



جامعة مولود معمري
تيزي وزو
كلية الحقوق والعلوم السياسية



محاولة من أجل:
نظرية التصرف القانوني الثلاثي

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم
تخصص القانون

إشراف:
أ.د. / زوايمية رشيد

إعداد:
نسير رفيق

لجنة المناقشة:

- أ.د. / جعفر محمد سعيد ، أستاذ ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو رئيسا
أ.د. / زوايمية رشيد ، أستاذ ، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية..... مشرفا ومقررا
أ.د. / كتو محمد شريف ، أستاذ ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ممتحنا
أ.د. / حداد العيد ، أستاذ ، جامعة سعد دحلب، البليدة ممتحنا
أ.د. / سمار نصر الدين ، أستاذ ، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل ممتحنا

تاريخ المناقشة : 30 أكتوبر 2014

إهداء

إلى والدي ...

شكر وعرّفان

أقدم بجزيل الشكر والعرّفان إلى أستاذي زوايمية رشيد لإشرافه على هذا العمل، وعلى نصائحه القيمة التي ساعدتني في إنجاز هذا الطرح.

قائمة بأهم المختصرات

أولاً: باللغة العربية:

أ. أستاذ .	أ.
أ. د. أستاذ التعليم العالي والبحث العلمي .	أ. د.
ب. بلد .	ب.
ت. م. ج. تقنين مدني جزائري.	ت. م. ج.
ت. ت. ج. تقنين تجاري جزائري .	ت. ت. ج.
ت. إ. م. إ. ج. تقنين الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .	ت. إ. م. إ. ج.
ج. ر. جريدة رسمية .	ج. ر.
د. دكتور .	د.
د. د. ن. دون دار نشر .	د. د. ن.
د. س. ن. دون سنة نشر .	د. س. ن.
ص. صفحة .	ص.
ص. ص. من الصفحة إلى الصفحة .	ص. ص.
ع. عدد .	ع.

ثانياً: باللغة الفرنسية:

A.P.D.	Archives de philosophie du droit.
Al.	Alinéa.
art.	Article.
Bull.	Bulletin des arrêts de la cour de cassation.
C.A.	Cour d'appel.
C. Civ.	Code civil.
C. Com.	Code de commerce.
Cass.	Cassation.
Cass. Civ.	Chambre civil de la cour de cassation.
Cass. Civ. 1 ^{re}	Première chambre civile de la cour de cassation.

Cass. Civ. 2 ^e	Deuxième chambre civile de la cour de cassation.
Cass. civ. 3 ^e	Troisième chambre civile de la cour de cassation.
Cass. Com.	Chambre commercial de la cour de cassation.
Ch.	Chambre.
Coll.	Collection.
D.	Recueil Dalloz.
Dr.	Droit.
éd.	Edition.
Ency.	Encyclopédie.
Fasc.	Fascicule (juris-classeur).
Gaz. Pal.	Gazette du Palais.
Ibid /idem	au même endroit.
In	Dans.
J.	Jurisprudence.
J. -Cl.	Juris-classeur.
J.C.P.	Juris-classeur périodique.
L.	loi.
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence.
N ^o	Numéro.
op. cit.	opere citato = dans l'ouvrage cité.
p.	page.
p.p.	De la page à la page.
P.U.A.M.	presses universitaires de l'université d'Aix-Marseille.
P.U.F.	presses universitaires de France.
Rép.	Répertoire.
Rép. Civ. Dalloz	Répertoire Dalloz de droit civil.
Rép. Com. Dalloz	Répertoire Dalloz de droit commercial.
R.J.com.	Revue de jurisprudence commerciale.
RTD. Civ.	Revue trimestrielle de droit civil.
RTD. Com.	Revue trimestrielle de droit commerciale.
s.	suit(e)s.
V.	voyer.
Vol.	Volume.

مقدمة

Les efforts que les juristes se croient obligés de faire, en face d'un acte ou d'un fait original, pour le faire entrer dans les catégories existantes, n'aboutissent souvent qu'à violenter inutilement la réalité, et doivent être en pareil cas abandonnés si l'on veut répondre aux besoins véritables de la vie économique : il faut alors sortir bon gré mal gré des cadres connus et éprouvés, et convenir qu'on est en face d'une situation "sui generis."

ROUBIER (P.), Théorie générale du droit, Sirey, Paris, 1946, p.11.

برزت المذاهب الفردية والليبرالية في علم القانون بعد الثورة الفرنسية لعام 1789 ، وهي مذاهب تضع الفرد في المصنف الأول فيما يتعلق بالاعتبارات التي يتأسس عليها القانون ، وذلك في ظل تصوّر مجرد ، لا يأخذ واقع المجتمع بعين الاعتبار ، مما جعل أحد المحللين يصفه بأنه تصوّر خال من كل حقيقة إنسانية⁽¹⁾ .

تأثر تقنين نابليون – الذي تم نقل جل أحكامه إلى التقنين المدني الجزائري – بالقانون الروماني والقانون الكنسي ؛ إذ حاول مساواة أحكام العقد بالقانون ، من أجل حث المجتمع على احترام العقود⁽²⁾ ، كما تأثر كذلك كثيرا بالفلسفة الفردية التي سادت آنذاك⁽³⁾ ، والتي تتجاهل حقيقة تعايش الأشخاص الذين يعيشون في مجتمعات ، وليس منفردين منعزلين بعضهم عن بعض⁽⁴⁾ ، فهي تعتبر أن الإرادة قادرة لوحدها على إنشاء التصرفات القانونية ، وأن العقد يمثل التصرف الأمثل للتجسيد القانوني لهذه الإرادة ، وبذلك يكون العقد قائما بذاته، مستقلا عن أي تدخل خارجي ، ولو كان من قبل القانون الوضعي.

تنص المادة 54 من التقنين المدني الجزائري - والتي تقابل المادة 1101 من التقنين المدني الفرنسي - على أن : « العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما » ؛ فالأثر الأساسي للعقد هو إنشاء علاقات قانونية ما بين الأشخاص الذين أنشؤوه.

¹ - MORIN (G.), *La révolte du droit contre le code, la révision nécessaire des concepts juridiques (contrat, responsabilité, propriété)*, Sirey, Paris, 1945, p. 11.

² - تنص المادة 106 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم: « العقد شريعة المتعاقدين ... » ، وهي تقابل المادة 1134 من التقنين المدني الفرنسي.

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ... »

³ - نهاية القرن الثامن عشر وبداية القرن التاسع عشر.

⁴ - MORIN (G.), *La révolte du droit ...* , op. cit., p. 109.

يشكل العقد التصرف الثنائي بامتياز؛ إذ يتم بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين⁽¹⁾. غير أن هذا لا يمنع من أن يكون العقد موضوع تلاقي أكثر من إرادتين، فقد تتلاقى فيه ثلاث إرادات أو أكثر، ولا يمكن تحليل هذا التصرف على أنه تصرف آخر غير العقد؛ لأن المادة 54 من التقنين المدني الجزائري لم تحصر عدد الأشخاص الذين يمكنهم المشاركة في إبرامه، فيكون بذلك العقد عقدا جماعيا⁽²⁾.

يطلق بعض الباحثين مصطلح التصرفات القانونية متعددة الأطراف⁽³⁾ على مثل هذه الحالات، وتعدد الأطراف لا يؤثر على طبيعة التصرف⁽⁴⁾؛ فالبيع الذي يبرم بين مالكين على الشئوع ومشتري واحد، هو تصرف متعدد الأطراف (بائعين وهما الشريكين، ومشتري)، غير أن هذا لا يؤثر على طبيعته في كونه عقدا، فما يميز التصرفات متعددة الأطراف هو وجود عدة أشخاص مرتبطين اتجاه شخص واحد، أو عدة أشخاص آخرين بشكل تكون فيه كل مجموعة من الأشخاص في مركز قانوني متطابق؛ إذ تكون مجموعة في مركز بائع والأخرى في مركز مشتري، ويجد كل شخص في المجموعة نفسه يملك نفس الحقوق والالتزامات التي تتمتع بها المجموعة. غير أن هناك حالات يكون فيها التصرف متعدد الأطراف، ولا يمكن جمعهم في مركزين قانونيين متقابلين، كما في الاشتراط لمصلحة الغير، والاعتماد الإيجاري، وحوالة الدين... الخ.

يطلق الأستاذ "LARROUMET" على هذا النوع من التصرفات القانونية مصطلح العمليات القانونية ثلاثية الأشخاص (opérations juridiques à trois personnes)، وهي عمليات تنتج عن اتفاق واحد يخلو من أي تمثيل لأحد الأشخاص الثلاث من قبل الشخصين الآخرين، سواء أكان ذلك في مرحلة الإبرام أو الآثار، وهي عملية تفترض تشابك العلاقات القانونية بين الأشخاص الثلاث⁽⁵⁾، وبذلك تتميز العملية القانونية ثلاثية الأشخاص عن العقد متعدد الأطراف من ناحيتين: ناحية المركز القانوني للأطراف، وناحية تكوين التصرف.

¹ - المادة 59 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

² - ROUAST (A.), *Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations*, thèse Lyon, Rousseau, 1909 ; ROUJOU DE BOUBEE (G.), *Essai sur l'acte juridique collectif*, L.G.D.J., Paris, 1961, p. 18 et s.

³ - STORCK (M.), *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, L.G.D.J., Paris, 1982, p. 46 et s.; MARTIN DE LA MOUTTE (J.), *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Sirey, Paris, 1951, p. 38 et s. ; LARROUMET (Ch.), *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse BORDEAUX, 1968, p. 01.

⁴ - LARROUMET (Ch.), *Les opérations ... à trois personnes ...*, thèse précitée, p. 01 : « l'acte juridique multilatéral ne diffère pas, normalement, de par sa nature même, de l'acte juridique bilatéral ».

⁵ - Idem, p. 22.

فمن ناحية المركز القانوني للأطراف ، يهدف الاتفاق في العقود متعددة الأطراف إلى وضع هؤلاء الأطراف في مركز قانوني واحد ، أو إلى وضع اثنين منهم في مركز قانوني مقابل للثالث ، أما الاتفاق في العملية القانونية ثلاثية الأشخاص فيهدف إلى وضع كل طرف في مركز قانوني خاص به ، ويمتيز عن الشخصين الآخرين⁽¹⁾ ، والقانون الوضعي يعطينا عدّة أمثلة للعمليات القانونية ثلاثية الأشخاص حسب الأستاذ ” LARROUMET ” منها: حوالة الدين ، والتأمين على الحياة ، ونقل البضائع البحري ... الخ⁽²⁾ .

أما من ناحية تكوين التصرف ، فلا ينشأ العقد متعدد الأطراف إلاّ بمساهمة ثلاثة أشخاص على الأقل ؛ لأنه يجب أن يتقابل فيه شخصان من جهة ، وشخص من جهة أخرى على الأقل ، بينما قد تنشأ العملية القانونية ثلاثية الأشخاص بمساهمة شخصين فقط ، كما في حوالة الدين⁽³⁾ أو في التجديد⁽⁴⁾ ، أين لا نكون في حاجة إلى رضا المدين⁽⁵⁾ . وعليه لا يجب البحث عن معيار العملية القانونية ثلاثية الأشخاص في مرحلة النشأة ، وإنما يجب البحث عنه في مرحلة الآثار؛ بمعنى أنه يجب أن ننظر إلى عدد الأشخاص الذين يتحملون آثار التصرف⁽⁶⁾ .

باعتقاد هذا المعيار في تصنيف التصرفات القانونية ، يكون العقد الملزم لجانب واحد تصرفا انفراديا ؛ لأنه ينتج آثاره على عاتق طرف واحد . كما أن الأستاذ ” LARROUMET ” يتناقض مع نفسه ؛ حيث وكيف الاشتراط لمصلحة الغير على أنه عملية قانونية ثلاثية الأشخاص ، ثم يرفض منح صفة الطرف للمنتفع⁽⁷⁾ ، فأين هو الشخص الثالث في هذه العملية ؟

إن البحث في معيار تصنيف التصرفات القانونية لا يكون في مرحلة التنفيذ ، وإنما يكون في مرحلة النشأة ، غير أن عدد الإرادات المعبر عنها أثناء إنشاء التصرف القانوني لا يمكن من الكشف عن طبيعته ، فقد يكون تصرفا انفراديا على الرغم من وجود عدّة إرادات عند نشأته : كقرارات الجمعية العامة في شركة المساهمة ؛ لأن كل الإرادات لها مضمون واحد⁽⁸⁾ ، كما قد يكون التصرف

¹- Ibid, p. 04.

²- Ibid , p. 04 et s.

³- تنص المادة 239 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم: «... وتم الحوالة دون حاجة إلى رضی المدين».

⁴- تنص المادة 2/287 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم : « يتجدد الالتزام: ...

بتغيير المدين إذا اتفق الدائن والغير على أن يكون هذا الأخير مدينا مكان المدين الأصلي على أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه ، أو إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد ... ».

⁵- LARROUMET (Ch.), *Les opérations ... à trois personnes ...*, thèse précitée, p. 09.

⁶- Idem, p.11 : « Le critère d'une telle opération ne doit pas être recherché sur le terrain de ses conditions de formations, mais sur le terrain de ses effets. ».

⁷- Ibid, p. 359.

⁸- MARTIN DE LA MOUTTE (J.), *L'acte juridique unilatéral...*, thèse précitée, p.p. 51- 52. ; DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, t. I, Rousseau, 1923, p. 40 : « les actes

عقدا على الرغم من وجود إرادة واحدة ، كما في التعاقد مع النفس ، لذا يجب أن نميز بين ما إذا كانت الإرادات قد تطابقت لأن لها نفس المضمون ، أو تطابقت بعد أن تم التوفيق بين مضمونين متقابلين ، ففي قرارات الجمعية العامة لشركة المساهمة تتطابق إرادات لها نفس المضمون ، بينما في عقد البيع تتطابق إرادتين لها مضمونين متقابلين ، فالتقابل بين مضمون الإرادتين هو الذي يحدد طبيعة التصرف : هل هو عقد أم تصرف بإرادة منفردة؟ ولا يهم عدد الإرادات المعبر عنها، فلو أبرم مالكون على الشيوخ عقد بيع ملكهم المشاع إلى شخص معين ، كان التصرف تصرفا ثنائيا؛ بمعنى عقد ، على الرغم من مشاركة عدة أشخاص في إنشائه ، فلو كان مثلا، عدد المالكين أربعة سيكون عدد المشاركين في التصرف خمسة أشخاص ، غير أن التعبيرات عن الإرادة الصادرة عن المالكين الأربع لها مضمون واحد، وهي كلها تقابل مضمون تعبير المشتري.

حاول بعض المفسرين تفسير هذه الحالات ، وقد كانت محاولة الأستاذ ” MARTIN DE LAMOUTTE “ أبرزها ؛ حيث أن تعريفه لمفهوم « الطرف » « Partie » من أكثر التعاريف مقارنة للحقيقة في نظرنا، فهو يمنح مركز «الطرف» لكل شخص يعبر من خلال إرادته عن مصلحة خاصة بممارسة حقه - وليس حق غيره كما يفعل النائب- لإنشاء آثار قانونية⁽¹⁾.

بتطبيق هذا المفهوم يكون في بيع الملك الشائع السالف الذكر خمسة أطراف⁽²⁾ ، غير أن عدد الأطراف لا يحدد طبيعة التصرف ، وإنما يحدده تقابل المصالح التي عبرت عنها الإرادات، فبالرجوع إلى المثال السالف الذكر، نلاحظ تقابل مصلحة المشتري مع مصالح المالكين الأربع الذين يشكلون قطبا واحدا في نظر المشتري ، ولو اختلفت مصالحهم فيما بينهم.

الأصل في التصنيف لا يكمن في عدد الأطراف ؛ لأنه حتى لو توافرت صفة الطرف في كل مالك من المالكين الأربع ، فإنهم يشكلون طرفا واحدا متعدد الأشخاص بالنسبة للمشتري⁽³⁾ ؛ لأن هذا الأخير لا يتعامل مع كل واحد منهم على حدا ، وإنما كان هناك أربع عقود بيع ، وإنما يتعامل معهم جماعة ، وكأنهم شخص واحد.

unilatéraux sont simples s'ils émanent d'une seule personne, ou collectifs s'ils émanent de plusieurs personnes ayant les mêmes intérêts. C'est le cas des votes de dividendes dans les assemblées d'actionnaires, de créanciers, etc ... ».

¹- MARTIN DE LA MOUTTE (J.), *L'acte juridique unilatéral* ..., thèse précitée, p. 41 et s.

²-انتقد الأستاذ ” STORCK “ هذا التحليل؛ لأنه لا يكون في البيع سوى طرفين حسب رأيه، أنظر :

STORCK (M.), *Essai sur le mécanisme de la représentation* ..., thèse précitée, p. 48.

³- CABRILLAC (R.), *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, L.G.D.J., Paris, 1990, p. 30.

ظهرت مع تطور حياة الأعمال حالات ينشأ فيها التصرف من قبل أكثر من شخصين ولا يمكن جمعهم في مركزين قانونيين متقابلين ، كما في الاعتماد الإيجاري الذي ينشأ من قبل ثلاثة أشخاص : المستفيد الذي يستأجر العتاد بغرض تملكه بعد نهاية الإيجار ، والشركة المؤجرة التي تشتري العتاد بغرض التنازل عنه للمستفيد بعد نهاية الإيجار⁽¹⁾ ، والبائع أو المنتج الذي يبيع العتاد للشركة المؤجرة . ففي مثل هذه العملية لا يمكن جمع هؤلاء الأشخاص الثلاث في مركزين قانونيين متقابلين ؛ لأن كل شخص له مصلحة تقابل مصلحة الشخصين الآخرين ، فكل منهم له مركز قانوني متميز عن الشخصين الآخرين ، ومقابل لهما. هذا ما يخرج مثل هذه العمليات من زمرة العقود متعددة الأطراف.

نرى أن مثل هذه العمليات هي تصرفات قانونية ثلاثية ، وهي تتميز بوضوح عن العقود متعددة الأطراف، التي يترتب فيها الأشخاص المشاركون في إنشائها في مركزين قانونيين متقابلين، بينما في التصرفات القانونية الثلاثية ، يترتب الأشخاص المشاركون في إنشائها في ثلاثة مراكز قانونية يقابل كل مركز المركزين الآخرين ، كما أنها تتميز عن العمليات القانونية ثلاثية الأشخاص ، في كون أنها لا يمكن أن تنشأ بمساهمة شخصين فقط ، بل بمساهمة ثلاثة أشخاص ، عكس العملية القانونية ثلاثية الأشخاص التي قد تنشأ بمساهمة شخصين فقط⁽²⁾ . ولكون معيار تصنيف التصرفات القانونية الثلاثية يتم بحثه في مرحلة نشأة التصرف ، وليس في مرحلة الآثار كما في العملية القانونية ثلاثية الأشخاص⁽³⁾ ، فالتصرف القانوني الثلاثي ينشأ عن تلاقي ثلاثة مصالح تتميز كل مصلحة عن المصلحتين الآخرين وتتقابل معها ، فإذا كان العقد اتفاق بين مصلحتين متقابلتين فإن التصرف القانوني الثلاثي اتفاق بين ثلاثة مصالح تتميز الواحدة عن الأخرى، وتقابل كل واحدة المصلحتين الآخرين.

إن دراسة التصرف القانوني الثلاثي تقودنا حتماً إلى إعادة النظر في تصنيف الفقه للتصرفات القانونية ، أو بالأحرى إلى إعادة النظر في المنهج المتبع في تصنيفها.

يتسم هذا النوع من الأبحاث القانونية بالحيوية ، فالبحث في التعاريف، وصياغة المصطلحات، وتصنيف الآليات القانونية يشكل وظيفة حيوية وضرورية لرجل القانون ؛ لأنها تساعد على توضيح الفكر القانوني ، مما يسهل فهم القاعدة القانونية ، ويضمن استقرارها داخل

¹ - الشركة المؤجرة لا تملك العتاد بهدف ممارسة الملكية، وإنما بهدف ضمان القرض.

² - LARROUMET (Ch.), *Les opérations ... à trois personnes ...* , thèse précitée, p. 04.

³ - Ibid, p. 11.

المجتمع⁽¹⁾.

من الثابت - عند المنظرين في القانون- أن التعاريف لها ضرورة لا نقاش فيها، نتيجة الدور الذي تلعبه في تصنيف المفاهيم ، وهي تصدر في بعض الأحيان عن المشرع - وإن كانت هذه الحالات قليلة بالمقارنة مع النظم الأنجلوساكسونية التي تصدر فيها القوانين مسبقة بتعاريف⁽²⁾ - وأحيانا أخرى عن القضاء ، غير أنها تصدر في الغالب عن الفقه ، الذي يتكفل بتحديد المفاهيم، وبالنتيجة تصنيفها.

هناك ارتباط وثيق بين التعريف ، والتصنيف ، والتكييف ، فالتعاريف تسمح بتمييز المفاهيم، والتصنيف يظهر الاختلافات الموجودة بينها ، مما يسمح بإلحاق نظام قانوني خاص بكل مفهوم ، وهذا ما يعرف بالتكييف. وعليه فهذه العمليات الفكرية من ضروريات دراسة العلوم القانونية لما تتمتع به من امتيازات ، تسمح للباحث بفهم الظواهر القانونية فهمًا واضحًا ودقيقًا.

تعتبر عملية وضع التعاريف والتصانيف وسيلة تنظيم وتوضيح المفاهيم القانونية⁽³⁾ ، وهي وسيلة تسمح بترتيب الأفكار عن طريق تمييزها عن بعضها البعض ، مما يجعلها وسيلة لتوضيح الفكر القانوني عامة. وهذه الوسيلة (التعاريف والتصانيف) تسمح أيضا بتكييف الظواهر القانونية من أجل إلحاق القواعد القانونية المناسبة لها ؛ لأن اختلاف طبيعة الظاهرة القانونية يوجب اختلاف النظام القانوني الواجب التطبيق عليها⁽⁴⁾.

تظهر من هنا أهمية التصنيف وضرورته في العلوم القانونية ، فهو الذي يسهل عملية الوصول إلى المعارف واستعمالها ، مما يؤدي إلى تطوّر وتقدم العلوم القانونية⁽⁵⁾. غير أنه لا يجب

¹- MAZEAUD (H. L. et J.), *Leçons de droit civil, introduction à l'étude de droit*, t. I, 12^{ème} éd., Montchrestien et Delta, Beyrouth, Liban, p.p. 29 et 30.

²- BERGEL (J.-L.), *Théorie générale de droit*, 3^{ème} éd, Dalloz, Paris, 1985, p. 196 : « certaines législations de type Anglo- saxon surtout, font un usage systématique des définitions générales, en tête de chaque loi ».

³- ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit*, Sirey, Paris, 1946, p. 11 : « le système des catégories offre de très grands avantages pour l'ordre juridique : grâce à lui, les nuances innombrables, les lignes floues des multiples faits sociaux viennent s'encadrer dans des règles bien tracées et sont ainsi saisies par le droit, qui leur communique ses vertus d'ordre et de simplicité ».

⁴- BERGEL (J.-L.), « Différence de nature égale différence de régime », *RTD. civ.*, 1984, p. 255 et s., p. 263 et s.

⁵- IZORCHE (M.-L.), « Réflexions sur la distinction », in : *Mélanges MOULY (Ch.)*, Litec, Paris, 1998, p. 53 et s., p. 54.

الاعتقاد بأن التصنيف من المسائل المعطاة⁽¹⁾؛ بمعنى أنها سابقة في وجودها على القانون ، بل هي من المسائل المحدثة ، فالعقل البشري هو الذي يحدثها على أساس المعارف العلمية⁽²⁾.

تنتج المفاهيم القانونية عن استدلال قانوني (raisonnement juridique) مبني في جله على إقامة الحجة، فالأطروحات القانونية لا تركز على إقامة الدليل أو البرهان (la démonstration)، وإنما على إقامة الحجة (l'argumentation)⁽³⁾. وعليه فإن قوة الأطروحة علميا تكمن في صلابته الحجج التي تستند عليها ، هذا ما يجعل كل المفاهيم القانونية قابلة للنقاش وللتطور ، فدحض حجج التعريف أو التصنيف يؤدي بالضرورة إلى إعادة النظر في المفهوم أو التصنيف بحسب الحجج الجديدة.

انتقد الأستاذ " EISENMANN " التصنيفات الثلاثية التي تعتمد على أكثر من معيار⁽⁴⁾، وقد ساندته في ذلك الأستاذ " BERGEL " ⁽⁵⁾؛ لأن المنطق يقضي بأن يتم التصنيف على أساس معيار واحد.

انطلاقاً من هذه الفكرة يمكن القول أن المعيار الذي جاء به الأستاذ " LARROUMET " لا يمكن اعتماده من أجل تصنيف ثلاثي للتصرفات القانونية : فهو معيار يركز على مرحلة الآثار القانونية ، بينما معيار تصنيف التصرف بإرادة منفردة والعقد يركز على مرحلة النشأة، وهدف هذا البحث هو تأكيد التصنيف الثلاثي للتصرفات القانونية، لكن على أساس معيار واحد.

تنتج عن بعض التصرفات القانونية التي يتدخل في إنشائها ثلاثة أشخاص ، إشكالات عديدة فيما يتعلق برجوع أحد هؤلاء الأشخاص على الشخصين الآخرين، والتي حاول الفقه معالجتها في

¹ -تقصد بالمسائل المعطاة الظواهر الطبيعية الموجودة في الطبيعة من قبل أن يتبناه إليها الفكر البشري كالجاذبية، مكونات المادة...إلخ، فليس العقل البشري من يحدد أحكامها، وإنما يعمل على كشف هذه الأحكام، عكس المسائل المحدثة المتواجدة أساساً في العلوم القانونية، والتي تكون من تأسيس الفكر البشري كالملكية، والعقد، والشخص المعنوي...إلخ، فهي آليات لا توجد في الطبيعة، وإنما أسسها الفكر البشري.

² - **IZORCHE (M.-L.)**, « Réflexions sur la distinction ... », art. précité, p. 62 : « les bases de la classification et par la suite de la qualification ne sont en aucune façon données au juriste : c'est à lui de les choisir, de les décider en tenant compte des seules exigences et intérêts de la connaissance scientifique. »

³ - **PERLMAN (Ch.)**, « Raisonement juridique et logique juridique », *A.P.D.*, 1966, tome XI, p. 1 et s., p. 03.

⁴ - **EISENMANN (Ch.)**, « Problèmes de méthodologie des définitions et des classifications », *A.P.D.*, 1966, tome XI, p. 25 et s., p. 37.

⁵ - **BERGEL (J.-L.)**, « Différence de nature... » , art. précitée, p. 272 : « ... à un même degré de distinction catégorielle, se référer à un seul et même trait qui oppose une catégorie à l'autre et opère entre elles une différence de nature à laquelle est liée une différence de régime ».

إطار آثار العقد في مواجهة الغير⁽¹⁾. ومن أهم هذه التصرفات نجد عملية التأمين، ونقل البضائع البحري، والاشتراط لمصلحة الغير، والاعتماد الإيجاري... إلخ.

ففي الاعتماد الإيجاري مثلاً، أسالت مسألة رجوع المستفيد على البائع بدعوى الضمان حبر العديد من المحللين والباحثين دون الوصول إلى نتيجة ملموسة؛ حيث أنهم انطلقوا من فرضية أن الاعتماد الإيجاري عقد مستقل عن البيع المبرم بين شركة الاعتماد الإيجاري والبائع، وبذلك يكون المستفيد أجنبي عن البائع باعتبار أنه لم يبرم أي تصرف معه، وبالنتيجة فإن مبدأ نسبية التعاقد يمنع المستفيد من رفع أي دعوى ضد البائع؛ لأنها لا يتعارفان قانوناً⁽²⁾، مما يجعل مصلحته في الدعوى غير قائمة.

لاحظ هؤلاء الباحثون أن اعتماد هذه الفرضية يؤدي إلى حالة تنعدم فيها العدالة؛ إذ أن المستفيد سيجد نفسه محروماً من أية حماية قانونية، خصوصاً وأن القانون يسمح للشركة المؤجرة بإعفاء نفسها من ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية، فراحوا يفكرون في آلية تسمح للمستفيد بالرجوع على البائع بدعوى الضمان، ومن بين الآليات التي تم اللجوء إليها: الوكالة، والحوالة، والدعوى غير المباشرة... إلخ. غير أن كل هذه الحلول تبقى منتقدة؛ لأنها تلجأ إلى آليات غير الاعتماد الإيجاري.

تظهر من هنا الأهمية العملية للتصرف القانوني الثلاثي، فلو افترضنا أن الاعتماد الإيجاري تصرف قانوني ثلاثي مبرم بين المستفيد، وشركة الاعتماد الإيجاري، والبائع، زالت إشكالية رجوع المستفيد على البائع، دون اللجوء إلى آلية أخرى غير الاعتماد الإيجاري نفسه؛ لأنها يكونان طرفان في تصرف واحد.

العلم - حسب العالم الرياضي الشهير "EULER" (1707 - 1783) - هو ما نقوم به بعد أن نتنبأ تنبؤاً صحيحاً⁽³⁾؛ إذ أن الباعث إلى البحث هو ملاحظة انعدام المنطق في الآلية الموجودة التي نبحث فيها، والذي يتأسس بادئ الأمر على الحدس، الذي لم يتمكن الباحثون من

¹ - تم نشر مجموعة أبحاث تحت عنوان « آثار العقد في مواجهة الغير » تحت إدارة الأستاذان "FONTAINE" و "GHESTIN" سنة 1992، حاولت مجموعة من أبرز الباحثين اقتراح حلول لهذه الإشكالات المتولدة عن بعض العقود التي تكون مرتبطة اقتصادياً بعقود أخرى. من بين هذه الحلول الدعوى المباشرة، وزمرة العقود، وإعادة النظر في مفهوم الطرف في العقد... إلخ. غير أنه لم يتم الإجماع على حل موحد، لتفاصيل أكثر أنظر:

FONTAINE (M.) et GHESTIN (J.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, L.G.D.J., 1992.

² - وإن كنا من الناحية الاقتصادية يتعارفان؛ لأن المستفيد هو الذي يتفاوض مع البائع بعد أن يختار العتاد.

³ - cité par Picard (B.), *une trace dans le ciel*, Orésol, 1998, p. 64.

هو مرجع في علم النفس.

معرفة مصدره على الرغم من شيوعه لديهم ، فمن منهم من لم يستجيب إلى ندائه قبل كتابة مقال أو اختيار طرح بدلا من آخر؟

الحدس هو أمر تعجز التركيبات اللغوية على احتواء معناه ؛ لأنه فكرة تنبعث في فكر الباحث فتسكن فيه جاذبية ممتزجة بإحساس بتردد ، فهو رافض لما هو موجود، ومتردد فيما هو مكشوف ، ولا يمكن الخروج من هذا الانقباض إلا بالرجوع إلى العقل والمنطق ، حتى تؤكد الحدس أو ننفي صحته.

إن الباعث إلى هذه الدراسة هو الحدس : فبالرجوع إلى مختلف الدراسات التي تتعلق ببعض الأنواع من التصرفات القانونية ، يلاحظ المتمعن في دراستها نوعا من اختلال المنطق ؛ إذ يلاحظ الدارس عند دراسة الكفالة ، وتحويل الفاتورة ، والنقل البحري ، وكذا الاشتراط لمصلحة الغير والاعتماد التجاري...إلخ، أن هذه التصرفات تكيف على أساس أنها عقود تبرم بين شخصين، غير أنه عند دراسة آثارها القانونية يجد أن العلاقات تتوزع بين ثلاثة أشخاص ! فالاعتماد التجاري عقد يبرم بين شركة الاعتماد التجاري والمستأجر ، غير أن آثاره تشمل البائع. كما أن الاشتراط لمصلحة الغير عقد يبرم بين المشتري والمتعهد ، غير أن العلاقات فيه تشمل المنتفع، فهل وصف العقد ينطبق على مثل هذه التصرفات؟

يتفق الباحثون على أن العقد تصرف ثنائي ، يتقابل فيه شخصان أو أكثر في ظل مركزين قانونيين ، فحتى لو تعدد الأشخاص - كما لو باع مالكون على الشيوع قطعة أرض إلى شخص ، أو عدّة أشخاص آخرين أرادوا أن يكتسبونها بدورهم على الشيوع- فإن عدد المراكز القانونية لا يمكن أن يزيد عن مركزين قانونيين متقابلين : مركز البائع ومركز المشتري. غير أن في الحالات السالفة الذكر نكون أمام ثلاثة مراكز قانونية ، ففي الاعتماد التجاري مثلا، نكون أمام مركز المستفيد، ومركز شركة الاعتماد التجاري ، ومركز البائع. هذا ما أنشأ عندنا حدسا بضرورة تكيف هذا النوع من التصرفات القانونية على أساس أنه تصرف قانوني ثلاثي . مع التأكيد على أنه لا يجب إضافة وصف « الأشخاص » أو « الأطراف » : فالتصرف القانوني الثلاثي يختلف عن التصرف القانوني ثلاثي الأشخاص في كون أن هذا الأخير يتحقق باجتماع ثلاثة أشخاص في تصرف واحد، كما لو يبيع شخصان شيئا يملكانه إلى شخص ثالث، عكس التصرف القانوني الثلاثي الذي يتحقق باجتماع ثلاث مراكز قانونية يقابل كل مركز المراكز الآخرين. كما يختلف أيضا عن التصرف القانوني ثلاثي الأطراف ؛ لأن المركز القانوني الواحد قد يضم عدّة أطراف⁽¹⁾.

¹- CABRILLAC (R.), *L'acte juridique conjonctif ...*, thèse précitée, p. p. 52-69.

ولن يتأكد هذا الحدس - أي التصرف القانوني الثلاثي- الذي هو نقطة انطلاق هذا العمل إلا بإقامة الحجة على صحته ؛ مما يستوجب البحث في المفاهيم.

يستوجب البحث في المفاهيم تجريد وتعميم الوقائع ؛ وعليه فإن منطلق كل عمل يسعى إلى اقتراح مفهوم جديد يكون من ملاحظة الواقع. ولتحقيق هذا المسعى الفكري يجب إقامة الحجة على ضرورة المفهوم الجديد، والمتمثل في دراستنا في التصرف القانوني الثلاثي. غير أن إثبات ضرورته لا يعني التسليم به، بل يجب قبل ذلك إثبات عدم تعارضه مع المبادئ الكلاسيكية للقانون، في مرحلة ثانية (الباب الأول).

وبما أن البحث في اقتراح مفاهيم جديدة يسعى دائماً إلى تحقيق أهداف عملية ؛ فإنه يجب استكمال هذا العمل بتأسيس نظام قانوني لهذا المفهوم - التصرف القانوني الثلاثي - حتى يتحقق التجريد والتعميم الذي يسمح بتطبيقه على الواقع (الباب الثاني).

الباب الأول

مفهوم التصرف القانوني الثلاثي

يجب أن تكون الوقائع منطلق كل بحث في المفاهيم ؛ لأن المفاهيم القانونية ما هي إلا تجريد للحوادث الإنسانية. ولتحقيق هذا المسعى - في دراستنا- يتوجب إثبات ضرورة المفهوم الجديد، والمتمثل في التصرف القانوني الثلاثي.

إن نظرية التصرف القانوني دائمة التطور نتيجة مبدأ حرية الإرادة الذي يسمح للأشخاص باختكار تقنيات تسمح لهم بتحقيق أهدافهم الاقتصادية. ولعل هذه الأخيرة أهم ميزة للتشريع العقدي، فهو يسمح للأشخاص بالابتكار من أجل تحقيق تطوّر وازدهار المجتمع ، والذي يعتبر من أولويات صنع القانون ؛ لأن القانون لا يهدف إلى البحث عن الحقيقة المطلقة كما في العلوم الطبيعية، وإنما إلى تحقيق الأهداف الاجتماعية حسب تعبير الفقيه ”IHERING“.

من البديهي ألا يؤدي بالضرورة كل ابتكار جديد في الممارسة العملية إلى إنشاء مفهوم قانوني جديد. وعليه فإن أغلب الأعمال المتعلقة بالبحث في المفاهيم لا تؤدي إلى ظهور مفاهيم جديدة، وإنما إلى تصنيف هذه الممارسات الجديدة في ظل آليات موجودة مسبقاً، كما حدث بشأن الاتفاقات الجماعية، التي تم تصنيفها في ظل آلية العقد ، فأصبحت تكيف على أنها عقود جماعية. هذا ما يجعل الهدف من المرحلة الأولى من هذا البحث هو تبيان أن هذه الممارسات الجديدة لا تدخل ضمن آلية العقد الموجودة في نظامنا القانوني ، وذلك لأن هذه الآلية (العقد) تعجز على احتواء جميع العلاقات التي تنشأ عنها، مما يظهر ضرورة المفهوم الجديد المتمثل في التصرف القانوني الثلاثي (فصل أول)، أما الهدف من المرحلة الثانية فهو بيان أن هذا المفهوم لا يتعارض مع منطلق القانون فيما يتعلق بالتصرفات القانونية (فصل ثان).

الفصل الأول

ضرورة مفهوم التصرف القانوني الثلاثي

عجز آلية العقد على احتواء العمليات القانونية المستحدثة في قانون الأعمال

يحصر التشريع الجزائري التصرفات القانونية في التصرفات بإرادة منفردة والعقود ، وبذلك يحرص جميع العمليات الاقتصادية في هذين القالبين ، اللذين بدأت تظهر حدودهما فيما يتعلق باحتواء جميع العلاقات التي تنشأ عن هذه العمليات الاقتصادية ، التي تتطلب تدخل أكثر من شخصين لتحقيقها.

يرجع أغلب الباحثين سبب الإشكال المتولد عن العمليات الاقتصادية التي يتدخل فيها أكثر من شخصين ، أو بتعبير أكثر دقة ، سبب إشكالية العلاقة الثلاثية في هذه العمليات ، إلى مبدأ نسبية التعاقد ، الذي يقضي بعدم امتداد آثار العقد إلى الغير. فهذه العمليات تفترض كلها - من الناحية الاقتصادية- تدخل ثلاثة أشخاص لتحقيقها. غير أن التشريع يلجأ إلى آلية العقد من أجل تطهيرها، مما يترتب عليه استبعاد أحد الأشخاص المشاركين فيها من الناحية الاقتصادية من هذا التنظيم التشريعي.

لن نسعى في هذه الدراسة إلى تعداد جميع هذه العمليات الاقتصادية التي تثير إشكال عدم قدرة آلية العقد على احتوائها ، وإحصاء قائمة جرد لها ؛ لأن ليس هذا هو الهدف الذي نسعى إلى تحقيقه ، وإنما سوف نتناول عمليتي : الاشتراط لمصلحة الغير والاعتماد التجاري للأصول المنقولة فقط ، وذلك من أجل بيان مدى ضرورة مفهوم التصرف القانوني الثلاثي لحل الإشكالات النظرية، والتطبيقية التي تتولد عن التكريس العقدي لهذه العمليات الاقتصادية.

إن انتقاء هاتين العمليتين ليس بالأمر العفوي ، وإنما هو مقصود : فسبب اختيار عملية الاشتراط لمصلحة الغير ، يكمن في كون أن هذه العملية اعتبرت لفترة طويلة على أنها استثناء لمبدأ نسبية التعاقد ، مما جعل الفقه لا يستقر في تكيفها. بالإضافة إلى أنها تدخل شخصاً ثالثاً فيها لمجرد

أن مصلحته تكون محل اعتبار في عملية الاشتراط (مبحث أول). أما سبب اختيار عملية الاعتماد التجاري فيمكن في كثير من المجازات التي تم اللجوء إليها من أجل إدخالها في قالب العقد (مبحث ثان).

المبحث الأول الاشتراط لمصلحة الغير

يعتبر الاشتراط لمصلحة الغير عملية قانونية ثلاثية الأشخاص⁽¹⁾، يشترط فيه شخص يسمى المشتراط على شخص آخر يسمى المتعهد القيام بأداء معين لمصلحة شخص ثالث يسمى المنتفع⁽²⁾، فهو يسعى إلى إنشاء حق لمصلحة شخص أجنبي عن العقد المنشئ له⁽³⁾. هذا ما جعله يشكل استثناء لمبدأ نسبية التعاقد، الذي يقضي بأن العقد لا يولد آثاراً قانونية إلا فيما بين المتعاقدين.

كان الاشتراط لمصلحة الغير محرماً في القانون الروماني تطبيقاً لقاعدة « أنه لا يجوز للشخص أن يشترط لغيره »⁽⁴⁾، ولهذا التحريم مبررين: يتمثل الأول في مبدأ شخصية العقود الذي يتعارض مع فكرة أنه يمكن للشخص أن يكتسب حقاً بمقتضى عقد لم يكن طرفاً فيه⁽⁵⁾، أما الثاني فيتمثل في انعدام أي مصلحة بين المشتراط والمنتفع، مما يمنع قيام أي دعوى بينهما لانتفاء شروطها

¹-V. sur cette notion, **LARROUMET (Ch.)**, *Les opérations juridiques à trois personnes ...*, thèse précitée, p. 22, qui donne la définition suivante: « Opérations résultant d'une convention unique, exclusive de toute représentation de l'une des trois personnes intéressées par l'une des deux autres, et cela aussi bien au moment de sa conclusion que dans ses effets, et qui suppose une multiplication ou un enchevêtrement de relations juridiques entre les trois personnes, tels sont les éléments caractéristiques de l'opération juridique à trois personnes ».

²- **FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.)**, *Les obligations, T. I, l'acte juridique*, Armand colin, 7^{ème} éd., 1998, p. 345 ; **TERRE (F.)**, **SIMLER (Ph.)** et **LEQUETTE (Y.)**, *Droit civil, les obligations*, 6^{ème} éd., Dalloz, Paris, 1996, p. 406 ; **LEGIER (G.)**, *Notarial Rep.*, Fasc. 7- c, V^o « Stipulation pour autrui », p. 01 ; **DEMOLOMBE (C.)**, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelle en générale, t. I*, Imprimerie générale, Paris, 1877, p. 186 et s. ; **JOSSERAND (J.)**, *Cours de droit civil positif français, t. II, théorie générale des obligations*, 3^{ème} éd., Sirey, Paris, 1939, p. 150 et s. ; **PLANIOL (M.)**, *Traité élémentaire de droit civil, conforme au programme officiel des facultés de droit, t. II*, 9^{ème} éd., L.G.D.J., Paris, 1923, p. 409 et s. ; **LAROMBIERE (M.L.)**, *Théorie et pratique des obligations, ou commentaire des titres III et IV, livre III du code civil, t. I*, Durant et Pedone, Paris, 1885, p.p. 116-131.

³- **LARROUMET (Ch.)**, *Les opérations ... à trois personnes ...*, thèse précitée, p. 334.

⁴- **ALTERI STIPULARI NEMO POTEST**, cité par, **LARROUMET (Ch.)**, *Les opérations ... à trois personnes ...*, thèse précitée, p. 334.

⁵- **CHAMPEAU (E.)**, *La stipulation pour autrui et le principe qu'on ne peut acquérir de droits pour autrui en droit romain : la stipulation pour autrui en droit français*, Larose, Paris, 1893, p. 68 et s.

الشكلية⁽¹⁾.

نهج محررو تقنين " نابليون " نهج القانون الروماني في مسألة منع الشخص من الاشتراط لمصلحة غيره⁽²⁾. هذا من حيث المبدأ، غير أنهم أوجدوا لهذا المنع استثناء مشروطاً ؛ إذ يسمح للشخص أن يشترط لغيره إذا كان هذا الاشتراط شرطاً في حد ذاته حتى يشترط لنفسه، أو شرطاً لوهب هبة إلى الغير⁽³⁾. غير أن هذا الموقف سرعان ما تغير مع بداية النصف الثاني من القرن التاسع عشر ؛ حيث توسع القضاء في تفسير المادة 1121 إلى حد اعتبار كل اشتراط لمصلحة الغير صحيحاً، حتى ولو لم يكن اشتراطاً لاحقاً لاشتراط أصلي، أو لهبة إلى الغير، وبذلك عرفت آلية الاشتراط لمصلحة الغير تطوراً كبيراً أكسبها أصالة ميزتها عن الآليات الأخرى ، التي ترمي إلى إنشاء حق مباشر لمصلحة الغير، كالدعوى المباشرة⁽⁴⁾ ، وحوالة الحق⁽⁵⁾. فبالرغم من تشابه هاتين الآليتين بالاشتراط لمصلحة الغير إلا أن هناك اختلافات تميزها : فالاشتراط لمصلحة الغير يتميز عن حوالة الحق - المنصوص عليها في المادة 239 من التقنين المدني الجزائري - في كون أن الحوالة تنقل حقا كان موجوداً قبل نشأتها ، عكس الاشتراط لمصلحة الغير، أين ينشأ الحق بعقد الاشتراط. فالحوالة وسيلة لانتقال الحقوق، بينما الاشتراط لمصلحة الغير وسيلة لإنشائها. كما يتميز عن الدعوى المباشرة في كونها آلية تصحيحية لمبدأ نسبية التعاقد ؛ فهي توفق ما بين صرامة المبدأ وحالات انعدام العدالة التي تنشأ عنه ، بينما الاشتراط لمصلحة الغير يشكل استثناء له .

لعب التأمين على الحياة دور المحرك لهذا التطور⁽⁶⁾ ؛ فبظهور هذه التقنية ظهرت الحاجة إلى إرساء إطار قانوني لها ، فتم التفكير في الاشتراط لمصلحة الغير . غير أن مفهومه آنذاك لم يسمح بتغطية كل الوظائف التي يجب أن يؤديها التأمين على الحياة ، لاسيما فيما يتعلق بمسألة وضع تعويض التأمين في منأى عن مطالبات الدائنين وورثة المؤمن⁽⁷⁾ ؛ لأنه يمكن لهذين الأخيرين أن يطعنا في الاشتراط لمصلحة الغير ، الذي أبرمه المؤمن مع شركة التأمين بحجة انعدام المصلحة ، غير أن القضاء الفرنسي تصدى لذلك عن طريق قرار مبدأ مؤرخ في 16 جانفي 1888 ، قرر فيه أن الفائدة المعنوية التي يتحصل عليها المشتري نتيجة منحه امتيازات للغير ، تكفي لتشكيل مصلحة

1- LAMBERT (E.), *La stipulation pour autrui, de la nature du droit conféré au bénéficiaire contre le promettant*, A.GIARD et E. BRIERE éd., Paris, 1893, p. 04.

2- art. 1119 du code civil français.

3- art. 1121 du code civil français.

4- JAMIN (Ch.), *La notion d'action directe*, L.G.D.J., Paris, 1991.

5- BILLIAU (M.), *La délégation de créance (essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations)*, L.G.D.J., Paris, 1989.

6- LARROUMET (Ch.), *Les opérations ... à trois personnes ...* , thèse précitée, p. 334.

7- Ibid.

شخصية ينعقد بها العقد⁽¹⁾. وبذلك أصبح يكفي أن يكون للمشتراط فائدة من وراء عملية الاشتراط - ولا يهم إن كانت فائدة مادية أو معنوية - ليكون الاشتراط صحيحًا. وتم التخلي بهذه الشروط الجديدة - التي أرسى معالمها القضاء الفرنسي - عن القاعدة التي تقضي بأنه لا يمكن للشخص أن يشترط لغيره⁽²⁾، واستبدالها بقاعدة معاكسة⁽³⁾.

لعب الاشتراط لمصلحة الغير - بعد هذا التطور - دورا حاسما في تبرير عدد كبير من العمليات القانونية. ولم ينحصر ذلك في مجال التأمين فقط، بل شمل جل فروع القانون: ففي الشركات نجد أن الاشتراط لمصلحة الغير، هو الذي يبرر الشرط الذي قد يحتويه عقد الشركة فيما يتعلق بتعيين أحد الورثة لأخذ مكان مورثه المساهم حين وفاته. وفي عقود النقل، هو الذي يبرر كذلك حق المنقول إليه في مواجهة الناقل... إلخ⁽⁴⁾.

أما فيما يتعلق بموقف المشرع الجزائري من الاشتراط لمصلحة الغير، فيظهر من نص المادة 116 من التقنين المدني الجزائري - التي تقضي أنه: «يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية...» - أنه لم يسعى مسعى المشرع الفرنسي الذي قيد الاشتراط. بل انتهج نهج القضاء؛ حيث نقل - في هذه المادة - عبارات القرار المبدأ المؤرخ في 16 جانفي 1888.

بل أكثر من ذلك، لا يعتبر الاشتراط لمصلحة الغير استثناء لمبدأ نسبية التعاقد في التشريع الجزائري؛ لأن المشرع الجزائري أخذ بمبدأ النسبية فيما يتعلق بالالتزامات فقط، أما فيما يتعلق بالحقوق، فإنه يجوز للعقد أن يولد حقوقا للغير⁽⁵⁾.

ثار نقاش كبير - في الفقه - حول مسألة الأساس القانوني لحق الاستفادة، باعتباره أجنبي عن عقد الاشتراط (مطلب ثان)، غير أننا قبل مناقشة هذه المسألة سنستعرض النظام القانوني المعتمد من قبل المشرع للاشتراط لمصلحة الغير⁽⁶⁾ (مطلب أول).

¹ - «... le profit moral résultant des avantages faits aux personnes désignées, suffit pour constituer un intérêt personnel dans le contrat », cité par, **GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), Traité de droit civil, les effets du contrat**, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1994, p. 662.

² - **LARROUMET (Ch.)**, *Les opérations ... à trois personnes ...*, thèse précitée, p. 336.

³ - **LEGIER (G.)**, ... « Stipulation pour autrui », art. précité, p. 03.

⁴ - **LARROUMET (Ch.)**, *Les opérations ... à trois personnes ...*, thèse précitée, p. 336.

⁵ - تنص المادة 113 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتم على أنه: "لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا".

⁶ - تقضي قواعد المنهجية أن نستعرض الطبيعة القانونية للاشتراط لمصلحة الغير قبل نظامه القانوني؛ لأن النظام القانوني يتم استنتاجه من الطبيعة القانونية. غير أن ما يلاحظ هو أن المحللين عند تناولهم لهذه التقنية - لاسيما طبيعتها القانونية - قاموا بعمل معاكس؛ إذ أنهم استنتجوا الطبيعة القانونية من خلال محاولة تبرير آثار هذه العملية الثلاثية. لنا حافظنا على هذا الترتيب حتى نبين سبب فشلهم في تأسيس حق المنتفع.

المطلب الأول

النظام القانوني للاشتراط لمصلحة الغير

في التشريع الجزائري

يعتبر الاشتراط لمصلحة الغير- في التشريع الجزائري- عقدا يتم بين طرفين تمتد آثاره إلى الغير. وباعتباره كذلك سنتناول شروط انعقاده (فرع أول)، ثم آثاره (فرع ثان) .

الفرع الأول

شروط انعقاد الاشتراط لمصلحة الغير

من خلال دراسة المواد 116 و 117 و 118 من التقنين المدني الجزائري يمكن تقسيم شروط انعقاد الاشتراط لمصلحة الغير إلى شروط متعلقة بالعلاقة التي تربط المشتراط بالمتعهد (أولا) ، وشروط متعلقة بالمنتفع (ثانيا) .

أولا – الشروط المتعلقة بالعلاقة التي تربط المشتراط بالمتعهد :

يشترط القانون لصحة الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون للمشتراط مصلحة شخصية في تنفيذ المتعهد للاشتراط (I) ، وأن يبرم عقد بين المشتراط والمتعهد يلتزم بموجبه المتعهد نحو الغير لا نحو المشتراط (II) .

I- وجود مصلحة شخصية للمشتراط :

حتى يكون الاشتراط لمصلحة الغير صحيحا، يجب أن يكون للمشتراط مصلحة شخصية في تنفيذ المتعهد للأداء الذي يتعهد بالوفاء به للمنتفع ، ولا يهم إن كانت مادية أو أدبية⁽¹⁾ .
تكون المصلحة مادية إذا كانت تحدث زيادة في الذمة المالية للمشتراط، أو تجنبه نقصا فيها. بينما تكون أدبية إذا كانت تبعث في نفس المشتراط اطمئنانا أو راحة بال، ولا يشترط في المصلحة سوى المشروعية ، فلا يجب أن تخالف النظام العام والآداب العامة⁽²⁾ .

¹ - المادة 1/116 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

² محمد حسنين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار الجامعية، القاهرة، 2000، ص. 313.

اعترض عدد من الباحثين على شرط ضرورة وجود مصلحة شخصية للمشتراط في تنفيذ المتعهد للأداء الذي تعهد به للمنتفع⁽¹⁾؛ لأن مسألة وجود المصلحة مسألة بديهية لا يجب البحث عنها، فتصرفه الإرادي يحتويها؛ إذ لا يعقل أن يتصرف شخص دون أن تكون له مصلحة في ذلك التصرف، حتى ولو كانت مجرد مصلحة عاطفية، كما في حالة الهبة غير المباشرة، وهي الحالة التي لا يكون فيها الاشتراط تسوية لدين سابق. وعليه فلا إرادة بلا مصلحة، أو بعبارة أخرى: الإرادة والمصلحة مسألتان متداخلتان⁽²⁾.

يرى الأستاذ "CHAMPEAU" أن مصلحة المشتراط هي سبب الالتزام⁽³⁾. وعليه لا أهمية من البحث عن وجود مصلحة المشتراط عند إبرام عقد الاشتراط، بدليل أن أغلب الباحثين لم يهتموا بهذه المسألة، وركزوا اهتمامهم في البحث عن وجود أركان الاشتراط وصحتها عند دراسة تكوينية⁽⁴⁾، فالمصلحة كمفهوم مستقل غير موجود، ولا يتم مقارنته إلى من خلال مفاهيم قانونية أخرى كالسبب أو المحل، وتعبير أكثر دقة: يمكن أن نقول أن المحل، والسبب، والإرادة ما هي إلا وسائل تسمح بتنفيذ مصلحة المتعاقد عن طريق إعطائها شكل قانوني. فمن البديهي أن تعبير المشتراط عن إرادته من أجل إنشاء حق للمنتفع يشكل قرينة عن وجود مصلحته.

يظهر هكذا أن تسبب وجود المصلحة مسألة سهلة يصعب إثبات عكسها، ولقاضي الموضوع سلطة تقديرية في تقدير وجودها من عدمه، خصوصا وأن المشرع يقبل حتى المصلحة الأدبية، التي لا تخضع في تقديرها لمعيار موضوعي، هذا ما بعث بأحد الباحثين إلى أن يعتبر بأن هذا الشرط مجرد شكلية لا غير⁽⁵⁾.

II- وجود عقد بين المشتراط والمتعهد :

لا يكون الاشتراط لمصلحة الغير صحيحا إلا بوجود عقد مبرم بين المشتراط - وباسمه لا باسم المنتفع - والمتعهد، يلتزم بموجبه المتعهد نحو المنتفع لا المشتراط. فحق المنتفع يجد أساسه في هذا

¹ - MAZEAUD (H.,L. et J.), *Leçons de droit civil, t. II, vol.1, obligations, théorie générale*, 7^{ème} éd., par CHABAS (F.), Montchrestien et Delta, Beyrouth, 2000, p.716: « Le stipulant ayant nécessairement un intérêt, au moins moral à stipuler pour autrui, toute stipulation est donc aujourd'hui, valable. »; MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil, les obligations, t. II*, 2^{ème} éd. par RAYNAUD (P.) et JESTAZ (P.), Sirey, 1989, p. 234: « on ne voit pas comment le stipulant conclurait le contrat indispensable à la stipulation pour autrui s'il n'y avait absolument aucun intérêt ».

² - LARROUMET (Ch.), *Les opérations ... à trois personnes ...*, thèse précitée, p. 341.

³ - CHAMPEAU (E.), *La stipulation pour autrui ...*, thèse précitée, p. 64.

⁴ - LARROUMET (Ch.), *Les opérations ... à trois personnes...*, thèse précitée, p. 341.

⁵ - GOUTAL (J.-L.), *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, L.G.D.J, Paris, 1981, p. 140.

العقد، لذا كيفه بعض الباحثين على أنه العقد الحامل لحق المنتفع⁽¹⁾.

لم يكن ينظر - قديما - إلى الاشتراط لمصلحة الغير على أنه عقد، وإنما على أنه بند فيه. غير أنه كيف حاليا على أساس أنه عقد مستقل (1)، بشرط أن ينشأ صحيحا (2).

1 - استقلالية الاشتراط لمصلحة الغير :

لم يرى رجال القانون - في القرن الثامن عشر - في الاشتراط لمصلحة الغير التزاما أصليا، ولم يتقبلوا فكرة أن يكون الاشتراط لمصلحة الغير موضوعا للعقد الذي يربط المشتري بالمتعهد. بينما أصبح اليوم يشكل - وبدون اعتراض - عقدا مستقلا، فهو لا يحتاج لإبرامه أن يكون هناك التزام سابق أو مترامن معه، فيجوز لأي شخص أن يبرم عقدا يكون موضوعه الوحيد اشتراط حق لمصلحة الغير.

يعتبر الاشتراط لمصلحة الغير تصرفا قانونيا يهدف إلى إنشاء حق مباشر لصالح المنتفع في مواجهة المتعهد. وهو بذلك يتمتع بأصالة تميزه عن باقي الآليات القانونية المنصوص عليها في التقنين المدني: فإن كان يقترب قليلا من آلية النيابة في التعاقد⁽²⁾ كون أن شخصا لم يشارك في إبرام العقد يجد نفسه مالكا لحق نتج عنه، فإنه يتميز عنها؛ لأن المشتري وإن كان يتصرف لمصلحة المنتفع، فإنه يتصرف باسمه هو لا باسم هذا الأخير، عكس النيابة أين يتصرف النائب لمصلحة الأصيل ولحسابه. كذلك إن كان يقترب من آلية حوالة الدين، التي تكون باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه، والتي يتلخص موضوعها في أن يتحمل المحال عليه دين المدين الأصلي تجاه دائن هذا الأخير⁽³⁾، فإنه يتميز بوضوح عنها؛ لأنه حتى وإن كانت الحوالة تنشئ حقا لشخص أجنبي عنها (دائن المدين الأصلي)، فإن حق الغير الناتج عن الاشتراط هو حق جديد، لم يكن ملكا لأي أحد من قبل، بينما حق الغير الناتج عن الحوالة، هو حق كان موجودا، يملكه هذا الغير تجاه المدين الأصلي، وما تغير هو فقط قبول المحال عليه تحمله عن المدين الأصلي.

2 - شروط صحة عقد الاشتراط لمصلحة الغير :

يشترط في الاشتراط لمصلحة الغير - إضافة إلى الشروط العامة (أ) - أن يتعاقد المشتري باسمه لا باسم المنتفع، وأن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للغير (ب).

¹ - GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), ... *les effets du contrat...*, op. cit., p. 667.

² - المادة 73 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

³ - المادة 251 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

أ _ الشروط المنصوص عليها في النظرية العامة :

ترتبط صحة الاشتراط لمصلحة الغير بتوافر الشروط العامة الواجب توافرها في كل التصرفات القانونية ، والمتمثلة في الأهلية، والتراضي، والمحل، والسبب⁽¹⁾، ولا تشتط الشكلية لصحته، ولو كان موضوع الحق المنشأ عقارا⁽²⁾.

- وجود الرضى وصحته :

يجب أن تتفق إرادة المشتراط مع إرادة المتعهد على إنشاء حق للغير، وذلك بقبول المتعهد لعرض دقيق ومحدد صادر من المشتراط، يحتوي على ماهية الحق المنشأ للغير وشخص المستفيد منه. كما يجب أن يكون هذا التراضي خاليا من العيوب ؛ إذ يجب أن يتمتع كلا المتعاقدين بالأهلية الكاملة والتي تتوافق مع طبيعة الاشتراط، وأن تكون إرادتهما خاليتين من العيوب، فإذا لحق بإرادة أحدهما عيب كالغلط، أو التدليس، أو الإكراه، أو الاستغلال، فإن الاشتراط لمصلحة الغير يكون قابلا للإبطال، بشرط اتصال المتعاقد الآخر بالعيب . ويرى ” الأستاذ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن“ أنه يكفي في مسائل الاشتراط لمصلحة الغير اتصال المنتفع بالعيب - على الرغم من أنه من الغير - حتى يكون العقد قابلا للإبطال⁽³⁾، كما لو استغل المنتفع الطيش البين أو الهوى الجامح للمتعاقدين حتى يتم الاشتراط لمصلحته .

- المحل :

لا يثير موضوع المحل صعوبات فيما يتعلق بالاشتراط لمصلحة الغير ؛ إذ يتوجب فقط أن تتحقق في التزام المتعهد قبل الاستفادة الشروط اللازمة لقيام ركن المحل. وعليه يجب أن يكون أداء المتعهد ممكنا، ومعينا أو قابلا للتعيين، وأن يكون مشروعا.

- السبب :

بخلاف الأركان الأخرى، يكون السبب - في الغالب - سببا لبطلان عقد الاشتراط لمصلحة الغير، خصوصا في مجال التأمينات على الحياة، كما لو أمن شخص على حياته لفائدة عشيقته

¹ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، العقد والإرادة المنفردة في الفقه وقضاء النقص المصري و الفرنسي، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، 2005، ص. 218.

² - LEGIER (G.), ... « La stipulation pour autrui », art. précité, p. 06.

³ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة ... ، مرجع سابق، ص. 218.

يهدف المواصل في معاشرتها، فهنا يكون التأمين على الحياة باطلا لعدم أخلاقية الباعث الدافع لإبرام التأمين، فلا يكون الاشتراط لمصلحة الغير صحيحا إلا إذا كان سببه مشروعاً.

مسألة الشكلية في الاشتراط لمصلحة الغير :

يعتبر الاشتراط لمصلحة الغير رضائياً ولو كان موضوعه هبة عقار ؛ لأن القاعدة تقضي أنه لا شكلية إذا كانت الهبة غير مباشرة⁽¹⁾. وعليه فإن الاشتراط لمصلحة الغير تصرف رضائي - من حيث الأصل - لا يشترط فيه لا شهر، ولا كتابة.

ب - ضرورة تعاقد المشتري باسمه لا باسم المنتفع :

يجب أن يتم التعاقد باسم المشتري لا باسم المنتفع ، فالتعاقد هو المشتري، وليس المنتفع الذي يبقى من قبيل " الغير " بالنسبة لعقد الاشتراط. فالمشتري لا يتعاقد بوصفه ممثلاً للمنتفع أو نائباً عنه، ولا بوصفه فضولياً ؛ أي قائماً بشكل عاجل وضروري بأمر في صالح المنتفع ، لا يستطيع هذا الأخير القيام به لعدم وجوده . وإذا تم التعاقد باسم المنتفع، فإنه لن تثبت لهذا التعاقد صفة المشتري⁽²⁾، وإنما صفة النائب إذا كان موكلاً من الأصيل، أو الفضولي إذا لم يكن موكلاً من هذا الأخير .

ولا يكفي أن يتعاقد المشتري باسمه وحسابه حتى يكيف العقد على أنه اشتراط لمصلحة الغير، وإنما يجب أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للغير.

ج - ضرورة اتجاه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للغير :

يجب أن تتجه نية المشتري والمتعهد إلى إبرام عقد يهدف إلى إنشاء حق لمصلحة الغير⁽³⁾، ولا يشترط أن يتم التعبير عن هذه النية صراحة في العقد ، بل يمكن أن تكون ضمنية تستفاد من مجموع شروط العقد ، والظروف التي أحاطت بإبرامه⁽⁴⁾. فالمهم أن ينشئ العقد حقاً مباشراً في ذمة المنتفع دون أن يمر بذمة المشتري ، مما يسمح للمنتفع بأن يطالب المتعهد بهذا الحق دون حاجة إلى إدخال المشتري في المطالبة⁽⁵⁾.

¹ - LEGIER (G.), ... « Stipulation pour autrui », art. précité, p. 07. ; TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *Les obligations* ... , op. cit., p. 505.

² - المادة 116 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

³ - MAZEAUD (H.,L. et J.), *Leçons de droit civil, t. II* ... , op. cit. , p. 719. ; JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil* ... , op. cit. , p. 160.

⁴ - GHESTIN (J.), JAMIN(Ch.) et BILLIAU (M.), ... *les effets du contrat* ... , op. cit., p. 669. ; GOUTAL (J.-L.), *Le principe de l'effet relatif* ... , thèse précitée, p. 128.

⁵ محمد حسنين منصور، مصادر الالتزام ... ، مرجع سابق، ص. 312.

يترتب على ما سلف، عدم إعطاء وصف الاشتراط لمصلحة الغير للتصرف في حالة ما إذا كان حق المنتفع غير مباشر، كما لو اتجهت إرادة المتعاقدين إلى إنشاء الحق في ذمة المشتري أولاً، ثم نقله بعد ذلك إلى المنتفع، كتعاقد جمعية مع مقاول على بناء عدة مساكن على أن تقوم بتوزيعها لاحقاً على أعضائها.

من المتفق عليه تشريعاً⁽¹⁾، وفقهاً⁽²⁾، وقضاءً⁽³⁾ أن العقد لا يمكن أن يترتب في مواجهة الغير التزامات. غير أن الغرفة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية كيفت في قرارها المؤرخ في 21 نوفمبر 1978 العقد المبرم بين بنك وشركة نقل على أنه اشتراط لمصلحة الغير، باعتبار أن البنك هو المشتري، وشركة النقل هي المتعهد، وزبائن البنك هم المنتفعين. وقد تم انتقاد هذا التكييف على أساس أن هذا العقد يضع على عاتق زبائن البنك التزاماً بدفع فواتير النقل، وهو بذلك يولد على عاتق الغير التزامات، واقترحوا أن يتم تكييف العملية على أساس عمل الفضولي⁽⁴⁾. غير أنه أمام عدم تراجع محكمة النقض عن قرارها، الذي يرسى قاعدة جواز إنشاء التزامات على عاتق الغير بموجب العقد، ذهب بعض الباحثين إلى تفسير القرار بطريقة تبعد هذه النتيجة، فقسّموا العلاقة الثلاثية إلى عقدين منفصلين: الأول بين البنك وشركة النقل، وهو الذي يتضمن الاشتراط لمصلحة الغير، والثاني بين البنك وزبائنه، ومنه ينحدر الالتزام بدفع الفواتير⁽⁵⁾. غير أن هذا التقسيم فيه نوع من تشويه الوقائع؛ لأن العقد الثاني هو مجرد افتراض.

ثانياً - الشروط المتعلقة بالمنتفع :

تنص المادة 118 من التقنين المدني الجزائري على أنه : « يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً أو هيئة مستقبلية كما يجوز أن يكون شخصاً أو هيئة لم يعين وقت العقد متى كان تعيينها مستطاعاً في الوقت الذي يجب أن ينتج العقد فيه أثره طبقاً للمشاركة ».

أثار هذا الحكم نقاشاً كبيراً في الماضي؛ إذ لم يتقبل الفقه الكلاسيكي فكرة الاشتراط لمصلحة شخص لم يعين بعد، أو لمصلحة شخص مستقبلي. غير أنه مع ظهور فكرة التأمين على الحياة اتضحت تطبيقات هذين الشرطين، فلم يعودا يلقيان اعتراضاً⁽⁶⁾.

¹ - المادة 113 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

² عبد الرحمان عياد، أساس الالتزام العقلي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص. 268. ؛ محمد حسنين منصور، مصادر الالتزام مرجع سابق، ص. 312.

³ - Cass., Civ. 3., 10 Avril 1973 ; D. 1974, J., p. 21, note (Ch.) LARROUMET.

⁴ - LEGIER (G.), ... « La stipulation pour autrui », art. précité, p. 12. ; GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), ... les effets du contrat ... , op. cit. , p. 669.

⁵ - LEGIER (G.), ... « La stipulation pour autrui », art. précité, p. 12.

⁶ - FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... l'acte juridique ... ,op. cit ., p. 350.

I - قابلية المنتفع للتعين وقت إبرام العقد :

لا يشترط أن يكون المنتفع معينا وقت إبرام الاشتراط لمصلحة الغير ؛ إذ يجوز أن يكون شخصا أو جهة لم تعين بعد، بشرط أن يكون تعيينها مستطاعا وقت إنتاج العقد لأثاره طبقا للمشاركة .

هذا الحل يسمح بمعالجة إشكاليين : عدم تعيين المنتفع إطلاقا (1) ، وعدم دقة تعيينه (2) .

1- عدم تعيين المنتفع إطلاقا :

شكك جانب من الفقه⁽¹⁾ في صحة مثل هذا الاشتراط (الاشتراط لشخص غير معين) ؛ وهو يأخذ على مسألة عدم تعيين المنتفع إطلاقا مأخذين : يتمثل الأول في إمكانية استنتاج أن المشتراط أراد أن يشترط لنفسه وليس للغير ؛ لأن تعيين المنتفع سيخضع لتقديره الشخصي، أما المأخذ الثاني فيتمثل في كون أنه على الرغم من أن المشرع لم يتعرض لمسألة الكيفية التي سيتم تعيين المنتفع بها صراحة (رسالة توجه للمتعهد، أو وصية يوصي بها المشتراط... إلخ)، غير أن المؤكد هو أن التعيين سوف يكون بإرادة منفردة، وهذا يتعارض مع الطابع العقدي للاشتراط لمصلحة الغير؟ .

هذه الملاحظة مردود عليها : فالمتعهد لا يهيمه من سيكون المستفيد، طالما أن التزامه لن يتغير . هذا من جهة، و من جهة أخرى، بما أن للمشتراط أن ينقض المشاركة⁽²⁾ ، وأن يحل محل المنتفع الأول منتفعا آخر⁽³⁾ ، فيمكن أن نستنتج أن حق اختيار المنتفع يرجع للمشتراط وحده . وبهذا لا يعد التعيين الفردي للمنتفع خروجاً عن المبدأ العقدي للاشتراط ؛ لأن الاشتراط هو عقد يتم فيه الاتفاق على إنشاء حق مباشر للغير، مع ترك مسألة تعيين هذا الغير للمشتراط، بشرط إعلام المتعهد بهذا التعيين.

يبقى إشكال آخر يطرحه الاشتراط لمصلحة شخص غير معين وقت المشاركة، يتمثل في كون أن هذا الاشتراط يولد حقا بدون صاحب، وهذا أمر يشكل استحالة تصورية⁽⁴⁾ . كما أنه يثير تساؤلا حول ما إذا كان هذا الحق سيدخل في الذمة المالية للمشتراط ، ولو لفترة ما قبل التعيين النهائي للمنتفع ، مما يجعله في متناول دائني المشتراط⁽⁵⁾ ؟

¹- LEGIER (G.), ... « La stipulation pour autrui », art. précité, p. 17. ; JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil* ... , op. cit., p. 165.

²- بشرط أن يقوم بذلك قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو المشتراط رغبته في الاستفادة منها.

³- المادة 117 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁴- TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 419.

⁵- MAZEAUD (H. , L. et J.), *Leçons de droit civil, t. II* ... , op. cit. , p. 728.

تسمح تقنية الاشتراط لمصلحة الغير تجاوز هذا الإشكال، باعتبار أن تعيين المنتفع له أثر رجعي يعود إلى يوم إبرام الاشتراط⁽¹⁾، مما يجعل الأداء المشترط في منأى عن مطالبات دائتي المشترط⁽²⁾. أمّا إذا استحال تعيين المنتفع نتيجة ظرف طارئ كموت المشترط، فإن الحق الناشئ عن الاشتراط سيدخل في ذمة المشترط، فيشكل بذلك عنصرا من عناصر التركة .

2 - التعيين غير الدقيق للمنتفع :

يتم هذا النوع من التعيين - والذي يعرف بالتعيين غير المباشر- عن طريق الإفصاح عن صفات المنتفع، ويكون به الاشتراط صحيحا⁽³⁾؛ إذ يكفي أن يكون المنتفع مستطاع التعيين في الوقت الذي يجب أن ينتج فيه العقد أثره، كما لو تم الاشتراط لمصلحة العائلة، فهنا تم تعيين المنتفع بصفته، وهي القرابة، ويكون لقاضي الموضوع في هذه الحالة سلطة تقديرية في تحديد أفراد العائلة؛ لأن مفهوم العائلة مفهوم اجتماعي، وليس قانوني، بعكس مصطلح الورثة الذي يلغي كل سلطة تقديرية للقاضي؛ لأنه مصطلح قانوني دقيق، لم يترك المشرع في شأنه مجالا للقاضي حتى يجتهد في تعيينهم، بل القانون هو الذي يعينهم.

ولا يجب أن يكون تحديد المنتفع تحديدا عاما على نحو يعدم فيه التعيين، ويصعب فيه معرفة نية المشترط، كأن يشترط لمصلحة الفقراء دون تدقيق⁽⁴⁾؛ لأن الفقراء لا يمكن تعيينهم بدقة، عكس ما إذا أضاف صفة أخرى، كأن يشترط لمصلحة فقراء حي معين، أو فقراء عائلة معينة⁽⁵⁾، فهنا يمكن تعيينهم يوم تنفيذ الاشتراط.

II - قابلية المنتفع للوجود :

تم إرساء هذه القاعدة لتمكين الأشخاص من الاشتراط لمصلحة أولادهم الذين لم يولدوا بعد (1)، أو لمصلحة الأشخاص المعنوية التي لم تؤسس بعد(2) .

1 - الاشتراط لمصلحة الأولاد الذين لم يولدوا بعد :

رفض القضاء الفرنسي- قبل صدور قانون 13 جويلية 1930 المتعلق بالتأمين على الحياة-

¹ محمد حسنين منصور، مصادر الالتزام ...، مرجع سابق، ص. 313.

² - GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), ... *les effets du contrat* ... , op. cit. , p. 678.

³ - المادة 118 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁴ - GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), ... *les effets du contrat* ... , op. cit. , p. 679.

⁵ - TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 389.

فكرة الاشتراط لمصلحة أشخاص لم يولدوا بعد⁽¹⁾، وكان يسمح فقط بالاشتراطات لمصلحة الأولاد الموجودين أو الذين هم أجنة⁽²⁾، باعتبار أن الأجنة لها أهلية الوجوب. وبذلك لها أن تكتسب الحقوق شرط أن تولد حية. غير أنه بعد صدور قانون 13 جويلية 1930، لاسيما المادة 63 منه، أصبح يسمح بالتأمين على الحياة لمصلحة الأولاد الذين لم يولدوا بعد، وقام القضاء بتعميم هذه القاعدة على جميع الاشتراطات⁽³⁾. وقد اعترض الأستاذ " DEMOGUE " على هذا التعميم، باعتبار أن الفقرة الثانية من المادة 63 هي استثناء، وبالنتيجة لا يكون من المنطق تعميم الاستثناء على كل الاشتراطات⁽⁴⁾.

أما فيما يتعلق بالتشريع الجزائري، فقد نصت المادة 118 من التقنين المدني الجزائري صراحة أنه: « يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا... ». وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أرسى مبدأ إمكانية الاشتراط لفائدة أشخاص لم يوجدوا بعد، فبإمكان الشخص أن يبرم تأمينا لفائدة أولاده الذين لم يولدوا بعد. غير أنه يجب ملاحظة أنه إذا لم ينبج هذا الشخص أطفالا، فإن قيمة التأمين ستدخل في تركته، وتوزع على الورثة⁽⁵⁾.

2- الاشتراط لمصلحة شخص معنوي لم يؤسس بعد :

اتخذ القضاء الفرنسي في مسألة الاشتراط لمصلحة شخص معنوي مستقبلي موقفا يستدعي الاستغراب، فقد اتخذ موقفين متناقضين في مسألة يحكمها نفس المبدأ؛ إذ ميز بين ما إذا كان المنتفع شخصا طبيعيا، أو شخصا معنويا، وقضى بعدم جواز الاشتراط لمصلحة شخص طبيعي مستقبلي⁽⁶⁾، وجواز ذلك بالنسبة للشخص المعنوي المستقبلي⁽⁷⁾.

انقسم الفقه في فرنسا أمام هذا الموقف: فمنهم من رأى أنه لا يجوز الاشتراط لمصلحة منتفع مستقبلي، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا لم يوجد بعد، على أساس مبدأ يستنتج من المادة 906 من التقنين المدني الفرنسي يقضي أنه لا يمكن أن يوجد حق دون أن يوجد صاحب هذا

¹ - PICARD (M.) et BESSON (A.), *Les assurances terrestres, t. I*, 5^e éd. par BESSON (A.), L.G.D.J., Paris, 1982, p. 788 et s.

² - LAMBERT (E.), *La stipulation pour autrui ...*, thèse précitée, p. 150.

³ - LARROUMET (Ch.), *Les opérations ... à trois personnes ...*, thèse précitée, p. 350.

⁴ - DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général, t. VII, effets des obligations*, Rousseau, Paris, 1933, p. 201. ; LEGIER (G.),... « Stipulation... », art. précité, p. 17.

⁵ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام ...، مرجع سابق، ص. 313.

⁶ قبل صدور قانون 13 جويلية 1930 المتعلق بالتأمين على الحياة.

⁷ - LAMBERT (E.), *La stipulation pour autrui...*, thèse précitée, p. 358 et s.; DEMOGUE (R.), *Traité des obligations ... effets ...*, op. cit., p. 214.

الحق⁽¹⁾. ومنهم من يرى بجواز الاشتراط لمصلحة شخص مستقبلي سواء كان طبيعياً أو معنوياً، منطلقين من فكرة أنه يجوز أن يكون المحل مستقبلي، وبما أن محل الاشتراط هو إنشاء حق لمصلحة الغير، فلا مانع من أن لا ينشأ هذا الحق حتى يتعين صاحبه. وعليه فلا مانع من أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً، بشرط أن يكون قابلاً للتعيين⁽²⁾.

لا أهمية لهذا النقاش في التشريع الجزائري؛ لأن المشرع يقضي صراحة بجواز الاشتراط لمصلحة شخص معنوي مستقبلي⁽³⁾.

الفرع الثاني أثار الاشتراط لمصلحة الغير

ينشئ الاشتراط لمصلحة الغير - باعتباره تصرفاً ثلاثياً- ثلاث علاقات قانونية: الأولى بين المشتري والمتعهد (أولاً)، الثانية بين المتعهد والمنتفع (ثانياً)، والأخيرة بين المشتري والمنتفع (ثالثاً).

أولاً - العلاقة بين المشتري والمتعهد :

يتمتع المشتري قبل المتعهد بعدة امتيازات، فله أن ينقض المشاركة قبل أن يعبر المنتفع عن رغبته في الاستفادة منها (I). أما بعد تعبير المنتفع عن قبوله، فلا يمكنه نقضها وإن كان يبقى له الحق في الحرص على تنفيذ الاشتراط عن طريق رفع دعوى التنفيذ على المتعهد (II).

I- سلطة المشتري في نقض المشاركة :

يمثل الحق في نقض الاشتراط السلطة الأساسية التي يتمتع بها المشتري قبل المتعهد، فطبقاً لأحكام المادة 117 من التقنين المدني الجزائري: « يجوز للمشتري دون دائنيه أو وارثيه أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشتري رغبته في الاستفادة منها، ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد ... ». فهذه المادة تعطي للمشتري سلطة نقض الاشتراط دون موافقة المتعهد. وعليه يجوز للمشتري تعديل أحكام عقد الاشتراط بإرادته المنفردة، طالما لم يعلن المنتفع

¹ - GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), ... *les effets du contrat* ... , op. cit. , p. 683.

² - LARROUMET (Ch.), *Les opérations ... à trois personnes ...* , thèse précitée, p. 351.

³ - المادة 118 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

عن رغبته في الاستفادة من الاشتراط، أما عبارة « ... ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد...»، فهي تعبر عن جواز الاتفاق على ما يخالف هذا الحكم مما يجعله حكما مكملا غير آمر.

للمشترط إذن حق نقض المشاركة بإرادته المنفردة، وهو حق غير مألوف؛ لأن القاعدة في العقود هي أنه لا يجوز نقض العقد، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين⁽¹⁾. هذا ما بعث بأحد الباحثين إلى انتقاد هذا الحق، فهم يرون أن هناك حالات لا يجوز فيها نقض المشاركة بالإرادة المنفردة للمشترط، كما في حال لو كان للمتعهد مصلحة في تنفيذها⁽²⁾.

بغض النظر عن مطابقة هذه القاعدة لقواعد العدالة، فإن للمشترط وللمشترط وحده دون دائنيه، أو وراثيه حق نقض المشاركة بإرادته المنفردة. ولا يترتب على نقضها براءة ذمة المتعهد قبل المشترط، وإن كانت تبرؤ ذمته قبل المنتفع، فللمشترط أن يطلب من المتعهد تنفيذ الاشتراط لمصلحته، أو لمصلحة منتفع آخر يعينه.

ونرى أنه ليس من العدل- في كل الأحوال- أن ينقض المشترط عقد الاشتراط بطريقة تثقل الالتزام على المتعهد، كما لو كان الاشتراط يلزم المتعهد بتقديم ريع سنوي لمنتفع يقطن موطن المتعهد، فينقض المشترط هذا الاشتراط، ويعين منتفعا آخر يقطن موطنا بعيدا جدا عن موطن المتعهد، بما يثقل التزام هذا الأخير بالزيادة في مصاريف تنفيذه.

II- سلطة المشترط المتعلقة بتنفيذ الاشتراط لمصلحة الغير :

يفقد المشترط حقه في نقض المشاركة أو أي تجديد لها بمجرد تعبير المنتفع عن رغبته في الاستفادة منها، غير أنه يحتفظ ببعض السلطات تجاه المتعهد تتعلق بضمان تنفيذ الاشتراط :

1- للمشترط الحق في مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه، المتمثل في تنفيذ الاشتراط لمصلحة المنتفع⁽³⁾. وله الحق في رفع هذه الدعوى باسمه شخصيا، لا باعتباره ممثلا للمنتفع؛ لأن للمشترط مصلحة شخصية في تنفيذ المتعهد للاشتراط المعقود لمصلحة المنتفع. غير أنه يجوز الاتفاق في المشاركة على أن يكون حق المطالبة بالتنفيذ للمنتفع وحده، وتشمل المطالبة بالتنفيذ العيني والتنفيذ عن طريق التعويض.

¹ - المادة 106 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

² - LAMBERT (E.), *La stipulation pour autrui ...*, thèse précitée, p. 100.

³ - المادة 3/116 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

2- للمشتراط حق طلب فسخ العقد مع التعويض إذا لم ينفذ المتعهد التزاماته المترتبة عن عقد الاشتراط لمصلحة الغير، كما له أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا طالبه المتعهد بتنفيذ التزامه. هذا فيما يتعلق بحقوق المشتراط، أما ما يتعلق بالتزاماته، فإنه يلتزم بتنفيذ كل ما يترتب على عاتقه من التزامات ناتجة عن عقد الاشتراط لمصلحة الغير، وللمتعهد أن يطالبه بهذا قضائياً.

ثانيا- العلاقة بين المتعهد والمنفع :

يتولد للمنفع حق مباشر تجاه المتعهد بمجرد انعقاد عقد المشاركة (I)، غير أن هذا الحق يبقى دائماً مرتبطاً بالعقد الذي نشأ عنه (II).

I- حق الدائنية المباشرة للمنفع تجاه المتعهد :

ينشأ عن الاشتراط حق جديد ومباشر⁽¹⁾ لصالح المنفع في مواجهة المتعهد، وهذا حتى قبل إعلان المنفع عن رغبته في الاستفادة من هذا الحق، غير أن إعلانه عن رغبته في الاستفادة من هذا الحق، هي التي ستحصنه من محاولة المشتراط في نقضه⁽²⁾.

بقي الفقه والقضاء - لفترة طويلة - لا يقبل سوى فكرة أن الاشتراط لمصلحة الغير لا يمكنه أن يولد إلا حقوقاً للغير، ولا يجوز أن يحمل التزامات⁽³⁾. وقد كان هذا المبدأ - المقبول من عامة الباحثين - مبرراً بفكرة مبدأ نسبية التعاقد، الذي يقضي أن العقد لا يولد التزامات إلا في مواجهة الأطراف المتعاقدة، وفكرة مبدأ الحرية الشخصية الذي يقضي بأنه لا يجوز لأي شخص أن يمس بحرية الآخرين، ويحملهم التزامات لم يشاركوا في إنشائها⁽⁴⁾.

كان الأستاذ " DEMOGUE " سابقاً في مسألة قبول فكرة إمكانية إنشاء التزامات على عاتق الغير عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير، وكان يرى أن الغير ملزم بالتزامات اللصيقة بالحق الذي قبله⁽⁵⁾، ثم تبعه آخرون وأصبحوا يرون في الاشتراط لمصلحة الغير وسيلة لإبرام العقود لمصلحة الغير⁽⁶⁾. بل جاوزوا هذه المسألة، وقبلوا فكرة أن المستفيد يكتسب حقاً مباشراً في

¹ - المادة 2/116 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

² - المادة 1/116 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

³ - cass. civ. 3^e, 10 avril 1973, bull.civ., III. N 273, p. 197.

⁴ - LARROUMET (Ch.), *Les opérations ... à trois personnes ...*, thèse précitée, p. 341 et s.

⁵ - DEMOGUE (R.), *Traité ... effets ...*, op. cit., p. 182 : « le tiers est tenu des charges inhérentes au droit qu'il accepte. » .

⁶ - FLATTET (G.), *Les contrats pour le compte d'autrui*, thèse Paris, 1950, p. 140. ; ROUX (J.-M.), *Le rôle créateur de la stipulation pour autrui*, presses universitaires d'Aix- Marseille (P.U.A.M.), Aix-en- Provence, 2001, p. 249. ; GHESTIN (J.), BILLIAU (M.) et JAMIN (Ch.), « la stipulation

مواجهة المنتفع، وهو حق لا ينتقل من ذمة المشتري إلى ذمته، وإنما ينشأ بموجب عقد الاشتراط مباشرة في ذمة هذا الأخير.

وينتج عن ذلك ثلاث نتائج :

1 - خروج حق المنتفع من الضمان العام للمشتري :

تضمن أموال المدين - من حيث الأصل - الوفاء بديونه⁽¹⁾، فذمته المالية بكل ما تشمله من أصول ضامنة للوفاء بهذه الديون، فهل يكون الحق الذي تم اشتراطه لمصلحة الغير ضامنا للوفاء بديون المشتري؟

من نتائج اعتبار الحق المنشأ عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير حقا مباشرا للمنتفع، خروجه من الضمان العام للمشتري؛ لأن الحق ينشأ مباشرة في ذمة الغير، ولا ينشأ في ذمة المشتري أولا ثم ينتقل إلى ذمة هذا الغير. فحتى لو قام الشخص بالتأمين على حياته لمصلحة أولاده وكان عليه ديون، فإن دائنيه لا يمكنهم استفتاء ديونهم من مبلغ التأمين؛ لأنه ينشأ مباشرة في ذمة الأولاد، وبذلك يموت مدينهم معسرا.

2 - خروج حق المنتفع من تركة المشتري :

لا يدخل حق المنتفع في تركة المشتري حتى لو كان المنتفع من الورثة، فلو قام شخص بالتأمين على حياته لمصلحة أحد أولاده فقط، فلا يجوز لباقي الأولاد أن يطلبوا إبطال التأمين باعتباره تصرفا ما بعد الموت، والمطالبة بإعادة تكييفه على أساس أنه وصية، وبذلك إبطالها على أساس « أنه لا وصية لوارث »؛ لأن هذا الحق لم يكن أبدا عنصرا من عناصر الذمة المالية لمورثهم.

3 - قبول المنتفع للاشتراط ليس شرطا لوجود حقه :

بما أن حق المنتفع هو حق مباشر، فإنه ينشأ من تاريخ نشأة الاشتراط لمصلحة الغير⁽²⁾.

وعليه فإن قبول المنتفع للاشتراط ليس شرطا لوجود هذا الحق، وإن كان الحق قبل قبول المنتفع إياه مهددا في هذا الوجود؛ لأن المادة 117 من التقنين المدني الجزائري تجيز للمشتري دون دائنيه أو وراثيه نقض المشاركة، قبل إعلان المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشتري رغبته في الاستفادة منها.

pour autrui», in : *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, dir. , FONTAINE (M.) et GHESTIN (J.), L.G.D.J., Paris, 1992, p. 399.

¹ - المادة 188 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

² - FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *L'acte juridique ...*, op. cit. , p. 357.

ومفهوم المخالفة يكون لقبول المنتفع للاشتراط أثر تدعيي لحقه ؛ إذ يجعل الاشتراط غير قابل للنقض. ولا يشترط أن يخضع القبول لشكل معين، فقد يكون صريحا كما قد يكون ضمنيا، فهو يخضع للأحكام العامة⁽¹⁾، وقد يحدث أن يكون المشتراط وليا شرعيا للمنتفع، كما لو أبرم شخص تأميننا على الحياة لفائدة أولاده القصر، فاجتماع الصفتين (صفة المشتراط والمنتفع) لا يعني بالضرورة توافر القبول، وإنما يجب التعبير عنه بطريقة لا تدع مجالاً للشك عن دلالتة⁽²⁾.

كما أنه يمكن لدائني المنتفع - في حالة إهمال هذا الأخير التعبير عن رغبته في الاستفادة من الاشتراط- القبول مكانه إذا توافرت شروط الدعوى غير المباشرة، ولا يمكن للمشتراط الاعتراض، إلا إذا كان هذا الاعتراض مرتبطا بمسألة أخلاقية⁽³⁾. وعليه فالقبول ضروري لجعل الاشتراط غير قابل للنقض من طرف المشتراط، غير أنه ليس وجوبي على المنتفع، فبإمكانه رفض الانتفاع بالحق الذي تم اشتراطه لمصلحته.

II _ ارتباط حق المنتفع بالعقد الذي أنشأه :

ينتج حق المنتفع عن العقد المبرم بين المشتراط والمتعهد. وعليه فإن عقد الاشتراط هو مصدر هذا الحق، مما يجعل منه العقد الوحيد الذي يمكنه أن يحدد مداه⁽⁴⁾. وهذا الارتباط هو الذي يفسر جواز تمسك المتعهد بجميع أوجه الدفع الخاصة بهذا العقد في مواجهة المنتفع (1)، وبالعكس عدم جواز تمسك المنتفع بأي دفع في مواجهة المتعهد (2).

1 - جواز تمسك المتعهد بجميع الدفع الخاصة بالعقد في مواجهة المنتفع :

يجوز للمتعهد أن يتمسك في مواجهة المنتفع بجميع الدفع المتعلقة بصحة عقد الاشتراط، أو بعدم تنفيذ المشتراط للالتزاماته⁽⁵⁾؛ بمعنى أنه يمكنه أن يثير في مواجهة المنتفع جميع الدفع التي يمكن أن يثيرها في مواجهة المشتراط⁽⁶⁾، وهي قسمين : دفع متزامنة في نشأتها مع عقد الاشتراط (أ)، وأخرى لاحقة له (ب).

1- LEGIER (G.), ... « Stipulation pour autrui », art. précité, p. 23.

2- Ibid., p. 22.

3- PICARD (M.) et BESSON (A.), *Les assurances ...*, op. cit., p. 790.

4- LAMBERT (E.), *Stipulation pour autrui ...*, thèses précitée, p. 115 ; LARROUMET (Ch.), *Les opérations ... à trois personnes ...*, thèse précitée, p. 363.

5- المادة 116 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

6- FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *L'acte juridique ...*, op. cit., p. 357 ; LEGIER (G.), ... « Stipulation pour autrui », art. précité, p. 28. ; LARROUMET (Ch.), *Les opérations ... à trois personnes ...*, thèses précitée, p. 371.

أ - الدفوع المتزامنة في نشأتها مع العقد المبرم بين المشتري والمتعهد :

تتعلق هذه الدفوع أساسا بعدم توافر أركان العقد أو بعيوب الرضى، فيجوز للمتعهد أن يتمسك ببطلان العقد، بطلانا مطلقا لعدم وجود المحل أو السبب، أو لكون أحدهما غير مشروع، أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة، كما يمكنه التمسك بالبطلان النسبي لعدم توافر شروط صحة التراضي، غير أنه قد ثار نقاش كبير حول مسألة إمكانية المطالبة بإبطال العقد نتيجة تدليس من قبل المشتري؟

ذهب عدد من الباحثين من أمثال " BEUDANT " و" PEROT " و" LAGARDE " و" LEGIER " إلى جواز تمسك المتعهد بعيب التدليس في مواجهة المنتفع⁽¹⁾، غير أن تبريرهم لهذه المسألة مرفوض ؛ لأنه يشوه آلية الاشتراط لمصلحة الغير، فهم يؤسسون جواز التمسك بالإبطال لتدليس المشتري على أن هذا الأخير يعتبر ممثلا للمنتفع⁽²⁾، أما الأستاذ " GAUDMET " فقد ذهب إلى عكس ذلك، مؤسسا رأيه على شرط وجوب صدور التدليس من الشخص الذي نتمسك ضده بالإبطال⁽³⁾، وهو شرط من شروط التمسك بالتدليس⁽⁴⁾.

يجب الرجوع إلى الأصل للفصل في الموضوع، وهو أن مصدر حق المنتفع هو عقد الاشتراط، فالمتعهد ملتزم تجاه المنتفع نتيجة التزام تعاقدية تجاه المشتري. وعليه إذا كان المشتري مدلسا، فلا يكون المتعهد ملتزما بموجب العقد الذي ألزمه مع هذا المشتري المدلس⁽⁵⁾.

إلى جانب هذه الدفوع المتزامنة في نشأتها مع عقد الاشتراط لمصلحة الغير، هناك دفوع أخرى تكون لاحقة في نشأتها عنه.

ب - الدفوع اللاحقة في نشأتها عن نشأة عقد الاشتراط :

يتعلق الأمر هنا بالحالة التي يكون فيها الاشتراط لمصلحة الغير ملزما للجانبين، أين يكون

¹- BEUDANT (C.), *Cours de droit civil français, t. IX, obligations*, par LAGARDE (G.) et PEROT (R.), Roisseau, Paris, 1953, p. 53 ; LEGIER (G.), ... « Stipulation pour autrui », art. précité, p. 28.

²- RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *Traité élémentaire de droit civil d'après le traité de PLANIOL (M.), t. II, obligations, droit réels principaux*, L.G.D.J. , Paris, 1957, p. 250 : « ... puisque le stipulant a représenté le tiers bénéficiaire ... ».

³- GAUDMET (E.), *Théorie générale des obligations*, par DEBOIS (H.) et GAUDMET (J.), Sirey, Paris, 1965, p. 253.

⁴- المادة 87 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁵- LARROUMET (Ch.), *Les opérations ... à trois personnes ...*, thèse précitée, p. 371. ; ROUX (J.-M.), *Le rôle créateur ...*, thèse précitée, p. 262.

كل من المشتري والمتعهد ملزما تجاه الآخر، يلتزم المتعهد بتنفيذ الأداء للمنتفع، ويلتزم المشتري بدفع مقابل للمتعهد، فهل يجوز للمتعهد- في هذه الحالة- أن يتمسك بدفع عدم التنفيذ في مواجهة المنتفع في حال ما إذا لم ينفذ المشتري التزامه؟ وبالتالي التمسك بالفسخ لعدم التنفيذ في مواجهة المنتفع؟

ذهب رأي في الفقه إلى إنكار حق المتعهد في فسخ عقد الاشتراط لعدم تنفيذ المشتري لالتزامه، بعد إعلان المنتفع لرغبته في الاستفادة من الاشتراط؛ لأنه ليس من العدل حرمان المنتفع من حق دون أن يرتكب خطأ⁽¹⁾، غير أن الراجح هو جواز تمسك المتعهد بهذا الدفع في مواجهة المنتفع⁽²⁾؛ لأن عدم تنفيذ المشتري لالتزامه تجاه المتعهد، يجعل التزام المتعهد تجاه المنتفع خاليا من السبب⁽³⁾.

هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 116: «... ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد...»، وبما أن مضمون العقد الملزم لجانبين يقضي بحق التمسك بالفسخ لعدم التنفيذ، فإنه يجوز للمتعهد التمسك بهذا الدفع في مواجهة المنتفع.

2 - عدم جواز تمسك المنتفع بالدفع الخاصة بعقد الاشتراط في مواجهة المتعهد :

ليس من المستحيل أن نتصور أنه قد تكون للمنتفع مصلحة من الاحتجاج بالعلاقة التي تربط المتعهد بالمشتري، خصوصا في حالة ما إذا كان الاشتراط يولد التزامات على عاتقه، كما في عقد نقل البضائع، فالمرسل إليه يكون عادة ملزما بتنفيذ الالتزامات التي يجب أن ينفذها المرسل، حتى يسلمه الناقل البضاعة، فهل له أن يتمسك بالمقاصة بين دين المشتري ودين المتعهد، في حالة ما إذا كان المرسل (المشتري) دائما للناقل (المتعهد) بمبلغ من المال، وتنج عن عقد النقل دين مساو على عاتق المرسل إليه (المنتفع)؟

إن حق المنتفع مرتبط بالعقد الذي ينتج عنه، وليس بمضمون العلاقة التي تربط المشتري بالمتعهد⁽⁴⁾، فالمنتفع يبقى أجنبيا عن عقد الاشتراط، وقبوله لا يعطيه صفة الطرف⁽¹⁾.

1- CHAMPEAU (E.), *La stipulation ...*, thèse précitée, p. 151 ; GAUDMET (E.), *Théorie générale ...*, op. cit., p. 253.

2- RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *Traité élémentaire ...*, op.cit., p. 250. ; LARROUMET (Ch.), *Les opérations ... à trois personnes ...*, thèse précitée, p. 273. ; ROUX (J.-M.), *Le rôle créateur ...*, thèse précitée, p. 262.

محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، طبعة ثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص. 186.

³ - لأن سبب التزام المتعهد هو التزام المشتري بالوفاء بأدائه.

4- LARROUMET (Ch.), *Les opérations ... à trois personnes ...*, thèse précitée, p. 375.

ثالثا - علاقة المشتراط بالمنتفع :

بما أن الهدف من الاشتراط لمصلحة الغير هو إنشاء حق مباشر قبل المتعهد، فإنه في المقابل لا ينشئ أي حق للمنتفع في مواجهة المشتراط⁽²⁾، وبالتالي لا يمكنه رفع أي مطالبة قضائية ضد هذا الأخير، إلا في حالة ما إذا قام المشتراط بتعهد شخصي لفائدة المنتفع⁽³⁾. وفي هذه الحالة يكون أساس المطالبة هو التعهد الشخصي، وليس عقد الاشتراط، كما أنه لا يجوز له رفع دعوى فسخ الاشتراط، والذي يعتبر مصدر الحق الذي نشأ في ذمته قبل المتعهد؛ لأنه لا مصلحة له في ذلك⁽⁴⁾، وهو ليس طرفا في العقد⁽⁵⁾. غير أنه هناك من الباحثين من يرى بأن الاشتراط لمصلحة الغير من الآليات القانونية التي تربط المشتراط بالمنتفع، لاسيما إذا كان الاشتراط قد أبرم من أجل الوفاء بدين على عاتق المشتراط في مواجهة المنتفع⁽⁶⁾. وهو تحليل غير مقنع؛ لأنه في حالة وجود دين سابق يصبح الاشتراط لمصلحة الغير أداة وفاء لهذا الدين، مما يجعل المنتفع صاحب مصلحة في المطالبة بفسخه، وهي مصلحة قائمة بمقتضى الدين السابق، وليس بمقتضى الاشتراط. بل أكثر من ذلك، نتساءل في هذه الحالة عن مدى إمكانية تكييف هذه العملية على أساس أنها اشتراط لمصلحة الغير؛ لأن حق المنتفع موجود قبل نشأة الاشتراط لمصلحة الغير ذاته؟

نميل في هذه المسألة إلى رأي الأستاذ "BILLIAU"⁽⁷⁾، الذي يرى أنه في حالة وجود دين سابق، لا يجب أن تكييف العملية على أنها اشتراط لمصلحة الغير، وإنما على أنها إنابة⁽⁸⁾.

إن عملية الاشتراط لمصلحة الغير عملية معقدة تهدف إلى إنشاء حق لمصلحة شخص أجنبي عنها، هذا ما جعل الباحثين يختلفون في تكييفها.

1- ROUX (J.-M.), Le rôle créateur ... , thèse précitée, p. 263.

2- GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit ... les effets ...*, op. cit., p.698.

3- FLATTET (G.), *Les contrats pour le compte d'autrui ...*, thèse précitée, p. 146.

4- LARROUMET (Ch.), « Stipulation pour autrui », *Encycl. Dalloz*, rep. dr. civ., 2^èm éd., p.29.

5- LEGIER (G.), ... « Stipulation pour autrui », art précité, p. 26.

6- FLOUR (J.) et AUBERT(J.-L.), ... *l'acte juridique ...*, op. cit., p. 348.

7- BILLIAU (M.), *La délégation de créance, essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations*, L.G.D.J., Paris, 1989, p.p. 19 et 20.

8- المادة 294 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

المطلب الثاني الطبيعة القانونية للاشتراط لمصلحة الغير

يتوقف تحديد الطبيعة القانونية للاشتراط لمصلحة الغير على البحث عن الأساس القانوني لحق المنتفع؛ بمعنى أنه يجب شرح كيف يمكن للعقد أن ينشئ حقاً لمصلحة شخص لم يشارك في إبرامه؟ يقضي المنطق بأن تكون الإجابة على هذا السؤال هي التي تحكم آثار الاشتراط لمصلحة الغير، غير أنه بالرجوع إلى مختلف المراجع⁽¹⁾ نلاحظ أن الحاجة العملية، هي التي حكمت دراسات الكتاب، فقد ركزوا أبحاثهم على التفسير الأكثر ملاءمة لتأطير النتائج التي أرادوا التوصل إليها؛ إذ أنهم استنتجوا الطبيعة القانونية للاشتراط لمصلحة الغير من آثاره. فبدافع النجاعة العملية، أغفل معظم هؤلاء الكتاب مبادئ المنهجية، التي تقضي بوجود البحث داخل عملية الاشتراط لمصلحة الغير نفسها عن أساس حق المنتفع، وليس خارجها، محاولين إيجاد آليات قانونية ترسي التوافق بين مبدأ نسبية التعاقد، الذي يقضي بأن العقد لا ينتج آثاراً إلا في مواجهة الأطراف المتعاقدة، والحاجة العملية إلى قبول فكرة إنشاء حقوق للغير.

سنحاول بعد التعرض لمختلف النظريات التي قيلت في الطبيعة القانونية للاشتراط لمصلحة الغير (فرع أول)، إعادة تأسيس حق المنتفع بالرجوع إلى الاشتراط لمصلحة الغير نفسه، وليس إلى آلية أخرى خارجة عنه (فرع ثان).

الفرع الأول النظريات التي تؤسس حق المنتفع على تقنية قانونية مستقلة عن الاشتراط لمصلحة الغير

على الرغم من اتفاق مختلف الباحثين على مسألة تأسيس حق المنتفع على تقنية قانونية مستقلة

¹- LAMBERT (E.) , *La stipulation pour autrui ...* , thèse précitée ; CHAMPEAU (E.) , *La stipulation pour ...* , thèse précitée ; ROUX (J.-M.) , *Le rôle créateur ...* , thèse précitée ; LARROUMET (Ch.) , *Les opérations ... à trois personnes ...* , thèse précitée.

عن الاشتراط لمصلحة الغير، غير أنهم اختلفوا في التقنية المعتمد عليها، فمنهم من يؤسسه على فكرة الإيجاب (أولا) ، ومنهم من يؤسسه على فكرة الالتزام بإرادة منفردة (ثانيا) ، وأخيرا هناك من يؤسسه على فكرة الفضالة (ثالثا) .

أولا - نظرية الإيجاب :

يتفق أصحاب هذه النظرية على أن أساس حق المنتفع هو إيجاب يعرض عليه، غير أنهم يختلفون في مسألة من هو الموجب، فمنهم من ذهب إلى القول أن الموجب هو المشتراط (I) ، ومنهم من يرى أن الموجب هو المتعهد (II) ، أما فريق ثالث فيرى أن الموجب هو المشتراط، غير أنه يقوم بإيجاب تخييري (III) .

I - ينتج حق المنتفع عن إيجاب يعرضه عليه المشتراط :

القائل بهذه النظرية هو الفقيه البلجيكي " LAURENT " ⁽¹⁾، الذي يرى أن الاشتراط لمصلحة الغير يتم في مرحلتين : يبرم في أولها عقد بين المشتراط والمتعهد، يكتسب بموجبه المشتراط حقا يكون موضوع إيجاب يوجهه المشتراط للغير ⁽²⁾. فحسب " LAURENT " وأنصاره ، يكون قبول المنتفع شرطا ضروريا لاكتساب هذا الأخير الحق الذي أشرط لمصلحته ⁽³⁾، وهم يرون أيضا أنه لا ينشأ أي حق مباشر بين المنتفع والمتعهد، وإنما يكون المنتفع دائما للمشتراط وحده. بل أكثر من ذلك، فهم لا يعترفون بحق رجوع المنتفع على المتعهد بدعوى التنفيذ إلا على أساس الدعوى غير المباشرة ⁽⁴⁾.

على الرغم من أن هذه النظرية تعطي تفسيراً منطقياً لحق المشتراط في نقض المشاركة، قبل تعبير المنتفع عن رغبته في الاستفادة منها ؛ لأن حق المنتفع لا ينشأ إلا بعد تعبير هذا الأخير عن رغبته في الاستفادة من هذا الحق بعد إيجاب يوجهه إليه المشتراط، فقد وجهت لها عدة انتقادات ناتجة عن عدم اعترافها بأن الاشتراط ينشئ حقا مباشرا للمنتفع قبل المتعهد .

¹ - LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, tome XV ... , op. cit.

² - Idem, p. 678 : « la première convention est formée par le concours des volontés du stipulant et du promettant ; mais de là ne suit pas que la seconde convention soit déjà formée ; elle se formera par l'acceptation du tiers. ».

³ - Ibid , « le tiers n'est pas intervenu au contrat, il n'a pas stipulé ; or, personne ne peut acquérir un droit sans sa volonté. C'est une offre qui lui est faite, il doit l'accepter ; quand il l'a acceptée, l'offre devient un contrat qui oblige toutes les parties intéressées. Jusqu'à l'acceptation, il n'y a qu'une simple offre qui n'oblige pas le stipulant. ».

⁴ - ROUX (J.-M.) , *Le rôle créateur ...* , thèse précitée, p. 35. ; LAMBERT (E.), *La stipulation ...* , thèse précitée, p. 15.

ينتج عن القول بأن حق المنتفع يجد أساسه في قبول هذا الأخير للإيجاب الذي يوجهه إليه المشتري، ألا يكون لهذا الحق أساس قانوني في حالة وفاة المشتري قبل علم المنتفع بهذا الإيجاب؛ لأن قبوله لن يصل إلى علم الموجب (المشتري). وبالتالي لن ينتج أثره القانوني⁽¹⁾، هذا ما يجعل من الاشتراط لمصلحة الغير عملية لا يمكن أن تنشأ بعد وفاة المشتري، وهذا مخالف تماما لما يحدث في تقنية التأمين على الحياة⁽²⁾؛ إذ يؤمن الشخص على حياته لمصلحة أولاده الذين قد لا يعلمون بهذا التأمين إلى غاية وفاته، فبتطبيق نظرية "LAURENT" لن يكون لهؤلاء الأولاد حق في مبلغ التأمين؛ لأن إيجاب والدهم وصل إليهم بعد وفاته، مما يجعل إمكانية علمه بقبولهم مستحيلا. هذا ما يفرغ عملية التأمين على الحياة من هدفها.

كما يعني القول بأن المنتفع لا يجوز له الرجوع على المتعهد إلا عن طريق الدعوى غير المباشرة، أن الحق المطالب به جزء من الذمة المالية للمشتري. هذا ما يجعل المنتفع يتنافس على هذا الحق مع دائي المشتري ووارثيه؛ لأن حسب أنصار هذه النظرية ينشأ الحق في ذمة المشتري ثم ينتقل إلى ذمة المنتفع⁽³⁾.

بل أكثر من ذلك، إن القول بأن حق المنتفع لا ينشأ مباشرة في ذمته، وإنما يمر من ذمة المشتري، يشوه آلية الاشتراط لمصلحة الغير؛ لأنها عملية تهدف - من حيث الأصل - إلى إنشاء حق مباشر في ذمة الغير. وعليه نميل إلى ما خلص إليه الأستاذين "CHAMPEAU"⁽⁴⁾، و "LAMBERT"⁽⁵⁾ في كون أن نظرية الإيجاب التي أتى بها "LAURENT" تعدم وتقضي على آلية الاشتراط لمصلحة الغير.

II - ينتج حق المنتفع عن إيجاب يعرضه المتعهد :

من أجل تفادي الانتقادات التي وجهت إلى نظرية "LAURENT" اقترح الأستاذ

¹ - المادة 61 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

² - PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil ...*, op. cit., p. 413.

³ - DEMOGUE (R.), *Traité des obligations ... effets ...*, op. cit., p. 185 ; FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *L'acte juridique ...*, op. cit., p. 352 ; CHAMPEAU (E.), *La stipulation pour autrui ...*, thèse précitée, p. 88.

⁴ - CHAMPEAU (E.), *La stipulation pour autrui ...*, thèse précitée, p. 88 : « la théorie de l'offre (...) aboutit à la négation même du contrat en faveur des tiers. » .

⁵ - LAMBERT (E.), *La stipulation pour autrui ...*, thèse précitée, p. 16, selon lui, LAURENT « Ne nous donne pas une explication de l'article 1121 ; il le supprime. » .

”LAROMBIERE“ أن يقدم الإيجاب من طرف المتعهد⁽¹⁾.

إن القول بأن الإيجاب يصدر من المتعهد يبقى المنتفع تحت رحمة حسن نية هذا الأخير في حالة وفاة المشتري ؛ إذ لن يوجد من يرغمه على تقديم الإيجاب للمنتفع⁽²⁾. كما أن هذه النظرية تنكر أية علاقة بين المشتري والمتعهد⁽³⁾، وهي تجعل نشأة حق المنتفع من يوم تعبيره عن رغبته في الاستفادة من الاشتراط لمصلحة الغير، وهو أمر يخالف فكرة الاشتراط، التي تقر نشأة هذا الحق من يوم إبرام الاشتراط بين المشتري والمتعهد، بدليل أن للمشتري حق تعديل الاشتراط بتعيين منتفع آخر أو الاستئثار به شخصياً⁽⁴⁾؛ إذ كيف يكون له هذا الحق لو كان الحق المنشأ للغير لم ينشأ بعد؟

III- ينتج حق المنتفع عن إيجاب تخييري⁽⁵⁾ يتقدم به المشتري :

تعرض الأستاذ ” LAMBERT “ إلى هذه الفكرة واصفا إياها بأنها فكرة عبقرية⁽⁶⁾، يتأصل التحليل فيها على التأمين على الحياة، ومفادها أن المشتري يشترط اشتراطاً تخييراً لمصلحة الغير أو لمصلحة نفسه، هذا ما تم تكييفه بالالتزام التخييري فيما يتعلق بتعيين الدائن⁽⁷⁾، فحسب هذه النظرية هناك دائنين : دائن رئيسي، وهو المشتري، ودائن احتياطي، وهو الغير، ففي التأمين على الحياة يكون الدائن الرئيسي هو المؤمن، أمّا المؤمن له فيبقى في مركز احتياطي⁽⁸⁾.

إن كانت هذه النظرية تفسر إمكانية نقض الاشتراط لمصلحة الغير من طرف المشتري، فإنه يعاب عليها أنها تغير من مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير، الذي يعتبر آلية قانونية تسعى إلى إنشاء حق لمصلحة الغير بجعله الدائن الرئيسي، وهذه النظرية تجعل منه دائناً احتياطياً.

ثانياً - نظرية الالتزام بإرادة منفردة :

تم تطوير نظرية الالتزام بإرادة منفردة من قبل الفقهاء الألمان خلال نهاية القرن التاسع عشر،

¹ - LAROMBIERE (M. L.), *Théorie et pratique des obligations ... t. I ...*, op. cit., p. 123 : « la proposition d'un contrat en expectative qui se réalise et s'achève entre le promettant et le tiers ... ».

² - CHAMPEAU (E.), *La stipulation pour autrui ...*, thèse précitée, p. 94.

³ - GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil, les effets ...*, op. cit., p. 703.

⁴ - المادة 117 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁵ - بمعنى تعيين شخصين أو أكثر يوجه إليهم الإيجاب، وينتفي التزم المتعهد بتوجيه الإيجاب لأحدهم، ويقابله باللغة الفرنسية مصطلح (Alternatif)، وليس بمعنى تعيين شخص واحد يوجه إليه الإيجاب، وتبرأ ذمة الموجب بتوجيهه لشخص آخر بدلاً منه، هذا المعنى يقابله باللغة الفرنسية مصطلح (facultatif).

⁶ - LAMBERT (E.), *La stipulation pour autrui ...*, thèse précitée, p. 30.

⁷ - يكون الالتزام تخييراً إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين إذا أدى واحدة منها يختارها هو، انظر المادة 213 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁸ - LAMBERT (E.), *La stipulation pour autrui ...*, thèse précitée, p. 45.

وتبناها بعض الفقهاء الفرنسيين⁽¹⁾.

مفاد هذه النظرية أن الشخص يمكنه أن ينشئ إرادته المنفردة التزاما على عاتقه لفائدة شخص آخر. وانطلاقا من هذه المسلمة، ذهب جانب من الباحثين إلى هجر فكرة أنه يجب أن يكون عقد بين المنتفع والمتعهد، حتى يكون أساسا لحق المنتفع تجاه المتعهد، وتبنوا فكرة أن حق المنتفع هو نتيجة للالتزام بإرادة منفردة من قبل المتعهد⁽²⁾، ولا يظهر المشترط في العملية؛ لأنه لا يكون له أي دور. هذا ما يفسر كون أن حق المنتفع لا يمر من ذمة المشترط.

كما أن الفكرة تستجيب لبعض خصائص الاشتراط لمصلحة الغير: أولها أن المنتفع يكتسب حقه إثر التزام بإرادة منفردة من قبل المتعهد، هذا ما يجعله لا يكتسب صفة الطرف. وهي خاصية أساسية في الاشتراط لمصلحة الغير⁽³⁾. ثانيها أن المنتفع غير مقيد بإبداء قبوله من أجل رفع دعوى التنفيذ على المتعهد، باعتبار أن هذا الأخير مدين بموجب التزام بإرادته المنفردة⁽⁴⁾.

إن فضائل نظرية الالتزام بإرادة منفردة في تفسير خصائص الاشتراط لمصلحة الغير لها حدود، فهناك عدة خصائص لا تستطيع هذه النظرية شرحها: من خصائص الاشتراط لمصلحة الغير سلطة المشترط في نقض المشاركة، وتحويل الحق من المنتفع الأول إلى منتفع آخر⁽⁵⁾. والقول أن حق المنتفع ناتج عن التزام المتعهد بإرادته المنفردة، يمنع المشترط من التدخل باعتباره ليس طرفا في العملية. ومن خصائص الاشتراط لمصلحة الغير كذلك، تمكين المتعهد من التمسك في مواجهة المنتفع ببطان عقد الاشتراط لمصلحة الغير، الذي يربطه بالمشرط⁽⁶⁾. والقول أن حق المنتفع ناتج عن التزام المتعهد بإرادته المنفردة، يجعل العلاقة بين المنتفع والمتعهد مستقلة تماما عن العلاقة بين المتعهد والمشرط. وبالتالي لا يمكن للمتعهد أن يتمسك ببطان الاشتراط في مواجهة المنتفع.

لاحظ أنصار نظرية الالتزام بإرادة منفردة وجوب ربط التزام المتعهد بإرادته المنفردة بالعقد الذي أبرمه مع المشترط، إلا أنهم لاحظوا كذلك، بأن اشتراط وجوب وجود عقد بين المشترط

¹ - **WORMS (R.)**, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligation en droit romain et en droit français*, thèse Paris, 1891, p. 98 ; **MARTIN DE LA MOUTTE (J.)**, *l'acte juridique unilatéral ...*, thèse précitée ; **IZORCH (M.-L.)**, *l'avènement de l'engagement unilatéral de volonté en droit privé contemporain*, P.U.A.M., France, 1995.

² - **CHAMPEAU (E.)**, *La stipulation ...*, thèse précitée, p. 108. ; **WORMS (R.)**, *De la volonté unilatérale ...*, thèse précitée, p. 114.

³ - **ROUX (J.-M.)**, *Le rôle créateur ...*, thèse précitée, p. 38.

⁴ - **GHESTIN (J.)**, **JAMIN (Ch.)** et **BILLIAU (M.)**, *Traité de droit civil, les effets ...*, op. cit., p. 704.

⁵ - المادة 117 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁶ - المادة 116 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

والمتعهد، ما هو إلا شرط شكلي مستمد من قواعد الشكلية الرومانية⁽¹⁾. وقد ذهب أحد الباحثين إلى إعطاء العقد المبرم بين المشتري والمتعهد مهمة دقيقة، تتمثل في إلزام المتعهد باحترام تعهده قبل المنتفع : « يعد الالتزام بإرادة منفردة جزء من العقد المبرم مع شخص آخر (المشتري)، وهو يؤكد مضمونه، وتاريخه، وسببه في آن واحد. كما يؤكد عدم جواز نقض تعهد المتعهد قبل المنتفع»⁽²⁾. مما مفاده أن تعهد المتعهد تجاه المنتفع لا يكون فعالاً من الناحية القانونية، إلا إذا كان مضموماً داخل عقد الاشتراط المبرم بين المتعهد والمشتري⁽³⁾. كما أن اللجوء إلى نظرية الالتزام بإرادة منفردة يهدم كلياً فكرة أن الاشتراط لمصلحة الغير استثناء لمبدأ نسبية التعاقد⁽⁴⁾.

ثالثاً – نظرية الفضالة :

يرى أنصار هذه النظرية أن المشتري يكون فضولياً أثناء اشتراطه لمصلحة الغير ؛ لأنه يقوم عن قصد بعمل لصالح الغير⁽⁵⁾.

الفضالة (la gestion d'affaire) هي أن يتولى شخص عن قصد وبدون أن يكون ملزماً بذلك، شيئاً نافعاً وعاجلاً لحساب شخص آخر. وهي تعتبر – وفقاً للرأي السائد فقهاً – تطبيقاً خاصاً من تطبيقات الإثراء بلا سبب ؛ لأن في التزام رب العمل بتعويض الفضولي ما يمنع من إثرائه على حساب هذا الأخير⁽⁶⁾.

تقترب الفضالة من الوكالة ؛ لأنها تؤدي دوراً مشابهاً لها . بل قد تنقلب إلى وكالة إذا أقر رب العمل عمل الفضولي . كذلك قد تنقلب الوكالة إلى فضالة إذا تجاوز الوكيل حدود نيابته، أو استمر في عمله بعد انتهاء الوكالة⁽⁷⁾. غير أن الفضالة تختلف عن الوكالة في كون أن مصدرها هو القانون، بينما مصدر التزام الوكيل هو العقد.

لا يسمح اللجوء إلى نظرية الفضالة في مواد الاشتراط لمصلحة الغير سوى بشرح وجود حق مباشر للغير قبل المتعهد، غير أن هذا التأسيس يصطدم بعدة تناقضات: ففي الفضالة لا يجوز للفضولي

¹ - V. LAMBERT (E.), *La stipulation pour autrui ...*, thèse précitée, p. 53.

² - CHAMPEAU (E.), *La stipulation pour autrui ...*, thèse précitée, p. 109 : « l'engagement unilatéral fait partie du contrat passé avec une autre personne, et lui emprunte la certitude de son contenu et de sa date et l'indication de sa cause, en même temps que son irrévocabilité vis-à-vis du promettant ».

³ - LARROUMET (Ch.), *Les opérations ... à trois personnes ...*, thèse précitée, p. 363.

⁴ - ROUX (J.-M.), *Le rôle créateur ...*, thèse précitée, p. 41.

⁵ - GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil, les effets ...*, op. cit., p. 705.

⁶ أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ص. 402.

⁷ أنور سلطان، مصادر الالتزام ...، المرجع نفسه، ص. 402.

نقض العمل الذي بدأ فيه⁽¹⁾، بينما في الاشتراط لمصلحة الغير يجوز للمشتري نقض المشاركة، ما دام المنتفع لم يعلن عن رغبته في الاستفادة من الاشتراط. مما يجعل نظرية الفضايلة عاجزة عن شرح حق المشتري في نقض المشاركة⁽²⁾.

يكون للمنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير حق قبول أو رفض المشاركة. بينما لا يكون له في نظرية الفضايلة رفض عمل الفضولي متى كان هذا الأخير قد بذل في عمله عناية الرجل العادي. كما أن المشتري يأخذ حكم النائب في نظرية الفضايلة، بينما يأخذ حكم الأصيل في الاشتراط لمصلحة الغير، فهو لا يستمد حقه في مطالبة المتعهد بتنفيذ الاشتراط من المنتفع، وإنما من شخصه هو⁽³⁾.

كما يجوز للمشتري مطالبة المنتفع بتعويض المصاريف (مصاريف دعوى الفضايلة) لو اعتمدنا نظرية الفضايلة، بينما لا يجوز ذلك في الاشتراط لمصلحة الغير، فلا يمكن في التأمين على الحياة مثلاً، مطالبة المؤمن له بتعويض تركة المؤمن عن الأقساط التي دفعها المؤمن (المشتري) لصالح شركة التأمين.

من خلال تعرضنا لمختلف هذه النظريات⁽⁴⁾ يمكن القول أنها تعوزها الحجة. ولعل مرجع ذلك هو سعيها إلى التوفيق بين الاشتراط لمصلحة الغير ومبدأ نسبية التعاقد، عن طريق محاولة إعطاء الغير في الاشتراط امتيازات الطرف. هذا ما جعل الفقه خلال القرن التاسع عشر والنصف الأول من القرن العشرين، يتخلى عن هذه النظريات - وذلك تحت تأثير أعمال الأستاذ "LAMBERT" - ويكتفي بملاحظة أن الاشتراط لمصلحة الغير ينشئ حقاً لهذا الأخير. وهو بذلك يعتبر استثناء لمبدأ نسبية آثار العقد⁽⁵⁾، وأن المنتفع من هذا الحق لا يكتسب صفة الطرف في الاشتراط⁽⁶⁾.

¹ - المواد من 150 إلى 159 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

² - TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations* ... , op. cit., p. 413.

³ - المادة 157 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁴ - يدعو "PLANIOL" إلى دمج (fusionné) هذه النظريات الثلاث، انظر:

PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil* ... , op. cit., p.p. 415-418.

⁵ - FLOUR (J.) et AUBERT (J.- L.), ... *l'acte juridique* ... , op. cit., p. 353.

⁶ - LAMBERT (E.), *La stipulation pour autrui* ... , thèse précitée, p. 75.

الفرع الثاني

حق المنتفع يجد أساسه في الاشتراط لمصلحة الغير في حد ذاته

يرجع سبب لجوء النظريات السابقة إلى تقنيات قانونية خارجة عن الاشتراط لمصلحة الغير حتى تؤسس حق المنتفع، إلى عدم اعترافها بتصرف قانوني آخر غير العقد والالتزام بإرادة منفردة. غير أنه بالرجوع إلى مختلف الكتابات المتعلقة بالاشتراط لمصلحة الغير⁽¹⁾، نجد أنها تشرحه في علاقات تربط ثلاثة أشخاص : علاقة تربط المشتراط بالمنتفع، وعلاقة تربط المشتراط بالمتعهد، وعلاقة تربط المتعهد بالمنتفع، على الرغم من أن العقد هو آلية قانونية تنظم العلاقة بين طرفين.

إنّ أول من حلل الاشتراط لمصلحة الغير على أنه علاقة قانونية غير العقد هو الأستاذ "LARROUMET" في رسالته التي تحمل عنوان : « العلاقات القانونية ثلاثية الأشخاص ».

سنعرض لهذا التحليل (أولا) قبل أن نقترح تكييفاً آخر (ثانياً).

أولا – نظرية العملية القانونية ثلاثية الأشخاص :

يعرف الأستاذ "LARROUMET" العملية القانونية ثلاثية الأشخاص بأنها : « عملية تنتج عن اتفاق واحد، يخلو من أي تمثيل لأحد الأشخاص الثلاث من قبل الشخصين الآخرين، سواء أكان ذلك في مرحلة الإبرام أو الآثار. وهي عملية تفترض تشابك العلاقات القانونية بين الأشخاص الثلاث»⁽²⁾.

وهو يرى أنه إذا اعتمدنا النظريات التي قيلت قبل النصف الثاني من القرن العشرين في تكييف الاشتراط لمصلحة الغير، فإنه سيستحيل تكييف هذه العملية على أنها عملية قانونية ثلاثية

¹ عبد الرزاق احمد السهوري، الوسيط ... جزء أول ... ، مرجع سابق؛ محمد حسنين منصور، مصادر الالتزام ... ، مرجع سابق؛ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام ... ، مرجع سابق؛ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري ... ، مرجع سابق؛

CHAMPEAU (E.), *La stipulation ...* , thèse précitée ; FLATTET (J.), *Les contrats pour le compte d'autrui ...* , thèse précitée ; LAMBERT (E.), *La stipulation ...* , thèse précitée ; LARROUMET (Ch.), *Les opérations ... à trois personnes ...* , thèse précitée ; (G.) LEGIER, ... « *La stipulation* » , art. précité ; MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Les obligations ...* , op.cit. ; MAZEAUD (H., L. et J.), *Leçons de droit civil ...* , par CHABAS (F.) ... ,op. cit.

² - LARROUMET (Ch.), *Les opérations ... à trois personnes ...* , thèse précitée, p. 22 : « Opération résultant d'une convention unique, exclusive de toute représentation de l'une des trois personnes intéressées par l'une des deux autres, et cela aussi bien au moment de sa conclusion que dans ses effets, et qui suppose une multiplication ou un enchevêtrement de relations juridiques entre les trois personnes ».

الأشخاص⁽¹⁾؛ لأنه إذا قبلنا بنظرية الإيجاب، فإن حق المنتفع تجاه المتعهد سيجد أساسه في العقد المبرم بين المتعهد والمنتفع، وليس في العقد المبرم بين المشتري والمتعهد؛ لأن قبول المنتفع للإيجاب الذي يعرضه عليه المتعهد هو الذي يؤسس هذا الحق. كما أن تطابق هذا الإيجاب بالقبول يولد عقداً مستقلاً عن عقد الاشتراط لمصلحة الغير⁽²⁾.

أما إذا أخذنا بنظرية الفضالة، والتي تدخل فكرة النيابة أو التمثيل في العملية باعتبار أن المشتري يتصرف بصفته نائباً للمنتفع، فإنها ستهدم فكرة العملية القانونية الثلاثية⁽³⁾؛ لأنه لا يجب في هذه الأخيرة أن يمثل أحد الأشخاص الثلاث المعنيين بالعملية الشخصين الآخرين.

وأخيراً، لو قبلنا بفكرة الالتزام بإرادة منفردة، فإن هذا سيهدم منطق الاشتراط لمصلحة الغير الذي يركز على كونه استثناء لمبدأ نسبية التعاقد⁽⁴⁾.

إن أهم ما يميز الاشتراط لمصلحة الغير هو توجيه آثاره من قبل الأطراف إلى الغير. وهذا يفترض أمرين: وجود مصلحة المنتفع في الاستفادة من هذا العقد المبرم لصالحه، واتجاه إرادة كل من المشتري والمتعهد إلى توسيع نطاق آثار العقد، الذي سيرمونه ليمتد إلى خارج العلاقات التي تربطهما، فتنشئ حقاً لمصلحة شخص ثالث لم يكن طرفاً في هذا العقد.

وحتى وكيف الاشتراط لمصلحة الغير على أنه عملية قانونية ثلاثية الأشخاص يجب توافر شرطين: أن لا يكون المشتري ممثلاً (نائباً) للمنتفع، وأن تتشابه العلاقات بين كل من المشتري، والمتعهد، والمنتفع.

يتحقق الشرط الأول بمجرد استبعاد نظرية الفضالة التي تجعل من المشتري نائباً للمنتفع، ذلك لأنها لا تعبر عن حقيقة العملية، فالمشتري يتصرف أصالة عن نفسه باعتبار أن له مصلحة شخصية في إبرام عقد الاشتراط. كما أن له حق لا يثبت للنائب، وهو يتمثل في حق نقض المشاركة. أما الشرط الثاني فقد عالجها الأستاذ "LARROUMET" في أكثر من أربعين صفحة، أين أثبت أن حق المنتفع مرتبط ارتباطاً وثيقاً بالعقد المبرم بين المشتري والمتعهد. وقد لجأ إلى مفهوم السبب في إثبات هذا الارتباط؛ حيث استعمله لشرح مصدر التزام المتعهد. وهو يميز بين سبب الالتزام وسبب العقد: فسبب الالتزام هو ما يحمل الشخص على الالتزام، وهو بذلك واحد لا يتغير في كل نوع من أنواع

¹- Idem , p. 321.

²- Ibid .

³- Ibid .

⁴- Ibid , p. 363.

العقود⁽⁵⁾. ففي عقد البيع مثلا، سبب التزام المشتري بدفع الثمن إلى البائع هو التزام البائع بتسليمه المبيع، وسبب التزام البائع بتسليمه المبيع هو التزام هذا الأخير بدفع الثمن إليه . وعليه يكون سبب التزام البائع وسبب التزام المشتري واحد في جميع أنواع البيوع، لذا يوصف هذا النوع من السبب بأنه مجرد⁽⁶⁾، فهو الغرض المباشر الذي يرمي إليه المتعاقد من تعاقدته . بينما يكون سبب العقد هو ذلك السبب الملموس الذي يدفع الشخص إلى التعاقد؛ بمعنى أنه الدافع الباعث إلى التعاقد، وهو يختلف في النوع الواحد من العقود ؛ لأنه يختلف باختلاف المتعاقد⁽⁷⁾، فيختلف الدافع إلى البيع من شخص لآخر، فمنهم من يبيع لشراء شيء معين، ومنهم من يبيع لسداد دين أو من أجل السفر ... إلخ، كما يختلف الدافع إلى الشراء من مشتري لآخر، فمنهم من يشتري من أجل التملك ، ومنهم من يشتري من أجل إعادة البيع أو الإهداء ... إلخ.

ويرى الأستاذ " LARROUMET " أن سبب عقد الاشتراط لمصلحة الغير هو شخص المنتفع، بالإضافة إلى الدوافع الشخصية للمتعاقدين . فهناك ازدواجية في الدافع : يتمثل الأول في الهدف الذي يرمي إليه كل متعاقد من هذا التعاقد، بينما يتمثل الثاني في أخذ كلا المتعاقدين مصلحة المنتفع بعين الاعتبار⁽⁸⁾، مما يجعل طبيعة العقد موافقة لتمديد آثاره إلى الغير المنتفع باعتبار أن شخصه عامل لصيق بعملية الاشتراط⁽⁹⁾ . بل أكثر من ذلك ، فأخذ المتعاقدين مصلحة المنتفع بعين الاعتبار عند التعاقد يجعل حق هذا الأخير وثيق الارتباط بالعقد الذي يتأسس عليه (العقد المبرم بين المشتري والمتعهد)، والذي يعتبر السبب الفعال لوجوده⁽¹⁰⁾.

أمّا فيما يتعلق بتعبير المنتفع عن رغبته في الاستفادة من الاشتراط المبرم لصالحه، فالأستاذ " LARROUMET " لا يعتبره مصدرا لحق هذا الأخير، والذي يجد مصدره في العقد المبرم بين المشتري والمتعهد ؛ إذ لو كان - حسب تقديره - تعبیر المنتفع هو مصدر حقه، لما شكل الاشتراط لمصلحة الغير استثناء لمبدأ نسبية التعاقد . وهو يرى في تعبیر المنتفع عن رغبته في الاستفادة من الحق الناتج عن عقد الاشتراط مجرد تصديق لهذا العقد⁽¹¹⁾.

⁵ أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص. 145. ؛ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام ... ، مرجع سابق، ص. 213.

⁶ - LARROUMET (Ch.), *Les opérations ... à trois personnes ...*, thèse précitée, p. 330.

⁷ - Idem .

⁸ - Ibid .

⁹ - Ibid , p. 331.

¹⁰ - Ibid , p. 366.

¹¹ - Ibid , p. 319.

ما يلاحظ على نظرية العملية القانونية ثلاثية الأشخاص هو أنها لا تختلف عن العقد إلا في مسألة واحدة : تتمثل في كونها تفسر امتداد الآثار إلى الغير. هذا ما يجعلنا نأخذ عليها مأخذين :

يكن الأول في معيار التصنيف الذي تعتمده، فهي تبحث في مدى آثار التصرف القانوني حتى تكيفه، فإذا كانت تمتد إلى شخصين كان التصرف عقداً، وإذا كانت تمتد إلى ثلاثة أشخاص كان التصرف علاقة قانونية ثلاثية الأشخاص⁽¹⁾. وهو بهذا معيار منتقد : ففي العقود الملزمة لجانب واحد تتولد الآثار على عاتق شخص واحد ، فهل نعتبرها تصرفات بإرادة منفردة؟

أما الثاني فيتمثل في كون أن هذه النظرية لا تعترف باكتساب المنتفع لصفة الطرف على الرغم من أن الاشتراط لمصلحة الغير يولد له حقاً⁽²⁾.

وبهذا لا يكون الأستاذ " LARROUMET " قد أتى بالجديد، فالعملية القانونية الثلاثية بهذا المفهوم هي مجرد عقد تمتد آثاره إلى الغير، ولا يمكن اعتبار ذلك إعادة نظر في تصنيف التصرفات القانونية .

ثانياً – التكييف المقترح :

يتوقف تكييف آلية الاشتراط لمصلحة الغير على تحديد المركز القانوني للمنتفع في هذه العملية القانونية، هل هو طرف فيها أم يعد من قبل الغير؟ بمعنى هل هو صاحب الحق المنشأ عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير، أو هناك من يشاركه فيه؟

بتحليل آلية الاشتراط لمصلحة الغير نميز مرحلتين: مرحلة ما قبل تعبير المنتفع عن رغبته في الاستفادة من الحق الناشئ عن الاشتراط، وهي مرحلة يجوز فيها للمشتراط أن ينقض المشاركة التي اشترطها (I) ، ومرحلة ما بعد تعبير المنتفع عن رغبته في الاستفادة من الحق الناشئ عن الاشتراط، أين يحصن المنتفع حقه ، فيصبح غير قابل للنقض من طرف المشتراط (II) .

¹- Ibid , p. 317 : « la recherche du critère d'une classification de ces opérations devait plutôt se faire sur le terrain de l'étendue des effets d'un contrat en ce qui concerne des individus qui pourraient apparaitre comme des (PENITUS EXTRANEI). ».

²- Ibid , p. 359 : « nous pouvons donc définir la stipulation pour autrui Comme une opération à trois personnes qui a pour objet de créer immédiatement au profit d'un individu *qui n'est pas partie* au contrat conclu entre le stipulant et le promettant, et qui doit unir obligatoirement ces deux personnes l'un à l'autre, un droit contre le promettant qui se superpose au droit du stipulant contre ce dernier ». C'est nous qui soulignons.

I – تكييف الاشتراط لمصلحة الغير قبل تعبير المستفيد عن رغبته في الاستفادة من الحق الناشئ عن الاشتراط لمصلحة الغير :

يتمتع المشتراط في هذه المرحلة بحق نقض المشاركة ، فهل يجوز أن نقول أن المنتفع هو صاحب الحق الناشئ عنها ، باعتبار أن هذا الحق ينشأ مباشرة في ذمته من يوم انعقاد الاشتراط ؟
إن الإجابة على هذا السؤال تقتضي تحليل مصطلح الحق الذي تعددت محاولات مقارنة مفهومه⁽¹⁾ ، وإن كانت تعد مقارنة الفقيه البلجيكي ”DABIN“⁽²⁾ من أبرز المحاولات وأقربها إلى حقيقة هذا المفهوم⁽³⁾ .

يتمثل الحق – حسب هذا الأخير- في تركيب امتيازين أساسيين يشكلان وجهان لعملة واحدة، فالحق يجد تعريفه في مصطلحي الاستئثار (l'appartenance) والتسلط (la maîtrise)⁽⁴⁾ ، وهما غير قابلان للانفصال : « الحق هو امتياز يمنحه ويضمنه القانون لشخص معين، يكون له بمقتضاه أن يتصرف بصفة المتسلط (السيد) في مال معترف له باستثنائه به، إمّا على أنه له، وإمّا على أنه دائن به »⁽⁵⁾ .

انطلاقاً من هذه المقاربة، لاسيما من عنصري الاستئثار والتسلط، نلاحظ أنه في مرحلة ما قبل تعبير المنتفع عن رغبته في الاستفادة من الاشتراط، يكون هناك توزيع للسلطات⁽⁶⁾ ؛ فالمنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير يستأثر بالحق وحده (1)، بينما يشاركه المشتراط في التسلط باعتبار أن هذا الأخير يمكنه تغيير شخص المنتفع (2) .

¹ - أنظر في تفصيل هذه المقاربات، محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية، الجزء الثاني، دروس في نظرية الحق، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2011، ص. 8 وما يليها.

² - DABIN (J.), *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952.

³ - لم يتم اختيار مقارنة ”DABIN“ على أساس أنها المقاربة الوحيدة التي قاربت مفهوم الحق، وإنما لكونها مقارنة تسمح بتحليل الحق الناتج عن الاشتراط لمصلحة الغير.

⁴ - يضيف ”DABIN“ عنصران آخران: حجية الحق في مواجهة الغير، والحماية القانونية، غير أنه لن نركز تحاليلنا عليها؛ لأننا نرى أنها لا يدخلان في تعريف الحق، وإنما في تنظيم العلاقة بين صاحب الحق وأشخاص القانون الآخرين.

⁵ - DABIN (J.), *Le droit subjectif ...*, op. cit., p. 105 : « le droit subjectif est la prérogative, concédée à une personne par le droit objectif et garantie par voies de droit, de disposer en maître d'un bien qui est reconnu lui appartenir, soit comme sien, soit comme dû. » .

⁶ - لاحظ الأستاذ ”LARROUMET“ التوزيع في السلطات، غير أنه لم يستعمل عبارات الاستئثار والتسلط التي يستعملها ”DABIN“ في شرح مفهوم الحق :

« Il est assez remarquable que le bénéficiaire en est *titulaire*, dans la mesure où il [le droit] est déjà fixé sur sa tête, sans en avoir la *maîtrise*, alors que le stipulant en a la maîtrise sans pour autant en être titulaire », op. cit., p. 377. C' est nous qui soulignons.

1 - استثناء المنتفع بالحق :

ينشئ الاشتراط لمصلحة الغير حقا مباشرا في ذمة المنتفع، فيستأثر المنتفع بهذا الحق وحده على الرغم من أن المشتراط له أن ينقض المشاركة . هذا ما يستدعي شرح مصطلح الاستثناء (أ)، قبل تحديد السلطات التي يمنحها هذا الاستثناء للمنتفع (ب).

أ - مصطلح الاستثناء :

يبنى "DABIN" فكرة الاستثناء على العلاقة ما بين الشخص صاحب الحق، والقيمة موضوع هذا الحق، فما يسمح للشخص بأن يعلن نفسه صاحب حق، هي العلاقة الخاصة التي توجد بين قيمة معينة وهذا الشخص، وهي علاقة تقترب من مفهوم الملكية على شكل أو نحو يجعل القيمة تظهر في أصول ذمة الشخص⁽¹⁾.

والاستثناء عنده هو مصدر فكرة الحق⁽²⁾؛ إذ يعتبر من المعطيات الأساسية التي يتأسس عليها النظام القانوني الذي يربط صاحب القيمة، والقيمة، والغير⁽³⁾، حيث تظهر القيمة كملكية لصاحبها، ويتوجب على الغير احترام هذا الوضع تحت طائلة المتابعة القضائية . وعليه فللاستثناء مظهرين: مظهر داخلي يتمثل في العلاقة بين الشخص - سواء كان طبيعيا أو معنويا - والقيمة موضوع الحق، ومظهر خارجي يتمثل في علاقة صاحب القيمة بالغير.

يحصّر "DABIN" مفهوم الحق من زاوية جوهره، وليس من زاوية شخص صاحبه⁽⁴⁾ أو من زاوية المصلحة⁽⁵⁾ التي تعتبر الهدف منه، فالحق عنده ليس الانتفاع بالشيء، وإنما الاستثناء به؛ بمعنى اختصاصه وانفراده بقيمة معينة دون غيره من الناس⁽⁶⁾، وهو بذلك لا يضع الإرادة كأصل للحق، وإنما المصلحة، غير أن "DABIN" لا يتصور المصلحة بالمفهوم الذي يتصوره بها "IHERING"؛ بمعنى مصلحة تمتع (intérêt de jouissance)، وإنما على أنها مصلحة استثناء (intérêt d'appartenance)، فالحق عنده: « هو ليس المصلحة حتى وإن كانت محمية قانونا، وإنما هو

¹ - DABIN (J.), *Le droit subjectif ...*, op. cit., p. 81.

² - Ibid : « l'idée de droit ne naît qu'avec cette appartenance, d'autre part, cette appartenance est au principe de tout ce qui constitue et caractérise le droit » .

³ - VILLEY (M.) : « *Le droit subjectif et les systèmes juridiques romains* », *Rev. historique de droit français et étranger*, 1946 - 1947, p. 224 et s.

⁴ - إذ يحصره في العلاقة ما بين الشخص والقيمة، وليس في الشخص.

⁵ - المصلحة المقصودة هنا المنفعة، أي المصلحة بمفهوم "IHERING".

⁶ - محمد سعيد جعفرور، ... دروس في نظرية الحق ...، مرجع سابق، ص. 26.

الاستثناء هذه المصلحة، أو بتعبير أدق، هو الاستثناء بشيء يمس الشخص وبهيمه، ليس باعتبار ما يتمتع أو ما يستمتع بهذا الشيء، وإنما باعتبار أنه يستأثر بهذا الشيء لوحده»⁽¹⁾.

يلغي " DABIN " - بهذا المفهوم - كل علاقة بين إرادة الشخص واستنثاره بالقيمة ؛ لأنه يعتبر أن الشخص ليس بحاجة إلى تعبير عن إرادته حتى يتمتع بامتيازات يحميها القانون . بل أكثر من ذلك، فهو لا يشترط لا علم الشخص بهذه الامتيازات كما في التصرفات التي تنشئ حقوقا للغير، ولا قدرته على التعبير عن إرادته، فالجنون قد يكتسب حقوقا على الرغم من عدم تمكنه من التعبير عن إرادته، كما يحدث في مسائل الميراث⁽²⁾.

يُميز " DABIN " بين الاستثناء المباشر والاستثناء غير المباشر، فيكون الاستثناء مباشرا إذا زاول صاحب الحق اختصاصه دون تدخل شخص آخر، ويتحقق ذلك عندما تكون العلاقة ما بين الشخص والقيمة مباشرة، كما في الحقوق العينية، ويكون الاستثناء غير مباشر إذا لم يتسنى لصاحب الحق ممارسة حقه إلا بتدخل المدين بالأداء، كما في الحقوق الشخصية⁽³⁾. ويكون الاستثناء - بهذا المفهوم - جوهر الحق ؛ لأنه يمكن المستأثر من المطالبة به، كما يجعل حقه نافذا في مواجهة الغير. فما هي خصائص استثناء المنتفع بالحق المنشأ لمصلحته عن طريق الاشتراط ؟

ب - خصائص استثناء المنتفع بالحق الناشئ عن الاشتراط لمصلحة الغير :

لا يختلف الباحثون في كون أن الاشتراط لمصلحة الغير ينشئ حقا مباشرا في ذمة المنتفع، وهذا حتى قبل تعبيره عن رغبته في الاستفادة منه، فهذا الحق هو للمنتفع بموجب إرادة المشتري والمتعهد، وهو لا ينشأ في ذمة المشتري أولا وينتقل إلى ذمة المنتفع بعد ذلك، بل ينشأ مباشرة في ذمة هذا الأخير، مما يخرج من الضمان العام للمشتري، فيجعله في منأى عن مطالبات دائني المشتري ووارثيه، كما أنه ينشأ من تاريخ إبرام عقد الاشتراط لمصلحة الغير، مما يجعل بداية استثناء المنتفع

¹- DABIN (J.), *Le droit subjectif ...*, op. cit., p. 82 : « le droit n'est pas un intérêt, même juridiquement protégé (وهو تعريف اهرنغ للحق) ; Il est l'appartenance d'un intérêt ou plus exactement, d'une chose qui touche le sujet et l'intéresse, non en tant qu'il jouit ou est appelé à en jouir, mais en tant que cette chose lui appartient en propre ».

²- لم يكن " DABIN " سابقا إلى هذه الفكرة، فقد سبقه إليها " DEMOGUE " الذي يرى أن الحق هو وضع يكون فيه الشخص، وليس شيئا يكتسبه، فعارة « يملك حقا » غير دقيقة حسب تعبيره، ويجب استبدالها بعبارة « هو في حق »، فهناك فقط تصرفات يقوم بها الشخص من أجل ممارسة الحق، إما بنفسه أو عن طريق ممثل قانوني، ولا يكون الشخص بحاجة إلى إرادة، أو سلامة عقلية، ولا حتى قدرة التمتع، وإنما أن تكون له فقط حاجات يمكن أن يحميها القانون حتى يكون شخصا قانونيا، أنظر:

DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales du droit privé : étude critique*, réimpression de l'édition de 1911, LA MEMOIRE DU DROIT, Paris, 2001, p. 329

³- DABIN (J.), *Le droit subjectif ...*, op. cit., p. 84.

بالحق من هذا التاريخ، وليس من تاريخ تعبيره عن رغبته في الاستفادة منه . وعليه يتم تقدير أهلية المنتفع من هذا التاريخ⁽¹⁾ .

وينتج كذلك - عن كون أن الحق ينشأ في ذمة المنتفع من يوم انعقاد الاشتراط لمصلحة الغير، لا من يوم تعبير هذا الأخير عن رغبته في الاستفادة منه- عدم تأثر حق المنتفع بوفاة كل من المتعهد والمشترط بعد انعقاد الاشتراط ؛ لأن قبول المنتفع ليس هو الذي يولد الحق، وإنما عقد الاشتراط هو الذي يولده، وبالتالي فإنه لا حاجة لعلم المشترط أو المتعهد بقبول المنتفع لنشأة هذا الحق، كما أن وفاة المنتفع لا تؤثر أيضا على الاشتراط لمصلحة الغير، فالفقه يتفق على أن حق المنتفع يدخل في ذمته المالية مباشرة، وبالتالي في تركته⁽²⁾ .

هذا فيما يتعلق بميزة الاستثناء، أما فيما يتعلق بميزة التسلط، فإن المشترط يشارك المنتفع فيها.

2 - مشاركة المشترط المنتفع في ميزة التسلط على الحق :

أشار " DABIN " لما عرف الحق مستعينا بمصطلحي الاستثناء والتسلط إلى التشابك والترابط الموجودين بينهما، فبالنسبة له يكون للشخص سلطة التصرف في الشيء نتيجة استثنائه به⁽³⁾ ، غير أننا نلاحظ أن سلطة التصرف في الاشتراط لمصلحة الغير تتوزع على كل من المشترط والمنتفع، فالمنتفع له سلطة الخيار، بينما المشترط له سلطة نقض الاشتراط.

سنشرح هذه الازدواجية في التسلط (ب) بعد شرح المصطلح (أ) .

أ - مصطلح التسلط :

« بما أن الشخص يستأثر بالشيء، فإن له سلطة عليه»⁽⁴⁾ . تلخص هذه الجملة فكرة "DABIN" في كون أن التسلط نتيجة طبيعة وحمية للاستثناء ؛ إذ لا يمكن أن تكون للشخص سلطة على الشيء - من حيث المبدأ - دون أن يكون مستأثرا به⁽⁵⁾ ، وعليه فإن التسلط هو النظير

¹ - الأصل في اكتساب الحقوق أن يكون المكتسب شخصا قانونيا، فأهلية الوجوب التي تعني صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، لصيقة بالشخصية القانونية، تتحقق بوجودها وتنفي بانعدامها، غير أنه في الاشتراط لمصلحة الغير يثبت الحق لمن لم تثبت له الشخصية القانونية بعد، فطبقا لنص المادة 118 من التقنين المدني الجزائري: «يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو هيئة مستقبلية...»، أنظر في التصاق أهلية الوجوب بالشخصية القانونية: محمد سعيد جعفرور، ... *دروس في نظرية الحق* ... ، مرجع سابق، ص. 466 وما يليها.

² - LEGIER (G.), ... « Stipulation pour autrui », art. précité, p. 22.

³ - DABIN (J.), *Le droit subjectif* ... , op. cit. , p. 87.

⁴ - Idem : « parce que la chose appartient au sujet, il a pouvoir sur elle ».

⁵ - Ibid, : « le droit subjectif, qui débute par l'appartenance s'achève dans une maîtrise, d'ailleurs *inséparable de l'appartenance* ». C'est nous qui soulignons.

الشخصي للاستئثار ؛ لأنه إذا كان الاستئثار يرتبط بموضوع الحق، فإن التسلط يرتبط بشخص صاحب الحق⁽¹⁾، فالاستئثار هو العنصر الموضوعي للحق، والتسلط العنصر الشخصي له.

التسلط - بالنسبة لـ "DABIN" - هو حرية التصرف في الشيء موضوع الحق⁽²⁾. ويكون لصاحب الحق - بهذا المنظور- أن يبرم جميع تصرفات الاستعمال والاستغلال على الشيء موضوع الحق، أما إذا كان الشيء محل الحق حق دائنية، فإن التسلط يسمح لصاحبه المطالبة به أو عدم المطالبة، النزول عنه بعبء أو بغير عبء للمدين أو للغير⁽³⁾، كما له أن لا يتصرف فيه . وعليه فإن التسلط لا يعني ممارسة الحق⁽⁴⁾.

ويبين "DABIN" هذا التمييز عن طريق شرح حالة الطفل القاصر الخاضع للوصاية، فعلى الرغم من أن الوصي يمارس حقوق القاصر، غير أنه لا يتصرف فيها ؛ لأن التصرف يستلزم توافر سلطة إخضاع أو تسيطر على الشيء⁽⁵⁾، وهي سلطة لا تتوافر للوصي في تسيير وإدارة أملاك القاصر⁽⁶⁾.

التسلط إذن هو حرية الشخص في التصرف في شيء معين، أو بتعبير أدق، في قيمة معينة، فما هو مظهر تسلط المنتفع، ومظهر تسلط المشتري باعتبارهما شريكين فيه ؟

ب - ازدواجية التسلط على الحق الناشئ عن الاشتراط لمصلحة الغير :

بعكس تصور "DABIN" الذي يرى أن التسلط هو نتيجة الاستئثار، فإن الاشتراط لمصلحة الغير يعطي للمشتري ميزة التسلط دون الاستئثار، غير أن المنتفع يشاركه فيها، وتظهر مشاركته في التسلط على القيمة في حقه في خيار قبول الحق المنشأ عن طريق الاشتراط أو رفضه، بينما يظهر تسلط المشتري في حقه في نقض المشاركة.

- حق الخيار : مظهر تسلط المنتفع

يظهر تسلط المنتفع على حقه الناشئ عن الاشتراط لمصلحة الغير في مواجهة المتعهد من خلال

¹ محمد سعيد جعفرور، ... نظرية الحق ... ، مرجع سابق، ص. 31.

² DABIN (J.), *Le droit subjectif ...* , op. cit. , p. 89 : « le pouvoir de libre disposition de la chose, objet du droit ».

³ محمد سعيد جعفرور، ... نظرية الحق ... ، مرجع سابق، ص. 32.

⁴ DABIN (J.), *Le droit subjectif ...* , op. cit., p. 92 : « le pouvoir de maîtrise est indépendant de l'exercice actuel de la maîtrise. ».

⁵ pouvoir de domination ou d'assujettissement.

⁶ DABIN (J.), *Le droit subjectif ...* , op. cit., p. 89.

حقه في الخيار أي قبول الحق أو رفضه.

غير أنه لا يجب الخلط بين حق الخيار وحق الدائنية . وقد أوفى الأستاذ ” إبراهيم نجار“ التمييز بينهما⁽¹⁾ ، فبعد أن عدّد عددا من الأشخاص الذين يملكون حق الخيار (الورثة في القانون الفرنسي ، المستفيد من الوعد بالتعاقد ... إلخ)، تساءل هل هؤلاء يعتبرون أصحاب حق دائنية ؟ وقد توصل إلى نتيجة أنهم لا يعتبرون أصحاب حق دائنية، ففي الوعد بالتعاقد مثلا، من المهم التمييز بين محل الوعد ومحل العقد النهائي، فإن كان محل العقد النهائي هو اكتساب الحقوق المستقبلية ، فإن محل الوعد هو حق الخيار في إبرام العقد النهائي أو عدم إبرامه⁽²⁾ ، فحق الخيار يمنح لصاحبه إمكانية تعديل المركز القانوني الموجود فقط، فإذا التزم الواعد تجاه المستفيد من الوعد بإبرام العقد النهائي تحلل من كل التزاماته؛ بمعنى أنه بمجرد تجسيد حق الخيار للمنتفع يتحلل المتعهد من كل التزاماته⁽³⁾ ، ويكون انعقاد العقد النهائي بيد المنتفع ، وعليه فإن التزام المتعهد قد تم الوفاء به قبل ممارسة حق الخيار، هذا ما يبقى حق الخيار مستقلا تماما عن حق الدائنية الذي يكون محل العقد النهائي.

ينشئ الاشتراط لمصلحة الغير حقا مباشرا لصالح المنتفع عن طريق التزام المتعهد تجاه هذا الأخير، غير أن المشتراط بإمكانه تغيير هذا المنتفع، واستبداله بمنفعة آخر أو أن يستأثر بالحق لنفسه، وهذا قبل أن يعبر المنتفع عن رغبته في الاستفادة من الحق، فممارسة حق الخيار لا أثر له على نشأة الحق الذي يكون قد نشأ قبل نشأة هذا الحق في الخيار، فهو ينشأ بنشأة الاشتراط لمصلحة الغير لا بممارسة حق الخيار.

فأثر الخيار إذن هو ليس إنشاء الحق، وإنما تثبيت الحق (حق الدائنية) أو إنهائه، فيكون بذلك مظهرا من مظاهر تسلط المنتفع على الحق، كما أن حق الخيار لا يعتبر ممارسة للعقد؛ لأنه لم يتصرف فيه⁽⁴⁾.

- حق نقض الاشتراط : مظهر تسلط المشتراط على الحق

لم يعد -حاليا- حق المشتراط في نقض المشاركة التي أنشأها لصالح المنتفع موضوع نقاش⁽¹⁾ ، كما كما كان عليه الوضع في القانون الفرنسي القديم⁽²⁾ ، أين تضاربت المواقف بين مناصرين ومعارضين لهذا

¹ - NAJJAR (I.), *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, L.G.D.J., Paris, 1967, p. 15 et s.

² - Idem , p. 22.

³ - Ibid , p. 23.

⁴ - أنظر في تمييز عنصر التسلط عن ممارسة الحق، محمد سعيد جعفرور، ... نظرية الحق ... ، مرجع سابق، ص. 31.

الحق، ولم يضع حدًا لهذا التضارب سوى تكريس القانون له⁽³⁾.

إن نقض الاشتراط من قبل المشتري يطرح إشكالا نظريا: ألا يظهر أن نقض المشتري للاشتراط تسلطا على حق الغير، باعتبار أن المشتري لا يستأثر بهذا الحق (والذي يستأثر به المنتفع وحده)؟

اجتهد الباحثون في حل هذا الإشكال، فاقترحوا تفسيرات عديدة لحق المشتري في نقض الاشتراط لمصلحة الغير.

اكتفى بعض الباحثين بالارتكاز على نص المادة 1121 من التقنين المدني الفرنسي، التي تقضي بأن للمشتري نقض المشاركة قبل تعبير المنتفع عن رغبته في الاستفادة من الحق الناشئ عنها⁽⁴⁾، غير أن تأسيس الموقف على القانون الوضعي يخرج من طابعه العلمي، فيصبح رجل القانون يظهر بمظهر المطبق للقانون لا الباحث فيه؛ لأن الأساس في البحث في القانون، هو ليس ماذا؟ وإنما لماذا؟

بينما ذهب فريق آخر إلى تفسير هذا الحق بتشبيه بالهبة، فالاشتراط لمصلحة الغير - عندهم - وسيلة لهبة غير مباشرة، وهي لا تنتج أثرها إلا من يوم موافقة الموهوب له، وعليه يجوز للواهب نقض الهبة قبل تعبير الموهوب له عن موافقته⁽⁵⁾.

على الرغم من جاذبية هذا التحليل، إلا أنه مردود عليه، فهو يركز على قبول المنتفع، فيجعل منه قبولا بالمفهوم القانوني، وهو بذلك يرجع بنا إلى نظرية الإيجاب، مع العلم أن قبول المنتفع لا ينشئ الحق⁽⁶⁾.

يرى الأستاذ " DEMOGUE " أن حق المشتري في نقض الاشتراط يتأسس على عدم الإضرار بالمنتفع، فنقض المشاركة لا ينقص شيئا من الذمة المالية لهذا الأخير؛ لأن الحق لم يكن في ذمته أصلا قبل اشتراطه من قبل المشتري⁽⁷⁾. بينما يرى الأستاذان " MARTY " و " RAYNAUD " أنه يتأسس على المنفعة التي يحققها هذا النقض، ففي التأمين على الحياة مثلا، قد تظهر ظروف تجعل

¹ - المادة 117 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

² - ROUX (J.- M.), *Le rôle créateur ...*, thèse précitée, p. 207.

³ - art. 1121 du code civil français.

⁴ - cité par, JOSSERAND (L.), *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, Paris, 1928, p. 162.

⁵ - COLIN (A.) et CAPITANT (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 10^{ème} éd., par (L.) JULLIOT DE LA MORANDIERE, Dalloz, 1948, p.p. 548 et 549.

⁶ - أعلاه، ص.ص. 42-44.

⁷ - DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général, effets ...*, op. cit., p. 154.

نقض التأمين يحقق منفعة، كما لو مات المؤمن له ولم يكن له ورثة، فمن المنفعة نقض المشاركة، وتبديل المنتفع (المؤمن له) ⁽¹⁾.

بينما ذهب الجمهور إلى أن حق النقض يجد أساسه في عقد الاشتراط نفسه، فالمشترط والمتعهد هما من أنشأ هذا الحق، وهما من حددا خصائصه، فلا مانع من أن يكون حق المشترط في النقض من خصائص هذا الحق ⁽²⁾. هذا التفسير مستمد من مبدأ سلطان الإرادة، غير أنه يعبر عن تعسف في استعمال حرية الأطراف في إنشاء الحقوق، فهما ينشئان حقا يتوقف على شرط عدم نقضه من قبل المشترط، والشرط في ذاته متوقف على الإرادة المحضة لهذا الأخير.

على الرغم من عدم قدرة هذه التحليل على الإقناع، إلا أنه لا يمكن تجاهل أن حق المنتفع يرتكز على عقد الاشتراط لمصلحة الغير، والذي لا يكون صحيحا إلا إذا كان للمشترط مصلحة فيه، فإذا كان الحق لا ينشئ مصلحة للمشترط، جاز له أن ينقضه بما يحقق هذه المصلحة.

نستنتج مما سبق أن المنتفع يستأثر بالحق وحده، وأنه يتسلط على هذا الحق بموجب حق الخيار، غير أن هنالك من الباحثين من يرفض فكرة اعتبار الاشتراط لمصلحة الغير تصرفا قانونيا ثلاثيا باعتبار أن المنتفع لم يشارك في إنشائه ⁽³⁾؛ بمعنى أنه لم يعبر عن إرادته أثناء نشأة الاشتراط لمصلحة الغير، والسؤال الذي يطرح في هذا المجال هو: هل يجب أن يعبر الشخص عن إرادته حتى ينشئ تصرفا قانونيا؟ أم أن هناك حالات يجوز فيها للشخص أن يبرم تصرفا قانونيا دون أن يعبر عن إرادته؟

بالرجوع إلى نص المادة 68 فقرة أخيرة من التقنين المدني الجزائري، نجد أن سكوت الموجب له يعتبر قبولا إذا كان الإيجاب موجها لمصلحته المحضة، والاشتراط في مصلحة المنتفع، فسكوته يعتبر تعبيرا عن الإرادة. وعليه فإن حجة من يرفضون تكييف الاشتراط لمصلحة الغير على أنه تصرف قانوني ثلاثي على أساس أن المنتفع لم يعبر عن إرادته، حجة ضعيفة وقابلة للدحض.

¹- MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil, les obligations, t. I, les services*, par RAYNAUD (P.), 2^{ème} éd, Sirey, Paris, 1988, p. 304.

²- RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *Traité élémentaire de droit civil ...*, op.cit., p. 244.; PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, par ESMEIN ... , op. cit., p. 462.; TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations ...*, op. cit., p. 385.

³- LARROUMET (Ch.), *Les opérations ... à trois personnes ...*, thèse précitée, p. 03 : « on ne peut donc parler de contrat multilatéral que lorsque plusieurs personnes acceptent d'entrer dans une situation commune, résultant d'un seul et unique rapport de droit. ».

II - تكييف الاشتراط لمصلحة الغير بعد تعبير المنتفع عن رغبته في الاستفادة من

الحق :

إنّ في قبول المنتفع للاشتراط تحيين لحقه، وذلك بإسقاط حق المشترط في نقضه، فيصبح المنتفع مستأثرا بالحق لوحده. هذا ما حث الباحثين على التساؤل عن المركز القانوني للمنتفع : هل هو طرف في التصرف القانوني أم أنه من الغير ؟

يعد الأستاذ " GHESTIN " من أبرز الباحثين الذين تعرضوا إلى هذا النقاش ، غير أن رأيه في مسألة منح المنتفع صفة الطرف كان متذبذبا، فبعدما قبل بفكرة إعطائه صفة الطرف في الاشتراط لمصلحة الغير⁽¹⁾، تراجع عن هذا الموقف بعد الانتقادات التي وجهها الأستاذ " AUBERT " إلى المعيار الذي اقترحه فيما يتعلق بالتمييز بين الطرف والغير⁽²⁾، واعتبره من قبل الغير⁽³⁾.

قد بدأ الأستاذ " GHESTIN " تحليله بملاحظة أن مبدأ نسبية التعاقد لا يوافق التطور الحالي المتعلق بتشابك العلاقات القانونية التي تحدثها الاتفاقات التي يبرمها الأعوان الاقتصاديون⁽⁴⁾؛ لأن آثار بعض العقود قد تمتد إلى أشخاص لم يشاركوا في إبرامها، هذا ما يستدعي - حسب رأيه - إعادة النظر في المعيار المعتمد للتمييز بين الطرف والغير⁽⁵⁾. كما أنه لاحظ أن هناك طائفة من الأشخاص يكون لهم مركز شبيه بمركز الطرف ؛ إذ يكونون من قبيل الغير أثناء الإبرام، غير أن العقد يولد في ذمهم آثارا تجعل منهم أطرافا أثناء التنفيذ⁽⁶⁾.

انطلاقا من هذه الملاحظات اقترح الأستاذ " GHESTIN " استبدال المعيار الكلاسيكي في تصنيف الطرف والغير، والذي يركز فقط على مرحلة نشأة التصرف بمعيار جديد، يأخذ بعين الاعتبار مرحلة التنفيذ أيضا⁽⁷⁾.

¹- GHESTIN (J.), « Introduction », in : *les effets du contrat à l'égard des tiers*, dir. : FONTAINE (M.) et GHESTIN (J.), L.G.D.J., Paris, 1992, p. 31 et s.

²- AUERT (J.- L.), « A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *RTD. Civ.*, 1993, p. 263 et s.

³- GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil, les effets ...*, op. cit., p. 412.

⁴ - فيما يتعلق بتشابك العلاقات الناتجة عن العقد، أنظر:

PELLE (S.), *La notion d'interdépendance contractuelle*, Dalloz , Paris, 2007.

⁵- GHESTIN (J.), « Introduction » ... , art. précité, p. 06.

⁶- Idem , p. 10 .

⁷- Ibid , p. 30 .

من هذا المنطلق، اعتبر الأستاذ " GHESTIN " المنتفع بمثابة طرف في الاشتراط لمصلحة الغير، باعتبار أن لقبوله أثر رجعي يرجع إلى يوم انعقاد الاشتراط، فهو دائن للمتعهد من هذا التاريخ، وليس من تاريخ إبداء قبوله⁽¹⁾.

غير أنه بعد الانتقادات التي وجهها الأستاذ " AUBERT " لهذا التمييز، غير الأستاذ " GHESTIN " موقفه، مستندا في ذلك على كون أن المنتفع لا يمكنه تعديل أو إنهاء عقد الاشتراط المبرم بين المشتري والمتعهد⁽²⁾. وبذلك يرجع الأستاذ " GHESTIN " إلى موقف الفقه في فرنسا في القرن الحالي⁽³⁾.

ونحن لا نوافق في ذلك، فالمنتفع يعتبر طرفا في الاشتراط لمصلحة الغير، وذلك لأن له مصلحة فيه. كما أنه يعتبر مشاركا في إبرامه؛ لأنه ليس في حاجة إلى التعبير عن إرادته باعتبار أن التصرف لمصلحته المحضة⁽⁴⁾. أما فيما يتعلق برفض الباحثين منح المنتفع صفة الطرف، فهو رفض مردود عليه.

يرفض الباحثون منح صفة الطرف للمنتفع بسبب عدم تمكنه من ممارسة دعوى إبطال الاشتراط وفسخه، فهم يربطون صفة الطرف بدعوى الإبطال ودعوى الفسخ⁽⁵⁾؛ بمعنى أنه من لا تثبت له دعوى البطلان ودعوى الفسخ فلا تثبت له صفة الطرف، وهي فرضية قابلة للنقاش؛ لأنه نميز أطرافا لا تثبت لهم دعوى البطلان أو دعوى الفسخ.

نميز فيما يتعلق بدعوى البطلان بين البطلان المطلق والبطلان النسبي : فالبطلان المطلق يتقرر لكل من له مصلحة فيه، وليس للأطراف فقط؛ لأنه من النظام العام. بل أكثر من ذلك، يجوز للقاضي أن يتعرض له من تلقاء نفسه، فهل يعتبر القاضي طرفا في العقد؟ أما البطلان النسبي، فهو

¹ - Ibid , p. 31 : « le tiers bénéficiaire deviendra, par son acceptation de la stipulation faite à son profit par le stipulant, le créancier de la dette assumée par le promettant. Bien mieux, il sera considéré comme ayant été dès l'origine le seul bénéficiaire de cette créance entrée directement dans son patrimoine sans passer par celui du stipulant. On peut considérer que ce tiers bénéficiaire est aussi devenu partie en tant que titulaire, dès l'origine par suite de l'effet rétroactif de son acceptation, de la créance née du contrat ». C'est nous qui soulignons .

² - GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit ... , les effets ...* , op. cit., p. 412 : « En fait il est rationnel de refuser la qualité de partie au tiers bénéficiaire parce qu' il n'a pas le pouvoir de modifier le contrat entre le stipulant et le promettant, ni celui d'y mettre fin. ».

³ - AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français*, tome 4, 6^{ème} éd, par BARTIN, éd. techniques, Paris, 1942, p. 312 ; CHAMPEAU (E.), *La stipulation ...* , thèse précitée, p. 143 ; PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique ...* , op. cit. , p. 470. ; MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil...*, op. cit., p. 306. ; ROUX (J.- M.), *Le rôle créateur ...* , thèse précitée, p. 271.

⁴ - المادة 60 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم

⁵ - LARROUMET (Ch.), *Les opérations ... à trois personnes ...* , thèse précitée, p. 390.

لا يتقرر لكل طرفي العقد، وإنما للطرف الذي له مصلحة في ذلك، ففي التدليس مثلاً لا يتقرر هذا الحق إلا للمدلس عليه، ولا يجوز للمدلس أن يتمسك به⁽¹⁾. فهل يعتبر المدلس أجنبياً عن العقد؟
أمّا فيما يتعلق بدعوى الفسخ، فإنها لا تثبت إلا في الالتزامات المتبادلة⁽²⁾، وأمر ظاهر أن المنتفع لا يلتزم لا اتجاه المشتري ولا اتجاه المنتفع، فمن المنطق أن لا تثبت له هذه الدعوى. كما أنها لا تثبت للطرف غير الملتزم في العقود الملزمة لجانب واحد، فهل يعتبر هذا الطرف أجنبياً؟
يمكن القول مما سلف أن الاشتراط لمصلحة الغير آلية أملت ضرورة العملية، في وقت لم يكن فيه الفقه يعرف سوى نوع واحد من التصرفات القانونية⁽³⁾، وهو العقد، فصفوه في صنف التصرفات التي تعتبر استثناء لمبدأ نسبية التعاقد. غير أنه يأمعان النظر في هذه الآلية يتبين أنها نوع جديد من التصرفات القانونية، فهي تصرف قانوني ثلاثي يجمع ثلاث مصالح، تقابل كل مصلحة المصلحتين الآخرين.

والأمر نفسه بالنسبة للاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة.

المبحث الثاني الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة

نشأت فكرة الاعتماد الإيجاري أو ما يعرف باللينغ في الولايات المتحدة الأمريكية، على يد السيد " D.P. BOOTHE Junior " الذي كان يملك مصنعا صغير الحجم يختص في إنتاج المواد الغذائية، عندما طلبت منه القوات المسلحة توريد كميات ضخمة من المواد الغذائية المحفوظة تفوق القدرة الإنتاجية لمصنعه الصغير، كما أنه كان لا يملك المعدات اللازمة لمواجهة الصفقة المعروضة عليه.
فكر هذا الأخير في شراء المعدات عن طريق الاستعانة بقرض، غير أنه كان يعلم أن هذه الصفقة ظرفية وأن مصنعه سيعجز عن تسديد القرض في الظروف العادية، هذا ما دفعه إلى التفكير في استئجار المعدات بدلا من شرائها.

¹ -راجع شروط التدليس.

² -المادة 119 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

³ -لم يعترف الفقه بالتصرف بإرادة منفردة إلا في النصف الثاني من القرن العشرين .

لم يعثر السيد " BOOTHE " على من يؤجر له المعدات، فضاعت صفقة القوات المسلحة من بين يديه. غير أن هذه المحاولة كشفت له أن احتراف تأجير المعدات الإنتاجية قد يكون مصدرا لأرباح طائلة.

أقنع مجموعة من أصدقائه بالفكرة، وأسس معهم أول شركة اعتماد إيجاري في الولايات المتحدة الأمريكية عام 1952 تحت تسمية (United states leasing corporation)⁽¹⁾.

كانت بريطانيا أولى الدول التي انتقل إليها نظام الاعتماد الإيجاري، حيث أسست الشركة الأمريكية أول شركة وليدة لها (Filiale) فيها تحت اسم (MERCANTILE Crédit-company)، وما لبث الاعتماد الإيجاري بعد ذلك طويلا حتى انتشر في العديد من الدول الأوروبية منها: ألمانيا، وإسبانيا، وبلجيكا، وإيطاليا، وفرنسا وغيرها⁽²⁾.

انشق الفقه الفرنسي - بادئ الأمر - في ترجمة مصطلح (leasing) إلى اللغة الفرنسية؛ إذ اقترح البعض مصطلح القرض الإيجاري، غير أن هذه التسمية لقيت نقدا لاذعا باعتبار أن الليزنج بالمفهوم الذي استقرّ عليه التعامل التجاري الأمريكي يختلف عن القرض الإيجاري، ولم ينته هذا الانشقاق إلا مع صدور أول قانون ينظم هذه العملية بتاريخ 2 جويلية 1966 والذي يحمل رقم 433، حيث أطلق على التقنية المستوردة تسمية الاعتماد الإيجاري، وما يلاحظ بشأن هذا القانون هو أن المشرع الفرنسي لم ينظم عملية الليزنج، وإنما عقد الليزنج؛ لأنه تضمن أحكاما تنظم العلاقة بين طرفين، وعملية الليزنج تتضمن علاقة ما بين ثلاث أطراف: المستأجر، وشركة الليزنج المؤجرة، والبايع أو المورد.

إن كان انتشار النموذج الأمريكي ناتج عن كبر رأسمال الشركات الأمريكية التي قامت بإنشاء شركات وليدة بأوروبا، فإن النموذج الفرنسي قد انتشر نتيجة تبنيه من معظم الدول التي تنتمي إلى نظام القانون اللاتينوجرمانى، ففي بلجيكا تم تنظيم هذه العملية على الطريقة الفرنسية بموجب الأمر الملكي رقم 55 المؤرخ في 10 نوفمبر 1976، وفي إسبانيا بموجب المرسوم رقم 15 المؤرخ في 25 فيفري 1977، أما في مصر فبموجب القانون رقم 95 الصادر سنة 1995.

سار المشرع الجزائري على خطى الدول السابقة، فأصدر الأمر 09/96 المؤرخ في 10 جانفي 1996 وهو يتألف من 46 مادة، معتمدا فيه النموذج الفرنسي حيث حصر الاعتماد الإيجاري في العلاقة

¹ - إلياس ناصيف، العقود الدولية، الليزنج أو عقد الإيجار التمويلي في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2008، ص. 19.

² - BEY (E.-M.), De la symbiotique dans le leasing et crédit- bail mobiliers, Dalloz, 1970, p. 06.

الثنائية ما بين الشركة المؤجرة والمستفيد، على الرغم من أن بعض مفسري القانون الفرنسي قد سجلوا في أعمالهم أنه لا يمكن تحقيق عملية الاعتماد التجاري من خلال العلاقة العقدية التي نظمها مشرعهم، وإنما من خلال مجموعة من العقود، تكون مرتبطة ومتشابكة على نحو لا يمكن فيه دراسة أحدها منفصلا عن الآخر⁽¹⁾.

بعد شرح النظام القانوني للاعتماد التجاري للأصول المنقولة طبقا للنموذج الفرنسي المعتمد من قبل المشرع الجزائري (مطلب أول)، سوف نبين من خلال دراسة الطبيعة القانونية للاعتماد التجاري أن نظرية العقد لا يمكنها أن تتبنى كل التصرفات التي تحتويها هذه العملية البنكية (مطلب ثاني).

المطلب الأول

التكريس العقدي للاعتماد التجاري للأصول المنقولة

تنص المادة 07 من الأمر 96-09 المتعلق بالاعتماد التجاري على أنه : « يعتبر عقد الاعتماد التجاري للأصول المنقولة عقدا تمنح، من خلاله، شركة التأجير، البنك أو المؤسسة المالية المسماة "بالمؤجر"، على شكل تأجير، مقابل الحصول على إيجارات ولمدة ثابتة، أصولا متشكلة من تجهيزات أو عتاد أو أدوات ذات الاستعمال المهني لمعامل اقتصادي، شخصا طبيعيا كان أو معنويا، يدعى "المستأجر" كما يترك لهذا الشخص إمكانية اكتساب، كليا أو جزئيا، الأصول المؤجرة عن طريق دفع سعر متفق عليه والذي يأخذ بعين الاعتبار، على الأقل جزئيا، الأقساط التي تم دفعها بموجب الإيجار».

فالاعتماد التجاري للأصول المنقولة - في التشريع الجزائري - هو عقد يبرم بين شركة الاعتماد التجاري ومعامل اقتصادي، قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، كما قد يكون شخصا وطنيا أو أجنبيا، تلتزم بموجبه شركة التأجير بتأجير أصول منقولة مقابل إيجارات يدفعها المتعامل الاقتصادي المستأجر ولمدة ثابتة، على أن يترك لهذا الأخير حق اكتساب الأصل مقابل دفع ثمن رمزي، مما يجعله يخضع لأحكام العقود سواء من حيث النشأة (فرع الأول)، أو الآثار (فرع ثاني)، أو الانقضاء (فرع ثالث).

¹ - أمر 96 - 09 مؤرخ في 10 جانفي 1996 يتعلق بالاعتماد التجاري، ج. ر. ع. 03، صادر بتاريخ 14 جانفي 1996.

الفرع الأول نشأة الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة

يتطلب عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة لانعقاده انعقادا صحيحا توافر الشروط الموضوعية العامة (الرضى، والمحل، والسبب)، وبما أنه من العقود الخاصة، تضاف إلى هذه الشروط شروط خاصة بهذا النوع من العقود.

بالرجوع إلى أحكام الأمر 09-96 والمرسوم رقم 06-90⁽¹⁾، نجد أن المشرع الجزائري قد خص هذه العقود بمجموعة من الشروط: منها ما هي موضوعية (أولا)، ومنها ما هي شكلية (ثانيا).

أولا - الشروط الموضوعية:

تخضع العقود في نشأتها - من حيث الأصل - لمبدأ سلطان الإدارة، لاسيما من حيث اختيار الشخص الذي سنتعاقد معه⁽²⁾. غير أن عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة لا يمكن أن يبرم إلا مع نوع محدد من الأشخاص، أعطاهم المشرع حق ممارسة هذا النشاط وهم: البنوك، والمؤسسات المالية، وشركات التأجير المتخصصة⁽³⁾.

ولم يرق المشرع الجزائري من خلال هذا التقييد سوى بتقرير الواقع العملي في تنفيذ عمليات الاعتماد الإيجاري؛ إذ لا يمكن لغير الشركات التجارية الضخمة، التي تأخذ شكل المصارف أو المؤسسات المالية، تمويل المشاريع الاستثمارية لضخامتها، فحتى إذا رجعنا إلى تاريخ ظهور هذه العقود في الولايات المتحدة الأمريكية، نلاحظ أن أول من باشر نشاط الاعتماد الإيجاري هي المجموعات الاقتصادية التي تأخذ شكل مصرف⁽⁴⁾.

تخضع هذه الشركات في ممارسة نشاطها إلى رقابة البنك المركزي، شأنها في ذلك شأن البنوك والمؤسسات المالية⁽⁵⁾، ولعل غاية المشرع من ذلك تحقيق غرضين: حماية العميل الباحث عن

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 06 - 90 مؤرخ في 20 فبراير 2006 يتعلق بتحديد كفاءات إظهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة، ج. ر. ع. 10، صادر بتاريخ 26 فبراير 2006.

² - FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *l'acte juridique* ... , op. cit. , p. 60.

³ - المادة 01 من الأمر رقم 09-96، السالف الذكر.

⁴ - BEY (E.-M.), *De la symbiotique dans le leasing* ... , op. cit. , p. 16.

⁵ - المادة 167 من قانون النقد والقرض.

التمويل، فتجنبه التعاقد مع مؤسسات لا تتوافر لديها الإمكانيات المادية والفنية لتمويل مشروعه⁽¹⁾، بالإضافة إلى تمكين شركات الاعتماد الإيجاري من الاستفادة من وسائل التمويل التي تستفيد منها البنوك والمؤسسات المالية .

كما يشترط في المستفيد أن يتمتع بصفة المشروع الاقتصادي ، وإن لم يتمتع بهذه الصفة - كمن يستأجر بعض الأجهزة لإشباع حاجات أسرته مثلا- فإن هذا العقد لا يكيف على أساس أنه اعتماد إيجاري ، حتى ولو كان محددًا للمدة غير القابلة للإلغاء ومصحوبا بوعده بالبيع ملزم للمؤجر ؛ لأن المستفيد لا يتمتع بصفة المشروع الاقتصادي ، وبذلك لا تعتبر هذه الأجهزة أصلا استثماريا.

هذا ما يبين أن حرية اختيار المتعاقد مقيدة في عقد الاعتماد الإيجاري ، فلا يمكن إبرام عقد اعتماد إيجاري للأصول المنقولة ، إلا من طرف شركة مالية مؤهلة قانونا لذلك ، مع شخص إن لم تشترط فيه صفة التاجر ، فإنه يشترط أن تتوافر فيه صفة المشروع الاقتصادي .

إن عدم الأخذ بأحكام مبدأ سلطان الإرادة لا يقتصر فقط على مسألة الأطراف ، وإنما يشمل جميع شروط إبرام عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة.

I - الشروط الموضوعية العامة :

1 - الرضى :

يظهر من خلال الاطلاع على نماذج طلب الاستئجار ، أن توافق الإرادات في عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة يختلف عن توافقها في باقي العقود ، وهذا في مسألتين : تتمثل الأولى في فحص الضمان العام للمتعاقد من قبل الشركة المؤجرة (أ) ، ففي الإيجارات العادية مثلا، يكفي معرفة المركز الاجتماعي للمستأجر حتى يتأكد المؤجر من ضمانه العام، مما يجعل هذه المرحلة وجيزة لا تستوقف ملاحظة رجل القانون ، بينما تعتبر في عقد الاعتماد الإيجاري مرحلة مهمة جدا لما تستدعيه من دراسة المعطيات الاقتصادية والمالية للمستأجر ، أمّا المسألة الثانية ، فتتمثل في كون أن الإيجاب يصدر دائما من طرف شركة الاعتماد الإيجاري ، على الرغم من أن المبادرة بالتعاقد تكون دائما من المستأجر(ب) .

¹ - وحدى سيد قاسم ، الجوانب القانونية للإيجار التمويلي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، د.س.ن.، ص. 98 .

أ - مرحلة فحص الضمان العام للمستأجر :

حتى تفحص شركة الاعتماد الإيجاري الضمان العام للمتعاقل معها ، تلزمه بتقديم مجموعة من المعلومات : يتعلق بعضها بالاستثمار المراد إنشاؤه عامة ، والبعض الآخر بالمشروع المراد تمويله .

- المعلومات المتعلقة بالاستثمار عامة :

وهي ثلاث أنواع : معلومات تتعلق بشخص المستثمر ، ومعلومات تتعلق بالمركز المالي للاستثمار ، وأخيرا معلومات تتعلق بالنشاط الاقتصادي للاستثمار .

المعلومات المتعلقة بالشخص المستثمر : نميز بشأن هذه المعلومات بين ما إذا كان المستثمر شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا ، فإذا كان الشخص طبيعيا وجب عليه الإدلاء بهويته ، ورقم قيده في السجل التجاري ، وما يدخل في ذمته المالية ، مع التصريح بما يرد عليها من رهون ، كما يجب عليه التصريح بعقود التأمين على الحياة التي يكون قد أبرمها ، مع تحديد اسم الشركة المؤمنة ، ومبلغ التأمين . أما إذا كان شخصا معنويا ، فيتوجب عليه الإدلاء بشكله (شكل الشركة) ، واسمه ، ومقره ، كما يجب عليه أيضا ، الإدلاء برقم قيده في السجل التجاري ، ومقدار رأسماله ، مع بيان أهم الشركاء فيه ، محمدا الأشخاص الممثلين للجهاز التنفيذي ، وكذا الشخص المخوّل له استئجار الأموال موضوع عقد الاعتماد الإيجاري⁽¹⁾ .

المعلومات المتعلقة بالمشروع المراد تمويله : يلتزم المستثمر بتقديم ميزانية المؤسسة ، مع تحديد النظام الضريبي الذي تخضع له ، والقروض التي حصلت عليها ، وعقود الاعتماد الإيجاري التي تكون الشركة قد أبرمتها ، مع بيان الشركات المؤجرة ، وبدلات الإيجار السنوية⁽²⁾ . كما يلتزم المستأجر أيضا ، بتقديم بيانات حول الاستثمارات المستقبلية المتوقعة ، مع تبين حجمها ، وقيمتها ، وسبل تمويلها المحتملة ، مع تحديد قيمة الأرباح الاحتمالية التي قد يجتنيها المستثمر منها⁽³⁾ .

المعلومات المتعلقة بالنشاط الاقتصادي للاستثمار : وهي تتعلق بطبيعة النشاط ، وحجم الأعمال ، والزمائن الدائمين . بالإضافة إلى حجم طلبات التعاقد التي تتلقاها الشركة ، وحجم المعاملات الجاري تنفيذها ، ونمط الإنتاج (موسمي أو سنوي) . كما تطلب أيضا شركة الاعتماد الإيجاري من

¹ - إلياس ناصيف ، العقود الدولية ، عقد اللزغ أو عقد الإيجار التمويلي ... ، مرجع سابق ، ص . 145 .

² - KHOULDI (A.) ، « Le leasing en droit Tunisien ; Essai d'analyse technique et juridique » ، *Revue de Jurisprudence et Législation* ، N° 10,1995, p. 05 et s. , p. 16 .

³ - إلياس ناصيف ، العقود الدولية ... ، مرجع سابق ، ص . 145 .

الشركة المستأجرة موافقتها بكل المعلومات التي تتعلق بمركز أعمالها، وفروع المؤسسة، ومواقعها، وتاريخ إنشائها، وآخر إجراء تم به زيادة رأسمال الشركة، مع تحديد المصرف الذي تتعامل معه للتأكد من صحة هذه المعلومة⁽¹⁾.

المعلومات المتعلقة بالمشروع المراد تمويله : يجب على المستأجر تقديم كل المعلومات الخاصة بالأصل المراد استئجاره ، لتعيينه تعيينا نافيا للجهالة ، وذلك بتحديد طبيعته ، ونوعه ، ومصدر إنتاجه . كما يجب أيضا تحديد اسم البائع ، وموعد التسليم . وهي كلها معلومات متوفرة في الفاتورة الأولية (Facture Proforma) التي يسلمها المورد للمستأجر عند نهاية مرحلة التفاوض حول الأصل المراد اقتنائه⁽²⁾ . كما يتوجب على المستأجر أيضا ، تعيين العمر الافتراضي للأصل، والإدلاء بالمعلومات المتعلقة بنمط استعماله : كعدد الساعات المقررة للاستعمال اليومي، وحالة الموقع المراد استعمال العتاد فيه، من أجل تحديد حجم الاهتلاك الذي سيتعرض له العتاد محل الاعتماد الإيجاري⁽³⁾ . يظهر من خلال ما سبق أن هذه المعلومات هي التي تعطي شركة الاعتماد الإيجاري نظرة شاملة عن الضمان العام الذي يتمتع به المستأجر، وذلك من أجل الدخول في مرحلة تجسيد التراضي .

ب - تلاقي الإيرادات :

يختلف مخطط تلاقي الإيرادات في عقد الاعتماد الإيجار عن الأحكام المتعارف عليها في تكوين العقود، وهذا لسببين : يتمثل الأول في كون أن اختيار العتاد من حق المستأجر ، بينما الثاني في وجوب إبرام عقد بيع مع منتج العتاد المختار أو بائعه.

المستأجر - عادة - هو الذي يبادر إلى تحقيق عملية الاعتماد الإيجاري ، فبدافع الحاجة إلى اقتناء عتاد أو تجهيز معين ، يتجه إلى البائع أو المنتج حتى يحدد الخصائص التقنية للعتاد ، وثمنه ، وأجل تسليمه . وهو بهذا يتصرف وكأنه هو الذي سيشتري العتاد ، على الرغم من أن شركة الاعتماد الإيجاري هي التي ستشتريه . هذه الحالة جعلت أحد الباحثين يقول أن هناك وكالة بين شركة الاعتماد الإيجاري والمستأجر، فهو يتصرف كوكيل عنها⁽⁴⁾ ، غير أن هذا الافتراض غير مقبول في نظرنا ؛ لأن المستأجر في هذه المرحلة لم يكن قد اتصل بالشركة المؤجرة بعد ، وعليه لا يمكن أن يكون قد تحصل

¹ - CABRILLAC (M.), *Ency. DALLOZ, civ.*, 1995, v° « Crédit - bail », p. 02 .

² - GAVALDA (Ch.) et CREMIEUX-ISRAEL (D.), « Crédit- bail mobilier : régime juridique », *J. - Cl. Banque et crédit*, 2, 1988, Fasc. 641 , p. 02.

³ - ROLIN (S.), *Le leasing : nouvelle technique de financement, comment s'équiper sans investir*, Marabout service, Belgique, 1970, p. 28.

⁴ - CALAIS-AULOY (J.), *Ency. Dalloz, com.*, 3, 1995, v° « Crédit- bail (leasing) », p. 05.

على وكالة منها . بل أكثر من ذلك ، فاللجوء إلى تقنية الوكالة لا أهمية منه ؛ لأن العلاقة بين المستأجر والبائع تشكل جزء من طبيعة الاعتماد الإيجاري .

يتجه المستأجر بعد ذلك إلى شركة الاعتماد الإيجاري مصحوبا بملف يشمل جميع الوثائق المثبتة لقدراته المالية - دون أن يتخذ أي تعهد على عاتقه في مواجهة البائع - ليعرض عليها إبرام العقد ، ولا يمكن اعتبار هذا العرض إيجابا ، بل مجرد دعوة إلى التعاقد . وفي حال قبول الشركة المؤجرة لهذه الدعوة إلى التعاقد ، تقدم إيجابا للمستأجر تحدد فيه جميع المسائل الجوهرية للتعاقد ، وإذا حدث اتفاق بينهما تشتري هذه الأخيرة العتاد الموصوف لحسابها ، على أساس المفاوضات التي أجراها المستأجر ، الذي يكون له حق تسلم العتاد ومعاينته⁽¹⁾ .

غير أن المستأجر قد لا يتجه إلى شركة الاعتماد الإيجاري إلا بعد قيامه بتوصية شراء العتاد ، ففي هذه الحالة ، إذا حدث اتفاق مع شركة الاعتماد الإيجاري تقوم هذه الأخيرة بإعادة توصية الشراء باسمها ، فيحرر عقد جديد أو على الأقل وصل البيع باسمها ، أما إذا لم يحدث اتفاق ، فتثار مسألة تخصّص المستأجر من تعهده تجاه البائع ؟

تكون بعض التوصيات بالشراء مصحوبة بتحفظ ، يتعلق بشرط قبول شركة الاعتماد الإيجاري التعاقد مع المستأجر ، فتثار في هذا المجال مسألة : هل يسقط هذا التحفظ صفة الإيجاب من هذا التعبير عن الإرادة أم لا ؟

نميز في التحفظات نوعان : التحفظات المتوقفة على الإرادة المحضة للموجب ، وهي تحفظات تسقط صفة الإيجاب عن التعبير عن الإرادة ، والتحفظات غير المتوقفة على إرادة الموجب ، وهي لا تسقط صفة الإيجاب من التعبير عن الإرادة ؛ لأنها لا تؤثر على خاصية كون الإيجاب بات . وبما أن التحفظ الذي يبيده المستأجر - والمتمثل في عرض الشراء من البائع بشرط قبول شركة الاعتماد الإيجاري التعاقد معه - لا يتوقف على إرادته المحضة ، وإنما على إرادة شركة الاعتماد الإيجاري ؛ فإن التوصية بالشراء تعتبر إيجابا⁽²⁾ ، وهي تعهد مقترن بشرط فاسخ⁽³⁾ . أما إذا كانت التوصية بالشراء خالية من أي تحفظ ، فإن المستأجر - في هذه الحالة - يعتبر مسؤولا في مواجهة البائع مسؤولية المتعهد عن

1 - CABRILLAC (M.) , ... « Crédit-bail » , art. précité , p. 03.

2 - CALAIS-AULOY (J.) , ... « Crédit-bail ... » , art. précité , p. 19.

3 - CABRILLAC (M.) , ... « Crédit-bail » , art. précité , p. 03.

الغير ؛ لأن البائع يعلم بأن العتاد سيكون محل اعتماد إيجاري ، وأن المستأجر تعهد - بموجب هذه التوصية - على الحصول على قبول الشركة المؤجرة⁽¹⁾ .

لا يعرض المستأجر إيجابا على الشركة المؤجرة ، وإنما دعوة إلى التعاقد ؛ لأن العرض الذي يتقدم به ، لا يمكن أن يحتوي على جميع العناصر الجوهرية لعقد الاعتماد الإيجاري ، حتى يكون دقيقا بالطريقة التي تسمح بتكليفه على أساس أنه إيجاب . فحتى وإن كان المستأجر هو الذي يحدد العين المؤجرة ، فإن شركة الاعتماد الإيجاري هي التي تحدد قيمة الإيجارات ، ومدة الإيجار ، وحتى ثمن التنازل عن الملكية⁽²⁾ كما جرى العرف في التعاملات البنكية .

وما يلاحظ في عقود الاعتماد الإيجاري ، هو أنه لا يكون العتاد في ملكية المؤجر عند توقيع العقد ، غير أن هذا الأمر لا يمس بصحة التعاقد ؛ لأن العتاد من المثليات التي لا يشترط وجودها أثناء الإبرام ، وإنما أثناء التنفيذ .

2 - المحل :

إضافة إلى شروط المحل المنصوص عليها في النظرية العامة ، يشترط في عقد الاعتماد الإيجاري أن يكون المحل ذو استعمال مهني (أ) ، وأن تحدد الإيجارات ومقابل التنازل عن الملكية (ب) .

أ - أن يكون المحل ذو استعمال مهني :

يتعين أن يكون الشيء محل عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة من عتاد التجهيز⁽³⁾ ، والتي تعرف في الاصطلاح المحاسبي « بالأصول الإنتاجية » ، وبصورة عامة تكون عبارة عن آلات ، وأدوات ، وتجهيزات ، تحتاجها المشاريع التجارية والصناعية ، وكذا الحرفية وسواها ، إما للبدء في نشاطها ، وإما لتجديد معداتها ، للحاق بركب التطورات التكنولوجية ومتطلبات السوق⁽⁴⁾ . والسؤال الذي يطرح في هذا المجال يتعلق بالمعيار الذي يعتمده القاضي في تحديد طبيعة الأشياء المؤجرة ، ووصفها بأنها عتاد تجهيز ؟ فهل يعتمد المعيار الموضوعي ؛ أي يرجع إلى طبيعة التجهيز ، أو يعتمد المعيار الشخصي ؛ أي يرجع إلى الغاية من استعمال التجهيز ؟

¹ - CALAIS-AULOY (J.), ... « Crédit-bail ... » , art. précité , p. 09.

² - أنظر الفصل الثالث من الأمر 96 - 09 ، السالف الذكر .

³ - المادة 07 من الأمر 96 - 09 ، السالف الذكر .

⁴ - إيلياس ناصيف ، العقود الدولية ... ، مرجع سابق ، ص. 184 .

اتجه جانب من الفقه في فرنسا إلى اعتماد المعيار الموضوعي ؛ فلا يعتبر عقد التأجير اعتمادا إيجاريا إلا إذا كان محله آلات، وتجهيزات مخصصة للاستعمال التجاري والصناعي ، أو المهني بطبيعتها⁽¹⁾. في حين هناك من يرى تمديد مجال عقد الليزنغ ليشمل المنقولات المخصصة للاستعمال الشخصي أي الاستعمال الخاص⁽²⁾.

أما القضاء في فرنسا فيعتمد على المعيار الغائي ؛ فقد اعتبر العقد الذي يكون محله سيارة سياحية مخصصة لشركة تجارية ، بمثابة عقد اعتماد إيجاري ، على الرغم من أن السيارات السياحية ليست ذات استعمال مهني بحسب طبيعتها⁽³⁾.

وقد اعتمد المشرع الجزائري المعيار الغائي ، فبالرجوع إلى المادة الثالثة من الأمر 09/96 نجدها تنص : « يعرف الاعتماد الإيجاري على أساس أنه منقول ، عندما يخص أصولا منقولة ، تتشكل من تجهيزات أو مواد أو أدوات ضرورية لنشاط المتعامل الاقتصادي » ، وكلمة ضرورية تفيد الغاية من استعمال الشيء ، فالأشياء لا تعتبر بذاتها عتادا للتجهيز، ولكن تبعا للغاية من استخدامها، فالسيارات السياحية مثلا ، تعتبر من عتاد التجهيز متى استخدمت لأغراض الإنتاج الصناعي، والتجاري ، والحرفي أو المهني، أما إذا استخدمت للاستعمال الشخصي فلا ينطبق عليها وصف عتاد التجهيز، والأفرشة أيضا ، إذا استعملت لفرش مكاتب الاستثمار اعتبرت من عتاد التجهيز⁽⁴⁾. فعقود الاعتماد الإيجاري يمكن أن ترد على كل المنقولات أي كانت طبيعتها ، طالما أنها ستخصص للاستعمال المهني ، وأنه تم اقتنائها ، وليست من صناعة المؤجر⁽⁵⁾.

ب - تحديد الإيجارات ومقابل التملك :

يتبع سلمين في تحديد بدل الإيجار : السلم الخطي « barème linéaire » ، أين تكون الإيجارات متساوية، ومتناسبة مع مدة الإيجار، أو السلم المتناقص « barème dégressif » ، الذي تكون فيه الإيجارات مرتبطة بالنظام الضريبي « le régime des amortissements fiscaux » ، وهو نظام يمكن من

¹ - إلياس ناصيف، العقود الدولية ... ، مرجع سابق ، ص. 186؛ وجدي قاسم، الجوانب القانونية للإيجار التمويلي ... ، مرجع سابق، ص. 104؛

CABRILLAC (M.), ... « Crédit-bail » , art. précité , p. 02.

² - CHAMPAUD (C.) , « La loi du 02 juillet 1966 sur le crédit- bail » , J.C.P., 1996, Doctrine, N° 2021, p. 03.

³ - Com 15 déc. , 1975 , D. , 1976 , 407, Note , LUCAS DE LEYSSAC, cité par CABRILLAC (M.) , ... « Crédit-bail » ,art. précité , p. 02 .

⁴ - وجدي سيد قاسم، الجوانب القانونية ... ، مرجع سابق، ص. 104.

⁵ - CABRILLAC (M.), ... « Crédit-bail » , art. précité, p. 2 .

تخفيض الأخطار بالنسبة للمؤجر والمستأجر على السواء⁽¹⁾، ففي البداية تكون الإيجارات مرتفعة حتى تسحب من الدخل الإجمالي للمستأجر، فتكون الضريبة أقل، وبعد ذلك وفي نهاية المدة تخفض الإيجارات؛ لأن المستأجر يكون قد دفع نسبة كبيرة من الثمن، كما أن خطر عدم التنفيذ يكون قد أصبح ضئيلاً جداً.

كما يجب أن يشير عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة إلى حق الخيار بالشراء للمستأجر عند نهاية العقد، وعليه يجب أن يحدد القيمة المتبقية من سعر اقتناء الأصل المؤجر، والتي يجب أن تأخذ الإيجارات المدفوعة بعين الاعتبار في تحديدها⁽²⁾، والا اعتبر عقد البيع منفصلاً عن الإيجار، فيعاد النظر في تكييف عقد الاعتماد الإيجاري على أنه إيجار⁽³⁾.

3 - السبب :

إن أسباب إبرام عقد الاعتماد الإيجاري اقتصادية، باعتبار أن هذا العقد يستهدف أساساً عملية التمويل. وبالرجوع إلى مفهوم السبب في النظرية التقليدية، والمتمثل في السبب المباشر، نجد أن سبب التزام المستأجر في دفع الإيجار، هو الحصول على حق الاستعمال والانتفاع بالأصل. بينما سبب التزام الشركة المؤجرة بوضع الأصل تحت يد المستأجر هو قبض الإيجارات. أما بالرجوع إلى مفهوم السبب في النظرية الحديثة؛ أي الباعث الدافع، فهو يختلف من متعاقد للآخر، ولا يشترط فيه إلا أن يكون مشروعاً.

II- الشروط الموضوعية الخاصة:

وتتمثل في وجوب تحديد مدة للإيجار تكون غير قابلة للإلغاء (1)، والنص على حق الخيار بالشراء الممنوح للمستأجر عند نهاية العقد (2).

1 - تحديد مدة الإيجار غير القابلة للإلغاء:

يجب على عقد الاعتماد الإيجاري أن يضمن للمؤجر قبض مبلغ معين من الإيجار لمدة معينة لا يجوز إلغاء العقد فيها، تدعى « الفترة غير القابلة للإلغاء »⁽⁴⁾. يتم تحديدها باتفاق الأطراف، وتكون

¹ - المادة 15 من الأمر 96 - 09، السالف الذكر.

² - KHOULDI (A.), « Le leasing en droit ... » ... , art. précité, p. 14.

³ - المادة 11 من الأمر 96 - 09، السالف الذكر.

⁴ - المادة 1/12 من الأمر 96 - 09، السالف الذكر.

عادة مساوية للعمر الاقتصادي للأصل المؤجر⁽¹⁾. وهي مدة تكون ما بين مدة الاهلاك ، وهي قصيرة جدًا ، ومدة صالحية المال ، وهي طويلة نسبيًا⁽²⁾، فمثلا مدة إيجار سيارة هو خمس سنوات، وهي مدة ما بين مدة الاهلاك والتي تكون أقل ، فقد يسترجع المستأجر ثمنها في مدة ثلاث سنوات من خلال العمل بواسطتها، وبين مدة صلاحية السيارة ، والتي قد تتجاوز العشر سنوات بحسب احترام قواعد الصيانة.

ولا يجوز فسخ عقد الاعتماد الإيجاري خلال الفترة غير القابلة للإلغاء من قبل طرف من الأطراف، تحت طائلة الشرط الجزائي ، الذي يجب النص عليه في العقد⁽³⁾. والشرط الجزائي هو كل حكم ينص عليه العقد من أجل حث المتعاقد على تنفيذه ، وإلا كان ملزما بدفع تعويض يكون عادة أكثر أهمية من الالتزام محل التنفيذ ، وعليه فللشرط الجزائي وظيفتين : حث المتعاقد على تنفيذ التزاماته ، وفي حالة عدم التنفيذ ، تعويض الطرف المتضرر ، ولا يجب على القاضي التدخل من أجل تخفيف هذا الشرط الذي ينص عادة على تعويض لا يقل عن مبلغ الإيجارات المستحقة المتبقية⁽⁴⁾.

2 - النص على حق الخيار بالشراء الممنوح للمستأجر عند نهاية العقد :

لا يتم عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة صحيحا ، إلا إذا نص صراحة على حق الخيار بالشراء الممنوح للمستأجر عند نهاية العقد⁽⁵⁾ ، فعند نهاية عقد الاعتماد الإيجاري يجوز للمستأجر أن يعلن للمؤجر عن رغبته في شراء المال المؤجر كله أو بعضه ، ويتجسد هذا الشرط بواسطة وعد بالبيع ملزم للمؤجر ، ويتم الشراء وفقا للشروط المتفق عليها من الطرفين في عقد الاعتماد الإيجار للأصول المنقولة ، كالموعد الذي يجب على المشتري أن يبدي فيه عن رغبته في الشراء ، والثن الذي يجب أن يعتد فيه بدلات الإيجار المدفوعة .

ويبدو أن المشرع قد أعطى - عن طريق إلزام المؤجر بإعطاء المستأجر حق شراء بعض الأموال المأجورة دون البعض الآخر⁽⁶⁾ - مجالا للمستأجر حتى يتعسف في استعمال حقه، فيبدي رغبته في شراء جزء من الأموال، على نحو لا يمكن للشركة المؤجرة الاستفادة- بأي وجه من الأوجه-

¹ - المادة 2/12 من الأمر 96 - 09 ، السالف الذكر.

² - GIOVANOLI (M.), *Le crédit-bail (leasing) en Europe : développement et nature juridique*, Litec, Paris, 1980, p. 48.

³ - المادة 13 من الأمر 96 - 09 ، السالف الذكر.

⁴ - GAVALDA (Ch.) et CREMIEUX-ISRAEL (D.), « *Crédit-bail mobilier* » ... , art. précité , p. 32.

⁵ - المادة 1/16 من الأمر 96 - 09 ، السالف الذكر.

⁶ - المادة 07 من الأمر 96 - 09 ، السالف الذكر.

بالأجزاء التي يردّها المستأجر. وبما أن المستأجر يحق له شراء جزء من الأصل دون الآخر، فهل يجوز للمؤجر أن يعطي للمستأجر حق الخيار بالشراء على جزء من الأصل دون الجزء الآخر ؟

لم يأخذ المشرع الجزائري بهذه الفرضية ، وحسنا فعل ؛ لأنه لو سمح بذلك لأوجد لنا صعوبات من الناحية العملية والقانونية ، فمن الناحية العملية سيصعب تحديد قيمة بدل الإيجار ؛ لأنها في الأصل، تحدد على أساس ثمن الشراء ، باعتبار أن الشركة ستتنازل عن الأصل في نهاية العقد بثمن رمزي، ولا يمكن تصور اعتماد هذه الطريقة إذا كان المال غير قابل للتنازل عنه ، ومن الناحية القانونية لا يمكن تجزئة تكييف التصرف المبرم إلى اعتماد الإيجاري في الجزء القابل للتنازل عنه ، وإيجار عادي في الجزء غير القابل على التنازل عنه.

ثانيا - الشروط الشكلية :

لقد اشترط المشرع الجزائري تحرير عقد الاعتماد الإيجاري (I)، وشهره (II) دون أن يحدد أثر تخلف هذين الشرطين .

I – الكتابة :

الكتابة – في حقيقة الأمر – ليست شرطا لانعقاد عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة ؛ إذ لا يترتب البطلان على تخلفها ، كما أنها ليست شرطا لإثباته ؛ إذ يخضع في ذلك إلى المبادئ العامة التي تحكم الإثبات في المواد التجارية⁽¹⁾.

غير أن بعض المعطيات العملية تجعل من الكتابة أمرا ضروريا : فضرورة التحقق من احتواء العقد للعناصر التي لا يمكن اعتبار العقد اعتمادا إيجاريا إلا إذا احتواها⁽²⁾، تفرض تحريره ؛ إذ يجب أن يحتوي على بند يضمن للمستأجر الاستعمال ، والانتفاع بالأصل المؤجر ، وكأنه صاحب ملكية هذا الأصل، لمدة دنيا ، وبسعر محدد مسبقا ، وبند يضمن للمؤجر قبض مبلغ معين من الإيجار لمدة غير قابلة للإلغاء ، وبند يسمح للمستأجر اكتساب الأصول المستأجرة مقابل دفع ثمن رمزي عند نهاية العقد . كما أن إخضاع عقد الاعتماد الإيجاري للشهر⁽³⁾ يجعل من الكتابة ضرورة ؛ إذ يتعذر القيام بهذا الإجراء ما لم يفرغ في محرر مكتوب .

¹ - المادة 01 من الأمر 96 - 09 ، السالف الذكر.

² - المادة 10 من الأمر 96 - 09 ، السالف الذكر.

³ - المادة 06 من الأمر 96 - 09 ، السالف الذكر.

بالإضافة إلى أن العرف البنكي قد استقر على كتابة كل التصرفات البنكية ، لما تحويه من شروط تفصيلية يستحسن عدم تركها للذاكرة ، نظرا لمدة العقد ، وتشعب الالتزامات، وتشابكها. ولكنه لا يشترط أن تكون كتابة العقد رسمية ، بل يكفي أن تكون كتابة عادية تحول دون إثارة إشكالات ومنازعات حول مضمون شروط العقد .

II – الشهر :

يترتب على عقد الاعتماد التجاري للأصول المنقولة حيازة المستأجر للأصول التي اشترتها المؤسسة المالية المستأجرة ، بناء على اقتراحه ، ووفقا لاحتياجاته ، فيظهر للغير بمظهر المالك طبقا لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، مما قد يخدع المتعاملين مع المستأجر فيما يتعلق في تقدير ضمانه العام ، لذلك حرصت المؤسسات المالية المؤجرة على إعلام الغير الذي يتعامل مع الأشخاص المستفيدة من هذه العقود بملكيته للأصول المؤجرة ، وذلك بوضع ملصقات على الأصول تفيد ملكية المؤسسة لها⁽¹⁾ ، كما حرص المشرع على شهر هذه العمليات.

لقد كرس المشرع الجزائري مبدأ شهر عقود الاعتماد التجاري للأصول المنقولة بموجب المادة السادسة من الأمر 96 - 09 التي تنص : « تخضع عمليات الاعتماد التجاري إلى إشهار تحدد كلفه عن طريق التنظيم » ، والذي لم يصدر إلا بعد مرور عشر سنوات⁽²⁾ ، والذي يظهر من خلال تفحصه أنه أغفل النص على جزاء عدم الشهر ، واكتفى بتحديد إجراءاته ، وشروطه ، عكس المشرع الفرنسي الذي جعل نفاذ العقد في مواجهة الغير متوقف على شهره ، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة 01 من القانون الفرنسي رقم 455/66 الصادر بتاريخ 02 جويلية 1966 ، على « أن عمليات الاعتماد التجاري تخضع للنشر الذي ستحدد إجراءاته عن طريق مرسوم ، وأن هذا المرسوم سيحدد الشروط التي يترتب على عدم الشهر فيها عدم نفاذ العقد في مواجهة الغير »⁽³⁾ .

وقد اعتمد المشرع الجزائري نظام الشهر الإداري ؛ إذ كلف المركز الوطني للسجل التجاري بإعداد ومسك سجل عمومي لقيود عقود الاعتماد التجاري للأصول المنقولة ، وإطلاع الجمهور عليها ،

¹ - إلياس ناصيف، العقود السولية ... ، مرجع سابق، ص. 235 .

² - مرسوم تنفيذي رقم 06 - 90 ، السالف الذكر .

³ - « les opérations visées à l'article 1^{er} ci-dessus sont soumises à une publicité dans les modalités sont fixées par décret. Ce décret précisera les conditions dans lesquelles le défaut de publicité entrainera inopposabilité aux tiers »، cité par , **BEY (E.-M.)**, « *Crédit-bail immobilier, régime légal* », **J. - CL Banque - Crédit - Bourse II, 2001**, Fasc. 650, p. 27 .

تحت السلطة المباشرة لأعوان الملحقات المحلية للمركز⁽¹⁾ . كما أوجب أن تقيد على الهامش كل التعديلات التي تطرأ على هذه العقود⁽²⁾ ، وقد حدد المشرع في الملحق الأول من هذا المرسوم البيانات الواجب قيدها، وهي : هوية كل من الطرفين، تعيين المنقولات المؤجرة، وسعرها الإجمالي ، وتاريخ العقد، ومبلغ الإيجارات الإجمالي للاستحقاقات، ومدة الإيجار .

والقيد في هذا السجل ما هو إلا طريقة لإعلام الغير، ولذلك فهو لا يعتبر ركنا من أركان العقد، وبالتالي لا يترتب على عدم القيام بهذا الإجراء بطلان العقد ؛ لأن على الرغم من نص التشريع على قواعد تحت المؤجر على قيد عقد الاعتماد الإيجاري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ إمضاء العقد⁽³⁾ ، غير أن هذه القواعد لا ترقى إلى درجة القاعدة القانونية لعدم توافر عنصر الإلزام فيها ، وإنما جاءت فقط لإعلام الغير بالتصرف ، ويعتبر من قبيل الغير كل من لم يكن طرفا في العقد ، كدائني المستأجر، ودائني المؤجر . ويشطب قيد عقود الاعتماد الإيجاري من السجل بناء على اتفاق الأطراف، أو بموجب حكم نهائي بشطب القيد ، أو بانقضاء الإيجار عن طريق التنازل تنفيذا للوعد الملزم لجانب واحد⁽⁴⁾ .

الفرع الثاني

أثار عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة

نلاحظ بالرجوع إلى الأمر 09/96 أن المشرع الجزائري يحصر آثار عقد الاعتماد الإيجاري، ما بين الشركة المؤجرة والمستأجر، متجاهلا تماما الدور الذي يلعبه البائع في تحقيق هذه العملية المالية . عكس المشرع المصري الذي لا يتجاهل دور البائع . سنتعرض لهذه الآثار من خلال تحديد التزامات المؤجر (أولا) ، والتزامات المستأجر (ثانيا) .

¹ - المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 06 - 90 ، السالف الذكر .

² - المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06 - 90 ، السالف الذكر .

³ - المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 06 - 90 ، السالف الذكر .

⁴ - المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 06 - 90 ، السالف الذكر .

أولا - التزامات المؤجر :

يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من وضع يده على المال محل العقد ، وذلك لتمكينه من الانتفاع به (I) ، وهو ضامن لذلك (II) ، كما يلتزم بنقل ملكية الأصل إلى المستأجر في حالة استعمال هذا الأخير لحقه في الشراء (III) .

I - الالتزام بتمكين المستأجر من وضع يده على المال محل العقد :

يلزم المشرع الجزائري المؤجر بالتسليم . هذا ما نصت عليه المادة 29 من الأمر 96 - 09 : « يتمتع المستأجر بحق الانتفاع بالأصل المؤجر بمقتضى عقد الاعتماد التجاري بالأصل من تاريخ تسليمه الأصل المؤجر من قبل المؤجر والمحدد في العقد»⁽¹⁾ ، وباستثناء هذا النص ، لا يوجد نص آخر ينظم عملية التسليم ، عكس المشرع المصري الذي نظم هذه المسألة بدقة آخذا بعين الاعتبار رغبة الشركة المؤجرة ، التي لا تلعب في هذه العملية إلا دورا ماليا ، فنص في المادة الثامنة من القانون رقم 95 الصادر بتاريخ 2 جويلية 1995 المتعلق بالتأجير التمويلي على الآتي : « إذا أبرم عقد تأجير تمويلي وأذن المؤجر للمستأجر باستلام المال موضوع العقد مباشرة من المورد أو المقاول ، فيجب أن يكون الاستلام وفقا للشروط والمواصفات المتفق عليها ، وبموجب محضر يثبت فيه حالة المال المؤجر وما به من عيوب إن وجدت .

ويجوز للمستأجر أن يرفض استلام المال المؤجر ، إذا امتنع المورد أو المقاول من تحرير محضر الاستلام وفقا لحكم الفقرة السابقة .

ويكون المستأجر مسؤولا قبل المؤجر عن أية بيانات تذكر عن المال في محضر الاستلام » .

يتم اختيار المال المؤجر من قبل المستأجر ، فهو الذي يحدد شروطه ومواصفاته باعتبار أنه هو الذي يستعمله . وعليه فقد جرى العرف على أن يوكل المؤجر المستأجر⁽²⁾ في استلام الأموال المؤجرة من المورد أو المقاول ، باعتبار أن الشركة المؤجرة لا تملك المؤهلات الفنية لفحص صلاحية المال . وفي هذه الحالة تقع على عاتق المستأجر مسؤولية استلام المال بالحالة المنصوص عليها في عقد الشراء ، مما يوجب على المستأجر فحص المال بعناية تامة للتأكد من خلوه من العيوب ، وبأن يحدد بصراحة كل التحفظات - التي يراها - في محضر الاستلام ، وعادة ما ينصح المؤجر المستأجر - في هذا الشأن -

¹ - نحن من سطر.

² - راجع المادة 04 من العقد النموذجي للاعتماد التجاري للأصول المنقولة ، انظر الملحق .

بالاتفاق مع المورد على فترة تجربة، للتأكد من صلاحية الأموال المؤجرة .

وإن كان المشرع المصري قد نص صراحة على إمكانية توكيل شركة الاعتماد الإيجاري المستأجر لتسلم الأصل المؤجر، فإن الفقه والقضاء في فرنسا يُجمعان على أن تسلم المستأجر للأموال المؤجرة يكون بناء على وكالة تستخلص من بند العقد الذي يلزم المستأجر بتحرير محضر استلام المال المؤجر⁽¹⁾، وحتى وإن لم يوجد بند يلزم المستأجر بتحرير محضر استلام المال المؤجر، فإن القضاء الفرنسي قد قضى في عدة حالات بأن « المستأجر يختار المال ويستلمه بصفته وكيلًا »⁽²⁾؛ وعليه يكون مسؤولاً عن إهماله في الشراء والتسلم⁽³⁾؛ لأنه لم يلاحظ عيوب المال المؤجر ولم يشر إليها في محضر الاستلام، وعليه يكون مسؤولاً عن إهماله، ولا يجوز له طلب فسخ عقد الاعتماد الإيجاري بسبب العيوب .

يتضح من ذلك كله، أن اختيار تقنية الإيجار في عقد الاعتماد الإيجاري، ما هو بالنسبة إلى شركة التمويل إلا وسيلة للاحتفاظ بملكية الأصل على سبيل ضمان القرض، لذلك سمح لها المشرع بوضع بنود في عقد الاعتماد الإيجاري تعفيها من المسؤولية المدنية التي تقع عادة على مالك الأصل⁽⁴⁾. كما أجاز لها استرجاع الأصل المؤجر عند عدم دفع المستأجر لقسط واحد فقط من الإيجار، بعد خمسة عشر يوماً من إعدار المستأجر بالدفع، وذلك إما عن طريق التراضي أو عن طريق أمر على ذيل عريضة غير قابل للاستئناف، يصدر عن رئيس محكمة مكان إقامة المؤجر، ولها أن تتصرف فيه بما يحقق مصلحتها كتأجيرها، أو بيعه، أو رهنه... إلخ. كما منع المشرع المستأجر من التمسك بالاعتماد الإيجاري للاستفادة من طلب مواصلة الإيجار، في حالة ما إذا مارس المؤجر حقه في استرجاع الأصل⁽⁵⁾.

ومن أجل تشجيع البنوك والمؤسسات المالية على اللجوء إلى تقنية الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة، جعل المشرع المال المؤجر في منأى عن كل متابعة من دائني المستأجر العاديين والممتازين في حالة إفلاس هذا الأخير، أو تسوية مشروعه قضائياً⁽⁶⁾. بل أكثر من ذلك، فقد جعل حق المؤجر

¹ - BEY (E. M.), *De la symbiotique ...*, op. cit., p. 20.

² - C. A. Lyon, 25 juin 1975 : Gaz. Pal., 1977, N° 1, p. 222 ; C. A. Paris, 23 Novembre 1976 : Gaz. Pal., 1977, N° 2, p. 664 .

³ - C. A. Paris, 25^{ème} ch. A., 9 mai 1986, 15^{ème} ch. B., 18 Septembre 1986 : Gaz. Pal., 1987, N° 1, p. 295.

⁴ - المادة 19 من الأمر 96 - 09، السالف الذكر.

⁵ - المادة 20 من الأمر 96 - 09، السالف الذكر.

⁶ - المادة 22 من الأمر 96 - 09، السالف الذكر.

في تحصيل مستحقته الناشئة عن عقد الاعتماد الإيجاري حقا ممتازا، يسبق في تحصيله - من ذمة المستأجر - جميع الديون الأخرى باستثناء تلك المنصوص عليها في المادتين 990 و 991 من القانون المدني، والامتيازات الخاصة بالأجراء ، وذلك بالنسبة للحصة غير القابلة للحجز عليها من الرواتب⁽¹⁾ . وهكذا يظهر أن المؤجر في عملية الاعتماد الإيجاري يسعى دائما لحرص دوره في الجانب المالي، دون التدخل في الجانب التقني، وأنه لا يحتفظ بحق الملكية إلا على سبيل الضمان، وليس لممارستها، وإن كان المشرع يلزم الشركة المؤجرة بالتسليم فهذا لا يمنع بتاتا من إمكانية توكيل المستأجر للتسليم مباشرة من المورد، هذا ما لمح إليه المشرع من خلال نص المادة 27 « ... بسبب أن العقد يسمح للمستأجر بالتصرف، بصفته وكيلًا للمالك⁽²⁾ ، في العمليات القانونية والتجارية مع الغير والمرتبطة بعملية الاعتماد الإيجاري .

ويطبق هذا، بالأخص على تدخلات المستأجر في إطار العلاقات التي تربط المؤجر مع موردي أو مقاولي الأصل المخصص للإيجار عن طريق اعتماد إيجاري ...» .

II _ الالتزام بالضمان :

يلتزم المؤجر - وفقا لما تقضي به القواعد العامة- تجاه المستأجر بالضمان . وهو نوعان : ضمان التعرض والاستحقاق، وضمان العيوب الخفية . وفي الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة يضمن المؤجر المستأجر من كل سبب يحول دون الانتفاع بالأصل المؤجر، والناج عنه أو عن شخص آخر⁽³⁾ .

يلتزم المؤجر بالامتناع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالمال المؤجر، ويستوي في ذلك أن يكون العمل الحائل دون انتفاع المستأجر بالمال صادرا عن المؤجر شخصا، أو عن أتباعه، أو الغير، كما يستوي أن يكون العمل ماديا أو قانونيا . ولكنه إذا كان الفعل صادرا عن الغير، فإن ضمان المؤجر سيقصر على ضمان التعرض القانوني دون المادي ، ويلتزم المؤجر أيضا، فضلا عن ضمان التعرض، بضمان العيوب الخفية للمال المؤجر، فهو يضمن للمستأجر جميع العيوب التي تنقص الانتفاع بالمال نقضا محسوسا ، أو تجعله غير صالح للاستعمال المخصص له حسب العقد، أما العيوب التي لا تحول دون الانتفاع أو التي لا تنقص منه إلا شيئا طفيفا ، فلا يحق للمستأجر أن يرجع بها على المؤجر، وهذا هو الحال أيضا فيما يتعلق بالعيوب المتسامح فيها عرفا .

¹ - المادة 23 من الأمر 96 - 09 ، السالف الذكر .

² - نحن من سطر .

³ - المادة 1/31 من الأمر 96 - 09 ، السالف الذكر .

هذا هو حكم الضمان في الإيجارات بوجه عام، فهل يطبق هذا الحكم على ضمان المؤجر في عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة؟

تلتزم الشركة المؤجرة- من حيث الأصل- بضمان التعرض، فتكفل للمستأجر استعمال المال من دون أن تتعرض له في استعماله، لا تعرضا ماديا ولا قانونيا، ولا يعتبر تعرضا إلزام الشركة المؤجرة المستأجر بوضع بيان على المال المؤجر يفيد ملكيتها له. كما تلتزم الشركة المؤجرة أيضا بضمان التعرض القانوني الصادر عن الغير، كما لو تصرفت المؤسسة المؤجرة بالمال محل العقد بالبيع إلى شخص آخر، ثم يأتي هذا الأخير، ويطلب المستأجر باستحقاق المال المؤجر⁽¹⁾.

وإلى جانب ضمان التعرض، تلتزم الشركة المؤجرة بضمان العيوب الخفية، فتضمن للمستأجر كل عيب يحول دون انتفاعه بالمال المؤجر، أو ينقص من هذا الانتفاع.

غير أن ما يلاحظ هو أن المشرع الجزائري جعل هذه الأحكام أحكاما تكميلية يجوز مخالفتها، فقد أجاز في المادة 18 من الأمر 96 - 09 تنازل المستأجر عن ضمان الاستحقاق، وعن ضمان العيوب الخفية، وذلك استجابة إلى المعطيات العملية، حيث أن شركة الاعتماد الإيجاري تفوض أمر اختيار المورد إلى المستأجر، فتحمله مسؤولية ضمان ملكية هذا المورد للمال. كما أنها تفوض له أمر اختيار المال المؤجر، واستلامه، والتأكد من مطابقته للمواصفات الفنية والتكنولوجية المطلوبة، فتحمله مسؤولية العيوب الخفية. غير أن المشرع قد تغافل عن مسألة مهمة جدا: فبإعفاء الشركة المؤجرة نفسها من ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية، فمن سيضمنها للمستأجر؟

بالرجوع إلى القوانين المقارنة، نجد أن المشرع المصري قد عالج هذه المسألة في المادة الثالثة عشر من القانون المتعلق بالإيجار التمويلي التي تنص: « للمستأجر أن يرجع مباشرة على المورد أو المقاول بجميع الدعاوى التي تنشأ للمؤجر عن العقد المبرم بينه وبين المورد أو المقاول فيما عدى دعوى فسخ العقد، وذلك دون إخلال بحقوق المؤجر في الرجوع على المورد أو المقاول في هذا الشأن»⁽²⁾. أما في فرنسا فإن القضاء هو الذي تصدى لهذه المسألة، فاشتراط لإعفاء الشركة المؤجرة نفسها من ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية، أن يشترط العقد تحويل دعوى الضمان على المورد لصالح المستأجر، ويتم هذا التحويل عن طريق وكالة تعتبر امتدادا للوكالة المتعلقة باختيار المال المؤجر، وتسلمه. كما اشترط القضاء أيضا أن يكون البائع قد ساهم في تحقيق هذا الشرط، وانضمامه إليه، أو على الأقل

¹ - المادة 31 من الأمر 96 - 09، السالف الذكر.

² - المادة 13 من القانون المصري رقم 95 لسنة 1995 في شأن التأجير التمويلي.

العلم به، فيشترط القضاء الفرنسي قبول البائع إذا تم التحويل عن طريق الوكالة⁽¹⁾.

أما المشرع الجزائري فلم يقيد الاتفاق بإعفاء الشركة المؤجرة من ضمان الاستحقاق بشرط الاتفاق على تحويل دعوى الضمان إلى المستأجر⁽²⁾، غير أنه لم يستبعد في نفس الوقت إمكانية الاتفاق على هذا التحويل⁽³⁾، هذا ما يجعلنا نتساءل في مسألة مآل الضمان، في حالة نص العقد على إعفاء الشركة المؤجرة من ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية، مع عدم نصه على تحويل هذا الحق إلى المستأجر؟

بما أن المشرع الجزائري لم يقيد حق اتفاق الشركة المؤجرة في إعفاء نفسها من ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية، بتحويل حق المطالبة به إلى المستأجر، وبما أن المستأجر يعتبر من قبيل الغير بالنسبة لعقد البيع المبرم بين الشركة المؤجرة والبائع؛ فإنه لا صفة للمستأجر في دعوى الضمان على البائع.

III – الالتزام ببيع الأصل للمستأجر في حالة استعمال هذا الأخير لحقه في الشراء :

يعتبر هذا الالتزام من العناصر التي تكون أصالة عقد الاعتماد الإيجاري، ذلك أن التزام المؤجر بالنص صراحة في عقد الاعتماد الإيجاري على إمكانية تملك المستأجر للأصول المؤجرة عند نهاية العقد، يعد عنصرا من عناصر تكييف عقد الاعتماد الإيجاري⁽⁴⁾، فالشركة المؤجرة ملزمة بموجب عقد الاعتماد الإيجاري بنقل ملكية الأصل المؤجر عن طريق البيع إلى المستأجر عند نهاية عقد الإيجار، إذا ما عبر هذا الأخير عن نيته في الشراء. ولا يكفي أن يشترط عقد الاعتماد الإيجاري إمكانية الشراء، وإنما يجب أن يحدد سعر التنازل مسبقا⁽⁵⁾؛ لأن الآلية المستعملة في الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة هي الإيجار المنتهي بوعده ملزم لجانب واحد بالبيع، والوعد بالتعاقد يجب أن يشترط جميع العناصر الجوهرية للعقد الموعود به⁽⁶⁾. وبما أن الثمن من العناصر الجوهرية لعقد البيع⁽⁷⁾، فهو يعتبر كذلك بالنسبة للوعد.

¹ - Cass. Com. , 25 janv. 1977, RTD. com. 1977, p. 578.

² - المادة 18 من الأمر 96 - 09، السالف الذكر

³ - تنص المادة 27 من الأمر 96 - 09 السالف الذكر : « ... أو بسبب أن العقد يسمح للمستأجر بالتصرف، بصفته وكيل المالك، في العمليات القانونية والتجارية مع الغير و المرتبطة بعملية الاعتماد الإيجاري. ».

⁴ - المادة 11 من الأمر 96 - 09 ، السالف الذكر.

⁵ - المادة 07 من الأمر 96 - 09 ، السالف الذكر.

⁶ - المادة 71 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁷ - المادة 351 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

وفي حالة ما إذا تصرف المؤجر في الأصل بالبيع قبل نهاية عقد الاعتماد الإيجاري، فإن المالك الجديد يلتزم بكل التزامات المؤجر، ويكون المؤجر ضامناً لذلك⁽¹⁾.

ثانياً - التزامات المستأجر :

تتمثل التزامات المستأجر في دفع أقساط الأجرة (I)، والمحافظة على الأصل المؤجر (II).

I - دفع أقساط الأجرة :

يعتبر التزام المستأجر بدفع بدل الإيجار من أهم الالتزامات المترتبة عليه بموجب عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة، وقد ترك المشرع الجزائري مسألة تحديد عناصر الأجر للاتفاق، ويمكن أن يختلف هذا البدل عنه في بداية الإيجار عن آخره بالنقصان، كما أن للطرفين أيضاً تحديد مواعيد دفع بدل الإيجار، فقد يكون الدفع شهرياً أو فصلياً أو سنوياً، ولهم كذلك تحديد مكان الدفع، والتاريخ الذي يبدأ فيه سريان هذا الالتزام.

عادة ما يكون بدل الإيجار مرتفعاً في عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة، إذا ما قورن بمثله في الإيجار العادي، ذلك أنه يدخل في تقديره سعر شراء الأصل مقسماً إلى مستحقات متساوية المبلغ، تضاف إليها القيمة المتبقية التي يجب أن يدفعها المستأجر عند استعماله لحقه في الشراء، وأعباء استغلال المؤجر المتصلة بالأصل موضوع العقد، وهامش يطابق الأرباح أو الفوائد المكافئة للمخاطر المترتبة على القرض، والموارد الثابتة المخصصة لاحتياجات عملية الاعتماد الإيجاري⁽²⁾.

إذا تخلف المستأجر عن دفع بدلات الإيجار، يحق للمؤجر بعد إشعار مسبق لمدة 15 يوماً، أن يضع حدًا لحق المستأجر في الانتفاع بالأصل المؤجر، واسترجاعه. كما له أن يتصرف في الأصل بأية وسيلة قانونية، وليس للمستأجر التمسك بعقد الاعتماد الإيجاري للاستفادة من مواصلة الإيجار⁽³⁾. غير أن شركات الاعتماد الإيجاري تسعى دائماً لتفادي الإجراءات التي ترمي إلى استرجاع الأصل، لذا تشترط -عادة- من المستأجر تقديم ضمانات اتفاقية إلى جانب الضمانات القانونية⁽⁴⁾، وهي تتمثل أساساً في تقديم كفيل. غير أن هذا الكفيل لا يضمن سوى الوفاء بالأجرة، ولا يضمن التعويض الناجم

¹ - المادة 31 من الأمر 96 - 09، السالف الذكر.

² - المادة 14 من الأمر 96 - 09، السالف الذكر.

³ - المادة 20 من الأمر 96 - 09، السالف الذكر.

⁴ - المواد من 19 إلى 28 من الأمر 96 - 09، السالف الذكر.

عن فسخ العقد⁽¹⁾، أو في تقديم ضمانات عينية كرهن محل تجاري مملوك للمستأجر أو لعقارات يملكها⁽²⁾. كما يمكن لشركات الاعتماد الإيجاري أن تشترط تقديم تسبيق على أقساط الأجرة، أو عقد تأمين على الحياة لمصلحة المؤجر يكون مساويا لأقساط الأجرة الباقية لتضمن حقوقها في حالة الوفاة المفاجئة للمستأجر⁽³⁾. كما قد تلجأ إلى الشرط الجزائي⁽⁴⁾ لضمان الوفاء ببدل الإيجار.

II – الالتزام بالمحافظة على الأصل المؤجر :

من مقتضيات الالتزام بالمحافظة على الأصل المؤجر صيانة العتاد (1) ، والتأمين عليه (2) ، وكذا تمكين المؤجر من المراقبة (3) ، واستعمال العتاد استعمالاً شخصياً ، وعادياً (4) .

1 – صيانة العتاد :

باعتبار أن أحكام الالتزام بالصيانة أحكام تكميلية، يجوز للمؤجر أن يضع هذا الالتزام على عاتق المستأجر⁽⁵⁾. وفي الاعتماد الإيجاري لا يتم التمييز بين الصيانة التأجيرية والصيانة الضرورية، فالمستأجر يلتزم بكليهما ، عكس المستأجر العادي الذي لا يلتزم إلا بالصيانة التأجيرية .

قد تضاربت الآراء فيما يتعلق بتبرير إلزام المستأجر بالصيانة ، فهناك من يرى أنه مادامت ملكية الأصل سترجع إلى المستأجر في نهاية الإيجار ، فلا مانع من تحمله أعباء الصيانة ، وهو رأي منتقد ؛ إذ يكفي ملاحظة الحالة التي لا يستعمل فيها المستأجر حقه في تملك الأصل . وهناك من يرى أن ذلك يعود لاقتصار دور المؤجر في المسائل المالية دون الفنية⁽⁶⁾ ، وهو رأي منتقد كذلك ؛ لأنه يعطينا سببا لا حجة ، لأن الحجة ترتبط بمسائل موضوعية لا دخل لإرادة المتعاقد فيها ، كالحجة القائلة أن تبعة الملكية تقع على المالك، بينما هذا الرأي يسبب موقفه بمسائل شخصية تتوقف على إرادة المتعاقد ، وهو رغبته في حصر دوره في المسائل المالية فقط . ويكون أساس التزام المستأجر بالصيانة – في نظرنا- هو فكرة اهتلاك المنقول بالاستعمال ، عكس العقار ، لذا فإن فكرة التأجير في الأشياء المنقولة، فكرة تحتاج إلى المناقشة ، فالتأجير أصلا لا يمس بجوهر الشيء ، أي لا ينقص من قيمته، غير أنه في عقد الاعتماد الإيجاري تنقص قيمة الأصل بالاستعمال . وإذا لم نقم بالصيانة اللازمة قد يهلك

¹ - GAVALDA (Ch.) et CREMIEUX- ISRAEL (D.), « Crédit- bail mobilier » ... , art. précité, p. 19.

² - CALAIS-AULOY (J.), ... « Crédit- bail ... », art. précité, p. 05.

³ - Ibid , p. 06.

⁴ - المادة 1/13 من الأمر 96 - 09 ، السالف الذكر.

⁵ - المادة 33 من الأمر 96 - 09، السالف الذكر.

⁶ - حسام الدين عبد الغني الصغير، التأجير التمويلي، دار النهضة العربية، القاهرة 1994، ص. 40.

الأصل قبل نهاية الإيجار، ويبقى المستأجر ملزماً بدفع مستحقات الإيجار طوال المدة المتفق عليها، لذا فالصيانة تخدم مصلحته أكثر مما تخدم مصلحة المؤجر.

2 - الالتزام بتأمين الأصل :

تقضي المادة 34 من الأمر 09/96 على أنه : « يمكن أن يضع عقد الاعتماد الإيجاري على عاتق المستأجر التزام بتأمين الأصل المؤجر على حسابه ضد مخاطر الإلتلاف الكلي أو الجزئي والتي تحد أو تمنع الاستعمال المتفق عليه » .

يترتب - غالباً - عن عقود الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة التزام المستأجر بتأمين الأصل المؤجر ضد مخاطر الإلتلاف الكلي أو الجزئي ، سواء كان هذا الإلتلاف بسبب قوة قاهرة أو بسبب أجنبي ، لصالح الشركة المؤجرة باعتبارها مالكة الأصل .

ففي حالة هلاك جزئي أو كلي للأصل المؤجر ، يكون المؤجر وحده مؤهلاً لقبض التعويضات التي ستدفعها شركة التأمين على الرغم من أن المستأجر هو الذي يدفع أقساط التأمين⁽¹⁾ .

3 - الالتزام بتمكين المؤجر من الرقابة :

يلتزم المستأجر بتمكين الشركة المؤجرة من الدخول إلى الأماكن التي يتم فيها استغلال الأصل المؤجر، في أي وقت ودون أي اعتراض ، من أجل القيام بأي تفتيش أو رقابة تراها ضرورية لمعاينة وضعية الأصل المؤجر . كما يلتزم أيضاً بإعلام الشركة المؤجرة بكل عطل أو هلاك يمس الأصل المؤجر⁽²⁾ ، وأن لا يقوم بأي عمل بالأصل دون التعاون مع الشركة المؤجرة، على الرغم من أنها لا تتحكم في المسائل التكنولوجية التي يفترض أن يكون المستأجر هو المتحكم فيها⁽³⁾ .

ويجب على كل حال أن تقوم بين المؤجر والمستأجر علاقة ثقة فيما يتعلق بالحفاظ على الأصل المؤجر ، مبنية على التعاون والتكاتف ، من أجل القيام بأي إجراء من شأنه المحافظة على الأصل .

4 - الالتزام باستعمال الأصل استعمال رب الأسرة الحريص :

يترتب على وجود المال المؤجر في حيازة المستأجر ، التزام هذا الأخير بالمحافظة عليه ، وأن

¹ - المادة 26 من الامر 96 - 09 ، السالف الذكر .

² - GAVALDA (Ch.) et BOULOC (B.), *Le financement des entreprises (circuits bancaires et extra bancaires)*, Dalloz, Paris 1970, p. 192.

³ - GAVALDA (Ch.) et CREMIEUX - ISRAEL (D.), « *Crédit- bail mobilier, obligations ...* » ... , art. précité, p. 25.

يبدل في ذلك عناية الرجل العادي ، مما يفرض عليه استعمال الأشياء المؤجرة في الغرض المحدد لها في العقد. هذا فيما يتعلق بالإيجارات العادية ، أما فيما يتعلق بعقد الاعتماد التجاري ، فإن المستأجر يلتزم باستعمال الأصل المؤجر ، استعمال رب الأسرة الحريص⁽¹⁾. لذلك عادة ما يحدد عقد الاعتماد التجاري كيفية استعمال الأصل المؤجر ، ويتم ذلك عن طريق إتباع تعليمات الاستعمال ، التي ينصحه بها المنتج عند التسليم⁽²⁾ ، فلا يستطيع مثلا ، المستأجر استعمال سفينة ركاب لنقل البضائع⁽³⁾ .

كما يتوجب على المستأجر أن لا يعير الأصل إلا بعد موافقة المؤجر ، وأن لا يدخل أي تعديل على المال ، إلا إذا كان لا ينشأ عن هذا التغيير أي ضرر للمؤجر ، وبإذن من هذا الأخير⁽⁴⁾ .

هذه هي التزامات الأطراف خلال فترة الإيجار ، وهناك التزامات أخرى عند نهايته.

الفرع الثالث

انتهاء عقد الاعتماد التجاري للأصول المنقولة

ينتهي عقد الاعتماد التجاري - بصورة عامة - بجميع الأسباب العادية التي تنتهي بها العقود الملزمة لجانبين في القانون الخاص ، منها ما يعتبر نهاية طبيعية ، كحلول الأجل بعد تنفيذ كل الالتزامات المترتبة على الأطراف (أولا) ، ومنها ما يكون بحل العقد قبل حلول أجله ، بسبب عدم دفع بدل الإيجار ، أو إعلان إفلاس المستأجر ، أو تصفيته إن كان شخصا معنويا (ثانيا) .

أولا - انتهاء المدة :

تعتبر نهاية المدة نهاية طبيعية لعقد الاعتماد التجاري للأصول المنقولة ، باعتباره من العقود المحددة المدة ، ونتيجة تنفيذ كل طرف للالتزامات المترتبة على عاتقه بموجب العقد . غير أنه نظرا للطبيعة الخاصة له ، باعتباره وسيلة من وسائل تمويل المشاريع ، فإن نهاية الإيجار تفتح أمام المستأجر ثلاث خيارات⁽⁵⁾ : إما أن يشتري المال (I) ، أو أن يجدد العقد (II) ، أو أن يرد هذه الأموال إلى

¹ - المادة 35 من الأمر 96 - 09 ، السالف الذكر .

² - إلياس ناصيف ، العقود الدولية ... ، مرجع سابق ، ص . 314 .

³ - CABRILLAC (M.) , ... « Crédit-bail » , art. précité , p. 17 .

⁴ - BEY (E.M.) , ... « Crédit - bail immobilier » , art. précité , p. 14

⁵ - المادة 36 من الأمر 09/96 ، السالف الذكر .

المؤجر المالك (III).

I - شراء الأموال المؤجرة:

غالبا ما يختار المستأجر - عند انتهاء مدة الإيجار - شراء الأموال المؤجرة، خصوصا إذا كانت من الأموال البطيئة الاهتلاك التكنولوجي؛ بمعنى أن التكنولوجيا المستخدمة فيها لا تتغير بسرعة، مما يجعل العمر الفعلي للأصل يفوق مدة التأجير. ويتم تحليل إمكانية المستأجر في اقتناء المال عند نهاية الإيجار على أساس وعد ملزم لجانب واحد بالبيع⁽¹⁾، والذي يعتبر عنصرا محمدا لأصالة الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة⁽²⁾، يلتزم بمقتضاه المؤجر ببيع الأموال المذكورة في العقد إلى المستأجر، إذا أعلن هذا الأخير عن رغبته في الشراء خلال المدة المعينة، وبالشروط المتفق عليها.

ويتضح من نص الفقرة الثالثة من المادة العاشرة للأمر 09/96 - التي تنص: « يسمح للمستأجر، في حالة الاعتماد الإيجاري المالي فقط، وعند انقضاء الفترة غير القابلة للإلغاء الخاصة بالإيجار، أن يكتسب الأصول المؤجرة مقابل دفع قيمة متبقية تأخذ بعين الاعتبار الإيجارات التي تم قبضها ... » - أن لشراء الأموال المؤجرة قواعد تتمثل في:

1 - إعلان الرغبة في الشراء:

يتوجب على المستأجر إعلان رغبته في الشراء قبل نهاية الإيجار، ويتم الإعلان عن الرغبة بشتى الوسائل؛ فقد يعلن عنها عن طريق إعدار غير قضائي، أو بكتاب مضمون مع إشعار بالاستلام، أو رسالة عادية... إلخ. كما يجوز للمؤجر أن يطلب من المستأجر تحديد موقفه في استعمال حق الشراء⁽³⁾، وإذا لم يحدد المستأجر موقفه في الوقت المحدد، يجوز للمؤجر أن يعتبر أن المستأجر قد تراجع عن الشراء⁽⁴⁾.

2 - تحديد ثمن الشراء:

يعتبر تحديد الثمن وسيلة من وسائل الضمان المعطاة للمستأجر، ولولاها لفرض المؤجر إرادته على المستأجر عند نهاية العقد إلى حدّ قد يرهقه، وذلك بطلب ثمن مرتفع متجاهلا الأقساط التي تم

¹ - GAVALDA (Ch.) et CREMIEUX - ISRAEL (D.), « Crédit-bail mobilier, régime juridique et financier, Fin du contrat », J.- Cl., banque, crédit, bourse, 8, 2000, fasc. 642, p. 3.

² - المادة 10 من الأمر 96 - 09، السالف الذكر.

³ - إلياس ناصيف، العقود الدولية...، مرجع سابق، ص. 365.

⁴ - GAVALDA (Ch.) et CREMIEUX - ISRAEL (D.), ... « Crédit-bail mobilier, Fin ... », art. précité, p. 3.

دفعها، مما يجعل المستأجر يتنازل عن استعمال حقه في الشراء. هذا ما جعل المشرع يتدخل ويلزم الشركة المؤجرة (المؤسسة المالية) بأن تأخذ بعين الاعتبار - عند تحديد ثمن الشراء - بدلات الإيجار التي دفعها المستأجر⁽¹⁾.

3 - أن يكون المستأجر قد دفع كل المستحقات المترتبة عن الفترة غير القابلة للإلغاء :

فلا يحق للمستأجر الذي لم ينفذ التزاماته أن يتمسك بحقه في الشراء.

II - تجديد عقد الاعتماد الإيجاري :

إذا انتهت مدة الإيجار ولم يرغب المستأجر في شراء الأموال المؤجرة، وتبين له أنه يحتاج إلى الأصل لمدة أخرى، فيمكنه أن يستعمل الخيار الثاني الذي يميز له طلب تجديد التأجير، وعليه أن يبدي رغبته في ذلك قبل انتهاء مدة الإيجار⁽²⁾. ولا يعتبر تجديد العقد امتدادا للعقد الأول ؛ لأن شروط العقد الجديد تختلف عن شروط العقد الأول، وهو يعد بذلك عقدا جديدا، وبشروط جديدة؛ حيث تكون مدته أقل، وأجرته كذلك، نظرا للاضمحلال الاقتصادي للأصل⁽³⁾، وكون المؤجر قد استرد أكبر قسط من المال الذي كلفه شراء الأصل.

ويثير تجديد الإيجار مسألة تكييف العقد الجديد ؟ فبالرجوع إلى عناصر تكييف عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة ، نجد أن العقد الجديد يحقق جميع العناصر باستثناء شرط أن لا يكون المؤجر مالكا للأصل ، هذا ما يسقط صفة التمويل من هذه العملية، مما يمنع تكييفه على أساس أنه اعتماد إيجاري للأصول المنقولة، وإنما إيجار عادي مقترن بوعده بالبيع عند نهايته⁽⁴⁾.

III - رد الأموال إلى المؤجر :

قد لا يرى المستأجر مصلحة من شراء الأصل عند نهاية الإيجار، وقد أجاز المشرع الجزائي لهذا الأخير رد الأصل للمؤجر، بشرط أن يكون في حالة أصل مماثل لأصل بعمره الاقتصادي⁽⁵⁾، فعادة ما يشترط العقد أن يتم رد الأصل بحضور خبير ، ليحدد ما إذا كان الأصل قد أسنعمل

¹ - CALAIS-AULOY (J.), ... « Crédit-bail ... », art. précité, p. 08.

² - حسام الدين عبد الغني الصغير، التأجير التمويلي ... ، مرجع سابق، ص. 52 .

³ - إلياس ناصيف، العقود الدولية ... ، مرجع سابق، ص. 377 .

⁴ - CREMIEUX-ISRAEL (D.), *Leasing et crédit-bail mobilier*, Dalloz, Paris, 1995, p. 48.

⁵ - المادة 36 من الأمر 96 - 09، السالف الذكر.

استعمالا عاديا، أو مفرطا بالنظر إلى عمره الاقتصادي⁽¹⁾، وفي حالة ملاحظة استهلاك غير عادي للأصل، يلزم المستأجر بالتعويض⁽²⁾، وتقع كل المصاريف المتعلقة برد الأصل إلى المؤجر على عاتق المستأجر⁽³⁾، وإذا لم يتم رد الأصل بعد نهاية الإيجار اعتبر المستأجر مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة⁽⁴⁾.

ثانيا - فسخ العقد :

باعتبار أن عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة من العقود الملزمة لجانبين ، فإنه إذا لم يف أحد المتعاقدين بالتزاماته ، يجوز للطرف الآخر طلب فسخ العقد، وقد يكون الفسخ اتفاقي على أساس بند يتضمنه العقد، يقضي بانفساخ العقد تلقائيا إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ أحد التزاماته، أو قضائيا بموجب حكم من المحكمة .

فالفسخ يكون لعدم التنفيذ ، وعدم التنفيذ قد يكون من المستأجر فيجوز للمؤجر طلب الفسخ، وقد يكون من المؤجر فيحق للمستأجر طلب الفسخ كذلك، وذلك بعد إنذار يوجه للطرف المخل بالتزامه، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 13 من الأمر 09/96 على ما يلي : « إن فسخ عقد الاعتماد الإيجاري خلال الفترة غير القابلة للإلغاء من قبل طرف من الأطراف، تمنح الطرف الآخر حق التعويض الذي يمكن ... ».

يظهر من هذا النص أن المشرع الجزائري قد استعمل مصطلح "فسخ" في غير موضعه ؛ إذ لا يعقل أن يلتزم طالب الفسخ بالتعويض ؛ لأن طلب الفسخ لا يحق إلا لمن نفذ التزاماته على من لم ينفذها، فلا يعقل أن يعوّض من نفذ التزاماته المخلّ بها، وكان من المستحسن لو استعمل مصطلح "عدم تنفيذ" ، فنقرأ المادة كالاتي : « إن عدم تنفيذ عقد الاعتماد الإيجاري خلال الفترة غير القابلة للإلغاء من قبل طرف من الأطراف، تمنح الطرف الآخر حق التعويض ... ».

تجاوزا لهذا اللبس، سوف نتناول حالة طلب الفسخ من المستأجر (I) ، وحالة طلب الفسخ من المؤجر (II) .

¹ - GAVALDA (Ch.) et CREMIEUX – ISRAEL (D.), ... « Crédit- bail mobilier, Fin ... », art. précité, p. 03.

² - CABRILLAC (M.), ... « Crédit-bail », art. précité, p. 09.

³ - حسام الدين عبد الغني الصغير، التأجير التمويلي ... ، مرجع سابق، ص. 50.

⁴ - CREMIEUX-ISRAEL (D.), *Leasing et crédit-bail ...* , op. cit., p. 55. ; GAVALDA (Ch.) et CREMIEUX- ISRAEL (D.), ... « Crédit- bail Mobilier, Fin ... », art. précité, p. 03.

I - حالة طلب الفسخ من المستأجر :

يلتزم المؤجر - من حيث الأصل - بتسليم العتاد وتمكين المستأجر من الانتفاع بالأصل المؤجر، كما يلتزم بضمان الاستحقاق والعيوب الخفية، ونقل الملكية إلى المستأجر عند نهاية الإيجار إذا أبدى هذا الأخير رغبته في ذلك . غير أن المشرع قد أجاز للشركة المؤجرة إعفاء نفسها من ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية، كما أجاز لها أيضا توكيل المستأجر ليتسلم الأصل من المورد مباشرة فلا تكون ملزمة بالتسليم عينا .

ولا يمكن تصور طلب الفسخ لعدم التنفيذ من المستأجر في حالة توكيله بالتسليم، إلا في حالة رفض البائع تسليم الأصل للمؤجر للمستأجر نتيجة عدم دفع الشركة المؤجرة للثمن المتفق عليه للبائع، أين يجوز للمستأجر رفع دعوى فسخ العقد وطلب التعويض، إذا لم يكن هذا التعويض محدد سلفا في العقد .

ونميز في حالة تضمين العقد بندا يعفي المؤجر من ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية فرضين :
يتمثل الأول في احتواء العقد لشرط يتم بواسطته تحويل حق المؤجر تجاه البائع بالضمان إلى المستأجر، ويتمثل الثاني في خلو العقد من هذا الشرط. ولا يجوز للمستأجر - في كلا الفرضين - طلب فسخ الاعتماد الإيجاري لعدم إخلال المؤجر بالتزاماته بالضمان؛ لأنه أعفى نفسه منها. غير أنه يجوز له طلب الفسخ مع التعويض إذا لم يتضمن العقد هذا الإعفاء، وله أن يتخذ كل الإجراءات التحفظية، والتنفيذية على أموال هذا الأخير، ومن بينها الأصل المؤجر⁽¹⁾ .

أما فيما يتعلق بالتزام المؤجر بنقل ملكية المال المؤجر عند نهاية الإيجار إلى المستأجر إذا أبدى هذا الأخير رغبته في ذلك، فهو التزام لا يجوز الاتفاق على الإعفاء منه تحت طائلة فقد عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة لهذه الصفة⁽²⁾ . وفي حالة عدم تنفيذ المؤجر لهذا الالتزام ، يجوز للمستأجر طلب فسخ العقد والتعويض ، لأن العقد لا يزال قائما، فانهاء الإيجار لا يعني بالضرورة انتهاء الاعتماد الإيجاري ، فقبل تسوية وضع الأصل المؤجر لا ينتهي الاعتماد الإيجاري .

II - حالة طلب الفسخ من المؤجر :

اعتادت الشركات المؤجرة على وضع بنود في العقد ، تشتت منحتها الحق في طلب فسخ العقد

¹ - المادة 31 من الأمر 96 - 09، السالف الذكر.

² - المادة 10 من الأمر 96 - 09، السالف الذكر.

إذا تخلف المستأجر عن دفع بدلات الإيجار المشروطة في العقد، بعد أن تكون قد أعذرته لمدة 15 يوماً كاملة بتأخره عن تسديد بدل الإيجار، بواسطة كتاب مضمون مع إشعار الاستلام⁽¹⁾. غير أنه فيما يتعلق بالتعويض، فإن المشرع الجزائري يميز بين ما إذا كان عدم دفع بدل الإيجار تعسفي (1)، أو ناتج عن عدم قدرة حقيقية على الوفاء⁽²⁾.

1 - التعويض في حالة عدم الدفع التعسفي لبذل الإيجار: (3).

إذا رفض المستأجر أو تأخر في دفع بدل الإيجار في الموعد المحدد في العقد وهو موسر، أعتبر ذلك فسخاً تعسفياً، يمنح المؤجر حق المطالبة بالتعويض عن الفسخ التعسفي، وعادة ما يحدد مقدار هذا التعويض في العقد. وفي حالة عدم تحديد ذلك في العقد، يحدده قاضي الجهة المختصة، غير أنه لا يتمتع في ذلك بسلطة تقديرية، فلا يجوز له تحديد تعويض يقل عن الإيجارات المتبقية.

2 - التعويض في حالة عدم دفع بدل الإيجار لعدم قدرة حقيقية على الوفاء:

إذا كان عدم دفع بدل الإيجار ناتج عن عدم قدرة حقيقية على الوفاء، وذلك لقوة القاهرة، أو حالة تسوية قضائية، أو إفلاس، أو حل مسبق للشركة المستأجرة، وانجر عنه تصفية هذه الأخيرة⁽⁴⁾، وبصفة عامة، إذا كان عدم الدفع ناتج عن إعسار المستأجر، فإن المؤجر لن يتحصل على باقي الإيجارات المستحقة من المستأجر مباشرة، وإنما يمارس هذا الحق من خلال استرجاع الأصل المؤجر، وكذلك امتيازها على أصول المستأجر القابلة للتحويل نقداً، وعند الاقتضاء على أمواله الخاصة قصد استرداد الإيجارات المستحقة غير المدفوعة، والتي ستستحق في المستقبل.

المطلب الثاني

عجز نظرية العقد في احتواء عملية الاعتماد التجاري للأصول المنقولة

يظهر عجز نظرية العقد في احتواء عملية الاعتماد التجاري للأصول المنقولة، في كونها قد أعطت

¹ - المادة 20 من الأمر 96 - 09، السالف الذكر.

² - المادة 13 من الأمر 96 - 09، السالف الذكر.

³ - لتفاصيل أكثر أنظر: إلياس ناصيف، *العقود الدولية ...*، مرجع سابق، ص. 382؛

GAVALDA (Ch.) et CREMIEUX-ISRAEL (D.), ... « *Crédit-bail mobilier, Fin ...* », art. précité, p. 04.

⁴ - المادة 13 من الأمر 96 - 09، السالف الذكر.

مفهوما قانونيا للاعتماد الايجاري مغايرا لمفهومه الاقتصادي (فرع أول)، كما أن التكريس العقدي للعملية يولد عدة إشكالات فيما يتعلق برجوع المستأجر على الضامن في مسائل الضمان (فرع ثاني).

الفرع الأول

الإشكالات المتعلقة بضبط مفهوم الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة

إن اعتبار الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة عقدا من قبل المشرع الجزائري، يجعل مفهومه حسب النصوص (أولا) ، يختلف عن مفهومه حسب ما هو متعارف عليه في الممارسات البنكية والمالية (ثانيا) .

أولا- الاعتماد الايجاري على ضوء النصوص :

يسمح تحليل عناصر الاعتماد الايجاري التي نص عليها المشرع الجزائري (I) ، بتحديد آلية الاعتماد الايجاري في : ايجار منتهي بوعده ملزم لجانب واحد بالبيع (II) .

I- عناصر الاعتماد الايجاري :

تنص المادة السابعة من الأمر 09/96 على ما يلي : « يعتبر عقد الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة عقدا تمنح ، من خلاله، شركة التأجير، البنك أو المؤسسة المالية المسماة « بالمؤجر »، على شكل تأجير، مقابل الحصول على إيجارات ولمدة ثابتة، أصولا متشكلة من تجهيزات أو عتاد أو أدوات ذات الاستعمال المهني لمعامل اقتصادي، شخصا طبيعيا كان أو معنويا، يدعى «المستأجر» . كما يترك لهذا الشخص إمكانية اكتساب - كليا أو جزئيا- الأصول المؤجرة عن طريق دفع سعر متفق عليه، والذي يأخذ بعين الاعتبار - على الأقل جزئيا- الأقساط التي تم دفعها بموجب الإيجار. » .

يتضح من نص هذه المادة أن عناصر الاعتماد الايجاري تتلخص في إيجار بين الشركة المؤجرة والمستأجر (1) ، ووعده بالبيع ملزم للمؤجر (2) ، مع عدم قابلية فصل الإيجار عن البيع (3) .

1- الإيجار :

أكد المشرع الجزائري على وجود عقد الإيجار في الاعتماد الإيجاري ، فاستعماله لمصطلحات (إيجار⁽¹⁾ ، أصول مؤجرة⁽²⁾ ، مقابل الإيجار⁽³⁾ ...) يعبر دون التباس على اعتبار الإيجار أساسا لهذا العقد الخاص .

يشكل الإيجار عنصرا أساسيا من عناصر عقد الاعتماد الإيجاري ، حيث تقوم شركة الاعتماد الإيجاري بشراء العتاد والأجهزة بقصد تأجيرها إلى المستأجر، مقابل التزامه بدفع بدلات الإيجار في المواعيد المتفق عليها . إلا أن ذلك لا يعني أن عقد الاعتماد الإيجاري هو عقد إيجار ؛ لأن بدل الإيجار في عقد الاعتماد الإيجاري يكون مرتفعا بشكل ملحوظ عن مثيله في عقد الإيجار العادي ، بسبب أن هذا الأخير يقدر على أساس قيمة استهلاك رأس المال، وليس على أساس القيمة التأجيرية للمأجور⁽⁴⁾ . كما أن الشيء محل الإيجار يكون مملوكا للمؤجر في الإيجار العادي، بينما في الاعتماد الإيجاري يتم شراؤها من أجل التأجير⁽⁵⁾ ، ويتم رده إلى المؤجر عند نهاية الإيجار العادي، بينما في الاعتماد الإيجاري تكون للمستأجر خيارات أخرى .

وبالتالي، على الرغم من أن عقد الإيجار يشكل الركيزة الأساسية في الاعتماد الإيجاري، فهذا غير كاف لاعتباره إيجارا عاديا نظرا للهدف التمويلي له⁽⁶⁾ ، والذي يلزم المؤجر بوعده المستأجر ببيع المال محل العقد عند نهاية الإيجار .

2 – الوعد بالبيع :

الوعد بالبيع هو العنصر الثاني الذي نصت عليه المادة السابعة السالفة الذكر ، وهو ضروري لتكييف عقد الاعتماد الإيجاري ، فلا يوجد اعتماد إيجاري إذا لم ينص العقد على حق الخيار بالشراء⁽⁷⁾ ، الذي يمنح للمستأجر عند نهاية الإيجار. غير أنه إذا كان وجود الوعد بالبيع ضروري

¹ - المادة 11 من الأمر 96 - 09، السلف الذكر.

² - المادة 14 من الأمر 96 - 09، السلف الذكر.

³ - المادة 21 من الأمر 96 - 09، السلف الذكر.

⁴ - نادر عبد العزيز شافي، *عقد الليزنج (دراسة مقارنة)*، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004، ص. 493 .

⁵ - نادر عبد العزيز شافي، *عقد الليزنج ...* ، المرجع نفسه، ص. 494 .

⁶ - GAVALDA (Ch.) et CREMIEUX-ISRAEL (D.), « *Crédit-bail mobilier, fin ...* », art. précité , p. 11.

⁷ - CREMIEUX-ISRAEL (D.), *Leasing et crédit - bail mobilier ...* , thèse précitée, p. 16 ; TEYSSIE (B.), *Les groupes de contrats ...* , thèse précitée, p. 128 .

لتكليف العقد على أنه اعتماد إيجاري، فإنه غير كاف ؛ لأن تركيب الوعد الملزم لجانب واحد بالبيع بالإيجار هو الذي يصنع أصالة عقد الاعتماد الإيجاري ، فلا يوجد اعتماد إيجاري إلا إذا لم يتم تركيب الوعد بالبيع بالإيجار بشكل غير قابل للانفصال .

3 - عدم قابلية فصل الإيجار عن الوعد بالبيع :

تسمح لنا هذه الخاصية بتمييز الاعتماد الإيجاري عن الإيجار العادي، وقد نص عليها المشرع ضمناً عندما أوجب في تحديد ثمن البيع أخذ الإيجارات المدفوعة بعين الاعتبار، فبدل الإيجار في الاعتماد الإيجاري لا يعتبر كمقابل لاستعمال المال المؤجر والانتفاع به فقط ، وإنما يقابل - بالإضافة إلى ذلك- استثمار المستأجر من أجل تملك الأصل بعد مدة⁽¹⁾ . هذا ما يفسر ارتفاع بدل الإيجار في الاعتماد الإيجاري عن الإيجار العادي .

II - آلية الاعتماد الإيجاري : إيجار منتهي بوعد ملزم لجانب واحد بالبيع.

إن تحليل النصوص المتعلقة بالاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة ، تبين بأنه عقد مركب من إيجار ووعد ملزم لجانب واحد بالبيع لا يمكن الفصل بينهما⁽²⁾ ، فالمستأجر يلتزم بتحويل حق الاستغلال ، والانتفاع إلى المستأجر، وليس فقط تحويل الأموال ، كما ذهبت إليه بعض المحاكم في فرنسا التي تحصر التزامات المؤجر في دفع الثمن : « تكون الشركة المؤجرة قد نفذت التزاماتها التعاقدية إذا دفعت الثمن ... التزام المستأجر بدفع بدل الإيجار إلى المؤجر يجد سببه في تنفيذ المؤجر لالتزامه بدفع ثمن الأصل ... »⁽³⁾ . وهذا التصور يجعل من المؤجر مجرد غير (أي ليس طرفاً) موسر يقوم بدفع بدفع الثمن لحساب المستأجر⁽⁴⁾ . بينما من الناحية القانونية يدفع الثمن أصالة عن نفسه لأنه هو المشتري، وبدفع الثمن يتخلص من التزامه تجاه البائع لا المستأجر الذي لا يتخلص من التزاماته نحوه إلا بتسليم الأصل محل عقد الاعتماد الإيجاري .

¹- SCHUTZ (R. N.), *Les recours du crédit preneur dans l'opération de crédit-bail*, thèse Poitiers, P.U.F., 1993, p. 33.

² - هناك من الباحثين من يرى أن الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة هو تركيب لقرض مع تأمين عيني، يتمثل في حق الملكية على المال (GIOVANOLI, thèse précitée, p. 369) ، غير أن في الاعتماد الإيجاري لا يمكن أن تعتبر الملكية كضمان، لأن الضمان ملحق بالدين، فهو يحتفي بوفاء المدين لدينه، غير أنه في الاعتماد الإيجاري لا تسقط ملكية المؤجر بوفاء المستأجر لكل بدلات الإيجار .

³- cass.civ., 15^{ème} Ch., 18 Septembre. 1986. Gaz. Pal. 1987. N° 1, p. 286, Note (E.M) Bey : « la société bailleuse a exécuté les obligations contractuelles mises à sa charge en acquittant le prix ... l'obligation de payer les loyers qui incombe au locataire trouve sa cause dans l'exécution par le bailleur de son obligation de payer le prix de la chose ... »

⁴ - SCHUTZ (R. N.), *Les recours ...*, thèse précitée, p. 41.

وإذا كان للمؤجر أن يعفي نفسه - بموجب بند في العقد- من التزامه بالضمان، فلا يمكن تصور إعفاء نفسه من التسليم⁽¹⁾. بل فقط توكيل المستأجر للتسليم مباشرة من البائع؛ لأن الإعفاء من التسليم سيفرغ الإيجار من كل عناصره، وبالنتيجة الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة باعتباره إيجار منتهي بوعده ملزم لجانب واحد بالبيع.

ويقع على المستأجر التزام بدفع بدلات الإيجار، والتي هي من حيث الواقع لا تمثل مقابل الانتفاع فقط، وإنما ثمن الأصل الذي يجب أن يتحصل عليه المؤجر، فالإيجار هو مقابل حق المستأجر في أن يصبح مالكا للأصل في نهاية العقد بعد دفع الثمن المتبقي، وهذا الدفع المسبق للثمن يشكك في مسألة تكييف الوعد بالبيع على أنه وعد ملزم لجانب واحد؛ إذ يوجد بعض التناقض بين جعل آلية التنازل تتمثل في وعد ملزم لجانب واحد، وجعل بدل الإيجار يحسب على أساس ثمن الشراء مقسما على مدة الإيجار، فكيف يمكن وصف هذا الوعد بالملزم لجانب واحد، إذا كان المستأجر قد دفع الجزء الكبير من الثمن قبل حلول أجل الوعد؟

إن دفع المستأجر لقسط كبير من ثمن الأصل جعل بعض المفسرين يشككون في حرية المستأجر في استعمال الخيارات الأخرى عند نهاية الإيجار، باستثناء شراء الأصل⁽²⁾، مما يجعلهم يميلون أكثر إلى تكييف الوعد على أنه ملزم لجانبين. غير أننا نفضل تكييف الوعد على أساس أنه ملزم لجانب واحد؛ لأن آثار تكييفه على أساس أنه ملزم لجانبين تمس بمصالح المؤجر بطريقة تهدم تقنية الاعتماد الإيجاري.

إن القول بأن الوعد ملزم لجانبين، وأن المستأجر يدفع جزء من الثمن بكل بدل من الإيجار، يجعل من حق دائني هذا الأخير - في حالة إفلاس أو تسوية قضائية- المطالبة بحقوقهم فيما يتعلق بالجزء المدفوع ثمنه. وهذا مناقض لتقنية الاعتماد الإيجاري التي تمنح المؤجر امتيازات على الأصل المؤجر، فبالرغم من اختلاف بعض خصائص الوعد بالبيع في الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة عن الوعد بالبيع العادي الملزم لجانب واحد⁽³⁾، فإن هذا لا يجعل منه وعدا ملزما لجانبين؛ لأنه مهما كان

¹ - BEY (E.M.), « La propriété : le crédit- bail envisagé comme une sûreté », in : *l'évolution du droit des sûretés*, R.J.com. 1982, N° spécial, p. 50 : « en contrepartie des prérogatives reconnues au locataire,... le bailleur est dégagé de son obligation de garantie mais non de son obligation de délivrance sans laquelle il ne peut y avoir de louage. ».

² - MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), *Les contrats spéciaux*, 5^{ème} éd., Cujas, Paris, 1991, p. 91 ; BENAC- SCHMIDT (F.), *Le contrat de promesse de vente*, L.G.D.J., Paris, 1983, p. 59 et s.

³ - SCHUTZ (R.N.), *Les recours ...*, thèse précitée, p. 44 .

بدل الإيجار مرتفعا، فهو لا يغير من طبيعة الوعد، فنية الشراء تختلف عن الالتزام بالشراء⁽¹⁾. ومرد اختلاف خصائص الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد في الاعتماد الإيجاري عن الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد العادي، هو كون الوعد في الاعتماد الإيجاري يستعمل - عن طريق تركيبه مع الإيجار - لتحقيق هدف لم يخص هذا العقد لتحقيقه أصلا، وهو الائتمان⁽²⁾.

بمقتضى ما سلف، يعتبر الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة - على ضوء النصوص - إيجار منتهي بوعد ملزم لجانب واحد بالبيع، فهو تركيب للإيجار والوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ما بين طرفين: الشركة المؤجرة والمستأجر، مستبعدا تماما الدور الذي يلعبه البائع.

ثانيا - الاعتماد الإيجاري على ضوء الممارسة :

الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة هو وليد الحاجة إلى تنمية الاستثمارات⁽³⁾؛ إذ يبدأ الأمر عندما يقرر أحد المستثمرين تجديد أو تطوير استثماره، فيحدد مواصفات العتاد والتجهيز اللازم، وكذلك حجم التمويل، ثم يتوجه للبحث عن ذلك العتاد في السوق، فيتفاوض مع البائعين حتى يحصل على عروض مفصلة ودقيقة، وكأنه سيشتريها لنفسه، ثم يتوجه للبحث بعد ذلك عن شركة مالية توافق على تمويل مشروعه، فيرفق بطلب التمويل عرض البيع الصادر عن البائع، بالإضافة إلى دراسة مفصلة عن مشروعه، يظهر فيها النشاط الذي يريد تمويله، وحجم أعماله، وكل معلومة من شأنها أن تدعم ضمانه العام. وإذا وافقت شركة الاعتماد الإيجاري على التمويل يتم الاتفاق على جميع الشروط.

يجلج الأستاذ شامبو⁽⁴⁾ "CHAMPAUD" هذه العملية على أنها تتضمن خمس تقنيات تتم وفقا لترتيب زمني معين، وهي تدوب في قالب واحد. تؤلف بانصهارها الطابع المركب لعملية الاعتماد الإيجاري، وتتمثل هذه التقنيات في :

- 1 - وعد بالإيجار ملزم للجانبين في مرحلة تكوين العملية .
- 2 - توكيل الشركة المؤجرة المستأجر في مسألة اختيار العتاد، وتحديد ثمنه مع البائع .
- 3 - إبرام عقد إيجار بين الشركة المؤجرة والمستفيدة .

¹ - GHESTIN (J.) et DESCHE (B.), *Traité des contrats, la vente*, L.G.D.J., 1990, p. 168.

² - من بين الآليات التي تستعمل لتحقيق الائتمان نجد الكفالة، والرهن الحيازي، والرهن الرسمي ... إلخ.

³ - نادر عبد العزيز شافي، *عقد البيع ...*، مرجع سابق، ص. 438 .

⁴ - CHAMPAUD (C.), « *La loi...* » ... , art. précité .

4 - ابرام وعد بالبيع ملزم لجانب واحد تتعهد الشركة المؤجرة بمقتضاه ببيع العتاد المؤجر إلى المستأجر في نهاية العقد .

5 - ابرام عقد بيع بعد إعلان المستأجر عن رغبته بالشراء، وذلك باعتباره أحد الخيارات الممنوحة للمستأجر .

يخالف الأستاذ " حبيب مزهر " الأستاذ " شامبو " في تحليله؛ حيث يعتبر أن هناك عقود لم يلاحظها الأستاذ " شامبو "، وأخرى لا مبرر لوجودها، وينتهي إلى أن عملية الاعتماد الإيجاري تتضمن المراحل والتقنيات التالية⁽¹⁾ :

1 - مفاوضات عقد بيع العتاد بين صاحب المشروع (المستأجر) وبائعها أو صانعها .
2 - عرض بالبيع من مالك التجهيزات موجه إلى صاحب المشروع وشركة الاعتماد الإيجاري في أن واحد .

3 - عرض بالإيجار من صاحب المشروع إلى شركة الاعتماد الإيجاري .
4 - وعد تبادلي بالإيجار بين صاحب المشروع وشركة الاعتماد الإيجاري .
5 - شراء شركة الاعتماد الإيجاري للتجهيزات المتفق عليها لحسابها من البائع ، وذلك بإصدار القبول على العرض الصادر من البائع في مرحلة سابقة .
6 - ابرام عقد إيجار بين الشركة المؤجرة وصاحب المشروع يتضمن وعد ملزم لجانب واحد بالبيع لصالح المستأجر عند نهاية مدة الإيجار .

أما الأستاذ " كركبي " فيرى أن عملية الاعتماد الإيجاري تتضمن مايلي⁽²⁾ :

1 - مفاوضات بشراء التجهيزات بين صاحب المشروع والبائع .
2 - شراء التجهيزات من قبل شركة التأجير لحسابها على أساس المفاوضات التي أجراها صاحب المشروع .
3 - إيجار يتضمن وعدا بالبيع لصالح صاحب المشروع الذي يمارس حقه بالخيار عند نهاية مدة الإيجار .

أما الأستاذان " AYNES " و " MALAURIE "، فيعتبران أن عملية الاعتماد الإيجاري تتضمن ثلاث عقود⁽¹⁾ :

¹ - نقلا عن نادر عبد العزيز شافي، عقد اللزيق ... ، مرجع سابق، ص. 442.

² - كركبي مروان، العقود المسماة، المنشورات الحقوقية، الطبعة الثالثة، بيروت 1998، ص. 627.

- 1 - شراء عتاد.
- 2 - تأجير هذا العتاد لمدة محددة.
- 3 - وعد من جانب واحد بالبيع

على الرغم من اختلاف الباحثين فيما يتعلق بتحديد عدد المراحل والتقنيات، غير أنهم يتفقون في كون أن عملية الاعتماد التجاري للأصول المنقولة تجمع ثلاث أطراف⁽²⁾ : المستأجر الذي يبحث عن اقتناء تجهيزات جديدة لمشروعه، والبائع الذي يورد هذه التجهيزات ، وأخيرا شركة الاعتماد التجاري التي توفر الرأسمال الكافي لتمويل المشروع، فتتولد لنا ثلاث علاقات متداخلة :

I - علاقة الشركة المؤجرة بالبائع أو المنتج :

لم يعط المشرع الجزائري أهمية لهذه العلاقة ؛ إذ لم يعتبرها جزءا من الاعتماد التجاري للأصول المنقولة، واكتفى بالتلميح إليها عند تنظيمه لطريقة حساب بدل الإيجار . غير أنه بالرجوع إلى الممارسة نجد أن هذه العلاقة مهمة جدا، فإعطاء البائع المؤجر بعض الضمانات⁽³⁾ ، هو الذي يشجع الشركة المؤجرة بقبول عرض صاحب المشروع، وأهم ضمان يعطيه البائع للمؤجر يتمثل في أحد الالتزامين :

1 _ الالتزام بالتعاون :

والذي بمقتضاه يتعهد البائع بالتعاون مع الشركة المؤجرة في إعادة بيع الأصل المؤجر أو إعادة تأجيره ، في حال فسخ الإيجار المبرم بين شركة الاعتماد التجاري والمستثمر (المستأجر)، أو وقف تنفيذه . ويعتبر هذا الالتزام التزاما ببذل عناية⁽⁴⁾ ، وهو يعطي للشركة المؤجرة الحق في التعويض إذا لم يبذل البائع المجهود اللازم في التعاون معها لإعادة بيع الأصل أو تأجيره .

2 _ الالتزام بالاسترداد :

وهو يختلف عن الالتزام بالتعاون، ويعتبر أكثر فعالية منه ؛ لأنه لا يقتصر على التعاون ، وإنما على استرداد الأصل المؤجر، إما على سبيل البيع أو الإيجار، وهو التزام بتحقيق نتيجة⁽⁵⁾ ، فباستبار أن

¹ - MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), *Les contrats spéciaux ...* , op. cit. , p. 485.

² - مصطفى رشيد شبيحة، مرجع سابق، ص. 314؛ كركبي مروان، *العقود المسماة...*، مرجع سابق، ص. 628 ؛ نادر عبد العزيز الشافي، *عقد الليزنج ...* ، مرجع سابق، ص. 439 ؛ إلياس ناصيف، *العقود السولية ...* ، مرجع سابق، ص. 15؛

RODIERE (R.), *Droit commercial*, Dalloz, Paris, 1978, p. 222.

³ - إلياس ناصيف، *العقود السولية ...* ، مرجع سابق، ص. 311.

⁴ - الالتزام ببذل عناية هو ذلك الالتزام الذي يكفي المدين في تنفيذه بذل عناية الرجل العادي حتى وإن لم تتحقق النتيجة المطلوبة.

⁵ - الالتزام بتحقيق نتيجة هو ذلك الالتزام الذي لا يكون فيه المدين موفيا بالتزامه إلا إذا حقق النتيجة المطلوبة.

المؤسسات المالية غير متخصصة في تسويق العتاد، عادة ما تضمن عقد شراء العتاد من البائع أحد هذين الالتزامين ، تحسبا لحالة فسخ الإيجار قبل نهاية المدة غير القابلة للإلغاء .

II - علاقة المؤسسة التي ترغب في اقتناء الأصل (المستأجر) بالبائع أو المنتج :

وهي علاقة غير معترفة بها قانونا ؛ لأنه لا يتم إبرام البيع باسم المستأجر . غير أنه بالرجوع إلى الواقع العملي نجد أن هذه العلاقة تتجسد في عدة مسائل: فاختيار العتاد، وتحديد مواصفاته، وكذلك التفاوض على ثمنه ، يكون بمعرفة المستثمر الذي يرغب في اقتنائه (المستأجر)⁽¹⁾ ، وعادة يكون التسلم من طرفه أيضا⁽²⁾ ، بموجب اتفاق بينه وبين الشركة المؤجرة ، والبائع . كما أنه يرجع في مسألة ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية على البائع ؛ لأن شركة الاعتماد الإيجاري تعفي نفسها دائما من هذا الضمان⁽³⁾ ، باعتبار أن المستأجر هو الذي حدّد أوصاف المبيع ، وهو الذي استلمه.

III - علاقة شركة الاعتماد الإيجاري بزبونها :

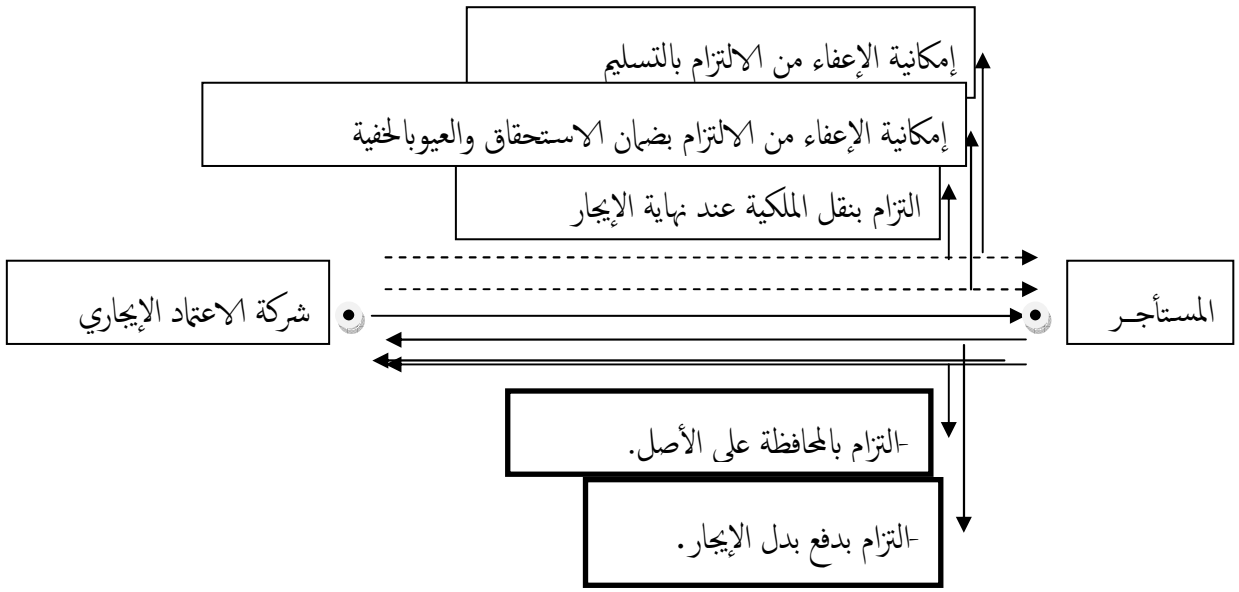
وهي العلاقة الوحيدة التي نظمها المشرع، وتتمثل في إبرام عقد إيجار منتهي بوعده ملزم لجانب واحد بالبيع ، تلتزم من خلاله شركة الاعتماد الإيجاري ببيع العتاد للمستأجر عند نهاية الإيجار، إذا عبر عن رغبته في ذلك .

يظهر مما سلف، أن عملية الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة بمفهوم الممارسة أوسع منه بمفهوم النصوص ؛ إذ لا يحصر العلاقة ما بين شركة الاعتماد الإيجاري والمستأجر ، متجاهلا الطرف الثالث والمتمثل في البائع (المخطط 1، والمخطط 2) .

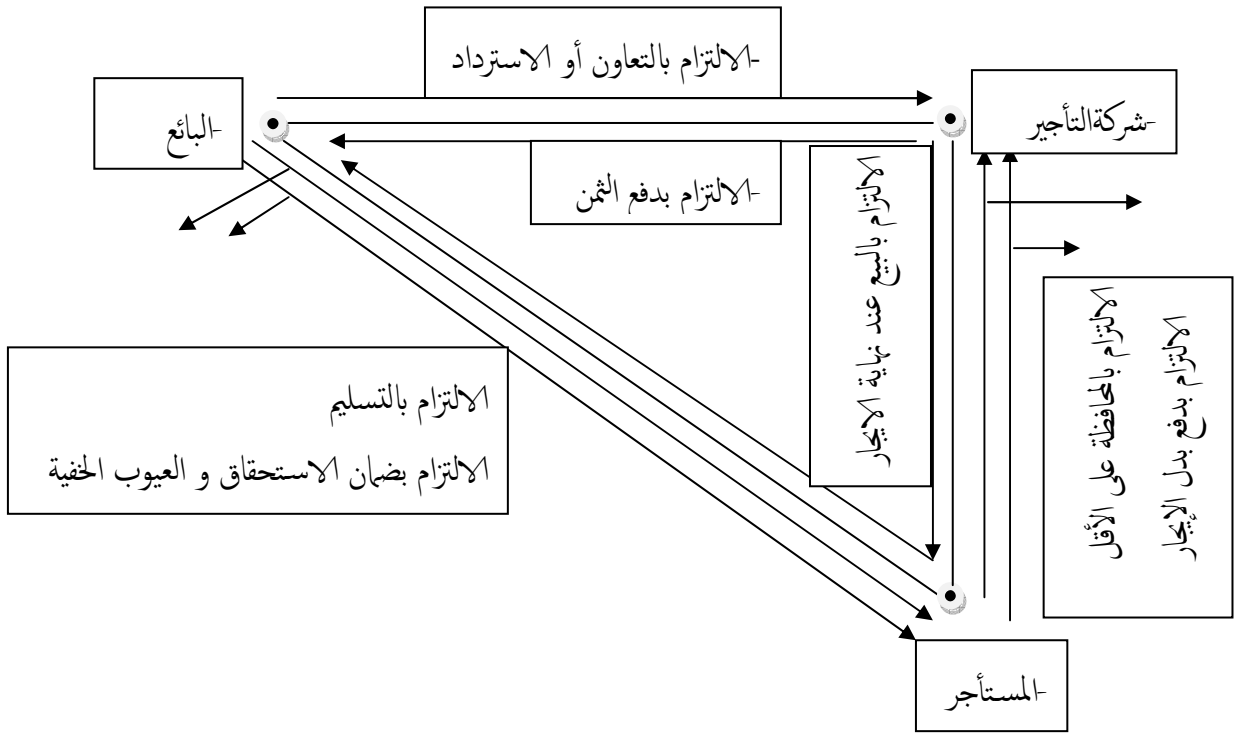
¹ - CALAIS- AULOY (J.), « Crédit-bail ... » ... , art. précité, p. 5.

² - GAVALDA (Ch.) et CREMIEUX- ISRAEL, « crédit- bail mobilier, régime juridique ... » ... , art. précité, p. 5.

³ - المادة 20 من الأمر 96 - 09، السالف الذكر.



المخطط 1 - الاعتماد الإيجاري طبقا للنصوص



المخطط 2- اعتماد الإيجاري للأصول المنقولة طبقا للممارسة

الفرع الثاني الإشكالات المتعلقة برجوع المستأجر على الضامن في مسائل الضمان

إن منح المشرع الجزائري الشركة المؤجرة حق إعفاء نفسها من ضمان الاستحقاق، والعيوب الخفية، باعتبار أن المستأجر هو الذي يختار العتاد ويتسلمه، يولد للمستأجر صعوبات كبيرة في حالة ما إذا تم استحقاق العتاد من الغير، أو هلك نتيجة عيوب خفية فيه.

أمام عدم إمكانية رجوع المستأجر على المؤجر في مسائل الضمان (أولا)، حاول الفقه والقضاء فتح إمكانية الرجوع على البائع مباشرة، عن طريق دعوى مباشرة أو تنظيم اتفاقي، غير أنها عجزا عن إيجاد أساس قانوني لهذا الرجوع (ثانيا).

أولا - عدم إمكانية الرجوع على الشركة المؤجرة :

يرجع عدم إمكانية رجوع المستأجر على الشركة المؤجرة في مسألة ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية، إلى البنود التي تشترط بموجبها الشركة المؤجرة إعفائها من كل التزام بالضمان⁽¹⁾. هذا ما يجعلنا نتساءل عن موقف النظرية العامة من هذه البنود ومدى صحتها في الاعتماد التجاري للأصول المنقولة؟ وعن مدى نجاعة تحويل الحق في الضمان من المؤجر إلى المستأجر؟

I - بنود الإعفاء من الضمان في النظرية العامة :

بنود الإعفاء من الضمان هي تلك البنود التي تقضي بعدم مساءلة المسؤول عن الضمان إذا ما لم ينفذ التزامه⁽²⁾، وبالتالي إعفاؤه من التنفيذ الجبري، والتنفيذ بمقابل. وهي بنود جائزة من حيث المبدأ؛ لأن الإرادة هي التي تنشئ الالتزام، فمن المنطق أن تحدد آثاره بكل حرية، كما أن هذه البنود من شأنها أن تطوّر وتساهم في ازدهار المعاملات التجارية⁽³⁾، ففي الاعتماد التجاري مثلا، تشجع هذه البنود شركات الاعتماد التجاري على إبرام هذه العمليات؛ لأنها تعفيها من الدخول في الأمور التقنية.

¹ - المادة 19 من العقد النموذجي للاعتماد التجاري للأصول المنقولة، انظر الملحق.

² - TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 486 ; FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *l'acte juridique* ... , op. cit. , p. 123 ; BOYER (M.), « La garantie des vices cachés dans le crédit- bail mobilier », *R.J.com.* 1981, N° 8, p. 338 ; BRICKS (H.), *Les clauses abusives*, L.G.D.J., Paris, 1982.

³ - TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 487.

وباعتبار أن الاعتماد الإيجاري هو إيجار منتهي بوعده بالبيع ملزم لجانب واحد ؛ فإن نظامه لا يبتعد عن نظام الإيجار . وعليه نتساءل عن موقف أحكام عقد الإيجار من بنود الإعفاء من الضمان ؟
تنص المادة 490 من التقنين المدني الجزائري على أنه : « يبطل كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو التحديد من الضمان بسبب التعرض القانوني .

ويبطل كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو التخفيف من ضمان العيوب إذا أخفاها المؤجر غشًا » .
نستنتج من أحكام هذه المادة أن بند الإعفاء من الضمان مقبول في مواد الإيجار، غير أنه مشروط : فلا يجب أن يكون مضمونه الإعفاء من ضمان التعرض القانوني⁽¹⁾ ، سواء أكان صادرا من المؤجر أو من الغير، كما أنه لا يمكن للمؤجر أن يعفي نفسه من ضمان عيوب أخفاها عن علم المستأجر غشًا .

أما في الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة، فإنه يجوز للشركة المؤجرة أن تعفي نفسها من ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية، وهو إعفاء لا يتعارض مع أحكام الإيجار فيما يخص الشرط المتعلق بالعيوب الخفية، لأن الشركة المؤجرة قد لا يكون لها علم بحالة الأصل أو العتاد باعتبار أن المستأجر هو الذي يختار العتاد ويتسلمه، بينما فيما يخص الشرط الثاني المتعلق بالإعفاء من ضمان الاستحقاق الذي يكون نتيجة تعرض قانوني صادر من الغير، فهو يخالف أحكام الإيجار ومنطق الضمان في النظرية العامة؛ لأن الشركة المؤجرة هي التي تبرم البيع النهائي ، وبالتالي عليها التأكد من ملكية العتاد .

II - بنود الإعفاء من الضمان في الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة :

تنص المادة 18 من الأمر 09/96 : « يمكن أن يحتوي عقد الاعتماد الإيجاري أيضا اشتراط ما يأتي : ...

تنازل المستأجر عن ضمان الاستحقاق وعن ضمان العيوب الخفية » .

بما أن اختيار الأصل موضوع الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة يكون -عادة- من طرف المستأجر، وكذا تسلمه، فإن شركات الاعتماد الإيجاري قد درجت على تضمين عقد الإيجار بنودا يعفيها من الضمان، باعتبار أن دورها ينحصر في المسائل المالية دون التقنية .

وما يلاحظ في هذا المجال، هو أن في إعفاء الشركة المؤجرة نفسها من ضمان الاستحقاق تعارض مع أحكام الإيجار « يبطل كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو التحديد من الضمان بسبب التعرض

¹ -التعرض القانوني هو كل تعرض قائم على المطالبة بحق على الأصل أو العتاد قضائيا.

القانوني ... »⁽¹⁾، غير أنه طبقاً لقاعدة الخاص يقيد العام يبقى هذا الإعفاء جائزاً .

قد ساند القضاء الفرنسي هذا الحل في قراراته الأولى ؛ إذ لم يضع أي شرط لصحة هذا الإعفاء⁽²⁾، غير أنه سرعان ما غير موقفه، فاشتراط على الشركة المؤجرة تحويل حقوقها في الضمان تجاه البائع إلى المستأجر حتى يكون بند الإعفاء صحيحاً⁽³⁾. ولا يكون المستأجر بهذا الشرط مجرداً من كل حماية فيما يتعلق بضمان الاستحقاق والعيوب الخفية .

فحبذا لو استغل المشرع الجزائري تجربة القضاء الفرنسي ونص على إمكانية رجوع المستأجر على البائع مباشرة كما فعل المشرع المصري⁽⁴⁾، أو على الأقل علق بند الإعفاء من الضمان على شرط تحويل حقوق المؤجر تجاه البائع إلى المستأجر، فعلى الرغم من إشارته إلى إمكانية رجوع المستأجر على البائع بصفته وكيلًا⁽⁵⁾، إذا نص العقد على ذلك، غير أنه لم يلزم الأطراف بتضمين عقد الاعتماد التجاري للأصول المنقولة بوكالة تسمح للمستأجر بالتدخل في العلاقة التي تربط الشركة المؤجرة بالمورد.

ثانياً - رجوع المستأجر على البائع :

إذا كان المشرع الجزائري يلمح إلى فكرة الوكالة لتأسيس رجوع المستأجر على البائع (I)، فإن هذا لا يمنع الأطراف من الاتفاق على آلية أخرى (II) لتحويل حق رجوع الشركة المؤجرة على البائع بضمان الاستحقاق والعيوب الخفية إلى المستأجر .

I - الوكالة :

تستعمل معظم عقود الاعتماد التجاري للأصول المنقولة تقنية الوكالة⁽⁶⁾ لتحويل حق الرجوع الناتج عن عقد البيع إلى المستأجر⁽⁷⁾، بل تعطيه - في الغالب - وكالة عامة في كل ما يتعلق بالأصل بما يشمل اختيار العتاد وتحديد ثمنه⁽⁸⁾. في حقيقة الأمر، يمارس المستأجر عندما يتصرف بصفته وكيلًا حقوق ودعاوى موكله الممثل في شركة الاعتماد التجاري . وعليه فإن تقنية الوكالة قد تشكل خطراً

¹ - المادة 490 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

² - SCHUTZ (R.N.), *Les recours ...*, thèse précitée, p. 59.

³ - HARICHAUX - RAMU (M.), « *Le transfert des garanties dans le crédit- bail mobilier* », *RTD. Com.*, 1978, p. 209 et s., p. 219.

⁴ - المادة 13 من القانون المصري رقم 95 لسنة 1995، السالف الذكر.

⁵ - المادة 27 من الأمر 09/96، السالف الذكر.

⁶ - الوكالة هي عقد يفوض بمقتضاه شخص شخصاً آخر للقيام بعمل شيء لحسابه و باسمه، أنظر المادة 571 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁷ - SCHUTZ (R.N.), *Les recours ...*, thèse précitée, p. 156.

⁸ - CREMIEUX- ISRAEL (D.), *Leasing et crédit-bail ...*, thèse précitée, p. 128.

على شركة الاعتماد الإيجاري في حال ما إذا حرّك المستأجر دعوى فسخ البيع باعتباره وكيلا ؛ إذ ستجد شركة الاعتماد الإيجاري نفسها مضطرة على فسخ الاعتماد الإيجاري . هذا ما جعل شركات الاعتماد الإيجاري تتخذ بعض الاحتياطات لاسيما في عدم استخدام عبارات عامة ، كما أنها تحرص دائما على أن ينص العقد على عدم جواز رفع الوكيل دعوى فسخ البيع⁽¹⁾ ، وإمكانية إنهاء الوكالة متى ارتأت أن مصلحتها في ذلك، فتتنازل عن الدعوى وعلى الوكيل أن يلتزم بذلك⁽²⁾ .

قد اشترط القضاء الفرنسي قبول البائع لصحة الوكالة⁽³⁾ ، غير أن معظم المفسرين عارضوا القضاء في ذلك، فهم يرون أن الوكالة ليست بحاجة لرضى طرف أجنبي لصحتها⁽⁴⁾ ، باستثناء "GOYET" الذي ساند القضاء في سنه لهذا الشرط ؛ لأنه يعتبر أن الاعتماد الإيجاري علاقة قانونية ثلاثية⁽⁵⁾ .

تعتبر وكالة المستأجر في استعمال حق المؤجر في الضمان في عقد البيع، امتدادا طبيعيا للوكالة التي منحت له في مسألة اختيار العتاد وتسلمه، وإن كانت العبارات التي استعملها المشرع الجزائري في المادة 27 من الأمر 96 - 09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري - والمتمثلة في : « ... العقد يسمح للمستأجر بالتصرف، بصفته وكيل المالك، في العمليات القانونية ... ويطبق هذا، بالأخص على تدخلات المستأجر في إطار العلاقات التي تربط المؤجر مع موردي أو مقاولي الأصل ... » - عبارات غامضة، لا تعبر عن إرادة الشركة المؤجرة في تحويل الضمانات المتعلقة بملكية الأصل إلى المستأجر، كما تفعل المادة 571 من التقنين المدني الجزائري .

ويعاب على الوكالة أنها لا تعبر عن الإرادة الحقيقية لأطراف عملية الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة⁽⁶⁾ ، فالمستأجر عند مطالبته بضمان الاستحقاق والعيوب الخفية يطالب بحقوق شخصية، كونه يسعى إلى تحقيق مصلحته هو لا مصلحة الشركة المؤجرة، عكس ما تقضي به الوكالة . هذا ما حث المفسرين على اللجوء إلى آليات أخرى.

¹ - CREMIEUX- ISRAEL (D.), *Leasing et crédit-bail ...* , thèse précitée, p. 131 ; SCHUTZ (R. N.), *Les recours ...* , thèse précitée, p. 159.

² - SCHUTZ (R.N.), *Les recours ...* , thèse précitée, p. 159.

³ - BAY (E.M.), « *La propriété ...* » ... , art. précité , p. 28.

⁴ - HARICHAU – RAMU (M.), « *Le transfert des garanties ...* », art. précité, p. 225.

⁵ - GOYET (M.), *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit- bail et du bail superficiaire*, L.G.D.J., Paris, p. 59.

⁶ - Ibid , p. 61.

II – التنظيم الإتفاقي لرجوع المستأجر على البائع :

لكون فكرة الوكالة لا تسمح للمستأجر بالرجوع على البائع باسمه الخاص ، وإنما باسم ومصصلحة الشركة المؤجرة، سعى الأطراف -دائماً- إلى إيجاد تقنيات تسمح للمستأجر بالرجوع على البائع باسمه ولحسابه ، فتم اللجوء إلى الاشتراط لمصلحة الغير، والإبابة اللتان تنشآن حقا مباشرا لصالح المستأجر في مواجهة البائع (1) ، كما تم اللجوء أيضا إلى الحلول، وحوالة الحق اللتان تحولان حقوق الشركة إلى المستأجر (2) .

1 – إنشاء حق مباشر لمصلحة المستأجر :

هنالك تقنيتان تسمحان بإنشاء حق مباشر لصالح المستأجر في مواجهة البائع وهما : الاشتراط لمصلحة الغير (أ)، والإبابة (ب).

أ – الاشتراط لمصلحة الغير :

الاشتراط لمصلحة الغير هو آلية تسمح لشخص (المشترط) بأن يلزم شخصا آخر (المتعهد) على القيام بأداء معين لمصلحة شخص أجنبي (المنتفع) .

يمكن في مواد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة للشركة المؤجرة (المشترط) أن تشتط على البائع (المتعهد) بأن يلتزم بضمان الاستحقاق والعيوب الخفية، الناتجة عن البيع للمستأجر مباشرة (المنتفع)، وبذلك ينشأ حق مباشر للمستأجر بالضمان على البائع .

وقد ذهب القضاء في فرنسا إلى اعتناق هذه الفكرة . ذلك ما يظهر من خلال قرار محكمة استئناف (AGEN) المؤرخ بـ 15 جانفي 1969⁽¹⁾، وقرار محكمة النقص التجارية المؤرخ في 15 جانفي 1985⁽²⁾، غير أن القرارين يشترطان وجوب النص على الاشتراط لمصلحة الغير في عقد البيع، أو على الأقل في سند طلب البضاعة (Le Bon De Commande) ، وفي الاعتماد الإيجاري نفسه . وإن كان من شروط عدم قابلية الاشتراط لمصلحة الغير للنقض من طرف المشتط هو عدم تعبير المنتفع عن رغبته في الاستفادة منه، فإنه في مواد الاعتماد الإيجاري لا يكون من مصلحة الشركة المؤجرة

¹- V . CREMIEUX- ISRAEL (D.), *Les problèmes juridiques, comptables et fiscaux du leasing et du crédit-bail mobiliers*, thèse Paris II, 1974, p.p. 126 - 127 : « la chose passe entièrement aux risques du preneur, celui-ci devenant responsable de toute perte de la chose... Toutefois, le locataire dispose, envers la société vendeuse de la garantie légale du vendeur, en vertu d'une clause de stipulation pour autrui insérée dans le bon de commande et par la clause figurant dans le contrat de location ... ».

²- SCHUTZ (R.N.), *Les recours ...* , thèse précitée, p. 163.

نقض الاشتراط، حتى لو لم يعبر المستأجر عن رغبته في الاستفادة من الضمان الناتج عنه؛ لأن الاشتراط هو مقابل إعفاء الشركة المؤجرة نفسها من الضمان، غير أنه باعتبار أن حق المستأجر – وإن كان حقا مباشرا – يجد أساسه في العقد المبرم بين شركة الاعتماد الإيجاري (المشترط) والبائع (المتعهد)⁽¹⁾، فإنه يجوز للبائع التمسك في مواجهته بجميع الدفع التي يمكنه أن يتمسك بها في مواجهة الشركة المؤجرة⁽²⁾. كما أن هذا الحق « لا يمنح المستأجر حق الرجوع على البائع إلا فيما يتعلق بالدعاوى التي تهدف إلى الحصول على الأداء الموعود به، فهو لا يستطيع رفع دعوى فسخ البيع ... ، فلا يكتسب المستأجر بموجب الاشتراط إلا حق الضمان الذي يخوله له حق رفع دعوى التنفيذ ضد المتعهد الراض لتفويض التزامه »⁽³⁾.

وقد اعترض الأستاذ " CALAIS – AULOY " على فكرة الاشتراط لمصلحة الغير، واعتبرها غير ملائمة؛ لأن المستأجر ليس من الغير، وإنما طرف في هذه العملية المركبة التي هي الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة⁽⁴⁾.

ب – الإنابة :

الإنابة هي عملية قانونية يلتزم بمقتضاها شخص (المناب) بطلب من شخص آخر (المنيب)، تجاه شخص ثالث (المناب لديه)⁽⁵⁾.

تلعب الشركة المؤجرة في مواد الاعتماد الإيجاري دور المنيب، والمستأجر دور المناب لديه، أما البائع فدور المناب، فينوب البائع عن الشركة المؤجرة المدينة تجاه المستأجر بالضمان في تنفيذ هذا الالتزام مباشرة تجاه المناب لديه (المستأجر)، وحتى تكون الإنابة صحيحة يجب أن يتم قبولها من طرف المستأجر⁽⁶⁾.

يمكن أن تؤسس هذه التقنية – من الناحية النظرية – رجوع المستأجر مباشرة على البائع في مواد ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية، فرضى المستأجر مفترض؛ لأن من مصلحته قبول الإنابة

¹ - Ibid, p. 164.

² - فيما يتعلق بارتباط حق المنتفع بعقد الاشتراط، (أنظر أعلاه ص. 37 وما يليها).

³ - BEY (E.M.), *De la symbiotique ...*, op. cit., p. 147 : « le bénéficiaire ne peut agir contre le vendeur que dans le but d'obtenir la prestation promise. Il ne peut notamment agir en résolution de la vente ... , le locataire, par jeu de la stipulation pour autrui ne bénéficie que du droit à la garantie que lui confère le droit à l'action en exécution contre le promettant résistant. ».

⁴ - CALAIS – AULOY (J.), ... « Crédit – bail », art. précité, p. 09.

⁵ - CREMIEUX – ISRAEL (D.), *Les problèmes juridiques ...*, thèse précitée. p. 122.

⁶ - المادة 294 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

والا كان مجردا من حق الضمان . أما فيما يتعلق بالبائع ، فليس هناك إثقال عليه بقبول هذا الالتزام؛ لأنه من حيث الأصل يكون ملتزما به تجاه الشركة المؤجرة . كما أن البائع كان يتعامل من الناحية العملية مع المستأجر لا مع الشركة المؤجرة، غير أنه على سبيل الاحتياط يتم النص على الإنابة في سند طلب البضاعة⁽¹⁾ .

والإنابة نوعان : إنابة مجددة (délégation parfaite) يتغير فيها المدين ، فتبرأ ذمة المنيب (شركة الاعتماد التجاري) قبل المناب لديه (المستأجر) . ومن شروطها : صحة الالتزام الذي ارتضاه المناب، وألا يكون هذا الأخير معسرا وقت الإنابة . وإنابة غير مجددة يبقى فيها الالتزام القديم إلى جانب الالتزام الجديد (délégation imparfaite)⁽²⁾ .

في الاعتماد التجاري للأصول المنقولة، عادة ما يتنازل فيه المستأجر صراحة عن حقه في الرجوع على الشركة المؤجرة بضمان الاستحقاق والعيوب الخفية، ويعتبر ذلك تعبيرا صريحا من المناب لديه (المستأجر) على تبرئة ذمة المنيب (الشركة المؤجرة)، وعليه فإن الإنابة في الاعتماد التجاري مجددة⁽³⁾ .

عارض بعض المفسرين هذا التكييف ؛ لأن الإنابة المجددة تكون بقيام المناب بتنفيذ التزام المنيب ، غير أن ما يلاحظ في الاعتماد التجاري هو أن البائع (المناب) لا ينفذ التزام المنيب (ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية طبقا لقواعد الإيجار) ، وإنما ينفذ التزامه الأصلي (ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية طبقا لقواعد البيع)⁽⁴⁾ . هذا ما يحث على التساؤل عن الطبيعة القانونية لالتزام المناب قبل المناب لديه ؟

لا يكون التزام المناب قبل المناب لديه نسخة عن التزام المناب قبل المنيب ، وإلا كانت حوالة دين⁽⁵⁾ ، بدليل أن الإنابة لا تشترط أن تكون هناك حتما مديونية سابقة بين المدين (الشركة المؤجرة)؛ أي المنيب، والغير المستأجر؛ أي المناب لديه باعتباره غيرا عن عقد الإنابة⁽⁶⁾ . وعليه يستطيع أن يكون التزام البائع (المناب) تجاه المناب لديه (المستأجر) مختلفا عن التزام الشركة المؤجرة (المنيب)

¹- SCHUTZ (R.N.), *Les recours ...* , thèse précitée, p. 168.

²-المادة 295 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

³- BEY (E. M.), *De la symbiotique ...* , op. cit. , p. 38.

⁴- HARICHAUX- RAMU (M.), « *Le transfert ...* »... , art. précité, p. 237 et s. ; CABRILLAC (M.), ... « *Crédit-bail*», art. précité, p. 8 ; CALAIS- AULOY (J.), ... « *Crédit-bail ...* » , art. précité, p. 9.

⁵-أنظر المادة 251 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁶-المادة 2/294 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

تجاه (المنااب لديه) المستأجر. هذا يجعل حق المنااب لديه في منأى عن الدفع التي كانت للمنااب ضد المنيب ؛ لأن التزام البائع تجاه المستأجر مختلف عن التزام البائع تجاه الشركة المؤجرة، وعليه لا يجوز التمسك بالدفع التي كانت للبائع تجاه الشركة المؤجرة تجاه المستأجر ؛ لأن حقه جديد ، وليس نسخة عن حق الشركة المؤجرة . هذا ما بعث بجانب من الفقه إلى انتقاد فكرة الإنابة ؛ لأنها تحرم البائع من حقوقه ؛ إذ لا يمكن له الاحتجاج بالدفع التي كانت له في مواجهة الشركة المؤجرة ضد المستأجر⁽¹⁾ .

ومن المتفق عليه، أنه لا يجوز للمنااب لديه التدخل في العلاقة التي تربط المنيب بالمنااب⁽²⁾ ، مما يجعله غير مؤهل لرفع دعوى فسخ البيع الذي يكون بين البائع وشركة الاعتماد الإيجاري⁽³⁾ ، وهذه النتيجة هي أثر كون العلاقة بين المنااب (البائع) والمنااب لديه (المستأجر) جديدة، وليس تحويلا لحق المنيب قبل المنااب، الذي يسمح للمنااب لديه بفسخ العلاقة التي تربط المنيب بالمنااب ؛ أي البيع⁽⁴⁾ .

2 - تحويل حق الشركة المؤجرة في الضمان إلى المستأجر :

هناك تقنيتان لتحويل الحق : الحلول، وحوالة الدين، في حين أن شروط الحلول لا يمكن أن يستوفيا المستأجر (أ) ، تكون حوالة الحق هي التقنية الوحيدة التي يمكن من خلالها تحويل حق الشركة المؤجرة في الضمان قبل البائع إلى المستأجر (ب) .

أ - استحالة استثناء المستأجر لشروط الحلول :

يقصد بالحلول حلول الغير الذي وفي بالدين محل الدائن في الحقوق المتعلقة بالدين الموفى، لاسيما حق الرجوع على المدين بقدر ما تم دفعه⁽⁵⁾ ، فلا يكون للوفاء أثر إنهاء الدين ، وإنما تحويله بكل بكل ملحقاته إلى الموفى، فيحل محل الدائن⁽⁶⁾ .

من أجل استبعاد هذه التقنية، انضم أغلب المفسرين إلى الأستاذ "BAY" في انتقاده لها⁽⁷⁾ ، فهو يرى أن حلول الموفى مكان الدائن لا يكون إلا عند الوفاء ، وعليه يجب أن يوفي المستأجر للشركة المؤجرة بكل بدلات الإيجار المتفق عليها ، والتمن المتبقي حتى يحل محل الشركة المؤجرة في

1- SCHUTZ (R.N.), *Les recours ...* , thèse précitée, p. 171.

2- BILLIAU (M.), *La délégation ...* , thèse précitée, p. 130 et s.

3- MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), *Les contrats spéciaux ...* , op. cit. , p. 577.

4- HARICHAUX-RAMU (M.), « *Le transfert...* » ... , art. précité, p. 264.

⁵ المادة 259 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

6- CREMIEUX – ISRAEL (D.), *Les problèmes juridiques ...* , thèse précitée. p. 121.

7- HARICHAUX-RAMU (M.), « *Le transfert ...* » ... , art. précité, p. 236 ; CALAIS-AULOY (J.), ... « *Crédit-bail ...* » , art. précité, p. 09; CABRILLAC (M.), « *Crédit-bail* » ... , art. précité, p. 6.

حقها قبل البائع . ويضيف أن الواقع العملي يثبت أن المستأجر لن يقوم بهذا الوفاء على حساب مصلحته الآتية⁽¹⁾ .

وتضيف الأستاذة ” HARICHAUX – RAMU ” أيضا إلى ذلك ، أنه حتى في حالة دفع المستأجر لكل هذه المبالغ فإنه لن يحل محل الشركة المؤجرة؛ لأن القانون يشترط أن يتم الوفاء بدين الغير، بينما يفني المستأجر هنا بدينه⁽²⁾ .

يظهر من هذه الانتقادات أن هؤلاء المفسرون وقعوا في مغالطة منطقية ؛ لأنه حتى يحل المستأجر محل الشركة المؤجرة قبل البائع ، يجب أن يفني بدين البائع تجاه الشركة المؤجرة ؛ بمعنى أنه يجب عليه أن يصلح عيوب الأصل المؤجر، حتى يفني بدين البائع في مواجهة الشركة المؤجرة ويحل محل هذه الأخيرة في مطالبة البائع بالضمان . ولا تتصور أن يقوم المستأجر بتصليح الأصل أو تعويض الشركة المؤجرة في حالة الاستحقاق ، حتى يحل محلها في المطالبة بالضمان ! هذا ما يؤكد ضرورة استبعاد هذه التقنية في مواد الاعتماد التجاري للأصول المنقولة.

ب - حوالة الحق :

تسمح حوالة الحق للشركة المؤجرة بتحويل حقها في الضمان قبل البائع إلى المستأجر، وتكون حوالة الحق صحيحة بمجرد أن يتم تطابق إرادة الشركة المؤجرة (المحيل) بإرادة المستأجر (المحال له)، دون حاجة لرضى المدين (البائع)⁽³⁾ ، فيكفي أن ينص الاعتماد التجاري للأصول المنقولة على تحويل حق ضمان العيوب الخفية إلى المستأجر حتى تتم الحوالة صحيحة .

تقضي أحكام المادة 241 من التقنين المدني الجزائري أنه : « لا يحتج بالحوالة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا رضي بها المدين، أو أخبر بها بعقد غير قضائي . غير أن قبول المدين لا يجعلها نافذة قبل الغير إلا إذا كان هذا القبول ثابت التاريخ » .

فحتى يحتج المستأجر (المحال له) بالحوالة قبل المدين، يجب أن يكون هذا الأخير قد رضي بها، أو قد تم إخباره بها بعقد غير قضائي، هذا وإن كان القضاء الفرنسي قد ألغى شكلية الإخبار، وذلك بقضائه بصحة الحوالة بمجرد النص عليها في سند طلب العتاد أو في محضر التسليم .

¹- BEY (E.M.), « Du transfert de la garantie ... », art. précité, p. 37.

²- HARICHAUX – RAMU (M.), « Le transfert ... » ... , art. précité, p. 236.

³ -المادة 239 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

مهما يكن، فإن الحوالة لا تحتاج إلى رضی البائع ؛ لأنه بمجرد إعلامه بها عن طريق محضر قضائي تصبح نافذة في مواجهته . كما أن من آثارها جواز تمسك المدين (البائع) قبل المحال له (المستأجر) بالدفع التي يجوز له أن يتمسك بها قبل المحيل (الشركة المؤجرة) وقت نفاذ الحوالة⁽¹⁾ ، فالحوالة تعني تغيير الدائن لا تغيير الدين⁽²⁾ . ومن آثارها كذلك ، أنها تجيز للمدين التمسك بكل الدفع الناتجة عن الحوالة .

يظهر هكذا أن حوالة الحق تقنية تسمح بتحويل حق الشركة المؤجرة في الضمان قبل البائع إلى المستأجر، غير أن الملاحظ هو أن أغلب الشركات المؤجرة لا تلجأ إلى هذه التقنية ؛ لأنها تفقدها نهائياً حقها في الرجوع على البائع في حالة ما إذا سبب لها هلاك الأصل أضراراً .

يظهر مما سلف، أن تقنية العقد عاجزة على احتواء جميع العلاقات التي تنشأ عن عملية الاعتماد التجاري للأصول المنقولة، أو الاشتراط لمصلحة الغير؛ لأنها عمليات يتدخل في تحقيقها ثلاثة أطراف تكون لكل واحد منهم مصلحة تتميز تماماً عن مصلحة الطرفين الآخرين، مما ينشئ له مركزاً قانونياً متميزاً عن مركزيهما . هذا ما يظهر أهمية التصرف القانوني الثلاثي وضرورته لتأطير مثل هذه التصرفات القانونية الشائعة الاستعمال في مواد قانون الأعمال التجارية .

غير أن الضرورة العملية لهذا النوع الجديد من التصرفات القانونية لا تغني عن وجوب عدم تعارضه مع النظرية العامة ، مما يستوجب وضعه تحت اختبار المنطق القانوني .

¹ - المادة 248 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

² - MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), *Les contrats spéciaux ...* , op. cit. , p. 690.

الفصل الثاني

التصرف القانوني الثلاثي تحت اختبار المنطق القانوني

يظهر بعد أن تبين - مما سلف - أن نظرية العقد لا يمكنها أن تتبني بعض التصرفات القانونية التي ظهرت مؤخرا مع ظهور قانون الأعمال ، وأنه يجب إيجاد نوع جديد من التصرفات القانونية يمكنه تأطير العلاقات المتشابكة والمتداخلة التي تكون بين ثلاثة أشخاص ، يتصرف كل واحد منهم بصورة منفردة ، ويسعى إلى تحقيق مصلحة خاصة ، أن التصرف القانوني الثلاثي هو التصرف الذي يمكنه احتواء هذه العلاقات ، والقضاء على الإشكالات التي تتولد عن اعتبار القانون لأحد الأطراف غيرا ، على الرغم من أنه يلعب دورا محوريا في تجسيد العملية الاقتصادية التي يسعى القانون لتأطيرها .

لا تكفي النجاح العملية لهذا النوع الجديد لتبنيه من قبل نظرية القانون ، وإنما يجب قبل ذلك وضعه تحت اختبار المنطق القانوني ، وتبيان أنه لا يتعارض مع النظرية العامة للتصرفات القانونية (المبحث الأول) ، ولا مع مفهوم الطرف الذي يشكل المحور الأساسي في تعريفها (المبحث الثاني) .

لا تعتبر هذه المحاولة الأولى من نوعها في هذا المجال ، فقد كانت هناك عدة محاولات سعى من خلالها الباحثون إلى تفسير هذه التصرفات التي تجمع عدة أشخاص ، لذا ارتأينا أن نبدأ هذا الفصل بمبحث تمهيدي نستعرض فيه مضمون أهم هذه المحاولات (مبحث تمهيدي) .

مبحث تمهيدي :

تطور الأفكار في مجال أنواع التصرفات القانونية

لن نتعرض في هذا المبحث إلى أعمال الأستاذ " LARROUMET " المتعلقة بالعمليات القانونية الثلاثية ، فقد تعرضنا لها في المقدمة وبيننا عيوبها. كما أنه لا يمكن التعرض في هذه الدراسة إلى

كل الأعمال التي أنجزت في هذا الموضوع ، لذا سنركز على أهمها ، والمتمثلة في : نظرية التصرف المركب (I) ، والتصرف الجماعي (II) ، ونظرية زمرة العقود (III) .

I- نظرية التصرف المركب :

أول من اعتمد هذه النظرية هو الفقه الألماني ، ثم تلاه الفقه الإيطالي ، ليتم اعتمادها أخيرا من قبل الفقه الفرنسي عن طريق الفقيين ” DUGUIT ” و ” HAURIU ”⁽¹⁾ ، ويكمن الاختلاف بين التصرف المركب والتصرف بإرادة منفردة – حسب هذه النظرية - في عدد التعبيرات عن الإرادة : ففي الأول تتحد عدّة إرادات لتحقيق هدف واحد ، بينما في الثاني إرادة واحدة تحقق هذا الهدف .

أول من قال بهذه النظرية في ألمانيا هو السيد ” Otto Von Gierke ” ، الذي استعمل هذه النظرية لتفسير تأسيس التجمعات العضوية (تأسيس الشركات مثلا) : « التصرف الذي يتم به إنشاء التجمع ليس بعقد ، وإنما تصرف جماعي انفرادي ، والذي ليس له مثل في القانون الخاص ، ومصطلح عقد الشركة هو مصطلح غير دقيق ... »⁽²⁾ ، ثم تبني أفكاره بعد ذلك كل من السيد ” KARLOW ” الذي استعمل هذه الأفكار لتحليل بعض مؤسسات القانون العام ، والسيد ” BINDING ” لشرح فكرة إنشاء كنفدرالية ألمانيا الشمالية⁽³⁾ .

ينشأ التصرف المركب بتلاقي عدّة إرادات كما في العقد ، غير أن الفرق الأساسي – والذي يسمح بتمييزه عن العقد – يتمثل في كون أن العقد هو تصرف ثنائي الأطراف ، تكون مصلحتيهما متقابلتان أو على الأقل مختلفتان ، فالعقد يسعى إلى التوفيق ما بين أهداف متقابلة ، فهو اتفاق ينهي تنازع المصالح⁽⁴⁾ ، بينما لا نكون بصدد مصالح متقابلة في التصرف المركب ، فكل الأطراف لهم نفس الهدف والمصلحة ، فقد اندمجت إراداتهم لتشكيل إرادة واحدة فقط⁽⁵⁾ . غير أن السؤال الذي يطرح في هذا المجال هو : ألسنا أمام حزمة (un faisceau) من التصرفات بإرادة منفردة ؟

إذا أجبنا بنعم فسوف يفقد التصرف المركب أهميته واستقلالته ، مما يجعل منه نوعا جديدا من

¹- DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales du droit privé ...* , op. cit. , p. 286 et s. ; Duguit (L.), *Traité de droit constitutionnel*, 3^{ème} éd, FONTEMOING, Paris, 1927, p. 398 ; ROUJOU DE BOUBEE (G.) , *Essai sur l'acte juridique collectif*, L.G.D.J. , Paris, 1967, p. 169 ; CABRILLAC (R.), *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, L.G.D.J. , Paris, 1990, p. 10 ; PASTRE- BOYER (A.-L.) , *L'acte juridique collectif en droit privé français*, P.U.A.M. , Marseille, 2006, p. 150.

²- cité par DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel ...* , op. cit., p. 406.

³ ROUJOU DE BOUBEE (G.), *Essai sur l'acte juridique ...* , thèse précitée, p. 170.

⁴- Ibid , p. 172.

⁵- PASTRE – BOYER (A.-L.), *L'acte juridique collectif ...* , thèse précitée, p. 150.

التصرفات القانونية . هذا ما دفع بالفقهاء الألمان إلى إيجاد نظرية غامضة سموها بنظرية الاندماج⁽¹⁾ ، والتي مفادها أن التصرف المركب ، لا يتمثل في مجموع التعبيرات الانفرادية عن الإرادة ، وإنما هو نتاج تفاعل واندماج هذه الإرادات ، فهي تندمج لتشكيل تعبيراً عن إرادة جديدة تتميز عن الإرادات التي شكلته ، وهم يشبهون المسألة بمسألة التفاعلات الكيميائية ، أين يتفاعل عنصران لإعطاء عنصراً ثالثاً يتميز تماماً عنها⁽²⁾ .

تبنى الفقه الإيطالي هذه النظرية التي ظهرت في ألمانيا ، غير أنه لم يكن يرى في التصرف المركب صنفاً جديداً من أصناف التصرفات القانونية ، وإنما كان يرى فيه نوعاً من أنواع التصرفات بإرادة منفردة⁽³⁾ .

أمّا الفقه الفرنسي فقد تبني هذه النظرية خلال النصف الأول من القرن العشرين من طرف فقهاء القانون العام⁽⁴⁾ ، والذين يتزعمهم : " DUGUIT " و " HAURIU " .

تبنى مدرسة بورديو - التي يتزعمها " DUGUIT " - تحاليلها على الملاحظات التي توصل إليها الألماني " GIERKE " ⁽⁵⁾ ، والمتمثلة في : أن هناك حالات يتوافر فيها عدد من التعبيرات عن الإرادة غير أنها لا تشكل عقداً ، وحتى يتسنى لنا فهم موقف " DUGUIT " يجب علينا أن نستحضر مفهوم هذا الأخير للعقد : « يتكون العقد من تعبيران عن الإرادة ، مما يستلزم اتفاق مسبق ، ولكل تعبير عن الإرادة موضوع وهدف مختلف ؛ لأنه يتم تحديده من الطرف الآخر . والتصرف بإجماله يهدف إلى إنشاء مركز قانوني يجمع شخصين أو مجموعتين من الأشخاص ، أين تنشأ بينهما علاقة دائن بمدين »⁽⁶⁾ .

ويرى " DUGUIT " أنه يمكن أن تكون هناك عدة إرادات دون أن يكون هناك عقد ، فلا يكون هناك عقد إذا كانت هناك مجموعة من التعبيرات عن الإرادة يكون موضوعها وهدفها واحد⁽⁷⁾ .
فماذا سيكون عندئذ إن لم يكن هناك عقد ؟

¹ - la théorie de la fusion.

² - ROUJOU DE BOUBEE (G.), *Essai sur l'acte juridique ...* , thèse précitée, p. 174.

³ - DONATO DONATI : « L'atto complesso in archivio giuridico, t. VI, 2^{em} éd. , 1903, cité par ROUJOU DE BOUBEE (G.), *Essai sur l'acte juridique ...* , thèse précitée, p. 193.

⁴ - DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel ...* , op. cit. , p. 297 ; HAURIU (M.), *Principe de droit public*, Larose, Paris, 1934, p. 134.

⁵ - DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel ...* , op. cit. , p. 406 et s.

⁶ - Ibid , p. 384.

ويذهب إلى أبعد من ذلك؛ إذ أنه يرى أنه يجب أن تكون هناك مصلحتان متقابلتان :

« ... et ayant des intérêts opposés ».

⁷ - Ibid , p. 385.

يظهر أن مصطلح التصرف الجماعي⁽¹⁾ ينطبق جيدا على هذه الحالة⁽²⁾، وقد استدل على هذه الحالات بتأسيس الشركات، أين يجتمع عدد من التعبيرات عن الإرادة يكون موضوعها وهدفها واحد، فلا يجوز تكييفها على أساس أنها عقد، وإنما تصرف جماعي .

كما أن هناك حالات أخرى تجتمع فيها عدّة إرادات، غير أنه لا مجال للتحدث عن الاتفاق بمعنى تلاقي مصالح متقابلة، ولا يمكن تكييفها على أساس أنها تصرف بإرادة منفردة، كما يكون في الزواج والاتفاقات الجماعية للعمل، وهي حالات يطلق عليها " DUGUIT " مصطلح اتحاد " UNION " مقابلة للمصطلح الألماني (Vereinbaringen)، وهي تشمل كل الحالات التي يدخل فيها شخصين أو أكثر في علاقة قانونية دون أن تنشأ هناك حالة قانونية شخصية⁽³⁾، أي علاقة دائمية⁽⁴⁾.

وهكذا يمكن القول أن " DUGUIT " يميز بين أمرين : التصرف الجماعي والذي لا يمكن اعتباره اتفاق، وإنما مجموعة تعبيرات انفرادية عن الإرادة، ومن جهة أخرى، الاتحاد والذي يعتبر اتفاقا، لكن ليس عقدا⁽⁵⁾.

أما بالنسبة لمدرسة تولوز (TOULOUSE) التي يتزعمها " HAURIU "، فهي أيضا لا يمكن أن نفهمها دون فهم تعريفهم للتصرف القانوني .

في مفهوم هذه المدرسة يعتبر التصرف القانوني بأنه حركة تهدف إلى إنشاء نتيجة قانونية⁽⁶⁾، والتصرف القانوني بمجرد تنفيذه يصبح واقعة قانونية، فهي تندرج ضمن الوقائع القانونية التي تتكون من التصرفات غير الإرادية والتصرفات الإرادية التي تم تنفيذها، وهذا دون أن يختفي التراضي المنشئ للتصرف بعد تنفيذه، فيتحول إلى ما يسميه " HAURIU " « بواقعة التراضي »⁽⁷⁾، أي إلى صنف خاص من الوقائع القانونية⁽⁸⁾.

¹- يستعمل " DUGUIT " مصطلح تصرف جماعي كمقابل لمصطلح (GESAMMTAKT)، والذي يقابله عند سائر الباحثين مصطلح تصرف مركب (acte complexe).

² - DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel* ... , op. cit. , p. 406.

³ - لا يعترف " DUGUIT " بوجود الحق الشخصي، وهو يقترح مصطلح الحالة القانونية (la situation juridique) أنظر :

DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel* ... , op. cit., p. 207.

⁴ - Ibid , p. 409.

⁵ - إنّ القارئ لعمل " DUGUIT " قد يظن أن هذا الفقيه لم يزد شيئا عما قام به الفقهاء الألمان، وهذا غير صحيح ؛ لأنه وإن كان قد نقل عمل الألمان فإن هذا النقل كان من أجل توظيفه في التقسيم الذي سيقترحه للتصرفات القانونية : (actes règles, actes conditions et actes subjectifs)

V. DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel* ... , p. 421 et s.

⁶ - HAURIU (M.), *Principe de droit public* ... , op. cit. , p. 147.

⁷ - un fait de consentement.

⁸ - HAURIU (M.), *Principe de droit public* ... , op. cit. , p. 148.

ويفسر التصرف المركب عن طريق تصور سلسلة من وقائع التراضي، فينضم تراضي إلى واقعة تراضي كي يصبح بدوره واقعة تراضي، وهكذا دواليك حتى تتم العملية المراد تنفيذها⁽¹⁾. وحتى تنشئ هذه السلسلة آثارا قانونية، يجب أن تتوصل الإيضامات المتتالية إلى الوحدة⁽²⁾ عن طريق ما يسميه "HAURIUO" بالإجراء (la procedure)، والمتمثل في الرابط الخارجي. هكذا يتشكل التصرف المركب.

يرى "HAURIUO" أن الانضمامات قد تتواصل حتى تصبح إجراء يتم خلال فترة طويلة، ويمكن تقسيمه إلى مراحل متتالية، وإذا تم ربط أثر قانوني واحد بهذا الإجراء يجب اعتباره عملية قانونية، وبالنتيجة نوعا جديدا من أنواع التصرفات القانونية⁽³⁾.

يسهل من خلال هذه التحاليل ملاحظة أن تفسير وحدة التصرف غير مقنع، فهي لم تتمكن من استخراج معيار يسمح بتصنيف التصرفات القانونية، بالرغم من أنهم تعرضوا لفكرة المصلحة والتي لم يعتبروها إلا عنصرا من عناصر التصرف المركب، ولم يستغلوها كمعيار لتصنيف التصرفات القانونية، خصوصا وأن "DUGUIT" قد استعملها للتمييز بين الاتفاق الذي يكون في العقد، والاتفاق الذي يكون في التصرف المركب⁽⁴⁾.

قد تأثر كثيرا "ROUJOU DE BOUBEE" بأفكار "HAURIUO" لاسيما فكرة إدماج الإرادات عن طريق فكرة الإجراء⁽⁵⁾، ويظهر ذلك جليا في رسالته التي عمد فيها إلى إرساء نظرية التصرف القانوني الجماعي.

II- نظرية التصرف القانوني الجماعي :

قد يفهم من مصطلح التصرف الجماعي (L' Acte Collectif) الذي جاء به الأستاذ "ROUJOU DE BOUBEE" أنه يشمل التصرف القانوني ككل، فبما أن التصرف القانوني يشمل التصرف بإرادة منفردة والعقد، والتصرف الجماعي يشمل التصرف الجماعي بإرادة منفردة والعقد الجماعي، غير أن هذا الفهم غير دقيق؛ لأن الأستاذ "ROUJOU DE BOUBEE" استعمل هذا

¹- Ibid , p. 152.

²- وهو ما يقابل فكرة (Fusion) التي قال بها الفقهاء الألمان .

³- HAURIUO (M.), *Principe de droit public ...* , op. cit. , p. 154.

⁴- DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel ...* , op. cit. , p. 409.

⁵- ROUJOU DE BOUBEE (G.), *Essai sur l'acte juridique ...* , thèse précitée, p. 212 : « c'est donc l'existence d'une procédure qui constitue le lieu, le « ciment » entre les vœux concordants et leur donne leur caractère unitaire ».

المصطلح للتعبير عن التصرفات الجماعية الانفرادية (actes unilatéraux collectifs) فقط⁽¹⁾، ذلك أنه ركز في رسالته على دراسة إجراءات إنشاء الأشخاص المعنوية وقرارات الجمعيات العامة، كما أنه ميز بين التصرف الجماعي والعقد الجماعي الذي أتى به الأستاذ "ROUAST"⁽²⁾، والذي يعطيه مفهوماً ضيقاً يتمثل في كونه: « تصرفاً اتفاقياً مبرماً من طرف أغلبية مكوّنه، ويعتبر - بالنسبة لأحد الأطراف على الأقل - ميثاقاً يلزم كل مكوّنه »⁽³⁾. ولعل هذا التعريف للعقد الجماعي مستقى من دراسته للاتفاقات الجماعية للعمل.

أمّا العقود المبرمة من طرف مجموعتين من الأشخاص غير منظمتين في شكل شخص معنوي، كمجموعة من المشترين الذين يشترون أرضاً يملكها مجموعة من البائعين، فلا يعتبر عقداً جماعياً بالنسبة له، وإنما مجموع عقود فردية يكون عددها بعدد الأفراد الذين أبرموا الاتفاق؛ لأنه يرفض فكرة أنه ينبج عن تجمع أشخاص إرادة مشتركة⁽⁴⁾. كما أنه اعتمد معيار عدد الأشخاص للتمييز ما بين التصرفات الفردية والتصرفات الجماعية: « التصرف فردي؛ لأنه ينشأ عن شخص واحد، وهو جماعي؛ لأنه ينشأ عن مجموعة من الأشخاص »⁽⁵⁾، وهو معيار منتقد⁽⁶⁾.

ولم يكن الأستاذ "ROUJOU DE BOUBEE" هو السباق إلى هذه النظرية، على الرغم من أن أعماله - من الناحية العملية - هي التي كان لها الأثر العميق في الفقه، فقد سبقه إليها الفقهاء الألمان، والإيطاليون، بل وحتى نخبة من الفقهاء الفرنسيين⁽⁷⁾، وقد كانت أعمال كل من الأستاذ "DUGUIT" و "HAURIU" و "DUGUIT" منطلقاً لتحليله، والتي فرض بها مفهوم التصرف الجماعي على الفقه، فما هو مفهوم التصرف الجماعي عند الأستاذ "ROUJOU DE BOUBEE"؟

لا يوجد مفسر أو باحث في القانون لا يذكر رسالة دكتوراه "ROUJOU DE BOUBEE" إذا أراد أن يتناول مفهوم التصرف الجماعي، فقد كانت أعمال هذا الباحث هي الفيصل بين تردد الفقه

¹ - هذا المصطلح استعمله الأستاذان "FLOUR" و "AUBERT" لشرح أفكار الأستاذ "ROUJOU DE BOUBEE"، انظر:

FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *L'acte juridique...*, op. cit., p. 376.

² - ROUAST (A.), *Essai sur la notion juridique de contrat collectif ...*, thèse précitée.

³ - Idem, p. 115.

⁴ - Ibid, p. 21 : « on ne peut en effet soutenir qu'il se dégage du groupement une volonté collective ».

⁵ - Ibid, p. 78 : « un acte est individuel parce qu'il émane d'un individu, un acte est collectif parce qu'il émane d'une collectivité ».

⁶ - أنظر أدناه ص. 140 وما يليها (معيار تصنيف التصرفات القانونية)

⁷ - V° PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 5^{ème} éd., L.G.D.J., Paris, 1909, p. 324 ; BRETHE (J.), *De la nature juridique de la convention collective de travail*, thèse Bordeaux, 1921, p. 22 ; COLIN (A.) et CAPITANT (H.), *Cours élémentaires de droit civil français*, t. II, 10^{ème} éd. par JULLIOT DE LA MORANDIERE (L.), Dalloz, 1948, p. 16 et s.

في قبولها وإقدامه على ذلك، فقد كان لتحليله الفضل الكبير في إقناع فقهاء القانون الخاص على أهمية هذا التصنيف، وضرورة إدراجه ضمن مبادئ القانون، وقد عرّف الأستاذ " ROUJOU DE BOUBEE " التصرف الجماعي بأنه : « تلاقي مجموعة من الإرادات يكون لها نفس المضمون، وتسعى كلها لتحقيق هدف واحد»⁽¹⁾ ، ويدقق أكثر ويؤكد أن التصرف الجماعي هو تصرف ذو نشأة جماعية، لذا لا يجب خلط مفهومه بمفهوم العقد الجماعي، والذي هو عقد ذو آثار جماعية، وحتى يتسنى لنا إظهار الفرق بين المفهومين (التصرف الجماعي والعقد الجماعي)، سوف نبرز أولاً خصائص العقد الجماعي الذي قال به الأستاذ " ROUAST " .

للعقد الجماعي خاصيتان تميزه عن العقد الفردي : تتعلق الأولى بالتراضي في العقود الجماعية، فهو يرى أن العقد المبرم من طرف الأغلبية يلزم الأقلية، فحتى لو أن الشخص لم يعبر عن إرادته يجد نفسه ملزماً بهذا العقد ؛ لأن الأغلبية أرادت ذلك. وإن كان ذلك خروجاً عن مبدأ نسبية التعاقد، فإنه ليس الخروج الوحيد الذي يعرفه القانون، ففي عقود الإذعان - والتي تعددت تطبيقاتها- لا يكون للمتعاقد سوى الخيار بين قبول أو رفض الشروط التي تملى عليه من طرف المتعاقد الآخر جملة⁽²⁾ . أما الخاصة الثانية فتمثل في دور السلطة في تكوين العقد الجماعي، فتدخل السلطة يعوض غياب رضى الأقلية، كما أنها تحمي هذه الأقلية من تعسف الأغلبية⁽³⁾ .

يظهر من هذا، أن الاختلاف بين تحليل الأستاذ " ROUAST " والأستاذ " ROUJOU DE BOUBEE " يكمن في زاوية دراسة الجماعة (LA COLLECTIVITÉ) ؛ فالأول ركز تحليله على كيفية اندماج إرادات أفراد الجماعة حتى تشكل إرادة خاصة بالجماعة، ومستقلة عن الأفراد المشكلين لها، بينما الثاني يدرس إرادة الجماعة باعتبارها مجموع إرادات الأفراد المشكلة لها، وهي ليست مستقلة عنها. لذلك حلل الأستاذ " ROUJOU DE BOUBEE " إجراءات إنشاء الأشخاص المعنوية وقرارات الجمعيات العامة ، ليتوصل إلى أنه لا يمكن اعتبارها عقوداً وإنما تصرفات جماعية، ووضع لها نظاماً قانونياً خاصاً بها، فهي تتميز عن العقد والتصرف بإرادة منفردة سواء من حيث التكوين أو من حيث الآثار.

فمن حيث التكوين تخضع التصرفات القانونية - من حيث المبدأ- لمبدأ سلطان الإرادة، لاسيما التفاوض على مضمون التصرف، أما في التصرفات الجماعية فإن مبدأ الشكلية هو الذي يطغى، لاسيما

¹ - ROUJOU DE BOUBEE (G.) , *Essai sur l'acte juridique ...* , thèse précitée, p. 15.

² - ROUAST (A.) , *Essai sur la notion juridique ...* , thèse précitée, p. 145.

³ - Ibid , p. 147.

في إنشاء الأشخاص المعنوية، أو في اتخاذ قرارات الجمعيات العامة، وكذا الأمر بالنسبة لتحديد مضمون التصرف، وبهذا يسجل مبدأ سلطان الإرادة في التصرف الجماعي تراجعاً كبيراً في هذا المجال، لاسيما وأن الانضمام (l'adhésion) يعوض التراضي في هذه التصرفات⁽¹⁾، أما فيما يتعلق بنظرية البطلان فإن التصرف الجماعي يخضع لها مع بعض الخصوصيات، فبالإضافة إلى البطلان المطلق الذي يقرر في حالة غياب ركن من أركان التصرف، والبطلان النسبي الذي يقرر في حالة تخلف شرط من شروط الرضى، هناك حالات أخرى يبطل فيها التصرف الجماعي⁽²⁾.

فهناك بطلان يتعلق بتلاقي الإرادات، فيبطل مثلاً قرار الجمعية العامة لأنه اتخذ دون الأغلبية المشروطة لذلك، وهناك بطلان متعلق بالإجراءات: فيبطل قرار الجمعية العامة لعدم احترام قواعد الاستدعاء إليها، وأخيراً هناك بطلان متعلق بالاختصاص: فيبطل قرار الجمعية العامة لاتخاذها قراراً يخرج عن نطاق اختصاصها.

أما من حيث الآثار، فإن التصرف الجماعي ينشأ مركزاً قانونياً جديداً، وما يعبر عن أصلته هو الطابع التشريعي لهذه الآثار⁽³⁾، ففي إنشاء الأشخاص المعنوية، التشريع هو الذي يحدد حقوق والتزامات كل المنشئين لهذا الشخص المعنوي، ولكل المنظمين له، بالإضافة إلى أن آثار التصرف الجماعي تثير إشكالات مع مبدأ نسبة التعاقد؛ لأنها تمتد إلى أشخاص لم يكونوا حاضرين أثناء إنشائه (المنظمين).

وقد تأثر - حالياً - أغلب الكتاب والمفسرين بهذه النظرية⁽⁴⁾، وعمموا النتائج التي توصل إليها الأستاذ " ROUJOU DE BOUBEE " إلى التصرفات الانفرادية والعقود، وبهذا يكون التصرف الجماعي نوع جديد من أنواع التصرفات القانونية، وليس صنفاً جديداً⁽⁵⁾، فلو قسمنا التصرفات القانونية تقسماً عمودياً حسب أصنافه، وتقسماً أفقياً حسب أنواعه، أمكننا أن نلخص نظرية التصرفات الجماعية في المخطط الآتي:

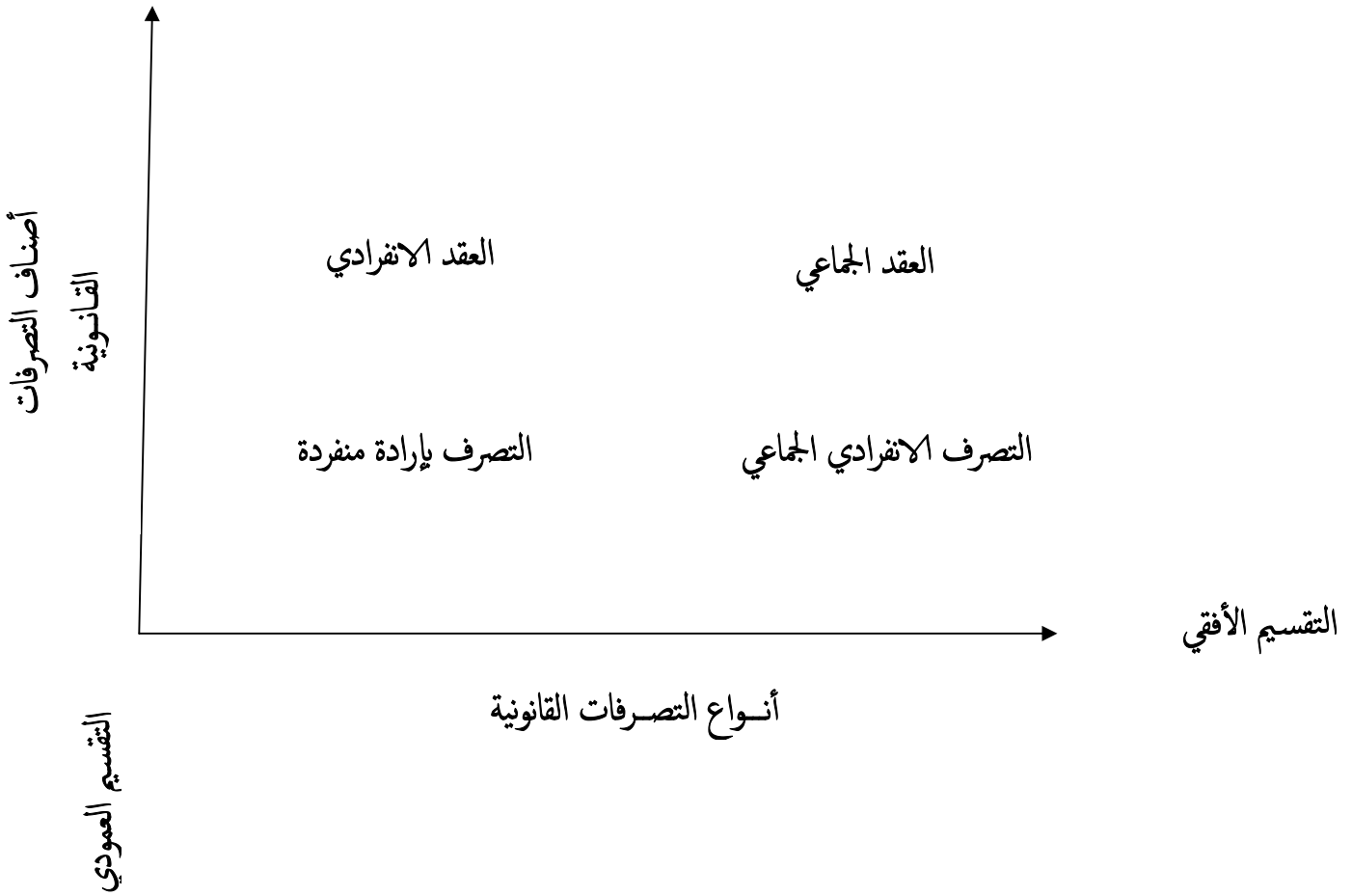
¹ - ROUJOU DE BOUBEE , *Essai sur l'acte juridique ...* , thèse précitée, p. 224.

² - Ibid , p. 259.

³ - Ibid , p. 264.

⁴ - PASTRE – BOYER (A.-L.), *L'acte juridique collectif ...* , thèse précitée ; FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *l'acte juridique ...* , op. cit. , p. 375 ; CABRILLAC (R.), *L'acte juridique conjonctif ...* , thèse précitée , p. 10 ; TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations ...* , op. cit. , p. 48.

⁵ - PASTRE – BOYER (A.-L.), *L'acte juridique collectif ...* , thèse précitée , voir 1^{er} partie, p.p. 37 – 143.



وهكذا يظهر أن هذه النظرية قد اهتمت بحالة وجود عدّة تعبيرات عن الإرادة، يكون لها مضمونا واحد (التصرف الجماعي الانفرادي) أو مضمونان متقابلان (العقد الجماعي)، ولم تهتم بالحالة أين يكون هنالك ثلاث مضامين متقابلة تعبر عن ثلاث مصالح متقابلة، والتي تشكل فحوى دراستنا.

III- نظرية زمرة العقود :

جاء بهذه النظرية الأستاذ " TEYSSIE " حتى يعالج التناقضات التي تطرحها فكرة دعوى المسؤولية التقصيرية، التي تمنح للغير الذي يكون متضرراً من عدم تنفيذ متعاقد لالتزاماته التعاقدية، لذلك قبل أن نشرح هذه النظرية سوف نتعرض للمعطيات القانونية التي رافقت ظهورها .

هناك بعض الحالات في القانون أين يكون هناك متضرر، غير أنه بالتطبيق الحرفي للقواعد العامة المنصوص عليها في التقنين المدني، لن يجد المتضرر وسيلة لرفع دعوى من أجل جبر الضرر الذي أصابه، كما لو أقرض شخص شخصا آخر مبلغا من المال تحت ضمان رهن المحل التجاري للمدين،

غير أن الموثق أغفل تسجيل هذا الرهن، فيجد الدائن نفسه دائناً عادياً يزام باقي الدائنين على قيمة هذا المحل، فهل يجوز هنا للدائن أن يرجع على الموثق لأنه أغفل تسجيل الرهن ؟

الأصل أن الدائن لا يمكنه الرجوع على الموثق بدعوى المسؤولية العقدية ؛ لأن عقد الوكالة كان بين المدين والموثق ، والدائن يعتبر من قبل الغير بالنسبة لهذا العقد. غير أن الدائن قد تضرر من جراء عدم تنفيذ هذا الموثق لالتزامه التعاقدية ، والمتمثل في تسجيل الرهن ، فرجع دعوى مسؤولية ضد الموثق لعدم تنفيذه لالتزامه بتسجيل الرهن، والذي مصدره عقد الوكالة مرفوض لعدم توافر الصفة.

في قضية مطابقة قضت محكمة استئناف باريس برفض الدعوى بحجة أن الموثق لا يكون مسؤولاً إلاً أمام المدين، باعتباره الطرف الثاني في عقد الوكالة، ولا يكون مسؤولاً أمام الدائن ؛ لأنه من قبيل الغير بالنسبة لهذا العقد⁽¹⁾.

غير أن موقف القضاء في فرنسا بدأ يلين تجاه هذه الحالات، فاشتراط في مرحلة أولى أن يثبت الغير أن عدم التنفيذ يشكل خطأ تقصيرياً حتى تقبل دعواه⁽²⁾، وبدأ يخفف في مرحلة ثانية بأن اعتبر « عدم تنفيذ الالتزام التعاقدية خطأ عقدياً إذا تمت إثارته من طرف المتعاقد الآخر، وخطأً تقصيرياً إذا تمت إثارته من طرف الغير »⁽³⁾.

وتظهر هذه النسبية⁽⁴⁾ جلياً في قرار الغرفة الثالثة لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في 5 فيفري 1992 ، حيث تتلخص وقائع القضية في أن رب عمل تعاقد مع عدة مقاولين لإنجاز مشروع معين، وعين شخصاً للتنسيق معهم ، فقام أحد المقاولين برفع دعوى ضد رب العمل ؛ لأن أحد المقاولين معه تأخر في إنجاز عمله، مما أثار هذا الأخير عن إنجاز أشغاله، وأن هذا التأخير قد سبب له ضرراً.

قبلت محكمة الاستئناف الدعوى ، وأيدتها محكمة النقض مسببة ذلك بأن سوء توزيع المهام من طرف رب العمل يعتبر خطأ تقصيرياً في مواجهة هذا المقاول، والذي لا يربطه أي عقد بهذا

¹- C. A. Paris, 28 mars 1936, RTD. Civ. , 1936, p. 687, note DEMOGUE, cité par **BACACHE – GIBELI (M.)**, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, L.G.D.J., Paris, 1996, p. 19.

²- **TERRE (F.)**, **SIMLER (Ph.)** et **LEQUETTE (Y.)**, ... *Les obligations* ... , op. cit. , p. 178. et s.

³- **WINTGEN (R.)**, *Etude critique de la notion d'opposabilité , les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, L.G.D.J. , 2004, p. 283.

⁴- قد استعملت الأستاذة "BACACHE – GIBELI" مصطلح الخلط (confusion) عند تعبيرها عن فكرة أن عدم التنفيذ يعتبر خطأ عقدياً إذا أثاره المتعاقد وخطأً تقصيرياً إذا أثاره الغير، ونحن نفضل استعمال مصطلح "نسبية" الذي استعمله الأستاذ "WINTGEN" ؛ لأن مصطلح الخلط يوحي بعدم فهم الشيء.

المنسق⁽¹⁾.

وقد ذهب القضاء في فرنسا إلى أبعد من هذا، فهو يعتبر - من حيث المبدأ- أن الغير له الحق في إثارة عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته ، إذا كان ذلك يسبب لهم ضرراً، دون أن يأتوا بإثبات آخر. وقد شرح المستشار المقرر في هذه القضية ذلك بأن مبدأ نسبية التعاقد يقضي بأن ليس للعقد أن ينفذ أو يضر الغير، وعليه متى كان عدم تنفيذ عقد يضر بالغير، فإنه يحق لهم التعويض⁽²⁾.

غير أن الإقرار بمبدأ نسبية الخطأ، من شأنها التوسيع في عدد الأشخاص الذين بإمكانهم مساءلة المتعاقد - المتخلف عن تنفيذ التزاماته التعاقدية - تقصيراً، لاسيما وأن تعدد العلاقات الاقتصادية الناتج عن تطور تقنيات الإنتاج ، والتوزيع يتطلب تدخل عدّة علاقات قانونية تكون متداخلة فيما بينها، وتسعى إلى تحقيق نفس الهدف الاقتصادي ، وأن الخلل في إحدى العلاقات يسبب ضرراً ليس فقط للمتعاقد، وإنما لكل شخص مساهم في تحقيق هذا الهدف الاقتصادي، فخطأ منتج محركات ضخ المياه لا يسبب ضرراً فقط للتاجر الذي تعاقد معه من أجل بيعها للفلاحين ، الذين تعاقدوا بدورهم مع مصانع تحويل المواد الغذائية ، والذين تعاقدوا بدورهم مع مصدرين لهذه المواد، وإنما سيتضرر كل متدخل في هذه العملية الاقتصادية .

وبتطبيق مبدأ نسبية الخطأ سوف يكون لكل هؤلاء الحق في مطالبة المنتج بالتعويض، وهذا سوف يخلط ويغير كل التوقعات التعاقدية للمنتج ؛ لأن نظام المسؤولية العقدية يختلف عن نظام المسؤولية التقصيرية⁽³⁾، فلو رجعنا إلى مسألة الضرر نجد أن المسؤول في المسؤولية العقدية يسأل عن الضرر المباشر المتوقع فقط ، بينما في المسؤولية التقصيرية يسأل عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع، مما يخلط حسابات المنتج ، فالفاعلون الاقتصاديون يدخلون في حساباتهم جميع الآثار المترتبة عن تصرفاتهم ، ومبدأ نسبة الخطأ يحول دون تمكنهم من ذلك . بل أكثر من ذلك ، يجد فيه المدين نفسه مسؤولاً تجاه الغير مسؤولية أشد من مسؤوليته تجاه المتعاقدين معه⁽⁴⁾ . ومن أجل التقليل من عدد

1- JOURDAIN (P.), note sous Cass. , Civ. 5 fev. 1992, RTD. Civ., 1992, p. 567.

2- WINTGEN (R.), *Etude critique de la notion ...* , thèse précitée, p. 288.

³ أنور سلطان، الموجز في نظرية الالتزام ... ، مرجع سابق، ص. 312.

⁴ -المسؤولية التقصيرية تتشدد على المسؤول أكثر من المسؤولية العقدية فهي تعوض حتى عن الضرر المباشر غير المتوقع.

الغير الذين يمكنهم رفع دعوى التعويض على المتعاقد المخل بالتزامه ، حاولت مجموعة من المحللين استعمال نظرية مجموعات العقود التي قال بها " TEYSSIE " ⁽¹⁾ .

قد لاحظ الأستاذ " TEYSSIE " أن التطور الذي عرفته الحياة الاقتصادية لاسيما فكرة التخصص وسرعة انتقال الأموال، أدى إلى ظهور عمليات اقتصادية مركبة، أين يتم فيها اللجوء إلى عدّة أشخاص من أجل تحقيقها ⁽²⁾ ، فمن أجل تحقيق بناء معين قد يلجأ رب العمل إلى التعاقد مع عدّة مقاولين، كل حسب اختصاصه، وعمال في مجال الكهرباء، والماء، والغاز ... الخ، وكل هذه العقود مرتبطة برابط وهو تحقيق الهدف المتمثل في تحقيق البناء .

قد ركز هذا الأخير تحاليله على دراسة هذا الرابط، ونقل مفهومه الاقتصادي إلى مفهوم قانوني، وقد توصل إلى النتيجة الآتية : إن تحقيق هذه العملية الاقتصادية لا يكون إلا عن طريق مجموعة من العقود، تكون متداخلة ومترابطة فيما بينها بطريقة تجعل نظامها مستقلا عن باقي النظم المعروفة في النظرية الكلاسيكية ⁽³⁾ .

كما أنه ترجم الرابط الاقتصادي بين هذه العقود إلى القانون بفكرة وحدة المحل، أو وحدة السبب ⁽⁴⁾ ، وقد قاده هذا التحليل إلى تقسيم زمر العقود إلى قسمين: فإذا تم إبرام عدّة عقود وكان محلها واحد، فإنها ستوصف بسلسلة العقود، أما إذا تم إبرامها بسبب واحد، فتوصف بمجموعة العقود.

إن سلسلة العقود (les chaines de contrats) تدور حول أداء واحد ⁽⁵⁾ ، وهي تتصف بأنها مستقيمة في نشأتها، فكل متعاقد يتدخل في نشأة عقدين على الأكثر، فهي سلسلة تتشكل عن طريق الإضافة ⁽⁶⁾ .

¹ - CABRILLAC (M.), « Remarques sur la théorie générale des contrats et les créations récentes de la pratique commerciale », in : Mélanges Marty, 1978, p. 235 ; BACACHE – GIBEILI (M.), *La relativité des conventions...*, thèse précitée, p. 34; WINTGEN (R.), *Etude critique ...*, thèse précitée, p. 284.

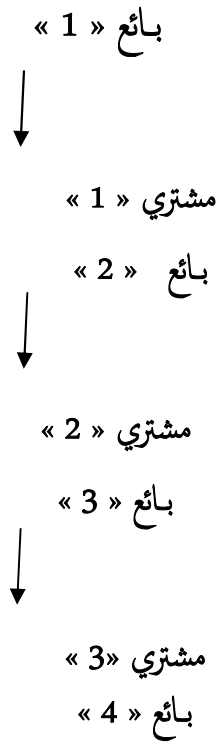
² - TEYSSIE (B.), *Les groupes de contrats*, L.G.D.J., Paris, 1975, p. 8.

³ - Idem , p. 28.

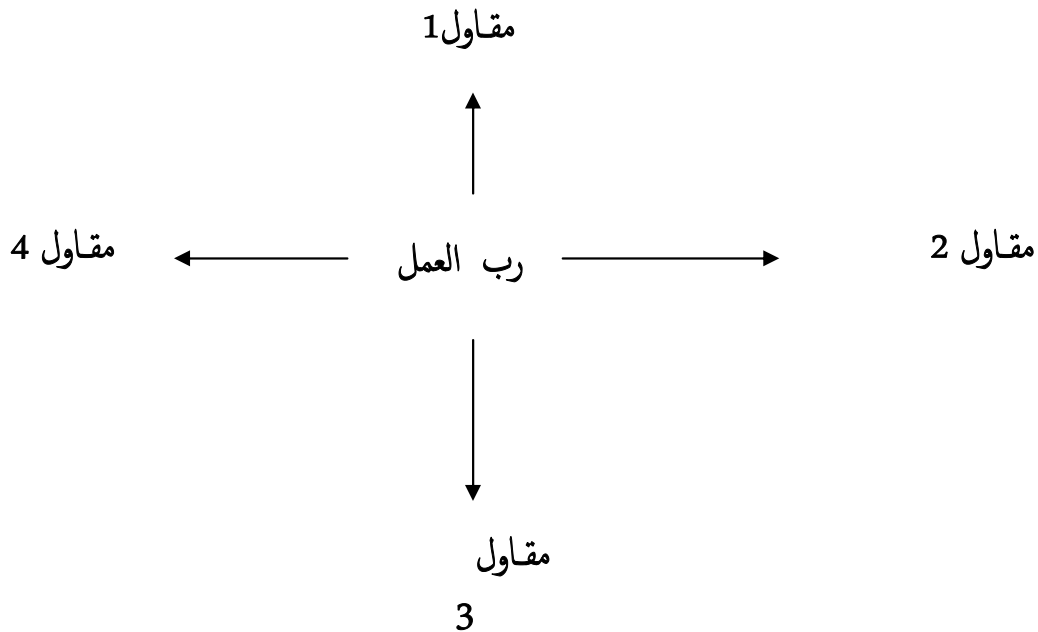
⁴ - Ibid , p. 36.

⁵ - Ibid , p. 38.

⁶ - Ibid ,



أما مجموعات العقود (les ensembles de contrats) فيجمعها سبب واحد، وهو تحقيق الهدف الاقتصادي . وهي تتصف بالدائرية ؛ لأنها تتمحور حول شخص واحد يكون هو مفتاح العملية⁽¹⁾.



¹ - Ibid , p. 175.

ونجد بتطبيق هذه النظرية على المثال السابق⁽¹⁾ أنه يمكن تصنيف العملية في دائرة سلسلة العقود، وبتطبيق وحدة المحل كتفسير للرباط الاقتصادي نجد أن أطراف سلسلة العقود هم فقط : المنتج، والتاجر، والفلاح، أما المصنع والمورد فلا يعتبران أطراف في هذه العلاقة؛ لأن محل عقديهما ليس محرك ضخ المياه، وإنما المنتجات الزراعية .

وعليه فقط التاجر والفلاح يحق لهما رفع دعوى التعويض على المنتج في حالة عدم تنفيذه لالتزامه؛ لأنهم هم فقط أطراف السلسلة. بينما لو طبقنا نظرية نسبية الخطأ لتوسعت المسؤولية لتشمل صاحب المصنع والمورد . والدعوى التي يرفعها هي الدعوى المباشرة⁽²⁾، وليس دعوى مسؤولية المتعاقد تجاه الغير⁽³⁾.

يؤخذ على هذه النظرية عدّة مآخذ⁽⁴⁾، نركز على اثنين منها : يتمثل الأول في كون أن نظرية زمرة العقود اكتفت بالوصف دون الإتيان بالجديد، فاكنت بملاحظة وجود علاقات اقتصادية مركبة تتم عن طريق تجمع عدّة عقود تكون مترابطة فيما بينها، مما يفسر إمكانية لجوء أطراف العلاقة للدعوى المباشرة، كما أن الدعوى المباشرة لا يمكنها أن تجمع العقود لسبب بسيط، يتمثل في كون أن تقنية الدعوى المباشرة سبقت في وجودها فكرة تجمع العقود، وفي كون أن أسسها خارجة عن هذه الفكرة⁽⁵⁾.

أما المآخذ الثاني فيتمثل في كون أن هذه النظرية ليست لها أي نظام قانوني خاص بها، فلقد اكتفت بملاحظة وجود تجمع العقود، واقترحت فكرة الدعوى المباشرة، والمتمثلة في دعوى المسؤولية التقصيرية، دون أن تقترح أي نظام قانوني لزمرة العقود. كما أنها لم تفصل في مسألة هل تعتبر زمرة العقود تصرفاً قانونياً جديداً أو مجرد تجميع لتصرفات قانونية موجودة ليس لها كيان مستقل ؟

أساس هذه النظرية غير معين، وبعدها غير واضح بالمقارنة مع نظرية التصرف الجماعي للأستاذ "ROUJOU DE BOUBEE"، وعليه فلا يمكن اعتبارها إسهاماً في تصنيف التصرفات القانونية؛ لأن

¹ - مثال الفلاحين الذين تعاقدوا مع مصانع تحويل المواد الغذائية الذين تعاقدوا بدورهم مع مصدرين لهذه المواد.

² - JAMIN (Ch.), *La notion d'action directe*, L.G.D.J., Paris, 1991.

³ - TEYSSIE (B.), *Les groupes de contrats ...*, thèse précitée, p. 27.

⁴ - FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *l'acte juridique ...*, op. cit., p. 339 ; GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), ... *les effets ...*, op. cit., p. 84 ; BACACHE - GIBELI (M.), *La relativité ...*, thèse précitée, p. 47.

⁵ - أغلب القرارات التي قبلت الدعوى المباشرة في فرنسا كانت تؤسس ذلك على فكرة إنكار العدالة الذي ينتج عن التطبيق الحرفي لمبدأ نسبة التعاقد، لأكثر تفصيل أنظر :

GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), ... *les effets ...*, op. cit., p. 779.

إعادة تصنيف التصرفات القانونية يكون بالبحث في معيار تصنيفها، ومفهوم الطرف في تصرف قانوني، والذي يعتبر مفتاح فهم مدى انصراف آثار التصرفات القانونية إلى الأشخاص.

المبحث الأول

عدم تعارض فكرة التصرف القانوني الثلاثي مع النظرية العامة للتصرفات القانونية

بعد أن بينا أن نظرية العقد لا يمكنها تطير كل العلاقات الاقتصادية التي ظهرت مع التطور الاجتماعي والاقتصادي الذي تعرفه المجتمعات الحالية، وأن الباحثين في سعي دائم إلى إيجاد تقنيات جديدة تسمح بمسايرة تحقيق رغبات الأفراد الاقتصادية داخل المجتمع، سنسعى في هذا المبحث إلى التأكد من صحة تأسيس تقسيم ثلاثي للتصرفات القانونية، لكن ليس على أساس الإرادة التي حالت كل المحاولات التي تأسست عليها إلى الفشل، وإنما على أساس معيار جديد سنحاول إبرازه من خلال مقارنة التصرف بإرادة منفردة بالعقد (مطلب ثاني)، وهذا بعد أن نبين أن مفهوم التصرف القانوني لا يحصر التصرفات في العقد والتصرف بإرادة منفردة (مطلب أول).

المطلب الأول

ماهية التصرف القانوني

لم يتضمن التقنين المدني الجزائري نصوصاً تنظم النظرية العامة للتصرف القانوني، واكتفى بتنظيم نوع واحد منها، وهو العقد⁽¹⁾، عكس التقنين المدني الألماني الذي خصص ما يزيد عن ثمانين مادة لنظرية التصرف القانوني (من المادة 104 إلى 185)، أو التقنين المدني الإيطالي الذي يشير صراحة

¹ - نظم المشرع أحكام الالتزام بإرادة منفردة عن طريق إسنادها إلى أحكام العقد، أنظر المادة 123 مكرر من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

إلى أن أحكام العقد تطبق على التصرفات القانونية عامة في المادة 1324 منه، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد سائر في هذا النهج المشرع الفرنسي.

في ظل غياب نص تشريعي يعرّف التصرف القانوني ، لا يبقى سوى اللجوء إلى أعمال الفقه لتحديد ماهيته.

إنّ مصطلح التصرف القانوني كثير الاستعمال في الكتابات القانونية، غير أن مدلوله يختلف من باحث لآخر، فمنهم من يحدده عن طريق مقارنته بالواقعة القانونية (فرع أول) ، ومنهم من يحدده عن طريق تحديد العناصر المكونة له (فرع ثان).

الفرع الأول

تحديد ماهية التصرف القانوني عن طريق مقابله بالواقعة القانونية

يقابل أغلب الباحثين التصرف القانوني بالواقعة القانونية، والتي يقصد بها : « كل حادث مادي، يولد القانون على إثر حدوثه آثارا قانونية دون الاعتداد بإرادة محدثه»⁽¹⁾، فيعرفون التصرف القانوني على أنه : « كل تعبير عن الإرادة يوجه لإحداث آثار قانونية»⁽²⁾.

يظهر من أوّل قراءة لهذين التعريفين أن التمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية أمر بسيط ؛ فالتصرف القانوني سلوك إرادي ، بينما الواقعة القانونية سلوك عفوي للشخص . غير أنه يأمعان النظر والتفكير في هذا التمييز تظهر لنا صعوبته ؛ إذ نميز تعبيرات عن الإرادة في بعض الوقائع القانونية ، فمميز مثلا في جريمة القتل تعبيرا عن الإرادة ، يتمثل في إرادة الجاني في القيام بسلوك إجرامي، وهو إزهاق روح إنسان حي، والذي يترتب عليه أثر التزامه بتعويض أهل الضحية⁽³⁾ . هذا ما جعل الفقه يتضارب في مسألة مدى كفاية وجود الإرادة للتمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية ؟

يرى جانب من الفقه أن وجود الإرادة كاف للتمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية

¹- ROUJOU DE BOUBEE (G.), *Essai sur l'acte juridique collectif ...* , thèse précitée, p. 10.

²- Ibid .

³- إضافة إلى الجزاء العقابي المنصوص عليه في قانون العقوبات .

(أولا) ، غير أن جانبا آخر يرى أن وجودها لا يكفي إلا بتوافر بعض الشروط فيها (ثانيا) .

أولا - وجود الإرادة معيار كاف للتمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية :

يقسم الفقه الكلاسيكي مصادر الالتزام إلى مصادر إرادية ومصادر غير إرادية ، فيرون في التصرف القانوني المصادر الإرادية ، وفي الواقعة القانونية المصادر غير الإرادية ؛ أي تلك التي يفرضها القانون على الشخص ، فيعرف التصرفات القانونية على أنها : « كل الوقائع القانونية الإرادية المطابقة لإرادة منشئها، والمرتبة لآثار قانونية»⁽¹⁾ ، فيكفي وجود الإرادة لإلحاق وصف التصرف القانوني على الواقعة .

ما يلاحظ بشأن هذا التعريف أنه يوسع من نطاق التصرفات القانونية على حساب الوقائع القانونية ؛ إذ يجعل من كل واقعة إرادية تصرفا قانونيا ، مما يجعل من معيار التمييز بين التصرفات القانونية والوقائع القانونية معيارا غير دقيق ؛ لأنه يدخل في زمرة التصرفات القانونية بعض الوقائع كالجرائم ، وشبه الجرائم ، والفضالة.

قد تعرض الأستاذ " MARTIN DE LA MOUTTE " في أطروحته المتعلقة بالتصرف بإرادة منفردة⁽²⁾ إلى مسألة تطبيق معيار وجود الإرادة ، واستنتج أنه معيار غامض مستدلا على ذلك بمثال تغيير الإقامة⁽³⁾ ؛ إذ وكيف على أساس أنه تصرف قانوني إذا غير الشخص إقامته من أجل تغيير قواعد الاختصاص المحلي ، وكيف على أساس أنه واقعة قانونية إذا غير الشخص إقامته لأغراض شخصية، فتطبيق هذا المعيار يستدعي دائما البحث عن أسباب تغيير الإقامة لمعرفة ما إذا كان يجب تكييفه على أساس أنه تصرف قانوني ، أو واقعة قانونية.

إن بحث هذا المعيار في مسائل نفسية لا يمكن استقائها من وقائع الحال ، جعله يفقد أهميته، كما بحث باحثين آخرين إلى القول بأن وجود الإرادة لوحدها لا يكفي للتمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية .

ثانيا - وجود الإرادة شرط ضروري إلا أنه غير كاف :

لتفادي عيوب الرأي السابق اشترط بعض المفسرين أن تلعب الإرادة دورا أكبر من مجرد

¹- DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général ... t. II ...* , op. cit. , p. 25 : « Les actes juridiques sont donc tous les faits juridiques volontaires conforme à la volonté de leur auteur qui produisent un effet de droit.».

²- MARTIN DE LA MOUTTE (J.), *L'acte juridique unilatéral ...* , thèse précitée .

³- Ibid , p. 23.

تواجدها ، فهناك من اشترط أن تحدد آثار التصرف من قبل الإرادة (I) ، وهناك من اشترط ضرورة توافر نية إحداث الآثار القانونية (II).

I - ضرورة تحديد الآثار القانونية من قبل الإرادة :

تم اقتراح هذا المعيار من قبل الأستاذ " GOUNOT " في أطروحته التي تحمل عنوان : « مبدأ سلطان الإرادة في القانون الخاص ، دراسة نقدية لمذهب الفردية القانونية »⁽¹⁾ ، فهو يرى أن وجود الإرادة شرط غير كاف لتكييف الواقعة على أساس أنها تصرف قانوني ، فلا يكفي أن تلعب الإرادة دورا سلبيا ، وإنما يجب أن تلعب دورا إيجابيا ، وذلك بأن تحدد الإرادة مضمون الآثار التي ستنتج حتى نقول أن هناك تصرفا قانونيا⁽²⁾ ، وبذلك يميز الأستاذ " GOUNOT " بين الآثار القانونية التي تكون الإرادة هي التي حددت مضمونها ، وتلك التي يقتصر دور الإرادة في إحداثها على تفعيل آلية منظمة مسبقا من قبل القانون الوضعي⁽³⁾ .

يقص تطبيق هذا المعيار من زمرة التصرفات القانونية إلى حد الإفراط ؛ لأن هناك من التصرفات القانونية التي يحدد القانون جزء من آثارها ، ويحدد القائم بها الجزء الآخر . فهل يجوز رفض منح تكييف التصرف القانوني لعقد البيع ، مع العلم أن أحكامه منظمة إلى حد كبير من قبل المواد 351 وما يليها من التقنين المدني ، خصوصا ما تعلق منها بأحكام الضمان ؟ وهل يجب أن نرفض تكييف التصرف القانوني لكل العقود المسماة ، باعتبار أن القانون الوضعي هو الذي يحدد أحكامها ؛ لأن أغلب المتعاقدين يتفقون على مبدأ التعاقد ، ويتركون التفاصيل للنصوص ؟

يظهر أن مبدأ هذا المعيار ليس عملي ، فهو يصنف نفس العملية القانونية تصنيفين مختلفين : فيكون عقد البيع مثلا ، تصرفا قانونيا إذا كانت أحكامه منظمة من قبل الأطراف ، ويكون واقعة قانونية إذا تركوا مسألة تنظيم أحكامه للقانون الوضعي . بل أكثر من ذلك ، إنه معيار يوصلنا إلى نتائج يصعب تقبلها : ففي عقد البيع هناك أحكام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها⁽⁴⁾ ، فهل نقبل فكرة أن البيع هو تصرف قانوني في الجزء الذي يجوز للأطراف الاتفاق على مضمونه ، وواقعة قانونية في الجزء الذي لا يجوز الاتفاق على مضمونه ؟

إنّ عدم مطابقة نتائج هذا المعيار للواقع العملي حث الدارسين على استبعاده .

¹ - GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie ...* , thèse précitée.

² - Idem , p. 214.

³ - Ibid , p. 247.

⁴ - المادة 377 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

II – توقف نشأة الآثار القانونية على ضرورة توافر نية إحداثها :

لاحظ الأستاذ " MARTIN DE LA MOUTTE " من خلال مناقشته لمعيار وجود الإرادة في حادثة تغيير الإقامة ، أن اتجاه إرادة الشخص إلى تغيير قواعد الاختصاص أو عدم اتجاهها إلى ذلك لا يؤثر على ترتيب هذا الأثر . هذا ما جعله يكييفها على أساس أنها واقعة قانونية⁽¹⁾ ، فيجب أن تكون إرادة الشخص قد سعت إلى إنشاء الآثار القانونية ، حتى نكون أمام تصرف قانوني : « فنقول أن هناك تصرف قانوني في كل مرة تكون فيها نية إحداث الآثار القانونية ضرورية ولا غنى عنها لإنتاج هذه الأخيرة ، وبالعكس نكون أمام واقعة قانونية، إذا كانت نشأة هذه الآثار لا تتوقف على ضرورة كون المعبر عن إرادته قد أراد إحداثها أم لا»⁽²⁾.

فأساس التصرف القانوني يبقى دائماً نفسه ، وهو الإرادة . غير أنه عوض أن نبحت فقط عما إذا كانت الآثار القانونية مرادة من طرف المعبر عن إرادته حتى نقول أننا أمام تصرف قانوني ، يجب أن نبحت أيضاً في ما إذا كانت نية إحداث هذه الآثار ضرورية لنشأتها .

وعليه فإنه طبقاً لهذا المعيار تكون حادثة تغيير الإقامة واقعة قانونية ، لأن إرادة الشخص غير ضرورية لتغيير قواعد الاختصاص . فحتى لو لم تتجه إرادة مغير الإقامة إلى تغيير قواعد الاختصاص المحلي، فإنها ستغير طبقاً لأحكام قواعد الإجراءات .

وتجدر الإشارة إلى أن الأستاذ " MARTIN DE LA MOUTTE " رفض منح وصف التصرف القانوني للإيجاب ، مستدلاً في ذلك بأحكام القضاء الفرنسي التي لا تقضي بانعقاد العقد في حالة صدور القبول بعد العدول الفوري، وإنما بالتعويض⁽³⁾ .

على الرغم من جاذبية هذا الموقف إلا أنه قابل للنقاش من زاويتين : فهو لم يعتمد في هذا التحليل على المعيار الذي اقترحه للتمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية، والمتمثل في ضرورة توافر نية إحداث آثار قانونية ، وإنما اعتمد على أحكام القضاء . هذا من جهة، ومن جهة أخرى ، فإن موقف القضاء قد يتغير، وهذا ما حدث بعد مرور تسع سنوات من مناقشة الأستاذ " MARTIN DE LA MOUTTE " لرسالته ، فقد قضت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17

¹ - MARTIN DE LA MOUTTE (J.), *L'acte juridique unilatéral ...* , thèse précitée. p. 27.

² - Idem , p. 26 : « Nous dirons qu'il y a acte juridique toutes les fois que l'intention de réaliser les effets de droit est absolument indispensable et nécessaire à la production de ces effets. Nous serons au contraire en présence d'un fait juridique lorsque les résultats produits interviennent sans qu'il soit nécessaire que le déclarant ait eu la volonté de les voir se réaliser. ».

³ - Ibid , p. 289.

ديسمبر 1958 أن العدول الفوري لا أثر له على انعقاد العقد إذا كان الإيجاب مقترنا بأجل⁽¹⁾ ، والأجل قد يعبر عنه صراحة ، وقد يستشف من وقائع الحال ، كما لو وجّه الإيجاب لشخص معين⁽²⁾ .

بغض النظر عن بعض النقاشات ، وموقف أنصار المدرسة الموضوعية الذين ينكرون دور الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية⁽³⁾ ، فإن معظم فقهاء القانون الخاص يتفقون على هذا المعيار⁽⁴⁾ .

الفرع الثاني

تحديد ماهية التصرف القانوني من خلال العناصر المكونة له

يحدد جانب من الفقه ماهية التصرف القانوني من خلال التركيز على العناصر المكونة له ، وهم يجمعون على أن التصرف القانوني ينشئ آثارا قانونية ، غير أنهم يختلفون في مصدر هذه الآثار ، فمنهم من يرجعها إلى حق الشخص في إنشاء آثار قانونية عن طريق التعبير عن إرادته الحرة ، ومنهم من يرجعها إلى القانون ، فهم يتفقون في مسألة ضرورة وجود تعبير عن الإرادة ونشأة الآثار القانونية (أولا) ، غير أنهم يختلفون فيما يتعلق بالعلاقة التي تربط هذين العنصرين : هل للشخص حق يسمح لإرادته إنشاء آثار قانونية ، أم أن القانون الوضعي هو الذي يكون مصدرا لنشأة هذه الآثار ؟ (ثانيا) .

أولا – العناصر المتفق عليها :

هناك عنصران ثابتان ومتفق عليهما في مختلف النظريات التي قيلت في مدلول التصرفات القانونية ، وهما : نشأة الآثار القانونية (I) ، وضرورة التعبير عن الإرادة (II) .

I – نشأة الآثار القانونية :

تنقسم مصادر الالتزام إلى مصادر إرادية ، وهي التصرفات القانونية ، ومصادر غير إرادية وهي

¹- FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *l'acte juridique* ... , op. cit. , p. 93.

²- AUBERT (J.-L.), *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, L.G.D.J., Paris, 1970.

³- DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel* ... , op. cit. , p. 324.

⁴- En ce sens, MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil, introduction générale à l'étude du droit*, SIREY, 2^{ème} éd, 1972, p. 247 ; WEILL (A.) et TERRE (F.), *Droit civil, introduction générale*, Dalloz, 4^{ème} éd, 1979, p. 305. ; FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *l'acte juridique* ... , op. cit. , p. 55 ; LARROUMET (Ch.), *Droit civil, t. I, introduction à l'étude du droit privé*, Economica, 1984, p. 323 ; CARBONNIER (J.), *droit civil, introduction*, P.U.F. et Thémis, 18^{ème} éd, 1998, p. 284.

الوقائع القانونية⁽¹⁾، وهما يشتركان في كونهما يحدثان نفس النتيجة، وهي إنشاء آثار قانونية⁽²⁾، فالعقد ينشئ حقوقا والتزامات على عاتق الطرفين، أو حقوقا على عاتق طرف والتزامات على عاتق الطرف الآخر، كما في العقود الملزمة لجانب واحد، والفعل الضار ينشئ حقوقا لصالح المضرور، تتمثل في التزام المتسبب في الضرر بجبر الضرر .

إن التعمق في بحث موضوع الآثار القانونية يمكننا من تصنيف التصرفات القانونية إلى تصرفات منشئة، وهي تلك التي تهدف إلى إنشاء حقوق جديدة كالزواج ، وتصرفات ناقلة ، وهي تلك التي لا تهدف إلى إنشاء حقوق جديدة ، وإنما تنقل حقوقا موجودة في ذمة شخص إلى آخر ، وتصرفات كاشفة ، وهي تلك التي تهدف فقط إلى الكشف عن الحق ... إلخ⁽³⁾. كما أنه يمكننا من تقدير اقتصاد العقد ، وذلك بمقارنة الأداءات ، مما يسمح بتقدير مدى وجود غنى في هذه التصرفات . غير أنه لا يمكننا من التمييز بين التصرفات القانونية والوقائع القانونية ؛ لأن إنشاء الآثار القانونية هو عنصر مشترك بينهما ، وعليه فإنه لا يكفي وجود عنصر إنشاء الآثار القانونية حتى نقول أن هناك تصرف قانوني ، وإنما يجب أن يكون هناك تعبير عن الإرادة كذلك .

II – وجود تعبير عن الإرادة :

تتجه إرادة القائم بالتصرف إلى إنشاء آثار قانونية، وهذا التعبير عن الإرادة منصوص عليه في كل التعاريف التي جاءت في التصرفات القانونية : « التصرف القانوني هو تعبير عن إرادة تهدف إلى إنشاء، تعديل، أو إنهاء حق»⁽⁴⁾ ، « هو كل تعبير عن الإرادة، تم القيام به من أجل اكتساب، تحويل، تعديل، أو إنهاء حق »⁽⁵⁾ ، « هو كل واقعة قانونية إرادية مطابقة لإرادة القائم بها، تحدث آثارا قانونية»⁽⁶⁾ ، « هو كل تصرف إرادي يهدف إلى أن يحدث تعديل في النظام القانوني»⁽⁷⁾ ، « هو تعبير عن الإرادة موجه إلى إحداث آثار قانونية والإتيان ببعض التعديلات في النظام القانوني السائد»⁽⁸⁾ ، « هو عمل إنساني تتجه فيه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين، بحيث يترتب الأثر

¹- FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *l'acte juridique* ... , op. cit. , p. 34.

²- JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil français* ... , op. cit. , p. 08.

³- HEBRAUD (P.) et VERDOT (R.), *Rép. Dr. Civ.*, 2^{ème} éd. , 1970, v° « Acte », p. 6.

⁴- GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie* ... , thèse précitée , p. 342.

⁵- CAPITANT (H.), *Introduction à l'étude du droit civil*, 3^{ème} éd., Pedone, Paris, 1912, p. 248.

⁶- DEMOGUE (R.), *Traité des obligations, t. I* ... , op. cit. , p. 25.

⁷- DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel* ... , op. cit. , p. 326.

⁸- CARBONNIER (J.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 192.

القانوني على مجرد اتجاه الإرادة إلى إحداثه»⁽¹⁾، «نكون بصدد تصرف قانوني متى كان تدخل الإرادة أمر هام لترتيب الأثر القانوني»⁽²⁾.

نستنتج من هذه التعاريف أن وجود الإرادة شرط أساسي، ولا يمكن أن ينشأ أي تصرف قانوني بدون تحققه⁽³⁾، غير أنه غير كاف⁽⁴⁾، فقد يأتي الشخص أفعالاً إرادية غير أنها لا تكفي على أساس أنها تصرفات قانونية؛ لأنه حتى ولو رتب عليها القانون آثاراً قانونية، فإن إرادة القائم بهذه الأفعال لم تتجه إلى إحداثها.

بل أكثر من ذلك، فمسألة نشأة الآثار القانونية غير مرتبطة تماماً بنية القائم بالأفعال؛ فالقتل العمدي فعل إرادي يرتب عليه القانون إلزام القاتل بتعويض أهل الضحية⁽⁵⁾، غير أنه لا يعتبر تصرفاً قانونياً؛ فعلى الرغم من توافر عنصر التعبير عن الإرادة المتمثل في فعل القتل، وعنصر نشأة الآثار القانونية والمتمثلة في وجوب تعويض أهل الضحية، فإن العلاقة بين العنصرين ليست ضرورية؛ بمعنى أنه حتى لو لم تتجه إرادة القاتل إلى تعويض أهل الضحية، فإن أثر التزامه بتعويضهم سينشأ.

وعليه فإنه لا يكفي وجود تعبير عن الإرادة، ونشأة آثار قانونية حتى يكفي الفعل على أنه تصرف قانوني، وإنما يجب أن يكون التعبير عن الإرادة هو المنشئ لهذه الآثار. غير أن هذا العنصر قد أثار خلافاً بين المفسرين.

ثانياً - العنصر المختلف فيه :

اختلف الباحثون في مسألة ما إذا كان التعبير عن الإرادة كافٍ لوحده لإحداث آثار قانونية؛ بمعنى هل تعتبر الإرادة مصدراً من مصادر القانون؟ فمنهم من يرى أن الشخص لا يتمتع بامتيازات تسمح له - بمجرد أن يعبر عن إرادته - بإنشاء تصرفات قانونية (I)، ومنهم من يرى عكس ذلك، فالشخص يتمتع بحق إنشاء التصرفات القانونية (II).

I - الموقف المنكر لوجود الحق :

تعتبر مدرستا القانون الطبيعي (1)، والقانون الموضوعي (2) أهم مدرستين تنكران وجود

¹ محمد حسنين منصور، مصادر الالتزام، العقد ...، مرجع سابق، ص. 27.

² أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام ...، مرجع سابق، ص. 25.

³ RIEG (A.), *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et Allemand*, L.G.D.J., 1961, p. 15.

⁴ MARTIN DE LA MOUTTE (J.), *L'acte juridique unilatéral ...*, thèse précitée, p. 26.

⁵ إضافة إلى الجزء العقابي.

الحق.

1 - مدرسة القانون الطبيعي :

تتلخص الفكرة الأساسية لهذه المدرسة في كون أنه يوجد إلى جانب القانون الوضعي⁽¹⁾، قانون مصدره أسمى من مصادر القانون الوضعي، ويتمثل في القانون الطبيعي. وقد اختلف أنصار هذه المدرسة في مصدر هذا القانون، فمنهم من يرى أنه قانون موحى من الله في معظمه، ومنهم من يرى أنه من اكتشاف العقل البشري المتعطش للعدالة، والمجرد من الغرائز التي تبعده عنها⁽²⁾.

ينبع عن هذا التصور قاعدة أنه لا يجوز للمشرع مخالفة أحكام القانون الطبيعي، وإن حدث أن سن المشرع حكماً مخالفاً له، كان هذا الحكم غير عادل وحق للأشخاص عدم الخضوع له. كما أن أحكام القانون الطبيعي واجبة التطبيق حتى وإن لم يتبناها القانون الوضعي⁽³⁾.

وتكون أحكام القانون الطبيعي بهذا المفهوم ملزمة حتى للمشرع، سواء في الطرح الذي يرى أن مصدرها الله، أو في الطرح الذي يرى أنها من صنع العقل البشري المجرد من الغرائز. غير أنه تجدر الإشارة إلى أنه يصعب في بعض الحالات اكتشاف أحكام القانون الطبيعي في الطرح الثاني، لذا يتوجب على الباحثين في القانون التصدي لهذه الصعوبة عن طريق الجد والاجتهاد.

سادت هذه الأفكار المستوحاة من أعمال أفلاطون (429 ق. م. - 347 ق. م.)، وخاصة أرسطو (384 ق. م. - 322 ق. م.) في القانون الروماني، وهي أفكار لا تهتم بفكرة الحق، حتى أن القانون الروماني لم يكن فيه مصطلح يعبر به عن هذه الفكرة⁽⁴⁾، فمصطلح «JUS» لا يعني سلطة الفرد بمفهوم أنها لصيقة بشخصه، ووجدت مع وجوده، وإنما بمفهوم أنها مجرد إنشاء قانوني موضوعي منحت (السلطة) للشخص باعتباره جزء من التنظيم الاجتماعي، والذي هو عبارة عن تركيب من الامتيازات والأعباء⁽⁵⁾.

إنّ الهدف من القانون - بالنسبة لهذه المدرسة - هو إشباع المصالح الاجتماعية، وبذلك

¹ - القانون الوضعي هو ذلك القانون الذي يكون مطبقاً فعلياً في زمان معين وفي دولة معينة.

² - GHESTIN (J.), GOUBEUX (G.), ... *introduction* ... , op. cit. , p. 08.

³ - هذه الأحكام تتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية في قاعدة " لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق " باعتبار أن القانون الطبيعي هو قانون الخالق، والقانون الوضعي قانون المخلوق.

⁴ - VILLEY (M.), « La genèse du droit subjectif chez GUILLAUME D'OCCAM » , *Archives de Philosophie*, 1964, p. 92 et s., p. 104.

⁵ - GHESTIN(J.) et GOUBEUX (G.), ... *introduction* ... , op. cit. , p. 128.

يصبح علم القانون علم تحقيق العدل داخل المجتمع عن طريق إعطاء كل شيء مكانا خاصا به ، في عالم متناسق يحكمه عدل شامل مستمد من الطبيعة⁽¹⁾ ، هذا ما يتميز به الفيلسوفان ” ARISTOTE ” و ” SAINT-THOMASD'AQUIN ” اللذان يؤسسان القانون على طبيعة الإنسان باعتباره جزء من الكل ، عن فقه المحدثين من أنصار النظرية ، الذين يؤسسون القانون على طبيعة الإنسان باعتباره منعزلا عن المجتمع⁽²⁾ .

وعليه ليس هناك مجال في هذه النظرية للتحدث عن الحرية الفردية ، والحق باعتباره امتياز للشخص ؛ لأن الحق لا يمكن تصوّره إلا بالنظر إلى الشخص باعتباره منفردا عن المجتمع ، بينما القانون هو علاقات تكون بين أفراد المجتمع ، وبذلك يسمو على الشخص باعتباره منعزلا عن هذا المجتمع⁽³⁾ . إلى جانب مدرسة القانوني الطبيعي التي تنكر وجود الحق ، هناك مدرسة القانون الوضعي ، والتي من روادها ” DUGUIT ” و ” KELSEN ” تنكر هي أيضا وجود الحق .

2 – مدرسة القانون الوضعي :

تعددت الأطروحات التي تكيف على أساس أنها تابعة لمدرسة القانون الوضعي ، وهي تشترك كلها في فكرة واحدة : لا أهمية في البحث عن تبرير القانون ؛ لأنه يفرض نفسه بمجرد كونه قانون . ولا يهم إن كان عادلا أم لا ، فلا قانون غير القانون الوضعي ، ومن أهم هذه الأطروحات أطروحة ” DUGUIT ” و ” KELSEN ” .

أ – طرح ” DUGUIT ” : لا وجود للحق وإنما لمراكز قانونية.

لقد نفى ” DUGUIT ” بشدة وجود الحق ، كما أنه عارض أهمية وجوده على المستوى التقني ، فبالنسبة لهذا الفقيه « يكمن مشكل الحق في الآتي : هل توجد إرادة تتمتع – بشكل دائم أو مؤقت – بصفة خالصة تمنحها سلطة فرض رغبتها على الإيرادات الأخرى؟ إن وجدت هذه السلطة ، فهي الحق.»⁽⁴⁾ .

¹ - VILLEY (M.), « La genèse du droit ... », art. précité, p. 103.

² إن المحدثين من أنصار النظرية لا يجمعهم مع التقليديين سوى الاسم الذي اعتمده لتسمية نظريتهم ، فهما نظريتان متناقضتان وقد بين الأستاذ ” SERIAUX ” ذلك عند دراسته لهذه النظرية حيث قسم عمله إلى قسمين: القانون الطبيعي الكلاسيكي ، والقانون الطبيعي الحديث ، لتفاصيل أكثر أنظر :

SERIAUX (A.), *Le droit naturel*, P.U.F. , 1993.

³ - VILLEY (M.), « La genèse du droit ... », art. précité, p. 104.

⁴ - DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel ...* , op. cit. , p. 315 : « le problème du droit subjectif se ramène toujours à ceci : ya – t – il certaines volontés qui ont, d'une manière permanente ou temporaire,

والجواب لا يمكن أن يكون - بالنسبة لـ "DUGUIT" - سوى بالنفي ؛ لأنه لا يمكن قبول فكرة وجود إرادة أسمى من إرادة أخرى . وبذلك لم يجد هذا الفقيه أي عناء في إثبات أن مفهوم الحق لا يمكن إدراكه علميا ؛ لأنه لا يمكن إعطاء تفسير علمي لمصدر وأساس هذا الترتيب السلمي للإرادات .

لفهم موقف "DUGUIT" من نظرية الحق يجب استحضار التحاليل التي توصل من خلالها - هذا الأخير - إلى نفي إمكانية وجود الحق .

ينطلق "DUGUIT" من فرضية أن الحق « هو سلطة إرادة على فرض رغبتها على إرادات أخرى، وأن مصدر هذه السلطة هو ذات الإرادة »، ثم يستنتج من هذه الفرضية نتيجة أن وجود الحق يستلزم بالضرورة وجود إرادة أسمى من إرادة أخرى ، وهي نتيجة لا يقبلها المنطق القانوني؛ لأنها تتأسس على تمييز غير مبرر بين أفراد المجتمع .

وبما أن النتيجة المتوصل إليها عن طريق الاستنتاج المنطقي باعتماد فرضية أن الحق هو سلطة إرادة على فرض رغبتها على إرادات أخرى، لا يمكن تصوورها عمليا ؛ فإن الفرضية في حد ذاتها لا يمكن تصوورها أيضا من ناحية تقنية وعملية .

إن هذا البرهان الذي اعتمده "DUGUIT" هو برهان عن طريق بيان لا منطقية النتيجة التي تنحدر عن الفرضية ، والذي لا يمكن إثبات خطئه إلا بإثبات أن للحق مفهوم آخر، غير المفهوم الذي اعتمده "DUGUIT" .

انطلاقا من هذا النفي لوجود مفهوم الحق، أسس "DUGUIT" نظريته في التصرف القانوني، والتي تعتبر من أجود الدراسات وأدقها . بل من أكثرها إغناء للفكر القانوني، على الرغم من تأثيرها المحدود على فقه القانون الخاص .

يعرف "DUGUIT" التصرف القانوني على أنه : « كل تصرف إرادي يتدخل بنية أن تحدث تعديلات في النظام القانوني الموجود وقت حدوث التصرف الإرادي، أو كما سيوجد في وقت لاحق معين»⁽¹⁾ ، ويقصد بالنظام القانوني « الحالة الاجتماعية الموجودة في وقت معين طبقا للقواعد القانونية

une qualité propre qui leur donne le pouvoir de s'imposer comme telles à d'autres volontés ? Si ce pouvoir existe, il est un droit subjectif . ».

¹ - DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel ...* , op. cit. , p. 326 : « Tout acte de volonté intervenant avec l'intention que se produise une modification dans l'ordonnancement juridique tel qu'il existe au moment où il se produit ou tel qu'il existera à un moment futur donné . ».

التي تسود أفراد هذا المجتمع المعني، والمراكز القانونية المسندة له»⁽¹⁾.

فكل مجتمع تسوده مجموعة قواعد قانونية تنشئ مراكز قانونية لأفراده، ونقول أن هناك تعديل في النظام القانوني في كل مرة تصدر فيها قاعدة قانونية جديدة، أو في كل مرة تعدل فيها قاعدة قانونية موجودة أو يتم حذفها، وعليه يمكن التمييز - حسب " DUGUIT " - بين ثلاثة أنواع من التصرفات القانونية، حسب طريقة وطبيعة التعديل الذي تحدثه آثارها.

يتمثل النوع الأول في التصرف القاعدة (Acte règle)، وهو ذلك التصرف الذي يقوم به الشخص بنية أن يحدث تعديل في قواعد القانون. ويتصف هذا النوع من التصرفات بالموضوعية؛ لأنه لا يمس بالمراكز القانونية للأشخاص. ومن أمثله القوانين الأساسية للمجموعات والاتفاقات الجماعية للعمل⁽²⁾.

أما النوع الثاني فهو التصرف الشرط (Acte condition)، وهو تصرف يحدد شخصا بذاته، ويجعله يخضع لقاعدة موضوعية لم يكن يخضع لها من قبل وجود التصرف⁽³⁾. وهذا النوع من التصرفات ذو طبيعة مختلفة، وهو موضوعي، باعتبار أن ما ينتج عنه هو تحقيق شروط لتطبيق بعض القواعد الموضوعية، وشخصي؛ لأنه يحدد تطبيق هذه القواعد على شخص معين⁽⁴⁾، ومن أمثله قرار التوظيف، فقرار التوظيف هو الذي يحقق شروط تطبيق قانون التوظيف العمومي، غير أنه يحدد تطبيقه على الموظف المعين فقط، ومن أمثله أيضا الزواج، والاعتراف بالأبوة... الخ.

أما النوع الأخير فهو التصرف الشخصي (Acte subjectif)، وهو ذلك التصرف الذي تنشأ على إثره التزامات على عاتق القائم بالتصرف لم ينص عليها القانون الوضعي، وخير مثال على هذا النوع هو العقد⁽⁵⁾.

هذا هو تصنيف التصرفات القانونية الذي اقترحه " DUGUIT "، وهو تصنيف يعتمد معيار نوع التعديل الذي يحدثه التصرف في النظام القانوني. غير أن السؤال الذي يطرح في هذا المجال هو: ما هو دور الإرادة في إنشاء آثار هذه التصرفات القانونية؟

¹ - Idem, p.p. 326 - 327 : « J'entends par ordonnancement juridique ou, d'un mot plus court et plus commode, par ordre juridique, l'état social existant à un moment donné d'après les règles de droit s'imposant aux hommes du groupement social considéré et les situations juridiques qui s'y rattachent. ».

² - Ibid , p. 328.

³ - Ibid .

⁴ - Ibid .

⁵ - Ibid . p. 329 : « le type par excellence de l'acte subjectif est le contrat proprement dit. ».

يرى " DUGUIT " أنه ليس لإرادة المتصرف أي دور في إنشاء المراكز القانونية، لأنها مجرد طاقة طبيعية تحدث حركة جسمانية للشخص، يلحق القانون أثرا قانونيا على إثر حدوث هذه الحركة الإرادية⁽¹⁾.

« نقول في الغالب ، أن الأثر القانوني هو ما أراده الشخص ، وقد اتجهت نيته إلى إحداثه. في الواقع، هو أمر غير صحيح ، فكل ما يمكن أن نقوله بهذا الشأن : هو أن الشخص عند قيامه بالحركة الجسمانية يعلم مسبقا أن آثارا قانونية ستحدث عن طريق تطبيق قانون طبيعي مستقل تماما عنه ، فلا يمكن القول، بل لا يجوز القول ، أن الإرادة هي السبب الحقيقي لهذه الآثار القانونية.»⁽²⁾

هكذا يخلص " DUGUIT " إلى أن الحق هو مجرد وهم لا وجود له⁽³⁾ ، وهي نفس النتيجة التي توصل إليها " KELSEN " عن طريق تحليل مغاير.

ب - طرح " KELSEN " : لا وجود للحق وإنما لتسلسل مقاييس موضوعية.

ينطلق " KELSEN " من فرضية مغايرة لتلك التي انطلق منها " DUGUIT " ، غير أنه يتوصل إلى نفس النتيجة : فهو يرى أن القانون عبارة عن تسلسل سلبي لمقاييس قانونية تتجسد في شكل هرم ، يستقي كل مقياس قوته الإلزامية من المقياس الأعلى منه درجة ، يكون الدستور في أعلى الهرم والعقد في أسفله ؛ وعليه فإن العقد يلزم أطرافه، ليس لأنه نشأ عن ممارسة حق ، وإنما لأنه مطابق للمقياس الأعلى منه درجة ، وهو يستمد قوته الإلزامية منه⁽⁴⁾.

قد طور الفقيه النمساوي مفهومه للمقاييس القانونية (les normes juridiques) في عدة مناسبات ، غير أن التحاليل التي قام بها في بداية الطبعة الثانية لمؤلفه (Théorie pure du droit)⁽⁵⁾ هي الأكثر كمالا ومنهجية في نظرنا ، والتي يمكن تلخيصها في الآتي :

المقياس هو مخطط تفسيري ، يعطي معنى للحوادث التي يمكن استيعابها عن طريق الحواس في

¹ - Ibid , p. 358.

² - Ibid , p. 324 : « On dit souvent que le résultat définitif est voulu par le sujet, qu'il constitue l'intention du sujet, en réalité ce n'est pas exact, tout ce qu'en peut dire, c'est qu'on voulant déclencher un certain mouvement corporel l'agent sait que s'il agit ainsi il se produira un certain résultat par l'application d'une loi naturelle tout à fait indépendante de lui-même. On ne peut pas dire, on ne doit pas dire que la volonté est la cause réelle de ce résultat. ».

³ - Ibid , p. 221 : « Le droit subjectif est une chimère, il n'y a pas de droit subjectif. ».

⁴ - KELSEN (H.), « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », *Revue du droit public et de la science politique*, 1926, p. 561 et s.

⁵ - KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., 1960, (trad. Fr. Charles EISENMANN), Dalloz, Paris, Paris, 1962.

زمان ومكان معينين . فالمقياس القانوني يسمح بإعطاء معنى قانوني للوقائع والحركات الخارجية التي يمكن ملاحظتها⁽¹⁾، فلو قمنا بتحليل واقعة معينة يمكن تفسيرها على أنها ذات طبيعة قانونية أو أن لها علاقة بالقانون، مثل المقرر البرلماني ، أو التصرف الإداري ، أو الحكم القضائي ، أو العقد ، أو اللجنة.

يمكننا أن نميز بين عنصرين : يتمثل الأول في تصرف أو مجموعة من التصرفات يمكن استيعابها عن طريق الحواس في زمان ومكان معينين ؛ لأنها سلوكيات اجتماعية ظاهرة . أما العنصر الثاني فيتمثل في معنى هذا السلوك الإنساني في نظر القانون ، فاجتماع مجموعة من الأشخاص في قاعة يلقون خطابات، ثم يصوتون، منهم من يرفع يده ومنهم من لا يرفعها . هذا المظهر الخارجي يعني قانونا أن هنالك قانون تم التصويت عليه، أو جلوس رجل يلبس عباءة سوداء ينطق بعبارات في حق رجل آخر، فتفسر قانونا بأنه أصدر حكما في حق هذا الأخير، أو تسبب رجل عن طريق حركة معينة في قتل رجل آخر، فيتم تفسير هذا المظهر الخارجي على أنه جريمة قتل ... إلخ⁽²⁾.

ويميز " KELSEN " التصرف الإرادي الذي يضع المقياس عن المقياس ذاته : فالمقياس هو المعنى الخاص للتصرف الذي يهدف إلى تنظيم سلوك الغير، غير أنه يتميز عنه في كونه (ما يجب أن يكون *sollen*)، بينما التصرف هو (ما هو كائن *sein*) . ولشرح هذه الفكرة يمكن الاستعانة بالآتي : (أ) يريد من (ب) أن يتصرف بطريقة معينة، فالجزء الأول من الفرضية والمتمثل في إرادة (أ) في أن يتصرف (ب) تصرفا معيناً هي (ما هو كائن *sein*)، أما الجزء الثاني والمتمثل في طريقة التصرف التي يجب أن يتصرف بها (ب) فهي (ما يجب أن يكون *sollen*)، وهو المقياس الذي يحمل معنى التصرف⁽³⁾.

كما يميز " KELSEN " أيضا بين (sollen) (ما يجب أن يكون) الشخصي والموضوعي : (فما يجب أن يكون) هو المعنى الشخصي لكل تصرف إرادي لأي شخص يسعى إلى الحصول على سلوك معين من الغير ، غير أن هذا لا يعني بالضرورة أن لهذا التصرف معنى (ما يجب أن يكون) بالمعنى الموضوعي، فقد يطلب شخص من أشخاص آخرين أن يتصرفوا تصرفا معيناً، بمعنى أنه يطلب منهم بأن يتصرفوا (بما يجب أن يكون) بمفهومه الشخصي، غير أن هذا لا يعني أن (ما يجب أن يكون)

¹ - Idem , p. 5 : « Un sens spécifiquement juridique, leur signification de droit caractéristique, les fait en question les reçoivent de normes qui ont trait à eux ; ce sont ces normes qui leur confèrent une signification juridique, de telle sorte qu'ils peuvent être interprétés d'après elles, les normes remplissent la fonction de schémas d'interprétation. ».

² - Ibid , p.p. 2 - 3.

³ - Ibid , p. 7.

بمفهومه الشخصي هو (ما يجب أن يكون) بالمفهوم الموضوعي ؛ لأنه حتى يرقى (ما يجب أن يكون) بمفهومه الشخصي إلى (ما يجب أن يكون) بالمفهوم الموضوعي أي إلى درجة مقياس، يجب أن يوجد (ما يجب أن يكون) موضوعي أعلى درجة يعطي (لما يجب أن يكون) الشخصي مفهوما موضوعيا، أو بتعبير آخر، يجب أن يوجد مقياس (norme) أعلى درجة يعطي (لما يجب أن يكون) الشخصي مدلولاً موضوعياً فيصبح بدوره مقياساً⁽¹⁾.

وهكذا يظهر أنه لا يكفي أن يقترح القائم بالتصرف مقياساً حتى يكون هناك هذا المقياس ، وإنما يجب وجود مقياس ساري النفاذ في ذلك المكان والزمان يعطي هذا المعنى للتصرف حتى يصبح مقياساً ؛ بمعنى أن كل مقياس يجد أساس وجوده وصحته في مقياس أعلى درجة منه ، وليس في إرادة الشخص الذي أملى هذا المقياس⁽²⁾ . كما يربط " KELSEN " أيضاً إلى صحة المقياس إلزاميته، فبالنسبة له، القول بأن المقياس صحيح يعني التأكيد على إلزاميته ، فلا وجود لمقياس دون جزاء⁽³⁾ .

لا مجال للحديث عن الحق في مثل هذا النظام، وذلك ليس للاعتبارات المنطقية والاجتماعية التي أثارها " DUGUIT "، وإنما لكون مصطلح « الحق » - بالنسبة لـ " KELSEN " - غير قانوني؛ لأنه يفتقد عنصر الجزاء الذي يترتب على مخالفة القانون باعتباره مجموعة قواعد قانونية، غير أن " KELSEN " لا ينكر مصطلح الحق، وإنما يعطيه معنى آخر، فهو لا يرى فيه تلك السلطة اللصيقة بالشخص، وإنما مجرد تأهيل يمنحه القانون الموضوعي للشخص، حتى يشارك في إنشاء القاعدة القانونية عن طريق العقد⁽⁴⁾ .

¹ - Ibid , p.p. 10 et 11 : Il faut distinguer la signification objective de la signification subjective : « (sollen) est la signification subjective de tout acte de volonté d'un homme qui, dans son esprit, tend à obtenir une conduite d'autrui . Mais tout acte de cette sorte ne possède pas, objectivement, cette signification. Ce n'est que lorsqu'il a objectivement aussi la signification d'un *sollen* que l'on qualifie le *sollen* de (norme). Dire que le sens objectif de l'acte est lui aussi un *sollen*, c'est exprimer l'idée que la conduite que l'acte vise à déterminer est considérée comme devant avoir lieu, non plus seulement du point de vue de l'individu qui pose l'acte, mais également du point de vue des tiers désintéressés ; cela, même lorsque, dans la réalité, le vouloir qui signifie subjectivement un *sollen* a cessé d'exister, lorsqu'avec la volonté ne disparaît pas également la signification, c'est-à-dire le *sollen* (...). Alors le *sollen* est, en tant que *sollen* objectif, une (norme) qui (vaut), qui (est en vigueur), qui lie le destinataire. Tel est le cas lorsqu'une norme attribue cette signification objective à l'acte de volonté qui pose un *sollen*, lorsque cet acte est habilité par une norme, qui est pour cette raison considérée comme une norme (supérieure) .».

² - Ibid , p. 12 : « La validité objective d'une norme selon laquelle un homme doit se conduire conformément à la validité subjective de l'acte de volonté d'un autre homme concernant sa conduite ne résulte donc pas du fait positif, réel, qu'est cet acte de volonté ; elle résulte, elle ne peut résulter que d'une autre norme (...). L'«existence» d'une norme positive, sa validité, est chose distincte de l'existence de l'acte de volonté dont elle constitue la signification objective. ».

³ - Ibid , p. 255.

⁴ - KELSEN (H.), « Aperçu d'une ... », art. Précité , p. 621.

لا تظهر الحاجة إلى التذكير بالانتقادات الموجهة للمدرسة الموضوعية⁽¹⁾، وحتى لموقفها المنكر لوجود الحق، بل يكفي ملاحظة أن المسلمة التي تنطلق منها والمتمثلة في عدم وجود الحق غير مطابقة للواقع القانوني، وأن مفهوم الحق لا يزال صامدا أمام كل الانتقادات الموجهة له .

II – الموقف المؤيد لوجود الحق :

الهدف من القانون هو تحقيق التناسق الاجتماعي، وعليه فإن مهمته تتجسد في اتخاذ كل التدابير الاحترازية والجزائية لكل خلل قد يحدث في التوازن الاجتماعي ؛ لأن المجتمع هو مجموع أفراد ذو مصالح مختلفة : لكل فرد من أفرادها مجال خاص به، ولا يمكنه الخروج منه إلا بالدخول في مجال فرد آخر، وبالتالي التعدي على مصالحه مما يحدث اختلالا في التوازن الاجتماعي، هذا ما يوجب على الدولة التدخل عن طريق فرض احترام مجال كل فرد داخل المجتمع ولو بالردع .

هذا المجال الخاص بكل فرد، هو ما تعارف رجال القانون على تسميته بمصطلح «الحق» . وهو يشكل حجر الزاوية لكل نظام قانوني نتيجة التطورات الاجتماعية والاقتصادية التي عرفتها المجتمعات⁽²⁾ .

فقد سمحت حركات التحرر التي ظهرت مع بداية القرن السادس عشر بظهور عدة حقوق، أصبحت لصيغة بالشخص، وتعترف بها جميع الدساتير الديمقراطية، كما أن التطور الاقتصادي والاجتماعي جعل حماية العامل من المستخدم ضرورية، ولعل الإجراءات الأكثر ملاءمة لتجسيد هذه الحماية هو منح العامل حقوق (مجال) لا يجوز للمستخدم انتهاكها : كالحق في عطلة سنوية مدفوعة الأجر، والحق في الضمان الاجتماعي، والحق في تحديد ساعات العمل... إلخ. وجعل حماية المستهلك من المحترف ضرورية أيضا، وذلك بمنح المستهلك عدة حقوق منها حق العلم بالمبيع ، وحق ضمان الجودة والمطابقة ... إلخ.

هكذا يظهر أن مسألة وجود الحق تسمو على كل نقاش لأنها حقيقة اجتماعية لا يمكن تجاهلها، غير أن أنصار هذا الموقف يرون أن الإرادة عاجزة عن إنشاء آثار قانونية إن لم يكن التعبير عنها ناتجا عن ممارسة حق⁽³⁾ ؛ لأن الإرادة ما هي إلا العضو المنفذ للحق⁽¹⁾، فممارسة الحق هي التي تعطي القدرة لصاحبه حتى ينشئ حقوقا أخرى عن طريق العقود، أو أي وسيلة أخرى ينص عليها القانون⁽²⁾ .

¹- V. DABIN (J.), *Le droit subjectif ...* , op. cit. , p.p. 17 – 55 ; HAUSER (J.), *Subjectivisme ...* , thèse précitée, p. 61 ; WICKER (G.), *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, L.G.D.J, Paris, 1997, p.p. 41 – 43.

²- MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit*, thèse Lyon, 1948, p. 26.

³- STORCK (M.), *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, L.G.D.J. , Paris, 1982, p. 34.

يظهر من خلال بحث ماهية التصرف القانوني أن هذه الآلية القانونية لا تنحصر في العقد، وإنما تترك المجال مفتوحاً، وذلك لتبني كل التصرفات التي قد يملها التطور الاقتصادي والاجتماعي.

المطلب الثاني تصنيف التصرفات القانونية

لا تعطى معايير التصنيف للباحث، وإنما يتوجب عليه البحث عنها وانتقائها معتمداً فقط على ضوابط وأهداف المعرفة العلمية⁽³⁾، فيتجرد من كل أفكار مسبقة حتى لا يفقد الموضوعية العلمية. قد تتشارك وتتمايز التقنيات القانونية في عدة خصائص، غير أن التصنيف المقبول علمياً هو فقط ذلك الذي يعتمد خاصية واحدة، هذا ما يبرر وجود عدة تصنيفات بعدد الخصائص التي أخذت كمعيار للتصنيف⁽⁴⁾.

هذا ما يستوجب البحث عن معيار التصنيف (فرع أول) ، قبل تطبيقه (فرع ثاني).

الفرع الأول البحث عن معيار تصنيف التصرفات القانونية

إن البحث عن معيار لتصنيف التصرفات القانونية يقتضي مقارنة أو مقابلة صنفين منها (أولاً)، ثم تحليل مضمونها (ثانياً).

أولاً - ضرورة مقابلة العقد بالتصرف بإرادة منفردة :

تقضي قواعد المنطق أنه لا يمكن استخراج معيار تصنيف التصرفات القانونية من خلال دراسة

¹ - GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie ...* , thèse précitée.

² - DABIN (J.), *Le droit subjectif ...* , op. cit. , p. 106.

³ - IZORCHE (M.-L.), « *Réflexions sur la distinction* » ... , art. précité, p. 62.

⁴ - EISENMANN (Ch.), « *Problèmes de méthodologie ...* » ... , art. précité, p. 37.

صنف واحد . هذا ما يبرر غياب محاولات تصنيف التصرفات القانونية من حيث كونها أحادية (Unilatéral)، أو ثنائية (bilatéral)، أو متعددة الأطراف (multilatéral) قبل الاعتراف بوجود صنف ثان من التصرفات القانونية إلى جانب العقد، والمتمثل في التصرف بإرادة منفردة .

أول من نادى بوجوب الاعتراف بالتصرف بإرادة منفردة هو الأستاذ ” WORMS “ في أطروحته التي ناقشها سنة 1891⁽¹⁾، فحسب هذا الأخير هناك أربع مؤسسات قانونية رومانية يمكن اعتبارها كمصادر التزام بإرادة منفردة، وهي : الاشتراط لمصلحة الغير (في الحالات الاستثنائية التي يقبل بها القانون الروماني)⁽²⁾ ، والوعد بجائزة ، والوعد للمدينة، والنذر أو الوعد لله⁽³⁾ .

قد احتفظ القانون الحديث بالمؤسستين الأولتين بعد تطويرهما، أما فيما يتعلق بالنذر والوعد للمدينة أين يعد أحد سكانها بمشاركته في الأعباء العامة ، فلم يجدا مكانا لهما في التشريعات الحديثة باستثناء التشريع الألماني ، الذي لم يستورد هاتين التقنيتين من القانون الروماني ، وإنما أحيا بعض التقاليد الجرمانية القديمة : إمكانية الشخص بأن يلتزم اتجاه عدة أشخاص بموجب تصرف واحد يرمه مع شخص واحد يمثل باقي الأشخاص ، وهي تقنية تعرف باسم «SALMANN»، وقد كانت تذكر باستمرار من قبل الفقهاء الألمان عند سنهم لنظرية الالتزام بإرادة منفردة⁽⁴⁾ .

إن ضرورة الاعتراف بالتصرف بإرادة منفردة لم تفرضها دراسة التقاليد والأعراف القديمة فقط، وإنما فرضتها الحاجة العملية لاسيما في المجال التجاري ؛ إذ أن المعاملات التجارية تفرض علينا أن نقبل فكرة أنه بإمكاننا أن نلتزم دون اتفاق ، وذلك عن طريق إصدار سندات لصالح بعض الأشخاص، كالسند لأمر الذي يتم دفعه لحامله ، والذي قد لا يكون معنا وقت نشأته⁽⁵⁾ ، أو إصدار شيك .

الاعتراف بالتصرف بإرادة منفردة لا يعني – عند ” WORMS “ – إنكار فكرة أن الأصل في إنشاء الالتزامات هي العقود ، وإنما يعني فقط أن العقود لا تمثل المصدر الوحيد . وقد ساند عدة باحثين ” WORMS “ في هذه الأفكار منهم : ” GENY “ في كتابه « طرق التفسير ومصادر القانون الخاص »⁽⁶⁾ ، و ” SALEILLES “ الذي درس أحكام التقنين الألماني فيما يتعلق بالالتزامات⁽⁷⁾ ،

1- **WORMS (R.)**, *De la volonté unilatéral ...* , Thèse précitée.

2- *Idem* , p. 87.

3- *Ibid* .

4- *Ibid* , p. 89.

5- *Ibid* , p. 90.

6- **GENY (F.)**, *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*, L.G.D.J. , Paris, 1899.

7- **SALEILLES (R.)**, *De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (art 116 à 144)*, Pichon, Paris, 1901.

” DEMOGUE “ في كتابة « المفاهيم الأساسية للقانون الخاص، دراسة نقدية»⁽¹⁾، ليختم السيد ” MARTIN DE LA MOUTTE “ كل الدراسات التي سبقته ، ويقدم أسس التصرف بإرادة منفردة سنة 1949⁽²⁾ ، وينشر عمله سنة 1951 .

قد أصبح اليوم التصرف بإرادة منفردة من أهم مؤسسات القانون الخاص ، حيث يعترف أغلب المفسرون بوجوده⁽³⁾ ، كما أن المشرع الجزائري قد أدرجه في التقنين المدني⁽⁴⁾ . وبتام إرساء أسس التصرف بإرادة منفردة ، أصبح من الممكن استخراج معيار تصنيف التصرفات القانونية ، وذلك عن طريق تحليل مضمون مقابلة العقد بالتصرف بإرادة منفردة، أي البحث فيما يميز العقد عن التصرف بإرادة منفردة .

ثانيا - تحليل مضمون مقابلة العقد بالتصرف بإرادة منفردة :

اختلفت زاوية مقابلة العقد بالتصرف بإرادة منفردة بين فقهاء القانون العام وفقهاء القانون الخاص، مما أدى إلى اختلاف المعيار المستخرج من أجل تصنيفها ؛ إذ ركز فقهاء القانون العام على الآثار (I)، بينما ركز فقهاء القانون الخاص على النشأة (II).

I - تركيز المقابلة على مرحلة الآثار:

اهتم الكثير من مفسري القانون العام بالتصرف بإرادة منفردة ؛ لأنه يشكل محورا هاما في القانون الإداري ، فكل القرارات الإدارية هي تصرفات بإرادة منفردة ، من أهم خصائصها إنشاء قواعد قانونية يلتزم باحترامها أشخاص لم يعبروا عن إرادتهم عند نشأتها . وهي تصرفات تستمد قوتها الإلزامية من القانون الوضعي ، وليس من إرادة الأطراف كما هو الشأن في القانون الخاص⁽⁵⁾ ، غير أن كون القانون الوضعي هو أساس القوة الملزمة للتصرف الانفرادي في القانون العام لا يؤثر على وجوب وجود إرادة لإنشائه « إرادة السلطة العامة » شأنه شأن كل التصرفات القانونية⁽⁶⁾ .

¹- DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales ...* , op. cit. , p. 324.

²- MARTIN DE LA MOUTTE (J.), *L'acte juridique unilatéral ...* , thèse précitée .

³- MARTIN DE LA MOUTTE (J.), *L'acte juridique unilatéral ...* , thèse précitée ; SALEILLES (R.), (R.), *De la déclaration de volonté ...* , op. cit. ; RIEG (A.), *Le rôle de la volonté ...* , thèse précitée ; CHABAS (F.), *De la déclaration de volonté*, thèse Paris, 1931 ; AUBERT (J.-L.), *Notions et rôle ...* , thèse précitée ; WORMS (R.), *De la volonté unilatéral ...* , thèse précitée ; GENY (F.), *Méthode d'interprétation...*, op. cit. ; IZORCHE (M.-L.), *L'avènement de l'engagement unilatéral ...* , thèse précitée.

⁴ - المادة 123 مكرر من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁵- PASTRE – BOYER (A.-L.), *L'acte juridique collectif ...* , thèse précitée, p. 106.

⁶- RIEG (A.), *Le rôle de la volonté ...* , thèse précitée, p. 15.

غير أن فقهاء القانون العام ، وإن كانوا يرون وجوب وجود الإرادة ، فإنهم لا يرون فيها معيارا يصلح للتمييز بين العقد والتصرف بإرادة منفردة ، لذا اقترح الأستاذ ” EISENMANN ” معيار تحمل الآثار الذي مفاده : « أنه إذا كانت آثار التصرف موجهة إلى غير الأشخاص الذين أنشؤوه ، فهو تصرف بإرادة منفردة ، أما إذا وجهت الآثار إلى الأشخاص الذين أنشؤوا التصرف كان التصرف عقدا»⁽¹⁾ .

يعتبر هذا المعيار خلاصة دراسة الفرق بين القرار الإداري والعقد الإداري ، وباعتبار أن القانون الإداري قانون استثنائي ، فلا يمكن تعميم نتائجه وتطبيقها على باقي فروع القانون ؛ لأن المنطق يقضي بعدم تعميم الاستثناء . إضافة إلى أن القانون الإداري يعترف بفكرة قدرة إرادة على فرض رغبتها على الإرادات الأخرى ، فالإدارة لها سلطة فرض إرادتها على الإدارات الأخرى ، بل أكثر من ذلك ، هذا القانون يعترف بإمكانية إنشاء التزامات على عاتق الغير⁽²⁾ ، مما يجعل منطقته يختلف عن منطق باقي فروع القانون .

II – تركيز المقابلة على مرحلة النشأة :

إن دراسة مختلف مقاربات مفسري القانون الخاص لمقابلة العقد بالتصرف بإرادة منفردة تجعلنا نلاحظ أنها عرفت تطورا ، فقد كان الفقه – في بادئ الأمر – يؤسس تمييز العقد عن التصرف بإرادة منفردة على عدد الإرادات المعبر عنها من أجل إنشاء التصرف القانوني . وبهدف التعمق في معيار الإرادة سعى بعض المفسرين إلى دراسة العلاقة بين عنصر التعبير عن الإرادة وعنصر إنشاء الآثار القانونية ، غير أن هذه التحاليل - التي كانت تهدف إلى تدعيم معيار الإرادة- أدت إلى الكشف عن عدم كفايته للتمييز بين العقد والتصرف بإرادة منفردة (1) ، كما أظهرت معالم معيار آخر ، يتجاوز فكرة خضوع آثار التصرف إلى التعبير عن الإرادة ، وهو معيار المصلحة (2) .

1 – نقائص معيار عدد الإرادات :

قابل الفقه الكلاسيكي العقد بالتصرف بإرادة منفردة مقابلة كمية ، فالتمييز بين العقد والتصرف

¹ - EISENMANN (Ch.), *Cours de droit administratif*, t. II, L.G.D.J., Paris, p. 389 et s.

² - CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, t. I, 13^{ème} éd, Montchrestien, p. 467 : « ce qui est déterminant, c'est le contenu de l'acte, ou bien, il est tel que l'acte est destiné à régir le comportement de personnes qui sont étrangères à son édicton, c'est-à-dire qui seront des tiers par rapport à lui, ou bien, il est tel que l'acte est destiné à régir les relations réciproques de ces auteurs. Au premier cas, il est un acte unilatéral, au second cas, il est un acte bilatéral ou, pour employer un terme plus usuel, il est un contrat. ». C'est nous qui soulignons.

إرادة منفردة يتم على الشكل التالي : التصرف بإرادة منفردة هو تعبير عن إرادة شخص واحد، بينما العقد هو تلاقي إرادتين على الأقل .

عبر الأستاذان ” FLOUR ” و ” AUBERT ” عن هذه الفكرة بقولهما : « مقابلة للعقد الذي يتكون عن طريق تلاقي إرادتين على الأقل، فإن التصرف بإرادة منفردة هو تعبير عن إرادة، يحدد بموجبها شخص - يتصرف بمفرده - آثارا قانونية»⁽¹⁾ . وعبر عنها كذلك الأساتذة ” TERRE ” ، و ” SIMLER ” ، و ” LEQUETTE ” بقولهم : « في حين أن العقد يركز على اتفاق الإرادات، فإن التصرف بإرادة منفردة من صناعة إرادة واحدة.»⁽²⁾ .

وعليه إذا كان التصرف ناتجا عن إرادة واحدة فإنه يوصف على أنه تصرف بإرادة منفردة، بينما إذا كان ناتجا عن عدة إرادات فهو عقد .

أول من لاحظ نقائص هذا المعيار هو الفقيه ” DEMOGUE ” عندما حاول أن يفسر الطبيعية القانونية للتعاقد مع النفس، في مؤلفه « المفاهيم الأساسية للقانون الخاص (محاولة نقدية)»⁽³⁾ ، أين تساءل عن مسألة جواز التعاقد مع النفس مع العلم بوجود تنازع بين مصلحة الشخص باعتباره أصيلا وواجبه باعتباره ممثلا أو نائبا ، كما لاحظ أيضا أنه باعتماد معيار عدد الإرادات يعرض التعاقد مع النفس ، والذي هو تصرف ثنائي ، على أنه تصرف بإرادة منفردة⁽⁴⁾ .

بصرف النظر عن الجانب الشكلي للمسألة ، فإنه يمكن القول أن للمتعاقد مع نفسه صفتان : الدائن والمدين في آن واحد، ففي البيع تكون له صفة البائع والمشتري ، وهذا الأمر يثير تساؤلا من الناحية التقنية : هل جمعه لصفتين لا يمنع من تكوين العقد ؟

قد عالج الفقه الألماني هذه المسألة، وهو يدعي أنه من غير الممكن تقنيا أن يتشكل العقد بجمع الشخص لصفتين ؛ لأن تقنية العقد تفترض وجود عدة إرادات⁽⁵⁾ .

¹ - FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *l'acte juridique* ... , op. cit. , p. 362 : « Par opposition au contrat qui se forme par la rencontre de deux volontés au moins, l'acte juridique unilatéral est une manifestation de volonté par laquelle une personne, agissant seul, détermine des effets de droit. ».

² - TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *Les obligations* ... , op. cit. , p. 41 : « Alors que le contrat repose sur un accord de volonté, l'acte juridique unilatéral est l'œuvre d'une seule volonté. ».

³ - DEMOGUE (R.), *Les notions* ... , op. cit. , p. 202 et s.

⁴ - Idem , p. 303 : « ... l'acte bilatéral de sa nature se présente en une forme unilatérale. ».

⁵ - Ibid , p. 304.

انتقد " DEMOGUE " هذا الموقف الذي يرى العقد في تعدد الإرادات ؛ لأن في منظوره لا تكمن فكرة العقد في تعدد الإرادات فقط ، وإنما في تقابلها واهتمامها بالنتيجة المراد إنشاؤها ، مما ينشئ نزاعاً من شأنه توليد سلمية (hiérarchie) في المصالح⁽¹⁾ . وعليه فإن جمع الصفتين ليس من شأنه تكوين العقد ، وهذا لا يرجع لكون أنه لا توجد سوى إرادة واحدة ، وإنما لكون سلمية المصالح تتم بصفة معينة وغير نزيهة، فمن المنطق أن ينحاز النائب لمصلحته على حساب مصلحة الأصيل⁽²⁾ ، هذا ما يبرر فكرة أن التعاقد مع النفس لا يكون صحيحاً إلا بإجازة من الأصيل⁽³⁾ .

وبهذا يرسي " DEMOGUE " معياراً جديداً ، وهو معيار تقابل المصالح الذي يعبر عنه كالأتي : « التصرفات التي تحتوي على إرادة واحدة أو عدة إرادات ليس لها سوى مصلحة واحدة هي تصرفات انفرادية ... ، بينما تلك التي تحتوي عادة على إرادتين أو أكثر تمثل مصالح متناقضة فهي عقود ... »⁽⁴⁾ .

2 - معيار تقابل المصالح :

بعد ملاحظة نقائص معيار عدد الإرادات، اقترح الأستاذ " DEMOGUE " معيار تقابل المصالح، غير أن موقفه ظل مهجوراً لفترة ، حتى مجيء السيد " MARTIN DE LA MOUTTE " الذي تبني أفكاره إثر دراسته للتصرف بإرادة منفردة⁽⁵⁾ .

فالتصرف بإرادة منفردة - كما تدل عليه التسمية- هو ثمرة تصرف شخص واحد، غير أن هذا لا يعني أنه لا يمكن أن يكون ثمرة تصرف شخصين أو أكثر تصرفوا بمعية⁽⁶⁾ ؛ لأنه يجب أن نميز بين تعاون الإرادات (collaboration de volontés) وتوافق الإرادات (accord de volontés) ، فالتصرف بإرادة منفردة قد ينتج عن تعاون الإرادات ما دامت تعبر عن مصلحة واحدة، فالذي يميز التصرف بإرادة منفردة عن العقد، هو أنه يعبر دائماً عن مصلحة واحدة، بينما العقد يعبر عن توافق مصليحتين

¹- Ibid .

²- Ibid , p. 5.

³ -المادة 77 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁴ - DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général, sources des obligations, t. I ...* , op. cit. , p. 35 : «Ceux qui n'en comportent qu'une seule ou plusieurs ayant le même intérêt sont les actes unilatéraux comme le testament, la renonciation, la signification, la mise en demeure. Ceux qui en comportent ordinairement deux ou davantage représentant des intérêts opposés sont les conventions : comme le contrat, la novation, la dation en paiement.».

⁵ - MARTIN DE LA MOUTTE (J.), *L'acte juridique unilatéral ...* , thèse précitée.

⁶ - Idem , p. 38.

متقابلتين⁽¹⁾ .

وعليه لا يهم عدد الإرادات المعبر عنها، فلو عبر شخصين معية عن إرادتهما وكانتا تعبران عن مصلحة واحدة ، كان تصرفا بإرادة منفردة، ولو عبر شخص واحد عن إرادته وكان مضمونها التعبير عن مصليحتين متقابلتين كما في التعاقد مع النفس⁽²⁾ ، كان التصرف عقدا⁽³⁾ .

ويرى أيضا الأستاذ ” MARTIN DE LA MOUTTE “ أن التعبير عن الإرادة وإن كان شرطا ضروريا لإبرام التصرفات القانونية فإنه لا يزيد عن كونه مجرد عنصر شكلي ، تتلخص أهميته في ترجمة عنصر المصلحة الذي يعتبر جوهر العملية المنجزة⁽⁴⁾ . غير أنه لا يمكن اعتماد هذا المعيار إلا بعد شرح مفهوم المصلحة، وإلا بقي معيارا فارغا لا يمكن تطبيقية .

إن مصطلح المصلحة ليس مصطلحا خاصا بالعلوم القانونية فقط ، فهو شائع الاستعمال في اللغة، كما أنه ليس خاصا بمجال التصرف القانوني دون المجالات الأخرى، فقد استعمله ” IHERING “ في تعريفه للقانون بأنه : « مجموعة من المصالح يحميها القانون »⁽⁵⁾ ، وهو شائع الاستعمال كذلك في الإجراءات المدنية إذ « لا دعوى بدون مصلحة » ، وعادة ما يتم ربط هذا المفهوم بالصفة⁽⁶⁾ ، كما يستعمل كذلك في مجال القانون الإداري « المصلحة العامة » غير أننا سنوجه هذه الدراسة في بحث مفهوم المصلحة في التصرفات القانونية.

باسترجاع مختلف التحاليل التي قيلت في هذا الموضوع، نجد أن هناك من المفسرين من يقارب مفهوم المصلحة من زاوية المحل (أ) ، ومنهم من يقارنها من زاوية السبب (ب) ، ومنهم من يرى بأنها بكل بساطة المنفعة (ج) .

أ- المصلحة والمحل :

يتم التمييز في - القانون المدني - بين محل العقد، ومحل الالتزام، ومحل الأداء . فالشيء هو

¹ - Ibid , p. 47.

² - إن استعمال الأستاذ ” MARTIN DE LA MOUTTE “ لنفس المثال الذي استعمله الأستاذ ” DEMOGUE “ ، يظهر مدى تأثره بأعمال هذا الأخير .

³ - MARTINE DE LA MOUTTE (J.), *L'acte juridique unilatéral ...* , thèse précitée, p. 51.

⁴ - Ibid , p. 50 : « la manifestation de volonté est un phénomène certes indispensable, mais de pure forme ... , une manifestation de volonté, élément formel, ne fait que traduire un intérêt, élément substantiel de l'opération accomplie. ».

⁵ - cité par DABIN (J.), *Le droit subjectif ...* , op. cit. , p. 65.

⁶ - VINCENT (J.) et GUINCHARD (S.), *Procédure civile*, Dalloz, Paris, 1999, p. 140.

محل الأداء، والأداء هو محل للالتزام ، بينما يكون الالتزام محلا للعقد⁽¹⁾، فمجموع الالتزامات تشكل محل العقد، وهي تحقق العملية القانونية المراد تحقيقها من وراءه⁽²⁾. وعليه يكون محل العقد العملية القانونية المراد تحقيقها من إبرامه ؛ بمعنى أنه الغاية من التعاقد⁽³⁾، أو باستعارة تعبير ” DUGUIT “ نقول أن محل العقد هو المركز القانوني المراد إحداثه، ففي البيع مثلا يكون محل الأداء الشيء والنقود، ومحل الالتزام هو تسليم الشيء وتسليم النقود، بينما يكون محل العقد الالتزام بتسليم الشيء والالتزام بتسليم النقود ، مما يحقق عملية البيع، فيتولد مركز قانوني وهو البائع، ومركز قانوني مقابل، وهو المشتري .

بتطبيق هذا المفهوم على المصلحة ، يمكن القول أن المصلحة في التصرف القانوني تعبر عن المركز أو المراكز القانونية التي تنشأ عن هذا الأخير⁽⁴⁾، ففي البيع مثلا، ما يعبر عن المصلحة هو مركز مركز الدائن والمدين بالنسبة لمحل العقد، فميز مصلحتين : مصلحة البائع ومصلحة المشتري، وهما تحددان طبقا لمحل البيع .

بما أن لعقد البيع محلين : الالتزام بتسليم الشيء والالتزام بتسليم الثمن؛ فإن مصلحة المشتري يعبر عنها مركز الدائن في محل البيع الأوّل المتمثل في الالتزام بتسليم الشيء، أين يكون للبائع بالنسبة لهذا المحل مركز المدين، أمّا مصلحة البائع فيعبر عنها مركز الدائن في محل البيع الثاني والمتمثل في الالتزام بتسليم الثمن، والذي يكون للمشتري فيه مركز المدين.

ب - المصلحة والسبب :

إن مفهوم المصلحة لا يبعد كثيرا عن مفهوم السبب⁽⁵⁾. بل أكثر من ذلك ، يرى الأستاذ ” CARBONNIER “ أن مفهوم المصلحة هو الأكثر تطابقا مع المصطلح اللاتيني ” CAUSA “⁽⁶⁾. يتفق الفقه- حاليا- على أن هناك تعايشا بين مفهومين لمصطلح السبب، ذلك لأن التصرفات القانونية تبرم من أجل تحقيق هدف معين، وعليه يكون تحديد مفهوم السبب عن طريق الإجابة عن

¹ - LUCAS – PUGET (A.-S.), *Essai sur la notion d'objet du contrat*, L.G.D.J. , Paris, 2005.

² محمد حسنين منصور، *مصادر الالتزام ...* ، مرجع سابق، ص. 199.

³ ترى الأستاذة ” LUCAS – PUGET “ أن مسألة تحليل العقد من زاوية الغاية لم يتم الاهتمام بها ؛ لأن أغلب الباحثين يرون أنه لا يمكن للمحل أن يعبر عن الغاية، وهي ترى أنه اعتقاد غير مؤسس، لتفاصيل أكثر أنظر :

LUCAS – PUGET (A.-S.), *Essai sur la notion ...* , thèse précitée, p. 44 et s.

⁴ - CABRILLAC (R.), *L'acte juridique conjonctif ...* , thèse précitée, p. 44.

⁵ - MARTIN DE LA MOUTTE (J.), *L'acte juridique unilatéral ...* , thèse précitée, p. 43.

⁶ - CARBONNIER (J.), *Droit civil, les obligations ...* , op. cit. , p. 129.

السؤال الآتي : لماذا أبرم الشخص التصرف؟

طبقا للمفهوم الكلاسيكي أو ما يعرف بنظرية السبب الموضوعي فإن السبب هو الغرض المباشر (but immédiat) الذي يسعى المتعاقد إلى تحقيقه من وراء تعاقدته⁽¹⁾ ، وهو بهذا المفهوم واحد في كل نوع من أنواع العقود، ففي العقود التبادلية سبب التزام كل متعاقد هو التزام المتعاقد الآخر⁽²⁾ ، وفي العقود الملزمة لجانب واحد يكون سبب الالتزام هو نية التبرع⁽³⁾ . والسبب بهذا المفهوم هو سبب الالتزام، وليس سبب العقد.

أما مفهوم السبب – حسب النظرية الحديثة أو ما يعرف بنظرية السبب الشخصي – فهو لا ينحصر في الغرض المباشر، وإنما يتجاوزه ليشمل الباعث الدافع إلى التعاقد، فلا يكون السبب نفسه في النوع الواحد من العقود؛ إذ يختلف باختلاف شخص المتعاقد، ففي البيع مثلا، قد يكون الباعث على التعاقد الرغبة في شراء شيء آخر، أو سداد دين، أو القيام برحلة... إلخ. وهو بهذا المفهوم سبب للعقد، وليس للالتزام⁽⁴⁾ .

ومقاربة المصلحة بالسبب مقارنة لا يمكن إنكار أهميتها؛ لأنها تمكن من جمع خصائص وأهداف السبب بمفهومه الشخصي والموضوعي، هذا ما لاحظته الأستاذ ” CARBONNIER ” من خلال دراسته لمفهوم السبب؛ إذ أنه يرى أن فكرة السبب بمفهومه الشخصي والموضوعي لا تعبر جيدا عن فكرة ” CAUSA ” التي ظهرت في القانون الروماني، وإنما مفهوم المصلحة هو الذي يلاءم أكثر للتعبير عنها⁽⁵⁾ . بل أكثر من ذلك، فهو يرى أن مصطلح المصلحة يوحد مفهومي السبب؛ لأنه يجب أن تكون المصلحة موجودة ومشروعة، وبذلك فهي تجمع نتائج النظريتين: الوجود والمشروعية⁽⁶⁾ . والمصلحة بهذا المفهوم تتفق مع مفهوم السبب عند الأستاذ ” HAUSER ” الذي يرى أن السبب لا يتلخص في الدافع أو المقابل⁽⁷⁾ ، فهو ليس بالضرورة ماديا أو شخصا⁽⁸⁾؛ لأن السبب لا يجد حقيقته إلا بتركيب هذين العنصرين المادي والشخصي: فيجب أن يحتوي على العنصر المادي (المقابل) حتى يضمن النجاعة القانونية للتصرف، باعتبار أن هذا الأخير يرمي إلى تحقيق حاجة فردية، كما يجب أن

¹- LARROUMET (Ch.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 448.

²- Idem .

³- Ibid .

⁴- FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *l'acte juridique* ... , op. cit. , p. 185.

⁵- CARBONNIER (J.), ... *les obligations* ... , op. cit., p. 129 : « une notion comme celle de l'intérêt, qui eut peut-être été la plus adéquate de la causa . ».

⁶- Ibid .

⁷- HAUSER (J.), *Objectivisme* ... , thèse précitée, p. 272.

⁸- Idem , p. 273.

يحتوي أيضا على العنصر الشخصي (الدافع) حتى يضمن المشروعية، باعتبار أن التصرف القانوني لا يجب أن يضر بالنظام الاجتماعي⁽¹⁾.

ج - المصلحة هي المنفعة (UTILITE) :

يعرف الأستاذ "GERVAIS" المصلحة بأنها « منفعة مادية أو معنوية، آنية أو مستقبلية »⁽²⁾، وعليه فالمصلحة ليست مادية فقط، فهي لا تشمل الثروة فقط، بل تشمل قيما معنوية كالحرية، والشرف، والعلاقات العائلية، والاجتماعية ... الخ . فالشخص الذي يهب شيئا لشخص آخر لا مصلحة مادية له من جراء هذا التبرع؛ بمعنى أنه لا يكون له مقابلا يمكن تقويمه بمال، وإنما قد يكون له مقابلا معنويا، كتنقية العلاقات العائلية في حالة ما إذا وهب الشيء لأحد أفراد عائلته المعوزين، أو تنقية علاقاته الاجتماعية في حالة ما إذا وهب الشيء لقربة معوزة (مولد كهرباء مثلا)، أو الحصول على الراحة النفسية في حالة ما إذا كانت الهبة لوجه الله، والمصلحة بمفهوم المنفعة كثيرة الاستعمال في الفقه المقارن، بل أكثر من ذلك، أصبح المصطلحين مترادفين . كما أن المصلحة في الشريعة الإسلامية هي جلب المنفعة ودفع المفسدة .

لا تتناقض هذه المقاربات لمفهوم المصلحة، وإنما تتكامل لتبين أن مفهوم المصلحة مفهوم شامل بإمكانه تغطيه كل محام المحل والسبب من وجود ومشروعية.

فوجود المصلحة ضروري لوجود الالتزام، وهو يغطي وجود المحل؛ لأن عدم وجود الأداء يعني عدم وجود محل العقد، والذي هو المصلحة التي يسعى المتعاقد إلى تحقيقها من وراء تعاقد. ووجود المصلحة يغطي كذلك وجود السبب . بل أكثر من ذلك، فهو ينهي مشكلة السبب في النظرية التقليدية فيما يتعلق بالعقود الملزمة لجانب واحد، والتي لا يكون فيها مقابل (التزام من الموهوب له)؛ إذ أن فكرة المصلحة تؤكد وجود مقابل، وهو المنفعة المعنوية التي يتحصل عليها الواهب من الهبة مثلا.

ومشروعية المصلحة ضرورية كذلك لمشروعية الالتزام، وهي لا تتحقق إلا بمشروعية المحل والسبب؛ لأن المصلحة هي المركز القانوني المتولد عن التصرف (مثلا مركز الدائن)، وعليه لا يكون هذا المركز القانوني مشروعا إلا إذا كان محل الدين مشروعا، ولأن المصلحة هي الباعث الدافع إلى

¹ - Ibid .

² - GERVAIS (A.), « Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts' », in : *Mélanges ROUBIER (P.)*, t. I, 1961, p. 230 et s., p. 230.

التعاقد فمشروعيتها مطابقة لمشروعية السبب. وعليه لو أردنا أن نعبر عن المحل والسبب عن طريق مفهوم المصلحة نقول: إن أحكام المحل تضمن مصلحة الدائن (المنفعة المادية والمشروعية)، بينما تضمن أحكام السبب مصلحة المدين (الوجود والمشروعية)، وبذلك يتم إسقاط المسلمة القائلة « لا دعوى بدون مصلحة» المعروفة في قانون الإجراءات المدنية، على نظرية التصرف القانوني فنقول: « لا تصرف بدون مصلحة».

ولشرح أكثر لهذه الأفكار سنعمد على عقد البيع الذي يلتزم بمقتضاه البائع بنقل ملكية شيء ما إلى المشتري مقابل ثمن نقدي، فالبيع هو عقد تتلاقى فيه مصلحة البائع بمصلحة المشتري، ولا يحدث التعاقد إلا إذا حقق العقد مصلحة كل منهما؛ بمعنى أنه يحقق منفعة لكل منهما.

يكون كل من البائع والمشتري دائنا ومدينا، فالبائع دائن للمشتري بالثمن وهو مدين له بالشيء المبيع، بينما يكون المشتري دائنا للبائع بالشيء المبيع ومدينا بالثمن؛ لأن لعقد البيع محلين: الشيء المبيع والثمن، كما أن له ثلاث شروط وهي: الوجود، والتعيين، والمشروعية.

ففيما يتعلق بالمحل الأول، والمتمثل في الشيء المبيع: نلاحظ أنه يمثل محل التزام البائع بالتسليم، وبذلك يكون محلا للعلاقة التي يكون فيها المشتري دائنا. وعليه فإن تطبيق شروط المحل المتمثلة في الوجود، والتعيين، والمشروعية يضمن مصلحة المشتري المتمثلة في الانتفاع بالشيء المبيع، مما يسمح بالقول بأن أحكام المحل جاءت لتضمن مصلحة الدائن، والذي هو المشتري فيما يتعلق بهذا المحل الأول لعقد البيع.

أما فيما يتعلق بالمحل الثاني، والمتمثل في الثمن: نلاحظ أنه يمثل محل التزام المشتري بدفع الثمن، وبذلك يكون محلا للعلاقة التي يكون فيها البائع دائنا، وتطبيق شروط المحل؛ أي الوجود، والتعيين، والمشروعية هي التي تضمن للبائع الانتفاع بالثمن، فلو كانت النقود مزورة مثلا؛ بمعنى أن المحل غير مشروع، فإن البائع لن يتمكن من الانتفاع من الثمن. هذا ما يسمح لنا بالقول أن أحكام المحل الثاني تهدف أيضا إلى ضمان مصلحة الدائن، والذي هو البائع في هذه الحالة.

يظهر هكذا أن أحكام المحل - سواء كانت تتعلق بالشيء المبيع أو بالثمن - تضمن مصلحة الدائن: المشتري بالنسبة للشيء المبيع، والبائع بالنسبة للثمن.

كما يكون للبيع سببين سواء كان ذلك في النظرية التقليدية أو الحديثة، فبالنسبة للنظرية التقليدية يكون سبب التزام البائع باعتباره مدينا بالتسليم، التزام المشتري بدفع الثمن، فوجود هذا

الالتزام (التزام المشتري بدفع الثمن) هو الذي يضمن مصلحة البائع (المدين) . أما سبب التزام المشتري باعتباره مدينا بدفع الثمن، فهو التزام البائع بتسليم الشيء المبيع، فوجود التزام البائع هو الذي يضمن مصلحة المشتري (المدين) .

أما بالنسبة للنظرية الحديثة أين يكون فيها السبب هو الدافع الباعث إلى التعاقد، فهي تضمن مشروعية مصلحة المدين، فمشروعية سبب البائع تضمن مشروعية مصلحة المشتري (المدين)، فلو باع البائع الشيء من أجل دفع أجرة قتل جاره، جعل مصلحة المدين تتعارض مع المصلحة العامة، لما يصيب المجتمع من جراء هذا الاعتداء . كذلك الأمر بالنسبة لمشروعية سبب المشتري ، فهي تضمن مشروعية مصلحة البائع (المدين) ، فلو اشترى هذا الأخير منزلا من أجل ممارسة الدعارة ، فإن ذلك يجعل مصلحة البائع (المدين) تتعارض مع مصلحة المجتمع، لما يصيبه من جراء هذه الآفة .

الفرع الثاني التصنيف الحديث للتصرفات القانونية

يميز الفقه الحديث ثلاث أصناف من التصرفات القانونية (أولا) ، غير أن تحليل هذا التصنيف يبين عدم تجانسه (ثانيا) ، مما يبرر التصنيف المقترح (ثالثا) .

أولا – مضمون التصنيف الحديث للتصرفات القانونية :

لقد كان تصنيف التصرفات القانونية ثنائيا (عقد وإرادة منفردة) قبل منتصف القرن العشرين، غير أنه بعد نشر أعمال الأستاذ "ROUJOU DE BOUBE" أصبح التصنيف ثلاثيا، وذلك لظهور التصرف الجماعي فأصبح هناك تصرفات بإرادة منفردة (I)، وعقود (II) ، وتصرفات جماعية (III) .

I – التصرف بإرادة منفردة :

على الرغم من أن أول من نادى بوجود الاعتراف بالتصرف بإرادة منفردة هما الأستاذان "WORMS"⁽¹⁾ و "GENY"⁽¹⁾ ، فإن أعمال الأستاذ "MARTIN DE LA MOUTTE" هي التي يعود لها الفضل في بيان خصائص هذا التصرف، وإرساء أحكامه⁽²⁾ .

¹ - WORMS (R.), *De la volonté unilatéral ...* , thèse précitée.

لقد قام الأستاذ " MARTIN DE LA MOUTTE " بدراسة شاملة للتصرف بإرادة منفردة، فقد عرفه على أنه : « تدخل إرادة واحدة تعبر عن مصلحة طرف واحد»⁽³⁾، ثم عمد إلى إرساء نظام قانوني لعدد من التصرفات بإرادة منفردة ، بعد أن قام بإحصائها⁽⁴⁾، ولم تتم معارضة أفكار الأستاذ " MARTIN DE LA MOUTTE " من أغلب المفسرين ، بل ذهب أحدهم ، وهو من أبرز المفسرين في عصره إلى حد القول بأنه : « من الطبيعي أكثر أن يريد الشخص لوحده على أن يريد مع شخص ثان، ولا يمكن للقانون عدم ترتيب نتائج عن تصرف معروف بكثرة في الحياة ، والمتمثل في عملية اتخاذ القرار»⁽⁵⁾، وأنه لمن الخطأ تحديد إشكالية التصرف بإرادة منفردة في مسألة وجود علاقة قانونية تربط الدائن بالمدين⁽⁶⁾ . كما أن أغلب التشريعات قد أخذت بالتصرف بإرادة منفردة ، ومن بينها التشريع الجزائري حيث نص في المادة 123 مكرر على أنه يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير .

II – العقد :

قد عرفته المادة 54 من التقنين المدني الجزائري على أنه : « اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما . ».

يظهر من هذه المادة أن العقد هو نوع من أنواع الاتفاق، فما هو الفرق بين العقد والاتفاق ؟ يرى الكثير من الباحثين من أبرزهم الفقيهة " السنهوري " أنه لا أهمية لهذا التمييز⁽⁷⁾، ويرد على الذين يرون أن للتمييز أهمية من حيث الأهلية⁽⁸⁾، بأن أحكام الأهلية تختلف في العقود ذاتها، فهي تختلف في عقود التبرع عنها في عقود المعاوضة⁽⁹⁾ .

¹- GENY (F.), *Méthode d'interprétation ...* , op. cit.

²- MARTIN DE LA MOUTTE (J.), *L'acte juridique unilatéral ...* , thèse précitée.

³- Idem , p. 38.

⁴- Ibid , p. 41 et s.

⁵- CARBONNIER (J.), ... *les obligations ...* , op. cit. , p. 54.

⁶- Ibid.

⁷- عبد الرزاق أحمد السنهوري، *نظرية العقد ...* ، مرجع سابق، ص. 80.

⁸- PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil ...* , par ESMEIN (P.), op. cit. , p. 18 et s.

⁹- عبد الرزاق أحمد السنهوري، *نظرية العقد ...* ، المرجع نفسه، ص. 80.

غير أن الأستاذ " CARBONNIER " يرى أن للتمييز أهمية تكمن في كون أن الغاية من العقد هو إنشاء التزامات فقط، بينما الغاية من الاتفاق تتعدى ذلك لتبلغ تحويلها، أو إنهاؤها⁽¹⁾، وبذلك وبذلك يكون كل عقد اتفاق، غير أن ليس كل اتفاق عقد.

إن الإجابة على هذا السؤال تكمن في التعريف المعتمد للتعريف بالعقد، فلو اعتمدنا التعريف القائل بأن العقد هو : « توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني »⁽²⁾. لا يكون لتمييز العقد عن الاتفاق أي أهمية. أما إذا اعتمدنا التعريف الذي يرى بأن العقد هو : « توافق مصلحتين متضاربتين »⁽³⁾، فإننا فإننا سنبين أن هناك من الاتفاقات ما لا يكون فيها تضارب بين المصالح، كما في الاتفاقات التي تهدف إلى إنشاء أشخاص معنوية ؛ أي تلك التي تهدف إلى إنشاء نظام معين ، والتي أطلق عليها الأستاذ " DUGUIT " تسمية الاتفاق الاتحادي (UNION)⁽⁴⁾.

III – التصرف القانوني الجماعي :

تم اقتراح هذا النوع من التصرفات القانونية من قبل الأستاذ " ROUJOU DE BOUBEE " وهو يعرفه بأنه : « تلاقي مجموعة من إرادات ذات مضمون واحد، تسعى إلى تحقيق الهدف نفسه »⁽⁵⁾. وعلى الرغم من أن الأستاذ " ROUJOU DE BOUBEE " يميز التصرف الجماعي عن العقد الجماعي الذي اقترحه " ROUAST " ⁽⁶⁾، في كون أن التصرف الجماعي ذو نشأة جماعية، بينما العقد الجماعي هو عقد ذو آثار جماعية، فإن جانب من الفقه يصنف العقد الجماعي في زمرة التصرفات الجماعية⁽⁷⁾ ؛ لأن أوجه الشبه بينهما تطغى على أوجه الاختلاف.

هذا هو إذن تصنيف التصرفات القانونية، غير أن السؤال الذي يتبادر إلى الأذهان في هذا المجال هو : ما هو منطوق هذا التصنيف ؟

ثانيا – منطوق التصنيف الحديث للتصرفات القانونية :

أثرت أعمال " DUGUIT " كثيرا على تحديد مفهوم التصرفات القانونية وتصنيفها، فهو يميز

¹- CARBONNIER (J.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 47.

²- وهو التعريف الذي اعتمده الفقيه السنهوري في تحليله، أنظر مرجعه نظرية العقد ... ، المرجع نفسه، ص. 81.

³- DEMOGUE (R.), *Les notions* ... , op. cit. , p. 305 ; *Traité de droit civil* ... , op. cit. , p. 35.

⁴- DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel* ... , op. cit. , p. 409.

⁵- ROUJOU DE BOUBEE (G.), *Essai sur l'acte juridique collectif* ... , thèse précitée, p. 15 : « des volontés qui ont toutes le même contenu, et qui tendent toutes vers la réalisation d'un même but . » ; ROUAST (A.), *Essai sur la notion juridique de contrat collectif* ... , thèse précitée.

⁶- ROUJOU DE BOUBEE (G.), *Essai sur l'acte juridique collectif* ... , thèse précitée, p. 18.

⁷- FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *l'acte juridique* ... , op. cit. , p. 401.

التصرفات الفردية عن التصرفات متعددة الأطراف، ويصنف هذه الأخيرة من حيث النشأة إلى عقود واتفاقات اتحادية (UNION)، أمّا من حيث المضمون فهو يصنفها إلى تصرف قاعدة (Acte Règle)، وتصرف شرط (Acte Condition)، وتصرف شخصي (Acte subjectif) ⁽¹⁾.

انتقد الأستاذ " ROUETTE " هذا التقسيم المقترح من طرف " DUGUIT "، والذي يجعل من التصرفات المتعددة الأطراف أي الجماعية جنسا، ومن العقد والاتفاق نوعين لهذا الجنس، غير أنه لا ينف أهمية التصرف الجماعي، ولكن في تقسيم ثلاثي جديد: فهو يجعل كل هذه التصرفات في مرتبة واحدة؛ أي يجعل كل من التصرف بإرادة منفردة، والعقد، والتصرف الجماعي أجناسا، ويقسم التصرف الجماعي إلى تصرفات انفرادية جماعية، وعقود جماعية ⁽²⁾. غير أنه يعاب على هذا التقسيم أنه لا يميز جيدا بين التصرف بإرادة منفردة، والتصرف الجماعي لاستعماله معيارين للقيام بهذا التصنيف.

يرى الأستاذ " EISENMANM " أنه إذا أردنا أن نقوم بتصنيف ثلاثي، فإنه يجب الاعتماد على معيار واحد؛ إذ لا يصح منطقيًا أن نقول أن الصنف الثاني والثالث يتميزان عن الأول طبقا لمعيار معين، وأنهما لا يتميزان عن بعضهما إلا عن طريق معيار مغاير؛ لأنه في هذه الحالة يكون الأصح أن نقوم بتصنيف ثنائي، وذلك على أساس المعيار الأول، ثم بتصنيف ثان على درجة أقل بين الصنف الثاني والثالث، وذلك على أساس المعيار الذي يميزهما ⁽³⁾.

يظهر بتطبيق هذه القاعدة المنطقية على التقسيم الثلاثي الحديث أن هذا التقسيم لا يتطابق مع المنطق القانوني؛ لأنه تم استعمال معيارين من أجل تحقيقه: معيار عدد الإيرادات للتمييز بين التصرف بإرادة منفردة والعقد، ومعيار آثار التصرف للتمييز بين التصرف الجماعي، وكل من العقد والتصرف بإرادة منفردة، بالإضافة إلى أن كلا المعيارين منتقدين.

ثالثا - التصنيف المقترح :

إن المعيارين اللذان تم الاستناد إليهما من أجل تحقيق التصنيف الثلاثي معيارين منتقدين، كما

¹- DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel ...*, op. cit., p. 409 et s.

²- ROUETTE (G.), *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965, p. 44 : « en revanche, la notion d'acte collectif connaît un regain d'intérêt ; mais on la voit prendre place au sein d'une nouvelle trilogie, à côté de l'acte unilatéral et du contrat, dans un esprit très différent de celui de DUGUIT, et être démembrée en deux sous-groupes, les actes unilatéraux collectifs et les conventions collectives. ».

³- EISENMANM (Ch.), « *Problèmes de méthodologie des définitions et des classifications* », A.P.D., 1966, t. XI, « la logique du droit », p. 25 et s. ; BERGEL (J.-L.), « *Différence de nature égale différence de régime* », RTD. Civ., 1984, p. 255 et s., p. 263.

أنه تم استعمال معيارين مختلفين لتجسيد هذا التصنيف، وهو أمر مخالف للمنطق.

رأينا سلفاً أن المعيار الواجب الاستناد إليه لتصنيف التصرفات القانونية هو معيار المصلحة، وهو يسمح لنا بتصنيف التصرفات إلى : تصرفات بإرادة منفردة، وعقود، وتصرفات ثلاثية . إذ قد لاحظ الأستاذ ” DEMOGUE “ عند دراسته للطبيعة القانونية للتعاقد مع النفس، أن التصرفات القانونية التي تعبر عن مصلحة واحدة، هي تصرفات انفرادية مهما كان عدد الإرادات التي عبرت عنها، أمّا تلك التي تعبر عن مصلحتين متقابلتين، فهي عقود⁽¹⁾.

وقد سار الأستاذ ” MARTIN DE LA MOUTTE “ على نفس النهج عند تعريفه للتصرف الانفرادي⁽²⁾، فماذا لو تقابلت ثلاث مصالح ؟ ألا نكون أمام تصرف قانوني ثلاثي ؟

تظهر لنا التقنيات القانونية الحديثة أن هناك حالات تتقابل فيها أكثر من مصلحتين، ومن أمثلة هذه الحالات نذكر على سبيل المثال لا الحصر : الاشتراط لمصلحة الغير، والاعتماد الإيجاري . ففي الاشتراط لمصلحة الغير نلاحظ تواجد ثلاث مصالح : مصلحة المشتري، والتي هي – في الغالب – معنوية تتمثل في الإحساس بالرضى من جراء تنفيذ المتعهد للأداء، ومصلحة المتعهد، والمتمثلة في المنفعة التي سيتحصل عليها من المشتري مقابل تنفيذه للمشاركة، وأخيراً مصلحة المنتفع المتمثلة في المنفعة التي سيتحصل عليها من المتعهد ، وكل مصلحة من هذه المصالح الثلاث تتقابل مع المصلحتين الأخرتين ، وكذلك في الاعتماد الإيجاري نلاحظ تواجد ثلاث مصالح : مصلحة البائع، المتمثلة في مقابل الشيء المبيع، ومصلحة البنك من عملية القرض التي يبرمها مع المستفيد ، وأخيراً مصلحة المستفيد المتمثلة في تمويل مشروع.

هذه الأمثلة كافية لتدعيم فكرة أنه يمكن القول بأن هناك تصرف قانوني ثلاثي، وهو كل تعبير عن الإرادة⁽³⁾، أو عدد من الإرادات تمثل ثلاث مصالح تتقابل فيها كل مصلحة مع المصلحتين الآخرين . غير أن السؤال الذي يبقى يطرح نفسه هو : ما هو مكان التصرف الجماعي من هذا التصنيف ؟

بما أن التصرف الجماعي يعتمد على معيار عدد المخاطبين بالتصرف ؛ فإن ذلك سيسمح لنا بتقسيم فرعي : فيكون لنا تصرف بإرادة منفردة انفرادي وجماعي، وعقد انفرادي وجماعي، وأخيراً

¹ - DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales ...* , op. cit. , p. 305 et s.

² - MARTIN DE LA MOUTTE (J.), *L'acte juridique unilatéral ...* , thèse précitée, p. 37 et s.

³ - لفتح مجال الافتراض بأن يوكل شخصين كل من جانب إلى شخص يبرم تصرف معين فيدخل كطرف في التصرف، فيكون له صفة الأصيل، صفة النائب عن الشخص الأول وصفة النائب عن الشخص الثاني، فيجمع الصفات الثلاث.

تصرف ثلاثي فردي وجماعي.

المبحث الثاني التصرف القانوني الثلاثي ومفهوم الطرف في التصرف القانوني

لم يحدد القانون الوضعي مفهوم الطرف بدقة، فبتصفح مواد التقنين المدني نجد أن المشرع الجزائي يستعمل مصطلح الطرف، ومصطلح المتعاقد كترادفين، وخير دليل على ذلك ما جاء في نص المادة 86 منه، التي تنص على : « يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد».

تستعمل هذه المادة مصطلح " المتعاقد " ومصطلح " طرف " كترادفين على الرغم مما يوجد بينهما من اختلاف، فالشخص الذي ينظم إلى اتفاقية جماعية يعتبر طرفا فيها، غير أنه ليس متعاقد ؛ لأنه لم يشارك في المفاوضات.

وهذا الخلط في استعمال المصطلحات لا يقتصر على المادة 86 فقط، بل على مواد كثيرة لا يسع المجال لإحصائها في هذه الدراسة.

رأينا سلفا أن عناصر التصرف القانوني هي : التعبير عن الإرادة، ونشأة الآثار القانونية، وممارسة حق . فمن هو الطرف بهذا المفهوم ؟ هل هو من يعبر عن إرادته ، أو من يتحمل الآثار القانونية ، أو من يمارس حقه ؟

يعتبر المشرع تارة الطرف من عبر عن إرادته ، وتارة من يتحمل الآثار، وتارة أخرى من يمارس حقا. فبالرجوع إلى المواد المتعلقة بالرضى نجد المادة 59 من التقنين المدني تنص على ما يلي : « يتم العقد بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين ... » ، ومن هنا نتساءل عن الشخص الذي نمنح له صفة الطرف عند دراسة التراضي ؟

تعطينا حالة التعاقد عن طريق النيابة خير مثال عن الحالة التي يكون فيها القائم بالتصرف هو غير الشخص صاحب الحق المستعمل ، والذي ستسند إليه آثار التصرف ، فالتعبير عن الإرادة يصدر من النائب ، غير أن الأصيل هو صاحب الحق الممارس . بالإضافة إلى أن الآثار ستسند إليه .
تجيبنا المادة 73 بنصها على الآتي : « إذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الرضى ... » .

يستنتج من هذه المادة أن المقصود بالطرف عند دراسة التراضي هو القائم بالتصرف ، أي الشخص الذي عبر عن إرادته ، وليس الشخص الذي يتحمل الآثار أو صاحب الحق الممارس .
أما بالرجوع إلى المواد المتعلقة بآثار العقد فنجد المادة 108 تنص على أنه : « ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ... » .

يفهم من هذه المادة أن آثار العقد سواء أكانت حقوقاً أو التزامات تنصرف - من حيث المبدأ - إلى الخلف العام ، وبالتالي يعتبرون أطرافاً بديلين أن العقد لا يمكنه أن يرتب التزامات في ذمة الغير⁽¹⁾ .

تذبذب موقف الفقه مع تذبذب موقف التشريع من تعريف الطرف ، فظهرت محاولات عديدة تحاول إعادة ضبط مفهومي الطرف والغير (مطلب ثاني) ، متخلية عن مفهومها في النظرية الكلاسيكية (مطلب أول) .

المطلب الأول

التمييز بين مفهوم الطرف ومفهوم الغير في النظرية الكلاسيكية

كانت النظرية الكلاسيكية تنظر إلى العقد على أنه تلاقي إرادتين ، مما جعلها تعتمد الإرادة كأساس لتمييز الطرف من الغير (فرع أول) ، غير أن اعتماد هذا المعيار أنشأ مراكز قانونية هجينة ، فهي تقترب تارة من مركز الطرف ، وتارة أخرى من مركز الغير (فرع ثاني) ، هذا ما يحثنا على تقدير هذا

¹ - تنص المادة 113 من التقنين المدني الجزائري المعدل و المتمم على ما يلي : « لا يرتب العقد التزامات في ذمة الغير ، و لكن يجوز أن يكسبه حقا . » .

المعيار (فرع ثالث).

الفرع الأوّل أساس التمييز : الإرادة بالمفهوم الضيق

لا تثبت صفة الطرف – في النظرية الكلاسيكية – إلا للأشخاص الذين عبروا عن إرادتهم في إنشاء التصرف⁽¹⁾.

يعتبر هذا المفهوم نتيجة مباشرة لمبدأ نسبية التعاقد، هذا ما يجعل البحث في أساس تمييز مفهوم الطرف عن الغير ينحصر في البحث عن أساس مبدأ نسبية التعاقد.

يجد القانون الخاص اللاتينوجرمانى مصدره التاريخي في القانون الروماني ، الذي كان يقضي بأن: « العقود المبرمة من طرف أشخاص معينين لا يمكنها أن تنفع أو تضر غيرهم »⁽²⁾، وهي قاعدة يرى فيها المفسرون الأصل التاريخي لمبدأ نسبية التعاقد على الرغم من أنها تتأسس على الشكلية (I)، أما فلسفة العقد الحالية، فقد تأثرت بأعمال ” KANT “ وأفكار مذهب الليبرالية الاقتصادية ، مما جعل فقهاء القانون المدني يؤسسون مبدأ نسبية التعاقد على الإرادة (II).

أولاً- أساس مبدأ نسبية التعاقد في القانون الروماني :

يجد مبدأ نسبية التعاقد أساسه في ظل القانون الروماني في مبدأ الشكلية⁽³⁾؛ لأن هذا الأخير كان يجهل مبدأ الرضائية، فاتفق إرادتين لا يكفي لإنشاء العقد إلا إذا استجاب إلى شكل قائم، قد يتمثل في عبارات معينة بالنسبة للعقود الشفوية، أو في كتابات معينة في العقود المكتوبة، وفي التسليم في العقود العينية⁽⁴⁾. وعليه فإن العقود لا تلزم إلا الأشخاص الذين شاركوا في هذه الشكلية .

يرى الأستاذ ” FLOUR “ أن أساس مبدأ نسبية التعاقد في القانون الروماني لا يكمن في جمود آلية العقد (الشكلية) فقط، وإنما يكمن كذلك في عدم كمال تقنية نظرية الالتزامات ككل⁽⁵⁾؛ إذ يستنتج من طبيعة الالتزام الذي كان يتصف بطابع الشخصية إلى حد منع كل حوالة للدين، أو

¹- En ce sens V., GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil, les effets ...* , op. cit. , p. 382.

²- Res inter alios acta aliis ne que nocere ne que prodesse potest.

³- BACACHE – GEBEILLI (M.), *La relativité des conventions ...* , thèse précitée, p. 229.

⁴- ROUETTE (G.), *Contribution à l'étude ...* , thèse précitée, p. 190.

⁵- FLOUR (Y.), *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international*, thèse Paris II, 1977, p. 14.

للحق⁽¹⁾، فشخصية كل من الدائن والمدين عنصر هام في الالتزام، خصوصا وأن السلطة التي يخولها الدين للدائن قد تصل إلى شخص المدين، فيجوز له حبسه أو استبعاده.

أول بوادر تلاشي مبدأ شخصية العقود هو مفهوم العائلة في المجتمع الروماني؛ إذ كان يعتبر أفراد العائلة الكبيرة بما فيها العبيد شخصا قانونيا واحد، فكل فرد يمثل الآخر قانونا⁽²⁾، كما أن ذمتهم المالية واحدة، فيمكن استثناء الدين من زوجة المدين، أو أخيه، أو أي فرد آخر من أفراد العائلة. ثم يليه تلاشي مبدأ الشكلية، ليؤدي إلى اتساع دائرة آثار العقد إذا كان ذلك مراد الأطراف وكان ضروريا لتحقيق الغاية القانونية المرجوة، فبداية من القرن الثالث عشر تحرر العرف القانوني في أوروبا من الأشكال الموروثة عن القانون الروماني، فأجاز النيابة في التعاقد، وحوالة الدين، تحت شرط إعلام المدين بأن الدين سيسدد من قبل المدين الجديد.

وتأكد هذا التخلي عن الجمود الذي عرفه القانون الروماني فيما يتعلق بالعقود مع ظهور القانون الكنسي، أين تم الاعتراف بمبدأ الرضائية، غير أن هذا الاعتراف لم يكن على أساس حرية الإرادة، وإنما على أساس منطلق ديني، يتمثل في وجوب احترام العقود طبقا لقاعدة «أن الثيران تربط من قرونها، والرجال من ألسنتهم»⁽³⁾، هذا ما يجعل أساس مبدأ نسبية التعاقد في القانون الكنسي هو العهد، وليس الإرادة.

غيرت الأفكار الفلسفية التي سادت القرن الثامن عشر أساس مبدأ نسبية التعاقد، فقد كانت تعتبر أن الشخص حرّ، وأنه لا يمكن أن يصبح ملتزما إلا إذا أراد ذلك. بل أكثر من ذلك، لا يتصور أنصار هذه الفلسفة العلاقات الاجتماعية خارج فكرة أنها وليدة تراضي الأشخاص.

ثانيا- تأثير فلسفة "KANT" و"ADAM SMITH" في إعادة تأسيس مبدأ نسبية التعاقد:

I- فلسفة "KANT": اعتبر "KANT" أن الإرادة هي مبدأ كل قانون أخلاقي، وأنه يمكن اكتشاف القانون بالعقل المجرد، فاستنتج من الإرادة مجموعة من القواعد تشكل نظاما عقلانيا ينظم سلوك الأفراد داخل المجتمع، أطلق عليها تسمية «القانون الطبيعي»، وهو يرى أن القانون هو «مجرد وسيلة لتحقيق التعايش بين

¹- GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil, les effets ...*, op. cit., p. 370.

²- CHAMPEAU (E.), *La stipulation pour autrui ...*, thèse précitée, p. 75.

³- RANOUIL (V.), *L'autonomie de la volonté ...*, thèse précitée, p. 88.

إرادات الأفراد» ، وبذلك تكون إرادة الشخص هي مصدر كل الالتزامات القانونية⁽¹⁾.

تأثر الفقهاء الفرنسيون بهذه الأفكار بعد أن تم ترجمتها إلى اللغة الفرنسية سنة 1848 من قبل السيد ” BARNI ”⁽²⁾ ، بل اعتبروا أن ” KANT ” هو رائد مذهب الفردية القانونية ؛ لأنه يجعل من الإرادة المصدر الوحيد للقانون : « لا يمكن للشخص أن يخضع لقانون غير ذلك الذي أوجده لنفسه ، سواء بمفرده أو باتفاق مع غيره »⁽³⁾. كما أنه يجعل من الإرادة الضمان الوحيد لحقوق الفرد ؛ لأن الشخص إن لم يقرر بنفسه فإنه قد يتعرض للظلم ، أمّا إذا قرر بنفسه فإن ذلك سيكون مستبعداً⁽⁴⁾.

وانطلاقاً من هذه الأفكار أرسى الفقه عدّة مبادئ تتمثل في :

أ – مبدأ الرضائية :

يقضي هذا المبدأ بأن الإرادة لوحدها كافية لإعطاء العقد قوته الإلزامية ، فنجاعته لا تكون مقيدة باحترام شكل معين⁽⁵⁾.

ب – مبدأ حرية التعاقد :

و هو يشمل مسألتين : الأولى مفادها أن الشخص حرّ في أن يتعاقد أو لا يتعاقد ، بينما الثانية تتعلق بمضمون العقد ، فللأطراف المتعاقدة كامل الحرية في تحديد بنود العقد⁽⁶⁾.

ينتج عن هذا المبدأ ، أن يلتزم القاضي – عند فحصه لصحة التعاقد – بنية الأطراف ، وأن لا يدخل أي عنصر أجنبي عنها في فحصه لهذه الصحة ، هذا ما جعل أنصار المبدأ يرون أن الاستغلال لا يشكل سبباً لإبطال العقد ؛ لأنه يقوم على فكرة انعدام العدالة في الحقوق والالتزامات بين الأطراف ، والناج عن عدم التكافؤ بينهما ، وهم لا يتصوّرون إمكانية كون ما أراده الأطراف مجانباً للعدالة⁽⁷⁾.

¹ - BACACHE – GEBEILLI (M.), *La relativité des conventions ...* , thèse précitée, p. 232.

² - KANT (E.), *Les fondements de la métaphysique des mœurs*, publié en 1785, et *La critique de la raison pratique*, parue en 1788, tous deux traduits par BARNI en 1848 ; RANOUIL (V.), *L'autonomie de la volonté ...* , thèse précitée, p. 55.

³ - KANT (E.), *Doctrine du droit*, trad. par BARNI, 1853, p. 33, cité par GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté ...* , thèse précitée, p. 54.

⁴ - Ibid , p. 78.

⁵ - BACACHE – GEBEILLI (M.), *La relativité des conventions ...* , thèse précitée, p. 233.

⁶ - FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *l'acte juridique ...* , op. cit. , p. 62.

⁷ - GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté ...* , thèse précitée, p. 76 : « tout contrat libre est un contrat juste, quel que soit, par ailleurs, le contenu. » ; HAUSER (J.), *Objectivisme ...* , thèse précitée, p. 122.

ج - احترام المشرع والقاضي للقوة الملزمة للعقد :

ما صنعتها الإرادة، لا يمكن نقضه أو تعديله إلا من قبل هذه الإرادة .

د - مبدأ نسبية التعاقد :

بما أن الإرادة هي أساس القوة الملزمة للعقد، فإن هذا الأخير لا يكون ملزماً إلا لمن عبّر عن إرادته .

وجدت هذه المبادئ المستمدة من العقل الخالص تدعماً لها في رواج مبادئ الليبرالية الاقتصادية.

II- أفكار " JEAN – BAPTISTE " و " ADAM SMITH " :

لاقت أفكار " JEAN-BAPTISTE " و " ADAM SMITH " رواجاً كبيراً في المنتصف الثاني من القرن الثامن عشر، وهي أفكار متسايرة مع الأفكار السائدة في ذلك العصر (عصر الأنوار)، وهي تتأسس على مفاهيم اقتصادية، مفادها أنه يتوجب على الدولة السماح للأشخاص بتنظيم تبادل الثروة والخدمات كما يشاؤون، تماشياً مع مبدأ « دعه يعمل، دعه يمر »، وبلغت القانون : تركهم يتعاقدون كما يشاؤون ؛ لأن ذلك من شأنه تحقيق الحرية، والتوازن الاقتصادي، والازدهار الاجتماعي⁽¹⁾ .

إن الهدف من التصرفات التي يبرمها الأشخاص في المجتمع هو تحقيق رغباتهم، فهم لن يبرموا عقوداً إلا إذا قدرُوا أنها تحقق مصالحهم، فيكفي تدخل الدولة من أجل ضمان الحرية والمساواة بين الأشخاص لجعل العقود محققة للعدالة ؛ لأن العقد باعتباره توافق إرادتين حرّتين متساويتين كفيلاً بتحقيق مصالح مبرميه . وعليه فإن مبدأ حرية التعاقد لا يعتبر نتاج فلسفة الحرية فقط ، وإنما لبنة من لبنات تحقيق الليبرالية الاقتصادية .

كما أن مبدأ « دعه يعمل، دعه يمر » يحقق التوازن الاقتصادي ، والازدهار الاجتماعي بطريقة غير مباشرة ؛ لأن نية الشخص لا تسعى - من حيث المبدأ - إلى خدمة الصالح العام ، فهو لا يفكر إلا فيما يحققه من ربح خاص ، شأنه في ذلك شأن باقي أفراد المجتمع ، غير أن يدا خفية تقوده إلى تحقيق هدف لم يكن في نيته تحقيقه : فهو يبحثه على تحقيق مصالحه الشخصية يعمل بطريقة أكثر فعالية

¹ - FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *l'acte juridique* ... , op. cit. , p. 67.

لتحقيق مصلحة المجتمع⁽¹⁾.

أثر المذهب الليبرالي بهذه الأفكار على مفسري القانون المدني، مما جعلهم يربطون مبدأ حرية التعاقد بمبدأ سلطان الإرادة، ومما جعل مفهوم « الطرف » و مفهوم « الغير » مفهومين جامدان لا يقبلان أي مرونة في تعريفهما، فوحدهم الأشخاص الذين أبرموا العقد من تحقق لهم صفة الطرف ؛ لأن الإرادة وحدها هي أساس القوة الملزمة للرابطة العقدية، وكل من لم يعبر عن إرادته فهو من قبيل الغير. أدى هذا الجمود في تعريف مفهوم الطرف إلى جعل مفهوم الغير مفهوما غامضا ؛ إذ أن هناك فئة من الأشخاص ممن لا يعبرون عن رغبتهم في إنشاء العقد، غير أنه تثبت لهم بعض مزايا الأطراف .

الفرع الثاني

نتائج اعتماد معيار الإرادة بالمفهوم الضيق كأساس للتمييز بين الطرف والغير في التصرف القانوني.

يكون الطرف – باعتماد معيار الإرادة بالمفهوم الضيق – هو ذلك الشخص الذي أبرم التصرف القانوني ، والغير هو كل من لم يبرم التصرف.

يجعل هذا التمييز مفهوم الغير في تصرف قانوني مفهوما غير واضح ، بسبب وجود فئة من الأشخاص تكون مراكزهم القانونية متقاربة من مراكز الأطراف⁽²⁾ . يدخل ضمن هذه الفئة الخلف سواء كانوا خلفا عاما أو خلفا خاصا (أولا)، والدائنون سواء كانوا دائنون عاديون أو دائنون لهم حق خاص على عناصر الذمة المالية لمدينهم الطرف (ثانيا) .

أولا – الخلف بين مركز الطرف والغير : بدراسة أحكام المادتين 108 و 109 من التقنين المدني الجزائي نلاحظ أن مركز الخلف يتأرجح ما بين مركز يقارب مركز الطرف تارة، ويقارب مركز الغير تارة أخرى، سواء كان ذلك بالنسبة للخلف العام (I) ، أو الخلف الخاص (II) .

I – الخلف العام :

¹- ADAM SMITH, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, cité par, BACACHE – GEBELLI (M.), *La relativité des conventions ...* , thèse précitée, p. 234.

²- GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil, les effets ...* , op. cit. , p. 383.

الخلف العام هو من يخلف السلف في ذمته المالية كلها، وهذا هو الوارث، أو من يخلفه في جزء غير معين منها، وهذا هو الموصى له، أمّا إذا كان الجزء الموصى به معيناً، فإن الموصى له سيكون من قبيل الخلف الخاص⁽¹⁾. غير أنه باعتبار أن الذمة المالية تكون دائماً لصيقة بشخص صاحبها، فإن هذا الاستخلاف لا يكون إلا بوفاة السلف أي المورث.

تتكون الذمة المالية للشخص من مجموع الأصول والخصوم. تشمل الأصول كل أموال الشخص سواء كانت مادية (منقولات، وعقارات، وحقوق) أو كانت معنوية كحقوق التأليف، بينما تشمل الخصوم كل الديون التي تقع على الشخص⁽²⁾، ولا يكون للشخص بهذا المفهوم سوى ذمة مالية واحدة، كما لا يمكنه نقلها بجملتها إلى شخص آخر خلال الفترة التي يكون فيها حياً⁽³⁾.

يقترّب - من حيث الأصل - المركز القانوني للخلف العام كثيراً من مركز الطرف، باعتبار أنه يخلف السلف في ذمته المالية، أو في حصة غير معينة منها، في كل ما تشمله هذه الذمة من حقوق والتزامات، فإذا أبرم شخص عقداً ثم توفي، فإن آثار هذا العقد ستصرف إلى ورثته، وإلى من أوصى لهم بحصة من تركته⁽⁴⁾، على أساس اعتبار شخص الوارث استمراراً لشخص المورث. غير أن هذه القاعدة لا تطبق إلا في القانون الفرنسي، أمّا في القانون الجزائري فتطبق قاعدة « لا تركة إلا بعد سداد الديون ». وعليه فإن الحقوق وحدها تنتقل، بينما الالتزامات فتتقضى من التركة ولا تنتقل إلى الخلف العام.

تجيز قاعدة انصراف أثر العقد إلى الخلف العام للمتعاقد مع السلف الاحتجاج على الخلف بالتصرف المبرم مع السلف في حالة الصورية، وبالتاريخ الذي يحمّله العقد ولو لم يكن ثابتاً⁽⁵⁾.

ولقاعدة انصراف أثر العقد إلى الخلف العام استثناءات، فلا تنصرف آثار العقد إلى الخلف العام في الحالات التالية :

1 - إذا كانت طبيعة التعامل تقضي بعدم انتقال الحق الناشئ عنه إلى الورثة :

ويكون ذلك في حالة كون شخص المتعاقد محل الاعتبار في العقد⁽¹⁾، كما هو الحال في الريع المرتب لمدى الحياة، فطبيعة الحق هنا تقضي انتهاءه بموت المستفيد من الريع، والعقود التي يكون محلها

¹ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري ...، مرجع سابق، ص. 339؛ علي علي سليمان، نظرية الالتزام ...، مرجع سابق، ص. 86.

² FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *l'acte juridique* ... , op. cit. , p. 17.

³ TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *Les obligations* ... , op. cit. , p. 03.

⁴ art. 873 du code civil français.

⁵ أنور سلطان، الموجز في نظرية الالتزام ...، مرجع سابق، ص. 203.

خدمة تتعلق بمهارة شخصية، كال عقود التي تبرم مع المحامين، والمهندسين، والأطباء، فإن طبيعة هذا التعامل تقضي بعدم انتقال أثر العقد إلى الورثة ولو كانوا محامين، أو مهندسين، أو أطباء ؛ لأن المهارة ليست نفسها لدى الوارث والمورث .

2 - إذا نص القانون صراحة على انقضاء العقد بوفاة المتعاقد :

كما هو الحال بالنسبة لحق الانتفاع الذي ينقضي بوفاة المنتفع ، ولا ينتقل إلى ورثته⁽²⁾ ، وبالنسبة إلى الوكالة التي تنقضي بموت الموكل أو بموت الوكيل بقوة القانون⁽³⁾ .

3 - إذا اتفق الأطراف على عدم انصراف آثار العقد إلى الورثة :

كما لو اتفق المتعاقدان في عقد البيع على منح المشتري أجلا في استرداد الثمن دون انتقال هذا الحق إلى الورثة⁽⁴⁾ .

نرى أن هذا الاستثناء بحاجة إلى تقييده بشرط عدم تجاوز قيمة الحق المتفق على عدم انصرافه إلى الورثة لقيمة ثلث تركة المورث، فلو اتفق البائع والمشتري على أن يكون الدفع بالتقسيط، وأن الحق في الأقساط لا ينتقل إلى الورثة، فإنه جائز بشرط عدم تجاوز قيمة الأقساط المتبقية قيمة ثلث تركة المورث ؛ لأنه إذا تجاوزت قيمة ثلث التركة، كان الاتفاق مخالفا للنظام العام المتعلق بقواعد الميراث⁽⁵⁾ ، فالاتفاق سيأخذ حكم الوصية بعد وفاة المتعاقد، والوصية لا يجوز أن تفوق قيمة ثلث التركة.

وعليه يكون للخلف العام - من حيث الأصل- مركزا قانونيا يقترب كثيرا من مركز الطرف، بينما في الحالات الاستثنائية يكون للخلف العام مركزا يقترب من مركز الغير، باعتبار أنه لا ينتقل إليهم أي أثر من آثار العقد الذي يبرمه مورثهم، غير أن مفهوم الغير هنا ليس بمفهوم الغير المطلق الذي لا تكون له مصلحة في تصرف المتعاقدين .

ففي الهبة التي يبرمها المورث في مرض الموت لا يمكن أن نقول أن الوارث طرف وملزم بتنفيذها، ولا يمكن أن نقول أيضا أنه من الغير، ولا علاقة له بها ؛ لأن مركزه القانوني يتأرجح بين

¹ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري ... ، مرجع سابق، ص. 203 .

² -المادة 852 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

³ -المادة 586 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁴ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري ... ، مرجع سابق، ص. 341.

⁵ -المادة 108 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

مركز الطرف والغير بحسب قيمة الهبة : فإذا لم تتجاوز الثلث أُعتبر مركزه قريبا من مركز الطرف والتزام بتنفيذ عقد الهبة، أما إذا تجاوز الثلث فإن مركزه سيكون قريبا من مركز الغير فيما تجاوز الثلث، فلا يجوز للموهوب له الاحتجاج بالهبة في مواجته، أما فيما لا يتجاوز الثلث فإنه يعتبر طرفا ملزما بالهبة، وهذا لأن الهبة في مرض الموت تأخذ حكم الوصية⁽¹⁾.

II – الخلف الخاص :

لا يخلف الخلف الخاص السلف في كل ذمته المالية، وإنما في جزء « معين » منها فقط، وهو يختلف في ذلك عن الخلف العام الذي يخلف السلف في جزء « غير معين »، فالموصى له يكون خلفا عاما إذا كان نصيبه غير معين كالثلث، أو السبع من مال الموصي، بينما يكون خلفا خاصا إذا كان نصيبه معينا، كما لو أوصي له بسيارة، أو بمنزل ... إلخ، ويعتبر كل من المنتفع والمحال إليه من قبيل الخلف الخاص كذلك⁽²⁾.

فالخلف الخاص – من حيث الأصل – لا تنصرف إليه آثار العقد الذي يعقده السلف، فمشتري العقار مثلا، هو خلف خاص للبائع، غير أنه لا شأن له بالعقود التي يبرمها البائع، والتي لا تمس هذا العقار، غير أنه إذا أنشأ التصرف الذي يبرمه البائع حقوقا تتصل بالشيء المبيع قبل أن ينتقل هذا الشيء إلى الخلف الخاص، فإن هذه الحقوق والالتزامات تنتقل إلى هذا الخلف متى كانت من مستلزمات الشيء، وكان هذا الأخير يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه⁽³⁾. وعليه فإن مركز الخلف الخاص يقترب من مركز الطرف إذا تحققت ثلاث شروط:

1 – أن يكون تاريخ نشأة الحقوق والالتزامات على الشيء سابقا لتاريخ انتقاله إلى الخلف الخاص : لأن نشأة هذه الحقوق والالتزامات على الشيء بعد انتقاله إلى الخلف الخاص يعد بمثابة تصرف في ملك الغير، وهو باطل لعدم وجود محل للتصرف المنشئ لها، وذلك لكون أن الشيء لم يعد في ذمة المتصرف، وإنما انتقل إلى ذمة الخلف الخاص.

2 – أن تكون هذه الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء : تعتبر الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء إذا كانت مكملة له، وذلك بأن يكون الشيء هو محل الاعتبار

¹ -المادة 776 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

² -علي علي سليمان، نظرية الالتزام ...، مرجع سابق، ص. 87؛

GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil, les effets ...*, op. cit., p. 387.

³ -المادة 109 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

عند تقرير الحق، لا شخص مالكة، كحقوق الارتفاق المقررة للعقار على العقارات المجاورة، والدعاوى التي ترمي إلى ضمان التعرض والاستحقاق، وضمان العيوب الخفية، وكذا التصرفات التي ترمي إلى تأمين العقار، كعقود التأمين ضد الحريق، والكوارث الطبيعية⁽¹⁾.

3 - أن يكون الخلف الخاص عالما بالحق أو الالتزام وقت انتقال الشيء إليه : لأن من الأحكام العامة للعقود أن يعلم المتعاقد بكل مشتملات العقد، فلا يكون العقد صحيحا إلا إذا علم المشتري بالمبيع⁽²⁾.

ثانيا - مركز الدائنين :

نميز بين الدائنين الممتازين (I) ، والدائنين العاديين (II) .

I - الدائنون الممتازون :

وهم الدائنون الذين يملكون ضمانا خاصا كالرهن أو الكفالة العينية، ويرى بعض المفسرون المعاصرون⁽³⁾ أنه يجب ضم هذه الفئة إلى فئة الخلف الخاص⁽⁴⁾، فيما يتعلق بأموال مدينهم المشمولة بهذا الضمان الخاص ؛ لأن القانون يقر لهم حق الأسبقية والتتبع على الشيء محل الضمان ولو تصرف فيه السلف بالببيع⁽⁵⁾، فيحق لهم حجز وبيع العقار المرهون بما يشمل هذا الحق من مستلزمات، وهم بهذا يقتربون من مركز الخلف الخاص عامة، ومركز الطرف خاصة.

II - الدائنون العاديون :

وهم الدائنون الذين لا يملكون سوى الضمان العام⁽⁶⁾ لضمان الوفاء بديونهم، والممثل في قاعدة « كل أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه » . هذا ما جعل الفقه الكلاسيكي يشبههم بالخلف العام،

¹ - علي علي سليمان، نظرية الالتزام ... ، مرجع سابق، ص. 88 : محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري ... ، مرجع سابق، ص. 345.

² - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري ... ، مرجع سابق، ص. 346.

³ - GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil, les effets ...* , op. cit. , p. 387 ; FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *l'acte juridique ...* , op. cit. , p. 336.

⁴ - يستبعد الأستاذ "علي علي سليمان" إلحاق الدائنين الممتازين بالخلف الخاص والدائنين العاديين بالخلف العام، بحجة أن العقود التي يبرمها المدين لا تؤثر على الدائنين، أنظر : علي علي سليمان، نظرية الالتزام ... ، مرجع سابق، ص. 88. وهي حجة قابلة للنقاش، فتصرفات المدين تؤثر على الدائن سواء أكان دائنا ممتازا أو دائنا عاديا بدليل أن المشرع أوجد له عدة وسائل لحماية حقه، وهي دعوى التتبع، والدعوى غير المباشرة، والدعوى الصورية، والدعوى البوليصية.

⁵ - GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil, les effets ...* , op. cit. , p. 387.

⁶ - تنص المادة 188 من التقنين المدني الجزائري المعدل و المتمم على ما يلي: « أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه، و في حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان. ».

فالخلف العام لا يرث سوى ما يوجد في الذمة المالية للسلف يوم وفاته، والدائون العاديون لا يمكنهم استثناء ديونهم إلاّ مما تبقى من الذمة المالية لمدينهم يوم حلول أجل الوفاء⁽¹⁾.

غير أن الفقه الحديث - في فرنسا - يرى أن هذا التقريب في المركز القانوني بين الخلف العام والدائنين العاديين مبالغ فيه ؛ لأن الخلف العام يتحمل كل ما يطرأ على الذمة المالية للسلف سواء الحقوق أو الالتزامات، بينما الدائون العاديون فلا يتحملون التزامات مدينهم⁽²⁾.

حتى وإن صح هذا، فإنه لا يصح إلاّ في القانون الفرنسي، فالخلف العام في القانون الجزائري لا يتحمل التزامات السلف، وإنما يستأثر بالحقوق فقط طبقاً لقاعدة « لا تركة إلاّ بعد سداد الديون ». وعليه فإن مركز الدائن العادي يقترب من مركز الخلف العام من هذه الناحية.

وتجدر الإشارة إلى أن للمتعاقل مع المدين أن يحتج في مواجهة الدائنين العاديين بكل التصرفات التي أبرمها مع مدينهم، ما لم تكن هذه التصرفات صورية أو تهدف إلى الإضرار بهم، كذلك التصرفات التي ترمي إلى انتقاص الضمان العام للمدين، وللدائنين العاديين - من أجل حماية حقوقهم - الدعوى غير المباشرة، والدعوى البوليصة، والدعوى الصورية.

يظهر مما سلف، أنه لا يمكن اعتبار الخلف والدائنين من قبيل الغير المطلق (Penitus extranei)، على الرغم من أنهم غير متعاقدين، كما أنه لا يمكن اعتبارهم أطرافاً لأنهم ليسوا متعاقدين، كما أنه لا يمكنهم تعديل العقد ولا نقضه⁽³⁾، وهو ما يميز الطرف عن الغير .

هذا ما يبين أن اعتماد معيار الإرادة بالمفهوم الضيق للتمييز بين مفهوم الطرف والغير لا يسمح بفصل مطلق بين المفهومين، مما حمل بعض المفسرين إلى إعادة النظر في مفهوم الطرف⁽⁴⁾، غير أنهم تلقوا انتقادات لاذعة من المتسكين بهذا المعيار⁽⁵⁾.

¹- FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *l'acte juridique* ... , op. cit. , p. 336.

²- GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil, les effets* ... , op. cit. , p. 388.

³- المادة 106 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁴- GHESTIN (J.), « introduction (Rapport français) » in : FONTAINE (M.) et GHESTIN (J.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers (comparaisons franco - belges)*, L.G.D.J., 1992, p. 4 et s. ; GUEFUCCI - THIBIERGE (C.), « De l'élargissement de la notion de partie au contrat ... à l'extension de la portée du principe de l'effet relatif », *RTD. Civ.*, 1994, p. 274 et s. ; DELMAS SAINT - HILAIRE (Ph.), *Le tiers à l'acte juridique*, L.G.D.J., 2000.

⁵- AUBERT (J.-L.), « A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *RTD. Civ.*, 1993, p. 26 et s.

الفرع الثالث تقدير معيار الإرادة بالمفهوم الضيق

يعتبر الأستاذ " AUBERT " من أشهر المفسرين المعاصرين المتمسكين بمعيار الإرادة بالمفهوم الضيق للتمييز بين مفهومي الطرف والغير ؛ إذ نادى في مقال نشره في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة 1993 بضرورة استبقاء هذا المعيار (أولا) ، غير أن هناك عدة أسباب تدفع إلى إعادة النظر فيه (ثانيا) .

أولا - حجج استبقاء معيار الإرادة بالمفهوم الضيق :

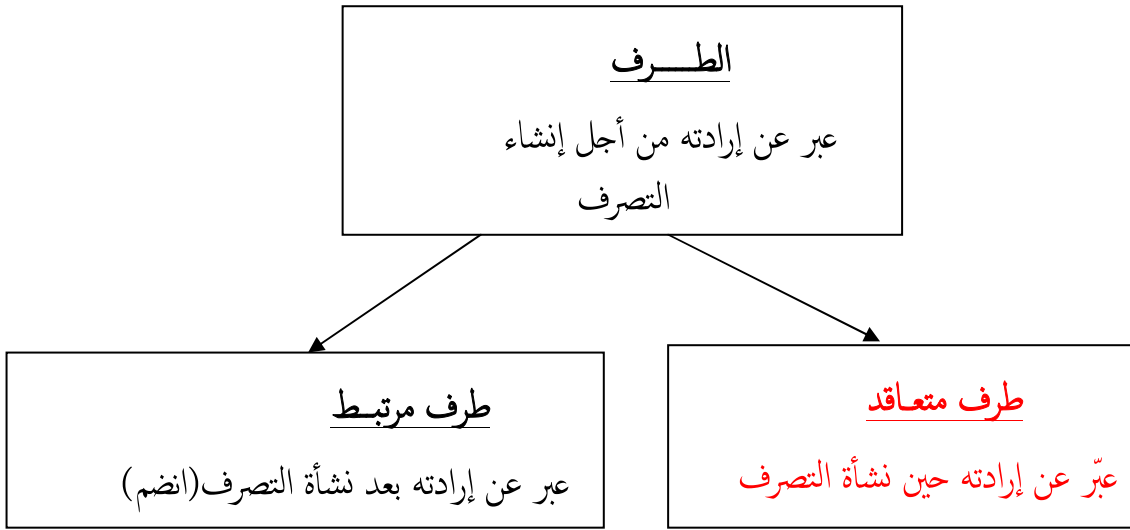
نشر الأستاذ " AUBERT " سنة 1993 مقالا ينتقد فيه محاولة الأستاذ " GHESTIN " في موضوع إعادة التمييز بين مفهومي الطرف والغير، أين اعتبر أن النتائج التي توصل إليها الأستاذ " GHESTIN " غير مقنعة، بل تظهر - نتيجة بعض الاعتبارات - خطيرة⁽¹⁾ .

تتلخص اقتراحات الأستاذ " GHESTIN " في الآتي :

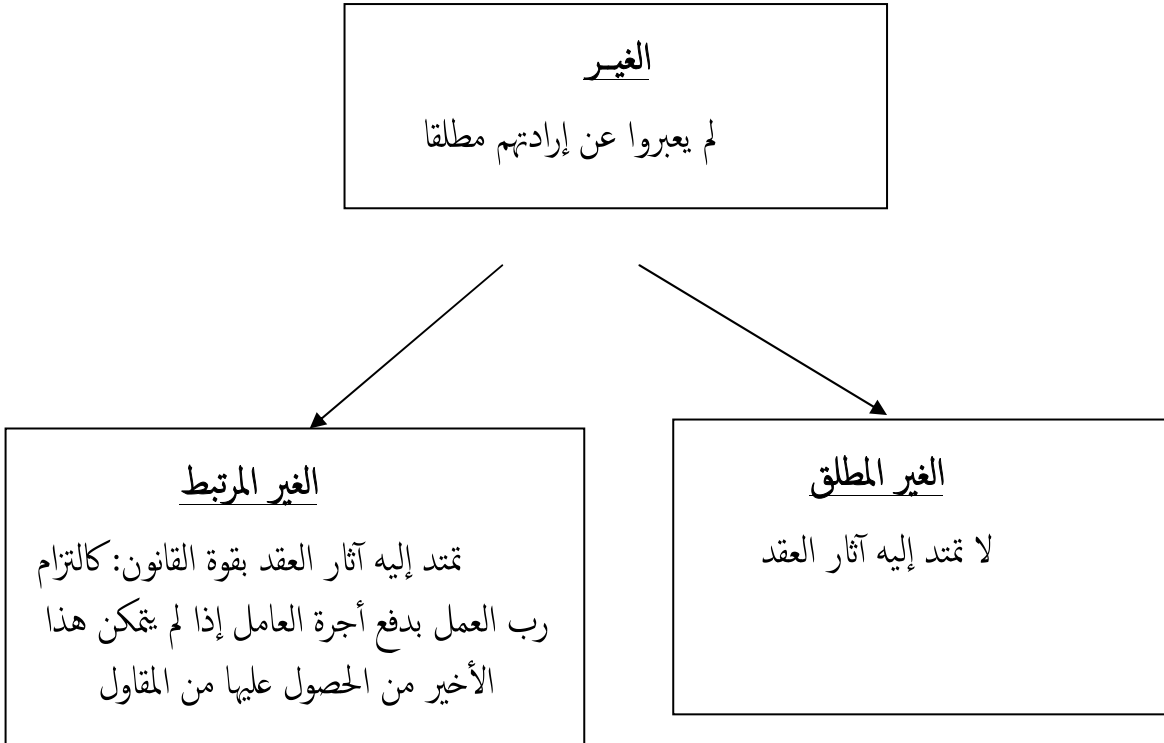
يرى أنه يحق لكل شخص المتمتع بصفة الطرف في تصرف قانوني إذا توافر فيه شرطان : أن يتحمل أثرا من آثار هذا التصرف، وأن يكون قد عبّر عن إرادته من أجل إنشاء هذا الأثر القانوني، وهو يقسم الأطراف إلى فئتين : الأطراف المتعاقدة، وهم من عبّروا عن إرادتهم حين نشأة العقد، والأطراف المرتبطة، وهم من عبّروا عن إرادتهم بعد نشأة العقد⁽²⁾ .

¹ - AUBERT (J.-L.), « A propos ... » ... , art. précité, p. 263 : « les conclusions de l'auteur ... ne m'ont pas convaincu : elles me paraissent même à certains égards dangereuses. ».

² - GHESTIN (J.), « Introduction ... » ... , art. précité, p. 27.



بينما الغير هو كل من لم يعبر عن إرادته مطلقا . غير أنه يميز بين الغير المرتبط بآثار العقد بموجب القانون، كالحالات التي يعطي فيها القانون الحق في استعمال الدعوى المباشرة⁽¹⁾ ، والغير المطلق الذي يكون ملزما فقط باحترام العقد⁽²⁾ .



¹ -تنص المادة 565 من التقنين المدني الجزائري المعدل و المتمم أنه: « يكون للمقاولين الفرعيين و العمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول وقت رفع دعوى ... ». نحن من سطر.

² - GHESTIN (J.), «Introduction » ... , art. précité, p.35.

عارض الأستاذ " AUBERT " الأستاذ " GHESTIN " في توسيعه لمعيار الإرادة بإضافة معيار تحمل آثار التصرف للتمييز بين الطرف والغير، وقد توزعت حجج معارضته بين حجج منهجية، وأخرى موضوعية تتعلق بالمضمون.

فمن الأسباب المنهجية : لا يقضي هذا التمييز الجديد على التداخل الموجود بين المركز القانوني للطرف والمركز القانوني للغير، المعروف في التمييز الكلاسيكي ؛ فبالرجوع إلى التمييز المقترح من طرف الأستاذ " GHESTIN " نجد أنه يعطي صفة الطرف للوارث ، بينما يعطي صفة الغير للمحال له في حوالة العقد⁽¹⁾ ، على الرغم من أن كلاهما يستخلف المتعاقد الأصلي في الحقوق والالتزامات الناتجة عن العقد⁽²⁾ .

كما أنه لا أهمية لهذا التمييز المقترح ؛ إذ لا ينهي الغموض الذي يطرحه التمييز الكلاسيكي الذي يعتمد على مقارنة مبدأ نسبية التعاقد بمبدأ حجية العقد (L'opposabilité)، فتمت مقابلة الأشخاص الملزمين بالعقد بالأشخاص الذين لا يلتزمون به ، والذين لا يخضعون إلا لمبدأ حجية العقد⁽³⁾ . فكل من المتعاقدين ، والخلف ، والدائنين ، وفئة من الغير ملزمون بالعقد، وتبقى فئة من الغير - فقط - لا تلتزم بالعقد، وإنما تخضع لمبدأ حجيته، مما أوجد فئة تتوسط مركز الطرف بمعنى المتعاقد، ومركز الغير بمعنى الغير المطلق (penitus extranei) ، وهي فئة الخلف والدائنين الممتازين⁽⁴⁾ ، أما الاقتراح الذي جاء به الأستاذ " GHESTIN " فهو يقسم الطرف إلى طرف متعاقد وطرف مرتبط، ويقسم الغير إلى غير مرتبط وغير مطلق، مما يجعل الغموض المتعلق بالفئة التي يتأرجح مركزها القانوني بين مركز الطرف ومركز الغير قائماً⁽⁵⁾ . وعليه فإنه لا أهمية لهذا التمييز الجديد ؛ لأنه لا ينهي الغموض الذي طرحه التمييز الكلاسيكي، كما أنه لا يفصل في توزيع آثار العقد إلى الأطراف فقط، وإنما يبقى دائماً يوزعها بين الأطراف والغير المرتبطين⁽⁶⁾ .

¹- AUBERT (J.-L.), « A propos ... » ... , art. précité, p. 269.

²- هذا الأمر صحيح في القانون الفرنسي، بينما لا يصح في القانون الجزائري ؛ لأن الوارث لا يستخلف المورث إلا في الحقوق طبقاً لقاعدة « لا تركة إلا بعد سداد الديون » .

³- لا يعني الخضوع إلى مبدأ حجية العقد انصراف آثار العقد إلى الشخص، وإنما يعني أنه لا يمكنه تجاهل العقد كواقعة اجتماعية، فيكون العقد بهذه الصفة حجة عليه، فيجوز للمشتري حسن النية الاحتجاج بعقد البيع في مواجهة المالك الحقيقي الذي لم يكن طرفاً فيه، كما يجوز للغير التمسك بعدم تنفيذ العقد كواقعة منشئة للمسؤولية التصيرية للمتعاقد الذي أخل بالتزاماته، كالحادث الذي يتسبب فيه عيب في صناعة آلة، فتقوم المسؤولية العقدية للصانع في مواجهة المشتري، ومسؤولية تصيرية تجاه كل شخص أصيب من جراء الحادث، فالغير يثير سوء تنفيذ العقد كواقعة مستوجبة للتعويض، أنظر:

WINTGEN (R.), *Etude critique de la notion d'opposabilité ...* , thèse précitée.

⁴- AUBERT (J.-L.), « A propos ... » ... , art précité, p. 270.

⁵- Idem .

⁶- Ibid .

أما فيما يتعلق بالأسباب الموضوعية، فإن الأستاذ "GHESTIN" قد وضع معياراً لمنح الشخص صفة الطرف، أسسه على فكرة: أن مبدأ سلطان الإرادة قد تراجع كثيراً، ولم يعد قادراً على أن يحكم نظرية العقد، مما يستوجب عدم استنتاج مجال القوة الملزمة للعقد من مبدأ سلطان الإرادة فقط، وإنما من مبدأ المنفعة الاجتماعية للعقد كذلك⁽¹⁾، وعليه فلا تمنح صفة الطرف للشخص إلا إذا توافر فيه شرطان:

- تعبير عن إرادة فعلي أثناء إنشاء آثار العقد⁽²⁾.

- تراضي فعلي لاكتساب صفة الدائن أو المدين في العقد

أبدى الأستاذ "AUBERT" بعض التحفظات فيما يتعلق بتطبيق هذا المعيار من طرف الأستاذ "GHESTIN"، فقد وافقه حين منح صفة الطرف للشخص الذي قبل التعهد الذي أبرمه المتعهد باسمه تجاه المتعهد له، باعتبار أن هذا الأخير قد قبل التعهد، وبذلك يكون قد عبر عن إرادته⁽³⁾، غير أنه قد عارضه في منحه هذه الصفة إلى المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير، والخلف العام والخاص، وكذا إلى المحيل⁽⁴⁾.

مما لا شك فيه، أن المنتفع الذي يقبل الاشتراط يكون قد عبر عن إرادته في أن يصبح دائماً للمتعهد، غير أن هذا لا يعني أن إرادته قد شاركت فعلياً في إنشاء التصرف⁽⁵⁾، حتى ولو كان لقبوله أثر رجعي؛ لأن قبول المنتفع للاشتراط لا يعد شرطاً لوجود حقه⁽⁶⁾.

أما فيما يتعلق بالخلف العام فقد اعترض على إعطائهم صفة الطرف؛ لأنه حتى وإن كان الميراث لا يدخل في ذمتهم إلا إذا قبلوه، فإن هذا القبول لا يمكن اعتباره بمثابة تعبير صادر عن إرادة منشئ التصرف، بدليل أنه تنتقل إليهم الحقوق والالتزامات التي يعلمونها، والتي لا يعملونها⁽⁷⁾.

أخيراً وفيما يتعلق بالمحال إليه الذي اعتبره الأستاذ "GHESTIN" من الغير، فإن الأستاذ "AUBERT" يتساءل عن الفرق بين مركزه ومركز الخلف العام، فكلاهما لم يشاركا في إنشاء

¹ - GHESTIN (J.), ... formation ... , op. cit. , p. 202 et s.

² - بحث هذا الشرط بالأستاذ "GHESTIN" إلى استبعاد صفة الطرف عن الأصيل في عقد النيابة، لأنه لم يعبر فعلياً عن إرادته أنظر:

GHESTIN (J.), «Introduction ... » ... , art. précité, p. 30.

³ - AUBERT (J.-L.), « A propos ... » ... , art. précité, p. 273.

⁴ - Ibid.

⁵ - لا تنفق في هذه المسألة مع الأستاذ "AUBERT"؛ لأن وجود مصلحة المتعهد يفترض وجود تعبير عن الإرادة، لأن التعبير عن الإرادة قد يكون إيجابياً إيجابياً وقد يكون سلبياً فيما يتعلق بالقبول، هذا ما ترمي إليه المادة 68 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁶ - AUBERT (J.-L.), « A propos ... » ... , art. précité, p. 273.

⁷ - Idem .

التصرف، فلماذا نعطي صفة الطرف للخلف العام، ولا نعطيها للمحال إليه، على الرغم من أنه يتحمل الحقوق والالتزامات المحالة إليه من المحيل؟⁽¹⁾.

نخلص مما سلف إلى أن المعيار المقترح من طرف الأستاذ " GHESTIN " تعوزه الدقة والوضوح ؛ لأنه لا يتم تطبيقه بشكل مستقر، فهو يكيف المراكز القانونية حالة بحالة⁽²⁾، وهو غير مؤسس على قواعد منهجية : فتارة يمنح صفة الطرف وصفة الغير مركزا على مرحلة نشأة التصرف، وتارة أخرى يركز على مرحلة التنفيذ⁽³⁾، وهو بذلك يخلط ما بين فكرة القوة الملزمة للعقد، وفكرة انتقال انتقال الالتزام (La circulation de l'obligation)⁽⁴⁾، فهل يعتبر امتداد آثار العقد إلى الخلف نتيجة لتوسيع مبدأ القوة الملزمة للعقد، أو نتيجة لانتقال حقوق والتزامات مورثهم إليهم ؟ ونفس السؤال بالنسبة إلى الخلف الخاص، بمعنى هل ينتقل حق الارتفاق مثلا، إلى المشتري نتيجة اتساع القوة الملزمة للعقد الذي امتلك به البائع الشيء، أو نتيجة انتقال حق الملكية إلى المشتري عن طريق البيع المبرم بينه وبين البائع ؟

كان لهذه الملاحظة الأخيرة دورا كبيرا في حث الأستاذ " GHESTIN " على إعادة النظر في التقسيم الذي اقترحه، فاقترح تمييزا جديدا⁽⁵⁾، غير أن هذا لا يعني أن استبقاء التمييز الكلاسيكي أمرا أمرا مناسباً، خصوصا مع الغموض الذي يواجهه الباحث عند اعتماده عليه لتحديد المركز القانوني لفئة معينة من الأشخاص بالنسبة لعقد معين ، فهم ليسوا أطرافا ، وليسوا غيرا .

ثانيا - ضرورة إعادة النظر في معيار الإرادة بالمفهوم الضيق :

تعتبر أغلب الانتقادات التي وجهها الأستاذ " AUBERT " إلى فكرة توسيع معيار الإرادة في التمييز بين مفهومي الطرف والغير منطقية، غير أن هذا لا يعني أن التمييز الكلاسيكي الذي يعتمد على معيار الإرادة بالمفهوم الضيق هو الأنسب ؛ لأن هذا المعيار الذي ينتج عنه أن الطرف هو الشخص الذي عبر عن إرادته من أجل إنشاء الأثر القانوني فقط، ينشئ لنا فئة من الأشخاص⁽⁶⁾ لا يمكن اعتبارهم طرفا بمفهوم الطرف المتعاقد. ولا يمكن اعتبارهم كذلك من قبيل الغير المطلق لتأثرهم بالعقد

¹- Ibid , p. 274.

²- Ibid .

³- Ibid .

⁴- Ibid , p. 275.

⁵- GHESTIN (J.), « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *RTD. Civ.* , 1994, p. 277 et s.

⁶- تشمل هذه الفئة الخلف العام ، والخلف الخاص، والمنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير.

وامتداد آثاره إليهم، فهو بذلك يوجد لنا فئة هجينة تمزج الصفتين (catégorie hybride)، والمنطق السليم يفرض أن لا تكون هذه الفئة.

إضافة إلى ذلك، ألا يجوز التساؤل عن إمكانية انتقال صفة الطرف باعتبار أن الحقوق والالتزامات يمكنها أن تنتقل من شخص لآخر، كما في حوالة الدين، وحوالة الحق⁽¹⁾؟ وألا يجوز أيضا التساؤل عن إمكانية انقضاء صفة الطرف، أو اكتسابها دون انقضاء الالتزام باعتبار إمكانية انقضاء أو اكتساب صفة الدائن أو المدين دون انقضاء الالتزام كما في التجديد، والإبابة⁽²⁾؟

يقر الكثير من الباحثين بأن صفة الطرف يمكن فقدها كما يمكن اكتسابها، فما هي إلا مركز قانوني يمكن اكتسابه كما يمكن فقده⁽³⁾، كما يقرون أيضا بأنه لا يمكن اعتماد معيار الإرادة لوحده من أجل منح صفة الطرف؛ لأنه سيجعل من الأصيل في التعاقد عن طريق النيابة غيرا، باعتبار أنه لم يعبر عن إرادته، وإنما النائب هو الذي عبر عن إرادته. هذا ما دفع بالفقه - حاليا - إلى التمييز بين الشخص المتعاقد والطرف؛ لأنه ما جدوى التمييز بين الطرف والغير إذا كان مفهوم الطرف ينحصر في من عبر عن إرادته لإنشاء التصرف⁽⁴⁾؟

المطلب الثاني

التمييز بين مفهومي الطرف والغير في النظرية الحديثة

لاحظ أغلب الباحثون المعاصرون⁽⁵⁾ نقائص التمييز الكلاسيكي بين مفهومي الطرف والغير في تصرف قانوني، وأول من اقترح تمييزا جديدا هو الأستاذ " GHESTIN " ⁽¹⁾، الذي لاقت مبادرته

¹ - أنظر المواد من 239 إلى 257 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

² - أنظر المواد من 287 إلى 296 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

³ - AYNES (L.), *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, Paris, 1984, p. 204 ; GOUTAL (J.-L.), *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, L.G.D.J., Paris, 1981, p. 237 ; LARROUMET (Ch.), *Les opérations juridiques à trois personnes ...*, thèse précitée, p. 370.

⁴ - CABRILLAC (R.), *L'acte juridique conjonctif ...*, thèse précitée, p. 29.

⁵ - CABRILLAC (R.), *L'acte juridique conjonctif ...*, thèse précitée, p. 27 ; DELMAS SAINT - HILAIRE (Ph.), *Le tiers à l'acte juridique ...*, thèse précitée, p. 17 ; BACACHE - GIBEILLI (M.), *La relativité ...*, thèse précitée, p. 262 ; WINTGEN (R.), *Etude critique ...*, thèse précitée, p. 51 ; ROUX (J.-M.), *Le rôle créateur ...*, thèse précitée, p. 264 ; GULFUCCI - THIBIERGE (C.), « De l'élargissement de la notion de partie au contrat ... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet

انتقادات لاذعة، لاسيما من طرف الأستاذ " AUBERT " الذي يرى أنه يجب استبقاء التمييز الكلاسيكي، ومن الأستاذة " GUELFUCCI-THIBIERGE " التي ترى أن اقتراح الأستاذ " GHESTIN " منتقد ، غير أنها لم تنادي باستبقاء التمييز الكلاسيكي بل اقترحت تمييزا جديدا (فرع أول) ، ليرد في الأخير الأستاذ " GHESTIN " على هذه الانتقادات ، و يعدل في اقتراحه (فرع ثان) ، غير أن الملاحظ هو أن كل هذه الأعمال كانت تركز على معيار الإرادة، وإن كانت توسع فيه، على خلاف أعمال بعض الباحثين الذين لم يقوموا بدراسات خاصة بتمييز مفهوم الطرف عن الغير ، غير أنهم قد أشاروا إلى أن مفهوم الطرف يرتبط بمفهوم المصلحة أكثر مما يرتبط بمفهوم الإرادة . وسننطلق من هذه الملاحظة لاقتراح معيار جديد (فرع ثالث) .

الفرع الأول

موقف الأستاذة " GUELFUCCI-THIBIERGE "

من مفهوم الطرف في تصرف قانوني.

قبل أن نتعرض لمفهوم الطرف عند الأستاذة " GUELFUCCI-THIBIERGE " (ثانيا)، سوف نلخص الانتقادات التي وجهتها للاقتراح الأول للأستاذ " GHESTIN " في شأن التمييز بين الطرف والغير في التصرفات القانونية (أولا) .

أولا- الانتقادات :

بدأت الأستاذة " GUELFUCCI-THIBIERGE " مقالها باسترجاع المفهوم الكلاسيكي في التمييز بين مفهومي الطرف والغير، أين لاحظت أن المفهوم الكلاسيكي للطرف مفهوم ضيق ؛ إذ أنه ينحصر في الأشخاص الذين عبروا عن إرادتهم في إنشاء العقد⁽²⁾، كما استنتجت أن تطبيق هذا المفهوم يؤدي إلى نزع صفة الطرف عن الخلف العام ؛ لأنهم لم يشاركوا في إبرام التصرف، وعن الأشخاص الممثلين تمثيلا قانونيا، كالقاصر الذي يمثل من طرف أبيه ، فعلى الرغم من أنه الأصيل غير

relatif », ... art. précité, p. 275 et s; **GHESTIN (J.)**, « Nouvelle propositions sur un renouvellement de la distinction des parties et ... » ... ,art. précité , p. 277.

¹- **GHESTIN (J.)**, « introduction » ... , art. précité, p. 07.

²- **GUELFUCCI – THIBIERGE (C.)**, « De l'élargissement ... » ... , art. précité, p. 280.

أنه لا يمكن منحه صفة الطرف ؛ لأن منحه هذه الصفة سيكون أثرا للتشريع أكثر مما هو اثر لإرادته، والتي هي - في الأصل - غير مجدية في إنشاء التصرفات القانونية⁽¹⁾.

ثم راحت تعرض الاقتراح الأول للأستاذ " GHESTIN " فيما يتعلق بالتمييز بين مفهومي الطرف والغير، والذي مفاده أنه يجب التمييز بين الأطراف أثناء نشأة التصرف، والأطراف أثناء تنفيذه، والذي ينتج عنه نوعان من الأطراف : طرف متعاقد وطرف مرتبط، ونوعان من الغير : غير مطلق وغير مرتبط .

ثم عرضت الانتقادات التي أبدتها الأستاذ " AUBERT " ، لتضيف إليها أن اعتماد الأستاذ " GHESTIN " على معيار الإرادة هو الذي أدى إلى وصوله إلى اقتراحات غير متجانسة، مما جعل الأستاذ " AUBERT " يناقشها ويستعدها⁽²⁾، كما أنها تساند هذا الأخير في انتقاداته غير أنها لا تسانده في فكرة استبقاء التمييز الكلاسيكي ، فهي ترى أنه لا يمكن - أمام النقاش الذي دار بين الأستاذين " GHESTIN " و " AUBERT " فيما يتعلق بالتمييز بين مفهومي الطرف والغير - إلا اتخاذ أحد الموقفين⁽³⁾ :

الموقف الأول : اعتبار أن اقتراح الأستاذ " GHESTIN " غير مناسب، وهذا الافتراض يستوجب عدم استبقاء فكرة توسيع معيار الإرادة، واستبقاء التمييز الكلاسيكي الذي يعتمد على معيار الإرادة بالمفهوم الضيق ، وبذلك نساند موقف الأستاذ " AUBERT " .

الموقف الثاني : اعتبار أن اقتراح الأستاذ " GHESTIN " صحيح من حيث المبدأ لاسيما فيما يتعلق بضرورة توسيع معيار الإرادة، فنحتفظ بمبدأ ضرورة توسيع معيار الإرادة، غير أنه يجب البحث عن معيار أكثر ملائمة لتفادي التناقضات التي أوجدها معيار الإرادة بالمفهوم الضيق، والمتمثل في إرادة إنشاء التصرف أو تحمل آثاره.

انطلاقا من هذه الملاحظات صاغت الأستاذة " GUEL FUCCI-THIBIERGE " مفهومها لمصطلح الطرف في تصرف قانوني .

ثانيا - الاقتراحات :

تعرف الأستاذة " GUEL FUCCI-THIBIERGE " الطرف على أنه : « كل شخص يخضع

¹ - Idem , p. 282.

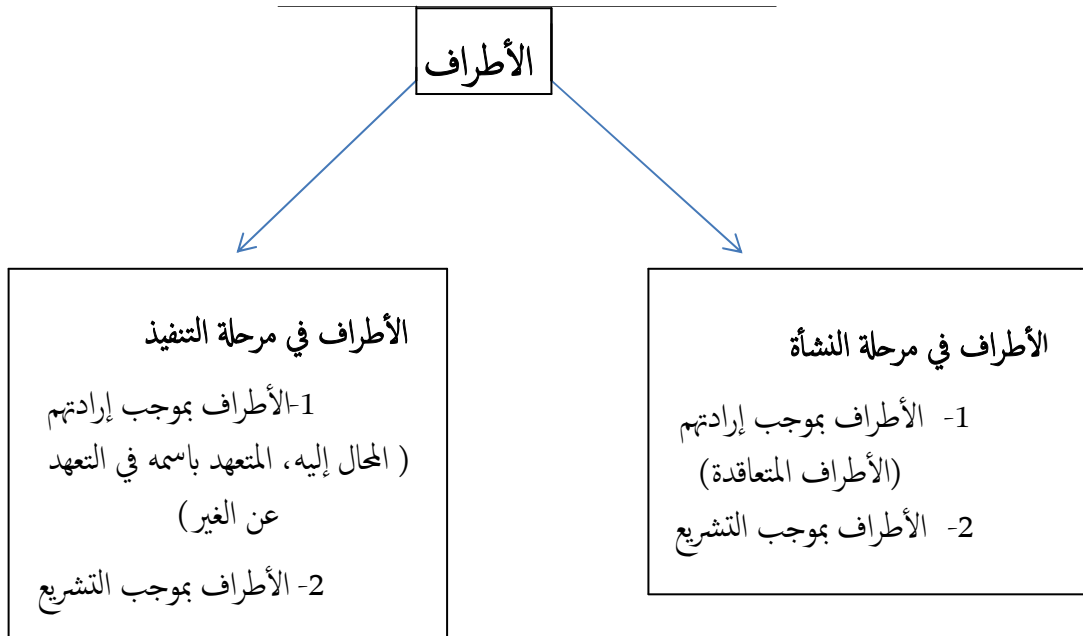
² - Ibid , p. 290.

³ - Ibid , p.p. 291 - 294.

لمبدأ القوة الملزمة للعقد، سواء نتج ذلك عن إرادته أو عن التشريع⁽¹⁾، وهي بهذا التعريف توسع من مفهوم الطرف في تصرف قانوني؛ إذ تجعله يتعلق بمدى خضوعه إلى القوة الملزمة للتصرف، بدلا من مدى اتجاه إرادة الشخص إلى إنشائه. كما أنها ترى أن خضوع الشخص إلى القوة الملزمة للتصرف لا تكون بقوة الإرادة فقط، وإنما قد يلتزم الشخص بالخضوع إلى العقد بموجب التشريع، فيكتسب الشخص صفة الطرف لأنه أراد ذلك، وإنما لأن التشريع يقضي بذلك. فتضيف معيار التشريع إلى الإرادة في منح صفة الطرف.

إضافة إلى ذلك، فإنها تعتمد نفس منهجية التقسيم الذي يعتمده الأستاذ "GHESTIN"، فهي تميز في منح صفة الطرف بين مرحلة النشأة، ومرحلة التنفيذ⁽²⁾.

ففي مرحلة النشأة، يعتبر طرفا بموجب إرادته كل شخص أبرم العقد بنفسه، أو عن طريق نائب بالاتفاق كما في الوكالة، ويعتبر طرفا بموجب التشريع كل شخص أبرم العقد بموجب نيابة قانونية، كما في الولاية والتقديم، أما في مرحلة التنفيذ فهي تميز بين الأطراف بموجب إرادتهم، وهم أولئك الذين كانوا من قبيل الغير أثناء النشأة ثم أصبحوا أطرافا بإرادتهم أثناء التنفيذ، كالمحال إليه، والشخص الذي يقبل التعهد الذي أبرمه الغير باسمه، والأطراف بموجب التشريع، وهم الخلف والأشخاص الممثلين بموجب القانون كالقاصر مثلا.



¹ - Ibid , p. 295.

² - Ibid , p. 296 et s.

أما فيما يتعلق بالغير فهي تميز بين فئتين : فئة لا تخضع للعقد لا بموجب إرادتها ولا بموجب التشريع ، وهي تشمل الغير المطلق والدائنون العاديون، وفئة تخضع للقوة الملزمة للعقد، وتتكون أساسا من المنتفعين في الاشتراط لمصلحة الغير، وهنا يظهر عدم التجانس في هذا التقسيم ؛ لأن المنتفع يخضع للقوة الملزمة للعقد، فلماذا لم يصنف في مصاف الأطراف بموجب التشريع؟
وظف الأستاذ ” GHESTIN ” انتقادات كل من الأستاذ ” AUBERT ” و الأستاذة ” GUELFUCCI - THIBIERGE ” ليخلص إلى اقتراح جديد في مقال نشره سنة 1994⁽¹⁾.

الفرع الثاني

الاقتراحات الجديدة للأستاذ ” GHESTIN ”

بعد الانتقادات التي وجهها الأستاذان ” AUBERT ” و ” GUELFUCCI-THIBIERGE ” إلى اقتراح الأستاذ ” GHESTIN ” الذي حاول فيه التوسيع من معيار الإرادة بالمفهوم الضيق ؛ بمعنى الشخص الذي عبر عن إرادته لإنشاء العقد، بإضافة معيار امتداد آثار العقد إلى الشخص، عمد الأستاذ ” GHESTIN ” إلى اقتراح معيار آخر يتمثل في كون أن صفة الطرف لا تمنح إلا للأشخاص الذين يكون لهم مركز قانوني مماثل للأطراف المتعاقدين ، أو للذين حلوا محلهم ، وأن تكون لهم نفس الامتيازات التي يتمتع بها الطرف المتعاقد بالنسبة للعقد⁽²⁾.

لا تثبت صفة الطرف – بهذا المفهوم – إلا للأشخاص الذين تعاقدوا بأنفسهم أو عن طريق ممثل قانوني، كما تثبت أيضا للأشخاص الذين ينتقل إليهم المركز القانوني للمتعاقد، غير أنه لا تثبت هذه الصفة للشخص الذي تنشأ في ذمته حقوق أو التزامات بموجب العقد⁽³⁾، ولا للمتعاقد من الباطن⁽⁴⁾، ولا للمحال إليه⁽¹⁾ ؛ لأنه لا يكفي أن تمتد بعض آثار العقد الأصلي إلى الشخص حتى

¹ -نشر المقال الجديد بعد مرور سنتين من نشره للمقال الأول.

² - **GHESTIN (J.)**, « *Nouvelles propositions ...* » ... , art. précité, p. 787 : « la qualification de partie doit être réservée aux personnes dont la situation est suffisamment semblable aux parties contractantes elles-mêmes pour qu'elles puissent être considérées comme assimilées ou substituées à ces dernières et qu'elles disposent en leur nom propre des mêmes prérogatives que les parties contractantes à l'égard du contrat. ».

³ - Ibid .

⁴ -تعتبره الأستاذة ” GUELFUCCI - THIBIERGE ” من قبيل الطرف بموجب التشريع، أنظر:

GUELFUCCI - THIBIERGE (C.), « *De l'élargissement ...* » ... , art. précité, p. 297.

يستحق صفة الطرف، وإنما يجب أن يكون مركزه القانوني مماثلاً لمركز الطرف المتعاقد⁽²⁾.

هذا فيما يتعلق بشرط المركز القانوني، أما فيما يتعلق بشرط الامتيازات فإن الأستاذ " GHESTIN " يرى أنه لا يجب أن تثبت صفة الطرف للشخص، إلا إذا ثبت له امتياز تعديل أو إنهاء الاتفاق عن طريق تراض جديد⁽³⁾. فمجرد توافر الشخص على إمكانية طلب البطلان القضائي لا يمنحه صفة الطرف؛ لأن هناك من الغير من يحق لهم طلب البطلان المطلق للعقد، كما في الدعوى البوليصية أين يجوز للدائن أن يرفع دعوى إبطال التصرف الذي أبرمه مدينه قصد الإضرار به، وذلك عن طريق إنقاص ضمانه العام، فهنا على الرغم من اعتبار أن الدائن من قبيل الغير، فإنه يجوز له طلب بطلان العقد أو التصرف الذي أبرمه مدينه⁽⁴⁾، وهذه الإمكانية في طلب البطلان التي يقرها المشرع لهذا الدائن، لا يمكنها أن تمنحه صفة الطرف⁽⁵⁾.

وعليه يمكن القول أن الأستاذ " GHESTIN " يمنح صفة الطرف - في اقتراحه الجديد - للأشخاص الذين أبرموا التصرف، أو للذين اكتسبوا حق تعديل العقد أو إنهاءه عن طريق الاتفاق، وبذلك يرى أنه تم القضاء على إشكال التداخل في المراكز القانونية، الذي عانى منه اقتراحه الأول. فيكون للشخص أحد المراكز القانونية بالنسبة للتصرف القانوني: الطرف (أولاً) أو الغير (ثانياً).

أولاً - مركز الطرف :

يميز الأستاذ " GHESTIN " بين الطرف عند مرحلة النشأة (I)، والطرف عند مرحلة التنفيذ (II).

I - الأطراف عند نشأة التصرف :

تثبت هذه الصفة للأشخاص الذين عبروا عن إرادتهم بأنفسهم بأن يلتزموا بأحكام العقد، من جهة، والأشخاص الذين تم تمثيلهم من جهة أخرى.

¹ - يعتبره الأستاذ " AUBERT " من قبيل الأطراف لأن المركز القانوني للطرف قد حوّل إليه، أنظر:

FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *l'acte juridique* ... , op. cit. , p.p. 321- 322.

² - GHESTIN (J.), « *Nouvelles propositions* ... » ... , art. précité, p. 787.

³ - Ibid , p. 788 : « la qualité de partie doit être réservée aux personnes qui ont conclu le contrat par un accord de volontés ou qui ont acquis le droit de le modifier ou d'y mettre fin par un autre accord de volontés. ».

⁴ - TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 855.

⁵ - GHESTIN (J.), « *Nouvelles propositions* ... » ... , art. précité, p. 788.

1 – الأشخاص المتعاقدين الذين عبروا عن إرادتهم بأنفسهم :

لا يثور أي إشكال بالنسبة إلى منح صفة الطرف إلى الشخص الذي عبر عن إرادته بنفسه في إنشاء التصرف، غير أن تقنية حوالة العقد تطرح إشكالا ليس بالنسبة لتحديد مركز الطرف في الحوالة نفسها، وإنما بالنسبة لمركز المحال له بالنسبة للتصرف محل الحوالة ؟

لم ينظم المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي تقنية حوالة العقد، واكتفى بتنظيم حوالة الحق والدين فقط⁽¹⁾، وإن كان قد تعرض لها في بعض الحالات، فإن ذلك ليس على أنها عقود أساسية، وإنما على اعتبار أنها من مخلفات عقد رئيسي، كحوالة عقد الإيجار، فإذا باع المؤجر العين المؤجرة باعتبار أنه مالئها، فإن الإيجار الذي كان بينه وبين المستأجر سيبقى نافذا في حق المشتري⁽²⁾، وكذلك الأمر بالنسبة لعقود العمل، فلو باع رب العمل شركته إلى شخص آخر، فإن عقود العمل التي أبرمها رب العمل تبقى نافذة في مواجهة رب العمل الجديد.

تعرف حوالة العقد على أنها ذلك الاتفاق الذي يلتزم بموجبه شخص يسمى المحيل بتحويل حقوقه والتزاماته في عقد معين إلى شخص آخر يسمى المحال له⁽³⁾. وبذلك يعطي جملة من المفسرين صفة الطرف للمحال له، باعتبار أنه يتمتع بنفس حقوق والتزامات المحيل، والذي كان طرفا في العقد محل الحوالة⁽⁴⁾.

غير أن الأستاذ " GHESTIN " لا يمنح المحال له صفة الطرف في العقد محل الحوالة؛ لأن إرادته لم تشارك في إنشائه، فمجرد التمتع بالحقوق والتزامات الناشئة عن العقد لا تعطي صفة الطرف فيه⁽⁵⁾.

2 – الأشخاص الممثلين :

إن فكرة التمثيل القانوني أو النيابة تعيب معيار ضرورة التعبير عن الإرادة في إنشاء العقد من أجل منح صفة الطرف، فالأصيل لا يعبر عن إرادته.

¹ - أنظر المواد من 239 إلى 257 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

² - المادة 511 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

³ - MALAURIE (Ph.), AYNES (L.) et STOFFEL – MUNCK (Ph.), *Les obligations*, 4^{ème} éd, Defrenois et Lextenso, Paris, 2009, p.p. 477 – 488.

⁴ - V. TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 386 ; MALAURIE (Ph.), AYNES (L.) et STOFFEL – MUNCK (Ph.), *Les obligations* ... , op. cit. , p. 485

⁵ - GHESTIN (J.), « *Nouvelles propositions ...* » ... , art. précité, p. 788 : « en revanche, le cessionnaire reste toujours tiers au contrat prétendument cédé. ».

يتفق أغلب المفسرين على أن الأصيل هو الطرف وليس النائب⁽¹⁾، لأنه هو الذي سيكون مرتبطا وملتزما بالعقد، غير أن هذا لا يعني إخراج النائب تماما من مجال العقد، على الأقل فيما يتعلق بالنشأة، فالنائب هو الذي يكون محل الاعتبار عند النظر في عيوب الرضى، وفي أثر العلم ببعض الظروف أو افتراض العلم بها⁽²⁾.

يميز الأستاذ " GHESTIN " بين حالة ما إذا كانت إرادة الأصيل قد شاركت بطريقة غير مباشرة في إبرام العقد « النيابة الاتفاقية »، أو لم تشارك إطلاقا في إبرامه « النيابة القانونية » .

أ - حالة النيابة الاتفاقية :

يتم التمثيل في النيابة الاتفاقية بناء على رغبة الأصيل، فإرادته هي التي سعت إلى أن يتم تمثيلها من طرف النائب، هكذا يكون الحال كلما كان أساس النيابة عقد مبرم بين الأصيل والنائب كالوكالة، وفي حالة ممثلي الأشخاص المعنوية الذي يمارسون سلطاتهم في ظل العقد المنشئ للشخص المعنوي .

يكون الشخص الأصيل هو الطرف في هذه الحالات، وليس الممثل ؛ لأن التمثيل القانوني كان بإرادة الأصيل⁽³⁾.

ب - حالة النيابة القانونية:

يتم تمثيل الأصيل في النيابة القانونية بناء على إرادة المشرع، فلا دور لإرادة الأصيل في أن يتم تمثيلها من طرف النائب، كما في ولاية الأب على ابنه القاصر.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد ... ، مرجع سابق، ص. 224 : « ويترتب في ذمته الالتزامات التي تنشأ عن العقد، فهو المتعاقد حكما وإن كان النائب هو الذي تعاقد عنه » ؛ علي علي سلمان، النظرية العامة للالتزامات ... ، مرجع سابق، ص. 45 ؛ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني ... ، مرجع سابق، ص. 144 ؛

FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 323 : « la représentation est un procédé technique par lequel une personne (le représentant) conclut un contrat pour le compte du autre personne (le représenté) ... » ; LARROUMMET (Ch.), ... *conditions de formation* ... , op. cit. , p.134 – 137 ; MAZEAUD (H., L. et J.) et (F.) CHABAS, *Leçons de droit civil, obligations* ... , op. cit., p. 143 ; TERRE (F.), SIMLLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 136 et s.

² يرى الأستاذ " أحمد شوقي عبد الرحمان " أن النائب طرف في العقد الذي يباشره لحساب الأصيل، أنظر مرجعه، العقد و الإرادة المنفردة، ص. 75 : « ولما كان النائب طرفا في العقد الذي يباشره لحساب الأصيل » ، ونحن لا نتفق معه في ذلك؛ لأن النائب وإن كان يعبر عن إرادته هو، غير أنه يتعاقد باسم الأصيل ولحسابه، بدليل أنه يتوجب عليه إعلام المتعاقد معه بهذه الصفة والاعتبار خارجا عن حدود النيابة، كما أنه يمارس حقوق الأصيل في إبرام العقد لا حقوقه هو، فلو باع مثلا، فإنه يتصرف في ملكية الأصيل لا في ملكيته . لتفاصيل أكثر حول تقنية النيابة أنظر :

STORCK (M.), *Essai sur le mécanisme de la représentation dans ...* , thèse précitée.

³ - GHESTIN (J.), « Nouvelles proposition ... » ... , art. précité, p. 789.

إن اعتماد معيار التعبير عن الإرادة في منح صفة الطرف يفقد معناه في هذه الحالة، خصوصا وإن كان الأصيل غير أهل للتعبير عن إرادته، غير أن الأستاذ " GHESTIN " يرى أنه يمكن منح صفة الطرف للأصيل⁽¹⁾؛ لأنه يجوز أن يتم التعبير عن إرادة شخص من قبل شخص آخر على سبيل الاستثناء إذا كان ذلك في حدود التشريع، وحفاظا على مصالح الشخص الذي تم التعبير عن إرادته⁽²⁾.

II – الأطراف عند مرحلة التنفيذ :

يمكن تلخيص الحالات التي يصبح فيها الشخص طرفا في مرحلة التنفيذ في الآتي : حالة إقرار الأصيل لما تجاوز فيه النائب حدود نيابته (1)، والإنظام إلى شخص معنوي (2)، والخلف (3).

1 – اكتساب الأصيل صفة الطرف بعد إقراره لتجاوز النائب حدود نيابته :

قد يحدث وأن يتجاوز النائب حدود نيابته، فيكون بذلك قد استعمل إرادته خارج الحدود التي خولت له، فيفقد بهذا الخروج صفة النائب، كما أنه لا يكون للتصرف الذي أبرمه أي أثر قانوني بالنسبة للأصيل⁽³⁾؛ لأنه يعتبر من قبيل الغير بالنسبة لهذا التصرف.

غير أنه في حالة إقرار الأصيل لهذا التجاوز فإن آثار التصرف ستسري عليه، لأنه حتى وإن يستعمل النائب حقوق الأصيل عند إبرامه للتصرف نتيجة خروجه عن حدود نيابته، فإن الإقرار يتجاوز خروج النائب عن حدود نيابته، ويعطي الأصيل صفة الطرف عند تنفيذ التصرف، وإن لم يكن يتمتع بها عند إبرامه.

2 – الأشخاص الذين انظموا إلى شخص معنوي :

يصبح الأشخاص الذين انظموا إلى شخص معنوي-ممن يشتري أسهم شركة خفية - أطرافا في العقد المنشئ للشخص المعنوي؛ أي عقد إنشاء الشركة. فالمساهمون الجدد من حقهم ممارسة امتيازاتهم كأطراف، وتعديل العقد أو إنهائه من خلال الجمعية العامة للمساهمين⁽⁴⁾.

¹- Idem , p. 791.

²- Ibid .

³ عبد الرزاق أحمد السهوري، نظرية العقد ... ، مرجع سابق، ص. 216.

⁴ - المادة 715 مكرر من التقنين التجاري الجزائري المعدل والمتمم.

3 - الخلف :

إن موت السلف يعطي للخلف صفة الطرف في العقود التي يكون قد أبرمها، باستثناء تلك المرتبطة بالاعتبار الشخصي ، فموت المستأجر في عقد الإيجار ينقل هذه الصفة إلى ورثته ، والأمر نفسه بالنسبة للحوالة⁽¹⁾ .

ثانيا - مركز الغير :

يدخل في هذه الطائفة كل من لا تتوافر فيه صفة الطرف ؛ بمعنى كل من ليس لهم مركز قانوني مماثل للطرف المتعاقد . وبهذا المفهوم يدخل ضمن هذه الفئة الغير المطلق ، والدائنون العاديون لأحد الأطراف حتى ولو ثبت لهم الدعوى غير المباشرة ، كما يدخل أيضا ضمن هذه الفئة الخلف الخاص لأحد الأطراف⁽²⁾ .

ويرى الأستاذ " GHESTIN " أن المنتفع من الاشتراط لمصلحة الغير يعتبر من قبيل الغير، على الرغم من أن تعبيره عن قبول الاشتراط يثبت له الحق الناشئ عنه بأثر رجعي، وسنده في ذلك هو كون أن المنتفع لا يستطيع تعديل عقد الاشتراط أو إنهائه⁽³⁾ ، ويستثنى حالة الاشتراط الذي ينشئ حقوقا والتزامات للمنتفع⁽⁴⁾ .

كما يرى أن الطرف هو من التعريف دائن أو مدين بموجب العقد، وأنه يتحمل القوة الملزمة للعقد فيما يتعلق بالالتزامات، ويحتج به فيما يتعلق بالحقوق، أما الغير فهو - من حيث المبدأ - لا يعتبر دائنا ولا مدينا بموجب العقد، غير أنه - استثناء - يكون دائنا أو مدينا بموجب العقد إعمالا بالاستثناء الذي يعرفه مبدأ نسبية التعاقد⁽⁵⁾ . هذا ما يقودنا إلى طرح السؤال التالي : ما هي فائدة هذا التمييز الذي يعيدنا إلى نقطة البداية، إذ أنه يكتفي بشرح مبدأ نسبية التعاقد فقط، مع أخذ استثناءاته بعين الاعتبار . بالإضافة إلى ذلك ، فإنه تثبت للقاضي في بعض الحالات سلطة تعديل العقد⁽⁶⁾ ، فهل يمكن اعتباره طرفا فيه ؟

¹ - GHESTIN (J.), « nouvelles proposition ... » ... , art. précité, p. 793.

² - Idem , p. 796 .

³ - Ibid , p. 797 .

⁴ - Ibid , p. 798 .

⁵ - GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil, les effets ...* , op. cit. , p. 415.
⁶ - المادة 110، 2/112، 2/184، 2/281 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

الفرع الثاني التمييز المقترح : الطرف هو صاحب المصلحة

يرتكز أساس التمييز بين مفهومي الطرف والغير في المقاربات السابقة على مبدأ نسبية التعاقد، والذي يجد أساسه في الإرادة، التي سيطرت على فكرة العقد خلال القرن الثامن عشر نتيجة تأثير أفكار فلسفة " KANT " و " ADAM SMITH " على الفكر القانوني، والتي تتلخص في كون أن العقد ملزم لأن إرادة الأطراف أرادت ذلك.

لاقت هذه الأفكار خلال القرن التاسع عشر انتقادات من قبل تيار فكري يؤسس القانون على علم الاجتماع؛ إذ يرى أن القانون ليس من ابتكار الإرادة، وإنما من ابتكار الوعي الجماعي⁽¹⁾، فالقانون يتكون بطريقة عفوية، وهو وليد الحياة الاجتماعية⁽²⁾.

يعاب على هذه المدرسة أنها تنكر أي دور للإرادة، مع العلم أن القانون وليد التفكير، وعليه فعنصر الإرادة مهم، هذا ما جعل الأستاذ " BATIFFOL " يعمل على التوفيق بين المدرستين، فالقانون حسب هذا الأخير، هو ليس من صنع الإرادة بالاعتماد على مبادئ العقل المجرد، كما أنه أيضا ليس مجموعة من القواعد العفوية المستنتجة من الوقائع الاجتماعية، والتي تكون مستقلة تماما عن الإرادة، وإنما هو عمل فكري ناتج عن دراسة وتحليل الوقائع الاجتماعية، فهو ينتج عن التقاء الاختيار الإرادي وملاحظة الوقائع⁽³⁾، إنه لا يخبرنا كيف تجري الأمور، وإنما كيف يجب أن تجري⁽⁴⁾.

انطلاقا من هذه الأفكار يمكن إعادة قراءة مبدأ القوة الملزمة للعقد، فبعدما كان يفهم أن العقد ملزم لأن الأطراف أرادوا ذلك، ظهر تيار يرى أن العقد ملزم لأن القانون منحه هذه القوة الملزمة⁽⁵⁾، فالعقد لا يكون ملزما لأن الأطراف أرادوا ذلك، وإنما لأن القانون يضفي الطابع الإلزامي على اتفاق الأطراف، وإلا فكيف سنفسر أن المدين يبقى ملتزما بدينه رغم اعتراضه على ذلك؟ لماذا تلتزم إرادة الحاضر «معارضة التنفيذ» بإرادة الماضي «وقت التعاقد»؟ القانون هو الذي يأمر باحترام العقد الذي

¹- DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel ...*, op. cit., p. 94.

²- Ibid, p. 95.

³- BATIFFOL (H.), *Problème de base de philosophie du droit*, L.G.D.J., Paris, 1979, p. 101.

⁴- ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit*, 2^{ème} éd, Sirey, Paris, 1951, p. 198.

⁵- GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté ...*, thèse précitée, p. 342 ; ROUETTE (G.), (G.), *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat ...*, thèse précitée, p. 398.

ينتج عن طريق اتفاق الإرادات⁽¹⁾. فالقانون إذن هو أساس القوة الملزمة للعقد، غير أن السؤال الذي يثور: لماذا يعطي القانون العقد هذه القوة الإلزامية؟ هل من أجل حماية الإرادة؟ أو من أجل حماية ما تهدف إليه هذه الإرادة؟

يرى الأستاذ "GOUNOT" أن الإرادة ما هي إلا وسيلة، وأن قيمتها لا تكمن في ذاتها، وإنما في الأهداف التي تسعى إلى تحقيقها، فالقانون لا يحمي الإرادة، وإنما الهدف الذي ترمي إلى تحقيقه⁽²⁾، ويسانده في ذلك الأستاذ "MARTIN DE LA MOUTTE" الذي يرى أن التعبير عن الإرادة هو ظاهرة لا يمكن الاستغناء عنها، غير أنها شكل محض، فهي تشكل العنصر الشكلي الذي يترجم عنصر المصلحة الذي يشكل العنصر الجوهري في العمليات القانونية المراد إبرامها⁽³⁾. فالقانون لا يحمي الإرادة، وإنما يحمي المصلحة التي تعبر عنها هذه الإرادة.

وينتج عن هذه القراءة الجديدة لمبدأ القوة الملزمة للعقد النتائج التالية:

- يحق للمشرع التدخل في كل مرة لا يحقق فيها مبدأ حرية الاتفاق مصلحة أحد الأطراف: بما أن القانون يعطي القوة الإلزامية للاتفاق على أساس المصالح التي يسعى إلى تحقيقها؛ فإنه يحق للمشرع التدخل لحماية هذه المصالح في كل مرة لا يوفق فيها مبدأ حرية التعاقد في تحقيقها، وهذا لا يمس بالمبدأ؛ لأن المبدأ في حد ذاته مقرر من أجل تحقيق هذه المصالح.
- يحق للمشرع التدخل لحماية مصالح الغير: بما أن المصلحة هي أساس العقد، فإن هذا يبرر كل تدخل للمشرع لحماية مصالح الأشخاص، كأن يفرض التوثيق، أو الشهر، وبذلك تبرز كل الاستثناءات الواردة على مبدأ الرضائية.

كما أن هذه القراءة الجديدة لمبدأ القوة الملزمة للعقد تؤثر على مبدأ نسبية التعاقد، الذي يعتبر نتيجة لمبدأ القوة الملزمة، فإذا كان العقد ملزماً نتيجة أن القانون يحمي المصالح التي تم التعبير عنها، فهل يمتد العقد إلى من عبر عن إرادته فقط، أو أنه يمتد إلى كل شخص يكون العقد قد أخذ مصلحته بعين الاعتبار؟ بمعنى آخر: هل الطرف هو من عبر عن إرادته، أو أنه كل شخص له مصلحة مشروعة في العقد؟

¹- ROUETTE (G.), *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat ...*, thèse précitée, p. 346.

²- GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie ...*, thèse précitée, p. 351: « la volonté est un instrument, un moyen, elle n'a pas de valeur en soi et pour soi, mais à raison des fins auxquelles elle sert, ce que le droit protège ce n'est pas la volonté elle-même mais le but de cette volonté. ».

³- MARTIN DE LA MOUTTE (M.), *L'acte juridique unilatéral ...*, p. 41: « ... une manifestation de volonté, élément formel, ne fait que traduire un intérêt, élément substantiel de l'opération accomplie ... ».

يجمع أغلب الباحثون الذين اهتموا بمسألة دور الإرادة في العقد، على أن هذه الأخيرة لا تمثل سوى وسيلة أو عنصرا شكليا في عملية التعاقد، وأن المصلحة هي العنصر الجوهرى في التعاقد⁽¹⁾.

انطلاقا من هذه الأعمال بدأ التفكير في الربط بين مفهوم الطرف ومفهوم المصلحة، فعرف الأستاذ " CABRILLAC " الطرف في تصرف قانوني على أنه : « الشخص أو مجموعة الأشخاص الذين تجمعهم مصلحة واحدة »⁽²⁾، فالطرف في تصرف قانوني هو كل من له مصلحة في التصرف، وليس من عبر عن إرادته، ففي التعاقد عن طريق النيابة يكون الأصيل هو الطرف، وليس النائب، على الرغم من أن النائب هو الذي عبر عن إرادته ؛ لأن الأصيل هو صاحب المصلحة، وليس النائب.

فصفة الطرف تثبت لكل من تكون مصلحته معبر عنها في العقد، وبهذا المفهوم تثبت صفة الطرف للخلف العام ؛ لأنهم يرثون مصلحة مورثهم، كما تثبت أيضا للخلف الخاص⁽³⁾ ؛ لأن للخلف الخاص مصلحة في العقد، باعتبار أن الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء الذي انتقل إليهم، كما تثبت أيضا صفة الطرف بهذا المفهوم للمحال إليه ؛ لأن مصلحة المحيل انتقلت إليه بموجب الحوالة.

غير أنه هذه الصفة لا تثبت للدائنين ؛ لأن مصلحتهم لا تتأثر بالمصلحة المعبر عنها في العقد إلا استثناء ، وهي حالة إعسار مدينهم.

يمكن القول ختاماً، أنه بفقدان مبدأ سلطان لسيطرته على نظرية العقد، وظهور مفاهيم جديدة، ظهرت الحاجة إلى إعادة تفسير المبادئ المستنبطة منه، لاسيما مفهوم الطرف في تصرف قانوني، فليس من المنطق أن نقول أن شخص مرتبط بآثار عقد، وهو ليس طرفا فيه .

¹-ROUETTE (G.), *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat ...* , thèse précitée, p. 636 ; MARTIN DE LA MOUTTE (J.), *L'acte juridique unilatéral ...* , thèse précitée, p. 41 ; DEMOGUE (R.), *Traité des obligations, effets ...* , op. cit., p. 35 ; CABRILLAC (R.), *L'acte juridique conjonctif ...* , thèse précitée, p. 50.

²- CABRILLAC (R.), *L'acte juridique conjonctif ...* , thèse précitée, p. 50 : « la partie à un acte juridique est une personne ou un groupe de personnes réunies au sein d'un intérêt ... ».

3-عكس ما ذهب إليه الأستاذ " GHESTIN " .

الباب الثاني

النظام القانوني للتصرف القانوني الثلاثي

رأينا في الباب السابق أن نظرية العقد لا يمكنها أن تستوعب جميع العلاقات الاقتصادية المستحدثة بموجب قانون الأعمال ؛ حيث أصبحت العلاقات الاقتصادية تستوجب تدخل عدة أشخاص من أجل تحقيقها ، وبالتالي ظهرت ضرورة البحث على نوع جديد من التصرفات يمكنه احتواء جميع العلاقات التي تنشأ عن مثل هذه العمليات الاقتصادية.

تعددت المحاولات ، وأسفرت كل واحدة على اقتراح نوع جديد من التصرفات : التصرف الاتحاد ، والتصرف الجماعي ، وزمرة العقود ، والعمليات القانونية الثلاثية . غير أنه لم تأتي هذه المحاولات - في نظرنا - بالحل الجذري للإشكال ، وإن كانت قد أتت بحلول عملية ، لذا اقترحنا مفهوم التصرف القانوني الثلاثي ، والذي بينا عدم تعارضه مع منطوق التصرفات القانونية ، بعد أن بينا ضرورته النظرية والتطبيقية من خلال دراسة الاشتراط لمصلحة الغير ، والاعتماد التجاري للأصول المنقولة .

ولاستكمال هذا البحث الذي يهدف إلى وضع آلية جديدة تسمح بتأطير العلاقات الاقتصادية التي تستوجب تدخل أكثر من شخصين لتحقيقها ، يتوجب وضع أسس النظام القانوني لهذا النوع الجديد من التصرفات القانونية ، حتى يتحقق التجريد والتعميم ، ليشمل باقي التصرفات التي تتحقق فيها شروط التصرف القانوني الثلاثي ، فهو لا ينحصر في الاشتراط لمصلحة الغير ، والاعتماد التجاري.

ككل التصرفات القانونية ، للتصرف القانوني الثلاثي أحكام تنظم نشأته (فصل أول) ، وأحكام تنظم آثاره (فصل ثاني) .

الفصل الأول

النظام القانوني لإبرام التصرف القانوني الثلاثي

بالرجوع إل القسم الثاني من الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثاني للتقنين المدني الجزائري ، نجد أن العقد لا ينشأ صحيحاً إلا إذا توافرت فيه شروط : الرضى ، والمحل ، والسبب ، كما أنه قد يضاف شرط رابع يتمثل في الشكل ، وذلك بموجب نصوص خاصة.

من حيث المبدأ ، لا يجوز للمشرع - في الأنظمة المتأثرة بمبدأ سلطان الإرادة - تقييد إبرام التصرفات القانونية بشروط تحد من حرية الأطراف ، غير أن استرجاع التطور التاريخي لهذا المبدأ يبين أنه تم سن هذه الشروط في أوج ازدهاره ، فقد نص عليها تقنين نابليون⁽¹⁾ ، عن طريق قواعد أمرة لا يجوز مخالفتها . كما أنه علق قاعدة إمكانية صنع الإرادة قانونها الخاص على شرط مطابقة نشأة العقد للتشريع⁽²⁾ ، وبطلانه في حالة عدم المطابقة . أما المشرع الجزائري فإنه لم يعلق صراحة مسألة كون العقد شريعة المتعاقدين على شرط نشأته صحيحاً⁽³⁾ ، غير أنه يفهم ذلك ضمناً من أحكام البطلان.

والتصرف القانوني الثلاثي لا يخرج عن هذا المبدأ ، فباعتباره تصرفاً قانونياً ، فهو لا ينشأ صحيحاً إلا بتوافر هذه الشروط ، كما أنه لا يكون ملزماً للأطراف إلا في إطارها ، لذا يتوجب دراسة شروط نشأة التصرف القانوني الثلاثي (مبحث أول) ، ثم جزاء تخلف هذه الشروط (مبحث ثان) .

¹ - يعتبر تقنين نابليون أول تقنين متأثر بمبدأ سلطان الإرادة.

² - art 1134 du code civil français : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ... » .

³ - تنص المادة 106 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم على أن : « العقد شريعة المتعاقدين ... » .

المبحث الأول شروط نشأة التصرف القانوني الثلاثي

يتبين من مراجعة شروط انعقاد التصرفات القانونية أنها تنقسم إلى نوعين : شروط متعلقة بالإرادة في حد ذاتها (مطلب أول) ، وشروط خارجة عن الإرادة، أوجدها المشرع لحماية للمصلحة العامة والنظام العام (مطلب ثان) .

المطلب الأول الشروط المتعلقة بالإرادة

بما أن التصرف القانوني الثلاثي عمل إرادي، فلا يمكن تصور وجوده دون وجود الإرادة . غير أن الدور الذي كانت تلعبه في الفقه الكلاسيكي قد تراجع في الفقه الحديث (فرع أول) ، وبما أن التصرف الثلاثي يصدر عن ثلاثة أشخاص على الأقل ؛ فإنه لا بد من اتفاقهم عن طريق تلاقي مصالحهم (فرع ثان) .

الفرع الأول الإرادة في التصرف الثلاثي

سادت خلال القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، فكرة أن الشخص حرّ في أن يقبل الإيجاب الموجه إليه، أو أن يعرض عنه، وإن قبله، يكون للطرفين الحرية الكاملة في تحديد أحكام

العقد الذي سيرمانه، سواء تلك المتعلقة بالشكل أو بالمضمون، ولا يجد من هذه الحرية سوى مقتضيات النظام العام والآداب العامة⁽¹⁾.

تعتبر هذه الفكرة حوصلة تأثير مبدأ سلطان الإرادة على نظام نشأة التصرفات القانونية، أين عرف هذا المبدأ مرحلة سيطرة وهيمنة على نظرية العقد⁽²⁾، غير أن هذه الهيمنة عرفت تراجعاً ملحوظاً في وقتنا الحالي⁽³⁾، فعرفت بذلك نظرية العقد تحوُّلاً كبيراً من حيث فلسفتها⁽⁴⁾ : فبعدما كان ينظر إلى العقد على أنه تطابق إرادتين من أجل إحداث آثار قانونية، أصبح ينظر إليه على أنه « ظاهرة اجتماعية»⁽⁵⁾.

ينتج عن هذا التغيير في المفهوم نتيجة جوهرية : فبعدما كانت إرادة المتعاقدين هي التي تحدد آثار العقد، أصبحت تحددها إرادة المجتمع، هذا ما يعطي حجة لتدخل الدولة، وسعيها في توجيه إرادة الأطراف⁽⁶⁾.

إن كانت مسألة دور الإرادة في نشأة العقود، وتحديد مضمونها قد حظيت بدراسات متعددة، فإن دورها في التصرفات الثلاثية لم يكن موضوع دراسة مسبقة، ومن أجل سدّ هذا الفراغ سوف نبحث دور الإرادة في نشأة التصرف الثلاثي (أولاً)، ثم دورها في تحديد مضمونه (ثانياً).

أولاً – دور الإرادة في نشأة التصرف الثلاثي :

سنبحث الشروط الواجب توافرها في الإرادة حتى تنشئ التصرف الثلاثي (I)، ثم مدى كفايتها في إنشائه (II).

I – الشروط الواجب توافرها في الإرادة حتى تنشئ التصرف الثلاثي :

ككل التصرفات القانونية، لا ينشأ التصرف الثلاثي إلا عن إرادة سليمة خالية من العيوب، لكن هل وجود ثلاث إرادات كاف لإنشاء التصرف الثلاثي ؟ بمعنى أن عدد الإرادات هو الذي يحدد

¹ - PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil ...*, op. cit. ; GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté ...*, thèse précitée ; DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales du droit privé ...*, op. cit.

² - RANOUIL (V.), *L'autonomie de la volonté ...*, thèse précitée, p. 17 et s.

³ - FLOUR (J.) et (AUBERT (J.-L.), ... *L'acte juridique ...*, op. cit., p. 72 et s.

⁴ - MORIN (G.), *La révolte du droit contre le code, la révision nécessaire des concepts juridiques ...*, op. cit. ; ROUETTE (G.), *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat ...*, thèse précitée.

⁵ - SALEILLES (R.), *De la déclaration de la volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique ...*, op. cit., p. 11 et s.

⁶ - DURAUD (P.), « La contrainte dans la formation du contrat », *RTD. Civ.*, 1944, p. 73 et s.

طبيعة التصرف؟

هناك مغالطة في طرح الإشكالية بهذه الصورة ؛ لأن الطبيعة الثلاثية للتصرف لا تنتج عن عدد الإرادات المعبر عنها، وإنما عن تقابل المصالح التي تعبر عنها هذه الإرادات (2) ، وهذا التقابل لا يحدث إلا بعد أن يتم الإعلان عن إرادات الأطراف (1) .

1 - ضرورة الإعلان عن الإرادة :

إذا كان وجود الإرادة شرط ضروري لتكوين التصرف القانوني، فهو غير كاف ؛ لأن الآثار القانونية لا تنشأ إلا إذا تم إظهار الإرادة والإعلان عنها⁽¹⁾ ، وعليه فإن التعبير عن الإرادة يتكون من عنصرين : عنصر داخلي نفساني، وهو الإرادة ، وعنصر خارجي اجتماعي ، وهو الإعلان عن هذه الإرادة، فالإعلان هو الذي يسمح للإرادة كعنصر داخلي، بأن تصبح شيئاً يمكن إدراكه وفهمه، كما يجعلها قادرة على إنشاء الآثار القانونية⁽²⁾ .

فيجب توافر شرطان حتى ينشأ التصرف القانوني : وجود قصد قانوني ؛ بمعنى أن يريد الشخص الآثار القانونية الناتجة عن التصرف، ووجود إعلان عن الإرادة، حتى تصبح هذه الإرادة قابلة لإدراكها من قبل الغير، فهدف التعبير عن الإرادة هو إعلام الغير بالقصد القانوني لصاحبه.

يستشف القصد القانوني من سلوك الشخص، غير أن ليس لكل سلوك إنساني معنى قانوني؛ لأنه يجب أن ينصبّ في لغة قانونية متعارف عليها حتى يكون كذلك، وقد يتم التعبير عن الإرادة عن طريق سلوك إيجابي أو سلبي.

إذا تم التعبير عن الإرادة عن طريق سلوك إيجابي ، فيجب التمييز بين التعبير الصريح والتعبير الضمني : إذ يكون صريحاً إذا كان المظهر الذي يتخذه موضوعاً للكشف عن الإرادة في حد ذاته، فهو لا يحتاج إلى تفسير من طرف الموجه إليه - هذا التعبير - حتى يفهمه⁽³⁾ ، ويكون كذلك إذا تم استعمال الكتابة (تحرير عقد، رسالة، فاكس... الخ)، أو الكلام مباشرة (الهاتف أو أي وسيلة تواصل

¹- FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *l'acte juridique* ... , op. cit. , p. 90 ; STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Droit civil, les obligations* ... , op. cit. , p. 78 ; TERRE (F.), SIMLLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 80.

²- GORE (F.), « *Rapport général* », in : *Les modes non formels d'expression de la volonté*, travaux de l'association (H.) CAPITANT, t. XX, Dalloz, 1972, p. 9.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، *نظرية العقد ...* ، مرجع سابق، ص. 152.

RIEG (A.), « *Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français* », in : *les modes non formels d'expression de la volonté*, travaux de l'association CAPITANT (H.), t. XX, Dalloz, 1972, p. 41.

لفظية أخرى)، أو عن طريق الإشارة المستعملة عند الصم والبكم⁽¹⁾، ويكون ضمينا إذا لم يكن المظهر الذي يتخذه موضوعا في حد ذاته للكشف عن الإرادة، وبذلك يكون بحاجة إلى أن يتم تفسيره من طرف من وجه إليه، حتى يتم فهمه⁽²⁾، ومثال ذلك أن يتصرف شخص في شيء لا يملكه، ولكن عرض عليه شراءه، فذلك دليل قبوله للشراء⁽³⁾، غير أن مسألة تفسير التعبير الضمني لا تترك للتقدير الشخصي لمن وجه إليه، فإذا تعارض تفسيره مع تفسير المعبر عن الإرادة، تدخل القاضي لتفسير هذا التعبير، وله في ذلك أن يستعين بظروف الحال، والملابسات التي رافقت ذلك التعبير الضمني. كما قد يتم التعبير عن الإرادة عن طريق سلوك سلبي، فلا يكون له أي مظهر خارجي⁽⁴⁾، عكس التعبير الضمني الذي يتجسد عن طريق اتخاذ موقف معين.

يعتبر السكوت سلوكا سلبيا؛ إذ تكون الإرادة غير معلنة، والقصد القانوني غير مؤكد، فلا يمكن اعتباره تعبيرا عن الإرادة من حيث الأصل، غير أنه يمكن اعتباره كذلك في بعض الحالات التي يكون فيها مرافقا لبعض الملابسات، وهو حل لا يمكن تصوره بالنسبة للإيجاب أو التصرف بإرادة منفردة؛ لأن كلاهما يفترضا من الشخص القيام بمبادرة، أي اتخاذ سلوك ايجابي⁽⁵⁾، فتبقى إمكانية تصوره في القبول فقط، باعتباره مجرد انضمام إلى فكرة⁽⁶⁾؛ إذ يكفي للتعبير عنه قول كلمة «نعم».

يتفق أغلب الباحثون على أن السكوت في حد ذاته – مجردا من أي ظرف ملابس – لا يمكن أن يشكل تعبيرا عن الإرادة؛ لأنه مهما تم الاجتهاد في استخلاص مدلول الإرادة، فلاشك في أن هذا الاجتهاد لن يصل إلى حد أن يستخلص من امتناع الشخص عن الإعلان عن إرادته دلالة عن التعبير عنها. فالعدم لا ينتج وجودا، ولو أخذنا بعكس ذلك، لجعلنا كثيرا من الناس مرتبطين بتصرفات لم يرضونها⁽⁷⁾. غير أن السكوت إذا ارتبط بظروف معينة اعتبر قبولا، فالسكوت لا يعتبر تعبيرا عن الإرادة إلا إذا كان ملابسا لظروف، لا تترك مجالاً للشك في دلالته، وقد حدّد القانون

¹ - GHESTIN (J.), *Traité de droit civil, conditions ...*, op. cit., p. 201 ; FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), *... l'acte juridique ...*, op. cit., p. 91 ; CARBONNIER (J.), *... les obligations ...*, op. cit., p. 78.

² - RIEG (A.), « *Rapport sur les modes non formels ...* » ... , art. précité, p. 41.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، *نظرية العقد ...*، مرجع سابق، ص. 153.

⁴ - HAUSSER (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique ...*, thèse précitée, p. 80.

⁵ - FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), *... l'acte juridique ...*, op. cit., p. 100.

⁶ - RIEG (A.), « *Rapport sur les modes non formels ...* » ... , art. précité, p. 43.

⁷ أنور سلطان، *الموجز في نظرية الالتزام ...*، مرجع سابق، ص. 64؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، *نظرية العقد ...*، مرجع سابق، ص. 157؛ أمجد محمد منصور، *النظرية العامة للالتزامات ...*، مرجع سابق، ص. 58؛ محمد صبري السعدي، *شرح القانون المدني الجزائري ...*، مرجع سابق، ص. 88.

PETIT (B.), *Ency. Dr. Civ.*, fasc. 3 – A, v^o « *Contrat et obligations, consentement* », p. 14 ; TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *... les obligations ...*, op. cit., p. 101.

الحالات التي يكون فيها السكوت ملاساً⁽¹⁾ :

- إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف تقضي باعتبار السكوت قبولا، كما لو استلم محترف في التجارة طلبية، وسكت عن الرد لمدة أربع وعشرين ساعة، فإنه يعتبر قابلا لهذه الطلبية⁽²⁾، أما فيما يتعلق بالسكوت عن الشروط الإضافية - والتي تعتبر من الحالات الأكثر شيوعا - كما لو أرسل تاجر بضاعة لمن طلبها، وأضاف شرطا في الفاتورة، فقد تغير موقف القضاء في فرنسا منها: فبعدما كان يعتبر السكوت فيها قبولا⁽³⁾، أصبح لا يعتبره كذلك⁽⁴⁾.

- إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، كما لو اعتاد تاجر توريد سلعة إلى عميل له دون أن ينتظر ردًا، فيعتبر سكوت العميل قبولا⁽⁵⁾.

- إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه: كالهبة تعرض على الموهوب له فيسكت، أو كعرض بتخفيض بدل الإيجار يوجهه المؤجر إلى المستأجر فيسكت⁽⁶⁾.

كما يكون السكوت كذلك قبولا، إذا نص العقد صراحة على ذلك، أو نص القانون على أن يكون السكوت قبولا⁽⁷⁾، فحالات اعتبار السكوت قبولا غير محدّدة على سبيل الحصر.

2 - ضرورة تعبير كل إرادة عن مصلحة تقابل المصلحتين اللتين تعبر عنهما الإرادتين الأخرتين :

قد رأينا - فيما سبق - أن معيار تصنيف التصرفات القانونية هو ليس عدد الإرادات التي تتدخل في إنشاء التصرف القانوني، بل هو تقابل المصالح التي تعبر عنها هذه الإرادات، فإن كان التعبير عن الإرادة شرط ضروري لإنشاء التصرف القانوني، فهو غير كاف؛ لأنه لا يشكل سوى

¹ - المادة 68 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

² - Cass. 2^{ème} Civ. , 6 juillet 1966, Bull. Civ. II, N° 737, p. 519.

³ عبد الرزاق أحمد السهوري، نظرية العقد ... ، مرجع سابق، ص. 162.

⁴ - Cass. Com, 16 juillet 1980, bull. Civ. IV, N° 300, p. 529.

⁵ - TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUTTE (Y.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 109 ; PETIT (B.), ... « *Contrat et obligations* », art. précité, p. 14 ; CHAUVEL (P.), *Rep. Dr. Civ.*, t. V, V° « *Consentement* », p. 15.

⁶ - TERRE (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUTTE (Y.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 103.

⁷ تنص المادة 1/355 مدني جزائري: « في البيع على شرط التجربة، يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه وعلى البائع أن يمكنه من التجربة، فإذا رفض المشتري المبيع يجب عليه أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها ... ، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع، اعتبر سكوته قبولا ... ».

العنصر الشكلي، الذي يترجم عنصر المصلحة، والذي يعتبر العنصر الجوهرى للعملية القانونية المنجزة⁽¹⁾.

وتظهر هذه الفكرة بأكثر وضوح عند تحليل الآلية التي يتم بها التعاقد عن طريق النيابة، والتي يتبين من خلالها أن المصلحة هي محل الاعتبار، وليس الإرادة التي يتلخص دورها في تفعيل الحقوق الشخصية في شكل قدرة تسمح لصاحب الحق بإنشاء تصرفات قانونية.

فيقوم النائب في النيابة بإبرام التصرف عن طريق التعبير عن إرادته هو، لا عن إرادة الأصيل⁽²⁾، غير أن هذه الإرادة تعبر عن مصلحة الأصيل، بدليل أنه يجب أن يعلم المتعاقد معه وقت إبرام العقد بصفته كنائب، وإلا فإن آثار العقد لن تنصرف إلى الأصيل⁽³⁾؛ وعليه فإن التعبير عن الإرادة ليس هو الأساس في التزام الأصيل؛ لأنه لا يعبر عن إرادته، وإنما أساس التزامه هو مصلحته التي عبر عنها النائب.

يمكن أن نستنتج مما سلف ما يلي: لا يكون للإرادة بعد قانوني إلا باعتبار المصلحة التي تعبر عنها. وعليه يمكن تقسيم الإرادة القانونية إلى عنصرين: عنصر جوهرى يتمثل في المصلحة التي تعتبر أساس التزام الشخص، وعنصر شكلي يتمثل في قدرة الشخص في تفعيل حقه لإنشاء التصرفات القانونية.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن القانون الوضعي يجبرنا على قبول فكرة أن الشخص بإمكانه إبرام التصرف دون أن يعبر عن إرادته، كسكوت القابل إذا كان الإيجاب موجها لمصلحته المحضة⁽⁴⁾، وعليه فإن أساس إبرام التصرفات القانونية هو ليس الإرادة، وإنما هو المصلحة التي تعبر عنها هذه الإرادة، فالإرادة ما هي إلا ذلك القرار الذي يتخذه الشخص، إذا قدر أنه مطابق لمصلحته أو للمصلحة التي يمثلها لممارسة الامتيازات القانونية في إنشاء التصرفات القانونية، المتعلقة بحقه أو بحق من ينوب عنه.

يمكن أن نستخلص مما سلف، أنه حتى ينشأ تصرف قانوني يجب أن يكون هناك تعبير عن الإرادة ينقل مصلحة قانونية لصاحب الحق، كما أنه يمكن الاستغناء عن التعبير عن الإرادة إن لم يكن

¹ - MARTIN DE LA MOUTTE (J.), *L'acte juridique unilatéral ...*, thèse précitée, p. 38.

² - هذا ما يميزه عن الرسول الذي يكفي بنقل إرادة الأصيل، ولأكثر تفصيل في موضوع النيابة، أنظر عمل الأستاذ "STORCK" السابق ذكره.

³ - المادة 75 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁴ - المادة 2/68 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

ضروريا للتعرف على مصلحة المتصرف، وأن عدد المصالح المتميزة الواحدة عن الأخرى هو الذي يسمح بتصنيف التصرفات القانونية، فإذا كان تقابلا واحدا اعتبر التصرف عقدا، بينما إذا كان هناك تقابليين في تصرف واحد اعتبر التصرف تصرفا ثلاثيا، ففي الاشتراط لمصلحة الغير، والذي يعتبر تصرفا قانونيا ثلاثيا يشترط فيه شخص يسمى المشتراط على شخص آخر يسمى المتعهد بأن يقوم بأداء معين لمصلحة شخص ثالث يسمى المنتفع، يظهر وجود ثلاث مصالح متقابلة فيما بينها. فمصلحة المشتراط تقابل مصلحة المتعهد، ومصلحة المنتفع، وهي قد تكون مادية أو أدبية، كما لو أبرم المشتراط الاشتراط من أجل سداد دين للمنتفع (مصلحة مادية)، أو أبرم اشتراطا من أجل ضمان الاعتناء بشخص مريض يهيمه (مصلحة معنوية)، أما مصلحة المتعهد فهي متميزة عن مصلحة المشتراط والمنتفع معا، وهي تتمثل في المقابل الذي سيتحصل عليه من المشتراط، أما مصلحة المنتفع فهي جلية، وليست بحاجة لأي تعبير عن الإرادة حتى يتم التعرف عليها، وهي تتمثل في الزيادة التي ستحدث في ذمته المالية.

أما في الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة، فإن مصالح كل من الشركة المؤجرة، والمستأجر والبائع تتقابل الواحد مع الآخرين: تتمثل مصلحة الشركة المؤجرة في تحصيل فوائد القرض، وضمانه عن طريق استعمال تقنية الملكية، وهي مصلحة تقابل مصلحة المستأجر، بينما مصلحة التي تقابل مصلحة البائع فهي تتمثل في التزام البائع بالتعاون، أما مصلحة المستأجر في مواجهة الشركة المؤجرة، فتتمثل في تمكين هذه الأخيرة إياه من الانتفاع بالأصل، بينما مصلحة البائع في مواجهة الشركة المؤجرة، ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية، أما مصلحة البائع فتتمثل في قبض الثمن.

II – مدى كفاية الإرادة في إنشاء التصرف الثلاثي :

لقد بينا لحد الآن أنه يجب أن يكون للإرادة دور في الكشف عن مصلحة صاحبها حتى نعتد بها في التصرف الثلاثي، وأن تتقابل مع الإيرادات الأخرى المساهمة في ذات التصرف. لكن هل يتوافر هذين الشرطين يصبح التعبير عن الإرادة كاف لإبرام التصرف؟ أم يجب أن تنصب هذه الإرادة في قالب معين؟

الأصل في التصرفات القانونية أنها رضائية (1)، فهي تتم بمجرد تبادل الأطراف التعبير عن إراداتهم المتطابقة⁽¹⁾، ولبداً الرضائية أهمية بالغة في الحياة الاقتصادية، لدوره في تسهيل المبادلات

¹ المادة 59 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

التجارية، غير أن له عيب يتمثل في صعوبة إثبات هذه التصرفات ، هذا ما يفسر اتجاه المشرع إلى التقليل منه ، وحتى التخلي عنه في بعض التصرفات ، واعتماد مبدأ الشكلية (2) .

1 - المبدأ : رضائية التصرف .

يرم التصرف القانوني - في الأنظمة القانونية الرضائية- بمجرد تبادل التراضي بين أطرافه . هذا ما يعرف بمبدأ الرضائية . غير أنه لا يجب أن يفهم من هذا المبدأ انعدام الشكل ، وإنما حرية الشكل⁽¹⁾ ، فإذا اتفق البائع والمشتري على تحرير عقد بيع منقول أمام موثق ، فإن هذا العقد يبقى رضائيا ، على الرغم من أنّ الإرادة ستفرغ في شكل معين؛ لأن الأطراف اختاروا بكل حرية هذا الشكل .

فالعقد لا يكون شكليا إلا إذا ألزم المشرع الأطراف بإفراغه في قالب معين ، فليس إفراغ الإرادة في قالب معين هو الشكل ، وإنما الشكل هو إرغام الأطراف على إفراغ إرادتهم في قالب معين ، فالاشتراط لمصلحة الغير هو رضائي، حتى لو اتفق الأطراف على تحريره أما ضابط عمومي، أو شهره في جريدة يومية ... الخ.

يشترك مبدأ الرضائية - عند بعض الباحثين- من مبدأ أكثر عمومية منه ، وهو مبدأ حرية التعاقد⁽²⁾ ، غير أن الأصح هو اعتبار كل من الرضائية وحرية التعاقد مبدأين متمايزين ، وهما تطبيقين لمبدأ سلطان الإرادة في مرحلة نشأة التصرفات القانونية: يتعلق مبدأ الرضائية بشكل التصرف، بينما مبدأ حرية التعاقد بمضمونه ، لأنه من ناحية نظرية قد يعتمد المشرع مبدأ دون الآخر⁽³⁾ ، كما في بيع العقار، أين يتم اعتماد مبدأ حرية التعاقد دون مبدأ الرضائية، هذا ما يبين أنهما مبدأين متمايزين.

لمبدأ الرضائية أهمية أخلاقية واقتصادية، فهو أكثر أخلاقية من الشكلية ؛ لأنه يلزم الشخص باحترام تعهده ، بينما الشكلية تسمح له بنقض التعهد الذي تعهده إذا لاحظ غياب إجراء شكلي معين، فيجوز لبائع عقار مثلا، عدم احترام تعهده قبل المشتري إذا لاحظ أن إجراءات الشهر غير محترمة. هذا ما جعل أنصار القانون الكنسي الذي يؤمنون بمبدأ « أن الثيران تربط من قرونها، والرجال من

¹- FLOUR (J.), « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in : *le droit privé français au milieu du XX siècle* », études offertes à (G.) RIPERT, L.G.D.J., Paris, 1950, p. 96.

²- V. GHESTIN (J.), *Traité de droit civil, conditions ...* , op. cit. , p. 28.

³- FLOUR (J.), « Quelques remarques sur l'évolution ... » ... , art. précité, p. 91.

ألسنتهم»⁽¹⁾ يستبعدون مبدأ الشككية في التصرفات القانونية . كما أن مبدأ الرضائية أكثر استجابة للمعطيات الاقتصادية، فهو يجعل التصرفات القانونية أكثر بساطة، وأكثر سرعة، كما يجعلها غير مكلفة، عكس الشككية التي تجعل التصرفات معقدة، وبطيئة، ومكلفة، بالإضافة إلى أنها لا تعطي أي أهمية للتعبير الضمني للإرادة⁽²⁾.

يكون التصرف الثلاثي رضائيا ما لم يتعلق بعقار أو بإنشاء شخص معنوي أو بنقل ملكية طائفة أو سفينة، وبعبارة عامة، في كل الحالات التي لا ينص فيها المشرع صراحة على أن التعامل في شيء معين يكون شكليا . فالاشتراط لمصلحة الغير، والذي يعتبر رضائيا في كل الأحوال طبقا للتقنين المدني الجزائري ؛ لأنه يفصل بين التزام المتعهد قبل المنتفع، والالتزام القائم بين المشتري والمتعهد، يصبح شكليا إذا تعلق بعقار في نظرية التصرف القانوني الثلاثي ؛ لأنه لا يجوز الفصل بين تصرفات تهدف إلى تحقيق عملية واحدة.

2 – الاستثناء : الشككية .

يكون التصرف رضائيا إذا كانت طرق التعبير عن الإرادة فيه حرة⁽³⁾، فينعقد التصرف دون حاجة إلى إفراغ التعبير عن الإرادة في شكل معين ، ويكون التصرف معتدا به سواء بين الأطراف أو في مواجهة الغير ، ويكون شكليا إذا فرض المشرع وجوب التعبير عن الإرادة بطريقة معينة.

هناك من المفسرين من لا يعتبر الشكل المفروض من المشرع شككية ، إلا إذا رتب المشرع على مخالفته بطلان التصرف⁽⁴⁾، فتلك الأشكال التي يفرضها المشرع دون أن يرتب على مخالفتها بطلان التصرف لا تعتبر شككية⁽⁵⁾. فهم يركزون على صحة التصرف في تصنيفهم . غير أن هناك من المفسرين من يركز على معيار حرية التعبير عن الإرادة⁽⁶⁾، فيعتبر التصرف رضائيا متى كان الأطراف أحرارا في اختيار الطريقة التي سيعبرون بها عن إرادتهم ، ويكون شكليا متى كانوا ملزمين بإتباع طريقة فرضت عليهم، وعدم توافر الشككية لا يؤدي بالضرورة إلى بطلان التصرف، ففي حالات قد يؤدي إلى عدم نفاذ التصرف في مواجهة الغير فقط ، فيطلقون مصطلح « شككية مباشرة» على الشكل الذي يترتب

1- MONTERO (E.) et DEMOULIN (M.), « La formation du contrat depuis le code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », <http://www.creda.ccip.fr>, p. 01.

2- FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *L'acte juridique* ... , op. cit. , p. 216.

3- Ibid , p. 214.

4- أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات ... ، مرجع سابق، ص. 38 و 39 ؛ محمد حسنين منصور، مصادر الالتزام ... ، مرجع سابق، ص.ص.

55 و 56.

5- تنص المادة 645 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم : « لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ... ».

6- FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *L'acte juridique* ... , op. cit. , p. 216 et s.

على عدم احترامه بطلان التصرف، ومصطلح « شككية غير مباشرة » على الشكل الذي يترتب على تخلفه عدم نفاذ التصرف في مواجهة الغير⁽¹⁾.

تختلف الأشكال التي يستوجبها المشرع : فقد تكون كتابة التصرف فقط، كما قد تكون وجوب كتابته من طرف ضابط عمومي، أو وجوب شهره في سجل إداري معين. غير أن ما يستدعي التدقيق هو التمييز بين الشكل الذي يقرر للإثبات والشكل الذي يقرر للصحة.

يكون لتخلف الشكل المقرر للإثبات - من الناحية العملية- نفس أثر الشكل المقرر للصحة؛ لأن التصرف الذي لا نستطيع إثباته يكون غير فعال ، أمّا مسألة أنه يمكن إثبات هذا التصرف عن طريق الإقرار، فأهميتها نظرية فقط ؛ لأن الطرف الذي يتنازع المتعاقد معه في وجود التصرف لتخلف الكتابة، لا ننظر منه إقرارًا ؛ لأنه لو كان في نيته إقرار التصرف ، لما حدث نزاع بشأن التنفيذ .

أ - اشتراط الكتابة :

قد يشترط المشرع أن يتم إفراغ التعبير عن الإرادة في ورقة مكتوبة، غير أنه يجب أن نميز حالتين : حالة يرتب فيها المشرع جزاء على عدم كتابة التصرف، وهي في الغالب تلك الحالات التي يشترط فيها المشرع تحرير التصرف من طرف ضابط عمومي ؛ إذ يجب أن تحرر التصرفات التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، وكل نقل لأسهم شركة أو حصص منها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو مؤسسات صناعية، وكذلك التصرفات المنشئة لأشخاص معنوية من طرف موثق، وإلا كانت باطلة⁽²⁾، فتكون الكتابة هنا شكلية بكلا المعيارين، معيار صحة التصرف، ومعيار حرية التعبير عن الإرادة . وحالة يشترط فيها الكتابة للإثبات، فتخلف الكتابة يجعل التصرف غير نافذ في مواجهة الغير، وهنا تكون الكتابة شكلية بمعيار حرية التعبير عن الإرادة، ولا تكون كذلك بمعيار صحة التصرف . وحالة لا يرتب فيها المشرع جزاء بتاتا على تخلف الكتابة، كما في الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة⁽³⁾، أين أوجب المشرع تحرير العقد بشكل يجعل عناصره واضحة لا غموض فيها، غير أنه أغفل إيراد جزاء عن عدم التحرير، فهنا لا يمكن اعتبار الكتابة شكلا بكلي المعيارين .

¹ - Ibid , p. 216.

² - المادة 324 مكرر 1 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

³ - المرسوم التنفيذي رقم 06 - 90، السالف الذكر.

ب - الشهر :

قد يشترط المشرع شهر التصرف في أحد السجلات الإدارية حتى ينتج آثاره، أو أثرًا من هذه الآثار، ولعل أهم قواعد الشهر هي تلك المتعلقة بالشهر العقاري ، والتي تطبق على كل تصرف ناقل للملكية عقار أو حق عقاري .

هناك نظامين للشهر، شهر شخصي وشهر عيني، يتم الاعتماد في نظام الشهر الشخصي في إعلان التصرفات على أسماء المتصرفين الذين يكونون محل الاعتبار في هذا النظام ؛ إذ يتم مسك سجلين : الأول حسب الترتيب الأبجدي لأسماء المتصرفين، والآخر على أساس الترتيب الكرونولوجي لتقديم التصرفات للشهر، وعليه لو أراد شخص أن يعرف ما إذا كان المالك قد تصرف في عقاره، فما عليه سوى أن يتقدم أمام المحافظ باسم ولقب المالك، والمدة الزمنية التي يريد أن يتأكد فيها بأن المالك لم يتصرف بالملك، أمّا في الشهر العيني فيتم مسك بطاقات عقارية، تخصص كل بطاقة لعقار معين، يسجل فيها كل التصرفات التي تلحق هذا العقار، فمحل الاعتبار في هذا النظام هو العقار نفسه وليس مالكة.

لا تنتقل الملكية في القانون الجزائري بالعقد، ولو كان رسمياً⁽¹⁾ . بل أكثر من ذلك، لا ينتج العقد الموثق آثاراً قانونية لا بين الأطراف⁽²⁾ ، ولا في مواجهة الغير إذا لم يكن مشهراً⁽³⁾ .

كما أن المشرع يشترط شهر تصرفات أخرى في سجلات أخرى ، كالسجل التجاري، فقد اشترط شهر الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة أمام المركز الوطني للسجل التجاري ، وحدد إجراءاته، غير أنه لم ينص على أي جزاء على تخلفه⁽⁴⁾ .

يرى جانب من الفقه أن إجراءات الشهر لا تمس بمبدأ الرضائية ؛ لأن العقد يبقى دائماً سارياً في مواجهة الأطراف، فإغفال الشهر يجعل العقد غير نافذ في مواجهة الغير فقط⁽⁵⁾ ، غير أن الأستاذ " FLOUR " يرى أن الشهر يعتبر شكلية؛ لأنه إذا كان تراضي الأطراف لا يكفي لإعطاء التصرف

¹ - المادة 793 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

² - تنص المادة 16 من الأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج.ر.ع. 92 المؤرخ بـ 18 نوفمبر 1975 على أنه : « التصرفات الإدارية والاتفاقات الرامية إلى إنشاء، نقل، تصريح، تعديل، أو انقضاء حق عيني، لا تنتج أثراً حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية » .

³ - تنص المادة 15 من الأمر 74/75 السالف الذكر على أنه : « كل حق ملكية، وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار، لا وجود له بالنسبة للغير إلا بفعل الإشهار ومن تاريخ هذا الإشهار في البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية بواسطة الوفاة يكون مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية » .

⁴ - المرسوم التنفيذي رقم 90/06، السالف الذكر.

⁵ - MAZEAUD (H.,L.et J.), *Leçons de droit civil ...* , op. cit. , p. 64.

الفعالية الكاملة ، وكان في حاجة إلى إجراء معين حتى تكتمل فعاليته ، أعتبر ذلك مساسا بالرضائية⁽¹⁾ ، والتصرف غير المشهر لا يكون كامل الفعالية في مواجهة الغير .

ثانيا - دور الإرادة في تحديد مضمون التصرف :

قبل أن يتم التصرف تكون هناك مرحلة تفاوض يتم خلالها تحديد جل أحكامه، والفقهاء الكلاسيكي يبني فكرة التصرف العقدي كما يلي : يدخل طرفان - متساويان في المركز الاقتصادي - في نقاش حرّ ينتهي باتفاق، ويفترض أن يكون الطرفان قد ناقشا كل البنود وتم قبولها بكل حرية من الطرفين⁽²⁾ ، هذا ما يعبر عنه بمبدأ حرية التعاقد. غير أنه ظهرت في وقتنا الراهن عدّة استثناءات لهذا المبدأ، نتيجة تدخل المشرع وتوجيهه لإرادة الأشخاص، وذلك بوضع أحكام لا يجوز مخالفتها، أو ما يعرف بالقواعد الآمرة، وما يحد من دور الإرادة في تحديد مضمون التصرف، هو ليس وجود القواعد الآمرة، وإنما كثرتها.

يقضي مبدأ حرية التعاقد بأن الأشخاص أحرار في التعاقد أو عدم التعاقد، أحرار في اختيار الطرف الذي سيتعاقدون معه، أحرار في تحديد شروط العقد ومضمونه بناء على مناقشة أساسها المساواة، ولا يحد من هذه الحرية سوى أحكام النظام العام والآداب العامة⁽³⁾ .

غير أنه حتى تكون هناك حرية حقيقية في إبرام التصرفات القانونية يجب أن تكون هناك مساواة في المراكز الاقتصادية للأطراف، فلا يعقل أن تكون حرية مناقشة عند إبرام تصرف مع طرف يكون مهيمنًا على السوق⁽⁴⁾ ، والحياة العملية تثبت لنا أن هذه المساواة لا تتحقق في كل الأحوال، هذا ما جعل المشرع يتدخل عن طريق توجيه إرادة الأشخاص من أجل تحقيق العدالة الاجتماعية.

فنكون أمام توجيه تشريعي⁽⁵⁾ كلما كانت الإرادة غير حرة في تحديد مضمون العقد أو التصرف، وفي الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة تكثرت تدخلات المشرع بهدف الحفاظ على النظام

¹- FLOUR (J.), « *Quelque remarques ...* » ... , art. précité, p. 94 et s.

²- GAUDMET (E.), *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1965, publiée par GAUDMET (J.) et DEBOIS (H.), réimpression de l'édition de 1937, p. 52.

³- PLANIOL (M.), et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil ...* , op. cit. , p.p. 19 et 20.

⁴- المادة 1/1 من القانون 96 - 09. السالف الذكر.

⁵- Sur cette notion V°, JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil ...* , op. cit. , p. 223 ; CADORET (V.), *Réflexions sur les contrats d'affaires, plaidoyer pour une théorie réaliste du contrat*, thèse Montpellier I, 2012, p. 85 et s.

العام الاقتصادي، فلا يجوز أن تبرم عملية الاعتماد التجاري للأصول المنقولة إلا مع مؤسسة مالية، فلو أبرم تصرف بين مستأجر وبائع أو ممول لا يتمتع بصفة المؤسسة المالية، لا يعتبر هذا التصرف اعتمادًا إيجاريا للأصول المنقولة .

كما أن المشرع لا يترك للأطراف حرية في تحديد موضوع الاعتماد التجاري للأصول المنقولة؛ إذ لا يجوز للأطراف أن يبرموا تصرفا يكون محله ليس ذا استعمال مهني⁽¹⁾، فحتى لو اتفقوا على الخصائص المتعلقة بالاعتماد التجاري للأصول المنقولة، وكان المحل استهلاكي، فإن التصرف لن يكيف على أساس أنه اعتماد إيجاري .

حدّ أيضا المشرع من حرية الأطراف فيما يتعلق بزمن تحديد القيمة المتبقية من سعر اقتناء الأصل، فأوجب أن تحدد أثناء الإبرام، ولا تترك إلى نهاية المدة غير القابلة للإلغاء⁽²⁾ .

كما أنه لم يترك للأطراف حرية في تحديد مدة الإيجار غير القابلة للإلغاء، وجعلها تحدد على أساسين فقط: العمر الاقتصادي، والاهتلاك المحاسبي أو الجبائي، والذي تحدد قواعد حسابه عن طريق التنظيم⁽³⁾ .

ولا يتعلق التوجيه التشريعي بالتصرفات الثلاثية فقط، وإنما تشترك فيه كل التصرفات القانونية، ففي البيع لا يجوز الاتفاق على عدم الضمان، إذا كان نزع اليد ناشئ عن فعل البائع⁽⁴⁾، وفي عقد الشركة لا يجوز للشركاء الاتفاق على أن لا يسهم أحد الشركاء في أرباح الشركة، ولا في خسائها⁽⁵⁾، كما أنه في عقد القرض بين الأفراد لا يجوز الاتفاق على الأجر⁽⁶⁾ .

فدور الإرادة في تحديد مضمون التصرفات القانونية، قد تراجع نتيجة تدخل المشرع من أجل تحقيق الصالح العام، وهذا راجع إلى تأخر فلسفة المذهب الفردي خلال القرن العشرين، بعد ملاحظة أنه لا يحقق العدالة بين الأفراد، فالتراضي لوحده، لا يحقق العدالة على حد قول الفقيه " IHERING " : « الاستجابة للمطالبة بالحرية المطلقة في العلاقات والمبادلات الاجتماعية، هو بمثابة إعطاء رخصة

¹ -المادة 3/1 من القانون 96 - 09 ، السالف الذكر .

² -المادة 11 من القانون 96 - 09 ، السالف الذكر .

³ -المادة 2/12 من القانون 96 - 09 ، السالف الذكر .

⁴ -المادة 378 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم .

⁵ -المادة 426 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم .

⁶ -المادة 454 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم .

صيد لقراصنة مع إعطائهم حق الاستيلاء على كل ما يقع تحت أيديهم»⁽¹⁾ ، فالعدالة ليست من اختصاص التصرفات القانونية، وإنما من اختصاص القانون، فبين القوي والضعيف الحرية تخضع، والقانون يجزّر.

الفرع الثاني تلاقي المصالح

ركزنا على تلاقي المصالح لا تلاقي الإرادات ؛ لأن التصرف قد يتم دون أن يكون هناك تعبير عن الإرادة ، كما في حال توجيه إيجاب للمصلحة المحضة لمن وجه إليه ، فهنا يتم التصرف بسكوت هذا الأخير ، لأن مصلحته قد تلاقت مع مصلحة الموجب دون حاجة إلى أن يعبر عن إرادته. ولا يتم التصرف - في كل الأحوال - بمجرد قيام كل طرف بالتعبير عن إرادته الناقل لمصلحته ، وإنما بتلاقي هذه المصالح ، وحتى نبين أنه ليس هنالك شكل محدد لتلاقي المصالح ، سوف نعرض كيفية تلاقيها في العقود (أولا) ، قبل أن نعرض كيفية تلاقيها في التصرف القانوني الثلاثي (ثانيا) .

أولا - تلاقي المصالح في العقود :

هناك صورة عامة لتلاقي المصالح في العقود (I) ، وصور خاصة (II).

I - الصورة العامة :

يسبق - بحكم طبيعة الأشياء - تعبير عن الإرادة التعبير عن الإرادة الآخر، وحتى يعتبر هذا التعبير عن الإرادة إيجابا يجب أن يكون دقيقا محددًا للشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، وأن يكون باتا لا تحفظ فيه ، وإلا أعتبر مجرد دعوة إلى التعاقد .

¹- VON IHERING (R.) , *L'évolution du droit*, traduit sur la 3^{ème} éd. Allemande, par O. DE MEULENAERE, Marescq, Paris, 1901, p. 96 : « La liberté illimitée dans les relations et les transactions sociales est une prime donnée à l'extorsion, un permis de chasse délivré aux pirates et aux brigands, avec droit de prise sur tous ceux qui leur tombent entre les mains. ».

غير أن الإيجاب لا يلاقيه دائماً قبول، فقد يصدر قبول مغاير لهذا الإيجاب، فيعتبر بدوره بمثابة إيجاب جديد⁽¹⁾، وهكذا حتى يصدر قبول نهائي، تسمى هذه المرحلة بمرحلة التفاوض، أين يتم مناقشة كل الشروط، والاتفاق عليها بكل حرية، وتنتهي هذه المرحلة بإيجاب نهائي يليه قبول .

يمكن تلخيص مراحل التعاقد في صورها العادية كما يلي :

- 1 - مرحلة تفاوض : يتم فيها مناقشة شروط العقد بما يتفق مع مصالح الأطراف.
- 2 - صدور إيجاب : لا يعتبر كل عرض للتعاقد إيجاباً بالمفهوم التقني، فالإيجاب هو ذلك التعبير عن الإرادة الدقيق، والبات، والحالي من كل لبس.

يكون التعبير عن الإرادة دقيقاً إذا كان شاملاً لكل المسائل الجوهرية . ويعتمد الفقه على معيار نوع العقد لتمييز المسائل الجوهرية عن المسائل التفصيلية، فالمسائل الجوهرية هي تلك المسائل التي يصعب تحديد نوع العقد بدونها⁽²⁾، ففي البيع مثلاً، يعتبر تعيين الشيء المتنازل عنه والثن من المسائل الجوهرية⁽³⁾.

كما يكون التعبير عن الإرادة باتاً إذا كان جازماً في دلالاته على نية التعاقد، ووجود كون التعبير عن الإرادة جازماً يثير مسألة التحفظات، التي تعني تلك القيود التي يوقف عليها المتعاقد تمام العقد، فهل كل تحفظ يسقط صفة الإيجاب عن التعبير عن الإرادة ؟

التحفظات نوعان : تحفظ متوقف على الإرادة المحضة للموجب، كما لو كان موجهاً للجمهور واحتفظ مقدم العرض بحقه في اختيار المتعاقد معه، كما يحدث في إعلانات التوظيف، إذ لا يمكن للمترشح الأول أن يطالب بالحصول على الوظيفة، لأنه أول من عبر عن إرادته بالقبول⁽⁴⁾، وتحفظ غير متوقف على الإرادة المحضة للموجب، كعرض بيع سلعة معينة، لكنها متوفرة بكمية محدودة، فكل قبول يصادف عدم انتهاء السلعة ينقذ به العقد . وعليه ليس كل تحفظ يسقط صفة الإيجاب عن التعبير عن الإرادة، فقط التحفظ المتوقف على الإرادة المحضة للموجب يسقط هذه الصفة.

ويكون التعبير عن الإرادة خال من كل لبس إذا لم يتضمن عدّة خيارات لم يستقر الموجب على واحد منها، كمن يعرض التنازل على ملكية سيارته غير أنه لم يستقر على البديل : ثمن نقدي، أو

¹ - المادة 66 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

² - AUBERT (J.-L.), *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la ...*, thèse précitée, p. 52.

³ - المادة 351 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁴ - TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 90.

شيء معين، فلا يعتبر هذا التعبير عن الإرادة إيجاباً ؛ لأن إرادته غير واضحة، فهل يقصد البيع أو المقايضة⁽¹⁾.

يختلف الإيجاب بهذا المفهوم عن الدعوة إلى التفاوض، والمتمثلة في ذلك العرض الذي يتقدم به الشخص بهدف الدخول في مناقشة، قد تنتهي بإبرام عقد معين⁽²⁾، كأن يتصل تاجر بمقاول يعرض عليه دراسة تكلفة تجهيز محل تجاري، فيقوم هذا المقاول- بعد الدراسة- بتقديم عروض تختلف باختلاف المواد الأولية، والتقنية المستعملة، التي قد تكون أساساً لتحديد العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه⁽³⁾.

وقد اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للإيجاب، فمنهم من يرى أنه واقعة قانونية، ومنهم من يرى أنه تصرف قانوني⁽⁴⁾.

إن أول القائلين بأن الإيجاب تصرف قانوني، هو الأستاذ "WORMS" في رسالته التي تحمل عنوان « الإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام »⁽⁵⁾، أين بدأ هذا الباحث بملاحظة بعض الحالات في القانون الروماني، أين يلتزم الشخص بمجرد التعبير عن إرادته، دون أن يطابق ذلك التعبير تعبيراً عن إرادة مقابلة، كالوعد بجائزة أو النذر، أين يلتزم الشخص دون وجود عقد معين⁽⁶⁾، فأساس التزام الموجب بالبقاء على إيجابه- بالنسبة لهذا الباحث- في مواجهة الغير، هو الالتزام بإرادة منفردة⁽⁷⁾. وقد ذهب إلى أبعد من ذلك، حيث حلل العقد على أساس أنه مجموع تصرفين بإرادة منفردة⁽⁸⁾، فالإيجاب هو تصرف قانوني إذا كان موجهاً لشخص، أو أشخاص معينين، أو كان مقترناً بمدة، وتطابقه مع القبول الذي هو بدوره تصرف قانوني ينتج تصرفاً ثالثاً، وهو العقد.

¹- AUBERT (J.-L.), *Notions et rôles ...*, thèse précitée, p. 91.

²- PETIT (B.), ... « *Contrat et obligation...* », art. précité, p. 07.

³- CARBONNIER (J.), ... *les obligations ...*, op. cit., p. 68.

⁴- لاكثر تفصيل أنظر :

AUBERT (J.-L.), *Notions et rôles de l'offre ...*, thèse précitée, p.p. 80 – 104.

⁵- WORMS (R.), *De la volonté unilatéral ...*, thèse précitée, p. 165.

⁶- Ibid, p.p. 32 et 64.

⁷- WORMS (R.), *De la volonté unilatérale ...*, thèse précitée, p. 176 : « C'est de sa volonté seule qu'émane cet engagement annexe (obligation de s'en tenir à son offre pendant un délai), et pour le former, il n'a pas plus demandé une acceptation que l'autre partie n'en a donnée.

Reconnaissons donc nettement qu'il ya ... , un engagement né simplement d'une déclaration unilatérale de volonté, émanée du débiteur. ».

⁸- Ibid, p.p. 184 – 185 : « On est ainsi amené à scinder tout contrat en deux parties, l'offre et l'acceptation. Mais celle – ci, elle-même, crée des charges pour l'acceptant, ne fut-ce que l'obligation de s'en tenir à sa parole une fois qu'elle est parvenue à destination. On peut donc dire que tout contrat se divise en deux parties : l'engagement de l'offrant et l'engagement de l'acceptant. Or ces deux engagements ont chacun leurs conditions de validité distinctes, puisque chacun exige consentement et la

غير أن الأستاذ " WORMS " يرى أن الإيجاب يكون واقعة مادية يجوز العدول عنه في الحالات التالية :

- قبل وصول الإيجاب إلى الموجه إليه، بشرط وصول العدول قبل الإيجاب.
- بعد مرور المدة التي حددها الموجب للبقاء على إيجابه.
- بعد انتهاء المدة التي أعطاهها الموجب له حتى يفكر، ويجيب.

وإن كان يصعب تقبل هذا التكييف المقترح من طرف الأستاذ " WORMS " في القرن التاسع عشر، نتيجة رفض الفقه والقضاء فكرة نشأة الالتزام عن إرادة منفردة آنذاك، فإنه يسهل تقبله حالياً، خصوصا وأن أغلب التشريعات الحالية تنص صراحة على الالتزام بإرادة منفردة، ومن بينها التشريع الجزائري⁽¹⁾.

4 - صدور قبول : وهو التعبير الثاني عن الإرادة، والذي يجب أن يطابق الإيجاب حتى يتم العقد، فهو المصادقة على الإيجاب، إذ يكفي للتعبير عنه قول كلمة « نعم »⁽²⁾.

ولا يمكن تصور القبول إلا بسيطا مصادقا للإيجاب، ولو احتوى على طلب تعديل أحد العناصر التي احتواها الإيجاب، أعتبر إيجابا جديدا، وتعذر انعقاد العقد، غير أنه لا يعتبر القبول الذي يرمي إلى تدقيق محل العقد إيجابا مقابلا⁽³⁾، كما لا يعتبر أيضا إيجابا مقابلا، ذلك القبول الذي يرمي إلى تذكير الموجب بقاعدة تشريعية عامة آمرة ؛ إذ لا يمكن تجنب تطبيقها في كل حال من الأحوال⁽⁴⁾.

هناك حالات يتم فيها قبول بعض الإيجاب دون البعض الآخر، فإذا تبين من طبيعة التعامل أن العرض لا يقبل التجزئة، فالقبول الجزئي للإيجاب لا يعتد به، أما إذا تبين من طبيعة التعامل، أن العرض يقبل التجزئة، فيتم العقد بالنسبة للجزء الذي تم فيه القبول⁽⁵⁾، غير أنه في بعض الحالات قد يقتصر القبول على المسائل التفصيلية دون المسائل الجوهرية، فهل يتم العقد بقبول المسائل التفصيلية؟

capacité de celui qui s'engage, puisque chacun a son objet et sa cause propres. Chacun deux, même, a sa date distincte (...). En un mot donc, nous sommes en face de deux actes distincts, ayant chacun leurs conditions, leur date, leur effets propre. Le contrat n'est dès lors rien de plus que la somme de deux déclarations de volonté unilatérales. ».

¹ - الفصل الثاني مكرر من الباب الأول من الكتاب الثاني من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

² - FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *l'acte juridique* ... , op. cit. , p. 97 ; TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 98 ; CARBONNIER (J.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 80 ; MALINVAUD (Ph.), *Les obligations* ... , op. cit. , p. 60.

³ - Cass 1^{er} Civ. , 27 Mai 1961, Bull. Civ., I, n° 271. p. 125.

⁴ - Cass 1^{er} Civ. , 21 janv. 1958, Bull. Civ. ,I, n° 50. p. 38.

⁵ - TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 99.

بالرجوع إلى أهم التطبيقات التي جاءت في التقنين المدني الجزائري، والتي تحدد تحديدا دقيقا المسائل الجوهرية في كل نوع من العقود، نجد أن من المسائل الجوهرية تحديد المحل، فالمادة 351 من التقنين المدني الجزائري تجعل من تحديد الشيء المبيع والثلث، المسائل الجوهرية لعقد البيع، والمادة 467 من نفس التقنين تجعل تحديد العين المؤجرة، وبدل الإيجار، ومدته من المسائل الجوهرية لعقد الإيجار، والعقد لا يتم - بطبيعة الحال - إذا لم يعين المحل⁽¹⁾.

اختلف المفسرون في تكييف القبول كتعبير عن الإرادة، فمنهم من يرى أنه تصرف قانوني، ومنهم من يرى أنه واقعة مادية كون أن القابل ليس له إرادة في تحديد آثار التصرف⁽²⁾. وإن كنا نتفق مع هذا الرأي في كون أن إرادة القابل ليست هي التي تحدد شروط العقد التي احتواها الإيجاب، كما أن آثار العقد ليست أثرا للقبول، وإنما أثر لاقتزان القبول بالإيجاب، أما أثر القبول فهو انعقاد العقد، ويظهر لنا أن إرادة القابل قد اتجهت إلى إحداث هذا الأثر، وبهذا يكون القبول تصرف قانوني.

وهو الرأي الذي ذهب إليه عدد من الباحثين، فالقبول هو تعبير عن إرادة موجه لإحداث أثر قانوني، وهو إبرام العقد، فالأستاذ "HEBRAUD" يرى: « أن إنشاء تصرف قانوني يحتاج إلى تدخل عدة عناصر ثانوية، يمكن تكييفها على أنها تصرفات قانونية إذا أخذت منفصلة⁽³⁾، والقبول عنصر في إنشاء العقد. وهذا ما ذهب إليه أيضا الأستاذ "WORMS"⁽⁴⁾ والأستاذ "DEMOGUE" الذي يرى: « أنه من الناحية التقنية، القبول كالإيجاب، تصرف قانوني، وليس مجرد تعبير عن الإرادة⁽⁵⁾، فالعقد هو مجموع تصرفين بإرادة منفردة.

4 - تطابق المصالح: ولا يحدث هذا التطابق بمجرد صدور تعبيران عن الإرادة يعبران عن مصالح أصحابهما، وإنما يحدث التطابق بعلم كل طرف بمصلحة الطرف الثاني. هذا هو المخطط الكلاسيكي⁽⁶⁾ لتلاقي الإرادات والمصالح في العقود، غير أن هناك حالات يتشوه فيها هذا المخطط، وهي تعرف بالصور الخاصة للتراضي.

¹ - المادة 94 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

² - **AUBERT (J.-L.)**, *Notions et rôles ...*, thèse précitée, p. 304: « Ainsi, l'acceptation se rapproche beaucoup plus de la notion de fait juridique dont l'effet n'est pas spécialement voulu par son auteur. ».

³ - **HEBRAUD (P.)**, cité par **AUBERT (J.-L.)**, *Notions et rôles ...*, thèse précitée, p. 304: « un acte juridique principal suppose, pour sa complète réalisation, le concours d'éléments multiples, qui, envisagés séparément, peuvent aussi être qualifiés d'actes juridiques. ».

⁴ - **WORMS (R.)**, *De la volonté unilatéral ...*, thèse précitée, p. 189.

⁵ - **DEMOGUE (R.)**, *Traité de droit civil ... t. II ...*, op. cit., p. 172: « techniquement l'acceptation, comme l'offre, est un acte juridique et non pas une simple déclaration de volonté. ».

⁶ - إن الأستاذان "FLOUR" و "AUBERT" هما أول من استعملوا هذا المصطلح.

II – الصور الخاصة :

لن يسعنا المجال في هذه الدراسة إلى التعرض إلى كل الحالات الخاصة، لذا سنركز على التعاقد عن طريق النيابة (1) ، والتعاقد مع النفس (2) ، والتعاقد في حالة كون الإيجاب موجه للمصلحة المحضة للموجه إليه (3) .

1 – التعاقد عن طريق النيابة :

النيابة هي حلول إرادة شخص يسمى النائب، محل إرادة شخص آخر يسمى الأصيل في إبرام تصرف قانوني⁽¹⁾ ، فالنائب يعبر عن إرادته هو لحساب ومصلحة الأصيل⁽²⁾ ، بحيث تنصرف آثار هذا التصرف إلى الأصيل⁽³⁾ ، فيتحمل الحقوق والالتزامات الناتجة عن التصرف، فيكون مطالباً بتنفيذ الالتزامات، كما يكون له الحق بالمطالبة مباشرة، وبنفسه بالحقوق الناتجة عنه.

لا تصح النيابة – بهذا المفهوم – في جميع أنواع التصرفات القانونية، فهناك بعض التصرفات التي لا تجوز النيابة فيها، بل يجب على الشخص أن يقوم بها بنفسه، كما لو وجه اليمين لشخص، فلا يجوز له تعيين نائب لأدائه، كما لا يجوز أيضاً إبرام عقد زواج عن طريق النيابة⁽⁴⁾ .

فالنيابة تقنية قانونية تسمح لشخص بأن يعبر عن إرادته لمصلحة وحساب شخص آخر، وهي بهذا المفهوم تشوه المخطط الكلاسيكي⁽⁵⁾ لتلاقي المصالح، باعتبار أنه يتم التعبير عن مصلحة أحد الأطراف من قبل شخص أجنبي عن العقد (النائب)، فالأصل أن يصدر كل من الإيجاب والقبول من قبل الأطراف ، غير أنه في هذه الحالة يصدر أحدهما من شخص ثالث أجنبي عن التصرف، هذا ما يؤكد أن المسألة الجوهرية في التعاقد، هو ليس التعبير عن الإرادة، وإنما المصلحة التي يعبر عنها هذا التعبير، وبما أن النائب يعبر عن مصلحة الأصيل، فإن العقد يتم لحساب هذا الأخير.

2 – التعاقد مع النفس :

تعتبر مسألة إبرام العقد عن طريق شخص واحد من النتائج المنطقية لتقنية النيابة في التعاقد،

¹ محمد حسنين منصور، نظرية الالتزام ... ، مرجع سابق، ص. 86.

² – STROCK (M.), *Essai sur le mécanisme de la représentation ...* , thèse précitée, p. 239.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد ... ، مرجع سابق، ص. 206.

⁴ المادة 20 الملغاة من تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمم .

⁵ إن أول من استعمل مصطلح المخطط الكلاسيكي هما الأستاذان "FLOUR" و "AUBERT"، وهو في نظرنا المصطلح الأنسب لشرح الصورة العامة للتراضي، لتفاصيل أكثر انظر :

FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *l'acte juridique ...* , op. cit. , p. 86.s

التي تقضي بجواز تعبير شخص عن مصلحة شخص آخر، وعليه يمكن أن نتصور أن يعبر شخص واحد عن مصلحتين ؛ بمعنى أن يتعاقد الشخص مع نفسه، وإن تعددت صفاته، ويتحقق ذلك كالاتي :

أ - يتعاقد الشخص مع نفسه بصفته أصيلا من جهة، ونائبا عن غيره من جهة أخرى، كما لو اشترى النائب الشيء الذي وكل لبيعه.

ب - يتعاقد الشخص مع نفسه باعتباره نائبا عن الطرفين، كما لو وكل من طرف صاحب عقار لبيعه، ووكل في نفس الوقت من شخص آخر لشراء عقار، فيشترى له العقار الذي وكل لبيعه.

في هذا النوع من التعاقد، تعبر إرادة واحدة عن مصلحتين مختلفتين ومتقابلتين، مما يثير إشكال كيفية إمكان النائب التوفيق بين مصلحته، وواجبه بتحقيق مصلحة الأصيل، أو إمكانية التوفيق بين مصلحتي الأصيلين اللذين ينوب عنهما؟

أثار الأستاذ " السنهوري " هذا الإشكال، غير أنه يرى أن لتقنية التعاقد مع النفس فائدة عملية، ففي بعض الحالات يكون هذا النوع من التعاقد أفضل للأصيل، كما لو تقدم الوصي بأحسن عرض لاستئجار مال القاصر، أما فيما يتعلق بتفادي تغليب النائب مصلحته على مصلحة الأصيل، فهو يقترح اتخاذ بعض التدابير، كإشراف هيئة قضائية على عملية التعاقد، أو اشتراط موافقة الأصيل⁽¹⁾.

كما يثير أيضا التعاقد مع النفس مشكلة تكييفه، فإذا اعتمدنا معيار عدد الإرادات نكون بصدد تصرف بإرادة منفردة⁽²⁾، غير أنه إذا اعتمدنا معيار تقابل المصالح، فإننا سنلاحظ أن النائب، وإن كان يعبر عن إرادته، فإنه يعبر عن مصلحتين متقابلتين⁽³⁾.

غير أن ما يجب الإشارة إليه هو أنه على الرغم من أن " DEMOGUE " هو الذي اقترح معيار تقابل المصالح، فإنه لم يكيف التعاقد مع النفس على أنه عقد، وإنما على أنه تصرف بإرادة منفردة ذو آثار عقدية⁽⁴⁾، ذلك لأنه يرى أن العقد لا يمكن أن ينشأ من قبل إرادة واحدة وإنما يتطلب الأمر

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد ... ، مرجع سابق، ص. 227.

² - (R.) DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales de droit civil ...* , op. cit. , p. 305 : « Il y a donc plus qu'acte unilatéral ayant les effets d'un contrat (si nous persistons à employer ces formules assez scolastiques ...).

³ - MARTIN DE LA MOUTTE (J.), *L'acte unilatéral ...* , thèse précitée, p. 37 ; CABRILLAC (R.), *L'acte juridique conjonctif ...* , thèse précitée, p. 46 ; DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général ... t. I ...* op. cit. , p. 36 ; WICKER (G.), *Les fictions juridiques ...* , thèse précitée, p. 75.

⁴ - DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général, t. I ...* , p. 109 : « Nous y voyons avec RUMELIN, avec BARASSI, un acte unilatéral, car il ne présente pas la caractéristique du contrat, le choc

إرادتين على الأقل؛ لأن المهم هو ليس نشأة علاقات بين ذمتين ، وإنما نشأتها بواسطة عدة إرادات لا يجب أن تقل عن اثنتين⁽¹⁾ . ويرجع الفضل في اعتباره عقدا لـ " MARTIN DE LA MOUTTE " الذي استرجع تحاليل " DEMOGUE " ، وأضاف عليها فكرة قدرة التعبير عن الإرادة على إنشاء الآثار القانونية لوحده دون حاجة لأن يعلم به الغير⁽²⁾ ، عكس " DEMOGUE " الذي يشترط لصحته علم الغير به⁽³⁾ ، وبذلك أصبح ما يهيم هو فقط عدد المصالح المتقابلة.

يظهر من هذه التقنية أن تلاقي الإرادات لا يتم بالشكل الكلاسيكي، فكلا التعبيران (الإيجاب والقبول) يصدران عن شخص واحد، وبالتالي يتم التعبير عن هذه المصالح من قبل إرادة واحدة .

3 - التعاقد في حالة كون الإيجاب موجه للمصلحة المحضة للموجه إليه :

كما لو كان الإيجاب نافعا من كل الأوجه للموجه له، فإنه في هذه الحالة لا نكون بحاجة إلى تعبير عن الإرادة من طرف الموجب له حتى يتم العقد⁽⁴⁾ ، كما في الهبة التي لا تشترط فيها الرسمية، هذا ما يؤكد أن المصلحة هي الجوهر في التعاقد، وليس الإرادة، فالقانون يعترف بتمام العقد دون صدور أي تعبير عن الإرادة من الموجب له؛ لأن مصلحته ظاهرة لا حاجة للكشف عنها، وعليه إن كانت مصلحة أحد الأطراف ظاهرة فلا حاجة لأن يعبر عن إرادته.

ثانيا - تلاقي المصالح في التصرفات القانونية الثلاثية :

لا تختلف مسألة تلاقي المصالح في التصرفات القانونية الثلاثية عن تلاقيها في العقود، فهي لا تثبت في شكل محدد، وإنما تكون مفتوحة على جميع الصور . فبالنسبة للاعتماد الإيجاري، يبدأ الأمر عندما يقرر أحد الأشخاص تجديد أو تطوير مشروعه، فيقوم بتحديد التجهيزات وحجم التمويل اللازم لذلك، ثم يتوجه بعد ذلك إلى البائعين، ويستدرج منهم عروضاً مفضلة، ليتجه إلى البنك، ويعرض عليه مشروع تمويله .

de volontés opposées qui ont fini par s'accorder (...) RUMELIN a présenté une théorie assez proche de la vérité(...) un acte unilatéral produisant les effets d'un contrat. ».

¹ - Ibid , p. 111 : « Le contrat résulte non pas de ce que les rapports s'établissent entre deux patrimoines, ce qui a lieu aussi dans les actes unilatéraux, mais de ce que des rapports s'établissent entre plusieurs patrimoines par l'intermédiaire de plusieurs volontés. (Elles peuvent être en nombre moindre que les patrimoines, mais il en faut deux au moins). ».

² - MARTIN DE LA MOUTTE (J.), *L'acte juridique unilatéral ...* , thèse précitée, p.p. 37-43.

³ - DEMOGUE (R.), *Traité des obligations ...* t. I ... , op. cit., p. 113 et s.

⁴ - المادة 2/68 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

في حال قبول البنك المشروع يطلب من المستثمر تقديم ملف كامل يحتوي نفس العرض المقدم من البائع، ولكن باسم البنك، ويتم على إثر ذلك الاعتماد الإيجاري، وعليه نقول أن الإيجاب هو ذلك العرض الذي يقدمه البائع للشركة المؤجرة (البنك)، وهو في حقيقة الأمر إيجاب موجه كذلك إلى المستأجر؛ لأنه هو الذي ناقش الثمن، كما أن البائع يعلم بأن العملية هي اعتماد إيجاري، وليس بيع. أما بدل الإيجار فهو تحصيل حاصل؛ لأنه يتحدد على أساس ثمن شراء العتاد، إضافة إلى نسبة الفوائد، مما يبين مدى اهتمام المستأجر بثمن البيع.

وهناك حالات ينصح فيها البائع المشتري باللجوء إلى هذه العملية لتمويل مشروعه، مما يجعل مسألة مناقشة علم كل الأطراف بعملية الاعتماد الإيجاري قليل الأهمية.

أما القبول فيصدر معية بين البنك والمستأجر، فيحدث التطابق بين المصالح الثلاث: مصلحة البائع، والمتمثلة في بيع العتاد وتحقيق الفائدة، ومصحة البنك، والمتمثلة في تمويل المشروع والاحتفاظ بملكية العتاد على سبيل ضمان القرض، وأخيرا مصلحة المستأجر المتمثلة في توسيع استثماره وتحقيق أهدافه الاقتصادية.

أما بالنسبة للاشتراط لمصلحة الغير، فالمهم أن تلتقي مصلحة المشتري بالمتعهد؛ لأن التقاء هاتين المصلحتين بمصلحة المنتفع أمر مفترض، باعتبار أن الاشتراط هو دائما لمصلحته المحضة.

المطلب الثاني

الشروط غير المتعلقة بالإرادة

تمثل هذه الشروط في المحل (فرع أول)، والسبب (فرع ثان).

الفرع الأول المحل

يشكل المحل إحدى المعطيات القانونية التي يتم فهمها مباشرة، والإجماع على ضرورة وجودها⁽¹⁾. كما أنه مفهوم مرتبط ارتباطًا وثيقًا بالعقد، كونه قد شكل لمدة طويلة التصرف القانوني الوحيد، وباعتبار أن العقد مجموعة التزامات، فقد تم تفسير المحل على أساس أنه محل الالتزام (القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل، أو إعطاء شيء)، فهل هذا هو المفهوم الوحيد للمحل، أو أنه قد تطوّر شأنه شأن المفاهيم القانونية الأخرى؟

قبل أن ندقق مفهوم المحل (ثانياً)، سوف نتعرض إلى التطور التاريخي له (أولاً).

أولاً – التطور التاريخي لمفهوم المحل :

بالرجوع إلى كتب تاريخ القانون الخاص، يمكن القول أن فكرة المحل كانت معروفة في القانون الروماني، فقد كان يشكل العنصر الجوهرى الثاني في العقد⁽²⁾، فلا يقوم العقد صحيحاً إلا إذا كان له محل (I)، غير أنه يرجع الفضل في تعريفه بشكل علمي إلى الفقيه " POTHIER " ⁽³⁾، الذي جمع مبادئ القانون الروماني، وأعاد صياغتها في شكل علمي، مستعملاً المنطق الديكارتي، فصدمت عليه المقولة التي مفادها أنه: « لم يخترع شيئاً، غير أنه اكتشف كل شيء »⁽⁴⁾، فقد استغل التمييز بين الالتزام بعمل والالتزام بإعطاء شيء، ليستنتج شروط صحة المحل (II)، التي اعتمدها تقنين نابليون فيما بعد (III).

I – مفهوم المحل في القانون الروماني :

من أهم مخلفات القانون الروماني المستوحى من قانون جوستينيان قاعدتان : تتعلق الأولى بوجود وصف مجرد لكل الأداءات التي يحتويها العقد، بينما تتعلق الثانية بوجود تحقق شروط معينة

¹ - HEBRAUD (P.), « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in : *Mélanges MAURY (J.)*, t. II, Dalloz – Sirey, 1960, p. 240 et s.

² - OURLIAC (P.) et DE MALAFOSSE (J.), *Histoire du droit privé, T I, les obligations*, 2^{ème} éd, P.U.F. – Thémis, 1969, p. 80.

³ - LUCAS – PUGET (A.-S.), *Essai sur la notion d'objet du contrat*, L.G.D.J. , Paris, 2005, p. 41.

⁴ - DUBOUCHET (P.), *La pensée juridique avant et après le code civil*, L'hermès, coll. philosophie du droit, 4^{ème} éd., Paris, 1988, p. 86.

لاعتبار العقد صحيحا.

ولقد تم استقاء نظام المحل من هذه الشروط⁽¹⁾، فقد تمكن الفقهاء الرومان من تعيين كل ما يمكن أن يلتزم به الشخص، بدليل تعريفهم للالتزام نفسه: « ليس من طبيعة الالتزامات أن تجعلنا مالكين، أو أن تكسبنا حق ارتفاق، وإنما إجبار شخص اتجاهنا على: *facere* و *dare* و *praestare* »⁽²⁾، وليس لهذه المصطلحات ما يقابلها بالمعنى الدقيق في اللغة العربية، أو الفرنسية، لذا سنحاول شرح معانيها (1)، ثم إعطاء القواعد الرومانية التي كانت أساسا للنظام القانوني الحالي للمحل (2).

1 - شرح المصطلحات DARE و FACERE و PRAESTARE الرومانية :

إن ما يثير صعوبة شرح هذه المصطلحات هو كثرة النصوص الرومانية التي وردت فيها، والتي تم جمعها لأول مرة سنة 49 قبل الميلاد⁽³⁾.

من خلال دراسة هذه النصوص وشرحها، اتفق الفقه الفرنسي القديم على أن « DARE » يعني نقل الملكية، « FACERE » يعني في آن واحد القيام بعمل، والامتناع عن عمل، بينما المصطلح « PRAESTARE » فإنه يعني إعطاء شيء دون نقل ملكيته⁽⁴⁾، غير أن الفقه الحديث يشكك في هذا التفسير، ويعيد النقاش من جديد.

لا يثير مفهوم مصطلح « DARE » إشكالا كبيرا، فهو يعني في الغالب نقل حق الملكية، وإن كان يستعمل في بعض العمليات القانونية التي لا يتم فيها نقل ملكية الشيء؛ إذ نجد في الإصلاح اللاتيني « DARE PIGNUS » و « PIGNUS DARE » وهما عبارتان تستعملان للدلالة على إنشاء الرهن الحيازي؛ أين لا تنتقل إلى الدائن المرتهن سوى الحيازة على سبيل الضمان⁽⁵⁾، ويتوجب عليه إعادة الشيء وثماره إلى المدين بعد الوفاء، فهذا المصطلح - عند الرومان - كان يستعمل عند التعبير عن نقل الملكية، وإنشاء الحقوق العينية على أشياء الغير⁽⁶⁾.

¹ - LUCAS - PUGET (A.-S.), *Essai sur la notion d'objet ...*, thèse précitée, p. 45.

² - Ibid, p. 48: « Obligationum substantia non in co consistit, UT aliquod corpus nostrum AUT servitutum nostram faciat, sed ut alium nobis ad dandum aliquid vel faciendum, vel praestandum ».

³ - MACQUERON (J.), *Histoire des obligations, le droit romain*, Publication du centre d'histoire institutionnelle et économique de l'antiquité classique, séries Mémoire et travaux, 2^{ème} éd., Aix - en Provence, 1975, p. 235 et s.

⁴ - RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *Traité de droit civil ...*, op. cit., p. 100; MACQUERON (J.), *Histoire des obligations ...*, op. cit., p. 235.

⁵ - MACQUERON (J.), *Histoire des obligations...*, op. cit., p. 235.

⁶ - LUCAS - PUGET (A.-S.), *Essai sur la notion d'objet ...*, thèse précitée, p. 50.

أما المصطلح «FACERE» فله مفهوم واسع ، وهو يترجم إلى اللغة الفرنسية بالفعل « Faire » أي القيام بعمل، وهو بهذا المعنى يشمل كل ما تقوم به من إعطاء شيء ، أو الوفاء بدين . وعمومية هذا المصطلح تنشئ بعض الالتباس، فبمفهوم تقني يغطي هذا المصطلح كل الأداءات سواء كانت إيجابية أو سلبية، هذا ما يفسر غياب مصطلح « non facere » في تعريف الالتزام عند الرومان⁽¹⁾ ، غير أنه نجد بعض الأمثلة أين يتم فيها استعمال مصطلح «facere» للدلالة على الحيازة⁽²⁾ ، وهذا التمكين من الشيء دون نقل الملكية، يجب أن يكون من مجال « DARE » حسبما جاء به المفسرون السالف ذكرهم.

وقد اختلف المفسرون في معنى مصطلح «PRAESTARE»، فقد ركز الكثير منهم على علم أصول اللغة لتحديد معناه، فهو مصطلح مركب من كلمتين: الأولى « PRAES » ، والتي تعني الشخص الضامن، أما الثانية فهي « STARE » ، والتي تعني أن الشخص يضع نفسه في الواجهة، ليستنبطوا أن معنى هذا المصطلح يميل إلى فكرة المسؤولية⁽³⁾ ، أما الفقيه « SAVIGNY » فيرى أن هذا المصطلح يدل على الأداءات الناتجة عن الالتزامات غير التعاقدية ، وقد أنتقد في ذلك ؛ لأن هذا المصطلح لم يتم العثور عليه في الكتابات القديمة المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية فقط، بل في تلك المتعلقة بالمسؤولية العقدية أيضا⁽⁴⁾ .

وهكذا يظهر أنه بالرجوع إلى الأصل اللغوي للمصطلح، نبتعد كثيرا عن الاقتراحات الفقهية التي ترى أن المصطلح « PRESTARE » يعني أداء مادي، يتمثل في وضع شيء ما تحت تصرف شخص دون نقل الملكية إليه، فيجعلون الفرق بينه وبين المصطلح « DARE » في أن هذا الأخير ينقل الملكية.

إن مصطلح « PRAESTARE » هو أصل كلمة « PRESTER » الفرنسية، والتي تعني «إعارة»، غير أنه تطور حتى أصبح يعني « PRESTATION » ، بمعنى « أداء»، ليشمل كل التصرفات التي يقوم بها الشخص، وليس فقط الإعارة⁽⁵⁾ .

مهما كانت المعاني التي تأخذها هذه المصطلحات، فإنها لا تؤثر في نظام الالتزامات ؛ لأن مهمتها في القانون الروماني ، هو وصف محتوى الالتزامات فقط ، عكس القانون الحالي الذي يميز بين

¹- Idem , p. 49.

²- Ibid , p. 50.

³- Ibid ,

⁴- Ibid ,

⁵- dictionnaire de l'académie française, 1^{er} éd. , 1964.

الالتزام بتحقيق نتيجة، والالتزام ببذل عناية الذي يكفي للتخلص من المسؤولية الناتجة عنه بذل الجهد اللازم، ففي القانون الروماني كل الالتزامات يجب تحقيقها، وإلا استوجب الأمر التعويض.

2 - الشروط التي تم استقاء نظام المحل الحالي منها :

لم يتم استقاء نظام المحل الحالي من معاني المصطلحات « DARE »، و « PRESTARE »، و « FECERE »، وإنما من حالات بطلان العقود المعروفة في القانون الروماني، والتي يمكن تقسيمها إلى ثلاث حالات : البطلان لعدم المشروعية (أ)، والبطلان لأسباب طبيعية (ب)، وأخيرا البطلان لعدم توافر الشكل (ج).

أ - البطلان لعدم المشروعية :

والمقصود من المشروعية- في هذا المجال- هو المشروعية بالمفهوم الواسع، وليس بالمفهوم الضيق، فهي تشمل كل مخالفة للقانون أو الآداب العامة، فلا يمكن التعاقد إذا كان مضمون العقد مخالفا للقانون أو الآداب العامة طبقا للقاعدة الرومانية : « neque contra lèges, neque contra bonos mores pacisci possumus »⁽¹⁾.

وما يلاحظ عند الرومان، هو أن الفقهاء لا يشرحون كثيرا معنى الآداب العامة ؛ لأنهم يعتبرون أن هذا المفهوم لا يحتاج إلى شرح، فهو من البدييات بالنسبة لهم، فالآداب من المسائل الفطرية التي يولد عليها الإنسان⁽²⁾.

ب - البطلان لأسباب طبيعية :

يرى الفقهاء الرومان أنه إذا تم الاتفاق على إعطاء شيء لا يمكن إعطاؤه، فإن هذا الاتفاق لا أهمية له لأسباب طبيعية، تتمثل في عدم إمكانية تنفيذه، والأشياء التي لا يمكن إعطاؤها تنقسم إلى قسمين: أشياء خارجة عن التجارة، وأشياء غير موجودة.

الأشياء الخارجة عن التجارة، هي تلك الأشياء التي تدخل في حق الآلهة، وحق الإنسانية⁽³⁾، تتضمن الأولى المعابد، والأشياء التي تبرم بها الطقوس الدينية، والمدافن ... الخ . بينما تتضمن الثانية الهواء، والماء، والشمس، والأشياء المملوكة من الشعب الروماني، كالطرق، والموانئ، والأبنار ... الخ.

¹- cité par LEGENDRE (P.), « Revisiter les fondations du droit civil », *RTD. Civ.*, 1990, p. 639 et s., p. 642.

²- LUCAS – PUGET (A.-S.), *Essai sur la notion d'objet ...*, thèse précitée, p. 58.

³- PATAULT (A.-M.), *Introduction historique au droit des biens*, P.U.F., Paris, 1989, p. 89.

وكذلك الأشياء التي تكون ملكا للمدينة كالمسارح، والحمامات ... الخ⁽¹⁾. كما يعتبر العقد باطلا لأسباب طبيعية أيضا، إذا كان محله شيء غير موجود أو أداء مستحيل⁽²⁾.

ج - البطلان لأسباب شكلية :

كان القانون الروماني جامدا ، فلا يتم العقد فيه صحيحا ، إلا إذا استوفى الشكلية ، والتي قد تتمثل في طقوس دينية معينة يجب أن يقوم بها المتعاقدين ، حتى يكون العقد صحيحا⁽³⁾ ، أو في التسليم ... الخ.

II - المحل عند الفقيه ” POTHIER “ :

يعتبر هذا الفقيه أول من درس المحل بشكل علمي ، بل كان من أوائل الفقهاء الذين أسسوا نظرية العقد ، بحيث كان سباقا في إعطاء صفة العمومية لشروط إنشاء العقد ، وتنفيذه ؛ بمعنى أنه كان من مؤسسي النظرية العامة للعقد⁽⁴⁾ ، فقد نظم شروط صحة العقد في محورين : يجمع المحور الأول كل العيوب التي يمكن أن تشوه العقد، والمتمثلة في الغلط، وانعدام الحرية، والذي يعرف حاليا بالإكراه، والتدليس، والاستغلال، وانعدام السبب، وانعدام العلاقة في الشخص الذي يتعهد، أما المحور الثاني فقد خصصه للمحل، وقد حمل عنوان : « ما يمكنه أن يكون محلا للالتزام »⁽⁵⁾.

يظهر من هذا التنظيم لشروط العقد أن ” POTHIER “ قد جمع أحكام القانون الروماني، ونظمها بشكل علمي ، وما يظهر تأثره بالقانون الروماني هو طريقة معالجته لشروط المحل ، حيث استلهم أفكاره من تمييز القانون الروماني بين الالتزام بإعطاء شيء ، والالتزام بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، فجمع شروط المحل عندما يكون شيئا (1)، وشروطه عندما يكون فعلا (2) .

1 - شروط المحل عندما يكون شيئا :

طرح ” POTHIER “ عند معالجته لهذه المسألة سؤالا : ما هي الأشياء التي يمكنها أن تكون محلا للالتزام؟

1- GIRARD (P.-F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^{ème} éd., 1929, réédité en 2003, par Dalloz, p. 261.

2- LUCAS – PUGET (A.-S.), *Essai sur la notion d'objet ...* , p.p. 62 - 63.

3- GIRARD (P.-F.), *Manuel élémentaire ...* , op. cit. , p. 91 et s.

4- POTHIER (R.-J.), *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, t. I, Rouzeau – Montant, imprimeur du roi, Paris, 1761.

5- Idem , p. 147 : « De ce qui peut faire l'objet et la matière des obligations. ».

وقد كانت إجابته على هذا السؤال تحتوي أفكارًا منظمة وواضحة: « كل الأشياء الموجودة في التجارة بإمكانها أن تكون محلا للالتزام»⁽¹⁾.

ليس الأشياء المعينة فقط التي بإمكانها أن تكون محلا للالتزام، وإنما الأشياء غير المعينة أيضا، كأن يتعهد شخص نحو آخر بإعطائه حصانا، أو بقرة، أو جملا... الخ، فالمحل هنا غير معين غير أنه محدد معنويا، بينما إذا كان عدم التعيين يجعل الشيء غير محدد كأن يلتزم شخص بإعطاء شخص آخر مالا، أو قمحا دون تحديد مقداره، فإن هذا الالتزام يكون صحيحا، إذا كان هناك معيار لتحديد هذا المقدار، ويكون باطلا، إذا لم يكن هناك معيار يحدد مقداره⁽²⁾، كما أن الأشياء غير الموجودة يمكن أن تكون محلا للالتزام، بشرط أن تكون قابلة للوجود⁽³⁾، ولهذه القاعدة استثناء، وهو عدم جواز التعامل في التركة المستقبلية⁽⁴⁾، وأخيرا يمكن للأشياء غير المملوكة من المدين أن تكون محلا للالتزام، بشرط أن لا تكون مملوكة من الدائن، وإن لم يتمكن المدين من الوفاء يلزم بالتعويض⁽⁵⁾.

2 - شروط المحل عندما يكون عملا :

عالج " POTHIER " هذه المسألة بنفس الطريقة التي عالج بها شروط كون المحل شيئا، فقد عنون تحاليه بسؤال يتمثل في : ما هي الأفعال التي يمكنها أن تكون محلا للالتزامات؟ وأجاب على السؤال بصفة عامة - قبل أن يدققه - كآتي : « حتى يمكن لفعل أن يكون محلا للالتزام ، يجب أن يكون ممكنا ؛ لأن الاستحالة تبطل الالتزام»⁽⁶⁾.

وقد ذهب بعض المفسرين إلى حد القول أن " POTHIER " قد أغفل فكرة مشروعية المحل، باستثناء الأشياء غير المتداولة في التجارة⁽⁷⁾. غير أننا لا نتفق مع هذا الرأي ؛ لأن " POTHIER " يؤكد أن الفعل المخالف للتشريع والآداب العامة يأخذ حكم الفعل المستحيل ، وبذلك لا يمكنه أن يكون محلا للالتزام⁽⁸⁾.

¹- Ibid , p. 148.

²- Ibid , p. 149.

³- Ibid , p. 150.

⁴- Ibid , p. p. 150 - 151.

⁵- Ibid , p. 154.

⁶- Ibid , p. 155.

⁷- V. OURLIAC (P.) et DE MALFOSSE (J.), *Histoire de droit privé, t. I, les obligations*, P.U.F.-Thémis, 2^{ème} éd., 1969, p. 153 : « POTHIER n'indique pas que l'objet doit être licite ».

⁸- POTHIER (R.-J.), *Traité des obligations ...* , op. cit. , p. 157.

III – المحل في تقنين نابليون:

لم يميز تقنين نابليون بين « محل العقد » ، و « محل الالتزام » ، فقد استعمل المصطلح الأول في المادتين 1126⁽¹⁾ ، و 1127⁽²⁾ ، بينما استعمل المصطلح الثاني في المادتين 1129⁽³⁾ ، و 1130⁽⁴⁾ .

من ملاحظة هذه النصوص ، يمكن القول أن المشرع الفرنسي كان يقصد محل العقد ، ذلك لأنه استعمل مصطلح محل العقد ، قبل أن يستعمل مصطلح محل الالتزام ، وما استعمل مصطلح محل الالتزام ، إلا لأن العقد يهدف إلى إنشاء التزامات ، فالمادة 1101 التي تعرف العقد ، تستعمل فكرة الهدف من التقنية (العقد) في تعريفها : « العقد هو اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص اتجاه شخص أو عدة أشخاص ، بإعطاء شيء ، أو بالقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل »⁽⁵⁾ .

وبما أن العقد ينظم من خلال التزامات التي ينشئها ، تم تشبيه محل العقد ، بمحل الالتزام . هذا ما يفسر اعتبار المادة 1126 الأداء محلا للعقد ، وقد تأثر مفسري القانون المدني الفرنسي القديم بهذا الخلط ، وهو ظاهر في أعمال ” LAROMBIERE ”⁽⁶⁾ و ” DEMOLOMBE ” الذي يرى أن محل العقد ما هو إلا محل الالتزام الذي ينتج عنه⁽⁷⁾ ، وقد تم توارث هذه الأفكار من أعمال ” POTHIER ” الذي كان سباقا في تعريف المحل تعريفا علميا .

ثانيا – تدقيق مفهوم المحل :

رأينا سلفا أن مفهوم المحل يتأرجح بين محل العقد ، ومحل الالتزام ، وأن هنالك من المفسرين من لا يميز بين المفهومين على الرغم من اختلافهما ، وسنحاول من خلال هذه الدراسة حصر مفهوم محل التصرف (II) ، وذلك بعد تمييزه عن محل الالتزام ، ومحل الأداء (I) .

¹- art. 1126 du code civil français : « tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire ».

²- art. 1127 du code civil français : « le simple usage ou la simple possession d'une chose peut être comme la chose même l'objet du contrat ».

³- art. 1129 du code civil français : « il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminé déterminé quant à son espèce... ».

⁴- art. 1130 du code civil français : « les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation... ».

⁵- art. 1101 du code civil français.

⁶- LAROMBIERE (L.), *Théorie et pratique des obligations, Commentaires des titres III et IV, livre III du code napoléon, t. I*, édité par (A.) Durand, 1857, p. 189 et s.

⁷- DEMOLOMBE (Ch.), *Cours de code napoléon, vol. XXIV, traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, Imprimerie générale, Paris, 1877, p. 282 : « Cela est d'autant plus évident, que ce que nous appelons, avec nos textes, l'objet du contrat, n'est autre chose que l'objet même de l'obligation, qui en résulte. ».

I – تمييز محل العقد عن محل الالتزام، ومحل الأداء :

لم يعرف المشرع الجزائري المحل، واكتفى بذكر شروط صحته، لذا سنبحث في الفقه الفرنسي.
تقضي المادة 1126 من التقنين المدني الفرنسي أن لكل عقد محل، يتمثل في شيء يلتزم أحد الأطراف بإعطائه، أو القيام به، أو الامتناع عن القيام به. وأغلب المفسرين المعاصرين لا يرون لهذه المادة من معنى، إلا إذا تم استبدال مصطلح «عقد» الوارد بمصطلح «التزام»، ومصطلح «شيء» بمصطلح «أداء»، فتصبح المادة كالتالي : « لكل التزام محل يتمثل في أداء، قد يكون إعطاء شيء، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل»⁽¹⁾.

فالأداء ما هو إلا محل الالتزام، أما الشيء والخدمة فهما محلان للأداء. وهذا الاقتراح الفقهي لم يتكون في يوم واحد، فقد بدأت أول التساؤلات مع ظهور تقنين نابليون ؛ حيث تساءل المفسرون حول معنى كلمة «شيء» « chose » الواردة في المادة 1126 ؟ وفسروها تفسيراً واسعاً ؛ حيث أعطوها معنى يشمل الشيء الذي يجب إعطاؤه، والعمل الذي يجب القيام به أو عدم القيام به⁽²⁾.

لا يجتهد المفسرون الحاليون استعمال مصطلح شيء، وإنما مصطلح « مال أو خدمة » ؛ لأنهما أكثر دقة، بالإضافة إلى أن محل الالتزام بحد ذاته هو الأداء ، وليس الشيء⁽³⁾. ويرجع الفضل في التمييز بين الشيء والأداء إلى الفقيه الألماني " ZACHARIAE "، الذي تم اعتماد أفكاره من قبل الأستاذان " AUBRY " و" RAU " سنة 1838⁽⁴⁾، والأستاذ " DEMOGUE " سنة 1933⁽⁵⁾، إذ كان أول من استعمل مصطلح أداء للتعبير عن الوفاء بالالتزام ، كما أنه يعرض هذا الأداء على أنه « محل الالتزام » ؛ إذ عند ذكره للوفاء ركّز على أن المدين « لا يمكنه إجبار الدائن على قبول أداء غير الأداء الذي هو محل الالتزام»⁽⁶⁾. والأداء قد يتمثل في إعطاء شيء، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل . ففيما يتمثل محل الأداء ؟

¹ - MAZEAUD (H.,L.et J.), *Leçons de droit civil ...* , op. cit. , p. 232.

² - LUCAS – PUGET (A.-S.), *Essai sur la notion d'objet ...* , thèse précitée, p. 98.

³ - ANCEL (M.-E.), *La prestation, caractéristique du contrat*, Economica , Coll. recherches juridiques, Paris, 2002, p. 76.

⁴ - AUBRY (Ch.) et RAU (Ch.), *Cours de droit civil français d'après la méthode de ZACHARIAE*, t. IV, obligations, 6^{ème} éd. , par BARTIN, éd. techniques, 1942, p. 456 : « tout contrat exige un objet, c'est – à – dire une prestation à laquelle l'une des parties s'engage envers l'autre. La prestation peut consister dans la livraison d'une chose, ou dans l'accomplissement de tout autre fait positif ou négatif. ».

⁵ - DEMOGUE (R.), *Traité des obligations ... t. III ...* , op. cit. , p. 75.

⁶ - ZACHARIAE précise que le débiteur « ne peut forcer le créancier à accepter une autre prestation que celle qui est l'objet de l'obligation ». Cet extrait est cité est traduit de l'allemand par ANCEL (M.-E.), *La prestation ...* , op. cit. , p. 78.

يرى الأستاذ " DEMOGUE " أن لكل التزام محل، يتمثل في أداء يقوم به المدين، فالأداء يعني مضمون الالتزام⁽¹⁾، ويسانده كثير من المفسرين المعاصرين في ذلك، مستندين على نص المادة 1128 من التقنين المدني الفرنسي⁽²⁾، التي تلزم بإعطاء مكانة للشيء باعتباره محلاً للأداء⁽³⁾.

هكذا أصبح الفقهاء الفرنسيون لا يتمون بمفهوم الشيء، إلا باعتباره محلاً للأداء، وليس باعتباره محلاً للالتزام، أو العقد، فالمهم في نظرية المحل - حالياً - هو مضمون الالتزامات الناشئة عن العقد. وبهذا بدأ يخرج مفهوم المحل على المادية التي عرف بها؛ إذ كان ينظر إليه على أنه شيء، أما الآن فأصبح ينظر إليه على أنه العملية المراد تحقيقها⁽⁴⁾، فأغلب الفقه - حالياً - ينظر إلى المحل نظرة شخصية؛ بمعنى أن المحل هو الغاية المشتركة التي يهدف الأطراف إلى تحقيقها، أما الأداء فما هو إلا مجرد ما ينتظره الدائن من المدين؛ أي ذلك السلوك الذي سيعتمده المدين لتحقيق مصلحة الدائن، غير أن هذه النظرة الشخصية للمحل، تستدعي تمييز مفهوم محل العقد عن مفهوم مادة العقد⁽⁵⁾، فمادة العقد تتمثل في الشيء، أو بمعنى أدق « المال أو الخدمة »، بينما محل العقد، هو الغاية المشتركة التي يريد أطراف العقد تحقيقها⁽⁶⁾.

وعليه فمحل العقد أو أي تصرف قانوني آخر، هو العملية القانونية المراد تحقيقها⁽⁷⁾، وهذه العملية تعبر عنها الالتزامات الأساسية، ففي عقد البيع مثلاً، محل العقد بالنسبة للبائع هو التزام المشتري بدفع الثمن، بينما يكون محل العقد بالنسبة للمشتري هو التزام البائع بتسليم الشيء (المال أو الخدمة)، فهذا الهدف أو الغاية المشتركة التي كان يسعى إليها كل منهما من وراء تعاقدتهما، ويمثل المال والخدمة مادة العقد، وهي محل الأداء، والذي يتمثل بالنسبة للبائع في تسليم الشيء، وبالنسبة للمشتري في تسليم النقود، والذي بدوره يمثل محل الالتزام.

¹ - DEMOGUE (R.), *Traité de droit civil...*, t. III, op.cit., p.75 : « toute obligation a pour objet une prestation du débiteur (...). De la prestation, c'est - à - dire du contenu de l'obligation ... ».

² - art. 1128 du code civil français.

³ - GHESTIN (J.), *Traité de droit civil, conditions ...*, op. cit., p. 568.

⁴ - أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للالتزام ...، مرجع سابق، ص. 117.

⁵ - إن أول من استعمل هذا المصطلح هو الفقيه " POTHIER " في مرجعه المذكور سابقاً في الصفحة 147.

⁶ - ANCEL (M.-E.), *La prestation ...*, op. cit., p. 76.

⁷ - V. DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général, les sources, t. II*, Rousseau, Paris, 1923, p. 545 : « En traitant ainsi de la théorie de l'objet comme celle de l'utilité du contrat, nous rejetons à dessein toute conception matérielle de l'objet que l'on admet d'ordinaire. Selon nous c'est sur des concepts que des contractants s'accordent » ; MALAURIE (Ph.), *L'ordre public et le contrat*, Mathot - Braine, Paris, 1953, p. 179 : « il est ce que nous nous proposons d'atteindre ou de réaliser en agissant ».

II – محل التصرف القانوني الثلاثي :

يترجم المحل ما يريده الأطراف من وراء تعاقدهم ، فهو يعبر عن الهدف من وراء هذا التعاقد ، لأنه حتى يتم العقد صحيحا ، يتوجب على الأطراف أن ينسقوا إراداتهم بشكل يجعلها تتطابق ، وهذا التطابق لا يتم على أمر غير ملموس ؛ فالأطراف يريدون شيئا دقيقا ، ولأسباب معينة ، والبحث فيما أراده الأطراف يعني محاولة تحديد محل العقد⁽¹⁾ ، فمحل العقد أو التصرف بشكل عام ، هو ليس الشيء بمعنى المال أو الخدمة ، وإنما هو ما سيلتزم به الشخص بموجب تعاقد ، عكس ما يذهب إليه أغلب المفسرين الذين يوحّدون بين محل العقد ومادة العقد ، فيرون في الشيء المبيع والثمن ، أو في العقار المؤجر وبدل الإيجار محلا للعقد ؛ لأن محل البيع هو نقل ملكية شيء وتسليم ثمن نقدي ، وهو ما تعبر عنه الالتزامات الأساسية للبيع .

المحل إذن هو الأثر القانوني المراد من قبل الأطراف ، وهو الهدف من الالتزام ، وهو مراد ليس فقط من قبل الدائن ، ولكن حتى من قبل المدين ، فهو المراد المشترك لأطراف التصرف ، هذا ما يميز نظرية المحل عن نظرية السبب ، التي لا تبحث في المراد المشترك للأطراف ، وإنما في المراد الشخصي لكل طرف في التصرف ، ففي الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة ، يكون المراد المشترك لأطرافه الممثلين في المستأجر ، والشركة المؤجرة ، والبائع هو تحقيق عملية الاعتماد الإيجاري ، والمتمثلة في شراء من أجل إيجار منتهي بوعده ملزم لجانب واحد بالبيع ، وهو محل الاعتماد الإيجاري . بينما فيما يتعلق بالمراد الشخصي لكل طرف ، فيجب أن نميز بين المراد المباشر ، والمراد غير المباشر ، فالنسبة للمستأجر يكون مراده المباشر هو تمويل استثماره ، بينما مراده غير المباشر ، فهو يختلف من مستأجر لآخر ، فقد يكون زيادة الثروة ، أو تبييض الأموال ، أو تغطية نشاطات غير مشروعة ... الخ ، وهذا ما تبحث فيه نظرية السبب .

الفرع الثاني السبب

شكك بعض المفسرين في فائدة وجود مصطلح السبب ، وكان أولهم الأستاذ ” ERNST ”

¹ - TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *Les obligations* ... , op. cit. , p. 51.

سنة 1826 في مقال نشره بمناسبة مراجعة التقنين المدني البلجيكي بعنوان : « هل يعتبر السبب شرطا جوهريا لصحة الاتفاقات » ، طالب فيه إلغاء النصوص التي تعالج هذا المفهوم . بل أكثر من ذلك ، فقد اعتبرها مصدر تغليط ؛ لأنها تولد خلطا في المفاهيم ⁽¹⁾ .

عزف المفسرون - في بلجيكا - عن مساندة هذا الرأي ، فبقى محجورا إلى أن اعتمده الأستاذ " LAURENT " ، فأعطاه سندا قويا بما كان يتمتع به هذا الفقيه من مكانة علمية ، وقد كان يرى أن التقنين البلجيكي قد جانب الصواب عندما ميّز بين المحل والسبب ؛ لأنهما مفهوم واحد ⁽²⁾ .

تم اعتماد هذا التحليل - في فرنسا - من طرف الأستاذ " TIMBAL " الذي استنتج أن نظرية السبب تعقد دون نفع شروط إنشاء العقود ⁽³⁾ ، وقد كانت تحاليله جذابة إلى حدّ انضمام نخبة من الفقهاء إلى هذا الموقف ، نذكر منهم على سبيل المثال : " BARDE " ، و " BAUDRY " ، و " LACANTINERIE " ، و " HUC " و " PLANIOL " ⁽⁴⁾ .

يظهر لنا أن هؤلاء المفسرين قد استوحوا هذه الفكرة من واقع القانون الروماني ، الذي لم يكن يحتوي على نظرية السبب ، وهو أمر طبيعي في نظرنا لكونه كان قانونا يعتمد الشكلية ، فالأساس في نشأة العقود ، هو ليس ما أراده الأطراف ، وإنما مدى تحقق الشكل المطلوب لإنشائها ، فإذا قام شخص بطقس معين يرتب عليه القانون الروماني آثارا معينة ، فإنه سيلتزم بها بغض النظر عما كان يريد ، فمسألة ما بعثه إلى ذلك لا تهم إطلاقا رجل القانون ⁽⁵⁾ .

إذا كان القانون الرماني لا يعرف معنى نظرية السبب بالمفهوم الحالي ، فماذا كان يقصد بمصطلح (causa civilis) ؟

كان يقصد بهذا المصطلح سبب إلزامية العقد أو التصرف ⁽⁶⁾ ، وهو إما الطقوس أو الكلمات في العقود الشفوية (contrats verbis) ، أو الكتابة في العقود الكتابية (contrats litteris) .

¹ -أورد الأستاذ " (M.) TIMBAL " هذا المقال المتكون من 14 صفحة في ملحق أطروحته التي ناقشها سنة 1882 بجامعة تولوز الفرنسية ، والتي تحمل عنوان :

De la cause dans les contrats et les obligations en droit romain et en droit français.

² - cité par **TIMBAL (M.)**, *De la cause dans les contrats et les obligations en droit romain et en droit français*, thèse Toulouse, 1882, p. 407 et s.

³ - Ibid .

⁴ - **MAURY (J.)**, *Rep. Civ.*, 2^{ème} éd., v^o « Cause », p. 02.

⁵ - **VON IHERING (R.)**, *Esprit du droit romain dans les diverse phases de son développement*, t. IV, 2^{ème} éd., Marescq, Paris, 1880, p. 200 : « Le motif d'un acte est absolument sans influence pour le caractériser au point de vue juridique. ».

⁶ - **SEFERIADES (P.)**, *Etude critique sur la théorie de la cause*, thèse Paris, rousseau, Paris, 1897, p. 24.

أما فيما يتعلق بالكيفية التي كان الرومان يبطلون بها العقود ، التي تبطل حاليا لعدم وجود السبب ، فقد كانوا يبطلونها لعدم وجود المحل ، فلو أخذنا مثلا ، مثال بيع منزل احترق وقت إبرام العقد، فإن هذا العقد يبطل في القانون الفرنسي ، والقوانين المستمدة منه ، لعدم وجود السبب بمفهوم المقابل، فالمشتري سيدفع الثمن ، ولن يتحصل بالمقابل على ملكية المنزل ، أما في القانون الروماني فقد كان يبطل لعدم وجود المحل . وكذلك الأمر بالنسبة للإيجار ، فلو تم تأجير منزل لمدة سنة ، هل سيكون المستأجر ملزما بدفع بدل الإيجار لمدة سنة ، لو تهدم المنزل بسبب قوة قاهرة ؟ ستكون الإجابة بلا في القانون الروماني ؛ لأن الإيجار من العقود المستمرة ؛ بمعنى أنه سيتم تحليل هذا العقد عن طريق سلسلة من عقود إيجار ماثلة، تكون مدتها أقل، ومجموع مدة هذه العقود يساوي سنة، ويتوجب أن يتوافر في كل عقد منها شروط صحة الإيجار ككل، ومن بينها المحل، وبذلك إذا هلك المحل فإن جزء من العقود المشكل للسلسلة، والتي لم تنفذ تصبح باطلة لعدم وجود المحل، وقد توصل مفسري القانون الفرنسي إلى نفس النتيجة باستعمال فكرة عدم وجود المقابل⁽¹⁾ . هذا ما يفسر موقف ” ERNST “ في عدم عملية مفهوم السبب.

لن نناقش في هذه الدراسة حجج هؤلاء المفسرين حتى ندحضها ، وإنما سنكتفي بملاحظة أن أغلب المفسرين - حاليا- يستبعدون هذا الرأي⁽²⁾ ، فالالتزام العقدي، التزام أرادته الأطراف، وكل شخص يرضى بأن يلتزم تجاه شخص آخر، يكون مدفوعا باعتبارات تحقيق هدف يسعى إليه من وراء هذا الالتزام، فإرادة المتعاقد تطفى عليها - دائما- رغبة الوصول إلى الهدف الذي سطرته مسبقا، فقط المجنون من يتعاقد دون السعي وراء تحقيق هدف معين⁽³⁾ .

يقضي مبدأ سلطان الإرادة أن الإرادة المعبر عنها تكفي لإنشاء الالتزام، دون البحث في الهدف الذي تسعى إلى تحقيقه، غير أن المنطق يقضي بتقييد هذا المبدأ، فقد يلتزم الشخص من أجل تحقيق هدف لا يساوي الهدف الذي يحققه المتعاقد معه، أو قد يلتزم لتحقيق هدف مخالف للنظام العام والآداب العامة، لهذا يظهر أن شرط وجود السبب، وسيلة لحماية المصلحة الفردية للمتعاقدين،

¹ - Ibid , p.p. 25-27

² - لتفاصيل أكثر حول هذا الرأي، حجه والرد عليها، أنظر :

CAPITANT (H.), *De la cause des obligations (Contrats, engagements unilatéraux, legs)*, Dalloz, Paris, 1927, p. 29 et s.

³ - CAPITANT (H.), *De la cause ...* , op. cit. , p. 01 : « toute personne qui consent à s'obliger envers une autre est déterminée par la considération d'un but qu'elle se propose d'atteindre par la voie de cette obligation. La volonté de celui qui contracte une obligation est toujours et nécessairement dominée par le désir d'arriver à une fin envisagée par lui, s'obliger sans but ne pourrait être que l'acte d'un fou. ».

فمعطيات العدالة تقضي أنه لا يجب أن يلتزم الشخص دون مقابل ، أمّا شرط مشروعية السبب فهو وسيلة لحماية النظام العام، وبالتالي المصلحة العامة . وعليه فإن نظرية السبب تعتبر من الثوابت القانونية التي لا يمكن تجاهل دراستها في الوقت الراهن.

بعد التعرض لمضمون نظرية السبب في العقد (أولا) ، سوف نُحدد خصائصه في التصرف القانوني الثلاثي (ثانيا) .

أولا - مضمون نظرية السبب في العقود :

يُميز الفقه الكلاسيكي بين سبب الالتزام وسبب العقد ؛ أي بين السبب الموضوعي والسبب الشخصي (I)، غير أنه تحت تأثير العمليات القانونية المستحدثة في قانون الأعمال، بدأت تتغير المفاهيم، فبدأ يتلون سبب الالتزام - الذي هو مفهوم مادي- بالشخصية، أو ما يمكن أن نسميه شخصنة السبب المادي (II) .

I - التمييز بين سبب الالتزام وسبب العقد :

لم تعد ضرورة وجود مفهوم السبب محل نقاش في الفقه ؛ إذ يتفق مفسرو القانون المدني على أن السبب شرط جوهري في إنشاء التصرفات الإرادية . غير أن الوضع يختلف فيما يتعلق بمضمون نظرية السبب ؛ إذ هناك تصوّرين متعايشين للسبب ، تصوّر شخصي وآخر موضوعي⁽¹⁾ ، وهذين التصرّورين هما نتيجة الوظيفة التي يسعى مفهوم السبب إلى تحقيقها.

يحقق السبب وظيفتين : من جهة، هو يساهم في التأكد من أن كل شخص له مقابل عن التزاماته (رقابة وجود السبب)، وهذا تحقيقا للمصلحة الخاصة لكل طرف، ومن جهة أخرى، يسمح بتقدير مدى مطابقة العقد للتشريع، والنظام العام والآداب العامة (رقابة مشروعية السبب)، وهذا تحقيقا للمصلحة العامة . هذه الازدواجية في الوظيفة هو ما ترمي إلى تحقيقه المادة 97 من التقنين المدني الجزائري⁽²⁾ .

وعليه يختلف مضمون السبب في الفقه بحسب الوظيفة التي يؤديها، فيكون له مفهومان : بالتركيز على الوظيفة الأولى (رقابة وجود السبب)، يأخذ السبب مفهوما ماديا أو ما يعرف بسبب

¹ - RIEG (A.), *Le rôle de la volonté ...* , thèse précitée, p. 301.

² - سقطت من المادة 97 فقرة « دون سبب » وهي موجودة باللغة الفرنسية :

« le contrat est nul lorsqu'on s'oblige sans cause ... ».

الالتزام⁽¹⁾؛ بمعنى المقابل الذي يتحصل عليه الشخص من التزامه⁽²⁾، وهو بهذا المعنى مادي؛ لأنه يعبر عن القيمة الاقتصادية (مال أو خدمة) التي تزيد من أصول المدين، والتي تعتبر تعويضا عن الزيادة التي عرفتها خصومه نتيجة تحمله الإلتزام. وعليه فإن جوهر السبب هو اقتصادي ومادي⁽³⁾، ففي عقد البيع مثلا، يكون سبب التزام البائع بنقل الملكية، هو التزام المشتري بدفع الثمن⁽⁴⁾، ويكون سبب التزام المشتري بدفع الثمن، التزام البائع بنقل الملكية.

أما إذا ركزنا على الوظيفة الثانية (رقابة مشروعية السبب)، فإن السبب سيأخذ مفهوما شخصيا⁽⁵⁾، فيقصد به الباعث الدافع إلى التعاقد، والذي لولاه لما أقدم المتعاقد على إبرام العقد، فهو الباعث الرئيسي الذي حث إرادة المتعاقد على الارتباط عن طريق العقد⁽⁶⁾.

غير أنه وإن كان السبب الموضوعي (سبب الإلتزام أو السبب بمفهوم النظرية التقليدية) واحد في النوع الواحد من العقود، ففي الإيجار مثلا، سبب التزام المؤجر بوضع الشيء المؤجر في حيازة المستأجر، هو التزام هذا الأخير بدفع بدل الإيجار، فإن السبب الشخصي (سبب العقد أو السبب بمفهوم النظرية الحديثة) يختلف حتى في النوع الواحد، فقد يؤجر الشخص عقارا يملكه حتى يتحصل على المال، أو حتى يعني نفسه من حراسته... الخ، فهو ليس واحد بالنسبة لكل المؤجرين.

حاول الفقه من أجل التوفيق بين هذين المفهومين تركيبهما، ومن بين التركيبات المقترحة محاولة "CAPITANT"⁽⁷⁾، فبعد أن استعرض جميع الأفكار الكلاسيكية، اقترح تعريف السبب على أنه الأداء المقابل (la contreprestation)⁽⁸⁾، غير أنه يصعب تفسير بطلان العقد بسبب مخالفته للنظام العام والآداب العامة بهذا التعريف، هذا ما جعل المفسرين ينحازون إلى المحاولة التي قام بها الأستاذ

¹ - الاصطلاح في هذا المجال ليس ثابتا، فقد نجد السبب المجرد (cause abstraite)، السبب المقابل (cause contrepartie)، أو السبب القسدي أو المباشر، وهي كلها مصطلحات ترمي إلى معنى واحد، وهو السبب بالمفهوم المادي.

² - RIEG (A.), *Le rôle de la volonté ...*, thèse précitée, p. 302.

³ - ROUJON DE BOUBÉE (G.), *Essai sur l'acte juridique collectif ...*, thèse précitée, p. 231.

⁴ - من أهم الانتقادات التي وجهها أنصار النظرية المناقضة لنظرية السبب، هو أن سبب التزام البائع يكمن في مضمون التزام المشتري؛ بمعنى أنه المحل بالنسبة للمشتري، فيكفي أن يكون محل العقد بالنسبة للمشتري موجودا ومشروعا، حتى يكون سبب التزام البائع موجودا أو مشروعا، والأمر نفسه فيما يتعلق بسبب التزام المشتري، وعليه فإن السبب بمفهوم النظرية التقليدية؛ أي السبب المادي لا منفعه من وجوده؛ لأن شروط المحل تكفي لتحقيق وظيفة السبب.

⁵ - تتعدد المصطلحات، فقد نجد القصد غير المباشر، والسبب النفساني، والسبب الدافع أو الباعث، وهي كلها مصطلحات تقيّد نفس المعنى، وهو سبب العقد أو السبب الشخصي.

⁶ - أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، *النظرية العامة للإلتزام ...*، مرجع سابق، ص. 130.

⁷ - CAPITANT (H.), *De la cause des obligations ...*, op. cit.

⁸ - Ibid, p. 29 et s.

” MAURY “⁽¹⁾.

أسس ” MAURY “ برهانه على ملاحظة موقف القضاء من نظرية السبب، فبدأ تحليله بالبحث عن وظيفة السبب⁽²⁾، ثم عرّفه على أنه : « الدافع أو الباعث الذي يحث الشخص على الالتزام، غير أن هذا الدافع أو الباعث يكون مختارا (الدوافع تتعدد) ، بحيث يحمل في طياته عنصرا أو عناصر موضوعية»⁽³⁾، وهو بذلك، يحاول التوفيق بين النظرة الشخصية (الدافع الباعث الذي يحث الشخص على الالتزام) ، والنظرة الموضوعية (يحمل في طياته عنصرا أو عناصر موضوعية)، وقد اعتمد الأستاذ ” MARTIN DE LA MOUTTE “ هذه النظرة التوفيقية عند دراسته لسبب التصرف بإرادة منفردة : « هو الدافع الذي حمل الشخص على التصرف، وهو يضمحل في أحد خصائص موضوع التصرف بإرادة منفردة»⁽⁴⁾.

II – شخصنة السبب الموضوعي في القضاء الفرنسي :

تبين مراجعة أحكام القضاء الفرنسي – خلال العشرين سنة الماضية – أنه لا يمكن تفسيرها من خلال مفهومي : سبب الالتزام (السبب الموضوعي) وسبب العقد (السبب الشخصي) ؛ إذ أنها تعتمد على عناصر شخصية (الهدف الذي سعى إليه الأطراف) لتقدير وجود السبب، ولم تكن بما كانت تشترطه النظرية التقليدية (المقابل).

ولتوضيح ذلك نذكر قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 11 مارس 1992، والذي قضى أن إبطال عقد البناء (المقاولة) يرتب إنهاء عقد القرض، وبأثر رجعي⁽⁵⁾. قد جاء هذا القرار في قضية بسيطة تتلخص وقائعها في الآتي : أراد شخص أن يبني منزلا شخصيا، فاتجه إلى البنك للحصول على قرض من أجل إبرام عقد بناء المنزل مع مقاول.

ظهر بعد مباشرة الإنجاز أن البناء غير مطابق لدفتر الشروط المتعلق بذلك التخصيص (Lotissement)، فتم إبطال عقد البناء، وعليه بقيت مسألة صحة عقد القرض موضوع نقاش؟

¹- MAURY (J.), « Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence », bulletin de la société de législation comparée, 1950, p. 485 et s.

²- Idem , p.p. 485 – 493.

³- Ibid , p. 494 : « est un mobile, un motif de l’obligé, mais un mobile, un motif choisi, portant sur un ou des éléments objectifs. ».

⁴- MARTIN DE LA MOUTTE (J.), L’acte juridique unilatéral ... , thèse précitée, p.p. 224 – 225 : « La cause dans l’acte unilatéral est le motif déterminant de l’auteur de l’acte, motif qui s’incorpore dans une qualité de l’objet de l’acte unilatéral. ».

⁵- Cass. Civ. 3^{ème}, 11 mars 1992, Bull. Civ. III, N° 79.

لم تكن مسألة مشروعية سبب القرض مطروحة ؛ لأنه لفحص المشروعية يتم تقدير السبب الشخصي بمعنى الدافع إلى التعاقد ، وهو مشروع ؛ لأن بناء منزل لا يخالف النظام العام والآداب العامة، غير أن مسألة وجود السبب، والتي يتم مراقبتها عن طريق فحص سبب الالتزام كانت مطروحة.

بالرجوع إلى أحكام النظرية التقليدية أي وجود المقابل، فإن التزام البنك بدفع القرض يقابله دفع المقترض لأقساط رده ، والتزام المقترض بدفع الأقساط يقابله التزام البنك بدفع القرض، فالسبب موجود. غير أن محكمة النقض الفرنسية ذهبت إلى عكس ذلك : فحكمت بعدم وجود السبب، معتمدة في ذلك على انعدام الدافع إلى إبرام عقد القرض، فالمقترض قد اقترض من أجل بناء منزل، وبما أن عقد البناء تم إلغاؤه، فإن القرض يندم فيه السبب.

يظهر من هذا القرار أن محكمة النقض الفرنسية قد اعتمدت عنصرا شخصيا لتقرير وجود السبب، والذي هو مفهوم مادي (المقابل) ، فقد ركزت على موضوع إنفاق القرض ، مخالفة بذلك القرار المبدأ الصادر سنة 1989 ، والذي يقضي بأن موضوع إنفاق القرض لا أهمية له في تقرير وجود السبب⁽¹⁾.

تكرر هذا الموقف لمحكمة النقض الفرنسية في عدّة قرارات ، أشهرها القرار الصادر في 3 مارس 1993، في قضية أبرم فيها عقدي بيع ، كان أحدهما دافعا لإبرام الثاني ، والقرار الصادر في 3 جويلية 1996، في قضية أبرم فيها شخصين عقد إيجار شرائط من شركة مختصة من أجل تأجيرها، ومن أجل ذلك استأجرا محلا في ناحية قليلة السكان (1314 نسمة) ، فتبين لهما أن هذه الصفقة مستحيلة، فطلبا إبطال عقد إيجار الشرائط لانعدام التجارة في المنطقة، والقرار الصادر في 17 مارس 1993 الذي قضى بإبطال عقد شراء عقار لانعدام السبب، لأن المشتري لم يتمكن من تحقيق التخفيضات الضريبية التي كانت دافعه إلى التعاقد . كل هذه القرارات اعتمدت على عناصر شخصية لتقدير وجود السبب من عدمه⁽²⁾.

يتوافق هذا التلون الشخصي لمفهوم سبب الالتزام مع التعريف الذي يقترحه الأستاذ " REIGNE " ، بعد دراسته لمجموعة من الحالات التي يكون فيها العقد متداخلا مع عقود أخرى :

¹- Cass. Civ. 1^{er} février 1989, D., 1989, informations rapides, p. 76 : « la cause de l'obligation de l'emprunteur réside dans la remise des fonds prêtés. ».

²-أورد هذه القرارات الأستاذ " (J.) MESTRE " وعلق عليها، أنظر:

«السبب هو الهدف المشترك بين الأطراف، أو الهدف الذي يتوخاه أحد الأطراف، ويأخذه الطرف الآخر بعين الاعتبار، فيترجم عدم وجود السبب، في استحالة بلوغ الأطراف الهدف العقدي»⁽¹⁾.

ثانيا - خصائص السبب في التصرف القانوني الثلاثي :

لا يصعب نقل النتائج التي توصلنا إليها فيما يتعلق بالسبب في العقد إلى التصرف القانوني الثلاثي؛ لأنه لا يختلف في كونه مجموع تصرفات انفرادية، فإذا كان العقد بحسب تعبير الأستاذ "WORMS" هو مجموع تصرفين بإرادة منفردة⁽²⁾، فإن التصرف الثلاثي هو مجموع ثلاث تصرفات بإرادة منفردة، وعليه سننقل نتائج التمييز بين السبب الشخصي، والسبب الموضوعي إلى التصرف الثلاثي (I)، قبل نقل موقف الفقه الحالي الذي يضيف الطابع الشخصي على السبب الموضوعي (II).

I - السبب الموضوعي والسبب الشخصي في التصرف القانوني الثلاثي :

يجب بحث السبب في الالتزامات الأساسية للاتفاق حسب تعبير الأستاذ "MAURY" ، ففي البيع مثلا، نبحت السبب في الالتزامات الأساسية فقط، والتي تتمثل في التزام البائع بنقل الملكية، والتزام المشتري بدفع الثمن، على الرغم من أن البيع يولد التزامات أخرى⁽³⁾.

نميز في الاشتراط لمصلحة الغير ثلاثة تصرفات بإرادة منفردة : تعبير المشتري عن إرادته في إنشاء حق لمصلحة المنتفع ، وتعبير المتعهد عن إرادته في تحمل الالتزام تجاه المنتفع ، وتصرف المنتفع، الذي لا يكون بحاجة إلى التعبير عن إرادته بسبب الظروف التي أحاطت بالتصرف، فمصلحة محققة من تصرفي المشتري والمتعهد، غير أننا لا نميز إلا التزامين : التزام المشتري تجاه المتعهد، والتزام المتعهد تجاه المنتفع ، أما المنتفع فلا يلتزم لا اتجاه المشتري، ولا اتجاه المتعهد، لذا سنطبق بشأنه أحكام السبب في العقود الملزمة لجانب واحد.

وعليه نميز في التزام المشتري حالتين : حالة ما إذا كان المشتري يشترط لمصلحة المنتفع للوفاء بدين سابق تجاه هذا الأخير، فيكون الوفاء بالدين مقابلا لالتزام المشتري ، وحالة كون الاشتراط تبرعا، أين يكفي في هذه الحالة الاعتراف الشخصي كمقابل⁽⁴⁾، مثل الفوز بولد المنتفع ، أو صداقته ، أو

¹ - REIGNE (Ph.), *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, thèse Paris II, 1993, p. 279 : « le but contractuel commun aux parties ou poursuivi par l'une d'elle et pris en compte par les autres, l'absence de cause se traduisant par l'impossibilité pour les parties d'atteindre ce but contractuel ».

² - WORMS (R.), *De la volonté unilatéral ...*, thèse précitée, p. 185 : « le contrat n'est dès lors rien de plus que la somme de deux déclarations de volonté unilatérales ».

³ - MAURY (J.), ... « Cause », art. précité, p. 487.

⁴ - Ibid , p. 496.

امتثانه ... الخ . أمّا سبب التزام المتعهد، فهو المقابل الذي سيتحصل عليه من طرف المشتري . أمّا فيما يتعلق بالمنفعة فلا يلتزم بأي التزام، لذا يأخذ حكم المتبرع له⁽¹⁾ .

هذا فيما يتعلق بوجود السبب، أمّا فيما يتعلق بمشروعيته، فهو الباعث الدافع إلى إبرام الاشتراط، وهو يختلف من شخص لآخر؛ لأنه من الأمور النفسانية، التي تعتبر - من حيث الأصل - مشروعة ما لم يتم إثبات عكس ذلك، كما لو تم إثبات أن الباعث لإبرام الاشتراط، هو رشوة المنتفع. وكذلك الأمر بالنسبة للاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة؛ إذ نميز ثلاثة تصرفات بإرادة منفردة: تعبير البائع عن إرادته في نقل ملكية العتاد إلى شركة الاعتماد الإيجاري، وتعبير شركة الاعتماد الإيجاري عن إرادتها في نقل حيازة العتاد إلى المستفيد، ودفع الثمن إلى البائع، وأخيراً تعبير المستفيد عن إرادته في دفع بدل الإيجار، وهي الالتزامات الأساسية المتفرعة عن الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة.

يكون سبب التزام شركة الاعتماد الإيجاري في دفع الثمن إلى البائع، ونقل حيازة العتاد إلى المستفيد (المستأجر)، هو التزام البائع بنقل ملكية العتاد إليها، والتزام المستفيد بدفع بدلات الإيجار. كما يكون سبب التزام البائع بنقل ملكية العتاد إلى شركة الاعتماد الإيجاري، هو التزام هذه الأخيرة بدفع الثمن، أمّا سبب التزام المستفيد بدفع بدلات الإيجار إلى شركة الاعتماد الإيجاري، فهو التزامها بنقل حيازة العتاد إليه، ولفحص مشروعيتها، نبحث في إبرام الاعتماد الإيجاري.

II – إسقاط موقف الفقه الحالي من نظرية السبب على التصرف القانوني الثلاثي :

يعرف الأستاذ " REIGNE " السبب على أنه الهدف المشترك الذي يسعى إليه القائمون بالتصرف، أو الهدف الذي يسعى إليه أحد القائمين بالتصرف، ويأخذه القائمون الآخرون بعين الاعتبار، وعليه يعتبر السبب غير موجود إذا تبين استحالة بلوغ القائمين بالتصرف هدفهم المقصود⁽²⁾ .

ففي الاشتراط لمصلحة الغير يكون السبب إنشاء حق للغير يختاره المشتري لاعتبارات شخصية، وعليه يعتبر الاشتراط بدون سبب إذا لم تتحقق هذه الاعتبارات الشخصية، كما لو تم الاشتراط لشخص على أنه قريب المشتري، ثم تبين أنه ليس من عائلته. ويكون السبب في الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة هو الشراء من أجل تأجير منتهي بوعده ملزم لجانب واحد بالبيع، وعليه إذا

¹ - كما هو الحال في العقود الملزمة لجانب واحد، كالكفالة، فالدائن لا يلتزم تجاه الكفيل، بما يعني من البحث في سبب التزامه.

² - REIGNE (Ph.), *La notion de cause ...*, thèse précitée, p. 279.

لم يتمكن المستفيد من دفع بدلات الإيجار، أعتبر السبب غير موجود ؛ لأنه يستحيل تحقيق عملية الاعتماد الإيجاري.

نميل إلى هذا التعريف ؛ لأنه ينظر إلى التصرف ككل، وليس إلى التصرفات المكونة له على حدى، كما أنه يسهل معالجة بعض الأوضاع التي يصعب حلها بتطبيق المفهوم الكلاسيكي للسبب، ولتدعيم هذا الموقف نذكر بعض الأمثلة :

لنفترض أن شخصا أبرم مع بنك عقد قرض حتى يبني منزلا، ثم نازعه شخص آخر في ملكية القطعة الأرضية التي كان سيبنى عليها المنزل، واستحقها . بتطبيق المفهوم الكلاسيكي، لا تكون لهذه الواقعة آثار على عقد القرض ؛ لأنه يبقى صحيحا مستوفيا لشروط نشأته، فالسبب موجود ؛ لأن سبب تسليم القرض هو دفع أقساط رده، وسبب دفع أقساط الرد هو تسليم القرض . غير أنه بتطبيق المفهوم الجديد للسبب، يفقد عقد القرض سببه ؛ لأن السبب بهذا المفهوم هو الهدف الذي يسعى إلى تحقيقه المقترض، والمتمثل في بناء منزل، وبما أنه استحال تحقيق هذا الهدف لاستحقاق الغير للقطعة الأرضية، فإن السبب يعدم.

كذلك في الاشتراط لمصلحة الغير، لو تبين للمشتراط أن المنتفع ليس هو الشخص الذي أراد أن يشترط لمصلحته، تسمح له أحكام الاشتراط لمصلحة الغير أن ينقض المشاركة، غير أنه صعب على الفقه تبريره، لكن بتطبيق نظرية السبب بمفهوم الهدف المشترك، أي إنشاء حق للغير يختاره المشتراط تحقيقا لأغراض شخصية، فإن السبب سينعدم لعدم تحقق المصلحة الشخصية للمشتراط، مما يفسر نقض الاشتراط.

والحال نفسه بالنسبة للاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة، فإذا تم فسخ العلاقة التأجيرية بين شركة الاعتماد الإيجاري والمستفيد، واسترجعت هذه الأخيرة العتاد، فإنه يصعب عليها إبطال البيع بتطبيق المفهوم الكلاسيكي للسبب ؛ لأن سبب البيع يبقى موجودا، فسبب دفعها الثمن للبائع هو نقل ملكية العتاد إليها، غير أنه بتطبيق المفهوم الجديد، يبطل البيع لانعدام السبب، وذلك لاستحالة تحقيق الهدف المشتركة ، والمتمثل في عملية الاعتماد الإيجاري.

المبحث الثاني

جزاء تخلف شروط إنشاء التصرف القانوني الثلاثي

وضع الرومان شروطا لانعقاد التصرف، فلا ينعقد العقد صحيحا إلا إذا استوفاهما، وإن لم يستوفها ترتب عليه جزاء البطلان .

كان الرومانيون يميزون ما بين البطلان الكلي والبطلان الجزئي، وكان البطلان الكلي يختلط مع فكرة الانعدام، التي عرفت في القانون الفرنسي القديم، ذلك أن العقد يعتبر وكأنه لم يكن، فلا يعتبر تصرفا قانونيا وإنما مجرد واقعة، أما البطلان الجزئي - وإن كان لا يمس كل التصرف- فإنه يأخذ حكم البطلان الكلي في الجزء الذي يطاله⁽¹⁾.

كانت هناك حالات في القانون الروماني تستدعي التوقف عندها، وهي حالات يقوم فيها التصرف صحيحا، غير أنه يشكل غبنا لأحد الأطراف.

أنشأ الرومان دعوى خاصة لرفع هذا الغبن، غير أن إجراءاتها كانت تختلف عن إجراءات دعوى البطلان، فهي كانت منحة من البريطور الروماني، وقد اعتمدت هذه الدعوى في القانون الفرنسي القديم بموجب منحة من الملك تعطى بكتاب خاص (lettre de rescision)، فقد تم إنشاء مكاتب خاصة أمام البرلمانات (أي المحاكم حاليا) تمنح هذا الكتاب مقابل دفع رسوم⁽²⁾.

كان القانون الفرنسي القديم نتاج أعمال واجتهاد فقهاء كبار، من أمثال : ” D'ARGENTRE “، و” DUMOULIN “، و” GUY COQUILLE “، و” FAVRE “، و” DOMAT “، و” POTHIER “ وآخرين، أعادوا إحياء الفكر القانوني من جديد. غير أن ما يلاحظ في هذه الحقبة، هو أن هناك قانون موحد يطبق على كل القطر الفرنسي، باستثناء بعض المناطق التي كان يطبق فيها إما قانون الأعراف، أو القانون المكتوب.

كان يعرف القانون الفرنسي القديم ثلاثة أنواع من البطلان : بطلان الأوامر، وهو ذلك الذي ينتج عن بعض المناشير والأوامر الصادرة من السلطة، وبطلان الأعراف، وهو ذلك الذي ينتج عن

¹ - HARTMANN (E.), *Etude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, Nancy, 1889, p. 99.

² - Ibid , p. 62 et s.

تشريع البلديات، وهو ينتمي إلى قانون الأعراف الذي كان منتشرًا في ناحية باريس، وشمال فرنسا، وهذان النوعان يعطيان الحق في دعوى البطلان، وأخيرًا بطلان القانون، وهو ذلك البطلان الذي يجد أساسه في القانون الروماني، والذي لم ينص عليه القانون الفرنسي كالالتزام بدون سبب، وهو يعطي الحق في دعوى الغبن (action en rescision)⁽¹⁾، والتي كان يمنحها التشريع الروماني في حالة عيوب الرضى، فالرومان لم يكونوا يرون أن العقد المشوب بعيب من عيوب الرضى باطل في ذاته، وإنما يجب أن يكون البطلان منحة من الإمبراطور⁽²⁾.

بدأت تتجسد الفكرة بأكثر وضوح بظهور تقنين نابليون، خصوصًا في التوضيحات التي أبدتها محكمة النقض الفرنسية بخصوص المادة 194 من كتاب العقود أو الالتزامات الاتفاقية من مشروع التقنين، وهي الآن المادة 1304 من تقنين نابليون؛ أين اقترحت المحكمة توحيد القواعد بالنسبة لدعوى البطلان ودعوى الغبن (action en rescision)، وكذلك أن يكون التقادم في عشر سنوات بالنسبة لكلى الدعويين، عكس ما اقترحت اللجنة المعنية من قبل الحكومة (ثلاثين سنة بالنسبة للبطلان، وعشر سنوات بالنسبة للغبن)، كما اقترحت أيضًا، أن لا تكون الاتفاقات التي تكون مخالفة للآداب العامة ملزمة، ولا تلك التي لم تحترم ما منعه القانون، وأنه ليس هناك حاجة للطعن فيها بالبطلان؛ لأنه يكفي فيها الدفع به، والذي هو أبدي⁽³⁾.

تم توحيد إجراءات الدعويين في تقنين نابليون؛ لأنه لم يعد هنالك ملك، كما أنه كان يستعمل المصطلحين كمترادفين فيما يتعلق بإلغاء العقود التي كانت مشوبة بعيب من عيوب الرضى، باستثناء حالة الغبن في بيع العقار، والقسمة، وتصرفات القاصر، أين كان لا يستعمل أبداً مصطلح بطلان⁽⁴⁾ - وهو ما نعرفه حالياً - ولا تمنح دعوى الغبن للراشد إلا في حالة الغبن الذي يزيد عن الربع في حالة

¹ - وهي تختلف عن دعوى البطلان لغبن (action en nullité pour lésion) المعروفة حالياً، سواء من حيث الإجراءات أو من حيث الأساس، فهي تختلف عنها من حيث الإجراءات؛ إذ لا تقبل الدعوى إلا إذا تم التماسها كمنحة من الملك (chancellerie royale)، وهي تعطى بموجب كتاب خاص (lettre de rescision)، ومن حيث الأساس، فإذا كانت دعوى البطلان لغبن لا تجوز إلا في عقود معينة كبيع العقار، فإن دعوى الغبن تقوم لتخلف كل شروط صحة التراضي، لتفاصيل أكثر انظر:

SOLON (M.), *Traité des nullités des conventions et des actes en matière civil*, Librairie de jurisprudence de H. TARLIER, Bruxelles, 1836, p 40 ; **HOPPE (Ch.-E.)**, *Droit romain, de la mancipation ou de la vente solennelle per æs et libram, droit français, des actions en nullité et en rescision des conventions*, thèse Strasbourg, 1866, p. 56 ; **TRUCHOT (E.)**, *Droit romain, des caractères généraux de l'in integrum restitutio, droit français, des actions en nullité et en rescision des conventions*, thèse Dijon, 1874, p. p. 41-42.

² - **HOPPE (Ch.-E.)**, ... *des actions en nullité* ... , thèse précitée, p. 57.

³ - Ibid, p. 246.

⁴ - **TRUCHOT (E.)**, ... *des actions en nullité* ... , thèse précitée, p. 61.

قسمة، أو الغبن الذي يزيد عن سبعة أجزاء من اثنا عشر من ثمن بيع العقار⁽¹⁾.

هذا فيما يتعلق بدعوى الغبن (action en rescision)، أما فيما يتعلق بنظرية الانعدام فقد تم التخلي عنها لكثرة الانتقادات التي وجهت إليها⁽²⁾.

بصرف النظر عن هذا التطور التاريخي لجزاءات عدم احترام شروط نشأة التصرف، فإن التصرف القانوني الثلاثي كغيره من التصرفات القانونية، لا ينشأ صحيحاً إلا إذا استوفى جميع شروطه، والتي قد تكون جوهرية تؤدي إلى البطلان المطلق، وقد تكون غير جوهرية تجعله قابلاً للإبطال.

للبطلان خاصيتان أساسيتان : فهو جزء عدم ملاحظة الشروط التي وضعها المشرع لإنشاء التصرفات القانونية، أي أنه جزء يتعلق بالنشأة، كما أنه يهدم التصرف بأثر رجعي، فيصبح وكأنه لم يكن، وبذلك فهو يتميز عن عدم النفاذ⁽³⁾، والفسخ.

قد يحدث أن يكون التصرف صحيحاً، غير أنه لا يمكن الاحتجاج به اتجاه شخص معين، أو اتجاه كل الأشخاص الذين لم يشاركوا في إبرامه ؛ بمعنى أنه يحق لهذا الشخص أو هؤلاء الأشخاص عدم الاعتراف بوجود هذا التصرف.

فلاشترط لمصلحة الغير مثلاً، ينتج أثره اتجاه الأطراف ، وعليه يكون نافذاً تجاههم ؛ لأنه لا يمكنهم تجاهل وجوده، وهو لا ينتج أي أثر بالنسبة للغير، دائني المشتري مثلاً، فهو لا ينشئ في ذمتهم لا حقاً، ولا التزاماً، غير أنه يكون نافذاً في مواجهتهم، فلا يمكنهم تجاهل وجوده، والمطالبة بالمقابل الذي دفعه المشتري (مدينهم) إلى المتعهد.

غير أنه يكون التصرف صحيحاً في بعض الحالات فيما بين الأطراف، إلا أنه لا يمكنهم أن يحتجوا به في مواجهة الغير، هكذا يكون الحال عندما يريد المشرع حماية الغير، الذين يكونون من مصلحة العلم بالتصرف، فيفرض الشهر، الذي يكون جزء عدم توافره عدم نفاذ التصرف في مواجهة هؤلاء الغير⁽⁴⁾.

¹ - V. art. 887, 1070, 1476, 1872 et art. 1674 du code civil français.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، الجزء الثاني، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص. 605 وما يليها.

³ - **WINTGEN (R.)**, *Etude critique de la notion d'opposabilité ...*, thèse précitée.

⁴ - تنص المادة 15 من الأمر رقم 74/75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري السالف الذكر : « كل حق للملكية، وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار، لا وجود له بالنسبة للغير إلا بفعل الإشهار، ومن تاريخ هذا الإشهار في البطاقات العقارية ... »، نحن من سطر.

وهناك حالات أخرى يكون فيها الغير بحاجة إلى الحماية، كما لو أهدى المدين أملاكاً لأقربائه، حتى يتهرب من إجراءات الحجز، فهنا يمنح المشرع لدائنيه إمكانية المطالبة بعدم نفاذ تصرفاته في مواجهتهم عن طريق الدعوى البوليسية⁽¹⁾.

أمّا الفسخ فيتقرر على تصرف نشأ صحيحاً كامل الأركان، غير أن أحد أطرافه لم ينفذ التزاماته، فهو جزاء إخلال أحد القائمين بالتصرف بالتزاماته الناشئة عنه؛ بمعنى أنه جزاء يتقرر في مرحلة التنفيذ. مما سلف، يمكن القول أن نظرية البطلان تختص بتقدير مدى احترام أطراف التصرف لشروط نشأته، ولتفصيل أحكام هذه النظرية، سنتناول مفهوم البطلان (مطلب أول)، وأحكام ممارسته (مطلب ثان).

المطلب الأول مفهوم البطلان

نلاحظ من خلال تصفح التقنين المدني الجزائري أن المشرع الجزائري يقدر جزاء القابلية للإبطال لتخلف شرط من شروط صحة الرضى، فالتصرف يكون قابلاً للإبطال إذا وقع المتصرف في غلط⁽²⁾، أو إذا تم ممارسة إكراه عليه⁽³⁾، أو إذا كان ضحية تدليس⁽⁴⁾، أو استغلال⁽⁵⁾. بينما يقرر جزاء البطلان المطلق إذا تخلف شرط الرضى⁽⁶⁾، أو المحل⁽⁷⁾، أو السبب⁽⁸⁾، أو الشكل في العقود العقود الشكلية⁽⁹⁾. أمّا فيما يتعلق بأحكام الأهلية، فإن تخلفها قد يؤدي إلى البطلان، كما في تصرفات

¹ -تنص المادة 191 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم: « لكل دائن حل دينه وصدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه ... » ، نحن من سطر.

² -المادة 81 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

³ -المادة 88 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁴ -المادة 86 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁵ -المادة 90 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁶ -المادة 59 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁷ -المادة 93 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁸ -المادة 97 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁹ -المادة 324 مكرر 1 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

عديم التمييز ، والتصرفات الضارة ضررا محضا للمميز، وقد يؤدي في غير هذه الحالات إلى القابلية للإبطال.

غير أن هذه الحالات ليست هي الوحيدة التي قد تبطل التصرف، فالمشرع قد أورد نصوصا متفرقة يؤدي عدم احترامها إلى البطلان⁽¹⁾، ففي مواد التأمين يكون التصرف باطلا، إذا كان مخالفا للمواد من 619 إلى 624 من التقنين المدني⁽²⁾، وكذلك الإيجار من الباطن إذا لم ينص عقد الإيجار الأصلي صراحة على هذا الحق⁽³⁾، ويكون عقد الشركة باطلا، إذا لم يجرر في شكل مكتوب⁽⁴⁾.

فالبطلان وإن كان في الأساس جزاء لعدم توافر شروط انعقاد التصرف، فإنه في بعض الحالات جزاء لعدم احترام موضوع التصرف إذ أن المشرع قد يمنع بعض الاتفاقات، كالاتفاق على إسقاط الضمان في عقد البيع⁽⁵⁾، أو الاتفاق على أن لا يسهم أحد الشركاء لا في أرباح الشركة، ولا في خسائرها⁽⁶⁾... الخ.

يتطلب فهم البطلان فهم التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي (فرع أول)، وآثاره على النظام القانوني لهما (فرع ثان).

الفرع الأول

التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي

لقد حدد المشرع الجزائري الحالات التي تؤدي إلى البطلان المطلق، والحالات التي تؤدي إلى البطلان النسبي، غير أنه لم يبين معيار هذا التمييز، لذا سنبحثه، ونحدد آثاره على النظام القانوني لكل من البطلان المطلق، والبطلان النسبي في الفقه الكلاسيكي (أولا)، ثم في الفقه الحديث (ثانيا).

¹ - يطلق الأستاذ « CARBONNIER » اسم « مسح الشروط » (gommage ou carriardage de clause) على هذا النوع من

البطلان، أنظر: CARBONNIER (J.), ... *Les obligations* ... , op. cit. , p. 190.

² - المادة 625 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

³ - المادة 469 مكرر من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁴ - المادة 418 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁵ - المادة 384 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁶ - المادة 426 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

أولا - معيار التمييز وآثاره على النظام القانوني لكل من البطلان المطلق والبطلان النسبي في الفقه الكلاسيكي:

I - معيار التمييز : خطورة العيب.

نجد بالرجوع إلى كتاب الشرائع المدنية أن ” DOMAT ” يتناول جزاء تخلف شروط انعقاد الاتفاقات في نقطتين : الأولى تحمل عنوان : « حل الاتفاقات غير الباطلة »، أما الثانية فتحمل عنوان : « الاتفاقات الباطلة في مصدرها »، ويقصد بالتصرفات الباطلة، تلك التصرفات التي تتخلف فيها خصائص أساسية، وهي لا تتمتع بصفة الاتفاق بطبيعتها ، أما التصرفات القابلة للحل، فهي تلك التي تبقى قائمة، غير أنها قابلة للحل بسبب تدليس أو غبن، كما يحدث في حالة الثمن التافه في البيع⁽¹⁾.

يظهر من دراسة عمل ” DOMAT ” أنه كان يميز بين جزاءين : الأول يقترب من مفهوم الانعدام ، أما الثاني، فالقابلية للإبطال ، فهو لم يميز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي. أما بالرجوع إلى أعمال ” POTHIER ” فنجد أن هذا الفقيه الذي تأثر به كثيرا محررو تقنين نابليون يميز بوضوح بين التصرف المنعدم، والتصرف القابل للحل⁽²⁾.

كما نلاحظ بمراجعة بعض الكتابات لمفسري تقنين نابليون في القرن التاسع عشر، أنهم كانوا يميزون بين نوعين من الجزاءات التي تترتب على تخلف شروط نشأة التصرف : الانعدام أو البطلان بقوة القانون، وهو ذلك البطلان الذي يترتب على تخلف شرط من شروط الوجود، كالرضى، أو المحل أو السبب. ولا نكون فيه بحاجة إلى الرجوع إلى القاضي للنطق به، والإبطال الذي يترتب على تخلف شرط من شروط صحة التراضي، والذي يؤدي بالضرورة إلى غبن أحد الأطراف ؛ لأن إرادته لم تكن سليمة، وهو بحاجة دائمة إلى رفع دعوى لتقريره⁽³⁾.

¹- DOMAT (J.), *Les lois civiles ...* , op. cit. , p.p. 29-31.

²- HARTMANN (E.), *Etude sur la distinction ...* , op. cit. , p.p. 200-208.

³- V. LAURENT (F.), *Principe de droit civil, t. XIV, 3^{ème} éd.*, Bruylant- Christophe éditeur, Bruxelles, 1878, p. 508 : « Les auteurs ne s'accordent pas ; tantôt ils appellent nul, tantôt nul de plein droit ou inexistant le contrat auquel il manque une des conditions requises pour son existence ; et ils appellent annulable le contrat qui a une existence légale, mais qui peut être annulé. Nous choisissons parmi les expressions celles qui sont les plus simples , en appelant inexistant le contrat qui n'a pas d'existence légale et nul le contrat annulable.» ; DEMANTE (A.M.), *Cours analytique de code civil, t. I*, Gustave Thorel éditeur, Paris, 1849, p. 351 : « Sous le nom de nullité on comprend en droit deux idées fort

أما التقسيم الثلاثي فلم يظهر إلا مع بداية القرن العشرين⁽¹⁾، وقد عبر عنه الفقيه "CAPITANT" كالآتي⁽²⁾ : « إن عيب التصرف القانوني قد ينتج عن أحد الأسباب الثلاثة التالية:

1° - إذا تخلف عنصر من العناصر الضرورية لإنشائه، وفي مثل هذه الحالات ظاهر أنه ليس للتصرف أي قيمة، وأنه لا يمكنه أن ينتج أي أثر قانوني، ويستعمل الفقه مصطلح الانعدام لتمييز هذه الحالات.

2° - إذا لم يحترم التصرف أحد الأنظمة التشريعية، كما لو تضمن أحكاما مخالفة للنظام العام والآداب، أو عدم احترامه الشكل الرسمي الذي يوجبه التشريع، فإنه لا يمكنه هو أيضا أن ينتج أي أثر قانوني؛ لأنه انعقد مخالفا للتشريع، تعرف هذه الحالة بالبطلان المطلق.

3° - أخيرا، قد يكون التعبير عن الإرادة معيبا بأحد عيوب الإرادة أو الرضى، يسمح القانون للمعني في هذه الحالة بالسعي من أجل إبطال التصرف أمام المحاكم، نقول في هذه الحالة أن التصرف قابل للإبطال.

ولشرح هذا التقسيم شبه مفسرو النظرية الكلاسيكية العقد بكائن حي⁽³⁾ يتكون من أعضاء، وكل عضو يقابل شرط من شروط الصحة، فغياب شروط الوجود (الرضى، والمحل، والسبب

distinctes dans leur principe, mais qui se rapprochent dans leur conséquence, savoir, la nullité proprement dite, ou nullité de droit, et l'annulabilité ou nullité par voie d'action.» ; **AUBRY (Ch.)** et **RAU (Ch.)**, *Cours de droit civil français ... t. I ...*, op. cit., p. 230.

¹ - ما يدل على ذلك هو المقارنة بين الطبعة الأولى لسنة 1898 والطبعة الخامسة لسنة 1929 لكتاب المدخل لدراسة القانون المدني للفقيه "CAPITANT" أين اعتمد تقسيما ثنائيا للبطلان في طبعة 1898، وتقسما ثلاثيا في طبعة 1929.

² - **CAPITANT (H.)**, *Introduction à l'étude du droit civil, notions générale*, 5^{em} éd., Pedone, Paris, 1929, p 314 : « L'imperfection d'un acte juridique peut résulter de l'une des trois causes suivantes :

1° Un des éléments essentiels, indispensables à sa formation, fait défaut. En pareil cas, il est bien évident que l'acte n'a aucune valeur et ne peut produire aucun effet juridique. Pour caractériser cette situation, la doctrine emploie un terme très énergique : elle dit qu'il est *inexistent*.

2° L'acte viole une prescription légale ; par exemple, il contient des dispositions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ; ou bien il était soumis à des formes solennelles qui n'ont pas été observées. Cet acte ne peut, lui non plus, produire aucun effet juridique, puisqu'il a été passé en violation de la loi, il est frappé d'une nullité, dite *nullité absolue*.

3° Enfin, la manifestation de volonté est imparfaite, soit parce qu'elle émane d'un incapable non régulièrement habilité, soit parce qu'elle est entachée de l'un des vices précédemment cités. Pour protéger l'intéressé contre ses conséquences, la loi lui permet d'en faire prononcer l'annulation par les tribunaux. On dit que l'acte est annulable, ou atteint d'une *nullité relative*.».

³ - عبر الفقيه "ROUBIER" عن هذه الفكرة بروح من الفكاهة كالآتي:

« On a insufflé la vie au concept d'acte juridique (...) on nous la montré naissant ou mort, ou mort-né ; on nous a fait assisté à sa maladie ou à sa guérison ; récemment encore on nous présentait un cas de suicide. » , **ROUBIER (P.)**, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, thèse Paris, 1911, p. 302.

والشكل) يؤدي إلى فقدان التصرف لعضو ضروري لحياته، فيولد ميتا؛ أي منعدما. أما إذا اجتمعت في التصرف شروط وجوده، غير أنها كانت مشوبة بعيب (عيوب الإرادة)، فإن العقد لا يولد ميتا وإنما مريضا قابلا للعلاج، فيكون البطلان نسبي⁽¹⁾. أما فيما يتعلق بالتمييز بين الانعدام والبطلان المطلق، فهم يركزون على فكرة التمييز بين الوجود الفعلي والوجود القانوني، ففي حالة الانعدام لا يكون للتصرف لا وجودا فعليا، ولا قانونيا، فالعقد الذي لا يتوافر فيه الرضى، أو المحل، أو السبب، لا يمكن أن يكون له وجود ولو فعلي، أما العقد الذي تتوافر فيه هذه الشروط، غير أنه يكون له سبب غير مشروع، فإنه يكون لهذا العقد وجود فعلي، وإن لم يكن له وجود قانوني لمخالفته للتشريع⁽²⁾.

يؤسس هؤلاء المفسرون هذا التمييز على فكرة « طبيعة الأشياء » (la nature des choses) التي تعطي حق تقدير مدى خطورة العيب الذي شاب التصرف⁽³⁾، فإذا كان العيب خطيرا كما لو انتفى الرضى، أو المحل، أو السبب، فإن التصرف يكون منعدما، وهو غير قابل للتقادم، أو كان مخلا بحكم من أحكام التشريع (النظام العام والآداب) فيكون التصرف باطلا بطلانا مطلقا، أما إذا لم يكن العيب خطيرا؛ بمعنى أنه كان قابلا للعلاج (الإجازة)، فإن البطلان سيكون نسبيا⁽⁴⁾.

لقيت فكرة الانعدام انتقادات كثيرة⁽⁵⁾، خصوصا من الأستاذ " GAUDMET " الذي يأخذ عليها أنها لا تعترف بحالة الظاهر، التي تنشأ عن التصرف المنعدم، والتي يجب هدمها؛ لأن مع نظرية الوضع الظاهر، لا يوجد تصرف منعدم، وكل التصرفات مهما كانت معيبة يكون لها آثار قانونية يجب إبطالها⁽⁶⁾، هذا ما جعل الفقه يتخلى عنها بسرعة، ويستقر على فكرة تقسيم البطلان إلى مطلق ونسبي، فإذا تخلف شرط من شروط الوجود، أو كان مخالفا للنظام العام والآداب كان مطلقا، أما إذا

¹ - GAUDMET (E.), *Théorie générale des obligations ...*, op. cit., p. 141 et s; TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations ...*, op. cit., p. 75; FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *l'acte juridique ...*, op. cit., p. 332.

² - JAPIOT (R.), *Des nullités en matière d'actes juridiques, essai d'une théorie nouvelle*, thèse Dijon, 1909, p. 282.

³ - DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général, les sources ... t. IV ...*, op. cit., p.18; DROGOUL (F.), *Essai d'une théorie générale des nullités, étude de droit civil*, thèse Aix - MARSEILLE, Arthur Rousseau éditeur, Paris, 1902, p. 264 et s.; GUELFUCCI - THIBIERGE (C.), *Nullités, restitutions et responsabilité*, L.G.D.J., Paris, 1993, p.p. 205 - 209.

⁴ - يعتمد الأستاذ " CARBONNIER " هذا التقسيم الذي يقرر الانعدام في حالة غياب الرضى، المحل، السبب والشكل، بينما يقرر البطلان المطلق في حالة استحالة المحل وعدم تعيينه وعدم مشروعيته، أنظر:

CARBONNIER (J.), ... *les obligations ...*, op. cit., p.p. 189 - 190.

⁵ - لتفصيل هذه الانتقادات انظر: عبد الرزاق احمد السنهوري، ... *نظرية العقد، الجزء الثاني ...*، مرجع سابق، ص. 605 - 608.

⁶ - GAUDMET (E.), *Théorie générale des obligations*, ... op. cit., p. 161: « L'acte a une existence au moins apparente. Il a produit effet. ».

تخلف شرط من شروط صحة التراضي، كان نسبيا. هذا ما يجعلنا نركز نتائج هذا المعيار على هذين النوعين فقط.

II – النظام القانوني للبطلان المطلق والبطلان النسبي :

يتولد عن معيار خطورة العيب نظام قانوني للبطلان المطلق، والبطلان النسبي يرتكز على ثلاث مبادئ أساسية :

1 – يتقرر البطلان المطلق بقوة القانون : لا يحتاج البطلان المطلق إلى صدور حكم يقدره؛ لأنه لا حاجة إلى تقرير العدم، لكن هل يعني هذا عدم اللجوء إلى المحكمة ؟

قد يثور نزاع بين أطراف التصرف، أو بين طرف من أطرافه وشخص من الغير له مصلحة حول مسألة بطلان العقد، ولا يمكن أن يتم الفصل في هذا النزاع إلا من قبل المحكمة ؛ لأنه لا يجوز للأشخاص الفصل في النزاعات بأنفسهم، غير أن الطلب الذي سيتقدم به الأطراف لا يتمثل في الفصل في بطلان التصرف، وإنما في ملاحظته، فهو موجود حتى قبل اللجوء إلى المحكمة⁽¹⁾، وعليه فإن الدعوى هنا ليست دعوى إبطال بالمفهوم الصريح ، وإنما دعوى إنهاء النزاع الذي ولده التصرف .

ولا يتقرر البطلان النسبي بقوة القانون ؛ لأن التصرف في هذه الحالة يكون موجودا غير أن أحد شروطه مختل ، وعليه لا يمكن هدم العلاقات التي ينشئها إلا عن طريق تصرف سيادي، صادر عن سلطة مختصة (القضاء)، هذا ما يفسر استعمال مصطلح إبطال التصرف، وليس بطلان التصرف⁽²⁾.

2 – يجوز لكل من له مصلحة المطالبة بالبطلان المطلق : بما أن العقد الباطل بطلانا مطلقا يولد معدوما، فإن المطالبة به ما هي إلا المطالبة بالاستفادة بوضع قائم مسبقا.

بينما لا تجوز المطالبة بالبطلان النسبي إلا ممن تقرر هذا البطلان لمصلحته : المتعاقد القاصر، والمتعاقد الذي كان تعبيره عن الإرادة معيبا بأحد عيوب الرضى.

¹ - FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *l'acte juridique* ... , op. cit. , p. 233.

² - يطلق الأساندة " TERRE " و " SIMLER " و " LEQUETTE " على هذا النوع من البطلان إسم البطلان الاختياري (nullité facultative) مقابلة للبطلان بقوة القانون ؛ لأنه يكون للقاضي سلطة تقديرية في تقريره أنظر : TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 308.

3- العقد الذي لا يكون إلا مريضاً يمكن علاجه : وعليه فإن البطلان النسبي يمكن تفاديه، وذلك إما عن طريق الإجازة⁽¹⁾، أو عن طريق التقادم الخماسي⁽²⁾، ما عدى مسائل الاستغلال أين تتقادم الدعوى بعد مرور سنة⁽³⁾.

هذا فيما يتعلق بالبطلان النسبي، بينما البطلان المطلق لا يمكن تفاديه أو مسحه، فهو غير قابل للإجازة ولا للتقادم حسب أنصار الفقه الكلاسيكي.

ثانياً - معيار التمييز وآثاره على النظام القانوني لكل من البطلان النسبي والبطلان المطلق في الفقه الحديث :

لاحظ الفقه الحديث أن النظرية الكلاسيكية تبني نتائجها على تشبيه العقد بكائن حي، وشروطه بأعضاء هذا الكائن، مما جعله يشكك في هذه النتائج باعتبار أنها تتأسس على فرضية غير مؤكدة؛ كما أن إدخال مفهوم التصرف المنعدم قد أفرغ محتوى البطلان المطلق، فحسب النظرية الكلاسيكية يؤدي غياب الرضى، والمحل، والسبب، وكذلك الشكل في العقود الإحتفائية (solennels) إلى الانعدام، بينما يؤدي المحل المستحيل، أو غير المعين، أو غير المشروع، إلى البطلان⁽⁴⁾، كما يجعل الفقه الكلاسيكي من عيب الأهلية حالة لإبطال العقد، وليس لبطلانه بطلانا مطلقا، على الرغم من أن المادة 1108 من التقنين المدني الفرنسي تجعله من نفس مرتبة التراضي، والمحل، والسبب.

هذا ما جعل أغلب الفقه الحالي يساند "DROGUOUL"⁽⁵⁾، و"JAPIOT"⁽⁶⁾، و"GAUDMET"⁽⁷⁾ في تقديم لفكرة أن البطلان حالة من حالات التصرف، واعتماد فكرتهم المتمثلة في كون أن البطلان هو حق في نقد التصرف (droit de critique) قد يمنح لكل ذي مصلحة، إذا كان العيب يمس بالمصلحة العامة، وقد يمنح لطائفة معينة، إذا كان العيب يمس بمصلحة هذه الطائفة فقط (مصلحة خاصة). وهكذا ظهر معيار نوع المصلحة المحمية (I)، الذي أثر على النظام القانوني لكل من البطلان المطلق والبطلان النسبي (II).

¹ - المادة 83 من تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

² - المادة 101 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

³ - المادة 90 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁴ - TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 76.

⁵ - DROGUOUL (F.), *Essai d'une théorie générale des nullités, étude de droit civil* ... , thèse précitée.

⁶ - JAPIOT (R.), *Des nullités en matière d'actes juridiques* ... , thèse précitée.

⁷ - GAUDMET (E.), *Théorie générale des obligations* ... , op. cit.

I - معيار التمييز : حماية المصلحة العامة وحماية المصلحة الخاصة.

لم يعتبر الفقه الحديث البطلان كحالة ينشأ عليها التصرف (ميتا أو مريضا) ، وإنما كحق تقدير مدى احترامه لشروط النشأة، التي نص عليها المشرع، ويتم تمييز البطلان المطلق عن البطلان النسبي بالنظر إلى المصلحة التي كان يرمي المشرع إلى تحقيقها من وراء سن هذا الشرط، فإذا كان المشرع يهدف من وراء سن القاعدة التي خالفها التصرف إلى حماية المصلحة العامة، كان التصرف باطلا بطلانا مطلقا، بينما إذا كان يهدف من وراء سنها إلى حماية المصلحة الخاصة، كان التصرف باطلا بطلانا نسبيا⁽¹⁾. فيكون البطلان النسبي، ذلك البطلان الذي يجزي عدم احترام قاعدة قانونية تحمي المصلحة الخاصة ، بينما البطلان المطلق، ذلك البطلان الذي يجزي عدم احترام قاعدة قانونية تحمي المصلحة العامة.

تم انتقاد هذا المعيار من جانبين : الأول باعتباره ينكر الحالة الصحية للتصرف، واعتماده حق التقدير، أليس حق التقدير هو مراقبة صحة التصرف⁽²⁾ ؟ أما الجانب الثاني الذي انتقد فيه فهو اعتماده على مفهوم المصلحة العامة، ومفهوم المصلحة الخاصة على الرغم من تداخلهما⁽³⁾، كما أنه يصعب وضع هذا التمييز حيز التطبيق ؛ لأنه لا توجد حدود واضحة المعالم بين المفهومين⁽⁴⁾، إضافة إلى أن المشرع قد قرر البطلان المطلق في بعض الحالات، أين يصعب فيها تكيف المصلحة المحمية بالعام، فلو أخذنا مثلا، عيب عدم وجود المحل، هل يمكن تكيف المصلحة المحمية بالعام؟ مع العلم أن المشرع يقرر فيه البطلان المطلق .

يقابل الباحثون مفهوم المصلحة العامة بمفهوم المصلحة الخاصة، وهم يغلبون الأولى على الثانية، فتحقيق المصلحة العامة أسمى من تحقيق المصلحة الخاصة، فمصلحة الأمن العام، والحرية العامة، والصحة العامة ... الخ، تسمو على المصلحة الخاصة كالحرية الشخصية، والأمن الخاص، والصحة الفردية ... الخ⁽⁵⁾. وهكذا يظهر أن عمومية المصلحة تستمد من عمومية مداها، وليس من طبيعتها، غير أنه لا يشترط أن تشمل هذه المصلحة جميع أفراد المجتمع ؛ لأن المصلحة تعبر عن فكرة، وعن مبدأ،

¹- FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *l'acte juridique* ... , op. cit. , p. 235 ; TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 76 ; MAZEAUD (H., L. et J.), *Leçons de droit civil* ... , par (F.) CHABAS, op. cit. , p. 301.

أحمد شوقي محمد عبد الرحمان النظرية العامة للالتزام ... ، مرجع سابق، ص. ص. 139 - 140.

²- TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 77.

³- DEMOGUE (R.), *Les notions* ... , op. cit. , p. 175.

⁴- FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *l'acte juridique* ... , op. cit. , p. 235.

⁵- GHESTIN (J.) et GOUBEUX (G.) , *Traité de droit civil, introduction* ... , op. cit. , p. 551 et s.

ولا يعقل أن توجد فكرة، أو مبدأ يجتمع عليه كل أفراد المجتمع، لذا يرى الأستاذ " DEMOGUE " أن المصلحة العامة تتلخص في مصلحة الأغلبية⁽¹⁾، مما يجعلها تتغير بتغير الأفكار، والمبادئ في المجتمع .

تكون المصلحة الخاصة بمقابلة هذا المفهوم تلك المصلحة التي لا يتعدى مداها شخص واحد، أو مجموعة من الأشخاص، يكون عددها شبه معدوم بالمقارنة مع عدد أفراد المجتمع.

يظهر بتطبيق هذا المفهوم على العقد أن عدم وجود المحل لا يمس بمصلحة أغلبية أفراد المجتمع، وإنما بمصلحة الطرف، أو الأطراف الذين لا يكون لالتزامهم مقابلاً، عكس عدم مشروعية المحل، فمنع الإتجار بالكائن البشري مبدأ يتفق عليه أغلبية أفراد المجتمع، والأمر نفسه بالنسبة لعدم وجود السبب.

هذا ما جعل بعض الباحثين يطالبون بالتخلي عن مبدأ التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي، وإعطاء كل عيب بطلاناً خاصاً به⁽²⁾.

على الرغم من بقاء بعض المسائل غامضة في ما يتعلق بهذا المعيار، نتيجة عدم وجود حدود صريحة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة⁽³⁾، غير أن التمييز بين البطلان المطلق، والبطلان النسبي يبقى مهماً لما له من آثار على النظام القانوني لكل منهما.

II – النظام القانوني للبطلان المطلق والبطلان النسبي :

قد لا يلجأ الأطراف إلى القضاء حتى يمارسوا أحكام البطلان، هذا ما يعرف بالبطلان الإتفاقي، وهو يختلف عن التقايل ؛ فالبطلان الاتفاقي ، هو اتفاق أطراف التصرف على أن نشأته كانت باطلة، أما التقايل فهو اتفاق لاحق للتصرف، يكون مضمونه إلغاء أحكام الاتفاق الأول، غير أن هذا النوع من البطلان نادر في الحياة اليومية، فغالبا ما تحدث نزاعات في مسائل البطلان تجعل اللجوء إلى القضاء أمراً محتوماً، فما هي أحكام البطلان؟

تختلف أحكام البطلان في الفقه الحديث عن أحكامه في الفقه الكلاسيكي في الآتي :

1 – مسألة البطلان بقوة القانون :

يرى الفقه الكلاسيكي أن البطلان المطلق ينقرر بقوة القانون، وأن دور القاضي يتلخص في ملاحظته فقط، دون فحصه، عكس البطلان النسبي، أين يفحص فيه القاضي وجود البطلان أو

¹- DEMOGUE (R.), *Les notions ...* , op. cit. , p. 172.

²- REIGNE (Ph.), *La notion de cause ...* , thèse précitée, p. 49.

³- MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, L.G.D.J., Paris, 2004, p. 602.

عدمه، غير أن السؤال الذي يطرح في هذا المقام : هل يعني البطلان المطلق إعدام دور القاضي في تقريره ؟

يرى الفقه الكلاسيكي أن البطلان المطلق يعدم دور القاضي ؛ لأن الأحكام فيه تكون كاشفة وليست منشئة، فالقاضي لا يفحص في البطلان المطلق وجوده من عدمه، وإنما يكتفي بملاحظته. وهو أمر قابل للنقاش، فكل أحكام البطلان كاشفة ؛ لأنها لا تنشئ الحق، وإنما تقرره فقط، ولو كان الحكم منشئاً فيما يتعلق بالبطلان النسبي لما أمكن تفسير الأثر الرجعي له، فالمنطق يقضي أن تكون النشأة من يوم النطق بالحكم، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإننا نلاحظ أنه في مسائل المشروعية، القاضي لا يكتفي بملاحظتها وإنما يفحصها، فيقدر ما إذا كان التصرف مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة، و عليه فإن له سلطة تقديرية، مما يجعل دوره قائماً⁽¹⁾.

يمكن القول مما سلف أن البطلان بقوة القانون، لا يتعلق بالتمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي، وإنما بواقعة تحقق البطلان، فمثلاً تنص المادة 107 من تقنين الأسرة الجزائري في حكم تصرفات المجنون والمعتوه على الآتي : « تعتبر تصرفات المحجوز عليه بعد الحكم (بالحجز) باطلة وقبل الحجز إذا كانت أسباب الحجز ظاهرة وفاشية وقت صدورها ».

وعليه يكون البطلان بقوة القانون بعد الحكم بالحجز ؛ لأن دور القاضي يتلخص في ملاحظة التصرف، والحكم بالحجز لإبطال التصرف، ويكون اختيارياً ؛ بمعنى أن للقاضي سلطة تقديرية في الحكم به قبل الحجز ؛ لأن عليه فحص ما إذا كان المجنون أو العته ظاهراً، أو متفشيًا أثناء إبرام التصرف⁽²⁾، فيكون في النوع الواحد من البطلان (البطلان المطلق) نوعان من الأحكام: حكم بقوة القانون، ولا تكون للقاضي فيه سلطة تقديرية، وحكم اختياري يكون دور القاضي فيه حاسماً .

2 - صاحب الحق في المطالبة بالبطلان :

بما أن البطلان هو حق في انتقاد التصرف يمنحه القانون لبعض الأشخاص حتى لا يتحملوا آثاره، فإنه بهذه الصفة يطرح إشكال تحديد صاحب هذا الحق ؟

يحتفظ الفقه الحديث بالحل الذي جاء به الفقه الكلاسيكي فيما يتعلق بالبطلان المطلق: « يجوز لكل ذي مصلحة أن يطالب بالبطلان المطلق للتصرف »، غير أنه لا يعتمد الأساس الذي يؤسس عليه

¹ - مسائل النظام العام والآداب العامة غير محددة تفصيلاً، مما يجعل مسألة تقديرهما من سلطة القاضي.

² - في تفصيل حكم تصرفات المجنون والمعتوه، أنظر محمد سعيد جعفرور، ... نظرية الحق ...، مرجع سابق، ص. 532 وما يليها.

الفقه الكلاسيكي هذا الحل: البطلان سابق للدعوى، وإنما يؤسس جواز المطالبة بالبطلان المطلق من كل ذي مصلحة على فكرة المصلحة العامة، فما أن التصرف مخالف للمصلحة العامة يجب مضاعفة إمكانية بطلانه⁽¹⁾ من أجل إرجاع الأوضاع إلى الحالة المشروعة⁽²⁾.

ويعتمد أيضا الفقه الحديث الحل المقترح من طرف الفقه الكلاسيكي فيما يتعلق بالبطلان النسبي، فهو لا يتقرر إلا للطرف الذي تكون له مصلحة في ذلك، فلا يتقرر لكلا الطرفين. غير أنه يرى ضرورة إضفاء بعض المرونة على هذا الحل، وذلك بالسماح للورثة، والخلف الخاص المطالبة به، وعدم اعتبار عدم مطالبة الطرف المقرر له هذا الحق تنازلا عنه، إذا كان من مصلحة الورثة والخلف الخاص المطالبة بالإبطال⁽³⁾.

3 - انقضاء حق المطالبة بالبطلان :

ينتضي حق المطالبة بالبطلان بالتقادم، وبالإجازة، وقد كان الفقه الكلاسيكي يرفض فكرة تقادم دعوى البطلان المطلق، باعتبار أن التصرف نشأ ميتا، ويقبل تقادم دعوى البطلان النسبي، غير أن الفقه الحديث يرى أن جميع الدعاوى قابلة للتقادم⁽⁴⁾، أما فيما يتعلق بالإجازة، فإن الفقه الحديث يحتفظ بالحل الكلاسيكي، فلا يجوز إجازة التصرف الباطل بطلانا مطلقا.

إلى جانب هذين المعيارين الشائعين في الفقه، اقترحت الأستاذة ” GUELFUCCI – THIBIERGE “ معيارا ثالثا، يتمثل في مراقبة مشروعية التصرف.

ركزت الأستاذة ” GUELFUCCI – THIBIERGE “ تحليلها لآلية البطلان على ثلاثة نقاط :

البطلان هو جزاء قانوني : فهو جزاء مخالفة إحدى قواعد نشأة العقد، سواء تعلق بالرضى، أو المحل، أو السبب، أو الشكل⁽⁵⁾.

البطلان هو حالة من حالات التصرف : وبذلك فهو يتميز عن حق انتقاد التصرف، الذي يمنحه القانون لبعض الأشخاص حتى لا يتحملوا آثاره؛ لأن هذا الحق ما هو إلا وسيلة لتقرير هذه

¹- TERRE (F.), SIMLLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 312.

²- GAUDMET (E.), *Théorie générale des obligations* ... , op. cit. , p. 163.

³- Ibid , p. 167.

⁴- FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *l'acte juridique* ... , op. cit. , p. 237.

⁵- GULFUCCI-THIBIERGE (C.), *Nullités* ... , thèse précitée, p. 209.

الحالة (البطلان)، بدليل أنه يمكن اللجوء إلى وسيلة أخرى، وهي الدفع بالبطلان، كما قد يتدخل القاضي من تلقاء نفسه، مع العلم أن ليس للقاضي حق انتقاد التصرف⁽¹⁾.

البطلان موضوعي في غايته : فهو لا يسعى إلى حماية شخص معين، أو أشخاص معينين، وإنما يسعى إلى استرجاع المشروعية المنتهكة، وذلك بإلغاء المركز القانوني غير المشروع، الناشئ عن مخالفة عملية الإبرام لقاعدة أمر، متعلقة بشروط إنشاء التصرف⁽²⁾.

يؤخذ على هذا المعيار أنه لا يسمح بالتمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي، فالبطلان موحد في مفهومه عند الأستاذة " GUELFUCCI – THIBIERGE "، وهي تميز بين البطلان الكلي والبطلان الجزئي فقط، وذلك بالنظر إلى الهدف الذي كانت تسعى إليه القاعدة المنتهكة⁽³⁾.

بغض النظر عن اقتراحات الأستاذة " GUELFUCCI – THIBIERGE "، فإن الحلول المستمدة من المعيار الجديد لا تلزم المشرع كما سنرى لاحقا، فقد يعتمد حولا مستمدة من الفقه الكلاسيكي، معتدا بجسامة العيب، وحلولا من الفقه الحديث.

الفرع الثاني آثار البطلان

قبل مناقشة آثار البطلان يجب الإشارة إلى أن التمييز بين البطلان المطلق ، والبطلان النسبي عديم الأثر فيما يتعلق بآثار البطلان، فإذا تم تقرير البطلان سواء كان مطلقا، أو نسبيا ألغى التصرف، وعاد الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرامه.

إن زوال التصرف بأثر رجعي هو القاعدة في البطلان (أولا) ، غير أن هذا الزوال يكون تارة كليا، وتارة جزئيا، هذا ما يستدعي دراسة مدى هذا الزوال (ثانيا) .

أولا - زوال التصرف بأثر رجعي :

¹ - Idem , p.p. 213 – 216.

² - Ibid , p. 223.

³ - Ibid , p. 292.

تقضي القاعدة الرومانية بأن أثر البطلان هو حرمان التصرف من آثاره : (quod nullum est nullum producit effectum)، وهذا ليس فقط بالنسبة للمستقبل، وإنما بالنسبة للماضي أيضا⁽¹⁾.

إذ تم تقرير البطلان قبل تنفيذ التصرف، فإن آثاره ستكون على المستقبل؛ إذ لا يمكن إلغاء ما لم يكن، فيتلخص أثر البطلان على إبقاء الحالة على ما هي، أما إذا تم النطق بالبطلان بعد تنفيذ التصرف، فإن آثاره ستكون على الماضي والمستقبل، وفي هذه الحالة يكون للأثر الرجعي أساس، وهو إزالة الآثار التي تم تنفيذها قبل النطق بالبطلان، وذلك عن طريق إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام التصرف⁽²⁾.

ففي العلاقات بين الأطراف، يسترجع كل واحد منهم ما أداه على أساس دفع غير المستحق⁽³⁾. فإذا كان التصرف اعتمادا إيجاريا للأصول المنقولة يستعيد البائع العتاد، والشركة المؤجرة الثمن الذي دفعته، والمستفيد الأقساط التي أداها.

يظهر أن هذا المبدأ بسيط، غير أنه إذا حاولنا وضعه حيز التطبيق تظهر صعوبات كثيرة، فبالنسبة للبائع يعيد الثمن، غير أنه إذا كان يعلم بالعيب يجب عليه دفع التعويض، والشركة المؤجرة تعيد العتاد، غير أنه إذا تم استعماله من طرف المستفيد، فإنه لا يمكن للبائع أن يسترجع منها العتاد في الحالة التي كان عليها قبل إبرام التصرف، وهذه الإشكالات لا تمنع إبطال التصرف، فالاسترجاع قد يكون عينيا أو بمقابل.

أما في العلاقات مع الغير، فإن الأثر الرجعي للبطلان قد يولد لنا بعض الإشكالات: كما لو اشترط المشتري لصالح المستفيد مالا معيناً (سيارة)، وتصرف فيه المستفيد بالبيع، فإذا تم إبطال الاشتراط فما هو حال البيع؟

سيتأثر المشتري ببطلان الاشتراط؛ لأنه يكون في هذه الحالة من قبيل الغير الذي يهيمه مصير الاشتراط، والذي يعد أساس ملكية المتنازل له على الشيء، هذا ما جعل الفقه يكيف مركزه على أساس الخلف الخاص⁽⁴⁾.

¹ - TERRE (F.), SIMLLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 326.

² - CARBONNIER (J.), ... *obligations* ... , op. cit. , p. 194.

³ - المادة 143 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁴ - FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *l'acte juridique* ... , op. cit. , p. 267.

إنّ هذه الإشكالات تؤكد ضرورة تحديد أو تقييد مبدأ رجعية البطلان، سواء في العلاقات ما بين الأطراف (I)، أو في العلاقات مع الغير (II).

I – القيود الواردة على خاصية رجعية البطلان فيما يتعلق بالعلاقات ما بين الأطراف:

يترتب على العقد الباطل بطلانا مطلقا، والعقد الباطل بطلانا نسبيا بعد الحكم بإبطاله إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام التصرف؛ بمعنى استرجاع كل طرف ما وفي به، ورده ما دفع إليه بغير حق، غير أن هذه القاعدة لا تجد لها تطبيقا في ثلاثة حالات: إذا استحال الرد عينا (1)، وإذا كانت حماية مصلحة أحد الأطراف تمنع ذلك (2)، أو لاعتبارات المصلحة العامة (3).

1 – استحالة رد الأطراف إلى الحالة التي كان عليها قبل التصرف لاستحالة الرد عينا:

قد يستحيل على الطرف الذي دفع إليه بغير حق أداء معين، أن يرده بسبب الطبيعة الخاصة له، كما في الاشتراط لمصلحة الغير إذا كان الحق الناشئ عنه حق استعمال، فلا يمكن لمن اشترط حق سكن له أن يرد الاستعمال، وكذلك في عقد النقل، لا يستطيع الراكب إرجاع الخدمة التي تلقاها من الناقل.

يقدر القاضي في هذه الحالات تعويضا عادلا⁽¹⁾، يراعي فيها قيمة الأداء، ولا يتقيد في تقييمه بالقيمة التي أعطاه المتصرفون له؛ لأن اتفاقهم عديم الأثر بعد البطلان، غير أن هذا الحل قد يولد حالات لا تحترم فيها معطيات العدالة، ففي الاعتماد الإيجاري مثلا، يسترد المستأجر بدلات الإيجار التي قد دفعها، لكنه لا يسترد المصاريف التي صرفها أثناء دراسة المشروع، وتجسيده، وكذا مصاريف العتاد، ولا يكون هذا الأمر خاصا بالتصرفات الثلاثية، وإنما هو أمر موجود في العقود أيضا، ففي عقد العمل مثلا، لا يمكن رد الجهد المبذول للعامل، فيكتفي القاضي بتقدير تعويض عادل له، لكن ما هو الحل بالنسبة لتبعات عقد العمل، المتمثلة في الحق في العطلة المدفوعة الأجر، وضمان التقاعد... الخ، فإذا تم إبطال العقد بعد 6 أشهر، هل يجب على القاضي أن يضيف في التعويض حق العامل في نصف شهر عطلة مدفوعة الأجر؟ لا يأخذ القضاء عادة- بعين الاعتبار هذه المسائل، هذا ما جعل بعض المفسرين في فرنسا يطالبون بإلغاء الأثر الرجعي للبطلان في هذه الحالات⁽²⁾، غير أن الأخذ بهذا الحل يغير مسألة أساس البطلان، فإذا كان الأساس هو الحالة التي

¹ - تنص المادة 103 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم: « بعد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإذا كان مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل ... ».

² - MAZEAUD (H., J. et L.), *Leçons de droit civil ...*, par (F.) CHABAS, op. cit., p. 325.

نشأ عليها التصرف (الفقه الكلاسيكي) ، فإن ذلك يتعارض مع فكرة نشأة التصرف ميتا ، أو مريضا لم يتم علاجه ، أمّا إذا كان الأساس هو حق تقدير التصرف ، فإن قبول فكرة بقاء الآثار بالنسبة للماضي ، يجعل من حق التقدير وسيلة تحريك آلية البطلان ، وليس أساس الإبطال⁽¹⁾ .

بغض النظر عن هذا النقد فنحن نسانده ؛ لأن كل مبدأ يتعارض مع مبدأ أعلى منه درجة يجب مخالفته باستثناء ، وبما أن مبدأ رجعية البطلان يتعارض مع معطيات العدالة ، والتي هي أسمى مبادئ القانون ، فإنه يجب- في بعض الحالات- عدم الأخذ بالرجعية فيها استثناء ، وهو استثناء يتأسس على أسمى المبادئ القانونية ، والمتمثل في «مبدأ العدالة».

2 – استحالة الرد لاعتبارات حماية مصلحة أحد الأطراف :

لا يأخذ المشرع في بعض الحالات بمبدأ رجعية البطلان ، وذلك حماية لمصلحة أحد أطراف التصرف ، كما في اكتساب الحائز حسن النية لما قبضه من ثمار (أ) ، وحق ناقص الأهلية في رد ما عاد عليه بالنفع فقط (ب) .

أ – اكتساب الحائز حسن النية لما قبضه من ثمار:

تقضي المادة 837 من التقنين المدني الجزائري على أنه : « يكسب الحاجز ما يقبضه من الثمار ، مادام حسن النية .

وتعتبر الثمار الطبيعية أو الصناعية مقبوضة من يوم فصلها . أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوما فيوم » .

تمثل هذه القاعدة استثناء لمبدأ رجعية البطلان ؛ إذ أن التطبيق الجامد للقاعدة يقضي بأن يتم رد الشيء ، والثمار⁽²⁾ ، غير أن السؤال : ما هي شروط تمتع الطرف بصفة الحائز حسن النية ؟

الحائز هو من له السيطرة الفعلية على الشيء وكأنه مالك له ، فالمشتري حائز للشيء المبيع ، والموهوب له حائز للشيء الموهوب ، والمنتفع حائز للشيء ، أو الحق المشترك لصالحه ، غير أنه لن يكون حسن النية إلا إذا كان يجهل العيب الذي شاب نشأة التصرف⁽³⁾ ، وعليه إذا تم اشتراط شيء لمصلحة المنتفع ، وكان هذا الأخير يجهل أن هذا الاشتراط باطل لعدم مشروعية السبب مثلا ، فإنه

¹ - في تفصيل هذا النقد أنظر :

WICKER (G.), *Les fictions juridiques ...* , thèse précitée, p. 281.

² - TERRE (F.), SIMLLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations ...* , op. cit. , p. 334.

³ - CHARPENTIER (E. M.), « *Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat* », *Revue juridique Thémis*, N° 40 – 03, éd. Thémis, Montréal, 2006, p. 299 et s.

في حالة بطلان التصرف ، سيرد الشيء دون الثمار؛ لأنه حاز الشيء بصفته مالكا لعدم علمه بالعيب الذي شاب نشأة التصرف .

ب - رد ناقص الأهلية ما عاد عليه بالنفع فقط :

لا تطبق قاعدة رد الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التصرف حرفيا، إذا كان أحد الأطراف ناقص أهلية، فيهدف حمايته قضى المشرع الجزائري بأن لا يرد إلا ما عاد عليه بمنفعة من جراء تنفيذ التصرف الذي أبرمه⁽¹⁾.

يظهر أن المشرع قد أورد هذا القيد على مبدأ رجعية البطلان بهدف حماية ناقص الأهلية، ومعاقة المتعاقدين معه، بدليل أنه جعل عبئ إثبات اغتناء ناقص الأهلية من تنفيذ التصرف على المتعاقد معه ؛ بمعنى أنه إذا لم يتمكن هذا المتعاقد من إثبات أن أثر التصرف قد عاد بمنفعة على ناقص الأهلية، فإنه لن يرد إليه ما وقاه بموجب تنفيذ التصرف⁽²⁾، أما فيما يتعلق بحق ناقص الأهلية في الاسترداد، فإن المتعاقد معه سيرد له كل ما دفعه⁽³⁾.

3 - استحالة الرد لاعتبارات المصلحة العامة : حرمان الملوث من استرداد الأداء.

قد أرسى القانون الروماني هذه القاعدة؛ إذ يقرر أنه لا يعتد بطلب البطلان إذا كان سببه شناعة، أو فظاعة أو خساسة⁽⁴⁾ المدعي: « Nemo auditur propriam turpitudinem allegans »، ولا مجال لرد الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التصرف، إذا كانوا قد شاركوا في هذه الخساسة؛ بمعنى أنهم كانوا ملوثين أيضا ، فالقاعدة تهدف إلى حرمان الملوث من استرداد الأداء⁽⁵⁾.

غير أنه لا يجب فهم هذه القاعدة على أنه لا يجوز للطرف الذي أبرم تصرفا غير مشروع، أو غير أخلاقي من حق إثارة البطلان : فإذا لم يكن قد نفذ الأداء المتولد عن التصرف ، فإنه يجوز له الدفع بالبطلان من أجل عدم التنفيذ ، ولا يمنع إلا من الاسترداد في حالة تنفيذه للأداء.

¹ - المادة 2/103 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

² - لا يرد القاصر ما أفقته في مجالات اللهو.

³ - أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للالتزام ... ، مرجع سابق، ص. 159.

⁴ - Turpitude.

⁵ - (F.) TERRE, (Ph.) SIMLLER et (Y.) LEQUETTE, ... les obligations ... , op. cit. , p. 335.

هذا هو مفهوم المبدأ وطريقة تطبيقه في القانون الروماني، غير أن موقف التشريعات، والفقهاء، والقضاء متذبذب فيما يتعلق بتطبيقه.

كان الفقه الكلاسيكي يرى بعدم قبول دعوى الملوث ؛ لأن النظر فيها يمس بكرامة القضاء⁽¹⁾ ، غير أن هذا التأسيس ضعيف ، فليس للقضاء رفض النظر في الدعاوى التي تكون مخالفة للنظام العام والآداب ، بل العكس هو الذي يكون مخالفا للنظام العام ؛ لأنه يساهم في تكريس تصرفات مخالفة للنظام العام والآداب العامة⁽²⁾ .

على الرغم من ضعف هذه الحجة فإن تشريعات كثيرة تبنتها : سويسرا، وألمانيا، والنمسا، وإسبانيا ... الخ، غير أن هنالك من التشريعات من لم تنص لا على تطبيق القاعدة، ولا على عدم تطبيقها، كالتشريع الفرنسي، والتشريع المصري في ظل التقنين المدني الملغى، والتشريع الجزائري قبل تعديل 2005 . هذا ما فتح مجالا واسعا للاختلافات في مجال القضاء.

قد تضاربت أحكام القضاء في فرنسا في هذا المجال ، فهناك أحكام تميز بين التصرفات غير المشروعة ، والتصرفات غير الأخلاقية ، فيكون الرد ممكنا فيما يتعلق بالأول ، كالبيع التي تعقد بثمن أعلى من التسعيرة⁽³⁾ ، أو تلك المتعلقة باسترداد السلع التي بيعت في السوق السوداء⁽⁴⁾ ، وغير ممكن في الثانية ، كالقرض الذي يمنح لامرأة حتى تهرب مع عشيقها ، وتترك بيت الزوجية⁽⁵⁾ ، وأحكام أخرى لا تعتمد هذا التمييز ؛ إذ قد رفض القضاء الرد في تصرف غير مشروع ، غير أنه غير مخالف للأخلاق إذا كان يتعلق بإبرام علاقات صرف (عملة) خارج إطار بنكي⁽⁶⁾ .

وهناك أحكام أخرى لا تعتمد هذا التمييز كذلك، وإنما تفصل حالة بحالة، فإذا كان الرد قد طالب به الطرف الذي يعتبر تصرفه أقل خساسة ، يحكم بالرد ، أما إذا كانت درجة خساسة عمله مساوية أو أكثر من خساسة الطرف الآخر فيرفض طلبه⁽⁷⁾ .

¹- (G.) MARTY et (P.) RAYNAUD, *Droit civil ...* , op. cit. , p. 244.

² - بوشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية، نظرية الدعوى نظرية الخصومة-الإجراءات الاستثنائية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط. 3، الجزائر، ص. 45.

³ - Com. 25 Octobre 1949, J.C.P. , semaine juridique, éd. générale, 1949, II, p. 5225.

⁴ - Cass. Civ. , 30 juillet 1884, cité par, (F.) TERRE, (Ph.) SIMLLER et (Y.) LEQUETTE, ... les obligations ... , op. cit. , p. 326.

⁵ - Arrêt de la chambre des requêtes de la cour de cassation, 17 avril 1923, D. , 1923, I, p. 172.

⁶ - Cass. 1^{er} civ. , 16 juillet 1959, bull.Civ. , I, p. 298.

⁷ - MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil ...* , op. cit. , p. 250 ; TERRE (F.), SIMLLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... les obligations ... , op. cit. , p. 338.

يؤدي تطبيق قاعدة حرمان الملوث من الاسترداد إلى نتائج يرفضها المنطق ، فإذا كان الأطراف قد نفذوا آداءاتهم ، فإن رفض الاسترداد سيؤدي إلى تكريس التصرفات الباطلة ، أمّا إذا كان هناك طرف ، أو طرفين قد نفذوا آداءهما ، وطرف لم ينفذ ، ورفضنا الاسترداد ، فإن هذا سيؤدي إلى هضم مبادئ العدالة ، فيكون التصرف نافذا في مواجهة أطراف ، وغير نافذ في مواجهة الآخرين.

نرى أن القضاء الجزائري قد أصاب في تفسيره لأحكام البطلان، وعدم الأخذ بالمبدأ الروماني الذي يجرم الملوث من الاسترداد لعدم تماثيه مع الهدف من البطلان⁽¹⁾. غير أن المشرع قد اسقط هذا الاجتهاد بموجب تعديل 2005 حيث أضاف فقرة في المادة 103 من التقنين المدني تقضي بجرمان من تسبب في عدم مشروعية العقد أو كان عالما به من الاسترداد.

II – القيود الواردة على خاصية الرجعية في ما يتعلق بالعلاقات مع الغير :

لا يتوقف أثر رجعية البطلان على العلاقات بين أطراف التصرف الباطل فقط، وإنما يشمل حتى الغير المتعاملين مع هؤلاء الأطراف ، والذين تكون حقوقهم متوقفة على هذا التصرف، كما لو تصرف المنتفع في الشيء الذي اشترط لمصلحته بالبيع، ثم أبطل الاشتراط، فالأصل هنا، أن المشتري سيفقد الشيء، باعتبار أن أساس ملكية المنتفع (البائع) لهذا الشيء قد أصبح معدوما، تطبيقا للقاعدة الرومانية التي تقضي أنه : لا يمكن للشخص أن ينقل حقا لا يملكه شخصيا⁽²⁾.

يهدد هذا التسلسل في إلغاء العلاقات القانونية أمن العلاقات التجارية ؛ إذ يكون كل مالك لحق مهدد بزوال حقه لزوال حق مملكه ، مما جعل بعض المفسرين يطالبون بعدم تطبيق الرجعية فيما يتعلق بالعلاقات مع الغير ، واللجوء إلى الرد بمقابل فيما يتعلق بالأطراف في هذه الحالة ؛ بمعنى أنه لا يجب إبطال التصرف نتيجة بطلان التصرف الذي انحدر منه⁽³⁾، غير أن الأغلبية يطالبون بتوحيد البطلان على كل التصرفات المتسلسلة⁽⁴⁾، مع وضع بعض القيود لتفادي سلبيات هذه القاعدة :

1 – في المواد العقارية :

¹ - راجع قرار المجلس الأعلى رقم 43098 الصادر في 1987/04/12، والقرار رقم 44571 الصادر في 1987/01/26، والقرار رقم 30072 الصادر في 1983/12/16، ذكرها الأستاذة بوبشير محمد أمقران، مرجع سابق، ص. 45.

² - Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet.

³ - GUELFUCCI – THIBIERGE (C.), *Nullité, restitutions ...* , thèse précitée, p. 200 et s.

⁴ - TEYSSIE (B.), *Les groupes de contrats ...* , thèse précitée, p. 166 ; PELLE (S.), *La notion d'interdépendance ...* , thèse précitée, p. 388 ; TERRE (F.), SIMLLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations ...* , op. cit. , p. 339.

يتأثر المشتري - من حيث الأصل- ببطلان التصرف الذي امتلك به البائع العقار، غير أن هنالك مؤسستين قانونيتين تعطل الأثر الرجعي بالنسبة له :

أ - التقادم المكسب⁽¹⁾ :

تقضي أحكام التقادم المكسب بإسناد الملكية العقارية لكل من حاز عقارا لمدة 15 سنة دون انقطاع ، والملاحظ في هذا الشأن هو أن تقادم دعوى البطلان في مواد البطلان النسبي يكون بخمس سنوات من يوم زوال السبب، على أن لا يتجاوز عشر سنوات من يوم إبرام التصرف⁽²⁾ ، وخمسة عشر سنة من يوم إبرام التصرف في مواد البطلان المطلق⁽³⁾ ، وأن التقادم المكسب لا يمكن إثارته إلا بعد مرور خمسة عشر سنة . كما نلاحظ أيضا، أن المواعيد في مواد البطلان هي ناقصة؛ لأن الدعوى يجب أن ترفع قبل انتهاء اليوم الأخير، بينما يكون الميعاد في مادة التقادم المكسب كاملا، فلا تثبت الملكية إلا بعد انتهاء اليوم الأخير⁽⁴⁾ .

وعليه نرى أن التقادم المكسب لا يشكل قيда على مبدأ رجعية البطلان ؛ لأنه لا يمكن إثارته إلا بعد تقادم هذا الأخير، وحتى نقبل أن يشكل قيدا، يجب أن تكون إثارته متزامنة مع البطلان، وإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التصرف ، وفيما يتعلق بالدفع بالبطلان ، فإن هذا الدفع يثار في حالة عدم تنفيذ الأداءات، فإذا طالب أحد أطراف التصرف الباطل طرفا آخر بالتنفيذ، دفع هذا الأخير بالبطلان ، هذا ما يبين بأنه لا يمكن إثارته في هذه الحالة لأن الأداءات تم تنفيذها.

ب - نظرية الأوضاع الظاهرة :

يقبل الفقه أن تصرفات الإدارة التي يبرمها مشتري العقار، كالإيجار إذا لم تتجاوز مدته تسع سنوات تبقى صحيحة، حتى لو أبطل عقد البيع الذي اكتسب الملكية من خلاله⁽⁵⁾ ، تطبيقا لنظرية الأوضاع الظاهرة، التي تتأسس على مبدأ حسن نية الغير عند إبرامه للتصرف، وعلى المبدأ الروماني القائل بأن الخطأ الشائع يولد الحق « Error communis facit jus »⁽⁶⁾ .

¹ -المادة 827 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

² -المادة 101 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

³ -المادة 102 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁴ -في تفصيل الميعاد الكامل والميعاد الناقص، أنظر : بوبشير محمد أمقران، مرجع سابق، ص. 172 - 173.

⁵ - FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *l'acte juridique* ... , op. cit. , p. 269.

⁶ - DEMOGUE (R.), *Les notions* ... , op. cit. , p. 71 et s. ; CALAIS - AULLOY (J.) , *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, L.G.D.J., Paris, 1959, p. 8 et s.

وينفق الفقه كذلك على أن الاعتقاد الخاطئ للغير حسن النية يولد آثارا قانونية⁽¹⁾ ؛ لأن المصلحة العامة تقتضي بضمان أمن العلاقات القانونية بغض النظر عن المصلحة الفردية للأشخاص، فحماية الأغلبية التي وقعت في الخطأ، أجدر من حماية الفرد الذي يعلم بالحقيقة⁽²⁾.

2 - في مواد المنقولات :

إنّ الغير حسن النية محمي من طرف قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، فلو اشترى شخص منقولا ضائعا، فإن من ضاع منه المنقول لن يتمكن من استرداده من هذا الغير.

3 - القيود الواردة على الالتزام بالضمان :

لشرح هذا القيد نستعين بمثال : اشترى تاجر عتاد معيناً، وباعه لشركة اعتماد إيجاري من أجل تأجيله للمستفيد، ثم بعد مدة رفع هذا التاجر دعوى إبطال عقد الشراء، وبالتالي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فهل ستمتد آثار هذا البطلان إلى الاعتماد الإيجاري، مع العلم أن البائع ملزم بضمان الاستحقاق؟

طبقاً لقاعدة لا يجوز التعرض ممن وجب عليه الضمان، فإن البائع لا يمكنه نزع ملكية العتاد من شركة الاعتماد الإيجاري ، أما فيما يتعلق بالعلاقة بين هذا التاجر ومن باعه العتاد، فإن الرد يكون بمقابل بعد تقرير البطلان ؛ بمعنى يرد التاجر قيمة العتاد إلى بائعه ، ويرد له البائع الثمن ، فتكون هناك مقاصة، هذا ما جعل الأستاذ " GAUDMET " يطالب برفض دعوى البطلان، التي يرفعها المشتري الذي يكون قد تصرف في الشيء المبيع⁽³⁾.

ثانياً - مدى شمولية البطلان : البطلان الجزئي

تؤدي بعض أسباب البطلان - خاصة تلك التي تتعلق بالتصرف كلية ، كالرضى ، والأهلية - إلى بطلان كل التصرف، فلا يصح منه أي جزء، غير أن هنالك من الأسباب ما لا تشمل التصرف ككل، كما لو كان بند، أو بندين من التصرف مخالفا للنظام العام . في هذه الحالة تطرح مسألة شمولية البطلان للتصرف ، فهل يبطل كلية ، أو يبطل البند المعيب فقط ؟

¹- MAZEAUD (H.), « La maxime error communis facit jus », *RTD. Civ.*, 1924, p. 929 et s, p. 363.

²- GHESTIN (J.), *Traité de droit civil, introduction ...*, op. cit., p. 835.

³- GAUDMET (E.), *Théorie générale des obligations ...*, op. cit., p. 161.

تنص المادة 104 من التقنين المدني الجزائري على أنه: « إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال، فيبطل العقد كله ».

يستخلص من هذا النص أن العقد يبطل - من حيث الأصل - قائماً فيما عدى الشق الذي تم إبطاله أو بطلانه، إلا إذا تبين للقاضي أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال، وعلى الطرف المتمسك بالبطلان الكلي أن يثبت أن النية المشتركة للأطراف ما كانت لتتجه إلى إبرام التصرف بغير هذا الشق .

وعليه فإن البطلان يخضع لمبدأ النية المشتركة للأطراف ، والتي لا تتبين إلا بعد تفسير التصرف؛ بمعنى أن البطلان متوقف على النية المشتركة للأطراف ؛ إذ يجب البحث عنها لتحديد ما إذا كان الشق المبطل هو الدافع إلى إبرام التصرف أم لا، حتى يتم تقرير البطلان النسبي، أو تقرير البطلان الكلي.

غير أن هنالك حالات لا يعتد فيها المشرع بالنية المشتركة للأطراف حتى يقرر البطلان الجزئي، كما في حالة الاتفاق على إبقاء الشروط التعسفية⁽¹⁾ ، والاتفاقات المتعلقة بعدم ضمان التعرض الشخصي في عقود البيع⁽²⁾ ، والاتفاق المتعلق بإعفاء المؤجر (الشركة المؤجرة) من المسؤولية المدنية تجاه المستأجر، أو تجاه طرف آخر في الحالات التي يقرر المشرع أن هذه المسؤولية من النظام العام، فيبطل الاتفاق، ويبقى الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة قائماً⁽³⁾.

قد نص المشرع على حالة تحوّل التصرف إذا توافرت فيه أركان تصرف صحيح، واتجهت نية الأطراف إلى هذا التصرف الجديد⁽⁴⁾. ونحن لا نرى أن هذه الحالة تدخل في حيز البطلان ؛ لأنه لن يتم إبطال تصرف، وإنشاء تصرف جديد كما في التقايل، وإنما سيعاد تكييف التصرف قبل الفصل في بطلانه، فيكيف إلى تصرف تكون شروطه قائمة ، فيتم تفادي البطلان .

يظهر من هذه الأحكام أن المشرع الجزائري لم يأخذ بالنظرية الكلاسيكية، التي تعتبر أن البطلان غير قابل للتجزئة ، فإذا كان العيب سيؤدي إلى وفاة التصرف، وجب بطلانه، أمّا إذا كان

¹ - المادة 110 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

² - المادة 378 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

³ - المادة 2/17 من الأمر 96 - 09، السالف الذكر.

⁴ - المادة 105 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

قابلا للشفاء ، فهنا يكون لمن تقرر البطلان لصالحه خيارين : إما إبطاله ، أو إجازته بصفة كلية ، وعليه لا يمكن تصوّر البطلان الجزئي في هذه النظرية، وإنما أخذ بالنظرية الحديثة التي تسعى إلى التوفيق بين المصالح (المصلحة العامة والمصلحة الخاصة)⁽¹⁾.

المطلب الثاني أحكام ممارسة البطلان

لا يتقرر البطلان إلاّ بحكم ، إمّا عن طريق طلب يقدم إلى المحكمة من قبل طرف في التصرف، أو حتى من قبل الغير إذا كان البطلان مطلقا، وإما عن طريق الدفع بالبطلان من قبل أحد أطراف التصرف، الذي طلب منه قضائيا تنفيذ التصرف الباطل .
سنعرض حالات ممارسة البطلان (فرع أول) ، وصاحب الحق في إثارته (فرع ثان) ، ثم أحكام انقضائه (فرع ثالث) .

الفرع الأول حالات ممارسة البطلان

لم يعتمد المشرع الجزائري معيار نوع المصلحة التي يحميها البطلان، حتى يضيف عليها صفة البطلان المطلق، أو البطلان النسبي ؛ إذ نلاحظ أنه أضفى صفة البطلان المطلق على البطلان الذي يكون ناتجا عن عدم وجود المحل ، أو السبب على الرغم من أن المصلحة المحمية هنا هي المصلحة الخاصة⁽²⁾، آخذا بذلك بمعيار خطورة العيب⁽³⁾.

¹ لتفاصيل أكثر حول معيار البطلان الجزئي أنظر:

MEKKI (M.), *L'intérêt général ...* , thèse précitée, p.p. 582 – 596.

²- FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *l'acte juridique ...* , op. cit. , p. 241.

³ لم يعتمد المشرع لا معيار نوع المصلحة بصفة مطلقة، ولا معيار خطورة العيب بصفة مطلقة أيضا، وإنما أخذ من المعيارين.

بغض النظر عن المعيار الذي اعتمده المشرع الجزائري ، فإن حالات البطلان النسبي هي :
نقص الأهلية، والغلط، والإكراه، والتدليس، والاستغلال . بينما حالات البطلان المطلق هي : غياب
التراضي، والمحل، والسبب، والشكلية في التصرفات الشكلية.

سنفصل حالات البطلان النسبي (أولا) ، وحالات البطلان المطلق (ثانيا) مبيّنين خصائص
هذه الحالات في التصرف القانوني الثلاثي .

أولا – حالات البطلان النسبي :

يعتبر نقص الأهلية من حالات البطلان النسبي إذا كان التصرف دائرا بين النفع والضرر⁽¹⁾ ،
غير أنه يصعب تصوّر هذا العيب في التصرفات القانونية الثلاثية، لكون أن أغلبها تصرفات أعمال، أين
يلاحظ فيها هوية، وسن الأطراف باعتبار أنها تكون مكتوبة ، سواء كانت الكتابة شرطا، أو من
المسائل التي فرضتها طبيعة وعرف التعامل في مجال الأعمال.

هذا ما سيجعلنا نركز بحثنا على العيوب الأخرى لما تتميز به في التصرفات القانونية الثلاثية⁽²⁾ .

I – الغلط:

الغلط هو سوء تقدير المعطيات ، وهو يتمثل في تصور ما هو صحيح على أنه خطأ ، أو
العكس⁽³⁾ .

يقتضي الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة إبطال كل التصرفات التي تنشأ عن تعبيرات واهمة ؛ لأنها لا
تعبر عن إرادة الشخص، مما يهدد أمن العلاقات القانونية داخل المجتمع ، غير أن الأخذ بفكرة المصلحة،
لا يجعل من كل غلط سببا لإبطال التصرف، بل الغلط الجسم فقط هو الذي يبطله ؛ لأنه يندم معه
هدف تحقيق مصلحة القائم بالتصرف.

تتفق أغلب التشريعات على غرار المشرع الجزائري على أن الغلط لا يبطل التصرف إلا إذا
كان جوهريا⁽⁴⁾ ، فما معنى الغلط الجوهرى ؟

¹ - فيما يتعلق بحكم تصرفات ناقص الأهلية أنظر : محمد سعيد جعفرور، ... نظرية الحق ... ، مرجع سابق، ص. 542 وما يليها.

² - في تفصيل هذه العيوب أنظر المواد من 81 إلى 90 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

³ - أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للالتزام ... ، مرجع سابق، ص. 92 ؛ أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات ... ، مرجع سابق، ص.

:115

FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *l'acte juridique* ... , op. cit. , p. 129 ; MALINVAUD (Ph.),
Droit des obligations ... , op. cit. , p. 71.

⁴ - المادة 81 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدًا من الجسامة بحيث يمتنع معه القائم بالتصرف عن إبرام التصرف لو لم يقع فيه ، وعليه فإن تحديد الغلط الجوهري لا يكون على أساس معيار موضوعي مستقل عن إرادة الأطراف ، وإنما يكون على أساس معيار شخصي يتحدد بناء على إرادتهم ، فنفس الغلط قد يعتبر جوهريا في تصرف معين، وغير جوهري في تصرف آخر .

سيفتح تطبيق هذا المعيار بهذا المفهوم الضيق مجالا واسعا من حالات الإبطال لغلط ؛ إذ يكفي أن يصرح المدعي بأنه ما كان ليبرم التصرف لو لم يقع في هذا الغلط . هذا ما جعل المشرع يقيد حق اللجوء إلى إبطال التصرف لغلط ، بشرط عدم تعارضه مع مقتضيات حسن النية⁽¹⁾ .

إن مقتضيات حسن النية تقتضي من الأطراف عدم الخيانة، وعدم استعمال الإكراه ، والغش ، وأن يكونوا معقولين ، كما تقتضي أيضا أن يكون التصرف غير مخالف للشرع، والأخلاق ، والربح المشترك⁽²⁾ ، فطلب إبطال التصرف لغلط لا يجب أن يتعارض مع الأخلاق والربح المشترك ، ويجب التركيز على فكرة الربح المشترك في تقرير البطلان لغلط ؛ لأن العلاقات العينية هي علاقات اقتصادية، فإذا كان الغلط الذي وقع فيه الطرف لا يتعارض مع تحقيقه ربحا من وراء التصرف ، فلا يجوز له التمسك بالغلط ؛ بمعنى أنه إذا كان الغلط الذي وقع فيه لا يعدم مصلحته في التصرف ، فإنه لا يجب أن يقضي القاضي له بالإبطال.

وعليه يظهر لنا أن الأخذ بمعيار المصلحة أرحم من الأخذ بمعيار الإرادة ؛ لأن القاضي يسهل عليه تقدير مصلحة الطرف في التصرف من تحليل العلاقة في حد ذاتها ، بينما معيار الإرادة يبقى معيارا شخصيا يصعب الفصل فيه ؛ لأن مسألة تقدير الجسامة تكون للمتعاقد لا للقاضي⁽³⁾ .

ولتوضيح الفرق بين المعيارين، نسترجع حكم القضاء الفرنسي في قضية لوحة DELACROIX ، التي اشتراها مشتر متوهما أن الفنان كان يزين بها غرفته ، ثم تبين له أن الأمر على غير حقيقته، فطلب إبطال العقد لغلط في صفة جوهريّة للشيء ، غير أن المحكمة رفضت طلبه⁽⁴⁾ .

¹ - المادة 1/85 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

² - CHARPENTIER (E.,M.), « Le rôle de la bonne foi ... » ... , art. précité, p. 316 : « la bonne foi suppose ... que les parties s'abstiennent de toute trahison, de toute violence, de toute malhonnêteté, de toute fraude ; mais aussi qu'il soit vraisemblable et raisonnable ; enfin que le contrat ne heurte ni le droit divin, ni les bonnes mœurs, ni même le 'profit commun'. » .

³ - إن المعايير الشخصية لا تجد لها مكان في الفقه الإسلامي الذي هو ذو نزعة موضوعية، فلا يمكن علم سرائر النفوس إذ يختص الله عز وجل وحده بمعرفتها. هذا ما أفقد نظرية الغلط مكانتها في الفقه الإسلامي، أنظر : عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المجد الأول، دار النهضة العربية، ص. 75 .

⁴ - tribunal civil de la saine, 8 déc. 1950, Gaz. Pal. , 1951, N° 1, p. 153.

لو طبقنا معيار الجسامة والذي هو معيار شخصي، فإن تقدير الجسامة يكون من اختصاص المدعي، وعليه إذا أقام الدليل على ذلك، يجب على المحكمة تقرير الإبطال⁽¹⁾، غير أن المحكمة رفضت الإبطال بحجة أن هذا الغلط لا يعتبر جسيماً في رأي الأغلبية، آخذة بالرأي المجرد، لا برأي من وقع في الغلط⁽²⁾، مقيدة معيار الجسامة بحجة ضمان حماية التصرفات العقدية.

غير أنه لو طبقنا معيار المصلحة فإن المسألة ستطرح بطريقة مغايرة؛ إذ يتم تحديد هل استوجب الغلط الإبطال بناء على السؤال التالي: هل أعدم الغلط مصلحة المشتري، أو لم يعدمها؟ والغلط في هذه الحالة لا يعدم مصلحة المشتري؛ لأن قيمة اللوحة لا تكمن في تزين الفنان لغرفته بها أم لا، وإنما في جودتها الفنية.

وعليه نرى أن الغلط المستوجب لإبطال التصرف، هو ذلك الغلط الذي يعدم مصلحة الطرف، وهو تعريف بسيط يحقق جميع الشروط الواجب توافرها في الغلط، فالغلط لا يعتبر جسيماً إذا لم يعدم مصلحة الطرف في التصرف، وهو بهذه الصفة لن يتعارض أبداً مع معطيات حسن النية؛ لأنه لا يجوز الإبطال إلا إذا انعدمت المصلحة، وإذا انعدمت المصلحة لا يمكن القول أن طلب الإبطال يتعارض مع معطيات حسن النية.

وتظهر خصوصية الغلط في التصرفات الثلاثية في شرط اتصال المتصرفين الآخرين بالغلط، ففي الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة لا يمكن تصور الوقوع في الغلط؛ لأن كل ظروف التصرف تكون مبنية على دراسات، وأن معطيات العناد تكون موثقة، وعليه عدم مطابقة العناد لهذه المعلومات لا يدخل في مجال الغلط، وإنما في مجال التدليس. أما فيما يتعلق بالاشتراط لمصلحة الغير، فقد يقع المشتري في غلط في صفة المنتفع، كما لو اعتقد أنه من أقربائه، ثم تبين العكس.

يجب أن نميز فرضين: الأول يتمثل في اكتشاف العيب قبل تعبير المنتفع عن قبوله، وهنا لا يلجأ المشتري إلى الغلط بما أن له حق نقض المشاركة، أما الفرض الثاني فيتمثل في اكتشاف العيب بعد تعبير المنتفع عن قبوله، وهنا نميز فرضين أيضاً: حالة اتصال العيب بالمتعهد والمنتفع في آن واحد، أين يجوز إبطال التصرف لغلط، وحالة اتصال العيب بالمنتفع دون المتعهد، أين لا يجوز إبطال

¹ - MAZEAUD (H.-L. et J.), *Leçons de droit civil ...*, par (F.) CHABAS, op. cit., p. 166: « Dans une thèse purement subjective cette erreur devrait être retenue, l'errant s'est trompé, sa volonté n'est pas saine. » .

² - فيما يتعلق بمعيار رأي الأغلبية انظر:

FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *l'acte juridique ...*, op. cit., p. 135.

التصرف ككل، وإنما نقض المشاركة فقط ، وتغيير المنتفع ، أو الاستئثار بالحق ؛ لأن المنتفع حسن النية، والاستئثار بالحق لا ينفي مصلحة المشتري .

II – التدليس:

تفوق فرضية وجود التدليس في التصرفات القانونية الثلاثية فرضية تواجد العيوب الأخرى، وهذا لا يعود إلى طبيعة التصرف في حد ذاته ، وإنما للظروف التي تحيط به ، فالتصرفات القانونية الثلاثية شائعة في مجال الأعمال ، أين يوجد أشخاص موهوبون في النصب ، والاحتيال نتيجة تحكمهم في قواعد التجارة ، والصرف مع انعدام الأخلاق . هذا ما جعل أغلب التشريعات تسن قوانين جنائية للأعمال ، ولن نركز في هذه الدراسة على الجرائم ، وإنما على التدليس.

يكون التدليس سببا في الإبطال - في مواد العقود - إذا كانت الحيلة التي أدت إلى وقوع المتعاقد في غلط صادرة من أحد المتعاقدين ، أو النائب عنه⁽¹⁾ ، ويسهل تطبيق أحكام المادة 86 على التصرفات الثلاثية ، ففي الاشتراط لمصلحة الغير ، سيسري حكم الغلط بالنسبة للتدليس فيما يتعلق بشرط اتصال الأطراف بالعيب ، أما في مواد الاعتماد التجاري ، فأول ما يجب ملاحظته هو استبعاد صدور التدليس من شركة الاعتماد التجاري ، غير أنه يمكن أن يصدر من البائع ، وذلك عن طريق التصريح بجودة العتاد على غير حقيقته ، أو من المستأجر ، وذلك عن طريق إعطاء بيانات خاطئة عن قدراته المالية .

إذا صدر التدليس من البائع أو النائب عنه فلا يكون ضحيته شركة الاعتماد التجاري فقط ، وإنما المستأجر أيضا ؛ لأن من خصوصيات الاعتماد التجاري أن يشترك المستأجر مع شركة الاعتماد التجاري في ملكية العتاد ، فشركة الاعتماد التجاري تملكه ملكية قيمة (ملكية قانونية) ، بينما المستأجر يملكه ملكية استفادة (ملكية اقتصادية)⁽²⁾ ، وبهذا يتحقق اتصال كل الأطراف بالعيب، أما إذا صدر التدليس من طرف المستأجر فإن الضحية هي شركة الاعتماد التجاري ، فكيف يتحقق اتصال البائع بالعيب؟

رأينا سلفا أن البائع قصد تشجيع شركة الاعتماد التجاري على قبول عرض المستأجر يعطي ضمانات للمؤجر في حالة إلغاء العلاقة بينه وبين المستأجر، تتمثل في الالتزام بالتعاون والالتزام

¹ - المادة 86 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

² - **GOYET (Ch.)**, Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail surerficiaire, L.G.D.J. , Paris, 1983.

بالاسترداد ، وهذين الالتزامين يمنعان البائع من الاعتراض على إبطال التصرف ، بحجة عدم اتصاله بالعيب ؛ لأنه حتى لو حللنا المسألة بفصل العلاقات سنصل إلى النتيجة نفسها، إبطال العلاقة بين المؤجر والمستأجر يؤدي إلى استرجاع الشركة المؤجرة للعتاد ، فتعمل التزام البائع بالاسترداد فيسترجع البائع العتاد وكأنه تم إبطال البيع ، وعليه في حالة صدور التدليس من المستأجر لا يشترط اتصال العيب بالبائع لإبطال الاعتماد التجاري .

أما فيما يتعلق بالإكراه والاستغلال فيصعب تصوّرهما في تصرفات الأعمال ؛ إذ لا يمكن إكراه شركة تجارية، كما لا يتصور فيها الطيش والهوى.

ثانيا - حالات البطلان المطلق :

ليس نوع المصلحة المحمية هو الذي يحدد نوع البطلان في التشريع الجزائري، وإنما نوع البطلان هو الذي يحدد نوع المصلحة المحمية ؛ إذ لا شك في أن بطلان التصرف لعدم وجود السبب ، هو بطلان مطلق ، على الرغم من أن المصلحة المحمية خاصة (مصلحة الطرف الذي تعاقد بدون سبب)، وبالنتيجة تطبق عليه الأحكام المتعلقة بالنظام العام⁽¹⁾ ، وكأنه بطلان مقرر لحماية المصلحة العامة.

ويقرر البطلان المطلق لغياب الشروط الأساسية لوجود التصرف ، أو ما يطلق عليها بعض المفسرين الأركان⁽²⁾ ؛ بمعنى أعمدة التصرف، وهي : الرضى ، والمحل ، والسبب ، والشكلية في التصرفات الشكلية.

يثار البطلان المطلق لغياب التراضي في الحالات التي لا يحدث فيها تطابق الإيجاب بالقبول⁽³⁾ ، كما في حالة عدم علم أحد الأطراف بتعبيرات الأطراف الأخرى⁽⁴⁾ ، أو في الحالات التي يطلق عليها الفقه الغلط المانع⁽⁵⁾ ، ويثار البطلان المطلق لغياب شرط المحل ، إذا لم يكن ممكنا ، أو موجودا أو قابلا للوجود ، أو معيناً أو قابلاً للتعيين ، أو إذا لم يكن مشروعاً⁽⁶⁾ ، كما يثار البطلان

¹ يجوز لكل ذي مصلحة أن يطالب به، كما يجوز للقاضي أن يتعرض له من تلقاء نفسه، و يمكن إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ... الخ.

² لم يستعمل التقنين المدني الجزائري مصطلح ركن وإنما استعمل مصطلح شرط.

³ المادة 59 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁴ المادة 61 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁵ لتفصيل الغلط المانع، أنظر :

MAZEAUD (H., L. et J.) , *Leçons de droit civil ...* , par (F.) CHABAS, op. cit. , p. 159.

⁶ المواد من 92 إلى 95 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

المطلق لغياب شرط السبب ، إذا لم يكن موجودا أو مشروعا⁽¹⁾ ، و يثار البطلان المطلق أخيرا لانعدام الشكل، إذا لم يتم احترام الإجراءات التي نص عليها المشرع ، وهي تختلف باختلاف نوع التصرف.

الفرع الثاني صاحب الحق في إثارة البطلان

تظهر أهمية آثار التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي بشكل واضح فيما يتعلق بمسألة تحديد صاحب الحق في إثارة البطلان . فهناك طائفة يجوز لها طلب البطلان المطلق (أولا) ، وطائفة يجوز لها طلب البطلان النسبي (ثانيا) .

أولا – صاحب الحق في إثارة البطلان المطلق :

يمكن لكل ذي مصلحة أن يثير البطلان المطلق (I) ، كما يمكن لأعوان السلطة العامة إثارته (II) .

I – تحديد أصحاب المصلحة :

لا يجب أن يفهم من عدم حصر حق طلب البطلان المطلق على الأطراف لكونه يرمي لحماية المصلحة العامة ، أن هذا الحق مقرر لكل الأشخاص ؛ إذ يكفي تطبيق أحكام الشروط الإجرائية لرفع الدعوى « لا دعوى من غير المصلحة » ، لاستبعاد كل الأشخاص غير المعنيين بالتصرف ، فالمعنيون بالتصرف هم :

1 – الأطراف :

إن أول من يحق لهم إثارة البطلان المطلق هم الأطراف ، فالبطلان المطلق يمكن إثارته من قبل كل الأطراف ، عكس البطلان النسبي الذي لا يمكن إثارته إلا من قبل الطرف الذي حدد الإبطال لمصلحته⁽¹⁾ .

¹ - سقط شرط الوجود من نص المادة 97 من التقنين المدني الجزائري باللغة العربية ، غير أن النص باللغة الفرنسية يحتويه :

« Le contrat est nul lorsqu'on s'oblige sans cause ou pour une cause contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. ». C' est nous qui soulignons.

ويجوز إثارة البطلان المطلق من الولي إذا كان أحد الأطراف قاصرا ، أما إذا توفي أحدا الأطراف فإن حق البطلان ينتقل إلى خلفه العام ، ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون عكس ذلك⁽²⁾ .

2- الخلف الخاص:

يجوز للخلف الخاص طلب بطلان التصرف، بشرط أن يسبب لهم التصرف ضررا ، بما يجعل مصلحتهم في طلب البطلان قائمة ، وحقهم في البطلان حق أصلي، فلا يشترط توافر شروط الدعوى غير المباشرة حتى يباشروا هذا الحق.

فيجوز للمستفيد في الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة طلب بطلان عقد الكفالة العينية الباطلة ، التي أبرمتها الشركة المؤجرة لتكفل مدينا آخر، إذا كانت العين محل الكفالة هي العتاد .

3- الدائنون :

يجوز للدائنين طلب بطلان تصرف مدينهم إذا كانت لهم مصلحة في ذلك ، كما لو لاحظ دائنو الشركة المؤجرة بطلان الاعتماد الإيجاري ، جاز لهم بطلانه من أجل التمكن من التنفيذ على ثمن العتاد الذي ستستعيده هذه الأخيرة ، ودعواهم دعوى أصلية ؛ أي مباشرة⁽³⁾ .

أما بالنسبة للغير بالمفهوم الضيق (Penitus extranei) فإنه لا يجوز لهم التمسك ببطلان التصرف ؛ لأنه لا مصلحة لهم في ذلك، فلا يجوز لصاحب مصنع منافس طلب بطلان الاعتماد الإيجاري الذي أبرمه المستفيد من أجل جلب آلات لمصنعه .

II – أعوان السلطة العامة :

1 – النيابة :

يجوز للنيابة رفع دعوى بطلان تصرف باطل بطلانا مطلقا ، باعتبار أنها مكلفة بالحرص على تطبيق القانون ، لاسيما الحفاظ على النظام العام.

¹ -المادة 99 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

² -المادة 108 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

³ - AUBERT (J.- L.) , « Le droit pour le créancier d'agir en nullité des actes passés par son débiteur », R T D. Civ. 1969, p. 692 et s. .p. 694.

غير أن ما يجب الإشارة إليه، هو أن هذا الحق لا يتواجد في كل أنواع البطلان المطلق، وإنما في ذلك البطلان الذي يتأسس على عدم مشروعية المحل أو السبب، أو مخالفتها للآداب العامة⁽¹⁾.

2- المحكمة :

تقرّر أغلب التشريعات أن للمحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها بالبطلان المطلق⁽²⁾؛ لأنه يمس بالنظام العام، غير أن ما يلاحظ هو أن ليس كل حالات البطلان المطلق تمس بالنظام العام.

ثانيا - صاحب الحق في إثارة البطلان النسبي :

يتقرر حق إبطال التصرف الباطل بطلانا نسبيا للطرف الذي جعل له القانون حق الإبطال، فهو لا يتقرر لكل الأطراف⁽³⁾، ولصاحب الحق في الإبطال سلطة تقديرية في طلبه، بشرط أن لا يتقادم طلبه، ولا يجوز للأطراف الآخرين طلب الإبطال حتى وإن كانت هذه الحالة تهدد أمن علاقتهم، فتبقى علاقتهم معلقة إلى غاية تقادم حق من تقرر البطلان لمصلحته، أو إجازته للتصرف، هذا هو الثمن الذي يدفعه من دلس، أو أكراه، أو استغل طيشا في الطرف الآخر.

يتقرر حق طلب الإبطال للخلف العام، وحتى النائب، كالولي بالنسبة لناقص الأهلية. كما ينتقل حق طلب الإبطال إلى الخلف الخاص للطرف الذي قرر له القانون حق الإبطال، باعتبار أنه من مكملات الشيء الذي تلقاه من سلفه، فلو اشترط القاصر عقارا للمنتفع، وعاد واشترطه بعد اكتمال أهليته لمنتفع آخر، جاز للمنتفع الثاني التمسك بإبطال الاشتراط الأول، غير أن دعوى الإبطال لا تتقرر لدائني من تقرر الإبطال لمصلحته.

الفرع الثالث سقوط حق التمسك بالبطلان

¹- TERRE (F.), SIMLLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations* ... , op. cit. ,p. 313.

²- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للالتزام ... ، مرجع سابق، ص. 141؛

TERRE (F.), SIMLLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 309.

³- المادة 99 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

قد يفقد الشخص حقه في طلب البطلان ، وذلك بسبب الإجازة (أولا) ، أو التقادم (ثانيا)⁽¹⁾.

أولا – الإجازة :

يعرف الأستاذ ” محمد سعيد جعفرور “ الإجازة على أنها: « تصرف قانوني انفرادي يترتب عليه إسقاط حق إبطال العقد القابل للإبطال بالنزول عنه صراحة أو ضمنا ممن خوله القانون ذلك وصيرورة العقد المؤيد باتا بعد أن كان مهددا بالزوال »⁽²⁾.

يظهر من هذا التعريف أن للإجازة ثلاثة خصائص :

1- الإجازة تصرف قانوني انفرادي :

الإجازة تعبير إرادي صادر من المتعاقد الذي تقرر حق الإبطال لصالحه ، ينزل بمقتضاه عن حقه في المطالبة بالإبطال ، ولا يكون هذا التعبير بحاجة إلى الاقتران بقبول المتعاقد الثاني حتى ينتج أثره، هذا ما جعل أغلب الفقه يكيهه على أساس أنه تصرف بإرادة منفردة⁽³⁾.

2- الإجازة تتضمن النزول عن الحق في الإبطال :

ينحصر أثر الإجازة في النزول عن الحق في الإبطال فقط، ولا يتعداه ليصل إلى تصحيح العيب⁽⁴⁾ ، كما ذهب إلى ذلك مفسري الفقه الكلاسيكي⁽⁵⁾.

3- الإجازة تصرف كاشف :

2- هناك حالات يفقد فيها الشخص حق طلب البطلان لأسباب غير الإجازة والتقادم، كما في الغلط إذ لا يجوز لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به مبدأ حسن النية، أو كما في الاستغلال أين لا يجوز لمن وقع فيه التمسك بالبطلان إذا تم إحداث التوازن في الأداءات، ولن تناول هذه المسائل في هذه الدراسة ؛ لأنه لا يمكن إدراجها ضمن النظرية العامة . لتفصيل أكثر حول هذه الحالات انظر :

DUPEYRON (Ch.) , *La régularisation des actes nuls*, L.G.D.J., Paris, 1973.

1- محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، ص. 23.

2- محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد ... ، المرجع نفسه، ص. 47 ؛ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام ... ، مرجع سابق، ص. 144 ؛ أنور سلطان، مصادر الالتزام ... ، مرجع سابق، ص. 161 ؛ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري ... ، مرجع سابق، ص. 259.

FLOUR (J.) et AUBERT (J.- L.) , ... *L'acte juridique* ... , op. cit. , p. 250 ; **LARROUMET (Ch.)**, ... *conditions de formation* ... , op. cit. , p. 565 ; **TERRE (F.)**, **SIMLER (Ph.)** et **LEQUETTE (Y.)** , ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 314 ; **MARTIN DE LA MOUTTE (J.)** , *L'acte unilatéral* ... , thèse précitée, p. 127.

3- محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد ... ، مرجع سابق، ص. 15 - 16.

⁵ **DROGOUL (F.)**, *Essai d'une théorie générale des nullités* ... , thèse précitée , p. 235 ; **AUBRY (Ch.) et RAU (Ch.)** , *Cours de droit civil* ... , par BARTIN, op. cit. , p. 385.

يترتب على الإجازة سقوط الحق في طلب إبطال العقد ، أو التصرف من وقت إبرامه لا من وقت صدورها . ولا يترتب على إثر صدور الإجازة إنشاء آثار التصرف ؛ لأنها تنشأ بموجب هذا الأخير ، وإنما تتأيد بموجبها ، وتصبح في منأى من الزوال نتيجة زوال الحق في الإبطال⁽¹⁾ .

لا يكون للإجازة أثر (III) إلا إذا صدرت في مجال يتناول نوعا معينا من العيوب (I)، وتوافرت فيها شروط معينة (II) .

I- مجال الإجازة :

تتلائم الإجازة- حسب النظرية الكلاسيكية- مع نوع البطلان : فالبطلان المطلق ينتج عن غياب شرط ضروري وحيوي للتصرف فيولد ميتا، ويجعل مسألة علاجه مستحيلا، وبالتالي لا تجوز إجازته . أما البطلان النسبي فينتج عن غياب شرط غير حيوي، فيكون التصرف مريضا قابلا للعلاج ، مما يجعل مسألة إجازته جائزة .

تحتفظ النظرية الحديثة بهذا التلازم، غير أنها تؤسسه على معطيات المصلحة : فإذا كان الشرط - الذي لم يحترم أثناء إبرام العقد - يهدف إلى حماية المصلحة العامة ، كان البطلان مطلقا ، بينما إذا كان يهدف إلى حماية المصلحة الخاصة ، كان البطلان نسبيا . وعليه فإن الشخص لا يمكنه أن يجيز ما يضر بالمصلحة العامة، كما أن البطلان المطلق من النظام العام ، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به ، وللقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه ، وهذه العمومية في جواز إبطاله تمنع عنه إمكانية الإجازة⁽²⁾ .

ذهب بعض الباحثين إلى أنه تجوز الإجازة في بعض حالات البطلان المطلق ، أين لا تكون المصلحة المحمية مصلحة عامة ، أو زال داعي المصلحة العامة فيها بإلغاء النص المقرر للبطلان المطلق، أو بتعديله⁽³⁾ ، فأحكام بطلان التصرف لعدم وجود المحل أو السبب مثلا ، لا تهدف إلى حماية المصلحة العامة⁽⁴⁾ ، عكس أحكام بطلانه لعدم مشروعيتها . كما أن بعض التصرفات قد تصطدم

¹ - محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد ... ، رسالة سابقة، ص. 52-53.

² - FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *L'acte juridique* ... , op. cit. , p. 355.

³ - FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.) , ... *L'acte juridique* ... , op. cit. , p. 255 ; COUTURIER (G.), *La confirmation des actes nuls*, L.G.D.J., Paris, 1972, p. 241 et s.; TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 316.

⁴ - TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 316.

بالنظام العام والآداب العامة دون أن تمس بالمصلحة العامة ؛ لأن النظام العام يشمل النظام العام السياسي والنظام العام الاقتصادي⁽¹⁾ ، ومن أحكام النظام العام الاقتصادي شروط العمل ، فحق العامل في العطلة سواء أكانت أسبوعية أو سنوية من النظام العام، غير أنها لا تمس بالمصلحة العامة، وإنما تمس بمصلحة العامل الذي أبرم عقد عمل يجرمه من هذا الحق . وعليه فإذا كانت الإجازة تتأسس على المصلحة الخاصة، فإنه من المنطق أن تجوز إجازة هذه الأنواع من التصرفات .

هذا هو موقف الفقه من الإجازة ، أما موقف المشرع الجزائري فهو بات : لا يزول البطالان المطلق بالإجازة⁽²⁾ .

II- شروط الإجازة :

حتى تكون الإجازة صحيحة يجب أن تصدر ممن له حق إبطال التصرف (1) ، وأن تكون إرادته سالمة من العيوب (2) ، كما يجب أن يعلم بالعيب (3) ، وأن تنتج إرادته إلى تأييد آثار التصرف (4) ، إضافة إلى ضرورة صدور الإجازة في وقت لاحق عن إبرام التصرف (5) .

1- أن تصدر الإجازة ممن له الحق في إبطال التصرف : يجب أن تصدر الإجازة من الشخص الذي له حق طلب إبطال التصرف ، وهذا الشرط ناتج عن تعريف الإجازة في حد ذاتها ، والمتمثل في التنازل عن حق طلب الإبطال .

2 - أن تكون إرادة المجيز سالمة من العيوب : يشترط في المجيز أهلية التصرف ، وأن لا يكون قد تصرف نتيجة غلط ، أو إكراه ، أو تدليس ، أو استغلال⁽³⁾ .

3- علم المجيز بالعيب الذي شاب التصرف: يشترط علم المجيز بالعيب الذي شاب التصرف الذي هو بصدد إجازته ، وعليه إذا تعددت العيوب ، فإن الإجازة لا تشمل سوى تلك التي علم بها⁽⁴⁾ .

4- اتجاه إرادة المجيز إلى إجازة التصرف : ويتحقق هذا الشرط بعلم المجيز بحق الإبطال ، الذي هو بصدد التنازل عنه⁽¹⁾ .

¹ - FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *l'acte juridique* ... , op. cit. , p.p. 199-213.

² - المادة 102 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

³ - محمد سعيد جعفرور، *إجازة العقد* ... ، مرجع سابق، ص.ص. 92 - 94 .

FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *l'acte juridique* ... , op. cit. , p. 251.

⁴ - محمد صبري السعدي، *شرح القانون المدني الجزائري* ... ، مرجع سابق، ص. 260.

5- صدور الإجازة في وقت لاحق عن انعقاد التصرف : يستشف هذا الشرط من صور الإجازة، التي يمكن أن تكون ضمنية ، كأن ينفذ المميز التصرف اختياريا ، أو أن يمارس الحقوق التي اكتسبها بموجب التصرف المعيب ، أو أن يقوم بتصرفات تحول دون إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التصرف إذا تم تقرير البطلان . وعليه لا يمكن أن تصدر الإجازة في وقت سابق على التصرف .
أما فيما يتعلق بإثبات الإجازة ، فإنه يجوز إثباتها بكل وسائل الإثبات ؛ لأنها لا تخضع لشكل معين ، ولو كان التصرف المجاز شكليا⁽²⁾ .

III- آثار الإجازة:

إذا تمت الإجازة مطابقة لشروطها ، تأيد التصرف بزوال خطر المطالبة بإبطاله ، فيصبح باتا فيما يتعلق بأطرافه (1) ، دون المساس بحقوق الغير (2) .

1- آثار الإجازة فيما بين الأطراف :

تنص المادة 100 من التقنين المدني الجزائري على أنه : « يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد ... » . وعليه فحق طلب إبطال العقد يزول من تاريخ إبرام العقد ، لا من تاريخ صدور الإجازة ؛ بمعنى أن للإجازة أثر رجعي، والرجعية هي وسيلة تثبيت آثار العقد أو التصرف القابل للإبطال ، وفي هذه المسائل نميل إلى ما ذهب إليه الأستاذ "جعفور" في أن لا فائدة ترجى من الرجعية في هذا المقام ؛ لأن التصرف القابل للإبطال تصرف قائم منتج لآثاره إلى حين إبطاله أو إجازته . وعليه فلا حاجة لأن يكون للإجازة أثر رجعي، من أجل تثبيت آثار التصرف⁽³⁾ .

وترجع عدم أهمية الرجعية لكون المشرع الجزائري لا يقبل الإجازة إلا في التصرفات القابلة للإبطال، فلو كان يقبلها في التصرفات الباطلة بطلانا مطلقا، والتي لا تمس بالمصلحة العامة، لكان للرجعية أهمية ؛ لأن التصرف الباطل لا ينشئ آثارا قانونية.

لا تسري آثار الإجازة إلا على المميز، وذلك بجرمانه من ممارسة حق طلب إبطال التصرف. وعليه إذا تعدد الأشخاص الذين يكون لهم حق طلب الإبطال ، كما في التصرفات المتعددة الأطراف

¹ - محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد ... ، المرجع نفسه ، ص. 89.

² - GAUDMET (E.) , *Théorie générale des obligations ...* , par (H.) DEBOIS et (J.) GAUDMET, op. cit., 174 ; TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations ...* , op. cit. , p. 318.

³ - محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد ... ، مرجع سابق، ص.ص. 201 - 203.

أين يمثل عدة أشخاص طرفاً واحداً⁽¹⁾ ، كما لو باع المالكون على الشيوع ملكهم ، فإن حق الأطراف الذين لم يجيزوا التصرف يبقى قائماً .

تلزم الإجازة الخلف العام ، غير أنها لا تلزم الخلف الخاص المقصودين في المادة 100 من التقنين المدني الجزائري بمصطلح الغير .

2- آثار الإجازة فيما يتعلق بالغير :

تنص المادة 100 من التقنين المدني الجزائري على أنه : «يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية و تستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير. » . فمن هم الغير الذين قصدتهم هذه المادة ؟

لا يعتبر الدائن العادي من قبل الغير الذين قصدتهم هذه المادة ؛ لأنه لم يكسب شيئاً معيناً بالذات في ذمة المدين ، وإنما حقه مضمون بالضمان العام لهذا الأخير⁽²⁾ ، وحتى إن كانت الإجازة تسعى إلى إخراج المال من ذمة المدين من أجل حرمان الدائن من التنفيذ عليها ، فإن التصرف المضّر هو ليس الإجازة ، وإنما هو تهريب مكونات الذمة المالية الذي لا يكون بالضرورة عن طريق الإجازة ، فقد يكون عن طريق الهبة ، أو التبرع ... إلخ ، فالغش هو المضّر ، وليس الإجازة⁽³⁾

يظهر مما سلف أن الغير المقصود في هذه المادة هو الخلف الخاص الذي انتقلت إليه هذه الصفة في مرحلة ما قبل الإجازة ، ولتوضيح هذه الحالة سنسترجع المثال الكلاسيكي المتمثل في بيع عقار من قبل قاصر لشخص « أ » ، ثم يبيعه مرة ثانية لشخص « ب » بعد أن يصبح راشداً ، ثم يعود ويجيز البيع الأول . ففي هذه الحالة لا يجوز الاحتجاج بهذه الإجازة في مواجهة الشخص « ب » طبقاً للمادة 100 من التقنين المدني الجزائري.

ونحن هنا نتساءل عن علة وجود مثل هذا الحكم ؟ خصوصاً وأن المشرع الجزائري لا يجيز إجازة التصرف الباطل بطلاناً مطلقاً ، فالتصرف القابل للإبطال ، هو تصرف منتج لآثاره إلى غاية

¹ - لقد عالج الأستاذ " CABRILLAC " مسألة الطرف المتعدد الأشخاص في رسالته (L'acte juridique conjonctif) السالفة الذكر .

² - المادة 188 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم

³ - محمد سعيد جعفرور ، إجازة العقد ... ، مرجع سابق ، ص . 206 .

إبطاله . وعليه فإن بيع القاصر بعد بلوغه سن الرشد للعقار للشخص « ب » في هذه الحالة، يعتبر بمثابة بيع ملك الغير ؛ لأنه لا يجوز له البيع إلا إذا أبطل البيع المبرم مع الشخص « أ » .

ثانيا- التقادم:

يمكن إثارة التقادم عن طريق المطالبة أو الدفع ، وإذا كانت المطالبة بالتقادم (I) ، فإن الدفع بالتقادم لا يتقادم (II) .

I- دعوى التقادم :

يختلف ميعاد تقادم دعوى البطلان النسبي (1) ، عن ميعاد دعوى البطلان المطلق (2) .

1-تقادم دعوى الإبطال :

تتقادم دعوى البطلان النسبي بمرور خمس سنوات⁽¹⁾ ، فما هو الدافع إلى جعل الميعاد قصيرا بالمقارنة مع ميعاد التقادم في الحقوق ، والمتمثل في خمسة عشر سنة⁽²⁾ ، وما هو أساس هذا الميعاد القصير ؟

يؤسس الفقه الكلاسيكي التقادم القصير في البطلان النسبي على فكرة الإجازة الضمنية أو المفترضة : فالشخص الذي لا يرفع دعوى الإبطال خلال خمس سنوات ، يعتبر متنازلا عن حقه في الإبطال⁽³⁾ ؛ أي أنه قد أجاز التصرف ، وقد دعم الفقه الكلاسيكي هذه الفكرة بفكرة أن العيوب التي تؤدي إلى البطلان النسبي يجوز إجازتها .

أما الفقه الحالي فيؤسس التقادم القصير على فكرة المصلحة ، وهي الفكرة التي يتأسس عليها البطلان عامة ؛ إذ يتقرر البطلان النسبي إذا كان العيب يمس بالمصلحة الخاصة للأطراف . وعليه فإن حق المطالبة به لا تثبت إلا للطرف الذي تقرر البطلان لمصلحته ، ولا يثبت هذا الحق للأطراف الآخرين في التصرف ، ولا للغير ، فيكونون أطرافا في تصرف مهدد بالزوال، غير أنه لا يجوز لهم اتخاذ أي تصرف من أجل إنهاء هذه الوضعية ، وبهدف ألا تطول قَصْر المشرع آجال طلب

¹ - المادة 101 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم

² - المادة 308 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم

³ - FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *l'acte juridique* ... , op. cit. , p. 258.

الإبطال عكس آجال طلب البطلان المطلق ؛ لأنه يجوز في هذا الأخير المطالبة به من كل ذي مصلحة ، كما يجوز أيضا للقاضي التدخل من تلقاء نفسه⁽¹⁾ .

لا يسري التقادم الخماسي على الاستغلال الذي تتقدم دعوى البطلان فيه بعد مرور سنة من تاريخ إبرامه⁽²⁾ ، ولا نفهم لماذا ميز المشرع هذا العيب عن باقي العيوب⁽³⁾ ؟

يبدأ سريان التقادم الخماسي في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب ؛ لأنه لا يمكن أن يثبت حق لشخص ، وهو غير قادر على ممارسته ، فالأهلية شرط لقبول دعوى البطلان شكلا ، أما في حالة الإكراه فمن يوم انقطاعه ، وفي الغلط والتدليس من يوم اكتشافهما ، وفي كل الأحوال لا يجب أن يتجاوز ميعاد رفع الدعوى عشر سنوات من يوم إبرام التصرف⁽⁴⁾ .

2- تقادم دعوى البطلان المطلق :

تتقدم دعوى البطلان المطلق بمرور خمسة عشر سنة من إبرام التصرف⁽⁵⁾ ، وقد تم انتقاد فكرة تقادم دعوى البطلان المطلق ، باعتبار أن العيب الذي ينشئ البطلان المطلق ، لا يمكن تصحيحه⁽⁶⁾ ؛ لأن الوقت لا يجعل ما هو غير مشروع مشروعا ، فلو كان السبب غير مشروع لا يمكن أن يصبح مشروعا بعد مرور خمسة عشر سنة.

يرر تمديد الأجل في البطلان المطلق بالمقارنة مع البطلان النسبي ، بأساسين : يتمثل الأول في كون أن لكل ذي مصلحة الحق في طلب البطلان المطلق ، أما الثاني ففي رغبة المشرع في مضاعفة حظوظ إلغاء التصرفات الباطلة ، والمتعلقة بالمصلحة العامة ، باعتبار أنها مخالفة للنظام العام⁽⁷⁾ .

II- الدفع بالتقادم :

لا يتقدم الدفع بالتقادم طبقا لقاعدة أبدية الدفع⁽⁸⁾ ، فإذا لم يتم تنفيذ التصرف ، ولم يتم بطلانه ، بطلانه ، وانقضى ميعاد رفع دعوى البطلان ، وطالب أحد الأطراف الآخرين بالتنفيذ ، فإنه يجوز لهم التمسك بالبطلان.

¹ - TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 322.

² - المادة 90 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

³ - هل يسعى بذلك إلى معاقبة الطائش والمغرم؟

⁴ - المادة 101 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁵ - المادة 102 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁶ - MAZEAUD (H., L. et J.) , *Leçons de droit civil* ... , par CHABAS (F.), op. cit. , p. 316.

⁷ - TERRE (F.) , SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.) , ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 324.

⁸ - FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.) , ... *l'acte juridique* ... , op. cit. , p. 261.

تم انتقاد هذا المبدأ باعتبار أن البطلان قد تقادم، غير أن الفقه لم يساند هذا الموقف ؛ لأن المبدأ يساهم في إبقاء الوضع على ما هو عليه ، وبالتالي فإنه يحقق أغراض وأهداف التقادم⁽¹⁾ .

الفصل الثاني

آثار التصرفات القانونية الثلاثية

يرى أنصار مبدأ سلطان الإرادة أن آثار التصرف القانوني يحكمها مبدأين : مبدأ القوة الملزمة للعقد ومبدأ نسبية الاتفاقات ، واللذان يتأسسان على الإرادة ، فالإرادة هي أساس القوة الملزمة للعقد؛ إذ تتأسس إلزامية العقد على فكرة أن إرادة الشخص هي التي أنشأت التصرف وهي التي حددت آثاره ، مما يجعله ملزما بما اختاره لنفسه ، ولا يمكنه تعديل هذه الآثار إلا باتفاق ثان مع من تعاقد معه. ومن نتائج هذه الفكرة أيضا، أن لا يجوز للشخص أن ينشئ لا التزامات ولا حقوق على عاتق الغير باعتبار أن هذا الأخير لم يعبر عن إرادته . كما يرى أيضا أنصار هذا المبدأ أن القاضي ملزم بعدم الخروج عن إرادة الأطراف عند تفسيره للتصرف ، وذلك بأن يلتزم بالبحث عن النية المشتركة للأطراف عند تفسيره للعبارات الغامضة .

لا تتقيد أغلب التشريعات الحالية بهذه النتائج ، خصوصا عند تعارضها مع مبدأ العدالة ، فلا يمكن للقاضي أن يلتزم بإرادة الأطراف في عقود الإذعان إذا لاحظ أن هنالك شروطا تعسفية ، ما كان الطرف الضعيف ليقبلها لولا احتكار المتعاقد معه للخدمة أو السلعة ، كما لا يمكن له أيضا أن يلتزم بأحكام العقد إذا لاحظ أن المعطيات الاقتصادية وقت التنفيذ قد تغيرت عن تلك التي كانت وقت النشأة ... إلخ.

¹ - TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 324.

هذا ما ذهب إليه أيضا المشرع الجزائري ، فقد أصبح مبدأ العدالة حاليا هو مقياس مبدأ القوة الملزمة للتصرفات القانونية (مبحث أول) ومبدأ نسبية الاتفاقات (مبحث ثان) .

المبحث الأول

القوة الملزمة للتصرف القانوني الثلاثي

تنص المادة 106 من التقنين المدني الجزائري على أن : « العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون » ؛ بمعنى أن العقد هو اتفاق منشئ للالتزامات ، ولا يجوز نقضها أو تعديلها إلا باتفاق الطرفين ، ذلك لأن مصدر قوتها الإلزامية هي الإرادة . غير أن المشرع الجزائري أضاف عبارة : " أو للأسباب التي يقررها القانون " ، فيمكن نقض هذه الالتزامات أو تعديلها دون الاعتداد بإرادة الأطراف ، إذا قرر القانون ذلك ، هذا ما يبحث على إعادة النظر في أساس القوة الملزمة للعقد : هل هي الإرادة ؟

إن نتائج نقاش أساس القوة الملزمة للعقد هي التي تحدد وتفسر أحكام تفسيره ، كما أنها هي التي تبرر سلطة القاضي في تعديل أحكام العقد ، ولنقل هذه النتائج إلى التصرفات القانونية الثلاثية ، سوف نناقش أساس القوة الملزمة للتصرف (مطلب أول) ، وتفسيره(مطلب ثان) ، وأخيرا سلطة القاضي في تعديله (مطلب ثالث).

المطلب الأول

أساس القوة الملزمة للتصرف القانوني الثلاثي

لا يختلف أساس القوة الإلزامية لآثار التصرفات القانونية باختلاف صنف التصرف ، فسواء كان تصرفا بإرادة منفردة ، أو تصرفا ثنائيا الأطراف ، أو كان تصرفا قانونيا ثلاثيا ، فإن أساس القوة الملزمة هو نفسه.

كان الفقه الكلاسيكي يؤسس القوة الإلزامية على الإرادة ، فالعقد يلزم طرفيه ؛ لأنها أرادا ذلك، والتصرف بإرادة منفردة يلزم صاحبه ؛ لأنه أراد ذلك . وباعتماد هذا الأساس يكون التصرف الثلاثي ملزما لأطرافه ؛ لأنهم أرادوا ذلك (فرع أول) . غير أن هناك اتجاه في الفقه الحديث يؤسس القوة الملزمة للتصرف على إرادة غير إرادة الأطراف : وهي إرادة المشرع (فرع ثان) .

الفرع الأول

إرادة الأطراف كأساس القوة الملزمة للتصرف القانوني الثلاثي

اعتبرت الإرادة أساسا للقوة الملزمة للتصرفات القانونية⁽¹⁾ إبان مرحلة هيمنة مبدأ سلطان الإرادة⁽²⁾، على الرغم من عدم شيوع المصطلح " سلطان الإرادة " في هذه الحقبة الزمنية ، غير أن مفهومه كان مطبقا بامتياز نتيجة سيادة فلسفة الفردية القانونية ، والذي يعتبر مبدأ سلطان الإرادة من أحد دعائمها ، فكان مبدأ سلطان الإرادة نتيجة ذلك يهيمن ليس على نظرية العقد فقط ، وإنما على القانون المدني ككل .

لم تشكل الإرادة أساسا للعقد فقط ، وإنما ركنه الأساسي . وعليه لم يرى مفسرو تقنين نابليون أي إشكال في قبول مبدأ القوة الملزمة، بل كانوا يرون أنه من البديهيات ، بدليل أن المادة 1134 من التقنين المدني الفرنسي لم تكن موضوع أية مناقشة⁽³⁾ ، فقد كان المفسرون يستعملون جملة فارغة لشرح هذا المبدأ، تتمثل في : "العقد يلزم بكل بساطة ؛ لأنه العقد"⁽⁴⁾ .

¹ - لم يكن يعرف في تلك الفترة سوى صنف واحد من التصرفات القانونية، وهو العقد.

² - RANOUIL (V.), *L'autonomie de la volonté ...* , thèse précitée.

³ - Ibid , p. 71.

⁴ - GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie ...* , thèse précitée, p. 129 : « Le contrat oblige, tout simplement parce qu'il est contrat » .

إذا كان مبدأ سلطان الإرادة مطبق عمليا خلال القرن التاسع عشر، فإن مصطلح سلطان الإرادة لم يظهر في القانون المدني إلا في العشرية الأخيرة من هذا القرن في أعمال ” WORMS “⁽¹⁾ و ” GENY “⁽²⁾.

دافع الأستاذ ” WORMS “ على فكرة أن الإرادة المنفردة بإمكانها إنشاء الالتزامات ، معتبرا أن فكرة اشتراط توافق إرادتين حتى تنشأ الالتزامات من مخلفات الشكلية الرومانية ، والمقدر لها الاختفاء نتيجة تطور القانون ، كاختفاء الرومان نتيجة تطور الحضارة⁽³⁾ ، معتبرا أن مبدأ هذه الفكرة بسيط ، يتمثل في كون أن الشخص لا يمكنه أن يغير المركز القانوني للغير بإرادته ؛ لأن ذلك يعتبر مساسا بحقوق هذا الغير، لكن يمكنه أن يغير مركزه القانوني ، باعتبار أن له حقوق سيادية على نفسه⁽⁴⁾ ، كما أعتبر أن العقد ما هو إلا مجموع تصرفين بإرادة منفردة⁽⁵⁾ ، وأن كل تعبير عن الإرادة له سلطانه⁽⁶⁾ ، وبذلك كان ” WORMS “ أول من قارب بين لفظي سلطان وإرادة ، مستعملا مصطلح استقلالية إرادة الإنسان (L'indépendance du vouloir humain).

أما الأستاذ ” GENY “ فقد استعمل هذه العبارة عند شرحه لقواعد تفسير التصرفات القانونية ، أين طالب بضرورة تمتع الإرادة بسلطانها⁽⁷⁾ ، كما حدد المجال الذي يجب تخصيصه لسلطان الإرادة في مواد التصرفات القانونية⁽⁸⁾.

وشاع هذا المصطلح مع بداية القرن العشرين في كتابات الأستاذ ” CAPITANT “ ، خصوصا في كتابه الصادر سنة 1904 ، والذي يحمل عنوان : « المدخل إلى دراسة القانون المدني »⁽⁹⁾ ، ثم في مختلف المراجع التي تشرح نظرية العقد ، غير أنها لم تشرح هذا المبدأ بصفة شاملة ، وإن كانت تتعمق في بعض تطبيقاته إلى أن جاء الأستاذ ” GOUNOT “ سنة 1912 ، أين تناول هذا المبدأ

1- **WORMS (R.)**, *De la volonté unilatérale ...* , thèse précitée, p. 199.

2- **GENY (F.)**, *Méthode d'interprétation et sources de droit privé positif*, L.G.D.J., Paris, 1899, p.173.

3- **WORMS (R.)**, *De la volonté unilatérale ...* , thèse Précitée, p. 199 :« On considère encore que la volonté d'un individu ne peut avoir effet, en principe, que si elle s'est concertée, accordée, avec celle d'un de ses semblables. N'est-ce pas là simplement un reste des formalismes anciens, destiné à disparaître comme eux, dans la suite de l'évolution juridique, devant le grand principe, le seul auquel puisse s'arrêter notre intelligence, de l'indépendance du vouloir humain ? ». Nous qui soulignons.

4- Idem , p.p. 6-7 : «Ce principe est des plus simples. Je ne puis, assurément, dit la théorie nouvelle, modifier la situation d'autrui par ma seule volonté : ce serait empiéter sur ses droits. Mais je dois pouvoir, par ma seule volonté, modifier ma propre situation : car j'ai des droits souverains sur moi-même.».

5- Ibid , p.185.

6- Ibid , p. 191.

7- **GENY (F.)** , *Méthodes d'interprétation ...* , op. cit. , p. 144.

8- Ibid , p. 173.

9- **CAPITANT (H.)**, *Introduction à l'étude du droit civil*, 2^{em} éd. , Dalloz, paris,1904, p. 33 et s.

بصفة شاملة في رسالته التي تحمل عنوان : « مبدأ سلطان الإرادة في القانون الخاص ، مساهمة في الدراسة النقدية لمذهب الفردية القانونية»⁽¹⁾ ، وعلى وجه الخصوص أعمال « DEMOGUE » و « SALEILLES » ؛ فقد اعتبر « DEMOGUE » أن مبدأ سلطان الإرادة من أهم مبادئ القانون المدني⁽²⁾ ، وينبج عنه أن الشخص لا يكون ملزما ، إلا إذا أراد ذلك ، وأنه لا يكتسب حقوقا ، إلا بالقدر الذي أراده . كما ينتج عنه كذلك مبدأ حرية الاتفاقات ، الذي يسمح بتحديد آثار التصرفات بتراضي الأطراف ، وشروط التعاقد وطرق انقضاءها ، كما يحدد كذلك طرق تفسيرها ، فهو الذي يبعث بالقاضي إلى البحث عن النية المشتركة للأطراف ، مما يدعم فكرة سمو الإرادة الباطنة عن الإرادة الظاهرة⁽³⁾ .

أما الفقيه « SALEILLES » فقد كان متأثرا بالنظرية الألمانية ، المتعلقة بقدرة التعبير عن الإرادة بإرادة منفردة على إنشاء الالتزامات ، والتي نقلها إلى القانون الفرنسي في عدد من مؤلفاته⁽⁴⁾ ، وهي تعتبر أن العقد واقعة اجتماعية ، لذا يجب الاعتراف بالإرادة الظاهرة لا الباطنة . كما أنه يتوجب على القاضي أن يبحث في الظروف المحيطة بالتصرف - عند تفسيره للعبارات الغامضة - وأن لا يكتفي بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين⁽⁵⁾ ، فالفقيه « SALEILLES » كان يسعى إلى التوفيق بين مبدأ سلطان الإرادة والتصور الاجتماعي للقانون ، فهو يعتبر أن الحق سابق في وجوده عن القانون ، الذي يكتفي بتكريسه ، غير أنه لا يكون للآثار القانونية التي تنشئها الإرادة قوة إلزامية إلا وفقا للقانون ، وهو يلخص أفكاره في جملة بسيطة يقترح فيها تغيير فكرة « هذا عدل لأنه كان مرادا » ، بفكرة « يجب أن يراد ذلك لأنه عدل »⁽⁶⁾ .

1- GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie ...* , thèse précitée.

2- DEMOGUE (R.), *Les notions ...* , op. cit. , p. 147.

3- Ibid , « Le principe de l'autonomie de la volonté est un des plus importants du droit civil. A cause de lui, chacun se trouve obligé seulement lorsqu'il l'a voulu et possède des droits dans la mesure où il a voulu les avoir. A cette idée se rattache ..., la liberté des conventions. Ce principe est d'une étendue immense, car il permet ... de régler à sa volonté la formation des contrats, leur mode d'extinction ...

C'est aussi la liberté des conventions qui est à la base de ce mode d'interprétation des obligations consistant à rechercher la commune intention des parties, car elle aboutit à donner la prédominance à la volonté tacite à défaut de volonté expresse. ».

4- SALEILLES (R.), *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de code civil allemand*, Pichon , Paris, 1890 ; *De la déclaration de la volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil Allemand*, Pichon, Paris, 1901 ; *Introduction à l'étude du droit civil Allemand*, L.G.D.J., Paris, 1904 ; *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil Allemand*, 3^{ème} éd., L.G.D.J., Paris, 1914.

5- SALEILLES (R.), *De la déclaration de la volonté ...* , op. cit. , p. 217.

6- Ibid , p. 251.

يجعل مذهب الفردية القانونية الكلاسيكي من الإرادة مصدرا للقانون وأساسا للتصرفات القانونية ، هذه هي نظرية سلطان الإرادة التي عرفها كل من ” DEMOGUE ” و ” SALEILLES ” ، غير أن أطروحة ” GOUNOT ” كانت الأكثر بروزا ، وشهرة .

قام الأستاذ ” GOUNOT ” بتعريف شامل لنظرية سلطان الإرادة ، لينتقدها ويبين أنها تصور خاطئ : فالإرادة لا تمثل القانون ، وإنما تمثل فقط وسيلة لتحقيق أهداف القانون ، والمتمثلة في الصالح العام ، فالإرادة لن تتمكن من إنشاء قانونها الخاص إلا بقدر تكيفها مع القانون الوضعي ، وأهدافه المثلى ، فسلطان الإرادة ما هو إلا اختصاص واسع في مجال إنشاء التصرفات القانونية ، يمنحه القانون⁽¹⁾ .

ينبج عن هذا التصور أنه لا يمكن للإرادة أن تكون أساسا للتصرف القانوني ، فالعقد لا يكون ملزما لأنه نتاج تلاقي إرادات حرة ؛ لأن هذا المعنى سيكون فارغا : فلو أنشأت عقدا البارحة ، ثم لم أرد تنفيذه اليوم ، فهل سيكون لإرادتي البارحة سلطان على إرادتي اليوم ؟ فإذا جاءتني إرادة البارحة (العقد) تحت لباس محضر قضائي ، من أجل حجز ممتلكاتي ، فلن أحس أنني حر ؛ لأن إرادتي هي التي ألزمتني⁽²⁾ . وعليه فإن أساس القوة الملزمة للتصرف لا يكمن في الإرادة ، وإنما في مدى تطابق التصرف مع مبادئ العدل التي أوجدها القانون الموضوعي⁽³⁾ ، فالقوة الملزمة للتصرف تكون ناتجة عن مطابقته للتشريع⁽⁴⁾ .

أيدت أغلب التشريعات هذا التصور ، فبدأت تتدخل في التصرفات الإرادية ، تارة من أجل حماية النظام العام الاقتصادي والاجتماعي⁽⁵⁾ ، وتارة من أجل حماية الأطراف الضعيفة اقتصاديا⁽⁶⁾ .

نتج عن هذا التدخل تقليص محسوس لمبدأ حرية الاتفاقات ؛ إذ أصبح الشخص في بعض الأحيان مجبرا على إبرام بعض العقود ، وإن لم يرغب فيها⁽⁷⁾ ، كما لا يكون له الخيار- في بعض الحالات-

¹ - GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie ...* , thèse précitée, p.341 : « [la volonté] n'est un organe de création juridique que dans la mesure où elle s'adapte à ce but supérieur et aux lois objectives qui en découlent. Son autonomie n'est au fond qu'une large compétence. »

² - Idem , p. 345.

³ - Ibid , p. 348

⁴ - Ibid, p. 378.

⁵ - لتفاصيل أكثر حول النظام العام الاقتصادي والاجتماعي انظر :

FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.) , ... *l'acte juridique ...* , op. cit. , p. 199 et s.

⁶ - يكون المستهلك - عادة - ضعيفا أمام المنتج والمحتكر.

⁷ - الأشخاص ملزمون قانونا بإبرام تأمين على السيارات، كما أن المؤجر ملزم بتأمين العقار ضد الكوارث الطبيعية حتى يؤجره.

الحالات- في اختيار المتعاقد معه ، إلا في حدود طائفة معينة يحددها المشرع⁽¹⁾ . بل أكثر من ذلك ، فقد تم المساس بمبدأ القوة الملزمة عن طريق تنظيم الشرط الجزائي⁽²⁾ ، والشروط التعسفية⁽³⁾ .
جعل عدم التطابق بين إرادة المشرع ومسلّمات مبدأ سلطان الإرادة نظرية العقد بصفة خاصة ، ونظرية التصرف القانوني بصفة عامة ، تعيش أزمة لاهتزاز أسسها⁽⁴⁾ نتيجة عدم التطابق بين إرادة المشرع ومسلّمات مبدأ سلطان الإرادة . هذا ما جعل بعض المفسرين يبحثون عن أساس جديد لمبدأ القوة الملزمة.

الفرع الثاني القانون كأساس القوة الملزمة للتصرف القانوني الثلاثي

لن يتسنى لنا البحث في أساس جديد للقوة الملزمة للتصرفات الإرادية (ثانيا) ، إلا في ظل فلسفة جديدة للقانون تناقض فلسفة الفردية القانونية (أولا) .

- أولا : تطوّر فلسفة قانون جديد

ترى نظرية القانون الطبيعي أنه يمكن اكتشاف القانون عن طريق العقل ، فأنصارها يرون أن العقل بإمكانه إيجاد نظام يطلقون عليه تسمية القانون الطبيعي ، والذي ما هو سوى وسيلة تعايش الإرادات الفردية داخل المجتمع . وبذلك تكون الإرادة المصدر الوحيد لكل الالتزامات القانونية⁽⁵⁾ ، هذا ما بعث بجانب من الفقه يعرف بالمدرسة الموضوعية⁽⁶⁾ إلى انتقاد هذه النظرية ، فهو يرى أن القانون

¹ - لا يمكن ابرام الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة إلا مع البنوك، أو المؤسسات المالية، أو شركات التأجير المؤهولة قانونا، والمعتمدة صراحة بهذه الصفة ، انظر المادة 1 من الأمر 96 - 09، السالف الذكر.

² - المادة 183 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

³ - المادة 110 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁴ - لتفاصيل أكثر حول الأزمة التي تعيشها نظرية العقد، انظر :

ROUETTE (G.), *Contribution à l'étude ...* , thèse précitée. ; **BATIFFOL (H.)** , « *La crise du contrat et sa portée* », A.P.D. , t. III, 1968, p. 27 et s. ; **MORIN (G.)**, *La révolte du droit contre le code, la révision nécessaire des concepts juridiques ...* , op. cit.

⁵ - **VILLEY (M.)**, « *Kant dans l'histoire du droit* », *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 1962, p. 251 et s.

⁶ - **GHESTIN (J.) et GOUBEUX (G.)** , ... *Introduction ...* , op. cit. , p. 16.

يتمثل في تلك القواعد التي تنتج عن الوعي الجماعي (consciences collectives) ⁽¹⁾ . وعليه فإن دور المشرع ينحصر في جمع هذه القواعد ⁽²⁾ ، أما الإرادة فلا دور لها على الإطلاق .

غير أنه يتبين - بالرجوع إلى الواقع القانوني - أن سن القوانين عمل فكري ، فهو عمل إرادي ناتج عن وعي وتبصر . وعليه فإن تصور توفيق ما بين هاتين المدرستين (القانون الطبيعي والقانون الموضوعي) ممكن ؛ لأن القانون ليس من صنع الإرادة عن طريق احترام بعض القواعد العقلية ، كما أنه ليس مجموعة قواعد مستمدة من وقائع اجتماعية ، مستقلة عن كل تدخل إرادي ⁽³⁾ ، فهو تأسيس فكري يبني على مجموعة من المعطيات الاجتماعية ؛ لأن ملاحظة الوقائع فقط لا تمكن من وضع نظام قانوني ، وإنما إعمال الفكر في هذه الوقائع هو الذي يجعلنا نستنتج نظاما قانونيا صالحا للمجتمع الذي استنتج منه ⁽⁴⁾ . فالقانون لا يفسر الوقائع ، ويكتفي بتدوين تجربة الحياة ، وإنما هو علم التنظيم ، وبذلك يكون للإرادة دور كبير ؛ لأن التنظيم يسعى إلى تحقيق أهداف ومبادئ ⁽⁵⁾ ، وبالتالي ، فإن القانون لا يشرح ما حدث ، وإنما يملي ما يجب أن يحدث .

أما فيما يتعلق بمحاسن النظريتين فإنها تتكاملان : فالأولى تشيد بدور الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية، أما الثانية فإنها تلزم بضرورة الأخذ بعين الاعتبار الأهداف المسطرة من قبل المشرع.

إن الإنسان كائن اجتماعي بطبعه ، ولا يمكن تصوره خارج المجتمع ، غير أن له كيان خاص ، ومتميز عن باقي أفراد المجتمع . وعليه فإنه بإمكان إرادته أن تنشئ التصرفات القانونية، طالما كانت هذه التصرفات تسعى إلى تحقيق الأهداف الاجتماعية المسطرة من قبل المشرع، أو على الأقل لا تخالفها.

ثانيا- أثر هذا التطور على أساس القوة الملزمة للتصرفات الإرادية :

تمكن النظرة التوفيقية بين مدرسة القانون الطبيعي والمدرسة الموضوعية من إعطاء تفسير جديد لمبدأ القوة الملزمة ، فالتصرف القانوني لا يكون ملزما إلا في الحدود التي يرسمها القانون ؛ لأن المشرع هو الذي يمنح القوة الإلزامية للتصرف ⁽⁶⁾ .

¹ - DUGUIT (L.), *Droit constitutionnel ...* , op. cit. , p. 91.

² - BACACHE-GIBEILI (M.), *La relativité ...* , thèse précitée, p. 246.

³ - Ibid , p. 247.

⁴ - BATIFFOL (H.), *Problèmes de base de philosophie de droit* , L.G.D.J., Paris, 1979, p. 101.

⁵ - Ibid , p. 102.

⁶ - GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie ...* , thèse précitée, p. 342 et s ; ROUETTE (G.), *Contribution à l'étude...*, thèse précitée, p. 398 et s ; TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE

فالتصرف لا يكون ملزماً باعتبار أن الأطراف أرادوه ، وإنما لأن القانون جعل لاتفاق الإرادات آثاراً قانونية ، فالسلطة المعترفة للإرادة الفردية ، هي سلطة مشتقة ، وليست أصلية⁽¹⁾ ، وإلا كيف يمكن تفسير بقاء المدين ملتزماً بالتزامه رغم اعتراضه ؟

لا يثور مبدأ القوة الملزمة إلا في حالة رفض التنفيذ من قبل الأطراف ، فيكون ما أرادته الأطراف سابقاً ، غير مدعم بما يريدونه حالياً⁽²⁾ ، فما هي الإرادة التي يجب تغليبها : هل الإرادة السابقة أم الإرادة الحالية ؟

إذا تم تغليب الإرادة الحالية ضاع استقرار المعاملات ، وإذا تم تغليب الإرادة السابقة ، فلا يعقل أن يكون أساس هذا التغليب هو الإرادة ؛ لأنه لا يمكن تغليب الإرادة على الإرادة على أساس الإرادة . لذا يرى الأستاذ " ROUETTE " أن القول بأن الإرادة هي أساس القوة الملزمة ، مسألة تخلو من المنطق⁽³⁾ ، والقول أن أساسها هو اتفاق الإرادات ؛ بمعنى " الإجراء " ، بحجة أن الاتفاق هو الذي ينشئ العقد ، هو مجرد جمع بين مسائل غير متجانسة عن طريق استعمال مصطلحات واسعة المعنى⁽⁴⁾ . والدليل على ذلك هو عدم توافق هذا التفسير مع أساس التزام المتصرف بإرادة منفردة ، فإذا كان الالتزام العقدي يتأسس على اتفاق الإرادات ، فعلى ماذا يتأسس التزام المتصرف بإرادة منفردة ؟

جاء " Kelsen " بجل ذكي في نظريته المعروفة بـ " هرم تدرج القوانين " ، فحسب هذا الفقيه يتمثل القانون في مجموعة قواعد قانونية أنشأتها الإرادة⁽⁵⁾ ، تكون مصنفة في شكل هرم ، وتستمد القاعدة الأدنى في الهرم قوتها الإلزامية من القاعدة الأعلى منها⁽⁶⁾ ، وبما أن القواعد العقدية تكون في أدنى

(Y.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 26 : « la force obligatoire ne vient pas de la promesse, mais de la valeur que le droit attribue à la promesse. »

¹ - TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 25.

² - ROUETTE (G.), *Contribution à l'étude ...* , thèse précitée, p. 407.

³ - يؤكد الأستاذ " ROUETTES " أنه يجب التمييز بين الاتفاق (اتفاق الإرادات) عن العقد ؛ لأن الخلط بين هذين المصلحين هو الذي يجعل النتائج المتعلقة بأساس القوة الملزمة للعقد خاطئة ، فلا يجب الخلط بين العقد كاتفاق إرادات عن العقد كقياس (norme) ، وعليه فلا يجب القيام بأي استنتاج فيما يتعلق بدور الاتفاق في إنشاء المقياس ، انظر :

ROUETTES (G.), *Contribution ...* , thèse précitée, p. p. 344 – 346.

⁴ - Ibid , p. 346 : « prétendre découvrir immédiatement et directement le fondement de la force obligatoire du contrat, c'est-à-dire, de la norme, dans l'accord de volonté, c'est-à-dire la procédure, au prétexte que l'accord de volonté forme le contrat, c'est mêler deux questions hétérogènes grâce à l'emploi de mots au sens vague . »

⁵ - لا يعني هذا أن " Kelsen " يعترف بوجود الحق ، فهو وإن كان يرى أن الإرادة بإمكانها إنشاء الالتزامات ، فإن مرد ذلك هو القانون ؛ بمعنى أن القانون يمنحها اختصاص إنشاء الالتزامات ، وليس لأن لها حق في ذلك .

⁶ - يضع " Kelsen " الدستور في أعلى الهرم .

الهرم، فإنها تستمد قوتها الإلزامية من القاعدة الأعلى منها ، وهي القاعدة التشريعية (pacta sunt servanda) ، فالتشريع هو الذي يعطي القوة الإلزامية للاتفاقات⁽¹⁾ ، فالاتفاق في تعبير " KELSEN " لا يكون ملزماً إلا بالقدر الذي يعتبره فيه النظام القانوني واقعة منشئة للقانون⁽²⁾ .

على الرغم من إنكار " KELSEN " لوجود الحق ، فإن فكرته فيما يتعلق بتدرج القوانين قد تم اعتمادها من طرف أغلب التشريعات، لاسيما التشريع الجزائري⁽³⁾ حيث نجده ينص في المادة 106 من التقنين المدني، على أن : « العقد شريعة المتعاقدين ... » ، فالعقد ملزم بالنسبة للأطراف بموجب هذا النص، والذي يمكن نقل حكمه إلى كل التصرفات القانونية ، فالتصرف القانوني الثلاثي ملزم؛ لأن القانون يقرر ذلك . لكن السؤال الذي يثور في هذا المجال هو: لماذا أعطى المشرع سلطة سن القانون للاتفاق؟

يرى الأستاذ " GOUNOT " أن الإرادة ما هي إلا وسيلة لا قيمة لها ، لا لذاتها، ولا في ذاتها، وإنما بسبب الأهداف التي تخدمها . فالقانون لا يحمي الإرادة ، وإنما الهدف الذي تسعى إليه هذه الإرادة، فالتصرف الإرادي لا يكون محمياً لأن القائم بالتصرف أرادته ، وإنما لأنه مطابق للأهداف العليا المسطرة من قبل المشرع⁽⁴⁾ .

بنقل هذا المفهوم وتطبيقه على التصرف القانوني الثلاثي ، نفهم نظامه أكثر ؛ لأن هذا المفهوم الجديد يعتبر التصرفات ملزمة لأنها تهدف إلى تحقيق مبادئ العدالة ، كما أن للتصرف دور نافع داخل المجتمع :

- التصرف القانوني ملزم لأنه يحقق العدالة الاجتماعية : فلو لا مبدأ القوة الملزمة للاتفاق لتمكن المدين من جمع الأدعاءات التي تلقاها ، دون أن يحصل دائنوه على أداءاتهم ، لانعدام الوسيلة القانونية لتحصيلها . وعليه فمبدأ القوة الملزمة يحقق التوازن بين الحقوق والالتزامات⁽⁵⁾ .

¹ - BATIFFOL (H.), *Problèmes ...* , op. cit. , p. 50 et s. ; GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.) , ... *introduction ...* , op. cit. , p. 18.

² - KELSEN (H.), « *La théorie de la convention* », *A.P.D.* ,1940, p.p. 33 - 76, p. 47 : « La convention est obligatoire dans la mesure où l'ordre juridique la considère comme un état de fait créateur de droit. ».

³ - انظر المادة 01 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁴ - GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie ...* , thèse précitée, p. 351 : « La volonté est un instrument, instrument, un moyen, elle n'a pas de valeur en soi et pour soi, mais à raison des fins auxquelles elle sert. Ce que le droit protège ce n'est pas la volonté elle-même, mais le but de cette volonté. L'acte de volonté n'est pas protégé parce qu'il est voulu, mais parce qu'il est conforme à certains fins supérieurs. ».

⁵ - Ibid , p. 358.

-التصرف القانوني ملزم لأن دوره نافع داخل المجتمع : جعل المشرع التصرف القانوني ملزماً للدور الذي يلعبه في الحياة الاجتماعية والاقتصادية ، فهو وسيلة التبادلات المالية ؛ إذ يجب حتى تتطور هذه التبادلات توفير جو من الاستقرار والأمان ، فالمشرع قد أرسى مبدأ القوة الملزمة حتى يحمي ثقة الدائن بالمدين ⁽¹⁾ .

يحمي القانون إذن الاتفاق لأنه يحقق المصلحة العامة (تسهيل المبادلات داخل المجتمع) ، كما أنه يحميه لأنه يحقق المصلحة الخاصة، باعتبار أن من وظائف القانون تكريس الحريات الفردية.

يمكن القول- باختصار- أن مبدأ سلطان الإرادة لا يفسر القوة الملزمة للتصرف القانوني ؛ لأن القانون هو الذي يضفي صفة الإلزامية على التصرفات القانونية ضماناً لاستقرار المعاملات الاقتصادية، وهذا الأساس هو الذي يسمح لنا بفهم أحكام تفسير التصرفات القانونية، وسلطة القاضي في تعديلها

المطلب الثاني

تفسير التصرف القانوني الثلاثي

باعتبار التصرف القانوني الثلاثي مجموع ثلاث تصرفات انفرادية ، فإن أحكام تفسيره لا تختلف عن أحكام تفسير العقود ، باعتبارها مجموع تصرفين قانونيين بإرادة منفردة .

لا يختلف تفسير التصرف القانوني عن تفسير القانون من حيث كونه يهدف إلى تحديد المعنى الدقيق لنص غامض ⁽²⁾ ، غير أنه يختلف عنه من حيث قواعده :

- يتم اللجوء إلى الأعمال التحضيرية إذا كان النص القانوني يحتاج إلى تفسير، بينما يتم البحث عن النية المشتركة للأطراف، إذا كان بند من بنود التصرف غامضاً ⁽³⁾ .

- للمحكمة العليا سلطة في رقابة تفسير القانون ، باعتباره تعبير عن الإرادة العامة ، بينما لا يكون لها سلطة رقابة تفسير التصرفات القانونية ؛ لأنها مسألة تدخل في ظل السلطة التقديرية لقاضي الموضوع ⁽⁴⁾ .

¹ - GHESTIN (J.) et GOUBEUX (G.), ... *introduction* ... , op. cit. ,p. 133.

² - GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), ... *les effets* ... , op. cit. , p. 07.

³ - المادة 2/111 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁴ - لكن يبقى للمحكمة العليا سلطة مراقبة مدى تفسير قضاة الموضوع لحكم المادة 2/111 من التقنين المدني، كما لو توقعوا عند المعنى الحرفي للألفاظ على الرغم من أن المادة السالفة الذكر تمنع ذلك.

كما يجب التمييز بين تفسير التصرف وتكييفه : فإذا كان التفسير يهدف إلى البحث عن المعنى الدقيق للعبارات الغامضة ، فإن التكييف يهدف إلى ربط العملية بألية قانونية محددة ، من أجل تحديد نظامها القانوني⁽¹⁾ .

هناك طريقتين لتفسير التصرفات القانونية : طريقة كلاسيكية مستمدة مباشرة من مبدأ سلطان الإرادة ، تجعل القاضي يبحث في النية المشتركة للأطراف متجاوزا المعنى الحرفي للألفاظ⁽²⁾ (فرع أول)، وهي طريقة انتقدها الأستاذ ” GOUNOT ” على اعتبار أن العبارة لا تكون محل تأويل إلا إذا لم ينتبه إليها الأطراف ؛ بمعنى انعدام نية مشتركة لهما فيما يتعلق بتلك المسألة ، كما أنه لا يعقل أن لا يفصل التصرف في صعوبات مستقبلية تنبه لها الأطراف⁽³⁾ ، بالإضافة إلى أن جعل معيار النية المشتركة المعيار الوحيد في تفسير التصرفات القانونية أمر مصطنع ؛ لأن النية المشتركة في المسائل الغامضة غير موجودة ، فكل طرف يعطيها تأويلا يخدم مصلحته . هذا ما شجع ظهور الطريقة الثانية التي تعرف بالطريقة الموضوعية ، والتي تقضي بأن يلجأ القاضي إلى معطيات حسن النية، والعرف ، والعدالة في حال وجود عبارة غامضة محل تأويل (فرع ثان) .

الفرع الأول الطريقة الشخصية

سوف نتعرض لتوجيهات التفسير التي وجهها المشرع للقاضي (أولا) ، قبل أن نتعرض لسلطة المجلس الأعلى للقضاء في مواد التفسير في ظل هذه الطريقة (ثانيا) .

أولا- توجيهات التفسير المتعلقة بالطريقة الشخصية :

لم يبدع محررو التقنين المدني الفرنسي عند تحريرهم لتوجيهات التفسير المنصوص عليها في المادة 1156 وما يليها، وإنما اكتفوا بنقل أحكام التفسير التي جاء بها كل من ” DOMAT ” ،

¹ - TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 353.

² - BORE (J.) , *La cassation en matière civile* , Sirey, Paris, 1980, p. 308.

³ - GOUNOT (E.) , *Le principe de l'autonomie* ... , thèse précitée, p. 207.

و" POTHIER"⁽¹⁾، والتي نقلت في أغلبها إلى أحكام التشريع الجزائري، وفيما يتعلق بالأحكام التي لم يذكرها المشرع، فهي سارية في القانون الجزائري، باعتبار أن الشريعة الإسلامية نصت عليها.

تأخذ العبارة - من حيث الأصل - حكمين: إما أن تكون واضحة لا مجال لتأويلها (I)، أو أن يكون معناها غير واضح، فتكون محل تأويل (II).

I- وضوح العبارة :

تقضي أحكام الفقرة الأولى من المادة 111 من التقنين المدني أنه: « إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين ... ».

يتضح من هذا النص أنه لا يجوز لقاضي الموضوع أن ينحرف عن المعنى الظاهر للعبارة إلى معنى آخر عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين، والمعنى الظاهر للعبارة، هو ذلك المعنى الذي جرت عليه العادة في فهم اللفظ، وبالتالي لا يعتد القاضي بادعاء أحد الأطراف بأنه كان يقصد معنى آخر مخالفا للمعنى الذي جرت عليه العادة⁽²⁾.

فالانحراف عن عبارة العقد الواضحة - بهذا المعنى - يعتبر تشويها لها، مما يوجب نقض الحكم؛ لأنه لا يجوز لقاضي الموضوع أن يحتج بمسألة التعرف عن إرادة المتعاقدين حتى يعطي معنى آخر للعبارة مخالفا لما دلّت عليه.

جاء هذا النص لمنع تشويه مضمون التصرف⁽³⁾، فلولا ذلك لتمكن القاضي من فرض إرادته هو بدلا من إرادة الأطراف، بحجة أن العبارة في حاجة إلى تأويل⁽⁴⁾، وبذلك سيتم خرق أحكام المادة 106 من التقنين المدني الجزائري، التي تقضي بأن: « العقد شريعة المتعاقدين ... ».

نص المشرع المصري على مثل هذا الحكم⁽⁵⁾، غير أن المشرع الفرنسي لم يأت بحكم مماثل وترك المسألة للقضاء الذي أرسى هذا المبدأ، والذي يعرف بمبدأ رقابة تشويه التصرف (le contrôle de la

¹ - CARBONNIER (J.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 265.

² - أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، *النظرية العامة للالتزام ...*، مرجع سابق، ص. 166.

³ - هذا النص يقدم فكرة الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة، انظر في مثل هذا المعنى:

RIEG (A.), *Le rôle de la volonté* ... , thèse précitée, p. 388.

⁴ - BORE (J.), *La cassation en matière civile* ... , op. cit. , p.p. 414 - 415.

⁵ - المادة 1/150 من التقنين المدني المصري.

(dénaturation) في قرار مبدأ مؤرخ في 15 أبريل 1872⁽¹⁾، غير أن هذا المبدأ لم يلتقى قبولا شاملا في الفقه، لذا سنتعرض لموقف الفقه فيما يتعلق بمبدأ رقابة التشويه (1)، ثم لطبيعة هذه الرقابة (2).

1- موقف الفقه من مبدأ رقابة تشويه التصرف :

يرى الأستاذ " DEREUX " أن مبدأ رقابة تشويه التصرف مبدأ غير منطقي، كما أنه لا يستجيب إلى الحاجة العملية؛ لأن مسألة البحث عن نية الأطراف هي مسألة موضوع، ومراقبتها يعتبر تدخلا في اختصاص قاضي الموضوع⁽²⁾، بالإضافة إلى أن فكرة التمييز بين التصرف الواضح، والتصرف موضوع التأويل فكرة منتقدة عند مساندي رأي استبعاد رقابة التشويه، فقد لا تعبر العبارة الواضحة الألفاظ عن إرادة صاحبها، مما يستدعي استبعاد هذه النظرية.

يعتمد الفقه والقضاء المصري هذه الأفكار، فوضوح العبارة عندهم لا يعني دائما وضوح الإرادة، وبالتالي، يجوز للقاضي أن يعدل عن المعنى المستمد من العبارة الواضحة ليتبين القصد الحقيقي لإرادة الأطراف⁽³⁾.

تم الاعتراض عن هذا الرأي من بعض المفسرين المصريين، الذين يرون أن وضوح عبارة التصرف يؤدي بالضرورة إلى وضوح الإرادة، وعليه لا يجب على قاضي الموضوع تفسير العبارات الواضحة⁽⁴⁾. وهذا الرأي مهجور في مصر.

نميل إلى الرأي المنادي بضرورة رقابة تشويه التصرف؛ إذ أنه لا يجوز تأويل العبارة إذا كانت واضحة؛ لأن هذا سيعطي للقاضي سلطة تطبيق إرادته هو لا إرادة المتعاقدين، فيصبح القائم بالتصرف يجهل التزاماته، وإن عبر عنها بوضوح. كما أن فتح مجال التفسير في حالة وضوح العبارة يؤدي إلى انتهاك أحكام المادة 106 من التقنين المدني.

2- طبيعة الرقابة :

¹ - cité par, TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 364.

² - DEREUX (G.), *De l'interprétation des actes juridiques privés*, thèse Paris, 1905, p. 88 et s.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، ... الوسيط ... الجزء الأول ... ، مرجع سابق، ص. 813؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية الالتزام، المصادر الإرادية للالتزام، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1995، ص. 242.

⁴ - محمد أبو عافية، التصرف القانوني المجرد، دكتوراه القاهرة، 1948، ص. 284؛ أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للالتزام ... ، مرجع سابق، ص. 166 - 167.

يرى الأستاذ " MARTY " أن البعد العملي لرقابة تشويه التصرف محدود : فمحكمة النقض تمنع قضاة الموضوع من تفسير التصرفات التي تكون عباراتها واضحة ودقيقة، غير أنها تسمح لهم بتفسير هذه التصرفات إذا اعتمدوا على أسباب تبين أنه على الرغم من وضوح ودقة العبارات ، فإنها لا تعبر عن إرادة الأطراف⁽¹⁾، وعليه فإن رقابة تشويه التصرف ما هي إلا مراقبة للأسباب، فعلى قاضي الموضوع أن يبين الأسباب التي دفعته إلى التفسير ، وترك المعنى الواضح ، وإلا كان حكمه قابلا للنقض⁽²⁾.

يقابل هذا التصور المستوحى من المدرسة الشخصية ، تصورا آخر مستوحى من المدرسة الموضوعية يتلخص مضمونه في الآتي : لما نكون أمام عبارة واضحة ودقيقة فإنه لا يجوز للقاضي تأويلها مهما كانت الأسباب التي يستند إليها ؛ لأن لا محل للتفسير أمام وضوح العبارة⁽³⁾ ، وإن قام القاضي بالتفسير على الرغم من وضوحها ، فإن محكمة النقض ستبطل حكمه ليس لقصور الأسباب التي اعتمد عليها، وإنما لعدم تطبيقه القانون ؛ إذ مارس سلطة التفسير في مجال لا يكون له الاختصاص فيه بذلك⁽⁴⁾.

يأخذ المشرع الجزائري بالتصور الموضوعي، فالفقرة الأولى من المادة 111 من التقنين المدني واضحة الدلالة على ذلك : « إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين ... » ، قاطعة حجة الرأي القائل أن وضوح العبارة لا يعني بالضرورة وضوح الإرادة ، والذي يؤول العبارة لاكتشاف إرادة المتعاقدين ، لأن هذه الفقرة تدل على اعتداد المشرع بالإرادة الظاهرة لا بالإرادة الباطنة .

II- غموض العبارة :

تقضي أحكام الفقرة الثانية من المادة 111 من التقنين المدني على أنه : « ... إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات. » .

¹ - MARTY (G.) , *La distinction du fait et du droit*, thèse Toulouse, 1929, p. 318.

² - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري ... ، مرجع سابق، ص. 292 .

³ - RIEG (A.) , *Le rôle de la volonté ...* , thèse précitée, p. 391 et s.

⁴ - BORE (J.) , *La cassation en ...* , op. cit. , p. 418 et s.

ترسي هذه الفقرة مبدأ وجوب البحث عن النية المشتركة للأطراف المتعاقدة إذا كانت عبارات التصرف غير واضحة، والذي يعتبره " DEMOLOMBE " قاعدة القواعد في التفسير (la règle des règles)⁽¹⁾ ، غير أن هذا المبدأ يطرح إشكاليين : يتعلق الأول بتحديد الفارق بين ما هو محل تأويل ، وما هو واضح ؛ إذ أن مسألة الوضوح نسبية تختلف من شخص لآخر حسب درجة ثقافته ، فهناك تصرفات - في بعض المجالات التقنية الدقيقة - لا يمكن فهم أحكامها إلا بفهم المجال التقني موضوع التصرف، كالتصرفات المتعلقة بأحكام البورصة ، والعمليات البنكية المستحدثة ، والتصرفات المتعلقة بمسائل التكنولوجيا ... إلخ . غير أنه بما أن محكمة النقض هي صاحبة الاختصاص في مراقبة تطبيق القانون ، فهي التي تتكفل بتمييز الواضح من الغامض . أما الإشكال الثاني فيتعلق بالبحث عن نية الأطراف في حد ذاتها ، باعتبارها مسألة شخصية نفسانية يصعب اكتشافها .

لتفسير التعبير عن الإرادة يجب البحث عن الإرادة الحقيقية ، وعدم التوقف عند المعنى الحرفي للعبارة ، هذا ما يمليه مبدأ سلطان الإرادة في مجال تفسير التصرفات القانونية ، وقد عبر الأستاذ " DEREUX " عن هذه الفكرة بالآتي : « يجب على مفسر التصرف القانوني أن يبحث عن النية الحقيقية للقائم بالتصرف ، أو القائم بالتصرف بأكبر حرص ممكن »⁽²⁾ ، وكل مبدأ يضاف إلى هذا المبدأ يعتبر عديم الفائدة⁽³⁾ .

هذا فيما يتعلق بالحالات التي تعالج المسائل التي تم التعبير عنها ، وتصورها من قبل الأطراف ، لكن ماذا عن الحالات التي تعالج المسائل التي لم يتم التعبير عنها⁽⁴⁾ ؟

سيكون من السخافة البحث عن نية الأطراف في المسائل التي لم يفكر فيها هؤلاء ، فلا يمكننا الإقناع في هذه الحالة ، بأن تطبيق القواعد المكتملة ، وأحكام العرف ، والنظر إلى طبيعة التعامل سيمكن من تفسير التصرف ؛ إذ لا يمكن تفسير العدم⁽⁵⁾ .

ما يتم تحديده في هذه الحالة هو تبعات الإرادة في مواجهة الظروف غير المتوقعة ، أو ما عبر عنه الأستاذ " GOUNOT " بمطابقة الإرادة بالوقائع من أجل تفسيرها ؛ بمعنى أن القاضي لا يفسر

¹ - cité par, GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), ... *les effets ...* , op. cit. , p. 34.

² - DEREUX (G.), *De l'interprétation ...* , thèse précitée, p. 02 : « L'interprète d'un acte juridique privé doit rechercher avec le plus de soin possible l'intention de l'auteur de cet acte. ».

³ - Ibid .

⁴ - GOUNOT (E.) , *Le principe de l'autonomie ...* , thèse précitée, p. 207 : « Les incertitudes et les obscurités ne proviennent pas de ce que sur un point déterminé la volonté est mal exprimée, mais de ce que sur ce point elle n'a pas existé. ».

⁵ - DEMOGUE (R.) , *Les notions ...* , op. cit. , p. 298.

في هذه الحالات ؛ إذ لا يوجد ما يفسر، وإنما يحاول أن يفترض ما ستكون الإرادة قد حددته في حالة معالجتها لهذه الظروف، ولا تتم هذه المطابقة وفقا لإرادة مفترضة افتراضا محضا ، وإنما تتم عن طريق تقدير المصالح الآتية (مصالح الأطراف والمصلحة العامة) . وهذا المبدأ يسيطر على القانون برمته، سواء تعلق الأمر بتفسير التشريع ؛ أو التصرفات الإدارية .

هناك العديد من الضوابط يستأنس بها القاضي في البحث عن نية الأطراف ، ويمكن تصنيفها إلى صنفين : ضوابط يحتويها التصرف، وضوابط لا يحتويها التصرف.

1- الضوابط الداخلية في تفسير التصرف :

منها ما جاء ذكره في التشريع ، مثل طبيعة التعامل ، وما ينبغي أن يتوافر من أمانة ، وثقة بين المتعاقدين⁽¹⁾ ، ومنها ما جاء في التشريع الفرنسي ، والتي تستأنس بها أغلب المحاكم في الدول التي تعتمد القانون اللاتينو جرمانى⁽²⁾ .

يفسر التصرف بحسب طبيعة التعامل⁽³⁾ ؛ أي بحسب طبيعة التصرف وموضوعه ، فإذا احتملت العبارة معاني مختلفة ، وجب على القاضي اختيار المعنى الذي تقتضيه طبيعة التصرف، فسكوت الأطراف يعني - من حيث المنطق - قصدهم ترك التصرف للأحكام التي تقتضيها طبيعته ، فإذا كان عيب في العين محل الاعتماد الإيجاري ، لا يجب على المستأجر مطالبة الشركة المؤجرة بضمانها ؛ لأن طبيعة التصرف تقضي بأن هذه الأخيرة لا تتجاوز في تدخلها المجال المالي ، وإنما يجب عليه مطالبة البائع بالضمان .

وإن لم يستهد القاضي بطبيعة التعامل للكشف عن نية الأطراف⁽⁴⁾ ، يرجع إلى ما ينبغي أن يتوافر من أمانة ، وثقة بين الأطراف⁽⁵⁾ . وسنستعين بالمثال الذي استعان به الأستاذ ” السنهوري“ لشرح هذا الضابط : يجب على الموجب له أن يفهم العبارات وفقا لما تقتضيه الأمانة في التعامل ، فإذا وجد خطأ ولبس في التعبير ، وتمكن الموجب له من معرفة ذلك ، فإن الأمانة في التعامل تقضي من

¹ - هناك من المفسرين من يصنف هذه الضوابط على أنها ضوابط تفسير خارجية، انظر : محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري ... ، مرجع سابق، ص. 296.

² - منها المحاكم المصرية، انظر : عبد الرزاق أحمد السنهوري، ... الوسيط ... الجزء الأول ... ، مرجع سابق، ص. 496 وما يليها، والمحاكم الأردنية، انظر: امجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات ... ، مرجع سابق، ص. 165 وما يليها.

³ - المادة 2/111 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁴ - المادة 2/111 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁵ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، ... الوسيط ... الجزء الأول ... ، مرجع سابق، ص. 497.

الموجب له ألا يستغل ما وقع من إبهام في التعبير، نظرا لكونه قد فهمه على حقيقته ، أو كان يستطيع فهمه على ذلك ، ويقابل ذلك اطمئنان الموجب له إلى العبارات حسب ظاهرها ، وأن يجعل من المعنى الظاهر ، المعنى المقصود من الموجب .

كما أن التصرفات القانونية كل لا يتجزأ بالنسبة لأطرافه ، فبنوده متكاملة تفسر بعضها البعض. وعليه لا يجوز تجزئة بنود التصرف عند تفسيره ؛ لأن من شأن ذلك عرقلة الوصول إلى النية المشتركة للأطراف⁽¹⁾ .

وإذا تعددت المعاني لعبارة معينة ، وتبين للقاضي أن أحد هذه المعاني يجعل للتصرف أثرا قانونيا، بينما المعاني الأخرى لا تجعل له أثرا ، توجب عليه ترجيح المعنى الذي يولد الأثر القانوني. ويعبر عن هذا الضابط في الفقه الإسلامي بعبارة إعمال الكلام خير من إهماله⁽²⁾ ، أما في التشريع الفرنسي فقد نصت عليه المادة 1158 من التقنين المدني⁽³⁾ .

وإذا تم تخصيص حالة بالذكر في التصرف من أجل شرح الالتزام ، فإن هذا لا يعني أن الأطراف قد أرادوا تحديد آثار التصرف على الحالة المذكورة فقط⁽⁴⁾ ، فلو تم بيع مستثمرة فلاحية، وتم تخصيص تسلّم الحيوانات، فإن هذا لا يعني أن البيع لا يشمل الآلات الزراعية، والمخازن والإسطبلات ... إلخ.

2- الضوابط الخارجية في تفسير التصرف :

ينص القانون على الاستهداء بالعرف الجاري في المعاملات⁽⁵⁾ ، والذي يفهم منه العادات الجارية في التعاملات اليومية وفقا لمنهاج الناس في حياتهم ، حيث أن الأعراف تسعى لإتحقيق مصالحهم . وعليه إذا كانت العبارة تحتل أكثر من معنى ، وجب حملها على المعنى الذي يتفق مع العرف ، غير أنه إذا تنازع عرف عام وعرف خاص وجب العمل بالعرف الخاص ، ما لم يكن مخالفا للنظام العام والآداب العامة . ويشترط في العرف أن يكون مستقرا ثابتا، لا عرضيا متغيرا ؛ لأن من

¹ - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام ... ، مرجع سابق، ص. 169.

² - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري ... ، مرجع سابق، ص. 295.

³ - art. 1158 du code civil français : « Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat. ».

⁴ - art. 1164 du code civil français : « Lorsque dans un contrat on a exprimé un cas pour l'explication de l'obligation. On n'est pas censé avoir voulu par-là restreindre l'étendue que l'engagement reçoit de droit aux cas non exprimés. ».

⁵ - المادة 2/111 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

أركانه التكرار والاستقرار، والمشرع الفرنسي يعطي الأولوية في تفسير التصرفات إلى البلد الذي نشأ فيه التصرف⁽¹⁾، وحيد لو نص المشرع الجزائري على مثل هذه القاعدة فيما يتعلق بالمناطق؛ إذ أن شساعت الحيز الجغرافي للجزائر، وتنوع الثقافات فيها يجعل لمثل هذا الحكم أهمية بالغة، فالعرف في بلاد القبائل يختلف عن العرف في بلاد الأوراس، وعنه في بلاد الطوارق.

وإن لم يتمكن القاضي من الوصول إلى معنى العبارة بعد الاستئناس بكل هذه الضوابط، وبقي في نفسه شك، فإن المشرع قد جاء بالحل في المادة 112 من التقنين المدني؛ إذ أرسى قاعدة أن الشك يفسر لمصلحة المدعى، باستثناء تصرفات الإذعان التي يفسر الشك فيها لمصلحة الطرف المدعى.

أ- تفسير الشك لمصلحة المدعى كقاعدة عامة:

إذا لم يهتد القاضي إلى تفسير التصرف عن طريق الاستئناس بالضوابط المذكورة آنفاً، وبقي لديه شك في إزالة الغموض الذي شاب العبارة، وجب عليه ترجيح هذا الشك لمصلحة المدعى⁽²⁾، ولهذا القاعدة مبررات عدة نذكر منها:

- الأصل هو براءة ذمة الإنسان، فإذا كان النزاع بين الأطراف حول عدم تنفيذ التزام معين، فإن الطرف المزعوم أنه لم ينفذ التزامه يبقى بريء الذمة إلى حين تقديم المدعى الدليل على ذلك⁽³⁾، وإذا شك القاضي في يقينه حول حجية الدليل، عمل بالقاعدة التي تقضي بأن الشك يفسر لمصلحة المدعى.

- أحكام العدالة: تقضي أحكام العدالة بأن تكون الحماية في التصرفات القانونية للطرف الضعيف؛ لأن الأصل في التصرفات الإرادية أن يملئ الدائن الالتزام على المدعى، وهذا الأمر يتطلب منه الوضوح والتبيان. وعليه فإن الغموض الذي يكون في العبارة يكون ناتجاً عن خطأ الدائن، لذا لا يجوز للدائن المخطئ أن يستفيد من خطئه⁽⁴⁾.

¹ - art. 1159 du code civil français : « Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé. ».

² - المادة 1/112 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

³ - تنص المادة 323 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم: « على الدائن إثبات الالتزام ... ».

⁴ - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1983/03/12، مجلة الاجتهاد القضائي، 1986، ص. 165.

لا يعتبر المدين الطرف الضعيف دائماً في التصرف ، ففي عملية الاعتماد الايجاري مثلا، كل أطرافه دائن ومدين ، فالمدين لا يكون مدينا بصفة مطلقة ، بل هو مدين فيما يتعلق بتفسير بعض البنود ، ودائن فيما يتعلق بتفسير البعض الآخر . وعليه فإن القاعدة لا تحمي الطرف الضعيف دائماً، ففي التصرفات التي يكون فيها إذعان قد يكون الطرف القوي هو المدين ، فيتم تفسير الشك لمصلحته ، لذا نصت الفقرة الثانية من المادة 112 على منع تأويل العبارات الغامضة في هذا النوع من التصرفات تأويلاً مضرًا بالطرف الضعيف.

ب- عدم جواز تفسير الشك تفسيراً مضرًا بالطرف المدعن :

طبقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة 112 من التقنين المدني الجزائري ، لا يجوز تفسير الشك تفسيراً مضرًا بالطرف المدعن ، سواء كان هذا الطرف دائناً أو مديناً ، ولا يهمل هنا من أملى البند، فحتى لو كان الطرف المدعن هو الذي أملى البند تبقى القاعدة سارية المفعول . غير أن هذا لا يعني تفسير البند لمصلحة الطرف المدعن ، وإنما يفسر لمصلحة المدين على أن لا يضر بمصلحة الدائن، والذي هو الطرف المدعن، وهكذا يتم التوفيق بين القاعدتين المنصوص عليهما في المادة 112 ؛ لأنهما قاعدتان متكاملتان، وليستا متناقضتان.

ثانيا- رقابة المجلس الأعلى لتفسير التصرف :

لا يراقب المجلس الأعلى تفسير التصرف (I) ، غير أنه يراقب شروط ممارسة التفسير من قبل قضاة الموضوع (II) .

I- المجلس الأعلى لا يراقب تفسير التصرف :

إن تفسير التصرف - من حيث المبدأ- من المسائل الموضوعية التي لا يجوز للمجلس الأعلى مراقبتها ، فلقاضي الموضوع سلطة تقديرية في ذلك ؛ لأن أحكام العقد ليست قواعد قانونية ؛ لأنها حتى لو كانت شريعة للأطراف⁽¹⁾ ، فإنها تخلو من خاصية العموم، فالمادة 106 من التقنين المدني الجزائري والتي تقابل المادة 1134 من التقنين المدني الفرنسي لم تسع عند نصها على أن العقد شريعة المتعاقدين إلى تشبيه العقد بالقانون حسب الأستاذ ” DEMOGUE ” ، وإنما ترمي فقط إلى أن

¹ - المادة 106 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

أحكام العقد ملزمة⁽¹⁾، والدليل على أن أحكام العقد تتميز عن القانون ، هو حرص المشرع على أن يتم البحث عن نية الأطراف في إراداتهم ، لا في أحكام القانون⁽²⁾ . وعليه تعتبر أحكام التصرف - باستثناء ما تمثله بالنسبة للأطراف - مجرد وقائع موضوعية .

لا يفسر المجلس الأعلى أحكام التصرفات الإرادية لاعتبارها من مسائل الموضوع ، فأحكامها لا ترقى إلى درجة القاعدة القانونية لخلوها من خاصية العموم ، غير أن هنالك بعض التصرفات التي طالب الفقه وجوب تفسيرها من قبل المجلس الأعلى .

تثير مسألة تفسير الاتفاقات الجماعية للعمل نقاشا فيما يتعلق بسلطة المجلس الأعلى في تفسيرها؛ لأنها من جهة ، تعتبر تصرفا من تصرفات القانون الخاص ، غير أنها من جهة أخرى ، تنشئ قواعد عامة ، فهي تطبق على فئة كبيرة من الأشخاص ، بل قد تشمل فئة معينة تشمل جميع أنحاء الوطن⁽³⁾ ، أفلا يعطي هذا العدد الكبير من الأشخاص الذين يخضعون لها صفة العمومية على أحكامها ، خصوصا وأنها تلزم حتى العمال الذين لم يرضون بها ؟ ومن جانب آخر : إن تفسير الاتفاقات الجماعية من طرف قضاة الموضوع قد يعطي لنفس الحكم معاني مختلفة باختلاف الجهة القضائية ، خصوصا وأن التفسير لا يخضع لرقابة المجلس الأعلى⁽⁴⁾ .

قد ثار نفس النقاش فيما يتعلق بالعقود النموذج التي تحررها المؤسسات الخاصة الكبرى كشركات التأمين ، وشركات النقل ، والبنوك ... إلخ ، لتنظيم علاقاتها مع المتعاملين معها . ومن أمثلة التصرفات النموذج الاعتماد التجاري ، والاعتماد المستندي ... إلخ.

يرى بعض المفسرين أنه لا يجوز للمجلس الأعلى تفسير التصرفات النموذج ، باعتبار أن وحدة التحرير لا تجعل منها تنظيما ، بالإضافة إلى أنها لم تصدر عن سلطة عامة⁽⁵⁾ ، غير أن هنالك من يرى أن رقابة المجلس الأعلى لتفسير هذا النوع من التصرفات ضروري ؛ لأنه من غير المعقول أن تفسر أحكاما حررت بطريقة مطابقة مع عدة أشخاص بطريقة مختلفة حسب اختلاف المحكمة⁽⁶⁾ ، ونميل إلى هذا الرأي لما يؤدي إليه من توحيد التفسير القضائي.

¹ - راجع محتوى الاتفاقات الجماعية المنصوص عليها في المادة 120 من الأمر 90 - 11 المؤرخ في 21 افريل 1990 ، يتعلق بعلاقات العمل ، ج.ع. 17 مؤرخ في 25 أبريل 1990 المعدل والمتمم .

² - المادة 114 من الأمر 90 - 11 السالف الذكر .

³ - المادة 155 من الأمر 90 - 11 السالف الذكر : « تحدد الاتفاقات الجماعية ... مجال تطبيقها ... ، كما يمكن أن تكتسي طابعا محليا أو جمويا أو وطنيا . »

⁴ - DURAND (P.) , « Le dualisme de la convention collective » , RTD.civ. , 1939, p. 533 et s., p. 538.

⁵ - cité par, BORE (J.), La cassation ... , op. cit. , p. 440 et s.

⁶ - Ibid .

II- مراقبة المجلس الأعلى لمدى احترام قضاة الموضوع لشروط ممارسة التفسير :

لا تعني قاعدة أن تفسير التصرف من اختصاص قاضي الموضوع ، بالضرورة عدم تدخل المجلس الأعلى، الذي يبقى له دائما الحق في مراقبة مدى احترام قضاة الموضوع لشروط ممارسة التفسير، والتي يمكن أن نذكر منها: عدم جواز تفسير العبارات الواضحة ، فقد قضى المجلس الأعلى في القرار المؤرخ في 13 جويلية 1983 بالآتي : « ... والمستأجر طعن في قرار المجلس القضائي مدعيا تحريف بنود العقد (البند 11) الذي يحتوي على لبس أو غموض ، بل عباراته واضحة ، وغير مبهمة ، وأن الموافقة الكتابية لا تعني التنازل الذي يتم لصالح المحل. »⁽¹⁾.

يظهر من هذا القرار أن المجلس الأعلى فحص مدى وضوح العبارة ، ولم يمتنع عن ذلك باعتبار أنها من مسائل الموضوع.

كما أن للمجلس الأعلى سلطة مراقبة مدى تطبيق قضاة الموضوع لقاعدة: يفسر الشك لمصلحة المدين باستثناء عقود الإذعان⁽²⁾ ، فإذا كان تفسير قضاة الموضوع للعبارات تفسيرا مضرا بمصلحة المدين ، وجب نقض حكمهم .

وفضلا عن هذين الشرطين هناك شرط جوهري يجب على قضاة الموضوع التقيد به ، وهو وجوب استخلاص نية الأطراف من ظاهر التصرف ، وليس للقاضي البحث في ظروف وهمية لاستخلاصها⁽³⁾ .

الفرع الثاني الطريقة الموضوعية

لا يتضمن التقنين المدني الجزائري قواعد تفسير شخصية فقط ، بل يحتوي على قواعد تفسير موضوعية لا تتوقف فقط عند البحث عن النية المشتركة للأطراف ، وإنما تبحث في قواعد خارجة عن شخص الأطراف ، تتمثل في قواعد حسن النية ، والعدالة ... إلخ . فالتصرفات القانونية يجب أن

¹ - قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 13 جويلية 1983، ملف رقم 23713، نشرة القضاء 1986، العدد الأول، ص. 63.

² - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري ... ، مرجع سابق، ص. 303.

³ - يقضي قرار المحكمة العليا المؤرخ في 18 جانفي 2000، ملف رقم 208925 ، المجلة القضائية، العدد رقم 01، 2002، ص. 223 بأنه: « ... أنه كان يجب على محكمة تامنغست أن تعمل سلطتها وتفسر العقد بناء على نية الأطراف الظاهرة بالعقد ... ».

تنفذ بحسن نية ، وعليه لا تلزم الأطراف بما ورد فيها فقط ، بل بكل ما هو من مستلزمات هذا الالتزام وفقا للقانون ، والعرف ، والعدالة بحسب طبيعة الالتزامات المتفرعة عنه⁽¹⁾ ، فمضمون التصرفات القانونية لا يكون بالضرورة من صنع إرادة الأطراف ؛ إذ يحدد جزء من مضمونها من طرف القانون⁽²⁾ .

ذهب بعض المفسرين إلى القول أن هذه الأحكام شخصية ، تماشيا مع المذهب الإرادي، ففسروا السكوت على أنه اتفاق ضمني على تطبيق القانون ، والعرف ، وأحكام العدالة⁽³⁾ ، غير أن هذا الرأي منتقد ؛ إذ لا يمكن أن يفهم من سكوت الأطراف اتفاق إرادتهم على تطبيق أحكام القانون، والعدالة ، والعرف . وإذا لم يتمكن القاضي من تحديد النية المشتركة للأطراف ، فكيف يمكن أن نقول أن إرادتهم اتجهت نحو تطبيق قاعدة معينة⁽⁴⁾ ؟

إن الأشخاص في المجتمع لا يمكنهم تصور كل الحالات التي يستدعيها تنفيذ تصرف معين ، هذا ما حث المشرع - في نظرنا- إلى إلزام الأطراف بما لم يرد في التصرف ، إذا كان من مستلزماته حسب أحكام القانون ، والعرف ، والعدالة .

سوف نتعرض إلى توجيهات التفسير في الطريقة الموضوعية (أولا) ، ثم إلى سلطات المجلس الأعلى في مراقبة مدى تطبيق قضاة الموضوع لهذه التوجيهات (ثانيا) .

أولا : توجيهات التفسير في الطريقة الموضوعية

قد يحدث أن يسكت التصرف عن موضوع معين ، فيثور نزاع بشأنه، وقد يكون لهذا السكوت أسباب عدة : كما لو لم يتفطن الأطراف إلى هذا الموضوع أثناء إبرام هذا التصرف، أو لم يريدوا إثارته خشية تعطيل إبرام التصرف ، أو أنهم لم يريدوا إثارته ؛ لأنهم كانوا يتوقعون أنه لن يثور نزاع بشأنه . فهل يمكن للقاضي في هذه الحالة أن يرجع إلى النية المشتركة للأطراف حتى يحل النزاع؟

إن القول بإمكانية رجوع القاضي إلى إرادة الأطراف هو قول مجازي ، المراد منه هو الرجوع إلى الإرادة المفترضة لهم (لو عالجوا هذه الحالة في التصرف لكانوا قد عالجوها كالاتي) ، هذا ما جعل

¹ - المادة 107 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

² - خصوصا ما تعلق بالقواعد الآمرة .

³ - MAZEAUD (H., J. et L.), *Leçons de droit civil ...* , par (F.) CHABAS, op. cit. , p. 336.

⁴ - LOPEZ SANTA MARIA (J.), *Les systèmes d'interprétation des contrats*, thèse Paris, 1968, p. 67 : « J'avoue que je n'arrive pas à comprendre comment, si la volonté des parties n'est pas décelable, on puisse expliquer l'emploi des usages au moyen de la volonté, même tacite. ».

المشرع يتخلى عن الطريقة الشخصية في هذه الحالات ، ويحث المفسر على الاستناد على القانون، والعرف، والعدالة (I) . غير أن تطبيق هذه القواعد يؤدي إلى إلزام الأطراف بما لم يتفقوا عليه (II) .

I- مضمون توجيهات التفسير في الطريقة الموضوعية :

تتلخص هذه التوجيهات في إلزام الأطراف بما هو من مستلزمات التصرف طبقا للتشريع (1)، والعرف (2) ، والعدالة (3) .

1- التشريع :

تنقسم القواعد القانونية إلى قواعد أمرة ناهية، تعرف بقواعد النظام العام، وقواعد مفسرة مكملة لإرادة الأشخاص، تعرف بقواعد النظام الخاص.

لا يجوز الاتفاق على مخالفة القواعد الأمرة تحت طائلة البطلان، فلا يجوز للأشخاص الاتفاق على تعديل شروط الزواج، أو الاتفاق على عدم ضمان التعرض الشخصي الصادر من البائع ، ويطلق أيضا على هذه القواعد تسمية قواعد النظام العام ؛ لأنه لا غنى عنها في تنظيم المجتمع ، وإن حدث وتعلق النزاع بحالة لم يعالجها الأطراف في الاتفاق ، وتوجد قاعدة قانونية أمرة تعالجها ، فإن القاضي لا يفسر التصرف ، وإنما يطبق القانون بتطبيق القاعدة الأمرة ، وإلا كان حكمه مستوجبا للنقض⁽¹⁾ .

أما القواعد المكملة فهي تلك القواعد التي يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها ، فهي لا تكون واجبة التطبيق إلا إذا لم تخالفها إرادة الأطراف . وأمثلتها كثيرة ؛ لأن جل أحكام العقود المسماة مكملة. فإذا لم يعبر الأطراف عن نيتهم في مخالفة هذه القواعد وجب على القاضي تطبيقها ، شرط أن يتم تكييف التصرف على أساس تصرف مسمى . والقاعدة المكملة تكون ملزمة - إن لم يتفق الأطراف على مخالفتها- شأنها شأن القاعدة الأمرة ، وعليه فإن القاضي في هذه الحالات لا يفسر التصرف، وإنما يكمله⁽²⁾ .

2 - العرف⁽³⁾ :

¹ - BORE (J.), *La cassation ...* , op. cit. , p. 233.

² - TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y .) , ... *les obligations ...* , op. cit. , p. 359.

³ - استعمل المشرع الجزائري في المادة 107 من التقنين المدني باللغة الفرنسية مصطلح (usage) ، وباللغة العربية مصطلح عرف ، وكان من الأصح أن يستعمل مصطلح العادة ؛ لأن مرادف مصطلح عرف باللغة الفرنسية هو (coutume) . وتختلف العادة عن العرف في كون أن العادة هي العنصر المادي للعرف، وحتى تتحول إلى عرف تحتاج إلى عنصر معنوي يتمثل في الاقتناع بالزاميتها ، لتفاصيل أكثر انظر :

GENY (F.), *Méthodes d'interprétation ...* , op. cit., p.p. 345 – 356.

إن حث المشرع القاضي على تكملة أحكام التصرف بمقتضيات العرف لم يقتصر على المادة 107 من التقنين المدني فقط ، وإنما هناك نصوص أخرى تقضي بذلك : فالمادة 871 من التقنين المدني تخضع حق الارتفاق للقواعد المقررة في سند تأسيسه ، ولما جرى به العرف ، والمادة 671 منه توجب على القاضي مراعاة العرف في إزالة مضار الجوار غير المألوفة ، والمادة 356 منه تقضي بوجوب مراعاة العرف في تحديد السوق الذي ستعتمد أسعاره لتحديد الثمن ، والمادة 464 منه تلزم المستأجر بالقيام بالترميمات الخاصة بالإيجار ، والجاري بها العمل ؛ أي العرف ، والمادة 498 تلزم المستأجر بدفع بدل الإيجار في المواعيد المعمول بها في الجهة ؛ أي عرف الجهة إذا لم يتم الاتفاق على ميعاد الدفع ... إلخ.

والعرف هو ما جرى به العمل في الأوساط التجارية ، والمهنية ، وحتى في بعض المعاملات الاجتماعية⁽¹⁾ ، ومن شأنه تكملة التصرفات القانونية فيما لم يتفق فيه الأطراف⁽²⁾.

قد يحدث وأن يكون تنازع بين عرف وقاعدة مكملة ، فعلى ماذا سيعتمد القاضي في تفسير التصرف : العرف أو القاعدة المكملة ؟

يجب أن يعتمد القاضي على العرف في حالة تنازع قاعدة مكملة وقاعدة عرفية في المسألة التي لم يعبر فيها الأطراف عن إرادتهم ، وذلك لأن النصوص المكملة في حد ذاتها - عادة - ما تنتهي بعبارة ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك ، ولأن العرف متى وجد كانت له قوة القاعدة الآمرة لا يجوز مخالفته باتفاق الأطراف.

3 - مبادئ العدالة :

يرجع القاضي إن لم يتمكن من أن يستشف إرادة الأطراف من التصرف مباشرة إلى الظروف التي أحاطت نشأته ، فإن لم يتمكن يرجع إلى التشريع ، وعلى وجه أخص القواعد المكملة ، فإن لم يتمكن يرجع إلى العرف ، وإن لم يتمكن فعليه الرجوع إلى مبادئ العدالة .

إن مفهوم العدالة مفهوم غير دقيق يختلف مدلوله من شخص لآخر ، فلكل قاض تصور الخاص لمفهوم العدالة ، هذا ما جعل الأستاذ " RIEG " يصف التفسير عن طريق الاستناد على مبادئ العدالة بالتفسير عن طريق الإضافة (interprétation par adjonction) ؛ لأنه ستحدث بعض

¹ - TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUTTE (Y.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 359.

² - MAZEAUD (H.,L et J.) et CHABAS (F.), *Leçons de droit civil* ... , op. cit. , p. 337.

التعديلات في مضمون التصرف نتيجة تدخل إرادة القاضي⁽¹⁾، هذا ما يبرر تخوف أنصار مبدأ سلطان الإرادة من استناد القاضي على مبادئ العدالة في تفسير التصرفات القانونية.

II- نتائج التفسير الموضوعي : إلزام الأطراف بما لم يتفقوا عليه

من نتائج التفسير الموضوعي إحداث إضافات في مضمون التصرف تمثل في التزامات لم يتفق الأطراف بشأنها . وأهم الالتزامات التي أضافها القضاء الفرنسي عن طريق هذا النوع من التفسير: الالتزام بالسلامة (1) ، والالتزام بتقديم المعلومات والاستشارة (2) ، والالتزام بالمراقبة (3) .

1- الالتزام بالسلامة⁽²⁾ :

يضيف القضاء الفرنسي إلى أغلب التصرفات الالتزام بالسلامة، الذي نشأ لأول مرة من قبل القضاء في مجال النقل عن طريق السكك الحديدية ، ليعمم على جميع عقود النقل . ويتلخص مضمون هذا الالتزام في وجوب نقل المسافر سالماً إلى غاية وصوله إلى وجهته⁽³⁾ .

ظهر هذا الالتزام بعد ذلك في العديد من التصرفات⁽⁴⁾ : فيلتزم مستثمر مدينة الملاهي بسلامة الأطفال أثناء لهوهم ، ويلتزم البائع بسلامة المشتري عن طريق الالتزام بتسليمه منتوجات خالية من أي عيب يهدد سلامته أو أملاكه⁽⁵⁾ ، فوسع تطبيق هذا الالتزام على عدد كبير من التصرفات⁽⁶⁾ .

2- الالتزام بتقديم المعلومات والاستشارة :

قضى القضاء الفرنسي بهذا الالتزام في عدة أنواع من العقود، فألزم أصحاب الوكالات العقارية، والمهندسين المعماريين، والمقاولين، وكذا الجراحين بتقديم كل المعلومات اللازمة، والاستشارة عند

¹- RIEG (A.) , *Le rôle de la volonté ...* , thèse précitée , p. 403.

²- V. RIEG (A.), *Le rôle de la volonté ...* , thèse précitée, p.p. 404 - 405 ; BORE (J.), *La cassation ...* , op. cit., p. 271.

³- Cass. Civ. 1^{er}, 7 Mars 1989, RTD. Civ. , 1989, p. 548, obs. (P.) JOURDAIN.

⁴- للاطلاع على أكبر عدد من أمثلة العقود التي يضيف فيها القضاء الفرنسي الالتزام بالسلامة، انظر :

BORE (J.), *La cassation ...* , op. cit., p. 271 et s.

⁵- Cass.civ.1^{er}, 11 juin 1991, Bull.civ.,1. N°201,p.132.

⁶- ARSAC-RIBEYROLLES (A.), *Essai sur la notion d'économie du contrat*, thèse Clément 1,2005, p. 44.

الطلب، كما أُلزم الموثقين بإعلام الأطراف بكل معطيات التصرف الذين هم بصدد إبرامه، ونصحهم بكل الإجراءات التي من شأنها أن تجعل التصرف ناجعا محققا للهدف المطلوب من قبلهم⁽¹⁾.

كما أُلزم كذلك القضاء الفرنسي البائع المحترف بإعلام المشتري بكيفية استعمال العتاد، وإعطائه جميع المعلومات حول مواد صنعه، وطريقة تفادي أخطاره⁽²⁾، غير أن هذا الالتزام لا يصل إلى حد إفشاء البائع، أو المنتج عن أسرار الصنع⁽³⁾.

3- الالتزام بالمراقبة:

يلتزم البنك الذي يقوم بتأجير خزنته الحديدية بالمراقبة، والتأكد من هوية الشخص الذي يتقدم لفتحها، ومدى أهليته في ذلك، كما يلتزم من يستثمر مخيم صيفي بمراقبة الأطفال حتى لا يصيبوا أنفسهم بأضرار لا يقدرّون خطورتها⁽⁴⁾، كما يلتزم أيضا صانع السيارات بمراقبة جودة قطع الغيار التي لا يصنعها هو، وإنما تصنع له من قبل شركات أخرى⁽⁵⁾. فالالتزام بالمراقبة يضع على عاتق الأطراف مهمة الحرص على عدم تضرر المتعاقد معهم.

وهذه الالتزامات واجبة كلها في الاعتماد التجاري للأصول المنقولة: فالالتزام بالسلامة يلتزم به البائع في مواجهة المستأجر، وذلك بأن لا يسلم له عتادا قد يشكل خطرا على سلامته الجسدية، أو قد ينفجر فيحطم له مصنعه، كما يلتزم كذلك بتقديم المعلومات والاستشارة اللازمة لاستعمال العتاد، والحفاظ عليه، أما فيما يتعلق بالالتزام بالمراقبة فهو يقع على جميع الأطراف (البائع، والشركة المؤجرة، والمستأجر)، فيتوجب على البائع مراقبة مطابقة العتاد قبل تسليمه، ويتوجب على المستأجر إعلام الشركة المؤجرة بعدم المطابقة حتى لا تسلم الثمن، كما يتوجب أيضا على الشركة المؤجرة إعلام البائع بعدم التسليم إذا اكتشفت أن هنالك موانع تمنع المستأجر من مزاوله النشاط، وبصفة عامة يتوجب على كل طرف أن يعلم الأطراف الآخرين بكل خطر يهددهم إذا اكتشفه قبلهم.

ثانيا - سلطات المجلس الأعلى في مراقبة التفسير في ظل الطريقة الموضوعية :

¹ - BORE (J.), *La cassation ...*, op. cit. p. 272 ; GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), ... *Les effets ...*, op. cit., p. 56.

² - Cass. Com., 11 juillet 1988, Bull. civ. 4, n°250, p. 172.

³ - Cass. Com., 12 novembre 1992, Bull. civ. 4, n° 352, p. 251.

⁴ - GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), ... *les effets ...*, op. cit., p. 58.

⁵ - TEYSSIE (B.), *Les groupes de contrats ...*, thèse précitée, p. 204.

للمجلس الأعلى سلطة مراقبة تطبيق وتفسير التشريع ، ولا يجد من هذه السلطة إلا ما يتعلق بالتشريعات التي تفوق التشريع العادي مرتبة كالدستور، والمعاهدات، أو ما لا يدخل في نطاق اختصاصه كتلك التشريعات التي تدخل في اختصاص القضاء الإداري والجزائي⁽¹⁾.

أما فيما يتعلق بالعرف ومبادئ العدالة ، فإن الأستاذ "BORE" يرى أن المجلس الأعلى لا يراقب التطبيق والتفسير ؛ لأن هذه المسائل من اختصاص قاضي الموضوع⁽²⁾ ، واستثنى الحالات التي ينص التشريع صراحة على وجوب تطبيقها ، أين للمجلس الأعلى سلطة مراقبة التطبيق⁽³⁾.

ونحن لا نتفق مع هذا الرأي ؛ لأنه في حالة عدم وجود نص تشريعي، ولا مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية يصبح للعرف، وقواعد العدالة قوة القانون طبقاً لمقتضى المادة الأولى من التقنين المدني⁽⁴⁾ ، عكس ما ذهب إليه القضاء الفرنسي⁽⁵⁾.

يظهر مما سبق أن سلطات القاضي في التفسير قد تصل به إلى حد تعديل التصرف.

المطلب الثاني

سلطات القاضي في تعديل التصرف القانوني الثلاثي

¹ - BORE (J.), *La cassation ...* , op. cit. , p. 285.

² - Idem , p. 86.

³ - Ibid , p. 260.

⁴ - تنص المادة 01 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم على أن : « ... وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف.

فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . ».

⁵ - Cass. Civ. 1840, cité par BORE (J.) , *La cassation ...* , op. cit. , p. 286.

يقضي مبدأ القوة الملزمة للاتفاقات بإلزامية مضمون التصرف ؛ لأنه بمثابة القانون بالنسبة للأطراف، وبأنه لا يجوز نقض هذا المضمون ولا تعديله إلا من قبل الأطراف ، وباتفاق منهم.

يعتبر هذا المبدأ من أهم تطبيقات مبدأ سلطان الإرادة ، الذي لا يسمح لأحد الأطراف تعديل التصرف بإرادته المنفردة ، ولو كان الالتزام مرهقا له أو محفيا في حقه ؛ لأنه رضي به . بل أكثر من ذلك، لا يعترف أنصار مبدأ سلطان الإرادة بفكرة أنه يمكن أن تنشأ عن الاتفاق التزامات غير عادلة، متمسكين بمقولة " Alfred FOUILLEE " التي مفادها أن : « كل ما هو تعاقدى عادل »⁽¹⁾.

غير أنه بالرجوع إلى الواقع العملي نلاحظ أن الإرادة الحرة لا تنشئ علاقات عادلة في كل الأحوال ، فسيفرض حتما الطرف القوي إرادته على الطرف الضعيف (عقود الإذعان) إذا لم يكن هناك تكافؤ اقتصادي بين الأطراف ، كما أنه قد تحدث أحداث تجعل من الالتزامات المتكافئة عند النشأة غير متكافئة عند التنفيذ ، كما يحدث في الظروف الطارئة . هذا ما جعل الفقه يقر بمقولة " LACORDAIRE " ، ويطلب بتدخل القاضي لتعديل التصرف وتحقيق التوازن في الالتزامات.

سائر المشرع الجزائري هذه الفكرة فأقر مبدأ القوة الملزمة للاتفاقات، غير أنه وضع له حدودا، وذلك عن طريق منح القاضي سلطة إعادة التوازن في الالتزامات ، سواء أكان هذا الاختلال في التوازن ناتج عن حادث خارج عن إرادة الأطراف (فرع أول) ، أو كان بفعل هذه الإرادة (فرع ثان).

الفرع الأول

سلطة القاضي في رد الاختلال في التوازن الاقتصادي للتصرف الناتج عن حادث خارج عن إرادة الأطراف : نظرية الظروف الطارئة

¹ - يعود الفضل في شهرة مقولة الفيلسوف الفرنسي " FOUILLEE " عند رجال القانون للأستاذ " GOUNOT "، من خلال أطروحته الشهيرة مبدأ سلطان الإرادة: دراسة نقدية للفردية القانونية، و التي ناقشها عام 1912 سنة وفاة " FOUILLEE " . يمكن تلخيص عمل " GOUNOT " في فكرتين: قام أولا بشرح مبدأ سلطان الإرادة، أين استرجع كثيرا أعمال " FOUILLEE " إذ ذكر له مرجعين، يجمل المرجع الأول عنوان: الفكرة الحديثة للقانون (L'idée moderne du droit) ، أما الثاني فيحمل عنوان: علم الاجتماع المعاصر (La science sociale contemporaine) أين ذكر مقولته الشهيرة في الصفحة 410. ثم عاد في مرحلة ثانية لينتقد مبدأ سلطان الإرادة مستبعدا قدرة هذا المبدأ على أن يكون أساسا للنظرية العامة للتصرف القانوني، غير أنه لم يقترح بديلا له، ولقد أكد على أنه لا يسعى في هذه الدراسة إلى اقتراح بديل لهذا المبدأ وذلك في الصفحة 26 من أطروحته. ما يستخلص من هذه الأطروحة هو أنه: إذا كان مبدأ سلطان الإرادة هو المبدأ، فيجب تقييده بمبدأ آخر يتمثل في ضرورة تحقيق التوازن العقدي، والذي يعبر عنه في القانون بمقولة " Jean Baptiste Henri LACORDAIRE " : « ما بين القوي والضعيف الحرية هي التي تخضع والقانون يجرر » : « Entre le fort et le faible c'est la liberté qui asservit, la loi qui libère ».

لقد عرفت نظرية الظروف الطارئة⁽¹⁾ تأرجحا ما بين القبول والرفض في الأنظمة القانونية القديمة، فالفقيه ” ULPIEN “ كان ينادي بعدم تطبيقها ؛ لأنه يرى أنه لا يجوز للشخص أن يتحلل من التزامه إلا في حالة القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، أما إذا كان مرهقا فهو ممكن ، وعليه يلتزم المدين بتنفيذه⁽²⁾ .

خفف ” JUSTINIEN “ من هذه القاعدة باعترافه بهذه النظرية في بعض العقود⁽³⁾ ، أما الفقيه ” CICERON “ فقد اعترف بهذه النظرية في جميع أنواع العقود ؛ لأنه يرى أن أحكام العدالة تقضي بالتخلي عن مبدأ القوة الملزمة للاتفاقات إذا طرأت حوادث وخيمة الضرر⁽⁴⁾ .

وقد اعتمد رواد القانون الكنسي هذه النظرية⁽⁵⁾ ، فالفقيه ” Saint Thomas D'AQUIN “ يرى أنه من الطبيعي أن لا يفي الشخص بالتزامه، إذا تغيرت الظروف التي نشأت فيها⁽⁶⁾ .

غير أنه تم التخلي عن هذه النظرية بظهور مذهب الفردية القانونية ؛ لأنها لا تتماشى مع مبدأ سلطان الإرادة ، ولم يقيم الفقيه ” POTHIER “ حتى بالتلميح إليها في كتاباته⁽⁷⁾ . كما أن تقنين نابليون لم ينص عليها ، ويرى الأستاذ ” CARBONNIER “ أن التقنين يرفضها ؛ لأنه لا يمكن أن نتصور أن محرري تقنين نابليون كانوا يجهلونها⁽⁸⁾ .

على الرغم من صدور بعض النصوص القانونية التي تأخذ بنظرية الظروف الطارئة بعد تقنين نابليون⁽⁹⁾ ، إلا أن موقف القضاء في فرنسا بقي متذبذبا : فالقضاء المدني يرفضها، بينما يتبناها القضاء الإداري، فقد أرسى القضاء المدني مبدأ استبعاد النظرية في القرار الصادر بتاريخ 06 مارس 1876 عن الغرفة الأولى لمحكمة النقض ، في قضية قناة (CRAPONNE) ، والذي يقضي بأنه : ليس من حق المحاكم - في أي حال من الأحوال ، ومهما ظهرت لهم عدالة قضائهم - أن يأخذوا بعين الاعتبار الوقت ،

¹ - V. LOUVEAU (A.), *Théorie de l'imprévision en droit civil et en droit administratif*, thèse Rennes, 1920 ; BRUSIN (A.), *Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle*, thèse Bordeaux, 1922 ; VOIRIN (P.), *DE l'imprévision dans les rapports de droit privé*, thèse Nancy, 1922.

² - BRUSIN (A.), *Essai sur la notion d'imprévision ...* , thèse précitée, p. 88.

³ - VOIRIN (P.), *DE l'imprévision ...* , thèse précitée, p. 44.

⁴ - BRUSIN (A.), *Essai sur la notion d'imprévision ...* , thèse précitée, p.p. 91 - 92.

⁵ - Idem, p.p. 93 - 94.

⁶ - Ibid , p. 98.

⁷ - BRUSIN (A.), *Essai sur la notion d'imprévision ...* , thèse précitée, p. 105 ; VOIRIN (P.), *De l'imprévision ...* , thèse précitée, p. 47 ; GHESTIN (J.), ... *Les effets ...* , op. cit. , p. 315.

⁸ - CARBONNIER (J.) , ... *les obligations ...* , op. cit. , p. 268 : « Le problème de l'imprévision ne pouvait donc être ignoré des rédacteurs du c.c. (...) ; et la solution, dans l'a. 1134, fut délibérément négative. ».

⁹ - V. FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *l'acte juridique ...* , op. cit. , p.p. 302 - 304.

والظروف حتى يعدلوا اتفاقات الأطراف⁽¹⁾، أما القضاء الإداري فقد تبني نظرية الظروف الطارئة لاسيما في مجال الصفقات العمومية⁽²⁾.

هذا فيما يتعلق بتطور نظرية الظروف الطارئة في فرنسا، أما في الجزائر فإن التقنين المدني يعتمد⁽³⁾، وسنستعرض شروط تطبيقها (أولا)، وأثرها على التصرف (ثانيا).

أولا- شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة :

يمكن تقسيم شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة إلى ثلاثة أقسام : شروط تتعلق بالحادث في حد ذاته (I) ، وشروط تتعلق بالتصرف القانوني محل تطبيق النظرية (II) ، وشروط تتعلق بالمدين (III) .

(I)- الشروط المتعلقة بالحادث :

وهي ترتبط بطبيعة الحادث (1) ، وجسامة أثره المادي على المدين (2) .

1- طبيعة الحادث :

يشترط في الحادث حتى يكون مستوجبا لتدخل القاضي أن يكون استثنائيا وعاما (1) ، وأن يحدث بعد إبرام التصرف (ب) ، وأن يكون غير متوقع (ج)، كما يشترط أيضا أن لا تتوافر فيه خصائص القوة القاهرة (د).

أ- أن يكون الحادث استثنائي وعام :

يقصد بذلك أن يكون الحادث غير مألوف، وأن يشمل مجموعة من الناس، فلا يتعلق بالمدين وحده⁽⁴⁾، وهو لا يقتصر على الحوادث الطبيعية وحدها ، بل يشمل الحوادث الاجتماعية كالحروب، كالحروب، وانخفاض الأسعار وارتفاعها ... إلخ⁽⁵⁾ . وبذلك يخرج من مجال تطبيق هذه النظرية الحوادث الخاصة بشخص المدين كتعرض متجره لحريق ، أو فساد بضائعه ... إلخ .

¹ - cité par **RIEG (A.)**, « Effet obligatoire des conventions », *Notarial Répertoire*, 1989, V° Fasc. 11, p. 12 : « ... Attendu que la règle qu'il consacre (art.1134 c.c.F.), est générale et absolue, et régit les contrats dont l'exécution s'étend à des époques successives, de même que ceux de toute autre nature ; que dans aucun cas il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants ... ».

² - Ibid , p. 13.

³ - المادة 107 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁴ - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، *النظرية العامة للالتزام ...* ، مرجع سابق، ص. 187.

⁵ - عبد الحميد بن شنيقي، *سلطة القاضي في تعديل العقد*، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1998، ص. 57.

ب- أن يحدث بعد إبرام التصرف :

تعد نظرية الظروف الطارئة بالتطور الاقتصادي اللاحق لإبرام التصرف . وعليه فإنه يشترط أن يكون سبب الحادث ، وأثره لاحقا لانقضاء التصرف⁽¹⁾ ، فمثلا لو قام صاحب مستثمرة فلاحية باقتناء عتاد فلاحى عن طريق الاعتماد الإيجاري ، وعند بداية استعمالها جفت الآبار في الناحية التي يستثمر فيها نتيجة الاستغلال المكثف لها ، فإنه في هذه الحالة ، لا يمكنه التمسك بهذا الظرف (جفاف الآبار) لطلب تخفيض بدلات الإيجار ؛ لأن سبب هذا الظرف كان سابقا لإبرام الاعتماد الإيجاري.

ج- أن يكون غير متوقع :

إن وصف الحادث بأنه استثنائي يدل على عدم توقعه ، ومسألة توقع الحادث تثير إشكالا من الناحية النظرية : هل يقصد من عدم التوقع عدم توقع الحادث ، أو عدم توقع أثره على التوازن الاقتصادي للتصرف⁽²⁾ ؟ لأنه حتى لو ظهر أن الحادث متوقع ، فإن نتائجه قد تتجاوز بكثير حدود التوقع ، فقد كانت الحرب العالمية الأولى متوقعة عند الألمان ، هذا ما جعلهم يضمّنون عقودهم شروطا تبين لهم طرق التأقلم مع الحرب ، سموها بنود الحرب ، غير أن طبيعة الحرب العالمية الأولى فاقت توقعاتهم من حيث الشدة والمدة⁽³⁾ ، فما هو المعيار الذي يجب اعتماده للقول أن حادثا معيناً كان متوقعا أم لا ؟

يرى الأستاذ " VOIRIN " أنه يجب استبعاد تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا كان الفارق في القيمة الناتج عن الحادث متوقعا يقينا ، أو عن طريق الاحتمال العلمي ، ولا يجب استبعاد تطبيقها إذا كان الفارق متوقعا عن طريق الاحتمال الواسع ، الذي مفاده أن كل شيء ممكن في هذه الحياة⁽⁴⁾ ، غير أنه يعود ويعلق على هذا المعيار بأنه غير دقيق⁽⁵⁾ .

لا تخضع مسألة تحديد هل كان الحادث متوقعا أم لا ، إلى معطيات شخصية وإنما إلى معطيات موضوعية ، لذا نرى أنه من المستحسن تركها لقاضي الموضوع الذي ينظر فيها حالة بحالة.

¹ - DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général, t. VII, effets ...* , op. cit. ,p. 701.

² - علي فيلاي، النظرية العامة للعقد ... ، مرجع سابق، ص. 375.

³ - VOIRIN (P.), *De l'imprévision ...* , thèse précitée , p. 145.

⁴ - Idem , p. 173.

⁵ - Ibid , p. 174.

د- ألا تتوافر في الحادث خصائص القوة القاهرة⁽¹⁾ :

يستشف هذا الشرط من نص المادة 107 من التقنين المدني باللغة الفرنسية التي تستعمل عبارة (sans devenir impossible)، خلافا للنص باللغة العربية الذي يستعمل عبارة " وإن لم يصبح مستحيلا " ، والتي قد يفهم منها أنه يجوز للقاضي تعديل العقد من حيث الأصل إذا كان تنفيذ الالتزام مستحيلا، ويجوز أن يعدله كذلك إذا كان التنفيذ مرهقا، وهذا المعنى خاطئ، لذا نرى أنه من المستحسن استبدال عبارة " وإن لم يصبح مستحيلا " بعبارة " دون أن يصبح مستحيلا " ، واستبدال الفاصلتين بخطين على السطر لبيان أنها جملة اعتراضية، وهذا حتى يتم رفع كل لبس قد يمس بالمعنى⁽²⁾.

إذا كان الحادث يشكل قوة القاهرة فلا تطبق المادة 107 من التقنين المدني ، فما هو الفرق بين القوة القاهرة والظرف الطارئ؟

إن الفرق بين الظرف الطارئ والقوة القاهرة ظاهر من المادة نفسها، فالقوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، بينما الظرف الطارئ يجعل تنفيذه مرهقا ؛ بمعنى مكلف نقديا⁽³⁾ ، وينتج عن هذا الاختلاف نتيجتين :

- مجال القوة القاهرة أوسع من مجال الظرف الطارئ : فالقوة القاهرة تشمل جميع أنواع التصرفات ، عكس الظرف الطارئ الذي يشمل فقط التصرفات التي تقوم فيها الالتزامات بالنقود.

- لا تشترط العمومية في القوة القاهرة عكس الظرف الطارئ : نرى أنه لا يجب اشتراط العمومية في الحادث حتى يكون قوة القاهرة ، وإنما يكفي أن لا يكون الحادث بسبب المدين ، فلو شلت يد رسام بعد إبرامه عقد رسم لوحة ما، فإنه سيعفى من هذا الالتزام نتيجة استحالة تنفيذه، فلا يعقل أن نطالبه بالتنفيذ ؛ لأن حادثة الشلل لم تشمل مجموعة من الناس؟

2- جسامة الأثر المادي للحادث على المدين :

¹ - لتفصيل أحكام القوة القاهرة انظر :

ANTONMATTEI (P.-H.), *Contribution à l'étude de la force majeure*, L.G.D.J. , Paris, 1992.

² - فتصبح الفقرة الثالثة من المادة 107 كالآتي: " غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية- دون أن يصبح مستحيلا- صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ... " .

³ - LARROUMET (Ch.), ... *Conditions de formation*, op. cit. , p. 409.

يجب أن ينشئ الحادث إرهاقا نقديا للمدين في تنفيذ الالتزام، بأن يهدده بخسارة فادحة⁽¹⁾. فلا يعتبر الحادث ظرفا طارئا إذا أثقل التنفيذ فقط، كما لو طرأت أحوال جوية جعلت نقل البضاعة عن طريق الجو من أجل تسليمها مستحيلا، غير أن نقلها عن طريق البر ممكن، وبنفس التكاليف، فالمدين لا يمكنه التمسك بالظرف الطارئ في هذه الحالة.

ويعتد في تقدير الخسارة الفادحة التي يتعرض لها المدين بمعيار موضوعي، ولا تؤخذ الظروف الشخصية للمدين بعين الاعتبار، فتظل الخسارة فادحة حتى لو كان تأثيرها على المدين ضئيلا بسبب ثرائه الفاحش، وتظل غير فادحة حتى لو كان تأثيرها على المدين جسيما نتيجة فقره⁽²⁾. وفي جميع الأحوال، يخضع شرط الإرهاق إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

II- الشروط المتعلقة بالتصرف محل تطبيق نظرية الظروف الطارئة :

يجب أن يكون التصرف من التصرفات المعبر عن الالتزامات فيها بوحدة نقدية (1)، وأن يكون متراخي التنفيذ (2).

1- أن يكون التصرف من التصرفات التي تتضمن التزامات معبر عنها بوحدة نقدية :

يوجي مصطلح "خسارة فادحة" الذي ورد في الفقرة الثالثة من المادة 107 من التقنين المدني بأن الالتزام المشمول بنظرية الظروف الطارئة، هو ذلك الالتزام المعبر عنه بوحدة نقدية، كالالتزام بدفع الثمن في عقد البيع، والالتزام بدفع بدل الإيجار في عقد الإيجار، ودفع أقساط الإيجار في الاعتماد الإيجاري... إلخ.

2- أن يكون التصرف متراخي التنفيذ :

لا يقصد بالتصرف المتراخي التنفيذ - في هذا المجال - تلك التصرفات التي يكون فيها الزمن عنصرا جوهريا، بحيث يعتبر كأداة قياس للأداء المستحق فقط⁽³⁾، كما في الاعتماد الإيجاري أين يكون الزمن أداة قياس للانتفاع بالعتاد، ولدفع مستحقات الإيجار، أو كما في اشتراط ربيع لمدى الحياة للمنتفع، أين يصبح زمن حياة المنتفع هو مقياس الأداء المستحق، وإنما يقصد به أيضا،

¹ - المادة 107/3 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

² - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام...، مرجع سابق، ص. 188؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط... الجزء الأول...، مرجع سابق، ص. 877.

³ - انظر في هذا المعنى، أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام...، مرجع سابق، ص. 30.

التصرفات الفورية ، أي تلك التي يمكن تنفيذها في برهة من الزمن⁽¹⁾ ، بشرط أن لا يكون التنفيذ متزامنا مع الإبرام⁽²⁾ .

كما أنه لا يشترط أن يكون كلا الالتزامين المتقابلين متراخيا التنفيذ ، بل يكفي أن يكون أحدهما ، ولو كان الآخر متزامنا مع الانعقاد⁽³⁾ .

III- أن لا يكون للمدين يدا في اختلال التوازن بين الأداءات :

يستمد هذا الشرط من المبادئ العامة التي تقضي بأنه لا يجوز للملوث أن يستفيد من الأحكام التي يقرها القانون⁽⁴⁾ . وعليه لا يجب أن يكون سبب الإرهاق راجعا للمدين ، كأن يقوم بنك بمنح قروض بدون شروط من أجل شراء عتاد معين ، فيرتفع سعره في السوق ، ثم يطلب تعديل بدل الإيجار في الاعتماد الإيجاري الذي كان قد أبرمه سلفا ، بحجة ارتفاع سعر العتاد في السوق ، وأن بدلات الإيجار لن تغطي ثمنه الحالي .

يتصف هذا الشرط بخاصية الموضوعية ، وعليه لا يكون للقاضي تقدير تصرف المدين ، وإنما ملاحظة مصدر الاختلال في التوازن فقط، فليس للقاضي فحص مشروعية منح قروض بدون شروط ، وإنما له فقط ملاحظة أن مصدر ارتفاع الأسعار هو زيادة الطلب ، نتيجة منح القروض بدون شروط .

ثانيا- أثر تطبيق نظرية الظروف الطارئة على التصرف :

يفهم من نص الفقرة الثالثة من المادة 107 من التقنين المدني التي تنص على أنه : « ... جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ... » ، أن أثر تطبيق نظرية الظروف الطارئة على التصرف هو رد الالتزام إلى الحد المعقول ، وذلك بمراعاة ضابطين هما الظروف المحيطة بالتنفيذ ، ومصلحة الطرفين . فما هي التدابير التي يجوز للقاضي اتخاذها في ظل هذين الضابطين ؟

¹ - V. en ce sens, FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *l'acte juridique* ... , op. cit. , p. 58.

² - VOIRIN (P.), *De l'imprévision* ... , thèse précitée, p. 191.

³ - عبد الحميد بن شنيقي، سلطة القاضي في تعديل العقد ... ، رسالة سابقة، ص. 56.

⁴ - راجع في هذا الموضوع، علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام ... ، مرجع سابق، ص. 101 ؛ أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للالتزام ... ، مرجع سابق، ص. 190 - 191 ؛ عبد الحميد بن شنيقي، سلطة القاضي في تعديل العقد ... ، رسالة سابقة، ص. 62 - 69 ؛

VOIRIN (P.), *De l'imprévision* ... , thèse précitée, p.p. 196 - 212.

هناك عدة تدابير يجوز للقاضي اتخاذها من أجل رفع الإرهاق على المدين ، يمكن جمعها في عمليتين : تعديل التصرف (I) ، وفسخه (II) .

I- تعديل التصرف :

يرى الأستاذ " VOIRIN " أن الأثر المناسب للظرف الطارئ هو تعديل أحكام العقد، وتوضيها حسب الظروف المستجدة من أجل المحافظة على الأهداف التعاقدية للطرفين⁽¹⁾ .

لم يحدد المشرع للقاضي طريقة معينة لهذا التوضيب، وإنما ألزمه فقط بمراعاة الظروف ومصلحة الطرفين . وعليه يجوز للقاضي إنقاص قيمة التزام المدين ، سواء بالإنقاص من كمه أو كيفه (1) ، ويجوز له الزيادة من التزام الدائن حتى يقلل من خسارة المدين فيزيل الإرهاق عنه (2) ، كما يجوز له وقف تنفيذ التصرف إلى غاية انقضاء الظرف (3).

1- الإنقاص من التزام المدين :

يهدف التقليل من الخسارة التي قد تلحق المدين من جراء تنفيذه الالتزام كما نص عليه التصرف ، يجوز للقاضي الإنقاص من التزام المدين كما أو كيفا⁽²⁾ ، كأن تشترط شركة تتاجر في العقارات على مورد مواد البناء توريد كمية تفوق ما تحتويه مخازنه ، فيحدث حادث طارئ ينتج عنه قلة كميات مواد البناء في السوق ، فيرتفع سعرها.

يجوز للقاضي - في هذه الحالة- اتخاذ أحد التديبين :

- أ- الإنقاص من التزام المدين كما ، وذلك بجعله يورد الكميات التي تحتويها مخازنه فقط.
- ب- الإنقاص من التزام المدين كيفا، وذلك بجعله يورد الكميات التي تحتويها مخازنه ، ويكمل الاتفاق بمواد بناء أقل جودة بحيث تتفق مع الثمن المتفق عليه.

هذا كله مع مراعاة مصلحة الدائن ؛ لأن الهدف هو رد الإرهاق، وليس إزالته بتحميل الدائن إياه.

2- الزيادة من التزام الدائن :

¹ - VOIRIN (P.), *De l'imprévision ...* , thèse précitée, p. 196 : « La seule solution adéquate est la révision des modalités du contrat, leur adaptation aux circonstances nouvelles afin de maintenir en équation les buts contractuels. ».

² - عبد الحميد بن شنيقي، سلطة القاضي في تعديل العقد ... ، رسالة سابقة، ص. 63.

إذا كانت طبيعة التزام المدين تقضي بعدم إمكان الإنقاص منه ، كما لو تعهد البائع في الاعتماد التجاري بتوريد عتاد ألماني الصنع ، ثم حدثت ظروف استثنائية عامة أدت إلى انخفاض قيمة العملة المحلية بما يفوق خمسين بالمائة ، مما يولد إرهاقا للمدين في حالة توريده للعتاد بالمبلغ المتفق عليه قبل انخفاض قيمة العملة المحلية . ومما لا شك فيه هو أن طبيعة التزامه لا تقبل الإنقاص إذ أن العتاد لا يصنع إلا في ألمانيا ، ففي هذه الحالة ، ومراعاة للظروف ومصصلحة الأطراف ، يجوز للقاضي الزيادة من التزام الدائن برفع السعر ، على أن لا تصل هذه الزيادة إلى خمسين بالمائة ؛ لأن الهدف من نظرية الظروف الطارئة هو عدم تحميل الإرهاق كله على المدين ، وليس إزالته على حساب الدائن .

3- وقف تنفيذ الالتزام :

قد يقدر القاضي أن الظرف الطارئ مؤقت ، وأن مسألة زواله ليست بالبعيدة ، فيقضي بوقف تنفيذ التصرف لمدة محددة ، أو لمدة غير محددة يتم تحديدها بزوال أثر الظرف الطارئ⁽¹⁾ .

ويعتبر وقف التنفيذ تدبيراً من تدابير التعديل ، الذي يجوز للقاضي اتخاذه لإزالة الإرهاق الناجم عن الظرف الطارئ⁽²⁾ ، كما لو توترت العلاقات الدبلوماسية مع دولة كان المدين يستورد العتاد منها ، فيجوز للقاضي وقف التصرفات التي أبرمها هذا المدين مع المتعاملين المحليين لغاية زوال التوتر في العلاقات مع تلك الدولة .

II- فسخ التصرف :

يرى بعض المفسرين أنه لا يجوز فسخ العقد بسبب الظروف الطارئة ؛ لأن القانون لم يعط للقاضي هذه السلطة ، وإنما منحه فقط سلطة التعديل التي ترمي إلى التخفيف من الإرهاق⁽³⁾ .

أما الأستاذ " VOIRIN " فيرى أنه يمكن للفسخ أن يشكل أثراً للظرف الطارئ ، بشرط أن يكون مصحوباً بتعويض عادل للدائن⁽⁴⁾ . وقد ذهب كذلك الأساتذة " MAZEAUD " والأستاذ " CHABAS " إلى هذا الحل غير أنهم لم يبرروه⁽⁵⁾ ، كما أن الأستاذ " رشوان حسن رشوان أحمد "

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط ... الجزء الأول ... ، مرجع سابق، ص. 681.

² - VOIRIN (P.), *De l'imprévision ...* , thèse précitée , p.p. 205 - 206.

³ - منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، جزء أول، مصادر الالتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996، ص. 283 ؛ محمد حسنين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار الجامعة للطباعة والنشر، الكويت، 2000، ص. 360 ؛ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام ... ، مرجع سابق، ص. 190 ؛ عبد الحميد بن شنيقي، سلطة القاضي في تعديل العقد ... ، رسالة سابقة، ص. 68 ؛ محمد علي البدرابي، النظرية العامة للالتزام، جزء 1، مصادر الالتزام، الجامعة المفتوحة، ليبيا، 1991، ص. 172.

⁴ - VOIRIN (P.), *De l'imprévision ...* , thèse précitée, p.p. 207 - 212.

⁵ - MAZEAUD (H., L. et J.) et CHABAS (F.), *Leçons de droit civil ...* , op. cit. , p.p. 857 - 862.

يساند أيضا فكرة جواز فسخ التصرف، غير أنه يشترط أن تكون الظروف الطارئة قد أدت إلى انهيار التوازن الاقتصادي للعقد⁽¹⁾.

ونحن نميل إلى الرأي القائل بجواز الفسخ لانهيار التوازن الاقتصادي ؛ لأن المشرع الجزائري يعتمد هذا المعيار، فقد أجاز فسخ عقد المقاولة بسبب الظروف الطارئة في المادة 561 من التقنين المدني التي تنص على : " ... غير أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد ، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد .".

الفرع الثاني

سلطة القاضي في رد الاختلال في التوازن الاقتصادي للتصرف الناجم عن إرادة الأطراف

أدى التطور الصناعي والتكنولوجي الكبيرين اللذين عرفهما القرن العشرين ، وما نشأ عنهما من تنوع في الخدمات والسلع إلى تطور أساليب التسويق ، فظهرت الدعاية بشتى صورها ، مما قوى النزعة الاستهلاكية لدى الأفراد ، واتساع نطاق التعاقد للأعوان الاقتصاديين . ويهدف المحافظة على عملائهم وحد الأعوان الاقتصاديون شروط تعاملهم معهم ، فظهرت عقود الإذعان التي يحصل القبول فيها بمجرد التسليم للشروط التي يضعها الموجب ، ولا يقبل المناقشة فيها⁽²⁾.

أثارت هذه العقود جدلا كبيرا في الفقه بخصوص طبيعتها ، فذهب فريق أول إلى إنكار الطبيعة العقدية للاتفاقات التي يكون فيها إذعان ؛ لأن العقد يفترض المساواة وحرية المناقشة بين أطرافه، وهما أمران منعدمان في عقود الإذعان⁽³⁾. أما الفريق الثاني والمتشكك من أغلب فقهاء القانون الخاص⁽¹⁾، فيرى أن الإذعان لا يغير من الطبيعة العقدية للعقد ، وذلك للسببين التاليين :

¹ - رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، جامعة القاهرة، 1994، ص. 564.

² - تنص المادة 70 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم على أنه : « يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا تقبل المناقشة فيها. ».

³ - يتوزع أضرار هذا الفريق على القانون الخاص والقانون العام : فأضاره من القانون الخاص يتزعمهم " Raymond SALEILLES " الذي يرى في كتابه الذي يحمل عنوان : "التعبير عن الإرادة، مساهمة في دراسة التصرف القانوني في التقنين الألماني" أن عقد الإذعان تصرف بإرادة منفردة ؛ لأن إرادة الطرف المدعى ليست أساسية في عملية إبرام التصرف، وإنما هي شرط يضعه الطرف القوي لتنفيذ التصرف (انظر الصفحة 229). أما أضاره من القانون العام فيتزعمهم

- لا تستلزم فكرة العقد أن تكون شروطه ناتجة عن تفاوض، فقد يقوم الموجب بعرض إيجابه جملة ، ولا يكون للموجب له سوى قبوله أو رفضه ، وهو أمر معروف منذ القدم ، فحتى القانون الروماني كان يعرف البيع بثمن ثابت.

- لا تستلزم فكرة العقد المساواة بين الأطراف ، بدليل أن القانون نظم أحكاما تتعلق بالشروط التعسفية.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري، فظاهر من نص المادة 112 من التقنين المدني التي تقضي بأنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة مضرا بمصلحة المدين ، أن عقد الإذعان يخضع لنفس أحكام التفسير ؛ أي البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، باعتبار أن المادة 112 تكمل المادة 111، وبذلك فإنه يعترف بالطبيعة العقدية له.

تجاوزا للاختلافات الفقهية المتعلقة بتعريف عقد الإذعان ، يمكن تمييز هذا الأخير من خلال خاصيتين :

- تتعلق الأولى بخصائص الإيجاب ، فهو في هذا النوع من العقود يكون دائما موجها للجمهور، وليس لشخص معين ؛ إذ يصدر على نحو مستمر خلال فترة زمنية معينة ، ويكون دقيقا محمدا لكل شروط العقد الجوهرية والتفصيلية، كما أنه يصدر في شكل دعوة إلى الانضمام إلى عقد نموذج⁽²⁾.

- أما الخاصية الثانية فتتعلق بتفوق أحد الأطراف على الثاني في المركز الاقتصادي ، مما يسمح له بإملاء شروطه ، وينجم هذا التفوق الاقتصادي إما عن احتكار للسلعة أو الخدمة ، وإما عن غياب المنافسة ، كما لو يتفق المتعاملون الاقتصاديون على توحيد الشروط .

تشكل هذه الخاصية مصدر الخطر في عقود الإذعان ، والتصرفات المدعنة بصفة عامة ؛ إذ تسمح للطرف القوي بالتعسف في وضع شروطه⁽³⁾، لذا يسمح المشرع للقاضي في هذه الحالات

” Léon DUGUIT ”، وهو أيضا يرى أن عقد الإذعان تصرف بإرادة منفردة، غير أنه خلافا لـ ” SALEILLES ” الذي يرى أن القوة الإلزامية له تكمن في الإرادة، فإن ” DUGUIT ” يرى قوته الإلزامية تكمن في القانون (انظر كتابه ، L’Etat, le droit objectif et la loi positive, (Dalloz, Paris, 1901, p.55.

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط ... ، الجزء الأول ... ، مرجع سابق، ص. 247. وقد ساندته في ذلك جميع الفقهاء المصريين انظر في تفصيل ذلك : عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد و الإرادة المنفردة، جامعة القاهرة، 1983، ص. 208؛

PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil ...* , par ESMEIN (P.), op. cit. , p. 122 ; LARROUMET (Ch.), ... *Conditions de formation*, op. cit. , p. 245.

² - FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), ... *l’acte juridique ...* , op. cit. , p. 115.

³ - Ibid , p. 116.

بالتدخل باسم العدالة لخرق مبدأ القوة الملزمة ، وتعديل هذه الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المدعن منها .

يربط المشرع الجزائري بين مفهومي التعسف والإذعان⁽¹⁾ ، فلا يعترف بوجود الشروط التعسفية إلا في عقود الإذعان ، عكس المشرع الفرنسي الذي يقبل فكرة التعسف في العقود الرضائية، وذلك من أجل توسيع مجال الحماية في هذا النوع من الشروط⁽²⁾ .

لا ينجم اختلال التوازن الاقتصادي عن الشروط التعسفية فقط ، وإنما عن الشرط الجزائي كذلك ، لذا سنتناول سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية بصفة عامة (أولا) ، ثم سلطته في تعديل الشرط الجزائي (ثانيا) .

أولا- سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية بصفة عامة :

طبقا للمادة 110 من التقنين المدني الجزائري فإنه : « إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المدعن منها ، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك. » ، فإن الشرط التعسفي مرتبط بعقد الإذعان ، وهذا ما تؤكدته المادة الثالثة من القانون رقم 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية حيث تنص : « يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي : ...

4- عقد : كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه ...
5- شرط تعسفي : كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال بالظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد. » .

يظهر من خلال هذين النصين أنه يجوز للقاضي التدخل لتعديل الشرط أو إلغائه (II) إذا توافر شرطان : أن يتم الاتفاق عن طريق الإذعان ، وأن يكون الشرط تعسفيا (I).

I- شرطا تعديل الشرط التعسفي :

يشترط لتعديل الشرط التعسفي أن يتم الاتفاق عن طريق الإذعان (1) ، وأن يحتوي التصرف شرطا تعسفيا (2) .

¹ - المادة 03 من القانون رقم 04 - 02 المؤرخ في 23 جوان 2004 ، يتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج. ر.ع. 41 ، مؤرخ في 27 جوان 2004.

² - TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.) , ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 260.

1- أن يتم الاتفاق عن طريق الإذعان :

تعرف المادة 70 من التقنين المدني الجزائري عقد الإذعان بأنه ذلك الاتفاق الذي يسلم فيه الشخص بالشروط التي يضعها الموجب دون أن يناقشها، ولا يمكن تصور هذا التسليم دون وجود ضغط اقتصادي⁽¹⁾ يسمح للطرف القوي بإملاء شروطه على الطرف الضعيف.

نادى بعض المفسرين بهجر فكرة التفوق الاقتصادي حتى يكيف التصرف على أنه عقد إذعان، موسعين مفهومه ليشمل كل العقود النموذجية⁽²⁾. ويبررون هذا التوسيع في مفهوم الإذعان بالتالي :

أ- حماية المستهلك هي الغاية الأساسية من تنظيم عقود الإذعان : أصبح المستهلك بحاجة ماسة للحماية في ظل التفاوت في الخبرة والمعرفة بينه وبين المحترفين ، مما يستوجب اهتمام المشرع في إعادة التوازن في العقود النموذجية ، التي كان ظهورها نتيجة حتمية لتنوع الإنتاج وكثافة التوزيع⁽³⁾.

ب- نسبية فكرة الاحتكار : يرى أنصار هذا الموقف أن تحديد الطرف القوي والطرف الضعيف، لا يرجع إلى المركز الاقتصادي لكل منهما ، وإنما يرجع إلى العلاقة في حد ذاتها ، فالضعف ناتج عن الحاجة إلى الشيء أو الخدمة ، كما أن القوة ناتجة عن الاحتراف ، وليس الاحتكار الذي يعتبر فكرة خارجة عن إطار العلاقة ، فعلى الرغم من وجود عدة محامين يقدمون نفس الخدمة ، فإن بعضهم أكثر احترافية ، مما يجعلهم لا يناقشون أتعابهم.

يولد الإذعان - سواء كان ناتجا عن الاحتكار أو عن الاحترافية- ضعفا وقوة في المراكز القانونية، لذا نرى أنه لا يمكن تصور إذعان دون وجود ضغط اقتصادي مهما كان مصدره.

2- أن يحتوي التصرف شرطا تعسفيا :

الشرط التعسفي هو كل شرط أو بند من شأنه الإخلال بالتوازن بين حقوق وواجبات الأطراف ، سواء بالنظر إلى البند بمفرده ، أو مشتركا مع بند أو بنود أخرى⁽¹⁾ ، فقد يكون البند غير تعسفي بالنظر إليه منفردا ، غير أنه يكون كذلك إذا ما تم إشراكه مع بند آخر من نفس التصرف.

¹ - قد يتولد الضغط عن عوامل غير اقتصادية كالقوة والعنف فيكره الشخص على قبول الشروط، أو الضعف النفسي أمام المتعاقد الآخر؛ وهنا لا مجال لإثارة فكرة الإذعان ؛ لأن بإمكان الطرف الضعيف إثارة البطلان.

² - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004، ص.ص. 467 - 468؛ رجب كريم عبد الاله، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص. 169 ؛ محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، د. ب. ن.، 2001/2002، ص.ص. 52 - 53.

³ - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك ... ، مرجع سابق، ص. 312.

لم يعالج المشرع الجزائري عكس المشرع الفرنسي حالة كون البند غير تعسفي بالنظر إليه لوحده، أو بإشراكه مع بنود أخرى من نفس التصرف، غير أنه إذا تم إشراكه مع بند أو بنود أخرى من تصرف آخر بين الطرفين، يكون إبرامه أو تنفيذه مترابطا مع التصرف الأول بحيث يجعل تنفيذ أحد التصرفين مرهقا للطرف المتعاقد معه، أصبح تعسفا في تقديرنا.

ومعيار التعسف هو الاختلال في التوازن بين حقوق وواجبات الأطراف، أما عن زمن تقدير هذا الاختلال، فقد أحسن المشرع عندما لم ينص على أن التقدير يكون زمن الإبرام⁽²⁾؛ لأنه قد يكون الاختلال غير ظاهر زمن الإبرام، ويصبح ظاهرا أثناء التنفيذ نتيجة معطيات لم يكن يعلمها الطرف الضعيف، فبترك زمن تقدير الاختلال الظاهر بين حقوق وواجبات الأطراف لتقدير القاضي يكون المشرع قد وسع في مجال الحماية.

II- صور تدخل القاضي :

إن أثر الشروط التعسفية هو الإخلال بالتوازن بين حقوق وواجبات الأطراف، وتعديل هذه الشروط يقتضي اتخاذ التدابير اللازمة لرفع هذا الاختلال، دون المساس بجوهر التصرف. غير أنه إذا ارتأى القاضي أن رفع الاختلال في التوازن بين حقوق وواجبات الأطراف لا يكون إلا بعدم تطبيق الشرط التعسفي، جاز له إعفاء الطرف الضعيف منه⁽³⁾.

ثانيا- سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي :

سنشرح الحالات التي يجوز فيها للقاضي تعديل الشرط الجزائي (II)، بعد أن نحدد

مفهومه (I).

I - مفهوم الشرط الجزائي:

¹ - المادة 03 من القانون 04 - 02 يتعلق بالممارسات التجارية، السالف الذكر؛

Art. L.132-1 alinéa 5 du c. consommation français : « le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, ... également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'un de l'autre. ».

² - art. L.132-1 alinéa 5 du c. consommation français : « le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat ... ».

³ - المادة 110 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

يقصد بالشرط الجزائي⁽¹⁾ ذلك الشرط الذي يقدر الأطراف بمقتضاه التعويض الذي يلتزم به المدين في حالة عدم التنفيذ أو التأخر فيه ، فيلتزم الطرف المخل بالتزامه بأداء معين لصالح الطرف الآخر⁽²⁾ ، وهو شرط كثير التواجد في الاعتماد التجاري.

1 - خصائص الشرط الجزائي :

للشرط الجزائي خاصيتين أساسيتين : هو تعويض عن الإخلال بتنفيذ الالتزام (أ) ، وهو تعويض يحدد جزافا (ب).

أ- الشرط الجزائي هو تعويض الإخلال بتنفيذ الالتزام :

الشرط الجزائي هو التقدير الاتفاقي للتعويض في حالة عدم تنفيذ الالتزام ، أو التأخر في تنفيذه، وهذا الطابع الاتفاقي للتعويض لا يغنيه عن وجوب خضوع أحكامه لأحكام التعويض القضائي⁽³⁾ ، والمتمثلة في : الخطأ، والضرر، والعلاقة السببية، إضافة إلى شرط الإعذار.

- ضرورة توافر خطأ عقدي من جانب المدين :

حتى يتمكن الدائن من المطالبة بالتعويض المنصوص عليه في الشرط الجزائي ، يجب عليه أن يثبت خطأ المدين ، وهو أمر سهل ؛ إذ يكفي أن يثبت عدم التنفيذ دون أن يثبت التعدي والإدراك، ويتوجب على المدين إذا أراد أن ينفي خطئه أن يثبت السبب الأجنبي ، والذي يشترط فيه أن يكون غير متوقع ، ولا يمكن تفاديه.

- حصول ضرر للدائن :

لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر⁽⁴⁾ ، ومن خصائص التعويض في حالة الشرط الجزائي هو أن الضرر مفترض كذلك ، فلا يتوجب على

¹ - في تفصيل الشرط الجزائي انظر: ابراهيم الدسوقي ابو ليل، الشرط الجزائي في العقود والتصرفات القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982؛

MAZEAUD (D.), *La notion de clause pénale*, thèse Paris 7, L.G.D.J., 1992.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط... الجزء الأول... ، مرجع سابق، ص. 1112 ؛ ابراهيم الدسوقي ابو ليل، الشرط الجزائي... ، مرجع سابق، ص. 11.

³ - تنص المادة 183 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم: « يجوز للمتعاقد أن يحدد مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181. ».

⁴ - المادة 184 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

المضروور إثباته، غير أنه يمكن للمدين عدم دفع التعويض المشترط عن طريق الشرط الجزائي إذا أثبت أن الدائن لم يلحقه أي ضرر⁽¹⁾.

- وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر :

لا يكفي أن يلحق الدائن ضررا ، وإنما يجب أن يكون هذا الضرر ناتج عن الخطأ الذي اقترفه المدين.

- ضرورة إعدار المدين بالتنفيذ :

لن يكون طلب الدائن بمستحققات الشرط الجزائي مؤسسا إلا إذا بين في طلبه أنه قام بإعدار المدين على الوجه المبين في القانون⁽²⁾ ، أو أن هناك اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول أجل الدين دون حاجة إلى أي إجراء⁽³⁾.

ب- الشرط الجزائي تعويض محدد جزافا :

وذلك لأن عملية تقدير الضرر تكون سابقة لحدوثه، وعليه لا يمكن أن يكون التعويض متناسبا في كل الأحوال مع الضرر.

يظهر من هذه الأحكام أن لتقنية الشرط الجزائي عدة مزايا.

2- مزايا الشرط الجزائي :

باعتبار أن الشرط الجزائي يتم الاتفاق عليه من قبل الأطراف ، فهو بذلك يمنح عدة مزايا :

أ- يجنب النزاع حول مقدار التعويض ، وبذلك يمكن للدائن أن يتحصل عليه في أجل قصير.

ب- يسهل شروط المطالبة به ؛ إذ ليس على المدين إثبات الضرر.

ج- يحفز الأطراف على التنفيذ ، خصوصا في حالة تحديد قيمة مرتفعة للشرط الجزائي.

يعتبر الاعتماد الايجاري من المجالات الخصبة للشروط الجزائية⁽¹⁾ ، باعتبار أن الطرف

الأساسي فيها هي البنوك . وعليه نطرح التساؤل التالي : ألا يمكن للمستأجر اللجوء إلى أحكام

الشروط التعسفية لإلغاء هذه الشروط أو التعديل فيها ؟

¹ - عبد الحميد بن شنتي، سلطة القاضي في تعديل العقد ... ، مرجع سابق، ص. 77.

² - المادة 179 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

³ - المادة 180 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

على الرغم من أن الاعتماد الإيجاري من التصرفات التي يقبل المستأجر شروطها دون مناقشة بسبب احتكار البنوك لهذه النشاطات ، وبذلك يكون ركن الإذعان متوافر فيها، فإن المستأجر لا يستفيد من أحكام الشروط التعسفية ؛ لأنه لا يقتني العتاد لإشباع حاجة شخصية، وبالتالي فإنه لا يعتبر مستهلكاً.

II- الحالات التي يجوز فيها للقاضي تعديل الشرط الجزائي :

باسترجاع أحكام المواد من 183 إلى 185 من التقنين المدني الجزائري ، نلاحظ أن هنالك حالتين يتدخل فيهما القاضي للإيقاص من الشرط الجزائي (1)، وحالة يتدخل فيها للزيادة فيه (2) .

1- إيقاص الشرط الجزائي :

يكون ذلك في حالة كون الشرط الجزائي مفرطاً (أ)، وفي حالة التنفيذ الجزئي للالتزام (ب).

أ- حالة كون الشرط الجزائي مفرطاً :

يجوز للقاضي أن ينقص من الشرط الجزائي إذا اثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً⁽²⁾، وظاهر من مصطلح الإفراط أنه يجب أن يكون التقدير للأضرار مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، فلا يكفي أن يثبت المدين أن التعويض المقدر يفوق الضرر، وإنما يجب عليه أن يثبت أنه يفوقه إلى حد الإفراط.

يخضع معيار الإفراط إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع ، ولا رقابة للمجلس الأعلى عليه في ذلك⁽³⁾.

ب- حالة التنفيذ الجزئي للالتزام :

إذا قام المدين بتنفيذ جزء من الالتزام ، ولم يتمكن من تنفيذ الجزء المتبقي، فإنه يجوز له أن يطلب من القاضي - في حالة ما إذا طالبه الدائن بدفع الشرط الجزائي- تخفيض قيمته⁽⁴⁾، فأحكام العدالة تقضي بذلك ؛ لأن الشرط الجزائي يقابل الضرر، وبما أن الضرر يقل بتنفيذ جزء من الالتزام عن الضرر الذي يكون بعدم تنفيذ الالتزام كله ، فإنه من منطلق العدالة وحسن النية يجوز للقاضي

¹ - المادة 17 من العقد النموذجي المعتمد من قبل بنك البركة الجزائري (الملحق).

² - المادة 2/184 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

³ - عبد الحميد بن شنيقي، سلطة القاضي في تعديل العقد ... ، رسالة سابقة، ص. 83.

⁴ - المادة 2/184 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

- إذا قدر ذلك- أن ينقص من قيمة الشرط الجزائي بقدر ما تم تنفيذه من الالتزام.

2 - زيادة قيمة الشرط الجزائي :

لا تكون زيادة قيمة الشرط الجزائي نتيجة لسوء تقدير الضرر، وإنما لتجاوز الضرر قيمة التعويض المنصوص عليه في الشرط الجزائي ، بسبب غش المدين أو ارتكابه لخطأ جسيم⁽¹⁾ ، ويظهر من أحكام تعديل الشرط الجزائي أن القاضي لا يمكنه التعرض لهذه المسألة من تلقاء نفسه، فاستعمال الفقرة الثانية من المادة 184 لعبارة " ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا اثبت المدين ... " ، واستعمال المادة 185 لعبارة " ... فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا اثبت ... " ، يدل على أن تدخل القاضي مرهون على المطالبة به من قبل الأطراف⁽²⁾.

يظهر مما سبق أن المشرع يمنح القاضي سلطة إحقاق الحق كلما اقتضت أحكام العدالة ذلك، غير مكترث بمبدأ القوة الملزمة للاتفاقات ؛ لأن مبدأ العدالة هو سيد المبادئ والغايات في القانون.

المبحث الثاني

نطاق آثار التصرف القانوني الثلاثي

اعتبر مبدأ نسبية العقود- وفترة طويلة- من البدييات التي لا تحتاج إلى تبرير ولا إلى تفسير، فلم يكن المبدأ محل أي نقاش في الأعمال التحضيرية لتقنين نابليون ، فقد كان يعتبر هذا المبدأ بالنسبة لمحربيه ولغالبية الفقه آنذاك من الأساسيات⁽³⁾.

أول من بين أنه في حاجة إلى توضيح هو الأستاذ " SAVATIER " ؛ إذ نشر مقالا بعنوان «مبدأ نسبية العقود المزعوم» سنة 1934 أثار ضجة كبيرة⁽⁴⁾ ، أين وضع مبدأ نسبية العقود تحت اختبار الواقع ، فلاحظ أن هناك خمسة أنواع من الاتفاقات تتعارض طبيعتها مع المبدأ : الاتفاقات المتعلقة بحالة الشخص وأهليته، والتصرفات الناقلة للحقوق، والتصرفات المنشئة لحقوق النيابة،

¹ - المادة 185 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم

² - يرى الاستاذ " علي علي سليمان " أنه كان على المشرع إعطاء القاضي سلطة التعديل من تلقاء نفسه، انظر: علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1994، ص.182.

³ - BACACHE-GIBEILI (M.), *La relativité des conventions ...* , thèse précitée, p. 227.

⁴ - SAVATIER (R.), « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTD. civ.* , 1934, p. 525 et s.

وكذلك الاتفاقات المحددة للشخص الذي سيتحمل المسؤولية القانونية (عقود التأمين) ، وأخيرا التصرفات المنشئة للأشخاص المعنوية⁽¹⁾ .

فهو يرى أنه ليس من المعقول أن يتجاهل الغير التصرف الناقل للملكية ، ويعتبرون المتنازل عن الملكية مالكا لها ، كما لا يعقل أيضا أن يتجاهل الغير وجود الشخص المعنوي ، فيبقى موجودا بالنسبة للأطراف فقط ، مما يقضي على الغاية من وجوده، فالتصرفات المنشئة أو المنهية للالتزامات، لا تجد تطبيقا لها إلا في اعتراف الغير بالعقود المنشئة أو المنهية لها⁽²⁾ .

أخرج الأستاذ " SAVATIER " بهذا المقال الفقه من سباته فيما يتعلق بمبدأ نسبية العقود، وأحيى به صراع الأفكار، كما برّر به أيضا كل من الأستاذين " WEILL " ⁽³⁾ و " CALASTRENG " ⁽⁴⁾ أهمية أطروحتيهما المتعلقةتين بمبدأ نسبية الاتفاقات ، وكذلك فعل الأستاذ " GOUTAL " ⁽⁵⁾ .

تفطن الفقه إلى أن الأستاذ " SAVATIER " محق في مسألة وجوب خضوع الغير إلى آثار العقد ؛ لأن عدم خضوعهم له سيفقده الهدف من وجوده ، غير أن هذا الخضوع لا يتمثل في الالتزام بأحكامه ، وإنما في ضرورة أخذها بعين الاعتبار، فالغير لا يلتزمون بأحكام عقد البيع المبرم بين الأطراف، غير أنهم يلتزمون باحترام ما اتفق عليه الأطراف ، فلو كان شخص يستعمل شيئا على اعتبار أنه ملك لصديقه ، الذي أعطاه رخصة بذلك ، فإنه يتوجب عليه أن يتوقف عن استعماله بمجرد أن يبيعه هذا الصديق لشخص آخر ، فيكون ملتزما باحترام عقد البيع . هذا ما يعرف بمبدأ « حجية العقد في مواجهة الغير » ، الذي لولا تطوّر مفهومه بفضل الأستاذين " WEILL " و " CALASTRENG " ⁽⁵⁾ لاندثر مبدأ نسبية التعاقد.

إن رغبة الفقه في تدقيق مفهوم مبدأ نسبية الاتفاقات ، هي التي أدت إلى تكريس مبدأ حجية الاتفاق في مواجهة الغير، والذي يشكل الوجه الثاني لنفس العملية ؛ لأنها متكاملان ، بل أصبح لا يمكن تحديد نطاق العقد بشرح مبدأ دون الآخر.

اعتمد المشرع الجزائري مبدأ حجية العقد في مواجهة الغير ، بل وجعل بعض التصرفات غير قابلة للاحتجاج بها في مواجهة الغير إذا لم يتم شهرها.

¹ - Idem , p.p. 527 - 528.

² - Ibid , p. 529.

³ - WEILL (A.), *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, Dalloz, Paris, 1938.

⁴ - CALASTRENG (S.), *La relativité des conventions, Etude de l'art 1165 du code civil*, Sirey, 1939.

⁵ - GOUTAL (J.-L.), *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, L.G.D.J., Paris, 1981.

يخضع التصرف القانوني الثلاثي في مجال تحديد نطاق آثاره إلى نفس المبادئ التي تخضع لها العقود ، لذا سنتناول مبدأ نسبية الاتفاقات (مطلب أول) ، ثم مبدأ حجية الاتفاق في مواجهة الغير (مطلب ثان).

المطلب الأول مبدأ نسبية الاتفاقات

يرجع أصل العبارة اللاتينية التي مفادها أن الاتفاق لا يمكنه أن ينفذ أو يضر الغير⁽¹⁾ إلى القانون الروماني⁽²⁾ ، فقد وردت في قانون " JUSTINIEN " تطبيقات له⁽³⁾ نذكر منها : إذا وفي بعض ورثة المدين بدين مورثهم حسب نصيهم في التركة دون إثبات الدين ، فإن باقي الورثة يمكنهم رفض الوفاء إلى غاية إثبات الدين ؛ لأن تصرف الورثة الموفون لا يلزم الورثة غير الموفون ، والقسمة التي تتم في غيابك لا يمكنها أن تمس بحقوقك ؛ لأنك لست طرفا فيها . غير أن السؤال الذي يطرح في هذا المجال هو الآتي : ما هو أساس هذه القاعدة في القانون الروماني ؟

أساس هذه القاعدة في القانون الروماني هو الشكلية ، التي يجب أن تتوافر في التصرف حتى ينعقد صحيحا⁽⁴⁾ ، فالتصرف لا يكون ملزما إلا إذا استوفى شروطا شكلية قد تتمثل في النطق ببعض العبارات ، أو كتابتها ، أو تسليم الشيء⁽⁵⁾ ، وتستلزم هذه الشكلية حضور الأطراف ، وبالنتيجة لا يكون مرتببا بالتصرف سوى الأشخاص الذين استوفوا هذه الشكلية أو الطقوس⁽⁶⁾ . ظهر إذن مبدأ نسبية الاتفاقات في القانون الروماني⁽⁷⁾ ، غير أنه لم يكن يتأسس على الإرادة؛ لأنه لم يعترف لها بسلطة بسلطة إنشاء التصرفات القانونية ، ولم يصبح المبدأ يتأسس على الإرادة إلا بظهور مبدأ سلطان الإرادة .

¹- res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest.

² - CALASTRENG (S.), *La relativité ...* , thèse précitée, p. 5.

³ - WINGTGEN (R.), *Etude critique de la notion d'opposabilité ...* , thèse précitée, p. p. 12 - 13.

⁴ - TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations ...* , op. cit. , p. 384.

⁵ - ROUETTE (G.), *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat ...* , thèse précitée, p. 176 et

S.

⁶ - TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations ...* , op. cit. , p. 384.

⁷ - يرى الأستاذ " WINTGEN " أن فكرة ظهور مبدأ نسبية الاتفاقات في القانون الروماني فكرة خاطئة ، لتفصيل أكثر انظر:

WINTGEN (R.) , *Etude critique ...* , thèse précitée, p. p. 12 - 16.

أعتبر مبدأ نسبية الاتفاقات في القرن الثامن والتاسع عشر من البدييات التي لا نقاش فيها، غير أنه في بداية القرن العشرين عرف أزمة، حيث بدأ بعض المفسرين يشككون في بدايته⁽¹⁾، الأمر الذي أوشك أن يؤدي إلى اضمحلاله، لولا أن ظهرت فكرة حجية العقد في مواجهة الغير التي أحدثت التوازن، وردت على الانتقادات التي وجهها له الأستاذ "SAVATIER".

غير أنه وإن سلم المبدأ من التشكيك في بدايته، فإنه لم يسلم من التشكيك في أساسه، خصوصا بعد تراجع منطق مبدأ سلطان الإرادة، وظهور الحاجة إلى إيجاد تفسير جديد للمبدأ يكون متماشيا مع التصرفات القانونية التي ظهرت مؤخرا بظهور قانون الأعمال. وعليه يظهر من الضروري التعرض لمعنى مبدأ نسبية الاتفاقات في الفقه الكلاسيكي (فرع أول)، قبل التعرض للمعنى الذي يحاول الفقه الحالي إعطائه إياه (فرع ثان)، وذلك من أجل تقدير التطور الذي عرفه هذا المعنى.

الفرع الأول التفسير الكلاسيكي لمبدأ نسبية الاتفاقات

اعتمد تقنين نابليون⁽²⁾ مبدأ نسبية الاتفاقات الذي عرف في القانون الروماني، غير أن محرريه لم يعتمدوا الأساس الذي اعتمده هذا الأخير، والمتمثل في الشكلية؛ إذ لا تمتد آثار العقد في القانون الروماني إلا إلى الأشخاص الذين مارسوا الطقوس الشكلية المنشئة له، كما أن مفسري التقنين خلال القرن التاسع عشر لم يعتمدوا تفسير محرري التقنين.

سنتعرض لمعنى مبدأ نسبية الاتفاقات عند محرري تقنين نابليون (أولا)، ثم لمعناه عند مفسريه

¹ - أول من شكك في بدهة المبدأ هو الأستاذ "DEMOGUE" الذي درسه بدقه في مؤلفه: (Traité des obligations, tome 7) وبيّن أنه ليس بدهي كما يظهر، مما محمد لآخرين أشهرهم الأستاذ "SAVATIER" الذي نشر مقاله السالف الذكر « مبدأ نسبية العقود المزعوم ».

² - صدر التقنين المدني الفرنسي في 21 مارس 1804، ولم يكن يحمل تسمية تقنين نابليون، و بدأ يحمل هذه التسمية ابتداء من سنة 1807 بمناسبة الطبعة الجديدة له، وقد كلف السيد "BRIGOT-PREMENEU" بإلقاء خطاب أمام الهيئة التشريعية عندما عرضت التسمية والطبعة الجديدتين للمناقشة في 22 أوت 1807، لتفاصيل أكثر انظر:

FENET (P.-A.), Rec. Complet des travaux préparatoires du code civil au conseil d'Etat, p. cxix et s.
وقد شكل هذا التقنين مفخرة "NAPOLEON BONAPARTE" الذي قال: « إن مجدي وغجري لا يكمن في انتصاري في أربعين معركة، فمعركة waterloo ستسمح من الذاكرة كل هذه الانتصارات؛ ما لا يمكن مسحه، ما سيعيش إلى الأبد هو تقنيني المدني. ».

(Ma vraie gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles ; waterloo effacera le souvenir de tant de victoire, ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon code civil). V^o, M. Le GENERAL MONTHOLON, Récit de la captivité de l'empereur NAPOLEON à Sainte-Hélène, PAULIN, Libraire-éditeur, Paris, 1847, t. I, p. 401.

(ثانيا).

أولا- معنى مبدأ نسبية الاتفاقات عند محرري تقنين نابليون :

بعد نجاح نابليون في انقلابه السياسي ، عين لجنة تتكون من أربعة رجال قانون ، وكلفهم بتحضير مشروع التقنين المدني لأول مرة في التاريخ ، اثنان منهم من شمال فرنسا أين كان يطبق قانون العادات⁽¹⁾ ، وهما : ” François TRONCHET ” محام سابق أمام برلمان باريس ، وشغل منصب نائب في ظل حكم الهيئة التأسيسية، ومدافع عن لويس السادس عشر (16 LOUIS)، قبل أن يصبح رئيسا لمحكمة النقض، و ” Félix BRIGOT de PREAMNEU ” ، محامي سابق أمام برلمان باريس ، ثم نائبا بالمجلس التشريعي ، ليصبح محافظا للحكومة أمام محكمة النقض ، وقد كانا من الثوار غير المتشددين⁽²⁾ . أما الاثنان الآخرا فينتميان إلى بلد القانون المكتوب ؛ أي جنوب فرنسا ، وهما : ” Jean-Etienne-Marie PORTALIS ” ، محام سابق صاحب ثقافة واسعة، وذو ميول فلسفي، وهو أشهر محرري التقنين، كان من مناصري الملكية، غير أنه تحول إلى مناصري نابليون ونظامه⁽³⁾ ، و ” Jacques DE MALVILLE ” محام سابق أمام برلمان بوردو قبل أن يصبح قاضيا بمحكمة النقض⁽⁴⁾ .

لا يمكن معرفة المعنى الذي أعطاه هؤلاء المحررين لمبدأ نسبية الاتفاقات إلا بعد معرفة رجال القانون الذين تأثروا بهم (I) ، والظروف التي أحاطت بهم أثناء صياغته (II).

I- رجال القانون الذين تأثروا بهم محررو التقنين :

تأثر كل من ” MALVILLE ” ، و ” BRIGOT DE PREAMNEU ” ، و ” TRONCHET ” بالفقيه ” Robert Josef POTHIER ”⁽⁵⁾ ، بينما ” PORTALIS ” فقد تأثر بالفقيه ” Jean DOMAT ” خصوصا مؤلفه التشريعات المدنية في ترتيبها الطبيعي⁽¹⁾ .

¹ - لم يكن يطبق قانون واحد في كل أنحاء فرنسا، فقد كان يطبق قانون العادات في الشمال، والقانون المكتوب المستوحى من القانون الروماني في الجنوب، لتفاصيل أحكام هذه المؤسسات الفكرية القانونية انظر :

ARNAUD (A.-J.), *Essai d'analyse structurale du code civil français, la règle du jeu dans la paix bourgeoise*, L.G.D.J., Paris, 1973 ; NIORT (J.-F.), *Homo civilis, contribution à l'histoire du code civil français*, P.U.A.M. , 2004, p. 78 et s.

² - NIORT (J.-F.), *Homo civilis ...* , thèse précitée, p. 80.

³ - CHARTIER, *PORTALIS (J.-L.), le père du code civil*, FAYARD, Paris , 2004, p. 57 et s.

⁴ - Ibid , p. 111.

⁵ - بالرجوع إلى المناقشات المتعلقة بالتقنين المدني الفرنسي أمام مجلس الدولة، نلاحظ أن هؤلاء المحررين الثلاثة يحيلون دائما إلى ” POTHIER ” ولا يحيلون إلى ” DOMAT ” باستثناء ” BRIGOT DE PREAMNEU ” الذي أشار إلى هذا الأخير فيما يتعلق بالعقود ، لتفاصيل أكثر ارجع إلى :

FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires ...* , t. VIII, p. 217 et s.

1- مظاهر تأثر المحررين بالفقيه ” DOMAT “ :

هناك عدة مواد في تقنين نابليون تبين تأثر محرريه بالفقيه ” DOMAT “⁽²⁾ ، فالمادة 612 منه التي تقضي أنه لا يجب أن يتجاوز حق الانتفاع الممنوح للشخص المعنوي ثلاثين سنة ، عكس الانتفاع الذي يمنح للشخص الطبيعي ، والذي هو في الأصل مئة سنة على افتراض أنه يمكنه أن يعيش مئة سنة مأخوذة من عند ” DOMAT “⁽³⁾ ، وكذلك الأحكام المتعلقة بالمسؤولية، فقد أشار السيد ” Thomas Laurent MOURICAULT “ صراحة إلى أنها مستوحاة من أعمال ” DOMAT “ عند عرضه لها أمام الهيئة التشريعية⁽⁴⁾ .

كما قد تم اقتباس عدة مواد فيما يتعلق بنظرية الالتزامات من القواعد التي أرساها ” DOMAT “ من أمثلتها : قاعدة العقد شريعة المتعاقدين⁽⁵⁾ ، وقاعدة كل عقد مخالف للنظام العام والتشريع يعتبر غير مشروع⁽⁶⁾ ، وكذلك قاعدة يجب أن ينفذ العقد بحسن نية⁽⁷⁾ ، أما فيما يتعلق بمبدأ نسبية الاتفاقات، فإنه يؤسسه على التراضي : « بما أن الاتفاقات تبرم عن طريق التراضي، فلا يمكن للشخص أن يبرم اتفاقا لصالح شخص آخر ما لم تمنح له سلطة بذلك من هذا الأخير، كما أنه لا يمكن أن نضر بالغير عن طريق الاتفاقات. »⁽⁸⁾ .

¹ - DOMAT (J.), *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, tome I, 2^{ème} éd., PIERRE AUBUIN, Libraire de messeigneurs les enfants de France, PIERRE EMERY, et CHARLES CLOUZIER, Paris, 1697.

² - لا يسعنا في هذه الدراسة التعرض لجميع الأحكام التي تم استقاؤها من أعمال ” DOMAT “، فهي تفوق الثلاثمائة حكم، لتفاصيل أكثر انظر:

GILLES (D.), *La pensée juridique de J. DOMAT. Du grand siècle au code civil*, thèse Aix-Marseille 3, 2004, p. 670 et s.

³ - هذا ما أكده السيد ” GALLI “ عند دفاعه عن هذه المادة أمام الهيئة التشريعية خلال الأعمال التحضيرية لتقنين نابليون، انظر :

GALLI (P.G.), « *Présentation au corps législatif* », in : FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires ... tome XI*, op. cit. , p. 215 : « Comment ! Parce qu'un homme peut vivre cent ans, il faudra décerner l'usufruit aussi pour cent ans à une ville ou autre communauté ! Je ne comprends pas bien la conséquence de ce principe : mais je comprends bien la doctrine de l'immortel DOMAT, qui lui-même devança l'opinion de notre code, et n'eut pas de peine à dire qu'il y aurait eu bien plus de raison de fixer cet usufruit à trente années seulement. »

⁴ - MOURICAULT (Th. L.), « *Discussion devant le corps législatif* », in : FENET (P.-A.), *Recueil ... t. VIII ...* , op. cit. ,p. 421 : « toutes recueillies dans ses lois civiles, ouvrage profond qui sera toujours utilement médité. »

⁵ - DOMAT (J.), *Les lois civiles ...* , op. cit. ,p. xxv (25).

⁶ - Idem , p. xxviii (28).

⁷ - Ibid , p. xxvi (26).

⁸ - Ibid , p. 71 : « Comme les conventions se forment par le consentement, personne ne peut en faire pour un autre s'il n'a pas pouvoir de lui. Et on peut encore moins faire préjudice par des conventions à des tierces personnes. »

هذا ما جعل أعمال ” DOMAT “ تصنف في المرتبة الثانية بعد أعمال ” POTHIER “ من حيث تأثيرها على تقنين نابليون⁽¹⁾.

2- مظاهر تأثر المحررين بالفقيه ” POTHIER “ :

يعتبر ” Robert Josef POTHIER “ من أشهر فقهاء عصره، فقد طور نظرية القانون المدني مؤسساً إياها على فكرة الأخلاق (La morale)، معتمداً على أخلاق الديانة المسيحية.

ومظاهر تأثر تقنين نابليون بأعماله كثيرة، نذكر منها على سبيل المثال : المواد المتعلقة بالمحل، والمواد المتعلقة بالغلط، والإكراه، والتدليس، والاستغلال⁽²⁾. أما فيما يتعلق بآثار العقد، فيجب أولاً الإشارة إلى أن هذا الفقيه يميز بين آثار العقد وآثار الالتزام⁽³⁾، فهو يعرض المحل على أنه تحديد لآثار العقد، وليس لآثار الالتزام، كما أن هذا التحديد يتعلق بالشيء الذي يصلح أن يكون محلاً للعقد وكذلك الأطراف؛ بمعنى أنه لا يمكن للشيء أن يشكل محلاً للعقد إلا إذا كان يخص الأطراف المتعاقدة، طبقاً لقاعدة أنه لا يمكن للشخص أن يشترط سوى لنفسه⁽⁴⁾.

فمفهوم مبدأ نسبية الاتفاقات عنده مرتبط بفكرة المحل : « لا يكون للاتفاقات أثر إلا بالنسبة للأشياء التي شكلت محلاً للاتفاق، و فقط بين الأطراف المتعاقدة »⁽⁵⁾. ولم تظهر فكرة نسبية الاتفاقات مستقلة عن المحل إلا في تقنين نابليون⁽⁶⁾. غير أن السؤال الذي يتبادر إلى الأذهان في هذا المجال هو : هل كان يؤسس ” POTHIER “ مبدأ نسبية الاتفاقات على مبدأ سلطان الإرادة؟

حتى نفهم كيف كان يؤسس ” POTHIER “ مبدأ نسبية الاتفاقات، يجب أن نفهم أولاً كيف كان يؤسس مبدأ عدم إمكانية الاشتراط أو التعهد لصالح الغير.

¹ - GILLES (D.), *La pensée juridique de DOMAT ...*, thèse précitée, p. 670.

² - POTHIER (R.J.), *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, t. I, par M. SIFFREIN, éd. L'EDITEUR, Paris, 1821, p.p. 91 - 105.

³ - عالج ” POTHIER “ موضوع آثار العقد من الصفحة 139 إلى الصفحة 170، أما موضوع آثار الالتزام فمن الصفحة 170 إلى الصفحة 196 من المرجع المذكور في الهامش السابق.

⁴ - POTHIER (R.J.), *Traité des obligations ...*, op. cit., p. 117 : « De ce qui peut être l'objet des contrats. Que ce ne peut être qu'une chose qui concerne les parties contractantes, suivant la règle, qu'on ne peut valablement stipuler ni promettre que pour soi. ».

⁵ - Ibid, p.p. 139 - 140 : « Ce principe est qu'une convention n'a d'effet qu'à l'égard des choses qui ont fait l'objet de la convention, et seulement entre les parties contractantes. ».

⁶ - انتقد الأستاذ ” PLANIOL “ هذا الفصل بين الفكرتين، وهو يرى أن ربط مبدأ نسبية الاتفاقات بفكرة المحل يجعله أكثر وضوحاً، لتفاصيل أكثر انظر: انظر:

PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil ...*, op. cit., p. 383.

يرى ” POTHIER “ أنه إذا أبرمنا عقدا نشترط من خلاله لمصلحة الغير، فإن التزام المتعاقد

الثاني (تنفيذ هذا الاشتراط) سيكون التزاما طبيعيا، وليس قانونيا ؛ لأن مصلحة المشتري لا يمكن تقويمها بمال ، وعليه فإن عدم الوفاء بهذا الالتزام لن ينتج أضرارا في ذمة المشتري⁽¹⁾ ، أما إذا كان يمكن تقويم مصلحتنا بمال في هذا الاشتراط، فإنه لن يعتبر اشتراطا لفائدة الغير ، وإنما اشتراطا للنفس، كما لو اشترطت على شخص بناء منزل لأحمد ، وكنت ملزما ببناء هذا المنزل له ، فهنا مصلحتي تقوم بمال؛ لأن هذا الاشتراط يخلصني من التزامي تجاه أحمد⁽²⁾ .

ولا يعتبر أيضا اشتراطا لمصلحة الغير ، ذلك الاشتراط الذي يكون لمصلحة الورثة باعتبار أنهم تكملة للشخصية القانونية للمتوفي⁽³⁾ .

يظهر مما سبق أن سبب منع الاشتراط أو التعهد لمصلحة الغير لا يكمن في احترام إرادة الغير، وإنما في إشكال يتعلق بالتقنية القانونية في حد ذاتها، وهي انعدام مصلحة مادية للمشتري أو المتعهد، مما يعيق نشأة التزام قانوني.

كما أن سبب عدم امتداد آثار العقد إلى الغير عند ” POTHIER “ هو كون أنهم لم يشاركوا في عملية التراضي ، أي أنهم لم يعبروا عن إرادتهم⁽⁴⁾ . غير أن هذا لا يعني أن هذا الفقيه كان يعتمد مبدأ سلطان الإرادة ؛ لأن هذا المبدأ لم يكن قد ظهر بعد⁽⁵⁾ ، وإنما كان يعتمد مبدأ الرضائية الذي كان قد ظهر في القانون الكنسي⁽⁶⁾ . وعليه لا يمكن للشخص أن يلتزم بما لم يرض به، إضافة إلى أن

¹ - POTHIER (R. J.) , *Traité des obligations* ... , op. cit. , p. 119 : « ... car ce que j'ai stipulé de vous pour ce tiers étant quelque chose à quoi je n'ai aucun intérêt qui puisse être appréciable à prix d'argent, il ne peut résulter aucun dommages et intérêts envers moi du manquement de votre promesse : vous y pouvez donc manquer impunément. Or, rien n'est plus contradictoire avec l'obligation civile que le pouvoir d'y contrevenir impunément. ».

² - en ce sens voir, POTHIER (J. R.), *Traité des obligations* ... ,op. cit. , p. 121.

³ - Ibid , p. 123 : « C'est stipuler ou promettre pour nous même, et non pour autrui, lorsque nous stipulons ou promettons pour nos héritiers puisqu'ils sont en quelque façon la continuation de nous-mêmes. ».

⁴ - Ibid , p. 140 : « La raison de la deuxième partie du principe [une convention n'a d'effet qu'à l'égard des choses qui ont fait l'objet de la convention, et seulement entre les partie contractantes] n'est pas moins évidente : l'obligation qui nait des conventions et le droit qui en résulte étant formés par le consentement et le concours des volontés des parties, elle ne peut obliger un tiers, ni donner de droit à un tiers, dont la volonté n'a pas concouru à former la convention. ».

⁵ - ظهر مبدأ سلطان الإرادة في أواخر القرن التاسع عشر، لتفاصيل أكثر انظر :

RANOUIL (V.), *Le principe de l'autonomie de la volonté* ... , thèse précitée.

⁶ - « On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles », cité par, MAZEAUD (H. , L. et J.), *Leçons de droit civil* ... , par CHABAS (F.), op. cit. , p. 45.

” POTHIER ” يربط فكرة آثار العقد بمحله، ولا يمكن أن يكون محلا سوى الشيء الذي يهـم الأطراف المتعاقدة ، ويخصهم⁽¹⁾ ، وعليه فالأشياء التي تخص الغير لا يمكنها أن تشكل محلا للعقد .
وخلاصة لما ذكر أعلاه، يمكن القول أن الفقيه ” POTHIER ” كان يؤسس فكرة نسبية الاتفاقات على مبدأ الرضائية.

II- الظروف التي أحاطت بالمحررين أثناء صياغة التقنين :

من خلال دراسة فلسفة أحكام تقنين نابليون استنتج الأستاذ ” BONNECASE ” أن هناك فكرتان على الأقل سيطرتا على أحكامه، وهما فكرتان تؤمن بهما الثورة الفرنسية⁽²⁾ ، مما يبين تأثير مبادئ الثورة في صانعي التقنين.

تتلخص هاتين الفكرتين في : فكرة وجود قانون طبيعي يسمو على جميع التشريعات الموضوعية، هذا ما عبّر عنه الكتاب التمهيدي لمشروع التقنين : ” يوجد قانون عالمي، دائم لا يتغير، مصدر لكل التشريعات الموضوعية : يتمثل في العقل باعتبار أنه يسير كل البشر”⁽³⁾ . هذه الفكرة ليست بجديدة، فهي التي بعثت بالمومنين بها إلى الثورة ، كما أن تأثيرها جلي على تقنين نابليون ؛ إذ أن هناك أحكام عدة تحيل إلى العدالة ، بل أكثر من ذلك ، إن لم يجد القاضي بما يحكم ، فعليه الرجوع إلى مبادئ العدالة والإنصاف ؛ أي إلى العقل.

وفكرة إعطاء الإنسان مكانة عليا في التنظيمات بهدف حماية شخصه ، وحرية إرادته ، وملكيته، ناتجة عن أفكار فلسفية ترى في الفرد أساس المجتمع . هذا ما جعل ” PORTALIS ” يصرح : « إن الأشخاص هم المبدأ والغاية للقانون. »⁽⁴⁾ . وهذه الفكرة ما هي إلا انعكاس لمضمون إعلان حقوق الإنسان الصادر سنة 1789، فأساس القانون هو الإرادة الحرة للإنسان العاقل.

يظهر مما سبق، أن مفهوم نسبية الاتفاقات في تقنين نابليون يتأسس على التراضي كما في أعمال ” DOMAT ” و ” POTHIER ” ، وقد عززت مبادئ الثورة الفرنسية هذا التأسيس بفكرة حرية الإرادة، والتي كانت منطلقا لظهور مبدأ سلطان الإرادة ، والذي أصبح مبدأ نسبية الاتفاقات يتأسس عليه بعد ظهور التقنين ؛ أي خلال القرن التاسع عشر والقرن العشرين.

¹ - POTHIER (R. J.) , *Traité des obligations ...* , op. cit. , p. 117.

² - BONNECASE (J.) , *La pensée juridique française depuis 1804 à l'heure présente*, Delmas, Bordeaux, 1933.

³ - FENET (P.-A.) , *Recueil complet ...* , t. II, op. cit. , p. 03.

⁴ - Ibid , t. VII, p. 43.

ثانيا- معنى المبدأ عند مفسري التقنين :

إن تأثر محرري تقنين نابليون بالفقيين ” DOMAT ” و ” POTHIER ” اللذين كانا يناديان دائما بمبدأي العدالة وحسن النية ، جعل أحكام التقنين تعرض وكأنها « القواعد الأولية للعدالة »⁽¹⁾ ، كما أن خطاب المفسرين الأوائل لم يخرج عن هذه اللغة⁽²⁾ . وعليه فإن مبدأ نسبية الاتفاقات كان يتأسس على فكرة الأخلاق وما تقتضيه من عدم الإضرار بالغير ، فلا يجوز لمن لم يعبر عن إرادته في إنشاء الاتفاق ، أن يتحمل التزاما ناتجا عنه ، أو يستفيد من حق ، فالطرف بالنسبة لهم هو من يشارك في التراضي إما أصالة عن نفسه أو عن طريق التمثيل ، ومن يخرج عن هذه الطائفة فهو من الغير ، ولا تمتد آثار الاتفاق إليه.

غير أن تأثر المحررين أيضا بمبادئ الثورة الفرنسية لعام 1789 - وخصوصا بتلك المنصوص عليها في إعلان حقوق الإنسان- غرست في التقنين أوليات مبدأ سلطان الإرادة الذي تطور بعد انتشار أفكار ” ADAM SMITH ” ، فتغير تأسيس مبدأ نسبية الاتفاقات ، وأصبح يتأسس على فكرة أن الإرادة هي أساس ومقياس كل الاتفاقات.

سيطرت فكرة أن الإرادة هي أساس كل الاتفاقات على الفقه خلال القرن التاسع عشر⁽³⁾ ، على الرغم من أن هذه الفكرة لم تكن تعرف باسم مبدأ سلطان الإرادة⁽⁴⁾ ؛ لأن عبارة سلطان الإرادة لم تظهر إلا في نهايته ، وذلك راجع لسببين :

- يتمثل الأول في انتماء مفسري القرن التاسع عشر إلى مدرسة التأويل (l'école de l'exégèse) التي تؤمن بفكرة شمولية التشريع المكتوب لكل القانون⁽⁵⁾ ، وعليه تتلخص مهمة رجال القانون في استحضاره ، والبحث عن إرادة المشرع⁽⁶⁾ .

أدت سيطرت هذه المدرسة خلال القرن التاسع عشر إلى الإحباط من قيمة كل عمل فكري قانوني انتقادي للقانون ، وأصبحت الجامعة تكون مطبقين للقانون (praticiens) ، وليس رجال قانون

¹ - BRIGOT DE PREAMNEU (F.), « Présentation au corps législatif sur les contrats », in : FENET (P.-A.), *Recueil complet ...* , t. VII, op. cit. , p. 215.

² - MALLVILLE , TAULIER, DURANTON et MARCADE , cité par , ROUETTE (G.), *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat ...* , thèse précitée, p. 596.

³ - RANOUIL (V.), *L'autonomie de la volonté ...* , thèse précitée, p. 71.

⁴ - Idem , p. 73.

⁵ - Ibid , p.79.

⁶ - GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.), ... *introduction ...* , op. cit. , p. 108.

(jurisconsultes) ؛ إذ كان ينحصر التدريس في شرح أحكام تقنين نابليون⁽¹⁾ ، وقد شرح العميد "AUBRY" في خطابه بمناسبة الدخول الجامعي لسنة 1857 بجامعة (Strasbourg) ما يجب تدريسه: «... كل التشريع بألفاظه ومعانيه... لكن التشريع فقط»⁽²⁾ ، هذا ما جعل الباحثين خلال هذا القرن يمتنعون عن دراسة المبادئ العامة للقانون، فقد كانوا كما وصفهم الأستاذ "GOUNOT" يبتعدون بالغريزة عن كل ما يسمى فلسفة، أو ميتافيزيقيا (ما وراء المادة) ، أو قانون طبيعي، وحتى عن النظرية العامة للقانون⁽³⁾ ، مع العلم أن مبدأ سلطان الإرادة يدخل أساسا في اهتمامات فلسفة القانون.

- أما السبب الثاني فيتمثل في كون أن مذهب الفردية القانونية، والمبدأ المترتب عن فلسفته (مبدأ سلطان الإرادة) لم يكونا مهتمين بالنقد ، وبالتالي لم يكونا ملزمين بالدفاع والظهور⁽⁴⁾ .

فقد كان المفسرون يحاولون دائما شرح التقنين المدني معتمدين على فكرة أن الإرادة هي أساس الاتفاقات، على الرغم من عدم ظهور مصطلح سلطان الإرادة ، ولعل ما ساعد على ذلك هو كون أحكام تقنين نابليون تتماشى مع النتائج التي تترتب على مبدأ سلطان الإرادة : فمبدأ الرضائية ذو الأصول الدينية والأخلاقية يتماشى مع سلطان الإرادة ، وقلة الأحكام الآمرة في تقنين نابليون تتماشى مع فكرة حرية التعاقد ، التي تنتج عن مبدأ سلطان الإرادة، أما فيما يتعلق ببعض العقود العينية والشكلية التي جاء بها ، فقد تم اعتبارها مجرد إرث ورثوه من القانون الروماني.

كما قد امتد هذا التفسير ليشمل آثار العقد ؛ إذ اعتبروا أن الإرادة هي أساس مبدأ القوة الملزمة للعقد ، وأنه لا يعتبر طرفا إلا من عبر عن إرادته ، وبالتالي أصبح مبدأ نسبية الاتفاقات نتيجة منطقية لمبدأ سلطان الإرادة .

تلخيصا لما سلف، يمكن القول أن مبدأ نسبية الاتفاقات لم يعد يفسر على أساس التراضي كما كان ذلك عند محرري تقنين نابليون ، وذلك نتيجة تأثر مفسري القرن التاسع عشر بمذهب الفردية، فأصبح يعتبر نتيجة بديهية لمبدأ سلطان الإرادة ، مما أضفى على مفهوم الطرف، ومفهوم الغير نوعا من الجمود ؛ فالطرف هو فقط من عبر عن إرادته من أجل إنشاء العقد ، لأن أساس القوة الملزمة هي الإرادة ، فمفهوم مبدأ نسبية الاتفاقات مرتبط بأساس مبدأ القوة الملزمة للاتفاق.

1 - RANOUIL (V.), *L'autonomie de la volonté ...* , thèse précitée, p. 79.

2 - cité par BONNECASE (J.), *La pensée juridique française ...* , op. cit. , p. 238.

3 - GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté ...* , thèse précitée, p. 08.

4 - RANOUIL (V.), *L'autonomie de la volonté ...* , thèse précitée, p. 80.

وقد ساد هذا الفهم إلى غاية نهاية القرن العشرين ؛ إذ بتصفح أغلب كتب القانون نجدها تعرض مبدأ نسبية الاتفاقات ، على أنه من البديهيات المستنتجة من مبدأ سلطان الإرادة.

الفرع الثاني التفسير الحالي لمبدأ نسبية الاتفاقات

ظهرت الحاجة إلى إيجاد تفسير جديد لمبدأ نسبية الاتفاقات مع تراجع مبدأ سلطان الإرادة، وظهور المدرسة الموضوعية التي لا تؤمن حتى بوجود الحق . مما أدى إلى كثرة الاستثناءات الواردة عليه.

بدأت فكرة انتقاد مبدأ سلطان الإرادة عند الفقيه الألماني ” IHERING “ في كتابه « روح القانون الروماني » ، أين شرح أن الهدف من وجود القانون هو ليس تكريس الإرادة المجردة، وإنما تكريس الإرادة التي تسعى إلى تحقيق مصالح الحياة وأهدافها ، فهو لا يرى في الإرادة جوهرًا للقانون، فالجوهر يكمن في المصالح والأهداف التي تسعى هذه الإرادة إلى تحقيقها . وعليه يتوجب على القانون ضبط هذه الإرادة وفقا للأهداف والمصالح التي تسعى إلى تحقيقها . كما يرى أيضا أن ترك الإرادة دون ضابط ، هو بمثابة جعل القانون الخاص مدرجا رومانيا (arène) تتصارع فيه الإرادات⁽¹⁾.

وتفاقت أكثر ظاهرة انتقاد فكرة مبدأ سلطان الإرادة مع ظهور الفكر الاشتراكي ، الذي يرى أن الإنسان كائن اجتماعي بطبعه ، فلا يعقل أن تكون الإرادة الفردية المصدر الوحيد للقانون، والهدف الوحيد له ؛ إذ يتوجب أن تمارس هذه الإرادة وفقا للمصلحة الاجتماعية ، وعليه يمكن للمشرع أن يرغمها على أمور باسم حماية الضعفاء.

تأثر التشريع الفرنسي بهذه الفلسفة ، فبدأت تظهر قوانين لا تحترم مبدأ سلطان الإرادة : كقانون العمل الذي يحمي العامل الذي يعتبر الطرف الضعيف في علاقة العمل سنة 1898، وكذلك قانون يفرض التأمين الإجباري ضد الشيخوخة على العمال، والفلاحين سنة 1910، كما بدأ الفقه والقضاء يقبل فكرة التعسف في استعمال الحق.

¹ – VON IHERING (R.), *L'évolution du droit ...* , op. cit. , p. 321.

أثر تراجع مبدأ سلطان الإرادة على المبادئ التي اشتقت منه، فظهرت عدة استثناءات لها. فظهرت استثناءات عدة لمبدأ نسبية الاتفاقات، كرسها التشريع: كالدعوى المباشرة التي يجوز للعامل رفعها مباشرة على رب العمل⁽¹⁾، وانتقال العقود، كانتقال الإيجار في حالة بيع العقار المستأجر وانتقال التأمين في حالة بيع الشيء المؤمن (السيارة مثلا)، وحتى انتقال عقود العمل، كما في حالة خصخصة المؤسسات العمومية... إلخ⁽²⁾، والغريب أنه رغم كثرة استثناءات مبدأ نسبية الاتفاقات إلا أنه ظل موجودا، ولم يتم انتقاد هذا الوجود إلا من الأستاذ "SAVATIER"، غير أن انتقاده لم يكن من هذه الزاوية، وقد رد كل من الأستاذ "WEILL" والأستاذة "CALASTRENG" على انتقاداته عن طريق شرح مبدأ نفاذ العقد في مواجهة الغير. وقد استبق الأستاذ "GOUTAL" أطروحته بالرد على هذا النقد قبل طرح الإشكال، معترفا بأن كثرة الاستثناءات قلصت من الدور الذي يلعبه مبدأ نسبية الاتفاقات كقاعدة عملية، غير أنها لم تفقده هذا الدور⁽³⁾.

نتفق مع الأستاذ "GOUTAL" في مسألة ضرورة المبدأ وعدم إمكانية الاستغناء عنه؛ لأنه يشكل تقنية يستحيل شرح آثار العقد أو أي تصرف بدونه، غير أننا نتساءل بشأن هذه الاستثناءات: هل هي استثناءات ناتجة عن المبدأ في حد ذاته؟ أم أنها ناتجة عن ربط مفهوم مبدأ نسبية الاتفاقات بمبدأ سلطان الإرادة الذي يجعل القوة الملزمة للعقد في الإرادة؟

إن عيب مبدأ سلطان الإرادة هو جعل الفرد الهدف الأسمى للقانون، متجاهلا أن هذا الفرد يعيش في مجتمع، وعليه يجب النظر إليه كعنصر من هذا المجتمع، وبالتالي يجب جعل المجتمع هو الهدف الأسمى للقانون، وليس الفرد.

فهدف القانون هو المحافظة على المجتمع وشروطه الحيوية⁽⁴⁾، وعليه لا يجب ترك مجال السلطة التي يخولها الحق لصاحبه، لتقدير صاحب الحق، وإنما للقانون حتى لا يتعسف.

وعليه لا يجب أن تحكم نظرية التصرف القانوني من قبل الإرادة المجردة، وإنما من قبل الإرادة العاقلة تحت ضمان القانون، فالقانون هو الذي يسمح لهذه الإرادة بإنشاء الآثار القانونية التي تستمد قوتها منه؛ لأن من مقتضيات الحرية أن يسمح للأشخاص تحديد معالم مستقبلهم عن طريق

¹ - المادة 565 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

² - لتفصيل الاستثناءات انظر: فريدة زاوي، مبدأ نسبية العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1992؛

GOUTAL (J.-L.), *Le principe de l'effet relatif ...*, thèse précitée, p.p. 44 – 52.

³ - GOUTAL (J.-L.), *Essai sur le principe de l'effet relatif ...*, thèse précitée, p. 60.

⁴ - RUD VON IHERING, *L'évolution du droit*, traduit sur la 3^{ème} éd. Allemande par O. DE MEULENAERE, éd. Marescq, 1890, Paris, p. 288.

التصرفات القانونية (البيع، الإيجار، عقد العمل ... إلخ) ، فالتصرف القانوني هو وسيلة تحكم في المستقبل عن طريق تحديد المركز القانوني للشخص في هذا المستقبل . ومبدأ نسبية الاتفاقات هو وسيلة ضمان هذا التحكم في المستقبل (أولاً) ، في ظل العدالة الاجتماعية (ثانياً) .

أولاً- مبدأ نسبية الاتفاقات ضامن التحكم في المستقبل عن طريق التصرف القانوني :

يعتبر مبدأ نسبية الاتفاقات ضامناً لأمن المراكز القانونية التي تنشأ عن التصرف ، وهذا الضمان لا يشمل الأطراف فقط (I)، وإنما يشمل الغير كذلك (II).

I- مبدأ نسبية الاتفاقات ضامن لأمن المراكز القانونية للأطراف :

من بين الأهداف التي يسعى القانون لتحقيقها ضمان الأمن والاستقرار القانوني للعلاقات القانونية ، ومن أجل تحقيق هذا الهدف أي ضمان أمن واستقرار المراكز القانونية للأطراف في تصرف قانوني ، أقر القانون مبدأ نسبية الاتفاقات الذي يعتبر قاعدة حماية للقائمين بالتصرف ؛ لأن مد آثار التصرف إلى الغير من شأنه أن يمس بالمراكز القانونية التي أراد الأطراف من خلالها تنظيم مستقبلهم.

فمن شأن السماح لغير الدائن بمطالبة المدين بتنفيذ الأداء الموعود به في التصرف منع الدائن من الاستفادة من هذا الأداء ، وبذلك ، يمنع التصرف من تحقيق الغاية التي أبرم من أجلها ، وإنشاء المركز القانوني للدائن . فالسماح لغير المستفيد في الاعتماد التجاري من الاستفادة بالعتاد ، كالسماح مثلاً لدائن المستفيد من استغلال العتاد ، من شأنه حرمان المستفيد من مركز الدائن الذي كان يسعى إلى تحقيقه من خلال إبرامه للاعتماد التجاري . وعليه فـضمان تحقيقه لهذا المركز هو مبدأ نسبية الاتفاقات.

كما يعتبر مبدأ نسبية الاتفاقات ضامناً للمادة 188 من التقنين المدني الجزائري⁽¹⁾ ، فلو سمحنا لأحد دائني المستفيد من استغلال العتاد، فإن ذلك سيهدد حقوق باقي دائنيه ؛ لأنه سينقص من ضمانه العام.

بعد أن بينا كيف يضمن مبدأ نسبية الاتفاقات المراكز القانونية للأطراف، يجب أن نشرح من هو الطرف؟

¹ - تنص المادة 188 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم على : « أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه ... ».

الطرف هو من شارك في التراضي ، غير أن أساس التراضي هو ليس الإرادة ، وإنما هو المصلحة ، فالعقد هو تلاقي مصلحتين متقابلتين ، والتصرف الثلاثي هو تلاقي ثلاث مصالح متقابلة ، فالأطراف هم من تلاقت مصالحهم في تصرف واحد .

والتصرفات القانونية لا تنشئ آثاراً قانونية بذاتها كما كان يدعي أنصار مبدأ سلطان الإرادة، وإنما تنشأ الآثار بإرادة القانون⁽¹⁾ . وإلا فكيف سنفسر ركن الشكلية إذا كانت الإرادة هي مصدر الآثار القانونية ؟ مع العلم أن بيع العقار لا ينجب آثاراً حتى ما بين الأطراف ، إذا لم يتم شهره⁽²⁾ .

وعليه فإن مبدأ نسبية الاتفاقات لا يجد أساسه لا في إرادة الأطراف ، ولا في التراضي كما كان يقول ” POTHIER ” و ” DOMAT ” ، وإنما يجد أساسه في القانون . فالقانون هو مصدر الآثار القانونية ؛ بمعنى أنه مصدر المراكز القانونية التي تنشأ عن التصرف ، وهو ضامن استقرار هذه المراكز عن طريق مبدأ نسبية الاتفاقيات . وبالتالي فالقانون هو مصدر إلزامية مبدأ نسبية الاتفاقات .

غير أن هذا لا يعني إلغاء كل دور للإرادة ، التي تعتبر وسيلة إظهار المصلحة التي يتم تحديد الطرف من خلالها ، والحالات التي لا يشترط فيها القانون التعبير عن الإرادة هي فقط الحالات التي تكون فيها المصلحة ظاهرة⁽³⁾ ، فالقانون وإن أعطى للأشخاص حق إنشاء كل التصرفات القانونية، فإنه قد حدد سلطات هذا الحق ، فيجوز للشخص إنشاء كل التصرفات التي تحقق مصالحه ، والقانون ضامن لذلك ، على أن لا يمس بالمصلحة العامة والنظام العام ، فقد تم الانتقال من قانون الإرادة (سلطان الإرادة) إلى إرادة القانون (تحقيق الأهداف الحيوية للمجتمع) .

II- مبدأ نسبية الاتفاقات ضامن أمن المراكز القانونية للغير :

إن مسألة ضمان مبدأ نسبية الاتفاقات لأمن المراكز القانونية للغير تظهر أكثر بدهاءة من ضمانه للمراكز القانونية للأطراف ؛ إذ أن المركز القانوني للغير سيتضرر لو أنشأ تصرف قانوني آثاره اتجاهه . وعليه فإن دور مبدأ نسبية الاتفاقات في حماية مراكز الغير لا يحتاج إلى تحليل خاصة .

من هنا تظهر مخاطر الاستثناءات الواردة على مبدأ نسبية الاتفاقات على المراكز القانونية للغير؛ لأن الحماية المطلقة لاستقرار المراكز القانونية ، تقتضي عدم مساس التصرف بالمراكز القانونية للأشخاص الذين هم ليسوا أطرافاً فيه ، فالأمن القانوني (la sécurité juridique) يعتبر من المصالح

¹ - ROUETTE (G.) , ... étude critique de la notion de contrat ... , thèse précitée, p. 636.

² - المادة 16 من الأمر 75 - 74 ، السالف الذكر .
³ - المادة 68 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم .

المشروعة التي يتوجب على المشرع أن يضعها نصب عينيه في كل مرة يسن ، أو يعدل قانونا معيناً⁽¹⁾؛ لأنها من القيم الأساسية التي تسبق العدل والتطور، وإن كان لا مجال إلا بالتضحية بأحد هذه القيم، فالأمن القانوني هو آخر قيمة يجب التضحية بها⁽²⁾.

بالرجوع إلى أهم الاستثناءات الواردة على مبدأ نسبية الاتفاقات ، والمتمثلة في الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير ، نجد أنها تشكل استثناء بالمفهوم الكلاسيكي لمبدأ نسبية الاتفاقات، غير أنها لن تشكل استثناء إذا اعتمدنا نظرية التصرف الثلاثي .

فنجد بالرجوع إلى تقنية التعهد عن الغير⁽³⁾ أنه إذا تعهد شخص عن الغير ، فإن هذا الغير لا ينفذ بهذا التعهد إلا إذا قبله ؛ بمعنى أنه إذا ارتأى أن التعهد يحقق مصلحته التزم به ، أما إذا لم يرى أن هذا التعهد سيحقق مصلحته فله أن يرفضه.

وفي حالة الرفض يلتزم المتعهد بتنفيذ التعهد أو التعويض ، ويكيف التصرف في هذه الحالة على أنه عقد ، ولا نرى فيه استثناء لمبدأ نسبية الاتفاقات.

أما في حالة القبول ، فيكيف التصرف على أنه تصرف ثلاثي باعتبار تلاقي ثلاث مصالح، تقابل كل واحدة المصلحتين الأخرتين . وقد يثار تساؤل فيما يتعلق ببيان مصلحة المتعهد ؟

إن نظرية السبب تبين أن لكل تصرف باعث ، فالشخص المختل فقط هو الذي يتصرف دون السعي وراء تحقيق هدف معين ، وعليه فللمتعهد مصلحة في أن يقبل هذا الغير التعهد ، كما لو كان المتعهد مقاولاً دائناً لمقاول آخر، فيتعهد اتجاه رب عمل بأن ينجز هذا المقاول المدين عملاً معيناً . فهنا تتمثل مصلحة المقاول الدائن ، في دخول أموال إلى ذمة المقاول المدين مقابل العمل ، حتى يستطيع استفاء دينه . فالبحث في السبب يبين لنا المصلحة المقصودة . هذا ما يبين أن التعهد عن الغير لا يشكل استثناء لمبدأ نسبية الاتفاقات .

هذا فيما يتعلق بالتعهد عن الغير ، أما فيما يتعلق بالاشتراط لمصلحة الغير فقد بينا فيما سبق أنه تصرف قانوني ثلاثي .

¹ - POLLAND- DULIAN (F.), « A propos de la sécurité juridique » , *RTD. civ.* 2001, p. 491 et s., p. 491.

² - Ibid .

³ - المادة 114 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

يسعى إذن مبدأ نسبية الاتفاقات إلى ضمان استقرار المراكز القانونية التي تنشأ عن التصرف، هذا ما يسمح بإمكانية تصور استثناءات للمبدأ، إذا كانت هذه الاستثناءات هي وسيلة تحقيق هذا الاستقرار، كما في الدعوى المباشرة التي يقرها المشرع للمقاول الفرعي مباشرة على رب العمل⁽¹⁾؛ إذ يجوز للمقاول الفرعي رفع دعوى مباشرة على رب العمل، يطالبه فيها بما يجاور القدر الذي يكون رب العمل مدينا به للمقاول الأصلي؛ إذ لا يعقل أن يفني رب العمل للمقاول الأصلي، مع العلم أنه ليس هو من نفذ العمل، وأنه لم يوف بالتزامه اتجاه من نفذه.

ثانيا- مبدأ نسبية الاتفاقات وسيلة لتحقيق العدل في المبادلات الاقتصادية :

يعتبر التصرف القانوني وسيلة للتبادلات الاقتصادية، فيتحصل الطرف الموفي بالتزامه على مقابل هذا الوفاء، بينما لا يلتزم الغير بتقديم أي أداء، وعليه فمن العدل أن تخصص الاستفادة من التصرف لمن هو أهل لذلك فقط، وهو الطرف⁽²⁾.

كما أن الوفاء بالالتزام يحدث اختلالا في التوازن بين الذم المالية، مما يستلزم إعادة تحقيق التوازن، غير أن السؤال الذي يطرح: ما هي الذم التي يجب إعادة التوازن بينها؟

يكون التوازن الذي يحققه التصرف عن طريق إنشاء الحقوق والالتزامات بين ذم الأطراف، ولا يجب أن يستفيد الغير من الالتزامات الناشئة عن التصرف؛ لأنه لا يقدم شيئا بالمقابل. وعليه يظهر مبدأ نسبية الاتفاقات كقاعدة من قواعد الفطرة السليمة، التي تسعى إلى تحقيق العدل في المبادلات الاقتصادية، فلا يستفيد من لم يقدم مقابل.

ويسمح هذا الفهم أيضا بتقبل استثناءات لمبدأ نسبية الاتفاقات، إذا كانت هذه الأخيرة تسعى إلى تحقيق العدل، كما في الدعوى المباشرة، فليس من العدل أن يبقى المقاول الفرعي بدون مقابل للأداء الذي أوفى به، ويستفيد المقاول الأصلي من مبلغ المقاول، على الرغم من أنه لم يقدم أي أداء.

هذه هي الأهداف التي يسعى القانون إلى تحقيقها من وراء إقرار مبدأ نسبية الاتفاقات، الذي يجد أساسه في إرادة القانون، لا في إرادة الأطراف؛ لأن جعل إرادة الأطراف كأساس للمبدأ من شأنه أن يفقد الاستثناءات الواردة عليه مبرراتها، فلا يعقل أن تؤسس الدعوى المباشرة مثلا، على إرادة الأطراف، فنقول أن المقاول الأصلي ورب العمل قد اتفقا على أن يفني هذا الأخير مباشرة

¹ - المادة 565 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

² - GHESTIN (J.) et GOUBEUX (G.), ... *introduction générale* ... , op. cit. , p.p. 153 - 155.

للعامل أو المفاوض الفرعي في حالة عدم قيام المفاوض الأصلي بذلك ، غير أن تأسيسه على إرادة القانون يسمح بتبرير الاستثناءات : ففي كل حالة لا يحقق فيها مبدأ نسبية الاتفاقات الأهداف المرجوة منه ، والمتمثلة أساسا في العدل في المبادلات الاقتصادية ، والاستقرار في المراكز القانونية ، يجوز الخروج عنه لتحقيق الأهداف التي عجز المبدأ عن تحقيقها .

وبهذا نكون قد بينا الأهداف التي يروجها القانون من إقراره لمبدأ نسبية الاتفاقات ، غير أن معنى المبدأ لن يتجلى إلا بعد عرض مضمونه ، أو بمعنى آخر تحديد هذه الآثار النسبية.

يرى أغلب المفسرين أن مبدأ نسبية الاتفاقات يمنع من جعل الغير دائنين أو مدينين⁽¹⁾ ، ويذهب آخرون منهم إلى القول أن مبدأ نسبية الاتفاقات يجعل مبدأ القوة الملزمة للتصرف منحصر بين أطرافه⁽²⁾ .

للتصرف القانوني أثران أساسيان : يتمثل الأول في قدرته على إنشاء الحقوق والالتزامات ، أما الثاني ففي قدرته على إنشاء قانون خاص بالمتعاقدين ، فالمادة 106 من التقنين المدني الجزائري تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين ؛ بمعنى أن أحكام العقد هي بمثابة قانون يحكم المتعاقدين . ويترتب على ذلك أن الأطراف ملزمون بالخضوع إلى أحكام العقد ، وأن القاضي سيلتزم بهذه الأحكام ليحل النزاعات التي قد تثور في المستقبل بين الأطراف . فالتصرف القانوني له أن يضع مقاييس أو ضوابط⁽³⁾ قانونية (normes juridiques) ؛ أو بمعنى آخر ، للتصرف سلطة ضبط قانوني . وهي تختلف عن سلطة إنشاء الحقوق والالتزامات ؛ لأن هناك من التصرفات ما لا تنشئ حقوقا والتزامات على عاتق الأطراف ، ومثالها العقد الإطار (le contrat cadre) ، والمتمثل في ذلك الاتفاق الذي يحدد بموجبه الأطراف القواعد التي ستحكم العقود المستقبلية التي ستكون بينهم ، والتي تسمى -عادة- بالعقود التطبيقية⁽⁴⁾ ، فهذا العقد الإطار لا يولد التزامات وحقوق على عاتق الأطراف ، وإنما يولد مقاييس أو ضوابط يتوجب على الأطراف احترامها عند إبرام العقود التطبيقية ، أي المنشئة للحقوق والالتزامات.

¹ - CARBONNIER (J.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 228 ; LARROUMET (Ch.), *Traité de Droit civil ... Effets ...* , op. cit. , p. 877 ; MAZEAUD (H., L. et J.), *Leçons de droit civil ...* , par CHABAS (F.) op. cit. , p. 875 ; TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 384 ; GOUTAL (J.-L.), *Essai sur le principe de l'effet relatif* ... , thèse précitée, p. 22.

² - GHESTIN (J.) , *Traité de droit civil ... Effets ...* ,op. cit. , p. 610 : « le contrat n'a en principe d'effets obligatoires qu'entre les parties. ».

³ - استعملنا مصطلح مقياس بمعنى (norme) وهناك من يستعمل مصطلح قاعدة، ولكن ليس بمفهوم (règle)؛ لأن القانون وحده الذي يضع قواعد قانونية بمفهوم العمومية، التي تنفذها أحكام العقد والتصرفات القانونية عامة، أما المعنى الذي نريده فهو سلطة ضبط سلوك الأشخاص.

⁴ - TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 153.

يرى الأستاذ " ANCEL " - ونسأله في ذلك - أن التصرف ملزم في مسألة أثر إنشاء قانون (المراكز القانونية) للأطراف، وحتى للغير، وهذه القوة الملزمة اتجاه الغير هي التي تعرف بمبدأ نفاذ التصرف في مواجهة الغير⁽¹⁾.

فالتصرف إن لم يكن نافذا في مواجهة الغير لن يكون ناجعا محققا لهدف الأطراف : فلو قام شخص ببيع شيء لشخص آخر ، ولم يكن البيع نافذا في مواجهة الغير، كان غير ناجع ، فالغير لن يعتبروا المشتري مالكا لهذا الشيء ، وإنما يبقى البائع هو المالك ، وبذلك لن يحقق البيع الغرض من إبرامه.

وعليه يمكن القول أن معنى مبدأ نسبية الاتفاقات هو نسبية الالتزامات والحقوق المنشأة من قبل التصرف ، ففي البيع مثلا ، تكون الالتزامات والحقوق نسبية ، فلا يمكن إنشاء الأثر القانوني المتمثل في الالتزام بالتسليم على عاتق شخص من الغير ، وإنما يجب حصر هذه الالتزامات والحقوق فيما بين البائع والمشتري ، أما فيما يتعلق بمضمون البيع أو أثر إنشاء مراكز قانونية⁽²⁾ ، فإن الزاميته عامة لا تنحصر على المتعاقدين أو الأطراف، فكل الأشخاص ملزمون بالاعتراف بهذه المراكز التي أنشأها البيع، وهذا الأثر لا يحكمه مبدأ نسبية الاتفاقات ، وإنما مبدأ نفاذ العقد في مواجهة الغير.

يمكن القول - تلخيصا لما سبق- أن للتصرف أثرا أساسيان : أثر منشئ للحقوق والالتزامات، يحكمه مبدأ نسبية الاتفاقات، وأثر منشئ للمقاييس القانونية (effet créateur de norme juridique) ، أو المراكز القانونية، يحكمه مبدأ نفاذ العقد في مواجهة الغير.

المطلب الثاني

نفاذ التصرف الثلاثي في مواجهة الغير

ترتبط نجاعة التصرف - كما رأينا سلفا - باعتداد الغير به ، وحصر آثاره فيما بين أطرافه من شأنه أن يمس بضرورة وجود تقنية التصرف في حد ذاتها.

¹ - ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD. Civ. , n°4, 1999*, p. 771 et s. , p. 807.

² - TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations ...* , op. cit. , p. 387.

أكتفت أول المحاولات الفقهية باستخراج التناقضات الظاهرة بين مبدأ نسبية الاتفاقات ونجاعة التصرف⁽¹⁾، وإرجاع السبب إلى التصور الفردي لنظرية الالتزامات⁽²⁾، والذي أصبح منتقدا منذ بداية القرن العشرين، حيث ظهرت تيارات مناقضة للمذهب الفردي، غير أنه لم يثبت أنها كانت تنادي بتحويل مبدأ نسبية آثار الاتفاقات إلى مبدأ الآثار المطلقة للاتفاقات، وإنما كانت تسعى إلى تفسير هذا التناقض الظاهر بين مبدأ نسبية الاتفاقات، وامتداد بعض آثار التصرف إلى الغير، والتي انتهت باقتراح مفهوم جديد يتمثل في نفاذ التصرف في مواجهة الغير.

سوف نشرح أساس هذا المبدأ (فرع أول)، قبل أن نتعرض إلى أحكام تطبيقه (فرع ثاني) .

الفرع الأول

أساس مبدأ نفاذ التصرف في مواجهة الغير

تمت صياغة هذا المبدأ في نهاية الثلاثينيات من القرن العشرين بهدف تفسير وتبرير آثار العقد في مواجهة الغير .

يرى أنصار هذه النظرية⁽³⁾ أن الآثار التي تنتج عن العقد باعتباره تصرفا قانونيا، هي فقط التي تكون نسبية، بينما الآثار التي تنتج عنه باعتباره واقعة قانونية واجتماعية فتكون مطلقة (أولا)، وقد تم اعتماد هذا التمييز بين مبدأ نسبية الاتفاقات، ومبدأ نفاذ العقد في مواجهة الغير من قبل الفقه، غير أن بعضهم يشكك في الأساس المقترح، والمتمثل في العقد الواقعة، ويقترح أساسا آخر يتمثل في نفاذ آثار التصرف أو العقد المنشئ لمقاييس قانونية (normes juridiques) تجاه الغير (ثانيا).

أولا- نفاذ آثار التصرف في مواجهة الغير باعتباره واقعة قانونية :

سنعرض مضمون هذا الأساس (I)، قبل نقده (II).

I- مضمونه :

¹ - SAVATIER (R.), « Le prétendu principe de l'effet relatif ... » ... , art. précité.

² - Ibid, p. 540.

³ - WEILL (A.), *La relativité des conventions en droit privé français ...* , thèse précitée ; CALASTRENG (S.), *La relativité des conventions ...* , thèse précitée.

أول من صاغ مضمون مبدأ نفاذ العقد في مواجهة الغير هما الأستاذان " Alex WEILL " في أطروحته التي تحمل عنوان : « نسبية الاتفاقات في القانون الخاص الفرنسي » ، و " Simone CALASTRENG " في أطروحتها التي تحمل عنوان : « نسبية الاتفاقات » ، واللذان يعرضان المبدأ كالتالي : العقد ملزم للأطراف (مبدأ القوة الملزمة للعقد) وللأطراف فقط (مبدأ نسبية الاتفاقات) ، أما بالنسبة للغير ، فالعقد نافذ في مواجهتهم ؛ بمعنى أنه على الرغم من نسبية العقد فإنه يولد بعض النتائج في مواجهة الغير.

أساس هذا التحليل هو الملاحظة : فقد تمت ملاحظة أن القانون الموضوعي يلحق بعض الآثار بالغير ، مما يتعارض مع مبدأ نسبية الاتفاقات ، فتم اقتراح مبدأ نفاذ العقد في مواجهة الغير لمعالجة هذا التعارض ، وهو مبدأ مقبول في الفقه الحالي⁽¹⁾ .

يؤسس أنصار هذه النظرية مبدأ نفاذ العقد في مواجهة الغير على فكرة أن العقد واقعة اجتماعية بالنسبة إلى الغير ، وأنه لا يمكنهم تجاهلها ، وقد عبرت الأستاذة " CALASTRENG " عن هذه الفكرة بتشبيه جميل : « سنستعين بصورة : تلك مثلا التي تقترحها لعبة الحلقة ، لا يمكن لأي طفل أن يلزم طفلا آخر بالدخول إلى الحلقة ، فلا يمكنه أن يفرض عليه المتعة أو الإزعاج ، غير أن هذا الأخير يكون ملزما بالتعامل بتسامح مع حلقة أصدقائه ، التي قد تسبب له إزعاجا أو متعة عندما تمر أمامه ، فهذه الحلقة نافذة في مواجهته على أنها واقعة »⁽²⁾ .

ونفاذ العقد في مواجهة الغير لا يكون مستعملا من قبل الأطراف في مواجهة الغير فقط⁽³⁾ ، وإنما قد يستعمله الغير في مواجهة الأطراف كنتيجة عن التزامهم باحترامه⁽⁴⁾ ، فيجوز للشخص الذي

¹ - FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.) , ... *L'acte juridique* ... , op. cit. , p. 316 ; LARROUMET (Ch.), *Droit civil ... Effets* ... , op. cit. , p. 879 ; MAZEAUD (H., L. et J.), *Leçons de droit civil* ... , par (F.) CHABAS, op. cit. , p. 886 ; TERRE (F.) , SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), ... *les obligations* ... , op. cit. , p. 387 ; MALAURIE (Ph.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNK (Ph.), *Les obligations* ... , op. cit. , p. 408 ; GOUTAL (J.-L.) , *Essai sur le principe de la relativité* ... , thèse précitée, p. 33 ; DUCLOS (J.) , *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, L.G.D.J. , 1984.

² - CALASTRENG (S.) , *La relativité des conventions* ... , thèse précitée, p. 21.

³ - يمكن للأطراف - عن طريق مبدأ نفاذ العقد في مواجهة الغير - استعمال العقد كوسيلة إثبات ، خاصة إثبات الملكية ، أو كواقعة منشئة لمراكز قانونية ، كعقد الزواج الذي ينشئ مركز قانوني للرجل والمرأة يمكنها من العيش معا دون انتهاكها بالمساس بالأداب العامة ؛ لأنه واقعة ملزمة لكل المجتمع.

⁴ - CALASTRENG (S.) , *La relativité des conventions* ... , thèse précitée, p. 337 : « qui sont tenus de respecter loyalement la situation établie ... sont à même d'en attendre la stricte observation. » .

يتضرر من جراء عدم تنفيذ الأطراف لالتزامهم رفع دعوى تقصيرية على الطرف المخل بالتزامه ، على اعتبار أن عدم التنفيذ هو واقعة مسببة للضرر⁽¹⁾ .

لم يكن ظهور فكرة كون أن العقد يشكل واقعة اجتماعية لأول مرة ، في كتابات الأستاذين ” WEILL ” و ” CALASTRENG ” ، وإنما قد ظهرت في كتابات سابقة ؛ فالأستاذ ” GOUNOT ” كان يعيب على مذهب الفردية القانونية أنه اغفل حقيقة كون العقد واقعة اجتماعية ، وبالنتيجة فإنه لن يتسنى للإرادة إنشاء آثار قانونية إلا إذا انصهرت في المحيط الاجتماعي الذي توجد فيه ، وخضعت لقوانينه⁽²⁾ ، أما الأستاذ ” DEMOGUE ” فلم يكتف بدراسة تأثير المجتمع على التصرف ، وإنما درس أيضا تأثير التصرف على المجتمع ؛ رافضا فكرة الحضارة الفردية التي كانت سائدة في بداية القرن التاسع عشر بعد نجاح الثورة الفرنسية ، وتروج أفكارها ؛ إذ اعتبر أن الصياغة التي جاءت بها المادة 1165 من تقنين نابليون تصلح في المجتمعات ذات النزعة الفردية فقط ، كالمجتمع الذي ساد عند ظهور التقنين ، ولا تصلح في المجتمعات ذات النزعة الجماعية⁽³⁾ ، وهو يرى أن هذه الصياغة ناتجة عن الفلسفة القانونية السائدة آنذاك ، والتي اعتمدت فكرة حرية الإنسان كمبدأ ، واعتبرت العقود بمثابة مساس بهذه الحرية ، وعليه حدّدت آثاره فيما بين الأطراف فقط . بينما يعتبر كل تصرف قانوني – في واقع الأمر- واقعة اجتماعية تسبح في بحر من التصرفات الإنسانية، تؤثر فيها وتتأثر بها على الدوام⁽⁴⁾ .

فكل من الأستاذ ” GOUNOT ” و الأستاذ ” DEMOGUE ” يريان أن التصور الفردي للقانون يعيق فكرة تصور العقد على أنه واقعة اجتماعية ، غير أن الأستاذ ” WEILL ” لا يرى ذلك ، فبالنسبة إليه ، مجرد عدم اعتراض صريح من تقنين نابليون يكفي لإعطاء شرعية للفكرة (العقد واقعة اجتماعية)⁽⁵⁾ .

¹ - FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L .), ... *l'acte juridique* ... , op. cit. , p. 317 : « il est admis qu'un tiers peut se prévaloir de l'existence d'un contrat dont la mauvaise exécution lui a causé préjudice : il peut invoquer la faute commise par le contractant dans l'exécution du contrat pour lui demander réparation de son dommage. ».

² - GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté* ... , thèse précitée, p. 142 : « Comme tout phénomène juridique, le contrat est un fait social ; que la volonté individuelle ne peut produire des effets de droits qu'à la condition de se socialiser, c'est-à-dire de s'insérer dans le milieu social et de se plier à ses lois. ».

³ - DEMOGUE (R.), *Traité des obligations ... t. VII* ... , op. cit. , p. 68.

⁴ - Ibid , p. 77 : « En effet, tout contrat, tout acte juridique est un fait social. Il est plongé, noyé dans un milieu de droits et d'actes humains. Il y réagit forcément. Ainsi chacun de nos actes produit ses conséquences à l'infini, en longues ondes de répercussions. ».

⁵ - WEILL (A.), *La relativité des conventions* ... , thèse précitée, p. 279 et s.

قد لاقت فكرة تأسيس نفاذ العقد في مواجهة الغير على اعتبار هذا الأخير واقعة اجتماعية بعض الانتقادات .

II- نقده :

أول من أثار هذا النقد هو الأستاذ ” ANCEL “، الذي يرى أن فكرة امتداد آثار العقد إلى الغير باعتباره واقعة قانونية ، فيه إغفال للتمييز الجوهرى الموجود بين الواقعة القانونية والتصرف القانوني⁽¹⁾ ، والذي وصّحه الأستاذ ” AMSELEK “ ؛ خلافا للتصرف الذي ينشئ قواعد قانونية، الواقعة ليست منشئة لقواعد قانونية بحد ذاتها ، وإنما توفر ظروف تطبيق قاعدة قانونية موجودة على واقعة معينة⁽²⁾ .

إن نظرية العقد الواقعة تضع عقد البيع (الذي ينقل حق الملكية للمشتري) في نفس المرتبة من حيث النفاذ في مواجهة الغير مع حادثة الوفاة (التي تنقل الملكية للورثة) ، على الرغم من أن القاضي لا يقوم إلا بتطبيق أحكام الميراث عندما يفصل في النزاع المتعلق بشخص المالك الجديد ، وعليه فالنفاذ الذي نتحدث عنه في هذا المجال ، هو ليس نفاذ الواقعة (الوفاة) ، وإنما نفاذ القانون (أحكام الميراث) ، بينما يطبق القاضي أحكام العقد عندما يفصل في النزاعات المتعلقة بعقد البيع ، وعليه ما يكون نافذا في مواجهة الغير ، هو ليس القانون باعتبار أن العقد قد أثار تطبيقه ، وإنما شروط العقد ذاته ، فالمراكز القانونية التي ينشئها العقد تكون ملزمة للجميع ، وليست نسبية⁽³⁾ ، وسلطة العقد في إنشاء مراكز قانونية يعبر عنها بفكرة السلطة المقياسية للعقد ، أو سلطة الضبط القانوني للعقد (le pouvoir normatif du contrat).

إن اعتبار العقد بمثابة واقعة فيما يتعلق بنفاذه في مواجهة الغير ، يعني وجود قواعد قانونية تلحق بواقعة العقد - بما فيها نشأته وتنفيذه - آثارا قانونية ، وعليه لا يمكن اعتبار هذا النفاذ نافذا للعقد، وإنما نفاذ للقاعدة القانونية التي تلحق الآثار القانونية بواقعة العقد ، وهذا فيه إنكار للدور التقديسي الذي يتمتع به العقد ، والتصرفات القانونية بصفة عامة.

ثانيا- نفاذ الأثر التقديسي للعقد أو للتصرف على أساس القوة الملزمة للتصرف :

¹ - ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat » ... , art. précité, p. 806 : « or cette idée du contrat comme fait juridique à l'égard des tiers nous paraît extrêmement critiquable, car elle nie la différence substantielle entre les actes et les faits juridiques. ».

² - AMSELEK (P.), « L'acte juridique à travers la pensée de Charles EISENMANN », in : *la pensée de EISENMANN (Ch.)*, dir.,(P.) AMSELEK, Economica, 1986, p. 31 et s. , p.p. 36 - 37.

³ - ANCEL (P.) , « Force obligatoire et contenu obligationnel ... », art. précité, p. 806.

إن فكرة نفاذ التصرف في مواجهة الغير على أساس القوة الملزمة للتصرف ، موجودة في كتابات عدة مفسرين ، فبعضهم يركز على فكرة أن مبدأ نفاذ التصرف في مواجهة الغير ، مبدأ مكمل لمبدأ القوة الملزمة للعقد (I)، أما البعض الآخر فيمدد مباشرة القوة الملزمة للتصرف إلى الغير (II).

I- مبدأ نفاذ التصرف في مواجهة الغير مبدأ مكمل وضروري لمبدأ القوة الملزمة للتصرف :

أصحاب هذا الطرح هم الأساتذة : ” Jacques GHESTIN ” ، و ” Christophe JAMIN ” ، و ” Marc BILLIAU ” ، وهم يرون «أن نفاذ التصرف في مواجهة الغير ظاهرة عامة ، تسعى إلى جعل الغير يعترفون بوجود التصرف ؛ لأنه إذا سمح لهم بعدم الاعتراف بالتصرف ، فإن هذا الأخير لن يكون ناجعا حتى فيما بين الأطراف»⁽¹⁾ . ويضربون بعض الأمثلة من أجل الإقناع بذلك.

فحالة الحق مثلا ، تنقص قيمة الحق من الذمة المالية للمحيل ، وبالتالي تنقص من ضمانه العام. فلو افترضنا أنه يمكن لدائنيه تجاهل الحوالة ؛ بمعنى أنه يمكنهم التنفيذ على الحق المحال ، فإن الحوالة ستفقد أثرها الناقل للحق ؛ لأن المحيل سيبقى دائما مالكا للحق بالنسبة لدائنيه . وعليه فإنه لن تكون لهذه الحوالة أي نجاعة قانونية ، فوجودها يساوي عدمه⁽²⁾ .

إضافة إلى ذلك ، يعتبر المحال عليه من قبيل الغير ؛ لأن الحوالة تبرم بين المحيل والحال له ، مما يمكن المحال عليه من طلب رفض الدعوى التي يرفعها عليه المحال له في الشكل لانعدام الصفة، فهو لم يتعاقد معه . وبذلك ستفقد الحوالة كل معناها⁽³⁾ .

وكذلك الأمر فيما يتعلق بشرط عدم المنافسة ، فلو افترضنا أن الغير يمكنهم تجاهل الشرط، فإنه يمكنهم الاتفاق مع المدين بعدم المنافسة ، على مخالفة الشرط⁽⁴⁾ . وتكون النتيجة نفسها بالنسبة للعقود الناقلة للملكية ، فلو أمكن الغير تجاهلها لفقدت الغاية من وجودها⁽⁵⁾ .

¹ - GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), ... *Les effets ...* , op. cit. , p. 417.

² - Ibid .

³ - SAVATIER (R.), « *Le prétendu principe ...* » ... , art. précité, p. 528 : « La cession de créance perdrait tout son sens si elle ne permettait pas au cessionnaire d'agir contre le tiers débiteur. ».

⁴ - بغض النظر عن مسؤولية المدين بعدم المنافسة تجاه دائنه.

⁵ - GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), ... *Les effets ...* , op. cit. , p. p. 417 - 418.

يخلص هؤلاء الأساتذة من خلال هذه الأمثلة إلى أن نفاذ العقد في مواجهة الغير مبدأ ضروري ومكمل لمبدأ القوة الملزمة⁽¹⁾ ، وهذا الأساس لمبدأ نفاذ العقد في مواجهة الغير (القوة الملزمة) يصلح كأساس لاحتجاج الغير بالمبدأ في مواجهة الأطراف ، واحتجاج الأطراف بالمبدأ في مواجهة الغير .

تم انتقاد هذا الموقف من قبل بعض الأساتذة الذين لا يرون أن نفاذ العقد يتأسس على قوته الملزمة . ففي اعتبارهم يمكن لمبدأ القوة الملزمة أن يفسر مبدأ نسبية الاتفاقات ، الذي يعبر عن نسبية القوة الملزمة للاتفاق ، والذي يعني أن الاتفاق لا يمكنه أن ينشئ حق أو التزاما في ذمة الغير . غير أنه لا يمكنه تفسير وجوب احترام الغير للاتفاق تحت طائلة نشأت مسؤولية تقصيرية ؛ لأن هذه المسؤولية التقصيرية لا تنشأ عن مخالفة شروط العقد ، وإنما تنشأ عن خطأ عدم احترام الحقوق التي أنشأها العقد ، فأساس نفاذ العقد ناتج عندهم عن واقعة وجود العقد ، لا عن مبدأ قوته الملزمة⁽²⁾ .

أجاب الأستاذ " GHESTIN " عن هذا الانتقاد في مقال مستقل⁽³⁾ ، أين استحضر تحاليله التي نشرها في مؤلف مع الأستاذ " GOUBEUX " تحت عنوان : « مدخل عام لدراسة القانون المدني » ، والتي مفادها : « أن الحق هو وسيلة لتحديد المركز القانوني للشخص في مواجهة الغير ، ولا تكون الحالة مستدعية للنقاش إذا كان الحق حق دائنية ، غير أنه إذا كان الحق عينيا ، كحق الملكية مثلا ، فلا يمكن القول أن الغير غير معين بهذا الحق ؛ إذ من واجبه احترامه . وعليه فإن الحق هو علاقة قانونية ما بين الشخص والأفراد الآخرين المكونين للمجتمع »⁽⁴⁾ ، مما يرسى مبدأ النفاذ العام للحقوق ، سواء كانت حقوقا عينية أو شخصية⁽⁵⁾ ، ويعرف الالتزام المتولد عن هذا النفاذ العام « بالالتزام العام السلبي » (obligation passive universelle) ، الذي يعني التزام الجميع بالامتناع عن القيام بأي عمل من شأنه الإخلال بسلطات صاحب الحق⁽⁶⁾ .

بعد أن استحضر الأستاذ " GHESTIN " فكرة النفاذ العام للحقوق ، اقترح تطبيق فكرة النفاذ العام للحق الشخصي على العقود ؛ بمعنى أن التزام الغير بالعقد يكون بالامتناع فقط ، وليس

¹ - Ibid , p. 418 : « il est permis de dire que l'opposabilité est un complément nécessaire de la force obligatoire du contrat. ».

² - **GOUTAL (J.-L.)**, *Essai sur le principe de l'effet relatif ...* , thèse précitée, p. 41; **BERTRANT (F.)**, *Essai sur l'opposabilité des contrats au tiers*, thèse Paris 2, 1979, p. 188 et s; **FLOUR (Y.)**, *L'effet des contrats à l'égard des tiers ...* , thèse Paris 2, 1977, p. 4.

³ - **GHESTIN (J.)**, « Introduction », in : *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, dir. GHESTIN (J.) et FONTAINE (M.) ... , op. cit. , p. 4 et s.

⁴ - **GHESTIN (J.)** et **GOUBEUX (G.)** , ... *introduction générale ...* , op. cit. , p. 181.

⁵ - **GHESTIN (J.)**, « Introduction »... , art. précité, p. 16.

⁶ - **AUBRY (Ch.)** et **RAU (Ch.)** , *Cours de droit civil français (d'après la méthode de ZACHARIA)*, t. II, 5^{ème} éd., op. cit., p. 172.

بمنح شيء ، أو بقيام بعمل⁽¹⁾ ، فالدائن لا يمكنه أن يطلب من الغير القيام بأي عمل ايجابي من أجل التنفيذ ؛ لأنهم لا يلتزمون إلا بالتزام سلبي ، يتمثل في عدم عرقلة التنفيذ العادي للعقد .

مما لا شك فيه هو أن نجاعة العقد مرتبطة إلى حد كبير بنفاذ هذا الأخير في مواجهة الغير ، فالعقود الناقلة للملكية مثلا ، لن يكون لها أي معنى إن لم تكن نافذة في مواجهة الغير ؛ لأن عدم اعتراف الغير بهذا الانتقال للملكية يفقد العقد الغرض من وجوده ، غير أن هذه الملاحظة تبقى غير كافية لتأسيس مبدأ نفاذ العقد في مواجهة الغير على مبدأ القوة الملزمة ، هذا ما بعث بالأستاذ ” ANCEL ” إلى التمييز بين أثر التصرف المتمثل في إنشاء الحقوق والالتزامات ، وأثره في إنشاء المراكز القانونية ، حتى يؤسس مبدأ نفاذ العقد في مواجهة الغير على مبدأ القوة الملزمة للعقد .

II- مبدأ نفاذ التصرف امتداد لمبدأ القوة الملزمة للعقد :

تساءل الأستاذ ” ANCEL ” في مقال خصصه لمبدأ القوة الملزمة للعقد عن مدى إلزامية آثار العقد بالنسبة للغير ، خصوصا بعد أن انتقد نظرية العقد الواقعة ، والتي مفادها أن العقد يكون نافذا في مواجهة الغير على أساس أنه يشكل واقعة بالنسبة لهم ، مركزا انتقاده على أعمال الأستاذ ” AMSELEK ” في التمييز بين الواقعة والعقد ، والتي مفادها أن العقد ينشئ قواعد منظمة لسلوك الأفراد ، عكس الواقعة التي لا تنشئ مثل هذه القواعد ، وإنما تكتفي بتوفير شروط تطبيق قواعد كانت موجودة مسبقا . وعليه فإن القول بأن العقد نافذ في مواجهة الغير على أساس أنه واقعة يجعل مسألة النفاذ خارجة عن العقد ، وهو أمر تعوزه الصحة بالنسبة له .

يرى الأستاذ ” ANCEL ” أنه لا يجب تفسير المادة 1165 من التقنين المدني الفرنسي تفسيراً حرفياً ؛ بمعنى أن مسلمة « أن العقد لا يمكنه أن يجعل من الغير لا دائنا ولا مدينا » ، لا تعني إمكان تجاهل الغير لهذا العقد ، فهم ملزمين باحترام الحقوق والالتزامات المتفرعة عنه . بل أكثر من ذلك ، فإنه يجوز للأطراف الاحتجاج بها في مواجهتهم⁽²⁾ ، وهو أمر متفق عليه في الفقه حاليا ، وإن كان هناك خلاف في تأسيسه .

رأينا سلفاً أن هناك من المفسرين من يؤسس نفاذ العقد في مواجهة الغير على فكرة نفاذ الحقوق التي ينشئها العقد أو التصرف ، وهم يعتمدون في شرح هذا التأسيس على العقود الناقلة للحقوق

¹ - GHESTIN (J.), « Introduction »... , art. précité, p. 17.

² - ANCEL (P.), « La force obligatoire ... » ... , art. précité, p. 804.

العينية ، التي يجوز فيها للمشتري أن يحتج أمام الجميع بملكته للشيء الذي اشتراه ، باعتبار أن الحقوق العينية نافذة في مواجهة الجميع⁽¹⁾ ، ليعموا هذه النتيجة على جميع العقود ، بما فيها العقود المنشئة للحقوق الشخصية .

ناقش الأستاذ " ANCEL " هذا التأسيس ، وهو يرى أنه غير مقنع ؛ لأنه يدخلنا في حلقة مفرغة : ففي حالة الإرث مثلا ، يحتج الوارث بملكته للشيء الموروث في مواجهة الغير ، وهو في الحقيقة لا يحتج بالحق الذي انتقل إليه ، وإنما بقواعد الميراث التي جعلت منه المالك . والشيء نفسه بالنسبة للمشتري الذي يحتج في مواجهة الغير بملكية الشيء الذي اشتراه ، فهو يحتج بالعقد الناقل للملكية الذي أبرمه⁽²⁾ .

أما فيما يتعلق بالرأي الذي يؤسس نفاذ العقد في مواجهة الغير على فكرة العقد الواقعة ، فهو يستبعده تماما ؛ لأنه يخلط بين مفهومي التصرف القانوني والواقعة القانونية ، بل ويؤكد أن للعقد قوة ملزمة ، سواء في مواجهة الأطراف أو في مواجهة الغير ، وأن ما نسميه بنفاذ العقد في مواجهة الغير ما هو إلا القوة الملزمة للعقد في مواجهة الغير⁽³⁾ .

وهو يرى أن هذا التأكيد لا يظهر مناسبا إلا بسبب الخلط الموجود بين مفهومي القوة الملزمة للعقد ، والقوة الملزمة لمضمونه ، المتمثل في إنشاء حقوق والتزامات . فمن المتفق عليه أن القاعدة العقدية لا تخص سوى الأطراف المتعاقدة ، وأن القانون - من حيث الأصل - لا يؤهل أشخاص القانون الخاص لإنشاء التزامات للغير ، غير أنه وإن كانت القاعدة العقدية لا تلزم سوى الأطراف ، فإن التأهيل القانوني للأشخاص بإنشاء العقود ملزم للجميع⁽⁴⁾ ، وإن المركز القانوني الناتج عن العقد بموجب هذا التأهيل القانوني هو ملزم للجميع بالنتيجة.

الفرع الثاني

أحكام مبدأ نفاذ التصرف في مواجهة الغير

¹ - مع مراعاة إجراء الشهر فيما يتعلق بانتقال ملكية بعض الأشياء كالعقارات ، والسفن ، والطائرات ... الخ.

² - ANCEL (P.), « La force obligatoire ... » ... , art. précité, p. 805.

³ - Idem , p. 807.

⁴ - Ibid .

تختلف أحكام مبدأ نفاذ التصرف في مواجهة الغير باختلاف طبيعة الالتزامات التي تنشأ عنه، فقد تنشأ عن التصرف حقوق شخصية ، وقد تنشأ عنه حقوق عينية . وعليه فإن دراسة أحكام مبدأ نفاذ التصرف في مواجهة الغير ، تستدعي بحثها في التصرفات المنشئة للحقوق الشخصية (أولاً) ، وفي التصرفات المنشئة للحقوق العينية (ثانياً) .

أولاً- نفاذ التصرفات المنشئة للحقوق الشخصية في مواجهة الغير :

لا تكون التصرفات المنشئة للحقوق الشخصية نافذة في مواجهة الغير إلا إذا كانت صحيحة لا عيب فيها ؛ إذ لا يمكن الاحتجاج بالتصرفات الباطلة، وكانت سارية المفعول ، أي لم تستنفذ كل آثارها ؛ إذ لا جدوى من الاحتجاج بتصرف استنفذ آثاره⁽¹⁾ ، وأن يكون الغير قد علم بها . وبما أن النظرية العامة قد أسهبت في شرح الشرطين الأولين، فإننا سنخصص بحثنا لشرط العلم (I).

إن نفاذ التصرفات في مواجهة الغير هو الذي يجعلها ناجعة محققة للأهداف التي تم إنشاؤها من أجلها ، والمتمثلة في التزام الغير بمضمونها (II) .

I- علم الغير بالتصرف : شرط ضروري لنفاذ الحقوق الشخصية الناشئة عنه في مواجهتهم

من خصوصيات الحقوق الشخصية أنها حقوق خفية غير ظاهرة لأفراد المجتمع الذي تنشأ فيه، فحق الدائنية الذي يربط رب العمل بالمقاول ، أو المستخدم بالعامل لا يعلمه سوى أطراف العلاقة القانونية ، وعليه فإنه من المنطق أن لا يلزم الغير باحترام هذا الحق إلا إذا كانوا على علم به ، فلا يعتبر الغير مشاركاً في إخلال المتعاقد بالتزامه التعاقدى⁽²⁾ ، وبالتالي قيام مسؤوليته التقصيرية⁽³⁾ إلا إذا كان عالماً بوجود هذا الحق ؛ لأنه لا يمكن أن تقوم المسؤولية التقصيرية إلا بثبوت ركن الخطأ، الذي لا يقوم إلا بعنصر الإدراك ؛ أي العلم بأن السلوك المتخذ يشكل تعدياً على حقوق الغير⁽⁴⁾ .

يجمع الفقه والقضاء في فرنسا على أن هنالك التزام عام يقع على الغير باحترام الحقوق الشخصية الناشئة عن التصرفات القانونية ، فقد قضت محكمة النقض التجارية الفرنسية بأن : « كل شخص

¹ - كالعقود الفورية الواردة على الخدمات.

² - من أمثلة المشاركة في الإخلال بالالتزام التعاقدى: بيع تاجر جملة بضاعة إلى تاجر تجزئة مرتبط بعقد امتياز مع تاجر جملة آخر 'contrat d'exclusivité' (أي عقد يمنعه من شراء سلعة من عند غير تاجر الجملة المتعاقد معه) وهو يعلم بهذا العقد، أو كاستخدام عامل مرتبط بعقد عمل مع مستخدم آخر لم يسرعه بعد، مع العلم بهذا العقد ... إلخ.

³ - مسؤولية المتعاقد هي مسؤولية عقدية.

⁴ - تتمثل عناصر قيام ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية في عنصري التعدي والإدراك، انظر: أنور سلطان، مصادر الالتزام ... ، مرجع سابق، ص. 299 وما يليها.

يساعد الغير على الإخلال بالتزاماته التعاقدية مع علمه بذلك ، يعد مرتكباً لخطأ تقصيري تجاه المتعاقد المتضرر من هذا الإخلال. «⁽¹⁾ ، وقد تأكد هذا الحكم في عدة مناسبات⁽²⁾ .

قد يكفي الغير بمساعدة أحد المتعاقدين على الإخلال بالتزاماته التعاقدية ، ويكتسب من جراء هذه المساعدة حقوقاً منافسة لحقوق المتعاقد التي تم الإخلال بها من طرفها ، كما لو اشترى شخص سيارة كان يعلم أن صاحبها مرتبط بشأنها بوعده ببيع لصالح شخص ثالث ، ولم تنته مدة الوعد . فهنا موقف القضاء الفرنسي ثابت ، وإن كان الجزاء يختلف ؛ إذ يتمثل في عدم نفاذ البيع في مواجهة الموعود له بالبيع⁽³⁾ .

يظهر مما سبق ، أن الفقه قد أرسى مبدأ الالتزام العام باحترام الحقوق الشخصية الناشئة عن التصرفات القانونية ، فما هو أساس هذا المبدأ؟

هناك من الفقه من يؤسس هذه المسؤولية على فكرة مغايرة لفكرة نفاذ التصرف في مواجهة الغير⁽¹⁾ ، وهناك من يؤسسها على فكرة نفاذ التصرف في مواجهة الغير⁽²⁾ .

1- تأسيس مبدأ الالتزام العام باحترام الحقوق الشخصية الناشئة عن التصرفات القانونية على غير فكرة نفاذ التصرف في مواجهة الغير :

قد يؤسس هذا المبدأ على فكرة الاشتراك في الخطأ (أ)، أو المسؤولية العقدية (ب)، أو التعسف في استعمال الحق (ج) .

أ- فكرة الاشتراك في الخطأ :

صاحب هذه الفكرة هو الأستاذ " HUGHENEY " ، الذي حاول في أطروحته لنيل شهادة الدكتوراه في القانون سنة 1910 تأسيس نظرية الاشتراك في الخطأ في القانون المدني ، تكون موازية لنظرية الاشتراك في الجريمة المعروفة في القانون الجزائي⁽⁴⁾ .

¹- Cass. Com., 11 octobre 1971, Bull. Civ. , IV. n°237, p. 221 : « Toute personne qui, avec connaissance, aide autrui à enfreindre les obligations contractuelles pesant sur lui, commet une faute délictuelle à l'égard de la victime de l'infraction.»

²- راجع القرارات التي أوردها الأستاذ " VIRASSAMY " في مقاله :

VIRASSAMY (G.), « La connaissance et l'opposabilité », in : *Les effets du contrat à l'égard des tiers* ... , dir., GHESTIN (J.) et FONTAINE (M.), op. cit. , p. 132 et s.

³ - Idem , p. 137.

⁴ - (P.) HUGUENEY (P.), *Responsabilité civile des tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, thèse Dijon, 1910.

أثرت أفكاره على الباحثين في القانون الخاص ، فأصبح مصطلح ” الغير الشريك في عدم التنفيذ“ (Tiers complice de l'inexécution) شائع الاستعمال عند مفسري القانون المدني⁽¹⁾ ، غير أن ما يعاب عليها هو أنها تؤسس الاشتراك على فكرة أن المتعاقد المخل بالتزامه يرتكب خطأ تقصيرياً⁽²⁾ ، بالإضافة إلى أن الاشتراك في القانون الجزائي يختلف عن الاشتراك في القانون المدني، ذلك أن أحكام التجريم أحكام تشريعية ، مما يجعلها ملزمة للجميع ، وأن الاشتراك منصوص عليه تشريعياً، بينما أحكام العقد إرادية ، وبالتالي هي غير ملزمة للجميع ، كما أن القول بالاشتراك يعني القول بأن الغير يرتكب خطأ عقدياً ، وهو أمر مرفوض .

ب- فكرة المسؤولية العقدية :

تبنى الأستاذ ” DEMOGUE “ فكرة اشتراك الغير في الإخلال بالالتزام العقدي، فقد خصص له عنواناً كاملاً في مؤلفه المتعلق بنظرية الالتزامات⁽³⁾ ، غير أنه لا يؤسس هذا الاشتراك على المسؤولية التقصيرية ، وإنما على المسؤولية العقدية معتمداً على فكرة العلم بالتصرف ، فهو يرى أنه بنفس الطريقة التي ينشئ بها الاشتراط لمصلحة الغير حقوقاً للمشتراط والمنتفع ، ينشئ العقد التزامات على عاتق المتعاقدين والغير . ويصبح الغير الذي يساعد المتعاقد على الإخلال بالتزامه التعاقدية ، مع علمه بذلك ، منضماً له من اليوم الذي ساعده فيه ، وعليه فإن مسؤولية كل من المتعاقد والغير مسؤولية عقدية⁽⁴⁾ .

ما يمكن قوله في شأن هذه النظرية ، هو أنه لا يمكن اعتبار الشخص منضماً إلى التصرف بمجرد علمه به ، ولا بمجرد السكوت إلا إذا كان التصرف يوجه له عرضاً فيه مصلحة محضة ، فمجرد

¹- V. par ex. , LAROMET (Ch.), *Droit civil ... t. III ...* , op. cit. , p. 880, qui intitule le paragraphe n° 746 comme suit : « complicité d'un tiers dans la violation d'une obligation contractuelle. » ; MALAURIE (Ph.), AYNES (L.) et STOFFEL- MUNCK (Ph.), *Les obligations ...* , op. cit., p. 548 : « Ainsi en est-il de la faute commise par un tiers à l'encontre d'un contractant, ce que l'on appelle le tiers complice de la violation d'une obligation entre contractants. » ; MAZEAUD (H., L. et J.) par CHABAS (F.), *Leçons de droit civil ... t. II ...* , op. cit. , p. 880.

²- DEMOGUE (R.), *Traité de droit civil ... , t. VII ...* , op. cit. , p. 600 : « Nous n'admettons pas ce système si simple (proposé par HUGHENEY), car en principe, le contrat créant pour le contractant des obligations spéciales, le fait d'y manquer ne peut être assimilé à un délit ou quasi-délit. ».

³- Idem , p. 590 et s.

⁴- Ibid , p. 600 : « De même que la stipulation pour autrui crée des droits pour le stipulant et pour le tiers, de même le contrat crée des obligations pour le contractant et pour les tiers. Du jour où le tiers ayant connaissance du contrat aide à le méconnaître, il devient adhérent à ce contrat. (...) Nous dirons donc que la responsabilité du tiers, comme celle du débiteur, est contractuelle. ».

العلم بالتصرف يولد فقط الالتزام السلبي باحترامه ، فلا يمكن أن نعتبر الشخص منضماً إلى عقد الزواج بمجرد علمه به ؟ خصوصاً وأن من خصائص عقد الزواج الإعلام .

ج- فكرة المسؤولية التقصيرية :

يرى الأستاذ " WEILL " أن مسؤولية الغير الذي يساعد المتعاقد على مخالفة التزاماته التعاقدية تقصيرية : « لا يتابع الغير الذي اشترك في مخالفة العقد بموجب دعوى ناتجة عن هذا العقد ... ، يتابع الغير من قبل الدائن ، فقط على أساس الخطأ الذي ارتكبه بالحث ، أو بالمساعدة التدليسية⁽¹⁾ للمتعاقد ، حتى لا ينفذ التزاماته ، هذا الخطأ هو الذي يشكل العلاقة القانونية بين هذا الغير والدائن. »⁽²⁾

مفاد هذا التحليل أن المسؤولية التي تقع على عاتق الغير هي مسؤولية تقصيرية تتأسس على المبدأ العام ، المتمثل في كون الخطأ المسبب للضرر يستوجب التعويض⁽³⁾ ؛ بمعنى أن مخالفة الغير لأحكام العقود التي علموا بها يشكل خطأ يستوجب التعويض.

رأينا سلفاً أن الأستاذ " WEILL " يؤسس نفاذ العقد في مواجهة الغير على فكرة العقد الواقعة، فهل مخالفة واقعة قانونية معينة يشكل خطأ يستوجب التعويض ؟

إن القول بأن العقد أو التصرف ينفذ في مواجهة الغير على أساس أنه واقعة قانونية، لا يبرر فكرة أن نفاذ العقد أو التصرف هو أساس المسؤولية الناتجة عن مخالفة أحكامها ؛ لأن هذا النفاذ يؤسس على الواقعة ، فكيف تؤسس المسؤولية الناتجة عن مخالفتها على التصرف؟ خصوصاً وأنه لا يعتبر بالنسبة للغير تصرفاً وإنما واقعة في فهم الأستاذ " WEILL ".

2- تأسيس مبدأ الالتزام العام باحترام الحقوق الشخصية الناشئة عن التصرفات القانونية على فكرة نفاذ التصرف في مواجهة الغير :

¹ - بمعنى أنه يساعد المتعاقد على القيام بعمل وهو يعلم أن هذا العمل يشكل مخالفة للالتزامات هذا الأخير .

² - WEILL (A.), *La relativité des conventions ...* , thèse précitée, p.p. 414 - 415 : « le tiers qui s'associe à la violation d'un contrat n'est pas poursuivi en vertu d'une action issue de ce contrat ... ; le tiers est actionné par le créancier uniquement en raison de la faute qu'il a commise en poussant ou en aidant dolosivement le débiteur à ne pas s'exécuter ; c'est cette faute qui constitue le lien de droit entre le tiers et le créancier. ».

³ - المادة 124 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

أغلب الباحثون يميلون إلى الطرح الذي جاء به " WEILL " ⁽¹⁾ : فهم يرون أن مسؤولية الغير الشريك في مخالفة أحكام العقد تعتبر من آثار مبدأ نفاذ الغير في مواجهة الغير ، غير أنهم لا يشاركونه فكرة أن العقد نافذ في مواجهة الغير على أساس أنه عقد واقعة ، وإنما على أساس أن هذه الآثار تنفذ في مواجهة الغير باعتبارها امتداداً لمبدأ القوة الملزمة للعقد ، أو نتيجة الأثر التنظيمي أو التقديسي للعقد ، مما يجعل مخالفة أحكام التصرف بمثابة خطأ ناتج عن عدم احترام العقد باعتباره تصرفاً قانونياً ، وليس واقعة قانونية.

هذا ما يسمح بالقول أن المسؤولية التقصيرية الناتجة تتأسس على فكرة نفاذ العقد في مواجهة الغير ؛ لأن القانون يلزم الغير باحترام المراكز القانونية التي ينشئها التصرف القانوني.

II- الهدف من نفاذ التصرف في مواجهة الغير :

هل مبدأ نفاذ التصرف في مواجهة الغير سيكسب الأطراف حقوقاً مطلقة ؟ بمعنى أن الحقوق التي تنشأ عن التصرف ستكون ملزمة حتى للغير ؟

إن الإجابة على هذا التساؤل ستكون بالنفي من حيث المبدأ ؛ لأن مبدأ نفاذ العقد في مواجهة الغير لا يعني إنشاء التزامات في ذم الغير ، وإنما إنشاء التزام غير مالي على عاتقهم ، يتمثل في احترام المراكز القانونية التي تنشأ عن العقد أو التصرف ، وذلك من أجل ضمان نجاعة التصرف ، وتحقيق الهدف من إنشائه. ومن أجل تحقيق هذا المسعى ، فإن مبدأ نفاذ التصرف في مواجهة الغير قد يترجم في :

1- التزام الغير بعدم القيام بعمل :

يلتزم الغير بموجب علمه بالمراكز القانونية التي نشأت عن التصرف ، بعدم القيام بأي عمل من شأنه المساس بهذه المراكز القانونية ، تحت طائلة قيام مسؤوليته التقصيرية ، وهذا الالتزام هو ما يعرف بالالتزام العام باحترام الحقوق الشخصية الناشئة عن التصرفات القانونية .

¹- TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.) , ... *Les obligations* ... , op. cit. , p. 390 ; FLOUR (J.) et AUBRT (J.-L.) , ... *l'acte juridique* ... , op. cit., p. 318 ; MAZEAUD (H., L. et J.), *Leçons de droit civil* ... , par CHABAS (F.), op. cit., p. 890 ; GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.) , ... *Les effets* ... , op. cit. , p. 436 ; LARROUMET (Ch.) , ... *Effets* ... , op. cit. , p. 881 ; MALAURIE (Ph.) , AYNES (L.) et STOFFEL- MUNCK (Ph.), *Les obligations* ... , op. cit. , p. 410.

فتاجر الجملة الذي يعلم بوجود عقد امتياز بين تاجر تجزئة وتاجر جملة آخر ، ملزم بعدم بيع السلع لهذا التاجر بالتجزئة ؛ لأنه يعتبر مشاركا له في عدم احترام التزاماته التعاقدية إذا باع له السلع، وبالتالي تقوم مسؤوليته تجاه بائع الجملة صاحب حق الامتياز ، فوجود عقد الامتياز يلزم الغير (تجار الجملة) بعدم القيام بأي عمل من شأنه المساس بالامتياز الذي اكتسبه تاجر الجملة المتعاقد.

لم ينص قانون المنافسة الجزائري صراحة على منع مثل هذه الممارسات⁽¹⁾ شأنه شأن قانون المنافسة الفرنسي ، غير أن هناك اجتهاد لمحكمة النقض الفرنسية في هذا الموضوع ، يقضي بأن المتاجرة في سلع تكون موضوع عقد توزيع امتيازي ، تولد مسؤولية تقصيرية للتاجر غير المعتمد ، على أساس المنافسة غير المشروعة⁽²⁾.

2- شرعية رفض أطراف التصرف التعاقد مع الغير :

الأصل أن الشخص لا يمكنه رفض التعاقد إذا كان إيجابه غير موجه لشخص معين ، فهل يجوز لمنهج معين ابرم عقد امتياز مع عدد من البائعين أن يرفض البيع لبائع غير متعاقد؟

يعتبر رفض البيع طبقا لنص المادة 11 من القانون رقم 03 - 13 المتعلق بالمنافسة تعسفا في استغلال وضعية التبعية لمؤسسة أخرى، إلا إذا كان هنالك مبرر شرعي، فهل يمكن اعتبار عقد الامتياز مبررا شرعيا لرفض البيع.

من خصائص عقود الامتياز أنها تقلص من الحرية التجارية للأطراف ، وبالتالي يترتب على عدم احترام هذا التقييد الإرادي قيام المسؤولية العقدية للأطراف ، مما يبرر رفض البيع للغير ؛ لأن المبدأ في القانون هو مشروعية دفع المضار.

3- امتداد آثار التصرف إلى بعض الغير :

إن دراسة بعض التصرفات القانونية التي يكون موضوعها تحويل حق ، تبين أن لهذا النوع من التصرفات خصوصية جعلت المشرع يقبل فكرة أن هذه التصرفات تنتج آثارا تمتد إلى نوع معين من الغير . من أمثلة هذه التصرفات نجد حوالة الحق ، التي تتم دون حاجة إلى رضی المدین⁽³⁾ ، الذي

¹ - راجع القانون رقم 03 - 13 المؤرخ في 25 أكتوبر 2003 يتضمن الموافقة على الأمر رقم 03 - 04 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة، ج. ر. ع . 43 ، مؤرخ في 20 يوليو 2003 .

² - Cass. Com., 21 février 1978, Bull. Civ. , IV. n° 73, p. 59.

³ - المادة 239 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

يجوز له أن يتمسك قبل المحال له (الدائن الجديد) بكل الدفع التي كان يجوز له إبداءها قبل المحيل، وبكل الدفع المستمدة من عقد الحوالة⁽¹⁾، مع العلم أنه أجنبي عن الحوالة، فهذه الدفع ما هي إلا امتداد للقوة الملزمة لعقد الحوالة في مواجهة هذا الغير المعني به.

ثانيا- نفاذ التصرفات التي يكون محلها حق عيني في مواجهة الغير :

تختلف أحكام نفاذ التصرفات التي يكون محلها حقا عينيا باختلاف الشيء موضوع هذا الحق، منقولاً (I)، أو عقارا بطبيعته أو بحكم إرادة المشرع⁽²⁾ (II).

I - التصرفات التي يكون محلها حق عيني وارد على منقول :

لا تكون التصرفات التي يكون محلها حقوقا عينية واردة على منقول في حاجة إلى مبدأ نفاذ التصرفات في مواجهة الغير، حتى تحقق نجاعتها، طبقا للقاعدة التي تقضي بأن الحيازة في المنقول سند ملكية، غير أن الأمر مخالف لذلك في التشريع الجزائري، سواء تعلق الأمر بالتصرفات الناقلة للملكية (1)، أو التصرفات غير الناقلة للملكية (2).

1- التصرفات الناقلة للملكية :

لا نكون بحاجة إلى مبدأ نفاذ التصرف في مواجهة الغير- في القانون الفرنسي- من أجل نجاعة التصرفات الناقلة للملكية المنقول، وذلك طبقا للقاعدة التي تقضي بأن الحيازة في المنقول سند ملكية؛ بمعنى أنه لا يجوز المطالبة بملكية منقول يكون في يد حائز حسن النية⁽³⁾؛ لأن قواعد حماية التجارة وتسهيل المعاملات فيما يتعلق بالمنقولات تقضي بذلك، فلا جدوى من الاحتجاج بنفاذ العقد أو التصرف عامة، في مواجهة الحائز حسن النية، عكس الوضع في التشريع الجزائري أين لا يكون الفصل لمبدأ الحيازة في المنقول سند الملكية، ولتوضيح هذا المعنى نضرب مثال حالة تنازع مشتريين على السلعة المباعة، كما لو باع شخص سلعة لشخصين متتاليين، وانتقلت الحيازة إلى المشتري الثاني، فهل يجوز للمشتري الأول الاحتجاج بعقده في مواجهة المشتري الثاني؟

¹ - المادة 248 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

² - كالتطارات، والسفن، والمحلات التجارية ... الخ.

³ - BILLIAU (M.), « L'opposabilité des contrats ayant pour objet un droit réel », in : *les effets du contrat à l'égard des tiers*, dir. , (M.) FONTAINE et (J.) GHESTIN, L.G.D.J. , Paris, 1992, p. 204.

يوجد نص صريح في التشريع الفرنسي يعالج هذه المسألة بتكريس مبدأ الحيازة في المنقول سند الملكية ، ذلك أنه يمنح الملكية للحائز ولو كان المشتري الثاني ، بشرط أن يكون حسن النية⁽¹⁾ ، ولا يكون حسن النية إذا كان يعلم بالبيع الذي سبق شراءه .

أما في التشريع الجزائري فلا يوجد مقابلا لهذا النص ، لذا تقتضي الإجابة على هذا السؤال التمييز بين فرضين :

أ- حالة كون الشيء المبيع من المثليات :

الأشياء المثلية هي تلك التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، والتي تقدر في التعامل عن طريق العد ، أو القياس ، أو الكيل ، أو الوزن⁽²⁾ . ولا تنتقل ملكيتها إلى المشتري بمجرد تمام العقد ، وإنما بالفرز⁽³⁾ .

فإذا انتقلت الحيازة إلى المشتري الثاني ، لا يجوز للمشتري الأول أن يحتج في مواجهته بعقده لكون أنه أبرم العقد أولا ؛ لأن الملكية لم تنتقل إليه ، وإنما يجوز له طبقا للمادة 166 من التقنين المدني الجزائري استئذان القاضي من أجل الحصول على شيء مماثل من السوق على نفقة البائع ، أو المطالبة بقيمة الشيء والتعويض .

ب- حالة كون الشيء المبيع من القيميات :

الأشياء القيمة هي تلك الأشياء التي لا يوجد لها مثل في السوق ، والتي تنتقل بحكم القانون بمجرد تمام العقد⁽⁴⁾ .

إذا قام البائع ببيع الشيء نفسه لمشترا آخر ، وانتقلت الحيازة إلى هذا الأخير ، فإن ذلك لا يعني انتقال الملكية إليه ؛ لأن البيع الثاني يعتبر بمثابة بيع ملك الغير ، فالملكية قد انتقلت إلى المشتري الأول بحكم القانون ، وعليه فإن هذا البيع الثاني لا يكون نافذا في حق المشتري الأول⁽⁵⁾ ، مما يسمح له باسترجاع الشيء المبيع ، أما فيما يتعلق بالمشتري الثاني ، فما عليه سوى المطالبة بإبطال البيع طبقا لأحكام الفقرة الأولى من المادة 397 من التقنين المدني .

¹ - art. 1141 du code civil français.

² - المادة 686 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

³ - المادة 166 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁴ - المادة 165 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁵ - المادة 397 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

يظهر من هذه الأحكام أن المشرع الجزائري على خلاف المشرع الفرنسي ، يكرس دائما مبدأ نفاذ التصرف في مواجهة الغير، دون اشتراط العلم بوجوده.

2- التصرفات غير الناقلة للملكية :

من أشهر التصرفات غير الناقلة للملكية الرهن الحيازي، الذي تعرفه المادة 948 من التقنين المدني الجزائري كالآتي : « الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص، ضمانا لدين عليه أو على غيره ، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان ، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين ، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون.».

يظهر من هذه المادة أن الرهن الحيازي⁽¹⁾ هو حق الدائن في استفاء دينه من ثمن الشيء المرهون ، مع امتياز التقدم والتتبع، لذا نرى أنه كان على المشرع اشتراط التسجيل لتثبيت تاريخ انعقاد الرهن ؛ لأنه يمنح ميزة التقدم، وبذلك يقطع مجال النزاع بين الدائنين حول تاريخ الرهن.

ولا يكون الرهن نافدا في مواجهة الغير إلا إذا كان الشيء المرهون في يد الدائن ، أو الأجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان⁽²⁾ ، وبذلك يرجع المشرع الجزائري ليستشهد بالحيازة ، ليس على أساس انتقال الملكية ، وإنما على أساس وجود حق للدائن على الشيء ، فتلعب بذلك الحيازة دور إعلام الغير.

II- التصرفات التي يكون محلها حق عيني عقاري :

لا تكون التصرفات التي يكون محلها حقا عينيا عقاريا نافذة في مواجهة الغير إلا إذا كانت مشهورة، سواء كانت ناقلة للملكية (1) ، أو غير ناقلة للملكية (2) .

1- التصرفات الناقلة للملكية :

تنص المادة 793 من التقنين المدني الجزائري على أنه : « لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى ، سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير ، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون ، وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري. » ، فالملكية العقارية لا تنتقل بمجرد انعقاد التصرف ولو كان رسميا ، وإنما تنتقل بالشهر ، وذلك حتى بالنسبة للغير .

¹ - إذا كان محله عقارا يسمى الرهن العقاري، انظر الفصل من الباب الثالث من الكتاب الرابع من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

² - المادة 961 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

هذا يؤكد نص المادة 15 من الامر 75 - 74 السلف الذكر، والمتعلق بمسح الأراضي ، الذي ينص على أن : « كل حق ملكية ، وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار ، لا وجود له بالنسبة للغير إلا بفعل الإشهار ومن تاريخ هذا الإشهار في البطاقات العقارية ، غير أن نقل الملكية بواسطة الوفاة يكون مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية. » .

ويجب التذكير أنه لا يوجد في القانون الجزائري مفهوم الدليل الكامل ؛ بمعنى الدليل الذي لا يقبل إثبات عكسه ، وعليه فإن التصرف المشهر لا يشكل دليلا قاطعا على الملكية ، كما أن الشهر لا يشكل دليلا على صحة التصرف ؛ لأن مدير مصلحة الشهر لا يسهر على صحة وجود الحق ، وإنما على استفاء التصرف الناقل له لركن الشكلية فقط.

2- التصرفات غير الناقلة للملكية :

والأمر نفسه فيما يتعلق بالتصرفات غير الناقلة للملكية ، ففي الرهن الرسمي مثلا ، والذي هو عقد يكسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه ، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استثناء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان⁽¹⁾ ، لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير إلى إذا تم قيده⁽²⁾ .

يظهر مما سبق أن للشهر وظيفتان في التشريع الجزائري : يكون إجراء ناقلا للحق العيني في التصرفات الناقلة له ، ومحركا لمبدأ نفاذه في مواجهة الغير . بينما يؤدي الوظيفة الثانية فقط ، في التصرفات غير الناقلة للملكية.

¹ - المادة 882 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

² - المادة 904 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

خاتمة

يمكن طموحنا من هذه التحليل في تقديم إطار نظري يسمح للقانون الوضعي باحتواء العلاقات الاقتصادية التي يتدخل فيها أكثر من شخصين ، يتصرف كل منهم منفصلا عن الآخر ، وذلك بإرساء قواعد تنظم نوعا جديدا من التصرفات القانونية ، يسمح بتلاقي ثلاثة مصالح لأشخاص تكون مصلحة كل واحد منهم متميزة عن مصلحة الشخصين الآخرين.

أصبح مفهوم التصرف القانوني الثلاثي مفهوما لا يمكن تجاهله ، خصوصا وأنه قد أصبح تطبيقا يوميا في الحياة العملية للأعمال ، وإن كان يبقى مجرد تطبيق عفوي ، أكثر مما هو تطبيق متبصر فيه ، فهناك العديد من التصرفات القانونية التي لا يزال التشريع والمفسرون ينظرون إليها على أنها عقود ، على الرغم من أنهم يوزعون آثارها ما بين ثلاثة أشخاص ؛ لأنها عمليات لا تتحقق إلا بتعاون أكثر من شخصين.

لعل مرد عدم ملاحظة هذا الإشكال يكمن في أن المفسرين كانوا يحاولون دائما تصنيف هذه التصرفات الجديدة ضمن القوالب الموجودة ، والتي يقترحها التقنين ، وكأنهم لا يزالون متمسكين بمبادئ مدرسة التأويل ، أو على الأكثر ، كانوا يحاولون تركيب هذه القوالب ، كما فعلوا في الاعتماد الإيجاري؛ حيث استعانوا في تفسيره بتركيب عقد البيع المبرم بين المنتج والشركة المؤجرة ، مع عقد الإيجار والوعد بالبيع الملزم لجانب واحد المبرم بين شركة الاعتماد الإيجاري والمستفيد . وكما فعلوا كذلك في الاشتراط لمصلحة الغير ، الذي تم تفسيره عن طريق تركيب العقد الذي يكون بين المشتري والمتعهد بإيجاب ، أو التزام بإرادة منفردة ، أو حتى بواقعة قانونية (الفضالة).

إن عجز تقنية العقد على احتواء جميع العلاقات التي تنفرد عن هذه العمليات الاقتصادية ، هو الذي بعث بنا إلى عرض هذا التحليل ، من أجل التنبيه إلى ضرورة إرساء أحكام نوع جديد من التصرفات القانونية ، يكون بإمكانه احتواء كل العلاقات التي تنفرد عن العمليات القانونية المتولدة عن ممارسة الأعمال التجارية ، لا سيما في المجال البنكي ؛ أي التمويل .

لا تقتصر مهمة الباحث في شرح ما جاء به التشريع والقضاء ، وإنما يجب استباقها في بعض الحالات ، مع التنبيه إلى أن هذه التحليل التي تستبقها تبقى مجرد أعمال نظرية ، غير كاملة طالما لم يكرسها.

اقتضت محاولة اقتراح مفهوم التصرف القانوني الثلاثي بيان وجود تطبيقات له في الحياة العملية، وبيان أن مفهومه لا يتعارض مع منطق التصرفات القانونية عامة ، مستعينين في ذلك بفكرتين لم تحظا - في نظرنا - بالاهتمام الكافي من قبل الباحثين ، وهما فكرتي "المصلحة" و"الطرف" ، من أجل بيان أن المنطق القانوني لا يحصر التصرفات القانونية في العقد والتصرف بإرادة منفردة ، وإنما يترك المجال واسعا أمام البحث.

أما عملية صياغة نظام قانوني لهذا المفهوم الجديد فقد اقتضت اعتماد منطق جديد ، يعتمد على تجديد كل من نظرية الاتفاق ، ونظرية المحل ، ونظرية السبب ؛ لأن التصور الذي يرى في الإرادة مصدر ومقياس التصرفات القانونية ، هو الذي حصر أنواع التصرفات القانونية في العقد والتصرف بإرادة منفردة .

يدرس كلاسيكيا أن العقد يتم بتطابق الإرادات بغض النظر عن مضمونها ، وعن المصالح التي تعبر عنها ، فيعتبر التصرف عقدا حتى لو كانت الإرادات تعبر عن المصلحة نفسها ، كما في التصرفات المنشئة للأشخاص المعنوية ، أين تكون لكل الإرادات المصلحة نفسها وهي إنشاء الشخص المعنوي. غير أنه يظهر بقليل من الإمعان أن تصنيف التصرفات إلى عقود ، وتصرفات بإرادة منفردة يكون بتقابل المصالح أو توافقها ؛ إذ يجب التمييز بين تعاون الإرادات (collaboration de volontés) أين تعبر كل الإرادات عن مصلحة واحدة ، وتوافق الإرادات (accord de volontés) أين تعبر كل إرادة عن مصلحة متميزة عن الأخرى ، هذا ما يسمح بتصوير تعبيرات عن إرادات تعبر عن ثلاثة مصالح تميز كل واحدة عن الآخرين.

كما يدرس أيضا أنه يجب البحث عن وجود المحل داخل العقد ، فينحصر بذلك مفهومه في الشيء موضوع التصرف ، دون التمييز بين محل العقد ومحل الالتزام ومحل الأداء ، الذي يظهر جليا

من خلاله أن محل التصرف هو العملية المراد تحقيقها ، فيمتد مجال البحث إلى العملية الاقتصادية ككل، وأنه يجب البحث عن وجود السبب داخل العقد أيضا ، فهو يمثل المقابل، فظهرت عدة تصرفات خالية من السبب (التصرفات المجردة) ، غير أنه بظهور فكرة اقتصاد العقد امتد مجال البحث إلى العملية الاقتصادية ككل كذلك.

هذه المفاهيم الجديدة هي التي سمحت بإرساء تصور للنظام القانوني للتصرفات القانونية الثلاثية. لا يهدم إدخال فرضية التصرف القانوني إلى جانب العقد والتصرف بإرادة منفردة منطقتها ، وإنما يعمل على تكريسه ، بدليل أن هذه الفرضية الجديدة تهدم الاستثناءات التي كانت موجهة لمبدأ نسبية التعاقد ، فالاشتراط لمصلحة الغير يعتبر استثناء لأنه ينشئ حقا للغير ، غير أنه باعتبار هذا الأخير تصرفا قانونيا ثلاثيا يزول الاستثناء ، كما أنها تهدم الإشكالات المتعلقة بالمنازعات القضائية لا سيما تلك المتعلقة بالصفة والمصلحة في العلاقات الاقتصادية ، التي يتدخل فيها أكثر من شخصين ، كما يحدث في الإعتماد التجاري حيث ترفض دعوى المستفيد ضد البائع من أجل ضمان العيوب الخفية بسبب عدم وجود الصفة والمصلحة ، غير أنه يتم القضاء على هذا الإشكال باعتبار الاعتماد التجاري تصرفا قانونيا ثلاثيا ؛ لأن كل من البائع والمستفيد طرف في التصرف.

بالإضافة إلى هذه الفائدة العملية من إدخال التصرف القانوني الثلاثي إلى جانب العقد والإرادة المنفردة ، هناك فائدة نظرية تتمثل في إثراء نظرية التصرف القانوني ، بإدخال تصنيف ثلاثي يعتمد على معيار واحد ، يتمثل في معيار المصلحة، وبتركيب هذا التصنيف مع التصنيف الذي اقترحه الأستاذ " ROUGOU DE BOUBEE " والذي عدله الأستاذ "MARTIN DE LA MOUTTE" يصبح لدينا : تصرفات بإرادة منفردة انفرادية وجماعية، وعقود انفرادية وجماعية ، وتصرفات ثلاثية انفرادية وجماعية.

التصنيف العمودي

تصرف قانوني ثلاثي جماعي

•

تصرف قانوني ثلاثي

•

عقد جماعي

•

عقد

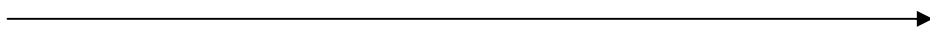
•

تصرف بإرادة منفردة جماعي

•

تصرف بإرادة منفردة

•



التصنيف الأفقي

تصنيف التصرفات القانونية

ملحق:

نموذج عقد اعتماد ايجاري للأصول المنقولة

قائمة المراجع

أولا- باللغة العربية :

I- الكتب العامة :

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية الالتزام ، المصادر الإرادية للالتزام ، مطبوعات جامعة الكويت ، الكويت ، 1995 .
- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان ، النظرية العامة للالتزام ، العقد والإرادة المنفردة في الفقه وقضاء النقض المصري والفرنسي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2005 .
- إلياس ناصيف، العقود الدولية ، اللينغ أو عقد الإيجار التمويلي في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، بيروت ، 2008 .
- أمجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2003 .
- أنور سلطان ،
- 1- الموجز في مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1996 .

2- مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2007 .

• بوبشير محمد امقران ، قانون الإجراءات المدنية ، نظرية الدعوى - نظرية الخصومة- الإجراءات الاستثنائية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط. 3 ، الجزائر ، 2008 .

• جعفر محمد سعيد ،

1- مدخل إلى العلوم القانونية ، الجزء الأول ، الوجيز في نظرية القانون ، الطبعة الثامنة عشر ، دار هومة ، الجزائر ، 2011 .

2- مدخل إلى العلوم القانونية ، الجزء الثاني ، دروس في نظرية الحق ، الطبعة الأولى ، دار هومة ، الجزائر ، 2011 .

• حسام الدين عبد الغني الصغير ، التأجير التمويلي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1994 .

• عبد الرزاق احمد السنهوري ،

- الوسيط في شرح القانون المدني ،

1- الجزء الأول ، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964

2- الجزء الثاني، الإثبات وآثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.

3- الجزء الثالث، الأوصاف، الحوالة، الانتضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964.

4- الجزء الرابع، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول، البيع والمقايضة، مطابع دار

النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1960 .

5- الجزء العاشر، التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969.

- نظرية العقد،

6- الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.

7- الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.

• عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، جامعة القاهرة، القاهرة، 1983.

- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
- كركبي مروان، العقود المسماة، المنشورات الحقوقية، الطبعة الثالثة، بيروت، 1988.
- محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية، القاهرة، 2000.
- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الجزء الأول، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004.
- محمد علي البدرأوي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الجامعة المفتوحة، ليبيا، 1991.
- مصطفى رشدي شيحة، النقود والمصارف والائتمان، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية، 1999.
- نادر عبد العزيز الشافي، عقد الليزنغ (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004.
- هاني دويدار، الأرض كموضوع للتأجير التمويلي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999.
- وجدي سيد قاسم، الجوانب القانونية للإيجار التمويلي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.

II - الكتب المتخصصة والرسائل :

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الشرط الجزائي في العقود والتصرفات القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.

- جعفر محمد سعيد، إجازة العقد في القانون المدني والفقہ الإسلامي، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2009.
- رجب كريم عبد الإله، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، جامعة القاهرة، مصر، 1994.
- زاوي فريدة، مبدأ نسبية التعاقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، الجزائر، 1992.
- عبد الحميد بن شنيقي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، الجزائر، 1998.
- عبد الرحمان عياد، أساس الالتزام العقدي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2000.
- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- محمد أبو عافية، التصرف القانوني المجرد، رسالة دكتوراه، القاهرة، مصر، 1948.
- محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، دون بلد نشر، 2002/2001.

III- النصوص القانونية :

1- الجزائرية :

أ- النصوص التشريعية :

- أمر رقم 75- 58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج. ر. ع. 78 مؤرخ في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.
- أمر رقم 75- 74 مؤرخ في 12 نوفمبر 1975، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج. ر. ع. 92 مؤرخ 18 نوفمبر 1975.

- أمر 96-09 مؤرخ في 10 جانفي 1996، يتعلق بالاعتماد الإيجاري، ج. ر. ع. 03 مؤرخ في 14 جانفي 1996.
- أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، ج. ر. ع. 43 مؤرخ في 20 يوليو 2003، المعدل والمتمم.
- قانون 03-11 مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد و القرض، ج. ر. ع. 52 مؤرخ في 27 أوت 2003، المعدل والمتمم.
- قانون 04-02 مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج. ر. ع. 41 مؤرخ في 27 جوان 2004، المعدل والمتمم.
- قانون رقم 04-08 مؤرخ في 14 أوت 2004، يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج. ر. ع. 52 مؤرخ في 18 أوت 2004.
- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر. ع. 21 مؤرخ في 23 أبريل 2008.

ب- النصوص التنظيمية:

- مرسوم تنفيذي رقم 06-96 مؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بتحديد كفاءات إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة، ج. ر. ع. 10 مؤرخ في 26 فبراير 2006.

2- الأجنبية:

- التقنين المدني المصري الصادر بالقانون رقم 131 المؤرخ في 29 جويلية 1948.
- قانون رقم 95 لسنة 1995 المتعلق بالتأجير التمويلي، ج. ر. ع. 22 (مكرر) مؤرخ في 2 يونيو 1995.

ثانيا- باللغة الفرنسية

I - Ouvrages généraux, Traités et Manuels :

- **AUBRY (Ch.) et RAU (Ch.-F.),**

1- *Cours de droit civil français d'après la méthode de ZACHARIÆ, t. IV*, 5^{ème} éd. , par RAU (G.), FALCIMAIGNE (O.) et GAULT (M.), Imprimerie et librairie générale de jurisprudence MARCHAL et BILLARD, Paris, 1902.

2- *Cours de droit civil français, t. IV*, 6^{ème} éd., par BARTIN, éd. Libraire Technique, Paris, 1942.

- **BATIFFOL (H.),** *Problèmes de base de philosophie de droit*, L.G.D.J., Paris, 1979.

- **BERGEL (J.-L.),** *Théorie générale de droit*, 3^{ème} éd., Dalloz, Paris, 1985.

- **BEUDANT (C.),** *Cours de droit civil français, t. IX*, obligations, par LAGARDE (G.) et PEROT (R.), Boisseau, Paris, 1953.

- **BONNECASE (J.),** *La pensée juridique française depuis 1804 à l'heure présente, ses variations et ses traits essentiels*, Delmas, Bordeaux, 1933.

- **CAPITANT (H.),** *Introduction à l'étude du droit civil*, A. Pedone, 3^{ème} éd. , Paris, 1912.

- **CARBONNIER (J.),** *Droit civil, t. IV, Les obligations*, P.U.F. (coll. Thémis), 20^{ème} éd. , Paris, 1996.

- **CHAPUS (R.),** *Droit administratif général, t. I*, 13^{ème} éd. , Montchrestien, Paris, 1999.

- **COLIN (A.) et CAPITANT (H.),** *Cours élémentaire de droit civil français, t. II*, 10^{ème} éd. , par JULLIOT DE LA MORANDIERE (L.), Dalloz, Paris, 1948.

- **DEMANTE (A. M.)** , *Cours analytique de code NAPOLEON, t. V*, continué depuis l'article 980 par, COLMET DE SANTERRE (E.) , Henri Plon imprimeur-éditeur, Paris, 1865.

- **DEMOGUE (R.),**

1- *Les notions fondamentales de droit privé*, réimpression de l'édition de 1911, La mémoire de droit, Paris, 2001.

2- *Traité des obligations en général, sources des obligations, t. I*, Rousseau, Paris, 1923.

3- *Traité des obligations en général, sources des obligations, t. II suite*, Rousseau, Paris, 1923.

4- *Traité des obligations en général, effets des obligations, t. VII*, Rousseau, Paris, 1933.

• **DEMOLOMBE (Ch.)**,

1- *Cours de code Napoléon, Volume XXIV, traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, éd. DURAND et LAURIEL, 1868.

2- *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, t. I*, Imprimerie générale, Paris, 1877.

• **DOMAT (J.)**, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, t. I*, PIERRE AUBRUIN, Libraire de messeigneurs les enfants de France, PIERRE EMERY et CHARLES CLOUZIER, 2^{ème} éd. , Paris, 1697.

• **DUBOUCHET (P.)**, *La pensée juridique avant et après le code civil*, 4^{ème} éd. , l'Hermès, coll. Philo. Du droit, Paris, 1988.

• **DUGUIT (L.)**,

1- *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, A. Fontemoing éd., Paris, 1901.

2- *Traité de droit constitutionnel*, A. Fontemoing éd., Paris, 1927.

• **EISENMANN (Ch.)**, *Cours de droit administratif, t. II*, L.G.D.J., Paris, 1983.

• **FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.)**, *Les obligations, t. I, L'acte juridique*, 7^{ème} éd., Armand Colin, Paris, 1998.

• **GAUDMET (E.)**, *Théorie générale des obligations*, par DEBOIS (H.) et GAUDMET (J.), Sirey, Paris, 1965, réimpression de l'édition de 1937.

• **GAVALDA (Ch.) et BOULOC (B.)**, *Le financement des entreprises (circuit bancaires et extra bancaires)*, Dalloz, Paris, 1972.

• **GHESTIN (J.) et DESCHE**, *Traité des contrats, la vente*, L.G.D.J., Paris, 1990.

• **GHESTIN (J.)**, **GOUBEAUX (G.)**, *Traité de droit civil, introduction générale*, 4^{ème} éd., L.G.D.J., Paris, 1994.

• **GHESTIN (J.)**, **JAMIN (Ch.)** et **BILLIAU (M.)**, *Traité de droit civil, les effets du contrat*, 2^{ème} éd. , L.G.D.J. , Paris , 1994.

• **GIRARD (P.-F.)**, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^{ème} éd. , 1929, réédité en 2003 par Dalloz.

• **HAURIOU (M.)**, *Principe de droit public*, Larose, Paris, 1916.

• **LAROMBIERE (M. L.)**, *Théorie et pratique des obligations, ou commentaire des titres III et IV, livre III du code Napoléon, t. I*, Durand et Pedone, Paris, 1885.

• **LARROUMET (Ch.)**, *Droit civil, t. III, les obligations, le contrat*, 6^{ème} éd., Economica et Delta, Liban, 2008.

• **MACQERON (J.)**, *Histoire des obligations, le droit romain*, 2^{ème} éd., publication du centre d'histoire institutionnelle et économique de l'antiquité classique, séries mémoire et travaux, Aix-en-Provence, 1975.

• **MALAURIE (Ph.)**, **AYNES (L.)** et **STOFFEL-MUNCK (Ph.)**, *Les obligations*, 4^{ème} éd. , Lextenso éditions, Paris, 2009.

• **MARTY (G.)** et **RAYNAUD (P.)** ,

1- *Droit civil, t. I, les obligations, les services*, par RAYNAUD (P.), Sirey, Paris, 1988.

2- *Droit civil, t. II, les obligations*, 2^{ème} éd., par RAYNAUD (P.) et JESTAZ (P.), Sirey, Paris, 1989.

• **MAZEAUD (H., L. et J.)**,

1- *Leçons de droit civil, introduction à l'étude de droit, t. I*, 12^{ème} éd. , Montchrestien et Delta, Liban, 2000.

2- *Leçons de droit civil, t. II, vol.1, Obligations, théorie générale*, 7^{ème} éd. , par CHABAS (F.), Montchrestien et Delta, Liban, 2000.

• **MONTHOLON (M.)**, *Récit de la captivité de l'empereur, NAPOLEON à Sainte-Hélène*, PAULIN, Libraire-éditeur, Paris, 1847.

• **OURLIAC (P.)** et **DE MALFOSSE (J.)**, *Histoire du droit privé*, t. I, les obligations, 2^{ème} éd. P.U.F. et Thémis, Paris, 1969.

• **PATAULT (A.-M.)**, *Introduction historique au droit des biens*, P.U.F., coll. Fondamentale, droit civil, Paris, 1989.

• **PICARD (M.)** et **BESSON (A.)**, *Les assurances terrestres*, t. I, 5^{ème} éd., par BESSON (A.), le contrat d'assurance, L.G.D.J. , Paris, 1982.

• **PLANIOL (M.)** , *Traité élémentaire de droit civil, conforme au programme officiel des facultés de droit, t. II*, 9^{ème} éd. , L.G.D.J., Paris, 1923.

• **PLANIOL (M.)** et **RIPERT (G.)**, *Traité pratique de droit civil français, t. VI*, par EISMEIN (P.), L.G.D.J., 1952.

• **POTHIER (R. J.)**, *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur, tome I*, par SIFFREIN (M.), éd. L'éditeur, Paris, 1821.

• **RIPERT (G.) et BOULANGER (J.)**, *Traité élémentaire de droit civil d'après le traité de PLANIOL, t. II, obligations, droit réels principaux*, L.G.D.J., Paris, 1957.

• **RODIERE (R.)**, *Droit commercial*, Dalloz, Paris, 1978.

• **ROUBIER (P.)**, *Théorie générale du droit*, Sirey, Paris, 1964.

• **SALEILLES (R.)**,

1-*De la déclaration de la volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand, (art. 116 à 144)*, Pichon, Paris, 1901.

2-*Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*, 3^{ème} éd., L.G.D.J., 1914.

• **SERIAUX (A.)**, *Le droit naturel*, P.U.F., Paris, 1993.

• **SOLON (M.)**, *Traité des nullités des conventions et des actes en matière civile*, Librairie de jurisprudence de H. TARLIER, Bruxelles, 1836.

• **TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.)**, *Droit civil, les obligations*, Dalloz, 6^{ème} éd. , Paris , 1996.

• **VILLEY (M.)**, *Kant dans l'histoire du droit, leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, Paris, 1962.

• **VON IHERING (R.)**,

1-*L'évolution du droit*, traduit sur la 3^{ème} éd. Allemande par O. DE MEULENAIRE, éd. MARESCQ, Paris, 1890.

2-*L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, traduit sur la 3^{ème} éd. Allemande par O. de MEULENAIRE, t. I, MARESCQ, Paris, 1890.

3-*L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, traduit sur la 3^{ème} éd. Allemande par O. de MEULENAIRE, t. II, MARESCQ, Paris, 1890.

4-*L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, traduit sur la 3^{ème} éd. Allemande par O. de MEULENAIRE, t. III, MARESCQ, Paris, 1890.

5-*L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, traduit sur la 3^{ème} éd. Allemande par O. de MEULENAIRE, t. IV, MARESCQ, Paris, 1890.

II- OUVRAGES SPECIAUX ET THESES :

- **ANCEL (M.-E.)**, *La prestation, caractéristique du contrat*, Economica, coll. Recherches juridiques, Paris, 2002.
- **ANTONMATTEI (P.-H.)**, *Contribution à l'étude de la force majeure*, L.G.D.J., Paris, 1992.
- **ARNAUD (A.-J.)**, *Essai d'analyse structurale du code civil français, la règle du jeu dans la paix bourgeoise*, L.G.D.J., Paris, 1973.
- **ARSAC-RIBEYROLLES**, *Essai sur la notion d'économie du contrat*, thèse Clermont 1, 2005.
- **AUBERT (J.-L.)**, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, L.G.D.J., Paris, 1970.
- **AYNES (L.)**, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, Paris, 1984.
- **BACACHE-GIBEILLI (M.)**, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, L.G.D.J., Paris, 1996.
- **BENAC-SCHIMIDT (F.)**, *Le contrat de promesse de vente*, L.G.D.J., Paris, 1983.
- **BEY (E.M.)**, *De la symbiotique dans le leasing et le crédit-bail mobiliers*, Dalloz, 1970.
- **BILLIAU (M.)**, *La délégation de créance (essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations)*, L.G.D.J., Paris, 1989.
- **BORE (J.)**, *La cassation en matière civile*, Sirey, Paris, 1980.
- **BRETHER (J.)**, *De la nature juridique de la convention collective de travail*, thèse Bordeaux, 1921.
- **BRIKKS (H.)**, *Les clauses abusives*, L.G.D.J., 1989.
- **BRUSIN (A.)**, *Essai sur la notion d'imprévision et son rôle en matière contractuelle*, thèse Bordeaux, 1922.
- **CABRILLAC (R.)**, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, L.G.D.J., Paris, 1990.
- **CALASTRENG (S.)**, *La relativité des conventions*, étude de l'art. 1165 du code civil, thèse Toulouse, 1939.
- **CAPITANT (H.)**, *De la cause des obligations, (contrats, engagement unilatéraux, legs)*, Dalloz, 1927.
- **CHABAS (F.)**, *De la déclaration de volonté*, thèse Paris, 1931.

• **CHAMPEAUD (E.)**, *La stipulation pour autrui et le principe qu'on ne peut acquérir de droits pour autrui en droit romain : la stipulation pour autrui en droit français*, Larose, Paris, 1893.

• **CHARTIER (J.-L.)**, *Portalis, le père du code civil*, Fayard, Paris, 2004.

• **CHAZAL (J.-P.)**, *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse Grenoble II, 1996.

• **CHEDEVILLE (D.)**, *La liaison entre contrats*, thèse Paris II, 1977.

• **CREMIEUX-ISRAEL (D.)**, *Les problèmes juridiques, comptables et fiscaux du leasing et du crédit-bail mobilier*, thèse Paris II, 1974.

• **DE BOUARD (F.)**, *La dépendance économique née d'un contrat*, L.G.D.J., Paris, 2007.

• **DEREUX (G.)**, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, thèse Paris, 1905.

• **DROGOUL (F.)**, *Essai d'une théorie générale des nullités, étude de droit civil*, thèse Aix-Marseille, librairie nouvelle de droit et de jurisprudence et Rousseau, Paris, 1902.

• **DUCLOS (J.)**, *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, L.G.D.J., Paris, 1984.

• **DUPEYRON (C.)**, *La régularisation des actes nuls*, L.G.D.J., 1973.

• **ENCINAS DE MUNAGORRI (R.)**, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, L.G.D.J., 1992.

• **FABRE-MAGNAN (M.)**, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, L.G.D.J., Paris, 1992.

• **FLATTET (J.)**, *Les contrats pour le compte d'autrui*, thèse Paris, 1950.

• **FLOUR (Y.)**, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, thèse Paris II, 1977.

• **GILLES (D.)**, *La pensée juridique de J. DOMAT. Du grand siècle au code civil*, thèse Aix- Marseille 3, 2004.

• **GIOVANOLI (M.)**, *Crédit-bail « leasing » en Europe : développement et nature juridique*, Litec, Paris, 1980.

• **GOUNOT (E.)**, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Dijon, 1912.

• **GOUTAL (J.-L.)**, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, L.G.D.J., Paris, 1981.

• **GOYET (Ch.)**, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, L.G.D.J., Paris, 1983.

- **GUELFUCCI-THIBIERGE (C.)**, *Nullité, restitutions et responsabilité*, L.G.D.J., Paris, 1992.
- **HARTMANN (E.)**, *Etude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, thèse Nancy, 1889.
- **HAUSSER (J.)**, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, L.G.D.J., Paris, 1971.
- **HOPPE (Ch.-E.)**, *Droit romain, de la mancipation ou de la vente solennelle per æs et libram, droit français, des actions en nullité et en rescision des conventions*, thèse Strasbourg, 1866.
- **HUGUENEY (P.)**, *De la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, thèse Dijon, 1910.
- **IZORCHE (M.-L.)**, *L'avènement de l'engagement unilatéral de volonté en droit privé contemporain*, P.U.A.M., 1995.
- **JAMIN (Ch.)**, *La notion d'action directe*, L.G.D.J., 1991.
- **JAPIOT (R.)**, *Des nullités en matière d'actes juridiques, essai d'une théorie nouvelle*, thèse Dijon, 1909.
- **JOSSERAND (L.)**, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, Paris, 1928.
- **LAMBERT (E.)**, *La stipulation pour autrui, de la nature du droit conféré au bénéficiaire contre le promettant*, A. GIRARD et E. BRIERE, Paris, 1893.
- **LARROUMET (Ch.)**, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse Bordeaux, 1968.
- **LEVIS (M.)**, *L'opposabilité du droit réel, de la sanction judiciaire des droits*, Economica, Paris, 1989.
- **LOPEZ SANTA MARIA (J.)**, *Les systèmes d'interprétation des contrats*, thèse Paris, 1968.
- **LOUVEAU (A.)**, *Théorie de l'imprévision en droit civil et en droit administratif*, thèse Rennes, 1920.
- **LUCAS-PUGET (A.-S.)**, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, L.G.D.J., Paris, 2005.
- **MARTIN DE LA MOUTTE (J.)**, *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Sirey, Paris, 1951.
- **MARTY (G.)**, *La distinction du fait et du droit*, thèse Toulouse, 1929.
- **MEKKI (M.)**, *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, L.G.D.J., 2008.

- **MORIN (G.)**, *La révolte du droit contre le code, la révision nécessaire des concepts juridiques (contrat, responsabilité, propriété)*, Sirey, Paris, 1945.
- **MOTULSKI (H.)**, *Principes d'une réalisation méthodique de droit privé, la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, thèse Lyon, 1948.
- **NAJJAR (I.)**, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, L.G.D.J., Paris, 1967.
- **NIORT (J.-F.)**, *Homo civilis, contribution à l'histoire du code civil français*, P.U.A.M., 2004.
- **PASTRE-BOYER (A.-L.)**, *L'acte juridique collectif en droit français (contribution à la classification des actes juridique)*, P.U.A.M., 2006.
- **PELLE (S.)**, *La notion d'interdépendance contractuelle*, Dalloz, Paris, 2007.
- **REIGNE (Ph. A.)**, *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, thèse Paris II, 1993.
- **RIEG (A.)**, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, L.G.D.J., Paris, 1961.
- **ROLIN (S.)**, *Le leasing : nouvelle technique de financement, comment s'équiper sans investir*, Marabout service, Belgique, 1970.
- **ROUAST (A.)**, *Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations*, thèse Lyon, Rousseau, 1909.
- **ROUBIER (P.)**, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, thèse Paris, 1911.
- **ROUETTE (G.)**, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965.
- **ROUJOU DE BOUBEE (G.)**, *Essai sur l'acte juridique collectif*, L.G.D.J., Paris, 1961.
- **ROUX (J.-M.)**, *Le rôle créateur de la stipulation pour autrui*, P.U.A.M., 2001.
- **SCHUTZ (R. N.)**, *Les recours du crédit preneur dans l'opération de crédit-bail*, thèse Poitiers, P.U.F., Paris, 1993
- **SEFERIADES (P.)**, *Etude critique sur la théorie de la cause*, thèse Paris, Rousseau, Paris, 1877.
- **STORCK (M.)**, *Essai sur le mécanisme de la représentation*, L.G.D.J., Paris, 1982.
- **TEYSSIE (B.)**, *Les groupes de contrats*, L.G.D.J., 1975.

- **TIMBAL (M.)**, *De la cause dans les contrats et les obligations en droit romain et en droit français*, thèse Toulouse, 1882.
- **TRIBES (A.)**, *Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile*, thèse Paris, 1975.
- **TRUCHOT (E.)**, *Droit romain, des caractères généraux de l'in integrum restitutio, droit français, des actions en nullité et en rescissions des conventions*, thèse Dijon, 1874.
- **VOIRIN (P.)**, *de l'imprévision dans les rapports de droit privé*, thèse Nancy, 1922.
- **WEILL (A.)**, *De la relativité des conventions en droit privé français*, thèse Paris, 1938.
- **WICKER (G.)**, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, L.G.D.J., Paris, 1997.
- **WINTGEN (R.)**, *Etude critique de la notion d'opposabilité, Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, L.G.D.J., Paris, 2004.
- **WORMS (R.)**, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligation*, thèse Paris, 1891.

III- Articles :

- **AMSELEK (P.)**, « *L'acte juridique à travers la pensée de Charles EISENMANN* », in : *La pensée de (Ch.) EISENMANN*, dir. (P.) AMSELEK, Economica, 1986, p. 31 et s.
- **ANCEL (P.)**, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD. Civ.* 1999, p. 771 et s.
- **AUBERT (J.-L.)**,
 - 1 - « *A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers* », *RTD. Civ.* 1993, p. 268 et s.
 - 2- « *Le droit pour le créancier d'agir en nullité des actes passés par le débiteur* », *RTD. Civ.* , 1969, p. 692 et s.

• **BATIFFOL (H.)**, « *La crise du contrat et sa portée* », *A. D. P.* , 1968 , p. 13 et s .

• **BERGEL (J.-L.)**, « *Différence de nature égale différence de régime* », *RTD. Civ.* 1984, p. 255 et s.

• **BEY (E.M.)**,

1- « *Crédit-bail immobilier : régime légal, définition. Conditions de fond* », *J.-Cl. Banque-Crédit-Bourse II*, 2001, v°. Fasc. 650.

2- « *Crédit-bail immobilier : régime légal, définition. Condition de forme* », *J.-Cl. Banque-Crédit-Bourse II*, 2001, v°. Fasc. 651.

3- « *Crédit-bail immobilier : régime conventionnel* », *J.-Cl. Banque-Crédit-Bourse II*, 2001, v°. Fasc. 652.

4- « *Crédit-bail immobilier : régime comptable et fiscal* », *J.-Cl. Banque-Crédit-Bourse II*, 2001, v°. Fasc. 653.

5- « *La propriété : le crédit-bail envisagé comme une sureté* », *Rev. J. Com.*, 1982, N° spécial : *l'évolution du droit des suretés*.

• **BILLIAU (M.)**, « *L'opposabilité des contrats ayant pour objet un droit réel* », in : *M. FONTAINE et J. GHESTIN, Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, L.G.D.J., Paris, 1992.

• **CABRILLAC (M.)**, *Encyc. Dalloz, civ.*, 1995, v° « *Crédit-bail* ».

• **CALAIS-AULOY (J.)**, *Ency. Dalloz com.*, 3, 1995, v° « *crédit-bail (leasing)* ».

• **CHAMPEAUD (C.)**, « *La loi du 02 juillet 1966 sur le crédit-bail* », *J.C.P.* 1996, Doctrine, n° 2021.

• **CHARPENTIER (E.M.)**, « *Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat* », *revue juridique Thémis*, n° 40-03, Montréal, 2006, p. 299 et s.

• **CHAUVEL (P.)**, *Rep. Dr. Civ., t. V*, V° « *Consentement* ».

• **DURAND (P.)**,

1- « *La contrainte légale dans la formation du contrat* », *RTD. Civ.* 1944, p. 73 et s.

2- « *Le dualisme de la convention collective* », *RTD. Civ.*, 1939, p. 533 et s.

• **EISENMANN (Ch.)**, « *Quelques Problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique* », *A.P.D 1966*, t. 6, la logique juridique, p. 25 et s.

• **FLOUR (J.)**, « *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme* », in : *Le droit privé français au milieu du xx siècle, étude offertes à RIPERT (G.)*, L.G.D.J., Paris, 1950. p. 23 et s.

• **GAVALDA (Ch.)** et **CREMIEUX-ISRAEL (D.)**, *J.-cl. Banque-Crédit-Bourse*, 2, 1988, v° ,

1- « *Crédit-bail mobilier, opération et domaine* », Fasc. 640.

2- « *Crédit-bail mobilier, régime juridique* », Fasc. 641.

3- « *Crédit-bail mobilier, régime juridique et financier* », Fasc. 642.

4- « *Crédit-bail mobilier, crédit-bail international et « leasing » en Europe* », Fasc. 643.

• **GERVAIS (A.)**, « *Quelques réflexions à propos de la destination des droits et des intérêts* », in : *Mélange ROUBIER (P.)*, t. II, 1961. p. 230 et s.

• **GHESTIN (J.)**,

1- « *Introduction (rapport français)* », in *M. FONTAINE et J. GHESTIN, Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, L.G.D.J., Paris, 1992.

2- « *Nouvelles propositions sur un renouvellement de la distinction des parties et des tiers* », *RTD. Civ.* 1994 , p. 777 et s.

• **GORE (F.)**, « *Rapport général* », in : *Les modes non formels d'expression de la volonté, travaux de l'association CAPITANT (H.)*, t. XX, Dalloz, 1972.

• **GUELFUCCI-THIBIERGE (C.)**, « *De l'élargissement de la notion de partie au contrat ... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif* », *RTD. Civ.* 1994, p. 275 et s.

• **HARICHAUX-RAMU (M.)**, « *Le transfert des garanties dans le crédit-bail mobilier* », *RTD. Com.*, 1978, p. 209 et s.

• **HEBRAUD (P.)**, « *Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques* », in : *Mélanges Maury (J.)*, t. II, Dalloz-Sirey, 1960, p. 240 et s.

• **HEBRAUD (P.)** et **VERDOT (R.)**, *Rep. Civ. Dalloz*, V° « Acte ».

• **IZORCHE (M.-L.)**, « *Réflexions sur la distinction* », in : *Mélange MOULY*, p. 53 et s.

• **KELSEN (H.)**,

1-« *La théorie juridique de la convention* », *A.P.D.*, 1940, p. 47 et s.

2-« *Aperçu d'une théorie générale de l'Etat* », *Revue du droit public et de la science politique* , 1926, p. 561 et s.

- **KHOULDI (A.)**, « *Le leasing en droit tunisien : essai d'analyse technique et juridique* », *revue Jurisprudence et Législation*. N° 10, 1995, p.5 et s.
- **LARROUMET (Ch.)**, *Ency. Dalloz*, 2^{ème} éd., *rep. Dr. Civ.*, V° « *Stipulation pour autrui* ».
- **LEGENDRE (P.)**, « *Revisiter les fondations du droit civil* », *RTD. Civ.*, 1990, p.639 et s.
- **LEGIER (G.)**, *J.-Cl. Civ.*, art. 1121 et 1122, Fasc. 1, V° « *Contrats et obligations, stipulation pour autrui* ».
- **MAURY (J.)**,
 - 1-« *Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence* », *Bulletin de société de législation comparée*, 1950, p. 485 et s.
 - 2- *Rep. Civ.*, v° « *Cause* ».
- **MAZEAUD (H.)**, « *La maxime error comunis facit jus* », *RTD. Civ.*, 1924, p. 929 et s.
- **MONTERO (E.)** et **DEMOULIN (M.)**, « *La formation du contrat depuis le code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée* », <http://www.creda.ccip.fr>.
- **PERLMAN (Ch.)**, « *Raisonnement juridique et logique juridique* », *A.P. D. 1996*, t. 6, V° « *La logique du droit.*».
- **PETIT (B.)**, *Encyc. Dr. Civ.*, v° « *Contrat et obligations, consentement* ».
- **POLLAND-DULIAN (F.)**, « *A propos de la sécurité juridique* », *RTD. Civ.*, 2001, p.491 et s.
- **SAVATIER (R.)**, « *Le prétendu principe de l'effet relatif* », *RTD. Civ.* 1934, p. 525 et s.
- **RIEG (A.)**,
 - 1-« *Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français* », in : *les modes non formels d'expression de la volonté, travaux de l'association CAPITANT (H.)*, t. XX, Dalloz, 1972.
 - 2-*Notarial Répertoire*, 1989 , Fasc. 11 , V° « *Effet obligatoire des conventions* ».
- **VILLEY (M.)**, « *Le droit subjectif et les systèmes juridiques romains* », *Revue Historique de droit français et étranger 1946-1947*, p.224 et s.
- **VIRASSAMY (G.)**,« *La connaissance et l'opposabilité* », in : *Les effets du contrat à l'égard des tiers, dir. FONTAINE (M.) et GHESTIN (J.)*, L.G.D.J., Paris, 1992.

الفهرس

07.....مقدمة

الباب الأول
مفهوم التصرف القانوني الثلاثي

الفصل الأول
ضرورة مفهوم التصرف القانوني الثلاثي

عجز آلية العقد عن احتواء العمليات القانونية المستحدثة في قانون الأعمال

- المبحث الأول : الاشتراط لمصلحة الغير 21
- المطلب الأول : النظام القانوني للاشتراط لمصلحة الغير 24
- الفرع الأول : شروط انعقاد الاشتراط لمصلحة الغير 24
- أولا- الشروط المتعلقة بالعلاقة التي تربط المشتري بالمتعهد : 24
- I. وجود مصلحة شخصية للمشتري : 24
- II. وجود عقد بين المشتري والمتعهد : 25
- 1- استقلالية عقد الاشتراط لمصلحة الغير : 26
- 2- شروط صحة عقد الاشتراط لمصلحة الغير : 26
- أ- الشروط المنصوص عليها في النظرية العامة : 27
- وجود الرضى وصحته : 27
- المحل : 27
- السبب : 27
- مسألة الشكلية في الاشتراط لمصلحة الغير : 28
- ب- ضرورة تعاقد المشتري باسمه لا باسم المنتفع : 28
- ج- ضرورة اتجاه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للغير : 28
- ثانيا- الشروط المتعلقة بالمنتفع : 29
- I. قابلية المنتفع للتعين وقت إبرام العقد : 30
- 1- عدم تعيين المنتفع إطلاقا : 30
- 2- التعيين غير الدقيق للمنتفع : 31
- II. قابلية المنتفع للوجود : 31
- 1- الاشتراط لمصلحة الأولاد الذين لم يولدوا بعد : 31
- 2- الاشتراط لمصلحة شخص معنوي لم يؤسس بعد : 32
- الفرع الثاني : آثار الاشتراط لمصلحة الغير 33
- أولا- العلاقة بين المشتري والمتعهد : 33

- I. سلطة المشتري في نقض المشاركة : 33.....
- II. سلطة المشتري المتعلقة بتنفيذ الاشتراط لمصلحة الغير : 34.....
- ثانيا- العلاقة بين المتعهد والمنتفع : 35.....
- I. حق الدائنية المباشر للمنتفع تجاه المتعهد : 35.....
- 1- خروج حق المنتفع من الضمان العام للمشتري : 36.....
- 2- خروج حق المنتفع من تركة المشتري : 36.....
- 3- قبول المنتفع ليس شرطا لوجود حقه : 36.....
- II. ارتباط حق المنتفع بالعقد الذي أنشأه : 37.....
- 1- جواز تمسك المتعهد بجميع الدفوع الخاصة بالعقد في مواجهة المنتفع : 37.....
- أ- الدفوع المترتبة في نشأتها مع العقد المبرم بين المشتري والمتعهد : 38.....
- ب- الدفوع اللاحقة في نشأتها عن الاشتراط لمصلحة الغير : 38.....
- 2- عدم إمكان المنتفع التمسك بالدفوع الخاصة بالاشتراط في مواجهة المتعهد : 39.....
- ثالثا- علاقة المشتري بالمنتفع : 40.....
- المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للاشتراط لمصلحة الغير 41.....
- الفرع الأول : النظريات التي تؤسس حق المنتفع على تقنية قانونية مستقلة عن الاشتراط لمصلحة الغير 41.....
- أولا- نظرية الإيجاب : 42.....
- I. ينتج حق المنتفع عن إيجاب يعرضه عليه المشتري : 42.....
- II. ينتج حق المنتفع عن إيجاب يعرضه عليه المتعهد : 43.....
- III. ينتج حق المنتفع عن إيجاب تخيري يتقدم به المشتري : 44.....
- ثانيا- نظرية الالتزام بإرادة منفردة : 44.....
- ثالثا- نظرية الفضالة : 46.....
- الفرع الثاني : النظريات التي تؤسس حق المنتفع على تقنية الاشتراط نفسها 48.....
- أولا : نظرية العملية القانونية ثلاثية الأشخاص : 48.....
- ثانيا- التكييف المقترح : 51.....

I. تكييف الاشتراط لمصلحة الغير قبل تعبير المستفيد عن رغبته في الاستفادة من الحق الناشئ

عن الاشتراط لمصلحته : 52.....

1- استثناء المنتفع بالحق : 53.....

أ- مصطلح الاستثناء : 53.....

ب- خصائص استثناء المنتفع بالحق الناشئ عن الاشتراط لمصلحة الغير : 54.....

2- مشاركة المشتري المنتفع في ميزة التسلط على الحق : 55.....

أ- مصطلح التسلط : 55.....

ب- ازدواجية التسلط على الحق الناشئ عن الاشتراط لمصلحة الغير : 56.....

- حق الخيار: مظهر تسلط المنتفع : 56.....

- حق نقض الاشتراط : مظهر تسلط المشتري على الحق : 57.....

II. تكييف الاشتراط لمصلحة الغير بعد تعبير المنتفع عن رغبته في الاستفادة من الحق الناشئ

عن الاشتراط لمصلحته : 60.....

المبحث الثاني : الاعتماد التجاري للأصول المنقولة 62.....

المطلب الأول : التكريس العقدي للاعتماد التجاري للأصول المنقولة 64.....

الفرع الأول : نشأة الاعتماد التجاري للأصول المنقولة 65.....

أولاً- الشروط الموضوعية : 65.....

I. الشروط الموضوعية العامة: 66.....

1- الرضى : 66.....

أ- مرحلة فحص الضمان العام للمستأجر : 67.....

- المعلومات المتعلقة بالاستثمار عامة : 67.....

- المعلومات المتعلقة بالشخص المستثمر : 67.....

- المعلومات المتعلقة بالمشروع المراد تمويله : 67.....

- المعلومات المتعلقة بالنشاط الاقتصادي للاستثمار : 67.....

- المعلومات المتعلقة بالاستثمار المراد تمويل : 68.....

ب- تلاقي الإرادات : 68.....

2- - المحل : 70.....

- 70..... أ- أن يكون المحل ذو استعمال مهني :
71..... ب- تحديد الإيجارات و مقابل التملك :
72..... 3- السبب :
72..... II. الشروط الموضوعية الخاصة :
72..... 1- تحديد مدة الإيجار غير القابلة للإلغاء :
73..... 2- النص على حق الخيار بالشراء الممنوح للمستأجر عند نهاية العقد :
74..... ثانيا- الشروط الشكلية :
74..... I. الكتابة :
75..... II. الشهر :
76..... الفرع الثاني : آثار عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة
77..... أولا- التزامات المؤجر :
77..... I-الالتزام بتمكن المستأجر من وضع يده على المال محل العقد :
79..... II-الالتزام بالضمان :
81..... III- الالتزام ببيع الأصل للمستأجر في حالة استعمال هذا الأخير لحقه في الشراء :
82..... ثانيا- التزامات المستأجر :
82..... I- دفع أقساط الأجرة :
83..... II-الالتزام بالمحافظة على الأصل المؤجر :
83..... 1- صيانة العتاد :
84..... 2-الالتزام بتأمين الأصل :
84..... 3-الالتزام بتمكن المؤجر من الرقابة :
84..... 4-الالتزام باستعمال الأصل استعمال رب الأسرة الحريص :
85..... الفرع الثالث : انتهاء الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة
85..... أولا- انتهاء المدة :
86..... I. شراء الأموال المؤجرة :
86..... 1- إعلان الرغبة في الشراء :
86..... 2- تحديد ثمن الشراء :

- 3- أن يكون المستأجر قد دفع كل المستحقات المترتبة عن الفترة غير القابلة للإلغاء : 87.....
- II. تجديد عقد الاعتماد التجاري : 87.....
- III. رد الأموال إلى المؤجر : 87.....
- ثانيا- فسخ العقد : 88.....
- I. حالة طلب الفسخ من المستأجر : 89.....
- II. حالة طلب الفسخ من المؤجر : 89.....
- 1- التعويض في حالة عدم الدفع التعسفي لبدل الإيجار : 90.....
- 2- التعويض في حالة عدم دفع بدل الإيجار لعدم قدرة حقيقية على الدفع : 90.....
- المطلب الثاني : عجز نظرية العقد في احتواء عملية الاعتماد التجاري للأصول المنقولة 90.....
- الفرع الأول : الإشكالات المتعلقة بضبط مفهوم الاعتماد التجاري للأصول المنقولة 91.....
- أولا- الاعتماد التجاري على ضوء النصوص : 91.....
- I. عناصر الاعتماد التجاري : 91.....
- 1- الإيجار : 92.....
- 2- الوعد بالبيع : 92.....
- 3- عدم قابلية فصل الإيجار عن الوعد بالبيع : 93.....
- II. آلية الاعتماد التجاري : إيجار منتهي بوعد ملزم لجانب واحد بالبيع 93.....
- ثانيا- الاعتماد التجاري على ضوء الممارسة : 95.....
- I. علاقة الشركة المؤجرة بالبائع أو المنتج : 97.....
- 1- الالتزام بالتعاون : 97.....
- 2- الالتزام بالاسترداد : 97.....
- II. علاقة المؤسسة التي ترغب في اقتناء الأصل (المستأجر) بالبائع أو المنتج : 98.....
- III. علاقة شركة الاعتماد التجاري بزبونها : 98.....
- الفرع الثاني : الإشكالات المتعلقة برجوع المستأجر على الضامن في مسائل الضمان 100.....
- أولا- عدم إمكانية الرجوع على الشركة المؤجرة : 100.....
- I. بنود الإعفاء من الضمان في النظرية العامة: 100.....
- II. بنود الإعفاء من الضمان في الاعتماد التجاري للأصول المنقولة : 101.....
- ثانيا- رجوع المستأجر على البائع : 102.....

I. الوكالة :	102.....
II. التنظيم الإتفاقي لرجوع المستأجر على البائع :	104.....
1- إنشاء حق مباشر لمصلحة المستأجر :	104.....
أ- الاشتراط لمصلحة الغير :	104.....
ب- الإنابة:	105.....
2- تحويل حق الشركة المؤجرة في الضمان إلى المستأجر:	107.....
أ- استحالة استثناء المستأجر لشروط الحلول :	107.....
ب-حوالة الحق :	108.....

الفصل الثاني

التصرف القانوني الثلاثي تحت اختبار المنطق القانوني

مبحث تمهيدي : تطور الأفكار في مجال أنواع التصرفات القانونية	110.....
I-نظرية التصرف المركب :	111.....
II-نظرية التصرف القانوني الجماعي :	114.....
III-نظرية زمرة العقود :	118.....
المبحث الأول : عدم تعارض فكرة التصرف القانوني الثلاثي مع النظرية العامة للتصرفات القانونية	124.....
المطلب الأول : ماهية التصرف القانوني	124.....
الفرع الأول : تحديد ماهية التصرف القانوني عن طريق مقابلته بالواقعة القانونية	125.....
أولاً- وجود الإرادة معيار غير كاف للتمييز بين التصرف القانوني و الواقعة القانونية :	126.....
ثانياً- وجود الإرادة ضروري غير أنه غير كاف :	126.....
I. ضرورة تحديد الآثار القانونية من قبل الإرادة :	127.....
II. توقف نشأة الآثار القانونية على ضرورة توافر نية إحداثها :	128.....
الفرع الثاني : تحديد ماهية التصرف القانوني من خلال العناصر المكونة له	129.....
أولاً- العناصر المتفق عليها :	129.....
I. نشأة الآثار القانونية :	129.....

130.....	II. وجود تعبير عن الإرادة :
131.....	ثانيا- العنصر المختلف عليه :
131.....	I. الموقف المنكر لوجود الحق :
132.....	1- مدرسة القانون الطبيعي :
133.....	2- مدرسة القانون الوضعي :
133.....	أ- طرح DUGUIT : لا وجود للحق وإنما لمراكز قانونية
136.....	ب- طرح KELSEN : لا وجود للحق وإنما لتسلسل قواعد موضوعية
139.....	II. الموقف المؤيد لوجود الحق :
140.....	المطلب الثاني : تصنيف التصرفات القانونية
140.....	الفرع الأول : البحث عن معيار تصنيف التصرفات القانونية
140.....	أولا- ضرورة مقابلة العقد بالتصرف بإرادة منفردة :
142.....	ثانيا- تحليل مضمون مقابلة العقد بالتصرف بإرادة منفردة :
142.....	I. تركيز المقابلة على مرحلة الآثار :
143.....	II. تركيز المقابلة على مرحلة النشأة :
143.....	1- نقائص معيار عدد الإرادات :
145.....	2- معيار تقابل المصالح :
146.....	أ- المصلحة والمحل :
147.....	ب- المصلحة والسبب :
149.....	ت- المصلحة هي المنفعة :
151.....	الفرع الثاني : تصنيف التصرفات القانونية
151.....	أولا- مضمون التصنيف الحديث للتصرفات القانونية :
151.....	I. التصرف بإرادة منفردة :
152.....	II. العقد :
153.....	III. التصرف القانوني الجماعي :
153.....	ثانيا- منطلق التصنيف الحديث للتصرفات القانونية :
154.....	ثالثا : التصنيف المقترح

- المبحث الثاني : التصرف القانوني الثلاثي ومفهوم الطرف في تصرف قانوني 156
- المطلب الأول : التمييز بين مفهومي الطرف والغير في النظرية الكلاسيكية 157
- الفرع الأول : أساس التمييز : الإرادة بالمفهوم الضيق 158
- أولاً- أساس مبدأ نسبية التعاقد في القانون الروماني : 158
- ثانياً- تأثير فلسفة Kant و Adam SMITH في إعادة تأسيس مبدأ نسبية التعاقد : 159
- I. فلسفة Kant : 159
- II. أفكار "JEAN-BAPTISTE" و "ADAM SMITH" : 161
- الفرع الثاني : نتائج اعتماد الإرادة بالمفهوم الضيق كأساس للتمييز بين مفهومي الطرف والغير في تصرف قانوني 162
- أولاً- الخلف بين مركز الطرف والغير : 162
- I. الخلف العام : 163
- II. الخلف الخاص : 165
- ثانياً: مركز الدائنين : 166
- I. الدائنين الممتازون : 166
- II. الدائنين العاديون : 167
- الفرع الثالث: تقدير الإرادة بالمفهوم الضيق 168
- أولاً- حجج استبقاء معيار الإرادة بالمفهوم الضيق : 168
- ثانياً- ضرورة إعادة النظر في معيار الإرادة بالمفهوم الضيق : 172
- المطلب الثاني: التمييز بين مفهومي الطرف والغير في النظرية الحديثة 173
- الفرع الأول: موقف الأستاذة GUELFUCCI-THIBIERGE من مفهومي الطرف والغير في التصرف القانوني 174
- أولاً- الانتقادات : 174
- ثانياً- الاقتراحات : 175
- الفرع الثاني: الاقتراحات الجديدة للأستاذ GHESTIN 177
- أولاً- مركز الطرف : 178

178.....	I. الأطراف عند النشأة:
179.....	1- الأشخاص المتعاقدين الذين عبروا عن إرادتهم بأنفسهم:
179.....	2- الأشخاص الممثلين:
180.....	أ- حالة النيابة الاتفاقية:
180.....	ب- حالة النيابة القانونية:
181.....	II. الأطراف عند التنفيذ:
181.....	1- اكتساب الأصل صفة الطرف بعد إقراره لتجاوز النائب حدود نيابته:
181.....	2- الأشخاص الذين انضموا إلى شخص معنوي:
182.....	3- الخلف:
182.....	ثانيا- مركز الغير:
183.....	الفرع الثاني: التمييز المقترح

الباب الثاني

النظام القانوني للتصرف القانوني الثلاثي

الفصل الأول

النظام القانوني لإبرام التصرف القانوني الثلاثي

189.....	المبحث الأول : شروط نشأة التصرف القانوني الثلاثي
189.....	المطلب الأول : الشروط المتعلقة بالإرادة
189.....	الفرع الأول : الإرادة في التصرف الثلاثي
190.....	أولا- دور الإرادة في نشأة التصرف الثلاثي :
190.....	I. الشروط الواجب توافرها في الإرادة حتى تنشئ التصرف الثلاثي :
191.....	1- ضرورة الإعلان عن الإرادة :
	2- ضرورة تعبير كل إرادة عن مصلحة تقابل المصلحتين اللتين تعبر عنهما الإرادتين الآخرين:
193.....	

195.....	II. مدى كفاية الإرادة في إنشاء التصرف الثلاثي :
196.....	1- المبدأ: رضائية التصرف:
197.....	2- الاستثناء: الشكلية :
198.....	أ- اشتراط الكتابة :
199.....	ب-الشهر :
200.....	ثانيا- دور الإرادة في تحديد مضمون التصرف :
202.....	الفرع الثاني : تلاقي المصالح
202.....	أولا- تلاقي المصالح في العقود :
202.....	I. الصورة العامة :
203.....	1- مرحلة تفاوض
203.....	2- صدور إيجاب
205.....	3- صدور قبول
206.....	4- تطابق المصالح
207.....	II. الصور الخاصة :
207.....	1- التعاقد عن طريق النيابة :
207.....	2- التعاقد مع النفس :
209.....	3- التعاقد في حالة كون الإيجاب موجه للمصلحة المحضة للموجه إليه :
209.....	ثانيا- تلاقي المصالح في التصرفات القانونية الثلاثية :
210.....	المطلب الثاني: الشروط غير المتعلقة بالإرادة
211.....	الفرع الأول: المحل
211.....	أولا- التطور التاريخي لمفهوم المحل :
211.....	I. مفهوم المحل في القانون الروماني :
212.....	1- شرح المصطلحات DARE و FECERE و PRAESTARE الرومانية :
214.....	2- الشروط التي تم استثناء نظام المحل الحالي منها :
214.....	أ- البطلان لعدم المشروعية :
214.....	ب-البطلان لأسباب طبيعية :

- ج-البطلان للأسباب شكلية : 215.....
- II. المحل عند الفقيه POTHIER : 215.....
- 1- شروط المحل عندما يكون شيئاً : 215.....
- 2- شروط المحل عندما يكون عملاً : 216.....
- III. المحل في تقنين نابليون : 217.....
- ثانيا- تدقيق مفهوم المحل : 217.....
- I. تمييز محل العقد عن محل الالتزام ومحل الأداء : 218.....
- II. محل التصرف القانوني الثلاثي : 220.....
- الفرع الثاني : السبب 220.....
- أولاً- مضمون نظرية السبب في العقود : 223.....
- I. التمييز بين سبب الالتزام وسبب العقد : 223.....
- II. شخصنة السبب الموضوعي في القضاء الفرنسي : 225.....
- ثانيا- خصائص السبب في التصرف القانوني الثلاثي : 227.....
- I. السبب الموضوعي والسبب الشخصي في التصرف القانوني الثلاثي : 227.....
- II. إسقاط موقف الفقه الحالي من نظرية السبب على التصرف القانوني الثلاثي : 228.....
- المبحث الثاني : جزاء تخلف شروط إنشاء التصرف القانوني الثلاثي 230.....
- المطلب الأول : مفهوم البطلان 233.....
- الفرع الأول : التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي 234.....
- أولاً- معيار التمييز وآثاره على النظام القانوني لكل من البطلان المطلق والبطلان النسبي في الفقه الكلاسيكي : 235.....
- I. معيار التمييز : خطورة العيب 235.....
- II. النظام القانوني للبطلان المطلق والبطلان النسبي : 238.....
- 1- يتقرر البطلان المطلق بقوة القانون 238.....
- 2- يجوز لكل من له مصلحة المطالبة بالبطلان المطلق 238.....
- 3- العقد الذي لا يكون إلا مريضاً يمكن علاجه 238.....

ثانيا- معيار التمييز وآثاره على النظام القانوني لكل من البطلان المطلق والبطلان النسبي في الفقه الحديث :	239.....
I. معيار التمييز : حماية المصلحة العامة وحماية المصلحة الخاصة	239.....
II. النظام القانوني للبطلان المطلق والبطلان النسبي:	241.....
1- مسألة البطلان بقوة القانون	241.....
2- صاحب الحق في المطالبة بالبطلان	242.....
3- انقضاء حق المطالبة بالبطلان	243.....
الفرع الثاني : آثار البطلان	244.....
أولا- زوال التصرف بأثر رجعي :	244.....
I. القيود الواردة على خاصية رجعية البطلان فيما يتعلق بالعلاقات ما بين الأطراف:	245.....
1- استحالة رد الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها التصرف لاستحالة الرد عينا	246.....
2- استحالة الرد لاعتبارات حماية مصلحة أحد الأطراف	247.....
أ- اكتساب الحائز حسن النية لما قبضه من ثمار	247.....
ب - رد ناقص الأهلية ما عاد عليه بالنفع فقط	248.....
3- استحالة الرد لاعتبارات المصلحة العامة : حرمان الملوث من استرداد الأداء	248.....
II. القيود الواردة على خاصية رجعية البطلان فيما يتعلق بالعلاقات مع الغير :	250.....
1- في المواد العقارية:	250.....
أ- التقادم المكسب	250.....
ب- نظرية الأوضاع الظاهرة	251.....
2- في مواد المنقولات	251.....
3- القيود الواردة على الالتزام بالضمان	252.....
ثانيا- مدى شمولية البطلان : البطلان الجزئي:	252.....
المطلب الثاني : أحكام ممارسة البطلان	253.....
الفرع الأول : حالات ممارسة البطلان	254.....
أولا- حالات البطلان النسبي :	254.....
I. الغلط :	255.....

257.....	II. التدليس :
259.....	ثانيا- حالات البطلان المطلق :
260.....	الفرع الثاني : صاحب الحق في إثارة البطلان
260.....	أولا- صاحب الحق في إثارة البطلان المطلق :
260.....	I. تحديد أصحاب المصلحة :
260.....	1- الأطراف
261.....	2- الخلف الخاص
261.....	3- الدائنون
261.....	II. أعوان السلطة العامة :
261.....	1- النيابة
261.....	2- المحكمة
262.....	ثانيا- صاحب الحق في إثارة البطلان النسبي
263.....	الفرع الثالث: سقوط حق التمسك بالبطلان
263.....	أولا- الإجازة :
264.....	I. مجال الإجازة :
265.....	II. شروط الإجازة :
266.....	III. آثار الإجازة :
266.....	1- آثار الإجازة فيما بين الأطراف
267.....	2- آثار الإجازة فيما يتعلق بالغير
267.....	ثانيا- التقادم :
267.....	I. دعوى التقادم :
268.....	1- تقادم دعوى الإبطال
269.....	2- تقادم دعوى البطلان المطلق
269.....	II. الدفع بالتقادم :

الفصل الثاني

آثار التصرفات القانونية الثلاثية

270.....	المبحث الأول : القوة الملزمة للتصرف القانوني الثلاثي
271.....	المطلب الأول : أساس القوة الملزمة للتصرف القانوني الثلاثي
272.....	الفرع الأول : إرادة الأطراف كأساس للقوة الملزمة للتصرف القانوني الثلاثي
276.....	الفرع الثاني : القانون كأساس للقوة الملزمة للتصرف الثلاثي
276.....	أولا- تطور فلسفة قانون جديد :
277.....	ثانيا- أثر هذا التطور على أساس القوة الملزمة للتصرفات الإرادية :
280.....	المطلب الثاني : تفسير التصرف القانوني الثلاثي
281.....	الفرع الأول : الطريقة الشخصية
281.....	أولا- توجيهات التفسير المتعلقة بالطريقة الشخصية :
281.....	I. وضوح العبارة :
282.....	1- موقف الفقه من مبدأ رقابة تشويه التصرف :
283.....	2- طبيعة الرقابة :
284.....	II. غموض العبارة :
285.....	1- الضوابط الداخلية في تفسير التصرف :
287.....	2- الضوابط الخارجية في تفسير التصرف :
287.....	أ- تفسير الشك لمصلحة المدين كقاعدة عامة :
288.....	ب-عدم جواز تفسير الشك تفسيرا مضرا بالطرف المدعن :
289.....	ثانيا- رقابة المجلس الأعلى لتفسير التصرف :
289.....	I. المجلس الأعلى لا يراقب تفسير التصرف :
290.....	II. رقابة المجلس الأعلى لمدى احترام قضاة الموضوع لشروط ممارسة التفسير :
291.....	الفرع الثاني : الطريقة الموضوعية
292.....	أولا- توجيهات التفسير في الطريقة الموضوعية :
292.....	I. مضمون توجيهات التفسير في الطريقة الموضوعية :
292.....	1- التشريع :
293.....	2- العرف :

- 3- مبادئ العدالة : 294.....
- II. نتائج التفسير الموضوعي : إلزام الأطراف بما لم يتفقوا عليه : 294.....
- 1- الالتزام بالسلامة : 294.....
- 2- الالتزام بتقديم المعلومات والاستشارة : 295.....
- 3- الالتزام بالمراقبة : 295.....
- ثانيا- سلطات المجلس الأعلى في مراقبة التفسير في ظل الطريقة الموضوعية : 296.....
- المطلب الثاني : سلطات القاضي في تعديل التصرف القانوني الثلاثي 297.....
- الفرع الأول : سلطة القاضي في رد الاختلال في التوازن الاقتصادي للتصرف الناتج عن حادث خارج عن إرادة الأطراف : نظرية الظروف الطارئة 298.....
- أولا- شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة : 299.....
- I. الشروط المتعلقة بالحادث : 299.....
- 1- طبيعة الحادث : 299.....
- أ- أن يكون الحادث استثنائي وعمام 299.....
- ب- أن يحدث بعد إبرام التصرف 300.....
- ج- أن يكون غير متوقع 300.....
- د- ألا تتوافر في الحادث خصائص القوة القاهرة 301.....
- 2- جسامه الأثر المادي للحادث على المدين : 302.....
- II. الشروط المتعلقة بالتصرف محل تطبيق نظرية الظروف الطارئة : 302.....
- 1- أن يكون التصرف من التصرفات التي تتضمن التزامات معبر عنها بوحدة نقدية : 302.....
- 2- أن يكون التصرف متراخي التنفيذ : 302.....
- III. أن لا يكون للمدين يد في اختلال التوازن بين الاداءات : 303.....
- ثانيا- أثر تطبيق الظروف الطارئة على التصرف : 303.....
- I. تعديل التصرف : 304.....
- 1- الإقصاء من التزام المدين : 304.....
- 2- الزيادة من التزام الدائن : 305.....
- 3- وقف تنفيذ الالتزام : 305.....

305.....	II. فسخ التصرف :
	الفرع الثاني : سلطة القاضي في رد الاختلال في التوازن الاقتصادي للتصرف الناتج عن إرادة
306.....	الأطراف
308.....	أولا- سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية بصفة عامة :
309.....	I. شرطا تعديل الشرط التعسفي :
309.....	1- أن يتم الاتفاق عن طريق الإذعان :
310.....	2- أن يحتوي التصرف شرطا تعسفيا :
310.....	II. صور تدخل القاضي :
310.....	ثانيا- سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي :
311.....	I. مفهوم الشرط الجزائي :
311.....	1- خصائص الشرط الجزائي
311.....	أ- الشرط الجزائي هو تعويض الإخلال بتنفيذ الالتزام
311.....	-ضرورة توافر خطأ عقدي من جانب المدين
311.....	-حصول ضرر للدائن
312.....	-وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر
312.....	-ضرورة إعدار المدين بالتنفيذ
312.....	ب- الشرط الجزائي محدد جزافا
312.....	2- مزايا الشرط الجزائي
313.....	II. الحالات التي يجوز فيها للقاضي تعديل الشرط الجزائي :
313.....	1- إنقاص الشرط الجزائي :
313.....	أ- حالة كون الشرط الجزائي مفرطا
313.....	ب- حالة التنفيذ الجزئي للالتزام
314.....	2- زيادة قيمة الشرط الجزائي :
314.....	المبحث الثاني : نطاق آثار التصرف القانوني الثلاثي
316.....	المطلب الأول : مبدأ نسبية الاتفاقات
317.....	الفرع الأول : التفسير الكلاسيكي لمبدأ نسبية الاتفاقات

- أولاً- معنى مبدأ نسبية الاتفاقات عند محرري تقنين نابليون : 318.....
- I- رجال القانون الذين تأثر بهم محررو التقنين : 318.....
- 1- مظاهر تأثر المحررين بالفقيه DOMAT : 319.....
- 2- مظاهر تأثر المحررين بالفقيه POTHIER : 320.....
- II- الظروف التي أحاطت بالمحررين أثناء صياغة التقنين : 322.....
- ثانياً- معنى المبدأ عند مفسري التقنين : 322.....
- الفرع الثاني : التفسير الحالي لمبدأ نسبية الاتفاقات 325.....
- أولاً- مبدأ نسبية الاتفاقات ضامن التحكم في المستقبل عن طريق التصرف القانوني : 327.....
- I- مبدأ نسبية الاتفاقات ضامن أمن المراكز القانونية للأطراف : 327.....
- II- مبدأ نسبية الاتفاقات ضامن أمن المراكز القانونية للغير : 328.....
- ثانياً- مبدأ نسبية الاتفاقات وسيلة لتحقيق العدل في المبادلات الاقتصادية : 330.....
- المطلب الثاني : نفاذ التصرف الثلاثي في مواجهة الغير 332.....
- الفرع الأول : أساس مبدأ نفاذ التصرف في مواجهة الغير 333.....
- أولاً- نفاذ آثار التصرف في مواجهة الغير باعتباره واقعة قانونية : 333.....
- I- مضمونه : 333.....
- II- نقده : 335.....
- ثانياً- نفاذ الأثر التنظيمي للعقد أو التصرف على أساس القوة الملزمة للتصرف : 336.....
- I- مبدأ نفاذ التصرف في مواجهة الغير مبدأ مكمل و ضروري لمبدأ القوة الملزمة للتصرف : 336.....
- II- مبدأ نفاذ التصرف امتداد لمبدأ القوة الملزمة للعقد : 339.....
- الفرع الثاني : أحكام مبدأ نفاذ التصرف في مواجهة الغير 340.....
- أولاً- نفاذ تصرفات المنشئة للحقوق الشخصية في مواجهة الغير : 340.....
- I- علم الغير بالتصرف : شرط ضروري لنفاذ الحقوق الشخصية الناشئة عنه في مواجهتهم 341.....
- 1- تأسيس مبدأ الالتزام العام باحترام الحقوق الشخصية الناشئة عن التصرفات القانونية على فكرة أخرى غير نفاذ التصرف في مواجهة الغير : 342.....
- أ- فكرة الخطأ : 342.....
- ب- فكرة المسؤولية العقدية : 343.....
- ج- فكرة المسؤولية التقصيرية : 343.....

2-تأسيس مبدأ الالتزام العام باحترام الحقوق الشخصية الناشئة عن التصرفات القانونية على	
فكرة نفاذ العقد في مواجهة الغير :	344.....
II-الهدف من نفاذ التصرف في مواجهة الغير	345.....
1- التزام الغير بعدم القيام بعمل	345.....
2 - شرعية رفض أطراف التصرف التعاقد مع الغير	346.....
3- امتداد آثار التصرف إلى بعض الغير	346.....
ثانيا- نفاذ التصرفات التي يكون محلها حق عيني في مواجهة الغير :	346.....
I -التصرفات التي يكون محلها حق عيني وارد على منقول :	347.....
1-التصرفات الناقلة للملكية :	347.....
أ-حالة كون الشيء المبيع من المثليات :	347.....
ب-حالة كون الشيء المبيع من القيميات :	348.....
2-التصرفات غير الناقلة للملكية :	348.....
II-التصرفات التي يكون محلها حق عيني عقاري :	349.....
1-التصرفات الناقلة للملكية :	349.....
2-التصرفات غير الناقلة للملكية :	350.....
خاتمة	351.....
ملحق	355.....
قائمة المراجع	362.....
فهرس	380.....

يعتبر تعدد التصرفات القانونية التي تستدعي تدخل أكثر من شخصين لإنشاءها مظهراً من مظاهر تعقّد التقنيات الاقتصادية المعاصرة، وهي - حالياً - واسعة الانتشار في مجال التعاملات البنكية، وقانون التأمين، وكذا نقل البضائع ... الخ.

لا يمكن تحليل تشابك العلاقات التي تنشأ بين الأشخاص الذين ساهموا في تكوين التصرف، بمقاربة مجزئة تحلل فيها كل علاقة منفصلة عن العلاقات الأخرى المتفرعة عن التصرف. هذا ما يبين بداهة عدم تلاؤم التكييف العقدي لمثل هذه التصرفات، وضرورة تصور نوع جديد من التصرفات القانونية يكون بإمكانه احتواء هذا التعدد في العلاقات القانونية: التصرف القانوني الثلاثي.

يعرف التصرف القانوني الثلاثي بأنه اتفاق بين ثلاث مصالح تمتاز الواحدة عن الأخرى، وتقابل كل واحدة منها المصلحتين الأخرين.

La pluralité des actes juridiques faisant intervenir plus de deux personnes pour leur réalisation est sans doute l'une des manifestations juridiques de la complexité contemporaine des techniques économiques. Ces actes juridiques sont aujourd'hui courants dans le domaine bancaire, des assurances, et des contrats de transport de marchandises ... etc.

L'analyse de l'enchevêtrement des relations qui naissent entre les personnes qui participent à la réalisation de l'acte ne peut se satisfaire d'une approche parcellaire de chacune des relations considérées isolément. Ce qui met en évidence l'inadaptation de la qualification contractuelle desdits actes et la nécessité de concevoir un nouveau type d'actes qui puisse contenir cette pluralité de relations juridiques : L'acte juridique trilatéral.

L'acte juridique trilatéral se définit comme une convention entre trois intérêts qui se distinguent les uns des autres et que chacun d'entre eux s'oppose aux deux autres.

