

جامعة أمحمد بوقرة - بومرداس -

كلية الحقوق والعلوم السياسية - بودواو -



قسم القانون الخاص



رئيسة المجلس العلمي
أ. منزام فتيمه

محاضرات في: تنفيذ العقد

من إعداد: الدكتورة جبارة نورة

أستاذة محاضرة قسم (أ)

مطبوعة موجهة لطلبة السداسي الثالث

(السنة الثانية ماستر)

تخصص: قانون خاص معمق

ل.م.د

السنة الجامعية 2021/2020

تقديم:

منذ العام الدراسي الجامعي 2018/2019، كلفت بإلقاء محاضرات في مقياس تنفيذ العقد للسنة الثانية ماستر، السداسي الثالث، تخصص قانون خاص معمق.

وعند تدريسي لهذه المادة شعرت أن الطلبة بحاجة ماسة إلى مرجع في هذه المادة، وإسهاما مني في هذا المجهود العلمي، ارتأيت أن أضع بين أيدي طلبة الحقوق هذه المطبوعة في مقياس تنفيذ العقد. وحاولت في هذا المرجع أن أجمع كل ما يتعلق بتنفيذ العقد، لأن هذا الموضوع هو نجده في المراجع التي تناولت مصادر الالتزام وهذا فيما يتعلق "دور الإرادة في تنفيذ العقد"، وجزء الإخلال بتنفيذ العقد.

ثم الجزء الثاني وهو كيفية تنفيذ العقد و ضمانات تنفيذ العقد نجده في مراجع أحكام الالتزام. لذلك قمت بجمع كل محاور تنفيذ الالتزام في هذه المطبوعة، لتمكين الطلبة من فهم واستيعاب أكبر قدر ممكن لهذا الموضوع. وهي خطوة أردت من خلالها تسهيل تلقين العلم وأتمنى أن أكون قد وفقت فيها.

الدكتورة: جبارة نورة

مقدمة



يمثل العقد الوسيلة الفعالة التي يستطيع الفرد أن يحقق من خلالها الكثير من مصالحه الاقتصادية والاجتماعية طالما أن هذه المصالح لا تتعارض مع النظام العام والآداب العامة، وذلك بالدخول في علاقات قانونية مع عدة أطراف من خلال العقد.



يعتبر العقد من أهم المصادر المنشئة للالتزام، إذ هو وحده ينشئ الأغلبية الكبيرة من الالتزامات. ولقد عرف المشرع الجزائري العقد في المادة 54 ق م ج على أنه: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".¹

إذا فالعقد والاتفاق لفظان مترادفان لمدلول واحد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، أي ما كانت طبيعة هذا الأثر أي سواء كان إنشاء الحق (كالبيع) أو نقله (حوالة الحق وحوالة الدين) أو تعديله، أو إنهائه.

هناك من الفقهاء من كان يفرق بين العقد والاتفاق وهم الفقيهين الفرنسيين بواتيه Pothier ودوما Domat. فيرى هؤلاء أن الاتفاق توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء الحق، أو على نقله (كالحوالة ينتقل بها الحق من صاحبه إلى غيره) أو على تعديله (كالاتفاق على تقسيط الدين، أو على مد أجل الوفاء به)، أو على زواله (كالوفاء ينهي حق الدائن). وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي في مجموعة نابليون حيث عرف العقد بأنه اتفاق وذلك في نص المادة 1101².

ولقد تأثر المشرع الجزائري بالقانون المدني الفرنسي حيث قام بترجمة حرفية للمادة 1101 ق م ف وأخذ بالتمييز بين العقد والاتفاق رغم زوال هذه التفرقة في الوقت الحاضر، وذلك في نص المادة 54 من ق م ج.

¹-الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد: 78 الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدم والمتمم بالقانون 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية عدد 31.

²-(Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner à faire ou ne pas faire quelques chose).



وكما أشرنا إليه سابقا العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، إذن فأساس العقد هو الإرادة المشتركة لطرفيه، فهذه الإرادة هي التي تنشئه في ذاته، وهي التي تحدد آثاره أيضا كقاعدة عامة، ثم يقوم القانون بعد ذلك فيعمل على تحقيق الغاية التي قصدتها تلك الإرادة المشتركة.³

ونستج مما تقدم ما يلي:

-إن الإرادة لها سلطان ذاتي، فهي وحدها كافية لإنشاء العقد أو التصرف القانوني بوجه عام، وهذه قاعدة الرضائية.



-إن الإرادة حرة في تحديد وتعيين الآثار التي تترتب على العقد أو التصرف القانوني، وهذا ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1134، والمشرع الجزائري في المادة 106 والتي تنص: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون". إذا فيحكم العقد مبدأ سلطان الإرادة، ولم يكن يتمتع هذا المبدأ بالأهمية الكبيرة في القانون الوضعي إلا في العصور الوسطى حيث لم يكن يكفي لإبرام العقد، مجرد توافق الإرادتين بل كان لابد من اتخاذ إجراءات شكلية لكي تتعد العقود، إذا في ذلك العصر كانت العقود الشكلية هي السائدة وكانت هناك عقود رضائية أيضا لكن كانت الشكلية هي المبدأ والرضائية هي الاستثناء.

ولقد بدأ مبدأ الرضائية بالتفوق على مبدأ الشكلية في العصور الوسطى حيث كانت الكنيسة تنادي باحترام العهود والمواثيق، فكان القانون الكنسي هو منطلق الرضائية، إذ قررت أن كل اتفاق يكون ملزما ولو تجرد من الشكلية، ولقد ازدهر هذا المبدأ ابتداء من القرن السابع عشر إلى أواخر القرن التاسع عشر وكان سبب ازدهاره، ظهور المذهب الفردي خلال تلك الفترة، والذي كان يقوم على احترام المذهب الفرد واعتباره محور القانون وأساسه. ولكن عرفت الرضائية تراجع ابتداء من القرن العشرين تحت تأثير المبادئ الاشتراكية والتغيرات الاقتصادية والسياسية.

وتترتب عن مبدأ سلطان الإرادة عدة نتائج وهي:

-الالتزامات الإرادية هي الأصل والالتزامات غير الإرادية لا تكون إلا استثناء إذ أن الفرد أعلم بما يحقق مصالحه، ولذا فالالتزامات الإرادية تكون عادلة بالضرورة إذ أنه تحمل هذه الالتزامات بإرادته.

³- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر 2012، ص 39.

حرية التعاقد يعني أن إرادة الفرد وحدها تكفي لإبرام العقود، وبالتالي تستطيع هذه الإرادة إنشاء الالتزامات العقدية، دون قيد على حرية الإنسان الكاملة ولا يحد من هذه الحرية سوى اعتبارات النظام العام وحسن الآداب.

والحرية في تحديد آثار العقد ويعني ذلك أن الفرد حر في أن يتعاقد وفقا لما يريد وبالشروط التي يريدها. وإذا كانت الإرادة التشريعية قد نظمت طائفة من العقود، فإن تدخلها في هذا التنظيم يكون عادة عن طريق القواعد المفسرة أو المكملة لإرادة الطرفين، فلأفراد الحرية الكاملة في الأخذ بهذا التنظيم النموذجي الذي وضعته تلك الإرادة، ولهم أن يضعوا تنظيمات أخرى ولذا كانت الأحكام المنظمة للعقود المسماة أحكاما مكملة، لا تطبق إلا إذا لم يتفق طرفا العقد على خلافهما إن كانت هناك قواعد أمرة في هذه العقود فهي قليلة.

ويترتب عليه أيضا أن العقد شريعة المتعاقدين يعني أن العقد يلزم المتعاقدين كما يلزمهما القانون، ولذا فلا يمكن لأي منهما الانفراد بتعديل العقد أو إنهائه وكذلك لا يجوز للقاضي أن يقوم بذلك.

ويترتب عليه أيضا وجوب تنفيذه من طرف المدين، طبقا لما اشتمل عليه، وبحسن نية
م 107 ق م ج.

من المبادئ المستنتجة من مبدأ سلطان الإرادة، يخضع في نطاقه لفكرة نسبية أثر العقد سواء من حيث الأشخاص أو من حيث الموضوع، فبالنسبة للأشخاص لا تتصرف آثار العقد إلا إلى المتعاقدين فقط، وكلمة المتعاقدين ليس المقصود بها المتعاقدين فحسب، بل تشمل من يمثلانه في التعاقد. فالمتعاقدين إذا تعاقد انصرف أثر العقد إليه، وانصرف كذلك إلى الخلف العام، وقد ينصرف إلى الخلف الخاص بشروط معينة، وكذلك إلى الدائنين.

وقد تمتد آثار العقد لتشمل أطراف أخرى لا تدخل ضمن طائفة المتعاقدين، وهو ما يسمى بالغير، وهذا الانتقال يعد استثناءات عن مبدأ نسبية آثار العقد فيما يتعلق بالحقوق دون الالتزامات، وهو ما أجازه المشرع الجزائري في م 113 ق م ج، أنه: "لا يترتب العقد التزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا"، ويكون ذلك عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير م 116 ق م ج، والتعهد عن الغير م 114 ق م ج.

أيضا فيما يتعلق بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فقد أجازت القوانين الحديثة تدخل المحاكم لتعديل بنود العقد أو لإعفاء أحد طرفي العقد من بعض الشروط، أو لإنهائه بناء على طلبه. مثل ما

نص عليه المشرع في المادة 107 ق م ج وهو تخويل القاضي سلطة إعادة النظر في التزامات أحدهما المرهقة، وهي نظرية الظروف الطارئة (م 3/107).

وتنفيذ العقد يكون في الأصل عينيا، ويتم ذلك إما اختياريا بإرادة المدين، وإما جبريا في حالة امتناع المدين عن تنفيذ التزامه عن طريق تدخل السلطة العامة لإجبار المدين وقهره على تنفيذ الالتزام⁴. وقد يكون التنفيذ أيضا، بمقابل أو عن طريق التعويض، عندما لا يستطيع المدين تنفيذ التزامه عينيا.

ولقد منح المشرع الجزائري في هذا المجال بعض الوسائل التي تكفل تنفيذ الالتزام التعاقدية، منها ما يعتبر وسائل للحفاظ على الضمان العام للتنفيذ عليه فيما بعد ذلك، ووسائل تنفيذية تحقق التنفيذ. ويترتب عن عدم تنفيذ العقد إما الانحلال الذي يتم عن طريق الفسخ، وقد يؤدي إلى انحلاله عن طريق الدفع بعدم التنفيذ.

من خلال كل ما تقدم نطرح الأسئلة التالية:

- ما هو دور الإرادة في تنفيذ العقد والاستثناءات الواردة عليه؟

- وماهي الوسائل التي تكفل التنفيذ؟

- وما هو الجزاء المترتب عن الإخلال بتنفيذ العقد؟

وللإجابة على التساؤلات التالية نتبع التقسيم التالي، نتطرق لدور الإرادة في تنفيذ العقد (الفصل الأول)، كيفية تنفيذ العقد (الفصل الثاني)، ضمانات تنفيذ العقد (الفصل الثالث)، جزاء الإخلال بتنفيذ العقد (الفصل الرابع).

⁴ بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر 2013، ص 84.

الفصل الأول: دور الإرادة في تنفيذ العقد

متى نشأ العقد صحيحا، بأن استوفى أركانه وشروط صحته وفقا للقانون، التزم المتعاقدان بما يترتب عليه من آثار، بحيث يصبح مضمونه واجب التنفيذ، وهو ما يعبر عنه بنسبية الأثر الملزم للعقد من حيث المضمون ، فيتقيد المتعاقدان بما تم الاتفاق عليه من آثار و لا يحق لهما الرجوع فيها، ولا يلتزمان في المقابل إلا بما تضمنه وما هو من مستلزماته دون غيرها، نتيجة القوة التي يكتسبها العقد بمجرد تمام إبرامه وهي ما يسمى "بالقوة الملزمة للعقد"، وهذه الأخيرة هي التي تجعل آثار العقد التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدان واجبة التنفيذ ولا رجوع فيها تحت مسمى مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد (المبحث الأول).

وهذا يوحي أن المشرع أطلق دور الإرادة في تنفيذ العقود التي تبرمها، غير أنه بالرجوع للقانون المدني يظهر لنا جليا أن المشرع قام بإدراج نصوص قانونية أمرت تحد منها أثناء تنفيذه، قيد هذه الإرادة حيث تعطي هذه النصوص للقاضي سلطة تعديل العقد في حال اختلال التوازن العقدي. وتتسم سلطة القاضي في تعديل العقد بخطورة غير عادية باعتبارها خروجاً عن أهم المبادئ القانونية التي تحكم العقد وهو "العقد شريعة المتعاقدين" وهي أداة في يد القاضي قد تعيد للعقد توازنه وتحقق بذلك العدالة التعاقدية، ولكنها في نفس الوقت قد تهدد استقرار المعاملات وتحقيق الأمن التعاقدي، وبذلك سنقوم بدراسة العقد شريعة المتعاقدين.

فوظيفة القاضي في الأصل تقتصر على تفسير العقود في حالة الغموض لتمكين المتعاقدين من تنفيذ أحكامها دون تعديل بنودها، إلا أنه استثناء من هذا الأصل رخص المشرع الجزائري للقاضي تعديل العقد، والقاضي بهذا يحل بإرادته محل إرادة المتعاقدين، وينشئ أثارا جديدة غير تلك التي أرادها المتعاقدين، ومنح مثل هكذا سلطة للقاضي أمر خطير للغاية، فهي مقررة له مباشرة ضد ما أراد المتعاقدين.

ونظرا لهذه الخطورة التي قد تمس بمبدأ الأمن التعاقدي لا يعطي المشرع القاضي سلطة التعديل إلا في حالات محددة وهي عندما يصبح العقد مخالفا للعدل مخالفة صريحة تقتضي تدخل القاضي وتبرره، ولا يملك القاضي ممارسة هذه السلطة من تلقاء نفسه بل لابد أن ينص المشرع صراحة على سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة التنفيذ وسنبين ذلك من خلال دراسة دور القاضي في تنفيذ العقد (المبحث الثاني)⁵.

⁵ علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر 2012، ص 372.

المبحث الأول: مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد

مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد يتصل بحرية الشخص في التعاقد وبحريته ويتعلق هذا المبدأ بصفة عامة بالالتزامات والحقوق الناشئة عن العقود التي أبرمها أشخاص معينون وفقا لإرادتهم الخاصة، فتتصرف آثار العقد إليهم دون أن تتعداهم إلى أشخاص آخرين⁶.

وعليه تقتضي نسبية أثر العقد أن المتعاقدين لا يلزمان إلا بما تضمنه العقد ولا علاقة لهما بما لم يتضمنه، كما أن الأصل في آثار العقد أنها لا تتصرف إلا إلى المتعاقدين وخلفهما العام حيث تنص م 108 ق م ج: "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". والقوة الملزمة للعقد تحكمها فكرة أساسية، هي فكرة نسبية أثر العقد، فللعقد أثر نسبي سواء بالنسبة للموضوع، إذ أن آثار العقد تقتصر على الالتزام بما جاء فيه دون غيرها من الالتزامات، أو بالنسبة للأشخاص، حيث تقتصر آثار هذه الرابطة العقدية على المتعاقدين وخلفهما العام، غير أنه ولا اعتبارات تتعلق بمتطلبات العدالة واستقرار المعاملات، قد تقتضي على وجه الاستثناء بانصراف آثار العقد إلى الغير وهي انتقال الحقوق دون الالتزامات فالغير له أن يكتسب حقوقا من العقد، ويكون ذلك عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير، أو عن طريق نظرية التعهد عن الغير أو عن طريق الدعوى المباشرة.

لذلك سنتناول الأثر الملزم للعقد بالنسبة للمتعاقدين وهو ما يعرف مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد بالنسبة للمتعاقدين وخلفهما (المطلب الأول)، ثم انصراف أثر العقد إلى الغير (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد بالنسبة للمتعاقدين وخلفهما

يقتضي نسبية الأثر الملزم للعقد أن المتعاقدين لا يلزمان إلا بما تضمنه العقد ولا علاقة لهما بما لم يتضمنه، كما أن الأصل في آثار العقد أنها لا تتصرف إلا إلى المتعاقدين وخلفهما العام حيث تنص م 108 ق م ج: "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".

لذلك سنتطرق لأثر العقد بالنسبة للمتعاقدين (الفرع الأول)، ثم أثر العقد بالنسبة لخلفهما (الفرع الثاني).

⁶ -زواوي فريدة، مبدأ نسبية العقد، دكتوراه، جامعة الجزائر 1992، ص 1.

الفرع الأول: أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين

متى نشأ العقد صحيحا التزم المتعاقدان بما يترتب عليه من آثار، بحيث يصبح مضمونه واجب التنفيذ، ولا يكون في وسع أحد المتعاقدين التحلل من الرابطة العقدية بإرادة منفردة، إذ أن العقد شريعة المتعاقدين (أولا). وإذا كان من المقرر قانونا أن يلزم العاقد بتنفيذ العقد وفقا لمضمونه، يتعين علينا أن نبين الحدود التي يلتزم فيها المتعاقدان بذلك، إذ أن العقد لا يكون ملزما لطرفيه في حدود ما ورد فيه فقط، بل يتعدى ذلك ليشمل كل ما يعتبر من مستلزماته، وإذا تم تحديد مضمون العقد واتضحت التزامات المتعاقدين، فإنه يتعين عليهما، متى كان العقد ملزما للجانبين، وعلى أحدهما، متى كان العقد ملزما لجانب واحد القيام بتنفيذ تلك الالتزامات، وهو ما يدفعنا لدراسة طريقة تنفيذ العقد (ثانيا).

أولا: العقد شريعة المتعاقدين

تنص م 106 من ق م ج أن: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".

تعتبر هذه القاعدة نتيجة منطقية لمبدأ سلطان الإرادة أي أن إرادة الإنسان الحرة هي المصدر الوحيد للحقوق والواجبات⁷، وأن هذه الإرادة هي التي تشرع بذاتها، إذ تنشئ بذاتها التزاماتها، وعليه متى ما التزم شخص بتصرف قانوني بمحض إرادته فهو ملزم به لأنه أراد⁸، لأن الإرادة قوية تلزم الشخص مثلما يلزمه القانون، حيث لا المشرع ولا القاضي باستطاعته أن يحرر المتعاقدين من التزاماتهما التعاقدية⁹.

فلا يكون الفرد ملزما بشيء إلا إذا ارتضاه وقبله وكان في ذلك مختارا، ويعتبر هذا حقا طبيعيا يتمتع به الإنسان، وتقر به أحكام القانون الطبيعي وقواعد العدالة التي تمثل مصدر النظام الاجتماعي، مما يجعل الشخص يلتزم بإرادته وحدها ولا يلتزم بإرادة غيره¹⁰.

كما تبرر هذه القاعدة مبادئ لها جذور تاريخية أخلاقية، تتمثل في واجب الوفاء بالعهد الذي يقطع المرء على نفسه مهما كلفه الأمر، وتبعث عليها اعتبارات اقتصادية تقتضي توفير الاستقرار

⁷-Malinvaud, droit des obligations, Litec, 7^{ème} édition, Paris, 2001, P149.

⁸-بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر 1983، ص 1.

⁹-(H) Mazeaud, (L) Mazeaud, (J) Mazeaud, (F) Chabas, leçons de droit Civil, Tome 2, Premier volume, Obligation, Théorie générale, 9^{ème} édition, Montchrestien, Delta, 2000, P845.

¹⁰- لبنى مختار، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن، ديوان المطبوعات الجامعية والمؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1984، ص 28 و 29.

في المعاملات¹¹، وتحت عليها اعتبارات اجتماعية تقتضي ضرورة توفير الثقة والاطمئنان والائتمان بين الناس، ذلك أنه إذا سمح للمدين بنقض العقد الذي تعهد به وعدم تنفيذ ما التزم به زالت بذلك الثقة والاطمئنان بين الناس وأثر ذلك سلباً على استقرار معاملاتهم، فالتزام المتعاقد بالعقد أمر تقتضيه المصلحة الاجتماعية.

يراد بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، أن الالتزامات التعاقدية المنعقدة على الوجه الصحيح تقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين، بمعنى أن الإرادة هي قانونهما¹²، وقد وضعت هذه القاعدة من قبل الفقيه دوما Domat والتي تم تجسيدها في القانون المدني الفرنسي¹³.

ويتعين على المتعاقدين الالتزام بتنفيذ الالتزامات التعاقدية سواء تلك التي تعاقدوا عليها شخصياً أو حتى تلك التي كانا ممثلين فيها بواسطة نائب يعبر عن ارادتهما.

ويترتب على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين نتائج تتمثل في أن العقد لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين (1)، إلا أنها استثنت عن ذلك الأسباب التي يقرها القانون (2).

1. المبدأ العام لانقض ولا تعديل للعقد إلا باتفاق الطرفين:

المبدأ هو أن العقد شريعة المتعاقدين ومعنى ذلك أن العقد يعتبر القانون الاتفاقي الذي يلتزم به المتعاقدان، فهو يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة العقدية، ويطبقه القاضي عليهما كما يطبق القانون،

فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بالإرادة المشتركة للمتعاقدين¹⁴.

فيمنع أن يستقل أحد طرفي العقد دون الآخر بتعديل العقد أو نقضه، لأن ما نشأ عن العقد إنما نشأ عن الإرادة المشتركة فهي وحدها التي تعدله أو تنتهيها، وبمعنى آخر فما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة¹⁵ وهذا ما ذهب إليه الفقيه موران Morin إذ أن الحرية التعاقدية تكمن في الدخول إلى العقد وليس الخروج منه¹⁶. أن نقض أو تعديل العقد بالإرادة المشتركة لطرفيه لا يعد خروجاً عن قاعدة

¹¹ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 314.

¹² - لبنى مختار، المرجع السابق، ص 29.

¹³ - (H) Mazeaud, (L) Mazeaud, (J) Mazeaud, (F) Chabas, op.cit, P845.

¹⁴ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 248.

¹⁵ - محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، مطبعة الوفاء، تونس 1993، ص 242.

¹⁶ - مارغريت نقولا أنطون ماروديس، العنصر الأخلاقي في العقد، المنشورات الحقوقية صادر، لبنان 2006، ص 133.

القوة الملزمة للعقد، بل هو تكريس فعلي لها. كما أن هذا المنع يسري كذلك على القاضي، إذ لا يجوز له أن يجري أي تغيير على العقد ولو لاحظ أن بعض شروطه مثلا غير عادلة في نظره¹⁷.

2-الاستثناءات الواردة على المبدأ:

يسمح القانون لأحد المتعاقدين تعديل أو إلغاء العقد دون الرجوع الى الطرف الآخر في حالات جمعها الفقه وهي، تحريم الالتزام مدى الحياة(أ)، وانعدام الثقة (ب)، ثم حالة تهديد مصالح المتعاقد(ج). (د) اتفاق الأطراف.

أ. تحريم الالتزام مدى الحياة:

لأن حرية الفرد تتنافى مع التزامه مدى الحياة أجاز له القانون أن ينهي العقد الزمني غير محدد المدة، مثل عقدي الشركة (م ق م ج 440) والعارية (م546ق م ج)، إذ أجاز القانون في كليهما للمتعاقد (الشريك، المعير) أن ينهي العقد بإرادته المنفردة.

ب.انعدام الثقة:

في العقود القائمة على الثقة، أجاز القانون للمتعاقد أن ينهي العقد أو أن يعدل من شروطه بإرادته المنفردة، كالوكالة في م 587 ق م ج.

ج. تهديد مصالح المتعاقد:

إذا كان استمرار العقد من شأنه أن يلحق بالمتعاقد مثلا، خسارة فادحة أجاز القانون له أن يطالب بتعديل العقد أو إنهائه دون موافقة الطرف الآخر، مثال ذلك تعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية لعقد الإذعان (م 110 ق م ج)، تخفيض مبلغ التعويض المتفق عليه والمبالغ فيه (م184 ق م ج)، إنهاء عقد الشركة بحكم قضائي لعدم وفاء شريك لالتزاماته (م441 ق م ج)، كما نجد ما نصت عليه م107 ق م ج فيما يتعلق بالظروف الطارئة سنتطرق اليه فيما بعد.

د. اتفاق الأطراف:

قد يتفق المتعاقدان عملا بالمادة 106 ق م ج على أنه يجوز لكل منهما إنهاء العقد بإرادته المنفردة. والحقيقة أنه ليس لهذا الشرط الاتفاقي من فائدة إلا بالنسبة للعقود الزمنية ذات المدة المحدودة.

¹⁷ - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 374.

ثانيا: طريقة تنفيذ العقد

إن تنفيذ مشتملات العلاقة العقدية تمثل الوجه الثاني للقوة الملزمة للعقد من حيث الموضوع، بعد حرمان المتعاقدين من نقض وتعديل الالتزامات التعاقدية والتقييد بأحكامها كوجه أول للقوة الملزمة للعقد¹⁸.

بعيدا عن إمكانية تعديل العقد بالإرادة المشتركة أو المنفردة لأحد طرفيه، فإنه يترتب على العقد بمجرد انعقاده صحيحا، ضرورة التزام طرفيه بتنفيذ ما ورد فيه وما هو من مستلزماته، على أن تتسم طريقة التنفيذ بحسن النية. ولذلك سنتطرق لإلزامية تنفيذ مضمون العقد ومستلزماته (1)، ثم إلزامية التنفيذ بحسن النية (2).

1. إلزامية تنفيذ مضمون العقد ومستلزماته:

تنص م 107 ق م ج: "يجب تنفيذ العقد وفقا لما اشتمل عليه وبحسن نية". ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يشمل أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام". وبالتالي فالقاضي لا يقتصر في تحديد التزامات المتعاقدين على ماورد في العقد وفقا للإرادة المشتركة فقط، وإنما يتعين إلزامهما كذلك بكل ما يعد من مستلزماته. ووفقا لكل ما تقدم سنتطرق لتنفيذ مضمون العقد (أ)، ثم تنفيذ مستلزمات العقد (ب).

أ. تنفيذ مضمون العقد:

يتمثل مضمون العقد في جملة الحقوق والواجبات الواردة فيه والمحددة بشكل صريح¹⁹ ويكون المتعاقدان ملزمان بتنفيذ كل ما ورد في العقد دون أن يكون لهما حق التمييز بين ما هو مهم وما هو دون ذلك، فهما مقيدان بالشروط الواردة في العقد. ويعد الامتناع عن تنفيذ بعضها بمثابة عدم تنفيذ العقد²⁰.

وكل عقد لابد أن يشتمل على التزام أو عدة التزامات أساسية وجوهرية يتفق عليها المتعاقدان، كما لابد أن يشتمل أيضا على التزام أو التزامات ملحقمة بالالتزامات الأساسية المتفق عليها، والتي قد تكون لها أهمية كبيرة بالنسبة للمتعاقدين، أو يفرضها القانون، وذلك حتى يتطابق العقد مع النظام العام. عليه ينبغي أن نقف عند ما ورد في العقد للوصول إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين، ذلك أن العقد يلزم طرفيه ليس فحسب في حدود ما اتفقا عليه، بل وأيضا في حدود أخرى إذ قد لا يتم الاتفاق

¹⁸ - علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة تلمسان 2008، ص 16.

¹⁹ - علاق عبد القادر، نفس المرجع، ص 16.

²⁰ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 364.

عليها بصورة مباشرة وصريحة، إما سهواً أو عمداً، مادام أنه ليس من اللازم أن يتوليا تفصيل كل الأمور، ولأنهما يلتزمان في حدود مضمون العقد الذي يحددانه صراحة أو الذي يتحدد من ظروف العقد باعتباره من مستلزماته²¹. فيجب تنفيذ العقد وفقاً لما ورد فيه دون زيادة أو نقصان إلا إذا كان ذلك من مستلزماته.

ب. تنفيذ مستلزمات العقد:

تنص م 65 ق م ج على أنه: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يتشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرماً وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتفق عليها، فإن المحكمة تقضي طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون، والعرف، والعدالة". أي أنه إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يتشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها²². فيضيف القاضي شيئاً جديداً لا تتناوله الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وهذا الشيء الجديد هو ما يستلزمه العقد²³.

وذهب الفقه²⁴ إلى القول بأنه يراد بمستلزمات العقد مجموعة الالتزامات التبعية التي تلازم العقد وتترتب عليه بمجرد انعقاده صحيحاً، وبصرف النظر عن اتجاه إرادة المتعاقدين إليها، لأن الأثر الأصلي للعقد لا يتحقق بدونها.

نص المشرع الجزائري على ضوابط موضوعية يسترشد بها القاضي في تحديد ملحقات العقد أو مستلزماته في م 2/107 ق م ج تتمثل في، طبيعة المعاملة (ب.1)، القانون (ب.2)، العرف (ب.3)، العدالة (ب.4).

ب.1. طبيعة المعاملة:

يتعين على القاضي عند تحديد مضمون العقد، أن يراعي طبيعة المعاملة، فقد تقتضي المعاملة زيادة الالتزامات المترتبة على العقد حتى ولو لم يذكرها وبالرغم من عدم وجود أي نص يقضي بها

²¹ - توفيق فرج، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، الدار الجامعية، مصر 1993، ص 229.

²² - محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدر الجامعية، مصر 2000، ص 50.

²³ - نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)، دار الجامعة الجديدة، مصر 2001، ص 267.

²⁴ - سلام عبد الله الفتلاوي، إكمال العقد، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، لبنان 2012،

ص 76- سعاد بوختالة، دور القاضي في تكملة العقد، دكتوراه، جامعة الجزائر 2016، ص 72.

قانونا فمن باع أو نقل ملكية شيء من الأشياء إلى شخص آخر فيجب أن ينقل هذا الشيء إلى المشتري مضافا إليه ما يعتبر من ملحقات الشيء الضرورية وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمالها وذلك وفقا لما تقضي به طبيعة الأشياء، وبيع المحل التجاري يتضمن إلزام البائع بتسليم الدفاتر والسجلات التي تبين المركز القانوني للمحل التجاري من مثل ما له من حقوق وما عليه من ديون²⁵، ويوجد هذا الالتزام في العقود التي يكون أحد طرفيها مهنيا أو حرفيا حيث يلتزم بتبصير المتعاقد الآخر بأبعاد الصفقة وطبيعة الشيء محل العقد وطريقة استعماله ومخاطره وتقديم النصح والإرشاد في الصيانة²⁶.

ب.2. القانون:

نص المشرع الجزائري على القانون لاستكمال مضمون العقد غير أنه استخدم هذه الكلمة بشكل مطلق، أي دون أن يحدد إن كان المقصود هو القواعد الأمرة أم أنه أراد بها القواعد المكملة، غير أنه مادام أن المتعاقدان لا يملكان حق الاتفاق على خلاف القواعد الامرة، أم أنه أراد بها القواعد المكملة، غير أنه مادام أن المتعاقدان لا يملكان حق الاتفاق على خلاف القواعد الامرة، باعتبارها ملزمة لهم، سواء اتفقا عليها أو لم يتفقا، وبالتالي يكون المقصود بعبارة القانون مجموعة القواعد القانونية المكملة²⁷.

ومنه فإذا اتفق المتعاقدان على خلاف القواعد المكملة يكون هذا الاتفاق ساريا فيما بينهما²⁸، أما إذا لم يتضمن العقد بعض المسائل خاصة منها التفصيلية التي تهتم العقد، إما لأنهما لم يتوقعاها، أو لأنها اعتمدا على الأحكام القانونية المنظمة لها²⁹، فيلجأ القاضي للقواعد القانونية المكملة أو المفسرة لإرادة المتعاقدان و التي نص عليها القانون فيما يتعلق بموضوع العقد، فتحل هذه الأحكام المكملة محل إرادة المتعاقدان لتصبح جزء من العقد و لو لم يتضمنها، وذلك على افتراض أن إرادتهما اتجهت إلى تطبيقها³⁰، خاصة وأن القواعد المكملة عادة تأخذ أحكامها مما جرى عليه التعامل بين

²⁵ - توفيق فرج، المرجع السابق، ص 230.

²⁶ - محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 344.

²⁷ - توفيق فرج، المرجع السابق، ص 231.

²⁸ - سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر 2009، ص 101.

²⁹ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 295.

³⁰ - ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد، القسم الثالث، آثار العقد وانحلاله، الطبعة الأولى، وائل للنشر والتوزيع، الأردن 2002، ص 244.

الناس بالنسبة لعقد من العقود³¹، وأن الهدف من سن القواعد المكملة ليس سوى إعفاء الأطراف من عناء التفكير في كل جزئيات العقد. ولم يوضح المشرع الجزائري كذلك إذا كانت النصوص القانونية التي تطبق لاستكمال العقد هي تلك النصوص الواردة في القانون المدني فقط، أم أنها الواردة في أي قانون خاص آخر.

ب.3. العرف:

يعتبر العرف مصدرًا رسميًا احتياطيًا طبقًا م 2/1 من ق م ج³²، يلجأ إليه القاضي للكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين ولبیان مقتضى العقد وتحديد مستلزماته³³.

والعرف هو عبارة عن سلوك متبع بصفة دائمة ومتكررة من قبل أفراد المجتمع، اعتقادًا منهم أن ذلك السلوك إجباري، ويعتبر العرف طبقًا لأحكام م 2/107 ق م ج أساس عقدي حيث يفترض أن سكوت المتعاقدين يفيد اتفاقهما على تطبيق قواعد العرف³⁴.

ويأخذ العرف حكم القانون ويكمل نطاق العقد، خاصة في المسائل التجارية والمعاملات البحرية وأعمال البنوك والعقود التجارية، وغالبًا ما يكون اللجوء للعرف بناءً على إحالة صادرة من نص تشريعي، فيترك المشرع للعرف مثلًا مهمة تحديد نطاق الالتزام، فملحقات المبيع يمكن تحديدها على ضوء العرف³⁵. ومن أمثلة تطبيق قواعد العرف نذكر، تخفيض الثمن عوض الفسخ في حالة تأخر البائع عن تسليم المبيع، أو في حالة تسليم بضاعة أقل جودة من الصنف المتفق عليه، وعدم جواز الاحتجاج بالدفع في مواجهة حامل الورقة التجارية الحسن النية³⁶. ويتصل بالعرف الشروط المألوفة، فتضاف إلى العقد الشروط التي جرت العادة على إدراجها فيه دون الحاجة إلى النص عليها، لأنها أصبحت عرفًا خاصًا بهذا العقد. ومثال ذلك ما جرت به العادة في الفنادق والمطاعم والمقاهي من

³¹ - سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 101.

³² - تنص المادة 1 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري، على ما يلي «وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة».

³³ - العرف المفسر يرجع إليه القاضي عند عضوض عبارة العقد، أما العرف المكمل فهو الذي يرجع إليه القاضي عند ترك المتعاقدين لبعض تفصيلات التعاقد، ولم يجد في طبيعة الالتزام، ولا في القانون ما يكمل هذه التفصيلات، أنظر وليد صلاح مرسي رمضان، مرجع سابق، ص 202 و 203.

³⁴ - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 367.

³⁵ - محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 288.

³⁶ - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 367.

إضافة نسبة مئوية إلى حساب العميل، فهذا الشرط ينفذ حتى ولم يذكر ذلك للعميل، وحتى لو لم يره مكتوبا لجريان العرف بذلك³⁷.

ب.4. العدالة:

تعتبر العدالة هي الأساس الذي يقوم عليه القانون كله، وهي من المصادر الاحتياطية التي يرجع إليها القاضي لتكملة العقد³⁸. وتعرف العدالة على أنها شعور كامن في النفس يكشف عنه العقل السليم ويوحي به الضمير المستنير، ويهدي إلى إعطاء كل ذي حق حقه، دون الجور على حقوق الآخرين.

فالعدالة إذن وسيلة لتحقيق التوازن والتناسب بين الأداءات المتقابلة وفق معايير التجربة الفنية، لا وفق العدالة الشخصية للقاضي، فالعدالة هنا هي العدالة المكتملة لأثار العقد عند عدم تنظيم المتعاقدين لأثاره في مسألة معينة، وهي آخر الوسائل التي يلجأ إليها القاضي لتكميل العقد إذا لم يجد حكما في القانون أو العرف³⁹.

ومن الأمثلة التطبيقية على تكملة العقد استنادا إلى قواعد العدالة بالنسبة لعقود نقل الأشخاص، فإن القضاء أدخل في هذه العقود الالتزام بضمان سلامة نقل الركاب⁴⁰، وما قرره المشرع في عقد البيع من التزام البائع بالكشف عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق المبيع عسيراً أو مستحيلا م **361 ق م ج**. وما قرره أيضا من وجوب إلزام العامل بالمحافظة على أسرار رب العمل الصناعية والتجارية حتى بعد انقضاء عقد العمل⁴¹.

2. إلزامية التنفيذ بحسن النية:

لم يلزم المشرع الجزائري المتعاقدين بتنفيذ مضمون العقد ومستلزماته فقط، بل حدد لهما كيفية التنفيذ مشترطا أن تتسم طريقة التنفيذ بحسن النية. وفيما يلي سنقف عند مفهوم (أ)، ومظاهر مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد (ب).

³⁷ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 239.

³⁸ - سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 151.

³⁹ - خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 01، 2012، ص 118 و119.

⁴⁰ - وليد صلاح مرسي رمضان، المرجع السابق، ص 204.

⁴¹ - أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر 1998، ص 421.

أ. مفهوم مبدأ حسن النية:

يعتبر مبدأ حسن النية من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها تنفيذ العقد ولقد أخذ به المشرع الجزائري في نص م 1/107 من ق م ج، والتي تنص: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن النية".

ولقد تعددت وتنازعت الآراء الفقهية بشأن تحديد مفهوم حسن النية، إلا أنه يمكن القول إنه يراد بحسن النية⁴²: "التعامل بصدق واستقامة وشرف مع الغير بصورة تبقى ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة والعادلة التي أنشأ من أجلها والتزم بها كل من طرفي العقد بحيث لا تؤدي هذه الممارسة إلى الإضرار بالغير دون مسوغ مشروع، بل توصل كل ذي حق إلى حقه بأمانة"⁴³، وعرف أيضاً بأنه: "الاستقامة والنزاهة ومراعاة ما يجب أن يكون من إخلاص في تنفيذ ما التزم به المتعاقد"⁴⁴.

إن مبدأ حسن النية يضيف على العقد حالة من النزاهة والثقة المتبادلة إضافة إلى أنه يقيم العلاقات بين الأفراد على أساس الاستقامة والأخلاق، وفي الواقع إن تطبيق هذا المبدأ في إطار التعاقد والتعامل إنما يضيف على هذه العلاقات طابعاً يتميز بالاستقامة والشرف والنزاهة في التعامل⁴⁵.

ويعد الالتزام بالضمان من أهم تطبيقات تنفيذ العقد بحسن نية، فالبائع مثلاً يلتزم بعدم التعرض للمشتري في الشيء المبيع، ويلتزم كذلك بضمان العيوب الخفية، ويضمن كذلك صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة⁴⁶.

وينطوي مبدأ حسن النية على وجهين فإما أن يكون إيجابياً كإبلاغ المؤمن له شركة التأمين بكل واقعة من شأنها أن تزيد المخاطر أو يكون سلبياً ويتحقق هذا عندما يكف الشخص عن مباشرة أي عمل يتنافى مع القصد السيئ، كأن يعرض العقار محل التأمين ضد الحريق لمصادر النيران إما عمداً أو إهمالاً.

⁴² - علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص 17.

⁴³ - محمد رياض دحمان، إلزامية العقد، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2010.

ص 53.

⁴⁴ - زيتوني فاطمة الزهرة، دور القاضي في تنفيذ العقد في المواد المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون والعلوم والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009 ص 170.

⁴⁵ - محمد رياض دحمان، المرجع السابق، ص 53 و 54.

⁴⁶ - محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 291.

ب. مظاهر مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد:

لحسن النية مظهران، يتمثل المظهر الأول في واجب النزاهة (ب1)، والثاني في واجب التعامل (ب2).
ب.1. واجب النزاهة:

يعرف الالتزام بالنزاهة أيضا بالالتزام بالأمانة وكما يعرف بالالتزام بالإخلاص وشرف التعامل، وبموجب الصدق⁴⁷ ويعد مظهرا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد.

يقصد بالنزاهة تنفيذ الالتزام بإخلاص وبصفة تمكن من تحقيق الهدف الذي يرمي إليه العقد، ويفرض واجب الإخلاص التعاقدى على المتعاقد التزام سلوك مستقيم اتقاء لأي ضرر قد يلحق بالمتعاقد الآخر. وهو الالتزام الذي يفرض أن يمتنع المتعاقد عن كل غش أو تدليس يجعل تنفيذ الالتزام عسيرا أو مستحيلا.

كما يتمثل الالتزام بالنزاهة في عدة تصرفات يجب على المتعاقدين أن لا يخرجوا عنها، من بينهما رفض التنفيذ بغير سبب مشروع، أو رفض تنفيذ العقد عينا، أو التأخر في التنفيذ أو التنفيذ الجزئي.

والمعيار الذي يقاس به الالتزام المدين بالنزاهة بالأمانة والإخلاص هو معيار الرجل العادي فبالنسبة للمدين مثلا يجب على سائق سيارة الأجرة أن يلتزم الطريق الأقرب للراكب ولا يتعين عليه أن يختار المسار الأنسب حتى لا يحمل العميل أعباء ونفقات كبيرة، أما بالنسبة للدائن، فالأمانة والإخلاص يقتضيان أن يمتنع عن الغش أو عن الحيلة التي من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام من قبل المدين مرهقا له أو مستحيلا عليه، أو تحميل نفقات كبيرة لا تتسجم مع الفائدة المرجوة من العقد⁴⁸ ومثال ذلك تراخي المشتري وتقاعسه عن استلام البضاعة بقصد تكبيد البائع مخاطر نفقات تخزينها وصيانتها.

وإن كان هذا الالتزام ذا أساس أخلاقي، إلا أنه متعلق بالعقد، الدليل على ذلك أن الإخلال بهذا الالتزام يعتبر خطأ عقديا طبقا لأحكام م 178 و 490، وم 1/107، وم 2/111 ق م ج.

ب.2. واجب التعاون:

من مظاهر الالتزام بتنفيذ العقد بحسن نية واجب التعاون المستمر بين طرفيه أثناء تنفيذ العقد، ويقتضي هذا العمل الإيجابي القيام بعمل يتمثل في أن يبذل كل طرف ما في وسعه لتمكين الطرف

⁴⁷ - علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص 18.

⁴⁸ - نفس المرجع، ص 253.

الآخر من تنفيذ التزاماته⁴⁹، وذلك من خلال الالتزام بالتبصير والإعلام بالظروف والوقائع ذات الأهمية في التنفيذ الحسن للعقد، ومثال ذلك التزام بائع الأجهزة الكهربائية بأن يبين للمشتري طريقة الاستعمال ومخاطره، وكذلك الحال بالنسبة لشركات الأدوية⁵⁰. كما يظهر الالتزام بالتعاون من خلال ما نصت عليه م 15 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات حيث يعين على المؤمن له أن يخبر المؤمن بكل المعلومات التي تهم الخطر محل التأمين.

وكذلك م 497 من ق م ج، التي تنص: "يجب على المستأجر أن يخبر فوراً المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله كأن تحتاج العين المؤجرة الترميمات مستعجلة أو يظهر عيب فيها أو يقع اغتصاب عليها، أو يتعدى الغير بالتعرض أو الإضرار بها".

هذا الالتزام بالتعاون تفرضه التطورات الجديدة للعلاقة العقدية، فهي علاقة تعاون وليست علاقة خصام، لأن تضارب المصالح لا يمنع من تعاون التعاقدين لأجل تحقيق مصلحة كل طرف، باعتبار أن مجهود الفرد جد محدود وهو ما يتجلى في عقد الشركة على سبيل المثال والذي عرفته م 416 من ق م، حيث يبرز التعاون فيه في نية المشاركة فيما بين الشركاء. وعليه يتبين لنا أن إلزامية التنفيذ بحسن نية تقتضي الإخلاص والأمانة، وتتطوي على واجب التعاون والثقة والاشتراف بين المتعاقدين.

الفرع الثاني: أثر العقد بالنسبة لخلف المتعاقدين

إذا استجمع العقد أركانه وشروطه أصبح العقد صحيحاً ورتب آثاره بالنسبة للطرفين المتعاقدين، غير أن هناك فئة لا تشارك في إبرام العقد لكنها تتحمل ما يترتب عليه من التزامات، فهذه الفئة أو هؤلاء الأشخاص يتأثرون بالعقد بالرغم من أنهم ليسوا أطرافاً أصليين ولكنهم في نفس الوقت ليسوا أجانِب عنه، ذلك أنه تربطهم بأحد المتعاقدين صلة خلافة، فالشخص المتعاقد قد يموت ويترك مالا أو قد يتصرف في ماله أثناء حياته، من هنا وجد الخلف العام والخلف الخاص، في حين يختلف حكم كل واحد منهما عن الآخر من حيث انصراف أثر العقد إليه وعليه سوف نتطرق لانصراف أثر العقد إلى الخلف العام (أولاً)، والخلف الخاص (ثانياً).

⁴⁹ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 369.

⁵⁰ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 291.

أولاً: الخلف العام

قد تمتد آثار العقد لتشمل أشخاص آخرين وهم الخلف العام، وتختلف طبيعة العقود التي تنتقل آثارها إلى الخلف العام فقد تكون عقود ملكية أو عقود منفعة كما قد تنتقل إليه مجموع الأموال أو جزء من مجموع الأموال، غير أن هناك حالات لا تنتقل فيها آثار العقد إلى الخلف العام بالرغم من بقاءه خلفاً، أو لا تنتقل هذه الآثار لاعتباره من الغير، ومن خلال ما سبق سنتناول تعريف الخلف العام وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له (1)، وطرق انتقال أثر العقد إلى الخلف العام (2)، ثم تكريس حلول الخلف محل السلف (3)، وأخيراً نتناول استثناءات انصراف أثر العقد إلى الخلف العام (4).

1- تعريف الخلف العام وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له:

سوف نتناول التعريف اللغوي (أ)، ثم التعريف الفقهي للخلف العام (ب)، ثم تمييزه عن الأنظمة المشابهة له التي تتمثل في الخلف الخاص والغير والدائنين العاديين (ج).

أ- التعريف اللغوي:

للخلف العام عدة تعريفات لكن اشتركت معظمها أن الخلف هو كل من يأتي بعد السلف، فيستفيد مما تركه سلفه من حقوق والتزامات مالية ومعنوية⁵¹ العامة : هي كلمة مشتقة من كلمة يعمهم عموماً، العميم ويشمل عدة معاني.

- العامة عيدان مشدودة تركب في البحر ويعبر عليها.
- العميم: الطويل من الرجال والبنات.
- العام: الشمول عمهم بالعطية أي شملهم بالعطي⁵².

ب- التعريف الفقهي

تنص م 108 ق م ج: " 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. نستنتج من النص أن المشرع الجزائري وضح أن أثر العقد ينتقل إلى الخلف العام لكنه لم يعرفه بل تركه للفقهاء الذين أدرجوا الخلف العام في حكم المتعاقدين.

فعرفه الأستاذ عبد الرزاق السنهوري: " الخلف العام هو الذي يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات أو في جزء منها باعتبارها مجموعاً من المال"⁵³.

⁵¹ - ابن الاثير، النهاية في غريب الحديث والاثار، دار ابن الجوزي، السعودية، ط 1412 هجري، ص 279.

⁵² - ابن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، مج 12. د.س.ن، ص 425 و 426.

⁵³ - احمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام. منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، مجلد 1، 2000، ص 596 .

وعرفه الأستاذ علي فيلالي: "هم من يخلف السلف في ذمته المالية أو في جزء منها فيحل الخلف محل السلف بالنسبة للحقوق والالتزامات المكونة للذمة المالية، وعليه فان الحقوق التي يكتسبها الخلف العام والالتزامات التي يتحملها ليست له ولا عليه من حيث الأصل و إنما تلقاها لكونه حل محل السلف ويلزم الخلف بالعقد لأن السلف كان ملزما به وقد استخلف في حقوقه والتزاماته" ⁵⁴.

أما الأستاذ علي بن شنب يرى أن الخلف العام: " يخلف الشخص في ذمته المالية عن طريق الميراث أو الوصية ويعني انتقال الذمة المالية انتقال الحقوق والالتزامات" ⁵⁵.

ومن هنا يتضح لنا أن الخلف العام هو من يخلف السلف في حقوقه والتزاماته التي هي في الأصل ليست له ولا عليه ولكن آلت إليه بحكم انه حل محل السلف في التزامه بالعقد الذي أخذه من التزام سلفه بالعقد، أي استخلفه في حقوقه والتزاماته ⁵⁶.

فالخلف العام هو من يتلقى الحق من غيره وهو من يخلف الشخص في كل حقوقه والتزاماته أو في جزء منها كالوارث والموصى له باعتبارها جزء من التركة وهذه الخلافة لا تكون إلا بعد الموت، وتتحقق عن طريق الميراث أو الوصية.

وتطبق قاعدة انصراف آثار العقد الى الخلف العام على الوارث أو الموصى له بالتركة أو بجزء شائع منها، وم **108 ق م ج**، توضح أن الخلف العام وكقاعدة عامة تتصرف إليه آثار العقود التي يبرمها السلف، فيصبح الخلف العام دائئا بالحقوق المتعلقة بالتركة التي آلت إليه و المدين بالالتزامات المتعلقة بهذه التركة مثلما كان السلف أثناء حياته، فقد ينتفعون من العقود التي أبرمها السلف كما أنهم قد يتضررون من تحملهم للالتزامات التي تنشأ عن ذلك العقد ⁵⁷.

ج- تمييز الخلف العام عن غيره من الأنظمة المشابهة له:

إن مصطلح الخلف العام قد يختلط مفهومه مع أنظمة أخرى لذلك سنتناول فيما يلي تمييزه عن الأنظمة المشابهة له وهي الخلف الخاص (1)، والغير (2)، والدائنين العاديين والممتازين (3).

⁵⁴ - علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 323 .

⁵⁵ -Ali BENCHENEB: Théorie générale des Contrats, Office des Publications Universitaires, Alger, 2ème édit. 1982, p 99.

⁵⁶ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة ، المرجع السابق، ص 332.

⁵⁷ - خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2010، ص 66 .

1- تمييز الخلف العام عن الخلف الخاص:

كما اشرنا سابقا لا يعتبر الخلف العام امتدادا لشخص السلف، فالخلافة العامة ترد على أموال السلف دون شخصه، فلا يلتزم المورث بتسديد ديون سلفه من أمواله الشخصية وقانون الأسرة الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية فصل بصفة واضحة بين شخص السلف وشخص الخلف، حيث أن الخلف لا يلتزم في مواجهة دائني السلف إلا في حدود المقدار الذي أل إليه من التركة، وكذلك بالاعتماد على المبدأ "لا تركة إلا بعد سداد الديون" أي ليس للورثة تقسيم التركة إلا بعد تصفيتها من الديون أو وصية.⁵⁸

بينما الخلف الخاص لا يخلف السلف في كل ذمته المالية وإنما يخلفه في جزء معين منها، وقد يكون الحق شخصيا أو عينيا ويكون بعقود ملزمة لجانبين كما قد يكون بعقود ملزمة لجانب واحد، وخير مثال على ذلك مشتري عقار فيخلف البائع في ملكيته لهذا العقار، كما قد يكون انتقال آثار العقد إلى الخلف الخاص في حياة السلف أو بعد موته بينما تنتقل آثار العقد إلى الخلف العام سواء كان وارث أو موصى له بعد موت السلف.⁵⁹

2- التمييز بين الخلف العام والغير:

الغير هو كل من ليس طرفا في العقد وقد يكون أجنبيا عن العقد والمتعاقدين، كما يمكن أن تكون له صلة بالعقد، والغير لا تنتقل إليه آثار العقد إلا في حالتين استثناهما القانون وهما التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير.⁶⁰

يرى الأستاذ محمدي سليمان انه لا بد من تحديد مفهوم الغير بدقة والسبب في ذلك أن استعمال مصطلح الخلافة العامة ما هو إلا هروب من هذا التحديد.⁶¹

كما يمكن أن يكون الخلف العام في حكم الغير وهذا في حالات معينة كما لو أثبت أن التصرف الصادر من سلفه صدر في مرض الموت، وهنا لا ينفذ هذا التصرف في حقه إلا في حدود

⁵⁸- رضا متولي وهدان، انتقال آثار العقود إلى الخلف الخاص، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، 1999، ص 29.

⁵⁹- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 325.

⁶⁰- رافد فاطمة، أحكام انتقال آثار العقد إلى الخلف في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة البويرة، سنة 2016، ص 10.

⁶¹- سليمان محمدي، ضرورة إعادة النظر في مركز الخلف العام، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الاول، 2009، ص 479.

الثالث، وقد توجد حالات لا تنتقل آثار العقد إلى الخلف العام إما بنص القانون أو باتفاق الطرفين أو نظراً لطبيعة التعامل، في حين يعتبر الخلف الخاص من الغير في حالة العقد الذي يبرمه السلف بعد انتقال الحق إليه أو كانت هذه العقود ليست من مستلزمات الشيء المستخلف فيه⁶².

3- التمييز بين الخلف العام والدائنين:

الدائن هو الطرف الذي يؤمن المبلغ المالي للطرف الآخر والذي يطلق عليه اسم المدين، ومن الممكن أن يكون الدائن فرداً، أو شركة، أو مؤسسة، كما يمكن تعريف الدائن على أنه الشخص أو المؤسسة صاحب المال، أو أنه صاحب الدين في البيئة المالية، وكذلك الطرف الأول الذي يقدم مالياً أو خدمة أو سلعة من ملكه الخاص للطرف الثاني، والجدير بالذكر أن الطرف الأول والطرف الثاني يتفان مع بعضهما البعض على طريقة إعادة المال، سواء بمبلغ مالي بنفس القدر أو بقدر أكبر أي مع فائدة، أو من خلال خدمة.

أ- **الدائن العادي:** لم يرد في القانون المدني الجزائري نص واضح يبين موقع الدائن هل هو من الخلف العام أو من الخلف الخاص أو من الغير حيث نصت م 188 ق م ج "أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بدينونه".

إن آثار العقد التي يبرمها المدين لا تتصرف إلى دائنيه ذلك أن الدائن لا يخلف المدين في الحقوق التي يرتبها العقد ولا يتحمل التزاماته، كما أن الدائن له حقوق تميزه عن الخلف العام ويتيح له القانون وسائل قانونية تحميه من تصرفات المدين الصادرة منه وهو على قيد الحياة، أما بعد موته فيتقدم الدائن على الخلف العام ويستوفي حقه قبل تقسيم التركة على الورثة⁶³، كما يتأثر الدائن العادي بطريقة ايجابية إذا قام الدائن بتصرفات قانونية من شأنها أن تدخل حقوقاً في ذمته المالية كونها تزيد من الضمان العام للمدين، أو يتأثر سلباً في حالة إبرام عقود من شأنها إخراج أموال من ذمته، وبالتالي ينقص من الضمان العام. هذا ما أدى بالمشروع إلى منح الدائن وسائل قانونية من شأنها حمايته من تصرفات مدينه كالدعوى المباشرة والدعوى الغير مباشرة والدعوى السورية⁶⁴.

⁶² - احمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 214.

⁶³ - رافد فاطمة، المرجع السابق، ص 11.

⁶⁴ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 325

ولا يمكن اعتبار الدائن العادي خلفا عاما حتى ولو كانت جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه، فالدائن يخلف المدين فيما رتبته العقد من حقوق ولا يلتزم بما رتبته من التزامات. والدائن العادي ليس من الخلف الخاص ذلك أنه لم يتلقى حقا على شيء معين بالذات ويعتبر من الغير بالنسبة لتصرف مدينه، حيث لا يمكن إلزامه بتنفيذ العقد الذي أبرمه المدين وهذا تمكينا له لحماية الضمان العام.

ب- الدائن الممتاز:

من يملك حقا عينيا تابع لدينه فله أحقية التتبع والأفضلية، وهذا يعد حجة حقه العيني اتجاه جميع الدائنين، فيكون للدائن الممتاز الأفضلية ويتقدم على الدائنين العاديين في توزيع ثمن بيع المال موضوع الحق، كما للدائن الممتاز حق التتبع وهذا بحجز الشيء محل الحق العيني لدى الغير حتى ولو كان للغير حقا عينيا عليه، ومن هنا يعد الدائن الممتاز بالنسبة إلى المال محل التأمين خلفا خاصا بالنسبة لهذا المدين، فيعتبر الدائنون الممتازون خلفا خاصا لمدينهم بالنسبة إلى المال محل التأمين⁶⁵.

2- طرق انتقال آثار العقد إلى الخلف العام:

يطلق مصطلح الخلف العام على الوارث أو الموصى له بالتركة أو بجزء منها، فالخلف العام يصبح الدائن بالحقوق المتعلقة بالتركة ومدينا بالنسبة للالتزامات المتعلقة بهذه التركة، وبالتالي يعتبر الميراث طريقا قانونيا يحتوي على جملة من القواعد يتم من خلالها انتقال الحقوق والالتزامات إلى الخلف العام لذلك سنتناول فيما يلي الميراث (أ)، ثم الوصية (ب).

أ- الميراث:

إن الميراث هو الذي يجعل من الوارث خلفا عاما لسلفه المتوفى لا يتحقق إلا بتحقق رابطة النسب أو رابطة الزوجية، حيث أن م126 ق أ ج بينت أسباب الإرث في سببين رئيسيين هما الزواج والقربا، حيث تنص م 30 ق أ ج: "يوجب النكاح التوارث بين الزوجين ولم يقع بناء " ⁶⁶ فتكون هذه المادة أكدت أن يكون الزواج صحيحا فمتى وقع الزواج صحيحا وجب التوارث بين الزوجين كما

⁶⁵ - رافد فاطمة، المرجع السابق، ص 13.

⁶⁶ - قانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 04 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم إلى غاية الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

يجب أن تكون الزوجية قائمة وقت وفاة المورث فإذا توفي أحد الزوجين قبل صدور حكم الطلاق بينهم أو كانت الوفاة في عدة الطلاق يرث الحي منها المتوفي⁶⁷.

أما السبب الثاني الذي يوجب الميراث هو القرابة، حيث تعتبر رابطة النسب هي السبب الأساسي في التوريث وهي تنجم عن الولادة وهذا ما نصت عليه المادتين 139 و 180/2 ق أ ج، ففي حالة عدم وجود فروض⁶⁸ وعصبة⁶⁹ تنتقل التركة إلى ذوي الأرحام⁷⁰ فإذا لم يوجد آلت إلى الخزينة العامة، ومن هنا تشمل ثلاث أصناف هم أصحاب الفروض، العصبات وذو الأرحام وان لم توجد آلت الديون إلى الخزينة،⁷¹ وحتى يصح انتقال الإرث من المورث إلى الوارث يجب أن تتوفر بعض الشروط في المورث والوارث.

1.1. موت المورث: حيث يثبت الموت الحقيقي في تاريخ معين ومكان معين بناء على ما هو مسجل في سجلات الحالة المدنية أو شهادة وفاة طبقا لنص م 26 ق م ج: "تثبت الولادة والوفاة بالسجلات المعدة لذلك ويجوز إثباته بأي طريقة ينص عليها القانون".

2. تحقق حياة الوارث وقت موت مورثه: نصت م 128 ق أ ج: "يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث، وعدم وجود مانع من موانع الميراث". أي لا توارث بين الأقرباء إلا إذا علم ترتيب موتهم فإذا لم تثبت حياة الوارث وقت موت مورثه حقيقة أو تقديرا فلا توارث بينهما

3. عدم وجود مانع من موانع الإرث: وهي أوصاف تلحق بالوارث فتمنعه من الإرث في التركة ولو كان مستوفيا لجميع الشروط والأركان، تتمثل في قاتل المورث عمدا وكذلك اللعان يعتبر من موانع الإرث حسب م 18 ق أ ج⁷².

⁶⁷ - بن عومر محمد الصالح، الميراث في القانون الدولي الخاص الجزائري، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، العدد 11، أكتوبر 2011، ص 85.

⁶⁸ - أصحاب الفروض: هما لذين لهم نصيب في كتاب اللهو سنة رسولها وفي الإجماع ولا يجوز الزيادة عليه ولا النقصان منه.

⁶⁹ - العصبات: جمع عاصب وهم أقرباء الميت غير ذوي الفروض وعصبة الرجل أبناء هو قرابته لأبيه.

⁷⁰ - الرحم: هي صلة تربط شخص بغيره فتجعله كأقاربه وهو ليس من أقاربه.

⁷¹ - رافد فاطمة، المرجع السابق، ص 22 و 23.

⁷² - العربي بلحاج، الوجيز في التركات والموارث في قانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 144 و 145.

عرفت م184ق أ ج الوصية كما يلي: "الوصية على أنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبوع"، فالوصية هي تملك للممتلكات وقد تكون هاتها للممتلكات منقولا أو عقارا أو حقوق شخصية، ولصحتها اشترط المشرع الجزائري شروط شكلية تتمثل في التعبير عن الإرادة تعبيرا صريحا لا غموض فيه، و لقد أجاز المشرع انعقاد الوصية بالعبرة أو الكتابة وعد مقبول الإشارة، إلا في حالة عدم القدرة على التعبير أو الكتابة وشروط موضوعية تتمثل في تحرير عقد أمام الموثق، كما يجب ألا تكون منافية لمقاصد الشريعة الإسلامية، وكذلك يجب أن لا تتجاوز ثلث التركة، كما يشترط مجموع من الشروط القانونية يجب أن تتوفر في أطراف الوصية، كان يكون الموصي أهلا للتبوع أي بالغ سن الرشد و غير مصاب بعراض من عوارض الأهلية كما يجب أن يكون الموصى له موجودا عند إبرام الوصية و ألا يكون وارثا للموصي⁷³.

3-تكريس حلول الخلف محل السلف:

يطلق مصطلح الخلف العام على الورثة أو الموصى له بالتركة أو بجزء شائع منها وتوضح المادة 108 من ق م ج أن الخلف العام وكقاعدة عامة تتصرف إليه آثار العقود التي يبرمها السلف، فيصبح الخلف دائما بالحقوق المتعلقة بالتركة التي آلت إليه والمدين بالالتزامات المتعلقة بهذه التركة مثلما كان السلف أثناء حياته، فقد ينتفعون من العقود التي أبرمها السلف كما أنهم قد يتضررون من تحملهم للالتزامات التي تنشأ عن ذلك العقد⁷⁴.

فجميع الحقوق المالية سواء كانت عينية أو معنوية أو شخصية تنتقل بالميراث، كما أن الحقوق التي للمتوفي في ذمة الغير تلحق بالتركة، كما ينتقل إلى الخلف العام الحق بأوصافه وتوابعه، فالبطلان أو القابلية للبطلان أوصاف تلحق بالعقد لان السلف لا يستطيع أن ينقل لخلفه أكثر ما كان عنده، ومثاله الحق في طلب إبطال العقد لعيب في الإرادة أو لنقص في أهليته وهو حق مكرس للسلف بما انه هو من قام بإبرامه لكن هذا الحق ينتقل إلى الخلف باعتباره حل محل السلف في العقد وأصبح طرفا فيه.

73- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، 2002 ص245 .

74- خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص66 .

فالعقود التي أبرمها السلف سواء كانت رسمية أو عرفية أو صورية ترتب حقوقاً والتزامات تنتقل إلى الخلف العام هذا ما كرس حله محل المتعاقد الأصلي، لكن هذه العقود قد تنتقل كلها أو ينتقل جزء منها إلى الخلف العام، وسنتناول فيما يلي انتقال الحقوق (أ) ثم انتقال الالتزامات (ب).

أ - انتقال الحقوق:

إن الحقوق المكتسبة من العقود التي أبرمها السلف، تنقل إلى خلفه العام عن طريقين إما بالميراث للوارث أو بالوصية للموصى له، لذلك سندرس بالنسبة للوارث (أ.1)، وبالنسبة للموصى له (أ.2).

أ.1. بالنسبة للوارث: ما اكتسبه المتوفى من حقوق جراء إبرامه عقوداً هي حقوق لورثته ودائنيه بعد وفاته وتنتقل الحقوق بالميراث، سواء كانت عينية، شخصية أو معنوية⁷⁵، والحقوق العينية تنقسم إلى حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية، كما أن الحقوق العينية الأصلية نوعان حق الملكية، والحقوق المتفرعة عنها، أما الحقوق العينية التبعية فينطوي تحتها الرهن الرسمي والرهن الحيازي وحق التخصيص وحق الامتياز، وتنتقل بالميراث كذلك الحقوق الغير مالية.

حق الملكية يخول لصاحبه سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف بشرط ألا تستعمل استعمال تحرمه القوانين والأنظمة، وهذا ما نصت عليه م 674 من ق م ج وحق الملكية ينتقل بالميراث من المورث إلى الوارث الذي له حق التصرف في الشيء الذي انتقل إليه.

ينفرد عن حق الملكية حقوق وتمثل في حق الانتفاع وحق السكن وحق الاستعمال، وهذه الحقوق المتفرعة عن حق الملكية لا تورث، لأنها تنقضي بموت صاحبها حيث تنص م 852 / 1 من ق م ج: "ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين فإن لم يحل الأجل عد مقررًا لحياة المورث، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين". لكن يمكن أن ينتقل حق الارتفاق إلى الورثة لأنه متعلق بالعقار ويعد الحق الوحيد الذي ينتقل إلى الورثة وحسب م 868 من ق م ج.

فيما يتعلق بالحقوق العينية التبعية كحق الرهن وحق التخصيص وحق الامتياز فهذه الحقوق لا تورث لأنها تنقضي بانقضاء الدين المضمون ذلك أن الدين يوزع قبل توزيع التركة على الورثة.

⁷⁵ - الحقوق التي تنتقل بالميراث قد تكون عينية وتعني أن الحق ينصب مباشرة على شيء معين يمكن الاحتجاج به على الجميع، أما الحق الشخصي هو رابطة قانونية بين شخصين يلتزم أحدهما القيام بعمل أو الامتناع عنه، أما الحق المعنوي هو اختصاص الشخص بما ينتج فكره من آثار علمية أو أدبية أو فنية اختصاص يقره القانون.

أما الحقوق الغير مالية هي حقوق شخصية محضة كحق الحضانة والولاية على النفس والنفقة وهذه الحقوق لا تنتقل إلى الورثة⁷⁶.

كما توجد حقوق لا تنتقل إلى الورثة، وهذا لاتصالها بإرادة المورث وخير مثال على ذلك خيار قبول الوصية.

كما أن هناك حقوق تنتقل إلى الوارث وهذا باتفاق الفقهاء كخيار العيب وخيار التعيين ويؤسسون، ذلك أن المشتري حين اشترى العين التي انتقلت عن طريق الميراث على أساس سلامتها من العيوب، وبالتالي إذا ظهر عيب للورثة فلم الحق في ردها إلى البائع ذلك أن خيار العيب انتقل إليهم مع الشيء المورث.

أما خيار التعيين مفاده أن السلف في حياته أبرم العقد للاستفادة من عين لوجود وصف محدد فيها فإذا انتقلت العين إلى الورثة بعد وفاة المورث ولم يتحقق الوصف المرغوب فيه للسلف فللورثة في هذه الحالة الحق في فسخ العقد، لان خيار التعيين ينتقل إلى الورثة نتيجة ارتباطهم بالمال⁷⁷.

أ.2. بالنسبة للموصى له: كقاعدة عامة ما يورث من حقوق يجوز الايضاء به، فتنقل من الوصي إلى الموصى له الحقوق العينية الأصلية كحق الملكية والحقوق المنقرعة عنها، حيث تنصم 196 ق أ ج: "الوصية بالمنفعة لمدة غير محدودة تنتهي بوفاة الموصي له وتعتبر عمري"، ويفهم من هذه المادة أنه تجوز الوصية في حق الانتفاع الذي بدوره ينتهي بوفاة الموصى له وترجع إلى صاحبها الأصلي، وهذا ما أجازة جمهور الفقهاء المسلمين، وكذلك حتى يتمكن الموصي من الايضاء بحق الاستعمال والسكن، يجب أن يكون مالك كما هو الشأن في حق الانتفاع ذلك أنهما ينقضيان بوفاة صاحبهما الأصلي.

ثانيا: انتقال الالتزامات

قد تنشأ عن العقود التي أبرمها السلف التزامات في ذمته، فتنقل إلى الورثة بعد وفاة مورثهم حقيقة أو حكما فهل للوارث التصرف في التركة قبل سداد الديون، وبالتالي سنتناول في هذا الجزء، انتقال التركة المثقلة بالديون إلى الورثة (1)، ثم نتناول حكم تصرف الوارث قبل سداد الديون (2)، وأخيرا نتناول طرق حماية دائني التركة (3).

⁷⁶ - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 35.

⁷⁷ - رافد فاطمة، المرجع، السابق، ص 47.

1-انتقال التركة المثقلة بالديون إلى الورثة:

نصت م 127 ق أ ج: " يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميتا بحكم القاضي"، كما أشرنا سابقا تنتقل التركة بحقوقها والتزاماتها إلى الورثة بمجرد وفاة المورث حقيقة أو حكما لكن الوارث لا يلتزم شخصيا بديون مورثه لأنه ليس امتداد لشخصية مورثه بل يلتزم في حدود ما آل إليه من التركة.⁷⁸

2- حكم تصرف الوارث في التركة قبل سداد الديون:

قد يتصرف الوارث في التركة قبل تصفيتها من الديون مخالفا لقاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون، اختلف الفقهاء حول صحة هذا التصرف لكن الرأي الغالب هو أنه يصح تصرف الوارث في التركة المدينة بشرط أن هذا التصرف لا يشكل ضررا على الدائنين في حالة استغراق الدين للتركة.⁷⁹

3-حماية حقوق دائني التركة:

إن الحماية الكبيرة التي يحظى بها الدائنون جراء نظام الشهر وقيد الدين في هامش شهادات الإرث، لم تترجم إلى نص في التشريع الجزائري يحمي هؤلاء الدائنين عكس المشرع الفرنسي الذي أمنح من خلال نص م 878 ق م ف للدائنين حق الفصل بين الذمتين الماليتين للوارث والمورث وبعد هذا حق امتياز يحمي حقوقهم الموجودة في ذمة المورث⁸⁰.

4-استثناءات انصراف آثار العقد إلى الخلف:

لقد أوردت م 108 من ق م ج قيودا على انتقال آثار العقد إلى الخلف العام مع بقاءه خلف للسلف، وهذا إما لطبيعة التعامل كان تكون شخصية المورث لها اعتبار شخصي في التعاقد، أو إذا نص القانون على ذلك، أو إذا اتفق السلف مع المتعاقد على عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام(أ)، وهذا طبقا لمبدأ سلطان الإرادة، كما أن هناك حالات لم تذكرها م 108 ق م ج حيث يكون فيها الخلف من الغير(ب).

⁷⁸ محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، الملكية والحقوق المتفرعة عنها، أسباب كسب الملكية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 366.

⁷⁹ حسن كبيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الاصلية، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر 1998، ص 362 الى 366.

⁸⁰ رافد فاطمة، المرجع السابق، ص 52.

أ- عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام:

تنص م 108 ق م ج: "ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبن من طبيعة التعامل، أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث". لقد حصرت هذه المادة الحالات التي لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام لكنني بقي خلفا عام وهي على ثلاثة أوجه تتمثل في طبيعة التعاقد (أ.1)، ونص القانون (أ.2) كما أضاف الفقهاء الاتفاق (أ.3) وقيده بشرط عدم مخالفته النظام العام⁸¹.

1. طبيعة التعاقد: إذا كانت طبيعة التعامل قائمة على الاعتبار الشخصي للمتعاقد أو صفة خاصة به وتعتبر عن الحرية الشخصية فطبيعة هذا الحق تآبي الانتقال إلى الخلف العام، فلحق أهمية كبيرة في العقود ذات الطابع الشخصي ذلك أن العقد يركز على صفة واضحة في المتعاقدين، والاعتبار الشخصي ينتشر كثيرا في القانون الخاص كالقانون المدني وقانون العمل والقانون التجاري.

كما أن القانون المدني لا يكاد يخلو من عنصر الاعتبار الشخصي سواء ذلك الذي يقع على الملكية أو الذي يرد على الانتفاع بالشيء أو ما يرد على العمل وهذا لارتكاز هذا العنصر على فكرتين أساسيتين: أولهما إمكانية التمييز بين شخص أو أشخاص آخرين في جماعة واحدة، وهذه التصرفات تحدد لنا الشخص المطلوب في العقد والثانية قد يكون المانع من الانتقال قانونيا أو ماديا، فإذا حصل شخص بمقتضى عقد على إيراد مرتب مدى الحياة فلا ينتقل هذا الإيراد إلى الورثة لان طبيعة الإيراد تنقضي بوفاة صاحبه⁸².

وكل عقد لوحظت فيه شخصية الملتزم فلا ينتقل إلى الورثة كما هو الشأن في عقد عمل مع فنان أو عقد مقاوله أو مع المحامي أو طبيب، فيطبق هذا الاستثناء متى كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار.

2.1. نص القانون: استثنى القانون المدني عدة عقود لا تنتقل فيها آثار العقد إلى الخلف العام وهذا المنع يكون بقوة القانون فلا يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفته وإلا اعتبر مخالفا للنظام العام ويحدث ذلك عادة في العقود التي تكون شخصيته المتعاقدة محل اعتبار⁸³.

⁸¹ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 324.

⁸² - علي علي سليمان، النظرية العام للالتزام، مصادر اللإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات

الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2003، ص 86.

كما هو الحال في عقد الوكالة حيث نصت م 586ق م ج: "تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة وتنتهي أيضا بموت الموكل، أو الوكيل كما تنتهي الوكالة أيضا بعزل الوكيل أو بعدول الموكل". وكذلك عقد الإيجار وعقد المقاولة وعقد الشركة إذا كانت شركة أشخاص فتنتهي الشركة بموت أحد شركائها حسب م 493ق م ج، وكذلك حقا لانقاع الذي ينتهي بموت المنتفع حسب نص م 852ق م ج، كما يفسخ عقد العمل بوفاة العامل.

أ.3.الاتفاق: يمكن لطرفي العقد إدراج شرط عدم انصراف آثاره إلى خلفهما العام، ويقتصر أثره عليها فقط. لكن هذا الشرط يعد جائزا في حالة عدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة⁸⁴، وخير مثال على ذلك إذا اتفق البائع والمشتري على إعفاء هذا الأخير من الإقساط المتبقية بعد موته فهذا الاتفاقية يعد مخالف للنظام العام والآداب العامة إذا تجاوزت هذه الأقساط ثلث التركة، وبالتالي لا ينفذ فيحق الورثة إلا في حدود ثلث التركة، لأنه يكيف على أن الأقساط المتبقية تعد بمثابة وصية والوصية لا تعد نافذة في حق الورثة إلا في حدود ثلث مجموع التركة وهذه القاعدة تعد من النظام العام المنبثق عن الشريعة الإسلامية وبالتالي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها⁸⁵.

ب-عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف لاعتباره من الغير:

يكون الخلف العام من الغير بالنسبة للتصرفات التي يبرمها المورث وهو في مرض الموت، وكذلك في حالة التصرف لو ارث مع الاحتفاظ بالحيازة وبحق الانتفاع، واعتبر القانون هنا الخلف العام من الغير حماية له من التصرفات الضارة التي قد تصدر من مورثه ومن هذا المنطلق لا تتصرف آثار العقد إليه.

فالمورث التصرف في جميع أمواله بعقود تبرع أو معاوضة، وحتى إن أصاب الورثة ضرر من هذا التصرف، فله أن يهب كل أمواله أو جزء منها لأحد الورثة دون غيره أو للغير حتى ولو قصد بذلك حرمان بعض الورثة من ميراثه، كل في إطار احترام للنظام العام والآداب العامة⁸⁶، كما تجدر

⁸⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية الجديدة، بيروت، لبنان، 1992، ص 734 .

⁸⁵ - على نجيدة، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة. 2005، ص 255.

⁸⁶ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 734.

الإشارة أن الحرية المطلقة التي يتمتع بها الشخص وهو على قيد الحياة في التصرف في أمواله قد قيدها القانون في حالة ما إذا كان هذا التصرف مضافا إلى ما بعد الموت كالوصية⁸⁷.

حيث اعتبر المشرع الجزائري الورثة من الغير حماية لحقوقهم من تصرفات مورثهم الضارة وهي إذا زادت الوصية عن ثلث التركة لا تعد نافذة في حقهم إلا إذا أجازوها وهذا ما نصت عليه م185ق أ ج: " تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة"⁸⁸.

وفي حالة التصرف المورث في مرض الموت نصت م776 ق م ج: " كل تصرف قانوني يصدر عن الشخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أي اكانت التسمية التي تعطيل هذا التصرف".

نستنتج من النص السابق أن كل التصرفات التي يبرمها المورث وهو في مرض الموت تعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت تأخذ حكم الوصية أي اكانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف، فالمشرع قصد منذ لك حماية الورثة من الآثار التي تنجم من التصرفات التي يصدرها مورثهم في مرض، ولهم الأخذ بكل طرق الإثبات لتبيان أن التصرف الصادر من مورثهم، قد صدر في مرض الموت. فاذا تم إثباتهم ذلك التصرف كيف أنه تبرع مضاف إلى ما بعد الموت، وبالتالي تنطبق عليه أحكام الوصية والتي سبق وأن شرحناها في النقاط السابقة، كما لا يمكن أن يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابت⁸⁹.

لكن في حالة أن تصرف المورث 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، وبالتالي يكون قابلا للإبطال. حيث نصت م408 ق م ج: " 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 اجل ذلك يكون قابلا للإبطال".

⁸⁷ - ابو السعود رمضان، همام محمود زهران، النظرية العامة للقاعدة القانونية، دار المطبوعات الجامعية 2006، ص489.

⁸⁸ - رمضان ابو السعود رمضان، همام محمود زهران، نفس المرجع، ص 489.

⁸⁹ - تقيّة محمد بن أحمد، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري، مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشعار التربوية، 2003، ص124 و125.

3- التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة وبحق الانتفاع بالعين:

قد يتصرف المورث في عين معينة لأحد ورثته لكنه يحتفظ في حياته بحيازتها وبحق الانتفاع، هذا التصرف نص عليه المشرع في م 777 ق م ج: "يعتبر التصرف وصية وتجرى عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته مالم يكن هناك دليل يخالف ذلك"، من خلال هذا النص اعتبر المشرع الجزائري هذا التصرف مضافا لما بعد الموت ويدخل في حكم الوصية.

ثالثا: الخلف الخاص

إذا نشأت علاقة قانونية ذات طابع إرادي تعاقدية فإنها تؤدي إلى انتقال الحقوق الناتجة عنها إلى الخلف الخاص، وبما أن العقد شريعة المتعاقدين فلهم أن يتحكموا بنتائج العقد، فالإرادة هي التي تنشأ العقود وتحدد شروطها ومجالها ومنفعتها ولا شك أن هذه المنفعة الخاصة يمكنهم تحديد ماهيتها وحدودها كما يرغبون، ولا تنقيد آثار هذه العقود إلا بشرط عدم تعارضها مع النظام العام والآداب العامة⁹⁰، وبالتالي الخلافة الخاصة للحق لا تؤدي إلى إنشاء حق جديد لم يكن موجودا في ذمة السلف وإنما هي انتقال لحق كان موجودا أصلا في ذمة السلف، وتنتقل ملكية الشيء أو الحق العيني أو الشخصي بعقد قد يكون ملزم لجانبين كعقد البيع أو بموجب عقد ملزم لجانب واحد كعقد الهبة⁹¹، وتنتقل كذلك بنص القانون كالحلول وحوالة الحق وحوالة الدين، ورغم أن للإرادة الدور الأول في انتقال الحقوق العينية والالتزامات الشخصية وكذلك توابع وملحقات وأوصاف هذه الحقوق و الالتزامات من السلف إلى الخلف الخاص، فإن هذا الانتقال محاط بجملة من الشروط، ضف إلى ذلك وحتى يتحقق الوصف الكامل للانتقال المصاحب للحق الأصيل كأثر للعقد، يجب أن يصحبه انتقال حقوق والالتزامات الأصيل، فالحقوق المكتملة تتمثل في الحقوق العينية التي تترتب لمصلحة الشيء، كحق الارتفاق أو حقوق شخصية التي تترتب تأمينيا لمحل الاستخلاف، كان يكون تأمينيا عينيا أو شخصيا، كما أن الالتزامات المحددة للحق الأصيل تتمثل في التزام السلف بغل يده عن استعمال بعض حقوقه كمالك كصاحب متجر يلتزم بالامتناع عن مباشرة التجارة في جهة معينة، ومنه سنتناول في هذا المطلب مفهوم الخلف الخاص (1) ثم عناصر الخلافة (2)، ثم طرق انتقال الخلافة (3) ثم نتناول شروط انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص (4).

⁹⁰ - رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 29.

⁹¹ - رضا متولي وهدان، المرجع نفسه، ص 72.

1- تعريف الخلف الخاص:

سنتناول فيما يلي التعريف اللغوي للخلف الخاص (أ)، والتعريف الفقهي (ب)، ثم موقف المشرع الجزائري (ج).

أ- التعريف اللغوي:

بالتحريك والسكون كل من يجيء بعد من مضى، إلا أنه بالتحريك في الخير وبالتسكين في الخلف صدق وخلف سوء ومعنا هما جميعا القرن من الناس⁹².

كما تعني كلمة خاص جعل شيء ما خاص بشيء على سبيل الانفراد به، وعليه الخلف الخاص هو من ينفرد بشيء انتقل إليه من شخص آخر على وجه الخصوص⁹³.

ب- التعريف الفقهي:

عرفه الدكتور **علي فيلاي**: "الشخص الذي يخلف غيره ف يشيء معين انتقل إليه وقد يتمثل هذا الشيء في حق عيني، كحق الملكية أو حق شخصي أو حق الرهن، وقد يكون الشيء ماديا أو غير مادي، هذا وتتميز وضعية الخلف الخاص عن الوضعية التي يرتبها الحق الشخصي، ويكون هذا الأخير يقتصر على تقرير حق في ذمة المدين لصالح الدائن، فهو ينشئ علاقة قانونية تربط الدائن بالمدين بينما تتعدى وضعية الخلف الخاص هذه العلاقة الشخصية، فتتناول انتقال الشيء وما يترتب عليه، و للمشتري حق شخصي على البائع باعتباره دائنا بنقل ملكية المبيع وهذه علاقة بين البائع والمشتري و هو في نفسا لوقت خلف خاص له فيما يتعلق بحق ملكية المبيع الذي تلقاه فتكون العبرة إذن بانتقال المبيع و ما يترتب عليه في مواجهة كافة الناس⁹⁴".

وعرفه **الدكتور العربي بلحاج**: " الغير يتلقى من السلف حقا معيناً كان قائماً في ذمته سواء أكان هذا الحق عينياً أو شخصياً أو يرد على شيء غير مادي، فالمشتري يخلف البائع في المبيع و الموصى له بعين في التركة يخلف فيها الموصي والمنفع يخلف المالك في حق الانتفاع والموهوب له بمال معين يخلف الواهب في هذا المال"⁹⁵.

⁹² - ابن الأثير، المرجع السابق، ص 279.

⁹³ - رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 27.

⁹⁴ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 327.

⁹⁵ - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 209.

وبهذا تعددت تعاريف الخلف الخاص من طرف الفقهاء، ومعظمها اتفقت على أنه انتقال الحقوق المترتبة عن العقد الذي تم إبرامه بين السلف والخلف، لكنهم اختلفوا حول انتقال الالتزامات الشخصية فمنهم من يرى بوجوب انتقالها ومنهم من يرى أنها إذا انتقلت إلى الخلف الخاص لا يعتبر خلفا خاصا.

والمشرع الجزائري لم يتطرق الى تعريف الخلف الخاص ولكنه بين العناصر التي يجب توفرها لانتقال الحقوق والالتزامات في نص م109 ق م ج : " إذا أنشأ العقد التزامات، وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فان 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".

وبهذا الخلف الخاص هو كل من انتقلت إليه ملكية شيء سواء كان مادي أو غير مادي، كما قد يكون حقا عينيا كحق الملكية، كالمشتري الذي يخلف البائع في ملكية الشيء المبيع والموصى له يخلف الموصي، والموهوب له يخلف الواهب، والمنتفع يخلف من تلقى منه حق الانتفاع، كما أنه كل من يتقرر له حقا لارتفاق وحق الرهن يعتبر خلفا خاصا لمالك الشيء الذي تقرر عليه الحق، كما قد يخلف الخلف الخاص سلفه في حق شخصي كالحالة فيعتبر المحال إليه خلفا خاص يخلف المحيل في حق شخصي هو المحال به⁹⁶.

والحقوق المنصوص عليها قد تكون حقوق عينية وهو الغالب، وقد تكون حقوق شخصية، وهي ذات صلة بمحل الاستخلاف فقد تكون مكملة للشيء أي من توابعه، كما قد تعتبر من مستلزمات الشيء إذا كانت محددة له ويجب أن تنتقل معه لان السلف لا يستطيع ان ينقل إلى الخلف أكثر مما يملك⁹⁷

2- طرق انتقال الحقوق والالتزامات إلى الخلف الخاص:

طرق انتقال الحقوق والالتزامات تكون إما عن طريق العقد (أ) أو عن طريق القانون (ب).

أ-العقد:

تعتبر العقود من أهم طرق انتقال الحقوق والالتزامات ، حيث نصت م54 ق م ج: "العقد اتفاق يلزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخريين نحو شخص أو عدة أشخاص آخريين بمنح أو فعل أو

⁹⁶ - أنور طلبه، المرجع السابق، ص 8 .

⁹⁷ - رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 75.

عدم فعل شيء ما"، فلأفراد الحرية التامة في إبرام العقود بشرط أن تكون مشروعة وغير مخالفة للنظام العام والآداب العامة، وإلا كانت هذه العقود باطلة، وتنقسم العقود إلى عقود ملزمة لجانبين كعقد البيع وعقود ملزمة لجانب واحد كعقد الهبة، فعقد البيع يرتب التزام على عاتق البائع ينتقل إلى المشتري الذي هو بمثابة الخلف الخاص ومثال الالتزام ضمان عدم التعرض والاستحقاق، وتنتقل هذه الالتزامات إلى الخلف الخاص، ويعتبر من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق البائع فيمتنع عن التعرض الشخصي للمشتري سواء كان التعرض ماديا أو قانونيا، ويلتزم بضمان عدم التعرض الصادر من الغير، بشرط أن يكون قانونيا وحالا و أن يكون الحق الذي يدعيه الغير سابق على البيع، ونص المشرع الجزائري على عدم التعرض في المبيع لتمكين المشتري من حيازته والانتفاع انتفاعا هادئا حيث نصت م 378 ق م ج: "يبقى البائع مسؤولا عن كل نزع يد ينشا عن فعله ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك، وإذا كان نزع اليد عن المبيع من فعل الغير فإن البائع يبقى مطالبا قبل المشتري برد قيمة المبيع وقت نزع اليد إلا إذا اثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب نزع اليد، أو انه اشترى تحت مسؤوليته".

كذلك ضمان العيوب الخفية تنتقل إلى الخلف الخاص وهذا حماية له من تضرر مصالحه، ويشمل كل عقد ناقل للملكية أو منفعة وحدد المشرع شروط العيب الموجب للضمان في المادة 379 ق.م.ج وهي أن يكون العيب قديما، أي ليس فقط أن يكون الهلاك كلي أو جزئي بل قد يكون المبيع سليما، ولكن لا يتوفر على الصفة التي يقصدها المشتري، كما يجب أن يكون العيب خفيا فيكون العيب خفيا لعدم تواجد فيه صفة توخاها المشتري فيه، فإذا أقدم المشتري على شراء شيء لصفة فيه يكفل البائع وجودها، ويكفي قصد المشتري على أن هذا الشيء ذو نوعية جيدة وبعدها اكتشف أنه صناعة مقلدة فيلزم هنا البائع بالضمان، و يشترط أن يكون العيب مؤثرا لدرجة أنه ينقص من قيمة المبيع أو الانتفاع به، ودعوى ضمان العيوب الخفية تنتقل من مشتري لآخر كما تنتقل آثار العقد من السلف إلى الخلف⁹⁸.

ب - القانون:

تنتقل آثار العقد من السلف الى الخلف الخاص عن طريق القانون، وتتمثل في حوالة الحق، وحوالة الدين.

⁹⁸ - حسين بن شيخ آث موليا، المرجع السابق، ص 380 الى 385.

حوالة الحق هي اتفاق بين الدائن وشخص من الغير على أن يحول له حقه الذي هو في ذمة المدين فيصبح الغير دائنا مكانه في ذات الحق وبكافة مقوماته وخصائصه، وسمى الدائن الأصلي بالمحيل والدائن الجديد بالمحال له، والمدين بالمحيل عليه، ويشترط أن يكون الحق قابلا للتحويل من شخص إلى آخر سواء كان هذا الحق بمنح أو فعل شيء ما، وتسنثني م 239 ق م ج يجوز للدائن أن يحول حقه الى شخص آخر إلا إذا منع ذلك بنص القانون، أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين⁹⁹.

حوالة الدين هي اتفاق المدين مع شخص آخر على أن يتحمل عنه الدين الذي في ذمته الدائن وهذا ما نصت عليه م 251 ق م ج : " تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين"، فالمدين الجديد هو الذي ينفذ الالتزام لذلك اشترط المشرع قبول الدائن ذلك أن شخصية المدين الجديد لها أهميتها اتجاه الدائن يمكن للدائن رفض تغييره.

3- شروط انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص

لقد أدرج المشرع الجزائري في م 109 ق م ج شرطين يستلزم توفرهما لانتقال آثار العقد إلى الخلف الخاص، تتمثل في انتقال الشيء ومستلزماته المتصلة به إلى الخلف الخاص (أ)، أن يكون تاريخ العقد سابقا على انتقال الشيء إلى الخلف الخاص (ب)، ويشترط كذلك علمه بهذه الحقوق والالتزامات وقت انتقالها(ج).

أ- انتقال الشيء ومستلزماته إلى الخلف الخاص:

لينتقل الحق من السلف إلى الخلف وتنتقل معه مستلزماته لا بد أن يكون هذا الحق ثابت في ذمة السلف قبل الاتفاق على الانتقال، وان تكون الحقوق والالتزامات متصلة بالحق المستخلف على نحو لا يمكن الفصل بينهما.

فلا بد أن يكون الحق موضوع الخلافة موجودا وقائما في حوزة السلف ، أي يدخل ضمن ذمته المالية قبل أن ينتقل إلى الخلف الخاص، سواء كان حق ملكية أو الحقوق المتفرعة عنها أو حق عيني، وبالتالي لا تنتقل إليه العقود التي يبرمها السلف وليس لها علاقة بالشيء المستخلف فيه وهذا ينطبق على الحقوق العينية والشخصية، أما في حالة ما سبق انتقال الشيء على وجود المستلزمات فلا يحتج بها على الخلف الخاص، كما يجب أن يكون للتصرف تاريخ ثابت حتى يتمكن من إثبات

⁹⁹ -محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 326 و327.

أسبقية التصرف، ذلك أن الخلف الخاص له ان يتمسك بعدم سريان التصرف في حقه ويحق له الاحتجاج بعدم ثبوت التاريخ مادام هذا الإثبات لصالحه .وتجدر الإشارة إلا أنه إذا علم الخلف أن سلفه قد أبرم العقد المتعلق بالمال الذي انتقل إليه، فإن هذا العقد يسري في حقه دون حاجة لاشتراط ثبوت تاريخه، ذلك لأن العلم من جانب الخلف الخاص يقوم مقام ثبوت التاريخ¹⁰⁰.

أما بالنسبة للعقود العرفية لا تعتبر حجة على الغير إلا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت حسبم 328 ق م ج: " لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابتاً ابتداء من يوم تسجيله أو من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام، أو من يوم التأشير عليه على يد ضابط مختص من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء غير انه يجوز للقاضي تبعاً للظروف رفض تطبيق هذه الأحكام فيما يتعلق بالمخالصة"¹⁰¹.

نصت م 109 ق م ج : "فان هذه الالتزامات والحقوق تنتقل الى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته....". ومن هنا لا ينصرف الحق أو الالتزام الذي يرتبه عقد أبرمه السلف إلى الخلف الخاص إلا إذا كان من مستلزمات الشيء، حيث حددت هذه المادة أن الحقوق والالتزامات التي تنتقل مع الشيء المستخلف تكون من مستلزمات الشيء أو ما يسميه بعض الفقهاء الحقوق المكملة والتابعة والالتزامات المحددة، فتكون مرتبطة بالحق ومتصلة به لدرجة أنها وجدت لتحفظه وتقويه وتدرأ عنه الضرر، وبهذا سوف ندرس الحقوق (أ-1)، ثم الالتزامات (أ-2).

أ.1. الحقوق:

الحق الذي ينتقل مع الشيء المستخلف يجب أن يكون مكملًا له ويعتبر كذلك إذا كان من غير المتصور وجوده مستقلاً عنه، مثال ذلك الحق في عدم التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية، حيث لا يمكن تواجد هذا الحق بدون وجود الشيء المضمون، أما إذا أمكن فصل الحق عن الشيء فلا يعتبر مستلزماته وبالتالي لا يكون مكملًا له.

تنتقل الحقوق العينية المتمثلة في الحقوق الأصلية كحق الملكية التي تخول لصاحبها سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف، وكذلك الحقوق المتفرعة عنها كحق السكن والانتفاع والارتفاق، وتنتقل كذلك الحقوق العينية التبعية كحق الرهن وحق التخصيص والامتياز.

¹⁰⁰ - خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 125، 124.

¹⁰¹ - رافد فاطمة، المرجع السابق، ص 99، 98.

كذلك تنتقل الحقوق الشخصية من السلف إلى الخلف مصاحبة وملتصقة بالشيء المستخلف وهي في مجملها تحمي الشيء محل الاستخلاف كدعوى التعرض والاستحقاق ودعوى ضمان العيوب الخفية.

واعتبر المشرع الجزائري أن عقد التأمين من توابع الحق وملحقاته حيث ينتقل عقد التأمين مع الشيء المؤمن عليه من السلف إلى الخلف الخاص، وفي مقابل ذلك يكون الخلف الخاص ملزماً بدفع الأقساط اللاحقة، كما يعتبر دفعه لأقساط التأمين قبولا ضمنيا لاستمرار عقد التأمين من كلا الطرفين الخلف الخاص وشركة التأمين، حيث نصت م24 من قانون التأمين: "إذا انتقلت ملكية الشيء المؤمن عليه إثر وفاة أو تصرف يستمر التأمين لفائدة الوارث أو المشتري بشرط أن يستوفي جميع الالتزامات المنصوص عليها في العقد ويتعين على المتصرف أو الوارث أو المشتري أن يصرح للمؤمن بنقل الملكية".

قد تنتقل جميع الحقوق من السلف إلى الخلف الخاص لأنها تعتبر من مستلزمات الشيء، إلا أنه تستثنى بعض الحقوق من هذا الانتقال حتى وإن كانت من مستلزمات الشيء، وهذا في حالة ما إذا نص القانون على ذلك أو في حالة اتفاق الطرفين أو نظرا لطبيعة هذا الحق التي لا تقبل الانتقال¹⁰².

أ.2. الالتزامات:

نصت م469 مكرر 3 ق م ج: "إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة إراديا أو جبرا يكون الإيجار نافذا في حق من انتقلت إليه الملكية".

الالتزام يعتبر من مستلزمات الشيء إذا كانت تحد من سلطان المالك على الشيء وتقييد استعماله حيث لا يستطيع غير المالك تنفيذها، ومثال ذلك الارتفاقات العينية التي ترتبت على الشيء إذا كانت قد تم شهرها في المحافظة العقارية طبقا لما يقتضيه القانون، كما لو كان السلف رتب على الشيء المنقول إلى الخلف بمقتضى عقد حق ارتفاق على العين فان هذه العين تنتقل مثقلة بهذا الحق.

الالتزام قد يقيد من استعمال ملكية العين، كما لو التزم السلف بعقد مفاده ألا يستعمل منزله الذي يملكه في حي للسكنى في نشاط تجاري فهذا الالتزام ينتقل إلى كل من يشتري المنزل، وكذلك هناك

¹⁰² - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 121.

التزامات تغل يد السلف في استعمال بعض حقوقه كالتزام صاحب متجر بامتتاعه عن مباشرة التجارة في جهة معينة وبالتالي هذا الالتزام ينتقل إلى خلفه الخاص¹⁰³.

ومن هنا كل هذه الالتزامات سواء كانت تحد من سلطان المالك، أو تغل يده في استعمال لبعض من حقوقه، فهنا نجد هذا الالتزام يعد تابعا للشيء لأنه يحد من هو يتقرر بالنظر إليه ولا يمكن تنفيذه عينا إلا من مالكة، لذلك فهو يعد من مستلزماته وينتقل معه إلى الخلف، ولكن لا تنتقل الالتزامات التي لاتحد من الشيء مثل التزام مالك الأرض الزراعية بري أرض جاره عن طريق الآلات التي يستأجرها منه.

كما تجدر الإشارة أنه لا يمكن انتقال الالتزامات ذات الاعتبار الشخصية كالتزام المحامي بالدفاع عن بعض المتهمين فلا ينتقل هذا الالتزام إلى مشتري المكتب¹⁰⁴، وبما أن الحقوق والالتزامات هي مستلزمات الشيء المستخلف فيه أي من توابعه المكملة والمحددة له، فإذا كان العقد المبرم ملزم لجانبين يرتب حقوق والتزامات متبادلة لطرفيه يصعب الفصل بينها في هذه الحالة تكون الحقوق الناشئة عن العقد من مستلزمات الشيء فان الالتزامات المقابلة لها تكون من مستلزماته أيضا¹⁰⁵.

ب- أن يكون تاريخ العقد سابقا على انتقال الشيء الى الخلف الخاص:

فإذا تم انتقال الشيء بعد إبرام العقد لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف الخاص ومثاله إذا باع شخص منزله وكان قد أبرم عقد تأمين ضد السرقة في هذه الحالة ينتقل المنزل إلى المشتري بحق التأمين وبهذا تنتقل الحقوق والالتزامات التي أنشأها العقد إلى المشتري. أما في حالة إبرام عقد التأمين بعد بيع المنزل فلا يلزم الخلف الخاص الآثار المترتبة عن العقد وهذا لعدم وجود هذه الحقوق والالتزامات وقت انتقال الحق المستخلف فيه. وهذه الأسبقية تتحقق قانونيا إذا كان للعقد تاريخ ثابت قبل انتقال الحق إلى الخلف الخاص، أما في حالة عدم وجود تاريخ ثابت من حق الخلف الخاص الدفع بعدم نفاذ هذا التصرف، كما انه إذا علم الخلف الخاص أن السلف قد ابرم العقد على المال الذي انتقل إليه فهذا العقد يسري في حقه دون الحاجة لإثبات تاريخ العقد وهذا لان علم الخلف الخاص يقوم مقام ثبوت التاريخ.

¹⁰³ - رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 43.

¹⁰⁴ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 292.

¹⁰⁵ - العدوي جلال علي، أصول التزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 1997، ص 243.

ج- علم الخلف الخاص:

يتمثل هذا الشرط في ضرورة علم الخلف الخاص بالحقوق والالتزامات وقت انتقال الشيء إليه، ولا بد أن يكون هذا العلم يقينياً فلا يكفي مجرد افتراض العلم بها أو استطاعته العلم بها، لأنها تعتبر السبب الأساسي لإبرام العقد أو عدم إبرامه كذلك يجب أن يكون العلم وقت انتقال الشيء المستخلف فيه¹⁰⁶.

حتى يعتبر العلم يقينياً يجب شهر التصرفات المتعلقة بالحقوق العينية، فلا يستطيع الغير إلزام الخلف الخاص بالالتزامات المترتبة عن العقد، إلا إذا أثبت علم الخلف بها وقت تلقيه الشيء من السلف، كما للخلف الخاص المطالبة بالالتزامات الناشئة عن العقد المبرم مع سلفه حتى ولو لم يكن يعلم بها علم اليقين، وللخلف مصلحة جدية في معرفة القيود الواردة على المال الذي ينتقل إليه حتى يكون على بينة من أمره¹⁰⁷.

واشترط الحقوق ليس مهما بالنسبة للخلف الخاص لأنه يزيد من قيمة المال، إلا أنه من الممكن المطالبة بهذه الحقوق حتى ولو لم يعلم بها علماً يقينياً، إلا أن الالتزامات لا بد أن يعلم بها لأنها تعد السبب الرئيسي لإبرام العقد أو الامتناع عن إبرامه فان كان الحق يرتبط بالالتزام مقابل له وطالب الخلف بالحق فان للطرف الآخر في العقد أن يتمسك بالالتزام المقابل لهذا الحق ولو لم يكن عالماً به وقت انتقال الشيء إليه، ويكون ذلك في صورة دفع بعدم تنفيذ التزامه أو يطلب فسخ العقد لعدم تنفيذ الالتزام الذي انتقل إليه.

كما يمكن للخلف الخاص والسلف الاتفاق على تحمل الالتزامات واكتساب الحقوق حتى وان لم يعلم بها أو كانت ليست من مستلزمات الشيء المنتقل¹⁰⁸.

¹⁰⁶ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 613 - رافد فاطمة، المرجع السابق، ص 112.

¹⁰⁷ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 288.

¹⁰⁸ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 327.

المطلب الثاني: انصراف آثار العقد إلى الدائنين العاديين والغير

طبقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد والتي هي ترجمة لمبدأ سلطان الإرادة والتي تعني أن أطراف العقد ملزمون ببنيه وكأنه قانونهما، وبالتالي فهو أداة تعبير عن الإرادة لا يلزم سوى أصحابها ولا ينعف ولا يضر إلا عاقديه أو من ينوب عنهما أو خلفائهما، ومنه نصت م 106 ق م ج العقد شريعة المتعاقدين لأنه و كأصل عام نسبي في أثره من حيث الموضوع ومن حيث الأشخاص، لكن لا يمكن التغاضي عن حتمية أن العقد يعد تصرف قانوني بالنسبة لطرفيه وهو كذلك واقعة مادية بالنسبة للغير، و التي ينبثق عنها استثناء وهو إمكانية انصراف آثاره إلى غير المتعاقدين ، الذي لم يكن طرفا في العقد ولا خلفا عاما أو خاصا للمتعاقدين، حتى وإن كان الخلف العام والخاص يعتبران في

بعض الأحيان من الغير، ونصت م 113 ق م ج: " لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا"، فهذه المادة أجازت انتقال الحقوق للغير الذي لم يشارك في إبرام العقد.

وبهذا فقد قد تمتد آثار العقد إلى الدائن الذي يعد أجنبيا عن العقود التي يبرمها مضمنا بما أن له حق الضمان العام على مجموع أموال المدين الحالية والمستقبلية، حيث نصت م 188 ق م ج : أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه "، فقد تتصرف إليه آثار العقود التي يبرمها مدينه الذي قد يقوم بتصرفات قانونية تؤدي إلى إدخال أموال جديدة إلى ذمته المالية فهنا يستفيد الدائن بزيادة الضمان العام ، أو يقوم بإخراج أموال من الضمان العام يؤدي إلى الإنقاص من الضمان العام الذي يضر المدين، وبالتالي الدائن يتأثر بطريق غير مباشر بتصرفات المدين التي ليس بوسعه أن يتجاهلها لأنه قد يحتج بها عليه وكذلك له أن يحتج بها.

كما يمكن لطرفي العقد تحميل طرف أجنبي عن هذا العقد التزامات، لكن بالمقابل يمكن لهما أن يكسباه حقا وهذا بواسطة الاشتراط لمصلحة الغير، كما يمكن أن تنشأ التزامات على عاتق الغير الذي لم يكن طرفا في العقد ولا خلفا عاما ولا خاصا أي يكون أجنبيا عن عقد أبرم دون مشاركته وهذا ما يسمى بالتعهد عن الغير، ومن خلال كل ما تقدم سنتناول انصراف أثر العقد إلى الدائنين العاديين (الفرع الأول)، ثم انصراف أثر العقد بالنسبة للغير (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الدائنين العاديين

كمبدأ ثابت تتصرف آثار العقد إلى المتعاقدين وإلى خلفها العام والخاص، لكن قد تمتد آثار العقد لتشمل أجنب عن العقد، فيمتد نطاق العقد ليشمل الدائنين. حيث تنص م 188 ق م ج : "أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه" ، فإن للدائنين العاديين الضمان العام على أموال المدين مما يجعلهم تتأثرون بالعقود التي يبرمها مدينهم، وفي هذا الصدد أثير خلاف فقهي فيما يخص تحديد الطائفة التي ينتمي إليها الدائنون العاديون فبعض الفقهاء صنفهم ضمن طائفة الخلف العام والبعض الآخر يعتبرهم خلفا خاصا، ومن منهم من صنفهم من الغير، فيما يلي سنتعرض لكل هذه الآراء الفقهية(أولا)، ثم نتناول موقف المشرع الجزائري(ثانيا).

أولا: آراء الفقهاء حول الطائفة التي ينتمي إليها الدائنون

انقسم الفقهاء إلى ثلاثة اتجاهات فيما يخص تحديد الطائفة التي ينتمي إليها الدائنون العاديون من حيث انصراف آثار العقد، فمنهم من صنفهم ضمن الخلف العام (1)، ومنهم من صنفهم من الخلف الخاص (2)، ومنهم من صنفهم من الغير (3).

1- باعتبارهم خلفا عاما:

يرى هذا الاتجاه أن الدائنين العاديين ينتمون إلى فئة الخلف العام لأن الخلف العام هو من يخلف الشخص في ذمته المالية عن طريق الميراث أو الوصية، ويعني انتقال الذمة المالية انتقال الحقوق والالتزامات¹⁰⁹، والدائن العادي له حق الضمان العام على أموال المدين الحالية والمستقبلية، وبالتالي يتأثر بطريق غير مباشر بتصرفات المدين التي من شأنها أن تنقص من الضمان العام، كأن يقوم المدين بتصرف قانوني يخرج على أثره أموال من ذمته، فهذا التصرف يؤدي إلى الإنقاص من الضمان العام، أو قد يقوم بتصرف من شأنها الزيادة من الضمان العام فكذا في هذا الحال يتأثر المدين بطريقة إيجابية وهذا بزيادة في الضمان العام، وكما يتأثر المدين بتصرفات الدائن يتأثر كذلك الخلف العام بالعقود التي يبرمها سلفه¹¹⁰.

كما أن الخلف العام لا يسأل من أمواله الخاصة في التزامات خلفتها عقود أبرمها السلف لأنها تبقى في التركة فتخصم كجزء منها أو تستوفى كلها، وهذا قبل تقديمها للورثة طبقا لقاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون، وبالتالي إذا كانت هذه الالتزامات تبقى في التركة ولا تتعدها إلى أموال الخلف الخاصة فهنا لا تؤثر بطريق مباشر على الخلف العام، لكن الخلف يتأثر بطريقة غير مباشرة من هذه

¹⁰⁹-Ali BENCHENEB: op, cite ,1982, p 99.

¹¹⁰- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص249.

الالتزامات ذلك أنها تؤثر في مقدار الحقوق التي آلت إليه، وأما في حالة استغراقها كل التركة فلن يبقى له شيء، وهذا ما ينطبق على الدائنين العاديين فهم يتأثرون بالعقود التي يبرمها المدين والتي من شأنها الإنقاص أو الزيادة في ذمته المالية التي تشكل الضمان العام للدائنين¹¹¹.

2- انصراف آثار العقد إلى الدائنين العاديين باعتبارهم خلفا خاصا:

ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى إلحاق الدائنين العاديين بالخلف الخاص و بالتالي تنصرف آثار العقود التي يبرمها مدينهم ، والخلف الخاص هو من يتلقى من السلف حقا معين اكان قائما في ذمته سواء كان هذا الحق عينيا أم شخصيا أو معنويا ، و حجتهم في ذلك أن الدائن العادي له حق مستحق الدفع فورا، حيث أنه لا ينتظر وفاة المدين وهذا ما ينطبق على وضعية الخلف الخاص لأن حقوقه ثابتة ومستحقة الوفاء ولا ينتظر هو الآخر وفاة السلف، ومن هنا يختلف الدائنون العاديون عن الخلف العام ذلك الخلف العام لا تؤول إليهم آثار العقود إلا بعد موت سلفهم.

فرغم الحجج المقدمة من طرف هذا الاتجاه إلا انه وكما درسنا سابقا فإن الدائنين العاديين لهم حق الضمان العام على كل أموال المدين الحالية والمستقبلية، أما الخلف الخاص فلا يتمتع بهذه الخاصية.

3- انصراف آثار العقد إلى الدائنين العاديين باعتبارهم من الغير:

لقد صنف بعض الفقهاء ومن بينهم" ويل " و " السنهوري" فئة الدائنين العاديين في خانة الغير لأنه لا يمكن اعتبار الدائن العادي لا خلفا عاما ولا خلفا خاصا¹¹²، فلا يعتبر خلفا عاما لان الدائن لا يخلف المدين في الحقوق والالتزامات التي رتبها العقد، كما أن المدين لا يتلقى من المدين كل ذمته المالية أو جزء منها ، صف إلى ذلك أنه بعد وفاة المدين نجد أن الدائن يتقدم على الخلف العام ويستوفى حقه من التركة قبل توزيعها على الورثة، و لا يؤول منها إلى الخلف العام إلا ما تبقى منها بعد استيفاء الدائنين حقه منها و كذلك يرى هذا الاتجاه أن الدائنين العاديين ليسوا من طائفة الخلف الخاص، لأن الخلف الخاص يتلقى حقا معيناً كان قائماً في ذمة السلف، بينما الدائن له حق شخصي يخول له حق الضمان على جميع أموال المدين، وبما أن الخلف الخاص لا يتمتع بهذه الصفة فلا

¹¹¹-مصطفى محمد الجمال مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر 1999، ص249 و 250.

¹¹²- علي فيلاي، المرجع السابق، ص410.

يمكن اعتبار الدائن خلفا خاصا. ومن هذا فالدائن ليس بخلف عام وليس بخلف خاص بل ينتمي إلى طائفة الغير بالنسبة لتصرفات مدينه¹¹³.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

وموقف المشرع الجزائري جاء واضحا في هذا الشأن حيث نصت م 191 ق م ج : " لكل دائن حل دينه وصدر من مدينه تصرف ضار بأن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه ، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عسر المدين أو الزيادة فيعسر" ، يتبين من هذه المادة أن دعوى عدم النفاذ هي دعوى مقررة لصالح الغير و هذا يعني أن المشرع الجزائري اعتبر الدائن العادي كالغير، ذلك أن الدائن العادي يتأثر بالعقد الذي يبرمه المدين، لأن القاعدة التي نصت عليها م 188 ق م ج أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، ويتقرر هذا الضمان للدائن على أموال مدينه، حتى ولو كان العقد الذي أبرمه المدين لن تتصرف آثاره إطلاقا إلى الدائن، فلا تتصرف إليه الحقوق الناجمة عنه ولا يتحمل التزاماته، ولكن قد يتأثر بطريقة غير مباشرة إذا كان هذا العقد من شأنه الإنقاص أو الزيادة في الضمان العام¹¹⁴.

فبالرغم من أن الدائن له حق في ذمة المدين إلا أنه لا يمكنه مناقشته في تصرفاته، إلا أن القانون منح له وسائل قانونية تكفل له الحماية من التصرفات الضارة التي يتأثر بها بطريقة غير مباشرة وتضمن حقه من الضمان العام، وتتمثل هذه الوسائل القانونية في ثلاث دعاوى هي الدعوى الغير المباشرة، الدعوى البولصية والدعوى الصورية.

الفرع الثاني: انصراف أثر العقد بالنسبة للغير

إذا كانت قاعدة نسبية آثار العقد تعني أن الغير لا يتحمل التزامات ولا يتلقى حقوقا من عقد لم يكن طرفا فيه، فإن المشرع الجزائري نص في م 113 ق م ج : " لا يرتب العقد التزام افي ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا"، ومن خلال الشق الأول من هذه المادة يتضح أنه لا يجوز أن يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، وهذا ما سنتناوله من خلال نظرية التعهد عن الغير (أولا)، لكن هذه المادة في شقها الثاني وضحت قاعدة نسبية آثار العقد تقبل الاستثناء في الشق الايجابي المتعلق بالحقوق دون شقها السلبي، إذن في هذه الحالة فالغير له أن يكتسب حقا من العقد ويكون ذلك عن

¹¹³ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص294.

¹¹⁴ - رمضان أبو السعود، همام محمود زهران، المرجع السابق، ص793 و794.

طريق الاشتراط لمصلحة الغير وهذا ما سنتناوله في (ثانياً)، والدعوى المباشرة التي يحصل من خلالها الغير على حق مباشر من عقد لم يكن طرفاً فيه (ثالثاً).

أولاً: التعهد عن الغير

قد يتحمل الغير التزامات ناشئة عن عقد ما بالرغم من أنه لم يشارك في إبرامه حيث نصت م 114 ق م ج: "إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهدده، فإن رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به.

أما إذا قبل الغير هذا التعهد، فإن قبوله لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره، مالم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد".

بالتالي اعتبر التعهد عن الغير استثناء عن مبدأ نسبية الأثر النسبي للعقد لكن بالتعمن في الأمر نجده تكريس لهذا المبدأ، ذلك أنه كلما كان انصراف آثار العقد إلى الغير معلقاً على موافقة كان ذلك بمثابة تطبيق للقاعدة العامة وهي نسبية آثار العقد.

1 - المقصود بالتعهد عن الغير:

التعهد عن الغير هو عقد بين شخصين يلتزم أحدهما وهو المتعهد بأن يجعل شخصاً ثالثاً يلزم في مواجهة المتعاقد معه¹¹⁵، ومعناه أن يلتزم شخص بالحصول على رضا شخص آخر بعقد من العقود مع شخص ثالث¹¹⁶.

إذن التعهد عن الغير هو عقد يبرمه شخصان يلتزم أحدهما يسمى المتعهد أن يلزم شخصاً ثالثاً أجنبياً عن العقد هو المتعهد عنه بالتزام معين في مواجهة المتعهد له، وبالتالي يتكون عقد التعهد عن الغير من ثلاثة أطراف هم المتعهد والمتعهد له والمتعهد عنه.

المتعهد هو طرف في العقد وهو الذي يتعهد للطرف الآخر في العقد بأن يجعل الغير ينفذ التزام معين لصالحه، أما المتعهد له هو الطرف الثاني في العقد وهو الذي حصل التعهد لصالحه، أما

¹¹⁵ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 358.

¹¹⁶ - خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص 127.

المتعهد عنه فهو الطرف الأجنبي عن العقد وهو الذي يلزم المتعهد بإقناعه والحصول على رضائه لتنفيذ الالتزام.

والتعهد عن الغير يثبت عن مبدأ نسبية آثار العقد، أي آثار العقد لا تنصرف إلا لعاقديه ذلك أن المتعهد عند إبرامه لعقد التعهد عن الغير يحاول إقناع الغير وهو المتعهد عنه على التعاقد مع المتعهد له، فمحل الالتزام المتعهد هو الحصول على الموافقة من قبل المتعهد عنه وهو في حكم الغير، وبالمقابل فالغير لا يقع على عاتقه أي التزام جراء هذا العقد، كما يتضح أن العقد لا ينتج أثراً إلا في العلاقة بين طرفيه في حين المتعهد عنه وهو هنا بمثابة الغير لا ينصرف إليه آثار العقد¹¹⁷، ومثال ذلك أن يتفق عدد من الشركاء على إنشاء شركة ويشترط أحدهم أن تشتري هذه الشركة بعد تكوينها أحد عقارته، فيتعهد باقي الشركاء بذلك، فهذا التصرف يعد تعهد عن الغير لأن الشركة متى أنشئت استقلت بشخصيتها عن الشركاء، فإذا لم ينفذ الشركاء تعهدهم فالشريك المشتري الرجوع عليهم شخصياً بالتعويض ولا يمكن له الرجوع على الشركة.

كذلك كأن يتعهد (أ) لـ (ب) بأن يجعل (ج) يبيع له سيارته ، وكذلك كأن يرى الوكيل أو النائب أن هناك صفقة مفيدة للأصيل (الموكل) ، لكن ليس لديه سلطة عقدها ، في هذه الحالة نستطيع تجاوز حدود الوكالة ويتعاقد النائب باسمه تعهداً عن الموكل أي يتعاقد مع المتعاقد معه بالحصول على رضا موكله لهذا العقد .وهذا المثال يظهر أهمية التعهد عن الغير في تسهيل المعاملات بين الأفراد في حالة ما إذا تعذر على الشخص الحصول على موافقة صاحب الشأن في إبرام العقد بسبب ضيق الوقت أو لأسباب أخرى، كتقويت الفرصة أو لا يكون له نيابة قانونية تسمح له بإبرام العقد باسمه نيابة عنه وفي هذه الحالات لا يكون الحل سوى إبرام عقد التعهد عن الغير¹¹⁸.

2- شروط التعهد عن الغير:

حددت م114 من ق م ج ثلاثة شروط لإبرام عقد التعهد عن الغير تتمثل في أن يتعاقد المتعهد باسمه قصد إلزام نفسه بحمل الغير الذي تعهد عنه قبول التعهد.

2.أ. **تعاقد المتعهد باسمه:** يشترط في التعهد عن الغير أن يتعاقد المتعهد باسمه هو لا باسم الغير الذي يتعهد عنه ،و أساس هذا الشرط أن المتعهد لم يحصل من الغير الذي تعهد عنه على توكيل للقيام بإبرام العقد ، في حين أن الوكيل يتعاقد باسم الموكل ولحسابه، ويختلف أيضاً عن الفضالة التي

¹¹⁷ - أنور سلطان، المرجع السابق، ص203.

¹¹⁸ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 359.

يتعاقد فيها الفضولي باسم رب العمل ولمصلحته فيلزمه بالعمل الذي قام به ،وبالتالي في الفضالة والوكالة أثار العقد تنصرف إلى الأصل مباشرة فيتحمل التزامات ويكتسب حقوقا ، أما التعهد عن الغير فتتنصرف أثار العقد إلى المتعهد والذي عليه أن يلتزم بتنفيذ مضمون عقده.

2.ب. أن تتجه إرادة المتعهد على إلزام نفسه: يشترط كذلك في عقد التعهد عن الغير أن تتجه إرادة المتعاقد المتعهد إلى إلزام نفسه وليس إلزام الغير إذ لا يمكن إلزام شخص آخر بآثار عقد لم يكن طرفا فيه¹¹⁹، ويرجع هذا الشرط إلى الأحكام العامة التي لا تجيز لشخص أن يلزم غيره بالتزام بدون إرادته حيث نصت **113 ق م ج**: "لا يرتب العقد التزام افي ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا".

إذن فاللتزام الغير ليس مصدره تعاقد المتعهد بل مصدره عقد آخر يتحقق عن طريق إقرار الغير للتعهد، وإذا تعاقد المتعهد باسمه وأراد إلزام الغير بتعاقدته فان العقد يكون باطل وهذا لاستحالة المحل، وبالتالي هذا التعهد يعد إلزام المتعاقد نفسه وقصد المتعهد أن يلزم نفسه سواء كان الالتزام صريحا أو ضمنيا، فإذا لم يذكر المتعهد صراحة أنه قصد من خلال هذا التعهد الذي أبرمه إلزام نفسه فهذا القصد يفهم ضمنيا من تعاقدته، لأنه في حالة قصده إلزام الغير بتعهده هذا العقد يعد باطل¹²⁰.

2.ج. يجب أن يلتزم المتعهد بحمل الغير على قبول التعهد: معنى هذا الشرط أن يكون محل الالتزام المتعهد هو القيام بعمل وهو الحصول على قبول الغير للتعهد، فاللتزام المتعهد يتمثل في تحقيق نتيجة وهو الحصول على موافقة الغير المتعهد عنه وليس فقط الالتزام ببذل عناية، ولا يكفي أن يبذل المتعهد قصارى جهده ليحمل الغير على قبول التعهد بل يجب قبول الغير، وإلا اعتبر مخلا بالتزامه ويتحمل المتعهد المسؤولية العقدية حتى ولو أثبت أنه بذل كل ما يتوجب عليه للحصول على رضی الغير في إبرام العقد¹²¹، والمتعهد يلتزم بالتعويض في حالة رفض الغير إبرام العقد.

كما أن التزام المتعهد هو الحصول على إقرار الغير للتعهد وليس تنفيذ هذا الالتزام وفي حالة إقرار الغير بالتعهد ولكنه لم يقم بتنفيذه، فهنا لا مسؤولية على المتعهد بما أن التزامه هو ضمان الحصول على إقرار الغير للتعاهد وليس ضمان تنفيذ العقد، وبالتالي إذا توافرت الشروط السالفة اعتبر عقد التعهد عن الغير صحيحا ويرتب جميع الآثار في ذمة المتعهد، فمتى حصل على إقرار

¹¹⁹ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 359.

¹²⁰ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 866 و 867.

¹²¹ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 360.

الغير ينقضي التزامه ويصبح الغير هو الملتزم، أما في حالة عدم تنفيذ الغير لهذا الالتزام الذي عبر عن قبوله سابقا، فهنا فلا مسؤولية على المتعهد، مادام قد التزم فقط بضمان الحصول على موافقة الغير للتعاقد وليس بضمان تنفيذ الالتزام¹²².

أما الغير وهو المتعهد عنه له كامل الحرية في قبول تنفيذ الالتزام الذي تعهد به المتعهد للمتعهد له أو رفضه، كما أنه ليس للمتعهد حمل الغير على القبول، وفي حالة رفضه للالتزام المنصوص عليه في عقد التعهد عن الغير، فهنا المتعهد ملزم بتعويض المتعهد له عن الأضرار التي أصابته جراء الامتناع عن القبول وهذا جاء في م 114 ق م ج "... فإن رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه.

3 - آثار التعهد عن الغير:

يتضح لنا من نص م 114 ق م ج، أنه بمجرد توافر الشروط التي ذكرناها سابقا أصبح التعهد صحيحا ومنتجا لآثاره، فهو لا يولد أي التزام على عاتق الغير، وهذا تطبيقا لمبدأ نسبية العقد ذلك أن المتعهد عنه له كامل الحرية في قبول التعهد أو رفضه، وبالتالي آثار التعهد عن الغير تتغير بحسباً لموقف الذي يتخذه الغير المتعهد عنه، فإذا ارفض الغير أنشأت مسؤولية المتعهد، أما إذا قبله فينقضي التزام المتعهد.

3.أ. قبول الغير للتعهد: إذا قبل الغير التعهد بإرادته فهو يكون قد أبرم عقد جديد بينه وبين المتعهد له فالأمر إذا لا يرجع إلى العقد الذي تم إبرامه بين المتعهد والمتعهد له¹²³.
اختار الغير قبول التعهد فإن مسؤولية المتعهد في هذه الحالة تنقضي لأنه في هذه الحالة يعتبر موفيا ومنفذا لالتزامه، المتمثل في الحصول على موافقة الغير للتعهد الذي قام به، حيث أنه بمجرد صدور هذا القبول من الغير تبرأ ذمته المتعهد وتزول مسؤوليته فيصبح غير مسؤول عن تنفيذ الاتفاق الجديد المبرم بين المتعهد له والمتعهد عنه، حتى ولو لم ينفذ الغير فيما بعد هذا التعهد، لأن المتعهد لا يعتبر ضامنا لتنفيذ التعهد إلا إذا وجد نص صريح يقر بذلك¹²⁴.

¹²² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 867 و 868.

¹²³ - أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص 191.

¹²⁴ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 306.

إذن التزام المتعهد الأول هو التزام بعمل ويتمثل في الحصول على قبول الغير، أما التزام الغير في العقد الثاني فإما يكون عمل أو امتناع عن عمل أو إعطاء شيء¹²⁵، حيث أن الغير الذي وافق على التعهد يدخل في علاقة مباشرة مع المتعهد له منشؤها عقداً جديداً بينهما إلى جانب العقد الأول الذي بين المتعهد والمتعهد له، وتتجلى هذه العلاقة فيما يلي:

- **علاقة المتعهد بالمتعاقد معه المتعهد له:** هي القيام بعمل معين، التزامه بتحقيق نتيجة وليس التزام ببذل عناية، فإذا نجح هو حمل الغير على قبول التعهد وهنا تنقضي مسؤوليته.

- **علاقة الغير (المتعهد عنه) بالمتعهد له:**

كقاعدة عامة لا تصرف آثار العقد إلى الغير لأنه ليس طرفاً فيه كما لا يلتزم بأي التزام ناشئ عن هذا التعهد لأنه ليس طرفاً فيه، حيث أن بعد توجه إرادة الغير إلى رضائه بالعقد يقوم بإبرام عقد جديد محله القبول الذي يفيد التعهد ذاته وهذا القبول يعتبر قبولاً من أجل التكوين وليس إقرار العقد قائم، والغير لا يلتزم بالعقد إلا من تاريخ نشوء هذا العقد الجديد بينه وبين المتعهد له، فهذا العقد لا يمكن أن يرتب آثاره إلا من تاريخ اكتمال عناصره¹²⁶.

3.ب. رفض الغير للتعهد:

لقد نصت م 114 / 1 ق م ج: "إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهد، فإذا رفض وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما لزم به"، من خلال هذه المادة نستنتج أن للغير كامل الحرية في قبول التعهد أو رفضه، ولا يتحمل أي مسؤولية، ومرد ذلك أن الغير يعتبر أجنبياً عن التصرف القانوني الذي تم بدون سلطته ولا إرادته، وسبق الإشارة إلى أن محل التزام المتعهد هو التزام شخصي متمثل في الحصول على قبول الغير للتعهد، وفي حالة رفض الغير لإجازة هذا التعهد، فإن المتعهد يتحمل المسؤولية كونه أخل بالتزامه وفقاً لأحكام المسؤولية العقدية، وتتضمن مسؤوليته هنا تحمله بتعويض للمتعهد له عن الأضرار اللاحقة به جراء رفض الغير تنفيذ العقد، ولا يتخلص المتعهد من التزامه العقدي هذا إلا إذا أثبت أنه لم يستطع القيام بهل سبب أجنبي، كما لا يعتبر امتناع الغير عن قبول التعهد سبباً أجنبياً.

كما نلاحظ أن القانون أجاز للمتعهد أن يتخلص من التعويض وذلك أن يقوم هو بتنفيذ الالتزام إذا أمكن له، وذلك إذا كان تنفيذه ممكناً ولم يكن متصلاً بشخص الغير.

¹²⁵- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد

والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 332.

¹²⁶- حلبي ربيعة، المرجع السابق، ص 88 و 89.

نستخلص مما سبق أن التعهد عن الغير تطبيقاً لقاعدة نسبية آثار العقد، هذا لكون أن عقد التعهد عن الغير نجده يلزم المتعهد ولا يلزم المتعهد عنه لكونه أجنبياً عنه ذا العقد، وإذا اختار المتعهد عنه إقرار التعهد الذي تم لحسابه دون سلطته، في هذه الحالة يعتبر المتعهد منفذاً لالتزامه ولا يعد مسؤولاً عن تنفيذ العقد الجديد المبرم بين المتعهد له والمتعهد عنه، أما في حالة رفض المتعهد عن إقرار التعهد، وتقوم على إثر ذلك مسؤولية المتعهد كونه لم ينفذ التزامه، كما له أن يقوم بالوفاء عينا بالالتزام الذي رفض الغير إقراره لكن في حالة إذا كانت طبيعة هذا الالتزام ممكن ولم يكن متصل بشخصية المتعهد عنه¹²⁷.

ثانياً: الاشتراط لمصلحة الغير

لما كان العقد نسبياً من حيث الأشخاص فلا ينصرف إلا لمن كان طرفاً فيه عدا حالة الاشتراط لمصلحة الغير، حيث يكتسب الأجنبي عن العقد حقاً من عقد ليس طرفاً فيه على نحو ما الذي بيناه، فالاشتراط لمصلحة الغير يتكوّن من عقدين، العقد الأول بين المشتري والمتعهد حيث يلتزم فيه المتعهد أن يتعاقد مع المنتفع، ويكون العقد الثاني بين المتعهد و المنتفع يلتزم فيه المتعهد نحو المنتفع، وبذلك يكون الأساس القانوني واحداً في الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير، حيث نجد في كلا العقد يكسب الغير حقاً أو يترتب في ذمته التزاماً بمقتضى العقد الذي لم يكن طرفاً فيه بل بمقتضى عقد جديد كان الغير أحد طرفيه¹²⁸.

أ- المقصود بالاشتراط لمصلحة الغير:

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف الاشتراط لمصلحة الغير بل أشار إلى كيفية تكوينه وشروطه وأثاره في المواد 116، 117 و 118 ق م ج، فنصت م 116 ق م ج: "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطه المصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية. ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً غير مباشر قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، مالم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد ويجوز كذلك للمشتري أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك"، لكن اجتهد بعض

¹²⁷ - حلّمي ربيعة، المرجع السابق، ص 86.

¹²⁸ - حلّمي ربيعة، نفس المرجع، ص 93.

الأساتذة في تعريفه، حيث عرفه الأستاذ على فيلالي: "أنه هو اتفاق بين المشتري والمتعهد ينشأ عنه على عاتق الأخير حق للمنتفع"¹²⁹.

وبالتالي يتضح من كل هذا أن الاشتراط لمصلحة الغير هو عقد يتم بين شخصين هما المشتري والمتعهد، يلتزم بمقتضاه يكسب شخص ثالث يسمى المنتفع أو المستفيد حقا مباشرا قبل المتعهد حيث يستطيع المنتفع أن يطلب المتعهد بتنفيذ الالتزام.

فالعقد الاشتراط لمصلحة الغير ينبنى على علاقة قانونية ذات ثلاثة أطراف، ذلك أنه عقد يشترط أحد طرفيه يسمى المشتري على طرفه الآخر يسمى المتعهد بأن يؤدي هذا الأخير (المتعهد) حق معين لشخص أجنبي عن العقد يسمى المنتفع الذي له كامل الحرية في قبول المشاركة أو رفضها¹³⁰.

وبالتالي في هذا العقد لا يقتصر أثره على المتعاقدين أو من يمثلانها ، بل ينصرف أثره إلى شخص أجنبي يكسبه حقا ، وهذا الوضع يعد استثناء حقيقيا من قاعدة نسبية آثار القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص، ويتجلى في مثال التأمين على الحياة، كأن يقوم شخص بالتأمين على حياته لمصلحة أولاده بمبلغ معين لشركة التأمين والغالب أن يكون على أقساط، وفي المقابل تتعهد شركة التأمين بدفع مبلغ محدد لأبنائه حين وفاة الأب، فالأب هنا بمثابة المشتري، وشركة التأمين متعهد، والأولاد هم المستفيد¹³¹ ويتضح أن العقد أبرم بين الأب وشركة التأمين فقط ، أما الأبناء يعدون أجنبيين عنه إلا أنه يكسبهم حقا وهذا هو استثناء نسبية آثار العقد.

ب- تمييز الاشتراط لمصلحة الغير عن التعهد عن الغير:

التعهد عن الغير هو عقد بين شخصين يلتزم من خلاله المتعهد بأن يجعل شخصا أجنبيا عن هذا العقد يلتزم بالتزام معين لصالح المتعهد له، ومن هنا يمكن الجزم أن التعهد عن الغير هو تطبيق لمبدأ نسبية آثار العقد التي تقضي بأن الغير لا يلتزم بعقد لم يكن طرفا فيه، وفي حالة قبول الغير بالتعهد ينشأ عقد ثاني إلى جانب العقد الأول المبرم بين المتعهد والمتعهد له، في حين أن الاشتراط لمصلحة الغير هو عقد يلتزم بمقتضاه المتعهد في مواجهة شخص يسمى المشتري بأن يقوم بأداء شيء معين لمصلحة شخص ثالث يسمى المنتفع، بالتالي فإن للاشتراط لمصلحة الغير يعد استثناء

¹²⁹ - فيلالي علي، المرجع السابق، ص 415 .

¹³⁰ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 380.

¹³¹ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة ، المرجع السابق، ص 363.

حقيقيا على مبدأ نسبية آثار العقد من حيث الأشخاص ذلك أن المنتفع يكتسب حقا من هذا العقد بالرغم من أنه لم يكن طرفا فيه¹³² .

ج- شروط الاشتراط لمصلحة الغير:

بالإضافة إلى الشروط العامة التي لا يستقيم أي عقد إلا بها فالاشتراط لمصلحة الغير يجب أن يتوفر على شروط خاصة به.

1- تعاقد المشتراط باسمه لا باسم المستفيد: جاء في م116 ق م ج: "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه"، في هذا العقد يجب أن يتعاقد المشتراط باسمه مع المتعهد وهذا العقد يكون لمصلحة الغير المنتفع، حيث يكون هذا الأخير أجنبيا عن هذا العقد، أما إذا تعاقد المشتراط باسم المنتفع نكون بصدد نيابة في التعاقد.

2- اتجاه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمستفيد: نصت م 116 / 2 ق م ج: "ويترتب على الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد " معنى هذا الشرط أن الحق ينشأ في ذمة المستفيد مباشرة دون أن يمر في ذمة المشتراط، ويعتبر هذا الشرط جوهر فكرة الاشتراط لمصلحة الغير، ومن هنا فللمنتفع مطالبة المتعهد بالحق الناشئ عن العقد باسمه الشخصي بمقتضى دعوى مباشرة. ومنه إذا اشترط المشتراط حقا لنفسه فهذا لا يعتبر اشتراطا لمصلحة الغير حتى ولو عاد هذا الاشتراط بالفائدة على الغير، ومما سبق يمكن القول أن المنتفع يجب أن يكتسب الحق مباشرة من عقد الاشتراط لمصلحة الغير وليس عن طريق الميراث أو عن طريق الحوالة أو عقد جديد بينه وبين المتعهد¹³³ .

3- وجود مصلحة للمشتراط: نصت على هذا الشرط نهاية م116/1 ق م ج: "إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية"، فهنا المشتراط يتعاقد باسمه، ويعمل لحسابه فبالنتالي يجب أن يجني فائدة من وراء هذا العقد، وقد تكون هذه المصلحة مادية أو أدبية، ومثاله أن يشترط البائع على المشتري أن يدفع الثمن أو جزء منه إلى دائنه، في هذه الحالة يحقق البائع مصلحته في الوفاء بما عليه من ديون، أما إذا كان متبرعا بالثمن إلى شخص ثالث يعرفه البائع فالغالب أن مصلحته أدبية، وتجدر الإشارة أنه تكفي المصلحة ولو لم يلتزم المشتراط بشيء¹³⁴ .

¹³² - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 221 و222.

¹³³ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 366 و367 - خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق ص 131 و132.

¹³⁴ - محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 369 - خليل أحمد حسن قداد، المرجع نفسه، ص 132.

4- الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل أو غير محدد: عقد الاشتراط لمصلحة الغير لا يلزم أن يكون المستفيد محددًا أو معينًا بالذات وقت إبرام العقد، وخير مثال على ذلك عقد التأمين الذي يبرمه الأب لصالح أبنائه الذين سيولدون لاحقًا، كما يمكن أن يكون المستفيد غير معين بالذات مثل ما هو الحال في قيام رب العمل بتأمين العمال دون تحديد لذواتهم وبشروط وجود المستفيد الذي يتحدد وقت أداء المنفعة المشترطة وهذا ما جاء في م 118 ق م ج¹³⁵.

د- آثار الاشتراط لمصلحة الغير:

الاشتراط لمصلحة الغير هو عقد ثنائي في تكوينه، و ثلاثي من حيث الآثار، حيث أن له طرفان هما المشتري والمتعهد، لكن آثاره تنصرف إلى ثلاث أشخاص هم المشتري والمتعهد وكذا المنتفع، و بالتالي ينشأ عنه ثلاث علاقات قانونية تتمثل في علاقة المشتري بالمتعهد (1) وعلاقة المشتري بالمنتفع (2) وعلاقة المنتفع بالمتعهد (3).

1- علاقة المشتري بالمتعهد:

تتحدد هذه العلاقة طبقاً للعقد الذي أبرمه الطرفان، وعلى كل واحد منهما أن يتحمل و ينفذ ما التزم به طبقاً للقواعد العامة، فيلتزم المتعهد و المشتري بتنفيذ التزاماتهما وفقاً للعقد، وإذا امتنع أحدهما عن تنفيذ العقد كان للطرف الآخر الحق في الدفع عدم التنفيذ أو طلب الفسخ، لكن المطالبة بالفسخ يجب أن تكون قبل صدور القبول من المنتفع، أما إذا صدر القبول فإن الفسخ لا يضيع على المنتفع حقه، وكذلك يستطيع المشتري مطالبة المتعهد بتنفيذ الحق الذي اشترطه لمصلحة الغير إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أن حق المطالبة مقصور على المنتفع دون المشتري، أما إذا كان الاشتراط تبرعاً يجوز الرجوع فيه.

وجاء في م 3/116 ق م ج: "يجوز للمشتري أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع إلا إذا تبين من العقد، أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك". إذن فالمشتري رفع دعوى باسمه على المتعهد لمطالبته بالتنفيذ، وله كذلك أن يطالب بالتعويض له و للمنتفع أيضاً، وهذا جبراً للضرر الذي أصابهما، لكن قد توجد حالات استثنائية في بعض العقود التي تمنح للمشتري وحده المطالبة بالتنفيذ، ومثاله كأن يقوم المرفق العام باشتراط شروط لمصلحة الجمهور المستفيدين، وتحتفظ لنفسها دون الجمهور بالحق في مطالبة الشركة المسيرة بتنفيذ هذه الشروط، كما قد توجد عقود تتيح للمنتفع وحده المطالبة بالتنفيذ ومثاله إذا تعاقد رب العمل مع مستشفى لعلاج عماله.

¹³⁵- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 369.

2- علاقة المشتري بالمستفيد:

يقوم المشتري بالاشتراط لفائدة المستفيد هذا من خلال عقد أبرم مع المتعهد ومن هنا تنشأ العلاقة القانونية بين المشتري والمنفع، وتختلف هذه العلاقة من عقد لآخر، فإذا كان المشتري يتقاضى من المنفع عوضاً كما إذا كان بائعاً وعلى المشتري أن يدفع الثمن لأحد دائنيه، فيجب أن يكون البائع مميزاً لأن التصرف هنا من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر وتحكم هذه العلاقة النصوص المتعلقة بعقد البيع، كما يمكن أن يكون قصد المشتري من إبرام العقد التبرع للمستفيد كما هو الحال في عقد التأمين على الحياة وبهذا يجب أن تتوفر الشروط اللازمة للتبرع لأهلها التبرع.

كما للمشتري الحق في الرجوع عن المشاركة، بشرط أن المنفع لم تصدر عنه رغبة في استعمال هذا الحق الذي ترتب له عن المشاركة، ويقتصر هذا الحق على المشتري دون دائنيه أو ورثته، هذا لأن المشتري وحده قادر على ترجيح مصلحته المادية أو الأدبية التي يسعى إليها من وراء الاشتراط، وهذا ما نصت عليهم 1/117 ق م ج: "يجوز للمشتري دون دائنيه أو وارثيه أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنفع إلى المتعهد أو إلى المشتري رغبته في الاستفادة منها ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد".

وعند نقض المشاركة من طرف المشتري قد تؤدي إلى زوال حق المنفع ويعتبر كأنه لم ينشأ أصلاً، كما أن النقض لا يبرئ ذمة المتعهد تجاه المشتري بل تبقى ذمة المتعهد مشغولة لصالح المشتري، كما يجوز للمشتري أن يستأثر بمضمون العقد لنفسه حيث جاء في م 117 ق م ج: "ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتري إلا إذا اتفق صراحة أو ضمن أعلى خلاف ذلك"¹³⁶.

3- علاقة المتعهد بالمستفيد:

عقد الاشتراط لمصلحة الغير يثبت للمستفيد الحق المشتري به مباشرة في مواجهة المتعهد، رغم أن المنفع يعد من الغير وهذا هو جوهر الاشتراط لمصلحة الغير. فالاشتراط لمصلحة الغير يعد خروجاً عن مبدأ نسبية أثر العقد، إلا أنه يستند إلى إرادة طرفي العقد اللذين مدا بإرادتها أثار العقد إلى الغير، وفي مقابل ذلك رضي الغير بنشوء هذا الحق لصالحه، كما أن هذا الحق تحميه دعوى مباشرة يرفعها باسمه الشخصي وليس باسم المشتري، وبالتالي له مطالبة الملتزم ما التزم به، إلا أنه ليس

¹³⁶- حليمي ربيعة، المرجع السابق، ص 99 و 100.

بإمكانه طلب فسخ العقد لأنه ليس طرفاً فيه، ويترتب على الحق المباشر الذي نشأ للمنتفع في مواجهة المتعهد النتائج التالية¹³⁷:

أ- بما أن حق المنتفع حق مباشر قبل المتعهد لا يمكن لدائني المشتري التنفيذ على هذا الحق بعد موته، لأنه لا يدخل في تركة المشتري مثلاً في عقد التأمين على الحياة في حالة وفاة الأب يؤول إلى أبنائه مباشرة ولا يشاركون فيه الدائنون.

ب- إذا كان المشتري على قيد الحياة لا يستطيع دائنوه التنفيذ على هذا الحق لكن لهم طريقة أخرى للطعن في اشتراط المشتري عن طريق ما يسمى بالدعوى البولصية.

ج- باعتبار أن المنتفع قد أصبح دائناً من يوم الاشتراط، فإنه يشارك جميع دائني المتعهد في ضمانهم العام ويتقاسم الجميع هذا الضمان قسمة غرماء، وللدائنين أن يتمسكوا في مواجهة المنتفع بكل الدفوع الممكنة في عقد الاشتراط، فمثلاً لو أفلست شركة التأمين التي أمن الأب على حياته فيها، في هذه الحالة أولاده وهم المستفيدون يشتركون مع دائني الشركة في اقتسام أموالها¹³⁸.

كما ترتب على اعتبار عقد الاشتراط مصدر حق المنتفع النتائج التالية:

أ- حق المستفيد يوجد من وقت إبرام العقد وليس من وقت قبول المستفيد للحق المنصوص عليه في عقد الاشتراط، ففي حالة حدوث عارض للمستفيد ما بين انعقاد العقد وصدور القبول كفقد أهليته أو وفاته فإن هذا الحق لا يزول.

ب- النتيجة الثانية تتمثل في أن للمتعهّد الحق في التمسك قبل المنتفع بالدفوع التي تنشأ عن العقد وهذا ما نصت عليه م 116 / 2 ق ج: "ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد"، فإذا رجع المنتفع على المتعهد ليطلبه بالوفاء بالتزامه نحوه، يحق له أن يدفع في مواجهته ببطلان عقد الاشتراط أو بإبطاله، لوجود عيب في الرضا أو لانعدام الأهلية، أو لانعدام الشكلية كما يحق للمتعهّد أن يدفع في مواجهة المنتفع بعدم تنفيذ المشتري لالتزاماته¹³⁹.

ج- يثبت الحق للمنتفع في حدود التي جاءت في عقد الاشتراط¹⁴⁰، أي حق المنتفع يتحدد وفق البنود العقد المبرم بين المتعهد والمشتري.

¹³⁷ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد

والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 372 - خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص 134.

¹³⁸ - خليل أحمد حسن قداة، نفس المرجع، ص 134.

¹³⁹ - عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 51.

¹⁴⁰ - خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص 135.

وبالتالي نستخلص أن آثار العقد تنصرف إلى الغير الأجنبي، وهذا يعد خروجاً عن مبدأ نسبية آثار العقد التي تقضي بأن الغير لا يتأثر بالعقد وهو لا يكتسب منه حقاً ولا يترتب عنه التزام، إلا أن المشرع الجزائري خرج عن هذه القاعدة وأجاز الخروج عنها فيما يخص الحقوق دون الالتزامات في عقد الاشتراط لمصلحة الغير.

ثالثاً: الدعوى المباشرة

تتمثل الدعوى المباشرة في حق الدائن في استيفاء حقه مباشرة من مدين مدينه دون مزاحمة دائني هذا الأخير. وهذه الدعوى المباشرة التي تخول لصاحبها حقاً مباشراً أو شخصياً على مدين مدينه تتميز عن الدعوى غير المباشرة التي تناولها المشرع الجزائري في م 189 ق م ج لكون الدائن بالدعوى ضد مدين مدينه باسمه الخاص ولحسابه دون أن يمر بشخص المدين على عكس الدعوى غير المباشرة.

كما يجب التمييز بين الدعوى المباشرة وهي دعوى أصلية كتلك التي يرفعها المرسل إليه على المتسبب في الأضرار اللاحقة بالحمولة عن دعوى الحلول أو الرجوع التي يرفعها من حل محل المرسل إليه بعد تعويضه، كأن تقوم شركة التأمين بتعويض المرسل إليه، فتحل محله وترجع على المتسبب في الأضرار لاسترداد ما دفعت من تعويضات للمرسل إليه¹⁴¹.

وتعطي هذه الدعوى المباشرة نوعاً من الامتياز للدائن، إذ تجنبه عسر مدينه ومزاحمة دائنيه. وطالما أن الدائن يمارس بواسطة الدعوى المباشرة حق مدينه، فلا يمكنه المطالبة بأكثر من حق مدينه، كما أنه يستفيد من التأمينات المخصصة للوفاء¹⁴².

تعتبر الدعوى غير المباشرة استثناءً من مبدأ نسبية العقد، إذ يتحصل الغير على حق مباشر من عقد لم يكن طرفاً فيه، ويكون القانون هو مصدر هذه الدعوى، وهي حالة استثنائية.

ومن التطبيقات العملية للدعوى المباشرة نذكر م 565 ق م ج الخاصة بالمقولة الفرعية: "يكون للمقاولين الفرعيين و العمال الذي يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما يجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى..."، وم 507 ق م ج المتعلقة بالإيجار الفرعي التي تنص: "يكون المستأجر الفرعي ملتزماً مباشرة تجاه المؤجر بالقدر الذي يكون بذمته للمستأجر الأصلي وذلك في الوقت الذي أنذره المؤجر..."

¹⁴¹ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 452.

¹⁴² - جمعة زمام، الدعوى المباشرة وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، الجزائر، 1996، ص 18.

المبحث الثاني: دور القاضي في تنفيذ العقد

يقتصر دور القاضي في الأصل على تفسير العقود في حالة الغموض لتمكين المتعاقدين من تنفيذ أحكامها دون تعديل بنودها، إلا أنه استثناء من هذا الأصل رخص المشرع الجزائري للقاضي تعديل العقد لإعادة التوازن العقدي الذي كان قائما وقت تكوين العقد ولكنه اختل بعد ذلك في مرحلة تنفيذه، وقد نص المشرع الجزائري على حالات محددة حصرا للقاضي أن يتدخل بموجبها وفي حدود السلطات الممنوحة له دون الخروج عن أحكام القانون في أن يحقق في نطاق الممكن العدالة العقدية.

فيسمح القاضي بتعديل العقد الذي تم إبرامه في ظل ظروف عادية إلا أن حوادث طرأت بعد إبرامه وقبل تمام تنفيذه لم يكن في الحسبان توقعها بحيث أدت هذه الحوادث إلى جعل تنفيذ الالتزام على الوجه الذي تم التعاقد عليه مرهقا (المطلب الأول)، وقد يتضمن العقد شرطا جزائيا يبدوا للوهلة الأولى أثناء إبرام العقد عادلا، غير أنه أثناء تنفيذ العقد يظهر أن الشرط الجزائي مبالغ فيه ويلحق ضررا بأحد أطراف العقد، فيسمح المشرع للقاضي بالتدخل لتعديل الشرط الجزائي (المطلب الثاني)، وكذلك منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة تقديرية واسعة في شأن تعديل الأجل المتفق عليه لتنفيذ العقد وذلك بتمكينه من سلطة منح الأجل القضائي (المطلب الثالث).

المطلب الأول: سلطة القاضي في تفسير وتكييف العقد

تقتصر وظيفة القاضي في الأصل على تفسير العقود في حالة الغموض لتمكين المتعاقدين من تنفيذ أحكامها دون تعديل بنودها، إلا أنه استثناء من هذا الأصل رخص المشرع الجزائري للقاضي تعديل العقد، والقاضي بهذا يحل بإرادته محل إرادة المتعاقدين، وينشئ أثارا جديدة غير تلك التي أرادها المتعاقدين، ومنح مثل هكذا سلطة للقاضي أمر خطير للغاية، فهي مقررة له مباشرة ضد ما أراد المتعاقدين.

يقتضي تنفيذ العقد تفسيرا لمضمونه إذا كان في حاجة إلى ذلك، باعتبار أنه أول ما يعرض على القاضي (الفرع الأول)، كما ولا بد من معرفة طبيعته والقواعد القانونية التي تطبق عليه، وهذا ما يقتضي القيام بعملية العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تفسير العقد

يقصد بتفسير العقد ضبط الالتزامات التعاقدية، أي تحديد ما انصرفت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين¹⁴³. والمصطلح المستعمل في القانون المدني الجزائري للدلالة على التفسير في م 111 و112 هو التأويل¹⁴⁴، فقد نصت م 111 ق م ج على ما يلي: «إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين».

أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانه وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات».

ونصت م 112 ق م ج بأنه «يؤول الشك في مصلحة المدين غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارًا بمصلحة الطرف المذعن».

ويأتي تفسير العقد بعد مرحلة انعقاده صحيحا، وذلك لتحديد مدى آثاره، إذ لا جدوى من تفسير العقد إلا إذا كان صحيحا. وتفسير العقد هو من عمل القاضي ويكون مقيدا في تفسيره بقيود لا يجوز له أن يتعداها، لأن المشرع الجزائري ألزمه بإتباع قواعد معينة لضمان عدم خروجه على مهمته الأصلية إلى تعديل بالعقد¹⁴⁵. وعليه فإننا سنعرض حالات تفسير العقد (أولا)، ثم رقابة المحكمة العليا على عمل القاضي (ثانيا).

أولا: حالات تفسير العقد

توجد حالات ثلاث في تفسير العقد، كل حالة تحكمها قاعدة قانونية ملزمة، فإما أن تكون عبارة العقد واضحة لا يجوز الانحراف عنها، إلا إذا كانت بالرغم من وضوحها لا تعبر تعبيرًا صادقا عن الإرادة المشتركة للأطراف، وإما أن تكون عبارة العقد غامضة، وكان من الممكن الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين، فإنه هنا يجب تبيان الإرادة النية المشتركة للمتعاقدين عن طريق تفسيرها.

¹⁴³ - بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2015، ص 404.

¹⁴⁴ - تأويل العقد: هو أن يصل القاضي إلى ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين، بغض النظر عما إذا كانت العبرة بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة.

¹⁴⁵ - بلحاج العربي، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 405.

الحالة الأخيرة أن تكون عبارة العقد غامضة، وليس في الإمكان الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين، وفي هذه الحالة يتولد الشك بالنسبة إلى حقيقة الإرادة المشتركة، فيفسر هذا الشك لمصلحة المدين، عدا عقود الإذعان¹⁴⁶.

بناء على ما سبق نستخلص أن حالات التفسير هي: حالة وضوح عبارات العقد (1) حالة غموض عبارات العقد (2)، وأخيراً حالة قيام الشك في معرفة الإرادة المشتركة للمتعاقدين (3).

1- حالة وضوح عبارة العقد.

تنص م 1/111 ق م ج، على ما يلي: «إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين».

ومن ثم إذا كانت عبارة العقد واضحة في دلالتها على ما قصدته الإرادة المشتركة للمتعاقدين ما كانت بحاجة إلى التفسير، ووجب على القاضي كأصل عام، أن يأخذ بالمعنى الظاهر لها دون أن ينحرف عنها بحجة التفسير¹⁴⁷، لأن الانحراف عن المعنى الظاهر للعقد هو تشويه لعبارة العقد الواضحة، ويعد مخالفاً للقانون ويخضع بهذا لرقابة محكمة النقض¹⁴⁸.

وقد ذكر المجلس الأعلى قاعدة منع تأويل عبارات العقد الواضحة الدلالة في قرارات عديدة منها القرار الصادر عن الغرفة التجارية بتاريخ 12/03/1983، والتي تتمثل وقائعه فيما يلي: بمقتضى عقد توثيقي بتاريخ 23 و30 أبريل أجر (ع.م / غ.ح) ولمدة تسعة سنوات ل (ح.ع) و (ع.ح) شقه بقصد تأسيس وممارسة تجارة مقهى ومطعم، ونص هذا العقد على أن كل من (ح.ع) و (ع.ح) يتصرفان كمستأجرين معا وعلى سبيل الشيوخ على أساس النصف لكل منهما.

وقد نص كذلك **البند 11** من العقد على أن المستأجرين لا يستطيعان التنازل عن حقهما في هذا الإيجار إلا بموافقة مكتوبة من طرف المؤجرين، وهذا لا ينطبق على التنازل الذي تيم لصالح محلها في المحل التجاري، وقبل صيرورته مالكا للقاعدة التجارية تنازل أحد المستأجرين عن حقه في المحال التجاري لفائدة (ب.ع) دون موافقة المؤجرين اللذين سارعا إلى المطالبة بفسخ عقد الإيجار، باعتبار أن المستأجر خالف أحكام البند 11. ولقد استجابت المحكمة ثم المجلس القضائي لهذا الطلب، غير أن المستأجر الذي تنازل عن حقه في قرار المجلس القضائي مدعيا تحريف بنود العقد

¹⁴⁶ - وليد صلاح مرسي رمضان، المرجع السابق، ص 153 و154.

¹⁴⁷ - عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 521.

¹⁴⁸ - محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 273.

الخاصة البند 11 الذي لا يحتوي على لبس أو غموض بل عباراته واضحة وغير مبهمة، وإن الموافقة الكتابية لا تعني التنازل الذي يتم لصالح محلها.

وإثر هذا الطعن قضى المجلس الأعلى بإبطال القرار الصادر عن المجلس القضائي من أجل خرقه المواد 1134-1717 من القانون المدني القديم و106 و107 من القانون المدني الجديد، وحرف بنود عقد الإيجار المبرم في 23 و30 أبريل 1970 ولا سيما البند 11 منه.

والعبرة عند وضوح العبارة بالإرادة الظاهرة، حيث يمنع القاضي من البحث عن الإرادة الباطنة، وإلا وقع تحت طائلة تحريف وتشويه العقد¹⁴⁹.

فالمقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا وضوح اللفظ، فقد يكون اللفظ واضحاً في ذاته ومع ذلك يظهر أن المتعاقدين لم يحسنا اختيار ألفاظ وعبارات تعبر حقيقة عن قصدهما. وقد تكون كل عبارة من عبارات العقد واضحة في ذاتها لكنها تتعارض فيما بينهما، بحيث يصبح المعنى المستخلص من مجموعها غير واضح¹⁵⁰، في هذه الحالة يتوجب على القاضي ألا يأخذ بالمعنى الواضح أو الظاهر الذي تفيد به العبارة، وإنما عليه البحث عن المعنى الذي قصده المتعاقدان بها. وأن يبين في أسباب حكمه الظروف التي أدت به إلى استبعاد المعنى الواضح، وكيف توصل إلى استخلاص المعنى الذي اقتنع به، على أنه هو الذي قصده المتعاقدان، ويخضع في هذا التسبب لرقابة المحكمة العليا. وهذا ما أشارت إليه محكمة النقض المصرية بتاريخ 23 فيفري 1967 بقولها: "إذا انحرفت المحكمة عن المعنى الواضح إلى غيره، وكيف أفادت صيغ العقود المعنى الذي أخذت به، ورجحت أنه هو مقصود المتعاقدان، حتى يتضح لمحكمة النقض أن القاضي قد اعتمد في تأويله لها، على اعتبارات معقولة يصح معها استخلاص ما استخلصه منه"¹⁵¹.

2- حالة غموض عبارة العقد.

تنص م2/111 ق م ج على أنه: "أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستشهاد في ذلك بطبيعة التعامل والثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات".

¹⁴⁹ - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 384 و385.

¹⁵⁰ - وليد صلاح مرسي رمضان، المرجع السابق، ص 154 و155.

¹⁵¹ - زيتوني فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص 14.

نستخلص من نص المادة السابقة، أنه متى كانت عبارات العقد غير واضحة، أي كانت غامضة توجب التفسير بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين. ومما لا شك فيه أن العبرة بإرادتهما معا لا إرادة الفردية لكل منهما¹⁵².

لم يعرف المشرع العبارة الغامضة، بل ترك ذلك للفقهاء والقضاء اللذان حاولا تعداد بعض حالات غموض العبارة ونذكر من هذه الحالات:

- العبارة المبهمة التي لا تفيد شيئا، إذ يصعب الاطلاع على إرادة المتعاقدين.
- العبارة التي تحمل أكثر من دلالة فهي عبارة غير دقيقة تجعلنا نتساءل عن المعنى الذي انصرفنا إليه إرادة المتعاقدين.
- العبارة الواضحة في حد ذاتها والتي تتعارض مع عبارات أخرى من نفس العقد.
- تناقض مضمون بعض العبارات مع الأحكام الكلية للعقد.
- إغفال المتعاقدين بعض التفاصيل¹⁵³.

كما يتضح ذلك من قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 13 أبريل 1983، الذي جاء فيه «حيث أن أداء الرسم على استيراد السيارات إجباري في العلاقة بين البائع ومصلحة الجمارك، أما بالنسبة لطرفي البيع فالعبرة هي بما اتفق عليه الطرفان، وبما أن العقد لم يشر إلى الرسم فالأمر أصبح موكلا للقاضي الذي له سلطة تقديرية في تفسير العلاقة»¹⁵⁴.

يستعين القاضي في الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، والوصول إلى حقيقة المقصود من عبارات العقد الغامضة ببعض الوسائل الداخلية (1)، والخارجية (2)¹⁵⁵.

1- الوسائل الداخلية التي يسترشد بها القاضي في تفسير العبارة الغامضة.

وهي تلك الوسائل التي يمكن استخلاصها بالرجوع إلى العقد ذاته، أي أن يتم التفسير من داخل العقد ونذكر منها:

أ- إن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، تكون مهمة القاضي الكشف عن المقاصد والمعاني الحقيقية التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين المشتركة دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، فإذا تبين للقاضي أن العبارة المستعملة في العقد لا تعبر عن إرادة المتعاقدين وأنهما

¹⁵² - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 241.

¹⁵³ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 387.

¹⁵⁴ - المجلة القضائية، 1990، العدد الأول، ملف رقم (31315)، ص 19، مقتبس من علي فيلاي، المرجع السابق، ص 387.

¹⁵⁵ - محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 276.

أساء استخدام الألفاظ في التعبير عن هذه الإرادة، فله أن يفسر العبارة الواضحة بحسب المعنى الذي أراده الطرفين بشرط أن بين الأسباب التي حملته على ذلك وما أفادت به تلك الأسباب للمعنى الذي أخذ به.

ب- إن بنود العقد يفسر بعضها بعض، فلا يجوز عزل العبارة الواحدة عن بقية العبارات، بل يجب تفسيرها باعتبارها جزءاً من كل هو العقد¹⁵⁶.

ج- إن إعمال الكلام أولى من إهماله، وعلى ذلك إذا كانت عبارة العقد تفيد أكثر من معنى، فإنها تحمل على المعنى الذي يجعلها تنتج أثراً قانونياً.

د- تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالضرورة بهذا الحكم، فإذا تضمن العقد نصاً لبيان الالتزام في حالة معينة، فإن هذا لا يعني حتماً قصر الحكم على الحالة دون غيرها وإنما يتوقف الأمر على حقيقة الإرادة المشتركة للمتعاقدين¹⁵⁷.

2- الوسائل الخارجية التي يسترشد بها القاضي في تفسير العبارة الغامضة.

وهي تلك الوسائل التي يستعين بها القاضي للوقوف على النية المشتركة للمتعاقدين، متى لم تسعفه الوسائل الداخلية سابقة الذكر، ونذكر منها ما يلي:

أ- الأمانة والثقة الواجب توافرها بين المتعاقدين:

يستهدي القاضي وهو بصدد تفسير عبارات العقد بما يوجبه القانون من أمانة وثقة بين المتعاقدين وبما ينبغي أن يتوافر من حسن نية وشرف التعامل، فإذا وُجد خطأ أو لبس في التعبير، واستطاع أحد المتعاقدين من تبيانه، فواجب الأمانة يقضي على المتعاقد ألا يستغل ما وقع من إبهام في التعبير مادام قد استطاع تبيانه وفهمه على حقيقته¹⁵⁸.

ب- طبيعة التعامل:

يُقصد بطبيعة التعامل ما تم الاتفاق عليه من تصرفات أجزاها المتعاقدين، أي موضوع وطبيعة العقد، إذ يخضع العقد للقواعد التي يقتضيها ما لم يُصرح المتعاقدين على خلاف ذلك:

ج- العرف الجاري في المعاملات:

يستعين القاضي بالعرف الجاري في المعاملات للتوصل إلى تفسير عبارات العقد، فعلى سبيل المثال إذا لم يتضح من عبارات العقد مقدار الأجر الذي يتقاضاه السمسار، وجب اللجوء إلى العرف من أن أجر السمسار 2,5% من الصفقة. والأصل الاعتماد بالعرف الجاري في مكان إبرام العقد،

¹⁵⁶- وليد صلاح مرسي رمضان، المرجع السابق، ص 163.

¹⁵⁷- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 277 و 278.

¹⁵⁸- خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص 139.

غير أن هذا لا يمنع من الاعتداد بالعرف الجاري في مكان إبرام العقد إذا كان هو ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين¹⁵⁹.

وتجدر الإشارة إلى أن الوسائل الخارجية ورد النص عليها على سبيل المثال لا الحصر، إذ يجوز للقاضي الاستعانة بوسائل أخرى لم ينص عليها المشرع، منها، الظروف المحيطة بإبرام العقد وطريقة تنفيذه، والاستعانة بمحاضر جلسات التفاوض¹⁶⁰.

3- قيام الشك في معرفة الإرادة المشتركة للمتعاقدين:

إذ تعذر على القاضي الوصول إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين رغم الاستعانة بوسائل التفسير المشار إليه سابقاً، وقام لديه شك في تفسير عبارات العقد الغامضة، ورأى أن تفسيرها يحتمل عدة وجوه ولا يمكن ترجيح وجه على الآخر¹⁶¹، تعين عليه في هذه الحالة الأخذ بقواعد العدالة وحسن النية¹⁶²، ومن هذه القواعد ما نص عليه المشرع الجزائري في م 1/112 ق م ج التي تنص على ما يلي «يؤول الشك في مصلحة المدين»، وهي قاعدة احتياطية تتضمن معياراً موضوعياً يتم اللجوء إليها إذا تعذر على القاضي الوصول إلى النية المشتركة للطرفين، حيث يتعين عليه الأخذ بقواعد العدالة المجسدة في هذه القاعدة، فهي عبارة عن حيلة قانونية ابتكرها المشرع، يلجأ إليها القاضي إذا ما تسرب إلى نفسية الشك، وذلك لتعدد وجوه التفسير المحتملة للعبارات محل النزاع دون وجود مرجح لها¹⁶³، فنطاق قاعدة تفسير الشك بمصلحة المدين يتحدد بالقول أن التفسير غير مستحيل، وفي نفس الوقت غير ممكن على وجه واحد لا يقبل الشك¹⁶⁴.

أما إذا تبين للقاضي استحالة التفسير بأي معنى من المعاني فإنه لا يكون هناك تطابق إرادتين بالمرّة، ولا ينعقد العقد أصلاً، وبالتالي لا مجال لأي تفسير¹⁶⁵، وتُستمد قاعدة الشك يُفسر لمصلحة المدين من عدة اعتبارات:

- الأصل براءة ذمة المدين، والالتزام هو استثناء والاستثناء لا يتوسع فيه¹⁶⁶.

¹⁵⁹- مصطفى عبد الجواد، مصادر الالتزام، ج 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 454.

¹⁶⁰- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر-الالتزام، المرجع السابق، ص 278 و 179.

¹⁶¹- جيلالي بن عيسى، مرجع سابق، ص 124.

¹⁶²- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 242.

¹⁶³- زيتوني فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص 20.

¹⁶⁴- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 148.

¹⁶⁵- وليد صلاح مرسي رمضان، المرجع السابق، ص 168.

¹⁶⁶- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 942.

- الدائن هو الذي يملّي الالتزام على المدين، وعليه أن يتحمل إذن مسؤولية إملائه المبهّم¹⁶⁷.
- الدائن هو المكلف بإثبات الالتزام، ولو وقع شك في الالتزام من حيث مداه، وأراد الدائن الأخذ بمدى واسع، لكان عاجزاً عن إثبات ذلك، فلا يبقى إلا الأخذ بالمدى الضيق، لأنه هو وحده الذي قام عليه الدليل، فتكون القاعدة على هذا الاعتبار قاعدة في الإثبات لا قاعدة في التفسير¹⁶⁸.

ومن الأمثلة التطبيقية على الشك يفسر لمصلحة المدين أنه إذا كان هناك شك في وجوب إعدار المدين، فسر هذا الشك في مصلحه ووجوب الإعدار¹⁶⁹. وإذا قام شك فيما إذا كان الشرط الجزائي يُستحق عند التأخير في التنفيذ أم يقتصر على حالة عدم التنفيذ، فتطبيقاً للقاعدة السابقة يقتصر الشرط على حالة عدم التنفيذ لأنه التفسير الأصل للمدين¹⁷⁰، ومن الأمثلة أيضاً أنه إذا اتفق على عمولة معينة على كل صفقة، ولم يحدد ما إذا كانت تدفع العمولة عند إبرام الصفقة أم عند تنفيذها، فُسر ذلك على أن الدفع يكون عند التنفيذ¹⁷¹.

وتطبيق هذه القاعدة يفرض على القاضي عدة شروط، وهي:

- أن يكون هناك مبرر للتفسير، فإذا كانت عبارات العقد واضحة في إظهارها إرادة الطرفين، فلا محل لتطبيق هذه القاعدة.

- استنفاد كل سائل التفسير المتعلقة بالبحث عن الإرادة المشتركة للطرفين، باعتبارها عنصراً جوهرياً في العقد، فلا يتعين اللجوء إلى هذه القاعدة إلا بعد استنفاد كل الوسائل اللازمة للكشف عن هذه الإرادة.

- أن يبقى الشك قائماً رغم استخدام وسائل التفسير سواء تلك التي نص عليها المشرع أو غيرها.
- أن يكون المدين سيء النية أو مهملاً، فوجود أي منها إنما يتنافى مع المبرر والأساس الذي قامت عليه القاعدة¹⁷².

وقد أورد المشرع الجزائري استثناء على قاعدة الشك يُفسر لمصلحة المدين، وذلك من م2/112 ق م ج يتعلق بعقود الإذعان، حيث نصت المادة على ما يلي: "غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدّعين".

¹⁶⁷- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 393.

¹⁶⁸- وليد صلاح مرسي رمضان، المرجع السابق، 169.

¹⁶⁹- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 236.

¹⁷⁰- محمد حسين قاسم، الوجيز في نظرية الالتزام، المصادر، الأحكام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1994 ص 86.

¹⁷¹- سمير عيد السيد تتاغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 149.

¹⁷²- زيتوني فاطمة الزهرة، مرجع سابق، ص 20.

ومقتضى هذه المادة أن تفسير الشك في عقود الإذعان يُفسر دائما لمصلحة الطرف المذعن
مدينا كان أم دائنا في الالتزام أو الشرط.

ويجد هذا الاستثناء تبريره في أن الطرف القوي هو الذي يستقل بوضع شروط العقد، ومن ثم
تقع عليه مسؤولية غموض صياغتها لأنه يعتبر متسببا في هذا الغموض وكان في وسعه إن
يتحاشاه¹⁷³.

ثانيا: الرقابة المحكمة العليا على القاضي في تفسير العقد

بعد إن انتهينا من الكلام عن تفسير العقد نستطيع إجمال ما يعتبر من مسائل القانون التي
تخضع لرقابة محكمة النقض، وما يعتبر من مسائل الواقع التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض
ويستقل بها قاضي الموضوع¹⁷⁴.

لكن قبل هذا يجب أن نشير إلى أمر مهم، وهو أن المحكمة العليا محكمة قانون لا محكمة
موضوع، وهذا يعني أنها تفرض لرقابتها على عمل القاضي فيما يتعلق بمسائل القانون (1) دون
مسائل الواقع (2) التي ينفرد بها قاضي الموضوع¹⁷⁵.

1- المسائل القانون في تفسير العقد:

هي التي يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض القاعدة التي تقضي بأنه إذا كانت عبارة
العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها بحجة تفسيرها م 111 ق م ج، فإذا قام القاضي بالتفسير
رغم وضوح العبارة وذلك إذا أخطأ المتعاقدان في التعبير عن إرادتهما المشتركة فيجب عليه بيان
الظروف والأسباب التي دفعته إلى ترك المعنى الواضح في حكمه ويكون البيان على اعتبارات مقبولة
يصح عقلا تحصيل ما استخلصه القاضي فيها، فإن قصر حكمه في ذلك كان باطلا لعدم اشتماله
على الأسباب الكافية لذلك¹⁷⁶.

¹⁷³ - محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 281.

¹⁷⁴ - محمد صبري السعيد، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة
المنفردة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 289.

¹⁷⁵ - زيتوني فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص 25 و 26.

¹⁷⁶ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد
والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 289.

وإذا قام القاضي بتفسير العبارة الغامضة طبقاً لنص م 2/111 ق م ج، وقرر أن المتعاقدين اتفقا على شيء معين وكان هذا الشيء جائزاً قانوناً، ثم لا يقضي بما أراد المتعاقدين بما تقضي به العدالة، فإنه يكون قد خالف القانون ويستوجب حكمه النقض.

ومن مسائل القانون قاعدة تفسير الشك في صالح المدين وفقاً م 1/112 ق م ج، كأصل عام مع استثناء عقود الإذعان، فإذا كان تفسيره ضاراً بمصلحة المدين تعين نقض الحكم، وكذلك الحال إذ فُسر العقد في حالة الشك بما يضر مصلحة الطرف المدعى م 2/112 ق م ج.

فضلاً عن ذلك هناك قاعدة جوهرية يجب على القاضي أن يتقيد بها، وهي أن الوقائع التي يستند عليها في استخلاص الإرادة المشتركة للمتعاقدين، يجب أن تكون ثابتة من مصادر موجودة وغير مناقضة للثابت في الدعوى. فإذا أورد القاضي مصدراً وهمياً لا وجود له، أو موجود ولكنه يناقض لوقائع أخرى ثابتة، أو غير مناقض ولكن يستحيل عقلاً استخلاص الواقعة منه، كان حكمه مخالفاً لقواعد الإثبات القانونية وتعين نقض الحكم¹⁷⁷.

2- المسائل الواقعية في تفسير العقد:

فهي متروكة للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع في البحث عن إرادة المتعاقدين، معتمداً في ذلك على الواقع الثابتة أمامه في الدعوى فإنها لا تخضع لرقابة محكمة النقض¹⁷⁸.

وعلى هذا فإن كل ما يتعلق بفهم القاضي للوقائع لاستظهار النية المشتركة للطرفين ومقصدهم الحقيقي من وقائع وظروف الدعوى شرط الالتزام بقواعد التفسير والاعتماد على ما ورد في الدعوى من وقائع وأدلة إثبات صادرة من ذوي الشأن وعدم انحرافه عن العبارات الواضحة في العقد لا يخضع لرقابة المحكمة العليا¹⁷⁹.

¹⁷⁷ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة، المرجع السابق ص 289 و 290.

¹⁷⁸ - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 245.

¹⁷⁹ - جيلالي بن عيسى، المرجع السابق، ص 132 و 133.

الفرع الثاني: تكييف العقد

تكييف العقد هو إضفاء وصف قانوني معين على العقد، يتفق مع حقيقة ما قصده المتعاقدان منه، أي أن القاضي يقوم بتحديد طبيعة ونوع العقد المعروض عليه، كونه من العقود المسماة كعقد بيع، أم إيجار أم مقايضة أم عارية¹⁸⁰، أو ينتهي إلى أن العقد لا يدخل في طائفة العقود المسماة فيحاول جاهداً البحث عن القواعد الملائمة في أقرب عقد مسمى لهذا الاتفاق ليطبق عليه ما يناسبه من القواعد الخاصة بهذا العقد¹⁸¹.

التكييف عمل قانوني يقوم به القاضي من تلقاء نفسه، ولو لم يطلب الخصوم منه ذلك لأنه لا يستطيع الفصل في النزاع بدون هذا التكييف¹⁸²، ولا يتقيد القاضي مطلقاً في تكييف العقد بالوصف الذي أطلقه المتعاقدان على التصرف، فقط يطلقان على العقد وصفاً لا يتفق مع حقيقته، إما عن جهل أو عن عمد لإخفاء غرض غير مشروع، كالتهرب من الضرائب أو التبرع إلى ما بعد الموت في صورة عقد بيع.

فالقاضي يقوم بالمقابلة بين الآثار التي اتجهت إليها نية المتعاقدين المشتركة كما استخلصها من عبارات العقد، وبين الماهية والطبيعة المجردة للعقد كما نظمها القانون، لذلك فإن عملية التكييف تعتبر مسألة قانونية، يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض¹⁸³.

المعيار الأساسي الذي يعتد به القاضي لتكييف العقد هو الالتزامات الرئيسية، ففي البيع مثلاً يعتبر الالتزام بالثمن والتسليم من الالتزامات الرئيسية التي تكشف عن حقيقة قصد المتعاقدين من العقد، فالعبرة بالغرض العملي الذي قصده الطرفان من تعاقدتهما والذي تكشف عنه طبيعة الالتزامات التي يتحملها كل منهما، وتجدر الإشارة أنه لا يترتب على تكييف العقد تغيير سبب الدعوى، مادام القاضي يقوم به على أساس الوقائع المعروضة عليه، دون أن يضيف إليها شيئاً جديداً من عنده¹⁸⁴.

¹⁸⁰ - محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 281.

¹⁸¹ - نبيل سعد إبراهيم، المرجع السابق، ص 270.

¹⁸² - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 282.

¹⁸³ - المرجع نفسه، ص 284.

¹⁸⁴ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 183 و 284.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة

كقاعدة عامة فإن القاضي لا يجوز له الحق في تعديل العقد وأحكامه أو حق نقضه إلا أن القانون واستثناء من هذه القاعدة أعطى القاضي حق التعديل أحكام العقد، وذلك في م 107/3ق م ج ويتمثل الحديث عن سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة، وذلك لأن هذه الظروف تؤدي كما سنرى إلى اختلال التوازن العقدي و تغيير مضمون العقد الذي هو موضوع التنفيذ فلا يستطيع المتعاقدين تنفيذ هذا المضمون الذي لم يتفقا عليه لذلك أعطى المشرع سلطة للقاضي لتعديل العقد بهدف تنفيذه وقبل كل ذلك يجب أن نتعرض لنظرية الظروف الطارئة (الفرع الأول)، ثم دور القاضي في نظرية الظروف الطارئة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نظرية الظروف الطارئة

تنص م 3/107 من ق م ج، على أنه: "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقيعها 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".

يتضح لنا من خلال النص القانون أنه يقصد بالظروف الطارئة بأنها حوادث استثنائية عامة غير متوقعة الحدوث أثناء مرحلة تنفيذ العقد، وتجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بحيث تهدده بخسارة فادحة.

وقد خول المشرع للقاضي سلطة تعديل العقد عند تحقق الظروف الطارئة لإعادة التوازن الاقتصادي إلى العلاقة بين المتعاقدين، على نحو يحقق العدالة من جهة ويساعد على استمرار العقد وتنفيذه من جهة أخرى. والتعديل لا يعني إعفاء الطرف من التزامه، بل يتمثل في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول¹⁸⁵.

وسوف نوضح فيما يلي شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة (أولا)، ثم سلطة القاضي في نظرية الظروف الطارئة (ثانيا).

¹⁸⁵ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 297.

أولاً: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

ليتمكن القاضي من تطبيق نظرية الظروف الطارئة، طبقاً لأحكام م 3/107 ق م ج، لا بد من توافر مجموعة من الشروط وهي أن يكون العقد المراد تعديله متراخياً في تنفيذه (1)، وأن يطرأ حادث استثنائي عام ومفاجئ (2)، وأن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً وليس مستحيلاً (3).

1- أن يكون العقد المراد تعديله متراخياً في تنفيذه:

يشترط لتطبيق هذه النظرية أن يكون العقد متراخياً في تنفيذه، أي أن تكون هناك مدة زمنية بين تاريخ انعقاد العقد وتاريخ نفاذه، وغالباً ما يتواجد في العقود الزمنية¹⁸⁶ سواء كانت مستمرة التنفيذ كعقد الإيجار أو دورية التنفيذ كعقد التوريد، وتطبق هذه النظرية أيضاً في العقود الفورية¹⁸⁷ التي يستغرق تنفيذها مدة من الزمن كعقد المقاولة، أو العقود الفورية التي يكون التراخي فيها راجعاً إلى اتفاق الطرفين كالبيع الذي يتفق فيه على تأجيل الوفاء بالثمن.

أما بالنسبة للعقود الاحتمالية فهي تستبعد من نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة، لأن مثل هذه العقود تفترض بطبيعتها أن يتعرض أحد المتعاقدين للخسارة أو الربح سواء كانت الخسارة جسيمة أو الربح كبيراً. كذلك لا تطبق نظرية الظروف الطارئة على العقود التي يتراخى تنفيذ الالتزام التعاقدية فيها ناتجاً عن خطأ وتقصير المدين لأنه لا يجوز إفادته من إهماله وتقصيره، وإنما عليه تحمل نتائج الظروف التي جعلت تنفيذ التزامه مرهقاً¹⁸⁸.

2- أن يطرأ حادث استثنائي عام ومفاجئ:

يشترط كذلك لتطبيق النظرية أن يطرأ حادث استثنائي عام ومفاجئ، لم يكن في الوسع توقعه، ونقصد بالحادث الاستثنائي هو ذلك الظرف الذي يندر وضوحه بحيث بيدوا شاذاً بحسن المألوف من شؤون الحياة، فلا يتوقعه الرجل العادي ولا يدخل في حسابه¹⁸⁹.

¹⁸⁶ - العقد الزمني: هو العقد الذي لا يكون الزمن عنصر جوهرياً فيه، حيث يعتبر مقياساً يقدر به محل الالتزام وقد يكون هذا العقد ذا تنفيذ مستمر مثل عقد الإيجار وعقد العمل وعقد شركة، وق يكون ذا تنفيذ دوري مثل عقد التوريد وعقد الإيراد حيث يتفق الطرفان على تكرار الأداءات، أنظر توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 66.

¹⁸⁷ - العقد الفوري: هو العقد الذي لا يمكن الزمن عنصراً جوهرياً فيه، حيث يمكن تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه دفعة واحدة أو في الحال، دون أن تحتاج بطبيعتها أو رفقا للغاية منها، إلى مضي زمن معين، محمد محسن منصور، المرجع السابق، ص 52.

¹⁸⁸ - علي نجيدة، المرجع السابق، ص 234 و 235.

¹⁸⁹ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 355.

ومن أمثلة الحوادث الاستثنائية حدوث زلزال أو فيضان أو إعصار أو حرب أو وفاة، ارتفاع الباهض في الأسعار أو الانخفاض الحاد فيها.

ويكون الحادث عاما إذا كان لم يقتصر أثره على المدين بمفرده بل يشمل طائفة معينة من الأشخاص. ومثال الحادث العام الفيضان غير المنتظر الذي ترتب عليه إغراق مساحة واسعة من الأرض¹⁹⁰، أو انتشار الوباء كفيروس كوفيد 19 المستجد الذي يشهده العالم في الآونة الأخيرة. ولا يعتبر ظرف عاما الحوادث الاستثنائية الخاصة بالمدين وحده كإفلاسه أو مرضه أو عجزه أو موته، فمثل هذه الحوادث يقتصر أثرها على المدين ولا تمس فئة معينة. وبالتالي لا ترى أحكام النظرية في هذه الظروف¹⁹¹.

بالإضافة إلى وضعية الاستثنائية والعمومية يشترط كذلك أن يكون الحادث غير متوقع وقت إبرام العقد بمعنى أن الشخص العادي لا يستطيع توقع هذا الظرف، فإذا كان الحادث متوقعا فلا يعتبر ظرف استثنائي.

ومعيار التوقع هنا هو المعيار الموضوعي وهو الرجل العادي، وليس معيار ذاتي قوامه ذات المدين.

3- أن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا وليس مستحيلا

يقصد بها الشرط أن يؤدي الحادث المفاجئ إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة دون أن يصل الأمر إلى حد استحالة تنفيذه¹⁹². فإذا كان من شأن هذه الحوادث جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا فلا تطبق نظرية الظروف الطارئة لأننا نكون هنا بصدد حالة أخرى وهي القوة القاهرة.

وهنا نجد الفرق بين القوة القاهرة والحادث الطارئ، فمع أنهما يشتركان في أن كل منهما لا يمكن توقعه ولا يُستطاع دفعه إلا أنهما يختلفان في الأثر القانوني الذي ينتج عن كل منهما، حيث أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ويترتب عنها استحالة تنفيذ الالتزام وانقضائه تبعا لذلك، أما الظروف الطارئة فيجعله مرهقا ويترتب عليه رد الالتزام إلى حد المعقول¹⁹³.

¹⁹⁰ - محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص 91.

¹⁹¹ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 306.

¹⁹² - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 257.

¹⁹³ - صلاح وليد مرسي رمضان، المرجع السابق، ص 649.

وعليه فإن الإرهاق المترتب على وقوع الظرف الطارئ هو معيار مرن ليس له مقدار ثابت يتغير بتغير الظروف فما يكون مرهقا للمدين قد لا يكون مرهقا لمدين آخره، لذلك فالمعيار الذي يتحدد في هذا الشأن هو معيار موضوعي حيث لا ينظر فيه إلى إمكانية المدين الخاصة، ومدى قدرته على تحمل الخسارة وإنما يُنظر إلى الصفقة التي أبرمها¹⁹⁴.

ثانياً: سلطة القاضي في نظرية الظروف الطارئة

إذا توافرت الشروط السابقة فإنه يجوز للقاضي أن يوازن تبعاً للظروف بين مصلحة الطرفين وأن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وذلك حسب مقتضيات العدالة.

وبذلك يملك القاضي في هذا الصدد سلطة تقديرية واسعة، يستطيع بموجبها اختيار الطريقة التي يزيل بها الإرهاق عند تنفيذ الالتزام، سواء بإنقاص الالتزام المرهق وزيادة الالتزام المقابل (1) أو توقيف تنفيذ العقد (2).

1- رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول:

تنص م 3/107 ق م ج على أنه "...جواز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول..."، يبين لنا من خلال نص المادة أن المشرع قد خول للقاضي سلطة تعديل العقد برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، والمراد به هو اشتراك طرفا العقد الدائن والمدين معا في الخسارة التي نتجت عن الحوادث الطارئة غير المتوقعة، التي لا يستطيع أن يتحملها المدين وحده ويتحقق ذلك بأية وسيلة يراها القاضي مناسبة لإقامة التوازن، لذلك فقد يختار إنقاص الالتزام المرهق بالنسبة للمدين (أ) أو زيادة التزام الدائن (ب).

أ- إنقاص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول:

قد يرى القاضي أن الوسيلة لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وإعادة التوازن العقدي للطرفين يكون بإنقاص الالتزام وهو المرهق، وهذا الإنقاص قد يكون من حيث الكم وذلك بإنقاص مقدار ما يقدمه المدين، وقد يكون من حيث الكيف، وذلك بأن يقدم المدين للدائن نفس الكمية المتفق عليها ولكن من صنف أقل جودة.

ومن أمثلة إنقاص الالتزام المرهق من حيث الكم أن يتعهد شخص بتوريد كمية من الصلب، ثم يرتفع سعره ارتفاعاً باهضاً بسبب حرب جعلت استرداده متعذراً مما يؤدي إلى نقص الكميات الموجودة منه في السوق، فيكون توريد هذه الكمية مرهقا، في هذه الحالة يجوز للقاضي أن ينقص الكمية التي

¹⁹⁴ - علي نجيدة، المرجع السابق، ص 236.

يلتزم المدين بتوريدها، وذلك في الحدود التي تجعل تنفيذ الالتزام ميسور غير مرهق¹⁹⁵، أما من أمثلة الإنقاص من حيث الكيف أن يتعهد لشخص بتوريد كميات محددة من سلعة معينة، ومن صنف متفق عليه، إلا أن الحصول على هذا الصنف بالذات أصبح فيما بعد مرهقا للمدين بسبب ظروف طارئة أدت إلى ارتفاع سعرها ارتفاعا باهظ، فيجوز للقاضي في هذه الحالة أن يسمح للمدين بأن يوفي بنفس الكمية المتفق عليها من هذه السلعة، ولكن من صنف أقل جودة لا يؤدي إلى إرهاب المدين¹⁹⁶.

ب- زيادة الالتزام المرهق إلى الحد المعقول:

وقد يزيد القاضي من الالتزام المقابل للالتزام المرهق بما يخفف من الخسارة التي يتعرض لها المدين، دون أن يزيلها تماما¹⁹⁷، فيبقي ما يعد زيادة مألوف على عبء التزام على المدين، بحيث يتحمل الدائن جزء من الزيادة غير المتوقعة في سعر الشيء محل الالتزام¹⁹⁸، وتجدر الإشارة أن القاضي في هذه الحالة يترك الخيار للدائن، فله أن يقبل التعديل، وأن يطلب فسخ العقد ولكن دون تعويض.

وما يمكن ملاحظته أن إنقاص الالتزام المرهق أو الزيادة فيه، لا يكون إلا إلى الحاضر فقط، ولا شأن للقاضي في الالتزام الذي تم تنفيذه، والذي سينفذ مستقبلا، فقط يزول أثر الظرف الطارئ وتعود للعقد قهوته الملزمة، لأن قاعدة القوة الملزمة هي الأصل وما نظرية الظروف الطارئة إلا استثناء عليها¹⁹⁹.

2- التعديل بوقف الالتزام المرهق إلى غاية زوال الظرف الاستثنائي:

إضافة إلى سلطة القاضي في تعديل العقد بالإنقاص في الالتزام المرهق، أو الزيادة فيه، فإنه قد يرى وقف تنفيذ العقد إلى حين زوال الحادث الطارئ إذا كان مؤقتا، من أجل وفاء المدين بالتزاماته دون إرهاب، إذا لم يكن في هذا الوقف ضرر جسيم يلحق الدائن، قد نصت م 2/281 من ق م ج على أنه: "...غير أنه يجوز للقضاة نظر لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالا

¹⁹⁵ - نبيل سعد إبراهيم، المرجع السابق، ص 292.

¹⁹⁶ - هبة محمد محمود الديب، أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2012، ص 63.

¹⁹⁷ - أحمد شوقي عبد الرحمان، النظرية العامة للالتزام، المصادر الإرادية وغير الإرادية، العقد، الإرادة المنفردة، المسؤولية المدنية، الإثراء بلا سبب، الإسكندرية، 2008، ص 102.

¹⁹⁸ - هبة محمد محمود الديب، المرجع السابق، ص 63.

¹⁹⁹ - المرجع نفسه، ص 64.

ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه المدة سنة، وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها».

وفي الأخير تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري، اعتبر أحكام نظرية الظروف الطارئة من النظام العام، حيث لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها²⁰⁰، وهذا ما أشارت إليه 3/107 من ق م ج، بقولها "...ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

المطلب الثالث: سلطة القاضي في رقابة الشرط الجزائي

تنص م 183 ق م ج على أنه: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو اتفاق لاحق. وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181 " نستنتج من النص أنه عادة ما يعتمد المتعاقدان إلى تضمين اتفاقهما، إضافة إلى التزامات الأصلية اتفاقا على تعويض مقدر سلفا سواء حين التعاقد أو في وقت لاحق يتحمل به الطرف الذي يقع منه هذا الإخلال هذا الاتفاق الإضافي يعتبر شرط من شروط اتفاقهما الأصلي. فإذا أخلى المتعاقدين بالتزامه يحدد جزاء الإخلال بالتزامات الناشئة عنه ولذا يسمى "الشرط الجزائي" فهو في أغلب الأحوال يهدف إلى تحذير الملتزم من الإخلال بالتزامه وتهديده بالجزاء الشديد المشترط لحمله على الحرص على الوفاء، وفي موعده ذلك أن "الجزاء" المشترط لا يقدر قياسا على ضرر معين بل يقدر تقديرا جزافيا، وهنا يمكن للطرف المتضرر من هذا الشرط المبالغ فيه أن يلجأ إلى القاضي لإعادة تقدير التعويض لما يتناسب مع الضرر عن طريق مراجعته سواء بطريق استبعاد التعويض الاتفاقي أو عن طريق تعديله، لذلك سنتطرق لدور القاضي في الرقابة على التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) سواء باستبعاده (الفرع الأول)، أو عن طريق مراجعته (الفرع الثاني).

الفرع الأول: سلطة القاضي في استبعاد الشرط الجزائي

إذا كان التعويض الاتفاقي تقديرا اتفاقيا للتعويض عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه فإنه ينبغي لاستحقاقه توافر شروط استحقاق التعويض، وقد أشارت إلى ذلك م 183 ق م ج، فأحالت إلى تطبيق أحكام المواد من 176 إلى 181 من نفس القانون، وهي النصوص التي تحدد هذه الشروط، ويتعلق الأمر بالخطأ والضرر والعلاقة السببية في المواد من 176 إلى 178، فيما نصت المواد من 179 إلى 181 على شرط الإعذار.

²⁰⁰ - علي نجيدة، المرجع السابق، ص 239.

كما نصت م 1/184 ق م ج: " لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر". وبذلك لا يستحق التعويض الاتفاقي إلا إذا توافرت شروط استحقاق التعويض وهي الخطأ ويتمثل في الخطأ العقدي، وهو عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه الناشئ عن العقد، ويتمثل في عدة صور وهي، عدم التنفيذ الكلي، التنفيذ الجزئي أو الناقص، التنفيذ المعيب، التنفيذ الذي يخالف الوجه المتفق عليه أو الذي يوجب القانون، التنفيذ المتأخر²⁰¹.

أما الضرر فلقد نص المشرع الجزائري في م 1/184 ق م ج: " لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر". ونستخلص من النص أنه لا يستحق التعويض الاتفاقي كذلك إذا لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن، ذلك أن الضرر من أركان استحقاق التعويض، فإذا لم يوجد ضرر لا يكون التعويض مستحقا، ولا محل لإعمال التعويض الاتفاقي في هذه الحالة²⁰².

ويشترط أيضا قيام العلاقة السببية، إذ لا يكفي لاستحقاق التعويض المتفق عليه، توافر ركني الخطأ والضرر، بل يجب أن تقوم علاقة السببية بينهما ويقصد بعلاقة السببية العلاقة المباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المضرور، أو هي الصلة التي تربط الخطأ العقدي بحدوث الضرر²⁰³.

الإضافة إلى الأركان السابقة فإنه يجب الإعدار لاستحقاق التعويض الاتفاقي في كافة الأحوال التي يكون فيها الإعدار واجبا، فإذا لم يقد الدائن بإعدار مدينه في الحالات التي يجب فيها ذلك فلا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا، ذلك أن مجرد الاتفاق على الشرط الجزائي لا يتضمن إعفاء للمدين من وجوب الإعدار.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في مراجعة الشرط الجزائي

بما أن التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) اتفاق على مقدار التعويض الذي يستحق عندما يخل المدين بالتزامه، فالأصل فيه أنه اتفاق واجب الاحترام، إعمالا للقاعدة القانونية "العقد شريعة المتعاقدين"، واستثناء من هذا الأصل ومراعاة لاعتبارات معينة تتعلق بالعدالة أساسا أجاز المشرع

²⁰¹ - محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 364.

²⁰² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 856.

²⁰³ - بسام سعيد جبر، ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورها في منع تراخي العقود، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط 2011، ص 116.

للقاضي أن يتدخل لتعديل مقدار التعويض الاتفاقي، وذلك في حالات معينة، ويجوز للقاضي فيها أن يخفض مقدار التعويض الاتفاقي، ويجوز له أيضا أن يزيد مقدار التعويض الاتفاقي.

تنص م 184/2 ق م ج: " ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت أن التقدير كان مفرطاً أم أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه"، ويستخلص من نص المادة أنها حصرت الحالات التي يجوز فيها للمدين اللجوء إلى القضاء لأجل طلب تعديل العقد فيما تعلق بالتعويض المتفق عليه وذلك بطريقة تخفيض قيمته ويكون ذلك في حالتين ، حالة الإفراط في تقدير التعويض الاتفاقي وحالة تنفيذ الالتزام الأصلي في جزء منه.

يجوز له أيضا أن يزيد مقدار التعويض الاتفاقي في حالة أنه تم تحديد التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) بمبلغ قليل منخفض إلى درجة كبيرة، بحيث لا يتناسب تماما مع الضرر الذي يصيب الدائن إذا أخل المدين بتنفيذ التزامه، فهل يملك القاضي صلاحية الزيادة في التعويض الاتفاقي لمصلحة الدائن إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي؟

أجابت على هذا السؤال م 185 ق م ج 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 جسيماً".

نستنتج من نص المادة أنه إذا كان التعويض الاتفاقي أقل من الضرر الواقع، فالأصل أن القاضي لا يزيده ليكون مساويا للضرر، بل يحكم به كما هو، وإلا فقد التعويض الاتفاقي معناه²⁰⁴، وبالتالي فالدائن لا يستطيع أن يطالب المدين إلا بقيمة التعويض الاتفاقي.

ولكن نلاحظ من نص م 185 ق م ج استثناء على قاعدة جواز زيادة الشرط الجزائي، حيث سمح بزيادته في حالة واحدة وهي إذا زاد الضرر عن التعويض الاتفاقي، وأثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيماً.

ويؤسس القاضي الزيادة في مقدار التعويض حتى يصبح معادلا للضرر الذي وقع، ولا يمنعه من ذلك أن التعويض مقدر في العقد، ذلك أن الدائن عند اتفائه مع المدين على تقدير التعويض لم يدخل في حسابه غش المدين أو خطئه الجسيم، ولا ينبغي أن يحسب هذا الحساب.

²⁰⁴ - رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، مصر 2012، ص111-فاضل خديجة، تعديل العقد أثناء التنفيذ، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2002، ص101.

المطلب الثالث: سلطة القاضي في منح أجل تنفيذ العقد

نص المشرع على سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بموجب نص م 210 ق م ج: " 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 و المستقبلية مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه".

وكذلك نص م 281 ق م ج: " يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائياً في ذمة المدين مالم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

غير أنه يجوز للقضاء نظراً لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا أجلاً ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه مدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها.

وفي حالة الاستعجال يكون منح الآجال من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة.

وفي حالة إيقاف التنفيذ فإن الآجال المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية، بصحة إجراءات التنفيذ تبقى موقوفة إلى انقضاء الأجل الذي منحه القاضي".

القاعدة أن الالتزام متى ترتب في ذمة المدين على وجه بات نهائي، فإنه يكون واجب الأداء فوراً²⁰⁵، ولا يعد الالتزام مستحق الأداء فوراً إذا كان معلقاً على شرط واقف أو مضافاً إلى أجل، وإنما يجب على الدائن انتظار تحقق الشرط أو حلول الأجل للمطالبة بالأداء.

الاستثناء من هذا الأصل أن استحقاق أداء الالتزام لا يمنع من تأجيل تنفيذه بناء على نظرة الميسرة التي قد يمنحها القاضي للمدين، وبذلك فنظرة هي أجل قضائي يجوز منحه للمدين إذا توافرت شروط معينة، أو كما تعرف بأنها " مهلة زمنية تمنح للمدين لمواجهة صعوبات لاحقة على إبرام العقد"²⁰⁶

ويتضح من نص م 210 و 2/281 ق م ج المذكورتين أعلاه، أن هناك شروط متى توافرت جاز للقاضي أن يمنح المدين نظرة الميسرة (الفرع الأول)، وفيما يلي تفصيل لهذه الشروط وهي، أن تكون حالة المدين تستدعي أن يمنحه القاضي نظرة الميسرة (الفرع الأول)، أن يراعي القاضي موارد المدين الحالية والمستقبلية مع اشتراط عناية الرجل الحريص في تنفيذ التزامه (الفرع الثاني)، أن يكون الأجل الذي يمنحه القاضي معقولاً (الفرع الثالث).

²⁰⁵ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 320.

²⁰⁶ - سمير تناغو، الالتزام القضائي، الحكم مصدر جديد للالتزام، (دراسة فنية لتعديل القاضي للعقد)، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر 2014، ص 151.

الفرع الأول: أن تكون حالة المدين تستدعي أن يمنحه القاضي نظرة الميسرة

تكون حالة المدين تستدعي أن يمنحه القاضي أجلا لتنفيذ التزامه، متى كان في ضيق مؤقت ينتظر زواله، ويجب أن يكون المدين حسن النية في تأخره في الوفاء بالتزامه²⁰⁷، بأن يكون عاثر الحظ لا متعمدا عدم الوفاء ولا مقصرا في ذلك²⁰⁸ وتستتج حالة المدين من ظروفه الاقتصادية، وبعبارة أخرى يشترط في منح نظرة الميسرة أن يكون المدين سيء الحظ وحسن النية وأن يكون في ظروف استثنائية جدا²⁰⁹.

الفرع الثاني: أن يراعي القاضي موارد المدين الحالية والمستقبلية مع اشتراط عناية الرجل الحريص في تنفيذ التزامه

يعني بمراعاة القاضي موارد المدين الحالية والمستقبلية مع اشتراط عناية الرجل الحريص في تنفيذ التزامه، وهو أن الضيق الذي أحاط به المدين أمر مؤقت وأن موارده كافية في النهاية للوفاء بدينه، وأنه يتخذ من التدابير ما يبسر له هذا الوفاء، وأنه وفي فعلا ما أمكنه الوفاء به من الدين، وأن الوفاء بكل الدين يلحق به ضرر جسيما وأنه قدم للدائن الضمان الكافي على حقه²¹⁰.

الفرع الثالث: أن يكون الأجل الذي يمنحه القاضي معقولا

حدد المشرع الجزائري هذا الأجل بما لا يزيد عن سنة واحدة بموجب نص م 281 ق م ج السالفة الذكر، وبذلك يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا واحدا يقدر بسنة أو أجالا متعاقبة لا أجلا واحد، بأن يقسط الدين على أقساط يلاحظ في مواعيدها وفي مقاديرها قدرة المدين على الوفاء²¹¹ بشرط ألا تتجاوز هذه المواعيد أجل السنة.

²⁰⁷ - دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2015 ص 83.

²⁰⁸ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام الأوصاف، الحوالة، الانقضاء، الجزء الثالث، دار احياء التراث العربي، مصر 1958، ص 442.

²⁰⁹ - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار المعارف، مصر 1987، ص 654.

²¹⁰ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام الأوصاف، الحوالة، الانقضاء، 781.

²¹¹ - محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة باتنة 2012/2011، ص 378.

الفصل الثاني: كيفية تنفيذ العقد

الأثر الجوهري للالتزام العقدي، بعد نشوئه صحيحا من مصدره، هو وجوب تنفيذه من طرف المدين، طبقا لما اشتمل عليه، وبحسن نية.

إن التنفيذ العيني هو الأصل، ويكون إما أن يكون اختياريا يتم بإرادة المدين، وإما أن يكون جبريا في حالة امتناع المدين عن تنفيذ التزامه ويتم عن طريق بتدخل السلطة العامة لإجبار المدين وقهره على تنفيذ الالتزام²¹²، بأن يؤدي ما يطلق عليه التنفيذ العيني، كتسليم البائع للشيء المبيع المتفق عليه. وقد يكون التنفيذ أيضا، بمقابل أو عن طريق التعويض، عندما لا يستطيع المدين تنفيذ التزامه عينا، وعندئذ يجوز للدائن أن يطالب المدين بمقابل يحل محل الأداء الأصلي الذي ألتزم به.

وتنفيذ الالتزام التعاقدى إما طوعا واختياريا أو جبرا على المدين وقهرا لإرادته. والتنفيذ الاختياري للالتزام التعاقدى لا يثير أي بحث خاص. ولكن الذي يحتاج إلى بحث هو التنفيذ القهري وذلك عندما يرفض المدين الاستجابة إلى عنصر المديونية في التزامه. والتنفيذ الجبري نوعين، التنفيذ العيني، والتنفيذ بمقابل عن طريق التعويض²¹³.

ونقوم فيما يلي بدراسة التنفيذ العيني (المبحث الأول)، والتنفيذ بمقابل عن طريق التعويض (المبحث الثاني).

المبحث الأول: التنفيذ العيني

إن تنفيذ الالتزام التعاقدى عينا هو الأصل م160 ق م ج: "المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به"، فلا يجوز للمدين أن يعرض التنفيذ بمقابل متى كان التنفيذ العيني ممكنا، ولا يجوز للدائن أن يطلب التنفيذ بمقابل إذا عرض المتعاقد المدين أن ينفذ التزامه تنفيذا عينيا. فالتنفيذ بمقابل هو تعويض للمتعاقد الدائن عن حقه في الحالات التي لا تتوافر فيها شروط التنفيذ العيني وقد نصت هذا ما نصت عليه م164 ق م ج: "يجبر المدين بعد إعداره طبقا للمادتين 180،181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا".

²¹² بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر 2013، ص84.

²¹³ سمير عبد السيد تناغو، الالتزام والإثبات، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية 2009، ص 229.

وتنص م176 ق م ج: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه".

نستنتج من النصوص السابقة أن للدائن المطالبة بتنفيذ العيني، كما يجوز للمدين أن يعرض القيام به، ولكن إذا اقتصر الدائن على المطالبة بالتعويض دون التنفيذ العيني ولم يعرض المدين التنفيذ العيني، ففي هذه الحالة على القاضي أن يحكم بالتعويض.

ولذلك نتطرق فيما يلي لشروط الحكم بالتنفيذ العيني (المطلب الأول)، وموضوع التنفيذ العيني (المطلب الثاني)، ووسائل حمل المدين على التنفيذ العيني (المطلب الثالث).

المطلب الأول: شروط التنفيذ العيني

تنص م 164 ق م ج على أنه: "يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه عينياً متى كان ذلك ممكناً".

نستنتج من نص م164 ق م ج أنه يجب توافر شروط للحكم بالتنفيذ العيني²¹⁴، وهي أن يكون التنفيذ العيني ممكناً (الفرع الأول)، إعدار المدين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أن يكون التنفيذ العيني ممكناً

يشترط للحكم بالتنفيذ العيني أن يكون مازال ممكناً، فإذا استحال على المدين تنفيذ الالتزام عينا، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه طبقاً م176 ق م ج: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا، حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

²¹⁴ نصت بعض التشريعات العربية مثل التشريع المصري والسوري والليبي على شرط لم ينص عليه القانون المدني الجزائري وهو أن لا يكون التنفيذ العيني مرهقا، فتتص م 203 ق م م: "1- يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين 219 و221 على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً.

2- على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاقا للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً".

الفرع الثاني: إعدار المدين

والشرط الثاني للتنفيذ العيني، هو الإعدار الذي يجب أن يوجهه الدائن للمدين معبرا عن إرادته في اقتضاء التنفيذ العيني للالتزام. يجب على الدائن إعدار المدين قبل اتخاذ وسائل إجباره على التنفيذ العيني أن يقوم بإنذاره أو إخطاره، على ضرورة الوفاء بالتزامه، ووضعه موضع المقصر أو المتأخر في تنفيذ هذا الالتزام²¹⁵ وفقا للمواد 164 و180 ق م ج. فإنه لا يستحق التعويض إلا بعد إعدار المدين، مالم يوجد نص مخالف لذلك م 179 ق م ج.

المطلب الثاني: موضوع التنفيذ العيني

تختلف كيفية التنفيذ تبعا لاختلاف محل الالتزام المطلوب تنفيذه، فقد يكون محل الالتزام نقل الملكية أو نقل حق عيني آخر (الفرع الأول)، كما قد يكون الالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل ما (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الالتزام نقل الملكية أو نقل حق عيني آخر

لما نكون بصدد التزام بنقل الملكية أو حق عيني آخر، يتمثل التنفيذ العيني في نقل ذلك الحق بحكم القانون، إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري م 165 ق م ج.

أما إذا ورد التزام ينقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز الشيء، ويلاحظ أنه في حالة امتناع المدين عن تنفيذ الالتزام، يحق للدائن أن يقتني شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض م 166 ق م ج.

الفرع الثاني: الالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل ما

إذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه بعمل، جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي لتنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان ذلك ممكنا م 170 ق م ج.

²¹⁵ - سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والإثبات، المرجع السابق، ص 232.

في الحالة التي نص فيها الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه يحق للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين م 169 ق م ج.

يمكن أن يكون حكم القاضي بمثابة سند التنفيذ، إذا سمحت بذلك طبيعة الالتزام، وذلك مع مراعاة النصوص التشريعية والتنظيمية.

إذا تعلق الأمر بالامتناع عن عمل ما يجوز للدائن أن يطالب بإزالة ما قام به المدين خرقاً للالتزامه، ويمكن من أجل ذلك أن يتحصل على رخصة من القاضي على القيام بهذه الإزالة على نفقة المدين م 173 ق م ج.

المطلب الثالث: وسائل التنفيذ العيني

من وسائل التنفيذ العيني الإكراه البدني، والغرامة التهديدية، ونشير إلى أن الإكراه البدني أي الجزاءات التي تلحق الشخص في جسمه، لم يعد وسيلة للجبر على تنفيذ الالتزامات المدنية والتجارية في القوانين الحديثة²¹⁶. ولدراسة وسائل التنفيذ العيني رأينا أن نتطرق للغرامة التهديدية (الفرع الأول)، ثم الحجز على أموال المدين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الغرامة التهديدية

وتعتبر الغرامة التهديدية إحدى وسائل التي تكفل التنفيذ العيني الجبري وفق نص م 174 ق م ج، فقد أصبح التهديد المالي في القوانين الحديثة أفضل وسيلة لجبر المدين على التنفيذ العيني للالتزامه، وهو يتمثل في الحكم على المدين بغرامة مالية تهديدية عن كل يوم تأخير أو كل شهر، أو أي وحدة زمنية أخرى، لحمله على تنفيذ التزامه عينا في ميعاد معين تحدده المحكمة.

ليس الغرض من الغرامة التهديدية المالية تعويض الدائن عن تأخر المدين بالوفاء، بل المقصود منها هو الضغط على المدين لحمله مجبره على التنفيذ للالتزام على الوجه الأكمل وخاصة إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن إلا إذا قام به المدين بنفسه.

²¹⁶ - كان الإكراه البدني سائدا في القوانين القديمة، كالقانون الروماني، وقانون الألواح الإثنى عشر الذي أجاز للدائن أن يقبض على مدينه، ليقوم بحبسه أو يبيعه رقيقا خارج حدود روما، وقد سمح للدائنين حتى بقتل مدينهم واقتسام جثته فيما بينهم.

والحكم القضائي المالي الذي يقضي بالغرامة التهديدية، هو حكم وقتي يتزايد مع استمرار تعنت المدين وإضراره على الامتناع عن التنفيذ، ثم يحل محله حكم نهائي لجمع مبلغ الغرامة النهائي، وتقدير التعويض الذي يتحمله المدين عن تأخره في التنفيذ، مراعيًا مقدار الضرر الذي لحق بالدائن.²¹⁷

وسنعالج التهديد المالي بالغرامة التهديدية، من خلال دراسة شروط الحكم بالغرامة التهديدية (أولاً)، وطبيعة الحكم بالغرامة التهديدية (ثانياً)، ثم آثار الحكم بالغرامة التهديدية (ثالثاً).

أولاً: شروط الحكم بالغرامة التهديدية

يشترط للحكم بالغرامة التهديدية ثلاثة شروط وهي، أن يكون تنفيذ الالتزام عيناً لا يزال ممكناً (1)، أن يكون التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن، أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه (2)، ثم أن يقوم الدائن بطلب الحكم بالغرامة التهديدية (3).

1- أن يكون تنفيذ الالتزام عيناً لا يزال ممكناً:

ذلك أن الهدف من الغرامة التهديدية هو إجبار المدين على تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً. فإذا تبين أن التنفيذ أصبح مستحيلًا فإنه لا مجال لاستخدام التهديد المالي لفوات الغرض منها، سواء أكانت هذه الاستحالة بخطأ المدين أو بغير خطأ منه. وهنا قد يتحدد حق الدائن في التنفيذ بمقابل، أي عن طريق التعويض عما أصابه من ضرر.

كما أنه لا محل للقضاء بالغرامة التهديدية عند عدم وجود التزام في ذمة المدين أصلاً، كما لو سقط الالتزام بالتقادم مثلاً، أو استحالة تنفيذه لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فلا يمكن هناك محلاً للمطالبة بتنفيذ لا عيناً ولا بمقابل²¹⁸.

2- أن يكون التنفيذ العيني للالتزام غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه:

أي تنفيذ الالتزام يقتضي تدخل المدين شخصياً، (كالفنان، الرسام، الطبيب...)، في حالة الالتزام بالقيام بعمل في حالة الامتناع مثل التاجر الذي يمتنع شخصياً عن القيام بعمل مثل الالتزام بعدم المنافسة، وهذا يؤكد أن الغرامة التهديدية ليست تعويضاً بل طريق من طرق الإجبار على التنفيذ العيني.

²¹⁷ - سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والإثبات، المرجع السابق، ص 240.

²¹⁸ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 156.

فلا مجال للحكم بالغرامة التهديدية إذا كان الالتزام محله إعطاء شيء (نقل ملكية عقارا منقول، أداء مبلغ من النقود) لأن التنفيذ هنا يكون مباشرة وبحكم القانون، ودون حاجة إلى تدخل المدين شخصيا.

3- ثم أن يقوم الدائن بطلب الحكم بالغرامة التهديدية:

وفي جميع الأحوال، يستوجب على الدائن أن يطلب الحكم بالغرامة التهديدية في أية حالة كانت عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام جهة الاستئناف، ولا يعتبر عندئذ طلبا جديدا، بل تابعا للطلب الأصلي.

يجوز أن يصدر الحكم بالغرامة التهديدية من أية محكمة (مدنية، تجارية، إدارية، إذا كانت تقضي في النزاع مدني) كما يجوز أن تصدر من القضاء المستعجل م471 ق إ م إ ج. ويجب مراجعتها وتصفيته بمعرفة الجهة القضائية المختصة، ولا يجوز أن يتعدى مقدارها مقدار التعويض عن الضرر الفعلي الذي نشأ.

لا تحكم المحكمة من تلقاء نفسها بالغرامة التهديدية بل يجب أن يطلب الدائن ذلك م174 ق م ج : "...جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين (...).

ويتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقديرية في الحكم بالغرامة التهديدية، كما أنه يجوز له رفض الحكم بها. وللقاضي أيضا سلطة تقديرية في تقدير مقدار الغرامة التهديدية، فمتى رأى أن مقدار الغرامة غير كافيا لإكراه المدين في التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة التهديدية كلما رأى أن هناك سبب للزيادة م2/174 ق م ج.

ثانيا: طبيعة الحكم بالغرامة التهديدية:

يتميز الحكم بالغرامة التهديدية بأنه حكم تهديدي (التهديد المالي)، للضغط على المدين وحمله وإكراهه على الوفاء، ومن ثم التنفيذ العيني للالتزام، بواسطة التهديد المالي، وهو أمر جوازي للقاضي الحكم بها أو رفضها²¹⁹ وهو ليس حكما قطعيا أو حاسما أو نهائيا يفصل في موضوع الخصومة، بل

²¹⁹ -الغرامة التهديدية هي تهديد مالي، فهي وسيلة غير مباشرة للضغط على المدين وحمله وإجباره على التنفيذ العيني القادر عليه لأن تدخله في التنفيذ أمر ضروري وهي ليست تعويضا.

هو حكم مؤقت يكتسي صبغة تهديدية، مصيره حتما إلى التصفية والمراجعة، حسب ما سوف ينتهي إليه موقف المدين الممتنع عن التنفيذ²²⁰.

وهو حكم مؤقت لا يحوز حجية الشيء المقضي فيه وليس نهائيا واجب التنفيذ، ولا يقبل الطعن فيه بطريق النقض لأنه قضى بإجراء في الخصومة فقط وليس في موضوع الخصومة الأصلية. والغرامة التهديدية ليس تعويضا وإنما هي وسيلة للتهديد المال م 982 ق إ م إ ج، ولذا فإن تقدير مبلغها متروك لقاضي الموضوع.

وفي حالة فشل الحكم بالغرامة التهديدية في حمل المدين على التنفيذ العيني نرجع الى المحكمة المختصة للحكم بالتعويض عن الضرر الذي أصاب المدين م 175 ق م ج.

ثالثا: آثار الحكم بالغرامة التهديدية

إن الحكم بالغرامة التهديدية هو حكم وقتي، لا بد أن يحل محله حكم نهائي يجمع مبلغ الغرامة النهائي، وكذا تقدير التعويض الذي يتحمله المدين عن التأخير أو عدم تنفيذ الالتزام ومن ثم فإن الحكم النهائي الذي يوصي الغرامة التهديدية ويقدر قيمة التعويض، هو الحكم القضائي النهائي الذي ينشئ حقا للدائن، ويمكنه من طلب التنفيذ الجبري على أموال المدين.

فإذا نتج عن الحكم بالغرامة التهديدية أثره المنشود في حمل المدين على التنفيذ العيني لالتزامه، ينتهي أثر هذا الحكم التهديدي المالي المؤقت، ويرجع الدائن إلى المحكمة للمطالبة بالتعويض العادل عن الأضرار التي لحقت من فترة التأخير²²¹.

أما إذا أصر المدين على عدم التنفيذ، فإنه يرجع الدائن أيضا إلى المحكمة لتقدر التعويض المستحق بسبب عدم التنفيذ. فالذي ينفذ على المدين في نهاية الأمر ليس الغرامة التهديدية الوقتية، بل هو التعويض النهائي الذي يحكم به القاضي.

ولما كان حكم الغرامة التهديدية حكما تهديديا ووقتيًا، وجب عدم المبالغة في تقدير قيمتها، وذلك حتى لا يتضاءل تأثيرها كوسيلة لإجبار المدين وإكراهه على التنفيذ²²².

²²⁰ - نصت م 471 ق إ م إ ج على أنه: "يجوز للجهات القضائية بناء على طلب الخصوم أن تصدر أحكاما بتهديدات مالية في حدود اختصاصها، وعليها بعد ذلك مراجعتها وتصفية قيمتها".

²²¹ - مرداسي عزالدين، الغرامة التهديدية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر 2008، ص 18 وما يليها.

²²² - أحمد شوقي عبد الرحمن، أحكام الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008 - رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2006، ص 63 و 64.

المبحث الثاني: التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض

التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض هو بديل عن التنفيذ العيني، ولذلك فإن حالات التنفيذ بطريق التعويض هي تلك التي لا تتوافر فيها شروط التنفيذ العيني. ويكون عندما يصبح التنفيذ العيني مستحيلاً، أو عندما يطلب الدائن التنفيذ بطريق التعويض ولا يعرض المدين التنفيذ العيني، أو عندما يكون في التنفيذ العيني ارهاق شديد للمدين بينما التنفيذ بطريق التعويض لا يسبب ضرراً كبيراً للدائن.²²³

تختلف أنواع التنفيذ بطريق التعويض بحسب الطريقة التي يتم بها تقدير التعويض، فيمكن أن يكون عن طريق قضائي أي باللجوء إلى القضاء للحكم له بالتعويض في مواجهة المدين (المطلب الأول)، والثاني هو الطريق الاتفاقي عندما يتفق المتعاقدان مقدماً على مقدار التعويض وهو ما يسمى بالتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التعويض القانوني

يشترط لاستحقاق التعويض القضائي أن يقوم الدائن بإعذار المدين، وأن يرفع بعد ذلك دعوى في مواجهته أمام القضاء، حيث يتولى القاضي تقدير التعويض والحكم به. لذلك سنتناول في هذه المرحلة الإعذار (الفرع الأول)، ثم كيفية تقدير التعويض (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإعذار

الإعذار هو تسجيل التأخير، إذ لا يكفي حلول أجل الدين كقاعدة عامة لاعتبار المدين مقصراً، بل على الدائن أن يظهر نيته في اقتضاء التنفيذ وأنه غير متسامح معه في التأخير، وذلك عن طريق إعذاره.²²⁴

لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين، والإعذار يتم بطرق معينة (أولاً)، وهناك حالات لا ضرورة فيها للإعذار (ثانياً)، وأخيراً فإن الإعذار يترتب عليه آثار قانونية (ثالثاً).

²²³ - سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والإثبات، المرجع السابق، ص 244.

²²⁴ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 53.

أولاً: كيفية الإعذار

يكون الإعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار، والإنذار هو تكليف المدين بتنفيذ ما تعهد به، ويكون الإعذار بالكتابة ويتمثل ما يقابل الإنذار في التكليف بالوفاء المنصوص عليه في م 612 / 1 ق إ م إ: " يجب أن يسبق التنفيذ الجبري، التبليغ الرسمي للسند التنفيذي وتكليف المنفذ عليه بالوفاء، بما تضمنه السند التنفيذي في أجل خمسة عشر (15) يوماً".

على خلاف الإعذار المجرد (المنصوص عليه في القانون المدني)، يتطلب التكليف بالوفاء وجود سند تنفيذي. كما يعد إعذار كل عمل يصدر من ضابط عمومي يعبر صراحة عن إرادة الدائن في طلب تنفيذ التزام المدين.

ويجب أن يكون الإعذار في ورقة رسمية، ويكفي أن يكون مكتوباً وفي هذا الشأن تنص م 180 ق م ج على إمكانيات إعذار المدين عن طريق البريد، أي برسالة ويستوي أن يكون مضمناً الوصول، كما يجوز أن يكون الإعذار بواسطة برقية أو فاكس أو رسالة إلكترونية بشرط أن يعكس مضمون الوثيقة المكتوبة إرادة إعذار المدين.

أما فيما يتعلق بالبيانات الواجب توافرها في الإعذار فلم يحدد المشرع الجزائري البيانات الواجبة لصحة الإعذار، مع أنه منطقياً يجب أن يتضمن الإعذار هوية المدين والدائن، تحديد الالتزام المطلوب تنفيذه وكذلك الأجل الممنوح للمدين للتنفيذ²²⁵.

ثانياً: الحالات التي يستغنى فيها عن الإعذار

تجدر الإشارة إلى أنه بالنسبة لبعض الحالات تجاوز المشرع شرط إعذار المدين قبل طلب تنفيذ ما تعهد به، عندئذ يجوز للدائن أن يطلب بالتنفيذ دون الحاجة إلى إعذار مدينه²²⁶.

إعفاء الدائن من إعذار مدينه نوعان، تشريعي (1)، واتفاقي (2).

²²⁵ - لحو خيار غنيمية، نظرية العقد، بيت الأفكار، دار البيضاء الجزائر 2018، ص 192.

²²⁶ - نفس المرجع، ص 193.

1- حالات الإعفاء التشريعي:

كرست م179ق م ج: " لا يستحق التعويض إلا بعد إعدار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك ". في حين خصص المشرع م 181 ق م ج لتحديد الحالات التي لا ضرورة لإعدار المدين فيها وهي:

أ. إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين بحيث يصبح الإعدار في هذه الحالة دون محل " أما إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته، ينقضي الالتزام طبقا م 307 ق م ج.

ب . إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن فعل ضار، فلا يمكن لمن سبب ضررا للغير خارج النطاق التعاقدية أن يدفع بعدم اعداره لتخلص من إلزاميته التعويض.

ج . إذا كان محل الالتزام رد الشيء يعلم أنه مسروق، أو شيء تسلمه بدون حق وهو عالم بذلك.

د . إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه.

2- الإعفاء الاتفاقي:

أقرت م 180 ق م ج إمكانية الاتفاق على أن " يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى إجراء آخر ". فمع وجود مثل هذا الاتفاق، يجوز للدائن مطالبة تنفيذ التزام مدينه مباشرة بعد حلول أجل الدين دون حاجة إلى اعداره²²⁷.

ثالثا: آثار الإعدار

1- يستطيع الدائن إجبار مدينه على الوفاء ومطالبته بالتعويض عن جميع الأضرار التي تلحقه بعد ذلك من جراء التأخير.

2- يترتب على الإعدار أيضا مطالبة الدائن بفسخ العقد التبادلي بسبب عدم قيام الطرف الاخر بتنفيذ العقد.

3- انتقال تبعة الهلاك من الدائن إلى المدين، ونصت م 168 / 1 ق م ج: " إذا كان المدين الملزم بالقيام بعمل يقتضي تسليم شيء ولم يسلمه بعد الإعدار، فإن الأخطار تكون على حسابه، ولو كانت قبل الإعدار على حساب الدائن".

²²⁷- لحو خيار غنيمة، المرجع السابق، ص193.

الفرع الثاني: كيفية تقدير التعويض

الأصل أن القاضي هو الذي يتولى تقدير التعويض وهو ما يعرف بالتعويض القضائي (أولاً)، وقد يتولى الطرفان تقديره مقدماً ويطلق عليه مصطلح الشرط الجزائي (ثانياً)، كما قد يتولى القانون تقديره إذا كان محل الالتزام المدين دفع مبلغ من النقود وهو ما يطلق عليه فوائد التأخير القانونية (ثالثاً).

أولاً: التعويض القضائي

يتمتع القاضي بسلطة واسعة لتقدير التعويض المستحق، ولكن يلتزم باعتماد بعض المعايير في هذه العملية، إذ على القاضي أن يتأكد أن التعويض حقق جبر الضرر، أي إصلاحه، فيقدر مدى التعويض على أساس الضرر الذي لحق الدائن بشرط أن يكون هذا الضرر "نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعته الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول" م 182 ق م ج.

حينئذ ينبغي على القاضي أن يتفادى أثناء تحديده لمقدار التعويض، إثراء الدائن وافتقار المدين. ليس شرط أن يدفع المدين مقدار التعويض دفعة واحدة، بل يمكن أن يكون التعويض مقسطاً، أو أن يكون في شكل إيراد لكن حفاظاً على حقوق الدائن، يمكن أن يلزم المدين بتقديم تأميناً م 132 ق م ج، كما يتمتع القاضي بسلطة اختيار طريقة التعويض التي يراها ملائمة نظراً للظروف. مبدئياً يقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع م 2/132 ق م ج.

وفي الحالة التي يلتزم فيها بالامتناع عن الفعل، وهذا كون فيها وهذا ما نصت عليه م 173 ق م ج: "إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطالب بإزالة ما وقع مخالفاً للالتزام ويمكنه أن يحصل من القضاء على ترخيص للقيام بهذه الإزالة على نفقة المدين". أما فيما يتعلق بالالتزام بين الأفراد والذي يكون محله مبلغ من النقود، وفي حالة تأخر في تنفيذه، يلتزم المدين بتعويض الضرر الناتج عن هذا التأخير.

وتجدر الإشارة أن سوء نية الدائن يؤثر على تقدير تعويض الضرر الذي أصابه، بحيث أنه إذا تسبب بسوء النية في إطالة أمد النزاع، فللقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الاتفاق أو لا يقضي به إطلاقاً عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر²²⁸ م 187 ق م ج.

المطلب الثاني: التعويض الاتفاقي

طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة يجوز للمتعاقدين تحديد تقدير التعويض، أما في العقد أو في اتفاق لاحق، ويسمى هذا الاتفاق الشرط الجزائي الخاضع لأحكام المواد من 183 إلى 185 ق م ج. ولكن هذا المبدأ غير مطلق، بل يسمح للقاضي أن يتدخل في التقدير المتفق عليه بين المتعاقدين²²⁹.

²²⁸ - لحو خيار غنيمية، المرجع السابق، 204.

²²⁹ - لقد سبق وأن درسنا وبالتفصيل الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ولتفادي التكرار ارجع الى المطلب الثالث، سلطة القاضي في رقابة الشرط الجزائي من المبحث الثالث، دور القاضي في تنفيذ العقد من الفصل الأول دور الإرادة في تنفيذ العقد.

الفصل الثالث: ضمانات تنفيذ العقد

نظم القانون المدني الجزائري الكثير من النظم القانونية التي من شأنها كفالة حقوق الدائن في مواجهة المدين، بما يمكنه من تنفيذ التزامه عينيا أو تنفيذًا بمقابل عن طريق التعويض. وهذه النظم بعضها عام يستفيد منها أي دائن فتدخل تحت فكرة الضمان العام للدائنين، أما النظم الأخرى لا يستفيد منها إلا الدائنين أصحاب الحقوق المفضلة، وهم أصحاب التأمينات الشخصية والعينية. وهي الكفالة والرهن الرسمي، والرهن الحيازي، وحق الاختصاص، وحقوق الامتياز.

ونظم قانون الإجراءات المدنية أيضا هذه المسألة من خلال وضع وسائل تحفظية ووسائل تنفيذية، فالوسائل التحفظية تتمثل في الحجز التحفظي الذي يوقعه الدائن على منقول مملوك لمدينه، أما الوسائل التنفيذية فهي الحجز على المنقول لدى المدين، وحجز ما للمدين لدى الغير، والتنفيذ على عقار المدين، وسنكتفي بدراسة موجزة لوسائل حماية الضمان العام التي يستفيد كل دائن، أما نظم الضمان الخاصة فمحلها دراسة متخصصة.

ونص المشرع الجزائري على الضمان العام في م 188 ق م ج: "أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه، وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون، فإن جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان".

وطبقا لهذه الفكرة فإن كل أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه. ومعنى ذلك أنه يجوز للدائن عند التنفيذ بحقه الذي تقرر بحكم قضائي أو أي سند تنفيذي آخر، أن يتخير ما شاء من أموال المدين للتنفيذ عليه. ولو كانت قيمة المال الذي يطلب بيعه بالمزاد العلني أكثر بكثير من قيمة الدين المستحق للدائن.

ولكن حق الدائن في التنفيذ إذا كان يمتد إلى كل الأموال المملوكة للمدين، إلا أنه يتقيد في ذلك بأن تكون هذه الأموال مملوكة للمدين وقت التنفيذ. فإذا كان المدين قد تصرف في مال كان يملكه من قبل ولو كان هذا المال موجودا في ذمته وقت نشأة الدين، وكان الدائن قد عول عليه في منح ائتمانه، فلا يجوز للدائن أن ينفذ على هذا المال.

فالقاعدة أن الدائن العادي لا يجوز له أن يتتبع أموال خرجت من ذمة المدين قبل التنفيذ، فهو لا يملك ما يسمى بالحق في التتبع.

ومن ناحية أخرى فإذا كان حق الدائن في الضمان العام يرد على كل أموال المدين، غير أن كل الدائنين متساوون في هذا الضمان العام، بحيث إذا لم تكف أموال المدين للوفاء بكل ديونه، اقتسم الدائنون حصيلة التنفيذ قسمة غرماء أي بقدر نصيب كل منهم في مجموع الديون. لذلك فإن الدائن يكون دائما مهددا بخطر إعسار المدين، وهو خطر لا يستطيع الدائن أن يدفعه إلا إذا استعان بوسيلة من وسائل الضمان الخاص. أما الدائن العادي فلا يملك أي وسيلة لدفع خطر اعسار المدين الناشئ عن تصرفاته العادية المؤدية إلى إنقاص حقوقه أو زيادة التزامه، لأن الدائن ليس من حقه أن يقيد حرية المدين في التصرف.

ومع ذلك إذا انطوت تصرفات المدين على إهمال أو غش من جانبه فهنا يجوز للدائن أن يتحرك حماية لحقه في الضمان العام. وقد منح المشرع الجزائري في هذا المجال بعض الوسائل التي تتمثل في، الدعوى غير المباشرة (المبحث الأول)، ودعوى عدم نفاذ التصرف (المبحث الثاني)، والدعوى الصورية (المبحث الثالث)، والحق في الحبس (المبحث الرابع).

المبحث الأول: الدعوى غير المباشرة

تنص م 189 ق م ج: " لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها خاصا بشخص أو غير قابل للحجر ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا لا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق وإن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره أو أن يزيد فيه .

ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه غير أنه لا بد أن يدخله في الخصام"

نستنتج من النص السابق أن الدعوى غير المباشرة تستعمل من طرف الدائن العادي، لمواجهة إهمال المدين أو تقصيره الذي يقف موقفا سلبيا من خلال عدم استعمال حقوقه المالية أو عدم المطالبة بها، وهو موقف ضار لا محالة بالضمان العام²³⁰.

وتقوم هذه الدعوى على أساس فكرة النيابة القانونية الخاصة، وذلك بأن يباشر الدائن بنفسه حقوق المدين ودعواه نيابة عنه، ماعدا الحقوق والدعاوى المتصلة بشخصه اتصالا تاما.

²³⁰ - سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والإثبات، المرجع السابق، ص 266.

الهدف من الدعوى غير المباشرة هو المحافظة على الضمان العام من إهمال المدين أو تقصيره في استعمال حقوقه بنفسه بقصد الإضرار بدائيته. فهي طريق وسطي بين إجراءات التحفظ، وإجراءات التنفيذ.

وسميت هذه الدعوى بـ "غير المباشرة"، لأن الدائن لا يستفيد منها بطريق مباشرة، وإنما تعود عليه بطريق غير مباشر، لأن المال المتحصل عليه لا يستأثر به هو وحده، وإنما يذهب إلى ذمة المدين فيزيد الضمان العام. وبالتالي يجد الدائن أموالاً في ذمة المدين عند التنفيذ الجبري على أمواله، واقتسامها مع غيره من الدائنين وفقاً لأحكام القانون.

لدراسة الدعوى غير المباشرة يجب أن تنطبق للشروط هذه الدعوى (المطلب الأول)، ثم أثار الدعوى غير المباشرة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: شروط الدعوى غير المباشرة

نصت م 189 ق م ج على شروط الدعوى غير المباشرة، منها ما يخص الدائن (الفرع الأول)، ومنها ما يتعلق بالمدين (الفرع الثاني)، ومنها ما يتعلق بالحقوق والدعاوى التي يجوز للدائن استعمالها باسم مدينه ونيابة عنه (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالدائن

يشترط في الدائن أن يكون له في ذمة المدين حق موجود غير متنازع عليه، لأن صفة الدائنية شرط أساسي لقبول الدعوى الغير مباشرة، ذلك لو أن هناك نزاع بين المدين والدائن ودفع الدائن بانعدام صفة الدائنية وجب الفصل في النزاع وعلى الدائن عبئ الإثبات، أما إذا كان النزاع حول مقدار الحق فإن ذلك لا يؤثر في صفة رافع الدعوى طالما توجد مديونية ثابتة ومثاله المضرور من عمل غير مشروع فيمكنه الحلول محل المسؤول عن العمل الغير مشروع دون الانتظار إلى غاية تقدير التعويض²³¹.

ويشترط كذلك أن يكون للدائن مصلحة في استعمال حقوق مدينه والمصلحة هي المحافظة على الضمان العام أو زيادته، كما لو أن للمدين عقار مثقل برهن يستغرق كل قيمته في هذه الحالة لا مصلحة للدائن في مباشرة حقوق الدائن في استرداد هذا العقار، ذلك أن الدائن المرتهن له حق التقدم على الدائنين العاديين.

²³¹ - عبد الرزاق احمد السنهاوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 530 و531.

ولا يشترط الحصول على رخصة من القاضي لاستعمال الدعوى الغير مباشرة لأن هذا الحلول مقرر بنص القانون.

كما لا يشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء أو معلوم المقدار وكذلك لا يشترط أن يكون حق الدائن سابقا على حق المدين لأن الضمان العام تدخل فيه جميع أموال المدين بغض النظر عن تاريخ اكتسابها عكس الدعوى البوليصية التي تشترط أسبقية حق الدائن، وبالتالي ليس هناك ما يمنع الدائن من استعمال حق مدينه سواء تقدم تاريخ هذه العقود أو تأخر.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالمدين

بما أنه يجب أن يكون للدائن مصلحة فالمشرع ربط المصلحة بتوفر شرطين في المدين، وهو أن يكون المدين مقصرا في استعمال حقه ويكون هذا التقصير من شأنه أن يؤدي إلى إعساره أو الزيادة في إعساره، ويشترط كذلك إدخال المدين كخصم في الدعوى.

أما فيما يخص الشروط الواجب توافرها في المدين فهي تتمثل في إهمال المدين في استعمال حقه وأن يكون هذا الإهمال أو التقصير من شأنه أن يؤدي إلى إعساره أو إلى الزيادة في هذا الإعسار.

وكذا يشترط إدخال المدين كخصم في الدعوى والعللة من اشتراط هذا الشرط هو أن يكون الحكم الذي سيصدر في الدعوى حجة وكذلك للدائن أن يراقب موقف المدين اتجاه الخصم إذا كان سلبيا أو ايجابيا²³².

الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بالحق

وهو الحق الذي يستعمله الدائن باسم مدينه ونيابة عنه ولصالحه، حفاظا على حقوقه المالية التي تمثل الضمان العام. إذا فيجوز له حسب م 189 ق مج أن يستعمل جميع الحقوق والدعاوى المالية التي تمثل قيمة مالية، التي تمثل الضمان العام، والتي يمكن تقويم محلها بالنقود، أي بمعنى

²³² - لزرقي بن عودة، وسائل حماية الضمان العام، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2014، ص 11-15.

التي تدخل في دائرة الضمان العام، والتي يجوز الحجز والتنفيذ عليها قانونا (كالعقارات، والمنقولات، وحقوق الانتفاع، وحقوق الملكية الصناعية والتجارية).

المطلب الثاني: آثار الدعوى غير المباشرة

بالرغم من أن أثر الدعوى الغير مباشرة ينصرف إلى المدين بطريقة مباشرة لأن الدائن يعتبر نائبا عن المدين، لكن يمتد أثرها إليه بطريقة غير مباشرة، حيث انه يطالب بحقوق مدينه التي هي في ذمة الغير ويرجعها إلى الضمان العام، لان الدائن يقوم باسترجاع جميع الحقوق التي للمدين على مدينه دون الأخذ بعين الاعتبار لمقدار الدين الذي للدائن على مدينه المباشر²³³.

أما فيما يخص مدين المدين (الخصم) له أن يدفع في مواجهته الدائن بكل الدفوع التي كان يستطيع أن يدفع بها في مواجهة المدين، لكن لا يمكن له أن يتمسك في مواجهة الدائن بدفوع خاصة بشخص الدائن أي بروابط قانونية تقوم في الأصل بين الدائن والخصم ولا تتعلق بحق مدينه، كما تجدر الإشارة إلى أن الحق في الدعوى غير المباشرة لا يتعلق بالنظام العام، حيث أنه يجوز الاتفاق بين الدائن والمدين على عدم استعماله، ولكن فيما يخص اتفاق المدين مع الغير على اعتباره حقا معين متصل بشخصه نجده لا يفيد الدائن .

المبحث الثاني: الدعوى البوليصية

إذا قام المدين بالتصرف في كل أمواله أو في جزء منها فأدى ذلك إلى الإنقاص من الضمان العام، فإن القانون قد منح للدائن الحق في رفع دعوى قضائية من أجل المطالبة بعدم نفاذ ذلك التصرف حماية له، و التي تسمى أيضا الدعوى البوليصية، نسبة إلى الروماني بولص، ونص المشرع عليها في م 191 ق م ج . ولاستعمال الدعوى البوليصية يجب توافر شروط (المطلب الأول)، ثم يترتب على استعمالها آثار (المطلب الثاني).

²³³ - خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص10.

المطلب الأول: شروط الدعوى البوليسية

تتعدد شروط الواجب توافرها لرفع الدعوى البوليسية، منها ما يتعلق بالتصرف موضوع الدعوى (الفرع الأول)، ومنها ما يتعلق بالمدين (الفرع الثاني)، ومنها ما يتعلق بالدائن (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالتصرف موضوع الدعوى

لاستعمال الدعوى البوليسية يجب توافر شروط متعلقة بالموضوع وهي، أن يكون التصرف قانونياً (أولاً)، وأن يكون التصرف متعلقاً بحق لا يتصل بشخص المدين (ثانياً)، أن يكون التصرف مفقراً للمدين (ثالثاً)، أن يكون التصرف لاحقاً لوجود حق الدائن (رابعاً).

أولاً: أن يكون التصرف قانونياً

أي أن يكون مصدر تصرف المدين العقد أو الإرادة المنفردة، إذ يجب أن تتجه إرادة المدين إلى إحداث أثر قانوني وإلا انتفى عنصر الإضرار بالدائن (مثل عقد البيع الإيجار القرض الوعد بجائزة. إلخ).

وبذلك فالالتزامات التي يكون الفعل الضار أو الإثراء بلا سبب مصدرها، فإنها لا تكون محل دعوى عدم النفاذ.

ثانياً: أن يكون التصرف متعلقاً بحق لا يتصل بشخص المدين

لا يمكن للدائن أن يعترض على تصرفات مدينه إذا كانت متصلة بشخصه أو بمال لا يدخل في ذمته المالية أو مال غير قابل للحجز. مثال: تنازل المدين عن حقه في التعويض عن الضرر المعنوي أو عن حقه في الرجوع عن الهبة اعتراف المدين بعقد الزواج، إقرار المدين ببينة شخص، تسديد المدين للنفقات والمرتببات. فمثل هذه التصرفات وإن كانت تمس بالذمة المالية للمدين، فإنه لا يمكن للدائن الطعن في صحتها.

ثالثاً: أن يكون التصرف مفقراً للمدين

أي أن التصرف الذي يقدم عليه المدين يجب أن تكون نتيجته إفساره إذا كان موسراً أو الزيادة في إفساره إذا كان معسراً. فالتصرفات التي تنقص من حقوق المدين أو تزيد في التزاماته هي التي تكون محل الدعوى البوليسية. مثال التزام المدين بدفع ثمن شراء قام به غيره، عقد قرض أبرمه المدين لفائدة شخص ما.

أما التصرفات التي من شأنها أن تمنع زيادة حقوق المدين أو تمنع الإنقاص من التزاماته فهي لا يمكن الطعن فيها من طرف الدائن لأنها لا تؤدي إلى إضعاف الضمان العام. مثال ترفض المدين التمسك بالتقادم، رفض المدين هبة قدمت إليه²³⁴.

رابعاً: أن يكون التصرف لاحقاً لوجود حق الدائن

إن التصرف السابق عن وجود حق الدائن ينفي المساس بالضمان العام، وبهذا فإن مصالح الدائن لم تهدد بعد بتصرفات مدينه، والذمة المالية لهذا الأخير ما زالت كما كانت أثناء قيام علاقة الدائنية، هذا يجعل حق الدائن في الطعن في التصرف السابق لمدينة دون أساس إلا أنه يمكن للدائن الطعن في تصرف سابق إذا أثبت غش المدين، كأن يبيع المدين بعض عقاراته في الوقت الذي يسعى فيه إلى إبرام عقد قرض.

الفرع الثاني: الشروط المرتبطة بالمدين

أما فيما يتعلق بالشروط المرتبطة بالمدين فهي الإعسار (أولاً)، وسوء النية (ثانياً).

أولاً: شرط الإعسار

يجب أن يؤدي التصرف الذي أقدم عليه المدين إلى المساس سلبياً بزمته المالية بحيث يجعله في حالة إعسار أو أن يزيد في هذا الإعسار، كأن يبيع عقاراً بثمن بخس أو يشتري عقاراً أو منقولاً بثمن باهظ. أما إذا كان تصرف المدين يبقيه في حالة يسر فلا يجوز الطعن في مثل هذا التصرف حتى لو أعسر لاحقاً.

إن إثبات حالة الإعسار عبء يتحمله الدائن، الذي عليه أن يقدم دليل إقناعاً نمة المدين بالديون حسب م 193 ق م ج. وما على المدين إلا دفع تلك القرينة والمطالبة برفض دعوى الدائن بإثبات أن له أموالاً تفي بكل تلك الديون وتغطيها.

إن حالة الإعسار يجب أن تبقى قائمة إلى حين رفع الدعوى البوليسية لأنه لو رفعت وأصبح المدين موسراً فإن دعوى الدائن تكون غير مقبولة، لأنه لم تعد له أي مصلحة في رفعها.

²³⁴ - خليل أحمد حسن قدارة، المرجع السابق، ص 12.

ثانيا: سوء النية

يجب أن يكون المدين قد قصد بإبرامه التصرف الإضرار بالدائنين قد اعتبرت م 192 ق م ج أن المدين يقصد الإضرار إذا صدر منه التصرف وهو عالم بأنه معسر، وهي قرينة بسيطة يمكن للمدين إثبات عكسها، بأن يقيم الدليل على أن الغرض من ذلك التصرف هو شيء آخر غير الإضرار بالدائنين، حتى لو كان معسرا.

كذلك يجب أن يكون المتصرف إليه هو الآخر سيء النية، بعلمه بغش المدين، والذي لا يكون إلا إذا كان عالما بأنه في حالة عسر. على أن التبرعات لا تكون نافذة في حق الدائنين حتى لو لم تتضمن أي غش²³⁵.

الفرع الثالث: الشروط المرتبطة بالدائن

تتمثل الشروط المرتبطة بالدائن في نشوء حق الدائن قبل التصرف (أولا)، وأن يكون حق الدائن مستحق الأداء (ثانيا)، ورفع الدعوى في الأجل القانوني (ثالثا).

أولا: نشوء حق الدائن قبل التصرف

على الدائن الذي يريد رفع الدعوى البوليصرية أن يثبت أن حقه كان سابقا لنشوء التصرف الذي يريد الطعن فيه.

ثانيا: أن يكون حق الدائن مستحق الأداء

إن الدائن الذي لم يحل أجل حقه بعد، أو أن حقه كان معلقا على شرط واقف لم يتحقق، فإنه لا يجوز له الطعن في تصرف المدين.

ثالثا: رفع الدعوى في الأجل القانوني

يجب على الدائن وفقا م 197 ق م ج أن يرفع دعوى عدم نفاذ التصرف خلال 03 سنوات من علمه بسبب عدم النفاذ إعمار المدين أو غشه، على ألا تتجاوز 15 سنة من تاريخ صدور التصرف المطعون فيه²³⁶.

²³⁵ - خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص 14.

²³⁶ - لحو خيار غنيمية، المرجع السابق، ص 160.

المطلب الثاني: آثار الدعوى البوليصية

يترتب عن رفع الدعوى البوليصية وقبولها من طرف القاضي آثار بالنسبة للدائن (الفرع الأول)، بالنسبة لطرفي التصرف (الفرع الثاني).

الفرع الأول: بالنسبة للدائن

يحكم القاضي بعدم نفاذ التصرف في مواجهة الدائن رافع الدعوى وبالنسبة لجميع الدائنين الآخرين، فيعتبر هذا التصرف كأن لم يوجد أصلا بالنسبة إليهم، ويدخل المال الناتج عن عدم نفاذ التصرف في الضمان العام.

غير أنه يمكن تفادي هذا الأثر إذا قام المتصرف إليه بتأديته للدائن ما هو مستحق له في ذمة المدين أو إيداعه كتابة الضبط أو أن يقوم المدين نفسه بالوفاء أما إذا لم يتمكن الدائن من التوصل إلى إرجاع المال إلى الضمان العام، بأن يكون مثلا المتصرف إليه حسن النية، أو أن يكون هذا الأخير قد تصرف فيه لشخص آخر وكان هو كذلك حسن النية، فإنه يحق له المطالبة بتعويضه عن الضرر اللاحق به جراء عمل المدين غير المشروع. كما يمكنه أن يطالب بذلك التعويض من المتصرف إليه إذا كان هو الآخر سيء النية، وذلك على وجه التضامن²³⁷.

الفرع الثاني: بالنسبة لطرفي التصرف

يبقى التصرف صحيحا بين طرفيه، ولا يؤدي إطلاقا إلى إبطاله، بل ويكون نافذا في حقها. فإذا تم بيع الشيء محل التصرف بعد التنفيذ عليه، فإن الباقي من ثمن البيع يكون من حق المتصرف إليه لا المدين، كذلك يجوز للمتصرف إليه أن يرجع على المدين بالدعاوى الناشئة عن عدم التنفيذ بأن يطلب فسخ العقد والتعويض معا، كما له أن يرجع على المدين بدعوى ضمان الاستحقاق وعدم التعرض، وله أن يرجع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب في حال ما أوفي بحق الدائن.

²³⁷ - خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 15 - عبد المنعم البدر، المرجع السابق، ص 1961.

المبحث الثالث: الدعوى الصورية

الصورية هي إخفاء حقيقة معينة وراء مظهر قانوني كاذب. فالمدين قد يلجأ إلى إجراء تصرف صوري (غير حقيقي) إضراراً منه بدائنة، وهذا بإبعاد أمواله محل التصرف الصوري من الضمان العام.

إذ يقوم المدين مثلاً بإبرام عقد بيع صوري لعقار إلى أحد أقاربه حتى يجعله في مأمن من تنفيذ الدائنين دون أن يقصد بيعه فعلاً، وفي الجهة المقابلة يثبت حقيقة العلاقة بينه وبين ذلك القريب بوثيقة أخرى، وهي أن ملكية لعقار لم تنتقل بالبيع. فنكون بصدد عقدين، الأول العقد الظاهر وهو العقد الصوري، والثاني العقد الخفي وهو العقد الحقيقي، والذي يسمى ورقة الضد.

خول القانون في هذه الأحوال، للدائن الحق في رفع دعوى قضائية يكشف فيها عن صورية التصرف من أجل رد المال المتصرف فيه إلى الضمان العام. ولدراسة الصورية يجب التطرق شروط الصورية (المطلب الثاني)، ثم آثار الصورية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: شروط دعوى الصورية

- يجب لرفع الدائن دعوى بصورية التصرف أن تتوافر الشروط الآتية:
- وجود عقدين، أحدهما ظاهر صوري كاذب، والآخر مستتر حقيقي.
 - اتجاه إرادة المتعاقدين إلى إخفاء العلاقة الحقيقية أو جانب منها وراء العقد الظاهر.
 - أن يكون العقدان معاً معاصران لبعضهما البعض، بأن يصدر في وقت واحد والعبرة هنا بالمعاصرة الذهنية، حتى لو صدرت ورقة الضد بتاريخ لاحق عن العقد الصوري (الظاهر).
 - أن يكون حق الدائن ثابتاً خالياً من أي نزاع، حتى لو لم يحل أجله بعد²³⁸.

²³⁸-عبد الودود عبد الحي، المرجع السابق، ص106 وما بعدها.

المطلب الثاني: آثار الصورية

ترتب الصورية أثرا بين المتعاقدين والخلف العام (الفرع الأول)، وتجاه الغير (الفرع الثاني).

الفرع الأول: آثار الصورية فيما بين المتعاقدين والخلف العام

عملا بأحكام م 199 ق م ج، العقد النافذ بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي، بحيث هو الذي يعكس الإرادة الحقيقية لأطرافه. إذ أن ملكية الشيء لا تنتقل في العقد الصوري إلى ورثة المشتري، بل تبقى ملك البائع وتنتقل إلى ورثته من بعده²³⁹.

إن عبء إثبات صورية العقد يقع على الطرف الذي يدعيه، ويكون ذلك بالكتابة إذا كان العقد الصوري مكتوبا، إذ لا يجوز إثبات ما يخالف الثابت بالكتابة إلا بالكتابة، وعلى العقد المستتر أن يتضمن جميع شروطه الموضوعية والشكلية حتى يكون ذا أثر بين طرفيه وخلفها العام.

غير أن هناك أحوال يمكن إثبات التصرف المستتر بغير الكتابة رغم أن العقد الظاهر مكتوبا، ففي حال وجود مبدأ ثبوت بالكتابة تدل على الصورية، أو وجود مانع أدبي أو مادي يحول دون الحصول على الكتابة أو فقد ورقة الضد لسبب أجنبي بعد الحصول عليها، فهنا يجوز الإثبات بالبينة أو القرائن م 333 وما بعدها ق م ج.

الفرع الثاني: آثار الصورية بالنسبة للغير

إن الدائنين العاديين للمتعاقدين والخلف الخاص بها حسني النية (الجهل بصورية) التصرف لهم الحق في التمسك بالعقد الظاهر، ولا يجوز لطرفيه الاحتجاج عليهم بالعقد المستتر كما يجوز للغير إثبات الصورية بكافة الطرق لأنه لم يكن طرفا في العقد الظاهر، أين يمكنه في هذه الحال التمسك بصورية العقد.

²³⁹ -لحو خيار غنيمة، المرجع السابق، ص160.

المبحث الرابع: الحق في الحبس

لقد نصت 1/200 ق م ج على هذا الحق، وهو أن الشخص إذا كان ملتزماً بأداء شيء معين إلى مدینه له أن یمتتع عن ذلك إلى حين أن یمتوفي حقه منه. كأن یحبس البائع الشيء المبیع عن المشتري إلى حين أن یسدد هذا الأخير الثمن أو العكس، أو أن یحبس وکیل العبور البضاعة عن المستورد حتى یسدد له ثمن خدماته، أو أن یرفض المقاول إتمام الأشغال إلى حين تسديد رب العمل مقابل ما قام بإنجازه، أو حبس المؤجر منقولات وأثاث المستأجر إلى حين تسديد بدل الإيجار²⁴⁰.

ولا یكون من حق المدین متابعة الدائن بجريمة خیانة الأمانة لأن تصرفه مضمون بالحماية القانونية. ولاستعمال حق الحبس یجب توافر شروط (المطلب الأول)، ویترتب على استعماله آثار (المطلب الثاني)، ثم نتطرق لانقضاء حق الحبس (المطلب الثالث).

المطلب الأول: شروط الحق في الحبس

یشترط القانون على الدائن من أجل إجراء الحبس وقوع التزام على عاتق الحارس بأداء شيء معين (الفرع الأول)، أن یكون للحابس حق لدى المدین مستحق الأداء (الفرع الثاني)، وجود علاقة بین حق الحابس و بین التزامه بأداء شيء (الفرع الثالث).

الفرع الأول: وقوع التزام على عاتق الحارس بأداء شيء معين:

أي أن یكون الحابس مدیناً للمدین بأداء شيء معين، وهذا الشيء قد یكون منقولاً أو عقاراً، وقد یكون مثلیاً أو قیمیاً أو غیر مادی. والدين المستحق في ذمة الحابس قد یكون مصدره العقد أو العمل غیر المشروع أو الإثراء بل سبب أو نص في القانون²⁴¹.

²⁴⁰ - محمد صیري السعدي، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الكتاب الحديث 2003، ص 184.

²⁴¹ - عبد الودود عبد الحي، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة 1994، ص 116-عبد

المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزام، ج 2، أحكام الالتزام، القاهرة، 1973، ص 202.

الفرع الثاني: أن يكون للحابس حق لدى المدين مستحق الأداء

يجب أن يكون للحابس حق تجاه المدين محقق الوجود، وأن يكون قد حل أجله، فإذا كان معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل فإنه لا يخول الحق في الحبس لأن الغرض من حبس الشيء هو دفع المدين إلى التنفيذ²⁴².

الفرع الثالث: وجود علاقة بين حق الحابس وبين التزامه بأداء شيء

يجب أن يكون هناك رابط بين حيازة الحابس للشيء وحقه، بمعنى أن يكون هناك ارتباط بين الدينين المتقابلين. قد يكون هذا الارتباط قانونياً بحيث ينشأ عن علاقة قانونية متبادلة أين يكون كل التزام سبب للالتزام الآخر كالالتزام المقاول بالبناء سببه التزام رب العمل بدفع الأجرة والعكس صحيح. وقد يكون هذا الارتباط مادياً وهو أن ينتقل الشيء إلى حيازة الحابس بدون أي علاقة قانونية، بل بموجب واقعة مادية، كمن يضع يده على شيء وأنفق عليه مصروفات، فله أن يحبسه عن مالكه الحقيقي حتى يسترد تلك المصروفات، مثل شراء شيء مسروق بحسن نية، أو إيجاد ذلك الشيء، فمن حق الحائز أن يطالب بالمصروفات قبل رد الشيء إلى مالكه، وكذلك حبس الحيوان الذي أتلّف محصول الحابس إلى حين استيفاء حقه في التعويض²⁴³.

المطلب الثاني: آثار الحق في الحبس

لقد نصت م 201 ق م ج تتضمن آثار الحق في الحبس أمرين، حقوق الحابس (الفرع الأول)، وواجبات الحابس (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حقوق الحابس

متى توافرت شروط الحق في الحبس كان للحابس الحق في الامتناع عن تسليم الشيء المحبوس إلى مالكه (أولاً)، كما أن له الحق في التمسك بهذا الحق في مواجهة الغير (ثانياً).

²⁴² - بلحاج العربي، الواضح في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 174.

²⁴³ - إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، ج 2، أحكام الالتزام والإثبات، 1967، ص 240 - عبد المنعم البدر، المرجع السابق، ص 193.

أولاً: الامتناع عن تسليم الشيء

من حق الحابس أن يرفض تسليم الشيء المحبوس لديه إلى حين أن يوفي المدين بما عليه له، ولا يستطيع أن يجبره على التسليم حتى لو أوفي بجزء مما في ذمته، إلا إذا كان ما تبقى يسيراً أو تافهاً.

ثانياً: لا يكون للحابس حق امتياز

الحق في الحبس لا يجعل للحابس حق امتياز على العين المحبوسة، وقد نصت م 201/1ق م ج: " مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه". نستنتج من النص السابق أن الشخص الذي يحبس الشيء لا يكون له حق التتبع أو التقدم على باقي الدائنين، بل يكون دائناً عادياً إذا أراد التنفيذ على العين المحبوسة. غير أنه يجب التمييز بين التنفيذ الذي يقوم به الحابس والتنفيذ الذي يقوم به الغير. ففي الأول يعتبر الحابس قد تنازل عن حقه في الحبس، أين يقتسم الثمن بين الدائنين قسمة غرماء، أما في الثاني فإن حقه في الحبس يبقى قائماً حتى لو انتقلت الملكية للمشتري الجديد أو الراسي عليه المزاد²⁴⁴.

الفرع الثاني: واجبات الحابس

نصت م 201/2 ق م ج على واجبات الحابس وهي، المحافظة على الشيء المحبوس (أولاً)، تقديم حساب عن غلة الشيء المحبوس (ثانياً)، رد العين المحبوسة (ثالثاً).

أولاً: المحافظة على الشيء المحبوس

على الحابس أن يعتني بالشيء المحبوس الذي رفض تسليمه إلى صاحبه ما دام في حوزته، ويعتبر مسؤولاً عن هلاكه أو تلفه.

ثانياً: تقديم حساب عن غلة الشيء المحبوس

إذا كان الشيء المحبوس عبارة عن شيء ينتج ثماراً، كالأراضي الزراعية والمواشي، فعليه أن يقدم لمالكها حساباً عن تلك الثمار بعد انتهاء الحق في الحبس.

²⁴⁴ - محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، المرجع السابق، 21 و22.

ثالثاً: رد الشيء المحبوس

إذا قام المدين بالوفاء بالدين الذي في ذمته للحابس أو تنفيذ ما التزم به، فإنه يقع على عاتق الحابس واجب رد الشيء المحبوس بالحالة التي تسلمه فيها وكذلك رد الثمار، وإذا تلف أو هلك جزء منها التزم بالتعويض، إلا إذا أثبت الحابس أن ذلك الضرر كان لسبب أجنبي.

المطلب الثالث: انقضاء الحق في الحبس.

ينقضي حق الحابس في حبس الشيء بانقضاء الحق المضمون كوفاء المالك بالمصروفات أو بالالتزام الذي في ذمته أو بما يقوم مقام الوفاء كالمقاصة أو التجديد أو اتحاد الذمة أو الإبراء أو سقوط الدين أو استحالة التنفيذ²⁴⁵.

وقد ينقضي الحق في الحبس بدون انقضاء الحق المضمون كتقديم المالك تأمين كاف للوفاء بالحق المضمون بالحبس أو إخلال الحابس بواجب المحافظة على الشيء أو هلاك الشيء المحبوس أو بتسليم الشيء للمالك قبل استيفاء حقه منه.

²⁴⁵ - بلحاج العربي، الواضح في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، المرجع السابق، 174.

الفصل الرابع: جزاء الاخلال بتنفيذ العقد

بعد أن ينشأ العقد صحيحاً قد يتعرض تنفيذه عوائق تحول دون تنفيذه كلياً، فيكون مصيره الانحلال الذي يتم عن طريق الفسخ (المبحث الأول)، ونجد هناك وسيلة قد تؤدي إلى انحلاله وهي الدفع بعدم التنفيذ (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الفسخ

يقصد بالفسخ الجزاء الذي يترتب على إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه، فهو حق للمتعاقدين بمناسبة عقد ملزم للجانبين أن يطلب حل الرابطة التعاقدية، إذا لم يوف المتعاقد الآخر بما أوجبه العقد، وبالتالي يتحلل هو الآخر من التزامه بالمقابل.

وتقضي القواعد العامة في هذا الصدد بأن للدائن لأن يلجأ إلى التنفيذ العيني للالتزام أو التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض لكن للدائن قد لا يرى ذلك محققاً لمصلحته، ومن ثم يلجأ إلى طلب الفسخ والذي مفاده إعادة المتعاقدين إلى حالة التي كانا عليها قبل العقد وكأن عقدا لم ينعقد.

ونشير إلى أن نظام الفسخ لم يكن له وجود في عهد القانون الروماني، لأن هذا القانون لم يكن يعرف فكرة السبب التي تقوم عليها الالتزامات المتقابلة، فلم يكن هناك ارتباط وتقابل بين هذه الالتزامات، وبالتالي فإذا لم يقم أحد المتعاقدين فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، فعلى الآخر أن يطلب التنفيذ وليس الفسخ.

ثم في مرحلة لاحقة أدخل القانون الروماني في عقد البيع شرطاً يجوز بمقتضاه للبائع أن يطلب الفسخ إذا لم يدفع المشتري الثمن، ووقف الأمر عند هذا الحد في ظل القانون الروماني.

لكن نظرية الفسخ ظهرت بصورة واضحة في القانون الكنيسي، وقد أقامها على أساس أخلاقي، فمن لا يستطيع الحصول على حقه ممن تعاقد معه، يتحلل هو الآخر من التزامه، فقد أراد القانون أن يقيم العدالة والتوازن بين مصلحتي الدائن والمدين.

وقد أخذ القانون الفرنسي القديم بنظرية الفسخ، لكنه لم يكن يتم إلا بحكم من القاضي.

وجاء تقنين نابليون "القانون الفرنسي الحديث" وأخذ بنظرية الفسخ مبيناً في (م 1184 ق م ف) أن الشرط الفاسخ ضمناً من العقود الملزمة للجانبين إذا تخلف أحد المتعاقدين من أداء التزاماته وقد انتقل نظام الفسخ بعد ذلك من القانون الفرنسي إلى معظم التشريعات الأخرى.

سنركز في دراسة نظرية الفسخ على شروط الفسخ والتي نصت عليها م 119 ق م ج (المطلب الأول)، وكيفية وقوع الفسخ (المطلب الثاني)، ثم أثار الفسخ التي نصت عليها م 122 ق م ج (المطلب الثالث).

المطلب الأول: شروط الفسخ

تنص م 119 ق م ج على شروط الفسخ وجاء النص عليها كما يلي: "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 الخالتين إذا اقتضى الحال ذلك".

نستنتج من نص المادة أنه لطلب الفسخ يجب توافر الشروط التالية، أن يكون العقد ملزم للجانبين (الفرع الأول)، وأن يخل أحد المتعاقدين بالتزامه (الفرع الثاني)، وألا يكون طالب الفسخ مقصراً في التزامه (الفرع الثالث).

الفرع الأول: أن يكون العقد ملزم للجانبين

تشير الفقرة الأولى من م 119 ق م ج الى العقود الملزمة للجانبين فبينت أن الفسخ القضائي ينحصر في هذه العقود دون غيرها لأن الفسخ يقوم على أساس فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة التي لا تكون إلا في العقود الملزمة للجانبين²⁴⁶.

أما العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة بغير أجر والهبة دون عوض، فلا يوجد فيها مدين غير دائن فإذا ما أخل المدين بالتزامه بعدم التنفيذ لا يتصور أن يطالب الدائن بالفسخ وليس في ذمته أي التزام يتحلل منه ومصلحته تقتضي طلب التنفيذ لا فسخ العقد.

الفرع الثاني: أن يخل أحد المتعاقدين بالتزامه

بناء على نص م 119 ق م ج لا يحق للمتعاقد أن يطلب بفسخ العقد إلا إذا أخل المتعاقد الآخر بالتزامه، سواء امتنع عن تنفيذ الالتزام أو تأخر في تنفيذه أو نفذه بطريقة سيئة أو امتنع عن تنفيذ بقية الالتزام ويكون ذلك بسببه، أي راجع إلى خطأ منه وليس بسبب أجنبي²⁴⁷.

²⁴⁶ - خليل أحمد حسن قدامة، ص 173-السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 643 -محمد صبري السعدي،

المرجع السابق، ص 347.

²⁴⁷ - علي فيلال، المرجع السابق، ص 359 -محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 347.

من خلال هذا النص يتبين لنا الطابع الجزائي للفسخ لكونه عقوبة خاصة للمدين على خطئه في عدم تنفيذ الالتزام، رغم قدرته عليه، لذلك لا يتصور فسخ العقد إذا لم يقم المدين بأي خطأ في التنفيذ²⁴⁸.

الفرع الثالث: ألا يكون طالب الفسخ مقصرا في التزامه

ينبغي أن يكون طالب الفسخ قد وفى بالتزامه أو يكون على الأقل مستعدا لتنفيذه، فإذا أخل هو أيضا بالتزامه فليس من العدل أن يطلب فسخ العقد، ولما كان أثر الفسخ هو إعادة الحالة التي كان عليها المتعاقدان قبل تعاقدهما، فيجب على طالب الفسخ أن يكون قادرا على أن يعيد الحالة إلى ما كانت عليه، فإذا تسلم شيئا بموجب العقد واستهلكه أو تصرف فيه فليس له أن يطلب بالفسخ.

المطلب الثاني: كيفية وقوع الفسخ

القاعدة أن الفسخ يوقعه القاضي، طالما وجد أن شروطه قد توفرت وفقا لسلطته التقديرية في هذا الصدد. كما يجوز لطرفي العقد أن يتفقا على اعتبار العقد مفسوخا، عند إخلال أحدهما بالتزامه العقدي،

ويمكن أيضا أن يكون الفسخ بقوة القانون في حالة استحالة. وسندرس كل ذلك من خلال التطرق لكيفيات وقوع الفسخ. فيمكن أن يكون الفسخ قضائيا باعتباره الأصل (الفرع الأول)، ثم ممكن أن يكون الفسخ اتفاقيا (الفرع الثاني)، وأخيرا يمكن أن يكون الفسخ بقوة القانون (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الفسخ القضائي

تنص م 119 ق م ج: "..... جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسحه، مع التعويض في الخالتين إذا اقتضى الحال ذلك".

نستنتج من نص المادة أنه يجب على طالب الفسخ أن يقوم بإعداد المدين حتى يضعه في موقف المقصر في تنفيذ التزامه، ويكون ذلك إما فيما يتعلق بسلطة القاضي قبل المطالبة بالفسخ، فإنه إذا ما وقع الدائن دعواه طالبا فسخ العقد إزاء عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه، فليس معنى ذلك أن القاضي يكون ملزما بإجابته إلى طلبه، وإنما تبقى له سلطته التقديرية في إيقاع الفسخ أو عدم وقوعه.

²⁴⁸ - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، 2007، ص 308.

وهذا ما أشارت إليه صراحة م 119 ق م ج: " 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 ذلك.

ويجوز للقاضي أن يمنح أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان مالم به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات".

وواضح من ذلك أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في مجال الفسخ، فهو قد يقضي به إذا ما رأى تعنتا من المدين وإصرارا من جانبه على عدم التنفيذ برغم إعدار الدائن له، وقدرته على التنفيذ.

وقد يرفض القاضي الفسخ لما يراه من تنفيذ المدين للجانب الأكبر من التزامه وأن ما بقي في ذمته يسير، فيكتفي بأن يعوض الدائن عنه دون أن يحكم الفسخ.

كما قد يمنح المدين نظرة ميسرة أو ما يسمى ...أجلا قضائيا" إذا وجد أن تأخره في تنفيذ التزامه، ليس راجعا إليه، وإنما اقتضه ظروف خارجة عن إرادته ما تلبث أن تزول.

ويمكن للدائن الذي رفع دعوى الفسخ أن يعدل عن دعواه قبل صدور الحكم ويطلب التنفيذ العيني أو بطريق التعويض، إذ إن الدائن حينما يلجأ إلى الفسخ فليس معنى ذلك أنه قرر تنازله عن حقه الأصيل في طلب التنفيذ العيني.

ولو كان الدائن قد بدأ يطلب التنفيذ العيني فيستطيع أن يعدل عنه إلى الفسخ لكنه لا يجمع بينهما في دعوى واحدة.

وفي كل الحالات فإن القاضي لا يقضي بالفسخ من تلقاء نفسه، وإنما استنادا إلى طلب الدائن.

ويستطيع المدين أيضا قبل صدور الحكم أن يتجنب الفسخ، وذلك حينما يقدم على تنفيذ التزامه، وعندئذ قد يرى القاضي أن يحكم عليه بالتعويض فقط لتأخره في أداء التزامه.

الفرع الثاني: الفسخ الاتفاقي

الأصل كما أشرنا إليه سابقا أن يقع الفسخ بحكم من القضاء، غير أن المتعاقدين قد يتفقان على استبعاد هذا الأمر، أي استبعاد اللجوء إلى القاضي لفسخ العقد عنج الإخلال الصادر من أحدهما وذلك بأن يسجلا في العقد نصا باعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي.

ولقد نصت على ذلك م 120 ق م ج: "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي. وهذا الشرط لايعفى من الاعذار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين."

نستنتج من نص المادة أن للمتعاقدين حرية الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه إذا أخل أحدهما بتنفيذ التزاماته دونما حاجة إلى اللجوء إلى القضاء وهذا ما يعرف عملا "بالشرط الفاسخ الصريح.

ولكي يترتب اتفاق المتعاقدين الأثر المرجو منه، ينبغي أن يكون واضحا باتا على اتجاه إرادة المتعاقدين على ذلك.

والأثر الذي يترتب على الاتفاق، يختلف بحسب الصيغة التي يختارها المتعاقدان فقد ترد صياغة النص على أن يعتبر العقد مفسوخا إذا لم ينفذ أحد المتعاقدان لالتزاماته، إذا حدث ذلك وورد النص بهذه الصيغة فهو لم يأت بجديد وإنما يعد ترديدا للقواعد العامة التي تسمح بالفسخ عند إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه، وبالتالي يقسر على اتجاه نية المتعاقدين إلى تطبيق القواعد العامة، لكنه لا يغني عن اللجوء إلى القضاء ولا عن الإعذار و للقاضي سلطته التقديرية في إجراء الفسخ أو عدم إجرائه، ولا يمنع ذلك المدين من أن يقوم بتنفيذ التزاماته قبل الحكم النهائي.

غير أن هذا النص، وبهذه الصيغة التي ورد بها، ليس معدوم الفائدة، إذ يتبين للقاضي من خلاله أن الطرفين قد اتجهت إرادتهما إلى إجراء الفسخ عند إخلال أحدهما بما أوجبه عليه العقد، وعندئذ ينبغي عليه ألا يرفض الفسخ باعتباره أمرا قد اتفق عليه المتعاقدان²⁴⁹.

وقد ترد صياغة المتعاقدين على نحو آخر، باعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه وهذا الأمر يقسر على أن الطرفين اتجهت نيتهما إلى سلب السلطة التقديرية للقاضي المقررة له في الحكم بالفسخ

²⁴⁹ عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد، نظرية العقد في قوانين الدول العربية، دار النهضة، القاهرة 1984.

أو عدم الحكم به، فليس أمام القاضي إزاء هذا الشرط إلا الحكم بالفسخ، لكن الأمر مازال يتطلب رفع دعوى بالفسخ، وأيضاً يتطلب الإعذار، والحكم هنا يكون منشأً لا مقرر.

كما قد يأتي الاتفاق في صورة أقوى، باعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي، وعندئذ لا حاجة لرفع دعوى للحكم بالفسخ وإنما يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بمجرد إخلال المتعاقدين بالتزامه، صحيح أنه قد ترفع عند منازعة المدين في أعمال الشرط، إذا ادعى أنه وفى بما أوجبه عليه العقد، وبالتالي فإن دور القاضي ينحصر في التحقق من عدم أداء المدين لالتزاماته حتى يمكنه الفسخ، وحكمه يكون مقررًا وليس منشأً هذه الصيغة لا تعفى من الإعذار.

أما الصورة القصوى التي قد يرد بها اتفاق المتعاقدين، وهي اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى اللجوء للقاضي ودون حاجة إلى إعذار ووفقاً لهذه الصيغة إذا تخلف أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه عند حلول موعده يفسخ العقد من تلقاء نفسه دون حكم ودون إعذار، وإذا تطلب الأمر أن يرفع المدين دعواه لكي ينازع في أعمال الشرط، وصدر حكم القاضي بهذا الشأن، فيكون حكمه مقررًا للفسخ وليس منشأً له.

وتجدر الإشارة مهما كانت الصيغة التي اتفق عليها المتعاقدان إلى الفسخ حق قرره المشرع حماية للدائن وهو يتم استناداً إلى طلبه في حالة تخلف المدين عن تنفيذ التزاماته التي يوجبها عليه العقد، وبالتالي فإنه لا يجوز لهذا الأخير أن يتمسك بالفسخ عند إخلاله لكي يتفادى تنفيذ الالتزام عينياً، فلو سمح له بذلك لكان المدين إذن في موقف أقوى من موقف الدائن، وهو المخل بالتزاماته فيستطيع أن ينفذ التزامه أو يمتنع عن تنفيذها ويكون الدائن رهناً لإرادته في هذا الشأن²⁵⁰.

الفرع الثالث: انفساخ العقد بقوة القانون

تنص م 121 ق م ج: " في العقود الملزمة للجانبين، إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون".

نستنتج من نص المادة السابقة أنه في العقود الملزمة للجانبين إذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فينقضي معه الالتزام المقابل، فيفسخ العقد بحكم القانون.

²⁵⁰ - عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 594-رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 277.

يتطلب الفسخ بقوة القانون أو الانفساخ ثلاثة شروط تتمثل في، استحالة تنفيذ الالتزام استحالة مطلقة وكاملة (أولاً)، وأن تنشأ هذه الاستحالة بعد إبرام العقد (ثانياً)، وأن تكون بسبب أجنبي (ثالثاً).

أولاً: استحالة تنفيذ الالتزام استحالة مطلقة وكاملة

للقول بتحقيق الاستحالة المطلقة، يتم النظر الى مدى تأثير السبب الذي يعترض المدين في تنفيذ التزامه في تحقق الاستحالة، حيث تتحقق الاستحالة المطلقة عندما يتعذر على كل شخص إذا وضعناه في موقف المدين أن ينفذ الالتزام، كاستحالة تنفيذ الالتزام بسبب الحرب مثلاً.

ونكون أمام استحالة كاملة إذا تعذر تنفيذ الالتزام كله، كهلاك المبيع كله مثلاً يستحيل معه نقا الملكية، ولا تتحقق الاستحالة الكاملة في استحالة بعض الالتزام، لأن عدم التنفيذ الجزئي يترتب عنه الفسخ القضائي حسب أهمية الجزء غير المنفذ، أو المطالبة الدائن بالتنفيذ²⁵¹.

ثانياً: الاستحالة ناشئة بعد إبرام العقد

يجب أن تكون الاستحالة ناشئة بعد إبرام العقد، أي بعدما ينشأ العقد صحيحاً مكتمل الأركان والشروط، ثم بعد ذلك أثناء تنفيذه تقع الاستحالة، أي أن يوجد الالتزام صحيحاً ثم يستحيل تنفيذه مطلقاً.

أما أن تقع الاستحالة قبل إبرام العقد أو أثناءه فحينئذ نكون أمام استحالة وجود الالتزام ذاته، فيكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً لاستحالة محله.

ثالثاً: استحالة التنفيذ ترجع إلى بسبب أجنبي

يجب أن تكون استحالة التنفيذ صادرة عن سبب أجنبي، فإذا كانت بسبب المدين كنا بصدد التنفيذ عن طريق التعويض طبقاً للمادة 176 ق م ج: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه،...".

أما إذا كانت الاستحالة بسبب أجنبي فينقضي الالتزام طبقاً للمادة 307 ق م ج: "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي عن إرادته". وينفسخ العقد، فإذا ما اشترى شخص منزلاً من شخص آخر، وقبل تسليمه تهدم المنزل إثر زلزال، فاستحال على البائع تسليمه، وبالتالي انقضى التزامه فبنقضي معه التزام المشتري بدفع الثمن، فينفسخ البيع.

²⁵¹ - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 468.

المطلب الثاني: أثار الفسخ

نصت م 122 ق م ج: "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض".

يتضح من هذا النص أن الفسخ أيا كانت صورته، اتفاقيا أو قانونيا أو قضائيا يترتب عليه إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد أي أن للفسخ أثرا رجعيا، فيزول كل أثر كان قد ترتب على هذا العقد، فيما بين المتعاقدين وأيضا بالنسبة للغير²⁵². وكل ذلك نتناوله من خلال أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين (الفرع الأول)، ثم لأثر الفسخ بالنسبة للغير (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين

نستنتج من نص المادة السابقة أنه يترتب على وقوع الفسخ، سواء كان اتفاقيا أو بمعرفة القاضي أن يرد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل انعقاد العقد أي إعمال الأثر الرجعي للفسخ²⁵³، فإذا كنا بصدد بيع سيارة مثلا فمعنى ذلك أن يرد البائع الثمن الذي قبضه إلى المشتري، ويرد المشتري السيارة إلى البائع.

أما إذا استحال على البائع أو على المشتري أن يرد الأمر إلى ما كان عليه كأن تهلك السيارة وهي عند المشتري بسبب إهماله، عندئذ وكما جاء بالنص عليه تهلك السيارة وهي عند المشتري بسبب إهماله، عندئذ وكما جاء بالنص فإن القاضي يحكم بالتعويض في هذه الحالة على المشتري ويفترض أن التعويض يعادل قيمة الشيء المبيع وقت هلاكه.

وفضلا عن حق الدائن في المطالبة باسترداد الشيء المبيع كأثر من أثار الفسخ فإن له أيضا أن يطالب المدين بتعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء الفسخ، لكن التعويض في هذه الحالة الأخيرة لا يكون مرده إلى العقد المبرم بين الطرفين، ذلك أن هذا العقد قد زال بأثر رجعي ولم يعد هناك مجال للاستناد إليه للحكم بالتعويض، وإنما مرده إلى مرده إلى المسؤولية التقصيرية.

²⁵²—أنور سلطان، المرجع السابق، ص 145.

²⁵³— عبد الحي الحجازي، نظرية عقد المدة، العقد المستمر والدوري التنفيذ، القاهرة 1950، ص 189.

الفرع الثاني: أثر الفسخ بالنسبة للغير

لا يقتصر الأثر الذي يحدثه الفسخ على المتعاقدين فقط من إعادتهما إلى ما كانا عليه قبل العقد، وإنما يمتد ليشمل الغير أيضا إذ تتأثر حقوقه أيضا التي تكون قد انتقلت إليه من أحد المتعاقدين فتزول هي الأخرى كأثر لإعمال الفسخ تلك الحقوق التي رتبها المشتري للغير على الشيء المبيع.

فإذا اشترى شخص عينا ثم باعها لآخر أو رتب عليها رهنا، ثم حدث أن العقد الأول فسخ بعد ذلك فهنا للبائع أن يسترد العين المبيعة من المشتري خالية من الرهن أو من أية حقوق أخرى يكون المشتري قد رتبها على العين.

غير أن القاعدة السابقة ليست مطلقة، وإنما ترد عليها بعض الاستثناءات حماية للغير الذي يكون قد تلقى الحق من المشتري وهو حسن النية، فضلا عن قيامه بتسجيل هذا الحق كما يشترط القانون عندئذ يسترد البائع العين مثقلة بالرهن، حماية لهذا الغير حسن النية الذي يبقى حقه بالرغم من حدوث الفسخ.

المبحث الثاني: الدفع بعدم التنفيذ

الدفع بعدم التنفيذ مبدأ أعتمده المشرع في م 123 ق م ج، وهو حق كل متعاقد في العقود الملزمة للجانبين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه²⁵⁴.

فالدفع بعدم التنفيذ يعد وسيلة من الوسائل القانونية التي منحها القانون لأحد طرفي العقد، في حالة إخلال المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه ليمتنع عن تنفيذ التزامه إلى أن يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزامات المقابلة²⁵⁵.

وأساس الدفع بعدم التنفيذ هو الارتباط بين الالتزامات المتقابلة، فهناك شخصان كل منهما دائن للآخر، فيكون من العدل أن يستوفي كل منهما ما له من حق مما عليه من دين، أو على الأقل أن يوقف وفاء ما عليه من دين حتى يستوفي ماله من حق²⁵⁶. وللدفع بعدم التنفيذ شروطا (المطلب الأول)، ويترتب عنه آثار (المطلب الثاني).

²⁵⁴ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 373.

²⁵⁵ - خليل أحمد حسن قداه، المرجع السابق، ص 175.

²⁵⁶ - حمزة قتال، مصادر الالتزام، دار هومة للنشر، الجزائر، ص 237.

المطلب الأول: شروط الدفع بعدم التنفيذ

تنص م 123 ق م ج على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به".

نستنتج من نص المادة أنه يشترط للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ شروط قانونية وهي شروط تتعلق بالعقد محل الدفع بعدم التنفيذ، إذ يجب أن يكون العقد ملزم للجانبين (الفرع الأول)، أن يخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أن تكون بصدد عقد ملزم للجانبين

أشارت م 123 ق م ج صراحة على أن الدفع بعدم التنفيذ يقتصر على العقود الملزمة للجانبين دون غيرها، ويرجع ذلك إلى الأساس الذي يقوم عليه الدفع بعدم التنفيذ، وهو تقابل وارتباط الالتزامات التي يتحملها المتعاقدان، حيث يكون هناك طرفان كل طرف منهما دائن للآخر ومدين له، ويرتبط التزام كل منهما بالآخر ويترتب عليه، فالبائع دائن بالثمن ومدين بالتسليم والمشتري دائن بالتسليم ومدين بالثمن، لذلك يجوز للبائع الامتناع عن التسليم، إذا لم يف المشتري بالثمن المستحق.

يتضح من ذلك، أنه لا يجوز أن يتمسك المتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ في العقود التبادلية الناقصة (كعقد الوديعة)، ولا في العلاقات غير التعاقدية كالعلاقة بين الوصي والقاصر، والعلاقة بين الفضولي ورب العمل، ولا يجوز أيضاً التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا كانت الالتزامات غير متقابلة أو كانت في عقد تم بطلانه أو فسخه أو زواله²⁵⁷.

ولقد عرف المشرع الجزائري العقد الملزم للجانبين في م 55 ق م ج كما يلي: "يكون العقد ملزماً للطرفين متى تبادل المتعاقدين الالتزام ببعضهما بعض".

فالعقد الملزم للجانبين أو العقد التبادلي هو ذلك العقد الذي يترتب على عاتق المتعاقدين التزامات متقابلة ومرتبطة بعضها ببعض، بحيث يكون كل متعاقد وفي نفس الوقت دائناً ومديناً نحو المدين الآخر ففي البيع نجد البائع مديناً بنقل ملكية المبيع وتسليمه، ودائناً بالثمن بينما نجد المشتري مديناً بالثمن ودائناً بقبض المبيع.

²⁵⁷ بلحاج العربي، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 847.

وتجدر الإشارة إليه أن الالتزامات التي تنشأ في العقود التبادلية يجب أن تكون من مصدر واحد أي من نفس العقد، وأن تكون هذه الالتزامات قد نشأت في وقت واحد أي وقت إبرام العقد. بالإضافة إلى أنه يجب أن يكون تنفيذ التزام المتعاقد متصلاً ومقابلاً لتنفيذ الالتزام المقابل الذي يتحمله المتعاقد الثاني، فتنفيذ التزام البائع بنقل ملكية المبيع له علاقة مباشرة بتنفيذ التزام المشتري وهو دفع الثمن، وإذا امتنع المشتري عن تنفيذ التزامه فللبائع أن يعامله بالمثل²⁵⁸.

الفرع الثاني: أن يخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه

بالرجوع لنص م123 ق م ج نجد أن المشرع لم يحدد مدى الإخلال بالعقد فيستوي الأمر إذا كان عدم تنفيذ الالتزام جزئياً أو كلياً فجاء النص عاماً أي أن الامتناع عن التنفيذ يكون كرد فعل للإخلال المتعاقد الآخر بالتزامه²⁵⁹.

ونتيجة إخلال بتنفيذ هذا الالتزام يمتنع عن تنفيذ الالتزام المقابل له ويدفع بعدم تنفيذه ويقع عبئ إثبات الوفاء بالالتزام على المتعاقد الذي يدعى الوفاء²⁶⁰.

كما لا يتحقق الإخلال إلا إذا كان الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين مستحقة الأداء وغير مؤجلة فمثلاً إذا أبرم عقد البيع وانفق المتعاقدين على تأجيل الوفاء بالثمن على مدة محددة فلا يستطيع البائع أن يتمسك بعدم تنفيذ المشتري للالتزام بدفع الثمن ولا يعتبر هذا الأخير قد أخل بالتزامه²⁶¹.

غير أنه إذا كان التزام المتعاقدين مستحق الأداء في فترة واحدة فيجب لكل منهما الامتناع عن تنفيذ التزامه إلى حين تنفيذ الطرف الآخر التزامه فإذا امتثل الطرفين لتنفيذ هنا لا يثور إشكال إلا أنه إذ اتصل كل من الطرفين ففي هذه الحالة لا يبقى سوى اللجوء إلى القضاء فيقرر القاضي بان يودع كل من المتعاقدين ما التزم به في خزنة المحكمة أو لدى شخص ثالثاً يتولى التسليم والتسليم²⁶².

ولتمسك بدفع بعدم التنفيذ إضافة لشروط المذكورة أنفاً يجب مراعاة مبدئين أساسيين ألا وهما مبدأ حسن النية ومبدأ عدم التعسف في استعمال الحق.

²⁵⁸ - خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص175.

²⁵⁹ - العربي بلحاج، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ص 424.

²⁶⁰ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 424.

²⁶¹ - عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد، الطبعة الثالثة، منشأ المعارف، اسكندرية، مصر 1997، ص 317.

²⁶² - محمد عبد الله الدليمي، النظرية العامة للالتزام، القسم الأول، مصادر الالتزام، دون طبعة، الجامعة المفتوحة، طرابلس، لبنان 1998، ص 180 و 181.

المطلب الثاني: آثار الدفع بعدم التنفيذ

إذا توافرت شروط الدفع بعدم التنفيذ وتمسك به المتعاقد فسوف يترتب أثارا تخص المتعاقدين (الفرع الأول)، ولا تقتصر هذه الآثار عليهما فقط، إنما تمتد هذه الآثار أيضا إلى الغير (الفرع الثاني).

الفرع الأول: آثار الدفع بعدم التنفيذ بالنسبة للمتعاقدين

إذا دفع المتعاقد بعدم التنفيذ فلا يستطيع المتعاقد الاخر إجباره على تنفيذ التزامه، وفي الوقت نفسه لا يفضي هذا الالتزام، ولا ينحل العقد بسبب هذا الموقف السلبي²⁶³. ويترتب على الدفع بعدم التنفيذ أحد النتائج الآتية:

- إما أن يقوم المتعاقد الاخر بتنفيذ التزامه المقابل، فيتنازل المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ عن دفعه، فيستمر العقد في التنفيذ.

- وإما أن يدفع المتعاقد الاخر أيضا بعدم التنفيذ، ويبقى كل منهما مصرا على موقفه، ويبقى العقد قائما غير أنه نافذ بينهما، وفي الأخير ستؤول نهايته إما إلى الاستمرار في التنفيذ، أو الفسخ.

الفرع الثاني: آثار الدفع بعدم التنفيذ بالنسبة للغير

يجوز للمتعاقد الذي ثبت حقه في الدفع بعدم التنفيذ أن يحتج بهذا الدفع في مواجهة الغير المتلقي حقه من المتعاقد الآخر في وقت لاحق على التمسك بالدفع، وعلى ذلك، فإن تمسك البائع بالدفع بعدم التنفيذ لعدم استيفاء الثمن، يجيز له عدم تسليم العين المبيعة للغير الذي تلقى حقه من المشتري، بناء على تصرف قانوني صادر منه كالبيع أو الرهن مثلا، فيتسنى للدائن الحابس التمسك بحقه في مواجهة كل من يكتسب حقا على الشيء المحبوس بعد ثبوت حقه، ففي حالة امتناع البائع عن تسليم البيع لعدم الوفاء بالثمن، وقام المشتري، رغم ذلك ببيعه لمشتري آخر، أو رهنه لدائن مرتين، جاز للبائع أن يبقى حابسا للعين المبيعة في مواجهة المشتري الثاني أو الدائن المرتين.

ويجوز التمسك بالدفع في مواجهة دائن المشتري الذي يستعمل الدعوى غير مباشرة، وكذلك الحال إذا أراد هذا الدائن التنفيذ على المبيع الذي يحبسه المتمسك بالدفع²⁶⁴.

²⁶³- قتال حمزة، المرجع السابق، ص 241.

²⁶⁴- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 429.

لذلك فإن الدفع بعدم التنفيذ يسري في مواجهة الغير، إذا كان هذا الغير كسب حقه بعد ثبوت الحق في التمسك بالدفع، مثل ذلك أن يتأخر المشتري عن دفع الثمن، فيمسك البائع بالدفع ويحبس العين المبيعة، فكل من كسب حقا من المشتري²⁶⁵ على العين المبيعة بعد التمسك بالدفع يسري في حقه الدفع.

لا يسري الدفع بعدم التنفيذ في حق الغير إذا كان هذا الغير قد كسب حقه قبل ثبوت الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، فإذا فرض أن شخصا، بعد أن رهن منزله رهنا رسميا، سلمه إلى مستأجر بعقد إيجار غير ثابت التاريخ، ثم باعه، وأراد المشتري تسلم المنزل قبل انتهاء العقد، فإن للمستأجر أن يرجع بالتعويض على المؤجر وأن يحبس العين في مواجهة المشتري، ولكن حقه في الحبس لا يسري في مواجهة الدائن المرتهن لأن حق الرهن قد ثبت قبل ثبوت الحق في الحبس²⁶⁶.

²⁶⁵ - السنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، الجزء الثاني، ص306.

²⁶⁶ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، ص206.

الخاتمة

نستخلص من كل ما تقدم أنه إذا نشأ العقد صحيحا مستوفيا لجميع أركانه وشروطه من رضا الطرفين، ومحل وسبب، وإرادة لا يشوبها أي عيب من عيوب الرضا، خلصت له قوته الملزمة ووجب على المتعاقدين تنفيذه وفقا لمضمونه، حيث لا يمكن التحلل من هذا العقد إلا بمقتضى اتفاق أو فصل قانوني.

وتقضي القواعد العامة في هذا الصدد بأن للدائن يلجأ إلى التنفيذ العيني للالتزام أو التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض لكن للدائن قد لا يرى ذلك محققا لمصلحته، ومن ثم يلجأ إلى طلب الفسخ والذي مفاده إعادة المتعاقدين إلى حالة التي كانا عليها قبل العقد وكان عقدا لم ينعقد.

ونجد هناك وسيلة قد تؤدي إلى انحلاله وهي الدفع بعدم التنفيذ وهو يعد وسيلة من الوسائل القانونية التي منحها القانون لأحد طرفي العقد، في حالة إخلال المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه المتفق عليه عن تنفيذ التزامه إلى أن يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزامات المقابلة.



قائمة المراجع:

- (1) أحمد شوقي عبد الرحمان، النظرية العامة للالتزام، المصادر الإرادية وغير الإرادية، العقد، الإرادة المنفردة، المسؤولية المدنية، الإثراء بلا سبب، الإسكندرية، 2008.
- (2) العدوي جلال علي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 1997.
- (3) أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر 2006.
- (4) أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام "مصادر الالتزام"، ديوان المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1998.
- (5) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2003.
- (6) بلحاج العربي، نظرية العقد في القانوني المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015.
- بلحاج العربي، الوجيز في التركات والمواريث في قانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومة، الجزائر، 2013.
- (7) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2002.
- (8) توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر اللإلتزام، مع مقارنة بين القوانين العربية، الدار الجامعية، مصر، دون سنة النشر.
- (9) جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، دمشق، المطبعة الأولى، لبنان، 2000.
- (10) حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الاصلية، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر 1998.
- (11) خليل أحمد حسن قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2010.
- (12) خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد، دراسة مقارنة، منشورات الحلب الحقوقية، الطبعة الأولى، 2012.

- 13) دريال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- 14) رمضان ابو السعود رمضان، همام محمود زهران، النظرية العامة للقاعدة القانونية، دار المطبوعات الجامعية 2006.
- 15) رضا متولي وهدان، أثار انتقال العقود الى الخلف الخاص مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر القانوني، مصر 2008.
- 16) سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، العقد الإرادة المنفردة، العمل غير مشروع، الإثراء بلا سبب، القانون، مكتبة الوفاء القانونية دون بلد النشر، الطبعة الأولى، 2009.
- 17) سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والإثبات، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2009.
- 18) سلام عبد الله الفتلاوي، إكمال العقد، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، لبنان 2012.
- 19) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار المعارف، مصر 1987.
- 20) عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية الجديدة، بيروت، لبنان، 1992.
- 21) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المصادر الإثبات، الإثبات، الأوصاف، الانتقال، الانقضاء، دار النهضة، العربية، القاهرة، 1966.
- 22) علي فيلال، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2010.
- 23) علي نجيدة، النظرية العام للالتزام، مصادر للإثبات، دار النهضة، العربية، القاهرة، 2005.
- 24) علي علي سليمان، النظرية العام للالتزام، مصادر اللإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة الخامسة، بن عكنون، الجزائر، 2003.
- 25) عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، دون دار نشر، دون طبعة، القاهرة، 1984.
- 26) عبد الودود عبد الحي، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة 1994.
- 27) عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، القاهرة، 1973.

- (28) عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد، نظرية العقد في قوانين الدول العربية، دار النهضة، القاهرة 1984.
- (29) عبد الحي الحجازي، نظرية عقد المدة، العقد المستمر والدوري التنفيذ، القاهرة 1950.
- (30) عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد، الطبعة الثالثة، منشأ المعارف، اسكندرية، مصر 1997.
- (31) لولو خيار غنيمه، نظرية العقد، بيت الأفكار، دار البيضاء الجزائر 2018.
- (32) محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005.
- (33) مارغريت نقولا أنطون مارو ديس، العنصر الأخلاقي في العقد، المنشورات الحقوقية صادر، لبنان 2006.
- (34) محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، دون طبعة، مصر، 2000.
- (35) محمد رياض دغمان، إلزامية العقد، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2010.
- (36) محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الكتاب الحديث 2003.
- (37) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر 2012.
- (38) محمد عبد الله الدليمي، النظرية العام للالتزام، مصادر اللإلتزام، منشورات الجامعة المفتوحة، دون طبعة، ليبيا، 1998.
- (39) محمد حسن قاسم، الوجيز في نظرية الالتزام، المصادر، الأحكام، دار الجامعة الجديدة للنشر، دون طبعة، الإسكندرية، 1994.
- (40) محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، مطبعة الوفاء، تونس 1993.
- (41) محمد رياض دغمان، إلزامية العقد، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2010.
- (42) مصطفى محمد جمال مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر 1999.
- (43) مصطفى عبد الجواد، مصادر الالتزام، ج 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- (44) ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والاثر، دار ابن الجوزي، السعودية، ط 1412 هجري.

- 45) ابن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، مج 12. د.س.ن.
- 46) نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)، دار الجامعة الجديدة، مصر 2001.
- 47) ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد، القسم الثالث، آثار العقد وانحلاله، الطبعة الأولى، وائل للنشر والتوزيع، الأردن 2002.
- المراجع الخاصة:**
- 48) بسام سعيد جبر، ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورها في منع تراخي العقود، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط 2011.
- 49) حسين بن شبح آثموليا، المنتقى في عقد البيع، دار هومة، ط 2، الجزائر، 2008.
- 50) تقيّة محمد بن أحمد، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري، مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشعار التربوية، 2003.
- 51) خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2018.
- 52) رضا متولي وهدان، انتقال آثار العقود إلى الخلف الخاص، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، 1999.
- 53) سمير تتاغو، الالتزام القضائي، الحكم مصدر جديد للالتزام، (دراسة فنية لتعديل القاضي للعقد)، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر 2014.
- 54) لبنى مختار، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن، ديوان المطبوعات الجامعية والمؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1984.
- 55) مرداسي عزالدين، الغرامة التهديدية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر 2008.
- 56) عبد الحكم فودة، النظام القانوني لحماية الورثة من الوصايا المستترة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة 2005.
- 57) وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانوني المدني، دار الجامعة الجديدة، دون طبعة، الإسكندرية، 2009.

أطروحة الدكتوراه:

- 1) بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، دكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة باتنة 2012.
- 2) بوختالة سعاد، دور القاضي في تكملة العقد، دكتوراه، جامعة الجزائر 1، 2016.
- 3) حليمي ربيعة، الغير في العقد، دراسة في القانون المدني وبعض القوانين الخاصة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016
- 4) زاوي فريدة، مبدأ نسبية العقد، دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، 1992.

الماجستير:

- 1) جمعة زمام، الدعوى المباشرة وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، ماجستير ، جامعة الجزائر 1996.
- 2) زيتوني فاطمة الزهراء، دور القاضي في تنفيذ العقد في المواد المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون والعقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008-2009.
- 3) فاضل خديجة، تعديل العقد أثناء التنفيذ، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2002.
- 4) علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008.
- 5) لزرق بن عودة، وسائل حماية الضمان العام، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2013-2014.
- 6) هبة محمد محمود الذيب، أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية، رسالة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2012.

المجلات:

- 1) بدري جمال، الخلف العام بين القانون المدني والأسرة، المجلة الجزائرية القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد 01، 2010.
- 2) بن عומר محمد الصالح، الميراث في القانون الدولي الخاص الجزائري، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، العدد 11، أكتوبر 2011 .

3) رافد فاطمة، حدود انتقال أثر العقد إلى الخلف العام في التشريع الجزائري، مجلة معارف، السنة الثامنة، العدد 16، كلية الحقوق، جامعة البويرة، 2014.

4) سليمان محمدي، ضرورة إعادة النظر في مركز الخلف العام، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الاول، 2009.

النصوص التشريعية:

1) الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد: 78 الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدم والمتمم بالقانون 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية العدد 31.

2) القانون رقم: 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية عدد: 24، الصادر في 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية عدد 15.

3) الأمر رقم 07-95 مؤرخ 25 يناير 1995 الأمر 07-95 المتعلق بالتأمينات.

المراجع باللغة الفرنسية:

1) Malinvaud, droit des obligations, Litec, 7^{ème} édition, Paris, 2001.

2) (H) Mazeaud, (L) Mazeaud, (J) Mazeaud, (F) Chabas, leçons de droit Civil, Tome 2, Premier volume, Obligation, Théorie générale, 9^{ème} édition, Montchrestien, Delta, 2000

3) Ali BENCHENEB, Théorie générale des Contrats, Office des Publications Universitaires, Alger, 2ème édit. 1982.

01مقدمة
05الفصل الأول: دور الارادة في تنفيذ العقد
06المبحث الأول: مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد
06المطلب الأول: مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد بالنسبة للمتعاقدين وخلفهما
07الفرع الأول: أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين
07أولاً: العقد شريعة المتعاقدين
10ثانياً: كيفية تنفيذ العقد
17الفرع الثاني: أثر العقد بالنسبة لخلف المتعاقدين
18أولاً: الخلف العام
26ثانياً: انتقال الالتزامات
31ثالثاً: الخلف الخاص
40المطلب الثاني: انصراف آثار العقد إلى الدائنين العاديين والغير
41الفرع الأول: الدائنين العاديين
41أولاً: آراء الفقهاء حول الطائفة التي ينتمي إليها الدائنون
43ثانياً: موقف المشرع الجزائري
43الفرع الثاني: التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير
44أولاً: التعهد عن الغير
49ثانياً: الاشتراط لمصلحة الغير
55ثالثاً: الدعوى المباشرة
56المبحث الثاني: دور القاضي في تنفيذ العقد
56المطلب الأول: سلطة القاضي في تفسير وتكييف العقد
57الفرع الأول: تفسير العقد
57أولاً: حالات تفسير العقد
64ثانياً: الرقابة المحكمة العليا على القاضي في تفسير العقد
66الفرع الثاني: تكييف العقد
67المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة

- 67..... الفرع الأول: نظرية الظروف الطارئة.
- 68..... أولاً: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.
- 70..... ثانياً: سلطة القاضي في نظرية الظروف الطارئة.
- 72..... المطلب الثالث: سلطة القاضي في رقابة الشرط الجزائي.
- 72..... الفرع الأول: سلطة القاضي في استبعاد الشرط الجزائي.
- 73..... الفرع الثاني: سلطة القاضي في مراجعة الشرط الجزائي.
- 75..... المطلب الثالث: سلطة القاضي في منح أجل تنفيذ العقد.
- 76..... الفرع الأول: أن تكون حالة المدين تستدعي أن يمنحه القاضي نظرة الميسرة.
- 76..... الفرع الثاني: أن يراعي القاضي موارد المدين الحالية والمستقبلية مع اشتراط عناية الرجل الحريص في تنفيذ التزامه.
- 76..... الفرع الثالث: أن يكون الأجل الذي يمنحه القاضي معقولاً.
- 77..... الفصل الثاني: كيفية تنفيذ العقد.
- 77..... المبحث الأول: التنفيذ العيني.
- 78..... المطلب الأول: شروط التنفيذ العيني.
- 78..... الفرع الأول: أن يكون التنفيذ العيني ممكناً.
- 79..... الفرع الثاني: إعداز المدين.
- 79..... المطلب الثاني: موضوع التنفيذ العيني.
- 79..... الفرع الأول: الالتزام نقل الملكية أو نقل حق عيني آخر.
- 79..... الفرع الثاني: الالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل ما.
- 80..... المطلب الثالث: وسائل التنفيذ العيني.
- 80..... الفرع الأول: الغرامة التهديدية.
- 81..... أولاً: شروط الحكم بالغرامة التهديدية.
- 82..... ثانياً: طبيعة الحكم بالغرامة التهديدية.
- 83..... ثالثاً: آثار الحكم بالغرامة التهديدية.
- 84..... المبحث الثاني: التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض.
- 84..... المطلب الأول: التعويض القانوني.
- 84..... الفرع الأول: الإعداز.



- 85.....أولاً: كيفية الإعذار
- 85.....ثانياً: الحالات التي يستغنى فيها عن الإعذار
- 86.....ثالثاً: آثار الإعذار
- 87.....الفرع الثاني: كيفية تقدير التعويض
- 87.....أولاً: التعويض القضائي
- 88.....المطلب الثاني: التعويض الاتفاقي
- 89.....الفصل الثالث: ضمانات تنفيذ العقد
- 90.....المبحث الأول: الدعوى غير المباشرة
- 91.....المطلب الأول: شروط الدعوى غير المباشرة
- 91.....الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالدائن
- 92.....الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالمدين
- 92.....الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بالحق
- 93.....المطلب الثاني: آثار الدعوى غير المباشرة
- 93.....المبحث الثاني: الدعوى البوليسية
- 94.....المطلب الأول: شروط الدعوى البوليسية
- 94.....الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالتصرف موضوع الدعوى
- 94.....أولاً: أن يكون التصرف قانونياً
- 94.....ثانياً: أن يكون التصرف متعلقاً بحق لا يتصل بشخص المدين
- 94.....ثالثاً: أن يكون التصرف مفقراً للمدين
- 95.....رابعاً: أن يكون التصرف لاحقاً لوجود حق الدائن
- 95.....الفرع الثاني: الشروط المرتبطة بالمدين
- 95.....أولاً: شرط الإعسار
- 96.....ثانياً: سوء النية
- 96.....الفرع الثالث: الشروط المرتبطة بالدائن
- 96.....أولاً: نشوء حق الدائن قبل التصرف
- 96.....ثانياً: أن يكون حق الدائن مستحق الأداء
- 96.....ثالثاً: رفع الدعوى في الأجل القانوني



97.....	المطلب الثاني: آثار الدعوى البولصية.....
97.....	الفرع الأول: بالنسبة للدائن.....
76.....	الفرع الثاني: بالنسبة لطرفي التصرف.....
98.....	المبحث الثالث: الدعوى الصورية.....
98.....	المطلب الأول: شروط دعوي الصورية.....
99.....	المطلب الثاني: آثار الصورية.....
99.....	الفرع الأول: آثار الصورية فيما بين المتعاقدين والخلف العام.....
99.....	الفرع الثاني: آثار الصورية بالنسبة للغير.....
100.....	المبحث الرابع: الحق في الحبس.....
100.....	المطلب الأول: شروط الحق في الحبس.....
100.....	الفرع الأول: وقوع التزام على عاتق الحارس بأداء شيء معين.....
101.....	الفرع الثاني: أن يكون للحابس حق لدى المدين مستحق الأداء.....
101.....	الفرع الثالث: وجود علاقة بين حق الحابس وبين التزامه بأداء شيء.....
101.....	المطلب الثاني: آثار الحق في الحبس.....
101.....	الفرع الأول: حقوق الحابس.....
102.....	أولاً: الامتناع عن تسليم الشيء.....
102.....	ثانياً: لا يكون للحابس حق امتياز.....
102.....	الفرع الثاني: واجبات الحابس.....
102.....	أولاً: المحافظة على الشيء المحبوس.....
102.....	ثانياً: تقديم حساب عن غلة الشيء المحبوس.....
103.....	ثالثاً: رد الشيء المحبوس.....
103.....	المطلب الثالث: انقضاء الحق في الحبس.....
104.....	الفصل الرابع: جزاء الاخلال بتنفيذ العقد.....
104.....	المبحث الأول: الفسخ.....
105.....	المطلب الأول: شروط الفسخ.....
105.....	الفرع الأول: أن يكون العقد ملزم للجانبين.....
105.....	الفرع الثاني: أن يخل أحد المتعاقدين بالتزامه.....



106.....	الفرع الثالث: ألا يكون طالب الفسخ مقصرا في التزامه.
106.....	المطلب الثاني: كيفية وقوع الفسخ.
106.....	الفرع الأول: الفسخ القضائي.
108.....	الفرع الثاني: الفسخ الاتفاقي.
109.....	الفرع الثالث: انفساخ العقد بقوة القانون.
110.....	أولا: استحالة تنفيذ الالتزام استحالة مطلقة وكاملة.
110.....	ثانيا: الاستحالة ناشئة بعد إبرام العقد.
110.....	ثالثا: استحالة التنفيذ ترجع الى بسبب أجنبي.
111.....	المطلب الثاني: آثار الفسخ.
111.....	الفرع الأول: أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين.
112.....	الفرع الثاني: أثر الفسخ بالنسبة للغير.
112.....	المبحث الثاني: الدفع بعدم التنفيذ.
113.....	المطلب الأول: شروط الدفع بعدم التنفيذ.
113.....	الفرع الأول: أن تكون بصدد عقد ملزم للجانبين.
114.....	الفرع الثاني: أن يخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه.
115.....	المطلب الثاني: آثار الدفع بعدم التنفيذ.
115.....	الفرع الأول: آثار الدفع بعدم التنفيذ بالنسبة للمتعاقدين.
115.....	الفرع الثاني: آثار الدفع بعدم التنفيذ بالنسبة للغير.
117.....	الخاتمة.
118.....	قائمة المراجع.
124.....	الفهرس.

