذ ممكن و لم يتضل

1- بلحاج العربي المرجع السابق ص 386.

2- امجد محمد منصور المرجع السابق ص 192 .

بشخص الغير فانه يكون الالتزام المتعهد في هذه الحالة التزاما بدليا لا يشمل محله الاشيا ء واحد ، وتبرأ ذمه المتعهد اذا أدى بدلا منه شيء آخر[1]وفق لاحكام المادة 1/216من ق.م.[2]

المطلب الثاني : الاشتراط لمصلحة الغير .

قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير هي من أ هم القواعد القانونية في الوقت الحاضر من حيث سرعة التطور و خطورته و هي قاعدة تتسع يوما عن يوم و هي استثناء عن القاعدة التي تقضي بأن الغير لا يكسب حقا من عقد لم يكن طرف فيه و أ صبح هذا الاستثناء قاعدة بفضل عمل القضاة و الفقه .[3]

وبالرجوع الى النصوص القانونية فقد تـطرق المشرع الجزائري الى موضوع الاشتراط لمصلحة الغير في المواد 117،116، 118 ق.م.ج.[4]

الفرع الاول : مفهوم و تطور قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير .

1-المقصود بالاشتراط لمصلحة الغير .

خلاف لما يقتضيه مبدأ نسبية العقد يكتسب الغير حقوقا من عقد لم يكن طرف فيه و من بين عمليات الاشتراط لمصلحة الغير الاكثر تداولا بين الناس عملية التامين .

فالاشتراط لمصلحة الغير هو عقد بين شخصين يرمي الى انشاء حقوق لفائدة الشخص ثالث اجنبي عن العقد ، يشترط في هذا الت صرف القانوني احد المتعاقدين يدعي المشترط على المتعاقد معه يدعي ال متعهد ان يقوم باداء معين لفائدة شخص ثالث اجنبي

1- بلحاج العربي المرجع السابق ،ص 388

2- الامر 58/75ق.م.ج.

3- عبد الرزاق احمد السنهوري ،المرجع السابق، ص 876-877 .

4- الامر 58/75 المتضمن ق.م .ج.

عن العقد يدعي المستفيد او منتفع و يمكن القول ايضا انه " اتفاق بين المشترط و المتعهد ينشئ عنه على عاتق الاخير حق المنتفع او المستفيد .[1]

2- تطور قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير :

كان القانون الروماني في بداية تطوره متمسكا الى اقصى حد بقاعدة نسبية أثر العقد ولم يكن يسمح بانصراف آثار العقد الذي ابرمه شخص الى شخص آخر ولو بطريقة النيابة.

لكن انته ى الى قبول هذه فكرة و ذلك بعد مراحل مختلفة من مراحل تطوره و ذلك رعاية لبعض المصالح الجديرة بالرعاية و لكن في حالات استثنائية وضيقة و محددة .[2]

وقد انتقلت هذه التحفظ ات و الحالات الاستثنائية الى الق . الفرنسي القديم ثم جاء القانون المدني الفرنسي (تقنين نابليون لسنة 1804) فنص على القاعدة العامة التي اخذ بها القانون الروماني و القانون الفرنسي القديم على انه " لا يجوز لمتعاقد ان يشترط باسمه الا لنفسه " المادة 1119 ق.م فرنسي و استثنى من هذه القاعدة حالتين ذكرتهما المادة 1121 من ق.م.ف و هما حالة اذا ما وهب المشترط شيء للمتعهد و حال ة ما اذا صدر من المشترط عقد معاوضة اشترط فيه حقا لنفسه و قرن ذلك باشتراط حق محدد للغير .

- وقد وصل الفقه و القضاء في فرنسا الى اجازة الاشتراط وفق شروط محددة و كذا اجازه الاشتراط لمصلحة شخص غير معين او غير موجود مادام ان التعيين مستطاع وقت ان ينتج العقد اثره وهكذا القضاء توسع في تغيير النصوص المتعلقة بقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير [3] .

1- علي فيلالي المرجع السابق ص 446

2- سمير السيد تناغوالمرجع السابق ص 125

3-بلحاج العربي المرجع السابق ، ص 391-392

-عبد الرزاق أحمد السنهوري،المرجعالسابق ،ص 878-879.

الفرع الثاني : شروط قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير

اضافة الى شروط العقد العامة الواجب توافرها من تراضي و سلامة الارادة من العيوب و الاهلية والمحل و السبب تتطلب صفة الاشتراط لمصلحة الغير بعض الشروط المنصوص عليها بموجب المادة 116 من ق. م.ج السالفة الذكر [1] و تتخلص فيما يلي :

أ- تعاقد المشترط باسمه لا باسم المنتفع.

ب- انصراف ارادة المتعاقد لانشاء حق مباشر للمستفيد (المنتفع)

ج- وجود مصلحةشخصية للمشترط .

د- الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل او محدد (تعيين المنتفع)

أ- تعاقد المشترط باسمه لا باسم المنتفع.

- يجب لقيام الاشتراط ان يتعاقد المشترط باسمه ، لا باسم المنتفع الذي يظل اجنبيا عن العقد ، و هذا الذي يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة (م73 .ق.م)و الفضالة (م150 من ق.م) اذ ان تعاقد النائب باسم الاصيل يج عل هذا الاخير هو طرف في العقد وليس اجنبيا عنه و ايضا اذا كان الفضولي نائبا عن رب العمل فان المشترط لا يعتبر فضوليا لانه ليس نائب عن المنتفع .[2]فاذا اصبح المنتفع طرف في العقد فلا يكون هناك اشتراط لمصلحة الغير [3].

1- الامر 58/75 ق.م.ج.

2- بلحاج العربي المرجع السابق ص 393-394

3- علي علي سليمان المرجع السابق ص 91 .

ب- انصراف ارادة المتعاقد لانشاء حق مباشر للمستفيد

ينبغي ان تتجه ارادة المتعاقدين الى ايجاد حق مباشر للمستفيد من جراء هذا العقد سواء كان ذلك صراحة او ضمنيا اما اذا لم تتجه النية الى ذلك فلا نكون بصدد الاشتراط لمصلحة الغير [1].

فاذا كان المشترط قد اشترط الحق لنفسه فلا تقوم ا لاشتراط لمصلحة الغير و لو عاد من العقد فائدة على الغير ، كما لو امن صاحب سيارة على مسؤولية عن الضرر الذي يصيب الغير اذ لا يعتبر هذا ا شتراطا لمصلحة الغير ، ان المؤمن يشترط لمصلحته لا لمصلحة المضرور.

- يجب ان يكون موضوع التعاقد هو انشاء حق مباشر للمستفيد ، و نقصد بذلك ان الحق ينشأ في ذمة ا لمستفيد مباشرة دون ان يمر في ذمة المشترط اولا ثم ينتقل الى المستفيد و بالتالي يمكن للمستفيد مطالبة المتعهد مباشرة بال حق الناشئ عن العقد وباسمه الشخص ي بمقتضى دعوى مباشرة [2].

ج-وجود مصلحة شخصية للمشترط في الاشتراط

وجود مصلحة شخصية للمشترط من الممم يزات الاساسية لعقد الاشتراط بحيث يؤدي تخلفها الى بطلانه سواء كان ت هذه المصلحة شخصية مادية اومعنوية و لابد ان تكون مشروعة لا تخالف النظام العام او الآداب و قد حرصت المادة 116 من ق.م على إبراز أن تكون هذه المصلحة شخصية كمثلا اشتراط المستامن على شركة التامين بأداء مبلغ التأمين في حالة وفاته الى أبناءه و زوجته .

1- فاضلي ادريس المرجع السابق ص 142 .

2- محمد صبري السعدي المرجع السابق، ص 338

د- الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل او غير محدد

نصت على هذا الشرط المادة 118 ق.م على ما يلي " يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير ان يكون المشترط شخص مستق بل او هيئة مستقبلة كما يجوز أن يكون شخص او هيئة لم يعين وقت العقد متى كان تعيينها مستطاعا في الوقت الذي يجب ان ينتج العقد فيه اثره طبقا للمشارطة" .[1]

- يتضح من النص أن المشرع الجزائري لم يلزم بأ ن يكون الشخص الذي يشترط لصالحه الحق و هو المنتفع بأ ن يكون معنيا بالذات وقت ا برام الاشتراط فالعبرة هي وجود و امكانية تعيين المنتفع وقت ترتيب العقد لآثاره فيجوز أن يكون المنتفع موجود عند الاشتراط او سوف يوجد فيما بعد [2].

الفرع الثالث : أحكام الاشتراط لمصلحة الغير

الاشتراط لمصلحة الغير ثنائي في تكوينه ، ث لاثي من حيث آثاره و بعبارة اخرى تترتب على الاشتراط لمصلحة الغير قيام ثلاثة علاقات .

أ- علاقة المشترط بالمتعهد

يحكم هذه العلاقة الاتفاق ا لذي تم بين المشترط و المتعهد وبمقتضى ذلك يكون لكل منهما ان يطالب بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن هذا العقد .

و ما دامت للمشترط مصلحة فلهالحق في مطالبة المتعهد بتنفيذ التزماته قبل المنتفع الا اذا تبين من العقد ان المنتفع وحده هو الذي يجوز له طلب ذلك .

1- الامر 58/75 المتضمنق. م.ج. المعدل والمتمم .

2- علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 96

-الا انه اذا لم يقم ال متعهد بالتنفيذ فالمشترط الحق في المطالبة بالتعويض لما لحقه من اضرار من جراء عدم تنفيذ المتعهد لالتزامه كما يكون من حق المشترط فسخ العقد لعدم قيام المتعهد بما تعهد به[1].

ب- علاقة المشترط بالمستفيد

تتحدد هذه العلاقة وفقا لطبيعتها القانونية حسب ما اذا كانت علاقة تبرع لصالح المنتفع ام علاقة معاوضة .

فاذا كان المشترط قد اراد ان يتبرع للمنتفع فنكون بصدد هبة غير مباشرة و تخضع هذه العلاقة التبرعية بين المشترط و المستفيد لاحكام الهبة ، لاتستلزم فيها الرسمية غير انه يجب توافر اهليه التبرع للمشترط .

و اذا كان عقد الاشتراط قد صدر في مرض الموت جرى عليه حكم الوصية حسب ما اذا كان المنتفع وارثا او اجنبيا [2] وفقا للمواد 408،776 من ق.م[3].ج 184 و 204 ما بعدها من ق.أ.[4]

اما اذا كانت العلاقة معاوضة كونها دين مثلا طبقت عليها القواعد القانونية الخاصة بحسب الاحوال ، فقد يكون غرض المشترط اقراض المنتفع بطريق الاشتراط .....إلخ ،

1- علي فيلالي ،المرجع السابق ،ص 449 .

2- فاضلي ادريس المرجع السابق ص 143-144

3- الامر 58/75 ق.م.ج.

4- قانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/07/09 المتضمنق.أ.ج المعدل و المتمم بموجب أمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 ج.ر.ع 15 و الموافق بقانون رقم 09/05 المؤرخ في 2005/5/04ج.ر رقم 43 المؤرخة في 2005/07/22.

للمنتفع ان يقبل الاشتراط في مدة معقولة فاذا قبل المنتفع الاشتراط وجب ان يعلن قبوله للمتعهد او للمشترط ليعلم به[1].

ج- علاقة المتعهد بالمستفيد

يكتسب المستفيد من ع قد هو اجنبي عنه حق شخصي مباشر و يترتب في ذ مة المتعهد دون حاجة الى اعلان منه للمنتفع و يترتب على هذه العلاقة ما يلي من آثار :

- باعتبار ان المنتفع قد اصبح دائنا من يوم الاشتراط فانه يشارك جميع دانين المتعهد في ضمانهم العام و يتقاسم الجميع هذا الضمان قسمة غرماء.

- لدائني المتعهد ان يطعنوا بالدعوى البولصية في قبوله الالتزام نحو المنتفع لان تصرفه مفقر له .

-للمتعهد و دائنيه ان يتمسكوا ضد المنتفع بالدفوع المترتبة على الاشترا ط كما يترتب على هذه العلاقة ان يكتسب المنتفع حق مباشر من عقد الاشترا ط و الذي يكون قابلا للنقض من جانب المشترط و هذا ما نصت عليه م 117 ق.م.ج فقرة 1 " يجوز للمشترط دون دائنيه او ورثته ان ينقض المشار طة قبل ان يعلن الم نتفع الى المتعهد او الى المش ترط رغبته في الاستفادة منها ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد ."[2]

يتضح من خلال نص هذه المادة أنه يجوز للمشرط دون دائنه أو ورثته أ ن ينقض المشارطة قبل أ ن يعلن المنتفع الى المتعهد او الى المشترط برغبته في الاستفادة منه ا ، ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد ولا يترتب عن نقض المشارطة ان تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط الا اذا اتفقا صراحة او ضمنا ع لى ذلك ، و للمشترط احلال منتفع آ خر محل

1- قانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/7/9 المتضمن ق.أ.ج.المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 02/05 مؤرخ في 2005/02/27ج.ر.ع.15.

2- الامر 58/75 ق.م.ج.

المنتفع الاول كما له أن يحتفظ لنفسه بالإنتفاع بالمشارطة أما عن أساب النقض فهي قائمة على اعتبارات خاصة بالمشترط اذ هو حق شخصي له لا يتطلب في حق النقض شكلان خاص و قد يكون ضمنيا و يوجه الى المنتفع او الى المتعهد .[1]

الفرع الرابع :الطبيعة القانونية للاشتراط لمصلحة الغير

لقد قدم الفقه العديد من الاقتراحات بشان هذه المسالة فحاول ارجاعها الى بعض المفاهيم المعروفة غير أنه تبين أ ن الاشتراط لمصلحة الغير هو عملية قانونية متميزة عن غيرها .

أ- نظرية الايجاب :

لقد اعتبر فقهاء القرن السابع عشر ان الاشتراط لمصلحة الغير هو بمثابة عقدين يتم الاول بين المشترط و المتعهد و يتم الثاني بين المشترط و المنتفع و يكون العرض ايجابيا يترتب على قبوله انعقاد العقد الثاني.

و يعاب على هذا الراي تجاهله لبعض الاحكام المتعلقة بالايجاب من جهة و بالاشتراط لمصلحة الغير من جهة اخرى و حسب هذه النظرية يمر الحق محل الايجاب في الاتفاق الثاني بالذمة المالية للمشترط و يبقى فيها الى غاية قبول المنتفع و لذلك يكون الحق ضامنا لديون المشترط فيزاحم دائنيه . غير ان هذه النتيجة تتعرض مع احكام الاشتراط لمصلحة الغير ، اذ تكسب المنتفع حق مباشر على المتعهد [2].

1- بن ناصر وفاء و بن شعلان نسيمة ،المرجع السابق، ص 37-38

2- علي فيلالي ،المرجع السابق،ص 451 .

ب- نظرية الفضالة

تقدم هذه النظرية الفقيه لابي « labeé » في اوائل القرن التاسع عشر حيث يرى ان المشترط عندما يتحصل على التزام المتعهد لفائدة المنتفع فانه يقوم بشان من شؤون الغير و تنقلب هذه إلى الفضالة باقرار الغير المتمثل في قبوله الى وكالة .

تجنب هذا الطرح الا نتقادات التي وجه ت النظرية السابقة ا ذ يجوز الاقرار بعد وفاة المشترط باثر رجعي للاشتراط لمصلحة الغير ، كما ان حق المنتفع لا يمر بذم ة المشترط وبالتالي لا شان لدائنيه بهذا الحق غير انه يبقى لهذه النظرية شق سلبي اخر يتمثل فيما يلي:

*تقضي احكام الاشتراط لمصلحة الغير ان تكون للمشترط مصلحة مادية او ادبية عكس الفضولي الذي لا يقيد بهذا الشرط .

- يجوز للمشترط نقض الاشتراط ، في حين الفضولي ملزم باتمام العمل .

-يعمل الفضولي لحساب الغير ، بينما يعمل المشترط لحسابه

- يختفي الفضولي بعد اقرار صاحب العمل لـلعقد بينما يبقى المشترط طرف في العقد بعد قبول المنتفع [1].

ج-نظرية الارادة المنفردة

يتقدم بهذا الراي كابتا ن Capitant و مفاده ان الارادة المنفردة هي م صدر مستقلا للالتزامات وقد خصها واضعوا الق .المدني الفرنسي ببعض التطبيقات منها الاشتراط لمصلحة الغير . فالتزام المتعهد بارادته المنفردة هو الذي يجعله مدينا نحو المنتفع . غير انه موقوف على شرط فاسخ مفاده انالمشترط لا ينقض هذا الاشتراط قبل قبول المنتفع .

1- علي فيلالي ،المرجع السابق،ص 451-452-543

فالقانون الفرنسي لا يعتد بالارادة المنفردة كمصدر للالتزام بالاضافة الى ان الاشتراط لمصلحة الغير هو عقد بين مشترط و المتعهد مما يقضي وجود تطابق ارادتين عكس ما ذهب اليه هذا الراي .

د-الاشتراط لمصلحة الغير مفهوم مستقل

لقد باءت بالفشل محاولات الفقهاء في ارجاع الاشتراط لمصلحة الغير المفاهيم التقليدية ، و يظهر ان سبب هذا الاخفاق هو اعتماد الفقهاء على مبدا سلط ان الارادة ، في حين ان الاشتراط لمصلحة الغير هو استثناء للمبادئ العامة و على وجه الخصوص مبدأ نسبية العقد " حيث يجعل الغير دائنا و لا شك ان الاشتراط لمصلحة الغير هو مفهوم مستقل قائم بذاته يتميز بأحكام خاصة و منها أن الغير المنتفع يتلقى حقل مباشرا من يوم ابرام العقد و انه لا شأن لدائني المشترط بهذا الحق و الحقيقة أن هذا الرأي الأخير هو الذي يقترب من الصواب .و هو الذي يتناسب مع المواد 116-117-118 م.ق.م على اساس كما سبق القول انه نظام استثنائي من قاعدة مبدا نسبية العقد ....[1].

الفرع الخامس : بعض التطبيقات العملية لإشتراط لمصلحة الغير

لقاعدة اشتراط لمصلحة الغير تطبيقات عملية كثيرة يمكن ان تصب في العديد من العقود مسماة كانت ام غير مسماة وصورتها المثلى هي عقد التامين و عقد الاذعان مهمين الذين سنتعرض لهما كالاتي :

اولا : عقد التامين

عقد التأمين هو من اهم العقود التي تظهر فيها تطبيقات فكرة الاشتراط لمصلحة الغير و هو العقد الذي من خلاله عمل القضاء الفرنسي على التطور بفكرة الاشتراط و هناك

1- بلحاج العربي ،المرجع السابق،ص 391

عدة تعاريف و لعل عدم وجود اجماع على تعريف التامين راجع على جوانب مختلفة ترجع في الاصل الى تعلقه بالمجال الاقتصادي الفني و القانوني الا انه يمكن تقديم تعريف سواء من ناحية اللغوية او الاصطلاحية .

1-تعريف التامين

لغة : معنى امن في لسان العرب ، الامان و الامانة بمعنى وقد امنت فانا آمن و آ منت غيري من الامن و الامن ضد الخوف اي سواء كان من العدو او غيره او هو عدم توقع مكروه في الزمن الاتي .

اصطلاحا : و هو عقد يلتزم بمقتضاه ان يؤدي الى المؤمن له او إلى المستفيد الذي اشترط التامين لصالحه مبلغ من المال او ايراد مرتبا او اي عوض مالي آ خر في حالة وقوع الحادث او تحققه[1].

وقد عرفها المشرع الج في نص المادة 619 من ق.م.ج التي تنص على مايلي :

" التامين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه ان يؤدي الى المؤمن له او الى المستفيد الذي اشترط التامين لصالحه مبلغا من المال او ايرادا اي عوض مالي اخر في حالة وقوع الحادث او تحقق الخطر المبين بالعقد و ذلك بمقابل قسط اواية دفعة مالية اخرى يؤديها الم ؤمن له للمؤمن " [2].

من خلال هذا التعريف نجد ان المشرع بين بوضوح اهم عناصر عقد التامين و المتمثلة في اشخاص التامين و هو مؤمن و المؤمن له و المستفيد و مضمونه و هو الخطر و القسط المتمثل في مبلغ التامين [3].و عليه فان عقد التامين ، و خاصة عقد التامين على

1-بن ناصر وفاء و بن شغلان نسيمة ،المرجع السابق،ص 38-39-.

2- الامر 58/75 المتضمن ق.م.ج المعدل و المتمم.

3- بن ناصر وفاء و بن شعلان نسيمة ،المرجع السابق،ص 40

الحياة مثلا يعتبر اهم تطبيق لها فالمستأ من الذي يؤمن على حياته لمصلحة الغير يشترط في عقد التامين لمصلحته و يكسب بالتالي حق مباشر من عقد الذي كان اجنبي عنه و على كل فان عقد التامين على المسؤولية يرتكز على حق يتكون لل مضرور بحكم حصول الحادث الضار به ، مما يسمح له بالرجوع رأسا على شركة التأمين اعتمادا على العقد الذي ابرمه المؤمن عن تأمينه لوسيلة النقل لدى شركة التأمين .[1]

ثانيا : عقد الاذعان

لقد نشا عقد الاذعان نتيجة للتطور الاقتصادي الحديث الذي اتجه نحو اسلوب الانتاج الكبير و ما يتبع ذلك من قيام شركات ضخمة و كان ذلكفي القرن 19 .

لغة : الاذعان من ذعن يذعن ذعنا ، فالاذعان هو الاسراع مع الطاعة حسب لسان العرب و اهل اللغة فهو الانقياد بسرعة و الاقرار و الخضوع فنقول اذعن الشخص اي انقاد له و اقر بالحق .

اصطلاحا : و هو عقد الذي يملي فيه احد طرفيه شروطه و يقبلها الطرف الاخر دون ان يكون له حق من مناقشتها او تعديلها .

لم يتفق الفقهاء على تعريف واحد لعقد الاذعان و لكن نجد التعريف ال ذي قدمه سالي " اذ هو صاحب او ل فكرة للاذعان و يقول بأ ن عقد الاذعان " هو محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة و تملي قانونها ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة و تفرضها مسبقا و من جانب واحد لا ينقصها سوى اذعان من يقبل قانون العقد" .

1-بلحاج العربي ،المرجع السابق،ص 390

و لكن ابرز تعريف يمكن الاعتداد ب هـ هو ما توصل اليه الدكتور عبد المنعم فرج الصدة اذ يصف هذا العقد انه " الذي يسلم فيه القابل شروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل مناقشته فيها و ذلك فيما تعلق بسلطة او مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني او فعلي او تكون المنافسة محدودة النطاق في شانها " .

و يمكن توضيحه باسلوب بسيط بانه العقد الذي يضطر احد طرفيه لقبوله دون مساومة او تفسير في شروطه .[1]

2- تفسير عقد الاذعان و أساس قاعدة الشك

يقصد تفسير عقد الاذعان هو الجزاء غير المباشر وهو ما ذهبت اليه المادتين 111 و 112 من الق.الم. الج .

فلا يمكن ان يعامل عقد الاذعان كسائر العقود الاخرى في التفسير ففي الاذعان ينفرد المتعاقد القوي بوضع شروط العقد و إملاء إ رادته على الطرف الضعيف فقد يورد شروط تحمل اكثر من معنى فتكون غامضة و مبهمة وناقصة فهذا الغموض و الابهام الذي يكتنف لبعض العقود يكون متعمد لا نه يسمح للمتعاقد القوي بتسرير اشتراطات معينة تحت سائر هذا الغموض و الابهام بحيث لو كانت واضحة لأحجم المتعاقد الآخر عن التعاقد .

- فاذا كانت عبارات عقد الاذعان واضحة في جملتها في الدلالة فكانت هذه الدلالة مطابقة لما اتجهت اليه هذه الارادة فان العقد هنا لا يحتاج الى بدل جهد لتفسيره بل على القاضي تطبيقه وفقا للمعنى الظاهر له فهو ملزم بعدم الخروج عن هذا معنى و لكن اذا كانت

1- بن ناصر وفاء و بن شعلان نسيمة ،المرجع السابق،ص 45

عبارات العقد غير واضحة فلا مفر من تفسير العقد حسب ما قصد اليه المتعاقدان [1] وذلك في اغلب الاحيان يتوصل الى تفسير عقد الاذعان لمصلحة الطرف المذعن [2] .

– واساس تقرير قاعد ة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن يتمثل في ما نصت عليه المادة 2/112 التي تنص على " غير انه لا يجوز ان يكون تأ ويل العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضار لمصلحة الطرف المذعن " .

و عليه يتضح من خلال المادة 2/112 يفسر الشك لمصلحة العاقد المذعن عن دائن او مدينا كان .[3]لذا فقد اوجب المشرع على القاضي تفسير الغموض شرط ان يكون في مصلحة الطرف المذعن و ذلك لعدة اعتبارات منها :

1– ان تبعة الغموض تقع على عاتق الموجب التي انفرد بتحرير العقد و هو الطرف الذاعن و كان من الاولى تفسير الغموض لصالح الطرف المذعن .

2–انه اذا تم عقد الاذعان فالارادة المشتركة تكاد تختفي تماما حيث يكون الطرف المذعن تحت نظام لم يناقشه كما هو الحال بالنسبة الى التوقيع على عقد التامين و هو المجال المخصب لعقود الاذعان و الذي من الصواب تحقيق العدالة فيه حيث يفسر الغموض لمصلحة المذعن سواء كان دائنا او مدينا .

3– ان القواعد العامة تقضي حماية الطرف الضعيف و ان الطرف المذعن في عقد الاذعان هو دائما الضعيف بغض النظر عن مركزه و لهذا اجاز المشرع للقاضي بتعديل ما قد يكون في العقد من شروط تعسفية و اعفاء الطرف المذعن منه لامن تنفيذه [4]

1– بن ناصر وفاء وبن شعلان نسيمة ،المرجع السابق،ص 46.

2–صم بوعالية محمد .،المرجع السابق،ص 168 .

3– لعشب محفوظ بن حامد ، عقد الاذعان في الق.المدني الجزائري و المقارن ،د.ط ، المؤسسة الوطنية للفنون الطبيعية ، الجزائر 1990 ،ص 150.

4– سرايش زكرياء،المرجع السابق،ص 134/133.

خاتمة

تناولت دراستنا للآثار النسبية للعقد استنادا لنصوص المواد 106 إلى 123 من القانون المدني الجزائري ، ويتمثل آثار العقد في مسألتين هما القوة الملزمة للعقد من حيث الموضوع والقوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص .

إنّ العلاقات التعاقدية تتميز بالقداسة لا يمكن المساس بها تحت أي مبرر فإذا ما أنشأت الإرادة الحرة عقدا تحققت الالتزامات على كل من عاقديه وصار ثابتا ومستقرا وواجب التنفيذ.

بالنسبة للقوة الملزمة للعقد من حيث موضوعه وفيما يخص تفسير العقد فالقاعدة تقضي بتفسير الشك لمصلحة المتعاقد المدين و هي قاعدة يتقيد بها القاضي إذ استحال عليه أن يكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين و بالتالي سيفسر الشك لمصلحة المدين كونه الطرف الضعيف و لكن خروجا عن هذه القاعدة حيث يفسر الشك لمصلحة الطرف المدعن في عقود الإذعان سواء كان مدينا أو دائنا .

إن عقود القانون الخاص تخضع في الأساس لإرادة الأطراف وفقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين طبقا لنص المادة 106 ق.م.ج فلا يجوز نقضه أو تعديله بالزيادة أو النقص إلا برضا الطرف الآخر وفقا لما ينص عليه القانون ولا يسمح لا للتشريع ولا للقضاء بالتدخل في هذه العلاقات التعاقدية والمساس بحرمتها .

كما يجب على المتعاقدين تحديد موضوع العقد و تنفيذه طبقا لما اشتمل عملية وبحسن نية وهو ما أقر به المشرع في المادة 107 من ق.م فلقد أنزل الفقهاء الرابطة العقدية منزلة القانون لدلالة على قوتها ووجوب تنفيذها .

لكن هذه الرابطة العقدية أصحبت مقيدة بقيود قانونية و قضائية فرضها المنطق و الواقع ،فلقد توصلنا إلى انه بالرغم من تأكيد الاجتهاد القضائي على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين و حرمة المساس به إلا أنّ القضاء ذاته أصبح يتدخل في العلاقات التعاقدية بدافع العدل و الإنصاف بين أطراف العقد ودلك بسبب عدم التوقع والظروف الطارئة التي أقرها الفقه الإسلامي كمبرر لتعديل القانون

ومع العلم ان هذه النظرية قد انتشرت في القوانين الحديثة وهذا ما جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 3/107 الذي تخول للقاضي سلطة تعديل العقد في الحالات الاستثنائية و هذا تحقيق للعدالة و الموازنة بين الأطراف أي يتدخل لإعادة التوازن العقدي متى كان الالتزام مرهقا لأحد المتعاقدين و ذلك بأنّ يرد هذا الالتزام المرهق إلى الحد المعقول سواء بإنقاصه أو زيادة التزام الدائن أو يوقف تنفيد العقد حتى يزول الظرف الطارئ .

كما تبين لنا أن لمبدأ القوة الملزمة أثر و جزاء يترتب عن الإخلال بها نشوء المسؤولية العقدية فإنه حسب المادة 123 من القانون المدني الجزائري إذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزاماته ترتب للطرف الآخر حق التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إدا كان التنفيذ لا يزال ممكنا .

ولقد أقر المشرع لأحد المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين بالمطالبة بالفسخ كونه حماية قانونية وضمان للحقوق الناشئة عن العقد، متى أخل أحد المتعاقدين لالتزاماته.

وما توصلنا إليه أن الاستثناءات الواردة على مبدأ نسبية العقد سواء القانونية الاتفاقية قد تؤدي إلى إهدار قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لأنه حتى وان إبرم عقد بين شخصين دون غيرهما فإن العقد يكون نافذا بالنسبة للغير كواقعة لا يمكن إنكارها بالتالي يكون للعقد وجود خارجي إلى جانب الوجود الداخلي.

ومن خلال دراستنا أيضا لمبدأ نسبية أثر العقد تبين لنا انه بالرغم من العقود التي يبرمها المتعاقدين أو النائب عنهما والزاميتها إلا أنّ أثر العقد الذي يترتب عنهما قد يمتد إلى غيرهما سواء كان بالاتفاق أو بقوة القانون .وعليه فتتصرف آثار العقد إلى العاقد نفسه كما تنصرف إلى خلفائه باعتبار أنّ العاقد يمثله ما و الخلف قد يكون خلفا عاما وقد يكون خلف خاص.

والقاعدة بالنسبة للخلف العام أن أثر العقد ينصرف إليه إذا كانت حقوق أما إذا كانت التزامات أي ما عليه من ديون فإنه تسدد من أموال التركة.

والغير الأجنبي عن العقد لا يلتزم بالتزام لم يشارك في إبرامه إلا انه يكتسب حق منه ولكن نفاذ العقد يقف عائق أمام مبدأ نسبية العقد وكما قد تؤدي إلى إهداره لأنه حتى وإن لم يقبل المتعاقدين أنّ ينتقل اثر عقد هما إلى غيرهما فإنّ القانون قيد حريتهما فيما يخص الوصية والتصرف في مرض الموت وأيضا حالة انقضاء الشركة حيث لا ينتقل الحق أو الالتزام إدا مات احد الشركاء أو تم الحجر عليه ،أما بالنسبة للخلف الخاص فإنه لابد من توافر شروط محدودة ذكرت بموجب نص المادة 109 وتتمثل في ان تكون الحقوق و الالتزامات التي تنشأ عن العقد من مستلزمات الشيء ووجوب علم الخلف الخاص بها وقت انتقال الشيء إليه وأخيرا شرط أن يسبق تاريخ العقد على انتقال الشيء إلي الخلف الخاص (أي أن يكون التصرف سابقا على عقد الخلف الخاص وكانت ثابتة التاريخ قبل هذا الوقت).

وقد أوضحنا أيضا أن المشرع الجزائري اعتبر الدائن العادي كالغير وأعطى له حماية خاصة تتمثل في بعض الوسائل القانونية تتمثل في الدعاوى الثلاثة : الدعوى غير مباشرة ، الدعوى البولصية ، الدعوى الصورية .

أما بالنسبة لانصراف اثر العقد إلى الغير فلقد أجاز المشرع الجزائري في المادة 123 المذكورة سالفا انه يكتسب حقوق وحدها دون التزامات و يكون ذلك عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير و قد أوضحنا في الأخير أهم التطبيقات من عقد التأمين وعقد الإدعان .

قائمة المراجع

قائمة المراجع:

1- المؤلفات :

1- أمجد محم د منصور النظرية العامة للإلتزمات مصادر الإلتزام ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.

2-أمير فرج يوسف ، العقد والإرادة المنفردة ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية 2007.

3- انور سلطان الموجز في مصادر الالتزام ،د .ط،دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية ،سنة 1998.

4-إلياس ناصيف موسوعة العقود المدنية و التجارية ، البحث الأول أحكام العقد الجزء الثاني مفاعيل العقد ،دراسة مقارنة ، طبعة 2 دار النشر ، د.ب.ن 1998 .

5- بلحاج العربي نظرية العقد في القا .المدني الجزائري ، دراسة مقارنة ديوان المطبوعات الجامعية د.ط ، د،ب،ن رقم الإيداع القانون 948-2015

6- خليل احمد حسن قدادة ، الوجيز في شرح الق .الم.الج. ج 1 مصادر الإلتزام ،ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1994.

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

8-سمير عبد السيد تناغو ،مصادر الإلتزام ،العقد- الإرادة المنفردة- العمل الفير المشروع- الإثراء بلا سبب- القانون-الحكم-القرار الإداري،ط 1،المكتبة الوفاء القانونية ،الإسكندرية 2009.

9-زكريا سرايش ، الوجيز في مصادر الالتزام ، العقد و الإرادة المنفردة ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر 2013 .

10- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، شرح القانون المدني النظرية العامة الالتزامات ، نظرية العقد ، الجزء 1 د.ط ، طبعة درا الكتب المصرية سنة 1934 .

11- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، شرح القا .المدني نظرية الإلتزام بوجه عام ، الاثبات – آثار الالتزام الجزء الثاني ،د.ط ، دار النهضة العربية للطباعة و النشر ، لبنان .

12-عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية د .ط، دار النهضة العربية للطباعة و النشر ،لبنان 1974 .

13- عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر،شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية الإلتزمات ،دراسة مقارنة ،دار الثقافة للنشر والتوزيع،الأردن،2009

14-عصمت عبد المجيد بكر ، النظرية العامة للالتزام انتج1- مصادر الالتزام د .د.ن ،د.ب.ن ،2011 .

15- علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ،مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ،ط .7 ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، د.س.ن .

16- علي فيلالي ، الالتزامات النظرية العامة للعقد الطبعة الثالثة موفم للنشر الجزائر 2013

17- فاضلي ادريس ،الوجيز في النظرية العامة للا لتزام .د.ط ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، 2009.

18-محفوظ لعشب بن حامد ، عقد الاذعان في الق انون المدني الجزائري و المقارن ،د .ط ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الجزائر 1990

19- منذر الفضل ، الوسيط في شرح القا نون المدني مصادر الالتزامات و أحكامها دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الاردن ، سنة 2012.

20-محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الإلتزام ، مصادر الإلتزامات و أحكامها في ق .م.ج ، د.ط ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية الجزائر ، سنة 1990

21-محمد صبري السعدي ،الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام ،العقد و الإدارة المنفردة ،دار الهدى الجزائر ، 2012.

22- محمد علي البدوي، النظرية العامة للإلتزام ،ج1، مصادر الإلتزام، ط2، منشورات الجامعة المفتوحة، د.ب.ن، سنة 1993 .

23- محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد، مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، د.ط.، . د . ب . ن . ، د . س . ن

24- نبيل ابراهيم سعد،همام محمود، المبادئ الاساسية في القانون د.ط ، منشأة المعارف، الاسكندرية سنة 2001.

25- وليد صالح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة بين الفقه الاسلامي والق. المدني، دراسة مقارنة د.ط.دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية، 2009.

2- الرسائل والمذكرات

1-حميد بن شنيتي ،سلطة القاضي في تعديل العقد،أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون،الجزائر، 1996.

2-زواوي فريدة " مبدأ نسبية العقد " رسالة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص معهد الحقوق والعلوم الإدارية ،بن عكنون،الجزائر 1992.

3- ابراهيم انيس محمد يحي ، الاقالة ،فسخ العقد برضى الطرفين " رسالة لاستكمال متطلبات الماجستير في القانون الخاص ، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية في نابلس ،فلسطين 2010.

4- خديجة فاضل، " تعديل العقد اثناء التنفيذ " ،رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية كلية الحقوق جامعة الجزائر،سنة 2001-2002.

5-صم بوعافية محمد، مجال تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص القانون المدني الاساسي كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة مستغانم ،سنة 2014-2015 .

6- بن ناصر وفاء ، وبن شعلان نسيمة ، " مبدأ نسبة العقد ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص القانون الخاص الشامل كلية ال حقوق و العلوم السياسية ، بجاية سنة2014-2015.

3- النصوص القانونية :

1-النصوص التشريعية

1- قانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/07/09 المتضمن ق.أ.ج المعدل و المتمم بموجب أمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 ج.ر.ع 15 و الموافق بقانون رقم 09/05 المؤرخ في 2005/5/04ج.ر رقم 43 المؤرخة في 2005/07/22.

2-قانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/07/20 المعدل والمتمم للق .الم.الج ، معدل ومتمم.

3- قانون رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13 المعدل والمتمم للقانون المدني ج.ر.ع 31 معدل و متمم .

4- قانون إجراءات المدنية والإدارية الجزائري في ضوء الممارسة القضائية رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، مدعم بالإجتهاد القضائي ، ط 13 ، بيرتي للنشر .

2- النصوص التنظيمية:

- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمير 1975 المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم بقانون رقم 07/80 المؤرخ في أوت 1980 .

- الامر رقم 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و السجل العقاري ، ج.ر ، ع 92.

4- القرارات القضائية :

1-قرار المحكمة العليا غ .م. المؤرخ في 2000/01/12 ، فضية رقم 212782 م.ق. سنة 2001 ، ع 1 .

2- قرار المحكمة العليا غ.م .2001/03/21 ملف رقم 241943 م.ق 2003 العدد 2 .

الفهرس

الفهرس

إهداء

شكر

مقدمة.....2

الفصل الاول : القوة الإلزامية للعقد من حيث الموضوع.....6

المبحث الأول : تحديد موضوع العقد 7

المطلب الأول : تفسير العقد : 7

الفرع الاول : المقصود بتفسير العقد 8

الفرع الثاني : بيان حالات التفسير :.....9

المطلب الثاني : التزام المتعاقدين بتنفيذ العقد و الجزاء المترتب عنه.....13

الفرع الأول : عدم جواز نقض او تعديل العقد الا باتفاق الأطراف :.....14

الفرع الثاني: تنفيذ العقد بحسن النية 15

الفرع الثالث : نظرية الظروف الطارئة 16

المبحث الثاني : أثر عدم الإلتزام بتنفيذ العقد.....22

المطلب الأول : عدم تنفيذ العقد.....23

الفرع الأول :الدفع بعدم التنفيذ 23

الفرع الثاني : المسؤولية العقدية.....29

المطلب الثاني : الجزاء المترتب عن عدم تنفيذ العقد 38

الفرع الأول: الفسخ بسبب عدم التنفيذ 38

الفرع الثاني : اثر الفسخ 45

الفصل الثاني : الأثر النسبي للعقد.....47

المبحث الأول : مبدأ نسبية الأثر الالزامي للعقد 48

المطلب الأول : انصراف اثر العقد الى المتعاقدين 48

الفرع الأول : النيابة في التعاقد :.....49

الفرع الثاني : انصراف آثار العقد الى ذمة الاصيل 49

الفرع الثالث : تعاقد الشخص مع نفسه 50

المطلب الثاني : إنصراف أثر العقد الى الخلف 51

الفرع الأول : الخلف العام 51

الفرع الثاني : الخلف الخاص 56

المطلب الثالث : انصراف أثر العقد الى الدائنين العاديين 60

الفرع الاول : باعتبار الدائنين العاديين خلف عام 60

الفرع الثاني : باعتبار الدائنين العاديين خلف خاص 61

الفرع الثالث : باعتبار الدائنين العادين من الغير 61

المبحث الثاني : انصراف اثر العقد الى الغير 69

المطلب الأول : التعهد عن الغير 69

الفرع الاول : المقصود بالتعهد عن الغير و شروطه 70

الفرع الثاني : قبول الغير التعهد 72

الفرع الثالث : رفض الغير التعهد 72

المطلب الثاني : الاشتراط لمصلحة الغير 73

الفرع الاول : مفهوم و تطور قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير 73

الفرع الثاني : شروط قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير 75

الفرع الثالث : أحكام الاشتراط لمصلحة الغير 77

الفرع الرابع : الطبيعة القانونية للاشتراط لمصلحة الغير 80

الفرع الخامس : بعض التطبيقات العملية لإشتراط لمصلحة الغير.....82

خاتمة 88

قائمة المراجع.....92

مـلخص المذكرة

العقد شريعة المتعاقدين و طبقا لهذه القاعدة فان الآثار النسبية للعقد لا تمتد إلى غير المتعاقدين هذه القاعدة كأصل عام لها قوة ملزمة تتخلص في القوة الملزمة من حيث الموضوع التي مفادها أنه يجب على المتعاقدين تحديد موضوع العقد و تنفيذه على أكمل وجه ، و عدم الإخلال بالالتزامات المترتبة عنه وإلا جاز للطرف المتعاقد المضرور أن يطالب بفسخ العقد أو التعويض لجبر الضرر على أساس المسؤولية العقدية للطرف المتعاقد الذي أخل بالتزامه .

و القوة الملزمة من حيث الأشخاص و مضمونها أن الحقوق و الالتزامات المترتبة عن العقد تقتصر على المتعاقدين دون سواهما واستثناءا فان اثر العقد يمتد إلى غير الأصل و نقصد بذلك انتقاله إلى الشخص الذي يمثل المتعاقدين كالخلف العام و الخلف الخاص كذلك قد ينصرف أثره إلى الغير الأجنبي عن العقد .

الكلمات الإفتتاحية :

1/ القوة الملزمة للعقد 2/ المتعاقدان 3/ مبدأ نسبية العقد

4/ الخلف 5/القانون المدني