جـــامـــعـــة عـــبـــد الحـــمـيـــد بـــن بـــاديـــس ــ مستـــغانـــــم ــ
كلية الحقـــوق والعلـــوم السياسية

أطروحـــــــة

لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق تخصص القانون الأساسي الخاص

مبدأ الأثر النسبي للعقـــد والاستثناءات الواردة عليه في القـــانون المـــدني الجـــزائري

من إعـــداد الطالـــب:
جيـلالي بن عيسى

تحت إشـــراف الأستاذ:
سـلايم عبد الله

تـــم تقديمها ومناقشتـــها علنـــا
يـــوم: 22 جـــانـــفـــي 2019
أمـــام لجنـــة المنـــاقـــشـــة:

فرحات حمـــو	أستاذ محاضر أ	جامعة مستغانم	رئيســـــا
سلايم عبـــد الله	أستـــاذ	جامعة مستغانم	مقـــــررا
بن سالم كمال	أستاذ محاضر أ	جامعة مستغانم	مناقشـــــا
رحوي فؤاد	أستاذ محاضر أ	جامعة مستغانم	مناقشـــــا
بن زحاف فيصل	أستاذ محاضر أ	جامعة وهران2	مناقشـــــا
بخدة مهدي	أستاذ محاضر أ	المركز الجامعي بغليزان	مناقشـــــا

السنة الجامعية: 2017-2018

قال الله تعالى :

بسـم اللــه الرحمـان الرحيـم

" يأيـها الذين أمنوا أوفوا بالعقود."

سورة المائدة الآية'(1)

صدق اللــه العظيــم

شكـــــر وتقديـــــر

الشكر و الحمد والمنة لله تعالى الذي أنعم علي إتمام هذه الرسالة برعايته وعونه.

أتقدم بالشكر والتقدير لأستاذي المشرف الأستاذ الدكتور سلايم عبدالله الذي وقف بجانبي منذ بداية هذه الرسالة، بدءا من اختيار موضوعها ومرورا بتفضله بالإشراف عليها بكل ما لديه من الإمكانيات، وتقديم الملاحظات القيمة والأفكار الخلاقة، وحتى توفير المراجع .

ولا يفوتني أن أنوه بملاحظاته وتوجيهاته القيمة التي كان لها الأثر في إتمام هذه الرسالة.

والشكر موصول أيضا إلى كل الأساتذة والزملاء والأصدقاء الذين قدموا لي يد العون لإنجاز هذه الرسالة سواء من قريب أو من بعيد، و كل من شارك في إتمام هذه الرسالة ولو بكلمة طيبة.

كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى أساتذتي الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة الموقرين على تفضلهم بقراءة هذه الرسالة وقبول مناقشتها .

جيلالي بن عيسى

الإهـــــــداء

أهدي هذا العمل المتواضع لمن لهما الفضل بعد الله في وجودي وربياني وسهرا على راحتي

إلى والدي ووالدتي رحمهما الله واسكنهما فسيح جنانه.

إلى زوجتي التي شاركتني في تحمل الأعباء وأخذت على عاتقها الجزء الأكبر من واجباتي العائلية وتحملت عبء تربية الأولاد لأتفرغ لدراستي .

إلى بناتي الأعزاء سارة، مريم ، أسيا حفظهم الله وأنار دربهم .

إلى إخوتي وجميع أفراد عائلتي الكبيرة.

إلى كل طلبة وأساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة مستغانم .

إلى كل زملائي وزميلاتي في قسم القانون الخاص.

جيلالي بن عيسى

قائمة المختصرات باللغة العربية	قائمة المختصرات باللغة الفرنسية
ج: الجزء.	**Art :** Article.
د.م.ج: ديوان المطبوعات الجامعية.	**C.C.F** : Code Civil Français.
ص.ص: من الصفحة.....إلى الصفحة....	**D :** Dalloz.
ف : فقرة.	**Ed :** Edition.
ط: الطبعة.	**N :** Numéro
ع: العدد.	**O.P.U :** Office des Publications Universitaires
م: المادة	**Op.cit.** : Ouvrage précédemment cité.
ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.	**P :** Page.
ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.	**T :** Tome.
ق.ت : القانون التجاري.	
ج.ر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية .	
م.ق : المجلة القضائية .	
م.م.ع: مجلة المحكمة العليا	
غ.م : الغرفة المدنية للمحكمة العليا	
غ.ع : الغرفة العقارية للمحكمة العليا	
غ.ت.ب الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا	
غ.إ الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا	

مقدمة:

يقوم مبدأ سلطان الإرادة على أساس أن الأفراد ولدوا أحرارا متساوين في الحقوق، فلهم أن ينشئوا ما أرادوا من تصرفات قانونية مختلفة بحيث لا تتقيد إرادتهم إلا فـــي أضيق الحدود المتعلقة بحماية النظام العام و الآداب العامة ، وأن الفرد وجد قبل الجماعة ، فيجب أن تكون إرادته حرة، و الجماعة وجدت لإسعاد الفرد فلا تقيد لإرادته إلا على سبيل الاستثناء ، ومن ثم فإن التعبير عن الإرادة هو مصدر القوة الملزمة للعقد، ولا يكون للقانون دور سوى أن يضمن تنفيذ ما اتفق عليه أطراف العقد ، و هو ما يطلق عليه العقد شريعة المتعاقدين فالأفراد لهم كامل الحرية في إنشاء تصرفات قانونية ولا يجوز للقانون أن يحد من تلك الحرية إلا في حدود النظام العام والآداب العامة، بل لابد من احترام الإرادة التعاقدية للأفراد و تنفيذها وفقا لما اتفق عليه في العقد، و لا يجوز تعديله أو إيقاف تنفيذه إلا باتفاق أطراف العقد ومن ثم ليس للقانون أو القضاء التدخل في حياة العقد باعتبار أن مؤدى مبدأ سلطان الإرادة هو حصر القوة الملزمة للعقد في أطرافه من خلال تطابق إرادتهم تطابقا تاما،فالعقد هو التصرف القانوني الذي يصدر من جانبين بهدف إحداث أثر قانوني معين باعتباره من أهم مصادر الالتزام الإرادية في القانون المدني الجزائري و في مختلف التشريعات.

فالعقد لغة كلمة تفيد الربط بين أطراف الشيء وجمعها، و أما بين الكلاميـــين يراد به العهد كأن يقال عقدت العزم والنية على كذا بالربط ويراد به أيضا تقوية وإحكام، ولما كانت الفكرة في العقد هي الربط بإحكام سمي العهد أو الميثاق عقدا، لأن فيه إحكاما وتقوية للصلة بين المتعاقدين، والعقد كمصطلح قانوني عرفه المشرع الجزائري في المادة 54 ق.م.ج بقوله:"العقد اتفاق يلزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما " يتضح من هذا التعريف القانوني أن العقد هو اتفاق يهدف إلى إحداث أثار قانونية، ومعنى ذلك أن الإرادة هي جوهر وأساس العقد و بدونها لا تقوم للعقد قائمة، فهي التي تنشأ العقد وهي التي تحدد آثاره، وهذه الحرية التعاقدية أو ما سمي بمبدأ سلطان الإرادة، فإذا نشا العقد صحيحا بتوافر أركانه وشروط انعقاده فقد أصبحت له قوته الملزمة اتجاه أطرفه ، فالعقد شريعة المتعاقدين و تتحدد له قوته الملزمة من حيث مضمونه ، حيث تتكشف الالتزامات التي اتجهت إرادة المتعاقدين إلى الارتباط بها، و تتحدد

من حيث الأشخاص الذين يتقيدون بها، فلا يسري العقد إلا بالنسبة إلى المتعاقدين و من يخلفهم في حقوقهم ، بمعنى أن العقد ليس له قوة ملزمة بالنسبة للغير، و هو ما يعرف بمبدأ الأثر النسبي للعقد، وهو النطاق الشخصي لآثار العقد التي تقتصر فقط على أطرافه بما يتضمن من حقوق والتزامات،فالأصل أن العقد يلزم أطرافه بما ورد فيه فله القوة الملزمة التي تحتم على أطرافه تنفيذ كل ما اشتمل عليه ، فهو شريعتهم التي لا يستطيع أحدهم بحسب الأصل أن يغير منها بنقض أو تعديل، فالعقد بمثابة القانون الذي يطبق على العلاقة.التعاقدية.

وإذا كان أساس القوة الملزمة للعقد تجاه عاقديه قد قام منذ البداية على مبدأ سلطان الإرادة ، إلا أنه يعتبر مع ذلك مبدأ تفرضه مصلحة المجتمع، التي تستوجب احترام العقود ، فلن يتحقق الاستقرار و الطمأنينة في التعامل إذا سمح للمدين بعدم تنفيذ ما التزم به بموجب العقد، كما أن القوة الإلزامية للعقد تقوم على أسس ثلاثة ، أحدهما فلسفي قائم على أساس مبدأ سلطان الإرادة، فالفرد لا يلتزم إلا بما أراد، و إذا أراد أن يلتزم فلا يحول دون ذلك شيء إلا النظام العام والآداب العامة، والثاني أخلاقي وهو احترام العهد ، أما الأساس الثالث فهو أساس اقتصادي قائم على استقرار المعاملات، فإذا كان العقد لا يفيد العاقد، فإن الناس تنصرف عن إبرام العقود و تنعدم الثقة بين الأفراد وتضطرب في ذلك المراكز القانونية[1]، فالقوة القانونية للعقد تستوجب على أطرافه تنفيذ الالتزامات التي تولدت عنه، ويتحقق ذلك من ناحيتين فهو نسبي من حيث الأشخاص لا يسري إلا في حق طرفي العقد ، لكن كل عاقد من هؤلاء مصيره إلى الزوال ، فتنتقل أمواله إلى خلفه العام ، أي إلى ورثته ، ولذلك يؤثر العقد في من يخلف المتعاقدين خلافة عامة،وكذلك فإن العاقد يمثل خلفه الخاص في بعض الأحيان فتنصرف إلى هذا الخلف الخاص العقود التي أبرمها السلف بشروط معينة،كذلك يؤثر العقد في حقوق دائني المتعاقد نتيجة ما يؤدي إليه العقد من زيادة أو نقصان في الضمان العام للدائنين، فالعقد يؤثر في المتعاقدين وخلفهم العام وخلفهم الخاص وفي حقوق دائنيهم أيضا، و أثر القوة الملزمة للعقد تقتصر على هؤلاء ولا تمتد إلى غيرهم، ولما كان العقد قانون المتعاقدين والأصل فيه أن أثار العقد تنصرف أثاره إلى العاقدين ومن يمثلانه ولاتتعداهم إلى الغير، فلا

[1] – محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1999، ص 146

يستفيد من العقد إلا من أبرمه ، ولا يضار منه سوى عاقديه الذين تنتقل إليهم و حدهم الحقوق والالتزامات المتولدة عنه، وهو ما يطلق عليه مبدأ الأثر النسبي للعقد من حيث الأشخاص، كما يقصد كذلك بالمبدأ المشار إليه أعلاه أن الأطراف لا يلتزمون إلا بما ينشأ عن تصرفهم من التزامات، فلا يتعدى الأمر إلى التزامات أخرى لا يرتبها العقد أو لا تنصرف إليها إرادة الأطراف من حيث الموضوع ، فالعقد كقاعدة عامة نسبي في آثاره من حيث الأطراف ومن حيث الموضوع فالعقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون (المادة 106 من ق.م.ج) ، إلا أن هذه القاعدة تظل في شقها السلبي أي بالنسبة لانصراف الالتزامات إلى الغير أكثر إطلاقا منها في شقها الإيجابي، بحيث قد يكون الأثر الذي يترتب في مواجهة الغير قد تم بقصد من المتعاقدين وهو ما يعتبر خروجا عن مبدأ الأثر النسبي للعقد فيما يتعلق بالحقوق وحدها(الجانب الإيجابي) دون الالتزامات (الجانب السلبي)،وهو ما أجازه المشرع الجزائري إذ تنص المادة 113 مدني جزائري على أنه :"لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، و لكن يجوز أن يكسبه حقا " يتضح من نص هذه المادة أنها أشارت إلى تطبيقين جاء الأول في العبارة الأولى من النص بقولها:"لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير " وهو ما يدعو إلى البحث في موضوع التعهد عــن الغير أما التطبيق الثاني فأشارت إليه العبارة الثانية بقولها : "ولكن يجوز أن يكسبه حقا " وهو ما يدعونا إلى البحث في موضوع الاشتراط لمصلحة الغير ، و ما يلاحظ كذلك بأن الاستثناءات لقاعدة الأثر النسبي للعقد في شقها الإيجابي أكثر عددا من تلك الواردة في شقها السلبي، وهو ما أكدته المادة 114 من ق .م .ج على أنه :" إذا تعهد شخص عن الغير ، فلا يتقيد الغير بتعهده ، فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه و يجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بما التزم به " وهذا يعني أن القانون يؤكد صراحة أن العقد لا يجوز أن يضر الغير الذي لم يشترك في إبرامه إلا برضائه، ولكن استثناءا من الأصل فقد استثنى القانون من هذا المبدأ حالة اكتساب الغير حقا عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير، وهو ما نصت عليه المادة 116 ق م ج و التي قررت أنه :" يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير " .

فضلا عن التعهد عن الغير و الاشتراط لمصلحة الغير للذين نص عليهما القانون المدني الجزائري كقاعدتين عامتين و اللتين تشكلان استثناءا على قاعدة نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص في وجهيها السلبي و الإيجابي مردهما إلى اتفاق الطرفين (استثناءات اتفاقية)، هناك استثناءات أخرى مردها إلى نص القانون (استثناءات قانونية) والتي جاءت لاعتبارات يراعى فيها مقتضيات العدالة، أو استقرار التعامل مما يشكل كذلك خروجا على مبدأ نسبية العقد من حيث الموضوع و مخالفة لمبدأ سلطان الإرادة و حرية التعاقد، و التي لا تسمح لمن لم تتجه إرادته إلى إبرام عقد ما أن يلتزم بما أراده الغير ، إذ أن الأصل أنه لا يملك أحد المتعاقدين أو حتى القاضي نقض العقد أو تعديله ، لاسيما وأن العقد ثمرة اتفاق بين إرادتين مشتركتين و التي أصبحت قانون بالنسبة للمتعاقدين و بالتالي لا تستطيع إرادة واحدة أن تعفى منه أو تعدل فيه ، كما أن قواعد العدالة تقتضي عدم تدخل القاضي في قانون العقد بنقضه أو تعديله كما هو الحال بالنسبة للقانون تماما ، لكن ولكون هذا المبدأ لا يعمل به على إطلاقه أجاز القانون في بعض الحالات تعديل العقد بواسطة القاضي كالحالة التي ذكرت في نص المادة 107/الفقرة 03 ق.م.ج والتي تعطي للقاضي سلطة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في حالة الحوادث الطارئة، و كذلك ما ورد في نص المادة 110 من ق.م.ج و التي تمنح للقاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان ، كما تمثل الدعوى المباشرة خروجا على هذا المبدأ إذ يستطيع من كان أجنبيا عن العقد و لم يكن طرفا فيه أن يطالب أحد المتعاقدين بتنفيذ الالتزام الناشئ عنه لمصلحته بدل الوفاء به للمتعاقد الأخر ، فهو ينتفع من عقد لم يكن طرفا فيه و هذا الانتفاع عبارة عن اكتسابه حقا مباشرا من هذا العقد .

كما يشكل توسيع تطبيق العقود الجماعية للعمل من أحد مظاهر خروجها عن مبدأ نسبية أثار العقد ، إذ تنصرف أثار العقود الجماعية ليس فقط إلى من اشترك في إبرامها بل إلى سائر أفراد المجموعة ، حتى من لم يشترك منهم في إبرامها، طالما كانت قد انعقدت بالأغلبية وبالشروط التي يتطلبها القانون، في حين يعتبر عقد الصلح الواقي من الإفلاس و الذي ينعقد بين المدين و بين جماعة الدائنين بصفتهم الجماعية هو الأخر استثناءا ، بحيث يسري هذا الصلح على جميع الدائنين ، حتى من لم يوافق عليه أو من لم يشترك في عمله .

أسباب اختيار الموضوع :

إن اهتمامنا بهذا الموضوع جاء لاعتبارات موضوعية قائمة على العناصر التالية :

1- إن مجال دراسة العقود بصفة عامة و تناول موضوع أثارها الوارد في التشريع المدني الجزائري ضمن الأحكام التمهيدية للعقد و إدراجه مباشرة بعد المصدر الأول للالتزامات لا دلالة على الاهتمام الذي يوليه المشرع لمبدأ الأثر النسبي للعقد مما يجعله يحضى بالاهتمام و البحث من طرفنا .

2- توسع مجال العقود و شاسعتها في الوقت الحاضر، بسبب التراجع الملحوظ اقتصاديا للدول المنتهجة لسياسة الاقتصاد الموجه عن هذه السياسة و تفتحها على الاقتصاد الحر، مما فسح المجال أمام هذا الأخير الذي يرتكز في تعاملاته على مبدأ سلطان الإرادة و التي يعتبر مبدأ الأثر النسبي للعقد عماده و ثمرة و نتاج له ليتولى دون ســـواه ريادة تسيـــير اقتصاديات العالم.

3- إن اعتبار القانون المدني في معظم التشريعات المقارنة الشريعة العامة للمنظومات القانونية على العموم و القانون الخاص بصفة خاصة، مما يجعل هذا المبدأ جدير بأي باحث في القانون أن يتطرق لدراسته.

4- لا يسع لأي باحث في مجال القانون من إمكانية مدى معرفة أيهما الغالب مبدأ سلطان الإرادة أو مبدأ إرادة السلطان و كذا الإلمام بنظرية العقد دون الإلمام بمبدأ الأثر النسبي للعقد.

5- زيادة طلب المتدخلين الخواص في مختلف المجالات الاقتصادية والاجتماعية و الذين يلجئون في معاملاتهم إلى التعامل بإبرام العقود .

6- سيطرة أرباب العمل الخواص على مجريات الحياة الاقتصادية للأفراد، و ظهور تفاوت وخلل في الآداءات بين كلا الفئتين، مما نجم عنه تدخل المشرعين لوضع قيود لمبدأ سلطان الإرادة لحماية الطرف الضعيف و إعادة التوازن العقدي لأداءات المتعاقدين .

7- اعتبار مبدأ الأثر النسبي للعقد من صلب نظرية العقد التي اكتست أهمية بالغة و كانت محل تناول العديد من الشراح وفقهاء القانون على مستوى الوطن العربي و الدولي إذ تعد مجالا خصبا للأبحاث و الدراسات القانونية خصوصا في ظل التطورات و التحولات الاقتصادية الحديثة التي عرفها العالم.

أهمية البحث:

إن من شأن تفصيل و تأصيل مبدأ الأثر النسبي للعقد، سواء من حيث الأشخاص أو الموضوع ، وبيان الاستثناءات التي ترد عليه أهمية في التمييز أن يؤدي إلى تبيان الالتزامات التي يرتبها العقد إزاء عاقديه و من يمثلانه ، وتحديد القوة الملزمة له باعتباره قانون المتعاقدين، ومدى انصراف هذه القوة إلى الغير بالتطرق إلى التعهد عن الغير كاستثناء في شقه السلبي (انتقال الالتزامات)، والاشتراط لمصلحة الغير في شقه الايجابي (انتقال الحقوق)، كما تكمن أهمية هذا المبدأ بأن أطرافه ملزمون ليس فقـــط بتنفيذه طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية وبما ورد فيه فحسب، بل أيضا بما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف بحسب طبيعة الالتزام ، مع التطرق كذلك إلى الاستثناءات الواردة على ذلك لاعتبارات تراعى فيها مقتضيات العدالة و استقرار التعاملات وإعادة التوازن للعلاقة التعاقدية بتناول نظرية الظروف الاستثنائية ، وعقود الإذعان والوسائل القانونية لحماية حقوق الدائنين كاستثناءات عن مبدأ الأثر النسبي من حيث الموضوع .

إشكالية البحث :

إن مبدأ الأثر النسبي للعقد يقضي بأن أثار العقد تنصرف من حيث قوتها و نطاقها ومضمونها إلى المتعاقدين فقط، فلا يضار بالعقد أي لا يلتزم بمقتضاه ولا يستفيد منه أي لا يكتسب أي حق بموجبه من لم يكن طرفا فيه، بمعنى أن العقد لا يسري في مواجهة الغير دون تجاهل وجوده خاصة إذا كان من العقود الناقلة للحقوق العينية ، لكن هل يعني أن كلمة طرفا العقد تقتصر على العاقدين أنفسهم أم ينصرف إلى من ينوب عنهم و خلفائهم من حيث الأشخاص، كما أن العقد يستوجب تنفيذه طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية من حيث الموضوع ، وعلى هذا فإن المشرع وحماية للمبدأ أوجد استثناءات سواء بالاتفاق أو بنص القانون بهدف حماية الإرادة التعاقدية ، لتفصيل كل ذلك حاولت الإجابة عن الإشكالية التالية :

هل يعتبر مبدأ الأثر النسبي للعقد من حيث الأشخاص و الموضوع كافيا لترتيب آثاره أم ترد عليه استثناءات مردها سواء إلى الإرادة التي أنشأته أو بموجب قواعد كرسها القانون؟ و أين أصبح هذا المبدأ بعد التطورات التي تعرفها الحياة اليومية للأشخاص، و تعدد أساليب

التعاقد في ظل مبدأ سلطان الإرادة، بمعنى أيهما الغالب سلطان الإرادة أم إرادة السلطان أم الاثنين معا؟

منهجية البحث:

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

خطة البحث:

نظرا لسعة البحث وتشعبه بحيث يشمل العديد من المسائل القانونية ، فكان توزيعنا لخطة البحث حسب ما يقتضيه هذا الموضوع ، لذلك تم تقسيمه إلى بابين خصصنا الأول منه إلى مبدأ الأثر النسبي للعقد من حيث الأشخاص والاستثناءات الواردة عليه والذي تم تقسيمه إلى فصلين ، تناولنا في الأول أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين و خلفهم والدائنين العاديين و الغير و الذي تفرع بدوره إلى ثلاثة مباحث ، أما الفصل الثاني فتطرقنا فيه إلى الاستثناءات الواردة على مبدأ الأثر النسبي للعقد من حيث الأشخاص و الذي ضم مبحثين ، أما بالنسبة للباب الثاني فتناولنا فيه مبدأ الأثر النسبي من حيث الموضوع و الاستثناءات الواردة عليه، و تم تقسيمه هو الأخر إلى فصلين، تعرضنا فيهما إلى مبدأ الأثر النسبي للعقد من حيث الموضوع في الفصل الأول و الذي تفرع إلى ثلاثة مباحث، أما الاستثناءات الواردة عن المبدأ من حيث الموضوع فتم تناولها في فصل ثان و الذي تفرع إلى أربعة مباحث .

الباب الأول: مبدأ الأثر النسبي للعقد من حيث الأشخاص والاستثناءات الواردة عليه:

إذا نشأ العقد صحيحا طبقا للأركان والشروط الواجب توافرها فيه انعقد العقد، و توفرت له قوته الملزمة ورتب جميع آثاره من حقوق و التزامات التي اتجهت إرادة المتعاقدين إلى إنشائها،والأصل أن هذه الآثار تنصرف إلى طرفيه دون غيرهما سواء تعاقدا بطريقة مباشرة أو بواسطة نائب تعاقد باسم الأصيل،وهذا ما يعرف بمبدأ نسبية أثار العقد، الذي تأسس على أن الغير الأجنبي عن العقد الذي لم يكن طرفا فيه لا يلتزم بمقتضاه ولا يكتسب حقا بموجبه[1].

إلا أن آثار العقد لا تقتصر على العاقدين في كل الأحوال، إذ قد يتوفى الشخص فيخلفه في ماله غيره من الورثة و بالتالي فإننا نجد أشخاص آخرين لم يكونوا طرفا في العقد وقت إبرامه يتأثرون به، و هم الخلف العام و كذلك الخلف الخاص، فتنصرف إليهم أثار العقود التي ابرمها أسلافهم وفق ضوابط معينة، كما تتأثر طائفة أخرى لا علاقة لها بالعقد وهم دائنوا المتعاقد على اعتبار أن التصرفات القانونية التي يجريها مدينهم من وراء إبرام أي عقد تعود عليهم سلبا أو إيجابا لاسيما و أن للدائنين ضمان عام على كافة أموال المدين و من مصلحتهم أن تبقى قدرة المدين على دفع ما ترتب عليه من ديون ولا يخرج المال من بين يديه ، لذلك كله فإن مبدأ الأثر النسبي لا يقتصر على المتعاقدين فقط ومن يمثلانهما بل يشمل الخلف العام و الخلف الخاص و أيضا الدائنين و بضوابط معينة، أما ما عدا هؤلاء فهم من الغير ومن ثم لا يرتب العقد اتجاههم أي أثر[2].

بناء على ما تقدم فان كلمة المتعاقدين الواردة في المادة 106 ق.م.ج وما بعدها لا تعني المتعاقدين فحسب بل المراد بها كذلك من يمثلانه في التعاقد، فالعقد تنصرف آثاره إلى المتعاقدين أولا ثم إلى الخلف العام ثانيا (م 108 ق.م.ج)، وكذلك إلى الدائنين، ومصطلح

---

[1] فتحي عبد الرحيم عبدالله ، شرح النظرية العامة للالتزامات ،الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، جلال حزى وشركاه،ط 3-2001،- ص 281.

[2]أمجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن ، 2009 ، ص183.

الانصراف من الناحية القانونية يتسع ليشمل كل هؤلاء في حدود معينة وكذلك الدائنين إذ ينصرف إليهم العقد في أثره[1].

وبالتالي فالقوة الملزمة للعقد لا يتقيد بها إلا المتعاقدين و من تربطهم صلة بطرفيه كالنائبين عنهم في التعاقد وخلفائهم، لكن قاعدة عدم انصراف أثر العقد إلى غير عاقديه ليست مطلقة في كل الأحوال و إنما ترد عليها بعض الاستثناءات، إذ يستطيع المتعاقدان أن يجعلا أثر العقد تنصرف إلى الغير على الرغم من أنه أجنبي عنه، و هو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 113 ق م ج و التي نصت على أنه " لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير و لكن يجوز أن يكسبه حقا " فالشطر الأول من المادة يؤكد بعدم ترتيب التزاما في ذمة الغير إذ لا يمكن لشخص أن يجعل غيره يقوم بإبرام عقد، فمسعاه محصور فقط في أن يجعل الغير يقبل بما تعهد به، فإن قبل يكون قد وفى ما التزم به، أما إذا رفض الغير هذا الالتزام فإن المتعهد قد أخفق في مسعاه و تحقق مسؤوليته العقدية لعدم تحقيق النتيجة التي التزم بها تجاه من أبرم معه العقد ، كما يشير الشطر الثاني من نفس المادة إلى استثناء من الجانب الإيجابي أي إنشاء حق مباشر لفائدة الغير و هو الاشتراط لمصلحة الغير خلافا للتعهد عن الغير الذي يشكل استثناءا من جانبه السلبي (ترتيب التزام في ذمة الغير)، لذلك يعتبر الاشتراط لمصلحة الغير استثناءا حقيقيا عن مبدأ الأثر النسبي من حيث الأشخاص فالمتعهد يلتزم قبل المشترط لفائدة المنتفع الأجنبي عن العقد فيكتسب الأخير بذلك حقا مباشرا من عقد ليس طرفا فيه و يكون مصدر هذا الحق هو العقد[2].

ولدراسة المبدأ والاستثناءات الواردة عليه فإن ذلك يتطلب منا أن نتناول مبدأ الأثر النسبي للعقد من حيث الأشخاص في فصل أول و الاستثناءات الواردة عليه في الفصل الثاني.

---

[1] بلجاج العربي ، مصادر الالتزام في ق م ج الجزء 2 ، المصادر الإرادية للعقد والإرادة المنفردة ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ،2014 ، ص 680.

[2] معوض عبد التواب ، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، دار العدالة للنشر والتوزيع ، مصر، 2002، ص 527.

الفصل الأول: أثر العقد بالنســـبة للمتعاقدين و خلفهم و الدائنين العاديين و الغير:

لمبدأ الأثر النسبي للعقد أثره بالنسبة لطرفيه و من يمثلانه و خلفهما العام و خلفهما الخاص، فالمتعاقدان يلتزمان بما ورد في العقد ويلتزمان بما يرتبه من آثار كما يلتزمان بالقانون تماما، فقاعدة العقد شريعة المتعاقدين تلزم المتعاقدين و خلفهما العام و خلفهما الخاص في حدود معينة، كما أن الدائنين العاديين و على الرغم من أنهم أجانب عن العقد و لا تربطهم به أي علاقة إلا أن ما يقوم به طرفا العقد من تصرفات قانونية تؤثر عليهم، إذ يتأثرون سلبا وإيجابا بحسب الحالة، فتصرفات العاقدين يترتب عنها الإنقاص أو الزيادة من حقوق والتزامات المدين، إضافة إلى المتعاقدين و خلفهما و الدائنين فإن العقد لا ينفع و لا يضر الغير كأصل عام، فالعقود نسبية من حيث قوتها من حيث الأشخاص باعتبارها وليدة إرادتين وبالتالي فلا يلزم العقد إلا المتعاقدين، ومن ثم لا ينشأ في ذمة الغير التزاما و لا يكسبه حقا.[1]

ولتوضيح مدى انصراف أثر العقد لكل فئة من هؤلاء فإننا قسمنا هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، نبحث في الأول أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين، ثم أثر العقد بالنسبة للخلف في المبحث الثاني، وخصصنا المبحث الثالث لأثر العقد بالنسبة للدائنين العاديين والغير.

المبحث الأول : أثـــر العقد بالنسبة للمتعاقـــدين

يقتضي مبدأ الأثر النسبي للعقد كأصل عام أن العقد لا يلزم إلا عاقديه، ومن ثم فالشخص الذي لم يكن طرفا فيه ولا تربطه به أي صلة لا يرتبه العقد أي التزام كما لا يكسبه أي حق،لذلك فلا يثار أي تساؤل بشأنه، مادام أن أثار العقد لا تتصرف إليه من الناحية المبدئية هذا من جهة [2]، ومن جهة أخرى فإن النائب الذي يتعاقد باسم الأصيل و على الرغم من أنه

[1] فتحي عبد الرحيم عبدالله ،المرجع السابق ، ص 289.

[2] زكريا سرايش ، الوجيز في مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر ، ط2 ، ،2014 ص134.

حضر مجلس العقد وهو من أبرمه إلا أن آثار هذا العقد لا تنصرف إليه و إنما تنصرف إلى الأصيل مباشرة دون النائب [1].

وبناء عليه سوف نتطرق في هذا المبحث إلى أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين في المطلب الأول، ثم النيابة في التعاقد في المطلب الثاني.

المطلب الأول :أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين

لتوضيح أثار العقد بالنسبة للمتعاقدين قسمنا هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول مفهوم أطراف العقد و في الفرع الثاني أثار العقد في مواجهة أطرافه.

الفرع الأول :مفهوم أطراف العقد :

يقتضي مبدأ سلطان الإرادة حصر القوة الملزمة للعقد في أطراف العقد، أي من أعلنوا بطريقة صريحة أو ضمنية عن تطابق إرادتهم تطابقا تاما، وترتب عن ذلك قيام العقد وتحققت صفة الدائن والمدين بالنسبة للعقد المبرم بينهما. [2]

كما أن العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون. [3]

ومتى استكمل العقد جميع أركانه وتوافرت في كل ركن شروطه ، صار العقد صحيحا مرتبا لجميع أثاره والتي يتحدد نطاقها بالمتعاقدين فقط، وهذا ما يعرف بقصور العقد على

---

[1] بلحاج العربي نظرية العقد في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ، 2015، ص 369.

[2] عبد الحق صافي ، القانون المدني ، الجزء 1 ، المصدر الإرادي للالتزامات ، العقد الكتاب 02 ،أثار العقد الطبعة ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، المغرب 2007، ص 8.

[3] قرار المحكمة العليا ، غ.م، مؤرخ في 1987/11/11، ملف رقم 51440، م.ق، السنة 1992، ع1، ص 7.

العاقدين أو بنسبية أثار العقد [1]، ولا يجوز وفقا لمبدأ نسبية العقد، طلب إبطال العقد ، إلا لمن كان طرفا فيه[2].

وتكون آثار العقد ملزمة لطرفيه اللذين أنشئ بينهما، وهذه القاعدة مطلقة لا استثناء عليها ، وذلك بحسب طبيعة الالتزام، فعلى سبيل المثال يلزم عقد البيع بما يرتبه من التزامات وحقوق البائع و المشتري، كما يلزم عقد الإيجار المؤجر و المستأجر و يقيد كلا منهما وكذلك لا يلزم عقد الهبة سوى الواهب و يكتسب الموهوب حقوقا [3].

وهكذا يلزم العقد طرفيه وتتصرف آثاره إليهم بمجرد انعقاده بينهما ويصبح بموجبه كل منهما دائنا بما له من حقوق رتبها العقد ومدينا بما عليه من التزامات [4]، فيترتب على ذلك أن كل متعاقد ملزم بما رتبه العقد اتجاهه من التزامات، كما له الحق في المطالبة بحقوقه المكتسبة منه دون أن يملك كل متعاقد نقض العقد ولا الحق في تعديله [5].

وقد تكرس هذا المبدأ في قضاء المحكمة العليا والتي جاء في إحدى قراراتها أنه :
"إن القرار المنتقد لما رفض طلب مراجعة بدل الإيجار اعتمادا على إرادة المتعاقدين التي انصرفت إلى عدم مراجعته خلال كامل المدة المحددة في العقد هو تطبيق سليم للقانون ويتوافق وإرادة الطرفين المفرغة في العقد" [6].

غير أن أطراف العقد ليسوا في كل الأحوال هم من أبرموا العقد ، فقد يبرمه شخص ينوب عنهم كما هو معمول به في القواعد المتعلقة بالنيابة، وفيها يقوم شخص يسمى النائب

---

[1] أنور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، مصر ،2005 ص203.

[2] قرار المحكمة العليا ، غ.ع، مؤرخ في 2006/02/08، ملف رقم 335706، م.م.ع، السنة 2006، ع1، ص 423.

[3]–مصطفى جمال ، النظرية العامة للالتزام ، دار الجامعية للطباعة وللنشر ، بيروت لبنان ،1987، ص 265.

[4] رمضان أبو السعود ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر،2007، ص346.

[5] خليل أحمد حسن قدادة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء 1 مصادر الالتزام 2005 ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ص105.

[6] قرار المحكمة العليا ،غ.ت.ب.، مؤرخ في 2002/05/28، ملف رقم 282542، م.ق، السنة 2002، ع 1، ص 234.

بالتعبير عن إرادته في حدود السلطة المخولة له من الأصيل بإبرام تصرف قانوني باسم هذا الأخير ولحسابه، وقد يكون مصدر هذه النيابة القانون وتسمى النيابة القانونية، كما هو الحال بالنسبة للوالي أو الوصي أو القيم، وقد تكون مستمدة من اتفاق أبرمه الطرفين وتسمى النيابة الاتفاقية، كما تكون النيابة قضائية يحددها القضاء ومثال ذلك الإنابة القضائية التي تعطى للحارس القضائي[1].

كما أنه من المؤكد أن ما يترتب عن العقد من آثار لا يلزم إلا طرفيه اللذان يلتزمان بالالتزامات التي أنشأها العقد كما يكتسبان ما يتولد عنه من حقوق، ولا يثير انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين سوى تحديد من ينطبق عليه وصف المتعاقد، ذلك أنه ليس من الضروري أن يكون المتعاقد هو من أبرم العقد وصدر عنه أحد التعبيرين الذين تحقق بالتقائهما التراضي وانعقد العقد، فمن الممكن أن يكون من أبرم العقد مجرد نائب لا يتعاقد باسمه ولحسابه، وإنما باسم ولحساب شخص آخر، هو الذي تثبت له صفة المتعاقد وتسري إليه آثار العقد اتجاهه استنادا لنظرية النيابة في التصرفات القانونية [2].

فاصطلاح المتعاقد ينطبق على كل شخص شارك في إبرام العقد سواء كانت مشاركته فيه بصفة شخصية، أو عن طريق شخص يمثله (وكيل أو نائب قانوني)، فكل شخص اشترك بنفسه أو بواسطة نائب عنه يعتبر متعاقدا، فتنصرف إليه آثار العقد كما حددها الاتفاق بينهم، مع أن انصراف هذه الآثار يكون بصورة مطلقة وكاملة، أي لا يرد عليها قيد ولا يوضع لها حدود [3] .

الفرع الثاني :آثار العقد في مواجهة أطرافه:

قد يبرم الشخص العقد بنفسه وقد يكون ذلك عن طريق ممثل كما هو الحال في النيابة الاتفاقية، بحيث يبرم النائب العقد باسم ولحساب الأصيل ، لكن قد تنعدم إرادة المنوب، وعلى

[1] زواوي فريدة ، مبدأ نسبية العقد ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر،1992 ص 8.

[2] جلال علي العدوي ،مصادر الالتزام في القانونين المصري واللبناني،الدار الجامعية ، بيروت لبنان،1994 ص 218.

[3] خليل أحمد حسن قدادة ،الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ،الجزء الأول مصادر الالتزام ،،ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر، ط 2 ، 2005 ، ص 114 وما يليها .

الرغم من ذلك أعطى المشرع لأحد الأشخاص صفة متعاقد دون وجود إرادة الالتزام من طرفه ، وذلك قصد تجنب عرقلة تسيير أموال فئة غير القادرين على التعبير عن إرادتهم على نحو يعتد به قانونا وهو ما يطلق عليه بالنيابة القانونية أو القضائية، وهنا يلاحظ أن تحقق صفة طرف في العقد تستوجب فقط الإرادة التعاقدية للالتزام والإلزام دون وجود المتعاقد شخصيا، أو بواسطة ممثل عنه عند التعاقد ذلك أنه يمكن أن يجري التعاقد بعدة وسائل كالهاتف أو التلكس أو عن طريق الموزع الأوتوماتيكي ، أو بطريق التجارة الإلكترونية، كما يلاحظ أيضا أن التنفيذ العيني للالتزامات لا يتم من طرف من أبرم العقد، إذ يمكن أن ينفذ العقد عن طريق شخص أخر ليس طرفا فيه ، مثال ذلك المقاول في عقد المقاولة يمكنه اللجوء عند الشروع في التنفيذ المادي للالتزامات المقررة في عقد المقاولة إلى مقاول أخر عن طريق التعاقد من الباطن [1] .

ويباشر المتعاقد عليه التعاقد بنفسه أو عن طريق وكيل أو نائب ليس طرفا في العقد بل هو أجنبي عنه إلا أن ما يتولد عن العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل، ولا يتحمل من لم يكن طرفا في العقد أي التزام حتى ولو كانت له علاقة بالمعقود عليه، وعلى هذا الأساس اعتبرت المحكمة العليا إلزام صاحبة سيارة مسروقة تم إيداعها دون علمها في حظيرة بدفع مبالغ مالية على سبيل الإيجار خطأ في تطبيق القانون، لانعدام علاقة الإيجار.[2]

كما اعتبرت أن البنك الذي تسلم مبلغا من المال من قبل الحاج على أن يحوله إلى حساب بعثة الحج الجزائرية أجنبيا عن العلاقة التي تربط الحاج بالبعثة ومن ثم لا يمكن للحاج الذي قام بأداء الحج عن طريق أخر غير البعثة أن يطالب البنك برده ذلك المبلغ[3]، وقضت أيضا بأن المستأجر الجديد ليس خلفا عاما أو خاصا للمستأجر السابق للأماكن بشأن عقد التزويد بالكهرباء الذي أبرمه هذا الأخير مع شركة سونلغاز، فهو أجنبي عنه ومن ثم لا يلزم

---

[1] عبد الحق صافي ، القانون المدني ، الجزء الأول ،المصدر الإرادي للالتزامات ،العقد، الكتاب الثاني أثار العقد ، الدار البيضاء ،المغرب 2007، ص 09.

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

[3] قرار المحكمة العليا ،غ.ت.ب، المؤرخ في 2009/05/20 ، ملف رقم 474257 ، م.م.ع ، ع 2 ،السنة 2009، ص152.

بتسديد الديون السابقة ولا يمكن لشركة سونلغاز رفض تزويد المستأجر الجديد بموزع الكهرباء[1].

المطلب الثاني :النيابة في التعاقد:

يتناول هذا المطلب النيابة في التعاقد ونتعرض فيه إلى ماهية النيابة وأنواعها وطبيعتها القانونية وشروطها في الفرع الأول، ثم نبحث آثار الوكالة في الفرع الثاني، ونخصص الفرع الثالث لتعاقد الشخص مع نفسه .

الفرع الأول: ماهية النيابة وأنواعها، طبيعتها القانونية وشروطها :

أولا : ماهيـــة النيابة:

عرف معظم رجال القانون ومن بينهم الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ووافقه في تعريفه ذلك الدكتور محمد حسنين في كتابه الوجيز في نظرية الالتزام، إلى أن تعريف النيابـــة la représentation - بأنها: "حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إنشاء تصرف قانوني مع إضافة هذا التصرف إلى الأصيل."

كما سبق الإشارة إليه أعلاه ، فإن النيابة إما أن تكون قانونية وإما اتفاقية ، فعلى سبيل المثال، فالولي والوصي والقيم والكفيل في قانون الأسرة الجزائري والفضولي والدائن الذي يستعمل حق مدينه، هم نواب قانونيين، أي أن مصدر نيابتهم مستمد من القانون، في حين يعتبر الوكيل وحده نائبا إتفاقيا، لأن مصدر نيابته هو عقد الوكالة المبرم بينه وبين الموكل وذلك ما يستخلص من المادة 571 من القانون المدني الجزائري التي عرفت الوكالة بما يلي:" الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا أخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه" ويقابلها النص باللغة الفرنسية بما يلـــي:

[1] قرار المحكمة العليا ،غ.ت.ب، المؤرخ في 2009/12/03 ، ملف رقم 578302 ، م.م.ع ، ع 2 ،السنة 2009، ص216.

"Le mandat ou la procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre, le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom."

وما يلاحظ من كلا التعريفين لاسيما من خلال المصطلحات المستعملة أن المشرع الجزائري عرف الوكالة في النص العربي بأنها عقد، لكن في النص الفرنسي استعمل مصطلح – Acte– والذي يعني في اللغة العربية معنى التصرف القانوني فيقال التصرف القانوني Acte Juridique مع الإشارة أن مصطلح العقد يقابله باللغة الفرنسية مصطلح Contrat .

وقد عرف المشرع الجزائري العقد في المادة 54 من القانون المدني على أنه اتفاق Conventionــ فجاء في نصها ما يلي : " العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح، أو فعل أو عدم فعل شيء ما " ولكون الوكالة هي اتفاق بين الموكل والوكيل فإن مصطلح العقد الوارد في النص العربي من المادة هو المصطلح المناسب بدلا من مصطلح ــ -Acteــ التي تطلق على أي تصرف قانوني بما في ذلك العقد.[1]

ولا ينبغي أن يقع الخلط بين الإنابة في الوفاء ، والنيابة في التعاقد والوكالة في الفقه الإسلامي، فالنيابة في التعاقد، هي أن يفعل شخص فعلا عن غيره ، وهي أوسع معنى ونطاقا من الوكالة، إذ الوكالة تعد نوعا من النيابة، وهي أي الوكالة أخص منها، فالنيابـــة قد تكون قانونيـــة وقد تكون قضائيـــة وقد تكون اتفاقية .

أما الوكالة، فهي قيام شخص بالعمل فيما وكل فيه نيابة عن الأصيل، بمعنى أنها اتفاق بين الأصيل والوكيل يجعل الوكيل نائبا عن الأصيل في التصرفات القانونية باسم الأصيل ولحسابه.

[1] بوعبدالله رمضان، أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع،القبة الجديدة الجزائر ط 2،2008 ص 10.

أما الإنابة في التعاقد، فهي ليست نيابة في التعاقد، وليست وكالة، وتشبهها بهما غير صحيح، فالمناب ليس نائبا في الوفاء عن الأصيل في التصرف وهو المنيب ، وهو حينما يقوم بالوفاء بالدين إنما يقوم بذلك تنفيذا لالتزام عليه شخصيا.[1]

كما يقصد بالنيابة عموما قيام النائب وهو من الغير بالتعبير عن إرادة الأصيل ويتعاقد باسمه ولحسابه، مما يترتب عنه انصراف آثار ما قام به النائب إلى الشخص الذي تم التعاقد باسمه ولحسابه، وتظهر الأهمية البالغة للوكالة في الحياة العملية، من ذلك أن الأصيل قد يعجز عن القيام بالتصرفات القانونية بنفسه لعدة أسباب منها مثلا صغر سنه ، أو لكونه مصابا بعاهة من العاهات كالجنون أو العته، مما يتعين تعيين نائبا عنه يعبر عن إرادته للقيام بما يلزم من تصرفات ضرورية له، كما لا يستطيع الأصيل إنشاء العقد لظروف تمنعه، كبعده عن مكان إبرام العقد أو بسبب مباشرته لأعمال أخرى[2].

وعلى ذلك فهو بحاجة ماسة إلى إنابة غيره للقيام مقامه والدفاع عن مصالحه المالية أو التجارية [3].

كما أن النيابة هي آلية لحلول شخص محل أخر للقيام بتصرف قانوني كإبرام عقد مثلا، إنها الآلية التي تسمح بمنح صفة طرف لأشخاص غير حاضرين في مجلس العقد.[4]

وفي كل الحالات التي تبرم فيها الوكالة فإن العقد لا ينعقد بإرادة الأصيل وإنما بإرادة من يتوب عنه، لكن ذلك لا يحول دون اعتبار الأصيل هو الذي تم التعاقد باسمه وهو صاحب ما يتولد عن العقد من حقوق والتزامات رتبها عقد الوكالة ، ولذلك فإن عقد الوكالة يوفر على

---

[1] ياسين محمد الجبوري ، المبسوط في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني، آثار الحقوق الشخصية (أحكام الالتزامات) ،المجلد الأول ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن ، ط1 ،الإصدار الأول ، 2006 ، ص 519.

[2] دريد محمود علي ،النظرية العامة للالتزام ،القسم الأول ،مصادر الالتزام دراسة تحليلية مقارنة ، الطبعة الأولى ،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،لبنان ، 2012 ص94.

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

[4] Jacque-Flour-Jean Luc Aubert-Eric Sa vaux- Les obligations Armond Colin-DELTA Ed DALLOZ-PARIS 2eme Ed 2002 p 321.

الأصيل الوقت والجهد، فبدلا من أن يتعاقد الغير مع الغير ثم تنقل الحقوق والالتزامات المتعاقد بشأنها إلى الأصيل، وبعدها يقوم العقد بين الغير والأصيل، فإن عقد الوكالة يسهل العملية ويحقق الأثر النهائي المطلوب بعملية قانونية واحدة ، ومن هنا تكمن أهمية الوكالة فالنائب يبرم العقد لكن آثار ذلك العقد تنصرف إلى شخص أخر، وهذا الأخير هو المدين بما ينشأ عن العقد من التزامات وحقوق [1] .

ثانيا : أنواع النيابة : تنقسم النيابة من حيث مصدرها إلى ثلاثة أنواع رئيسية نيابة اتفاقية، نيابة قضائية ونيابة قانونية [2] وسنوضح كل نيابة على حدة تبعا لمصدرها :

أ- **النيابة الاتفاقية :** وهي تلك التي يكون مصدرها عقد وكالة مبرم بين الوكيل والموكل حيث يوكل الموكل الوكيل بالقيام بعمل قانوني لحسابه .

ب- **النيابة القضائية:** وهي تلك التي يكون مصدرها حكم قضائي، كالحكم القاضي بنيابة الوصي والقيم والحارس القضائي والمصفي القضائي.

ت- **النيابة القانونية:** وهي التي يكون مصدرها القانون كنيابة الوالي على أبنائه القصر كما تنقسم الوكالة بالنظر إلى التصرفات القانونية إلى قسمين، وكالة عادية و وكالة خاصة وذلك طبقا للمادتين 573، 574 من ق.م.ج [3]، إذ يستخلص من نص المادة 573 مدني

---

[1] مصطفى محمد الجمال ،المرجع السابق ، ص241.

[2] Jacques FLOUR-Jean-Luc AUBERT- LES OBLIGATIONS volume 1-sources :L, acte juridique-Armond Colin- PARIS-France-1975-P 326

[3] المادة 573 ق.م.ج " إن الوكالة الواردة بألفاظ عامة والتي لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل، لا تخول الوكيل إلا القدرة على تنفيذ العقود الإدارية.

وتعتبر من العقود الإدارية الإيجار لمدة لا تزيد عن ثلاثة سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون وجميع أعمال التصرف كبيع المحصول وبيع البضاعة أو المنقولات التي يسرع إليها التلف وشراء ما يستلزم الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه ولاستغلاله".

-المادة 574ق.م.ج " لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، لاسيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء

الوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص إلا إذا كان العمل من التبرعات .

الوكالة الخاصة لا تخول للوكيل إلا القدرة على مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري."

جزائري أن الوكالة العامة ترد بألفاظ عامة ولا يتم فيها تعيين محل التصرف القانوني بشكل دقيق لا تخصيص فيه، وهي في الغالب تتعلق بأعمال الإدارة، كما أن المادة 574 والتي أشارت إلى الوكالة الخاصة وهي تلك المتعلقة بنوع معين من الأعمال القانونية المحددة في عقد الوكالة .

لكن المدرك والمتمعن في فكرة النيابة يستخلص لديه بأن النائب يستمد سلطاته من أحد المصدرين الاثنين هما :القانون أو الاتفاق، وإذا كان صحيحا أن النائب قد يعين بحكم قضائي لكنه لا يستمد سلطاته من هذا الحكم وإنما من قواعد القانون، ولولاه أي القانون لما حددت سلطات النائب المعين بحكم قضائي، كما هو الشأن في نيابة الوالي والوصي والقيم والحارس القضائي، لذلك فإننا نحبذ تقسيم النيابة إلى نيابة قانونية ونيابة اتفاقية ، لكن إذا كان العقد هو من يحدد سلطات النائب فإن النيابة تكون اتفاقية كما هو في عقد الوكالة [1] .

ثالثا: الطبيعة القانونية للنيابة :

لمعرفة الطبيعة القانونية لعقد الوكالة علينا التطرق إلى مختلف النظريات المتعلقة بتكييف عقد الوكالة والمذكورة كما يلي:

1-**نظرية إرادة الأصيل:** ومفادها أن التصرف القانوني يتم بنقل إرادة الأصيل بواسطة شخص ينوب عنه، وعيب هذه النظرية أنها لا تصلح متى كان الأصيل من عديمي الإرادة.

2-**نظرية إرادة النائب:** تقضي هذه النظرية بان التصرف يتم بإرادة النائب لأنه ينفصل عن الأثر الذي ينصرف إلى الأصيل وقد عيب على هذه النظرية أنها لا تبين سبب هذا.

3- **نظرية اشتراك الإرادتين:** تفرق هذه النظرية بين حالات الإرادة التي يعتد بها و التي تم تصنيفها إلى حالات ثلاث : الحالة الأولى و هي الحالة التي يعتد فيها بإرادة الأصيل عندما يكون يمثله رسولا والحالة الثانية : هي التي يعتد فيها بإرادة النائب فقط و ذلك عندما يقتصر الأصيل على بيان التصرف و يترك للنائب حرية التقدير لمضمون هذا التصرف، أما الحالة

[1] دريد محمود علي ،المرجع السابق ، ص99.

الثالثة فهي الحالة التي يعتد بها بالإرادتين أي إرادة الأصيل و النائب و ذلك عندما يلتزم النائب بتعليمات معينة و يترك له الحرية في ما عداها [1].

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري تناول موضوع الوكالة في الباب التاسع من الكتاب الثاني من القانون المدني تحت عنوان العقود الواردة على العمل les contrats sur la prestation du services و أحسن ما فعل المشرع لأن موضوع عقد الوكالة هو قيام الوكيل بعمل شيء لحساب الموكل و باسمه، و بالتالي فعقد الوكالة هو من العقود الواردة على العمل مهما كانت طبيعة هذا العمل، مادام أنه لا يخالف النظام العام و الآداب العامة و يجيزه القانون.

كما أن صفة العمل التبرعي للوكالة مفترض، و هو ما أكده نص المادة 581 ق.م.ج التي جاء فيها : " الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص من حالة الوكيل " لذلك فإن الأصل في الوكالة أنها عمل تبرعي و الاستثناء أنها تتم بمقابل أو بأجر على أن يكون بشرط صريح أو مستخلص ضمنيا تبعا لطبيعة التعامل بين الموكل و الوكيل.

كما أن المشرع وبعد أن نظم عقد الوكالة بنصوص خاصة و صنفه من بين العقود المسماة التي ترد على العمل كما سبق الإشارة إليه و فصل بينه وبين النيابة بوجه عام، إذ جعل أحكام النيابة ضمن القواعد العامة للالتزامات، وروعي بعد عملية الفصل بين الوكالة و النيابة أن لا يتم تكرار للنصوص في كلا الموضوعين ، إذ اختصت النيابة بالمبادئ العامة دون اخذ مصدرها بعين الاعتبار من حيث هل هي من العقد أم من القانون، و تعرض إلى أثار النيابة في العلاقة مع الغير الذي تعاقد معه النائب، في حين أن الوكالة لكونها عقد بين الوكيل و الموكل فإن أحكام النيابة تركزت فيها من جهتين ، من حيث المصدر فهي نيابة اتفاقية مصدرها العقد، ومن حيث الأثر فهي تقف بنوع خاص عند أثر النيابة في علاقة الوكيل بالموكل، أما من ناحية أثر الوكالة في العلاقة بالغير، فإن المشرع أورد لها أحكاما خاصة بها و هي تلك المتعلقة بالنيابة الاتفاقية مع الإحالة إلى الأحكام العامة للنيابة بوجه عام.

[1] محي الدين إسماعيل علم الدين ، نظرية العقد ،دار النهضة العربية ، دار حراء ، مصر،1994،ص187.

نشير كذلك إلى أن المشرع الجزائري وفي إطار ترتيبه لنصوص عقد الوكالة فإنه رتب أحكامها ترتيبا منطقيا في ثلاثة أقسام تناول في الأول إنشاء الوكالة و في الثاني تطرق إلى آثارها و خصص القسم الثالث لكيفيات إنهاء الوكالة ، كما تطرق كذلك إلى الوكالة في نصوص تشريعية عديدة إضافة إلى تلك الواردة في القانون المدني بنصوص أوردها على سبيل الاستثناء ، كالنص عليها في قانون الإجراءات الجبائية و قانون الانتخابات و غيرهم.[1]

رابعا: شروط النيابة :

يشترط في النيابة توافر الشروط التالية :

أولا : أن يتعاقد النائب بإرادته الخاصة :

مفاد هذا الشرط أن إرادة النائب تحل محل إرادة الأصيل و بالتالي فإن إرادة النائب في نظر القانون هي التي تؤخذ بعين الاعتبار و هو ما يميز النائب عن الرسول، إذ أن هذا الأخير ليس بنائب وإنما يكمن دوره في نقل التعبير من المرسل إلى المرسل إليه، و لا يراعي ما يشوب إرادته من عيوب ما دام انه قام بمهمته بشكل دقيق و تكون إرادة المرسل هي التي تؤخذ في الحسبان دون إرادة الرسول، في حين أن النيابة تقتضي النظر في إرادة النائب ، إذ لا يمكن أن ينعقد العقد إذا كان النائب فاقدا للتمييز هذا من جهة، و من جهة أخرى يختلف مجلس العقد بين كل من الرسول و النائب، فالتعاقد عن طريق الرسول هو تعاقد بين غائبين، لكن التعاقد بالنيابة هو تعاقد بين حاضرين إذا جمع مجلس العقد كل من النائب و الأصيل [2]. لذلك فالعبرة بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل وهو ما نصت علبه المادة 73 ف 1 ق.م.ج [3] .

و يترتب على حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل أنه إذا كانت إرادة النائب يشوبها عيب من عيوب الإرادة كغلط أو تدليس أو إكراه، فإن العقد يكون قابلا للإبطال حتى ولو كانت إرادة الأصيل سليمة من أي عيب.[4]

---

[1] بوعبداله رمضان ، المرجع السابق، ص11.

[2] زكريا سرايش ، المرجع السابق، ص 67.

[3] المادة 73 ف 1 من ق.م.ج المعدل والمتمم والتي تنص على أنه : " إذا تم العقد بطريق النيابة، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الرضا، أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة ، أو افتراض العلم بها حتما."

[4] سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام ، مكتبة الوفاء القانونية ، مصر، ط 1، 2009، ص 23.

جدير بالتنويه أن النظر إلى إرادة الأصيل بخصوص الأهلية لا يصح إلا في النيابة الاتفاقية ، أما النيابة القانونية فالنائب فيها يستمد سلطاته من القانون و ليس من الأصيل، وبناء عليه فإرادته هي التي محل اعتبار و ليس إرادة الأصيل الذي يمكن أن يكون عديم الأهلية أو ناقصها [1] ، كما أن في النيابة الاتفاقية فإن إرادة الأصيل تساهم مع إرادة النائب في إبرام التصرفات القانونية لكن حدود المساهمة تختلف بحسب طبيعة الوكالة إن كانت عامة أو خاصة و بحسب عمل الوكيل، بمعنى هل كان يعمل طبقا لتعليمات محددة أم غير محددة، ومنه يتضح أن الوكيل عبر عن إرادته الخاصة أم عبر في نفس الوقت عن إرادة الموكل، كل ذلك مرده إلى أن النائب في الوكالة الاتفاقية يستمد سلطاته من إرادة الأصيل وليس من القانون كما هو الحال في النيابة القانونية، مما يترتب عنه مجموعة من الآثار من أهمها :

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

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

3- باعتبار أن آثار عقد الوكالة تنصرف إلى الأصيل (الموكل) فإن الأهلية تتحدد في النيابة الاتفاقية بالنظر إلى شخص الموكل فالعقد صحيح مادام الموكل أهلا للتعاقد، حتى و لو كان الوكيل ناقص الأهلية.[2]

ثانيا : عدم تجاوز النائب حدود النيابة :

إن هــذا الشرط كرسته المادة 74 من ق.م.ج صراحة و التي تنص على أن : " إذا أبرم النائب في حدود نيــابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق و التزامات يضاف إلى الأصيل " يتــبين من نص هذه المادة أن النائب لا يتصرف إلا في حدود السلطات المخولة له سواء أكانت النيــابة قانونية أو اتفاقية، فإذا جاوز حدود نيــابته فقد صفة

[1] محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، القصر للطباعة والدعاية والإعلان، القاهرة، مصر، 2009، ص 53

[2]-دريد محمود علي ، نفس المرجع السابق، ص 99 وما يليها .

النيابة و لا تنصرف آثار عقد الوكالة إلى ذمة الأصيل، إلا أنه ترد على ذلك استثناءات من ذلك ما ورد في الفقرة الثانية من المادة 73 و الاستثناء المذكور في نص المادة 75 و المادة 76 من ق.م.ج إذا كان من المتعذر على الوكيل أن يخطر الموكل بخروجه عن حدود الوكالة و يغلب على الظن أن الموكل ما كان ليوافق، و كذا إذا كان النائب و من تعاقد معه يجهلانه وقت العقد انقضاء النيابة، لكل ذلك فإن تجاوز النائب لحدوده تسقط عنه صفة النيابة وبالتالي فإن التصرف الذي أبرمه مع الغير لا ينصرف إلى الأصيل إلا بإجازته[1].

فإرادة النائب ليست طليقة و إنما محددة وفقا لعقد الوكالة، لذلك لا يمكن مجاوزة حدودها و تلك الحدود تقيد سلطة النائب في التعاقد من حيث الموضوع ومن حيث الأشخاص.

1ــ حدود سلطة النائب من حيث الموضوع:

إن سلطة النائب من حيث الموضوع تتحدد تبعا لمصدر النيابة فإذا كان مصدرها القانون كما هو الحال بالنسبة لسلطات الوالي و الوصي و القيم و المصفى و الحارس القضائي، فالقانون هو من يحدد سلطة هؤلاء، أما إذا كانت النيابة اتفاقية فإن مصدرها عقد الوكالة، و قد تكون عامة منصبة على أعمال الإدارة و قد تكون خاصة متعلقة بنوع معين و محدد من الأعمال القانونية فإنه يتعين على النائب أن يتصرف وفق الحدود التي رسمها عقد الوكالة، فإذا تجاوز حدوده فقد صفته و يصبح الأصيل أجنبيا عن التصرف الذي قام به الوكيل، لكن إذا أقر الأصيل ذلك التصرف فإنه يصبح نافذا في مواجهته و تنتقل آثاره إليه [2].

و إذا كان هذا هو الأصل العام إلا أنه ترد عليه استثناءات ثلاث يمكن من خلالها النائب الخروج عن حدود نيابته و يكون بالتالي تصرفه نافذا في حق الأصيل و هي المذكورة كما يلي :

1- حالة انقضاء النيابة لسبب من أسباب الانقضاء و كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان ذلك، فهنا و على الرغم من انقضاء النيابة يبقى العقد نافذا في حق الأصيل، و ذلك حماية للغير حسن النية، و مثال ذلك وفاة الموكل أو عزله لنائبه وهو لا يعلم بذلك العزل، و قد

[1] بلحاج العربي ، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر 2015 ص158.

[2] دريد محمود علي ،نفس المرجع السابق ، ص102.

تضمنت المادة 79 من ق.م.ج هذا الاستثناء بنصها على أنه:" إذا كان النائب و من تعاقد معه يجهلان معا وقت انقضاء النيابة فإن أثر العقد الذي يبرمه حقا كان أو التزاما يضاف إلى الأصيل أو خلفائه ".

2- إذا استحال على الوكيل إخبار الموكل سلفا و كانت كل المؤشرات لدى الوكيل ترجح أن الموكل سيوافق على هذا التصرف، ففي هذه الحالة يكون العقد الذي أبرمه الوكيل نافذا في مواجهة الأصيل رغم خروجه عن حدود الوكالة، و على النائب أن يبلغ الأصيل عن خروجه هذا، وهو ما جاءت به المادة 575 ق م ج و التي جاء فيها : " الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يتجاوز الحدود المرسومة، لكن يصوغ له أن يتجاوز الحدود إذا تعذر عليه إخبار الوكيل سلفا و كانت الظروف يغلب معها الظن بأنه ما كان يسع الموكل إلا الموافقة على هذا التصرف و على الوكيل في هذه الحالة أن يخبر الموكل حالا بتجاوزه حدود الوكالة.

3-كما يرتب تصرف النائب آثاره في ذمة الأصيل رغم تجاوز حدود نيابته متى كان من تعاقد معه النائب حسن النية وليس على علم بتجاوز النائب لحدود نيابته و ذلك مراعاة لحسن نية هذا الغير من جهة، وضمانا لاستقرار المعاملات من جهة أخرى، وأخذا بفكرة النيابة الظاهرة [1].

2 ــ حدود سلطة النائب من حيث الأشخاص:

لكون سلطات النائب محددة من حيث الموضوع فهي محددة كذلك من حيث الأشخاص،إذ لا يجوز للنائب أن يتعاقد مع نفسه بحيث يكون نائبا عن غيره أصيلا عن نفسه أو أن يكون نائبا عن كل من طرفي العقد بحيث يظهر هنا الشخص الواحد بصفتين، و العلة في هذا المنع القانوني هو الخشية من إلحاق النائب أضرار بمصلحة أحد الطرفين لحساب الطرف الأخر، و تزداد هذه الخشية أكثر عندما يتعاقد النائب لحسابه الخاص و يكون في نفس الوقت نائبا عن غيره أصيلا عن نفسه، و مثال ذلك لا يجوز للوكيل الذي كلف بشراء منزل بمواصفات معينة أن يبيع المنزل الذي يملكه إلى موكله، إذ يكون في هذه الحالة نائبا عن الوكيل كمشتري و أصيلا عن نفسه كبائع، كما لا يجوز له أن يكون وكيلا عن بيع منزل

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

لشخص ما و يكون في نفس الوقت وكيلا عن المشتري لشراء نفس المنزل و بالتالي يظهر في نفس العقد وكيلا لكلا من البائع و المشتري [1] .

و بناءا عليه فإن المصالح متناقضة إذ لا يمكن للشخص الواحد الدفاع عن مصلحتين متناقضتين في أن واحد، خصوصا إذا تعلق الأمر بالمصلحة، لذلك منع النائب من التعاقد باسم من ينوب عنه سواء لحسابه أو لحساب شخص أخر دون ترخيص من الأصيل، و هو ما اقره الشطر الأول من المادة 77 من ق.م.ج و الذي جاء فيه بأنه :" لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أو لحساب شخص أخر دون ترخيص من الأصيل"، إلا أنه و على الرغم من النص الصريح على قاعدة منع التعاقد مع النفس إلا أن المشرع أورد استثناءات تستند إلى فكرة النيابة الظاهرة حماية للغير أو إلى فكرة الفضالة لكون تصرف النائب خارج حدود النيابة يعود بالمنفعة للأصيل [2].

هذه الاستثناءات نوردها فيما يلي:

1- ترخيص الأصيل للنائب في التعاقد مع نفسه أو إجازته لتصرف النائب مع نفسه بعد إبرامه، فالإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة تجعل من التصرف نافذا في حق الأصيل من وقت إبرامه .

2- إذا وجد نص قانوني يجيز تعاقد الإنسان مع نفسه و تجيزه قواعد التجارة كما هو الحال بالنسبة للولاية على المال [3] ، وهو ما عبر الشطر الثاني من نفس المادة 77 المشار إليها أعلاه على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون و قواعد التجارة .

ثالثا : تعاقد النائب باسم الأصيل و لحسابه :

إذا أعلن المتعاقد بطريقة صريحة أو ضمنية بأنه يتعاقد بصفته نائبا و كان من يتعاقد معه على علم بهذه النيابة فإن ما يباشره النائب من تصرفات تنصرف إلى الأصيل ويتعين أن ينصرف قصد المتعاقد معه إلى إيقاع آثار العقد في ذمة الأصيل، وهو ما أكدته المادة 74 من

[1] دريد محمود علي ، نفس المرجع السابق ، ص105.

[2] علي فيلالي ، المرجع السابق، ص 149.

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

ق. م. ج بقولهـــا : " إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق و التزامات يضاف إلى الأصيل " و كرسه قضاء المحكمة العليا في عدة قرارات ، إذ جاء في إحدى قراراتها: " من المقرر قانونا أنه إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقد باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق و التزامات يضاف إلى الأصيل ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطا في تطبيق القانون.

و لما كان من الثابت – في قضية الحال – أن قضاة المجلس عندما قضوا بإبطال عقد البيع بالرغم من كون المدعي عليه في الطعن ارتكب خطا قانونيا في سير الإجراءات الجوهرية وفي تطبيق القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه ".[1]

زيادة على ذلك فإن أحكام النيابة عموما و النيابة الاتفاقية على الخصوص تقتضي بأن النائب فيها يعمل بتسليط من الأصيل، لذلك فإن الآثار المترتبة عن أي تصرف يقوم به النائب تنصرف إلى الأصيل لا إلى النائب.[2] .

و يكون الأمر كذلك في الحالة التي يكون فيها النائب و من تعاقد معه يجهلان بانقضاء النيابة أثناء إبرامهما للعقد، بحيث لا ينتج عن هذا الأخير أي اثر في مواجهة الوكيل سواء أكان حق أو التزام من جهتين، فمن جهة لا يمكن للوكيل الذي أبرم العقد أن يواصل بعد ذلك تنفيذه لفائدته حتى ولو امتنع الموكل عن التنفيذ، فلا يتحرر من ديونه الخاصة في مواجهة الدائن من يقوم بالوفاء لذلك الدائن بديون الغير، كما لا يلزم الوكيل شخصا بالعقد الذي أبرمه ولا مسؤولية له اتجاه الغير بشأن حسن أو سوء تنفيذ العقد، و بالتالي لا يستطيع النائب مطالبة الغير بأي حق أنشأه العقد، إلا أذا أثبت صفته كنائب في إبرام العقد وفي تنفيذه [3].

---

[1] قرار المحكمة العليا ،غ .م ، مؤرخ في1990/06/27، ملف رقم 59293، م.م.ع، السنة 1992، ع 1، ص 12

[2] عدنان إبراهيم السرحان ، شرح القانون المدني، العقود المسماة في المقاولة ، الوكالة ، الكفالة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ،الأردن ، ط1، الإصدار الثاني 2001،ص 157.

[3] – لحسن بن شيخ أث ملويا، سلسلة دراسات قانونية ، عقد الوكالة (دراسة فقهية ، قانونية ، وقضائية مقارنة)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ،2013 ، ص 150 وما يليها .

مع ذلك أورد المشرع ثلاث حالات ينصرف فيها أثر العقد إلى الأصيل رغم مجاوزة النائب لحدود نيابته تتعلق حالتان منهما بالنيابة بوجه عام و تختص الثالثة بالنيابة الاتفاقية وحدها حيث يتفرد القانون بتحديد حكم النيابة غير الاتفاقية ومن المفروض على الجميع العلم بحكم القانون .

الحالة الأولى : النائب الفضولي : نصت المادة 575 من القانون المدني الجزائري على أنه: "الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يتجاوز الحدود المرسومة له.

لكن يسوغ له أن يتجاوز الحدود إذا تعذر عليه إخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بأنه ما كان يسع الموكل إلا الموافقة على هذا التصرف وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يخبر الموكل حالا بتجاوز حدود الوكالة."

إن المتمعن في هذا النص يتضح إليه أن عمل النائب في هذه الحالة يكيف بأنه عمل فضولي أي شأن عاجل نافذ قام به النائب لحساب الأصيل دون أن يكون ملزما به، و ذلك مادمنا بصدد نيابة اتفاقية، فللوكيل الخروج عن الحدود المرسومة له متى استحال عليه إخبار الموكل مسبقا و كان الظروف يغلب معها الظن و الحال كذلك ما كان للموكل إلا إبداء الموافقة على هذا التصرف على أن يلتزم الوكيل بالمبادرة بإخبار الموكل وخروجه عن حدود الوكالة.

الحالة الثانية : إقرار الأصيل : تعتبر هذه الحالة تطبيقا لقاعدة الإقرار اللاحق كالإذن السابق، فإذا ما أقر الأصيل ما أبرمه النائب من تصرفات متجاوزا للحدود المرسومة في النيابة ، فإن ما قام به النائب ينصرف إلى الأصيل بأثر رجعي من يوم التعاقد لا من يوم الإقرار ، مع التنويه أن الأثر الرجعي يقتصر أثره في العلاقة بين المقر ومن تعاقد معه النائب أما الغير وهو الذي يتلقى من الأصيل حقوقا على العين التي تصرف فيها النائب فلا تسري في مواجهته، وإذا لم يقر الأصيل العقد فإنه للغير وهو المتعاقد الأخر الرجوع على النائب ومطالبته بالتعويض وفقا للقواعد العامة للمسؤولية [1].

[1] محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص56.

الحالة الثالثة : النيابة الاتفاقية الظاهرة : لقيام النيابة الظاهرة فإنه يشترط توفر عنصرين أولهما موضوعي يتمثل بوضع ظاهر أو مظهر خارجي ناشئ عن فعل الأصيل أو يمكن بالنسبة إليه أوحى بوجود النيابة أو بتعامل النائب في حدود نيابته القائمة ، وثانيهما شخصي ويتعلق بتعامل الغير مع النائب بحسن نية، أي دون علم بانتفاء النيابة أو تجاوز النائب لحدود إنابته[1]، وفي هذه الحالة فإن ما ينجر عن الوكالة من آثار له نفس أثر الوكالة الحقيقية بين الموكل والغير متى كان من شأنها خداع الغير المتعاقد مع الوكيل الظاهر ووجدت مظاهر خارجية تنسب إلى الموكل بتقصير منه أو بغير ذلك على توافر هذه الوكالة[2].

الفرع الثاني :آثار النيابة : يترتب على النيابة آثار بالنسبة للأصيل وبالنسبة للنائب وبالنسبة للغير الذي تعاقد معه، لذلك نتطرق لهذه الآثار بالنسبة لكل طرف من هؤلاء.

1 ــ الآثار بالنسبة للأصيل :

نصت المادة 74 ق.م.ج على أنه :" إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل "

يتضح من هذا النص أن النائب إذا تصرف باسم الأصيل في حدود نيابته فإن ما أبرمه من تصرف ينفذ في حق الأصيل ، وهو ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا والتي قضت في إحدى قراراتها بأنه:

"من المقرر قانونا أن النائب إذا أبرم في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون ".

"لما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بإبطال عقد البيع بالرغم من كون المدعي عليه في الطعن ارتكب خطأ قانونيا عندما قاضى الوكيلين دون

[1] علي عبد العالي الأسدي ، النظرية العامة لتعاقد الشخص مع نفسه ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان ، ط 1 ، 2012 ، ص34.

[2] محمد حسام محمود لطفي، نفس المرجع السابق ، ص56.

الأصيل يكونوا بقضائهم كما فعلوا أخطؤ في سير الإجراءات الجوهرية وفي تطبيق القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه ".[1]

2ــ الآثار بالنسبة للنائب : يعتبر النائب من الغير بالنسبة لآثار العقد وبالتالي لا يتحمل أي التزام رتبه العقد، كما لا يكسبه أي حق اتجاه من تعاقد معه أو حتى اتجاه الأصيل، وذلك على الرغم من أن التعاقد تم عن طريقه وبإرادته وبرضاه وهو من أشرف على إعداده ووضع شروطه بالتنسيق مع المتعاقد معه ، وكما أن العبرة تكون بإرادته هو فيما يخص صحة وسلامة الرضا [2].

وعلى هذا فإنه لكي ينصرف أثر التصرف الذي يعقده النائب مع الغير إلى شخص الأصيل ، فإنه يستوجب على النائب العمل في الحدود التي قررها عقد الوكالة دون تجاوزها،ومتى التزم الوكيل بحدود وكالته فإن العلاقة مباشرة بين من تعاقد معه الوكيل والغير ، ولأثر لشخص الوكيل فيما بينهما وذلك استنادا للقواعد المقررة في النيابة ،الشيء الذي يترتب عنه رجوع الموكل مباشرة على الغير الذي تعاقد معه الوكيل بجميع الالتزامات الناشئة عن هذا التعاقد والتي هي في ذمة الغير، والأمر كذلك بالنسبة للغير إذ له حق الرجوع مباشرة على الموكل بجميع الحقوق التي رتبها العقد المبرم بين الوكيل والغير، وله كذلك الحق في مطالبة الغير ودون تدخل أو وساطة من الوكيل، كما يكتسب هذا الغير الذي تعاقد معه الوكيل وله هو الأخر حق الرجوع على الموكل دون وساطة الوكيل .

لكن الوضع ليس كذلك إذا ما تبين للموكل وجود حالة غش، فإذا توطأ الوكيل مع الغير قصد الإضرار بحقوق الموكل، فإن ما أبرمه الوكيل من تصرفات مع الغير على هذا النحو لاتتصرف أثره إلى الموكل وهنا يقع على الغير إن أراد إلزام الموكل بهذا التصرف عبء إثبات أن الوكيل تصرف فعلا ضمن الحدود المرسومة للوكالة .

وإذا تصرف الوكيل متجاوزا حدود الوكالة أو عمل بدونها ، أو قام بتصرف بعد انتهاء مدتها ، فإن ما قام به لا ينصرف إلى الموكل إلا إذا كان خروج الوكيل عن حدود الوكالة

---

[1] قرار المحكمة العليا ، غ.م ، مؤرخ في 1990/06/27 ، ملف رقم 59293، م.ق ، السنة 1992، ع 1 ، ص 16.

[2] علي فيلالي ، االمرجع السابق، ص151.

نتيجة عدم استطاعته إخبار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الوكيل ما كان إلا ليوافق على تصرف الوكيل [1].

وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل عن حدود الوكالة، ومن المعلوم كذلك بأنه إذا كانت الوكالة بأجر فإن التزام الوكيل بتنفيذها هو التزام ببذل عناية ، وهو ملزم في تنفيذها بنفس العناية التي يبذلها الرجل العادي في شؤونه وأمواله الخاصة .

ومادام التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة هو التزام عناية لا التزام بتحقيق نتيجة ، فإنه يكون مسئولا عن ما يرتكبه من غش أو خطأ جسيم ، فهو مسئولا عن تعهده بعدم تنفيذ الوكالة دون أن يتنحى عنها في الوقت المناسب، ويكون كذلك إذا قام ببيع شيء دون تحديد قيمته متواطأ مع المشتري على أن يستعمله في مصلحته الشخصية، مرتكبا بذلك جريمة التبديد متى ارتكب ذلك بنية تملكه وتتحقق كذلك المسؤولية المدنية ، ويلتزم بفوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه ويكون الوكيل مسئولا عن غشه مثلا، إذا كان موكلا في إدارة أراضي زراعية وأجرها بأجرة بخسة بتوطأ مع المستأجر، كما يكون غشه أشد في حالة اتصاله بخصم موكله وإفادته بمعلومات تضر بمصلحة موكله أو تعلق الأمر بإفشاء أسرار المهنة ، ويعتبر الوكيل مرتكبا لخطأ جسيم إذا خلف شروط الوكالة في كيفية استغلال المال واستغله في غير مصلحة الموكل مما يستوجب عليه رده مع فوائده القانونية .

وفي نفس السياق إذا تجاوز الوكيل عن عمد حدود وكالته، وألزم الموكل بما أبرمه من تصرف وأضر بحسن نية شروط الوكالة الظاهرة رجع الموكل على الوكيل بتعويض الضرر على أساس أنه ارتكب غشا أو في القليل خطأ جسيما في تنفيذ الوكالة .

وعلى هذا فإن الوكيل ملزم بتحقيق عناية الرجل العادي في علاقته مع الموكل ، فإذا لم يبذل هذه العناية يكون مسئولا عن أي غش أو خطأ جسيم ، أما إذا كان الخطأ عاديا أو يسيرا فهنا يجب معرفة ما إذا كانت الوكالة تمت مقابل أجر للوكيل أم تبرعية ؟ أي بدون مقابل [2].

---

[1] بوعبدالله رمصان، نفس المرجع السابق ، ص 129.

[2] عبد الحميد الشواربي ، الإلتزامات والعقود التجارية ، الجزء الثاني ، منشأة المعارف جلال حزى وشركاه ، الإسكندرية مصر ،2002، ص 93 وما يليها.

فإذا كانت الوكالة بدون أجر فإن المعيار المعتمد في تقدير العناية هو معيار شخصي أي عناية الرجل العادي بالنظر إلى العناية التي يبذلها الوكيل في شؤونه الخاصة والشخصية ، أما إذا كانت الوكالة بأجر مثل وكالة المحامي ، فإن المعيار المعتمد في تقدير العناية هو معيار موضوعي لا شخصي وهو ما يستخلص من نص المادة 581 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على أنه:

" الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنيا من حالة الوكيل .

فإذا اتفق على أجر للوكالة، كان هذا الأجر خاضعا لتقدير القاضي إلا إذا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة".

من نص هذه المادة يتبين أن الوكيل المأجور عليه ببذل عناية الرجل المعتاد في تنفيذ الوكالة وفقا للمعيار الموضوعي لا المعيار الشخصي كما هو الحال في النيابة التبرعية ، وإلا كان مسئولا حتى ولو أثبت أن العناية الأقل التي بذلها فعلا هي عنايته التي يبذلها في تدبير شؤونه الشخصية ، كما أنه ملزم ببذل عناية الرجل المعتاد حتى ولو كانت هذه العناية تفوق أو تزيد على عنايته بشؤونه الشخصية، وفي المقابل إذا بذل الوكيل عناية الرجل المعتاد فإنه لا يكون مسئولا عن أي ضرر يلحق الموكل ، حتى ولو ثبت أنه يستطيع تفادي هذا الضرر لو بذل العناية التي يبذلها في شؤونه الشخصية ، لأنه في الخلاصة يكون قد نفذ ما عليه من التزامات رتبها عقد الوكالة [1] .

3 – بالنسبة للغير :

على الرغم من أن العقود التي يبرمها الوكيل تتم بإرادته و هو من يعدها بالتعاون مع المتعاقد معه، إلا أن ما يترتب عن هذه العقود من آثار لا علاقة له بها، إذ تنشأ علاقة مباشرة بين المتعاقد معه و الأصيل، فيكتسب هذا الأخير كل ما يتولد من حقوق والتزامات فلا يسأل النائب عن تنفيذ العقد إلا إذا كان كفيلا للأصيل، و في هذه الحالة يرجع عليه بصفته كفيلا لا وكيلا، و للغير حق الرجوع عليه إذا ارتكب خطأ في حقه أثناء التعاقد لكن على أساس المسؤولية التقصيرية عن فعله غير المشروع، وقد نصت المادة 74 ق.م.ج.على العلاقة التي

[1] بوعبداللة رمضان ، نفس المرجع السابق ، ص 101 وما يليها .

تربط الغير بالأصيل بقولها " إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق و التزامات يضاف إلى الأصيل " .

الفرع الثالث: تعاقد الشخص مع نفسه contrat avec soi même

لم يجيز المشرع الجزائري كباقي المشرعين التعاقد مع النفس كأصل عام، إلا أنه أحيانا قد تقتضي مصلحتي كل من النائب و الأصيل أن يتعاقد الشخص مع نفسه و ذلك في حالتين:

الأولى: الحالة التي يظهر فيها الشخص بصفته أصيلا عن نفسه و نائبا عن غيره مثال ذلك إذا وهب الأب ماله لابنه بصفته وليا عنه، كما لو اشترى شيئا مملوكا لغيره ووكل في بيعه.

الثانية: أن يكون نائبا عن الطرفين كالحالة التي يوكل فيها شخص أخر في بيع شيء معين فيشتريه لشخص ثالث كلفه بشرائه، فيكون في هذه الحالة وكيلا عن كلا الطرفين البائع و المشتري [1].

وبناءا عليه فعدم جوازية تعاقد الشخص مع نفسه بصفتين كأن يكون نائبا عن غيره أصيلا عن نفسه أو نائبا عن الطرفين في أن واحد مردها لعدم تيسير ضمانات الحماية القانونية الواجب توافرها في كلتا الحالتين بسبب تضارب و تناقض المصلحتين، فالنائب عندما يكون يتعاقد لحساب نفسه أصيلا عنها، لا يمكنه أن يتعاقد ضد مصلحته، وهو طالبا ومطلوبا، مسلما وقابضا، مما يعرض مصلحة من وكله للضرر، و نفس الشيء إذا كان نائبا عن الطرفين فعلى أي مصلحة من مصلحة الطرفين يدافع، مادام نائب عن كل منهما بموجب عقد الوكالة الذي يلزمه بواجب المحافظة على مصلحة الموكل في هذا العقد، فكيف له أن يوفق بين المصلحتين و الحال كذلك فهو يجري العقد بإرادته وحده، هذه الإرادة التي هي في الواقع تمثل إرادتين معا، الشيء الذي يخشى معه الإضرار بمصالح الأصيل، كما أن هذا الوضع يتعارض مع قواعد القانون المدني الجزائري الذي ينص صراحة على تعدد أطراف العقد ويشترط ذلك بالأساس و هو ما أكدته المواد 54 ، 59 ، 106 ، 160 وما يليها من ق.م.ج، وطبق المشرع الجزائري هذه القاعدة في الأحكام الخاصة بعقد البيع، ضمن المواد 410، 411، 412 من

[1] محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ،ص150.

ق.م.ج ، ونص بصريح العبارة على عدم جوازية بيع النائب لنفسه[1]،بحيث نصت المادة 410 ق.م.ج على أنه : " لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة، كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة و الواردة في نصوص قانونية أخرى " .

كما نصت المادة 77 ق.م.ج على أنه : ".لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص أخر ، دون ترخيص من الأصيل ، على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد، كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه ، مما يقضي به القانون وقواعد التجارة "، وهكذا حرم المشرع الجزائري التعاقد مع النفس في صورتيه كأصل عام و طبق هذا المبدأ في عقد البيع، إذ نصت المادة 411 م.ج على أنه : ".لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهودة إليهم ببيعها أو تقدير قيمتها ، سواء بأنفسهم مباشرة أو باسم مستعار "

وأضافت المادة 412 من نفس القانون على أنه: " يصح البيع في الأحوال المشار عليها في المادتين 410، 411 إذا أجازه من تم البيع لحسابه ".[2]

يتضح من المواد السالفة الذكر أن المشرع الجزائري منع التعاقد مع النفس كأصل عام لكنه استثنى من هذا الأصل حالات ثلاث و هي:

- **الحالة الأولى:** موافقة الأصيل و تكون إما ترخيصا إذا سبقت إبرام العقد و إقرارا إذا جاءت لاحقة على ذلك.
- **الحالة الثانية:** إذا وجد في القانون نص صريح يجيز ذلك كإجازة الأب التعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء تم ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص أخر.
- **الحالة الثالثة :** إذا اقتضت قواعد التجارة بغير ذلك كإيجاز تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفي العقد، و بناءا عليه فإنه في غير الحالات المذكورة أعلاه يعتبر تعاقد النائب مع نفسه

[1] بلحاج العربي ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء 1، المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة)، دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع ، بوزريعة الجزائر ، 2014 ، ،ص 287 وما يليها .

[2] محمد صبري السعدي ، نفس المرجع السابق ، ص151.

قابلا للإبطال بموجب نص خاص لعدم تيسر ضمانات الحماية الواجبة لها، و يرى البعض أن هذا الجزاء يلتمس في نظرية تجاوز النائب لحدود نيابته و ليس في نظرية البطلان، و يرجع ذلك إلى وجود قرينة قانونية بسيطة أن الشخص إذا أناب غيره فهو لا يقصد التوسع في هذه الإنابة إلى حد أن يسمح للنائب أن يتعاقد مع نفسه أصيلا أو نائبا عن شخص أخر و ذلك لتعارض و تناقض المصالح بينهما [1].

كما نشير في هذا الإطار بأنه ليس هناك ما يمنع الأصيل أن يرخص مقدما للوكيل في تعاقده مع نفسه على أن يكون عمله في حدود هذا التمثيل المرخص به ويكون نافذا في حق الأصيل [2].

المبحث الثاني: أثر العقد بالنسبة للخلف:

إذا كان انصراف أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين يكون بصفة مطلقة وبدون قيود، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة إلى الخلف، سواء الخلف العام أو الخلف الخاص و كذا الدائن، إذ أن ما يرتبه العقد تجاه هؤلاء مقيد و غير مطلق و يتم وفق شروط حددها القانون، و عليه نتعرض في هذا المبحث لأثر العقد بالنسبة للخلف العام في المطلب الأول و إلى أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص في المطلب الثاني .

المطلب الأول: أثر العقد بالنسبة للخلف العام:

تنص المادة 108 من القانون المدني الجزائري على أنه :"ينصرف العقد إلى المتعاقدين أو الخلف العام ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث" ، يتضح من نص هذه المادة أن أثر العقد تنصرف بعد موت المورث إلى الوارث باعتباره من الخلف العام فالحقوق التي أنشأها العقد تنتقل إلى الوارث و يسري في حقه ما يسري في حق السلف [3].

---

[1] محمد حسام محمود لطفي ، نفس المرجع السابق ، ص 62 وما يليها .

[2] موريس نخلة ، الكامل في شرح القانون المدني دراسة مقارنة، الجزء الثالث ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، 2007، ص 339.

[3] حسن زقور ، المقارنة بين فقه المعاملات المالكي والقانون المدني الجزائري آثار العقود في المعاملات المالية ، منشورات دار الأديب ، السانية وهران ،2007، ص29.

ولتناول أثر العقد بالنسبة للخلف العام قسمنا هذا المطلب إلى فرعين تناولت في الأول المقصود بالخلف العام و مدى انصراف أثر العقد إليه، و تطرقنا في الثاني إلى الحالات التي لا ينصرف فيها العقد إلى الخلف العام.

الفرع الأول: المقصود بالخلف العام و مدى انصراف أثر العقد إليه:

أولا : المقصود بالخلف العام : يقصد بالخلف العام الشخص الذي تنتقل إليه الذمة المالية للسلف، أي من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق و التزامات و في جزء منها باعتبارها مجموع من المال كالورثة و الموصي له عندما يتلقى جزء غير معين من التركة، كربع التركة أو ثلثها، مما يفيد أن مصادر الخلافة العامة تتمثل في الميراث أو الوصية في حالة عدم انصبابها على عين معينة من التركة[1].

و تتحقق الخلافة العامة بالوفاة عن أحد الطريقتين و هما الميراث أو الوصية مع مراعاة المبدأ القائل أن لا تركة إلا بعد سداد الديون وهو المبدأ المأخوذ من قواعد الشريعة الإسلامية الذي يقضي بأن الالتزامات المترتبة (الديون) على ذمة الموروث تبقى في التركة مما يجعل للوارث الحق فيما بقي من التركة بعد سداد ديون المورث، و بعد ذلك فلا تنتقل إليهم إلا الحقوق دون الالتزامات، فليس له حينها أن يمتنع عن سريان في حقه ما كان يسري في حق سلفه و بالتالي فثبوت تاريخ العقد حجة له أو عليه دون حاجة إلى أن يكون هذا التاريخ ثابتا رسميا، كما لا يجوز له التمسك بالعقد الصوري في حالة الصورية حيث يسري في حقه العقد الحقيقي و ذلك لكونه يعتبر كالوارث تماما [2].

ثانيا: مدى انصراف أثر العقد بالنسبة للخلف العام: استنادا إلى نص المادة 108 من ق.م.ج فإن الخلف العام كأصل عام تنصرف إليه آثار العقود التي أبرمها سلفه المورث فيصبح دائنا

[1] خليل أحمد حسن قدادة ،الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، الطبعة الثانية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ،2005، ص 116.

[2] محمد حسام محمود لطفي ، النظرية العامة للالتزام ، القصر للطباعة و الدعاية و الإعلان ، القاهرة 2007 ص138.

بالنسبة للحقوق المتعلقة بالتركة التي ألت إليه بعد موت مورثه، كما يصبح مدينا بالتزامات تلك التركة، كما كان سلفه أثناء حياته، و أساس هذه الخلافة يعود إلى القانون الروماني و كذا القانون الفرنسي من خلال المبدأ القائل بأن الوارث يعتبر كسلفه في شخصه و في أمواله، ولا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الخلافة العامة ترد على أموال المورث دون شخصه، كما أن الشريعة تقوم على الفصل بين الشخص المورث و الشخص الوارث أي بين السلف و الخلف العام ، ومرد ذلك إلى انتقال التركة أو جزء منها يحكمه المبدأ الفقهي القائل بأن لا تركة إلا بعد سداد الديون و الذي بموجبه لا تنتقل من أموال السلف إلا الحقوق التي انقضت منها ديون المورث، و إذا انقضت التركة و لم يبقى منها شيء فلا يحصل الوارث على شيء و لكن إذا زادت ديون السلف، فلا يلتزم الوارث أي الخلف العام بدفع هذه الديون من ذمته المالية و إنما تسقط عن المورث، و بذلك جاء نص المادة متفقا مع أحكام الشريعة الإسلامية و خاصة في ما يخص أحكام الميراث، إذ تنتقل التركة إلى الورثة (الخلف العام) بعد خلوها من ديون السلف [1].

لذلك فإن المادة 108 ق.م.ج أدركت احترام قواعد الميراث بحيث أن العقد ينتج آثاره ليس فحسب بين المتعاقدين، وإنما كذلك إلى خلفهما بصفة عامة بمعنى الورثة وحتى الوصي لهم [2].

تجدر الإشارة إلى أنه من أمثلة الحقوق الشخصية التي لا تورث مطلقا حق الحصانة وحق الولاية على النفس فهي ليست بحقوق مالية ، لذلك لا تنتقل إلى الورثة وكذلك الحقوق المتصلة بشخص المورث، كحق النفقة والأجل في الدين، كما يلاحظ أن المشرع لم يتعرض لأجل الدين وإلى ما يؤول إليه هذا الدين بعد وفاة المدين، هل يسقط أم يورث ؟ ومن أمثلة الحقوق التي لا تورث كذلك الحقوق المتصلة بإرادة المورث[3].

---

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

[2] -Ali BENCHENAB, Le droit Algérien des contrats, données fondamentales, Ed AJEB ENAG Algérie 2011 p 216.

[3] – محمدي سليمان – ضرورة إعادة النظر في مركز الخلف العام – المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية – جامعة الجزائر –كلية الحقوق – عدد01– 2009– ص 499.

الفرع الثاني: الحالات التي لا تنصرف فيها آثار العقد إلى الخلف العام:

لقاعدة انصراف آثار العقد إلى الخلف العام المشار إليها في المادة 108 من ق.م استثناءات لا تنصرف فيها أثار العقد إلى الخلف العام إلى جانب مقتضيات قواعد الميراث .

كما يتبين من نص المادة 108 أن قاعدة انصراف أثار العقد بالنسبة للخلف العام ليست مطلقة في كل الأحوال و إنما قيدت بقيود ورد ذكرها في المادة 108 و التي جاء فيها : "ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث " و عليه فإن أثر العقد لا تنصرف إلى الخلف العام في الأحوال التالية:

أولا: إذا اتفق المتعاقدان على ذلك :

إن هذه الحالة جاءت استنادا إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فإذا اتفق السلف مع المتعاقد الأخر على أن حقا أو التزاما يقتصر أثره على الشخص المتعاقد، فلا ينتقل إلى الوارث من بعده، شريطة أن لا يكون ما تم الاتفاق عليه مخالفا للنظام العام و الآداب العامة، إذ يجوز للبائع أن يمنح المشتري آجالا لسداد ثمن الشيء المباع دون أن ينتقل هذا الحق إلى الورثة ،إذ للورثة في هذه الحالة أن يطالبوا المشتري بدفع الثمن في الحال بعد موت المشتري، كما يجوز الاتفاق أن يكون للبائع الحق في استئجار العين المبيعة بأجرة معينة شريطة أن لا ينتقل هذا الحق إلى ورثة البائع[1].

ثانيا : إذا كانت طبيعة الحق أو الالتزام الناشئ عن الحق تتنافى مع انتقاله إلى الخلف العام لمانع مادي أو قانوني كما هو الحال في شركات الأشخاص و الإيراد مدى الحياة و حق الانتفاع بنص في القانون، أو في حالة كون شخصية المتعاقد معه محل اعتبار في العقد، كعقد عمل مع فنان أو جراح أو محامي أو طبيب أو مهندس معماري أو مقاول أو رسام، فالعقد لا تنصرف آثاره في مثل هذه الحالات إلى الورثة، إذ ينقضي العقد بوفاة المتعاقد و لا ينتقل إلى الخلف العام .

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات ، نظرية العقد ، الجزء الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ،الطبعة الثالثة الجديدة ، 1998، ص 734– 735.

ثالثا : إذا ورد نص في القانون يقضي بعدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام و أمثلة ذلك كثيرة منها انتهاء حق المنتفع بموت المنتفع المادة 852 ق.م، و انتهاء التركة بموت أحد الشركاء (المادة 439 من ق.م)، وانتهاء الوكالة بموت الموكل أو الوكيل (المادة 586 من ق.م)، و انفساخ عقد العمل بوفاة العامل و انقضاء عقد الإيجار إذا كان انعقاده بسبب حرفة المستأجر أو كانت شخصية المستأجر محل اعتبار، و هكذا... [1] .

رابعا: الاستثناء الوارد في العبارة الأخيرة من المادة 108 ق.م السالفة الذكر والتي ورد فيها :" ... مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث" من خلال هذه العبارة يتبين أن القانون منح للورثة الحق في الطعن في تصرفات سلفهم متى أبرمها و هو مريض مرض الموت، إذ يعتبر تصرفه هذا في حكم الوصية و تطبق بشأنها الأحكام المطبقة على الوصية، و هو ما كرسته المادة 776 من ق.م و التي تنص على أنه : " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت و تسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف ".

و على ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم و هو في مرض الموت، و لهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا، وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت، أعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك ، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه " .

خامسا : تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية التي وضعت قاعدة " لا تركة إلا بعد سداد الديون " فإن التزامات المورث لا تنتقل إلى ورثته، بل تبقى تلك الالتزامات محصورة على التركة فقط دون أن تنتقل إلى الذمة المالية للورثة، مع الإشارة إلى أن التركة لا تنتقل إليهم إلا بعد سداد ديون المورث، وهذا خلافا للقانون الفرنسي الذي يعتبر الوارث امتداد للمورث إذا ما قبلها

[1] بلحاج العربي ، نظرية العقد في القانون المدني ،دراسة مقارنة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر، 2015 ص 374 وما بعدها .

دون تحفظ، بحيث يلتزم في هذه الحالة بالتزامات مورثه [1] ، ومن ثم فإن قواعد الميراث تثير مشكلتين و هما أن الوارث غير ملزم بديون المورث من جهة، كما أن حق الإرث هو حق شخصي من جهة أخرى، لذلك نتطرق لهما كما يلي:

1 –الوارث غير ملزم بديون المورث:

لقد نصت المادة 180 من ق.أ.ج على أن الديون الثابتة في ذمة المتوفى تؤخذ من التركة و لا يمكن مطالبة الوارث بها و ذلك بعد تسديد مصاريف الدفع و التجهيز بالقدر المشروع [2]، وما ذلك إلا تطبيقا للقاعدة الفقهية الشهيرة " لا تركة إلا بعد سداد الديون " المبنية على افتراض أن شخصية المورث تبقى قائمة إلى غاية اقتطاع ديون المورث منها ، لكن هناك من يرى أن أموال المورث تنتقل بمجرد الوفاة إلى الورثة مع بقائها مثقلة بحق عيني تبعي لفائدة دائني المورث، و تبقى مسؤولية الورثة عنها محددة في نطاق أموال التركة و بالتالي ليسوا من الغير بالنسبة للعقود التي أبرمها مورثهم، مما يستوجب عليهم متابعة تنفيذها،ومثال ذلك إذا توفي المقاول و لم تكن مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في العقد ، فإنه وجب على الورثة تنفيذ الأعمال المتبقية لصالح رب العمل.[3]

2 - الإرث حق للوارث :

للوارث حق شخصي لدى المورث هو الإرث، لذلك فلا يحل الوارث محل المورث ولا يخلفه في ذمته المالية و هو ما أكدته المادة 408 من ق.م.ج التي نصت على أنه : " إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة.

---

[1] علي علي سليمان ،النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، ط 9 ،2015 ، ص 87.

[2] – المادة 180 من قانون الأسرة والتي تنص على أنه: "يؤخذ من التركة حسب الترتيب الأتي :

1– مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع .

2– الديون الثابتةفي ذمة المتوفي.

3 – الوصية.

فإذا لم يوجد ذو فروض أو عصبة ألت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لو يوجدوا ألت إلى الخزينة العامة. "

[3] زكريا سرايش ، نفس المرجع السابق، ص136.

أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك قابل للإبطال"، كما نصت المادة 776 /الفقرة الأولى ق.م.ج " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حالة مرض الموت، بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف...".

من خلال نص هاتين المادتين يتبين أن الوارث متى تمسك بحقه الشخصي، و ليس بحق السلف فهو أجنبي عن هذا الأخير، ومن ثم فإن انصراف أثر العقد للخلف أمر غير وارد، لأن الوارث يتمسك بحقه الشخصي لا بحق السلف، تجدر الإشارة أن هذا القول كرسه قضاء المحكمة العليا في عدة قضايا منها ما قضت به غرفة الأحوال الشخصية بقولها أن الديون الثابتة في ذمة المتوفى متعلقة بالتركة وحدها ولا تنتقل إلى الأشخاص الورثة و قضائها كذلك بأنه لا يحق للورثة بعد وفاة الواهب أثناء سير دعواه الرامية إلى إبطال الهبة بإعادة السير بالقضية و التمسك بإبطال عــقد الهبة الصادر من الواهب لأن حق الرجوع فيهما مقرر للأبوين فقط ، و سارت علي إجتــهادها في قرارات أخرى بحــيث جاء في إحدى قراراتها ما يلي:

" و حيث أن الخلف العام يحل محل المتوفي في التركة وبالتالي فإنهم ملزمون أن يحلوا محل مورثهم في دفع التعويض في حدود المال الذي خلفه مورثهم ومنه فإن إعفاء المطعون ضدهم من التعويض عن الاستغلال اللاشرعي يعد بدون سند قانوني [1]".

كما ورد في قرار أخر لها بأنه :"يستحق الإرث بموت حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي ، ويحل الورثة المتوفرون على صفة التقاضي محل مورثهم بقوة القانون "[2].

زيادة على هذا وقصد المحافظة على الحق الشخصي للوارث في التركة، فإن المشرع قيد أحكامه بأحكام الميراث، و أحكام الميراث من النظام العام لذلك فكل التصرفات المنصبة على التركة لا سيما المستقبلية منها و التي تتم بالبيع أو المقايضة أو الهبة ، وصية بعد الموت

[1] قرار المحكمة العليا، غ.ع، مؤرخ في: 2005/11/16، ملف رقم 322445، م.م.ع، السنة 2005، ع 2، ص 371.

[2] قرار المحكمة العليا، غ.ع، مؤرخ في: 2006/05/17، ملف رقم 348247، م.م.ع، السنة 2006، ع 2، ص 395.

على سبيل التبرع تخضع لأحكام الميراث و لا يجوز الخروج على هذه الأحكام، مما يتبين معه أن المشرع أحاط الوارث بحماية و ضمانات خاصة منها عدم نفاذ الوصية في حق الورثة فيما زاد عن ثلث التركة إلا بإقرار من الورثة، فكل ما تجاوز الثلث بعد سداد الديون لا ينفذ، و تعطل الوصية ما لم يجزها الورثة، ذلك أن الوصي عندما يتجاوز النصاب الشرعي و كأنه تصرف في حق حفظه القانون للورثة مثله مثل الذي يتصرف في ملك الغير بالبيع فلا يكون ذلك البيع نافذا في حق المالك الحقيقي ، و الوارث في مثل هذا الحال يعتبر من الغير بالنسبة لتصرفات المورث التي مست حق الوارث بقدر ما يؤول له من التركة، إلا إذا أقره، فلا تنفذ في حقه هذه التصرفات إلا في حدود هذا الإقرار، ذلك أن التصرف مضاف إلى ما بعد الموت فيتقيد دائن المورث بما تتقيد به الوصايا من أنها " لا تنفذ إلا في حدود ثلث صافي التركة " [1].

المطلب الثاني : أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص :

نتناول في هذا المطلب توضيح موضوعين هامين يتعلق الأول بالمقصود بالخلف الخاص، و هو ما نتعرض له في الفرع الأول، أما الثاني فيتعلق بمدى انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص و هو ما نتطرق إليه في الفرع الثاني.

الفرع الأول : المقصود بالخلف الخاص :

نصت المادة 109 من ق. م. ج على أنه : " إذا أنشأ العقد التزامات و حقوق شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات و الحقوق تنتقل إلى الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته و كان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه " يتضح من نص هذه المادة بأن آثار العقد لا تنصرف إلى المتعاقدين وخلفهما العام فحسب، بل تمتد كذلك إلى الخلف الخاص لأحد المتعاقدين و يترتب عن ذلك انتقال الحقوق والالتزامات التي أبرمها السلف مع الغير وفق شروط معينة ، و بناءا عليه يطرح السؤال من هو هذا الخلف الخاص؟.

[1] عصام أنور سليم ، إعتبار الوارث من الغير استثناء، منشأة المعارف جلال حزي وشركاه ،الإسكندرية مصر ، ص 46 وما يليها.

إن الخلف الخاص هو كل من يكتسب ممن يستخلف حقا على شيء معين ، أي كل من يتلقى من السلف بمقابل أو بدون مقابل حقا معينا كان قائما في ذمته، سواء كان هذا الحق عينيا أم شخصيا أم ذهنيا يرد على شيء غير مادي ، كحقوق المؤلف و المخترع و صاحب العلامة التجارية والرسم والنموذج الصناعي، فإذا كان عقد السلف متصلا بالشيء المستخلف فإنه ما يترتب عن هذا العقد من حقوق والتزامات ينتقل إلى الخلف الخاص بشروط معينة، من أمثلة ذلك المشتري يخلف للبائع في المبيع فهو خلفا خاصا له، والمرتهن هو الأخر خلفا خاصا للراهن، والموصي له هو كذلك بالنسبة للموصي، ونفس الشيء بالنسبة للمنتفع يخلف النافع المالك في حق الانتفاع، ومنه فتصرفات السلف ترتب آثارها تجاه الخلف الخاص لاسيما الاحتجاج بها عليه و بشروط معينة[1].

بناء على ما سبق ذكره فالخلف الخاص هو ذلك الشخص الذي ينتقل إليه حق خاص من الحقوق مهما كانت طبيعتها عينية أو شخصية أو معنوية أو دين ثابت في ذمة سلفه بمقتضى اتفاقية ناقلة للحقوق أو بنص التشريع، وعليه نستخلص من هذا التعريف مايلي:

1- إن الخلافة الخاصة ترد على الحقوق و لا ترد على الأشياء باعتبار أن الحقوق وحدها هي التي تقبل الاستخلاف في ما دون الأشياء.

2- تتمثل مصادر الخلافة الخاصة في جميع التصرفات القانونية الناقلة للحقوق و الالتزامات و كذلك نص القانون.

3- إن الحق الذي انتقل إلى الخلف الخاص من السلف والذي اتصلت به الحقوق والالتزامات المتعلقة بالشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص، هو حق خاص معين تنتقل إليه بهذا الوصف، لا باعتباره مجموعا من المال كما هو الحال بالنسبة للخلف العام.

4 – إن الخلافة الخاصة تتواجد أثناء حياة الأشخاص ، كما يمكنها أن تقوم بعد الموت كما هو الشأن في الوصية عندما تنصب على عين معينة من تركة المتوفى ، عكس الخلافة العامة التي لا تنشأ إلا بوفاة السلف [2] .

---

[1] بلحاج العربي ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني ، المصادر الإرادية ، العقد و الإرادة المنفردة ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر 2014 ، ص691.

[2] خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص119.

جدير بالتنويه أنه ليس كل من يتلقى حقا شخصيا من الغير يعتبر خلفا خاصا له في كل الأحوال، و الأمثلة على ذلك عديدة منها مثلا لا يمكن أن يعتبر المستأجر خلافا خاصا للمؤجر، ذلك أن عقد الإيجار حق شخصي للمستأجر و لا يتم بموجبه نقل مالا من ذمة المؤجر إلى المستأجر و بالتالي فالمؤجر مدين للمستأجر، ،أما إذا كان هذا الحق موجودا من قبل في ذمة السلف فإن من يتلقاه يعتبر خلفا خاصا له فالمحال له بالحق الشخصي يعتبر خلفا خاصا للمحيل لأن الحق المحال كان موجود في ذمة الدائن المحيل من قبل، فالحوالة لا تنشأ هذا الحق و إنما تقبله كحق قائم من قبل، و من ثمة يكون المحال له خلفا خاصا للمحيل و ليس دائنا له ، كما يعتبر المتنازل له عن الإيجار خلفا خاصا للمستأجر بسبب انتقال حق المستأجر من قبل المؤجر فهو إذن يتلقى مالا كان قائما في ذمة المستأجر من قبل ، كما لا يعتبر البائع في حالة فسخ أو إبطال عقد البيع للعين المبيعة التي تؤول له ملكيتها خلفا خاصا في ملكية هذه العين ، فالمشتري لا تنتقل إليه الملكية بأثر رجعي لعقد الفسخ أو الإبطال لأنه ببساطة لم يمتلك المبيع أصلا، بمعنى اعتبار العين المبيعة لم تنتقل من قبل إلى المشتري و لا تزال لدى البائع.

الفرع الثاني: مدى انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص:

من المعلوم أن مبدأ الأثر النسبي للعقد هو الذي يحكم آثار العقد و بمقتضاه لا يرتب هذا الأخير التزامات في ذمة الغير كما لا يكسبهم حقوقا كأصل عام كما ذكرنا سابقا ، ما دام هذا الغير لا تربطه أي صلة بطرفيه ، لكن هناك أشخاص هم ليسوا أطرافا في العقد و ليست لهم أية صلة قانونية بأحد طرفي العقد لكن حقوقهم تتأثر بما يرتبه العقد، و هؤلاء هم الخلف الخاص ، لذلك يثار التساؤل بشأن مدى انصراف أثر العقد إليهم [1].

وعليه فالخلف الخاص لا يعتبر خلفا لسلف إلا في الحق الشخصي الذي تلقاه منه ولا شأن له في ما عداه فهو من الغير بالنسبة لتصرفات السلف في غير هذا الحق، فعلى سبيل المثال من اشترى عقار لا شأن له بعقد قرض عقده صاحب هذا العقار ما لم يكن هذا العقار مرهونا كضمان لهذا القرض، كما لا علاقة له بعقد إيجار أجر بموجبه عينا أخرى

[1] زكرياء سرايش ،الوجيز في مصادر الالتزام ،العقد والإرادة المنفردة ،دار هومة للطباعة والنشروالتوزيع بوزريعة الجزائر ، ط 2 ، 2014 ، ص134.

يملكها،وعلى هذا الأساس ينحصر البحث في أثر عقود السلف المتصلة بالحق الذي انتقل إلى الخلف الخاص، كالعقد المتضمن تأجير العقار المبيع قبل بيعه أو عقد تأمين نفس العقار المبرم لدى شركة تأمين ضد أخطار الحريق [1] ، أو عقد التأمين لسيارة بيعت لمشتري أو عقد رهن للسيارة المبيعة .

ففي مثل هذه العقود المتصلة بالشيء يثار التساؤل في مدى انصراف أثر هذه العقود إلى الخلف الخاص بانتقال الشيء إليه، أو أنه من الغير بالنسبة لعقد سلفه فلا تنصرف إليه آثاره.[2]

و في هذا الصدد نصت المادة 109 ق.م.ج على أنه : " إذا أنشأ العقد التزامات وحقوق شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء ، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه" ، و على ذلك فإن مقتضى هذه المادة هو أنه خلافا للأصل العام فإن الخلف الخاص يتأثر بالعقود و الالتزامات التي أبرمها السلف في القانون المدني الجزائري قبل حصول الاستخلاف أي أن وصف الطرف ينتقل إليه [3].

غير أن انصراف العقود التي يبرمها السلف إلى الخلف الخاص لا يكون إلا بتوافر شروط حددتها المادة 109 السالفة الذكر و هي:

أولا: أن يصدر من السلف عقد يتصل بالشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص:

عقد السلف يتصل بالشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص متى كان مكملا له، و يكون كذلك إذا كان من شأنه حفظ ذلك الشيء أو تقويته أو درء الخطر عنه، أو كان من توابعه و ملحقاته، و إذا كان لا يمكن استعمال هذا الحق سوى مالكه ما لم يكن شخص السلف محل

[1] نبيل ابراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام دار الجامعة ، الجديدة ، الازاريطة ، مصر، 2004، ص335.

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

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

اعتبار بالنسبة لهذا الحق، فيلتزم الخلف الخاص بما وافق عليه سلفه كما يلتزم هذا الأخير بعدم منافسة شخص أخر في تجارة ما، و بعد ذلك انتقلت ملكيته للمنشأة التي كان يملكها المعنية بشرط المنافسة، فإن هذا الشرط يتنقل بدوره إلى المشتري الجديد، و في نفس السياق أدرج شرط توزيع قطع الأراضي على مستفيديها باحترام معايير معينة في البناء ، كعدم تجاوز البناء ارتفاع معين، فإذا باع أحد المستفيدين قطعة من هذه القطع انتقل هذا الشرط إلى البائع، وعليه الالتزام به ومن ثم فإن الخلف الخاص يتأثر بالتصرف الذي أبرمه سلفه و لكن الأمر ليس كذلك في كل الأحوال، إذ لا يلتزم من اشترى قطعة أرض بالعقد الذي أبرمه مالكها مع مقاول في البناء لبناء منزل على القطعة التي بيعت و لا يمكن للمقاول أن يحتج بالعقد الذي أبرمه من قبل مع البائع ، كما تكون الالتزامات من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص متى كانت مفيدة في استعماله أو أن تغل اليد في مباشرة بعض حقوق المالك وأن لا يكون في وسعه تنفيذ هذا الالتزام عينا ، كما يجب أن لا تكون شخصية السلف محل اعتبار عند تقرير الالتزام [1].

بناءا على ما سبق تناوله فإن عقد السلف لا يرتب آثاره في مواجهة الخلف الخاص إذ كان لا يتصل بالشيء الذي انتقل إليه، و مثال ذلك كأن يرهن بائع لمسكن مسكن ثان له أو يؤمن عليه من الحريق، فعقد الرهن أو التأمين لا يسري في حق الخلف الخاص مادام لا يتعلق بالمسكن الذي اشتراه و إنما يتعلق بالمسكن الثاني لنفس البائع، لكن إذا كان الرهن أو التأمين يخص العين المبيعة فإن آثارهما يمكنها أن تنتقل إلى الخلف الخاص .

ثانيا: أن يكون العقد الذي أبرمه السلف سابقا على انتقال الشيء إلى الخلف الخاص:

سيتوجب هذا الشرط أن يكون عقد السلف ثابت التاريخ و سابقا عن انتقال الشيء إلى الخلف الخاص ماعدا حالة علم الخلف بتصرف سلفه، بحيث لا يشترط أن يكون عقد السلف

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

ثابت التاريخ إذ يغني العلم عن ذلك [1]. أما إذا أبرم العقد بعد انتقال الشيء إلى الخلف الخاص اعتبر هذا الأخير من الغير بالنسبة للعقد و لا ينصرف أثره إليه [2].

ثالثا :أن يعلم الخلف بالعقد الذي أبرمه سلفه :

ورد هذا الشرط في نص المادة 109 مدني جزائري ومفاده أن الخلف الخاص يجب أن يكون على علم بالحقوق والالتزامات التي رتبها العقد الذي أبرمه سلفه وقت انتقال الحق المتصل به إليه ، وإلا فإنها لا تنتقل إليه، وتتضح أهمية العلم بالنسبة للالتزامات على الخصوص دون الحقوق باعتبارها قيود تنتقل إلى الخلف الخاص ، لذلك فمن العدل أن يكون عالما بها وقت انتقال الشيء إليه ، ويشترط في هذا العلم أن يكون يقينا أي حقيقيا وليس علم افتراضي أو مجرد استطاعة الخلف الخاص العلم بهذه الالتزامات [3]، فلا يجوز للخلف الخاص أن يلتزم بشيء لم يعلم به [4].

والحكمة من ذلك هي تحقق إرادة القبول بما سيؤول إلى الخلف الخاص من التزامات والتي قد تجعله يعدل عنها لو علم بها وقت العقد ، وهي نظرة عادلة أقرها المشرع للخلف الخاص الذي أستوجب العلم بهذه الالتزامات حتى لا يحدث لديه أي الخلف أية مفاجئة لم يكن يتوقعها ولم تكن في حسبانه [5].

رابعا: أن يكون الحق أو الالتزام الذي رتبه السلف من مستلزمات الشيء:

اشترطت كذلك المادة 109 ق.م.ج على أنه حتى يرتب العقد الذي ابرمه السلف أثره في مواجهة الخلف الخاص فإنه يجب أن تكون الحقوق والالتزامات التي أنشأها العقد من مستلزمات الشيء ، ويكون الحق من مستلزمات الشيء إذا كان مكملا له ، ذلك أن الحقوق المكملة للشيء تعتبر من توابعه التي تزيد من منفعة الحق المستخلف فيه أو تدفع الخطر عنه

[1]–دريد محمود علي ، نفس المرجع السابق ، ص 248.

[2]– بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 379.

[3] خليل أحمد حسن قدادة ، المرجع السابق ، ص125.

[4] علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 88.

[5] بلحاج العربي ، أحكام الالتزام ، دراسة مقارنة ،2015، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان الأردن ، ص188.

وحيث أن التابع يتبع الأصل فإنه ينتقل معه ، أما الالتزام فإنه يعتبر من مستلزمات الشيء متى كان محددا له، أي من توابعه وملحقاته بأن يفيد المالك في استعمال سلطاته على ذلك الشيء ، ذلك أن الالتزامات المحددة للشيء إنما تبين في الواقع مدى حقوق السلف عليه مما يجعلها تنتقل بالضرورة إلى الخلف الخاص تطبيقا لقاعدة " لا يستطيع الإنسان أن ينقل إلى غيره من الحقوق أكثر مما يملك " ، أو ما يعبر عنه بأن " فاقد الشيء لا يعطيه " [1] .

أما إذا كان الالتزام لا يحدد الشيء ولا يغير من استعماله فإنه لا ينتقل إلى الخلف ، مثال ذلك عدم انتقال الالتزامات الناشئة من عقد سابق أبرمه بائع عقار مع مقاول للبناء في الأرض التي باعها إلى مشتري هذا العقار [2].

تجدر الإشارة إلى أن عبارة مستلزمات الشيء عبارة عامة ليست كاملة الوضوح و يشوبها بعض الغموض، لذلك اعتبر الفقه الحق من مستلزمات الشيء إذا كان مكملا له ومن الالتزامات إذا كان محدد له [3] ، كما سيتم توضيحه على النحو التالي :

1 ــ الحقوق المكملة للشيء:

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

أ- **أن يكون هذا الحق مكملا للشيء** و يكون كذلك متى كان يخدمه ويحفظه و يقويه أو يدرأ عنه بعض الأخطار و الأضرار التي قد تصيبه في غياب ذلك الحق المكمل .

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

ت- **أن يكون الشيء هو محل الاعتبار في تقرير الحق وليس شخص السلف.** إن المتمعن في هذه الشروط الثلاثة يتضح له أنه لا يعبر سوى عن فكرة واحدة هي تبعية الحق للشيء فالحق المتصل أو المكمل لشيء يعتبر من توابعه، و هو ذلك الحق التابع لشيء موضوع

---

[1] دريد محمود علي ، نفس المرجع السابق ، ص 249.

[2]-مصطفى الجمال- رمضان محمد أبو السعود -نبيل إبراهيم سعد ، مصادر وأحكام الالتزام ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، 2006، ص 220.

[3]- دريد محمود علي ، نفس المرجع السابق ، ص 249.

الاستخلاف ، ومن المعلوم أن التابع أو الفرع ينتقل مع الأصل و ذلك نظرا لارتباطه به ارتباطا وثيقا لا يقبل الانفصال، و الحق التابع للشيء هو الحق الذي يحفظ و يخدم الشيء كما يشكل كفالة لضمان أحسن استغلال له ، مما يجعل ذلك الحق مقررا أساسا له لتعلقه به بغض النظر عن شخص مالكه ، فالمالك وحده هو من يملك حق الاستفادة منه .

و من **أمثلة الحقوق المكملة للشيء :**

- حق الإرتقاق الذي رتبه السلف على الشيء محل الاستخلاف فهو حق مقرر لمصلحة الشيء.
- التأمين الشخصي أو العيني الذي عقده السلف للشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص والذي من شأنه أن يحفظه و يقويه.
- عقد التأمين الذي عقده السلف على الشيء محل الاستخلاف فهذا الحق من شأنه درء الخطر عليه.

في حين لا يعتبر مكملا لشيء عقد مقاولة البناء الذي عقده السلف لمالك الأرض قبل بيعها للخلف ، وعقد وديعة لسيارة في مراب أبرمه مالكها قبل بيعها للخلف، و مثال ذلك كذلك اتفاق مالك قطعة أرض ا مع ب مشتري جزء منها قصد إنجاز محطة لتوليد الكهرباء شريطة تزويده بالكهرباء بسعر منخفض، فالشرط هذا لا ينتقل إلى خلفه الخاص ج لأن الاتفاق يخص الشخص أ فقط [1].

2 ــ الالتزامات المحددة للشيء:

كما يكون الالتزام من مستلزمات الشيء متى تحققت فيه الشروط الثلاثة التالية :

أ- أن يكون مقيد لاستعمال الشيء

ب- أن يكون التزاما لا يمكن تنفيذه إلا من طرف الخلف الخاص .

ت- أن يكون الشيء هو محل الاعتبار في إنشاء الالتزام لا شخص السلف [2]. .

ومن **أمثلة الالتزامات المحددة لسلطات المالك على الشيء ما يلي :**

- التزام صاحب المتجر بعدم المنافسة في سلعة معينة.

[1]– محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 144.

[2] زكريا سرايش ، نفس المرجع السابق ، ص139 .

- التزام رب العمل بغلق منشأته يوما محددا في الأسبوع.
- التزام صاحب المصنع بعدم تصدير منتجاته .
- التزام السلف بعدم ممارسته نشاط معين في عقار يملكه حيث ينتقل هذا الالتزام إلى الخلف الخاص .

كما أنه هناك من الالتزامات ما ينصرف إلى الخلف الخاص إذا لم يكن له وصف التكليف العيني ، مثال ذلك الحقوق أو الديون المتعلقة بنشاط البائع في متجره و كذلك ديون رب العمل المتعلقة ببناء العقار المستحقة لمقاول البناء، وعقود العمل المبرمة مابين صاحبها وعماله ، وذلك قصد حماية مصلحة العمال [1].

و للقاضي سلطة تكييف الحقوق و الالتزامات التي تعتبر من مستلزمات الشيء ما لم يكون هناك نص صريح بذلك، مثل ما ورد في نص المادة 243 ق.م.ج و التي تنص على أنه: " تشمل حوالة الحق ضماناته كالكفالة و الامتياز و الرهون ورهن الحيازة كما تشمل ما حل من أقساط "[2].

المبحث الثالث: أثر العقد بالنسبة للدائنين العاديين و الغير:

لقد اختلف الفقهاء حول تحديد الطائفة التي ينتمي إليها الدائنون العاديون ، فالبعض منهم اعتبرهم من الخلف العام مما يترتب عنه اكتسابهم حقوقا من العقود التي يبرمها المدين ويقع على عاتقهم تحمل الالتزامات ، واعتبرهم البعض الأخر من الفقهاء بأنهم خلفا خاصا والوضع هذا يؤدي إلى نفس النتيجة السابقة على خلاف أن حق الدائن لا ينتظر وفاة المدين لاستيفائه ، كما اعتبرهم فقهاء أخرون بأنهم من الغير ، مما يؤدي إلى استبعادهم كلية وعدم انصراف أثر العقود التي أبرمها المدين إليهم وتقرر حمايتهم استنادا لمبدأ نسبية العقد [3] ، لذلك سنتناول في هذا المبحث أثر العقد بالنسبة للدائنين العاديين في المطلب الأول ، وفي المطلب الثاني أثر العقد بالنسبة للغيــر.

---

[1] محمد حسام محمود لطفي ، النظرية العامة للالتزام ، المصادر ، الأحكام ، الإثبات ، القصر للطباعة والدعاية والإعلان ، القاهرة ، مصر 2008 ، ص144.

[2] علي فيلالي ، نفس المرجع السابق ، ص435.

[3]– زواوي فريدة ، نفس المرجع السابق ، ص 49.

المطلب الأول:أثر العقد بالنسبة للدائنين العاديين:

نتعرض في هذا المطلب إلى أثر العقد بالنسبة للدائنين العاديين لنبين من خلاله أثار العقد بالنسبة للدائنين العاديين باعتبارهم من الخلف في الفرع الأول، ومدى انصراف اثر العقد إلى الدائنين العاديين باعتبارهم من الغير.

الفرع الأول : أثر العقد بالنسبة للدائنين العاديين باعتبارهم من الخلف :

لقد انقسم الفقه بشأن اعتبار الدائنين العاديين من الخلف من عدمه، فمن الفقهاء من يرى أنهم يعتبرون من الخلف العام لأن لهم حق الضمان العام على جميع أموال المدين، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة 188 ق.م.ج على أنه: "أموال المدين جميعا ضامنة لوفاء ديونه" من مقتضيات هذه المادة يتضح أن كل تصرف يبرمه المدين على أمواله ينصرف إلى دائنيه، في حين يرى فريق أخر أن الدائنين يعتبرون خلفا خاصا للمدين، فالدائن يتأثر بالتصرفات التي يبرمها المدين ، لكن تأثرا غير مباشر فتصرف المدين الذي يدخل حقا إلى ذمته أو يرتبه التزاما ينعكس بالإيجاب في حالة حصول الدائن على حق من الحقوق إذ تزيد بنسبة استيفائه لديونه و ينعكس بالسلب في حالة ما إذا رتب العقد التزام في ذمة المدين، إذ تنخفض الأموال الضامنة لدينه، و بناء عليه فإن المشرع حماية لحقوق الدائنين في الضمان العام أقر لهم وسائل قانونية والمتمثلة في حق رفع إحدى الدعوى الثلاث و هي الدعوى غير المباشرة L,Action Oblique و التي بموجبها يرفع الدائن نيابة عن مدينه لإدخال حق تقاعس عنه المدين في الضمان العام (المادة 189 ، 190 من ق.م.ج) و الدعوى البوليسية Action Paulienne للطعن في تصرفات المدين التي تنطوي عن غش منه نحو الدائنين حتى لا تصبح نافذة (المادة 191 من ق. م) و الدعوى الصورية Action en simulation، في حالة قيام المدين بتصرف كاذب للإنقاص من الضمان العام (المادة 198، 199 ق.م.ج) [1] ، و كذا

[1] علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون الجزائري ، الطبعة 8 ، 2008 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ، ط8 ،2008 ، ص88.

الحق في الحبس droit de rétention، الذي يثبت للدائن في أن يمتنع عن تنفيذ التزامه بتسليم شيء إلى غاية أن يستوفي حقوقه من لدن المدين (المادة 200 من ق.م.ج) .[1]

زيادة على الوسائل القانونية السالفة الذكر التي تكفل للدائن المحافظة على أموال الضمان العام، له كذلك حق المطالبة بإشهار عسر المدين متى كانت أمواله لا تكفي لتسديد ديونه المستحقة الأداء، و ذلك حتى يتسنى للدائن التنفيذ عليها [2] ، يستخلص مما سبق أن الدائن لا يعد لا خلفا عاما و لا خاصا و بالتالي لا يخلف المدين في الحقوق و الالتزامات المترتبة عليه، لكنه يتأثر بها باعتبار أن تصرفات المدين تؤثر على أموال الضمان العام الكفيلة لديون الدائنين[3]، لما يحدثه من إنقاص في حقوق المدين كنتيجة لتصرفاته التي تضيف ديون جديدة على عاتقه، مما يؤدي إلى انخفاض في ذمته المالية .

جدير بالتنويه أن العقود التي يبرمها المدين و التي لا يسري مفعولها في حق الدائنين هي العقود الحقيقية التي لا تهدف إلى الإضرار بدائنيه، أما إذا كانت تلك العقود ما هي إلا عقود صورية وكان الغرض منها خروج المال من ذمة المدين، ففي هذه الحالة للدائن حق الطعن في هذه العقود بدعوى الصورية و التمسك بالعقد المستتر .

---

[1] المادة 200 من ق.م.ج :" لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ترتب عليه وله علاقة سببية وارتباط بالتزام المدين ، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا .

ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء ، حتى يستوفي ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع."

[2] بلحاج العربي ، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ،2015، ص 381.

[3] أمجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن ، 2009، ص188.

أما إذا كان تصرف المدين يلحق أضرار بدائنيه من خلال إبرام عقد بهدف الغش و التواطؤ ، فهنا من حق الدائن الطعن في هذا العقد بدعوى عدم النفاذ (الدعوى البوليسية) وفقا للمادة 191 ق.م.ج ، و ذلك حتى لا يصبح العقد نافذا في حقه [1].

أولا: مدى انصراف أثر العقد إلى الدائنين العاديين باعتبارهم خلفا عاما:

يرى بعض الفقهاء ومنهم LACANTINERIE BAUDRY أن الدائن العادي يعتبر خلفا عاما للمدين، وذلك نظرا لوجود تشابه بين الدائن العادي وبين الوارث (الخلف العام) ، فالوارث يتلقى من المدين ذمته المالية، في حين ينصب حق الدائنين العاديين على أموال المدين لكونها ضمانا عاما للوفاء بالدين ، وعلى ذلك فهم يتأثرون بجميع العقود التي يجريها المدين والتي تؤدي إلى الإنقاص أو الزيادة فيها هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن التركة توزع على الموصى لهم بجزء شائع من التركة دون أن يكون لأحد منهم حق الأولوية على الأخر تبعا لتاريخ الوصية ، وهو الأمر نفسه بالنسبة للدائنين ، إذ يتقاسمون مال المدين فيما بينهم قسمة غرماء عندما تكون حقوقهم مستحقة الأداء دون أن يتقدم أحدهما على الأخر تبعا لتاريخ الوصية، مما يجعل الدائنين في وضعية مشابهة تماما للخلف العام.

ويخلص بوردي لاكانتينري LA CANTINERIE – BAUDRY إلى أن حق متابعة الدائن العادي للمدين عن طريق الدعوى غير المباشرة بموجب المادة 1166 من القانون الفرنسي، والدعوى البوليصية وفقا للمادة 1667 من نفس القانون، لا يتناقض مع وصفه خلفا عاما، فالدعوى غير المباشرة تشكل تطبيقا لقاعدة أن العقد يستفيد منه الخلف العام للمتعاقدين،أما إذا طعن الدائن بالعقد عن طريق الدعوى البوليصية ضد تصرفات المدين الضارة بالدائن نتيجة الغش، فهنا لا يعتبر الدائن العادي خلفا للمدين، وإنما يكتسب صفة الغير

[1]–المادة191 من ق.م.ح :" لكل دائن حل دينه وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه ، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره ، وذلك متى توافر أحد الشروط المنصوص عليها في المادة التالية".

نتيجة لهذا الغش وبالتالي له حق الطعن في العقد استنادا إلى مبدأ نسبية أثر العقد التي لا تجيز أن يضر العقد بالغير [1].

ثانيا: مدى انصراف أثر العقد إلى الدائنين العاديين باعتبارهم خلفا خاصا :

ذهب فريق من الفقهاء الفرنسيين إلى اعتبار الدائن العادي خلفا خاصا للمدين وبالتالي فإن أثار العقود التي يبرمها مدينه تنصرف إليه مثل ما تنصرف إلى الخلف الخاص تماما.

ومن أنصار هذا الرأي لابورد لاكوست LABORDE – LACOSTE والذي يرى أن حق الدائن العادي مستحق الدفع فورا ولا ينتظر إلى حين وفاة المدين، لذلك فهو خلف خاص وليس بخلف عام لا تنتقل إليه حقوق سلفه إلا بعد الوفاة، كما أن حق الدائن بحسب رأيه هو حق عيني وليس حق شخصي ولا يوجد لديه تفرقة أساسية بينهما، وحتى نجد التشابه بين كلا الحقين علينا فقط أن لا ننظر من زاوية علاقتهما بالشيء، إذ هي مباشرة للحق الشخصي ، بل علينا أن ننظر إليهما بالنسبة للأشخاص، ومن خلال ذلك يتضح أن كل من الحقين يقابله التزام وراءه شخص مدين به، وهذا المدين هو ذلك الشخص المعين في الحق الشخصي وغير معين بالنسبة للحق العيني، إلا أنه يمكن تعيينه بالنظر لعلاقته بالشيء وهنا تضيق التفرقة بين الحقين ، كما يمكن القول بان الدائن له حق عيني على عين أو أعيان مدينه، إلا أن الرأي الغالب يرى أن هذه الفكرة مجردة لأنه لا يمكن إعطاء الحق الشخصي والحق العيني نفس المفهوم.

كما أن أصحاب فكرة الدائن العادي خلف خاص لمدينه استندوا في رأيهم هذا برأي BANNECASE والذي يرى أن الدائن العادي ليس بخلف عام ولو كان كذلك لما كان له الحق في إدارة ذمة مدينه المالية قبل أن يكون الدين مستحق الأداء ، بل له فقط حق في عنصر من أصول هذه الذمة مساو لقيمة دينه فقط ، إضافة إلى ذلك فإن وضعية الدائن تشبه وضعية الخلف الخاص إذ لا يقف موقفا سلبيا أمام تصرفات مدينه ، بل له الحق في ظل القانون الفرنسي في تتبع سفينة مدينه مادام المتصرف إليه لم يبحر بها لحسابه، والأمر كذلك

[1] صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، دراسة مقارنة في النظرية العامة للالتزام ، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان الأردن ،2001 ص 136 وما بعدها .

بالنسبة لدائن التاجر إذ له حق تتبع المتصرف إليه بالمحل التجاري وذلك وفقا لأحكام المادة 190و193 من القانون التجاري الفرنسي، ولكن يبقى حق التتبع الممنوح للدائن العادي استثناءا من القاعدة التي تقضي بمنح هذا الحق للدائن المرتهن دون سواه، كما أن BANNECASE دعم رأيه كذلك بما ورد في القانون الفرنسي بخصوص الحق في الحبس،إذ أصبح بفضله حق الدائن متعلقا بمال معين للمدين وبذلك يكون مثل الخلف الخاص[1].

ثالثا : مدى انصراف أثر العقد إلى الدائنين العاديين باعتبارهم فئة ثالثة للخلف:

يرى جانب من الفقه أن الدائنين العاديين خلف للمدين دون أن يبين طبيعة هذا الخلافة، بمعنى هل الدائن العادي خلف عام أم خلف خاص ومن هؤلاء بودان BAUDANT والذي يرى أنه مادام الدائنون العاديون خلفاء للمدين فلا يمكن اعتبارهم من الغير بالنسبة للاتفاقات التي يبرمها المدين، وفي نفس السياق أضاف WEILL أن الدائن العادي خلف موضحا أنه ليس خلفا عاما وليس خلفا خاصا، وإنما يمثل فئة ثالثة للخلف لا سيما وأنه يجمع بين خصائص تخص الخلف العام وأخرى تخص الخلف الخاص ، ومن ثم فإن مبدأ نسبية أثر العقد لا تنطبق عليه ، زيادة على ذلك فإن المدين العادي يتأثر بالتصرفات التي يبرمها مدينه مادامت تؤثر بالسلب أو بالإيجاب على ذمته المالية وعلى حق الضمان العام الذي يتمتع به الدائن، ويباشر الدائن العادي حقوق المدين عن طريق الدعوي غير المباشرة والتي هي بحسب WEILL نتيجة طبيعية ومنطقية للضمان العام الممنوح للدائن.

كما يعتبر WEILL الدائن العادي من الغير وليس بخلف وذلك عندما يقيم دعوى بوليصية ليطعن في عقد أبرمه المدين بنية الغش، لأن إقامة الدعوى لا يكون إلا إذا كان صاحبها من الغير بمعنى شخص يرفض الالتزام بأثر العقد الذي أبرمه المدين، أي شخص يطالب بتطبيق مبدأ نسبية أثر العقد [2].

[1] زواوي فريدة ، المرجع السابق ، ص53.

[2] صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان الأردن، 2001، ص 142.

خلاصة القول أن الدائن العادي لا يمكن اعتباره خلفا عاما أو خلفا خاصا على اعتبار أن الخلف العام هو من يتلقى من سلفه كل أو بعض من الحقوق والالتزامات كمجموعة من الأموال ويتأثر بما أبرمه سلفه إيجابا أو سلبا من خلال ما ينصرف إليه من أثار ناجمة عن هذا العقد، وتجعل منه دائنا أو مدينا بحسب التصرف الذي أجراه سلفه ، لكن الأمر مختلف تماما بالنسبة للدائن لأن أثر العقد الذي يبرمه المدين لا تنصرف على النحو الذي تنصرف فيه إلى الخلف وإن كان يحتج عليه ، والواضح أن الفارق كبير بين كل من انصراف العقد وبين الاحتجاج به ، إذ يعني انصراف اثر العقد إلى الشخص انصراف القوة الملزمة للعقد إليه بمعنى أن أثر انصراف العقد تسري في حقه كما تسري أحكام القانون تماما ، في حين أن الاحتجاج بالعقد يقصد به عدم إمكانية إنكاره [1].

الفرع الثاني: أثر العقد بالنسبة للدائنين العاديين باعتبارهم من الغير:

إن الاختلافات الفقهية التي وقعت بشأن تحديد الطائفة التي ينتمي إليها الدائنين العاديين والتي يترتب *عليها* مدى انصراف آثار العقود التي يبرمها مدينهم ترجع إلى الخلط بين مفهوم مبدأ الأثر النسبي للعقد ونفاذ العقد ، إذ أن المفهوم الأول شيء والمفهوم الثاني شيء أخر رغم ارتباطهما، فعقود المدين غير ملزمة لدائنه لكنها نافذة في مواجهته متى استوفت الشروط المقررة لها قانونا ، وعلى الرغم من أن الدائن ليس خلفا عاما وليس خلفا خاصا للمدين إلا أنه يتأثر بالتصرفات التي يجريها هذا الأخير باعتبارها تنقص من حقوق الدائن (الحق في الضمان على جميع أموال المدين) ، وتزيد من التزاماته ، وبالتالي النقص أو الزيادة في ذمته المالية، وبناء عليه فإن الدائنين العاديين يعتبرون من الغير ولا تحملهم العقود التي يبرمها المدينين لهم أي التزاما كما لا تكسبهم أية حقوق [2].

لذلك منحهم المشرع وسائل قانونية تمكنهم حفظ مالهم من ديون لدى مدينهم، فإذا كانت تصرفات المدين ضارة بدائنه أجاز القانون للدائن الطعن في العقد الذي يجريه المدين لهظم حقوقهم عن طريق دعوى يرفعها الدائن ضد المدين و من تعاقد معه تواطئا ، كما له حق

---

[1] شريف الطباخ ، التعويض عن الإخلال بالعقد ، التطبيق العملي للمسئولية المدنية ، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع ، المنصورة ، مصر ، ط 2008، ص 57.

[2] زواوي فريدة، المرجع السابق، ص54.

تحصيل ديونه لدى المدين برفع دعوى باسمه ضد مدين مدينه لما يعرف بالدعوى المباشرة وللدائن كذلك حق الطعن بصورية التصرف تمسكا بالعقد المستتر متى كان العقد الذي يبرمه المدين كذلك، فعلى سبيل المثال في هذه الحالة الأخيرة لو باع شخص لأخر عقار يملكه بمقتضى عقد ظاهر ثم أثبت أنه باعه بعقد خفي إلى شخص أخر و لجأ الدائن إلى توقيع الحجز على العقار المبيع لتحصيل ديونه المستحقة الأداء، فلا يمكن للبائع أن يحتج بالعقد الخفي المبرم بينه و بين المشتري لأن العقد المبرم مع المشتري هو عقد مستتر لا قيمة له و لا مجال لتعطيل إجراءات الحجز الجارية على العقار المعني و يبقى مشتري العقار من ضمن الأشخاص الثالثين، وله كذلك الحماية القانونية المقررة لدائنين [1] .

و على ذلك فإن التشابه الملحوظ بين الدائن العادي و الخلف عموما طبقا لرأي الباحث veaux عند هذا الحد ومنه فالدائن ليس خلفا عاما و لا خاصا، لأن الخلف العام تنتقل إليه ذمة سلفه فيلتزم بما أنشأه هذا السلف من التزامات ، كما تنتقل بعض الحقوق و الالتزامات إلى الخلف الخاص نتيجة لتصرفات سلفه كذلك، لكن الدائن غير معني تماما بتصرفات المدين بل كل ما في الأمر أنه يتأثر بوجود العقد لأنه حجة عليه و لكنه من الغير بالنسبة للأثر الملزم للعقد، فالأثر الذي أبرمه مدينه لا يجعله دائنا أو مدينا كما هو الشأن بالنسبة للخلف العام أو الخلف الخاص ، كما يضيف الباحث veaux بأن صفة الغير الحقيقية للدائن تتجلى بالخصوص عندما لا يتعلق بانتقال أثر العقد الذي يبرمه المدين إليه و إنما يتعلق الأمر بحجية المركز القانوني الناشئ عن العقد، و هذه الحجية تخص الجميع و لكن بالنسبة لدائن فلهذه الحجية أهمية خاصة مما جعله يحظى بحماية قانونية لضمان حقه [2].

المطلب الثاني: أثر العقد بالنسبة للغير:

يقتضي مبدأ الأثر النسبي للعقد بأن آثار العقد كأصل عام لا تنصرف إلى غير المتعاقدين فالعقود لا تضر و لا تنفع إلا من أبرمها [3]، وهو ما أكدته المادة 113 من ق.م.ج

[1] محمد رياض نعمان، إلزامية العقد، دراسة مقارنة ، مكتبة زين الحقوقية والأدبية ،طريق صيدا القديمة ، لبنان ، ط 1 ، 2010، ص 105.

[2] صبري حمد خاطر ، المرجع السابق ، ص 144.

[3] فاضلي ادريس ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، ص140.

والتي قضت بأن العقد لا يرتب التزاما في ذمة الغير كأصل عام، لكن يمكنه على سبيل الاستثناء أن يكتسب حقا، و لتوضيح أثر العقد بالنسبة للغير قسمنا هذا المطلب إلى أربعة فروع نبحث في الأول المقصود بالغير، و في الثاني عدم الاحتجاج بالعقد في مواجهة الغير،أما الفرع الثالث فتناولنا فيه مدى انصراف أثر العقد إلى الغير، و خصصنا الفرع الرابع لحجية العقد بالنسبة للغير .

الفرع الأول : المقصود بالغير :

لقد أثارت كلمة الغير جدلا لدى القانونيين إذ تفاوتت مضامينها لاسيما من حيث تحديد المصطلح القانوني للغير الذي يسمى بالفرنسية le tiers و يطلق عليه باللاتينية مصطلح penitus extanéa فهي تختلف من موضوع إلى أخر ، فالغير عند انصراف أثر العقد يختلف معناه عن الغير في شهر العقد و كذا في ثبوت تاريخه أو في حالة صوريته، و من ثم فالغير في مجال نفاذ العقد هو ذلك الشخص الذي لم يكن طرفا فيه يوم أبرمه بصفة شخصية أو بواسطة ممثل ، كما يعتبر من الغير من لا يعتبر خلفا عاما أو خلفا خاصا للمتعاقدين إلا أنه في بعض الأحيان حتى الخلف العام أو الخلف الخاص يصبح من الغير بالنسبة للعقود التي يبرمها السلف، كعقد الوصية و تصرف المريض في مرض الموت ،إذ لا تسري مثل هذه التصرفات في حق الخلف العام إلا في حدود معينة، كما يعتبر كذلك الخلف الخاص من الغير إذا لم تنصرف آثار العقد وفقا لشروط محددة لانتقال الشيء إلى الخلف الخاص فلا تنصرف آثار العقد إليه إذا لم يكن العقد الذي أبرمه السلف سابقا على انتقال الشيء إليه، أو لم يكن الحق أو الالتزام الذي رتبه السلف من مستلزمات الشيء، بمعنى أنه غير مكملا أو غير محدد للشيء، أو كان لا يعلم بالعقد الذي أبرمه سلفه ، كما أن الدائنين العاديين للمدين هم كذلك من الغير، فلا تكون التصرفات الضارة لهم نافذة في مواجهته، و بإمكانهم تجاهلها عند المطالبة بحقوقهم المترتبة على المدين [1].

[1] محمد حسين منصور ،مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة ،الدار الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 2000 ، ص 296.

لذلك كله فإن المقصود بالغير عند العقد هو كل من لم يكن طرفا فيه ولا خلفا عاما أو خاصا لأحد المتعاقدين ويسمى بالغير الأجنبي أصلا عن العقد ومن ثمة لا تنصرف أثاره إليه[1].

الفرع الثاني : عدم احتجاج بالعقد في مواجهة الغير

تنص المادة 113 ق.م.ج على أنه:"لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا"، يتضح من نص هذه المادة أن الغير المعني بأحكام العقد هو ذلك الشخص الذي لم يكن طرفا في العقد من جهة، و لا خلفا عاما أو خاصا لأحد المتعاقدين من جهة أخرى، و هو ما يعرف باسم الغير الأجنبي أصلا عن العقد، و من ثمة فلا يرتب العقد في حقه أي حق و لا التزام، ومن أمثلة ذلك عقد الصلح المبرم بين الدائن و أحد الورثة ، فهو لا يسري في حق بقية الورثة، و كذا العقد الصادر من أحد الشركاء في الشيوع فلا يتقيد به بقية الشركاء إلا في حدود الفضالة ، ومنه كذلك عقد بيع ملك الغير فإنه لا يسري في حق المالك الحقيقي مادام أنه لم يكن طرفا فيه [2].

لذلك فإن المنطق القانوني مع مبادئ الحرية الفردية يتفقان أن أثر العقد سواء كانت حقا أو التزاما لا تنصرف إلى الغير، كما لا يجوز لأطراف العقد أن يحتجوا به لمطالبة الغير بتنفيذ التزام يترتب عليه، و في نفس الوقت لا يجوز للغير أن يتمسك بهذا العقد ليدعي حقا نشأ له عنه [3] ، فالأصل هو نسبية أثار العقود بمعنى أنها ترتب آثارها تجاه عاقديها ومن يمثلونهم من خلف عام و خلف خاص و بشروط معينة، و يتأثر بها الدائنون لما ترتبه من زيادة في الضمان العام أو نقصه لمدينهم ، أما غير هؤلاء – الغير– فلا يرتب لهم العقد في الأصل حقا و لا يحملهم التزاما، وبالتالي فالعقود لا تضر و لا تنفع إلا عاقديها و لا تجعل من الغير دائنا أو مدينا، فلا التزام للغير في تنفيذ بنود العقد ولا يملك كذلك الغير حق المطالبة

[1] محمد صبري السعدي ، نفس المرجع السابق ، ص328.

[2] أحسن زقور ، المرجع السابق ، ص81.

[3] بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ،الجزء الأول ، الطبعة السادسة ،ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر ، 2008، ص 214.

بتنفيذه [1]، و حيث أن لكل قاعدة استثناء لذلك فإن قاعدة نسبية أثار العقد ليست طليقة في كل الأحوال، إذ أنها أكثر إطلاقا في شقها السلبي منه في شقها الإيجابي، وهو ما أكدته المادة 113 من ق .م .ج بنصها على أنه : " لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير و لكن يجوز أن يكسبه حقا " يتبين من نص المادة في شطرها الأول التأكيد على أن قاعدة الأثر النسبي للعقد تكاد تكون مطلقة و مشيرة في نفس السياق إلى تطبيق لها من الجانب السلبي، و المقصود هنا عقد التعهد عن الغير، لكن الاستثناءات الواردة عن قاعدة الأثر النسبي للعقد في جانبها الإيجابي أي اكتساب الغير حقا من عقد لم يكن طرفا فيه أكثر عددا من تلك الواردة من الجانب السلبي منها بمعنى ترتيب التزامات على الغير، و مرد ذلك أن اكتساب الغير حقا من عقد أجنبي أصلا عنه كاستثناء يتوافق و المنطق القانوني، إذ أن هذا الغير لا يرى حرجا في اكتساب حق ما من عقد هو أجنبي عنه، لأن ذلك يزيد من ذمته المالية ويعود عليه بالمصلحة،زيادة على أن هذا الحق المكتسب لفائدته كان بإرادة طرفي العقد وما هو في واقع الحال إلا تطبيقا لمبدأ الأثر النسبي باعتباره نابع من إرادتيهما المشتركة ، لكن الحال ليس كذلك بالنسبة للاستثناء في جانبه السلبي أي تحميل الغير التزاما ناجما عن عقد أجنبي عنه وبالتالي لا يمكن إلزامه بما ورد في عقد لا علاقة له به لا من قريب و لا من بعيد [2].

جدير بالملاحظة أن قاعدة العقد لا تضر الغير هي الأخرى ليست بلا قيود في كل الأحوال ، إذ ترد عليها استثناءات و إن كانت قليلة ، منها الاستثناء المتعلق بالصلح مع التاجر المفلس، إذ يسري هذا الصلح على جميع الدائنين بما فيهم من لم يوافق عليه، و كذلك العقود الجماعية للعمل إذ تسري أحكامها على الجميع حتى من لم يوافق عليها، و استثناءات أخرى نص عليه القانون لاعتبارات العدالة و حفاظا لاستقرار التعاملات، فالعدالة قد تقضي إعطاء الغير حق رفع دعوى مباشرة باسمه الشخصي و لحسابه الخاص و دون المرور بالشخص المدين ضد شخص لا تربطه به أية علاقة تعاقدية و هو مدين مدينه، مطالبا إياه بتنفيذ التزام كان من الواجب أن ينفذ في حق المدين به و هو الذي تم إبرام العقد معه باعتبار أن الأصل في العقد أن آثاره لا تنصرف إلى غير المتعاقدين، و بناءا على ذلك فإن الدائن له أن يرجع

[1] محمد حسين منصور، نفس المرجع، ص297.

[2] أنور سلطان ، المرجع السابق، ص 211 .

على مدينه و مدينه يرجع على مدينه و هكذا، فمثلا في حالة ما إذا لم يلتزم مستأجر بالتزام ما ناجم عن عقد إيجار يستوجب من المؤجر الرجوع على المستأجر، و هذا الأخير يرجع على المستأجر من الباطن، ونفس الشيء بالنسبة لدعوى العمال و المقاولين من الباطن، لكن المشرع خرج عن هذا الأصل إذ منح دعوى مباشرة للدائن يتسنى له من خلالها مباشرة رفع دعوى ضد مدين مدينه لاستيفاء حقه من لدن مدينه، و هو ما كرسه المشرع الجزائري في عدة تطبيقات للدعوى المباشرة ،منها منح دعوى للمؤجر على المستأجر من الباطن وقت أن ينذره المؤجر (المادة 507 ق.م.ج)، و كذلك دعوى العمال و المقاولين من الباطن (المادة 565 ق.م.ج) ، لذلك اعتبرت الدعوى المباشرة استثناءا من مبدأ عدم انصراف أثر العقد إلى الغير، إذ تخول هذه الدعوى الدائن للمطالبة بحق ناشئ عن عقد أجنبي عنه، فالعقد الذي أنشأ حق للمدين امتد أثره إلى دائنه فاكتسب حقا مباشرا منه، و على ذلك اعتبرت الدعوى المباشرة بمثابة امتياز للدائن لا يمكن له استعماله إلا في الحدود التي أقرها القانون [1].

الفرع الثالث : مدى انصراف أثر العقد إلى الغير :

من المعلوم أن الأصل في العقد لا ينشأ حقوقا للغير ، كما لا يرتب تجاهه أي التزامات، إذ أن أثره تنصرف إلى المتعاقدين ومن يمثلانه و خلفهما ، لكن يصبح في بعض الحالات الخلف الخاص أو الخلف العام من الغير .

أولا : حالة اعتبار الخلف الخاص من الغير :

يعتبر الخلف الخاص من الغير بالنسبة للعقود التي يبرمها سلفه متى كانت هذه العقود لا تتصل بالشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص، أو كان ذلك الحق أو الالتزام الذي رتبه السلف ليس من مستلزمات الشيء، بمعنى ليس مكملا له ، و كذلك إذا كان لا يعلم بذلك العقد الذي أبرمه السلف و المتعلق بالشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص ، كما يعتبر هذا الأخير من الغير بالنسبة لثبوت التاريخ ، فلا يحتج عليه إلا بالعقود الثابتة التاريخ قبل انتقال الشيء

[1] محمد صبري السعدي، نفس المرجع السابق ، ص329.

إليه، و لا يحتج عليه كذلك بالعقد الصوري ، لأنه يعتبر من الغير بالنسبة لهذا العقد، و في هذه الحالة له أن يختار بين العقد الظاهر و العقد الصوري [1].

ثانيا: حالة اعتبار الخلف العام من الغير :

الأصل العام أن للمورث كامل الحرية في التصرفات التي يجريها على أمواله و هو على قيد الحياة شريطة أن لا تتعارض تلك التصرفات مع النظام العام والآداب العامة، لكن المشرع حماية للحق الشخصي للخلف العام في تركة المورث، منحه حقوقا ليتصدى للتصرفات الضارة لمورثه و هو على قيد الحياة، فيصبح عندها الخلف العام من الغير إزاء هذه التصرفات، إذ قد يعمل المورث إلى إبرام عقود تؤثر سلبا على ذمته المالية ، كأن يتصرف و هو في حالة مرض الموت أو يبرم عقد يمتد سريانه إلى ما بعد موته كأن يوصي ببعض أمواله إلى أحد ورثته فقط، أو إلى شخص أخر[2] ، فعلى سبيل المثال قد يبيع شخصا و هو في مرض الموت عينا تزيد قيمتها عن ثلث التركة إما لأحد الورثة أو لشخص أجنبي عنه، ففي هذا المثال الوارث الذي اشترى العين المبيعة يعتبر من الغير، ومن ثم لا يكون العقد المذكور نافذا في حقه إذا زاد عن ثلث التركة، ما لم يجيزه باقي الورثة ،كما يعتبر العقد هنا وصية وليس عقد بيع، و يترتب عن ذلك أن أحكام الوصية هي التي تسري على العقد وعلى الورثة أن يثبتوا بكل الطرق القانونية أن تصرف مورثهم صدر فعلا و هو في مرض الموت فإذا أثبتوا ذلك اعتبر التصرف على سبيل التبرع[3].

تجدر الإشارة إلى أن أحكام القانون المدني تقضي كأصل عام أن الذمة المالية للوارث كاملة من حقوق والتزامات تؤول إلى الوارث، و بهذا المفهوم فهو يمثل الخلف العام، لكن الأمر ليس كذلك في قانون الأسرة فأحكام هذا الأمر تقتضي أن التركة لا ينتقل منها إلى الخلف العام (الورثة) إلا الحقوق دون الالتزامات و ذلك تطبيقا لقاعدة فقهية مشهورة

---

[1] زواوي فريدة ، المرجع السابق ،ص 60.

[2] بدري جمال ، الخلف العام بين القانون المدني وقانون الأسرة ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، عدد 2010/01، جامعة الجزائر كلية الحقوق بن عكنون ، الجزائر، ص167.

[3] بلحاج العربي ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء 02، المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2014، ص 690.

" لا تركة إلا بعد سداد الديون " ، ومقتضى هذه القاعدة يفيد أن الالتزامات المترتبة على المورث قيد حياته لا تنتقل إلى خلفه بعد وفاته بل تبقى في التركة حتى تنقضي، وبعد أن تصبح التركة خالية منه تنتقل إلى التركة، بمعنى أن الخلف العام لا تنتقل إليه من ذمة سلفه إلا الحقوق فقط فهو يستفيد من جانبها الإيجابي دون السلبي أي تحمل الالتزامات، لذلك فهو ليس خلفا عاما لمورثه، إذ أن الوارث بهذا المعنى لا يحل محل سلطة المورث مادام لا يتحمل بدلا عنه الالتزامات المترتبة عليه، فهو إذن أجنبي عن السلف خصوصا و أنه لا يتمسك بحق المورث بل يتمسك بحقه الشخصي في التركة المكفول قانونا، و في هذا قال الأستاذ الدكتور علي فيلالي : "أن الوارث أجنبي عن السلف إذ يتمسك بحقه الشخصي و ليس بحق السلف " إن هذا الوضع يجعل انصراف أثر العقد للخلف أمرا غير وارد، لأن الوارث يتمسك بحقه الشخصي لا بحق السلف[1].

الفرع الرابع : حجية العقد بالنسبة للغير :

إن مبدأ الأثر النسبي للعقد يقتضي انصراف أثر العقد إلى عاقديه دون غيرهما، ولا يجعل من الغير دائنا أو مدينا، لكن على الرغم من ذلك يبقى العقد كواقعة اجتماعية لا يمكن للغير تجاهلها أو إنكار وجودها، كما يعتبر حجة عليه من جهة، و للغير أن يتمسك بالعقد كواقع اجتماعي في مواجهة العاقدين و سند إثبات يحتج به فيما يراه مناسبا لحماية حقوقه من جهة أخرى [2] .

و تظهر حجية العقد باعتباره واقع اجتماعي أحيانا في ثلاثة مظاهر، أولها حجية المتعاقدين بالعقد الذي أبرموه اتجاه الغير، و ثانيها حجية الغير اتجاه المتعاقدين، و ثالثها حجية الغير اتجاه الغير فالمظهر الأول لا علاقة له بمبدأ القوة الملزمة للعقد، إذ تعتبر حجية المتعاقدين بعقدهما اتجاه الغير مجرد حجية صالحة للإثبات، إذ للمتعاقدين أو للقاضي الاستعانة بالعقد كسند يتضمن معلومات لدعم فرضيتهما أو لبناء قناعتهما، أما المظهر الثاني

[1] بدري جمال ، الخلف العام بين القانون المدني وقانون الأسرة ، مقال نشر في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية و السياسية ،عدد2010/01،جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، بن عكنون ، الجزائر، ص170.

[2] محمد حسين منصور ، نفس المرجع السابق ، ص298.

و هو حجية الغير اتجاه المتعاقدين فلا ترتبط هي الأخرى بالقوة الملزمة للعقد، إلا أنها يمكن أن تثار لإثبات وجود حالة كحالة خطأ أضر الغير نتيجة هذا العقد و بالنتيجة إثبات مسؤولية المتعاقدين عن هذا الضرر اللاحق بالغير و تحميل من تسبب فيه مسؤولية التعويض، و مثال ذلك أن يحتج أحد المارة ضحية سقوط أي عنصر أو إحدى مواد البناء عن سوء تنفيذ عقد مقاولة لانجاز السكن الذي سقطت منه مواد البناء الذي سببت له أضرارا [1] ، لتوضيح حجية العقد بالنسبة للغير نتناول هذا الفرع في عنصرين، نتناول في الأول العقد حجة على الغير، و في الثاني العقد حجة للغير.

أولا : العقد حجة على الغير :

يقتضي سريان مفعول العقد في مواجهة الغير أمرين: الأول: احترامهم له و الثاني: مسآلتهم كلما اقتضت الضرورة ذلك.

1- **احترام الغير :**

يرتب العقد آثاره متى انعقد صحيحا و مستوفيا لأركانه و شروطه اتجاه عاقديه، وليس للغير مطلقا أية رابطة به، أو مع أطراف العلاقة التعاقدية ، فهو أجنبي كليا عن علاقة الالتزام، كما لا يعتبر من الخلف العام ولا من الخلف الخاص ولا من الدائنين العاديين للعقد وإذا كان العقد لا يجعل من الغير دائنا أو مـــدينا إلا أنه لا يمكن لهذا الغير تجاهل العقد كواقعة [2]، لذلك عليه الاعتراف بالآثار القانونية التي يرتبها العقد ، كما أن إنكار الغير لآثار العقد تجعله بدون فعالية حتى بين أطرافه [3] ، إذ لا عبرة له متى تم تجاهله أو أنكر و جوده من طرفه، إذ ما الجدوى من إبرام العقود إذا تجاهلها الغير و لم يعير لها أي اهتمام،فعلى سبيل المثال ماذا يعني حق نقل ملكية المبـــيع من البائع إلى المشتري إذا لم يحترمه الغير وتجاهله و لا يلزم الغير باحترام العقد و عدم تجاهله فحسب، بل يجب عليه الامتناع عن كل فعل أو تصرف من شانه المساس بهذه الحقوق التي رتبها العقد، ومن أمثلة ذلك امتناع

[1] جاك غستان ، المطول في القانون المدني ، مفاعيل العقد أو آثاره ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت لبنان ، ط 1 ، 2000، ص 477.

[2] - Patrick Canin –droit civil –Les obligations- hachette supérieur- Paris -2011- 5éme éd -2011 –p 67.

[3]- Sophie Druffin- Bricca-Laurence- Caroline Henry- Droit des obligations-Gualano éditeur-PARIS-2009-p-166.

المقاول عن توظيف عامل له ارتبط بمقاول أخر، و كذلك امتناع شخص على شراء محل وعد صاحبه بيعه لشخص أخر، و عليه تجدر الإشارة إلى أنه تفاديا للمشاكل التي تنجر عن تجاهل العقود و عدم احترامها من طرف الغير، فإن التشريعات أحاطتها بإجراءات تنظم نفاذها بطرق متعددة، منها مثلا إجراء القيد في السجل التجاري و الشهر العقاري، و كذا إجراءات أخرى كالنشر في الصحف و الجرائد والإيداع لدى الإدارات و المؤسسات العمومية، مع الإشارة في هذه الإطار إلى أن مخالفة هذه الإجراءات تحد من فعالية نفاذ العقد ولا تؤثر في صحته [1].

لذلك كله فإنه يمكن الاحتجاج بما أنشاه العقد من آثار إزاء أطرافه على الغير، ومن ذلك أن يحتج الموعود له بالبيع بعقد الوعد إلى من تصرف إليه الواعد بالشيء الموعود ببيعه إخلالا بالوعد الذي وعده به الواعد، إذا كان من تصرف إليه سيئ النية و بالتالي يكون هذا المتصرف إليه مسئولا مسؤولية تقصيرية تجاه الموعود له نتيجة اعتدائه على الحق الذي نشأ من عقد الوعد الموعود له قبل الواعد .

و كذلك الاعتداء التي يقع على رب العمل من طرف العامل الذي ترك عمله قبل نهاية مدته بتحريض من رب عمل ثان يرغب في أن يستخدمه عنده، إذ يكون هذا الأخير مسئولا تجاه رب العمل الأول مسؤولية تقصيرية عن ما يسببه هذا الاعتداء [2] .

2 ــ مسؤولية الغير :

القاعدة أن العقد لا ينفع و لا يضر الغير ، لكن إذا شارك أو ساهم هذا الغير في انتهاك الحقوق العينية من طرف أحد المتعاقدين فإن ذلك يعد خطأ يتحمل مسؤوليته هذا الغير، إذ يعتبر مثلا تحريض مقاول لعامل من بين عمال منافسيه عن ترك منصب عمله أو التهاون في أداء واجبه المهني فهنا يكون هذا الغير إذ لم يحترم الوضع الذي أنشأه العقد و هو يعلم به قد ارتكب خطأ يرتب مسؤوليته ، أو كالمقاول الذي وظف عاملا و هو على علم بأنه موظف

[1] علي فيلالي، نفس المرجع السابق، ص441.

[2] نبيل إبراهيم سعد، نفس المرجع السابق، ص328.

لدى غيره و مرتبط به بموجب عقد [1]، ويكون مسئولا مسؤولية تقصيرية إزاء رب العمل الأول، وعلى من أصابه ضرر نتيجة انتهاك حقوقه العقدية بخطأ من الغير، أن يحتج ضده بالعقد الذي يستوجب عليه احترامه ، و يسأل على اعتدائه عليه ، كما أن موضوع إثبات علم الغير بالعقد ليس إلزاميا لنفاذ العقد أو الاحتجاج به في مواجهة الغير كمبدأ عام ،لأنه يفترض أن الغير على علم بالعقد ما لم يقرر المشرع إجراءات خاصة بعقود معينة كإجراءات الشهر أو إثبات التاريخ، ففي هذه الحالة يكون جزاء عدم توفر مثل هذه الشروط عدم نفاذ العقد في مواجهة الغير ، لاسيما إذا تعلق الأمر بالحقوق العينية ، فعلى سبيل المثال عدم قيد الرهن يجعله غير نافذ في مواجهة الغير، كما يشترط عموما لنفاذ العقد في مواجهة الغير أن لا يكون هذا العقد صدر بناءا على غش للإضرار بحقوق الغير، فالغش يفسد ويبطل التصرفات كأصل عام، لذلك لا يجوز الإضرار بحقوق الغير باستعمال وسيلة الغش، فمثلا في حوالة الحق التي لم يقبلها المدين و لم تعلن إليه بعد، فإذا تواطأ المحيل مع محال له ثان و أبرم حوالة أخرى للإضرار بحق المحال الأول ، فهنا مآل الحوالة الثانية هو البطلان بسبب الغش و يعود الحق للمحال له الأول [2].

لكل ذلك فالغير لا يسعه إلا أن يحترم العقد كواقعة تحدث في المحيط الاجتماعي، حتى ولو لم يشترك في تنفيذه، لذلك قيل أن العقد محتج به، و العكس بالعكس غير قابل للتمسك به من قبل الغير، لكن يمكنه التمسك به كواقعة قانونية بالحالة التي أنشأها هذا العقد [3] .

ثانيا :العقد حجة للغير :

يعتبر التراضي أساس العقد و قوامه، كما انه لا ينشأ في ذمة الغير أي التزام و لا يكسبه أي حق كأصل عام، كما أن رضا طرفي العقد و توافق إرادتيهما المعبر عنها في العقد يلزمهما وحدهما دون الغير بما ورد فيه و هذا ما يقتضيه مبدأ الأثر النسبي للعقد، و إذا كان ما يرتبه العقد من آثار قانونية لا يلزم إلا عاقديه كأصل عام فإن العقد باعتباره واقعة قانونية

[1] علي فيلالي ، نفس المرجع السابق ،ص 441 وما يليها.

[2] محمد حسين منصور، نفس المرجع السابق، ص299.

[3] آلان بينا بنت ، القانون المدني الموجبات (أو الالتزامات)، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت لبنان ، 2004، ص 187.

إزاء من أبرمه يشكل واقعة اجتماعية اتجاه الغير، و الذي لا يمكنه تجاهله و إنكاره بل يستوجب على هذا الغير احترام ما يتولد عنه من أثار، و إن كان لا تعنيه مباشرة، فإن ما ينشئه العقد من حقوق و التزامات بين طرفيه يحتج بها بالنسبة للكافة، فالغير له أن يحتج بالعقد ،كما له أن يحتج به عليه، فإذا كان الغير ليس دائنا ولا مدينا لعقد ليس طرفا فيه، فإن عدم تنفيذ أحد العاقدين لالتزامه اتجاه الطرف الأخر قد يرتب مسؤولية الغير مسؤولية تقصيرية ، فعلى سبيل المثال من كان ضحية حادث سيارة بسبب عيب في صنعها له أن يطلب التعويض من الشركة المنتجة لها على أساس المسؤولية التقصيرية، على الرغم من أنه ليس هو من اشتراها من الشركة المنتجة بدعوى أنها أخلت بالتزامها بعد أن ظهر عيب في صنع المركبة متى كان هذا العيب هو سبب الحادث، وكذلك للمصاب من جراء تهدم بناية بسبب الإهمال في تشييدها أن يرجع على المقاول الذي أنجزها على أساس المسؤولية التقصيرية متمسكا كذلك بإخلال المقاول بالتزاماته التعاقدية الناشئة عن عقد المقاولة على الرغم كذلك من أنه ليس طرفا في هذا العقد [1].

وتجدر الملاحظة أن احتجاج الغير بالعقد اتجاه المتعاقدين يثار فعلا لاسيما لإثبات وجود خطأ من شأنه أن يحمل المسؤولية إلى المتعاقدين بهدف التعويض عن الضرر الذي حدث لهذا الغير، سواء من جراء عدم تنفيذ العقد أو من سوء تنفيذه ، فمن كان ضحية لسقوط أي عنصر من عناصر البناء يتذرع بالعقد المبرم بين صاحب البناية والمقاول المكلف بإنجازها، على الرغم من أنه ليس له أية علاقة بالعقد المبرم بينهما وليس للمتعاقدين حق التمسك بقاعدة القوة الملزمة للعقد [2].

كما أن استناد أحد المتخاصمين في خصومة ما على عقد ليس طرفا فيه يكون على أساس أن هذا العقد هو مجرد واقعة للإثبات ، ولا يمكن المساس بمبدأ نسبية العقد ، لأن العقد هنا ليس إلا وسيلة للتعويض يستند إليه أحد الخصوم ، مثال ذلك العقد الذي يستند إليه في تعويض ضرر أصاب شخص مرتبط بعقد عمل مماثل .

[1] نبيل إبراهيم سعد، نفس المرجع السابق، 329.

[2] جاك غستان ، المرجع السابق ، ص 479.

ويلاحظ كذلك أنه بإمكان القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار عقدا كان فيه المتنازعين من الغير حتى ولو لم يتمسك به أطراف النزاع كقرينة قضائية لاسيما وأنه ملزم بالأخذ في الحسبان كل واقعة قانونية لتحقيق العدالة بما في ذلك العقد كمصدر للمعلومات، وذلك لتحديد قيمة الشيء مثلا أو لحساب التعويض، أو اعتبار العقد مؤشر لتحديد مقدار النفقة العائلية، وفي هذه الحالة يمكن القول عن العقد بأنه في حالة ركود [1] ، وعلى هذا فإن للغير أن يحتج بالعقد باعتباره مصدر للمعلومات ووسيلة للإثبات ومصدر مسؤولية.

1 ــ العقد مصدر للمعلومات :

يلجأ القاضي في بعض القضايا المطروحة للفصل أمامه إلى الاستعانة إلى عقد ما لتبرير حكمه على الرغم من أن أطراف الدعوى ليسوا طرفا فيه ، و ذلك لما يتوفر في هذا العقد من معلومات تفيد القاضي في إصدار حكمه بشان القضية موضوع النزاع، مما يجعل من العقد مصدر للمعلومات ، فعلى سبيل المثال في الدعوى البوليسية يمكن للدائن الاستناد إلى عقد أبرمه مدينه مع الغير لتقوية دفوعاته و ذلك بالحصول على معومات واردة في عقد لم يكن طرفا فيه لكنه يفيده في دعواه، وللقاضي كذلك أن يتخذ من عقد أجنبي عن أطراف النزاع كوسيلة يستند عليها في تبرير حكمه، فمثلا يمكن للقاضي الوصول إلى القيمة الفعلية لعقار ما بالاستناد إلى قيمة عقار مشابه له من خلال عقد بيعه لهذا العقار، و كذلك يمكن للقاضي و هو بصدد تحديد النفقة العائلية المفروضة على شخص ما الرجوع إلى عقد عمل لشخص أخر يمارس نفس العمل لمعرفة الأجرة التي يتقاضاها هذا الأجير ومن خلال ذلك يحدد النفقة الغذائية على الشخص المعني بها، وهنا العقد قد استعمل كواقعة تنير الأطراف أو القاضي [2]، وقد يكون العقد وسيلة يحتج بها الغير لإثبات واقعة ما، كالضحية التي تحتج بعقد العمل لإثبات علاقة التبعية التي تربط العامل بصاحب العمل وذلك لإثبات مسؤولية هذا الأخير متبوعا ، كما يحتج الغير كذلك بعقد بيع عقار لمعرفة ثمنه أو طبيعته القانونية، آو على ما يثقل هذا العقار من حقوق عينية. [3]

---

[1] محمدي سليمان ، نفاذ العقد ، رسالة دكتوراه في القانون ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، السنة الجامعية 2003–2004، ص 10.

[2] زواوي فريدة ، نفس المرجع السابق، ص 67.

[3] علي فيلالي ، نفس المرجع السابق ، ص 442.

2 ــ العقد كوسيلة للإثبات :

للغير أن يحتج بالعقد كواقعة اجتماعية متى كان يشمل على دليل أو توضيح صريح لإرادة الشخص أو إقرار منه بشأن موضوع ما، فمثلا إذا قام المشتري ببيع الشيء الذي اشتراه مرة ثانية فهنا يعتبر العقد الثاني وسيلة إثبات يستطيع البائع الأول الاستناد إليه لإثبات أن المشتري الأول قد رضي بالبيع الأول ، كما يعتبر إقرار شخص في عقد ما بحيازته لملك ما فقط يمكن لمالكه الذي هو من الغير بالنسبة للعقد الذي تم فيه إقرار هذا الشخص بحيازته أن يستند لذلك العقد لإثبات ملكيته، إذ لا يمكن للحائز أن يستند إلى مبدأ الأثر النسبي بدعوى أن العقد لا يعني المالك باعتباره من الغير، بل للغير أن يستند عليه كواقعة اجتماعية، و تبقى للقاضي السلطة التقديرية في ترجيح باقي الأدلة الموجودة في ملف الدعوى لتبرير حكمه، كما للقاضي كذلك استنباط حكمه ليس فقط من وقائع القضية فحسب، بل حتى من وقائع أجنبية متى كانت هذه الوقائع ذات صلة بالوقائع المراد إثباتها، مع الإشارة إلى أن دلالة الوقائع الثابتة على الوقائع غير الثابتة لا تلزم القاضي، إذ له السلطة التقديرية في استنباط ما يراه مناسبا وفقا لقناعته .[1]

3 ــ العقد مصدر مسؤولية :

إضافة إلى كون العقد كمصدر للمعلومات ووسيلة للإثبات، للغير على العقد أن يحتج بالعقد كوثيقة ترتب مسؤولية أحد طرفيه كمسؤولية متولي الرقابة عن سلوك الخاضع لرقابته،وفقا لمقتضيات المادة 134 من ق.م.ج، مع الملاحظة أن الأجنبي عن العقد المتضرر من إخلال أي من المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية لا يمكنه الرجوع على هذا الأخير إلا بقواعد المسؤولية التقصيرية، شريطة توفر الخطأ التقصيري وإلا فلا يمكنه التمسك بالخطأ العقدي ومن ثم لا يمكنه الاحتجاج بالعقد باعتباره تصرف قانوني، وإلا كان المتعاقد الذي أخل بالتزامه ملزما تجاه كل من المتعاقد و الغير و هذا يخالف مبدأ نفاذ العقد ، كما اشترط الفقه إضافة إلى الخطأ العقدي أن يكون الخطأ العقدي ذاته تتوفر فيه شروط الخطأ التقصيري [2] .

[1] زواوي فريدة ، نفس المرجع السابق ص67 وما بعدها.

[2] علي فيلالي، نفس المرجع السابق ، ص443.

الفصل الثانـــي : الاستثـــناءات الواردة على مبـــدأ الأثـــر النسبي للعقـــد من حيـــث الأشخاص :

من الثابت أن مبدأ الأثر النسبي للعقد من حيث الأشخاص يستوجب أن آثار العقد تنصرف إلى طرفيه ومن يمثلهما من خلف عام و خلف خاص و بطريق غير مباشر للدائنين وماعدا هؤلاء فلا يلزمهما العقد بشيء، على اعتبار أن الأصل في العقود تنفع وتضر عاقديها فقط، ذلك لأن العقد ما هو إلا تعبير و تجسيد لإرادتهما المشتركة، أما الغير فلا شأن له بما أراده غيره، وعلى ذلك لو كان العقد يلزم الغير بما يرتبه في جانبه السلبي (الالتزامات) لسهل على كل فرد أن يضر غيره بمجرد عقد يبرمه مع الآخرين، ومثال ذلك بيع شخص ملك غيره فهنا المالك الحقيقي وهو من الغير بالنسبة للعقد لا يتحمل أي التزام على الرغم من أن العين المبيعة موضوع عقد بيع، فلا يتأثر بما اتفق عليه غيره، إلا إذا أجاز المالك هذا البيع وبالإجازة يكون المالك وكأنه أبرم عقد البيع ابتدءا فحكم الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة [1]، لكن هذا الأصل ليس مطلقا، إذ أن طبيعة المعاملات أفرزت بعض الاستثناءات، مما تطلب تدخل المشرع ليجيز مثل هذه الاستثناءات، إذ سمح استثناءا على أن يرتب العقد التزامات وحقوق لأشخاص لم يكونوا طرفا فيه و لا ممثلين [2] ، و بموجب هذه الاستثناءات فإن العقد ينتج أثاره إلى الغير و تكون هذه الآثار نابعة من إرادة المتعاقدين، وذلك ما تبناه المشرع في المادة 113 ق.م.ج و التي نصت على أنه : " لا يرتب العقد أثارا في ذمة الغير و لكن يجوز أن يكسبه حقا "، إن بداية نص المادة يشير إلى العقد المتضمن التعهد عن الغير و فيه لأثر بما تعهد به المتعهد إلى الغير و لا يرتب في ذمته التزاما، وما دام استثناءا في شقه السلبي لا يلزم المتعهد إلا نفسه و يتحمل آثار ذلك ما لم يجيز الغير التعهد، كما أن الشطر الثاني من نفس المادة يقصد به الاشتراط لمصلحة الغير، و الذي يشكل استثناءا في شقه الإيجابي وهنا

[1] عدنان إبراهيم السرحان ، نوري حامد خاطر ، شرح القانون المدني ، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن ،2005، ص 270.

[2] عبد الحق الصافي ، دروس في القانون المدني ، مصادر الالتزامات ، طبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء، المغرب، ط3، 2004، ص 113.

تنصرف آثار العقد إلى الغير و يكسبه حقا [1]، و على ذلك فإنه تطبيقا لمبدأ نسبية آثار العقد فالعقود لا تنفع و لا تضر غير عاقديها و من ثم لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، لكن يجوز أن يكسبه حقا، فالغير الأجنبي عن العقد يمكنه أن يكتسب حقا من العقد و يكون ذلك استثناءا عن طريق عقد الاشتراط لمصلحة الغير، أما بالنسبة لعقد التعهد عن الغير فإنه مادام أن الأصل عدم إلزام أجنبي عن عقد لم يشترك فيه فإنه لا يمكن أن يتفق اثنان على الزام طرف ثالث بآثار الالتزامات و الحقوق التي اتفقا عليها، و الغير المقصود هو الأجنبي فعلا عن العقد بمعنى ليس الخلف العام و لا الخلف الخاص ، و هو ذلك الذي لم يشارك في إبرام العقد و لم يكن ممثلا فيه و لتبيان ما جاء في المادة 113 ق.م.ج أعلاه و التي أشارت إلى موضوع التعهد عن الغير و الاشتراط لمصلحة الغير[2]،.و اللذين يشكلان خروجا على قاعدة الأثر النسبي للعقد و مخالفة لمبدأ سلطان الإرادة الذي كرس حرية التعاقد التي لا تسمح بدورها لمن تتجه إرادته إلى أبرام عقد ما أن يلزم بما أراده الغير، وهو ما نتناوله بالبحث في المبحثين الآتيين.

المبحث الأول : التعهد عن الغير :

القاعدة أن من كان أجنبيا عن عقد أبرمه غيره لا يتأثر به و لا تنتقل إليه الالتزامات والحقوق التي يرتبها [3]، والغير عن العقد هو ذلك الشخص الذي لم يكن طرفا فيه و ليس خلفا عاما أو خلفا خاصا لأحد المتعاقدين .

و متى كان كذلك فلا تنصرف إليه آثار عقد لم تشترك فيه إرادته و من ثمة فلا يكتسب حقوقا و لا يتحمل أية التزامات من جراء هذا العقد، لكن الحقيقة أن هذه القاعدة ليست مطلقة في كل الأحوال ذلك أن طبيعة المعاملات اليومية فرضت استثناءات على هذه القاعدة، وهو ما جعل معظم المشرعين ومن بينهم المشرع الجزائري الأخذ بها إذ نصت المادة 113 ق.م.ج

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد الأول ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ،الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، 2000، ص 616 .

[2]– فاضلي إدريس ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ،ص 140.

[3] حسين علي الذنون ، محمد سعيد الرحو ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، دار وائل للنشر ، عمان ، الأردن ، ط1 ، 2002 ، ص183.

على أنه : " لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير و لكن يجوز أن يكسبه حقا " ومقتضى هذه المادة أن قاعدة عدم ترتيب أثار العقد اتجاه الغير مطلقة من الناحية السلبية (ترتيب التزامات في ذمة الغير) وهو المــقصود بالتعهد عن الغــير الوارد في الشطر الأول من المادة [1] ، وللتطرق لموضوع التعهد عن الغير نتعرض إلى ماهية التعهد عن الغير و صوره وشروطه في المطلب الأول و آثار التعهد عن الغير في المطلب الثاني .

المطلب الأول: ماهية التعهد عن الغير و صوره وشروطه:

أشارت المادة 113 ق.م.ج إلى التعهد عن الغير في شطرها الأول بقولها لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير ثم تلتها المادة 114 ق.م.ج بالنص عليه و التي جاء فيها : " إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه و يجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به أما إذا قبل الغير هذا التعهد فإن قبوله لا ينتج أثرا إلا من وقت صدوره ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول في الوقت الذي صدر فيه التعهد " .

من نص هذه المادة يتبين أن المشرع تطرق إلى التعهد عن الغير كاستثناء من مبدأ الأثر النسبي للعقد دون أن يبحث في إيجاد تعريف له، مما يقتضي تعريفه من الجانب الفقهي بحيث أجمعت التعريفات الفقهية على أن التعهد عن الغير هو التزام أو تعهد المتعاقد بأن يحمل الغير على الالتزام بأمر معين نحو المتعاقد الثاني [2].

ولتناول ماهية التعهد عن الغــير و صوره وشروطه ارتأينا تقسيمه إلى فرعيــن تناولنا في الأول ماهية التعهد عن الغير أم الفرع الثاني فخصصناه لصور من التعهد عن الغير و شروطه .

الفرع الأول: ماهية التعهد عن الغير:

يقصد بالتعهد عن الغير أو ما يصطلح عليه بالفرنسية la promesse du porte fort أن يلتزم أحد الطرفين في عقد بحمل أجنبي عنه على قبول التزام معين، فهو بعبارة أخرى

[1] عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، ط 6 ، 2015، ص 135.

[2] علي فيلالي، نفس المرجع السابق ،ص443.

ذلك العقد الذي يتعهد فيه أحد الطرفين بأن يجعل شخص أخر يلتزم بالتزام معين قبل الطرف الأخر للعقد أي عقد التعهد عن الغير، و مثال ذلك بيع شخص لنصيبه في قطعة أرض يملكها في الشيوع مناصفة مع شخص أخر فيبرم أصالة عن نفسه عقد بيع مع المشتري و يتعهد للمشتري عن شريكه الغائب بأن يلتزم بالحصول على رضائه ببيع نصيبه بما يشابه تجاوز الوكيل للحدود المرسومة لوكالته و بالتالي إذا لم يستطع الحصول على إذن من الموكل في شأنها في الوقت المناسب فيتعهد بالحصول على رضا الموكل بخصوصها لاحقا [1] .

ومنه يعرف البعض أن التعهد عن الغير هو عقد ثنائي من ناحية العلاقة التعاقدية ثلاثي من حيث الأطراف، إذ يلتزم بموجبه شخص يسمى المتعهد إلى شخص ثاني يسمى المتعهد له بأن يجعل شخصا ثالثا و هو من الغير بأن يلتزم بأمر معين [2].

ولعقد التعهد عن الغير أهميته والتي تظهر حين يكون هناك مانع مادي أو قانوني يعيق الحصول على رضا شخص معين بالعقد، مما يجعل المتعهد في عقد التعهد عن الغير أن يتعهد للمتعاقد معه للحصول على رضا هذا الشخص عندما يزول هذا المانع ، ومثال المانع المادي اتفاق شركاء في بضاعة معينة على بيعها ، لكن أحد الشركاء لم يكن موجودا وقت إبرام العقد، وحتى لا تضيع الصفقة من بين أيديهم فيلجؤن إلى التعهد للمتعاقد معه، ومثال المانع القانوني أن يقوم أحد شركاء في مال مشاع ببيعه ولكون أحد الشركاء قاصر فيتعهد للمتعاقد معه بالحصول على رضاه عند اكتمال أهليته[3].

وعلى هذا فالتعهد عن الغير ليس إلا استثناء ظاهري لأثر العقد، إذ أن الغير لا يتعهد مباشرة بواسطة عقد التعهد و إنما التعهد يصدر من طرف المتعهد [4] ، ومثال ذلك أن يتعهد "أ" ل "ب" أن يجعل "ج " يبيع له منزله، أو اتفاق مجموعة من الشركاء لإنشاء شركة شريطة أن تشتري الشركة بعد إنشائها من أحد الشركاء أحد عقاراته فيتعهد باقي الشركاء بذلك و لكون

---

[1] بلحاج العربي ، نفس المرجع السابق، ص 216.

[2] يوسف محمد عبيدات ،مصادر الالتزام في القانون المدني ،دراسة مقارنة ، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة ،عمان الأردن ، ط2 ، 2011، ص239.

[3] أحمد شوقي محمد عبد الرحمان ، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية ، دراسة فقهية وقضائية ، توزيع المعارف بالإسكندرية جلال خزي وشركاه ، مصر ، 2002، ص 133.

[4] - Stéphanie Porchy – Simon ,droit civil, les obligations, Dalloz, Paris,2002,P 203.

الشركة تنفرد بشخصيتها عن شخصية الشركاء، فالشركة بعد تكوينها غير ملزمة بما تعهد به الشركاء و بالتالي إذا لم ينفذ ما تم التعهد به فللشريك المشترط حق الرجوع على الشركاء شخصيا بالتعويض و لا يمكنه الرجوع على الشركة ، أو كحالة الوكيل أو النائب الذي يرى أن هناك صفقة مفيدة للأصيل (الموكل) وليس لديه سلطة عقدها ويضيق الوقت للحصول على رضاء الموكل بالعقد، أي على إقراره له، فيصبح مسئولا شخصيا أمامه إذا لم يقر الموكل العقد، ومن هذا يتضح أن نظام التعهد عن الغير يوجد فيه ثلاثة أشخاص المتعهد، والمتعهد له، والمتعهد عنه ، والعقد لا ينتج أثرا إلا في العلاقة بين طرفيه، أما بالنسبة للمتعهد عنه وهو من الغير فلا تتصرف إليه آثار العقد [1] .

فالتعهد عن الغير رهين بأن يكون هناك عقبة مادية أو قانونية ، تعيق الحصول على رضا المتعهد عنه أثناء إبرام التعاقد، كما أن التعهد عن الغير لا يتضمن أي استثناءات من مبدأ نسبية العقد، مادام المتعهد عنه له مطلق الحرية في أن يلتزم أو لا يلتزم. فالتعهد في حقيقته القانونية هو عقد يلتزم بمقتضاه أحد طرفيه، بالحصول على إقرار الغير للعقد، أو لتصرف قانوني أبرمه لحسابه دون أن يكون نائبا عنه .

وعلى هذا فالتعهد عن الغير ما هو في الحقيقة، إلا تطبيق من تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير، ومن ثم تطبيقا للقواعد العامة في اقتصار آثار العقد على المتعاقدين، وهو إما أن يكون تعهدا مطلقا عن الغير(promesse de Porte -fort)، أو تعهدا عن الغير معلقا على شرط الإقرار (promesse pour un tiers sous reserve de ratification) [2].

الفرع الثاني : شروط التعهد عن الغير و صوره :

أولا : شروط التعهد عن الغير :

حتى يقوم عقد التعهد عن الغير يجب أن يستوفي الشروط الواجب توافرها فيه و هي التي أشارت إليها المادة 114 ق.م.ج و المبينة كما يلي:

[1] محمد صبري السعدي ، نفس المرجع السابق ص331.

[2] بلحاج العربي ، نظرية العقد ، نفس المرجع السابق، ص 384.

1- أن يتعاقد المتعاقد باسمه لا باسم الغير الذي يتعهد عنه :

إن أساس هذا الشرط هو أن المتعهد لم يحصل على توكيل من الغير يوكله للقيام بعمل معين، ومن ثم فالوكيل وحده هو الذي يتعاقد باسم الموكل ولحسابه، كما لا يمكن اعتبار المتعهد فضوليا، فالفضولي يتعاقد باسم رب العمل ولمصلحته فيلزمه بالعمل الذي قام به [1] ،في حين أن المتعهد عن الغير يتعاقد باسمه الشخصي و تتصرف إليه هو أثر العقد الذي أبرمه لا الغير الذي تعهد عنه [2].

2- أن يريد المتعهد عن الغير أن يلزم نفسه بهذا التعهد لا أن يلزم الغير

ذلك لأن من تعاقد باسمه وأراد أن يلزم غيره فإن العقد الذي أبرمه يكون باطلا، لأن القانون لا يجيز لشخص ما أن يلزم شخص أجنبي بالتزام دون إرادته، وهو ما أكدته المادة 113 ق. م.ج التي لا تجيز بأن لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير و على ذلك فالتزام الغير بما ورد في عقد التعهد عن الغير لا يأتي من هذا الغير، و إنما يأتي في عقد أخر يتم بعد قبول الغير لهذا التعهد، و من هنا يتضح الفرق بين المتعهد عن الغير، و المشترط لمصلحة الغير، فالمشترط لمصلحة الغير يريد أن يكتسب الغير حقا إذ ينصرف أثر العقد الذي أبرمه المشترط إلى الغير متى تعلق بالحقوق ، وهو ما يجيزه القانون و هو ما يجعل من عقد الاشتراط فعلا استثناء من قاعدة نسبية اثر العقد، لكن الأمر ليس كذلك بالنسبة لتعهد عن الغير مما يجعل عقد التعهد لا خروج فيه عن القاعدة .

3- **أن يكون الالتزام الذي أخذه المتعهد عن نفسه هو القيام بحمل الغير الذي تعهد عنه على قبول هذا التعهد** و بناءا على هذا الشرط يلتزم المتعهد بجعل الغير يتحمل ما تعهد به والتزامه هنا هو التزام بتحقيق نتيجة obligation de résultat و هي الحصول على رضا الغير بالتعهد و ليس تحقيق عناية obligation de moyen لأنه لا يكفي أن يثبت المتعهد أنه بذل كل ما في وسعه للحصول على رضا الغير، بل يجب عليه أن يصل إلى النتيجة التي أرادها من وراء إبرامه لعقد التعهد عن الغير وهي قبول الغير للتعهد، و لذلك لا يجوز له أن يكفل تنفيذ الغير للتعهد، ومن هنا يتضح الفرق بين عقد التعهد عن الغير و عقد الكفالة فالكفيل

[1] خليل أحمد حسن قداد، نفس المرجع السابق ، ص 128

[2] عبدالقادر الفار، مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة ، العمل غير المشروع ، الإثراء بلا سبب والقانون، مكتبة الوفاء الحقوقية ، الإسكندرية مصر، ط1، 2009، ص 122.

في عقد الكفالة يكفل تنفيذ التزام المدين بعد أن يكون هذا الالتزام موجودا ولا يكفل إيجاده، لكن الحال ليس كذلك بالنسبة للمتعهد عن الغير فالمتعهد يكمن التزامه في إيجاد الالتزام و هنا ينتهي التزامه و لا يكفل تنفيذ هذا الالتزام[1].

كما يختلف التعهد عن الغير عن الكفالة من ناحيتين الأولى أن المتعهد عن الغير يضمن إنشاء الالتزام في ذمة الغير، لكن لا يضمن تنفيذ ذلك الالتزام ، في حين أن الكفيل يضمن تنفيذ الالتزام المدين به بعد أن يكون قد نشأ في ذمته، ومن الناحية الثانية فإن المتعهد لا يمكنه الرجوع على الغير بشيء متى دفع تعويضا لعدم إقرار الغير للتعهد، لكن الكفيل له أن يرجع على المدين إذا دفع الدين [2].

وعلى هذا الأساس فإن محل الالتزام هو دائما التزام بعمل ألا وهو جعل الغير أن يقبل بالتزام معين، فإذا قبل الغير فعلا أن يلتزم يكون المتعهد قد نفذ التزامه ، ولا يضمن المتعهد بعد ذلك قيام الغير بتنفيذ هذا الالتزام فعلا [3]، ومن ثم فإن مجرد سعي المتعهد لحمل الغير على قبول التعهد غير كاف لإثبات أن المتعهد قد وفى بالتزامه المتمثل في تحقيق نتيجة ألا وهي جعل الغير أن يقبل بالتزام معين وذلك حتى لو أساء الغير استعمال حقه في القبول أو الرفض ، فالغير لا يعد ملزما بإقرار التعهد[4] .

ثانيا : صور التعهد عن الغير :

يعتبر التعهد عن الغير استثناءا من مبدأ الأثر النسبي للعقد من حيث الأشخاص، لكنه في الواقع ما هو إلا تطبيق من تطبيقات هذا المبدأ خصوصا و أن عقد التعهد عن الغير لايرتب أي التزام في ذمة الغير، بحيث أن هذا الأخير غير مقيد بما التزم به المتعهد و تبقى ذمته حرة و له كامل الحرية في قبول ما تعهد به المتعهد أو رفضه، و مثاله تعهد الوكيل

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق، ص 620 ومايليها .

[2] أحمد سلمان شهيب السعداوي ، جواد كاظم جواد سميسم ، مصادر الالتزام (دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقه الإسلامي، مكتبة زين الحقوقية والأدبية ، بيروت لبنان ، ط 1، 2015، ص 184.

[3] سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الالتزام ، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان الأردن ،2015، ص 136.

[4] أحمد سلمان شهيب السعداوي، جواد كاظم جواد سميسم ، المرجع السابق، ص 182

المتجاوز لوكالته بموجب عقد مع شخص أخر على حمل الموكل بقبول ما تعاقد بشأنه و إقراره للاتفاق الخارج عن حدود التوكيل، و بناء عليه فصورة التعهد عن الغير هي التزام شخص بحمل غيره على قبول ما أبرمه، فهو يلتزم بعمل فقط (قبول الغير) و لا يخرج المسعى عن هذا الإطار، أي إما قبول أو رفض الغير للالتزام، فإذا رفض الغير أن يلتزم يكون المتعهد قد أخفق في مسعاه و تتحقق مسؤوليته الناتجة عن عدم تنفيذ ما تعهد به ،أما إذا نجح في حمل الغير على قبول المسعى فيكون قد أوفى بما عليه من التزام قبل المتعهد له، وينتج بالتالي أثر هذا القبول من وقت صدروه و بدون أثر رجعي [1]

وصور التعهد عن الغير ليست نادرة إذ كثيرا ما تحدث في الحياة العامة ، ويتم اللجوء إليها لمعالجة حالات معينة يتطلب الوضع فيها الأخذ بنظام التعهد عن الغير ، مثال ذلك تقدم أحد الأشخاص لشراء مال شائع بسعر مرتفع لكن تعذر على أحد المالكين توقيع العقد إما بسبب غيابه أو لكونه قاصر ، وحتى لا تضيع فرصة البيع هذه يقبل الشركاء التعاقد أصالة عن أنفسهم ويتعهدون عن شريكهم الغائب بحمله على الموافقة على العقد[2].

المطلب الثاني: أثار التعهد عن الغير :

متى استوفى عقد التعهد عن الغير لشروطه الثلاثة السابق ذكرها، نشأ صحيحا مرتبا لأثاره تجاه عاقديه [3]، وهي إلزام المتعهد بحمل الغير على قبول الالتزام نحو المتعاقد الثاني المتعهد له بحيث يسأل المتعهد إذا لم يحصل من تعهد له المتعهد على قبول الغير، لذلك نتناول أثار التعهد عن الغير في الفرعين الآتيين و نتطرق في الأول إلى أثر التعهد عن الغير في ما بين المتعاقدين و في الثاني إلى أثر التعهد عن الغير بالنسبة للغير .

[1] فاضلي إدريس، نفس المرجع السابق، ص141.

[2] زهير المارتيني – الوجيز في نظرية الالتزام ،مطبعة الأصيل ، حلب سوريا ،1967، ص 155.

[3] محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، مكتبة الثقافة لنشر والتوزيع ،عمان الأردن، 1999ص155.

الفرع الأول : آثار التعهد عن الغير فيما بين المتعاقدين :

القاعدة العامة أن التعهد عن الغير لا يلزم المتعهد عنه وهو من الغير بالنسبة لعقد التعهد، وإذا كان محل الالتزام هو الحصول على قبول الغير للتعهد، فإن تحققت هذه النتيجة يكون المتعهد قد انقضى التزامه، خصوصا و أنه لا يضمن تنفيذ الغير للتعهد الذي قبله والتزام المتعهد ينتهي بقبول الغير له فقط، أما تنفيذ الالتزام فلا شأن للمتعهد به ، أما إذا رفض الغير التعهد فهنا تكون مسؤولية المتعهد محل اعتبار، إذ عليه تحمل نتيجة رفض الغير لهذا التعهد، كما أن الغير حر في قبول التعهد أو رفضه، لذلك فإنه لا يسأل عن ذلك القبول أو الرفض، لكن تؤول المسؤولية إلى المتعهد ما لم يثبت أن عدم قبول الغير للتعهد راجع لسبب أجنبي يعفيه من المسؤولية المتمثلة في إلزامه بتعويض المتعهد له، مع الإشارة إلى أن امتناع الغير عن القبول، لا يشكل سببا أجنبيا يعفيه من مسؤوليته على أنه يمكن للمتعهد أن يتفادى تعويض المتعهد له بأن يقوم هو بالوفاء عينا بالالتزام الذي رفض الغير قبوله متى كانت طبيعة الالتزام لا تأبى ذلك، كما له كذلك دون أن يكون مجبرا أن يوفي بشيء أخر هو التنفيذ العيني للالتزام و بالنتيجة تبرأ ذمته من تعهده [1].

الفرع الثاني : آثار التعهد عن الغير بالنسبة للغير

للغير كامل الحرية في قبول التعهد أو رفضه مادام أجنبيا عن التعهد، وعليه فلا يلزمه ما تعهد به غيره بشيء، كما أنه ليس للمتعهد أية سلطة في حمل الغير على القبول بل يكون القبول بمحض إرادة الغير، وقد يكون القبول صريحا أو ضمنيا، إلا أنه يشترط فيه توافر الأهلية و لا يشترط فيه شكل خاص ما لم يشترط القانون ذلك ، كما هو الشأن في عقد الرهن الرسمي و عقد الهبة [2] .

أولا : أثر قبول الغير للتعهد :

يعتبر التعهد عن الغير إيجابا موجها إلى المتعهد عنه إذا قبل به يكون المتعهد قد أوفى بالتزامه ، ويكون قبول المتعهد عنه صراحة أو ضمنيا ولا يشترط في القبول شكل خاص إلا

[1] أنور سلطان، نفس المرجع السابق ، ص 218.

[2] أحسن زقور، نفس المرجع السابق، ص90.

إذا اشترط المشرع شكلا معينا في التصرف الذي يعرض على المتعهد عنه قبوله كما هو الحال في عقدي الهبة أو الرهن، ويقوم قبول الغير للتعهد على عقد جديد مما يستوجب توفر الأهلية اللازمة لإبرام العقود، وباعتبار قبول الغير بمثابة عقد جديد فإنه يختلف عن عقد التعهد عن الغير وهو يختلف عنه من عدة أوجه ، فهو يختلف عنه من حيث الإطراف ومن حيث الالتزامات ومن حيث تاريخ كل منهما .

-**من حيث الأطراف:** فأطراف العقد الأول هما المتعهد والمتعاقد معه بينما العقد الثاني طرفاه ذلك المتعاقد والغير ومنه فالمتعاقد مع المتعهد يشترك في كلا العقدين.

-**من حيث الالتزامات المترتبة على عاتق كل منهما :** المتعاقد الأول ينشأ التزاما في ذمة المتعهد وهو حمل الغير على قبول التعهد في حين أن العقد الثاني يولد التزاما في ذمة الغير يختلف محله عن محل التزام العقد الأول ، فقد يكون بنقل حق عيني أو عمل شيء أو الامتناع عن عمل شيء [1].

- **من حيث تاريخ كل منهما:** عقد التعهد عن الغير يسري منذ أن التقت إرادتي متعاقديه،أما العقد الثاني فلا يكون إلا من وقت قبول الغير للتعهد وبالتالي لا يسري العقد الثاني بأثر رجعي إلا إذا انصرفت إرادة الغير إلى ذلك ، و مثاله تعهد "أ" عن "ب" بأن يبيع "ب " عينا يملكها إلى "ج" و قبل أن يقر ذلك البيع باع هو العين إلى "د" و منه فإن إقرار "ب" بالتعهد لا يمكن أن يضر بحق "د" .

مع التنويه أن قبول الغير بالتعهد يتولد عنه التزاما نشأ من العقد الذي أبرمه مع المتعاقد الثاني، لذلك فالتزام الغير نشأ عن العقد الثاني و ليس عقد التعهد (العقد الأول) .

ثانيا : أثر رفض الغير للتعهد :

إن عقد التعهد عن الغير و الذي بموجبه تعهد المتعهد للمتعهد له بأن يحمل الغير بالقبول به لا يلزم الغير و لا يرتب أية مسؤولية تجاهه، لكن هذا العقد يرتب التزاما في ذمة المتعهد و يحمله المسؤولية كاملة عن إخلاله بالتزامه لاسيما و أن ذلك هو التزام بتحقيق نتيجة لم تتحقق ما دام الغير رفض بقبول التعهد و بالتالي يكون المتعهد قد أخل بالتزامه ويلزم بتعويض من تعاقد معه على ما أصابه من ضرر من جراء رفض الغير للتعهد، إلا إذا أثبت

[1] عبد الحق صافي ، القانون المدني ، العقد– الكتاب الثاني ، آثار الالتزام ، مطبعة النجاح الجديدة ، 2007، ص 72 وما يليها .

أن رفض الغير للتعهد راجع لأسباب لا دخل لإرادته فيها ، كما له أن يقوم أي المتعهد بتنفيذ ما تعهد به عينا متى كانت طبيعة الالتزام تسمح بذلك ، إلا أنه لا يجبر على ذلك لأن التزام المتعهد بالتنفيذ العيني هو التزام بدلي أما التزامه فهو دفع التعويض، و مثال ذلك تعهد شخص لأخر بأن يجعل الغير يقبل شراء عين مملوكة للثاني بثمن محدد، فإذا رفض الغير الشراء، فيمكن للمتعهد أن يشتري العين لنفسه بنفس الثمن و يكون بذلك قد نفذ ما كان الغير سيلتزم به، و وفى هو بدوره هذا الالتزام [1].

المبحث الثاني : الاشتراط لمصلحة الغير

يقضي مبدأ الأثر النسبي للعقد من حيث الأشخاص أنه لا تنصرف أثار العقد إلى غير عاقديه فالأصل فيه كما سبق وأن تناولناه أنه لا ينفع أو يضر الغير الذي لم يكن طرفا فيه و لم يكن من خلفائه، إلا أنه مع مرور الزمن لم يصبح هذا المبدأ طليق بل وردت عليه استثناءات أخذها معظم المشرعين و منهم المشرع الجزائري، و الذي أكد ذلك في نص المادة 113 مدني جزائري في شطرها الثاني على جواز اكتساب الغير حقا من عقد لم يكن طرفا فيه بنصها " ولكن يجوز أن يكسبه حقا "[2] ، فالاستثناء الذي يرد على قاعدة أن العقد لا ينفع الغير هو الاشتراط لمصلحة الغير الذي يعتبر استثناءا فعليا على قاعدة نسبية اثر القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص، إذ بموجبه تنصرف الحقوق إلى غير طرفي العقد و من يمثلانه في التعاقد، و قد نظم المشرع الجزائري أحكام الاشتراط لمصلحة الغير ضمن المواد 116 ، 117 ، 118 من ق.م.ج [3] ، و بناءا عليه نتعرض في هذا المبحث لماهية الاشتراط لمصلحة الغير و شروطه في المطلب الأول، ونخصص المطلب الثاني لآثار الاشتراط لمصلحة الغير.

المطلب الأول: ماهية الاشتراط لمصلحة الغير و شروطه

لقد مرت قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير بتطور تاريخي منذ نشأتها بداية من القانون الروماني الذي كان متمسكا بقاعدة نسبية الأثر الملزم للعقد، إلا أن ضغط الحاجات العملية في

---

[1] إسماعيل عبد النبي شاهين ، النظرية العامة للالتزامات القسم الأول ، مصادر الالتزام، ،مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية مصر، 2013 ط 1 ، ص 307.

[2] محمد صبري السعدي، نفس المرجع السابق، ص335.

[3] بلحاج العربي ، نفس المرجع السابق ص221.

تلك الفترة جعلهم يعالجون موضوع إنشاء العقد حقا للغير، بحيث أدخل المشترط في العقد شرطا جزائيا لكي يحمل المتعهد بما اشترطه لمصلحة الغير، بعدها انقلب الشرط الجزائي الصريح إلى شرط جزائي مفروض، و تم بموجبه إعطاء حق للمشترط في رفع دعوى التعويض للمتعهد إلى أن أعطى المنتفع من عقد الاشتراط حقا مباشرا يكسبه من العقد و لكن في صورة دفع، ثم أعطاه الحق المباشر في صورة دعوى action لكن في حالات استثنائية معدودة استوجبتها الضروريات العملية [1]. و انتقلت هذه الحالات إلى القانون الفرنسي القديم ومنه إلى القانون الفرنسي الحالي (تقنين نابليون 1804)، و الذي نص في مادته 1019 على هذه القاعدة إذ قرر أنه لا يجوز أن يشترط باسمه إلا لنفسه مستثنيا حالتين ورد النص فيهما في المادة 1121، و تتعلق الأولى بالحالة التي يهب فيها المشترط شيئا للمتعهد و يشترط عليه مقابل ذلك حقا لأجنبي من العقد وهو المنتفع و هي التي سميت الهبة بالشرط donation sub modo ، أما الحالة الثانية و هي الحالة التي يصدر فيها من المشترط عقد معاوضه يشترط فيه حقا لنفسه أولا مع اقتران ذلك باشتراط حق للغير، و استمر تطور قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير بفضل تدخل الفقه و القضاء تحت ضغط الحاجات العملية لاسيما في ظل عقود التأمين التي كان لها الأثر الكبير في تطور القاعدة، إذ فسرت كلمة الاشتراط stipulation الواردة في المادة 1121 بأنها تعني التعاقد بوجه عام سواء كان المتعاقد مشترطا حقا لنفسه أو مرتبا التزاما في ذمته و بعد ذلك يشترط للغير حقا شريطة أن تكون له مصلحة مادية أو أدبية في الاشتراط لمصلحة المنتفع، إلى أن وصل الفقه و القضاء إلى إجازة الاشتراط لمصلحة شخص غير معين أو غير موجود وقت إبرام العقد مادام تعيينه أو وجوده مستطاع وقت تنفيذ العقد [2].

الفرع الأول: مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير و طبيعته القانونية

أولا : مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير

يعرف الاشتراط لمصلحة الغير بأنه عقد يتم بين شخصين أحدهما يسمى المشترط le stipulant ويسمى الأخر المتعهد le promettant يشترط فيه الأول على الثاني أن يلتزم هذا

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نفس المرجع السابق ص630.

[2] محمد صبري السعدي ،نفس المرجع السابق ص336.

الأخير تجاه شخص ثالث أجنبي عن العقد يسمى المنتفع أو المستفيد بحيث ينشأ هذا العقد حق مباشر للمنتفع قبل المتعهد [1].

تبين من هذا التعريف أن للاشتراط لمصلحة الغير ثلاثة أطراف اثنان منهما طرفا العقد وهما المشترط و المتعهد، أما الطرف الثالث و هو المستفيد فهو ليس طرفا في العقد، بل هو من الغير و على الرغم من كون هذا الأخير أجنبي عن العقد إلا أنه له أن يطالب المتعهد بتنفيذ ما التزم به نحوه بناء على عقد الاشتراط، فالعقد يبرم بين طرفين، هما المتعهد والمشترط لفائدة شخص ثالث يعد من الغير، هو المنتفع أو المستفيد الذي تم الاشتراط لصالحه و يستفيد بطريق مباشر من حق خاص به مما يجعل من عقد الاشتراط لمصلحة الغير استثناءا حقيقيا من قاعدة نسبية آثار العقد [2].

تجدر الإشارة إلى أن نشوء الحق للمستفيد غـــير مشروط بقبوله الاشتراط لمصلحته ولكن في حالة قبول المستفيد لا يمكن الرجوع فيه، كما أن تعيين المستفيد باسمه ليس ضروريا بل ذكر صفته فقط كافي ليرتب الاشتراط آثاره ، ومثال ذلك كأن يكتسب شخص تأمينا عن الوفاة لمصلحة زوجته دون ذكر اسمها ، أما إن ذكر اسمها و قبلت هذه الأخيرة الاشتراط لمصلحتها ، فهنا يستحيل نقض الاشتراط حتى و لو وقع فك لرابطة الزوجية بعد ذلك ولم تصبح زوجة له [3] .

جدير بالتنويه كذلك أن لنظام الاشتراط لمصلحة الغير أهمية كبيرة في الحياة العملية لكثرة ما يحققه من مصالح حيوية للأفراد و الإدارة ، ومن أهم تطبيقاته العديد من العقود المسماة نذكر منها :

1- يجد نظام الاشتراط لمصلحة الغير مجاله الخصب في عقود التأمين و خاصة عقد التأمين على الحياة و التي تتعهد بموجبه شركة التأمين المؤمن لديها مقابل أقساط يسددها الأب، بأن تدفع مبلغ معين لورثته عند وفاته و يكون لهم الحق في مبلغ التأمين الناشئ مباشرة

[1] إسماعيل عبد النبي شاهين، نفس المرجع السابق ص308.

[2] محمد حسين منصور ، نفس المرجع السابق ،ص 308.

[3] عبد المجيد زعلاني ، موسوعة القانون الجزائري ، طبعة مصغرة ،دار بيرتي للنشر ،الجزائر 2013 ص 258 .

من عقد التأمين دون أن يمر بذمة الوارث و لا يعد من تركته، ومن ثم ليس لدائني المورث استيفاء مالهم من ديون إزاء المورث من مبلغ التأمين ومن تطبيقات عقود التأمين، كذلك تأمين رب العمل لمصلحة عماله عن الأضرار المتوقع حدوثها أثناء العمل، إذ تلتزم شركة التأمين بتعويض أي عامل تعرض لأي إصابة خلال أدائه لعمله و ذلك استنادا إلى عقد التأمين الذي لم يكن طرفا فيه، و كذا التأمين الذي يعقده الناقل أو مرسل البضاعة ضد أخطار النقل لمصلحة صاحب البضاعة، و كذلك عقد التأمين لمركبة ضد الأضرار التي تنتج للغير .

2- ومن تطبيقات عقد الاشتراط لمصلحة الغير عقد البيع الذي يشترط فيه البائع على المشتري بأن يدفع ثمن الشيء المبيع إلى شخص ثالث يكون دائنه مثلا للوفاء بما عليه من ديون تجاهه، أو شخص أخر يريد البائع التبرع له بالثمن، أو كان يبيع شخص عينا مرهونة ويشترط على المشتري دفع ثمنها على أقساط إلى الدائن المرتهن، و كذلك من يبيع متجره مشترطا على البائع الاحتفاظ بعماله في الخدمة مع عدم الانتقاص من رواتبهم أو إضافة منحة معينة لهم، وكذلك من تطبيقات عقد الاشتراط عقد الهبة الذي يشترط فيه على الموهوب له أن يدفع إيراد أو يقدم خدمة ما للغير .

3- كما يجد نظام الاشتراط مجاله كذلك أحيانا في العقود المتعلقة بتسيير المرافق العامة و التي تعدها الإدارة، كمرفق النقل و توزيع المياه و الكهرباء، إذ تضع دفاتر شروط لها يتم من خلالها سن شروط لفائدة مستعملي أو قاصدي هذه المرافق، بعد أن تستند مهمة تسييرها إلى أشخاص وفق شروط معينة مع التزام هؤلاء المسيرين لها بما وضعته الإدارة من شروط لفائدة المنتفعين من خدمات المرفق العام، كتحديد تعريفة الانتفاع بالخدمة مثلا، و كذلك الحال بالنسبة لعقود الأشغال العامة إذ تشترط الإدارة على من يتولاها شروط معينة لمصلحة الجيران أو العمال الذين يستخدمون في هذه الأشغال [1].

ومن صور نظام الاشتراط كذلك عقود المقاولات والتي كثيرا ما يفرض فيها رب العمل شروطا لفائدة العمال ترد في دفاتر الشروط ويتم بموجبها تحديد الحد الأدنى لأجورهم والحد الأقصى لساعات عملهم وشرط الحق في التعويض عن الإصابات التي تحدث لهم ، ومن ثم

[1] محمد حسين منصور، نفس المرجع السابق، ص 310.

فعمال المقاول يكتسبون حقوقا من عقد المقاولة تجاه المقاول على الرغم من أنهم لم يكونوا طرفا في العقد [1].

وفي نفس السياق نشير أن الاشتراط لمصلحة الغير كما عرف في الفكر الغربي هو أمر جائز في الفقه الإسلامي، لكن في حدود معينة ضيقة على أساس أنه استثناء حقيقي لا يمكن التوسع فيه، و لا القياس عليه، لأن الأصل في العقود اقتصار آثارها على عاقديها، إذ تعرض بعض الفقهاء المسلمين في كتاباتهم لحالات الاشتراط لمصلحة الغير ، كالحالة التي يكلف فيها شخص شخصا أخر للقيام بعد موته بدفع مبلغ لمستفيد ثالث، وهذا المبلغ يقر الشخص الأول بأنه لهذا الثالث الذي تم الاشتراط له، و باعتبار أن الأصل في العقود والشروط الصحة والجواز، متى لم يكن هناك دليل بالمنع، ومن ثم فإن ما اشترط ولم يكن فيه محذور، ولا يترتب عليه حرام يبقى جائزا و ذلك لقوله صلى الله عليه و سلم : "المسلمون على شروطهم إلا شرط حرم حلالا أو أحل حراما " .[2]

ثانيا الطبيعة القانونية للاشتراط لمصلحة الغير

اختلف الفقهاء في الطبيعة القانونية للاشتراط لمصلحة الغير و استند كل فريق على نظرية تدعم رأيه، فمنهم من أرجع الاشتراط لمصلحة الغير إلى نظرية الإيجاب ومنهم من أرجعها إلى نظرية الفضالة، و يرى فريق أخر أن الاشتراط مرده إلى الإرادة المنفردة ، إلا أنه تبين أن الاشتراط لمصلحة الغير هو عملية قانونية متميزة ذات مفهوم مستقل قائم بذاته،وبناءا عليه نتناول كل نظرية من هذه النظريات على حدة كما يلي :

1 – نظرية الإيجاب

استند دعاة هذا الرأي وهم فقهاء القرن 19 على مبدأ سلطان الإرادة لتفسير الاشتراط لمصلحة الغير، إذ اعتبروا الاشتراط لمصلحة الغير بأنه يتشكل من عقدين الأول يبرم بين المشترط والمتعهد وبموجبه يلتزم هذا الأخير بشيء ما، ويتم العقد الثاني بين المشترط

[1] محمد صبري السعدي ، نفس المرجع السابق، ص 335

[2] بلحاج العربي ، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة ، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ، 2015، ص392.

والمنتفع، بحيث يعرض المشترط الحق الذي اكتسبه من المتعهد على المنتفع ويكون هذا العرض إيجابا يترتب على قبوله انعقاد العقد [1].

وقد تعرضت هذه النظرية لانتقادات عديدة منها أن دخول الحق في ذمة المشترط يعرض المنتفع لمزاحمة دائني هذا الأخير، إضافة إلى أنه من المفروض أن العرض ينتهي بوفاة العارض الموجب، لكن في الاشتراط لمصلحة الغير فإن حق المنتفع لا ينقضي بموت المشترط، كما أن إظهار المنتفع لرغبته في الاستفادة يتولد عنه هذا الحق من يوم انعقاد العقد.

جدير بالتنويه أن المستفيد لا يمكنه إظهار رغبته في قبول الاشتراط إلا بعد وفاة المشترط كما هو الحال في عقد التأمين على الحياة و بالتالي فحق المنتفع ينشأ حتى و لو لم يظهر هذا الأخير رغبته[2].

2- نظرية الفضالة :

يرى أنصار هذه النظرية و منهم الفقيه الفرنسي لابييه labbè ان ما يقوم به المشترط لفائدة المنتفع كالأعمال التي يقوم بها الفضولي لفائدة رب العمل ، أي أن المشترط بمنزلة الفضولي من رب العمل بالنسبة للمنتفع .

كما أن قبول الغير للفضالة يقلبها إلى وكالة، وقد عيب على هذه النظرية كذلك بنفس العيوب الموجهة إلى نظرية الإيجاب، إذ أن الإقرار بأثر رجعي جائز بعد وفاة المشترط ،كما أن حق المنتفع لا يمر بذمة المشترط، لذلك فلا شأن لدائنيه بهذا الحق ، كما أن أوجه الاختلاف بين الاشتراط لمصلحة الغير و نظرية الفضالة يعرض من تبنوها للنقد ومن بين الاختلافات نذكر:

ــ للمشترط في الاشتراط لمصلحة الغير مصلحة شخصية مادية أو أدبية، في حين أن الفضولي لا يتقيد بهذا الشرط.

ــ عمل المشترط يكون لحسابه على عكس الفضولي الذي يعمل لحساب الغير.

[1] علي فيلالي، نفس المرجع السابق، ص450.

[2] زواوي فريدة ، نفس المرجع السابق، ص182.

ــ إن إقرار صاحب العمل في الفضالة يؤدي إلى اختفاء الفضولي و تتحول العلاقة التعاقدية إلى من تعاقد معه الفضولي ورب العمل، وعلى العكس في عقد الاشتراط يبقى المشترط طرفا في العقد بعد قبول المنتفع، وله وحده دون غيره حق فسخه [1]، أي أن المشترط بمنزلة الفضولي من رب العمل بالنسبة للمنتفع .

3- نظرية الإرادة المنفردة:

بمقتضى هذه النظرية فإن المتعهد يلتزم بإرادته المنفردة بموجب عقد الاشتراط بإنشاء حق مباشر لمصلحة المنتفع و يرد هذا الالتزام ضمن بنود العقد المبرم بين المتعهد والمشترط، ويكون هذا الشرط الذي أقره المتعهد أو أخذه على عاتقه بمحض إرادته استنادا إلى إرادته المنفردة، و ما يبرر ربط الاشتراط في هذه النظرية هو احتفاظ المشترط بحق إلغاء الاشتراط بناءا على العقد الذي أبرمه مع المتعهد ، كما أن موافقة المنتفع يتولد عنه العقد المبرم علاقة مباشرة بين المتعهد و المستفيد، وبناءا عليه و على الرغم من قرب هذه النظرية إلى الاشتراط لمصلحة الغير، إلا أنها تعرضت هي الأخرى إلى الانتقاد كونها ركزت على العلاقة بين المتعهد و المستفيد و أهملت مكانة المشترط في عملية الاشتراط، كما أن نظرية الإرادة المنفردة تختلف مع الاشتراط لمصلحة الغير بخصوص تخويل الحق للمشترط دون المتعهد في نقض الاشتراط قبل صدور إعلان المتعهد في رغبته في الاستفادة منه، كما أنه لو كان أساسا حق المنتفع هو الإرادة المنفردة للمتعهد، بحسب هذه النظرية لخول هذا الحق للمتعهد و ليس للمشترط، إضافة إلى أن هذا الطرح يتغاضى عن نشوء حق المنتفع بناءا على توافق إرادتي المتعاقدين في عقد الاشتراط وهما المشترط و المتعهد [2].

4- الاشتراط لمصلحة الغير مفهوم مستقل :

على اعتبار أن أراء الفقهاء مختلفة بشأن الاشتراط لمصلحة الغير سواء الذين ربطوه بنظرية الإيجاب أو بنظرية الفضالة أو الذين أرجعوه إلى نظرة الإرادة المنفردة استندوا في أرائهم على مبدأ سلطان الإرادة، لذلك باءت كل محاولاتهم بدون جدوى، ذلك أن الاشتراط

[1] علي فيلالي، نفس المرجع السابق، ص452.

[2] عبد الحق صافي ، نفس المرجع السابق، ص58.

لمصلحة الغير يقوم على إنشاء حق مباشر للمنتفع من عقد الاشتراط على الرغم من أن المنتفع لم يكن طرفا في عقد الاشتراط، مما يجعل منه استثناء من مبدأ الأثر النسبي للعقد بحيث يجعل الغير دائنا من عقد لم يكن طرفا فيه، و بناءا عليه فإن عقد الاشتراط لمصلحة الغير هو نظام أو مفهوم مستقل بحد ذاته له أحكامه الخاصة تجيز للغير المنتفع تلقي حقا مباشرا من عقد الاشتراط و لا شأن لدائني المشترط بهذا الحق [1].

الفرع الثاني: شروط الاشتراط لمصلحة الغير :

تنص المادة 116من ق.م.ج على أنه :" يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية.

ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد.

ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك ".

كما ذكرت المادة 118 من نفس القانون على أنه:" يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو هيئة مستقبلة كما يجوز أن يكون شخصا أو هيئة لم يعينا وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعا في الوقت الذي يجب أن ينتج العقد فيه أثره طبقا للمشارطة "

يتبين من نص المادتين المذكورتين أعلاه أنه لقيام الاشتراط لا بد من توافر الشروط العامة المطلوبة في كل العقود وكذا الشروط الخاصة بعقد الاشتراط لمصلحة الغير.

[1] علي فيلالي ، نفس المرجع السابق، ص 453.

أولا : الشروط العامة لعقد الاشتراط لمصلحة الغير :

إن الاشتراط لمصلحة الغير هو عقد كباقي العقود لذلك فهو يخضع لنفس الأحكام المتعلقة بالعقود، إذ لابد من توفر أركانه من رضا و محل و سبب، مع توافر هذه الأركان على الشروط الخاصة بها، فإذا لم يتوفر عقد الاشتراط على أي ركن من هذه الأركان مع الشروط اللازمة له كخلو الرضا من العيوب التي تفسده و هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، إضافة إلى صدروه عن شخص متمتع بالأهلية مع صحة موضوع العقد وسببه كان العقد باطلا [1] ، لذلك فعقد الاشتراط لمصلحة الغير و على الرغم من أنه ثلاثي الأطراف من حيث آثاره، إذ أن هذه الآثار تنصرف إلى المشترط و المتعهد و المستفيد و هي ميزة لا تتوفر عامة في جميع العقود إلا أن تكوينه باعتباره يبرم بين طرفين و هما المشترط و المتعهد يجعله عقد كباقي العقود التي يستوجب فيها توافر كل الأركان و الشروط اللازمة لتكوين أي عقد [2].

ثانيا : الشروط الخاصة بالاشتراط لمصلحة الغير :

حتى ينعقد الاشتراط لمصلحة الغير يجب توافر أربعة شروط وهي :

1ــ أن يتعاقد المشترط باسمه لا باسم المنتفع .

لتحقيق الاشتراط لمصلحة الغير يجب أن يتعاقد المشترط باسمه لا باسم المنتفع ، و يظل المنتفع من الغير بالنسبة للعقد ، لذلك فإن هذا الشرط يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن باقي العقود المشابهة له كالوكالة أو الولاية أو الوصية أو الفضالة ، إذ في الوكالة يتعاقد الوكيل باسم الموكل ، و يكون بالتالي هذا الأخير طرفا في العقد، في حين أن المستفيد في الاشتراط لمصلحة الغير أجنبيا تماما عن العقد، حتى و إن كان ثبوت الحق الناشئ عن

[1] فتحي عبد الرحيم عبد الله ، شرح النظرية العامة للالتزامات ، الكتاب 01 ، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف الاسكندرية ، جلال حزى وشركاءه ، مصر ، 2000ــ 2001، ص 295.

[2] عدنان إبراهيم السرحان ، نوري حامد خاطر، المرجع السابق ، ص 276.

الاشتراط يقتضي ضرورة قبوله كما تختلف الفضالة عن الاشتراط لكون الفضولي نائب عن رب العمل أما المشترط فهو ليس نائبا عن المستفيد [1].

كما أن هذا الشرط الذي تصدرته المادة 116 من ق.م.ج و الذي يقتضي وجوبا تعاقد المشترط باسمه مع المتعهد لمصلحة الغير يؤكد تمييز الاشتراط لمصلحة الغير عن فكرة النيابة، سواء النيابة الاتفاقية أو القانونية وفيها يتعاقد النائب مع الغير باسم أو لحساب الأصيل، لكن في الاشتراط فإن المشترط يتعاقد باسمه الشخصي لحساب الغير و ليس لحساب المشترط، و هنا يكمن الاختلاف ، وكذلك الأمر بالنسبة للفضولي، إضافة إلى اعتباره نائبا عن رب العمل كما سبق الإشارة إليه أعلاه و الأمر ليس سواء بالنسبة للمشترط، إذ هو ليس نائب على المنتفع زيادة على أنه يشترط لصحة عمل الفضولي أن لا يكون له مصلحة شخصية في ما قام به من أعمال نحو رب العمل في حين يشترط لصحة الاشتراط لمصلحة الغير وجود مصلحة شخصية للمشترط [2].

ويظهر مما تقدم أن تعاقد المشترط باسمه لا باسم المنتفع يجعله لا يتعاقد باعتباره ممثلا للمنتفع وليس قائما على شأن عاجل و ضروري للمنتفع أي فضولي، بل تعاقده كان لحساب نفسه و على ذلك إذا تم التعاقد باسم شخص أخر فلا يمكن أن يكون بصدد الاشتراط لمصلحة الغير و منه لا تثبت للعاقد صفة المشترط و إنما صفة النائب أو الفضولي [3].

2ـــ تجاه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للغير :

ورد هذا الشرط في بداية الفقرة الثانية من المادة 116 ق.م.ج والتي جاء فيها :"ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد " يستفاد من نص هذه الفقرة أن تتجه إرادة المشترط الصريحة أو الضمنية في إنشاء حق مباشر للمنتفع، فإذا كان الحق الذي اشترطه المشترط إنما اشترطه لنفسه، ولو عادت منه فائدة للغير، فلا نكون بصدد الاشتراط لمصلحة الغير، و مثال ذلك المؤمن له على سيارته من الأضرار التي تصيب الغير بفعل

[1] محمد عبدالله شريف النعيمي ، الالتزامات والحقوق التي يرتبها العقد الإداري تجاه الغير ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر، 2014 ، ص 67.

[2] خليل أحمد حسن قدادة، نفس المرجع السابق، ص131.

[3] محمد حسين منصور، نفس المرجع السابق، ص312.

سيارته، فلا يعتبر اشتراطا لمصلحة الغير حتى و لو استفاد المتضرر من أي حادث ناجم عن الأضرار التي تسببت فيها سيارة المؤمن له من التعويض الذي يأخذه من شركة التأمين، و له أن يستوفي حقه من التعويض و إن زاحمه في ذلك سائر دائني المؤمن له، لأن المؤمن له أراد أن يشترط لنفسه هو لا للمصاب، و بالتالي لا يكون للمتضرر حق مباشر من العقد المبرم و لا يحق له الرجوع على شركة التأمين إلا بدعوى مدنية، لذلك فإن إعطاء حق للمنتفع غير كافي بل يجب أن يكون هذا الحق نشأ مباشرة من عقد الاشتراط المبرم بين المشترط و المتعهد ، كما لا يتحقق الاشتراط لمصلحة الغير إذا اشترط المشترط حقا لنفسه ثم حوله فيما بعد إلى شخص أخر ، كما لو باع شخص منزلا له ثم حول ثمنه إلى دائن له، ومن هذا المثال يتضح أن هناك عقدان عقد بيع و عقد حوالة عقد بيع بين البائع و المشتري، و عقد حوالة بين هذا البائع (المحيل) والدائن (المحيل له) .

وكذلك الأمر بالنسبة لشخص أمن لمصلحته ثم مات و انتقل حق التعويض إلى ورثته فهؤلاء لا يكتسبون الحق عن مورثهم من الميراث و لا يكتسبونه حقا مباشرا من عقد التأمين الذي ابرمه مورثهم مما يجعل من العقد ليس اشتراطا لمصلحة الغير، كما أن اشتراط المتعاقد على المتعهد بإبرام عقد جديد مع المنتفع لا يجعل من العقد اشتراطا لمصلحة الغير لأن الحق الناشئ نشأ من العقد الجديد و ليس حقا مباشرا من عقد الاشتراط، فلا يعد ذلك اشتراطا لمصلحة الغير .

لذلك كله يتبين أن الحق المباشر الذي يكتسبه المنتفع لا يحصل عليه من المشترط سواء عن طريق الحوالة أو عن طريق الإرث أو بواسطة عقد جديد و إنما يتلقاه مباشرة من العقد ذاته الذي تم بين المشترط و المتعهد [1] .

3ــ وجود مصلحة شخصية للمشترط :

هذا الشرط تضمنته نهاية الفقرة الأولى من المادة 116 ق.م.ج و التي جاء فيها :" إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية" من خلال ما ورد في هذه الفقرة يتبين أنه الاشتراط لمصلحة الغير لا يتحقق إلا بتوافر مصلحة شخصية مادية كانت

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع السابق، ص641.

أو أدبية تدفعه إلى إبرام عقد الاشتراط، و مثال ذلك تأمين بائع بضاعة ما تنقل بحرا لمصلحة المشتري و هنا تظهر المصلحة المادية للبائع و المتمثلة في وصول البضاعة سالمة للمشتري.

جدير بالتنويه أن المصلحة الشخصية للمشترط تكون مادية كما تكون أدبية كذلك، كحالة تأمين شخص على حياته لفائدة زوجته و أولاده، فإذا ما توفي هذا الشخص خلال مدة نفاذ العقد، فإن شركة التأمين ملزمة بموجب العقد بدفع التعويض إلى كل من الزوجة و الأولاد ومصلحة الشخص هنا مصلحة أدبية ، و أهمية هذا الشرط تتضح عند تنفيذ العقد إذ أنها ترتب حقوقا للمشترط، إذ له الحق في مراقبة قيام المتعهد بتنفيذ ما عليه للمنتفع ، كما له أن يطلب فسخ العقد وأن يدفع بعدم التنفيذ أو تنفيذه تنفيذا عينيا إذا أمكن ذلك، فهذه الحقوق لا يملكها المنتفع باعتباره ليس طرفا في عقد الاشتراط [1] .

ومن أمثلة هذا الشرط كذلك اشتراط البائع على المشتري بأدائه كذلك ثمن المبيع إلى دائنه فمصلحة البائع هنا مصلحة مادية، و هو انقضاء دينه بالوفاء و كذلك اشتراط المؤمن له على شركة التأمين أدائها تعويضا لأبنائه بعد وفاته و مصلحة المستأمن هنا مصلحة أدبية [2] .

وسواء كانت المصلحة الشخصية للمشترط مادية أو أدبية فإنه يستوجب أن تكون مشروعة أي لا تخالف النظام العام و الآداب العامة وإلا كان الاشتراط باطلا بطلانا مطلقا، وهذا وفقا للأحكام العامة[3]، و بناءا عليه فمشروعية الباعث الدافع للتعاقد ضرورية للاشتراط ، و انعدام المشروعية يبطله لعدم مشروعية السبب في الاشتراط، و مثال ذلك تأمين شخص على حياته لمصلحة سيدة يهدف إقامة علاقة غير شرعية معها [4].

---

[1] دريد محمود علي ، نفس المرجع السابق ،ص 259.

[2] إسماعيل عبد النبي شاهين، نفس المرجع السابق، ص312.

[3]خليل أحمد حسن قدادة ، نفس المرجع السابق ، ص 132.

[4] أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية ،2002، منشأة توزيع المعارف جلال حزي وشركاه الإسكندرية ، مصر ص142.

4- قابلية المنتفع للوجود و التعيين وقت التنفيذ :

نصت المادة 118 من ق.م.ج على أنه : " يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو هيئة مستقبلة كما يجوز أن يكون شخصا أو هيئة لم يعين وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعا في الوقت الذي يجب أن ينتج العقد فيه أثره طبقا للمشارطة."

يتضح من نص هذه المادة أنه في نظام الاشتراط لمصلحة الغير يمكن أن يكون المنتفع أو المستفيد معينا في العقد يوم إبرامه، كذلك يمكن أن يكون العقد لمصلحة أشخاص مستقبلين أي غير موجودين وقت إبرام العقد ،شريطة أن يكون تعيينهم ممكنا عندما ينتج العقد آثاره ، إذ يمكن أن يقتصر العقد على ذكر صفات المنتفع دون تعيينه بالذات، على أن يتم تعيين شخصه وقت ترتيب العقد لأثره، ومثال ذلك عقد التأمين الذي يبرمه الشخص لمصلحة زوجته وأولاده أو لورثته في حين قد يكون أعزبا وقت إبرام العقد، فالحق الناشئ يكون لزوجته و أولاده المستقبلين، كما يكون لورثته الذين هو لا يعلمهم من سيكونون عند وفاته، فقد يموت المشترط بعد زوجه فيكون ورثته هم زوجته و أولاده، وقد يتوفى و هو أعزب فيرثه إخوته .

كما يلاحظ أن عدم وجود المنتفع أو عدم إمكانية تعيينه وقت أن يرتب الاشتراط لمصلحة الغير أثره يترتب عنه أن العقد يصبح بدون أثر ، كما هو الحال في حالة تأمين الشخص على حياته لمصلحة أولاده و لم ينجب أولادا، أو كان المؤمن له قد احتفظ بحق تعيين المستفيد و مات قبل أن يستعمله فهنا من البديهي أن يبطل الاشتراط أثره و بالتالي فإن مبلغ التأمين يدخل في تركة المؤمن له [1].

خلاصة هذا الشرط أن الشخص المنتفع من المشارطة يمكن أن يكون موجودا أو معينا وقت انعقاد العقد كما يجوز أن يكون شخصا مستقبلا و غير معين وقت انعقاد العقد شريطة أن يكون موجودا أو كان مستطاع تعيينه وقت أن ينتج العقد أثره طبقا للمشارطة وهو ما قررته أحكام المادة 118 من ق.م.ج السابقة الذكر [2].

[1] نبيل إبراهيم سعد ، نفس المرجع السابق، ص345.

[2] أحسن زقوم، نفس المرجع السابق ، ص152.

المطلب الثاني : آثار الاشتراط لمصلحة الغير :

إن الاشتراط لمصلحة الغير ثنائي التكوين من حيث الإبرام ثلاثي الأطراف من حيث الآثار، فهو ينشأ ثلاثة أنواع من العلاقات القانونية، و لتناول آثاره نتطرق إلى بحثها في ثلاثة فروع مبرزا العلاقة بين المشترط و المتعهد في الفرع الأول، و العلاقة بين المشترط والمستفيد في الفرع الثاني، و نخصص الفرع الثالث للعلاقة بين المتعهد والمستفيد .

الفرع الأول: العلاقة بين المشترط و المتعهد :

تخضع هذه العلاقة للأحكام التي حددها عقد الاشتراط المبرم بين المشترط و المتعهد، فالعقد يلزم كل منهما بما ورد فيه، فقد يكون هذا العقد معاوضة كعقد التأمين على الحياة بحيث يكون المشترط هو المؤمن له، والمتعهد هو شركة التأمين، أما المستفيد هم زوجة وأولاد المشترط ، كما قد يكون العقد تبرعا كما هو الحال في حالة لو وهب شخص ماله لشخص أخر، مقابل أن يدفع هذا الأخير لشخص ثالث مرتبا مدى الحياة ، والأصل أنه بناءا على المصلحة المادية و الأدبية التي يريدها المشترط له الحق في مطالبة المتعهد بتنفيذ ما عليه من التزامات تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا أو أن يطالب بالتعويض [1].

وعلى هذا فإن علاقة المشترط المتعاقد تتمثل في التزام كل منهما بالالتزامات التي رتبها الاشتراط في ذمة كل منهما، و يطبق بشأن إخلال أي منهما بالتزاماته أحكام القواعد العامة المتعلقة بتنفيذ الالتزامات، إذ يجوز لأي منهما كما سبق الإشارة إليه أعلاه المطالبة بالتنفيذ العيني و له كذلك المطالبة بحق الفسخ أو الدفع بعدم التنفيذ، و في نفس السياق فإنه يجوز للمشترط خصوصا لما له من مصلحة شخصية مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع ما لم يتبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك و هو ما أكدته الفقرة الثالثة من المادة 116 ق.م.ج [2].

وبالرغم من أن الدائن في الاشتراط لمصلحة الغير هو المنتفع و ليس المشترط و هو ما يقتضيه الاشتراط، إلا أنه أجاز القانون للمشترط مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع وما

[1] يوسف محمد عبيدات، نفس المرجع السابق ، ص243.

[2] بلحاج العربي، نفس المرجع السابق ، ص228.

تقرير القانون لهذا الحكم إلا استنادا للمصلحة المادية أو الأدبية التي دفعته إلى إبرام الاشتراط، كما تقتضي العلاقة بين المشترط و المتعهد وجوب توفر الأهلية اللازمة لكل منهما بحسب طبيعة العقد أو بحسب طبيعة العلاقة بين المشترط و المنتفع ، وعليه فإذا كان الاشتراط تبرعا في علاقة المشترط بالمنتفع يستلزم توافر أهلية التبرع في المشترط حتى و لو كان العقد الأصلي بين المشترط و المتعهد عقد معاوضة، و بالمقابل إذا كان العقد الأصلي المبرم بين المشترط و المتعهد عقد تبرع استلزم ذلك أهلية التبرع للمشترط حتى و لو كان العلاقة بين المشترط و المنتفع معاوضة ،كما تتطلب العلاقة بين المشترط والمتعهد إضافة إلى وجوب توافر الأهلية صحة إرادة كل منهما و خلوها من أي عيب من العيوب التي تشوبها كالغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال، فإذا تعرضت إرادة المتعاقدين لأي عيب من هذه العيوب فإن عقد الاشتراط يصبح قابلا للإبطال، حتى لو اتصل العيب بعلم المنتفع و لو لم يتصل بعلم المتعاقد الأخر، و سبب ذلك أن العقد ينشأ حق للمنتفع على الرغم من أنه ليس طرفا فيه.

تجدر الإشارة كذلك أنه إذا كان عقد الاشتراط المبرم بين المشترط و المنتفع عقد تبرع وبالمقابل العلاقة بين المتعهد والمشترط معاوضة لا تبرع، فإن عقد الاشتراط يعتبر صحيحا على الرغم من أنه لم يستوفي التبرع الشكل الرسمي الذي أقره القانون .[1]

الفرع الثاني : العلاقة بين المشترط و المستفيد :

تختلف علاقة المشترط بالمستفيد تبعا لطبيعة العلاقة القانونية ما إذا كانت علاقة تبرع أو علاقة معاوضة، فنكون بصدد عقد هبة متى أراد المشترط التبرع للمنتفع، أما إذا كان المراد من العلاقة بين المشترط و المنتفع مقابل، كأن يوفي دين عليه تجاه المستفيد ، فإن العلاقة تتم على ضوء ذلك [2]، بمعنى أن العلاقة المشترط بالمستفيد تتحدد بحسب العلاقة التي تدفع المشترط إلى الاشتراط، فقد يكون هدفها التبرع للمستفيد، وقد يكون معاوضة كوفاء

[1] شريف الطباخ ، نفس المرجع السابق ،ص 198 وما يليها .

[2] سوزان علي حسن ،الوجيز في القانون المدني النظرية العامة للقانون ، النظرية العامة للحق ، النظرية العامة للالتزام ، منشأة المعارف ، جلال حزى وشركاه الإسكندرية مصر ، 2004 ،ص211.

المشترط بدين في ذمته تجاه المستفيد، و لتوضيح هذه العلاقة سنتطرق إلى بحثها بحسب كلا الحالتين أي حالة التبرع و حالة المعاوضة .

أولا– فإذا كان المشترط متبرعا للمنتفع و هذا ما نجده غالبا في عقود التأمين على الحياة لمصلحة الغير، و في مثل هذه الحالة نكون بصدد هبة غير مباشرة لا يشترط فيها الشكل الرسمي، لكن هذه الهبة تخضع للأحكام الموضوعية المقررة لها، إذ يجب أن تتوفر في المشترط أهلية التبرع من وقت صدور العقد، وتنطبق كذلك أحكام الوصية متى صدر التبرع من المريض مرض الموت (المادة 776 ق .م. ج) ، كما يجوز من حيث الطعن للدائن المشترط الطعن في هذه الهبة بالدعوى البوليسية دون اشتراط سوء نية المنتفع، وبإمكانه الرجوع في الاشتراط طبقا لقواعد الرجوع في الهبة متى استند المشترط إلى عذر مقبول و لم يوجد مانع من هذا الرجوع، حتى بعد أن يظهر المنتفع رغبته في الاستفادة من الاشتراط [1].

تجدر الملاحظة أن مقدار الهبة لا يتعادل مع مقدار ما يلتزم به المتعهد للمنتفع ، حيث يختلف مقدار الأقساط التي يدفعها المشترط عن مقدار عوض التأمين الذي يلتزم به المتعهد بل القدر يتحدد استنادا إلى ما خرج من ذمة المشترط وليس ما خرج من ذمة المتعهد، و يتضح ذلك في عقد التأمين على الحياة حيث تختلف الأقساط التي يدفعها المشترط (الشخص المؤمن له) لدى الشركة المؤمن لديها عن مبلغ التعويض الذي يدفعه المتعهد للمنتفع (الأولاد مثلا) لذلك فإنه في حالة رجوع المشترط في الهبة يكون محددا بمقدار قيمة الأقساط المدفوعة لشركة التأمين و ليس بما قبضه المنتفع من الشركة المذكورة، و كذلك إذا أعطى المشترط المتعهد شيئا قيمته ألف مثلا و اشترط عليه أن يدفع لمصلحة الغير ما قيمته 500 فإن قيمة ما وهبه المشترط للمنتفع هو خمسمائة [2].

ثانيا – أما إذا كان الاشتراط قد تم معاوضة فإن العلاقة بين المشترط و المنتفع يتم تحديدها بينهما بحسب الغاية أو الغرض المرجو من التعاقد ، فقد يكون الاشتراط تم وفاءا لدين على المشترط للمنتفع ، مما يجعل الدائن المنتفع دائنا للمتعهد زيادة على دائنيته للمشترط ، أي دائن لمدينه الأصلي، ولا ينقضي التزام المشترط بمجرد نشوء حق الدائن إزاء المتعهد ،

[1] رمضان أبو السعود ،مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، مصر ، 2007 ، ص270.

[2] محمد حسام محمود لطفي ، المرجع السابق، ص 157 .

بل إن التزام المشترط يبقى قائما إلى غاية أن يبدي الدائن رغبته في الاستفادة من الاشتراط، ما لم يتضح أن الدائن قد قصد إبراء المشترط من دينه إكتفاءا بالدين الذي تعهد به المتعهد نحوه ، أما إذا لم يتضح هذا القصد فإن التزام المشترط لا ينقضي إلا بالوفاء الفعلي من المتعهد إلى المنتفع ، كما قد يكون غرض المشترط اقتراض المستفيد، فالعلاقة هنا تتحدد طبقا للأحكام المتعلقة بعقد القرض [1] .

ويلاحظ كذلك أن ما يميز علاقة المشترط بالمنتفع هو أن للمشترط حق نقض الاشتراط كما للمستفيد كذلك حق قبول الاشتراط أو رفضه، لذلك نتطرق إلى بحث كلا الحالتين .

1 – حق المشترط في نقض الاشتراط :

للمشترط حق نقض عقد الاشتراط خصوصا و أن المستفيد من المشارطة لم يعلن عن رغبته في الاستفادة، و هذا الحق خاص به فقط، و هو ما أكدته المادة 117 ق.م.ج ، و مرد ذلك لحكمة أراده المشرع وهي حماية حق المستفيد ، إذ أنه لو أعطي هذا الحق للخلف العام أو للدائن فإنهما لن يترددا في استعمال هذا الحق بدافع المصلحة الشخصية ، كما يرتب زوال حق المستفيد دون أن يترتب عليه براءة ذمة المتعهد قبل المشترط ما لم يتفقا صراحة على خلاف ذلك، و إذا نقض المشترط حق المنتفع، له أن يعين منتفعا أخر للحلول محل المنتفع الأول، و في هذه الحالة فإن حق المستفيد الثاني يثبت له من تاريخ عقد الاشتراط وليس من تاريخ تعيينه، أما في حالة إذا ما نقض المشترط حق المنتفع و لم يقوم بتعيين مستفيد أخر فإنه و الحال كذلك يكون المشترط قد استأثر هذا الحق لنفسه، و هنا ينقلب عقد الاشتراط لمصلحة الغير إلى عقد عادي لا تنصرف أثره إلى الغير، وهو ما جاءت به الفقرة الثانية من المادة 117 السابقة الذكر، و التي نصت على أنه : " و لا يترتب على نقض المشارطة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك و للمشترط إحلال منتفع أخر محل المنتفع الأول، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من عملية الاشتراط [2] ، وله كذلك أن يرجع عن اشتراطه لصالح الغير متى رأى ذلك مناسبا له.

[1] محمد صبري السعدي، نفس المرجع السابق، ص342.

[2] يوسف محمد عبيدات ، نفس المرجع السابق ،ص244.

مع الإشارة إلى أن ذلك أي حق النقض يعتبر من الحقوق الشخصية المقررة للمشترط دون أن يكون لدائنيه أو ورثته هذا الحق، و بالتالي فهو ينقضي بوفاة المشترط وليس لأي من ورثته المطالبة بانتقاله إليه، و يصبح حق المنتفع من الاشتراط لا يمكن نقضه من أي شخص أخر، لكن يشترط لصحة رجوع المشترط عن اشتراطه أن يصدر الرجوع قبل صدور إعلان المنتفع في رغبته في الاستفادة من الاشتراط إلى المتعهد و إلى المشترط نفسه، كما يجب على المشترط إعلان المتعهد بنقضه للاشتراط و ذلك لمنع هذا الأخير من تنفيذ ما التزم به اتجاه المنتفع، مع التنويه إلى أن النقض باعتباره يعبر عن إرادتين ، فلا يتطلب خضوعه لأي شكلية و لذلك يمكن أن يكون صريحا أو ضمنيا [1].

2 ــ حق المستفيد في قبول الاشتراط أو رفضه :

المنتفع حر في قبول الاشتراط أو رفضه و للمشترط حق الرجوع فيه و تعيين منتفع أخر محل المنتفع الأول ، كما للمشترط أن يفسخ العقد أو أن يستفيد هو من عقد الاشتراط أو تعويض المستفيد بمستفيد أخر عندما يرفض المنتفع قبول الاشتراط، مع العلم أن مدة إعلان رغبة المستفيد من الاستفادة من الاشتراط غير محددة قانونا [2].

كما أن كل طرف من أطراف العلاقة التعاقدية في عقد الاشتراط مدعو لإعلان عن إرادته لكن ليس بنفس الطريقة، فالمشترط والمستفيد يتبادلان قبولهما لأجل تكوين العقد ويستعمل كسند بالنسبة للباقي ، في حين أن الغير المستفيد عليه فقط أن يقبل الاستفادة من المشارطة [3]، كما أن حق نقض الاشتراط لا ينقطع إلا بصدور إقرار من طرف المنتفع و بالتالي فإقرار هذه الأخير ما هو في الواقع إلا تثبيت لحقه هذا و ليس قبولا لإيجاب معروض عليه سواء من المتعهد أو من المشترط، لذلك فإنه يجب صدور إقرار المنتفع حتى لا يثبت له حق دون رضاه و بذلك يسري مفعول هذا الحق من وقت انعقاد العقد وليس من وقت الإقرار [4].

---

[1] خليل أحمد حسن قدادة ، نفس المرجع السابق، ص135.

[2] بن الشويخ الرشيد ، دروس في النظرية العامة للالتزام ، دار الخلدونية القبة القديمة الجزائر ، 2012 ، ص126.

[3] -Jean CARBONNIER- Droit Civil- Les biens Les obligations-Quadrige Press Universitaire de France-2004-p 2138.

[4] أحسن زقور ، نفس المرجع السابق، ص 140.

و يرى بعض الفقهاء أنه يجوز لدائني المستفيد أن يطعنوا في هذا الرفض عن طريق الدعوى البوليسية لأن رفض المستفيد تصرف مفقر له، في حين يرى آخرون أنه لا يجوز هذا الطعن باعتبار أن حق الرفض من الحقوق المتعلقة بالشخص، كما أنه لم يستقر في ذمته بصفة نهائية، و الثابت أنه يجب التفرقة بشأن موضوع الطعن في رفض الاشتراط بين طبيعة الاشتراط ما إن كان تبرعا أو معاوضة بحيث أنه إن كان تبرعا فلا يجوز الطعن فيه لأن تقدير المنتفع لمسألة قبول الاشتراط أو رفضه قائمة على اعتبارات شخصية أو أدبية خصوصا و أن هناك نفوس تكره من يتبرع لها، و على العكس من ذلك فإنه في حالة إذا كان الاشتراط تم بمعاوضة فإنه يجوز الطعن في رفض الاشتراط، و ذلك نظرا لعدم وجود مثل هذه الاعتبارات [1] .

الفرع الثالث: العلاقة بين المتعهد و المستفيد:

في إطار هذه العلاقة يتضح الاشتراط لمصلحة الغير كاستثناء فعلي عن مبدأ الأثر النسبي للعقد، فالمستفيد ليس طرفا في العقد إلا أنه يكسب حقا مباشرا من عقد الاشتراط الذي لم يكن طرفا فيه [2] ، وهذا ما كرسته المادة 116 / ف 2 من ق.م.ج و التي مفادها أن حق المنتفع نشأ قبل المتعهد، و أن مصدر هذا الحق هو عقد الاشتراط، كما أن نشوء هذا الحق لا يتوقف على قبول المنتفع له، و للمنتفع حق مطالبة المتعهد بالوفاء بالتزامه باعتباره دائنا للمتعهد من يوم الاشتراط و حتى قبل إبدائه لرغبته في الاستفادة من الاشتراط، و بالمقابل للمتعهد التمسك بدفوعاته ضد المنتفع الناجمة عن المشارطة من بطلان أو فسخ أو انقضاء وترتب هذه العلاقة آثارها المتمثلة فيما يلي :

1- يشارك المنتفع جميع دائني المتعهد في ضمانهم العام على أساس أنه أصبح دائنا للمتعهد من يوم الاشتراط و من ثم يتقاسم الجميع هذا الضمان قسمة غرماء.

2- على اعتبار أن قبول المتعهد للالتزام تصرف مفقر لذمته المالية فلدائنيه حق الطعن بالدعوى البوليسية في قبوله هذا الالتزام .

3- لدائني المتعهد و للمتعهد نفسه التمسك ضد المنتفع بالدفوع المترتبة على الاشتراط [3].

---

[1] بلحاج العربي، نفس المرجع السابق، ص234.

[2] عدنان إبراهيم السرحان ، نوري حمد خاطر ، نفس المرجع السابق، ص 280.

[3] علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 95 وما يليها .

4- لكون مصدر حق المنتفع هو عقد الاشتراط ، فإن حق المنتفع يتحدد وفقا لشروط العقد المبرم بين المتعهد والمشترط، فيكون للمشترط أو للمنتفع مجتمعين أو منفردين أو لأيهما دون الأخر، الحق في المطالبة بتنفيذه ، وذلك استنادا إلى مقتضيات العقد وإلا ثبت هذا الحق للمشترط وحده [1].

ولكون أنه يترتب على أن حق المنتفع ينشأ و يثبت مباشرة من عقد الاشتراط، فللمستفيد قبل المتعهد حق شخصي و مباشر له تحميه دعوى مباشرة يرفعها باسمه الشخصي و ليس باسم المشترط يتسنى له من خلالها مطالبة الملتزم بتنفيذ ما عليه من التزامات تجاهه، لكن لا يمكنه مطالبة المتعهد بفسخ العقد لكونه ليس طرفا فيه هذا من جهة، و من جهة أخرى فإنه يترتب عن نشوء حق مباشر للمستفيد لدى المتعهد و الذي لا يمر بذمة المشترط عدة نتائج وهي :

- بعد أن يصبح دائنا بحقه لدى المتعهد فلا يكون لدائني المشترط أو ورثته أي شأن بهذا الحق فلا يدخل ذمة مدينهم خلال حياته، فهو حق يستأثر به المستفيد وحده و بالتالي لا يستطيعون التنفيذ عليه و لا يمكنهم متابعته قضائيا باستعمال الدعوى غير المباشرة نيابة عن مدينهم ، كما أنه لا يدخل ضمن تركته بعد وفاته، فعلى سبيل المثال إذا أمن شخص على حياته لصالح أولاده فلا يكون لدائنيه و لا ورثته مشاركة أولاده في اقتسام هذا الحق على اعتبار أنه يؤول مباشرة للأولاد.

ويترتب كذلك أن حق المنتفع ينشأ من وقت انعقاد العقد لا من وقت إبداء المنتفع رغبته في الاستفادة من الاشتراط ، وبناء عليه فإذا انعدمت أهلية المتعهد أو توفي في الفترة الممتدة مابين انعقاد عقد الاشتراط وإبداء المستفيد رغبته فإن ذلك لا يؤثر في هذا الحق .

كما يترتب كذلك على أن حق المستفيد لكونه نشأ من عقد الاشتراط المبرم بين المشترط والمتعهد فيكون للمتعهد وفقا لأحكام العقد التمسك بجميع أوجه الدفع كالدفع ببطلانه أو بعدم تنفيذ المشترط لالتزاماته ، كما له أن يطلب بفسخ العقد لعدم تنفيذه وهو ما أكدته

[1] محمد حسام محمود لطفي ، نفس المرجع السابق، ص 159.

المادة 116 الفقرة الثالثة من ق.م.ج بنصها على أنه:" ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد " [1] .

كما يترتب على العلاقة بين المتعهد والمنتفع إضافة إلى كسب المنتفع حقا مباشرا من عقد الاشتراط أن هذا الحق قابل للنقض من جانب المشترط إلى أن يظهر المنتفع رغبته في الاستفادة من هذا الاشتراط ، وهو ما أكدته الفقرة الأولى من المادة 117 من ق.م.ج.[2]

وعلى هذا يستطيع المشترط وحده ، دون دائنيه أو ورثته نقض الاشتراط ، بأن ينقض حق المنتفع (la révocation de la stipulation)، قبل أن يعلن هذا الأخير قبوله إلى المتعهد ، أي إلى أن يظهر هذا المنتفع رغبته في الاستفادة من الاشتراط .

ومن ثم فحق النقض يرجع لاعتبارات خاصة بالمشترط وحده ولا يخص دائنه ولا ينتقل بوفاته إلى ورثته ، وبالتالي فهو حق شخصي له ، وقد يكون النقض صريحا أو ضمنيا ولا يشترط أن يكون له شكل خاص في القانون المدني الجزائري، ويجوز أن يوجه إلى المنتفع أو إلى المتعهد، وإن كان يجب على كل حال إعلانه إلى هذا الأخير ليمتنع عن الوفاء بالتزامه للمنتفع.

ولا يترتب على نقض المشارطة أن تبرا ذمة المتعهد قبل المشترط ، ما لم يتم الاتفاق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك ، وللمشترط إحلال منتفع أخر محل المنتفع الأول ، كما له أن يحتفظ لنفسه بالانتفاع من المشارطة .

وللمنتفع تثبيت حق الانتفاع بإقراره له ومن ثم لا ينقضي إلا بإصدار إقرار المنتفع الذي يسري من وقت إبرام عقد الاشتراط لا من وقت إقراره ، فإذا قبل المنتفع الاشتراط فإن ذلك يترتب عنه عدم نقض الاشتراط من طرف المشترط ، وللمنتفع أن يصدر إقراره في أي وقت شاء ولا يسقط حق الإقرار بالتقادم ، مع الإشارة إلى أن نقض الاشتراط وإقراره أو رفضه

[1] محمد صبري السعدي، نفس المرجع السابق، ص343.

[2] تنص المادة 117/ف1 على أنه :" يجوز للمشترط دون دائنيه أو وارثيه أن ينقض المشارطة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشترط رغبته في الاستفادة منها ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد ...".

يعتبر عملا قانونيا من جانب واحد ، فإذا رفض المنتفع هذا الحق آل إلى المشترط أو إلى ورثته الشرعيين من وقت الاشتراط .[1]

و على هذا فإن حق النقض لا ينقطع إلا إذا صدر إقرار المنتفع والذي يعتبر تثبيتا لهذا الحق، وليس قبولا لإيجاب معروض عليه من المتعهد أو من المشترط، و لابد من صدور إقرار من المنتفع حتى لا يثبت له حق دون رضاه، فإذا أقره ثبت الحق، واعتبر موجودا من وقت العقد لا من وقت الإقرار.

و يسقط حق المنتفع بالتقادم إذا لم يستعمله خلال مدة التقادم المقررة قانونا وما لم يثبته المنتفع بالإقرار الصريح أو الضمني.

ويعلن المنتفع إقراره للمتعهد أو للمشترط، ولكن لابد من إعلان المتعهد بالإقرار حتى يسري في حقه، والإقرار كالنقض تصرف قانوني ينعقد بإرادة منفردة.

و بصدور الإقرار بصبح الحق غير قابل للنقض، وكان المدين بهذا الحق هو المتعهد أو ورثته، وفي حالة استحالة التنفيذ جازت المطالبة بالتعويض، إلا أنه لا يجوز للمنتفع أن يطلب فسخ العقد، لأنه ليس طرفا فيه، وحق المطالبة بالفسخ مقرر للمشترط فقط.

كما قد يرفض المنتفع صراحة أو ضمنا الحق الذي اشترط لمصلحته، ومتى كان ذلك فإن الحق ينصرف إلى المشترط أو إلى ورثته من وقت العقد لا من وقت الرفض، مع التنويه أن الرفض كالنقض والإقرار، تصرف قانوني. ويجوز لدائني المنتفع الطعن فيه بالدعوى البوليصية إذا توافرت شروطها.[2]

[1] بلحاج العربي ، نظرية العقد ، نفس المرجع السابق ، ص399.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نفس المرجع السابق، ص656 وما يليها.

البــاب الثــاني: مبدأ الأثــر النسبــي للعقــد من حيــث المــوضوع والاســتثــناءات الواردة عليــه :

بعمليتي التفسير والتكييف يتحدد مضمون العقد كما يتحدد نطاقه الذي لا يقتصر فقط على ما ورد فيه بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون و العرف و العدالة بحسب طبيعة الالتزام ، كما أن للعقد قوته الملزمة اتجاه عاقديه تساوي قوة القانون، فيجب على طرفيه تنفيذ الالتزامات المترتبة على كل منهما و إلا كان مسئولا على عدم تنفيذها طبقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين و للأسباب التي يقررها القانون، ومن ثم فإن مبدأ الأثر النسبي للعقد من حيث الموضوع يشمل تحديد مضمون العقد و تحديد نطاقه[1] ، وكما أن لمبدأ الأثر النسبي للعقد من حيث الأشخاص استثناءات سبق و أن تطرقنا لها في الفصل الثاني من القسم الأول، ترد كذلك استثناءات على هذا المبدأ من حيث الموضوع فأصبح المبدأ هو الأخر ليس مطلقا، إذ يجوز تعديل للعقد برخصة من القانون وباتفاق الطرفين، كما أنه مراعاة للعدالة فإن نظرية الظروف الطارئة تعتبر استثناءا للمبدأ، كما أنه يجوز تعديل العقد بسبب الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان استنادا إلى الأحكام الخاصة التي سنها المشرع لحماية الطرف الضعيف (المادة 110 من ق.م.ج)، وتعد الوسائل القانونية المقررة لحماية حقوق الدائنين هي الأخرى استثناء على مبدأ الأثر النسبي من حيث الموضوع و تعتبر الدعوى المباشرة من بينها والتي تتصف دراستها بشيء من الصعوبة والخصوصية لكونها استثناءا على القواعد العامة، كما أنها من النظم القانونية التي لا توجد لها نظرية عامة لتطبيقها وإنما تتقرر بنص تشريعي و لم تبلغ غايتها من التطور و قد أشار إلى هذا المعنى فلاتييه :" لا تزال الدعوى المباشرة في مرحلة من التطور تتجمع فيها الاستثناءات تجمعا لا يخلو من عدم التناسق، وبفضل الدعوى المباشرة يستطيع الدائن الرجوع على مدين المدين بصفته دائنا مباشرا، له ضمانا عاما على جميع أمواله، كما تمنح الدائن

[1] محي الدين إسماعيل علم الدين ، المرجع السابق ، ص439.

وحده ضمانا خاصا لا يشترك فيه باقي الدائنين وبالتالي فالدعوى المباشرة لا تحافظ على الضمان العام لجميع الدائنين فهي ليست من قبيل التأمينات العينية أو الشخصية [1].

فهي الدعوى التي يستأثر بفضلها الدائن بالحق الذي لمدينه في ذمة مدين المدين [2].

كما تشكل العقود الجماعية للعمل هي الأخرى استثناءا من مبدأ الأثر النسبي للعقد ووسيلة قانونية لحماية حقوق أطراف لم يكونوا طرفا فيها عند إبرامها بل حتى الأقلية التي عارضت إبرامها، إذ أن آثارها تتصرف إليهم وتلزمهم أحكامها بالتنفيذ، إذ تسري على أصحاب العمل والعمال، وحتى الذين لم يكونوا طرفا فيها ، كما تلزم أيضا الأشخاص الأخرين الذين نص القانون على شمولهم بأحكامها [3]، كما يعد الصلح الواقي من الإفلاس كذلك خروجا فعليا عن مبدأ الأثر النسبي للعقد، لكون أحكامه تشمل الذين شاركوا فيه والذين لم يشتركوا فيه وحتى الذين اعترضوا عليه ، لذلك سنتعرض من خلال هذا الباب إلى مبدأ الأثر النسبي من حيث الموضوع في الفصل الأول، و الاستثناءات الواردة عليه في الفصل الثاني .

[1] ياسبن أحمد القضاه الدعوى المباشرة في القانون المدني دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان الأردن، 2014، ص27.

[2] عبد القادر الفار ، أحكام الالتزام ، أثار الحق في القانون المدني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن ، ط 1، الإصدار العاشر ،2008، ص 100.

[3] غالب علي الداودي ، شرح قانون العمل ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ،الأردن ط1، 2011، ص 218.

الفـــصل الأول : مبـــدأ الأثـــر النســـبي للعقـــد مـــن حيـــث الموضوع

يقتضي مبدأ الأثر النسبي للعقد في وجوب إعمال ما ورد فيه، فإذا انشأ العقد التزامات معينة في ذمة طرفيه أو أحدهما قامت تلك الالتزامات ووجب تنفيذها طبقا لمقتضيات العقد،وإذا قضى تعديل حقوق قائمة أو نقلها أو إنهائها تم العمل بما قضى العقد [1] ، وبناءا عليه فأطراف العقد ملزمون بتنفيذ ما ورد فيه و بما اشتمل عليه مع تناول ما هو من مستلزماته و ذلك وفقا لمقتضيات القانون و العرف و العدالة بحسب طبيعة الالتزام، و لكون القوة الملزمة للعقد بالنسبة لأطرافه تعادل قوة القانون تماما مما يستوجب تنفيذ الالتزامات المترتبة عنه و بحسن نية ، فإذا أخل أي من المتعاقدين بأي التزام بشأن العقد كان مسئولا عن ذلك، و للبحث في موضوع الأثر النسبي للعقد من حيث الموضوع قسمت هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث نتعرض من خلالها إلى تحديد مضمون العقد في المبحث الأول و إلى تحديد نطاق العقد في المبحث الثاني و أخير إلى القوة الملزمة للعقد في المبحث الثالث .

المبحـــث الأول : تحـــديد مضـــمون العقـــد :

للعقد قوة ملزمة اتجاه المتعاقدين كقوة القانون تماما، لذلك أوجب المشرع الجزائري في المادتين 106 و107 من ق.م.ج تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد و أن أي إخلال في التنفيذ أو تأخر يرتب مسؤولية من تسبب فيه (160،164 ،180،181،182 ق.م.ج) ، لذلك فإن تحديد مضمون العقد أمر هام جدا بالنسبة للمتعاقدين لمعرفة مقصودهما من وراء العقد بكل دقة ووضوح ، بمعنى تحديد مضمون ما تعاقد عليه حتى يتسنى لهم تنفيذه [2].

كما لا يقصد بتحديد مضمون العقد الوقوف على أحكام العقد و شروطه وعدم الخروج عنه استنادا إلى النزعة المطلقة لمبدأ سلطان الإرادة، وإنما المقصود أن العقد لا يقتصر على بيان أحكامه التي جاء بها و التي يقضي بها القانون ، و إنما يراد بمضمون العقد التوسعة في

[1] عدنان ابراهيم السرحان، نوري حمد خاطر ، نفس المرجع السابق،ص 236.

[2] بلحاج العربي ، مصادر الالتزام في ق م ج ، الجزء 2 ، المصادر الإرادية ، العقد والإرادة ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر 2014، ص744.

شروطه دون إسراف و شطط، و مفاد ذلك أن يتضمن مضمون العقد إضافة إلى ما جاء فيه من أحكام ما يعتبر من توابعه ومستلزماته وهي توسعة أخذت بها معظم التشريعات [1].

كما يحتاج تحديد مضمون العقد لتفسير عباراته خصوصا إذا اكتنفها الغموض، وبتفسير للعبارات الغامضة يتحدد نطاق العقد، و على ضوء ذلك يلتزم المتعاقدين بتنفيذه دون زيادة أو نقصان وفقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، كما أن بعملية التفسير يتحدد مضمون العقد و معرفة ما اتجهت إليه إرادة متعاقديه و بعد التفسير يتم تكييف العقد و إعطائه الوصف القانوني المقرر له، ما إذا كان عقد بيع أو عقد شركة أو هبة مثلا ومنه تتحدد الالتزامات و عليه نتناول تفسير العقد في المطلب الأول و تكييف العقد في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تفسير العقد:

لا تطرح مشكلة التفسير إلا عندما يثار نزاع بين طرفي العقد بخصوص عملية تنفيذه مما يستوجب تحديد معناه , وذلك لكي يتسنى لكل طرف في العقد تنفيذ ما عليه من التزامات،ولا يتم تحديد معنى العقد وفق إرادة أحد أطرافه وإنما وفقا لإرادتهما معا، والتي تستمد استنادا إلى عبارات العقد نفسه ، وإلى الظروف والملابسات المحيطة بانعقاده .

كما لا تخرج عبارة العقد عن الحالات الثلاثة للتفسير، فقد تكون عبارة العقد واضحة في دلالتها، مما يستوجب منع تأويلها، وقد تكون غامضة وتحتاج إلى تفسير، وإما يثار بشأنها شك في معرفة إرادة المشتركة للمتعاقدين [2].

الفــرع الأول:المقصود بتفسيــر العقد ودور القاضي قبــل الشروع فيها:

قبل تناول موضوع تفسير العقد علينا التطرق إلى ماهية التفسير ودور القاضي قبل الشروع فيها.

---

[1] منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزامات وأحكامها ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2012 عمان الأردن ، ص208.

[2] مصطفى الجمال، رمضان محمد أبو السعود ، نبيل إبراهيم سعد، مصادر وأحكام الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان، ط1 2006، ص186.

أولا– ماهية تفسير العقد: التفسير لغة يعني شرح ما هو غامض و هذا اللفظ و الكلمة مستوحاة أساسا من اللغة اللاتينية interpré tatio و يقصد بالتفسير في معاجم اللغة العربية نفس المضمون و هو البيان و الإيضاح و الكشف عن المراد.

أما اصطلاحا فقد تعددت تعريفاته ،فذهب بعض الشراح إلى أن المقصود به تحديد معنى الشرط التعاقدي و الغرض منه، مستندين في ذلك إلى الهدف من عملية التفسير ، وعرفه أخرون متعلقين بالإرادة الحقيقية لطرفي العقد والتي هي الأساس الذي يقوم عليه التفسير ، فعرفوه بأنه استخدام بعض وسائل الاستدلال من أجل الكشف عن المعنى الخفي للاتفاق، و من أجل التعرف على النية الحقيقية للطرفين، كما ذهب أخرون إلى القول بأن تفسير العقد معناه البحث عن الإرادة الصحيحة للمتعاقدين، والهدف من شروطهم وتعهداتهم ، كما استبدل البعض الأخر ومنهم توليه toulier كلمة الإرادة بكلمة الأفكار ، إذ عرف التفسير بأنه فن الكشف عن الأفكار المعبر عنها قولا أو كتابة.

بينما ذهب الأستاذ gounot إلى القول أن المقصود بالتفسير في معناه الواسع هو تحديد آثار التصرف القانوني ، كما يرى الأستاذ عبد الحكم فوده بأن التعريف السليم للتفسير هو ذلك التفسير الذي يلم بمفهومه كعملية فنية ، دون الاقتصار على تعريف اللفظ في ذاته أو الغرض منه و كذا الأساس الذي يقوم عليه أو الهدف من ورائه و طرق الوصول إلى هذا الهدف [1].

وقد عرفه البعض بأنه: " تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر ، بسبب ما اعترى العقد من غموض ، للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين للمتعاقدين، مستندا في ذلك إلى صلب العقد و العناصر الخارجية والمرتبطة به"، ومنه يتبين أن لب التفسير يدور حول معرفة الإرادة الحقيقية لطرفي العقد [2]

[1] عبد الحكم فوده ، تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن ، منشأة المعارف الإسكندرية ، جلال حزى و شركائه 2002 ،ص17.

[2] عامر علي أبو رمان ، دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني ، دراسة مقارنة ، دار الحامد للنشر والتوزيع،عمان الأردن، ط1،2015، ص 52.

فالتفسير إذن عملية ذهنية لها شقين شق مادي و أخر معنوي ، فالشق المادي يتمثل في البحث المنصب على التغييرات المدونة في العقد في صيغة الشرط أو أكثر وهنا يكمن دور المفسر في تقريب أجزاء الشرط من بعضها أو تقريب الشرط من الشرط السابق له أو الذي يليه ، أو تقريب التصرف من تصرف أخر سابق أو لاحق أو عاصر تحريره ، مستعينا في ذلك بالعرف الجاري في المعاملات و الثقة المتبادلة بين طرفي العقد و الظروف المحيطة بإبرامه كالمكاتبات بين الطرفين وصفة و طبيعة عمل كل من المتعاقدين و كذا ما يستخلصه من أقوال الشهود و قرائن الحال .

أما الشق المعنوي فهو مجموعة الأفكار التي استقرت لدى القاضي من خلال ما توصل إليه في بحثه المادي الذي قام به ، إذ تتضح لديه النية المشتركة للمتعاقدين و منه فإن الشق المعنوي هو نتيجة للشق المادي .

جدير بالتنويه أن ما يدعوا إلى تفسير العقد ، هو الغموض الذي يلاحظ عن العقد،والغموض المراد هو غموض المعنى و ليس غموض اللفظ ذلك أن وضوح المعنى يمنع التفسير، ووضوح المعنى هو الوضوح الحقيقي و ليس الوضوح الظاهري فكم من شرط يتضح أنه واضح في ذاته لكنه مجرد وضوح زائف متى أخذ به مجردا ، خصوصا وأن هناك من المتعاقدين من يجهل صياغة شروط العقد صياغة صحيحة إذا ما عبر عنه في معنى معين بعبارات واضحة الدلالة ليس هو في الحقيقة المعنى المقصود [1].

بناءا على ما تقدم فتفسير العقد هو في الواقع عملية ذهنية و عقلية يتم من خلالها فهم بنود العقد و معرفة معاني الألفاظ التي صيغ بها العقد للوقوف على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين بصفة أساسية، أو لتكييف العقد كمسألة أولية تجعل القاضي يصل إلى حقيقة العقد و تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق عليه، و لا يتسنى للقاضي القيام بهذا الدور إلا بالاستعانة بمجموعة قواعد فقهية أو لغوية تساعده في عملية التفسير [2].

[1] عبد الحكم فوده ، المرجع السابق، ص17.

[2] فؤاد محمود معوض ،دور القاضي في تعديل العقد ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ،2004 ، ص157.

ثانيا – البحث في تكوين العقد وصحته:

تقتضي عملية تفسير العقد البحث في تكوينه و صحته قبل الشروع فيها ، فالعقد الباطن لا يمكن تنفيذه و لا جدوى من تفسيره ، كما أن بعض الفقه يرى بضرورة البحث في انعقاد العقد و صحته و في تحديد أثره عندما يتعلق الأمر بتفسير العقد ، كما أن تفسير التعبير عن إرادة المتعاقدين يتوقف على معرفة تطابق إرادتهما ، و هذا هو انعقاد العقد في حين أن مدى تطابق هاتين الإرادتين هو تفسير العقد و منه يتحدد أثاره ، فعمل القاضي في المراحل الثلاث المتمثلة في البحث في تكوين العقد و في صحته و في تحديد مضمونه قصد تنفيذه تقوم على التفسير ، لذلك فمرحلة التفسير تشمل مرحلة البحث في انعقاد العقد و في صحته وليست مستقلة عنه [1]، ومن ثم فإنه على القاضي المعروض أمامه النزاع التأكد من توافر أركان العقد وشروط صحته من جهة ، ثم البحث في مضمونه الذي يجب تنفيذه ، وتحديد نطاق الالتزامات المترتبة عن العقد لتنفيذه من جهة أخرى ، كما أن مضمون العقد يستوجب البحث في حقيقة النزاع و استخدام الوسائل التي قررها القانون قصد الوصول إلى معرفة الإرادة الحقيقية للمتعاقدين و سد كل الثغرات التي أعاقت تنفيذه بتفسير ما ورد في العقد من أحكام وشروط ثم تكييفه [2] .

الفــرع الثاني: وسائــل مراقبة تفسيــر العقــد بحسب حالاته:

الأصل أنه ليس للقاضي الولوج إلى ما يشكل قانون المتعاقدين وعلى العكس يجب عليه احترامه وحتى وإن لزم الأمر تفسيره فليكن ذلك لكن دون تحريف أو تشويه أو تعديل،فالقاضي منفذ للعقد والقانون على حد سواء[3]، و مهمة تفسير العقد من صميم عمل القاضي ، إذ خوله المشرع دون غيره تحديد ما انصرفت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين فهو

[1] محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات ،مصادر الالتزام العقد و الإرادة المنفردة ، دراسة مقارنة في القوانين العربية ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2012 ، ص277.

[2] بلحاج العربي ، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري ، (دراسة مقارنة) ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ، 2015 ، ص404.

[3] -Christian LAPOYADE DESCHAMPS- Droit des obligations-ellipses édition marketing S A PARIS France-1998- P 96.

ملزم بالتأكد من توافر شروط العقد و صحة انعقاده وصحة مضمونه متى طرح عليه نزاع متعلق بموضوع تفسير عقد ما ، لكن عملية التفسير هذه ليست مطلقة بل ألزم القاضي بإتباع قواعد معينة ضمانا لعدم خروجه عن هذه المهمة، وهو ما تم النص عليه صراحة في المادتين 111 ، 112 من ق.م.ج التي بينت أن هناك ثلاث حالات للعبارات الواردة في العقد يمكنها أن تكون موضوع تفسير [1] ، وهي المذكورة كما يلي :

أولا: حالة وضوح عبارة العقد:

تقتضي هذه الحالة أن عبارات العقد واضحة الدلالة و قصد المتعاقدين فيها صريح،وفيها يأخذ بظاهر المعنى لعبارات العقد و التي يفترض أن تعبر عن تطابق النية المشتركة للمتعاقدين ومن ثم يمنع تأويل عبارات العقد و لا جدوى من تفسيرها [2] ، إذ يجب على القاضي تطبيق العقد الذي تكون عباراته واضحة دون أي شرط أو تحفظ ، ذلك أن التفسير يطرح حينما يتضح للقاضي وجود غموض قي عبارات العقد كلبس أو إبهام أو احتمال وجود معنيين أو تناقض بين بنوده [3]، وهو ما أكدته الفقرة الأولى من المادة 111 من ق.م.ج المعدل و المتمم والتي تنص على أنه:"إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف عن إرادة المتعاقدين ..." و من ثم فإنه ووفقا لما ورد في الفقرة الأولى من المادة 111 أعلاه فإن العبارة الواضحة في العقد تفيد قطعا إرادة المتعاقدين وتطابق التعبير عن الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة تطابقا تاما وبكل الدلالات من لفظ أو إشارة ، مع الإشارة إلى أن هذا النهج تبناه المشرع الفرنسي المعتنق لنظرية الإرادة الباطنة و الذي لا ينسجم مع رأي بعض الفقهاء الذين يرون في أن ما ورد في نص الفقرة المشار إليها أعلاه دليلا على أن المشرع أخذ بنظرية الإرادة الظاهرة ، إذ لا مجال للبحث عن ما انصرفت إليه إرادة طرفي العقد ما دام عباراته واضحة الدلالة ، لكن المقصود بوضوح

---

[1] بلحاج العربي ،النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول ،التصرف القانوني العقد و الإرادة المنفردة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة السادسة ، بن عكنون ، الجزائر ، 2013 ، ص238.

[2] عبد الحق صافي ، القانون المدني ، الجزء الأول ، المصدر الإرادي للالتزامات ، العقد ، الكتاب الثاني ، أثار العقد الطبعة الأولى ، 2007 ، الدار البيضاء ،المغرب ، ص80.

[3] Philippe MALAURIE- Laurent AYNES- Philippe STOFFEL-MUNCK-DROIT CIVIL- LES OBLIGATIONS-Ed juridiques- associées-Paris- 2005-p 381.

عبارة العقد المستعملة في حد ذاتها أو وضوح كل بند من بنود العقد على حدة لا يعبر عن وضوح عبارات العقد في كل الأحوال ، إذ لا تعبر بصدق عن إرادة المتعاقدين بحيث قد تتناقض عبارة من عبارات العقد مع عبارة أخرى ، كما قد يتناقض بند مع أخر رغم وضوحه مما يجعله غامضا و بالتالي فالوضوح المقصود في الفقرة الأولى من المادة 111 من ق.م.ج هو وضوح مدلول العقد برمته و في جميع ما يحتويه من بنود، أي أنه يكون واضحا في دلالاته الكلية باعتباره و حدة متصلة ببعضها البعض متكاملة الأحكام مفسرة لبعضها البعض فمتى كان العقد كذلك فعلى القاضي الأخذ بمعناه الظاهر و لا يمكنه الانحراف عنه باللجوء إلى تأويله ، إلا إذا اتضح لديه أن المعنى الظاهر غير مطابق مع الإرادة الحقيقية للمتعاقدين فعندها يتعين له إعمال المعنى الظاهر و الأخذ بما يتناسب وإرادة المتعاقدين شريطة أن يوضح في حكمه الأسباب التي دعته إلا استبعاد المعنى الظاهر للعبارات .[1]

و قد كرس قضاء المحكمة العليا قاعدة منع تأويل عبارات العقد الواضحة الدلالة في قرارات عدة منها القــرار الصادر عن الغرفة التجارية بتاريخ 1983/03/12 و التي تتمثل وقائعه فيما يلي : بمقتضى عقد توثيقي بتاريخ 23و 30 أفريل أجـــــر(غ م و غ ح) و لمدة 9 سنوات ل (ح ع و ع ح) شقة بقصد تأسيس و ممارسة تجارة مقهى و مطعم، و نص هذا العقد على أن كلا من "ح ع" و "ع ح" يتصرفان كمستأجرين معا و على سبيل الشيوع على أساس النصف لكل منهما، و قد نص كذلك البند11 من العقد على أن المستأجران لا يستطيعان التنازل عن حقهما في هذا الإيجار إلا بموافقة مكتوبة من طرف المؤجرين ، وهذا لا ينطبق على التنازل الذي يتم لصالح محلهما في المحل التجاري وقبل صيرورته مالكا للقــاعدة التجارية تنازل أحد المستأجرين عن حقه في المحل التجاري ل (ب ع) دون موافقة المؤجرين الذين سارعا للمطالبة بفسخ عقد الإيجار باعتبار أن المستأجر خالف أحكام البند 11، وقد استجابت المحكمة ثم المجلس القضائي لهذا الطلب ، غير أن المستأجر الذي تنازل عن حقه طعن في قرار المجلس القضائي مدعيا تحريف بنود العقد خاصة البند 11 الذي لا يحتوي على لبس أو غموض بل عباراته واضحة وغير مبهمة و أن الموافقة الكتابية لا تعني التنازل الذي يتم لصالح محلهما و إثر هذا الطعن قضى المجلس الأعلى بإبطال القرار الصادر عن

[1] زكريا سرايش ، نفس المرجع السابق، ص124.

المجلس القضائي من أجل خرقه المواد 1717، 1134 من القانون المدني القديم و106و107 من القانون المدني الجديد و خرق بنود عقد الإيجار المبرم في 23 و 30 أفريل 1970 و لاسيما البند11 منه، و العبرة عند وضوح العبارة بالإرادة الظاهرة، حيث يمنع القاضي من البحث عن الإرادة الباطنة و إلا وقع تحت طائلة التحريف أو تشويه العقد [1] .

يتضح مما سبق أن العبارة الواضحة في العقد يفترض أنها تتفق و قصد المتعاقدين عندها لا تثور مشكلة التفسير وتنفذ بنود العقد كما وردت فيه مما يستوجب على القاضي عدم الانحراف عنها عن طريق عملية التفسير، وذلك تطبيقا لنص المادة 111 الفقرة الأولى المنوه بها أعلاه [2].

كما أنه من المقرر قانونا أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، ومن ثم فإنه لا يجوز للقضاة أن يفسروا إرادة الأطراف الصريحة بما يتنافى معها[3].

جدير بالذكر أنه لا يفهم من أن وضوح عبارة العقد لا يجوز تفسيرها في كل الأحوال،إذ قد يقوم القاضي بعملية التفسير رغم وضوح عبارات العقد، حيث يحتاج القاضي للتفسير أحيانا مهما بلغ وضوح عبارات العقد وسهولة معناها و سلاسته ، و على الرغم من عدم وجود لبس و إبهام فيه، إذ أن وضوح العبارة غير وضوح الإرادة، فقد يتبين من ظروف العقد أن المتعاقدين أساؤوا استعمال التعبير عن إرادتهما رغم وضوحه ، على اعتبار أنهما قصدا معنى و عبرا عنه بلفظ لا يستقيم معه ، و أن ما قصداه فعلا واضح في معنى أخر غير ما تم التعبير عنه بعبارات واضحة ، و مادام الأمر كذلك فالقاضي ملزم بالعدول عن المعنى الواضح للفظ إلى المعنى الذي قصده المتعاقدين ، فله أن ينحرف عن المعنى الظاهر دون تحريفه أو مسحه أو تشويهه مع وجوب الالتزام بالشرطين التاليين :

---

[1] علي فيلالي ، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2013 ، ص408 وما يليها .

[2] فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص134.

[3] قرار المحكمة العليا ،غ.م، مؤرخ في : 1985/04/03، ملف رقم :33528، م.ق، السنة 1989، ع 4، ص48.

- **الشرط الأول :** افتراض المعنى الواضح في العقد في بداية الأمر ، وهو ما قصد إليه المتعاقدين و منع تأويله إلا إذا قام لديه من ظروف الدعوى ما يبرر اللجوء إلى الخروج أو العدول عن ذلك المعنى.

-**الشرط الثاني :** على القاضي تبرير عدوله عن المعنى الواضح بوجوب تبيان أسباب ذلك في حكمه[1].

مما سبق تناوله يتضح أن الظروف المحيطة بإبرام العقد كظروف تحرير العقد وما سبق ذلك من مفاوضات ووقائع الدعوى وملابساتها لها دور في الوصول إلى التعبير الحقيقي عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، لاسيما و أن المتعاقدين قد يسيئا استعمال التعبير عنها رغم وضوح عبارات العقد و الحال كذلك فللقاضي أن يتصدى للتفسير و ينحرف عن المعنى الظاهر لعبارات العقد، و يلجأ إلى المعنى الفعلي الذي قصده العاقدان المطابق لإرادتهما،مشيرا إلى تلك الظروف و الأسباب التي أدت إلى ترك المعنى الواضح و إلا كان حكمه باطلا ، و في هذا الشأن قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الأمر قد يحتاج إلى التفسير رغم وضوح العبارة ،كما لو وجدت في العقد عبارتان كل منهما واضحة و لكن بينهما من التناقض ما يقتضي التفسير، على أن القاضي إذا ما انحرف عن المعنى الظاهر للعبارات فيجب عليه ذلك دون أن يحرفه أو يمسخه أو يشوهه [2].

كما أن عدول محكمة الموضوع عن المعنى الظاهر للعقد باعتماده على الظروف والملابسات المحيطة به لاستظهار المدلول الحقيقي لما ورد فيه يلزمها بتسبيب حكمها و يجعل من حكمها هذا خاضعا لرقابة المحكمة العليا مادام أنها لم تلتزم للفظ الظاهر، والواضح في العقد،ولمحكمة النقض سلطة مراقبة الأسباب ، فلها أن تقتنع بالاعتبارات التي أسس عليها الحكم ، و يكون الحكم سليما، و قد يتعرض للنقض في قصور الأسباب ، كما يدخل تقدير وضوح عبارات العقد من غموضها ضمن رقابة محكمة النقض، لأن ترك ذلك دون رقابة المحكمة العليا يجعل من القاضي اللجوء إلى تفسير العبارات الواضحة و الخروج عن المعنى

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نفس المرجع السابق، ص672.

[2] محمد صبري السعدي، المرجع السابق ،ص280.

الظاهر لها دون ذكر الأسباب الداعية لذلك مكتفيا فقط بتقرير أن العبارة غامضة رغم وضوحها [1].

ثانيـــا: حالة غموض عبارة العقد:

1- **مفهوم غموض عبارة العقد:** لم يعرف المشرع العبارة الغامضة تاركا ذلك للفقه و القضاء اللذان حاولا تحديد بعض حالات غموض العبارة و نذكر من هذه الحالات:

- العبارة المبهمة التي لا تفيد بأية معنى مما يصعب التعرف على إرادة المتعاقدين.
- العبارة التي تحمل أكثر من دلالة فهي عبارة غير دقيقة مما يثار بشأنها التساؤل عن المعنى الذي انصرفت إليه إرادة المتعاقدين.
- العبارة الواضحة في حد ذاتها لكنها متعارضة مع عبارات أخرى كتعارض بند في العقد مع بند آخر من نفس العقد، الشيء الذي يترتب عنه غموض إرادة المتعاقدين.
- تناقض مضمون بعض العبارات مع الأحكام الكلية للعقد.
- إغفال المتعاقدين بعض المسائل التفصيلية [2].

وهو ما ورد في قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 1983/04/13الذي جاء فيه :" حيث أن أداء الرسم على استيراد السيارات إجباري في العلاقة بين البائع و مصلحة الجمارك، أما بالنسبة لطرفي البيع – فالعبرة هي بما اتفق عليه الطرفان ، وبما أن العقد لم يشر إلى رسم فالأمر أصبح موكلا للقاضي الذي له سلطة تقديرية في تفسير العلاقة .

مما سبق الإشارة إليه أعلاه ، فإن المستقر عليه لدى قضاء المحكمة العليا هو وجوب تأويل العقد عند وجود عبارات غامضة وذلك أن يقف القاضي على قصد الإرادة المشتركة للمتعاقدين بمعنى أن القاضي ملزم بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ [3].

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع السابق، ص 674.

[2] علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص411.

[3] – حوحو يمينة –سلطة المحكمة العليا في تفسير العقد –مجلة المحكمة العليا ، السنة 2013 ، العدد 01 ، ص70.

2- **كيفيـــة تأويل العقد الغامض:**

استنادا لأحكام المادتين 111، 112 ق.م.ج فإن تأويل العقد مبدئيـــا يكون بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، أي بما يسمى بالتفسير أو التأويل الشخصي، إلا إذا تعلق الأمر بحالة الشك بحيث تكون إرادتي المتعاقدين منعدمة وعندها يكون التأويل موضوعي ، ويرى بعض الفقهاء أن مدلول الإرادة أو النية المشتركة للمتعاقدين يكمن في الإيجاب الذي يتلقاه الموجب له ويفهمه أو باستطاعته أن يفهمه على نحو معين ، و تكون العبرة بهذا الفهم الحاصل فعلا أو حكما ، لكونه مقدر الفهم المؤكد الذي انصرفت إليه إرادة المتعاقدين ، وتعرض أصحاب هذا الرأي للنقد بحجة أن العقد وليد اتفاق لإرادتين وليس إرادة واحدة أي إرادة الموجب فقط ،كما ذهب ساليي إلى القول : " أن الإرادة المشتركة هي الإرادة القانونية التي يجمع عندها القاضي إرادة كل من المتعاقدين، بعد أن يقارب ما استطاع ما بين الإرادتين دون أن يضحي بإحداهما لمصلحة الأخرى "، فالعبرة بالنسبة له بما يستخلصه القاضي ويفترضه و ليس بإرادة المتعاقدين ، ورأى فريق أخر من الفقهاء أن النية المشتركة للمتعاقدين هي تلك التي يمكن التعرف عليها مستدلين في ذلك بأن الاعتداد بالإرادة الباطنة للبحث عن إرادة العاقدين قد تنتهي إلى افتراض إرادتهما و ذلك لكون العبارات و الألفاظ المستعملة في العقد غامضة ، ومن المؤكد أن معرفة الإرادة المشتركة مفاده البحث عن إرادة كلا المتعاقدين معا، و استبعاد الإرادة الظاهرة بالرجوع إلى الإرادة الباطنة ، لكن الأخذ بالإرادة الباطنة ليس مجديا في كل الأحوال، إذ قد يؤدي أحيانا إلى طريق مسدود لاسيما و أن المظهر الخارجي للإرادة غامض و ربما منعدما فما السبيل الذي ينتهجه القاضي في الوصول إلى ما قصده المتعاقدان ؟ و هل يلزم بما انصرفت إليه الإرادة الباطنة بكل ما تحمله من أنانية و تعصب ؟ أم عليه الأخذ بعين الاعتبار بعوامل أخرى موضوعية أحاطت بالمعاملة و على أساسها تم إبرام العقد، و يظهر أن المشرع حسم الأمر بوضعه معالم يستهدي بها القاضي للبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين [1] ، إذ يستعين القاضي بعوامل عدة نص عليها القانون، منها ما يرتدي طابعا داخليا و منها ما يرتدي طابعا خارجيا .

[1] علي فيلالي المرجع السابق ص413.

1 ــ **الوسائل الداخلية في تفسير العقد الغامض: (الرجوع إلى عبارات العقد ذاته):**و هي تلك الوسائل التي يمكن استخلاصها بالرجوع إلى العقد ذاته و نذكر منها :

1/1:**إن العبرة في العقود بالمقاصد و المعاني لا بالألفاظ والمباني :** و تكون مهمة القاضي في معرفة مقاصد المتعاقدين و معانيهم الحقيقية التي اتجهت إليها إرادتهم المشتركة، وأخذ الأمور بمقاصدها دون الالتزام الحرفي للألفاظ أو العبارات المستعملة ، فإذا تبين للقاضي أن العبارة المستعملة لم تستعمل على وجهها الصحيح وهي لا تعبر عن إرادة المتعاقدين ، فله أن يفسر العبارة الواضحة وفق المعنى الذي أقره المتعاقدان ، واستبعاد المعنى الظاهر لها ،شريطة أن يذكر الأسباب التي حملته على ذلك وما أفادت به تلك الأسباب للمعنى الذي أخذ به [1].

كما أن تحري القاضي لإرادة المتعاقدين والذي يلزمه بعدم وقوفه على المعنى الحرفي للألفاظ يكون اعتبارا لكون المتعاقدين ليسوا في الغالب من خبراء القانون [2].

وهو استقر اجتهاد المحكمة العليا على أنه:" من المقرر قانونا أنه إذا كان هناك محل لتأويل العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ .

و لما ثبت – في قضية الحال– أن قضاة الموضوع لما قاموا بتفسير العقد العرفي الذي كان يحتوي على مبلغين مختلفين بالنسبة لنفس النفقات المتعلقة بحفر بئر وبنائه الواجب تسديدها، يكونون قد استعملوا حقهم في تأويل عبارات العقد.[3]

ومن تطبيقات القاعدة:

1 – بيع الوفاء: إن هذا النوع من العقود والذي أشير فيه إلى كلمة بيع والتي تتضمن تمليك المبيع للمشتري أثناء العقد لا يفيد التمليك ، كما أن غرض المتعاقدين ليس ذلك ، وإنما ما قصده المتعاقدين هو تأمين دين المشتري المترتب في ذمة البائع ، وهدف العقد هو إبقاء المبيع تحت يد المشتري إلى غاية وفاء البائع لدينه، وبالتالي فحكم هذا العقد ليس عقد بيع

---

[1] محمد حسين منصور ، نفس المرجع السابق ، ص 330.

[2] محمد حسام محمود لطفي ، النظرية العامة للالتزام ، القصر للطباعة والدعاية والإعلان ، القاهرة 2007 ، ص163.

[3] قرار المحكمة العليا ،غ.ع، المؤرخ في 1997/07/23، ملف رقم 149300، م.ق، السنة 1997،ع 2، ص51.

وإنما عقد رهن، لذا لا يمكن للبائع بيعا وفائيا إعادة الثمن واسترجاع المبيع ، كما للمشتري أن يعيد المبيع ويسترد الثمن، وبالخلاصة فإنه لو كان العقد عقد بيع حقيقي لما جاز إعادة البيع.

2– لو اشترى شخص من بقال رطل سكر ، وقال له : خذ هذه الساعة أمانة عندك ، حتى أحضر لك الثمن ، فالساعة هي ليست في الحقيقة أمانة عند البقال ، بل هي رهن ، وللبقال أن يبقيها عنده ، إلى غاية أن يستوفي دينه ، فلو كانت أمانة فعلا كما ذكر المشتري ،لحق له متى شاء استرجعها من البائع بصفته أمين ولكونها أمانة يجب على الأمين إعادتها.

3 – لو قال شخص لأخر : وهبتك هذا الفرس ،أو الدار بمائة جنيه ، فيكون هذا العقد عقد بيع، لا عقد هبة ، وتجري فيه أحكام البيع ، فإذا كان البيع عقارا تجري فيه أحكام الشفعة وغيرها من أحكام البيع .

4 – الكفالة : هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة ، فإذا كانت الكفالة مشروطة ببرأة المدين عن المطالبة تعتبر حوالة ، ويشترط بشأنها ما يشترط في الحوالة ، ولا يطالب الدائن إلا الكفيل فقط ، ولا يرجع على المكفول عنه إلا إذا هلك ماله عند الكفيل ، وذلك بأن ينكر الكفالة،مع عجز الدائن عن إثباتها ، وأدائه اليمين عند تكليف الحاكم له، أو يموت الكفيل مفلسا ، أو يفلسه الحاكم ، فحينئذ يرجع الدائن على المديون المكفول [1].

2/1 – يجب الأخذ في الاعتبار ما تفيده شروط العقد و بنوده في مجموعها:

مفاد ذلك أنه على المحكمة الأخذ بعبارات وبنود العقد في مجموعها على أساس أن عبارات العقد وحدة متصلة ومتماسكة ومتكاملة مفسرة لبعضها البعض ، فلا ينبغي أخذ عبارة من العقد وتفسيرها منعزلة عن باقي العبارات ، بحيث أنه إذا ما وجدت عدة محررات متبادلة مترابطة فإنه يستوجب الأخذ بما تفيده في مجملها ، إذ لا يوجد ما يمنع قانونا أن يكون التعبير عن الإرادة واردا في محرر أو أكثر ، ولمحكمة الموضوع سلطة تفسير تلك المحررات واستخلاص ما يمكن استخلاصه منها ، والأمر كذلك إذا تعلق الأمر بعدة عقود مترابطة

[1] أحمد محمد علي داود، أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، الجزء الثاني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن ، 2011، ص 847.

مشكلة في مجموعها عملية عقدية واحدة مكملة لبعضها البعض ، الشيء الذي يتطلب النظر إليها مجتمعة [1] .

3/1 – **إن إعمال الكلام أولى من إهماله:** تقتضي هذه القاعدة أنه إذا كانت عبارات العقد تفيد أكثر من معنى، وجب حملها على المعنى الذي يجعلها تنتج أثر قانونيا، ولا يمكن إهدار عبارة أو لفظ مادام يمكن حمله على معنى حقيقي أو مجازي، مع ترجيح التفسير الذي يؤدي إلى بقاء الشرط أو العقد على التفسير الذي يؤدي إلى إلغائه أو إبطاله ،فعلى سبيل المثال إذا أمن شخص على حياته لمصلحة أولاده ثم مات ولم يكن له أولاد من صلبه وإنما له أحفاد فهم الذين يستحقون مبلغ التأمين لأن إعمال الكلام أولى من إهماله .

1/ 4– عبارات العقد يفسر بعضها بعضا:

وفيها يفسر العقد على أنه كل لا يتجزأ وتؤخذ بنوده مجتمعة بعين الاعتبار ، ولا تعزل عبارة عن باقي عبارات العقد بل تفسر هي الأخرى باعتبارها جزء منه ، خصوصا وأنه يمكن أن ترد في العقد عبارة مطلقة تحددها عبارة سابقة أو لاحقة ، وهو ما يعرف بقاعدة الخاص يقيد العام ، ومثال ذلك بيع شخص لأثاث بيته لكن حدد أو قيد ذلك الأثاث ، كأن يذكر المفروشات أو السجاد ، فالعبارة الأخيرة تخصص العبارة الأولى (أثاث البيت)، وكذلك إذا ذكر في العقد بأن الدائن أبرئ المدين من الدين نصفه ، وهنا فإن المدين قد أبرأ من هذا الدين النصف فقط [2].

وبناء عليه فإن القاضي عند تفسيره لبنود العقد يأخذها على أنها كل لا يتجزأ بما فيها البنود المطبوعة أو تلك المتعلقة بالشروط الدارجة والمألوفة مادامت لا تتعارض وقاعدة قانونية آمرة ، إلا أنه إذا أضاف المتعاقدان لبنود العقد شرطا مكتوبا يتعارض مع بند مطبوعا في نفس العقد ،تعين الأخذ بالمكتوب باعتباره يتفق مع جوهر الإرادة الحقيقية للمتعاقدين[3].

---

[1] محمد حسين منصور، نفس المرجع السابق ، ص 331.

[2] أحمد سلمان شهيب السعداوي ، جواد كاظم جواد سميسم ،مصادر الإلتزام (دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقه الإسلامي) ، مكتبة زين الحقوقية والأدبية ، طريق صيدا القديمة لبنان ، 2015 ، ص192 ومايليها.

[3] -Jean- CARBONNIER-Théorie des obligations-presses universitaires de France-paris- France-1963-p 251.

5/1 – تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالضرورة بهذا الحكم :

معنى ذلك أنه إذا ورد في العقد نصا لبيان الالتزام في حالة معينة، فإن ذلك لا يعني قصر الحكم على تلك الحالة بصفة حتمية ، بل الأمر متوقف على حقيقة ما أراده المتعاقدين من إرادتهما المشتركة [1]، مثال ذلك الإشارة صراحة في عقد بيع إلى أن العقد يشمل أرض زراعية" بما في ذلك المواشي "، فلا يجب أن يفهم من ذلك أن سائر التوابع كالآلات الزراعية والمخازن والمباني المخصصة لاستغلالها لا يشملهـــا البيع [2].

2- الوسائل الخارجية في تفسير العقد الغامض:

في حالة إذا لم تسعف الوسائل الداخلية السابقة الذكر القاضي في الاهتداء إلى تحديد المضمون الصحيح للعبارة الغامضة الواردة في العقد المراد تفسيره، وجب عليـــه اللجوء إلى بعض الوسائل الخارجية للوقوف على إرادتي المتعاقدين ونذكر من بين هذه الوسائل ما يلي :

1/2- طبيعة التعامل:

المقصود بطبيعة التعامل ما تم الاتفاق عليه من تصرفات أجراها المتعاقدين ، أي طبيعة العقد وموضوعه ، إذ يخضع العقد للقواعد التي تقتضيها طبيعته ما لم يصرح المتعاقدان بخلاف ذلك ، فعقد عارية يفسر على أنه عارية استعمال وليس عارية استهلاك إذا اشترط فيه المعير أن يرد المستعير الشيء آو مثله ، كما يفسر تخارج أحد الورثة عن نصيبه في الميراث بأنه تنازل عن كل حقوقه في التركة التي يتخارج فيها حتى ولو كانت بعض هذه الحقوق مجهولة لا يعلمها ، لكن لا يعني التخارج حقوقه من الميراث في تركة أخرى، و تفهم من طبيعة التعامل كذلك أنه إذا استدان شخص مبلغ من المال لمدة سنة وعند حلول أجال استحقاقه استدان مبلغ أخر بنفس شروط الدين الأول ، فإن ذلك يعني أن الدينين تأجلا لمدة مماثلة لأجال الدين الأول، أي سنة من تاريخ القرض الثاني [3].

---

[1] محمد حسين منصور ، نفس المرجع السابق ، ص332.

[2] محمد حسام محمود لطفي المرجع السابق ص165.

[3] إلياس ناصيف ، موسوعة العقود المدنية و التجارية ، البحث الأول ، أحكام العقد ، الجزء 02 ، مفاعيل العقد ، دراسة مقارنة ، لبنان، ط 2 1998 ، ص228.

2/2 – الأمانة و الثقة الواجب توافرها بين المتعاقدين:

يوجب القانون توافر الأمانة و الثقة بين المتعاقدين بشأن التصرفات التي يجرونها فيما بينهم، الشيء الذي جعل القانون أن يضع للقاضي وسيلتين يستهدي بهما في الكشف عن إرادة المتعاقدين وهما الأمانة و الثقة ، فإذا ما وجد لبسا أو خطئا في التعبير واستطاع أحد المتعاقدين تبيانه ، فإن واجب الأمانة والثقة يقتضي من المتعاقد أن لا يستغل ما ورد من إبهام وغموض في هذا التعبير و الذي أمكنه أن يفهمه على حقيقته [1].

وعلى هذا فإن الأمانة واجبة على المتعاقد و الثقة حق له وبيان ذلك أن من وجه إليه الإيجاب فهم عبارته بما تقتضيه الأمانة في التعامل هو ما يقضي، فإذا استطاع المتعاقد تبيان خطأ في التعبير أو لبس فيه، فالأمانة في التعامل كما سبق الإشارة إليه أعلاه تقضي أنه على هذا المتعاقد أن لا يستغل ما وقع من إبهام في التعبير ما دام أنه فهمه أو كان باستطاعته أن يفهمه، و في مقابل هذا الواجب حق يتمثل في أن من وجه إليه الإيجاب أن يطمئن لظاهر العبارة و يعتبره هو المعنى الذي قصد إليه الموجب و هذه هي الثقة المشروعة و المنطوية على الأخذ بالإرادة الظاهرة في تفسير عبارات العقد ، بحيث تحمل العبارة التي تنتج أثرا قانونيا ،إذا احتملت العبارة على أكثر من معنى واحد [2].

2/ 3 – العرف الجاري في المعاملات:

يقصد بالعرف الجاري في المعاملات كل عادة شائعة بين المتعاقدين في طراز العقد الذي ارتبطا به على نحو يجعلها شرطا ضمنيا مفهوما في التعامل [3]، إذ يضطلع العرف بالدور المنوط به في تفسير بنود العقد الغامضة وإكمال النقص الوارد فيه ، فعلى سبيل المثال

[1] خليل أحمد حسن قدادة ، نفس المرجع السابق، ص139.

[2] أحسن زقور ، نفس المرجع السابق، ص61.

[3] محمد شريف أحمد ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن ، 1999 ، ص133.

يلزم العرف بائع السيارة بتسليم جميع وثائقها إلى المشتري ،كما يلزم بائع المحل التجاري بتسليم للمشتري قائمة بأسماء الزبائن الذي يتعاملون مع المحل بشروط خاصة [1] .

والعرف المعني بتفسير بنود العقد هو ذلك العرف الذي سار عليه الناس في معاملتهم المدنية أو التجارية؛ المحلية منها والمهنية، ولا يقصد به تلك القواعد الملزمة و التي تشكل القانون العرفي و المنطوية تحت قواعد بند القانون كوسيلة لتفسير العقد [2] .

كما أنه في حالة تنازع بين عرف عام وعرف خاص فالعرف الخاص هو المطبق ، مع الإشارة إلى أنه يشترط في العرف كوسيلة لتفسير العقد أن يكون غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة [3].

جدير بالتنويه أن القاضي لا يمكنه الاستعانة بالعرف إلا في حالة عدم وجود نص يحكم العقد أو أن ما ورد في العقد لا يكشف عن إرادة المتعاقدين أو كان ذلك مبهما ، وعليه فإن التشريع يأتي في الدرجة الأولى في تفسير أو إكمال العقد أو تحديد مضمونه[4]، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها من أنه :" حيث أنه بالرجوع إلى المادة 44 من قانون المياه والتي تنص يتعين على مالك العقار السفلي أن يتلقى على عقاره المياه المنصبة بصفة طبيعية من العقار العلوي ولاسيما مياه الأمطار والثلوج والينابيع غير المجمعة، وحيث أن قضاة المجلس لما قضوا بالعرف وأهملوا نص المادة المذكورة أعلاه لم يؤسسوا قرارهم وعرضوه للنقض [5].

4/2 – الظروف المحيطة بإبرام العقد وتنفيذه :

يستعين القاضي كذلك بالظروف المحيطة بإبرام العقد و تنفيذه في تفسير عبارات العقد الغامضة و التي تتسع لتشمل الظروف الشخصية و الموضوعية ، ويقصد بالأولى حالة

---

[1] دريد محمود علي ، النظرية العامة للالتزام ، القسم الأول ، مصادر الالتزام ، دراسة تحليلية مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة 01 ، 2012 ، ص271.

[2] عبد الحكم فوده ،نفس المرجع السابق، ص164.

[3] محمد صبري السعدي ، نفس المرجع السابق ، ص 164 .

[4] شريف الطباخ ، نفس المرجع السابق ، ص178 .

[5] قرار المحكمة العليا ،غ.ع،مؤرخ في2005/05/18، ملف رقم 303690، م.م.ع، السنة 2005،ع 2، ص 368.

المتعاقدين الشخصية وقت إبرام العقد كحالتهما المادية وعلاقة القرابة بينهما ، ويقصد بالثانية ألا و هي الظروف الموضوعية الوقائع المادية التي زامنت انعقاد العقد كوضع اليد على العين المتنازع عليها .

5/2 ــ تفسير العقد وفقا لطريقة تنفيذه :

تعتبر الظروف اللاحقة لإبرام العقد و المتمثلة في ظروف و طريقة تنفيذه خير وسيلة في معرفة حقيقة إرادة المتعاقدين على أساس أن ذلك يعتبر تفسيرا عمليا وواقعيا ، فمثلا إذا أغفل المتعاقدين في عقد الإيجار تحديد مكان دفع الأجرة و كان المستأجر معتاد لمدة كافية في دفعها في محل إقامة المؤجر، فيستخلص من ذلك أن طرفي العقد أرادا الاستمرار في دفع الأجرة في محل إقامة المؤجر[1].

و قد قضت محكمة النقض المصرية بأنه متى كان الحكم قد استخلص النية المشتركة من مدلول عبارة العقد و طريقة تنفيذه، فإن النعي عليه بالخطأ يكون على غير أساس.

6/2 – الاسترشاد بروح العدل والإنصاف:

لمبدأ روح العدل والإنصاف كغيره من المبادئ القانونية دور في الاستقرار الاجتماعي وترسيخ العدالة وإحقاق الحق و ذلك لمراعاتها المصالح الإنسانية والاجتماعية التي تستوحيها النصوص القانونية في غاياتها الاجتماعية البعيدة ، وإذا كان من الصعب إيجاد تعريف دقيق لهذا المبدأ نظرا لنسبيته وظروف تطبيقه، فإنه يرفد القاضي بروافد الأخلاق والعدالة مطلقا يداه في تفسير النصوص بما يتلأم وحسن النية وحقيقة المقاصد ، ولذلك قضى بأنه يجب أن يفسر العقد كما يتوخاه المتعاقدان وقت إنشاءه بروح العدل والإنصاف [2]، وبناء عليه وتبعا للمبادئ الأساسية للتفسير فإن القاضي وهو بصدد الكشف عن إرادة المتعاقدين عليه الرجوع إلى بنود العقد ذاته وإن تعذر عليه ذلك عليه الاستعانة بالظروف المحيطة بإبرام العقد وتنفيذه وكذلك اللجوء إلى القواعد القانونية المكملة أو العرف على اعتبار أن هذه الوسائل تتوافق

[1] مصطفى عبد الجواد ، مصادر الالتزام ، المصادر الإرادية للالتزام (نظرية العقد و الإرادة المنفردة)، دار الكتب القانونية ، مصر 2005 ، ص 455 .

[2] إلياس ناصيف المرجع السابق ص237.

والإرادة الضمنية للمتعاقدين ، فإن لم تسعف كل هذه الوسائل في وصول القاضي إلى إرادة المتعاقدين عليه الاستعانة في التفسير بمبادئ العدالة[1].

كما للقاضي كذلك الاستهداء بمبادئ العدالة ليقرر التزامات إضافية في ذمة المتعاقدين ،ضرورية و ذات صلة بالالتزامات الأصلية ، ومن تطبيقات ذلك اعتبار الملتزم بنقل الأشخاص ملتزما كذلك بضمان سلامتهم حتى وصولهم إلى المكان الذي ينتقلون إليه ، وكذلك التزام بائع المحل التجاري بالامتناع عن أي عمل يؤدي إلى انتزاع عملاء المحل المبيع من المشتري ، مادام قد حصل في الثمن على مقابل ثقة هؤلاء العملاء في هذا المحل ، ومنه كذلك التزام العامل بعدم إفشاء أسرار صاحب العمل ، حتى ولو لم يتضمن عقد العمل هذا الالتزام ، والتزام المستأمن بإطلاع شركة التأمين على كل ما يؤثر على جسامة الخطر المؤمن عليه.[2] .

و للقاضي الاستعانة كذلك بالقرائن و سماع الشهود للبحث عن التفسير الراجح تبعا للظروف التي أحاطت بإبرام العقد [3].

3- الإرادة التي يؤخذ بها في تفسير العقد الغامض :

الأصل في تصرفات الإنسان من حيث صحتها أو فسادها مدى اتجاه إرادته نحو تلك التصرفات ، ولكون الإرادة أمرا نفسيا ، فمن الضروري أن يصاحبها أمر ظاهري خارجي يقوم دليلا عليها وتعبيرا عنها ، لذلك تنوعت الإرادة إلى نوعين :إرادة باطنة ومناطها الكلام النفسي ، وإرادة ثانية و هي الإرادة الظاهرة ، ومناطها الكلام اللفظي أو ما يقوم مقامه من الفعل ، ولتوضيح كلا الإرادتين نتطرق لتعريف كل منهما كما يلي :

الإرادة الباطنة : هي قصد العقد والرغبة في إنشائه مع الرضا بما يترتب عليه من آثار ومحلها القلب .

---

[1] Henri ET Leon MAZEAUD-Jean MAZEAUD- Francois CHABAS-Obligations théorie générales- Ed DELTA Beyrouth- Liban- 2000- p 337.

[2] شريف الطباخ، نفس المرجع السابق ، ص 176.

[3] محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص333 .

الإرادة الظاهرة: و هي ما يصدر عن الشخص من قول أو فعل، إظهارا لقصده ونيته في إنشاء العقد، دليلا على رغبتـــه ورضاه بما يترتب عليه من آثار.

و حيث أن الإرادة الباطنة أمر نفسي خفي لا يتسنى لغير صاحبها الوقوف على حقيقتها، لذلك اعتبر المشرع التعبير الصادر عن المتعاقد و هو ما يعبر عنه اصطلاحا بالإرادة الظاهرة دليلا على و جودها وعنها ينشأ العقد ، ومنه اتفق الفقهاء على أنه متى وجدت الإرادتان بنوعيهما الباطنة و الظاهرة متطابقتين، مع تساوي تعبير المتعاقد مع قصده فإن العقد ينعقد ويرتب آثاره، أما مجرد إرادة العاقد الباطنة ، فإن ذلك يؤدي إلى عدم انعقاد العقد، ولا ينشأ بها وحدها التزام ،إلا بصدور ما يعبر عن هذه النية الباطنة في الواقع الخارجي ومن أمثلة ذلك من نوى في نفسه بيع سيارته لشخص ما أو إجارتها له ، ولم يصاحب تلك النية تعبير قولي يدل على ما نواه في نفسه ، فإن ذلك لا يعتبر إيجابا منه ، ومنه كذلك من نوى طلاق امرأته ، أو عقد عزمه على وقف جزء من ماله ، فإنه لا يقع طلاقه ولا يلزمه ما نوى من وقف.[1]

تجدر الإشارة هنا إلى أنه اختلفت أراء الفقهاء بخصوص الإرادة ، فمذهب الإرادة الباطنة يقف عند الإرادة النفسية ، فهي لب التصرف وقوامه ، أما التعبير فهو لا يخرج عن كونه الرداء الذي يندثر به جوهر التصرف ، ولكون العبرة ليست بالرداء بل العبرة بالشخص الذي يرتديه وبالتالي لا يتم التعويل على التعبير في حد ذاته ، بل على الإرادة التي قصد التعبير عنها ، بمعنى أنه لا قيمة للتعبير ولا يترتب عليه أي أثر إلا بالقدر الذي يطابق به الإرادة الباطنة ، بحيث لو ثبت اختلافه عنها لم يجز التعويل عليه ، وتعين طرحه والأخذ بها.

خلاصة القول أن هذا المذهب توصل إلى أن الرضا لا يتكون إلا بتطابق الإرادتين وأنه لا يتكون بتطابق التعبيرين إلا إذا توافقا مع الإرادتين الحقيقيتين .

في حين أن مذهب الإرادة الظاهرة يقف عند التعبير عن الإرادة ويعتبره الإرادة ذاتها وهو المظهر الاجتماعي للإرادة ، وما يهم القانون هو الظواهر الاجتماعية دون الظواهر

[1] أحمد فراج حسين ، الملكية ونظرية العقد في الــشريعة الإسلامية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية مصر ،1999، ص 158 وما يليها.

النفسية ، إضافة إلى أن التعبير هو العنصر المادي الذي يقف عنده المتعاملون ويطمئنون عليه في تعاملهم ، وبالنتيجة فإن عدم مطابقة الإرادة الباطنة للإرادة الظاهرة في عقد ما لا يؤدي إلى بطلانه ، لكون العقد قام بركنيه وهما التعبيرين وبعد ذلك لا عبرة لما يلي ذلك من تغاير في الإرادتين.[1]

ننوه في هذا الإطار بأن المشرع الجزائري لم يغلب أي من الإرادتين على الأخرى و قد تبناهما معا ، فمثلا أخذ المشرع الجزائري بالإرادة الباطنة في كل من المواد 59 ،68 ،81 ،111 ، الفقرة 2 من ق.م ، إذ نصت المادة 59 على أنه : " يتم العقد بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين ... "، و قد كرس قضاء المحكمة العليا هو الأخر هذا الاتجاه إذ جاء في أحد قراراتها ما يلي : " من المقرر قانونا أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين ' دون الإخلال بالنصوص القانونية ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون ، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن التعهد بالبيع تم دون رضا وموافقة الطاعن وأثناء غيابه ومن ثم فإن قضاة المجلس لما قضوا بإلزام الطاعن بإتمام إجراءات البيع قد خالفوا القانون ".

مما يعني أن قيام العقد يتم بمجرد تطابق إرادتي أطرافه (النظرية الباطنة)هذا من جهة، ومن جهة أخرى تبنى المشرع الأخذ الإرادة الظاهرة والتي تقضي قيام المتعاقدان بالتعبير عنها بالوسائل المنصوص عنها قانونا ، كالكتابة أو اللفظ أو الإشارة أو اتخاذ أي موقف وهو ما ورد مثلا في نص المواد 59 و 60 و 111 فقرة 1 من القانون المدني .[2]

وقد أكد قضاء المحكمة العليا تبنيه هو الأخر كذلك للإرادة الظاهرة و هو ما يتضح من قرارها الصادر بتاريخ 1991/06/16 حيث جاء في حيثياته :" من المقرر قانونا أنه لا يجوز للقاضي أن يفسر نوعية العقد بصفة مختلفة عن الصفة التي أعطيت له، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون .

---

[1] محمد وحيد سوار ، الإتجاهات العامة في القانون المدني ، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات المدنية العربية ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان الأردن، ط 2، 2001، ص 89.

[2] حوحو يمينة، المرجع السابق، ص62 وما يليها.

ولما كان من الثابت – في قضية الحال– أن العقد موضوع النزاع هو عقد تسيير حر، فإن قضاة الموضوع بتحويله إلى عقد الإيجار بحجة أن مقتضيات المادة 203 من القانون التجاري لم تحترم خرقوا القانون، ومتى كان ذلك أستوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

يتضح مما تقدم أن القاضي و هو بصدد تفسيره عبارات العقد الغامضة و الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين، فإنه لا يعتد بالإرادة الظاهرة المحضة، ولا بالإرادة الباطنية المحضة، ولكنه يعتد بالإرادة الباطنية التي يستطيع أن يتعرف عليها [2].

غير أن للقاضي و هو يفسر عبارات العقد عليه الوقوف عند صيغه و عباراته و استخلاص معانيها الظاهرة دون الانحراف عن ما ورد في العقد من معان ظاهرة إلى معان أخرى بدعوى أن هذه الأخيرة تمثل الإرادة الباطنة، لاسيما و أن الإرادة الباطنة كما سبق الإشارة إليه هي ظاهرة نفسية و لا علاقة لها بالمجتمع، و ما يعني المجتمع هو الإرادة الظاهرة و التي هي ظاهرة اجتماعية لا ظاهرة نفسية، كما أنها هي التي يطمئن إليها كل من المتعاقدين فيما تعاملا مع المتعاقد الأخر وهي التي يتكون منها العقد، و على القاضي الوقوف عن الصيغ الواردة في العقد وتحليلها تحليلا موضوعيا ، و استخلاص مدلولها منها فإذا كان المعنى المستخلص واضحا في العرف و في الشرع فلا يجوز الانحراف عنه إلى غيره من المعاني بحجة الوقوف على النية المشتركة للمتعاقدين [3] .

ثالثا: قيام الشك في معرفة الإرادة المشتركة للمتعاقدين:

إذا استعان القاضي بالوسائل الداخلية و الخارجية في الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين إلا أنه تعذر عليه استخلاصها استخلاصا واضحا ، و اتضح لديه وجود شك في تفسير عبارات العقد ففي هذه الحالة فقد أقر المشرع الجزائري قواعد يتسنى للقاضي من خلالها الكيفية التي يتم بها تفسير العقد الغامض ، إذ نصت المادة 112 الفقرة الأولى من

[1] قرار المحكمة العليا ،غ.م، مؤرخ في 1991/06/16، ملف رقم 80816، م.ق، 1993،ع4، ص 151 ، راجع حمدي باشا عمر ، القضاء المدني ، دار هومة للنشر و التوزيع ، بوزريعة الجزائر ، ط 3 ، 2006، ص49.

[2] محمد صبري السعدي، نفس المرجع السابق، ص286.

[3] محمد وحيد سوار، المرجع السابق، ص 100.

ق.م.ج. بأن :"يؤول الشك في مصلحة المدين " و هذه القاعدة لها ما يبررها ومن ذلك أن الأصل هو براءة ذمة المدين من أي التزام، و أن ترتيب التزام في ذمته استثناء ، ومن المقرر كذلك أنه لا يجوز التوسع في تفسير الاستثناء، فإذا قام شك في التزام ذمة المدين فإن ذلك يتطلب العمل بالأصل و هو براءة ذمة المدين إلى غاية إثبات هذا الالتزام من طرف الدائن و إزالة هذا الشك، و هذا ما تقتضيه القواعد العامة .[1] ، وعليه و قبل التطرق إلى موضوع سبل وصول القاضي إلى النية المشتركة للمتعاقدين في حالة الشك علينا أولا التطرق إلى مفهوم حالة الشك ثم كيفية تأويل هذا الشك من طرف القاضي.

1 : مفهوم حالة الشك :

تقوم حالة الشك إذا تعذر على القاضي الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين ، و قد يكون مردها إلى تعدد دلالات العبارة الغامضة للعقد ويكون البعض منها يخدم مصلحة المتعاقد الأول و بعضها الآخر يخدم مصلحة المتعاقد الثاني ، ولا يستطيع القاضي ترجيح أي منهما فيتردد في اختيار المعنى الذي تحمله العبارة محل التأويل، والحقيقة أنه لا وجود لمثل حالة الشك هذه إلا بانعدام الإرادة المشتركة ، أو بسبب إغفالها سهوا أو عمدا ،قصد تسهيل انعقاد العقد، و يرى الفقهاء أن عدم إلمام المتعاقدين بلغة القانون ، فإنه ما يبرمونه من عقود قد تعترضه صعوبات في الواقع العملي و كثيرا ما يكتنفها تناقض و غموض و تظهر فيها ثغرات، الشيء الذي يستوجب توضيح معانيها وهذا هو التأويل التفسيري، أو سد ثغرات وهذا هو التأويل الإنشائي ، وفي هذا التأويل الأخير تندرج حالة الشك ، إلا أن حالة الشك لها مفهوم واسع متعلق بكل الحالات التي يتعذر على القاضي فيها الوقوف على النية المشتركة للمتعاقدين .

2 – كيفية تأويل العقد في حالة الشك:

نظرا لانعدام الإرادة المشتركة للمتعاقدين في حالة الشك ، فإن عملية التفسير التي يقوم بها القاضي تكون بطريقة موضوعية و ذلك اعتمادا على قاعدة تفسير مواد العقد المتناقضة

[1] علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، ط 6 ، 2006 ، ص103.

والغامضة لصالح المدين أو لصالح الطرف المذعن متى تعلق الأمر بعقود الإذعان، عملا بأحكام المادة 112 من ق. م.ج. و التي تنص على أنه :" يؤول الشك في مصلحة المدين غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا لمصلحة المذعن ."

وعلى ذلك فإن القاضي و لكونه ملزما بالفصل في النزاع المطروح أمامه فليس له إلا أن يجتهد في تصور إرادة المتعاقدين و التي هي في هذه الحالة منعدمة (حالة الشك) ، إذ عليه استبعاد كل الاعتبارات الشخصية و الاستهداء بمبادئ العدالة فقد يصل إلى التزامات لم تكن في حسبان المتعاقدين، و هنا القاضي لم يوضح العبارة الغامضة التي التقت عندها إرادة المتعاقدين فحسب، بل أضاف إليها التزامات جديدة و هذا ما يعبر عنه بعض الفقهاء بالتفسير الإنشائي، كما هو الحال للالتزام بالسلامة المترتب على عاتق الناقل اتجاه المسافر المستخلص من طرف القضاء بمناسبة تفسير العقد ، ومن ثم فإن القضاة أصبحوا يتجاوزون في إطار تأويل العقد إرادة المتعاقدين بإنشائهم و إضافتهم لالتزامات جديدة للعقد لم تكن في حسبان المتعاقدين، وهو ما يمكن تسميته باستضافة العقد و قد سار الاجتهاد القضائي في هذا الاتجاه و انتهى تأويلا للعقد إلى وجود التزام بالسلامة على عاتق صاحب الحمام اتجاه زبنائه و على عاتق الناقل بالسكة الحديدية نحو المسافر والالتزام بالسلامة على عاتق المقاول في الألعاب الصبيانية لفائدة راكبي أو مستعملي الأدواح الصبيانية، مع الإشارة في هذا الصدد إلى أن المتعاقد و استنادا إلى مقتضيات المادة 107 الفقرة الثانية من ق.م.ج لا يلزم بما ورد في العقد فحسب، بل يلزم أيضا بما هو من مستلزمات العقد وفقا للقانون والعرف والعدالة وحتى طبيعة الالتزام .[1].

3 – سبل القاضي في التخلص من الشك للوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين:

إذا تعذر على القاضي الاستعانة بالوسائل الداخلية والخارجية في تفسير العبارات الغامضة و تأكد لديه و جود شك في معرفة نية المتعاقدين المشتركة، فما عليه إلا اللجوء إلى قاعدة تفسير الشك في مصلحة المدين و الاستثناء الوارد عليها .

[1] علي فيلالي ، نفس المرجع السابق، ص418.

ا – القاعدة العامة : تفسير الشك في مصلحة المدين :

مرد هذه القاعدة أن ذمة المدين بريئة من أي التزام وأن ترتيب الالتزام في ذمته استثناء وأنه مادام الاستثناء يحصر ولا يتوسع فيه فإنه يترتب على ذلك نتائج ثلاثة وهي:

النتيجة الأولى:التفسير الأضيق في تحديد مدى التزام المدين.

النتيجة الثانية: يقع عبئ إثبات الالتزام على الدائن لا على المدين .

النتيجة الثالثة : أن من يملي الالتزام هو الدائن لا المدين ، فإذا أملاه مبهما وفيه شك فعليه تحمل نتائج ذلك فالخطأ خطأه و وجب أن يفسر الالتزام لمصلحة المدين، بمعنى أن من له دين في ذمة غيره عليه إثباته و هذا هو الأصل، أما إذا لم يثبت الدائن ذلك و بقي شك فيما يدعيه المدين فإن الشك يفسر لفائدة هذا الأخير و هنا على القاضي بذل جهده لتفسير العقد المتعذر فيه الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين وفقا لهذه القاعدة . [1]

ننوه في هذا الإطار بأن هذه القاعدة تتفق و قواعد تفسير العقد في الفقه الإسلامي و المتمثلة في القواعد الفقهية الثلاثة الآتية :

- **القاعدة الأولى :** هي اليقين لا يزال بالشك ، فإذا كان هناك شك في مديونية المدين فاليقين أنه يرى إلزامه ولا يزال هذا اليقين بالشك .
- **القاعدة الثانية:** أن الأصل بقاء ما كان على ما كان ، وبراءة الذمة تسبق المديونية فتبقى برأة الذمة قائمة على ما كانت ولا يكون زوالها إلا بدين ثابت يقينا ،و في هذا يقول ابن نجيم من فروع ذلك ما لو كان لزيد على عمر والف مثلا فبرهن عمرو على الأداء أو الإبراء.
- **القاعدة الثالثة:** أن الأصل برأة الذمة ، فيفرض فيمن يدعى عليه بالدين أنه بريء منه حتى يقيم المدعي الدليل القاطع على أنه له دينا في ذمته، أما إذا وجد هناك شك في مديونية المدين فيرجع إلى الأصل وهو براءة الذمة و بالنتيجة تفسير الشك لمصلحته [2].

---

[1] محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص166.

[2] أحمد عبيد جاسم الكربوني ، التأصيل الفقهي للقانون المدني العراقي ، مكتبة زين الحقوقية والأدبية ،طريق صيدا القديمة ، لبنان ، ط 1 ، 2013، ص 154.

يتضح مما تقدم أن إعمال قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين لها ما يبررها ومن المبررات:

قاعدة برأة ذمة المدين فإذا قام الشك في وجود التزام على عاتق شخص أو في مدى هــذا الالتزام ، فإعمال هذا الأصل يوجب نفي الالتزام أو حصره في نطاق ضيق ، لأن الالتزام هو الاستثناء، والاستثناء لا يتوسع فيه هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن مبادئ الإثبات تقضي بأن الدائن هو من يثبت التزام المدين ، فإذا قام الشك في هذا الالتزام أو أوفى مداه،كان معنى هذا أنه لم ينجح في تقديم دليل مقنع على وجوده أو على المدى الذي يدعيه له ، ولذا لا يؤخذ فيه إلا بما ثبت يقينا، ومن ثم فإن عدم إثبات الدائن لالتزام المدين يترتب عنه نفيه ، أو تحديد مداه في نطاق ضيق ، ومن جهة ثالثة فإن ما يبرر هذه القاعدة هو فرض الالتزام من طرف الدائن على المدين ، فإذا كان هناك شك في وجود الالتزام أو في مداه ، فالخطأ يعود إلى الدائن ، وهو الذي يتحمل نتائجه ، إذ كان عليه أن يجعل وجود الالتزام أو مداه واضحا كل الوضوح وذلك من خلال صياغة التراضي ، وما دام الأمر ليس كذلك فلا حرج في الميل إلى جانب المدين [1]، وهو ما سار عليه اجتهاد المحكمة العليا في عدة قرارات من أنه:" من المقرر قانونا أن على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه .

ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد مخالفا للقانون.

لما كان الثابت – في قضية الحال– أن قضاة الموضوع بقضائهم على الطاعنين إرجاع المبلغ المطالب به من طرف المطعون ضدها دون مطالبته بإقامة الدليل على إدعائه يكونوا قد خالفوا القانون.

ومتى كان كذلك أستوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه[2] .

خلاصة القول أن القاضي عندما يتضح لديه وجود شك في الوصول إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فإنه يفسر العقد لصالح الطرف المدين لأنه هو من يجب حمايته [1]

[1] شريف الطباخ ، نفس المرجع السابق ، ص 182.

[2] قرار المحكمة العليا، غ.م، المؤرخ في 1988/06/22، ملف رقم 53577، م.ق، السنة 1991، ع 2 ، ص20

وما ينبغي الإشارة إليه أن المقصود بالمدين طبقا للمعنى المألوف، هو الشخص الذي يقع عليه عبء الالتزام فإذا كان العقد من العقود الملزمة من جانب واحد فإن الشك يجب أن يفسر لمصلحة الطرف الذي يقع عليه الالتزام ، أما إذا كان العقد من العقود الملزمة لجانبين فإنه يجب تفسير العبارات المتعلقة بالتزام كل من الطرفين لصالحه ، فعلى سبيل المثال في عقد البيع يفسر التزام التسليم والضمان لصالح البائع ، في حين تفسر العبارات المتعلقة بالتزام المشتري بدفع الثمن لصالحه ، كما يفسر غموض شرط في العقد لصالح المضار منه والمدين به ومن ذلك الشك في معرفة الشرط الجزائي في العقد هل يستحق في حالة التأخير في التنفيذ ام في حالة عدم التنفيذ ، إذ يستوجب استحقاقه فقط عند عدم التنفيذ .

كما يلاحظ كذلك أن المدين في الشرط يختلف عن المدين في الالتزام ، وهنا يفسر الشك لفائدة من يضار من إعمال الشرط الغامض بغض النظر عن صفته في الالتزام دائنا أو مدينا كان ، على اعتبار أن الغموض يتعلق بالشرط وليس بالالتزام ، فالشك في تفسير شرط الإعفاء من المسؤولية يفسر لصالح المضرور لأن عواقب إعفاء المسئول من هذا الشرط ترجع بالضرر على المضرور ، كما يفسر الشك في الشرط الخاص بإسقاط الضمان لصالح المشتري لكونه هو الذي يضار به على الرغم من أن المدين به هو البائع [2].

ب ــ و هناك استثناء على قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين :

لكي يتخلص القاضي من الشك الذي يراوده للوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين خصوصا بعد أن يتضح لديه أن الوسائل الداخلية و الخارجية التي يستهدي بها لتفسير العبارات الغامضة بدون جدوى، و أصبح الشك قائما لديه هنا يلجأ لإعمال القاعدة المتعلقة بتفسير الشك، و كذا الاستثناء الوارد عليها إذا تعلق الأمر بعقود الإذعان، و التي لا يتم التعامل فيها كباقي العقود أي تفسير الشك في معرفة الإرادة المشتركة للمتعاقدين لصالح المدين، و ذلك لغياب الإرادة المشتركة فيها ، إذ يفسر الشك فيها لمصلحة الطرف المذعن،وقضاء المحاكم بذلك ليس على أساس القصد المشترك للمتعاقدين وإنما بحسب

[1] -Ali BENCHENEB-THEORIE GENERALE DU CONTRAT- O P U Hydra-alger-2éme éd 1982-p 91.

[2] محمد حسين منصور، نفس المرجع السابق، ص335.

الغرض الذي سعى إليه، و هو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 112 " يؤول الشك في مصلحة المدين .غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن"[1].

وعلى هذا فإن إعمال استثناء تفسير الشك لصالح الطرف المذعن مهما كانت صفته في العقد دائنا أو مدينا تم على أساس أن من تعاقد مع المذعن هو الطرف القوي في العقد وله من الوسائل و الإمكانيات ما يمكنه من فرض شروطه على المتعاقد الأخر بطريقة واضحة تمام الوضوح ، فإن لم يفعل ذلك أخذ بخطئه أو تقصيره على اعتبار أنه متسبب في هذا الغموض.

خلاصة القول أن الطرف المذعن، دائنا كان أو مدينا، يستفيد من أي غموض في عبارات العقد ، تطبيقا لذلك إذا كان المدين ملتزما بإنشاء طرق معينة دون تحديد لكيفية إنشاء هذه الطرق ومن يلتزم بصيانتها' كان للمدين أن يتبع ما هو أيسر عليه وأخف مؤونـــة[2].

إضافة إلى ما ورد في نص المادة 112 الفقرة الثانية أعلاه من حماية قانونية للطرف المذعن ، فإن المشرع الجزائري خص المستهلك هو الأخر بحماية خاصة حيث يفسر الشك في العقود الاستهلاكية الغامضة غير المتوازنة لصالحه، لكونه الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية و ليست لديه المعرفة و الكفاءة و الخبرة و القدرة المالية، في حين أن التاجر أو المنتج أو المهني هو الطرف القوي في العقد وله كل المعلومات و البيانات اللازمة بالبضاعة محل التعاقد و هو ما تناوله المشرع الجزائري في المواد 17 ، 18 ، 19 ، 20 من القانون 03/09 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش ، و الحال كذلك بالنسبة لعقد العمل، إذ يتدخل المشرع في الكثير من الحالات لمصلحة العامل باعتباره الطرف الضعيف في العقد، و نفس الشيء بالنسبة للعقود النموذجية أو النمطية متى تضمنت شروطا غامضة أو تعسفية أو شروطا بالإعفاء من المسؤولية، أو وراد فيها ما يخالف مبدأ التساوي في صياغة النماذج المطروحة على الكافة ، لذلك فإنه إذا تم إبرام العقد بطريق الإذعان و تضمن شروطا تعسفية فإنه يجوز للقاضي أن يتدخل لتعديل هذه الشروط ، أو أن يعفي

[1] لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص145.

[2] محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص168.

الطرف المذعن منها حماية له، و ذلك وفقا لما تقتضيه مبادئ العدالة و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك، و هو ما تم النص عليه في المواد 70 ، 110 ، 112 الفقرة 02 من القانون المدني الجزائري [1].

الفرع الثالث: تحديد المسائل القانونية والمسائل الواقعية في تفسير العقد:

تعتبر عملية تفسير العقد عمل قضائي منها ما هو من المسائل القانونية و منها ما هو من المسائل الواقعية، فالمسائل القانونية خاضعة لرقابة المحكمة العليا ، أما المسائل الواقعية فهي من اختصاص قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه ، و بناءا عليه نتطرق إلى تحديد كل منهما .

أولا : المسائل القانونية الخاضعة لرقابة المحكمة العليا و التي تبسط بشأنها رقابتها على عمل القاضي نذكر منها ما يلي :

أ- إذا كنت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها بحجة تفسيرها لمعرفة الإرادة المشتركة للمتعاقدين المادة (111 ق.م.ج) ، فإذا قام القاضي بالتفسير رغم وضوح عبارات العقد فهو ملزم بتبيان الأسباب و الظروف التي دعته إلى ذلك، و إلا كان حكمه باطلا لعدم تأسيسه قانونا.

ب- إذا قام القاضي بتفسير العبارة الغامضة طبقا للمادة 111 الفقرة 02 و قرر أن طرفي العقد اتفقا على شيء معين جائزا قانونا، و قضى بما لا يريده المتعاقدان بل بما تقضي به العدالة فيكون قد خالف القانون و يستوجب حكمه النقض.

ت- في حالة الشك في معنى العبارة فإن ذلك الشك يفسر لمصلحة المدين (المادة 112 الفقرة 01 من ق.م.ج) كأصل عام، إلا في حالة عقود الإذعان فإنه استنادا إلى نص المادة 112 الفقرة 02 قانون مدني جزائري فإنه يفسر استثناءا الشك لمصلحة الطرف المذعن سواء مدينا أو دائنا[2].

---

[1] بلحاج العربي ، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، 2015 ، ص414.

[2] محمد صبري السعدي، نفس المرجع السابق، ص290.

ث- يجب أن تكون الوقائع التي تم الاستناد إليها في استخلاص الإرادة المشتركة للمتعاقدين مستنبطة من مصادر موجودة و غير متناقضة لما هو ثابت في الدعوى [1] ، فإذا كان مصدر القاضي مستمد من مصدر وهمي أو غير موجود أو موجود لكنه متناقض مع وقائع أخرى ثابتة ، أو كان غير متناقض لكن يستحيل عقلا استخلاص الواقعة منه، فإن ذلك يجعل من حكم القاضي مخالفا لقواعد الإثبات القانونية و يستوجب نقضه [2].

ج- إذا كان هناك محل لتفسير العقد و جب البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ (المادة 111 ف 1 من ق .م . ج) [3].

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري وضع بعض القواعد التي يستهدي بها القاضي في التفسير، عبرت عنها صراحة المادة 111 و112 من ق.م على النحو السابق شرحه ولذلك تبسط المحكمة العليا سلطة رقابتها عن مدى التزام القاضي بهذه القواعد في عملية التفسير باعتبارها من مسائل القانون لا من مسائل الواقع، فإذا لم يلتزم القاضي بقاعدة من هذه القواعد كان حكمه معرضا للنقض .[4]

ثانيا: أما المسائل الواقعية غير خاضعة لرقابة المحكمة العليا و المتعلقة بما لقاضي الموضوع من سلطة تقديرية في الكشف عن إرادة المتعاقدين من خلال الوثائق الثابتة أمامه في الدعوى و عندما يقوم القاضي بذلك فهو يقوم بتسجيل الواقع، ومن ثم فلا رقابة لمحكمة النقض على سلطته التقديرية [5].

وعلى هذا فإن ما يتعلق بفهم القاضي للواقع لاستظهار النية المشتركة للمتعاقدين ومقصودهم الحقيقي من وقائع الدعوى وظروفها، شريطة الالتزام بقواعد التفسير والاعتماد على ما ورد في الدعوى من وقائع و مستندات و أدلة إثبات صادرة من ذوي الشأن و عدم

---

[1] محمد حسين منصور ، نفس المرج السابق ص 329 .

[2] محمد صبري السعدي ، نفس المرجع السابق ص 291.

[3] بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول ، التصرف القانوني للعقد و الإرادة المنفردة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، ط 06 ، 2008 ، ص 244 .

[4] بلحاج العربي نظرية العقد في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، 2015 ، ص414.

[5] محمد حسين منصور ، نفس المرجع السابق، ص 328 .

انحرافه عن عبارات العقد الواضحة مادامت دالة على الإرادة الباطنة، لا يخضع لرقابة المحكمة العليا [1].و على كل حال فإن نطاق الرقابة على السلطة التقديرية للقاضي تقتضي منه توضيح أسباب تقديره، و لماذا قدر الوقائع و القانون على هذا الوجه دون غيره من الوجوه، و تقديمه لمحكمة النقض ما يساعدها على التأكد من سلامة ذلك التقدير، فللقاضي سلطة مطلقة وكامل الحرية في إبداء سلطته التقديرية، لكن له أن يثبت سلامة سلطته هذه بما يسمح لمحكمة النقض من مراقبته ، و من هنا فإن نطاق الرقابة لمحكمة النقض يشمل تقدير القاضي لمسائل القانون كما يشمل كذلك مسائل الواقع لكن رقابة مسائل الواقع تتم بطريقة غير مباشرة، إذ تراقب عناصر نشاط القاضي سواء تعلق بمسائل الواقع أم بمسائل القانون ، لذلك يرى البعض أن محكمة النقض لا تراقب رأي القاضي من حيث النتيجة التي انتهى إليها بالنسبة للواقع ، و إنما تراقب الطريقة التي تم بها تكوين هذا الرأي أو الأساس الذي يقوم عليه، وحتى يكون رأي القاضي صحيحا و يتحقق ما يصبوا إليه العمل القضائي يتدخل القانون في طريقة تكوين هذا الرأي من حيث الواقع واضعا بذلك معيارا لصحة هذا الرأي لاسيما و أنه لا توجد وسيلة منضبطة للتأكد من هذا الرأي ، وبناءا على ذلك فالقانون الإجرائي عند وضعه معيار لصحة بحث القاضي في الواقع فهو يهدف إلى جعل النشاط الذهني للقاضي وسيلة للوصول إلى نتيجة صحيحة من حيث الواقع، وما ضوابط التسبيب إلا أسس عامة لقواعد هذه الوسيلة الإجرائية التي تقتضيها محكمة النقض، وما تفرضه ضوابط التسبيب من قيود على السلطة التقديرية في تحقيق و تقدير الوقائع إلا آلية لمراقبة عمل القاضي للتأكد من أن رأيه جاء كنتيجة لفحص جدي و دقيق لعناصر القضية، و أنه جاء نتيجة اقتناع بمقدمات واضحة مما يجعل من القاضي أن يبذل جهد مسبق في تفسير القانون لتحديد الوقائع الأساسية المجردة و في تكييف وقائع الدعوى بمقارنتها بتلك الوقائع .

خلاصة القول أن نطاق رقابة محكمة النقض على إعمال القاضي لسلطته التقديرية يتحدد عن طريق رقابتها عن أسباب الحكم [2].

---

[1] بلحاج العربي ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، ج 2 ، المصادر الإرادية العقد و الإرادة المنفردة ، دار هومة للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2014 ، ص769 .

[2] نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 539 وما يليها.

المطـــلب الثـــاني : تكييـــف العقـــد :

بعد قيام القاضي بعملية تفسير العقد والكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين ، عليه تعيين طبيعة العملية القانونية العقدية ، والبحث عن ما أراده المتعاقدين والآثار المترتبة من وراء إبرامهما للعقد تبعا لما اتجهت إليه إرادتهما ودون الأخذ بعين الاعتبار لرغبتهما في ذلك ، وهو ما يعرف بتكييف العقد ، والذي يعتبر عملا قانونيا محضا يستقل به القاضي لوحده ولا عبرة لإرادة الأطراف في تحديده [1] ، ولتناول موضوع تكييف العقد سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع نتعرض في الفرع الأول لماهية التكييف و في الفرع الثاني لسلطة القاضي في تكييف العقد و كيفية مواجهته و تناولنا في الفرع الثالث التكييف و التفسير.

الفـــرع الأول : ماهيـــة التكييـــف :

لكلمة التكييف اصطلاحين لغوي و قانوني ففي الاصطلاح اللغوي كيف الشيء قطعه و جعل له كيفية معلومة ، و تكيف الشيء صار على كيفية من الكيفيات و كيف الأديم قطعه ، و الكيفة القطعة منه ، كلاهما عن اللحياني. و يقال للخرقة التي يرفع بها ذيل القميص القدام : كيفة، و الذي يرفع به ذيل القميص الخلف حيفة. و كيف اسم معناه الاستفهام، قال الزجاج في قوله تعالى : " كيف تكفرون و كنتم أمواتا " الآية 28" سورة البقرة " تأويل كيف استفهام في معنى التعجب .

أما في الاصطلاح القانوني فالتكييف هو الانشغال اليومي للقاضي الذي يتعين عليه تحديد القواعد القانونية التي تحكم كل حالة واقعية معينة، ومنه فالتكييف هو الوسيلة و السبيل الذي يعتمده رجل القانون للنهوض بمهامه ، أما تكييف العقد فهو العملية الذهنية التي تستهدف ربطه بالوصف القانوني الذي ينسب إليه بغية إعمال أحكامه القانونية الصحيحة [2].

[1]–خليل محمد حسن قدادة ، المرجع السابق، ص 140.

[2] عبد الحق صافي، المرجع السابق، ص98 وما يليها.

و بناءا عليه فالمقصود من عملية تكييف العقد إعطائه الوصف القانوني الصحيح و تصنيفه ضمن نوع معين من العقود بمعنى هل هو عقد بيع أو إيجار أو هبة أو مقاولة مثلا [1].

وعلى هذا فتعيين طبيعة العقد هي تكييفه، ولعملية تكييف العقد اتصال وثيق بإرادة المتعاقدين وهي متعلقة بمسألة تفسيره ولا سلطان لإرادة طرفي العقد في تحديد طبيعة التكييف باعتبارها عملا قانونيا من اختصاص القاضي و حده و تكمن أهميتها في تحديد الآثار التي لم يذكرها المتعاقدين في العقد[2] .

كما أن مسألة التكييف هي مسالة بالغة الأهمية لأنها تتعلق بالدرجة الأولى بالبناء القانوني للعقد ولن يتسنى تحديد آثاره وفهم ما يتضمنه من التزامات واجبة التنفيذ سواء أكانت جوهرية أم ثانوية إلا على ضوء التكييف، وبالتكييف يتم معرفة نوع العقد ومنه تتحدد الأحكام الخاصة به والواجبة التطبيق عليه ، وبذلك يتوقف حل نزاع ما، ذلك أن لكل عقد من العقود أحكامه الخاصة به إلى جانب الأحكام العامة التي تنظم العقود[3].

وعلى هذا يقتضي التكييف عموما بذل جهد فكري خلاق لا يكتفي فيه رجل القانون أن يكون ملما بكل الأحكام التي يتضمنها قانون معين كالإحاطة بالأحكام المتعلقة بالعقود المسماة مثلا، بل يجب أن تكون لديه خبرة خاصة وبصيرة نافذة وأن يتصف بحس قانوني وخبرة قضائية وفراسة، ذلك أن الحكم بدون فراسة مآله الظلم في الأحكام، فقد يعتقد القاضي أن القضية المعروضة أمامه تتشابه وقائعها مع قضية سابقة فيحكم بنفس الحكم الذي أصدره على سابقتها مما يؤدي إلى الخطأ في التكييف ومنه الخطأ في تطبيق القانون، لذلك يتطلب التكييف من القاضي أن يكون قادرا على التحليل والتأصيل في أن واحد بمعنى معاينة جزئيات وتفاصيل الواقعة وتفكيكها إلى عناصرها الأولية ودراستها، وبالمقابل يجب عليه أن يكون قادرا على الوصول إلى جوهر القضية للحالة الواقعية ومنها يستنبط الحكم الواجب التطبيق

[1] محمد صبري السعدي ، نفس المرجع السابق، ص290

[2] خليل أحمد حسن قدادة ، نفس المرجع السابق، ص141.

[3] صالح ناصر العتيبي ،فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية ، دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية ، مصر، 2009، ص 197.

عليها رجوعا إلى القاعدة القانونية التي تحكمها[1] ، وبالتكييف يتمكن القاضي من تحديد القواعد القانونية الآمرة و المكملة الواجبة التطبيق ، فإذا كان العقد الذي أبرمه المتعاقدين من العقود المسماة ، فتسري عليه القواعد العامة للعقود بدءا من المادة 54 إلى المادة 123 ق.م.ج إضافة إلى القواعد الخاصة المنظمة للعقد المسمى المعني ، فإذا كان العقد مثلا عقد بيع طبقت بشأنه المواد المتعلقة بعقد البيع و هي المواد من 351 إلى 412 ق.م.ج، و إذا كان عقد إيجار تم إعمال المواد من 467 إلى 537 ق.م.ج، و إن كان عقد وكالة فإن المواد من 575 إلى 585 ق.م.ج هي المطبقة و هكذا بحسب طبيعة العقد المسمى، أما إذا كان ما تعاقد بشأنه المتعاقدان ليس من العقود المسماة فتنضمه الأحكام العامة المطبقة على العقود، كما تساعد عملية تكييف العقد على تأويله و بموجبها تتضح طبيعة التعامل و ينكشف المعنى الحقيقي للعبارات الغامضة، ويتحدد العرف الخاص بهذه العملية القانونية الواجب إتباعها ، و للقاضي التمسك بالأوصاف القانونية المقررة لكل صنف من العقود دون التقيد بالتكييف الذي أقره المتعاقدين، و له أن يعطي وصفا قانونيا بالرجوع إلى التعريف القانوني لمختلف العمليات العقدية التي قام بتصنيفها و بذلك يكون تكييفه بمثابة التطبيق السيئ أو الخاطئ للقانون [2]، و تتحدد طبيعة ونوع العقد المعروض على القاضي كونه من العقود المسماة أو غير المسماة، ويترتب بالتالي إنزال الحكم القانوني الصحيح عليه، ومن ثم فإن القاضي يلتزم بتكييف العقد ، ذلك أن التكييف يتوقف عليه معرفة أحكام القانون الواجب التطبيق عليه [3] .

وفي هذا الصدد فإن قاضي الموضوع غير ملزم بأن يمضي في عملية التكييف بناء على طلب أحد المتعاقدين، بل له أن يسعى في ذلك كلما اتضحت له عدم المطابقة بين طبيعة العقد والوصف الممنوح [4].

---

[1] ديداني بومدين ،أحسن زقور ، أهمية التكييف الفقهي والقانوني للوقائع، مقال نشر في مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، العدد01، جوان ، 2017، ص 205.

[2] علي فيلالي ، نفس المرجع السابق ص 421 .

[3]–محمد حسين منصور ، نفس المرجع السابق، ص 336.

[4]–زكريا سرايش ، نفس المرجع السابق ، ص 127.

الفــرع الثــاني: سلطــة القــاضي في تكييــف العقــد وكيفيــة مواجهتــه:

سنتطرف في هذا الفرع إلى سلطة القاضي في تكييف العقد و كيفية مواجهته لعملية التكييف و للوقوف على ذلك قسمنا الفرع إلى جزأين نتناول في الأول سلطة القاضي في تكييف العقد و في الجزء الثاني كيفية مواجهة مشكلة التكييف.

أولا سلطة القاضي في تكييف العقد :

تكييف العقد من عمل القاضي فبعد الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين يقوم القاضي بتحديد الوصف القانوني للعقد، ذلك أن تحديد هذا الوصف يترتب عليه تحديد القواعد القانونية التي تحكم التعاقد [1] .

وعلى ذلك فإن القاعدة في التكييف ليس بالوصف الذي يسبغه المتعاقدان على العقد ،إما عن جهل أو تعمد أو غلط لإخفاء غرض غير مشروع ، وإنما العبرة بالغرض العملي الذي أراده المتعاقدان من تعاقدهما وهو ما يستخلصه القاضي من عبارات العقد وطبيعة الالتزامات وبكل القواعد والملابسات التي تستنتج من تفسير العملية القانونية المقصودة ، فعلى سبيل المثال لو وصف العقد بأنه عقد بيع وتم النص فيه على أن البائع يحتفظ بحيازة الشيء المبيع والانتفاع به وحرمان المشتري من التصرف فيه طوال حياة البائع فهنا يكيف هذا العقد على أنه عقد وصية وليس عقد بيع [2].

ومتى تبين للقاضي أن ما رغبه المتعاقدين من ما أبرماه يتعارض مع ما اتجهت إليه إرادتهما، بحيث أن ما سمي من عقد عن جهل أو تعمد لا ينطبق عن ما ينتجه هذا العقد من أثار، فهنا على القاضي القيام بتصحيح هذه التسمية من تلقاء نفسه ودون موافقة المتعاقدين [3].

و قد استقر اجتهاد المحكمة العليا على أنه : " عند عدم الإشارة إلى التزام معين أثناء التعاقد فإن لقضاة الموضوع سلطة تفسير نوعية العقود و تقدير الوقائع للبحث في النية

---

[1] أنور سلطان نفس المرجع السابق ص 234.

[2] بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري،الجزء الأول ، التصرف القانوني للعقد والإرادة المنفردة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط6، 2008 ، ص 243

[3] خليل محمد حسين ، نفس المرجع السابق ، ص141 .

الحقيقية للمتعاقدين، دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ، فإن العبرة هي بالتكييف القانوني الصحيح لوقائع النزاع الذي يعطيه القاضي لموضوع العقد وليس التكييف الذي يعتقده أو يقترحه أطراف هذا العقد أو أحدهم " و هذا معناه أن عدم إشارة الأطراف في الاتفاق إلى التزام معين ، يوكل الأمر لقاضي الموضوع الذي له سلطة تقديرية لتفسير العلاقة التعاقدية [1].

يتضح مما تقدم بأن على القاضي و هو يقوم بعملية التكييف أن يستند إلى قرائن يقدر أثرها في وصف العقد، منها مركز ذوي الشأن ووصفهم الاجتماعي و كذا الأحكام القانونية التي أحالت دون قيامهم بتصرف ما ، و لذلك لجأوا إلى طريقة غير مباشرة ليتمكنوا من القيام بما تعذر عليهم القيام به قانونا ، فمثلا إذا كان التصرف لا يصح للوارث لكونه يتعارض مع القاعدة لا وصية لوارث دون إجازة الورثة ، فيفسر هذا التصرف على أنه بيع أو هبة ، وبهذا المعنى قضى بأنه إذا فسرت المحكمة العقد بأنه هو أوفى لقصد المتعاقدين، و اعتبرت أنه يسير رهنا على خلاف ظاهر عباراته و مدلولها ، فإنها لا تكون قد أخطأت في تكييفه ، ذلك لأنها مقيدة بتكييف العقد ، بعد أن تبينت أن المقصود منه إخفاء غرض غير مشروع يجعل رهن حيازة متضمن لربا فاحش في صورة بيع وفاء، و قد كان عليها أن تصدر الحكم في الدعوى على مقتضى هذا التكييف الصحيح الذي تبينته وأوردت أسبابه [2].

تجدر الإشارة إلى أن التكييف السيء أو الخاطئ للعقد يعد بمثابة التكييف السيء أو الخاطئ للقانون كما سبق ذكره، أما إذا كان الوصف القانوني للعقد واضحا ، فلا يمكن للقضاة إعادة تكييفه على أساس التأويل بغرض استمرار العقد الذي لم يحترم الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في النص الجديد ، وفي هذا الصدد فإن المحكمة العليا قد نقضت قرار المجلس بسبب التكييف الخاطئ للعقد إذ جاء في إحدى قراراتها : "إن قضاة المجلس لما قضوا بأن عقد التسيير الذي لم يخضع للإجراءات الشكلية المنصوص عليها بالمادة 230 من القانون التجاري يعد إيجارا من الباطن نظرا لعدم قيام طرفيه بالإجراءات الرسمية قد خالفوا القانون، لأن عقد الإيجار من الباطن له تعريفه و شروطه و ذلك في نص المادة 188 من القانون

[1] بلحاج العربي ، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، 2015 ، ص 415 .

[2] إلياس ناصيف ، نفس المرجع السابق ، ص 243 .

التجاري ، في حين عقد التسيير تعرفه المادة 203 من القانون التجاري و كلا العقدين له خصائصه المحددة قانونا [1].

كما أنه من المعلوم أن تكييف العقد يعرض عادة في صيغة دعوى ترفع أمام المحكمة ، مما يقتضي أن القاضي لا يتقيد بصيغة العقد الظاهرة ولا بطلبات أطراف الدعوى بل له الصلاحية المطلقة في إعطاء التكييف القانوني السليم على العقد وفقا لمعايير معينة من أهمها الظروف المحيطة بإبرامه و في حالة امتناعه عن التكييف يعتبر منكرا للعدالة [2].

و على هذا فإن القاضي ملزم بتكييف العقد المطروح أمامه دون الأخذ بعين الاعتبار الوصف الذي أعطاه له المتعاقدان فإذا تبين له أن عقدا ما تم تكييفه من طرف المتعاقدين على أنه عقد بيع لكنه في حقيقته عقد هبة فهنا على القاضي الأخذ في الحسبان الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، ومن ثم عليه الشروع في إعادة تكييف للعقد المذكور دون مراعاة ما قرره الطرفين من تكييف [3] ، أو يفترض أن القاضي يقوم بعمليتين متتاليتين تتمثل الأولى في التحديد بطريقة مجردة للعناصر القانونية المميزة لنموذج معين من العقود كتوافر عنصر الثمن و نقل الملكية في عقد البيع و عنصر التبعية في عقد العمل، أو نية التبرع في عقد الهبة وهكذا، ثم العملية الثانية و هي البحث عن العناصر الواقعية المقابلة للعناصر القانونية المميزة للعقد المسمى.

مما تقدم تناوله و لكون التكييف مسألة قانون قائمة على إعطاء الأثار القانونية التي رتبها العقد ووصفها القانوني قصد تسليط حكم القانون عليها، ومادام القاضي ملزم بتطبيق القانون تطبيقا صحيحا، فإنه ملزم بإعطاء ذلك الوصف القانوني لما تعاقد عليه الطرفان، دون الالتزام بما حدده هؤلاء من وصف أو تكييف و دون الأخذ بما صدر منه من تكييف سواء أكان صحيحا أم لا، و دون الالتفات كذلك لما اتفقوا عليه من تكييف ولما اشترطوا، و ما رتبته تلك المشارطات من آثار .

---

[1] علي فيلالي ، نفس المرجع السابق ، ص422.

[2] عبد الحق صافي ، نفس المرجع السابق ، ص201 .

[3] -Brigitte Hess Fallon- Anne Marie Simon- Droit Civil SIREY- 7édition-2003- p237.

مع التنويه إلى أنه يمكن الأخذ بموقفهم على سبيل الاستهداء في عملية تفسير العقد والتي للقاضي دور فيها يسبق دوره في عملية التكييف و مرتبط به .[1]

جدير بالتنويه بأنه وعلى الرغم من أن القاضي غير مقيد بتكييف المتعاقدين لأن التكييف مسألة قانونية يستقل بها القاضي، إلا أن البعض لا يرى ذلك في كل الأحوال، ومنهم الأستاذ أحمد شوقي محمد عبد الرحمان إذ يرى أن الشرط الوارد في العقد بإعطائه وصفا قانونيا معينا يؤثر على حرية القاضي في التفسير باعتباره شرطا مكتوبا ولا يجوز إثباته إلا بالكتابة، وعلى ذلك فإن عملية التكييف هي الأخرى يجب أن تقوم على عناصر مستمدة من العقد ولا يمكن تعديل تكييفه على عناصر خارجية عنه، أما في حالة خلو العقد من شرط يعطي تكييفا قانونيا للعقد، فهنا يجوز للقاضي الاستعانة بعناصر خارجية عنه وبالتالي الاعتماد على هذا التفسير في عملية التكييف، ومن هنا تظهر أهمية شروط العقد التي تعطيه وصفا قانونيا عن باقية الشروط[2].

ثانيا : كيفية مواجهة مشكلة التكييف :

بعد انعقاد العقد يتم الشروع في عملية تنفيذه والتي قد تثير نزاعات تتعلق بموضوع تكييفه بحيث يتم اللجوء إلى القضاء، ولكون التكييف مسالة قانونية فإن القاضي ينظر إلى ما تعاقد عليه الأطراف والغرض الذي يهدفان إليه دون مراعاة التكييف الذي أعطوه ، ثم يطابق ذلك على ما يناسب والأحكام المطبقة على العقود المسماة ، فإذا وجد تطابق بين ما ورد في العقد والأحكام المطبقة على العقود المسماة طبق القاضي الأحكام الخاصة بهذا العقد المسمى مستعينا بالالتزام المميز للعقد ، مع وجوب أخذ الحيطة في مدى تطابق الاتفاق وأحكام العقد المسمى ، فمثلا الالتزام النقدي ليس له دلالة خاصة في تحديد طبيعة العقد المسمى ذلك أن العديد من العقود (البيع، الإيجار، التأمين، عقد النقل...إلخ) يلتزم فيها أحد المتعاقدين بدفع مبلغ من النقود وبالتالي فالطابع النقدي لا يكفي للتمييز بين هذه العقود ، ومع ذلك فإن الالتزام النقدي له دوره قي التكييف بطريقة سلبية وأولية متى تعلق بعنصر أساسي لوجود عقد معين،إذ لا وجود لبيع دون ثمن، وعلى هذا فإن القاضي وبناء على ما تم عرضه يتوصل إلى

[1] شريف الطباخ ، نفس المرجع السابق، ص 151 وما يليها .

[2] أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، نفس المرجع السابق، ص111.

أحد الحلول الأربعة لتكييف العقد وهي إما اللجوء إلى التكييف الحصري عندما يتعلق الأمر بعقد مركب ،أو التكييف التوزيعي وذلك في حالة وجود مجموعة من العقود ،أو التكييف غير الدقيق ، أو الحالة الأخيرة وهي رفض إعطاء تكييف للاتفاق[1].

1- **التكييف الحصري** QUALIFICATION EXCLUSIVE

يكون هذا التكييف عندما يتعلق الأمر بعقد غير مسمى أو عقد مركب أو مختلط يهدف إلى غرض واحد امتزج بعضه بالبعض الأخر (كعقد البيع بصيغة الإيجار الذي هو في تكييفه القانوني عملية بيع بالتقسيط)، باعتبار أن تحديد الوصف القانوني الصحيح الذي يتفق مع ماهيته، ومع النتيجة التي ارتضاها الأطراف، وفي مثل هذه العقود فإن القاضي بحاجة إلى بحث وتعمق لإعطاء الوصف القانوني الصحيح على العقد المركب المعني بالتكييف وتعيين الأحكام المطبقـــة عليه[2].

وفي هذا النوع من التكييف يستمد القاضي الطبيعة القانونية للعقد من الالتزامات الرئيسية الموضوعية لكل عقد والتي تمكن من تكييف العقد ومن هذه الالتزامات في عقد البيع مثلا نقل حق الملكية أو حق مالي من طرف البائع ودفع الثمن النقدي للعين المبيعة من طرف المشتري، وفي الحالة التي يتضمن فيها العقد عدة التزامات رئيسية منها ما ينتمي إلى عقد مسمى معين وأخرى إلى عقد مسمى أخر، كأن يكون بعضها مثلا بيعا والبعض الأخر مقاولة فهنا تكيف كل مجموعة من الالتزامات الرئيسية على حده[3].

2- **التكييف التوزيعي** :QUALIFICATION DISTRIBUTIVE :

هذا النوع من التكييف يكشف عن مدى نسبية قانون العقود المسماة، ويتم هذا التوزيع بإحدى الطريقتين :

-الأولى:إخضاع كل عنصر من عناصر العقد في نفس الوقت لقاعدة قانونية مختلفة،تجزئة العقد هذه يفترض أنها قد تمت استنادا إلى إرادة الأطراف أو نص القانون .

[1] نبيل ابراهيم سعد ، نفس المرجع السابق ، ص 276.

[2] بلحاج العربي ، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري ،دراسة مقارنة ، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون ،الجزائر،2015،ص 417 .

[3] علي فيلالي ، نفس المرجع السابق –ص 423.

-الثانية : ويتم فيها إخضاع العقد على سبيل التتابع لقاعدة قانونية مختلفة لاسيما إذا كانت طبيعة العقد تتغير أثناء التنفيذ، مثال ذلك في بيع عقار في طور الإنجاز، فالعقار وهو في مرحلة التشييد هو عقد مقاولة ثم يتبع البيع ذلك .

ينبغي أن نشير أن التكييف هنا لا يمكن أن يكون تكييفا جميعا (cumulative) بمعنى أن عقد معين لا يمكن أن يكون بصدد نفس القاعدة القانونية عقد بيع وعقد هبة في نفس الوقت لكنه يمكن أن يكون عقد معين بصدد بعض القواعد، كأن يكون عقد بيع من حيث القواعد الشكلية ويكون في نفس الوقت نوع أخر من العقود بصدد القواعد الموضوعية كعقد الهبة المستترة .

3-- التكييف غير الدقيق QUALIFICALION INEXACTE :

وفيه يكيف القاضي عقد ما استنادا إلى القصد المشترك للمتعاقدين ورجوعا إلى الغرض الحقيقي من وراء تعاقدهما ، والغرض المقصود هنا هو الغرض العملي الذي يستخلص من مجموع ظروف التعاقد، وقد يتوصل القاضي في بعض الأحيان إلى تكييف غير دقيق لعدة أسباب منها ما يكون نتيجة لفعل المتعاقدين مما يقتضي تقويمه ، وفي معظم الأحوال يكون تكييف الأطراف لعقدهما غير دقيق حيث يكون اسم العقد الذي أستعمل لا يعكس حقيقة الواقع الاقتصادي للعقد نتيجة الغلط أو الجهل بحقائق الأشياء ، كما قد يكون متعمدا قصد التحايل على القانون للإفلات من الضرائب أو بإعطاء تكييف صوري للعقد وفي مثل هذه الحالات يعتبر التكييف تدليسيا ، ففي حالة الغلط أو الجهل يقوم القاضي بتصحيح تكييف المتعاقدين وإعطاء العقد تكييفه الصحيح، أما في حالة التحايل المتمثل في إعطاء تكييف صوري للعقد فإنه لا يحوز للقاضي أن يحكم بالصورية إلا إذا تمسك بها صاحب المصلحة في العقد الحقيقي وبعد إثباته بوجود هذا العقد، وقد يكون التكييف غير دقيق كذلك من طرف القاضي ومثال ذلك إعطاء القضاء الفرنسي لزمن طويل وصف عقد الخزينةle contrat de coffre- fort وصف عقد إيجار ثم عدله إلى عقد حراسة contrat de garde.

كما أن المشرع نفسه قد يعطي وصفا غير دقيق لعقد من العقود ، فمثلا اعتبر المشرع اتفاق المساعدة الزراعية من عقود التبرع وهو وصف غير دقيق لأن في هذا العقد يوجد التزامات متقابلة ولا وجود لنية التبرع في هذا العقد واعتبره المشرع المصري كذلك فقط

لتخلف المقابل النقدي ، كما تعمد نفس المشرع في إعطاء عقد بيع عقار تحت التشييد وصف عقد بيع على الرغم من أن القواعد التي تنظمه تمزج بين عقد البيع وعقد المقاولة .

4 ـــــ رفض التكييف:العقد ذو الطبيعة الخاصة :CONTRAT SUI GENERIS :

ويتم اللجوء إلى رفض التكييف عندما يستحيل تصنيف العقد المعني بالتكييف ضمن أية طائفة من طوائف العقود الموجودة ، وذلك بسبب خصوصية العقد التي تمنع خضوعه تماما لأي من أنظمة العقود الخاصة وتجعل منه عقدا ذا طبيعة خاصة يفلت من النظام القانوني لأحد العقود المسماة ، مع الإشارة إلى أن رفض التكييف لا يكون إلا على سبيل الاحتياط [1].

الفـــرع الثـــالث : التكييـــف والتفسيـــر :

يتصف التكييف والتفسير بأن كلاهما عمليتان اجتهاديتان من صميم عمل القاضي هدفهما تحقيق غاية نهائية واحدة هي الوصول إلى حسن تطبيق القانون، إلا أن التكييف يعنى بتحديد طبيعة النزاع وإعطائه الوصف القانوني المناسب له وبالتالي تحديد الأحكام القانونية الخاصة به والواجبة التطبيق عليه ، في حين يعني تفسير العقد التأمل العميق لمفاهيمه وألفاظه وتحديد ما قصده المتعاقدين من إرادتهما المشتركة ، وإدراك الهدف المقصود من العقد ومن ثم يبدو التمييز أمرا متيسرا بإدراك كل من عملية التكييف والتفسير [2].

كما تبسط المحكمة العليا رقابتها على التكييف الممنوح للعقد، وتحديد الصنف القانوني الذي ينتمي إليه العقد المتنازع حول تكييفه، ذلك أن عملية التكييف تعتبر مسألة قانون [3]،وعلى هذا فعملية تكييف العقد تثار عند الشروع في تطبيق أية قاعدة قانونية ذلك أن القانون يتضمن قواعد قانونية محددة وضعت لتنظيم وقائع الحياة والتي هي متنوعة وغير محدودة فنجد مثلا القواعد القانونية للنظرية العامة للالتزام تتضمن الإطار العام المنظم لكل العقود وهناك قواعد

---

[1] نبيل إبراهيم سعد نفس المرجع السابق ص281.

[2]– علي هادي عطية الهلالي – النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الإتحادية العليا– مكتبة السنهوري –منشورات زين الحقوقية –طريق صيدا القديمة –لبنان – ط 1– 2011– ص 21.

[3]-Philippe MALINVAUD- DROIT DES OBLIGATIONS- Litec Libraire de la cour cassation-Paris –7ième éd-2001- p 192.

خاصة بالعقود المسماة تنظم كل عقد مسمى على حدة ، لكن عمليا فإن الأفراد هم أحرار في إبرام ما يشاؤن من عقود تبعا لما تتطلبه مقتضيات حياتهم اليومية دون الأخذ بعين الاعتبار للصيغ والمصطلحات ولا إشكال إذا ما أبرمت ونفذت هذه العقود مادام لم يثير ذلك خلاف بين عاقديها، لكن الإشكال يطرح عندما يطرح نزاع حول تنفيذها ويعرض على القضاء ، وهنا على القاضي الرجوع إلى ما اتفق عليه المتعاقدين والقيام بعملية قانونية تتمثل في توظيف وتصنيف الاتفاق ضمن فئة من فئات العقود المسماة، ويطبق عليه تلك القواعد التي تحكم هذا العقد المسمى مع القواعد العامة المنظمة للعقود، أما إذا اتضح أن هذا الاتفاق لا يتطابق مع أي من العقود المسماة فيسعى القاضي إلى البحث عن القواعد الملائمة في النظرية العامة للالتزامات، أو في اقرب عقد مسمى لهذا الاتفاق ليطبق عليه ما يناسبه من قواعد هذا العقد المسمى، كما للقاضي أن لا يتقيد بما أورده المتعاقدين من وصف قانوني لعقدهما، وهنا يفترض على القاضي القيام بعمليتين متتاليتين :

– الأولى: تحديد العناصر الميزة لنموذج معين من العقود المسماة، كأن يبحث في عقد البيع توفر عنصر الثمن ونقل الملكية، وفي عقد العمل عنصر التبعية وفي الهبة نية التبرع وهكذا.

– ثانيا: يبحث فيما أبرمه الطرفان من عناصر واقعية مقابل للعناصر المميزة للعقد المسمى، وهذا ما يجعل من التكييف مسالة قانون لا مسألة واقع و يخضعه لرقابة محكمة النقض.

وفي بعض الحالات تلزم عملية التكييف القاضي بتفسيره أولا بالوقوف على ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين حقيقة للمقابلة بينها وبين ما أعطاه المشرع من وصف قانوني، ولقاضي الموضوع السلطة المطلقة في تفسير بنود العقد وشروطه قصد استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين وعدم تقييده بما تفيده عبارة ما بل التقيد بالعقد برمته ودون رقابة لمحكمة النقض،لاسيما وأن العبرة في التكييف القانوني بحقيقة التعاقد طبقا لمقتضيات القانون لا بما يصفه به الخصوم [1].

[1] نبيل ابراهيم سعد ، نفس المرجع السابق، ص269.

المبحـــث الثـــاني : تحديـــد نطـــاق العقـــد

بعد الانتهاء من تحديد مضمون العقد من خلال عمليتي التفسير والتكييف للعقد، فهل ما ورد من التزامات التي أنشأها العقد تقتصر على تلك التي تبينت من عملية التفسير للإرادة المشتركة للمتعاقدين أم أن نطاق العقد يتسع ليشمل عوامل أخرى ؟ للإجابة عن ذلك نتعرض في هذا المبحث إلى المقصود بتحديد نطاق العقد و تمييزه عن تفسيره في المطلب الأول و نبحث في المطلب الثاني عن مصادر تحديد نطاق العقد و طبيعة تحديد هذا النطاق

المطـــلب الأول: المقصـــود بتحديـــد نطـــاق العقـــد و تمييـــزه عن تفسيـــره:

تكشف عملية التفسير للإرادة المشتركة للمتعاقدين التي يقوم بها القاضي و كذلك تكييفه تحديد الوصف القانوني السليم لمضمون ما أراده الطرفان، وبالعمليتين معا أي التفسير والتكييف l'interprétation et la qualification يتحدد مضمون العقد، و بيان ما هو من مستلزماته، ومنه الالتزامات المترتبة على عاتق كل من المتعاقدين، كما يتم تحديد الأحكام التي تخضع لها و تحديد نطاق هذه الالتزامات يتم استنادا إلى ما ارتضاه فعلا المتعاقدين تبعا لإرادتهما المشتركة من جهة ، وإلى القواعد المكملة المحددة للأحكام المطبقة على العلاقة التعاقدية التي اتفق عليها متى ارتضياها حكما، بهدف استكمال نطاق عقدهما وتحديده [1].

يتضح ذلك من خلال ما ورد في نص المادة 107 من ق.م.ج التي جاء فيها على أنه : " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية و لا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون و العرف و العدالة بحسب طبيعة الالتزام " بأن تحديد نطاق العقد و تفسيره ليسا على حد سواء، لذلك نتطرق في هذا المطلب إلى المقصود بتحديد نطاق العقد في الفرع الأول، و إلى التمييز بين تفسير العقد وتحديد نطاقه في الفرع الثاني.

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص418.

الفرع الأول: المقصود بتحديد نطاق العقد:

بعملية تفسير العقد من طرف القاضي و التي بموجبها يستخلص النية المشتركة لطرفي العقد و ذلك بالاستعانة بالوسائل الداخلية و الخارجية للتفسير في مرحلة أولى، يستوجب عليه في مرحلة ثانية الانتقال إلى تحديد نطاق هذا العقد، و منه الآثار المترتبة على عاتق كل طرف من طرفي العقد ولا يقتضي ذلك إلزام المتعاقد بما ورد في العقد على وجه التخصيص والإفراد فحسب، بل إن تحديد نطاق العقد يتسع ليشمل ما تتطلبه طبيعة الالتزام طبقا لأحكام القانون و العرف و العدالة[1] .

مما سبق يتضح أن مضمون العقد يتم بعمليتي تفسير العقد و تكييفه، في حين أن تحديد نطاق العقد لا يقتصر عليهما لذلك يطرح التساؤل عن ما المقصود بتحديد نطاق العقد ؟

إن المقصود بتحديد نطاق العقد هو بيان الالتزامات التي تترتب على كل من طرفي العقد على أن ذلك لا يعني ما ورد فقط في العقد نفسه بل يشمل كذلك ما هو من مستلزماته [2].

و مرد ذلك أن الأفراد حينما يتعاقدون بشأن معاملاتهم اليومية يضعون تنظيما كاملا لكل المسائل المتوقع مواجهتها لكنهم في كثير من الأحوال يتفقون على العناصر الجوهرية للعقد دون التطرق لكل تفاصيله التي قد يجهلانها أو يتغافلان عنها إما سهوا أو نسيانا أو عن غير دراية، أو أنهما لا يتوقعان حدوثها أصلا، كما قد يكون ذلك عمدا، الشيء الذي يجعل العقد بحاجة إلى تكملة له لسد هذا النقص أو الغموض الذي لم يقم الطرفان بتنظيمه في اتفاقهما.

و تجدر الإشارة في هذا الصدد أن موضوع تكملة العقد هنا لا يعني تفسيره، ذلك أن تفسير العقد كما سبق تناوله عند التطرق إلى موضوع تفسير العقد هو الكشف عن إرادة المتعاقدين ويكون ذلك كامنا في العقــد نفسه وما على القاضي إلا الكشف عنه بالاستعانة بقواعد التفسير التي أقرها القانون، في حين أن تكملة العقد هي إضافة أحكام لم ترد في العقد،

---

[1] زهير المارتيني، الوجيز في نظرية الالتزام، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية ، مطبعة الأصيل حلب سوريا، 1967، ص 169.

[2] يوسف محمد عبيدات ، نفس المرجع السابق، ص216.

بل تضاف استنادا إلى مصادر خارجة عنه من خلال إعداد صورة كاملة لما يرتبه العقد من التزامات و حقوق تفرضها طبيعته، أي استكمال ما لم يتم التصريح به في العقد فتكملة العقد لا يعني ما ورد فيه فحسب بل تمتد لما يستلزمه وفقا للقانون و العرف و العدالة، وعليه تقتضي طبيعة التعامل فرض التزام ما لم تتجه إليه إرادة المتعاقدين، مما يتعين معه القول بنشوء هذا الالتزام و إدخاله في نطاق ما اتفق عليه الطرفان ، لذلك فعلى المدين لهذا الالتزام الناشئ في إطار التكملة للعقد أن يقوم به و يعد ذلك من الآثار التي يرتبها ، كما أنه على القاضي الاستعانة في تكملة العقد بكل العناصر من قانون و عرف و قواعد العدالة مجتمعة باعتبارها من مستلزماته و التي على ضوءها تتحدد المستلزمات بالنسبة لكل عقد، و التي تضاف إلى المستلزمات الأصلية الواردة في العقد من حيث طبيعته، مما يساعد على تحقيق الهدف المرجو من التعاقد و بالتالي تحديد نطاقه، و في هذا الصدد بين المشرع الجزائري نطاق تحديد العقد واستكماله، إذ نصت المادة 107 ق.م.ج الفقرة الثانية على أنه : " لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون و العرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام"، وتقرر محكمة النقض بأن العقد لا ينشأ حقا و لا يولد التزاما ما لم يرد بشأنه نصا و أنه يجب تنفيذ ما ورد في العقد دون زيادة أو نقص إلا إذا كان ذلك من مستلزمات التنفيذ. [1].

لذلك فالمقصود بتحديد نطاق العقد تحديد الأحكام التي يشتمل عليها، ومن ثم تقع على عاتق كل من طرفيه [2]، على أن تحديد مضمون العقد قد يستتبع بما لم يصرح به فيه، و منه فإنه من البديهي أن تكملة العقد ليست تفسيرا له باعتبار أنه يفترض أن التفسير تعبيرا صدر من المتعاقدين ولو لم يكن تعبيرا موافقا في حين أن تكملة العقد يفترض أنها استدراكا لنقص فيه و ذلك بالرجوع إلى النصوص المكملة لذلك العقد و المحددة بحسب طبيعته .

جدير بالتنويه أن عملية التكميل أو التفسير قد يختلطان لدى القاضي، فهو يمثل إرادة المشرع عند قيامه بعملية تكملة العقد لسد نقص في عقد ما ، كما أنه يخضع لإرادته كذلك

[1] محمد حسين منصور ، نفس المرجع السابق، ص341.

[2] أمجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن، 2009 ، ص168.

(إرادة المشرع) عند البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، فإذا ما كنا بصدد تكملة العقد كما هو الحال في حالة عدم اتفاق الأطراف على المسائل التفصيلية، و هي الحالة التي وردت في نص المادة 65 ق.م.ج و التي جاء فيها:" إذا اتفق الطرفين على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد و لم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد مبرما و إذا قام خلافا على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة و لأحكام القانون و العرف و العدالة " ، مفاد هذه المادة أن سلطة تكملة العقد المخولة للقاضي تتم طبقا للمعايير المحددة و هي أحكام القانون والعرف و العدالة بحسب طبيعة الالتزام، شريطة عدم اتفاق الأطراف على المسائل الثانوية للعقد [1] ، ويتم تحديد نطاق العقد والالتزامات المتولدة عنه كما يلي :

أولا : على أساس ما ارتضاه الطرفان بالفعل أي الإرادة المشتركة للمتعاقدين .

ثانيا: ما يعتبر القانون في قواعده المكملة أو المفسرة أنهما ارتضياه حكما بهدف استكمال نطاق العقد و تحديد هذا النطاق، و هذا ما أكدته المادة 107 من ق.م. ج بقولها : " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية " ، لا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول ما هو من مستلزمات وفقا للقانون والعرف و العدالة بحسب طبيعة الالتزام[2].

الفرع الثاني : التمييز بين تفسير العقد و تحديد نطاقه :

إنه لمن الأهمية تمييز دور القاضي في استكمال العقد عن باقي الأمور ، مثل التفسير والتعديل والتكييف ، أما تفسير العقد فيكون عندما يجد القاضي نصوص عقد ما غامضة أو غير واضحة فيستعين بمجموعة من الوسائل التي يستهدي بها للوصول إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وتدق الحاجة إلى التمييز بين كلا المفهومين بهدف تحديد نطاق العقد، والوصول

[1] محمد حسام محمود لطفي ، النظرية العامة للالتزامات ، المصادر الأحكام ، الإثبات ، القصر للطباعة والدعاية و الإعلان القاهرة ، مصر ، 2007، ص170.

[2] بلحاج العربي ، نفس المرجع السابق، ص419.

إلى الإرادة المشتركة لكلا المتعاقدين ، وبين اتخاذ الوسائل التي أقرها المشرع لاستكمال النقص تحت إطار الإرادة المشتركة وطبيعة التعامل تحت مظلة قواعد العدالة.

أما بالنسبة لتعديل العقد فإن المشرع قد حدد بعض الحالات التي يجوز فيها للقاضي تعديل أحكام العقد ، كما لو أعطى " نظرة ميسرة " إلى المدين ، أو عدل في الالتزام المرهق عند الظروف الطارئة لرده إلى حده المعقول ، وكذلك الأمر بالنسبة للتكييف حيث يقوم القاضي بإعطاء الوصف القانوني للعقد المعني بالتكييف وتحديد الطائفة التي ينتمي إليها العقد كان يكون عقد بيع أو إيجار أو أي عقد مسمى أخر بما يجعله تنطبق عليه أحكام هذه الطائفة المسماة ، الشيء الذي يؤثر بالنتيجة في سير العلاقة العقدية ، ومدى التقائه مع استكمال العقد في الاسترشاد بالأحكام المنصوص عليها في العقود المسماة الأقرب إلى العقد موضع النظر.[1]

للتمييز بين تفسير العقد و تحديد نطاقه، علينا التطرق إلى كل منهما على حدة، فتفسير العقد كما سبق تناوله في المبحث المتعلق بتحديد مضمون العقد هو بحث القاضي عن الإرادة المشتركة التي انصرفت إليها إرادة المتعاقدين من وراء إبرامهما للعقد، أما تحديد نطاق العقد فهو تبيان الالتزامات التي رتبها العقد في ذمة كل طرف من عاقديه وفقا ما ارتضياه أو كان من مستلزمات العقد وفقا للقانون و العرف و العدالة، لاسيما و أن المتعاقدين لا يتناولان جميع المسائل التي يمكن أن يثيرها العقد [2] ، لذلك فمسألة تفسير العقد من المسائل التي تعرض أولا على القاضي قصد استخلاص نية المتعاقدين تليها مسألة تحديد نطاقه و التي تتجاوز ما ورد في العقد وفقا لإرادة المتعاقدين، بل تشمل مستلزمات العقد وفقا للقانون و العرف و العدالة بحسب طبيعة الالتزام لتأتي مسألة تنفيذ العقد فيلتزم المتعاقدين بتنفيذه طبقا لما اشتمل عليه [3]، والمشتملات يعرفها القاضي عن طريق التفسير و تحديد النطاق، و يكون التنفيذ بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وهو ما أكدته المادة 107 ق.م.ج / ف1 والتي نصت على أنه :"يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية ".

---

[1] عامر علي أبورمان ، دور القاضي في إستكمال العقد في القانون المدني ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان الأردن ، ط1، 2015 ، ص14.

[2] إسماعيل عبد النبي شاهين، نفس المرجع السابق، ص328.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع السابق، ص691.

وعلى ضوء ذلك يستنتج أن عملية التفسير تفرض على القاضي البحث عن إرادة المتعاقدين المشتركة وهو ما يستعار منه بحسب جانب من الفقه أن تفسير العقد ذو طبيعة جامدة أو "إستاتيكية" ، في حين أن نطاق العقد أو تكملة العقد يبحث فيها القاضي عن وضع العقد بعد تفسيره وتكييفه في محيطه الموضوعي العام ، ثم يحاول تكملته بالتدبر في طبيعة الالتزام وأحكام القوانين المكملة والعرف والعدالة ، فدوره ليس تفسيرا بل هو استكمال للضوابط التي حددها القانون وبطريقة مرنة أو "ديناميكية " لتحديد ماهية مستلزمات العقد هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن بحث القاضي عن إرادة المتعاقدين لا يتعادل مع بحثه في مسالة تكميل العقد، ذلك أن البحث عن الإرادة من خلال تفسير العقد عملية بسيطة التركيب وهي تحدد وفقا لما أراده المتعاقدين وبناء على العقد المبرم بينهما ، بينما مدلول عبارة مستلزمات العقد في غاية الثراء ومن ثم فلا مناص من الوصول إلى إرادة منشئة للقاضي وهو بصدد تكملة العقد ، ومن جهة ثالثة لا يمكن للقاضي الاعتماد على مبدأ سلطان الإرادة الذي جعل من العقد قانون المتعاقدين للقول بأن تحديد نطاق العقد هو تفسيره وتكملته في أن واحد عن طريق التفسير، لأن في التفسير لا يمكن استبعاد ما قصده المتعاقدين من العقد لكونه قانونهما ،أما عملية تكملة العقد فهي تتعلق بطريقة موضوعية عادلة تخص مستلزمات العقد هدفها تحقيق التوازن للعلاقة التعاقدية ولا شأن لها بإرادة المتعاقدين بل يعتد فيها بالسبل التي قررها القانون للوصول إلى تلك المستلزمات [1] .

المطـــلب الثـــاني: مصـــادر تحديـــد نطـــاق العقـــد وطبيعـــة تحديـــد نطاقـــه:

نصت المادة 107 ق.م.ج الفقرة 2 على أنه : "ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف و العدالة بحسب طبيعة الالتزام " طبقا لنص هذه الفقرة يتضح أن هناك عوامل يسترشد بها القاضي في تحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد و التي نتطرق إليها في الفرع الأول من هذا المطلب على أن نتناول تحديد الطبيعة القانونية لتحديد هذا النطاق في المطلب الثاني .

[1]–أسامة أحمد بدر – تكميل العقد – دراسة تحليلية في القانون المصري والفرنسي –دار الجامعة الجديدة – الأزاريطة – الإسكندرية – مصر – 2010– ص31 وما يليها.

الفرع الأول: المصادر التي يسترشد بها القاضي في تحديد نطاق العقد:

بعد انتهاء القاضي من البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين من خلال عملية التفسير لعبارات العقد بحسب حالاته بدءا من حالة وضوح العبارة إلى حالة غموضها وصولا إلى حالة الشك في معرفة النية المشتركة، فلا يقف به الأمر عند ذلك ،إذ لا يكتفي بإلزام المتعاقد بما ورد في العقد فحسب بل يبحث بما هو من مستلزماته، و هو ما يسمى بنظرية تكملة العقد intégration ou complément de contrat [1]، و ذلك تبعا لمعايير ثلاثة و هي القانون و العرف و العدالة مع مراعاة دائما طبيعة الالتزام ، و هي العوامل التي يسترشد بها القاضي في تحديد نطاق العقد التي أشار إليها المشرع الجزائري في المادة 65 من ق.م.ج لإعمال سلطته التقديرية و استكمال هذا النطاق و سد ما شاب العقد من نقص أو غموض ما دام أن العقد قد تم فتكون تكملة العقد و تحديد نطاقه فيما لم يصرح به في العقد، و تتم مساهمة القاضي في صنع العقد على ضوء المعايير المذكورة أعلاه دون زيادة في التزامات المتعاقدين و دون الخروج على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين الواردة في المادة 106 من ق.م.ج، و من أول المعايير المحددة لنطاق العقد القواعد المكملة أو المفسرة و التي لم يتفق المتعاقدين على مخالفة أحكامها وإن سكتا عن ما يخالفها اعتبرت جزءا من العقد، وللقاضي سلطة تكملة العقد بالقواعد المكملة أو المفسرة الخاصة بأي عقد مسمى ، كما له تكملة أي عقد غير مسمى بالاستعانة بالقواعد المكملة الخاصة بأقرب العقود المسماة إليه و للقاضي كذلك الاسترشاد بقواعد العرف لاستكمال ما أراده المتعاقدين [2].

جدير بالتنويه أن العوامل التي يسترشد بها القاضي في تحديد مستلزمات العقد و التي ورد ذكرها في المادة 107 من ق.م ج الفقرة الثانية، جاءت على سبيل الحصر وهي المذكورة كما يلي :

أولا : طبيعة الالتزام : إن طبيعة الالتزام تفرض على القاضي أن يستكمل نطاق العقد بما تقتضيه هذه الطبيعة وفقا للقانون و العرف و العدالة، فعلى سبيل المثال من باع شيئا ما

[1] محمد حسام محمود لطفي ، النظرية العامة للالتزام القصر للطباعة و الدعاية و الإعلان ، القاهرة، مصر 2007 ، ص169.

[2] بلحاج العربي ، نفس المرجع السابق، ص419.

يفترض أنه باع ملحقات هذا الشيء معه حتى ولو لم يتم ذكر هذه الملحقات في العقد، و كذلك من باع متجرا فإن ذلك يستوجب تسليم السجلات المتعلقة بالديون المترتبة على المتجر المذكور، و كذلك ما عليه من حقوق وما يتصل به من عملاء، كما أنه من باع سيارة فعليه تسليم كل اللوازم الخاصة بتسييرها وكذا عقد تأمين السيارة، كما يدخل القضاء سلامة الأشخاص الذين ينقلهم الناقل ضمن نطاق العقد و منه كذلك من باع حقا (حوالة الحق) يقتضي أن هذا البيع يشمل كفالته و ضمانته كرهن و كفالة [1] .

ويرى الأستاذ الدكتور أسامة أحمد بدر أن طبيعة الالتزام ليست عاملا من العوامل الموضوعية التي يسترشد بها القاضي في تكملة العقد ، ولكنها بمثابة الدستور الذي ستظل بظله العناصر التي ذكرها المشرع وهي القانون في أحكامه التكميلية والعرف والعدالة ومنه فطبيعة الالتزام هي الضابط الأساسي والوحيد فيما يوجده أو ينشئه القاضي من التزامات لتكملة العقد [2].

وترد عن مستلزمات الشيء تطبيقات عديدة منها ما يتعلق بالعقار، إذ تعتبر مفاتيح المنزل و كذا ما له علاقة به من مستلزمات التمليك و الحقوق و مختلف الدعاوى ذات الصلة،كدعوى الارتفاق و دعوى الضمان، كما يعتبر من مستلزمات الشيء بالنسبة لبيع الحيوان الصوف و الشعر المهيأ للجز و كذلك الأوراق المثبتة لصحة الجواد الأصيل من نتاج فحل مشهور و إدخال الرسن ضمن مشتملات بيع الدابة، و بيع السيارة يشمل الرخصة الإدارية، كما يعتبر إطلاع المشتري على أسرار استعمال شهادة الاختراع عند بيعها، ومنه كذلك بيع الأسهم و السندات يشمل قسائم الأرباح كما يشمل مكاتب الأعمال و مكاتب المحاماة كل المستندات و ملفات القضايا، بما فيها التي صدرت بشأنها أحكام نهائية و هكذا [3].

بناء على الأمثلة الواردة أعلاه يستخلص أن تحديد نطاق العقد يكون من خلال إيجاد مستلزمات يقتضيها العقل والمنطق لمنهجية طبيعة الالتزام والتي ينبغي أن تنسجم وتتطابق مع

[1] محمد صبري السعدي، نفس المرجع السابق، ص294.

[2]–أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 43.

[3] أنور سلطان ، نفس المرجع السابق، ص241.

ما تم استكماله وفقا لما يقتضيه القانون والعرف والعدالة بمعنى توافر منهجية معقولة تبرر إنشاء التزام جديد تقتضيها طبيعة الالتزام الأصلي الواردة في العقد [1].

ثانيا: القانون في أحكامه التكميلية و المفسرة : كما يتحدد نطاق العقد بالأحكام التي تقررها القواعد القانونية بالنسبة للعقود المسماة التي تعتبر المرجع الأول و الرئيسي لاستكمال هذه العقود متى تم إغفال بعض التفاصيل فيها،ولهذه القواعد دورا تكميليا لإرادة طرفي العقد حينما يتم السكوت عن ذكر ما يخالفها، فتصبح ملزمة لهم وتحل محل إرادتهم على اعتبار أن إرادتهم انصرفت إلى تطبيقها، و المقصود هنا بالقواعد القانونية القواعد الآمرة التي لا يجيز القانون الاتفاق على مخالفتها، و تصبح جزءا لا يتجزأ من بنود العقد، ومن هذه القواعد ما ورد في نص المادة 356 ق.م.ج الفقرة 02 التي تنص على أنه : " إذا وقع الاتفاق على أن الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك الرجوع إلى سعر السوق الذي يقع فيه تسليم المبيع للمشتري في الزمان و المكان..." استنادا إلى نص هذه الفقرة يتضح أنه إذا أغفل المتعاقدين تحديد السوق الذي يجب الرجوع إليه لتحديد الثمن فإن العبرة تكون بسعر السوق الذي يقع فيه تسليم المبيع و كانت تنص المادة 476 مدني جزائري قبل تعديلها على أنه :" يلتزم المؤجر أن يسلم للمستأجر العين المؤجرة و ملحقاتها في حالة تصلح للانتفاع المعد لها "، و مفاد ذلك أنه إذا لم يتناول العقد تسليم ملحقات العين المؤجرة فإن المؤجر يكون ملزما بتسليمها ، كما نصت المادة 479 ق.م.ج على أنه : " على المؤجر أن يتعهد بصيانة العين المؤجرة لتبقى على الحالة التي كانت عليها وقت التسليم و يجب عليه أن يقوم بجميع الترميمات الضرورية أثناء مدة الإيجار دون الترميمات الخاصة بالمستأجر، و يتعين عليه أن يقوم لاسيما بالأعمال اللازمة للأسطح من تجصيص و أعمال تنظيف الآبار و كما يتعين عليه صيانة و تفريغ المراحيض و قنوات تصريف المياه يتحمل المؤجر الرسوم و الضرائب وغيرها من التكاليف المثقلة للعين المؤجرة "، يتبين من نص هذه المادة أنه إذا لم يرد في عقد الإيجار مثل هذه التفاصيل فإن العقد المذكور يستكمل بهذه الالتزامات التي تم النص عليها في هذه المادة [2].

[1]–أسامة أحمد بدر، نفس المرجع السابق، ص 52.

[2] علي فيلالي، نفس المرجع السابق، ص389.

مع الإشارة إلى أن الأحكام التكميلية و المفسرة تعتبر ضمن نطاق إرادة المتعاقدين التي افترضها القانون أو كشف عنها، فهي تسري في حقهم مادام أنهم لم يستبعدوها من عقدهم بشكل صريح أو ضمني أو لم يعدلوها أو يقيدوها على النحو الذي يريانه، فهي ليست من النظام العام و إذا كانت تعتبر أنها إرادة المتعاقدين فإن هذا الاعتبار يزول إذا قام الدليل على العكس [1].

كما يظهر مما تقدم أن لموضوع تنازع القوانين المكملة أو المفسرة في الزمان علاقة بمجال الرجوع إليها لاستكمال ما ورد من نقص أو إغفال بالعقد، إذ قد ينعقد العقد في ظل قانون يقرر قاعدة مكملة أو مفسرة سكت المتعاقدان عن ذكر ما يخالفها، ثم صدرت قاعدة قانونية مفسرة أو مكملة في قانون خلال الفترة السابقة عن تنفيذ العقد لا تتفق في مضمونها مع القاعدة التي تتقدمها، فأي من القاعدتين أولى بالتطبيق؟ بمعنى أي من القاعدتين يلجأ إليها القاضي في استكمال العقد، و تكون الإجابة بأن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق هي تلك المطابقة للظروف الاجتماعية و الاقتصادية التي صدر في ظلها العقد، ذلك أن القواعد المكملة أو المفسرة تستمد وجودها من عرف التعامل أو من الغالب الشائع فيه، فهي مجرد تقنين إما للمألوف، و إما لما جرت به عادة المتعاملين، فإصدار المشرع لقاعدة مكملة أو مفسرة جديدة يدل على إرادته في تسجيل وضع جديد بما اعتاد عليه الناس، وبالتالي فإن تقنين ما ألفه الناس يستوجب أن يسري على العقود القائمة، ما لم يتضح من الظروف ما يبرر الأخذ بخلاف ذلك[2]

نشير في هذا الصدد أن القاضي لا يستطيع استكمال العقد في مسائله الجوهرية أو الأساسية نظرا لأهميتها، مع العلم أن فقدانها في العقد يؤدي إلى إبطاله برمته [3].

ثالثا : العرف :

يعتبر العرف من بين العوامل التي يستعين بها القاضي في تحديد نطاق العقد إضافة إلى أنه يساهم في تفسيره، ومن أمثلته ما يجري في منطقة ما في عقود الإيجار بأن تسديد الماء

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع السابق، ص 693.

[2] أنور سلطان، نفس المرجع السابق، ص242.

[3] محمد رياض دغمان ، نفس المرجع السابق ، ص 113.

والكهرباء يكون على عاتق المؤجر، و كذا حق مالك العين المؤجرة في الرعي فيها بعدد معين من مواشيه [1].

ويظهر دور العرف جاليا في نطاق المعاملات التجارية كما يعتبر من قبيل العرف ما يسمى بالشروط المألوفة التي اعتاد الناس على إدراجها في عقود معينة، ومن أمثلتها ما جرت عليه العادة في إضافة نسبة مئوية لحساب النزلاء في الفنادق و المطاعم كمقابل خدمة [2].

مع العلم أن العرف المقصود هنا هو ذلك المكمل لتحديد نطاق العقد وليس العرف المفسر لعبارات العقد الغامضة.

رابعا : قواعد العدالة :

قد يسترشد القاضي في تحديد نطاق العقد أيضا بما تمليه قواعد العدالة المستوحاة من مصالح المجتمع و مثله العليا و من مفاهيمه عن العدل، و تطبيقا لذلك يذهب الفقه و القضاء إلى القول بأنه إذا ما أبرم عقد ما بين باحث علمي و صاحب مصنع كبير قصد القيام بأبحاث معينة شريطة تخصيص الباحث المذكور لوقته كله مقابل راتب مجز، فإن قواعد العدالة تقضي بأن لصاحب المصنع حق استغلال الاختراع التي تصفر عليه أبحاث هذا الباحث،وذلك حتى و لو لم يشترط ذلك صراحة في اتفاقهما، و للاسترشاد بقواعد العدالة يرى بعض الفقهاء أن هناك طريقتين يتم من خلالها هذا الاسترشاد، تتمثل الأولى في النظر إلى طبيعة معاملة موضوع العقد فهي تقضي بوجود التزام لم يتعرض له المتعاقدان، كما هو الشأن في عقد نقل الأشخاص، فطبيعة هذا العقد تقتضي ترتيب التزام على ذمة الناقل و هو ضمان سلامة المسافر، وكذلك من يبيع حقا من الحقوق فإن طبيعة هذا العقد تعتبر أنه إضافة إلى ذلك أنه باع ما يكفله و ما يؤيده من رهن أو كفالة أو دعوى ضمان ،كما أن من باع سيارة فإنه قد باع معها الأدوات اللازمة لتسييرها، ومن باع متجرا فإنه يعتبر قد باع معه السجلات التي تبين ما له من حقوق وما عليه من ديون وما يتصل به من عملاء، أما الطريقة الثانية فهي تتمثل فيما

[1] محمد شريف أحمد، نفس المرجع السابق، ص142.

[2] عدنان إبراهيم السرحان ، نوري حمد خاطر، نفس المرجع السابق ، ص241.

يتضمنه العقد من عناصر، ومن أمثلتها قدر العناية المطلوب في المدين في تنفيذ التزامه، وكذا في اختيار المواد التي ينفذ بها ومدى ارتباطها بارتفاع وانخفاض المقابل النقدي لهذا الالتزام[1].

ومنه كذلك انتزاع عملاء المحل التجاري مما يؤثر في حجم المعاملات الخاصة بهذا المحل، وكذلك التزام العامل بعدم إفشاء أسرار المصنع الذي يعمل به، و التزام المؤمن له من الحريق بقيامه بما يلزم للحد من نتائج الحادث حتى و لو لم يتم الإشارة إلى ذلك في العقد، كما أن مثل هذه الالتزامات تدخل في نطاق العقد حتى و لو لم يتم الاتفاق عليها فيه، باعتبار أن مبادئ العدالة تفترضها و تعد من مستلزمات العقد [2].

الفـــرع الثـــاني: الطبيـــعة القانـــونيـــة لتحديـــد نطـــاق العقـــد :

تهدف مسألة تحديد نطاق العقد إلى معرفة الالتزامات الناشئة عنه الشيء الذي يجعل منها مسألة قانونية يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا ، فتستطيع هذه الأخيرة التعقيب على حكم القاضي بشأنها [3] ، فإذا لم يأخذ القاضي بها كان حكمه معرض للنقض لخطأ في تطبيق القانون [4]، و عليه فمتى توصل القاضي من خلال تفسير العقد إلى تحديد الحقوق و الالتزامات فإن طرفي العقد يلتزمان بتنفيذه بما ورد فيه وبما اشتمل عليه كذلك، وهذا الالتزام هو ما يطلق عليه القوة الملزمة للعقد طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، إذ شبه المشرع العقد بالقانون أو الشريعة، و لو أن ذلك التشبيه مجازي باعتبار أن العقد يختلف عن القانون من عدة نواحي، فمن ناحية العقد ملزم لطرفيه فقط في حين أن القانون يلزم الكافة، ومن ناحية أخرى أن العقد نفسه يخضع للقانون إذ منه يستمد أحكامه التي لا يمكنه مخالفتها، متى كانت تلك الأحكام القانونية آمرة، زيادة على أن العقد يستوجب إثباته عكس القانون[5].

---

[1] دريد محمود علي، نفس المرجع السابق، ص279.

[2] رمضان أبو السعود، نفس المرجع السابق، ص214.

[3] محمد صبري السعدي، نفس المرجع السابق، ص297.

[4]–خليل أحمد حسن قدادة، نفس المرجع السابق،ص 143.

[5] دربال عبد الرزاق ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، عنابة ، الجزائر ، 2004 ص52.

أما تكملة العقد فهي تتمثل في إضافة أحكام غير مستمدة من نصوص العقد وغير مستخرجة من عباراته، بل تستند إلى مصادر خارجة عن العقد ذاته، وهي تتم بتحديد مضمون العقد من خلال رسم صورة كاملة لحقوق و التزامات الطرفين، كما تفرضها طبيعة العقد، حتى لو كان بعض الآثار التي أضيفت للعقد لم يواجهها الطرفين للاتفاق عليها، لذلك كله فإن القاضي و هو بصدد تحديد نطاق العقد لا يقتصر في تحديد هذا النطاق على ما ورد في العقد وقوفا على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته بحسب طبيعة الالتزام وفقا للقانون و العرف و العدالة و تلك مسألة من مسائل القانون تخضع لرقابة المحكمة العليا [1].

مما تقدم يظهر أن سلطة قاضي الموضوع ليست مطلقة بل هي مقيدة و مرهونة بعدم الانتقاص أو الزيادة من نطاق العقد، فما أفرزته سلطته التقديرية بشأن ذلك خاضع لرقابة محكمة النقض لاسيما و أن تكملة العقد هي من مسائل القانون وليست من مسائل الواقع [2].

و بمقتضى ذلك فإن اتضح لمحكمة النقض أن القاضي انتقص أو زاد فيه كما لو طبق شروط دون بعضها الأخر، وبالتالي كان في ذلك انتقاص من نطاق العقد ، فإن حكم قاضي الموضوع معرض للنقض [3] ، و يلقى حكمه نفس المآل إن زاد التزاما ما كان يصح أن يرتبه العقد، وهذا في حالة استعانة القاضي بأحكام القانون أو العرف أو طبيعة التعامل، ولا تعقيب لحكمه من طرف المحكمة العليا إذا لجأ إلى قواعد العدالة، لأن ما يتعلق بالعدالة هو من المسائل الموضوعية و ليست من المسائل القانونية.[4]

[1] محمد حسين منصور، نفس المرجع السابق، ص340.

[2] محمد حسام محمود لطفي، نفس المرجع السابق، ص173.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع السابق، ص695.

[4] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول ، التصرف القانوني للعقد والإرادة المنفردة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط6، 2008، ص247.

المبحـــث الثـــالـــث: القـــوة الملـــزمـــة للعـــقـــد:

نصت المادة 106 من ق.م.ج على أن : "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون " يتضح من نص هذه المادة أن العقد إذا انعقد صحيحا بتوافر كل أركانه و شروط انعقاده فإن أحكامه تصبح بمثابة القانون الذي ينطبق على المتعاقدين من حيث ما يرتبه من حقوق و التزامات، ولا يملك أي منهما حق نقض العقد أو تعديله، إلا في الحالات التي يجيز فيها القانون للمتعاقدين حق نقض العقد أو تعديله، أو في الحالة التي يكون فيها للقانون سلطان تعديل أحكام العقد، ولمعرفة أساس هذه القوة وضوابطها، قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، تناولنا في الأول أساس القوة الملزمة للعقد وضوابط المبدأ العام للالتزام في المطلب الثاني .

المطـــلب الأول: أســـاس القـــوة الملـــزمـــة للعـــقـــد:

تجد قاعدة القوة الملزمة للعقد أساسها في نص المادة 106 المشار إليها أعلاه كنتيجة لمبدأ سلطان الإرادة، كما يمكن أن ترتكز كذلك على أساسين أحدهما خلقي و الأخر اقتصادي فالأساس الخلقي هو وجوب احترام العهد الذي يقطعه الإنسان، أما الأساس الاقتصادي فهو ضرورة توفير استقرار المعاملات بين الأفراد [1] ، و بناءا عليه فإنه لا يمكن أن يتم تعديل هذه الالتزامات أو إنهاؤها بصفة انفرادية دون موافقة طرفيها، غير أن القانون استثنى منها عدة حالات أجاز فيها تعديل العلاقة التعاقدية، استنادا لما تقدم فإن القوة الملزمة للعقد تستوجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، لأن حسن النية هو كذلك التزام تعاقدي، وذلك بالسعي في تنفيذ الالتزام حسب القدرة و الطاقة المطلوبة في الرجل العادي[2].

وسنتناول أساس القوة الملزمة للعقد في الفرعين المواليين نتطرق إلى مفهوم المبدأ العام " العقد شريعة المتعاقدين " في الفرع الأول و إلى النتائج المترتبة عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في الفرع الثاني.

---

[1]–محمد صبري السعدي ، نفس المرجع السابق، ص 298.

[2] بن الشويخ الرشيد، نفس المرجع السابق، ص113.

الفــرع الأول: مفهــوم المبــدأ " العقــد شــريعــة المتعــاقــديــن:

يقصد بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين كأصل عام أن ما اتفق عليه المتعاقدين بناء على إرادتهما يلزم كل منهما ولا تملك أي من الإرادتين لوحدهما حق تعديل ما ورد في العقد،فالإرادتين اللتان اجتمعتا على إنشاء عناصر الالتزام هما اللتان لهما حق تعديل أي عنصر من عناصره، ويكون بالتالي للعقد قوته الملزمة في موضوعه يلتزم بموجبها المتعاقدين بما ورد فيه ولا يلتزمان إلا به، فأحكام العقد اتجاه كل منهما كأحكام القانون فاعتباره قانونهما الاتفاقي فهو يقوم مقام القانون فيما يخص علاقتهما التعاقدية، و يلزمهما و يلزم القاضي الذي بدوره لا يستطيع أن يعدل أي من أحكامه، و الذي يقتصر دوره على مضمونه وفقا لما أراده المتعاقدين من وراء إبرامه [1] .

وتبعا لمبدأ سلطان الإرادة فإن للعقد قوة صارمة للغاية ، ذلك أن المتعاقدان أحرار في أن يتعهدوا أو لا يتعهدوا ، لكن بمجرد أن ينشأ العقد المتضمن تعهداتهم نشأة صحيحة ، استوجب ذلك تنفيذه كما هو ، وتفرض شروطه كما أرادها الأطراف، وبالتالي لا يمكن إجراء تفسير للعقد إلا بالرجوع للإرادة المشتركة للمتعاقدين، فلا يجوز للقاضي ولا حتى للمشرع سلطة التدخل في الحياة التعاقدية، كما لا يتأثر العقد بالتغييرات التشريعية [2]، باعتباره وليد إرادة المتعاقدين وما على القاضي إلا تطبيق إرادة المتعاقدين بناء على ما يستخلصه من خلال تفسير عبارات العقد سواء كانت واضحة أو اتضحت بعملية التفسير، كما لو كان يطبق قواعد قانونية و ذلك استنادا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، أو كما تقول المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي " الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي تقوم مقام القانون لمن عقدوها " و قد نقل المشرع الفرنسي هذا النص عن دوما Domat، أما في القانون المصري فإن القاعدة تطبق كما تطبق في فرنسا لأن النص لم يقرر إلا ما تقتضيه العدالة، مع أن هذا القانون أي المصري لم يتضمن نصا يقابل ذلك الوارد في القانون المدني الفرنسي.

---

[1] محمد رياض دغمان ، نفس المرجع السابق، ص51.

[2] –François TERRE- Philippe SIMLER- YVES Lequette- Droit Civil- Les Obligations- DALLOZ-6é éd-1996-p 346.

مع التنويه إلى أن هذه القاعدة ليست مطلقة في كل الأحوال، ذلك أن العقد يعد قانون المتعاقدين لكن في حدود ما يتطلبه النظام العام و الآداب العامة، بمعنى أن لا تصطدم أحكامه مع النظام العام و لا مع الآداب العامة، و لكون أن للعقد قوته الملزمة تساوي قوة القانون إلا أن العقد في هذه الدائرة ينسخ القانون في الحالة التي لا تكون فيها القواعد القانونية غير المتعلقة بالنظام العام أو الآداب جاءت لتنظيم علاقات الأفراد لم يتطرق طرفي العقد لتنظيمها، أما إذا نظم المتعاقدين علاقتهما طبقا لإرادتهما المشتركة فإنه لا جدوى من تطبيق القواعد القانونية بل إن العقد هو القانون الذي يسري على علاقتهما [1].

وعلى هذا فقد أصبح للعقد من القوة ما للقانون منها على حد سواء، فهو يلزم العاقدين بتنفيذه كالإلزام الذي يفرضه القانون تماما ما لم يكن العقد غير معترف به قانونا، و عندها لا يرتب آثاره و لا يحضى بتلك القوى الملزمة المقررة له و لا يكون محمي قانونا، هذا بالنسبة لطرفي العقد، أما بالنسبة للقاضي فليس له إلا أن يفسر ويحدد نطاق العقد دون أن يغير فيه شيئا دون إرادة أطرافه [2] ، وهو ماد أبت عليه المحكمة العليا في قضائها حيث جاء في إحدى قراراتها بأنه: " من المقرر قانونا أن عقد التسيير الحر عقد إرادي يخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون في غير محله .

ولما كان من الثابت –في قضية الحال– أن الإيجار الذي يربط طرفي النزاع هو عقد التسيير الحر ، فإن قضاة الموضوع بمصادقتهم على اتفاق الطرفين فيما يخص إسقاط حق الإيجار عند وفاة المستأجر وعدم تطبيق أحكام القانون التجاري ولا القانون المدني على العقد طبقوا صحيح القانون "[3].

وقد أقرت كذلك في قرار أخر لها بأن العقد شريعة المتعاقدين، ينفذ طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون [4].

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات ، نظرية العقد وهو أحد أربعة أجزاء ، المجمع العلمي العربي الإسلامي ، منشورات محمد الراية ، بيروت لبنان طبعة سنة 1934 ،ص 949.

[2] أحسن زقور، نفس المرجع السابق، ص11.

[3] قرار المحكمة العليا ، غ.ت.ب، المؤرخ في 1989/05/14، ملف رقم 57842، م.ق، السنة 1993، ع1، ص82.

[4] قرار المحكمة العليا ، غ.إ ، المؤرخ في 1990/01/15، ملف رقم 52061، م.ق، السنة 1993، ع1، ص113.

وقد كرس قضائها نفس المبدأ في قرار أخر لها والذي جاء فيه:" من المقرر قانونا أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون.

ولما ثبت في قضية الحال أن طرفي العقد اتفقا على أن تكون محكمة الجزائر هي المختصة في حالة قيام نزاع أو حول تنفيذ العقد.

وبما أن قضاة الاستئناف بإلغائهم الحكم المستأنف الصادر عن القسم التجاري لمحكمة وهران القاضي بعدم الاختصاص محليا يكونون قد تجاوزوا سلطتهم ولم يطبقوا القانون تطبيقا سليما " [1].

وعلى هذا الأساس فإن العقد إذا نشأ صحيحا مستوفيا جميع أركانه و شروطه، ما له إلا أن يلزم أطرافه بتنفيذ أحكامه كما يلزمهما القانون، وعليهم فرض احترامهما له كما يحترمان القانون تماما .

جدير بالإشارة أن مبدأ القوة الملزمة للعقد يرتكز إلى اعتبارات عدة اقتصادية و اجتماعية و أخلاقية و دينية كذلك استوجبتها المصلحة العامة و التي تستلزم وجوب تنفيذ واحترام العهود، حتى تسود الثقة و الأمان بين أفراد المجتمع و تستقر معاملاتهم، وينعكس ذلك على نشاطهم الاقتصادي و ما يديرونه فيما بينهم من أشطة اقتصادية تعود آثارها على المصلحة العامة، وفي هذا الصدد حث ديننا الإسلامي الحنيف على وجوب الوفاء بالعهد. [2]

من ذلك قوله تعالى : " إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها " النساء الآية 58 .

" فإن أمن بعضكم بعضا فليؤدي الذي أؤتمن أمانته " البقرة الآية 283.

" يأيها الذين أمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه " البقرة الآية 282

" و أوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا " الإسراء الآية 34

" يأيها الذين أمنوا أوفوا بالعقود " المائدة الآية 01.

[1] قرار المحكمة العليا ، غ.ت.ب، المؤرخ في 1998/02/17، ملف رقم 160246، م.ق، السنة 1998، ع1، ص169

[2] محمد حسين منصور، نفس المرجع السابق، ص 344 وما يليها

الفـــرع الثـــاني: النتـــائج المتـــرتبـــة عن قاعـــدة العقـــد شريـــعة المتعاقـــدين:

تقضي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين بأن لا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، مما يرتب عن ذلك عدة نتائج ذات أهمية نوردها كما يلي :

النتيجة الأولى : إذا نشأ العقد صحيحا فإن ما يتولد عنه من التزامات تلزم طرفيه، ذلك أنه نشأ نتيجة لاتفاق إرادتين فلا يمكن لإرادة واحدة تعديل أو إنهاء هذه الالتزامات، فما تنتجه إرادتان لا تعدله أو تحله إرادة واحدة [1] ، ذلك أن الإدعاء بغير ذلك يترتب عنه عدم استقرار المراكز القانونية الناشئة .

النتيجة الثانية : يكون العقد هو القانون الاتفاقي الذي يحكم علاقة المتعاقدين، لذلك يكون تطبيقه من طرف القاضي في حكم تطبيق القانون، ولا يعني أن العقد يشبه القانون تماما في كل الأحوال، بل المقصود من ذلك أن أحكام العقد متى انعقدت صحيحة لها قوة إلزام كتلك التي تتصف بها القواعد القانونية و ما يتعهد به المدين في عقد ما له نفس القوة الملزمة لتلك التي يفرضها القانون .

النتيجة الثالثة : إن القوة الملزمة للعقد و التي تجعل من العقد له نفس القوة الملزمة للقانون، تجعل من القاضي لا يملك سلطة تعديل العقد، كما لا يملك سلطة تعديل القانون، ولا يمكنه الاحتجاج بمقضيات العدالة حتى يعدل العقد، فالعدالة تكمله متى كان ذلك ضروريا، ولكن لايمكن للقاضي نسخ أحكام العقد إلا وفق ما يقتضيه القانون ،غير أنه وعلى الرغم من ما ترتبه القوة الملزمة للعقد اتجاه المتعاقدين فإنها تبقى كقاعدة عامة ترد عليها هي الأخرى استثناءات، ذلك أنه لا يوجد ما يمنع إرادتي المتعاقدين من أن تتفق على نقض العقد أو تعديله، فلها أن تعدله فإرادة المتعاقدين تملك حق إنشاء الالتزامات و الحقوق فهي تملك حق إلغائها أو تعديلها كما أن للمتعاقدين أن يتفقا على إعطاء هذا الحق لأحدهما، لأنه من يملك الكل يملك الجزء، كما يجيز القانون في بعض العقود لأي من المتعاقدين في إنهاء العقد بإرادته المنفردة كما هو الشأن في عقد الوكالة و الوديعة و العقود الزمنية التي لم تحدد لها مدة كالشركة

[1]– دريد محمود علي، نفس المرجع السابق ، ص 280.

و الإيجار و عقد العمل ، كما يجوز للواهب أن يرجع في الهبة بترخيص من القضاء متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول[1] .

و في هذا الصدد ننوه أن قضاء المحكمة العليا أكد القوة الملزمة للعقد في عدة قرارات، حيث جاء في إحدى قراراتها ما يلي : " من المقرر قانونا أن العقد شريعة المتعاقدين و لا يجوز تعديله و لا إلغاؤه إلا باتفاق الطرفين، ومن المتفق عليه في الشروط العامة لعقد التأمين أن شركة التأمين تضمن للمؤمن له التبيعات المالية الناتجة عن الأضرار الجسمانية و المالية التي يسببها للغير أثناء وبمناسبة سير المركبة و لا تضمن الأضرار التي يسببها المؤمن لنفسه، إلا إذا كان مؤمنا على جميع الأخطار و لما ثبت أن المطعون ضده لم يؤمن على جميع الأخطار، فإن قضاة الموضوع بقضائهم خلاف ذلك و منحه تعويضا قد خرقوا نصوص العقد، و استحق قرارهم النقض (قرار رقم 38778 مؤرخ في 1992/09/16 ، م ق 1994 عدد 1 ص 31 ، و جاء كذلك في القرار رقم 154656 مؤرخ في 1997/11/12 غير منشور مشار إليه في كتاب عمر بن سعيد المرجع السابق ص 38 ما يلي : " حيث يظهر من العقد المبرم بين أفراد الخصومة أنه نص فيه صراحة على أن محكمة أرسلو هي وحدها ستكون مختصة في أي نزاع يحدث بين أطرافه حيال تنفيذ العقد، و أن البند الصريح غير متنازع فيه و لا ينكره أي طرف من أطراف العقد " و حيث أنه يجوز للأطراف اختيار محكمة اختصاصهم إذا كان الاختصاص النوعي و لا يتعارض و النظام العام، و حيث أن أطراف الخصومة الحالية كانوا قد اختاروا بإرادتهم الحرة اختصاص محكمة أرسلو وحدها دون غيرها فكان على قضاة الموضوع احترام ما اتفق عليه الأطراف تطبيقا لأحكام المادة 106 ق م الناصة على أن العقد شريعة المتعاقدين، و حيث أن الأطراف لم يختاروا بإرادتهم الخضوع لأحكام المادة 128 من قانون الإجراءات المدنية، و أن ترتيب المادة 93 من نفس القانون قد احترمت، وإذ يترتب على ما تقدم أعلاه التقرير بأن قضاة الموضوع قد أخطوا في تطبيق ما اتفق عليه الأطراف في اختيار محكمة الاختصاص خلافا لأحكام المادة 106 من القانون المدني و حيث من استحالة تطبيق أحكام المادة 267 من ق.إ.م إذ المحكمة المختصة

[1] نبيل إبراهيم سعد، نفس المرجع السابق، ص285.

في قضية الحال فهي أجنبية وإذ تكون المادة 269 من نفس القانون قد استكملت بأنه يتعين بالتالي نقض القرار بدون إحالة [1].

كما ورد كذلك في قرار أخر لها ما يلي: " من المقرر أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون ومن المقرر أيضا أن إثبات الالتزام المتنازع فيه يقع على عاتق المتذرع به ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقانون و فقدانا للقاعدة القانونية الشرعية.

ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن جهة الاستئناف التي ألغت الحكم المستأنف لديها و القضاء من جديد على الطاعنة أن تدفع للمطعون ضده تعويضات عن الأضرار الجسمانية و الضرر اللاحق بسيارته بالرغم من عدم تحققها من تواجد سند الالتزام و دون أن تسعى إلى تأويله طبقا لأحكام المادة 106 من القانون المدني فإنهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون و لم يعتمدوا على قاعدة قانونية شرعية و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه [2].

كما يذكر في هذا الصدد بأن هناك حالات استثنائية أخرى أجاز فيها القانون للقاضي حق تعديل العقد و ذلك استنادا لاعتبارات تتعلق بالعدالة، نذكر منها على سبيل المثال ما ورد في المادة 184 الفقرة الثانية من ق.م.ج و التي أجازت للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي متى كان مبالغا فيه، و كذلك ما جاء في نص المادة 107 الفقرة الثالثة ق.م.ج و التي سمحت للقاضي كذلك عندما يتعلق الأمر بحالة الحوادث الاستثنائية أن يرد الالتزام المرهق للمدين إلى حده المعقول، كما خولت المادة 110 ق.م.ج للقاضي حق تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها الواردة في عقود الإذعان و المادة 119 من ق م و التي أجازت للقاضي سلطة مـــنح أجل للمدين [3].

---

[1] حمدي باشا عمر ، القضاء المدني ، دار هومة للنشر والتوزيع ، الجزائر ،ط 3،2006، ص42 وما يليها.

[2] قرار المحكمة العليا، غ.م، المؤرخ في 1987/06/17، ملف رقم 49174، م.ق، السنة 1990،ع 3، ص27.

[3] بلحاج العربي، نفس المرجع السابق، ص250.

المطـــلب الـــثاني: ضوابـــط المـــبدأ العـــام فـــي الإلـــــزام :

العقد وليد الاتفاق وهو القانون الذي ينظم الالتزامات الناشئة عنه فهو يلزم طرفي العقد والقاضي بنفس قوة إلزام القانون بشأن ما ورد فيه، و ذلك استنادا للمبدأ العام للإلزام القاضي بأن العقد شريعة المتعاقدين وفقا لضوابط معينة، و لبحث ضوابط هذا المبدأ قسمنا هذا المطلب إلى فرعين تناولنا في الأول عدم إمكانية تعديل العقد دون اتفاق و تنفيذ العقد لما اشتمل عليه وبحسن نية في الفرع الثاني.

الفـــرع الأول : عـــدم إمكـــانيـــة تعـــديل العقـــد دون اتفـــاق :

يترتب عن إبرام العقد الصحيح وفقا لمقتضيات مبدأ العقد شريعة المتعاقدين التزام طرفيه بتنفيذه، و لا يستطيع أي منهما أن يتحلل منه بإرادته المنفردة و ينقضه أو يستقل بتعديل أحكامه ما لم يتم الإنفاق عليه مع الطرف الثاني، أو بناءا على الأسباب التي يسمح بها القانون،ونطاق تطبيق هذا المبدأ لا يتعلق بالمتعاقدين فحسب بل يشمل القاضي كذلك، فلا يملك هو الأخر سلطة نقض العقد أو التعديل في أحكامه فتطبيق أحكام العقد أمامه في حكم تطبيق القانون، فإجراءات النقض و التعديل تؤول إلى إرادة طرفي العقد مجتمعة، فقد يحدث و أن لا يتضمن عقد ما عند إبرامه ما يخول أحد أطرافه أن يتحلل منه بالنقض أو أن يعدله ثم يتفق أطرافه بعد ذلك على التحلل منه باعتبار البيع الحاصل بينهما بموجب العقد كأن لم يكن، أو أن يتم الاتفاق ثانية على منح سلطة تعديل حكم من أحكامه لأي منهما، كما يقرر القانون في بعض العقود حق نقض العقد أو تعديله للمتعاقدين أو أحدهما، فمثلا في العقود الملزمة للجانبين منح القانون المتعاقد أن يطلب من القاضي الحكم بفسخ العقد في حالة عدم التزام المتعاقد الأخر بالتزامه، كما أجاز القانون كذلك في بعض العقود لأي من المتعاقدين أن يستقل بإنهائها كما هو الشأن في عقد الوكالة و عقد الوديعة، كما نص كذلك على جوازية تعديل بعض أحكامها كما هو الحال بالنسبة لشرط الجزائي متى كان مبالغ فيه إلى درجة كبيرة، ومنه كذلك منح أجال لوفاء المدين بالتزامه و جواز تخفيض أجر الوكيل [1].

[1] رمضان أبو السعود، نفس المرجع السابق، ص 217.

وتعد هذه القاعدة نتيجة منطقية لمبدأ سلطان الإرادة ذلك أن العقد وليد إرادتين مشتركتين فالإرادتان معا هما من يملكان دون سواهما حق إنشاء العقد، فلا يجوز نقضه أو تعديله دون الرجوع لهما، و بالتالي فما أوجدته هاتين الإرادتين لا تعدله و لا تنقصه إرادة واحدة، و يمتد ذلك إلى القاضي كذلك، إذ لا يمكنه تعديل أو تغيير أو حذف بعض أحكام العقد بل عليه احترام العقد و تطبيقه كما يحترم القانون و يطبقه [1].

الـــفرع الثـــاني: تنفيـــذ العقـــد طبـــقا لما اشتـــمل عليـــه و بحســـن نيـــة:

نصت المادة 107 الفقرة الأولى على أنه : " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية " يتضح من نص هذه الفقرة أن مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود مفترض بالنسبة للمتعاقدين ما لم يثبت من له مصلحة عكس ذلك، و بناء عليه نتطرق في هذا الفرع إلى هذا المبدأ بدءا بتعريفه و تبيان مظاهره فبالنسبة لتعريف مبدأ حسن النية فإنه لصعوبة تحديد مفهومه لم يعرفه التشريع، إلا أن ذلك لم يمنع جانبا من الفقه تعريفه إذ عرفه بأنه التعامل بصدق و استقامة و شرف مع الغير بصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة والعادلة التي أنشأ من أجلها و التزم بها كل من طرفي العقد، بحيث لا تؤدي هذه الممارسة إلى الإضرار بالغير دون مسوغ مشروع، بل توصل كل ذي حق إلى حقه بأمانة، وقيل بأنه الصدق و الإخلاص، إن مبدأ حسن النية يعطي العقد حلة من النزاهة و الثقة المتبادلة إضافة إلى أنه يقيم العلاقات بين أفراد المجتمع على أساس الاستقامة و الأخلاق،وفي الواقع إن تطبيق هذا المبدأ في إطار التعاقد و التعامل إنما يضفي على هذه العلاقات طابع يتميز بالاستقامة و الشرف و النزاهة في التعامل مما يستوجب تصنيف هذا المبدأ ضمن المبادئ القانونية كمبدأ منع التعسف في استعمال الحق، و مبدأ منع الإثراء غير المشروع [2] .

كما عرفه جانب أخر من الفقه بأنه الاستقامة في التعامل La loyauté إنه التعامل بشرف مع الغير مما يؤمن سلامته، و الثقة المتبادلة مما يعني عدم إلحاق أي ضرر بالغير لاسيما عندما يكون ذلك بصدد استعمال حق من الحقوق و الالتزام بمبادئ العدل و الإنصاف

[1] دريد محمود علي، نفس المرجع السابق، ص280.

[2] محمد رياض دغمان، نفس المرجع السابق، ص54.

وعدم تجاوز ما يمنحه الحق من سلطة و استأثار، فمفهوم هذا المبدأ هو مفهوم أخلاقي و إنساني كامن وراء القواعد القانونية و الحقوق المحمية قانونا [1].

وذهب بعض الفقهاء إلى أن مبدأ حسن النية وفقا للمفهوم القانوني هو التزام بالضوابط القانونية التي أقرها المشرع ولا يكفي فيه قصد الالتزام بل من التزم فعلا هو من يعد حسن النية ، أما إذا اتجه عكس ذلك أعتبر سيئ النية بغض النظر عن قصده مخالفة تلك الضوابط من عدمه وذلك تطبيقا للمبدأ القاضي بأن لا يجوز الاعتذار بجهل القانون ، كما ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن الشخص يكون حسن النية إذا تصرف وفقا لقواعد القانون والضمير ودون أن يضر بحقوق الأخرين [2].

وعلى هذا فإن مبدأ حسن النية ولكونه مبدأ عاما له وظيفتان ، الأولى توجيهية تقدم حلولا وتكون فيها الأسبقية للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، أما الثانية فهي تصحيحية تقوم بوظيفة تصحيحية للمبدأ القانوني، حيث يكون الحل عادلا أي أنها توفق بين النظام التشريعي والمحيط الجديد ، ولقد أثير تساؤل حول الطبيعة القانونية لمبدأ حسن النية من حيث هل هو التزاما أم واجب أم قاعدة عامة للسلوك وقد فسره البعض بأنه واجب عام .

ويرى بعض الباحثين أن وجوب تنفيذ العقد بحسن نية يقتضي نزاهة المتعاقد وإخلاصه وتعاونه تسهيلا لتنفيذ العقد [3].

و قال بعض الشراح عن هذا المبدأ بأنه تلك النية الصالحة الصادقة الخالية من الغدر والخداع أو القصد السري أو الصراحة، فالنية الحسنة تصد سوء النية و الغش و الرغبة في إلحاق الضرر بالغير .

خلاصة القول أن لمبدأ حسن النية مفهوم واسع فهو يشمل كل تعبير عن كل إحساس بالأمانة و استقامة الضمير، كما أنه قد يكون إيجابيا وقد يكون سلبيا، فيكون إيجابيا عندما يقوم الشخص بأفعال تعبر عن نقائه و صدق طويته، و يكون سلبيا عندما يكف الشخص عن القيام

---

[1] مصطفى العوجي، نفس المرجع السابق، ص 727.

[2] رمزي رشاد عبد الرحمان ، أثر سوء النية على عقود المعاوضات في القانون المدني ،دار الجامعة الجديدة ،الأزاريطة–الإسكندرية ، مصر،2015 ، ص 30.

[3] زمام جمعة ، تحديث النظرية العامة للعقد في ضوء ظاهرة التخصيص التشريعي ، مقال نشر في مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية ، جامعة البليدة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، العدد2، جوان 2017 ص 228.

بأي عمل يخالف قصده السوي، إذ على سبيل المثال يكون حسن النية إيجابيا في عقد التأمين عندما يسارع المؤمن له في إبلاغ شركة التأمين المؤمن لديها بكل ما من شأنه أن يزيد من وقوع الخطر المؤمن منه و تفاقمه، ويدلي بكل البيانات الضرورية و اللازمة عند إبرام العقد،و يكون على العكس من ذلك سلبيا عندما يقوم الشخص بأعمال من شأنها زيادة احتمال وقوع الخطر، كأن يسعى لتعريض عقار مؤمن ضد الحريق لمصادر النيران إما عمدا أو إهمالا منه [1].

يظهر مما تقدم بأن تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية يعني أن يكون مبدأ حسن النية معيارا يحتكم إليه في تنفيذ العقد لاسيما وأن مجال الالتزامات واسع جدا خصوصا في العقود القائمة على الثقة بين المتعاقدين، كعلاقة المحامي مع موكله و السمسار مع عميله، إذ تقتضي مثل هذه العقود الامتناع فيها عن أي غش أو إضرار بمصلحة الطرف الأخر، كما يقتضي كذلك كف الدائن عن كل ما من شأنه أن يجعل تنفيذ المدين لالتزامه مرهقا و مكلفا [2] .

كما يعتبر الالتزام بالنزاهة مظهر من مظاهر حسن النية والذي يقصد به البعد عن الغش أثناء تنفيذ العقد وهناك كذلك مبدأين أخرين من وراء مبدأ حسن النية، وهما مبدأ التعاون ومبدأ التنسيق ، فمبدأ التعاون أكد الفقه على وجوب ضمه إلى جانب مبدأ حسن النية لكونه لا يكون ذا فعالية في بعض الحالات، وهناك من يقترح ضم مبدأ التزام الأطراف بالتعاون وذلك عندما تقتضي الضرورة في تنفيذ العقد ، أما مبدأ التنسيق فهو يستوجب تنفيذ الالتزام بالتوافق مع روح العقد ومنع التناقض في التعبير أو في تصريحات المتعاقد ، كما أن هناك من أشار بإمكانية إدراج هذا المبدأ هو الأخر ضمن ترقية المبادئ الجديدة خاصة في مجال تشريعات الاستهلاك [3].

على أن تقرير حسن النية يرتكز على معيارين أولهما ذاتي أو شخصي قوامه نية المتعاقد، أما الثاني فهو معيار مادي يعتد بعرف التعامل، وعليه فإن تقدير ما صدر من المتعاقد من سلوك لا يقدر بالرجوع إلى نفسيته فقط بل بما توجبه طبيعة المعاملة و أصول

[1] عبد الحكم فودة، نفس المرجع السابق، ص154.

[2] شريف الطباخ ، نفس المرجع السابق، ص 131.

[3] –زمام جمعة، المرجع السابق، ص 229.

شرف التعامل، فعلى سبيل المثال ناقل البضاعة ملزم بالقيام بنقلها لأصحابها من أصلح طريق وبتكلفة أقل ،كما أن من أمن على منزله ضد الحريق يجب عليه طبقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية أن لا يدخر أي جهد لأجل منع تفاقم الحريق عند وقوعه، فإذا كان سلوكه خلافا لذلك و لا يتفق مع شرف التعامل و ما جرى عليه العمل فهو سلوك مخالف لحسن النية [1].

ومما تجدر الإشارة إليه أن مبدأ حسن النية من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها العقد على مستوى إبرامه أو عند تنفيذه، فهو يقتضي أنه على المدين احترامه في تنفيذ العقد وعلى الدائن كذلك احترامه في المطالبة بحقه، و مثال ذلك قيام البائع بموجب مبدأ حسن النية بكل ما يلزم لنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري، وفي المقابل على المشتري استنادا إلى المبدأ نفسه بأن يكشف عن أي عيب في العين المبيعة و أن يبلغ البائع بذلك العيب في الآجال المعقولة التي تقتضيها ظروف انعقاد العقد أو ما جرى التعامل به وفقا لما تعهد به مقاول بتوصيل الكهرباء مقابل دفع أجر معين فوق التكاليف الفعلية، فيستعمل مواد ذات سعر مرتفع أو مواد غير ضرورية من ما لديه منها في مخزونه، و كذلك تعمد سائق سيارة أجرة والمقدرة أجرتها بعداد المسافة على نقل راكب إلى جهة معينة فيختار أطول طريق ليزيد من أجرة الركوب [2].

ويقتضي واجب النزاهة أن يكف المدين عن أية مناورة تجعل تنفيذ المدين باهظ التكاليف، كما يترتب عن الإخلال به فسخ العقد متى كان التقصير في أداء هذا الواجب جسيما، أو التعويض عن الأضرار بموجب المسؤولية العقدية، ويستوجب مبدأ حسن النية واجب التعاون في تنفيذ العقد، حيث ذهب جانب من الفقه إلى اعتباره واجب حقيقي إيجابي لا يكتفي فيه الدائن أن يرضى المدين بما يترتب عليه من التزامات فحسب، بل عليه تسهيل المهمة بالتعاون الإيجابي معه.[3]

[1] محمد حسين منصور، نفس المرجع السابق، ص246.

[2] محمد شريف أحمد، نفس المرجع السابق، ص145.

[3] MARIE- Hélène de Laender- FRANCK Petit - droit des contrats- Ed Archétype 82- saint Michel- paris-France- 2012-p104.

الفصل الثاني : الاستثناءات الواردة على مبدأ الأثر النسبي للعقد من حيث الموضوع :

إذا كانت قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تفرض على المتعاقدين الالتزام بأحكام العقد وحرمان أحد المتعاقدين بنقضه أو تعديله إلا بموافقة الطرف الأخر، وذلك استنادا للقوة الملزمة للعقد، المستمدة من مبدأ سلطان الإرادة ، والقائمة على أساس أخلاقي وهو الوفاء بالعهد ، كما أن قوة العقد الملزمة تقتضيها المصلحة الاجتماعية وما يتطلبه استقرار المعاملات بين أفراد المجتمع [1].

إضافة إلى ذلك فإن مبدأ الأثر النسبي للعقد يقتضي بأن العقد شريعة المتعاقدين ولكونه شريعة اتفاقية فهو يلزم عاقديه بما تم الاتفاق عليه، متى انعقد العقد صحيحا مستوفيا لجميع وأركانه وشروطه، لذلك فالأصل فيه أن لا يستقل أحد طرفي العقد بنقضه أو تعديله، ولا يجوز ذلك للقاضي مادام أنه لا يتولى إنشاء العقود بدل عن عاقديها، وإنما يقتصر مجال عمله على تفسير مضمونها استنادا إلى نية المتعاقدين المشتركة [2].

يتضح مما تقدم أنه لا يجوز لأحد المتعاقدين إعفاء نفسه من أي التزام نص عليه العقد أو إضافة التزام إليه إلا باتفاق الطرفين أو بنص القانون [3] ، تلك هي القاعدة العامة بالنسبة لمبدأ الأثر النسبي للعقد من حيث الموضوع ، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة إذ ترد عليها بعض الاستثناءات، بحيث لم يعد العقد مقتصرا على ما جاء فيه من أحكام يتفق عليها طرفاه فالإرادة وإن شكلت صانعا أساسيا للعقد إلا أن الكثير من الأيدي نراها تساهم في بنائه ورسمه، بدءا من النصوص القانونية التي تنظم الكثير من أحكامه ومستلزماته [4]، إضافة إلى ذلك فإن بعض القوانين قد خرجت عن هذه القاعدة – قاعدة العقد شريعة المتعاقدين – وأقرت

---

[1] أمجد محمد منصور النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن ط 2009 ص171.

[2] أنور طلبة ، انحلال العقود ، دار الفتح للتجليد الفني ، الإسكندرية ، مصر ص419.

[3] أحمد سلمان شهيب السعداوي ، جواد كاظم جواد سميسم ، المرجع السابق، ص190.

[4] عامر علي أبو رمان ، دور القاصي في استكمال العقد في القانون المدني ، دار حامد للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ط1،2015 ، ص13.

بقبول بعض الاستثناءات عليها، لأنه إذا كان العقد يستند في أساسه إلى فكرة العدل وإلى قوة القانون، فإنه يخضع في حياته لتأثير فكرة العدل، وتطور غايات القانون [1].

ومن بين هذه الاستثناءات ما نصت عليه الإرادة التشريعية الجزائرية فيما يتعلق بعقود الإذعان، إذ أجازت للقاضي تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها (المادة 110 ق.م.ج)، وذلك طبقا لقواعد العدالة، كما نجد أن المشرع الجزائري قد منح سلطة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في حالة الظروف الطارئة (المادة107/الفقرة 3 ق.م.ج)[2].

في حين تمثل الدعوى المباشرة والعقود الجماعية للعمل والصلح الواقي من الإفلاس خروجا على مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد من حيث الموضوع ، إذ تعتبر الدعوى المباشرة وسيلة قانونية لحماية الدائنين وبواسطتها يستطيع أجنبي عن العقد والذي لم يكن طرفا فيه أن يطالب أحد العاقدين بتنفيذ الالتزام الناشئ عنه لمصلحته بدل الوفاء به للعاقد الأخر، فهو ينتفع من عقد لم يكن طرفا فيه ، وهذا الانتفاع عبارة عن اكتسابه حقا مباشرا من هذا العقد.

كما أن الاتفاقيات الجماعية للعمل لا تنتج أثارها بين طرفي العلاقة ، كما هو الشأن بالنسبة لسائر العقود فحسب ، بل يتعدى أثارها إلى الغيـــر، فبالإضافـــة للآثار التي تنتجها الاتفاقيات الجماعية فيما بين الطرفين ، فإن مجموعة أخرى من الالتزامات تقع على غير طرفيها ، فالعمال المنخرطون في النقابـــة يلتزمون باحترام الشروط الواردة في الاتفاقية ، خاصة عند إبرام عقود العمل الفردية مع صاحب العمل، وهو ما يتعارض مع قاعدة نسبية آثار العقد والتي تقضي بحصر آثار العقد على الأطراف المتعاقدة، أو على من يمثلونهم عند التعاقد[3].

كما يسري الصلح الواقي من الإفلاس على الدائنين العاديين الذين نشأت ديونهم قبل تقديم طلب الصلح، سواء وافقوا أو لم يوافقوا عليه، وسواء اشتركوا في التصويت أم لم

---

[1]–سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الالتزام ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، مصر ط1، 2009، ص153.

[2] محمد صبري السعدي، نفس المرجع السابق، ص 302.

[3] بن عزوز بن صابر ، الوجيز في شرح قانون العمل الجزائري ، دار الخلدونيـــة للنشر والتوزيع ،القبة الجزائر، ط2010، ص 146.

يشتركوا [1]، ولبحث كل هذه الاستثناءات، قسمنا هذا الفصل إلى أربعة مباحث، تناولنا في الأول نقض وتعديل العقد وعدم جوازهما كأصل عام، وتطرقنا في المبحث الثاني إلى نظرية الظروف الطارئة كاستثناء من مبدأ الأثر النسبي للعقد، وخصصنا المبحث الثالث لعقود الإذعان ومبدأ الأثر النسبي للعقد، وأخيرا تعرضنا إلى الوسائل القانونية لحماية حقوق الدائنين في المبحث الرابع .

المبحث الأول : نقض وتعديل العقد وعدم جوازهما كأصل عام :

تقضي المادة 106من ق.م.ج على أنه: " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون " .

مفاد ذلك أن العقد هو القانون الإتفاقي الملزم للطرفين والمنظم للعلاقة الاتفاقية وهو يقوم مقام القانون بالنسبة لما اتفق عليه، والحال كذلك بالنسبة للقاضي، فلا يجوز سواء للمتعاقدين أو للقاضي نقض أحكام العقد أو تعديلها إلا بالرجوع إلى إرادة المتعاقدين المشتركة، فهي التي أنشأت العقد وهي التي لها سلطة نقض العقد أو تعديله ، وبناء عليه فإن طرفي العقد ملزمون بتنفيذ ما ورد فيه مع مراعاة ما يستوجبه حسن النية (المادة 107 ق.م.ج)، وذلك بالتعاون المستمر بين الطرفين أثناء التنفيذ [2].

على أن هذه القاعدة يرد عليها استثناءات كثيرة في الوقت الحاضر أهمها ما تقضي به نظرية الظروف الطارئة من جواز تعديل العقد. على أنه من المفيد أن نتعرض إلى هذه الاستثناءات، وهي: حالات يسمح فيها لأحد المتعاقدين بإنهاء العقد أي بإرادته المنفردة، وحالات يعدل فيها القانون آثار العقد، وأخيرا يكون للقاضي سلطة تعديل العقد.[3]

وعليه سنتناول في هذا المبحث مفهوم نقض وتعديل العقد في المطلب الأول والاستثناءات الواردة على عدم جواز نقض أو تعديل العقد في المطلب الثاني.

---

[1] محمد السيد الفقي، الأوراق التجارية والإفلاس ، دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية ، مصر، ط 2007 ص295 .

[2] بلحاج العربي، نفس المرجع السابق ،ص248.

[3] محمد صبري السعدي ، نفس المرجع السابق ، ص 299.

المطـــلب الأول: مفهـــوم نقـــض وتعـــديل العـــقد وعـــدم جوازهما كأصل عام:

تطبيقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، فإنه كأصل عام لا يستطيع أي من أطراف العقد أن يستقل بنقض أو تعديل العقد إلا إذا اتفقت الإرادتان اللتان أنشأته على ذلك أو للأسباب التي يقررها القانون، فالعقد في قوته الملزمة يلزم طرفي العقد والقاضي على حد سواء كما يلزمهما القانون تماما، وبالتالي فلا نقض ولا تعديل للعقد تحت أي ذريعة ،إلا إذا اجتمعت الإرادتان معا [1]، وللتعرض لمفهوم نقض وتعديل العقد وعدم جوازهما كأصل عام، قسمت هذا المطلب إلى فرعين، تناولت في الأول مفهوم نقض العقد، وخصصت الثاني لعدم جواز نقض وتعديل العقد كأصل عام .

الفـــرع الأول: مفهـــوم نقـــض العـــقد:

لم يعرف المشرع الجزائري نقض العقـــد ، إلا أنه تطرق إلى بعض حالات النقض التي وردت متفرقة في عدة مواد، وفي قوانين عدة تحت مسميات مختلفـــة ، نذكر منها إنهـــاء الشركة في المادة 440 مدني ، وإنهـــاء عقـــد الإيجار في المادة 469 مكرر1 مدني ، وإنهـــاء العاريـــة في المادة 547 مدني ، وإنهاء الوكالة في المادة 547 مدنـــي ، وكانت العبـــرة بحق الرجوع في الهبة في المادة 211 أسرة ، واستعمل في المادة 10 من الأمـــر 07/95 المتعلق بالتأميـــن مصطلح فسخ العقـــد ، وكذا في المادة 32 من قانون رقـــم 04/11 المتعلق بنشاط الترقية العقارية التي تسمح لصاحب حق الحفظ بطلب فسخ عقد حفظ الحق في أي وقـــت خلال إنجاز المشروع العقاري ...الخ .

يتضح مما تقدم بأن مفهوم نقض العقد يقترب من بعض المفاهيم خصوصا مفهوم الفسخ، ولكن إذا كان نقض العقد على غرار حالة الفسخ – بما فيه انفساخ العقد– يتعلق بعقد صحيح ويؤدي إلى إنهائه ، فإنهما يختلفان من حيث كل منهما، إذ يمثل الفسخ جزاء يترتب في حالة امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيـــذ التزاماته ، في حين أن نقض العقـــد هو تمكين المتعاقد من إنهاء العقد بإرادته المنفردة، كما أن المتعاقد المتسبب في فسخ العقد يسأل مدنيا –

[1] رمضان أبو السعود، نفس المرجع السابق، ص216.

ما لم يتعلق الأمر بسبب أجنبي – وبالمقابل فإن المتعاقد المتمسك بنقض العقــد لا يسأل إذا احترم الشروط المقررة في العقد ، ولم يكن متعسفا في استعمال حق النقض [1] .

الفــرع الثاني: عدم جــواز نقــض وتعــديل العــقد كأصــل عــام

الأصل أن العقد لا يستمد أساس قوته هذه من مبدأ سلطان الإرادة فحسب، بل أن هذا الأساس أصبح مبدأ تفرضه مصلحة المجتمع و التي تقضي وجوب احترام العقود و التي بها يستقيم نظام المجتمع، فلن يستتب الاستقرار والطمأنينة في التعاملات بين أفراد المجتمع إذا سمح للمدين بعدم تنفيذ ما التزم به في عقد أبرمه .

وفي هذا الصدد يرى الأستاذ الدكتور عبد الحي حجازي أن مبدأ القوة الملزمة للعقد يقوم على ثلاثة أسس و هي: أساس فلسفي، أساس أخلاقي وأساس اقتصادي.

فالقوة الملزمة للعقد تقوم على أساس مبدأ سلطان الإرادة، فالفرد لا يلتزم إلا بما أراد، فإذا أراد أن يلتزم فلا يحول دون ذلك شيء.

وهي ترتكز ثانيا على أساس احترام العهد "إن العهد كان مسئولا ".

وهي تقوم ثالثا على وجوب استقرار المعاملات فما الجدوى من إبرام العقود إن لم يلتزم أطرافها بما تم الاتفاق عليه بينهم و بفقدان العقد لقوته الملزمة تضيع الثقة بين أطراف المجتمع و يشيع القلق بين الناس وتضطرب لذلك المراكز القانونية ، وتفاديا لوقوع مثل هذه الظواهر و الآفات وحفاظا على استقرار المعاملات كان لزاما أن يكون للعقد قوة ملزمة [2] .

كما أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تقضي بأن لا يمكن بأي حال من الأحوال أن ينفرد أحد المتعاقدين بنقض أو إجراء تعديل لأحكام العقد، ما لم يتفق الأطراف على ذلك أو بناء على الأسباب التي يقررها القانون ، ومفاد ذلك أن العقد أنشأ بتجمع وتطابق إرادتين وأصبح بموجب ذلك القانون الإتفاقي بشأن ما تم الاتفاق عليه، الشيء الذي يستوجب عدم

---

[1] علي فيلالي، نفس المرجع السابق ،ص377.

[2] حمدي محمد إسماعيل سلطح ، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2007، ص 228 وما يليها.

إجراء أي نقض أو تعديل في أحكامه، إلا إذا اجتمعت الإرادتين المنشئتين له ،أي العودة إلى نفس المصدر، ومصدر العقد بطبيعة الحال إرادة المتعاقدين و بها يمكن للمتعاقدين القيام بما يرونه وما يريدون معا، وبذلك يمكنهما الاتفاق بعقد لاحق على أن يخول أحد المتعاقدين أن يتحلل أو يعدل في أحكامه، إذ يمكنهم التحلل من العقد كاتفاقهم باعتبار البيع الحاصل بينهما كأن لم يكن، أو أن يتفقا على منح أحدهما حق التعديل لحكم من أحكامه، كما يتدخل القانون أحيانا ويمنح للمتعاقدين أو لأحدهما حق نقض العقد أو تعديله لاسيما في العقود الملزمة للجانبين، إذ منح القانون في بعض الأنواع من هذه العقود الحق في الاستقلال بإنهائها، مثل ذلك عقد الوديعة والوكالة أو أن ينص على إمكانية تعديلها كما يحدث في الشرط الجزائي إذا كان مبالغ فيه لدرجة كبيرة ، وكذلك تخفيض أجر الوكيل ، أو جواز منح القاضي أجلا للمدين حتى يتسنى له الوفاء بالتزامه ، كما يجوز للقاضي بطلب من أحد المتعاقدين تعديل بعض الأحكام الواردة في العقد، وذلك في حالة عقود الإذعان إذ يجوز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها[1].

بناءا على ما سبق ذكره فإن النتيجة المباشرة لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين هي عدم نقض وتعديل العقد إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، والقاعدة تلزم طرفي العقد إذ العقد وليد إرادتين وما تعقده إرادتين لا تحله إرادة واحدة ، كما تلزم القاضي كذلك فلا يجوز له أن ينقض عقدا صحيحا أو يعدله بحجة أن العدالة تقتضي ذلك ، فالعدالة تكمل إرادة الأطراف ولا تنسخها[2].

المطلب الثاني :الاستثـــناءات الواردة على عدم جواز نقـــض أو تعـــديل العـــقد

أكدت قاعدة العقد شريعة المتعاقدين عدم جواز نقض أو تعديل العقد ما لم يجيز القانون أو طبيعة الاتفاق ذلك، ومنه فالقاضي ملزم بتطبيق أحكام العقد وأن لا يتدخل في إلغائها أو تعديلها ، وهذا هو الأصل العام ، إلا أنه يرد على هذا الأصل عدة استثناءات [3]، إذ يجوز

[1] رمضان أبو السعود، نفس المرجع السابق ،ص218 .

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع السابق، ص698.

[3] رمضان أبو السعود، نفس المرجع السابق، ص220.

نقض وتعديل العقد برخصة من القانون أو باتفاق الطرفين، وهو ما نبحثه في الفرعيين الآتيين:

الفــرع الأول: نقــض وتعــديل العقــد برخــصة من القــانون:

قد تقتضي المصلحة العامة تدخل المشرع أحيانا بنص قانوني لتعديل بعض العقود القائمة كتعديل موعد استحقاق بعض الالتزامات، وكثيرا ما يلاحظ ذلك أثناء الأزمات الاقتصادية ، إذ يكون التدخل لاعتبارات إنسانية أو اجتماعية لتعديل بعض العقود كنتيجة للتغييرات التي تطرأ على قانون العمل مثلا، والذي يقرر منح علاوة للعامل بعد رفع سعر المواد الاستهلاكية أو رفع الأجر الوطني الأدنى المضمون أو أن يقرر عطلة معينة [1]، ولعل من أهم المجالات التي يتدخل فيها القاضي لتعديل العقود هو مجال علاقات العمل، وذلك بسبب التغييرات التي تطرأ على نشاط الهيئة المستخدمة والعامل كتعديل منصب العامل أو مكانه نتيجة انتهاء الورشة التي كان يعمل بها أو لأسباب صحية للعامل ، كإصابته بمرض أو عجز دائم ، كما يكون تعديل العقد لاعتبارات اقتصادية، إذ تقتضي هذه الاعتبارات تعديل أوقات العمل أو مدته مثلا، و في مثل هذه الحالات يكون للمستخدم حق تعديل العقد بالنسبة لمثل هذه المسائل التفصيلية التي أشرنا إليها أنفا، لكن يجب مراعاة حقوق العامل بالنسبة للمسائل الرئيسية، و قد يستوجب مراقبة و تدخل القاضي عند الضرورة متى تبين احتمال تعسف رب العمل بخصوص التعديلات التي أجراها لاسيما و أنها تتم في معظمها بالإرادة [2].

و في نفس السياق هناك حالات استثنائية أخرى يجيز فيها القانون للقاضي لاعتبارات تتعلق بالعدالة أن يعدل من بعض العقود ، لكن دون الإنقاص أو الزيادة في الالتزامات المتفق عليها، إذ وردت عدة مواد قانونية خولت للقاضي سلطة تعديل من بين هذه المواد نذكر منها المادة 184 الفقرة الثانية من ق.م التي منحت للقاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي متى كان مبالغا فيه و المادة 107 الفقرة الثالثة التي أعطت للقاضي حق تعديل العقد عندما يتعلق الأمر بالحوادث الاستثنائية إذ له أن يرد الالتزام المرهق إلى حدة المعقول ، و المادة 110 ق.م التي

[1] محمد حسين منصور، نفس المرجع السابق، ص350.

[2] علي فيلالي، نفس المرجع السابق، ص383.

منحت بدورها القاضي حق تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها في عقود الإذعان، و كذا المادة 119 الفقرة 02 ق.م، و المادة 210 ق.م.ج التي تخول القاضي سلطة منح أجلا معقول للمدين الميسر ، وهي في نظره الميسرة Délai de Grace بسبب ظروف استثنائية قاهرة ، تستدعي تطبيق قسوة القانون عليه ، شريطة عدم إلحاق أضرار جسيمة بالدائن [1].

الفــرع الثــاني: نقض وتعــديل العقــد باتفــاق الطــرفين :

قد يؤثر تغيير الظروف الاقتصادية على التوازن العقدي لالتزامات المتعاقدين ، لكن ترتيب الالتزامات على عاتق أي من طرف العقد يبقى تبعا لما اتجهت إليه إرادة الطرفين، إذ يمنع على أي عاقد أن يستقل بإرادته المنفردة لتعديل العقد و إنهائه و يستوجب القيام بذلك اللجوء إلى إرادة الطرفين مجتمعة.

والأمر كذلك بالنسبة للقاضي إذ تتمثل مهمته في تفسير العقد لتحديد مضمونه ولا يجوز له هو الأخر إجراء تعديل العقد أو إنهائه [2] ، و ذلك كما سبق توضيحه استنادا إلى مقتضيات المادة 106 ق.م.ج و التي أقرت بأنه لا يملك أحد المتعاقدين أو حتى القاضي نقض العقد أو تعديله ، على اعتبار أن العقد ثمرة اتفاق بين إرادتين فلا يمكن لإرادة واحدة أن تعفى منه أو تعدل فيه ، و الحال كذلك بالنسبة للقاضي فإن قواعد العدالة تقتضي بعدم السماح له بنقض أو تعديل لأحكامه، غير أنه قد يجيز القانون في بعض العقود لأحد المتعاقدين أن يستقل بنقض العقد [3].

ومن هذه الحالات :

[1] بلحاج العربي ،نظرية العقد في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ، 2015، ص425.

[2] أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، نفس المرجع السابق، ص115.

[3] بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول ، التصرف القانوني ، العقد والإرادة المنفردة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ، ط 6، 2008 ، ص 249 .

أولا: الإشارة في بنود العقود إلى شرط جوازية إنهاء العقد من طرف أحد المتعاقدين دون الرجوع إلى إرادتهما مجتمعة، إذ يجوز مثلا إبرام عقد إيجار لمدة تسع سنوات و يكون لكل من المؤجر والمستأجر إنهاء هذا العقد بإرادته المنفردة كل ثلاث سنوات.

ثانيا : متى ورد النص قانونا على جواز إنهاء العقد سواء من طرف أحدهما أو لكليهما، و ذلك قبل انتهاء مدته أو تنفيذه، ولقد تم النص على حالة إنهاء العقد لأي من طرفيه في العقد الوكالة مثلا (م586، 588 ق.م.ج)، وكذلك عقد الشركة (م 440 ، 442 ق.م.ج) ،ولكون هذين العقدين يتطلبان افتراض قيام الثقة بين طرفيهما فإذا زالت هذه الثقة فإنه من الواجب السماح لأي من طرفي العقد إنهائه بإرادته .

كما منح القانون حق الإنهاء لأحد المتعاقدين فقط حماية له، من ذلك ما جاء في نص المادة (م 547 ق.م.ج)، إذ خول المشرع المعير الحق في إنهاء عقد العارية وذلك قبل انتهاء مدتها في حالات معينة ، وكذلك بالنسبة لعقد التأمين إذ أجاز القانون إنهائه في بعض الأحوال[1].

المبحث الثاني : نظرية الظروف الطـــارئة كاستثناء عن مبدأ الأثر النسبي للعقد:

بالرغم من أن المشرع قد قرر أن العقد شريعة المتعاقدين إلا أن القانون و عناية منه بضمان قدر متزايد من العدالة بين طرفي العقد، فقد وضع قيد على مبدأ سلطان الإرادة و منح في حالات محددة القاضي سلطة تعديل التزامات أحد الطرفين أو الأخر، و على الرغم من أن في ذلك مساس بالقوة الملزمة للعقد إلا أنه مراعاة للعدالة و تحقيق لها، فإن إجراء مثل هذا التعديل لأحكام العقد الصحيح، و بتوافر شروط معينة ومحددة ضروري، ومن أهم هذه الحالات هي حالة الظروف الطارئة [2] ، وهي الحالة التي نتناولها بالبحث في المطلبين الآتيين :

[1] محمد صبري السعدي، نفس المرجع السابق ،ص300.

[2] حمدي محمد إسماعيل سلطح ، المرجع السابق، ص 228 وما يليها.

المطلب الأول : التطور التاريخي لنظرية الظروف الطارئة وشروط تطبـــيقها :

لتناول هذا المطلب ارتأينا تقسيمه إلى فرعين تناولنا في الأول التطور التاريخي لنظرية الظروف الطارئة، و خصصنا الثاني لشروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة .

الفرع الأول:التطور التاريخي لنظرية الظروف الطارئة :

قبل تناول موضوع التطور التاريخي لنظرية الظروف الطارئة رأينا من الضروري البحث في تعريفها .

إن مصطلح الظروف الطارئة يتكون من كلمتين ولكل واحد منهما دلالته وأصله اللغوي المتباين ، فكلمة ظروف جمع ظرف ويعني البراعة وذكاء القلب وحسن العبارة والهيئة و الحدق بالشيء وظرف الشيء وعاؤه، ومنه ظروف الأزمنة فالظرف وعاء كل شيء ، أما كلمة الطارئة فمآل أصلها الاشتقاقي طرأ وهو ما حدث وخرج فجأة ، وطرأ على القوم أي أتاهم من مكان بعيد فجأة، ويقال للغرباء الطراء والطارئة مؤنث الطارئ .

أما اصطلاحا فلقد تم تعريف الظرف الطارئ بأنه :" كل حادث عام لاحق عن تكوين العقد ، وغير متوقع الحصول أثناء التعاقد، ينجم عنه اختلال بين في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال ، بحيث يصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقا شديدا، ويتهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجارة " [1] .

إن نظرية الظروف الطارئة إضافة إلى كونها استثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد ، فهي تقضي بمراعاة جانب المدين عندما تحيط به ظروف لم تكن متوقعة عند إبرام العقد ولم تأخذ في الحسبان، فتؤدي إلى إرهاقه أثناء مرحلة التنفيذ، و تحدث هذه الظروف في الغالب أثناء تنفيذ العقود المستمرة ، بحيث تتغير الظروف الاقتصادية مما يترتب عنه حدوث اختلال اقتصادي مبالغ فيه فيؤدي إلى أن يصبح الالتزام مرهقا إرهاقا شديدا للمدين، مسببا خسائر فادحة له، و ذلك متى استمر في تنفيذه بحالته الحاضرة و في نفس الظروف، مثال ذلك تعاقد

[1]– محمد بوكماش ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي ، رسالة دكتوراه ، جامعة الحاج لخضر باتنة السنة الجامعية 2012/2011، ص 243.

شخص بتموين مستشفى بالمواد الغذائية خلال مدة معينة وبسعر معين، لكن نتيجة حدوث ظروف اقتصادية أدت إلى ارتفاع فاحش في أسعار الأغذية المتفق عليها الشيء الذي ينعكس سلبا على الممون، إذ أصبح تنفيذ ما تعهد به مرهقا جدا له، مما يخول القاضي بناء على طلب المدين و تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة أن يتدخل لرد الالتزام إلى الحد المعقول[1] .

بعد هذا التعريف سنبحث في موضوع التطور التاريخي لهذه النظرية من خلال تقسيمه إلى مراحل بدءا من مرحلة القانون الكنسي:

أولا: في القانون الكنسي : بداية تشير الوقائع التاريخية بأن أصل نشأة نظرية الظروف الطارئة هو القانون المدني على الرغم من الادعاءات القائلة بأن القانون الإداري هو أصل نشأتها، إذ تشير الوقائع التاريخية إلى إدانة القانون الروماني لهذه النظرية إذ نادى ULPIEN بقاعدة مماثلة للقاعدة التي نصت عليها المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي ولم يكن المدين محررا إلا في حالة القوة القاهرة ، وقد أظهرت مجموعة جوستيان JUSTIEN بعض النصوص المتعلقة بمواد خاصة فقط ، ورجع بعض الفلاسفة مثل SINIC و SHICHRON أنه من العدالة إقامة وزن لظروف الطوارئ ، فقدر أن القوة الملزمة للعقد يجب أن ترضخ أمام الظروف المشئومة هذا ما ورد بشان بداية نشأة هذه النظرية قبل الوصول إلى القرون الوسطى حيث ميلادها على يد علماء القانون الكنسي في القرنين الثاني عشر و الثالث عشر، الذين كانوا يدرسون علم الأخلاق و الذي كان لا يرجح عدالة المعاوضة في يوم إبرام العقود (الغبن) أي لا يجيزون الغبن في العقد سواء في تكوينه أو عند تنفيذه و ذلك في حالة الظروف الطارئة [2].

ورأى saint thomas d'aquin (1274م-1225م) أن من يعد بشيء ولا يفي بوعده لا يرتكب مطلقا عدم استقامة إذا تغيرت الظروف، و كان قيام هذه النظرية عند علماء القانون الكنسي مبني على أساس تغير جوهري في ظروف تنفيذ العقد ، فإنه إذا ما تغيرت هذه الظروف تغيرا كبيرا فإنه وجب تعديل الالتزامات المترتبة عنه ، كما تبنى شراح القانون

[1] إلياس نصيف، نفس المرجع السابق ،ص22.

[2] محمد بوكماش ، المرجع السابق ، ص 243 .

اللاحقون أو البارتوليون ، خلال القرن الرابع عشر و الخامس عشر و السادس عشر نظرية الظروف الطارئة و التي دخلت ألمانيا وإيطاليا في حين بدأ بعض المشرعين في grounoble على الأقل الأخذ بإعادة النظر بالظروف الطارئة في القرن السابع عشر.

وبالمقابل تخلى أهم الفقهاء عنها من أمثلهم Cujas (1522-1590) و Pothier(1772-1699) وغيرهم الذين لم يتناولوها بالذكر، وفسر البعض هذا التخلي عن النظرية ومنهم Cassin و الذي يرى بأن ذلك يعود لتأثير المدرسة التاريخية للقانون الروماني المتعلقة بتأويل النصوص ، وبمجيء مدرسة القانون الطبيعي التي تولي اهتمام كبير للإرادة و كذلك الاقتصاد الليبرالي و الذي هو خصم نظرية عدالة المعاوضة [1].

خلاصة القول أن الصياغة القانونية لنظرية الظروف الطارئة تمت في القانون الكنسي على أساس تغير الظروف، ومفاد ذلك أنه يفترض وجود شرط ضمني في العقد يقضي أنه لا يجب تعديل العقد مادامت الظروف الاقتصادية التي نشأ العقد في ظلها باقية ولم يطرأ عليها أي تغيير جوهري، لكن إذا ما تغيرت هذه الظروف و ترتب على هذا التغيير إلحاق أضرار بأحد المتعاقدين، فإن ذلك يستوجب فسخ العقد أو تعديله على الأقل [2].

ثانيا: في الشريعة الإسلامية : عرفت الشريعة الإسلامية نظرية الظروف الطارئة ، إذ تنبه فقهائها إلى أثر الظروف الاقتصادية ومجافاة هذا الوضع لما تقتضيه قواعد العدالة ، فقرروا عدم جواز الغبن، في تكوين العقد و في تنفيذه ، واعتبروا ذلك ربا محرم، ومنه تم تحريم الربا وجعل الغبن سببا من أسباب فسخ العقد ، زيادة على أن نظرية الظروف الطارئة تستند في حقيقتها إلى نظريات إسلامية تتماشى مع أحدث النظريات القانونية ذات صلة بالموضوع، وتتمثل هذه النظريات في نظرية الضرورة la nécessité و نظرية العذر l'excuse، و كذا نظرية الحوائج les calamités ، وقد وجدت بعض هذه النظريات سندا لها في القانون الدولي العام لاسيما نظرية الضرورة، و هو ما أكده الفقيه الفرنسي الكبير الأستاذ إدوارد لامبير

[1] علي عبد القادر قبلان ، أثر القانون الخاص على العقد الإداري ، الجزء الثاني ، مكتبة زين الحقوقية والأدبية ، طريق صيدا القديمة ، لبنان ، ط1 ،2011، ص 71 وما يليها.

[2] هبة محمد محمود الديب ،أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية، رسالة ماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2012، ص 10.

E.Lambert في المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي انعقد بمدينة لاهاي سنة 1932 ، و الذي أشار بأن هذه النظرية تعبر بصورة أكيدة ومثالية عن فكرة في نظرية الظروف المتغيرة و التي يوجد أساسها في القانون الدولي العام ، كما عمل بهذه النظرية في القضاء إذ تناولها القضاء الإداري الفرنسي في نظرية الظروف الطارئة ، مع التنويه إلى أن القانون المدني الفرنسي استبعد هذه النظرية حتى لو تغيرت الظروف الاقتصادية و بقي متمسكا بقاعدة (Pacta sarranada) العقد شريعة المتعاقدين، و تكرست كذلك في القضاء الانجليزي فيما أدخله من المرونة على نظرية استحالة تنفيذ الالتزام تحت ضغط الظروف الاقتصادية التي نشأت بسبب الحرب ، وأخذ بها كذلك القضاء الدستوري الأمريكي في نظرية الحوادث .

ولقد قامت على أساس نظرية الضرورة المستمدة من الشريعة الإسلامية الكثير من القواعد الكلية و المبادئ الفقهية، كما يتفرع عن هذه النظرية جملة من القواعد تدخل ضمن إطارها، نذكر منها القواعد التالية: " لا ضرر ولا ضـــرار"، " المشقة تجلب الـــتيـــسيـــر"،"الضرر يزال "، " الضرورات تبيح المحظورات " ، " الضرر الأشد يدفع بالضرر الأخف" ، " الضرر الخاص لدفع الضرر العام " ، " الأمر إذا ضاق اتسع " ، " درأ المفاســـد أولى من جلب المصالح " ، " الضرورات تقدر بقدرها " ، كل هذه القواعد أجازت بتغيير العقود والاتفاقيات الدولية، و ذلك تبعا لتغير الظروف المؤثرة عليها .

بناءا على ما سبق نخلص بالقول إلى أن نظرية الظروف الطارئة هي من صميم الفقه الإسلامي القائمة على أساس الضرورة والعدل والإحسان استنادا لقوله تعالى : "يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر" البقرة الآية 185 وقوله سبحانه : "إن الله يأمر بالعدل و الإحسان" سورة النحل الآية90[1].

ثالثا : في القانون الفرنسي : نظرا لتمسك القانون الفرنسي بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين وتأييده المطلق للقوة الملزمة للعقد ، الشيء الذي أدى إلى اندثار نظرية الظروف الطارئة، إذ أستبعدها القضاء بقرار صادر من الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ :06 مارس 1876 ، ولم يتناولها القانون الفرنسي، الذي كرس قاعدة عامة في العقود تقضي بمنع القاضي من تعديل

[1] بلحاج العربي، نفس المرجع السابق، ص254.

العقد بسبب الظروف الطارئة[1]، لكن و على الرغم من ذلك أخذ بها القانون الدولي العام كشرط ضمني مفروض في المعاهدات الدولية، ومنه انتقلت إلى القانون الإداري عقب الحرب العالمية الأولى [2]، إذ عرفت نظرية الظروف الطارئة أول تطبيق لها في نطاق القانون الإداري في القضية المشهورة بقضية "غاز بوردو " إذ أخذ بها مجلس الدولة الفرنسي في حكمه المؤرخ في 30 مارس 1916 ، والتي كانت تتلخص وقائعها في أن الشركة العامة للإنارة أبرمت في عام 1904 عقد امتياز مرفق عام مع مدينة بوردو لتموين المدينة بالغاز لمدة ثلاثين سنة، وتم تحديد أسعار الفحم الذي يعتبر مادة أولية لاستخراج الغاز منه في القائمة المرافقة لعقد الامتياز بثلاثة وعشرون فرنك فرنسي للطن الواحد ، وكان أقصى ما يمكن أن يتوقعه المتعاقدين من زيادة في هذا السعر هو ثمانية وعشرون فرنك ، لكن وبعد إندلاع الحرب العالمية الأولى وإجتياح الجيش الألماني مناطق الفحم الفرنسية تعذر على الشركة إقتناء الفحم من تلك المناطق واضطرت إلى إستيرادها من الخارج بأسعار باهظة جدا ، بحيث وصل سعر الطن الواحد من الفحم إلى مائة وسبعة عشر فرنك ، وبناء عليه وبعد أن أصبح تنفيذ التزام الشركة يهددها بخسارة فادحة ، و بعد أن عرضت القضية على مجلس الدولة الفرنسي أقر هذا الأخير بتعديل عقد التوريد بالغاز بما يتناسب والسعر الجديد ، وقد جاء الحكم الشهير على غير المعتاد ، إذ كانت أحكام مجلس الدولة تصاغ بطريقة مختصرة، لكن حكم قضية غاز بوردو جاء مطولا ومفصلا محتويا على معظم المبادئ والقواعد الرئيسة التي تستند عليها تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، وكأنه بمثابة دستور لهذه النظرية [3]، وبموجب هذا الحكم ألزمت الإدارة بتعويضها للمورد بالقدر اللازم لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية (ظروف الحرب) الغير ممكن توقعها،كان حكمه استنادا على نظرية الظروف الاستثنائية [4].

ثم تولت أحكامه معتمدة على هذه النظرية التي يعود لها الفضل في استمرار سير المرافق العامة، خصوصا و أن عدم الأخذ بها يؤدي لا محالة إلى إفلاس المورد ومنه حرمان

[1]-Corine Renault-Brahinsky-l, essentiel du droit des obligations- Gualino éditeur – PARIS- France- 4éme édition- 2008-p 67.

[2] عبد الحق صافي، نفس المرجع السابق ، ص128.

[3] هبة محمد محمود الديب ، المرجع السابق ، ص 13.

[4] الفصايلي الطيب، نفس المرجع السابق،ص174.

المشتركين من خدمات هذا المرفق، و لعل ما ساعد القضاء الإداري على الأخذ بالنظرية كون القضاء الإداري يتمتع بحرية كبيرة في إرساء قواعد القانون الإداري بما اعــترف له من دور إنشائي في ذلك، إذ أنه ليس مقيدا كالقضاء المدني بنصوص تشريعية [1] ، لذلك فإن نظرية الظروف الطارئة هي وليدة القضاء الإداري الفرنسي، وهي تطبق بوجه عام على العقود الإدارية [2].

رابعا : في القوانين الأوروبية : بعدما أخذ القضاء الإداري الفرنسي بنظرية الظروف الطارئة بدأت هذه النظرية تأخذ مكانها في الدول الأوروبية ،إذ سنها المشرع البولوني في قانون الالتزامات و العقود الصادر في سنة 1934 حيث أدرج في فصله 269 ما يأتي : "إذا وجدت حوادث استثنائية كحرب أو وباء أو هلاك المحصول هلاكا كليا وغير ذلك من النوازل الطبيعية فأصبح تنفيذ الالتزام محوطا بصعوبات شديدة أو صار يهدد أحد المتعاقدين بخسارة فادحة لم يكن المتعاقدان يستطيعان توقعها وقت إبرام العقد، جاز للمحكمة إذا رأت ضرورة لذلك تطبيقا لمبادئ حسن النية وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يعين طريقة تنفيذ الالتزام أو أن تحدد مقداره بل وأن تقضي بفسخ العقد ".

و سلك القانون اليوناني الصادر في سنة 1946 نفس المسلك و تبنى النظرية إذ نص فصله 388 على ما يأتي:" إذا طرأ حادث استثنائي غير متوقع على العقد المبرم وفقا لما يوجبه حسن النية ويتفق مع العرف في المعاملات وكان من شأنه أن يجعل التزامات الطرفين المتعاقدين مرهقة تزيد عن الحد المألوف، فيجوز بناء على طلب المدين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ولها أن تقضي بفسخ العقد كله أو بفسخ جزء منه فإذا قــضت المحكمة بالفسخ انقضت التزامات الطرفين، وعلى كل منهما أن يعيد للأخر ما أداه إليه وفقا للأحكام المتعلقة بالإثراء بلا سبب" .

و على نفس المنوال قضي القانون المدني الإيطالي المعدل سنة 1942 في فصله رقم 1467 بما يأتي :" في العقود ذات التنفيذ المؤجل إذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقا على

---

[1] إلياس نصيف نفس المرجع السابق ص25.

[2] سعيد بوعلي ، بشرين شريقي ، مريم عمارة ، سلسلة مباحث في القانون ،(القانون الإداري – النشاط الإداري)، دار بلقيس ، الدار البيضاء ، الجزائر ، ط 2 ،2016، ص 170.

أثر ظروف استثنائية ، جاز للمتعاقد المدين بهذا الالتزام أن يطلب فسخ العقد وللمتعاقد الأخر أن يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلا لشروط العقد بما يتفق مع العدالة " [1] .

خامسا : التشريعات العربية : بعد أن وجدت نظرية الظروف الطارئة مكانها في بعض القوانين الأوروبية أخذت بها التقنيات المدنية في معظم الدول العربية ، إذ أخذ بها المشرع المصري ، بحيث نص التقنين المدني المصري في مادته 147 الفقرة الثانية منه على أنه :" ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " كما سارت باقي القوانين العربية على نهجها ، كالقانون السوري (م 148 /02) والليبي (147 /02)والقانون العراقي (م02/146) وكلها مطابقة لنص المادة 147 /02 مدني مصري وكذلك القانون المدني الأردني في المادة 205 منه بنص مطابق لنص المصري[2] ، والمادة 146 تجاري كويتي بنفس التعبير [3].

سادسا : نظرية الظروف الطارئة في القانون الجزائري : لقد أخذ التقنين الجزائري بهذه النظرية أسوة بالتقنينات الحديثة و الذي نص في المادة 107 ق.م.ج على أنه:"يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية .

ولا يقتصر العقد على تنفيذ ما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام .

غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ."

---

[1] عبد الحق صافي، نفس المرجع السابق، ص152.

[2] يوسف محمد عبيدات، نفس المرجع السابق، ص210.

[3] عبد الحق صافي، نفس المرجع السابق، ص131.

يظهر من نص الفقرة الثالثة أعلاه أن المشرع تبنى نظرية الظروف الاستثنائية لكننا نرى ما يراه الأستاذ الدكتور محمد صبري السعدي أنها وضعت في موضع غير مناسب لها على اعتبار أن النظرية المذكورة تعتبر استثناء حقيقيا من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لذلك يستحسن وضعها بعد هذه القاعدة مباشرة لاسيما و أن لكل قاعدة استثناء و الحال كذلك بخصوص قاعدة العقد شريعة المتعاقدين و نظرية الظروف الطارئة فكان يستحسن أن ترتب في الوضع الملائم لها أي كفقرة الثانية للمادة 106 ق.م.ج ليصبح نص المادة الأنفة الذكر كما يلي :" العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه وتعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون ، غير أن إذا طرأت حوادث استثنائية عامة ..." [1]

الفرع الثاني : شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة من نص الفقرة الثالثة للمادة 107 من ق.م.ج تتحدد شروط و أوصاف الحادث الاستثنائي أو الظرف الطارئ وبتوافره تنطبق نظرية الظروف الطارئة و هي مبنية كما يلي :

الشرط الأول : متعلق بالعقد إذ يشترط أن يكون متراخي التنفيذ .

الشرط الثاني : متعلق بالظرف الطارئ و الذي يجب أن يكون استثنائيا عاما غير متوقع .

الشرط الثالث: يتعلق بالأثر الذي يترتب على الظرف و الذي يستجوب أن يؤدي إلى أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا وليس مستحيلا .

و بناءا عليه سنتناول شرح كل شرط من هذه الشروط وبحسب ترتيبها .

الشرط الأول : يجب أن يوجد عقد متراخي التنفيذ :

أورد هذا الشرط نتيجة لعلة تاريخية ، ذلك أن مجال انطباق نظرية الظروف الطارئة منذ نشأتها، وخلال كل مراحل تطورها كان يتعلق بالعقود التي يتطلب تنفيذ الالتزامات الواردة فيها فترة من الزمن أي العقود المتراخية التنفيذ التي يفصل بين مرحلة انعقادها ومرحلة تنفيذها مدة زمنية ، وصفة التراخي في تنفيذ العقد تكون إما بسبب طبيعته لكونه من العقود الزمنية أو الدورية (عقود المدة) المستمرة التنفيذ منها كالإيجار أو العمل الدورية

[1] محمد صبري السعدي، نفس المرجع السابق، ص 305.

كعقد التوريد ، كما يكون التراخي عائدا لاتفاق الطرفين، مثال ذلك منح البائع المشتري أجلا لدفع الثمن ، أو دفعه بالتقسيط ، كما يكون هذا التراخي راجعا إلى فعل الدائن، كالحالة التي لم يتم فيها البائع مطالبة المشتري بدفع الثمن ، كما يكون نتيجة لظروف خارجة عن إرادتهما كأن يتم الاتفاق في عقد بيع أن يكون دفع الثمن من طرف المشتري عند تحرير العقد النهائي، ثم يتأخر تحرير ذلك العقد بسبب إجراءات شهره[1].

إلا أنه لا مجال لتطبيق النظرية إذا تراخى تنفيذ العقد نتيجة لخطأ المدين، كأن يلتزم المدين مثلا القيام بعمل وتأخر في تنفيذه دون مبرر إلى أن وقع الحادث الطارئ [2] .

كما يتحمل المدين وحده تبعات الحوادث الاستثنائية العامة التي وقعت خارج الآجال المتفق عليها لتنفيذ الالتزام، ولا دخل للدائن فيها لأنه لم يكن مقصرا في تنفيذ التزاماته، وبالتالي لا يمكنه المطالبة بتعديل العقد [3]، فالمدين في هذه الحالة هو من يتحمل تبعة تقصيره أو إهماله، وبالتالي لا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، و لعل ما يجب التنويه إليه بالنسبة إلى هذا الشرط هو أنه ما يلاحظ في هذا الصدد أنه يجب استبعاد العقود الاحتمالية و عقود المضاربة في البورصة إذ لا تنطبق نظرية الظروف الطارئة عليها، فمثل هذه العقود تعرض بطبيعتها أحد المتعاقدين لاحتمال خسارة جسيمة أو ربح كبير، بيد أن هذا الاستبعاد ليس استبعادا مطلقا و ذلك لأن وإن كانت هذه العقود في الغالب تفرض احتمال الخسارة و الربح في جانب طرفيها، إلا أن البعض منها يقوم على المضاربة و المخاطرة و بعضها الأخر يقوم على توازن الاحتمالات الكسب و الخسارة في جانب الطرفين، كعقد التأمين مثلا فهو من العقود الاحتمالية ، إلا أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يمتد إليه .

---

[1] مصطفى عبد الجواد ، مصادر الالتزام ، المصادر الإرادية للالتزام (نظرية العقد والإرادة المنفردة)، دار الكتب القانونية مصر ،2005، ص481.

[2] إسماعيل عبد النبي شاهين ، النظرية العامة للالتزامات ، القسم الأول ، مصادر الالتزام ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية مصر، 2013، ص 339.

[3]- قرار المحكمة العليا ، غ.م مؤرخ في2007/02/21، ملف رقم:324034، م. م.ع، السنة 2007 ، ع 1، ص 208.

جدير بالذكر أنه لا يشترط أن يكون التراخي في التنفيذ بالنسبة للالتزامات المتبادلة على وجه التقابل، وإنما قيام التزام متراخي التنفيذ لأحدهما كافيا دون الأخذ بعين الاعتبار لكون الالتزام المقابل قد تم تنفيذه أو كان تنفيذه متراخيا كذلك، شريطة أن يكون هذا الالتزام المتراخي التنفيذ إلى ما بعد الحادث الاستثنائي وأنه أصبح مرهقا للمدين .

كما يلاحظ كذلك بالنسبة لهذا الشرط أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة عليه، ومن ثم فهو شرط غالب تقتضيه طبيعة النظرية [1].

الشرط الثاني: أن يكون الحدث استثنائيا عاما غير متوقع:

حتى تنطبق نظرية الظروف الطارئة يجب أن تتوفر في الحادث الطارئ ثلاثة خصائص جوهرية و هي أن كون استثنائيا و عاما وغير عادي ، ويكون الحادث استثنائيا متى كان مما يندر وقوعه أي غير متوقع بحسب المألوف في شؤون الحياة ، وذلك كحدوث زلزال أو فيضان أو إعصار أو حرب أو إضرابات مفاجئ ، أو صدور تشريع جديد يقر بتسعيرة معينة أو يلغي تسعيرة قائمة ، ويكون عاما أي لا يخص المدين لوحده لو كان كذلك فلا مجال لتطبيق النظرية، فكل حادث و إن كان يتصف بأنه استثنائي لكنه خاص بالمدين كحادث مرض المدين، أو وفاة ولده أو حدوث حريق إلتهم محصوله ، أو تسمم لمواشيه كلها ظروف استثنائية تؤدي إلى اضطراب أحواله الاقتصادية و الاجتماعية لكنها ليست حوادث عامة بل هي حوادث فردية تخص المدين، وبالتالي لا يترتب عليها استفادته من النظرية[2].

ولا يشترط في العمومية أن تشمل الناس جميعا ، بل يكفي في الحادث الطارئ أن يكون ضحاياه مجموعة من الناس ، ومن ذلك مثلا يمكن اعتبار حريق شب في مدينة أو في حيا منها بكامله ظرفا طارئا أو أن يتعلق بفئة معينة من الناس كفئة التجار أو منتجي إحدى السلع.

وعلى الرغم من أن شرط العمومية كتب عنه الكثير إلا أن عباراته لازالت غير واضحة الدلالة ، فعمومية الظرف الطارئ قد تنصرف إلى الناحية الشخصية فيتحدد معيار

[1] مصطفى عبد الجواد ، المرجع السابق، ص481.

[2] رمضان أبو السعود، نفس المرجع السابق، ص229.

العمومية بعدد الأشخاص الذين يتأثرون بالظرف الطارئ ، وقد تنصرف العمومية إلى الناحية الإقليمية فيتحدد معيارها بمقدار المساحة الإقليمية التي تأثرت بهذا الظرف ، وقد يشترك العنصران الشخصي والإقليمي معا في تحديد هذا الشرط [1].

كما يجب أن يتصف الحادث الاستثنائي بأن يكون غير متوقع ولم يكن في الإمكان توقعه، ومعيار معرفة ما إذا الحادث كذلك أي غير متوقع هو معيار موضوعي وليس شخصي، إذ يعتبر الحادث غير متوقع إذا لم يكن في وسع الرجل العادي توقعه ، أما إذا كان الشخص العادي يمكنه توقع الحادث أو في استطاعته توقعه، فلا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، فلذلك فإن حدوث فيضان نهر النيل مثلا أو هجوم دودة القز على المحاصيل هما أمران يتوقعهما المزارع العادي[2].

ومعيار الموضوعية في تحديد صفة الحادث بأنه متوقع أو لا هو معيار مجرد يتعلق كذلك بالصفقة المعقودة ولا يتعلق بشخص المدين ذاته وظروفه الشخصية ، فمتى كان بمقدور الشخص العادي وفي استطاعة الشخص الفطن ذا الحيطة والحذر دفعه فلا يعتبر الحادث المذكور حدثا طارئا ولا تنطبق بشأنه نظرية الظروف الطارئة، ويشكل ذلك خروجا على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وسلطة تقديرها مسألة يستقل بها قضاة الموضوع ، ومادام قد أقاموا حكمهم على أسباب سائغة فإن العبرة في تقدير الالتزام المرهق يكون بالنظر إليه تبعا لظروف المدين العادي [3] ، لذلك لا يكفي في الحادث الطارئ أن يكون عاما وغير متوقع بل يجب أن يكون مما لا يستطاع دفعه أو تحاشيه ، فالمدين ملزم بتجاوز كل العقبات التي تحيل دون تنفيذه لالتزامه إذا كان في مقدوره ذلك ، فعلى سبيل المثال انقطاع المواصلات انقطاعا عارضا يمكن التغلب عليه برجوع المواصلات سريعا إلى ما كانت عليه أو باستعمال طرق للنقل غير التي تعرضت للانقطاع، ومن ثم لا مجال لتطبيق نظرية الظروف الاستثنائية[4].

---

[1] هبة محمد محمود الديب ، المرجع السابق ، ص 40.

[2] رمضان أبو السعود، نفس المرجع السابق، ص229.

[3] بلحاج العربي ، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر، 2015، ص 435.

[4] محمد صبري السعدي ، نفس المرجع السابق ، ص 307.

الشرط الثالث: أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين لا مستحيلا:

مفاد هذا الشرط أنه لا يعتد بالحادث الاستثنائي إلا إذا أصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين،ويصير تنفيذ الالتزام كذلك متى أصبح يهدد المدين بخسارة فادحة، فالحادث الطارئ يجعل تنفيذ الالتزامات ممكنا و ليس مستحيلا لكنه مرهقا، وهنا يكمن الفرق بينه وبين القوة القاهرة فهما يتشابهان من حيث أن كل منهما لا يمكن توقعه من جهة، ولا يستطاع تحاشيه أي دفعه من جهة أخرى، لكنهما يختلفان من حيث تنفيذ الالتزام في حالة القوة القاهرة يكون مستحيلا،مما يؤدي إلى انقضاء الالتزام على خلاف الحادث الطارئ حيث يكون تنفيذ الالتزام مرهقا فقط مهددا بخسارة فادحة، مما يستوجب رده إلى حد المعقول وليس انقضاءه [1].

وإذا تبين للقاضي أن الظروف الاستثنائية غير المتوقعة ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي أصبح مرهقا للمدين يهدده بخسارة فادحة فإنه يجوز له أن يرد الالتزام المرهق إلى حده المعقول دون أن يعفي المدين من تنفيذ التزامه [2].

كما أن تحديد معيار الإرهاق ليس معيارا ذاتيا أو شخصيا، فلا ينظر إلى ثروة المدين ومدى استطاعته لتحمل الإرهاق الناجم عن تنفيذ الالتزام وذلك مهما كان غنيا أو ذا ثروة طائلة ولا تؤثر فيه هذه الخسارة، بل المعيار في ذلك معيار موضوعي ينظر فيه إلى ما يرتبه تنفيذ الالتزام من خسارة فادحة بالنسبة للمدين العادي، بغض النظر عن الظروف المالية للمدين والتي يمكنها أن تجعله لا يتأثر بهذا الإرهاق، فلا ينظر إلى الذمة المالية أو المركز المالي للمدين، بل أن الإرهاق يقدر مداه بناء على ما أصاب المدين من الحادث الطارئ ، فمثلا لو أن موردا لسلعة ما دون أن يتوقع علو سعرها وله منها كميات كبيرة في مخازنه ولا يوجد أي صلة بين ما يخزنه منها وبين التزامه ثم علا سعرها كثيرا نتيجة لحادث طارئ، فإن

[1] إسماعيل عبد النبي شاهين، نفس المرجع السابق، ص343.

[2] قرار المحكمة العليا ، غ.م ، مؤرخ في: 2007/03/21، ملف رقم: 351258، م.م.ع، سنة 2007 ، ع2، ص 211.

المورد يمكنه التمسك بنظرية الظروف الطارئة، أما السلعة المخزونة لديه فلا يجوز للدائن الاحتجاج بها وأن ظرف التخزين ظرف خاص به لوحده ولا يعتد به في تقدير الإرهاق. [1]

يتضح مما تقدم أن الإرهاق يتحدد بمعيار موضوعي بالنظر إلى الصفقة ذاتها، بغض النظر عن باقي الظروف المخففة المحيطة بالمدين. [2]

ومن الأمثلة التي تؤكد أنه لا يعتد بالمعيار الشخصي في تقدير الظرف الطارئ أن تعقد الحكومة التي لها ميزانية ضخمة عقدا تورد من خلاله شركات أو أفراد بسلعة أو خدمة ما، ثم يرتفع سعر هذه السلعة أو الخدمة ارتفاعا فاحشا يهدد الحكومة بخسارة فادحة في حالة استمرارها في تنفيذ ما تعاقدت عليه بنفس السعر، فللحكومة التمسك بنظرية الظروف الطارئة لرد الالتزام لحده المعقول وإعادة التوازن لعقد التوريد ، ولا يجوز للطرف الأخر في العقد التمسك ضدها بأن ميزانيتها ضخمة ولا تتأثر بهذا الإرهاق على الرغم من أنه مؤثرا في عقد التوريد المذكور ، وكذلك لو فرضنا أن متعهد بتوريد سلعة معينة للحكومة وأصبح توريد ما تعهد به لها مرهقا ومهددا له بخسارة فادحة، فله أن يتمسك بنظرية الظروف الطارئة حتى ولو كان التزامه بسلعة أخرى للحكومة يجني منه أرباحا توازي خسارته في السلعة السابقة، ذلك لأن الظرف الطارئ ينسب إلى التزام بعينه وليس للشخص الملتزم [3].

تجدر الإشارة إلى أنه سواء في حالة الظروف الطارئة أو القوة القاهرة فإن الحادث الاستثنائي يقع خارج نطاق إرادة الشخص المدين ، غير أن الاختلاف بينهما يكمن في أن الحادث الاستثنائي في القوة القاهرة يترتب عنه استحالة تنفيذ العقد بينما في حالة الظروف الاستثنائية فإن العقد لا يتعذر تنفيذه وإنما يصبح تنفيذه مرهقا جدا للمدين. [4]

---

[1] إسماعيل عبد النبي شاهين، نفس المرجع السابق، ص343.

[2] نبيل ابراهيم سعد، نفس المرجع السابق ، ص 292.

[3] علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ،ط 9 ، بن عكنون الجزائر ،2015،ص 101.

[4] -BENCHABANE Hanifa – L, ALEA DANS LE DROIT DES CONTRAT-O. P.U– Ben Aknoun Alger-1992- p 295.

وعلى هذا إذا كان الحادث الاستثنائي يصل إلى حد استحالة تنفيذه من قبل المدين ، فإن ذلك يدخل في حدود نظرية أخرى وهي نظرية القوة القاهرة والتي يترتب على تطبيقها انقضاء الالتزام كلية.[1]

المطلب الثاني : أثر توافر تطبيق نظرية الظروف الطارئة وموقف التشريع والقضاء منها :إذا ما توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة السابقة الذكر، فإن النظرية المذكورة ترتب أثارها ، لذلك سوف نتناول في هذا المطلب هذه الآثار من جهة كما سنتطرق إلى موقف كل من التشريع والقضاء من نظرية الظروف الطارئة من جهة أخرى.

الفرع الأول أثر توافر تطبيق نظرية الظروف الطارئة :

إذا توافرت شروط الحادث الاستثنائي الطارئ الأنفة الذكر، رتبت النظرية أثارها وجاز للقاضي تبعا لظروف و بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى حده المعقول، و يقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك، و بذلك يتضح أن القانون منح للقاضي سلطة واسعة في تعديل العقد تعدت مهمته العادية المتمثلة في تفسير عبارات العقد و عليه ما هي ضوابط هذه السلطة و ما هي حدودها ؟ و هو ما نتناوله في هذا الفرع و الذي قسمناه إلى جزأين تطرقنا في الأول ضوابط رد الالتزام المرهق و خصصنا الثاني إلى طبيعة سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الحادث الطارئ وحدودها .

أولا: ضوابط رد الالتزام المرهق

إذا كان الأصل في العقود أنها شريعة المتعاقدين فلا يملك القاضي فيها سوى سلطة تفسير عباراتها الغامضة أو أن يحدد نطاقها ضمن حدود أقرها القانون، لكن لا يمكنه أن يتناول بالتعديل ما اتفق عليه الأطراف، إلا أن الأمر ليس كذلك في حالة الظروف الطارئة فالقانون يكفل للقاضي سلطة تقديرية واسعة و هي سلطة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، إذ خوله اختيار الطريقة التي يزيل بها الإرهاق عند تنفيذ الالتزام، مما يعتبر خروجا

[1]–حميد بن شنيتي ، سلطة القاضي في تعديل العقد ، أطروحة دكتوراه في القانون ، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، بن عكنون الجزائر ،1996 ، ص 59.

للقاضي عن حدود وضيفته لاسيما و أن تعديل شروط العقد تؤول في الأصل إلى المتعاقدين وحدهما، وحتى لا تكون هذه السلطة طليقة و بدون قيود أحاطها التشريع بعدد من الضوابط والقيود التي تضمن عدم تحكم القضاة ومغالاتهم في كيفية رد الالتزام المرهق [1]، والمتمثلة فيما يلي :

1- **مراعاة القاضي للظروف المحيطة بالقضية :** تظهر أهمية هذا الضابط بالنسبة للقاضي في كون الظروف المحيطة بقضية ما تختلف عن الظروف المحيطة بقضية أخرى، بل إن نفس الظروف قد تتغير بتغير ظروف الزمان و المكان ومن عقد لأخر، مما يجعل لكل قضية ظروفها الخاصة بها، لذلك يتعين على القاضي المعني بالفصل في القضية المطروحة أمامه أن يتميز بروح التبصر و التمعن و الدقة حتى يتمكن من الإحاطة بكل الظروف المحيطة بالقضية، وأن يولي لكل ظرف الاهتمام والعناية الكاملين وبذلك يستطيع الوصول إلى الحل الصائب والمناسب للقضية، وعلى ضوء هذه الظروف له أن ينقص من التزام المدين أو الزيادة في الالتزام المقابل للالتزام المرهق، أو أن يمنح أجلا لوقف تنفيذ العقد، كما له أن يقضي بعدم تطبيق النظرية متى تبين له أن الإرهاق راجع لتماطل أو تقصير من المدين في التنفيذ[2].

2- **قيام القاضي بالموازنة بين مصلحة الطرفين :** ينصب ضابط الموازنة بين مصلحة الطرفين بشكل مباشر على نظام توزيع الأعباء الطارئة، فالأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة هو تحقيق العدالة بإعادة التوازن للعقد الذي أدى تطور الظروف إلى اختلال الالتزامات التعاقدية المقابلة فيه، فالعقد وقت انعقاده تم على أساس الموازنة بين مصالح الطرفين، فكل متعاقد يهدف إلى تحقيق مصلحة معينة فارتبط بالمتعاقد الأخر لتحقيق مصلحته،لكن تغير ظروف العقد ترتب عنها اختلال الموازنة في تعديل المصالح التي أصبحت في ظلها غير متكافئة، لأنه نتيجة لظروف أصبح طرفا العلاقة التعاقدية أحدهما كاسب و الأخر خاسر، ففي الوقت الذي ستلحق أحدهما خسارة فادحة فإنه يتحقق للأخر ثراء فاحش،

---

[1] حمدي محمد إسماعيل سلطح ، المرجع السابق ، ص244 .

[2] صم بوعافية محمد ، مجال تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي ، مذكرة ماجستير في القانون ، تخصص قانون مدني أساسي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الحميد بن باديس ، مستغانم ، السنة الجامعية 2014 /2015 ص 117 و ما يليها .

الشيء الذي يستوجب إجراء موازنة بين مصلحة الطرفين لتوزيع عبئ الخسارة عليهما [1]، وهو ما عبر عنه المشرع الجزائري بقوله "و بعد مراعاة مصلحة الطرفين" و على هذا فإن هذا الضابط يستدعي من القاضي ألا يرفع الإرهاق كله عن كاهل المدين ليلقي به على عاتق الدائن لوحده فذلك ليس من العدل، بل ينبغي أن يتوخى الدقة في توزيع العبء الطارئ بين المتعاقدين بإجرائه موازنة بين مصلحة طرفي العقد [2].

3- **الحد المعقول الذي يجب أن يصل إليه القاضي في رد الالتزام المرهق :** على الرغم من أن القانون أعطى سلطة خاصة في مجال تدخل القاضي لتعديل شروط العقد في حالة حدوث ظرف طارئ، إلا أنه قيده بضابط الحد المعقول في رد الالتزام المرهق ، ذلك أن تدخله لا ينتهي برد الالتزام المرهق و إنما اشترط على القاضي أن يكون هذا الرد في الحدود المعقولة، وضابط المعقولية هذا تتضح أهميته في تقييد سلطة القاضي في توزيع العبء الناتج عن الظرف الطارئ على طرفي العقد [3].

وعلى الرغم من ذلك فإن هذا الضابط يقتضي أن لا يتحمل المدين وحده الخسارة الفادحة في تنفيذ الالتزام المرهق، بل يستوجب أن يشترك فيها طرفا العقد، الدائن و المدين معا ، فبقدر الغنم يكون الغرم و بقدر الكسب تكون الخسارة، و الحد المعقول في نص الفقرة الثانية من المادة 107 معيار مرنا ينظر فيه إلى ظروف كل قضية على حدة ، و يتمتع القاضي بشأن تقريره سلطة واسعة من خلال بحثه في القضية و موازنة ظروفهما و مصلحة طرفي العقد[4].

و عليه يقدر الإرهاق في هذا الشأن بمعيار موضوعي لا شخصي، وبالنظر إلى الصفقة محل التعاقد و لا مجال لإدخال الظروف الخاصة بالمدين فيه [5].

---

[1] حميد بن شنيتي ، المرجع السابق ، ص61.

[2] علاق عبد القادر ، نفس المرجع السابق ، ص84 .

[3] حمدي محمد إسماعيل سلطح ، المرجع السابق ص 246.

[4] محمد بوكماش ، المرجع السابق ، ص 256.

[5] بلحاج العربي ، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري ، نفس المرجع السابق، ص 435 .

ثانيا : طبيعة سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الحادث الطارئ وحدودها :

إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة التي سبق ذكرها، فإنه يجوز للقاضي تبعا لظروف أن يوازن بين مصلحة الطرفين و أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بمعنى أن يقوم بتعديل الالتزامات التعاقدية ويحقق توازن بين التزامات المتعاقدين و ذلك بتوزيع الخسارة بينهما متى أمكن ذلك، و القاضي في هذا التعديل لا يزيل كل الخسارة التي تلحق المدين و إنما يقوم بهذا التعديل للحد من الخسارة الفادحة التي تصيب المدين وردها إلى حدها المعقول [1].

ولعل من أهداف النظرية إعادة التوازن الاقتصادي للعقد عند تغير الظروف الاقتصادية التي زامنت إبرامه تغييرا كبيرا بسبب الحادث الطارئ، لذلك لا يتحمل المدين وحده تبعة هذا الحادث إنما تحقيقا للعدالة فإن على الدائن مشاركته في ذلك و مساعدة المدين على تنفيذ التزاماته ورفع الحرج عنه[2].

جدير بالتنويه أن مطالبة القضاء لتعديل العقد بسبب الظرف الطارئ تكون من طرف المتعاقد المرهق، فلا يجوز للمدين إجراء تعديل بإرادته المنفردة، كما لا يمكن للقاضي أن يعدل العقد من تلقاء نفسه، لذلك على المدين التمسك بتطبيق النظرية في أية حالة تكون عليها الدعوى أمام محكمة الموضوع، وله كذلك التمسك بها ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف،وعلى القاضي أن يرد الالتزام المرهق بما يراه مناسبا مع العدالة و حسن النية، وله الحرية في اختيار الطريقة التي يتوصل بها إلى الحد من إرهاق المدين في تنفيذ التزامه[3].

و تحقيق توازن الالتزامات التعاقدية متروك لسلطة القاضي التقديرية و التي تتجاوز حدود سلطاته العادية التي أجازها له القانون وهو تفسير عبارات العقد الغامضة أو تحديد نطاقه، شريطة أن لا يعدل ما اتفقا عليه الأطراف وهذا هو الأصل، لكن في حالة الحوادث

---

[1] رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ص 231 .

[2] مصطفى عبد الجواد ، المرجع السابق ص 469 .

[3] محمد حسين منصور ، مصادر الالتزام العقد و الإرادة المنفردة ، الدار الجامعية لطباعة و النشر ، بيروت ، لبنان ، 2000 ، ص359 .

الطارئة فإن القانون يكفل للقاضي رد الالتزام المرهق إلى حده المعقول موسعا بذلك سلطته التقديرية، إذ منحه الحرية في اختيار الطريقة التي يزيل بها الإرهاق عند تنفيذ الالتزام [1].

ولمعرفة طبيعة هذه السلطة و حدودها علينا التطرق إلى ما يدخل في نطاق سلطة القاضي التقديرية و ما يخرج منها .

01- ما يدخل في نطاق السلطة التقديرية للقاضي :

بعد توافر شروط الظرف الطارئ على تعديل العقد دون فسخه فإن التعديل يكون برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول و لا قيد على قاضي الموضوع في اختيار أي نوع من التعديل الذي يجريه على شروط العقد إلا ما يمليه عليه تحقيق التوازن بين مصلحة طرفيه، و له في ذلك أن يختار بين إنقاص الالتزام المرهق أو الزيادة في الالتزام المقابل بما يؤدي إلى توزيع الخسارة بين الدائن والمدين، كما قد يوقف تنفيذ العقد بعض الوقت حتى يزول الحادث الطارئ شريطة أن لا يكون في وقف التنفيذ ضرر جسيم للدائن [2].

أ- إنقاص الالتزام المرهق : يعد اختيار القاضي لعملية إنقاص الالتزام المرهق الوسيلة الطبيعية و العادية لرفع الإرهاق عن المدين و ذلك من خلال إعفائه من تنفيذ قسط مما التزم به، فمثلا لو كان المدين ملزما بتوريد ألف قنطار من السكر فإنه تبعا للظروف الطارئة لا يكون ملزما إلا بنصف القسط المتفق عليه في العقد، ويتمثل الإنقاص كذلك في تخفيض ثمن الشراء إذا كانت قيمة الشيء مرهقة بالنسبة للمشتري، و قد يتمثل كذلك في إعفاء المدين بالالتزام من بعض الشروط المرهقة كتلك المتعلقة بآجال التنفيذ أو بجودة الشيء أو ببعض الشروط الأخرى ذات صلة بموضوع الإرهاق[3].

ب- الزيادة في الالتزام المقابل للالتزام المرهق : ويتمثل هذا الخيار في الزيادة لهذا الالتزام المقابل لالتزام المدين، إذ يتحمل الدائن جزء من الزيادة غير المتوقعة في سعر الشيء محل الالتزام في حين يتحمل المدين الزيادة المألوفة المتوقعة التي لا تجعل تنفيذا للالتزام

---

[1] نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص293.

[2] أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص250.

[3] علي فيلالي ، نفس المرجع السابق ، ص403 .

مرهقا بالنسبة إليه ، وهذه الصورة هي من أكثر الصور التي جرى بها العمل في الواقع العملي، و من أمثلتها التزام صاحب محطة بنزين بتوريد كمية من البنزين إلى شركة نقل ركاب بسعر عشرين دينار للتر الواحد وبسبب أزمة اقتصادية ارتفعت أسعار البنزين إلى مائة وخمسون دينار، وهنا للقاضي أن يزيد السعر الذي تدفعه الشركة بحساب الفارق في السعر المتفق عليه و ما وصل إليه نتيجة الظرف الطارئ، بطريقة حسابية بسيطة (150-20) الفارق هو 130 و القاضي وهو بصدد رد الالتزام إلى حده المعقول لا يوزع الزيادة هكذا على الطرفين، و إنما يحمل المدين و حده الزيادة المألوفة، و هي مثلا عشرة دنانير على اعتبار أن سعر البنزين لو وصل إلى 30 دينار فإن ذلك لا يشكل إرهاقا فاحشا، بل يمكن توقع هذه الزيادة في المألوف لكن غير المألوف هو باقي الزيادة أي 120 دينار، و هي التي يقسمها بين الطرفين وفقا لما يراه متفقا مع العادلة و لا يكون التقسيم بالضرورة مناصفة [1].

جدير بالتنويه أنه على القاضي في هذه الحالة أن لا يفرض على الطرف الأخر الدائن بالالتزام الشراء بالسعر الذي أقره نتيجة للظرف الطارئ بل لهذا الأخير الخيار بأن يشتري به أو أن يفسخ العقد، فإذا لجأ إلى خيار الفسخ كان ذلك محققا لفائدة المدين لأنه بالفسخ يزول أثر الحادث الطارئ و لا يبقى في ذمة المدين أي التزام[2] .

وينبغي الإشارة كذلك إلى أنه في حالتي إنقاص الالتزام المرهق أو الزيادة في الالتزام المقابل للالتزام المرهق، فإن القاضي لا يرد الالتزام إلى الحد المعقول إلا بالنسبة إلى الحاضر ولا شأن له بالمستقبل،لأنه غير معروف فقد يزول أثر الحادث الطارئ [3]،وبزوال أثر الظروف الطارئة تعين استرجاع العقد لحالته الأولى و تعود للعقد قوته الملزمة كما كانت في

[1] محمد بوكماش ، المرجع السابق، ص 263.

[2] دالي بشير ، سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي في إطار نظرية الظروف الطارئة ، مقال منشور في مجلة القانون ، معهد العلوم القانونية و الإدارية ، المركز الجامعي أحمد زبانة ، غليزان ، العدد 6 ، 2016 ، ص 146.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد الأول ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2000 ، ص727 .

الأصل، و بزوال الحادث الاستثنائي يعود المتعاقدين إلى حكم العقد الذي وافقوا عليه بداية بمعنى وجب الحكم بتنفيذ الباقي من العقد كما كان قبل تعديله [1].

ت- وقف تنفيذ العقد : من بين السبل أو الخيارات التي يلجا إليها القاضي للحد من إرهاق المدين في تنفيذ التزامه وقف تنفيذ العقد إلى حين زوال الحادث الطارئ، فهو قد يكتفي بإيقاف تنفيذ العقد فترة من الزمن إلى حين زوال أثار الحادث الطارئ، و يكون ذلك متى كانت هذه الآثار مؤقتة من جهة، وكان وقف تنفيذ العقد لا يسبب ضررا كبير للدائن من جهة أخرى[2]،.مثال ذلك أن يتعهد مقاول بإنجاز مبنى في أجال محددة ثم ترتفع أسعار مواد البناء ارتفاعا باهظا نتيجة لحادث طارئ، وهنا قد يحكم القاضي بوقف تنفيذ التزام المقاول وذلك بعد أن يتضح لديه أن ارتفاع الأسعار سيزول قريبا و ذلك حتى يتسنى للمقاول تنفيذ التزامه دون إرهاق إذا لم يكن في هذا الوقف ضرر جسيم يلحق صاحب البناية[3] .

و في سياق هذه الحالة الأخيرة نصت المادة 281 الفقرة الثانية من ق.م.ج بأنه : " غير أنه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين و مراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا أجل ملائمة حسب الظروف دون أن تتجاوز هذه المدة سنة و أن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها " [4]، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها من أنه:إن قضاة المجلس عندما منحوا المطعون ضدها أجالا لتنفيذ التزاماتها معتمدين في ذلك على الظروف الأمنية السائدة في المنطقة التي ترتب عنها عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد بصفة مؤقتة ، يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما [5] ، كما نصت المادة 119 الفقرة 02 ق.م.ج كذلك على أنه : " يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوفي به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات "، كما أشارت إلى ذلك المادة 210 ق.م.ج بقولها : " إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو

---

[1] بلحاج العربي ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ،ص 308 وما يليها

[2] سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الالتزام العقد الإرادة المنفردة العمل غير المشروع الإثراء بلا سبب القانون الحكم القرار الإرادي ، مكتبة الوفاء القانونية ، مصر ط1 ، 2009 ، ص 164 .

[3] صم بوعافية محمد ، المرجع السابق، ص 116 .

[4] بلحاج العربي، نفس المرجع السابق ، ص 437.

[5] قرار المحكمة العليا ، غ.م، مؤرخ في: 2001/01/12، ملف رقم 212782، م.ق، السنة 2001، ع 1، ص7.

الميسرة عين القاضي ميعاد مناسب لحلول الأجل مراعيا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية من اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه " ، كما يلاحظ أنه على الرغم من أن المشرع منح سلطة واسعة للقاضي في تعديل العقد إلا أنها تقتصر على رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول والإبقاء على الالتزام ،إذ لا يجوز له القيام بفسخ العقد ذلك أن في تعديل الالتزام توزيع عادل للخسارة بين طرفي العقد، أما الفسخ فمن شأنه تحميل الدائن عبئ الخسارة كلها لوحده لاسيما و أن نظرية الظروف الطارئة تهدف إلى إعادة التوازن الاقتصادي للعقد و تقوم على أساس التضحية من جانبي المتعاقدين معا، لا على أساس تحميل أحدهما عبئ الخسارة لوحده ،إلا أنه إذا لم يقبل الدائن ما عرضه القاضي من حلول و طلب بفسخ العقد، فله ذلك ما دام يؤثر التخلي عن الصفقة و ما دام الفسخ لا يؤثر كذلك على المدين و يعفيه من التزام يرهقه [1].

01- **ما يخرج عن نطاق سلطة القاضي التقديرية :**

إذا كان القانون قد أجاز للقاضي وفقا لسلطته التقديرية إنقاص الالتزام المرهق أو الزيادة في الالتزام المقابل للالتزام المرهق أو وقف تنفيذ العقد فإنه لا يجوز له أن يقضي بفسخ العقد ذلك لأن النص لا يمنح له إلا سلطة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فالالتزام المرهق يبقى و لكنه يرد إلى الحد المعقول، فتوزع بذلك تبعة الحادث الطارئ إلى المدين و لا يتحملها الدائن و حده بفسخ العقد ،إلا أنه لا مانع في أن يطلب المدين الحكم بفسخ العقد دون تعويض خصوصا إذا لم يشأ القبول بتعديله، ولا جدوى من فرض التعديل على الدائن الذي يؤثر التخلي عن العقد لاسيما و أنه متى كان الحال كذلك فإن ذلك لا يلحق المدين أي ضرر، بل على العكس سيكون ذلك لصالحه إذ يرفع على عاتقه أثر الحادث الطارئ [2].

تجدر الإشارة إلى أن سلطة المحكمة في تعديل شروط العقد في حالة تطبيق نظرية الظروف الطارئة تعد من النظام العام حيث لا يجوز للأطراف الاتفاق على استبعادها [3].

---

[1] – خليل احمد حسن قدادة، نفس المرجع السابق ، ص 113 .

[2] حمدي محمد إسماعيل سلطح ، المرجع السابق ، ص249 .

[3] يوسف محمد عبيدات ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، دراسة مقارنة ، دار المسيرة للنشر و التوزيع و الطباعة ، عمان الأردن ، 2011 ، ص212 .

و بناءا عليه لا يمكن للأطراف أن يستبعدوا مقدما تطبيق النظرية بتضمين العقد شرطا لمنع القاضي من استعمال سلطة التعديل [1] ، و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ، وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 107/ ف3 من ق.م ، ومقتضى هذا الحكم هو تفادي تحكم الطرف القوي في الطرف الضعيف من جراء الظروف الاستثنائية وبذلك يضمن الأخذ بحكم تمليه قواعد العدالة و الإنصاف ، وعلى العكس فإن الاتفاق اللاحق على وقوع الظرف الطارئ يقع صحيحا مادام هذا الاتفاق لا تحيط به أية شبهة ضغط على المدين المرهق، على أن يبقى التمسك بتطبيق نظرية الظروف الطارئة يؤول إلى صاحب المصلحة و لا يثيره القاضي من تلقاء نفسه كما يتعين عليه إثبات هذه الظروف الطارئة التي تسببت في تأخير تنفيذ الالتزام [2].

الفرع الثاني : موقف التشريع والقضاء من نظرية الظروف الطارئة :

أولا : موقف التشريع: لم يعرف القانون الروماني ما يعرف بنظرية الظروف الطارئة وذلك لعدة أسباب من أهمها إبقائه على الشكليات المفروضة قانونا و عدم جواز تعديل العقد إلا في مراحله المتأخرة حيث أقر مبدأ الرضا كشرط لصحة العقد .[3]، وبعد أن بقي الرومان متمسكين بمبدأ سلطان الإرادة باعتباره من روافد المذهب الفردي لم يكن من المتوقع أن يأخذ القانون الروماني بهذه النظرية ، لذلك ظهرت في الشرائع الدينية، لاسيما في القانون الكنسي إبان العصور الوسطى، إذ كانت العدالة التي ينادي بها هذا القانون لا تقتصر على العدالة بين المتعاقدين وقت إبرام العقد فحسب بل يمتد إلى غاية تنفيذه، فإذا حدث اختلال في التعامل و التوازن بين الالتزامات بعد إبرام العقد و أصبح بمقتضاه تنفيذ الالتزام مرهقا أو فيه غبن، جاز للقاضي أن يرد ذلك الالتزام إلى حده المعقول،و كان قيام هذه النظرية في القانون الكنسي يستند إلى قاعدة تغير الظروف و بموجب هذه القاعدة فإنه كان كل عقد يتضمن شرطا ضمنيا

---

[1] مصطفى الجمال رمضان محمد أبو السعود ، نبيل إبراهيم سعد ، مصادر و أحكام الالتزام ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، 2006 ، ص202 .

[2] بلحاج العربي ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، المصادر الإرادية،ج 2، دار هومة ، الجزائر، 2014، ص 810 وما يليها .

[3] منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزامات وأحكامها ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن ، 2012، ص212.

مفاده بقاء الشروط السائدة وقت إبرام العقد على ما هي عليه و بدون تغيير، فإذا ما تغيرت وجب تعديل العقد و إزالة ذلك التغيير[1] .

وقد عرفت الشريعة الإسلامية نظرية الظروف الطارئة إذ كرس الفقه الحنفي نظرية العذر في عقد الإيجار و عرف العذر لديهم بأنه " عجز العاقد عن المضي في موجبه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد " كما أخذ الفقه المالكي بفكرة " الجوائح في بيع الثمار " بحيث أنه إذا ما بيعت الثمار قبل نضوجها وهي لا تزال على الأشجار ثم حدثت جائحة أتلفت تلك الثمار فإنه في هذه الحالة يمكن للمشتري أن يطلب تعديل العقد و إنقاص الثمن، بحيث يتحمل البائع قيمة ما هلك من الثمار و يقصد بالجائحة عموما الآفة التي تصيب الزرع أو الثمار فتهلكها دون أن يكون للإنسان صنع فيها ، كالقحط و البرد و العطش[2] .

بعدما تقلص نفوذ الكنيسة في أوروبا و ازدهر المذهب الفردي عرفت النظرية اندثار وذلك لكون المذهب الفردي الذي كان سائدا أسند القوة الملزمة للعقد إلى مبدأ سلطان الإرادة القاضي بإطلاق القوة الملزمة للعقد، لكونه يعبر على إرادة المتعاقد عكس ما تقضي به النظرية، إذ أنها تخالف ما أراده المتعاقدين بإرادتهما الحرة، فهي تقيد قوة العقد الملزمة من خلال إمكانية تعديله في مرحلة التنفيذ، ثم عاد الفقه من جديد ليحاول إيجاد سند لهذه النظرية في المبادئ العامة في القانون المدني، إذ حاول بعض الفقهاء ردها إلى شرط ضمني يرد في كل عقد يقضي بأن تنفيذ العقد معلق على بقاء ظروف انعقاده على حالتها، و حاول البعض الأخر ردها إلى وجوب تنفيذ العقد بحسن نية، وحاولت فئة ثالثة رد النظرية إلى مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق أو إلى مبدأ عدم جواز الإثراء بلا سبب، إلا أن كل هذه المحاولات باءت بالفشل، ورفض القضاء المدني تطبيقها لانعدام سند تشريعي في القانون المدني، لاسيما و أن ما جاء به هؤلاء الفقهاء من أسانيد لم تكن مقنعة للقضاء للأخذ بالنظرية، فشرط بقاء الظروف على حالها هو شرط مفترض افتراضا و لا يمت بصلة إلى حقيقة ما

[1] مصطفى الجمال ، رمضان محمد أبو السعود نبيل ابراهيم سعد ، مصادر وأحكام الالتزام دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، ط 1 ، 2006، ،ص 196 وما يليها.

[2] دريد محمود علي ، النظرية العامة للالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، 2012 ، ص283.

أراده المتعاقدان، كما أن حسن النية لا يمكن أن ينتفي عن الدائن الذي يطالب بحق اكتسبه من العقد بمجرد أن حصوله على هذا الحق يهدد المدين بخسارة فادحة ،كما أن التعسف في استعمال الحق لا يمكن انتسابه لهذا الدائن، أما الإثراء بلا سبب الذي يحققه الدائن المذكور فهو مؤسس قانونا استنادا للعقد الذي أنشأ هذا الحق[1].

أما في القانون المدني الفرنسي القديم فقد رفض الأخذ بالنظرية المذكورة وتمسك بمبدأ القوة الملزمة للعقد ورفض تدخل القاضي بأي صورة في العقد، و ذلك بسبب انتعاش مبدأ سلطان الإرادة[2]، و بقي المشرع الفرنسي مصرا على رفض نظرية الظروف الطارئة و هو ما أكدته المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي والتي أقرت أن لا تغيير للظروف الاقتصادية على اثر الرابطة التعاقدية مادام أنها لا تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزامات المترتبة على العقد، وأن العقد تسري أحكامه اتجاه عاقديه حتى و لو كان يسبب خسارة للمدين [3] .

وعلى الرغم من رفض القانون المدني الفرنسي الأخذ بهذه النظرية إلا أنها لاقت قبولا لدى فقهاء القانون العام لاسيما في القانون الإداري، إذ أخذ بها مجلس الدولة الفرنسي منذ الحرب العالمية الأولى في القضية المشهورة والمعروفة بقضية غاز بوردو والتي تتلخص وقائعها في أن شركة الغاز بمدينة بوردو الفرنسية أبرمت عقدا لتموين الغاز بسعر معين، ثم ارتفع سعر الفحم اللازم لإنتاج الغاز بسبب الحرب، و بناءا على ذلك أصبح تنفيذ العقد مرهقا لشركة المذكورة ويهددها بخسارة فادحة، فتدخل مجلس الدولة الفرنسي بقرار مبدئي مشهور وعدل العقد ورفع في سعر الغاز، واستمر مجلس الدولة في إصدار أحكامه تحت غطاء الاستثناءات خصوصا في مجال عقود التوريد والأشغال العامة وكذا العقود المستمرة التنفيذ [4].

---

[1]– مصطفى الجمال ،النظرية العامة للالتزامات ، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت ، لبنان ،1987، ص 229.

[2]– خليل أحمد حسن قدادة، نفس المرجع السابق، ص 108.

[3]– حميد بن شنيتي ، المرجع السابق، ص67.

[4]– بلحاج العربي ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ،الجزء الثاني ، المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة، دار هومة للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2014، ص 793.

ويبدو أن بعض التقنيات الحديثة لم ترفض الأخذ بهذه النظرية على غرار المشرع الفرنسي، إذ ظهرت هذه النظرية في القانون البولوني (م 269 من ق.م.ب)، و القانون الإيطالي الجديد (م1467 من ق.م.أ)، كما ظهرت في القوانين العربية، كالقانون المصري (م 2/147 ق.م.م)، والقانون الجزائري (3/107)،،و القانون السوري (م 2/148 ق.م.س) ،و القانون العراقي (م 2/146 ق.م.ع)، و القانون الليبي (م 147 من ق.م.ل)، و القانون الإماراتي (م 249 من ق.م.م) ، و القانون الأردني (م 205 من ق.م.أ) [1].

ثانيا موقف القضاء : لقد بقي القضاء المدني وافيا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين و بالتالي الحفاظ على القوة الملزمة للعقد، و ذلك حتى و لو أصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بسبب الظرف الطارئ، مادام أنه لم يؤدي إلى استحالة التنفيذ و انقضاء الالتزام، و هو ما كرسه القضاء الفرنسي مستندا في ذلك إلى أن في احتمال تعديل العقد ما قد يدعو المدين إلى الغش بإدعاءه خلاف الواقع من جهة ، و الإضرار بإستقرار المعاملات من جهة أخرى ، لاسيما وأنه لو عدلت آثار عقد ما فإن ذلك يقتضي تعديل كافة العقود المترتبة عليه، و بالنتيجة القضاء على الثقة الواجبة في التعامل [2].

و بناءا على هذا الموقف فقد رفضت محكمة النقض الفرنسية تعديل عقد يرجع إلى القرن السادس عشر، تم الاتفاق بموجبه على أن تروى مياه ترعة الأراضي المجاورة بمقابل أصبح جد تافها بعد تغير الظروف الاقتصادية (نقض فرنسي مؤرخ في 6 مارس 1876) ، كما أكدت كذلك في حكمها المؤرخ في 9 يناير 1856 بعدم تعديل عقود التأمين من خطر التجميد في زمن كانت فيه الجندية في فرنسا بالاقتراع، ثم زيد عدد الجيش بما يقارب النصف ،مما جعل التجنيد بطريق الاقتراع أكثر احتمالا بحيث زاد الخطر على شركة التأمين زيادة جسيمة نتيجة هذا الحادث الطارئ هذا بالنسبة للقضاء المدني الفرنسي، أما بالنسبة للقضاء المصري فإنه في ظل القانون المدني المصري القديم لقد تم انتهاج نفس نهج القضاء الفرنسي إذ رفض العمل بهذه النظرية و بقي ملتزما بالقوة الملزمة للعقد، واستقر قضاءه المختلط على مبدأ مفاده

---

[1]– بلحاج العربي ، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري،دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ،2015، ص 430.

[2]– حمدي محمد اسماعيل سلطح ، نفس المرجع السابق ،ص 236 .

أن الالتزام لا ينقضي إلا إذا صار تنفيذه مستحيلا، أما إذا كان تنفيذه ممكنا فإنه يجب القيام به حتى ولو كان مرهقا للمدين، و قضت محكمة الاستئناف في حكم أخر لها بأن التعاقد وقت الحرب يجعل صعوبات التنفيذ متوقعة و بالتالي فلا يجوز الاحتجاج بها للتخلص من الالتزام، و قد سلك القضاء الوطني المصري نفس الاتجاه و لم يقر نظرية الظروف الطارئة [1].

جدير بالذكر أن محكمة الاستئناف المصرية سعت إلى تطبيق هذه النظرية متى واجهت مرحلة تنفيذ العقد ظروف طارئة ينجم عنها إرهاق للمدين دون استحالة مطلقة للتنفيذ مستندة في ذلك للعدالة و رفع الظلم المسلط على المدين من جراء احترامه للعقد في مثل هذه الظروف مع إبقاء العمل بالقوة الملزمة للعقد بالنسبة للحالة الاعتيادية ، وهو ما أكدته في حكمها المؤرخ في 19 نيسان 1931 ، لكن حكمها لم ينل مصادقة محكمة النقض المصرية لكونها لم تقر العمل بنظرية الظروف الطارئة في ظل القانون المدني القديم ، لذلك نقضت حكم محكمة الاستئناف السابق الذكر.

و بقي الوضع على حاله إلى غاية صدور قانون رقم 129 لسنة 1947 و بموجبه اقر المشرع العمل بنظرية الظروف الطارئة بالنسبة لعقد الالتزام و بذلك تم الأخذ بها بنص تشريعي صريح ليس فقط في العقود الإدارية فحسب و إنما للعقود المدنية كذلك [2].

أما بخصوص المشرع الجزائري فإنه جسد العمل بنظرية الظروف الطارئة وأجاز للقاضي تعديل الالتزامات التعاقدية، و هو ما أكدته المادة 107 الفقرة الثالثة من ق.م.ج و التي نصت على أنه :" غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي و إن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا لظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك" [3].

---

[1] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع السابق ص 711 .

[2] –علي عبد القادر قبلان ، نفس المرجع السابق، ص 90 .

[3] الأمر رقم 58/75 المؤرخ في: 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، ج.ر،ع 78 المؤرخة في: 1975/09/30 .

أما بالنسبة للقضاء الجزائري فقد تبنى نظرية الظروف الطارئة و هو ما يلاحظ من خلال عدة قرارات أصدرتها المحكمة العليا والتي جاء في إحدى قراراتها بأنه:" من المقرر قانونا أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها ، أن تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة للمدين، جاز للقاضي تبعا للظروف ، وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول .

ولما ثبت ــ من مستندات القضية الحالية أن السوق محل العقد المبرم بين المستأنف عليه (رئيس بلدية عين الباردة) بقي مغلقا بســبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي ، فإن ذلك يعد حادثا استثنائيا غير متوقعا ، يجب الأخذ به .

ومتى كان استوجب إلغاء القرار المستأنف، وتعويض الطاعن عن الأضرار التي لحقته[1].

كما ورد في قرار أخر لها بأنه:

"من المقرر قانونا أنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية .

غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

والمستفاد من القرار المطعون فيه ، أن قضاة الموضوع لما أقروا نسبة 10% من السعر الإجمالي للسكن وفقا لعقد التخصيص تماشيا مع عدالة العقد وتوازنه، فإنهم تناسوا إمكانية تعديل الشروط المدرجة في العقد طبقا لأحكام المادة 3/107 من القانون المدني ، إذا ما

[1] قرار المحكمة العليا ، غ.م، المؤرخ في 1993/10/10، ملف رقم 99694، م.ق، السنة 1994 عدد 1، ص217 ، راجع حمدي باشا عمر ، القضاء المدني ، دار هومة، بوزريعة الجزائر ، 2006، ط 3، ص 46.

طرأت حوادث استثنائية ذات طابع عام وغير متوقعة من شأنها أن تجعل التزامات الطاعنة مرهقة ، فإنهم يكونون قد أخطأو في تطبيق المادة 107 من القانون المدني [1].

و لقد أحسن المشرع الجزائري بأخذه هذه النظرية، ذلك أنه ليس من العدل أن يلتزم المدين بتنفيذ ما التزم به في العقد في ظل ظروف استثنائية مجحفة طرأت بعد إنشاء العقد، جعلت تنفيذه يهدده بخسارة فادحة هذا من جهة، و من جهة أخرى فإن إجازة المشرع للقاضي لتعديل العلاقة التعاقدية بسبب الحوادث الاستثنائية لا يعني بأي حال من الأحوال رفع الإرهاق عن المدين كلية و تحميله للدائن مما يشكل ظلما له، لذلك فالقاضي مطالب بتوخي الدقة في توزيع العبء الطارئ بين المتعاقدين و إجراء موازنة بينهما لتقاسمه [2].

إضافة إلى نص المادة 107 الفقرة الثالثة من ق.م.ج و التي بمقتضاها أقر المشرع الجزائري المبدأ العام لنظرية الظروف الطارئة، فإنه أورد بعض الحالات الخاصة بها نذكر منه ما نص عليه في المادة 469 مكرر 1 و 469 مكرر 2 و اللتان تم إضافتهما ضمن التعديل الأخير للقانون المدني، القانون 05/07 المؤرخ في 130ماي 2007 و المتعلقتين بعقد الإيجار و حق الارتفاق (م 881 ق م.ج)، و عقد المقاولة المادة 561 الفقرة 03 من ق.م.ج وغيرها[3] .

---

[1] قرار المحكمة العليا ،غ.ع ، المؤرخ في 1999/10/24، ملف رقم :191705، م.ق ،1999، عدد 02 ص95 .

[2]–علاق عبد القادر ، أساس القوة الملزمة للعقد و حدودها ، دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل الماجستير في القانون الخاص ، جامعة أبو بكر بالقايد ، تلمسان ، سنة جامعية 2007 ، 2008 ، ص 84.

[3] بلحاج العربي، نظرية العقد، المرجع السابق، ص439

المبحث الثالث :عقود الإذعان ومبدأ الأثر النسبي للعقد :

الأصل في إبرام العقود أنها تتميز بمنح كامل الحرية في النقاش والمساومة بحيث تترك لكل من طرفيها الفرصة أن يجعل الطرف الأخر يرتضي أفضل الشروط بالنسبة إليه،لكن هناك صنف من العقود يشذ عن هذه القاعدة فلا تكون هناك مساومة أو نقاش في شروطها، إذ يضع أحد الطرفين هذه الشروط مقدما ويعرضها على جمهور الناس والذين ليس لهم أي خيار سوى قبولها كما عرضت كلية أو رفضها كلية ، فإن تم قبولهم لها كان هذا القبول أقرب إلى التسليم والرضوخ للإذعان منه إلى المشيئة والرضاء الخاص ، ومن هنا أتت تسمية هذه العقود بعقود الإذعان ، ويتحقق هذا الأمر عندما لا يكون الطرفان في مركز متساوي في العلاقة التعاقدية ، بل يكون أحدهما متفوقا بوضوح على الأخر، لأنه هو الذي يضع قانون العقد بينما الأخر في مركز أدنى، وهذا الأخير لا يكون لـــه إلا أن يقبل أو يدع[1]، وبناءا عليه سنتعرض في هذا المبحث إلى الطبيعة القانونية لعقود الإذعان وكيفية حصول القبول فيه في المطلب الأول، ثم نتناول الأحكام الخاصة بحماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان في المطلب الثاني .

المطلب الأول : الطبيعة القانونية لعقود الإذعان وكيفية حصول القبول فيها:

لقد أثار موضوع عقود الإذعان جدلا واسعا حول طبيعتها القانونية ، سيما وأن إرادة طرفي العقد ليست على حد سواء، فأحدهما قوي يفرض شروطه والأخر ضعيف يرضخ لمشيئة القوي ، لذلك كان الجدل حولها، هل هي عقد عادي كباقي العقود ؟ أم هي مركز قانوني منظم يخضع للقواعد الخاصة المنظمة للمراكز القانونية ؟[2].

كما أن القبول في عقود الإذعان ليس كالقبول في غيره من العقود، وعلى الرغم من أنه لا يفرض على من وجه إليه، إلا أنه وعلى الرغم من ذلك فإن الإرادة الحرة لمن وجه إليه الإيجاب في قبول هذا العقد أو رفضه ليست مطلقة في كل الأحوال ، إذ أن الظروف المحيطة بالموجه له تضطره إلى القبول به وذلك نظرا لطبيعة هذه العقود، ولبحث ذلك قسمنا هذا

[1] حمدي محمد اسماعيل سلطح، نفس المرجع السابق ، ص175.

[2] –محمد بوكماش ، نفس المرجع السابق، ص 152.

المطلب إلى فرعين تناولنا في الفرع الأول الطبيعة القانونية لعقود الإذعان أما الفرع الثاني فتطرقنا فيه إلى كيفية حصول القبول في عقود الإذعان .

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لعقود الإذعان :

ظهرت عقود الإذعان كنتيجة لاحتكار بعض المرافق العامة احتكارا قانونيا أو فعليا،فقد أصبحت هناك شركات تحتكر خدمة من الخدمات الضرورية للمجتمع، كخدمة المياه، أو الكهرباء أو الغاز ، أو النقل ،كما أن المصالح العامة للدولة قد تولت تسيير بعض المرافق كمرفق البريد والهاتف والبرق إلخ.. والعقود التي تبرم بشأن هذه الخدمات يضعها المحتكر أو تضعها المصلحة العامة في نموذج موحد ، لا تقبل شروطها التعديل فيها،وما على المتعاقد مع هذه المصالح إلا أن يقبل هذه الشروط كلها كما وردت وعندها يكون متعاقدا ، وإما أن يرفضها كلها فلا يكون متعاقدا ، فالإرادتان في هذه العقود ليستا متساويتين ، بل أن إحداهما تملى وهي إرادة المحتكر والأخرى تذعن وهي إرادة المشترك [1].

وإذا كانت عقود الإذعان صيغة من صيغ إبرام العقود التي تعتمد على استخدام نموذج نمطي للعقد يعده أحد أطراف العلاقة التعاقدية وبصورة منفردة ويعرضها على الطرف الأخر الذي ليس له إلا الموافقة عليه كما هو أو رفضه، دون أن يكون له أن يغير في العبارات الواردة فيه أو الشروط والأحكام التي يتضمنها، ولا يدخل في مناقشة أو مساومة حقيقية على شروطه مع الطرف المعد لهذا العقد، ومن هنا وصفت بأنها عقود إذعان [2]، وأول من استعمل مصطلح contrat d,adhésion هو الفقيه الفرنسي سالي في كتابه " إعلان الإرادة "سنة 1901 ، وهي مشتقة من فعل adhérer ومعناه أن يوافق شخص على قرار اتخذه غيره .

أما الاصطلاح العربي وهو " إذعان " ففيه معنى الخضوع والطاعة وهو من هذا الوجه يميز هذا النوع من العقود تمييزا كافيا عن عقود المساومة[3]، ومنه فإن عقد الإذعانcontrat

---

[1]علي علي سليمان، المرجع السابق ، ،ص 26.

[2]–بركات كريمة ، الحماية القانونية للمستهلك في عقود الإذعان، مقال نشر في المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، عدد02–2011، ص 279.

[3]حميد بن شنيتي ، المرجع السابق، ص 41.

d,Adhésion هو ذلك العقد الذي يتحدد مضمونه son contenu contractuel كليا أو جزئيا بصيغة عامة ومجردة في الفترة قبل التعاقدية ، وعلى ذلك فإن فكرة الإذعان تتجلى في أن أحد أطراف العقد وهو المشترط يقدم إيجابا حدد تفاصيله ولا يتسنى للموجه له تعديله وما عليه إلا القبول به كلية او رفضه كلية، مما يجعله في مركز أدنى من مركز مقدم الإيجاب الذي يكون في مركز متفوق على الطرف الأخر (المذعن)، ودونية هذا الأخير ناتجة بشكل أساسي من دونيته في تقدير محتوى العقد، فهذه العملية (تقدير محتوى العقد) تعتبر منعزلة عنه، خصوصا وأنه لم يشارك في التفكير فيها ، ومن حيث النتيجة فإن المذعن يكون دوره دور المنفعل passif في مجمل العملية التعاقدية أما المشترط فإنه يأخذ الوقت الكافي للتفكير في تقدير شروط العقد، كما أن التجربة في التعامل تسمح له على الدوام بأن يعدل في شروطه، مما يجعله طرفا فاعلا faisseur في هذه العملية التعاقدية ، إلا أن تسليم الفقه المعاصر بالماهية التعاقدية لعقود الإذعان على الرغم من غياب التفاوض ، لأن الشروط العقدية المحررة مسبقا لا تكتسب القوة الإلزامية في مواجهة المذعن إلا بعد قبولها من طرفه وبالتالي فإن الشروط المرتضاة ما هي إلا مشروع عقد قبل قبولها من جانب المذعن.

وبناء عليه يمكن القول أن عامل تقدير محتوى العقد يعتبر العنصر الجوهري عند تحديد مفهوم عقود الإذعان ، وهو الذي يميز الأقوياء forts عن الضعفاء faibles بغض النظر عن توازن القوى الاقتصادية الموجودة عند إبرام الرابطة التعاقدية ، كما أنه هو من يحدد مفهوم الإذعان باعتباره تصرفا يعبر فيه أحد الأطراف عن إرادته الصريحة أو الضمنية في الخضوع والتسليم للشروط التي وضعها الطرف الأخر في العقد ، مما يعني في النهاية أن معيار وجود الإذعان أو عدم وجوده هو انعدام القدرة على مناقشة الشروط العقدية [1].

وقد أثير بشأن عقود الإذعان اختلاف فقهي حول تحديد طبيعتها القانونية ، فأنكر البعض عن هذه العقود صفتها العقدية ، واعتبرها قانونا يفرضه الطرف الأقوى اقتصاديا على

[1] مهند مختار نوح ، الإيجاب والقبول في العقد الإداري – دراسة مقارنة– منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ط1، 2005 ،ص85 ومايليها.

المتعاقدين معه ، ورأى البعض الأخر أنها عقودا حقيقية تتم بتطابق إرادتين وتخضع للقواعد التي تنظم بقية العقود [1].

أولا: أنصار النظرية غير التعاقدية أو اللائحية:

يتزعم هذه النظرية فقهاء القانون العام الذين أنكروا إعطاء وصف العقد على عقد الإذعان ورأوا أنه عبارة عن مركز قانوني منظم تنشئه إرادة منفردة يصدرها الموجب فتكون بمثابة قانون أو لائحة، مما يبعد وصف العقد عنه لما يفترض في هذه الأخير من التساوي بين أطرافه ، وكذا حرية إبرامه، ذلك أن الضرورات الاجتماعية تبرر أحيانا منح بعض أشخاص القانون الخاص سلطة التنظيم ، فأضحى عقد الإذعان أقرب إلى المركز القانوني المنظم ، ومن ثم وجب أن يفسر كما يفسر القانون أو اللائحة، و قد ترسخ الاعتقاد لدى المستهلك وهو يتلقى هذه العقود المعدة سلفا أن لا تمييز بين النصوص التشريعية أو التنظيمية و بين الوثائق التعاقدية التي يصدرها المحترفون من حيث كونها تفرض عليه فرضا [2]، وكان دعاة النظرية اللائحية قد استندوا في نفيهم الطبيعة العقدية لعقود الإذعان لانعدام المساواة بين أطرافها ، بحيث يوجد فيها طرف قوي وطرف ضعيف (مؤسسة وزبون)،إعداد شروط الاتفاق لا تتم بمشاركة الطرفين، لذلك اعتبروا عقود الإذعان تقترب إلى التنظيم [3]، ومن ثم يرى فقهاء القانون الإداري هوريو و ديجي و معهم الأستاذ سالي من فقهاء القانون المدني أنها ليست عقودا بالمعنى المعروف ولكنها بمثابة قوانين تفرض على الناس فرضا مما يستوجب تفسيرها كما يفسر القانون ولا جدوى فيها للبحث عن إرادة طرفيها، ذلك أن الإرادة الموجودة هي إرادة المحتكر، و بالتالي لا يمكن تسميتها عقود بل هي مركز قانوني منظم .

فيرى الأستاذ سالي : أن عقود الإذعان عقودا مدعاة ليس لها من العقد سوى الاسم ويذهب في تحليله إلى أنها العقود التي يوجد فيها التغلب قاصر على إرادة واحدة تعمل كإرادة

---

[1] بلحاج العربي ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري ،الجزء الأول ، التصرف القانوني ، العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ط السادسة ،2008 ،ص 93.

[2] بودالي محمد ،الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع بوزريعة الجزائر، ط 2 ، 2007، ص15.

[3] -Alex WEILL et Froncois TERRE- droit civil – les obligations - dalloz- 2eme éd- 1975-p 97.

منفردة تملي قانونها ليس على فرد ولكن على مجموعة غير محدودة ، وتلتزم مقدما من جانب واحد حتى يقع إذعان من هؤلاء الذين يريدون قبول قانون العقد .

وبذلك تكون القيمة القانونية لما يزعمونه عقد إذعان عند سالي ليس مصدرها توافق إرادتين إنما مصدرها هي الإرادة المنفردة ، إرادة من وضع شروطه .

ويرى دوجي أن الأمر يتعلق هنا بعمل من أعمال الإرادة المنفردة ولكنه يرى أن الإرادة سواء أكانت إرادة الفرد أم إرادة الحاكم لا تستطيع وحدها أن تخلق القانون ، وإنما الذي يخلق القانون هو عند دوجي المنفعة العامة أو ما يسميه "الضرورات الاجتماعية " وأن الإرادة لا تكون لها قيمة قانونية إلا إذا كانت متفقة مع تلك الضرورات الاجتماعية .

وفي نفس السياق فإن هوريو هو الأخر يرى أن ما يسمى عقد الإذعان ليس عقدا ،وإنما هو "نظام" أو "تنظيم "بحيث أن العقد أمر سريع الزوال ينشأ علاقات تنقضي بسرعة، في حين أن فكرة المشروع تفترض بعض الدوام، ومن ثم فإن فكرة المشروع تتفق معها فكرة التنظيم أكثر من فكرة العقد، ويعرف هريو "التنظيم "بأنه وسيلة قانونية دائمة يلتجأ إليها لتحقيق مشروع ما" وهو يعتبر من قبل التنظيم شركات التأمين ،وشركات الإنارة، والنقل والهاتف.

ويرى أنصار هــذا الرأي الذين ينفون عن عقــود الإذعان صفة العقد أن عقود الإذعان متى اجتمعت فيها عناصر ثلاثة فإنها تخرج عن نطاقها العقــدي و تتمثل هذه العناصر فيما يلي :

1- **عنصر العمومية :**يرتبط هذا العنصر بصفة الإيجاب في عقود الإذعان أو بعبارة أكثر دقة بصفة المشارطة ، فهذه الأخيرة تكون عامة دائما وموجهة إلى عموم الناس أو إلى طائفة من الجمهور ذات خصائص محددة وليست موجهة إلى شخص معين بذاته .

2- **عنصر الإكراه :** يرجع هذا العنصر في الواقع إلى ما يتمتع به المشترط من تفوق اقتصادي واجتماعي والذي يؤدي إلى عدم توازن العلاقة التعاقدية ويتصل هذا الإكراه بعوامل اقتصادية أكثر منها نفسية .

3- **عنصر الإذعان :** يمثل هذا العنصر في الواقع ، موقف الموجب له أي من وجه إليه الإيجاب ، المعني بالمشارطة المتميزة بالعمومية والإجبار، فبمجرد رضوخه وتسليمه بالشروط المعروضة من طرف المشترط نكون بصدد عقد إذعان [1].

ثانيا :أنصار النظرية التعاقدية :

يرى أنصار هذه النظرية وهم غالبية فقهاء القانون المدني أن الحجج التي يتقدم بها أصحاب النظرية غير التعاقدية أو اللائحية غير مقنعة ، ذلك أن أكثر العقود يتحقق فيها ما نراه في عقود الإذعان من خضوع واضطرار احد الطرفين أو كليهما للتعاقد ، فعدم التوازن العقدي لا يمكن توقيه، بل إنه أقل ضرر في عقود الإذعان منه في العقود الأخرى، فهو بسري بالنسبة لعقود الإذعان على كل المتعاقدين مع الطرف القوي وإيجابه معروض على الكافة ودون استثناء، مما يجعل موضوع الغلط أو التدليس نادر الوقوع ، كما أن القول بأن المحتكر هو الطرف الغالب في العقد قول مبالغ فيه كثيرا لاسيما وأنه هو الأخر خاضعا للظروف الاقتصادية المحيطة به، وهي التي أملت عليه شروط التعاقد وهو ملزم بمراعاتها أثناء إعداد شروط التعاقد، بل على الأكثر من ذلك، قد يكون المحتكر أحيانا في موقف أضعف من موقف المستهلكين، وذلك متى وقف ضده هؤلاء واجتمعت كلمتهم على محاربته، وعلى هذا ذهب أنصار هذا الفريق إلى أن عقد الإذعان عقد حقيقي يخضع لنفس القواعد التي تخضع لها العقود الأخرى ، وأن الصفتين اللتين أعطيتا لطرفي العقد (طرف قوي وطرف ضعيف) لا أثر لهما في طبيعة العقد وانه مادام أن الطرف الضعيف لم يستغل فلا مجال لتدخل القضاء لحماية هذا الطرف، وأن ما يبرر تدخل القضاء هو استغلال الضعف لا الضعف في حد ذاته،وأن الحل الأنجع لذلك ليس إنكار الصفة التعاقدية لعقود الإذعان ولا بتفسير القاضي لبنود العقد بحسب ما يحلو له بدعوى حمايته للطرف الضعيف حتى لا يكون عرضة لاستغلال الطرف القوي مما يجعل المعاملات مضطربة وتعمها الفوضى، وإنما بتقوية الطرف الضعيف والتي تكون بإحدى الوسيلتين أو بهما معا، الأولى وسيلة اقتصادية تتمثل في تجمع المستهلكين وتعاونهم على محاربة التعسف من جانب المحتكر، أما الثانية فهي وسيلة تشريعية وتتمثل في

[1] حمدي محمد إسماعيل سلطح، نفس المرجع السابق، ص178.

تدخل المشرع لا القاضي لتنظيم عقود الإذعان ويضع لها حدودا يحمي بها الجانب الضعيف من تعسف المحتكرين وتكون هذه الحماية واضحة ومحددة[1].

جدير بالذكر أن المشرع الجزائري وعلى الرغم من المخاطر التي تشكلها هذه العقود لكونها تمثل انتقاصا واضحا من حرية التعاقد والتفاوض ولا تتيح أية فرصة لمناقشة بنودها وشروطها، إلا أنه اعتبرها عقودا حقيقية وهو ما أكدته المادة 70 من ق.م.ج معتبرا أن التفاوت الملحوظ بين مركز كلا المتعاقدين فيها، هو تفاوت اقتصادي محض وليس تفاوت قانوني، وأن ذلك التفاوت لا يؤثر في قيام التراضي ووجود العقد الذي يخضع للقواعد العامة التي تخضع لها باقي العقود[2].

الفرع الثاني: كيفية حصول القبول في عقود الإذعان :

قبل تناول موضوع كيفية حصول القبول في عقود الإذعان، علينا التطرق أولا إلى الإيجاب في عقود الإذعان.

أ- المبدأ العام في القبول :

يبقى القبول في عقود الإذعان كالقبول في غيره من العقود، إذ أنه لا يفرض على من وجه إليه و يبقى هذا الأخير حرا في قبوله أو رفضه، إلا أنه وعلى الرغم من ذلك فإن الإرادة الحرة لمن وجه إليه الإيجاب في قبول هذا العقد أو رفضه ليست مطلقة في كل الأحوال، إذ أن الظروف المحيطة بالموجه له تجعله ملزما بالقبول، فقبوله هذا أقرب إلى التسليم بما وجه إليه بدلا من الرضا السليم به. [3]

---

[1] عبد الرزاق أحمد الصنهوري ، النظرية العامة للالتزامات ، نظرية العقد ،الجزء الأول ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ، لبنان الطبعة الثانية الجديدة ،1998 ، ص275.

[2] بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ،2011، ص58.

[3] لعشب محفوظ بن حامد ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1990،ص 80 .

وإذا كانت حرية التعاقد ومبدأ سلطان الإرادة يظهران بشكل كبير في الصورة التعاقدية للمتعاقد إذ يحققان قدر كبير من الحرية في التفاوض لأي متعاقد ، إلا أن ذلك لا ينطبق على كل العقود ومنها عقود الإذعان، بحيث فيها تنقص حرية التعاقد ويقل مقدارها بشكل كبير، ويضيق مجال سلطان الإرادة بصورة واضحة، وبذلك اعتبرت عقود الإذعان نموذجا خاصا يشكل اعتداء على قواعد القبول والإيجاب ، كما تمثل انتقاص من حرية التعاقد في التفاوض بشأن العقد المزمع إبرامه. [1]

ولكون القبول للعرض الموجه من طرف المشترط في عقود الإذعان هو في الحقيقة تسليم وخضوع لإرادة الطرف القوي وهو ما يلاحظ أثناء التعامل في مثل هكذا عقود، فإبرام عقد مع شركة سونلغاز أو الجزائرية للمياه مثلا ما هو إلا تسليم لشروطها ، لكن وعلى الرغم من التفاوت و الفارق بين كلتا الإرادتين المتعاقدتين، فإن ذلك لا يرقى لدرجة تغييب رضا الطرف الضعيف ما دام حر في قبول التعاقد من عدمه و اعتبار للفارق في الإمكانيات المتاحة بكل طرف، فإن المشرع الجزائري قيد الطرف القوي فيها بقيد عدم التعسف في وضع شروط العقد، إذا أجاز للقاضي تعديل هذه الشروط أو الإعفاء منها كلية، وهو ما تناولته المادة 110 ق.م.ج و له أي القاضي سلطة تقديرية في تحديد الشرط المجحف وجعل ذلك من النظام العام بنصه على أن يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك، و لذلك اعتبرت عقود الإذعان خروجا على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين[2].

وقد وضح المشرع الجزائري في المادة ة 70 من ق.م.ج كيفية حصول القبول في عقود الإذعان بقوله: " يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل مناقشة فيها "، فالقبول في عقود الإذعان يتحقق بالتسليم بالشروط المقررة فيها، و هو الرد الإيجابي للمذعن عن الإيجاب الموجه إليه من طرف الموجب .

وبناء عليه فإننا نؤيد الأستاذ الدكتور علي فيلالي فيما يراه مبدئيا في أن القبول في عقود الإذعان و المتمثل في التسليم بالشروط المقررة التي يضعها الموجب بأنه صورة خاصة

[1] كريمة بركات، نفس المرجع السابق ، ص 276.

[2] زكرياء سرايش ، الوجيز في مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة ، دار هومة بوزريعة الجزائر طبعة 2014، ص134.

تخرج عن القواعد العامة للتعبير عن الإرادة كما يرى بعض الفقهاء لاسيما و أن الحرية الموجهة له للقبول محدودة ، مما جعله مضطرا لقبول تلك الشروط خصوصا وأن عقود الإذعان ليست كغيرها من العقود، على الرغم من أن قبول المذعن قبول نسبي بالنظر إلى القبول في عقود المساومة [1] .

لذلك وردت عقود الإذعان على شكل ذلك العقد المبرم بين طرفين، الطرف الأول قوي يحتكر سلعة أو خدمة ضرورية، و الطرف الثاني ضعيف بحاجة ماسة إلى تلك السلعة، مما يجعل الطرف القوي يملي شروطه على الطرف الضعيف في عقود جاهزة مطبوعة و ما عليه إلا قبولها دون مناقشة ولا تعديل، و بالتالي يكون قبوله هذا رضوخا لإرادة المحتكر وفقا للشروط التي أعدها [2].

لذلك يتسم القبول في عقد الإذعان بأنه قبول إذعان أي قبول فيه ضرر و رضوخ (أي تحت ضغط) لشروط مفروضة فرضها المحتكر .

وبناء عليه فإنه لا نكون بصدد عقود الإذعان إلا إذا توافرت في العقد ثلاثة شروط نبينها كما يلي:

- الشرط الأول : عندما يتعلق العقد بسلع أو خدمات تعتبر من الضروريات الأساسية للمستهلكين أو المنتفعين لا يمكنهم الاستغناء عنها .
- الشرط الثاني : أن تكون هذه السلعة أو الخدمات محتكرة احتكارا فعليا أو قانونيا أو تكون المناقشة بشأنها محدودة جدا نتيجة التفوق الاقتصادي لعارضها .
- الشرط الثالث :أن يكون عرض للانتفاع من السلعة أو الانتفاع من المرفق موجه إلى الجمهور عموما وفق شروط وضعها الموجب الطرف القوي في العقد، وما على المتعاقد الثاني وهو الطرف المذعن إلا قبولها كلها أو رفضها كلها، و هنا يتضح أن القبول في عقد الإذعان هو قبول تسليم وليس قبول مشيئة، لذلك خصه المشرع بحماية قانونية أوردها في المادة 112 ق.م.ج و خرج عن قاعدة تفسير العقد في حالة الشك لمصلحة المدين ووضع لها

[1] علي فيلالي ، نفس المرجع السابق ، ص 136 وما يليها .

[2] علي علي سليمان، نفس المرجع السابق ، ص38.

استثناء مفاده تفسير العقد في حالة الشك لمصلحة الطرف المذعن دائنا أو مدينا، مستندا في ذلك بأن المحتكر وهو الطرف القوي في عقد الإذعان هو من وضع شروط العقد، و كان الأجدر به أن يضع شروطا واضحة، فإن لم يفعل ذلك أخذ بخطئه وتقصيره و يحتمل بالتالي نتيجة ذلك [1].

وبناءا عليه فإن التوسع في سلطة القاضي في تفسير العقد (م 70، م 110، م112 ، من ق.م.ج) يتوخى فيه تحقيق العدالة و الإنصاف، وحماية للطرف المستهلك في العلاقة العقدية و إعادة التوازن للالتزامات المترتبة عن هذه العلاقة، لاسيما بعد انتشار الشروط التعسفية وما تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن إلا حماية قانونية للطرف الضعيف.

كما أن الأخذ بالشروط المكتوبة بدل المطبوعة عندما يوجد تعارض بينها و كذا الاعتداد بالإرادة الضمنية اللاحقة و الناسخة الإرادة الصريحة السابقة كلها، وسائل مساعدة لمكافحة الشروط التعسفية .

تجدر الإشارة أننا نؤيد ما أبداه الدكتور بلحاج العربي في رأيه الموافق لرأي العلامة المرحوم الأستاذ عبد الرزاق السنهوري في قوله ":بأن الإذعان هو ضرب من الإكراه أو الاستغلال، يرتب عليه القانون نتائج محددة وكان المنطق يقضي بأن يوضع النص الخاص بعقود الإذعان في المكان الذي وضع فيه النص بنظرية الاستغلال فهذه أشكل بتلك" [2].

المطلب الثاني: الأحكام الخاصة لحماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان:

لكون عقود الإذعان غالبا ما ترد بها شروط ضارة لمصلحة الطرف المذعن خصها معظم المشرعين ومنهم المشرع الجزائري بحماية قانونية خاصة، والتي تتم بوسيلتين الأولى

[1] محمد حسام محمود لطفي ، النظرية العامة للالتزام المصادر الأحكام الإثبات ، دراسة تفصيلية في ضوء أراء الفقه وأحكام القضاء ، قصر للطباعة والدعاية الإعلام ،2007، ص41.

[2] بلحاج العربي نظرية العقد في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر، 2015، ص193.

تتمثل في منح سلطة للقاضي في تعديل هذه الشروط التعسفية أو الإعفاء منها، و الثانية خاصة بتفسير العقد[1]، وسنتناول كلتا الوسيلتين بالتفصيل في الفرعين الأتي ذكرهما:

الفـــرع الأول: سلطـــة القاضي في تعـــديل أو إعفـــاء الطرف الضعيف من الشـــروط التعســـفية: إن التطورات التي عرفتها الحرية الاقتصادية خلال القرن الثامن عشر و التي هي في الواقع ثمرة مبدأ سلطان الإرادة و التي تولد عنها ظهور تشريعات قائمة على مبدأ " دعه يعمل أتركه يمر " هذا المبدأ الذي سمح للأشخاص بتبادل الثروات و الخدمات و التعاقد فيما بينهم بكل حرية، مما أدى إلى قيام علاقات أكثر عدلا فيما بينهم و أكثر فائدة من الناحية الاجتماعية ، لكن الإدعاء بأن حرية التعاقد يترتب عنها تلقائيا تحقيق توازن عادل في الاداءات يفترض أن يكون هناك تكافؤ من كلا المتعاقدين في التفاوض و نقاش ما عرضه أحدهما على الأخر من شروط، و لأحدهما قبول هذه الشروط أو البحث عن الأحسن منها في مكان أخر، و عندها يمكن التحدث بأن الحرية التعاقدية تحقق فعلا توازن الأداءات ، إذ أنه يلاحظ في بعض العقود أن الأمر ليس سهلا كذلك فأحد المتعاقدين فيهما طرف قوي يضع بنود أو قانون العقد، و الأخر ما عليه إلا القبول أو الترك، مما يمنع توازن الأداءات وهو ما يظهر بكل وضوح في عقود الإذعان، فشروط العقد المقترحة مفروضة دون أية مناقشة تذكر، و الحرية الاقتصادية ما هي إلا حرية اسمية مادام أنه لا توجد مساواة بين أطراف العقد [2].

غير أن المشرع الجزائري ومراعاة لوضع الطرف المذعن في العلاقة التعاقدية وضع له حماية تشريعية فعالة لصالحه ، بدءا من ضرورة العلم بشروط العقد لصحة القبول حتى تكون نافذة في حق الطرف المذعن ، كما خصه بحماية من تعسف المتعاقد معه وهو الطرف القوي اقتصاديا وذلك ما تفرضه المصلحة العامة في قوانين حماية المستهلك، ومنها تفسير العقد في حالة الشك في معرفة الإرادة المشتركة للمتعاقدين لصالح المدين (المادة 110/ف2 من ق.م.)، ومنها كذلك جواز تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية (المادة 112 ق.م.ج).[3]

---

[1] محمد صبري السعدي، نفس المرجع السابق، ص124.

[2] حمدي محمد إسماعيل سلطح ، نفس المرجع السابق ،ص 181 –182.

[3] بلحاج العربي ، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية ، دراسة فقهية مقارنة في ضوء القانون المدني الجديد ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، بوزريعة الجزائر ، 2014 ، ص 123.

ونجد أن هدف المشرع من سنه حماية خاصة للطرف المذعن كآلية للرقابة على الشروط التعسفية، إنما قصد الحرص منه على إعادة التوازن العقدي، والتي استعان فيها بالرقـــابة القضائية كوسيلة لتحقيق إعـــادة التوازن المفقود في عقود الإذعان نظرا لخصوصيتها .[1]

وللقاضي وهو بصدد تفسير الشروط الواردة في عقد الإذعان الموضوعة سلفا من طرف المشترط وهو الطرف القوي في العقد، أن لا يولي أي اهتمام لإرادة المتعاقدين ، وله حق إلغائها متى تبين له أنها شروط تعسفية أو أن يعدلها وفقا لما تقتضيه العدالة، مما يعتبر خروجا عن قواعد التفسير. [2]

و إذا كان قبول المذعن لإيجاب المشترط قبولا اضطراريا لكونه تم بإرادته الحرة فهو قبولا عن الرضا من طرفه، وحماية له من تعسف المشترط خصه المشرع الجزائري بحماية قانونية إذ نصت المادة 110 م.ج على أنه : " إذ تم العقد بطريقة الإذعان و كان قد تضمن شروطا تعسفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها ، و ذلك وفقا لما تقضي به العدالة ، و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ".

وبمقتضى هذه المادة للمذعن الحق في اللجوء للقضاء للمطالبة بتدخل القاضي لتعديل الشروط التعسفية الواردة في العقد وله أن يعفي المذعن منها متى رأى أنها بالغة التعسف ، فيصبح العقد ساري المفعول دون تلك الشروط ،كما أنه يعتبر كل اتفاق على خلاف ذلك باطلا بطلانا مطلقا، وسلطة القاضي في التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية سلطة تقديرية خاضعة لمقتضيات العدالة، و لا يخضع لرقابة المحكمة العليا [3]، و القصد منها هو تحقيق هدفين :

---

[11] ابراهيم عبد العزيز داود ،حماية المستهلك في مواجخة الشروط التعسفية ، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي الإذعان وحماية المستهلك ، دار الجامعة الجديدة ، الأزاريطة ،الإسكندرية ، مصر ،2014،ص 45.

[2] بركات كريمة ، المرجع السابق ، ص 299.

[3] علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ، ط6، 2015، ص 39..

1- تفادي عدم العدالة الناتج عن عدم المساس ببنود العقد الأولية التي وردت في العقد وذلك في حالة ارتفاع الأسعار، فعدم العدالة اللاحقة للتعاقد لا تقل شأنا عن عدم العدالة المتحققة وقت إبرام العقد .

2- كما يقصد بتعديل العقد تحقيق المصلحة العامة لتحقيق المقتضيات السياسية الاقتصادية، فقد يتدخل المشرع لتخفيض الأداءات المالية المتفق عليها بهدف تخفيض الأسعار لمحاربة الانكماش وليس لإعادة توازن أداءات المتعاقدين .

وبذلك فأحكام المادة 110 ق.م.ج بإعطائها القاضي سلطة تعديل العقد فهذه السلطة لا تقتصر فقط على تفسيره بل تتعداه إلى تعديله، مما يشكل قيدا من القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة، كما أن عموم وشمول هذا النص ما هو في الحقيقة إلا أداة قوية في يد القاضي لحماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية التي تفرضها الشركات العملاقة على صغار المستهلكين .

وتبقى سلطة تقدير الشرط ما إن كان شرطا تعسفيا أم لا؟ تؤول للقاضي ، فإذا تسنى له أن هذا الشرط أو ذاك شرطا تعسفيا، له أن يعدله أو يعفي المذعن منه، أما إذا لم يتضح له كذلك تركه على حاله.[1]

هذا وتجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري اعترف للقاضي بسلطة إعفاء المذعن كلية من الشرط التعسفي وذلك متى اتضح لديه أن إجراء تعديله غير كافي لرفع التعسف عليه، وإعادة التوازن للعلاقة التعاقدية، وهذا الموقف التشريعي يتلاءم والحماية المقررة للمستهلك لأنه يبطل الشرط التعسفي وفقا لمقتضيات العدالة، ويبقي على العقد قائما، خصوصا وأن المستهلك بحاجة إلى السلعة أو الخدمة موضوع التعاقد ، ويكون للقاضي ذلك إذا كان الإعفاء أو إبطال الشرط التعسفي يبقي على العقد صحيحا فإن لم يكن ذلك ممكنا بطل العقد برمته .

كما لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على سلب القاضي سلطة التعديل أو الإلغاء للشروط التعسفية، لكونها من النظام العام، وهذا يعتبر من مظاهر الحماية التي جسدها المشرع

[1] حمدي محمد إسماعيل سلطح، نفس المرجع السابق، ص184.

للمذعن، إذ لو جاز مخالفة هذه الحماية لتشجع الطرف القوي في العقد وأدرجها ضمن بنود العقد وبالتالي تتعطل الحماية التي قررها المشرع للطرف المذعن [1].

كما يكون تعديل الشروط التعسفية الواردة في عقد الإذعان أو الإعفاء منها، بناء على طلب الطرف المذعن وذلك حفاظا على حياد القاضي و بالتالي فلا يجوز أن يتصدى لها من تلقاء نفسه ، لذلك فإننا نؤيد ما يراه الأستاذ بودالي محمد في ضرورة الاعتراف للقضاء بسلطة إثارة التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية من تلقاء نفسه بمناسبة نظره في دعوى التنفيذ أو فسخ العقد الأصلي ، وذلك كما هو معمول به في التشريعات الأوروبية، على اعتبار أن ذلك يساهم في بناء نظام قضائي متكامل للحماية من الشروط التعسفية .

و يرى بعض الفقهاء العرب أن القاضي لا يتقيد بحد معين في تقرير ما إن كان الشرط تعسفيا أم لا ، وإنما هو مقيد فقط بما تقتضيه العدالة وله كامل الحق في ما يبديه في تقديره ما إذا كان الشرط تعسفيا ، ولا يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض، ما دامت عبارة العقد تحمل المعنى الذي أخذ به و له إما أن يعدله وإزالة التعسف، وله أن يلغيه كذلك [2].

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تفسير العقد لمصلحة المذعن دائنا أو مدينا:

لقد وضعت المادة 111 م.ج القاعدة العامة في تفسير العقود إذ نصت " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طرق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات ".

من خلال ما ورد في المادة 111 أعلاه يتضح أن المشرع الجزائري حدد ثلاث حالات لتفسير عبارات العقد بدءا من حالة وضوح عبارة العقد والتي لا يجوز فيها الانحراف عن

[1] سلوى قداش ، أمال بوهنتالة ، سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن العقدي لعقود الاستهلاك ، مقال نشر في مجلة الاجتهاد القضائي ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة، العدد 14، أفريل 2017، ص 257.

[2] بودالي محمد، نفس المرجع السابق، ص59.

المعنى الظاهر لها ، أما إذا كانت عبارة العقد غامضة و هي الحالة الثانية فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، و تليها الحالة الثالثة و هي حالة الشك في معرفة هذه الإرادة وهنا تفسر العبارات لمصلحة الملتزم المذعن .[1]

و بناءا عليه فإن عملا بأحكام المادة 112 / ف1 من ق.م.ج فإنه في حالة الشك في معرفة الإرادة والنية الحقيقية للمتعاقدين فإن ذلك الشك يفسر لمصلحة المدين كأصل عام على اعتبار أن الإنسان بريء حتى يثبت الدليل أنه مدين وهو ما أكدته المادة 323 من ق.م.ج .[2]

وعلى هذا فإنه طبقا للمادة 112/ف 2 من ق.م.ج يتعين تفسير الشك في معرفة الإرادة أو النية المشتركة للمتعاقدين في مصلحة الطرف المذعن في عقود الإذعان، سواء أن كان دائنا أو مدينا، وهذا الاستثناء جاء تأسيسا على أن المذعن هو الطرف الضعيف اقتصاديا، وبالتالي فإن الطرف القوي هو الذي يستقل بتحرير العقد وبنوده، فإذا كانت عبارات العقد وشروطه غامضة وجب أن لا يستفيد من هذا الغموض، لأنه هو واضعه أو صانعه وهو من تسبب فيه،كما خص المشرع الجزائري في إطار حماية المستهلك بحماية خاصة للمستهلك، إذ فسر الشك في العقود الاستهلاكية الغامضة غير المتوازنة لمصلحته، لذلك يكون المتدخل الاقتصادي (التاجر أو الحرفي أو المهني) هو الطرف القوي في عقود الاستهلاك لما لديه من معلومات عن البضاعة محل التعاقد، و لما له من كفاءة وخبرة وقدرة مالية لا تتوفر لدى المستهلك بحيث ألزمه بإعلام المستهلك وأن لا تمس هذه العقود الاستهلاكية بالمصالح المادية والمعنوية للمستهلك (.المواد 17 ،18 ،19 ،20 من القانون رقم :03/09 المؤرخ في:2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش)، وعلى نفس المنوال تدخل المشرع لحماية مصلحة العامل في عقود العمل ،وكذلك في العقود النموذجية أو النمطية إذا وردت فيها شروط تعسفية أو غامضة أو تضمنت شروطا بالإعفاء من المسؤولية ، أو خالفت مبدأ التساوي في صيغة النماذج المطروحة على الكافة ،إذ يفترض في مثل هذه العقود أن الطرف القوي فيها له من الإمكانيات و الوسائل ما يجعل من شروط العقود التي أعدت أن تكون

[1] لعشب محفوظ بن حامد ،المرجع السابق ،ص144.

[2] المادة 323 من ق.م. ج والتي تنص على أنه: "على الدائن إثبات الإلتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه".

واضحة ولا لبس فيها فإن لم تكن كذلك أخذ الطرف القوي بخطئه لكونه المتسبب في هذا الغموض [1].

وإذا كان الأصل في تفسير الشك في مصلحة المدين، فإن المشرع الجزائري أورد استثناءا فيما يتعلق بعقود الإذعان، إذ يفسر الشك فيها لمصلحة المذعن مدينا أو دائنا خصوصا وأن هذا الأخير بحاجة إلى حمايته والأخذ بيده [2] .

وبالتالي خلافا للقاعدة العامة التي تقضي بأن الشك يفسر لمصلحة المدين والتي يقع مجال تطبيقها هي عقود المساومة القائمة على الحرية والاختيار وفيها يقف كل من الطرفين يملي إرادته على الطرف الأخر ، لكن في عقود الإذعان الأمر ليس كذلك بحيث أن أحد أطرافها هو من يملي إرادته على الطرف الأخر، فإذا أمـــلى شروطه بطـــريقة غامضة ومبهمة كان مخـــطئا ومقصرا، وفسر ذلك الغموض لمصلحة المذعن مـــهما كانت صفـــته دائنا أو مدينا [3] .

و هذا الاستثناء مؤسس على أن الطرف المذعن هو الطرف الضعيف اقتصاديا مما يستوجب حمايته ، كما أن الطرف الأخر وهو الطرف القوي في العقد وهو من يعد بنوده فإذا احتوى العقد إبهاما أو تقصيرا فيؤول ذلك الإبهام والتقصير إليه.[4] .

ومن العدل أن يتحمل مسؤولية تقصيره في إيضاح شروط العقد وأن لا يستفيد من غموض شروط العقد التي أملاها و فرضها على المستهلك والذي قبلها بخضوع وإذعان [5] .

---

[1] بلحاج العربي ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الثاني ، المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة ، دار هومة للنشر والتوزيع ، الجزائر 2014، ص 761 وما يليها .

[2] أمجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات ، مكتبة الوفاء القانونية،الإسكندرية ،ط1، الإصدار الخامس 2009، ص167.

[3] أحمد سلمان شهيب السعداوي ،جواد كاظم سميسم ، مصادر الالتزام ، مكتبة زين الحقوقية والأدبية ، بيروت لبنان ،ط1،2015 ص63.

[4]دريد محمود علي ، النظرية العامة للالتزام ، القسم الأول ،مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان ، ط1، 2012 ،ص 273.

[5] بودالي محمد، نفس المرجع السابق ، ص63.

وعلى هذا خرج المشرع الجزائري عن الأصل في تفسير عبارات العقد، فبعد أن نص في الفقرة الأولى من المادة 212 ق م.ج على أن الشك يفسر لمصلحة المدين قرر في الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة العمل بالاستثناء ، بالنص على أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن وبالتالي تفسير العبارات الغامضة لمصلحة المذعن حتى ولو كان دائنا [1] .

فمجال هذه المادة إذن أن يكون هناك شك عند القاضي في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين بأن يتراوح تأويل العقد بين وجوه متعددة كل وجه منها محتمل، ولم يترجح عنده وجه على وجه ولم يظهر له ولا وجه واحد يمكن له من خلاله أن يفسر العقد، وبالتالي استحالة التأويل، فهذه قرينة على عدم وجود نية مشتركة للمتعاقدين التقيا عليها، بل أن ما أراده كل منها شيء لم يرده أخر، وحينها لم ينعقد العقد، وفي هذه الحالة على القاضي أن يبحث عن جهة أخرى تمكنه من البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فإذا نجح في إزالة الشك وجب عليه تأويل عبارات العقد وفق النية المشتركة التي كشفها حتى ولو كان ذلك التأويل ضد مصلحة المدين ، لكن ليس الأمر كذلك في كل الأحوال إذ لا يجب أن يكون التأويل ضارا لمصلحة الطرف المذعن مهما كانت صفته دائنا أو مدينا، وهو ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 112 ق.م.ج التي تنص على أنه:" لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن" ، ومرد هذا الاستثناء جاء لكون أن طرفي العقد ليسوا على حد سواء من حيث القوة، إذ هناك طرف قوي وطرف ضعيف اقتصاديا، وأن رضاءه بالعقد أقرب إلى التسليم منه إلى القبول الاختياري، وعلى خلاف الأصل العام الذي يقتضي المساواة بين طرفي العقد، كما أن الطرف القوي هو من حرر العقد وهو في مركز قوي عكس المذعن، لذلك إذا ظهر أي غموض أو لبس أو إبهام في العقد وجب أن يتحمل عواقب ذلك و أن يستفيد المذعن من هذا التقصير .[2]

كما يجد هذا الاستثناء تبريره كذلك في أن المذعن ما كان عليه إلا الخضوع للشروط الذي انفرد بوضعها الطرف القوي، والتي لا يملك أي قدرة على مناقشتها وما عليه إلا قبولها

[1] محمد صبري السعدي ، نفس المرجع السابق، ص126.

[2] أنور سلطان، نفس المرجع السابق ص239.

كلية أو تركها كلية، لذلك من باب العدالة أن حالة الشك تفسر لمصلحته مهما كانت الصفة التي كان عليها دائنا أو مدينا .[1]

المبحث الرابع : وسائل قانونية لحماية حقوق الدائنين:

لقد قرر معظم المشرعين وحماية منهم لحقوق الدائن منحه دعوى يصبح بها دائنا مباشرا لمدين مدينه ، فيكون له أن يطالب مدين المدين باسمه شخصيا لا باسم المدين بأن يؤدي إليه ما كان يجب أن يؤديه للمدين وذلك في حدود ما على الدائن للمدين ، هذه الدعوى التي نظر إليها على أنها تلزم الغير على الرغم من أنه ليس طرفا في العقد. [2]

كما تشكل العقود الجماعية للعمل هي الأخرى استثناءا من مبدأ الأثر النسبي للعقد ووسيلة قانونية لحماية حقوق أطراف لم يكونوا طرفا فيها عند ابرامها [3] ، كما أن الصلح الواقي من الإفلاس تكون شروطه سارية على الجميع ، حتى على الدائنين المتخلفين منهم على التصويت [4]، مما يعتبر خروجا عن مبدأ الأثر النسبي للعقد، ولبحث موضوع الوسائل القانونية لحماية حقوق الدائنين، فإننا قسمنا هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب ، تناولنا في المطلب الأول الدعوى المباشرة، والعقود الجماعية في المطلب الثاني، أما المطلب الثالث فخصصناه للصلح الواقي من الإفلاس.

المطلب الأول: الدعوى المباشرة:

تتميز الدعوى المباشرة بأنها دعوى مدنية بامتياز، إذ تتضمن كل عناصر الخصوم والمصلحة والمرافعة ، ثم إصدار الحكم ولا تقرر إلا بموجب نص خاص و الأحكام المتعلقة

---

[1] حوحو يمينة، نفس المرجع السابق، ص75.

[2] صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، الدار الغلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان، الأردن ، ط1 ، 2001، ص 88.

[3] غالب علي الداودي ، شرح قانون العمل ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ،الأردن ط1،2011 ص 218.

[4]، سيبيل جلوك ، نظام الإفلاس وخصائصه ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ط1،2012، ص 79.

بها في طبيعتها قواعد أمرة، لا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على ما جاءت به، لذلك فالدعوى المباشرة تعتبر من النظام العام .

كما أنها تعتبر حماية قانونية استثنائية قائمة على فكرة الامتياز، كما تعتبر تأمينا أو ضمانا خاصا أنشأه القانون، إذ بموجبها يطالب الدائن باسمه الشخصي بحقوق مدين مدينه فينتقل مباشرة من حق المدين إلى ذمة الدائن مباشرة دون المرور بذمة المدين[1] .

لذلك فالدعوى المباشرة تعتبر استثناءا فعليا على مبدأ الأثر النسبي للعقد، و يترتب عليه استقلال الدائن في ماله من حقوق في ذمة المدين، دون مزاحمة الدائنين الأخرين للمدين [2].

تجدر الإشارة إلى أنه إذا لم يوجد نص قانوني صريح، فإنه لا جدوى للغير بمطالبة مدين مدينه ، إلا باللجوء إلى الدعوى الغير مباشرة (م 189، و 190 من ق.م.ج)[3].

كما يلاحظ أن هذه الدعوى تمثل استثناءا كذلك على مبدأ المساواة بين الدائنين العاديين إذ بمقتضاها يستأثر الدائن بامتياز على الدين الذي هو في ذمة مدين المدين، فيتيسر له أن يأمن مزاحمة غيره الذين لم تتقرر لهم هذه الدعوى، و يتقدمهم كما لو كان له أولوية أو أفضلية في استيفاء دينه[4] ، شريطة أن يقوم بإنذار المدعي عليه وهو مدين مدينه بالوفاء بحقه الثابت في ذمة المدين الأصلي، مع ضرورة وجود ارتباط بين التزام مدين المدين إزاء المدين الأصلي وبين التزام الأخير إزاء دائنه ،كما أن بساطتها وسرعة إجراءاتها تحقق ما لا تحققه الدعوى الغير المباشرة، لذلك اعتبرت وسيلة من وسائل التنفيذ[5]، الهادفة إلى تأمين الدائن من خطر مزاحمة باقي الدائنين و الخضوع لقسمة الغرماء ، كما ينتج عنها امتناع المدين من

---

[1] بلحاج العربي ، أحكام الالتزام في ق م ج ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر 2013، ص265.

[2] خليل أحمد حسن قدادة ، الوجيز غي شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الثاني أحكام الالتزام ، الطبعة الثانية ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، 1992 ، ص62.

[3] بلحاج العربي ، نظرية العقد في ق م ج ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر 2015 ،ص402.

[4] بلحاج العربي ، مصادر الالتزام في ق م ج ، الجزء 2، المصادر الإرادية ، العقد والإرادة المنفردة ، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2014 ، ص739.

[5] بلحاج العربي ، أحكام الالتزام في ضوء قواعد الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان الأردن ، ط 2 ،2015، ص 172.

التصرف في حقه قبل مدينه، كما يمتنع كذلك مدين المدين من وقت إنذاره عن الوفاء بهذا الحق لغير الدائن، ليصبح الدائن في مركز متميز عن باقي الدائنين تواجد فيه مصادفة، إذ يتصادف أن يكون هناك مدين لمدينه في ذمته دين لهذا المدين ويوجد نص قانوني يمنحه حق الرجوع مباشرة على مدين المدين بشرط أن يكون هذا الحق مستحق الأداء ، كما لا يستطيع الدائن أن يرجع على مدين المدين بأكثر مما له في ذمة الدين، وله إن كان دينه أكثر مما على دين المدين أن يرجع بالفرق على المدين. [1]

وباعتبار الدعوى المباشرة استثناءا من مبدأ الأثر النسبي للعقد ، فإننا ارتأينا أن نعرض بعض حالاتها التي أوردها المشرع الجزائري و التي أجازت للدائن أن يرجع مباشرة على مدين مدينه، بحيث تعرضت إلى خمسة حالات منها، فخصصنا دعوى المؤجر في مواجهة المستأجر الفرعي في الفرع الأول ، يليها الدعوى المباشرة الناشئة عن الوكالة الفرعية في الفرع الثاني، دعوى المقاول من الباطن وعمال المقاول الأصلي في الفرع الثالث بعدها دعوى رب العمل ضد النائب الفضولي في الفرع الرابع، وأخيرا دعوى المضرور ضد شركة التأمين في الفرع الخامس .

الفرع الأول : دعوى المؤجر في مواجهة المستأجر الفرعي :

نصت المادة 507 /01 من ق.م.ج على أنه : "يكون المستأجر الفرعي ملتزما مباشرة تجاه المؤجر بالقدر الذي يكون بذمته للمستأجر الأصلي وذلك في الوقت الذي أنذره المؤجر.

ولا يجوز للمستأجر الفرعي أن يحتج تجاه المؤجر لما سبقه من بدل الإيجار إلى المستأجر الأصلي إلا إذا تم ذلك قبل الإنذار طبقا، للعرف أو الاتفاق الثابت والمبرم وقت انعقاد الإيجار الفرعي."

من خلال نص هذه المادة يتضح أن للمؤجر دعوى مباشرة ضد المستأجر من الباطن يتسنى له بمقتضاها مطالبته بالأجرة و باقي و الالتزامات المترتبة في ذمة المستأجر من الباطن كالتعويض عن الحريق وعن التلف و غيره من الالتزامات، و يكون المقدار الذي

[1] نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الأزريطة ،الإسكندرية مصر،2009، ص 143.

يطالب به المؤجر المستأجر من الباطن هو المقدار الذي هو على عاتق المستأجر الأصلي وقت أن ينذر المؤجر المستأجر من الباطن أن يدفع له هذا المقدار، وليس المقدار الذي في ذمة المستأجر الأصلي للمؤجر، إلا إذا كان هذا المقدار الثاني أقل من المقدار الأول، و تكون العبرة بالمقدار الأول، و بناءا عليه فإن هذا النص مكن المؤجر بدلا من الرجوع على المستأجر من الباطن بالدعوى الغير المباشرة والتي يزاحمها فيه غيره من دائني المستأجر الأصلي من دعوى مباشرة أن يحجز ما للمدين لدى الغير أي تحت يد مدين مدينه، فلولا الدعوى المباشرة لما استطاع المؤجر أن يكون المستأجر من الباطن مدينا له بصفة مباشرة فيكون مدين المستأجر من الباطن مدينا لمدينه [1].

الفرع الثاني: الدعوى المباشرة الناشئة عن الوكالة الفرعية:

نصت المادة 580 ق .م .ج على أنه :"إذا أناب الوكيل عن غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصا له في ذلك، كان مسئولا عن ما فعل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية .

أما إذا رخص للوكيل في إقامة نائب عنه دون أن يعين الشخص النائب، فإن الوكيل لا يكون مسئولا إلا عن خطئه في اختيار نائبه أو عن خطئه فيما أصدره من تعليمات .

و يجوز في الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كلا منهما مباشرة على الأخر "

يتبين من نص هذه المادة لاسيما الفقرة الثالثة منها بأن للموكل و نائب الوكيل دعوى مباشرة يرجع من خلالها كل منها على الأخر، إذ يجوز للموكل أن يرجع على نائب الوكيل ليطالبه بكل الحقوق المترتبة عن عقد الوكالة ،كما يكون لنائب الوكيل دعوى مباشرة ضد الموكل، ويكون كليهما متضامنين في مواجهة الموكل، كما يجوز لنائب الوكيل الرجوع على الموكل بكامل حقوق الوكيل الأصلي [2].

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام ، الإثبات – أثار الالتزام الطبعة الثالثة الجديدة منشورات الحلي الحقوقية بيروت لبنان، ، 2000، ص982 .

[2] خليل أحمد حسن قدادة ، 1992 ،المرجع السابق، ص65.

و في الحالة التي يتم فيها ترخيص الموكل للوكيل في تعيين نائب عنه، فإن نائب الوكيل يصبح مباشرة وكيل للموكل مادام أنه رخص بإقامة نائب عنه ، لكن إذا أقام الوكيل نائب عنه دون أن يخبره بعقد الوكالة الصادر له هو من موكله، فإن قواعد التسخير هي التي تطبق على هذه الحالة، وبالتالي لا تكون هناك علاقة مباشرة بين الموكل نائب الوكيل .

لذلك ورد نص المادة 580 م.ج كضرورة لإيجاد هذه العلاقة في صورة الدعوى المباشرة، كما أنه لولا نص هذه المادة لن تقوم أية علاقة مباشرة بين الموكل ونائب الوكيل في حالة إذا لم يرخص الموكل للوكيل في إقامة نائب عنه، لأن قواعد الوكالة لا تسمح بذلك، وبناءا على ما سبق فإن رجوع الموكل مباشرة على نائب الوكيل بجميع حقوق الموكل بل يكون الوكيل الأصلي متضامنا مع نائبه في المسؤولية جاء بفضل الدعوى المباشرة التي قررتها أحكام المادة 580 ق.م السالفة الذكر، كما يجوز لنائب الوكيل الرجوع مباشرة على الموكل بكامل حقوق الوكيل ولا يقتصر كل منهما على الدعوى غير المباشرة ويتعرض بالتالي لمزاحمة دائني مدينه.[1]

وينجر عن إنابة الوكيل نظام خصوصي بالنسبة للمسؤوليات .

- بالنسبة للوكيل الأصلي : أولت المادة 580 من ق.م للوكيل الأصلي نظاما خاصا له مكانته بالنظر إلى القواعد العامة ، إذ لا يسأل الوكيل الأصلي تلقائيا أو أوتوماتيكيا عن الأخطاء التي ارتكبها الوكيل النائب عكس المقاول الرئيسي الذي يسأل عن أخطاء المتعامل الثانوي (المتعامل من الباطن) إلا في حالتين :

– الحالة الأولى: تتعلق هذه الحالة بالنيابة الغير المرخص بها وهو ما نصت عليه المادة 580 ق.م في فقرتها الأولى والتي نصت على أنه : "إذا أناب الوكيل عن غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصا له ذلك ، كان مسئولا عما فعل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، و يكون الوكيل و نائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية ..."

[1] قدري عبد الفتاح الشهاوي ، آثار الالتزام نتائجه وتوابعه في التشريع المصري والمقارن ، منشأة المعارف جلال حزي وشركاه ، الإسكندرية ، مصر ، 2003، ص 207 وما يليها.

إذ بموجب نص هذه الفقرة يعتبر الوكيل ضامنا للأخطاء التي يرتكبها نائبه في مواجهة الموكل لعدم حصوله على ترخيص من طرف الموكل، باعتبار أن الموكل كان يريد أن تنفذ المهمة من طرف الوكيل الأصلي، وليس توكيل غيره للقيام بالمهمة المسندة إليه، لذلك فالخطأ الذي يرتكبه نائب الوكيل يعتبر كأنه من فعل الوكيل الأصلي ، وحتى يضمن الموكل حقه في التعويض ويتفادى إعسار الوكيل الأصلي ، خول له القانون بأن يطلب أي من الطرفين على حدة بالتعويض وإصلاح ما لحقه من أضرار، فله أن يطلب الوكيل الأصلي أو الوكيل من الباطن بحسب حالة أي منهما وبحسب ما يراه مناسبا، وله أن يطالبهما معا متضامنين وذلك في إطار المسؤولية التضامنية[1] .

– الحالة الثانية: وهي الحالة التي يكون فيها الوكيل الأصلي له رخصة في إنابة وكيل من الباطن، وهنا يتوجب التمييز بين فرضيتين:

– أولا : إذا كان الوكيل الأصلي مرخص في توكيل الغير لكن هذا الغير غير معين بشخصه فهنا لا يتحمل الوكيل الأصلي خطأ هذا الغير أي الوكيل من الباطن ولكن تبقى مسؤوليته عن خطئه الشخصي قائمة نتيجة إما لإساءته في الاختيار، كاختياره لشخص معروف بالإهمال أو عدم الأمانة، وإما عن خطئه فيما أصدره من تعليمات إلى هذا الوكيل من الباطن، ويكون بالتالي مسئولا اتجاه الموكل الذي تربطه به علاقة تعاقدية محددة في عقد الوكالة ، لكن إذا أحسن الوكيل الأصلي اختياره للوكيل من الباطن ولم يوجه إليه تعليمات خاطئة فإن مسؤولية الأخطاء التي يرتكبها الوكيل من الباطن في تنفيذ الوكالة يتحملها هذا الأخير من جهتين، الأولى من جهة الوكيل الأصلي بموجب عقد الوكالة من الباطن، ومن جهة الموكل بموجب الدعوى المباشرة ولا يسأل الوكيل الأصلي عن مسؤولية الوكيل من الباطن اتجاه الموكل طبقا لقواعد المسؤولية العقدية عن فعل الغير مادام قد رخص له بذلك.

– ثانيا : إذا كان الوكيل الأصلي مرخص بتوكيل شخص كوكيل من الباطن وكان هذا الأخير معين بالذات، ففي هذه الحالة لا يكون مسئولا اتجاه الموكل إلا عن الأخطاء الصادرة عن الموكل من الباطن ولا عن اختياره له ما دام أن الموكل قد وافق عليه، كما لا يكون مسئولا

[1] لحسن بن شيخ أ ث ملويا، سلسلة دراسات قانونية، عقد الوكالة (دراسة فقهية ، قانونية، وقضائية مقارنة)، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر، 2013 ص 110.

عن خطئه الشخصي في توجيه الوكيل من الباطن من خلال التعليمات الخاطئة المتعلقة بتنفيذ الوكالة [1].

نشير إلى أن الأستاذ المرحوم السنهوري يرى بأنه إذا قام الوكيل بإنابة غيره إنابة صحيحة سواء أكان مرخص بذلك أم لا، فإن ذلك يترتب عنه إنشاء علاقة بين الوكيل و الموكل و تنصرف بموجب ذلك جميع التصرفات التي يبرمها الوكيل إلى الموكل وكأنها صدرت من الموكل نفسه و ليس من الوكيل، وللموكل عن طريق الدعوى المباشرة الحق في مطالبة نائب الوكيل بجميع الحقوق والالتزامات الناشئة بمقتضى العقد، ويكون كذلك نائب الوكيل مسئولا اتجاه الموكل عن أي خطأ يرتكبه في تنفيذ الوكالة و يصبح للموكل مدينان الأول الوكيل بموجب مسؤولية العقد والثاني نائب الوكيل بموجب الدعوى المباشرة في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته.[2]

الفرع الثالث: دعوى المقاول من الباطن و عمال المقاول الأصلي:

تعتبر المقاولة من الباطن أسلوبا من أساليب الفن التعاقدي وتوجد كأصل عام كلما تعلق الأمر بالتزام بعمل يتم تنفيذه ماديا وفعليا عن طريق المقاول من الباطن (الغير) وليس عن طريق المقاول الأصلي، وهو المدين الأصلي بالالتزام ، كما هو الشأن في مقاولات البناء والتشييد ، فالمقاولة من الباطن هي اتفاق يتعهد بمقتضاه فرد أو شركة بتنفيذ عمل معين منح أصلا لشخص أخر، لذلك فهي تمثل طريقا لتنفيذ العقد عن طريق الغير .

كما أن المقاولة من الباطن ثنائية من حيث العقد وثلاثية من حيث الأطراف ، فالعقد الأول وهو العقد الأصلي والمبرم بين صاحب العمل والمقاول الأصلي ويسمى بالمتعاقد

[1] عامر عاشور عبد الله البياتي ، التعاقد من الباطن ، دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، دار الشتات للنشر والبرمجيات ، مصر الإمارات ، 2013، ص180 .

[2] ياسين أحمد القضاة ، الدعوى المباشرة في القانون المدني ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن ،2014 ، ص201.

المشترك لأنه يشترك في العقدين معا ، أما العقد الثاني وهو ذلك المبرم بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن ، والذي يعتبر أجنبيا عن العقد الأصلي [1] .

ولقد أعطى المشرع لعمال المقاول الأصلي و المقاولين من الباطن الحق في دعاوى مباشرة اتجاه رب العمل بالقدر الذي يكونون مدينين به للمقاول الأصلي دون تجاوز هذا القدر وقت رفع الدعوى ، كما يتمتع عمال المقاولين من الباطن بنفس الحق اتجاه كل من المقاول الأصلي ورب العمل [2]، وهو ما تناوله المشرع الجزائري 565 من ق.م.ج و التي نصت على انه : " يكون للمقاولين الفرعيين والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى ويكون لعمال المقاول الفرعي مثل هذا الحق اتجاه كل من المقاول الأصلي ورب العمل .

و لهم في حالة توقيع الحجز من أحدهم على ما تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول الفرعي وقت توقيع الحجز، ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة.

وحقوق المقاولين الفرعيين والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمة على حقوق الشخص الذي تنازل له المقاول عن دينه اتجاه رب العمل ".

الأصل أن المقاول الفرعي و عماله لا يستطيعون مطالبة رب العمل بتنفيذ الالتزامات المترتبة عن عقد المقاولة الفرعية المبرم بين هذه الأخيرة والمقاولة الأصلية ،كما أن عمال المقاول الفرعي لا يستطيعون مطالبة المقاول الأصلي بالوفاء بالتزاماته اتجاههم إلا عن طريق الدعوى الغير مباشرة، ذلك أن كل من المقاول الفرعي وعماله وحتى عمال المقاول الأصلي هم من الغير بالنسبة لعقد المقاولة المبرم بين المقاول ورب العمل، لكن المشرع و حماية لحقوقهم التي قدموها بخصوص انجاز المشروع موضوع عقد مقاولة ولاعتبارات

[1] عزروق لحسن ، الإطار القانوني لعقد مقاولة البناء ، مذكرة ما جستير في القانون ، تخصص قانون مدني أساسي ، جامعة عبد الحميد بن باديس ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016/2015 ، ص70 .

[2] محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص148.

عادلة وإنسانية خصهم بحماية قانونية تتمثل في منحهم الحق في مطالبة رب العمل بما لهم من حقوق في ذمة المقاول الأصلي، مما يعتبر خروجا عن مبدأ نسبية العقد ، إذ أنشأت المادة 565 من ق.م المنوه بها أعلاه دعوى مباشرة يتسنى لهم بمقتضاها مطالبة رب العمل بما لهم في ذمة المقاول، وباعتبار الدعوى المباشرة هنا قد أعطيت لعدة دائنين فإن كل منهم يتقاضى من مدين مدينه وهو رب العمل بالنسبة ما له من حق إذا لم يكن دين رب العمل للمقاول يتسع للوفاء بحقوقهم جميعا كاملة.

و حق الرجوع بموجب الدعوى المباشرة ممنوح لعمال المقاولين من الباطن ضد المقاول الأصلي و هو مدين مدينهم، وكذلك ضد رب العمل وهو مدين مدين مدينهم، و لكل هؤلاء مجتمعين عمال المقاول الأصلي و عمال المقاول من الباطن والمقاولين من الباطن إضافة إلى الدعوى المباشرة حق امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز منهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي و يتقدمون بفضل حق الامتياز هذا عن باقي دائني المدين المحجوز عليه، وكذلك على من تنازل له المدين المحجوز عليه عن حقه قبل المحجوز لديه ولو كان هذا التنازل سابقا على الحجز، فالنص التشريعي هنا ينشأ دعوى مباشرة للدائن ضد مدين مدينه، بل وضد مدين مدين مدينه في بعض الصور مع تدعيم الدعوى بحق الامتياز [1].

جدير بالذكر أن المقاول من الباطن إذا كان هو الأخر يقاول من الباطن فلا يجوز له الرجوع بالدعوى المباشرة على رب العمل، بل له حق الرجوع على المقاول الأصلي الذي أبرم العقد مع رب العمل، لكونه أي المقاول الأصلي يعتبر رب العمل للمقاول من الباطن الأول ، ذلك أن أحكام المادة 565 من ق.م.ج السابقة الذكر لا تعطي الحق في رفع دعوى مباشرة إلا على رب العمل الذي قاول مقاوله، وهو هنا المقاول الأصلي ولعمال المقاول من الباطن الثاني حق الرجوع بنفس الدعوى إما على المقاول من الباطن الأول و الذي يمثل مدين

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 983.

مدينهم ، وإما على المقاول الأصلي و هو مدين مدين مدينهم ، ولا يمكن لعمال المقاول من الباطن الثاني الرجوع على رب العمل فهو ليس إلا مدين مدين مدين مدينهم [1].

وهو الموقف الذي انتهجته المحكمة العليا عندما قضت في إحدى قراراتها بأنه:"من المتفق فقها وقضاء أنه إذا كان المقاول من الباطن قد قاول هو أيضا بدوره من الباطن، فإن المقاول الثاني له الحق في رفع الدعوى مباشرة على المقاول الأصلي باعتباره رب العمل للمقاول من الباطن الأول، غير أنه لا يجوز له أن يرفع تلك الدعوى مباشرة على رب العمل، ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بقضائهم خلاف ذلك يعد خطا في تطبيق أحكام المادة 565 من القانون المدني".[2]

إضافة إلى ما سبق تناوله جدير بالتنويه بأن عبئ إثبات الحق المستحق يقع على عاتق رافع الدعوى المباشرة الذي عليه أن يثبت ما عليه لدى مدينه سواء المقاول الأصلي أو المقاول الفرعي بحسب حالة رافع الدعوى في ذمة المدين رب العمل ، وعلى هذا الأخير أن يثبت انقضاء التزامه كله في حالة انقضائه، أو جزءا منه إذا قام بتسديده قبل رفع الدعوى، ولرافع الدعوى مطالبة مدين المدين إلا بالقدر المستحق له في ذمة مدينه باعتبار أنه ليس دائنا مباشرا لرب العمل رغم منحه الحق بمطالبته مباشرة [3].

الفرع الرابع: دعوى رب العمل ضد النائب الفضولي:

قبل التطرق إلى هذه الدعوى ارتأيت البحث في تعريف للفضالة عموما حيث ورد بشأنها في المعجم الوسيط أن الفضولي من يشتغل بالفضول أي بالأمور التي لا تعنيه، وفي الشرع قيل أن الفضولي من لم يكن وليا ولا وصيا ولا أصيلا ولا وكيلا ، و في المصباح المنير الفضولي هو من يشتغل بما لا يعنيه، وفي الاصطلاح قيل أن الفضولي من يتصرف

[1] أ نور العمروسي ، العقود الواردة على العمل في القانون المدني ، منشأة المعارف جلال حزي وشركاه ، الإسكندرية مصر ، ط 1 ، 2002 ،ص 110.

[2] قرار المحكمة العليا ،غ.م، المؤرخ في 1983/03/13، ملف رقم 30940،م.ق، السنة 1990، ع 1، ص15.

[3] ياسين أحمد القضاه ، الدعوى المباشرة في القانون المدني دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،2014 عمان الأردن ، ص167.

في حق الغير بلا إذن شرعي، كالأجنبي يزوج أو يبيع، و في تنوير الإبصار قيل أن الفضولي من يتصرف في حق غيره بغير إذن شرعي [1].

وعلى هذا فالفضالة : gestion d'affaires هي أن يتولى شخص شأنا عاجلا لحساب شخص أخر دون أن يكون ملزما بذلك ، ومنه يعتبرها بعض الفقهاء تطبيقا من تطبيقات مبدأ الإثراء بلا سبب على اعتبار أن التزام رب العمل بتعويض الفضولي ما يمنع إثرائه على حساب هذا الأخير، وقد تتشابه الفضالة مع نظم قانونية أخرى، فهي تقترب من الوكالة بل تنقلب الفضالة إلى وكالة إذا أقرها رب العمل، وقد تنتهي الوكالة إلى فضالة إذا تجاوز الوكيل حدود نيابته أو استمر في عمله كوكيل بعد انتهاء الوكالة، هذا من حيث التشابه بين الوكالة والفضالة، أما من حيث الاختلاف فهما يختلفان من حيث المصدر، فالالتزامات المترتبة عن الفضالة مصدرها القانون، في حين أن مصدر التزامات الوكالة هو عقد الوكالة، كما أن الفضالة تكون في تصرف قانوني أو عامل مالي، أما الوكالة فهي قاصرة على التصرفات القانونية كما تتشابه الفضالة مع الاشتراط لمصلحة الغير من حيث أن كل منهما يكسب الغير حقوقا دون تدخل منه لكنهما يختلفان في أن مبنى الفضالة فكرة النيابة، أما الاشتراط لمصلحة الغير فإن الغير يكتسب حقا مباشرا قبل المتعهد نتيجة عقد الاشتراط و بدون أي وجود لأية نيابة [2].

جدير بالذكر أن الفقهاء لم يتفقوا على تحديد مصطلح الفضالة كما أنهم لم يتفقوا على تحديد معناها وأن ما يقابل هذا الاصطلاح بالتعبير الفرنسي (la gestion d'affaires) له عدة استعمالات فهناك من يستعمل تعبير "تصرفات الفضولي " وهناك من يستعمل لفظ "الفضول " وكذلك "الفضولية "، في حين هناك من يطلق عليها "الفضالة "و منهم من أنكر وجود لفظ"الفضالة " في اللغة العربية ، و قسم الأعمال التي يقوم بها الفضولي إلى القسمين الأتي ذكرهما :

أ ــ الفضول : وهو ما يقوم به الفضولي في حدود التصرف القولي ، فيتوقف ولا ينفــذ.

[1] أحمد محمد علي داود ، أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، الجزء الأول ، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان الأردن ، ط1 ، 2011 ، ص 392.

[2] أنور سلطان، نفس المرجع السابق، ص460.

ب ــ التفضل: وهو ما يقوم به الفضولي من أعمال تنفذ على الغيــر وتلزمه لاستنادها إلى عرف أو اضطرار .

وقد تبنى مجمع اللغة العربية في مصر لفظ "الفضالة " للتعبير عما يطلق عليه بالفرنسية (la gestion d,affaires) إتباعا لما أورده المقري في المصباح المنير .

و نحن بدورنا نؤيد ما تبناه مجمع اللغة العربية المصري الذي أطلق على اللفظ الفرنسي la gestion d'affaires لفظ الفضالة و هو ما يراه كذلك الأستاذ محمد جبر الألفي الذي لا يمنع من استعمال لفظ "الفضالة " للتعبير عن تدخل شخص في شؤون غيره دون أن يكون ملزما بذلك ، وهذا يقترب من التعريف الذي أورده الشيخ أحمد إبراهيم : " الفضالة " وصف يقوم بشخص يتصرف بمقتضاه في شؤون غيره نفسا ومالا ، بدون إذن من صاحب الشأن الذي تصرف عنه ولا ولاية شرعية ولا وصاية.[1]

وفي نفس الإطار نشير أن المشرع الجزائري استعمل كلمة الفضالة و هو ما ورد في تعريفه لها في نص المادة 150 ق م ج بقولها :" الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص أخر دون أن يكون ملزما بذلك " ، ونصت المادة 151 ق م على أنه : " تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي أثناء توليه شأنا لنفسه ، قد تولى شأن غيره لما بين الأمرين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الأخر ".

يستخلص من هذين النصين أن الفضالة تفترض أن يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص أخر ، أي بمعنى أن يقوم المرء من تلقاء نفسه بإدارة شؤون الغير عن علم وبلا تفويض بقصد العمل لحساب ذلك الغير ، كأن يجني له ثماره أو يرمم له منزله ، فطرفا

[1] محمد جبر الألفي ، الفضالة ، دراسة موازنة في الفقه الإسلامي وقوانين بلدان الشرق الأوسط (الأردن– الإمارات– إيران– العراق– الكويت–مصر) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن ،ط1 ،2000، ص 18 ومايليها.

الفضالة هما الفضولي (le gérant d,affaires) الذي يتولى شأن غـيره ، ورب العـــمل (le maitre de l,affaire) الذي يتولى الشأن لحسابه [1].

ويكون لرب العمل حق الرجوع على نائب الفضولي بدعوى مباشرة ، ولا تمنع هذه الدعوى رب العمل من الرجوع على الفضولي مباشرة لا عن خطئه هو فحسب، بل أيضا عن خطأ نائبه وباعتباره تابعا له وتكون مسؤولية الفضولي كالمتبوع من التابع ، ولكن لا يوجد ما يشير إلى أن للنائب الفضولي أيضا دعوى مباشرة تجاه رب العمل لا في القانون ولا في الفقه، ويبقى الأخير ملتزما نحو الفضولي نفسه ويكون الأخير ملتزما نحو نائبه ، ولا يكون لنائب الفضولي في هذه الحالة إلا الدعوى غير المباشرة بموجب القواعد العامة [2].

كما يرى أغلبية الفقهاء أن الفضولي تكون مسؤوليته أمام رب العمل مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه ولرب العمل ضد الفضولي دعوى غير مباشرة كأصل عام، و يكون حصيلتها التدخل في ذمة المدين الفضولي، وبالتالي يتعرض فيها رب العمل لمزاحمة دائني الفضولي ومنهم نائبه الذي عهد إليه بعمله أو يبعضه، لذلك منحه المشرع الجزائري دعوى مباشرة ضد النائب الفضولي و هو ما نصت عليه المادة 154 ف 02 من ق.م التي جاء فيها: " وإذا عهد الفضولي إلى غيره ، بكل العمل الذي تكلف به أو يبعضه كان مسئولا عن تصرفات نائبه، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب".

من نص هذه المادة يتبين أن لرب العمل دعوى مباشرة إزاء النائب الفضولي على الرغم من أنه لا تربطه به أي صلة و يعتبر بالنسبة له من الغير، كما يعتبر نائب الفضولي بمثابة نائب الوكيل إذا كان العمل الذي قام به عملا قانونيا ويكون بمثابة المقاول من الباطن إذا كان عمله عملا ماديا، لكنه في كلتا الحالتين ليس كذلك بالنسبة للحق في الرجوع المباشر

---

[1] بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري ، الواقعة القانونية (الفعل غير مشروع – الإثراء بلا سبب ــ والقانون)، الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط 6 ، 2014 ، ص 492.

[2] ماجد رشاد محمد هورامي ، الدعوى المباشرة في العلاقات القانونية غير المباشرة ، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة ، دار الكتب القانونية ، مصر ، الإمارات ، دار شتات للنشر ، مصر – الإمارات ،2017 ،ص 163 وما يليها .

بموجب الدعوى المباشرة ، إذ ليس لنائب الفضولي الحق في رفع دعوى مباشرة ضد رب العمل كما هو مقرر بالنسبة لنائب الوكيل ضد الموكل وفقا لأحكام المادة 580 الفقرة 03 و نفس الشيء بالنسبة للمقاول من الباطن ضد رب العمل وفقا للمادة 565 من ق.م.ج [1].

جدير بنا في إطار هذا الفرع أن نشير إلى أنه لصحة إجازة تصرف الفضولي شروط وهي:

1 – أن يكون لتصرف الفضولي حال إنشائه مجيز، بإمكانه أن ينشأ تصرف الفضولي بنفسه أو له ولاية إنشاء كالمالك أو الوالي أو الوصي ويصدر هذا المجيز إجازة تصرف الفضولي التي لا تصح من طرف القاضي بوجود من له ولاية الإنشاء و إذا مات المجيز قبل الإجازة فلا تنتقل هذه الأخيرة إلى الورثة .

2– يقترن صدور الإجازة مع قيام محل تصرف، فمثلا لو ملك المبيع في عقد البيع الذي أجراه الفضولي فلا تصح إجازة المالك لذلك العقد بعد هلاك الشيء المبيع بسبب انعدام وجود محل العقد .

3– أن يكون صدور الإجازة حال حياة الفضولي إذا كان ما قام به الفضولي من عقود المعاوضات كالبيع مثلا يكون الفضولي بعد إجازة ما أجراه وكيلا وترجع حقوق هذه العقود إليه، ويترتب عليه واجب القيام بتلك الحقوق و تنفيذها، هذا بالنسبة لعقود المعاوضات، أما بالنسبة لباقي العقود والتي لا ترجع الحقوق فيها إليه كالزواج فهو في مثل هذه العقود يعبر عن المجيز، فلا تتوقف صحة إجازة المجيز على حياة الفضولي لانتهاء مهمته، بانتهاء ما صدر عنه من عبارات أثناء العقد .

4 – أن تكون الإجازة صادرة حال حياة من تعاقد الفضولي معه ليظهر أثرها في حقه، فعلى سبيل المثال إذا قام الفضولي ببيع سلعة من سلع غيره ومات مشتري السلعة قبل إجازة مالك السلعة، فإن تلك الإجازة لا تصح [2].

[1] زواوي فريدة، نفس المرجع السابق، ص242.

[2] احمد محمد علي داود ، المرجع السابق، ص 396 وما بعدها.

الفرع الخامس: دعوى المضرور ضد شركة التأمين:

للتأمين من المسؤولية ميزة خاصة به عن باقي أنواع التأمين، وهي أنه لا يقتصر على المؤمن والمؤمن له وإنما يشمل طرفا ثالثا وهو المتضرر، مما جعله ثلاثي الأطراف من حيث العلاقات القانونية، وبذلك تنشأ عن هذا النوع من التأمين علاقات قانونية ثلاث : وهي علاقة المؤمن بالمؤمن له التي يحكمها عقد التأمين ، وعلاقة المؤمن له بالمتضرر التي تنظمها قواعد المسؤولية المدنية ، وعلاقة المتضرر بالمؤمن التي ليس بينهما علاقة مباشرة ولا يجوز لهما الرجوع على بعضهما البعض إلا بموجب الدعوى غير المباشرة وفقا للقواعد العامة ، إلا أن المشرع وفي بعض الأحيان وبموجب نصوص خاصة منح المتضرر حق الرجوع على المؤمن(شركة التامين) عن طريق الدعوى المباشرة، لمطالبته بالتعويض المستحق له في ذمة المؤمن له في حدود القيمة المؤمن عليها[1].

إن من بين الحقوق المباشرة التي قررتها أغلبية التشريعات هي الحق المباشر للمضرور قبل المؤمن بالنسبة للتأمين الإجباري من المسؤولية والتي أوجبها المشرع في حالات حددها و التي بمقتضاها يكتسب المضرور حقا مباشرا على مبلغ التأمين الذي التزم به المؤمن، إذ للمضرور حق تقاضيه بطريقة مباشرة دون المرور بذمة المؤمن له، وهو حق كفله القانون للمضرور، وله أن يباشره بمجرد تعرضه لضرر يكون مصدره المسؤولية المؤمن منها و يلتزم من خلال ذلك المؤمن له بالتعويض عن الضرر اللاحق بالمضرور، و يستند حق المضرور في الدعوى المباشرة في مواجهة الدائن إلى نص التشريع، لكونه يشكل استثناء والاستثناء لا يكون إلا بنص صريح، لذلك فإن القول بأنه لا حاجة إلى نص واضح وصريح يقرر هذا الحق للمضرور بدعوى أن هدف الشخص الذي يؤمن على مسؤوليته هو التخلص من الأعباء التي يتعرض لها في ذمته المالية فمن المنطق إعطاء المضرور حق الرجوع على المؤمن له أو المؤمن هو قول مردود ، و لا أساس له، زيادة على أن روح التشريع ومبادئه لاتتعارض مع منح المضرور حق الرجوع عن طريق الدعوى المباشرة ، كما أن إرجاع هذا الحق إلى روح التشريع ومبادئه وقواعد المنطق بحاجة إلى تدقيق أكثر، فلو كان هذا الحق

[1] ماجد رشاد محمد هورامي ، المرجع السابق، ص 165 وما بعدها.

يستند إلى هذه المبادئ، لما قام المشرع بالنص عليه صراحة بنص تشريعي ، كما أن الدعوى المباشرة لا يمكنها أن تؤسس على مثل هذه الأسس (قواعد المنطق ، روح التشريع ومبادئه) لكونها دعوى على قدر من الخطورة فهي تعطي المضرور حقا خالصا ومجردا من أية دفوع، فلولا النص التشريعي لهذا الحق لما وجدنا حق المضرور هذا مجردا من الدفوع بحيث تقطع ميزة التجريد الصلة بين حق المضرور في الرجوع إلى المؤمن، وبين عقد التأمين نفسه، إذ لابد من مصدر يستند إليه ليقوم بهذه العملية و هذا المصدر لن يكون إلا التشريع الذي قرر هذا الحق [1]، ولقد تناول المشرع الجزائري موضوع الدعوى المباشرة بالنسبة للمصاب المضرور في حادث مرور في المادة:56 من قانون التأمينات، والتي تنص على أنه: "يضمن المؤمن التبعات المالية المترتبة على مسئولية المؤمن له بسبب الأضرار اللاحقة بالغير [2].

المطلب الثاني : العقود الجماعية :

العقد الجماعي هو اتفاق يتم بموجبه ربط أفراد بصفة جماعية بفرد معين أو بمجموعة أخرى من الأشخاص وتكون أثارها ملزمة لهؤلاء سواء وافقوا عليها أو لم يوافقوا، أو سواء كانوا حاضرين فيها أم غائبين فانضمامهم إليها وحده كاف لترتيب أثارها واكتساب الحقوق منها، فإبرام الأغلبية العقد يلزم الأقلية به رغم عدم مشاركتها فيه، بل حتى ولو اعترضت عليه، مما يجعل العقود الجماعية استثناءا فعليا عن مبدأ الأثر النسبي للعقد وللتطرق إلى موضوع العقود الجماعية، نتعرض إلى الطبيعة القانونية لعقد العمل الجماعي في الفرع الأول، ونخصص الفرع الثاني للآثار القانونية لعقد العمل [3].

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لعقد العمل الجماعي:

قبل التطرق إلى الطبيعة القانونية لعقد العمل الجماعي، ارتأينا تناول تعريف له بحيث عرفه جانب من الفقه بأنه تنظيم عقدي سابق لشروط العمل أو هو تحديد اتفاقي لعلاقات العمل

[1] موسى جميل النعيمات،النظرية العامة للتأمين من المسئولية المدنية، راسة مقارنة،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان الأردن ، ط 1 ،الإصدار الأول ن2006 ،ص 314 وما يليها.

[2] أمر رقم : 07/95 مؤرخ في:25 يناير 1995معدل ومتمم بالقانون رقم:24/06 مؤرخ في:20 فبراير 2006 المتعلق بالتأمينات.

[3] زواوي فريدة، نفس المرجع السابق، ص261.

تبرم بموجبه عقود العمل الفردية، كما عرفها البعض الأخر على أنها " اتفاق مبرم بين واحد أو عدة أصحاب عمل أو تنظيم أو تجمع لأصحاب العمل من جهة، وتنظيم أو عدة تنظيمات للعمال من جهة أخرى، قصد تحديد شروط التوظيف و العمل والضمانات الاجتماعية المختلفة بطريقة مشتركة ، كما يرى البعض الأخر بأنها " اتفاق يتعلق بشروط العمل والضمانات الاجتماعية يبرم بين صاحب عمل أو مجموعة أصحاب عمل وواحد أو أكثر من تنظيم نقابي للعمال نتيجة لتفاوض جماعي"، في حين تجاوز الأستاذ ميشيل ديكياكس مضمون التعاريف السابقة متناولا الجوانب التقنية و الإجرائية والذي يرى بأن الاتفاقية الجماعية للعمل هي : "اتفاق يحرر كتابة و يودع في كتابة ضبط محكمة العمل، يتضمن الأحكام المقررة في القانون والمتعلقة بكيفيات مراجعتها و إشهارها وتجديدها وما يتعلق بتسوية منازعات العمل الجماعية ويبرم بين نقابة عمالية وصاحب عمل أو تجمع لأصحاب العمل بهدف تنظيم شروط العمل الجمعية المهنية، كما عرفها G.lyon caen وأخرون بأنها :" اتفاق مبرم بين مستخدم أو مجموعة مستخدمين وتنظيم أو عدة تنظيمات نقابية ممثلة للعمال بهدف التحديد المشترك لشروط العمل و الضمانات الاجتماعية، بينما يرى الأستاذ محمد سعيد بناني بأن الإتفاقية الجماعية للعمل :" هي عقد كتابي متعلق بشروط الاستخدام والشغل ، يبرم بين ممثلي نقابة مهنية للعمل، أو عدة نقابات للعمل من جهة، وبين مشتغل واحد أو عدة مشتغلين يتعاقدون بصفة شخصية، أو بين ممثلي نقابة أو هيئة مهنية للمشتغلين أو عدة نقابات أو هيئات للمشتغلين من جهة ثانية[1].

أما بالنسبة لطبيعة القانونية لعقد العمل الجماعي فإن هذا الموضوع من أهم المسائل القانونية التي اهتم بها الفقه منذ نشأتها، خصوصا بعد أن أصبحت مصدر من مصادر قانون العمل ، إذ اختلفت وجهات نظر كل من فقهاء القانون الخاص و القانون العام ، ففقهاء القانون

[1] أحمية سليمان ، علاقات العمل الجماعية في التشريع الجزائري المقارن ، القانون الاتفاقي ، الطبعة الثانية ، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر، ، 2013 ، ص 16.

الخاص اعتبروها مجرد عقد كبقية العقود تستمد أسسها من نظرية العقد، في حين رأى فقهاء القانون العام بأن الاتفاقيات الجماعية للعمل عملا لائحيا Acte-réglementaire [1] .

وذهب فريق ثالث إلى أنها من طبيعة مزدوجة فهي ينشأ كعقد، لكنه يضع نظاما قانونيا يتوجب إتباعه من العمال المنظمين إلى المنظمة النقابية التي أبرمته [2]، فتركيبتة المزدوجة تجعله كذلك فهو من جهة عقد كباقي العقود، ومن جهة نظاما قانونيا واجب الإتباع من كافة أعضاء النقابة التي أبرمته.[3]

أولا : الطبيعة القانونية للاتفاقيات الجماعية لدى فقهاء القانون الخاص :

تبنى فقهاء القانون الخاص نظريتهم القائلة بأن الاتفاقية الجماعية للعمل ما هي إلا عقد كباقي العقود في وقت ازدهر فيه المذهب الفردي، معتمدين في ذلك على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين باعتباره مبدأ مقدسا لا يجوز المساس به مدعمين موقفهم من التسمية التي أطلقت على الاتفاقية الجماعية في تلك الفترة والتي عرفت باسم عقد العمل المشترك[4].

وأكد هؤلاء وجهة نظرهم لكون الاتفاقية الجماعية للعمل تعبر عن إرادتين هما إرادة العمال وإرادة صاحب العمل من جهة، وإلزاميتها للموقعين عليها من جهة أخرى [5].

كما أعتبر أنصار هذا الاتجاه بأن الاتفاقية الجماعية للعمل نموذج جديد من العقود تخضع لنفس الإجراءات المتعلقة بعقود القانون المدني من حيث الإبرام والآثار و النتائج، فهم يرون أن القواعد الناشئة عن هذه الاتفاقيات هي وليدة الإرادة الحرة لطرفيها، وأما تدخل

---

[1] بن عزوز بن صابر ، الوجيز في شرح القانون العمل الجزائري ، مدخل إلى القانون العمل الجزائري ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، القبة القديمة ،الجزائر 2010ص145.

[2] حسن عبد اللطيف حمدان، قانون العمل ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط الأولى، بيروت لبنان ، 2009، ص 551.

[3] محمد حسين منصور ، قانون العمل ن منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، ط 1 ، 2010، ص 135 .

[4] بن عزوز بن صابر ، الاتفاقيات الجماعية للعمل بين الإطار القانوني والواقع العملي ، رسالة دكتوراه في القانون الاجتماعي ،جامعة وهران ، كلية الحقوق ، السنة الجامعية 2008/2007، ص31.

[5] عبد الله قادية ، الاتفاقية الجماعية للعمل في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون الاجتماعي ، جامعة وهران ،– السانية الجزائر، كلية الحقوق ، 2004/2003،ص 110.

الدولة فهو مقتصر على تشجيع التفاوض الجماعي و لا مجال لحلول الدولة محل المتعاقدين من إبرام العقد، لكن يعاب على أصحاب هذه النظرية بأن أثار الاتفاقية الجماعية لا تنتج أثارها بالنسبة لطرفي العلاقة التعاقدية فحسب، بل تتعداها إلى الغير ويتعلق الأمر بالالتزامات التي تقع على غير طرفيها، فالعمال المنخرطين في النقابة ملزمون باحترام شروطها خاصة عند إبرام عقود العمل الفردية مع صاحب العمل، و هو ما يشكل خروجا على مبدأ الأثر النسبي للعقد القاضي بأن أثار العقد تنصرف فقط إلى عاقديه ومن يمثلانهم في العقد [1] .

و بناء عليه اصطدم أنصار هذه النظرية بإشكال تجاوز أحكام و قواعد الاتفاقيات الجماعية لمبدأ الأثر النسبي للعقد، و لمواجهة هذا الإشكال حاول هؤلاء إيجاد مبررات لتفسير هذه الظاهرة بالاعتماد على نظريات ونظم، فاستعان بعضهم بنظام الوكالة، و منهم من استعان بنظام الفضالة، و البعض الأخر استند إلى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير و التعهد عن الغير.[2]

إن المستندين من أنصار النظرية العقدية إلى تجاوز آثار الاتفاقية الجماعية إلى الغير إلى نظام الوكالة مؤسس على أن إبرام النقابة للاتفاقية الجماعية إنما تبرمها لصالح العمال و باسمهم وبذلك فهي وكيلا عن أعضائها، لكن لم يتفق مناصري هذه النظرية حول أساس هذه الوكالة و نوعها ،هل هي قانونية أم اتفاقية؟ مما عرض أنصار هذه الفكرة إلى النقد باعتبار أن هذا المبرر مردود، فنظام الوكالة تحدد شروطه و نتائجه وفق نظام قانوني معين، يختلف تماما عن الاتفاقية الجماعية للعمل، و بالتالي لا يمكن تصور وجود وكالة من العمال لنقابتهم مهما كان نوعها قانونية أو اتفاقية .

كما استندوا كذلك على أنه هناك فرق شاسع بين فكرة " تمثيل النقابة للمصالح المهنية و بين اعتبارها " وكيلا قانونيا عن العمال هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن الادعاء بوجود وكالة ضمنية بمجرد انضمام العضو للنقابة ادعاء غير مؤسس هو الأخر، إذ لو تم تصور ذلك فهو ينطبق على المنظمين للنقابة وقت إبرام العقد، لكن كيف يمكن أن ينطبق ذلك على من

[1] بن عزوز بن صابر ، الوجيز في شرح قانون العمل الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، القبة ، الجزائر، 2010، ص 146.

[2] أحمية سليمان، المرجع السابق، ص79.

عارض من العمال إبرام هذه الاتفاقية، و كذلك الذين لم يحضروا إبرامها وانضموا إليها لاحقا، زيادة على ذلك فإن نظام الوكالة يفترض اختفاء النقابة وراء شخصية أعضائها ما دامت وكيلة عنهم، لكن في الحقيقة إن للنقابة شخصية قانونية مستقلة تماما و بالنتيجة يتضح أن الاتفاقية الجماعية لها ثلاثة أطراف تمثلها وهم نقابات العمال، أرباب العمل، العمال ولكل طرف من هؤلاء شخصيته القانونية المستقلة ، و أمام هذا الوضع بحث أنصار النظرية العقدية عن نظام قانوني لثلاثة أطراف و استعانوا بنظام قانوني أخر و هو نظام الاشتراط لمصلحة الغير الذي وجدوا فيه ما يبرر نظريتهم القاضية بانصراف أثار الاتفاقية المذكورة إلى الغير، ولقيت هذه الفكرة تأييدا كثيرا من الفقه[1].

إذ يبدو من خلال معطيات نظرية الاشتراط لمصلحة الغير التي سبق وأن تم التطرق إليها بالتفصيل في المبحث الثاني من الفصل الثاني من القسم الأول، أنها تتناسب وتتلاءم مع الاتفاقية الجماعية للعمل ، حيث تكسب العمال حقا مباشرا في ذمة صاحب أو أصحاب العمل يمكنهم تحصيله عن طريق الدعوى المباشرة بحكم القانون، وهو ما يستخلص من المادة 116/ف2 من ق.م.ج المشار إليها أعلاه و التي تقضي أنه :"ويترتب على هذا الاشتراط ،أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ، ما لم يتفق على خلاف ذلك ، ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد" ، كما أن ما زاد من نظام الاشتراط لمصلحة الغير على تبرير ما عجزت عنه النظريات السابقة هو اشتراطها في أن يكون المنتفع شخصا أو هيئة مستقبلة وأن يكون موجودا وغير موجود وقت عقد الاشتراط متى كان تعيينهما مستطاعا وقت أن ينتج عقد الاشتراط أثره، وهو ما أكدته المادة 118 من ق.م.ج [2].

كما أن الشروط الخاصة للاشتراط لمصلحة الغير والتي تناولتها بالتفصيل في المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الثاني التابع للباب الأول لاسيما شرط قابلية المنتفع

[1] بن عزوز بن صابر، نفس المرجع السابق ، ص148.

[2] المادة 118 من القانون المدني الجزائري : "يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقلا كما يجوز أن يكون شخصا أو هيئة لم يعنيا وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعا في الوقت الذي يجب أن ينتج العقد فيه أثاره طبقا للمشارطة ".

للوجود والتعيين وقت التنفيذ، يجيب على إشكالية انصراف أثار الاتفاقية إلى العمال الذين يتم توظيفهم بعد إبرام الاتفاقية ، وحالة الانضمام إلى الاتفاقية من طرف عمال أو نقابات أخرى لم تكن طرفا في الاتفاق (وهو ما يعتبر خروجا عن مبدأ نسبية العقد و الذي يقضي بأن العقد لا يلزم إلا من كان طرفا فيه طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين. [1]

ظف إلى ذلك أن ما يقتضيه نظام الاشتراط لمصلحة الغير يتلاءم أكثر مع أحكام الاتفاقية الجماعية للعمل لاسيما من حيث الآثار، إذ أنها تفرض نوعين من الآثار يقع بعضهما على المشترك أي النقابة ويقع البعض الأخر على المنتفع أو المستفيد أي العمال، كما تبقي هذه النظرية على دور و مهمة النقابة أي المشترط أثناء تنفيذ العقد إلى جانب إمكانها التدخل للمطالبة بتنفيذ المشارطة إذا اقتضى الأمر، لكن السؤال المطروح هل تمكنت هذه النظرية من تبرير تجاوز الاتفاقية لمبدأ الأثر النسبي للعقد كما يبدوا ظاهريا من أحكامه السابقة ؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل يستوجب دقة البحث في أوجه التشابه بين أحكام كل من النظامين من عدة جهات، فمن جهة إن نظرية الاشتراط لمصلحة الغير تنشأ للمنتفع حقوقا ولا يترتب عليه أي التزامات في حين أن الاتفاقية الجماعية للعمل تنشأ حقوقا وترتب التزامات على المعني بها ، وهو ما يوضح هنا أن تطبيق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير يتبعه بالضرورة تطبيق نظرية التعهد عن الغير.

ومن جهة ثانية إن تطبيق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير الذي يقتضي أن تتبع بتطبيق نظرية التعهد عن الغير، فإن هذه الأخيرة لا تتناسب إطلاقا مع الاتقافية الجماعية للعمل، لكون من بين ما تشترطه نظرية التعهد هو موافقة أو إقرار الغير للالتزامات التي تعهد بها المتعهد الشيء الذي يتعارض مع طبيعة الاتفاقيات الجماعية للعمل، زيادة على أن نظرية التعهد تنشأ مراكز قانونية شخصية وتنفذ بطريقة مباشرة دون حاجة إلى أدوات تنفيذ أخرى، في حين أن الاتفاقية الجماعية للعمل أحكام عامة ومجردة تنشأ مراكز قانونية موضوعية. [2]

[1] المادة 106 من القانون المدني الجزائري: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون".

[2] أحمية سليمان ، المرجع السابق ص86.

ومن جهة ثالثة فإن الاتفاقية الجماعية للعمل عقد ذو طبيعة خاصة ، إذ أن بعد الفشل الذي لقيه أنصار النظرية العقدية في تبرير وجهة نظرهم بأن الاتفاقيات الجماعية للعمل عقد كباقي العقود على الرغم من أنها استثناء من مبدأ نسبية العقد، و ذلك باستعانتهم بمختلف النظريات و الأنظمة القانونية، مما اضطرهم إلى التسليم و الاعتراف بالطابع المميز لها عن بقية العقود سواء أكانت مسماة أو غير مسماة ليصلوا في النهاية ويقرروا أنها شكل جديد من العقود ونظام قانوني لا يخضع بالضرورة إلى نفس الأحكام و القواعد التي تخضع لها العقود المعروفة آنذاك، بل أنها نمط جديد من التعاقد يجمع بين نظامي الوكالة و الاشتراط لمصلحة الغير، فهو عقد من نوع خاص يمزج بين أحكام كلا النظامين، فهو من جهة يأخذ من نظام الوكالة ما يتناسب ومهمة الدفاع عن مصالح العمال، ويأخذ من جهة أخرى من نظام الاشتراط لمصلحة الغير و التعهد عن الغير ما يمكنه من تحقيق هذه المهمة، باعتباره عقد ثلاثي الأطراف على الرغم من كل التبريرات التي قدمها أنصار هذا الاتجاه إلا أنهم كغيرهم لم يقدموا بديلا واضحا و لم يجدوا تكييفا قانونيا جديدا للاتفاقية الجماعية، حيث يرى منتقديهم أن اعترافهم ما هو في الواقع إلا هروبا من مواجهة الصعوبات التي أفرزتها طبيعة هذا النظام التعاقدي الجديد [1].

بناء على ما سبق ، واستنادا لما جاء به أنصار النظرية التعاقدية من حجج لا تتناسب وما تم تكييفه سواء بالاعتماد على نظام الوكالة أو نظام الفضالة أو الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير، خصوصا وأن تطبيق أي نظام من تلك الأنظمة على الاتفاقية الجماعية للعمل سيؤدي إلى تحطيم فعاليتها وهدفها وهو ما يبرر التزام أطراف الاتفاقية من لحظة إبرامها وعدم إمكانيتهم التنصل من ما تفرضه من الالتزامات الواردة فيها إلا بإجراءات قانونية محددة ، وهو ما يستخلص منه بأن الاتفاقية الجماعية للعمل تنشئ نموذجا قانونيا جديدا للعلاقات المهنية غير مشابه لأي من العقود المسماة ، وأمام هذا الفشل في تحديد طبيعتها القانونية من طرف فقهاء القانون الخاص ، الشيء الذي أدى إلى ظهور اتجاه أخر يعتمد على رأي أخر مغاير للنظرية التعاقدية.[2]

---

[1] أحمية سليمان ، الوجيز في قانون علاقات العمل في التشريع الجزائري ، الطبعة الثانية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، 2015 ، ص337.

[2] عبد الله قادية، المرجع السابق ،ص 112.

ثانيا:الطبيعة القانونية للاتفاقيات الجماعية لدى فقهاء القانون العام:

اتجه أنصار هذه النظرية و هم فقهاء القانون العام بأن الاتفاقية الجماعية للعمل و على الرغم من صياغتها الظاهرية في طابع عقدي، إلا أنها لا تنشأ مراكز قانونية كما ينشئها العقد بل إنها تنشأ أحكاما عامة و ملزمة، لذلك توصلوا في تحليلهم لطبيعتها القانونية إلى القول بأنها: " قانون مادي بالمعنى الاصطلاحي " "loi au sens matériel du mot " [1].

كما أن فشل أنصار النظرية العقدية في التوصل إلى تكييف قانوني للاتفاقيات الجماعية و عدم توصلهم إلى رد عن مختلف الإشكاليات التي طرحها هذا النظام الجديد، أوجد لدى فقهاء القانون العام فرصة لإعادة دراسة الاتفاقية الجماعية و البحث فيها من جديد أخذين بعين الاعتبار النتائج التي تتمخض عنها عملية التفاوض و ليس العملية بذاتها و المتمثلة في وضع نظام أو قانون يحكم علاقات العمل الفردية و الجماعية الحالية و المستقبلية بين طرفيه أي التنظيم النقابي المفاوض و صاحب أو أصحاب العمل، الشيء الذي جعل هذا النظام بمثابة العمل اللائحي التنظيمي un acte réglementaire يتصف بنفس مواصفات العمل أو النص القانوني من عمومية و تجريد و ديمومة ، خصوصا و أن هذا النظام أي الاتفاقية الجماعية كما سبق الإشارة إليه أعلاه لا يتولد عنها مراكز قانونية شخصية كتلك التي يولدها العقد بل تنتج مراكز قانونية موضوعية مستقرة و دائمة ديمومة علاقة العمل، مثلها مثل المراكز التي تنشئها نصوص التشريع و التنظيم، و بالتالي فهي لا تنتهي أو تعدل إلا بإلغاء النص الذي أنشأها أو أقرها، مما ترتب عنه أن الاتفاقيات الجماعية تبعا لنظرة هذا الاتجاه ما هي إلا نصوص قانونية و تنظيمية لها نفس خصائص هذه النصوص من عمومية و تجريد وديمومة و إلزام،كما أن أحكامها لا تشمل علاقات العمل للعمال الموقعين عليها فحسب و إنما يخضع لها كل من انتسب إلى المؤسسة أو القطاع أو المهنة التي شملتها الاتفاقية و هذا ما يفسره سريانها على عقود العمل اللاحقة على إبرام الاتفاقية.[2]

---

[1] بن عزوز بن صابر ، الاتفاقية الجماعية للعمل في التشريع الجزائري و المقارن ، دار الحامد للنشر و التوزيع ، عملن الأردن ، ط1 ، 2011 ، ص71.

[2] احمية سليمان ، الوجيز في علاقات العمل في التشريع الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، ط 2، 2015 ، ص 337 وما يليها.

كما يستند أنصار النظرية اللائحية إضافة إلى أن عقد العمل الجماعي لا يخلف مراكز قانونية فردية ولا يجعل من أحد طرفي العقد دائنا للأخر، بل يضع قواعد عامة مجردة موضوعية تحدد مركزا قانونيا موضوعيا و هو مركز العامل بالنسبة لصاحب العمل [1] .

لذلك فهم يعتبرونه نوع من القانون أو التنظيم الصادر استنادا إلى القانون على أساس أن عقد العمل الجماعي يضع قواعد عامة تفرض على عقود العمل الفردية تلزم جميع المعنيين به، سواء هؤلاء الذين و جدوا عند إبرامها و اللذين لم يكونوا موجودين و سينظمون لها مستقبلا و لا اعتبار للرضا فيها لأنها تسري على الجميع بما فيهم المعارضين لها، الشيء الذي يجعل منها أقرب إلى نصوص القانون والنظام règlement منه إلى العقد الرضائي. [2]

خلاصة القول أن مناصري النظرية اللائحية لعقد العمل الجماعي لم يستطيعوا هم كذلك إيجاد تكييف قانوني واضح و مقبول، وأن كل أسانيدهم لم تأتي بجديد، و لم تحدد الهدف المتوخى وبالتالي فإن الاعتماد على أي من الاتجاهين (أنصار النظرية العقدية أو النظرية اللائحية) أصبح بدون جدوى، لذلك ظهر اتجاه ثالث يبحث عن معيار يجمع بين كلا الاتجاهين.

ثالثا : نظرية الطبيعة المزدوجة للاتفاقيات الجماعية :

تفاديا للانتقادات الموجهة لكلتا النظريتين السابقتين ظهر رأي ثالث ينادي بالطبيعة المزدوجة للاتفاقيات الجماعية وذلك من خلال التمييز بين هذا العقد من ناحيتين أولا من حيث إبرامه، وثانيا التمييز بين هذا العقد من حيث أثاره، فالعقد من حيث إبرامه هو عقد كسائر العقود لكن من حيث أثاره ليس كذلك، فالآثار التي يرتبها هي أثار لها صفة قاعدية تتميز بالعمومية والتجريد والإلزام، وأن ذلك تم بتفويض من المشرع بهدف تنظيم شروط العمل [3].

---

[1] عصام أنور سليم قانون العمل ، الطبعة الثانية ، منشاة المعارف ، جلال حزي و شركاه ، الإسكندرية مصر 2002 ،ص187.

[2] أحمد عبد الكريم أبو شنب ، شرح قانون العمل الجديد ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن 1999 ، ص282.

[3] أحمد عبد الكريم أبو شنب ، شرح قانون العمل الجديد ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن 2008 ، ص 272.

1- الازدواجية من حيث إجراءات إبرام الاتفاقية الجماعية :

يظهر الطابع التعاقدي للاتفاقيات الجماعية للعمل بوضوح عند إبرامها لأن مضمونها يتحدد نتيجة مفاوضات بين طرفيها و التي تعبر على تطابق إرادتيهما تطابقا تاما، مما يضفي على الاتفاقيات صفتها التعاقدية، و بالتالي فهي تجتمع من حيث إجراءات إبرامها مع العقد تماما، كما أن ما ذهب إليه أنصار هذه النظرية بقولهم بان الاتفاقية الجماعية تقوم على وحدة الهدف و الغرض للمتعاقدين لا يعكس بحقيقة مصالح طرفيها المختلفة تماما، فنقابات أرباب العمل تمثل مصالح أصحاب رؤوس الأموال، أما الطرف الثاني و هم نقابات العمال يرافعون عن مصالح أعضائه، ضف إلى ذلك أن ما يؤكد الطبيعة التعاقدية للاتفاقية الجماعية هو أنه في حالة اختلاف أطرافها في المفاوضات فلا يمكن للسلطات الحكومية التدخل سواء بفرض اتفاق جماعي أو الحلول محل طرف من الأطراف، فالأطراف وحدها هي من تقرر وضع هذه القواعد بإرادتها الحرة مما يجعلها خاضعة للقواعد العامة المنصوص عليها في النظرية العامة للالتزام، كما تفسر أحكامها طبقا للأحكام المتبعة في تفسير العقود و يتعين بالتالي عندما نكون بصدد تفسيرها البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، و هكذا تسري على أحكامها ما يسري على باقي العقود من تفسير و فسخ و تعديل، إلا أن ما يلاحظ على هذه الأحكام أن إجراءات إبرامها لا يكفي فيها تطبيق الإجراءات المتعلقة بالعقود، بل تسري عليها إجراءات تشبه تلك المطبقة على القانون مما يجعلها تقترب من فكرة اللائحة، ومن هذه الإجراءات اشتراط الكتابة كشرط صحة ،و كذلك إجراء التسجيل لدى الجهات المختصة، و نشر الإعلان عن تسجيلها في الجريدة الرسمية، كما أن مجال تطبيقها لا يشمل المتعاقدين فقط بل يشمل هؤلاء الذين لم يكونوا طرفا فيها وقت الإبرام .

2- الازدواجية من حيث أثار الاتفاقية الجماعية :

إن الآثار التي تترتب عن العقود الجماعية للعمل تجعل منها ميثاقا لتنظيم علاقات العمل داخل المؤسسة مما يؤكد طبيعتها المزدوجة و تشابهها مع القوانين الدستورية فهي تحتوي على الحريات الأساسية للعامل كالحريات النقابية و حريات الرأي ، كما أن تباين الكيفيات التي يتم بموجبها تعديل أحكامها و الجهات القضائية المخولة بالتوفيق و التحكيم عند حدوث منازعات بشأن تنفيذها زيادة على تميزها بنفس المميزات و الخصائص التي تتميز بها القاعدة

القانونية، وما يبرز طابعها المزدوج هو الإقرار ببطلان أي اتفاق يرد على العقود الفردية للمرتبطين بها و يخالف أحكامها ، إلا أنه ورغم كل المبررات التي قدمها أنصار النظرية المزدوجة للاتفاقية الجماعية و إن جمعت بين خصائص العقد و القانون شكلا و مضمونا، فإن عملية تطبيقها تثير صعوبات و ذلك باعتراف من زعيم أنصار النظرية المزدوجة ألا وهو الفقيه دوجيDUGUIT نفسه مما يبين أن هذه الطبيعة مؤقتة و ما هي إلا مرحلة انتقالية .[1]

تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري تبنى الطبيعة المزوجة للاتفاقية الجماعية لعقد العمل بحيث ترك كامل الحرية للأطراف في معالجة ظروف العمل بالمؤسسة المستخدمة العاملين بها بما يتماشى وظروفها الداخلية المحيطة بها، مما يؤكد الطابع التعاقدي لها ، إلا أنه أقر قواعد قانونية تحدد الطابع الخاص بها ، مما يجسد المفهوم التنظيمي لها ، فالمشرع شجع إرادة الأطراف لكن وفق حدود لرقابة تلك الإرادة مادام أن الأمر يتعلق بالمصلحة العامة قبل تعلقه بعلاقة العمل بمفهومها الضيق.[2]

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أخذ بما ذهب إليه الفقه الحديث بحيث استعمل مصطلح العقود الجماعية للعمل معتبرا إياها عقدا كباقي العقود، ثم اعتبرها عقدا ذا طبيعة مزدوجة ، و ذلك بتدخله بموجب أحكام قانونية محددة بإطارها العام وتحديد مضمونها ومحتواها من جهة ، و من جهة أخرى ألزم المستخدم باحترام بعض الإجراءات الشكلية كالتسجيل لدى مفتشية العمل المختصة إقليميا، و إيداع نسخة منها لدى كتابة الضبط للمحكمة المختصة، مع ضمان إشهارها في أوساط جماعات العمال المعنيين بها، إضافة إلى كل هذه الإجراءات الشكلية أخضع المشرع الجزائري رقابة مدى تطابق بنود الاتفاقية الجماعية للعمل مع النصوص التشريعية والتنظيمية لسلطة القاضي الاجتماعي بعد إخباره من قبل مفتشية العمل المختصة إقليميا، إذ يعد باطلا و عديم الأثر كل بند للاتفاقية مخالف لتلك النصوص [3] .

---

[1] بن عزوز بن صابر ، الاتفاقية الجماعية للعمل في التشريع الجزائري و المقارن ، دار الحامد للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن ، ط1 ، 2011 ، ص 78.

[2]– عبد الله قادية ، نفس المرجع السابق ، ص 118.

[3] بن عزوز بن صابر ، مبادئ عامة في شرح قانون العمل الجزائري ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الأزاريطة ، الإسكندرية ،2010، ص138.

ننوه في هذا المجال أن مفتش العمل إذا لحظ أن أحكام الاتفاقية الجماعية للعمل مخالفة للقواعد الآمرة الواردة في النصوص القانونية أو تمس بحقوق العمال التي أقرها القانون، له الحق في عرضها أمام القضاء لإبطالها[1].

الفرع الثاني: الآثار القانونية لعقد العمل الجماعي:

إذا انعقد عقد العمل الجماعي صحيحا من حيث أركانه و شروطه، فإن آثاره تنصرف إلى أطرافه أو الخلف الخاص و كذا إلى أعضاءه المنظمين، و إلى المنظمات النقابية، إلا أن هذه الآثار لا تكون ملزمة إلا إذا اشتملت على شروط أكثر فائدة بالنسبة للعامل، إذ يمكن للعامل و المنظمة النقابية رفع دعوى قضائية في حالة إخلال بشروط العقد [2]، وقد كرس اجتهاد المحكمة العليا هذا المبدأ، بحيث جاء في أحد قراراتها بأنه:" يمكن أن تتضمن الاتفاقية الجماعية المبرمة مع ممثلي العمال، ما لا يوجد في القانون أو أكثر مما يسمح به إعمالا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، شريطة أن تكون الاتفاقية في صالح العامل"[3] ، و عليه فعقد العمل الجماعي يرتب أثاره اتجاه أطرافه و كذلك الأشخاص الآخرون ، كما يرتب العقد الجماعي أثرا من حيث الموضوع في تحديد القوة الملزمة لهذا العقد، لذلك علينا التطرق للآثار القانونية للعقد العمل الجماعي من حيث الأشخاص و كذا من حيث الموضوع .

أولا: أثار العقد الجماعي للعمل من حيث الأشخاص:

يرتب العقد الجماعي للعمل أثاره اتجاه أطرافه ، أصليين أو منظمين إذ يلزمهم بكل الالتزامات الناشئة عن العقد و يمتد أثره إلى أشخاص غير محددين بذاتهم و بالنسبة إلى وقائع غير متناهية [4].

---

[1] بن عزوز بن صابر ،إعداد الاتفاقيات الجماعية في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة ، مقال نشر في مجلة دراسات قانونية ، مركز البصيرات للبحث والاستشارات والخدمات التعليمية ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، القبة الجزائر ،العدد3– 2008–ص67.

[2] أحمد السعيد الزقرد ، قانون العمل ، المكتبة العصرية للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، المنصورة ، مصر، 2007 ص550.

[3] قرار المحكمة العليا ، غ.إ، المؤرخ في 2007/07/11، ملف رقم 386846، م.م.ع، السنة 2007، ع 2، ص255.

[4] عصام أنور سليم ، المرجع السابق ص175.

فبعد أن يتم إبرام العقد الجماعي للعمل و استيفائه لشروط الشكلية المتمثلة في شرط التسجيل لدى مفتشية العمل و إيداع نسخة منه لدى كتابة ضبط المحكمة طبقا لنص المادة 126 من القانون 11/90 المؤرخ في 21 أفريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم[1]، فإن أحكام عقد العمل الجماعي تصبح ملزمة لكل من وقع عليها أو انظم إليها، وهو ما أكدته المادة 127من القانون رقم:11/90 المشار إليه أعلاه والتي تنص على أنه :"تلزم الاتفاقيات الجماعية كل من وقع عليها أو انظم إليها فور استكمال الإجراءات المنصوص عليها في المادة السابقة "

إن إجراء التسجيل و الإيداع هما شرطان لبداية سريان آثارها بين أطرافه و ليس ركنا إبرام للعقد المذكور ،و بالتالي فإن تخلف الشرطان لا يؤثر في صحة الاتفاقية الجماعية للعمل بعد توقيعها و إنما يؤديان إلى تجميدها أو تأخير تنفيذها و تبقى مجرد عقد مدني يخضع من حيث أثاره و تنفيذه للقواعد العامة للعقود، ذلك أن شرطي التسجيل و الإيداع شرطان شكليان أدرجهما المشرع و جعلهما من النظام العام و تخلفهما لا يمس بمضمون العقد الجماعي إلا إنهما يوقفا أو يجمدا سريانه إلى غاية استكمال هذا الإجراء [2]

كما أن عدم تسجيل الاتفاقية الجماعية (الاتفاق الجماعي)، طبقا للمادة 126 من القانون 11/90 لدى مفتشية العمل وكتابة ضبط المحكمة المختصين إقليميا، لا يؤثر ولا يعرقل تطبيقها، مادام التسجيل تدبيرا يستهدف الإشهار فقط. [3]

ثانيا: أثار العقد الجماعي من حيث الموضوع:

يتحدد اثر العقد الجماعي للعمل من حيث الموضوع في تحديد قوته الملزمة نحو أطرافه، فهم ملزمون بتنفيذ ما ورد فيه، إذ يلتزم رب العمل ببنود العقد الجماعي في علاقاته مع عماله الذين يشملهم العقد المذكور ،كما يلزم النقابة باعتبارها طرفا متعاقدا في الاتفاقية باحترام أحكامها و تتحمل كامل المسؤولية عن أي إخلال بها، فتتحمل مثلا كل النتائج المترتبة

[1] المادة 126 من القانون رقم 11/90 المؤرخ في : 1994/04/21 المتعلق بعلاقات العمل المعدل و المتمم.
[2] أحمية سليمان، المرجع السابق ، ص330.
[3] قرار المحكمة العليا ،غ.إ، المؤرخ في 2006/12/06، ملف رقم 350940، م.م.ع، السنة 2007، ع 1، ص291.

عنه كالدعوة للإضراب أو إثارة أي نزاع لتعديل أحكام الاتفاقية، في حين أن الأمر ليس كذلك إذا كان موضوع الإضراب الذي دعت إليه النقابة لا تنظمه الاتفاقية، فقوة العقد الجماعي للعمل مستمدة من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين و بالتالي أحكامها كالقانون تماما، فلا يجوز نقضها أو تعديلها إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، كما أنها موجبة التنفيذ و بحسن نية [1].

المطلب الثاني: الصلح الواقي من الإفلاس

قد يحدث للتاجر لأسباب خارجة عن نطاق إرادته فيصبح مهددا بالإفلاس و تضطرب أعماله التجارية مما يترتب عنه توقفه عن دفع ديونه التجارية. [2]

وتكون أثار الإفلاس خطيرة خاصة بالنسبة للمدين المفلس، فهي جزاء بالنسبة للمدين سيئ النية، لكنها ليست كذلك لعدم ملائمتها للمدين حسن النية سيئ الحظ، و الذي كان إفلاسه لظروف لا دخل لإرادته فيها [3]، لذلك مراعاة لحالته هذه فإن معظم المشرعين حرصوا على مد يد العون له ليتفادى شهر إفلاسه و يجتاز الأزمة التي حلت به، و إفادته بعدة سبل منها نظام الإفلاس، و يكون الصلح الودي ذا فعالية محدودة لاسيما وأنه يتطلب موافقة جميع الدائنين حتى يأمن المدين خطر الإفلاس فإن الصلح الواقي من الإفلاس، أو ما يسمى بالصلح الاحتياطي هو السبيل الأنجع لتفادي شهر الإفلاس[4]، و ذلك نظرا للحماية التي يحققها للجميع سواء للدائنين أو المدين، إذ أنها تشمل الذين شاركوا في الصلح و الذين لم يشاركوا فيه و حتى الذين اعترضوا عليه ، وسنتعرض في هذا المطلب للطبيعة القانونية للصلح الواقي من

---

1 سيد محمود رمضان ، الوسيط ف يشرح قانون العمل و قانون الضمان الاجتماعي ، دراسة مقارنة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن ، 2010 ، ص485.

[2] عزيز العكيلي ، شرح القانون التجاري ، الجزء الثالث ، في أحكام الإفلاس و الصلح الواقي ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة ، عمان ، الأردن ، 2003 ، ص323.

[3] حسين محمد بيومي الشيخ ، طرق حماية المدين في الفقه الإسلامي و القانون التجاري الوضعي ، ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، مصر، 2008، ص22.

[4] هاني محمد دويدار ، مبادئ القانون التجاري ، دراسة في القانون المشروع الرأسمالي ، دار النهضة العربية للطباعة و النشر 1995 ، ص301.

الإفلاس في الفرع الأول ثم أثاره في الفرع الثاني مبينا من خلال ذلك بأنه فعلا استثناء من مبدأ الأثر النسبي للعقد.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للصلح الواقي من الإفلاس:

لتناول الطبيعة القانونية للصلح الواقي من الإفلاس كان علينا التطرق إلى تعريفـــه اللغوي أولا، حيث عرفه تاج العروس بقوله: «الصلح: الصلاح ضد الفساد و قد أصلح الشيء بعد فساده: أقامه ويقال و قع بينهم صلح، تصالح القوم بينهم و هو السلم.

والصلح أيضا(اسم جماعة) متصالحون: يقال هم لنا صلح أي مصالحون قوم صلوح : متصالحون ، كأنهم وصفوا بالمصدر :"وفي لسان العرب "، الصلح تصالح القوم بينهـــم ، والصلح السلم ، وقد اصطلحوا و صالحوا و أصلحوا و تصالحوا ، وقوم صلوح ، والصلح بكسر الصاد، مصدر المصالحة و الاسم (الصلح) يذكر ويؤنث ، وأصلح ما بينهم وصالحهم مصالحة و صلاحا .

في حين عرف لسان العرب الواقي بقوله واقي : وقاه الله وقيا ووقاية وواقية : صانه،ووقيت الشيء أقيه إذا صنته و سترته عن الأذى ،ووقاه صانه، ووقاه ما يكره ، ووقاه حمـــاه منه ، وفي التنزيـــل "فوقاهم الله شر ذلك اليوم " و الوقاء و الوقاية ، كل ما وقيت به شيئا ، وفي التنزيل "ما لهم من الله مـــن واق" أي من دافع، وقيل فرس واق إذا خفي مـــن غلط الأرض ورقة الحافر، فوقي حافره الموضع الغليظ.

و عرف لسان العرب الإفلاس بقوله ، "الإفلاس أصلها فلس ، والجمع في القلة أفلس ، وفلوس في الكثير، وأفلس الرجل صار ذا فلوس بعد أن كان ذا درهم، يفلس إفلاسا صار مفلسا كأنما صارت دراهمه فلوسا، أفلس الرجل إذا لم يبقى له مال يراد به أنه صار إلى حال يقال فيها ليس معه فلس، وقد فلسه الحاكم تفليسا: نادى عليه أنه أفلس [1].

[1] نشأت الأخرس ، الصلح الواقي من الإفلاس ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2005 ، عمان ، الأردن ، ص11.

كما أن الإفلاس هو عبارة عن الحالة التي ينتهي إليها تاجر يتوقف عن دفع ديونه ويجمع الفقه والقضاء المعاصرين على أن التوقف عن الدفع لا يعد ضيقا ماديا عابرا بل يجب أن يوحي المركز المالي للتاجر على وضعية مالية حرجة ميئوس منها بحيث تدل على عجز حقيقي يمنع التاجر عن وفاء ديونه في مواعيد استحقاقها. [1]

وقد اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للصلح الواقي من الإفلاس، فحاول البعض القول بأنه ما هو إلا تطبيق لفكرة النيابة و لا يشكل استثناء عن مبدأ الأثر النسبي للعقد، مستندين في ذلك بنيابة الأغلبية عن الأقلية و خضوع الباقي من الأقلية الرافضة و الغائبة لإدارة الأغلبية الموافقة و التي أنابت عنها جميعا في هذا الصلح، و حدد هؤلاء أن هذه النيابة هي نيابة قانونية باعتبار أنها لا يمكن أن تكون اتفاقية لأن الدائنين منهم من غاب عنها و منهم من لم يوافق عليها، إلا أن هذه الفكرة لا يمكن تطبيقها خصوصا و أن النيابة القانونية تتعلق بحالة نقص أو انعدام الأهلية، في حين أن الدائنين سواء المعارضين أو الغائبين هم في غالب الأحوال يتمتعون بأهلية كاملة، لذلك ذهب جانب من الفقه إلى القول بان إلزام الأقلية بالصلح ناجم عن كونه إجراء قضائي و يخضع للموافقة القضائية و المتمثلة في المصادقة على الصلح، و هو ما أكده المشرع الجزائري في المادة 325 /1 ق.ت ج و التي نصت على أنه.: "يخضع الصلح للتصديق عليه من المحكمة، و تكون متابعة التصديق بناءا على طلب الطرف الذي يهمه التعجيل ولا يمكن للمحكمة الفصل فيه إلا بعد فوات ميعاد ثمانية أيام المحددة في المادة 323".

على الرغم من وجهة النظر هذه يبقى للصلح طابعه التعاقدي و أنه ليس من إنشاء القضاء كما يرى البعض، و يتضح ذلك من أن المحكمة لا يمكنها تعديل شروط الصلح، بل لها دور المصادقة عليه فقط، كما أنه لو كان الصلح من إنشاء القضاء لما احتجنا إلى موافقة أغلبية الدائنين عليه و لكان رفض الأغلبية غير ملزم للمحكمة ، ومنه فالصلح عقد تقرره الأغلبية وفقا لإرادتها ،كما أنه طبقا للمادة 340 ق.ت.ج فإن عدم تنفيذ المدين لالتزاماته التي تعهد بها يترتب عنه فسخ العقد، و هو ما يؤكد الطابع التعاقدي للصلح ،كما ذهب رأي أخر

[1] نادية فضيل ،أحكام الإفلاس والتسوية القضائية ، مقال نشر في المجلة القانونية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر،عدد2، 2004، ص 130.

إلى أن الصلح ذا طبيعة مزدوجة، فالدائنين الموافقين عليه ملزمون به كعقد، في حين أن الدائنين الرافضين له و الغائبين يلزمهم بحكم القضاء، مما يعني أن ليس للأقلية الرافضة أو الغائبة حق فسخ العقد و هذا غير صحيح،لأن أثار الصلح تنطبق على الجميع دون استثناء إذ لا فرق بين الأغلبية الموافقة و الأقلية الغائبة و حتى الأقلية الرافضة، إذ أن أحكامه تنطبق عليهم جميعا و بالنتيجة فالصلح الواقي من الإفلاس هو عقد إلا أنه يشكل استثناءا عن مبدأ الأثر النسبي للعقد [1]، فهو عقد يتعهد بموجبه المدين بتسديد ما عليه من ديون كليا أو جزئيا فورا أو بآجال، و يبرم من طرف جماعة الدائنين الذين يتداولون في جمعية عامة طبقا لشروط الأغلبية التي تفرض على جميع الدائنين الغائبين منهم و المعترضين، فله إذن طبيعته الاتفاقية الجماعية [2].

عرفه الدكتور حسين محمد بيومي علي شيخ على أنه : "نظام يقصد به تجنب المدين إشهار إفلاسه إذا وفقت الأغلبية القانونية للدائنيـــن على الشروط التي يعرضها عليهم المدين تحت إشراف القضاء بشروط و إجراءات معينة [3].

الفرع الثاني : أثار الصلح الواقي من الإفلاس :

إن الآثار المترتبة عن الصلح الواقي من الإفلاس ليس الغرض منها تصفية أموال المدين بل الهدف منها تمكينه من متابعة نشاطه التجاري وذلك بهدف إنقاذه وإخراجه من وضعيته المالية التي يتخبط فيها وهي تتعلق بالمركز المالي للمدين من جهة ومركز الدائنين وحقوقهم من جهة أخرى.[4]

وحيث أن الصلح الواقي و إجراءاته يجب أن تحقق التوازن بين مصلحتي كل من الدائنين و المدين فإنه بمجرد تقديم طلب الصلح الواقي و إيداعه و إلى غاية أن يكتسب

---

[1] زواوي فريدة، نفس المرجع السابق، ص274.

[2] راشد راشد ، الأوراق التجارية ، الإفلاس و التسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون ، الجزائر ، ط6 2008 ص321.

[3] حسين محمد بيومي الشيخ ، المرجع السابق ص165.

[4] –سعيد يوسف البستاني –أحكام الإفلاس والصلح الواقي في التشريعات العربية –منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت لبنان –ط 1–2007– ص 71.

تصديق الصلح الواقي قوة القضية المقضية [1]، فإنه يترتب عن ذلك أثار معينة خلال هذه المدة، إذ أنه بعد أن يفضي حكم المصادقة على الصلح قوة الأمر المقضي به فيصبح شريعة أطرافه بسبب نشوئه تحت الرقابة القضائية، فلا يجوز القيام بأي تعديلات من طرف جمعية الدائنين ،إلا أنه يصح إبرام اتفاقيات خاصة مع بعض الدائنين [2].

أولا : أثار الصلح الواقي من الإفلاس بالنسبة للدائنين :

للصلح الواقي من الإفلاس أثره الملزم بالنسبة لجميع الدائنين سواء الذين وافقوا عليه و الذين اعترضوا عليه، و كذا من حضر منهم في جلسة التصويت عليه ومن لم يحضرها، ومن امتنع عنها و حتى الذين لم يذكروا في البيان المقدم من المدين مع طلب الصلح، إذ أثبت رد ديونهم مما يجعل منهم فعلا استثناءا من مبدأ الأثر النسبي للعقد، غير أن هناك ثلاثة مبادئ لحماية أقلية الدائنين و هي :

1- **استحالة إبراء المدين من كل دين** : الصلح لا يعني تبرع الدائنين لديونهم وإنما هو تنازل عن البعض منها، لذلك يجب أن ينتهي الصلح بحصول من المدين على أي جزء من الدين و لو كان قليلا، ولكن لا يمكن بأي حال من الأحوال إبراء ذمة المدين من الدين كله.

2ـ **منع تغيير طبيعة حق الدائنين:** يبقى الدائنين محتفظين بصفتهم كدائنين مهما تنازلوا عن نسبة معينة من دينهم.

3 – **احترام مبدأ المساواة بين الدائنين:** يبقى مبدأ المساواة بين الدائنين قائما لكونه النتيجة الطبيعية لاتحادهم في هيئة كتلة أو جماعة واحدة متساوون فيما بينهم من حيث الحصص، فلا يحصل أي منهم على حصة أكثر من حصة غيره من الدائنين بالنسبة إلى دينه، ودون أي اعتبارات، كاعتبار أحدهما بأنه صاحب أكبر دين أو صاحب دين ذا طبيعة خاصة[3].

إلا أنه يلاحظ أن بعض الدائنين لا تسري عليهم أحكام المادة 330 /ف 2 من ق.ت وهم الدائنين العاديين ذوي الامتياز و المرتهنين عقاريا الذين لم يتنازلوا عن تأمينهم، لأن هؤلاء

[1] نشأت الأخرس ، المرجع السابق ، ص72.

[2] راشد راشد ، المرجع السابق، ص321.

[3] نادية فضيل ، الإفلاس و التسوية القضائية في القانون الجزائري ، الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر 2008 ،، ص74.

لايحق لهم أن يشتركوا في مداولات الصلح و لا في التصويت عليه، إلا بعد أن يتنازلوا عن تأميناتهم و حينها يحق لهم الاشتراك في إجراءات الصلح بصفتهم دائنين عاديين، كما استثنت نفس الفقرة من المادة المشار إليها أعلاه فئة أخرى من الدائنين العاديين و هم الدائنون العاديون الذين نشأت ديونهم بعد صدور الأمر بافتتاح الصلح ، لكونهم ليسوا بأعضاء في جماعة الدائنين المتصالحين، و بناءا عليه فإن الصلح الواقي من الإفلاس لا يسري إلا على الدائنين العاديين الذين قبلت ديونهم بصورة نهائية أو مؤقتة و الذين اشتركوا في إجراءاته أو لم يشتركوا، و الذين وافقوا أو لم يوافقوا عليه [1].

ثانيا : أثار الصلح الواقي من الإفلاس بالنسبة للمدين :

من بين الصفات التي يتصف بها الصلح الواقي من الإفلاس بأنه ذا طابع شخصي بالنسبة للمدين، فعلى سبيل المثال إذا كنا بصدد شركة تضامن، فالصلح الممنوح يخص هذا الشريك أو ذاك لوحده، أو الشركة دون الشركاء و العكس ، كما أنه في حالة الكفالة أو التضامن فإن الصلح الممنوح لأحد الملتزمين لا يستفيد منه الآخرون، إضافة إلى الآثار التي يرتبها الصلح الواقي من الإفلاس بالنسبة لدائنين و المدين فإنه يرتب أثار أخرى و هي :

أ- انتهاء غل اليد : بعد أن يصبح حكم التصديق على الصلح حائزا لقوة الشيء المقضي به يتوقف وكيل التفليسة عن مهامه وتصبح إرادة المدين حرة، و تنتهي عملية غل اليد المطبقة عليه و له حرية التصرف في أمواله ، وإذا اقتضى الحال أن يقدم وكيل التفليسة حسابا أجرى ذلك بحضور القاضي المنتدب، و إذا لم يسحب المدين أوراقه و مستنداته التي سلمها إلى وكيل التفليسة بقي هذا الأخير مسئول عنها لمدة سنة اعتبارا من تقديم الحساب، و يحرر بهذا كله محضرا بمعرفة القاضي المنتدب الذي تتوقف مهامه عند ذلك، و تفصل المحكمة في أية منازعة تنشأ [2].

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري ومن أجل منح حماية أكثر للدائنين و لحقوقهم وحتى يسلط رقابة أكثر على تصرفات المدين لاسيما بعد أن تصبح إرادته حرة في التصرف

[1] عزيز العكيلي ، شرح القانون الجزائري ، الجزء الثالث ، في أحكام الإفلاس و الصلح الواقي ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة ، عمان الأردن الطبعة الأولى ، الإصدار الثاني ، 2003 ، ص358.

[2] راشد راشد ، نفس المرجع السابق، ص334.

في أمواله، فإنه أجاز للمحكمة التعيين في حكم المصادقة على الصلح مندوب واحدا أو ثلاثة مندوبين لتنفيذ الصلح مع تحديد مهامهم و هو ما نصت عليه المادة 328 ت . ج .

وعلى ذلك تبقى إدارة المدين لأمواله تحت إشراف المندوب أو المندوبين الذين تم تعيينهم من طرف المحكمة، كما لا يمكن لدائني المدين اتخاذ الإجراءات المتعلقة بالتنفيذ ضد المدين ، ولا يجوز لهم رفع دعاوي عليه إلا أنه إذا أخل المدين بتنفيذ شروط حكم الصلح ففي هذه الحالة أجاز لهم طلب فسخه [1].

ب- **التزام المدين بتنفيذ الصلح الواقي:** ويكون ذلك بوفائه بالقدر الجديد لديونه وفي الحال المتفق عليها في عقد الصلح ، ولا يترتب على الصلح حرمان المدين من أجال ابعد من تلك المقررة في عقد الصلح ، مع الإشارة كذلك إلى أنه يمكن للمدين أن يشترط في الصلح التنازل عن الأجل الأصلي الذي تقرر له ، كما يمكنه أن لا يلتزم بالوفاء بالأجزاء التي أبرأ منها في عقد الصلح إلا التزاما طبيعيا لا جبر فيهن فهو ملزم فقط بالوفاء بديونه بقدرها الجديد، لكن ذلك لا يعني عدم جوازية الاشتراط في الصلح بإلزام المدين بالأجزاء المتنازل عنها، وأن للدائنين مطالبته بها عند الميسرة إذ بإمكانهم اشتراط ذلك في عقد الصلح. [2]

ت- **تعيين مندوب لتنفيذ الصلح** : إن الوفاء بالنسب الخاصة بالديون و المتفق عليها في الصلح قد يستغرق عدة سنوات، لذلك و قصد تنظيم تسديدها فإنه يمكن للدائنين أن يشترطوا في الصلح شرطا يطالبوا بمقتضاه المحكمة بأن تعين لهم مندوبا أو مندوبين للتنفيذ بحيث أجازت المادة 328 ق.ت.ج في أن يعين في حكم المصادقة على الصلح مندوب واحد أو ثلاثة مندوبين لتنفيذ الصلح مع تحديد مهمتهم، مع العلم أن معظم المحاكم لا تمنح مصادقتها على الصلح إلا إذا اشترط فيه تعيين المندوبين وللقاضي المنتدب سلطات كافية تسمح له في جعل مهام المندوبين فعالة .

[1] حسين محمد بيومي علي الشيخ ، نفس المرجع السابق ، ص 285.

[2]- سعيد يوسف البستاني- المرجع السابق – ص 78.

ث- بقاء الرهن الرسمي الممنوح لجماعة الدائنين :

لقد قررت المادة 335 ق.ت.ج بالإبقاء على الرهن العقاري لجماعة الدائنين لسداد حصص المصالحة بالرغم من غلق كل الإجراءات، كما أن أثار الرهن الرسمي تنحصر في مبلغ تقدره المحكمة في حكم التصديق على الصلح و للمندوب المكلف بتنفيذ المصالحة الأهلية في منح رفع اليد عن القيد المتخذ. [1]

ج- سريان الصلح يمنع المدين من طلب صلح أخر :

يتطلب الصلح من المدين الالتزام بتنفيذ شروطه إذ يتعين عليه الوفاء بديونه أو ما تبقى منها عند حلول أجالها الجديدة ، وبوفاء المدين لالتزاماته ينقضي الصلح ، لكن إذا لم يفي المدين لالتزاماته فإن الصلح ينقضي بالفسخ وبذلك يحق لأي من الدائنين المطالبة بإشهار إفلاسه ، مع الإشارة إلى أنه لا يمكنه المطالبة بصلح جديد بسبب عدم احترامه لتعهداته التي رتبها الصلح الأول والصلح على الصلح غير جائز [2] هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن هناك من يرى أنه مادام المدين لم يقوم بتنفيذ التزاماته في الصلح الأول فلا يستحق صلح أخر، فمن عجز عن تنفيذ التزاماته في الصلح الأول فلا يستحق صلح أخر لكونه عجز عن تنفيذ ما التزم به في الصلح الأول، وسيعجز عن تنفيذ صلح لاحق عليه في كل الأحوال ،وعلى ذلك فالمدين لم يعد أهلا للحصول على الصلح، ومن ثم فإن ذلك لا يمنعه من الحصول على صلح ثان أثناء تنفيذ الصلح الأول فحسب، بل يمتد الأمر إلى فسخ الصلح الأول [3].

[1] راشد راشد ، نفس المرجع السابق ، ص 335.

[2] هاني محمد دويدار ، المرجع السابق، ص305.

[3] حسين محمد بيومي علي الشيخ ، نفس المرجع السابق، ص287.

خاتمة:

لقد تطرقنا في هذه الدراسة لمبدأ الأثر النسبي للعقد من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع والاستثناءات الواردة عليهما في القانون المدني الجزائري ، محاولين البحث في نسبية العقد ومدى انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين والغير والقيود الواردة عليها، باعتبار هذه النسبية من المبادئ القانونية الشهيرة في النظرية العامة للالتزام وفي نظرية العقد تحديدا.

من أهم النتائج والاقتراحات التي أمكن التوصل إليها وإقرارها إجابة عن الإشكالية المطروحة نلخصها إجمالا على النحو التالي:

- **أولا : النتائج:**

بالنسبة لمبدأ الأثر النسبي من حيث الأشخاص:

1- من المؤكد أن مبدأ الأثر النسبي للعقد جاء نتيجة لتقديس إرادة الفرد ، وتكريسا لمبدأ سلطان الإرادة ، من منطلق أن الفرد هو محور أي نظام اجتماعي وغايته ، واعتبارا من أن الإرادة الحرة هي مصدر الحقوق والالتزامات ، مما يرتب عنه أن آثار العقد لا تنصرف إلا للمتعاقدين فقط، ذلك أن إرادة الفرد لا تلزم إلا صاحبها .

2- يقتضي مبدأ الأثر النسبي للعقد من حيث الأشخاص أن أثار العقد وما يرتبه من حقوق والتزامات تنصرف إلى المتعاقدين دون غيرهما، ويشمل مفهوم المتعاقدين من ينوب عنهم ويمثلونهم في التعاقد.

3- إن مبدأ الأثر النسبي للعقد يقتضي كذلك امتداده إلى الخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام، كل ذلك مع مراعاة قواعد الميراث.

4- ينتقل أثر العقد إلى الخلف الخاص متى صدر من السلف عقد يتصل بالشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص ، وأن يكون هذا العقد سابقا على انتقال الشيء إليه، مع علـــم الخلف الخاص بالعقد الذي أبرمه سلفه ، وأن يكون الحق أو الالتزام الذي رتبه السلف من مستلزمات الشيء .

5- أن الدائنين العاديين للمتعاقدين ليسوا من الخلف العام ولا من الخلف الخاص بل يعتبرون من الغير لكنهم يتأثرون بالعقود التي يبرمها مدينهم لأنها تؤدي إلى إما النقص أو الزيادة في أصول الذمة المالية للمدنيين، مما يؤثر على الضمان العام بالنسبة لهؤلاء وبذلك فهم يتأثرون بجميع تصرفات مدينهم سواء بالنسبة للحقوق وكذلك بالنسبة للالتزامات .

6- إن التغييرات القانونية والاقتصادية والسياسية التي حدثت بداية من القرن العشرين والتي قلصت من نفوذ مبدأ سلطان الإرادة شملت كذلك مبدأ الأثر النسبي للعقد من حيث الأشخاص، فبعد أن كانت أثار العقد وفقه لا تنصرف إلا للمتعاقدين، أصبحت ترد عليه بعض الاستثناءات الاتفاقية فرضتها طبيعة التعامل وتبناها المشرعين ومنهم المشرع الجزائري، إذ نص على أنه :" لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا " المادة 113 من ق.م.ج ومنه أصبح المبدأ المذكور مبدأ مطلقا في شقه السلبي وهو ما ورد في بداية الفقرة والمقصود منها التعهد عن الغير، فعقد التعهد عن الغير لا ينشئ التزاما في ذمة الغير،وإنما ينشأ الالتزام في ذمة المتعهد، إلا أنه أي المبدأ ليس كذلك في شقه الإيجابي إذ يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه لمصلحة الغير وهو ما عبر عنه المشرع في أخر المادة السالفة الذكر إشارة منه إلى عقد الاشتراط لمصلحة الغير.

7- أن التعهد عن الغير باعتباره لا يرتب التزاما في ذمة الغير أي لا ينقص من ذمته المالية فما هو في الحقيقة إلا تطبيقا لمبدأ الثر النسبي للعقد ، إذ أن الغير حر في قبول هذا التعهد أو رفضه ، فإذا ما قبل الغير التعهد يكون المتعهد قد أوفى التزامه ، أما إذا رفض الغير التعهد فلا يتحمل تبعة ذلك بل يتحملها المتعهد.

8- أن الاشتراط لمصلحة الغير يشكل فعلا خروجا على مبدأ الأثر النسبي للعقد من حيث الأشخاص في شقة الإيجابي أي كسب الغير حقوقا بموجب عقد لم يكن طرفا فيه أصلا.

بالنسبة لمبدأ الأثر النسبي من حيث الموضوع:

9- يستوجب تحديد مضمون العقد تفسيره لمعرفة النية المشتركة للمتعاقدين وتفسير العقد يكون بحسب حالاته بدءا بحالة وضوح العبارة ، وفيها لا يجوز الانحراف عن العبارة الواضحة عن طريق تأويلها إلا إذا كان التعبير لا يستقيم مع معناه، أو أن التعبير واضح لكن أسيء استعماله ، ثم حالة غموض العبارة وفيها يلعب القاضي دوره بالاستهداء بالوسائل

الداخلية رجوعا إلى عبارات العقد ذاته، وإذا لم تسعفه هذه الوسائل استعان بالوسائل الخارجية المتمثلة في طبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاملين وفقا للعرف الجاري في المعاملات، وأخيرا حالة الشك حيث تطبق قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين والاستثناء الوارد عليها وهو تفسير الشك لمصلحة المذعن مدينا أو دائنا وذلك في حالة عقود الإذعان .

10- يقتضي تحديد مضمون العقد إضافة إلى التفسير اللجوء إلى تكييفه كذلك وبالتفسير والتكييف يتحدد مضمون العقد، وبالتكييف يتم إعطاء الوصف القانوني الصحيح للعقد ومن ثم يتم تصنيفه وتتحدد الأحكام الخاصة به والواجبة التطبيق عليه ، ويتم ذلك دون التقيد بالتكييف الذي اقره المتعاقدين لعقدهما، إذ لا عبرة لتكييفهما لأن عملية التكييف عملا قانونيا من صميم عمل القاضي وحده ولا سلطان لإرادة طرفي العقد فيها .

11- كما أن تحديد نطاق العقد لا يقتصر على ما ورد فيه فحسب بل يتناول ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف بحسب طبيعة الالتزام .

12- أن أساس القوة الملزمة للعقد الذي يستمد من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والذي بموجبه يكون طرفا العقد ملزمون بتنفيذه وتسري أحكامه في حقهما كالقانون تماما ، باعتبار أن المبدأ مستمد هو الأخر من مبدأ سلطان الإرادة القائم على أساس أخلاقي هو الوفاء بالعهد وكذا مقتضيات المصلحة الاجتماعية ومتطلبات الاستقرار في المجتمع .

13- تقضي القوة الملزمة للعقد بأن لا يملك أحد المتعاقدين بمفرده حق تعديل العقد أو نقضه ألا في الحالة التي يجيز فيها القانون ذلك صراحة ، ويكون بالتالي المتعاقدين ملزمون بتنفيذ أحكامه ولا يمكن لأي منهما التحلل منه بإرادته المنفردة ، كما يلزم القاضي بتطبيقه كما يطبق القانون، ولا يملك هو الأخر حق تعديله بدعوى مقتضيات العدالة لأن مقتضيات العدالة تكمل إرادة المتعاقدين ولا تعدلها أو تنقضها .

14- إن مبدأ الأثر النسبي للعقد من حيث الموضوع لم يصبح كما كان قديما جامدا ومطلقا،بل أن التغييرات القانونية والاقتصادية والسياسية حتمت عليه أن لا يصبح كذلك ، إذ فرضت عليه أن يكون مرنا ومواكبا لتلك التغييرات وذلك حتى يبقى قائما ولا تصبح الاستثناءات الطارئة عليه مبادئ جديدة، وبالتالي تقضي عليه، من هذه الاستثناءات تلك التي قضت بتعديل العقد طبقا لقواعد العدالة، كما هو الشأن بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة

(المادة 107 ق. م. ج)، والاستثناء المتعلق بتعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها متى وردت في عقود الإذعان (المادة 110 من ق. م. ج).

15- كما أقر المشرع وسائل قانونية لحماية حقوق الدائنين كالدعوى المباشرة والعقود الجماعية للعمل والصلح الواقي من الإفلاس والتي تعتبر خروجا فعليا على مبدأ الأثر النسبي للعقد، وذلك لكون هذه الوسائل تسمح لأطراف معينة بالاستفادة من حق مباشر من عقد لم يكونوا طرفا فيه، كما هو الحال بالنسبة للدعوى المباشرة إذ بموجبها يستأثر الدائن بحق لمدينه في ذمة المدين، وكذلك بالنسبة للعقود الجماعية للعمل والتي تنتج أثارها إلى العمال وأصحاب العمل حتى ولو لم يكونوا طرفا فيها ، كما تسري شروط الصلح الواقي من الإفلاس على جميع الدائنين بما فيهم المتخلفين والممتنعين عن التصويت عليه.

16- إن مجال الاستثناءات التي ذكرت أعلاه لا يؤثر على مبدأ الأثر النسبي، لأن طبيعة العلاقة التعاقدية مابين المتعاقدين محددة مسبقا وفقا للعقد ، كما أنها لم تقرر أصلا إلا بوجود هذه العلاقة، فلولا العقد لما وجدت أصلا.

- **ثانيـــا: الاقتراحات:**

1- إن عملية تفسير العقد من عمل القاضي والأصل فيها أنها تبقى منسجمة مع قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فإجازة المشرع للقاضي بالتدخل جاءت للكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين فقط، وعليه نقترح أن لا تخرج عن هذا الإطار.

2- ينبغي على القاضي عند الشروع في تفسير العقد الأخذ بكلتا الإرادتين الظاهرة والباطنه ، فلا يعتد بإرادة على حساب أخرى ، ذلك أن الإرادة الظاهرة يقتضيها استقرار التعامل القائم على الثقة المتبادلة وحسن النية ، في حين أن الإرادة الباطنة يعتد بها احتراما لمبدأ سلطان الإرادة .

3- نقترح عند الشروع في عملية التفسير أن يتم الاعتماد على ما هو ثابت من الوقائع والملابسات الثابتة من وثائق الدعوى، والتأكد من عدم تناقضها واستخلاصها استخلاصا سليما من طرف القاضي المعروض عليه النزاع المتعلق بتفسير العقد.

4- إن الوسائل الداخلية والخارجية التي يستهدي بها القاضي في تفسيره للعقد قصد الوصول للإرادة الحقيقية للمتعاقدين وردت على سبيل المثال وعليه نقترح بأن يكون التركيز عند الأخذ بها على عدم إضافة التزامات أخرى للعقد لم تكن في تصورات المتعاقدين، وذلك

تحت ستار تفسير العقد مما يترتب عنه الخروج عن الغرض الذي حدده المشرع لعملية التفسير.

5- إن الفقرة الثانية من المادة:107من ق.م والمتعلقة بالحوادث الاستثنائية وشروطها لم تتناول الشرط المتضمن أن يكون العقد متراخي التنفيذ، لذلك نقترح النص عليه صراحة باعتباره شرطا تقتضيه طبيعة النظرية .

6- نقترح مراجعة وتعديل شرط العمومية المنصوص عليه في الفقرة الثالثة من المادة 107 من ق.م.ج بما يحقق العدل وإعادة التوازن العقدي وذلك بترك المجال للقاضي ليعمل بسلطته التقديرية والشروع بالتالي في تكييف كل حالة على حدة ، وعلى ضوء ما توصل إليه يمكنه إنقاص الالتزام أو الزيادة فيه أو توقيف تنفيذ العقد إلى غاية زوال الظرف الطارئ.

7- اعتبار إلى أن مجال سلطة القاضي لتعديل العقد في التشريع جوازية ومحصورة في نطاق جد ضيق ومحدد قانونا، الشيء الذي لا يمكن معه تحقيق العدل وإعادة التوازن للعلاقة العقدية خصوصا إذا تبين أن ما ورد فيه نوع من الاستغلال أو الغبن أو التعسف، لذلك نقترح منح سلطة تعديليه عامة أكثر، وذلك متى كان تدخله بدواعي العدل والإنصاف وتوازن العلاقة التعاقدية

8- لكون نظرية الظروف الطارئة استثناء من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين المنصوص عليها في المادة 106 من ق.م.ج، نقترح أن يتم النص على هذه النظرية مباشرة بعد هذا المبدأ ليصبح نص المادة كما يلي:"العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون.غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة ...".

9- نقترح تدعيم نصوص الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان (المادة 110 من ق.م.ج) لاسيما وأن تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها من طرف القاضي هو من النظام العام ويقع باطلا كل اتفاق على ذلك ، بالنص على إثارة هذه الحماية تلقائيا من طرف القاضي بدلا من المذعن كما هو معمول به حاليا، وذلك عندما يعرض عليه نزاع يتعلق بدعوى التنفيذ أو فسخ العقد للمساهمة في بناء نظام قضائي متكامل يقي المذعنين من الشروط التعسفية.

10- بخصوص الحماية القانونية التي خصها المشرع للمذعن أقترح أن تتم بتعاون المستهلكين وتكتلهم في جمعيات لمقاومة التعسف من جهة ، وبتدخل المشرع لتنظيم عقود الإذعان وضبط حدودها.

11- لكون عقود الإذعان فيها نوع من الإكراه (إكراه اقتصادي) أو استغلال نقترح أن ترد النصوص المتعلقة بها في المكان الذي وضع فيه النص الدال على نظرية الاستغلال.

12- على ضوء ما توصلت إليه في دراستي هذه استنتجت أن موضوع الوسائل القانونية لحماية حقوق الدائنين وخصوصا الدعوى المباشرة لازال يحتاج إلى دراسات وأبحاث معمقة من طرف الفقهاء والباحثين يتم من خلالها تحديد قواعد تنظمها وتضبطها.

قائمة المراجع :

أولا : المراجع باللغة العربية :

1- الكتــب:

أ- الكتب العامــة:

1- أحسن زقور، المقارنة بين فقه المعاملات المالكي و القانون المدني الجزائري أثار العقود في المعاملات المالية، منشورات دار الأديب، وهران، الجزائر، 2007 .

2- أحمد السعيد الزقرد، قانون العمل، المكتبة العصرية للنشر و التوزيع، المنصورة، مصر الطبعة الأولى، 2007 .

3- أحمد سليمان شهيب السعداوي، جواد كاظم جواد سميسم، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالقوانين المدنية و الفقه الإسلامي، مكتبة زين الحقوقية و الأدبية ، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2015 .

4- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية و غير الإرادية، دراسة فقهية و قضائية، توزيع المعارف الإسكندرية، جلال حزي و شركاه، مصر، 2002.

5- أحمد عبد الكريم أبو شنب ، شرح قانون العمل الجديد ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن، 2008 .

6- أحمد عبد الكريم أبو شنب ، شرح قانون العمل الجديد، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ،عمان، الأردن، 1999 .

7- أحمد عبيد جاسم الكربوني ، التأصيل الفقهي للقانون المدني العراقي، مكتبة زين الحقوقية والأدبية ، طريق صيدا القديمة ، لبنان ، ط 1 ، 2013

8- أحمد فراج حسين ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، مصر ، 1999

9- أحمد محمد علي داود ، أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، الجزء الثاني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن، 2011

10- أحمد محمد علي داود ،أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، الجزء الأول ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن ، ط 1، 2011

11- أحمد محيو ، سلسلة القانون والمجتمع ، محاضرات في المؤسسات الإدارية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ، 1979.

12- أحمية سليمان ، الوجيز في قانون علاقات العمل في التشريع الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، الطبعة الثانية ، 2015.

13- أحمية سليمان، علاقات العمل الجماعية في التشريع الجزائري المقارن، القانون الاتفاقي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، 2013.

14- أسامة أحمد بدر، تكميل العقد دراسة تحليلية في القانون المصري و الفرنسي، دار الجامعة الجديدة، الإيزاريطة، الإسكندرية، مصر، 2010.

15- إسماعيل عبد النبي شاهين، النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر،الطبعة الأولى، 2013 .

16- آلان بينا بنت ، القانون المدني الموجبات (أو الإلتزامات) ترجمة منصور القاضي،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت لبنان،الطبعة الأولى ،2004 .

17- إلياس نصيف ، موسوعة العقود المنية و التجارية ، لبنان، 1998 .

18- أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزامات، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2009.

19- أنور العمروسي، القيود الواردة على العمل في القانون المدني المقاولة –إلتزام المرافق العامة – عقد العمل – عقد الوكالة –عقد الوديعة– عقد العارية – الحراسة ، منشأة المعارف جلال حزي وشركاه، الإسكندرية مصر ، ط 1، 2002.

20- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزامن دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005 .

21- أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن، الطبعة الأولى ، الإصدار الثالث ،2007 .

22- أنور طلبـــة ، إنحـــلال العقـــود ، دار الفتـــح للتجليـــد الفنـــي ، الإسكندريـــة ،مصر

23- بلحاج العربي ، االنظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري ، الواقعة القانونية (الفعل الغير مشروع – الإثراء بلا سبب – والقانون) ، الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ، ط 6 ، 2014

24- بلحاج العربي ، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري وفق أخر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهادات المحكمة العليا (دراسة مقارنة) ، دار هومة للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2013 .

25- بلحاج العربي ، أحكام الإلتزام في ضوء قواعد الفقه الإسلامي والأنظمـــة السعودية ، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشروالتوزيع ، عمان الأردن ، الطبعة الثانية ،2015 .

26- بلحاج العربي ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الثاني ، المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة) ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر ، 2014 .

27- بلحاج العربي، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة) ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر،2014 .

28- بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية دراسة فقهية و قضائية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري الجديد، دار هومة لطباعة و النشر و التوزيع، بوزريعة، الجزائر، 2014 .

29- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة السادسة، 2008 .

30- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2011 .

31- بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2015 .

32- بن الشيوخ الرشيد – دروس في النظرية العامة للالتزام – دار الخلدونية – القبة – الجزائر – الطبعة 2012 .

33- بن عزوز بن صابر ، الوجيز في شـــرح قانون العمل الجزائري ، دار الخلدونيـــة للنشـــر والتوزيـــع ، القبة ، الجزائر، 2010.

34- بن عزوز بن صابر، الاتفاقية الجماعية للعمل في التشريع الجزائري و المقارن، دار الحامد للنشر و التوزيع، عمان، الأردن ، الطبعة الأولى، 2011 .

35- بن عزوز بن صابر، مبادئ عامة في شرح قانون العمل الجزائري، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، الإسكندرية ، 2010 .

36- جاك غستان ، المطول في القانون المدني ، مفاعيل العقد أو آثاره ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت لبنان ، الطبعة الأولى ،2000.

37- جلال علي العدوي ، مصادر الالتزام، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1994 .

38- حسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو ،الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار وائل للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى ، 2002 .

39- حسين عبد اللطيف حمدان، قانون العمل ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2009 .

40- حسين محمد بيومي الشيخ، طرق حماية المدين في الفقه الإسلامي و القانون التجاري الوضعي، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر 2008 .

41- حمدي باشا عمر ، القضاء المدني ، دار هومة للنشر والتوزيع ، الجزائر الطبعة الثالثة 2006 .

42- حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، طبعة 2007 .

43- خليل أحمد حسن قدادة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1992 .

44- خليل أحمد حسن قدادة ، الوجيز في شرح القانون المني الجزائري ،الجزء الأول، مصادر الالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون، الجزائر، 2005 .

45- خليل أحمد حسن قدادة ، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2010 .

46- دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة ،الجزائر، 2004 .

47- دريد محمود علي، النظرية العامة للالتزام، القسم الأول، مصادر الالتزام، دراسة تحليلية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2012 .

48- راشد راشد ، الأوراق التجارية الإفلاس و التسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة السادسة، 2008.

49- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر2007.

50- زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام ،العقد و الإرادة المنفردة، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2014 .

51- زهير المارتيني، الوجيز في نظرية الالتزام، مديرية الكتب و المطبوعات الجامعية، مطبعة الأصيل، حلب، سوريا، 1967 .

52- سعيد بوعلي ، نسرين شريقي ، مريم عمارة ، سلسلة مباحث في القانون (القانون الإداري – النشاط الإداري)، دار بلقيس ، دار البيضاء الجزائر ،ط 2، 2016

53- سعيد يوسف البستاني، أحكام الإفلاس و الصلح الواقي في التشريعات العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة 1، 2007.

54- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، مصر الطبعة الأولى، 2009 .

55- سوزان علي حسن، الوجيز في القانون المدني، النظرية العامة للقانون، النظرية العامة للحق، النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف جلال حزى و شركائه، الإسكنندرية، 2004 .

56- سيبيل جلوك ، نظام الإفلاس وخصائصه ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 2012.

57- سيد محمود رمضان، الوسيط في شرح قانون العمل و قانون الضمان الاجتماعي، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2010 .

58- شريف الطباخ ، التعويض عن الإخلال بالعقد ، التطبيق العملي للمسئولية المدنية ، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع ، المنصورة مصر ، طبعة 2008

59- صالح ناصر العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2009 .

60- عبد الحق صافي ، القانون المدني ، الجزء الأول ، المصدر الإرادي للإلتزامات ، العقد، الكتاب الثاني ، الدار البيضاء ، المغرب ، 2007 .

61- عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المصري و المقارن، منشأة المعارف بالأسكندرية، جلال حزى و شركائه، الإسكندرية ، مصر، 2002.

62- عبد الحميد الشواربي، الإلتزامات والعقود التجارية وفقا لقانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 الفقه ــ القضاء ــ التشريع ، منشأة المعارف جلال حزى وشركاه ، الجزء الثاني ، الإسكندرية ، مصر ، 2002.

63- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد الثاني، الإلتزام بوجه عام ، مصادر الإلتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، 2000.

64- عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للالتزامات ، نظرية العقد ، الجزء الأول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان ، الطبعة الثانية الجديدة ،1998 .

65- عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للالتزامات ، نظرية العقد ، الجزء الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ، الطبعة الثانية الجديدة ،1998 .

66- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.

67- عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، دار أحياء التراث العربي، المجمع العلمي العربي الإسلامي، منشورات محمد الداية، بيروت 1934 .

68- عبد القادر الفار ، أحكام الإلتزام ، أثار الحق في القانون المدني ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن ، الطبعة الأولى ، الإصدار العاشر ، 2008.

69- عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان، الأردن، الطبعة السادسة، 2015.

70- عبد المجيد زعلاني، موسوعة القانون الجزائري، دار بيرتي للنشر، طبعة مصغرة ، الجزائر، 2013 .

71- عبيدي الشافعي ، القانون المدني مذيل بإجتهاد القضاء المدني ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، عين مليلة الجزائر طبعة 2009 .

72- عدنان ابراهيم السرحان ، شرح القانون المدني ، العقود المسماة في المقاولة ، الوكالة ،الكفالة ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان الأردن ، الطبعة الأولى ، الإصدار الثـــاني 2001

73- عدنان إبراهيم السرحان، نوري محمد خاطر، شرح القانون المني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان ، الأردن، 2005 .

74- عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، الجزء الثالث، في أحكام الإفلاس و الصلح الواقي، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2003 .

75- عصام أنور سليم، قانون العمل منشأة المعارف، جلال حزى و شركاه ، الإسكندرية ، مصر،الطبعة الثانية ، 2000 .

76- علي عبد العالي الأسدي ، النظرية العامة لتعاقد الشخص مع نفسه ، دراسة مقارنة منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، الطبعة الأولى 2012.

77- علي عبد القادر قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الثاني، مكتبة زين الحقوقية و الأدبية، طريق صيدا القديمة بيروت، لبنان ،2011.

78- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الثامنة ، 2008 .

79- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر الطبعة التاسعة، 2015

80- علي فيلالي ، الإلتزامات ، النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر ، الجزائر ، الطبعة الثالثة ، 2013.

81- علي هادي عطبة الهلالي، النظرية العامة في تفسير الدستور و اتجاهات المحكمة الإتحادية العليا، محكمة السنهوري، منشورات زين الحقوقية، طريق صيدا القديمة، لبنان، الطبعة 1، 2011 .

82- غالب علي الداودي ، شرح قانون العمل ، دراسة مقارنـــة ، دار الثقافـــة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن، الطبعـــة الأولى 2011.

83- فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون ، الجزائر، 2009.

84- فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية جلال خرى و شركائه ، مصر ، 2000- 2001 .

85- الفصالي الطيب ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول، مصادر الإلتزام ، العقد، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، الطبعة الثانية ، 1997.

86- قدري عبد الفتاح الشهاوي ، أثار الإلتزام ، نتائجه وتوابعه في التشريع المصري والمقارن ، منشأة المعارف جلال حزي وشركاه ، الإسكندرية مصر، 2003 .

87- لحسن بن شيخ أث ملويا ، سلسلة دراسات قانونية ،عقد الوكالة (دراسة فقهية، قانونية ، وقضائية مقارنة) ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر 2013 .

88- محمد السيد الفقـــي ، القانون التجاري ، الإفلاس ، عمليات البنوك ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان الطبعة الأولى ،2011.

89- محمد السيد الفقي، الأوراق التجارية والإفلاس، دار الجامعة الجديـــدة الإسكندرية، مصر 2007 .

90- محمد جبر الألفي ، الفضالة ، دراسة موازنة في الفقه الإسلامي وقوانين بلدان الشرق الأوسط (الأردن- الإمارات- إيران- العراق- الكويت- مصر) دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن ، الطبعة الأولى ،الإصدار الأول ،2000

91- محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، المصادر – الأحكام – الإثبات – دراسة تفصيلية في ضوء أراء الفقه و أحكام القضاء، قصر للطباعة و الدعاية و الإعلان، القاهرة، 2007 .

92- محمد حسين منصور ، قانون العمل ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، الطبعة الأولى ، 2010 .

93- محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة ، الدار الجامعية، بيروت، لبنانن 2000 .

94- محمد رياض دغمان، إلزامية العقد، دراسة مقارنة، مكتبة زين الحقوقية و الأدبية ، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2010 .

95- محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردنن 1999.

96- محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، العقد والإرادة المنفردة ، دار الهدى ، عين مليلة، الجزائر، 2012 .

97- محمد عبدالله شريف النعيمي ، الإلتزامات والحقوق التي يرتبها العقد الإداري تجاه الغير ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية مصر ، 2014 .

98- محمد وحيد سوار ، الإتجاهات العامة في القانون المدني ، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات المدنية العربية ، الدار العلمية الدولية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن ، الطبعة الثانية ، 2001 .

99- محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد، دار النهضة العربية، دار حواء، القاهرة، مصر، 1994.

100- مصطفى الجمال ، النظرية العامة للإلتزامات ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ،بيروت ، لبنان ،1987.

101- مصطفى الجمال ، رمضان محمد أبو السعود، نبيل إبراهيم سعد، مصادر و أحكام الالتزام – دراسة مقارنة – منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان، 2006 .

102- مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان، 2007 .

103- مصطفى عبد الجواد ، مصادر الإلتزام ، المصادر الإرادية للإلتزام (نظرية العقد والإرادة المنفردة) ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2005 .

104- مصطفى محمد الجمال، مصادر الالتزام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان ، 1999.

105- معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، المركز القانون للاصدارات القانونية ، دار العدالة للنشر و التوزيع، الطبعة السادسة، 2002.

106- منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزامات و أحكامها، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان، الأردن، 2012 .

107- مهند مختار نوح ، الإيجاب والقبول في العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، الطبعة الأولى 2005 .

71 موريس نخلة ، الكامل في شرح القانو المدني ، دراسة مقارنة ،الجزء الثالث ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، 2007 .

108- موسى جميل النعيمات ، النظرية العامة للتأمين من المسئولية المدنية ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن ، الطبعة الأولى ،الإصدار الأول ،2006 .

109- نادية فضيل، الإفلاس و التسوية القضائية الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الثانية، 2008 .

110- نبيل إبراهيد سعد، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، طبعة 2009 .

111- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعية الجديدة، الأزاريطة، مصر، 2004 .

112- نبيل إسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة الإسكندرية مصر ، طبعة 2011.

113- نشأت الأخرس، الصلح الواقي من الإفلاس، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2005 .

114- هاني محمد دويدار، مبادئ القانون التجارية، دراسة في قانون المشروع الرأسمالي، دار النهضة العربية للطباعة و النشر،1995 .

115- ياسين محمد الجبوري ، المبسوط في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، أثار الحقوق الشخصية (أحكام الإلتزامات)، المجلد الأول وسائل تنفيذ الحقوق الشخصية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن ، ط1، الإصدار الأول، 2006 .

116- يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار الميسرة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2011 .

ب - الكتـــب المتخصصة :

01- إبراهيم عبد العزيز داوود ، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان و حماية المستهلك، دار الجامعة الجديدة، الإزاريطة، الإسكندرية، مصر،2014.

02- أسامة أحمد بدر، تكميل العقد دراسة تحليلية في القانون المصري و الفرنسي، دار الجامعة الجديدة، الإيزاريطة، الإسكندرية، مصر، 2010.

03- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة ، بوزريعة، الجزائر، 2007 .

04- بوعبدالله رمضان ، أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، القبة القديمة الجزائر ، الطبعـــة الثانيـــة ،2008.

05- رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ،أثر سوء النية على عقود المعاوضات في القانون المدني مع التطبيق على عقد البيع التقليدي و الإلكتروني في مرحلة المفاوضة و الإبرام، دراسة تحليلية للقانون المصري مقارنا بالقانون الفرنسي، دار الجامعة الجديدة، الإزاريطة، الإسكندرية، مصر، 2015.

06- صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، دراسة في النظرية العامة للالتزام، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2001 .

07- عامر عاشور عبد الله البياتي، التعاقد من الباطن، دراسة مقارنة دار الكتب القانونية، مصر الأمارات، دار شتات للنشر و البرمجيات مصر، الإمارات ، 2013 .

08- عامر علي أبورمان ، دور القاضي في إستكمال العقد في القانون المدني ، دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان الأردن، الطبعة الثانية 2015.

09- عصام أنور سليم ، إعتبار الوارث من الغير إستثناء ، منشـــأة المعارف جلال حزي وشركاه ، الإسكندرية مصر، 1997.

10- فؤاد محمود معوض ، دور القاضي في تعديل العقد ، دراسة تحلبلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية مصر ، 1994.

11- لعشب محفوظ بن حامد ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.

12- ماجد رشاد محمد هورامي ، الدعوى المباشرة في العلاقات القانونية غير المباشرة ، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة ، دار الكتب القانونية ،مصر- الإمارات ،دار الشتات ، مصر- الإمارات ، 2017 .

13- ياسين أحمد القضاة، الدعوى المباشرة في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2014.

2- رسائل ومذكرات:

أ- أطروحات دكتوراه :

1- بن عزوز بن صابر ، الإتفاقيات الجماعية للعمل بين الإطار القانوني و الواقع العملي ، رسالة دكتوراه في القانون الإجتماعي ، جامعة وهران، كلية الحقوق ، 2008/2007.

2- بودالي محمد، الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، كلية الحقوق، الجزائر، 2003/2002.

3- حميد بن شنيتي ، سلطة القاضي في تعديل العقد ، رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 1996.

4- زواوي فريدة ، مبدأ نسبية العقد ، رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1992.

5- زواوي محمود، نظرية الظاهر في القانون الخاص، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة الجزائر، كلية الحقوق ، بن عكنون، الجزائر، 1998 .

6- محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة و قانون، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2012/2011 .

7- محمدي سليمان ، نفاذ العقد ، رسالة دكتورة كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 2004.

ب – مذكرات ماجستير :

1- صم بوعافية محمد – مجال تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي – مذكرة ماجستير في القانون – تخصص القانون المدني الأساسي – جامعة عبد الحميد بن باديس – مستغانم – كلية الحقوق و العلوم السياسية –2015/2014 .

2- عبد الله قادية – الإتفاقية الجماعية للعمل في التشريع الجزائري – مذكرة ماجسيتر في القانون الإجتماعي – جامعة وهران السانية – كلية الحقوق – 2004/2003 .

3- عزروق لحسن ، الإطار القانوني لعقد مقاولة البناء، مذكرة لنيل شهادة الماجسيتر في القانون، تخصص قانون مدني أساسي، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،2016/2015 .

4- علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد و حدودها دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008/2007 .

5- منور فاطمة الزهراء، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الجزائري دراسة مقارنة (فرنسا ، ألمانيا ، مصر) مذكرة ماجستير في القانون ، جامعة جيلالي اليابس / سيدي بلعباس – كلية الحقوق – 2007/2006 .

6- هبة محمد محمود الديب، أثر الظروف الطارئة على العقود المدني، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2012 .

3- المقـــالات :

1- بدري جمال، الخلف العام بين القانون المدني و قانون الأسرة ، مقال منشور بمجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية و السياسية ، جامعة الجزائر،كلية الحقوق ، عدد 01 ، 2010.

2- بركات كريمة ، الحماية القانونية للمستهلك في عقود الإذعان ، مقال منشور بالمجلة النقدية للقانون و العلوم السايسية ، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، عدد 02 ، 2011.

3- بن عزوز بن صابر، إعداد الإتفاقيات الجماعية في التشريع الجزائري و التشريعات المقارنة، مقال منشور بمجلة درسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث و الإستشارت و الخدمات التعليمية ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، القبة القديمة ، الجزائر ، العدد 03 ، أفريل ، 2008 .

4- حليس لخضر، مقتضيات حماية الطرف الضعيف في عقد العمل، دراسة في ضوء المتغيرات الإجتماعية والإقتصادية ، مقال منشور بمجلة الدراسات القانونية ، جامعة يحي فارس ، المدية ، العدد الأول 2016

5- حوحو يمينة ، سلطة المحكمة العليا في مراقبة تفسير العليا، مقال منشور بمجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق و الدراسات القانونية القضائية، المحكمة العليا ، الأبيار ، الجزائر ، العدد 01 ، 2013 .

6- دالي بشير، سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي، في إطار نظرية الظروف الطارئة ، مقال منشور بمجلة القانون ، معهد العلوم القانونية و الإدراية، المركز الجامعي أحمد زبانة، غليزان، جوان 2016.

7- ديداني بومدين، أحسن زقور ،أهمية التكييف الفقهي و القانوني للوقائع ، مقال منشور بمجلة الدراسات الحقوقية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة ، جوان 2017.

8- زمام جمعة، تحديد النظرية العامة للعقد في ضوء ظاهرة التخصص التشريعي، مقال منشور بمجلة البحوث والدراسات القانونية و السياسية، المجلد 6 ، العدد 02، 244 .

9- سلوى قراش، أمال بوهنتالة، سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن العقدي لعقود الإستهلاك، مقال منشور بمجلة الإجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، العدد 14 ، أفريل 2017 .

10- محمدي سليمان، ضرورة إعادة النظر في مركز الخلف العام، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية و السايسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، عدد 01، 2009 .

11- نادية فوضيل، أحكام الإفلاس و الشركة القضائية، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، الجزء 41 ، عدد02 ، 2014 .

4 ــ النصوص التشريعية:

- أمر رقم 58/75 مؤرخ في: 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج.ر عدد 78 الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975.
- أمر رقم 59/75 مؤرخ في: 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، ج.ر عدد 101 الصادرة بتاريخ 19 ديسمبر 1975.
- أمر رقم 07/95 مؤرخ في:25 يناير 1995 يتعلق بالتأمينات، المعدل والمتمم.
- قانون رقم 04/11 مؤرخ في: 17 فيفري 2011 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج.ر، رقم 14 مؤرخة في: 06 مارس 2011.

5 – الإجتهادات القضائية:

1- قرار المحكمة العليا، غ.م، المؤرخ في1985/04/03 ، ملف رقم 335278، م.ق، السنة 1989 ، ع 4.

2- قرار المحكمة العليا، غ.م ، المؤرخ في 1983/03/16، ملف رقم 30940، م.ق، السنة 1990، ع1.

3- قرار المحكمة العليا، غ.م، المؤرخ في 1987/06/17، ملف رقم 49174، م.ق، السنة 1990، ع 3

4- قرار المحكمة العليا، غ.م، المؤرخ في 1988/06/22، ملف رقم 53577، م.ق، السنة 1991، ع 2.

5- قرار المحكمة العليا، غ.م، المؤرخ في 1987/11/11، ملف رقم 51440، م.ق، السنة 1992، ع 1.

6- قرار المحكمة العليا، غ.م، المؤرخ في 1990/06/27، ملف رقم 59293، م.ق، السنة 1992، ع 1.

7- قرار المحكمة العليا، غ.ت.ب، المؤرخ في 1989/05/14 ملف رقم 57842، م.ق، السنة 1993، ع 1.

8- قرار المحكمة العليا، غ.إ، المؤرخ في 1990/01/15، ملف رقم 52061، م.ق، السنة 1993، ع 1.

9- قرار المحكمة العليا، غ.ع، المؤرخ في 1991/06/16، ملف رقم 80816، م.ق، السنة 1993، ع 4.

10- قرار المحكمة العليا، غ.م، المؤرخ في 1993/10/10 ملف رقم 99694 ، م.ق، السنة 1994، ع 1.

11- قرار المحكمة العليا، غ.م، المؤرخ في 1997/07/23، ملف رقم 149300، م.ق، السنة 1997، ع2.

12- قرار المحكمة العليا، غ.ت.ب، المؤرخ في 1998/02/17، ملف رقم 160246، م.ق، السنة 1998 ، ع 1.

13- قرار المحكمة العليا، غ.ع، المؤرخ في 1999/10/24، ملف رقم 191705، م.ق، السنة 1999، ع 2.

14- قرار المحكمة العليا، غ.م، المؤرخ في 2001/01/12، ملف رقم 212782، م.ق، السنة 2001، ع 1.

15- قرار المحكمة العليا، غ.ت.ب، المؤرخ في2002/05/28، ملف رقم 282542، م.ق، السنة 2002، ع 1.

16- قرار المحكمة العليا، غ.ع، المؤرخ في 2005/05/18، ملف رقم 303690 ، م.م.ع ، السنة 2005، ع 2.

17- قرار المحكمة العليا، غ.م.ع، المؤرخ في 2005/11/16، ملف رقم 322445، م.م.ع، السنة 2005، ع2.

18- قرار المحكمة العليا، غ.م.ع، المؤرخ في 2006/02/08، ملف رقم 335706، م.م.ع، السنة 2006، ع 1.

19- قرار المحكمة العليا، غ.م.ع، المؤرخ في 2006/05/17، ملف رقم 348247، م.م.ع ، السنة 2006، ع 2.

20- قرار المحكمة العليا، غ.م.ع، المؤرخ في 2006/01/04، ملف رقم 364686، م.م.ع ، السنة 2006، ع 2.

21- قرار المحكمة العليا، غ.م.ع، المؤرخ في 2007/03/21، ملف رقم 351258، م.م.ع ، السنة 2007، ع 2.

22- قرار المحكمة العليا، غ.م.ع، المؤرخ في 2007/02/21، ملف رقم 324034، م.م.ع ، السنة 2007، ع1.

23- قرار المحكمة العليا، غ.إ ، المؤرخ في 2006/12/06، ملف رقم 350940، م.م.ع ، السنة 2007، ع1.

24- قرار المحكمة العليا، غ.إ ، المؤرخ في 2007/11/07، ملف رقم 386846، م.م.ع، السنة 2007، ع 2.

25- قرار المحكمة العليا، غ.م ، المؤرخ في 2009/05/20، ملف رقم 474257، م.م.ع، السنة 2009، ع 2.

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

ثانيا : المراجع باللغة الفرنسية:

01- Jean CARBONNIER- Jean - Théorie des Obligations-PRESS Universitaires de France- Paris- 1963.

02- Jacques FLOUR- Jean Luc AUBERT- Les obligations-volume 1- sources-l,acte juridique-Armond colin-Paris-France – 1975.

03- Alex WEILL et Francois TERRE- Droit civil- les obligations- DALLOZ 2éédition 1975.

04-- Ali BENCHENAB -Théorie généréles du contrat- Office des publications universitaires- HYDRA- Alger-2éédition 1982.

05- BENCHABANE Hanifa –l, alea dans le droit des contrats- office de publications universitaires- Ben Aknoun-Alger- 1992.

06- Francois TERRE- Philippe SIMLER- Yves Lequette- droit civil- les obligations- DALLOZ- 6é édition- 1996.

07- Christian LABOYADE DESCHAMPS-Droit des obligations- ellipses-édition Marketing S.A Paris-1998.

08- Stéphanie PORCHY SIMON- droit civil – les obligations-DALLOZ- 2000.

09- Philippe MALINVAUD-Droit des obligations- Litec libraire de la cour cassation-Paris- 7é édition -2001

10- Jacques FLOUR-Jean Luc AUBERT- Eric Savaux-les obligations — l,acte juridique- ARMOND COLIN-DELTA-2002.

11- Brigitte HESS- Fallon- ANNE-marie SIMON- Droit Civil SIREY- 7é édition-2003-.

12- Jean CARBONNIER- droit civil- les biens –les obligations- Quadrige-puf-Press universitaire de France- 2004.

13- Philippe MALAURIE-Laurent AYNES-Philippe STOFFEL-MUNCK-Droit civil-les obligations- éditions juridiques associées-Paris-2005.

14- Gorinne RENAULT- BRAHINSKY- L. essentiel du droit des obligations gualino éditeur-Paris—4é édition-2008.

15- Henry et Leon MAZEAUD- jean MAZEAUD- froncois-CHABAS-obligations-Théorie générales –éditions DELTA- Beyrouth-liban- 2008.

16- Sophie DRUFFIN-BRICCA-Laurence-CORALINE-HENRY-droit des obligations - gualino éditeur-Paris- 2009.

17- Ali BENCHENAB- Le droit Algérien des contrats –Données Fondamentales- &ditione AJEB-E.N.A.G-Reghaia-Algérie-2011..

18- PATRIC Canin-droit civil- les obligations – Hachette Livre Superieur- Paris- 5é édition -2011.

19- -Marie –Hélène DE LEADER-Franck PETIT-Droit des contrats- éditions Archétype-Paris- France- 2012.

العنوان	الصفحة
مقدمة	01
الباب الأول : مبدأ الأثر النسبي للعقد من حيث الأشخاص والاستثناءات الواردة عليه	08
الفصل الأول:أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين و خلفهم و الدائنين العاديين والغير	10
المبحث الأول: أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين	10
المطلب الأول:أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين	11
الفرع الأول:مفهوم أطراف العقد :	11
الفرع الثاني:أثار العقد في مواجهة أطرافه:	13
المطلب الثاني :النيابة في التعاقد:	15
الفرع الأول: ماهية النيابة وأنواعها طبيعتها القانونية:	15
أولا : ماهيـــة النيابة:	15
ثانيا : أنواع النيابة	18
ثالثا: الطبيعة القانونية للنيابة	19
الفرع الثاني : شروط النيابة	21
أولا : أن يتعاقد النائب بإرادته الخاصة	21
ثانيا : عدم تجاوز النائب حدود النيابة	22
ثالثا : تعاقد النائب باسم الأصيل و لحسابه	25
الفرع الثالث :أثار النيابة	28
الفرع الثالث : تعاقد الشخص مع نفسه	32
المبحث الثاني: أثر العقد بالنسبة للخلف	34
المطلب الأول: أثر العقد بالنسبة للخلف العام	34
الفرع الأول: المقصود بالخلف العام و مدى انصراف أثر العقد إليه	35
أولا : المقصود بالخلف العام	35
ثانيا: مدى انصراف أثر العقد بالنسبة للخلف العام	35
الفرع الثاني : الحالات التي لا تنصرف فيها أثار العقد إلى الخلف العام	37
أولا: إذا اتفق المتعاقدان على ذلك	37
ثانيا : إذا كانت طبيعة الحق أو الالتزام الناشئ عن الحق تتنافى مع انتقاله	37
ثالثا : إذا ورد نص في القانون يقضي بعدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام	38

رابعا: الاستثناء الوارد في العبارة الأخيرة من المادة 108 ق م	38
خامسا : تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية التي وضعت قاعدة " لا تركة إلا بعد سداد الديون "	38
المطلب الثاني : أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص	41
الفرع الأول : المقصود بالخلف الخاص	41
الفرع الثاني : مدى انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص	43
أولا: أن يصدر من السلف عقد يتصل بالشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص	44
ثانيا: أن يكون العقد الذي أبرمه السلف سابقا على انتقال الشيء إلى الخلف الخاص	45
ثالثا :أن يعلم الخلف بالعقد الذي أبرمه سلفه	46
رابعا: أن يكون الحق أو الالتزام الذي رتبه السلف من مستلزمات الشيء	46
المبحث الثالث: أثر العقد بالنسبة للدائنين العاديين و الغير	49
المطلب الأول:أثر العقد بالنسبة للدائنين العاديين	50
الفرع الأول : أثر العقد بالنسبة للدائنين العاديين باعتبارهم من الخلف	50
أولا: مدى انصراف أثر العقد إلى الدائنين العاديين باعتبارهم خلفا عاما	52
ثانيا: مدى انصراف أثر العقد إلى الدائنين العاديين باعتبارهم خلفا خاصا	53
ثالثا : مدى انصراف أثر العقد إلى الدائنين العاديين باعتبارهم فئة ثالثة للخلف	54
الفرع الثاني: أثر العقد بالنسبة إلى الدائنين العاديين باعتبارهم من الغير	55
المطلب الثاني: أثر العقد بالنسبة للغير	56
الفرع الأول: المقصود بالغير	57
الفرع الثاني: عدم احتجاج بالعقد في مواجهة الغير	58
الفرع الثالث: مدى انصراف أثر العقد إلى الغير	60
أولا : حالة اعتبار الخلف الخاص من الغير	60
ثانيا: حالة اعتبار الخلف العام من الغير	61
الفرع الرابع : حجية العقد بالنسبة للغير	62
أولا : العقد حجة على الغير	63
ثانيا :العقد حجة للغير	65
الفصل الثاني : الاستثناءات الواردة على مبدأ الأثر النسبي للعقد من حيث الأشخاص	69

المبحث الأول : التعهد عن الغير	70
المطلب الأول: ماهية التعهد عن الغير و صوره وشروطه	71
الفرع الأول: ماهية التعهد عن الغير	71
الفرع الثاني : صور من التعهد عن الغير و شروطه	73
أولا : صور التعهد عن الغير	73
ثانيا : شروط التعهد عن الغير	74
المطلب الثاني: أثار التعهد عن الغير	76
الفرع الأول : أثار التعهد عن الغير فيما بين المتعاقدين	77
الفرع الثاني : أثار التعهد عن الغير بالنسبة للغير	77
أولا : أثر قبول الغير للتعهد	77
ثانيا : أثر رفض الغير للتعهد	78
المبحث الثاني : الاشتراط لمصلحة الغير	79
المطلب الأول : ماهية الاشتراط لمصلحة الغير و شروطه	79
الفرع الأول: مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير و طبيعته القانونية	80
أولا : مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير	80
ثانيا: الطبيعة القانونية للاشتراط لمصلحة الغير	83
الفرع الثاني: شروط الاشتراط لمصلحة الغير	86
أولا : الشروط العامة لعقد الاشتراط لمصلحة الغير	87
ثانيا : الشروط الخاصة بالاشتراط لمصلحة الغير	87
المطلب الثاني : أثار الاشتراط لمصلحة الغير	91
الفرع الأول: العلاقة بين المشترط و المتعهد	92
الفرع الثاني : العلاقة بين المشترط و المستفيد	93
أولا- فإذا كان المشترط متبرعا للمنتفع	93
ثانيا- أما إذا كان الاشتراط قد تم معاوضة	94
الفرع الثالث: العلاقة بين المتعهد و المستفيد	97
الباب الثاني :مبدأ الأثر النسبي للعقد من حيث الموضوع والاســتثناءات الواردة عليه	101
الفصل الأول : مبدأ الأثر النسبي للعقد من حيث الموضوع	103
المبحث الأول : تحديد مضمون العقد	103

المطلب الأول: تفسير العقد	104
الفرع الأول:المقصود بتفسير العقد ودور القاضي قبل الشروع فيها	104
أولاــ ما هية تفسير العقد	105
ثانيا ــ البحث في تكوين العقد وصحته	107
الفرع الثاني وسائل مراقبة تفسير العقد بحسب حالاته	107
أولا: حالة وضوح عبارة العقد	108
ثانيــا: حالة غموض عبارة العقد	112
ثالثا: قيام الشك في معرفة الإرادة المشتركة للمتعاقدين	124
الفرع الثالث: تحديد المسائل القانونية والمسائل الواقعية في تفسير العقد	131
المطلب الثاني : تكييف العقد	134
الفرع الأول : ماهية التكييف	134
الفرع الثاني: سلطة القاضي في تكييف العقد وكيفية مواجهته	137
أولا: سلطة القاضي في تكييف العقد	137
ثانيا : كيفية مواجهة مشكلة التكييف	140
الفرع الثالث : التكييف والتفسير	143
المبحث الثاني : تحديد نطاق العقد	145
المطلب الأول: المقصود بتحديد نطاق العقد و تمييزه عن تفسيره	145
الفرع الأول: المقصود بتحديد نطاق العقد	146
أولا : على أساس ما ارتضاه الطرفان بالفعل أي الإرادة المشتركة للمتعاقدين	148
ثانيا: ما يعتبر القانون في قواعده المكملة أو المفسرة	148
الفرع الثاني : التمييز بين تفسير العقد و تحديد نطاقه	148
المطلب الثاني: مصادر تحديد نطاق العقد وطبيعة تحديد نطاقه	150
الفرع الأول: المصادر التي يسترشد بها القاضي في تحديد نطاق العقد	150
أولا : طبيعة الالتزام	151
ثانيا: القانون في أحكامه التكميلية و المفسرة	153
ثالثا : العرف	154
رابعا : قواعد العدالة	155
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لتحديد نطاق العقد	156
المبحث الثالث: القوة الملزمة للعقد	158

المطلب الأول: أساس القوة الملزمة للعقد	158
الفرع الأول: مفهوم المبدأ " العقد شريعة المتعاقدين	159
الفرع الثاني: النتائج المترتبة عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين	162
المطلب الثاني: ضوابط المبدأ العام في الإلزام	165
الفرع الأول : عدم إمكانية تعديل العقد دون اتفاق	165
الفرع الثاني: تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية	166
الفصل الثاني : الاستثناءات الواردة على مبدأ الأثر النسبي للعقد من حيث الموضوع	170
المبحث الأول : نقض وتعديل العقد وعدم جوازهما كأصل عام	172
المطلب الأول: مفهوم نقض وتعديل العقد وعدم جوازهما كأصل عام	173
الفرع الأول: مفهوم نقض العقد	173
الفرع الثاني: عدم جواز نقض وتعديل العقد كأصل عام	174
المطلب الثاني :الاستثناءات الواردة على عدم جواز نقض أو تعديل العقد	175
الفرع الأول: نقض وتعديل العقد برخصة من القانون	176
الفرع الثاني :نقض وتعديل العقد باتفاق الطرفين	177
المبحث الثاني : نظرية الظروف الطارئة كاستثناء عن مبدأ الأثر النسبي للعقد	178
المطلب الأول : التطور التاريخي لنظرية الظروف الطارئة وشروط تطبيقها	179
الفرع الأول:التطور التاريخي لنظرية الظروف الطارئة	179
أولا: في القانون الكنسي	180
ثانيا: في الشريعة الإسلامية	181
ثالثا : في القانون الفرنسي	182
رابعا : في القوانين الأوروبية	184
خامسا : التشريعات العربية	185
سادسا : نظرية الظروف الطارئة في القانون الجزائري	185
الفرع الثاني : شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة	186
الشرط الأول : يجب أن يوجد عقد متراخي التنفيذ	186
الشرط الثاني: كأن يكون الحدث استثنائيا عاما غير متوقع	188
الشرط الثالث: أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين لا مستحيلا	190
المطلب الثاني : أثر توافر تطبيق نظرية الظروف الطارئة وموقف التشريع	192

والقضاء منها	
الفرع الأول:: أثر توافر تطبيق نظرية الظروف الطارئة	192
أولا: ضوابط رد الالتزام المرهق	192
ثانيا : طبيعة سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الحادث الطارئ وحدودها	195
الفرع الثاني : موقف التشريع والقضاء من نظرية الظروف الطارئة	200
أولا: موقف التشريع	200
ثانيا : موقف القضاء	203
المبحث الثالث: عقود الإذعان ومبدأ الأثر النسبي للعقد	207
المطلب الأول : **الطبيعة القانونية لعقود الإذعان وكيفية حصول القبول فيها**	207
الفرع الأول: الطبيعة القانونية لعقود الإذعان	208
أولا: أنصار النظرية غير التعاقدية أو اللائحية	210
ثانيا :أنصار النظرية التعاقدية	212
الفرع الثاني: كيفية حصول القبول في عقود الإذعان	213
المطلب الثاني: الأحكام الخاصة لحماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان	216
الفرع الأول: سلطة القاضي في تعديل أو إعفاء الطرف الضعيف من الشروط التعسفية	217
الفرع الثاني: سلطة القاضي في تفسير العقد لمصلحة المذعن دائنا أو مدينا	220
المبحث الرابع: وسائل قانونية لحماية حقوق الدائنين	224
المطلب الأول: الدعوى المباشرة	224
الفرع الأول : دعوى المؤجر في مواجهة المستأجر الفرعي	226
الفرع الثاني: الدعوى المباشرة الناشئة عن الوكالة الفرعية	227
الفرع الثالث: دعوى المقاول من الباطن و عمال المقاول الأصلي	230
الفرع الرابع: دعوى رب العمل ضد النائب الفضولي	233
الفرع الخامس: دعوى المضرور ضد شركة التأمين	238
المطلب الثاني : العقود الجماعية	239
الفرع الأول: الطبيعة القانونية لعقد العمل الجماعي	239
أولا : الطبيعة القانونية للاتفاقيات الجماعية لدى فقهاء القانون الخاص	241
ثانيا:الطبيعة القانونية للاتفاقيات الجماعية لدى فقهاء القانون العام	246
ثالثا:نظرية الطبيعة المزدوجة للاتفاقيات الجماعية	247

الفرع الثاني : الآثار القانونية لعقد العمل الجماعي	250
أولا : أثار العقد الجماعي للعمل من حيث الأشخاص	250
ثانيا: أثار العقد الجماعي من حيث الموضوع	251
المطلب الثاني: الصلح الواقي من الإفلاس	252
الفرع الأول: الطبيعة القانونية للصلح الواقي من الإفلاس	253
الفرع الثاني : أثار الصلح الواقي من الإفلاس	255
أولا : أثار الصلح الواقي من الإفلاس بالنسبة للدائنين	256
ثانيا : أثار الصلح الواقي من الإفلاس بالنسبة للمدين	257
خاتمة	260
قائمة المراجع	266
الفهرس	285

ملخص :

إذا نشأ العقد صحيحا، خلصت له قوته الملزمة وصار شريعة المتعاقدين أي قانونهما وتسري أثاره اتجاههما واتجاه خلفهما ولا تتعداه إلى الغير كأصل عام، وهو ما يعرف بمبدأ الأثر النسبي للعقد من حيث الأشخاص، إلا أن هذا المبدأ ليس مطلق في كل الأحوال إذ ترد عليه بعض الاستثناءات، بحيث أفرزت طبيعة المعاملات أن العقد يمكن أن يكتسب الغير حقا وهو ما يقصد به الاشتراط لمصلحة الغير، كما يمكن أن يتعهد أحد المتعاقدين بترتيب التزام في ذمة الغير ونعني بذلك التعهد عن الغير، كما يقضي مبدأ نسبية العقد من حيث الموضوع بإلزام عاقديه بتنفيذه طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، ، لكن هذه النسبية هي الأخرى ليست مطلقة وترد عليها استثناءات قانونية منها تلك المتعلقة بالظروف الطارئة، عقود الإذعان، وكذلك الدعوى المباشرة، و العقود الجماعية للعمل والصلح الواقي من الإفلاس.

كلمات مفتاحية : نسبية العقد، الاشتراط لمصلحة الغير، التعهد عن الغير، حوادث استثنائية، عقود الإذعان ، الدعوى المباشرة.

Résumé:

Si le contrat est légalement crée, il est doté de sa force obligatoire et il devient la loi de ses parties et ses effets entre en vigueur vis-à vis ses contractants et ses ayants cause et ne dépassent pas au tiers, et ce conformément au principe de la relativité des contrats, cependant ce principe n'est pas absolu et connait quelques exceptions, car il se peut que le contrat fait naitre des droits au profits des tiers en cas de stipulation pour autrui, et peut aussi créé des obligations envers les tiers ce qui est appelé "la promesse de porte-fort.

Comme l'exige le principe de relativité des contrats au fond, les contractants sont obligés d'exécuter le contrat conformément à son contenu et en bonne foi, mais cette relativité n'est pas absolue et connais quelques exceptions comme c'est le cas du contrat d'adhésion, l'action directe, les contrats collectifs de travail et le concordat préventif de la faillite.

Mots –Clés: Relativité de contrat, stipulation pour autrui, promesse de porte fort, événements exceptionnels, contrat d'adhésion, l'action directe.

Abstract:

If the contract is legally created, it has its binding force and becomes the law of its parts and its effects enters into force vis-à-vis its contractors and his successors and do not exceed the third, and this in accordance with the principle However, this principle is not absolute and there are some exceptions, because it may be that the contract gives rise to rights for the benefit of third parties in the case of stipulation for others, and may also create obligations to wards third parties. which is called "the promise of stronghold.

As required by the principle of relativity of contracts on the merits, the contractors are obliged to perform the contract in accordance with its contents and in good faith, but this relativity is not absolute and is subject to some exceptions as is the case with membership contract, direct action, collective labor contracts and the concordat preventive of bankruptcy.

Key words: contract relativité, stipulation for others, the promise of stronghold, events exceptional, membership contract, direct action.