

جامعة مولود معمري - تيزي وزو  
كلية الحقوق والعلوم السياسية

# نسبية آثار العقد

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون  
تخصص: القانون الخاص

إشراف الدكتورة:

بن نعمان فتيحة

إعداد الطالبين:

- نواصر أغيلاس

- لعراب بلقاسم

## أعضاء لجنة المناقشة

د/ آيت قاسي حورية، أستاذة محاضرة أ، جامعة مولود معمري - تيزي وزو.....رئيسا

د/ بن نعمان فتيحة، أستاذة محاضرة ب، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، مشرفا ومقررا

د/ حابت آمال، أستاذة محاضرة أ، جامعة مولود معمري - تيزي وزو.....ممتحنا

السنة الجامعية 2020/2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَبِهِ نَسْتَعِينُ

وَحَلَّ اللَّعْمُ وَسَلَّمٌ عَلَى النَّبِيِّ مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِهِ

وَصَحْبِهِ.

## شكر وعرّفان

نتوجه بالشكر الجزيل للدكتورة بن نعمان فتيحة على قبولها الإشراف على مذكرتنا، وعلى ما بذلته لنا من وقت وجهد في التوجيه طوال مراحل إنجاز هذه المذكرة. كما نشكر أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم تقييم مذكرتنا.

ولكل من ساهم في تكويننا، منذ التعليم الابتدائي وصولاً إلى أساتذة الكلية، كامل التقدير والعرّفان.

## إهداء

إلى الأحياء من عائلتنا، وإلى روح الأموات منهم؛

إلى أصدقائنا،

نهدي ثمرة عملنا.

## قائمة المختصرات

ج ر ج ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

ج: الجزء.

د س ن: دون سنة النشر.

د ب ن: دون بلد النشر.

ط: الطبعة.

ص: صفحة.

ص ص: من الصفحة... إلى الصفحة...

العقد تصرف قانوني ينعقد باتفاق إرادتين أو أكثر ويحدث أثرا قانونيا هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه. وتُعرّفه المادة 54 من القانون المدني الجزائري بأنه «اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخريين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما»، فاتصال إرادة الموجب بإرادة القابل مصدر تكوين العقد، خلافا للتصرفات التي تنشأ بإرادة منفردة كالوصية والوقف التي لا تحتاج إلا لإرادة المنشئ في قيامها.

تقترن نظرية العقد في القوانين المدنية بمبدأ سلطان الإرادة الذي يعني في جوهره أن إرادة الأطراف السلطان الأكبر في تحديد مضمون العقد وكيفية تنفيذه، فالمرجع وإن تدخل لتنظيم بعض تفاصيله بقواعد آمرة، فلأن هذه التفاصيل متعلقة بالنظام العام وجب حمايتها بالإلزام القانوني، أما ما عداها مما لا مصلحة عامة في حمايته- وهو النصيب الأكبر من نظرية العقد- فتُرك لإرادة الأطراف، ووُضعت لتنظيمها قواعد مكملة لا يطبقها القاضي إلا عند غياب اتفاق الأطراف.

إن مقتضى مبدأ سلطان الإرادة في القانون المدني أن إرادة الفرد تشرع بذاتها لذاتها وتنشئ بذاتها لذاتها التزامها، فالإرادة تنشئ ما تشاء من العقود غير متقيدة في ذلك بالعقود المسماة في القانون المدني، كما أن للإرادة الحرية في تحديد آثار العقد، فلا تنقيد بالآثار التي يربتها المشرع، إذ يكون لها تضييق هذه الآثار أو توسيعها أو استبعادها، كما يكون للإرادة الحرية في تعديل هذه الآثار بعد قيامها، أو إنهاء العقد بعد قيامه.

مما يترتب عن مبدأ سلطان الإرادة أن العقد شريعة المتعاقدين، فيُلزم العقد المتعاقدين كما يلزمهما القانون، فلا يمكن لأي منهما الانفراد بتعديل العقد ولا الانفراد بإنهائه، وكذلك لا يجوز للقاضي أن يقوم بذلك إلا في حدود، فمتى انعقد العقد مستوفيا أركانه وشروطه القانونية رتب آثاره على المتعاقدين كما ارتضاها دون أن تتعداهما إلا استثناءً، وهذا ما يعرف بمبدأ الأثر النسبي للعقد أو مبدأ النسبية الذي يحكم آثار العقد ويرتبط بقوته الملزمة.

إن القوة الملزمة للعقد غير مطلقة، بل تنقيد بمبدأ النسبية الذي يحدد للإلزام امتداده الشخصي وامتداده الموضوعي، فمن حيث الأشخاص تنصرف آثار العقد إلى المتعاقدين أو من

## الفصل الأول: نسبية آثار العقد بالنسبة للأشخاص

قام مقامهما في إبرام العقد ولا تمتد إلى الغير، فيشمل لفظ المتعاقدين من أبرم العقد أصالة عن نفسه ونيابة عن غيره، وكذلك من يمثل المتعاقدين أو يحل محلّهما في جميع حقوقهما والتزاماتهما من الخلف العام (الورثة) أو من يخلفهما في ملكية شيء معين أو في حق شخصي من الخلف الخاص (الدائنين). أما من حيث الموضوع، فإن مبدأ نسبية العقد يقتضي أن يكون العقد قانون المتعاقدين، فيلتزمان بما ورد فيه من بنود اتفقا عليه، فلا يملك أحدهما ولا القاضي نقضه ولا تعديله إلا في ظروف تقتضي ذلك ضمن قيود مضبوطة.

إن الهدف من إقرار المشرع مبدأ الأثر النسبي للعقد بشقيه الشخصي والموضوعي لا يقتصر على حماية مصلحة المتعاقدين، بل يتعداهما إلى حماية مصلحة المجتمع التي تقتضي الوفاء بالعقود تحقيقا لاستقرار المعاملات والطمأنينة فيها، وهو ما يشكل الأساس الاقتصادي لهذا المبدأ الذي يحفظ الثقة بين الأفراد ويمنع الاضطراب في المراكز القانونية، إلى جانب الأساس الأخلاقي: احترام العهد والأساس الفلسفي المتمثل في المبدأ القديم العائد للقانون الروماني "مبدأ سلطان الإرادة" القائم على إطلاق حرية الشخص في التعاقد ما لم يمس بالنظام العام والآداب العامة.

إنّ مبدأ الأثر النسبي للعقد لا يؤخذ على إطلاقه، إذ ترد عليه بعض الاستثناءات أوجدتها طبيعة المعاملات، كأن يكتسب الغير حقًا وهو ما يعرف بالاشتراط لمصلحة الغير، أو أن يرتب أحد المتعاقدين التزاما في ذمة الغير، وهو التعهّد عن الغير، كما يعرف الجانب الموضوعي للأثر النسبي للعقد استثناءات، بعضها مقرر بإرادة الأطراف، وأخرى يحكم بها القاضي تطبيقا للقانون حين يُحوّله تعديل آثار العقد لاعتبارات راعاها المشرع، أو استجابة لتغير ظروف الحال عن تلك التي أبرم العقد في ظلها.

إنّ ازدياد الاحتكام لنظرية العقد، واتساع مجال تطبيقها في الحياة الاقتصادية بعد تراجع مجال العقود التنظيمية بتراجع الاقتصاد الموجه، وفَسَح المجال أمام المبادرات الخاصة جعل البحث في نظرية العقد بصفة عامة وفي آثاره بصفة خاصة ذي أهمية استراتيجية، خاصة أن أحكام القانون المدني تشكل بالنسبة للنصوص الخاصة الشريعة العامة التي يحتكم القاضي إليها في حال غياب الحكم الخاص في القانون الخاص الذي ينظم مجالا محددًا من العقود

## الفصل الأول: نسبية آثار العقد بالنسبة للأشخاص

كالتعاقد في مجال الترقية العقارية وعقود الاستثمار وغيرها، فحتى وإن نظم المشرع هذه العقود بنصوص خاصة، فإنها خاضعة في قواعدها العامة للقانون المدني.

وحول مبدأ الأثر النسبي للعقد في القانون المدني تنصب الدراسة الحالية، حيث التركيز على تجليات المبدأ والمظاهر الدالة على تطبيقه، سواء من حيث الأشخاص أم من حيث الموضوع، تحت الإشكالية التي صيغت على النحو الآتي: **ما هو نطاق مبدأ نسبية آثار العقد في القانون الجزائري؟**، ونقصد بمصطلح النطاق الحدود التي يطبق داخلها هذا المبدأ، أو الامتداد الشخصي والامتداد الموضوعي له.

تتوخى دراسة هذه الإشكالية هدفا مسطرا هو تفصيل مبدأ الأثر النسبي للعقد في القانون المدني الجزائري، وبيان امتداده وحدود هذا الامتداد التي تتضح بمعالجة الاستثناءات الواردة عن المبدأ، كما تتوخى الدراسة بيان سلطة القاضي في مواجهة القوة الملزمة للعقد، وما يخوله القانون من اختصاص مضبوط بتفسير العقد وتكييفه وتعديله استثناءً عن مبدأ سلطان الإرادة.

لتحقيق الهدف المسطر من معالجة إشكالية الموضوع، اختير المنهج الوصفي التحليلي، وهو المنهج المناسب، حيث يعتمد في عرض محتوى مواد القانون المدني المتعلقة بالموضوع، وكذا عرض المواقف الفقهية والقضائية على المنهج الوصفي، بينما يعتمد في تحليل هذه المواد والتعليق عليها وفي نقد المواقف الفقهية والقضائية على المنهج التحليلي.

ولتغطية كافة الجزئيات التي يشملها نطاق مبدأ الأثر النسبي للعقد، بُني أساس الخطة على مظهري المبدأ، وهما: النطاق الشخصي للمبدأ (الفصل الأول)، ثم نطاقه الموضوعي (الفصل الثاني)، وضمن الفصلين تدرج حدود هذا الامتداد غير المطلق بإيراد الاستثناءات الواردة عليه في المبحث الثاني من الفصلين، بعد عرض محتوى المبدأ وكيفية تطبيقه في المبحث الأول منهما.

## الفصل الأول

### نسبية آثار العقد بالنسبة للأشخاص

إن العقد لا يلزم إلا المتعاقدين، ولا ينتج آثاره إلا بين طرفيه، فالأصل في الحقوق والالتزامات العقدية أنها لا تنصرف إلا لخدمة المتعاقدين، إلا أن آثار العقد لا تتوقف عليهما، بل تمتد إلى خلفهما، لكن العقد بالنسبة لطرفيه يرتب حقوقا وواجبات باعتباره تصرفا قانونيا<sup>1</sup>، بينما يشكل امتداده لغيرهما مجرد واقعة قانونية نافذة في حقهم<sup>2</sup> (المبحث الأول). فإذا كانت القاعدة العامة امتناع امتداد آثار العقد لغير المتعاقدين ولخلفهما تطبيقا لقاعدة الأثر النسبي للعقد، فإن القانون يقر حالات استثنائية تقضي بترتيب العقد آثارا على الغير خروجاً عن القاعدة العامة (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: انصراف أثر العقد إلى المتعاقد وإلى خلفه ودائنيه

يقصد بانصراف آثار العقد الحصول على حقوق وتحمل التزامات، وأول من تنصرف إليه هما طرفا العقد، ومن ثم يمكن أن تمتد إلى غيرهم، وهم الخلف العام، والخلف الخاص (المطلب الأول)، بالإضافة إلى الدائنين العاديين (المطلب الثاني)<sup>3</sup>، لكن امتداد العقد لهؤلاء ليس على سبيل الاستثناء لأنهم ليسوا من الغير، وإنما امتد العقد إليهم لعلاقتهم بأطرافه.

### المطلب الأول: أثر العقد على المتعاقد وعلى خلفه

ينتج العقد بمجرد إبرامه آثاره على طرفيه المتعاقدين، ويصبح كل منهما دائناً بما له من حقوق، ومديناً للآخر بما عليه من التزامات (الفرع الأول)، كما يرتب آثاره على خلف المتعاقدين ولدائنيهم (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: أثر العقد على الطرف المتعاقد

المتعاقدان هما الطرفان المبرمان للعقد باسمهما ولحسابهما، قصد ترتيب آثار قانونية في ذمة كل منهما، بحيث يلتزمان بما تضمنه اتفاقهما من التزامات تم التواضع عليها بإرادتهما

<sup>1</sup> محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص 10.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 10.

<sup>3</sup> عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في البلاد العربية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1974، ص 526 - 527.

طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة، وفي ذلك نصت المادة 106 من القانون المدني على أن "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".<sup>1</sup> فهذه المادة، إضافة إلى اعتبارها الإرادة مصدراً للتعاقد، تقرر أن المتعاقدين ملزمان بالالتزام بما اتفقا عليه كما لو كان التزاماً مقررًا بالقانون، بحيث لا يجوز لأي منهما أن يعدل التزاماته زيادةً أو إنقاصاً، أو ينقضها إلا بموافقة المتعاقد الآخر، إلا في الحالات التي يجيز القانون ذلك، كحالة الظروف الطارئة.<sup>2</sup>

ويمتد أثر العقد إلى أطرافه، سواء باشروا العقد بأنفسهم أو أنابوا في إبرامه شخصاً آخر، يكون إما نائباً عن أحد أطرافه أو وكيلاً عنه، ولكن التعاقد بهذه الكيفية لا يغير امتداد آثار العقد للأطراف، لأن النائب أو الوكيل إنما يتصرف لحساب الطرف المتعاقد (الأصيل) الذي إلى ذمته تُضاف الالتزامات المترتبة عن العقد، فلا يتأثر العقد في آثاره على المتعاقدين سواء تم أصالة أو نيابة، غير أن للنيابة أحكام خاصة نوردتها فيما يأتي:

#### أولاً- النيابة في التعاقد

النيابة هي حلول إرادة شخص يسمى النائب، مكان إرادة شخص آخر يسمى الأصيل، في إبرام تصرف قانوني، مع انصراف آثار ذلك التصرف إلى ذمة الأصيل، فالنائب يبرم العقد باسم ولحساب الأصيل، ويعبر عن إرادته، فإذا تصرف النائب في حدود النيابة، وأبلغ المتعاقد الآخر بأنه يتعاقد بصفته نائباً، فإن الآثار كلها تنصرف لذمة الأصيل، وحتى ولو لم يبلغه أنه يتعاقد معه بصفته نائباً، بشرط أن يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب.<sup>3</sup> في ذلك تنص المادة 74 من القانون المدني: «إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل»؛ وتضيف المادة 75 من القانون نفسه أنه «إذا لم يعلم المتعاقد، وقت إبرام العقد، أنه يتعاقد

<sup>1</sup> الأمر رقم 75 / 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر ج ج العدد: 78 الصادر في 30 سبتمبر 1975.

<sup>2</sup> علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط 6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 86.

<sup>3</sup> علي فيلاي، الالتزامات: النظرية العامة للعقد، ط 3، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص 398.

بصفته نائبا، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصل، دائنا أو مدينا، إلا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة، أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصل أو النائب».

#### ثانيا - تعاقد النائب مع نفسه

تقع هذه الصورة حين يتعاقد الشخص باسمه ولحسابه، وفي الوقت نفسه يتعاقد نائبا لحساب المتعاقد الآخر الطرف الثاني في العقد، فإذا اشترى سيارة لنفسه كلفه المتعاقد معه ببيعها، فإن آثار هذا البيع تتصرف إليه باعتباره مشتريا، بينما تتصرف حقوق والتزامات البائع المترتبة على العقد لذمة الأصل. ويمكن أن تتجسد هذه الحالة عكسا، بأن يكون البائع أصيلا عن نفسه ونائبا عن المشتري.<sup>1</sup>

#### الفرع الثاني: أثر العقد على خلف المتعاقد

تتصرف آثار العقد للمتعاقد، كما تتصرف إلى خلفه الذي قد يكون خلفا عاما (أولا)، أو خلفا خاصا (ثانيا)، وينفرد كل منهما بأحكام خاصة نوردتها في الآتي.

#### أولا - أثر العقد على الخلف العام للمتعاقد

الأصل أن يمتد أثر العقد للخلف العام بالنص الصريح من المادة 108 من القانون المدني، ولا يتوقف هذا الامتداد إلا استثناءً (2). وقبل الولوج في تفاصيل هذا الامتداد واستثناءاته المقررة في هذه المادة، نباشر ابتداءً تعريف الخلف العام(1).

**1- تعريف الخلف العام:** الخلف العام هو من يخلف المتعاقد في ذمته المالية، أي يرثه في كل حقوقه والتزاماته، ويتحقق ذلك في حال وجود وارث واحد أو موصى له بكل التركة ( في القوانين التي تجيز الإيصاء بكامل التركة)، فإذا أبرم المتعاقد في حياته عقودا رتبت له حقوقا وأوجبت عليه التزامات، فإنها تمتد إلى خلفه العام، فطبقا للمادة 108 من القانون المدني، فإن الخلف العام لأطراف العقد تمتد إليهم آثار العقد، مع استثناء الديون الثابتة في ذمة المورث، لأن المسؤولية فيها تكون في حدود التركة، وما زاد عن ذلك فلا يتعدى إلى الأموال الخاصة

<sup>1</sup>المرجع نفسه، ص 399.

للورثة.<sup>1</sup> فطبقا للقاعدة أعلاه، تنتقل كل الحقوق التي رتبها العقد إلى الخلف العام، بشرط أن تكون من الحقوق القابلة للانتقال، كحق الارتفاق.<sup>2</sup> أما بالنسبة للالتزامات فإن الخلف العام لا يتحملها، فتؤخذ من تركة السلف المتوفى، تطبيقا لقاعدة "لا تركة إلا بعد سداد الديون"، وهي كباقي قواعد الميراث اعتبرها المشرع من النظام العام لا تجوز مخالفتها. وهو ما نصت عليه المادة 180 من قانون الأسرة، التي تنص: «يؤخذ من التركة حسب الترتيب: مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع؛ الديون الثابتة في ذمة المتوفى؛ الوصية»<sup>3</sup>، كما أكدت المحكمة العليا أن الديون الثابتة في ذمة المتوفى متعلقة بالتركة وحدها ولا تنتقل إلى الأشخاص الورثة.<sup>4</sup>

**2 - الاستثناءات الواردة على انصراف آثار العقد للخلف العام:** تضمنت المادة 108 من القانون المدني على حالات لا تنصرف فيها آثار العقد إلى الخلف العام، وهي حالات تراعى فيها مقتضيات قواعد الميراث، حيث صيغت المادة كما يأتي: «ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث»، واستنباطا من المادة، فإن الحالات الاستثنائية هي حالتين مذكورتين في المادة: طبيعة التعامل (أ) ونص القانون (ب)؛ تضاف إليها حالة الاتفاق في العقد (ج) والحالات التي يعتبر فيها الورثة من الغير (د).

**أ - طبيعة التعامل:** وهو أن تكون طبيعة الالتزامات المترتبة عن العقد غير قابلة للانتقال إلى الخلف العام، ويكون ذلك في الحقوق والالتزامات التي تكون ذات طابع شخصي، مثل حق

<sup>1</sup> زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 135.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، ج 2، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 731.

<sup>3</sup> قانون 84/11 مؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج ر ج ج العدد 24، الصادر في 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ر ج ج العدد: 15، الصادر بتاريخ 27 فبراير 2005.

<sup>4</sup> المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القرار المؤرخ في 22 جوان 2005، ملف رقم: 295913، مجلة المحكمة العليا، عدد 1، سنة 2005، الجزائر، ص 69.

الانتفاع الذي ينقضي بمجرد موت المنتفع دون أن ينتقل إلى الخلف العام، فكل التزام نشأ على اعتبار شخصي ينقضي بمجرد موت الملتزم.<sup>1</sup>

**ب- نص القانون:** إذا نص القانون على عدم انتقال آثار العقد إلى الخلف العام، فإن ذلك الأثر لا ينتقل، كما هو الحال في عقد الشركة، حيث نصت المادة 1/439 من القانون المدني على أن «تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء أو الحجر عليه، أو بإعساره، أو بإفلاسه». وعليه فموت أحد الشركاء يؤدي إلى انقضاء الشركة، ولا تنتقل آثار العقد إلى الخلف العام وذلك بنص القانون، والهدف من ذلك حماية الخلف العام من بعض التصرفات التي يقوم بها المتعاقد أثناء حياته.<sup>2</sup> لكن الفقرة الثانية من المادة 439 استدركت بتركها الأمر لمخالفة الحكم الوارد في فقرتها الأولى لإرادة الشركاء بنصها: «إلا أنه يجوز، في حال ما إذا مات أحد الشركاء، أن تستمر الشركة مع ورثته ولو كانوا قسرا».

**ج - الاتفاق في نص العقد:** قد يتفق المتعاقدان على اقتصار آثار العقد عليهما ولا تنتقل إلى الخلف العام، فهما يملكان الحرية في قصر آثار العقد عليهما، أو أن تتعدى الآثار إلى الخلف العام، حسب قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" المنصوص عليها في المادة 106 من القانون المدني الجزائري.<sup>3</sup>

**د- الحالات التي يكون فيها الخلف العام من الغير:** هناك حالات استثنائية لا تتصرف فيها آثار العقد للخلف العام خروجاً عن القاعدة العامة التي تقضي بامتداد آثار العقد للخلف العام، حيث يتغير وصف هؤلاء من "خلف عام" إلى "غير" بالنسبة لهذا العقد، وهما حالتان اثنتان: حال الوصية (د-1)؛ وحال التصرف في مرض الموت (د-2).

**د-1- الوصية:** إن أحكام الميراث من النظام العام لا تجوز مخالفتها، ولحماية الوارث أوجب المشرع الجزائري عدم نفاذ الوصية في حق الورثة فيما زاد عن الثلث إلا بإجازة الورثة، وهو ما

<sup>1</sup> خليل أحمد حسن ققادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 117.

<sup>2</sup> رمضان أبو السعود؛ همام محمد محمود، المبادئ الأساسية في القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص 489.

<sup>3</sup> علي فيلالي، المرجع السابق، ص 402.

نصت عليه المادة 185 من قانون الأسرة بنصها: «تكون الوصية في حدود الثلث، وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة». فالورثة في مثل هذه الحال لا يسري أثر الوصية التي أبرمها مورثهم إذا تجاوزت الثلث إلا إذا أجازوها، فقد اعتبرهم المشرع من الغير لا يمتد إليهم أثر تصرف مورثهم على غير القاعدة العامة.

**د-2- التصرف في مرض الموت:** تنص المادة 408 من القانون المدني الجزائري على أنه «إذا باع المريض مرض الموت لوارث، فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة. أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف، فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال».

طبقا لهذه المادة، تأخذ التصرفات التي تصدر من المورث إلى ورثته حال كونه مريضا مرض الموت حُكْم الوصية، ومتى ثبت أن التصرف وقع أثناء مرض الموت اعتبر تبرعا، ما لم يثبت من صدر لصالحه عكس ذلك.<sup>1</sup> ويأخذ الورثة في هذه الحالة حكم الغير، ولا يسري عليهم التصرف وينتج آثاره تجاههم إلا إذا أجازوه، أما إذا لم يجيزوه، فإن العقد لا ينتج آثاره ولا يكون حجة عليهم، إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل مرض الموت.<sup>2</sup>

#### ثانيا- أثر العقد على الخلف الخاص للمتعاقد

ينتج العقد الذي يبرمه المتعاقد آثارا على خلفه الخاص، وامتداد العقد ههنا للخلف الخاص يختلف عن امتداده للخلف العام، لاختلاف موقعهما بالنسبة للمتعاقد من جهة (1)، ولاختلاف مدى الامتداد في كل منهما، إذ يتقيد سريان العقد على الخلف الخاص بشروط محددة (2).

**1 - تعريف الخلف الخاص:** الخلف الخاص هو كل من يتلقى عن سلفه ملكية أو حقا عينيا آخر على عين ما، وكذا كل من يتلقى حقا شخصيا عن سلفه، كالمشتري الذي يكون خلفا

<sup>1</sup> أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص 204.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 737.

خاصا للبائع في المبيع<sup>1</sup>، بشرط ألا يكون المبيع مستردا من المشتري بعد إبطال العقد أو فسخه، إذ لا يعتبر البائع الذي عاد له المبيع خلفا خاصا للمشتري، لأن عودة المبيع للبائع تم بمقتضى الأثر الرجعي للفسخ وللبلان اللذان يمتدان إلى محو آثار العقد منذ نشأته، ولأن ملكية المبيع لم تنتقل أصلا من البائع إلى المشتري.<sup>2</sup>

**2 - شروط انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص:** تضع المادة 109 من القانون المدني شروطا لانصراف العقد إلى الخلف الخاص للمتعاقدین بنصها: «إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه». هذه المادة تتضمن شروطا ثلاثة: أن يكون تاريخ العقد سابقا لانتقال الشيء إلى الخلف الخاص (أ)؛ يتعلق الحق والالتزام الناشئ بمستلزمات الشيء (ب)؛ أن يكون الخلف الخاص عالما بالحق وقت انتقال الشيء (ج).  
أ - أن يكون تاريخ العقد سابقا لانتقال الشيء إلى الخلف الخاص: لكي تنصرف آثار العقد من السلف إلى الخلف الخاص، يجب أن يبرم العقد قبل انتقال الحق إلى الخلف الخاص، لأنه لو انتقل قبل العقد لأصبح الخلف الخاص مالكا له، ولتعدّر على الغير إبرام عقود خاصة به. فإذا تصرف السلف بعد انتقال الحق، فلا ينتج ذلك أثرا للخلف الخاص، لأن السلف لا يملك حق التصرف في مال ليس في ذمته، وحتى تتحقق هذه الأسبقية قانونا، يجب أن يكون تصرف السلف بتاريخ ثابت قبل انتقال المال إلى الخلف الخاص.<sup>3</sup>

ب- أن يتعلق الحق والالتزام الناشئ بمستلزمات الشيء: يجب أن تكون الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد متصلة بالشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص، ويشترط كذلك أن تكون من مستلزماته ومكملة له<sup>4</sup>، فالمشتري مثلا تسري في حقه العقود التي أبرمها البائع وتتعلق بالمبيع

<sup>1</sup> رمضان أبو السعود؛ همام محمد محمود، المرجع السابق، ص 490.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 494.

<sup>3</sup> عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 539.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص 536.

الذي وقع فيه الاستخلاف، بينما لو أجر البائع العقار قبل بيعه، فلا علاقة للمشتري بعقد الإيجار الذي أبرم.<sup>1</sup>

ج- أن يكون الخلف الخاص عالما بالحق وقت انتقال الشيء: لا بد لانصراف آثار التصرف إلى الخلف الخاص أن يكون الخلف على علم بهذه الحقوق والالتزامات وقت انتقال المال إليه، فلا يجوز أن يلتزم بشيء لم يكن عالما به، وتكمن أهمية ذلك في أن للخلف الخاص مصلحة في وقف كل القيود التي تعيق انتفاعه بالشيء أو تقلل منه، فلربما لم يكن ليُقدّم على التعاقد لو علم بالالتزامات والحقوق المتعلقة بالشيء محل التعاقد.<sup>2</sup>

إن وجوب توفر الشروط المذكورة أعلاه لانصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص، لا ينفي وجود استثناءات يقر فيها القانون بالانتقال دون شروط، ومثالها ما نصت عليه المادة 3/469 من القانون المدني الجزائري: «إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة إراديا أو جبرا، يكون الإيجار نافذا في حق من انتقلت إليه الملكية»<sup>3</sup>، فهذه المادة تقرر سريان عقد الإيجار المبرم قبل انتقال ملكية العين المؤجرة إلى الخلف الخاص (المشتري) الذي خلف المؤجر في ملكيته لهذه العين.

### المطلب الثاني: انصراف أثر العقد لدائني الطرف المتعاقد

إلى جانب امتداد آثار العقد إلى المتعاقدين وخلفهما، يمتد العقد أيضا إلى دائني المتعاقدين العاديين، ولتحديد ما إذا كان هذا الامتداد على سبيل الأصل أم الاستثناء، لا بد من تحديد موضع الدائن بالنسبة لأطراف العقد (الفرع الأول). ويتجلى امتداد العقد لدائني أطرافه في الوسائل القانونية المقررة في القانون المدني لحماية الدائنين (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص 87 ، 88.

<sup>2</sup> عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 539.

<sup>3</sup> عدلت هذه المادة من القانون المدني بالقانون 05/07 مؤرخ في 13 ماي 2007، يعدل ويتمم القانون المدني، ج ر ج ج، عدد 31، الصادر في 13 ماي 2007.

## الفرع الأول: موضع الدائن العادي<sup>1</sup> بالنسبة لأطراف العقد

إذا كان سريان آثار العقد على دائني أطرافه محل إقرار من التشريعات الحديثة في صور معينة، فإن الفقه قد اختلف في الصفة التي على أساسها يمتد العقد إليهم، هل على أساس أن الدائن من الخلف (أولاً)، أم على أساس أنه من الغير، فيكون امتداد آثار العقد إليه على سبيل الاستثناء لا الأصل (ثانياً).

### أولاً- الدائن من الخلف

يرى جانب من الفقه أن آثار العقد تمتد للدائن العادي باعتباره من الخلف، واختلفوا في طبيعته، هل هو من الخلف العام(1) أم من الخلف الخاص(2)، أم نوع خاص من الخلف (3).

1- **الدائن من الخلف العام:** يرى الفقيه الفرنسي "غابريال بودري لاكونتينري" «Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE» أن الدائن العادي يعتبر خلفاً عاماً للمدين، وذلك للتشابه بين الدائن العادي وبين الوارث (الخلف العام)، فإذا كان الوارث يتلقى من المدين ذمته المالية، فإن حق الدائن العادي ينصبُّ على أموال المدين كلها لكونها ضماناً عاماً للوفاء بالدين، وعليه فإن كليهما (الدائن العادي والوارث) يتأثر بجميع العقود التي يجريها المدين والتي تؤدي إلى الإنقاص أو الزيادة في ذمته المالية، كما يتساوى الوارث مع الدائن العادي فيما إذا أوصى المورث بجزء شائع من التركة إلى موصي لهم متعددين<sup>2</sup>، فيوزع الجزء من التركة على الموصي لهم دون أن يكون لأحد منهم حق الأولوية على الآخر تبعاً لتاريخ الوصية، وهذا ما يطبق أيضاً بالنسبة للدائنين العاديين، إذ يتقاسمون مال المدين قسمة غراماً عندما تكون حقوقهم مستحقة الأداء دون أن يتقدم أحدهم على الآخرين تبعاً لتاريخ الدين، وهذا ما يجعل الدائنين في وضعية مشابهة تماماً للخلف العام. ورغم أن الفقيه "بودري" «BAUDRY» يعتبر الدائن العادي خلفاً عاماً للمدين الطرف في العقد، إلا أنه ينفي عنه هذا الوصف ويعتبره من

<sup>1</sup> المقصود بالدائن العادي الدائن الذي لا تأمين له على دينه، فلا رهن له ولا تخصيص يستوفي دينه منه، بل يتعلق دينه بكامل الذمة المالية للمدين الطرف في العقد، ولهذا حُصِّصَ الدائن العادي هنا.

<sup>2</sup> لا تجوز الوصية في القانون الجزائري أخذاً عن الشريعة الإسلامية فيما يزيد عن ثلث التركة، فإذا كان الجزء المشاع الموصى به يتجاوز الثلث، فإن نفاذ ما يزيد عليه متوقف على إجازة الورثة، وإلا فإنها تنزل إلى الثلث. راجع في ذلك المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري.

الغير في حال ما إذا رفع الدائن دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين الضارة به نتيجة الغش، فهنا لا يعتبر الدائن العادي خلفا للمدين، وإنما يكتسب صفة الغير نتيجة لهذا الغش الذي يخوله حق الطعن في العقد استنادا إلى مبدأ نسبية أثر العقد التي لا تجيز أن يضر العقد بالغير.<sup>1</sup>

**2- الدائن من الخلف الخاص:** ذهب فريق من الفقهاء الفرنسيين، ومنهم "بانكاز" «BANNECASE» و"مارسيل لاجورد لاجوست" «Marcel LABORDE-LACOSTE»، إلى اعتبار الدائن العادي خلفا خاصا للمدين، فتتصرف آثار العقود التي يبرمها مدينه إليه مثلما تتصرف إلى الخلف الخاص تماما، ولما كان حق الدائن العادي مستحق الدفع فوراً ولا ينتظر حصول وفاة المدين، كان بذلك خلفا خاصا وليس خلفا عاما. ومما يستند إليه أصحاب هذا الاتجاه أن الدائن العادي ليس خلفا عاما، فلو كان كذلك لما تعلق له حق بالذمة المالية لمدينه قبل أن يكون الدين مستحق الأداء، كما أن حق الدائن يمتد لعنصر فقط من ذمة المدين ما يجعله شبيها بوضعية الخلف الخاص الذي يخول له الحق في ظل القانون الفرنسي بتتبع مال المدين المتصرف فيه، ومثاله الحق الممنوح لدائن التاجر بتتبع المحل التجاري لمدينه إذا تصرف فيه، وذلك طبقا للمادتين 190 و193 من القانون التجاري الفرنسي، ويعتبر حق التتبع الممنوح للدائن العادي استثناءً، إذ المقرر قانوناً أن حق التتبع خاص بالدائن المرتهن. كما يستند أنصار اعتبار الدائن العادي خلفا خاصا إلى الحق في الحبس الذي يخول للدائن العادي حقا على المال المحبوس دون بقية عناصر الذمة المالية للمدين، ما يقربه من الخلف الخاص ويبعده عن الخلف العام.<sup>2</sup>

**3- الدائن نوع خاص من الخلف:** يرى بعض الفقه ومنهم "بودان" «BAUDANT» أن الدائنين العاديين خلف للمدين دون أن يبيّن طبيعة هذه الخلافة، هل هي خلافة عامة أم خاصة، فالدائنون العاديون خلفاء للمدين وليسوا من الغير بالنسبة للعقود التي يبرمها مدينهم. ويذهب الفقيه "وايل" «WEILL» إلى أن الدائن العادي وإن كان خلفا، فإنه ليس خلفا عاما ولا خاصا، فهو فئة ثالثة للخلف كونه يجمع بين خصائص الخلف العام وبعض خصائص الخلف

<sup>1</sup> نقلا عن: صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، دراسة مقارنة في النظرية العامة للالتزام، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001، ص 136 وما بعدها.

<sup>2</sup> نقلا عن: زاوي فريدة، مبدأ نسبية العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1992، ص 53.

الخاص، ومن ثم فإنّ مبدأ نسبية أثر العقد لا تنطبق عليه، زيادة على ذلك فإنّ المدين العادي يتأثر بالتصرفات التي يبرمها مدينه مادامت تؤثر سلبا وإيجابا على ذمته المالية وعلى حق الضمان العام الذي يتمتع به الدائن، والذي يحميه برفعه الدعوى غير المباشرة. والملاحظ أنّ الفقيه وايل WEILL يتفق مع الفقيه بودري BAUDRY - رغم اختلافهما في طبيعة خلافة الدائن لمدينه- في اعتبار الدائن العادي من الغير وليس خلفا عندما يباشر الدعوى البولصية ليطعن في عقد أبرمه مدينه بنية الغش، لأنّ إقامة الدعوى لا يكون إلا إذا كان صاحبها من الغير بمعنى شخص يرفض الالتزام بأثر العقد الذي أبرمه المدين، أي يستبعد سريانه عليه لاعتباره من الغير إعمالا لمبدأ نسبية أثر العقد.<sup>1</sup>

خلاصة القول أنّ الدائن العادي لا يمكن اعتباره خلفا عاما أو خلفا خاصا على اعتبار أنّ الخلف العام هو من يتلقى من سلفه كل أو بعض من الحقوق و الالتزامات كمجموعة من الأموال و يتأثر بما أبرمه سلفه إيجابا أو سلبا من خلال ما ينصرف إليه من آثار ناجمة عن هذا العقد، و تجعل منه دائنا أو مدينا بحسب التصرف الذي أجره سلفه، لكن الأمر مختلف تماما بالنسبة للدائن لأن أثر العقد الذي يبرمه المدين لا تنصرف على النحو الذي تنصرف فيه إلى الخلف و إن كان يحتجّ عليه، و الواضح أنّ الفارق كبير بين كلّ من انصراف العقد و بين الاحتجاج به، إذ يعني انصراف أثر العقد إلى الشخص انصراف القوّة الملزمة للعقد إليه، بمعنى أنّ أثر انصراف العقد تسري في حقّه كما تسري أحكام القانون تماما، في حين أنّ الاحتجاج بالعقد يقصد به عدم إمكانية إنكاره.

### ثانيا - الدائن من الغير

يذهب جانب من الفقه إلى اعتبار الدائن العادي "غيرا" بالنسبة للعقود التي يبرمها مدينه، فهو ليس خلفا عاما ولا خلفا خاصا لمدينه، وما الاختلاف الفقهي في تكييف طبيعة الدائن العادي إلا نتاج عدم التمييز بين الأثر النسبي للعقد وبين نفاذ العقد. فعقود المدين غير ملزمة لدائنه، لكنّها نافذة في مواجهته متى استوفت الشروط المقررة قانونا، لذلك فحق الدائن المتعلق بالذمة المالية لمدينه يتأثر بهذه العقود لأنها بدورها تؤثر على الضمان العام الذي به تتعلق

<sup>1</sup> صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 142.

حقوق الدائن سواء زيادة أو إنقاصا، وعليه فإنّ الدائن العادي من الغير بالنسبة للعقود التي يبرمها مدينه، لأن هذه العقود لا تخول الدائن حقا ولا تحمله التزاما<sup>1</sup>، لكنها تؤثر على حقوقه ليس بناء على مبدأ نسبية العقد، وإنما بناء على نفاذ عقود المدين في مواجهته، لهذا منحه المشرّع وسائل قانونية تحفظ حقه المتعلق بدمّة المدين.

خلاصة القول أن الدائن العادي ليس خلفا عاما ولا خلفا خاصا للمدين، بل هو من الغير بالنسبة للأثر الملزم للعقد الذي يبرمه مدينه، لأنّ الدائن غير معني تماما بتصرفات مدينه، خلفا لخلفه العام ولخلفه الخاص، لكنه يتأثر بوجود العقد لأنّه حجّة عليه، دون أن يرتب هذا العقد في ذمته التزامات أو حقوقا كما هو الشأن بالنسبة للخلف العام أو الخلف الخاص، ممّا يرجّح أنّ الدائن ليس من الخلف بل هو من الغير<sup>2</sup>، لكن وضعه بالنسبة للعقد الذي يبرمه مدينه أحسن من وضع غيره الذي لا يكون دائنا للمدين المتعاقد، لما يخوله المشرع من وسائل تحميه من تصرفات المدين التي تضر بالضمان العام.

#### الفرع الثاني: وسائل تصدي الدائن لآثار تصرفات مدينه

يعتبر الدائن بالنسبة لتصرفات مدينه من الغير، لكن المشرع خوله التدخل لحماية الضمان العام من تصرفات مدينه الضارة به، فهو وإن كانت آثار تصرفات المدين لا تمتد إليه إلا باعتبار خاصية نفاذ التصرفات القانونية في مواجهة الغير، إلا أنه ليس غيرا كباقي الأغيار نظرا لما خوّله المشرع من دعاوى يمكّنه بعضها من الحلول محل مدينه في المطالبة بما له من حقوق رتبها عقد أبرمه (أولا)، بينما تمكنه دعاوى أخرى من تقييد تصرفات مدينه (ثانيا). وسنتناول هذه الدعاوى تباعا.

#### أولا- الدعوى المباشرة والدعوى غير المباشرة

إذا تقاعس المدين في المطالبة بحقوق رتبها له تصرف أبرمه، فإن المشرع أجاز للدائن أن يرفع دعوى مباشرة باسمه ولحسابه ضد مدين مدينه في أحوال خاصة (1)، كما أجاز المشرع

<sup>1</sup> زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 54.

<sup>2</sup> صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 144.

للدائن أن يرفع دعوى لإدخال هذه الحقوق ضمن الضمان العام عن طريق دعوى غير مباشرة(2).

**1- الدعوى المباشرة:** منح المشرع رخصة خاصة للدائن برفع دعوى قضائية ضد مدينه باسمه ولحسابه الخاص، وتحتاج الدعوى المباشرة لنص قانوني خاص يجيزها وينظم أحكامها، فهي لم ترد ضمن أحكام الضمان العام في القانون المدني<sup>1</sup>، إذ إن المتفق عليه فقها وتشريعا أن هذه الدعوى لا تنقرر بقواعد عامة، بل يجب النص عليها بنص خاص. وسنُجمل تطبيقاتها في التشريع الجزائري باعتبارها خروجاً عن قاعدة المساواة بين الدائنين وعن مبدأ نسبية العقد في خمس حالات:

أ- **دعوى المؤجر ضد المستأجر من الباطن:** منح المشرع في المادة 507 من القانون المدني<sup>2</sup> للمؤجر-خروجاً عن نسبية العقد-دعوى مباشرة ضد المستأجر من الباطن (الفرعي)، إذ يستطيع بموجبها أن يطالبه بالأجرة وغيرها من الالتزامات التي أنشأها عقد الإيجار من الباطن في ذمة المستأجر الأصلي، كالتعويض عن الحريق، والتلف، وغير ذلك من الأضرار التي قد تصيبه، شرط أن يكون ما يطالب به المؤجر المستأجر الفرعي في حدود المقدار الذي في ذمة المستأجر الفرعي للمستأجر الأصلي وقت إنذاره دون أن يجاوز<sup>3</sup> وفي جميع الأحوال لا يجوز

<sup>1</sup> اختلف الفقهاء في تكييف الدعوى المباشرة، فيرى لابييه Labbé أنها تقوم على فكرة الحق الممتاز، بينما يرى رأي آخر أنها تقوم على فكرة الإنابة في الوفاء، ويذهب رأي ثالث إلى إقامة الدعوى المباشرة على فكرة الاشتراط لمصلحة الغير، ورأي رابع يتجه إلى أن الدعوى المباشرة من قبيل حجز مال المدين لدى الغير، غير أن هذه الآراء الفقهية غير مؤسّسة لاختلاف هذه الدعوى عن الأنظمة التي يراد تشبيهها بها، فهي رخصة خاصة من المشرع. راجع: [ياسين محمد الجبوري، الدعوى المباشرة في القانون المدني الأردني، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد52، 2012، ص304 وما بعدها؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د س ن، ص97 وما بعدها]

<sup>2</sup> تنص المادة 507 من القانون المدني على أن «يكون المستأجر الفرعي ملتزماً مباشرة تجاه المؤجر بالقدر الذي يكون بذمته للمستأجر الأصلي، وذلك في الوقت الذي أنذره المؤجر. ولا يجوز للمستأجر الفرعي أن يحتج تجاه المؤجر بما سبقه من الأجرة إلى المستأجر الأصلي، إلا إذا تم ذلك قبل الإنذار طبقاً للعرف أو الاتفاق الثابت والمبرم وقت انعقاد الإيجار الفرعي». وهو الحكم المقرر في التقنيات المدنية العربية المقارنة، كالقانون المدني المصري في المادة 596، القانون المدني السوري في المادة 563، وكذا قانون الموجبات اللبناني في مادتيه 587 و588.

<sup>3</sup> محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، ج2، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2011، ص ص 125 - 126 .

للمستأجر الفرعي أن يتمسك بدفع الأجرة مسبقاً للمستأجر الأصلي، إلا إذا أثبت أن التسبيق المالي قد تم قبل أو وفقاً للعرف الجاري، أو طبقاً لعقد الإيجار من الباطن.<sup>1</sup>

ب- **دعوى المقاول الفرعي والعمال ضد رب العمل:** خروجاً عن قاعدة نسبية العقد، وهو هنا عقد المقاول الأصلي مع رب العمل، أجاز المشرع الجزائري في المادة 1/565 من القانون المدني<sup>2</sup> للمقاول الفرعي ولعمال المقاول الأصلي رفع دعوى مباشرة ضد رب العمل، يطالبون بحقوق المقاول الأصلي التي في ذمة رب العمل وقت رفع الدعوى، شرط أن يتحدد المقدار المطالب به بحدود ما لهم من حقوق في ذمة المقاول الأصلي؛ كما أجاز لعمال المقاول الفرعي مباشرة الدعوى المباشرة ضد المقاول الأصلي، بل وضد رب العمل باعتباره مدين مدين مدينهم.<sup>3</sup> وأقرت الفقرتان الثانية والثالثة<sup>4</sup> من المادة 565 لعمال المقاول الفرعي كما لعمال المقاول الأصلي، والمقاولين الفرعيين، حق امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول الفرعي وقت توقيع الحجز، لكل منهم بنسبة حقه، كما أقرت لهم حق التقدم على دائني المدين المحجوز عليه.

ج- **دعوى المضرور ضد شركة التأمين:** يُحوّل للمضرور - خروجاً عن القواعد العامة - أن يرجع بدعوى مباشرة على شركة التأمين التي أمّنت الشخص المسؤول عن هذا الحادث رغم أن

<sup>1</sup> لزرق بن عودة، الوسائل القانونية لحماية الضمان العام، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة وهران، 2014/1013، ص 34.

<sup>2</sup> تنص المادة 1/565 من القانون المدني على: «يكون للعمال الفرعيين والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما [لا] يجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى، ويكون لعمال المقاول الفرعي مثل هذا الحق تجاه كل من المقاول الأصلي ورب العمل». ما بين المعقوفين مضاف [لا] لسقوطه من النص العربي، وهو التعبير الصحيح المطابق للنص الفرنسي والملائم لقصد المشرع وللمنطق. [محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 127].

<sup>3</sup> لزرق بن عودة، المرجع السابق، ص 35.

<sup>4</sup> تنص الفقرتان 2 و3 من المادة 565 على: «ولهم في حالة توقيع الحجز من أحدهم على ما تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول الفرعي وقت توقيع الحجز. ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه، ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة.

وحقوق المقاولين الفرعيين والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة، مقدمة على حقوق الشخص الذي تنازل له المقاول عن دينه تجاه رب العمل»

عقد التأمين أبرم بين شركة التأمين والمؤمن المسؤول عن الحادث، فالقواعد العامة المقررة في المادة 124 من القانون المدني تقتضي أن يرجع المضرور على المسؤول بالتعويض عن الضرر الذي أصابه وهو الشخص المؤمن، ثم للمؤمن المسؤول عن الفعل الضار أن يرجع على شركة التأمين التي أمنت مسؤوليته، غير أنه استثناءً عن هذه القواعد العامة، خول المشرع في القانون المدني<sup>1</sup> وفي قانون التأمين<sup>2</sup> حق الرجوع المباشر على شركة التأمين للشخص المضرور.<sup>3</sup>

كما منح المشرع المضرور من حوادث السير دعوى مباشرة يقيمها ضد شركة التأمين لمطالبتها بالتعويض عن الأضرار التي أصابته بفعل سيارة مؤمن عليها في حدود المبلغ المؤمن به<sup>4</sup>، وذلك طبقاً للمادة 8 من الأمر 15/74 المتضمن التأمين الإلزامي على السيارات.<sup>5</sup>

د- دعوى الموكل ونائب الوكيل: طبقاً للمادة 580 من القانون المدني<sup>6</sup> أقر المشرع في حالة الوكالة من الباطن -خروجاً عن القاعدة العامة في عدم سريان العقد لغير أطرافه- للموكل

<sup>1</sup> نصت المادة 619 من القانون المدني على ما يلي: «التأمين عقد يلزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها له المؤمن»

<sup>2</sup> أمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم بالقانون 04/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006، ج ر ج ج العدد 15، الصادر في 12 مارس 2006. حيث تنص المادة 59 منه على: «يضمن المؤمن التبعات المالية المترتبة على مسؤولية المؤمن له المدنية بسبب الأضرار اللاحقة بالغير»

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 985.

<sup>4</sup> جمعة زمام، الدعوى المباشرة وتطبيقاتها في القانون الجزائري، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، معهد العلوم القانونية والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1996/1995، ص 9.

<sup>5</sup> أمر رقم 15/74 المؤرخ في 30 جانفي 1974 يتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، ج ر ج ج عدد 15، الصادر في 19 فبراير 1974.

<sup>6</sup> تنص المادة 580 من القانون المدني: «إذا أتاب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له في ذلك، كان مسؤولاً عما فعل النائب كما لو كان العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية».

أما إذا رخص للوكيل في إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب، فإنّ الوكيل لا يكون مسؤولاً إلا عن خطئه في اختيار نائبه أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات.

ويجوز في كلتا الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر».

الرجوع بدعوى مباشرة على الوكيل من الباطن، كما أجاز للوكيل من الباطن الرجوع على الموكل، سواء رخص الموكل للوكيل في إقامة نائب عنه، أو لم يرخص، فعقد الوكالة من الباطن كان بين الوكيل ونائبه، لكنه يترتب نشوء دعوى مباشرة لكل من الموكل ونائب الوكيل، كل منهما قبل الآخر<sup>1</sup>، حيث يجوز لنائب الوكيل أن يرجع بدعوى مباشرة على الموكل مطالباً فيها بما التزم به نحو الوكيل، سواء كان الموكل قد رخص للوكيل الأصلي بتوكيل غيره في تنفيذ الوكالة أو لم رخص له بذلك.<sup>2</sup> ويكون رجوع نائب الوكيل على الموكل كما يرجع الوكيل الأصلي على الموكل، وله المطالبة بجميع حقوق الوكيل.

هـ- دعوى ربّ العمل ضد نائب الفضولي: أجاز المشرع في المادة 2/154 من القانون المدني<sup>3</sup> لرب العمل أن يرفع دعوى مباشرة ضدّ نائب الفضولي المعداد من الغير بالنسبة لرب العمل، وهذا استثناء من مبدأ نسبية العقد.<sup>4</sup> حيث خول المشرع رب العمل حق الرجوع على نائب الفضولي بطريق الدعوى المباشرة ليطالب بالعمل الذي عهد به الفضولي إليه، طبقاً لنص المادة 154 أعلاه.<sup>5</sup>

2- الدعوى غير المباشرة<sup>6</sup> (أو دعوى استعمال حقوق المدين) (Action oblique): هي دعوى تخول الدائن الحقّ في مباشرة حقوق مدينه إذا أهمل في استيفائها بنفسه. وتعتبر هذه الدعوى استثناءً عن قاعدة نسبية آثار العقد، إذ يحل فيها الدائن محل مدينه في استيفاء حقوقه التي له قبل الغير رغم أنه لم يكن طرفاً في المعاملة التي أجراها مدينه. وقد نظم القانون المدني الجزائري هذه الدعوى في المادة 189 منه، حيث حددت شروط مباشرتها (أ)، حتى ترتب آثارها القانونية (ب).

<sup>1</sup> محمد حسين منصور، مصادر الالتزام: العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية، مصر، 2000، ص 116.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 128.

<sup>3</sup> تنص المادة 2/154: " إذا عهد الفضولي إلى غيره بكل العمل الذي تكفل به أو بعضه كان مسؤولاً عن تصرفات نائبه، دون الإخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب".

<sup>4</sup> زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 252.

<sup>5</sup> لزرق بن عودة، المرجع السابق، ص 37 إلى 38.

<sup>6</sup> سُميت بالدعوى غير المباشرة لأن استيفاء الدائن حقه بواسطة هذه الدعوى لا يكون إلا بطريق غير مباشر.

أ- **شروط الدعوى غير المباشرة:** سطرت المادة 189 شروطاً لممارسة الدائن للدعوى غير المباشرة، بنصها: «لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها خاصاً بشخصه أو غير قابل للحجز، ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولاً إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق، وأن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره أو أن يزيد فيه. ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه غير أنه لا بدّ أن يدخله في الخصام». ونستقي من المادة الشروط الآتية:

أ-1- **أن يكون للدائن حق موجود ومستحق في ذمة مدينه،** فيشترط أن يكون حق الدائنية ثابتاً للدائن في ذمة المدين ولا يكفي أن يكون محتملاً، ولا متنازعا فيه، وإلاّ تعذر على الدائن رفع الدعوى غير المباشرة، إذ وجب أن يفصل أولاً في ثبوت الحق قبل أن يخول الدائن رفع الدعوى.<sup>1</sup> لكن لا يشترط أن يكون الدين حال الأداء، بحيث يجوز أن يكون حق الدائن مقترناً بأجل أو معلقاً على شرط فاسخ. كما لا يشترط أن يكون حق الدائن معلوم المقدار<sup>2</sup>، ولا ثابتاً بسند تنفيذي، فالدعوى غير المباشرة ليست إجراءً تنفيذياً، وإنما وسيلة لحماية الضمان العام للمدين لمصلحة الدائن.

أ-2- **إهمال المدين المطالبة بحقوقه والمحافظة عليها،** فمن الشروط الجوهرية للدعوى غير المباشرة، أن يتقاعس المدين عن المطالبة بحقوقه وإهماله المحافظة عليها، سواء كان هذا الإهمال مقصوداً نكايته بالدائن وعن قصد الإضرار به، أو كان عفويًا.<sup>3</sup> فيجب على الدائن أن يثبت أن المدين تراخى عن عمد أو إهمال وتقصير في استعمال حقه، ويقع عبء إثبات تقصير المدين في استعمال حقه على الدائن.

أ-3- **إعسار المدين أو زيادة إعساره بسبب عدم استعمال حقه،** فطبقاً للمادة 189 من القانون المدني يجب على الدائن، فضلاً عن إثباته تقاعس وتقصير المدين في استعمال حقه بنفسه، أن يثبت أيضاً أن هذا الإهمال والتقصير والتراخي يسبب إعسار المدين أو يزيد في

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 946.  
<sup>2</sup> ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، آثار الحقوق الشخصية، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2003، ص 287.  
<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 291.

إعساره.<sup>1</sup> لأن المدين إذا كان موسرا باستطاعته الوفاء بدين الدائن كاملا، فليس للدائن أن يتدخل في شؤونه، فهو حر في استعمال حقوقه من عدم استعمالها.<sup>2</sup>

أ-4- إدخال المدين طرفا في الدعوى غير المباشرة المقامة من الدائن، فتطبيقا لقاعدة نسبية الأحكام القضائية التي تعني أن الحكم القضائي الفاصل في الدعوى لا يسري إلا على أطرافها، وحتى تسري آثار الدعوى المباشرة التي يرفعها الدائن في مواجهة المدين، أعفت المادة 2/189 من القانون المدني<sup>3</sup> الدائن من إعدار مدينه المتعاس، لكنها اشترطت عليه أن يدخل المدين خصما في الدعوى، ولا شك أن إدخال المدين خصما في الدعوى أقوى من إعداره.<sup>4</sup>

أ-5- ألا يكون حق المدين متصلا بشخصه خاصة، فتجيز المادة 1/189 من القانون المدني للدائن أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها خاصا بشخصه، ويقصد بالاستثناء الحقوق المتصلة بشخص المدين<sup>5</sup> لأنها حقوق غير مالية، حتى لو أدى استعمالها إلى تخفيف عبء مالي عن المدين. فلا يجوز للدائن مثلا استعمال حق الطلاق، لأنه حق متصل بشخص المدين خاصة، ولا يدخل في الضمان العام، وإن كان يخفف عبئا ماليا عن المدين بانقطاع دين النفقة الواجبة للزوجة، ويسري ذلك أيضا على حق النسب حتى ولو كان من شأنه أن يثبت للمدين ميراثا أو وصية.<sup>6</sup>

أ-6- ألا يكون حق المدين من الحقوق غير القابلة للحجز عليها، إذ تشترط المادة 1/189 من القانون المدني ألا يكون حق المدين الذي يستعمله الدائن بدعوى غير مباشرة من الحقوق غير القابلة للحجز، ذلك أن الهدف من الدعوى غير المباشرة استيفاء الحق الذي تعاس المدين في المطالبة به، بأن يدخله في الضمان العام استعدادا للحجز عليها عند حلول أجل الدين

<sup>1</sup> جبارة نورة، الدعوى غير المباشرة في القانون المدني الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2000/2001، ص 60.

<sup>2</sup> محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 109.

<sup>3</sup> تنص المادة 2/189 من القانون المدني على: «ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه، غير أنه لا بد أن يدخله في الخصام»

<sup>4</sup> جبارة نوره، المرجع السابق، ص 65.

<sup>5</sup> أنور العمروسي، الصورية وورقة الضد في القانون المدني، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2004، ص 240.

<sup>6</sup> لزرق بن عودة، المرجع السابق، ص 21.

وامتناع المدين عن الوفاء، فلا معنى أن تنصب دعوى الدائن على حق غير قابل للحجز عليه<sup>1</sup>، مثل حق النفقة الذي يمنع القانون التنفيذ عليه، لذلك لا يجوز للدائن المطالبة بنفقة أهمل المدين المطالبة بها، وكذلك الأمر بالنسبة للأجور والمرتبات والمداخيل التي لا يمكن أن تكون محلاً للدعوى المباشرة.<sup>2</sup> ويدخل ضمن الأموال غير القابلة للحجز ما يتصل بالشخص كحق السكنى وحق الاستعمال الشخصي، ولا حقوق المؤلف أو الفنان فيما يتعلق بالجانب الأدبي منها لأنها من الحقوق اللصيقة بالشخص<sup>3</sup>؛ كما تدخل ضمن الأموال غير الخاضعة للدعوى المباشرة مجموع الأموال غير القابلة للتنفيذ عليها والمنصوص عليها في المواد من 636 إلى 639 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.<sup>4</sup>

أ-7- **عدم جواز استعمال الدائن ما للمدين من رخص**، إذ ينصب محل الدعوى غير المباشرة على الحقوق بمعناها الضيق، ولا ينصب على مجرد الرخص، ذلك أن الرخصة لا تتحول إلى حق إلا بمبادرة من المدين، فهي بذلك أمر يخص المدين وحده، لا يجوز للدائن أن يستعملها نيابة عنه<sup>5</sup>، كأن يقبل الدائن نيابة عن مدينه صفقة بحجة أنها صفقة مربحة تزيد في الذمة المالية للمدين، أو كأن يقوم بإلغاء عقد إيجار بدعوى أن بدل الإيجار ينقص من الضمان العام للدائنين.<sup>6</sup>

أ-8- **عدم جواز استعمال الدائن حقا يباشره المدين عن غيره**، فيجب أن تنصب الدعوى غير المباشرة على حق للمدين نفسه، ولا يجوز أن يكون حقا خول للمدين مباشرته لمصلحة غيره، كأن يكون المدين وليا على قاصر، فلا يجوز للدائن أن يرفع دعاوى القاصر باسم مدينه، لأن

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 22.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 23.

<sup>3</sup> جبارة نورة، المرجع السابق، ص 47.

<sup>4</sup> قانون 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج العدد 21، الصادر 23 أبريل 2008.

<sup>5</sup> نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص 134-135.

<sup>6</sup> عبد القادر الفار وشار عدنان ملكاوي، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 98.

هذه الدعاوى إنما يباشرها المدين عن القاصر بصفته وليا له.<sup>1</sup> وكذلك الأمر لو كان المدين قتيماً على محجور عليه، أو ناظراً على وقف، فلا يجوز للدائن أن يرفع باسم مدينه دعاوى المحجور عليه ولا دعاوى الوقف.<sup>2</sup>

ب- آثار الدعوى غير المباشرة: خروجاً عن قاعدة نسبية العقد، أجاز المشرع للدائن أن يرفع دعوى غير مباشرة نيابة عن مدينه المتقاعس عن المطالبة بحقوقه التي لدى الغير، والتي قد يكون مصدرها عقد أبرمه مع الغير، لكن ينبغي التأكيد هنا أن الدائن في هذه الدعوى يسعى للمحافظة على الضمان العام ويستعمل في ذلك حقوق مدينه باعتباره نائباً عنه لا أصيلاً عن نفسه.<sup>3</sup> إن آثار الدعوى غير المباشرة على المدين المتقاعس لا تتجاوز آثار النيابة في القانون المدني، فلا تغل هذه الدعوى يد المدين عن التصرف في هذا الحق بكل التصرفات القانونية<sup>4</sup> التي تسري في حق الدائن الذي لا يملك منعه من التصرف إلا باستعماله دعوى الصورية أو دعوى عدم نفاذ التصرف بشروطها المحددة في القانون المدني.<sup>5</sup> فالمدين يبقى محتفظاً بحقه، بل ويجب أن يُدخَلَ خصماً في الدعوى غير المباشرة التي يرفعها الدائن تحت طائلة عدم قبولها شكلاً.<sup>6</sup>

أما بالنسبة لآثار الدعوى المباشرة على الدائن وباقي الدائنين المشتركين معه في الضمان العام، فلأن الدائن نائب عن مدينه في الدعوى غير المباشرة، فإن الحكم الذي يصدر فيها إنما يصدر للمدين أو عليه، ولا يستفيد الدائن منه إلا باعتبار ما أدخله من أموال لزمة المدين الضامنة لسداد ديونه، فليس للدائن أن يطلب من القاضي أن يحكم له بإلزام الخصم المدعى عليه في الدعوى المباشرة (مدين مدينه) بتأدية ما هو ثابت في ذمته إليه<sup>7</sup>، بل إن الحق المطالب به

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 99.

<sup>2</sup> أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 240.

<sup>3</sup> في هذا تنص المادة 190 من القانون المدني: «يُعتبر الدائن في استعمال حقوق مدينه نائباً عن هذا المدين، وكل ما ينتج عن استعمال هذه الحقوق يدخل في أموال المدين، ويكون ضماناً لجميع دائنيه».

<sup>4</sup> نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 140.

<sup>5</sup> ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 259.

<sup>6</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجهعام، المرجع السابق، ص 972-973.

<sup>7</sup> جبارة نورة، المرجع السابق، ص 76.

يدخل لزمة المدين ويستفيد منه كل الدائنين باعتباره من الضمان العام، سواء أُدخِلوا في الخصام أم لا، دون أن تكون له حق الأولوية على باقي الدائنين ولا حق تقدم، إلا إذا كان له تأمين خاص وفقا للقواعد العامة<sup>1</sup>، لأن الدعوى غير المباشرة وسيلة لحماية الضمان العام وليست وسيلة تنفيذ<sup>2</sup>.

أما بالنسبة لمدين المدين، وهو المدعى عليه في الدعوى غير المباشرة، فإن الدائن المدعي ليس إلا نائبا عن المدين، لذلك فإن الخصم لا يمكنه أن يدفع بالدفع الخاصة بشخص الدائن، ولكن يمكنه أن يدفع في مواجهة الدائن بكل ما يمكنه أن يدفع به في مواجهة المدين كالدفع بانقضاء الالتزام بأي سبب من أسباب الانقضاء (الوفاء، التقادم، الإبراء...)، سواء وقع السبب قبل رفع الدعوى أو أثنائها، وكالدفع ببطلان التصرف الموجب للحق موضوع الدعوى<sup>3</sup>.

#### ثانيا- دعوى الصورية ودعوى عدم نفاذ تصرف المدين

خلاف قاعدة نسبية آثار العقد، أجاز المشرع لدائن المدين المتعاقد أن يطعن في العقد الذي أبرمه مدينه والذي يفقر ذمته المالية، ومن ثمَّ يؤثر في الضمان العام، بدعوى صورية العقد في حال ما إذا كان التصرف صوريا (1)؛ أو بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين في مواجهته (2).

1- دعوى صورية عقد المدين: استثناء عن نسبية العقد، أجاز المشرع لدائن المدين المتعاقد أن يطعن في صورية عقد أبرمه مدينه حفاظا على الضمان العام، حتى إن كان تصرف المدين صحيحا، ويستعمل الدائن في مطالبته دعوى الصورية، والصورية فقها هي اصطناع مظهر كاذب ومخالف للحقيقة عن طريق ستر عقد أو تصرف حقيقي بين الطرفين بعقد آخر صوري (عقد ظاهر)، حيث يكون قصد الطرفين التمسك بالعقد المستتر (الحقيقي) وتظاهرا أنَّهما يتمسكان بالعقد الصوري (الظاهر). ويختلف الغرض من الصورية في التصرفات القانونية باختلاف الأحوال، فقد يكون مقصود المتعاقدين أو أحدهما الإضرار بدائن أحد المتعاقدين

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 976 - 977.

<sup>2</sup> نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 141.

<sup>3</sup> أنور سلطان، أحكام الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، 1983، ص 111.

بحرمانه من التنفيذ على العين محل التصرف السوري، كما قد يُقصد منها غرض آخر كالتهرب من بعض أحكام القانون، أو ستر تصرف قانوني بتصرف آخر كالبيع السوري الساتر لوصية أو لهبة.<sup>1</sup> ولكي يباشر الدائن دعوى صورية تصرف قانوني أجراه مدينه، يضع المشرع شروطاً يجب توفرها (أ) حتى تنتج الدعوى آثارها التي يهمنها منها هنا آثارها على دائني المتصرف سوريا (ب).

أ- شروط مباشرة دعوى الصورية: حتى يباشر الدائن دعوى صورية تصرف مدينه، وضع المشرع مجموعة قيود، مجملها في ثلاثة شروط:

أ-1- وجود عقدين متحدين أطرافاً أو موضوعاً؛ متعاصرين من حيث الزمن؛ ومختلفين من حيث الشروط أو الطبيعة والأركان، أحدهما العقد الظاهر أو السوري الذي لم يرتضه أطرافه، وثانيهما العقد الحقيقي الذي إليه اتجهت إرادة المتعاقدين وأخفوا وجوده بالعقد السوري.<sup>2</sup>

أما بالنسبة لاشتراط المعاصرة بين العقدين السوري والحقيقي، فإن المعاصرة المقصودة هي المعاصرة الذهنية دون المادية، إذ تتحقق المعاصرة الذهنية إذا اتفق طرفا التصرف على الصورية وقت إبرام العقد الأول، حتى لو حرر العقد الحقيقي في وقت لاحق، ومسألة استخلاص وجود العقد الحقيقي المستتر من ظروف الحال وملابساته مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.<sup>3</sup>

أما بالنسبة لاختلاف العقدين الظاهر والحقيقي من حيث شروطهما أو أركانهما وطبيعتهما، فإنه يمكن أن يكون اختلافاً كلياً، كأن يكون الظاهر إيجاراً والحقيقي بيعاً، أو أن يكون الحقيقي بيعاً والسوري هبة؛ كما يمكن أن يكون الاختلاف جزئياً، كأن يكون في ثمن المبيع مثلاً، أو في مقدار المبيع.

<sup>1</sup> رمضان محمد أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص 200.

<sup>2</sup> عبد القادر الفار وبيشار عدنان ملكاوي، المرجع السابق، ص 105.

<sup>3</sup> لزرق بن عوده، المرجع السابق، ص 139.

أ-2- اتجاه إرادة المتعاقدين إلى إخفاء العلاقة الحقيقية، ويكون ذلك بإبقاء التصرف الحقيقي خفياً بستره وراء تصرف آخر ظاهر ومغاير للواقع في جميع نواحيه أو بعضها على الأقل<sup>1</sup>، بغض النظر عن سبب الإخفاء.

أ-3- أن يكون للدائن حق ثابت خالٍ من النزاع، ولا يشترط أن يكون حقّ الدائن الطّاعن سابقاً على وجود التصرف الصوري، كما لا يشترط أن يكون حقّه مستحق الأداء، فيجوز لمن كان دينه مؤجلاً أو معلّقاً على شرط أن يطعن بطريق دعوى الصورية في تصرف مدينه. كما لا يشترط في الدائن أن يثبت أنّ التصرف الصوري قد أدّى إلى إفسار مدينه أو زاد في إفساره، ويعفى الدائن أيضاً من إثبات قصد المدين في الإضرار به بتصرفه الصوري، لكن لا يجوز للدائن التمسك بالصورية إذا كانت للمدين أموال كافية لسداد ديونه، إذ ينتفي شرط المصلحة في رفع هذه الدعوى.<sup>2</sup>

ب- آثار الصورية على دائن المدين المتصرف: تجيز المادة 198 من القانون المدني لغير المتعاقدين في العقد الصوري التمسك به إذا كانوا حسني النية<sup>3</sup>، فهي تمنح لغير المتعاقدين الذين اعتقدوا بحسن نية أن العقد الصوري عقد حقيقي أن يتمسكوا به على أنه كذلك، ومن هؤلاء دائنو المتعاقدين، سواء كان دينهم حالاً أو مؤجلاً، وسواء كان سابقاً للتصرف الصوري أم لاحقاً عليه.<sup>4</sup>

فيجوز لدائن المشتري في البيع الصوري، متى كان حسن النية، أن يتمسك بالعقد الظاهر لاستبقاء العين محل الشراء في ذمة المشتري، ومن ثم في ضمانه العام؛ فإذا باع المشتري الصوري العين لآخر كان للمشتري الثاني - وهو خلف خاص للمشتري الأول- أن يتمسك بالعقد الظاهر إذا كان حسن النية، فتنقل إليه الملكية انتقالاً صحيحاً، وإذا كان الغير عالماً بحقيقة التصرف فلا يسري في حقّه إلاّ العقد الحقيقي، شأنه شأن المتعاقدين، وعلى من ادّعى

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 139.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 140.

<sup>3</sup> تنص المادة 198 على: «إذا أبرم عقد صوري، فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري»

<sup>4</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، نظرية العقد، المرجع السابق، ص ص 834 - 835.

هذا العلم أن يثبت ما يدّعيه.<sup>1</sup> كما يجوز للغير التمسك بالعقد الحقيقي (المستتر) إذا كانت له مصلحة في ذلك، ولا يجوز الاحتجاج في مواجهته بالعقد الصوري إذا كان حسن النية<sup>2</sup>؛ فيرفع دعوى يكون هدفها تقرير الصورية للعقد الظاهر وإثبات حقيقة التصرف.<sup>3</sup> كما يخول للغير التمسك بالعقد المستتر حتى ولو كسب الأطراف حقوقهم قبل صدور البيع الصوري، إذا كانت هذه الحقوق لم تشهر على الوجه الذي يوجب القانون قبل تسجيل البيع الصوري.<sup>4</sup>

إن منح الخيار للغير بين العقد الصوري والعقد الظاهر عند اختلاف مصالح دائني المتعاقدين قد يؤدي لتعارض المصالح بين دائني المتعاقدين، كتعارض مصلحة دائن البائع ومصلحة دائن المشتري، بالشكل الذي يستحيل معه التوفيق بين لتصرف الصوري والتصرف الحقيقي، ويوجب ترجيح أحد التصرفين على الآخر، ما يعني تغليب مصلحة أحدهم على حساب مصلحة الآخر. هذا الوضع المُشكّل لم يعالجه القانون المدني الجزائري، بينما رجّح المشرع المصري في المادة 244 من القانون المدني، وهو الرأي الراجح في الفقه والقضاء الفرنسي، مصلحة الغير المتمسك بالتصرف الظاهر على حساب نظيره المتمسك بالعقد الحقيقي، والحكمة من هذا الترجيح حماية الغير من التصرف الظاهر الذي انخدعوا به وبنوا تعامله على اعتقاد منه أنه تصرف حقيقي<sup>5</sup>، وفي ذلك إعمال لنظرية الأوضاع الظاهرة وما تقتضيه من وجوب الثقة والاطمئنان للتصرف الظاهر.

2- دعوى عدم نفاذ تصرف المدين (الدعوى البوليصية): خروجاً عن قاعدة نسبية آثار العقد، أجاز المشرع المدني في المواد من 191 إلى 197 لدائن المدين أن يعترض على نفاذ تصرف أجراه مدينه باستعمال الدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ التصرف التي تعتبر وسيلة قانونية تقر للدائن الطعن في التصرفات الصادرة الصادرة من مدينه، والدفع من خلالها بغش المدين وتواطئه. وهي وسيلة قديمة عرفها القانون الروماني تنسب إلى الفقيه والإمبراطور (بولص)،

<sup>1</sup> رمضان محمد أبو السعود، المرجع السابق، ص 218 - 220.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 165.

<sup>3</sup> رمضان محمد أبو السعود، المرجع السابق، ص 216.

<sup>4</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 839

<sup>5</sup> المرجع نفسه، ص 841

ومن القانون الروماني انتقلت إلى التقنين المدني الفرنسي القديم، ومنه إلى التقنينات المدنية العربية. وتتقيد هذه الدعوى بمجموعة شروط (أ) حتى تنتج آثارها (ب).

أ- **شروط دعوى عدم نفاذ التصرف:** قيد المشرع لجوء المدين لهذه الدعوى بشروط صارمة تقوم على دفع الضرر الواقع على الدائن ورد غش المدين. يمكن إجمالها في الآتي:

- أن يكون حق الدائن المتضرر من تصرف المدين مستحق الأداء، لأن دعوى عدم نفاذ التصرف من مقدمات التنفيذ<sup>1</sup>، فإن المادة 191 من القانون المدني تشترط لممارستها أن يكون حق الدائن -الثابت والخالي من النزاع<sup>2</sup>- مستحق الأداء، فتتص: « كل دائن حلّ دينه وصدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه...». والدين مستحق الأداء، هو الدين الذي حلّ أجله ولم يكن معلقاً على شرط واقف لم يتحقق بعد، فإن لم يكن حق الدائن قد حلّ أجله، أو لم يتحقق الشرط الذي عليه تعلق الحق فإنه لا يجوز للدائن استعمال الدعوى البوليصية<sup>3</sup>.

- **إضرار تصرف المدين بمصلحة الدائن:** يشترط في الدعوى البوليصية، أن تكون للدائن مصلحة في الطعن في تصرف المدين، بأن يؤدي إلى إعسار المدين أو الزيادة في إعساره بما يعيق الدائن من الحصول على حقه من الذمة المالية للمدين، فإذا كان تصرف المدين لا يضر بالدائن، إما لأنه تصرف بعوض يخلو من الغش، أو لأن ما تبقى من عناصر إيجابية في ذمته المالية يكفي لسداد ديون الدائنين، فلا يحق للدائن رفع دعوى عدم نفاذ التصرف.

- أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه: يشترط أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه<sup>4</sup>، لأنه إذا كان تصرف المدين سابقاً لنشوء حق الدائن، لم يكن

<sup>1</sup> لكن تنبغي الإشارة إلى أن دعوى عدم نفاذ التصرف إذا كانت حقيقة مقدمة للتنفيذ فإنها ليست من إجراءات التنفيذ، لذلك لا يشترط أن يكون بيد الدائن رافع دعوى عدم نفاذ التصرف سند تنفيذي. راجع في ذلك: لزرق بن عودة، المرجع السابق، ص 64.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 782

<sup>3</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 134

<sup>4</sup> منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني: مصادر الالتزامات وأحكامها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص 105

الحق الذي تصرف فيه المدين جزءا من ضمان الدائن، وينتفي شرط وجود الغش من المدين<sup>1</sup>، لكن هذا ليس على إطلاقه، فقد يتوفر الغش حتى لو كان تصرف المدين سابقا لدين الدائن، وذلك في حال ما إذا توقع المدين أو خطط للاقتراض من الدائن أو لإجراء معاملة معه ترتب عليه التزامات بأداء، فيقوم قبل ذلك بالتصرف إضرارا بدائنه المستقبلي، ففي مثل هذا الفرض جاز للدائن، رغم أن حقه نشأ بعد تصرف المدين، أن يطعن في هذا التصرف بالدعوى البوليصية لأن الغش في جانب المدين قد توفر، رغم صعوبة إثباته، خصوصا أن عبء إثبات أسبقية دينه على التصرف يقع على عاتق الدائن<sup>2</sup>.

- أن يكون التصرف المطعون فيه تصرفا قانونيا: يقصد بالتصرف القانوني اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين، فيرتب القانون عليها هذا الأثر<sup>3</sup> الذي يمتد للمتصرف ودائنيه<sup>4</sup>. ويستوي أن يكون هذا التصرف صادرا من جانبين كالعقد، أو كان صادرا من جانب واحد كالتنازل عن حق عيني كحق الانتفاع وحق الارتفاق أو الإبراء من دين<sup>5</sup>.

وتخرج بهذا الشرط من مجال الدعوى البوليصية تصرفات المدين غير الإرادية أو ما يعرف بالوقائع القانونية<sup>6</sup> التي لا يمكنها أن تكون محلا للطعن بدعوى عدم النفاذ، وكذلك التصرفات التي يرفض المدين بها الإغناء لأنها لا تؤدي إلى إقفار الذمة المالية الموجودة. كما لو رفض

<sup>1</sup> إن اشتراط أسبقية حق الدائن على تصرف المدين ليس في الواقع إلا عنصرا من عناصر شرط الغش من المدين، إذ لا يمكن توفر هذا الشرط عادة إلا إذا كان حق الدائن سابقا على تصرف المدين، فإذا أمكن توفره دون هذه الأسبقية فهي لا تشترط. راجع: عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 783-784.

<sup>2</sup> عبد القادر الفار وبشار عدنان ملكاوي، المرجع السابق، ص 115.

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 1؛ نبيل مهدي زوين، مدى سريان أثر العقد للدائن، مجلة الكوفة، العدد 07، ص 9.

<sup>4</sup> لزرق بن عوده، المرجع السابق، ص 71.

<sup>5</sup> رمضان محمد أبو السعود، المرجع السابق، ص 201.

<sup>6</sup> الواقعة القانونية هي واقعة مادية يرتب عليها القانون أثرا، فقد تكون واقعة طبيعية لا دخل لإرادة الإنسان فيها، كواقعة الموت، وقد تكون واقعة اختيارية حدثت بفعل الإنسان، فإذا كانت الواقعة المادية اختيارية فقد يقصد الإنسان من ورائها إحداث الأثر القانوني المترتب عليها كالاستيلاء والحيازة، وقد لا يقصد الأثر القانوني المترتب عليها كدفع غير المستحق، بل قد يقصد عكس هذا الأثر كالعمل غير المشروع. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 1-3.

المدين هبة، أو ترك المدين عينا مملوكة له في يد الغير حتى تملكها بالتقادم. لكن أجاز القانون المدني في المادة 729 للدائن التدخل في القسمة، حيث تنص المادة: « لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد العلني بغير تدخلهم، وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء ويترتب عليها إلزامهم أن يتدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم، ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل دعوى القسمة». فقد يتعمد المدين استغلال عقد القسمة لإضعاف ضمانه العام، كأن يتواطأ مع شركائه في القسمة للإضرار بدائنيه، كأن يفرز لنفسه حصّة أقل من حصّته الشائعة، أو أن يتفق مع المتقاسمين على إعطائه مبلغا من النقود حتى يتمكن من تهريبه أثناء التنفيذ عليه من قبل دائنيه، لذلك أجاز القانون لدائن أحد الشركاء بأن يتدخل في القسمة حتى يراقب تصرفات مدينه في حصّته المفرزة، كما حوّل له القانون معارضة هذه القسمة إذا تمت دون تدخله.<sup>1</sup>

- أن يكون التصرف المطعون فيه ضارا: يشترط أن يكون التصرف المطعون فيه بعدم النفاذ ضارا ومفقرا للذمة المالية للمدين، إما بإنقاص حقوقه، أو بزيادة التزاماته.<sup>2</sup> وهذا ما نصت عليه المادة 191 من القانون المدني: « لكل دائن حلّ دينه، وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين، أو زاد في التزامه وترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره »

- أن يكون التصرف غير متعلق بحق متصل بشخص المدين: لا يجوز للدائن الطعن في تصرف مدينه إذا تعلّق هذا التصرف بحق متصل بشخصه، كأن يتنازل المدين عن حقه في التعويض عن ضرر أدبي أو يتصالح عليه، لأن الرخص التي للمدين لا يجوز للدائن استعمالها باسمه؛ وكذلك بالنسبة للخيارات المتصلة بشخص المدين، كعدم استعماله لحقه في الرجوع عن

<sup>1</sup> لزرق بن عوده، المرجع السابق، ص 73

<sup>2</sup> محمّد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 136

الهبته<sup>1</sup>، لأنه حتى ولو نجح الدائن في الطعن، لأن الدائن لا يمكنه مباشرة حق الرجوع في الهبة لاتصاله بشخص المدين.<sup>2</sup>

- قيام تصرف المدين على الغش أو بنية الإضرار بالدائن: يشترط في التصرف المطعون فيه أن يقوم على الغش من جانب المدين، ويقصد به اتجاه نية المدين المتصرف إلى الإضرار بدائنه بإنقاص ضمانه العام، وتقييم المادة 1/192 من القانون المدني القرينة على قيام الغش من المدين وهي أن يكون عالماً بإعساره عند صدور التصرف منه، وهذه قرينة بسيطة يجوز للمدين إثبات عكسها، إذ قد لا يكون المدين قاصداً للإضرار بدائنه رغم علمه بحالة إعساره، كأن يشتري سماداً ضرورياً لمزروعاته، أو عتادا لصيانة منشأته، وحينذاك يمتنع على الدائن الطعن بعدم نفاذ تصرف المدين. أما بالنسبة للمتصرف إليه، فإن المادة 2/192 تقيم قرينة علمه بغش المدين بمجرد علمه بأن المدين في حالة عسر، ويقع على الدائن عبء إثبات علم المتصرف له بعسر المدين.<sup>3</sup> وتنص المادة 3/192 أن التصرف الذي قام به المدين تبرعا، فإنه لا ينفذ في حق الدائن، دون اشتراط الغش، حتى إن كان المتصرف إليه حسن النية.

- تسبب التصرف في إعسار المدين: للطعن في تصرف المدين بعدم النفاذ، يجب أن يتسبب التصرف في إعسار المدين إعسارا فعليا، ويتحقق الإعسار الفعلي إذا زادت ديون المدين عن حقوقه، ويشترط أن تكون هذه الديون مستحقة الأداء، فلا يكفي نقص حقوق المدين عن ديونه، بل يجب أن تزيد هذه الديون عن الديون المستحقة في ذمته. وقد ربطت المادة 191 من القانون المدني بين شرط الإعسار والضرر الواقع على الدائن بسبب تصرف المدين، فكل إعسار قرينة على الضرر، فإذا لم يؤد تصرف المدين إلى إعساره أو إلى الزيادة في إعساره، فلا يتحقق الضرر بالنسبة للمدين. ويقع على الدائن الطاعن في تصرف مدينه عبء إثبات الإعسار، وذلك بأن يثبت مقدار ما في ذمة مدينه من ديون، وعلى المدين أن يثبت ملاءة ذمته

<sup>1</sup> لا يجوز للواهب الرجوع عن الهبة، لكن قانون الأسرة وضع للقاعدة استثناء، إذ أجاز رجوع الأبوين عن الهبة لولدهما مهما كانت سنه لكن بقيود حصرتها المادة 211 من قانون الأسرة.

<sup>2</sup> لزرقي بن عودة، المرجع السابق، ص 86

<sup>3</sup> محمّد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 146

المالية بما يساوي قيمة الديون التي عليه أو يزيد عليها، وذلك طبقاً للمادة 193 من القانون المدني.

- **وجوب رفع الدعوى في الميعاد القانوني:** حددت المادة 197 من القانون المدني تقادم الدعوى البوليصة بثلاث سنوات من يوم علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف (سبب عدم نفاذ التصرف: تسببه في إفسار المدين وإنقاص الضمان العام، انطواء التصرف على غش من المدين)، وذلك حفاظاً على الحقوق المكتسبة واستقرار المعاملات، حتى لا يبقى مصير التصرف الصادر من المدين معلقاً لأمد طويل<sup>1</sup>؛ غير أنه في كل الأحوال، ولكل الدائنين تسقط الدعوى البوليصة في أجل 15 سنة من وقت صدور التصرف المطعون فيه، حتى لو لم يعلم الدائن بوجود التصرف أو لم يعلم بسبب عدم نفاذه.<sup>2</sup>

ب- **آثار دعوى عدم نفاذ التصرف:** باعتبار دعوى عدم نفاذ التصرف استثناء عن قاعدة نسبية العقد، وباعتبارها وسيلة لحماية حقوق الغير الدائنين، فإن أثرها لا يمتد لصحة تصرف المدين، فيبقى التصرف صحيحاً بين المتعاقدين، لكنه غير نافذ في حق الدائن. ويترتب على نفاذ التصرف بين المتعاقدين، أنه إذا بقي من ثمن الشيء محل التصرف بعد التنفيذ عليه، فإن هذا الباقي يكون من حق المتصرف إليه، ويبقى له حق الرجوع على المدين بالدعوى الناشئة عن العقد.<sup>3</sup> ويهمننا من آثار دعوى عدم نفاذ التصرف آثارها على الدائن الطاعن وغيره من الدائنين باعتبارهم من الغير بالنسبة لتصرف المدين، ونميز في الآثار بينهما كما يأتي:

ب1- **بالنسبة للدائن الطاعن بعدم نفاذ تصرف المدين:** تترتب على الدائن الطاعن بعد الحكم بعدم النفاذ أثرين، أولهما **عدم نفاذ التصرف في حقه**، فإذا لم يستوف الدائن حقه بعد رفع الدعوى، ولم يودع المتصرف إليه ثمن المثل، فإن القاضي يحكم بعدم نفاذ التصرف في

<sup>1</sup> لزرق بن عوده، المرجع السابق، ص 70.

<sup>2</sup> تنص المادة 197 من القانون المدني على أن: «تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف، وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه».

<sup>3</sup> يحق للمتعاقد مع المدين التمسك بدعوى الفسخ، أو التمسك بدعوى ضمان الاستحقاق، وله أن يطلب التنفيذ بمقابل.

راجع: محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 155-156

مواجهة الدائن رافع الدعوى وبالنسبة لجميع الدائنين الآخرين، فيعتبر هذا التصرف كأن لم يكن بالنسبة إليهم<sup>1</sup>، ويبقى الحق محل التصرف جزءاً من الضمان العام وللدائنين التنفيذ عليه.<sup>2</sup> وثانيهما حق الدائن في التعويض، إذ يجوز له الرجوع على المدين المتصرف والمتصرف إليه بالتعويض إذا أثبت أنه تضرر نتيجة تصرف مدينه، ويكون الرجوع عليهما بالتعويض على أساس القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، حيث يكون كلاهما متضامنين في الوفاء بالتعويض وذلك لاشتراكهما في الفعل الضار غير المشروع.<sup>3</sup>

ب2- أثر الحكم بعدم النفاذ بالنسبة لباقي الدائنين: قضت المادة 194 من القانون المدني أنه متى صدر الحكم بعدم نفاذ التصرف الضار للمدين، فإن هذا الحكم يستفيد منه جميع الدائنين الذين أضر بهم تصرف المدين، بل يمكن لدائن غير الدائن الطاعن أن يتقدم في استيفاء حقه على الدائن الطاعن؛ أما الدائنون الذين لم تتوفر فيهم شروط عدم النفاذ، أو سقطت حقوقهم بالتقادم فلا يستفيدون من هذا الحكم.

## المبحث الثاني: الامتداد الاستثنائي لأثر العقد إلى الغير

الأصل أن العقد لا يلزم إلا العاقدين أو من يمثلهما، فهو لا يترتب التزاماً في مواجهة الغير، لكن يجوز أن تكسبه حقا، وهذا طبقاً للمادة 113 من القانون المدني، ولكن استثناءً عن ذلك يمكن أن تتصرف الآثار إلى غير المتعاقدين وذلك بإرادتهما، وذلك في حالتين: التعهد عن الغير (المطلب الأول) والاشتراط لمصلحة الغير (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: التعهد عن الغير

يمكن أن يترتب في ذمة الغير التزامات رغم عدم مشاركته في العقد، وهذا ما يسمى بالتعهد عن الغير. وفي ذلك خروج عن مبدأ نسبية العقد. فما المقصود بهذا التصرف وشروط قيامه (الفرع الأول)، وماهي الآثار التي تترتب عنه (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 154.

<sup>2</sup> لزرقي بن عوده، المرجع السابق، ص 115

<sup>3</sup> رمضان محمد أبو السعود، المرجع السابق، ص 198

## الفرع الأول: قيام التعهد عن الغير

لم يضع المشرع في القانون المدني تعريفاً للتعهد عن الغير، وذلك وضع عادي، إذ ليس من اختصاص المشرع ضبط التعاريف، بل يرجع في ذلك إلى الفقه (أولاً)، لكن في المقابل حدد في القانون المدني للتعهد عن الغير شروطاً لقيامه (ثانياً).

### أولاً-المقصود بالتعهد عن الغير

التعهد عن الغير هو التزام أحد الطرفين في عقد (المتعهد) للطرف الآخر (المتعهد له)، بأن يحمل أجنبياً عنه على قبول التزام معين (المتعهد عنه). وهذا التصرف لا يمكن أن يظهر بصفة مستقلة، بل هو مرتبط بعقد آخر أوسع منه نطاقاً ومن المستحيل أن ينشأ بصفة مستقلة عن تصرف آخر.<sup>1</sup>

وقد تناول المشرع التعهد عن الغير في المادة 114 من القانون المدني دون تعريفه بقوله «إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعده، فإن رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ ما التزم به». فصورة التعهد طبقاً لهذه المادة، أن يلتزم شخص بأن يجعل غيره يقوم بإبرام عقد، فهو يلتزم بالقيام بعمل فقط، ولا يخرج مسعاه عن قبوله من الغير أو رفضه. فالتعهد هو شخص ثالث أجنبي عن العقد يتعهد بالتزام معين في مواجهة المتعاقد معه، كأن يتعهد الشخص الأول للشخص الثاني بأن يشتري له سيارة ملك لشخص ثالث، أي أن يقوم الأول بحمل الثالث على بيع سيارته للثاني، وهنا تعهد الأول على حمل الثالث لإبرام عقد بيع، والشخص الثالث هنا غريب عن هذا التعهد وله الحرية، فإن شاء قبل بيع السيارة للشخص الثاني وإن شاء رفض.<sup>2</sup> فالغير لا يقع عليه الإلزام إلا إذا انصرفت إرادته إلى أن يلتزم، وعليه لا يعتبر التعهد عن الغير من هذا الوجه خروجاً عن مبدأ نسبية أثر العقد.

<sup>1</sup>المرجع نفسه، ص 402.

<sup>2</sup> ليندة منصورى، القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص معقم، كلية الحقوق بودواو، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، 2015، ص 53.

## ثانيا- شروط قيام التعهد عن الغير

يقوم التعهد عن الغير على عناصر ثلاثة: المتعهد؛ المتعهد له والمتعهد عنه، ويتحقق بتوفر ثلاثة شروط تضمنتها المادة 114 من القانون المدني، وهي كما يأتي:

1- **تعاهد المتعهد باسمه:** يشترط لقيام التعهد عن الغير أن يتعاقد المتعهد باسمه لا باسم الغير الذي يتعهد عنه، وبهذا يتميز المتعهد عن الوكيل في أن الوكيل يعمل لحساب الموكل وتتصرف آثار العقد الذي يبرمه إلى ذمة الأصل، بينما يبرم المتعهد العقد باسمه وتتصرف آثار العقد إلى ذمته ويلتزم هو نفسه بينما الغير لا يلتزم.<sup>1</sup> كما يظهر بهذا الاختلاف بين المتعهد عن الغير وعمل الفضولي، فالفضولي يعمل باسم صاحب العمل ولمصلحته فيلزمه بعمله، أما المتعهد عن الغير يعمل باسمه وتتصرف إليه هو آثار العقد.<sup>2</sup>

2- **قيام المتعهد بإلزام نفسه بالتعهد:** يشترط لقيام التعهد أن تتجه إرادة المتعهد إلى إلزام نفسه لا إلزام الغير الذي تعهد عنه، وإلا كان التعهد باطلا لاستحالة محل الالتزام الناشئ عنه، إذ لا يمكن قانونا أن يلزم شخص بإرادته شخصا آخر بمقتضى عقد لم يكن هذا الأخير طرفا فيه.<sup>3</sup>

وعليه، فإن التعهد عن الغير ليس خروجاً عن القاعدة التي تقضي بأن العقد لا ينصرف أثره إلى الغير، لأن هذا التعهد لم يلزم الغير، بل ألزم المتعاقد نفسه إما صراحة بالألفاظ شكلية تعبر عنه، أو ضمناً يستقى من ظروف الحال.<sup>4</sup>

3- **حمل الغير على القبول:** يتمثل موضوع التعهد في حمل الغير على الالتزام نحو المتعاقد الثاني، أي حمله على قبول التعهد، وهو التزام من المتعهد بتحقيق نتيجة، حيث يسأل عنها إذا لم يتحصل المتعاقد الثاني على قبول التعهد من قبل الغير.<sup>5</sup> فالمتعهد يلتزم دائما بعمل، وهو

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص331.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، نظرية العقد، المرجع السابق، ص866.

<sup>3</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني للعقد والإرادة المنفردة، ج1، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص217.

<sup>4</sup> ليندة منصور، المرجع السابق، ص58.

<sup>5</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص415.

الحصول على قبول الغير للتعهد، ولذا فإن التزامه التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاما ببذل عناية، إذ لا يكفي من المتعهد بذل قصارى جهده ليحمل الغير على قبول التعهد، بل يجب قبول الغير له، وإلا اعتُبر المتعهد مخلا بالتزامه الأصلي، وهذا ما يميز التعهد عن الغير عن الكفالة فالكفيل يضمن تنفيذ المدين الأصلي للدين ويتحمله عنه.

أما الغير المتعهد عنه، فله الخيار في إقرار التعهد من عدمه، فإذا أقر التعهد فإنه يلتزم بتنفيذ ما أقر به، فقد يكون محل التزامه أداء عمل، كأن يقوم ببناء منزل، أو يكون محله امتناعا، كأن يكون التزاما بالامتناع عن منافسة متجر، أو يكون التزاما بنقل حق عيني، كما لو تعاقد الشركاء في الشيوخ عن شريك لهم في بيع مال مشاع بينهم.<sup>1</sup> فإذا أقر المتعهد عنه الالتزام انقضى التزام المتعهد لأن التزامه يقتصر على الحصول على إقرار الغير.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: آثار التعهد عن الغير

ينتج التعهد عن الغير آثارا بالنسبة للمتعاقدين (أولا)، وأخرى بالنسبة للغير (ثانيا).

#### أولا- آثار التعهد عن الغير على المتعاقدين

إذا استجمع التعهد شروطه القانونية رتب جميع آثاره، ولا يمكن نقضه ولا تعديله إلا باتفاق طرفيه، مثله كمثل العقود الأخرى، ويكونان ملزمين بتنفيذ كل الالتزامات التي تضمنها العقد وبحسن نية، وإذا قام المتعهد بتنفيذ ما التزم به انقضى التعهد، وأما إذا لم ينفذ التعهد فيحق للمتعهد له أن يطالب بالتعويض، مالم يثبت أن عدم التنفيذ راجع إلى سبب أجنبي.<sup>3</sup>

أما إذا رفض الغير التعهد وجب على المتعهد تعويض المتعهد له، ومع ذلك يجوز له أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به، وهذا ما تقضي به المادة 1/114 من القانون المدني؛ ولكن إذا استحال التنفيذ لوجود سبب أجنبي فينقضي الالتزام<sup>4</sup>، وذلك بنص

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 867.

<sup>2</sup> علي فيلال، المرجع السابق، ص 415، 416.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 415.

<sup>4</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 90.

المادة 307 من القانون المدني التي جاء فيها: «ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته».

### ثانيا- آثار التعهد على الغير

إن الغير غير ملزم بما تعهد به المتعهد، فيحتفظ بكامل حريته فيما يتعلق بقبول أو رفض التعهد، فإن شاء قبله وإن شاء رفضه دون أن تترتب في ذمته أي مسؤولية.<sup>1</sup> فإن قبل الغير التعهد، سواء كان قبوله صريحا أم ضمنيا، فإن قبوله يسري بأثر فوري من تاريخ القبول، ولا يمتد بأثر رجعي إلى تاريخ انعقاد التعهد، وهذا ما لم يثبت أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يُسند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد، وذلك طبقا للمادة 2/114 من القانون المدني. غير أن التزام المتعهد عنه (الغير) بمحل التعهد لا يستند في أساسه لعقد التعهد الذي بين المتعهد والمتعهد له، إنما يجد أساسه في عقد جديد يبرمه مع المتعهد له محتفظا بكامل حريته في التعاقد المقررة في القانون، فله أن يقبل الالتزام المتعهد به، وله أن يرفض تحمله جملة أو أن يعدل منه.<sup>2</sup> ويمكن أن نميز في آثار التعهد على الغير المتعهد عنه بين ما إذا أقر التعهد (1) أو رفضه (2).

**1 - حالة إقرار الغير للتعهد:** نميز في هذه الحالة بين زمنين تختلف فيهما آثار التعهد، قبل الإقرار وبعده:

أ - قبل الإقرار: طبقا للقواعد العامة للتعاقد، فإن الغير الذي تعهد عنه المتعاقد حر في إقرار التعهد من عدمه، وذلك لأن تعهد المتعهد لم يرتب في ذمته أي التزام، فهو أجنبي عن العقد أصلا لا ينصرف أثره إليه. كما يستطيع المتعهد قبل الإقرار من المتعهد عنه أن يعدل العقد أو يعدل منه أو يحوله إلى شخص آخر باتفاق مع المتعهد له.<sup>3</sup>

وهناك أسباب قد تمنع المتعهد من تنفيذ التزامه في الحصول على موافقة الغير، وتكون سببا في دفع المسؤولية عنه، وذلك بأن يثبت وجود سبب أجنبي لا يد له فيه حال دون تنفيذه

<sup>1</sup> علي فيلال، المرجع السابق، ص 415.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 332.

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، نظرية العقد، المرجع السابق، ص ص 869-868.

لالتزامه، كوفاة الغير مثلاً أو انعدام أهليته، علماً أن عدم قبول الغير التعهد لا يعد سبباً أجنبياً.<sup>1</sup>

ب - بعد الإقرار: إذا أقر الغير التعهد صراحة أو ضمناً انصرف أثر التعهد إليه، فيقوم عقد جديد بينه وبين المتعهد له، يبدأ سريانه منذ وصول هذا القبول لعلم المتعهد له، فلا يسري بأثر رجعي إلى وقت انعقاد التعهد، إلا إذا قبل الغير ذلك<sup>2</sup>، وهذا الحكم منطقي يسري وفق القواعد العامة للتعاقد التي تجعل الإرادة أساساً لكل عقد، وأكدته المادة 2/114 من القانون المدني بنصها: «أما إذا قبل الغير هذا التعهد، فإن قبوله لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد».

إن إقرار المتعهد عنه وقبوله الالتزام بالعقد الذي أبرمه المتعهد تصرف قانوني يتقيد بشروط موضوعية وأخرى شكلية (ب1)، وإذا استجمع الإقرار شروطه أنتج آثاره (ب2).

ب-1- شروط الإقرار: لابد لصحة الإقرار أن يستجمع شروطاً موضوعية وشكلية، إيجازها في الآتي:

ب-1-1- الشروط الموضوعية للإقرار: تتلخص الشروط الموضوعية في الآتي:

- أهلية المتعهد عنه المقر: ككل تصرف قانوني، يشترط في المتعهد عنه المقر بالتعهد أن تكون له أهلية التصرف، ويكفي الرضا لإنشاء الإقرار سواء كان صريحاً أو ضمناً، دون حاجة إلى صبه في شكل معين.<sup>3</sup>

- احترام أجل قبول التعهد: إذا اتفق المتعهد والمتعهد له على أجل للإقرار، فلا بد للإقرار أن يصدر في الآجال المتفق عليها، فإذا انقضى الأجل المحدد له ولم يصدر المتعهد عنه قبوله،

<sup>1</sup> ليندة منصورى، المرجع السابق، ص 62.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 218.

<sup>3</sup> مروان كساب، الخطأ العقدي، مكتبة الحلبي الحقوقية للنشر، بيروت، 2000، ص 126.

فإنه قرينة على الرفض الضمني للتعهد.<sup>1</sup> وإذا لم يتفق المتعهد والمتعهد له على مدة للإقرار، حددت المدة بأجل معقول.

- **الالتزام الكلي بالتعهد:** يجب أن يشمل الإقرار الالتزام بالتعهد كله لا جزءا منه، وإلا اعتبر إيجابا جديدا من الغير (المتعهد عنه) موجها للمتعهد له ينتظر قبولا منه.<sup>2</sup>

ب- **1-2- الشروط الشكلية:** لا يشترط أن يصدر الإقرار في شكل خاص، إلا إذا صدر التعهد في عقد شكلي، فإن الإقرار به وجب أن يصدر في الشكل نفسه، كما إذا تعهد شخص عن آخر في رهن رسمي أو في هبة منصبة على عقار.<sup>3</sup>

بما أن الإقرار لا يخضع للشكلية، فإنه قد يكون صريحا كما قد يكون ضمنيا. فالصريح منه يكون حين يعلن المتعهد عنه عن نيته في تبني الالتزام المتعهد به، وذلك بأن يتخذ موقفا لا يدع مجالا للشك فيه، كأن يصرح بقبوله التعهد تصريحاً واضحاً، بأن يقول: "أُقرُّ ببيع العقار الذي تم لحسابي"، ففي مثل هذا المثال لا بديل عن التصريح بالقبول لتعلق التعهد ببيع عقار، فوجب أن يكون الإقرار في عقد رسمي، وإلا اعتبر باطلا.<sup>4</sup> أما الإقرار الضمني، فيُعرف من ظروف الحال، كما لو قام الغير المتعهد عنه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به المتعهد، ومثاله إذا باع الشركاء على الشيوخ المال الشائع أصالة عن أنفسهم وتعهدا عن شريكهم الغائب شرط إقراره بالبيع، فإن قبض هذا الشريك ثمن حصته يفسر على أنه قبول ضمني منه بالبيع الذي جرى باسمه.<sup>2</sup> كما يمكن استخلاص الإقرار الضمني من سكوت الغير المتعهد عنه، إذا علم بالتعهد ولم يعترض عليه، بشرط انتفاء الأسباب التي تبرر سكوته.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> ليندة منصوري، المرجع السابق، ص 63.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 63.

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 869.

<sup>4</sup> ليندة منصوري، المرجع السابق، ص 64.

<sup>5</sup> مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، ج 1، مصادر الالتزامات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 267.

ب- 2- الآثار المترتبة عن الإقرار: إذا قبل الغير التعهد، نشأ عقد مستقل جديد بينه وبين المتعهد له.<sup>1</sup> وهذا العقد يختلف عن العقد الذي بين المتعهد والمتعهد له من حيث الأطراف؛ من حيث وقت تمام العقد؛ ومن حيث الالتزامات المترتبة عنهما.

فمن حيث طرفي العقد، فإن العقد الأول طرفاه المتعهد عن الغير والمتعهد له، أما العقد الثاني فإن طرفيه المتعهد له والغير، وعليه فإن المتعهد له هو الطرف المشترك في العقدين.<sup>2</sup> أما من حيث وقت تمام العقد، فالعقد الأول يتم عند تلاقي الإيجاب بالقبول بين المتعهد والمتعهد له، أما العقد الثاني فلا يتم إلا عند صدور القبول من الغير.<sup>3</sup>

أما من حيث الالتزامات، فإن العقد الأول ينشئ في ذمة المتعهد التزاما بعمل هو حمل الغير (المتعهد عنه) على محل التعهد؛ أما العقد الثاني فينشئ التزاما في ذمة الغير (المتعهد عنه)، ويختلف محل التعاقد باختلاف محل التعهد، فقد يكون نقل حق عيني أو امتناع عن عمل أو غيره.

2 - حالة عدم إقرار الغير للتعهد: ينقضي التزام المتعهد إذا أقر الغير التعهد، ولأن المتعهد لا يضمن تنفيذ الغير للتعهد، فإن الغير قد لا يقبل به، فحينئذ تنشأ مسؤولية المتعهد (أ) وعدم مسؤولية المتعهد عنه (ب).

أ - مسؤولية المتعهد عن عدم إقرار المتعهد عنه: إذا رفض المتعهد عنه إقرار التعهد، فإن المتعهد يبقى مسؤولا عن العقد في مواجهة المتعاقد معه (المتعهد له)، ولا يعفى من التزامه إلا إذا أثبت وجود قوة قاهرة أو خطأ من المتعاقد معه حالت دون التنفيذ. ولا يعتبر امتناع الغير المتعهد عنه عن الإقرار سببا لإعفاء المتعهد من المسؤولية، لكن يبقى للمتعهد له قبض تعويض من المتعهد عما أصابه من ضرر ناجم عن نكول المتعهد عنه (الغير) عن الإقرار، ويقتصر جزاء مسؤولية المتعهد في التعويض لعدم إمكان إجباره على التنفيذ العيني ولا حمله

<sup>1</sup> مروان كساب، المرجع السابق، ص126.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، نظرية العقد، المرجع السابق، ص870.

<sup>3</sup> مروان كساب، المرجع السابق، ص127.

على تنفيذ الالتزام الذي كان يريد الحصول بشأنه على إقرار من المتعهد عنه (الغير)<sup>1</sup>، لكن يجوز للمتعهد أن ينفذ الالتزام المتعهد به ويتخلص بذلك من التعويض، لكن ذلك مرهون بالإمكان وإرادة المتعهد<sup>2</sup>، وهو الحكم نفسه الذي جاءت به المادة 1/114 من القانون المدني بنصها: «إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده، فإن رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعرض من يتعاقد معه، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ ما التزم به».

ب - **عدم مسؤولية الغير:** إذا كان عدم إقرار الغير المتعهد عنه على التعهد يترتب مسؤولية المتعهد في تعويض المتعهد له، فإنه في المقابل لا يترتب أي مسؤولية في ذمة الغير الممتنع عن الإقرار، وهذا متناسب مع القواعد العامة في التعاقد في اعتبار هذا الغير أجنبياً عن عقد التعهد، كما انه لم يترتب في ذمته أي التزام<sup>3</sup>.

### المطلب الثاني: الاشتراط لمصلحة الغير

من صور امتداد آثار العقد إلى الغير، أن يشترط أحد المتعاقدين في العقد لمصلحة شخص خارج عنه (الغير) خروجاً عن مقتضيات مبدأ نسبية آثار العقد. وسيوضح فيما يأتي كيفية قيام هذا الاشتراط (الفرع الأول)، والآثار المترتبة عن مختلف العلاقات التي ينشئها هذا البند الخاص والاستثنائي في العقد (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: قيام الاشتراط لمصلحة الغير

قبل التعرض لأحكام الاشتراط لمصلحة الغير، يحسن تحديد مفهومه القانوني الذي يتبين باستقراء تعريفه وتكييفه القانوني (أولاً)، ثم استعراض شروطه كما حددها القانون المدني خروجاً عن قاعدة نسبية العقد (ثانياً).

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 873.

2 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 333.

3 ليندة منصور، المرجع السابق، ص 67.

أولاً: مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير.

يندرج تحت المفهوم تعريف الاشتراط لمصلحة الغير (1) ثم طبيعته القانونية (2)، بما به تتضح ماهية هذا التصرف.

1- تعريف الاشتراط لمصلحة الغير: الاشتراط لمصلحة الغير عقد بين شخصين أحدهما يسمّى المشتراط le stipulant ويسمّى الآخر المتعهد le promettant، يشترط فيه الأول على الثاني أن يلتزم هذا الأخير تجاه شخص ثالث أجنبي عن العقد يسمّى المنتفع أو المستفيد، بحيث ينشئ هذا العقد في ذمة المتعهد حقا مباشرا للمنتفع.<sup>1</sup>

فأطراف الاشتراط لمصلحة الغير ثلاثة، اثنان منهما طرفا العقد، وهما: المشتراط والمتعهد، أما الطرف الثالث فهو المستفيد، وهو ليس طرفا في العقد، بل من الغير، لكن رغم كونه أجنبيا عن العقد، فإن المشرع خوله حق مطالبة المتعهد بتنفيذ ما التزم به نحوه بناء على عقد الاشتراط، فالعقد على هذا يبرم بين طرفين، هما المتعهد والمشتراط لفائدة شخص ثالث من الغير هو المنتفع الذي اشترط لصالحه ورتب له العقد مباشرة حقا خاصا، ما يجعل من عقد الاشتراط لمصلحة الغير استثناء حقيقيا من قاعدة نسبية آثار العقد.<sup>2</sup>

ويختلف الاشتراط لمصلحة الغير عن التعهد عن الغير، في أنّ التعهد عن الغير ما هو إلاّ تطبيق للقواعد العامة التي تقضي بأنّ الغير لا يلتزم بعقد لم يكن طرفا فيه، في حين أنّ الاشتراط لمصلحة الغير هو عقد يلتزم بمقتضاه شخص يسمّى المتعهد في مواجهة شخص يسمّى المشتراط بأن يقوم بأداء معين لمصلحة شخص ثالث من الغير يسمّى المستفيد<sup>3</sup>، فيرتب له حق مباشر باشتراط المشتراط الطرف في العقد، بينما لا ينشأ التعهد في ذمة المتعهد عنه إلا بإقرار منه. كما أن المشتراط يغني ذمة المستفيد بحق ناتج عن عقد الاشتراط، بينما لا ينشئ

<sup>1</sup> إسماعيل عبد النبي شاهين، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، القسم الأول، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2013، ص 308.

<sup>2</sup> محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية، مصر، 2000، ص 308.

<sup>3</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 222.

التعهد إلا التزاماً في ذمة المتعهد بحمل الغير الأجنبي عن العقد (المتعهد عنه) بقبول الالتزام محل التعاقد، هذا الالتزام الذي لا ينشأ في ذمة المتعهد إلا من تاريخ إقراره بالتعهد.

وتعتبر عقود التأمين مجالاً واسعاً لتطبيق الاشتراط لمصلحة الغير، خاصة عقد التأمين على الحياة، وعقد التأمين على مركبة ضد الأضرار التي تنتج للغير، والتأمين الذي يعقده الناقل أو مرسل البضاعة ضد أخطار النقل لمصلحة صاحب البضاعة؛ كما يجد عقد الاشتراط لمصلحة الغير تطبيقات مختلفة في مجال عقود البيع، كأن يشترط البائع على المشتري بأن يدفع ثمن المبيع لشخص ثالث قد يكون دائنه أو شخصاً آخر يريد البائع التبرع له بالثمن، أو كأن يبيع شخص عينا مرهونة ويشترط على المشتري دفع ثمنها على أقساط إلى الدائن المرتهن. كما يطبق الاشتراط لمصلحة الغير في عقود المقاولات، حين يفرض فيها رب العمل شروطاً على المقاول لفائدة العمال، كتحديد الحد الأدنى لأجورهم والحد الأقصى لساعات العمل، وغيرها.

كما نجد لنظام الاشتراط تطبيقاً في العقود الإدارية المتعلقة بتسيير المرافق العامة، كمرفق النقل العمومي ومرفق توزيع الكهرباء والمياه وتسيير المواقف العمومية والأسواق، حيث تشترط الإدارة على مسير المرفق العام شروطاً تضمنها دفتر الشروط، قد تكون مصلحة المنتفعين من الخدمة كتحديد تعريف الانتفاع بالخدمة<sup>1</sup>، أو لمصلحة عمال هذه المرافق.

**2- الطبيعة القانونية للاشتراط لمصلحة الغير:** اختلف الفقهاء في الطبيعة القانونية للاشتراط لمصلحة الغير، فمنهم من أرجعه لنظرية الإيجاب؛ ومنهم من أرجعه لنظرية الفضالة؛ بينما عازه فريق آخر إلى الإرادة المنفردة؛ وفي ظل عدم رجحان إحدى النظريات الثلاث، ظهر رأي رابع يجعل الاشتراط لمصلحة الغير مفهوماً مستقلاً قائماً بذاته.

**أ- نظرية الإيجاب:** ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن الاشتراط لمصلحة الغير يقوم على مبدأ سلطان الإرادة، فهو تصرف يقوم على عقدين: عقد بين المشتري والمتعهد، بموجبه يدخل الحق المشتري لمصلحة المنتفع في ذمة الطرف المشتري، وعقد ثان بين المشتري والمنتفع، بحيث

<sup>1</sup> محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 310.

يكون الإيجاب فيه قيام المشتراط بعرض الحق الذي اكتسبه من المتعهد على المنتفع، ويقبول المنتفع لهذا العرض ينعقد العقد الثاني بين المنتفع والمشتراط.<sup>1</sup>

إن قيام هذه النظرية على وجود عقدين منفصلين كان مدخلا لنقد هذا الاتجاه، فدخل الحق المشتراط في ذمة المشتراط بالعقد الأول يعرض المنتفع لمزاحمة دائني المشتراط باعتباره جزءا من الضمان العام؛ إضافة إلى أن اعتبار العرض المقدم من المشتراط للمنتفع إيجابا في العقد الثاني يقتضي-طبقا للقواعد العامة في الإيجاب- أن ينتهي بوفاء العارض، والحال غير ذلك في الاشتراط لمصلحة الغير، حيث يبقى حق المنتفع قائما حتى لو توفي المشتراط، مما يدل على أن الاشتراط لمصلحة الغير ليس مجرد إيجاب.

ب- نظرية الفضالة: يرى أنصار هذه النظرية، ومنهم الفقيه الفرنسي لابيه Labbé أن ما يقوم به المشتراط لفائدة المنتفع كالأعمال التي يقوم بها الفضولي لفائدة رب العمل. غير أن هذا غير مسلم، ذلك ان الاشتراط يختلف عن الفضالة من أوجه مختلفة: فبينما تكون للمشتراط في الاشتراط لمصلحة الغير مصلحة شخصية، فإن الفضولي لا يشترط أن تكون له مصلحة شخصية من فعل الفضالة؛ كما أن المشتراط لمصلحة الغير يعمل لحسابه، بينما يعمل الفضولي لحساب الغير؛ كما يختلف الاشتراط لمصلحة الغير عن الفضالة في أن قبول رب العمل في الفضالة ينهي دور الفضولي، فلا تبقى إلا علاقة رب العمل ومن تعاقد معه الفضولي، أما في عقد الاشتراط فيبقى المشتراط طرفا في العقد بعد قبول المنتفع له، وله وحده دون غيره حق فسخه.<sup>2</sup>

ج- نظرية الإرادة المنفردة: تقوم هذه النظرية على اعتبار التزام المتعهد في الاشتراط لمصلحة الغير تصرف بالإرادة المنفردة، لأن المتعهد يلتزم بإرادته المنفردة بموجب عقد الاشتراط بإنشاء حق مباشر لمصلحة المنتفع، ويرد هذا الالتزام ضمن بنود العقد المبرم بين المتعهد والمشتراط، وهذا الشرط أقره المتعهد بإرادته المنفردة.

<sup>1</sup> علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ط3، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص 450.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 452.

لم تسلم هذه النظرية من النقد، وأهم ما أُخِذَ عليها أنها أهملت مكانة المشتري في عملية الاشتراط، وركزت على المتعهد والمنفع؛ كما أنّ الاشتراط لمصلحة الغير يختلف عن الإرادة المنفردة في أنه يخول للمشتري نقض الاشتراط قبل صدور إعلان المنفع بقبول الانتفاع المشتري له، فلو كانت الإرادة المنفردة للمتعهد أساساً لقيام الاشتراط لكان حق النقض مخولاً له وليس للمشتري.

د- **الاشتراط لمصلحة الغير مفهوم مستقل:** نتيجة عجز النظريات السابقة عن تفسير طبيعة الاشتراط لمصلحة الغير، تبين أن هذا التصرف القانوني لا يمكن إدراجه ضمن النظريات السابقة فهي عاجزة عن استيعابه، ذلك أنّه ينشئ حقاً مباشراً للمنفع من عقد الاشتراط رغم أنه لم يكن طرفاً فيه، فهو استثناء عن مبدأ الأثر النسبي للعقد، بحيث يجعل الغير دائناً من عقد لم يكن طرفاً فيه، وهذا يجعل منه نظاماً مستقلاً خاصاً بأحكام خاصة تجيز للغير المنفع تلقي حقاً مباشراً من عقد الاشتراط ولا شأن لدائني المشتري بهذا الحق.<sup>1</sup>

#### ثانياً - الشروط الخاصة لقيام الاشتراط لمصلحة الغير

لا يقوم الاشتراط لمصلحة الغير إلا بتوفر الشروط العامة المطلوبة في كلّ العقود، لأنه يبرم بين طرفين، وهما المشتري والمتعهد، فهو إذن عقد كباقي العقود، وجب أن يستجمع كلّ الأركان اللازمة لتكوين أيّ عقد من رضى ومحل وسبب، والشروط المقترنة بكل ركن تحت طائلة البطلان أو القابلية للإبطال. وإلى جانب الشروط العامة، وضع المشرع أربعة شروط خاصة، وهي:

**1- تعاقد المشتري باسمه لا باسم المنفع:** يجب أن يتعاقد المشتري باسمه لا باسم المنفع، فالمنفع لا يتدخل في إنشاء العقد، وهذا ما يميّز الاشتراط لمصلحة الغير عن التعاقد بالنيابة، حيث إن الوكيل لا يتعاقد باسمه بل باسم الأصيل بينما المشتري يتعاقد باسمه، فإذا أُدخِل المنفع طرفاً في العقد أصبح طرفاً فيه ويلتزم بالتزامه ويكتسب ما له من حقوق بصفته متعاقداً وليس منقلاً في الاشتراط لمصلحة الغير، لأنه لم يعد غيراً بل طرفاً في العقد.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 453.

<sup>2</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، 91.

2- **اتجاه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للغير:** يكسب عقد الاشتراط الغير المنتفع حقا مباشرا في ذمة المتعهد (المادة 2/116 من القانون المدني الجزائري)، وينبغي أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى ذلك صراحة أو ضمنا، فيجب أن يكون موضوع التعاقد إنشاء حق مباشر للمستفيد، ونقصد بذلك أن الحق ينشأ في ذمة المستفيد مباشرة دون أن يمر في ذمة المشتري أولا ثم ينتقل إلى المستفيد، لهذا يحق للمستفيد مطالبة المتعهد مباشرة بالحق الناشئ عن العقد وباسمه الشخصي بمقتضى دعوى مباشرة.<sup>1</sup>

3- **وجود مصلحة شخصية للمشتري:** تشترط المادة 1/116 من القانون المدني أن تكون للمشتري مصلحة شخصية في الالتزام التي يرتبها عقد الاشتراط، ويستوي أن تكون هذه المصلحة مادية كقضاء دين مثلا، كأن يشترط البائع على المشتري أن يدفع الثمن لدائنه؛ أو مصلحة أدبية كاشتراط المؤمن له على شركة التأمين أن تؤدي مبلغ التأمين في حالة وفاته إلى أبنائه وزوجته.

4- **عدم اشتراط أن يكون المنتفع محدا في عقد الاشتراط:** أجازت المادة 118 من القانون المدني<sup>2</sup> أن يكون الشخص المنتفع غير معين بالذات وقت إبرام عقد الاشتراط<sup>3</sup>، فقد يكون المنتفع موجودا عند الاشتراط أو سوف يوجد لاحقا، كما يمكن أن يكون المنتفع شخصا طبيعيا أو معنويا، كجمعية خيرية، مستشفى أو مسجد أو غيره.

### الفرع الثاني: آثار الاشتراط لمصلحة الغير.

يرتب الاشتراط لمصلحة الغير آثارا، تتحدد بالعلاقات الثلاثية التي ينشئها: في العلاقة بين المشتري والمتعهد (أولا)، في العلاقة بين المشتري والمستفيد (ثانيا)، ثم في العلاقة بين المتعهد والمستفيد (ثالثا).

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 338.

<sup>2</sup> تنص المادة 118 من القانون المدني الجزائري على: «يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المشتري شخصا مستقبلا أو هيئة مستقبلة، كما يجوز أن يكون شخصا أو هيئة لم يعين وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعا في الوقت الذي يجب أن ينتج العقد فيه أثره طبقا للمشاركة».

<sup>3</sup> علي سليمان، المرجع السابق، ص 96.

### أولاً- في العلاقة بين المشتري والمتعهد.

تخضع العلاقة بين المشتري والمتعهد للقاعدة العامة في العقود، أن العقد شريعة المتعاقدين، فتتحدد علاقتهما بما اتفقا عليه في العقد، فيلتزم كل منهما بتنفيذ ما التزم به بحسن نية، فإذا امتنع أحدهما عن التنفيذ كان للطرف الآخر طلب فسخ العقد، كما له أن يدفع بعدم التنفيذ.

### ثانياً- في العلاقة بين المشتري والمنتفع.

تختلف آثار العلاقة بين المشتري والمنتفع بين ما إذا كان الاشتراط تبرعاً (1) أو معاوضة (2).

**1- الاشتراط تبرعاً للمنتفع:** إذا كان الاشتراط تبرعاً من المشتري للمنتفع، فإن العلاقة بينهما تخضع لأحكام الهبة، فيجب أن يتمتع المشتري بأهلية التبرع، ويخضع لكافة الأحكام المتعلقة بالهبة في قانون الأسرة ولأحكام المادة 776 من القانون المدني المتعلقة بالتصرفات الواقعة في مرض الموت، والتي تقتضي اعتبار التبرع الواقع في مرض الموت وصية.

**2- الاشتراط معاوضة:** إذا كان المشتري مديناً للمنتفع، وقصد من اشتراطه وفاءه بالدين الذي عليه، كان عقد الاشتراط في علاقة المشتري بالمنتفع معاوضة تنطبق عليها أحكام الوفاء، فلا تبرأ ذمة المشتري إلا عند استيفاء المستفيد لدينه كاملاً من المتعهد.<sup>1</sup> وقد يكون قصد المشتري من الاشتراط إقراض المستفيد المبلغ الذي اشترط لصالحه، وفي هذه الحالة تتحدد العلاقة بينهما طبقاً لأحكام القرض. وهذا يعني أن علاقة المشتري بالمنتفع تختلف حسب الحالات.

### ثالثاً: في العلاقة بين المتعهد والمنتفع.

يعتبر المستفيد من الغير في عقد الاشتراط لأنه لم يكن طرفاً في العقد، وهنا يكمن اعتبار الاشتراط لمصلحة الغير استثناء عن مبدأ نسبية آثار العقد، حيث يترتب للمنتفع من يوم الاشتراط حق شخصي في ذمة المتعهد، فعلاقتهما علاقة دائن (المنتفع) بمدين (المتعهد)، ويترتب عن ذلك ما يترتب عن علاقة الدائنية من آثار:

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 342.

- 1- فيشارك المنتفع -باعتباره دائئا-دائني المتعهد في الضمان العام، ويشاركهم في قسمته قسمة غرماء.
- 2- قبول المتعهد للاشتراط لمصلحة المنتفع مفقر لزمته ومنقص للضمان العام، لذا يحق لدائنيه من غير المنتفع أن يطعنوا في هذا التصرف بدعوى عدم نفاذ التصرف.
- 3- للمتعهد ودائنيه أن يتمسكوا ضدّ المنتفع بالدفع المترتبة عن عقد الاشتراط.<sup>1</sup>
- 4-أجازت المادة 117 من القانون المدني للمشترط دون دائنيه أو وارثيه أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشترط رغبته في الاستفادة منها، ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد، غير أن نقض المشاركة أن تبرئ ذمة المتعهد في مواجهة المشترط إلا إذا اتفقا صراحة أو ضمنا على ذلك، وللمشترط إحلال منتفع آخر محلّ المنتفع الأول، كما له أن يحتفظ لنفسه بالانتفاع بالمشاركة.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 95 - 96.

<sup>2</sup> محمد حسنين، المرجع السابق، ص 105.

## الفصل الثاني

### نسبية آثار العقد بالنسبة للموضوع

إذا كانت نسبة العقد من حيث الأشخاص تقتضي ألا تنصرف آثار العقد إلا لمن كان طرفاً فيه، إلا في حالة الاشتراط لمصلحة الغير أو التعهد عن الغير، فإن نسبة العقد من حيث الموضوع يقصد بها أن للعقد قوة تلزم أطرافه الذين وافقوا وقبلوا به، فالأصل أنه متى أبرم العقد صحيحاً بأركانه وشروطه أصبح شريعة للمتعاقدين، عليهما تنفيذه بحسن نية، ولا يجوز لأحدهما أو لغيرهما نقضه ولا تعديله (المبحث الأول)، إلا باتفاق جديد من طرفيه، أو وفقاً للأحوال التي ينظمها القانون (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: وجوب تنفيذ الالتزام العقدي

إذا نشأ العقد صحيحاً التزم الطرفان بما يترتب عليه من آثار طبقاً لقوة الإلزام التي يتمتع بها العقد (المطلب الأول)، وإن قوة الإلزام للعقد لا تمتد إلا للمضمون الذي اتجهت إرادة المتعاقدين إليه، لذلك فإن تحديد مضمون الالتزامات العقدية مسألة أولية ضرورية لبيان نطاق العقد وحدوده من حيث الموضوع (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: القوة الملزمة للعقد

إذا أبرم العقد كان النطاق الموضوعي له متمثلاً في مجموع الالتزامات التي تنشأ عنه، ووجب على الطرفين تحمل الالتزامات الواقعة في ذمتها وتنفيذها تنفيذاً كاملاً، ويجد العقد أساس قوته الملزمة في إرادة المتعاقدين وفي عوامل مساعدة أخرى (الفرع الأول)، وإيعاز أساس الإلزام لإرادة المتعاقدين تترتب عليه نتائج مهمة بالنسبة لمصير العقد (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: أساس القوة الملزمة للعقد

يجد العقد قوة إلزامه أساساً في الإرادة الحرة للأطراف المتعاقدة في ظل سيادة مبدأ سلطان الإرادة على العلاقات القانونية (أولاً)، لكن الإرادة وحدها غير كافية، إذ تتعاضد معها في إضفاء القوة الملزمة للعقد القواعد الدينية، الأخلاقية، الاجتماعية والاقتصادية، إلى جانب القانون والقضاء (ثانياً).<sup>1</sup>

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 298.

### أولاً- الإرادة أساس القوة الملزمة للعقد

تمثل الإرادة أساس القوة الملزمة للعقد، بناءً على ما للأفراد من حرية في التعاقد، حيث تنتج الحرية الالتزام بما في العقد، فيصبح ذلك العقد القائم على الإرادة هو القانون الحاكم بين المتعاقدين، وهذا فحوى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. ويشترط لكي تتولد القوة الملزمة للعقد أن ينشأ صحيحاً، فتتولد عنه الالتزامات التي يجب على المتعاقدين التقيد بها وتنفيذها بحسن نية.<sup>1</sup> إن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تعني من جهة أن إرادة المتعاقدين هي مصدر القوة الملزمة التي يكتسبها العقد، كما تعني من جهة أخرى ما تعنيه القاعدة الأخلاقية القديمة من وجوب الوفاء بالعهد وتنفيذه كما أُنقِ علىه، وهو نفسه المعنى الذي تضمنته المادة 106 من القانون المدني التي جعلت العقد القانون الاتفاقي الذي يلتزم به المتعاقدان، فيقوم مقام القانون في تنظيم العلاقات العقدية، أي أن الإرادة المشتركة التي أنشأت العقد هي وحدها التي تستطيع إنهاء أو تعديل هذه العلاقات.<sup>2</sup>

### ثانياً- الأسس الداعمة للقوة الملزمة للعقد

تمثل الإرادة أساساً للقوة الملزمة للعقد، ولكنها ليست الأساس الوحيد، فالعقد يستمد قوته من أسس أخرى خارجة عن إرادة المتعاقدين، فقد يجد العقد قوته في أسس دينية وأخلاقية (1)، كما قد يجدها في أسس اقتصادية واجتماعية (2)، كما يستمد العقد قوته من القانون المنظم لأحكامه (3).

**1- الأساس الديني والأخلاقي:** الأصل أن العقود تبنى على الاستقامة بمعناها الأخلاقي الواسع، فالوفاء بها قائم على الواجب الأخلاقي المتمثل في الوفاء بالعهود، فالالتزامات التعاقدية الناتجة عن الإرادة تلزم صاحب الإرادة بتنفيذها وفاءً لمبادئ دينية وأخلاقية. فليست القوة الملزمة للعقود ابتداءً قانوني، بل تجد أساسها في الديانات السماوية، ومنها الشريعة الإسلامية التي جعلت الوفاء

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 697.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني، المرجع السابق، ص 248.

بالعهد قاعدة خلقية قبل أن تكون إلزاماً قضائياً يترتب على مخالفتها جزاءات توقعها السلطة العامة.<sup>1</sup>

**2- الأساس الاقتصادي والاجتماعي:** قد يجد العقد قوته الملزمة في اعتبارات اقتصادية واجتماعية، باعتبار أن المجالين الاقتصادي والاجتماعي يحظيان بالقسط الأكبر من العلاقات التعاقدية، فالوفاء بالعهد تستلزمه ضرورات الائتمان والاستقرار في المعاملات حتى تعم الثقة بين المتعاملين، وهو مما تقتضيه المصلحة الاجتماعية التي تتحقق بضمان الأمن القانوني للعلاقات التعاقدية، وعدم تهديد المراكز القانونية للمتعاقدين.<sup>2</sup>

**3- الأساس القانوني والقضائي:** نظراً لأن العقد هو أبرز مصدر للالتزامات القانونية، فقد اعتنت أغلب التشريعات القديمة والحديثة بتنظيمه، كما ساهمت الاجتهادات القضائية في تطوير دقائق نظرية العقد. لذلك فإن العقد يستمد قوته الملزمة من القانون الذي ينظمه، وهذا ما أكده الفقيه ديجي بقوله: «إن الإنسان لا يستطيع بإرادته وحدها سوى أن يتحكم في حركات جسمه، ولذا فإن العقد يستمد قوته من القانون، والقانون لا يترتب على العقد آثاره الملزمة لمجرد أن يحقق لإرادة المتعاقد متعة، بل لمصلحة اجتماعية تقتضي ذلك».<sup>3</sup>

### الفرع الثاني: نتائج قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"

بعد انعقاد العقد صحيحاً، يترتب في ذمة أطرافه التزامات متقابلة يكون العقد ضامناً لها، وذلك لكونه شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بالاتفاق (أولاً)، كما يقع على الأطراف الالتزام بتنفيذ ما تترتب عن العقد من التزامات بحسن نية (ثانياً)، وتلكما أهم ما يتمخض عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين من نتائج.

#### أولاً- لا نقض ولا تعديل للعقد إلا باتفاق أطرافه

ليس لأحد المتعاقدين أن ينفرد بنقض العقد ولا بتعديله بإرادته المنفردة، إلا إذا أذن له بذلك

<sup>1</sup> وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ط2، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1979، ص 597.

<sup>2</sup> إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 127؛ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 286.

<sup>3</sup> بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني، المرجع السابق، ص 44.

المتعاقد الآخر، وقاعدة احترام قانون العقد لا تلزم المتعاقدين فقط، بل تُلزمُ القاضي أيضا. وينتج عن ذلك:<sup>1</sup>

- متى نشأ العقد صحيحا، التزم كل طرف فيه بتنفيذ ما رتبته في ذمته من التزامات، ولا يستطيع الطرفان التحلل مما عليهما من التزامات أو من بعضها بإرادته المنفردة، إلا في الحدود التي يسمح بها القانون.

- العقد هو القانون الاتفاقي الذي يحكم علاقة المتعاقدين لذلك يكون تطبيقه من القاضي كحكم تطبيقه للقانون، فالقاضي لا يملك سلطة الخروج عن قانون العقد، فلا ينقض ما اتفق عليه المتعاقدان، أو يعدل التزاماتهما مثلما ليس له سلطة تعديل القانون، ولا يمكنه الاحتجاج بمقتضيات العدالة، فالعدالة تكمل العقد متى كانت التكملة ضرورية، ولكن رغم ذلك ترد على عدم امتلاك القاضي سلطة الخروج عن قانون العقد استثناءات، منها الحالات الخاصة التي أجاز فيها المشرع للقاضي ذلك، كالحالة التي وردت في المادة 184 من القانون المدني، حيث أجازت للقاضي تعديل الشرط الجزائي إذا كان مبالغا فيه؛ وكذلك المادة 110 التي سمحت للقاضي بتعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها في عقود الإذعان.<sup>2</sup>

### ثانيا - تنفيذ العقد بحسن نية

أقرت الفقرة الأولى من المادة 107 من القانون المدني بصيغة تفيد العموم على جميع العقود وجوب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، فإذا كان القانون يفرض على المتعاقدين تنفيذ العقد بما جاء فيه، فإنهما مطالبان بمراعاة تنفيذه بطريقة تتفق مع ما يفرضه حسن النية، وما يقتضيه شرف التعامل. ورغم عدم وجود تعريف منضبط لمبدأ حسن النية، إلا أنه يمكن تعريفها بأنها النية الخالية من القصد السيئ، أو هي النية الصادقة الصريحة.<sup>3</sup> وينطبق حسن النية على جميع العقود، بما فيها عقود العمل التي تربط العامل بصاحب العمل، إذ يجب على المستخدم تنفيذ عقد العمل بحسن نية، وذلك يقتضي ضمان تكيف أجره العامل مع تطور عمله. وقد يكون حسن النية بفعل إيجابي من المتعاقد، كإبلاغ المؤمن له شركة التأمين بكلّ الوقائع التي قد تزيد

<sup>1</sup> أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 232.

<sup>2</sup> نبيل إبراهيم سعد، همام محمد محمود، المرجع السابق، ص ص 238-239.

<sup>3</sup> أنور السلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 233.

من المخاطر، وقد يكون سلبيا كأن يلتزم المستأجر بإخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله مثل حاجة العين المؤجرة إلى إصلاحات عاجلة.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: تحديد مضمون الالتزامات العقدية

يمتلك العقد قوة ملزمة اتجاه المتعاقدين كقوة القانون تماما، لذلك أوجب المشرع في المادتين 106 و107 من القانون المدني تنفيذ الالتزامات العقدية بحسن نية، وأي إخلال بها يرتب مسؤولية عقدية، لذلك كان تحديد مضمون العقد ذي أهمية بالغة للوقوف على أحكامه وشروطه، فلما كان العقد نسبيا من حيث المضمون، فإن طرفيه لا يلزمان إلا بما يحقق مرادهما وما اتفقا عليه من شروط. لكن قد يحتاج تحديد المضمون إلى تفسير العقد إذا شابه غموض، كما يحتاج إلى تكييفه بإعطائه الوصف القانوني الملائم (الفرع الأول). كما تتطلب عملية تحديد مضمون العقد تحديد نطاق العقد، إذ قد يمتد التزام المتعاقدين إلى ما هو من مستلزمات اتفاقهما العقدي (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: تفسير العقد وتكييفه القانوني

إذا ثار نزاع بين طرفي العقد عند تنفيذه، لجأ القاضي إلى تفسير العقد ليتبين ما على كل طرف من التزامات، وما له من حقوق (أولا)، كما يقوم القاضي بتكييف العقد ليدرجه ضمن صنف من العقود المسماة ليحدد النظام القانوني الذي يخضع له (ثانيا).

#### أولا- تفسير العقد

إن تفسير العقد لا يعني تأويله، فهو عملية مضبوطة قانونا (1)، لا تثور إلا إذا اكتنف العقد غموض يقتضي أعمال القاضي لسلطته في استنباط النية المشتركة للمتعاقدين، غير سلطة هذه ليست مطلقة بل تسترشد بجملة ضوابط (2).

1- المقصود بتفسير العقد: يقصد بتفسير العقد قيام القاضي بتوضيح ما هو غامض منه، والكشف عما انصرفت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين،<sup>2</sup> فالغاية من التفسير تقصي النية المشتركة للمتعاقدين احتراماً لإرادتهما، وتوضيح البنود المتفق عليها بينهما بتحديد ما أراده المتعاقدان معا، وليس ما أراده أحدهما ولم يقبله الآخر. فالتفسير إذن عملية ذهنية يقوم بها القاضي لتوضيح ما

<sup>1</sup> نبيل إبراهيم سعد، همام محمد محمود، المرجع السابق، ص 370.

<sup>2</sup> منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزامات وأحكامها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص 200.

غمض من بنود العقد، وتحديد مضمون الالتزامات الواقعة في ذمة أطرافه، سواء كانت غامضة، أو متضاربة مع بنود أخرى في العقد.<sup>1</sup>

وتظهر أهمية التفسير حين تشوب عبارات العقد غموض يجعل معناها غير واضح، أو إذا كانت تحتمل أكثر من معنى، أو كانت عبارة العقد واضحة لكن معناها ينصرف إلى غير معناها الظاهر لوجود مؤشرات دالة على ذلك، فيعمد القاضي إلى تفسير العقد لكي يتوصل إلى ما قصده الطرفان، بالاستعانة بضوابط تعرض أدناه.

**2- سلطة القاضي في تفسير العقد:** سلطة القاضي في تفسير العقد ليست مطلقة، بل مقيدة بالحالات التي حددها المشرع على سبيل الحصر، حيث نصت المادة 111 من القانون المدني على أنه: «إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين. أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري للمعاملات»؛ وأضافت المادة 112 على أن: «يؤول الشك في مصلحة المدين. غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن». يتبين من فحص المادتين أن سلطة القاضي في تفسير العقد تتدرج حسب عبارة العقد، وفق إحدى الحالات الثلاث لها: العبارة الواضحة (أ)، العبارة الغامضة (ب)، ورود الشك في الاستدلال على الإرادة (ج).

**أ- منع القاضي من تأويل العبارة الواضحة من العقد:** إذا دلت عبارة العقد دلالة واضحة لا لبس فيها على إرادة المتعاقدين، فليس للقاضي أن يعدل عن هذه الإرادة الواضحة إلى إرادة مفترضة على أنها الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، لأنه لا يصح الإعراض عن الإرادة المفصحة إلى الإرادة المفترضة التي حملها القاضي لعبارة العقد بتفسيره. فالقاعدة الجوهرية في تفسير العقد هي احترام مبدأ سلطان الإرادة، إذ يهدف التفسير إلى تحديد معنى البنود الواردة في العقد وبيان مدلولها، فتفسير العقد هو تحديد لما انصرفت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين التي تظهر واضحة من

<sup>1</sup>المرجع نفسه.

مدلول العبارات التي استعملها في العقد، فلا يجوز الانحراف عن هذه العبارة بتفسيرها أو تأويلها، بل يجب افتراض أن هذه العبارة الواضحة معبرة عن حقيقة الإرادة الباطنة.

ويقصد بالوضوح وضوح الإرادة لا وضوح الكلمات أو اللفظ، فقد يكون اللفظ واضحاً في ذاته، ومع ذلك يظهر أن المتعاقدين لم يحسنا اختيار ألفاظ معبرة عن حقيقة قصدهما. كما قد يقصد من وضوح الإرادة التطابق الكلي بين التعبير عن الإرادة والإرادة الباطنة، أي أن الألفاظ أو الإشارات المستعملة عبرت حقيقة عما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين.<sup>1</sup> لذلك لا يقصد بوضوح عبارة العقد وضوح كل جملة أو تعبير فيه منفرداً، بل يقصد وضوح منطوق العقد عموماً استناداً لعموم ما جاء في عباراته، لأن العقد وحدة متصلة الأجزاء ومتكاملة الأحكام.

أما عن سلطة القاضي حين تكون عبارة العقد واضحة في دلالتها على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، فإنها مقيدة بما ورد في عبارة العقد، فعلى القاضي ألا ينحرف عن المعنى الظاهر إلى معنى آخر يستنبطه بالتفسير، لأن العبارة الواضحة في دلالتها لا تحتاج إلى تفسير، فإن حصل ذلك اعتُبر تفسير القاضي تحريفاً لما قصده المتعاقدان، بل حتى حين تكون الألفاظ غير واضحة، فإن القاضي ملزم بالاعتداد بالمعنى العادي للألفاظ والعبارات الموجودة في العقد، بل من واجبه البحث عن المعنى الحقيقي الذي اتجهت إليه إرادة الطرفين، فلا يحيد عنه إلى غيره من المعاني، إلا إذا اقتضت ذلك ظروف الدعوى، ويتعين على القاضي في مثل هذه الحالة أن يبين في أسباب حكمه الظروف التي أدت إلى استبعاد المعنى الواضح والظاهر، وكيف توصل إلى استخلاص المعنى الذي اقتنع به على أنه هو الذي قصده المتعاقدان، ويخضع في استخلاصه لرقابة المحكمة العليا.<sup>2</sup>

**ب- سلطة القاضي في تفسير العبارة الغامضة من العقد:** لم يعرف المشرع الجزائري العبارة الغامضة، وعموماً يقصد بها العبارة غير المفصلة عن إرادة المتعاقدين. وتتجلى صور غموض العبارة في العبارة المبهمة أو المتناقضة، أو التي تحمل أكثر من معنى، وفي العبارة التي لا تفيد شيئاً، فيصعب عندها الاطلاع على إرادة المتعاقدين. فقد تحتل عبارة العقد عدة وجوه

<sup>1</sup> علي فيلالي، المرجع السابق، ص 307.

<sup>2</sup> خليل أحمد حسن ققادة، المرجع السابق، ص 138.

للتفسير يتعذر ترجيح وجه على آخر، أو أن تكون العبارة التي استعملها المتعاقدان تحتل أكثر من معنى، إلى درجة أنها تولد الجهالة بالمعنى الذي انصرفت إليه إرادة المتعاقدين، بسبب سوء اختيار الألفاظ، أو استعمال المصطلح غير المناسب، أو توظيف عبارة تحتل معاني مغايرة وأحيانا متعارضة، بحيث لا يُعرَفُ المعنى المقصود منها. كما قد يرجع غموض التعبير إلى الإيجاز المخل أو الإطناب في التعبير، ففي كل هذه الأحوال يكون لجوء القاضي للتفسير ضروريا لتحديد نطاق العقد وما ينتج عنه من التزامات.<sup>1</sup> وفي أداء مهمته هذه يكون مدعوا للابتعاد عن المعنى الحرفي للألفاظ، والبحث عن المعنى الحقيقي المتفق مع النية المشتركة للمتعاقدين، مع الاعتداد بطبيعة التعامل وبالغرض الذي يظهر بأن المتعاقدين قد قصدها.

**ج- سلطة القاضي عند ورود الشك في الاستدلال على الإرادة:** يقصد بالشك تعذر الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وصعوبة ترجيح معنى على آخر.<sup>2</sup> وقد وضعت الفقرة الأولى من المادة 112 من القانون المدني قاعدة عامة يطبقها القاضي عند ورود الشك في دلالة عبارة العقد على إرادة المتعاقدين، وهي تأويل الشك لصالح المدين، لأن الأصل في ذمة المدين براءتها من الالتزام إلى أن يثبت الدائن -الذي يقع عليه عبء إثبات الالتزام- عكس ذلك، فإن عجز عن ذلك أو عجز عن إقناع القاضي بانشغال ذمة المدين بالدين، حكم القاضي لصالح المدين.<sup>3</sup> غير أن هذه القاعدة التي سطرته المادة 1/112 لا تسري على عقود الإذعان، فالشك فيها يفسر لمصلحة الطرف المدعن، سواء كان دائنا أو مدينا، وهذا ما نصت عليه المادة 2/112 بعبارتها: «غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعن».

### ثانيا - تكييف العقد.

بعد قيام القاضي بعملية تفسير العقد والكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين، عليه تعيين طبيعة العملية القانونية العقدية والآثار المترتبة عنها، تبعا لما اتجهت إليه إرادتهما دون الأخذ في

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 940.

<sup>2</sup> أنور السلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 227.

<sup>3</sup> خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 140.

الاعتبار رغبتها في ذلك، وهو ما يعرف بتكليف العقد (1)، والذي يعتبر عملاً قانونياً محضاً يستقلّ به القاضي لوحده، ولا عبرة لإرادة الأطراف في تحديده (2).

1- المقصود بالتكليف وتمييزه عن التفسير: إن تحديد مفهوم التكليف أمر أولي يجب أن يتضح أولاً (أ)، حتى يتسنى فك الالتباس الناجم عن التشابه الظاهري بينه وبين عملية التفسير (ب).  
أ- المقصود بتكليف العقد: التكليف هو قيام القاضي بتحديد القواعد القانونية التي تحكم حالة معروضة عليه، وإعطائها الوصف القانوني الصحيح وتصنيفها ضمن نوع معين من العقود (بيع، إيجار، مقاوله...)<sup>1</sup>، ثم إخضاعها لأحكامه القانونية. وعليه فإن عملية التكليف تتعلق بالبناء القانوني للعقد، حيث بها يُحدّد نوع العقد ومن ثمّ الأحكام الخاصة المنطبقة عليه بدءاً من أركان العقد، شروطه وآثاره على العاقدين وما يترتب في نمتها من التزامات، لذلك يلتزم القاضي بتكليف العقد، لمعرفة أحكام القانون واجب التطبيق عليه.

ب- تمييز عملية التكليف عن عملية التفسير: يشترك التكليف والتفسير في كونهما عمليتين اجتهاديتين يقوم بهما القاضي في مواجهة العقد المعروض عليه وإخضاعه لحكم القانون، إلا أنّ كنههما مختلف، ففي حين يعني تفسير العقد استنباط الإرادة المشتركة للمتعاقدين من خلال فحص الألفاظ والعبارات التي صيغ العقد بها، فإن تكليف العقد هو تحديد طبيعته والوصف القانوني المناسب له، ومن ثم إخضاعه للأحكام القانونية الخاصة به وواجبة التطبيق عليه. لكن قد تتداخل عملية التفسير بعملية التكليف، فيلزم القاضي قبل تكليفه للعقد إجراء تفسير له أولاً بالوقوف على ما اتّجهت إليه إرادة المتعاقدين حقيقة، ثم المقابلة بينها وبين ما أعطاه المشرع لهذا التصرف من وصف قانوني، والعبرة في التكليف القانوني بحقيقة التعاقد طبقاً لمقتضيات القانون، لا بما يصفه به الخصوم<sup>2</sup>، فرغم مبدأ حرية التعاقد الذي يضمنه القانون للأفراد، إذ لهم أن يبرموا ما شاءوا من عقود دون التقيد بالصيغ والمصطلحات التي أوردتها المشرع، إلا أنه إذا ثار بشأن تنفيذها نزاع، فإن القاضي ينظر فيما اتفق عليه المتعاقدان ويُدْرِجُه ضمن صنف من العقود المسماة ليطبّق عليه، فضلاً عن القواعد العامة للعقود، القواعد الخاصة التي تحكم هذا العقد المسمّى، فإذا تعذر على القاضي إدراج هذا العقد ضمن صنف من أصناف العقود المسماة لأي سبب قانوني كان،

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 290.

<sup>2</sup> نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 269.

فإنه يقع عليه عبء البحث عن القواعد الملائمة في النظرية العامة للالتزامات، وفي أحكام أقرب عقد مسمى يشبه الاتفاق ليطبّق عليه ما يناسبه من قواعد هذا العقد المسمى، كما لا يتقيّد القاضي بما أورده المتعاقدان من وصف قانوني لعقدتهما، وهنا يفترض على القاضي القيام بعمليتين متتاليتين:

الأولى: تحديد العناصر المميّزة لنموذج معيّن من العقود المسماة، كأن يبحث في عقد البيع توفّر عنصر الثمن ونقل الملكية، وفي عقد العمل عنصر التبعية، وفي الهبة نية التبرّع وهكذا.

الثانية: يبحث فيما أبرمه الطرفان من عناصر واقعية مقابل العناصر القانونية المميّزة للعقد المسمى، وهذا ما يجعل من التكييف مسألة قانون لا مسألة واقع تخضع لرقابة محكمة النقض.<sup>1</sup>

**2- سلطة القاضي في تكييف العقد:** يقوم القاضي بتحديد الوصف القانوني للعقد، ذلك أنّ تحديد هذا الوصف يترتب عليه تحديد القواعد القانونية التي تحكم العقد، وسلطة القاضي في عملية التكييف ليست مطلقة (أ)، كما أنها تخضع لقواعد ومعايير يسترشد بها القاضي (ب).

**أ- مدى سلطة القاضي في التكييف:** لا يعتد القاضي في تكييف الاتفاق الذي أبرمه المتعاقدان بالوصف الذي يسبغانه عليه، بل يعتد في ذلك بالغرض العملي الذي أراه المتعاقدان والذي يستخلصه القاضي من صياغة العقد والالتزامات التي يربتها، فإذا تبين للقاضي أن المتعاقدين أطلقا وصفا خاطئا عن جهل منهما أو تعمد على اتفاقهما وكان الوصف لا يتناسب مع الالتزامات التي وردت في بنود العقد، وجب على القاضي تصحيح التسمية وإطلاق الوصف المناسب للاتفاق من تلقاء نفسه ودون موافقة الأطراف؛ فلو وصف المتعاقدان العقد بأنه بيع، ونُصّ فيه على أنّ البائع يحتفظ بحياسة المبيع والانتفاع به وحرمان المشتري من التصرف فيه طوال حياة البائع، يكيّف العقد على أنّه وصية وليس بيعا.<sup>2</sup> كما قد يستقي القاضي تكييفه من الظروف المحيطة بإبرامه، ومن قرائن يستدل بها على الوصف الحقيقي للعقد منها مركز الأطراف ووصفهم الاجتماعي والأحكام القانونية التي منعتهم من القيام بتصرف ما، وألجأتهم للتستر على التصرف

<sup>1</sup> جيلالي بن عيسى، مبدأ الأثر النسبي للعقد والاستثناءات الواردة عليه في القانون المدني الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، جانفي 2019، ص 144.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني: العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 243.

بطريقة غير مباشرة تمكنهم من القيام بما تعذر عليهم القيام به قانونا، ومن ذلك تكييف تصرف قام به مورث لوارث بأنه هبة أو بيع هروبا من الوصية غير الجائزة للوارث إلا بإجازة الورثة.<sup>1</sup>

ب- القواعد المعتمدة من القاضي في عملية التكييف: لا يراعي القاضي عند قيامه بعملية تكييف العقد إلى الوصف الذي أطلقه المتعاقدان على عقدهما، إنما ينظر إلى ما تعاقدوا عليه والغرض الذي يهدفان إليه، ثم يطابق ذلك على ما يناسبه من الأحكام المقررة قانونا للعقود المسماة، فإن وجد تطابقا بين بنود العقد والأحكام المطبقة على عقد مسمى بعد فحص توفر الالتزام المميز للعقد المسمى في الاتفاق المراد تكييفه، طبق الأحكام الخاصة بهذا العقد المسمى، لكن على القاضي أن يتوخى الحيطة في الالتزام المميز للعقد، فمثلا الالتزام النقدي ليس له دلالة خاصة في تحديد طبيعة العقد المسمى، ذلك أنّ العديد من العقود (البيع، الإيجار، التأمين، عقد النقل... إلخ) يلتزم فيها أحد المتعاقدين بدفع مبلغ من النقود، فالطابع النقدي لا يكفي للتمييز بينها، لكن للالتزام النقدي دور في التكييف بطريقة سلبية وأولية متى تعلق بعنصر أساسي لوجود عقد معين، فإذا غاب الثمن في الاتفاق مثلا انتفى وصف عقد البيع. فالقاضي عند إجرائه التكييف لا يخرج عن إحدى الحلول الأربعة: التكييف الحصري؛ التكييف التوزيعي؛ التكييف غير الدقيق؛ أو رفض إعطاء تكييف للاتفاق.

ب1- التكييف الحصري Qualification exclusive: قد يكون الاتفاق المراد تكييفه عقدا غير مسمى، أو يكون عقدا مركبا أو مختلطا، امتزجت فيه عقود بعضها ببعض (كعقد البيع بصيغة الإيجار الذي هو في تكييفه القانوني عملية بيع بالتقسيط)، ففي مثل هذه العقود يستمد القاضي الطبيعة القانونية للعقد من البحث المعمق للالتزامات الرئيسية الموضوعية لكل عقد من العقود الداخلة في تركيب الاتفاق، مثل نقل حق الملكية أو أي حق مالي من البائع ودفع الثمن النقدي للعين المباعة من المشتري، وفي الحالة التي يتضمّن فيها العقد عدّة التزامات رئيسية منها ما

<sup>1</sup> بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص 415.

ينتمي إلى عقد مسمّى معيّن وأخرى إلى عقد مسمّى آخر، كأن يكون بعضها مثلاً بيعاً والبعض الآخر مقاوله، فهنا تكيف كلّ مجموعة من الالتزامات الرئيسيّة على حده.<sup>1</sup>

**ب2- التّكيف التّوزيعيّ Qualification distributive:** يتم هذا النّوع من التّكيف بتوزيع الاتفاق المراد تكيفه على عقود مسماة، وتتم عملية التوزيع بإحدى الطريقتين:  
- الطريقة الأولى: تجزئة العقد بإخضاع كلّ عنصر من عناصر العقد في الوقت نفسه لقاعدة قانونيّة مختلفة، استناداً إلى إرادة الأطراف أو نصّ القانون.

- الطريقة الثّانية: يتمّ فيها إخضاع العقد على سبيل التّتابع لقاعدة قانونيّة مختلفة، لاسيما إذا كانت طبيعة العقد تتغيّر أثناء التّنفيد، كأن يباع مسكن في طور الإنجاز، فهو في مرحلة التّشيد عقد مقاوله ثمّ يتبع بعقد بيع، فلا يمكن لعقد أن يخضع لقواعد قانونية مختلفة في وقت واحد، فلا يكون الاتفاق عقد بيع وعقد هبة في آن واحد، لكنّه يمكن أن يكون عقداً معيّناً في بعض القواعد، كأن يكون عقد بيع من حيث القواعد الشّكليّة، ويكون في الوقت نفسه نوعاً آخر من العقود في بعض القواعد الموضوعيّة كعقد الهبة المستترة.<sup>2</sup>

**ب3- التّكيف غير الدّقيق Qualification inexacte:** وفيه يكيف القاضي العقد المشكل استناداً إلى القصد المشترك للمتعاقدين من تعاقدتهما، والغرض الحقيقي العملي الذي يستخلص من ظروف التّعاقد، وقد يتوصّل القاضي بذلك إلى تكيف غير دقيق لعدّة أسباب، منها ما يكون نتيجة لفعل المتعاقدين ممّا يقتضي تقويمه، وفي معظم الأحوال يكون تكيف الأطراف لعقدتهما غير دقيق، حيث يكون اسم العقد الذي استعمل لا يعكس حقيقة العقد نتيجة الغلط أو الجهل بحقائق الأشياء، كما قد يكون متعمّداً قصد التّحايل على القانون للإفلات من الضّرائب أو بإعطاء تكيف صوري للعقد، وفي مثل هذه الحالات يعتبر التّكيف تدليسيّاً، ففي حالة الغلط أو الجهل يقوم القاضي بتصحيح تكيف المتعاقدين وإعطاء العقد تكيفه الصّحيح، أمّا في حالة التّحايل بالتّكيف الصوري للعقد، فإنّه لا يجوز للقاضي أن يحكم بالصّورية إلّا إذا تمسّك بها صاحب المصلحة بعد إثبات وجود العقد الحقيقي. كما قد يكون التّكيف غير الدقيق من فعل القاضي، ومثال ذلك تكيف القضاء الفرنسي لزمّن طويل عقد الخزينة Contrat de coffre-fort بأنه عقد إيجار قبل أن يُعَدّل عن

<sup>1</sup> جيلالي بن عيسى، المرجع السابق، ص 141.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص ص 141- 142

هذا التكييف ويعتبره عقد حراسة Contrat de garde. وقد يعطي المشرع تكييفاً غير دقيق لعقد من العقود، ومثال ذلك تكييف المشرع المصري عقد بيع عقار تحت التشييد بأنه عقد بيع، رغم أنّ القواعد التي تنظّمه تمزج بين عقد البيع وعقد المقاول<sup>1</sup>.

**ب4- رفض التّكييف: العقد ذو الطّبيعة الخاصّة Contrat Sui generis:** قد يستحيل على القاضي تكييف العقد المُشكل ضمن إحدى العقود المسماة، وذلك بسبب خصوصيّته وطبيعته الخاصّة التي تجعله يفلت من النّظام القانوني للعقود المسماة، ففي مثل هذا الوضع يمتنع القاضي عن التّكييف ويرفض تصنيف العقد، لكن ذلك لا يكون إلّا على سبيل الاحتياط<sup>2</sup>.

#### الفرع الثاني: تحديد النّطاق الموضوعي للعقد.

لا يتم تنفيذ العقد إلا بمعرفة الالتزامات الواقعة على طرفي العقد، وهذه تعرف بعملية تحديد النطاق الموضوعي للعقد. فما المقصود بهذه العملية وما علاقتها بتفسير العقد (أولاً)، وما هي حدود سلطة القاضي في هذه العميلة (ثانياً).

#### أولاً- مفهوم النّطاق الموضوعي للعقد.

يسمح لنا معنى النطاق الموضوعي للعقد (1) تمييزه عما يشابهه من سلطات ممنوحة للقاضي، لا سيما سلطته في تفسير العقد والبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين (2).

**1- معنى النّطاق الموضوعي للعقد:** يقصد بقيام القاضي بتحديد نطاق العقد، تعيينه للآثار القانونية الواقعة في ذمة طرفي العقد، وتحديد لكل ما تتطلبه طبيعة الاتفاق طبقاً لأحكام القانون والعرف والعدالة. وعليه، فإن النطاق الموضوعي للعقد لا يقتصر على الالتزامات التي تضمنها ونظمها العقد والتي تقع على طرفيه، بل تشمل أيضاً ما هو من مستلزمات هذا العقد والتي يقع عبء تكملة الناقص أو الغامض منها على القاضي في حال ما إذا أغفل المتعاقدان عن تنظيم بعض العناصر، إما جهلاً منهما أو سهواً أو عدم توقع حدوث النزاع، أو حتى عمداً. وقد تناول القانون المدني ذلك في المادة 1/107 و2 منه، بنصها: «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نيّة. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام». فنطاق العقد موضوعاً يتحدد بما

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص ص 142-143.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 143؛ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 281.

ارتضاه الطرفان بالفعل أي الإرادة المشتركة للمتعاقدين وضمناه اتفاقهما العقدي؛ أو بما يعتبر حكماً أن المتعاقدين ارتضياه لاستكمال نطاق العقد من حيث الموضوع، وهي القواعد المكملة والمفسرة في القانون والتي لا يلجأ القاضي إليهما إلا لاستكمال ما لم يتفق عليه المتعاقدان.<sup>1</sup>

**2- تمييز عملية تحديد نطاق العقد عن عملية تفسيره:** رأينا أعلاه أن عملية التفسير هي بحث القاضي عن الإرادة المشتركة التي انصرفت إليها إرادة المتعاقدين، أمّا تحديد نطاق العقد فهو قيام القاضي بإظهار الالتزامات التي رتبها العقد في ذمة عاقيه، سواء الالتزامات التي ارتضاها أو تلك التي من مستلزمات العقد كما يقتضيه القانون والعرف والعدالة مما لم يكن محلاً لاتفاق المتعاقدين. وعليه، فإن تفسير العقد مسألة أولية تحوّل للقاضي استخلاص نية المتعاقدين، بينما تحديد نطاق العقد عملية لاحقة يتجاوز بها القاضي ما ورد في العقد لتشمل أيضاً مستلزمات العقد وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام، ثم تُتبع العمليتان بتنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه<sup>2</sup>، ويدخل ضمن مشتملات العقد ما كان منصوصاً عليه فيه مما ارتضاه المتعاقدان، وما كان من مستلزمات العقد، لذلك فإن سلطة القاضي تكون أوسع في عملية تحديد نطاق العقد أو تكملته، حيث لا يقتصر دوره على تفسير العقد، بل يتسع ليحوّل للقاضي تكملة العقد بالمستلزمات التي حدّدها القانون وبطريقة مرنة، فالقاضي يذهب في عملية تحديد نطاق العقد إلى أبعد من إرادة المتعاقدين، حيث يكمل العقد بما هو من مستلزماته سعياً لتحقيق التوازن للعلاقة التعاقدية، ولا يقتصر على إرادة المتعاقدين، بل يعتدّ فيها بالسبل التي قررها القانون للوصول إلى تلك المستلزمات.<sup>3</sup>

### ثانياً - سلطة القاضي في تحديد نطاق العقد.

يقوم القاضي عند حدوث نزاع بشأن تنفيذ العقد بعملية تكملة العقد بما هو من مستلزماته وفقاً لما يقتضيه القانون والعرف والعدالة وطبيعة الالتزام. فما حدود سلطة القاضي في ذلك (1)، وهل تخضع لرقابة محكمة النقض (2).

<sup>1</sup> بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني، المرجع السابق، ص 419.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 691.

<sup>3</sup> جيلالي بن عيسى، المرجع السابق، ص 150.

**1- المعايير الضابطة لقيام القاضي بتحديد نطاق العقد:** يسترشد القاضي في تحديده نطاق العقد، أو في بحثه عمّا هو من مستلزمات العقد لتكملة اتفاق المتعاقدين بثلاثة معايير مضبوطة بنص المادة 65 والمادة 2/107 من القانون المدني<sup>1</sup>، وهي واردة على سبيل الحصر لا التمثيل: القانون، العرف والعدالة مع مراعاة طبيعة الالتزام. ومن أول المعايير المحددة لنطاق العقد، القواعد المكّلة أو المفسّرة التي لم يتفق المتعاقدان على مخالفة أحكامها، فإن سكتا عمّا يخالفها اعتُبرت جزءاً من العقد، وللقاضي سلطة تكملة العقد بالقواعد المكّلة أو المفسّرة الخاصّة بالعقد المسمّى، كما له تكملة أيّ عقد غير مسمّى بالاستعانة بالقواعد المكّلة الخاصّة بأقرب العقود المسمّاة إليه، وللقاضي كذلك الاسترشاد بقواعد العرف لاستكمال ما أراده المتعاقدان<sup>2</sup>، كما له الاحتكام لقواعد العدالة على النحو المبين أدناه.

**أ- طبيعة الالتزام:** يستكمل القاضي نطاق العقد بما تقتضيه طبيعة الالتزام وفقاً للقانون والعرف والعدالة، فمن باع أصل الشيء باع ملحقاته أيضاً وإن لم تسمّ تصرّيحاً في العقد، وينطبق ذلك مهما كان نوع المبيع عقاراً كان أو منقولاً، فبائع السيارة يقع عليه الالتزام بتسليم السيارة وكلّ وثائقها بما فيها عقد التأمين، وكذا بائع العقار وبائع المتجر.

إنّ تحديد نطاق العقد يكون من خلال إيجاد مستلزمات يقتضيها العقل والمنطق لمنهجية طبيعة الالتزام التي ينبغي أن تتسجم وتتطابق مع ما تمّ استكمالها وفقاً لما يقتضيه القانون والعرف والعدالة، بمعنى توافر منهجية معقولة تبرّر إنشاء التزام جديد يقتضيه طبيعة الالتزام الأصلي الوارد في العقد.<sup>3</sup>

**ب- القواعد القانونية المكّلة والمفسّرة:** يلجأ القاضي إلى القواعد القانونية المكّلة لاستكمال العقد محل النزاع في التفاصيل التي أغفل المتعاقدان عنها لأيّ سبب كان، فإن لم يصرحا في

<sup>1</sup> تنص المادة 65 من القانون المدني على: «إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرماً. وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة». وتنص المادة 2/107 من القانون المدني: «ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام».

<sup>2</sup> بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني، المرجع السابق، ص 419.

<sup>3</sup> جيلالي بن عيسى، المرجع السابق، ص 153.

عقدتها بما يخالفها أو لم يتفقا على استبعادها، صارت ملزمة لهما وحلت محل إرادتهما افتراضا وكأن إرادة المتعاقدين قد انصرفت إليها، ذلك أن الأحكام التكميلية والمفسرة تعتبر ضمن نطاق إرادة المتعاقدين التي افترضها القانون أو كشف عنها، فهي تسري في حقهما طالما لم يستبعدوها صراحة أو ضمنا كأن يعدلونها أو يقيدوها بإرادتهما كونها ليست من النظام العام، إلا أن نسبتها الافتراضية إلى إرادة المتعاقدين تزول إذا قام الدليل على عكس ذلك.<sup>1</sup>

ولأن الإرادة هي سلطان العقود، فإننا نجد الكثير من القواعد المكملّة في القانون المدني، سواء تعلق الأمر بالنظرية العامة للعقد، أم بالقواعد الخاصة في العقود المسماة، حتى تكاد جل قواعد تنظيم العقود مكملة لا يحتكم القاضي إليها إلا عند غياب الاتفاق، ومن هذه القواعد ما نصّ عليه في المادة 392 من القانون المدني من أنه: «إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع، وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن يتسلمه دون تأخير باستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسليم».

**ج- العرف:** يستعين القاضي في تحديد نطاق العقد إلى العرف، ويُقصد ذاك العرف المكمل لتحديد نطاق العقد، وليس العرف المفسر لعبارات العقد الغامضة، ويدخل ضمنه الشروط المألوفة التي اعتاد الناس على إدراجها في عقود معينة. ويحتل هذا النوع من العرف دورا كبيرا في مجال المعاملات التجارية والمدنية، ومن قبيله إحالة المشرع في المادة 2/356 من القانون المدني إلى العرف لتكملة العقد بتحديد سعر السوق في حال ما إذا لم يتفق الطرفان على الثمن في العقد، حيث نصت على أنه: «وإذا وقع الاتفاق على أن الثمن هو سعر السوق، وجب عند الشك الرجوع إلى سعر السوق الذي يقع فيه تسليم المبيع للمشتري في الزمان والمكان، فإذا لم يكن في مكان التسليم سوقا، وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره هي السارية».

**د- قواعد العدالة:** قد يسترشد القاضي في تحديد نطاق العقد بقواعد العدالة المستوحاة من مصالح المجتمع ومثله العليا ومن مفاهيمه عن العدل. ويذهب الفقه والقضاء إلى أنه إذا أبرم عقد بين باحث علمي وصاحب مصنع للقيام بأبحاث معينة شريطة تخصيص الباحث وقته كلّه مقابل أجر،

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، المرجع السابق، ص 693.

فإن قواعد العدالة تقضي بأن لصاحب المصنع حق استغلال الاختراع الذي تسفر عنه أبحاث هذا الباحث، وإن لم يشترط ذلك صراحة في اتفاقهما. ووصول القاضي لقواعد العدالة يتم - حسب بعض الفقهاء - بطريقتين: الأولى تتمثل في النظر لطبيعة المعاملة موضوع العقد إن كانت تقتضي وجود التزام لم يتعرّض له المتعاقدان، كما هو الشأن في عقد نقل الأشخاص، فطبيعة هذا العقد تقتضي ترتيب التزام في ذمة الناقل بضمان سلامة المسافر وإن لم يتفق عليه الناقل والمسافر. أما الطريقة الثانية فتتمثل في العناصر التي يتضمّنها العقد، ومن أمثلتها قدر العناية المطلوب في المدين في تنفيذ التزامه، وكذا في اختيار المواد التي ينفذ بها ومدى ارتباطها بارتفاع وتخفيض المقابل التقدي لهذا الالتزام.<sup>1</sup>

**2- رقابة المحكمة العليا على سلطة القاضي في تحديد نطاق العقد:** إن تحديد نطاق العقد مسألة قانونية يقوم فيها القاضي بتحديد صورة كاملة لحقوق الطرفين والتزاماتهما كما تفرضها طبيعة العقد، حتى لو كانت بعض الآثار لم يدرجها الطرفان في اتفاقهما، حيث يقوم القاضي بتكملة العقد بإضافة أحكام غير مستمدة من بنوده ولا من عباراته، بل تستمد من مصادر خارجة عن العقد ذاته، لذلك فإن عمل القاضي لا يقتصر على ما ورد في العقد من دلائل على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، بل يبحث عما هو من مستلزمات العقد بحسب طبيعة الالتزام وفقا للقانون والعرف والعدالة، وتلك مسألة من مسائل القانون تخضع لرقابة المحكمة العليا<sup>2</sup>، بإثارة إحدى وجوه الطعن بالنقض ضد حكم القاضي والمقررة في المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. فسلطة قاضي الموضوع وإن كانت واسعة عند تحديده لنطاق العقد، إلا أنها مقيدة بعدم الانتقاص أو الزيادة من نطاق العقد عما يقره القانون والعرف وطبيعة التعامل، فسلطته التقديرية هنا خاضعة لرقابة محكمة النقض، أما إذا احتكم القاضي في تحديد نطاق العقد وتكاملته لقواعد العدالة، فإنه لا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا لأن من مسائل الواقع لا من مسائل القانون التي تراقبها المحكمة العليا.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> جيلالي بن عيسى، المرجع السابق، ص 155 - 156.

<sup>2</sup> محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 340؛ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 297؛ خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 143.

<sup>3</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 247.

## المبحث الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ نسبة العقد من حيث الموضوع

يخضع تنفيذ العقد لمبدأ النسبية، لكن هذا المبدأ يخضع لاستثناءات تسمح بالخروج عن مقتضيات الاتفاق، إما لوجود ترخيص استثنائي من المشرع بنقض العقد أو تعديله (المطلب الأول)، أو بتطبيق القاضي لنظرية الظروف الطارئة (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: الترخيص الاستثنائي بنقض العقد أو تعديله

خروجاً عن المبدأ العام لوجوب الالتزام بما اتفق عليه في العقد، قد يرخص استثنائياً للمتعاقدين بإنهاء العقد أو تعديل أحكامه، وقد يكون هذا الترخيص إما من مصدر خارج عن إرادة المتعاقدين (الفرع الأول)، وإما عن يكون نابعا من إرادتهما (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: نقض العقد أو تعديله بغير إرادة الطرفين

رغم أن العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز إنهاؤه ولا تعديله إلا بإرادة طرفيه، إلا أن هناك حالات يتلخص نقض العقد أو تعديله بعنصرين فوق إرادة المتعاقدين، إما بنص القانون (أولاً)، أو بترخيص القاضي للقيام بذلك بما يتيح القانون له من سلطة تقديرية لظروف الحال (ثانياً).

### أولاً- نقض العقد أو تعديله مباشرة بنص القانون

قد يتدخل المشرع -استثناءً عن المبدأ العام أن العقد شريعة المتعاقدين- لينهي العقد أو يعدله، دون أن يملك القاضي في ذلك سلطة تقديرية، فلا يحق له أن يقضي بغير ما وجه إليه القانون، دون أن يكون ذلك من المشرع خروجاً عن قاعدة القوة الملزمة للعقد، لأن التطبيقات الواردة في القانون المدني لتدخلات المشرع بإنهاء العقد لم تكن إلا مراعاة للاعتبار الشخصي الذي تقوم عليه هذه العقود، كما أنها قواعد مكملة لا تسري إلا في حال عدم وجود الاتفاق المخالف. ومن ذلك نص المشرع في المادة 439 من القانون المدني على انقضاء عقد شركة التضامن بوفاة أحد

الشركاء؛ وفي المادة 548 على إنهاء عقد العارية بموت أحد طرفيها، وفي المادة 586 على انتهاء الوكالة بموت الوكيل أو الموكل.<sup>1</sup>

### ثانيا- نقض العقد أو تعديله بترخيص استثنائي للقاضي

تقتصر وظيفة القاضي على تفسير العقد وتطبيق أحكامه دون تعديل بنوده، لذلك يقع عليه الالتزام باحترام قانون العقد الذي ارتضاه المتعاقدان، فلا يمكن له أن يحل محل إرادة الأطراف في الإنهاء أو التعديل لما في ذلك من مساس بمبدأ القوة الملزمة للعقد؛ إلا أنه استثناء من ذلك رخص المشرع للقاضي تعديل العقد في حال وجود ظروف خاصة أخلت بتوازن الالتزامات العقدية، وألحقت خسارة أو ضررا معتبرا بأحد المتعاقدين، فقصود رد التوازن في الالتزامات إلى مستواه المعقول، وتحقيقا للعدالة، خول المشرع للقاضي سلطة تعديل العقد في الحالات الآتية:

**1- تدخل القاضي لتعديل العقد نتيجة الغبن والاستغلال:**

الغبن في العقد عموما هو عدم التكافؤ المادي بين التزامات الأطراف المتعاقدة، وقد نص المشرع الجزائري على أحكام خاصة بالغبن في نصوص متفرقة أشار إليها في المادة 91 من القانون المدني، ومنها الغبن في بيع العقار<sup>2</sup>، فإذا اقترن عدم التوازن في الالتزامات المادية بين أطراف العقد بوجود استغلال من أحد المتعاقدين لحالة ضعف يوجد عليها المتعاقد الآخر كان ذلك استغلالا حسب ما تقضي به المادة 90 من القانون المدني التي تعدد الاستغلال ضمن عيوب الإرادة التي تهدد العقد بالقابلية للإبطال، والتي تجعل الاستغلال غبنا لكن مع اشتراط أن يكون ناتجا عن استغلال طيش بين أو هوى جامح يصيب المتعاقد بهدف دفعه إلى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل مع الالتزامات المقابلة.<sup>3</sup> فإذا كان في العقد غبن، أجاز المشرع للقاضي بناء على دعوى الغبن التي يرفعها المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص من التزاماته، خلال سنة من تاريخ العقد تحت طائلة عدم القبول، غير أنه يجوز في عقود المعاوضة أن يتقي

<sup>1</sup>حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ط 5، منشأة المعارف الإسكندرية، 1974، ص 346.

<sup>2</sup> تنص المادة 1/358 من القانون المدني: «إذا بيع العقار بغبن يزيد عن الخمس، فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل».

<sup>3</sup>علي فيلالي، المرجع السابق، ص 151.

الطرف الآخر دعوى الإبطال للغبن إذا عرض القاضي ما يراه كافيا لرفع الغبن طبقا للفقرة الثالثة من المادة 90 من القانون المدني. غير أن هذه الآجال لا تنطبق على كافة أنواع الغبن الخاصة في القانون المدني التي تتفرد بأحكام خاصة، كدعوى تكملة الثمن بسبب الغبن في بيع العقار التي تسقط طبقا للمادة 359 إذا انقضت ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع، أما بالنسبة لعديمي الأهلية فيحسب الأجل من يوم انقطاع سبب العجز.

**2- تعديل القاضي للشرط الجزائي في العقد:** الشرط الجزائي هو تقدير اتفاقي للتعويض على عدم تنفيذ الالتزام عينا أو تعويض عن التأخير فيه، ويحصل هذا التقدير مقدما قبل وقوع الضرر، وتطبق على الشرط الجزائي أحكام التنفيذ بطريق التعويض المنصوص عليه في المواد من 176 إلى 181 من القانون المدني بإحالة من المادة 183 من التي تنص بمنطوقها على: «يجوز للمتعاقد أن يحدد مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق. وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181».

ويشترط لاستحقاق الدائن مقدار التعويض المتفق عليه أن يقع عليه ضرر، ولا يمكن للمدين أن يدفع مطالبة الدائن له بمقدار التعويض إلا إذا أثبت أن الدائن لم يلحقه ضرر، إذ ينقلب عبء الإثبات على المدين.<sup>1</sup> ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض الجزائي الذي اتفق عليه في العقد إذا أثبت المدين أن التقدير الجزائي المتفق عليه كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، وتعتبر هذه الأحكام آمرة يقع باطلا الاتفاق على مخالفتها، لأن ذلك يجانب العدالة المطلوبة في العقود.<sup>2</sup> كما يجوز للقاضي بطلب من الدائن الزيادة في مبلغ التعويض المتفق عليه بشرطين: - أولهما أن يتجاوز الضرر الواقع على الدائن قيمة التعويض المتفق عليه؛ وثانيهما أن يثبت الدائن أن المدين ارتكب غشا أو خطأ جسيما طبقا لما تقضي به المادة 185 من القانون المدني بنصها: «إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما».

<sup>1</sup> تنص المادة 1/184 من القانون المدني: «لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر».

<sup>2</sup> تقررت هذه الأحكام بالفقرتين 2 و3 من المادة 184 التي تنص تباعا: « ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه. ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه».

**3- تعديل القاضي للشروط التعسفية في عقود الإذعان:** يحصل التراضي في عقود الإذعان بتسليم المذعن القابل بالشروط التي يضعها المذعن له الموجب، دون أن يناقشها<sup>1</sup>، حيث يعد ذلك خروجاً عن الأصل في التعاقد من أن يكون المتعاقدان في مراكز قانونية متساوية، تخول كل منهما حرية مناقشة شروط العقد. فعقد الإذعان يتميز بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر، وترجع هذه السيطرة عادة إلى احتكار فعلي أو قانوني للسلع أو الخدمات من طرف المتعاقد القوي<sup>2</sup>؛ فبعد اتساع دائرة النشاط الاقتصادي وظهور الشركات الاحتكارية، أصبح أحد المتعاقدين وهو صاحب الخدمة، يعد عقوداً تتضمن شروطاً مسبقة يعرضها على زبائنه، كما هو الحال بالنسبة لشركات التأمين، ويعرضها على الطرف الآخر الذي إن قبل بها يسمى مذعناً، حيث لا يكون له إلا قبول تلك الشروط أو رفض التعاقد جملة، دون أن يملك الحق في تعديل تلك الشروط.<sup>3</sup> وحماية للطرف الضعيف، أجاز المشرع للقاضي في حال ما إذا تضمن عقد الإذعان شروطاً تعسفية، أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقتضي به قواعد العدالة، مع التنويه إلى أن هذا الحكم الذي يخول القاضي التعديل أو الإعفاء قاعدة أمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها تحت طائلة بطلان الاتفاق تطبيقاً للمادة 110 من القانون المدني.<sup>4</sup>

**4- تعديل القاضي للعقد في حالة الظروف الطارئة:** قد تجدُّ خلال تنفيذ العقد ظروف استثنائية عامة لم تكن متوقعة عند انعقاد العقد، تجعل تنفيذ التزامات أحد المتعاقدين مرهقاً ويهدده بخسارة فادحة، فتقتضي العدالة تعديل العقد لتحقيق التوازن في التزامات المتعاقدين، خروجاً عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والتي تقتضي أن ينفذ كل طرف في العقد التزاماته الناشئة منه بأمانة وحسن نية، وإن هذه الرخصة الممنوحة للقاضي بتعديل العقد مصدرها القانون، حيث نصت المادة 3/107 على: «غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على

<sup>1</sup> تنص المادة 70 من القانون المدني الجزائري على أنه: «يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها».

<sup>2</sup> علي فيلالي، المرجع السابق، ص 60.

<sup>3</sup> لعشبة محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 26.

<sup>4</sup> تنص المادة 110 من القانون المدني على: «إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك". ولما كانت نظرية الظروف الطارئة غير منضبطة ولقت جدلا كبيرا في الفقه والقضاء فإنه سيفرد لها المطب الثاني من هذا المبحث.

### الفرع الثاني: نقض العقد أو تعديله بإرادة طرفيه

تكرس المادة 1/107 من القانون المدني القوة الملزمة للعقد، التي تفرض على المتعاقدين الالتزام بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، وذلك بنصها: «يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية». لكن مبدأ القوة الملزمة للعقد لا يتعارض مع جواز تعديل العقد باتفاق الطرفين، فكما نشأ العقد بإرادتهما يجوز لهما نقضه أو تعديله بإرادتهما، فالإرادة ذاتها التي أنشأت العقد هي نفسها التي تتحلل من بعضه أو من كله. وقد يكون نقض العقد أو تعديله باتفاق مسبق من المتعاقدين يجيز النقض أو التعديل (أولا)، أو إذا رخص القانون للمتعاقدين بذلك (ثانيا).

#### أولا- الورود المسبق لجواز النقض أو التعديل بالاتفاق

وفقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فإن أحد المتعاقدين منفردا بإرادته لا يمكنه تعديل ولا نقض العقد، فما أنشأته الإرادة الحرة بالاتفاق لا يمكن تعديله ولا نقضه إلا بتراضي الإرادة المنشئة بالاتفاق. فسلطة الطرفين في نقض العقد أو تعديله باتفاقهما قائمة على أساس مبدأ سلطان الإرادة الذي يحكم العقد، فإذا كان العقد قد تم بالتراضي بين الطرفين، فكذاك يتم نقضه أو تعديله بالتراضي، فالأصل أن للأطراف الحرية في الاتفاق على نقض العقد وتعديله إذا اقتضى الأمر ذلك، لكونهما يملكان حرية إنشاء العلاقة التعاقدية وتحديد نطاقها، فيملكان بالتبعية باتفاقهما الخروج عنها أو تعديلها، فصاحب حق الإنشاء يملك حق الإنهاء أو التعديل.<sup>1</sup> وعلى هذا الأساس، كان من البديهي جواز أن يتفق طرفا العلاقة العقدية مسبقا على إلغاء العقد أو تعديل بنوده إذا اقتضت التغيرات المتوقعة حصولها مستقبلا لمسايرة الظروف الطارئة، فينقادوا بذلك النزاع فيها دون أن يخرجوا عن مبدأ سلطان الإرادة، كما يجوز لهما ذلك بالاتفاق حتى دون الاتفاق المسبق عليه، إنما باتفاق لاحق، فيحل الاتفاق اللاحق محل الاتفاق السابق.

<sup>1</sup> نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 285.

ثانيا- تخويل القانون المتعاقدين نقض العقد أو تعديله:

إضافة للأصل العام المجيز لطرفي العقد نقضه أو تعديل بنوده دون، نص القانون على سبيل التخصيص -خروجا عن مبدأ القوة الملزمة للعقد- على حالات أجاز فيها ذلك، لكن مع شرط اتفاق الطرفين، وذلك بترخيص إدراج بند بذلك في العقد (1)، أو بتحويل مباشر من القانون (2).  
**1- الترخيص بنقض العقد أو تعديله ببند في العقد:** قد يدرج المتعاقدان بندا في العقد يخول لأحد المتعاقدين بإرادته المنفردة أن يتحلل من التعاقد، فيكون بذلك الاتفاق المسبق القاضي بالاعتراف لأحدهما بسلطة تعديل العقد أو إنهائه بالإرادة المنفردة أساس هذه السلطة، وعادة ما يكون تجنب النزاعات والإشكالات المستقبلية سببا لإيراد مثل هذا البند، الذي يعتبر في حقيقة الأمر تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة.

غير أن إيراد مثل هذا البند لا ينبغي أن يكون مطلقا، فبعض العقود تأبى طبيعتها أن تتضمن مثله، فهي غير قابلة للإلغاء وإن نُصَّ على جواز ذلك في بند منها، ومثالها العقود المستمرة غير المحددة المدة والتي يكون أحد أطرافها ضحية سلوك خطير ومناف لمصلحة الطرف المتعاقد معه، كعقود العمل وعقود الإيجار.

**2- النقص أو التعديل بالإرادة المنفردة برخصة من القانون:** أجاز المشرع بنصوص خاصة- مراعاة منه لمصلحة عامة يتوخاها- لأحد طرفي العقد إنهاء العقد أو تعديله بالإرادة المنفردة، بشرط عدم التعسف في استعمال هذا الحق والتقييد في ذلك بشرط وجود حالة جدية تقتضي إنهاء العقد وبشرط إعلام الطرف المتعاقد الآخر مسبقا بنية فك الرابطة العقدية وذلك خاص بالعقود غير المحددة المدة<sup>1</sup>، لا سيما في عقود العمل، فقد يتدخل المشرع برفع الأجر الوطني الأدنى، كما قد تدعو أسباب اقتصادية لتعديل عقد العمل، كتعديل أوقات العمل، حيث يقوم رب العمل بتعديلها بإرادته المنفردة مع اشتراط مراعاة مصالح العمال.<sup>2</sup>

### المطلب الثاني: التطبيق الاستثنائي لنظرية الظروف الطارئة

قد يتعذر التطبيق الصارم للقوة الملزمة للعقد حين تؤدي هذه الصرامة إلى إحداث خلل في ميزان

<sup>1</sup> نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 285.

<sup>2</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 383.

العدالة بين التزامات طرفي العقد، ولرد الالتزامات المتقابلة إلى الحد المعقول المحقق للعدالة، أجاز المشرع للقاضي تعديل بنود العقد إذا اقتضت ذلك ظروف طارئة. فما حدُّ الظرف الطارئ (الفرع الأول)، وما شروط إعمال القاضي لهذا الاستثناء عن قاعدة القوة الملزمة للعقد (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: مفهوم الظروف الطارئة

يعتبر الظرف الطارئ من أكثر المفاهيم في القانون المدني وقوانين الاستثمار عرضة للجدل والاختلاف، وسنكتفي في هذا المقام باستعراض مفهوم الظرف الطارئ في القانون والفقہ القانوني (أولاً)، ثم نقيس هذا المفهوم على تطبيقات مشابهة له في الفقہ الإسلامي، لنجد فيه لنظرية الظروف الطارئة الحديثة أصلاً (ثانياً).

### أولاً - في القانون والفقہ القانوني

يَجْمَعُ مفهوم الظروف الطارئة الوقائع التي تحدث أو تستجد بعد إبرام العقد فتجعل تنفيذ التزامات أحد طرفيه مرهقاً له، ويهدده بخسائر فادحة إن استمر في تنفيذها، فالتنفيذ يستمر ممكناً، لكنه مرهق للمتعاقد، لأن التنفيذ متى صار مستحيلاً أدى لانقضاء الالتزام ويتعذر معه الوفاء كلياً، أما إذا صار الوفاء من ممكناً، لكنه مرهق، فهنا يكون المجال أمام تطبيق نظرية الظروف الطارئة.<sup>1</sup> وهنا يكمن الفرق بينه وبين القوة القاهرة، فهما يتشابهان من حيث إنَّ كلَّ منهما لا يمكن توقُّعه من جهة، ولا يستطاع تحاشيه أي دفعه من جهة أخرى، لكنَّهما يختلفان من حيث تنفيذ الالتزام، ففي حالة القوة القاهرة يكون التنفيذ مستحيلاً، ممَّا يؤدي إلى انقضاء الالتزام، بينما يكون تنفيذ الالتزام في الحادث الطارئ مرهقاً فقط ومهدداً بخسارة فادحة للمدين، ممَّا يستوجب ردَّ القاضي للالتزام المرهق إلى حدِّه المعقول وليس انقضاءه،<sup>2</sup> وذلك ليبقى العقد قائماً بعد إعادة التوازن بين الأطراف تحقيقاً للعدالة.<sup>3</sup> لكن رغم هذا الاختلاف الجوهرى بين الطرفين، فإنَّ حالة الظروف الطارئة أو القوة القاهرة، فإنَّ الحادث الاستثنائي يقع خارج نطاق إرادة الشخص المدين، غير أنَّ الاختلاف بينهما يكمن في أنَّ الحادث الاستثنائي في القوة القاهرة يترتب عنه استحالة تنفيذ العقد بينما في حالة الظروف الاستثنائية فإنَّ العقد لا يتعدَّر تنفيذه وإنَّما يصبح تنفيذه مرهقاً جداً للمدين.

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 385 - 386.

<sup>2</sup> إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 343.

<sup>3</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 98.

وفي ذلك تنص المادة 3/107 من القانون المدني: «غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك».

يظهر جليا من هذه الفقرة من المادة 107 أن القانون المدني يأخذ بنظرية الظروف الطارئة، لكن يؤخذ على هذه المادة كما ذهب إلى ذلك الأستاذ محمد صبري السعدي أنها وضعت في غير موضعها، إذ كان من المناسب أن توضع مباشرة بعد قاعدة العقد شريعة المتعاقدين بإضافة فقرة ثانية في المادة 106 باعتباره استثناء عنها.<sup>1</sup>

وتهدف نظرية الظروف الطارئة إلى إعادة التوازن الاقتصادي للعقد عند تغير الظروف الاقتصادية التي زامنت إبرامه تغييرا كبيرا بسبب الحدث الطارئ، لذلك لا يتحمل المدين وحده تبعه هذا الحادث، إنما تحقيقا للعدالة فإن على الدائن مشاركته في ذلك ومساعدة المدين على تنفيذ التزاماته ورفع الحرج عنه، وذلك عن طريق القضاء.

وتجد نظرية الظروف الاستثنائية مجالا لها في العقود المستمرة في الزمن والتي يتراخى فيها التنفيذ عن زمن انعقاد العقد، بينما لا تنطبق يستبعد تطبيقها على العقود الاحتمالية وعقود المضاربة في البورصة لأن من طبيعة هذه العقود أن تعرض أحد المتعاقدين لاحتمال خسارة جسيمة أو ربح كبير، أما عقد التأمين فرغم كونه من العقود الاحتمالية، إلا أن نظرية الظروف الطارئة يمتد تطبيقها إليه.

### ثانيا - في الفقه الإسلامي

لا نجد في الفقه الإسلامي نظرية متكاملة للظروف الطارئة على النحو المعروف حديثا، لكننا نجد لها تطبيقات متفرقة في الفروع الفقهية، منها: العذر في عقد الإيجار (1)؛ الجوائح في بيع الثمار (2).

**1- العذر في عقد الإيجار:** العذر بالإيجار هو كل أمر غير متوقع الحدوث وقت الإيجار. وما يوجب الفسخ في هذه الحالة هو ذلك العذر الذي يعجز فيه صاحبه عن تنفيذ العقد، ولو تم ذلك

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 305.

لحقه ضرر من ذلك.<sup>1</sup>

وقد اختلف الفقه في حكم فسخ الإيجار بالعدر على عدة أقوال: فيرى الشافعية والحنابلة عدم جواز الفسخ إلا إذا وُجِدَ عيبٌ أدى إلى نقص استيفاء المنفعة من العين المؤجرة، فيصبح للمستأجر حق الفسخ، كمن استأجر دابة للحج ثم لم يحج في ذلك العام.<sup>2</sup> بينما يرى الحنفية والمالكية جواز فسخ الإيجار بالعدر على تفصيل، فالمالكية يعتبرون العذر من جانب المستأجر فقط حيث يتعذر على المستأجر استيفاء المنفعة من العين المستأجرة، كهلاكها مثلاً.<sup>3</sup> أما الحنفية فقد توسعوا في القول بالفسخ للعدر، حيث يكون عندهم من جانب المستأجر، كوقوعه في الإفلاس إذ إن منعه من الفسخ يضر به؛ ومن جانب المؤجر، كأن يكون المؤجر مديناً يتوقف وفاؤه بالدين على العين المؤجرة فيضطر لفسخ العقد. ويفسخ الإيجار إما من تلقاء نفسه، كالحالة التي يُستأجر فيها طبّاح لإعداد الطعام في الزفاف فيلغى الزفاف بسبب موت العريس، وإما يفسخ اتفاقاً كمن يستأجر محلاً للتجارة ثم يصير مديناً مفلساً.<sup>4</sup>

**2- الجوائح في بيع الثمار:** الجائحة في بيع الثمار كل آفة تصيب الثمار ولا دخل للإنسان فيها، كالجراد، الجفاف أو الحشرات وغيرها.<sup>5</sup>

وقد اختلف الفقهاء في حكم الجوائح في الثمار على أقوال: فالمالكية والحنابلة يرون الأصل أن توضع الجائحة عن المشتري بقدر المجتاح، وحجتهم في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: «من ابتاع من أخيه ثمرة فأصابها جائحة فلا يأخذ من ثمنها شيئاً فبم يأخذ مال أخيه بغير حق».<sup>6</sup> أما الحنفية والشافعية فيقولون بعدم وضع الجائحة عن المشتري وأنها تكون من ضمانه، وليس من

<sup>1</sup> علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6، ط2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص 29. متاح على موقع المكتبة الوقفية: (consulté le 1/8/20) << [https://waqfeya.com/book.php?bid=5002#google\\_vignette](https://waqfeya.com/book.php?bid=5002#google_vignette) >>

<sup>2</sup> ابن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح الحلو، ج6، دار عالم الكتاب، المملكة العربية السعودية، 1997، ص 418. متاح على: (consulté le 1/8/20) << <https://waqfeya.com/book.php?bid=504> >>

<sup>3</sup> مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج3، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994، ص 425. متاح على: << [archive.org/details/FP43332](https://archive.org/details/FP43332) >> (consulté le 1/8/20)

<sup>4</sup> علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ص29.

<sup>5</sup> ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص 179.

<sup>6</sup> رواه مسلم، رقم الحديث 1554، أبو داود 3470، النسائي 4528، ابن ماجه 2219. راجع التخريج على موقع الدرر

السنية على الرابط: (consulté le 1/8/20) << <https://dorar.net/hadith/sharh/134002> >>

ضمان البائع، وحجتهم في ذلك ما رواه أبو سعيد الخدري أن رجلا اشترى ثمرا فأصيب فيه، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "تصدقوا عليه، فتصدق الناس عليه، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك»<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: إعمال نظرية الظروف الطارئة.

إن نظرية الظروف الطارئة نظرية استثنائية، لذلك فإنها مقيدة بشروط دقيقة (أولا)، يفحص القاضي توفرها بما خوله القانون من سلطة تقديرية في ذلك (ثانيا).

#### أولا- شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

يتقيد إعمال نظرية الظروف الطارئة بثلاثة شروط: تراخي تنفيذ العقد إلى زمن الحدث الطارئ(1)؛ أن يكون الحدث الطارئ عاما، استثنائيا وغير متوقع(2)؛ وأن يصبح تنفيذ الالتزام العقدي مرهقا للمدين به (3).

**1- تراخي تنفيذ العقد إلى زمن الحدث الطارئ:** ارتبط هذا الشرط بارتباط نظرية الظروف الطارئة في أصل نشأتها بالعقود المستمرة في الزمن، والتي يتراخي فيها تنفيذ العقد عن مرحلة انعقاده، إما بسبب طبيعته كونه من العقود الزمنية كالإيجار أو العقود الدورية (عقود المدة) مستمرة التنفيذ، كعقد التوريد، أو بسبب اتفاق الطرفين، كأن يمنح البائع للمشتري أجلا لدفع الثمن أو دفعه بالتقسيط. وقد يكون التراخي راجعا إلى فعل الدائن، كالحالة التي يتراخي فيها البائع عن مطالبة المشتري بدفع الثمن، كما قد يكون راجعا لظروف خارجة عن إرادة المتعاقدين، كأن يتم الاتفاق في عقد البيع على أن يكون دفع الثمن من المشتري عند تحرير العقد النهائي، ثم يتأخر تحرير ذلك العقد بسبب إجراءات شهره.<sup>2</sup> غير أنه إذا كان التراخي في تنفيذ العقد ناجما عن خطأ المدين، كأن يتأخر المدين عن تنفيذ ما التزم به من عمل وتأخر في تنفيذه دون مبرر إلى أن وقع الحدث الطارئ، فلا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة<sup>3</sup>، إذ يتحمل المدين وحده تبعات الحوادث الاستثنائية العامة التي وقعت خارج الأجال المتفق عليها لتنفيذ الالتزام، فلا دخل للدائن فيها لأنه

<sup>1</sup> أخرجه مسلم، رقم الحديث 1556، أبو داود 3469، الترمذي 655، النسائي 4530، ابن ماجه 2356. راجع تخريج

الحديث على موقع الدرر السنية عبر الرابط: (consulté le 3/8/2020) << <https://dorar.net/hadith/sharh/37150> >>

<sup>2</sup> جيلالي بن عيسى، المرجع السابق، ص 187.

<sup>3</sup> إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 339.

لم يكن مقصرا في تنفيذ التزاماته، فالمدين في هذه الحالة هو من يتحمل تبعه تقصيره أو إهماله، وإلى هذا ذهبت المحكمة العليا.<sup>1</sup>

2- أن يكون الحدث الطارئ عامًا، استثنائيًا وغير متوقع: يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون الحادث الطارئ مما لا يستطاع دفعه، فالمدين ملزم بتجاوز كلّ العقوبات التي تحيل دون تنفيذه لالتزامه إذا كان في مقدوره ذلك، إضافة إلى ذلك يجب أن يستوفي الحادث الطارئ ثلاث مميزات: أن يكون استثنائيًا، عامًا، وغير متوقع.

- فالحادث يكون استثنائيًا إذا كان غير عادي أو غير مألوف، كحدوث زلزال أو فيضان أو إعصار أو حرب.

- ويكون الحادث عامًا إذا لم يكن خاصًا بالمدين وحده كمرض المدين أو حصول مانع له، فإن كان خاصًا به استبعد تطبيق النظرية، لأن هذه الحوادث فردية تخصّ المدين فقط، لكن ذلك لا يعني اشتراط أن يمس الحادث جميع أفراد الناس، بل يكفي أن يمس مجموعة من الناس كالحريق يشب في مدينة، أو يمس فئة مخصوصة من الناس كحادث طارئ يمس كل منتجي سلعة أو مادة أولية. غير أن المعيار الشخصي في تكييف عمومية الحادث ليست محل اتفاق، إذ قد تقاس العمومية بمعيار إقليمي بالنظر إلى الامتداد الجغرافي للحادث، كما قد يشترك المعياران معا في تحديد العمومية.

- ويكون الحادث غير متوقع إذا لم يكن في الإمكان تخمين حدوثه، ويحتكم في قياس ذلك على معيار موضوعي لا شخصي، فيكون الحادث غير متوقع إذا لم يكن في وسع الرّجل العادي توقعه، أمّا إذا كان الشخص العادي يمكنه توقع الحادث أو في استطاعته توقعه، فلا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة.

3- أن يصبح تنفيذ الالتزام العقدي مرهقا للمدين به: لا يعتدّ بالحادث الاستثنائي إلاّ إذا أصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين، ويتحقق ذلك متى كان تنفيذ الالتزام يهدّد المدين بخسارة فادحة، فالحادث الطارئ يجعل تنفيذ الالتزامات ممكنا، لكنه مرهقا وليس مستحيلا. فمتى ظهر للقاضي أنّ الظروف الاستثنائية غير المتوقعة تجعل تنفيذ الالتزام التعاقدية مرهقا للمدين ويهدّده بخسارة

<sup>1</sup> قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، في 21 فيفري 2007، ملف رقم: 324034، مجلة المحكمة العليا، السنة 2007، العدد 1، ص 208.

فادحة، جاز له -بما منحه المشرع من سلطة تقديرية- أن يرد الالتزام المرهق إلى حدّ المعقول، دون أن يعفي المدين من تنفيذ التزامه، وبذلك قضت الغرفة المدنية بالمحكمة العليا.<sup>1</sup> ويعتد القاضي في تقدير وجود الإرهاق من عدمه على معيار موضوعي يقوم على فحص ما يرتبته تنفيذ الالتزام بعد الحادث الطارئ من خسارة بالنسبة للمدين العادي، دون أن يلتفت إلى المعيار الشخصي للمدين من حيث مركزه المالي وملاءة ذمته التي قد تجعله لا يتأثر بهذا الإرهاق إذا كان موسراً.<sup>2</sup> ولا أدل على عدم الاعتداد بالمعيار الشخصي في تقدير أثر الظرف الطارئ على المدين أنه في مجال العقود الإدارية -التي كانت مجالاً خصباً لنظرية الظروف الطارئة-، لا يعتد بملاءة الذمة المالية للدولة، إذ يحق لها إذا أبرمت عقد توريد بسعر محدد في العقد أن تتمسك بالظرف الطارئ المتمثل في ارتفاع أسعار إنتاج السلعة محل التوريد لرد الالتزام إلى حده المعقول وإعادة التوازن في الالتزامات، متى كان التزامها بالسعر المحدد مرهقاً ويسبب لها خسارة فادحة.

### ثانياً - سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

منح المشرع المدني في الفقرة الثالثة من المادة 107 سلطة تقديرية واسعة للقاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة الموجبة لتعديل الالتزامات العقدية (1)، لكن هذه السلطة تتقيد بضوابط يستعين بها القاضي (2)، كما أن مدى هذه السلطة غير مطلق (3).

**1- سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الحادث الطارئ:** إذا تغيرت ظروف التعاقد وأدت إلى إرهاق طرف في العقد، وتوفرت شروط أعمال نظرية الظروف الطارئة، جاز للمتعاقد المرهق أن يرفع دعواه إلى القاضي يطلب منه تعديل العقد، فالقاضي لا يجري تعديلاً من تلقاء نفسه، بل على صاحب المصلحة (وهو هنا المدين المرهق) أن يتمسك بتطبيق الظرف الطارئ أمام محكمة الموضوع في أي حالة تكون عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف.

ويدخل ضمن سلطة القاضي الموازنة بين مصلحة طرفي العقد، ثم رد الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول، بمعنى أن يقوم بتعديل الالتزامات التعاقدية ويحقق توازناً بين التزامات المتعاقدين، وذلك بتوزيع الخسارة بينهما متى أمكن ذلك، والقاضي في هذا التعديل لا يزيل كلّ الخسارة التي تلحق

<sup>1</sup> قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، في تاريخ 2007/03/21، ملف رقم: 351258، مجلة المحكمة العليا، السنة 2007، العدد 2، ص 211.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 435.

المدين، وإنما يقوم بهذا التعديل للحدّ من الخسارة الفادحة التي تصيب المدين وردّها إلى حدّها المعقول، لذلك فإن مهمة القاضي تحقيق توازن الالتزامات التعاقدية التي أخل بها الطرف الطارئ، وله في ذلك سلطة تقديرية تتجاوز حدود سلطاته العادية التي أجازها له القانون، وهو تفسير عبارات العقد الغامضة أو تحديد نطاقه شريطة ألا يعدل ما اتفقا عليه الأطراف وهذا هو الأصل، لكن في حالة الحوادث الطارئة فإن القانون يكفل للقاضي ردّ الالتزام المرهق إلى حدّ المعقول موسعا في ذلك من سلطته التقديرية، إذ منحه الحرية في اختيار الطريقة التي يزيل بها الإرهاق عند تنفيذ الالتزام، لكن سلطته التقديرية تلك مضبوطة بضوابط نوردها أسفله.

إن السلطة التقديرية التي منحها المشرع للقاضي في تعديل العقد رغم اتساعها إلا أنّها لا تتجاوز ردّ الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول والإبقاء على الالتزام، إذ لا يجوز له القيام بفسخ العقد، فالقاضي يقوم عند تعديله الالتزام بتوزيع عادل للخسارة بين طرفي العقد، بينما يحتمل الفسخ الدائن عبء الخسارة كلّها لو حده محابيا بذلك المدين المرهق بالالتزام، وفي ذلك إخلال بما يتوخاه تطبيق نظرية الظروف الطارئة من إعادة التوازن الاقتصادي للعقد وتحقيق العدالة بين المتعاقدين بتوزيع الخسارة بينهما -على النحو الذي سنظهره أدناه-، غير أنه يجوز للدائن أن يرفض عروض القاضي بتعديل العقد ويتمسك بخيار الفسخ وإنهاء العقد بدل تعديله مادام ذلك لا يؤثر على المدين ويعفيه من الالتزام المرهق.<sup>1</sup>

**2- الضوابط الحاكمة للسلطة التقديرية للقاضي في ردّه الالتزام المرهق:** في حالة الظروف الطارئة يكفل القانون للقاضي سلطة تقديرية واسعة، إذ خوله القانون انتقاء الطريقة التي يزيل بها الإرهاق عن المدين بالالتزام الذي صار بالحادث الطارئ مرهقا لزمته، لكن سلطة القاضي هذه مضبوطة بقواعد تمنعه من المغالاة والإفراط في رد الالتزام المرهق. ويمكن رد هذه الضوابط إلى الظروف المحيطة بالقضية (أ)، الموازنة بين مصلحة طرفي العقد (ب)، احترام الحد المعقول عند رد الالتزام المرهق (ج).

**أ- مراعاة القاضي للظروف المحيطة بالقضية:** على القاضي أن يأخذ عند رده للالتزام المرهق الظروف المحيطة بالقضية، ذلك أن لكل قضية ظروفها التي تختلف عن القضايا الأخرى،

<sup>1</sup> خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 113.

فالقاضي عليه أن يدرس الوقائع حسب ظروف الزمان والمكان الذين وردت فيهما. لذلك يتعين على القاضي المعني بالفصل في القضية المطروحة أمامه أن يتميز بروح التبصر والتمعن والدقة حتى يتمكن من الإحاطة بكل الظروف المحيطة بالقضية، وأن يولي لكل ظرف الاهتمام والعناية، وبذلك يستطيع الوصول إلى الحل الصائب والمناسب للقضية، وعلى ضوء هذه الظروف له أن ينقص من التزام المدين أو الزيادة في الالتزام المقابل للالتزام المرهق، أو أن يمنح أجلا لوقف تنفيذ العقد، كما له أن يقضي بعدم تطبيق النظرية متى تبين له أنّ الإرهاق راجع لتماطل أو تقصير في التنفيذ من المدين.<sup>1</sup>

ب- قيام القاضي بالموازنة بين مصلحة طرفي العقد: لما كانت الغاية التي تتوخاها نظرية الظروف الطارئة هي تحقيق العدالة بين طرفي العقد، وذلك بإعادة التوازن بين الالتزامات العقدية لطرفيه والتي اختلفت نتيجة ظرف الطارئ، فإن تقدير القاضي لمدى إرهاق الالتزام يقوم على الموازنة بين مصلحة طرفي العقدا اعتمادا على نظام توزيع الأعباء الطارئة، فكما روعيت الموازنة بين الطرفين عند انعقاد العقد، فكذلك تُراعى عند رد الالتزام المرهق لحده المعقول بعد الحادث الطارئ المسبب لاختلال الموازنة بين المصالح التي أصبحت في ظله غير متكافئة، فتلحق أحد الطرفين خسارة فادحة، بينما قد يتحقق للطرف الآخر ثراء بفعل تغير الظروف، وهذا ما يتطلب تدخل القاضي بطلب من الطرف المضور لإجراء موازنة بين مصلحة الطرفين لتوزيع عبء الخسارة عليهما، فالقاضي لا يرفع الإرهاق كله عن المدين ويلقيه على الدائن، بل عليه أن يوزع الأعباء الناجمة عن ظرف الطارئ بإجراء موازنة دقيقة بين مصلحة الطرفين، وهذا ما عناه المشرع في المادة 3/107 بقوله "... وبعد مراعاة مصلحة الطرفين".

ج- الحد المعقول الذي يجب يرد إليه القاضي الالتزام المرهق: قيّد المشرع في الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني سلطة القاضي في تعديل الالتزام المرهق بضابط مرن غير منضبط هو الحد المعقول. فعلى قاضي الموضوع ألا يكتفي بالرد الكلي للالتزام المرهق، إنما عليه أن يسطر الحد المعقول الذي يتوقف عنده الإرهاق وله في ذلك سلطة تقديرية واسعة، لأن وظيفة القاضي لا تقتصر على رفع الإرهاق عن المدين، وإنما أيضا توزيع الأعباء الناجمة عن ظرف

<sup>1</sup> جيلالي بن عيسى، المرجع السابق، ص 193.

الطارئ بين الدائن والمدين، فضايط الحد المعقول يقتضي ألاّ ينفرد المدين بتحمّل الخسارة الفادحة في تنفيذ الالتزام المرهق، بل يستوجب أن يشترك فيها الدائن والمدين معاً، فبقدر الغنم يكون الغرم، وبقدر الكسب تكون الخسارة.

**3- خيارات التعديل المتاحة للقاضي عند تطبيقه نظرية الظروف الطارئة:** يؤدي الظرف الطارئ إلى تعديل العقد لا إلى إنهائه أو فسخه<sup>1</sup>، ويكون التعديل بردّ الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول، ولا قيد على قاضي الموضوع في اختيار أيّ نوع من التعديل الذي يجريه على شروط العقد، إلاّ ما يمليه عليه تحقيق التوازن بين مصلحة طرفيه، وله في ذلك أن يختار بين إنقاص الالتزام المرهق (أ) أو الزيادة في الالتزام المقابل للالتزام المرهق بما يؤدي إلى توزيع الخسارة بين الدائن والمدين (ب)، كما قد يوقف تنفيذ العقد بعض الوقت حتّى يزول الحادث الطارئ، شريطة ألاّ يكون في وقف التنفيذ ضرراً جسيماً للدائن (ج).<sup>2</sup>

**أ- إنقاص الالتزام المرهق:** قد يختار القاضي لرفع الإرهاق عن المدين إنقاص الالتزام المرهق، وذلك من خلال إعفائه من تنفيذ قسط ممّا التزم به، كأن يخفض ثمن الشراء إذا كان الثمن مرهقاً للمشتري، أو كأن يعفي المدين المرهق من بعض الشروط المرهقة، كتلك المتعلقة بأجال التنفيذ أو بجودة الشيء أو بعض الشروط الأخرى ذات صلة بموضوع الإرهاق.<sup>3</sup>

**ب- الزيادة في الالتزام المقابل للالتزام المرهق:** قد يختار القاضي في تعامله مع الظرف الطارئ الزيادة في الالتزام المقابل للالتزام المدين، حيث يُحمّل الدائن جزءاً من الزيادة غير المتوقعة في سعر الشيء محلّ الالتزام، في حين يتحمّل المدين الزيادة المألوفة المتوقعة التي لا تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً بالنسبة إليه، وهذه الصورة هي من أكثر الصور التي جرى بها العمل في الواقع العملي، ومن أمثلتها التزام صاحب محطة بنزين بتوريد كمّية من البنزين إلى شركة نقل ركّاب بسعر عشرين ديناراً للتر الواحد، وبسبب أزمة اقتصادية ارتفعت أسعار البنزين إلى مائة وخمسين

<sup>1</sup> يقتصر الفسخ بالعقود الملزمة للجانبين، ويخول للطرف في العقد إنهاء العقد في حال امتنع الطرف الآخر عن أداء التزاماته المقابلة. وفي ذلك تنص المادة 119 من القانون المدني: «في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك».

<sup>2</sup> أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 250.

<sup>3</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 403.

دينارا، وهنا للقاضي أن يزيد السعر الذي تدفعه الشركة بحساب الفارق في السعر المتفق عليه، والسعر الذي وصل إليه نتيجة الظرف الطارئ بطريقة حسابية بسيطة، 150 - 20 = الفارق هو 130 دينارا، يقوم القاضي عند رده الالتزام إلى حده المعقول بتحميل المدين وحده الزيادة المألوفة، وهي مثلا عشرة دنانير على اعتبار أن سعر البنزين لو وصل إلى 30 دينارا، فإن ذلك لا يشكل إرهاقا فاحشا، بل يمكن توقع هذه الزيادة في المألوف لكن غير المألوف هو باقي الزيادة أي 120 دينارا، وهي التي يقسمها بين الطرفين وفقا لما يراه متقفا مع العدالة ولا يكون التقسيم بالضرورة منصفة.<sup>1</sup> ولا يجوز للقاضي أن يفرض على الطرف الدائن بالالتزام الشراء بالسعر الذي أقره نتيجة للظرف الطارئ، حيث يحتفظ الدائن بالخيار في القبول به أو أن يفسخ العقد، فإذا لجأ إلى خيار الفسخ كان ذلك محققا لفائدة المدين، لأنه بالفسخ يزول أثر الحادث الطارئ ولا يبقى في ذمة المدين أي التزام.<sup>2</sup>

إن القاضي عند حكمه بإنقاص الالتزام المرهق أو الزيادة في الالتزام المقابل للالتزام المرهق، فإن حكمه لا يسري إلا على الحاضر ولا شأن له بالمستقبل، فقد يزول أثر الحادث الطارئ فيتعين إرجاع العقد لحالته الأولى وللعقد قوته الملزمة كما كانت عند الانعقاد، فيعود المتعاقدان إلى تنفيذ الباقي من العقد كما كان قبل تعديله.<sup>3</sup>

**ج- وقف تنفيذ العقد:** يجوز للقاضي للحد من آثار الالتزام المرهق للمدين أن يوقف تنفيذ العقد إلى حين زوال الحادث الطارئ، متى كانت هذه الآثار مؤقتة، ما لم يكن وقف تنفيذ العقد يسبب ضررا كبيرا للدائن، كأن يتعهد مقاول بإنجاز مبنى في آجال محددة، ثم ترتفع أسعار مواد البناء ارتفاعا كبيرا نتيجة لحادث طارئ، فيجوز للقاضي أن يحكم بوقف تنفيذ التزام المقاول إذا اتضح له أن ارتفاع الأسعار سيزول قريبا، ما لم يرتب هذا الوقف ضررا جسيما بالعميل صاحب البناية.<sup>4</sup> وقد تضمن القانون المدني مجموعة نصوص تركز ذلك، فنصت المادة 2/281: «غير أنه يجوز

<sup>1</sup> جيلالي بن عيسى، المرجع السابق، ص 197.

<sup>2</sup> دالي بشير، "سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي في إطار نظرية الظروف الطارئة"، مقال منشور في مجلة القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد زبانه، غليزان، العدد 6، 2016، ص 146. متاح على البوابة الجزائرية للمجلات العلمية عبر الرابط: <<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/11152>>(consulté le 3/8/20)

<sup>3</sup> بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 308.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص 437.

للقضاة نظرا لمركز المدين ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه الآجال مدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها»، كما تضمنت المادة 2/119 حكما شبيها بنصها: « ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات»، وكذلك ورد في المادة 210: «إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي ميعادا مناسباً لحلول الأجل، مراعيًا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية، مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه». وقد طبقت المحكمة العليا ذلك في اجتهاداتها، فورد في إحدى حيثيات قرار لها اعتبار الظروف الأمنية المؤدية لتعطيل تنفيذ الالتزام المدين حجة كافية لمنح المدين به أجلا للتنفيذ: «إنّ قضاة المجلس عندما منحوا المطعون ضدها آجالا لتنفيذ التزاماتها معتمدين في ذلك على الظروف الأمنية السائدة في المنطقة التي ترتب عنها عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد بصفة مؤقتة، يكونون قد طبقوا القانون تطبيقاً سليماً».<sup>1</sup>

<sup>1</sup> قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 2001/01/12، ملف رقم 212782، المجلة القضائية، السنة 2001، العدد 1، ص 7.

### خاتمة

مبدأ نسبية آثار العقد من المبادئ القانونية القديمة التي كرستها القوانين المدنية الحديثة، وهو من مقتضيات مبدأ سلطان الإرادة الذي يجعل الإرادة الحرة مصدراً للعقد، إذ به يتحدد نطاق أثر العقد أصالة على طرفي العقد ونائبتهما ويمتد إلى خلفهما ودائبيهما بشروط قررها القانون، دون أن يمتد للغير إلا استثناءً. كما يلتزم المتعاقدان بالوفاء بما رتبته العقد في ذمتهم من التزامات بناء على القوة الملزمة للعقد، فلا يجوز لهما التحلل من العقد ولا تعديله إلا بالاتفاق، كما لا يخول لقاضي الموضوع ذلك إلا على سبيل الاستثناء المقرر في القانون أو مراعاة لتغير الظروف التي أدت إلى اختلال التوازن في الالتزامات العقدية.

إن الاستثناء المقرر قانوناً لامتداد آثار العقد إلى الغير مصدره الاتفاق، فهو لا يخرج عن مبدأ سلطان الإرادة، إذ أقر المشرع للإرادة الحرة للمتعاقدين أن تمتد من النطاق الشخصي للعقد على الغير لكن في ترتيب الحقوق لا الالتزامات، فنصت في ذلك المادة 113 من القانون المدني: «لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً»، ففي حالة الاشتراط لمصلحة الغير يرتب العقد حقاً لمصلحة المشتراط له، بينما لا يرتب العقد في التعهد عن الغير التزاماً في ذمة هذا الغير الذي يحتفظ بإرادته في قبول التعهد أو رفضه، بل يرتب الالتزام في ذمة المتعهد الطرف في العقد، فإذا رفض الغير التعهد تحمل المتعهد تبعه ذلك. كما أن الحاليتين مقيدتين قانوناً بشروط تجعلهما لا يخرجان عن حدود الاستثناء الضيق إلى المجال الرحب للأصل.

كما لا يخرج امتداد نسبية آثار العقد من حيث الموضوع عن مبدأ سلطان الإرادة، فأساس هذه النسبية القوة الملزمة للعقد، فالمتعاقدان يتقيدان بأداء الالتزامات التي أنشأها العقد في ذمتهم بحسن نية، فإذا رُفِعَ لقاضي الموضوع نزاع طرأ عند تنفيذها، فعلى القاضي أن يستقصى عن مضمون العقد، فإذا استحال عليه لورود غموض في عبارة العقد لجأ إلى التفسير، وعند قيامه بذلك عليه أن يبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فإن تعذر عليه ذلك راعى في تفسيره مصلحة الطرف الضعيف وهو المدين بالالتزام، وذلك إعمالاً لقاعدة أن الأصل في الذمة البراءة. وزيادة في حماية الطرف الضعيف، يفسر الشك في عقد الإذعان لمصلحة الطرف المدعى سواء كان مدنياً أو دائناً بالالتزام.

## خاتمة

إضافة لتفسير للعقد، يقوم القاضي من أجل تحديد مضمون العقد عند النزاع، بعملية التكييف، فيدرج العقد ضمن صنف من أصناف العقود المسماة في القانون فيطبق عليه أحكامه، دون أن يتقيد في ذلك بالتكييف الذي أضفاه المتعاقدان على عقدهما، لأن التكييف عملية قانونية من صميم العمل القضائي.

إن المتعاقدين مطالبان بتنفيذ العقد ومستلزماته طبقاً للقوة الملزمة للعقد باعتباره قانون المتعاقدين، فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بإنهائه ولا تعديله، كما لا يجوز للقاضي عند النزاع أن يقوم بذلك، لكن العمل بهذا على إطلاقه من شأنه أن يعوق المعاملات ويخلّ بقواعد العدالة، لذلك سمح المشرع استثناءً الخروج عن ذلك اعتباراً لمصلحة أولى بالحماية من القوة الملزمة للعقد، فحول المشرع للقاضي تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان أو إعفاء المذعن المدين منها تحقيقاً للعدالة. كما منح المشرع للقاضي سلطة تقديرية تصدياً لتغير ظروف التعاقد في أن ينقص من التزام المدين إذا صار تنفيذه مرهقاً له أو يزيد التزام الدائن أو يوقف تنفيذ العقد مؤقتاً إعمالاً لنظرية الظروف الطارئة الخارجة عن إرادة أطراف العقد، وذلك بغرض تحقيق التوازن والعدالة في العقد بين الأطراف المتعاقدة التي أخل بها ظرف الطارئ.

إن السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في تعديل العقد لإعادة التوازن العقدي ليست مطلقة، بل مقيدة بضوابط عليه أن يراعيها، كما عليه أن يراعي في اجتهاداته أنّ تعديل العقد ليس إلا استثناءً عن الأصل وهو القوة الملزمة للعقد التي تعتبر من مقتضيات مبدأ سلطان الإرادة، لذلك على المشرع أن يتدخل أكثر في ضبط السلطة التقديرية للقاضي منعا للتعسف منه باسم قواعد العدالة والتوازن العقدي، خاصة أن القانون المدني يشكل الشريعة العامة لكل العقود الخاصة، بما فيها عقود الاستثمار، إذ لا يتوقف الأمر عند حدود العقود الخاصة البسيطة، لذلك وجب الاعتناء بالقواعد العامة المحددة لنطاق مبدأ نسبية آثار العقد، حيث تضبط الاستثناءات المقررة على المبدأ ضبطاً دقيقاً، بحيث يتحقق للمتعاقد عموماً والمستثمر تخصيصاً الائتمان القانوني والقضائي المطلوب.

## قائمة المراجع

### قائمة المراجع

#### أولاً- الكتب

- 1- ابن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق: عبد الله التركي، عبد الفتاح الحلو، ج6، دار عالم الكتاب، المملكة العربية السعودية، 1997.
- 2- إسماعيل عبد النبي شاهين، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، القسم الأول، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2013.
- 3- أنور العمروسي، الصوريّة وورقة الضدّ في القانون المدني، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2004.
- 4- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، 1983.
- 5- -----، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005.
- 6- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ج1، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- 7- -----، نظريّة العقد في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015.
- 8- حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ط5، منشأة المعارف الإسكندرية، 1974.
- 9- خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 10- رمضان محمد أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.
- 11- -----؛ همام محمد محمود، المبادئ الأساسية في القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.

## قائمة المراجع

- 12- زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- 13- صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، دراسة مقارنة في النظرية العامة للالتزام، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001.
- 14- -----، شرح القانون المدني، ج2، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
- 15- -----، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان. د.س.ن.
- 16- -----، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج1، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
- 17- عبد القادر الفار وبشار عدنان ملكاوي، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.
- 18- -----، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.
- 19- عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في البلاد العربية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان، 1974.
- 20- علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.
- 21- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
- 22- علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ط3، موفم للنشر، الجزائر، 2013.
- 23- فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الكتاب1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000-2001.

## قائمة المراجع

- 24- لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
- 25- مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج3، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994.
- 26- مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، مصادر الالتزام، ج1، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1974.
- 27- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983.
- 28- محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية، مصر، 2000.
- 29- محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، ج2، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2011.
- 30- -----، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، الجزائر، 2012.
- 31- مروان كساب، الخطأ العقدي، مكتبة الحلبي الحقوقية للنشر، بيروت، (د. س. ن).
- 32- منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزامات وأحكامها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.
- 33- نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.
- 34- وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، (د. د. ن)، (د. ب. ن)، 1998.
- 35- ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، آثار الحقوق الشخصية، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2003.

## قائمة المراجع

### ثانيا- المذكرات والأطروحات

#### أ- أطروحات الدكتوراه

1- جيلالي بن عيسى، مبدأ الأثر النسبي للعقد والاستثناءات الواردة عليه في القانون المدني الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، جانفي 2019.

2- زاوي فريدة، مبدأ نسبية العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1992.

#### ب- رسائل الماجستير

1- جمعة زمام، الدعوى المباشرة وتطبيقاتها في القانون الجزائري، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، معهد العلوم القانونية والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1996/1995.

2- لزرقي بن عودة، الوسائل القانونية لحماية الضمان العام، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة وهران، 2014/1013.

3- نورة جبارة، الدعوى غير المباشرة في القانون المدني الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2001/2000.

#### ج- مذكرات الماستر

1- بن ناصر وفاء، بن شعلال نسيم، نسبية آثار العقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص: القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2015/2014.

1- منصوري ليندة، القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق بودواو، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، 2015.

## قائمة المراجع

### ثالثا - المقالات:

- 1- دالي بشير، «سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي في إطار نظرية الظروف الطارئة»، مجلة القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد زبانه، غليزان، العدد 6، جوان 2016، ص ص 137- 154 . متاح على البوابة الجزائرية للمجلات العلمية عبر الرابط التالي: << <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/11152> >>
- 2- ياسين محمد الجبوري، «الدعوى المباشرة في القانون المدني الأردني»، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 52، 2012، ص 304.

### رابعا - النصوص القانونية

- 1- أمر رقم 15/74 المؤرخ في 30 جانفي 1974 يتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار. ج. ر ج ج العدد 15، الصادر في 19 فبراير 1974..
- 2- أمر رقم 58 /75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج. ر ج ج العدد، الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر ج ج العدد 31، الصادر بتاريخ 13 ماي 2007.
- 3- قانون رقم 11/84 مؤرخ في 09 جويلية 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ر ج ج العدد 15، الصادر بتاريخ 27 فيفري 2005.
- 4- أمر رقم 07/ 95 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 04/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006، ج ر ج ج العدد 15، الصادر بتاريخ 12 مارس 2006.
- 5- قانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج العدد 21، الصادر في 23 أفريل 2008.

## قائمة المراجع

---

### خامسا- الاجتهادات القضائية

- 1- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، في 21 فيفري 2007، ملف رقم: 324034، مجلة المحكمة العليا، السنة 2007، العدد 1.
- 2- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، في تاريخ 21 مارس 2007، ملف رقم: 351258، مجلة المحكمة العليا، السنة 2007، العدد 2.
- 3- قرار لمحكمة العليا، الغرفة المدنية، في تاريخ 22 جوان 2005، ملف رقم: 295913، مجلة المحكمة العليا، السنة 2005، العدد 1.

الصفحة	العنوان
1	مقدمة.....
	<b>الفصل الأول: نسبية آثار العقد بالنسبة للأشخاص</b>
5	المبحث الأول: انصراف أثر العقد إلى المتعاقد وإلى خلفه ودائنيه.....
5	المطلب الأول: أثر العقد على المتعاقد وعلى خلفه.....
5	الفرع الأول: أثر العقد على الطرف المتعاقد.....
6	أولاً- النيابة في التعاقد.....
7	ثانياً: تعاقد النائب مع نفسه.....
7	الفرع الثاني: أثر العقد على خلف المتعاقد.....
7	أولاً: أثر العقد على الخلف العام للمتعاقد.....
7	1- تعريف الخلف العام.....
8	2- الاستثناءات الواردة على انصراف آثار العقد للخلف العام.....
8	أ- طبيعة التعامل.....
9	ب- نص القانون.....
9	ج- الاتفاق في نص العقد.....
9	د- الحالات التي يكون فيها الخلف العام من الغير.....
10	ثانياً: أثر العقد على الخلف الخاص للمتعاقد.....
10	1- تعريف الخلف الخاص.....
11	2- شروط انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص.....

## الفهرس الموضوعي

- المطلب الثاني: انصراف أثر العقد لدائني الطرف المتعاقد..... 12
- الفرع الأول: موضع الدائن العادي بالنسبة لأطراف العقد..... 12
- أولاً: الدائن من الخلف..... 13
- 1- الدائن من الخلف العام..... 13
- 2- الدائن من الخلف الخاص..... 14
- 3- الدائن نوع خاص من الخلف..... 14
- ثانياً: الدائن من الغير..... 15
- الفرع الثاني: وسائل تصدي الدائن لآثار تصرفات مدينه..... 16
- أولاً: الدعوى المباشرة والدعوى غير المباشرة..... 16
- 1- الدعوى المباشرة..... 17
- أ- دعوى المؤجر ضد المستأجر من الباطن..... 17
- ب- دعوى المقاول الفرعي والعمال ضد رب العمل..... 18
- ج- دعوى المضرور ضد شركة التأمين..... 18
- د- دعوى الموكل ونائب الوكيل..... 19
- هـ- دعوى رب العمل ضد نائب الفضولي..... 20
- 2- الدعوى غير المباشرة..... 20
- أ- شروط الدعوى غير المباشرة..... 21
- ب- آثار الدعوى غير المباشرة..... 24
- ثانياً: دعوى الصورية ودعوى عدم نفاذ تصرف المدين..... 25
- 1- دعوى صورية عقد المدين..... 25

## الفهرس الموضوعي

- أ- شروط مباشرة دعوى الصورية..... 26
- ب- آثار الصورية على دائن المدين المتصرف..... 27
- 2- دعوى عدم نفاذ تصرف المدين (الدعوى البوليصية)..... 28
- أ- شروط دعوى عدم نفاذ تصرف المدين..... 29
- ب- آثار دعوى عدم نفاذ تصرف المدين..... 33
- المبحث الثاني: الامتداد الاستثنائي لأثر العقد إلى الغير..... 34**
- المطلب الأول: التعهد عن الغير..... 34
- الفرع الأول: قيام التعهد عن الغير..... 35
- أولاً: المقصود بالتعهد عن الغير..... 35
- ثانياً: شروط قيام التعهد عن الغير..... 36
- 1- تعاقد المتعهد باسمه..... 36
- 2- قيام المتعهد بالزام نفسه بالتعهد..... 36
- 3- حمل الغير على القبول..... 36
- الفرع الثاني: آثار التعهد عن الغير..... 37
- أولاً: آثار التعهد عن الغير على المتعاقدين..... 37
- ثانياً: آثار التعهد عن الغير على الغير..... 38
- 1- حالة إقرار الغير للتعهد..... 38
- 2- حالة عدم إقرار الغير للتعهد..... 41
- أ- مسؤولية المتعهد عن عدم إقرار المتعهد عنه..... 41
- ب- عدم مسؤولية الغير..... 42

## الفهرس الموضوعي

- المطلب الثاني: الاشتراط لمصلحة الغير ..... 42
- الفرع الأول: قيام الاشتراط لمصلحة الغير ..... 42
- أولاً: مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير ..... 43
- 1- تعريف الاشتراط لمصلحة الغير ..... 43
- 2- الطبيعة القانونية للاشتراط لمصلحة الغير ..... 44
- أ- نظرية الإيجاب ..... 44
- ب- نظرية الفضالة ..... 45
- ج- نظرية الإرادة المنفردة ..... 45
- د- الاشتراط لمصلحة الغير مفهوم مستقل ..... 46
- ثانياً: الشروط الخاصة لقيام الاشتراط لمصلحة الغير ..... 46
- 1- تعاقد المشتري باسمه لا باسم المنتفع ..... 46
- 2- اتجاه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للغير ..... 47
- 3- وجود مصلحة شخصية للمشتري ..... 47
- 4- عدم اشتراط أن يكون المنتفع محددًا في عقد الاشتراط ..... 47
- الفرع الثاني: آثار الاشتراط لمصلحة الغير ..... 47
- أولاً: في العلاقة بين المشتري والمتعهد ..... 48
- ثانياً: في العلاقة بين المشتري والمنتفع ..... 48
- ثالثاً: في العلاقة بين المتعهد والمنتفع ..... 48

### الفصل الثاني: نسبة آثار العقد بالنسبة للموضوع

- 51 .....المبحث الأول: وجوب تنفيذ الالتزام العقدي
- 51 .....المطلب الأول: القوة الملزمة للعقد
- 51 .....الفرع الأول: أساس القوة الملزمة للعقد
- 52 .....أولاً: الإرادة أساس القوة الملزمة للعقد
- 52 .....ثانياً: الأسس الداعمة للقوة الملزمة للعقد
- 52 .....1- الأساس الديني والأخلاقي
- 53 .....2- الأساس الاقتصادي والاجتماعي
- 53 .....3- الأساس القانوني والقضائي
- 53 .....الفرع الثاني: نتائج قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"
- 53 .....أولاً: لا نقض ولا تعديل للعقد إلا باتفاق أطرافه
- 54 .....ثانياً: تنفيذ الالتزامات العقدية بحسن نية
- 55 .....المطلب الثاني: تحديد مضمون الالتزامات العقدية
- 55 .....الفرع الأول: تفسير العقد وتكييفه القانوني
- 55 .....أولاً: تفسير العقد
- 55 .....1- المقصود بتفسير العقد
- 56 .....2- سلطة القاضي في تفسير العقد
- 56 .....أ- منع القاضي من تأويل العبارة الواضحة من العقد
- 57 .....ب- سلطة القاضي في تفسير العبارة الغامضة من العقد
- 58 .....ج- سلطة القاضي عند ورود الشك في الاستدلال على الإرادة

## الفهرس الموضوعي

- 58 ..... ثانيا: تكيف العقد.....
- 58 ..... 1- المقصود بالتكيف وتمييزه عن التفسير.....
- 58 ..... أ- المقصود بتكيف العقد.....
- 59 ..... ب- تمييز عملية التكيف عن عملية التفسير.....
- 60 ..... 2- سلطة القاضي في تكيف العقد.....
- 60 ..... أ- مدى سلطة القاضي في التكيف.....
- 60 ..... ب- القواعد المعتمدة من القاضي في عملية التكيف.....
- 63 ..... الفرع الثاني: تحديد النطاق الموضوعي للعقد.....
- 63 ..... أولا: مفهوم النطاق الموضوعي للعقد.....
- 63 ..... 1- معنى النطاق الموضوعي للعقد.....
- 63 ..... 2- تمييز عملية تحديد نطاق العقد عن عملية تفسيره.....
- 64 ..... ثانيا: سلطة القاضي في تحديد نطاق العقد.....
- 64 ..... 1- المعايير الضابطة لقيام القاضي بتحديد نطاق العقد.....
- 65 ..... أ- طبيعة الالتزام.....
- 65 ..... ب- القواعد القانونية المكملة والمفسرة.....
- 66 ..... ج- العرف.....
- 66 ..... د- قواعد العدالة.....
- 67 ..... 2- رقابة المحكمة العليا على سلطة القاضي في تحديد نطاق العقد..

## الفهرس الموضوعي

- المبحث الثاني: الاستثناءات الواردة على نسبية العقد من حيث الموضوع..... 68
- المطلب الأول: الترخيص الاستثنائي بنقض العقد أو تعديله..... 68
- الفرع الأول: نقض العقد أو تعديله بغير إرادة الطرفين..... 68
- أولاً: نقض العقد أو تعديله مباشرة بنص القانون..... 68
- ثانياً: نقض العقد أو تعديله بترخيص استثنائي للقاضي..... 69
- 1- تدخل القاضي لتعديل العقد نتيجة الغبن والاستغلال..... 69
- 2- تعديل القاضي للشرط الجزائي في العقد..... 70
- 3- تعديل القاضي للشروط التعسفية في عقود الإذعان..... 70
- 4- تعديل القاضي للعقد في حالة الظروف الطارئة..... 71
- الفرع الثاني: نقض العقد أو تعديله بإرادة طرفيه..... 72
- أولاً: الورود المسبق لجواز النقص أو التعديل بالاتفاق..... 72
- ثانياً: تخويل القانون المتعاقدين نقض العقد أو تعديله..... 72
- 1- الترخيص بنقض العقد أو تعديله ببند في العقد..... 73
- 2- النقص أو التعديل بالإرادة المنفردة برخصة من القانون..... 73
- المطلب الثاني: التطبيق الاستثنائي لنظرية الظروف الطارئة..... 73
- الفرع الأول: مفهوم الظروف الطارئة..... 74
- أولاً: في القانون والفقهاء القانوني..... 74
- ثانياً: في الفقه الإسلامي..... 75
- 1- العذر في عقد الإيجار..... 75
- 2- الجوائح في بيع الثمار..... 76

## الفهرس الموضوعي

77	الفرع الثّاني: إعمال نظريّة الظروف الطّارئة.....
77	أولاً: شروط تطبيق نظريّة الظروف الطّارئة.....
77	1- تراخي تنفيذ العقد إلى زمن الحدث الطارئ.....
78	2- أن يكون الحدث الطارئ عاماً، استثنائياً وغير متوقّع.....
78	3-أن يصبح تنفيذ الالتزام العقدي مرهقاً للمدين به.....
79	ثانياً: سلطة القاضي في تطبيق نظريّة الظروف الطّارئة.....
79	1- طبيعة سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الحادث الطارئ
80	2- الضوابط الحاكمة للسلطة التقديرية للقاضي في رده الالتزام المرهق
80	أ- مراعاة القاضي للظروف المحيطة بالقضية.....
81	ب-قيام القاضي بالموازنة بين مصلحة طرفي العقد.....
81	ج-الحد المعقول الذي يجب أن يرد إليه القاضي الالتزام المرهق..
81	3- خيارات التعديل المتاحة للقاضي عند تطبيقه نظرية الظروف الطارئة.....
82	أ- إنقاص الالتزام المرهق.....
82	ب-الزيادة في الالتزام المقابل للالتزام المرهق.....
83	ج- وقف تنفيذ العقد.....
85	الخاتمة.....
87	قائمة المراجع.....
93	الفهرس الموضوعي.....