

جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



الأثر النسبي للعقد في القانون الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون أعمال

تحت إشراف:

رئيسة حنان

من تقديم الطالب:

للـ دشير حمزة

للـ جويمع علاء الدين

لجنة المناقشة		
الصفة	الرتبة العلمية	الاسم واللقب
رئيسا	أستاذ محاضر	جمال العايب
مشرفا ومقررا	أستاذة مساعدة	حنان رميتة
مناقشا	أستاذة محاضرة	أسماء خليفي

دورة جويلية 2021

شكر و عرفان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(رب أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت علي وعلى والدي وأن أعمل صالحا ترضاه وأدخلني برحمتك في عبادك الصالحين)

صدق الله العظيم

سورة النمل: الآية 19

أشكر الله جلّ جلاله الذي أعاننا على إتمام هذا العمل المتواضع المتمثل في مذكرة الماستر. كما نتقدم بجزيل الشكر والعرفان للأساتذة الفاضلة **"رميئة حنان"** على إشرافها و إبداء ملاحظاتها وعدم بخلها علينا بالدعم من أجل إعداد هذه المذكرة. ونشكر كل الأساتذة الذين يتفانون في التعليم و التلقين من أجل رفع راية العلم وإنارة عقول طلبتهم بما يقدمونه من جهد جهيد شكرا و ألف شكر لهم.

والشكر موصول لكل من ساهم بإنجاز هذا العمل المتواضع

والحمد لله رب العالمين

إهداء



إلى الذين قال فيهما ربي: وَخَفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذَّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا

رَبِّيَانِي صَغِيرًا

- إلى قرة عيني إلى بلسم القلب إلى سر وجودي إلى من سهرت الليالي لأجلي ،
إلى من تأملت لألمي وفرحت لفرحي.

- **أمي العزیزة** أطال الله في عمرها.

- إلى أعز ما عندي في الوجود إلى من منح لي ثقة

وأنا ر لي مستقبلي **أبي العزیز** أطال الله في عمره.

- إلى كل إخوتي و أخواتي.

- إلى صديقي رحمه الله **بودليوة عماد**.

- وإلى كافة الأصدقاء و الزملاء.

- وكل الأساتذة بكلية الحقوق الذين درسوني.

جویمع علاء الدين



إهداء



إله من أحمل اسمه بكل عز وافتخار ، إله من علمني معنى الثبات
والإصرار إله من أنار دريبي وذللي الصعاب.... **أبي العزيز** أطال الله
في عمره وأدامه تاجا راسخا فوق رؤوسنا.

إله من حملتني وهنا على وهن ، إله نبع المودة والحنان، إله من
تحت قدميها جنات الرحمان، إله من علمتني السير في هذه الحياة، إله
من تعجز عن وصفها الكلمات..... **أمي نبض الحنان**.

إله إخوتي **عمار، سمير، الخير، عبد الرحمان أحمد، وأختاي شافيه،
أملي**.

إله زوجتي الرائعة **وهيلة** و إله فلذة كبدي وريحانة فؤادي
وقرة عيني ابنتي **ندى جنان**. إله صديقي و صاحبي المخلص
بوبريز أحسن.

وأصدقائي سامي صيد، رؤوف ناصر، بلال شيايب بلال
بوشبشيب، وحيد بوالقمح، محمد وعواع (الرسوم)
وإلى أصدقائي وزملائي في الحماية المدنية.

دشير حمزة



فهرس المحتويات

الصفحة	العنوان
	شكر
	إهداء
	فهرس المحتويات
	قائمة المختصرات
أ	مقدمة
6	الفصل الأول: القوة الإلزامية للعقد من حيث أشخاصه وأثره على الغير
8	المبحث الأول: القوة الإلزامية للعقد من حيث أشخاصه.
8	المطلب الأول: أطراف العقد
8	الفرع الأول: الأهلية
12	الفرع الثاني: عيوب الرضا
21	المطلب الثاني: أثر العقد بالنسبة للخلف العام
21	الفرع الأول: قاعدة انصراف آثار العقد إلى الخلف العام
23	الفرع الثاني: عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام مع بقاءه خلفا
24	عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام باعتباره من الغير
25	المطلب الثالث: أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص
26	الفرع الأول: مدى تأثير الخلف الخاص بالتصرفات التي يبرمها السلف
29	الفرع الثاني: شروط انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص
33	المبحث الثاني: أثر العقد على الغير
33	المطلب الأول: التعهد على الغير
33	الفرع الأول: تحديد التعهد عن الغير
37	الفرع الثاني: أحكام التعهد عن الغير
37	حالة إقرار التعهد عن الغير

فهرس المحتويات

38	حالة عدم إقرار التعهد عن الغير
40	المطلب الثاني: الاشتراط لمصلحة الغير
40	الفرع الأول: التطبيقات العملية لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير
41	شروط الاشتراط لمصلحة الغير
42	الفرع الثاني: آثار الاشتراط لمصلحة الغير
46	المطلب الثالث : الدائنين
46	الفرع الأول: الدائنين العاديين
59	الفرع الثاني: الدائنين الممتازين
70	الفصل الثاني: القوة الإلزامية لموضوع العقد وجزاء الإخلال بها
72	المبحث الأول: مضمون العقد وقوته الإلزامية
72	المطلب الأول: مضمون العقد
72	الفرع الأول: تفسير العقد
73	عندما تكون عبارة العقد واضحة
75	عندما تكون عبارة العقد غير واضحة
79	حالة الشك في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين
82	الفرع الثاني: تكييف العقد
83	الفرع الثالث: تحديد مضمون العقد من حيث ما يترتب عليه من حقوق والتزامات
84	تحديد مضمون العقد
86	كيفية تنفيذ العقد
87	المطلب الثاني: القوة الملزمة للعقد
87	الفرع الأول: العقد شريعة المتعاقدين
88	الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

فهرس المحتويات

89	قاعدة عدم جواز إنهاء العقد بالإرادة المنفردة
89	إنهاء العقد أو تعديله بإرادة المشرع
90	المطلب الثالث: الاستثناءات الواردة على المبدأ
90	الفرع الأول: شروط نظرية الظروف الطارئة
94	الفرع الثاني: أثر الظروف الطارئة
97	المبحث الثاني: جزاء الإخلال بالقوة الملزمة للعقد
97	المطلب الأول: شروط قيام المسؤولية العقدية
98	الفرع الأول: الخطأ العقدي
101	الفرع الثاني: الضرر
103	الفرع الثالث: علاقة السببية بين الخطأ والضرر
108	المطلب الثاني: تعديل أحكام المسؤولية العقدية
109	الفرع الأول: تشديد المسؤولية العقدية
110	الفرع الثاني: التخفيف من المسؤولية العقدية
113	خاتمة
119	قائمة المصادر والمراجع

قائمة المختصرات

قائمة المختصرات

المعنى	الرمز
الجزء	ج
الصفحة	ص
بدون طبعة	د ط
ميلادي	م
المجلد	م ج
المجلة القضائية	م ق
تحقيق	ت ح
رقم	ر
الغرفة التجارية	غ ت
الغرفة المدنية	غ م
القانون المدني الجزائري	ق م ج
قانون الأسرة الجزائري	ق أ ج
قانون بحري	ق ب
قانون جنائي	ق ج



مقدمة

العقد ينشأ باتفاق بين أطرافه على إحداث أثر قانوني معين كالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء أو نقل ملكيته وذلك بمقابل أو بدون مقابل، ولترتيب الآثار القانونية للعقد يشترط فيه أن يكون صحيحا وذلك بتوافر أركانه الرضى والمحل والسبب وكذلك يجب توافر الأهلية القانونية لدى أطرافه وخلوه من عيوب الرضى وعند ذلك يرتب آثاره بالنسبة لأشخاص العقد الأصليين، كما أن هناك أشخاص آخرين يمكن أن تتصرف لهم آثار العقد من غير المتعاقدين الأصليين وفي نفس الوقت ليسوا أجانِب تربطهم بالمتعاقدين صلة القرابة كالخلف العام أو صلة خلافة كالخلف الخاص، وهذا هو مبدأ نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص الذي يرد عليه استثناءات، حيث أن العقد يمكن أن يكسب أشخاصا أجانِب حقوقا منه، ذلك من خلال قاعدتي التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير وكذلك بصورة غير مباشرة دائني أطراف العقد، سواء العاديين منهم أو أصحاب التأمينات العينية والشخصية أي (الممتازين).

ولكي نتمكن من معرفة الآثار المترتبة عن العقد يجب معرفة مضمونه، إلا أنه أحيانا قد يوجد غموض في عباراته أو ألفاظه مما يؤدي إلى تفسيره لمعرفة إرادة أطرافه ثم تكييفه من خلال وضعه في قالبه القانوني الصحيح وذلك من أجل تنفيذه بجميع ما اشتمل عليه من مستلزماته ويكون لزاما على أطرافه تنفيذه وفقا لما اتفقوا عليه وهذا ما يعرف بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وبحسن نية إلا أنه قد تطرأ عليه حوادث تؤدي إلى تعديله سواء من قبل أطرافه أو من قبل القاضي، ويكون جزاء الإخلال بتنفيذ العقد قيام المسؤولية العقدية وهذا ما يقودنا لطرح الإشكالية الآتية: هل العقد يرتب آثاره بالنسبة لأطرافه فقط أم يتجاوزهم إلى الغير؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية أسئلة فرعية تتمثل فيما يلي:

- ما المقصود بمضمون العقد؟ ومتى تنثور مشكلة تفسير العقد؟
- وما هي الاستثناءات الواردة على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين؟

- وما جزاء الإخلال بتنفيذ آثار العقد؟

أهداف الموضوع:

تتجلى أهداف الموضوع في معرفة أثر العقد على أطرافه والاستثناءات الواردة على هذا المبدأ وكذلك معرفة الإشكالات التي قد تواجه المتعاقدين سواء من الناحية الشكلية وطرق حلها، والآثار المترتبة في حالة عدم الوفاء بالالتزامات التعاقدية.

أسباب اختار الموضوع:

من الأسباب التي دفعتنا لاختيار الموضوع هي أولاً ميلنا إلى القانون المدني باعتباره الشريعة العامة ومنبع كل القوانين وثانياً كون هذا الموضوع بالذات من أهم المواضيع القانونية وحتى الاجتماعية والاقتصادية كون أغلب التعاملات تتجسد في شكل عقود بغض النظر عن نوعها وأيضاً كون الموضوع كان مطروحاً من قبل لكنه لم يشمل جميع عناصره فارتأينا أن نطرحه بمنهجية أكثر وضوحاً وترتيباً، وعمومية

صعوبات البحث:

الصعوبات التي تعرضنا لها من خلال بحثنا هي:

شساعة الموضوع مقارنة بعامل الوقت، وصعوبة فهم البعض من جزئياته وتطبيقاته خاصة من الناحية العملية.

المنهج المتبع:

للبحث في موضوع هذه الرسالة اعتمدنا على:

المنهج التحليلي بشكل أساسي واستعملنا قليلاً المنهج المقارن خلال توظيفنا لنصوص قوانين أخرى.

الدراسات السابقة:

بالنسبة للدراسات السابقة قمنا بالاطلاع على العديد من الرسائل والأطروحات السابقة ضمن هذا الموضوع وذلك بغرض الاستفادة منها وتوظيف ما يمكن توظيفه في البحث ورغم أن موضوع البحث من الأهمية بمكان وكونه من الموضوعات الكلاسيكية فإن الدراسات في جانبه قليلة جدا ونذكر منها:

- زاوي فريدة: مبدأ نسبية العقد رسالة لنيل دكتوراه دولة في القانون الخاص، هذه المذكرة تناولت موضوع الأثر النسبي للعقد وفصلت في جانب القوة الملزمة للعقد من حيث الموضوع.

- لزرق بن عودة، وسائل حماية الضمان العام مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تناولت موضوع الأثر النسبي للعقد وفصلت في جانب القوة الملزمة له من حيث الأشخاص.

- عقيلة عويطي، الأثر النسبي للعقد رسالة لنيل الماستر أكاديمي تناولت موضوع الأثر النسبي للعقد من حيث الأشخاص.

الخطة المعتمدة للبحث:

الفصل الأول: القوة الإلزامية للعقد من حيث أشخاصه وأثره على الغير.

المبحث الأول: القوة الإلزامية للعقد من حيث أشخاصه.

المطلب الأول: أطراف العقد

المطلب الثاني: أثر العقد بالنسبة للخلف العام

المطلب الثالث: أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص.

المبحث الثاني: أثر العقد على الغير

المطلب الأول: التعهد عن الغير

المطلب الثاني: الاشتراط لمصلحة الغير

المطلب الثالث : الدائنين

الفصل الثاني: القوة الإلزامية لموضوع العقد وجزاء الإخلال بها

المبحث الأول: مضمون العقد وقوته الإلزامية

المطلب الأول: مضمون العقد

المطلب الثاني: القوة الملزمة للعقد

المطلب الثالث: الاستثناءات الواردة على المبدأ

المبحث الثاني: جزاء الإخلال بالقوة الملزمة للعقد

المطلب الأول: شروط قيام المسؤولية العقدية

المطلب الثاني: تعديل أحكام المسؤولية العقدية

الفصل الأول

قوة إلزامية العقد من حيث أشخاصه وأثره
على الغير

الفصل الأول: قوة إلزامية العقد من حيث أشخاصه وأثره على الغير

إن العقد يتب آثاره بالنسبة للمتعاقدين الأصليين كمبدأ عام، فهما من قررا واختارا بإرادتيهما الحرة والواعية إبرام العقد وتحمل نتائجه القانونية، غير أن آثار العقد يمكن أن تتصرف لتشمل أطراف أخرى غير المتعاقدين الأصليين، وذلك على أساس رابطة الخلافة، ذلك ما يعرف في القانون بالخلف العام والخلف الخاص وهذا وفق ضوابط معينة كما أن آثار العقد يمكن أن تتصرف لتشمل أشخاص آخرين أجنب لم يكونوا أطراف في العقد فيمكن أن يكسبهم العقد حقوق مباشرة منه وذلك في حالة الاشتراط لمصلحة الغير، كما أنه قد ينشئ التزامات في ذمتهم، وذلك في حالة التعهد عن الغير وذلك طبعاً وفق ضوابط وشروط محددة قانوناً لذلك سيتم معالجة هذا الفصل في مبحثين :

المبحث الأول: القوة الإلزامية للعقد من حيث أشخاصه

المبحث الثاني: أثر العقد على الغير

المبحث الأول: قوة إلزامية العقد من حيث أشخاصه

العقد هو اتفاق بين شخص أو عدة أشخاص إتجاه شخص أو عدة أشخاص آخرين، ومؤدى ذلك أن تتوفر فيه أهلية التعاقد وصحة التراضي لترتيب آثاره القانونية.

غير أن مصطلح المتعاقدين قد ينصرف آثاره للخلف العام و الخلف الخاص لذلك سنتناول في المطلب الأول شروط أطراف العقد الأصليين (الأهلية و الإرادة) و في المطلب الثاني الى الخلف العام و في المطلب الثالث الى الخلف الخاص

المطلب الأول: شروط أطراف العقد الأصليين

العقد هو عبارة عن اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما.¹

وعليه فإن العقد ينشأ بين شخصين أو أكثر، وتنشأ لأطرافه حقوق كما تترتب عليه التزامات، والمتعارف عليه في مجال العقود بصفة عامة أن العقد يكون بين طرفيه الأصليين كالبائع والمشتري في عقد البيع، أو المؤجر والمستأجر في عقد الإيجار، وطبعاً قد وضع المشرع الجزائري شروطاً يجب توفرها في أطرافه هي الأهلية في فرع أول و الإرادة في فرع ثاني.

الفرع الأول: الأهلية

كل شخص بلغ سن الرشد متمتع بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية و سن الرشد هو تسعة عشر (19) سنة كاملة وهذا حسب م 40 ق م وتكون جميع تصرفاته صحيحة مرتبة لآثارها القانونية كافة، إلا إذا اختلت إرادته أو شاب العقد أحد العيوب فإنه يكون قابلاً للإبطال بحسب الحالة.² وقد يعترى أحد طرفي العقد إما نقص أو فقدان للأهلية.

أولاً: ناقص الأهلية

¹م54، قانون مدني جزائري، الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمنظم.

²محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، طبعة جديدة مزيدة ومنقحة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص155.

حيث أن المشرع الجزائري وضع طرف العقد ناقص أهلية في موقع قوة مقارنة بالطرف الآخر الذي يكون كامل الأهلية، حيث أن التصرف القانوني يكون قابلاً للإبطال لصالح القاصر المميز ناقص الأهلية، وذلك ما قضت به المادة 101 ق م "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمسة (5) سنوات ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، إذا كانت تصرفاته دائرة بين النفع والضرر.¹

والشخص القاصر المميز حسب المشرع الجزائري كما نص عليه في م 43 ق م "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً، أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون"²

اعتبر المشرع الجزائري ناقص الأهلية متى كان سنه من 13 سنة ولم يبلغ 19 سنة، وحتى من بلغ سنة الرشد أي 19 لكنه كان سفيهاً أو ذا غفلة، لذلك سنتطرق لهما تباعاً.

1-السفيه: هو مصطلح يطلق على شخص يبدر المال وينفقه على خلاف مقتضى العقل والحكمة.

2-ذا غفلة: هو من لا يهتدي للتصرفات الربحية ويسهل وقوعه في الخسارة و بالتالي يكون هدف للمستغلين فيبتزون منه دائماً، ويغبن غبناً فاحشاً في تعاملاته.³

وقد توسع المشرع في حماية القاصر أثناء قيامه بتصرفات إبرامه للعقود وذلك من خلال نص المادة 103 ق م غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية إذا بطل العقد لنقص الأهلية إلا برد ما عاد عليه من منفعة، بسبب تنفيذ العقد⁴، وهنا تظهر حماية المشرع أكثر للقاصر، كما أن

¹قوادري وسام، حماية أموال القاصر على ضوء التقنين المدني وتقنين الأسرة، دراسة نقدية تحليلية مقارنة، عقود ومسئولية، جامعة أكلي محمد أولحاج، البويرة، الجزائر، 2013، ص 67.

²م 43، القانون المدني، المصدر السابق.

³محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، دروس في نظرية الحق الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، دارهومة، الجزائر، 565-566-567-568.

⁴محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 263.

المشروع أوجد نظام للمساعدة القضائية لذوي العاهات وجعل العقد قابل للإبطال لمصلحتهم م 80 ق م إذا لم يحظر المساعد المنوط به مساعدتهم.

و إن كانت بعض القوانين تجيز للقاصر المميز القيام ببعض التصرفات القانونية وإبرام عقود لكن في حدود ما يسمح به القانون مثل القانون التجاري الجزائري حينما نص على إمكانية ترشيد القاصر في نص المادة 5 ق ت "لا يجوز للقاصر المرشد ذكرا أم أنثى، البالغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة، أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها، عن أعمال تجارية إذا لم يكن قد حصل على إذن والده، أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصدق عليه من المحكمة فيما إذا كان والداه متوفيا أو غائبا أو سقطت عنه سلطته الأبوية، أو استحال عليه مباشرتها أو في حالة انعدام الأب أو الأم، ويجب أن يقدم هذا الإذن الكتابي دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري"، وتم حصر شروط الترشيح من خلال المادة أعلاه حيث قيدت المادة 6 من نفس القانون من التصرف في أموال القاصر المرشد حيث نصت على أنه "غير أن التصرف في هذه الأموال سواء كان اختياريا أو جبريا لا يمكن أن يتم إلا بإتباع أشكال الإجراءات المتعلقة ببيع أموال القصر أو عديمي الأهلية".¹

كذلك نص المشروع الجزائري في قانون الأسرة على إمكانية الترخيص بالزواج للقاصر الذي لم يبلغ سن الرشد، حسب نص المادة 7 ق الأسرة "تكتمل أهلية الرجل والمرأة بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".²

وكذلك المادة 84 ق الأسرة للقاضي أن يأذن لمن بلغ سن التمييز في التصرف كليا أو جزئيا في أمواله بناء على طلب من له مصلحة، وله بالرجوع في الإذن إذا ثبت لديه، ما يبرر ذلك.

¹ م 5 و 6 القانون التجاري الجزائري، الأمر رقم 75-59 يتضمن القانون التجاري معدل ومتمم إلى غاية القانون 15-20 المؤرخ في 2015/12/30.

² قانون الأسرة الجزائري، رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو 1984، والمضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 5-2 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق ل 27 فبراير سنة 2005، والموافق بقانون رقم 5-9 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1426، الموافق ل 4 مايو 2005.

أما القانون الجنائي قد أولى المشرع حماية قانونية للقاصر المميز حسب نص م 49 ق ج حيث نص " ويخضع القاصر الذي بلغ سنه من 13 سنة إلى 18 إما لتدابير الحماية أو التهذيب...أو لعقوبات مخففة، وفصل في هذه العقوبات من المواد 50 و 51 على التوالي من ق ج.¹

ثانيا- فاقد الأهلية

اعتبر المشرع تصرفات القاصر الغير مميز أو بعبارة أخرى القاصر الذي لم يبلغ سن التمييز باطلة بطلان مطلق لأنها تكون ضارة له ضرر محض، وليست كالتصرفات التي يقوم بها القاصر المميز الذي يبلغ 13 سنة، حيث أن تصرفاته إما أن تكون ضارة ضررا محضا له أو دائرة بين النفع والضرر أو نافعة وهذا بخلاف القاصر الغير مميز وهذا ما نصت عليه م 42 ق م ج "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون يعتبر غير مميز، من لم يبلغ 13 سنة".

حيث نصت م 82 ق الأسرة رقم 84-11 قولها "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر تصرفاته باطلة.

1- الجنون: مرض يصيب العقل فيفقد صاحبه ملكة الإدراك والتمييز، بين الخير والشر والصالح والاطالح، ولهذا يحجر على المجنون م 81 ق الأسرة.

2- العته: هو اضطراب يعتري العقل دون أن يبلغ درجة الجنون يجعل المريض مختلط الكلام سيء التدبير م 81 ق الأسرة.

وفي هذه الحالة يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا² ويثير القاضي البطلان من تلقاء نفسه، هذا ما قضت به م 102 ق م ج " إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن

¹م 49 قانون عقوبات جزائري، أمر رقم 66-156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو سنة 1966، المعدل والمتمم.

²محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 529، 530.

يتمسك بهذا البطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة.¹ وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشرة سنة من وقت إبرام العقد"، كذلك أيضا فحتى القانون الجنائي لم يعتد بإرادة المجنون وأعفاه من المسؤولية الجزائية م47 ق ع.

وحسب نصوص المواد 109-110-113 ق الأسرة نرى أن العقود التي تكون قد أبرمت و كان أحد أطرافها قد أصبح غائبا أو مفقودا أو ناقصا للأهلية أو فاقد لها هي عقود صحيحة مادام أنه قد عبر عن إرادته الصريحة، والسليمة قبل أن تقع هذه الوقائع، ذلك حسب نص م 62 ق ج "إذا مات من صدر عنه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا يمنع عن ترتب ذلك الأثر عند اتصاله التعبير بعلم من وجه إليه هذا ما لم يتبين العكس من التعبير، أو من طبيعة التعامل".²

ب-1- حالات المنع من التصرف القانوني :

فرغم أن القائم بها يتمتع بالأهلية إلا أن المنع يكون الغرض منه المحافظة على المصلحة العامة كالقضاة و المدافعين القضائيين و المحامين و الموثقين و كتاب الضبط الذين لا يجوز لهم أن يقوموا بشراء الأموال المتنازع فيها التي توجد في دائرة اختصاص المحكمة التي يباشرون فيها أعمالهم مواد 402-403 وأيضا م 410-411 و م78 ق م ج.³

الفرع الثاني: الإرادة و عيوبها (الرضا)

إن عيوب الإرادة هي أمور تجعل إرادة الشخص غير حرة بالشكل الذي يريده، إذن فالإرادة موجودة لكنها معيبة ومعطوبة لا تؤدي وظيفتها، بالشكل الذي أوجدت من أجله، ويقابلها الإرادة المعدومة كإرادة الصبي الغير مميز والمجنون والمعتوه، وفاقد الوعي لسكر أو تخدير أو مرض أو إغماء، ولا عبرة بالإرادة التي لا تتجه إلى إحداث أثر قانوني كما في المجاملات الاجتماعية، ولا عبرة أيضا بإرادة الهازل والإرادة الصورية والإرادة المتعلقة على شرط المشيئة، وقد نص المشرع على العيوب التي تفسد الرضا وهي أربعة إضافة إلى الغبن

¹ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان

المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر 2003، ص78.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق ص100-101.

³ المرجع نفسه ص244.

في بعض الحالات و هي منصوص عليها في القانون المدني الغلط ، والتدليس، والإكراه، والاستغلال في المواد¹ 81 إلى 91 ق م .

أولا :الغلط

هو وهم أي اعتقاد خاطئ يحمل على توهم غير الواقع وقد نص عليه المشرع الجزائري في المواد 81 إلى 85² ق م ج وهي نفس المواد في القانون المصري في م 120 إلى 124 ق م م .

1-شروط الطعن بالغلط في القانون م ج:

يتضح من نصوص المواد 81 و 82 ق م أنه يلزم لإبطال العقد بسبب الغلط توفر شرطان أولا هو أن يكون جوهريا، والثاني أن يتصل بالمتعاقد الآخر.

أ-أن يكون الغلط جوهريا:

حسب المادة 82 ق م يتضح أن هذا المعيار ذاتي أو شخصي وليس معيارا ماديا ويجب الرجوع إلى معرفة ذلك من خلال تقصي أثره على إرادة المتعاقد عند إبرام العقد، لو لم يقع في هذا الغلط، ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية فيه، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد وحسن النية، إذا وقع الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد.³

ومنه نستنتج أنه ليكون الغلط جوهريا يجب أن يكون في صفة من صفات الشيء أو في ذات المتعاقد أو صفة من صفات المتعاقد، أو في قيمة الشيء، أو الباعث كسواء شخص لسيارة اعتقادا منه أن سيارته قد احترقت ثم يتضح أنها سليمة.

ب-اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، الجزء (1)

الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 2009 ص310

² المرجع نفسه ص310.

³ م82 القانون المدني، المصدر السابق.

لا يجوز طلب إبطال العقد إلا إذا كان الغلط مشترك بين المتعاقدين أو كان غلط فردي يعلمه الآخر أو من السهل عليه أن يعلمه.

وطبقاً للمادة 85 ق م لا يجوز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية فيسقط طلب إبطال العقد إذا أبدى المتعاقد الآخر استعداده لتنفيذه بالشكل الذي توهمه المتعاقد الآخر.¹

2- أقسام الغلط

وينقسم الغلط إلى غلط في القانون وغلط في الواقع :

أ- الغلط في القانون:

هو أن يتوهم الشخص قاعدة قانونية على غير حقيقتها وطبق م 83 ق م يجوز طلب إبطال العقد في القانون إذا توفرت شروط الغلط في الواقع أي الشروط المذكورة في م 81 و 82 ق م.

ويجب عدم الخلط بين الغلط في القانون، وجهله هو عدم العلم بالقانون لأنه لا يفترض في أحد جهل القانون وهو لا يعتبر عذراً ، ومن يتمسك بجهل القانون هدفه عدم تطبيق القانون ومجال تطبيقه هو القواعد الآمرة.

ب- الغلط المادي:

يقصد به زلات القلم وخطأ في الكلام وهذا لا يؤثر على الرضا لأن العقد قام صحيح أما في حالة وجود خطأ في الكتابة أو الحساب يجب تصحيحه م 84 ق م.

ومنه نستنتج أنه إذا وقع أحد المتعاقدين في غلط جوهري طبقاً لما ذكر في م 81 و 82 فإنه لا يكفي لإبطال العقد بل يجب اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر أي مشتركاً، أو كان خطأ فردي، يعلمه المتعاقد أو من السهل عليه أن يعرفه.¹

¹ سالم بن بختيار بن فريح البلوي، الغلط وأثره في العقود في الفقه الإسلامي والقانون، رسالة دكتوراه في الأنظمة الجامعية الإسلامية بالمدينة المنورة، السعودية، 1440/1441هـ ص 951-952.

ثانياً: التدليس

هو إيقاع المتعاقد في الغلط الذي يدفعه إلى إبرام العقد، ويقترّب التدليس من الغلط، لأن الغلط توهم غير الواقع من قبل المتعاقد نفسه، أما التدليس فهو غلط بفعل المتعاقد الآخر أو شخص له علاقة بالعقد لدى يسمى التخليط.²

ومنه نبين عناصر وشروط التدليس، إثباته، وجزاءه

1- عناصر التدليس:

أ: استعمال طرق احتيالية

إن جوهر التدليس هو الاحتيال والتضليل وقد تكون بصور حيل وهو الظهور بمظهر الرفاهة والغناء لحمل الغير على إبرام العقد وقد تكون في صورة الكتمان، هو الكذب السلبي، أو هو السكوت العمدي عن الواقعة التي تستوجب التصريح بها م 86 فقرة 2 ويراعي في تقدير الحيلة المكونة لتدليس المعيار الشخصي أي مدى تأثر المتعاقد³ بها دون باقي الناس.

أ-1 الكذب:

إن الأصل في الكذب أنه لا يصعد إلى مرتبة التدليس إذا كان عادياً كمن يبيع سلعته أو بضاعته ويقوم بمدحها لجلب الزبائن، أما إذا كانت طبيعة المعاملة تقتضي عدم الكذب فإنه يصعد إلى مرتبة التدليس كالكذب في تقديم البيانات إلى شركة التأمين، أو في مواصفات الشيء المبوع عند التعاقد بين غائبين.⁴

أ-2 الكتمان (الكذب السلبي):

إن الكتمان يعتبر تدليسا وفق شروط محددة من خلال نص م 86 ق م ج .
-إذا تعلق الأمر بواقعة مؤثرة في إرادة المتعاقد.
-أن يكون المدلس يعلم بهذه الواقعة ويقصد كتمانها.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 328-329-330-331.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 176.

³ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 177-178.

⁴ المرجع نفسه، ص 178.

- أن يجهل المدلس عليه هذه الواقعة ولا يستطيع العلم بها إلا عن طريق التصريح بها.
وأكثر ما يقع التدليس في عقود التأمين.¹

ب:العنصر النفسي أو المعنوي

يكنم العنصر النفسي في نية التضليل للوصول إلى الغرض والمبتغى الغير مشروع، فتظهر النية في القصد أي الخطأ العمدي، أما إذا أحدث المتعاقد مثلاً عملاً ما وانخدع على أثره المتعاقد الآخر ولم يكن ينوي خداعه أثناء القيم به، فلا يرقى هذا الفعل إلى درجة التدليس، وهنا يحق للمخدوع إبطال العقد على أساس الوقوع في الغلط إذا توافرت شروطه.

مثلاً فالتاجر الذي يبرز ما يعرضه في أحسن صورة وهو لا يقصد التضليل بل يريد استهواء الناس فقط وجذبهم لكن نيته وغرضه مشروع.²

2-شروط التدليس:

أ-التدليس هو الدافع لتعاقد: إذا كان هدفه الوصول إلى غرض غير مشروع والقاضي هو الذي يقرر ذلك تأسيساً على أثر التدليس في نفس العاقد.³

ب-اتصال التدليس بالمتعاقد الآخر:

يجب أن يكون التدليس صادر عن المتعاقد أو من نائبه أو قد يكون التدليس صادر عن الغير ويعلم به، وفي هذه الحالة فإن المدلس عليه يجوز له إبطال العقد بشرط إذا كان التدليس صادر عن الغير ويعلم المتعاقد الآخر أي يعلم بالتدليس الذي قام به الغير أما إذا لم يعلم المتعاقد بالتدليس الذي قام به الغير فلا يجوز في هذه الحالة طلب إبطال العقد، وإنما من حق المدلس عليه أن يرجع بالتعويض على الغير.

3-إثبات التدليس:

¹المرجع نفسه ص178.

²عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص349-350.

³علي علي سليمان، المرجع السابق، ص63-64.

يجب على من يدعي التدليس إثباته بكافة الطرق لأنه يثبت في واقعة مادية، ويمكنه المطالبة بعد ذلك بإبطال العقد أو التعويض أو المطالبة بهم معا.¹

4-جزء التدليس:

يترتب على القيام بواقعة التدليس جزاءات بسبب تأثيره على إرادة المتعاقد معه وهي:
-المطالبة بإبطال العقد.²

-اعتبار التدليس عمل غير مشروع وجواز المطالبة بالتعويض عن الضرر إذا كان لذلك محل.

-قد ترقى طرق الاحتيال إلى أن تشكل تدليسا جزائيا وهو النصب و الاحتيال طبق م 372 ق ع جنحة يعاقب عليها الشخص بالحبس من 1 سنوات إلى 5 سنوات.³

ثالثا:الإكراه

هو ضغط يقع على أحد المتعاقدين فيولد في نفسه رهبة تدفعه للتعاقد وهذا الإكراه المعنوي الذي يفسد الرضا دون أن يعدمه وهذا الذي نحن بصدد دراسته أما الإكراه المادي فيعدم الرضا.⁴ لذلك نستبين شروط الإكراه وأثره:

1-شروط الإكراه

أ-أن يكون الخطر على وشك الوقوع وليس واقع:

وهذا الخطر إما أن يصيب المتعاقد في جسمه أو في حياته أو في شرفه أو في ماله، والخطر إما أن يقع على الشخص نفسه، و إما على أحد أقاربه.

أما الوسائل المستعملة في الإكراه فالعبرة في الغرض والقصد غير المشروع بغض النظر عن الوسيلة هل هي مشروعة أم لا م 88 فقرة 1.¹

¹دريال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، دار العلوم عنابة، الجزائر، 2044، ص26.

²المرجع نفسه ص26.

³أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الأول، الطبعة العشرون منقحة ومتممة في ضوء القوانين الجديدة، دار هومة، الجزائر 2018.

⁴عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص360.

ب- النفوذ الأدبي:

القاعدة العامة أن النفوذ الأدبي لا يعتبر إكراهاً إلا إذا كان هدفه الوصول إلى غرض غير مشروع، أما إذا استهدف النفوذ الأدبي الوصول إلى غرض مشروع فلا يعتبر إكراهاً وهنا فرق بين النفوذ الأدبي والاستهواء والتسلط على الإرادة، ففي حالة النفوذ الأدبي يفترض فيها شخص مقامه كبير في عين المتصرف كالأب والرئيس والأستاذ، أما في حالة الاستهواء والتسلط ليس له مقام كبير ولا منزلة رفيعة ولم يتضمن القانون المدني الجزائري نص بهذه المسألة بخلاف القانون التونسي والمغربي والفرنسي.²

ج- أن تكون الرهبة هي التي حملت على التعاقد:

ومعيار الرهبة هو معيار ذاتي شخصي وليس موضوعي حيث يراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه فالذكر غير الأنثى كما يراعى أيضاً سنه فصغير السن غير الكبير، كما تراعى أيضاً حالته الاجتماعية فالقروي غير ساكن المدينة، وكذلك حالته الصحية فالمرضى غير السليم وغيرها من الظروف الأخرى التي تؤثر في شخصية المتعاقد.³

د- أن يكون الإكراه صادر من المتعاقد الآخر أو الغير:

فالإكراه إذا وقع فإنه يعيب الآخر سواء صدر من أحد المتعاقدين، أو من الغير غير أن الإكراه الصادر من الغير لا يجعل العقد قابل للإبطال إلا إذا أثبت المتعاقد أن المتعاقد الآخر كان يعلم بالإكراه أو من المفروض حتماً أنه يعلم بذلك.

أما إذا كان حسن النية لا يعلم بالإكراه، فلا يجوز له طلب إبطال العقد ولكن يجوز له حق الرجوع بطلب التعويض على الغير.⁴

هـ- الإكراه الصادر عن حالة الظروف الخارجية أو حالة الضرورة:

¹المرجع نفسه، ص364-365.

²محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص193-194.

³عبد الرزاق أحد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص379.

⁴المرجع نفسه، ص380-381-382.

إذا تهيأت ظروف خارجية ولا يد لأحد فيها واقتصر دور المتعاقد الآخر على استغلال هذه الظروف، ففي هذه الحالة يجوز طلب إبطال العقد، لم يرد نص في هذه المسألة في القانون المدني، ولكن نص عليها القانون البحري في م 344 ق ب المتعلقة بإنقاذ السفينة التي هي على وشك الغرق.¹

2- إثبات الإكراه:

يحوز إثبات الإكراه بجميع وسائل الإثبات القانونية، لأنه واقعة مادية وتبقى للقاضي السلطة التقديرية في تقديره للأدلة.

3- أثر الإكراه:

يترتب على الإكراه قابلية العقد للإبطال لمصلحة من وقع الإكراه عليه.²

رابعاً: الغبن والاستغلال

1- الغبن:

يعرف الغبن على أنه عدم التعادل بين ما أخذه العاقد وما يعطيه بمعنى هو الخسارة التي تلحق أحد العاقدين، ويترتب على ذلك أن الغبن لا يتصور إلا في عقود المعاوضة، أما في عقود الاحتمال والتبرع فلا يتصور فيها غبن³ ويقدر الغبن بمقدار يزيد عن الخمس مقارنة بثمنه الحقيقي.

أ- شروط الغبن كعيب في الإرادة:

الغبن يقدر وقت تمام العقد أو إبرامه، فينظر إلى التعادل في هذا الوقت ولا عبء إلى تغيير القيم بعد ذلك.

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة القوانين العربية، المرجع السابق، ص 193-194.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 195-196.

³ علي فيلاي، العقود الخاصة للبيع، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية الرغاية، الجزائر، 2018 ص 166.

1- يعتبر من عيوب الإرادة في حالات معينة، وهي بيع العقار بغير فائدة يزيد عن الخمس فيكون الحكم بتكملة الثمن طبق م 358 و 359 ق م.

2- وكذلك قسمة العقار بالتراضي إذا كان هناك غبن يزيد عن الخمس م 372 ق م.

3- م 66 من قانون 03-05 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاوزة "يجوز للمؤلف الذي تنازل عن حقوقه المالية مقابل مكافأة قدرت جزافاً، ثم تبين أن المكافأة تقل عن الربح المكتسب جاز له رفع دعوى الغبن.¹

2- الاستغلال:

الاستغلال هو انتهاز ضعف نفسي لدى المتعاقد الآخر، للحصول منه على مغنم كبيرة لا يوجد بينهما تعادل في العقد وطبق م 90 و 91 ق م.

أ- شروط الاستغلال:

أ - 1 الشرط المادي:

عدم التعادل بين ما حصل عليه المتعاقد من فائدة وما تحمله من التزامات.

أ- 2 الشرط المعنوي:

أن يكون الغبن نتيجة استغلال طيش أو هوى جامع.²

ب- مجال الاستغلال:

الاستغلال يكون في عقود المعاوضة والتبرع والاحتمال وهو على خلاف العقود الغبن الذي لا يكون إلا في عقود المعاوضات.³

ج- أثر الاستغلال:

¹ المرجع نفسه، ص 167-168-169.

² تعريف الطيش : هو الخفة والتسرع وعدم العلم بعدم التصرف .

الهوى الجامح : هو الشعور العنيف والملح نحو شخص أو شيء معين. للمزيد أنظر : دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 29-30.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة الالتزام العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربي، المرجع السابق ص 201.

إذا توفرت شروط الاستغلال طبق م 90 ق م جاز لطرف المغبون إما رفع دعوى إبطال العقد أو رفع دعوى إنقاص الالتزامات، ويجوز لطرف المستغل أن يتوقى الإبطال إذا هو عرض على الطرف المغبون، ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن، وطبق م 90 فقرة 2 يجب رفع دعوى إبطال العقد أو إنقاص الالتزامات خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة وهذه المدة هي مدة سقوط لا مدة تقادم، وهنا يختلف الاستغلال عن باقي عيوب الإرادة حيث أنه طبقا لنص م 101 ق م، فإن دعوى إبطال، الغلط، والتدليس، والإكراه ونقص الأهلية ترفع خلال مدة خمسة سنوات من اكتشاف العيب أو عشر سنوات من تاريخ العقد.¹

المطلب الثاني: أثر العقد بالنسبة إلى الخلف العام

لم يعرف القانون المدني الجزائري الخلف العام، وبالرجوع إلى الفقه نجد أن رجال القانون عرفوه بأنه من يخلف السلف في ذمته المالية كلها أو بعضها، باعتبارها مجموعة من الأموال، كالوارث والموصى له بحصة معينة، كالنصف أو الربع مثلا.²

وبذلك يتضح أن الخلف العام هو الوارث سواء كان وحيد أو مع غيره، والموصى له بنسبة معينة من مجموع التركة.³

وقرر المشرع الجزائري من خلال نص المادة 108 ق م ج انصراف آثار العقد إلى الخلف العام، وعلى هذا الأساس سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى قاعدة انصراف آثار العقد إلى الخلف العام (الفرع الأول) وحالات عدم سريان آثار العقد في حق الخلف العام كاستثناءات (الفرع الثاني).

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 405-406.

² الدفراوي عصام عبد العزيز، أثر الوفاة على عقد الوكالة في الفقه الإسلامي، والقانون المدني دراسة مقارنة (د ط بيروت، دار الكتب العلمية، 2017)، ص 41.

³ السنهوري، الوسيط في القانون المدني، مرجع سابق، ج 1، ص 541 عبد المنعم فرج مصادر الالتزام (د ط القاهرة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي) ص 364.

الفرع الأول: قاعدة انصراف آثار العقد إلى الخلف العام

القاعدة أن آثار العقد تنصرف إلى المتعاقدين وخلفهم، سواء كانت هذه الآثار حقوق أو التزامات، وقد نصت المادة 108 ق م ج على أن انصراف الآثار إلى الخلف العام هذا كقاعدة عامة. ويتأثر الخلف بعقود سلفهم التي أبرمها، فإذا أبرم شخص عقد من العقود، ثم توفي فإن آثار ذلك العقد تنصرف إلى ورثته وإلى من أوصى لهم بحصة من تركته، فتنقل الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد إلى ورثته، فيحق لهم المطالبة بالحقوق مثلما عليهم القيام بالالتزامات.

أما إذا توفي المتعاقد مدينا فتطبق القاعدة "لا تركة إلا بعد سداد الديون" فلا خلافة في الديون، طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية.¹

وهذا المبدأ يجعل الوارث في الحقيقة بعيدا من أن يكمل شخصية الموروث أو أن يكون استمرارا لها.

ومعنى هذه القاعدة الشرعية، أن الورثة لا يسألون في أموالهم الخاصة عن الوفاء بالديون والالتزامات التي تركها مورثهم، فلا تنتقل التزامات المورث إلى ورثته الشرعيين إلا في حدود أموال التركة، وبنسبة مناب كل واحد منهم، فلا خلافة في الديون والالتزامات طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية، أي أن الالتزام يبقى في التركة دون انتقاله إلى ذمة الوارث، لأن الديون الثابتة في ذمة المتوفى لا تورث، فهي متعلقة بالتركة وحدها، فتبقى التركة وحدها هي المسؤولة عن سدادها، فإن تجاوزت ديون المتوفى مجموع أموال التركة فإن الورثة وهم الخلف العام، غير مسئولين عن سدادها (المواد 180 إلى 183 ق أ ج).²

¹ محمد السعدي، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام للعقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة منقحة ومزينة لأحدث التعديلات 2007-2008 دار الهدى عين مليلة، ص 322.

² بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء 2 المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق ص 686.

فإذا رفض الورثة تركة مورثهم لا يجبرون على قبولها، ولا على تحمل ديونها، وهنا ليس للدائنين إلا أن يباشروا التنفيذ ضد التركة ليستوفوا حقوقهم¹ بالتركة وحدها، لأنه لا تركة إلا بعد سداد الديون، ولا تنتقل إلى الأشخاص الورثة، غير أن الحق الناشئ قبل وفاة الضحية (المورث) ينتقل إلى الورثة الشرعيين في حالة وفاته، ويقسم عليهم وفقا لأحكام الموارث، مادام أنه نشأ قبل الوفاة، ودخل في الذمة المالية للمضرور.²

غير أن تقدير التعويض المقرر للضحية يكون حسب الضرر الذي أصاب كلا من ذوي الحقوق وليس حسب قواعد الميراث، سواء كان وارثا أو غير وارث، لأن التعويض لا يدخل ضمن عناصر التركة، لشموليته واستحقاقه لكل متضرر، وارثا كان أو غير وارث، ولخضوع التقدير فيه لجسامة الضرر بحسب الخسائر الحقيقية.

إذن فقد أخذ اجتهاد المحكمة العليا برأي المالكية، وسار على ما في م 180 ق ا ج أن لا تركة إلا بعد سداد الديون، وأن الوارث يخلف مورثه في أمواله وحقوقه الصافية من الديون لا في شخصه، وبذلك يكون قد قضى قضاء سليم مطابق لما جاءت به الشريعة الإسلامية.

وبذلك فإن التركة المستغرقة بالدين، لا يثبت فيها ميراث، كما أن ديون الميت تخرج من تركته، وأن وارثيه ليسوا مسئولين عن ديونه بأي حال من الأحوال.³

الفرع الثاني: عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام مع بقاءه خلفا

أشارت المادة 108 ق م ج إلى هذه الاستثناءات، فلا تتصرف آثار العقد إلى ورثة المتعاقد أو من أوصى له بحصة من تركته في الحالات الآتية:⁴

1- طبيعة التعاقد:

¹ بالحاج العربي، الوجيز في الشركات والموارث في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومة، الجزائر، 2013، فقرة 59 وما يليها.

² المحكمة العليا، غ م 2001/03/21 ملف رقم 241943، م ق 2003، ص 111. بالحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء 2 المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق ص 688.

³ بالحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء 2 المصادر الإدارية العقد والإرادة المنفردة مرجع سابق ص 688.

⁴ عقيلة عويطي، الأثر النسبي للعقد، مذكرة ماستر، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2018-2019 ص 29.

إذا كانت طبيعة التعاقد أو الالتزام الناشئ عن العقد تتنافى مع انتقاله إلى الخلف العام، ماديا أو قانونيا، كما هو الشأن في شركات الأشخاص والإيراد المرتب مدى الحياة، وحق الانتفاع بنص القانون.

أو كانت العلاقة قانونية بحتة تنتهي بوفاة المتعهد بتنفيذ الالتزام كعقد عمل مع أحد الفنانين، أو اتفاق مع طبيب أو محامي أو مهندس معماري أو مقاول أو رسام، فلا ينصرف أثر العقد في هذه الحالات وفي أمثالها إلى ورثة المتعاقد ولو في التركة، ونجد ذلك أيضا في عقد العمل الذي ينقض بموت العامل ولا ينتقل إلى الخلف العام¹.

2- نص القانون:

قد يمنع القانون في بعض الحالات، وعلى وجه الاستثناء انصراف الآثار إلى الخلف العام، وعلى سبيل المثال تقضي المادة 491 ق م ج على أنه "تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء".

وفي هذه الحالة لا تتصرف آثار عقد الشركة إلى الخلف، حيث أن موت أحد الشركاء يؤدي إلى انقضاء الشركة، و تنص المادة 586 ق م ج على أنه "ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين، فإن لم يعين أجل لحياة المنتفع، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين.....".

ومن أمثلة ذلك أيضا انفساخ عقد العمل بوفاة العامل، انقضاء عقد الإيجار بسبب حرفة المستأجر أو لاعتبارات تتعلق بشخصه وغيرها وأمثلة كثيرة.

3- الاتفاق:

إضافة إلى الإستثنائين السابقين فإن أثر العقد لا ينصرف إلى الخلف العام إذا اتفق المتعاقدين على ذلك، فيقضي حتما بوفاة المتعاقد كالاتفاق على الإيجار ينتهي بموت المستأجر، وأيضا إذا اتفق المتبايعان على منع المشتري أجلا لاسترداد ثمن المبيع دون أن ينتقل هذا الحق إلى ورثته.

¹ محمد صبري السعدي، النظرية لعامة للالتزامات مصادر العقد والإرادة المنفردة، مصدر سابق، ص 323.

وإذا كان نص المادة 108 ق م ج لم يورد هذا الاستثناء إلا أنه واستنادا إلى قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) فلا يوجد مانع من الاتفاق على هذا الاستثناء¹.

ثانيا: عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام باعتباره من الغير

لا ينصرف العقد إلى الخلف العام في الاستثناءات السابقة مع بقاءه خلفا، غير أن هناك حالات لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الورثة باعتباره من الغير، ومن أهم هذه الحالات نجد:

- حالة التصرف في مرض الموت بشكل مطلق (م 408 ق م ج)، وحالة التصرف لوارث مع الاحتفاظ بحياسة العين المتصرف فيها، أو بالحق في الانتفاع مدى الحياة (م 776 و 777 ق م ج) إذ أعطى القانون حكم الوصية لهاتين الحالتين.

-عتبر الورثة من الغير فيما يتجاوز ثلث التركة، وقرر أن صفة الطرف لا ينتقل إليهم بعد الوفاة، إلا في حدود ثلث التركة، وأما ما يزيد عن ذلك فيتوقف على إجازتهم الصريحة (م 185 إلى 189 ق ا ج).

وعليه إذا باع السلف المريض مرض الموت عينا تزيد قيمتها عن ثلث التركة لأحد مورثيه، أو لأجنبي عنه فإن الوارث يعتبر غيرا بالنسبة لهذا البيع ولا يكون من ثم نافدا في مواجهته، فيما يزيد عن ثلث التركة، إلا إذا أجازته ويعتبر البيع في هذه الحالة وصية ويسري عليه أحكامها الشرعية، والقانونية (م 1/776 ق م ج)، وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت بجميع الطرق، القانونية.

(م 2/776) فإذا أثبتوا ذلك اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك (م 408 و 3/776 ق م).²

المطلب الثالث: أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص

¹ بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق ص 689-690.

² أنور طلبه، المطول في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، المكتب الجامعي الحديث، الأرزبطة، الإسكندرية، سنة 2004، ص 8.

إن المشرع الجزائري لم يعرف الخلف الخاص كذلك بل اكتفى بالنص عليه في المادة 109 ق م بقوله "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوق شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى الخلف الخاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كان من مستلزماته وكان الخلف يعلم بها وقت انتقاله" ومن خلال نص المادة نستنتج أن الخلف الخاص هو من يخلف السلف في ملكية شيء مادي أو معنوي أو في حق عيني على شيء كالمشتري والموهوب له والموصى له بعين معينة، والدائن المرتهن فمثلا فالدائن يعتبر خلفا خاصا للبائع بالنسبة للشيء الذي اشتراه، أي في ملكية العين المباعة، كما يعتبر الموهوب له خلفا خاصا للواهب في ملكية الشيء الموهوب، ومثال الاستخلاف في حق عيني نجد صاحب حق الانتفاع الذي يعد خلفا خاصا لمالك الشيء الذي تقرر عليه الحق، كما قد يكون الخلف الخاص من تلقى حقا شخصيا من يلفه كما في الحوالة، حيث يعتبر المحال إليه خلف خاص يخلف المحيل في حق شخصي هو المحال به¹.

إذن فالخلف الخاص لا يخلف غيره في ذمته المالية أو جزء منها، وإنما يخلفه في حق من حقوقه سواء كان هذا الحق عينيا أن شخصيا أم ذهنيا يرد على شيء غير مادي (كحقوق المؤلف والمخترع وصاحب العلامة التجارية والرسم والنموذج الصناعي²)، وعلى هذا الأساس سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى مدى تأثير الخلف الخاص بالتصرفات التي يبرمها السلف (الفرع الأول) لاسيما فيما يتعلق بالحقوق (أولا) وما يتعلق بالالتزامات (ثانيا) وكذا شروط انصراف العقد إلى الخلف الخاص (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مدى تأثير الخلف الخاص بالتصرفات التي يبرمها السلف

يتأثر الخلف الخاص بتصرفات السلف ويحتج بها عليه من الناحية القانونية ، وفي هذا تقضي المادة 109 ق م ج بأنه "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت

¹ بالحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون، المرجع نفسه، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص 961.

² علي علي سلمان، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام في القانون المدني، الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية،

الطبعة الخامسة، 2003، ص 87-88.

الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه¹.

فالخلف الخاص يتأثر بالعقود التي أبرمها السلف أي أن وصف الطرف ينتقل إليه إذا توافرت الشروط التي نص عليها المشرع في المادة 109 من ق م السابقة الذكر.

ويظهر من نص هذه المادة أن أثر العقد في مواجهة الخلف الخاص، ينحصر على العقود التي تنشئ التزامات وحقوقا في ذمة السلف، دون تلك التي تنقص أو تعدل أو توسع من الحق، فلا يكون للخلف أكثر ما كان للسلف، بمعنى أن الشخص لا يستطيع أن ينتقل إلى الغير أكثر مما له وهذا وفقا للقاعدة الرومانية الشهيرة *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*².

ويختلف موضع انتقال أثر العقد إلى الخلف الخاص عن وضع انتقاله إلى الخلف العام لأن هذا الأخير يخلف سلفه في ذمته المالية، أو في نسبة مما تعادل ما آل إليه من التركة، أما الخلف الخاص فلا ينتقل إليه سوى شيء معين، ولا يتصور من ثم أي بثور سوى انصراف أثر العقود التي تتأثر بهذا الشيء المعين الذي انتقل إليه، فمثلا المشتري يعتبر خلفا خاصا للبائع في العينة المباعة، ولا تعرض مسألة أثر العقود التي أبرمها إلى المشتري، إلا إذا كانت هذه العقود متعلقة بالعين المباعة وقائمة وقت البيع.

وعلى هذا الأساس ينحصر البحث في أثر العقد الذي أبرمه السلف بالنسبة للخلف الخاص، على العقود التي يكون السلف قد أبرمها في شأن الشيء الذي تلقاه الخلف منه، قبل انتقال هذا الشيء للخلف الخاص، أما العقود التي يبرمها السلف والتي لا شأن لها بالشيء المستخلف فيه (كعقد قرض أبرمه البائع فلا شأن للمشتري به وهو الخلف الخاص) أو تلك العقود التي يبرمها السلف بعد انتقال هذا الشيء إلى الخلف الخاص (كعقد إيجار أبرمه البائع بعد انتقال ملكية المبيع للمشتري) فهذه العقود لا ينصرف أثرها إلى الخلف الخاص³.

¹ بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 692.

² بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 693.

³ فيلاي علي، الالتزامات والنظرية العامة للعقد، دون طبعة، موفر للنشر، الجزائر 2008، ص 406.

أولاً: الحقوق

وتكون الحقوق على وجه الخصوص من مستلزمات الشيء إذا كانت لا يمكن التعرف عليها إلا من خلاله، فهي توابع للشيء ذاته وقد قيل أن الحقوق التي تعد من مستلزمات الشيء هي تلك التي لا يمكن فصلها عن الشيء وإلا أصبحت دون معنى¹.

وحتى تعتبر هذه الأمور من مستلزمات الشيء يجب أن تتوفر فيها هذه الشروط المتمثلة في:

- أن يكون الحق مما لا يمكن يستعمله سوى من يكون مالكا للشيء.

- أن يكون الحق مكملًا للشيء وأن يكون من شأنه خدمته وحفظه وتقويته أو يمنع عنه الأضرار والمخاطر.

- أن يكون الشيء هو محل اعتبار في تقرير الحق وليس شخص السلف.

ومن أمثلة الحقوق التي تكون لحفظ الشيء وتقويته ما تكون تأمينًا للشيء فتنقل الكفالة والرهن مع الحق المحال به إليه، ومثال الحقوق التي يكون الغرض منها درء الضرر عن الشيء، عقد التأمين عن العقار المبيع من الحريق، فينتقل حق البائع الناشئ عن هذا العقد إلى المشتري ويلتزم هذا الأخير بدفع الأقساط وكذلك حق البائع من باع له في ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية².

وكذلك الحال في اشتراط عدم المنافسة في بيع المتجر، فللمشتري حق الرجوع بدعوى مباشرة على البائع الأول بالضمان أو يطالبه بعد المنافسة، أما إذا لم يكن الحق من مستلزمات الشيء، أي بمعنى أنه غير مكمل للشيء على الوجه الذي أوضحناه فلا ينتقل إلى الخلف الخاص كأن يقوم بائع السيارة باستئجار لها مكان لحفظها فيه، فإن مثل هذه الحقوق لا تنتقل للمشتري³.

¹ محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 326-327.

² محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 327.

³ سليمان مرقس، الوافي، ج1، فقرة 304، إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزامات ج1، ص 350 وما بعدها.

ثانيا: الالتزامات

وهي الديون الشخصية والالتزامات التي عقدها السلف، والرأي السائد في الفقه والقضاء على أن القاعدة العامة هي عدم انتقال هذه الالتزامات إلى الخلف الخص ولو كانت متعلقة بالمال الذي استخلف فيه، فهو يعتبر من الغير بالنسبة إليها.

فإن الخلف الخاص كأصل عام، لا يتأثر بالديون والالتزامات والكفالات والتعهدات الشخصية التي يبرمها السلف على الشيء الذي تلقاه منه بالاستخلاف وخاصة تلك القائمة على الاعتبار الشخصي، ومما يترتب على ذلك مثلا أن مشتري المحل التجاري لا يلتزم بالالتزام الذي عقده البائع مع بعض منافسيه، بعدم فتح المحل في يوم معين من أيام الأسبوع¹.

غير انه متى يكون العقد بالشيء المستخلف الذي انتقل إلى الخلف الخاص ينصرف أثره مع هذا الأخير خلافا للأصل السابق، وتعتبر الالتزامات التي ينشئها العقد متعلقة بالشيء إذا كانت من مستلزماته، ويعتبر الحق الذي انتقل للخلف من مستلزمات الشيء، إذا كان مكملا له، أي من التوابع المكملة لموضوع الحق الذي انتقل إلى الخلف الخاص (كعقود التأمين التي أبرمها السلف مثلا) أو إذا كان يحدده، كما هو الشأن في الالتزامات التي تعتبر محددة له كانتقال الدار إلى المشتري مثلا محملة بحق المرتهن أو بحق المستأجر، وكالتزام صاحب المحل التجاري بعدم المنافسة في سلعة معينة.

فأثر العقد الذي يبرمه السلف ينصرف إلى الخلف الخاص إذا كان حقا يكمل الشيء أو إذا كان التزاما محددًا للشيء الذي انتقل إلى الخلف، وهو ما أشارت إليه المادة 109 م ق م بقولها إذا كانت من مستلزماته، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه².

نستخلص إذا لم تكن الحقوق أو الالتزامات الناشئة عن العقد من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص، فإنها لا تنتقل إليه قانونا، وعلى ذلك لا تنتقل إلى مشتري المحل التجاري مثل الحقوق أو الديون التي نشأت بمناسبة استغلاله، ولا يلتزم مشتري العقار بدين بائعه قبل شرائه ولا مشتري الآلة عن الضرر الذي أحدثته قبل شرائها.

¹ بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق ص 695.

² بلحاج العربي، نفس المرجع ص 696.

ويجب لكل الأحوال انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص ضمن هذه الحدود القانونية، أن يعلم به هذا الأخير وقت انتقال الشيء إليه، وفقا لنص المادة 109 ق م ج¹.

الفرع الثاني: شروط انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص

ينصرف أثر العقد الذي أبرمه السلف بشروط محددة إلى خلفه الخاص، ومثال عن ذلك من يؤمن على منزل ضد حريق لمدة معينة ثم يبيع المنزل فهل يسري عقد التأمين في مواجهة المشتري؟ وإذا كان البائع قد أجر العين المباعة قبل بيعها فهل يسري هذا الإيجار في مواجهة المشتري؟ والواقع أن الخلف الخاص هو المشتري في هذه الحالة، لم يكن طرف في عقد التأمين أو الإيجار الذي أبرمه البائع، فهل تتصرف آثار هذه العقود من حقوق والتزامات إلى من لم يكن طرفا فيها؟ لا شك أن ذلك ممكن لكن هذا لا يتحقق إلا بشروط معينة، وهذه الشروط هي التي أشارت إليها المادة 109 ق م ج.

أولاً: أسبقية وجود هذه الحقوق والالتزامات على تاريخ انتقال الحق المستخلف به على الخلف الخاص:

يقصد بهذا الشرط أن يكون التصرف الذي أبرمه السلف والذي تترتب عليه هذه الحقوق والالتزامات، سابق على تاريخ الشيء المستخلف فيه إلى الخلف الخاص، وعلى هذا الأساس فإن ما يترتب من حقوق والتزامات قبل تاريخ انتقال الحق المستخلف فيه إلى الخلف الخاص هو الذي يمكن انتقاله إلى الخلف الخاص، أما ما تم ترتيبه من حقوق والتزامات بعد تاريخ انتقال الحق المستخلف فيه فلا تنتقل إلى الخلف الخاص، وذلك لعدم وجود هذه الحقوق والالتزامات وقت انتقال الحق المستخلف فيه إلى الخلف الخاص، فمثلا إذا باع شيئا وبعد البيع قام بتأجيره أو رهنه فإن آثار الإيجار أو الرهن لا تتصرف إلى المشتري لأنه جاء لاحقا التاريخ للبيع.

حتى أن هذه الأسبقية تتحقق قانونا إذا كان لعقد السلف تاريخ ثابت قبل انتقال الشيء إلى الخلف، حيث أنه إذا كان تاريخ الورقة غير ثابت كان من حق الخلف الخاص التمسك بعدم

¹ خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الجزء 1، الطبعة 04، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2010، ص 124-125.

نفاد التصرف المثبت فيها في حقه، وتجدر الإشارة إلى أنه إذا علم الخلف أن سلفه قد أبرم العقد المتعلق بالمال الذي انتقل إليه، فإن هذا العقد يسري في حق دون حاجة لاشتراط ثبوت تاريخه، ذلك لأن العلم من جانب الخلف الخاص يقوم مقام ثبوت التاريخ¹.

ثانيا: اتصال الحقوق والالتزامات بالحق المستخلف فيه:

لابد أن يكون العقد وثيق الصلة بالشيء المستخلف فيه، أي بأن تكون الحقوق والالتزامات الناشئة من العقد من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص وبأن تكون مكتملة له محددة له، أي من توابعه وملحقاته².

ويعتبر هذا الشرط أول ما أشارت إليه المادة 109 ق م ج والتي تنص على أنه إذا أنشأ العقد التزامات وحقوق شخصية تتصل بشيء.... فنستخلص أن الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد الذي أبرمه السلف يجب أن تكون متصلة بالشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص³.

إن البحث في انصراف العقد إلى الخلف الخاص يقتصر على العقود التي يبرمها السلف، وتكون متصلة بالشيء موضوع الاستخلاف أي ينحصر البحث في أثر العقود التي أبرمها السلف المتصلة بالحق الذي انتقل إلى الخلف الخاص، لأنه لا يعد خلفا للسلف إلا في خصوص الحق الذي تلقاه وحده، ولا شأن له بتصرفات السلف الأخرى التي لا تتعلق بالحق محل العلاقة، لان الخلف الخاص يعد من الغير بالنسبة لتلك التصرفات ولا تسري في حقه، فالمشتري تسري في حقه العقود التي أبرمها البائع وتتعلق بالمبيع الذي وقع فيه الاستخلاف،

¹ زواوي فريدة، مبدأ نسبية العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر 1992، ص 63.

² خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 123.

³ منصورى ليندة، القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص في القانون الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة محمد بوقرة بومرداس،

كما لو كان قد أجز العقار قبل بيعه، أو أمن عله ضد الحريق، ولا شأن للمشتري بعقد الإيجار أو عقد التأمين الذي أبرمه البائع على عقار آخر يملكه¹.

ثالثاً: أن تكون الحقوق والالتزامات المترتبة عن العقد من مستلزمات الشيء:

إن هذه الحقوق والالتزامات تكون من مستلزمات الشيء إذا توافرت فيها شروط معينة، وهذه الشروط تختلف إذا كانت حقوق أو التزامات، وفيما يخص هذه النقطة بالضبط نجد أنه أثير خلاف فقهي فيما يخص التسمية، حيث أن بعض الفقهاء استخدموا مصطلح مكملات الحق ومحدداته إلا أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح مستلزمات الشيء، إلا أنه يتوجب علينا أن نشير إلى أنه لا يوجد اختلاف بين هذين المصطلحين إلا باللفظ².

رابعاً: لكي تتصرف آثار العقد إلى الخلف الخاص لا يكفي أن تكون الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء، بل يجب أن يكون الخلف عالماً وقت انتقال المال إليه، بكل الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد الذي أبرمه السلف.

تبدو أهمية العلم من الناحية العملية بالنسبة لانتقال الالتزامات المترتبة على تصرف السلف، فهذا الانتقال لا يتم إلا بإرادة من تنتقل إليه هذه الالتزامات أي العلم بها، والمقصود بالعلم هنا العلم الحقيقي دون الافتراضي فلا يكفي مجرد استطاعة العلم أي إمكانية العلم فقط بل يشترط العلم اليقيني، حيث يعتبر علماً يقيناً شهر التصرف بالتسجيل أو بالقيود فيما يتعلق بالحقوق العينية، فالغير الذي يتعاقد مع السلف لا يستطيع إلزام الخلف بالالتزامات المترتبة على هذا التصرف إلا إذا أثبت علم الخلف بهذه الالتزامات وقت الانتقال.

¹ المرجع نفسه، ص 37.

² منصورى ليندة، نفس المرجع، ص 52.

المبحث الثاني: أثر العقد على الغير

إن المبدأ العام و الأصل في العقود أنه لا يضر الغير بتحملة التزامات وكذلك المقابل هو لا ينفع الغير أيضا بترتيب حقوق له، غير أنه يود بعض الإستثناءات على هذين المبدأين وهما قاعدتي التعهد عن الغير و الإشتراط لمصلحة الغير، وكذلك دائني أطراف العقد لذلك سنتناول في مطلب أول (التعهد عن الغير) ، في مطلب ثاني (الإشتراط لمصلحة الغير)، وفي مطلب ثالث (الدائنين).

المطلب الأول: التعهد عن الغير

خروجا عن المبدأ العام نص القانون على نظام قانوني يمكن أن يترتب عليه نشوء التزامات على عاتق الغير بالرغم من أنه لم يشارك فيها، وهذا النظام القانوني يتمثل في التعهد عن الغير حيث أن المشرع الجزائري نص عليه في المادة 114 من القانون المدني، واعتبره استثناء من قاعدة الأثر النسبي للعقد إلا أنه في حقيقة الأمر ما هو إلا مجرد تطبيق وتكريس لهذا المبدأ، وهذا لكون أنه كلما كان انصراف أثر العقد إلى الغير معلقا على موافقته كان ذلك تطبيقا للقاعدة العامة¹.

من خلال هذا المطلب سنتناول دراسة نظام التعهد عن الغير في فرعين، حيث سنتطرق إلى تحديد التعهد عن الغير (الفرع الأول) ثم أحكام التعهد عن الغير (الفرع الثاني).

¹ محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص331.

الفرع الأول: تحديد التعهد عن الغير

إن التعهد عن الغير تظهر أهميته من خلال ارتباطه بعقد آخر أوسع منه نطاقا فالتعهد عن الغير من المستحيل أن ينشئ بصفة مستقلة عن تصرف آخر، كما أن التعهد عن الغير يلعب دورا كبيرا من الناحية العملية، ولهذا سنتطرق إلى المقصود بالتعهد عن الغير (أولا) وإلى طبيعة التعهد عن الغير (ثانيا) وإلى شروط التعهد عن الغير (ثالثا).

أولا: المقصود بالتعهد عن الغير:

هو عقد بين شخصين يلتزم أحدهما وهو المتعهد بأن يجعل شخصا ثالثا يلتزم في مواجهة المتعاقد معه.

بمعنى آخر هو تعهد شخص بحمل الغير على قبول الالتزام بأمر معين ومثال ذلك أن يتعهد (أ) ل (ب) بأن يجعل (ج) يبيع له منزله.

ومن الأمثلة العملية اتفاق عدد من الشركاء على إنشاء شركة ويشترط أحدهم أن تشتري الشركة بعد تكوينها أحد عقاراته، فيتعهد باقي الشركاء بذلك فهنا تعهد عن الغير لأن الشركة متى أنشأت استقلت شخصيتها عن الشركاء ، فإذا لم ينفذ الشركاء تعهدهم للشريك المشتري الرجوع عليهم، شخصيا بالتعويض ولا رجوع على الشركة.

ومن ذلك أيضا (الوكيل) (النائب) قد يرى أن هناك صفقة مفيدة للأصيل (الموكل) وليس لديه سلطة عقدها ويضيق الوقت للحصول على رضا الموكل بالعقد، أي على إقراره له، فيصبح مسؤولا 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 إلى في العلاقة بين طرفيه، أما بالنسبة للمتعهد عنه هو من الغير فلا تتصرف إليه آثار العقد.¹

ثانيا: طبيعة التعهد عن الغير

لقد تعمد المشرع الفرنسي في المادة 1121 من القانون المدني الفرنسي أن يستعمل كلمة (أقر) بدلا من (قبل) التي استعملها المشرع الجزائري في المادة 114 من القانون المدني وهو بذلك يريد الأخذ بنظرية العقد الواحد لا بنظرية العقدين، هذا يعني أن هناك نظريتين في تحديد آثار التعهد عن الغير بعد إقرار ذلك الغير.

1-نظرية العقدين: ترى هذه النظرية أن التعهد عن الغير هو عقد يبرم بين المتعهد والمتعهد له، بحيث يتعهد من خلاله المتعهد بأن يجعل شخصا من الغير يلتزم بالتزام معين تجاه المتعهد له، بحيث إذا قبل هذا الغير هذا التعهد انعقد عقد جديد بينهما يختلف عن العقد السابق، هذا يعني أن هناك عقدان عقد فوري وعقد احتمالي، وهدين العقدين يختلفان فيما بينهما في وجود ثلاث اختلافات تتمثل فيما يلي من حيث الأطراف، من حيث الالتزامات، من حيث زمان تمام العقد.²

أ-من حيث الأطراف

في العقد الفوري الأطراف هما المتعهد عن الغير والمتعاقد معه والمتعهد له، أما في العقد الاحتمالي المتعهد له والمتعهد عن الغير.³

ب-من حيث الالتزامات

يتمثل محل الالتزام في العقد الفوري في التزام المتعهد في لقيام بعمل والذي يشتمل على إلزامه بالحصول على موافقة الغير بالالتزام به، أي حمل الغير على قبول هذا التعهد، وهو بذلك ملزم بتنفيذ هذا الالتزام، وعدم توصله إلى النتيجة المتفق عليها يجعله مخلا لالتزامه التعاقدية مما يؤدي إلى قيام مسئوليته الشخصية وفقا للمادة 114 فقرة 1 من القانون المدني

¹محمد صبري السعدي، نفس المرجع، ص331.

²عقيلة عويطة، الأثر النسبي للعقد، مذكرة ماستر من جامعة محمد بوضياف مسيلة، سنة 2018/2019، ص48-49.

³عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الالتزام، مرجع سابق ص879.

التي تنص إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقبل الغير بتعهده فإن رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه.

أما بالنسبة لمحل الالتزام في العقد الاحتمالي أي العقد الثاني الجديد الذي نشأ عن قبول الغير للتعهد، فهو إما يكون إعطاء شيء كنقل ملكية، وقيام بعمل كتمثيل دور في عمل سينمائي، أو امتناعا عن عمل كقدم منافسة متجر في نوع تجارته.¹

ج - من حيث زمان تمام العقد

إن التعهد عن الغير يعد كأى عقد آخر ينعقد بمجرد تطابق إرادة طرفيه، والغير يعد أجنبيا عنه فهو حر في الموافقة أو الرفض.

فبالنسبة للعقد الفوري فهو يتم عند تلاقي الإيجاب والقبول بين المتعهد والمتعهد له، أما بالنسبة للعقد الاحتمالي فهو ينعقد وقت قبول الغير أن يلتزم بالتعهد، هذا ما تؤكد المادة 114 فقرة 2 من ق م بقولها "أما إذا قبل الغير هذا التعهد فإن قبوله لا ينتج أثر إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أي يستند أثر القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد."²

2- نظرية العقد الواحد

إن نظرية العقد الواحد نجدها تقرب التعهد عن الغير من نظرية النيابة صفة عامة وبين الفضالة بصفة خاصة، فمثلا نجد أن موقف المتعهد متقارب مع موقف النائب الذي تجاوز حدود السلطة المخولة له، والذي يتعهد بأن سيتحصل على إقرار من الأصيل للتصرف الذي قام به خارج حدود السلطة المخولة لهن وعلى ذلك لا يوجد وفقا لهذه النظرية إلا عقد واحد وهذا العقد هو المبرم بين المتعهد والمتعهد له، كما أن محل هذا العقد ليس مجرد التزام

¹ منصورى ليندة، المرجع السابق، ص 55-56.

² منصورى ليندة، المرجع السابق، ص 56.

المتعهد بحمل الغير على أ، يلتزم بأمر معين، وإنما محله هو أن يتعاقد المتعهد باسم الغير أي أن يظهر بمظهر المتولي شؤون ذلك الغير، وعندما يوافق الغير تكون تلك الموافقة إقرار لذلك التعهد ويكون لذلك الإقرار أثر مستند أي أنه يحدث آثاره ابتداء من وقت العقد الذي أجري بين المتعهد والمتعهد له.¹

ثانياً: شروط التعهد عن الغير

حتى يكون اتفاق التعهد عن الغير صحيحاً اشترطت المادة 114 من ق م ثلاثة شروط تتمثل في أن يتعاقد المتعهد باسمه قصد إلزام نفسه بحمل الغير الذي تعهد عنه على قبول التعهد.

1- أن يتعاقد باسمه هو لا باسم الغير الذي يتعهد عنه، وبهذا يتميز المتعهد عن الوكيل، إذ أن الوكيل يعمل لحساب الموكل وتتصرف آثار العقد الذي يبرمه إلى ذمة الأصل، أما المتعهد فيبرم العقد باسمه هو وتتصرف آثار العقد في ذمته ويلتزم هو نفسه والغير لا يلتزم.

2- أن تتخذ إرادة المتعهد عن الغير إلى إلزام نفسه هو لا إلزام الغير إذ لا يمكن إلزام شخص بآثار عقد لم يكن طرفاً فيه.

3- أن يكون محل التزام المتعهد هو الحصول على موافقة الغير على التعهد أي بمعنى أنه يجب أن يلتزم المتعهد بحمل الغير على قبول التعهد، والالتزام هنا هو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، ولذا لا يكفي بدل المتعهد قسارى جهده ليحمل الغير على قبول التعهد، بل يجب قبول الغير، وإلا يعتبر المتعهد مخلاً بالتزامه، وهذا ما يميز التعهد عن الغير والكفالة، فالكفيل يضمن تنفيذ المدين التزامه، فالتزام الكفيل التزام تبعي، أما المتعهد عن الغير فيلزم لإيجاد التزام المتعهد عنه.

غير أنه ليس هناك ما يمنع من كفالة المتعهد من الغير في تنفيذ هذا الغير بالالتزام وبذلك يصبح متعهداً عن الغير وكفيلاً في نفس الوقت.²

¹ نفس المرجع، ص 57.

² محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام مرجع سابق، ص 331-332.

الفرع الثاني: أحكام التعهد عن الغير

يعتبر التعهد في الحقيقة إيجاباً معروضاً على الغير، وللغير الحرية المطلقة في قبوله أو رفضه لأن أثر العقد التي يتضمن التعهد ينصرف إليه فهو أجنبي أصلاً عنه، ولا يمكن أن ينشأ التزاماً في ذمته، ولهذا فإن التعهد عن الغير يكون تطبيقاً للقواعد العامة.

ولإيضاح أحكام التعهد عن الغير يجب التفرقة بين احتمالين مهمين، أن ينجح في جعل الغير يلتزم (أولاً) أو أن يفشل في ذلك (ثانياً)

أولاً: حالة إقرار التعهد عن الغير

إذا أقر الغير التعهد صراحة أو ضمناً كما لو قام الغير بتنفيذ التعهد ترتب على إقراره انصراف أثره إليه، وبإقراره يقوم عقد جديد بينه وبين المتعاقد مع المتعهد بدءاً من تاريخ الإقرار أي منذ الوقت الذي علم فيه بالتعاقد مع المتعهد بهذا القبول، وليس من وقت التعهد، إلا إذا قبل الغير بأن يكون انعقاد هذا العقد بأثر رجعي والإقرار هنا ينزل منزلة القبول من هذا العقد الجديد.

وهذا ما قصدته المادة 114/2 من ق م، حيث قالت صراحة "أما إذا قبل الغير هذا التعهد فإن قبوله لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً، أي يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد، فإنه يترتب على قبول التعهد إبرام عقد جديد، من حيث الاطراف والالتزامات بين المتعهد عنه والغير، وانقضاء عقد التعهد بين المتعهد والمتعهد له بتنفيذ المتعهد لعين ما التزم به.

وعلى هذا الأساس ينبغي على قبول الغير أن يعتبر المتعهد قد أوفى بالتزامه والأصل أن لا شأن له بالتنفيذ، اللهم إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك، ويرى شراح القانون المدني الجزائري بأن الأثر الرجعي الذي يتقرر للقبول باتفاق الطرفين في هذه الحالة، لا يسري على الغير

الدين كسبوا حقا قبل القبول وبحسن نية، وجدير بالتتويه أن لا يشترط في قبول الغير شكل خاص¹ إلا إذا كان العقد المتعهد به عقدا شكليا.

ثانيا: حالة عدم إقرار التعهد عن الغير

للغير مطلق الحرية في إقرار التعهد أو عدم إقراره، فإن رفضه ظل أجنبيا عنه، دون أن يتحمل أية مسئولية ذلك أن الوعد لا يلزم الواعد ذاته فليس في القانون الجزائري ما يلزم الغير بالقبول (المادة 1/114 من القانون المدني)، فليس للواعد (المتعهد) أن يلزم هذا الشخص بما اتفق عليه، لأن العقد لا يرتب شيئا في ذمة الغير إلا برضاه.

فلا يلتزم الغير بالتعهد الذي قطعه عنه المتعهد، والسبب أن هذا الأخير يعد أجنبيا عن التعهد، فلا يجوز التزامه قانونا أو منطقيا بموجبه أو أن يضاربه، إلا إذا قبل هو ذلك.

غير أن رفض الغير معناه المتعهد أخل بالتزامه القائم أصلا على حمل الغير على قبول التعهد، ومن ثم يجب عليه أن يعرض من تعاقد معه، ويقدر التعويض هنا وفقا للمبادئ العامة في تقديره.

ويرى المشرع المدني الجزائري أنه يجوز للمتعهد أن يتخلص من التعويض، (فالأمر جوازي إذن) بأن يقوم بنفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به، أي بالوفاء عينا بالتعهد الذي ورد التعهد عليه، وهو ما نصت عليه المادة 1/114 من القانون المدني صراحة بقولها "إذا تعهد شخص عن الغير، فلا يتقيد الغير بتعهده"، فإن رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ ما التزم به.²

ومقتضى هذه المادة أنه إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعهده، فإذا رفض هذا الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه (المتعهد له) عما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ هذا التعهد، إذا أمكن ذلك دون إلحاق ضرر بالدائن،

¹ بلحاج العربي، مصادر الالتزام الجزء الثاني، مرجع سابق ص711.

² العربي بالحاج، مصادر الالتزام، نفس المرجع، ص713.

ويستوي في ذلك أن يكون التعهد المتعلق بالتزام بنقل حق عيني، أو بعمل أو بالامتناع عنه.¹

وأساس هذه المسؤولية التي يتحملها المتعهد بالتعويض الذي يلتزم به عند إخلاله بتعهد تجاه من تعهد له، إنما هي المادة 114 من القانون المدني، وتم تقدير هذا التعويض وفقا للقواعد العامة، (م 176-179-181-182-183-184 من ق م)، ويستطيع المتعهد دفع المسؤولية عن نفسه، إذا ما أثبت أن سببا أجنبيا حال دون قيامه بما تعهد به (م 127-172-176-307 من ق م)، غير أن مجرد امتناع الغير عن قبول التعهد لا يعتبر سببا أجنبيا في هذا الخصوص.

المطلب الثاني: الاشتراط لمصلحة الغير

الاشتراط لمصلحة الغير هو عقد يتم بين شخصين هما المشتراط والملتزم، يكسب بمقتضاه شخص آخر ثالث هو المستفيد، حقا مباشرا اتجاه الملتزم، ويستطيع من خلاله أن يطالبه بالوفاء به.

وهذا يعتبر استثناء حقيقي على مبدأ نسبية أثر القوة الملزمة للعقد²، من حيث الأشخاص "العقد لا ينفذ الغير" سنتطرق أولا إلى تطبيقات وشروط الاشتراط لمصلحة الغير ثم ثانيا إلى آثارها.

الفرع الأول: التطبيقات العملية لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير:

أولا: أشكاله

¹ محمد سليمان، نفاذ العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2004، ص 66 وما بعدها.

² مزوغ يقوته، نطاق مبدأ نسبية أثر العقد بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص شريعة وقانون، جامعة وهران 1، أحمد بن بلة، الجزائر، 2014/2015، ص 83.

- 1- عقد التأمين وعلى الخصوص في صورته المتمثلة في التأمين على الحياة، فالمؤمن له الذي يؤمن على حياته لمصلحة الغير مثل أبنائه ويشترط ذلك في العقد، فيكسب الغير هنا حقا مباشرا اتجاه المؤمن، "شركة التأمين" رغم أنه كان أجنبي على العقد.¹
- 2- اتفاق الواهب في عقد الهبة على ترتيب إيراد لمدى الحياة "يكون الموهوب له ملتزم بدفعه إلى الغير، ويشترط ذلك الواهب في العقد."²
- 3- اشتراط البائع في العقد الذي بينه وبين المشتري، أن يكون الثمن أي مقابل الشيء المبيع، يدفعه المشتري إلى شخص ثالث إيراد مدى الحياة.³
- 4- عقود المقاولات عند وضع رب العمل شروط تكون في مصلحة العمال ويقيدها في دفتر الشروط، كحقهم في التعويض عن الإصابات، فيكسبون بذلك حقوق اتجاه المقاول على الرغم أنهم لم يكونوا طرفا في العقد الذي كان أساسا، بين رب العمل والمقاول.⁴

ثانيا- شروط الاشتراط لمصلحة الغير:

1- تعاقد المشتري باسمه لا بإسم المستفيد:

يكون تعاقد المشتري باسمه الخاص، ولا يكون باسم المستفيد، فيكون المشتري هو من أبرم العقد، وكان طرفا فيه، ويبقى المستفيد أجنبيا عن العقد، فلو نفترض أن المشتري تعاقد باسم المستفيد لكننا أمام نيابة في التعاقد.⁵

2- اتجاه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمستفيد:

¹ بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، المرجع السابق ص718.

² المرجع نفسه، ص718.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، المرجع السابق، ص355.

⁴ محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص355.

⁵ المرجع نفسه، ص337.

ويكون ذلك عن طريق إنشاء حق مباشر في ذمة المستفيد مباشرة لا يدخل ذمة المشتري، ولذلك فإنه يكون للمستفيد مطالبة الملتزم مباشر بالحق الذي أنشأ له بموجب العقد، ويكون ذلك عن طريق رفع دعوى مباشرة وهنا تكمن آلية الاشتراط لمصلحة الغير م 116 فقرة 2 ق م.

أما إذا كان المشتري قام بالاشتراط لنفسه وليس للمستفيد، فلا نكون أمام اشتراط لمصلحة الغير كما لو أن شخص أمن لمصلحة نفسه ثم مات، فيكون حق الورثة على أساس التركات، والمواريث، وليس بسبب عقد التأمين، فمورثهم لم يشترط التأمين لمصلحة الغير بل لمصلحته هو¹، واعتبر القضاء الفرنسي في عقد نقل الأشخاص وجود شرط ضمني لمصلحة الغير، إذ أن المسافر هنا يعتبر مشترطاً على شركة النقل لمصلحة ورثته²، عندما يصاب بمكروه.

ويمكن أن نستنتج أن الحق المباشر يكون من عقد الاشتراط ولا يكون عن الميراث مثلاً أو حوالة الحق.

3- وجود مصلحة للمشتري:

بما أن المشتري يتعاقد باسمه في العقد، وهو يعمل لحسابه فيجب أن تكون له مصلحة شخصية في عقد الاشتراط لمصلحة الغير، وإلا تحول إلى فضولي، ويمكن أن تكون هذه المصلحة مادية، كما يمكن أن تكون مصلحة معنوية (أدبية) ذلك حسب م 196 / 1 ق م.³

وكمثال على المصلحة المادية هي أن يشترط البائع في عقد البيع أن يوفي الثمن المشتري، لمصلحة شخص ثالث هو دائن البائع، وأيضاً كمثال على المصلحة المعنوية حتى ولو لم

¹ بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، وفق آخر التعديلات مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، المرجع السابق ص 275-276.

² CF-PLANIOL ET RIPERT TRAITE; T6;N352k WEIL ET TERRE; LES OBLIGATIO?; N526k MALAURIE PH AYNES ET STOFFEL MANCH PH LES QBLIGATIONS; N810 ET S.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، المرجع السابق ص 641.

يلتزم المشتري بشيء معين، كالأم عند تعاقدها مع أب ابنها على دفع إيراد مدى الحياة للابن¹ دون التزام الأم بشيء للأب.

4-الإشتراط لمصلحة شخص مستقبل أو غير محدد:

لا يشترط في عقد الإشرط أن يكون المستفيد معيناً بذات وقت إبرام العقد، كما يمكن أن يكون شخصاً مستقبلياً، كعقد التأمين الذي يبرمه الأب لأولاده الذين سيولدون في المستقبل، أو المستفيد غير معين بالذات كتأمين رب العمل لمصلحة عماله، دون تحديد دواتهم، ولكن يجب وجود هذا المنتفع.²

الفرع الثاني: آثار الإشرط لمصلحة الغير

يجب أن نبين آثار الإشرط لمصلحة الغير من خلال ثلاث علاقات هي علاقة المشتري والملتزم، علاقة المشتري بالمستفيد، وأيضاً علاقة الملتزم بالمستفيد.³

أولاً: العلاقات التي تحدد آثار الإشرط لمصلحة الغير

1-العلاقة بين المشتري والمتعهد (الملتزم):

وتكون هذه العلاقة وفقاً للعقد المبرم بينهما، وإذا أخل أحد الأطراف في الوفاء والقيام بما اشتمل عليه العقد تطبق القواعد العامة لنظرية العقد، فيجوز لأحد طرفي العقد أن يطلب التنفيذ العيني أو يطلب الفسخ أو يدفع بعدم التنفيذ، والتعويض إذا أصابه ضرر ومن خلال المادة 116 فقرة 3 ق م للمشتري أن يطلب من الملتزم القيام بتنفيذ التزاماته إلى المستفيد، إلا إذا تم الاتفاق في العقد على أن المستفيد وحده هو من له الحق في طلب ذلك.⁴

2-العلاقة بين المشتري والمستفيد:

¹محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام العقد والإرادة المنفردة دراسة مقارنة في القوانين العربية، المرجع السابق، ص339.

²المرجع نفسه، ص340.

³علي علي سليمان، المرجع السابق ص92.

⁴محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام العقد والإرادة المنفردة دراسة مقارنة في القوانين العربية، المرجع السابق، ص342-343.

هذه العلاقة متغيرة حسب طبيعة كل عقد، فقد يكون المشتري يريد من ورائه التعاقد أن يتبرع للمستفيد مثل عقد الهبة، وما يستوجب من شروط لهذا العقد كأهلية الواهب، كما أنه لا يشترط الرسمية لأنها هبة غير مباشرة، فإذا قام المشتري باشتراط وكان مريضاً مرض الموت فيأخذ هذا التصرف حكم الوصية م 776 و 408 ق م، وإذا كان العقد بين المشتري والمستفيد هو عقد معاوضة، فتطبق القواعد العامة للوفاء، فإن قصد المشتري وفاء دين عليه للمستفيد فإن ذمته لا تبرأ حتى يستوفي دينه كاملاً من الملتزم.¹

3- علاقة المتعهد بالمستفيد:

وهنا يكمن تميز عقد الاشتراط عن باقي العقود فيكسب المستفيد من خلال هذا العقد حق شخصي مباشر اتجاه المستفيد، يستطيع من خلاله المطالبة بتنفيذ الالتزامات التي هي عليه نتيجة للعقد بينه وبين المشتري²، لكن لا يمكنه المطالبة بفسخ العقد لأنه لم يكن طرف فيه، والحق يوجد من وقت إبرام العقد وليس من وقت قبول المستفيد.

لذلك فإن دائني المشتري لا يستطيعون التنفيذ على هذا الحق أو رفع دعوى غير مباشرة لأنه لا يدخل في الضمان العام، وإن كان لدائني المشتري أن يطعنوا في تصرفه بدعوى البولصية، عند توفر شروطها.³

ثانياً: قبول المستفيد الحق المشتري لصالحه:

المستفيد يجوز له قبول الحق وذلك عن طريق إعلانه للقبول، والمقصود بالقبول هنا هو للحق وليس قبولاً بالإيجاب، وهذا الحق قد نشأ من تاريخ إبرام العقد، بين المشتري والملتزم ويترتب على هذا القبول سلب إمكانية رجوع المشتري عن اشتراطه، ويصبح العقد غير قابل للنقض وهذا القبول يكون بشكل صريح، وعند القيام به يصبح الملتزم مدين بشكل نهائي وإذا مات خلفه ورثته.

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام المرجع السابق، ص 650.

² عليعلي سليمان، المرجع السابق، ص 95.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 343-344.

كما يجوز له رفض التصرف القانوني الذي كان بين المشتري والمبتز، إما صراحة أو ضمناً، وفي هذه الحالة يمكن لدائني المستفيد الطعن في هذا الرفض، الذي هو في الحقيقة يعتبر تصرف قانوني بالإرادة المنفردة، عن طريق الدعوة البولصية، "دعوى عدم جواز نفاذ تصرفات المدين في حق الدائن" لأن الرفض يعتبر تصرف مفقر، أو الدعوى الغير مباشرة.

ثالثاً: نقض الاشتراط لمصلحة الغير:

يكون للمشتري الحق في نقض العقد الذي أبرمه مع المبتز لصالح المستفيد، ويكون ذلك في شكل رجوع ضمني أو رجوع صريح، وحق نقض الاشتراط هو من الحقوق التي تكون مرتبطة بشخص المشتري فلا يحق مثلاً لدائنيه أو ورثته بعد وفاته الرجوع في الاشتراط أو تغيير شخص المستفيد مثلاً، ويسقط هذا الحق إذا أعلن المستفيد قبل نقضه من قبل المشتري ويجب إعلان نقض العقد إلى المبتز حتى يمتنع عن الوفاء للمستفيد، ويمكنه أن يوجه إعلان النقص للمستفيد م 117 ق م.

لكن هذه القاعدة ليست على إطلاقها إذ يمكن أن تكون طبيعة العقد تقتضي عدم إمكانية استعمال المشتري لحقه في نقض العقد، م 117 فقرة 1 ق م مثل بيع عقار مرهون واشتراط وفاء المبلغ، لصالح الدائن المرتهن.

فمصلحة المشتري تقتضي دفع الثمن للدائن المرتهن لتطهير العقار الذي اشترى، وإذا تم النقص فإن الحق يزول بأثر رجعي، وإن لم يتم تعيين مستفيد جديد فإن الحق يرجع للمشتري.¹

¹ المرجع نفسه، ص 344-345.

المطلب الثالث: الدائنين

إن الدائنين سواء كانوا لأحد أطراف العقد أو لكليهما، فإن التصرف الذي يقوم به المدين يجعل دائنيه يتأثرون به ، ذلك أن أغلب التصرفات تمس بذمة المالية للمتعاقدين، وهذا ما يؤثر¹ إما سلبا أو إيجابا على الضمان العام م 188 ق م حيث أن المدين (المتعاقد) إذا قام بإدخال أموال جديدة في ذمته، يكون التأثير إيجابي على الضمان وعلى العكس من ذلك إذا قام بإخراج أموال من ذمته يكون التأثير سلبي على الضمان العام والدائنين، لذلك سنتطرق أولا إلى الدائنين العاديين وثانيا إلى الدائنين الممتازين.

الفرع الأول: الدائنين العاديين

قد اعتبر الفقه الكلاسيكي قديما والفقه الفرنسي أن الدائن العادي أحيانا يكون خلف عام للمدين، لكن باستثناء النصوص القانونية، نجد أن هناك فروقات شاسعة بين الخلف العام والدائن العادي، إذ أن الخلف العام هم ورثته أو من أوصى لهم بحصة من التركة، وفي

¹ محمد سعدي الصبري، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام دراسة مقارنة في القوانين العربي، المرجع السابق، ص324.

أحيانا أخرى اعتبره الفقه خلفا خاصا له¹، ذلك أن الدائن لا يتلقى من مدينه مبرم العقد مع الطرف الأجنبي ملكية شيء، أو عقد عيني أو حق شخصي.

فالمقصود بالدائنين العاديين هم الدين ليس لهم تأمينات أو شخصية تعطي لهم حق التقدم، أو الأولوية لاستيفاء الدين وأيضا لا تعطي لهم حق تتبع الدين، في أي يد كان فهم متساوون في المرتبة لا يسبق أحدهم الآخر، وإذا لم تكفي أموال المدين للوفاء بديونهم قسمت بينهم قسمة غرماء حسب² م 686 ق 1 م "إذا كانت المبالغ المالية المحجوزة كافية للوفاء بجميع حقوق الدائنين سيتم الوفاء بموجب أمر تخصيص بين الدائنين كل حسب قيمة دينه، وأما إذا كانت المبالغ المالية غير كافية يجرى تقسيمها بين الدائنين قسمة غرماء". وبالتالي فالأمر بالنسبة للدائن العادي هو أن يحتج بالعقد في مواجهة طرفيه، أي بما رتبته من التزامات بين طرفيه فيكون هذا العقد بالنسبة له واقعة مادية.

وقد منح القانون المدني الجزائري للدائن وسائل يستطيع بها أن يتوفى بها التصرفات الضارة التي يقوم بها المدين، والتي تمس بالضمان العام وهذه الوسائل هي الدعوى غير المباشرة م 189 و 190 والدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق الدائن، م 191 إلى 197 ق م ، والدعوى السورية م 198 و 199 ق م ، والحق في الحبس وفضلا عن هذه الدعاوي يمكن أن يطلب الدائن شهر إعسار مدينه إذا كانت الأموال غير كافية للوفاء بديونه.³

أولا: الدعوى غير المباشرة

¹ م 626 ق غ م ج "إذا كانت المبالغ المالية المحجوزة كافية للوفاء بحقوق جميع الدائنين، يتم الوفاء بموجب أمر تخصيص بين الدائنين كل حسب قيمة دينه، وإذا كانت المبالغ المالية غير كافية يجرى تقسيمها بين الدائنين قسمة غرماء. 48 لفريد زاوي مبدأ نسبة العقد رسالة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون جامعة الجزائر، 1922، ص 53. أنظر 8-9 ص 10.

³ بالحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري وفقا لاجتهادات المحكمة العليا، دراسة مقارنة الطبعة الثالثة دار هومة، الجزائر 2019 ص 36-37-253.

هي وسيلة قانونية تحول للدائن أن يستعمل باسم مدينه حقوقه الذي قصر في استعمالها، أو عدم المطالبة بها وذلك للمحافظة على الضمان العام.¹

1- مجال استعمال الدعوى غير المباشرة:

طبق م 189 ق م فإن الدائن يستطيع أن يستعمل جميع حقوق ودعاوي مدينه ويستثنى من ذلك الحقوق والدعاوي المتصلة بشخص المدين والحقوق غير القابلة للحجز والرخص.²

أ- الحقوق غير قابلة للحجز

هي حقوق عامة تثبت لجميع الناس كالحق في الحياة، والحق في الاسم، والحق في التنقل، والحق في الصحة، والحق في العلاج، وحقوق الملكية الفكرية، والأدبية وغيرها.. فهي لا يمكن أن تدخل في الضمان العام بحكم أصلها وعليه لا يمكن استعمال باسم المدين الدعوى غير المباشرة³ وقد نصت م 636 ق ج م على الحقوق غير قابلة للحجز.⁴

ب- الحقوق والدعاوي المتصلة بشخص المدين:

وهي الحقوق غير المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية فلا يجوز استعمال حق الطلاق، ولو كان يخفف عبئ مالي، أو قطع النفقة، ولا استعمال دعوى اثبات نسب ولو كان يزيد في الضمان العام، ويضاف لهذا أيضا الحقوق والدعاوي الأدبية المالية، مثل حق المدين في المطالبة بالتعويض الأدبي وكذلك حق المؤلف في نشر مؤلفه.⁵

ج- عدم جواز استعمال رخص المدين:

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام لإثبات آثار الالتزام الجزء الثاني، دار النهضة العربية القاهرة، مصر 1968، ص 269.

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام، دراسة مقارنة مع القوانين العربي، دار هومة عي مليلة، الجزائر، ص 114.

³ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 260.

⁴ أنظر قانون رقم 08-09 م 636.

⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام آثار الالتزام، المرجع السابق، ص 962.

الرخصة وهي الحق الذي يتوقف نشؤه على إعلان الإرادة من جانب الشخص، وأما الخيار فهو قدرة تهدف إلى تثبيت حق سبق أن كسبه كقبول الوصية، فهي تنتج أثرها بإرادة الموصي.

وأما الرخصة كما أشرنا سابقا فهي تتوقف على الإرادة فلا يجوز للدائن قبول الهبة نيابة عن المدين، أو قبول صفقة لا يريدتها حتى ولو كانت الصفقة رابحة، وتزيد في الضمان العام، ولا إلغاء عقد إيجار ولو كان بأجرة باهظة. وفي هذه التفرقة بين الخيار والرخصة ذهب بعض الفقهاء أنه يمكن لدائن أن يستعمل خيارات مدينه¹.

2- شروط استعمال الدعوة غير المباشرة:

من خلال نص م 189 ق م فإن هذه الشروط منها ما يتعلق بالدائن وما يتعلق بالمدين.

أ- الشروط التي ترجع للدائن

أ-1 أن يكون حق الدائن ثابتا ومحققا:

أي غير متنازع فيه وهذا الشرط يكفي وحده في القانون المدني والمصري لاستعمال الدعوى غير المباشرة ولا تشترط هذه الدعوى حيازة سند تنفيذي لأنها تهدف للمحافظة على الضمان العام وليس التنفيذ، ولا يشترط أيضا أن يكون حق الدائن معلوم المقدار ولا أن يكون مستحق الأداء مثل إذا كان معلق على شرط أو مضاف إلى أجل²، ولا يشترط ان يحصل الدائن على إذن من القضاء للقيام بدعوى الغير مباشرة وحلوله محل المدين، لأن نيابته مستمدة من القانون وليس القضاء.³

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص118.

² محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص121.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام دراسة مقارنة في القوانين العربية، المرجع السابق، ص122.

ب- الشروط التي ترجع المدين:**ب-1 تقصير المدين في استعمال حقه:**

يجب أن يكون المدين مقصرا في استعمال حقه نتيجة إهمال منه أو نتيجة سكوت عن تحصيل حقه عمدا.¹

ب-2 إعسار المدين:

يكون واجب على الدائن أن يثبت أن في حال عدم استعمال المدين لحقه، فذلك يؤدي به إلى الإعسار أو حتى يزيد في إعساره إذا كان معسرا من قبل حسب م 189 ق م والإعسار المشار إليه هنا هو الإعسار الفعلي ولي القانوني، ويراد به زيادة الديون على الحقوق.²

ب-3 إدخال المدين خصم في الدعوى:

وهذا شرط نصت عليه م 189 ق م ولم تنص على إعدار المدين "ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه، غير أنه لا بد أن يدخله في الخصام" وهذا شرط شكلي بدونه لا تقبل الدعوى.

3- أثر الدعوى غير المباشرة:

طبق م 190 ق م فإن الدعوى غير المباشرة هي نيابة قانونية عن المدين، غير أنها نيابة لمصلحة النائب لا لمصلحة الأصيل وإنما مقصورة على استعمال حقه دون التصرف فيه. يترتب على ذلك ما يلي:

¹المرجع نفسه، ص119.

²بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، وفقا لاجتهادات المحكمة العليا دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص258.

لا يجوز للدائن أن يصطح على الحق الذي يستعمله باسم المدين، لأن نيابته مقصورة على استعمال الحق دون التصرف فيه، أي لا تكفي إجراءات دعوى غير مباشرة وحدها، وعليه يجب على الدائن اتخاذ إجراءات التنفيذ مستقلة عن إجراءات الدعوى غير المباشرة.¹

أ- آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للمدين:

إن استعمال الدعوى غير المباشرة لا تمنع المدين عن التصرف في أمواله حتى بعد رفعها، سواء كان ذلك الحق عيني كالبيع أو يهبها، أو كان حق شخصي فيمكنه أن يتصرف فيه ولا يستطيع الدائن إلا الطعن في التصرف عن طريقة دعوى عدم جواز تصرفات المدين في حق الدائن، لذلك يفضل أن يلجأ المتخاصمون إلى إجراء حجز ما للمدين لدى الغير لأن الحجز يغل يد المدين، عن التصرف في أمواله ولا يشترط في هذا الإجراء وجود سند تنفيذي في يد الدائن²، ويجب دخول المدين كطرف في الدعوى كما رأينا.

ب- آثار الدعوة غير المباشرة بالنسبة للدائن:

بما أن الدائن نائب عن المدين فإن الحكم الذي يصدر في الدعوى يصدر لصالح المدين لا لصالح الدائن، والمدين هو الذي يستفيد منه وحده دون غيره، ويستفيد منه جميع الدائنين الآخرين للمدين، سواء الذي دخل منهم في الخصومة أو الذي لم يدخل م 190 ق م ومنه فإن الحكم الذي يصدر ضد الخصم يكون لصالح المدين، وحده يستأثر به فيتزاحم جميع الدائنين فيما بينهم، ولا يتقدم منهم أحد على الآخر، إلا من كان له منهم حق خاص أو امتياز، وتقسم بينهم قسمة غرماء على أنه إذا قام الدائن من الانتهاء من رفع الدعوى باتخاذ إجراءات التنفيذ على حقه مباشرة، فلا يمكن مزاحمته بعد ذلك على حقه من طرف باقي

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات آثار الالتزام، المرجع السابق،

ص 970.

² المرجع نفسه، ص 970-971-972.

الدائنين الآخرين، وعليه فإنه من المستحسن لرافع الدعوى غير المباشرة، أن يرفع معها أو إلى جانبها إجراءات التنفيذ.¹

ويمكن للدائن أن يطالب مدين مدينه كل المبلغ حتى ولو كان حق الدائن أقل عن حق المدين، مثل أن حق الدائن 100 د ج وكان حق المدين 200 د ج فاللدائن أن يطالب الخصم ب 200 د ج.²

ثانيا: الدعوى المباشرة

هي دعوى يرفعها الدائن باسمه شخصيا على مدين مدينه ليحصل على حقه مباشرة، مما يجب أن يؤديه هذا الأخير للمدين، ويصبح بمثابة دائن له امتياز على هذا الحق، ويتقدم على جميع الدائنين ليستوفي حقه، والدعوى المباشرة لا تثبت إلا بنص تشريعي خاص.³

1- حالات الدعوى المباشرة في القانون المدني:

لقد وضع المشرع الجزائري حالات لرفع الدعوى المباشرة من طرف الدائن وهي حالات على سبيل الحصر لا المثال وهي:

أ- المؤجر مع المستأجر من الباطن:

نصت على هذه الحالة م 507 ق م ويستطيع من خلال هذه المادة المؤجر أن يرفع دعوى مباشرة ضد المستأجر من الباطن، يطلب منه دفع الأجرة أي مقابل الإيجار وباقي الالتزامات

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 976-977-978.

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام دراسة مقارنة في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 124-125.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 127.

الأخرى، التي رتبها عقد الإيجار من الباطن في ذمة المستأجر من الباطن للمستأجر الأول أي الأصلي.¹

ب-المقاول الفرعي والعمال مع رب العمل

نصت على هذه الحالة م 565 ق م يستطيع من خلال هذه المادة عمال المقاول والمقاولين الفرعيين (من الباطن) رفع دعوى مباشرة على رب العمل وذلك بموجب العقد الأصلي بين المقاول الأصلي ورب العمل.²

ج-الموكل مع نائب الوكيل:

نصت على هذه الحالة م 580 ق م يستطيع من خلال هذه المادة أن عقد الوكالة من الباطن بين الوكيل ونائبه يعطي الحق في رفع دعوى مباشرة لنائب الوكيل ضد الموكل.³

د-المضرور مع شركة التأمين:

نصت على هذه الحالة م 619 ق م ويستطيع من خلال هذه المادة المرور أن يرفع دعوى مباشرة على شركة التأمين، ويطلب منها دفع ما في ذمتها للمؤمن له، فيستفيد من مبلغ التأمين مباشرة المضرور.⁴

¹محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص127.

²عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات آثار الالتزام، المرجع السابق، ص972-973.

³بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري وفقا لأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص268.

⁴مرزوق خديجة، حماية حقوق الدائن عن طريق الدعوى غير المباشرة والمباشرة، مذكرة ماستر، عقود ومسئولية، جامعة آكلي محمد أولحاج البويرة، الجزائر، 2019، ص47.

هـ - رب العمل ونائب الفضولي:

نصت على هذه الحالة م 154 ق م، ويستطيع من خلال هذه المادة رب العمل أن يرفع دعوى مباشرة ضد نائب الفضولي.¹

ثالثا: الدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق الدائن

الدعوى البوليصية: وهي "الدعوى البوليانية التي ترجع تسميتها إلى البريتور الروماني بولص، الذي يسود الاعتقاد لأنه أول من قام بها في القانون الروماني"²، يرفعها الدائن حتى لا تنفذ تصرفات مدينه في حقه، والتي تكون مشوبة بالغش عالج المشرع هذه الدعوى من خلال م 191 إلى غاية م 197 ق م، وسنتناول أولا شروطها وثانيا آثارها.

1- شروط الدعوة البوليصية:

هذه الشروط بعضها يرجع إلى الدائن وبعضها يرجع التصرف وبعضها يرجع إلى المدين.

أ - الشروط التي ترجع للدائن:

أ-1 أن يكون حق الدائن مستحق الأداء:

هذا بخلاف الدعوى غير المباشرة التي يكفي فيها أن يكون عقد الدائن موجودا، وخاليا من النزاع أما في الدعوى البوليصية فيشترط إلى جانب ذلك أن يكون حق الدائن مستحق الأداء³ أي لا يجب أن يكون الدين مضاف إلى أجل أو معلق على شرط واقف لم يتحقق، أما إذا كان معلق على الشرط الفاسخ أو الأجل الفاسخ، فليس هناك ما يمنع الدائن من الطعن في تصرفات مدينه بدعوى البوليصية.

لكن من جانب آخر فإن الإعسار أي الحكم به يجعل جميع الديون حالة الأجل وهذا ما

يجعل شرط استحقاق الدين عديم الجدوى،⁴ أي يصطدم مع نص م 21 ق م.

¹ بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري وفقا لأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دراسة مقارنة، المرجع السابق ص 269.

² المرجع نفسه، ص 269.

³ لزرق بن عودة، وسائل حماية الضمان العام، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2013-2014، ص 63-64-65.

⁴ المرجع نفسه ص 65.

أ-2 حق الدائن سابق على التصرف الذي يريد أن يطعن فيه:

أي أن يكون حق الدائن موجودا قبل القيام بطعن في تصرف المدين عن طريق الدعوى البوليصة، إذن فالعبرة بتحديد تاريخ نشوء الحق ووجوده.¹

ب- الشروط التي ترجع إلى التصرف المطعون فيه:**ب-1 يجب أن يكون التصرف قانوني:**

أن يكون التصرف قانونيا سواء كان تبرعا أو معاوضة صدر من جانب واحد أو من جانبين، أما الأعمال المادية فلا يمكن الطعن فيها بالدعوى البوليصة، وقد أورد المشرع الجزائري صورتين يجوز الطعن فيهما بالدعوى البوليصة، رغم أنهما أعمال غير إرادية لكن يتصور فيهما الغش وهما اعتراض الغير الخارج عن الخصومة م 381 ق ا ج م وقد نصت على ذلك م 191 ق م وذلك نتيجة تواطئ مدينه مع دائن آخر له. وكذلك في قسمة العقارات نصت عليها م 729 ق م.²

ب-2 أن يكون التصرف مفقرا:

التصرف المفقر هو الذي ينقص من حقوق المدين دون التصرف الذي يزيد في التزاماته، مثل أن ينقص من حقوقه في حالة أن يهب عينا مملوكة له وهذا حسب تعريف عبد الرزاق السنهوري، أما المشرع الجزائري فقد اعتبر التصرف المفقر هو إن كانت التصرفات تزيد في الالتزامات أو تنقص في الحقوق وذلك حسب م 191 ق م ولا يجوز للدائن استعمال رخص المدين.³

¹المرجع نفسه ص66-67.

²محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في العربية، المرجع السابق، ص134-135.

³لزرق بن عودة، المرجع السابق، ص78-79-80.

أما في حال رفض المدين لوصية أو تركة عرضت عليه فقد اعتبره المشرع الجزائري تصرف مفقر وأجاز للدائن الطعن بالدعوى البوليصية¹، وكذلك وسع المشرع الجزائري التصرفات التي يجوز الطعن فيها بالدعوى البوليصية حيث أضاف حالتين هما:

تفضيل المدين لدائن على آخر دون حق، والوفاء الحاصل لبعض الدائنين نتيجة تواطؤ بينهم وهذا ما نصت عليه م 196 ق م²، وكذلك رفض المدين التمسك بالتقادم.

ج- الشروط التي ترجع للمدين:

ج - 1 الإعسار:

المقصود بالإعسار هنا ليس الإعسار القانوني (بمعنى زيادة العناصر السالبة في الذمة المالية على العناصر الموجبة أي عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه الحالية) إنما هو الإعسار الفعلي الذي يتمثل في زيادة ديونه الحالية المستحقة الأداء على حقوقه³ أي يكون تصرف المدين هو الذي أدى إلى إعساره.

ويشترط أن يبقى الإعسار قائم حتى وقت رفع الدعوى أما إذا أصبح موسرا فلا يجوز الطعن في تصرفه بدعوى البوليصية.⁴

ج-2 الغش والتواطؤ:

إذا كان التصرف الذي قام به المدين معاوضة طبق ق 192 ق م يجب أن يكون التصرف منطوي على غش المدين وعلم من صدر إليه أي تواطؤه، وقد افترضت المادة 192 ق م الغش بمجرد أن يتصرف المدين وهو عالم بعسره، كما افترضت تواطؤ وغش المتصرف له إذا كان يعلم أن المدين معسرا، أما إذا كان التصرف الذي قام به المدين هو تبرع فإنه لا

¹المرجع نفسه، ص83.

²المرجع نفسه، ص83.

³بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري وفقا لأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص282-283.

⁴محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام، دراسة مقارنة من اللغة العربية، المرجع السابق، ص146.

ينفذ في حق الدائن حتى لو كان المتبرع له حسن النية، فلا يشترط غش المدين ولا سوء نية من تصرف له.¹

ج-3 وجوب رفع دعوى البوليصة في الميعاد:

طبق م 197 ق م فإن الدعوى البوليصة تتقدم بمضي 3 سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ تصرفات مدينه في حقه، وفي جميع الأحوال تسقط الدعوى بمرور 15 سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف.²

2 آثار الدعوى البوليصة:

أ- أثارها بالنسبة للدائن:

أ-1 سقوط الدعوى إذ لم يعد هناك مصلحة للدائن في رفعها:

إذا قام المدين بوفاء ما هو مستحق في ذمته، أو أودع المتصرف له ثمن المثل الذي كسب خزانة المحكمة كما نصت على ذلك م 195 ق م ج.³

أ-2 عدم نفاذ تصرفات المدين في حق الدائن:

إذا لم يستطع أن يستوفي حقه بعد رفع الدعوى البوليصة، ولم يودع المتصرف له ثمن المثل خزانة المحكمة فيصدر حكماً قضائياً بعدم نفاذ تصرفات المدين في حق الدائن، ويعتبر هذا التصرف كأنه لم يصدر أصلاً.⁴

أ-3 حق الدائن في التعويض:

¹ محمد صبري السعدي المرجع السابق، ص 147-148.

² بالحاج العربي أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري وفقاً لأحدث الاجتهادات المحكمة العليا، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 289.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة، للالتزامات أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 155.

⁴ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة، للالتزامات أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 155.

إذا لم يستطع الدائن إرجاع المال الذي تصرف فيه المدين، وخرج من ضمانه العام كما لو انتقل المال إلى شخص اكتسبه بحسن نية فعندئذ يكون الدائن قد أصابه ضرر من تصرف مدينه، سيء النية وفي هذه الحالة فإن الدائن يطالب المدين بالتعويض، و¹إذا كان من تصرف إليه المدين أيضا سيء النية فيكونان مسؤولان عن التعويض بالتضامن.

ب- آثار الدعوى البوليصة بالنسبة للمدين ومن تصرف له المدين:

إن الدعوى البوليصة لا يترتب عنها إبطال التصرف المطعون فيه، بل يبقى قائما ومنتجا لآثاره بين المدين ومن تصرف له المدين، ولكنه لا ينفذ في حق الدائن، وعندئذ يقع التعارض بين مبدأ عدم نفاذ التصرف وكون التصرف بين المدين ومن تصرف إليه صحيح وحل هذا التعارض يكون طبق للقواعد العامة في قواعد العقد، فيكون من حق المشتري لو كان العقد بينهما بيع ووفي الثمن أن يرجع على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب، أما في حالة نزع المبيع من يده فيرجع على المدين بدعوى الاستحقاق.²

رابعاً: الصورية

1- مفهوم الصورية:

الصورية هي اصطناع مظهر مخالف للحقيقة عن طريق تغيير ظاهر في تصرف قانوني غير مقصود كلي أو جزئياً، والصورية تقتضي وجود عقدان أحدهما ظاهر وهو الصوري، والآخر خفي وهو الحقيقي، ويحرر في ورقة تسمى ورقة الضد، من شأنه تعديل أثر العقد، أو إبطال أثره.³

2- أنواع الصورية:

أ- الصورية المطلقة:

¹لزرق بن عودة، المرجع السابق، ص 119.

²عبد الرزاق المنصوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات آثار الالتزام، المرجع السابق، ص 1068-1069.

³لزرق بن عودة، المرجع السابق، ص 132.

"هي عندما لا يوجد في الحقيقة أي تصرف قانوني اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، إذ لا وجود إلا لتصرف ظاهر يخفي حقيقة معينة، لم يقصد أن تترتب عليه آثار قانونية".¹

ب-الصورية النسبية:

هنا يوجد تصرف قانوني حقيقي، لكن يهدف العاقدان من ورائه إلى إخفاء طبيعة التصرف أو شرط عن شروطه، أو أحد أطراف العقد فتكون الصورية على ثلاثة أنواع.²

ب-1-الصورية بطريق التستر

يكون هدفها إخفاء طبيعة التصرف القانوني أو حتى نوعه، وكمثال على ذلك إخفاء هبة أو سترها من المورث إلى أحد من ورثته في صورة عقد بيع، لتحايل على أحكام الميراث.³

ب-2-الصورية بطريقة المضادة:

وتتناول ركن من أركان العقد أو شرط من شروطه، كعقد بيع يذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقي هروبا من رسوم التسجيل.⁴

ب-3-الصورية بطريقة التسخير:

والقصد منها إخفاء شخص أحد المتعاقدين إذا كان القانون مثلا يمنعه من إبرام بعض العقود لصفة تتعلق به، كمنع القضاة عن شراء الأموال التي تقع في دائرة اختصاصهم القضائي م 402 و 403 ق م.⁵

¹ بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري وفقا لأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص160.

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام دراسة مقارنة في القوانين العربي، المرجع السابق، ص160.

³ بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، الطبعة 2، دار الثقافة، عمان الأردن، 2012، ص84-87-88.

⁴ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، المرجع السابق، ص161.

⁵ المرجع نفسه، ص161.

3- شروط تحقق الدعوى الصورية:

- أن يوجد عقدان اتحد فيهما الطرفان والموضوع.
- أن يختلف العقدان من حيث الماهية أو الأركان أو الشروط.
- أن يكونا متعاصران أي تم الاتفاق عليهما في وقت واحد.
- أن يكون أحدهم ظاهر وهو الصوري والآخر خفي وهو الحقيقي.¹

4- أحكام الصورية:**أ- أحكام الصورية بالنسبة للمتعاقدین والخلف العام:**

إذا قام المتعاقدان بإخفاء عقد حقيقي في عقد صوري، فالعبرة بالعقد الحقيقي لا بالعقد الصوري الظاهر م 199 ق م.²

ب- أحكام الصورية بالنسبة للغير:

فإنه يجوز لدائن المتعاقدین والخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري، ذلك طبق م 198 ق م، وأجل رفع الدعوى الصورية لا يخضع لتقادم.³

الفرع الثاني: الدائنين الممتازين**أولاً: الدائنون أصحاب التأمينات العينية**

إن التأمينات العينية تقوم على فكرة تخصيص مال يكون معيناً عن أموال المدين، وذلك لضمان وفائه بالدين، وتعطي للدائن حماية قانونية من الخطر الذي قد يحدثه مدينه في حال

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات آثار الالتزام، المرجع السابق، ص 1077.

² قرار رقم 94944، المحكمة العليا، غرفة مدنية، 02-12-1992، غير منشور.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العام للالتزامات أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 165-167.

تصرفه في أمواله، فتعطي هذه التأمينات العينية للدائن حقي التتبع والأولوية على باقي الدائنين، وهذه التأمينات هي الرهن الرسمي، والرهن الحيازي، وحق التخصيص والامتياز من المادة 882 إلى 1001 ق م.¹

1- الدائن المرتهن رهن رسمي:

الدائن المرتهن: هو الشخص الذي يكسب حقا عينيا على عقار مدينه، يكون له بموجب هذا الحق العيني أن يتقدم على باقي الدائنين التاليين له في المرتبة، في استيفاء حقه وتتبعها في أي يد كانت وهذا حسب م 882 ق م.²

2- آثار الرهن:

أ- حق التقدم:

إذا وجد دائنون مرتهنون رهنا رسميا، أو أصحاب حق اختصاص، أو مرتهنون رهن حيازي على العقار، أو أصحاب حقوق امتياز خاصة على العقار تقدموا بحسب مرتبة كل منهم، والسابق في المرتبة هو السابق في القيد فإذا استنفذنا هؤلاء، يبقى الدائنون العاديون وكلهم متساوون في المرتبة فيتزاحمون على ما يبقى من أموال المدين³ وهذا طبق م 907-908-909 ق م، وطبقا لما تقدم عن النصوص نفرض أحكام التقدم وفقا لما يلي:

محل التقدم، الحقوق التي يتقدم الدائن في استيفائها، ترتيب حق الدائن في الرهن، نزول الدائن عن مرتبة رهنه.

أ-1 محل التقدم :

يتضح من نص م 907 ق م أن محل التقدم يكون على ثمن العقار المرهون عند بيعه، كما يكون على الشيء الذي يكون حل محل هذا العقار طبعا من أموال كالتعويضات أو المبلغ

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني التأمينات العينية الرهن الرسمي وحق الامتياز والرهن الحيازي، وحقوق الامتياز طبقا لأحدث التعديلات ومزيدة بأحكام القضاء، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2019، ص11.

² أنظر م 882 ق م.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني في التأمينات الشخصية والعينية، الجزء 10، إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون سنة نشر، ص493.

الذي تدفعه الدولة، مقابل نزع الملكية لنفع العام¹، م 21 و 22 ق 91-11 المتعلق بالقواعد المتعلقة بنزع الملكية، من أجل المنفعة العامة ويشمل التقدم العقار وكل مشتقات الرهن كالثمار التي تلحق العقار.²

أ-2 الحقوق التي يتقدم المرتهن في استيفائها :

يتقدم الدائن في استيفاء الدين ويشترط أن يكون الدين محدد في قائمة القيد، فيجب عدم ذكر الدين في قائمة القيد لا بزيادة ولا بنقصان، وكذلك تضاف إلى الحقوق المقيدة ملحقات هذه الحقوق من مصروفات العقد، وغيرها كتجديد القيد حسب م 909 ق م.³

أ-3 تحديد مرتبة حق الدائن المرتهن:

1- يتقدم الدائن المرتهن على جميع الدائنين الآخرين العاديين، حتى ولو كانت حقوقهم نشأت قبل الرهن، وعند استيفاء حقه من العقار المرهون الباقي من ماله يقسم بينهم قسمة غرماء.

2- في حالة وجود عدة دائنين مرتهنين على عقار واحد، يتحدد ترتيبهم في استيفاء حقوقهم على ثمن العقار المرهون حسب تاريخ قيد رهنهم، ولا يكون حسب تاريخ إبرام عقد الرهن م 908 ق م.

وفي حالة قيد الدائنين رهنهم في نفس اليوم يكون الأسبق هو الذي قيد رهنه في الساعة الأولى أي الأسبق في الساعة⁴ مع وجود بعض الاستثناءات على القاعدة.

أ-4 نزول المرتهن عن مرتبة رهنه:

1- لا يجوز التنازل عن مرتبة الرهن إلا في حدود دين المتنازل، حسب م 910 ق م وهذا لحماية الدائنين أصحاب المراتب المتوسطة من خطر تقدم الدائنين التاليين لهم في المرتبة.

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني التأمينات العينية والرهن الرسمي وحق الاختصاص والرهن الحيازي وحقوق الامتياز طبقا لأحدث التعديلات ومزيدة بأحكام القضاء، المرجع السابق، ص 134.

² م 21 و 22 ق 91-11 يتعلق بالقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية مؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق ل 27 أبريل سنة 1991 معدل إلى غاية القانون 08-13 في 30-12-2013 متضمن قانون مالية 2014.

³ محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 134-135.

⁴ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني التأمينات العينية والرهن الرسمي وحق الاختصاص والرهن الحيازي وحقوق الامتياز طبقا لأحدث التعديلات ومزيدة بأحكام القضاء، المرجع السابق، ص 135.

2- للدائن صاحب المرتبة المتوسطة الدفع بجميع الدفع الممكنة في مواجهة الدائن التالي له، والذي أصبح يسبقه بسبب التنازل له عن المرتبة من طرف الدائن، الذي كان يسبقه كبطان التصرف الذي جعل الدائن التالي له في المرتبة يسبقه، م 910 ق م.¹

3- حق الدائن صاحب المرتبة المتوسطة في عدم نفاذ التنازل عن المرتبة إذا أصابه ضرر غير مشروع، وإذا تنازل الدائن صاحب المرتبة الأولى والذي له عدة امتيازات على العقار ذلك لصالح الدائن الأخير في المرتبة، فلا يبقى له شيء من ثمن العقار ليستوفي به دينه.²

4- إساءة استعمال الدائن المرتهن حق التقدم:

إذا قام الدائن الأول بقيد عدة رهون على عقارات المدين، فتصبح له الحرية في اختيار أي عقار لتنفيذ عليه أو عليها كلها وقد ينجم عن خياره ضرر لأحد الدائنين الآخرين التاليين له في المرتبة.

إذا قام دائن برهن عقارين قيمتهم 4000 د ج وقيمة دينه 2000 د ج، وقام دائن ثاني برهن نفس العقارين وقيمة دينه 2000 د ج، وقام دائن ثالث برهن أحد العقارين وقيمة دينه هي 2000 د ج، فيتنازل الدائن الأول عن أحد العقارين للدائن الثالث فيستوفون جميع الثمن عند بيع العقارين ولا يبقى للدائن الثاني أي شيء، فيعتبر الدائن الأول متعسفا في استعمال حقه.³

ب- حق التتبع:

يقصد بحق الدائن المرتهن في تتبع العقار المرهون في حال انتقال ملكية هذا العقار إلى غير الراهن أو أي يد ينتقل لها، فهي ميزة تعطي لدائن المرتهن القدرة على اتخاذ إجراءات التنفيذ على هذا العقار.⁴

¹المرجع نفسه ، ص141.

²المرجع نفسه، ص141-142.

³عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص519-520.

⁴فكران غنيمة، دكونزونية، حق التتبع كوسيلة ضمان لدائن المرتهن، مذكرة لتيل شهادة الماستر، جامعة مولود معمري،

تيزي وزو، الجزائر، 2017، ص3.

ويسمى المالك الجديد للعقار في نصوص التشريع وحتى الفقه "بالحائز" فينتقل العقار مثقلا بالرهن وللدائن المرتهن حق تتبع العقار وهو في ملكيته، إلا إذا اختار أن يدفع الدين، أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عن العقار المرهون، وبالنسبة للورثة فإذا رهن مورثهم جزء من عقار له وبعد وفاته وإجراء القسمة، وقع العقار المرهون في نصيب أحد الورثة فإنه يكون مسؤول عن الرهن أي الدين مسؤولية شخصية، ولا يجوز اعتباره حائزا للعقار.¹

ب-1 الدائن المرتهن حق شخصي مضمون بالرهن الذي أنشأه له الدين على عقاره لضمان استيفاء دينه ولاستعمال حق التتبع وجب توفر شروط وهي:

1- أن يكون حقه الشخصي حالا وقت استعمال حق التتبع لأن استعمال هذا الحق يؤدي إلى التنفيذ على العقار والقاعدة العامة تقضي بأن التنفيذ لا يجوز قبل حلول الأجل أي أجل الدين-أما إذا سقط أجل الدين يجوز للدائن اتخاذ إجراءات التنفيذ ضد الحائز.²

2- تقييد الرهن في الوقت المناسب: أي يجب أن يكون تقييد الرهن من قبل الدائن المرتهن في الأجل الموضوعة قانونا، وذلك لتوقي تصرف المدين الراهن في العقار قبل تقييد وتسجيل الرهن، ولذلك يكون نافذا في حق جميع من انتقل إليهم العقار المرهون³، أي يجوز له التنفيذ عليه في أي يد كانت.

ب-2 قيام الدائن بمباشرة حق التتبع: إن مباشرة حق التتبع يعني الشروع في إجراءات التنفيذ على العقار المرهون، وكما رأينا أنه يجب حلول أجل الدين لمباشرة هذا الحق وهذا طبق م 911 ق م و 923 ق م ويتبع في ذلك عدة إجراءات.⁴

ب-2-1-التنبيه على المدين:

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص 522.

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني التأمينات العينية الرهن الرسمي وحق الاختصاص والرهن الحيازي وحقوق الامتياز طبعا لأحدث التعديلات مزيدة بأحكام القضاء، المرجع السابق، ص 145.

³ فكران غنيمية، ندكوزونية، المرجع السابق، ص 6.

⁴ حنان سائي، آثار الرهن الرسمي بالنسبة للغير، مذكرة مقدمة لاستكمال شهادة الليسانس أكاديمي، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، الجزائر 2012-2013، ص 22.

حيث يقوم الدائن بتنبيه المدين بوفاء الدين زلا يكون إلا بموجب سند تنفيذي، أي عقد الرهن م 600 ق ا م ج و ا، ويجب التنبيه على المدين أولاً ثم الحائز.

ب-2-2-إنذار الحائز:

يجب توجيه الإنذار إلى حائز العقار من طرف الدائن المرتهن، فإما يدفع الدين أو يتخلى عن العقار ويجب لصحة الإنذار أن يكون:¹

-الإنذار يجب أن يكون بعد القيام بتنبيه المدين أو معه في وقت واحد م 923 ق م.

-الإنذار يجب أن يكون مصحوب بتبليغ التنبيه الذي قام به المدين.

ب-2-3 تسجيل التنبيه والإنذار:

يجب على الدائن المرتهن أن يقوم بتسجيل كل من التنبيه والإنذار مع التأشير على هامش التنبيه بالإنذار، ويجب تسجيل الإنذار خلال 15 يوم من تاريخ تسجيل التنبيه.²

ب-2-4اتخاذ إجراءات البيع ضد الحائز:

ولاتخاذ إجراءات التنفيذ يجب تقديم طلب الحجز إلى رئيس المحكمة المختصة إقليمياً، ثم استصدار أمر الحجز وتبليغه، وقيدته في المحافظة العقارية.³

الفرع الثاني: الدائنون الممتازون الآخرون

إن الدائنين الممتازين الآخرين جميعهم يتمتع بتأمينات عينية ضمانا للوفاء بديونهم وهم، الدائن صاحب حق الاختصاص والدائن الذي له رهن حيازي ودائن الذي له حق إمتياز.

¹المرجع نفسه، ص17-18.

²زودة عمر، إجراءات التنفيذ الجبري وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة، الجزائر، 2019، ص327.

³محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني التأمينات العينية والرهن الرسمي وحق الاختصاص والرهن الحيازي وحق الامتياز، المرجع السابق، ص203-204-205.

أولاً: الدائن صاحب حق الاختصاص:

يستطيع كل دائن الحصول على حق التخصيص وذلك على عقارات مملوكة لمدينه، وذلك دون الحاجة إلى معرفة مصدر دينه، ولا يكفي أن يكون حق الدائن ثابتاً في عقد رسمي بل يجب أن يكون ثابتاً بموجب حكم قضائي وهذا طبق م 937 ق م ويجب أن يكون هذا الحكم واجب النفاذ وصادراً في موضوع الدعوى ويلزم المدين بأداء شيء معين.¹

1- آثار الحكم بالتخصيص:

إن آثار الحكم بالتخصيص هي نفسها آثار الرهن الرسمي ذلك بموجب 947 ق م تكون للدائن الذي حصل على حق التخصيص نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل على رهن رسمي ويسري على التخصيص ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام خاصة ما يتعلق بالقيود وتجديده، وشطب وعدم تجزئة الحق وأثره، وانقضائه وذلك كله مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة، إذن يسري على التخصيص ما يسري على أحكام الرهن من قيد وتجديد وشطب ويمنح لصاحبه حق التقدم والتتبع.²

ثانياً- الدائن صاحب حق الرهن الحيازي:

إن الدائن يجوز له أن يتفق مع مدينه وعقد رضائي لا يتطلب شكل خاص ضمان دينه برهن حيازي، أي أن المدين يرتب حق عيني على شيء وجب تسليمه للدائن أو أجنبي يعينه المتعاقدان م 165³ ق م و م 948 و م 951 ق م.

1- آثار الرهن الحيازي:

¹ عمري آسية، حجو مروة، حق التخصيص في ظل التشريع الجزائري، مذكرة شهادة الماستر، قانون أعمال، جامعة 8 ماي قالم، الجزائر سنة 2016-2017، ص30.

² بلقيل شوقي، الرهن الحيازي في التشريع الجزائري، مذكرة شهادة الماستر، قانون أعمال جامعة المسيلة، الجزائر، سنة 2014-2014، ص14-15.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية والرهن الرسمي وحق الاختصاص والرهن الحيازي وحقوق الامتياز، المرجع السابق، ص256-262-266-268.

إن الرهن الحيازي يرتب آثاره بين المتعاقدين ويمتد حتى إلى الغير الأجنبي، وذلك عن طريق انتقال الحيازة من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن أو إلى شخص آخر ثالث يعينه المتعاقدان في العقد م/961 ق م، وللدائن أن يحبس المال المرهون ضمانا له ليستوفي حقه ويكون هذا الحبس في مواجهة المتعاقد والغير، مثل مشتري العقار، 962 ق م، ويمنح الرهن الحيازي ما يمنحه الرهن الرسمي عن حقي التقدم (الأفضلية) وذلك طبق م 948 ق م وحق التتبع طبق م 948 ق م.¹

ثالثا: صاحب حق الامتياز:

الامتياز أولوية يقرها القانون لحق معين مراعاة منه لفته، ولا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص في القانون، م 1130 ق مدني مصري، و م 982 ق ج، ومنه نلاحظ أن الامتياز لا يكون إلا بنص قانون طبقا لقاعدة "لا امتياز بغير نص" وهذا هو الفرق الجوهرى والكبير بينه وبين الرهن والاختصاص، وهذا ما يذهب بنا إلى البحث عن معرفة ما إذا كان للحق امتياز أم لا، من خلال نصوص القانون المدني أو غيره من قوانين أخرى وتشريعات خاصة.²

1- أقسام حقوق الامتياز:

حقوق امتياز عامة، وحقوق امتياز خاصة منقولة، وحقوق امتياز خاصة عقارية.³

أ- حقوق امتياز عامة:

حق الامتياز يكون عاما إذ يرد على جميع أموال الدين منقولاته وكذلك عقاراته⁴ وهي:

¹توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية الخاصة للحق، مكتبة مكايي بيروت، لبنان، 1975، ص510.

²المرجع نفسه، ص511.

³محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني التأمينات العينية والرهن والرسمي وحق الاختصاص والرهن الحيازي وحقوق الامتياز، المرجع السابق، ص323.

¹¹⁹محمد صبري السعدي، المرجع نفسه.

يكون للدائن "يكون للديون التالية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار.

*المبالغ المستحقة للخدم، والكتابة، والعمال، وكل أجير آخر، من أجرهم ورواتبهم من أي نوع كان على الاثني عشر شهرا الأخيرة.

*المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ولمن يعوله من مأكّل و ملبس في الستة أشهر الأخيرة.

*النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الأشهر الستة الأخيرة، وتستوفي هذه المبالغ مباشرة بعد المصاريف القضائية والمبالغ المستحقة للخرينة العامة ومصاريف الحفظ والترميم أما فيما بينهما.

ومنه فإن حسب م 993 ق م فإن الامتياز الذي يكون محله جميع أموال المدين ينقسم إلى ثلاثة أنواع عن الحقوق

-امتياز المبالغ المستحقة للأجراء.

-امتياز المبالغ المستحقة عن توريد المأكّل والملبس.

-امتياز النفقة.¹

ب-حقوق امتياز خاصة واردة على المنقول:

وقد أورد المشرع الجزائري هذه الامتيازات في المواد من 990 إلى 998 ق م ونذكرها مرتبة حسب قوة ودرجة امتيازها:

-امتياز المصاريف القضائية.

-امتياز المبالغ المستحقة للخرينة العامة.

-امتياز حفظ المنقول وترميمه.

¹مجد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 323-324.

الثلاثة المذكورون أعلاه يسبقون أصحاب الامتياز العام، أما الآتي ذكرهم فيتخلفون عن أصحاب الامتياز العام:

- امتياز مصروفات الزراعة وامتياز آلات الزراعة.

- امتياز مؤجر العقار.

- امتياز بائع المنقول.

- امتياز صاحب الفندق.

- امتياز المتقاسم في المنقول.¹

ج- حقوق امتياز خاصة واردة على عقار

تشمل حقوق الامتياز الخاصة الواردة على عقار عدة حالات يكون للحق فيها امتياز وتشمل هذه الحالات ما يلي:

- امتياز بائع العقار م 999 ق م.

- امتياز المقاولين والمهندسين المعماريين م 1000 ق م.

- امتياز المتقاسم في العقار م 1001 ق م.²

2- آثار حقوق الامتياز:

إن حق الامتياز من الحقوق العينية التي تهدف لضمان وفاء الدين، ومما يتقدم فإن حق الامتياز يعطي صاحبه حق التقدم والتتبع³، وفيما يخص حقوق الامتياز العامة فإنها تمنح لصاحبها حق التقدم فقط دون الحق في تتبع الحق، كما تكون هذه الامتيازات العامة وحقوق

¹ عبد الرزاق السنهوري، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 927.

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني التأمينات العينية، الرهن الرسمي، وحق الاختصاص، والرهن الحيازي، وحقوق الامتياز، طبقاً لأحدث التعديلات ومزيدة بأحكام القضاء، المرجع السابق، ص 351.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني التأمينات العينية، الرهن الرسمي، وحق الاختصاص، والرهن الحيازي، وحقوق الامتياز، طبقاً لأحدث التعديلات ومزيدة بأحكام القضاء، المرجع السابق، ص 308.

الامتياز الضامنة لمبالغ المستحقة للخزانة العامة معفاة من الشهر، وهي تتقدم على الرهن بنوعيه، وكذلك حق الاختصاص ولو كانوا سابقين في تاريخ نشوء الاختصاص أو قيد الرهن.

أما حقوق الامتياز الخاضعة للشهر هي حقوق الامتياز الخاصة العقارية وهي مثل الرهن الرسمي، تكون الأسبقية بينها وبين الرهن بنوعيه وحق الاختصاص طبقاً لأسبقية القيد.¹

¹المرجع نفسه، ص310.

الفصل الثاني

القوة الإلزامية لموضوع العقد وجزاء الإخلال
بها

الفصل الثاني: القوة الإلزامية لموضوع العقد وجزاء الإخلال بها

إن مبدأ القوة الملزمة للعقد تعد من أهم المبادئ المستنتجة من مبدأ سلطان الإرادة، ومفادها أن أطراف العقد ملزمون بتنفيذ ما جاء فيه كما لو كان قانونا له بشرط أن يصيغ بشكل صحيح ، فالإلزامية المقترنة بهذا العقد تستمر مع إرادة المتعاقدين ، لذلك تميزت العلاقات التعاقدية بالثبات والاستقرار غير أن نطاق القوة الملزمة للعقد يخضع لفكرة نسبية آثار العقد سواء من حيث الموضوع أو من حيث الأشخاص.

فالعقد نسبي في أثره معنى ذلك أن قوته الملزمة لا تتعدى المتعاقدين أي أن آثاره لا تنتج إلا في مواجهتهما، أما فيما يخص الغير فهو لا يتلقى حقوقا ولا يتحمل التزامات من عقد لم يكن طرفا فيه فهو يضل بعيدا عن التأثير بالعقد غير أن العقد يعتبر تصرفا قانونيا بالنسبة لأطرافه ويعتبر واقعة قانونية بالنسبة للغير ، لا يمكن إنكارها أو تجاهلها فقد تغير من مركزها القانوني، ولذلك فسيتم معالجة هذا الفصل بالتطرق إلى:

المبحث الأول: مضمون العقد وقوته الإلزامية

المبحث الثاني : جزاء الإخلال بالقوة الملزمة للعقد

المبحث الأول: مضمون العقد وقوته الإلزامية

إن معرفة الالتزامات الناشئة عن العقد يقتضي أن نحدد مضمونه، ولذلك وجب علينا معرفة إرادة الأطراف والمقصود بها، وهذا للوصول إلى تحديد ملزمات العقد ونطاقه وبما أن المبدأ العام هو العقد شريعة المتعاقدان، يقتضي تنفيذ العقد وفقاً لما اشتمل عليه وبحسب النية.

إلا أنه قد تقع حوادث تؤدي إلى الخروج على المبدأ لذلك سنتناول في المطلب الأول (مضمون العقد) وفي المطلب الثاني (القوة الملزمة للعقد) وفي المطلب الثالث (الاستثناءات الواردة على المبدأ)

المطلب الأول: مضمون العقد

رأينا فيما سبق أن العقد شريعة المتعاقدين أي القانون الذي ينظم علاقة المتعاقدين بعضها ببعض بالنسبة للعلاقة الخاصة التي تنشأ بينهما بالعقد، هذه العلاقة هي موضوع العقد، ولتوضيحها يجب تفسير إرادة المتعاقدين من خلال نصوص وشروط العقد القائم بينهما، وهذا التفسير له قواعد يجب إتباعها من قبل القاضي ليقف على حقيقة ما قصد إليه المتعاقدان.

ومعرفة ما قصد إليه المتعاقدان، تحدد لنا طبيعة المعاملة التي قامت بين المتعاقدين أي يتحدد الوصف القانوني للعقد القائم بينهما، إذا كان عقد بيع أو عقد إيجار أو عقد شركة.. إلخ، وهذا ما يقال عنه بتكييف العقد وبالتالي تحديد الحقوق والالتزامات التي تنشأ عنه، بحكم هذا الوصف¹.

ولهذا فإن حديثنا عن تحديد موضوع العقد سيتناول ثلاثة مسائل: تفسير العقد (فرع 1) وتكييفه (فرع 2) وتحديد مضمون العقد من حيث ما يترتب عليه من حقوق والالتزامات (فرع 3).

¹ خليل أحمد حسن قداد، مرجع سابق، ص 136.

الفرع الأول: تفسير العقد

تنص المادة 111 من القانون المدني الجزائري على أنه (إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق 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 وما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات، وتنص المادة 112 (يؤول الشك في مصلحة المدين).

يتبين لنا من نص المادة 111 و 112 أن هناك ثلاثة قواعد لتفسير العقد وهي "حالة ما تكون عبارة العقد واضحة (أولا) وحالة ما تكون عبارة العقد غير واضحة (ثانيا)، وقاعدة الشك يفسر لصالح المدين (ثالثا) وهذا ما سنتحدث عنه تباعا¹.

أولا: عندما تكون عبارة العقد واضحة:

نصت المادة 111 في فقرتها الأولى صراحة على أنه: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين."

ومقتضى هذه المادة أنه: إذا كانت إرادة المتعاقدين واضحة في عبارات العقد وجب التقيد بها قانونا، ولزم أن تعد تعبيرا صادقا عن إرادتهما المشتركة الحقيقية بعيدا عن كل تفسير أو تأويل أو انحراف²، وهذا هو الأصل في القانون المدني الجزائري من أن العقد الواضح العبارة لا يحتاج إلى تفسير.

وينظر إلى العقد في هذه الحالة كوحدة واحدة، لا إلى كل جملة أو عبارة في العقد بمفردها ، فإن عبارات العقد وحدة متكاملة الأحكام، متصلة الأجزاء³.

¹ خليل أحمد حسن ققادة، المرجع السابق، ص 137.

² فقد استقر اجتهاد المحكمة العليا وبكل وضوح على أن إذا كانت ألفاظ العقد واضحة امتنع قانونا البحث عن قصد صاحبها، وأنه لا يجوز للقضاة أن يفسروا إرادة الأطراف الصريحة بما يتنافى معها. انظر المحكمة العليا. غ.م.

1997/10/08 ملف رقم 160673 م.ق. 1988 العدد 2.

³ العربي بلحاج، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 750.

وعليه فإنه في حالة وضوح عبارة العقد بأن كانت صريحة، لا يجوز للقاضي الانحراف عن هذا التعبير الواضح بحجة التفسير أو التأويل عن قصد المتعاقدين فإنه يجب على قضاة الموضوع تطبيق الاتفاقات المبرمة بين الأطراف ، وليس لهم قانونا تغيير شروطها أو بنودها متى كانت واضحة بيينة¹.

غير أن هذا القول يقوم على افتراض يقبل إثبات العكس، فإذا ثبت أن العبارة لا تعبر عن المقصود رغم وضوحها فإنهن يمكن العدول عن المعنى الظاهر إلى المعنى المقصود الحقيقي ، شريطة أن يبين القاضي أسباب مقبولة لهذا العدول، بأن لا يقف إلى المعنى الحرفي لألفاظ العبارة، لأن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، وأن يتقيد بالأدلة المقدمة التي لها أصل ثابت في الأوراق، ويخضع القاضي في استخلاصه هذا لرقابة المحكمة العليا، لأنه عن طريق الأسباب تستطيع المحكمة العليا مراقبة قاضي الموضوع في تطبيقه لأحكام القانون المتعلقة بتفسير العقود وتحديد مضمونها.

ومن المعلوم أن حالة الغلط التي تتطلب مراجعة العملية الحسابية، وكذا غلطات القلم وزلاته في كتابة العقد، لا تؤثر في صحة العقد، ولا تكون سببا للفسخ أو الإبطال، وإنما يجب تصحيحها وفقا للمادة 84 من ق.م².

ويتبين لنا من المادة 111 ق.م بأن المشرع المدني الجزائري يمنع على القاضي الانحراف عن العبارة الواضحة في العقد، وهذا على أساس افتراض أن الإرادة الظاهرة في هذه الحالة، هي الإرادة الباطنة المعبرة عن النية المشتركة، وهذه قاعدة جوهرية يقتضيها استقرار التعامل³.

وهذا ما سار عليه اجتهاد المحكمة العليا في عدة قرارات، من أن عدم إشارة الأطراف في الاتفاق إلى التزام معين يوكل الأمر لقاضي الموضوع الذي له السلطة التقديرية في تفسير

¹ علي علي سليمان ، مصادر الالتزام ،المرجع سابق،فقرة82، ص102.

² بلحاج العربي المرجع السابق، ص751.

³ حيث أنه لاجتهاد ولا تفسير ولا تأويل مع وجود النص الصريح الواضح، المحكمة العليا .غ.م 1992/01/21 ملف رقم

77255، ن.ق 1992 العدد 46، ص43.

العلاقات العقدية¹. غير أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز للقاضي الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين². إذ لا يجوز قانوناً لقضاة الموضوع أن يفسروا إرادة الأطراف الصريحة بما يتنافى معها³. فلا يجوز للقاضي أن يفسر نوعية العقد، بصفة مختلفة عن الصفة التي أعطيت له .

ثانياً: عندما تكون عبارة العقد غير واضحة:

إذا كانت عبارة العقد غير واضحة ، بأن كانت غامضة، أو متناقضة، أو تحمل في جزئياتها أو جملتها أكثر من معنى، أو مبهمة، أو كانت الألفاظ المستعملة لا يتأتى التوفيق بينها وبين الغرض الواضح الذي قصد عند تحرير بنود العقد بأن كانت الألفاظ غير معبرة عن جوهر الاتفاق الذي حصل بين الطرفين، أي غير معبرة عن النية المشتركة للمتعاقدين بكل وضوح، تعين هنا على القاضي أن يلجأ إلى تفسيرها، أي تأويلها حتى يزيل الغموض، بأن يبحث في النية المشتركة للمتعاقدين، فقد نصت المادة 2/111 من ق.م على أنه: "إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات.

ففي هذه الحالة إذن يجب على القاضي تفسير العقد بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين (لأن العقد هو توافق إرادتين) لا الإرادة الفردية لكل منهما، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، بل يجب أن يمتد بطبيعة التعامل وبالغرض الذي يظهر بأن المتعاقدين قد قصداه، وبما يقضي به عرف التعامل والعرف الجاري في المعاملات من تبادل الثقة والأمانة الواجب توافرها بين المتعاقدين⁴.

كما أن المفاوضات السابقة على إبرام العقد، وظروف التعاقد وملايساته، قد تساعد على الكشف عن عباراته الغامضة أو المتناقضة، وذا عن نية الطرفين المشتركة، فإذا كانت

¹ المحكمة العليا، غ.م 1983/04/13 ملف رقم 31315، م.ق 1990 العدد 1، ص 19.

² المحكمة العليا غ.أ.ش ، 2002/01/16، ملف رقم 278004، م.ق 2003 العدد 4، ص 365.

³ المحكمة العليا غ.م 1983/03/16 ملف رقم 30914، م.ق. 1989، العدد 2، ص 39.

⁴ بلحاج العربي، مصادر الالتزام ، مرجع سابق، ص 754.

الإرادة المشتركة للمتعاقدين هي الإرادة الممكن التعرف عليها، وهي مسألة باطنية نفسية بحثه معقدة، وذات صفة شخصية فإنه يتم الكشف عنها وفقا للمادة 2/111 من ق.م بوسائل مادية، وتقدر تقديرا موضوعيا للوصول إلى الإرادة الحقيقية للطرفين (وهي الإرادة التي يتكون منها العقد) على أن هذه الوسائل الخارجية والتي تشمل طبيعة التعامل والأمانة والثقة والعرف الجاري في المعاملات الواردة في المادة 2/111 ق م لم ترد على سبيل الحصر¹ وإنما هي بمثابة نصائح موضوعية يسترشد بها القاضي فسيتعين بها لتفسير العبارات الغامضة أو المبهمة في العقد وله أن يلجأ إلى غيرها للكشف عن الإرادة المشتركة الحقيقية للمتعاقدين كقواعد العدالة والقواعد الفقهية الكلية الخاصة بتفسير العقود².

فإذا أخذ القاضي عند تفسير العقد بالإرادة الظاهرة، فإنه لا يكون ملزما من الناحية القانونية بأن يتحسس الإرادة الباطنة الكامنة في نفسية المتعاقد، بل يقف عند المظهر المادي الخارجي للتعبير عن الإرادة ، فيفسره تفسيراً اجتماعياً لا نفسياً، مستندا في ذلك إلى طبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف الجاري وإلى المألوف في التعامل³.

ومن البديهي أن دور القاضي في إزالة الغموض عن عبارات العقد، مستندا في ذلك إلى صلب العقد وبنوده، والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به، للوقوف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، يستوجب عليه أثناء القيام بهذه العملية القانونية ألا يقوم باستبدال إرادتهما بإرادة هو يتصورها شخصياً، وعلى كل حال فإنه لا يعتد قانوناً بالإرادة التي تقوم على الغش والخداع والاحتيال، وقد تكون هذه الأخيرة هي النية المشتركة الحقيقية للتعاقد كما أن التفسير لا يرد على العقد الباطل وإنما ينصب على العقد الصحيح.

وعلى هذا ففي حال تحقق الغموض في العقد، يتعين على القاضي استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين ، من خلال تحديد نطاق العقد ومضمونه، وكذا من مستلزمات العقد، وفقا للقانون والعرف والعدالة وطبيعة الالتزام ومن أجل ذلك يقف القاضي عند العبارة الغير الواردة في العقد، ويحللها تحليلاً موضوعياً، ليستخلص منها المعاني السائغة المقبولة، التي

¹ عبد الرزاق السنهوري، ج1، الوسيط، ج1، فقرة395.

² بلحاج العربي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص755.

³ علي علي سليمان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، فقرة29، ص32.

يستدل بها عن قصد المتعاقدين الحقيقي¹. وهذا دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ المستعملة، لأن العبرة في العقود هي للمقاصد والمعاني وليس للألفاظ والمباني، فلا يقف القاضي عند المعنى الحرفي للعبارات والصيغ الواردة في العقد، بل يرجح المعنى الأكثر انطباقاً على روح العقد والقصد الذي توخاه المتعاقدين عند إبرام الاتفاق².

غير أن ما يستخلصه قاضي الموضوع من وقائع بكافة القواعد والملازمات، يجب أن يكون ثابتاً من أوراق الدعوى، وغير مناقض لما هو ثابت بها، وأن يكون استخلاصه لها سليماً من الناحية المنطقية والقانونية، وهو يخضع في هذه المسألة الفنية الدقيقة برقابة المحكمة العليا³.

وجدير بالتنويه أن علماء الفقه الإسلامي يعلمون بالإرادة الظاهرة التي اطمأن إليها كل من المتعاقدين في تعامله مع الآخر، فالمعاني الظاهرة هي إرادة المتعاقدين المشتركة، كما أنهم وضعوا عدة قواعد كلية أصولية لتفسير العقد، يمكن للقاضي أن يسترشد بها عند تفسير الصيغ والعبارات الواردة في العقد، وتحليلها تحليلاً موضوعياً، ليستخلص منها المعاني السائغة المقبولة، وهي ما يسميها الفقه المدني المعاصر بالوسائل الداخلية أو معايير التفسير التي نذكر منها على الخصوص ما يلي⁴:

1- الأصل في العقد رضا المتعاقدين وما إلتزامه في التعاقد والأصل أن عبارة العقد واضحة فلا يجوز للقاضي بحجة أن يفسر العقد، أن ينحرف عن المعنى الظاهر والواضح للعبارة الواردة فيه.

فإن بنود العقد الواحد تكمل وتفسر بعضها البعض فلا يجوز تجزئتها عند التفسير، بل يفسر كل بند ضمن سياق العقد ككل في مجمله، كما أن تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم بالإضافة إلى ذلك فإن العقد يفسر على ضوء روحه أي وفقاً للغرض الاقتصادي

¹ عليعلي سليمان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، فقرة 82 ص 102.

² عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 6، ص 6 وما بعدها.

³ المحكمة العليا، ع.م 1983/04/13 ن ملف رقم 31315، مذكور سابقاً.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 34، 35.

المنوي تحقيقه منه، وهي الضوابط المنطقية لتفسير العقد وبنوده التي يتوجب على القاضي عدم إغفالها في عملية تفسير العقد¹.

2- العبرة في العقود والمعاني وليست بالألفاظ والمباني، وأن عبارات العقد مجتمعة يفسر بعضها بعضاً، فإن العبرة عند اختلاف المعاني هي بالمعنى الأكثر انطباقاً على روح العقد المقصود منه، فإذا ما أطلق مثلاً لفظ "المنزل وما به من منقولات" على محل عقد البيع، انصرف المعنى إلى ما في المنزل من أثاث ومفروشات، وليس إلى القيم المنقولة كالسندات والأسهم.

3- الأصل في الكلام الحقيقة، فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز، إلا إذا تعذر حمله على المعنى الحقيقي أي أنه إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز.

4- لا عبرة بالدلالة في مقابل التصريح، فلو تعارض المفهوم صراحة مع المفهوم ضمناً قدم الأول على الثاني، وإذا احتملت معاني العقد أكثر من معنى فسرت العبارات التي معناها ينتج الأثر الذي توخاه الأطراف عند إبرام العقد.

5- ترك الحقيقة بدلالة العادة.

6- العادة محكمة عامة كانت أم خاصة، وتعتبر العادة محكمة إذا اطرقت أو غلبت، والعبرة للغالب الشائع لا للنادر.

7- إعمال الكلام خير من إهماله، فإذا احتمل اللفظ معنيين مثلاً، أولهما يجعل العقد ينتج أثراً والمعنى الآخر لا يجعل له أي أثر قانوني وجب ترجيح المعنى الأول.

8- ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكره كله.

9- المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة.

10- إذا سقط الأصل سقط الفرع، والساقط في حكم المعدوم.

11- الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر.

¹ بلحاج العربي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 760.

12- المعروف بين التجار كالمشروط بينهم، والتعير بالعرف كالتعيين بالنص والممتع عادة كالممتع حقيقة¹.

ثالثا: حالة الشك في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين:

1- التفسير في صالح المدين: إذا اكتنف الغموض والإبهام عبارات العقد، وتعذر على القاضي التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين وكانت العبارة تحمل معنيين وبعد استعماله قواعد التفسير السابقة الذكر تعين عليه في هذه الحالة الأخذ بقواعد العدالة وحسن النية والقواعد الفقهية الكلية لتفسير العقد ومن هذه القواعد الأخذ بالمعنى الذي يكون في صالح المدين..

ويقصد بالمدين هنا هو المدين بالالتزام الذي يحوط الشك تفسيره وقد نصت على الأخذ بهذه القاعدة المادة 112 من ق م بقولها (يؤول الشك في مصلحة المدين) وهي قاعدة أساسية أخذ بها أغلب التشريعات.

ويبرر هذه القاعدة عدة اعتبارات فالأصل هو براءة الذمة والاستثناء أن يكون الشخص ملتزما، والاستثناء يجب أن لا يتوسع فيه، ومنها أيضا أن الدائن هو المكلف بإثبات الالتزام، فإذا كان هناك شك في مدى الالتزام وأراد الدائن الأخذ بالمدى الواسع فيه ولم يتمكن من الإثبات، فلا يتبقى إلا الأخذ بالمدى الضيق في الالتزام لأن الدليل قد قام عليه فالحقيقة هنا أن القاعدة قاعدة إثبات وليست قاعدة تفسير.

وآخر الاعتبارات في تبرير هذه القاعدة أن الدائن هو الذي يملي الالتزام على المدين، فإذا كان هذا الإملاء مبهما أو غامضا، فيكون مخطئا ويتحمل هذا الخطأ بتفسير الشك في مصلحة المدين².

¹ بلحاج العربي، مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص760، 761.

² محمد صبري السعدي، مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص287.

2- تطبيقات هذه القاعدة:

إذا ثار شك حول قدر العين المؤجرة فسّر في مصلحة المؤجر إذ هو المدين، وإذا ثار حول طريقة الوفاء بالأجرة فسّر في مصلحة المستأجر، وإذا كان العقد يقضي بأن المدين يفي بالتزامه في شهر معين دون تحديد اليوم فيستطيع المدين الوفاء بالدين حتى آخر يوم في الشهر المذكور في العقد، ولا يجوز للدائن أن يلزمه بالوفاء في اليوم الأول منه.

وإذا ثار شك حول وجوب إعدار المدين يفسر الشك في مصلحته فيجب إعداره، وإذا ثار الشك في مدى نطاق الشرط الجزائي هل يطبق في حالة عدم التنفيذ أم يشمل أيضا حالة التأخر في التنفيذ فسّر الشك في مصلح المدين واقتصر فقط على حالة عدم التنفيذ.

وإذا كان المدين ملتزما بإنشاء طريق معينة دون أن يحدد الاتفاق كيفية إنشاء هذه الطريق فله إتباع أيسر الوسائل وأقلها نفقة.

ويلاحظ أنه في العقود الملزمة لجانب واحد فإن من يقع عليه الالتزام يستفيد من هذه القاعدة إذ هو الملتزم، وفي العقود الملزمة للجانبين فيفسر الشك في بعض الأحيان لمصلحة أحد العاقدين وفي بعضها يفسر لمصلحة العاقد الآخر وذلك بحسب ما إذا كان الشك في تفسير العبارة في شرط معين من شروط العقد في صالح المدين في هذا الشرط.

وينبغي ملاحظة أن تطبيق هذه القاعدة وهي الأخذ بالتفسير الأصح للملتزم يكون في حالة الشك في التصرف من بنود العقد على الإرادة المشتركة للعاقدين وعد استطاعة القاضي رفع هذا الشك باستخدام وسائل التفسير المختلفة، وظل معناها يحتمل عدة وجوه لا ترجيح أحدهما على الآخر أما في حالة استطاعة الكشف عن النية المشتركة فيجب عليه الأخذ بما تفرضه هذه النية ولو كان التفسير ضد مصلحة المدين.

3- إنشاء عقود الإذعان:

أورد التقنين المدني الجزائري استثناء في هذه القاعدة في عقود الإذعان فقرر في الفقرة الثانية من المادة 112 ما يلي: (ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضار بمصلحة الطرف المدعي)، فطبقا لهذا النص فتفسير الشك دائما في هذه العقود لا يكون في مصلحة المدعي دائما ذلك لأن (المفروض أن العاقد الآخر وهو

أقوى العاقدين بتوافر له من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المدعى (وهو الطرف الضعيف) عند التعاقد شروطا واضحة بينة ، فإذا لم يفعل ذلك ، أخذ بخطئه أو تقصيره وحمل تبعته، لأنه يعتبر متسببا في هذا الغموض¹.

4- تحديد المسائل القانونية والمسائل الواقعية في تفسير العقد:

بعد انتهائنا من الكلام في تفسير العقد نستطيع إجمال ما يعتبر من مسائل القانون التي تخضع لرقابة المحكمة العليا وما يعتبر من مسائل الواقع التي لا تخضع لرقابته ويستقبل بها قاضي الموضوع.

فمن مسائل القانون القاعدة التي تقضي بأنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها تحت ستار التفسير للتعرف على الإدارة المشتركة للمتعاقدين م 111 من ق م.

وإذا قام القاضي بالتفسير رغم وضوح العبارة وذلك إذا أخطأ المتعاقدان في التعبير عن إرادتهما المشتركة فيجب عليه بيان الظروف والأسباب التي دفعته إلى ترك المعنى الواضح في حكمه، ويكون البيان على اعتبارات مقبولة يصح عقد تحصيل ما استخلصه القاضي فيها فإن قصر حكمه في ذلك كان باطلا لعدم اشتماله على الأسباب الكافية التي يعتمد عليها قانونيا.

وإذا قام القاضي بتفسير القاعدة الغامضة طبقا لنص المادة 2/1118 ق م وقرر أن العاقدين اتفقا على شيء معين، وكان هذا الشيء جائز قانونا ثم لا يقضي بما أراد العاقدان بل بما تقتضي به العدالة فإنه يكون قد خالف القانون ويستوجب حكمه النقض.

ومن مسائل القانون قاعدة تفسير الشك لصالح المدين م 112 ق م مع استثناء عقود الإذعان ، فإذا كان تفسيره ضارا بمصلحة المدين تعين نقض حكمه وكذلك الحال إذا فسر

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 288.

العقد في حالة الشك بما يضر مصلحة الطرف المدعي (الطرف الضعيف) في عقود الإذعان.

وفضلا عن ذلك فهناك قاعدة جوهرية يجب على القاضي أن يتقيد بها وهي أن الوقائع التي يستند عليها في استخلاص الإرادة المشتركة للعاقدين يجب أن تكون ثابتة من مصادر موجودة وغير مناقضة للثابت في الدعوى فإذا أورد القاضي مصدرا وهميا لا وجود له، أو موجود ولكن يناقض لوقائع أخرى ثابتة، أو غير مناقض ولكن يستحيل عقلا استخلاص الواقعة منه كان حكمه مخالفا لقواعد الإثبات القانونية وتعين نقضه.

أما يعتبر من مسائل الواقع واستخلاصها من الوقائع الثابتة أمامه في الدعوى وفي ذلك لا يخضع لرقابة المجلس الأعلى.

الفرع الثاني: تكييف العقد

أولا: المقصود بالتكييف:

بعد عملية تفسير العقد على القاضي القيام بعملية تكييف العقد ، ومعناه إعطاء العقد الوصف القانوني، أي إدخاله في نوع معين من العقود، هل هو عقد بيع أو إيجار أو هبة أو مقاوله مثلا.

ثانيا: عدم تقيد القاضي بتكييف العاقدين:

عند قيام القاضي بتكييف العقد، لا يتقيد مطلقا بما يضيفه المتعاقدان من تسمية للعقد الذي أبرماه فقد يكونان مخطئان أو يعمدان إلى ستر عقد آخر، كما في حالة ستر عقد الهبة متى كان التكييف خاطئا عن جهل أو عن عمد لا يقيد القاضي إذ هو وحده الملزم بأعمال القانون وتطبيقه تطبقا صحيحا في حدود الوقائع الثابتة لديه، وكثير ما يعمد الخصوم إلى إخفاء أغراض غير مشروعة كريا فاحش يستر في صورة إيجار أو بيع أو تبرع إل ما بعد الموت في صورة عقد بيع إذن فالقاضي يكيف عقود الخصوم ويصفها الوصف الصحيح طبقا لأحكام القانون، ولو خالف ذلك تكييف العاقدين طالما أنه يتبين نيتها المشتركة من واقع نصوص العقد والأوراق والمستندات المقدمة إليه كما سبق أن أوضحنا في تفسير العقد.

ثالثاً: تطبيقات لعدم تقيد القاضي بتكليف الخصوم:

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه (وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن العبرة في تكليف العقود هي بحقيقة الواقع والنية المشتركة التي اتجهت عليها إرادة المتعاقدين دون اعتداد بالألفاظ التي استخدمها أو بالتكليف الذي أسبغاه عليها)

كما قضت (بأن محكمة الموضوع لا تتقبل في تكليفها للدعوى بتكليف الخصوم لها إلا أنها ملزمة بعدم الخروج على الوقائع المطروحة عليها منهم).

كما قضت محكمة النقض الفرنسية في نفس الصدد للقاضي أن يصف العقد بأنه وكالة أو حوالة (أو بأنه هبة أو وصية مستترة) وللقاضي أن يصف العقد بأنه وكالة أو حوالة أو بأنه هبة أو وصية مستترة) وللقاضي أن يصف العقد بأنه رهن حيازة أو بيع وفاء¹.

4- التكليف مسألة قانونية:

التكليف عملية قانونية يقوم بها القاضي من تلقاء نفسه حتى يمكن تطبيق العقد محل التصرف ن سواء ما كان من هذه الأحكام أمراً يطبق على الرغم من إرادة المتعاقدين، أو ما كان تكميلاً لإرادتهما في حلة عدم تنظيم اتفاقهما مسألة من المسائل سواء عن قصد أو عن غير قصد.

والقاضي في تكليفه للعقد يخضع لرقابة محكمة النقض إذ أننا بصدد مسألة قانونية لأنه يترتب عن هذا التكليف آثاره القانونية إذ انه يطبق القانون على الواقع، وتطبيق القانون يعد من المسائل القانونية، والتكليف دائماً مسألة قانونية لأنه يترتب عن هذا التكليف آثاره القانونية إذ انه يطبق القانون على الواقع، وتطبيق القانون يعد من المسائل القانونية، والتكليف دائماً مسألة قانونية في فروع القانون المختلفة.

ومن هذا يتضح أن التكليف وسيلة لتحديد مضمون العقد، إذ يضعه في الإطار القانوني الذي يسمح ببيان آثاره في جملتها، بل إن جواز بعض آثار العقد أو عدم جوازها يرتبط بالوصف القانوني للعقد والتكليف لازم لتقدير الصحة والبطان أيضاً.¹

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 291.

الفرع الثالث: تحديد مضمون العقد من حيث ما يترتب عليه من حقوق والتزامات:

تنص المادة 106 من ق.م على أنه (يجب تطبيق العقد طبقا لما يشتمل عليه وبحسن نية، ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزمات وفقا للقانون والعرف والعدالة، بحس طبيعة الالتزام).

من الفقرة الأولى والفقرة الثانية للمادة 107 يتضح أنهما تتحدثان عن مسألتين ضمن تحديد مضمون العقد، المسألة الأولى كيفية تنفيذ العقد والمسألة الثانية تحديد مضمون العقد، وحيث أن الحديث عن المسألة الأولى يأتي في الأهمية بعد الحديث عن المسألة الثانية، وذلك لان تنفيذ العقد وفقا لمبدأ حسن النية لا يأتي إلا بعد أن نعرف ما هي الآثار التي تترتب عن العقد ، وهذا ما يكون عن طريق تحديد مضمون العقد (أولا) ثم كيفية تنفيذ العقد(ثانيا).

أولا: تحديد مضمون العقد

ويعني بتحديد مضمون العقد تحديد الالتزامات المترتبة عن العقد في ذمة أطرافه المتعاقدين، ولا يقتصر في تحديد هذه الالتزامات على أساس ما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للمشتركة للمتعاقدين فقط، وإنما على القاضي أن يضيف إلى هذه الالتزامات كل ما يعتبر من مستلزمات العقد وذلك مسترشدا بطبيعة الالتزام والقانون في أحكامه التفسيرية المكملة والعرف والعدالة(2/106 ق م)

1- طبيعة الالتزام:

فالقاضي عند تحديده لمضمون العقد عليه أن يراعي في تحديد الآثار المترتبة عن العقد، طبيعة الالتزام فإذا اقتضت طبيعة الالتزام زيادة الالتزامات المترتبة عن العقد حتى ولو لم

¹المرجع نفسه،ص292.

يذكرها المتعاقدان، كان عليه بان يقضي بهذه الالتزامات فمن باع او نقل ملكية شيء من الأشياء إلى شخص آخر فوجب أن ينقل هذا الشخص إلى المشتري مضافا إليه كل ما يعتبر من ملحقاته الضرورية وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمالها وذلك وفقا لما تقضي به طبيعة الأشياء، ومن باع متجرا وجب عليه أن يسلم المشتري السجلات التي تبين ما على المتجر من ديون وما له من حقوق وما يتصل به من عملاء ونحو ذلك.

2- القانون:

ويجب على القاضي أن يستكمل العقد من خلال الأحكام التكميلية القانونية والمفسرة وذلك لأن الإرادة المشتركة للمتعاقدين كثيرا ما تتجاهل أو يصعب عليها تحديد كل ما يمكن أن ينتج عن العقد فإذا اتفق المتعاقدان على نقل ملكية أحد الأشياء بينهما فغنه يجب تطبيق أحكام البيع بينهما والتي تقضي في هذه الحالة بالتام البائع بضمان العيوب الخفية التي قد توجد على الشيء المبيع، ويضمن الاستحقاق في الحالة التي يستحق فيها الشيء لشخص آخر، وكذلك بضمان التعرض ولو لم يذكر المتعاقدان ذلك في العقد لان القانون ف مثل هذه الحالات يكمل ويفسر إرادة المتعاقدين.

3- العرف:

ويجب على القاضي في حالة تحدي الآثار المترتبة عن العقد أن يضيف كل الالتزامات التي يقتضيها العرف وفق للعادة الجارية ومثالها إضافة نسبة مئوية في فاتورة الفنادق والمطاعم والمقاهي لصالح الخدم الذين يعملون في الفنادق أو المطاعم أو المقاهي.

4- العدالة:

وقد يسترشد القاضي بأحكام العدالة لتحديد مضمون العقد من خلال تحديد الآثار ي يترتب على العقد بصفة عامة فإذا اتفق شخص مع شخص آخر على نقل حق من حقوقه فإن البائع يلتزم أمام المشتري بالألا يجعل نقل الحق إليه مستحيلا أو عسيرا وبائع المتجر يلتزم في مواجهة المشتري بالألا ينافسه منافسة تنزع منه عملاء المتجر..

والعامل إذا عمل في مصنع واطلع على أسراره الصناعية فإن أحكام العدالة تلزم هذا العمل بالآلا يبيح بهذه الأسرار لمصنع منافس آخر¹.

وتعتبر مسألة تحدي نطاق ومضمون العقد من المسائل القانونية التي يخضع فيها القاضي إلى رقابة محكمة النقض (المجلس الأعلى وفقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائي) فإذا تبين لمحكمة النقض أن القاضي لم يأخذ بأحكام المادة 2/107 وذلك في نطاق تحديد مضمون العقد فإنها تنتقض حكمه لخطأ في تطبيق القانون.

ثانيا: كيفية تنفيذ العقد

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة 107 من القانون المدني الجزائري تقضي وجوب تنفيذ العقد وفقا لمبدأ حسن النية حي أصبح هذا المبدأ هو الذي يسود جميع أنواع العقود في الوقت المعاصر.

ووفقا لهذا المبدأ ، فغنه لو التزم متعهد بتوصيل أسلاك الكهرباء في دار وجب عليه أن يقوم بتوصيلها من اقصر طريق ممكن، وان أمين النقل يجب عليه أن ينقل البضاعة من الطريق الأصلح بالنسبة إلى صاحبها.

والتزم المتعاقد بمراعاة حسن النية في تنفيذ العقد، التزم يفرضه القانون وبالتالي فإن إخلال المتعاقد بمبدأ حسن النية يستوجب مسؤوليته العقدية².

المطلب الثاني: القوة الملزمة للعقد

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، فقرة 407 ص621.

² خليل أحمد حسن فدادة ، مرجع سابق، ص143.

القاعدة العامة هي أن العقد شريعة المتعاقدين ، فالواجب تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه". وقد أورد القانون المدني الجزائري استثناء على هذه القاعدة ويتمثلان في نظرية الظروف الطارئة التي تفرض تدخل القاضي في تحديد العقد، ونظرية عقود الإذعان التي هي أيضا تفرض تدخل القاضي في تعديل العقد، وعقود الإذعان ليس موضوع دراستنا ونتكلم عن القاعدة العامة وهي العقد شريعة المتعاقدين أولا ثم الاستثناء على ذلك وهي نظرية الظروف الطارئة¹.

الفرع الأول: العقد شريعة المتعاقدين

إن العقد الذي ينشأ صحيحا مستوفي لجميع شروطه وخالي من العيوب يترتب آثاره الملزمة بالنسبة لأطرافه فيكون بذلك هو شريعة المتعاقدين فيتم الخضوع له مثل الخضوع للقانون أي كما لو كان مادة قانونية أمر لا يجوز مخالفتها، ويرتكز العقد في قوته الملزمة على أساس سلطان الإرادة في نطاق العقود، فيلتزم أطرافه بما ارتضوه².

ومنه كقاعدة عامة لا يجوز لأطراف العقد بإرادتهم وحدهم، تعديل العقد أو نقضه أو إنهائه إلا باتفاق الطرفين³ م 106 ق م.

وكما أسلفنا الذكر فإن أساس العقد شريعة المتعاقدين هي الإرادة، ويمكن إسناد سلطان الإرادة إلى أساس أخلاقي وذلك باحترام ما يتعهد الإنسان به، وأساس اقتصادي وذلك من أجل بث وضمن استقرار المعاملات الاقتصادية والائتمان بين أشخاص المجتمع⁴، وفي حالة زوال الثقة يزول الائتمان معها.

أولا-تنفيذ العقد بحسن النية:

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد للالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 696، 695.

² توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 2008، ص 291.

³ أمجد محمد منظور، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام ، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث، دار الثقافة بيروت، لبنان، 2006، ص 171.

⁴ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 297.

إن مبدأ حسن النية يشمل جميع أطوار العقد من وقت إنشائه ثم تفسيره وأيضا تنفيذه، أي شرف التعامل ومعيار حسن النية هو معيار ذاتي شخصي ويشمل جميع العقود، "ويرتب القضاء الفرنسي على وجوب مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد أن المقاول إذا تعهد بتوصيل أسلاك الكهرباء وجب عليه أن يقوم بتوصيلها من أقصر طريق ممكن، وأن أمين النقل يجب عليه أن ينقل البضاعة عن طريق الصلح بالنسبة لصاحبها"

ويكون جزاء الإخلال بمبدأ حسن النية، بقيام المسؤولية العقدية وذلك يؤدي إلى تعويض الضرر بسبب سوء النية، في حالة عدم قيام المدين بتنفيذ العقد بسبب الغش أو الخطأ الجسيم.

ويوجد أنواع من العقود تفرض حسن النية بشكل أكبر وأوضح مثل عقد الشركة وعقد التأمين وكذلك عقد الوكالة¹.

وقد نص على هذا المبدأ المشرع الجزائري من خلال نص المادة 7 فقرة 1 ق م "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية"²

الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على العقد شريعة المتعاقدين:

إن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي قوامها عدم انفراد أحد أطراف العقد بسلطة تعديله أو نقضه أو إنهائه بإرادته وحده، على أن هذه القاعدة يتولد عنها استثناءات³ ومن أهمها نظرية الظروف الطارئة التي تؤدي إلى تعديل العقد ويوجد حالات أخرى:

- حالة يسمح فيها لأحد المتعاقدين بإنهاء العقد أي بالإرادة المنفردة.
- حالات يعدل فيها القانون آثار العقد.
- يكون للقاضي سلطة تعديل العقد⁴.

أولا- قاعدة عدم جواز إنهاء العقد بالإرادة المنفردة:

¹ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص701،702.

² المادة 7، القانون المدني، المصدر السابق.

³ أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص171.

⁴ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص299.

استنادا إلى مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" فلا يكون لأي من أطراف العقد إنهاؤه منفردا، والقاعدة المتعارف عليها في مجال إنهاء العقود هي إنهاؤه بإرادة طرفية، ما يعرف بالتقابل Résiliation-conventionnelle ، لكن في الحقيقة واستنادا إلى أنه لكل قاعدة استثناء فيجوز استثناء إنهاء العقد بالإرادة المنفردة في حالة وجود شرط ينص على ذلك في العقد أو نص قانوني يجيز ذلك¹.

1- حالات الإنهاء بالإرادة المنفردة:

- إذا وجد شرط في العقد يمكن أحد أطراف العقد من إنهائه مثل عقد الإيجار الذي يبرم 10 سنوات ويتم الاتفاق على أنه لكل طرف الحق في إنهاء العقد كل سنتين.
- إذا نص القانون على جواز إنهاء العقد من أحد أطرافه قبل انتهائه مثل عقد الوكالة م 588،586 ق م، وعقد الشركة م 442،440 ق م .
- إذا نص القانون على جواز إنهاء العقد من أحد أطرافه فقط دون الآخر حماية للمتعاقد، مثل حق المعير في إنهاء العارية م 547 ق م².

ثانيا- إنهاء العقد أو تعديله بإرادة المشرع:

- يكمّن دور المشرع في إنهاء أو تعديل العقد على الرغم من إرادة أطرافه في حالات محددة، حيث أن القاضي نفسه لا يملك السلطة التقديرية في إبقاء العقد أو إنهاؤه.
- حالة وفاة أحد أطراف العقد ، مثل موت أحد الشركاء في شركة التضامن م 439 ق م وإنهاء عقد العارية بموت أحد طرفيها م 548 ق م وانتهاء الوكالة بموت الوكيل المادة 586 ق م، وهي عقود يراعي فيها الاعتبار الشخصي.
- وهنا يكمّن الدور الحقيقي لتدخل المشرع لإنهاء العقد حتى لو كانت إرادة الأطراف مخالفة لذلك مثل تدخل المشرع لإنهاء العقد في تحديد مدد الإيجار م 471،474، 509 ق م³.

المطلب الثالث: الاستثناءات الواردة على المبدأ

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 300.

² المرجع نفسه، ص 300.

³ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 301.

طبقاً للقاعدة العامة التي فصلنا من خلال القوة الملزمة للعقد، فإنه لا يمكن للقاضي إنهاء أو تعديل العقد، غير أن المشرع مراعاة منه للمصلحة العامة ولقواعد العدالة أعطى للقاضي سلطة إنهاء أو تعديل العقد في حالات معينة مثل سلطة منح المدين أجل للوفاء بدينه وهذا ما يعبر عنه "بنظرة الميسرة" م 119 فقرة 2 ق م ، وكذلك سلطته في تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء عنها في عقود الإذعان م 110 ق م لنصل إلى سلطته في تعديل الالتزام المرهق ورده لحالته المعقولة في حالة الحوادث أو الظروف الطارئة م 107 فقرة 3 ق م¹ ، ونظرية فعل الأمير متناولين في ذلك نظرية الظروف الطارئة وفعل الأمير في الفرع الأول وفي فرع ثاني إلى أثر الظروف الطارئة.

الفرع الأول: نظرية الظروف الطارئة وفعل الأمير:

نتناول أولاً نظرية الظروف الطارئة (الظهور الفعلي و الشروط)، ثم نتطرق إلى نظرية فعل الأمير ثانياً.

أولاً: نظرية الظروف الطارئة

1- الظهور الفعلي للنظرية:

كان أول ظهور فعلي لنظرية الظروف الطارئة في القضاء الإداري الفرنسي وبالتحديد مجلس الدولة في القضية الشهيرة "شركة الغاز في مدينة بوردو" *Affaire Gaz de Bordeaux* فكانت تورد الغاز بثمن معين، ثم ارتفع سعر الفحم اللازم من أجل إنتاج الغاز، بفعل الظروف الصعبة التي كانت سائدة في الحرب العالمية الأولى، فأصبح ثمن تنفيذ الالتزام الذي هو على عاتق الشركة بتوريد الغاز مكلفاً ويهدد الشركة بالخسارة، فعدل مجلس الدولة الفرنسي العقد بموجب قرار صادر عنه، وذلك بمواكبته مع هذا الارتفاع في السعر وذلك مع ما يتفق مع العدالة وهو ما انتهجته وسارت عليه محكمة النقض الفرنسية في قراراتها لاحقاً²، ثم أخذت النظرية في التطور في القوانين الحديثة كالقانون الإيطالي الجديد 1467، والقانون الجزائري م 107 ، والمصري 147، والسوري م 142، والعراقي م 146.

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 301، 302.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 793، 794.

وقد تم انتهاج نظرية الظروف الطارئة في عقود التجارة الدولية من خلال إدراج شرط "الهـار تشيب" ويظهر هذا الشرط أكثر في عقود التجارة الدولية العالمية بين الشركات التجارية والصناعية، حيث يلتزم أطراف العقد بالتفاوض من جديد بينهم في حال وجود ظروف صعبة وخاصة في التغييرات الاقتصادية أو المالية¹ وأصبح هذا الشرط بمثابة أحد قواعد التجارة الدولية يسمى² Lex mecration .

2- شروط نظرية الظروف الطارئة:

يتعين لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، وفقا للمادة 107 فقرة 3 ق م ، أن تتوافر الشروط القانونية الثلاث الآتية³:

- أن تكون الظروف بين فترة الانعقاد والتنفيذ.

- أن تكون هذه الظروف الاستثنائية عامة وغير متوقعة.

- أن يجعل الحادث تنفيذ الالتزام مرهقا وليس مستحيل.

أ- أن تكون هذه الظروف الطارئة بين فترة الانعقاد وتنفيذ العقد:

يستوجب لتطبيق هذه النظرية أن تكون بعد انعقاد العقد مثل زلزال أو فيضان أو ارتفاع أسعار مفاجئة أو نزول كبير فيها، أو كلاهما يجهل هذه الظروف، إذن المجل والنطاق التي تطبق فيه هذه الظروف هو العقود المستمرة التي تنفذ خلال مدة زمنية وليس حالا، كعقد الإيجار والعمل، وتطبق في العقود الفورية أيضا الذي يكون تنفيذها تراخي، مثل البيع الذي يكون فيه دفع الثمن عرضة للإنقاص، وأيضا لا يشترط أن تكون الالتزامات المتبادلة متراخية التنفيذ على وجه التقابل" فيكفي وجود التزام واحد فقط متراخي التنفيذ ما بعد الحادث المفاجئ⁴.

¹ محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعي، الجزائر، 2006، ص62،63،64.

² علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجاري الدولية، دار هومة، الجزائر، 2012، ص287،288.

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص720.

⁴ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص305،306.

ب- أن تكون هذه الظروف استثنائية وعامة وغير متوقعة:

فيقصد بالحادث الاستثنائي "ذلك الحادث الذي ينذر حصوله، حيث يبدو شادا وخارج عن المألوف بحسب السير العادي للأمر" مثل زلزال أو وباء ، ويجب أن يكون عاما ومعناه أن لا يكون خاصا بشخص المدين وحده¹ كإعساره أو إفلاسه أو موته أو حريق في محصوله فذلك لا يعتبر ظروف عامة.

ويجب أن يكون غير متوقع ونعتمد في ذلك على معيار الرجل العادي وهذا معيار موضوعي لا يتعلق بشخص المدين فلا يمكن توقعه وقت إبرام العقد وأخيرا فإنه لتطبيق هذه النظرية تطبيقا صحيحا يجب أن لا يكون الحادث في الاستطاعة دفعه أو تحاشيه².

ج- أن يجعل الحادث تنفيذ الالتزام مرهقا وليس مستحيلا:

إن المادة 107 ق م تستوجب أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا وليس مستحيلا لأن الاستحالة المطلقة هي قوة قاهرة تؤدي بالالتزام إلى الانفساخ بقوة القانون ، أما إذا تسبب المدين بخطئه في الاستحالة المطلقة فالالتزام لا ينقضي ويكون ملزما بالتعويض م176 ق م.

إذن يكمن الفرق بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة في أن الأولى تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا، أما القوة القاهرة فتجعل التنفيذ مستحيلا، رغم أنهما يشتركان في عدم التوقع أي المفاجأة وعدم إمكانية الدفع.

وكذلك يجب أن يكون الإرهاق يسبب خسارة فادحة وكبيرة للمدين ويقدر هذا الإرهاق القاضي حسب سلطته التقديرية ، كما أن بعض العقود يمكن الاتفاق فيها على تحمل المدين آثار وتبعات القوة القاهرة المادة 127 ق م³.

ثانيا- نظرية فعل الأمير:

¹نورة سعداني، سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون الجزائري، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم

السياسية ، العدد 02، جامعة بشار، الجزائر، دون سنة نشر، ص36.

²محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص45

³بلحاج العربي، المرجع السابق، ص803، 804.

وهذه النظرية أتى بها القضاء الإداري الفرنسي ليحل مشكلة الاختلال في التوازن العقدي عند قيام الإدارة بعمل إداري مشروع يؤثر بالسلب على المتعاقد معها ويؤدي إلى زيادة الالتزامات التي تم الاتفاق عليها في العقد¹.

1- شروط تطبيق نظرية فعل الأمير:

لتطبيق نظرية فعل الأمير يستوجب الفقه والقضاء الإداري وجود عدة شروط:

أ- أن يكون بصدد عقد إداري:

وهذا من البدهة بما كان لأن طاق تطبيق هذه النظرية هو العقود الإدارية وليست العقود المدنية التي لا تظهر فيها الإدارة صاحبة السيادة، وهذا أحد ما يميز نظرية فعل الأمير عن نظرية الظروف الطارئة.

ب- أن يكون الفعل أو الإجراء القانوني أو التصرف الإداري صادر عن الإدارة المتعاقدة:

وكان في بداية الأمر لا يشترط القضاء صدور الإجراء عن الإدارة المتعاقدة فقط بل من كل سلطة عامة أي كان نوعها، ثم أصبح يفرض صدوره من المصلحة المتعاقدة فقط دون غيرها وهذا أيضا ما يميزها عن نظرية الظروف الطارئة.

ج- أن يكون الفعل أو الإجراء مشروع:

ويقصد به عدم وجود خطأ من الإدارة المتعاقدة معها ، لأنه في حال وجود خطأ الإدارة فإن مسؤوليتها تقوم على أساس الخطأ.

د- أن يكون الإجراء أو الفعل غير متوقع:

¹بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، شهادة دكتوراه، قانونعام، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2011، 2012، ص206.

ويقصد به أن هذا الإجراء لا يمكن توقعه من الشخص المتبصر، ويجب ألا يكون هذا الإجراء من الأمور التي يمكن وضعها في الحسبان ومعيار عدم التوقع هو معيار موضوعي يقدره قاضي الموضوع، هنا تشبته نظرية فعل الأمير مع نظرية الظروف الطارئة¹.

هـ - أن يترتب على الفعل ضرر خاص بالمتعاقد معها:

ويقصد بالضرر هنا هو الضرر المادي أي الذي يؤدي إلى اختلال في التوازن المالي للعقد مؤديا إلى نقص في الأرباح لدى المتعاقد معه وجعل التزامه مرهق²، وهنا أيضا وجه للشبه بين نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة.

الفرع الثاني: أثر الظروف الطارئة

إذا اكتملت شروط الظروف الطارئة كان لازما على القاضي أن يرد الالتزام المرهق إلى حده المعقول الذي يكون متماشيا مع ما تقتضيه العدالة بعد إجراء الموازنة بين مصلحة الطرفين المتعاقدين³.

أولا - قد يرى القاضي إنقاص التزامات المدين:

فإذا كان هذا الأخير أبرم عقد توريد معه الجامعة لتوريد الأغذية للطلاب وكان ذلك بثمن معين، وبعدها وقعت ظروف طارئة ارتفعت على إثرها الأسعار فيلجأ القاضي إلى تخفيف الكمية التي كان المدين ملزما بتوريدها.

ثانيا - قد يرى القاضي زيادة الالتزام المقابل للالتزام المدين:

¹ خالد بلجيلالي، الوجيز في نظرية القرارات والعقود الإدارية، دار بلقيس للنشر، 2017، ص130، 131.

² بوشارب الزهرة، نظرية فعل الأمير وأثرها في المادة الإدارية، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، الجزائر، 2014، ص22، 23.

³ أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص172.

وقد ضرب لذلك مثل في لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ: "تعهد تاجر بأن يورد ألف إردب من الشعير بسعر ستين قرشا للإردب، فيرتفع السعر إلى أربعة جنيهاً، فيرفع القاضي السعر الوارد في العقد إلى أربع جنيهاً، ولكن يلاحظ هنا أمران (الأمر الأول) أن القاضي لا يرفع السعر الوارد في العقد إلى أربع جنيهاً، وإلا كان في ذلك تحميل للطرف الآخر، ليس فحسب تبعث الارتفاع الفاحش للأسعار بأكمله، بل أيضاً تبعها لارتفاع المألوف، والأصل أن الارتفاع المألوف للأسعار يحمله المدين، كما يتحمل الدائن انخفاض الأسعار المألوفة، فإذا فرضنا في المثل الذي نحن بصدد أن الارتفاع المألوف في سعر الشعير هو عشرون قرشا وجب أن يتحمل المتعهد المقدار دون أن يشترك معه الطرف الآخر، وما زاد على ذلك - وبلغ في مثلنا ثلاثمائة وعشرون قرشا - هو ارتفاع غير مألوف يقسمه القاضي بين المتعاقدين حتى يتحمل كل منهما نصيبه في الخسارة غير المتوقعة فيصيب المتعهد منه مائة وستون قرشا، ويرفع القاضي السعر، ومقداره ستون بنصف الزيادة غير المألوفة ومقداره مائة وستون قرشا، فيصل إلى مائتين وعشرين وعلى الطرف الآخر أن يدفع للتاجر هذا السعر المعدل بدلا من السعر المتفق عليه والأمر الثاني) أن القاضي عندما يرفع السعر من ستين إلى مائتين وعشرين¹.

لا يفرض على الطرف الآخر أن يشتري بهذا السعر، بل يخيره بين أن يشتري به أو أن يفسخ العقد، فإذا اختار الفسخ كان هذا أصلح للمدين، إذ يرتفع على عاتقه كل أثر للحادث الطارئ².

ويلاحظ في حالتنا إنقاص الالتزام المرهق وزيادة الالتزام المقابل أن القاضي لا يرد الالتزام إلى الحد المعقول إلا بالنسبة للحاضر، ولا شأن له بالمستقبل ويرجع العقد إلى حالته العادية قبل وقوع الظروف الطارئة أي يرجع لأصله³.

ثالثا - للقاضي أن يأمر بوقف تنفيذ العقد:

¹ عبد الرزاق أحمد السنهور، المرجع السابق، ص 726.

² المرجع نفسه، ص 526.

³ عبد الرزاق أحمد السنهور، المرجع السابق، ص 527.

يجوز للقاضي حسب سلطته التقديرية للأمور أن يأمر بوقف تنفيذ العقد إذا تراء له أن الحادث مؤقت فقط، مثلاً إذا تعهد مقاول ببناء ملعب رياضي وبعدها ارتفعت مواد البناء ارتفاع فاحش لكنه يزول قريباً لفتح عمليات الاستيراد من الخارج¹، هذا وقضت المحكمة العليا الجزائرية في قرارها الصادر سنة 2000 أجلاً للمدين من أجل تنفيذ التزاماته لوجود الظروف الطارئة وجاء فيه² (إن قضاة المجلس عندما منحوا للمطعون ضدها أجلاً لتنفيذ التزاماتها معتمدين في ذلك على الظروف الأمنية الاستثنائية السائدة في المنطقة التي يترتب عنها عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد بصفة مؤقتة، يكونون قد طبقوا القانون تطبيقاً سليماً³).

إن سلطة القاضي مطلقة في تعديل الالتزامات وخاصة المرهقة ولكن سلطته يجب أن تظل في حدود تعديل العقود أو حتى وقفها مؤقتاً عدون أن تتجاوز ذلك إلى الفسخ لأن فسخ العقد يجعل الدائن هو الذي يتحمل نتيجة هذه الحوادث المفاجئة، لكن يجوز للدائن أن يطالب بالفسخ لما رأيناه سابقاً، وفي حالة لم يتقبل حلول القاضي التي قدمها له في سبيل الموازنة بينه وبين المدين لأنه لا يمكن فرض الحل الذي رآه القاضي.

والفسخ في كل الأحوال لا يضر بالمدين لأنه يمنع من خسارة فاحشة قد تلحق به أضرار كبيرة⁴.

وبما أن القاضي لا يمكنه فسخ العقد فإن هذا العقد يبقى مستمر بين أطرافه وهنا يظهر الفرق الكبير والجوهري بين أثر الظروف الطارئة والقوة القاهرة التي ترتب انقضاء العقد وانفساخه بقوة القانون م 121 ق م⁵.

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 808

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 309

³ قرار رقم 212782 مؤرخ في 12/01/2000 المجلة القضائية، سنة 2001، العدد 1، ص 114.

⁴ خليل أحمد حسن قدارة، المرجع السابق، ص 113.

⁵ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 310.

وآخر ما يمكن التطرق إليه في هذا الموضوع هو وضع المشرع الجزائري نظرية الظروف الطارئة ضمن النظام العام حيث لا يجوز للأطراف الاتفاق على خلاف ذلك طلقا لنص المادة 107 ق م¹ "...ويقع باطلا كل اتفاق خلاف ذلك".

المبحث الثاني: جزاء الإخلال بالقوة الملزمة للعقد

إن العقد يرتب التزامات متقابلة تقع على عاتق أطرافه، ويفترض تنفيذها وفقا لما تم الاتفاق عليه، وهذا ما رأيناه من خلال قوته الملزمة. فإذا لم يقم أحد الأطراف بتنفيذ التزاماته التعاقدية

¹نورة سعداني، المرجع السابق، ص38.

أو تأخر في تنفيذها أو نفيها بغير ما أتفق عليه تقوم المسؤولية العقدية، لذلك سنتناول في هذا المبحث الى شروط المسؤولية العقدية في مطلب أول، والى تدليل أحكام المسؤولية العقدية في مطلب ثاني.

المطلب الأول: شروط قيام المسؤولية العقدية

إذا تم العقد بالطريقة التي تحدثنا عنها بالتفصيل وجب على كل متعاقد أن يقوم بتنفيذ جميع الالتزامات التي ترتبت على عاتقه من العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود.

أما إذا لم يرق أحد الطرفين بتنفيذ ما يقع عليه من التزامات. كان من الممكن إجباره على التنفيذ، وذلك عن طريق الوسائل القانونية التي جعلها القانون في يد الدائن لحمل مدينه على الوفاء، و وفقاً للقواعد العامة التي ينظم بها القانون التنفيذ الجبري، و إجبار المتعاقد على التنفيذ الجبري للالتزامات، لا يمكن تصوره إلا في الحالة التي يكون فيها تنفيذ الالتزام ممكناً و غير مستحيل (م 164 من ق. م) و التي تقضي بأن (يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين 180، 181 على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً) و استحالة تنفيذ الالتزام، إما أن تكون راجعة لقوة قاهرة لا يد للمدين فيها، و إما أن تكون لعمل المدين نفسه، في الحالة الأولى لا يمكن أن يسأل المدين عند عدم قيامه بالتنفيذ، أما في الحالة الثانية فيكون مسؤولاً عن عدم التنفيذ مسؤولية أساسها الإخلال بالالتزام عقدي، و لذلك توصف مسؤولية عن ذلك بالمسؤولية العقدية، و التي تقضي أحكامها بالزام المدين بالتعويض عن عدم قيامه بالتنفيذ عن كل الأضرار التي تلحق الدائن من ذلك.

و قيام المسؤولية العقدية يقتضي توافر ثلاثة أركان، مثالها في ذلك مثل المسؤولية التقصيرية التي تترتب عن الفعل الضار، و هذه الأركان هي:

الخطأ _ الضرر _ و علاقة السببية.

و للحديث عن كل ركن من هذه الأركان، وجدنا أنه من المفيد تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع التالية: (الفرع الأول) نتناول فيه الخطأ العقدي، (الفرع الثاني) نتناول فيه الضرر، (الفرع الثالث) نتحدث عن علاقة السببية

الفرع الأول : الخطأ العقدي

أولاً : المقصود بالخطأ العقدي

يقصد بالخطأ العقدي عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدى ، أو التأخر في تنفيذه و يستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ أو التأخر فيه عن عمد أو إهمال من المدين بل أن الخطأ يتحقق حتى لو كان عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي كالقوة القاهرة ، غير أنه يلاحظ في هذه الحالة تنقطع علاقة السببية و بالتالي لا تقوم المسؤولية كما سيتضح فيما بعد.

و ينبغي ملاحظة أن عدم التنفيذ لالتزام تعاقدى يشمل عدم التنفيذ الكلي و عدم التنفيذ الجزئي و التأخر في التنفيذ.

و قد نصت المادة 176 من ق م على ذلك بقولها (إذا استحال على المدين تنفيذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا بد له فيه ، و يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه)¹

و يقتضي الخطأ العقدي أن نوضح التمييز بين نوعين من الالتزامات و هما الالتزام بتحقيق نتيجة أو غاية ، و الالتزام ببذل عناية.

1_ الالتزام بتحقيق نتيجة: لا يكون تنفيذه إلا بتحقيق الغاية من الالتزام و الهدف منه، و مثال ذلك التزام البائع بنقل الملكية ، فالغاية أو الهدف الذي يسعى المشتري إلى تحقيقه هو نقل الملكية و على ذلك لا يعتبر البائع قد نفذ التزامه إلا بتحقيق ذلك ، و من ذلك أيضا نقل الحقوق العينية الأخرى ، و كذلك الالتزام بتسليم عين معينة أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل معين ، ففي الالتزامات المذكورة لا يكون تنفيذها إلا بتحقيق الغاية منها ، واصطلح الفقه العربي على هذا النوع من الالتزامات : الالتزام (بتحقيق غاية)²

¹ - محمد صبري السعدي ، مصادر الالتزام ، مرجع سابق. ص 311

² محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 312

2_ الالتزام ببذل عناية : المدين به لا يقوم بتحقيق الهدف النهائي الذي يسعى إليه الدائن ، بل يكون مضمون آدابها للالتزام و وسيلة للوصول إلى الهدف النهائي و مثال ذلك قيام الطبيب بعلاج المريض ، فهو لا يلتزم بشفاء المريض بل يلتزم ببذل عناية ، و يكون العلاج وسيلة لتحقيق هدف المريض وهو الشفاء .

ففي هذا النوع من الالتزام يجب على المدين أن يبذل مقدار معيناً من العناية و القاعدة العامة أن يبذل المدين العناية التي يبذلها الشخص العادي ، وقد تريد هذه العناية أو تقل طبقاً لما يقرره القانون أو الاتفاق و يكون المدين قد نفذ التزامه التعاقدى إذا بذل العناية المطلوبة منه حتى و لو لم يتحقق الهدف أو الغاية من الالتزام .

و من أمثلة الالتزام ببذل عناية ، التزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة فعليه بذل عناية الرجل المعتاد و المستعير ببذل العناية في المحافظة على الشيء الذي استعاره غايته في المحافظة على ماله دون أن تنقص عن عناية الرجل العادي و في الوديعة علة المودع لديه لم يتقاضى أجراً بذل ما يبذله من عناية في حفظ ماله دون زيادة عن عناية الرجل العادي .

و قد نصت المادة 172 من ق.م عن هذا النوع من الالتزام بقولها (في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإرادته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ، و لم يتحقق الغرض المقصود هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك. و على كل حال يبقى المدين مسؤولاً عن غشه أو خطئه الجسيم.)

و بناء على ما تقدم يجب التمييز بين نوعي الالتزام السابق بيانها عندما نقول أن الخطأ العقدي في الالتزام بتحقيق غاية هو عدم تحقيق هذه الغاية ، أما في الالتزام ببذل عناية فيكون الخطأ العقدي فيه عدم بذل المدين العناية المطلوبة منه .

ثانياً: إثبات الخطأ العقدي:

سبق القول أن الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه ، و يتحمل الدائن الذي يطالب بتعويض عبء إثبات عدم التنفيذ ، فإذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة فعلى الدائن إثبات

عدم تحقيق هذه النتيجة التي استهدفها أما إذا كان الالتزام ببذل عناية وجب عليه إثبات أن المدين لم يبذل العناية التي يبذلها الشخص العادي ، و إثبات عدم التنفيذ في الحالة الأولى أيسر من الإثبات في الحالة الثانية.

الفرع الثاني : الضرر

أولاً: تعريف الضرر و شروطه

الضرر هو الركن الثاني لقيام المسؤولية العقدية ، بل المسؤولية المدنية عموماً، فيجب أن يترتب على الخطأ ضرر يصيب الدائن لعدم تنفيذ المدين التزامه التعاقدى أو التأخر فيه.

ونستطيع أن نعرف الضرر بأنه الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له أو بحق من حقوقه، و المصلحة المشروعة إما تكون مادية أو أدبية، وتعريفنا للضرر هنا ينطبق عليه كركن سواء في المسؤولية العقدية ، والمسؤولية التقصيرية.

وعبء إثبات الضرر يقع على عاتق الدائن، لأنه المدعي في دعوى المسؤولية إما إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود فالقانون يفترض الضرر في حالة التأخير في الوفاء فيعفى الدائن من إثبات إصابته بضرر.

وتقضي المادة 186 من ق. م بذلك فتتص على أنه(إذا كان محل الالتزام بين أفراد مبلغا من النقود عين مقداره وقت رفع الدعوى و تأخر المدين في الوفاء به، فيجب عليه أن يعرض للدائن الضرر اللاحق من هذا التأخير).

ويشترط في الضرر أن يكون مباشر أو متوقعا، ولا يهـم الضرر أن يكون حالا (واقعا) أو مؤكدا الوقوع في المستقبل، فالمهم أن يكون الضرر محقق غير احتمالي و الضرر قد يكون ماديا أو أدبيا.

ثانياً: الضرر المادي والضرر الأدبي

الضرر المادي هو الذي يصيب الدائن في ماله في المسؤولية العقدية نتيجة خطأ المدين ومثاله عدم استطاعة المعير استرداد الشيء المعار من المدين الذي استعاره ، وعدم

استطاعة المودع استرداد الوديعة و الغالب أن يكون الضرر مادياً، ويشترط في الضرر أن يكون حالاً أو محقق الوقوع أما الضرر الاحتمالي فلا يستحق التعويض وينتظر حتى يتأكد وقوعه. والضرر الأدبي هو الذي يصيب الإنسان في مصلحة غير مادية ومثاله الضرر الذي للإنسان في سمعته، كالذي يترتب عن السب والقذف.¹

ثالثاً: مدى التعويض عن الضرر

نصت المادة 182 من ق م ق في فقرتها الثانية على أنه (غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد).

ويتبن لنا من المادة 2/182 ق.م أن نطاق العقد الموجب للتعويض هو الضرر المتوقع دون الضرر الغير متوقع، وقد حدد هذه الفقرة كذلك وقت توقع الضرر بوقت التعاقد، يرتب على ذلك بأن الضرر الذي لم يتوقعه المدين وقت العقد لا يسأل عنه، كما لو أن أحد الأشخاص أرسل طرداً من الطرود مع إحدى الشركات الناقلة ، تم ضاع هذا الطرد ، فإن الشركة لا تكون مسؤولة إلا عن القيمة المعقولة للطرد الضائع ، حتى و لو تبين بعد ذلك أن الطرد كان يحتوي على أشياء ثمينة ، و ذلك لأن الشركة لم تتوقع أن هذه الأشياء موجودة في الطرد.²

و توقع المدين للطرد يقاس بمعيار موضوعي لا بمعيار ذاتي ، فالضرر المتوقع هو الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة ، أي الضرر الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين.³

الفرع الثالث: علاقة السببية بين الخطأ و الضرر

¹ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 116.

² خليل أحمد حسن ققادة ، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ، ص 153

³ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، مرجع سابق ، ص 687

هذه العلاقة هي الركن الثالث في المسؤولية المدنية عموماً ، فلا يكفي أن يقع خطأ من المدين ، و أن يلحق ضرار بالدائن حتى تقوم المسؤولية العقدية ، بل لابد أن يكون هذا الخطأ هو السبب في هذا الضرر ، و هذا هو معنى علاقة السببية بين الخطأ و الضرر

أولاً : إثبات علاقة السببية

يقع على الدائن عبء إثبات علاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام (أو الخطأ العقدي) و الضرر الذي لحقه¹

أما علاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام و سلوك المدين ، فهي مفترضة في نظر المشرع الذي يفترض أن الخطأ راجع إلى الضرر²

و على المدين إذا كان يدعي عكس ذلك أن يقوم بنفي السببية بن عدم التنفيذ و سلوكه³ و في هذا المعنى تقرر المادة 176 من ق.م على أنه : «إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا بد له فيه...»

فالمادة 176 ق.م لا تتعلق في الحقيقة إلا بركن الخطأ و هي تفترض أن استحالة التنفيذ رجع إلى سلوك المدين، و لا شأن لها على الإطلاق بعلاقة السببية بين الخطأ و الضرر الذي يضل إثباتها خاضعا للمبادئ العامة⁴

و على هذا الأساس يتعين على المدعي بالتعويض في المسؤولية العقدية ، إقامة الدليل على قيام علاقة السببية ما بين الخطأ و الضرر، و على محكمة الموضوع أن تبين في حكمها توفر هذه العلاقة ، و إلا كان في حكمها قصور استوجب النقض فإذا كانت الوقائع تدخل تحت السلطة التقديرية لقضاة الموضوع ، فإن استخلاص توافق علاقة السببية أو عدم توافرها من مسائل القانون التي تخضع لرقابة المحكمة العليا⁵

¹ المحكمة العليا ، غ.م، 17/06/1987، ملف رقم 49174، م.ق، 1990، 3، ص 27

² المحكمة العليا ، غ.م، 02/03/1983، ملف رقم 20310، ن.ق ، 1987، 1، ص 64

³ المحكمة العليا ، غ.م، 03/06/1987، ملف رقم 49767، م.ق، 1990، 3، ص 30

⁴ زاروتي الطيب دفع المسؤولية العقدية رسالة د.د.ع جامعة الجزائر ، 1978،

⁵ المحكمة العليا ، غ.م 4/05/1985 ، إ.ق، ص، ص 99

فمن اللازم توافر عناصر دعوى التعويض ، من خطأ و ضرر و علاقة سببية مباشرة و هذا العنصر الأخير يعتبر متوفرا إذا ثبت أن الضرر الحاصل يعد نتيجة ارتباط الفعل بالسبب .

فلو أن محاميا مثلا تعهد باستئناف حكم ثم أخل بالتزامه ، واتضح أن هذا الحكم من الأحكام التي لا يجوز استئنافها فإنه لا يلزم قانونا بالتعويض رغم الإخلال بالتزامه كما أن الغلط الناشئ الذي يقع فيه المتفاوض الآخر في مرحلة المفاوضات العقدية من جراء عدم الإدلاء بالبيانات و المعلومات في هذه المرحلة السابقة على التعاقد ، ليس عاملا نفسيا يكمن في أعماق المكلف بهذا الالتزام لكنه لا يمنع من قيام علاقة السببية بين خطأ المدين و الضرر الذي لحق بالدائن ،وبما أن الخطأ قبل التعاقد هو عمل مادي ،فهو من الوقائع التي يقضي فيها قضاة الموضوع دون رقابة ،كما أن تحديد المسؤولية المدنية وتعويض الضرر ،وتقدير جسامة ذلك الضرر يخضع لسلطتهم التقديرية ، أما ارتباط الخطأ قبل التعاقد بالضرر المترتب، ارتباط المسبب بالسبب و المعلول بالعلة ،أي بمعنى وصف الفعل أو العمل بأنه خطأ أو غير خطأ (وهو عملية تكييف الوقائع) كلاهما من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة المحكمة العليا.¹

ثانيا: نفي علاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام وسلوك المدين:

لا يستطيع المدين أن يدفع المسؤولية العقدية عنه، إلا بنفي علاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام وسلوكه، وذلك بإثبات السبب الأجنبي ويقصد به كل أمر غير منسوب إلى المدين أدى إلى حدوث الضرر الذي لحق بالدائن ، والسبب الأجنبي الذي يجعل التنفيذ مستحيلا، قد يكون قوة قاهرة أو حادثا فجائيا أو يكون فعل الدائن أو يكون فعل الغير.²

1- القوة القاهرة أو الحادث الفجائي:

¹ - بلحاج العربي،مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري،فقرة 173 وما بعدها .

² - بلحاج العربي،مصادر الالتزام ،مرجع سابق،ص 867.

لا يفرق الفقهاء¹ ولا القضاء² بين القوة القاهرة و الحادث الفجائي، كما أن المشرع الجزائري جرى على اعتبارهما مترادفين (م 127 من ق، م) فإذا أثبت شخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يدلله فيه كالقوة القاهرة ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر .

ويشترط في القوة القاهرة والسبب الأجنبي أن يكون أمرا لا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه وأن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا و أن يكون الأمر غير منسوب إلى المدين.

من أمثلة السبب الأجنبي: الحرب، و الزلزال، والفيضان ، والمرض، و صدور قانون جديد.

2- فعل الدائن:

إذا كان فعل الدائن يجمع بين عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه، فإنه يعتبر سببا أجنبيا، كوقوع المسافر لمحاولته ركوب القطار في أثناء سيرها، أو ضياع الرسالة في أثناء نقلها نتيجة لسوء التعبئة، وهو ما نصّ عليه القانون الجزائري في المادة 177 من ق م والتي تقضي بأنه: "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بالتعويض، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه ."

فإنه يعفى حارس الشيء من المسؤولية مثلا ، إذا أثبت أن الضرر الذي يثبتته ذلك الشيء حدث بسبب لم يكن يتوقعه ، كعمل الضحية (وهو الدائن)³.

3- فعل الغير:

¹ - علي علي سليمان، مصادر الالتزام، فقرة 123.

² - المحكمة العليا: غ ، م، 1982/12/22، ملف رقم 25752، ن، ق، 1983، 2، ص 58.

³ - بلحاج العربي، المسؤولية عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، م، ج، 1991، العدد 3 .

المراد بالغير هو الشخص الأجنبي عن العقد، الذي لا يكون المدين مسؤولاً عنه وهو يعتبر سبباً أجنبياً ، ويترتب عليه نفي علاقة السببية ، إذا توافرت فيه شروط القوة القاهرة.¹

ودراسة السبب الأجنبي تكون مفصلة في دراسة المسؤولية التقصيرية، حيث أن الأحكام هي نفسها بالنسبة للسبب الأجنبي سواء في المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية.

ويترتب على السبب الأجنبي انتفاء مسؤولية مدين العقدية عن الإخلال بالالتزام الذي رتبته العقد في ذمته، ولا يكون للدائن أن يطالبه بالتعويض عنها(م 127،176 من ق، م) وذلك ليس لانقطاع علاقة السببية بين الخطأ والضرر، ولكن لانتفاء خطأ المدين الذي أشار إليه المشرع الجزائري في المادتين 172 و 176 من ق، م وقد نصت المادة 307 من ق، م صراحة بأنه: "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي عن إرادته"².

أ- المقصود بالسبب الأجنبي:

يقصد به كل فعل أو حادث لا يكون بسبب المدعى عليه أي المدين وهذا الفعل أو الحادث هو من جعل منع وقوع العمل الذي أدى إلى الضرر مستحيل ولهذا السبب الأجنبي ركنان ، ركن سببية وركن انتفاء الإسناد.

أ-1 ركن السببية:

يقصد به أن المدين أو المدعى عليه كان في وضع استحالة مطلقة من التصرف بخلاف ما فعله، ومعيار الاستحالة هو موضوعي يقاس بمعيار الرجل العادي الذي يكون في نفس ظروف المدعى عليه ويرجع تقدير ذلك إلى القاضي حسب سلطته التقديرية.³

أ-2 ركن انتفاء الإسناد:

¹ - المحكمة العليا ، غ، م ، 1990/09/27، ملف رقم 71728، م، ق ، 1992، 2، ص 28.

بلحاج عربي ، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ، ص 870.

² - بلحاج عربي ، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ، ص 870.

³ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة لالتزام المسؤولية التقصيرية: الفعل المستحق للتعويض دراسة مقارنة في القوانين العربية، الطبعة الأولى، دار الهدى عين مليلة الجزائر ، 2019، ص 108، 109.

يقصد به عدم إمكانية إسناد الفعل أو الحادث إلى المدين أو المدعى عليه في كل الأحوال وكذلك يجب عدم مساهمة المدين أو المدعى عليه بخطئه في وقوع الفعل أو الحادث، أو في زيادة نتائجه.

ويجب أن يتوفر في الفعل أو الحادث صفتين و هما: عدم إمكانية التوقع وعدم إمكانية التلافي، والمعيار المتبع هنا هو معيار الرجل العادي.¹

ب- تطبيقات عملية:

الحرب تعتبر قوة قاهرة بما ينتج عنها من أزمات اقتصادية وحوادث مادية إذ أنها غير متوقعة و يستحيل دفعها، والذي يستحيل توقعه ليس الحرب ذاتها بل ما ينتج عنها من أزمات اقتصادية و أيضا الزلازل الغير متوقعة و العواصف والإضرابات الغير متوقعة و العواصف².

4- نظرية السبب المنتج *théorie de cause adequato*

حسب الفقيه الألماني فون كريس أنه في حال اشتراك عدة وقائع في إحداث الضرر فإنه من اللازم استخلاص السبب المنتج فقط، ودم الاهتمام بباقي الأسباب الأخرى، إذن فالسبب المنتج هو الذي يؤدي إلى وقوع الضرر الذي وقع وذلك حسب المجرى العادي للأمر، وإلا فإنه سيكون سببا غير منتج بل سبب عرضي فقط لا يوليه القانون أي أهمية.

ويمكن معرفة نوع السبب و أهميته التي تكون معرفته، بحيث ما إذا كان هذا السبب هو الذي أدى إلى كل الآثار التي وقعت في جميع أو بعض الأحوال أو لا يؤدي إلى الآثار إطلاقا، فنكون بالنسبة للحالتين الأوليتين السبب منتج و أما بالنسبة للحالة الثالثة يكون سببا عرضيا، وتطبيق هذه النظرية على الواقع، فيكون إهمال صاحب السيارة سببا عرضيا وليس منتجا، لأن عدم إغلاق السيارة وترك المفاتيح داخلها لا يؤدي حسب المجرى العادي للأمر إلى الوفاة. وتتبنى هذه النظرية من طرف الفقه و القضاء.

¹ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 109.

² - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 114.

المطلب الثاني: تعديل أحكام المسؤولية العقدية

تنتج المسؤولية العقدية بسبب الإخلال بشروط التعاقد المدرجة في العقد وبما أن العقد وليد عن إرادة أطرافه، فيكون لهما الحق في الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية ، و يجب أن يكون هذا التعديل غيره مخالف لنظام العام و الآداب العامة¹ وهذا ما جاءت به المادة 178 ق م حيث نصت ما يلي: " يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أي مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية ، إلا ما ينشأ عن غشه ، أو عن خطئه الجسيم ، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش و الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه ، ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي"²

و أيضا نصت المادة 62 ق ت على أنها تجيز لناقل البضائع تحديد و بيان مسؤوليته عن تلف البضائع أو ضياعهم ، و ذلك عن طريق إدخال هذا الشرط ضمن العقد أي عقد النقل³.

و يمكن أن نلاحظ من خلال نص م 178 ق م على أنه يمكن الاتفاق على تشديد و تخفيف المسؤولية العقدية بل حتى الاتفاق على الإعفاء منها نهائيا.

الفرع الأول: تشديد المسؤولية العقدية:

¹ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد و الإرادة المنفردة دراسة مقارنة في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 318.

² - م 178، القانون المدني، المصدر السابق.

³ بلحاج العربي، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات مدعم بأحداث إجتهدات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 850

و يقصد بذلك أن يتم الاتفاق على تحمل المدين مسؤوليته بسبب عدم تنفيذ التزاماته و لو كان ذلك راجع إلى قوة قاهرة أو حادث مفاجئ ، و معنى هذا أي سبب أجنبي ، و يمكن اعتبار هذا النوع من الاتفاق نوعاً من التأمين في العقد و من المتعارف عليه في هذه الحالة هو زيادة في نسبة إرادته من العقد أي يتقاضى زيادات المدين في المقابل من العقد¹

والاتفاق على تشديد أحكام المسؤولية العقدية قد يؤدي إلى تغيير الالتزام بعناية إلى الالتزام بتحقيق نتيجة و قد يحول ذلك الالتزام من التزام بتحقيق نتيجة إلى نوع من التأمين ، ففي الحالة الأولى يجوز الاتفاق على أن يكون المدين مسؤولاً إذا لم يعم بالمعنى المتقن عليه حتى إذا أثبت أنه بدل في سبيل ذلك عناية بل حتى لو أثبت أنه بذل عناية أكثر من المطلوب منه.

أما إذا كان نوع الالتزام هو تحقيق نتيجة فإنه يكون المدين مسؤولاً مجرد عدم تحقيق النتيجة المتفق عليها²

الفرع الثاني: التخفيف من المسؤولية العقدية أو الإعفاء منها:

و يقصد بالتخفيف والإعفاء من المسؤولية حسب ما ورد في نص م 176 ق م أنه يمكن إما الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تنتج عدم قيام المدين بالتزامه التعاقدية ، و هذا ما يقودنا للقول أنه يمكن إما التخفيف من هذه المسؤولية و إما الاتفاق على الإعفاء منها مطلقاً و في الحالة الأخيرة يظهر قيودان لا يجوز الاتفاق على مخالفتها هما الخطأ العمدي (غش المدين)، أو الخطأ الجسيم و معيار الخطأ الجسيم هو الخطأ الذي لا يصدره أقل الناس بصيرة³

((كذلك حارس الشيء يكون مسؤولاً رغم أنه ليس مالك له م 138 ق م و لا يمكن أن يعفى من المسؤولية إلا إذا أثبت ما ينفي مسؤوليته بإثبات خطأ المسافر أو القوة القاهرة و لا فرق في ذلك بين النقل بمقابل و النقل بالمجان نظراً لعموم و إطلاق المادة السابقة ، و هذا هو

¹ محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد و الإرادة المنفردة دراسة مقارنة في القوانين العربية المرجع السابق ، ص 319

² سمير عبد السيد تتاغو مصادر الالتزام العقد _ الإدارة المنفردة _ العمل غير المشروع _ الإثراء بلا سبب _ القانون مصدران جديان للالتزام لحكم _ القرار الإداري ، الطبعة الأولى ، الوفاء القانونية، مصر ، 2009 ص 176

³ محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد و الإرادة المنفردة دراسة مقارنة في القوانين العربية المرجع السابق ، ص 319

موقف اجتهاد المحكمة العليا ، فلا يعفى ناقل الأشخاص من المسؤولية و خاصة الالتزام بضمان سلامة المسافرين باعتباره موجب قانونا و كل شرط يرمى للإعفاء من تلك المسؤولية هو مخالف للنظام العام 62 و 63 ق ت))¹

و من الملاحظ أنه إذا تضمن العقد شرط إعفاء من المسؤولية العقدية و كان هذا الشرط صحيحا ، فإنه يعفي المدين من تحمل المسؤولية بالقدر الذي أتى به الشرط ، أما إذا كان شرط الإعفاء باطلا فيبطل الشرط و يبقى العقد قائم صحيح ، إلا في حالة ما إذا كان شرط الإعفاء من المسؤولية هو الدافع الباعث إلى التعاقد ، فينتج عنه بطلان العقد كاملا².

إذن يمكن لأطراف العقد على الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية بسبب الغش و الخطأ الجسيم إذا صدر عن أشخاص تابعين للمدين أي يعملون عنده و يكلفهم بتنفيذ التزاماته المنصوص عليها في ذلك العقد³

لكن لا يمكن الاتفاق على إعفاء المدين عن المسؤولية العقدية بسبب الخطأ الجسيم أو الغش كما قلنا سابقا المصدرين منه⁴

¹ بلحاج العربي ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات مدعم بأحداث اجتهادات المحكمة العليا، المرجع السابق ، ص 851

² بلحاج العربي ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات مدعم بأحداث اجتهادات المحكمة العليا، المرجع السابق ، ص 852

³ محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة لالتزامات مصادر الإلتزام

⁴ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق ، ص 177



خاتمة

خاتمة

من خلال دراسة موضوع الأثر النسبي للعقد في القانون الجزائري نستخلص أن ينشأ عنه التزامات تقابلها حقوق تقع على عاتق طرفي العقد، حيث أن آثار العقد من حقوق والتزامات تتصرف كأصل عام إلى العاقدين الأصليين الذين ساهموا في إبرام العقد سواء أصالة عن نفسه أو نيابة عن غيره، كما أن آثاره تمتد لتشمل كل من الخلف العام والخلف الخاص، وخروجاً عن مبدأ نسبية آثار العقد هناك استثناء وهو انصراف آثار العقد إلى الغير الأجنبي ويظهر ذلك في الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير، وعند دراسة هذا الموضوع توصلنا إلى عدة نتائج تتمثل كالآتي:

1- إن المتعاقدين تحكمهم قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والتي تعتبر مرجعاً أساسياً لمبدأ القوة الملزمة للعقد وفق ما جاء في نص المادة 106 من ق م ح حيث لا يجوز لأحد العاقدين وبإرادة منفردة نقص العقد أو تعديله إلا باتفاق أطراف العقد أو للأسباب التي يقرها القانون.

2- تطبيقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ينتج العقد آثاره في مواجهة عاقديه، هذه القاعدة لا يجوز نقضها ولا تعديلها سواء بالنسبة للمتعاقدين أو الغير، كما لا يسمح للتشريع ولا للقضاء التدخل في العلاقات التعاقدية، إلا أن المشرع استثناء عن ذلك أجاز للقاضي ذلك في حالات معينة وذلك من أجل تحقيق التوازن العقدي.

3- فيما يخص أطراف العقد فإنه لا يقتصر مفهوم المتعاقدين الأصليين على الأطراف المشاركة في العقد، بل يتعدى ذلك ليشمل من ينوب عنهم ومن يمثلهم سواء أكان خلفاً عاماً أو خاصاً، كما ويمتد إلى دائني المتعاقدين.

خاتمة

4- انصراف آثار العقد الذي أبرمه النائب عن طريق النيابة، لا يعد استثناء على المبدأ لأن الأصل ارتضى بالعقد الذي أبرمه النائب مع المتعاقد الآخر.

5- انصراف آثار العقد إلى الخلف العام فيما يخص فقط انتقال الحقوق الشخصية أما الالتزامات الشخصية فلا ينتقل إلى الخلف العام تطبيقاً للقاعدة الشرعية "لا تركة إلا بعد سداد الديون".

6- الخلافة الخاصة لا تتحقق إلا بشروط هذه الأخيرة ، ذكرت المادة 109 من ق م ، وهي أن تكون الالتزامات والحقوق الشخصية تتصل بالشيء الذي انتقل إليه، وكانت قد نشأت قبل انتقال الحق إليه، والخلافة الخاصة تتحقق أثناء حياة الأشخاص وكذلك بعد وفاة أحدهم، وهذا عكس ما نجده في الخلافة العامة التي نجدها تتحقق بعد وفاة السلف.

7- إن الدائن العادي لا يعتبر خلفاً عاماً ولا خاصاً إنما من الغير، وهذا لا يعني أنه لا يتأثر بالعقود التي برمها مدينه، بل إنها تؤثر في حقه بقدر ما تزيد أو تنقص من الضمان العام لمدينه، ولكنه يعتبر من الغير لأن العقد لا يلزمه ولا يكسبه حق، ومنح المشرع الدائن مجموعة من الدعاوى من أجل حماية حقه في الضمان العام، و يعتبر الدائن الممتاز أيضاً من الغير و يقتضي دينه عن طريق حق التقدم على باقي الدائنين في استيفاء الدين و تتبع الدين في اي يد كانت.

8- اعتبر المشرع التعهد عن الغير استثناء عن مبدأ نسبية العقد إلا أن حقيقة الأمر ما هو إلا تكريس لهذا المبدأ، وذلك يظهر إذا نظرنا إلى شروط قيام المتعهد عنه إلا إذا قبله أو أقره، ويكون إقرار الغير للتعهد بإرادته المحضة.

9- إن المادة 114 ق م أجازت للمتعهد أن يتخلص من التعويض ، بل ان يقوم هو بنفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به إن أمكن ذلك، وبطبيعة الحال لا يجب أن تكون شخصية المتعهد محل اعتبار.

10- إن المادة 114 من ق م ق لم تتضمن المدة المطلوبة لتحديد موقف الغير من التعهد هذا ما يطرح لنا إشكال حول المدة التي يؤخذ بها بعين الاعتبار في هذه الحالة .

11- عدم مسؤولية الغير عن رفضه للتعهد، فلا يترتب في ذمته أي مسؤولية ولو على أساس التعسف في استعمال الحق، لأن القانون هو الذي منحه هذا الحق لاعتبار أنه أجنبي عن عقد التعهد.

12- إن الإقرار لم يشترط فيه شكل معين، هذا ما يطرح لنا إشكال حول نية الغير في تبني الالتزام المتعهد إليه حيث أنه قد يستعمل هذا الأخير الوسائل الاحتياطية التي توهم المتعهد بقبول التعهد.

13- يجوز أن يكتسب الغير حقا من العقد، وذلك وفقا لما جاءت به المادة 113 من ق م التي تقضي بوجود استثناء عن مبدأ نسبية العقد المتعلق باكتساب الغير حقا أي شقه الإيجابي المتعلق بالحقوق والمتمثل في الاشتراط لمصلحة الغير بينما أخذ القانون الفرنسي به.

15- إن الاشتراط لمصلحة الغير ثنائي في تكوينه من المشتراط والمتعهد وثلاثي في آثاره أي أنه ينشئ ثلاث علاقات قانونية تتمثل في علاقة المشتراط بالمتعهد وعلاقة المشتراط بالمنفعة وعلاقة المنتفع بالمتعهد.

بعد أن تناولنا أهم النتائج المتوصل إليها من خلال دراستنا لهذا الموضوع سنتطرق إلى أهم الاقتراحات والتوصيات التي توصلنا إليها:

1- مراجعة شاملة لتلك الأحكام التي يتأثر فيها المشرع بالقوانين الأجنبية وإلى النظر في أي تعارض أو تناقض بينهما وبين ما هو معمول به في قانون الأسرة أو حتى في القوانين الأخرى وذلك لإعادة الانسجام بين القوانين في التشريع انطلاقا من واقع أساسه

خاتمة

تاريخ وأصالة المجتمع، مثلا تفسير المادة 108 من القانون المدني على أساس الخلافة العامة وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

2- فصل عبارة ينصرف العقد إلى المتعاقدين المدرجة في المادة 108 من القانون المدني عن الخلف العام، وتخصيص لها مادة مستقلة باعتبار أن انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين هو الأصل في دراسة الأثر النسبي للعقد.

3- الإفصاح صراحة على اعتبار الخلف من المتعاقدين مهتديا في ذلك بما تقره النظرية الحديثة في موضوع القوة الملزمة للعقد.

4-الأخذ بعين الاعتبار المدة المطلوبة لإقرار الغير للتعهد كما أخذت جل التشريعات كالمشرع الفرنسي الذي حدد مدة بخمسة عشر يوما أو كان ينص مثلا على أن المتعاقدين لهم الحق بتحديد المدة وهذا تطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

5- تحديد شكل الإقرار الذي يصدر من المتعهد حتى يتفادى كل الإشكالات التي تثار بسبب عدم تحديده.

6- إضافة مصطلح الاتفاق إلى جانب كل من طبيعة التعامل ونص القانون في المادة 108 من القانون المدني، وذلك لاعتباره ومن بنى استثناءات التي لا تنصرف فيها آثار العقد إلى الخلف العام مع بقاءه حلفا عاما.

7- زيادة فقرة من خلال نص المادة 114 من القانون المدني تحدد من خلالها شكل الإقرار حتى يتفادى كل الإشكالات التي تثار بسبب عدم تحديده .

8- إدراج عقد التعهد ضمن طائفة عقود الضمان كعقد الوكالة وذلك مثلما قامت به بعض التشريعات، لأن عقد التعهد عقد ضمان ومحل الضمان في هذا الشأن هو رفض

خاتمة

الغير، لأنه بمجرد رفض الغير للتعهد يلتزم المتعهد اتجاه المتعهد له بالتعويض ، كما أن التعويض الذي يلتزم به المتعهد ما هو إلا تأمين بسبب رفض الغير للالتزام المتعهد به.

9- صياغة نصوص قانونية إضافية لتنظيم كل من الخلف العام والخلف الخاص والتعهد عن الغير مثلما قام به المشرع في الاشتراط لمصلحة الغير وذلك من أجل أن لا يترك الأمور غامضة وحتى يكون موضوع القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص أكثر وضوحاً وذلك نظراً للأهمية البالغة التي يحتلها هذا الموضوع من الناحية الواقعية.

10- إعتبار التعبير الصادر من المفقود و الغائب قبل الحكم عليهم بالموت الحكمي صحيح ومنتج لأثاره ذلك إستناداً لنص المادة 62 ق م .

قائمة المصادر المراجع

قائمة المراجع

أولا :القرآن الكريم

ثانيا: المراجع باللغة العربية

1- الكتب

- 1- د/ السعدي محمد صبري ،الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة لالتزامات مصادر الالتزام العقد و الإرادة المنفردة، الجزء1،الطبعة4 ، دار الهدى ، عين مليلة، الجزائر، سنة 2007، 2008.
- 2- د/ السعدي محمد صبري، مصادر الالتزام، النظرية العامة لالتزامات،القانون المدني الجزائري، القسم1 دار الكتاب الحديث سنة 2003.
- 3- د/سعدي محمد صبري ، الفعل الضار والمسؤولية التقصيرية، ق م ج ، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،2004.
- 4- تناغو سمير عبد السيد، القانون و الالتزام، نظرية القانون، نظرية الحق، نظرية العقد، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية سنة 1997.
- 5- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائريالطبعة07،ديوان المطبوعات الجامعية ، الساحة المركزية بن عكنون،الجزائر،سنة 2006.
- 6- فيلالي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد،موفم للنشر،الجزائر سنة 2012.
- 7- د/ قدادة حسن خليل أحمد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام الجزء الأولوالطبعة4 ،ديوان المطبوعات الجامعية سنة 2007،2008.
- 8- د/ السنهوري عبد الرازق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام،مصادر الالتزام ،العقد العمل غير المشروع، الإثراء،بلا سبب، القانون، دار إحياء التراث العربي،بيروت، لبنان.

قائمة المصادر والمراجع

- 9- د/ السنهوري عبد الرازق أحمد، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، المجلد الثاني، الطبعة 02 الجديدة، دار المنشورات الجلي الحقوق لبنان سنة 1991.
- 10- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام ، الطبعة العشرون منقحة ومتممة في ضوء القوانين الجديدة، دار هومة، الجزائر 2018.
- 11- د/زودة عمر، إجراءات التنفيذ الجبري وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة، الجزائر، 2019، ص327.
- 12- د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني العقد و الإرادة المنفردة، الجزء 1 ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر سنة 2000.
- 13- د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، أحكام الالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بن عكنون، الجزائر ، 2002.
- 14- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء 02، طبعة 05، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر سنة 2000.
- 15- د/ محمد سعيد جعفرور ،مدخل إلى العلوم القانونية ،دروس في نظرية الحق، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، دار الهومة، الجزائر .
- 16- منصور محمد حسن ، مصادر الالتزام ، العقد والإرادة المنفردة ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، الإسكندرية ، 2000 .
- 17- د/ توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.
- 18- د/ دربال عبد الرازق، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار العلوم عنابة ، الجزائر، 2004.

قائمة المصادر والمراجع

- 19- د/أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج1، طبعة20، متمم في ضوء القوانين الجديدة دار هومة،2018.
- 20- د/ منصور أحمد محمد، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر و التوزيع، سنة 2006.
- 21- د/ محمد صبري السعدي الواضح في شرح القانون المدني التأمينات العينية الرهن الرسمي وحق الامتياز والرهن الحيازي، وحقوق الامتياز طبقا لأحداث التعديلات و مزيدة بأحكام القضاء، دار الهدى، عين مليلة الجزائر 2009
- 22- د/ الدفراوي عصام عبد العزيز، أثر الوفاة على عقد الوكالة في الفقه الاسلامي، والقانون المدني دراسة مقارنة (دط بيروت، دار الكتب العلمية 2017 .
- 23- د/ سليمان مرقس الوافي في شرح القانون المدنين في الالتزامات، أحكام الالتزام الطبعة 02، دار الكتب القانونية، شتات، مصر.
- 24- د/ خالد الجيلالي، الوجيز في نظرية القرارات و العقود الإدارية، دار بلقيس للنشر، 2017.
- 25- أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، ج3، المكتب الجامعي الحديث الأريظية، الإسكندرية، 2004.
- 26- د/ عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام.
- 27- توفيق حسن فرج، مدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية الخاصة للحق، مكتبة مكاوي، بيروت، لبنان 1975.
- 28- محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعي، الجزائر، 2006 .

قائمة المصادر والمراجع

29- علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجاري الدولية، دار هومة، الجزائر، 2012.

30- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون الجزائر، 2006.

2- المقالات

1- قوادري وسام، حماية أموال القاصر على ضوء التقنين المدني وتقنين الأسرة، دراسة نقدية تحليلية مقارنة، عقود و مسؤولية جامعة أكلي محمد أولاج، البويرة، الجزائر، 2013.

2- نورة سعداني، سلطة القانون المدني في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون الجزائري، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، العدد 02 جامعة محمد بشار، الجزائر، دون سنة النشر.

3- بلحاج العربي، المسؤولية عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري م، ج 1991 العدد 3.

4- المجلة القضائية، المحكمة العليا 1989، العدد 2.

5- المجلة القضائية، المحكمة العليا 1990، العدد 1.

6- المجلة القضائية، المحكمة العليا 1992، العدد 2.

3- الرسائل و المذكرات.

قائمة المصادر والمراجع

أ- رسائل الدكتوراه:

- 1- د/ زواوي فريدة، مبدأ نسبية العقد، رسالة لنيل الدكتوراه دولة في القانون الخاص جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، سنة 1992.
- 2- د/ زروتي الطيب، دفع المسؤولية العقدية، رسالة دكتوراه دولية، جامعة الجزائر، 1978.
- 3- د/ سالم بن بخيت بن فريج البلوي، الغلط وأثره في الفقه الإسلامي و القانون، رسالة دكتوراه في الأنظمة الجامعية الإسلامية بالمدينة المنورة، السعودية 2019.
- 4- بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، شهادة دكتوراه ، قانون عام، جامعة منتوري قسنطينة الجزائر 2011، 2012.
- 5- محمد سليمان، نفاذ العقد، رسالة دكتوراه جامعة الجزائر 2004.

ب - مذكرات الماجستير:

- 1- مزوغ يقوتة، نطاق مبدأ نسبية أثر العقد بين الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص شريعة و قانون، جامعة وهران1، أحمد بن بلة، الجزائر، 2014_ 2015.
- 2- لزرق بن عودة، وسائل حماية الضمان العام، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة وهران 2013 - 2014.

ج- مذكرات الماستر:

- 1- منصوري لندة، القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة محمد بوقرة، بومرداس سنة 2015.
- 2- عقيلة عويطة، الأثر النسبي للعقد، مذكرة ماستر، جامعة محمد بوضياف ،مسيلة 2018_ 2019.

قائمة المصادر والمراجع

- 3- عماري آسيا، حجو مروة، حق التخصيص في ظل التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، قانون أعمال، جامعة 08 ماي قالمة، الجزائر، 2016_ 2017.
- 4- بلقيل شوقي، الرهن الحيازي في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، قانون أعمال ، جامعة المسيلة ،الجزائر، 2014.
- 5- مرزوق خديجة، حماية حقوق الدائن عن طريق الدعوى غير المباشرة و المباشرة، مذكرة ماستر، عقود و مسؤولية، جامعة أكلي محمد أولحاج لبويرة، الجزائر.
- 6- فكران غنيمة، دكون زوينة، حق التتبع كوسيلة ضمان لدائن المرتهن، مذكرة ماستر ،جامعة مولود معمري، تيزي وزو ،الجزائر ، 2017.

-مذكرات ليسانس:

- 1- حنان سائحي، آثار الرهن الرسمي بالنسبة للغير، مذكرة لاستكمال شهادة ليسانس أكاديمي، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر 2012 _ 2013.

4_ النصوص القانونية:

- 1/ الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم
- 2/ قانون رقم 84- 11 مؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984 و المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم.
- 3/ قانون العقوبات الجزائري 66 _ 156 المعدل و المتمم.
- 4/ الأمر رقم 76- 80 المؤرخ في 23 أكتوبر عام 1976 يتضمن القانون البحري، المعدل و المتمم ب القانون 05- 79 والقانون 10- 04.
- 05/ الأمر رقم 95- 07 المؤرخ في 23 شعبان الموافق لـ 25 يناير سنة 1995 المتعلق بقانون التأمينات، المعدل و المتمم.

قائمة المصادر والمراجع

6/ الأمر 05/03، المؤرخ في 19 جمادى الأولى، سنة 1424 الموافق ل19/ يوليو عام 2003، المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

7/ قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثالثا: المراجع باللغة الفرنسية

- 1- CF-PLANIOL ET RIPERT TRAITE; T6;N352k WEIL ET TERRE;
LES PH LES QBLIGATIONS /OBLIGATION; N526k MALAURIE
PH AYNES ET STOFFEL MANCH