

جامعة محمد بوضياف ~ المسيلة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مبدأ نسيئة العقد

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر
في الحقوق تخصص قانون أعمال

إشراف:
الأستاذ/ محمد الطاهر بلموهوب

إعداد:
إيمان عمور

السنة الجامعية
~ 2015 - 2014 ~

جامعة محمد بو ضيف بالمسيلة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مبدأ نسبية العقد

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر
في الحقوق تخصص قانون أعمال

إشراف:

الأستاذ/ محمد الطاهر بلموهوب

إعداد:

إيمان عمور

السنة الجامعية

2015-2014

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

The image displays the Basmala in a stylized, bold black calligraphic font. The text is arranged in a circular pattern. Five long, vertical arrows point upwards from the top of the calligraphy, indicating the direction of the main strokes. Small numbers (1, 2, 3) and arrows are placed at various points to show the sequence and direction of the pen strokes used to form the letters. The calligraphy is contained within a double-line rectangular border.

الشكر والتقدير

أحمد الله على نعمه التي من بها علي، وأشكره أولاً وأخيراً على فضله أن يسر لي إتمام هذه الدراسة، وأصلي وأسلم على من لا نبي بعده سيد الخلق أجمعين.

يطيب لي وقد انتهيت من انجاز هذه الدراسة أن أتقدم بالشكر لأهل الفضل - بعد الله سبحانه - ممن ساهموا في التحاقني بهذه الدراسة وإتمامها. وفي هذا المقام يسرني أن أعبر عن فائق التقدير وعظيم الامتنان وأخص بالذكر:

- الأستاذ المشرف محمد الطاهر بلموهوب.

- أعضاء لجنة المناقشة.

- أساتذة كلية الحقوق "بجامعة محمد بوضياف المسيلة".

- الوالدين الكريمين.

مقدمة

يعد العقد من أهم المصادر المنشئة للالتزام، ومن أهم التصرفات القانونية في الحياة الاجتماعية، إذ أنه وحده ينشئ الأغلبية الكبيرة من الالتزامات، وعرفته المادة 54 ق.م.ج،¹ بأنه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، وعليه فإن الإرادة الحرة هي من تنشئ العقد.

إن نشوء العقد صحيحا مستوفيا لجميع أركانه، وشروطه من رضا، ومحل وسبب، وإرادة لا يشوبها أي عيب من عيوب الرضا، يرتب آثاره المتمثلة في اكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات، و يجب على أطرافه الالتزام بما فيه و هذا استنادا لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، إذ يصبح هذا العقد بمثابة القانون يلتزمون بتنفيذه مثلما يلتزمون بتنفيذ القانون، وإلا كانوا مسؤولين عن عدم تنفيذه .

إذ تقتصر آثار العقد على أطرافه دون أن تتعدى إلى غيرهم وهذا ما يعرف بنسبية أثر العقد، أو كما اعتاد الفقهاء على تسميته مبدأ نسبية العقد. فهذا المبدأ يتصل بحرية الشخص في التعاقد، وحرية في تحمل الالتزامات. وعلى الرغم من قدم هذا المبدأ وانتقاده إلا أنه ظل قائما.

1- الأمر 58-75 المؤرخ في 26/09/1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج.ر العدد 78، بتاريخ 30/09/1975.

أهمية الدراسة

تظهر أهمية هذا البحث جليا من خلال ابراز جوهر هذا المبدأ بربطه بالواقع الجزائري سواء في المجال التشريعي، أو القضائي، وذلك من خلال معالجة خضوع القوة الملزمة للعقد لمبدأ نسبيته، الذي من شأنه ضمان عدم انصراف آثار العقد إلى الغير.

أهداف الدراسة

لكل بحث علمي هدف أو مجموعة من الأهداف يصبو لتحقيقها، سواء لغرض تقديم حلول لبعض التساؤلات والإشكالات أو تزويد أفراد المجتمع بالعلم والمعرفة، والأهداف التي أصبو إليها من خلال هذه الدراسة أوجزها فيما يلي :

- إضافة عمل يتم من خلاله توفير مادة نظرية تمكن الطلبة من الاستفادة منها.
- الاطلاع على الإشكالات والوقوف على الصعوبات التي يطرحها موضوع مبدأ نسبية العقد مثل تحديد الأشخاص الذين ينصرف إليهم أثر العقد، ضبط مفهوم الغير ومعرفة كيف عالج المشرع الجزائري هذا الموضوع.
- الخروج ببعض النتائج التي يمكن للطلبة أن يسترشدوا بها للتوسع في الموضوع.
- الاطلاع على بعض تطبيقات المبدأ في المجال القضائي.

دواعي وأسباب اختيار الموضوع

- دافع علمي: معالجة النقائص التي يعرفها هذا الموضوع من خلال إبراز اتجاه المشرع الجزائري، ودور القضاء في تجسيد هذه الفكرة.
- دافع ذاتي: التخصص في البحث في مجال العقود والالتزامات.

الدراسات السابقة

فيما يخص مجال هذه الدراسة أجد أن هذا الموضوع ليس جديدا بل متناول، ومن الدراسات السابقة لهذا الموضوع رسالة الدكتوراه للأستاذة فريدة زاوي بعنوان مبدأ نسبية العقد و كانت في سنة 1992 حيث درست هذا الموضوع في بابين، في الباب الأول مفهوم مبدأ نسبية العقد و في الباب الثاني الاستثناءات على المبدأ.

العوائق والصعوبات

تتمثل الصعوبة التي واجهتني في حصر الموضوع في وقت معين، إذ لا يمكن الإلمام بكافة جوانب الموضوع كون الموضوع يبدو للوهلة الأولى بسيطا إلا أنه متشعب ويتطلب وقتا طويلا للتمكن من الإحاطة بكافة جوانبه.

الإشكالية

- الأثار التي تنتج عن العقد تعتبر نسبية، هذا الأمر يجعلنا أمام الإشكالية الآتية:
- هل تقتضي نسبية العقد انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين فقط ؟ أم هناك حالات استثنائية تنصرف فيها هذه الآثار إلى غير المتعاقدين ؟
 - و يتفرع هذا التساؤل إلى تساؤلات فرعية :
 - ما المقصود بالمتعاقدين ؟
 - هل يعتبر الخلف العام من الغير ؟
 - هل انصراف آثار العقد إلى الغير يعد استثناء على هذا المبدأ ؟

منهج الدراسة

اتبعت في دراستي المنهج التحليلي منهاجا أساسيا للإجابة على الإشكالية المطروحة وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية التي لها علاقة بهذه الدراسة، واستخدمت المنهج المقارن كمنهج ثانوي وذلك في محاولتي لتمييز التعهد عن الغير عن الأنظمة المشابهة له .

الخطة

لقد قمت بتقسيم بحثي هذا إلى فصلين، محاولة أن تكون دراستي ملمة بجميع ثنايا الموضوع.

الفصل الأول: انصراف اثر العقد إلى المتعاقدين وخلفهم.

المبحث الأول: انصراف اثر إلى المتعاقدين الأصليين.

المبحث الثاني: انصراف أثر العقد إلى الخلف العام للمتعاقدين.

المبحث الثالث: انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص للمتعاقدين.

الفصل الثاني: مدى انصراف أثر العقد إلى الغير

المبحث الأول: المقصود بنفاذ العقد.

المبحث الثاني: التعهد عن الغير.

المبحث الثالث: الاشتراط لمصلحة الغير.

الفصل الأول

انصراف أثر العقد إلى
المتعاقدين و خلفهم

الفصل الأول

انصراف أثر العقد إلى المتعاقدين و خلفهم

من البديهي أن أطراف العقد هم من تتصرف لهم آثاره، لكن هل هناك طائفة اخرى معنية بهذه الآثار ؟ فمن الضروري تحديد هذه الطائفة لأنها غير قاصرة على من شارك في إبرام العقد بشخصه. كذلك يجب توضيح ما المقصود بالخلف العام، والخلف الخاص، وهل يمكن اعتبار الخلف العام من الغير؟ بالإضافة إلى الحدود التي تتصرف فيها آثار العقد الذي أبرمه السلف.

وقد قسمت هذا الفصل إلى ثلاث مباحث أتناول في:

المبحث الأول : انصراف اثر العقد إلى المتعاقدين الأصليين.

المبحث الثاني: انصراف اثر العقد إلى الخلف العام للمتعاقدين .

المبحث الثالث : انصراف اثر العقد إلى الخلف الخاص للمتعاقدين.

المبحث الأول

انصراف أثر العقد إلى المتعاقدين الأصليين

ينصرف أثر العقد بدرجة أولى إلى المتعاقدين، اللذان هما طرفا العقد الذي أبرماه باسمهما ولحسابهما¹، فهم من يتحمل الالتزامات ويكتسب الحقوق، ولكن قد يبرم العقد من غير أطرافه، فقد يبرمه شخص آخر ينوب عن الطرف الأصيل²، حيث أن هذا النائب لا يعتبر طرفا في العقد وإنما هو أجنبي عنه . إن ما ينشئه العقد من حقوق وواجبات في هذه الحالة تضاف إلى ذمة الأصيل³، لأن التصرف القانوني أبرمه النائب باسم الأصيل و لحسابه⁴. حيث سأتناول في المطب الأول النيابة في التعاقد من خلال توضيح شروطها في الفرع الأول، و آثارها في الفرع الثاني، أما المطب الثاني فأخصه لانصراف اثر العقد إلى المتعاقدين ووضع الأصيل في النيابة.

المطلب الأول: النيابة في التعاقد

إن المفهوم التقليدي لمبدأ نسبية العقد يقصر آثار العقد على المتعاقدين الذين وقعوا العقد بأنفسهم فقط، وهذا الأمر يجعل من النيابة استثناء فعليا من المبدأ، لانصراف آثار العقد الذي يبرمه النائب إلى الأصيل وهو يعتبر من الغير⁵.

1-أنظر علي فيلالي، الالتزامات -النظرية العامة للعقد،(د،س،ط). موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص 398.

2- فريدة زواوي، مبدأ نسبية العقد، رسالة دكتوراة، جامعة الجزائر، 1992، ص 07.

3- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 398.

4- Boris Starck , droit civil- les obligations,librairies techniques,paris,1972, p 384.

5- فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 08.

والنيابة في تعريف الفقهاء: " حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام تصرف قانوني مع إضافة آثاره إلى الشخص الأصيل "1، وحتى تكون صحيحة لابد من توفر مجموعة من الشروط لتكون منتجة لآثارها.

الفرع الأول: شروط النيابة

تنقسم شروط النيابة إلى قسمين شروط وجودها وشروط صحتها².

أولاً: شروط وجود النيابة:

1. حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل:

أساس النيابة هو حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام التصرف القانوني، وهذا ما يميز النائب عن مجرد الرسول الذي يقتصر دوره في التعاقد على مجرد نقل إرادة أحد المتعاقدين إلى المتعاقد الآخر³. فالعبرة بإرادة النائب وبغيته⁴، ويجب أن تكون إرادة النائب خالية من العيوب فإذا شابه عيب كان العقد قابلاً للإبطال⁵، وكذا ينظر إلى حسن نيته أو سوءها، وقد نصت المادة 73 فقرة 3 من ق.م.ج على أنه: "إذا تم العقد بطريق النيابة، كان الشخص النائب لا الشخص الأصيل هو محل اعتبار عند النظر في عيوب الرضا، أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو افتراض العلم بها حتماً...".

1- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة في الالتزام-مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية،(د،س،ط). الإسكندرية 1998، ص 26.

2- فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 08.

3- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني-النظرية العامة للالتزامات، ط 4، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 140-141.

4- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول،المجلد الأول، مصادر الالتزام،الطبعة الثالثة الجديدة، نهضة مصر،مصر، 2011، ص 193.

5- محمد صبري السعدي،المرجع السابق، ص 141.

لكن تجدر الإشارة إلى أن إرادة الأصيل تشترك مع إرادة النائب بدرجات متفاوتة، وفي هذه الحالة تكون إرادة الأصيل أيضا محل اعتبار¹.

و هذا ما نصت عليه المادة 73 في فقرتها الثانية من ق.م.ج : "...غير أنه إذا كان النائب وكيفا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صادرة من موكله فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو، أو كان من المفروض حتما أن يعلمها...".

2.مباشرة التصرف باسم ولحساب الأصيل :

تقتضي النيابة أن يباشر النائب عملية التعاقد باسم الأصيل حتى تتصرف إليه آثار التصرف طبقا لأحكام المادة 74 ق.م.ج وطالما أن النائب لا يتعاقد باسمه، فلا بد أن يكون المتعاقد على علم بذلك². وهذا ما أشارت إليه المادة 75 ق.م.ج التي تنص: " إذا لم يعلن المتعاقد وقت إبرام العقد أنه إذا كان...المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب ".

إذ يجب أن يكون المتعاقدان على علم بأن التصرف يتم باسم ولحساب شخص الأصيل،ومن ثم يتعين على النائب أن يعلم المتعاقد معه أنه يباشر عملية التعاقد بصفته نائبا³.

ويلاحظ أنه في بعض الأحوال،قد لا يرغب الأصيل في الظهور في التعامل لذا يتعاقد النائب باسمه دون أن يفصح عن اسم الأصيل⁴.

وبمقتضى عقد هذه الوكالة التي بينهما، ينقل إليه آثار العقد الذي عقده مع الغير وهذا ما يسمى بالتسخير أو الاسم المستعار⁵.

1- عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام ، دار النهضة ،(د،س،ط)، بيروت، 1979، ص 71-72.

2- علي فيلاي، المرجع السابق، ص130-131.

3- المرجع نفسه، ص131.

4- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص143.

5- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، مجلد1، المرجع السابق، ص198.

3. التزام حدود النيابة :

تتضمن النيابة كيفما كانت قانونية أو اتفاقية، أو قضائية حدودا يتعين على النائب الالتزام بها حتى تتصرف الحقوق والواجبات التي تنشأ عن العقد إلى الأصيل¹، ولا يجوز للنائب أن يتعدى حدود السلطات المخولة له وإلا فيكون مصير التصرفات التي قام بها مجاوزا لسلطاته البطلان، مثالها قيام الولي أو الوصي أو القيم ببيع أموال الصغير أو المحجور عليه دون استئذان المحكمة، ولذلك نصت المواد: 100،95،88 من قانون الأسرة الجزائري² على بطلانه ذلك لأن النائب لم يقصد إلزام نفسه حتى ينتج العقد آثاره، ولم تكن له صفة إلزام الصغير أو المحجور عليه بهذا العقد فلا ينشئ العقد التزامات في ذمة هذا الأخير³، وتتص المادة 77 من ق.م.ج على ما يلي: "لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء كان التعاقد لحسابه هو أو لحساب شخص آخر، دون إذن من الأصيل، على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد، كل ذلك مع مراعاة ما يقضي به القانون وقواعد التجارة".

فالأصل إذن أن تصرفات النائب التي خرج فيها عن حدود نيابته لا تلزم الأصيل، ويكون للغير الرجوع على النائب بالتعويض، ولكن يلاحظ أنه أحيانا ينصرف أثر العقد الذي يبرمه النائب خارج حدود نيابته إلى الأصيل، وهذا يكون إما تطبيقا لفكرة الفضالة أو لفكرة النيابة الظاهرة أو نتيجة لإقرار الأصيل لعمل النائب⁴.

1- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 129.

2- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الاسرة المعدل و المتمم ، ج.ر عدد 24 بتاريخ 12 يونيو 1984

3- فريدة زاوي، المرجع السابق، ص 10.

4- عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 180-181.

أساس الفكرة الأولى :

إذا كان تصرف النائب رغم خروجه عن حدود سلطاته نافعا للأصيل فيعتبر النائب فضوليا فيما تجاوز السلطة وينصرف أثر العقد إلى الأصيل لأنه أبرم لمصلحته¹ .

أساس الفكرة الثانية :

قد تقوم ظروف تحمل الغير " المتعاقد مع النائب " وفقا لأسباب معقولة وبحسن نية إلى الاعتقاد بأنه يتعامل مع النائب وفي حدود سلطاته، وخاصة بالنسبة للنيابة الاتفاقية التي تتم غالبا بالإرادة المنفردة، فمن الضروري حماية الغير المتعامل مع النائب الذي يجهل أن الوكيل أنهى عقد الوكالة، خاصة إذا ترك سند النيابة في يد النائب، فهنا تقررت حماية الغير وفقا للأوضاع الظاهرة²، وتتصرف آثار النيابة إلى الأصيل وقد نصت المادة 76 ق.م.ج على ما يلي: "إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة فإن أثر العقد الذي يبرمه حقا كان أو التزاما يضاف إلى الأصيل أو خلفائه".

أساس الفكرة الثالثة :

على الرغم من خروج النائب لحدود سلطاته، ولكن الأصيل يقر العمل المجاوز لحدود النيابة، فيصبح كأنه قد تم في حدودها، ويتقيد به الأصيل والغير من وقت التعاقد لا من وقت الإقرار³، وهذا ما نصت عليه المادة 77 ق.م.ج.

ثانيا: شروط صحة النيابة:

حتى تكون النيابة صحيحة لا بد من أن تتوفر فيها الأهلية المطلوبة، وأن تكون الإرادة خالية من عيوب الرضا.

1- أنور سلطان ، المرجع السابق، ص35.

2- فريدة زواوي ، المرجع السابق، ص11.

3- عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، مجلد 1، المرجع السابق، ص 198.

أ-الأهلية: في النيابة القانونية لا بد أن يكون النائب كامل الأهلية، لأن القانون في هذا النوع من النيابة هو من أضفى على النائب صفته¹، ولأن النيابة وجدت بسبب نقص أهلية الأصيل. أما في النيابة الاتفاقية فلا تشترط الأهلية في النائب بل تشترط في الأصيل فهو الذي يجب أن يكون أهلا للتعاقد بصدد العقد المراد إبرامه، ويكفي في النائب أن يكون قادرا على التعبير عن إرادته، فيجب إذن أن يكون مميزا ولو كان قاصرا².

ولكن يلاحظ أنه إذا كان النائب ناقص الأهلية في النيابة الاتفاقية فإن عقد الوكالة يكون قابلا للإبطال لمصلحته، إلا أن إبطال العقد من طرف النائب لا يؤثر في التصرف الذي سبق وأن أبرمه³.

ب-عيوب الرضا: ينظر في عيوب الرضا إلى إرادة النائب لأنها محل اعتبار⁴، وقد سبق الذكر أن النائب يعبر عن إرادته وهي التي يعتد بها لتحديد ما إذا كانت معيبة أو صحيحة، ولكن إذا كان النائب وكيفا يتصرف وفقا لتعليمات معينة صادرة من موكله فينظر في عيوب الرضا إلى إرادته الموكل أيضا⁵.

الفرع الثاني: آثار النيابة

يترتب عن النيابة آثار فيما بين الأصيل والنائب، وبين الأصيل والغير، وبين النائب والغير.

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، مجلد 1، المرجع السابق، ص196.

2- فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 12.

3- عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 176.

4- فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 13.

5- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، (د،س،ط)، الجزائر، 1990، ص 42.

أولاً: علاقة الأصيل بالنائب

النيابة علاقة قانونية تخول النائب سلطة التصرف باسم الأصيل ولحسابه، وقد يكون مصدر النيابة العقد أو اتفاق الأطراف¹، وبالتالي يجب أن يعمل النائب في حدود سلطاته، وإلا كان مسؤولاً أمام الأصيل مسؤولية عقدية²، وقد يكون مصدر النيابة القانون أو القضاء .

وإذا أنشأ العقد حقاً كان صاحبه هو الأصيل، فلا يستطيع النائب مطالبة الغير بتنفيذ العقد، وكذلك إذا أنشأ العقد التزامات فلا يضمنها النائب، ولا يكون مسؤولاً عن تنفيذها إلا إذا كانت النيابة شاملة لإبرام التصرف و لتنفيذه³.

ثانياً: علاقة الأصيل بالغير

تتولد علاقة مباشرة فيما بين الأصيل والغير، ويختفي النائب من بينهما فهما المتعاقدان، وهما اللذان ينصرف إليهما أثر العقد⁴.

فجميع آثار العقد تنصرف إلى الشخص الأصيل سواء تلك التي اتفق عليها المتعاقدان أو الآثار القانونية التي رتبها القانون مباشرة كالتزام البائع بضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق⁵.

ويترتب على هذا أنه إذا كان محرماً على الأصيل إبرام تصرف دون أن يكون محرماً على النائب، كأن يكون الأصيل قاضياً فيحرم عليه شراء الحق المتنازع فيه، إذا كان داخلاً في دائرة اختصاص المحكمة التي يباشر عمله فيها⁶، وفقاً للمادة 402 ق.م.ج، فالتصرف الذي يبرمه النائب كشراء الحق

1- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 127.

2- فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 13.

3- أنور سلطان، المرجع السابق، ص 37.

4- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، المجلد 1، المرجع السابق، ص 200.

5- فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 14.

6- فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 14.

المتنازع فيه يقع باطلا ولو أن النائب لا يدخل ضمن طائفة الأشخاص المحظور عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها¹.

كما ينظر إلى الأصيل في تحديد طبيعة الالتزام مدنيا كان أو تجاريا، وإذا تعاقد النائب مع الغير بعقد صوري فالعقد المستتر هو الذي يسري على الأصيل باعتباره طرفا في العقد وليس من الغير².

سبق الذكر بأن النائب يعمل باسم الأصيل، فأثر العقد لا يلحقه هو بل يلحق الأصيل، ويترتب على ذلك أن النائب لا يستطيع أن يطالب الغير بحق من الحقوق التي أنشأها العقد، إلا إذا ثبتت له النيابة في تنفيذ العقد كما ثبتت له في إبرامه، كذلك لا يقوم في ذمة النائب التزام بالعقد، ولكن إذا كان النائب لا يلتزم بالعقد، فإن هذا لا يمنع من أن يلتزم بخطاه، حتى إذا قصر في أداء مهمته، صار مسؤولا عن هذا التقصير، إما نحو الغير الذي تعاقد معه، وإما نحو الأصيل نفسه، وإما نحو الاثنين معا³.

المطلب الثاني: انصراف أثر العقد إلى المتعاقدين ووضع الأصيل في النيابة

من الواضح أن أثر العقد ينصرف إلى أطرافه سواء فيما يتعلق بالحقوق أو الالتزامات الناتجة عنه⁴، فهم من يتحمل الالتزامات وكذلك هم من يكتسب الحقوق، ففي عقد البيع مثلا يكتسب المشتري حق ملكية أو حق مالي آخر معيناً على الشيء المبيع ويلتزم بدفع الثمن في المكان و الزمان المحددين، كما يلتزم

1- عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 183

2- فريدة زواوي، المرجع السابق ، ص 14.

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1،المجلد 1،المرجع السابق، ص200.

4- فريدة زواوي، المرجع السابق ، ص 16.

البائع بنقل حق الملكية في الميعاد والمكان المحددين، ويلتزم أيضا بضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق ويكون له الحق في الثمن.

فالعقد لا يتناول أثره بوجه عام إلا المتعاقدين، ولا يجاوزهما إلى الغير إلا في حالة الاشتراط لمصلحة الغير¹.

لكن يجب توضيح أن المتعاقد ليس هو فقط الشخص الذي حضر مجلس العقد، فالحضور ليس أمرا ضروريا في تحديد أطراف العقد، إذ قد يبرم عقد واحد أطرافه غائب، وقد يبرم الشخص العقد بواسطة شخص آخر ينوب عنه²، فالعبرة بالتراضي وليس بالحضور، وفي النيابة على الرغم من أن النائب يعمل بإرادته فإنه يعمل وفقا لتعليمات الأصيل ورجبته، وأثار التصرف تتصرف إلى الأصيل³ وبالتالي يعتبر الأصيل هو الطرف الثاني في العقد، وهذا ما أكده القضاء الجزائري من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1990/06/27 ملف رقم 59.293⁴.

وهناك من الفقهاء من يرى أنه من الممكن عدم اعتبار النيابة الاتفاقية استثناء من مبدأ نسبية العقد لأن الأصيل قد يحدد جميع شروط النيابة وليس الأمر كذلك بالنسبة للنيابة القانونية إذ أن الشخص المولى عليه ملزم بعقد لم يشرك فيه، وهذا يشكل استثناء عن مبدأ نسبية العقد إذ يعتبر المولى عليه غير بالنسبة للعقد الذي أبرمه الولي مع الغير⁵.

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد 1، ص 540.

2- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 138.

3- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 170.

4- المحكمة العليا، (الغرفة المدنية)، قرار رقم 59293، بتاريخ (1990/06/27)، قضية بين بن ز.ش ضد ب.ع الوكيلين عن ه.ط) المجلة القضائية العدد 1، 1992 ص 16.

5- فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 16.

ويرد عليهم أولاً بأن النيابة ليست قاصرة على إنشاء الالتزامات أو نقلها وثانياً بأن سلطان النائب في النيابة القانونية أو القضائية مصدرها القانون¹: "ففي النيابة القانونية مثلاً لا يلزم الولي الصغير بعقد ما إلا إذا سمح له القانون بذلك ويكون العقد دائماً لمصلحة القاصر لأهمية الحق الذي يكتسبه في المقابل، إلى جانب أن له بعد زوال نقص الأهلية طلب إبطال التصرف إذا كان منطوياً على غش فاحش وإلا اعتبر موافقاً عليه ضمناً، وهذا يمكن أن يشكل استثناء من المبدأ".

ويستخلص بأن أثر العقد في جميع الأحوال ينصرف إلى أطرافه، وكذلك ينصرف إلى الأصيل في النيابة الصحيحة المتوفرة لجميع الشروط التي ذكرناها لأن الأصيل يعتبر طرفاً ثانياً في العقد.

وقد سائر القضاء الجزائري هذا الموقف من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1988/04/24 ملف رقم 47.734².

1- علي فيلالي، المرجع السابق، ص126.

2- انظر عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقاً لأحكام القانون المدني، دار الهدى، (د،س،ط).
الجزائر، 2004، ص 45.

المبحث الثاني

انصراف أثر العقد إلى الخلف العام للمتعاقدين

سبق القول بأن العقد لا يتناول أثره إلا المتعاقدين، فيجب أن يكون ذلك بالتوسع في فهم كلمة المتعاقدين.

فليس المقصود بهذه الكلمة المتعاقدين فقط، بل المقصود هما ومن يمثلانها في التعاقد، إذ ينصرف أثر العقد إلى العاقد نفسه، كما ينصرف إلى خلفائه باعتبار أن العاقد يمثلهم في العقد¹، والخلف قد يكون خلفا عام وهو ما سأتناوله في هذا المبحث في ثلاث مطالب أما الخلف الخاص فخصت له المبحث الموالي.

المطلب الأول: مفهوم الخلف العام

لابد من التعرض لتعريف الخلف العام فقد عرفه العديد من الفقهاء عرفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأنه: " الخلف العام هو من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق و التزامات، أو في جزء منها باعتبارها مجموعا من المال، كالوارث والموصى له بجزء من التركة في مجموعها"².

1- توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، مصادر وأحكام الالتزام، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص 312.

2- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، المجلد1، المرجع السابق، ص541.

وعرفه أيضا الدكتور محمد حسين منصور بأنه: "الخلف العام هو من يخلف سلفه في كل حقوقه أو في نسبة معينة منها، كالنصف أو الثلث أو الربع دون تعيين لحق معين منها"¹.

وعرفه كذلك الأستاذ الدكتور مصطفى الجمال: "الخلف العام هو الخلف الذي يخلف سلفه في ذمته المالية كلها، أو في حصة منها، والفرض الأول هو فرض الوارث الوحيد والشخص المعنوي الذي يندمج فيه شخص آخر، والفرض الآخر هو فرض الوارث عند تعدد الورثة والموصى له بحصته من التركة كالثلاث أو الربع"².

المطلب الثاني: مدى انصراف اثر العقد إلى الخلف العام للمتعاقدین

آثار العقد تنصرف إلى المتعاقدين و إلى خلفهما العام³، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 108 من ق.م.ج: " ينصرف اثر العقد إلى المتعاقدين و الخلف 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"

حيث تقضي القاعدة أنه بموت العاقد تنتقل حقوق العقد الذي أبرمه إلى وريثه و إلى الموصى لهم بحصته في التركة، فإذا كان السلف لم يستوف حقوق العقد كان لخلفه العام الحق في استيفائها، و إن كان السلف قد سبق أن استوفها و نشأ له بالتالي حقا عينيا انتقل هذا الحق إلى الخلف⁴.

1- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، -مصادر الالتزام، (د،س،ط)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006، ص 299.

2- مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، (د،س،ط)، ديوان المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، ص 256-257.

3- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 322.

4- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام. دار الجامعة الجديدة. مصر، 2007، ص 249.

_ و هناك ثلاث حالات تحول دون انصراف أثر العقد إلى الخلف العام مع بقاءه محتفظا بصفة الخلف:

_ **الحالة الأولى:** إذا كانت طبيعة التعامل تحول دون انصراف أثر العقد إلى الخلف العام. كما هو الشأن إذا كانت شخصية احد المتعاقدين محل اعتبار في التعاقد¹.

_ **الحالة الثانية:** إذا كان هناك نص يقضي بعدم انصراف أثر العقد للورثة².
فينتهي بوفاة أحد أطرافه كحق الانتفاع³، إذ تنص المادة 852 من ق.م.ج على ما يلي: " ينتهي حق الانتفاع ... وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين..."

_ **الحالة الثالثة:** إذا اتفق المتعاقدان على عدم انتقال العقد إلى الخلف العام فلا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام إذا نص على ذلك في العقد، فقد يتفق الطرفان على أن العقد ينتهي بوفاة أحدهما. فلا تنتقل الحقوق و الالتزامات الناشئة عنه إلى الورثة⁴، وبما لا يخالف النظام العام.

وهذا الاستثناء مقرر على أساس قاعدة العقد شريعة المتعاقدين⁵.

ولكن إذا اتفق المتعاقدان على عدم انصراف أثر العقد إلى خلفهما أو كانت طبيعة العقد تأبى انصرافه إلى الخلف العام، فهذا يعني وقف آثار العقد بالنسبة

1- جلال علي العدوي أصول الالتزامات-مصادر الالتزام،(د،س،ط)، منشأة المعارف الإسكندرية، 1997، ص 238.

2- يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار المسيرة للنشر والتوزيع و الطباعة، الأردن الطبعة الثانية، 2011، ص 229.

3- فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 21.

4- محمد حسين منصور، مصادر الالتزام-العقد و الإرادة المنفردة، الدار الجامعية للطباعة،(د،س،ط)، والنشر، مصر، 2000 ص 281.

5- يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 227.

للمستقبل فقط، أما الآثار التي تحققت قبل موت المتعاقد فتبقى في ذمته و تنتقل إلى الخلف العام¹.

كما يترتب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام، أنه يأخذ حكم الطرف بالنسبة للتصرف الذي أبرمه سلفه، ويتقرر له بالتالي نفس المركز القانوني لسلفه².

وبالتالي لا يشترط لسريان عقد السلف على خلفه العام و انصراف آثاره إليه أن يكون ثابت التاريخ، ولا يملك الخلف العام من أدلة الإثبات في مواجهة المتعاقد مع سلفه إلا ما كان لهذا الأخير منها³.

الفرع الأول: انتقال الحقوق الناتجة عن عقد أبرمه السلف إلى الخلف العام

لا شك في أن الحقوق الناتجة عن عقد أبرمه السلف تنتقل إلى خلفه العام، وهذا أمر متفق عليه بينما يختلف الأمر بالنسبة للالتزامات، فيسري العقد على الخلف العام بنفس الوضع الذي كان ساريا به من قبل في مواجهة سلفه، إذا أبرم شخص عقدا من العقود ثم توفى، فإن الآثار المترتبة على هذا العقد تنصرف إلى ورثته و إلى من أوصى لهم بحصة من تركته⁴.

إذا كان السلف دائئا و أبرم رهنا مع مدينه فهذا الحق ينتقل إلى خلفه العام حتى قبل أن يقيد لأن الرهن قبل أن يقيد يحتج به بين المتعاقدين دون الغير، ويحتج به على خلف المتعاقدين، و يرقى إلى مرتبة سلفه مما أبرمه من عقود مع الغير⁵.

1- سليمان مرقس، نظرية العقد، دار النشر للجامعات،(د،س،ط)، القاهرة، 1956، ص 366-367.

2- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، منشأة المعارف،(د،س،ط)، الإسكندرية، 2002، ص 124.

3- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص300.

4- محمد حسين منصور، مصادر الالتزام- العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص279.

5- فريدة زاوي، المرجع السابق، ص 22.

وهذا ما سايره المشرع الجزائري من خلال المادة 108 ق.م.ج.

ولكن يشترط في الحق أن يكون قابلا للانتقال إلى الخلف العام، فإذا كان القانون لا يسمح بانتقاله كحق الانتفاع الذي ينتهي بموت صاحبه، فلا يمكن بالطبع نقله إلى الخلف العام¹.

الفرع الثاني: انتقال الالتزامات الناتجة عن عقد أبرمه السلف إلى خلفه العام

القاعدة أن أثر العقد ينصرف إلى الخلف العام، سواء من حيث ما يقره من حقوق أو ما يوجبه من التزامات²، ولكن بالنسبة للقوانين العربية فقد استندت لأحكام الشريعة الإسلامية إلى القاعدة التي تقول "لا تركة إلا بعد سداد الديون"³ فطبقا لهذه القاعدة لا تنتقل التزامات المورث إلى مورثه، بل تتعلق بالتزاماته بتركته، وقد أكد المشرع الجزائري هذه الفكرة من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1993/12/22 ملف رقم 102567⁴، ولا يلتزم الورثة بديونه ولا تنتقل إليهم التركة إلا بعد تسديد ديون المورث، وهذا يخالف القانون الفرنسي الذي يعتبر الوارث امتدادا للمورث. بحيث يلتزم بالتزامات مورثه في حالة ما إذا قبل التركة دون تحفظ، أما إذا قبلها مع التحفظ بجردها فعندئذ لا تنتقل إليه التزاماتها⁵.

وبلاحظ أنه حتى بالنسبة للقوانين العربية فالخلف العام باعتباره صاحب حق فيما يتركه سلفه، يتأثر بدون شك بالالتزامات الناشئة عن عقود مورثه⁶، ذلك

1- المرجع السابق، ص 22.

2- توفيق حسن فرج ومصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 313.

³ وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، الجزء الثاني، دار الكلام الطيب، دمشق، 2010 ص 343

4- المحكمة العليا، (غرفة شؤون الأسرة)، قرار رقم 102567 بتاريخ 1993/12/22، (قضية بين ورثة ب م) ضد (ورثة ب م) ((المجلة القضائية العدد 03، 1994، ص 22.

5- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 87.

6- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 365.

ذلك لأنها تنقص من صافي موجودات التركة، فالخلف العام وإن كان لا يعتبر مسؤولاً عن التزامات سلفه لاستقلال ذمتهما، إلا أنه بطريق غير مباشر يتأثر بها، إذ تنقص من مقدار ما يتركه السلف¹.

المطلب الثالث: الحالات التي يصير فيها الخلف العام من الغير

رأينا فيما سبق حالات لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام ومع ذلك يبقى محتفظاً بصفته خلفاً عاماً، وهناك حالات قد يصبح فيها الخلف العام من الغير، بحيث لا تنصرف إليه آثار تصرف سلفه إعمالاً بمبدأ نسبية اثر العقد².

فلا ينفذ تصرف سلفه في حقه وذلك في الحدود التي قرر فيها المشرع حماية حقه في الميراث في فترة مرض الموت³.

سأقسم هذا المطلب إلى فرعين الأول أتحدث فيه عن تعريف مرض الموت و في الفرع الثاني عن حكم تصرفات المريض مرض الموت.

الفرع الأول: تعريف مرض الموت

لم يتناول المشرع الجزائري تعريف مرض الموت، تاركاً بذلك المجال للفقهاء.

و قد عرفه سمير عبد السيد تناغو بأنه المرض الذي يغلب فيه الموت ويتصل به الموت مباشرة، فإذا شفي المريض من مرضه فلا يعتبر المرض مرض الموت⁴.

1- فريدة زاوي، المرجع السابق، ص 26.

2- يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 229.

3- فريدة زاوي، المرجع السابق، ص 26 .

4- سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، (د،س،ط). 1973، ص 411.

لقد اتفق الفقهاء على شروط اعتبار المرض مرض الموت، الأول أن يكون مرضاً شأنه إحداث الموت غالباً، والثاني أن يموت الشخص بالفعل موتاً متصلاً به، لكنهم اختلفوا حول تحديد المرض الذي من شأنه إحداث الموت غالباً، فمنهم من يرى أنه المرض الذي يعجز الشخص فيه عن أداء مصالحه¹.

لكن المرض قد يطول مدة من الزمن وفي هذا المجال فهناك رأي في الفقه الإسلامي يقول: " إذا طال المرض المزمّن سنة دون أن يشتد فلا يعتبر مرض موت، فيكون الشخص في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح، ولكن إذا اشتد مرضه وتغيرت حاله، ومات بعد ذلك اعتبر مرضه من وقت التغير إلى الوفاة مرض الموت"².

بينما يرى أغلبية الفقهاء أن المرض مرض موت كلما ازدادت حالة المريض من سيء إلى أسوأ، ولو زادت المدة عن سنة، كما يلحق بعض الأصحاء بالمريض مرض الموت في تصرفاتهم إذا كانوا في حالة يخاف غالباً عليهم الهلاك فيها، وهو ما يسميه فقهاء المسلمين بالمرض المخوف، ففي هذه الفترة تصرفاتهم لا يعتد بها³.

الفرع الثاني: حكم تصرفات المريض مرض الموت

الواقع أن للشخص مطلق الحرية في التصرف في أمواله حال حياته إذا كان كامل الأهلية، وله أن يتصرف في أمواله بطريق المعاوضة أو بغير عوض، و لكن أخذنا بالشريعة الإسلامية و حماية للورثة، فقد جعل حقهم متعلقاً بالتركة منذ مرض المورث مرض الموت وذلك في حدوث ثلثي التركة⁴.

1- فريدة زواوي ، المرجع السابق ، ص 27.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء 4، عقد البيع و المقايضة، الطبعة الثالثة الجديدة، نهضة مصر، مصر، 2011، ص 313.

3- فريدة زواوي، المرجع السابق ، ص 27-28.

4- سمير تناغو، المرجع السابق، ص 411.

أما الثلث الباقي فللمورث مطلق الحرية في التصرف فيه أثناء مرض الموت، لأنه المقدار المخصص للوصية شرعا، فبعض تصرفات الشخص في مرض الموت قد يضر بها الورثة، و لا تحقق أية فائدة للتصرف، لذا سعي المشرع إلى حماية الورثة¹.

وقد أقام المشرع في هذا الصدد قرينة على أن كل تصرفات المريض مرض الموت قد تمت على سبيل التبرع و تأخذ حكم الوصية.

ففي فترة مرض الموت يعتبر الورثة من الغير بالنسبة إلى تصرفات مورثهم التي تزيد في ثلث التركة، وحتى يعتبروا من الغير على الورثة إثبات أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت، ويجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات²، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 408 فقرة 1 ق.م.ج على ما يلي: "إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة.."

ويلاحظ أن الفقرة الأولى من المادة 408 جاءت مطابقة للمادة 189 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على ما يلي: " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي"، وما دام البيع في مرض الموت يأخذ حكم الوصية فقد جعله المشرع هنا واقفا على إجازة الورثة له³.

وطبقا للعبارة الأخيرة من المادة 108 التي تقول "مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث" يلاحظ أن القانون أعطى للورثة الحق في الطعن في تصرفات مورثهم إذا أبرمها و هو مريض مرض الموت ، فلا تسري في حقهم هذه التصرفات إذا

1- فريدة زاوي، المرجع السابق، ص 28-29.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء 4، المرجع السابق، ص 321.

3- فريدة زاوي، المرجع السابق ، ص 29.

أثبتوا أنها تمت خلال مرض الموت، بل تعتبر في حكم الوصية وتجري عليها أحكام الوصية¹.

و ينصرف إلى الخلف العام جميع الحقوق الناتجة عن عقد ابرمه سلفه، أما الالتزامات فتبقى عالقة في التركة.

1- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 87.

المبحث الثالث

انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص للمتعاقدين

تناول المشرع الجزائري انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص في المادة 109 من ق.م.ج: " إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص، يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه ".

سأقسم هذا المبحث إلى مطلبين أتناول في المطلب الأول مفهوم الخلف الخاص، وفي المطلب الثاني الشروط التي يجب أن تتوفر حتى تنصرف آثار العقد إلى الخلف الخاص.

المطلب الأول: مفهوم الخلف الخاص

لقد تعدد التعاريف الفقهية للخلف الخاص ولكن كلها تنصب في معنى واحد عرفه الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمان بقوله: " لا يقصد بالخلف الخاص من تلقى مالا معيناً من سلفه، ويستوي في ذلك أن يكون المال حقا عينيا أو حقا شخصيا، ويعتبر بالتالي من قبيل الخلف الخاص مشتري الشيء والموهوب له، والموصي له بمال معين و المحال له الذي ينتقل إليه حق الدائن بمقتضى حوالة الحق"¹.

وعرفه الدكتور محمد حسين منصور بأنه "الشخص الذي يخلف شخصا آخر في حق معين من حقوقه، أي هو من تلقى من سلفه حقا معيناً سواء تمثل ذلك في ملكية شيء معين بالذات، أو حقا عينيا آخر أو حقا شخصيا، فالعقود

1- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 129.

الناقلة للحقوق كعقد البيع وعقد الهبة، تعد سببا لانتقال حق معين من أحد المتعاقدين إلى الآخر، بحيث يعد الطرف الذي انتقل إليه الحق خلفا خاصا للطرف الأول فيما يتعلق بذلك الحق¹.

فالمشتري هو خلف خاص للبائع في المبيع و كل من يتلقى حق انتفاع أو ارتفاق على شيء معين، يكون أيضا خلفا خاصا لمن تلقى منه، و الموهوب له هو خلف خاص للواهب في الشيء الموهوب، والموصى له بعين معينة يعتبر خلفا خاصا للموصي²، وأما من تقرر له حق شخصي في ذمة شخص آخر فلا يعتبر خلفا خاصا له، بل دائنا له ،كما في علاقة المستأجر بالمؤجر³، لأن العلاقة بينهم تقتصر على إنشاء حق شخصي، ولا تتعلق بانتقال حق معين كما في العلاقة بين المحال إليه و المحيل. و لكن يلاحظ أن حق المستأجر وإن كان حقا شخصيا فهو أيضا حق متعلق بشيء معين بالذات ويعتبر المستأجر في حكم الخلف الخاص فيما يخص العين المؤجرة⁴، فهو مثلا لا يحتج عليه بعقد بيع العين المؤجرة إلا إذا كان العقد ثابت التاريخ و سابقا على عقد الإيجار⁵.

ويتلقى الخلف الخاص الحق بنفس الحالة التي كان عليها في ذمة سلفه أي أن الحق ينتقل بنفس الأوصاف و الضمانات، ذلك أن الشخص لا يستطيع أن ينقل إلى غيره أكثر مما يملك، فإذا كان الحق معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل فإنه ينتقل إلى الخلف بذات الوصف، وإذا كان الحق مضمونا برهن أو كفالة فإنه ينتقل إلى الخلف بنفس الضمانات⁶.

1- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام -مصادر الإلتزام ، المرجع السابق، ص 306.

2- يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 231.

3- أنور سلطان ، المرجع السابق، ص 197.

4- فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 35.

5- سليمان مرقس ،المرجع السابق، ص 564.

6- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام -مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص 307-308.

المطلب الثاني : شروط انصراف آثار العقد للخلف الخاص

ينصرف أثر العقد بشروط محددة إلى الخلف الخاص، نصت عليها المادة 109 ق.م.ج .

الشرط الأول: الحقوق والواجبات من مستلزمات الشيء

يجب أن تكون الحقوق والالتزامات التي يراد انتقالها إلى الخلف من مستلزمات الشيء الذي انتقل إليه، وتعتبر الحقوق و الواجبات من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص إذا كانت مكملة له¹.

وهذا ما يقتضي تحديد متى تكون الالتزامات والحقوق من مستلزمات الشيء و متى لا تكون، وفي ذلك يفرق الفقه بين الحقوق و الالتزامات.

أولاً: بالنسبة للحقوق

يعد الحق من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص إذا توافرت فيه ثلاثة شروط²:

1. أن يكون الحق مكملًا للشيء، كما إذا كان من شأنه حفظه " كالحقوق الناشئة عن عقد التأمين على الشيء"، أو خدمته.
2. أن يكون الحق مما لا يمكن استعماله إلا من طرف مالك الشيء.
3. أن يكون الشيء هو محل الاعتبار في تقرير الحق و ليس الشخص.

وتعبر هذه الشروط الثلاثة عن فكرة واحدة و هي تبعية الحق للشيء ومن أمثلة الحقوق التي لا تعد من مستلزمات الشيء ولا تنتقل إلى الخلف الخاص

1- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 406.

2- جلال علي العدوي، أصول الالتزامات-مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 241.

،تعاقد المالك مع مقاول على إقامة بناء على أرض، هنا لا ينتقل حق المالك قبل المقاول إلى من يشتري هذه الأرض¹.

ثانياً: بالنسبة للالتزامات

يعد الالتزام من مستلزمات الشيء إذا توافرت فيه ثلاث شروط²..

1. حتى تعتبر الالتزامات من مستلزمات الشيء يجب أن تكون محددة لهذا الشيء، من ذلك مثلاً انتقال الالتزام بعدم المنافسة إلى مشتري المحل التجاري، كما ينتقل إلى مشتري العقار الارتفاقات العينية الواردة على العقار، أما إذا كان الالتزام لا يحدد الشيء ولا يغير من استعماله، فإنه لا ينتقل إلى الخلف.

فلا ينتقل إلى مشتري العقار الالتزامات الناشئة من عقد سبق ان أبرمه البائع مع أحد المقاولين للبناء في الأرض.

2. أن يكون الالتزام غير قابل للتنفيذ عينا إلا ممن انتقل إليه الشيء.

3. أن يكون تقرير الالتزام قد روعي فيه الشيء ذاته و ليس شخص السلف، فلا ينتقل إلى مشتري العقار، التزام البائع بدفع إيراد مرتب أو دفع نفقة معينة إلى من وهب العقار.

وتعتبر تلك الشروط عن نفس الفكرة السابقة وهي التبعية،اذلا تنقل الالتزامات التي لا تحد من الشيء، ولا تنتقل الالتزامات القائمة على الاعتبار الشخصي مثل التزام الطبيب بمعالجة بعض المرضى³.

ويبدو أن النظر إلى الحقوق والالتزامات كل على حدة محل نظر، ففي حالة تقابل الحقوق و الالتزامات الناشئة عن عقد ملزم للجانبين يستتبع كون

1- محمد حسين منصور،،مصادر الالتزام -العقد والارادة المنفردة المرجع السابق، ص 290-291.

2- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام،المرجع السابق، ص 255.

3- محمد حسين منصور، مصادر الالتزام -العقد والارادة المنفردة المرجع السابق ، ص 292.

الحقوق من مستلزمات الشيء ، أن تكون الالتزامات المقابلة لها من مستلزماته أيضا ، لهذا فإنه إذا طالب الخلف الخاص بحق كان للطرف الآخر أن يدفع هذه المطالبة بعدم تنفيذ الالتزام المقابل، وبناء عليه فإن تحديد ما إذا كانت آثار العقد تنتقل إلى الخلف الخاص يتوقف على مجموع ما يترتب من حقوق والالتزامات و ما يقوم بينهما من ارتباط و ليس بالنظر إلى كل منها على حدى¹.

الشرط الثاني: وجوب علم الخلف بالالتزامات و الحقوق التي تنتقل إليه

غني عن البيان أن الخلف لا تنتقل إليه التزامات سلفه، أو حقوقه إلا إذا كان عالما بها وقت انتقال الشيء إليه، وأهمية هذا العلم تظهر بنوع خاص في انتقال الالتزامات لأنها قيود تنتقل إلى الخلف فمن العدل أن يكون عالما بها وقت انتقالها إليه².

فالمقصود بالعلم هنا، هو العلم الحقيقي بالقيود التي يرفضها عقد السلف على الخلف الخاص فلا يكفي أن يكون في استطاعة الخلف الخاص العلم بهذه القيود³.

هذا الشرط لا تظهر أهميته إلا بالنسبة إلى انتقال الالتزامات أما الحقوق فيمكن دائما للخلف الخاص، أن يطالب بانتقالها إليه ما دامت من مستلزمات الشيء لأنها تعتبر من ملحقاته و توابعه⁴.

ويغني عن العلم التسجيل قيد الحقوق العينية التي يجب شهرها طبقا للقواعد المقررة في هذا الشأن.

1- محمد حسين منصور، مصادر الالتزام -العقد والارادة المنفردة، المرجع السابق، ص 293.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، المجلد1، المرجع السابق، ص553.

3- يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق، ص 236.

4- محمد صبري السعدي ،المرجع السابق، ص327.

الشرط الثالث : أن يكون العقد المبرم سابقا على انتقال الشيء من السلف إلى

الخلف

لا بد من صدور عقد من السلف متعلق بالشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص في الفترة الواقعة بين تملكه للشيء وتصرفه فيه إلى الخلف، بمعنى أنه يجب أن يكون العقد المبرم سابقا على انتقال الشيء من السلف إلى الخلف¹، إذ لا يسوغ للشخص أن يبرم عقد بخصوص شيء انتقل إلى الخلف، فيكون قد تصرف في غير ما يملك²، فإذا باع شخص منزله وكان قد امن عليه ضد الحريق قبل البيع أمكن للحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد التأمين أن تنتقل منه إلى المشتري³.

1- يوسف محمد عبيدات، المرجع نفسه، ص 236.

2- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 88.

3- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 326.

الفصل الثاني

مدى انصراف أثر العقد إلى الغير

الأصل أن الغير لا يمكن أن ينصرف إليه أثر العقد حقا كان أو التزاما¹، فالقاعدة هي أن أثر العقد لا ينصرف إلى غير المتعاقدين وخلفائهم، وإن كان يمكن أن يكسب الغير حقا من الحقوق في بعض الحالات الاستثنائية².

والمراد بالغير هنا هو كل من لم يكن طرفا في العقد ولا خلفا عاما ولا خلفا خاصا للمتعاقدين، والمبدأ العام هو أن الغير لا يلزم بالعقد إذا لم يكن طرفا فيه، ولكن قد يرتب العقد للغير الذي لم يكن طرفا فيه حقا³.

لهذا ينبغي أن نعرض أولا بالدراسة في هذا الفصل لنفاذ العقد وذلك من أجل إزالة الغموض والخلط بين مبدأ نفاذ العقد وكذا مبدأ نسبية العقد في المبحث الأول، ثم نتعرض في المبحث الثاني إلى التعهد عن الغير وهل هو استثناء عن قاعدة مبدأ نسبية العقد، وأخيرا نتعرض لدراسة الاشتراط لمصلحة الغير وتوضيح الطبيعة القانونية له في المبحث ثالث.

1- مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 270.

2- جلال علي العدوي، أصول الالتزامات - مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 243.

3- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 89.

الفصل الثاني

مدى انصراف أثر العقد

إلى الخير

المبحث الأول نفاذ العقد

لقد وقف مبدأ نسبية العقد حاجزا يخفي مبدأ نفاذ العقد لفترة طويلة من الزمن، وإن كان تطور الفقه والقانون قد قبل اليوم عدم تعارض المبدأين بحيث يقتضي مبدأ نفاذ العقد احترام الغير للحقوق الناتجة عن العقد دون تحمله بالتزام ولكن يبقى رغم ذلك من الضروري وضع الحدود الفاصلة بين المبدأين، إذ كيف يمكن إعمال النفاذ في إطار خارجي للعقد دون المساس بمبدأ نسبية العقد، فيمكن أن ينشئ العقد بالنسبة للغير التزام على الأقل سلبي باحترام حق الغير، وإن كان كل من المبدأين مكتملا للآخر فيجب أن يظل لكل منهما إطاره، إذ لا يمكن استعمال نفاذ العقد كاستثناء عن نسبية العقد لأن هذا هو أساس التخوف من إبراز المبدأ من البداية¹.

وللبحث عن مدى نفاذ العقد في مواجهة الغير سنتعرض في هذا المبحث إلى المقصود بنفاذ العقد من خلال إبراز دور العقد كمصدر معلومات ودوره أيضا في الإثبات، وتبيين مجال نفاذ العقد في المطلب الأول، ثم نتعرض إلى مدى احتجاج المتعاقدين والغير بالعقد في المطلب الثاني.

المطلب الأول: المقصود بنفاذ العقد

لم يتعرض المشرع الجزائري في القسم المخصص والمعنون بآثار العقد من التقنين المدني لمسألة نفاذ العقد، وإنما أشار إليه في بعض النصوص القانونية المتفرقة، ونذكر منها على سبيل المثال المواد: 191 و 197 و 418 و 793 ق.م.ج، والسبب في إغفال المشرع لهذه المسألة هو التصور التقليدي للعقد فهو

1- محمدي سليمان، نفاذ العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2003، ص 07.

شأن المتعاقدين لا يعني الغير، لكن إذا كان العقد فعلا لا يلزم الغير ولا يكسبه حقوقا ولا يحمله واجبات فإنه لا يستطيع تجاهل وجوده¹.

إن استعمال مصطلح النفاذ جاء غامضا من طرف المشرع²، وهذا حسب رأي الأستاذ محمدي سليمان، إذ لا يمكن أن يستعمل نفاذ العقد كاستثناء من مبدأ نسبية أثر العقد، ومن المسلم به أن مضمون نسبية العقد يعني بالدرجة الأولى عدم إلزام الغير بعقد لم يكن فيه طرفا، وإن كان يمكن أن يكسبه حقا، وهذا هو جوهر مبدأ النسبية، لكن كلما تجاوزنا ذلك يعني وضع استثناء على المبدأ، لذلك لا يجب أن يؤدي نفاذ العقد إلى وضع استثناءات، ويجب النظر إلى العقد كواقعة وليس كتصرف قانوني، إذ لا يستطيع الغير تجاهل الآثار التي أنشأها العقد، ولا العقد ذاته باعتباره واقعة³، ولا يمكن أن يظل التصرف القانوني معزول عن المجتمع، ولضمان فعالية تنفيذ العقد يستلزم إقرار نفاذه وهذا يقتضي الأخذ بالنفاذ مكملا للإلزامية، كما يكون العقد نافذا بالنسبة للغير كواقعة لا يمكن إنكارها سواء في مجال الإثبات أو إقامة المسؤولية.

الفرع الأول: مجال نفاذ العقد

نتطرق إلى الحقوق التي تعتبر نافذة في مواجهة الجميع وللأشخاص الذين تنفذ العقود في مواجهتهم.

أولا- بالنسبة للحقوق: إن الحق أيا كان مصدره يعتبر نافذا في مواجهة الغير فبمجرد نشأته يفرض على الجميع احترامه، وبالنسبة للحقوق الذهنية التي يرد موضوعها على شيء غير مادي، فإن الاحتجاج بها في مواجهة الغير هو الذي

1- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 407.

2- محمدي سليمان، المرجع السابق، ص 08.

3 - (G) Marty et (P) Raynaud, *Droit Civi, tome2, volumel, les obligations*, Sirey, Paris, 1962, p214.

يعطي لها مزاياها التي يمكن لصاحبها أو مالکها من التمسك بها، فلا يستطيع الغير التعدي على الحقوق الذهنية إذ حماها المشرع بقوانين خاصة بالملكية الأدبية والصناعية، فهو نافذ في مواجهة الغير، كذلك بالنسبة للحقوق المتعلقة بالشخص فهي حقوق لا يستطيع الغير الاعتداء عليها¹.

1. **نفاذ الحق العيني:** لا تثير الحقوق العينية أي إشكال في هذا الموضوع وخصوصا الحقوق العينية الأصلية، ذلك لأنها تمثل سلطة معينة ترد مباشرة على شيء من الأشياء، فتفرض واجبا عاما يقع على المجتمع كافة وهو احترام هذا الحق وعدم الاعتداء عليه²، وهذه السلطة تخول له الاستئثار بمنافع الحق دون مزاحمة سواه، والحق العيني هو دائما نافذ في مواجهة الغير، وهذه الخاصية التي أدت إلى اعتبار العقد منشئ لهذا الحق أو ناقل على عكس الحق الشخصي³.

2. **نفاذ الحق الشخصي:** بالنظر إلى الحق في إطاره الداخلي كرابطة مديونية بين شخصين لا يمكن أن يتعداهما إلى الغير، والواقع أننا عندما نتكلم عن نفاذ العقد لا يجب النظر إليه من ناحية العلاقة الداخلية، بل أيضا من الناحية الخارجية أي علاقته بالغير، ومن هذه الزاوية يتضح لنا أنه ليس مختلفا عن الحق العيني إذ يجب على الغير احترام كلا منهما ويعاقب عند الاعتداء عليهما⁴، فلا يمكن القول بأن الحق الشخصي لا يحصل الاعتداء عليه إلا من جانب المدين فقط، فالغير أيضا قد يشترك ويساعد أحد المتعاقدين على الإخلال بالتزامه العقدي ويكون الغير مسؤولا أمام المتعاقد المتضرر.

1- فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 69.

2- مصطفى الجمال وعبد الحميد الجمال، القانون والمعاملات، الدار الجامعية بيروت، (د.س.ط) 1987، ص 120.

3- فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 69-70.

4- عبد الحي حجازي، مصادر الالتزام، المجلد الأول، مطبوعات جامعة الكويت، (د.س.ط)، 1982، ص 73.

ثانيا - الأشخاص الذين تنفذ العقود في مواجهتهم

تقول الأستاذة فريدة زاوي أن الأستاذ ألكس ويل يرى " بأن الغير بالنسبة لنفاذ العقد يختلف عن الغير بخصوص مبدأ نسبية العقد، فالخلف العام والخاص لا يعتبرون من الغير بالنسبة لمبدأ نسبية العقد، بينما يعتبرون من الغير بالنسبة لنفاذ العقد ولذلك فإن مبدأ نسبية العقد يحمي الغير الأجنبي عن العقد، بينما نفاذ العقد يحمي الخلف بصفة خاصة، والحقيقة أن هذا مفهوم خاطئ، حيث يمكن القول بأن مفهوم الغير بالنسبة لنفاذ العقد مفهوم غير موجود أصلا ذلك أن العقد نافذ في مواجهة الجميع سواء كانوا من الغير، أو خلفا ليس هناك فروق، لأن العقد يحتج به كواقعة سواء على أطراف العقد أو في مواجهتهم، ولما كان مبدأ نسبية العقد يستبعد الغير من نطاقه، فإنه من الضروري تعريف الغير، أما نفاذ العقد فيعني الغير سواء كان أجنبيا عن العقد أصلا، أو خلفا صار من الغير¹.

الفرع الثاني: العقد مصدر معلومات ووسيلة إثبات

يؤثر العقد في المحيط الاجتماعي ومن الضروري احترامه ويعطي هذا الحق لكل من المتعاقدين والغير في الاحتجاج به باعتباره واقعة قانونية لا يمكن تجاهل وجوده، والعقد كواقعة اجتماعية له دور مزدوج فكيف يكون مصدرا للمعلومات ووسيلة للإثبات؟

1- العقد مصدر للمعلومات

يستطيع القاضي الإستناد إلى عقد ما كمصدر لمعلومات تفيده في تبرير حكمه، رغم أن أطراف الدعوى قد يكونون من الغير بالنسبة لهذا العقد، والعقد كمصدر للمعلومات فكرة قديمه، ويستطيع القاضي أيضا الاستناد في حكمه إلى عقد أجنبي عن أطراف النزاع².

1- فريدة زاوي ، المرجع السابق، ص 71-72.

2- المرجع نفسه، ص 66-67.

2 - العقد وسيلة للإثبات

للغير بطبيعة الحال الاحتجاج بالعقد فقط كواقعة اجتماعية إذا كان يشمل على دليل، أو توضيح صريح لإرادة الشخص، أو إقرار منه بأمر ما، كالضحية التي تحتج بعقد العمل لإثبات علاقة التبعية التي توجد بين العامل ورب العمل لقيام مسؤولية هذا الأخير بصفته متبوعاً¹.

إذ للقاضي السلطة المطلقة في اعتماد الوقائع التي يتخذها أساساً لاستنباط الأحكام، ويظهر جلياً دور العقد كواقعة اجتماعية في مجال الإثبات باعتباره سبباً صحيحاً يكسب الحائز الملكية بمرور المدة المتطلبة في التقادم.

المطلب الثاني: مدى احتجاج المتعاقدين والغير بالعقد

تقول الأستاذة فريدة زواوي أن الأستاذ جوسران يقول: " إن المفهوم القانوني ينشأ ويتحقق وينتهي في إطار شخصي واجتماعي في نفس الوقت"، ولا بد من الإشارة أننا بصدد العقود نكون دائماً أمام وقائع لكي نفرق بين أثر العقد فيما بين المتعاقدين وخلفهما، وبين نفاذ العقد في مواجهة الغير، ويعطي هذا الحق لكل من المتعاقدين والغير للاحتجاج به².

وعليه أتعرض في هذا المطلب إلى مدى احتجاج المتعاقدين والغير بالعقد، وذلك من خلال فرعين هما: الفرع الأول العقد حجة للمتعاقدين، الفرع الثاني العقد حجة للغير.

الفرع الأول: العقد حجة للمتعاقدين

هناك عقود لا فائدة من وجودها أصلاً إذا لم يستطع المتعاقدان الاحتجاج بها، وإذا لم يحترمها الغير كان مخطئاً ومسؤولاً عن ذلك، فعقد العمل مثلاً يعتبر ملزماً للمتعاقدين فقط³، وتعد مشاركة أو مساهمة الغير في انتهاك الحقوق العقدية من قبل أحد المتعاقدين خطأ يرتب مسؤولية هذا الغير، ولكن الغير كذلك

1- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 412.

2- فريدة زواوي المرجع السابق، ص 73.

3 - المرجع نفسه، ص 73

قد ارتكب خطأ إذا لم يحترم الوضع الذي استحدثه العقد وهو يعلم به، كالمقاول الذي يوظف عاملاً وهو يعلم أنه مرتبط بغيره¹.

الفرع الثاني: العقد حجة للغير

إذا كان الغير أجنبياً عن العقد فهذا لا يمنعه من الاحتجاج به عند الحاجة في مواجهة المتعاقدين، بحيث يستطيع الغير الذي يتضرر من عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته العقدية أن يحتج بالعقد في مواجهته.

وتجدر الإشارة إلى أن الغير المتضرر من إخلال المتعاقد بالتزامه لا يمكنه الرجوع على هذا الأخير إلا بقواعد المسؤولية التقصيرية. الأمر الذي يقتضي حتماً توفر خطأ تقصيري، وأما إذا كان إخلال المتعاقد بالتزامه لا يكون خطأً تقصيرياً فإن الغير لا يستطيع التمسك بالخطأ العقدي ولا يمكن أن يدفع بالعقد كونه تصرف قانوني، وإلا كان المتعاقد الذي أخل بالتزامه ملزماً نحو المتعاقد وكذلك نحو الغير، وهذا مخالف لمبدأ نفاذ العقد، ويشترط الفقه إضافة إلى ذلك أن يكون الخطأ العقدي ذاته تتوفر فيه شروط الخطأ التقصيري².

وبالنظر لمبدأ نسبية العقد يعني عدم تحميل الغير التزامات وعدم كسبهم حقوقاً من العقد، ولا يمنع من احتجاج كل من المتعاقدين والغير بالعقد كواقعة موجودة ونافذة في مواجهة الجميع، فلا مجال لوجود صراع بين المسؤولية التقصيرية ومبدأ نسبية العقد³.

الفرع الثالث: شروط الاحتجاج بالعقد

يتسع مجال الاحتجاج بالعقد ليشمل جميع أفراد المجتمع كواقعة مادية ولكن يجب أن تتوفر شروط معينة في بعض العقود لتكون نافذة في مواجهة الغير، وهي كالاتي:

1- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 411.

2- المرجع نفسه، ص 412.

3- فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 81.

أولاً- الإقرار كشرط للاحتجاج بالعقد

1. إقرار المالك الحقيقي لتصرف الغير في ملكه¹: قد يتصرف الشخص في مال مملوك لغيره بالبيع ومثل هذا التصرف يعد باطلاً، وتتص المادة 2/397 ق.م.ج على ما يلي: "وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزاً في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازته المشتري".
كما نصت المادة 398 ق.م.ج بقولها: "إذا أقر المالك البيع سرى عليه مفعوله وصار ناجزاً في حق المشتري".
فموقف المشرع حول نفاذ عقد بيع ملك الغير في مواجهة المالك جاء صريحاً، فلا ينفذ بيع ملك الغير في حق المالك الحقيقي ولو أجازته المشتري إلا بعد إقرار المالك له.
2. إقرار المالك لرهن الغير لملكه: بالنسبة للرهن الوارد على العقار لا بد الاحتجاج به في مواجهة الغير متى يكون مقيداً لدى مصلحة الشهر العقاري، وفي هذه المسألة لم يتعرض المشرع لها وكان ينبغي النص عليها لأن التصرف في ملك الغير سواء بالبيع أو بالرهن أمران متطابقان، ويؤدي إقرار المالك للرهن إلى نفاذ العقد في حقه ويصبح عقد الرهن صحيحاً ملزماً للمالك باعتباره رهنه جديداً ولكن مسؤوليته تبقى في حدود الكفيل العيني إذا لم يكن ملزماً شخصياً بالدين المضمون بالرهن².
3. إقرار الدائن لحالة الدين: حوالة الدين هي اتفاق وينتقل به عبء الدين من المدين الأصلي إلى شخص آخر، وتبرأ ذمة المدين الأصلي قبل الدائن بمجرد إقرار هذا الأخير للحوالة، ونظراً إلى أن شخص المدين له دائماً أهمية خاصة بالنسبة للدائن، فإن التشريعات التي أخذت بحوالة الدين اشترطت إقرار الدائن لها حتى تنفذ في حقه، وهذا ما نصت عليه المادة 257 ق.م.ج.

1- فريدة زاوي ، المرجع السابق ،ص82-83

2- المرجع نفسه ، ص 83-84.

4. إقرار المدين لحوالة الحق: حوالة الحق اتفاق ينقل به الدائن ماله من حق قبل المدين إلى شخص آخر يصبح دائنا مكانه، ولنفاذ حوالة الحق في مواجهة المدين لا بد من إقرار المدين لها وهذا ما نصت عليه المادة 241 ق.م.ج: "لا يحتج بالحوالة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا رضي بها المدين، أو أخبر بها بعقد غير قضائي، غير أن قبول المدين لا يجعلها نافذة قبل الغير، إلا إذا كان لهذا القبول تاريخ ثابت".

5. إقرار الورثة للتصرفات التي يبرمها المورث في مرض الموت: الشخص حر في التصرف بأمواله لكن هذه الحرية مقيدة وهذا الحق يتقيد في مرض الموت، وذلك لتعلق حق الورثة بالتركة في هذه الفترة، فتصرفات المورث في هذه الفترة غير نافذة في حق الورثة إلا بعد إقرارهم ويجب على الورثة إثبات أن تصرف المورث صدر في مرض الموت، ويفترض أن هذا صدر على سبيل التبرع، فيأخذ حكم الوصية، فلا ينفذ إذا جاوز الثلث في حق الورثة إلا بعد إقرارهم له¹ وهذا ما نصت عليه المادة 776 ق.م.ج، وتطبيقا لهذا النص قضت المادة 408 ق.م.ج بضرورة إقرار الورثة لبيع مورثهم لو ارتأ آخر في مرض الموت.

ثانيا- خلو التصرف من الغش

حماية الغير من التصرف المعيب بالغش يعتبر حماية لمصالح مشروعة، وهذا ما نصت عليه المواد: 192، 196، 3/337، 3/397، 384 ق.م.ج ونصت المادة 247 من القانون التجاري²، على عدم نفاذ تصرفات المدين منذ تاريخ التوقف عن الدفع وفي فترة الريبة في مواجهة الدائنين، ولكن لا يؤدي الغش إلى بطلان التصرف بل يبقى التصرف قائما منتجا لآثاره بين أطرافه، إلا

1- المرجع نفسه، ص 88

2- الأمر 75-59 المؤرخ في 26/09/1975 التضمن القانون التجاري المعدل و المتمم ج.ر العدد

101، بتاريخ 19/12/1975 ص 1331.

أنه لا يمكن الاحتجاج به على الغير، الذي له حق يتعارض مع وجود الحق الجديد، فدعوى الغش بالنسبة للغير هي دعوى عدم نفاذ¹.

ثالثاً- إخضاع التصرف الوارد على عقار للإشهار

1. بالنسبة للحقوق العينية: إذا أنشأ العقد حقاً عينياً على عقار فلا يكون

نافذاً في مواجهة الغير إلا من يوم إشهاره، وقد نصت المادة 15 من

الأمر 75/74 المؤرخ في 12/11/1975² الذي يتضمن إعداد مسح

الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري: "كل حق للملكية وكل حق عيني

آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهاره في

مجموعة البطاقات العقارية" و بخصوص نفس الفكرة صدر قرار عن

المحكمة العليا بتاريخ 19/10/2005 ملف رقم 307934³.

يلاحظ أن القانون لا يمكن من الاحتجاج بالحقوق العينية سواء فيما بين

المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بعد تسجيلها، ولكن العقود المنشئة لحق

عيني تظل صحيحة منتجة لجميع آثارها ما عدا نقل الملكية، ويستثنى من

الحقوق العينية التبعية حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقاراً فلا

يجب شهرها وتعتبر نافذة في مواجهة الغير من يوم نشأتها المادة

3/986 ق.م.ج.

1- فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 95.

2 _ الأمر 75/74 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج.ر العدد 92 سنة 1975 ص 1207.

3- فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 96-97. كذلك انظر مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد 02. سنة 2005، ص 195-198.

2. بالنسبة للحقوق الشخصية:

أما بالنسبة للحقوق الشخصية فهي لا تخضع بصفة عامة للشهر، لأنها وفقا للرأي الفقهي الراجح تتعلق بالشخص أكثر من تعلقها بالعين، فلا يمكن إخضاعها لنظام الشهر¹.

المطلب الثالث : مدى انصراف أثر العقد إلى الغير

الأصل أن العقد لا ينشئ للغير حقوقا ولا يلزمه بالتزامات²، وهذا المبدأ المستقر عليه في هذا المقام عدم انصراف آثار العقد إلى الغير³، فالقاعدة أن آثار العقد تنصرف إلى المتعاقدين وخلفهم وأن لا يرتب التزاما في ذمة الغير، وبالمقابل يمكن أن يكسبه حقا من الحقوق في حالات استثنائية.

لكن هذا المبدأ تحيط به بعض القيود والضوابط من جهة، ومن جهة أخرى ترد عليه عدة استثناءات، وفي هذا المطلب سأتطرق إلى مفهوم الغير في الفرع الأول، و مدى انصراف أثر العقد إلى الدائنين في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم الغير

إن لفظ الغير يعد من أكثر المصطلحات القانونية جدلا وأصعبها، حيث تتفاوت مدلولاته ومضامينه من مجال لآخر⁴.

- تعريف الغير

1. يعرفه الأستاذ علي علي سليمان بقوله: "المراد بالغير هنا هو كل من لم يكن طرفا في العقد ولا خلفا عاما أو خلفا خاصا للمتعاقدين، وإن كان الخلف العام والخاص في بعض الحالات يعتبر من الغير"⁵، ويطلق على الغير بالفرنسية " *Le tiers* " ويطلق عليه اصطلاح لاتيني شهير هو:

1- فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 98.

2- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 89.

3- محمد حسين منصور، مصادر الالتزام -العقد والإرادة المنفرد، المرجع السابق، ص 318.

4- المرجع نفسه، ص 318.

5- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 89.

"Penitus Extranei"

2. أما الأستاذ محمد حسين منصور: " يقصد بالغير في مجال العقد أو الاحتجاج به الأجنبي تماما عنه، أي كل من لم يوجد في العقد بنفسه أو بواسطة من يمثله ومن لا يعتبر من الخلف العام أو الخلف الخاص، ومن ثم يعتبر من الغير كل ما عدا المتعاقدين وخلفهم ويعتبر أيضا من الغير الدائنون¹.

إذن الغير هو الشخص الأجنبي عن العقد ، فهو اجنبي عنه طالما لم يكن فيه ،أي أن العقد لم يبرم لا بإسمه و لا لحسابه ، هكذا يعتبر الوكيل أو النائب من الغير لأنهما لم يتعاقدا بإسمهما و لا لحسابهما بل باشرا عملية التعاقد باسم الموكل أو الأصيل، و يكون كل شخص كذلك من الغير كلما كان أجنبي عن المتعاقدين كالوارث بالنسبة للتصرفات التي قام بها المورث في مرض الموت²

الفرع الثاني: مدى انصراف أثر العقد إلى الدائنين

أثير خلاف شديد حول تحديد الطائفة التي ينتمي إليها الدائنون العاديون، فهناك من صنفهم ضمن طائفة الخلف العام والبعض الآخر يعتبرهم خلفا خاصا، وكما يعتبرهم آخرون من الغير³، و تنص المادة 188 ق.م.ج على ما يلي: "أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه".

أولاً- باعتبارهم خلفا عاما وخلفا خاصا: يرجع إدراج الفقهاء للدائنين العاديين ضمن طائفة الخلف العام إلى أن لهم الضمان العام على أموال المدين وبالتالي يتأثرون بجميع العقود التي يبرمها هذا الأخير، لأن من شأنها إما الإنقاص من

1- محمد حسين منصور، مصادر الالتزام -العقد و الإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 319.

2- علي فيلاي ، المرجع السابق، ص 408-409.

3- فريدة زاوي، المرجع السابق، ص 49.

الذمة المالية للمدين أو الزيادة فيها، وهم في ذلك مثلهم مثل الخلف العام الذي يتأثر أيضا بجميع العقود التي يبرمها سلفه¹.

أما الخلف الخاص هو من يتلقى من السلف حقا واردا على عين أو أعيان معينة مثل الموصى له بأعيان معينة، ولقد تبنى بعض الفقهاء الفرنسيين هذه النظرية وإدماج الدائن العادي ضمن طائفة الخلف الخاص لأن حقوقه ثابتة ومستحقة الوفاء ومدينه على قيد الحياة، وبالتالي تتصرف آثار العقود التي يبرمها مدينه له، مثل الخلف الخاص تماما².

لكن الحقيقة لا يمكن إلحاق الدائن العادي لا بالخلف العام ولا بالخلف الخاص، بل هو من الغير وسبب هذه الخلافات الفقهية يرجع إلى الخلط بين نفاذ العقد ونسبية آثاره³.

أما موقف المشرع الجزائري فكان واضحا في هذا الشأن ولا يدع مجالا للشك في دلالاته، حيث تقضي أحكام المادة 191 ق.م.ج حق للدائن العادي برفع دعوى عدم نفاذ ضد التصرفات القانونية التي قام بها المدين والتي من شأنها أن تنتقص من حقوقه أو تزيد في التزاماته، ودعوى عدم نفاذ هي دعوى مقررة لصالح الغير، أي أن المشرع ألحق الدائن العادي بالغير.

ثانيا - باعتبارهم من الغير:

لقد اعتبر الفقه قديما الدائن خلفا للمدين على أساس أنه يتأثر بالتصرفات التي يبرمها مدينه، إلا أن هذه الفكرة غير صحيحة للاعتبارات الآتية :

أن الخلف تتصرف إليه آثار العقد الذي أبرمه سلفه ، أما الدائن فانصراف الاثر يكون على الوجه الآتي: عند تصرف المدين إما أن يدخل اموالا جديدة في

1- عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 851.

2- فريدة زاوي، المرجع السابق ، ص 51-53.

3- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 410.

ذمته المالية فيستفيد الدائن من ذلك فيزيداد الضمان العام، وإما يتصرف المدين بإخراج أموال من مجموع أمواله فينقص الضمان العام ويضار الدائن¹.
ومن خلال ما سبق نجد أن العقد الذي يبرمه المدين يتأثر به الدائن بطريق غير مباشر إذ يكون أثر العقد بالنسبة للدائن واقعة مادية لا تصرف قانوني على خلاف الخلف الذي يتحمل الأثر باعتبار العقد تصرفاً قانونياً.
تجدر الإشارة هنا أن المشرع قرر للدائن حماية قانونية من تصرفات المدين التي تضر به، والتي ينتج عنها إضرار بالضمان العام، ومن وسائل هذه الحماية الدعوى غير المباشرة (دعوى استعمال حقوق الدائن): المواد 189 و190 ق.م.ج، ودعوى عدم نفاذ التصرفات (الدعوى البولصية) المواد 191 و197 ق.م.ج، وكذا (دعوى الصورية) المواد 198 و199 ق.م.ج .

1- انظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 324 .

المبحث الثاني

التعهد عن الغير

خروجاً عن المبدأ العام نص المشرع على نظام قانوني يمكن أن يترتب عنه نشوء التزامات على عاتق الغير دون أن يشارك فيه، والمجسد في نظام التعهد عن الغير، والظاهر يوحي لنا أن هذا النظام يعد استثناءً على نسبية آثار العقد، لكن كلما انصرفت آثار العقد إلى الغير وعلقت على شرط قبوله أو إقراره كان ذلك تطبيقاً لمبدأ نسبية أثر العقد والتي تقضي بعدم انصراف الآثار الملزمة للعقد إلى الغير¹.

وفي هذا المبحث أتعرض إلى التعهد عن الغير كتطبيق لمبدأ نسبية أثر العقد وليس استثناءً، من خلال تبين مفهوم التعهد عن الغير وأهميته في المطلب الأول ثم أتطرق إلى الطبيعة القانونية للتعهد عن الغير وتوضيح المركز القانوني للمتعهد بالإضافة إلى التطرق للأسس والشروط الواجب توفرها لقيام التعهد عن الغير في المطلب الثاني وأخيراً أتعرض لآثار التعهد عن الغير في مطلب الثالث.

المطلب الأول: مفهوم التعهد عن الغير

بالعودة لنص المادة 114 ق.م.ج نجد المشرع تناول موضوع التعهد عن الغير ونص عليه صراحة دون تعريفه حيث اكتفى بإعطاء الأسس التي يقوم عليها التعهد عن الغير والمتمثلة في:

- التزام المتعهد باسمه والتزامه لنفسه اتجاه المتعهد له.
- التزامه بالحصول على قبول الغير للمتعهد.

1- فريدة زاوي ، المرجع السابق، ص 161

ويكون بذلك قد اتفق مع الفقه من خلال اعتماده لهذه الأسس، لأن التعهد حسب الفقه بصفة عامة ما هو إلا التزام شخصي من المتعهد اتجاه المتعهد له بالحصول على موافقة الغير، فبدون هذا الالتزام لا نكون أمام تعهد عن الغير¹.
وصورته بأن يلتزم شخص بأن يجعل غيره يقوم بإبرام عقد، فهو يلتزم بالتزام بعمل فقط².

الفرع الأول : التعريفات الفقهية للتعهد عن الغير

1. يعرفه الأستاذ محمد صبري السعدي: " التعهد عن الغير هو عقد بين شخصين يلتزم أحدهما وهو المتعهد بأن يجعل شخصا ثالثا يلتزم في مواجهة المتعاقد معه"³.

2. ويعرفه الأستاذ محمدي سليمان: " التعهد عن الغير هو عقد بين المتعهد له يلتزم بموجبه الأول أن يجعل شخصا من الغير (المتعهد عنه) يلتزم بأمر معين قبل المتعهد"⁴.

3. أما الأستاذ محمد حسين منصور فيعرفه بقوله: " هو التزام شخص بالحصول على رضا شخص آخر بإبرام عقد من العقود مع شخص ثالث، يتعهد لشخص آخر بأن يجعل شخصا ثالث يتحمل إلتزام معين لصالحه"⁵.

الفرع الثاني: التفرقة بين التعهد عن الغير وبعض الأنظمة المشابهة له

وقد يتشابه التعهد عن الغير بالفضالة وبالوكالة وبالكفالة إلا أنه يختلف عنها في نواحي عدة ولتوضيح ذلك نتعرض للفروق بينها وبين التعهد عن الغير.

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، المجلد 1، المرجع السابق، ص 556.

2- علي علي سليمان ، المرجع السابق، ص 90.

3- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 331.

4- محمدي سليمان ، المرجع السابق، ص 62.

5- محمد حسين منصور، مصادر الالتزام-العقد و الإرادة المنفرد ، المرجع السابق، ص 325.

أولاً-التعهد عن الغير والفضالة: يرى بعض الفقهاء أن التعهد عن الغير هو فضالة معلقة على شرط واقف وهو إقرار الغير لها، إلا أنه يجب هنا التركيز على أن الفضالة ترتب أثارها نظراً لأهمية العمل الذي قام به الفضولي، وليس بالنظر إلى رب العمل لها، وتختلف الفضالة عن التعهد في النقاط التالية¹:

1. تصرف المتعهد باسمه: يتعاقد الفضولي باسم رب العمل للقيام بأمر عاجل، بينما المتعهد عن الغير لا يتعهد إلا باسمه ولا يريد من ذلك تحقيق مصلحة عاجلة مثل ما عليه الحال في الفضالة.

2. التزام المتعهد عن الغير بالقيام بعمل: لم تحدد المادة 114 ق.م.ج ما يمكن التعهد به عن الغير وبالتالي يمكننا القول: أن التعهد يشمل كل ما يمكن أن يتعلق بفعل الإنسان لكن بشرط أن تكون هذه الأفعال غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة و إلا كان التعهد باطلاً².

وعليه يتبين أن الأعمال التي يقوم بها المتعهد عن الغير تدخل ضمن طائفة أعمال التصرف، وأهم هذه الأعمال عقد البيع، بينما أعمال الفضولي وإن كان بإمكانه أن يقوم بأعمال مادية، أو قانونية لحساب رب العمل، إلا أنها لا تتعدى أعمال التصرف.

إذن فمجال عمل المتعهد أوسع منه في مجال عمل الفضولي.

3. التزام بتحقيق نتيجة: يظهر أيضاً الاختلاف بين المتعهد و الفضولي من حيث طبيعة محل التزام كل منهما، فالمتعهد كأصل عام ملزم بتحقيق نتيجة، فبالرجوع إلى نص المادة 114 ق.م.ج نجد المشرع قد ألزم المتعهد بدفع تعويض للمتعاقد معه إذا رفض الغير الالتزام بالتعهد، وهذا دليل كاف لاعتبار التزام المتعهد التزاماً بتحقيق نتيجة، أما الفضولي فهو ملزم ببذل عناية الشخص العادي عند قيامه بالعمل لحساب رب العمل وهذا ما

1- فريدة زواوي، ، المرجع السابق، ص 166.

2 - أنور سلطان ، المرجع السابق، ص 214.

تؤكد المادة 154 من ق.م.ج التي تنص: "يجب على الفضولي أن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص العادي و يكون مسؤولاً عن خطئه".¹

وقد يجمع شخص بين صفتي الفضولي والمتعهد وذلك عندما يعمل لحساب الغير ويتعهد له بضمان حقه.

ثانياً- التعهد عن الغير والوكالة: قد تدعو الحاجة إلى التعهد عن الغير عموماً عندما يتعذر الحصول على رضا صاحب الشأن، نظراً لنقص أهليته أو لغيابه، فالتعهد عن الغير يتضمن نيابة في تولي شؤون الغير مقرونة بالتزام شخصي من المتعهد بالحصول على موافقة الغير، أو التعويض، وبذلك يتفق التعهد عن الغير والطبيعة القانونية للنيابة في التعاقد وفق المفهوم الحديث لنظرية النيابة، والتي نعني بها حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل و كأن الأصيل هو الذي قام به بنفسه²، وتختلف الوكالة عن التعهد عن الغير في النقاط الآتية:

1. التزام المتعهد باسمه وبإلزامه لنفسه: وبالرجوع إلى نص المادة 114 من ق.م.ج نجد أن التعهد عن الغير يستلزم لقيامه أن يلتزم المتعهد باسمه هو لا باسم الغير الذي يعد طرفاً أجنبياً عنه، فالمتعهد ليس وكيلاً عن الغير فتعامله باسمه تجاه المتعهد له كاف لوحده لتمييزه عن الوكيل، لكن هذا لا يمنع من أن يجمع الشخص بين الصفتين بأن يكون وكيلاً ومتعهداً في آن واحد، كما في حالة الوكيل المتعهد لما جاوزه من حدود السلطة المخولة له، بحيث يكون وكيلاً لما تم توكيله له ومتعهداً فيما عدى ذلك فلا بد من توافر شروط النظامين معاً³.

2. انصراف آثار التعهد للمتعهد: وبالرجوع إلى نص المادة 2/114 ق.م.ج نجد أن التعهد عن الغير ليس استثناءً من قاعدة عدم انصراف آثار العقد

1- محمد حسين منصور، مصادر الالتزام - العقد و الإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 304.

2 - علي علي سليمان ، المرجع السابق، ص 42.

3 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، المجلد 1، المرجع السابق، ص 557.

الى الغير، ذلك لأن من يتعهد بجعل الغير يلتزم بالتزام معين لا يلزم الغير، وإنما يلزم نفسه، و بالتالي انصراف آثار التعهد إلى المتعهد و ليس إلى الغير، فهذا الغير لا يصبح مدينا بمقتضى هذا التعهد، وإنما الذي يصبح مدينا هو المتعهد نفسه، وفي ذلك يختلف التعهد عن الغير عن التعاقد الذي يجربه النائب باسم الأصيل فالنائب يحصل على إذن مسبق من الأصيل لذا تنتقل آثار نيابته إلى هذا الأخير، وإذا كان النائب مجاوزا لحدود نيابته فإن ذلك لا يلزم الأصيل لانعدام النيابة، فإذا أقره الأصيل صار نافذا في حقه¹.

ثالثا-التعهد عن الغير والكفالة: بالرجوع إلى نص المادة 114 ق.م.ج نجد المشرع قد أجاز للمتعهد تنفيذ الإلتزام المتعهد به في حالة رفض الغير و هذا تجنباً للتعويض الذي يكون ملزماً به في الأصل، ويختلف التعهد عن الغير عن الكفالة في النقاط الآتية:

1. تبرم الكفالة عموماً من أجل ضمان تنفيذ المدين لالتزامه²، بينما في نظام التعهد عن الغير المتعهد يلتزم بجعل الغير يقر ويقوم بتصرف قانوني معين.

2. يقوم التزام الكفيل بصفة تبعية فالقانون خول له دفوعاً إذا لم يكن متضامناً مع المدين الأصلي منها الدفع بالتجريد أو الرجوع على المدين أولاً، كما بإمكانه التمسك بنفس دفوع المدين الأصلي، بينما يقوم التزام

1 - عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 220.

2- محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني -التأمينات الشخصية و العينية ، عقد الكفالة، درا الهدى، الجزائر، 2011، ص 38.

المتعهد بصفة أصلية و ليس له الحق في الدفع بالرجوع على الغير الذي يعد أجنبيا عن التعهد¹.

3. بالرجوع إلى نص المادة 114 ق.م.ج نجد المشرع لم يحدد شكلا معنيا للتعهد مما يمكنه أن يكون إما تعهدا صريحا، وإما تعهدا ضمنيا يستخلص من الظروف المحيطة بالمتعهد، بينما القانون في نظام الكفالة لا يسمح لنا بافتراضها، فلا بد من النص عليها صراحة، وهذا نظرا لما يترتب عنها من آثار قانونية بالغة الأهمية على الذمة المالية للكفيل².

يستطيع المتعهد التخلص من التعويض إذا قام هو نفسه بتنفيذ ما التزم به هذا جوازيا حسب ما نصت عليه المادة 1/114 من ق.م.ج ، لأن التزام المتعهد هو التزام بدلي لا يجوز إجباره على تنفيذه عينا، بينما في نظام الكفالة الكفيل لا يمكنه التهرب من تنفيذ الإلتزام الأصلي في حال عدم تنفيذه من طرف المدين الأصلي خصوصا إذا كانا متضامين، إلا أنه بإمكان كل من المتعهد والمتعهد له الاتفاق أن يحتفظ الأول لنفسه بتنفيذ الإلتزام المتعهد به في حالة رفض الغير، وهذا طبعا إذا لم يكن متعلقا بشخص الغير، فبضمان المتعهد تنفيذ الإلتزام المتعهد به عينا يصبح بنفس مرتبة الكفيل في كونهما مشتركان في صفة واحدة وهي صفة ضمان تنفيذ الإلتزام، إلا أنه يبقى كلا النظامين مختلفين.

الفرع الثالث: أهمية التعهد عن الغير

تتحقق أهمية التعهد عن الغير في الحياة العملية عند الحاجة، وعندما يتعذر الحصول على موافقة صاحب الشأن بسبب غيابه، وبالمقابل لا تكون

1- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 10، في التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة الجديدة، نهضة مصر ، مصر ، 2011، ص 108.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، المجلد 1، المرجع السابق، ص

هناك نيابة تسمح بإبرام العقد باسمه كأن يعرض على شركاء الشيوخ شراء العين المشاعة بثمن مغر ولم يكن أحدهم حاضراً خشية ضياع الفرصة، فيقبل الشركاء التعاقد عن أنفسهم، والتعهد عن شريكهم الغائب بالموافقة على البيع عند حضوره¹.

كما يمكن أن تدعوا الحاجة للتعهد في حالة نقص أهلية صاحب الشأن إذا ما تخلفت النيابة عنه، في إبرام العقود مثل أن يتصرف شركاء على الشيوخ ببيع مال مشاع مع وجود قاصر بينهم، وتفادياً للإجراءات المطلوبة منهم قانوناً كالحصول على إذن من القضاء يتعهدون عنه بإقرار العملية عند بلوغه سن الرشد².

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتعهد عن الغير

إن عقد التعهد عن الغير يعد إيجاباً موجهاً إلى المتعهد عنه " الغير " من قبل المتعهد، فإن قبل الغير هذا الإيجاب انعقد عقد جديد بينهما يختلف عن العقد السابق، فطرفا العقد السابق هما المتعهد والمتعهد له، بينما طرفا العقد الجديد هما المتعهد له والمتعهد عنه، والعقد السابق كان يلزم المتعهد بأن يحمل الغير على قبول التزام معين بينما العقد الجديد يشغل ذمة المتعهد عنه بذلك الالتزام، ويتم العقد الجديد عند صدور القبول من الغير إلا إذا تبين صراحة أو ضمناً أن الغير أراد أن يكون لقبوله أثراً رجعياً³.

1- مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 234.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، مجلد 1، المرجع السابق، ص 557-558.

3- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 413.

الفرع الأول : الطبيعة القانونية للمتعهد

يثار الجدل حول طبيعة التزام المتعهد فهل هو التزام بإعطاء شيء؟ أو التزام ببذل بعناية؟ أم بتحقيق نتيجة؟ وللإجابة على هذه التساؤلات يجب التطرق للطبيعة القانونية للمتعهد:

أولاً-التزام المتعهد بإعطاء شيء: يرى بعض الفقهاء أن التزام المتعهد هو التزام بالتعويض في حالة عدم قبول الغير للعقد، فهو التزام بإعطاء شيء، لأن الغرض من التعهد هو حصول المتعهد على موافقة المتعهد عنه، وفي حالة عدم حصوله على موافقة الغير يدفع المتعهد مبلغ مالي كتعويض عن الضرر الذي أصاب المتعهد له¹.

ثانياً- التزام المتعهد هو التزام ببذل عناية: التزام المتعهد ليس التزام بالقيام بعمل، إذ تبرأ نمة المتعهد من الالتزام بمجرد إقرار الغير للعقد ولو لم يقد بأي عمل لحمل الغير على الإقرار والقبول².

ثالثاً- التزام المتعهد هو التزام بتحقيق نتيجة: يذهب أغلب الفقهاء إلى أن التزام المتعهد هو التزام بتحقيق نتيجة، وهي إقرار الغير للتعهد ويعتبر المتعهد عن الغير مقصراً بمجرد رفض المتعهد عنه إقرار التصرف مهما بذل من عناية وجهد للحصول على هذا الإقرار، ويعتبر المتعهد أنه نفذ التزامه بمجرد إقرار الغير للتصرف حتى ولو لم ينفذ الغير العقد لأن المتعهد ملزم بالحصول على إقرار الغير وليس ملزماً بجعله ينفذ العقد³.

1- عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 879.

2- فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 169.

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1 المجلد 1، المرجع السابق، ص 558.

الفرع الثاني: الأسس والشروط الواجب توفرها لقيام التعهد عن الغير

أولاً: يضم نظام التعهد عن الغير ثلاثة أشخاص وهم على التوالي¹:

1. المتعهد: وهو أحد طرفي عقد التعهد، حيث يتعهد للطرف الآخر بأن يجعل الغير يلتزم بالتزام معين، فهو مدين بالالتزام بالحصول على موافقة الغير اتجاه المتعهد له.

2. المتعهد له: وهو الطرف الآخر في عقد التعهد، وهو الذي يتم التعهد لصالحه.

3. المتعهد عنه: وهو الغير الذي يسعى المتعهد لإرضائه وإقناعه على الالتزام بالتعهد.

ثانياً: يقتضي التعهد عن الغير أن يتعاقد المتعهد باسمه هو ولحسابه الخاص لا باسم أو لحساب الغير الذي تعهد عنه، ولا يدعي أنه وكيل أو نائب أو ممثل عن المتعهد عنه، وهذا ما يميز المتعهد عن الوكيل والفضولي والوكيل والنائب، ذلك أن النائب يتعاقد باسم الأصيل، وينصرف أثر العقد إلى هذا الأصيل لا إلى النائب، أما المتعهد فيبرم العقد باسمه هو وتتصرف آثار العقد إليه هو وليس إلى الغير، ويكفل المتعهد عن الغير التزاماً لم يوجد بعد وفي حالة امتناع الغير عن قبول الالتزام فالمتعهد مطالب بالتعويض فقط²، وبهذا يتميز التعهد عن الوكالة والفضالة.

ثالثاً: التعهد عن الغير عقد بين المتعهد والمتعهد له، يقر فيه المتعهد بأن يلزم نفسه بهذا التعهد لا أن يلزم الغير من دون إرادته طبقاً للمادة 113 ق.م، أما الغير المتعهد عنه فهو لا يتأثر أبداً بنتيجة هذا التعهد، وتبقى له الحرية المطلقة في أن يرفض الأمر بالتعهد أو يرتضيه³، ويعد باطلاً كل اتفاق يرمي إلى إلزام الغير.

1- محمد حسين منصور، مصادر الالتزام - العقد و الإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 325-326.

2- علي فيلالي، المرجع السابق. ص 414.

3- محمد حسين منصور، مصادر الالتزام - العقد و الإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 326.

رابعاً: محل الالتزام المتعهد هو الحصول على رضا أو موافقة الغير على أن يلتزم بأمر معين نحو التعاقد الثاني، ومؤدى ذلك أن العمل الذي يتعهد به المتعهد ليس مجرد بذل العناية اللازمة لكي يقبل الغير الالتزام بأمر معين وإنما التزام بتحقيق غاية، فالمتعهد يلتزم بتحقيق نتيجة وليس مجرد بذل جهد للحصول على الموافقة¹، ولا يكفي مجرد السعي في ذلك، حتى ولو أثبت أنه بذل كل ما في وسعه لحمل الغير على إقرار التعهد، حيث يسأل المتعهد حالة رفض الغير.

المطلب الثالث: آثار التعهد عن الغير

يستطيع الغير أن يقبل التعهد أو يرفضه لأنه أجنبي عن التعهد ولهذا كان التعهد عن الغير تطبيقاً للقواعد العامة²، وعليه فإن وضع التعهد لا يخرج عن إحدى الحالتين إما إقراره من طرف المتعهد عنه أو رفضه له، وفي هذا المطلب أتعرض لآثار التعهد عن الغير بالنسبة للمتعاقدين من خلال العلاقة بين المتعهد والمتعهد له من جهة، وبالنسبة للغير للعلاقة بين المتعهد له والمتعهد عنه من جهة أخرى.

الفرع الأول: آثار التعهد بالنسبة للمتعاقدين

إذا استوفى العقد الذي يتم بين المتعهد والمتعهد له جميع الشروط المطلوبة في العقود ورتب جميع آثاره باعتباره عقداً فلا يمكن نقضه، ولا تعديله بإرادة أحد المتعاقدين، ويكونان ملزمين بتنفيذ كل الالتزامات التي تضمنها العقد وبحسن نية³، ومحل التزام المتعهد هو التزام بتحقيق نتيجة، فإذا قام المتعهد بتنفيذ ما التزم به انقضى التعهد ويكون المتعهد قد وفى بالتزامه قبل المتعهد له، ولا يسأل أو يغير شيئاً إذا تقاعس المتعهد عنه في تنفيذ الالتزام فيما بعد، أما إذا رفض الغير

1- ، المرجع نفسه ، ص 326.

2- عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق، ص 408.

3_ علي فيلاي، المرجع السابق ص 415

الالتزام، ولم يتحصل المتعاقد الثاني على التزام الغير فتتحقق مسؤولية المتعهد، ويكون ملزماً بالتعويض للمتعهد له مقابل الضرر الذي سببه له¹.

وبالرجوع إلى نص المادة 1/114 من ق.م.ج: " إذا تعهد شخص عن الغير فلا ينقيد الغير بتعهده، فإن رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ ما التزم به".

نلاحظ من خلال المادة 114 ق.م.ج أن المشرع قد أجاز للمتعهد أن يتخلص من هذا التعويض بأن يتولى بنفسه تنفيذ الالتزام الذي تعهد به للمتعهد له ليتخلص من التعويض².

وبعفى المتعهد من الالتزام إثبات استحالة إقرار أو قبول الغير يرجع لسبب أجنبي طبقاً للمادة 307 ق.م.ج أي أن المتعهد عنه في حالة استحيل فيها أن يصدر منه إقرار صحيح، كأن يحجز عليه أما إذا لم يفلح المتعهد في إثبات السبب الأجنبي فإنه يكون مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي أصاب المتعهد له جراء عدم إقرار المتعهد عنه³.

و ينوه الأستاذ محمد صبري السعدي إلى أن المتعهد لا يمكنه التخلص من التعويض، والقيام بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به، إلا في الحالات التي لا تكون فيها شخصية المتعهد عنه محل اعتبار⁴.

ونلاحظ أن التزام المتعهد يقتصر عليه فقط فلا ينتقل إلى خلفه العام، ولكن يتحول التزام السلف إلى تعويض عن الضرر الذي لحق المتعهد له ويدفع هذا التعويض من أموال التركة⁵.

1- توفيق حسن فرج، ومصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 317.

2- فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 171.

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، المجلد1، المرجع السابق، ص 561.

4- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 333.

5- فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 171.

الفرع الثاني: آثار التعهد بالنسبة للغير

سبق القول بأن الغير غير ملزم بإقرار تعهد المتعاقد عنه فهو حر في إقراره أو رفضه، ولا مسؤولية عليه في حالة عدم الإقرار.

ويرى بعض الفقهاء أن المتعهد له يوجه إيجابا للغير، وتعبير الغير عن إرادته يعتبر قبولا لهذا الإيجاب، ويتم العقد بين المتعاقد مع المتعهد على قبول المتعهد عنه¹، وبالرجوع لنص المادة 2/114 ق.م.ج: " أما إذا قبل الغير هذا التعهد فقبوله لا ينتج أثرا إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد".

والقول بأن قبول المتعهد عنه ينشئ عقدا جديدا يعني أن آثار العقد لا تبدأ إلا من تاريخ إبرام هذا العقد، ولا يمكن أن يكون للعقد أثر رجعي، وبالرجوع للمادة 2/114 من ق.م.ج السالف ذكرها تنص على أن العقد ينعقد بمجرد حصول القبول، أما موافقة الغير هي إقرار للعقد وليست قبولا به، وليس للإقرار أثر رجعي إلا إذا أراد المقر ذلك صراحة أو ضمنا، ويتم العقد بمجرد إقراره من طرف الغير ذلك لأن اعتبار موافقة الغير قبولا يعني أن العقد ينعقد إلا باقتران الإيجاب بالقبول، ولا يمكن أن يكون له اثر رجعي لأن الأثر الرجعي في هذه الحالة يعني عودة آثار العقد إلى قبل وجوده².

إن فلكي يكون لإقرار المتعهد عنه اثر رجعي يعود إلى وقت حصول المتعهد عن الغير يصرح بذلك أو يستخلص ضمنا، فالتعهد عن الغير عقد نهائي ينقصه فقط إقرار الغير ليكون نافذا في مواجهته.

1- مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 272.

2- عبد الحي حجازي، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 874.

وقد ذهب معظم الشراح إلى أنه لا يمكن أن يلحق الأثر الرجعي للإقرار
ضرر بمن كسب حقا من ذلك الغير قبل تاريخ الإقرار¹.

وبالنسبة للمشرع الجزائري يكفي الرجوع لنص المادة 328 ق.م.ج للقول
بأنه لا يمكن الاحتجاج على الغير بالإقرار الصادر في ورقة عرفية إلا إذا كان
ثابت التاريخ.

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، مجلد1، المرجع السابق،
ص 560.

المبحث الثالث

الاشتراط لمصلحة الغير

تنص المادة 113 من ق.م.ج على ما يلي: "لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا". وعلى ذلك فإن مجال الاستثناءات الاتفاقية على مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد، ينحصر في اكتساب الغير حقوقا ناشئة عن عقد ليس طرفا فيه، ولا يجوز بالتالي أن يتحمل الغير التزاما عقديا، طالما أنه لم يكن طرفا في العقد ولم تتجه إرادته إلى التقيد بهذا الالتزام¹.

في هذا المبحث سأعرض لمفهوم الاشتراط لمصلحة الغير في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني إلى شروط الاشتراط لمصلحة الغير، وفي المطلب الثالث إلى آثار الاشتراط لمصلحة الغير.

إذا كان الأصل في العقد أنه لا يضر الغير، فالأصل فيه أيضا أنه لا ينفع الغير بمعنى أن الذي لم يكن طرفا في العقد ولا من خلفه، لا يكسب من العقد بطريق مباشر أي نفع، غير أن القاعدة ترد عليها استثناءات هامة تتزايد على مر الأيام².

وقد تناول المشرع الجزائري الاشتراط لمصلحة الغير في المواد 116، 117، 118 من ق.م.ج.

1- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 137.

2- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 333.

المطلب الأول : مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير

حتى يتضح مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير لابد من التعرض لتعريفه وكذلك إلى طبيعته القانونية.

الفرع الأول : تعريف الاشتراط لمصلحة الغير و تطور قاعدة الاشتراط

أولاً : تعريف الاشتراط لمصلحة الغير

الاشتراط لمصلحة الغير عقد يتعهد طرف من طرفيه، يطلق عليه المتعهد بأن يؤدي مباشرة لشخص أجنبي عن العقد، يطلق عليه المنتفع، أداء معيناً، اشترطه لصالحه الطرف الآخر الذي يطلق عليه المشتراط.¹

ومن هذا يتضح أن الاشتراط لمصلحة الغير عقد ينعقد بين طرفين هما المتعهد والمشتراط، ولكن لصالح شخص آخر يعد من الغير هو المنتفع الذي تم الاشتراط لصالحه، وخلافاً لما يقتضيه مبدأ نسبة العقد يكتسب الغير حقوقاً من عقد لم يكن فيه.²

ويتضح من هذا التعريف أن طرفي العقد لمصلحة الغير هما المشتراط أو المتعهد، أما المستفيد فلا يعتبر طرفاً في العقد بل هو من الغير وبالرغم من ذلك فإن الملتزم يلتزم في مواجهته بناءً على العقد بحيث يستطيع المستفيد أن يطالب المتعهد بتنفيذ الالتزام.³

و يحتل نظام الاشتراط لمصلحة الغير مكانة هامة في الحياة العملية، حيث

يحقق الكثير من المصالح الحيوية للأفراد و الإدارة

كما أن لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير تطبيقات عملية كثيرة.

1- جلال علي العدوي ، المرجع السابق ص 247.

2- علي فيلالي ، المرجع السابق، ص 416.

3- محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص334.

ومن أبرز أمثلة الاشتراط لمصلحة الغير ما يحدث كثيرا في مجال التأمين¹، ومثال ذلك أن يقوم شخص بالتأمين على حياته لمصلحة أولاده وبموجب هذا النوع من عقود التأمين في مقابل مبلغ معين يلتزم المؤمن بأن يدفع مبلغا محددًا من النقود للأولاد حالة موت أبيهم، فالأب هنا هو المشتراط والمتعهد هو شركة التأمين، والمنتفع هم الأولاد.

ويجد الاشتراط مجاله في عقود أخرى كالبيع، فقد يشترط وفاء للدين الذي له عليه أو شخص يريد البائع التبرع له بالثمن، كما تلجأ الإدارة أحيانا إلى فكرة الاشتراط، و ذلك بمناسبة عقود الالتزام المتعلقة بأداء المرافق العامة².

ثانيا : تطور قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير

لقد عرف الاشتراط لمصلحة الغير تطورا تاريخيا، حيث كان القانون الروماني لا يعتد بالاشتراط لمصلحة الغير إلا في بعض الحالات الاستثنائية، ومنها الهبة المشروطة، ثم حاول القانون القديم التوسيع في هذه الحالات الاستثنائية³.

ورث القانون الفرنسي القديم هذه الاستثناءات عن القانون الروماني، وأضاف إليها استثناء جديدا، كان الرومان لا يعطون فيه للمنتفع إلا دفعا فأعطى دعوى بدل الدفع، و هذه هي حالة اشتراط البائع على المشتري أنه يدفع الثمن لشخص ثالث⁴.

وفي التقنين الفرنسي الحالي نص في المادة 1119 على هذه القاعدة فقرر أنه لا يجوز لمتعاقد أن يشترط باسمه إلا لنفسه، واستثنى حالتين نصت عليهما المادة 1112 ، حالة الهبة مع تكليف مقرر لمصلحة الغير، وحالة ما إذا صدر

1- رمضان أبو سعود، ، المرجع السابق، ص 336.

2- محمد حسين منصور، مصادر الالتزام-العقد و الإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 310.

3- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 416.

4- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، مجلد1، المرجع السابق، ص 561.

من المشتراط عقد معاوضة اشترط فيه حقا لنفسه أولا، ثم قرن ذلك باشتراط حق للغير¹.

إلا أنه سرعان ما تطور الأمر بتطور التأمين على الحياة، واعتبرت الحالات المذكورة في المادة 1121 مدني فرنسي واردة على سبيل المثال فقط²، واقتصر الأمر وجود مصلحة مادية أو أدبية في الاشتراط لمصلحة المنتفع. إن القضاء والفقهاء وصلا في التطور إلى حد أن أجازا الاشتراط لمصلحة شخص غير معين، بل لمصلحة شخص غير موجود³، عبرت عليه الدكتوراة فريدة زواوي بالاشتراط الضمني⁴.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للاشتراط لمصلحة الغير

لقد حاول الفقهاء إرجاع الاشتراط لمصلحة الغير إلى أسس قانونية، وطرحوا في هذا الصدد نظريات فقهية، هي نظرية الإيجاب، و نظرية الفضالة و كذلك نظرية الإرادة المنفرد.

أولاً- نظرية الإيجاب: وتقوم هذه النظرية كما يرى أصحابها أن المشتراط بعد أن يكتسب الحق قبل المتعهد يوجب للمنتفع بقصد نقل هذا الحق إليه، فإذا قبل المنتفع الإيجاب الموجه إليه انعقد عقد جديد بينه وبين المشتراط، وعلى أساس هذا العقد ينتقل إليه الحق الذي كان للمشتراط قبل المتعهد، ولكن انتقدت النظرية، من بين الانتقادات الموجهة إليها دخول الحق في ذمة المشتراط يعرض المنتفع لمزاحمة دائني هذا الأخير. كما لوحظ على هذه النظرية أنها تجعل من الاشتراط لمصلحة الغير تطبيقاً لقاعدة قصور حكم العقد على المتعاقدين لا استثناء منها⁵.

1- محمد صبري السعدي، المرجع السابق ، ص336 ، انظر كذلك

- Code civil français 108 edition. Dalloz. 2009 p 1187

2- فريدة زواوي، المرجع السابق ، ص 193.

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، مجلد1، المرجع السابق ص 568.

4- فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 194.

5- أنور سلطان، المرجع السابق، ص 221.

ثانيا- **نظرية الفضالة:** هناك من حاول إقامة الاشتراط لمصلحة الغير على أساس الفضالة واعتبر المشتراط فضوليا¹، يعمل لمصلحة المنتفع، فإذا أقر المنتفع عمله انقلبت الفضالة بالإقرار إلى وكالة فيصبح المنتفع هو المتعاقد مع المتعهد².

ولكن لا يمكن إقامة الاشتراط لمصلحة الغير على هذا الأساس إذ لا بد أن تكون للمشتراط مصلحة شخصية، بينما الفضولي ليست له مصلحة شخصية كما أن الفضولي يعمل لحساب الغير وعلى عكس المشتراط الذي يعمل لحساب نفسه³.

ثالثا - **نظرية الإرادة المنفردة:** يرى أصحاب هذه النظرية أن مصدر حق المنتفع هو الإرادة المنفردة للمتعهد، ولكن يؤخذ على هذا الرأي أنه لا يتفق وأحكام الاشتراط لمصلحة الغير، إذ وفقا لهذه الأحكام يكون للمشتراط دون المتعهد نقض الاشتراط قبل أن يعلن المنتفع رغبة في الاستفادة منه، ولو كان مصدر حق المنتفع هو الإرادة المنفردة للمتعهد لثبت هذا الحق للمتعهد لا للمشتراط⁴.

لقد باءت بالفشل محاولات الفقهاء في إرجاع الاشتراط لمصلحة الغير إلى المفاهيم التقليدية، ويظهر أن السبب في إخفاق هذه المحاولات هو اعتماد الفقهاء على مبدأ سلطان الإرادة في حين أن الاشتراط لمصلحة الغير هو استثناء للمبادئ العامة وعلى وجه الخصوص " مبدأ نسبية العقد "⁵.

و يرى الأستاذ علي علي سليمان بأن الرأي الصحيح أن الاشتراط لمصلحة الغير نظام استثنائي وضعه القانون للخروج على قاعدة نسبية العقد التي تقضى

1- فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 195.

2- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 422.

3- فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 195.

4- أنور سلطان، المرجع السابق، ص 222.

5- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 424.

بأن العقد لا يلزم الغير و لا يرتب له حقا، وقد جاءت المادة 116 باستثناء لهذه القاعدة فأجازت أن يكسب العقد حقا للغير، إذ من العبث أن يبحث الفقه عن إرجاع هذا الاستثناء إلى قاعدة عامة في القانون، أو عن إرجاعها إلى أحد الأصول المعروفة في القانون¹.

المطلب الثاني: شروط الاشتراط لمصلحة الغير

- التعاقد لمصلحة الغير عقد، فيجب أن تتوفر فيه أركان و شروط العقد بصفة عامة ، وإضافة إلى ذلك يجب أن تتوفر فيه شروط خاصة لينتج هذا العقد آثاره - الفرع الأول : الشروط العامة للاشتراط لمصلحة الغير

الاشتراط لمصلحة الغير باعتباره عقد يجب أن يتوفر على أركان العقد المتمثلة في الرضا و المحل و السبب و أن تتوفر شروط صحته.
أولا- الرضا

1. وجود الرضا :

يلزم ثبوت نية المتعاقدين المتجهة إلى الاشتراط لمصلحة الغير²، حيث يجب أن تتجه إرادة المتعاقدين أي إرادة كل من المشتري والمتعهد إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع، فإن لم تتجه إلى ذلك، بأن كان الحق الناشئ من العقد خاصا بالمشتري و لكن تعود منه فائدة على غيره، فلا اشتراط لمصلحة الغير³.

والتعبير عن نية الاشتراط لمصلحة الغير قد يكون صريحا أو ضمنيا، غير أن القضاء الفرنسي توسع في بعض الحالات في تصوير الإرادة الضمنية إلى حد افتراض وجودها⁴.

1- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 97.

2- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان ، المرجع السابق، ص 139.

3- أنور سلطان ، المرجع السابق، ص 219.

4- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 140.

2. **صحة الرضا :** يشترط سلامة إرادة العاقدين من العيوب في عقد الاشتراط لمصلحة الغير فإذا لحق إرادة المشتري و المتعهد عيب إرادي، فإن العقد يكون قابلاً للإبطال بشرط اتصال العاقد الآخر بالعيب وإلى جانب ذلك فإنه يكفي في الاشتراط لمصلحة الغير أن يتصل العيب الإرادي بالمستفيد، حتى ولو لم يتحقق هذا الاتصال بالنسبة للمتعاقد الآخر.

3. **توافر الأهلية:** يلزم أن تتوافر لدى المتعهد والمشتري الأهلية اللازمة التي تتوافق مع الطبيعة الخاصة للعقد الذي يربط بينهما، وتتوقف تلك الأهلية على ما إذا كان العقد من عقود المعاوضة، ومع ذلك إذا كان الاشتراط يتم تبرعاً ، فلا بد أن يكون المشتري أهلاً للتبرع¹.

ثانياً : محل وسبب التزام المتعهد

يتعين أن يتحقق في التزام المتعهد قبل المستفيد الشروط اللازمة لقيام ركن المحل، وينبغي بالتالي أن يكون أداء المتعهد ممكناً وقابلاً للتعين ومشروعاً²، ولا بد أيضاً أن يكون السبب مشروعاً وإلا بطل الاشتراط، هذا بالنسبة للشروط الموضوعية العامة.

ثالثاً : مدى وجوب الرسمية في الاشتراط لمصلحة الغير

القاعدة أنه لا تشترط الرسمية بالنسبة للهبة غير مباشرة، و في هذا الصدد، إذا كان الاشتراط تابعاً لعقد من عقود المعاوضة، فإن الاشتراط الذي يتم تبرعاً للمستفيد يتضمن هبة غير مباشرة، حيث يصدر الالتزام من المتعهد و ليس من المشتري باعتباره متبرعاً، وإذا تم الاشتراط بعقد خاص به، فإن الهبة تكون مباشرة للمشتري أو المستفيد، مما تستوجب الرسمية³.

1- فريدة زواوي ، المرجع السابق، ص 200.

2- أحمد شوقي عبد الرحمان ،المرجع السابق ،ص 141.

3- أحمد شوقي عبد الرحمان ،المرجع السابق ، ص 141.

الفرع الثاني: الشروط الخاصة للاشتراط لمصلحة الغير

إضافة إلى الشروط العامة تتطلب صحة الاشتراط لمصلحة الغير بعض الشروط الخاصة منها ما يتعلق بالمشترط و منها ما يتعلق بالمنفعة و منها ما يتعلق بإرادة المتعاقدين

أولاً : الشروط المتعلقة بالمشترط

زيادة على شرطي الأهلية و سلامة الرضا، تشترط المادة 116 ق.م.ج أن يتعاقد المشترط باسمه وأن تكون له مصلحة في الاشتراط.

1. **تعاقد المشترط باسمه:** يجب أن يتعاقد المشترط باسمه الخاص لا باسم المستفيد، إذ أن المشترط هو المتعاقد والمستفيد يظل من الغير بالنسبة للعقد، أما إذا تعاقد باسم المستفيد فتكون بصدد نيابة، وبالتالي يصبح المستفيد طرفاً في العقد، وتستبعد عملية الاشتراط لمصلحة الغير¹.

2. **وجود مصلحة للمشترط:** يجب أن تكون للمشترط مصلحة في ترتيب حق للمنتفع من العقد الذي يبرمه ، سواء كانت هذه المصلحة مادية أو أدبية² ، حيث تنص المادة 116 ق.م.ج: "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية ومثال المصلحة المادية، أن يشترط البائع على مشتري الشيء أن يفي بالثمن أو جزء منه إلى دائنه فمصلحة البائع مادية وهي قضاء دين عليه المستفيد، ومثال المصلحة الأدبية، اشتراط المستأمن على شركة التأمين أداء مبلغ التأمين في حالة وفاته إلى أبنائه³، وقد كان هذا الشرط محل انتقاد، إذا لا يتصور أن يقوم شخص بترتيب حق لشخص آخر دون أن تكون له ولو مصلحة أدبية في ذلك، غير أن التطور القانوني لنظام الاشتراط قضى بضرورة هذا الشرط، إذا كان القانون الفرنسي القديم يستلزم أن يشترط المشترط

1- علي فيلالي، ، المرجع السابق، ، ص 418.

2- علي علي سليمان ، المرجع السابق، ص 92.

3- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 339.

حقا لنفسه حتى يستطيع أن يرتب لغيره، ثم تطورت القوانين و أصبحت تكتفي بأن تكون له مصلحة معنوية¹.

ولا يشترط لصحة الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المشتري دائما للمتعهد بل يكفي أن تكون له مصلحة في تنفيذ الالتزامات المشروطة.

ثانيا :الشروط المتعلقة بالمنتفع

لا يلزم في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع محددًا أو معينًا وقت العقد²، بل يشترط أن يكون موجودًا وقت أن يرتب الاشتراط أثره، فإن لم يكن موجودًا في ذلك الوقت بطل الاشتراط، ولا يترتب بطلان العقد نفسه الذي تضمن هذا الاشتراط بل يظل صحيحًا و تتحول آثاره إلى المشتري أو ورثته³، ولا يشترط في عقد الاشتراط تعيين شخص المنتفع باسمه، بل يمكن فقط تعيينه بتلك الأوصاف الأساسية التي تمكن من تعيينه وقت نفاذ أثر الاشتراط، كما يجوز أن يكون للمنتفع شخصًا مستقلًا أو هيئة مستقلة، شخصًا طبيعيًا، وقد يكون شخصًا معنويًا كجمعية خيرية أو هيئة دينية⁴، وقد نصت المادة 118 ق.م.ج على ما يلي: " يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصًا مستقلًا أو هيئة مستقلة، كما يجوز أن يكون شخصًا أو هيئة لم يعين وقت التعاقد متى كان تعيينهما مستطاعًا في الوقت الذي يجب أن ينتج العقد فيه آثاره طبقًا للمشارطة".

ثالثًا: الشروط المتعلقة بالمتعاقدين

يجب أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع⁵، حيث يجب أن يكون موضوع التعاقد إنشاء حق مباشر للمستفيد، و معنى ذلك أن الحق ينشأ في ذمة المستفيد مباشرة دون أن يمر في ذمة المشتري أولاً ثم ينتقل إلى

1- علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 92.

2- فريدة زاوي ،المرجع السابق، ص 201.

3- أنور سلطان،المرجع السابق، ص 220.

4- علي فيلالي، المرجع السابق ، ص 418-419.

5- علي فيلالي، ، المرجع السابق ، ص 419.

المستفيد¹، بحيث يكون للمستفيد الحق في مطالبة المتعهد مباشرة بتنفيذ ما تعهد به.

المطلب الثالث: آثار الاشتراط لمصلحة الغير

يترتب على الاشتراط لمصلحة الغير قيام ثلاثة أنواع من العلاقات القانونية وهي:

العلاقة بين المشتراط والمتعهد، والعلاقة بين المشتراط والمنافع، وأخيرا العلاقة بين المتعهد والمنافع .

أولا : العلاقة بين المشتراط والمتعهد

هذه العلاقة يحددها العقد الذي تم فيما بينهما، و على كل واحد منهما أن يتحمل وينفذ ما التزم به طبقا للقواعد العامة، فيلزم المتعهد المشتراط بتنفيذ التزاماتها وفقا للعقد، وإذا امتنع أحدهما عن تنفيذ العقد كان للطرف الآخر الحق في الدفع بعدم التنفيذ، أو طلب فسخ العقد²، ويترتب على الفسخ إعادة الطرفين إلى حالتها قبل التعاقد، فيتاحل المشتراط من التزاماته قبل المتعهد، ويزول حق المستفيد³.

وللمشتراط حق في مراقبة تنفيذ المتعهد لالتزاماته نحو المنافع، كما تسمح المادة 116 ق.م.ج للمشتراط: "...أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنافع، إلا إذا تبين من العقد أن المنافع وحده هو الذي يجوز له ذلك"، كذلك للمشتراط إذا لم يتم المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنافع له أن يطلب فسخ العقد أو وقف تنفيذه وفقا للقواعد العامة⁴.

1- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص338.

2- علي فيلال، المرجع السابق، ص 420.

3- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص340.

4- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، المجلد1، المرجع السابق، ص578.

تحدد هذه العلاقة بحسب الغاية من الاشتراط، فقد يكون اشتراط المشتري لصالح المنتفع على سبيل التبرع. و قد يكون على سبيل المعاوضة¹.

- إذا كان المشتري يتقاضى من المنتفع عوضاً، فيجب أن تتوافر لديه أهلية التمييز لأن التصرف من المتصرفات الدائرة بين النفع والضرر، كما أنه لا يجوز لدائنيه أن يطعنوا في اشتراطه بالدعوى البولصية إلا إذا أثبتوا الغش في جانبه وفي جانب المتعهد².

- أما إذا كان هدف المشتري هو التبرع للمستفيد فإن الاشتراط يكيف على أنه هبة مستترة، ولذلك لا يخضع للقواعد الشكلية في الهبة، ولكن تسري عليها الأحكام الموضوعية من وجوب توافر أهلية التبرع في المشتري، وإذا كان تبرعه قد تم وهو في مرض الموت جرت عليه أحكام المادة 77 ق.م.ج، وأعتبر وصية، ولا يكون نافذاً ما اشترط لصالح المستفيد في حق الورثة إلا في حدود الثلث و ما زاد يتوقف على إجازة الورثة³.

كما تجدر الإشارة أن للمشتري دون غيره من ورثته أو دائنيه نقض المشاركة⁴، وهذا ما نصت عليه المادة 117 من ق.م.ج في فقرتها الثالثة بقولها: "يجوز للمشتري دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشتري رغبته في الاستفادة منها، ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقضيه العقد".

ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتري، إلا إذا اتفقا صراحة أو ضمناً على خلاف ذلك⁵، وللمشتري أن يعين منتقلاً آخر يستفيد من الاشتراط يثبت له هذا الحق من تاريخ إبرام عقد الاشتراط لا من وقت التعيين

1- محمد حسين منصور، مصادر الالتزام-العقد و الإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 315.

2- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 92-93.

3- المرجع نفسه، ص 93.

4- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 421.

5- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 94.

أو النقض، وقد لا يعين المشتراط منتفعا جديدا وإنما يستأثر بالحق لنفسه، وبما أن حق المنتفع ينشأ مباشرة من عقد الاشتراط فإن إعلان الرغبة يعد تثبيتا لحقه، وسلب المشتراط حقه في النقض في الأحوال التي يجوز له فيها النقض، وإبداء رغبة المنتفع قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا، ولكن لا يشترط فيه شكل خاص¹.

وللمنتفع الحق في رفض الاشتراط، و بما أن الرفض تصرف قانوني مفقود له فيشترط فيه كمال الأهلية²، و يترتب على الرفض ذات الآثار التي تترتب على نقض المشتراط للاشتراط. على أنه يجوز لدائني المنتفع عن طريق دعوى استعمال حقوق المدين مباشرة حق مدينهم في إبداء الرغبة في الاستفادة من الاشتراط، إذا تم هذا الاشتراط معاوضة لا تبرعا، فإذا كان تبرعا فإن حق المنتفع يكون متصلا بشخصه فلا يجوز لدائنه الطعن فيه إلا بالدعوى البولصية إذا توافرت شروطها³.

ثالثا: علاقة المتعهد بالمنتفع

بعد قبول المتعهد للاشتراط يصبح دائنا للمستفيد ومن ثم فللمستفيد الحق في مطالبة المتعهد بالوفاء، وله أن يجبره على ذلك إذا اقتضى الأمر، و تجدر الإشارة في هذا الشأن إلى أن حق المنتفع هو حق شخصي ومباشرة لا يمر بذمة المشتراط، وبالتالي يخرج هذا الحق عن سلطان ذاتي وورثة المشتراط حيث لا يدخل هذا الحق في ضمانه العام ولا يعد جزءا من تركته⁴.

ويترتب على أن مصدر حق المستفيد هو عقد الاشتراط فإن هذا الحق يوجد منه إبرام العقد وليس من وقت قبول المستفيد الحق المشتراط لصالحه، فإذا

1- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 272.

2- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 94.

3- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 272.

4- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 272.

ما فقد المتعهد أصلية أو توفي في هذه الفترة ما بين انعقاد الاشتراط وإعلان قبول المستفيد فإن هذا لا يؤثر في هذا الحق¹.

وعليه فإن كل ما يتأثر به العقد يتأثر به هذا الحق، فيجوز للمتعهد أن يتمسك بالدفع الشخصية والخاصة به في مواجهة المنتفع كنقص أهلية، وله كذلك أن يتمسك بكل الدفع التي يستطيع أن يدفع بها في مواجهة المشتري ما لم تكن هذه الدفع تخص شخص المشتري².

1- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 343.

2- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 421.

خاتمة:

يقضي مبدأ نسبية العقد بانصراف آثار العقد إلى أطرافه، فهو بهذا يكفل احترام حريات و حقوق الأفراد، وهذه الآثار لا تمتد إلى الغير، ولكن قد تتصرف إليه وذلك لاعتبارات ترجع إلى العدالة واستقرار المعاملات.

من خلال دراستي توصلت إلى مجموعة من النتائج على رأسها:

- تتصرف آثار العقد إلى المتعاقدين، بغض النظر عن طريقة التعاقد.
- لا تتصرف آثار العقد إلى النائب لأنه ليس طرف فيه.
- كذلك تتصرف آثار العقد إلى الخلف العام للمتعاقدين، ولكن يقتصر هذا الانصراف على الحقوق فقط أما الالتزامات فهو غير ملزم بها.
- يعتبر الخلف العام من الغير إزاء تصرفات سلفه في فترة مرض الموت.
- تأخذ التصرفات المبرمة خلال فترة مرض الموت حكم الوصية وتنفذ في حدود الثلث.
- تتصرف آثار العقد للخلف الخاص للمتعاقدين إذا توفرت شروط حددها المشرع .
- يختلف نفاذ العقد عن نسبيته، فالمقصود بالنفاذ هو الاحتجاج بالعقد كواقعة مادية في مواجهة الكافة، أما مبدأ نسبية العقد يتعلق باكتساب الغير حقا أو تحمله التزاما.
- يمكن للعقد أن يكون حجة للمتعاقدين كما يمكن أن يكون حجة للغير.
- حتى نتمكن من الاحتجاج بالعقد يجب توفر مجموعة من الشروط.
- يتأثر الدائن بطريق غير مباشر بالتصرفات التي يقوم بها مدنيه وذلك من خلال الزيادة أو النقصان في الضمان العام.

- خول المشرع حماية قانونية للدائن إزاء تصرفات مدينه التي تضر به وذلك من خلال مجموعة من الدعاوى القضائية.
- التعهد عن الغير ليس استثناء على مبدأ نسبية العقد بل هو تطبيقاً لهذا المبدأ لأن المتعهد عنه لا يلتزم ب هالا إذا قبله وأقره .
- يجوز للغير أن يكتسب من العقد حقا ويتحقق هذا عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير .
- يمكن ان يكون المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير شخصا مستقبلا أو هيئة مستقبلة .

خاتمة

فهرس المحتويات

المقدمة أ- ب- ج - د

06 الفصل الأول : انصراف أثر العقد إلى المتعاقدين و خلفهم	
07 انصراف أثر العقد إلى المتعاقدين الأصليين	المبحث الأول :
07 النيابة في التعاقد	المطلب الأول:
08 شروط النيابة	الفرع الأول :
12 آثار النيابة	الفرع الثاني :
14 انصراف أثر العقد إلى المتعاقدين ووضع الأصيل في النيابة	المطلب الثاني :
17 انصراف أثر العقد إلى الخلف العام للمتعاقدين	المبحث الثاني :
17 مفهوم الخلف	المطلب الأول:
18 مدى انصراف أثر العقد إلى الخلف العام للمتعاقدين	المطلب الثاني:
20 انتقال الحقوق الناتجة عن عقد أبرمه السلف إلى الخلف العام	الفرع الأول :
21 انتقال الالتزامات الناتجة عن عقد أبرمه السلف إلى خلفه العام	الفرع الثاني :
22 الحالات التي يصير فيها الخلف العام من الغير	المطلب الثالث :
22 تعريف مرض الموت	الفرع الأول :
23 حكم تصرفات المريض مرض الموت	الفرع الثاني :
26 انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص للمتعاقدين	المبحث الثالث :
26 مفهوم الخلف الخاص	المطلب الأول:
28 شروط انصراف آثار العقد للخلف الخاص	المطلب الثاني :
33 الفصل الثاني : مدى انصراف أثر العقد إلى الغير	
34 نفاذ العقد	المبحث الأول :
35 المقصود بنفاذ العقد	المطلب الأول:
36 مجال نفاذ العقد	الفرع الأول :
37 العقد مصدر معلومات ووسيلة إثبات	الفرع الثاني :
38 مدى احتجاج المتعاقدين والغير بالعقد	المطلب الثاني :
38 العقد حجة للمتعاقدين	الفرع الأول :
39 العقد حجة للغير	الفرع الثاني :
39 شروط الاحتجاج بالعقد	الفرع الثالث :
43 مدى انصراف أثر العقد إلى الغير	المطلب الثالث:
43 مفهوم الغير	الفرع الأول :
44 مدى انصراف أثر العقد إلى الدائنين	الفرع الثاني :
47 التعهد عن الغير	المبحث الثاني :
47 مفهوم التعهد عن الغير	المطلب الأول:
48 التعريفات الفقهية للتعهد عن الغير	الفرع الأول :
48 التفرقة بين التعهد عن الغير وبعض الأنظمة المشابهة له	الفرع الثاني :
52 أهمية التعهد عن الغير	الفرع الثالث :
53 الطبيعة القانونية للتعهد عن الغير	المطلب الثاني :

54الطبيعة القانونية للمتعهد	الفرع الأول :
55الأسس والشروط الواجب توفرها لقيام التعهد عن الغير	الفرع الثاني :
56آثار التعهد عن الغير	المطلب الثالث:
56آثار التعهد بالنسبة للمتعاقدین (العلاقة بين المتعهد والمتعهد له)	الفرع الأول :
58آثار التعهد بالنسبة للغير (العلاقة بين المتعهد له والمتعهد عنه)	الفرع الثاني :
60الاشتراط لمصلحة الغير	المبحث الثالث :
61مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير	المطلب الأول:
61تعريف الاشتراط لمصلحة الغير و تطور قاعدة الاشتراط	الفرع الأول :
63الطبيعة القانونية للاشتراط لمصلحة الغير	الفرع الثاني :
65شروط الاشتراط لمصلحة الغير	المطلب الثاني :
65الشروط العامة للاشتراط لمصلحة الغير	الفرع الأول :
67الشروط الخاصة للاشتراط لمصلحة الغير	الفرع الثاني :
69آثار الاشتراط لمصلحة الغير	المطلب الثالث:
73	الخاتمة
75	الملحق
76	قائمة المراجع
79	فهرس المحتويات

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

أ-الكتب :

- 01- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
- 02- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة في الالتزام-مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1998.
- 03- جلال علي العدوي، أصول الالتزامات -مصادر الالتزام، منشأة المعارف الإسكندرية، 1997.
- 04- وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، الجزء الثاني، دار الكلام الطيب، دمشق، 2010.
- 05- يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني- دراسة مقارنة، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن الطبعة الثانية، 2011.
- 06- مصطفى الجمال وعبد الحميد الجمال، القانون والمعاملات، الدار الجامعية بيروت، 1987.
- 07- مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، مصر، 1999.
- 08- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006.
- 09- محمد حسين منصور، مصادر الالتزام-العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، مصر، 2000 .
- 10- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني- النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

- 11- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، درا الهدى، الجزائر، 2011.
- 12- سليمان مرقس، نظرية العقد، دار النشر للجامعات، القاهرة، 1956.
- 13- سمير عبد السيد تتاغو، عقد البيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1973.
- 14- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة الجديدة، نهضة مصر، 2011،
- 15- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع، عقد البيع والمقايضة، الطبعة الثالثة الجديدة، نهضة مصر، مصر، 2011.
- 16- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، في التأمينات الشخصية والعينية، نهضة مصر، مصر، 2011.
- 17- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
- 18- عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام ، دار النهضة، بيروت، 1979.
- 19- عبد الحي حجازي، مصادر الالتزام، المجلد الأول، مطبوعات جامعة الكويت، 1982.
- 20- علي فيلاي، الالتزامات - النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2010.
- 21- عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، دار الهدى، الجزائر، 2004.
- 22- رمضان أبو السعود ، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.
- 23- توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، مصادر وأحكام الالتزام، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.

ب- الرسائل:

- 01- محمدي سليمان، نفاذ العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2003
- 02- فريدة زاوي، مبدأ نسبية العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1992.

ج-المجلات والدوريات :

- 01- المجلة القضائية العدد، 01، سنة 1992.
- 02- المجلة القضائية، العدد 03، سنة 1994.
- 03- مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد 02، سنة 2005.

د-القوانين:

- 01- الأمر 74-75 المؤرخ في 08 ذي القعدة عام 1395 الموافق لـ: 1975/11/12 المتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج.ر العدد 92.
- 02- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ: 1975/09/26 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ج.ر العدد 78.
- 03- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ: 1975/09/26 يتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم ج.ر العدد 101.
- 04- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ: 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم ج.ر العدد 24.

هـ-القواميس:

- 01- سهيل إدريس: المنهل (قاموس فرنسي-عربي)، ط 31، دار الآداب للنشر، بيروت، 2003.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية:

a- OUVRAGES EN FRANÇAIS

- 01- Boris Starck, *droid civil- les obligations, libraries techniques Paris, 1972.*
- 02- Gabriel Marty et Pierre Raynaud. *Droid Civil. tome 2, volumel .les obligations, Sirey, Paris, 1961 .*

LES CODES

- 01- *Code civil français, 108 editions, dalloz, edition 2009.*

الملحق

1- ملف رقم: 102567 قرار بتاريخ: 1993/12/28

قضية (ورثة ب م) ضد (ورثة ب م)

قسم التركة - دفع الديون الثابتة - نقض

(المادة 180 من قانون الأسرة)

2- ملف رقم: 59293 قرار بتاريخ: 1990/06/27

الموضوع : وكالة - مقاضاة الوكيل دون الأصيل - الخطأ في تطبيق القانون .

المرجع: المادة 74 من القانون المدني .

ملف رقم: 102567 قرار بتاريخ: 1993/12/28

قضية (ورثة ب م) ضد (ورثة ب م)

قسم التركة - دفع الديون الثابتة - نقض

(المادة 180 من قانون الأسرة)

من المقرر قانونا أن يؤخذ من التركة عند قسمتها مايلي:

1- مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع.

2- الديون الثابتة في ذمة المتوفي

3- الوصية.

ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن قضاة الموضوع، ألزمو وريثة المرحوم (ب م) بدفع الديون ومنها التعويضات المحكوم بها، رغم أنها لم تأخذ على مسؤوليتهم وذممهم، فإن قرارهم خالف بذلك القاعدة التي تنص على أن الديون الثابتة تأخذ من التركة حسب الترتيب المشار إليه أعلاه، وجاء خاليا من كل سند قانوني.

مما يستوجب نقضه.

ان المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها الكائن بشارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار-الجزائر.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:

بناء على المواد:257،244،239،233،231،وما يليها من قانون الإجراءات المدنية.

وبعد الإطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة يوم 23 فيفري 1996.

وبعد الإطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة يوم:23فيفري 1996 .

وبعد الإستماع الى السيد:جبار سعد الدين المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيد:قاسو محمد المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة .

حيث طعن ورثة المدعو (ب م) بطريق النقض في القرار الصادر بتاريخ 1991/12/30 من مجلس قضاء الشلف والذي قضى بقبول الإستئناف شكلا وفي الموضوع الغاء الحكم المعاد والقضاء من جديد بالمصادقة على الخبرة المؤرخة في 1989/10/13 ونتيجة لذلك قضى على المدعي عليهم المستأنفين بدفعهم للمدعيين المستأنف عليهم مبلغ 34272 دج مقابل الإستغلال اللاشعري.

حيث أن الطعن استوفى أوضاعه القانونية وعليه فهو مقبول شكلا.

حيث قدم الطاعنون بواسطة وكيلهم الأستاذ:مصطفى بوشاشي مذكرة أثار فيها وجهين للنقض.

الوجه الأول: مأخوذ من إنعدام الأساس القانوني للقرار، ذلك أن قضاة الحكم ألزموا ورثة المدعي عليه (المدين بالتعويض) بتسديد دين ترتب في ذمة مورثهم حال حياته دون سند قانوني .

الوجه الثاني: مأخوذ من القصور في التسيب وتناقض الأسباب، ذلك أن قضاة الحكم كلفوا الخبير بتقويم التعويض من الإستغلال الغير مشروع بينما تنحصر مهمته في تقدير الضرر الذي أصاب المدعي ، كما أنهم أي قضاة الإستئناف قد أغفلوا عن إخراج الطرف الذي أدخله القاضي الأول من تلقاء نفسه بينما كانوا قد الغوا الحكم المستأنف.

عن الوجه الأول: حيث أن ما جاء في هذا الوجه سديد.

حيث أن بالرجوع الى أصل القضية يتبين أن موروث الطاعين هو الذي كان يستغل الأرض إستغلال لا شرعي ، بحيث طرد منها لصالح مورث المطعون ضدهم.

حيث أن قضاة الموضوع، ألزموا ورثة الأول المرحوم (ب م) بتسديد تعويضا لهذا الإستغلال اللاشرعي قدره 34.272 دج دون ذكر مضمون السند القانوني ، علما بأن الديون الثابتة في ذمة المتوفي وهو المرحوم (ب م) فان هذه الديون ومنها التعويضات المحكوم بها عليه، تؤخذ من التركة حسب الترتيب المشار إليه في المادة 180 من قانون الأسرة ولم تنقل هذه الديون على مسؤولية وذمة الورثة ، وبما أن قضاة الاستئناف خالفوا هذه القاعدة وقضوا بدون أساس

قانوني فانهم عرضوا قرارهم للنقض وبدون حاجة إلى مناقشة الوجه الثاني يجب نقض القرار المطعون فيه.

فلهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا:

قبول الطعن شكلا ونقض القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء الشلف بتاريخ 1991/12/30 وإحالة القضية والأطراف إلى نفس المجلس مشكلا تشكيلا آخر للفصل فيها طبقا للقانون.

وبذلك صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الثاني والعشرون من شهر ديسمبر سنة ثلاثة وتسعون وتسعمائة وألف ميلادية من قبل المحكمة العليا الغرفة المدنية المترتبة من السادة:

الرئيس

مقراني حمادي

المستشار المقرر

جبار سعد الله

المستشار

زرقان محمد الصالح

وبحضور السيدة: صحراوي الطاهر مليكة المحامية العامة وبمساعدة السيد: حساس محمد السعيد كاتب الضبط الرئيسي.

الموضوع : وكالة -مقاضاة الوكيل دون الأصيل- الخطأ في تطبيق القانون.

المرجع: المادة 74 من القانون المدني .

من المقرر قانوناً أن النائب إذا أبرم في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الأصيل ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون .

لما كان الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضاوا بإبطال عقد البيع بالرغم من كون المدعى عليه في الطعن ارتكب خطأ قانونياً عندما قاضى الوكيلين دون الأصيل يكونوا بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في سير الإجراءات الجوهرية وفي تطبيق القانون.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

أن المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بقصر العدالة نهج عبان رمضان الجزائر العاصمة.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:

بناء على المواد 231، 233، 232، 244، 237 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية.

وبعد الإطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة يوم

1987/06/10 .

وبعد الإستماع الى السيد براهيم مسعود المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب والى

السيد قلو عز الدين المحافي العام في طلباته المكتوبة .

حيث أنه بتاريخ 1987/06/10 طعن بن ز.ش في القرار الصادر من مجلس قضاء

بشار بتاريخ 1987/03/10 الذي قضى بالغاء الحكم المستأنف ومن جديد بالغاء وابطال البيع

المؤرخ في 1986/02/25 بين بن ز.ش و ب.ع الوكيلين عن ه.ط بن ه.و ه.م و ه.ف

بنت ه.ف.ز

الباعين من جهة و ب. بن س المشتريين آخرين .

وإرجاع الأطراف الى الحالة التي كانوا عليها قبل البيع .

ينوب عنهم الأستاذ كسوس بشير المحامي المقبول لدى المحكمة العليا بعريضة تتضمن

أربعة أوجه للطعن بالنقض .

الوجه الأول: خرق المادة 140 فقرة 10 من قانون الإجراءات المدنية لأنه لم يثبت وأن

الملف بلغ للنيابة العامة.

الوجه الثاني: خرق المبدأ أن (لا أحد يترافع بتعويض) وان إستدعاء المدعيان في الطعن

بغية الغاء عقد كانا فيه طرف بصفتها وكيلين بسيطين ولم يستدع موكلهم ه.ط بن ه.م،

هدف الزهراء موكلى الطاعن الذين كان من المفروض أن يكون المدعى عليهم في الدعوى الرامية الى بطلان البيعة التي وافق عليها فريق ه بواسطة وكيلهم .

الوجه الثالث: عليه في الطعن ارتكب خطأ قانوني عندما استدعى الطاعنين أمام العدالة وأن القرار المطعون فيه لم يكشف عن هذا الخطأ الخطير .

الوجه الرابع: إنعدام الأسباب وطلب في الختام نقض القرار .

بينما المطعون ضده أرسلت له عريضة الطعن عن طريق البريد المضمن ورجعت دون تبليغ.

حيث أن الطعن قد استوفى أوضاعه القانونية فهو مقبول شكلاً.

عن الوجه الثاني والثالث لإرتباطهما: يعنى الطاعنان عن القرار المطعون فيه وأن المطعون

ضده رفع دعوى ضدهما يطلب ابطال البيع المؤرخ في: 1986/02/25 بين ز.ش و ب.ع

الوكيلين عن ه . ط بن ط و ه.م و ه.ف الزهراء البائعين من جهة وح . ب بن س المشتريين من جهة أخرى .

حيث أنه بالرجوع الى القرار المطعون فيه يتضح بأن بن ز.ش و ب.ع لم يثبتا صفتها

كملاكين للعقار المتنازل فيه وإنما كانوا وكيلين فقط لفريق ه.

حيث أن المادة 74 من القانون المدني تنص إذا ابرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم

الأصيل (الموكل) فإنما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات تضاف الى الأصيل (الموكل) اذ

أن الأصيل والغير اللذين هما فريق هـ و ب بن س هما المتعاقدان الأصليين واليهما تضاف أثر العقد بمجرد إنشاء العقد تختفي شخصية الوكيل وتتأثر عنهما علاقة مباشرة بين الأصيل والغير

و ان المدعى عليه في الطعن أقام دعواه أمام المحكمة و المجلس يطلب فسخ العقد دون أن يطلب في دعواه الطرف المعني بالعقد و هما فريق هـ طبقا للقانون وكان عليه أن يرفع دعوى ضد الاصيل اللذين هما فريق هـ.ب و ب بن س المتعاقدان الاصيليان في العقد المطلوب ابطاله لانتقام على شخص الوكيلين الطاعنان بالنقض اللذين لا يكسبان حقا من العقد الذي عقده و لا يلتزمان بأي التزام و عليه فإن قضاة المجلس قد أخطأوا في سير الاجراءات الجوهرية و في تطبيق القانون الأمر الذي جعل قرارهم معرض للطعن و عليه فالوجه الثاني و الوجه الثالث سديدين و من دون حاجة لمناقشة بقية الالوجه المثارة

فلهذه الاسباب

قررت المحكمة العليا : قبول الطعن شكلا و في الموضوع نقض و ابطال القرار المطعون فيه الصادر من مجلس قضاء بشار بتاريخ 1987/08/10 و احالة القضية و الاطراف الى نفس المجلس مشكلا تشكيلا اخر للفصل فيها من جديد طبقا للقانون و المصاريف على المطعون ضده.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ السابع و العشرين من شهر جوان سنة تسعين و تسعمائة و ألف ميلادية من قبل المحكمة العليا الغرفة المدنية القسم الأول المترتبة من السادة :

- مقراني حمادي : الرئيس

- براج مسعود: المستشار المقرر

- جبار سعد الدين : المستشار

و بمحضر السيد قلو عز الدين المحامي العام وبمساعدة السيدة حفصة كمال كاتب الضبط.

المخلص

تناولت في هذه الدراسة مبدأ نسبية العقد في فصلين رئيسيين:

تناولت في الفصل الأول انصراف اثر العقد إلى المتعاقدين الأصليين وخلفهم، لأن هذا الأثر ينصرف في الأصل إلى أطرافه بغض النظر عن طريقة التعاقد لهذا تطرقت إلى النيابة في التعاقد و أوضحت أن الآثار تنصرف إلى الأصيل في النيابة الصحيحة وليس للنائب، وكذلك بينت مدى انصراف هذا الأثر إلى الخلف العام وإلى الخلف الخاص للمتعاقدين.

أما الفصل الثاني فكانت الدراسة فيه عن مدى انصراف اثر العقد إلى الغير، إذ أن الأصل في العقد لا ينصرف إلى الغير ولمعرفة هذا المدى كان لابد من إزالة الغموض والخلط بين نفاذ العقد و مبدأ نسبية العقد و تحديد مفهوم الغير.

وتطرقت أيضا إلى التعهد عن الغير وبينت مفهومه من خلال التعاريف الفقهية وتمييزه عن ما يشابهه و كذلك أوضحت طبيعته القانونية وأبرزت آثاره.

وأخيرا تحدث عن الاشتراط لمصلحة الغير الذي يعتبر من الاستثناءات الاتفاقية على مبدأ نسبية العقد إذ الاشتراط لمصلحة الغير نظام مستقل .

Résumé :

La présente étude aborde le principe de la relativité du contrat dans deux chapitres :

Le premier chapitre porte sur la production d'effet du contrat entre les parties et leurs ayants cause, car le contrat produit effet au principal entre ses parties nonobstant la méthode de conclusion de l'acte c'est pourquoi l'étude a abordé la représentation en matière de conclusion des contrats, a clarifié que les effets sont produits à l'égard du représentant dans la représentation valable et non pas au représenté, ainsi qu'elle a montré l'étendue de la production d'effet aux ayants cause à titre universel ou particulier des contractants.

Le deuxième chapitre : l'étude dans ce chapitre porte sur la production d'effet du contrat à l'égard des tiers du fait que le contrat ne produit pas effet au principal aux tiers, et pour connaître cette étendue il fallait clarifier l'ambiguïté et la confusion entre l'exécution du contrat et le principe de la relativité du contrat et déterminer le concept d'autrui.

L'étude a abordé également la promesse de tiers et a indiqué son concept à travers les définitions jurisprudentielles et sa distinction des concepts similaires. Ainsi qu'elle a mis au clair sa nature juridique et ses effets.

Enfin, elle a abordé la stipulation au profit des tiers qui est considérée parmi les exceptions conventionnelles sur le principe de la relativité du contrat du fait que la stipulation au profit des tiers est un système indépendant.