جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

مبدأ نسبية العقد

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص القانون الخاص الشامل

من إعداد الطالبتين:

- بن ناصر وفاء
- بن شعلال نسيمة

تحت إشراف الأستاذة:

كريم غانية

لجنة المناقشة:

الأستاذ : خلفي امين ---------- رئيسا.

الأستاذة : كريم غانية ---------- مشرفا ومقررا.

الأستاذة : لحضيري وردية ---------- ممتحنا.

السنة الجامعية 2014 _2015

الحمد لله ربّ العالمين و العاقبة للمتقين و الصلاة و السلام على سيد المرسلين و سائر النبيّين محمد إبن عبد اللّه صلوات الله عليه .

" اللّهم إنّا نسألك أن تلهمنا رشدنا ، و نعوذ بك من شرور أنفسنا و من شر الأشرار و كيد الفجّار و أرزقنا طهارة الأسرار و موافقة الأبرار ، و نعوذ بك من أن نقول بغير علم أو نسعى في جهل أو مأثم " .

أحمد الله ربّي أن أنعم عليّ بنعمته و وفقني حتى أصل لهذا المستوى

و ما توفيقي إلاّ بالله عليه توكّلت و إليه أنيب

إهداء

إعترافا بالجميل و الفضل ، أتوجه بخالص الشكر و الإمتنان و بحر التقدير إلى جدّتي الغالية التي كانت جسر سنوات دراستي ، و منبع تربيتي ، هي أمي قبل أن تكون جدّتي أطال الله في عمرك يا أغلى جدة في الدنيا ، نجمة حياتي يا نجمة.....

إلى والديّ العزيزين أمي و أبي حفظكما ربّي و رعاكما ، فأنتما سندي في هذه الحياة و المنارة التي تدلّني على برّ الأمان ، سعدية و عمر.....

إلى أخواتي حبيباتي اللواتي أعزّهن و أحبّهن ، باسمة حياة حادة نسرين.....و أخي الوحيد الغالي عبد الرؤوف .....

إلى بهجتي في حياتي و صاحب سعادتي ، خطيبي فاتح .....فتح الله لنا أبواب السعادة.....

إلى كل عائلتي الكبيرة أخوال.... و خالات.... وخاصة إلى أروع بنات خالات أسماء و نجاة و ريموش .....

إلى كل من ساعدني على إنجاز هذه المذكرة من قريب أو من بعيد ، أهدي لهم هذا الجهد العملي المتواضع.

بن ناصر وفاء

هذه الحروف لمن يا قلب تهديها

وذي المودة من يدري أمانيها

بعمق قلب ملؤه محبة وأمل

بأن يعطر من دنيا من له فيها

أسرتي الصغيرة حفضكم الله

أهدي هذا العمل المتواضع إلى من كافح وشقي نفسه لأجلي أبي العزيز بوبكر...

إلى منبع الحنان والنور الذي أستضيء به في طريقي والتي تغمرني بدعواتها أمي الغالية سلطانة ...

إلى من هم سندي ودعامتي في هذه الحياة إخواني عبد الغاني ، فاهم ، وياسين ...

وأهديه إلى غاليتي وصديقتي ، وحبيبتي أختي الوحيدة التي هي شمعة بيتنا يسمينة .

إلى كل من ساعدني في انجاز هذا العمل سواء من بعيد أو من قريب أهدي لهم هذا الجهد المتواضع ,وأخص بالذكر المحامية "**عياد حنان**" و الى عائلتها الكريمة جزاهم الله خيرا .

بن شعلال نسيمة

قائمة المختصرات

ص : صفحة .

ص ص : من الصفحة الى الصفحة .

ط : طبعة .

د. ط : دون طبعة .

د. د . ن : دون دار النشر.

د . ب . ن : دون بلد النشر.

د. س . ن: دون سنة النشر.

م : المادة .

ق . م .ج : القانون المدني الجزائري .

ق. أ. ج : قانون الأسرة الجزائري .

ج . ر .ع : جريدة رسمية عدد .

ج : جزء .

مقدمة

مقدمة

إذا تـوفّرت فـي العقـد أركانـه ونشـأ صـحيحا فإنـه يرتـب آثـاره التـي قصـدها المتعاقـدين ، وتخلـص لـه قوتـه الملزمـة وبالتـالي وجـب علـى أطرافـه تنفيـذ مـا إلتزمـا بـه ، ذلـك لأن العقـد ملـزم لأطرافـه ، وهـذه القـوة هـي التـي تعـرف بقاعـدة العقـد شـريعة المتعاقـدين، التـي مفادهـا أنـه لا يتقيـد بهـذه القـوة الملزمـة إلاّ الأشـخاص المتعاقـدين وينصـرف لهـؤلاء دونهـم أثـر العقـد ، كمـا يقتصـر إلتـزام المتعاقـدين علـى موضـوع العقـد فقـط بمعنـى مـا تـم الإتفـاق عليـه ، فـإذا كانـت آثـار العقـد تتحـدد مـن حيـث نطاقهـا بالعاقـدين فإنـه لا تنصـرف إلى الغير وهو ما يعرف بقصور حكم العقد على المتعاقدين أو بنسبية آثار العقد.

وعليـه فـإذا لـم يكـن الشـخص طرفـاً فـي العقـد فإنـه لا يلتـزم بمقتضـاه ولا يسـتفيد منـه ولا يكتسـب أي حـق بموجبـه فهـل هـذا المفهـوم مطلـق؟ أم أنـه يسـتوجب إعمـال قاعـدة عـدم نفـاذ العقد في حق الغير؟.

التعاقـد يسـتوجب كـل شـخص تربطـه صـلة بالمتعاقـدين ، كـالخلف العـام والخلـف الخـاص والـدائنين العـاديين، كمـا أنّ أثـر العقـد يمتـد كـذلك إلـى الغيـر الأجنبـي وهـو مـا يسـمى بالإشـتراط لمصـلحة الغيـر بحيـث يكتسـب هـذا الأجنبـي حقوقـاً دون أن يكـون مـن الأطراف المتعاقدين ، كمـا لا يلتـزم بـإلتزام لـم يشـترك فـي إبرامـه كمـا فـي التعهـد عـن الغيـر فللغير هنا الحرية في قبول التعهد أو رفضه .

بإعتبار أن إلتزام المتعاقدين ومن تربطهم صلة بهم مقصور فقط على موضوع العقد وجب تحديد مضمون العقد من خلال قواعد تفسيره التي تسهل لنا الكشف عن إرادة ونيّة المتعاقدين في تنفيذ ما تولد من الالتزامات، بحيث يصبح كل طرف مسؤولاً عن تنفيذ ما إلتزم به وهذه هي المسؤولية العقدية التي تعتبر كجزاء للقوة الملزمة، والتي لا تقوم إلاّ عند إستحالة التنفيذ العيني فالأصل أن يجبر المدين على التنفيذ العيني ما بقي هذا ممكنا، ومتى صار مستحيلا وكان المدين هو المسؤول عن عدم التنفيذ حكم عليه بتعويض الضرر الناتج عن ذلك .

كما أوجد المشرع كذلك أسباب قانونية وقررها لإنحلال العقد وذلك عن طريق الفسخ الذي لا يقع إلاّ حيث يكون العقد القائم عقداً ملزماً للجانبين ، بحيث يجوز للطرف الآخر طلب فسخ العقد أو يدفع بعدم التنفيذ .

ومن هذا المنطلق نتساءل **عن أثر القوة الملزمة لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ؟**

وللإجابة عن هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم بحثنا إلى فصلين ، نعرض في الفصل الأول القوة الملزمة بالنسبة للأشخاص ، وفي الفصل الثاني القوة الملزمة بالنسبة للموضوع .

الفصل الأول

الفصل الأول : القوة الملزمة للعقد بالنسبة للأشخاص

تخضع القوة الملزمة للعقد بالنسبة للأشخاص إلى مبدأ هام هو مبدأ نسبية أثر العقد والذي نقصد به أن العقد لا يلزم إلّا المتعاقدين فلا ينتج أثره إلا في مواجهة طرفيه فالأصل في الحقوق والالتزامات التي تنشأ عن العقد وتترتب عليه أنّها تنصرف إلى ذمة المتعاقدين دون سواهما ، فالعقد لا يفيد ولا يضر غير طرفيه، إلا أن هذه الآثار لا تتوقف عند طرفي العقد، بل كذلك تمتد إلى خلفهما لأنّ المتعاقد لا يمثل نفسه فحسب بل يمثل أيضا خلفه كما يؤثر العقد في حقوق دائني المتعاقد العاديين نتيجة ما يؤدي العقد من زيادة أو نقصان في الضمان العام للدائنين.

من ثمة فالعقد يعد بالنسبة لأطرافه تصرفا قانونيا [1]، تترتب عليه حقوق وواجبات بينما يعتبر بالنسبة للغير مجرد واقعة قانونية [2]، تكون نافذة في حقهم [3] .

لدراسة هذه الآثار قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين نعرض في المبحث الأول آثار العقد التي تنصرف إلى المتعاقدين والخلف والدائنين العاديين، وفي المبحث الثاني إنصراف أثر العقد بالنسبة إلى الغير وهو الإستثناء الذي يكتسب فيه الغير حقا عن طريق الإشتراط لمصلحته والتعهد عنه.

---

[1] – نقصد بالتصرف القانوني : هو مصدر من مصادر الالتزام الإرادية وذلك عن طريق العقد أو الإرادة المنفردة. أنظر_ محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الالتزام مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري ، د.ط المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر ، 1983 ، ص.10 .

[2] – الواقعة القانونية : هي كذلك من مصادر الالتزام غير الإرادية وتتمثل في العمل غير المشروع أي الفعل الضار أو كذلك في الإثراء بلا سبب (الفعل النافع) وأخيرا في القانون ، أنظر محمد حسنين ، المرجع نفسه ص. 10 .

[3] – علي فيلالي ، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، د . ط ؛ موفر للنشر ، الجزائر 2010 ، ص.397 .

المبحث الأول : انصراف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف والدائنين العاديين

نقصد بانصراف آثار العقد كسب الحقوق وتحمل الالتزامات، وأول من تنصرف إليهم هذه الآثار هم المتعاقدين، غير أن الشخص المتعاقد قد يموت ويترك مالاً، أو قد يتصرف في ماله أثناء حياته ومن هنا وجد الخلف العام والخلف الخاص ، بالإضافة إلى الدائنين العاديين والذين يتأثرون بالعقد بما يزيد أو ينقص من الضمان [4] .

من ثمة فإنّ أثر العقد ينصرف إلى المتعاقدين و إلى خلفهما سواء الخلف العام أو الخلف الخاص أو إلى الدائنين العاديين .

المطلب الأول : أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين والخلف

ينصرف أثر العقد بمجرد انعقاده إلى المتعاقدين فيصبح كل منهما دائنا بما له ومدينا بما عليه ويمثل العاقد في تصرفه خلفه العام والخاص .

الفرع الأول : بالنسبة للمتعاقدين

المتعاقدان هما طرفا العقد الذي يبرمانه بإسمهما ولحسابهما ، ومن ثمة فيلتزم كل طرف بما رتّبه العقد من آثار كإلتزامهما بإحترام القانون ، لأن العقد يعتبر كالقانون بالنسبة لهم [5] ، وقد نصت **م 106 من ق. م. ج** على أنّ : « **العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون** ». [6]

---

[4] – عبد المنعم فرج الصده ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، د.ط ؛ دار النهضة العربية للطباعة والنشر لبنان 1974، ص ص .526 – 527 .

[5] – علي علي سليمان ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري ، ط. 6 ؛ ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 2005، ص .85 .

[6] – أمر رقم 75 / 58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم ، ج. ر.ع. 78.

ومفاد هذه المادة أن يلتزم المتعاقدين بالعقد كما لو كان إلتزامًا بالقانون ، حيث لا يجوز لأحدهما أن ينقص من إلتزاماته أو يعدل منها إلا بموافقة المتعاقد الآخر بمعنى لا يسري كل نقص أو تعديل في الإلتزام إلا بالإتفاق مع الطرف الآخر أو في بعض الحالات التي يجيزها القانون [7] ، ومن بين هذه الحالات التي يجيزها ويقررها القانون لتعديل العقد مثلا الظروف الطارئة التي سنتطرق اليها لاحقا في دراستنا هذه أو يقررها لنقصه إذا كان العقد مخالفا للنظام العام [8] .

يباشر الشخص المتعاقد عملية إبرام العقد بنفسه أو بواسطة شخص آخر يكون وكيلا أو نائبا عنه ، ولا يعتبر هذين الأخيرين طرفاً في العقد بل هما أجنبيان عنه ، فما ينشأ عن العقد من حقوق وواجبات تضاف إلى ذمة الأصيل [9] .

كما يتعاقد الشخص مع نفسه ، و عليه فإننا سنعرض النيابة في التعاقد في نقطة أولى ومن ثمة تعاقد الشخص مع نفسه في نقطة ثانية .

أولا : النيابة في التعاقد

طبقا لنص م. **74** من **ق.م. ج** التي تنصّ على : « **إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل ، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل.**» [10]، **وم. 75** من نفس القانون : « **إذا لم يعلن المتعاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا ، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائنا أو مدينا ، إلا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب** » [11] .

---

[7] – علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص .86 .

[8] – علي علي سليمان ، المرجع نفسه ، ص. 86 .

[9] – علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص .398 .

[10] _أمر رقم 75 /58 المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم ، المرجع السابق .

[11] _ أمر رقم 75 /58 المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم ، المرجع نفسه .

النيابة أن تحل إرادة شخص معين يسمى النائب محل إرادة شخص آخر هو الأصيل في إبرام تصرف قانوني الذي تنصرف آثاره إلى ذمة الأصيل وليس إلى ذمة النائب ، وعليه يبرم النائب العقد باسم ولحساب الأصيل كما يتصرف ويتفاوض ويعبر عن إرادة الأصيل فإذا تصرف النائب في حدود النيابة وأخبر المتعاقد معه بأنه يتعاقد بصفته نائبا ، فإن آثار العقد من حقوق وواجبات تنصرف إلى ذمة الأصيل [12].

ثانيا : تعاقد الشخص مع نفسه

نقصد بتعاقد الشخص مع نفسه ،أن يتعاقد هذا الشخص باسمه ولحسابه ويكون في نفس الوقت نائبا عن الشخص المتعاقد معه ، مثلا كأن يقوم بشراء منقولا لنفسه كلّفه المتعاقد معه ببيعه وفي هذه الحالة تنصرف آثار العقد من حقوق وواجبات المشتري إلى الشخص الذي باشر التعاقد بإسمه ولحسابه كما وتنصرف حقوق وواجبات البائع للأصيل بمعنى الشخص الذي ناب عنه الوكيل هذا بالنسبة للحالة الأولى ، أما في الحالة الثانية فيجوز أن يتعاقد الشخص في نفس الوقت ذاته نائبا عن المشتري وتنصرف آثار العقد إلى هذين الشخصين الآخرين أي للبائع وللمشتري ولا تنصرف للشخص الذي تعاقد مع نفسه لأنه لم يتعاقد لا بإسمه ولا لحسابه [13].

الفرع الثاني : بالنسبة للخلف

ينصرف أثر العقد إلى العاقد نفسه ، كما ينصرف إلى خلفائه بإعتبار أن المتعاقد يمثلهما والخلف إما يكون خلفاً عاماً وإما يكون خلفاً خاصاً ، ويختلف حكم كل منهما عن الآخر من حيث إنصراف أثر العقد إليه ، وعليه سنعرض أولا إنصراف أثر العقد بالنسبة للخلف العام ، ومن ثمة نتطرق إلى الخلف الخاص ثانيا .

---

[12] – علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص .399 .

[13] – علي فيلالي ، المرجع نفسه ، ص. 400 .

أولا : الخلف العام

تنص **م 108** من **ق.م. ج** على : « **ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون ، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام ، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث** » [14] ، يتبيّن من نص هذه المادة أنّ ما يبرمه المورث من عقود ينصرف إلى ورثته دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث وفي هذا الصدد ينبغي تحديد المقصود بالخلف العام أولاً ثم تبيان الحالات التي لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام ثانياً ومن ثمة تحديد الحالات التي يصبح فيها الخلف العام من الغير أخيراً .

أ / المقصود بالخلف العام

الخلف العام هو من يخلف الشخص في ذمّته المالية ، أي يرثه في كل حقوقه وفي كل إلتزاماته وذلك يتحقق إذا لم يوجد إلا وراث واحد أو موصى له بكل التركة، كذلك هو الشخص الذي يخلف مورثه ويرث جزءاً من الذّمة المالية بإعتبارها مجموعاً من المال كالوارث إذا كان نصيبه في الميراث الثلث أو الربع أو كالموصى له بثلث التركة [15].

فإذا كان السلف أثناء حياته قد أبرم عقودا ترتبت عنها حقوق له والتزامات عليه فإنها تمتد إلى خلفه العام وهو ما جاءت به **م 108** من **ق.م.ج** _المذكورة أعلاه _ والتي مفادها أنه تنصرف آثار العقد للخلف العام الذي يتمتع بما إكتسبه من حقوق وينفذ

---

[14] _ أمر رقم 75 / 58 المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم ، المرجع السابق .

[15] – عبد الرزاق أحمد السنهوري ، شرح القانون المدني ، بالنظرية العامة للالتزامات ، نظرية العقد ،ج.2 ، ط.2 منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان 1998 ، ص ص.730 – 731 .

[16] _ زكريا سرا يش ، الوجيز في مصادر الإلتزام ، العقد و الإرادة المنفردة ، د.ط ؛ دار هومة للطباعة و للنشرو التوزيع الجزائر 2013 ، ص.135.

بما أوجبه من إلتزامات إلّا الديون الثابتة التي في ذمة المورث وهو السلف ، تكون مسؤوليته عنها في حدود التركة ، وما يزيد على ذلك فلا يتعدى إلى أمواله الخاصة [16] .

القاعدة بالنسبة للخلف العام أن أثر العقد ينصرف إليه و معنى ذلك أنّ الحقوق التي يولّدها العقد تنتقل إليه بعد موت السلف [17] ، و يشترط لإنتقال الحق من السلف إلى الخلف العام أن يكون من الحقوق القابلة للإنتقال ، أما إذا كان من الحقوق غير القابلة للإنتقال كحق النفقة و حق الإنتفاع فلا ينصرف للخلف العام .

أما بالنسبة للإلتزامات الناتجة عن عقد أبرمه السلف إلى الخلف العام ، فإن المشرع الجزائري جعل قواعد الميراث من النظام العام ، التي لا يجوز الإتفاق على مخالفتها إستناداً لأحكام الشريعة الإسلامية حيث لا تركة إلا بعد سداد الديون وهو ما جاءت به **م 1/180** من **ق.أ .ج** التي تنص على أنه : « **يؤخذ من التركة حسب الترتيب الأتي :**

_1 مصاريف التجهيز، والدفن بالقدر المشروع

_2الديون الثابتة في ذمة المتوفى

_3 الوصية ... » [18].

---

[17] _ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص.731.

[18] _ قانون رقم 11/84 مؤرخ في 9 جويلية 1984 المتضمن ق.أ. ج ، المعدل و المتمم بموجب أمر رقم 05/ 02 مؤرخ في 27 فيفري 2005. ج.ر.ع. 15.

إنّ الحقوق التي يولدها العقد تنتقل إلى الوارث ،أما فيما يتعلق بالإلتزامات ففي الشريعة الإسلامية مبدأ خاص يقضي بأن لا تركة إلاّ بعد سداد الديون ومعنى ذلك أن الإلتزام لا ينتقل من ذمة المورث الى ذمة الوارث ، بل يبقى في التركة حتى ينقضي و متى أصبحت التركة خالية من الديون إنتقلت ملكيتها الى الوارث ، ونفهم من هذا أن الوارث في الشريعة الإسلامية اذا كانت إلتزامات مورثه لا تنتقل إلى ذمته فإنه يتأثر بها بالرغم من ذلك ، إذ هو لا يرث التركة إلا بعد سداد الديون ، فما يصيبه من الميراث إذن ينقص بقدر هذه الديون . _ أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص.731.

ب / الحالات التي لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام

يستثنى من القاعدة التي تقضي بأنّ أثر العقد ينصرف إلى الخلف العام أحوال وردت الإشارة إليها في نص **م 108** من **ق.م. ج** وهي حالات استثنائية ترجع إلى مقتضيات قواعد الميراث ، وهذه الحالات تتمثل في إرادة المتعاقدين وطبيعة التعامل وأخيرا نص القانون .

1) الإتفاق في نص العقد

يتفق المتعاقدان على أنّ العقد الذي تم بينهما قبل الموت ، لا تنصرف آثاره إلى الخلف العام [19] على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين وذلك طبقا لنص المادة **106** من **ق.م.ج** كأن يتفق السلف بالتزام الواعد ببيع منزل بشرط أن يتم ذلك وهو على قيد الحياة [20] ، على أن لا يكون هذا الإتفاق مخالفا للنظام العام والآداب العامة .

2) طبيعة التعامل

نقصد بطبيعة التعامل كإستثناء لعدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام ، أن تأبى طبيعة الحقوق والإلتزامات المترتبة عن العقد الذي أبرمه السلف من أن تنتقل إلى الخلف العام ، ويتعلق الأمر بخصوص الحقوق والإلتزامات التي تكون محل إعتبارات شخصية ، مثلا حق الانتفاع فهو من الحقوق التي تنقضي بموت المنتفع من دون أن ينتقل إلى الورثة ، كذلك فإن كل إلتزام ينشأ عن العقد على أساس إعتبار شخصي فإنه ينقضي

---

[19] – زكريا سرايش ، المرجع السابق ، ص .136 .

[20] – علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص .402

_أنظر أيضا عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص .734.

بموت الملتزم [21] ، كأن يلتزم رسام أمام أحد الأشخاص برسمه ، فإن مات فلا ينتقل هذا الإلتزام إلى ورثته .

3 – نص القانون

لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام إذا نص القانون على عدم إنتقال الحق أو الإلتزام له كما في عقد الشركة حيث تنص **م 439 /1** من **ق.م. ج** على : « **تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو بإعساره أو بإفلاسه.** » [22].

وعليه فإذا كان موت أحد الشركاء يؤدي إلى إنقضاء الشركة فإنه لا ينصرف أثر العقد إلى خلفه العام بقوة القانون ، كذلك بالنسبة لعقد الإيجار **م 467** من . **ق. م.ج** [23] وعقد الوكالة **م 586** من **ق. م.ج** [24] ، ويهدف القانون من منع انصراف آثار العقد إلى الخلف العام ، حماية للورثة من بعض تصرفات مورثهم ، فالقانون يبيح للشخص أن يتصرف في كل أمواله ، فتكون تصرفاته في هذا الصدد نافذة في حق الورثة [25] ، ومع ذلك يقيد القانون حق المورث في التصرف في أمواله في حالات سنعرضها لاحقا.

---

[21] – خليل أحمد حسن قدادة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، ج. 1 ، مصادر الالتزام ؛ ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1994 ، ص .117 .

أنظر أيضا _ زكريا سرايش ، المرجع السابق ، ص. 136 . و علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص. 402.

[22]– أمر رقم 75 / 58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم. المرجع السابق .

[23] – قانون رقم 07/ 05 مؤرخ في 13 ماي 2007 ، يعدل ويتمم القانون المدني ، ج . ر. ع 31 .

[24] – أمر رقم 75 / 58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ، المرجع نفسه .

[25] – رمضان أبو السعود ، همام محمد محمود ، المبادئ الأساسية في القانون ، د. ط ؛ منشأة المعارف ، الإسكندرية 1996 ، ص. 489 .

ج / حالات يصبح فيها الخلف العام من الغير

إنّ أثـر العقـد لا ينصـرف دومـا إلـى الخلـف العـام ، فقـد يعتبـر أحيانـا مـن الغيـر كإستثناء فبعدما تطرقنا الحالات التي لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام مع بقائه خلفاً ، إلاّ أنـه توجـد حـالتين لا ينصـرف فيهـا أثـر العقـد إلـى الـوارث لأنـه مـن الغيـر و همـا الوصـية و التصـرف فـي مـرض المـوت ففـي هـذين الفرضـين ينظـر فيهـا إلـى الخلـف العـام بإعتبـاره مـن الغيـر لأن القـانون يعطـي للـوارث حقوقـا يتلقاهـا منـه مباشـرة ولـيس عـن طريـق الميراث عن سلفه ويراد بهذه الحقوق حماية الوارث من تصرفات مورثهم الضارة به . [26]

1) الوصية

تكـون فـي الحالـة التـي يأخـذ فيهـا الخلـف العـام حكـم الغيـر بالنسـبة لتصـرفات سـلفه إذا مـا تعلقـت بحقـه فـي التركـة ، ذلـك لأن أحكـام الميـراث مـن النظـام العـام فـلا يجـوز للمـورث الخـروج عنهـا ، وحمايـة لحـق الـوارث أوجـد المشـرع ضـمانات عديـدة ومنهـا مـا ينـص علـى عـدم نفـاذ الوصـية فـي حـق الورثـة فيمـا زاد علـى ثلـث التركـة إلاّ إذا أجازوهـا بعـد وفـاة مـورثهم وهـو مـا نصـت عليـه **م 185** مـن **ق.أ. ج** : « **تكـون الوصـية فـي حـدود ثلـث التركـة ، ومـا زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة** » [27] .

2) التصرف في مرض الموت

تـنص **م 408** مـن **ق.م.ج** علـى مـا يلـي : « **إذا بـاع المـريض مـرض المـوت لـوارث فإن البيع لا يكون ناجزاً إلاّ إذا أقره باقي الورثة .**

أمـا إذا تـم البيـع للغيـر فـي نفـس الظـروف ،فإنّـه يعتبـر غيـر مصـادق عليـه و مـن أجـل ذلـك يكـون قـابلا للإبطـال .» [28] ، يتبـيّن مـن هـذه المـادة أنّ كـل تصـرف صـدر مـن المـورث فـي

---

[26] – عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص. 736 .

[27] – قانون رقم 84 / 11 المتضمن ق.أ.ج ، المعدل والمتمم ، المرجع السابق .

[28] _ أمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم ، المرجع السابق .

مال من أموال التركة وهو في مرض الموت ، سواء لوارث أو لأجنبي قاصدا به التبرع تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ويأخذ حكم الوصية .

ومتى ثبت أن التصرف قد صدر في مرض الموت اعتبر تبرعا ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك [29] ، ويأخذ الورثة في هذه الحالة حكم الغير فلا يسري هذا التصرف في حق الورثة لأن القانون اعتبرهم من الغير ويتوقف سريانه في حقهم على إقراره [30] .

ويترتب على ذلك أنه في حالة ما إذا باع المورث عيناً في مرض موته سواء لأحد الورثة أو لأجنبي وكان المبيع يزيد على ثلث التركة ، فإن إلتزام المورث هنا لا ينتقل للورثة الذين لم يجيزوا البيع فيما يخص الحصة الزائدة ولا يسري العقد في حقهم لأنهم يعتبرون من الغير ويترتب على ذلك أن عقد البيع لا يكون حجة عليهم إلا إذا كان ثابت التاريخ ، ولهم أن يثبتوا بجميع طرق الإثبات أن التاريخ قدم عمداً حتى لا يتبيّن أن التصرف أبرم في مرض الموت [31] .

ثانيا : الخلف الخاص

تمتد آثار العقد كذلك إلى الخلف الخاص لأحد المتعاقدين وذلك فيما يتعلق بالحقوق والإلتزامات المترتبة عن العقود التي سبق للسلف أن أبرمها مع الغير كما و أنّ إنصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص يختلف في الوضع عن إنصرافه إلى الخلف العام ، لأنه لا ينصرف الحق الذي يرتبه عقد أبرمه السلف إلى خلفه الخاص إلا بتوافر شروط معينة

---

[29] – أنور سلطان ، الموجز في مصادر الالتزام ، د. ط ؛ دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية 1998 ، ص .204 .

[30] _ محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للإلتزامات ، مصادر الإلتزام ، العقد و الإرادة المنفردة ؛ دار الهدى ،الجزائر 2012، ص.324.

[31] – عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص. 737 .

أنظر أيضاً _ زكريا سرايش ، المرجع السابق ، ص. 137، حيث أضاف أن الحكمة في حماية الورثة من عدم الإضرار بهم ، لأن السلف في مرض الموت لا يأبه بمصير أمواله ما دام أنه مشرف على الهلاك ، لذلك قد يتصرف فيها على نحو يضر بمصلحة الخلف ومن ثم قيد المشرع الهبة في مرض الموت وجعلها تأخذ حكم الوصية بعدم تجاوزها الثلث .

نصت عليها **م 109** من **ق.م.ج** على : « **إذا أنشأ العقد إلتزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء ، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه** » [32] .

وفي هذا الصدد سنعرض أولا تحديد المقصود بالخلف الخاص، ثم نتطرق إلى مدى انصراف أثر العقد إليه.

أ / المقصود بالخلف الخاص

يعتبر خلفاً خاصاً الشخص الذي يتلقى عن سلفه ملكية شيء معين أو حق عيني آخر على هذا الشيء ، كما يعد خلفًا خاصاً كل من تلقى حقاً شخصياً عن سلفه كالمحال إليه ، فالمشتري يعد خلفاً للبائع في الشيء المبيع ، و المحال له يعد خلفا للمحيل في الحق المحال به [33].

لا يعتبر خلفاً خاصاً ، البائع الذي يسترد العين المبيعة من المشتري بعد فسخ العقد أو إبطاله وهذا بمقتضى الأثر الرجعي للفسخ والبطلان ، لأنّ الملكية تعتبر كأنها لم تنتقل أصلا إلى المشتري وأنها لم تخرج أبدا من ذمة البائع [34] .

---

[32] _ أمر رقم 75/ 58 المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم ، المرجع السابق .

[33] – رمضان أبو السعود ، همام محمد محمود ، المرجع السابق ، ص.490 .

_عبتوت سيد بلحاكم ، أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص ، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، فرع العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق و العلوم الإدارية ، بن عكنون الجزائر د.س ، ص ص.19_20.

أنظر أيضا _ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص.737 .

_ علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص.405.

[34] – رمضان أبو السعود ، همام محمد محمود ، المرجع نفسه ، ص.491 .

ب / شروط انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص

يتضح من نص **م 109** من **ق.م.ج** أنه يجب لإنصراف أثر العقد أو تصرف السلف إلى الخلف الخاص أن تتوفر شروط ثلاثة تتمثل فيما يلي :

1) أسبقية تاريخ العقد على إنتقال الشيء إلى الخلف الخاص

يجب أن يكون العقد قد أبرم قبل إنتقال الحق إلى الخلف الخاص ، لأنه بعد إنتقاله إليه يصبح مالكاً له ، ولا يمكن للغير إبرام عقود تتعلق به ، فإذا كان تصرف السلف لاحقا لإنتقال المال فلا ينصرف أثر التصرف إلى الخلف الخاص لأن السلف حينئذ لا يحق له أن يتصرف في شأن مال خرج من ذمته ومنه فإن أسبقية تصرف السلف على إنتقال الشيء شرط لإنصراف أثر العقد وحتى تتحقق هذه الأسبقية قانونا يجب أن يكون تصرف السلف بتاريخ ثابت قبل إنتقال المال إلى الخلف الخاص [35].

2) تعلق الحقوق و الإلتزامات الناشئة عن العقد بمستلزمات الشيئ

نقصد بذلك أن يكون العقد الذي ينصرف أثره إليه قد أبرم بخصوص الشيء الذي انتقل إليه فإذا كان تصرف السلف قد أبرم في شأن آخر غير المال الذي انتقل إلى الخلف الخاص فلا ينصرف أثر هذا التصرف إلى الخلف الخاص [36] ، وقد حددت نص **م 109** من **ق.م.ج**_ المذكورة أعلاه_ مدى تعلق الحقوق أو الإلتزامات التي رتبها العقد بالشيء الذي إنتقل إلى الخلف الخاص واشترط أن تكون من مستلزماته أي أن تكون مكملة أو محددة له ، بحسب ما إذا كانت حقوقاً أو إلتزامات [37] ، فمثلا حق إرتفاق لمصلحة العين المبيعة هو من الحقوق المكملة للشيء .

---

[35]– عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، ص. 539 .

_أنظر عبتوت سيد بلحاكم ، المرجع السابق ، ص.76.

[36]_ عبد المنعم فرج الصده ، المرجع نفسه ، ص. 536.

[37]_ علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص ص. 87 _88 .

أما عن الإلتزامات التي تحدد الشيء مثلاً كحق إرتفاق عليه لمصلحة عقار آخر أو قيد وارد عليه كقيد استعمال محل مباع للسكن فقط فلا يجوز استعماله كمقهى أو كمطعم .

3) علم الخلف الخاص بالحق أو الإلتزام وقت إنتقال الشيئ

يجب لكي تنصرف آثار التصرف إلى الخلف الخاص أن يكون هذا الأخير على علم بهذه الحقوق و الإلتزامات وقت إنتقال المال إليه ، فلا يجوز أن يلتزم بشيء لم يعلم به وتظهر أهمية هذا الشرط خاصة بالنسبة للإلتزامات المترتبة على تصرف السلف، بحيث تكون للخلف مصلحة جدية لوقف القيود التي تحد من إنتفاعه بالشيء الذي تلقاه من السلف كذلك يترتب على علمه بهذه الالتزامات أن يحجم عن التعاقد لأنّ العدالة تظهر في ضرورة العلم بهذه الالتزامات حتى لا يتفاجئ الخلف بقيود لم يكن يتوقعها [38] .

كما يقع عبء إثبات علم الخلف الخاص بالإلتزام على عاتق المتعاقد مع السلف أما بالنسبة للحقوق ، فهناك من يرى بأنه لا يشترط ضرورة أن يعلم بها الخلف الخاص لكي يتمتع بها [39].

فإذا توفرت الشروط السابقة ، إنصرفت آثار العقد إلى الخلف الخاص غير أنه قد توجد حالات قرر فيها القانون أن تنصرف آثار العقد إلى الخلف الخاص وبدون شروط معينة [40] ، مثلا ما نصت عليه **م 469 مكرر 03** من **ق.م.ج** : « **إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة إراديا أو جبراً يكون الإيجار نافذا في حق من انتقلت إليه الملكية** » [41].

---

[38] _ عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، ص. 540 . و يضيف أيضاً أنّ المقصود بالعلم هنا العلم الحقيقي ، فلا يكفي أن يكون في إستطاعة الخلف أن يعلم .

_أنظر أيضا عبتوت سيد بلحاكم ، المرجع السابق ، ص ص.73، 75.

[39]– زكريا سرايش ، المرجع السابق ، ص.139.

[40] – زكريا سرايش ، المرجع نفسه ، ص .140 .

[41] – قانون رقم 07 / 05 المتضمن القانون المدني ،المعدل والمتمم ،المرجع السابق.

المطلب الثاني : إنصراف أثر العقد إلى الدائنين العاديين

إذا كان أثر العقد ينصرف إلى غير عاقديه ، فينصرف في هذه الحالة إلى الخلف العام أولاً ومن ثمة إلى الخلف الخاص ثانياً ، فأما من كان دائنا لأحد المتعاقدين فلا تنصرف إليه حقوق العقد وإلتزاماته ذلك لأنه لا يخلف مدينه المتعاقد في حقوق العقد ولا في إلتزاماته ، غير أن هذا الدائن يتأثر بالعقد الذي يبرمه مدينه .

طبقا لنص **م 1/188** من **ق.م.ج** التي تنص على : « **أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه** »[42] ، فإنّ للدائنين العاديين الضمان العام على أموال المدين مما يجعلهم يتأثرون بالعقود التي يبرمها مدينهم ، وفي هذا الصدد جاءت الإختلافات الفقهية بخصوص تحديد الطائفة التي ينتمي إليها الدائنون و وجدت ثلاثة آراء تتمثل فيما يلي :

الفرع الأول : باعتبارهم خلفا عاما

يعتبر بعض الفقهاء الفرنسيين أن الدائنين العاديين خلفا عاما لما لهم من الضمان العام على أموال المدين وهذا ما جاء به المشرع الجزائري في **م 188** من **ق.م.ج** لأنّ الدائنين العاديين يتأثرون بالتصرفات التي يبرمها المدين ، التي من شأنها إما الإنقاص من ذمة المدين المالية أو الزيادة فيها وهم في ذلك مثل الخلف العام الذي يتأثر بجميع العقود التي أبرمها سلفه [43] .

---

[42] _ أمر رقم 75 /58 المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم ، المرجع السابق .

[43] – علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص. 88 .

يترتب على إعتبار الدائنين العاديين خلفا عاما أنهم يستطيعون ممارسة جميع الدعاوى الخاصة مثلهم مثل الورثة كالدعوى غير المباشرة [44] ، التي يرفعها الدائن بإسم المدين ولمصلحته ، فكل تصرف أبرمه السلف على أمواله ينصرف إلى دائنيه .

الفرع الثاني : باعتبارهم خلفا خاصا

إذا كان الخلف الخاص هو الشخص الذي يتلقى من السلف حقا وارداً على عين أو أعيان معينة مثل المشتري أو الموصى له فإن البعض الآخر من الفقهاء الفرنسيين يدمج الدائن العادي ضمن طائفة الخلف الخاص، بالتالي تنصرف آثار العقود التي يبرمها مدينه إليه ، مثل الخلف الخاص تماماً لأن حقوقه ثابتة ومستحقة الوفاء [45] .

الفرع الثالث : باعتبارهم من الغير

يصنف بعض الفقهاء ومن بينهم "**ويل**" و" **السنهوري**" فئة الدائنين العاديين في خانة الغير ، لأنه لا يمكن اعتبار الدائن العادي لا خلفا عاما ولا خلفا خاصا [46] و موقف المشرع الجزائري واضح في هذا الصدد ، وذلك من خلال نص **م. 191** من **ق.م.ج** التي تنص على : « **لكل دائن حل دينه وصدر من مدينه تصرف ضار به ، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه ، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في إلتزاماته وترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره...** » [47].

---

[44] – عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص .747 .

[45] _ علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص.410.

أنظر أيضا _ زواوي فريدة ، مبدأ نسبية العقد ، رسالة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص ، معهد الحقوق و العلوم الادارية ، بن عكنون الجزائر 1992. ص.51.

[46] _ زواوي فريدة ، المرجع نفسه ، ص. 53.

أنظر أيضاً _ علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص.410.

[47] – أمر رقم 75 / 58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ، المرجع السابق .

يتبين من هذه المادة أن دعوى عدم النفاذ هي دعوى مقررة لصالح الغير وهذا يعني أن المشرع الجزائري اعتبر الدائن العادي كالغير.

يتأثر الدائنون العاديون بالعقد الذي يبرمه المدين، لأنّ القاعدة أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، ويتقرر هذا الضمان للدائنين على أموال مدينهم حتى وان كان العقد الذي يبرمه المدين لا تنصرف آثاره إطلاقا إلى الدائن فلا يستفيد من الحق مباشرة ولا يلتزم بالإلتزام كذلك، إذن فالدائن يتأثر بهذا العقد بطريقة غير مباشرة من خلال تأثير هذا العقد في ذمة المدين من إنتقاص للحقوق أو زيادة في الالتزامات [48] .

للمدين أن يتصرف في ماله و القاعدة أن الدائن ليس له أن يناقش هذا التصرف لكن القانون خول له حماية خاصة تتمثل في بعض الوسائل القانونية التي تضمن له وتحمي حقه من تصرفات المدين الضارة وتكمن هذه التصرفات في العقود التي يبرمها المدين وتختلف هذه الحماية القانونية بالنظر لطبيعة هذه العقود المبرمة ما إذا كانت غير ملزمة أو ملزمة للدائن.

أولا : العقود غير الملزمة للدائن

إنّ عقود المدين لا تلزم الدائن ولا تكسبه حقا ، غير أنها نافذة في مواجهة الدائن ما دامت شروط النفاذ متوفرة كالشهر في العقارات طبقا **للم 793** من **ق.م.ج** التي تنص على : « **لا تنقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار ، سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار** » [49] ، يتضح من هذه المادة أن التصرفات الواردة على العقار تكسب العقد حجية قبل المتعاقدين والغير و بذلك تستقر

[48]– رمضان أبو السعود ، همام محمد محمود ، المرجع السابق ، ص ص.493 – 494 .

[49] – أمر رقم 75 / 58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ،المرجع السابق.

المعاملات بالقضاء على المنازعات العقارية كما و تنص **م 15** من **قانون إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري** على : « **كل حق ملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية غير أنّ نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية .** » [50] ، و يتضح من هذه المادة أنه يتسنى للغير أن يعلم بالمراكز القانونية للعقارات عن طريق مسك السجل العقاري ، كذلك فإنّ الشهر العقاري يتيح للمشتري العلم بحقيقة العقار الذي يريد التعامل فيه، إذن فالحقوق الواردة على العقار لا تكون نافذة في مواجهة الغير إلّا من تاريخ شهرها لدى المحافظة العقارية ، وفي هذا الصدد أيضا تنص **م 17** من **القانون نفسه** على ما يلي : « **إنّ الإيجارات لمدة 12 سنة لا يكون لها أي أثر بين الأطراف و لا يحتج بها تجاه الغير في حالة عدم إشهارها...** »[51].

تتعلق هذه المادة بعدم الإحتجاج اتجاه الغير بعقود الإيجار لمدة 12 سنة والتي لم تشهر هذا بالنسبة للعقود الرسمية، فأما بالنسبة للعقود العرفية فلا تكون نافذة في مواجهة الغير إلّا إذا كان لها تاريخ ثابت طبقا لنص **م 328** من **ق.م.ج** التي تنص على :

« **لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء :**

- **من يوم تسجيله ،**
- **من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرّره موظف عام ،**
- **من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص ،**
- **من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط و إمضاء.**

---

[50] – أمر رقم 75 / 74 مؤرخ في 12 نوفمبر 1975 ، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ج.ر.ع. 92.

[51] _أمر رقم 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، المرجع نفسه .

– غير أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف ، رفض تطبيق هذه الأحكام فيما يتعلق بالمخالصة . » [52].

ثانيا : العقود الملزمة للدائن

سبقت الإشارة إلى أن الدائن يتأثر بالعقود التي تصدر من مدينه دون أن ينتقل إليه الحق أو الإلتزام الذي يعقده المدين ، وعليه فإن الدائن يستطيع في وقت لا تزال فيه الحقوق ثابتة لمدينه أن يستعمل هذه الحقوق باسم المدين ، وهذا شكل من الوسائل القانونية التي قررها القانون لحماية الدائن وتتمثل هذه الوسائل في الدعاوى الثلاث التي ترمي إلى حماية حقوق الدائنين العاديين في الضمان العام وهذه الدعاوى هي : أولا الدعوى غير المباشرة ثانيا الدعوى البولصية و أخيرا الدعوى الصورية .

أ / الدعوى غير المباشرة

دعوى يرفعها الدائن باسم ولحساب المدين نيابة عنه ، إذا أهمل هذا الأخير في المطالبة بحق له في ذمة الغير، بالتالي يجوز للدائن أن يقاضي ويسأل هذا الغير مثلا إذا كان مسؤولا مدنيا عن ضرر أصاب المدين والذي أهمل المطالبة بتعويضه عن الضرر[53]، إذن فالدعوى غير المباشرة هي دعوى ضد المدين يرفعها دائنه بطريق غير مباشر باسم مدينه وبالنيابة عنه حتى يحافظ على أموال المدين ، فيتيسر له بذلك أن يقتضي دينه من هذه الأموال[54] ، حيث تنص **م 189** من **ق.م.ج** في هذا الصدد على ما يلي : « **لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين ، إلا ما كان منها خاصا بشخصه أو غير قابل للحجز ولا يكون استعمال الدائن**

---

[52] – أمر رقم 75 / 58 المتضمن القانون المدني ،المعدل والمتمم ، المرجع السابق.

[53] – محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص. 276 .

[54] – عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، ص.542 .

لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق، و أن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره ،أو أن يزيد فيه.

ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه، غير أنه لابد أن يدخله في الخصام . » [55]. يتبين من خلال هذه المادة أن للدائن و نيابة عن مدينه أن يرفع الدعوى لإدخال حق تقاعس عنه المدين في الضمان العام ، كما أضافت المادة أنه يجب إدخاله خصما في الدعوى ، و أنّ للمدين أن يتدخل في الدعوى ويتولاها بنفسه، وليس للدائن أن يتصرف في الحق ، كذلك إستثنت المادة بعض الحقوق من مجال إستعمال الدعوى غير المباشرة وهي الحقوق غير القابلة للحجز والحقوق والدعاوى المتصلة بشخص المدين ، كدعوى النفقة أو حقوق الاستعمال أو الاستغلال بإعتبارها من الحقوق التي لا يجوز التنازل عنها للغير أو حجزها ، و أخيرا جاءت المادة بشروط معينة حتى يتسنى للدائن أن يرفع الدعوى غير المباشرة .

1) شروط الدعوى غير المباشرة

ترجع بعض هذه الشروط إلى الدائن الذي يستعمل حق مدينه والبعض الآخر إلى الحق الذي يستعمل وهي كلها ترجع إلى المصلحة المشروعة للدائن التي تستحق الحماية [56] ، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي :

_ تقصير من المدين : سواء كان ذلك مجرد إهمال أو كان بسوء نية فيجوز للدائن إستعمال حقوق مدينه إذا أثبت أن المدين لم يستعملها بنفسه [57] .

---

[55] – أمر رقم 75 / 58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم ، المرجع السابق .

[56] – عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص. 756 .

[57] – محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص. 278 .

ـ **إعسار المدين** : يقصد بالإعسار الحالة الفعلية الناشئة عن زيادة الديون على حقوق سواء كانت ديونه حالة أو لم تحل [58] ، حيث تنص **م 193** من **ق.م.ج** على : « **إذا ادعى الدائن عسر المدين ، فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من الديون . وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عنها** .» [59] بحيث يجب لإثبات الإعسار أن يثبت الدائن مقدار ما في ذمة مدينه من ديون ، حتى يثبت المدين أن أمواله تكفي للوفاء بهذه الديون .

ـ **حق مستحق الأداء** : يجب أن يكون حق الدائن محقق الوجود وخاليا من النزاع ، وأن يكون معلوم المقدار [60] .

هذه هي الشروط الواجب توافرها حتى يستعمل الدائن حقوق مدينه .

2) أحكام الدعوى غير المباشرة

للدائن أن يطالب بكل الدين الذي في ذمة مدينه ولو جاوز هذا الدين حقه ، حيث له أن يطالب المدعى عليه بكل ما كان يستطيع المدين أن يطلبه ، ويجوز للمدعى عليه أن يتمسك في مواجهة الدائن بكل الدفوع من تقادم و مقاصة و إبراء و بطلان سند الدين... وهي كلها دفوع تكون له في مواجهة المدين نفسه ، فإذا ربح الدائن دعواه فإنه لا يستأثر بنتيجتها لأنه ليس إلا نائباً وينفذ بعد ذلك دون أن يختص به لوحده ،لأن لغيره من الدائنين أيضا الحق في أن ينفذوا عليه [61] .

---

[58] – محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص. 278 .

[59] – أمر رقم 75 / 58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم ، المرجع السابق .

[60] – عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص ص. 753 – 754 .

[61] – محمد حسنين ، المرجع نفسه ، ص. 279 .

ب) الدعوى البولصية (دعوى عدم نفاذ التصرف)

الأصل أن تصرفات المدين تكون نافذة في مواجهة الدائن بشرط حسن نية المدين غير أنه إذا تصرف تصرفا مضرا بدائنه أوغشا منه فلا تصبح تصرفاته نافذة في حق دائنيه [62] .

تقرر **م 191** من **ق.م.ج** حقا للدائن بالطعن في تصرف المدين الذي يتم غشا نحو الدائنين وقصد الإضرار بهم حتى لا ينفذ أثر العقد في حقهم [63] .

تستهدف الدعوى البولصية حماية الدائن من تصرفات مدينه بحيث تخول له المطالبة بعدم نفاذ هذا التصرف عليه ، وهي دعوى فردية يرفعها الدائن ضد المتصرف إليه مع إدخال المدين في الدعوى و هي دعوى خاصة يقصد بها عدم نفاذ التصرف في مواجهة الدائن ، كما وأنها لا تؤدي إلى بطلان التصرف بل إلى عدم الاحتجاج به على الدائن [64] وتبنى الدعوى البولصية على أساس أن القانون أراد حماية الدائن من سوء نية مدنيه المعسر ، حيث يرفعها الدائن باسمه هو و ينصرف أثرها إليه دون غيره [65] .

---

[62] –يوسف فتيحة ، دعوى عدم نفاذ تصرف المدين (الدعوى البولصية) في القانون المدني الجزائري المقارن ، بحث للحصول على دبلوم الماجستير في العقود و المسؤولية المدنية، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ،جامعة الجزائر 1986.ص ص.44_45.

أنظر أيضا _ محمد حسنين ، المرجع السابق، ص. 280 .

_ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص ص .777 ، 779 .

[63] – محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص. 324 .

[64] – محمد حسنين ، المرجع نفسه ، ص .280 .

_أنظر أيضاً يوسف فتيحة ، المرجع نفسه ، ص.45.

[65] – عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع نفسه ، ص. 779 .

1) شروط الدعوى البولصية

هناك شروط ترجع للدائن وشروط أخرى ترجع للتصرف الذي يطعن فيه وكلها ترجع إلى فكرة الضرر في جانب الدائن والغش في جانب المدين ، فالنسبة لشروط الدائن فتتمثل في:

ـ أن يكون حق مستحق الأداء وسابق على تصرف المدين المطعون فيه .

ـ كما ويشترط في الدائن أيضا أن تكون له مصلحة عاجلة في الطعن بالدعوى البولصية في تصرف مدينه ، بمعنى أن الحق الذي تصرف فيه المدين كان يستطيع الدائن أن يستوفي منه حقه ، و أنّ المدين معسر و ليس له أموال أخرى تكفي للوفاء بحق الدائن فأما بالنسبة للشروط التي ترجع للتصرف المطعون فيه فيجب أن يكون تصرف قانوني مفقر وأن ينطوي على الغش [66] .

2) أحكام الدعوى البولصية

يطالب الدائن في الدعوى البولصية بعدم نفاذ التصرف في حقه، فهي ليست دعوى بطلان لأن التصرف يبقى قائما فيما بين المدين والمتصرف إليه، غير أنه لا يسري في حق الدائن بالإضافة إلى ذلك فإنّ المال موضوع التصرف يعود إلى ضمانه العام ، ثم يقوم بعد ذلك الدائن بالتنفيذ عليه بإجراءات التنفيذ المعتادة ، و قد يختصم الدائن في الدعوى المدين والمتصرف إليه وكذلك المتصرف إليه الثاني إذا تعاقبت التصرفات [67] .

---

[66] – عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص.780 ،790 .

_أنظر يوسف فتيحة ، المرجع السابق ، ص ص. 47_48، 54_55.

[67] – محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص. 285 .

ج / الدعوى الصورية

قرر المشرع الجزائري للدائنين حماية لتفادي خطر العقود الصورية التي يصورها المدين أو التي يشترك في تصويرها ، وهذا حتى يخفي العقد الحقيقي، ومنه فإذا أبرم المدين عقداً صورياً ، جاز لدائنيه التمسك بالعقد الحقيقي المستتر أو بالعقد الصوري إذا كانوا حسني النية [68] ، وفي هذا الصدد تنص **م 198** من **ق.م.ج** على : « **إذا أبرم عقد صوري، فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص ، متى كانوا حسني النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصوري** .» [69] .

فالأصل أن العقود التي يبرمها المدين لا تسري في حق دائنيه بشرط أن تكون هذه العقود حقيقية وكانت غير مبرمة للإضرار بالدائنين ، فإذا ثبت أن العقد المبرم والذي بمقتضاه تم خروج المال من ذمة المدين عقداً صورياً ، جاز للدائن أن يطعن في هذا العقد بدعوى الصورية [70] .

1) شروط تحقق الصورية وصورها

يلجأ المتعاقدان إلى الصورية متى أرادا أن يخفيا حقيقة العقد المبرم بينهما وذلك لسبب معين فيكون لهما موقفان موقف ظاهر و موقف مستتر، وبهذا المعنى يوجد العقد الظاهر وهو العقد الصوري والعقد المستتر وهو العقد الحقيقي، وتتميز الصورية بصورتين مختلفتين هما صورية مطلقة بحيث يكون العقد الظاهر لا حدود له إطلاقا ، وصورية نسبية

---

[68] – عدنان إبراهيم السرحان ، نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الإلتزامات، دراسة مقارنة؛ دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن 2009 ، ص. 269 .

[69] – أمر رقم 75 / 58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ، المرجع السابق .

[70] – رمضان أبو السعود ، همام محمد محمود ، المرجع السابق ، ص. 494 .
أنظر أيضا _ يوسف فتيحة ، المرجع السابق ،ص.45.

عن طريق التستر و الإخفاء [71] كأن يهب مثلا شخص شيء مملوك له في صورة بيع لشخص آخر ، فيظهر كأنه عقد بيع غير أنه هبة في حقيقة الأمر.

2) أحكام الصورية

تنص **م 199** من **ق.م.ج** على ما يلي : « **إذا أخفى المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي.** » [72] ، يتبيّن من أحكام هذه المادة أنه بالنسبة للمتعاقدين والورثة أنّ العقد صوري لا وجود ولا أهمية له ويسري في حقهم العقد الحقيقي إعمالا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، حيث أن الأطراف المتعاقدة أرادوا العقد المستتر وهو الحقيقي وليس العقد الظاهر الذي هو العقد الصوري و يقع عبئ الإثبات على الطرف الذي يتمسك بالعقد المستتر [73] .

إن لم تكف أموال المدين لوفاء ديونه المستحقة الأداء ، للدائن فضلا عن الدعاوى الثلاث أن يطلب شهر إعسار المدين ، ليتمكن من الحصول على أكبر قدر ممكن من حقه وليكفل له شيء من المساواة مع غيره من الدائنين .

المبحث الثاني: انصراف أثر العقد بالنسبة إلى الغير

الأصل في العقد أن لا ينشئ للغير حقوقا ولا يلزمه بإلتزامات ، والمقصود بالغير هنا هو كل من لم يكن طرفا في العقد ولا خلفا عاما أو خاصا للمتعاقدين ، ونقصد بعدم إلتزام الغير بعقد لم يشترك فيه أنه لا يمكن أن يتفق إثنان على إلزام طرف ثالث الذي هو الغير بآثار إلتزامات وحقوق إتفقا عليها .

---

[71] – عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص. 828 .

[72] – أمر رقم 75 / 58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ، المرجع السابق .

[73] – عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع نفسه ، ص. 836 .

إلا أنّه يمكن للغير الأجنبي أن يكسب حقا من العقد ويكون ذلك عن طريق الإشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير ، وهذا ما سنقوم بتوضيحه في مطلبين مستقلين، إذ سنعرض في الأول التعهد عن الغير و في الثاني الإشتراط لمصلحة الغير .

المطلب الأول : التعهد عن الغير

تطرق المشرع الجزائري إلى موضوع التعهد عن الغير دون تعريفه في نص **م 114 ق.م.ج** التي تنص على ما يلي : « **إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده ، فإن رفض الغير أن يلتزم ، وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ ما إلتزم به .**

أما إذا قبل الغير هذا التعهد ، فإن قبوله لا ينتج أثراً إلاّ من وقت صدوره ،ما لم يتبيّن أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد. » [74] ، يتبيّن من خلال نص هذه م ، أن التعهد عن الغير لا يلزم إلا المتعهد وأن محل إلتزام المتعهد هو الحصول على قبول الغير للتعهد ، فإن حقق هذه النتيجة انقضى الإلتزام لأنه لا يضمن تنفيذ الغير للتعهد الذي قبله أما إذا رفض الغير قبول التعهد فيعتبر المتعهد مقصراً في تنفيذ إلتزامه .

الفرع الأول : المقصود بالتعهد عن الغير

سنعالج في هذا الفرع إلى توضيح أو بالأحرى تعريف التعهد عن الغير، فيقصد بالتعهد عن الغير « **أن يلتزم أحد الطرفين في عقد بحمل أجنبي عنه على قبول إلتزام معين** »[75] .

---

[74] – أمر رقم 75 / 58 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم ،المرجع السابق.

[75] – محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص .331 .

أو يمكن أن نقول بأن صورة التعهد عن الغير هي : « **أن يلتزم شخص بأن يجعل غيره يقوم بإبرام عقد ، فهو يلتزم بإلتزام بعمل فقط ولا يخرج المسعى عن قبوله من الغير أو رفضه** » [76] .

إلاّ أنّنا نجد بأنّ التعريف الأنسب للتعهد عن الغير، وهو تعريف واضح الدلالة والمعنى ما قدمته الأستاذة " **زواوي فريدة** " حيث أنّ في تعريفها للتعهد عن الغير لم تتطرق إلى فرضي قبول أو رفض الغير للتعهد ، إذ أن ذلك واضح ولا يستدعي الذكر ، لأنّ حمل الغير على التعهد لا يخرج عن هذين الفرضين فقط لا إلى غير ذلك ، وهذا هو التعريف الذي قدمته " **هو إتفاق يتعهد فيه أحد الطرفين بأن يجعل شخصا من الغير يلتزم بإلتزام معين قبل الطرف الآخر** " [77] .

سنوضح ذلك في المثال التالي : يتعهد (أ) لـ (ب) بأن يحمل (ج) على أن يبيع سيارته لـ (ب) وفي هذا المثال نجد بأن (أ) تعهد لـ (ب) بحمل (ج) على إبرام عقد بيع ومن هنا يتضح لنا بأن (ج) غريب عن هذا التعهد وهو حر إن شاء قبل بيع سيارته لـ (ب) و إن شاء رفض ذلك .

لكن إذا رفض فإن (أ) المتعهد بالتزام بعمل يكون قد أخل بإلتزامه، فيلتزم بتعويض (ب) عما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ هذا التعهد . ومن هنا نجد أن التعهد عن الغير يوجد فيه ثلاثة أشخاص ، المتعهد ، والمتعهد له، و المتعهد عنه.

كما يتّضح لنا بأن العقد لا ينتج أثر إلّا في العلاقة بين طرفيه، أما بالنسبة للمتعهد عنه، وهو الغير فلا ينصرف إليه آثار العقد [78] .

---

[76] – فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، د. ط ؛ ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 2009، ص.138 .

[77] – زواوي فريدة ، المرجع السابق ، ص. 162 .

[78] – علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص. 90 .

الفرع الثاني: شروط التعهد عن الغير

لتحقق التعهد عن الغير يجب توفر الشروط الثلاث الآتية وهي : أن يتعاقد المتعهد باسمه لا باسم المتعهد عنه ، و أن تتجه إرادة المتعهد إلى إلزام نفسه ، كما يجب أن يكون المتعهد ملزم شخصيا بضمان موافقة الغير على التعهد .

أولا : تعاقد المتعهد باسمه

يقتضي التعهد عن الغير أن يتعهد المتعاقد باسمه ولحسابه، لا باسم الغير الذي يتعهد عنه وبهذا يتميز المتعهد عن الوكيل ، فالوكيل يعمل باسم ولحساب الموكل الذي يتحمل الواجبات ويكتسب الحقوق التي يتعاقد باسمه ولحسابه ، وهو ما نصت عليه **م 571** من **ق.م. ج** : « **الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصاً آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه** » [79] .

أما المتعهد فيبرم العقد باسمه هو وتتصرف آثار العقد إلى ذمته ويلتزم هو بنفسه والغير لا يلتزم [80] ، و هذا ما جاء في نص **م 114 ق. م. ج** _السالفة الذكر_.

ثانيا : إلتزام المتعهد لنفسه بالتعهد

أن تتجه إرادة المتعهد عن الغير إلى إلزام نفسه هو لا إلزام الغير ، إذ لا يمكن إلزام شخص بآثار عقد لم يكن طرفا فيه ، وهذا ما أكدته **م 113** من **ق.م. ج** التي تنص على ما يلي :

« **لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا .** » [81] .

---

[79] – أمر رقم 75 / 58 ، المتضمن القانون المدني ،المعدل والمتمم ، المرجع السابق.

[80] – بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ،ج.1 ،التصرف القانوني ، العقد و الإرادة المنفردة ؛ ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1999 ،ص.217.

[81] – أمر رقم 75 / 58 ، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم ، المرجع نفسه.

ثالثا : حمل المتعهد الغير على قبول

يجب أن يكون محل إلتزام المتعهد هو القيام بعمل ، وهو حمل الغير على قبول التعهد والإلتزام هنا هو إلتزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية ، إذ لا يكفي بذل المتعهد قصارى جهده ليحمل الغير على قبوله التعهد ، بل يجب قبول الغير و إلّا اعتبر مخلًا بإلتزامه [82] .

بهذا يتميز التعهد عن الغير والكفالة ، فالكفيل يضمن تنفيذ المدين لالتزامه الأصلي فإلتزام الكفيل إلتزام تبعي، أما المتعهد عن الغير فيلزم بإيجاد التزام المتعهد عنه ، غير أنه ليس هناك ما يمنع من كفالة المتعهد عن الغير في تنفيذ هذا الغير بالإلتزام ، وبذلك يصبح متعهداً عن الغير وكفيلا في نفس الوقت [83] .

الفرع الثالث : آثار التعهد عن الغير

إذا توافرت الشروط السابقة، كنا بصدد تعهد صحيح منتج لآثاره فيما بين المتعاقدين " المتعهد والمتعهد له " ، غير أنّ الغير و باعتباره أجنبيا عن هذا العقد فهو غير ملزم به وله الخيار فإن شاء قبله وعندها ينعقد عقد جديد بإرادته من هذا الوقت ، وقد لا يقبله دون أن تترتب عليه أية مسؤولية في هذا الشأن .

سوف نتعرض إلى هذين الفرضين فيما يلي :

أولا : قبول الغير للتعهد

حينما يقبل الغير بالتعهد ، إنما يقبله بإرادته هو و بموجب عقد جديد بينه وبين المتعهد له فالأمر إذن لا يرجع إلى العقد الذي قد أبرم بين المتعهد والمتعهد له في عقد

---

[82] – محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص. 205 .

[83] – محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص. 332 .

التعهد ، فإلتزام الغير مرده العقد الجديد الذي يقوم أثر قبوله للتعهد [84] ، إذن إلتزام المتعهد الأول في العقد الأول هو إلتزام بعمل وهو الحصول على قبول الغير ، وإلتزام الغير في العقد الثاني قد يكون عملًا أو إمتناعاً عن عمل أو إعطاء شيء [85] .

و يكون إلتزامه منذ تاريخ موافقته لا من تاريخ عقد التعهد ، ما لم يظهر بوضوح أنه قصد التحمل بالإلتزام من التاريخ الأخير ، وقد يكون القبول صريحاً أو ضمنياً بدون أثر رجعي ، معنى ذلك أن تاريخ إلتزام الغير هو يوم قبوله للتعهد وليس تاريخ إنعقاد التعهد [86] .

ثانيا : رفض الغير للتعهد

للغير كامل الحرية في رفض التعهد، ولا يتحمل أية مسؤولية مهما كان نوعها في ذلك ، بل ويعد باطل كل إتفاق يرمي إلى إلزام الغير رغم عنه ، إذ أنّ التعهد كما سبق القول لا يلزم الغير بأي شيء [87] . لكن المتعهد نفسه في هذه الحالة يتحمل المسؤولية لأنّه يكون قد أخل بإلتزامه الذي ترتب على عقد التعهد عن الغير و تتضمن مسؤوليته هنا تحمله بتعويض للمتعهد له عن الأضرار التي نالته .

نلاحظ أن القانون قد أجاز للمتعهد أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ الإلتزام الذي تعهد به إن أمكن ذلك . وبطبيعة الحال لا يكون ذلك إلا حيث لا تكون

---

[84] – أمجد محمد منصور، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن 2006 ص. 191 .

أنظر أيضا _ محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص. 100 .

[85] – محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص. 332 .

[86] – علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص. 416 .

[87] – أمجد محمد منصور ، المرجع نفسه ، ص. 192 .

شخصية المتعهد عنه محل إعتبار وهذا ما يتفق مع القواعد العامة [88] ، وقد نصت على هذه الأحكام **م 114 / 1** من **ق م ج** _ السالفة الذكر_ .

المطلب الثاني : الاشتراط لمصلحة الغير

تطرق المشرع الجزائري إلى موضوع الإشتراط لمصلحة الغير في المواد **116 117 ، 118 ق. م. ج** .

حيث تنص **م 116 ق.م. ج** على ما يلي : « **يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذه هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية**» [89] .

سنعرض في هذا المطلب إلى المقصود بالإشتراط لمصلحة الغير في الفرع الأول ونحاول بذلك أن نميز بين الإشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير، أما في الفرع الثاني فسنتطرق إلى شروط تحقيق الإشتراط لمصلحة الغير، وأخيراً في فرع ثالث إلى آثاره .

الفرع الأول : المقصود بالاشتراط لمصلحة الغير

يقصد بالإشتراط لمصلحة الغير" **هو إتفاق بين المشترط والمتعهد ينشأ عنه على عاتق الأخير حق للمنتفع** " [90] .

---

[88] – علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص. 415 .

[89] – أمر رقم 75 / 58 ، المتضمن القانون المدني ،المعدل والمتمم ، المرجع السابق .

[90] –بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص. 220 .

أو يمكن القول بأنه " **إتفاق بين شخصين يتعهد أحدهما بأن يؤدي مباشرة إلى شخص آخر عن العقد أداءً معيناً يشترطه الطرف الآخر في هذا الإتفاق** " [91] .

لكن يمكن توضيح هذين التعريفين أكثر بالتعريف الذي قدمته " **زواوي فريدة** " فهو ذو دلالة واضحة ومقتصرة ، حيث قالت بأنّ الإشتراط لمصلحة الغير هو " **إتفاق بين شخصين على إنشاء حق لشخص آخر ليس طرفاً في هذا الإتفاق** " [92] .

بعد أن قدمنا تعريف لكل من التعهد عن الغير سابقا وللإشتراط لمصلحة الغير يمكن لنا أن نميز بينهما ، حيث نجد أن التعهد عن الغير ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة التي تقضي بأنّ الغير لا يلتزم بعقد لم يكن طرفاً فيه في حين أنّ الإشتراط لمصلحة الغير هو عقد يلتزم بمقتضاه شخص يسمى المتعهد في مواجهة شخص يسمى المشترط بأن يقوم بأداء معين لمصلحة شخص ثالث يسمى المستفيد [93] .

الفرع الثاني : شروط تحقق الاشتراط لمصلحة الغير

إضافة إلى الشروط العامة الواجب توفرها في كل العقود من (تراضي وسلامة الإرادة من العيوب و أهلية، محل، وسبب) ، لا بدّ أن تتوفر في الإشتراط لمصلحة الغير أربعة شروط طبقاً لنص **م 116 / 1 ق. م. ج** – السالف ذكرها – وتتلخص هذه الشروط في : أن يتعاقد المشترط باسمه ، أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إيجاد حق مباشر للمستفيد و أن يكون للمشترط مصلحة تعود عليه ، و يكون الشخص المشترط لصالحه شخص غير محدد .

---

[91] – أنظر فاضلي إدريس ، المرجع السابق ، ص. 138 .

[92] – زواوي فريدة ، المرجع السابق ، ص. 189 .

[93] – بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص. 222 .

أولا : تعاقد المشترط باسمه

المشترط ينبغي له أن يتعاقد باسمه هو ، وليس باسم المستفيد إذ لا يتدخل المنتفع في العقد وهذا الشرط هو الذي يميز الإشتراط لمصلحة الغير عن التعاقد بالنيابة حيث الوكيل لا يتعاقد باسمه بل باسم الأصيل بينما المشترط يتعاقد باسمه [94] ، و في حالة ما إذا قام المشترط و أدخل المنتفع طرفاً في العقد فلا يكون هناك إشتراط لمصلحة الغير لأن المنتفع أصبح طرفاً في العقد يلتزم بإلتزامه ويكتسب ما له من حقوق بصفته متعاقداً وليس منتفعاً [95] .

ثانيا : اتجاه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر

ينبغي أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إيجاد حق مباشر للمستفيد من جراء هذا العقد سواء كان ذلك صراحة أو ضمناً ، أما إذا لم تتجه النيّة إلى ذلك فلا نكون بصدد الإشتراط لمصلحة الغير[96].

يجب أن يكون موضوع التعاقد هو إنشاء حق مباشر للمستفيد ، و نقصد بذلك أن الحق ينشأ في ذمة المستفيد مباشرة دون أن يمرّ في ذمة المشترط أولًا ثم ينتقل إلى المستفيد .

بالتالي يترتب على ذلك أنه يحق للمستفيد مطالبة المتعهد مباشرة بالحق الناشئ عن العقد وباسمه الشخصي بمقتضى دعوى مباشرة [97] .

---

[94] – فاضلي إدريس ، المرجع السابق ، ص. 139 .

[95] – علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص. 91 .

[96] – فاضلي إدريس ، المرجع نفسه ، ص. 142 .

[97] – محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص .338 .

ثالثا : وجود مصلحة للمشترط

يلزم لقيام الإشتراط لمصلحة الغير أن يكون للمشترط مصلحة تعود عليه من وراء هذا العقد سواء كانت هذه المصلحة مادية [98] ، كقضاء دين مثلا : يشترط البائع على المشتري أن يدفع الثمن لدائنه أو مصلحة أدبية وأحسن مثال يجسدها هو عقد التأمين كإشتراط المستأمن على شركة التأمين بأداء مبلغ التأمين في حالة وفاته إلى أبنائه وزوجته.

رابعا : الإشتراط لمصلحة شخص مستقبل أو غير محدد

نصت على هذا الشرط م **118 ق. م. ج** على ما يلي : « **يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المشترط شخصاً مستقبلا أو هيئة مستقبلة كما يجوز أن يكون شخصاً أو هيئة لم يعينا وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعا في الوقت الذي يجب أن ينتج العقد فيه أثره طبقا للمشارطة** » [99] .

يتضح من خلال نص هذه المادة بأن المشرع الجزائري لم يلزم بأن يكون الشخص الذي يشترط لصالحه الحق و هو المنتفع ، بأن يكون معيناً بالذات وقت إبرام الإشتراط [100] ، ويستفاد من هذا أنّه يجوز أن يكون المنتفع موجوداً عند الإشتراط أو سوف يوجد فيما بعد ، كما أنه يمكن أن يكون المنتفع شخصاً طبيعياً أو معنوياً كجمعية خيرية مستشفى ، أو مسجد ...

---

[98] – عبد القادر الفار، بشار عدنان ملكاوي ، مصادر الإلتزام ، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني ، ط. 3؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن 2011 ، ص. 139 .

أنظر أيضا _ علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص. 418 .

[99] – أمر رقم 75 / 58 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[100] – علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص. 96 .

الفرع الثاث : آثار الإشتراط لمصلحة الغير

الإشتراط لمصلحة الغير ثنائي في تكوينه ، ثلاثي من حيث آثاره أو يمكن القول بأنه يترتب على الإشتراط لمصلحة الغير قيام ثلاث علاقات وهي :

أولا : علاقة المشترط بالمتعهد

تتحدد هذه العلاقة طبقا للعقد الذي أبرمه الطرفان ، وعلى كل واحد منهما أن يتحمل وينفّذ ما إلتزم به طبقاً للقواعد العامة ، فيلتزم المتعهد والمشترط بتنفيذ إلتزاماتهما وفقاً للعقد وإذا امتنع أحدهما عن تنفيذ العقد كان للطرف الآخر الحق في الدفع بعدم التنفيذ أو طلب الفسخ [101] .

ثانيا : علاقة المشترط بالمستفيد

تتحدد هذه العلاقة بالدافع إلى الإشتراط ، فقد يكون هذا الإشتراط تبرعاً للمنتفع وفي هذه الحالة نكون بصدد هبة غير مباشرة . ولكن العلاقة التبرعية بين المشترط والمستفيد تخضع لأحكام الهبة من حيث الموضوع ويجب أن تتوفر لديه أهلية التبرع أي أن يكون راشدا ، وإذا كان تبرعه قد تم وهو في مرض الموت جرت عليه أحكام **م 776** من **ق.م.ج** التي تنص على ما يلي : « **كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف .**

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

---

[101] – فاضلي إدريس ، المرجع السابق ، ص. 143 .

إذا أثبت الورثة أن التصرف قد صد ر **عن مورثهم في مرض الموت ، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك ، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه . »** [102] .

أما إذا كان قصد المشترط هو وفاء للمستفيد بدين عليه كان العقد معاوضة ، لذا تطبق في هذه الحالة القواعد الخاصة بالوفاء ، فلا تبرأ ذمة المشترط إلّا عند إستفاء المستفيد لدينه كاملًا من المتعهد[103] ، وقد يكون قصد المشترط من الإشتراط إقراض المستفيد المبلغ الذي اشترط لصالحه وفي هذه الحالة تتحدد العلاقة بينهما طبقا لأحكام القرض .

ثالثا : علاقة المتعهد بالمستفيد

يكتسب المستفيد من عقد هو أجنبي عنه حقاً شخصياً مباشرًا و يترتب في ذمة المتعهد دون حاجة إلى إعلان منه للمنتفع ، ويترتب على هذه العلاقة ما يلي من آثار :

1 – باعتبار أن المنتفع قد أصبح دائناً من يوم الإشتراط فانه يشارك جميع دائني المتعهد في ضمانهم العام ويتقاسم الجميع هذا الضمان قسمة غرماء .

2 – لدائني المتعهد أن يطعنوا بالدعوى البولصية في قبوله الإلتزام نحو المنتفع لأن تصرفه مفقر له.

3 – للمتعهد و دائنيه أن يتمسكوا ضد المنتفع بالدفوع المترتبة على الإشتراط [104] .

كما يترتب على هذه العلاقة أن يكتسب المنتفع حقاً مباشرًا من عقد الإشتراط و الذي يكون قابلا للنقض من جانب المشترط ، وهذا ما نصت عليه م **117 ق. م. ج** في فقرتها **1** « **يجوز للمشترط دون دائنيه أو وارثيه أن ينقض المشارطة قبل أن يعلن المنتفع**

---

[102] – أمر رقم 75 / 58 ، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم ، المرجع السابق.

[103] – محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص. 342 .

[104] – علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص ص. 95 – 96 .

إلى المتعهد أو إلى المشترط رغبته في الإستفادة منها ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد . » [105] .

يتبين من خلال نص هذه المادة أنّه يجوز للمشترط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشارطة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشترط رغبته في الإستفادة منها ، ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد ، و لا يترتب على نقض المشارطة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط إلّا إذا إتفقا صراحة أو ضمنا على ذلك ، وللمشترط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول كما له أن يحتفظ لنفسه بالإنتفاع بالمشارطة .

أما عن أسباب النقض فهي قائمة على إعتبارات خاصة بالمشترط إذ هو حق شخصي له ، ولا يتطلب في حق النقض شكلا خاصاً وقد يكون ضمنياً ويوجه إلى المنتفع أو إلى المتعهد [106] .

الفرع الرابع : بعض التطبيقات العملية لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير

تتمثل التطبيقات الفعلية لهذه القاعدة في كل من عقد الإذعان وعقد التأمين كنموذجين مهمين الذين سنتعرض لهما تبعاً .

أولا : عقد التأمين

لا يكاد الباحث في كتب الفقه وفي النصوص القانونية المتعلقة بالتأمين أن يعثر على تعريف واحد جامع و مانع بالرغم من المحاولات الفقهية والتشريعية العديدة في ذلك .

---

[105] – أمر رقم 75 / 58 ، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم ، المرجع السابق.

[106] – محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص. 105 .

أنظر أيضا _ بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص. 231 .

_ سرايش زكريا ، المرجع السابق ، ص. 149 .

ولعلّ عدم وجود إجماع على تعريف التأمين راجع على اشتماله على جوانب مختلفة ترجع في الأصل إلى تعلقه بالمجال الاقتصادي، الفنّي والقانوني [107] ، إلا أنه يمكن تقديم تعريف سواء من الناحية اللّغوية أو الاصطلاحية .

أ / تعريف التأمين

1- لغة : معنى أمن في لسان العرب ، الأمان و الأمانة بمعنى وقد أمنت فأنا أمن وآمنت غيري من الأمن [108] ، والأمن ضد الخوف أي سواء كان من العدو أو غيره ، أو هو عدم توقع مكروه في الزمن الآتي .

2- اصطلاحا : هو عقد يلتزم بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو المستفيد الذي أشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال ، أو إيراد مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبّين بالعقد وذلك نظير قسط أو أي دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن [109] ، و قد عرف المشرع الجزائري عقد التأمين في نص **م 619** من **ق.م. ج** التي تنصص على ما يلي : « **التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن** » [110] .

---

[107] – هيثم حمادة المصاروة ، عقد التأمين ؛ مكتبة الشارقة للنشر والتوزيع ، الأردن 2010 ، ص ص. 14 – 15 .

[108] – شوقي ضيف ، معجم القانون ، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية ، القاهرة ، 1999 ص. 558 .

[109] – هيثم حمادة المصاروة ، المرجع نفسه ، ص .15 .

أنظر أيضا _ محمد حمدي ، قاموس مرشد الطلاّب ، عربي عربي ، ط.2 ؛ منشورات المرشد الجزائرية، الجزائر 2007 ص.137.

_ جرجس جرجس، أنطوان حويس، المنبع، قاموس عربي عربي؛ إديوسفت الدار البيضاء، المغرب 2006،ص.191.

[110] – أمر رقم 75 / 58 ، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم ، المرجع السابق.

مـن خـلال هـذا التعريـف نجـد بـأن المشـرع بـيّن بوضـوح أهـم عناصـر عقـد التـأمين والمتمثلـة فـي أشـخاص التـأمين وهـم المـؤمن والمـؤمن لـه والمسـتفيد ومضـمونه وهـو الخطـر والقسط المتمثل في مبلغ التأمين .

ب / خصائص عقد التأمين

يتميز عقد التأمين بمجموعة من الخصائص تتمثل في :

1) عقد رضائي وملزم للجانبين

يعـد عقـد التـأمين عقـداً رضـائيا ، إذ لا يكفـي لانعقـاده مجـرد توافـق إرادتـي المتعاقـدين بالإيجـاب والقبـول غيـر أن الرضـائية فـي هـذا العقـد لا تتصـل بقواعـد النظـام العـام لـذلك فإنـه يجـوز لطرفـي العقـد الاتفـاق علـى جعلـه عقـداً شـكلياً [111] . ويعـد عقـد التـأمين مـن العقـود الملزمـة للجـانبين ذلـك لأنـه يقـع علـى عـاتق كـل طرفيـه التـزام معـين فـي مواجهـة الطـرف الآخـر فـالمؤمن لـه يلتـزم بـأداء القسـط والمـؤمن يلتـزم بتغطيـة الخطـر للمـؤمن لـه ودفـع مبلـغ التـامين عند تحقق الخطر .

2) عقد معاوضة

ينـدرج عقـد التـأمين ضـمن طائفـة عقـود المعاوضـة إذ يتلقـى فيهـا كـل مـن المتعاقـدين مقـابلا أو عوضـا لمـا أعطـاه ، حيـث يقـدم المـؤمن مبلـغ التـأمين و يأخـذ مقـابلا لـه ، الـذي هـو أقسـاط التـأمين ويبقـى عقـد التـأمين يتّصـف بهـذه الصـفة حتـى ولـو لـم يتحقـق الخطـر المـؤمن منـه، لأنّ الأقسـاط المدفوعـة مـن قبـل المـؤمن لـه قـد يـدفعها لتكـون مقابـل تحمـل المـؤمن المخاطر وأخذها على عاتقه .

---

[111] – هيثم حمادة المصاروة ، المرجع السابق ، ص ص. 81 ،86 .

أنظر أيضا _ http://www.Kanouz.com

كنوز القانون المدني ، خصائص عقد التأمين ،عقد البيع والإيجار يوم 9 فيفري 2009 م ، يوم الاطلاع عليه 31 ماي 2015 .

3) عقد مستمر

يعد عقد التأمين من العقود المستمرة التي يعدّ فيها الزمن عنصراً جوهرياً فالمؤمن يتحمّل تبعة الخطر الذي يتهدد المؤمن له من خلال مدة معينة وهي مدة العقد، وفي المقابل المؤمن يقوم بتسديد الأقساط المترتبة في ذمته على فترات أي بصورة مستمرة متكررة طوال مدة العقد أيضا سواء كان ذلك على وجه منتظم أم لا ، بل إنّ هذا العقد يبقى عقداً زمنياً حتى وإن كان إلتزام المؤمن بدفع القسط يتم لمرة واحدة عن كامل مدة العقد سواء كان ذلك قبل تنفيذه أو بعد إنتهائه ، أو بين التنفيذ والإنتهاء .

4) عقد من عقود حسن النيّة

يسود هذا المبدأ كافة العقود باعتباره منطلقاً و أساساً لها حيث ينص **ق.م.ج** على وجوب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه وبطريقة يتفق مع ما يفرضه حسن النية و ذلك في نص **م 1/107** من **ق.م.ج** :« **يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية** » [112] .

ويلعب هذا المبدأ دوراً هاماً في عقد التأمين من حيث التكوين أو التنفيذ فالمؤمن لا يمكنه الحصول على فكرة حقيقية عن الخطر المؤمن منه إلّا من خلال ما يقدمه المؤمن له من بيانات يدلي بها له ، مع بقاء هذا الأخير ملتزماً بالإمتناع عن القيام بكل ما من شأنه زيادة الخطر، وإذا طرأ جديد يؤدي ذلك إلى وجوب إبلاغ المؤمن فوراً فهذه الإلتزامات يعتمد تنفيذها على حسن النية، و الذي إذا خالفه المؤمن له طبقت عليه جزاءات قد تصل إلى حد سقوط حقه فيما يخص مبلغ التأمين [113] .

---

[112] – أمر رقم 75 / 58 ، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[113] – هيثم حمادة المصاروة ، المرجع السابق ، ص. 96 .

أنظر أيضا _ المرجع السابق:

http://www.Kanouz.com

ج / إلتزامات عقد التأمين

بعد انعقاد عقد التأمين عقداً صحيحاً ، تترتب عليه آثار تتمثل في الإلتزامات المتبادلة بين أطرافه أي بين إلتزامات المؤمن وإلتزامات المؤمن له .

1) إلتزامات المؤمن

بعد ما ينعقد العقد يلتزم المؤمن بضمان الخطر المحدد في العقد خلال مدة سريانه وتتمثل التزامات المؤمن فيما يلي :

_ الإلتزام بدفع أداء التأمين : طبقا لما تنص عليه **م 12** من **أمر** رقم **95 /07 :**

« يلتزم المؤمن :

1 – بتعويض الخسائر والأضرار:

أ – الناتجة عن الحالات الطارئة .

ب – الناتجة عن خطأ غير متعمد من المؤمن له .

ج – التي يحدثها أشخاص يكون المؤمن له مسؤولا مدنيا عنهم طبقا لمواد من 134 إلى 136 من القانون المدني ، كيف كانت نوعية الخطأ المرتكب وخطورته ،

د – التي تسببها أشياء أو حيوانات يكون المؤمن له مسؤولا مدنيا عنها بموجب المواد 138 – 140 القانون المدني الجزائري . » [114] .

يتضح من خلال الفقرة الأولى من المادة أن المؤمن ملزم بأداء التأمين المتفق عليه في العقد وهي تحدد نوع الأخطار المؤمن منها أيضا ، بهذا سوف نتطرق إلى تبيان طبيعة مبلغ التأمين وكيفية تحديد أداء التأمين .

[114] – أمر رقم 95 / 07 ، مؤرخ في 25 جانفي 1995 ، المتعلق بالتأمينات ،ج. ر. ع .15 .

طبيعة مبلغ التأمين

غالبا ما يدفع أداء التأمين المتفق عليه نقداً أو أداء عيناً كالقيام بإصلاح الضرر وتقديم الخدمة للمؤمن له أو للمستفيد حسب ما اتفق عليه ، كما يمكن لهذا الأداء أن يتم على دفعة واحدة .

تحديد أداء التأمين

يختلف تحديد الأداء بإختلاف أنواع التأمين ، فهو يخضع في التأمين على الأضرار لمبدأ التعويض حيث لا يجوز أن يتعدى الضرر اللّاحق بالمؤمن له ، وأن يكون في حدود المبلغ المتفق عليه في العقد وهذا طبقا لنص **م 13 / 1** من أمر رقم **95 / 07** التي تنص على:« **يدفع التعويض أو المبلغ المحدد في العقد في أجل تنص عليه الشروط العامة لعقد التأمين** . » [115] .

أجل تسوية التعويض

قد نصت عليه **م 13/ 2** من الأمر نفسه على ما يلي : « **يجب أن يأمر المؤمن بإجراء الخبرة عندما تكون ضرورية في أجل أقصاه سبعة (7) أيام ابتداء من يوم استلام التصريح بالحادث** » [116] . إذن يتبيّن من خلال نص هذه المادة بأنه يجب على المؤمن أن يقوم بدفع التعويض المستحق للمؤمن له أو المستفيد ، وإذا تطلب الأمر القيام بإجراء خبرة لتقدير التعويض فإذا ذلك جائز، على أن لا يتجاوز ذلك سبعة أيام، وقيام الخبير بإيداع تقريره في الأجل المحدد في العقد لإختلاف الأجل حسب نوع التأمين ، والطبيعة المحددة في وثيقة التأمين وإن تأخّر المؤمن في تسوية التعويض طبقا للأجل المحدد تترتب عليه جزاءات في شكل تعويض عن التأخير وهذا ما يتضح لنا من خلال **م 14** من الأمر نفسه دائما التي تنص على: « **بعد انقضاء أجل التسوية المشار إليه في الفقرة الأولى من**

---

[115] – أمر رقم 95 / 07 ، المتعلق بالتأمينات، المرجع السابق.

[116] – أمر رقم 95 / 07 ، المتعلق بالتأمينات ، المرجع نفسه.

المادة 13 أعلاه يجوز للمؤمن له أن يطالب ، زيادة عن التعويض المستحق ، بتعويض الأضرار اللّاحقة به من جراء هذا التأخير » [117] .

وتبقى مسألة تقدير التعويض مسألة موضوعية تخضع لتقدير قاضي الموضوع الذي يمكن له الإستعانة بالخبراء .

- الإلتزام بأداء التأمين في التأمين على الأشخاص

يكون ذلك بدفع المبلغ المتفق عليه عند تحقق الحادث أو حلول أجل العقد وذلك طبقا لنص **م 60** من **أمر** رقم **95 / 07** التي تنص على ما يلي :

« التأمين على الأشخاص ، اتفاقية احتياط بين المؤمن له و المؤمن ، ويلتزم المؤمن بموجبها بأن يدفع للمكتتب أو للمستفيد المعين مبلغاً محدداً ، رأسمالا كان أو ريعاً في حالة تحقق الحادث أو عند حلول الأجل المنصوص عليه في العقد .

ويلتزم المكتتب بدفع الأقساط حسب جدول استحقاق متفق عليه »[118] .

يتبين من خلال هذه المادة أن المؤمن يلتزم بضمان الأخطار المحددة في عقد التأمين في صورة ما إذا حدث الخطر المؤمن عليه ، ويمكن للمؤمن له في هذا النوع من التأمين الجمع بين مبلغ التأمين والتعويض المستحق له من الغير المسؤول عن الضرر.

2) إلتزام المؤمن له

يتمثل الإلتزام الذي يقع على عاتق المؤمن له في الإلتزام بدفع القسط إذ يرتب عقد التأمين على المؤمن له أداء القسط وهو يتمثل في دفع سعر التأمين الذي غالبا ما يكون مبلغا من النقود .

---

[117] – أمر رقم 95 / 07 ،المتعلّق بالتأمينات ،المرجع السابق.

[118] – أمر رقم 95 / 07 ، المتعلق بالتأمينات ، المرجع نفسه .

د / إنقضاء عقد التأمين

تمت الإشارة فيما سبق إلى أنّ عقد التأمين من عقود المدة ، ومن ثمة إذا إنتهت مدته انقضى العقد بالتالي يعود طرفيه أجنبيان حيث لا يعد المؤمّن ملتزماً بأيّ ضمان ولا المؤمّن له بدفع أي قسط .

ثانيا : عقد الإذعان

لقد نشأ عقد الإذعان نتيجة للتطور الإقتصادي الحديث الذي اتجه نحو أسلوب الإنتاج الكبير وما استتبع ذلك من قيام شركات ضخمة وكان ذلك في القرن 19 ، حيث برزت ظواهر جديدة حدت من مبدأ سلطان الإرادة وأنقصت من إرادة الطرف الضعيف في تحديد محتوى العقد بهذا قد تولد عقد الإذعان.

وفيما يلي سنتطرق إلى تعريف عقد الإذعان ، تبيان طبيعة هذا العقد وتفسيره ، وإلى أساس تقرير قاعدة تفسير الشك للمصلحة المذعنة .

أ / تعريف عقد الإذعان

1- لغة : الإذعان من ذعن ، يذعن ، ذعناً ، فالإذعان هو الإسراع مع الطاعة حسب لسان العرب وأهل اللغة فهو الإنقياد بسرعة والإقرار والخضوع ، فنقول أذعن الشّخص أي إنقاد له و أقرّ بالحق [119] .

2_اصطلاحا : هو العقد الذي يملي فيه أحد طرفيه شروطه ويقبلها الطرف الآخر دون أن يكون له حق من مناقشتها أو تعديلها [120] .

---

[119] – جرجس جرجس، أنطوان حويس ، المرجع السابق، ص.43.

أنظر أيضا _محمد حمدي، المرجع السابق، ص.31.

[120] – منال جهاد أحمد خلة ، أحكام عقود الإذعان في الفقه الإسلامي ، رسالة ماجستير ، كلية الشريعة والقانون ، قسم الفقه المقارن بالجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين 2008 ، ص. 39 .

لم يتفق الفقهاء على تعريف واحد لعقد الإذعان ، ولكن نجد التعريف الذي قدمه " **سالي** " إذ هو صاحب أول فكرة للإذعان، و يقول بأن عقد الإذعان « **هو محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة وتملي قانونها ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة وتفرضها مسبقاً ومن جانب واحد لا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد** » [121] .

لكن يمكن أن نقول بأن أبرز تعريف فقهي يمكن الإعتداد به هو ما توصل إليه الدكتور" **عبد المنعم فرج الصده** " إذ يصف هذا العقد بأنه « **الذي يسلّم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل إحتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها** » [122] .

كما يمكن توضيحه بأسلوب بسيط ، بأنه العقد الذي يضطر أحد طرفيه لقبوله دون مساومة أو تغيير في شروطه .

ب / طبيعة عقد الإذعان

لقد انقسم الفقه إلى فريقين منهم من يرى أن عقد الإذعان هو عقد ، ومنهم من لا يراه سوى نظاما وسوف نتطرق إلى هذين الرأيين كما يلي :

_الرأي الأول : عقد الإذعان ما هو إلا نظام

ينكر هذا الرأي وصف العقد على الإذعان، ويرى بأنه مجرد نظام قانوني وما هو سوى مجرد لائحة تحكيم، وبذلك فإنه ما دام لا يوجد توافق للإرادتين، فإن عقد

---

[121] – لعشب محفوظ بن حامد ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن ؛ المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية الجزائر 1990 ، ص. 23 .

[122] – عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، ص. 134 .

الإذعان المزعوم ليس عقداً وإنما يشبه القانون وذلك لأنّ الطرف هو الذي ينفرد بوضع شروط العقد، فليس هناك تفاوض وما على المذعن إلّا القبول أو الرفض [123] .

_الرأي الثاني : عقد الإذعان يتسم بالصفة العقدية

يرى أنصار هذا الرأي وهم أغلبية فقهاء القانون المدني بالصفة التعاقدية لعقد الإذعان حيث يرون أن الضغط الذي يكون الطرف المذعن واقعا تحته لا يبلغ حد الإكراه الذي يعدم الرضا ولا يفسده حتى ، بالتالي القبول بطريق الإذعان قبول صحيح ينعقد إقترانه بالإيجاب عقد صحيح [124] .

ج / تفسير عقد الإذعان

لا يمكن أن يعامل عقد الإذعان كسائر العقود الأخرى في التفسير إذ لا ينطبق عليه نص **م 113 ق.م. ج** – السالف ذكرها– والسبب في ذلك غياب الإرادة المشتركة في عقد الإذعان ، لذا فإن التفسير يتم على حسب الغرض الذي سعى إليه المتعاقدان بذلك نتوصل في أغلب الأحيان إلى تفسير عقد الإذعان لمصلحة الطرف المذعن[125].

د / أساس تقرير قاعدة تفسير الشك للمصلحة المذعنة

يتمثل في ما نصت عليه **م 2/112** من **ق.م. ج** على: « **غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن** »[126].

---

[123] –لعشب محفوظ ، المرجع السابق ، ص. 42 .

أنظر أيضا _ منال جهاد أحمد خلة ، المرجع السابق ، ص .52 .

_ . http ://www.alyaum.com 10 mars 2014

يوم الاطلاع عليه : 31 ماي 2015

[124] –لعشب محفوظ ، المرجع نفسه ، ص. 36 .

– أنظر أيضا منال جهاد أحمد خلة ، المرجع نفسه ، ص ص. 53 – 54 .

[125] –لعشب محفوظ ، المرجع نفسه ، ص. 150 .

[126] –أمر رقم 75 / 58 ، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم ،المرجع السابق.

التي يتبيّن منها بأنّ الأصل أن يفسر الشك لمصلحة المدين عند غموض عبارة التعاقد غموضا لا يتيح زواله، إلّا أنّه استثنى المشرع من هذا الأصل عقود الإذعان فقضى بأن يفسر الشك فيها لمصلحة العاقد المذعن دائناً كان أو مديناً .

لذا فقد أوجب المشرع على القاضي تفسير الغموض بشرط أن يكون في مصلحة الطرف المذعن لعدة اعتبارات هي :

1 – أنّ تبعة الغموض تقع على عاتق الموجب الذي إنفرد بتحرير العقد وهو الطرف الذاعن وكان من الأولى تفسير الغموض لصالح الطرف المذعن .

2 – أنه إذا تم عقد الإذعان فالإرادة المشتركة تكاد تختفي تماماً حيث يكون الطرف المذعن تحت نظام لم يناقشه ، كما هو الحال بالنسبة إلى التوقيع على عقد التأمين وهو المجال الخصب لعقود الإذعان والذي من الصواب تحقيق العدالة فيه ، حيث يفسر الغموض لمصلحة المذعن سواء كان دائناً أو مديناً.

3 – أنّ القواعد العامة تقتضي حماية الطرف الضعيف ، وأن الطرف المذعن في عقد الإذعان هو دائما الضعيف بغض النظر عن مركزه ولهذا أجاز المشرع للقاضي تعديل ما قد يكون في العقد من شروطه التعسفية [127] .

[127] – سرايش زكريا ، المرجع السابق ، ص ص. 133 – 134 .

– أنظر أيضا http :// www.startimes.com 2 octobre 2007

يوم الاطلاع عليه 31 ماي 2015 .

الفصل الثاني

الفصل الثاني : القوة الملزمة للعقد بالنسبة الموضوع

لما كان العقد نسبياً من حيث الأشخاص فلا ينصرف إلّا لمن كان طرفاً فيه عدا حالة الاشتراط لمصلحة الغير حيث يكتسب الأجنبي عن العقد حقا من عقد ليس طرفاً فيه على نحو ما بيناه .

فأثر العقد نسبي من حيث الموضوع أيضا ، و من المسلم به أن للعقد قوة تلزم أطرافه الذين قبلوا و وافقوا عليه ، فالأصل أنه متى أبرم العقد صحيحاً بأركانه و شروطه أصبح شريعة للمتعاقدين لا يجوز نقضه و لا تعديله من قبل أحد المتعاقدين أو القاضي إلا باتفاق جديد من قبل طرفيه أو وفقا للأحوال التي ينظمها القانون و التي ترتب جزاءات من الإخلال بهذه القوة الملزمة للعقد.

و على ذلك تتطلب دراستنا للقوة الملزمة للعقد من حيث الموضوع التطرق إلى مسألتين مهمتين نستعرض في المبحث الأول إلى وجوب تنفيذ العقد و في المبحث الثاني إلى عدم تنفيذ العقد و انحلاله بالفسخ.

المبحث الأول : وجوب تنفيذ العقد

إذا نشأ العقد صحيحاً إلتزم الطرفان بما يترتب عليه من أثار، و لكي يلتزم المتعاقدين ينبغي تحديد نطاق العقد المبرم بينهما، و مادام أن العقد نسبي من حيث المضمون فلا يلزم إلّا بما ورد فيه و لبيان نطاق العقد و حدوده يستلزم تفسيره أولا إذا كان في حاجة إلى ذلك، و سوف نتطرق إلى ذلك في المطلب الأول و في المطلب الثاني سنتعرض فيه إلى حدود محل القوة الملزمة للعقد المتمثلة في قاعدة العقد شريعة المتعاقدين .

المطلب الأول : تفسير العقد

نص المشرع الجزائري على تفسير العقد في نص **م111** من **ق.م. ج** ما يلي :

« إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن 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 ، و بما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين ، وفقا للعرف الجاري للمعاملات .» [128].

[128] – أمر رقم 75 / 58 ، المتضمن القانون المدني ،المعدل والمتمم ، المرجع السابق.

الفرع الأول : المقصود بتفسير العقد

سنبيّن من خلال هذا الفرع المقصود بتفسير العقد و ذلك إستناد إلى ما جاءت به نص المادة **111 ق.م. ج** السالفة الذكر.

يقصد بتفسير العقد هو بيان ما هو غامض و الكشف عن ما انصرفت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين [129]، و تأتي مرحلة تفسير العقد بعد مرحلة انعقاده صحيحا و تفسير العقد هو من عمل القاضي فهو الذي يقوم بهذه العملية [130].

الفرع الثاني : بيان حالات التفسير

في هذا الفرع سنتطرق إلى تبيان الحالات التي يلجأ فيها القاضي إلى تفسير العقد و التي أجازها له فيها المشرع الجزائري ، و هذا ما نص عليه من خلال المادتين **111** و **112** من **ق.م.ج** و التي تتلخص في ثلاث حالات وهي : حالة ما تكون عبارة العقد واضحة، و حالة ما تكون عبارة العقد غير واضحة ، و قاعدة الشك يفسر لمصلحة المدين ، و هذا ما ستنعرض إليه تبعا .

أولا : وضوح عبارات العقد

المقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا وضوح اللّفظ ، فقد يكون اللّفظ واضحا في ذاته و مع ذلك يظهر أن المتعاقدين لم يحسنا اختيار ألفاظ و عبارات معبرة عن حقيقة قصدهما [131] ، ففي هذه الحالة على القاضي ألا يأخذ بالمعنى الواضح للألفاظ

---

[129] – منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزامات و أحكامها؛ دار الثقافة للنشروالتوزيع ، الأردن 2012 ، ص. 200 .

[130] – بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص. 238 .

[131] – وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليه بين الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة ، د. ط. ؛ دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية ، 2009 ، ص ص. 150، 155 .

و العبارات الموجودة في العقد، و إنّما عليه أن يبحث عن المعنى الحقيقي الذي اتجهت إليه الإرادة [132] ،فلا ينحرف عنه إلى غيره من المعاني إلّا إذا بين ذلك من خلال ظروف الدعوى ، و يتعين على القاضي في مثل هذه الحالة أن يبيّن في أسباب حكمه الظروف التي أدّت إلى استبعاد المعنى الواضح و الظاهر و كيف توصل إلى استخلاص المعنى الذي اقتنع به على أنه هو الذي قصداه ، و يخضع في هذه الحالة إلى رقابة المحكمة العليا له [133].

ثانيا : غموض عبارات العقد

إذا كانت عبارة العقد غير واضحة ، كأن تكون غامضة أو متناقضة، أو تحمل في جزئياتها أو في جملتها أكثر من معنى أو مبهمة، فإنه حسب نص **م 111 ق.م. ج** _ السالفة الذكر _ يجب على القاضي أن يزيل الغموض و ذلك بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، ويجب أن يعتد بطبيعة التعامل و بالغرض الذي يظهر بأن المتعاقدين قد قصداه [134].

و هنا أردنا الإشارة و توضيح ما المقصود بالإرادة المشتركة للمتعاقدين، هل المقصود بها الإرادة الباطنة أم الظاهرة ؟

حسب ما وضّحه " **أنور السلطان** " فيرى بأن الإعتداد بالإرادة الباطنة و ما قد تؤدى إليه من وجوب البحث عن النيّة قد ينتهي إلى إفتراض إرادة للمتعاقدين غير إرادتهما الحقيقية، والمقصود بالإرادة المشتركة هي الإرادة الممكن التعرف عليها، وهذه تتحدد بما يمكن أن يفهمه كل متعاقد من التعبير الموجه إليه من المتعاقد الآخر وفقا

---

[132] – خليل أحمد حسن قدادة ، المرجع السابق ، ص. 138 .

[133] – إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية ، البحث الأول، أحكام العقد ، ج.2 ،مفاعيل العقد ، ط.2 د. د. ن. د. ب. ن. 1998، ص ص. 117 – 118 .

[134] – إلياس ناصيف، المرجع نفسه ، ص .221 – 222 .

للظـروف التـي يعلمهـا أو مـن المفـروض العلـم بهـا فـي الوقـت الـذي اتصـل بعلمـه هـذا التعبير [135] .

ثالثا : الشك في معنى العبارة الغامضة

نـص المشـرع الجزائـري فـي **م 1/112 ق.م ج** بصـراحة علـى أنـه: « **يـؤول الشـك فـي مصـلحة المـدين** ... » حيـث يفهـم مـن خـلال نـص هـذه المـادة ، أنـه فـي حالـة قيـام الشـك يجـب أن يؤخـذ بعـين الإعتبـار لمصـلحة المـدين ، علـى أسـاس أن المـدين الأصـل فيـه بـراءة الذمـة مـن الإلتـزام إلـى أن يقـيم الـدليل علـى عكـس ذلـك ، فـإذا عجـز الـدائن أو أنّ الأدلـة التـي تقـدم بهـا لإثبـات الحـق الـذي يدعيـه علـى المـدين غيـر كافيـة فـي نظر القاضي [136] ، فإنه يجب أن يحكم لصالح المدين

و قاعـدة تفسـير الشـك لمصـلحة المـدين هـي قاعـدة لا تطبـق إلّا فـي حالـة صـعوبة الكشـف عـن الإرادة المشـتركة للمتعاقـدين، لأنّ بوجـود الشـك يصـعب تـرجيح معنـى فيـه عـن الأخـر [137] .

و تطبـق هـذه القاعـدة سـواء تعلـق الأمـر بعقـد مـن العقـود الملزمـة لجانـب واحـد ، أم بعقـد مـن العقـود الملزمـة للجـانبين ، لكـن لا تطبـق هـذه القاعـدة فـي عقـود الإذعـان لأنّ الشـك يفسـر لمصـلحة الطـرف المـذعن سـواء كـان دائنـاً أو مـدينا، و هـذا مـا ورد فـي نـص **م 2/112** من **ق.م. ج** :

« **غيـر أنـه لا يجـوز أن يكـون تأويـل العبـارات الغامضـة فـي عقـود الإذعـان ضـارا بمصلحة الطرف المذعن** » [138] .

---

[135] – أنور السلطان ، المرجع السابق ، ص. 223 .

[136] – خليل أحمد حسن قدادة ، المرجع السابق ، ص. 140 .

[137] – أنور السلطان ، المرجع نفسه، ص. 227 .

[138] – أمر رقم 75 / 58 ، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم ، المرجع السابق.

و تستند هذه القاعدة على أسس تقوم عليها و تتمثل في :

_ براءة الذمة

_الدائن هو المكلف بإثبات الإلتزام

_وأنّ الدائن هو الذي يملي شروط العقد على المدين [139].

المطلب الثاني : حدود القوة الملزمة للعقد

إذا ما تحدد نطاق العقد عن طريق تفسيره و تكملته على النحو المتقدم ، كان هذا النطاق هو مجموع للإلتزامات التي تنشأ عنه ، و وجب على من يقع عليه من الطرفين إلتزام من الإلتزامات تنفيذه كاملا، و هذه هي القاعدة العامة التي نص عليه المشرع الجزائري في **م 106** من **ق.م. ج** التي تنص أنه : « **العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلاّ باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون**» [140].

يتضح من خلال هذه المادة أنّه يرد على القاعدة العامة و التي نقصد بها بأن العقد شريعة المتعاقدين ،استثناءات أهمها ما تقتضي به نظرية الظروف الطارئة من جواز تعديل العقد.

و فيما يلي سوف نتعرض في الفرع الأول إلى المبدأ العام ، و في الفرع الثاني إلى الإستثناء.

---

[139] – وليد صالح مرسي رمضان ، المرجع السابق ، ص. 168 .

[140] – أمر رقم 75 / 58 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم ،المرجع السابق .

الفرع الأول : العقد شريعة المتعاقدين

سنتطرق في هذا الفرع إلى تبيان ما المقصود بهذه القاعدة و سوف نتعرض إلى توضيح مقتضياتها .

يقصد بمضمون نص المادة **106** من **ق.م. ج** – السالفة الذكر – أي بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، أنّ العقد هو القانون الإتفاقي الذي يلتزم به المتعاقدين، فهو يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقات العقدية أي أن الإرادة المشتركة التي أنشأت العقد هي وحدها التي تستطيع إنهاء أو تعديل العلاقات المتولدة عنه [141] ، و لفهم هذه القاعدة أكثر لابد من أن نقف على مقتضياتها.

أولا : عدم جواز نقض أو تعديل العقد إلا باتفاق الأطراف

يتضح من خلال نص المادة **106** من **ق.م. ج** التي سبق ذكرها ، أنّه ليس لأحد أن يستقل أو ينفرد بنقض العقد أو تعديله إلّا أن يكون قد أذن له بذلك المتعاقد الأخر، و قاعدة احترام قانون العقد لا تلزم المتعاقدين فقط بل و القاضي كذلك [142].

إذن من بين النتائج التي نتوصل إليها فيما يخص هذا المقتضى :

1- أنّ العقد إذا نشأ صحيحاً إلتزم كل من طرفيه بتنفيذه و لا يستطيع أي منهما أن يتحلل منه بإرادته المنفردة إلاّ في الحدود التي يسمح بها القانون .

---

[141] – بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص. 248 .

[142] – أنور السلطان ، المرجع السابق ، ص. 232 .

2- يجب على القاضي أن لا يخرج على قانون العقد فينقض ما اتفق عليه المتعاقدان أو يعدل في مدى إلتزاماتهم إلاّ في الحالات الخاصة التي أجاز له المشرع ذلك [143] .

ثانيا : تنفيذ العقد بحسن النية

تنص على هذا المبدأ **م 1/107** من **ق.م. ج** : « **يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن النية.** » [144] .

يتضح من نص هذه المادة أنه يجب أن يتم تنفيذ العقد بحسن النية و يعتبر هذا المبدأ واجب على جميع العقود ، و نجد أن مبدأ حسن النية ليس له تعريف محدد ، إلّا أنه يمكن القول بأنها النية الخالية من القصد السيّئ ، بمعنى آخر أنها النيّة الصادقة الصريحة و الحسنة و هو مفهوم واسع يعبر عن كل إحساس بالأمانة و استقامة الضمير [145].

و حسن النية إما أن يكون ايجابيا كإبلاغ المؤمن له شركة التأمين بكل واقعة من شأنها أن تزيد المخاطر ، أو سلبياً و يتحقق ذلك مثلا عندما يكف الشخص عن مباشرة أي عمل يتنافى مع القصد السيئ ، كأن يعرض العقار محل التأمين ضد الحريق لمصادر النيران إما عمداً أو إهمالاً و مثال آخر حيث يلتزم المستأجر بإخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله مثل حاجة العين المؤجرة إلى إصلاحات عاجلة [146].

---

[143] – نبيل إبراهيم سعد، همام محمد محمود ، المبادئ الأساسية في القانون ؛ منشأة المعارف ،الإسكندرية 2001 ص ص . 238 – 239 .

[144] – أمر رقم 75 / 58 المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم ، المرجع السابق .

[145] _ أنور السلطان ، المرجع السابق ، ص. 233 .

وأيضا _ منذر الفضل ، المرجع السابق ، ص. 210 .

[146] – نبيل إبراهيم سعد ، همام محمد محمود ، المرجع نفسه ، ص. 370 .

الفرع الثاني : نظرية الظروف الطارئة

تنص م **107 /3** من **ق. م. ج** على أنه : « **غير أن إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي ، و إن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى أحد المعقول ، و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك** » [147].

يقصد بالظروف الطارئة تلك الوقائع التي تحدث بعد انعقاد العقد فتجعل تنفيذ إلتزامات أحد المتعاقدين مرهقاً يهدده بخسارة فادحة، و ليس المقصود منه أن يصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلا لأنّ الإلتزام المستحيل يؤدي إلى انقضاء الالتزام ويترتب عليه تعذر الوفاء كليا ، أما إذا ظل الوفاء ممكنا وإن أصبح مرهقا، فإنه لا ينقضي وفي هذه الحالة يجوز تطبيق نظرية الظروف الطارئة والاستحالة يفترض فيها أنها نشأت بعد نشوء الالتزام لا قبله فالالتزام لا ينشأ إذا كان محله منذ البداية مستحيلا ، وتقتضي أن تكون هذه الإستحالة فعلية أو قانونية في الوقت الذي يجب فيه تنفيذه [148] .

و قد خول المشرع للقاضي سلطة تعديل العقد عند تحقق الظروف الطارئة لإعادة التوازن لما يحقق من عدالته و استمرار في تنفيذه و يتمثل تعديل العقد في رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول [149].

و سوف نوضح فيما يأتي الشروط التي تقوم عليها هذه النظرية ، و تبيان أثرها .

---

[147] – أمر رقم 75 / 58 المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم ،المرجع السابق .

[148] – محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص. 385 ، 386.

[149] – علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 98 .

أولا : تطبيق نظرية الظروف الطارئة

حتى يتمكن القاضي من تطبيق نظرية الظروف الطارئة طبقا لأحكام **م 3/107** من **ق.م. ج** السالفة الذكر يجب توفر مجموعة من الشروط المحددة أهمها :

أ / تراخي تنفيذ العقد

يقصد بالعقد المتراخي ذلك العقد ذات التنفيذ المستمر، أي أن تكون هناك مدة زمنية من تاريخ انعقاد العقد و تاريخ نفاذه [150]، و هذا ما نجده في العقود الزمنية التي تقتضي طبيعتها أن يمر تنفيذها على مراحل متتالية عبر الزمن سواء كانت مستمرة التنفيذ كعقد الإيجار أو دورية التنفيذ كعقد التوريد [151] ، و يشترط ألا يكون تراخي التنفيذ ناتجاً عن خطأ المدين لأنه لا يجوز إفادته من إهماله .

ب / وجود حوادث استثنائية عامة

يقصد بالحادث الإستثنائي هو أن يكون غير عادي أو غير مألوف حيث يشمل معناها حدوث زلزال أو حرب أو فيضان... ، مما يؤكد لنا أن هذه الحوادث يجب أن تتّسم بالطابع الإستثنائي أي يكون وقوعها أمر نادر، و يكون الحادث عام إذا اشتمل طائفة معينة من الناس ينتمون إلى نفس الإقليم [152].

---

[150] – مصطفى محمد الجمال ، مصادر الإلتزام ،د.ط ؛ المكتبة القانونية لدار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية 1999 ص. 312 .

[151] – خديجة فاضل ، سلطة القاضي في تعديل العقد أثناء التنفيذ ، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 2000 / 2001 ، ص. 77 .

[152] – مصطفى محمد الجمال ، المرجع نفسه ، ص. 312 .

أنظر أيضا _ مروان كساب ، الخطأ العقدي ، مكتبة الحلبي الحقوقية للنشر، لبنان 2000 ، ص. 141 .

ج / عدم توقع الحادث الاستثنائية

يقصد بأن يكون الحادث غير متوقع أن لا يكون في الوسع توقعه وقت التعاقد و تكون العبرة بذلك بأخذ معيار الرجل العادي [153] ، إذا ما وجد في ذات الظروف التي وجد فيها المدين المتعاقد وقت التعاقد [154]، و نجد أن شرط عدم التوقع يغني عن كونه استثنائيا لأنّ الحادث الاستثنائي قد يكون متوقعا و على ذلك فإن الحادث غير المتوقع لابدّ أن يكون استثنائيا و إلّا فلا جدوى من ذكره كشرط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة [155].

د / جعل الالتزام مرهقا للمدين و ليس مستحيلا

و هذا طبقا لما نصت عليه **م 3/107** من **ق.م. ج** –السالفة الذكر– فيجب أن يكون الحادث الاستثنائي يهدد المدين بخسارة فادحة مما يؤدي إلى إرهاق في تنفيذ التزامه دون استحالة التنفيذ التي تؤدي إلى حالة القوة القاهرة [156].

كثير منا لا يفرق بين الحادث الطارئ و القوة القاهرة ، فهما يشتركان في خاصية عدم إمكان التوقع و عدم إمكان الدفع إلّا أنهما يختلفان في الأثر القانوني الذي ينجم

---

[153] – المقصود بمعيار الرجل العادي هو ذلك الرجل المتوسط في صفاته من ذكاء و حسن التقدير و اهتمام بمصالحه فما يوليه هذا الرجل من العناية لإلتزامه يكون هو القدر المطلوب من المدين في أداء إلتزامه مثلاً إلتزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة، فعليه بذل عناية الرجل المعتاد . _ أنظر محي الدين إسماعيل علم الدين ، نظرية العقد مقارنة بين القوانين العربية و الشريعة الإسلامية ، د.ط ؛ د. د. ن. د. ب. ن. ،2003 ، ص.467.

[154] – مصطفى الجمال ، المرجع السابق ، ص. 319 .

[155] – حميد بن شنيتي ، سلطة القاضي في تعديل العقد ، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، بن عكنون 1996 ، ص. 57 .

[156] – خديجة فاضل ، المرجع السابق ، ص. 81 .

عن كل منهما ، حيث أنّ القوة القاهرة تؤدي إلى انقضاء الموجب بحيث ترتفع مسؤولية المدين لعدم التنفيذ ، أما أثر الحادث الطارئ فإنه يوازن بين الموجبات التي تتأثر إحدهما من جراء الإختلال الناجم عن الحادث الطارئ، و الإرهاق الذي يقع فيه المدين نتيجة الظرف الطارئ يتم تحديده و كذا الخسارة الفادحة و إنّ المعيار الذي يحدد فيه درجة الإرهاق هو المعيار الموضوعي و الذي لا يعتد فيه شخص المدين و ظروفه الخاصة و إنما يقتصر على الصفقة التي أبرمها المدين، و يتحقق الإرهاق إذا كان الفرق كبيرا بين قيمة الإلتزام المحددة في العقد و قيمة العقد الفعلية عند التنفيذ [157] و المعيار الموضوعي يقدر الإرهاق فيه على ضوء الالتزامات و الحقوق الناجمة عن العقد ، لكن نجد أن المشرع الجزائري لم يحدد مقدار الإرهاق بل اكتفى فقط بذكر أن تكون الخسارة فادحة و هي تلحق الشخص المدين أي أن تكون غير مألوفة و فيها نوع من الظلم للمدين [158].

ثانيا : أثر نظرية الظروف الطارئة

متى توفّرت الشروط الأربعة المتقدمة، كان للقاضي تبعا للظروف و بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول ، و له أن يعدل العقد و كما له أن يختار بين أكثر من وسيلة لهذا التعديل .

فإذن مهمة القاضي تكمن في إعادة التوازن ، و توزيع تبعة الحادث الطارئ على عاتق الطرفين وفقا لما تقضي به العدالة و عليه تتمثل سلطة القاضي في هذه النظرية في : وقف تنفيذ العقد حتى يزول الطارئ ، إنقاص إلتزام المدين المرهق ،و أخيراً زيادة إلتزام الدائن .

---

[157] – خديجة فاضل ، المرجع السابق ، ص. 82 .

[158] – حميد بن شنيتي ، المرجع السابق ، ص.59 .

أنظر أيضا _ علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص. 195 .

أ / وقف تنفيذ العقد حتى يزول الظرف الطارئ

يلجأ القاضي إلى هذه الوسيلة إذا ما قدّر أن الظرف الطارئ مؤقت و أنّه على وشك الزوال فيأمر بوقف تنفيذ العقد لفترة محددة أو غير محددة حتى يزول آثار الظرف الطارئ [159] . أو أنّ اللجوء إلى وسيلة الإنقاص أو الزيادة قد تؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ، و مثال ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى و ترتفع أسعار مواد البناء ارتفاعاً فاحشاً بسبب حادث طارئ أدى إلى وقف الإستيراد ، فعلى القاضي هنا أن يوقف تنفيذ العقد حتى يزول أثر هذا الظرف طبقا لنص **م 2/281** من **ق.م. ج** التي تنص على ما يلي :

« غير أنه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين و مراعاة للحالة الاقتصادية ، أن يمنحوا آجالا ملائمة للظروف ، دون أن تتجاوز هذه الآجال مدة سنة و أن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها .» [160].

ب / إنقاص إلتزام المدين المرهق

قد يرى القاضي أن أفضل وسيلة في إعادة التوازن بين الطرفين هو الإنقاص و الإنقاص ينصب على ناحية الكم من الإلتزام المرهق ، أو ينصب على ناحية الكيف .

1) إنقاص الإلتزام من حيث الكم

مثال ذلك أن يتعهد تاجر بتوريد كمية من البرتقال لأجل مصنع المشروبات (العصائر) بالتسعيرة الرسمية ، فيقع حادث طارئ ينتج عنه قلة و ندرة البرتقال في الأسواق بدرجة كبيرة مما يجعل توريد الكمية المتفق عليها من البرتقال أمراً مرهقاً ففي

---

[159] – حميد بن شنيتي ، المرجع السابق ، ص. 66 .

[160] – أمر رقم 58/75 ، المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم ، المرجع السابق.

هذه الحالة يجوز للقاضي أن ينقص من كمية البرتقال المتفق عليها إلى الحد الذي يستطيع معه التاجر القيام بتوريده.

2) إنقاص الالتزام من حيث الكيف

كأن يتعهد شخص بتوريد كميات محددة من سلعة معينة ذات وصف متفق عليه، ثم أثناء تنفيذ الالتزام تطرأ حوادث استثنائية تجعل الحصول على هذا الوصف بالذات مرهقاً للمدين، سواء بسبب ارتفاع الأسعار أو لندرة هذه السلعة، ففي هذه الحالة يستطيع القاضي أن يرخّص للمدين بأن يقوم بالوفاء بنفس الكمية المتفق عليها و لكن من صنف أقل جودة ، يكون من السهل الحصول عليها لكن دون إرهاق للمدين [161].

ج / زيادة إلتزام الدائن

قد يرى القاضي أن أحسن وسيلة لردّ الالتزام المرهق ،هو زيادة التزام الدائن [162] كما لو كان قد تعهد تاجر بأن يورد كمية من القمح بسعر مئة ألف دينار جزائري للكيلوغرام الواحد ، فيرتفع السعر إلى مائتي ألف دينار جزائري للكيلوغرام الواحد ، فيرفع القاضي السعر في العقد إلى أكثر من مئة ألف دينار جزائري وأقل من مائتي دينار فكلما أدى وقوع الظرف الطارئ إلى ارتفاع باهض في سعر السلعة المتفق عليها جاز للقاضي أن يقوم بزيادة السعر المتفق عليه في العقد حتى يتحمل الطرفان الزيادة غير المألوفة و ذلك بزيادة في التزامات الدائن بهدف الوصول إلى التوازن بين مصلحة الطرفين[163] .

---

[161] – خديجة فاضل ، المرجع السابق ، ص. 72.

[162] – بلحاج العربى ، المرجع السابق، ص. 259.

[163] – حميد بن شنيتي ، المرجع السابق ، ص. 64.

إلا أننا نجد أن إنقاص الالتزام المرهق أو زيادة المقابل له لا يختلفان من حيث النتيجة التي تترتب على أي منهما و لا من حيث الضوابط التي يجب أن تراعى عند إعمال كل منهما و لا من حيث الصعوبات العملية التي تعترض القاضي في إعمالهما [164].

المبحث الثاني : عدم تنفيذ العقد و انحلاله بالفسخ

متى انعقد العقد حق الإنعقاد ، اكتسب قوة ملزمة و أصبح واجب التنفيذ ، و عليه فإذا رفض المدين الوفاء بالتزاماته الناشئة عن العقد جاز إجباره على ذلك بالوسائل القانونية التي قررها القانون للدائن ، إذن لهذا الأخير أن يلجأ إلى قهر المدين على التنفيذ العيني في حمل المدين على ما إلتزم به المدين جبراً و لكن قد توجد حالات يتعذر فيها التنفيذ العيني فيلجأ الدائن في هذه الحالة إلى التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض .

لما كان للعقد الملزم للجانبين من قواعد خاصة تتمثل في الترابط بين الإلتزامات المتقابلة فإنه يجوز لأحد المتعاقدين أن يوقف تنفيذ إلتزامه حتى ينفذ الطرف الأخر إلتزامه ، وهذا ما يسمى بالدفع بعدم التنفيذ و في حالة ما إذا عدل أو تأخر أي من المتعاقدين في تنفيذ الإلتزام تحركت مسؤوليته و كان مسؤولًا مسؤولية عقدية ، بالتالي جاز للطرف الأخر طلب الفسخ و هو حل الرابطة العقدية لأن الفسخ جزاء على تعدي أحد المتعاقدين أو تقصيره في عدم التنفيذ .

كل هذه المسائل سنفصلها في هذا المبحث كما يلي :

---

[164] – حميد بن شنيتي ، المرجع السابق ، ص. 65.

المطلب الأول : عدم تنفيذ العقد

يترتب على إخلال أحد المتعاقدين في العقد الملزم للجانبين ، حق للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ إلتزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما وقع على عاتقه من التزام و بالتالي قيام مسؤولية المتعاقد المخل بالتزامه.

في تفصيل قواعد الدفع بعدم التنفيذ ، نتعرض أولًا للمقصود منه ، ثم كيفية التمسك به و كذا الآثار التي تترتب عليه ، و أخيرا نتطرق إلى المسؤولية العقدية .

الفرع الأول : الدفع بعدم التنفيذ

إذا لم تقترن الإلتزامات التي يرتبها العقد بأجل ، سواء كان هذا الأجل إتفاقيا قانونيا أو قضائيا فإن هذه الإلتزامات وجب تنفيذها بمجرد انعقاد العقد و يكون تنفيذ هذه الالتزامات جبريا على المدين بموجب مبدأ القوة الملزمة للعقد و لكن يوجد استثناء يختص به العقد الملزم لجانبين دون العقد الملزم لجانب واحد يطلق على هذا الإستثناء الدفع بعدم التنفيذ .

أولا : المقصود بالدفع بعدم التنفيذ

نكون بصدد التمسك بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين ، و يكون إلتزام كل طرف واجب التنفيذ فوراً [165]، و هذا طبقاً لنص **م 123** من **ق. م.ج** التي تنص على أنه : « **في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء**

[165]– فاضلي إدريس ، المرجع السابق ، ص. 185 .

جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ، إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما إلتزم به. » [166] .

يتبين من نص هذه المادة أن الدفع بعدم التنفيذ هو حق المتعاقد في العقد الملزم للجانبين، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم ينفذ المتعاقد الأخر ما عليه من التزام ، إذن يراد بالدفع بعدم التنفيذ وقف تنفيذ العقد من جانب أحد طرفي العقد حتى يقوم الطرف الأخر بتنفيذ التزامه و هو وسيلة يضغط بها المتعاقد على الطرف الأخر في التعاقد لتحميله على أداء التزامه [167].

إذن فالدفع بعدم التنفيذ هو إمتناع مشروع عن تنفيذ الإلتزام و تعتبر فكرة السبب التي تربط بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين أساس الدفع بعدم التنفيذ [168] .

ثانيا : شروط الدفع بعدم التنفيذ

يجب لثبوت الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ توافر ثلاثة شروط هي أولا أن يكون العاقد ملتزم بموجب عقد تبادلي ، ثانيا أن تكون الالتزامات المتقابلة و الناشئة عن هذا العقد مستحقة الأداء ، و أخيراً و هو شرط وجوب مراعاة حسن النيّة عند التمسك بعدم التنفيذ.

---

[166]– أمر رقم 75 /58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[167]– أمجد محمد منصور ، المرجع السابق ، ص. 220 .

[168]– أمجد محمد منصور ، المرجع نفسه ، ص. 220 .

أنظر أيضا _عدنان إبراهيم السرحان نوري حمد خاطر ، المرجع السابق ، ص. 249 .

_ بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص ص. 294 – 295 .

أ / إلزامية العقد للجانبين

هذا الشرط نصت عليه **م 123** من **ق.م.ج** – المذكورة أعلاه – و عليه فلا يمكن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة لجانب واحد لأن أساس الدفع بعدم التنفيذ هو ذلك الإرتباط الذي يقوم بين الإلتزامات الناشئة و المترتبة عن العقد [198].

الدفع بعدم التنفيذ عبارة عن وقف تنفيذ العقد من جانب أحد الطرفين حتى يقوم الطرف الأخر بتنفيذ ما عليه من التزام ، و بالتالي فإنه بمثابة إجراء دفاعي خاص بالعقود الملزمة للجانبين [199] كالبيع و الإيجار و المقاولة ، أما العقود الملزمة لجانب واحد كالعارية و الوديعة فلا مجال لإعمال التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في هذه الحالة لأن التمسك بالدفع يجد مجاله في العقود الملزمة للجانبين حيث يقوم التزام كل متعاقد سبباً لالتزام المتعاقد الأخر [200].

ب/ استحقاق الأداء

شرط ثاني كذلك نصت عليه **م 123** نفسها من **ق.م.ج** و عليه يجب أن يكون الإلتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه مستحق الأداء ، و بالتالي فلا يقبل الدفع بعدم التنفيذ إذا كان أحد الإلتزامين مؤجلا إلى أجل [201]، كذلك لا يجوز التمسك بالدفع إذا إتفق المتعاقدان على أن يقوم أحدهما بالتنفيذ أولًا ثم يقوم بعد ذلك الأخر بالتنفيذ ، كذلك لا

---

[198] – خليل أحمد حسن قدادة ، المرجع السابق ، ص. 175 .

[199] – محمد علي البدوي ،النظرية العامة للإلتزام ، ج.1 ، مصادر الإلتزام ، ط.2 ؛ منشورات الجامعة المفتوحة د.ب.ن 1993، ص.174 .

[200] – أمجد محمد منصور ، المرجع السابق ، ص. 221 .

[201] – محمد علي البدوي ، المرجع نفسه ، ص. 174 .

يجوز للطرف الأخر أن يمتنع عن التنفيذ إذا أصبح إلتزام أحد المتعاقدين التزاماً طبيعياً و ذلك بالتقادم لأن الإلتزام الطبيعي غير واجب التنفيذ و يترك شأنه في ذلك إلى المتعاقد الأخر [202] .

إذن يلزم أن يكون الالتزام الذي لم يتم تنفيذه هو التزام واجب الوفاء حالًا ، فإذا كان هذا الإلتزام مقترناً بأجل لم يحل ، فلا يجوز للطرف الأخر أن يتمسك بعدم تنفيذه لإلتزامه ، إذا كان إلتزام هذا الأخير قد حل أجل الوفاء به [203] ، مثلا إذا أعطى البائع المشتري أجلًا لدفع الثمن فليس له أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا طالبه المشتري بتسليم المبيع الذي حل ميعاد تسليمه .

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

كذلك قد تستوجب طبيعة الإلتزام أن يبدأ أحد المتعاقدين بالتنفيذ فلا يحق له التمسك بالدفع كما في العقد المحدد المدة كالمؤجر أو العامل الذي ينفذ إلتزامه أولًا لفترة زمنية محددة (شهر أو أسبوع) ، إلّا إذا كان هناك إتفاق ينص على خلاف ذلك .

أمّا إذا امتنع كل من المتعاقدين عن التنفيذ ، حيث يرفض كل منهما أن يكون البادئ بالتنفيذ لعدم ثقته في نوايا الطرف الأخر فإنه يمكن الإتفاق _أو بأمر من القاضي _على إيداع الشيء محل الإلتزام لكل منهما في خزينة المحكمة أو لدى شخص ثالث يكون محل ثقة كل من الطرفين فيقوم هذا بالتسليم و التسلم وفقا للإتفاق الذي تمّ ، أو لما يأمر به القاضي إذا وصل النزاع إليه [204] .

---

[202] – خليل أحمد حسن قدادة ، المرجع السابق ، ص .176 .

[203] – عدنان إبراهيم السرحان ، نوري حمد خاطر ، المرجع السابق ، ص. 250 .

[204] – محمد علي البدوي ، المرجع السابق ، ص .174 .

ج / إخلال أحد المتعاقدين بالعقد

يجب على المتعاقد الذي يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن لا يسيء استعمال هذا الحق ، فقد يكون الجزء الذي لم ينفذ من الإلتزام قليل الأهمية بالمقابل لما تم تنفيذه فمثلًا لا يجوز للدائن أن يمتنع عن تنفيذ إلتزامه ، لأنّ هذا ما يقتضيه مبدأ حسن النيّة في تنفيذ العقود [205] .

في هذا الصدد تنص **م 107** من **ق.م.ج** في فقرتها الأولى و التي سبق التطرّق إليها على أنه: « **يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية .**» [206] وعليه يجب أن يكون إذن عدم التنفيذ قد بلغ درجة كبيرة من الأهميّة حتى يتسنى للمتعاقد الأخر أن يمتنع عن تنفيذ التزامه [207] ، كما و يجب عدم التعسف في استعمال هذا الحق ، حيث ينبغي أن تنفذ العقود بحسن نيّة فلا يكون من تمسك بالدفع هو الذي تسبّب في تأخير تنفيذ المتعاقد الآخر لإلتزامه [208] ، و يستطيع المتعاقد الآخر الإمتناع عن تنفيذ جزء معادل لما لم يتم تنفيذه ، إذا كان التزامه قابلًا للتجزئة [209].

---

[205] – أمجد محمد منصور ، المرجع السابق ، ص. 222 .

[206] – أمر رقم 75 / 58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم ، المرجع السابق.

[207] – محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص. 364 .

[208] – فاضلي إدريس ، المرجع السابق ، ص. 159 .

[209] – محمد علي البدوي ، المرجع السابق ، ص. 175 .

ثالثا : كيفية التمسك بعد التنفيذ

يعتبر التمسك بالدفع وسيلة دفاعية ، ذلك لأن المتعاقد لا يتمسك به إلّا إذا طولب بما عليه من إلتزام [210] ، وعليه فإذا توافرت الشروط المتقدمة جاز للمتعاقد أن يتمسك بالدفع دون حاجة إلى إعذار المدين ، كما و لا يشترط رفع دعوى أمام القاضي للتمسك بعدم التنفيذ ، فيحق لصاحب الدفع أن يتمسك به سواء طولب بأداء ما عليه ودياً أم قضائياً .

في حالة ما إذا نازع المتعاقد الآخر بحق الدفع بعدم التنفيذ أي كان ذلك أمام القاضي كان لهذا الأخير (القاضي) ، أن يتأكّد أولًا من توافر شروط التمسك به و بعدها يقرّ للمتعاقد على تمسكه بالدفع [211].

قد يتمسك كل من المتعاقدين بالدفع و يمتنع عن تنفيذ التزاماته ، حتى ينفذ المتعاقد الأخر ، ففي هذه الحالة يأمر القاضي المدعى عليه بتنفيذ التزاماته بشرط أن ينفذ المدعي كذلك ما يقع عليه من التزامات ، كما و قد يتبين كذلك للقاضي تعنّت أحد المتعاقدين و في هذه الحالة إذا رأى القاضي أن المدعي هو الذي تعنّت فإنه يرفض دعواه أما إن كان المدعى عليه هو المتعنّت فيحكم عليه القاضي بالتنفيذ دون شروط و في حالة تعنّت كلا من المتعاقدين فيحكم القاضي بالتنفيذ من الجانبين في وقت واحد [212].

---

[210] – محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص. 364 .

[211] – عدنان إبراهيم السرحان ، نوري حمد خاطر ، المرجع السابق ، ص. 250 .

[212] – محمد صبري السعدي ، المرجع نفسه ، ص. 365 .

أنظر أيضا _ أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص. 222 .

_عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، ص. 209.

رابعا : أثر الدفع بعدم التنفيذ

متى توافرت شروط الدفع فإنّه ينتج أثره بالنسبة إلى المتعاقدين و بالنسبة إلى الغير

أ / بالنسبة للمتعاقدين

لا يترتب على الدفع بعدم التنفيذ انقضاء الالتزام بل وقف تنفيذه ، و وقف التنفيذ لا يؤثر على مقدار الالتزام ، إذا ما كان العقد فوري كالبيع [213] ، مثلا أن يوقف البائع تنفيذ التزامه بنقل الملكية حتى يدفع المشتري الثمن .

يترتب على التمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يقوم المتعاقد الأخر بتنفيذ التزامه فيترك بذلك المتمسك بهذا الدفع دفعه ، و ينفذ هو الآخر التزامه سواء كان ذلك اختياراً أو جبرياً في حالة ما إذا لم يعد هناك مبرراً لإستمراره في تمسكه بعدم التنفيذ بعد قيام الطرف الآخر بالتنفيذ ، و قد لا يترتب على التمسك بالدفع قيام الطرف الآخر بالتنفيذ و بالتالي يجوز للمتمسّك به أن يعدل عنه و يطلب فسخ العقد [214].

يسقط الدفع بعدم التنفيذ بالتنازل عنه صراحة أو ضمناً ، و يكون التنازل عنه كأن يقوم من كان متمسكاً به بتنفيذ التزاماته بإرادته بعد أن كان ممتنعاً، كذلك يسقط الدفع بعدم التنفيذ بإعطاء المتمسك به تأمينات يقدمها المدين كضمان لتنفيذ التزامه ، و ذلك في حالة ما إذا تبين أن التمسك بالدفع يعطل مصالح جسيمة للمدين و أن الضرر الذي يلحقه من ذلك يزيد بكثير على الضرر الذي يلحق الدائن من جراء سقوط الدفع [215] .

---

[213] – أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص. 288 .

[214] – بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص ص. 298 – 299 .
أنظر أيضا _ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص ص. 365 – 366 .

[215] _ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص. 716.

لا بدّ من الإشارة إلى أنه أثناء فترة وقف تنفيذ العقد ، فإنه لا ينتج أي أثر بالنسبة للمتمسّك بالدفع حيث أنه إذا كان محل التزامه دفع مبلغ من النقود ، فهو لا يدفعها وإذا كان محله القيام بعمل فيمتنع عن القيام به ، ويترتب على ذلك أن الدافع بعدم التنفيذ لا يكون مسؤولًا عن التأخير في التنفيذ ، لأن إمتناعه كان مشروعاً [216] .

كذلك تجب الإشارة إلى أن الدفع بعدم التنفيذ إذا استخدم في العقود المستمرة التنفيذ فإنه يؤدي إلى إنتقاص الإلتزام ذاته بقدر مدة استعمال الدفع على خلاف العقود الفورية ذلك لأن العقد الزمني كعقد الإيجار مثلا حيث يترتب على وقف تنفيذه نقصان المدة التي التزم بها المؤجر [217] .

ب / بالنسبة الغير

لا يحتج بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة العاقد فقط ، بل و كذلك في مواجهة الغير و يقصد بالغير بهذا المفهوم ، كل شخص اكتسب حقا في تاريخ لاحق على التمسك بالدفع بعدم التنفيذ [218] .

فإذا ما أخلّ المشتري مثلًا بالتزامه بدفع الثمن ، كان للبائع الحق في التمسك بعدم التنفيذ و يحبس المبيع ، و في حالة ما إذا قرّر المشتري حقاً للغير على الشيء المبيع بعد التمسك بالدفع فإنّه يسري في حقه الدفع بعدم التنفيذ كذلك إذا باع المشتري المبيع إلى مشتر ثان ، فإنه يحق للبائع أن يواصل في حبس المبيع في مواجهة المشتري الثاني الذي هو الغير [219] .

---

[216] – عدنان إبراهيم السرحان ، نوري حمد خاطر ، المرجع السابق ، ص. 251 .

[217] _ عدنان إبراهيم السرحان ، نوري حمد خاطر ، المرجع نفسه ، ص. 252.

[219] – محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص. 366 .

أمّا إذا كان الغير قد كسب حقه قبل ثبوت الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ فإنّه لا يسري الدفع في حقه [220] .

كأن يرهن شخص منزله ثم سلمه إلى مستأجر و بعد ذلك باعه لشخص ثالث ، فأراد هذا المشتري أن يتسلم المنزل قبل نهاية عقد الإيجار فإن الإيجار إذا لم يكن ثابت التاريخ فلا ينفذ في حق المشتري ، و يحق من ثمة للمستأجر في تعويض يتقاضاه من المؤجر دون أن يكون له الحق في أن يتمسك بالحبس ضد الدائن المرتهن ، لأن الرهن سابق على ثبوت الحق في الحبس.

هناك حالات لا يتصور فيها وقف تنفيذ الالتزام لأن طبيعته لا تقبل الوقف و يتحقق ذلك في بعض صور الالتزام بالامتناع عن عمل كأن يتعهد شخص بعدم البناء في أرض معينة يملكها بمقابل مبلغ من المال ، و عليه فإن تأخر الطرف الأخر عن دفع هذا المبلغ ، فإن للطرف الأول أن يبني هذه المساحة و هذا بمثابة فسخ للعقد [221]

ينقضي الدفع بعدم التنفيذ لهلاك الشيء محل إلتزام الدائن ، كأن يهلك الشيء المحبوس تحت يد البائع بسبب أجنبي ، فيتحمّل المشتري في هذه الحالة تبعة الهلاك [222] .

---

[220] – محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص. 366.

أنظر أيضا _ أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص. 290 .

[221] – عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، ص ص. 209 – 210 .

[222] _أنور سلطان ، المرجع نفسه ، ص. 290.

الفرع الثاني : المسؤولية العقدية

المسؤولية العقدية هي جزاء الإخلال بالإلتزامات التي تنشأ عن العقد و التي لم يتم تنفيذها و هي لا تقوم إلّا عند استحالة التنفيذ العيني فالأصل أن يجبر المدين على التنفيذ العيني ما بقي ممكناً ، و متى ثبت أنه أصبح مستحيلًا ، و أن المدين هو المسؤول عن عدم تنفيذ الإلتزامات فإنه يتحمل نتيجة الأضرار التي سببها للدائن .

أولا : تعريف المسؤولية العقدية

قيام المسؤولية العقدية يفترض أن هناك عقداً صحيحاً واجب التنفيذ غير أن المدين لم يقم بتنفيذه و عليه فإن عدم التنفيذ هنا يرجع إلى المدين أي بخطئه ، لأنه لا تقوم المسؤولية العقدية إلّا إذا توافر الخطأ في جانب المدين ، و لا محل لمسائلته إذا انتفى الخطأ بسبب أجنبي [223] و هذا طبقا لنص **م 176** من **ق.م.ج** التي تنص 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 يد له فيه ، و يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه.** » [224].

و المسؤولية العقدية بهذا المفهوم إذن هي أن نجازي المدين على عدم تنفيذه لالتزامه الناشئ عن العقد و ذلك بمقابل تعويض يقتضيه منه الدائن الذي تسبب له المدين بأضرار فهو يدفع التعويض طبقا لقواعد المسؤولية العقدية [225].

---

[223] – بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص. 265 .

[224] – أمر رقم 75 / 58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم ، المرجع السابق.

[225] – محي الدين إسماعيل علم الدين ، المرجع السابق. ص. 466 .

ثانيا : أركان قيام المسؤولية العقدية

يقتضي لقيام المسؤولية العقدية توافر ثلاثة أركان هي الإخلال بالتزام عقدي و الضرر الناجم عنه و العلاقة السببية بينهما .

أ / الخطأ العقدي

الإخلال بإلتزام عقدي هو إنحراف في سلوك المدين بهذا الإلتزام الذي لا يأتيه الرجل العادي إذا وجد في نفس الظروف العادية إلاّ لأسباب خارجة عن إرادته .

و يشترط لقيام الإخلال بإلتزام عقدي و الذي به تقوم به مسؤولية المدين ، وجود إلتزام بمقتضى عقد ، و عدم قيام المدين بتنفيذه بتقصير منه .

1) تعريف الخطأ العقدي

نقصد بالخطأ العقدي ، عدم تنفيذ المدين لالتزامه المترتب عن العقد أو التأخير في تنفيذه سواء كان ذلك عن عمد أو إهمالًا عنه أو غشاً منه أو عدم قدرته أو حتى بسبب أجنبي ، و عليه فإن الخطأ العقدي يتحقق بمجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، بغض النظر ما إذا كان عدم التنفيذ كليّاً أو جزئياً أو أنّه نفّذه لكن بشكل معيب [226].

2) الالتزام بتحقيق نتيجة و الإلتزام ببذل عناية

عدم تنفيذ الإلتزام باعتباره خطأ، يختلف بحسب ما إذا كان الإلتزام بتحقيق نتيجة أو الإلتزام ببذل عناية [227] .

---

[226]) – محمد علي البدوي ، المرجع السابق ، ص. 184 .

[227] – محي الدين إسماعيل ، علم الدين ، المرجع السابق ، ص. 466 .

_ الإلتـزام بتحقيـق نتيجـة معينـة : يعـد المـدين فيـه مخـلًا بتنفيـذ التزامـه إذا لـم يحقـق الغايـة التـي إلتـزم بتحقيقهـا و لا يبـرأ المـدين منـه إلا إذا تحققـت النتيجـة ، مـثلا كـالالتزام بنقـل حـق عينـي فالبـائع فـي عقـد البيـع يلتـزم بتسـليم المبيـع إلـى المشـتري ، و المقـاول يجـب عليـه إكمـال البنـاء و تسـليمه إلـى رب العمـل فـإذا لـم تتحقـق النتيجـة المطلوبـة كـان المـدين مخطئـاً ، و لا يلـزم إثبـات تقصـير فـي جانبـه ، طالمـا أن خطـأه هـو عـدم تحقيـق النتيجـة التـي إلتـزم بهـا ، و لا يبـرأ مـن هـذا الالتـزام إلّا بإثبـات أن هنـاك سـبباً أجنبيـاً حـال بينـه و بـين تحقيـق النتيجـة ، و هـذا السـبب الأجنبـي قـد يكـون قـوة قـاهرة أو حادثـاً مفاجئـاً أو فعل الغير أو فعل الدائن نفسه [228].

_ الإلتـزام ببـذل عنايـة : هـو أن يلتـزم المـدين بالعمـل علـى تحقيـق أمـر معـين و بـذل الجهـد فـي ذلـك، و حتـى تبـرأ ذمتـه مـن إلتزامـه سـواء تحققـت النتيجـة أم لـم تتحقـق لأنـه غيـر مسـؤول عـن تحقيقهـا ولا يفـرض عليـه الوصـول إلـى نتيجـة مرجـوة و إنّمـا عليـه بـذل العنايـة للوصـول إليهـا و العنايـة المطلوبـة مـن المـدين هـي عنايـة الرجـل المعتـاد ، و لكـن هنـاك حـالات أيـن يقضـي فيهـا القـانون أو نـص الاتفـاق علـى تقليـل هـذه العنايـة المطلوبـة أو الزيادة عنها و تشديدها إلى مستوى عناية الرجل الحريص [229].

---

[228] – محي الدين إسماعيل علم الدين ، المرجع السابق، ص. 466 – 467 .

أنظر أيضا _ خليل أحمد حسن قدادة ، المرجع السابق ، ص ص. 145 – 146 .

– محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص. 312 .

– عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، ص. 501 .

[229] _ محي الدين إسماعيل علم الدين ، المرجع نفسه ، ص ص.467_468 .

1) إثبات الخطأ العقدي

يقصد بإثبات الخطأ العقدي، إثبات عدم القيام بالتنفيذ أو التأخر فيه أو تنفيذه بشكل معيب أو بصورة جزئية [230].

يتحمل الدائن عبئ إثبات عدم تنفيذ المدين لأنه هو الذي يطالب بالتعويض فإذا كان الالتزام هو تحقيق نتيجة فيثبت الدائن عدم تحقق هذه النتيجة التي استهدفها، أمّا إن كان الالتزام هو بذل عناية وجب على الدائن أن يثبت أن المدين لم يبذل العناية التي يبذلها الشخص العادي [231].

ب / الضرر العقدي

الضرر هو الركن الثاني من أركان المسؤولية العقدية ، ذلك لأن تحقق الخطأ العقدي لا يكفي وحده لقيامها .

1) تعريف الضرر

الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة [232] و هو كل ما يلحق الدائن من خسارة فعلية و ما يفوته من كسب فائت نتج مباشرة عن عدم الوفاء بالإلتزام ، و على ذلك فإن الضرر الذي يعوض عنه هو

---

[230] – عصمت عبد المجيد بكر ، المرجع السابق ، ص. 449 .

[231] – محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص. 314 .

أنظر أيضا _ خليل أحمد حسن قدادة ، المرجع السابق ، ص. 147 .

– عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، ص ص. 505 – 506 .

[232] – بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص. 284 .

دائما الضرر المباشر ، أما الضرر غير المباشر فلا يستحق عنه التعويض في المسؤولية العقدية [233].

2) شروط الضرر

يجب للتعويض عن الضرر أن تتوافر ثلاثة شروط هي :

أ- أن يكون الضرر محقق الوقوع : سواء كان الضرر حالاً أو محقق الوقوع في المستقبل كتلف البضاعة أثناء النقل أو هلاك الوديعة بخطأ المودع عنده [234].

ب- أن يكون الضرر مباشرا : لأن المدين لا يسأل إلّا عن الضرر المباشر الناتج عن عدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير فيه [235].

ج- و أخيرا أن يكون الضرر متوقعا في المسؤولية العقدية : و معنى ذلك أنه يمكن توقعه عادة وقت العقد ، باستثناء حالتي الغش و الخطأ الجسيم [236]، لأنّه إذا ارتكب المدين غشاً أو خطأ جسيم ، فإنه يسأل عن كل ما أصاب الدائن من ضرر سواء كان متوقعاً أو غير متوقعاً [237] .

---

[233] – محي الدين إسماعيل علم الدين ، المرجع السابق ، ص. 470 .

[234] – محمد علي البدوي ، المرجع السابق ، ص. 188 .

[235] – فاضلي إدريس ، المرجع السابق ، ص ص. 148 – 149 .

[236] – عصمت عبد المجيد بكر ، المرجع السابق ، ص. 453 .

[237] – محمد علي البدوي ، المرجع نفسه ، ص. 189 .

3) أنواع الضرر

للضرر الناشئ عن الإخلال بتنفيذ الالتزام العقدي نوعين ، ضرر مادي يلحق الشخص في مصلحة مالية أو في جسمه ، كالضرر الذي يصيب البضاعة في عقد النقل أو الضرر الذي يصيب المسافر نتيجة حادث يسبب له عجزاً كلياً أو جزئياً عن العمل ، و ضرر أدبي لا يمس المال ، بل يصيب الشخص في حساسيته كالشعور العاطفة ، الكرامة ، كما لو أصيب المسافر في حادث نتج عنه تشويه و ما سبب له من آلام نفسية بالإضافة إلى الضرر المادي المتمثل في العجز ، أو أن ينشر الطبيب أخبار عن المريض ما يسبب له ضررا في سمعته [238].

4- مدى التعويض عن الضرر

تنص م **182** من **ق.م.ج** على ما يلي : « **إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون ، فالقاضي هو الذي يقدره ، و يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به . و يعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.**

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 » [239] .

---

[238] – بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص. 285 .

– أنظر أيضا _ محمد علي البدوي ، المرجع السابق ، ص. 188 .

[239] – أمر رقم 75 / 58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

يتبين من هذه المادة أن التعويض يكون فقط في الضرر المباشر المتوقع ، أما الضرر غير المباشر فلا يعوض عنه ، كما و يشمل التعويض نوعي الضرر بتوافر شروطه.

ج/ علاقة السببية بين الخطأ و الضرر العقدي

لا تقوم المسؤولية العقدية إلّا إذا كان الضرر قد نشأ عن خطأ المدين حيث يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ و الضرر ، فإذا انقطعت العلاقة السببية فلا تتحقق المسؤولية العقدية و لا تتقرر مسؤولية المدين التعاقدية .

1) معنى السببية وعبئ الإثبات

المقصود برابطة السببية بين الخطأ و الضرر هو أنه يجب أن يكون خطأ المدين هو السبب الذي ألحق الضرر بالدائن ، و رابطة السببية تفترض مادام قد ثبت وجود الخطأ و الضرر.

و يقع على الدائن عبء الإثبات بين عدم تنفيذ الإلتزام و الضرر الذي لحقه ،أما علاقة السببية بين عدم تنفيذ الإلتزام و سلوك المدين فهي مفترضة لأنه يفترض أن الخطأ راجع إلى الضرر و على المدين إذا كان يدعي العكس أن ينفي السببية عن عدم التنفيذ و سلوكه ، و هذا طبقا لنص **م 176** من **ق.م.ج** _ السالفة الذكر_ غير أن هذه المادة لا تتعلق إلّا بركن الخطأ و تفترض أن استحالة التنفيذ ترجع إلى سلوك المدين .

2) اثبات العلاقة السببية

يستطيع المدين أن يدفع مسؤوليته بأن يثبت أن الضرر الذي أصاب الدائن لم يكن بسبب عدم وفائه لإلتزامه التعاقدي بل بسبب لا يد له فيه ، هذا هو السبب الأجنبي الذي يكون قوة قاهرة أو حادث فجائي أو خطأ المدين نفسه، أو خطأ الغير ، و هذا طبقا **للم 127** من **ق. م. ج** التي تنص على أنه : «**إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة ، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص قانوني أو إتفاق يخالف ذلك** .» [240]، و من أمثلة السبب الأجنبي الحرب ، الزلزال ،المرض .....

ثالثا : تعديل أحكام المسؤولية العقدية

تنص **م 178** من **ق. م. ج** في فقرتها **1** و **2** على ما يلي : « **يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة .**

و كذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي ، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه » [241] .

[240] _ أمر رقم 75/ 58 المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم ، المرجع السابق.

[241] _ أمر رقم 75/ 58 المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم ، المرجع نفسه .

يتضح من هذه المادة أنه يجوز للمتعاقدين الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية لأنّها لا تعد من النظام العام و لأنّ العقد هو و ليد الإرادة ، إذن للمتعاقدين جل الحرية في تعديل أحكامها سواء بتشديدها أو بتخفيفها أو بالإعفاء عنها.

أ / الإعفاء من المسؤولية

يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية العقدية ، و يترتب على ذلك إعفاءه من المسؤولية بالقدر الذي ينص عليه الشرط ، أما إن كان شرط الإعفاء باطلا فيبطل الشرط وحده و يبقى العقد صحيحا ، و يبطل العقد كلّه إذا كان هذا الشرط الباطل هو الدافع للتعاقد ، مثال عن اشتراط الإعفاء من المسؤولية العقدية ، بحيث يجوز للمتعاقدين في عقد البيع و بإتفاق خاص أن يسقطا الاستحقاق [242].

ب/ التخفيف من المسؤولية

يجوز للمدين أن يشترط التخفيف من مسؤوليته العقدية أو إنقاصها ، سواء قامت هذه المسؤولية عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه أو التنفيذ المعيب أو الجزئي، بإستثناء إعفائه عن مسؤوليته التي تنشأ عن غشه أو خطئه الجسيم ، فإنّه لا يجوز في هذه الحالة التخفيف أو الإعفاء منها [243].

---

[242]_ عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للإلتزامات ، ج.1، مصادر الإلتزام ، د.د.ن. ، د.ب.ن، 2011، ص ص.461_462.

[243] _ عصمت عبد المجيد بكر، المرجع نفسه ، ص. 460.

ج / التشديد من المسؤولية

للدائن أن يشترط التشديد من مسؤولية المدين العقدية ، كأن يتحمّل المدين مسؤولية عدم التنفيذ حتى و لو كان ذلك بفعل أجنبي لا يد له فيه ، فيقوم المدين بدور المؤمن لمصلحة الدائن [244].

د/ الإتفاق على تحديد التعويض

تنص **م 183** من **ق.م.ج** على : « **يجوز للمتعاقدين أن يحدّدا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد ، أو في اتفاق لاحق ....** » [245] .

يتبيّن من نص هذه المادة أنه بإمكان الأطراف في العقد أن يتفقوا على تحديد مقدار التعويض الذي يجبر الضرر الذي يلحق بالدائن نتيجة إخلال المدين بالتزامه العقدي ، و هذا المقدار يسمى بالشرط الجزائي.

يشترط لإستحقاق الشرط الجزائي أن يكون هناك خطأ ، ضرر وعلاقة سببية و الإعذار ، فما الشرط إلّا اتفاق على التعويض ، و الإعذار واجب لإستحقاق التعويض خاصة في حالة التأخير عن التنفيذ ، هنا يكون الإعذار واجبا لاستحقاق الشرط الجزائي [246] .

---

[244] _ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص. 319 .

أنظر أيضا _ عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق ،ص ص.463_464.

[245] _ أمر رقم 75 / 58 المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم ، المرجع السابق.

[246] _ محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص ص. 265_266.

المطلب الثاني : فسخ العقد

عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه يفوّت على المتعاقد الاخر الغرض الذي قصد إليه من وراء تعاقده وعليه فيستطيع هذا الأخير أن يطلب فسخ العقد ومن ثمة حل الرابطة العقدية ، ذلك لأنّ حق الفسخ يقام على فكرة الإرتباط بين الإلتزامات المتقابلة بالعقود الملزمة للجانبين فإذا أخلّ أحد المتعاقدين بإلتزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يفسخ العقد ويتحلّل نهائياً من هذا الإلتزام .

الفرع الأول : الفسخ بسبب عدم التنفيذ

الفسخ صورة من صور المسؤولية العقدية وهو حق المتعاقد في العقد الملزم للجانبين ، إذا لم يوف الطرف الآخر بالتزامه الناشئ عن العقد فيترتب عن هذا التقصير فسخ و زوال العقد سواءً ظلّ التنفيذ العيني ممكناً و إمتنع عنه المدين أو أصبح مستحيلاً بخطأ منه أو بعبارة أخرى الفسخ هو حل عقد الرابطة العقدية بعد نشوئها صحيحة و زوالها بأثر رجعي [247].

أولا : شروط الفسخ

تطرق المشرع الجزائري إلى شروط الفسخ في نص **م 119 ق.م. ج : « في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الأخر**

[247] – محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء و الفقه ، مصادرا لالتزام ، ط. 3 ؛ د. د. ن د.ب.ن، 2003 ، ص.1056.

بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه ، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك .

و يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات » [248].

من خلال نص هذه المادة يتبيّن أنّ للفسخ ثلاثة شروط و تتمثل في : أن يكون العقد ملزماً للجانبين، وأن يخل أحد المتعاقدين بإلتزامه ، و أن لا يقصر المتعاقد الذي يريد طلب الفسخ في تنفيذ إلتزامه .

1) إلزامية العقد للجانبين

يجب أن يكون العقد ملزماً للجانبين إذ أنّ الفسخ لا يرد إلّا على العقود الملزمة للجانبين المبنية على ترابط الإلتزامات المتقابلة . يقوم الفسخ على أنّ أحد طرفي العقد لم يقم بتنفيذ إلتزامه ، وحتى يعاقب هذا المخل بإلتزامه أقرّ القانون حقاً للطرف الآخر بطلب فسخ العقد، وهذا ما لا نجده في العقد الملزم لجانب واحد ،لأنّ في العقود الملزمة لجانب واحد إذا ما أخلّ أحدهما عن تنفيذ إلتزامه وطالب المتعاقد الأخر بفسخه فإنّه لا يستفيد بتاتاً من حق الفسخ [249].

---

[248] – أمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم ، المرجع السابق.

[249] – محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص ص. 123 – 124.

أنظر ايضا _ خليل أحمد حسن قدادة ، المرجع السابق ، ص.168.

2) إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه

المقصود بإخلال أحد المتعاقدين بإلتزامه أن يكون أحد المتعاقدين قد تخلف عن تنفيذ التزامه المترتب عن العقد ،سواءً كان ذلك بإمتناعه عن التنفيذ رغم قدرته أو القيام بفعل من شأنه أن يجعل التنفيذ مستحيلا ، و لا يشترط في عدم تنفيذ الإلتزام أن يقع الإخلال بكل الإلتزامات [250] لكن استثناءً إذا كان عدم تنفيذ العقد يرجع إلى إستحالة التنفيذ بسبب أجنبي فإنّ إلتزام المدين ينقضي ، بالتالي ينقضي الإلتزام المقابل له و يفسخ العقد بقوة القانون [251] .

3) عدم تقصير طالب الفسخ في تنفيذ التزامه

يقصد بهذا الشرط أن يكون طالب الفسخ قد نفذ التزامه أو مستعد لتنفيذ التزامه من جانبه هو و قادر على إعادة الشيء إلى أصله ، فإذا تسلم جزء من المبيع و تصرف فيه بالبيع إلى الغير فلا يمكنه التمسك بالفسخ لأنه لا يستطيع أن يسترد الشيء من يد الغير لإعادته للبائع [252]، فلا يبقى أمامه إلا أن يطلب تنفيذ العقد أو التعويض عند عدم تنفيذ الباقي من المبيع[253].

---

[250] _عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص. 469.

أنظر أيضا _ خليل أحمد حسن قدادة ، المرجع السابق ، ص.168.

[251] _ أمير فرج يوسف ، العقد والإرادة المنفردة ؛ المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية 2007 ، ص.498.

[252] – عصمت عبد المجيد بكر ، المرجع نفسه ، ص. 470.

أنظر أيضا_ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص.351.

[253] – محمد علي البدوى ، المرجع السابق ، ص. 176.

كما وأنه لا يكافئ الشخص على تقصير بدر منه ،ولما كان الفسح من خصائصه أن يعيد الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد فلا بد أن يكون الدائن الذي يطالب بالفسخ قادرا على رد ما أخذه أو تسلمه بموجب العقد الذي يود فسخه [254] .

ثانيا : أنواع الفسخ

الفسخ يتحقق باتفاق الطرفين، و يقع بحكم القانون، وإما أن يتقرر بحكم قضائي و قد تناول المشرع الجزائري أنواع الفسخ من خلال نص **المواد 119 ، 120 ، 121** من **ق. م. ج** .

أ / الفسخ الإتفاقي

طبقا لنص **م 120** من **ق.م. ج** نجد أن المشرع نص على أنه : « **يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد عدم تحقيق الشروط المتفق عليها و بدون حاجة إلى حكم قضائي . و هذا الشرط لا يعفي من الإعذار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين .** » [255].

يتبين من خلال نص هذه **م** على أنه يجوز للمتعاقدين الاتفاق على فسخ العقد عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، أو أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى إعذار أو حكم قضائي .

---

[254] _أمير فرج يوسف ،المرجع السابق ، ص.498.

[255] – أمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم ، المرجع السابق.

الفسخ الاتفاقي هو اتفاق المتعاقدين على وقوع الفسخ بحكم القانون ، دون حاجة إلى حكم قضائي عند التخلف عن الوفاء و يترتب على ذلك حرمان العاقد من ضمانتين هما :

– أن العقد يفسخ حتما دون أن يكون له أو للقاضي خيار التنفيذ أو الفسخ .

– يكون الفسخ بحكم الاتفاق دون الحاجة للتقاضي و ليس للقاضي في هذه الحالة إلا أن يتأكد من واقعة تنفيذ العقد أو عدم تنفيذه ، فإذا تأكد من صحة تنفيذه أبقى العقد ، و إذا لم يتحقق تنفيذ العقد حكم بالفسخ [256] .

الفسخ الاتفاقي يأخذ عدة صور منها :

1) الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا

هو ما يطلق عليه بالشرط الفاسخ الصريح ، لأن اتفاق المتعاقدين على الفسخ يحل محل الحكم [257] ، غير أن هذا الشرط لا يعفى من الالتجاء إلى القاضي، و إنما يجب رفع دعوى من الدائن يطالب فيها فسخ العقد لعدم التنفيذ و يعتبر حكم القاضي في هذه الحالة مقررا و ليس منشئا لأنه وقع بحكم اتفاق قبل رفع الدعوى ، لكن يستطيع المدين أن يتوقى الفسخ بتنفيذ التزامه قبل صدور الحكم بالفسخ [258].

2)الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا بحكم القانون

---

[256] – إبراهيم أنيس محمد يحيى ، "الإقالة ، فسخ العقد برضا الطرفين دراسة مقارنة " ، رسالة لإستكمال متطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية لنابلس، فلسطين 2010،ص ص.46_47.

[257] – أمير فرج يوسف ، المرجع السابق ، ص. 521 .

[258] – محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص .358 .

أنظر أيضا_ خليل أحمد حسن قدادة ، المرجع السابق ، ص ص.171 – 172 .

يفسر الاتفاق في هذه الحالة على أن الطرفين قد اتجهت نيّتهما لسلب السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالفسخ أو عدم الحكم به ، فلا يمنح المدين مهلة للوفاء و يتحتم عليه توقيع الفسخ ، و لكن يجب رفع دعوى بالفسخ و أيضا يشترط الإعذار و الحكم هنا يكون مقررا و كاشفا و ليس منشئا [259].

3) الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا بحكم القانون دون الحاجة إلى حكم قضائي أو إعذار

هو أقصى ما يصل إليه الشرط الفاسخ الصريح في العقد ، بحيث يقع الفسخ بمجرد حلول أجل التنفيذ و امتنع المدين عن القيام بالالتزام ، و في هذه الحالة لا يحتاج الأمر إلى إعذاره من الدائن و لا رفع دعوى للحصول على حكم قضائي يقضي بالفسخ و يكون الفسخ في هذه الحالة مقررا و ليس منشئا [260] .

إنّ الاتفاق على الإعفاء من الإعذار يجب أن يكون صريحا مستفاد من عبارات العقد بمعنى لا يجب أن يكون ضمنيا .

ب / الفسخ القانوني

طبقا لنص **م 121** من **ق.م. ج** ، التي تنص على أنه: « **في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه ، انقضت معه الالتزامات المقابلة له و يفسخ العقد بحكم القانون .**» [261] .

---

[259] – أمجد محمد منصور ، المرجع السابق ، ص. 211 .

أنظر أيضا _محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص ص. 358 – 359 .

[260] – أمير فرج يوسف ، المرجع السابق ، ص 158 .

[261] قانون رقم 05 / 10 مؤرخ في 20 يونيو 2005 ، المعدل و المتمم للقانون المدني .

يتضح من خلال نص هذه المادة أنه إذا استحال تنفيذ الإلتزام العقدي إلى المدين بسبب أجنبي عنه لايد له فيه ، فإنه يترتب على ذلك استحالة تنفيذ الالتزام و انقضاء الالتزام المقابل له بالتالي انفساخ العقد بحكم القانون، و لا يحتاج هذا النوع من الفسخ إلى إعذار من الدائن إلى المدين بالوفاء لأن الإعذار لا يتصور إلّا إذا كان التنفيذ لا يزال ممكنا ، كما لا يحتاج إلى حكم القضاء [262].

أما إن استحال التنفيذ بسبب خطأ المدين فإنّ العقد، لا ينفسخ بقوة القانون بل يلزم المدين بالتنفيذ بمقابل إذا كان التنفيذ العيني ممكنا أو بالتعويض أو يطالب بالفسخ [263].

استحالة تنفيذ الالتزام في الفسخ بحكم القانون ، يكون بسبب خارج عن إرادة المدين و يراد بالاستحالة في هذا الصدد ، الاستحالة المطلقة لتنفيذ الالتزام بحيث يستحيل بمقتضاها أن ينفذ المدين التزامه بالنسبة له و بالنسبة لغيره، كأن يتعهد المدين بتوفير شيء ثم يهلك هذا الشيء المعهود به . فأما الاستحالة النسبية فهي التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا بالنسبة للمدين فقط دون الغير ، فإنها لا تؤدي إلى انفساخ العقد [264] كما و يجب أن تكون استحالة التنفيذ ناشئة بعد قيام العقد ، لأنه لو كانت قائمة وقت إبرام العقد فإن العقد لا ينعقد أصلا [265] .

---

[262] – خليل احمد حسن قدادة ، المرجع السابق ، ص . 172.

أنظر أيضا في المعنى _ إبراهيم أنيس محمد يحيى ، المرجع السابق ، ص ص.52_53.

[263] –محمد كمال عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص. 159 .

[264] – أمجد محمد منصور ، المرجع السابق ، ص. 216 .

[265] – محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص. 361 .

ج / الفسخ القضائي

نـص عليـه المشـرع الجزائـري فـي **م 119 مـن ق. م. ج : « فـي العقـود الملزمـة للجـانبين ،إذا لـم يـوف أحـد المتعاقـدين بالتزامـه، جـاز للمتعاقـد الآخـر بعـد إعـذاره المـدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك .**

و يجـوز للقاضـي أن يمـنح المـدين أجـلا حسـب الظـروف ، كمـا يجـوز لـه أن يـرفض الفسـخ إذا كـان مـا لـم يـوف بـه المـدين قليـل الأهميـة بالنسـبة إلـى كامـل الالتزامـات . » [266] .

يتضـح مـن خـلال نـص هـذه المـادة ، أنـه يتحقـق الفسـخ القضـائي عـن طريـق حكـم قضـائي يطالـب فيـه الـدائن المـدين أولًا أن يقـوم بتنفيـذ العقـد، أو فسـخه ، و لكـن لابـد أن يقـوم بإعـذاره و ذلـك وفقـاً لـنص **م 180** مـن **ق.م. ج** التـي تـنص علـى أنـه: « **يكـون إعـذار المـدين بإنـذاره ، أو بمـا يقـوم مقـام الإنـذار ، و يجـوز أن يـتم الإعـذار عـن طريـق البريـد علـى الوجـه المبـين فـي هـذا القـانون، كمـا يجـوز أن يكـون مترتبـا علـى اتفـاق يقضـي بـأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر . »** [267].

إذا كـان رفـع دعـوى بالفسـخ يعتبـر إعـذاراً إلاّ أنّ للإعـذار أهميـة عمليـة تظهـر فـي أنهـا تسـرع القاضـي فـي اسـتجابته لطلـب الفسـخ ، إذا ظهـر تعنـت المـدين بإخلالـه فـي تنفيـذ التزامـه العقـدي ، كمـا يجعـل القاضـي يحكـم بـالتعويض علـى المـدين لمصـلحة الـدائن إضـافة إلى فسخ العقد [268] .

---

[266] – أمر رقم 75 /58 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم، المرجع السابق.

[267] – أمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني ،المعدل و المتمم، المرجع نفسه .

[268] – عبد الرزاق دربال ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، د. ط؛ دار العلوم للنشروالتوزيع، الجزائر د. س. ن ، ص.67 .

أنظر أيضا _ أحمد خليل أحمد حسن قدادة ، المرجع السابق ، ص. 169 .

إذن من خلال ما سبق تقديمه يكون الفسخ عن طريق دعوى يرفعها أحد المتعاقدين أمام المحكمة ، يطالب من خلالها بفسخ العقد لعدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه ، و هذا ما يبين لنا الفرق الجوهري بين الفسخ بحكم القضاء و الفسخ بحكم القانون ، أو بالاتفاق ، حيث يعتبر الحكم بفسخ القضاء حكما منشئاً ، أما الحكم بالفسخ بحكم القانون أو الاتفاق فيعتبر حكما مقرراً.

و يبقى للدائن قبل المطالبة بالفسخ الحق في أن يختار بين الفسخ و التنفيذ و لكن هذا الخيار يكون قبل صدور الحكم في الدعوى المرفوعة من الدائن لأنه لا يجوز الجمع بين الفسخ و التنفيذ في طلب واحد.

الفرع الثالث : أثر الفسخ

إذا تحققت شروط الفسخ بأنواعه الثلاثة فإنه ينتج آثار، وطبقاً لنص **م 122** من **ق.م.ج** التي تنص على : « **إذا فسخ العقد ، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك ، جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض** .» [269] ، فإنّه يترتب على الفسخ سواء كان بحكم الإتفاق أو بحكم القانون أو بحكم القضاء ، زوال حكم العقد و اعتباره كأن لم يكن ، مع الحكم بالتعويض .

و في هذا الفرع سنتعرض أولا لأثر الفسخ بالنسبة للمتعاقدين ثم ثانياً بالنسبة للغير.

[269] _ أمر رقم 75 / 58 المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم ، المرجع السابق.

أولا : فيما بين المتعاقدين

متى فسخ العقد سقط أثره فيما بين المتعاقدين وعاد إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد [270] ، ويقصد بعبارة إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، أن يزول حكم العقد بأثر رجعي إلى حين نشوئه ، حيث يجب على كل من المتعاقدين أن يرد إلى الطرف الآخر ما تسلمه أو حصل عليه بمقتضى العقد الذي فسخ، و من لم ينفّذ إلتزامه فلا يجبر على التنفيذ ، و في حالة استحالة رد ما أخذ حكم القاضي بالتعويض للدائن عن الضرر الذي أصابه و ذلك وفقا لقواعد الدفع غير المستحق [271].

يرى أغلب الفقه بأنّ الأثر الرجعي للفسخ ، ينحصر في العقود الزمنية بحيث لا يكون له أثر عليها إلّا بالنسبة للمستقبل ، لأنّ ما فات من الزمن لا يمكن استرجاعه [272]، فمثلا في عقد الإيجار إذا تأخر المستأجر في دفع الأجرة على نحو اضطر بالمؤجر إلى طلب استصدار حكم بفسخ العقد فإن أثر هذا الفسخ سيقتصر فقط على المدة الباقية من العقد بدءً من تاريخ الفسخ .

ثانيا : بالنسبة للغير

يسري الأثر الرجعي في اعتبار أنّ العقد لم يكن بالنسبة للغير أيضاً ، حيث تسقط الحقوق التي كسبها الغير من أحد طرفي العقد ، فيجب على من تصرف إليه أحد

---

[270] _ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص. 698 .

[271] – علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص. 109 .

أنظر أيضا _ إبراهيم أنيس محمد يحيى ، المرجع السابق ، ص ص.48_49.

_ وليد صالح مرسي رمضان ، المرجع السابق ، ص. 464 .

– دربال عبد الرزاق ، المرجع السابق ، ص. 68 .

[272] – محمد علي البدوي ، المرجع السابق ، ص. 180 .

المتعاقدين رد ما آل إليه بمقتضى العقد المفسوخ [273] . فإذا اشترى شخص عينا ثم باعها أي قام بالتصرف في الشيء المبيع إلى الغير وجب على من تصرف إليه أن يرد الشيء إلى البائع الأول و يسترد الثمن ممن باع له ، و لكن استثناء يحمي القانون الغير إذا كانوا حسني النية [274] ، كذلك لو أجّر المشتري العين التي اشتراها و كان المستأجر حسن النية و العقد ثابت التاريخ ، ثم فسخ عقد البيع فإنه يبقى عقد الإيجار ولا يفسخ و لا يسترد البائع العين من المستأجر قبل انتهاء مدة الإيجار.

[273] – علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص. 109 .

أنظر أيضا _ محمد علي البدوي ، المرجع السابق ، ص. 180 .

[274] – محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص. 375 .

أنظر أيضا _ أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص ص. 278 – 279 .

– عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص. 705 .

خاتمة

خاتمة

تناولت دراستنا لأساس مبدأ نسبية أثر العقد الذي يعد كعنصر هام من آثار العقد و استنادا لنصوص المواد من **106 إلى 123 من القانون المدني** _السابق ذكرها_ فإن أثر العقد يتحدد في مسألتين مهمتين : هما القوة الملزمة للعقد بالنسبة للأشخاص الذي مفاده أنه رغم مبدأ نسبية العقود التي يبرمها المتعاقدين إلا أن أثر العقد الذي ترتب عنهما يمتد إلى غيرهما سواء كان ذلك بالاتفاق أو بقوة القانون .

صحيح أن الغير الأجنبي عن العقد لا يلتزم بالتزام لم يشارك في إبرامه إلا أنه يكتسب حقا منه ونرى في هذا الصدد أن نفاذ العقد يقف عائقا أمام مبدأ نسبية العقد كما وقد يؤدي إلى إهداره لأنه حتى وإن لم يقبل المتعاقدين أن ينتقل أثر عقدهما إلى غيرهما فإن القانون قيد حريتهما وهو ما حددناه سابقا فيما يخص الوصية و التصرف في مرض الموت وهي كلها الأسباب التي قصدها المشرع في نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري ، أيضا في حالة إنقضاء الشركة حيث لا ينتقل الحق أو الالتزام إذا مات أحد الشركاء أو تم الحجر عليه أو أفلس .

في نص المادة 106 من القانون نفسه ، المشرع لم ينص صراحة على أنه يمكن للأطراف الاتفاق على عدم إنتقال أثر العقد إلى الخلف العام وإنما هذه الحالة نستخلصها من المادة ، فهي جاءت ضمنية بنصها « ...لا يجوز تعديله إلا بإتفاق الطرفين ».

إنّ المشرع الجزائري في نص المادة 109 من القانون المدني حدد الشروط التي ينبغي توفرها حتى ينتقل أثر العقد إلى الخلف الخاص وتتمثل هذه الشروط في أن تكون الحقوق والالتزامات التي تنشأ عن العقد من مستلزمات الشيء ، ووجوب علم الخلف الخاص بها وقت إنتقال الشيئ إليه ، و إعتبرنا أنّ شهر أو قيد الحقوق و الإلتزامات في المحافظة العقارية يقوم مقام العلم ، وأخيرا يشترط أن يسبق تاريخ العقد على إنتقال الشيئ إلى الخلف الخاص، و استنتجنا من نص المادة أعلاه أن المشرع لم ينص صراحة على هذا الشرط ، غير أنه يفهم ضمنياً ، واستثناءً لهذا الأصل هناك حالات

ينتقل فيها أثر العقد للخلف الخاص من دون هذه الشروط ، و يتعلق الأمر بعقود الإيجار حيث متى انتقلت ملكية العين المؤجرة ، كان الإيجار نافذا في حق من إنتقلت إليه وبالتالي فالعقد يمتد أثره إلى هذا الخلف الخاص .

و لتوضيح مبدأ نسبية العقد من حيث الأشخاص درسنا عقد التأمين و عقد الإذعان كتطبيقين لإنتقال أثر العقد إلى الغير، ما يتجسد في التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحته .

أما بالنسبة للقوة الملزمة للعقد من حيث موضوعه و فيما يخص تفسير العقد فالقاعدة تقضي بتفسير الشك لمصلحة المتعاقد المدين و هي قاعدة تقيد القاضي إذا استحال عليه أن يكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين ، بالتالي فإنه سيغلب نية المدين على نية الدائن كونه الطرف الضعيف في العقد، و استثناءً لهذه القاعدة حيث يفسر الشك لمصلحة الطرف المذعن في عقود الإذعان سواءً كان مدينا أو دائنا .

كما و يجب على المتعاقدين تحديد موضوع العقد وتنفيذه بحسن النية ،غير أن هذا العقد نسبي في مضمونه ، لأنه وإن أعتبر العقد بمثابة القانون الذي يجب احترامه إلا أن لهذه القاعدة إستثناء لم يكن يتوقع حدوثه ، ونقصد بذلك الظروف الطارئة التي ترد من إلتزام المدين متى أصبح مرهقا له ، لانه حسب ما جاء في نص المادة 107 في فقرتها الثالثة أن المشرع خول للقاضي سلطة تعديل العقد في الحالات الاستثنائية وهذا تحقيقا للعدالة والموازنة بين الأطراف ، وذلك بأن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول سواء بإنقاصه أو بزيادة إلتزام الدائن أو بوقف تنفيذ العقد حتى يزول الظرف الطارئ .

وفي صدد المسؤولية العقدية فإنه حسب المادة 123 من القانون المدني الجزائري إذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ إلتزامه ترتب للطرف الآ خر حق التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ما إذا بقي التنفيذ ممكنا ، وإلا جاز له أن يطلب الفسخ ، حيث يعتبر نظام الفسخ

حمايــة قانونيــة أقرهــا المشــرع للــدائن فــي العقــود الملزمــة للجــانبين و هــذا ضــمانا للحقــوق الناشئة عن العقد و التي تربط المدين به .

ومــا توصــلنا إليــه أن الإســتثناءات الــواردة علــى مبــدأ نســبية العقــد ســواء القانونيــة أو الاتفاقيــة قــد تــؤدي الــى إ هــدار قاعــدة العقــد شــريعة المتعاقــدين ، لأنــه حتــى وإن أبــرم عقــد بــين شخصــين دون غيرهمــا فــإن العقــد يكــون نافــذا بالنســبة للغيــر كواقعــة لا يمكــن إنكارها بالتالي يكون للعقد وجود خارجي إلى جانب الوجود الداخلي .

قائمة المراجع و المصادر

أولا / المعاجم و القواميس اللّغوية و القانونية

1_ جرجس جرجس ، أنطوان حويس ، المنبع ، قاموس عربي عربي ، إيدوفيست ؛ الدار البيضاء ، المغرب 2006.

2_ شوقي ضيف ، معجم القانون ، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية ،القاهرة 1999.

3_ محمد حمدي ، قاموس مرشد الطلاب ،عربي عربي ،ط.2 ؛ منشورات المرشد الجزائرية ، الجزائر 2007

ثانيا / الكتب

1_ أمجد محمد منصور،النظرية العامة للإلتزامات،مصادر الإلتزام ؛ دار الثقافة للنشر و التوزيع،الأردن 2006 .

2_ أمير فرج يوسف ،العقد و الإرادة المنفردة ؛ المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية 2007 .

3_أنور سلطان ،الموجز في مصادر الإلتزام ، د.ط ؛ دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 1998 .

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

5_ بلحاج العربي ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري ، ج.1 ، التصرف القانوني، العقد و الإرادة المنفردة ؛ ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1999.

6_ خليل أحمد حسن قدادة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، ج. 1 مصادر الإلتزام ؛ ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1994.

7_دربال عبدالرزاق ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام ، د.ط ؛ دار العلوم للنشر و التوزيع ، الجزائر ، د.س.ن.

8_ رمضان أبو السعود ، همام محمد محمود ، المبادئ الأساسية في القانون ، د.ط منشأة المعارف ، الإسكندرية 1996.

9_ زكريا سرايش ، الوجيز في مصادر الإلتزام ، العقد و الإرادة المنفردة ؛ دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر 2013.

10_ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للإلتزامات نظرية العقد ، ج. الثاني ، ط. 2 ؛ منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان 1998.

11_ عبد القادر الفار ، بشار عدنان ملكاوي ، مصادر الإلتزام ، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني ، ط. 3 ؛ دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن 2010.

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

13_ عدنان إبراهيم السرحان ، نوري حمد خاطر ، شرح القانون المدني ، مصادر الحقوق الشخصية ، الإلتزامات ، دراسة مقارنة ؛ دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن 2009.

14_ عصمت عبد المجيد بكر ، النظرية العامة للإلتزامات ، ج. 1 ، مصادر الإلتزام د.د.ن ، د.ب.ن 2011.

15_ علي علي سليمان ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري ، ط.7 ؛ ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، د.س.ن .

16_ علي فيلالي ، الإلتزامات ، النظرية العامة للعقد ، د.ط ؛ موفر للنشر ، الجزائر 2010 .

17_ فاضلي إدريس ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، د.ط ؛ ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 2009.

18_ محفوظ لعشب بن حامد ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن د.ط ؛ المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الجزائر 1990.

19_ محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الإلتزام ، مصادر الإلتزامات و أحكامها في القانون المدني الجزائري ، د.ط ؛ المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الجزائر 1990.

20_ محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للإلتزامات مصادر الإلتزام ، العقد و الإرادة المنفردة ؛ دار الهدى ، الجزائر 2012.

21_ محمد علي البدوي ، النظرية العامة للإلتزام ، ج.1 ، مصادر الإلتزام ، ط. 2 منشورات الجامعة المفتوحة ، د.ب.ن 1993.

22_ محمد كمال عبد العزيز ، التقنين المدني في ضوء القضاء و الفقه ، مصادر الإلتزام ط.3 ؛ د.د.ن ، د.ب.ن 2003.

23_ محي الدين إسماعيل علم الدين ، نظرية العقد ، مقارنة بين القوانين العربية و الشريعة الإسلامية ، د.ط ؛ د.د.ن ، د.ب.ن ، د.س.ن .

24_ مروان كساب ، الخطأ العقدي ، ط.1 ؛ مكتبة الحلبي الحقوقية للنشر ، لبنان 2000 .

25_ مصطفى محمد الجمال ، مصادرالإلتزام ، د.ط ؛ المكتبة القانونية لدار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية 1999.

26_ منذر الفضل ،الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الإلتزامات و أحكامها دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن 2012.

27_ نبيل إبراهيم سعد ، همام محمد محمود ، المبادئ الأساسية في القانون ، نظرية القانون ، نظرية الحق ، نظرية الإلتزام ، د.ط ؛ منشأة المعارف للنشر ، الإسكندرية 2000.

28_ هيثم حامد المصاروة ، عقد التأمين ؛ مكتبة الجامعة الشارقة للنشر و التوزيع الأردن 2010

29_ وليد صلاح مرسي رمضان ، القوة الملزمة للعقد و الإستثناءات الواردة عليها ، د.ط دار الجامعة الجديدة للنشر الأزارطية ، الإسكندرية 2009.

ثالثا : الرسائل و المذكّرات

1_ إبراهيم أنيس محمد يحيى ، " **الإقالة _ فسخ العقد برضا الطرفين** " ، رسالة لإستكمال متطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية في نابلس ، فلسطين 2010.

2_ حميد بن شنيتي ، " **سلطة القاضي في تعديل العقد** " ، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، بن عكنون ، الجزائر1996.

3_ خديجة فاضل ، " **تعديل العقد أثناء التنفيذ** " ، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 2001_2002.

4_ زواوي فريدة ، " **مبدأ نسبيّة العقد** " ، رسالة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، بن عكنون ، الجزائر 1992.

5_ عبتوت سيد بلحاكم ، " **أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص** " ، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، فرع العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق و العلوم الإدارية ، بن عكنون ، الجزائر د.س.

6_ منال جهاد أحمد خلة ، " **أحكام عقود الإذعان في الفقه الإسلامي** " ، رسالة ماجستير كليّة الشريعة و القانون ، قسم الفقه المقارن بالجامعة الإسلامية ، غزة 2008.

7_ يوسف فتيحة ، " **دعوى نفاذ تصرف المدين (الدعوى البولصية) في القانون المدني الجزائري المقارن** " ، بحث للحصول على دبلوم الماجستير في العقود و المسؤولية المدنية معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، جامعة الجزائر 1986.

رابعا : المواقع الإلكترونية

1_ http://www.Konouz.com

_كنوز القانون المدني، خصائص عقد التأمين ،عقد البيع و الإيجار، يوم 9 فيفري 2009 يوم الإطلاع عليه 31 ماي 2015.

2_ http://www.alyoum.com 10 mars 2014

يوم الإطلاع عليه : 31 ماي 2015

3_ http://www.startimes.com يوم الإطلاع عليه : 31 ماي 2015

رابعا : النصوص القانونية

أ / النصوص التشريعية

1_ قانون رقم 84/ 11 مؤرخ في 9 جويلية 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بموجب أمر رقم 05/ 02 مؤرخ في 27 فيفري 2005، ج.ر.ع 15.

2_ قانون رقم 05 / 10 مؤرخ في 20 يونيو2005 ، يعدل و يتمم القانون المدني ، ج.ر.ع معدل ومتمم .

3_ قانون رقم 05/07 مؤرخ في 13 ماي 2007، يعدل و يتمم القانون المدني ، ج.ر. ع, 31.معدل ومتمم .

4_ أمر رقم58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر1975 ، يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم ، ج.ر.ج.ج. عدد 78 ، بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

5_ أمر رقم 74/75 مؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، ج. ر. ع. 92.

6_ أمر رقم 95 / 07 مؤرخ في 25 جانفي 1995، المتعلق بالتأمينات ، ج.ر.ع .15.

الفهرس

_ مقدمة..... 2_1

_الفصل الأول: القوة الملزمة للعقد بالنسبة للأشخاص..... 3

_المبحث الأول: إنصراف أثر العقد إلى المتعاقدين و الخلف و الدائنين العاديين.....4

_المطلب الأول: أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين و الخلف.....4

_الفرع الأول: بالنسبة للمتعاقدين.....4 _5

_أولا: النيابة في التعاقد.....5 _6

_ ثانيا: تعاقد الشخص مع نفسه.....6

_الفرع الثاني: بالنسبة للخلف.....6

_أولا: الخلف العام.....7

_أ / المقصود بالخلف العام.....7_8

_ب/ الحالات التي لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام.....9

_1_ الإتفاق في نص العقد.....9

_2 _طبيعة التعامل..... 9_10

_3 _نص القانون.....10

_ج/ حالات يصبح فيها الخلف العام من الغير 11

_1 _ الوصية.....11

_2 _التصرف في مرض الموت.....11_ 12

_ ثانيا: الخلف الخاص.....12 _13

_أ / المقصود بالخلف الخاص.....13

_ب /شروط انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص.....14

_1 _أسبقية تاريخ العقد على إنتقال الشيئ إلى الخلف الخاص.....14

_ 2_تعلق الحقوق و الإلتزامات الناشئة عن العقد بمستلزمات الشيئ.....14 _15

_3 _علم الخلف الخاص بالحق أو الإلتزام وقت إنتقال الشيئ..... 15

_ المطلب الثاني: انصراف أثر العقد إلى الدائنين العاديين.....16

_الفرع الأول: باعتبارهم خلفا عاما.....16 _17

_الفرع الثاني: باعتبارهم خلفا خاصا.....17

_الفرع الثالث: باعتبارهم من الغير.....17 _18

_أولا: العقود غير الملزمة للدائن..... 18 _19

_ثانيا: العقود الملزمة للدائن.....20

_أ/ الدعوى غير المباشرة.....20 _22

ب/ الدعوى البولصية.....23 24

_ج/ الدعوى الصورية.....25 _26

_المبحث الثاني: انصراف أثر العقد بالنسبة إلى الغير..... 26_27

_المطلب الأول: التعهد عن الغير.....27

_الفرع الأول: المقصود بالتعهد عن الغير..... 27 _28

_الفرع الثاني: شروط التعهد عن الغير.....29

_أولا: تعاقد المتعهد باسمه.....29

_ثانيا: إلزام المتعهد لنفسه بالتعهد.....29

_ثالثا: حمل المتعهد الغيرعلى القبول.....30

_الفرع الثالث: آثار التعهد عن الغير.....30

_أولا: قبول الغير للتعهد..... 30 _31

_ثانيا: رفض الغير للتعهد.....31

_المطلب الثاني: الإشتراط لمصلحة الغير.....32

_الفرع الأول: المقصود بالإشتراط لمصلحة الغير..... 32 _33

_الفرع الثاني: شروط تحقق الإشتراط لمصلحة الغير.....33

_أولا: تعاقد المشترط باسمه.....34

_ثانيا: إتجاه إرادة المتعاقدين لإنشاء حق مباشر للمستفيد.....34

_ثالثا: وجود مصلحة للمشترط.....35

_رابعا: الإشتراط لمصلحة شخص مستقبل أو محدد.....35

_الفرع الثالث: آثر الإشتراط لمصلحة الغير.....36

_أولا: علاقة المشترط بالمتعهد.....36

_ثانيا: علاقة المشترط بالمستفيد.....36 _37

–ثالثا: علاقة المتعهد بالمستفيد..... 37_38

_الفرع الرابع: بعض التطبيقات العملية لقاعدة الإشتراط.....38

_أولا: عقد التأمين..... 38 _39

_أ/ تعريف عقد التأمين.....39

_ب/ خصائص عقد التأمين..... 40 _41

_ج/ إلتزامات عقد التأمين.....42 _44

_د/ إنقضاء عقد التأمين.....45

_ثانيا: عقد الإذعان.....45

_أ/ تعريف عقد الإذعان..... 45 _46

_ب/ طبيعة عقد الإذعان.....46

_1 _ عقد الإذعان ما هوإلا نظام .....46 _47

_2 _ عقد الإذعان يتسم بالصفة العقدية.....47

_ج/ تفسير عقد الإذعان.....47

_ د/ أساس تقرير قاعدة تفسير الشك للمصلحة المذعنة..... 47_48

_الفصل الثاني: القوة الملزمة للعقد بالنسبة للموضوع.....49

_المبحث الأول: وجوب تنفيذ العقد.....50

_المطلب الأول: تفسير العقد.....50

_الفرع الأول: المقصود بتفسير العقد.....51

_الفرع الثاني: بيان حالات التفسير.....51

أولا: وضوح عبارات العقد..... 51 52

_ثانيا: غموض عبارات العقد.....52

_ثالثا: الشك في معنى العبارة الغامضة.....53_54

_المطلب الثاني: حدود القوة الملزمة للعقد.....54

_الفرع الأول: العقد شريعة المتعاقدين.....55

_أولا: عدم جواز نقض أو تعديل العقد إلا بإتفاق ملزم.....55

_ثانيا: تنفيذ العقد بحسن نية.....56

_الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة.....57

_أولا: تطبيق نظرية الظروف الطارئة.....58

_أ/ تراخي تنفيذ العقد.....58

_ب/ وجود حوادث إستثنائية عامة.....58

_ج/ عدم توقع الحوادث الإستثنائية.....59

_د/ جعل الإلتزام مرهقا للمدين و ليس مستحيلا.....59 _60

_ثانيا: أثر نظرية الظروف الطارئة.....60

_أ/ وقف تنفيذ العقد حتى يزول الظرف الطارئ.....61

_ب/ إنقاص إلتزام المدين المرهق.....61 _62

_ج/ زيادة إلتزام الدائن..... 62 _63

_المبحث الثاني: عدم تنفيذ العقد و إنحلاله بالفسخ..... 63

_المطلب الأول: عدم تنفيذ العقد.....64

_الفرع الأول: الدفع بعدم التنفيذ.....64

_أولا : المقصود بالدفع بعدم التنفيذ..... 64_65

_ثانيا: شروط الدفع بعدم التنفيذ.....65

_أ /إلزامية العقد للجانبين.....66

_ب / إستحقاق الأداء.....66 _67

_ج / إخلال أحد المتعاقدين بالعقد.....68

_ثالثا: كيفية التمسك بعدم التنفيذ.....69

_رابعا: أثر الدفع بعدم التنفيذ.....70

_أ / بالنسبة للمتعاقدين.....70 _71

_ ب/ بالنسبة للغير.....71 _72

_الفرع الثاني: المسؤولية العقدية.....73

_أولا: تعريف المسؤولية العقدية.....73

_ثانيا: أركان المسؤولية العقدية.....74

_أ / الإخلال بإلتزام عقدي.....74

_1 _ تعريف الخطأ العقدي.....74

_2 _الإلتزام بتحقيق نتيجة و الإلتزام ببذل عناية.....74_75

_3 _إثبات الخطأ العقدي.....76

_ب /الضرر العقدي.....76

_1 _ تعريف الضرر.....76

_ 2_شروط الضرر.....77

_3 _أنواع الضرر.....78

_4 _ مدى التعويض عن الضرر.....78

_ج/ علاقة السببية بين الخطأ و الضرر العقدي.....79

_1 _ معنى السببية و عبئ الإثبات.....79

_2 _ السبب الأجنبي.....80

_ ثالثا: تعديل أحكام المسؤولية العقدية.....80_ 81

_أ/ الإعفاء من المسؤولية العقدية.....81

_ب/ التخفيف من المسؤولية العقدية.....81

_ ج/ التشديد من المسؤولية العقدية.....82

_د/ الإتفاق على تحديد التعويض.....82

_ المطلب الثاني: فسخ العقد.....83

_الفرع الأول: الفسخ بسبب عدم التنفيذ.....83

_أولا: شروط الفسخ.....83 _ 84

_أ/ إلزامية العقد للجانبين.....84

_ب/ إخلال أحد المتعاقدين بإلتزامه..... 85

_ج/ عدم تقصير طالب الفسخ في تنفيذ العقد..... 85_86

_ثانيا: أنواع الفسخ.....86

_أ / الفسخ الإتفاقي.....86_88

_ب/ الفسخ القانوني.....88 _89

_ج/ الفسخ القضائي..... 90_91

_الفرع الثاني: أثر الفسخ..... 91

_أولا: فيما بين المتعاقدين 92

_ثانيا: بالنسبة للغير.....92 _93

_ خاتمة.....94_96

_قائمة المراجع.....97_102

_الفهرس.....103 _111

الملخص:

آثار العقد لا تمتد إلى غير المتعاقدين ،إعمالا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين و لما له من قوة ملزمة ، فإن قوته تتلخص في قوة ملزمة من حيث الأشخاص ، و مفادها أنّ الحقوق الإلتزامات المترتبة عن العقد تقتصر على المتعاقدين دون سواهما ، و إستثناءً لهذا الأصل فإن أثر العقد يمتد إلى غير الأصل و نقصد بذلك إنتقاله إلى الشخص الذي يمثل المتعاقدين ، كذلك ينصرف أثره إلى الغير الأجنبي تماما عن العقد.

و قوة ملزمة من حيث الموضوع التي تقضي بأنه يجب على المتعاقدين تحديد موضوع العقد و تنفيذه على أكمل وجه ، و عدم الإخلال بالإلتزامات المترتبة عنه ، و إلا جاز للطرف المخل في جانبه أن يطلب فسخ العقد و التعويض لجبر الضرر، و بالتالي تقوم المسؤولية العقدية للطرف المخل بإلتزامه لإستحال التنفيذ .

Résumé :

Le contrat fait la loi des parties, ce principe est déterminé par la force obligatoire du contrat assujetti de la relativité du contrat en terme de personnes ce qui signifie seuls les contractant eux-mêmes, qu'ils aient conclu le contrat personnellement ou par l'intermédiaire d'un tiers, sont engagés par celui-ci. Le contrat ne peut pas créer de droit ou d'obligation à l'égard des tiers, mais il peut faire naitre des droits à leurs profits.

Le contrat doit être conformément à son contenu mais l'orsqu'une des parties n'exécute pas son obligation, l'autre parties peut demander la résolution avec réparation du préjudice sauf-ci l'impossibilité est définitive et absolue sa responsabilité contractuelle.