



جامعة اقلي محند اولحاج - البويرة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم القانون الخاص

أثر العقد من حيث الأشخاص في التشريع الجزائري

مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون

تخصص: عقود ومسؤولية

إشراف الأستاذة :

غضبان نبيلة

إعداد الطالبين :

مولاي أبو جهاد

سعدى مسعود

لجنة المناقشة

الأستاذة: ربيع زهية رئيسة

الأستاذة: غضبان نبيلة مشرفا و مقررا

الأستاذة: ايت بن اعمر صونية ممتحنا

تاريخ المناقشة

2016/10/09

شكر وتقدير

الحمد والشكر لله الذي وفقنا لإتمام هذه المذكرة راجين من المولى عز وجل أن يتقبل منا هذا العمل خالصا لوجهه الكريم.

نتقدم بالشكر وخالص التقدير للأستاذة غضبان نبيلة التي كان لنا شرف الحصول على إشرافها.

كما نتقدم بالشكر لأعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذه المذكرة.

وإلى كل من قدم لنا يد المساعدة من قريب أو بعيد لإنجاز هذا العمل.

إهداء

الإهداء إلى الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما.

إلى إخوتي وأخواتي، وإلى جميع أصدقائي.

إلى جميع الأساتذة الذين أشرفوا علي طيلة مشواري الدراسي.

أهدي ثمرة جهدي.

أبو جهاد

إهداء

إلى أمي وأبي.

إلى إخوتي وأخواتي الأعزاء.

إلى أصدقائي وزملائي.

إلى أساتذتي طوال مسيرتي الجامعية.

إلى كل من يسعهم قلبي، ولم تسعهم ورقتي.

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي.

قائمة المختصرات

❖ باللغة العربية :

ص: الصفحة.

ط: الطبعة.

ج: الجزء.

د د ن: دون دار نشر.

ق م ج: القانون المدني الجزائري.

ق أ ج: القانون الأسرة الجزائري.

ق ت ج: القانون التجاري الجزائري.

ق م م: القانون المدني المصري.

ق م ع: القانون المدني العراقي.

ق م ف: القانون المدني الفرنسي.

❖ باللغة الاجنبية :

Op. cit: opus citatum = oeuvre précitée.

P: page.

مقدمة

مقدمة

من حكمة الله عز وجل في الإنسان أن خلقه ضعيفا، فهو يحيا وسط المجموعة، لأنه لا يمكنه أن يعيش لوحده، لذلك فحاجته المستمرة إلى غيره من البشر جعلت منه كائنا اجتماعيا بطبعه، وبهذه الميزة يمكن أن يلبي حاجياته ومتطلباته المتجددة والمتكررة والمتزايدة.

لذا، كان لزاما على القانون الوضعي أن يساير هذه الطبيعة الاجتماعية للشخص، حتى يتمكن أن ينظم تلك المعاملات التي يقوم بها بنو البشر مع غيرهم من بني جنسهم؛ لأنه وببساطة غياب القانون في تنظيم هذه المجالات يؤدي لا محال إلى اضمحلال هذه المعاملات، وتفشي الفوضى، والاستقرار في المجتمع، كما أنه من شأن القانون منع كل ما يمكنه المساس بالنظام العام والمصلحة العامة.

ولعل أهم المعاملات التي تحظى بالنصيب الأوفر لدى الأشخاص هي التي تتصل بالجانب المدني؛ لذلك نجد كل التشريعات الدولية قد سعت إلى تنظيمها، وعلى غرار هذه التشريعات نجد التشريع الجزائري الذي حذا حذوها، وهو ما تجسد في أول قانون مدني جزائري، إذ نظم هذا الأخير الكثير من الأمور منها العقود التي تعد مصدرا من مصادر الالتزام؛ بحيث يعتبر العقد اتفاقا بين شخصين أو أكثر لإحداث آثار قانونية.

كما يمكن تقسيم العقود أيضا بدورها إلى عقود مسماة وأخرى غير مسماة، من بينها عقد البيع، عقد الإيجار، عقد الهبة، عقد الكفالة...إلخ.

ولإشارة أيضا، يمكن القول أن ديننا الحنيف قد حثنا على الوفاء بالعقود نظرا للقداسة التي تكمن فيها، والدليل على ذلك قوله تعالى: «يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود»⁽¹⁾.

كما بينا سابقا في تعريف العقد، فإن أهم ميزة نجدها فيه هي إحداث آثار قانونية؛ وهو الغرض الجوهرية الذي يسعى إليه الأشخاص من خلال إبرامهم لهذه العقود، وهذه الآثار يمكن أن تكون عامة؛ كما يمكن أن تكون خاصة، فالأولى هي التي تشترك فيها جميع العقود من نفاذ والزام ولزوم، أما الثانية فهي المتعلقة بكل نوع من العقود وهي الأحكام والنتائج القانونية.

(1) سورة المائدة، الآية رقم 1.

وبالتالي، لما كانت الآثار تتمثل في الحقوق والالتزامات التي كان للمتعاقدين دور هام في إحداثها، ومنه وجب عليهما تحملها، وذلك تطبيقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ومنه كقاعدة عامة لا يمكن أن نلزم شخصاً لم يكن طرفاً في العقد أو بالأحرى لم يلزم نفسه بموضوع العقد، وهذا ما نطلق عليه بنسبية الآثار في العقود.

إلا أنه قد يرد على هذا استثناءات تمليها الظروف والأحوال التي يمر بها العقد. لذلك لا يمكن أن نتصور زوال الآثار بوفاء أحد المتعاقدين أو كليهما، خصوصاً لأن ذلك يعارض قواعد القانون المدني، وبالتالي سيحدث تعارضاً مع أهداف المشرع الجزائري.

وعلى ضوء هذه المسائل، ارتأينا أن ندرس آثار العقد من حيث الأشخاص التي بينها المشرع الجزائري في المواد (108-109-113-114-117-118) من التقنين المدني (1).

إن تناول موضوع نسبية آثار العقد له أهمية بالغة، تتجلى بالأساس في تحديد مدى نسبية آثار العقد سواء بالنسبة للأشخاص؛ إذ أن المبدأ هو "العقد شريعة المتعاقدين" (2)، فلا يستطيع أحدهما بحسب الأصل أن ينفذه أو يعدل في أحكامه، ما لم يسمح له العقد نفسه بذلك أو يسمح له به القانون، كما لا يملك أن يصرف آثاره إلى غيره.

تعود دوافع اختيارنا لهذا الموضوع، من أجل تعميق معارفنا ومكتسباتنا القبلية بهذا الجانب الهام في حياتنا اليومية، وكذلك نظراً لكونه له صلة وثيقة بالتخصص الذي اخترناه في مسارنا الأكاديمي الجامعي.

الغرض المتوخى من هذه الدراسة يتمثل في تحديد المقصود بمبدأ نسبية آثار العقد من خلال معرفة أهميته كمبدأ عام، وكذلك تحديد الاستثناءات التي ترد عليه، والتي تتمثل في قاعدتي الاشتراط لمصلحة الغير، وقاعدة التعهد عن الغير

(1) أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

(2) نصت المادة 106 ق م ج : >>العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نفضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون<<.

كما نسعى كذلك، إلى إبراز الحقائق والضوابط التي ترد على هذا المبدأ، نظرا لكون الدراسات السابقة لهذا الموضوع لم تكن إلا في جزئيات قليلة. لكن تطور المعاملات، وما يفرضه ذلك من ضرورة الحفاظ على استقرارها، أفرز مظاهر جديدة لتصرفات عقدية تعبر على أنها خروج عما كرسه هذا المبدأ من أحكام.

ومن أجل الوصول إلى تلك الأهداف التي سطرناها من وراء دراستنا لهذا البحث، ارتأينا أن نقوم بصياغة الإشكالية الآتية:

إذا كان الأصل أن الآثار المترتبة عن إبرام العقد تنصرف إلى المتعاقدين وذلك حسب مبدأ نسبية العقود، فما مدى انصراف آثار العقد من حيث الأشخاص بالنسبة لغير الأطراف المتعاقدة؟

وللإجابة عن الإشكالية تقتضي منا الدراسة الاستعانة بالمنهج الوصفي، والذي بواسطته نستطيع أن نقدم صورة واضحة المعالم عن الموضوع وتبيان خصائصه، بالإضافة إلى المنهج التحليلي، وهذا عند مناقشة وتحليل بعض النصوص القانونية.

كما استلزم علينا دراسة موضوع بحثنا من خلال فصلين حيث تفرع عن كل فصل مبحثين، اذ جاء الفصل الاول تحت عنوان: انصراف العقد الى المتعاقدين ،اما الفصل الثاني جاء تحت عنوان: انصراف اثار العقد الى الغير .

الفصل الأول: انصراف اثار العقد إلى المتعاقدين

إذا كان من البديهي أن كلا من المتعاقدين يكتسب حقوقاً ويتحمل التزامات ناتجة عن عقد أبرم بينهما، فمن الضروري تحديد طائفة الأشخاص الذين تتصرف إليهم آثار العقد خروجاً عن قاعدة نسبية أثر العقد.

من بين الأشخاص الذين تتصرف إليهم آثار العقود التي يبرمها سلفهما، نجد الخلف العام والخلف الخاص، حيث يكون سريانها بالنسبة لهم في حدود معينة.

كما نجد إلى جانب هذه الطائفة، الدائنين الذين يتضررون أو ينتفعون حسب الأحوال من التصرفات القانونية التي أبرمها مدينوهم.

لذلك سنتطرق إلى نسبية العقد من حيث اقتضاره على الأطراف المتعاقدة (المبحث الأول)، وانصراف آثاره إلى كل الخلف العام والخلف الخاص (المبحث الثاني).

المبحث الأول: انصراف اثار العقد إلى أطراف المتعاقدة

تتصرف آثار العقد بالضرورة إلى المتعاقدين، فالعقد رابطة تنشأ بين طرفيه بإرادتهما، لذلك فالأصل أنما يرتبه من التزامات وحقوق يرتبها في ذمة أحد المتعاقدين أو كليهما، كما أن انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين يتم بصورة كاملة دون قيد أو شرط، فلا تفرض عليه قيود ولا توضع له حدود، بل تتصرف تلك الآثار كما تم الاتفاق عليها في العقد، وهو ما يعبر عنه بالقوة الملزمة للعقد.

يقصد بأطراف العقد: الأشخاص الذين شاركوا في إبرامه، لكن أطراف العقد ليسوا دائما هم من تولوا إبرامه، لأن العقد يمكن أن يبرمه شخص آخر ينوب عن الطرف الأصلي⁽¹⁾.

إذن الأصل أن يقوم الشخص بنفسه بإبرام ما يحتاج إليه من عقود، إلا أنه في بعض الأحيان يقوم شخص آخر بإبرام العقد نيابة عن الشخص.

لذلك سنتطرق في هذه الدراسة إلى حالات انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين، سواء كانوا طرفا أصليا في التعاقد (المطلب الأول)، أو كان هناك من ينوب عن الشخص الأصلي وهو ما يعرف بالنيابة في التعاقد (المطلب الثاني)، وأخيرا فكرة تعاقد الشخص مع نفسه (المطلب الثالث).

المطلب الأول: المتعاقدين الأصليين

يترتب على إبرام المتعاقدين الأصليين للعقد القيام بتنفيذ الالتزامات التي يفرضها العقد على كل طرف، حسبما اتفقا عليه في العقد، وهو ما يعبر عنه بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، كما يجب عليهما تنفيذ ما اشتمل عليه العقد بحسن النية.

لذلك يقتضي الأمر تحديد المقصود بالمتعاقدين الأصليين (الفرع الأول)، ثم مضمون العقد شريعة المتعاقدين (الفرع الثاني)، وأساس الالتزام بالتنفيذ بحسن النية في العقود (الفرع الثالث).

(1) فريدة زواوي، مبدأ نسبية العقد، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، القانون الخاص، جامعة الجزائر، 1992، ص 7.

الفرع الأول: المقصود بالمتعاقدين الأصلي

يقصد بالمتعاقدين كل شخص اشترك في إبرام العقد و صدر عنه أحد التعبيرين اللذين تحقق بالتقائهما التراضي، كما يجب كذلك بالإضافة إلى هذا حتى يستقر العقد بين طرفيه، أن يكون هذا التراضي الصادر من الطرفين صحيحا، ويتحقق ذلك إذا كان صادرا من ذي أهلية وأن يكون خاليا من عيوب الإرادة المتمثلة في الغلط والإكراه والاستغلال والتدليس⁽¹⁾.

كما تثبت صفة المتعاقد لمن ساهم في إبرام العقد عن طريق الإيجاب والقبول للعناصر الأساسية⁽²⁾، وعلى هذا الأساس فإن المتعاقدان هما طرفا العقد الذي أبرماه باسمهما ولحسابهما، فهو يلزمهما بالتزامات كما يكسبهما في نفس الوقت حقوقا.

الفرع الثاني: مبدأ الذي يحكم المتعاقدين

اولا-مبدأ العقد شريعة المتعاقدين: إذا انعقد العقد صحيحا، فإنه يلزم المتعاقدين بالقيام بالتزامات التي يربتها العقد في ذمته، ويعبر عن ذلك بالقوة الملزمة للعقد، وعلى كل طرف احترام العقد في حدود تنظيم العلاقات التي يحكمها كالقانون تماما.

ويترتب على ذلك أنه لا يستطيع أحد أطرافه بإرادته المنفردة أن ينقضه أو يتحلل من العقد، ولا يحق له تعديله ما لم يصرح له القانون⁽³⁾.

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للتزامات، مصادر الالتزام، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص75.

(2) قررت محكمة النقض المصرية ان صفة المتعاقد تنصرف الى من يفصح عن ارادة متطابقة مع ارادة اخرى، على انشاء التزام او نقله او زواله، ولا يعد متعاقدًا كل من يرد ذكر اسمه في العقد على انه احد اطرافه، طالما انه لم يكن له صلة بشان ترتيب الاثر القانوني الذي يدور حوله النزاع الناشئ بسبب العقد، كما انه لا يكفي مجرد توقيع الشخص على العقد او ذكر اسمه كي يعد طرفا فيه، وكذلك نفس الشيء بالنسبة لذكر اسم مالك السابق للمبيع في عقد البيع، وتوقيع الزوج لعقد الزوج لعقد الايجار كالمستاجر يجعله طرفا فيه، ولا تثبت تلك الصفة لزوجته بمجرد ذكر ان الشقة المؤجرة مخصصة لسكن المستاجر وزوجته، مشار اليه لدى: محمد حسنين منصور، مصادر الالتزام، العقد والارادة المنفردة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الاسكندرية، مصر، 2000، ص277.

(3) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص297 و298.

وقد نصت على هذا المبدأ المادة 106 ق م ج، حيث جاء فيها ما يلي: <«العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون»>.

ومبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين ناتج عن مبدأ سلطان الإرادة، على أنه يمكن أن نجد لهذا المبدأ أساساً خلقياً واقتصادياً، إذ يتمثل الأساس الخلقي في وجوب احترام العهد الذي يقطعه الإنسان، والأساس الاقتصادي هو ضرورة استقرار المعاملات بين الأفراد⁽¹⁾.

ثانياً_الاستثناءات عن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين⁽²⁾:

أ- حالات يسمح فيها لأحد المتعاقدين بإنهاء العقد بإرادته المنفردة: إذا وجد شرط في العقد يجيز لأحد المتعاقدين إنهاء العقد بإرادته المنفردة، كما في عقد الإيجار مثلاً، إذ يجوز إبرام العقد لمدة معينة "تسع سنوات مثلاً"، على أن يكون لكل من طرفيه المؤجر والمستأجر الحق في إنهاء العقد بإرادته كل ثلاث سنوات مثلاً، أو في حالة ما إذا نص القانون على جواز إنهاء العقد لأحد المتعاقدين أو كليهما قبل انتهاء مدته أو تنفيذه. ومثال عقد الوكالة طبقاً لنص المادتين 586 و 588 ق م ج، وعقد الشركة مثلما ورد في المادتين 440 و 442 ق م ج.

ب- حالات يعدل فيها القانون آثار العقد: نص عليها المشرع فيها على إنهاء العقد بوفاء أحد المتعاقدين، من ذلك مثلاً انقضاء عقد الشركة التضامن بوفاء أحد الشركاء حسب ما نصت عليه المادة 439 ق م ج، وكالوكالة التي تنتهي بموت الوكيل أو الموكل.

نلاحظ في هذه الحالات أنها لا تعد خروجاً في الحقيقة على قاعدة القوة الملزمة للعقد، وعدم انتقال العقد للورثة، إذ إن هذه العقود تقوم على الاعتبارات الشخصية.

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 298.

(2) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 299.

ج- حالات يكون للقاضي سلطة تعديل العقد: من هذه الحالات تخويل القاضي سلطة منح المدين أجلا "نظرة الميسرة"، وأيضا تخويل القاضي أيضا سلطة تخفيض الشرط الجزائي إذا كان مبالغا فيه، وفيما يتعلق بعقود الإذعان، فأجاز الإرادة التشريعية الجزائري للقاضي تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها طبقا لقواعد العدالة، وأخيرا نجد أن القانون المدني الجزائري منح القاضي سلطة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في حالة الظروف الطارئة طبقا لنص المادة 3/107 ق م ج⁽¹⁾.

الفرع الثالث: تنفيذ العقد بحسن النية

نصت المادة 1/107 ق م ج على أنه: «يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية.»

وعلى هذا الأساس يجب أن يسود حسن النية في إنشاء العقد وتفسيره وفي تنفيذه أيضا، فإذا تعهد مقاول بتوصيل أسلاك الكهرباء، وجب عليه أن يقوم بذلك من أقصر طريق ممكن، كما يجب أن يقوم أمين النقل بنقل البضاعة من الطريق الأصلح بالنسبة لصالحتها.

وينبغي أن نشير إلى أن التزام المتعاقد بحسن النية هو التزام تعاقدي، فإذا ما أخل بهذا المبدأ فيكون مسؤولا على أساس المسؤولية العقدية، لإخلاله بالتزام تعاقدي هو وجوب مراعاة حسن النية في التنفيذ⁽²⁾.

المطلب الثاني: النيابة في التعاقد

نكون بصدد النيابة في التعاقد، لما يقوم شخص بإبرام عقد بواسطة شخص ينوب عنه، ويجب أن تتوفر في الشخص بصفته نائبا الأهلية اللازمة لإبرام العقد.

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 299.

(2) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 298 و 299.

والنيابة كما هو معروف، قد تكون قانونية كما في حالة الولي أو الوصي أو القيم، أو تكون اتفاقية يحددها الأطراف، أو قد يحددها القضاء، كالنيابة القضائية التي تعطي للحارس القضائي مثلا السلطة في إدارة مصالح معينة، إلى أن يصدر حكم فاصل.

كما أن النيابة قد تكون عامة لا تسمح للنائب بالقيام بأعمال التصرف، بل تقتصر على أعمال الإدارة "الاستغلال والاستعمال"، أو يمكن أن تكون خاصة تشمل أعمال التصرف "الاستعمال، الاستغلال، التصرف"⁽¹⁾.

لذلك سنتعرض إلى تعريف النيابة في التعاقد (الفرع الأول)، ثم شروطها (الفرع الثاني)، وأخيرا آثارها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف النيابة في التعاقد

تعرف النيابة في التعاقد بأنها <حلول إرادة شخص معين يسمى نائبا، محل إرادة شخص آخر هو الأصيل في إنشاء تصرف قانوني تنصرف آثاره إلى ذمة الأصيل>⁽²⁾.

وعليه تعد النيابة لازمة في بعض الأحيان لما يكون الأصيل عاجزا عن التعبير عن إرادته، (كالقاصر، المحجور عليه، الغائب)، فلا يستطيع إبرام التصرفات القانونية بنفسه، فيقوم نائب عنه بهذا العمل، أو إذا كان الأصيل كامل الأهلية، لكن ليس لديه الوقت الكافي مثلا لإبرام بعض التصرفات القانونية، فيكلف شخصا آخرًا ينوب عنه وتتوافر لديه التصرفات الخبرة في القيام بالتصرفات القانونية.

الفرع الثاني: شروط النيابة

حتى تكون النيابة صحيحة وجب توافر مجموعة من الشروط وهي: أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل (أولا)، وعدم تجاوز حدود النيابة (ثانيا)، وتعامل النائب باسم ولحساب الأصيل (ثالثا).

(1) فريدة زاوي، المرجع السابق، ص 8.

(2) محمد صيري السعدي، المرجع السابق، ص 138.

أولاً: أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل

مؤدى ذلك أن للنائب حرية التقدير في تكوين العمل القانوني، وإلا كان دوره مثل دور الرسول، لأن النائب في هذه الحالة يعبر عن إرادته هو، وينبغي أن يكون أهلاً للتصرف الذي يعقده، لا أن ينقل النائب تعبير إرادة الأصيل، وهذا هو الفرق بين النائب والرسول⁽¹⁾.

كما يمكن أن نستنتج أن التعاقد إذا حصل بواسطة هذا الأخير - الرسول - فإنه يكون تعاقدًا بين غائبين. أما التعاقد بين النائب والمتعاقد فهو تعاقد بين حاضرين إذا كان النائب حاضرًا مع المتعاقد الآخر، مهما كان الأصيل بعيدًا عن مجلس العقد.

لذلك فإنه يعتد بإرادة النائب ويشترط فيها أن تكون خالية من عيوب الرضا وهي الغلط، الإكراه، التدليس، الاستغلال، وإلا كان العقد الذي يقوم به قابلاً للإبطال، كما أنه ينظر إلى حسن النية أو سوءها لدى النائب لا لدى الأصيل.

غير أنه إذا كان الوكيل يتصرف طبقاً لتعليمات محددة صدرت إليه من الأصيل، فإن نية هذا الأخير هي التي تأخذ في الاعتبار دون نية الوكيل⁽²⁾.

مثال ذلك: أن يوكل شخص شخصاً لشراء سلعة معينة بثمن محدد، وكان في هذه السلعة عيب يجهله الوكيل، ويعلم به الموكل، مع العلم أن الوكيل يقوم بشراء هذه السلعة بالثمن المحدد. في هذه الحالة لا يمكن للموكل أن يرجع على البائع بتصليح ذلك العيب، متمسكاً في ذلك بأن الوكيل كان يجهله، وهذا ما يمكن استخلاصه من نص المادة 2/73 ق م ج⁽³⁾.

أما بالنسبة للأهلية، فيجب أن تراعى فيها أهلية الأصيل، وذلك بأن يكون كامل الأهلية، في حين يكفي أن يكون النائب مميزاً، أي بالغا سن ثلاثة عشر (13) سنة إلى قبل بلوغ سن

(1) منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بآراء الفقه وأحكام القضاء، ط 1، دار تارس للطباعة والنشر، أربيل، العراق، 2006، ص 115.

(2) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 141 و 142.

(3) منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بآراء الفقه وأحكام القضاء، ط 1، دار تارس للطباعة والنشر، أربيل، العراق، 2006، ص 115.

تسعة عشر (19)، هذا ما لم تكن النيابة قانونية، لأن في هذه الأخيرة، القانون هو الذي يحدد النائب.

ثانيا: عدم تجاوز حدود النيابة

يجب أن يلتزم النائب في حدود نيابته، اتفاقية كانت ام قانونية ، فان خرج عنها، ينتج التصرف أثره في ذمة الأصيل، كما أنه لا يلزم النائب، إذ أنه لم يقصد أن يلزم نفسه، ولا يكون أمام المتعاقد الآخر إلا أن يرجع على النائب بالتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة عدم تنفيذ العقد في حق الأصيل.

على أنه يرد على تلك القاعدة حالات استثنائية، فتتخذ فيها تصرفات النائب في ذمة الأصيل بالرغم من تجاوز حدود النيابة أو انتهائها، وهذه الحالات هي:

- **الحالة الأولى:** ترجع إلى فكرة الفضالة، فيكون تجاوز النائب حدود سلطته نفعاً للأصيل، وذلك إذا وجدت فرصة سانحة ولم يستطع الرجوع إلى الأصيل، وكانت الظروف يغلب معها الظن أن الأصيل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف، وعلى النائب في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الأصيل بخروجه عن حدود النيابة⁽¹⁾.

- **الحالة الثانية:** ترجع إلى فكرة النيابة الظاهرة، فقد تقوم ظروف تحمل الغير المتعاقد مع النائب، وفقاً لأسباب معقولة وبحسن نية إلى الاعتقاد بأنه يتعامل مع النائب وفي حدود سلطته، خاصة بالنسبة للنيابة الاتفاقية التي تتم غالباً بالإرادة المنفردة، فمن الضروري حماية الغير المتعامل مع النائب الذي يجهل أن الأصيل قد أنهى عقد الوكالة، خاصة إذا ترك سند النيابة في يد النائب، فهنا تقرر حماية وفقاً للأوضاع الظاهرة، ويسمى النائب هنا **بالنائب الظاهر**، وتنتج النيابة آثارها في مواجهة الأصيل⁽²⁾ طبقاً لنص المادة 76 ق م ج⁽³⁾.

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 145.

(2) فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 11.

(3) نصت المادة 76 ق م ج على أنه: «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».

- **الحالة الثالثة:** أن يكون هناك إقرار من طرف الأصيل لتصرف النائب، إذ أن الإقرار اللاحق كالإذن السابق، ويسري أثر العقد إلى الأصيل من يوم إبرام العقد، لا من يوم صدور الإقرار.

- **الحالة الرابعة:** وهي تواجه إنهاء سلطة النائب في النيابة، ويعد استمرار النائب في التصرف باسم الأصيل، رغم انقضاء نيابته خروجاً عن حدود النيابة، إلا أنه حماية للغير حسن النية، ولاستقرار المعاملات، فقد قرر القانون أنه في حالة كون النائب ومن تعاقد معه مجهلان انتهاء النيابة، كما في حالة وفاة الموكل أو عزل النائب دون وصول إقرار العزل إليه، فإن التصرف يعد أنه قد تم من النائب بوصفه هذا وتتصرف آثاره إلى الأصيل إن كان حياً، وإلى ورثته من بعده إن كان قد مات (1).

ثالثاً: تعامل النائب باسم الأصيل

لا يكفي أن يكون النائب معبراً عن إرادته في حدود النيابة، بل يجب أيضاً أن يكون تعامله مع الغير باسم الأصيل، فلو تعامل الوكيل باسمه لما كانت هناك نيابة، وتكون الوكالة في هذه الحالة مقصورة على علاقة الوكيل بالموكل، وهذا ما يعرف بالاسم المستعار أو المسخر، ومن ثم يضاف أثر العقد إلى الوكيل دائماً أو مديناً، ولا يضاف إلى الموكل، ويرجع الموكل على الوكيل بمقتضى عقد الوكالة الذي تم بينهما (2).

على هذا الأساس، يجب على النائب عند تعاقد مع الغير أن يتعامل باسم الأصيل، وهذه النية قد يفصح عنها أو تفهم ضمناً من الظروف. مثل قبطان سفينة يتعاقد عن صاحبها.

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 146 و 147.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، نظرية الالتزام بوجه عام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1952، ص 192.

كما يجب أن يتحقق التعاقد باسم الأصيل أيضا عند الغير الذي يتعاقد مع النائب، فإذا كان النائب يعمل باسم الأصيل لكن الغير يتعامل معه لشخصه، فالنيابة لا تقوم، والعقد لا يتم لا مع النائب لأنه لا يتعامل لحسابه، ولا مع الأصيل لأن الغير لا يقصد التعامل معه⁽¹⁾.

لكن إذا كان النائب يعمل باسمه، والغير يتعامل باسم الأصيل، أضيف العقد إلى الأصيل، وهذا ما نصت عليه المادة 74 ق م ج، وهما حالتين:

- إن كان من المفروض حتما أن الغير يعلم بوجود النيابة.

- أو كان يستوي عند الغير أن يتعامل مع الأصيل أو النائب⁽²⁾.

الفرع الثالث: آثار النيابة في التعاقد

ترتب النيابة آثارها فيما بين الأصيل والنائب (الفرع الأول)، وبين الأصيل والغير (الفرع الثاني)، وبين النائب والغير (الفرع الثالث).

أولا: آثار النيابة بالنسبة للنائب والاصيل

النيابة علاقة قانونية تخول النائب سلطة التصرف باسم الأصيل ولحسابه، وقد يكون مصدر النيابة الاتفاق، ومن ثم يجب أن يعمل النائب في حدود سلطاته، وإلا كان مسؤولا أمام الأصيل مسؤولية عقدية، أو يكون مصدر النيابة القانون أو القضاء، فإذا قام النائب بأعمال تتعارض مع مصالح من ينوب عنه، كان مسؤولا على أساس المسؤولية التقصيرية.

وإذا أنشأ العقد حقا كان صاحبه هو الأصيل، فلا يستطيع النائب مطالبة الغير بتنفيذ العقد، وكذلك إذا أنشأ العقد التزامات فلا يضمنها النائب، ويكون مسؤولا عن تنفيذها إلا إذا كانت النيابة شاملة لإبرام التصرف وتنفيذه⁽³⁾.

(1) عبدالرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص 199 و 200.

(2) المادة 75 ق م ج.

(3) فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 13.

ثانيا: اثار النيابة بالنسبة للاصيل والغير

يتعاقد الغير مع النائب لكنه يرتبط بالعقد مع الأصيل، ويصبح كل منهما طرفا في العقد، ويستطيع الغير أن يتعامل مع الأصيل كما لو أنه أبرم العقد مع الأصيل ذاته، ومن ثم له أن يطالب الأصيل بكافة الحقوق الناشئة عن العقد ودون أن يكون له حق الرجوع على النائب الذي تعاقد معه، إلا إذا كان نائبا أيضا عن الأصيل في تنفيذ العقد أو كان كفيلا له، كما له الرجوع على النائب إذا صدر منه خطأ في حقه أثناء التعاقد وغير ذلك، فإن العلاقة تكون بين الغير والأصيل⁽¹⁾.

ثالثا: اثار النيابة بالنسبة للنائب والغير

يعمل النائب باسم الأصيل كما قدمنا سابق، فأثر العقد لا يلحقه هو بل يحق الأصيل، ويترتب على ذلك أن النائب لا يستطيع مطالبة الغير بحق من الحقوق الذي 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 بخطئه، حتى إذا قصر في أداء مهمته صار مسؤولا عن هذا التقصير، إما نحو الغير الذي تعاقد معه وإما نحو الأصيل نفسه، أو نحو الاثنين معا⁽²⁾.

المطلب الثالث: تعاقد الشخص مع نفسه

أثارت مسألة تعاقد الشخص مع نفسه في النظر جدلاً طويلاً حول صحة هذا التصرف ذلك ان كل عقد يفترض تلاقي إرادتين متميزتين في صورة إيجاب يصدر من أحد الطرفين وقبول يصدر من الطرف الآخر. فالتعاقد مع النفس لا يتفق إذاً مع طبيعة العقد ذاتها لأننا لا نجد إلا شخصاً واحداً وإرادة واحدة يتمثل فيها الإيجاب كما يتمثل فيها القبول. ولهذا رأى جانب

(1) علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، دار موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص 9 و 10.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 200.

من الفقه ان التعاقد مع النفس هو استحالة قانونية وأن التعبير ذاته "التعاقد مع النفس" تعبير لا معنى له لأن لفظ التعاقد بذاته يستلزم طرفين متعاقدين ولا يستقيم بطرف واحد⁽¹⁾، فالعقد من الناحية الفنية يستلزم وجود إرادتين صادرتين من طرفين يصدر كل منهما تعبيراً خاصاً عن إرادته . وهذا غير متحقق في حالة التعاقد مع النفس إذ لا يوجد إلا شخص واحد ذو إرادة واحدة⁽²⁾.

وعليه سنقوم بتحديد الأساس القانوني الذي تستند إليه فكرة التعاقد مع النفس (الفرع الأول)، وموقف التقنيات المدنية المختلفة من مثل هذا النوع من التعاقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأساس القانوني لفكرة تعاقد الشخص مع نفسه

أورد المشرع المدني الجزائريّ عامًا يحظر تعاقد الشخص مع نفسه، عدا بعض الحالات الاستثنائية، وهذا حسب ما نصت عليه 77 ق م ج المقابلة لنص المادة 108 ق م م، إذ جاء فيها أنه: «لا يجوز لشخص ان يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل هذا مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضي به القانون و قواعد التجارة». وعلى هذا سار المشرع العراقي في المادة 952 ق م ع، ومنه فإن فكرة النيابة تؤدي إلى أنه يمكن أن يتعاقد الشخص مع نفسه وذلك في حالتين:

الحالة الأولى: أن يبرم الشخص العقد بصفته أصيلاً عن نفسه ونائباً عن غيره، كما إذا وهب الأب بصفته الشخصية ماله لابنه أو قبل بصفته ولياً عنه، وكما إذا اشترى لنفسه شيئاً مملوكاً لغيره وكل في بيعه.

(1) جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، مصر، 1954، ص 226.

(2) عبد المنعم البدر، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، ج2، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1968، ص

الحالة الثانية: أن يبرم العقد بصفته نائباً عن طرفين، كما إذا وكل شخص آخر في بيع شيء معين، فيشتريه لشخص ثالثاً، وكله في شرائه على ما تبين الصورتين، بحيث يقوم شخص واحد بإبرام العقد، وتحل إرادته الواحدة محل إرادتين⁽¹⁾.

الفرع الثاني: موقف القوانين المقارنة من مسألة تعاقد الشخص مع نفسه

لم تتفق التشريعات المدنية الوضعية على موقف موحد من حالة تعاقد الشخص مع نفسه منها من يجيزه في الأصل، كالقانون الفرنسي. أما المشرع الجزائري(المادة77ق م ج) فقد حذا حذو المشرع المصري(المادة108ق م ج) فلم يجر هذا النوع من التعاقد كأصل عام وسمح به في حالات استثنائية، فقد يعود سبب المنع الى كون النائب ينفرد للتوفيق بين مصلحتين متعارضتين وهذا ما يؤدي الى التضحية بمصلحة أحد المتعاقدين على حساب المتعاقد الاخر فمصلحة البائع أن يبيع بضاعته بأعلى ثمن ومصلحة المشتري أن يشتريها بأدنى ثمن.

وتزداد خطورة التعاقد مع النفس عندما يكون أصيلاً عن نفسه ونائباً عن غيره حيث سيقدم حتماً مصلحته الشخصية عن مصلحة الغير وهو ما يتعارض مع مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود المنصوص عليها في المادة 107 من القانون المدني الجزائري، وكذا نصوص المواد 77 و 410 و 412⁽²⁾ ق م ج، التي حظرت مثل هذا النوع من التعاقد.

غير أن هذا الأمر ليس مطلقاً وإنما حسب المادة 412 ق م ج يصح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين (410-412) إذا أجازته من تم البيع لحسابه، ومنه فإن الشخص يستطيع أن يتعاقد مع نفسه في الحالات التالية:

- إذا وجد نص في القانون يجيز ذلك، كما في حالة الولاية على المال، بحيث يمكن للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء كان لحسابه أو لحساب شخص آخر.

- إذا رفض الأصيل أو من يقوم مقامه في ذلك، فالمنع مقصود به رعاية مصلحة الأصيل، ولهذا كان له أن يقر العقد بعد تمامه، وله أن يأذن به مقدماً.

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 150.

(2) انظر المادتين 410، 412 ق م ج.

- إذا قضت التجارة بغير ذلك، ومثاله جوزا مباشرة الوكيل بالعمولة⁽¹⁾ عقد البيع عن طرفيه وفقا للقانون التجاري

المبحث الثاني: انصراف آثار العقد إلى خلف المتعاقدين

إن العقد الذي يبرم بين طرفيه الأصليين يترتب آثارا قد تمتد إلى أطراف أخرى، وتعد هذه الفئة الأخيرة من المتعاقدين التبعيين، لأنهم لم يشاركوا في إبرام العقد من جهة، ولم يعبروا عن إرادتهم في إبرام العقد من جهة أخرى، لكن تنصرف إليهم آثار العقد بشكل طبيعي ومنطقي، فهم يشاركون في تنفيذ العقد بالرغم من أنهم لم يشاركوا في تكوينه.

لذلك سنتعرض إلى انصراف الحقوق والالتزامات التي تمثل آثار العقد إلى كل من الخلف العام (المطلب الأول)، والخلف الخاص (المطلب الثاني)، والدائنين (المطلب الثالث).

المطلب الأول: انصراف آثار العقد إلى الخلف العام

يعد الخلف العام من المتعاقدين، إذ تعود إليه آثار العقد من حقوق والتزامات مع مراعاة الحدود الواردة في المادة 108 ق م ج⁽²⁾.

كما نلاحظ أنه لم يرد تعريف قانوني للخلف العام، مما ترك المجال واسعا أمام الفقه لتولي هذه المهمة، إذ عرفه السنهوري بأنه: «هو من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات أو في جزء منها، باعتباره مجموعا من المال، كالوارث، والموصى له بجزء من التركة في مجموعها⁽³⁾».

(1) الوكيل بالعمولة: يقصد بها قيام شخص يسمى الوكيل بالعمولة بإبرام تصرف أو القيام بعمل قانوني مع الغير باسمه الشخصي، ولكن لحساب الموكل الذي كلفه بإجراء هذا التصرف، وذلك لقاء حصوله على اجر يطلق عليها العمولة.

(2) نصت المادة 108 ق م ج على انه: «ينصرف اثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل او من نص القانون ان هذا الاثر لا ينصرف الى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث».

(3) عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 541.

كما أن هناك من عرفه بأنه: «هو من يخلف السلف في ذمته المالية كلها أو جزء منها باعتبارها مجموعة أموال، ويكون الخلف العام إما الوارث لكل الشركة أو جزء منها، أو الموصى له في جزء منها، ولا تلحق هذه الصفة بالشخص إلا في حالة وفاة السلف فقط»⁽¹⁾.

وعليه نلاحظ أن التعريف الثاني أكثر دقة في تحديد المفهوم الصحيح للخلف العام، عندما ذكر عبارة "ولا تلحق هذه الصفة بالشخص إلا في حالة وفاة السلف فقط".

يفهم من التعريفين السابقين أن الوارث والموصى له يعدان من الخلف العام الذي تنتقل اليهما ملكية أعيان التركة، أي مجمل الحقوق المالية، مستثناة من ذلك الحقوق المنتهية قانوناً بموت المورث، مثل حق الانتفاع، والحقوق المالية ذات الطبيعة الخاصة، مثل النفقة، والحقوق غير المالية، مثل الطلاق والولاية... إلخ.

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

إن الحقوق هي من بين الآثار التي تولدها العقود إلى جانب الالتزامات، ومن ثم فإن جميع التشريعات تتفق على أن الحقوق الناتجة عن عقد أبرمه السلف تنتقل إلى الخلف العام، إذ تتصرف إلى هذا الأخير آثار العقود التي يبرمها سلفه فيما ترتبه من حقوق، فإن كان السلف دائناً وأبرم رهناً 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، أي الخلف العام، إذ يرقى إلى مرتبة سلفه فيما أبرمه من عقود مع الغير، وقد نصت المادة 108 ق م ج السالفة الذكر على ذلك، لكن يشترط في الحق أن يكون قابلاً للانتقال إلى الخلف العام، فإن كان القانون لا يسمح بانتقاله كحق الانتفاع الذي ينتهي بموت صاحبه، فلا يمكن نقله إلى الخلف العام⁽²⁾.

(1) محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، ج 1، ط 2، د ن، تونس، 1997، ص 393.

(2) فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 22.

إضافة إلى ذلك، نجد أن الحقوق المالية ذات الطبيعة الخاصة، مثل النفقة، والحقوق غير المالية، مثل الطلاق والولاية، لا يمكنها أن تكون موضوعا لانتقال الحقوق الناتجة عن عقد أبرمه السلف إلى الخلف العام⁽¹⁾.

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

اختلفت الآراء الفقهية حول مدى انتقال الالتزامات إلى الخلف العام بعد موت السلف، إذ تضاربت الآراء حول ما إذا كانت التركة تنتقل إلى الخلف العام بمجرد موت المورث، ومن ثم تنتقل الحقوق والالتزامات إلى الخلف العام من ذلك الوقت أو يتأخر ذلك الانتقال إلى حين سداد الديون.

لذلك سنتطرق إلى آراء المذاهب الفقهية الإسلامية في هذه المسألة (أولاً)، ثم نبين موقف القانون الوضعي منها (ثانياً).

أولاً: رأي المذاهب الفقهية الإسلامية

1- رأي الحنفية

ذهب فريق من الحنفية إلى أن التركة إذا كانت مدينة عند الوفاة، سواء كان الدين مستغرقاً لها أو غير مستغرق، فلا تنتقل إلى الورثة، إذ يحول الدين دون ذلك، وذهب فريق آخر إلى أن التركة المدينة تنتقل إلى الورثة مع تعلق الدين بها، وذلك إذا كانت غير مستغرقة بالدين، وهذا رأي جمهور الحنفية⁽²⁾.

(1) حسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ج 1، ط 1، مصادر الالتزام: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والمقارن، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2002، ص 175.
(2) فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 23.

وقد افترض الحنفية استمرار شخصية الميت إلى حد سداد الديون، وهو مجرد افتراض لتبرير تصفية ديون التركة بعد وفاة المورث، دون أن تختلط أموال المورث بأموال الوارث⁽¹⁾.

2- رأي الشافعية والحنابلة

القول المشهور عندهم، أنه تنتقل التركة ولو كانت مستغرقة بالدين، إلى الورثة مع تعلق الدين بها، ويستندون في ذلك إلى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من ترك حقا أو مالا فلورثته»، وأن التركة لو لم تنتقل إلى الورثة وقت موت المورث لكان يستحقها كل من كان غير وارث لمانع وقت الوفاة وزوال المانع قبل سداد الدين، وهذا أمر باطل وغير مستقيم شرعا⁽²⁾، إذ حسب الفقه الحنبلي أن الملكية تنتقل فوراً بموت المورث، وتمر الحقوق والديون إلى الزمة المالية للوارث، وتختلط أموال المورث وأموال الوارث، ويجوز لدائني المورث التنفيذ على أي مال من أموال الزمة المالية للوارث، لكن دوماً في حدود ما خلفه المورث.

كما ذهب معظم المذاهب الإسلامية إلى القول في حال تصرف الوارث في أعيان التركة قبل سداد الديون، إما ببطلان التصرف أو بصحته مع توقف نفاذه على إجازة الدائن، وذلك حماية لحقوق الدائنين⁽³⁾.

3- رأي المالكية

بالنسبة للمالكية، فإن رأيهم كان واضحاً في هذه المسألة، إذ تبقى على ملك الميت بعد وفاته، وذلك حتى تسدد ديونه سواء كان الدين مستغرقة للتركة أو لا⁽⁴⁾، وذلك لقوله تعالى: «من

(1) علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزامات، أحكام الالتزامات، ط 1، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2014-2015، ص 333.

(2) فريدة زاوي، المرجع السابق، ص 23.

(3) علي كحلون، المرجع السابق، ص 333.

(4) رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية والأصلية، ج 1، مصادر الحقوق العينية والأصلية، بيروت، لبنان، 1985، ص 60.

بعد وصية يوصى بها أو دين»⁽¹⁾، فإذا أبرم المورث عقدا رتب في ذمته ديناً، ومات قبل الوفاء به، فإن الدين، أي الالتزام، لا ينتقل إلى الخلف العام، بل على ملك الميت⁽²⁾.

لكن ما يلاحظ هنا، أنه بهذا المنطق، فإن الذمة المالية تستمر بعد وفاة المورث أو الموصي، وهذا أمر يخالف المنطق والواقع.

ثانياً: موقف التشريعات الوضعية

1- في القانون الفرنسي

برجوع لنص المادة 1122 نجدان الوارث مكملًا لشخصية المورث، ويحل محله في ذمته المالية بكل ما تعلق بها من حقوق والتزامات، فتتصرف إليه جميع آثار العقود التي أبرمها مورثه حقوقاً كانت أم التزامات⁽³⁾.

يفهم من هذا كله أن الوارث يلتزم بتسديد ديون السلف بماله الخاص، عندما تكون التزامات المورث تزيد عن قيمة جميع حقوقه، وعليه يصبح الشخص متعاقداً مع الآخرين لحساب نفسه وورثته.

2- في القانون المصري

تضمنت المادة 145 ق م م قاعدة الميراث الأساسية التي قيدت بها انصراف أثر العقد إلى الخلف العام، إذ قضت المادة المذكورة بما يلي: «لا تركة إلا بعد سداد الديون»، وهو الأمر ذاته في التشريعات العربية الأخرى، حيث لا نجد اختلاف في هذه المسألة في جل التشريعات العربية⁽⁴⁾.

(1) سورة النساء، الآية رقم 12

(2) فريدة زاوي، المرجع السابق، ص 23.

(3) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، المجلد الأول، ج 2، ط 4، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الكتب القانونية، مصر، 1987، ص 573.

(4) سليمان مرقس، المرجع نفسه، ص 573.

يفهم من ذلك، أن الوارث لا تنتقل إليه التركة إلا بعد سداد الديون، ومنه فإن الشخص يتعاقد مع الآخرين لحسابه وليس لحساب ورثته.

3- في القانون المدني الجزائري

هذا المشرع الجزائري حذو التشريعات العربية الأخرى التي طبقت أحكام الميراث في قوانينها، والتي يرجع فيها إلى قواعد الفقه الإسلامي التي تقضي بالمبدأ القائل " لا تركة إلا بعد سداد الديون"، إذ لا يمكن للوارث أن يستفيد مما تبقى من التركة إلا بعد سداد الديون⁽¹⁾ ولهذا كان من الواضح ان تنص المادة 108مديني جزائري على ان السلف لا يشترط لمصلحة الخلف، اذ ان الامر متعلق بالحقوق فقط وبالتالي يظهر جليا للقارئ ان الخلف العام غير مسؤول عن الالتزامات الناتجة عن عقد ابرمه سلفه⁽²⁾.

الفرع الثالث: حالات عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام

هناك حالات لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام رغم بقاء هذا الأخير خلفا، وهناك حالات يتغير فيها وصف الخلف العام، إذ يصبح من الغير.

لذلك سنتطرق إلى عنصرين وهما عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام مع بقاءه خلفا (أولا)، وعدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام باعتبارهم من الغير (ثانيا).

أولا: حالات عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام مع بقاءه خلفا

بالرجوع إلى نص المادة 108 ق م جنسنتج أن العقد تنصرف آثاره إلى الخلف العام كقاعدة عامة، لكن هناك استثناءات يمكن أن تحول دون انصراف هذه الآثار إلى الخلف العام وهي:

(1) العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، ط 6، التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 207.

(2) فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 26.

1- عدم انصراف اثر العقد الى الخلف العام بالاتفاق المتعاقدين

حسب القاعدة المعروفة العقد شريعة المتعاقدين، فإذا أراد المتعاقدين أن تقتصر آثار العقد على شخص المتعاقد فلا تنتقل إلى الوارث من بعده، بشرط ألا يكون عدم انتقال هذا الحق أو الالتزام إلى الخلف العام مخالفا للنظام العام.

مثلا: يجوز أن يتفق المتعاقدان في بيع على أن يمنح البائع المشتري أجلا لسداد الثمن، دون أن ينتقل هذا الحق إلى ورثته، لكن لا يجوز أن يشترط البائع على المشتري أن ما تبقى من أقساط الثمن بعد موت البائع يدفع إلى أحد الورثة دون الآخرين إلا في حدود الوصية⁽¹⁾، وبهذا فإن إرادة المتعاقدين هي الأصل في تحديد مدى انصراف أثر العقد إلى الخلف العام متى كانت لا تخالف النظام العام.

2- إذا كانت طبيعة الحق أو الالتزام الناشئ عن العقد تأبى أن ينتقل من المتعاقد إلى

خلفه العام

ومثال ذلك إذا حصل شخص على حق انتفاع بموجب عقد، فإن هذا الحق لا ينتقل من بعده إلى ورثته، لأن حق الانتفاع تقضي طبيعته القانونية بأن ينقضي بموت صاحبه⁽²⁾، ونجد أيضا وضع الإيراد مدى الحياة، إذ نصت المادة 613 ق م ج على أنه: «لا يجوز للشخص أن يلتزم بأن يؤدي إلى شخص آخر مرتبا دوريا مدى الحياة بعوض أو بغير عوض...».

كما يعد حق النفقة حقا شخصيا، وهو غير قابل للانتقال، وتمنع طبيعة التعامل أيضا في الحالات التي يكون الشخص المتعاقد المتوفى محل اعتبار، كالعامل أو الرسام، أو المحامي، أو الوكيل⁽³⁾، ففي هذه الحالات لا يعد موت المتعاقد انقضاء الالتزام على عاتقه، ولا ينتقل هذا الالتزام إلى ورثته، مثل لاعب كرة قدم أبرم عقدا لمدة عامين مه فريق رياضي، وتوفي بعد مرور ستة أشهر من إمضاء العقد، في هذه الحالة لا يلتزم ورثته بأداء عمل والمتمثل في فترة تكملة فترة اللاعب المتوفى.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 543.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع والموضع نفسهما.

(3) علي فيلاي، المرجع السابق، ص 431.

3- عدم انصراف اثارالعقد الى الخلف العام بحكم القانون

نصت المادة 1/562 ق ت ج على أنه: «تنتهي الشركة بوفاة أحد الشركاء ما لم يكن هناك شرط مخالف في القانون الأساسي». اي ان الوارث لا يصبح شريك بوفاة المورث فعقد الشركة ينتهي بوفاة هذا الاخير. وكذلك ما نصت عليه المادة 852 ق م ج: «ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين فإن لم يعين أجل عد مقررًا لحياة المنتفع، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين...»، إذ يترتب على موت المنتفع انقضاء حق الانتفاع⁽¹⁾.

ثانيا: حالات عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام باعتبارهم من الغير

في هذه الحالة يصبح الخلف العام من الغير، ومن ثم لا ينصرف إليه أثر العقد، وتتمثل في حالتين هما:

1- حالة الوصية

هي تصرف قانوني صادر من المورث، وغير نافذة في حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة، فيعتبرون من الغير بالنسبة للحد الجائز الإيضاء به، فلا يكون نافذا في حقهم إلا إذا أجازوه⁽²⁾، ونصت على ذلك المادة 185 ق أ ج⁽³⁾.

2- حالة تصرف المورث في مرض الموت

يكون المورث في مرض الموت حسب الحنفية عندما يكون مريضا بمرض يمنع صاحبه الخروج من البيت لقضاء حوائجه، وعند الحنابلة بأنه ذلك المرض الذي يخاف منه الهلاك، أما عند المالكية فهو ذلك المرض الذي يحكم أهل الطب العارفين به بكثرة الموت به.

(1) علي فيلالي، المرجع السابق، ص 431.

(2) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 324.

(3) تنص المادة 185 من القانون رقم 11/84 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية العدد 24 الصادر في 12 رمضان عام 1404 هـ الموافق 12 يونيو سنة 1984 م، المعدل والمتمم: «تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث توقف على اجازة الورثة».

يجمع الفقهاء على وجوب توفر شرطان حتى يمكن القول أن هذا المرض يؤدي إلى الموت وهما:

أ- أن يغلب فيه الهلاك عادة

مرجع ذلك للأطباء وأهل الخبرة في تحديد طبيعة المرض الذي يغلب فيه الموت.

ب- أن يعقب مرض الموت، الموت المباشر

يتحقق هذا الشرط سواء كان الموت بسببه أم بسبب آخر أفضى إليه، كالقتل أو الغرق أو الحرق⁽¹⁾.

ويضيف الأستاذ السنهوري شرطا ثالثا وهو أن يقصد المرض المريض عن قضاء مصالحه العادية، وممارسة المهنة⁽²⁾، إلا أنه ليس بلازم لكي يكون المريض مرض الموت أن يلزم الفراش، ولا يقضي حاجاته العادية والمهنية، بل يكفي لهذا المرض أن يتسبب بموت هذا المريض، كالسرطان والذبحة الصدرية...إلخ.

كما نجد أيضا ان المشرع الجزائري لم يعرف مرض الموت تاركا هذه المهمة للفقهاء والقضاء.

لكن ما يهمنا من كل هذا أن الوارث في الأصل لا يعد من الغير، وأن الشخص له مطلق الحرية في إبرام تصرفاته المالية حال حياته، وتتصرف آثار هذه التصرفات إلى الخلف العام، غير أن هناك حالة نص عليها القانون، وهي إذا أثبت الوارث أن التصرف صدر من مورثه في فترة مرض الموت، فيصبح هنا من الغير، فلا يحتج عليه بتاريخ السند إلا إذا كان ثابتا حسب نص المادة 408 ق م ج.

(1) فاطمة اسعد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري: دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص 381.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 4، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول، البيع والمقايضة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص 314.

لهذا إذا أثبت الوارث أن التصرف صدر مورثه في هذه الفترة، فإن احتمال قيام المورث بهذا التصرف إضرارا بحق الورثة والتحايل على قواعد الإرث يعد من النظام العام، لهذا يجوز إثباته بأنه صدر في مرض الموت⁽¹⁾.

في هذا الصدد، نصت المادة 408 ق م ج على أنه: «إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة.

أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال.»

يتبين من خلال نص هذه المادة أن التصرفات كالهبة والبيع والإقرار والوقف إذا وقعت في مرض الموت، فإن هذه التصرفات جميعا لا تضر المورث لأنها لا تحرمه من ماله حال حياته، لكن تضر الوارث، لذا قررت الشريعة الإسلامية حماية الوارث من تصرفات مورثه، إذ لا تكون هذه التصرفات نافذة في حق الوارث إلا في حدود ثلث التركة⁽²⁾، ومن ثم يأخذ التصرف حكم الوصية، ويترتب على ذلك أنه إذا باع المورث عينا وهو في مرض موته لوارث أو لغير وارث وكانت تزيد عن ثلث التركة، فإن البيع لا يسري في حق الورثة فيما يزيد عن الثلث إلا إذا أجازوه. وعليه لا يكون عقد البيع حجة عليهم إلا إذا كان ثابت التاريخ، فلو أن تاريخ العقد العرفي يرجع إلى عهد كان المورث فيه غير مريض لم يكن هذا التاريخ حجة عليهم، ولهم أن يثبتوا بجميع طرق الإثبات أن هذا التاريخ قد قدم عمدا حتى لا يظهر أن العقد صدر في مرض الموت⁽³⁾.

كما يستشف من نص المادة 408 ق م ج أن بيع المريض مرض الموت يكون صحيحا بين العاقدين، لكنه غير نافذ في باقي الورثة إلا إذا أقره، وبالنص على إقرار باقي الورثة

(1) فريدة زاوي، المرجع السابق، ص 34.

(2) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 577.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 544 و 545.

للبيع، يكون المشرع الجزائري قد تفادى الخلط بين الإجازة والإقرار، فلفظ الإجازة يعبر عن التصوير الشرعي، ولا تكون الإجازة من طرف المتصرف، أما لفظ الإقرار فإنه يعبر عن التصوير الوضعي⁽¹⁾.

المطلب الثاني: انصراف أثر العقد للخلف الخاص

يعد الخلف الخاص الأشخاص الذين تتصرف إليهم آثار العقد من حقوق والتزامات، لكن وفق الشروط الواردة في نص المادة 109 ق م ج التي تضمنت ما يلي: «إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى الخلف الخاص، فإن هذه التزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه.».

وعليه سنقوم بتعريف الخلف الخاص (الفرع الأول)، ثم تحديد ضوابط انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص (الفرع الثاني)، وأخيرا حالة عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص باعتباره من الغير (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الخلف الخاص

لم يرد تعريف قانوني للخلف الخاص، مما ترك للفقهاء تولي هذه المهمة، إذ من بين التعريفات الواردة في هذا الخصوص، نذكر:

عرفه خليل أحمد حسن قدارة بأنه: «هو من ينتقل إليه حق خاص من الحقوق العينية منها أو الشخصية أو المعنوية أو دين من ديون السلف الثابتة في ذمته المالية بإحدى الاتفاقات الناقلة للحقوق أو بنص القانون»⁽²⁾.

(1) ارشاد السيد إبراهيم عامر، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنا بالشريعة الإسلامية والقوانين الأخرى، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، 1989، ص 65.
(2) خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 1، ط 4، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 198.

وهناك من عرفه بأنه: «الشخص الذي يخلف سلفه في شيء معين أي تلقاه منه سواء كان التلقي بعوض أو تبرع، أو يخلفه في حق معين، سواء كان الحق عينيا كالملكية والارتفاق، أو شخصا كما في حالة حوالة الحق أو الدين، أو معنويا»⁽¹⁾.

يتضح من خلال هاذين التعريفين أن الخلافة الخاصة لا تقع إلا على الحقوق عينية كانت أم شخصية أو معنوية، ولا تقع على الأشياء، لأن الحقوق وحدها هي التي تقبل الاستخلاف فيها دون الأشياء، كما أن مصادر الخلافة الخاصة تتمثل في كل التصرفات القانونية الناقلة للحقوق والالتزامات ونص القانون، وقد توجد هذه الخلافة أثناء حياة الأشخاص، وقد توجد بعد موت أحد الأشخاص، كما في الوصية عندما تنصب على جزء معين من التركة المتوفي، وهذا على خلاف الخلافة العامة التي لا تنشأ إلا بعد موت السلف⁽²⁾.

وهناك من يرى أن من تقرر له حق شخصي في ذمة شخص آخر فلا يعد خلفا خاصا له، بل يعد دائئا له، كما هو الشأن في علاقة المستأجر بالمؤجر⁽³⁾، لكن يلاحظ أن حق المستأجر وإن كان حقا شخصيا، فهو أيضا حق متعلق بشيء معين بالذات، ويعد المستأجر في حكم الخلف الخاص فيما يخص العين المؤجرة؛ فهو مثلا لا يحتج عليه بعقد بيع العين المؤجرة إلا إذا كان العقد ثابت التاريخ، وسابقا على عقد الإيجار⁽⁴⁾.

بناء على ما سبق، يتضح أن الخلف الخاص لا يخلف السلف في ذمته المالية، كما هو الحال في الخلافة العامة، بل يخلفه في ملكية شيء مادي أو معنوي أو حق عيني على هذا الشيء؛ فالمشتري مثلا يخلف البائع خلافة خاصة في الشيء المبيع، وكذلك بالنسبة للموهوب له والدائن المرتهن.

(1) عبد الرزاق دربال، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 58.

(2) خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص 119.

(3) أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، ص 207.

(4) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 564.

ويلاحظ أنه لا يعد خلفا خاصا من تملك العين بالتقادم، لأنه لم يتلف العين من المالك السابق، بل اكتسبها بطريق أصلي أي لم تنتقل من المالك السابق إلى المالك اللاحق، بل انتقلت بالتقادم.

وإذا استرد البائع العين المباعة من المشتري بعد فسخ العقد، فلا نكون أمام خلافة خاصة، لأن الملكية عادت إلى صاحبها⁽¹⁾، وكأن العقد لم يبرم مسبقا، لأن العقد بعد فسخه يصبح لا وجود له من الناحية القانونية، فيعاد كل من المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد.

وكذلك بالنسبة للعقد بعد إبطاله، فإذا استرد البائع ملكية الشيء بعد بطلان عقد البيع، فلا يعد خلفا خاصا للمشتري، إذ يترتب على إبطال أي تصرف أن يصبح هذا التصرف غير منتج لأي أثر قانوني، فأثر البطلان نفسه لا يظهر بالنسبة للمستقبل مثلما يظهر بالنسبة للماضي، إذ يعود الطرفان إلى الوضع الذي كانا عليه قبل إجراء التصرف، وهذا أيضا بمقتضى الأثر الرجعي للبطلان، وينتقل الحق إلى الخلف الخاص بالحالة التي كان عليها في ذمة السلف بما له وما عليه، فإذا كانت عليه تكاليفا مقررة لمصلحة الغير، انتقل الحق إلى الخلف الخاص محملا بها، كالرهن أو الكفالة العينية، فهي حقوق عينية تتبع العين في حقوق انتقلت معها، متى كانت هذه الحقوق قابلة للانتقال على الوجه السالف الذكر، فحق الارتفاق المقرر لمصلحة العقار قبل شرائه ينتقل إلى الخلف الخاص لذات العقار⁽²⁾.

الفرع الثاني: شروط انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص

استنادا لنص المادة 109 ق م ج، فإنه يوجد ضوابط حتى تنتقل الآثار من السلف إلى الخلف الخاص، سواء كانت هذه الآثار حقوقا أو التزامات.

إن لكي يتحقق انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص ينبغي أن يكون هناك اتصال للحقوق والالتزامات بالحق المستخلف فيه (أولا)، وأسبقية وجود هذه الحقوق والالتزامات على

(1) فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 36.

(2) فريدة زواوي، المرجع والموضع نفسهما.

تاريخ انتقال الحق المستخلف فيه للخلف الخاص (ثانياً)، ووجوب علم الخلف الخاص بالالتزامات والحقوق حتى تنتقل إليه (ثالثاً).

أولاً: اتصال الحقوق والالتزامات بالحق المستخلف فيه

تكون العقود التي سبق للسلف أن أبرمها متصلة بالحق المستخلف فيه إذا ما ترتب عليها التزامات من شأنها أن تحد من منفعة الحق المتصلة به، أو تحد من كيفية استعماله، أو ترتب له حقوقاً من شأنها أن تزيد من منفعة الحق المستخلف فيه، وذلك بدرء الخطر عنه أو المحافظة عليه؛ فلو باع شخص عيناً من الأعيان إلى شخص آخر، وكان البائع قد اقترض مبلغاً من النقود لأغراضه الشخصية قبل نقل الملكية العين، ففي هذه الحالة لا تثور مسألة انصراف مثل هذا الالتزام، وذلك لعدم اتصال القرض بالعين، حتى ولو كانت العين تدخل في الضمان العام للدائن⁽¹⁾، فانتقال الحقوق إلى الخلف الخاص يجب أن يكون مكملًا للشيء، ومثال ذلك الحق في الضمان لا يمكن تصوره بدون وجود الشيء المضمون، أي لا يمكن فصل الحق عن ذلك الشيء.

في هذا الصدد، أصدر القضاء الفرنسي عدة أحكام منها حكم "ديجون" في 28 نوفمبر 1866، حيث جاء في حيثيات الحكم أن الأخوين جوزيف وديجون قاما باستغلال مصنع للقبعات في شالوت، وفي سنة 1847 قرر ديجون الانسحاب، وتعهد إلى أخيه بعدم القيام بنفس التجارة في نفس البلدة، أي بعدم المنافسة، وذلك تحت شرط جزائي قدره 10.000 فرنك، ثم قام جوزيف ببيع مصنعه بدون التعرض في عقد البيع للتعهد الذي كان بينه وبين أخيه، فاعتبره أخوه "ديجون" نفسه قد تحلل من التزامه، فقام بإعادة تشغيل مصنعه السابق، فرفع الخلف الخاص لجوزيف دعوى أمام محكمة ديجون، فأصدرت حكماً لصالحه، وذلك في 18 نوفمبر سنة 1886، وبعد الطعن بالنقض أمام محكمة النقض الفرنسية، أقرته وذلك استناداً إلى المادة 1122 ق م ف، باعتبار أنه عندما تعاقد جوزيف مع ديجون تحت شرط عدم المنافسة، انتقل هذا الشرط باعتباره حقا إلى الخلف الخاص لجوزيف⁽²⁾.

(1) خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 124.

(2) فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 40.

وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 109 ق م ج السالفة الذكر، على أن الحقوق التي تعد من مستلزمات الشيء تنتقل إلى الخلف الخاص، وهذه القاعدة ليست من النظام العام، فيجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلافها، وعلى عدم انتقال حقوق معينة للخلف الخاص⁽¹⁾.

ويرى الأستاذ السنهوري أنه إذا كان ما رتبته السلف هو التزام شخصي كالتزام المؤجر قبل المستأجر، فلا ينتقل هذا الالتزام إلى الخلف الخاص للعين المؤجرة إلا بنص القانون أو باتفاق خاص بين السلف والخلف الخاص⁽²⁾، وهذا ما تضمنته المادة 109 ق م ج، فلا تنتقل الالتزام الشخصي إلا باتفاق وإلا فلا ينصرف هذا الأثر.

ثانياً: أسبقية وجود هذه الحقوق والالتزامات على تاريخ انتقال الحق المستخلف فيه للخلف الخاص

مقتضى هذا الشرط، يجب أن يكون تاريخ العقد ثابتاً حتى يمكن الاحتجاج به على الخلف الخاص، لأنه سابق على انتقال الشيء إليه، وبناء على ذلك يصبح هذا الخلف من الغير بالنسبة لها، ولا تسري في حقه⁽³⁾.

وعليه، إذا كان العقد قد أبرم بعد انتقال الشيء فلا تنصرف آثاره إلى الخلف، وعلى ذلك فإذا باع شخص منزله، وكان قد أمن عليه ضد الحريق قبل البيع، فإن الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد التأمين تنتقل إلى المشتري⁽⁴⁾. أما إذا أبرم عقد التأمين بعد البيع، فلا تنصرف الآثار إلى الخلف الخاص، وهنا تكون أسبقية العقد بمقتضى سند ثابت التاريخ.

(1) فريدة زاوي، المرجع السابق، ص 42.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 551.

(3) يقوتة مزوخ، نطاق مبدأ نسبية أثر العقد بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، تخصص شريعة وقانون، فرع المعاملات المالية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة وهران، 2014-2015، ص 70.

(4) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 326.

وعلى هذا فإن ما يترتب من حقوق والتزامات قبل تاريخ انتقال الحق المستخلف فيه إلى الخلف الخاص هو الذي يمكن انتقاله إلى هذا الأخير، طالما تحققت شروط المادة 109 ق م ج السالفة الذكر.

ويمكن إرجاع ذلك إلى أن الخلف الخاص عندما تلقى المستخلف فيه، كان التصرف الذي رتب هذا الأثر موجودا ومتصلا بالحق، أما ما تم ترتيبه من حقوق والتزامات بعد تاريخ انتقال الحق المستخلف فيه، فلا تنتقل إلى الخلف الخاص، وذلك لعدم وجود هذه الحقوق والالتزامات وقت انتقال الحق المستخلف فيه إلى الخلف الخاص⁽¹⁾، وهذا شرط بديهي، إذ لا يسوغ للشخص أن يبرم عقدا بخصوص العين محل التصرف، وتكون قد انتقلت إلى الخلف، وهنا يكون الشخص قد تصرف في شيء لا يملكه.

ثالثا: وجوب علم الخلف الخاص بالالتزامات والحقوق حتى تنتقل إليه

يجب على الخلف أن يعلم بالحقوق والالتزامات التي تنتقل إليه عند إبرام تصرف القانوني مع السلف، وهذا ما أكدته المادة 109 ق م ج عندما نصت على أنه: «إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقالها إليه»، وهذا الشرط خاص بالالتزامات فقط دون الحقوق، لأن انتقال هذه الأخيرة يكون في صالح السلف، فلا يشترط علمه بها.

لذا، فإن أهمية هذا العلم تظهر بشكل خاص في انتقال الالتزامات، لأنها قيود تنتقل إلى الخلف، فمن العدل أن يكون عالما بها وقت انتقالها إليه⁽²⁾.

ولا يكفي أن تكون الحقوق والواجبات من مستلزمات الشيء حتى يلتزم الخلف الخاص بها، بل يجب أن يكون أيضا عالما بها وقت انتقال الشيء إليه، وتكون العبرة بالعلم الحقيقي لا بالعلم الحكمي⁽³⁾، ومعنى ذلك أن الخلف الخاص عندما يكون في وفي ظروف تسمح له أن

(1) خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 125.

(2) عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 553.

(3) علي فيلاي، المرجع السابق، ص 436.

يعلم بهذه الحقوق أو الالتزامات، أو كان من الضروري أن يعلم نسبة هذه الظروف ولم يعلم بهذه الحقوق والالتزامات، هنا لا تنتقل إليه آثار العقد.

إن الالتزام الشخصي إذا كان يحد من حق الخلف، فهو ينتقل إليه، وإيجار العين التي تنتقل إلى الخلف الخاص يحد من حقه في الاستعمال والانتفاع بالعين، فهذا الالتزام ينقل العين إلى الخلف الخاص ولو لم يكن عالماً به، ومادام أن عقد الإيجار ثابت التاريخ قبل انتقال العين إلى الخلف الخاص⁽¹⁾.

كما نجد أن الشريعة الإسلامية تحرص على سد منافذ النزاع بين المتعاقدين، ولهذا جاءت لتؤكد على هذا الشرط المتمثل في وجوب علم الخلف الخاص بالحقوق والالتزامات عند انتقالها إليه. لذلك فهي تشترط علم الخلف الخاص بالحقوق المنقولة إليه ويتحقق هذا العلم ببيان جنس هذه الحقوق نوعها، لأن هذه الحقوق تزيد من ذمة الخلف الخاص المالية، ولا يعقل عدم علمه بمصدر هذه الزيادة، وفي الالتزامات التي تقيد من استعمال ملكية الخلف الخاص، فإنه يشترط علمه بها درء للضرر ونفياً للجهالة⁽²⁾، لكن هناك من يرى أن شرط العلم يفترض من خلاله قبول الخلف الخاص الضمني بهذه الحقوق وهذه الالتزامات، ولكننا لسنا في حاجة لمثل هذا الشرط، لأنه مفترض بنص القانون، على أساس أن انتقال مثل الحقوق والالتزامات يقع عن طريق الحوالة القانونية⁽³⁾.

الفرع الثالث: عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص باعتباره من الغير

يعد الخلف الخاص من الغير بالنسبة للعقود التي يبرمها سلفه، والتي لا تتصل بالشيء الذي انتقل إليه عندما لا يكون من مستلزماته، وكذلك بالنسبة للعقود التي أبرمها سلفه والمتصلة بالعين التي انتقلت إليه، ولكن لم يكن عالماً بها.

(1) فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 44.

(2) يقوثة مزوغ، المرجع السابق، ص 68.

(3) خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 125.

كما نجد أيضا أن الخلف يعد من الغير بالنسبة لثبوت التاريخ، فلا يحتج عليه بالعقد الصوري، بل يكون له الخيار باعتباره من الغير بين العقد الظاهر والعقد المستتر، وفي كل الأحوال عندما يعد الخلف الخاص من الغير يصبح شخصا أجنبيا عن العقد⁽¹⁾، أي لا تتصرف إليه آثار العقد من التزامات وحقوق أو حقوق عينية محددة، سواء كانت أصلية كحق الملكية، أو مجرد حقوق متفرعة مثل حق الارتفاق أو الانتفاع، أو تبعية مثل حق الرهن والامتياز.

نستنتج مما سبق، أن غياب أحد شروط انتقال الأثر من السلف إلى الخلف الخاص يترتب عليه أن هذا الأخير يصبح من الغير، ولا تتصرف إليه الآثار المترتبة عن العقد الذي أبرمه سلفه.

المطلب الثالث: امكانية انصراف اثار العقد الى الدائنين

اختلف الفقهاء حول إمكانية انصراف آثار العقد إلى الدائنين نظرا لتباين آرائهم في تحديد مفهوم موحد لمصطلح الدائنين، وبالتبعية اختلافهم حول تحديد مركز هذا الأخير؛ إذ أن هناك من يعده خلفا خاصا، والآخر يرى أنه خلف عام.

انطلاقا من هذا، سننظر في مدى انصراف أثر العقد إلى الدائنين العاديين باعتبارهم إما خلفا عاما (الفرع الأول)، أو خلفا خاصا (الفرع الثاني)، أو أنهم من الغير (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مدى انصراف أثر العقد إلى الدائنين العاديين باعتبارهم خلفا عاما

يرى بعض الفقهاء أن الدائنين يعدون من الخلف العام، لأن لهم حق الضمان العام على جميع أموال المدين⁽²⁾، وعليه فكل تصرف أبرمه ينصرف إلى دائنيه⁽³⁾، لأنه يمكن لذلك التصرف أن ينقص من الذمة المالية أو الزيادة فيها، ويشبه في ذلك الخلف العام الذي يتأثر

(1) فريدة زاوي، المرجع السابق، ص 60.

(2) نصت المادة 188 ق م ج على أنه: «أموال المدين جميعا ضامنة لوفاء ديونه».

وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون اتجاه هذا الضمان.».

(3) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 88.

أيضا بجميع تصرفات سلفه، وبالرغم من أن الخلف العام لا يتحمل التزامات سلفه وذلك في القوانين العربية التي تنص على أحكام الميراث في نصوصها، إلا أن التزامات السلف تؤثر بطريقة غير مباشرة على القيمة المالية للتركة، ومن ثم تكون النتيجة واحدة وهي الإنقاص أو الزيادة من أصول التركة، وهذا ما نجده أيضا بالنسبة للدائنين العاديين بالعقود التي يبرمها المدين، نظرا لأنها يمكن أن تؤدي إلى الإنقاص أو الزيادة في الذمة المالية التي تشكل الضمان العام للدائنين العاديين.

ويستند الفقهاء الفرنسيون⁽¹⁾ في تبرير موقفهم اتجاه الدائنين باعتبارهم من الخلف العام إلى المادة 2092-2093 ق م ف المتعلقة بحق الضمان العام، فيبقى للمدين الحق في التصرف وإدارة أمواله بشرط عدم الإضرار بحق دائنيه، فجميع تصرفاته سواء كان تاريخها سابقا لإنشاء الالتزام أو تاليا له، تكون نافذة في مواجهة دائنيه العاديين، فتاريخ العقود ليس له أهمية مادام المدين حسن النية لم يقصد بتصرفه الإضرار بحق الدائن.

ويرى أصحاب هذا الرأي أنه يترتب على عدم اعتبار الدائن العادي من الغير، أن هذا الأخير لا يحتج عليه إلا بالتصرفات الثابتة التاريخ وفقا لنص المادة 1328 ق م ف، بما أنه خلف عام للمدين، ومن ثم يستطيع الغير ممارسة جميع الدعاوى الخاصة بالمدين طبقا لنص المادة 1166 من نفس القانون، شأنه في ذلك شأن الورثة الذين يستطيعون عند وفاة مورثهم رفع جميع الدعاوى التي كان لهذا الأخير الحق في رفعها⁽²⁾.

بالرغم من كل هذه الحجج التي جاء بها فقهاء القانون الفرنسي، إلا أننا نجد أن الدائنين لا يلتزمون بشيء من ديون مدينهم، ولا يكملون شخصيته، بل العكس من ذلك، ينتصبون ضده لينفذوا بحقوقهم على أمواله وفي مواجهته حال حياته، وفي مواجهة ورثته من بعده، ويعترضون على تصرفاته الضارة بهم، ويطالبون بعدم نفاذها في حقهم، ويستعملون حقوقهم قبل الغير بالرغم من أن هو أهمل في استعمالها... إلخ، وهذه كلها مزايا لا تجوز إلا للورثة أو للخلف العام إلا استثناء، ومن شأنها أن تجعل الدائنين في مركز أفضل من مركز الورثة، بل إن الشريعة

(1) الفقهاء هم: LABORDE_LACOSTE, COUTANT, GOULAL

(2) فريدة زاوي، المرجع السابق، ص 595.

الإسلامية تقر على تقديم الدائنين على الورثة في انتقاء حقوقهم من أعيان التركة، وهو ما يوجز في قاعدة: "لا تركة إلا بعد سداد الديون"⁽¹⁾.

نستنتج مما سبق، أنه لا يمكن اعتبار الدائنين من الخلف العام رغم وجه الشبه الموجود بينهما، إلا أن كلاهما مختلفان من حيث المركز، وبهذا فهما متميزان عن بعضهما كل التمييز.

الفرع الثاني: مدى انصراف أثر العقد إلى الدائنين العاديين باعتبارهم خلفا خاصا

إذا كان الخلف الخاص هو من يتلقى عن السلف حقا يرد على عين أو أعيان معينة، مثل المشتري أو الموصى له بأعيان معينة، بينما يرد حق الدائن على ذمة المدين بأكملها، ومنه له حق الضمان العام، ومنه هناك اختلاف واضح بين الطائفتين، لكن هذا لا يمنع بعض الفقهاء الفرنسيين من إدماج الدائن العادي ضمن طائفة الخلف الخاص.

يرى الفقيه الفرنسي "لابورد لاكوست" LABORDE_LACOSTE وهو من أنصار هذا الرأي أن حق الدائن العادي مستحق الدفع فورا، ولا ينتظر إلى حين وفاة المدين، فهو إذن خلف خاص وليس بخلف عام، لا ينتقل إليه حقوق سلفه إلا بعد الوفاة، كما يرى أن حق الدائن العادي مستحق الدفع فورا، ولا ينتظر إلى حين وفاة المدين، فهو إذن خلف خاص وليس بخلف عام لا ينتقل إليه حقوق سلفه إلا بعد الوفاة، كما يرى أن حق الدائن العادي هو حق عيني وليس بحق شخصي لأنه يقول بعدم وجود تفرقة أساسية بين الحق العيني والحق الشخصي، فيكفي لإيجاد التشابه بينهما ألا ننظر إليهما من زاوية علاقتهما بالشيء، إذ هي علاقة مباشرة بالنسبة للحق العيني وغير مباشرة بالنسبة للحق الشخصي، بل ننظر إليهما بالنسبة للأشخاص، فكل من الحقين يقابله التزام، وكل التزام وراءه حق شخصي مدين به، وهذا المدين هو شخص معين في الحق الشخصي، وغير معين بالنسبة للحق العيني، لكن من الممكن تعيينه نظرا

(1) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 595.

لعلاقته بالشيء وهنا تضيق التفرقة بين العيني والشخصي، ويمكن القول أن الدائن له حق عيني على عين أو أعيان معينة⁽¹⁾.

ولم تتوقف حجج مؤيدي فكرة أن الدائن العادي خلف خاص لمدينه، بل امتدت لتشمل فقهاء آخرين، إذ يرى الفقيه الفرنسي بونكاز BONNECASE أن الدائن العادي ليس بخلف عام، وليس له نصيب معين في ذمة المدين المالية، بل له فقط حق على عنصر من أصول ذمة المدين المالية مساو لقيمة دينه.

علاوة على هذا، فموقف الدائن العادي يشبه موقف الخلف الخاص، لأنه لا يقف موقفا سلبيا أمام تصرفات مدينه، بل أصبح له في ظل القانون الفرنسي الحق في تتبع سفينة مدينه مادام المتصرف إليه لم يبحر بها لحسابه، كما أصبح للدائن التاجر الحق في تتبع المتصرف إليه بالمحل التجاري⁽²⁾.

لكن يبقى حق التتبع الممنوح للدائن العادي سوى استثناء لحق التتبع الذي هو في الأصل حق للدائن المرتهن، وأيضا رغم كل هذه الحجج إلا أنها تبقى غير مقنعة، ومن ثم لا يمكن اعتبار الدائن العادي خلفا خاصا لمدينه، تتصرف إليه آثار العقود مثل الخلف الخاص، ذلك أن حق الدائن يبقى شخصيا يخوله الضمان العام على جميع أموال مدينه.

الفرع الثالث: مدى انصراف آثار العقد إلى الدائنين العاديين باعتبارهم من الغير

إن الجدل الذي وقع فيه الفقهاء حول تحديد الطائفة التي ينتمي إليها الدائن العادي ومدى انصراف آثار العقود التي يبرمها مدينه إليه ناتج عن عدم التدقيق في مفهوم إلزامية العقد ونفاذه، لأن عقود المدين لا تلزم دائنه، بل هي نافذة في مواجهة الغير متى توافرت فيها الشروط القانونية مثل: الشهر بالنسبة للتصرفات الواردة على عقار، في حين نجد أن الدائن

(1) فريدة زاوي، المرجع السابق، ص 52.

(2) فريدة زاوي، المرجع السابق، ص 52.

يتأثر بالعقود التي يبرمها مدينه، إذ تؤدي إلى النقص أو الزيادة في أصول الذمة المالية للمدين، لكن رغم كل هذه المزايا الممنوحة للدائن، إلا أنه يعتبر أجنبيا عن العقد⁽¹⁾.

لذا، فالدائنون العاديون مادام لم يترتب لهم عن طريق توقيع الحجز أو تسجيل تنبيه بنزع الملكية حق خاص على المال موضوع التصرف في المحرر العرفي الصادر عن مدينهم، فإنه يكون نافذا في مواجهتهم ولو كان غير ثابت التاريخ⁽²⁾، ومنه يبتعد الدائن عن وصف الغير، لأن هذا الأخير لا يمكن أن يحتج عليه إلا بالتصرفات الثابتة التاريخ، وذلك منذ حلول أجل الدين.

أما الآن وقد تغيرت الأمور، إذ أصبح أغلب الفقه يصفون الدائن العادي بالغير، لأنه لا تترتب له التزامات ولا حقوق من عقود سلفه، وتأثره يكون بشكل غير مباشر، إذ يستفيد من اكتساب المدين حقا، ويضار من تحمله التزاما، فالمسألة بالنسبة للدائن العادي مسألة احتجاج بالعقد وليست مسألة خلافة، ومن ثم يجب ألا يكون خلط بين المفهومين، ونعني بهما الأثر الملزم للعقد والاحتجاج به.

وعليه يقصد بالأثر الملزم للعقد اكتساب حق أو تحمل التزام أنشأه العقد، أما الاحتجاج بالعقد فيقصد به أن العقد بما أنشأه من التزامات بين طرفيه، فهي واقعة ليس في وسع أحد أن يتجاهلها، فيكون للكافة أن يحتجوا بها كما يحتج بها عليهم⁽³⁾.

كما تضيف الأستاذة زواوي فريدة أنه من المفروض اعتبار الدائنمن الغير، وأن تمنح له الامتيازات الممنوحة للغير في عدم نفاذ تصرفات مدينه في مواجهته، إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل نشوء الالتزام، لكن يرد على هذا بأنه قد يشكل إضرارا بالمتصرف إليه من المدين الذي كان يجهل وجود هذا الالتزام، لهذا سعى المشرع الجزائري في القانون المدني إلى حماية الدائن من بعض تصرفات مدينه الضارة به، فنفاذ تصرفات المدين في مواجهة الدائن مقصورة على عدم تعمد المدين الصورية، أي إخفاء تلك العلاقة الموجودة بين الطرفين، كاتفاق المدين مع

(1) فريدة زواوي، المرجع نفسه، ص 54.

(2) فريدة زواوي، المرجع والموضع السابقان.

(3) العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 213.

شخص آخر على إبرام عقد صوري الغرض منه إخراج الشيء محل العقد من الضمان العام، ومن ثم يتضرر الدائن العادي، لهذا يكون للدائن الخيار بين العقد الظاهر أو المستتر، وقد نصت المادة 198 ق م ج على أنه: «إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري.».

كما تعلق الأستاذة زواوي فريدة على نص المادة المذكورة أعلاه أنه ناقص، لأنه لم يذكر أن للدائنين وللخلف الخاص أن يتمسكوا بالعقد المستتر إذا رأوا أن لهم مصلحة في ذلك، بينما المادة 244 ق م م نصت على ذلك⁽¹⁾، وللدائن الاعتراض على تصرفات مدينه التي قصد بها إلحاق ضرر به، وذلك برفع الدعاوى الثلاثة التي ترمي إلى حماية حقوقهم في الضمان العام⁽²⁾، وهي الدعوى غير المباشرة⁽³⁾، والدعوى البوليصية⁽⁴⁾، والدعوى الصورية⁽⁵⁾.

بالنسبة للدعوى غير المباشرة، فهي تلك التي يرفعها الدائنيابة عن مدينه لإدخال حق تقاعس المدين عنه في الضمان العام طبقا لنص المادة 190 ق م ج. أما الدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ التصرف، وتكون ضد التصرفات التي تنقص من حقوق المدين أو التي تنطوي على غش منه، وأخيرا دعوى الصورية للتمسك بعقد الصورية طبقا لنص المادة 198 ق م ج.

وللدائن فضلا عن هذه الدعاوى الثلاث، أن يطلب شهر إعسار المدين إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء، ليتمكن من الحصول على أكبر قدر ممكن من حقه، وليكفل له شيئا من المساواة مع غيره من الدائنين⁽⁶⁾.

(1) فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 55.

(2) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 88.

(3) الدعوى غير المباشرة: تعتبر من احد الدعاوى التي تثبت للدائن، وهدفها المحافظة على الضمان العام.

(4) الدعوى البوليصية: هي الدعوى التي يرفعها الدائن طاعنا في تصرفات صدرت من مدينه بحيث لا تسري في حقه.

(5) الدعوى الصورية: هي وصف يلحق تصرف مخالف للحقيقة ويتحقق ذلك عند ابرام المدين تصرفات صورية لا وجود لها الغرض منها في الغالب اظهار ان المال قد خرج من ذمة المدين الى الغير.

(6) العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 214.

وأخيرا نجد أن الرأي الراجح في الفقه، يعتبر الدائن من الغير، ومنه فهو أجنبي عن العقد الذي يبرمه مدينه، إذ لا يكتسب حقوقا ولا يتحمل التزامات، بل يتأثر فقط سلبا أو إيجابا من ذلك التصرف الذي يبرمه مدينه، لأنه يعد مساسا بالضمان العام لمدينه.

لكن نجد أن المشرع الجزائري أعطى حقا للدائن العادي بأن يكتسب حقا كان لمدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة، وهذا يعتبر استثناء من مبدأ نسبية العقد الذي يقضي بالألا ينصرف أثر العقد إلى الغير رغم أن هذا الاستثناء يطبق في حالات خاصة على بعض الدائنين، وفي ظروف معينة نص عليها القانون.

الفصل الثاني: انصراف آثار العقد إلى الغير

إن كل عقد يتولد عنه آثار تتمثل في مجموعة من الحقوق والالتزامات، إذ أن المنطق والواقع والعدالة تفترض أن هذه الآثار لا يمكنها أن تنصرف إلا من شارك في تكوين هذا العقد أي المتعاقدين، وهذا هو الأصل، ونقصد بذلك كلا من المتعاقدين الأصليين والخلف العام والخلف الخاص والدائنين العاديين، ومن ثم فإن الغير⁽¹⁾ لا تنصرف إليه آثار العقد وهذا تطبيقاً لمبدأ نسبية أثر العقد؛ فأى شخص لم يكن طرفاً في العقد ولا خلفاً عاماً أو خاصاً للمتعاقدين يعد من الغير. كذلك نجد في بعض الحالات، أن الخلف العام أو الخاص أو الدائنين يعد من الغير كما وضعنا سالفاً.

لكن لهذه القاعدة استثناءات فرضتها الظروف الاقتصادية وذلك تحقيقاً لسهولة المعاملات المدنية، ومنه جاء المشرع الجزائري ليحدد الحالة التي يمكن أن ينصرف فيها أثر العقد إلى الغير، حيث أجاز المشرع الخروج عن القاعدة فيما يتعلق بالحقوق وحدها دون الالتزامات، وقرر في المادة 113 ق م ج على أنه: «لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً». ومنه حسب هذه المادة فإن موضوع بحثنا بالنسبة للاستثناء على مبدأ الأثر النسبي للعقد يستشف من العبارة الأولى الواردة أعلاه، وهذا يدعونا للبحث في قاعدتي التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير استثناءين وحيدين عن قاعدة عدم سريان العقد في حق الغير.

ولا تمثل قاعدتي التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير الاستثناءين الوحيديين عن قاعدة عدم سريان العقد في حق الغير، إذ ترد استثناءات أخرى ترجع إلى اعتبارات عدة منها: اعتبار العدالة وهو ما نجده في دعوى مباشرة في شأن عقد لم يكن طرفاً فيه، فيكون للدائن حق رفع دعوى ضد مدين مدينه، كما يمكن أن يرجع المؤجر على المستأجر من الباطن، أو إلى اعتبار ضرورة استقرار المعاملات، وذلك بسريان العقد لم يكن طرفاً فيه، مثل تصرفات الوارث الظاهر، فهي ملزمة للمورث وللوارث الحقيقي، مع أنه لم يكونا طرفاً فيها، وهناك اعتبارات

(1) يقصد بالغير كل شخص أجنبي عن العقد، بحيث لم يحضر ولم يبد إرادته أثناء إنشاء العقد، ولا يعتبر من الخلف العام ولا من الخلف الخاص للمتعاقدين.

أخرى تقضي بسريان العقد في حق شخص لم يكن طرفاً فيه، مثل حالة إفلاس التاجر بأن يتفق أغلبية الدائنين الذين يملكون نسبة معينة من الديون على الصلح مع المدين المفلس، فإن هذا الاتفاق يلزم الأقلية التي لم ترض بهذا الصلح ولم تكن طرفاً فيه.

لكن الاستثناءات المتقدمة هي ظاهرة أكثر منها حقيقية⁽¹⁾، ذلك أن الأثر الذي انصرف إلى الغير لم يكن الأثر الذي قصده المتعاقدون عند التعاقد، بل قضى به القانون لاعتبارات مختلفة، لهذا فإن هذه الاستثناءات ليست موضوع بحثنا عكس الاستثناءين السابقين وهما التعهد عن الغير، والاشتراط لمصلحة الغير.

المبحث الأول: قاعدة التعهد عن الغير

كلما كان انصراف آثار العقد إلى الغير معلقاً على قبوله أو إقراره له، كان ذلك تطبيقاً لمبدأ نسبية العقد وليس استثناء عنه⁽²⁾، وهذا ما نجده في التعهد عن الغير الذي نصت عليه المادة 114 ق م ج⁽³⁾ المقابلة لنص المادة 1120 ق م ف⁽⁴⁾، إذ يتبين من هذا النص أنه استثناء من مبدأ نسبية العقد، وهو ما جعله محلاً للنقد، لأن التعهد عن الغير لا يلزم إلا شخص المتعهد كما سنرى، أما الغير فلا يلزمه إلا إذا شاء ذلك⁽⁵⁾.

(1) عبد المجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج 1، مصادر الالتزام، مطابع مؤسسة دار الكتب للطباعة، العراق، 1980، ص 141.

(2) زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 161.

(3) نصت المادة 114 ق م ج على أنه: «إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعده، فإن رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ ما التزم به. أما إذا قبل الغير هذا التعهد، فإن قبوله لا ينتج أثر إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد.»

(4) Article 1120 du code civil français dispose que: «Néanmoins, on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci ; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement».

(5) فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 161.

لذلك سنتناول المقصود بالتعهد عن الغير (المطلب الأول)، ثم نحدد طبيعة وشروطه (المطلب الثاني)، وأخيرا نبين أحكامه (المطلب الثالث).

المطلب الأول: المقصود بالتعهد عن الغير

يرجع الفضل في بلورة وإبراز أسس نظام التعهد عن الغير إلى كل من الفقيه بوتيه pothier و بولونجي boulangier . فأما بوتيه فقد تعرض في كتابه الالتزامات إلى أنه لا يمكن التعهد إلا على نفسه، لأنه لما نعد أن شخصا آخرا سيلتزم بإعطاء شيء دون التعهد عنه، فإن هذا لا يلزمه لاعتباره أجنبيا، ولا يلزم الواعد لأنه افترض أنه وعد من أجل إلزام الغير، ولم يعن إلزام نفسه، قبل أن يتراجع عن هذه الفكرة، ووضع الأسس التي يقوم عليها التعهد عن الغير، بينما الفقيه بولونجي فقد تعرض لموضوع التعهد عن الغير مبرزا الأسس التي يقوم عليها هذا التعهد عن الغير وآثاره، وهذا الأخير نظام صاغته المذاهب الفقهية الغربية، بخلاف الفقه الإسلامي بصفة عامة والعربي بصفة خاصة الذي لم يعرفه من قبل⁽¹⁾.

وعليه سنقوم من خلال هذا المطلب بتعريف التعهد عن الغير (الفرع الأول)، ثم تبيان أهميته العملية (الفرع الثاني)، والتفرقة بينه وبين بعض الأنظمة المشابهة له (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف التعهد عن الغير

من بين التعريفات التي وردت بشأن التعهد عن الغير نذكر ما يلي:

يقصد بالتعهد عن الغير: «هو ذلك العقد الذي يتعهد فيه أحد الطرفين بأن يجعل شخصا آخر يلتزم بالتزام معين قبل رضا الطرف الآخر للعقد»⁽²⁾.

(1) نورة حمداوي، الطبيعة القانونية للتعهد عن الغير في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001-2002، ص ص 2، 3.
(2) يقوطة مزوغ، المرجع السابق، ص 72.

وهناك من عرفه بأنه: «عقد أو بند في العقد ملزم لجانب واحد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بحمل شخص من الغير على إبرام عقد ما مع المتعاقد الآخر عن طريق الحصول على موافقة هذا الغير بإقراره الصفقة موضوع التعهد»⁽¹⁾.

كما يعرف أيضا أنه: «تعهد شخص لشخص آخر بأن يجعل شخصا ثالثا يقبل القيام بعمل أو الامتناع عنه وإلا عوضه عن ذلك، مثل الوكيل الذي يتجاوز حدود كالتة ولا يستطيع الحصول على موافقة موكله، فيتعهد للطرف الآخر بأن يجعل الموكل يقر العقد»⁽²⁾.

نستنتج من كل هذه التعريفات أنها صحيحة في تحديدها لهذا النوع من التعاقد من حيث أنه يتضمن التزاما شخصيا من المتعهد اتجاه المتعهد له.

الفرع الثاني: الأهمية العملية للتعهد عن الغير

تتحقق أهمية التعهد عن الغير في الحياة العملية عندما يتعذر على شخص الحصول على رضاء ذوي الشأن ويتطلب التصرف السرعة وضرورة القيام بالإجراءات المطلوبة قانونا، فقد تضيع الفرصة عليه، والأمثلة كثيرة منها:

- في المجال العائلي والمالي: كأن يعرض على شركاء في الشيوخ شراء العين المشاعة بئمن مغر، ولم يكن أحدهم حاضرا، فخشية ضياع الفرصة يقبل الشركاء التعاقد عن أنفسهم والتعهد عن شريكهم الغائب بالموافقة على البيع عند حضوره⁽³⁾.

- الشركاء في الشيوخ يتصرفون في الشيء الشائع وفيهم قاصر، ولا يريدون تنفيذ إجراءات الحصول على إذن من القاضي أو من مجلس العائلة خوفا من ضياع الصفقة، ومن ثم الأصلح أن يلجؤوا إلى التعهد عن الغير.

(1) مشاعل عبد العزيز الهاجري، الأثر النسبي للعقد، عدم انصراف آثار العقد إلى الغير، محاضرات، قسم القانون الخاص، جامعة الكويت، ص 4.

(2) عمر القاسمي، الزيدة في العقود المسماة، دار السنهوري للنشر والتوزيع في شارع المتبني، مصر، 2016، ص 54.

(3) نورة حمداوي، المرجع السابق، ص 4.

- كذلك الوكيل إذا رأى أنه يتجاوز حدود الوكالة، ولم يتمكن الحصول على إذن في ذلك من الموكل، يستطيع فيما يجاوز فيه حدود الوكالة أن يتعاقد باسمه متعهدا عن الموكل⁽¹⁾.
- التعهد كأداة ضمان: يتفق الطرفان في العقد ويتعذر على أحدهما ضمان تنفيذ العقد لوحده، بحيث يلجأ إلى الغير، ويتعهد عنه.
- من بين تطبيقات هذا الاستثناء لجوء مؤسسي الشركة في مرحلة التأسيس إلى التعهد بإقرار الشركة بعد تأسيسها للعقود المبرمة في هذه الفترة⁽²⁾، وذلك طبقا للمادة 549 ق ت ج⁽³⁾ التي قضت بما يلي: «لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري، وقبل إتمام هذا الإجراء يكون الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد أموالهم، إلا إذا قبلت الشركة، بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة.

فتعتبر التعهدات بمثابة تعهدات الشركة منذ تأسيسها.».

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

- بعد أن عرفنا المقصود بالتعهد عن الغير، وجب أن نقوم بإجراء مقارنة بينه وبين الأنظمة المشابهة له لمعرفة عناصر التشابه ونقاط الاختلاف.
- وعلى ذلك سنقوم بالتمييز بين التعهد عن الغير والكفالة (أولا)، ثم الوكالة (ثانيا)، وأخيرا الفضالة (ثالثا).

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 557.

(2) فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 164.

(3) أمر رقم 75-59 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون التجاري. الجريدة الرسمية، العدد 72 الصادر في رمضان عام 1395 هـ الموافق سبتمبر سنة 1975 م، المعدل والمتمم.

أولاً: التعهد عن الغير والكفالة

يختلف التعهد عن الغير عن الكفالة، في أن الكفيل يضمن تنفيذ التزام المدين بعد أن يكون قد نشأ في ذمته، أما المتعهد عن الغير فيضمن إنشاء الالتزام في ذمة الغير ولا يضمن تنفيذه، وأيضا أن الكفيل إذا دفعا للمدين فإنه يرجع به على المدين، في حين أن المتعهد عن الغير إذا دفع تعويضا لعدم تنفيذ الغير للتعهد، فإنه لا يرجع على الغير بشيء⁽¹⁾، إضافة إلى أن الكفيل يضمن التزاما وجد أو سوف يوجد في المستقبل، أما المتعهد فيكفل التزاما لم يوجد بعد.

ولقد ربط المشرع الجزائري بين التعهد والكفالة، وذلك في حالة الكفالة بسبب نقص أهلية المدين، إذ من المفروض أن تنقضي الكفالة بانقضاء الدين المضمون إلا أنه في حالة كفالة ناقص الأهلية، وكانت هذه الكفالة بسبب نقص أهلية المدين، وتمسك ناقص الأهلية بنقص أهليته وأبطل العقد لمصلحته، فإن الكفيل يبقى ملتزما أصليا لأنه يعد متعهدا بضمان الوفاء بالعقد⁽²⁾، وذلك حسب المادة 649 ق م ج التي نصت بما يلي: «من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول باستثناء الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 654.»

ونصت المادة 654 على أنه: «ببإثر الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها...».

ثانياً: التعهد عن الغير والوكالة

يختلف التعهد عن الغير عن الوكالة، في كون الوكيل يعمل باسم ولحساب الموكل، وتتصرف آثار العقد الذي يبرمه إلى موكله مباشرة، بينما المتعهد يتعاقد باسمه وليس باسم المتعهد عنه، ولا ينتج العقد الذي يبرمه المتعهد أثره بالنسبة للغير وهو المتعهد عنه إلا إذا أقره، أما إذا كان المتعهد له قد تعامل مع المتعهد على أساس أنه وكيل عن الغير، ونشأ عن هذا وضع ظاهر، هنا الغير ملزم على أساس الوكالة، ولقد أقرت الغرفة المدنية لمحكمة النقض

(1) عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص 143.

(2) فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 167.

الفرنسية أن الزوج الذي ادعى أنه وكيل عن زوجته وباع ملكية مشتركة بينهما، وتعهد قبل الغير بالحصول على توقيعها، فإن الزوجة تكون ملزمة بالتوقيع على أساس الوكالة الظاهرة، وليس على أساس التعهد عن الغير، هذا الأخير لا يلزمها، ولكن الوكالة الظاهرة تلزمها وفقا لنظرية الوضع الظاهر⁽¹⁾.

ثالثا: التعهد عن الغير والفضالة

يتفق الفصولي مع المتعهد في أن كلاهما يكونان بدون عام أو إذن، كما أنهما يتفقان في أن كلاهما يتوقفان على إجازة الولي، لكنهما يختلفان من حيث أن الفصولي يعقد عقدا تاما، والمتعهد فيعقد مجرد التزام بعمل هو حمل الغير على أن يعقد عقدا تاما، وإذا أجاز الغير الفضالة فإنه يجيز العقد نفسه الذي صدر من الفصولي. أما إذا أجازها في صورة التعهد عن الغير، فإنه يبرم عقدا جديدا؛ وإذا لم يجز الغير الفضالة فلا تترتب على الفصولي المسؤولية نحو المتعاقد معه، لأن هذا الأخير كان على بصيرة من ذلك. أما إذا لم يجز الغير صورة التعهد، فإن المتعهد يكون مسؤولا نحو المتعهد له بالتعويض أو عن تنفيذ التعهد بنفسه⁽²⁾، وقد يجمع الشخص بين صفتي الفصولي والمتعهد، وذلك عندما يعمل لحساب الغير ويتعهد له بضمان حقه في حالة منازعة رب العمل في تحقيق شروط الفضالة⁽³⁾، وفيهذه الحالة تطبق أحكام التعهد والفضالة معا المنصوص عليهما في القانون المدني.

المطلب الثاني: طبيعة وشروط التعهد عن الغير

اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للتعهد عن الغير، فهناك من يرى أنه التزام بتحقيق نتيجة، بينما يعتقد الرأي الآخر أنه التزام ببذل عناية.

وعليه لتحديد طبيعة التعهد عن الغير، يجب معرفة موقف الفقه في هذه المسألة مع تبيان الحجج التي يستند إليها (الفرع الأول)، ثم تبيان شروط هذا التعهد (الفرع الثاني).

(1) فريدة زاوي، المرجع السابق، ص ص 165، 166.

(2) يقوثة مزوغ، المرجع السابق، ص ص 81، 82.

(3) فريدة زاوي، المرجع السابق، ص 166.

الفرع الأول: طبيعة التعهد عن الغير

بالرجوع إلى نص المادة 114 ق م ج نجد أن المشرع قد ألزم المتعهد بدفع تعويض للمتعاقد معه إذا رفض الغير الالتزام بالتعهد، وهذا دليل كاف لاعتبار التزام المتعهد التزاما بتحقيق نتيجة وليس مجرد بذل عناية للحصول على موافقة الغير، ومع ذلك بإمكان طرفي التعهد الاتفاق على جعل التزام المتعهد يقتصر فقط على بذل عناية، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية، إذ جاء في أحد قراراتها أن: «التعهد يلقي على المتعهد سعيا متواصلا وجهدا مستمرا لكي يجدل على حسن نيته في تنفيذ تعهده وأنه كان جادا فيما أخذه على عاتقه ولم يكن هازلا»⁽¹⁾.

لكن بالرغم من أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تفرض علينا أن نقبل بأنه بإمكان الاتفاق على أن المتعهد يلزم نفسه التزاما ببذل عناية، إلا أن ذلك يقلص من فعالية التعهد عن الغير كنظام قانوني، بحيث يقتصر دور المتعهد في النصح والإرشاد، وتتقلص معه فرص المتعهد له من الحصول على تعويض في حال رفض الغير الالتزام⁽²⁾. وعليه فإن التزام المتعهد كأصل عام هو التزام بتحقيق نتيجة، واستثناء هو التزام ببذل عناية.

الفرع الثاني: شروط التعهد عن الغير

لكي نكون بصدد التعهد عن الغير يجب توافر شروط ثلاث هي:

- أن يتعاقد المتعهد باسمه هو لا باسم الغير الذي يتعهد عنه، وبذلك يختلف التعهد عن الوكالة والفضالة.

- أن يقصد المتعهد إلزام نفسه لا إلزام الغير، فإذا قصد إلزام الغير كان العقد باطلا لاستحالة المحل، فلا يمكن قانونا أن يلزم الإنسان من عقد لم يكن طرفا فيه.

(1) نورة حمداوي، المرجع السابق، ص 21.

(2) نورة حمداوي، المرجع السابق، ص 22.

- أن يلتزم المتعهد بحمل الغير على إقرار التعهد، لا على بذل عناية جهده لحمله على ذلك، فالتزامه هو التزام بتحقيق غاية هي الحصول على إقرار الغير للتعهد، لا على بذل عناية، فلا يعفيه من المسؤولية أنه لم يدخر وسعا في حمل الغير على إقرار التعهد، حتى لو أساء الغير استعمال حقه في القبول أو الرفض، فالغير ليس ملزما بإقرار التعهد⁽¹⁾.

المطلب الثالث: أحكام التعهد عن الغير

كرس المشرع الجزائري أحكام التعهد عن الغير في القانون المدني، في الكتاب الثاني المعنون الالتزامات والعقود، الباب الأول منه "مصادر الالتزام"، الفصل الثاني المعنون "العقود"، القسم الثالث، حيث أدرج مادة وحيدة تنظم هذا النوع من العقود.

لذلك سنقوم بدراسة أحكام التعهد عن الغير بالنسبة للمتعهد (الفرع الأول)، وللمتعهد له (الفرع الثاني)، وأخيرا بالنسبة للغير (الفرع الثالث).

الفرع الأول: أحكام التعهد عن الغير بالنسبة للمتعهد

في حالة قبول الغير للتعهد، يكون المتعهد قد نفذ التزامه، ويكون القبول صريحا أو ضمنيا، كأن يقوم الغير بتنفيذ الالتزام⁽²⁾. ويعد المتعهد هنا قد نفذ التزامه بمجرد إقرار الغير للتصرف حتى لو لم ينفذ الغير العقد فيما بعد، لأن المتعهد ملزم بالحصول على إقرار الغير وليس ملزما بجعله ينفذ العقد، ولا يمكن أن يكون المتعهد ضامنا لتنفيذ العقد، إلا إذا وجد نص صريح على ذلك، لأنه يكون كفيلا في هذه الحالة، والكفالة لا تفترض⁽³⁾، ومن ثم فإنه في حالة قبول الغير للتعهد، ويكون ذلك بإقراره لذلك التعهد، فلا يشترط تنفيذ الالتزام، ويعتبر المتعهد قد نفذ التزامه ولا تقع عليه أي مسؤولية.

(1) عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص 143.

(2) عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 559.

(3) فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 169.

أما في حالة رفض الغير للتعهد، تقع المسؤولية على المتعهد اتجاه المتعاقد معه، فهو لا يتخلص من التزامه العقدي إلا إذا أثبت أنه لم يستطع القيام به لسبب أجنبي، ولا يعد امتناع الغير عن قبول التعهد سببا أجنبيا. ويكون المتعهد هنا مسؤولا إذا لم يثبت السبب الأجنبي، وجزاء هذه المسؤولية دفع تعويض للطرف الآخر المتعاقد معه، عما أصاب هذا الأخير من ضرر من جراء رفض الغير للتعهد، ويقدر التعويض طبقا للقواعد العامة.

ولا يمكن إجبار المتعهد على تنفيذ الالتزام الذي كان يراد من الغير أن يقبله، لكن يجوز للمتعهد إن شاء أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام، إذا كان تنفيذه ممكنا، ولم يكن متصلا بشخص الغير، وهنا يكون الالتزام بدلي، إذ التزامه الأصلي يتمثل في دفع التعويض⁽¹⁾، ويلاحظ أن التزام المتعهد يقتصر عليه فقط، فلا ينتقل إلى الخلف العام في القوانين العربية التي تأخذ بعدم انتقال الالتزامات إلى الخلف العام، لكن التزام السلف يصبح تعويضا عن الضرر الذي لحق بالمتعهد له ويدفع من أموال تركة السلف⁽²⁾، ومنه نستنتج أنه في حالة رفض الغير الإقرار بالتعهد تقع مسؤولية المتعهد بدفع تعويض، كما بإمكانه تنفيذ الالتزام الذي سيقع على الغير لو قبل التعهد متى شاء، مع إمكانية التخلص من المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي وفقا للقواعد العامة.

الفرع الثاني: أحكام التعهد عن الغير بالنسبة للمتعهد له

يبرم المتعهد له عقدا مع المتعهد، موضوعه التزام هذا الأخير بحمل الغير على قبول التعهد، وفي نفس الوقت يكون المتعهد له قد أعطى إيجابا تاما للغير، ففي حال قبول الغير ينعقد العقد بين المتعهد له والغير.

ويختلف العقدان من حيث أطراف التعاقد (أولا)، ومن حيث الالتزامات التي تنشأ، ومن حيث الوقت الذي يتم فيه كل منهما (ثالثا).

(1) عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 561، 562.

(2) فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 171.

أولاً: من حيث أطرافه

هناك طرف مشترك في العقدين هو المتعهد له، وهو من تعاقد مع المتعهد في العقد الأول، والذي قد يتعاقد مع الغير إذا قبل موضوع التعهد في العقد الثاني.

ثانياً: من حيث الالتزامات الناشئة

ينشئ العقد الأول في ذمة المتعهد التزاماً بتحقيق نتيجة هي حمل الغير على إقرار التعهد، والعقد الثاني ينشئ التزاماً في ذمة الغير، وذلك متى حصل على إقرار الغير للتعهد، أما محل التزام الغير يكون إما القيام بعمل أو الامتناع عن قيام بعمل⁽¹⁾.

ثالثاً: من حيث التاريخ

يتم العقد الأول عند الاتفاق بين المتعهد وبين من تعاقد معه، أما العقد الثاني فيتم عند إقرار الغير للتعهد، فليس للقبول أثر رجعي إلا إذا تبين أن الغير قصد صراحة أو ضمناً أو يستند أثر القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد⁽²⁾، وهذا ما نصت عليه المادة 2/114 ق م ج: «...ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد.»

ومنه نستنتج أن المتعهد له لديه حق الرجوع على المتعهد بطلب التعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة عدم إقرار الغير للتعهد، وكذلك في حال إقرار الغير للتعهد يكون هذا الغير مسؤولاً اتجاه المتعهد له بتنفيذ موضوع العقد الأول، لأنه كان يمثل إيجاباً للغير وقد قبله، ومن ثم يمكن للمتعهد له أن يلجأ إلى المحكمة من أجل مطالبة الغير الذي لم يصبح غيراً بالنسبة للعقد الثاني الذي بينه وبين المتعهد له، بأن ينفذ موضوع هذا العقد.

(1) عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص 144.

(2) عبد المجيد الحكيم، المرجع نفسه، ص 144.

الفرع الثالث: أحكام التعهد عن الغير بالنسبة للغير

يختلف الفقه في هذا الشأن إذ يرى البعض أنه إذا وافق الغير أو صادق على العقد فهذا يعني أنه بمثابة تصرف أحادي، ويرى البعض الآخر أن ذلك عبارة عن عقد جديد، ويأخذ الاتجاه الأول بفكرة أن التصرفات الأحادية مصدر من مصادر الالتزامات، والتصديق أحد تطبيقاته، أما الرأي الثاني فينفي ما ذهب إليه الرأي الأول، أما عن التشريعات المقارنة، فيأخذ التشريع التونسي مثلا بالتصرفات الأحادية كمصدر من مصادر الالتزامات، وهذه الصورة أحد تطبيقات النظرية⁽¹⁾.

أما في التشريع الجزائري وحسب نص المادة 114 ق م ج فإن إقرار الغير للتعهد ليس له أثر رجعي، ومنه فإن التزام الغير لا يكون من تاريخ انعقاد التعهد وإنما من تاريخ إقراره له، وأيضا هذا لا يمنع من أن يكون لإقراره أثر رجعي يرجع إلى تاريخ انعقاد التعهد، بأن قصد إلى ذلك صراحة أو ضمنا.

والحقيقة أن موافقة الغير هو إقرار للعقد وليس قبولا له، 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 تعني أن العقد لا ينعقد إلا باقتران الإيجاب بالقبول، ولا يمكن أن يكون له أثر رجعي في هذه الحالة، أي عودة آثار العقد إلى ما قبل وجوده، وفي جميع الحالات لا يمكن أن يضر الأثر الرجعي للإقرار بمصلحة الغير، لأنه لا يمكن أن يحتج على هذا الغير بإقرار إلا إذا كان له تاريخ ثابت.

ويذهب جانب من الفقه للقول أنه يكفي أن التعهد عن الغير ثابت التاريخ ليحتج به على الغير الذي كسب حقا في فترة ما بين إبرام التعهد وإقراره⁽²⁾، ومنه لا تطبق القواعد الخاصة بعدم الاحتجاج بالورقة العرفية على الغير إلا إذا كان لها تاريخ ثابت، والنص المتعلق بالتعهد عن الغير نص خاص، ومن ثم يقضي هذا النص صراحة بعدم الاحتجاج بالأثر الرجعي

(1) علي كحلون، المرجع السابق، ص 346.

(2) فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 172 و 173.

للإقرار على الغير⁽¹⁾، والقانون المدني الجزائري نص على ذلك في المادة 328، أي لا يمكن الاحتجاج على الغير بالإقرار الصادر في ورقة عرفية إلا إذا كان ثابت التاريخ.

نستنتج من أحكام التعهد عن الغير، أن هذا الأخير لا يلتزم بالعقد الأول الذي لم يكن طرفاً فيه، بل بالعقد الثاني الذي أصبح طرفاً فيه من وقت إقراره للتعهد، وبذلك لا يكون في التعهد عن الغير خروجاً على قاعدة عدم سريان العقد في حق الغير بل تطبيقاً لها⁽²⁾، ذلك أن العقد الذي ينشئ التزاماً على عاتق الغير يكون استثناءً فعلياً من مبدأ نسبية العقد، بينما التعهد عن الغير يترتب التزاماً شخصياً في نمة المتعهد الذي يتعهد بالحصول على إقرار الغير فقط، ولهذا الغير مطلق الحرية في القبول أو الرفض، وإقراره للعقد يكون بمحض إرادته، فهو غير ملزم بالتزام المتعهد، وقد يحدث أن يقر العقد دون تدخل المتعهد⁽³⁾. لهذا نجد أن هناك عدة تشريعات لم تنص على التعهد عن الغير، وإن أحكام التعهد عن الغير ليست سوى تطبيقاً لمبدأ نسبية آثار العقود التي لا تسري إلا على من كان طرفاً في العقد، وهو مبدأ مستقر في القوانين المدنية السالفة الذكر، وأن حالة القبول أو الرفض من الغير لهذا التعهد ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة.

أما القانون المدني الأردني فقد جاءت نصوصه متأثرة بأحكام القانون المدني العراقي، فأقر الاشتراط لمصلحة الغير ولم يقر التعهد عن الغير على نحو ما تقدم⁽⁴⁾.

المبحث الثاني: الاشتراط لمصلحة الغير

كان الاشتراط لمصلحة الغير باطلاً بطلاناً مطلقاً في القانون الروماني، إذ كان من المستحيل على شخص أن يطلب بحق ترتب له عن عقد لم يشارك في إبرامه، لكن في عهد الإمبراطورية السفلى اعترف له بهذا الحق في حالة الهبة المقترنة بشرط لمصلحة الغير، فكان

(1) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ص 389، 390.

(2) عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص 144.

(3) فريدة زاوي، المرجع السابق، ص 173.

(4) فضل منذر، المرجع السابق، ص 200.

لهذا الأخير دعوى مباشرة في مواجهة الموهوب له المتعهد، وتطور الاشتراط لمصلحة الغير في أواخر العهد الروماني، وكذلك في بعض العقود الأخرى كالوديعة وعقد الرهن الحيازي.

وتطور الأمر في أواخر عهد القانون الروماني إلى أن أصبح الاشتراط لمصلحة الغير صحيحا إذا كان للمشتراط مصلحة مادية وأدبية، وقد تأثر القانون الفرنسي بالقانون الروماني⁽²⁾.

وكان القانون الفرنسي القديم لا يجيز الاشتراط لمصلحة الغير إلا في حالتين، حالة الهبة مع تكليف مقرر لمصلحة الغير، وحالة اشتراط المتعاقد في عقد من عقود المعاوضة حقا لنفسه ثم حقا للغير. إلا أنه سرعان ما تطور الأمر بتطور التأمين على الحياة، واعتبرت الحالات المذكورة في المادة 1121 ق م ف⁽³⁾ على سبيل المثال فقط، وأصبح يكتفى في الاشتراط لمصلحة الغير بمجرد توافر مصلحة أدبية للمشتراط⁽⁴⁾.

كما اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للاشتراط لمصلحة الغير، فهناك من أرجع طبيعة هذا الأخير إلى أساس نظرية الإيجاب، والآخر أسسها استنادا إلى نظرية الفضالة، كما أسسه البعض على إرادة المتعهد المنفردة، والبعض الآخر على نظرية حوالة الحق.

لكن الواقع هو أن الاشتراط لمصلحة الغير هو ذو طبيعة خاصة⁽²⁾، وما محاولة الفقهاء تأسيس قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير على أساس قانوني، إلا من أجل جعلها تطبيقا لمبدأ نسبية العقد، مع أن الاشتراط استثناء من هذا المبدأ، وهذا ما نصت عليه المادة 113 ق م

(2) فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 191.

(3) Article 1121 du code civil français dispose que: «On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter.».

(4) فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 191 و 193.

(2) فواز صالح، الإرادة المنفردة بوصفها مصدرا للالتزام: دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 28، العدد الأول، القسم المدني، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سوريا، 2012، ص 147.

جالمقابلة لنص المادة 1165 ق م ج⁽¹⁾: «لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا.».

المطلب الأول: المقصود بالاشتراط لمصلحة الغير وتطبيقاته العملية

يعد الاشتراط لمصلحة الغير من العقود الهامة في الحياة اليومية، مما جعل المشرع الجزائري يحيطه بأحكام قانونية تنظمه، وتبين كيفية إبرام مثل هذا النوع من العقود.

لذلك سنقوم بتعريف الاشتراط لمصلحة الغير (الفرع الأول)، وتمييزه عما يشابهه من قواعد قانونية (الفرع الثاني)، وأخيرا نتعرض إلى التطبيقات العملية لمثل هذا النوع من العقود (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الاشتراط لمصلحة الغير

يقصد به التعاقد لمصلحة الغير، وهو عملية لثلاثة أشخاص، بمقتضاها يتفق فريق يسمى المتعاقد أو المشتراط مع شخص آخر يسمى المتعهد أو الواعد، بأن ينفذ هذا الأخير أمرا يؤديه لمصلحة شخص آخر يسمى المستفيد⁽²⁾، أو يشترط فيه شخص يسمى المشتراط على شخص آخر يسمى المتعهد القيام بأداء معين لمصلحة شخص ثالث يسمى المنتفع⁽³⁾.

وعليه الاشتراط لمصلحة الغير هو تصرف قانوني يتم بين شخصين، ولكن تنفيذه يتعلق بثلاثة أشخاص.

كما نجد أن التشريعات العربية أو الأجنبية بما في ذلك القانون المدني الفرنسي، لم تعرف قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير، وترك هذه المهمة للفقهاء.

(1) Article 1165 du code civil français dispose que: «les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractants; elles ne nuisent point au tiers et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121.».

(2) موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، ج 3، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 349.

(3) J.flour, J.laubert, E.savaux, les obligations un l'acte juridique, p 38.

الفرع الثاني: تمييز الاشتراط لمصلحة الغير عما يشابهه من قواعد قانونية

كثيرا ما يقع هناك التباس وخط في استعمال مصطلح عقد الاشتراط لمصلحة الغير مع غيره من المصطلحات المشابهة له، لذا يقتضي الأمر أن نقوم بتمييز قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير عن قاعدة التعهد عن الغير (أولا)، وعن الدعوى المباشرة (ثانيا)، وأخيرا تمييزه عن عقد الفضالة (ثالثا).

أولا: التمييز بين قاعدة التعهد عن الغير وقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير

التعهد عن الغير ما هو في الحقيقة إلا تطبيق للقواعد العامة التي تقضي بأن الغير لا يلتزم بعقد لم يكن طرفا فيه، وأن التعهد إذا قبله الغير يصبح لدينا عقدان كما ذكرنا سابقا، في حين أن الاشتراط لمصلحة الغير هو عقد يلتزم بمقتضاه شخص يسمى المتعهد في مواجهة شخص ثالث يسمى المستفيد، وبذلك يكون الاشتراط لمصلحة الغير استثناء حقيقيا على مبدأ نسبية العقد من حيث الأشخاص، على إثره يكتسب المنتفع من هذا العقد حقا بالرغم من أنه لم يكن طرفا فيه⁽¹⁾.

ثانيا: تمييز الاشتراط لمصلحة الغير عن الدعوى المباشرة

الدعوى المباشرة يقرها القانون لمصلحة أشخاص من أجل توفير قدر مناسب لحمايتهم، كما أن هذه الدعوى توجد فيها حالات متباينة يصعب انتظامها في نظرية عامة، ولا تقوم هذه النظرية على أساس فكرة الاشتراط لمصلحة الغير. ومثال ذلك الدعوى المباشرة للمؤجر في مواجهة المستأجر من الباطن، كما تخضع الدعوى المباشرة في حالات كثيرة لقواعد تختلف اختلافا أساسيا عن الحق المباشر الذي ينشأ عن الاشتراط لمصلحة الغير، وكذلك فإن فاعلية الحق المباشر في الاشتراط تتوقف على صحة العقد الأصلي، بينما في حالات كثيرة في

(1) العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ج 1، ص ص 221، 222.

الدعوى المباشرة فإنها تتمتع بقاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفع، كما هو الشأن في تأمين المسؤولية المدنية⁽¹⁾.

ثالثاً: تمييز الاشتراط لمصلحة الغير عن عقد الفضالة

يختلف الاشتراط لمصلحة الغير عن عقد الفضالة في أن المشتراط يتعاقد باسمه وليس باسم رب العمل، ويكون له مصلحة مادية أو أدبية في التعاقد، بينما الفضولي يتعاقد باسم رب العمل ولا تكون له مصلحة عند إجراء الأعمال بدلا عن صاحب العمل.

المنتفع في التعاقد "الاشتراط" الجاري لمصلحته لا يضطر إلى دفع أي مبلغ مقابل التعاقد لمصلحته، بينما يضطر رب العمل إلى دفع مقابل ما أجراه الفضولي من أعمال لمصلحته⁽²⁾.

الفرع الثالث: التطبيقات العملية للاشتراط لمصلحة الغير

لاشتراط لمصلحة الغير تطبيقات كثيرة في الحياة العملية، أهمها عقود التأمين (أولاً) والنقل (ثانياً)، والمقاولات (ثالثاً)، والهبة المقترنة بشرط (رابعاً).

أولاً: عقد التأمين

أهم عقود التأمين هي التأمين على الحياة، فالشخص الذي يؤمن على حياته لمصلحة زوجته وأولاده الأحياء، ومن سيولد منهم، إنما يشترط باسمه عقداً يبرمه هو لمصلحة شخصاً أجنبياً عن العقد، فيكتسب هؤلاء حقاً مباشراً من عقد التأمين⁽³⁾.

(1) إياد إبراهيم محمود كلوب، الاشتراط لمصلحة الغير: دراسة فقهية مقارنة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص،

كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2014، ص ص 16، 17.

(2) إياد إبراهيم محمود كلوب، المرجع نفسه، ص 16.

(3) عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص 145.

ثانيا: عقد النقل

يكتسب المرسل إليهي عقد النقل حقا مباشرا عن العقد المبرم بين المرسل والناقل، ويستطيع مطالبة هذا الأخير بتنفيذ الشروط الواردة في عقد النقل.

ثالثا: عقود المقاولات

كثيرا ما يفرض رب العمل في عقود المقاولات على المقاول شروطا لمصلحة العمال، لاسيما إذا كان رب العمل هنا هو الحكومة، أو شخص معنوي عام، أو إحدى الشركات، ويثبت ذلك في دفتر الشروط، فيضع حدا معيناً للأجور لا يجوز أن تنزل عنه، وشروطا معينة من حيث الساعات العمل والتعويض عن الإصابات⁽¹⁾، وأيضا الاتفاق الذي يكون مع شركة وطبيب من أجل عمالها مجانا⁽²⁾.

رابعا: الهبة المقترنة بشرط

يشترط الواهب على الموهوب القيام بعمل لمنفعة شخص ثالث، فيكتسب هذا الشخص حقا مباشرا من عقد الهبة قبل الموهوب له، ويستطيع مطالبة بتنفيذ الشروط الواردة لمصلحته في عقد الهبة⁽³⁾.

مثال ذلك: إذا وهب شخص مبلغا من المال لجمعية خيرية واشترط عليها بناء مستشفى يعالج فيه الناس مجانا.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 573.

(2) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 91.

(3) عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص 146.

المطلب الثاني: شروط الاشتراط لمصلحة الغير

من خلال دراسة المواد 116⁽¹⁾ و 117⁽²⁾ و 118⁽³⁾ ق م ج، يمكن تقسيم شروط انعقاد الاشتراط لمصلحة الغير إلى شروط متعلقة بالعلاقة التي تربط المشتري بالمتعهد، وشروط متعلقة بالمنتفع، بالإضافة إلى الشروط العامة.

لهذا سنتطرق إلى الشروط العامة (الفرع الأول)، ثم إلى الشروط الخاصة في الاشتراط لمصلحة الغير (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشروط العامة

يجب أن تتوافر في الاشتراط لمصلحة الغير الشروط العامة اللازمة لصحة التصرف، وهي كلا من الشروط الموضوعية (أولاً)، والشكلية (ثانياً).

(1) نصت المادة 116 ق م ج على أنه: «يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية. ويترتب على هذا الاشتراط أن يكتسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد. ويجوز كذلك للمشتري أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك.»

(2) أما المادة 117 ق م ج، فقد نصت على أنه: «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 مخالف لما يقتضيه العقد. ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتري، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك، وللمشتري، إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من عملية الاشتراط.»

ونصت المادة 118 ق م ج على أنه: «يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو هيئة مستقبلية كما يجوز أن يكون شخصا أو هيئة لم يعينا وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعا في الوقت الذي يجب أن ينتج العقد فيه أثره طبقا للمشاركة.»

(3) ونصت المادة 118 ق م ج على أنه: «يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو هيئة مستقبلية كما يجوز أن يكون شخصا أو هيئة لم يعينا وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعا في الوقت الذي يجب أن ينتج العقد فيه أثره طبقا للمشاركة.»

أولاً: الشروط الموضوعية

1- وجود الرضا وصحته

يجب أن تتفق إرادة المشتري مع إرادة المتعهد على إنشاء حق للغير، وذلك بقبول المتعهد لإيجاب المشتري، يحتوي على ماهية الحق المنشأ للغير، كما يجب أن يكون هذا التراضي خالياً من العيوب، أي أن يتمتع كلا من المتعاقدين بالأهلية الكاملة، وأن تكون إرادتهما خاليتين من العيوب، كالغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال، وألا يكون الاشتراط لمصلحة الغير قابلاً للإبطال.

2- وجود المحل ومشروعية السبب

لا يثير موضوع المحل صعوبات فيما يتعلق بالاشتراط لمصلحة الغير، إذ يتوجب فقط أن تتحقق في الالتزام المتعهد قبل المستفيد الشروط اللازمة لقيام ركن المحل. وعليه ينبغي أن يكون أداء المتعهد ممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون مشروعاً⁽¹⁾.

كما يجب كذلك أن يكون السبب مشروعاً، وفي هذا الصدد، قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 8 أكتوبر 1958، بأن التأمين لمصلحة خليفة يبطل الاشتراط، لعدم مشروعيته، مع بقاء عقد التأمين قائماً لمصلحة ورثة المؤمن الذين لم يتقاضوا مبلغ التأمين الذي تعهدت به شركة التأمين⁽²⁾، ومنه فلا يكون الاشتراط لمصلحة الغير إلا إذا كان سببه مشروعاً.

ثانياً: الشروط الشكلية

بخصوص الشروط الشكلية، فقد أثير خلاف بصدها فيما إذا كان الاشتراط لمصلحة الغير عملاً تبرعياً من المشتري، لأن المشرع يشترط الرسمية في الهبة.

(1) رفيق نسير، نظرية التصرف الثلاثي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014-2015 ص 27.

(2) فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 198.

ان تكيف الاشتراط لمصلحة الغير التبرعي بأنه هبة غير مباشرة، هو خلط بين الهبة والتصرف بوجه عام، ففي الاشتراط لمصلحة الغير لا يهب المشتري ماله للمنتفع، بل هذا الأخير يحصل على حق جديد ينشأ عن العقد المبرم بين المشتري والمتعهد، ومن ثم لا يمكن أن نكون أمام هبة، وإنما نكون أمام عمل من أعمال التبرع⁽¹⁾؛ فعقد الاشتراط لمصلحة الغير مبدئياً لا يخضع لأصول شكلية خاصة⁽²⁾، فهو كأى عقد عادي ينظم وفق القواعد الخاصة التي تطبق على جميع العقود التي لا تخضع لأي شكل خاص.

الفرع الثاني: الشروط الخاصة

تتمثل في شروط خاصة بالمشتري (أولاً)، وشروط خاصة بالمنتفع (ثانياً).

أولاً: الشروط الخاصة بالمشتري

1- أن يتعاقد المشتري باسمه

يجب لقيام الاشتراط لمصلحة الغير، أن يتعاقد المشتري باسمه لا باسم المنتفع الذي يظل أجنبياً عن العقد، وهذا هو الذي يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة، إذ أن تعاقد النائب باسم الأصل يجعل هذا الأخير طرفاً في العقد وليس أجنبياً عنه، كما أنه إذا كان الفضولي نائباً عن رب العمل، فإن المشتري لا يعتبر نائباً عن المنتفع الذي يظل دائماً أجنبياً عن العقد⁽³⁾.

2- أن يشترط المشتري على المتعهد حقاً مباشراً للمنتفع

إذا اشترط المتعاقد الحق لنفسه، ثم حوله بعد ذلك إلى المنتفع فلا نكون إزاء الاشتراط لمصلحة الغير، بل إزاء عقدين، الأول بين المتعاقدين وحدهما، والثاني حوالة حق إلى المنتفع، وقد يكون دائماً حول إليه حقه، وإذا أمن شخص على حياته بمبلغ لمصلحة نفسه، ثم مات

(1) فريدة زاوي، المرجع السابق، 199.

(2) إياد إبراهيم محمود كلوب، المرجع السابق، ص 33.

(3) العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 224.

وورث أبنائه في هذا التأمين، فلا يكون عقد التأمين اشتراطاً لمصلحة الغير، ولا يتلقى الورثة حقهم بمقتضى العقد، بل بمقتضى حقهم في الميراث، ويمكن لهم مطالبة شركة التأمين باعتبارهم خلفاء عاماً للمورث وليس كمنتفعين⁽¹⁾.

3- أن تكون للمشتراط مصلحة في الاشتراط

هذا الاشتراط اقتضته طبيعة الأمور، فالمشتراط يتعاقد باسمه ويعمل لحسابه، ومنه لا بد أن تكون له مصلحة عند الغير، وهذه المصلحة قد تكون مادية؛ كاشتراط البائع على المشتري أن يدفع الثمن إلى شخص ثالث هو دائن البائع، ففي هذه الحالة يحقق البائع مصلحته في الوفاء بما عليه من ديون، أما إذا كان متبرعاً بالثمن لمصلحة شخص ثالث يعرفه البائع، فغالباً ما تعد مصلحة البائع هنا أدبية⁽²⁾، وكذلك إذا أمن شخص على زوجته أو أولاده، فتعد مصلحة أدبية، ولا يهم إذا كانت المصلحة أدبية أو مادية، بل المهم أن تكون مشروعة وغير مخالفة للنظام العام، وهذا ما يشترطه الفقه بالرغم من عدم وروده في النص⁽³⁾، ومن ثم يبطل العقد لعدم مشروعية السبب.

ثانياً: الشروط الخاصة بالمنتفع

نصت المادة 118 ق م ج على أنه: «يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً أو هيئة مستقبلية كما يجوز أن يكون شخصاً أو هيئة لم يعينها وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعاً في الوقت الذي يجب أن ينتج العقد فيه أثره طبقاً للمشارطة.».

وعليه يشترط في المنتفع مسألتين وهما قابلية المنتفع للتعيين وقت إبرام العقد، والمسألة الثانية قابلية المنتفع للوجود.

(1) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص 91، 92.

(2) خليل حسن أحمد قداة، المرجع السابق، ص 132.

(3) يفتوة مزوغ، المرجع السابق، ص 90؛ محمد المالقي، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، ط 2، مركز النشر الجامعي، تونس، 2003، ص 71.

1- قابلية المنتفع للتعين وقت إبرام العقد

لا يشترط أن يكون المنتفع معيناً وقت إبرام عقد الاشتراط لمصلحة الغير، إذ يجوز أن يكون شخصاً أو جهة لم تعين بعد، بشرط أن يكون تعيينها مستطاعاً وقت إنتاج العقد لآثاره طبقاً للمشارطة، ومن ثم يمكن عدم تعيين المنتفع إطلاقاً، فالمتعهد لا يهمل المستفيد، طالما أن التزامه لن يتغير، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، بما أن المشتراط لن ينقض المشارطة، وأن يحل محل المنتفع الأول منتفعاً آخر، وبهذا لا يعد التعيين الفردي للمنتفع خروجاً عن المبدأ العقدي للاشتراط، لأن هذا الأخير عقد يتم فيه الاتفاق على إنشاء حق مباشر للغير، مع ترك مسألة تعيين هذا الغير للمشتراط، بشرط إعلام المتعهد بهذا التعيين⁽¹⁾، ويفهم من كل هذا أنه إذا كان المستفيد موجوداً ومحددًا عند إبرام العقد، فلا يثور أي إشكال. أما إذا كان المستفيد غير معين وقت الاشتراط فلا يمنع ذلك من صحة الاشتراط، متى كان هذا المستفيد قابلاً للتعين وقت تنفيذ العقد.

2- قابلية المنتفع للوجود

إن الاعتبارات العملية والضرورات المستجدة سمحت أن يكون المنتفع غير موجود وقت انعقاد العقد، مع إمكان تعيينه عند التنفيذ⁽²⁾، أي يعين في المستقبل وليس وقت انعقاد العقد⁽³⁾.

وعليه يمكن الاشتراط لمصلحة الأولاد الذين لم يولدوا بعد، حيث رفض القضاء الفرنسي قبل صدور قانون 13 جويلية 1930 المتعلق بالتأمين على الحياة، فكرة الاشتراط لمصلحة أشخاص لم يولدوا بعد، غير أنه بعد صدور هذا القانون، لاسيما المادة 63 منه، أصبح يسمح بالتأمين لمصلحة الأولاد الذين لم يولدوا بعد، وعممها القضاء على جميع الاشتراطات⁽⁴⁾، ومن ثم أصبح بإمكان الاشتراط لمصلحة الأولاد الذين لم يولدوا، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري

(1) رفيق نسير، المرجع السابق، ص 30.

(2) إياد إبراهيم محمود كلوب، المرجع السابق، ص 52.

(3) catala pierreet d'autres, droit des obligations, droit français, droit libanais, Perspectives européennes et internationales, bruylant, detta, lgdj, liban, 2006, p 135.

(4) catala pierre et d'autres, ibid, p 135; Annik Mariek «Grégoire, Marieve Lacroix, tiers et contrat dans le cadre des journées internationales; henri capitant, p 5.

في المادة 118 ق م ج، إذ أنه بإمكان الشخص أن يبرم تأميناً لفائدة الأولاد الذين لم يولدوا بعد غير أنه يجب الإشارة إلى أنه إذا لم ينبج هذا الشخص أطفالاً، فقيمة التأمين تحسب مع تركته.

ويمكن الاشتراط لمصلحة هيئة أو مصلحة مستقبلية لم تتمتع بالشخصية المعنوية بعد⁽¹⁾، في هذا الصدد، اتخذ القضاء الفرنسي في مسألة الاشتراط لمصلحة شخص معنوي مستقبلي موقفين متناقضين في مسألة يحكمها نفس المبدأ، وقضى بعدم جواز الاشتراط لمصلحة شخص طبيعي مستقبلي، وجواز ذلك بالنسبة للشخص المعنوي المستقبلي.

أما من جانب الفقه فمنهم من يرى أنه لا يجوز الاشتراط لمصلحة منتفع مستقبلي، سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً لم يوجد بعد⁽²⁾، ومنهم من يرى جواز ذلك⁽³⁾.

بالنسبة للتشريع الجزائري، فقد حسم في الأمر، ويتجلى ذلك من خلال المادة 118 ق م ج التي نصت صراحة على جواز الاشتراط لمصلحة الغير.

المطلب الثالث: أحكام الاشتراط لمصلحة الغير

لحديث عن أحكام الاشتراط لمصلحة الغير، يجب إبراز العلاقات التي تربط بين المشتراط والمتعهد (الفرع الأول)، وبين المتعهد والمنتفع (الفرع الثاني)، وبين المشتراط والمنتفع (الفرع الثالث).

الفرع الأول: العلاقة بين المشتراط والمتعهد

تحكم هذه العلاقة بنود العقد الذي بينهما، فلكل منهما أن يطالب بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن

(1) فريدة زاوي، المرجع السابق، ص 201.

(2) رفيق نسير، المرجع السابق، ص 32.

(3) catala pierre et d'autres, op.cit, p 135.

العقد⁽¹⁾، أو العمل القانوني الصادر من المشتري. فإذا كان هذا العقد ملزماً للجانبين، كعقد التأمين مثلاً، طبقاً للقواعد العامة في هذا العقد، وكان لكل من المشتري والمتعهد أن يطالب الآخر بتنفيذ التزامه⁽²⁾، وللمشتري إذا لم يقدّم المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع، أن يطالب بفسخ العقد أو وقف تنفيذه وفقاً للقواعد العامة، ويلاحظ أن المشتري إذا فسخ العقد بعد صدور قبول المنتفع، سواء كان ذلك لعدم تنفيذ المتعهد لالتزامه نحو المنتفع أو لالتزامه نحو المشتري، فإن الفسخ لا يضيع على المنتفع حقه، فيرجع به على المشتري إلا إذا كان الاشتراط تبرعاً يجوز الرجوع فيه⁽³⁾.

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

أولاً: سلطة المشتري في نقض المشاركة

يمثل الحق في نقض الاشتراط السلطة الأساسية التي يتمتع بها المشتري قبل المتعهد، فطبقاً للمادة 117 ق م ج، يملك المشتري سلطة نقض الاشتراط دون موافقة المتعهد، وعليه يجوز للمشتري تعديل أحكام عقد الاشتراط بإرادته المنفردة، طالما لم يعلن المنتفع عن رغبته في الاستفادة من الاشتراط. أما عبارة: «...ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد...»، فهي تعبير عن جواز الاتفاق على ما يخالف هذا الحكم، مما يجعله حكماً مكملاً غير أمر⁽⁴⁾.

ثانياً: سلطة المشتري المتعلقة بتنفيذ الاشتراط لمصلحة الغير

(1) خليل حسن قدامة، المرجع السابق، ص 132.

(2) عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص 147.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 578.

(4) رفيق نسير، المرجع السابق، ص 34.

يفقد المشتري حقه في نقض المشاركة أو أي تعديل لها عند تعبير المنتفع بالموافقة على الاستفادة منها، إلا أنه يحتفظ ببعض السلطات اتجاه المتعهد تتعلق بضمان تنفيذ الاشتراط:

- فبالرجوع إلى نص المادة 3/116 ق م ج، نجد أن للمشتري الحق في مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه، المتمثل في تنفيذ الاشتراط لمصلحة المنتفع، وله الحق في رفع هذه الدعوى باسمه شخصياً، لا باعتباره ممثلاً للمنتفع، لأن للمشتري مصلحة شخصية في تنفيذ المتعهد للاشتراط المعقود لمصلحة المنتفع⁽¹⁾، غير أنه وبناءً أيضاً على الفقرة الثالثة من نفس المادة المذكورة أعلاه، نجد أنه يجوز الاتفاق في المشاركة على أن يكون حق المطالبة بالتنفيذ للمنتفع وحده.

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

الفرع الثاني: العلاقة بين المتعهد والمنتفع

تتجلى في هذه العلاقة أهم خاصية تميز قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير، وهو الخروج على قاعدة نسبية أثر العقد. وأيضاً نجد العلاقة بين المتعهد والمنتفع في أخص طابع يتميز به الاشتراط لمصلحة الغير عن غيره من أنواع التعاقد، يتمثل في أن المنتفع لم يكن طرفاً في العقد الذي التزم به المتعهد، لكن يكتسب من هذا العقد حقاً شخصياً مباشراً، وله أن يطالب به المتعهد⁽³⁾.

(1) رفيق نسير، المرجع السابق، ص 34.

(2) رفيق نسير، المرجع السابق، ص 35.

(3) إياد إبراهيم محمود كلوب، المرجع السابق، ص 73.

وعليه يتولد للمنتفع حق مباشر اتجاه المتعهد بمجرد انعقاد عقد المشاركة (أولاً)، غير أن هذا الحق يبقى دائماً مرتبطاً بالعقد الذي نشأ عنه (ثانياً).

أولاً: حق الدائنية المباشرة للمنتفع اتجاه المتعهد

بناء على نص المادة 1/116 و 2 ق م ج، ينشأ عن الاشتراط حق جديد ومباشر لصالح المنتفع في مواجهة المتعهد، وهذا حتى قبل إعلان المنتفع عن رغبته في الاستفادة من هذا الحق، غير أن إعلانه عن رغبته في الاستفادة من هذا الحق هي التي ستحميه من محاولة المشتري نقضه⁽¹⁾، فالمستفيد يكتسب حقاً مباشراً في مواجهة المنتفع، وهو حق ينشأ بموجب عقد الاشتراط، ولا ينتقل من ذمة المشتري إلى ذمته، وينتج عن هذا ثلاث نتائج:

1- خروج حق المنتفع من الضمان العام للمشتري

القاعدة هي أن أموال المدين تضمن الوفاء بديونه، فذمته المالية بكل ما تشمله من أصول ضامن للوفاء بهذه الديون، وبإسقاط هذه القاعدة على الاشتراط لمصلحة الغير، نجد أن من نتائج اعتبار الحق المنشأ عن طريق الاشتراط حقاً مباشراً للمنتفع، خروجه من الضمان العام للمشتري، لأن الحق ينشأ مباشرة في ذمة الغير، ولا ينشأ في ذمة المشتري أولاً، ثم ينتقل إلى ذمة الغير، فحتى ولو قام الشخص بالتأمين على حياته لمصلحة أولاده، وكان عليه ديوناً، فإن دائنيه لا يمكنهم استيفاء ديونهم من مبلغ التأمين، لأنه نشأ مباشرة في ذمة الأولاد، وبذلك يموت مدينهم معسراً⁽²⁾.

2- خروج حق المنتفع عن تركة المشتري

لا يتلقى المنتفع الحق عن طريق الإرث، فلا يدخل هذا الحق في تركة المشتري، ويترتب على ذلك أن دائني المشتري لا يستطيعون أن يطالبوا بإدخال حق المنتفع في تركة المشتري تطبيقاً للقاعدة "لا تركة إلا بعد سداد الديون"، فإذا أمن شخص على حياته لمصلحة أولاده ثم

(1) العربي بلحاج، م س، ج 1، ص ص 228، 229.

(2) رفيف نسير، المرجع السابق، ص 36.

مات، فالأولاد لا يتلقون الحق من أبيهم عن طريق الإرث، بل هو حقهم المباشر اتجاه شركة التأمين، فيأخذون الحق خالصا لهم، ولا يدفعون شيئا للوفاء بديون أبيهم⁽¹⁾.

3- قبول المنتفع للاشتراط ليس شرطا لوجوده لاحقا

بما أن حق المنتفع هو حق مباشر، فإنه ينشأ من تاريخ نشأة الاشتراط لمصلحة الغير، وعليه فإن قبول المنتفع للاشتراط ليس شرطا لوجود هذا الحق، وإن كان الحق قبل قبول المنتفع إياه مهددا في هذا الوجود، لأن المادة 117 ق م ج تجيز للمشتري دون دائنيه أو وارثيه نقض المشاركة، قبل إعلان المنتفع للمتعهد أو للمشتري رغبته في الاستفادة منها⁽²⁾.

ثانيا: ارتباط حق المنتفع بالعقد الذي أنشأه

يترتب عندما يكتسب المنتفع الحق عن العقد مباشرة النتائج التالية:

- يستطيع المتعهد أن يدفع اتجاه المنتفع بالدفع التي يستطيع أن يدفع بها اتجاه المشتري، كبطان العقد، أو الإبطال في حالة وجود عيب في رضا المتعهد، وهذه دفع متزامنة في نشأته مع العقد، وهناك دفع لاحقة، كالدفع بعدم التنفيذ⁽³⁾، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 116 ق م ج.

- يثبت حق المنتفع من حين إبرام العقد بين المشتري والمتعهد، لا من حين إظهاره رغبته في الاستفادة من الاشتراط، ويترتب على ذلك أن المشتري إذا فقد أهليته بعد إبرام العقد، فإن ذلك لا يمنع المنتفع من إعلان رغبته والاستفادة من الحق.

- يحدد العقد المبرم بين المشتري والمتعهد مدى حق المنتفع في مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه⁽⁴⁾.

(1) عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص 148.

(2) رفيق نسير، المرجع السابق، ص 36.

(3) عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص 148.

(4) عبد المجيد الحكيم، المرجع والموضع نفسهما.

الفرع الثالث: علاقة المشتري بالمنتفع

لا تظهر العلاقة بين المشتري والمنتفع في العقد المبرم بين المشتري والمنتفع، لكن لا يخلو الأمر من أن يكون المشتري قد اشترط الحق للمنتفع على سبيل المعاوضة أو على سبيل التبرع. فإذا أراد المشتري التبرع للمنتفع طبقاً على اشتراطه أحكام الهبة، وهي هبة غير مباشرة، ومن ثم يجب أن تتوفر في المشتري أهلية الأداء الكاملة، ويستطيع المشتري الرجوع في هبته وفقاً للقواعد العامة، وإذا لم يقصد المشتري التبرع للمنتفع فهو إما يقصد الوفاء بدين له عليه أو إقراضه⁽¹⁾، لأنه في حالة وجود دين سابق يصبح الاشتراط لمصلحة الغير أداة وفاء لهذا الدين، مما يجعل المنتفع صاحب مصلحة في المطالبة بفسخه، وهي مصلحة قائمة بمقتضى الدين السابق وليس بمقتضى الاشتراط لمصلحة الغير⁽²⁾.

(1) عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص 147.

(2) رفيف نسير، المرجع السابق، ص 40.

خاتمة

إن إنصراف أثر العقد من حيث الأشخاص يحكمه مبدأ نسبية العقد وهذا الأخير يفرضه الواقع القانوني القائم على احترام المعاملات المدنية للأشخاص، ويظهر لنا هذا جليا من خلال اطلاعنا على المواد: 108، 109، 113، 114، 117، 118، من التقنين المدني الجزائري .

وعرف مبدأ نسبية العقد تطورا فرضه عليه الواقع الاجتماعي والمعاملات المدنية، فبعدما كان العقد لا ينصرف إلا للمتعاقدين، أصبحت آثاره تتعدى المتعاقدين إلى أشخاص آخرين يعتبرن من الغير، وهذا ما يمثل الاستثناء من مبدأ نسبية العقد .

ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع توصلنا إلى النتائج التالية :

1- انصراف آثار العقد المتعاقدين سواء كانوا أصليين أي تعاقدوا بانفسهم أو تم التعاقد بالنيابة عنهم .

2- أن آثار العقد تنصرف إلى المتعاقدين التبعيين (الخلف العام، الخلف الخاص)، فبالنسبة إلى الخلف العام لا تنتقل إلى هذا الأخير إلا الحقوق الشخصية، أما الالتزامات الشخصية فلا تنتقل إلى الخلف العام تطبيقا لقاعدة [لا تركة إلا بعد سداد الديون]، لكن هذا ليس مطلقا بحيث أن التركة لا يمكن أن تقسم بين الورثة، إلا بعد سداد الديون المتعلقة بشخص المورث

أما بالنسبة إلى الخلف الخاص فإنه لا يخلف السلف في ذمته المالية، كما هو الحال في الخلافة العامة، بل يخلفه في ملكية شيء مادي أو معنوي أو حق عيني على هذا الشيء، فالمشترى مثلا يخلف البائع خلافة خاصة في الشيء المبيع وكذلك بالنسبة للموهوب له، والدائن المرتهن .

ومنه يتبين لنا أن مصادر الخلافة الخاصة تتمثل في كل التصرفات القانونية الناقلة للحقوق والالتزامات، وقد توجد هذه الخلافة أثناء حياة الشخص وقد توجد بعد موت أحد الأشخاص كما في الوصية، على عكس الخلافة العامة التي لا تنشأ إلا بعد موت السلف .

3_ ان الدائن العادي يعتبر دائما من الغير ،وهذا لا يعني انه لا يتاثر بالعقود التي يبرمها مدينهم ،بل تؤثر في حقه بقدر ما تزيد او تنقص من الضمان العام لمدينه ،اذ يعتبر من الغير لان العقد لا يلزمه ولا يكسبه حقا وهذا هو المقصود بالغير .

4_ اما بالنسبة للتعهد عن الغير :فلا يعد هذا الاخير خروجا على قاعدة عدم سريان العقد في حق الغير بل تطبيقا لها ،وذلك لان العقد الذي ينشا التزاما على عاتق الغير يكون استثناءا فعليا من مبدا نسبية العقد بينما التعهد عن الغير يرتب التزاما شخصا في ذمة المتعهد الذي يتعهد للحصول على اقرار الغير فقط .

ومنه فان احكام التعهد عن الغير ليست الا تطبيقا لمبدا نسبية اثار العقد التي لا تسري الا على ن كان طرف في العقد،وهو مبدا مستقر في القوانين المدنية السالفة الذكر وان حالة القبول او الرفض من الغير لهذا التعهد ليست الا تطبيقا للقواعد العامة .

ولذلك نرى ان المشرع الجزائري كان عليه ادراج التعهد عن الغير ضمن طائفة عقود الضمان مثل ما قام به المشرع الالمانى ،كما لا بد من جعل موافقة الغير اقرارا لتعهد وليس قبولا وهذا ما نهج اليه المشرع الفرنسي ،خصوصا وان التعهد عن الغير من النادر ايجاده بصفة مستقلة ، فهو غالبا ما يكون مرتبط بعقد اكثر واوسع منه مدى .

5_ اما بالنسبة للاشتراط لمصلحة الغير نجد ان المشرع وفق عندما اخذ بالاشتراط لمصلحة الغير وهو الموقف السليم ،اذ لا بد ان يعلن المشتراط عن رغبته في ان يجعل الغير ينتفع بالعقد ،ولا بد من اعلان المتعهد بذلك ،ان كان هذا يؤدي بدوره الى استثناء من مبدا نسبية العقد، اذ يكسب الغير حقا من العقد ،الا انه استثناء مقصور على شخص معين .

لذلك ارتائنا انه لا يمكن حصر الاشتراط لمصلحة الغير في نظرية العقد ، نظرا للعلاقات الاقتصادية التي يتدخل فيها اكثر من شخصين،لذا فهو اوسع من ذلك ،فنظرة الفقه الحديث تصنفه ضمن نظرية التصرف القانوني الثلاثي .

ذلك ان عجز تقنية العقد على احتواء جميع العلاقات التي تتفرع عن هذه العمليات الاقتصادية، هو الذي بعث بنا الى عرض هذا التحليل من اجل التنبيه الى ارساء نوع جديد من التصرفات القانونية وذلك من اجل احتواء كل العلاقات التي تتفرع عن العمليات القانونية.

ومنه فان هذه الفرضية (التصرف القانوني الثلاثي)، تهدم الاستثناءات التي كانت موجهة لمبدأ نسبية العقد، فالاشتراط لمصلحة الغير يعتبر استثناء، لانه ينشأ حقا للغير، غير انه باعتبار هذا الاخير تصرفا ثلاثيا يزيل هذا الاستثناء.

قائمة المراجع

قائمة المصادر والمراجع

باللغة العربية

المصادر

القرآن الكريم

المراجع القانونية

أولاً: الكتب

- 1- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005.
- 2- جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، مصر، 1954.
- 3- حسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ج 1، ط 1، مصادر الالتزام: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والمقارن، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2002.
- 4- خليل أحمد حسن قعادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 1، ط 4، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
- 5- رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية والأصلية، ج 1، مصادر الحقوق العينية والأصلية، بيروت، لبنان، 1985.
- 6- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، المجلد الأول، ج 2، ط 4، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الكتب القانونية، مصر، 1987.

- 7- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1952.
- 8- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 4، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول، البيع والمقايضة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- 9- عبد الرزاق دريال، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- 10- عبد المجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج 1، مصادر الالتزام، مطابع مؤسسة دار الكتب للطباعة، العراق، 1980.
- 11- عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، ج 2، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1968.
- 12- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، ط 6، التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- 13- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 14- علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ط 3، دار موفم للنشر، الجزائر، 2013.
- 15- علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزامات، أحكام الالتزامات، ط 1، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2014-2015.
- 16- محمد المالقي، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، ط 2، مركز النشر الجامعي، تونس، 2003.

- 17- محمد حسنين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 2000.
- 18- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012.
- 19- منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بآراء الفقه وأحكام القضاء، ط 1، دار تارس للطباعة والنشر، أربيل، العراق، 2006.
- 20- موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، ج 3، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.

ثانياً: المذكرات والرسائل الجامعية

أ- الرسائل

- 1- رفيق نسير، نظرية التصرف الثلاثي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.
- 2- فاطمة اسعد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري: دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.

ب- المذكرات

- 1- إياد إبراهيم محمود كلوب، الاشتراط لمصلحة الغير: دراسة فقهية مقارنة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2014.

2- رشاد السيد إبراهيم عامر، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنا بالشرعية الإسلامية والقوانين الأخرى، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، 1989.

3- يقوتة مزوغ، نطاق مبدأ نسبية أثر العقد بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، تخصص شريعة وقانون، فرع المعاملات المالية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة وهران، 2014-2015.

ثالثا: المقالات

فواز صالح، الإرادة المنفردة بوصفها مصدرا للالتزام: دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 28، العدد الأول، القسم المدني، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سوريا، 2012.

رابعا: المحاضرات

1- عمر القاسمي، الزيدة في العقود المسماة، دار السنهوري للنشر والتوزيع في شارع المنتبي، مصر، 2016.

2- مشاعل عبد العزيز الهاجري، الأثر النسبي للعقد، عدم انصراف آثار العقد إلى الغير، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الكويت، 2004.

خامسا: النصوص القانونية

1- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني. الجريدة الرسمية العدد 78 الصادر في 24 رمضان عام 1395 هـ الموافق 30 سبتمبر سنة 1975 م، المعدل والمتمم.

2- أمر رقم 59/75 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون التجاري. الجريدة الرسمية العدد الصادر في رمضان عام 1395 هـ الموافق سبتمبر سنة 1975 م، المعدل والمتمم.

3- قانون رقم 11/84 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية العدد 24 الصادر في 12 رمضان عام 1404 هـ الموافق 12 يونيو سنة 1984 م، المعدل والمتمم.

باللغة الفرنسية

A) ouvrages

- 1- J.flour, J.laubert, E.savaux, les obligations un l'acte juridiquetiers et contrat dans le cadre des journées internationales;journées panaméences.
- 2- Marie Annik, Grégoire, Marieve Lacroix, tiers et contrat dans le cadre des journées internationales; henri capitant.
- 3- Pierre Catala et d'autres, droit des obligations, droit français, droit libanais, Perspectives européennes et internationales, bruylant, detta, lgdj, liban, 2006.

B) Les text juridiques

Code civil français

فهرس الموضوعات

الفهرس

1	مقدمة
1	الفصل الأول: انصراف اثار العقد إلى المتعاقدين
5	المبحث الأول: انصراف اثار العقد إلى أطراف المتعاقدة
5	المطلب الأول: أطراف العقد الأصليين
6	الفرع الأول: المقصود بالمتعاقدين الاصيلي
6	الفرع الثاني: مبدأ الذي يحكم المتعاقدين
6	الفرع الثالث: تنفيذ العقد بحسن النية
8	المطلب الثاني: النيابة في التعاقد
9	الفرع الأول: تعريف النيابة في التعاقد
9	الفرع الثاني: شروط النيابة
10	أولاً: أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل
11	ثانياً: عدم تجاوز حدود النيابة
12	ثالثاً: تعامل النائب باسم الأصيل
13	الفرع الثالث: آثار النيابة في التعاقد
13	أولاً: اثار النيابة بالنسبة للنائب والاصيل
14	ثانياً: اثار النيابة بالنسبة للاصيل والغير

- 14..... ثالثا: اثار النيابة بالنسبة للنائب والغير
- 14..... المطلوب الثالث: تعاقد الشخص مع نفسه
- 15..... الفرع الأول: الأساس القانوني لفكرة تعاقد الشخص مع نفسه
- 16..... الفرع الثاني: موقف القوانين المقارنة من مسألة تعاقد الشخص مع نفسه
- 17..... المبحث الثاني: انصراف آثار العقد إلى خلف المتعاقدين
- 17..... المطلوب الأول: انصراف آثار العقد إلى الخلف العام
- 18..... الفرع الأول: انتقال الحقوق الناتجة عن عقد أبرمه السلف إلى خلفه العام
- 19..... الفرع الثاني: انتقال الالتزامات الناتجة عن عقد أبرمه السلف إلى خلفه العام
- 19..... أولا: رأي المذاهب الفقهية الإسلامية
- 19..... 1- رأي الحنفية
- 20..... 2- رأي الشافعية والحنابلة
- 20..... 3- رأي المالكية
- 21..... ثانيا: موقف التشريعات الوضعية
- 21..... 1- في القانون الفرنسي
- 21..... 2- في القانون المصري
- 22..... 3- في القانون المدني الجزائري
- 22..... الفرع الثالث: حالات عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام
- 22..... أولا: حالات عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام مع بقاءه خلفا
- 23..... 1- عدم انصراف العقد الى الخلف العام بالاتفاق المتعاقدين

- 2- إذا كانت طبيعة الحق أو الالتزام الناشئ عن العقد تأبى أن ينتقل من المتعاقد إلى خلفه العام 23
- 3- عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام بحكم القانون 24
- ثانياً: حالات عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام باعتبارهم من الغير 24
- 1- حالة الوصية 24
- 2- حالة تصرف المورث في مرض الموت 24
- المطلب الثاني: انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص 27
- الفرع الأول: تعريف الخلف الخاص 27
- الفرع الثاني: شروط انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص 29
- أولاً: اتصال الحقوق والالتزامات بالحق المستخلف فيه 30
- ثانياً: أسبقية وجود هذه الحقوق والالتزامات على تاريخ انتقال الحق المستخلف فيه للخلف الخاص 31
- ثالثاً: وجوب علم الخلف الخاص بالالتزامات والحقوق حتى تنتقل إليه 32
- الفرع الثالث: عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص باعتباره من الغير 33
- المطلب الثالث: امكانية انصراف آثار العقد إلى الدائنين 34
- الفرع الأول: مدى انصراف أثر العقد إلى الدائنين العاديين باعتبارهم خلفاً عاماً 34
- الفرع الثاني: مدى انصراف أثر العقد إلى الدائنين العاديين باعتبارهم خلفاً خاصاً 36
- الفرع الثالث: مدى انصراف آثار العقد إلى الدائنين العاديين باعتبارهم من الغير 37
- الفصل الثاني: انصراف آثار العقد إلى الغير 41
- المبحث الأول: قاعدة التعهد عن الغير 42

- 43.....المطلب الأول: المقصود بالتعهد عن الغير
- 43.....الفرع الأول: تعريف التعهد عن الغير
- 44.....الفرع الثاني: الأهمية العملية للتعهد عن الغير
- 45.....الفرع الثالث: التفرقة بين التعهد عن الغير وبعض الأنظمة المشابهة له
- 46.....أولاً: التعهد عن الغير والكفالة
- 46.....ثانياً: التعهد عن الغير والوكالة
- 47.....ثالثاً: التعهد عن الغير والفضالة
- 47.....المطلب الثاني: طبيعة وشروط التعهد عن الغير
- 48.....الفرع الأول: طبيعة التعهد عن الغير
- 48.....الفرع الثاني: شروط التعهد عن الغير
- 49.....المطلب الثالث: أحكام التعهد عن الغير
- 49.....الفرع الأول: أحكام التعهد عن الغير بالنسبة للمتعهد
- 50.....الفرع الثاني: أحكام التعهد عن الغير بالنسبة للمتعهد له
- 51.....أولاً: من حيث أطرافه
- 51.....ثانياً: من حيث الالتزامات الناشئة
- 51.....ثالثاً: من حيث التاريخ
- 52.....الفرع الثالث: أحكام التعهد عن الغير بالنسبة للغير
- 53.....المبحث الثاني: الاشتراط لمصلحة الغير
- 55.....المطلب الأول: المقصود بالاشتراط لمصلحة الغير وتطبيقاته العملية
- 55.....الفرع الأول: تعريف الاشتراط لمصلحة الغير

- 56..... الفرع الثاني: تمييز الاشتراط لمصلحة الغير عما يشابهه من قواعد قانونية
- 56..... أولاً: التمييز بين قاعدة التعهد عن الغير وقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير
- 56..... ثانياً: تمييز الاشتراط لمصلحة الغير عن الدعوى المباشرة
- 57..... ثالثاً: تمييز الاشتراط لمصلحة الغير عن عقد الفضالة
- 57..... الفرع الثالث: التطبيقات العملية للاشتراط لمصلحة الغير
- 57..... أولاً: عقد التأمين
- 58..... ثانياً: عقد النقل
- 58..... ثالثاً: عقود المقاولات
- 58..... رابعاً: الهبة المقترنة بشرط
- 59..... المطلب الثاني: شروط الاشتراط لمصلحة الغير
- 59..... الفرع الأول: الشروط العامة
- 60..... أولاً: الشروط الموضوعية
- 60..... 1- وجود الرضى وصحته
- 60..... 2- وجود المحل ومشروعية السبب
- 60..... ثانياً: الشروط الشكلية
- 61..... الفرع الثاني: الشروط الخاصة
- 61..... أولاً: الشروط الخاصة بالمشترط
- 61..... 1- أن يتعاقد المشترط باسمه
- 61..... 2- أن يشترط المشترط على المتعهد حقا مباشرا للمنتفع
- 62..... 3- أن تكون للمشترط مصلحة في الاشتراط

62.....	ثانيا: الشروط الخاصة بالمنتفع.....
63.....	1- قابلية المنتفع للتعين وقت إبرام العقد.....
63.....	2- قابلية المنتفع للوجود.....
64.....	المطلب الثالث: أحكام الاشتراط لمصلحة الغير.....
64.....	الفرع الأول: العلاقة بين المشتراط والمتعهد.....
65.....	أولاً: سلطة المشتراط في نقض المشاركة.....
65.....	ثانيا: سلطة المشتراط المتعلقة بتنفيذ الاشتراط لمصلحة الغير.....
66.....	الفرع الثاني: العلاقة بين المتعهد والمنتفع.....
67.....	أولاً: حق الدائنية المباشرة للمنتفع لاتجاه المتعهد.....
67.....	1- خروج حق المنتفع من الضمان العام للمشتراط.....
67.....	2- خروج حق المنتفع عن تركة المشتراط.....
68.....	3- قبول المنتفع للاشتراط ليس شرطاً لوجوده لاحقاً.....
68.....	ثانيا: ارتباط حق المنتفع بالعقد الذي أنشأه.....
69.....	الفرع الثالث: علاقة المشتراط بالمنتفع.....
69.....	خاتمة.....
70.....	قائمة المراجع.....
73.....	الفهرس.....