

بسم الله الرحمن الرحيم

تم رفع هذه المادة العلمية من طرف أخوكم في الله: خادم العلم والمعرفة (الأسد الجريح) بن عيسى قرمزي. ولاية المدية

الجنسية جزائرية

الديانة مسلم

موقعي المكتبة الإلكترونية لخادم العلم والمعرفة للنشر المجاني للرسائل والبحوث على

www.Theses-dz.com

للتواصل: رقم هاتف 00213771087969

البريد الإلكتروني: benaisa.inf@gmail.com

حسابي على الفيسبوك: www.facebook.com/Theses.dz

جروبي: <https://www.facebook.com/groups/Theses.dz>

تويتر https://twitter.com/Theses_DZ

الخدمات المدفوعة

01- أطلب نسخة من مكتبتني

السعة: 2000 حيقا أي 2 تيرا !

فيها تقريبا كل التخصصات

أكثر من 80.000 رسالة وأطروحة وبحث علمي

أكثر من 600.000 وثيقة علمية (كتاب، مقالة، ملتنقى، ومخطوطة...)

المكتبة مع الهريديسك بالدينار الجزائري 50.000.00 دج

المكتبة مع الهريديسك بالدولار: 500 دولار .

المكتبة مع الهريديسك بالأورو: 450 أورو

02- نوفر رسائل الأردن كاملة 20 دولار للرسالة الواحدة على

<https://jutheses.ju.edu.jo/default2.aspx>

لا تنسوني بدعوة صالحة بظهر الغيب: ردد معي 10 سبحان الله وبجمده سبحان الله العظيم

اللهم صل وسلم على نبينا محمد بن عيسى قرمزي 2016.



جامعة البصرة
مركز الحقوق والعلوم الإدارية
بن عكنون

٢٢٢
٢٠٠١
٢٢٢

مبدأ نسبية العقْد

رسالة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص

تحت إشراف الأستاذ :
الدكتور علي علي سليمان

إعداد الطالبة :
زواوي فريدة

لجنة المناقشة

- 1 الأستاذ الدكتور : الفوق بن ملحة رئيساً
- 2 الأستاذ الدكتور : علي علي سليمان مقرر
- 3 الأستاذ الدكتور : علي فيلاي عضواً
- 4 الأستاذ الدكتور : عمر الزاهي عضواً
- 5 الأستاذة الدكتورة : دليمة فركواس عضواً

المقدمة

يرى بعض المؤلفين⁽¹⁾ أن مبدأ سلطان الإرادة يشرح النسبية للعقد، وهذا أمر صحيح إذ أن الشخص لا يلزم غيره بل يلزم نفسه فقط وفقاً لإرادته، ولكن مبدأ نسبية العقد أسبق في الظهور من مبدأ سلطان الإرادة، فهو مستمد من القاعدة الرومانية "Res inter alios acta a iis nec prodest" وهو مبدأ من مبادئ المنطق القانوني، وهو يطبق على الاتفاقيات بصفة عامة، وقد اخترته لهذا السبب.

فهذا مبدأ نسبية العقد يتصل بحرية الشخص في التعاقد وبحريته في تحمل الالتزامات ويتعرض هذا المبدأ بصفة عامة للالتزامات والحقوق الناشئة عن العقود التي أبرمها أشخاص معينون وفقاً لإرادتهم الخاصة، فتتصرف آثار العقد اليهم دون أن تتعداهم إلى الغير. وإذا كان انتقال الحقوق لا يشير إشكالاً كبيراً إذ يمكن اعتبارها من ملحقات الحق الذي انتقل إلى الخلف فالأمر يختلف بالنسبة لانتقال الالتزامات الشخصية سواء بالنسبة للخلف الخاص أو العام - مما جعل مبدأ نسبية العقد أوسع مجالاً عندنا من القوانين الغربية - فكيف يمكن نقل هذه الالتزامات إلى الخلف بمجرد اتصالها بالحق الذي انتقل إليه دون المساس بجوهر المبدأ؟

ولاشك أن مبدأ نسبية العقد رغم قدمه ما زال قائماً لأنه لا يمكن أن تتصرف آثار العقد إلى غير مبرمه، ولتبيان فعالية المبدأ لابد من التعرض إلى الاستثناءات التي ترد عليه واستبعاد ما هو تقليدي ناتج عن مفهوم جامد للمبدأ على أساس أنه كلما انصرف أثر العقد إلى الغير اعتبر ذلك استثناءً منه، لأن انصراف أثر العقد إلى الغير إذا كان بإرادته يعد تطبيقاً للمبدأ، لهذا تلعب طريقة تعبير الغير عن إرادته دوراً هاماً في الإبقاء على مبدأ نسبية العقد، وفي استبعاد عدد كبير من الاستثناءات الواردة عليه.

ويبقى لمبدأ نسبية العقد فعاليته، لأن اعتبارات أخلاقية وقانونية تمليه فلا يمكن للتطور القانوني مهما وصلت ثروته إلغاء دور الإرادة تماماً في التعاقد.

وان كانت قد فرضت على المبدأ استثناءات عديدة تبدو الدراسة السطحية لها أن المبدأ تحطم نهائياً وهذا الأمر أدى ببعض المؤلفين إلى القول أن المبدأ لم يعد لـه أساس قانوني وأن التمسك به ما هو إلا نتيجة عدم القدرة عن التخلص نهائياً من مفاهيم كانت سائدة في القانونين الروماني والفرنسي القديم، فما هو جوهر المبدأ أو مفهومه الحالي؟ وما مدى تأثير الاستثناءات عليه؟ - هو مجال هذا البحث - .

(1) GHESTIN / Traité de droit civil, les obligations, tome 2, le contrat, LGDJ, 1980; p18

ودراسة المبدأ تتطلب ان اتناول مفهومه في باب اول والاستثناءات الواردة عليه في الباب الثاني .

ومفهوم المبدأ يستلزم بالضرورة تحديد مفهوم الغير، لان الغير ليس دائماً هو الشخص الاجنبي عن العقد كما سرى ، بل قد يكون الخلف العام، والخاص من الغير احياناً واتناول ايضاً مدى انصراف أثر العقد الى المتعاقدين والخلف والغير في فصل اول .

ويؤدي التطور القانوني الى مدّ آثار العقد ، ولكن يظل المبدأ قائماً في اساسه ، لان مقتضيات المنطق القانوني والعدالة هي التي تمليه ، والقائلون بأن مبدأ نسبية العقد لم يعد لوجوده اساس⁽¹⁾ يخلطون بين مفهوم نسبية العقد وبين نفاذه ، لان العقد كواقعة قائم ونافذ في مواجهة الكافة ، الا ان المتعاقد لا يحتاج بمضمونه لمطالبة الغير بحق ناشيء عنه ، بل يقتصر الامر على اجبار الغير على الاعتراف بوجود هذا العقد، وهذا لا يمنع الغير من الاستناد اليه ايضاً في مجال الاشبات كما سأوضح ذلك في الفصل الثاني .

وفي فصل ثالث ، أتعرض لعلاقة مبدأ نسبية العقد بنظرية الوضع الظاهر اذ يعتبر بعض المؤلفين انها تقضي نهائياً على المبدأ ، وسأوضح ان تأثير هذه النظرية محدود في اوضاع معينة فقط .

ويعتبر الحق العيني حقاً مطلقاً، نافذاً في مواجهة الجميع وملزماً للخلف اذا ارتبط بالعين التي انتقلت اليه ، لهذا سأعرض في فصل رابع لتأثير الحق العيني والالتزام العيني على مبدأ نسبية العقد ومدى امكانية تحويل بعض الالتزامات الشخصية الى حقوق عينية والزام الخلف بها اذا كان عالماً بها.

واشترط المشرع علم الخلف بالحق او الالتزامات المتصلة لتكون ملزمة له ، وعلمه لا يعني قبوله الصريح لها ، بل يكفي ان يكون مجرد تعبير ضمني يدل دلالة قاطعة على القبول اذ ان استخلاص الارادة الصريحة من مجرد السكوت ومن مجرد العلم قد يؤدي الى استبعاد المبدأ كلية ، وهذا ما سأعرض له في الفصل الخامس من هذا الباب .

الى جانب هذا سأتناول التعهد عن الغير كتطبيق للمبدأ ، وليس ذلك لكونه التطبيق الوحيد وانما لاستبعاده نهائياً من ضمن الاستثناءات الواردة على مبدأ نسبية العقد والتي اخصص لها الباب الثاني .

(1) SAVATIER : Le Présumé de l'effet relatif du contrat, (1) RTD Civil 1934, p 525 .

أما الباب الثاني فأخصه بالاستثناءات الواردة على المبدأ، ومن هذه الاستثناءات ما هو مستمد من مبادئ قانونية كقاعدة عدم جواز اكتساب الخلف حقوقاً أكثر من السلف وقاعدة الملحقات تتبع الأصل، ومبدأ نفاذ الحق العيني والزام الخلف به وسأخصص لها الفصل الأول.

أما الفصل الثاني فأتعرض فيه للاستثناء الإرادي، أي الاستثناء الذي تمليه إرادة الأشخاص وهو الاشتراط لمصلحة الغير مع ملاحظة أن الالتزامات تنتقل إلى الشخص إن شاء ذلك، ومتى رضي بها انتقلت إليه ولا يعد هذا استثناء من المبدأ، أما في الاشتراط لمصلحة الغير، فإن المتعاقدين وهما المتعهد والمشتراط قد يشترطان نقل حقوق الخلف هذا استثناء إيجابياً لا يضر بالغير، وخاصة أن لهذا الغير حق الرفض، ولكن من الممكن أن يتحول هذا الاستثناء إلى استثناء يقضي على مبدأ نسبية العقد كلياً إذا اتسع تطبيق الاشتراط الضمني لمصلحة الغير.

إلى جانب هذا أتعرض في فصل ثالث للاستثناءات القانونية وهي متعددة ومتنوعة وهي تبدو لأول وهلة كأنها تقضي على المبدأ كلياً، غير أن بعض هذه الاستثناءات لا يتفق مع المبدأ إلا ظاهرياً، لأن الغير تقبل صراحة أو ضمناً إحلاله محل المتعاقد كما في الحوالة والتنازل عن العقد، والحلول، وبعضها نسبي يتعلق بأشخاص معينين يحميهم القانون بمنحهم دعوى مباشرة، والبعض الآخر من هذه الاستثناءات متعلق بأوضاع محدودة ومعينة وضعها المشرع هادفاً إلى تحقيق العدالة والمساواة.

أما الفصل الرابع، فأخصه للعقود الجماعية، إذ العقد الذي يبرمه بعض الأشخاص الممثلين في جماعة معينة يفرض على جميع الأشخاص المنتمين إلى هذه المجموعة ولو لم يرضوا به.

كما أن انتشار العقود المتتالية قد يؤول إلى توسيع دائرة الأشخاص الملزمين بالعقد مما يؤول إلى اتساع نطاق دائرة الخلف الخاص، وسوف يكون هذا هو موضوع الفصل الخامس وسأبين فيه هل تعتبر العقود المتتالية استثناء من المبدأ أم تستبعده كلية كما يرى البعض.

كما سأبين في هذا البحث مدى أهمية مبدأ نسبية العقد وبقائه قائماً رغم الاستثناءات الواردة عليه، لأن الاستثناء لا يمكن أن يقضي على الأصل إلا إذا وصلت فعاليتها إلى درجة إحلال مبدأ آخر محله.

الباب الأول

مفهوم مبدأ نسبية العقد

تمهيد :

لنبين مفهوم مبدأ نسبية العقد لابد من أن أتعرض للأشخاص الذين يعينهم ، أي الى أطراف العقد سواء أبرموا العقد بأنفسهم او بواسطة نواب عنهم .

كما اتعرض الى دائني المتعاقدين وأخلص من هذا الى نطاق المبدأ من حيث الأشخاص الملزمون بالعقد، والأشخاص الذين يعتبرون من الغير، ومنهم من هو أجنبي أصلاً عن العقد ومنهم من هو خلف للمتعاقد ولكن صار من الغير نتيجة وضع معين أو في خلال مرحلة معينة .

ومفهوم مبدأ نسبية العقد يقتضي دراسة المبادئ القانونية والأوضاع الفعلية التي تشتبه به أو تؤثر فيه ، فمبدأ نفاذ العقد يشبه مبدأ نسبته ، وهو موضوع اختلاف فقهي حاد، والخلط بين هذين المفهومين يؤدي الى اعتبار أن مبدأ نسبية العقد ليس له أي أساس، لهذا لابد من توضيح الفرق بينهما لتحديد نطاق المبدأ من حيث موضوعه .

كما أن نظرية حماية الأوضاع الفعلية تؤدي الى تفوق الوضع الفعلي على الوضع القانوني الناتج عن العقد ، وسوف أظهر مدى تأثيرها على المبدأ .

الى جانب هذا فنفاذ الحق العيني في مواجهة الجميع والزام الخلف به يؤثر في مبدأ نسبية العقد ، والسبب في ذلك يرجع كما سنرى الى طبيعة الحق العيني وليس لآثار العقد .

واذا ترتب عن عقد أبرمه السلف التزامات شخصية فمن المفروض أن لا يلزم الخلف بها الا اذا رضي بها صراحة و كذلك لا بد من موافقة الغير - المتعاقد مع السلف - على انتقال رضى السلف بكاملها الى الخلف الخاص ، وسأبين مدى امكان الاعتداد بالتعبير الضمني عن الارادة لالزام الخلف الخاص بالعقد .

ويعد التعهد عن الغير تطبيقاً فعلياً للمبدأ لأن المتعهد لا يلزم الغير بالعقد، بل يلزم نفسه فقط وسأتناوله بالبحث ليتضح أن انصراف آثار العقد الى الغير يعتبر استثناءاً منه اذا التزم المتعاقد ، الغير بالعقد ، أما اذا رضي به الغير بعد ذلك وانسرفت آثاره اليه بموافقة ففي هذه الحالة يعد تطبيقاً للمبدأ لا غير .

الفصل الأول

مدى اندسراف أثر العقد إلى أطرافه وخلفهم ودائهم و الغير .

لهذا الموضوع أهنية قصوى ان يوضح لنا من هم الأشخاص المعنيون بمبدأ نسبية العقد -
وانا كان من البديهي ان أطراف العقد هم الذين يتحملون الالتزامات ويكتسبون الحقوق
الناجمة عن عقد أبرموه ، فمن الضروري تحديد هذه الطائفة لأنها غير قاصرة على من شارك
في ابرام العقد بشخصه كما سنرى .

أما الخلف العام والخاص فتتصرف اليهم آثار العقود التي يبرمها سلفهم في حدود
معينة تختلف عندنا عما هو موجود في القانون الفرنسي ، وسأحاول توضيح ذلك فقها وقضاء -
والى جانب هذا هناك الدائنون الذين قد يتضررون او ينتفعون - حسب الأحوال - من عقود
يبرمها مدينوهم فيجربى التسأل عن إدماجهم في طائفة أو في أخرى .

ثم أخلص من هذا الى طائفة الغير ، ويعنيهم مبدأ نسبية العقد في مفهومه السلبي أي من
ناحية أنهم لا يتحملون التزامات ولا يكتسبون الحقوق الناتجة عن عقد أبرمه أشخاص آخرون .
ولهذا كله قسمت هذا الفصل الى خمسة مباحث أتناول في :-

المبحث الأول : مدى انصراف أثر العقد الى أطرافه .

المبحث الثاني : مدى انصراف اثر العقد الى الخلف العام .

المبحث الثالث : مدى انصراف أثر العقد الى الخلف الخاص .

المبحث الرابع : مدى انصراف أثر العقد الى الدائنين العاديين .

وفي المبحث الخامس: مدى انصراف أثر العقد الى الغير .

المبحث الأول

مدى انصراف أثر العقد إلى أطرافه

لقد قسمت هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، أخصص المطلب الأول منها إلى المقصود بأطراف العقد، والمطلب الثاني إلى النية في التعاقد، شروطها وأثارها، وذلك لعلاقتها بالوطيدة بالموضوع، ثم أتعرض في المطلب الثالث لانصراف أثر العقد إلى أطرافه بما في ذلك الأصيل في النية.

المطلب الأول

مفهوم أطراف العقد

يقصد بأطراف العقد الأشخاص الذين شاركوا في إبرامه فهو يلزمهم بالتزامات، كما يكسبهم أيضا حقوقا. ولكن أطراف العقد ليسوا دائما هم من تولوا إبرامه، فقد يبرمه شخص آخر ينوب عن الطرف الأصلي وهذا واضح في قواعد النيابة حيث يقوم شخص يسمى النائب بالتعبير عن ارادته - في حدود السلطة المخولة له - في إبرام تصرف قانوني باسم الأصيل ولحسابه⁽¹⁾ والنيابة قد يحددها القانون كما في حالة الولي أو الوصي أو القيم وهذه هي النيابة القانونية، أو يحددها الأطراف كما في النيابة الاتفاقية، كما قد يحددها القضاء في النيابة القضائية التي تعطى للحارس القضائي، مثلا السلطة في إدارة مصالح معينة إلى من يصدر أحكام

(1) د. أحمد سلامة: مذكرات في نظرية الالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مكتبة عين الشمس، القاهرة، 1981، ص 90.

د. أنور سلطان: الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت 1983، ص 26.

(B) Starck : Droit Civil , Les Obligations , Librairies Techniques.

Paris , 1972 , p.384.

فأصل فيها⁽¹⁾ والنيابة قد تكون خاصة لاتسمح للنائب بالقيام بأعمال التصرف بل تقتصر على أعمال الإدارة فقط ، وقد تكون نيابة خاصة تتناول أعمال التصرف أيضا⁽²⁾. والاحظ ان بعض الفقهاء الفرنسيين ما زالوا متحفظين حول اعتبار الاصيل طرفا في عقد ابرمه نائبه ، ولهذا الموضوع أهمية قصوى لانه يؤول الى اعتبار النيابة استثناء من مبدأ نسبية العقد لان اثر العقد ينصرف الى غير المتعاقدين ، فهم يعتبرون الاصيل غيرا ، ويساوون بين العقد بواسطة نائب والاشتراط لمصلحة الغير⁽³⁾ وفي المطلبين الآتيين نتضح لنا مدى صحة هذا الرأي .

المطلب الثاني

النيابة في التعاقد

ان المفهوم التقليدي لمبدأ نسبية العقد يقصر آثار العقد على المتعاقدين الذين وقعوا العقد بأنفسهم فقط . وهذا الامر يجعل من النيابة استثناءا فعليا من المبدأ لانصراف آثار العقد الذي يبرمه النائب الى الاصيل وهو يعتبر من الغير .
وأعرض أولا الى شروط النيابة وآثارها لمعرفة دور ومركز كل من الاصيل والنائب أبين الى اي حد تعتبر النيابة استثناءا من مبدأ نسبية العقد .
لتكون النيابة صحيحة منتجة لآثارها لابد من توافر شروط معينة فيها ، وساقسم هذا المطلب الى فرعين اتناول في الفرع الأول شروط النيابة ، وفي الفرع الثاني آثارها .

الفرع الأول : شروط النيابة

تنقسم شروط النيابة الى شروط لوجودها وشروط لصحتها .

أولا : شروط وجود النيابة :-

أ - **تعبير النائب عن ارادته** : فالنائب ليس مجرد حامل لرضاء الاصيل بل هو طرف ايجابي يعبر عن ارادته في ابرام تصرف قانوني لمصلحة شخص آخر وهذا ما يميز النائب عن الرسول الذي هو مجرد وسيط ، فالنائب يعبر عن ارادته هو ، ولهذا فعيوب الرضا ينظر فيها الى ارادة النائب

(1) MARTY et (P) RAYNAUD: Droit Civil, tome 2, volume 1; Les Obligations (1) Sirey, Paris, 1962, p352

(2) FLATTET: Les Contrats pour le compte d'autrui, Thèse, Sirey, Paris, 1950, p77/78

(H.L) et (J) MAZEAUD: Leçons de droit Civil, Tome 2, Volume 1, 6ème Edition Montchrestien, Paris, 1978, p127

FLOUR et (J.L) AUBERT: Droit Civil, Les Obligations, Volume 1. L'acte Juridique. Armand Colin, Paris 1981, p326. (2)

POPESCO (M.N): La Règle "Res inter alios acta" et ses limites en droit moderne, Thèse, Paris 1934, P.44. (3)

(A) WEILL : La Relativité des conventions en droit privé Français, Thèse ; STRASBOURG, 1938, P94 à 96 .

والى حسن نيته أو سوءها، أي ينظر فيها الى شخص النائب (1) وقد نصت المادة 1/73 مدني جزائري على مايلي : " اذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الرضا ، او في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة ، أو افتراض العلم بها حتما .. " .

لكن تجدر ملاحظة أن ارادة الأصيل تشترك مع ارادة النائب بدرجات متفاوتة ، وفي هذه الحالة تكون ارادة الأصيل أيضا محل اعتبار (2) ولهذا نصت المادة 2/73 مدني جزائري على مايلي :- " .. غير أنه اذا كان النائب وكيلًا و يتصرف وفقا لتعليمات معينة صادرة من موكله فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو ، أو كان من المفروض حتما أن يعلمها .. " . ٤٧١٦٩٠

ب - يجب أن يكون التعاقد باسم الأصيل وحسابه :

إذا كان النائب يعبر عن ارادته فلا بدّ من أن يبين أنه يتعاقد باسم شخص آخر، أي أن تتوافر لدى النائب ومن يتعاقد معه نية انصراف آثار العقد الى الأصيل، ويفترض ان يكون الغير، المتعاقد مع النائب ، عالما بالنيابة ، ولكنه اذا كان غير عالم بها فعلا ، وكان التعاقد مع شخص النائب محل اعتبار عنده ، فان آثار العقد لا تنصرف الى الأصيل مباشرة (3) وقد نصت المادة 75 مدني جزائري على مايلي : " اذا لم يعلن المتعاقد وقت ابرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا ، فان أثر العقد لا يضاف الى الأصيل دائما او مدينا ، الا اذا كان المنعقد من المفروض حتما أن من تعاقد معه ----- النائب

(1) د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص 27 .

د/ عبد الحي حجازي : النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي الجزء الاول، المجلد الثاني ، الكويت - 1982 ، ص 759 .

د/ أحمد سلامة ، المرجع السابق ص 96 .

د/ سمير عبد السيد تناغو : نظرية الالتزام ، منشأة المعارف الاسكندرية بدون تاريخ، ص 30 .

د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري : نظرية العقد، دار الفكر، بيروت 1934، ص 211 .

POPESCO (M.N) : Thèse, Précit, p.46 - G. FLATTET : Thèse, Précit, p.68 .

STORCK (M) : Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques Thèse , Paris , LGDJ 1982 , p.87 .

(2) د/ عبد المنعم فرج الصده : مصادر الالتزام ، دار النهضة ، بيروت 1979 ، ص 71 - 72 .

(3) د/ عبد الحي حجازي : المرجع السابق ص 763 .

STORCK (M) : Thèse, Précit, p.99 - (G) FLATTET : Thèse, Précit, p.79 .

يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب " .

ولكن من الجائز أن تنصرف آثار العقد إلى الأصيل بطريق آخر كما في حالة الاسم المستعار ، وهنا لا نكون أمام نيابة ، بل هنا يتعاقد شخص باسمه ثم ينقل آثار العقد إلى موكله بعقد آخر (1)

ج - يجب أن يعمل النائب في حدود السلطة المخولة له : أن سلطات النائب قد يحددها الاتفاق أو القانون والقاضي حسب نوع النيابة ، ولا يجوز للنائب أن يتعدى حدود السلطات المخولة له ولا فيكون مصير التصرفات التي قام بها مجاوزا سلطاته ، البطلان ، مثلها مثل قيام الولي أو الوصي أو القيم ببيع أموال الصغير أو المحجور عليه دون استئذان المحكمة ، ولذلك فقد نصت المواد 88 ، 95 ، 100 من قانون الأسرة الجزائري على بطلانها . ذلك لأن النائب لم يقصد الزام نفسه حتى ينتج العقد آثاره في ذمته . ولم تكن له صفة الزام الصغير أو المحجور عليه بهذا العقد ، فلا ينشئ العقد التزامات في ذمة هذا الأخير (2) وكذلك إذا قام أحد ممثلي شركة ما بالتصرف في أموالها للصغير دون إذن مجلس الإدارة ، فهذا العقد باطل ، لا ينفذ في حق الشريك الذي لم يقصد الزام نفسه بذلك ، ولا في حق الشركة باعتبارها شخصا معنويا كلفت النائب بالقيام بأعمال لمصلحتها ، ولكن مع اشتراط موافقة مجلس الإدارة على ذلك مسبقا ، وعندما جاوز نائبها اختصاصه فلا تكون له صفة الزام الشركة بالتصرف الذي قام به وبالتالي يقع هذا التصرف باطلا (3) . وتنص المادة 77 مدني جزائري على مايلي : " لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون إذن من الأصيل ، على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يبيح التعاقد ، كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه ، مما يقتضى به القانون وقواعد التجارة ."

(1) د. عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق ، ص 219

د . عبد المنعم فرج الصده : المرجع السابق ، ص 178

Flour et Aubert : Op,Cit ,p.326

(J) DE LA MORANDIEFE : Droit Civil,Tome 2,4eme Edition,Dalloz,Paris1966,p285

(2) د. سليمان مرقس : شرح القانون المدني -3- العقود السمة ، المجلد الأول ، عقد البيع الطبعة الرابعة - عالم الكتاب ، القاهرة 1980 ، ص 250 .

(3)

(G) Flattet : Thèse Précit , p.169

فالأصل انن هو أن تصرفات النائب التي يخرج فيها عن حدود نيابته لا تلزم الأصل ، ويكون للغير الرجوع على النائب بالتعويض . ولكن يلاحظ أنه أحيانا ينصرف أثر العقد ، الذي يبرمه النائب خارج حدود نيابته الى الأصل ، وهذا يكون اما تطبيقا لفكرة الفضالة او لفكرة النيابة الظاهرة او نتيجة لاقرار الأصل لعمل النائب⁽¹⁾ وسأتناول هذه الأفكار الثلاث فيما يلي :-

أساس الفكرة الأولى :

إذا كان تصرف النائب رغم خروجه عن حدود سلطاته نافعا للأصل فيعتبر النائب مسؤولا فيما تجاوز من السلطة وينصرف أثر العقد الى الأصل ، لأنه أبرم لمصلحته⁽²⁾ .

أساس الفكرة الثانية :

قد تقوم ظروف تحمل الغير - المتعاقد مع النائب - وفقا لأسباب معقولة وبحسن نية الى الاعتقاد بأنه يتعامل مع النائب وفي حدود سلطاته - وخاصة بالنسبة للنيابة الاتفاقية التي تتم غالبا بالارادة المنفردة ، فمن الضروري حماية الغير المتعامل مع النائب الذي يجهل ان الأصل قد أنهى عقد الوكالة ، خاصة اذا ترك سند النيابة في يد النائب ، فهنا تقرت حماية الغير وفقا للأوضاع الظاهرة ، ويسمى النائب هنا ، بالنائب الظاهر وتنتج النيابة . أثارها في مواجهة الأصل⁽³⁾ . وقد نصت المادة 76 مدني جزائري على مايلي :

" اذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة فان أثر العقد الذي يبرمه ، حقا كان او التزاما يضاف الى الأصل أو خلفائه "

أساس الفكرة الثالثة :

على الرغم من خروج النائب عن حدود سلطاته فان التصرف الذي يقوم به . قد يقره الأصل فينصرف أثره اليه ، وهذا ما نصت عليه المادة 77 مدني جزائري السالفة الذكر .

(1) د. عبد المنعم فرج الصده : المرجع السابق ، ص 180 - 181 .

د. سمير عبد السيد تنافو : المرجع السابق ، ص 30 - 31 .

(2) د. عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق ، ص 217 .

د . أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص 35
(M) PLANIOL Traité Elementaire de Droit Civil , Tome 2, Paris, P. 54,

(G) Flattet : Thèse Précit , p. 171.

(G) Flattet : Thèse Précit , p. 172 - (B) STARCK : Op, Cit p. 387

(3)

د. أحمد سلامة : المرجع السابق ص - 90
Mazeaud : Op, Cit, P 128-

د. أحمد شوقي عبد الرحمن : مدى سلطة الوكيل في انتهاء عقد الوكالة بارادة منفردة - المطبعة العربية الحديثة ، القاهرة 1981 ، ص 18 - 19 .

ويلاحظ ان الاقرار يقع بارادة الأصل المنفردة ولا محل لقبول الغير له ، فقد ابدى هذا الاخيرا رغبته في التعاقد مع النائب مسبقا و هذا كاف لينتج العقد أثره في مواجهته من يوم انعقاد التصرف لان للاقرار اثرا راجعيا ولكنه قاصر على العلاقة بين الأصل المقر و الغير المتعاقد مع النائب ، فلا يكون نافذا في مواجهة الغير الذي اكتسب حقا على العين ، قبل صدور الاقرار من الأصل لتصرف النائب . (1)

ثانيا : شروط صحة النيابة :-

لكي تكون النيابة صحيحة لابد من أن تتوافر فيها الأهلية المطلوبة ، وان تكون الارادة خالية من عيوب الرضا .

أ - الأهلية : ففي النيابة القانونية لابد ان يكون النائب كامل الأهلية لأنها نيابة وجدت بسبب نقص أهلية الأصل (2) ، اما النيابة الاتفاقية فلا تشترط فيها الأهلية في النائب بل في الأصل فهو الذي يجب ان يكون أهلا للتعاقد بصدد العقد المراد ابرامه ، ويكفي في النائب ان يكون قادرا على التعبير عن ارادته اي مميزا .

وقد رأى القضاء و الفقه في فرنسا ان قصر أهلية النائب في النيابة الاتفاقية ، لا يؤثر في صحة العقد ، لأن قواعد نقص الأهلية ، تهدف الى حماية مصالح ناقصي الأهلية ، وفي النيابة مصالح النائب لا تنمى لأن أثر العقد ينصرف الى الأصل و ليس الى النائب (3)

ولكن نلاحظ انه اذا كان النائب ناقص الأهلية في النيابة الاتفاقية ، فان عقد الوكالة يكون قابلا للإبطال لمصلحته ، الا ان ابطال العقد من طرف النائب لا يؤثر في التصرف الذي سبق ان ابرامه (4)

(1) د / د . أنورا سلطان : المراجع السابق ، ص 36 .

د / عبد الرزاق السمهوري : المراجع السابق ، ص 218 .

د / عبد الحي حجازي : المراجع السابق ، ص 776

(M) STORCK:Thèse Précit,P.180

(2) د / احمد سلامة : المراجع السابق ، ص 92

د / عبد الحي حجازي : المراجع السابق ، ص 789

د / علي علي سليمان : النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، 1990 ، ص 43 .

(3) (M) PLANIOL: Op,Cit,P.52 .MAZEAUD,Op,Cit,P.130-131 .

(4) د / عبد المنعم فراج الصده : المراجع السابق ، ص 176 .

ب - عيوب الرضا : ينظر في عيوب الرضا الى ارادة النائب لأنها محل اعتبار وقد سبق ذكر
أن النائب يعبر عن ارادته ، وهى التى يعتد بها لتحديد ما اذا كانت معيبة أو صحيحة- ولكن
اذا كان النائب وكيلًا يتصرف وفقا لتعليمات معينة صادرة من موكله فينظر في عيوب الرضا
الى ارادة الموكل أيضا⁽¹⁾ وهذا ما تضمنه نص المادة 73 مدنى جزائرى السالفة الذكر .

الفرع الثانى : آثار النيابة

ترتب النيابة آثارها فيما بين الأصيل والنائب ، وبين الأصيل والغير ، وبين النائب
والغير .

أولا : علاقة الأصيل بالنائب :-

النيابة علاقة قانونية تخول النائب سلطة التصرف باسم الأصيل ولحسابه .

وقد يكون مصدر النيابة الاتفاق وبالتالى يجب ان يعمل النائب فى حدود سلطاته ، والا
كان مسؤولا امام الأصيل مسؤولية عقدية ، وقد يكون مصدر النيابة القانون أو القضاء ، فاذا ما
قام النائب بأعمال تتعارض مع مصالح من ينوب عنهم ، كان مسؤولا على أساس المسؤولية
التقصيرية⁽²⁾ .

واذا أنشأ العقد حقا كان صاحبه هو الأصيل ، فلا يستطيع النائب مطالبة الغير بتنفيذ
العقد ، وكذلك اذا أنشأ العقد التزامات فلا يضمنها النائب ، ولا يكون مسؤولا عن تنفيذها
الا اذا كانت النيابة شاملة لبرام التصرف ولتنفيذه⁽³⁾ .

(1) د. على سليمان : المرجع السابق ، ص 42

(2) د. عبد الحى حجازي : المرجع السابق ، ص 787 .
د. أحمد سلامة : المرجع السابق ، ص 94 - 95 .

(3) د. أنور سلطان : المرجع السابق ، ص 37
د. سمير عبد السيد تنافو : المرجع السابق ، ص 32 .

ثانيا : علاقة الأصل بالغير :-

تنتقل الى الأصل الحقوق والالتزامات الناتجة عن عقد أبرمه نائبه ، فى حدود السلطات المخولة له ، اما اذا انتقلت الى الشخص الحقوق فقط دون الالتزامات فنكون غالبا أمام عقد الاشتراط لمصلحة الغير وليس أمام نيابة (1) .

فجميع آثار العقد تنصرف الى شخص الأصل سواء تلك التى اتفق عليها المتعاقدان . أو الآثار القانونية التى رتبها القانون مباشرة ، كاللزام البائع بضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق ... الخ .

ويترتب على هذا أنه اذا كان محرما على الأصل إبرام تصرف دون ان يكون محرما على النائب كأن يكون الأصل قاضيا فيحرم عليه شراء الحق المتنازع فيه اذا كان داخلا فى دائرة اختصاص المحكمة التى يباشر عمله فيها وفقا للمادة 402 مدنى جزائرى ، فالتصرف الذى يبرمه النائب كشراء الحق المتنازع فيه يقع باطلا ولو ان النائب لا يدخل ضمن طائفة الأشخاص المحظور عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها (2) .

كما ينظر الى الاصل فى تحديد طبيعة الالتزام مدنيا كان او تجاريا .

واذا تعاقد النائب مع الغير بعقد صورى فالعقد المستتر هو الذى يسري على الأصل باعتباره طرفا فى العقد وليس من الغير .

(1) . (G) Flattet : Thèse Précit , p.63 .

(2) د. عبد المنعم فرج الصده : المرجع السابق ، ص 183 .

د. عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق ، ص 224 .

كما تكون الورقة العرفية نافذة في مواجهة الأصيل حتى لو كانت غير شابة التاريخ، وذلك لأنه ليس من الغير بالنسبة للعقد المبرم من طرف النائب⁽¹⁾.

ثالثا : علاقة النائب بالغير :-

سبق ذكر ان النائب لا يكتسب حقوقا من العقد فلا يستطيع رفع دعوى على الغير مطالباً اياه بالتنفيذ عينا أو للحصول على تعويض إلا اذا كانت نيابته تشمل أيضا تنفيذ العقد، فهنا يستطيع النائب مطالبة الغير ولكن دائما باسم الأصيل⁽²⁾، والنائب لا يتحمل الالتزامات الناتجة عن العقد غير أنه اذا أخطأ وألحق ضررا بالغير ، المتعاقد معه ، يكون مسؤولا مسؤولية شخصية في مواجهة هذا الغير ، والأصيل أيضا يعتبر مسؤولا عن خطأ النائب ، فيكونان بالتالي مسؤولين بالتضامن في مواجهة الغير⁽³⁾

(1) (B) Starck: Op ,Cit , P390 - (M) Planiol:Op,Cit,p54 -55

Flour et Aubert : Op, Cit ,p.327.

(J) Carbonnier :Droit Civil : Les Obligations ,Tome 4 , 12 eme Edition.

P.U.F . Paris ,1985 .p.216 .

(2) د. عبد المنعم فرج الصده : المرجع السابق ، ص 182.

د . عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق ، ص 222.

(B)Starck : Op,Cit ,P391 . Aussi ; (M)Paniol : Op,Cit,p .54 (3)

(G)Flattet: ThèsePrécit, p165. 'De Lamorandiere : Op,Cit ,p.287 .

المطلب الثالث

انصراف أثر العقد الى المتعاقدين و وضع الأصل في النيابة

من الواضح ان أثر العقد ينصرف الى أطرافه سواء فيما يتعلق بالحقوق أو الالتزامات الناتجة عنه . فالذى يكتسب الحقوق ويتحمل الالتزامات هما المتعاقدان . ففي عقد البيع مثلاً يكتسب المشتري حق ملكية او حقا ماليا آخر معيناً على الشيء المبيع ويلتزم بدفع الثمن فى المكان والزمان المحددين ، كما يلتزم البائع بنقل حق الملكية فى الميعاد والمكان المحددين ، ويلتزم أيضاً بضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق ويكون له الحق فى الثمن .

فهذه الحقوق والالتزامات قاصرة على المتعاقدين - فلا يكتسبها ولا يتحملها غيرهم - إلا فيما يتعلق بالاشتراط لمصلحة الغير كما سنرى فى الباب الثانى من هذا البحث .

لكن يجب توضيح ان المتعاقد ليس هو فقط الشخص الذى حضر مجلس العقد ، فالحضور ليس أمراً ضرورياً فى تحديد أطراف العقد ، فقد يبرم عقد ما ، بينما أحد أطرافه غائب ، كما قد يبرم العقد بالنيابة ، فالعبرة بالتراضى وليس بالحضور . وفى النيابة على الرغم من أن النائب يعمل بأرادته فانه يعمل وفقاً لتعليمات الأصل ولرغبته وبالتالى يعتبر الأصل هو الطرف الثانى فى العقد وليس النائب فتصرف آثار العقد اليه (1) .

وهو بهذا يستبعد عن طائفة الغير الأجنبى عن العقد .

وهناك الفقهاء من يرى أنه من الممكن عدم اعتبار النيابة الاتفاقية استثناء من مبدأ نسبية العقد لأن الأصل قد حدد جميع شروط النيابة وليس الأمر كذلك بالنسبة للنيابة القانونية إذ ان شخص المولى عليه ملزم بعقد لم يشارك فيه، وهذا يشكل استثناء عن مبدأ نسبية العقد إذ يعتبر المولى عليه غيراً بالنسبة للعقد الذى أبرمه المولى مع الغير (2) .

(J.M)Aussel : Essai Sur La Notion de Tiers en Droit Civil Francais ,
Thèse , Montpellier, 1952. P22- 33 (1)

(A)Weill : Thèse Précit , p.96 - 97 (2)

ويرد عليهم أولا بأن النياية ليست قاصرة على انشاء الالتزامات أو نقلها، بل هي شاملة للتصرفات القانونية التي تتضمن كسب الحقوق الى جانب تحمّل الالتزامات⁽¹⁾، وثانياً: بأن سلطان النائب في النياية القانونية أو القضائية يحددها القانون أو القضاء، ففي النياية القانونية مثلاً لا يلزم الولي الصغير بعقد ما إلا اذا سمح له القانون بذلك ويكون العقد دائماً لمصلحة القاصر لأهمية الحق الذي يكتسبه في المقابل، الى جانب أن لــــه بعد زوال نقص الاهلية، طلب ابطال التصرف اذا كان منطوياً على غش فاحش والّا اعتبر موافقاً عليه ضمناً، وهذا لا يمكن ان يشكل استثناء من المبدأ.

وانصراف أثر العقد الذي يبرمه النائب الى الاصيل لا يشكل استثناء من المبدأ لأن الاصيل ارتضى العقد الذي ابرمه النائب مع المتعاقد الآخر.

واخلص الى ان أثر العقد ينصرف في جميع الاحوال الى اطرافه والى الاصيل في النياية الصحيحة بتوافر الشروط السابق ذكرها لأن الاصيل ما هو الا طرف في العقد.

(G)FLATTET ; Thèse Précit, p 63 et S

(1)

المبحث الثاني

مدى انصراف أثر العقد الى الخلف العام للمتعاقدين

الخلف العام هو من يخلف السلف في كل ذمته المالية أو في جزء غير معين منها . كما يعتبر الموصى له بجزء غير معين من التركة خلفاً عاماً⁽¹⁾ . وسأتعرض في هذا المبحث لانتقال الحقوق الى الخلف العام واركز على انتقال الالتزامات اليه لما لهذا الموضوع من أهمية بالنسبة لقانوننا ، فيؤدي الى اتساع في مجال المبدأ اذ يشمل الخلف العام ايضاً فلا يتحمل شخصياً التزامات سلفه وارى من الضروري التعرض الى انتقال الالتزامات الى الخلف العام ، اذ انه لو كانت الاراء الفقهية متفقة على عدم تحمّل الخلف العام بها بصفة شخصية الا انها متضاربة حول انتقالها الى الخلف العام ومساءلته في حدود التركة طبعاً ، ام خصمها من التركة مباشرة . والخلف العام قد يصير من الغير ، .. فأتعرض للحالات التي يصير فيها الخلف العام من الغير فلا تنصرف اليه آثار العقود التي أبرمها سلفه ، لهذا قسمت هذا المبحث الى مطلبين ، المطلب الأول خصصته لانتقال الحقوق والالتزامات الى الخلف العام ، وخصصت المطلب الثاني الى الحالات التي يصير فيها الخلف العام من الغير .

المطلب الاول

مدى انصراف أثر العقد الى الخلف العام للمتعاقدين

ان أثر العقد ينصرف الى المتعاقدين وخلفهم العام وهذا ما نصت عليه جميع القوانين . وقد نص المشرع الجزائري في المادة 108 مدني على مايلي : " ينصرف أثر⁽²⁾ العقد السي المتعاقدين والخلف العام ، ما لم يتبين من طبيعة التعامل ، او من نص القانون ، ان هذا الأثر لا ينصرف الى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث " .

(1) د. أنور سلطان : المرجع السابق ، ص 194

د. عبد المنعم فرج الصده : المرجع السابق ، ص 430

(2) يلاحظ ان النص العربي للمادة 108 قد اسقط كلمة (أثر) خطأ ، مع أنه اشار فيما بعد الى (هذا الأثر) .

ومن أمثلة انتقال الحق الى الورثة حكم صدر من المجلس الأعلى فى قضية فريق ح ضد ش ر ، ورد به مايلى : " حيث ان فريق (ح) يطلبون نقض القرار الصادر فى 1.8 أفريل 1982 عن المجلس القضائى بالمدية الذى ألغى الحكم المؤرخ فى 03 مارس 1981 وأمر بعد ما فصل فى القضية من جديد بخروجهم من المحل المتنازع عليه .

وعن الوجه المثار تلقائيا من طرف المجلس الأعلى، حيث انه من الثابت بلا منازع أن مؤثر المدعين مستفيد من ايجار مبرم مع السيد (ش ر) .

حيث يستخلص من مستندات الملف ان المدعين هما ورثة المرحوم (ح أ) .

حيث ان المادة 510 من القانون المدنى تنص على أنه لا ينتهى الايجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر وأن الحق فى الايجار يدخل بالتالى فى التركة .

حيث أنه لا يوجد فى الملف ما يفيد القيام بإبلاغ المدعين فى الطعن بتنبيه بالاخلاء ومن ثم فان الايجار مستمر ، وحضورهم فى الأمكنة المتنازع عليها حضور قانونى .

وأن المجلس القضائى بالمدية الذى فصل بما هو مخالف لهذا قد خرق القانون وأن القرار الذى أصدره مستوجب للنقض .

لهذه الأسباب يقضى المجلس الأعلى ، بنقض وابطال القرار المطعون فيه الصادر من مجلس قضاء المدية ، وإحالة القضية والطرفين على نفس الجهة القضائية مشكلة تشكيلا آخر (1).

فهذا القرار يتضمن انتقال الحق فى الايجار الى الورثة . وقد نصت المادة 1122 مدنى فرنسى على مايلى : " يفترض فى الشخص انه تعاقد (2) لحسابه ولحساب ورثته وخلفه ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل خلاف ذلك " .

(1) ملف رقم 32597 قرار بتاريخ 1985/5/4 ، المجلة القضائية بمدرها قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا ، الجرائم العدد الثانى لسنة 1989 ، ص 101 الى 103 .

(2) (J.L)Goutal :Essai sur le Principe relatif du contrat,Thèse ,Paris1977

1GDJ.1981,p24
حيث ذكر ان المادة 1122 مدنى فرنسى قد حافىها لفظ " Stipuler " ووقع نقاش حاد حول المقصود به ، هل هو الاشتراط لمصلحة الغير أى تتعلق بالحقوق دون الالتزامات أو بحمل مفهوما أوسع أى يشمل الحقوق والالتزامات معا ، وذهب الرأى الغالب الى القول بأن المقصود بـ " Stipuler " هو المعنى الواسع له ، أى التعاقد وبالتالى تسمح المادة 1122 مدنى بجعل الخلف دائنا ومدينا معا .

ويتبين مما تقدم ان هناك استثناءات من انصراف أثر العقد الى الخلف العام وهي :

1. أن تكون طبيعة العقد تحول دون ذلك ، كأن يكون شخص المتعاقد محل اعتبار كعقود العمل مع شخص معين ، وعقد الوكالة... الخ⁽¹⁾

ومثال ذلك ما قضى به القضاء الجزائري في حكم بتاريخ 09 جانفي 1985 ورد به مايلي : " حيث طعن زاع بالنقض في قرار أصدره مجلس قضاء البويرة في 26 نوفمبر 1980 قضى فيه بإلغاء الحكم المستأنف والفصل من جديد برفض طلب المدعين ويستند الطعن على وجهين اذكر منهما مايلي :

حيث يتضح من الوثائق ان اقامة والد المطعون ضدهم بالأرض وبالمسكن محل النزاع بسبب عمله عند صاحب الأرض مورث الطاعنين ، وأنه عند وفاته انتهى عقد العمل وليس لورثته الاحتجاج بحق البقاء اذ تنص المادة 517 مدني جزائري على مايلي : " لا حق في البقاء بالأمكنة للأشخاص المنصوص عليهم في المواد 514 و 515 و 516 والحالات التالية : اذا كانوا يشغلون أمكنة بموجب سند تابع لعقد العمل أو في حالة ابطال هذا العقد ". لهذه الأسباب قرر المجلس الأعلى قبول الطعن شكلا وموضوعا ونقض وابطال القرار المطعون فيه " ⁽²⁾.

وان قد تكون طبيعة العقد تحول دون انتقال الحق الى الخلف العام فيكون هذا الاستثناء من القاعدة العامة التي تقضي بانتقال جميع الحقوق التي كانت للمورث الى خلفه العام .

2. قد يتفق المتعاقدان على عدم انصراف أثر العقد الى خلفهما ويحددان أجلا لانتهاء العقد وهو وفاة احدهما ⁽³⁾ . فالعقد شريعة المتعاقدين ويجوز ان يتضمن مثل هذا الشرط ، ولكن اذا اتفق المتعاقدان على عدم انصراف أثر العقد الى خلفهما أو كانت طبيعة العقد تأبى انصرافه الى الخلف العام ، فهذا يعني وقف آثار العقد بالنسبة للمستقبل فقط ،

(1) د. عبد الحي حجازي ، المرجع السابق ، ص 829

A. WEIL : Thèse précit., p. 109.

(2) المجلة القضائية ، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا . الجزائر ، العدد الأول ، 1989
ملف رقم 27617 ، ص 61 - 63

(3) د. أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص 195

(J) CARBONNIER, Op, Cit, p 218

أما الآثار التي تحققت قبل موت المتعاقد فتبقى في ذمته وتنتقل إلى الخلف العام⁽¹⁾

3. قد ينص القانون على عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام فينتهي بوفاة أحـد أطرافه⁽²⁾ كحق الانتفاع إذ تنص المادة 852 مدني جزائري علي مايلي : " ينتهي حق الانتفاع... وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين... " كما تنص المادة 586 مدني جزائري على انتهاء عقد الوكالة بموت الموكل أو الوكيل ، وتنص المادة 439 مدني جزائري على انتهاء عقد الشركة بموت أحد الشركاء... الخ . وكلما تضمن نص تشريعي انتهاء حق بوفاة أصحابه ، فلا ينتقل هذا الحق إلى الخلف العام .

ويترتب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام أنه يعتبر طرفا في العقد مثله مثل سلفه ، وبالتالي لا يشترط ثبوت التاريخ في العقد حتى يكون حجة عليه رغم أنه شرط واجب لنفاذ العقد في مواجهة الغير ، وإذا كان العقد سوريا فيسري في مواجهة الخلف العام العقد الحقيقي⁽³⁾ أي العقد المستتر . بينما يكون للغير في الصورية إذا كانوا حسني النية الخيار بين التمسك بالعقد الظاهر أو العقد المستتر⁽⁴⁾ . وهذا ما نصت عليه المادة 199 مدني جزائري بقولها : " إذا أخفى المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين ، والخلف العام هو العقد الحقيقي " .

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

(2) د. سمير عبد السيد تناغو : المرجع السابق ، ص 108
د . محمد لبيب شنب : دروس في نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1976 ، ص 265 .

Marty et RAYNAUD : Op , Cit , p 216

(3) د. عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 733
د . عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، ص 433
(4) د. أنور سلطان : الموجز في النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1984 ، ص 163 .
د. أحمد سلامة : مذكرات في نظرية الالتزام الكتاب الثاني ، أحكام الالتزام . بدون ناشر ومكان النشر - 1981 ص . 84 - 85

ويلاحظ بالنسبة للقانون الفرنسي ان الوارث يستطيع رفض التركة وبالتالي لا تنصرف اليه آثار العقود التي أبرمها سلفه⁽¹⁾. وهذا الوضع خاص بالقانون الفرنسي وبعض القوانين الغربية ، أما القوانين العربية فتأخذ بالشرعية الاسلامية في هذا المجال، فلا يلتزم الوارث بالتزامات المورث بل تلتزم بها التركة ونصيبه مقرر شرعا في كتاب الله . والآثار التي تنصرف الى الخلف العام تشمل الحقوق والتزامات ، ولهذا سأخصص فرعاً للحقوق وفرعاً آخر للتزامات .

الفرع الأول : انتقال الحقوق الناتجة عن عقد أبرمه السلف الى خلفه العام .
لا شك في أن الحقوق الناتجة عن عقد أبرمه السلف تنتقل الى خلفه العام ، وهذا أمر تتفق عليه جميع التشريعات بينما يختلف الأمر بالنسبة للتزامات كما سنرى .
تنصرف اذن ، الى الخلف العام آثار العقود التي يبرمها سلفه فيما ترتبه من حقوق⁽²⁾ فاذا كان السلف دائناً وأبرم رهناً مع مدينه فهذا الحق ينتقل الى خلفه العام حتى قبل أن يقيّد لأن الرهن قبل أن يقيّد يحتج به بين المتعاقدين دون الغير ، ويحتج به على خلف المتعاقدين العام ، اذ يرقى الى مرتبة سلفه فيما أبرمه من عقود مع الغير ، وقد نصت المادة 108 مدني جزائري السالفة الذكر على ذلك .

ولكن يشترط في الحق ان يكون قابلاً للانتقال الى الخلف العام . فاذا كان القانون لا يسمح بانتقاله كحق الانتفاع الذي ينتهي بموت صاحبه ، فلا يمكن بالطبع نقله الى الخلف العام .

الفرع الثاني : مدى انتقال التزامات الناتجة عن عقد أبرمه السلف الى خلفه العام .
للإحاطة بهذا الموضوع لابد من استعراض آراء فقهاء المسلمين فيه ، وذلك للارتباط بين قانوننا الوضعي والشرعية الاسلامية في المسألة، فالسؤال يطرح عما اذا كانت التركة تنتقل الى الخلف العام بمجرد موت المورث وبالتالي تنتقل الحقوق والتزامات الى الخلف العام

(1) Flour et Aubert , Op , Cit , p 329

(2) د. أنور سلطان : مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 194
د . توفيق حسن فرج و د. محمد يحيى مطر : الأصول العامة للقانون ، الدار الجامعية مصر 1986 ، ص 551.

من ذلك الوقت ، أو يتأخر انتقال التركة الى الورثة الى حين سداد ديون المتوفى وفقاً للقاعدة الشرعية " لا تركة الا بعد سداد الديون " وبالتالي لا تنتقل الالتزامات الى الخلف العام ؟ سأعرض لآراء المذاهب الأربعة حول هذا الموضوع ، ثم آبين موقف القوانين منها .
أولاً : رأي المالكية : تبقى التركة على ملك الميت بعد وفاته ، وذلك حتى تسدد ديونه سواء كان الدين مستغرقاً للتركة ⁽¹⁾ أو لا⁽²⁾ وحجتهم في ذلك قوله تعالى في آيات المواريث : " من بعد وصية يوصي بها أو دين " . فاذا أبرم المورث عقداً رتب في ذمته ديناً ومات قبل الوفاء به فان الدين ، أي الالتزام ، لا ينتقل الى الخلف العام بل يبقى على ملك الميت ⁽²⁾ ولكن هل تبقى ذمة الشخص موجودة بعد وفاته ؟ طبعاً هذا مستحيل إذ أن ذمة الشخص تنتهي بوفاة .

ثانياً : رأي الحنفية : ذهب فريق من الحنفية الى ان التركة اذا كانت مدينة عند الوفاة سواء كان الدين مستغرقاً لها أو غير مستغرق ، لا تنتقل الى الورثة إذ يحول الدين دون ذلك . وذهب فريق آخر الى ان التركة المدينة تنتقل الى الورثة مع تعلق الدين بها وذلك اذا كانت غير مستغرقة بالدين وهذا رأي جمهور الحنفية ⁽³⁾ .

ثالثاً : رأي الشافعية والحنابلة : في المشهور عندهم ، تنتقل التركة ولو كانت مستغرقة بالدين الى الورثة مع تعلق الدين بها ⁽⁴⁾ ويستندون في ذلك الى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم " من ترك حقاً أو مالا فلورثته " وان التركة لو لم تنتقل الى الورثة وقت موت المورث ،

(1) د. رمضان أبو السعود : الوسيط في الحقوق العينية الأصلية ، الجزء الأول ، مصادر الحقوق العينية الأصلية ، بيروت ، 1985 ، ص 60
د . وهبة الزحيلي : الفقه الاسلامي وأدلته ، الجزء الرابع ، الطبعة 2 ، دار الفكر للطباعة ، دمشق ، 1985 ، ص 310 .

(2) د. عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، المجلد الثاني ، الجزء الخامس ، دار احياء التراث العربي - بيروت ، ص 78 .

(3) د. علي الخفيف : الملكية في الشريعة الاسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية ، بيروت ، 1969 ، ص 358 ، أيضاً د. رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 60 .

(4) د. وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 311
د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، المرجع السابق ، ص 80

لكان يستحقها كل من كان غير وارث لمانع وقت الوفاة وزال المانع قبل سداد الدين⁽¹⁾ وهذا أمر باطل وغير مستقيم شرعا .

ان اعدل الآراء فيما اعتقد هو رأي الحنفية ، وهو انتقال التركة الى الورثة مع تعلق الدين بها ، فكما ان الرهن لا يمنع المدين من ملكية الشيء المرهون فكذلك الدين لا يمنع من انتقال التركة الى الورثة ، ويلاحظ ان المشرع المصري أخذ بهذا الرأي مؤخرا ، وقد جعل حق الدائنين بمثابة رهن على التركة ، ولكنه رهن مفروض من الشارع وليس وليد اتفاق المتعاقدين. وهذا الموقف يتماشى مع متطلبات العصر ، بحيث لا يمنع الوارث من التصرف في حقه ، مع بقاء حق الدائنين محفوظا على غرار حق الدائن المرتهن ، وهذا ما نصت عليه المادة 875 مدني مصري . أما قانونا فجاء غامضا في هذه المسألة ، ويستحسن الأخذ بالرأي القائل بانتقال التركة الى الورثة بمجرد موت المورث مع تعلق حق الدائنين بها . والقول بأن التركة تنتقل الى الورثة بمجرد موت المورث ، ليس فيه تعارض مع قوله سبحانه وتعالى في آية المواريث "... من بعد وصية يوصى بها أو دين " . ذلك لأن الآية الكريمة لا تدل على أن المراد بها هو انتفاء ملكية الورثة بحيث لا تكون لهم ملكية التركة خالصة بعد وفاة المورث أو أن الغرض هو منعهم من تملك التركة الى حين سداد الديون⁽²⁾ . ولما قال رسول الله عليه الصلاة والسلام " من ترك حقا او مالا فلورثته " . فمن الأجدر القول بأن التركة تنتقل الى الورثة مع تعلق الدين بها .

وهنا لا يكون تعارض بين الآية والحديث . الى جانب أنه لو قلنا بأن الدين يمنع انتقال التركة الى الورثة ، فيجب القول كذلك بأن الوصية أيضا تمنع انتقال التركة الى الورثة اذ نصت آيات المواريث على الوصية والدين معا بل جاء ذكر الوصية قبل الدين⁽³⁾ .

(1) محمد أبو زهرة : احكام التركات والموارث ، دار الفكر ، بيروت ، ص 21 .
د. عبد المنعم فرج الصده : الحقوق العينية الأصلية ، دار النهضة ، بيروت ، 1978
ص 740 .

(2) د. عبد المنعم فرج الصده : الحقوق العينية الأصلية ، المرجع السابق ، ص 738 .

(3) د. علي الخفيف : مدى تعلق الحقوق بالتركة ، مقال في مجلة القانون والاقتصاد
السنة 12 ، فبراير - مارس 1942 ، ص 167 .

فاذا كانت الوصية لا تمنع من انتقال التركة الى الورثة فهذا يعنى أن الدين كذلك لا يمنع من انتقالها .

ان الالتزامات الناتجة عن عقد أبرمه السلف تنتقل الى الورثة ولكن بالنسبة للتقوانيين العربية واستنادا لأحكام الشريعة الاسلامية ، لا يكون الخلف العام مسؤولاً عن التزام سلفه إلا في حدود التركة أي ليس مسؤولاً في ماله الخاص وذلك لاستقلال ذمة الوارث عن ذمة المورث⁽¹⁾ فالدين يتعلق بمالية التركة لا بذواتها⁽²⁾

وهذا على عكس القانون الفرنسي الذي تنتقل فيه الالتزامات الى الخلف العام اذا قبضت التركة دون تحفظ ويكون مسؤولاً عن تنفيذها وسداد الديون ان وجدت حتى من ماله الخاص ويرجع ذلك لفكرة اندماج شخصيتي المورث والوارث وتشكيل ذمة واحدة لافرق فيها بين التزامات السلف والخلف العام ، وهذا طبعاً اذا قبل الوارث التركة على حالتها ، أما اذا قبلها بشرط الجرد فلا تنتقل اليه التركة إلا بعد تنفيذ التزامات السلف⁽³⁾ . ولكن الخلف العام في القانون الفرنسي لا يعتبر مسؤولاً عن جميع التزامات سلفه إلا اذا انتقلت اليه كل التركة ، أما اذا انتقلت اليه جزء من التركة فقط فلا يكون مسؤولاً إلا عن التزامات سلفه التي تعادل حصته من التركة⁽⁴⁾ .

(1) د. كامل مرسى : شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية الأصلية ، الجزء 5 ، الميراث وتصفية التركة ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، 1951 ، ص 140 .
أيضا د. عبد المنعم فرج الصده : مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 432 .

(2) د. عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الغنم الاسلامي ، المرجع السابق ، ص 79

(3) POPESCO (M.N) : Thèse Précit , p 52 à 54

(J) CARBONNIER : Droit Civil - La Famille , Les Incapacités , 12ème ED.

Tome 2 . P.U.F . Paris . 1983, p511 - 512

(H) PETIT JEAN : Fondements et Mecanismes de la Transmission Successorale en Droit Francais et Anglais ; thèse , Paris 1959, p144-145.

H. PETIT JEAN : Thèse , Précit , p 146 (4)

ويلاحظ انه حتى بالنسبة لقوانيننا العربية فالخلف العام باعتباره صاحب حق فيما يتركه سلفه ، يتأثر بدون شك بالالتزامات الناشئة عن عقود مورثه (1) ، ذلك لأنها تنقص من صافى موجودات التركة ، واذن فالخلف العام وان كان لا يعتبر مسؤولاً عن التزامات سلفه لاستقلال ذمتها ، إلا أنه بطريق غير مباشر يتأثر بها ، اذ تنقص من مقدار ما يتركه السلف . ولكن هذا القول لا يعني ان ليس هناك فرق بيننا وبين التشريع الفرنسي الذي نص صراحة في المادة 1122 مدنى السالفة الذكر على أنه يفترض في الشخص أنه تعاقد لمصلحة الورثة أو خلفه ، وهذا النص يتضمن انتقال الحقوق والالتزامات على حد سواء دون التفرقة بينهما في مدي انتقالهما الى الخلف بينما يختلف الأمر عندنا تماما ، فمن الناحية الواقعية والفعلية لا تنتقل الالتزامات الى الخلف العام مادام غير مسؤول عنها شخصيا ولا يستطيع الغير مطالبته بها ، لهذا كان من الأوضح ان تنص المادة 108 مدنى جزائري السالفة الذكر على ان السلف يشترط لمصلحة الخلف ، اذ ان الأمر متعلق بالحقوق فقط ويكون النص كالآتي : " يفترض فى الشخص أنه اشترط لمصلحة خلفه العام ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو نص .. " وبالتالي يظهر جليا للقارئ أن الخلف العام غير مسؤول عن الالتزامات الناتجة عن عقد أبرمه سلفه .

المطلب الثاني

الحالات التي يصير فيها الخلف العام من الغير

يصير الخلف العام من الغير فلا ينفذ تصرف سلفه فى حقه وذلك في الحدود التي قرر فيها المشرع حماية حقه فى الميراث في فترة مرض الموت . لهذا ساقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع ، أتناول في الأول تعريف مرض الموت وفي الفرع الثاني حكم تصرف المريض مرض الموت ، وفي الفرع الثالث مدى اعتبار الورثة من الغير ازاء تصرفات المريض مرض الموت .

(1) د. سليمان مرقس : نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص 365
د. عبد الفتاح عبد الباقي : دروس في مصادر الالتزام ، نظرية العقد ، مطبعة النهضة ، القاهرة ، بدون تاريخ ، ص 314 .

الفرع الأول : تعريف مرض الموت .

مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه الموت ويتصل به الموت مباشرة ، فإذا شفي المريض من مرضه فلا يعتبر المرض ، مرض موت⁽¹⁾ .
اذن يشترط لاعتبار المرض ، مرض موت تحقق أمرين أولهما : ان يكون مرضا من شأنه احداث الموت غالبا . ثانيهما : ان يموت الشخص بالفعل موتا متصلا به⁽²⁾ .
وقد اتفق الفقهاء على هذين الأمرين ، لكنهم اختلفوا حول تحديد المرض الذي من شأنه احداث الموت غالبا ، فمنهم من يرى أنه المرض الذي يلزم صاحبه فيه الفراش ، ومنهم من يرى أنه المرض الذي يعجز الشخص فيه عن أداء مصالحه .
وأرى مع الامام أبو زهرة⁽³⁾ أن مرض الموت هو المرض الذي يكون فيه الشخص في حصال يغلب فيها الهلاك وأن يتوقع هو ذلك ، فيتصرف تصرفات يحكمها خوف الموت القريب ؛
لكن المرض قد يطول مدة من الزمن وفي هذا المجال هناك رأي في الفقه الاسلامي يقول انه اذا طال المرض المزمّن سنة دون ان يشهد ، فلا يعتبر مرض موت ، فيكون الشخص في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ، ولكن اذا اشتد مرضه وتغيرت حاله ومات بعد ذلك اعتبر مرضه من وقت التغيير الى الوفاة مرض موت⁽⁴⁾ . بينما ترى أغلبية الفقهاء ان المرض مرض موت كلما ازدادت حالة المريض من سوء الى أسوأ ، ولو زادت المدة عن سنة .

(1) د. سمير عبد السيد تناغو : عقد البيع ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1973 ، ص 411 .

(2) د. كامل مرسي : شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية الأصلية ، الجزء 6 ، أسباب كسب الملكية ، الوصية وتصرفات المريض مرض الموت ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، 1955 ، ص 246 .

(3) محمد أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، دار الفكر ، بيروت بدون تاريخ ، ص 314 .

(4) د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء 4 ، عقد البيع والمقايضة ، دار النهضة ، القاهرة ، 1964 ، ص 318 .
د. كامل مرسي : شرح القانون المدني الجديد ، الجزء 6 ، الوصية وتصرفات المريض مرض الموت ، المرجع السابق ، ص 256 .
د. وهبة الزحيلي : المرجع السابق ، الجزء 4 ، ص 355 .

ويلحق بعض الاصحاء بالمريض مرض الموت في تصرفاتهم اذا كانوا في حالة يخاف غالباً عليهم الهلاك فيها . وهو ما يسميه فقهاء المسلمين بالمرض المخوف ، ومن بين هؤلاء الأشخاص الذين يركبون البحر فان كان ساكناً فلا خوف عليهم وان تموج واضطرب كانوا في حالة الخوف على حياتهم (1) ، ان الله سبحانه وتعالى وصفهم بشدة الخوف في قوله : " هو الذي ييسركم في البر والبحر حتى اذا كنتم في الفلك وجرين بهم بريح طيبة وفرحوا بها جاءتها ريح عاصف وجاءهم الموج من كل مكان وظنوا أنهم احيط بهم دعوا الله مخلصين له الدين لئن انجيتنسا من هذه لنكونن من الشاكرين " (2) .

وذلك معناه أنه لا يعتد بايمانهم لأنهم كانوا شديدي الخوف على حياتهم ، اذن فتصرفاتهم أيضاً لا يعتد بها في هذه الفترة .

الفرع الثاني : حكم تصرفات المريض مرض الموت .

الواقع هو ان للشخص مطلق الحرية في التصرف في أمواله حال حياته ، اذا كان كامل الأهلية ، وله ان يتصرف في أمواله سواء بطريق المعاوضة او بغير عوض ، ولكن أخذاً بالشرعية الاسلامية وحماية للورثة ، فقد جعل حقهم متعلقاً بالتركة منذ مرض المورث مرض الموت ، وذلك في حدود ثلثي التركة . (3)

أما الثلث الباقي فللمورث مطلق الحرية في التصرف فيه أثناء مرض الموت لأنه المقدار المخصص للوصية شرعاً . فبعض تصرفات الشخص في مرض موته قد يضار بها الورثة

(1) د. كامل مرسى : شرح القانون المدني الجديد ، الجزء 6 ، المرجع السابق ، ص 244
الامامين موقف الدين ابن قدامى وشمس الدين ابن قدامى : المغني ويلييه الشرح الكبير ،
الجزء 6 ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1983 ، ص 509 - 510 .

(2) سورة يونس ، الآية 22

(3) د. سمير تناغو : عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 411 وأيضاً
د. توفيق حسن فرج و د. محمد يحيى مطر : المرجع السابق ، ص 553 .

ولا تحقق أية فائدة للمتصرف ، لذا سعى المشرع الى حماية الورثة منها ، ومن هذه التصرفات : الوصية وما يلحق بها من تصرفات كالهبة والبيع والاقرار⁽¹⁾ .
وجاء في الشريعة الاسلامية والتي تأثر بها القانون الوضعي ان هذه التصرفات لا تكون نافذة في حق الورثة الا في حدود ثلث التركة ، وهذا لأن حق الورثة يتعلق بأموال المورث اذا داهمه مرض الموت في حدود ثلثي التركة⁽²⁾ .
وبالتالي فقد وضع المشرع قرينة مفادها ان كل تصرف يصدر في مرض الموت هو تصرف على سبيل التبّع ويأخذ حكم الوصية فلا يكون نافذا الا في حدود ثلث التركة ، أما ما زاد عن هذا القدر فلا يكون نافذا في حق الورثة الا اذا أقرّوه بعد وفاة مورّثهم⁽³⁾ .
ففي فترة مرض الموت يعتبر الورثة من الغير بالنسبة الى تصرفات مورّثهم التي تزيد عن ثلث التركة ، وحتى يعتبروا من الغير على الورثة اثبات أن التصرف صدر من مورّثهم في مرض الموت ولهم اثبات ذلك بكافة الطرق .
وقد نص المشرع الجزائري في المادة 1/408 مدني جزائري على مايلي : " اذا باع المريض مرض الموت لوارث فان البيع لا يكون ناجزا الا اذا أقره باقي الورثة ... " .
ويلاحظ ان الفقرة الأولى من المادة 408 جاءت مطابقة للمادة 189 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على مايلي : " لا وصية لوارث الا اذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى " ومادام البيع في مرض الموت يأخذ حكم الوصية فقد جعله المشرع هنا واقفا على اجازة الورثة له . وهذا استنادا الى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا وصية لوارث الا أن يشاء الورثة " . واستنادا الى الآية الكريمة : " كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت أن ترك خيرا ، الوصية للوالدين والأقربين " . وكذلك استنادا الى الحديث النبوي الشريف : " ان الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر اعماركم زيادة في أعمالكم ، فضوه حيث شئتم " .

-
- (1) د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، الجزء 2 ، في الالتزامات ، المجلد 1 نظرية العقد والارادة المنفردة ، مطبعة السلام ، القاهرة ، 1987 ، ص 368 .
(2) د. سمير عبد السيد تنافو : عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 411 .
الامام أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد ، المرجع السابق ، ص 323
(3) د. كامل مرسى : شرح القانون المدني الجديد ، الجزء 6 ، المرجع السابق ، ص 277

ويرى الاستاذ علي سليمان⁽¹⁾ أن الوصية لوارث في حدود الثلث جائزة ، وهذا ما أجمع عليه فقهاء المسلمين ، لذا فهو يرى أن المفروض أن التبرع في حدود الثلث لوارث أو لغيره يكون صحيحا وناجزا حتى ولو لم يقره الورثة .

وأرى مع استاذي علي علي سليمان أنه من المستحسن اجازة الوصية للورثة في حدود الثلث دون تعليقها على اقرار باقي الورثة ، ذلك لأنه من العدل ان يتصرف المرء في ثلث ماله كيفما شاء . فقد أطلق الله يده في ذلك ، وخير وصية هي تلك التي تكون للأقارب لأنهم أولى بالصدقة من غيرهم .

أما بخصوص التصرف للغير فقد نصت المادة 2/408 مدني جزائري على مايلي : " أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فانه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال " .

نحن نعرف انه إذا تم البيع للغير في مرض الموت فهو يأخذ حكم الوصية ، فيكون نافذا في حدود الثلث اما ما زاد عن ذلك فيكون معلقا على اقرار الورثة له . بينما جاء نص المادة 2/408 - المذكور أعلاه - مخالفا لهذا فهو يعتبر البيع للغير في مرض الموت قابلا للإبطال سواء كان في حدود الثلث او جاوزه وهو أمر غير مستقيم - الى جانب هذا - فعبارة قابلا للإبطال في غير محلها ، فطلب الإبطال قد شرع لمصلحة ناقص الأهلية ومن شاب رضاه عيب من عيوب الرضا ، وهنا لسنا بصدد عيوب الرضا ولا نقص الأهلية وحتى لو كنا في هذا الاطار فان المورث هو الذي يكون له حق طلب الإبطال ولا ينتقل هذا الحق الى الورثة لأنهم يكونون من الغير بالنسبة لتصرفات مورثهم في مرض الموت⁽²⁾ .

فالمفروض ان تكون المادة 2/408 مدني متعلقة بمدى نفاذ التصرف في مواجهة الورثة من عدمه ولا يتعلق الأمر بإبطال التصرف ، ونفاذ تصرف المورث في حق الورثة لا يثار إلا اذا جاوز ثلث التركة فقط .

(1) د. علي علي سليمان: ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري مقال ، مجلة الشرطة ، الجزائر ، العدد 33 ، سنة 1987 ، ص 28 .

(2) د. علي علي سليمان : ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري ، المقال

السابق ، ص 29 .

لهذا اقترح الاستاذ علي علي سليمان- في المقال المذكور سابقا - تعديل المادة 2/408 مدني جزائري على النحو الآتي : " اما اذا تم البيع للغير في نفس الظروف ، فانه ينفذ في حدود الثلث ، وما زاد على الثلث يتوقف على اجازة الورثة " (1).

ان القرينة التي وضعها المشرع ، والتي مفادها أن تصرفات المريض مرض الموت تأخذ حكم الوصية ، هي قرينة غير قاطعة اذ يجوز للمتصرف اليه اثبات عكسها ، كأن يثبت أن المتصرف لم يكن تبرعا بل كان على سبيل المعاوضة ، وان المقابل كان معادلا لقيمة الشيء المتصرف فيه (2).

ان تصرفات المريض مرض الموت تعتبر نافذة وانما تنقض بعد وفاته - اذا توافرت فيها الشروط السابق ذكرها - فلا محل لتأجيل تنفيذها ، لاحتمال ان يبرأ المريض من مرضه فيعتبر تصرفه صحيحا ، وعلى هذا تنتقل ملكية المبيع اذا كان معنا بالذات الى المتصرف اليه بمجرد التعاقد ، وله بالتالي التصرف فيما اشتراه بجميع التصرفات الجائزة شرعا (3)

(1) ويلاحظ ان النص العربي والنص الفرنسي للمادة 408 مدني جزائري متعارضان ، اذ النص الفرنسي للمادة 1/408 يتكلم عن اشتداد المرض بقوله : " Dans La Période Aigue de la Maladie " معنى ذلك أنه لا يكون البيع قد صدر في مرض الموت بل لا بد أن يكون المرض قد اشتد بصاحبه ، وهذا أمر مخالف لما اتفق عليه الفقه وقد سبق أن ذكرت المقصود بمرض الموت .

الى جانب هذا فالمادة 2/408 مدني جزائري (النص الفرنسي) تنص على : " Avoir été fait sans consentement valable et de ce fait est annulable " أي ان البيع قد تم بدون رضا صحيح . وهذا أمر لا يستقيم ، اذ البيع قد تم برضا البائع فعلا ولكن حماية للورثة علق المشرع تصرفاته التي تزيد على ثلث التركة في مرض الموت على اقرار الورثة .

وتجدر ملاحظة ان ليس المطلوب هو تصحيح النص الفرنسي وفقا لما جاء في النص العربي لنفس المادة لأنه الى جانب تعارضهما ، فالنص العربي أيضا خاطيء كما ذكرت أعلاه والمطلوب هو تصحيحهما على النحو السابق ذكره .

(2) د. سمير عبد السيد تناغو : عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 415
د. رمضان ابو السعود : المرجع السابق ، ص 127.

(3) د. زهدي يكن : عقد البيع ، منشورات المكتبة العصرية ، بيروت ، بدون تاريخ ، ص 186

ولكن اذا توفي المتصرف ، وكان المتصرف في مرض الموت، وكان المتصرف اليه قد تصرف في العين ، فيجب التفرقة بين المتصرف بعوض والمتصرف بغير عوض ، فاذا كان المتصرف بغير عوض فللورثة تتبع العين واستيفاء حقهم منها الى ما يكمل ثلثي التركة .

أما اذا كان المتصرف اليه قد تصرف معاوضة وكان حسن النية فلا يستطيع الورثة تتبع العين في يد الغير حسن النية ولا يبقى لهم سوى الرجوع بحقهم على من صدر له التصرف من مورثهم⁽¹⁾ وهذا ما نصت عليه المادة 409 مدني جزائري بقولها : " لا تسري أحكام المادة 408 على الغير حسن النية اذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع " .

وقد أشير خلاف حول مدى اعتبار المحررات العرفية حجة على الورثة . فتاريخ السندات العرفية حجة على من كانوا طرفا في الاتفاق الثابت بالمحرر وعلى خلفهم العام ولا يعتبر حجة على الغير⁽²⁾ . فقد نصت المادة 1/ 328 مدني جزائري على مايلي : " لا يكون العقد العرفي⁽³⁾ حجة على الغير في تاريخه الا منذ ان يكون له تاريخ ثابت " .

اذن هل يعتبر الخلف العام غيرا في فترة مرض مورثهم مرض الموت فلا يحتج عليهم بالورقة العرفية او يعتبرون خلفا عاما له فيحتج عليهم بها ؟

وقد كان الفقهاء العرب ومن بينهم الاستاذ السنهوري⁽⁴⁾ يعتبرون الورثة من الغير بالنسبة لتاريخ الورقة العرفية الصادرة من مورثهم في فترة مرض الموت وبالتالي لا يحتج بها عليهم ولا بد للمتصرف اليه من ورقة ثابتة التاريخ لا مكان الاحتجاج بها ازاء الورثة .

(1) د. عبد المنعم فرج الصده : الحقوق العينية الأصلية ، المرجع السابق ، ص 840

(2) د. محمد علي عرفة : حجة المحررات العرفية في الاثبات ، مقال مجلة القانون والاقتصاد ، السنة 10 - ص 162 - د سليمان مرقص : اصول الاثبات و اجراءاته في المواد المدنية الجزئية الاولى الادلة المطلقة . عالم الكتب ، القاهرة ، 1981 ، ص 247 .

د . أحمد ابو الوفا : التعليق على نصوص قانون الاثبات ، الطبعة الثانية منشأة المعارف ، الاسكندرية 1981 ، ص 115 .

(3) لقد وردت كلمة " العقد " خطأ " في نص المادة 1/328 مدني جزائري ، والصحيح هو " الورقة العرفية " .

(4) د. عبد الرزاق السنهوري : نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص 737
د . كامل مرسي : شرح القانون المدني الجديد ، الجزء 6 ، المرجع السابق ، ص 273
د. عبد الفتاح عبد الباقي : دروس في مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 317

لكن سرعان ما تبين ان الورثة لا يعتبرون من الغير بالمعنى المقصود في ثبوت التاريخ، فاذا كانت الورقة المثبتة للتصرف تحمل تاريخا عرفيا فان هذا التاريخ يكون حجة على الخلف العام ويسري في حقه ما يسري في حق مورثه ، الى أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ وعليهم اثبات ذلك بجميع طرق الاثبات.

فاذا أقام الدليل على ان التصرف تم في مرض الموت اعتبر أنه على سبيل التبرع ولا ينفذ في حق الورثة الا بقدر ما تنفذ به الوصية (1) .

اذن اذا كان الوارث يطلب اعتباره غيرا في أثر التصرف الذي يدعي صدوره في مرض الموت فان هذه الغيرية لا تثبت له الا بعد ان يثبت وقوع التصرف في مرض الموت ، أما قبل ذلك فهو من الخلف العام ولا يجوز له ان يكتفي بالتمسك بعدم ثبوت التاريخ رسميا ، لأن ذلك لا يجوز الا لمن يعتبرون غيرا ، فيما يتعلق بثبوت التاريخ وهم الغير ، والخلف الخاص ومن في حكمه والدائنون (2) وقد وقع المشرع الجزائري في نفس الخطأ الذي وقع فيه المشرع المصري فنص بالمادة 1/776 مدني المطابقة للمادة 2/916 مدني مصري على مايلي : "... على ورثة المتصرف ان يثبتوا ان التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم اثبات ذلك بجميع الطرق ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد (3) اذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا " .

فالعبارة الاخيرة من هذه المادة غير صحيحة وكما سبق ايضاح ذلك فانه يحتج على الورثة بتاريخ السند اذا كان عرفيا اذ هم يعتبرون خلفا عاما لمورثهم ولا يمكن اعتبارهم من الغير الا بعد ان يثبتوا ان التصرف وقع فعلا في مرض الموت (4)

(1) د. عبد المنعم فرج الصده : مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 436 .

(2) د. سليمان مرقس : نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص 368 .
د. يحيى بكوش : أدلة الاثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي ، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 1981 ، ص 146 .

(3) وردت كلمة (العقد) خطأ في النص العربي المادة 1/776 مدني جزائري ، والصحيح هو (السند) النص الفرنسي لنفس المادة يقول (Acte) ونص المادة 916 مدني مصري يقول (السند) .

(4) د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء 2 ، الاثبات. آثار الالتزام دار النهضة العربية ، القاهرة 1964 ص 211 عبد المنعم فرج الصده : الحقوق العينية الاصلية ص 838 .

الفرع الثالث : مدى اعتبار الورثة من الغير ازاء تصرفات المريض مرض الموت .

من المقرر ان الوارث لا يعتبر من الغير وان الشخص له مطلق الحرية في التصرف في ماله حال حياته ، سواء بعوض أو بدون عوض ، غير ان المشرع جعل حق الورثة عالقاً بالتركة في فترة مرض الموت ، لهذا اذا أثبت الوارث ان التصرف صدر من مورثه في هذه الفترة فان احتمال قيام المورث بهذا التصرف اضاراً بحق الورثة وتحايلاً على قواعد الارث ، والتحايل على قواعد الارث يعتبر من النظام العام لهذا يجوز اثباته بكافة طرق الاثبات ، الى جانب أنه اذا أثبت الوارث ان التصرف صدر من المورث في مرض الموت اثار من الغير ، فيأخذ بالتصرف حكم الوصية .

أخلص من هذا الى القول بأن الخلف العام تنصرف اليه جميع الحقوق الناتجة عن عقد أبرمه سلفه ، اما الالتزامات فهي تنتقل اليه مثل الحقوق تماماً في القانون الفرنسي ، أما عندنا فهي تبقى عالقة بالتركة .

والخلف العام قد يصير من الغير فلا يحتج عليه بتصرف سلفه وذلك اذا أثبت ان التصرف صدر في مرض الموت ، فيأخذ بالتصرف بالتالي حكم الوصية ، ولا ينفذ في حقه الا في حدود ثلث التركة فقط ، واذا أثبت الوارث ان تصرف مورثه كان في فترة مرض الموت ، فيصير من الغير أيضاً بالنسبة لمضمون الورقة العرفية ، بحيث لا يحتج عليه بالسدادات العرفية التي أبرمها مورثه في فترة مرض الموت .

ومادام الخلف العام عندنا لا يتحمل الالتزامات على النحو السابق ذكره فان مجال تطبيق مبدأ نسبية العقد ، يتسع عندنا اكثر من مجالات تطبيقه في القانون الفرنسي ، اذ ان الالتزامات تظل قاصرة في أغلب الأحيان على المتعاقدين .

المبحث الثالث

مدى انصراف أثر العقد الى الخلف الخاص للمتعاقدين

الخلف الخاص هو من تلقى حقا عينيا كحق المنتفع والمشتري والموهوب له ، والموصى له بشيء معين ، كما قد يكون الخلف الخاص من تلقى حقا شخصيا من سلفه كالمحال اليه (1) . فالموهوب له خلف خاص يخلف الواهب في ملكية العين الموهوبة ، والمحال اليه خلف خاص يخلف المحيل في حق شخصي هو الحق المحال به ، وصاحب حق ارتفاق خلف خاص لمن تلقى منه الحق ، وهذا استخلاف في حق عيني جزئي واقع على عين معينة (2) . أما من تقرر له حق شخصي في ذمة شخص آخر فلا يعتبر خلفا خاصا له بل دائما له كما في علاقة المستأجر بالمؤجر (3) ، لأن العلاقة بينهما تقتصر على انشاء حق شخصي ، ولا تتعلق بانتقال حق معين كما في العلاقة بين المحال اليه والمحيل . ولكن يلاحظ أن حق المستأجر وأن كان حقا شخصيا فهو أيضا حق متعلق بشيء معين بالذات ويعتبر المستأجر في حكم الخلف الخاص فيما يخص العين المؤجرة ، فهو مثلا لا يحتاج عليه بعقد بيع العين المؤجرة إلا اذا كان العقد ثابت التاريخ وسابقا على عقد الايجار (4) .

(1) (P) GUIHO: Cours de Droit Civil, Tome 4, Les Obligations: Lyon . 1979, p 137

(J.M) AUSSEL : Thèse, Précit, p38- FLOUR et AUBERT, Op, Cit, p 334.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 1 ، مصادر الالتزام دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1964 ، ص 665 .

د. عبد المنعم فرج الصده : نظرية العقد ، دار النهضة ، بيروت ، 1974 ، ص 534

(3) د. أنور سلطان : مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 197 .

(4) د. سليمان مرقس : نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص 564

ويلاحظ أنه لا يعتبر خلفا خاصا من تملك العين بالتقادم لأنه لم يتلق العين من المالك السابق ، بل اكتسبها بطريق أصلي (1) .

وإذا استرد البائع العين المبيعة من المشتري بعد فسخ العقد ، فلا نكون أمام خلافة خاصة ، لأن الملكية عادت الى صاحبها وتعتبر بمقتضى الأثر الرجعي للفسخ كأنها لم تنتقل أصلا الى المشتري (2) .

فالعقد بعد نسخه يصبح لا وجود له من الناحية القانونية بالنسبة للمتعاقدين، ويعاد كل منهما الى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد ، كذلك بالنسبة للعقد بعد ابطاله ، فإذا استرد البائع ملكية الشيء بعد بطلان عقد البيع ، فلا يعتبر خلفا خاصا للمشتري ، إذ يترتب على ابطال اي تصرف ان يصبح هذا التصرف غير منتج لأي أثر قانوني . فأثر البطلان نفسه لا يظهر بالنسبة للمستقبل مثلما يظهر بالنسبة للماضي حيث يعود الطرفان الى الوضع الذي كانا عليه قبل اجراء التصرف (3) وهذا أيضا بمقتضى الأثر الرجعي للبطلان .

وينتقل الحق الى الخلف الخاص بالحالة التي كان عليها في ذمة السلف بما له و ما عليه . فإذا كانت عليه تكاليف مقررة لمصلحة الغير ، انتقل الحق الى 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 السابق ذكره - فحق الارتفاق المقرر لمصلحة العقار قبل شرائه ينتقل الى الخلف الخاص لذات العقار (4) .

ولكن ما هي العقود التي تنتقل من السلف الى الخلف الخاص ؟

(1) AUBRY et RAU: Droit Civil Francais ,Tome 2,Biens,6émeÉdition,LI'INC, (1)
Paris 1935,p 97

عبد الحي حجازي : المرجع السابق ، ص 831 .

(2) د.عبد المنعم فرج المصده :نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص 535 .

(3) د. حبار محمد : رسالة دكتوراه : بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي ، رسالة دكتوراه في الحقوق ، جامعة الجزائر ، 1987 ، ص 339-340

(4) زهدي يكن : شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنته بالقوانين الحديثة والشرعية الاسلامية ، الجزء 4، الطبعة الاولى ، منشأة الكتب العصرية ، بيروت، 1962، ص 52- 53

من البديهي ألا تنتقل إلى الخلف الخاص، العقود التي يبرمها السلف والتي لا علاقة لها بالحق المنتقل إلى الخلف الخاص، بينما تنتقل إلى العقود التي لها علاقة بالحق المنتقل إليه من السلف⁽¹⁾ وكذلك لا تنتقل إلى الخلف الخاص إلا العقود التي أبرمها السلف قبل التعامل معه، أما ما أبرمه السلف من عقود بعد انتقاله الحق إلى الخلف الخاص فلا ينصرف أثرها إليه لأنه يعتبر بالنسبة لها من الغير⁽²⁾. فيجب إذن أن يكون تصرف السلف سابقاً على انتقال الحق إلى الخلف الخاص، ولكي تتحقق هذه الأسبقية يجب أن يكون تصرف السلف بتاريخ ثابت قبل انتقال المال إلى الخلف الخاص، لأن الخلف الخاص من الغير هنا ولا يحتاج عليه بتصرفات السلف، إلا إذا كانت ثابتة التاريخ، مع ملاحظة أن هذا لا يتعلق بالنظام العام، إذ يجوز للخلف الخاص أن يتمسك بعقد غير ثابت التاريخ إن شاء ذلك، ويكون هذا من مصلحته إذا كان العقد يكسبه حقا يتصل بالعين التي انتقلت إليه⁽³⁾. وإذا كان من السهل نقل الحقوق المتصلة بالعين إلى الخلف الخاص فإن نقل الالتزامات الشخصية تشير صعوبة خاصة نظراً لأن الالتزام الشخصي لا يمكن أن يحدد من حق عيني مطلقاً، لهذا سأعرض لهذا الموضوع مبينة الآراء الفقهية والحلول التي قدمت لتيسير هذا الانتقال. واقسم هذا المبحث إلى مطلبين أتعرض في المطلب الأول لمدى انصراف الحقوق الناتجة من عقد أبرمه السلف إلى خلفه الخاص. وفي المطلب الثاني أتناول مدى انصراف الالتزامات الناتجة عن عقد أبرمه السلف إلى خلفه الخاص.

المطلب الأول

مدى انصراف الحقوق الناتجة عن عقد
أبرمه السلف إلى خلفه الخاص

لا ينصرف الحق الذي يترتب عليه عقد أبرمه السلف، إلى خلفه الخاص إلا إذا كان من مستلزمات الشيء، ويكون كذلك إذا كان مكملًا له كعقود التأمين على العين ضد الأخطار

(1) د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، بيروت، 1974 ص 246. - د. سمير عبد السيد تناغو: نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص 110.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 607. FLOUR et AUBERT: OP, cit, P. 335.

(3) د. عبد المنعم فرج الصده: نظرية العقد، المرجع السابق، ص 539. - د. حسين النوري: دروس في القانون، مكتبة الشمس، القاهرة، بدون تاريخ، ص 265. د. أحمد أبو الوفا: المرجع السابق، ص 117. - د. يحيى بكوش: المرجع السابق، ص 150. - د. سليمان مرقس: أصول الإثبات وأجراءاته، الجزء 1، المرجع السابق، ص 247.

وفي هذا المجال تنص المادة 109 مدني جزائري المقابلة للمادة 146 مدني مصري على مايلي:

" اذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتمثل بشيء انتقل بعد ذلك الى خلف خاص، فان هذه الالتزامات والحقوق تنتقل الى الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء ، اذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء اليه " .

وهكذا اشترط المشرع لانتقال الحق الى الخلف الخاص :

1. أن يكون العقد قد ابرم قبل انتقال الحق الى الخلف الخاص، لأنه بعد انتقاله اليه يصبح مالكا له ولا يسوغ للغير ابرام عقود تتعلق به (1)
 2. ان يكون الخلف الخاص عالما بالحق الذي انتقل اليه ، ولا أرى اي ضرورة لهذا الشرط بالنسبة للحقوق وان كان مفهوما بالنسبة للالتزامات ، ذلك لأن الحق يعتبر مكتسبا ايجابيا للخلف الخاص ويكفي ان يكون من مستلزماته لينتقل اليه .
 3. اشترط المشرع ايضا ان يكون الحق من مستلزمات الشيء الذي انتقل للخلف الخاص وسأوضح فيما بعد ماهي " الحقوق التي تعتبر من مستلزمات الشيء " .
- أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة 1122 مدني على مايلي : " يفترض في الشخص أنه اشترط لمصلحته ولمصلحة ورثته ، ولخلفه ، مالم يتفق على خلاف ذلك، أو كان ذلك مخالفا لطبيعة العقد " .

وقد أشير خلاف لدى الفقهاء الفرنسيين عن مدى تطبيق هذا النص على الخلف الخاص ، لأنه جاء بعبارة الخلف دون تحديد ، ولكن اغلب الفقهاء اليوم يذهبون الى ان المقصود بعبارة الخلف ، هو الخلف الخاص ، لأنه أورد كلمة الورثة قبل كلمة الخلف ، ولا شك في أنه لم يكرر الخلف العام بعد ذكر الورثة ، أي ليس المقصود بعبارة الخلف ، الخلف العام ، وانما الخلف الخاص لأنه أقرب الى المنطق الى جانب هذا فبوتيهيه POTHIER يقول بمسند المادة 1122 مدني فرنسي : " ان ما تشترطه بالنسبة لشيء نتملكه ، نشترطه أيضا بالنسبة لخلفنا الخاص " (2) .

(1) د. علي علي سليمان : النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ، ص 88

د. عبد المنعم فرج الصده : نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص 539

د. حسين النوري : المرجع السابق ، ص 265 .

(2) LEPARGNEUR : de l'effet à l'égard de l'ayant cause des contrats : générateurs d'obligations. R.T.D.C. 1924, p. 488-489.

فالحق لكي ينتقل الى الخلف الخاص يجب ان يكون مكملًا للشيء ، ويعتبر الحق كذلك اذا كان من غير المتصور وجوده مستقلا عن الشيء الذي انتقل الى الخلف الخاص، مثل الحق في الضمان فلا يمكن تصوره بدون وجود الشيء المضمون.

ويكون الحق غير مكمل للشيء اذا أمكننا فصله عنه ، أي يكون للحق وجود مستقل عن الشيء مثال ذلك اذا أبرم السلف عقدا مع مقاول لإقامة بناء على أرضه ثم باع الأرض ، فهل يستطيع الخلف الخاص إلزام المقاول بتنفيذ العقد ؟

الجواب على هذا بالنقي ، لأن الحق لا يعتبر هنا مكملًا للشيء ولا يعتبر من مستلزماته⁽¹⁾ ويرى مورجون MOURGEON أنه إذا كان الحق يتصل بالشيء وإن لم يكن مكملًا له أو من مستلزماته ، ولكنه لا يمكن أن يحقق منفعة إلا لمن انتقل اليه الحق ، كما اذا كان للمالك السابق دين على المقاول يتمثل في الالتزام بقيام بعمل معين على العين ، فهذا الحق من المستحسن ان ينتقل الى الخلف الخاص بدلا ان يضيع هباءا . ويعتبر السلف قد اشترط لمصلحة خلفه الخاص⁽²⁾ .

واذا كان لقول مورجون سند في المادة 1122 مدني فرنسي - السالفة الذكر - على أن الشخص يشترط لمصلحته ومصلحة خلفه الخاص أيضا ، فهذا النص غير موجود عندنا بل أن المادة 109 مدني جزائري السالفة الذكر ، تؤكد أنه لا ينتقل الى الخلف الخاص سوى الحقوق التي تعتبر من مستلزمات الشيء الذي انتقل الى الخلف الخاص، فمن الضروري تعديل المادة 109 مدني جزائري السابقة الذكر ، والنص على ان جميع الحقوق المتصلة بالشيء تنتقل الى الخلف الخاص ، ولو لم تكن من مستلزماته ، ولو لم يكن عالما بها أيضا على

= DUFARREAU DE LA MECHENIE / La Vocation de l'ayant cause a titre particulier aux droits et obligations de son auteur ,Revue trimestrielle de droit civil, 1944, P.219 - (J.M) AUSSEL:Thèse Précit ,p 39 - 42.-FLOUR et AUBERT Op,Cit , p 340.

MOURGEON : Les Effets des Conventions à l'égard des ayants -cause à (1) titre particulier en droit Français ,thèse ,Paris 1934,p 16 - 17

(J.M) AUSSEL : Thèse ,Précit , p.45 - 46

(L) MOURGEON : Thèse ,Précit , p 20

(2)

النحو السابق ذكره لأن الحق المتصل بالعين، بشكل فائدة ومصلحة للخلف؛ ومن غير الضروري إذن احاطته بشروط تضييق من انتقاله إليه .

ويلاحظ ان هناك حقوقاً تعتبر لازمة للشيء فتنتقل معه مثل الحق في عدم المنافسة فيعتبر ضرورياً للمحل التجاري فهو من مستلزماته⁽¹⁾ فإذا بيع المحل التجاري انتقل الحق في عدم المنافسة إلى الخلف الخاص ، وهذا ما قضى به القضاء الفرنسي في عدة أحكام منها حكم محكمة ديجون " DEJON " في 1866/11/28 ، حيث ان الأخوين جوزيف ودجون قاما لعدة سنوات باستغلال مصنع للقمبكات في شالون CHALON-SUR- SAONE وفي سنة 1847 قرر دجون الانسحاب ، وتعهده إلى أخيه بعدم القيام بنفس التجارة في نفس البلدة ، أي بعدم منافسته ، وذلك تحت شرط جزائي قدره 10.000 فرنك ، ثم قام جوزيف ببيع مصنعه بدون التعرض في عقد البيع للتعهد الذي كان بينه وبين أخيه ، فاعتبر أخوه دجون نفسه قد تحلل من التزامه ، فقام بإعادة تشغيل مصنعه السابق ، فرفع الخلف الخاص لجوزيف دعوى أمام محكمة ديجون " COUR DE DIJON " فأصدرت حكماً لصالحه وذلك في 1866/11/28 وبعد الطعن بالنقض أمام محكمة النقض الفرنسية ، أقرته وذلك استناداً إلى المادة 1122 مدني فرنسي باعتباره أنه عندما تعاقد جوزيف مع دجون تحت شرط عدم المنافسة انتقل هذا الشرط باعتباره حقاً إلى الخلف الخاص لجوزيف⁽²⁾ .

ويرى أوبري ورو أنه تنتقل إلى الخلف الخاص كل الحقوق والدعاوى التي تعتبر ذات صفة فعالة بالنسبة للشيء الذي انتقل إليه أو التي تعتبر تابعة له ، فالعقود التي تنشئ حقوقاً عينية جزئية على العين تتصل بها ، وبالتالي تنتقل معها إلى الخلف الخاص لأنها من ملحقات العين كحق الارتفاق المقرر لمصلحة العين⁽³⁾ .

(1) د. عبد الحى حجازي : المرجع السابق ، ص 646

د. سمير عبد السيد تناغو : نظرية الالتزام ، المرجع السابق ، ص 111 .

(2) LE PARGNEUR : Art. précit. p 514 - 516

(3) د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، الجزء الأول ، المرجع السابق ، ص 609

د. سمير عبد السيد تناغو : نظرية الالتزام ، المرجع السابق ، ص 111

FLOUR et AUBERT : Op : Cit : p 334

فالحق المكمل للعين هو الحق الذي يرفع من قيمتها أو من فائدتها، أو الذي يحقق أحسن استغلال للعين أو يدرء عنها الخطر ، فالحق الذي يقصد به وقاية العين من الضرر يعد مكملاً لها .

فإذا تعاقد شخص مع شركة تأمين على تأمين منزله ضد الحريق ، ثم تصرف في المنزل فإن حقه قبل شركة التأمين ينتقل مع المنزل الى خلفه الخاص (1).

وقد نصت المادة 23 من قانون التأمين الجزائري على مايلي : " اذا انتقلت ملكية الشيء المؤمن عليه ، اثر وفاة او تصرف يستمر التأمين لفائدة الوارث أو المشتري ، بشرط أن يستوفي جميع الالتزامات المنصوص عليها في العقد . ويتعين على المتصرف او الوارث أو المشتري ان يصرح للمؤمن بنقل الملكية " . وكذلك نص عليه قانون التأمين الفرنسي في المادة 10/121 ولكن اعطى الحق للخلف الخاص في الغاء عقد التأمين الذي أبرمه سلفه ان شاء ذلك . إلى جانب هذا فقد اصبح القضاء الفرنسي لا يقبل هذا الانتقال التلقائي لعقد التأمين ، لأنه عقد غالباً ما يراعى فيه شخص المؤمن له ، ويتحدد وفقاً لهذا مقدار الخطر المتوقع ، لهذا غالباً ما تتضمن عقود التأمين شروطاً متعلقة بانتقال التأمين الى الغير (2) . وكان ينبغي لمشرعنا ألا يجعل انتقال عقد التأمين تلقائياً بل أن يترك للمتعاقدين الحق في إلغائه ان شاء ذلك ، خاصة ، وأن عقد التأمين لا يعتبر مكملاً للشيء بالمفهوم الحقيقي فهو لا يدرء عن العين خطراً متوقعاً . بل يتضمن تعويضاً فقط عن الخطر في حالة حدوثه ، واذن هو عنصر ايجابي متعلق بالعين ، ويمكن الخلف الخاص والمؤمن الغاؤه وما على الخلف سوى ابرام عقد آخر بشروط اخرى مع ذات المؤمن أو مع مؤمن آخر .

ويلاحظ ان المشرع الفرنسي قد وضع في المادة 1122 مدني - السالفة الذكر - قرينة مفادها أن الحق الذي يكتسبه السلف بصدد عين ما ، ينتقل معها الى الخلف الخاص ، لأنه يفترض فيه انه اشترط لمصلحة خلفه أيضاً ، ولكن هذه القرينة غير قاطعة اذ يجوز تخصيصها بإثبات . أن المتعاقدين لم يتفقا على نقل الحق الى الخلف ، أو أن طبيعة العقد تمنع انتقال الحق ، كأن يكون العقد قد روعي فيه شخص المتعاقد مثلاً (3) .

(1) (J.M) AUSSEL : Thèse , Précit , p 49

(2) LE PARGNEUR : Art, Précit, p 519-520

(3) LE PARGNEUR , Art, Précit, PP. 506 - 507

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 109 مدني - السالفة الذكر - على ان الحقوق التي تعتبر من مستلزمات الشيء تنتقل الى الخلف الخاص وهذه القاعدة ليست من النظام العام ، فيجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلافها ، وعلى عدم نقل حقوق معينة للخلف الخاص.

المطلب الثاني

مدى انتقال الالتزامات الناشئة عن عقد
أبرمه السلف الى خلفه الخاص

الفرع الأول : الالتزامات التي تنصرف الى الخلف الخاص :

تنتقل الى الخلف الخاص الالتزامات الناتجة عن عقد أبرمه سلفه إذا كانت من مستلزمات الشيء الذي انتقل إليه ، أي اذا كانت محددة له وهذا ما نصت عليه المادة 109 مدني جزائري - السالفة الذكر - وفي القانون تطبيقات عديدة لذلك فمثلا تنص المادة 512 مدني جزائري على ما يلي : " اذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختيارا أو جبرا الى شخص آخر فيكون عقد الايجار نافذا في حق هذا الشخص " كما تنص المادة 912 مدني جزائري على ما يلي " ييجوز للحائز عند حلول أجل الدين المضمون بالرهن أن يقضيه هو وملحقاته بما في ذلك مصاريف الاجراءات من وقت انذاره ..."

ويلاحظ ان المقصود بالحائز هنا هو الخلف الخاص أي من انتقلت اليه ملكية العقار أو حق عيني آخر قابل للرهن .

ويشترط لانتقال الالتزامات الى الخلف الخاص أن تكون ثابتة التاريخ قبل انتقال الشيء إليه (1) واشهرت كلما تطلب المشرع الشهر ، فالرهن مثلا لا يعتبر نافذا في حق الغير إلا من تاريخ قيده في السجل العقاري ، وكذلك الامر بالنسبة للإيجارات التي تبلغ مدتها اثنتي عشرة سنة أو تزيد عنها ، فلا بد من تسجيلها في السجل العقاري حتى يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير .

(1) د. علي علي سليمان : النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ، ص 88
د. حسين الفوري : المرجع السابق ، ص 265 -
د. عبد المنعم فرج الصده : نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص 539 .

أما في فرنسا فيذهب الفقه الى عدم قبول فكرة انتقال الالتزامات الى الخلف الخاص ويعلمون ذلك بأنه من غير المعقول ان يميز شخص مدينا بسبب عقد لم يشارك في إبرامه⁽¹⁾ ويستندون في ذلك الى المادة 1122 مدني - السالفة الذكر - ان جاء فيها ذكر كلمة اشترط لمصلحة خلفه " Stipuler " وهي تعني اكتساب حق دون التحمل بالالتزامات .

لكن الرأي الغالب يذهب الى ان كلمة " Stipuler " يقصد بها المعنى العام أي التعاقد " Contracter " ويرون ان الخلف الخاص تنتقل اليه ، الى جانب الحقوق ، الالتزامات أيضا⁽²⁾ وذلك حتى لا يكون للمدين مطلق الحرية في التخلص من التزاماته المتصلة بالشئ بمجرد التصرف فيه ، فهذه الالتزامات تنتقل الى الخلف الخاص ، وقد اعتبر الالتزام المتصل بالعين بمثابة الالتزام العيني⁽³⁾ .

وقد تأثر القانون الفرنسي بهذا التحليل فجاءت قوانين تنص على ضرورة تحمل الخلف الخاص بالالتزامات المتصلة بالعين ، ومنها قانون 1928/7/19 الذي ينص على ابقاء عقد العمل قائما بين العمال والمستخدمين⁽⁴⁾ وذلك في المادة 23 من قانون العمل ، رغم أن عقود العمل لا تترتب عليها التزامات شخصية متصلة بالعين ، إلا أنها التزامات تقـرر انتقالها الى الخلف الخاص بموجب القانون⁽⁵⁾ وكذلك تنص المادة 1743 مدني فرنسي على ان الايجار يبقى قائما. رغم تصرف المؤجر في العين⁽⁶⁾ ويشترط للاحتجاج به في مواجهة الغير ان يكون ثابت التاريخ قبل اكتساب الغير حقا على العين ، ولكن اذا زادت مدة الايجار عن اثنتي عشرة سنة فلا بد من قيده في مصلحة الشهر ليتمكن المستأجر من الاحتجاج به في مواجهة الغير⁽⁷⁾.

(1) MARTY et RAYNAUD : Op ,Cit , p 220 - (A) WEILL, Thèse ,Précit , p 111
(P) GUIHO : Op , Cit , p 138 .

AUSSEL: Thèse ,Précit , p 51. - FLOUR et AUBERT:Op,Cit,p 340 - 341 (2)

AUSSEL : Thèse ,Précit , p 52 - 53 (3)

MOURGEON : Thèse ,Précit , p 97 (4)

DU GARREAU DE LA MECHEIE : Art , Précit , p 231 - (J) DE LA MORANDIERE(5)
Op, Cit , p 280 .

(L) MOURGEON : Thèse , Précit ,p 90 (6)

(P) GUIHO ,Op, Cit ,p 138 . - MARTY et RAYNAUD :Op,Cit,p 220 (7)

DE LAMORANDIERE: Op ,Cit , p 280

وكذلك بالنسبة للحائز فانه اذا أراد أن يحتفظ بملكية العقار المرهون ، وفقا للمادة 2167 مدني فرنسي فله أن يعرض تطهير العقار والّا كان عليه سداد ديون سلفه المتعلقة بالعقار والمضمونة بضمانات عينية ، وهو يتحمل هذه الالتزامات اذا أراد ان يبقى على العقار المرهون وآلا فيبيع العقار بالمزاد العلني ليتقاضى الدائنون حقوقهم⁽¹⁾ وهو ما تنص عليه المواد 915 وما يليها من القانون المدني الجزائري .

وتنصرف الى الخلف الخاص آثار العقود التي يبرمها السلف ، عندما ينشأ عنها حق عيني لأن من طبيعته أنه نافذ في حق الجميع⁽²⁾ فالارتفاقات المقررة على العين تنتقل معها الى الخلف الخاص ويعتبر ملزما بها⁽³⁾ .

ويرى السنهاوري انه اذا كان ما رتبته السلف هو التزاما شخصيا كالتزام المؤجر قبل المستأجر ، فلا ينتقل هذا الالتزام الى الخلف الخاص للعين المؤجرة الآ بنص القانون أو باتفاق خاص بين السلف والخلف الخاص⁽⁴⁾ ، وهذا ما تضمنه نص المادة 109 مدني جزائري المطابقة للمادة 155 مدني مصري من ضرورة علم الخلف الخاص بالالتزامات المترتبة على العين ، وآلا فلا تنفذ في مواجهته ، والاتفاق على هذه الالتزامات يقتضي العلم بها .

وأرى مع قوطال " GOUTAL " ⁽⁵⁾ ان الالتزام الشخصي اذا كان يحد من حق الخلف ، فهو ينتقل اليه وايجار العين التي تنتقل الى الخلف الخاص يحد من حقه في الاستعمال والانتفاع بالعين . فهذا الالتزام ينتقل الى الخلف الخاص ولو لم يكن عالما به ومادام عقد الايجار ثابت التاريخ قبل انتقال العين الى الخلف الخاص . وهذا ما نصت عليه المادة 1743 مدني فرنسي - السالفة الذكر - . وكذلك نصت عليه المادة 17 من الأمر 74-75 المتضمن اعداد مسم الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري في الجزائر بقولها : " ان الايجارات لمدة اثنتي عشرة سنة لا يكون لها اي اثر بين الاطراف ولا يحتج بها تجاه الغير في حالة عدم اشهارها " ،

AUBRY et RAU: Op, Cit , p 105

(1)

DU GARREAU DE LA MECHENTIE , Art, Précit, p 230

(2)

(3) د. عبد الرزاق السنهاوري ، الوسيط ، الجزء الاول ، المرجع السابق ، ص 611

د. سمير عبد السيد تناغو : نظرية الالتزام ، المرجع السابق ، ص 112

(4) د. عبد الرزاق السنهاوري : الوسيط ، الجزء الاول ، المرجع السابق ، ص 617

د. عبد المنعم فرج الصده : نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص 537

(5)

(J.1) GOUTAL ; Thèse , Précit , p 25

وذلك مع مراعاة أحكام "... أما الأيجارات التي تنقصر مدتها/ اثنتي عشرة سنة فيكفي للاحتجاج بها في مواجهة الخلف الخاص ان تكون ثابتة التاريخ . قبل انتقال العين اليه .

ويلاحظ ان الالتزامات التي لا تحد من استعمال الشيء مثل الالتزامات ذات الطابع الشخصي لا تنتقل الى الخلف الخاص فليس على من اشترى ما وهب لبائعه ، على ان يقوم البائع بالنفقة على الواهب ، قضاء هذه النفقة (1) كذلك لا ينتقل الى الخلف الخاص التزام مالك السيارة السابق نحو صاحب مرآب معين ، فهو التزام لا يعتبر من مستلزمات الشيء ولا يحد من استعماله (2) وتجدر الإشارة الى أنه لا تنتقل الحقوق في العقود الملزمة للجانبين الى الخلف الخاص ما لم تنتقل الالتزامات معها ، فاذا أراد الخلف الخاص الانتفاع بالحقوق الناتجة عن عقد أبرمه سلفه ، وكانت متمثلة بالعين التي انتقلت اليه ، فلا بد له من تنفيذ الالتزامات المقابلة لها ، فلابقاء عقد توريد الخدمات قائما لا بد للخلف الخاص من تنفيذ التزامات سلفه بالأجرة مثلاً (3) ذلك لأن امتناع الخلف الخاص عن تنفيذ الالتزام المقابل يعطي للطرف الآخر الحق في الدفع بعدم التنفيذ (4) .

الفرع الثاني : الحلول التي يمكن تقديمها لانتقال معظم الالتزامات

المتصلة بالعين الى الخلف الخاص .

ان الالتزامات الناتجة عن عقد أبرمه السلف والتي تكون متصلة بالعين ، دون أن تكون من مستلزماتها لا تنتقل الى الخلف الخاص ، وقد صدرت من محكمة النقض الفرنسية عدة أحكام مؤيدة لهذه الفكرة منها حكم بتاريخ 1889/7/16 اذ تقرر فيه ان الخلف الخاص لمؤسسة مسرحية " Entreprise Théâtrale " غير ملزم بالتزامات سلفه المتعلقة بإضاءة المسرح إلا اذا كان قد قبلها صراحة أو ضمناً (5) .

(1) د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، الجزء الاول ، المرجع السابق ، ص 612

د. زهدي يكن : شرح قانون الموجبات والعقود ، الجزء 4 ، المرجع السابق ، ص 533 .

(2) د. سمير عبد السيد تناغو : نظرية الالتزام ، المرجع السابق ، ص 112

د. عبد الحي حجازي : المرجع السابق ، ص 849

(3) AUSSEL: Thèse , Précit , p 56 - 57 - FLOUR et AUBERT: Op,Cit .p343- 344

LE PARGNEUR : Art,Précit,p 540-541-

MARTY et RAYNAUD : Op,Cit, p 222

MOURGEON : Thèse .Précit . p 69

(4)

(5)

الآ أن عدم تنفيذ الخلف الخاص لبعض التزامات سلفه على النحو السابق ذكره ، قد يشكل
 اضراراً بحقوق الغير المتعاقد مع السلف وهذا أمر لا يقبله المنطق . ولكن يرد على هذا أيضاً أنه لا يمكن
 إجبار الشخص (الخلف الخاص) على التحمل بالالتزامات الناتجة عن عقود يعتبر أجنبياً عنها⁽¹⁾
 أن المشرع الجزائي صريح في نقل الالتزامات التي تتصل بالشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص
 إذا كانت من مستلزمات الشيء وفقاً للمادة 109 مدني جزائي السالفة الذكر ، أما القاتلون
 الفرنسي فلا يوجد فيه نص يشير إلى ذلك ، والاجتهاد القضائي الفرنسي لا يحدد انتقال
 الالتزامات إلى الخلف الخاص وذلك حتى لو كانت هذه الأخيرة متصلة بالشيء ، ولكن إذا كان
 من شأن الالتزامات التحديد من حق الخلف فهي تنتقل إليه⁽²⁾ ، ولقد حاول الفقهاء إعطاء بعض
 الاقتراحات لتسهيل انتقال الالتزامات إلى الخلف الخاص ، ومنها ما يتعلق بتحويل
 الالتزامات إلى حق عيني ، وأيضاً فكرة شهر الالتزامات ، وفكرة الاشتراط الضمني لمصلحة
 الغير .

أولاً : فكرة تحويل الالتزام إلى حق عيني :

وهذه الفكرة ، تتضمن تحويل الالتزامات المتصلة
 بالعين التي انتقلت إلى الخلف الخاص ، إلى حق عيني ، وبالتالي تكون ملزمة للخلف الخاص
 وهناك التزامات معدودة تقبل هذا التحويل ، ذلك لأن الحق العيني الوحيد الذي يمكن نوعاً
 ما تطبيقه في هذا المجال هو حق ارتفاق ، ومن خصائص حق الارتفاق أنه لا يمكن أن يقوم إلا
 لمصلحة عقار وبالتالي لا يمكن تحويل الالتزامات التي تحقق مصلحة للأشخاص فقط إلى حقوق
 ارتفاق ، مثال ذلك لا يمكن تحويل الالتزام بعدم المنافسة إلى حق ارتفاق لمصلحة الغير ، لأن
 الغرض منه هو تحقيق مصلحة شخصية فيبقى التزاماً شخصياً لا يمكن تطبيق فكرة التكليف العيني
 عليه⁽³⁾

ولكن إذا كان الالتزام يتعلق بمصلحة عقار ، فيذهب القضاء الفرنسي إلى
 قبول تحويله إلى حق ارتفاق وهذا ما تضمنته عدة أحكام منها حكم محكمة باريس في 12/11/1883

LE PARGNEUR : Art , Précit , p 582 - 583 (1)

(H) et (L) MAZEAUD : TOME 2, Volume 1, Op, Cit , p 849 (2)

LE PARGNEUR , Art , Précit , p 558 - 561 (3)

وحكم لمحكمة روان " ROUEN " في 1925/11/28 وحكم لمحكمة باريس في 12 / 12 / 1999 اعتباراً من الشرط الذي يعفي فيه مستغل المنجم نفسه من مسؤوليته عن الأضرار الناتجة للسكان فوق سطح المنجم ينتقل باعتباره تكليفاً عينياً إلى الخلف الخاص للسكن الموجود فوق سطح المنجم (1) .

اذن فلا بد لنجاح هذه الفكرة من أن يكون الالتزام قابلاً للتحويل إلى تكليف عيني أي إلى ارتفاع لمصلحة عقار آخر فمن الضروري أن تكون هناك عين مثقلة بالحقوق وعين تستفيد منه . ويرى مازو أن هذا المفهوم الجديد لأعطاء سلطة للأشخاص في إنشاء حقوق عينية يعتبر مفهوماً خاطئاً وخطيراً في نفس الوقت . خاطئاً لأن المشرع أورد الحقوق العينية على سبيل الحصر ، فلا يجوز للأشخاص إنشاء حقوق عينية أخرى ، وخطيراً لعدم خضوعه لنظام الشهر (2) ويمكن الرد عليه بأن هذا المفهوم لا ينشئ حقاً عينياً جديداً بل يدخل الالتزامات التي تتوافر فيها شروط معينة ضمن حقوق الارتفاق .

أما من حيث الخطورة فهذا أصبح أمراً صحيحاً لأن الالتزامات إذا حوّلت إلى تكاليف عينية فهي تلزم الخلف الخاص ولو كان غير عالم بها وقت اكتسابه للعين ، وذلك لعدم خضوعها لنظام الشهر . اذن فلحماية الغير لابد من شهر هذه الالتزامات باعتبارها تكاليف عينية على العين (3) . وبالتالي يكون المتصرف إليه عالماً بها وقت العقد فتكون حجة عليه ، دون أن تضر به ، لأنه كان على علم بها ، ورغم ذلك فحتى لو طبقنا فكرة شهر التكاليف العينية ، مثل حقوق الارتفاق الواردة على العين ، فإن فكرة تحويل الالتزامات إلى حق عيني من نوع خاص تبقى قاصرة على بعض التزامات السلف فقط التي تقبل التحويل على النحو السابق ذكره ، لهذا فهناك من يقترح بدلاً منها فكرة شهر الالتزامات ، وقبل أن أتعرض لها أشير إلى أن القضاء الجزائري لم يرق بعد إلى هذا المفهوم لحق الارتفاق فقد تضمن قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 1982/03/31 أن حق الارتفاق لا ينشأ إلا بموجب القانون وفقاً للمادة 868 مدني جزائري أي ينشأ عن الموقع الطبيعي للأمكنة أو يكتسب بعقد أو بالميراث ، وترتيبه قضاء يخضع لهذه الأحكام والآثار مخالفاً للقانون (4)

MOURGEON:Thèse ,Précit,p 107

MAZEAUD : Op, Cit , p 851

(L) MOURGEON :Thèse ,Précit, p 106

(4) المجلة القضائية ، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا بالجزائر ، العدد الثاني

ثانيا : شهر الالتزامات :

يمكن نقل الالتزامات الى الخلف الخاص مباشرة اذا تم شهرها ، قبل انتقال العين اليه ، ويذهب اصحاب هذا الرأي الى القول بأن الالتزامات المتصلة بالعين شهرا ، مثلها مثل الحقوق العينية وبالتالي يكون الخلف الخاص على بيّنة منها عند التعاقد وقد تنقل اليه العين مثقلة بالالتزامات الواردة عليها (1) .

واذا كان هذا الرأي سديدا الا انه صعب التحقيق حاليا ، اذا ان نظام الشهر مازال لم يصل الى ذروته بالنسبة للحقوق العينية فما بالك بالالتزامات الشخصية .

ثالثا : انتقال الالتزامات الى الخلف الخاص باشتراط السلف لمصلحة الدائن او عن طريق

حوالة الدين :

يذهب بعض الفقهاء الى القول بأن خيرا طريقة لنقل الالتزامات المتصلة بالشيء الى الخلف الخاص ، هي ان يشترط السلف لمصلحة دائنيه (2) .
غير انه اذا كان هذا صحيحا في ظل القانون الفرنسي فذلك لانه لا يأخذ بحوالة الدين التي أخذ بها قانوننا الجزائري عن الشريعة الاسلامية ، وأقول اذن ان أفضل طريقة لنقل الالتزامات الى الخلف الخاص هي حوالة الدين وذلك لأنه ليس في نقل الالتزامات الى الخلف الخاص مصلحة للغير الدائن بقدر ما يحقق من مصلحة للمدين (المتصرف) لانه يتخلص من التزام عليه قد يطالبه الغير ، بتعويض عنه ، وهو يحقق مصلحة للدائن أيضا ببقاء الالتزامات نافذة في مواجهة المتصرف اليه ، ولكن تتغلب مصلحة المدين على مصلحة الدائن ، لهذا فنقل الالتزامات عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير ، يتطلب ان تكون مصلحة الغير اي الدائن متوافرة .
الى جانب هذا فبمقتضى حوالة الدين يستطيع الغير مطالبة المحال عليه بكامل الضمانات وفقا للمادة 254 مدني جزائري .
اذن تبقى طريقة نقل الالتزامات الى الخلف الخاص عن طريق حوالة الدين افضل طريقة

LE PARGNEUR: ART,Precit,P583

(1)

MOURGEON : Thèse Precit P.112-115

(2)

نظرا لقصر فكرة التكليف العيني على التزامات محددة ، ونظرا لأن نظام الشهر لم يصل بعد الى حد شهر الالتزام الشخصية المتمثلة بالعين.

المبحث الرابع

مدى انصراف أثر العقد الى الدائنين العاديين

لقد اثير خلاف شديد في الفقه الفرنسي حول تحديد الطائفة التي ينتمى اليها الدائنون العاديون ، فبعض الفقهاء يصنفهم ضمن طائفة الخلف العام مما يؤدي الى اقسامهم حقوقها من العقود التي يبرمها المدين ، وتحملهم بالتزامات ايضا ، والبعض الآخر يعتبرهم خلفا خاصا وهذا الوضع يؤدي الى نفس النتيجة السابقة على خلاف ان حق الدائن لا ينتظر وفاة المدين لاستيفائه . كما يعتبرهم فقهاء آخرون من الغير ، وهذا يؤدي الى استبعادهم كلية وعدم الزامهم بالعقود التي ابرمها المدين وتقرر حمايتهم تطبيقا لمبدأ نسبية العقد . وسأتعرض لهذه الآراء بالتفصيل مبينة في نفس الوقت مدى انصراف أثر العقد الى الدائنين العاديين.

المطلب الأول

مدى انصراف أثر العقد الى الدائنين العاديين باعتبارهم خلفا عاما

لقد سبق ان ذكرت ان الخلف العام هو من يخلف السلف في كل التركة أوفي جزء شائع منها ، وهم الورثة والموصى لهم بجزء شائع من التركة . ويرجع اذارج الفقهاء للدائنين العاديين ضمن طائفة الخلف العام الى ان لهم الضمان العام على أموال المدين ، وبالتالي يتأثرون بجميع العقود التي يبرمها هذا الاخير ، لأن من شأنها اما الانقاص من ذمة المدين المالية أو الزيادة فيها ، وهم في ذلك مثلهم مثل الخلف العام الذي يتأثر ايضا بجميع العقود التي يبرمها سلفه . (1)

(1) د. عبد الحي حجازي : المرجع السابق ، ص 851

وان كان الخلف العام عندنا وفي جميع القوانين العربية ، لا يتأثر بالتزامات سلفه ان أنه لا يتحمل الالتزامات بل تخصم من التركة قبل تقسيمها على الورثة ، إلا أن التزامات السلف تؤثر بطريقة غير مباشرة على القيمة المالية للتركة، وبالتالي تكون النتيجة واحدة ، فيما يخص مدى تأثر الخلف العام بعقود سلفه سواء ترتبت عليها حقوق أو التزامات، اذ ستؤدي الى الانقاص او الزيادة من أصول التركة ، وكذلك يتأثر الدائنون العاديون بالعقود التي يبرمها المدينين والتي من شأنها اما الانقاص أو الزيادة في ذمته المالية التي تشكل الضمان العام للدائنين العاديين.

وعلى هذا يستند الفقهاء الفرنسيون في تبرير موقفهم ، الى المادة 2092 و 2093 مدني فرنسي المتعلقتين بحق الضمان العام ، وتأثر الضمان العام بالتزامات الشخصية للمدين⁽¹⁾ فيبقى للمدين الحق في التصرف وادارة أمواله بشرط عدم الاضرار بحق دائنيه ، فجميع تصرفاته سواء كان تاريخها سابقا لانشاء الالتزام او تاليا له ، تكون نافذة في مواجهة دائنيه العاديين، فتاريخ العقود ليس له أهمية مادام المدين حسن النية لم يقصد بتصرفه الاضرار بحق الدائن ، ويرى أصحاب هذا الرأي انه يترتب على رأيهم عدم اعتبار الدائن العادي غيرا ، اذ الغير لا يحتج عليهم إلا بالتصرفات الثابتة التاريخ وفقا للمادة 1328 مدني فرنسي⁽²⁾ وبما أنهم خلف عام للمدين، فانهم يستطيعون ممارسة جميع الدعاوى الخاصة به وفقا للمادة 1166 مدني فرنسي⁽³⁾ مثلهم في ذلك مثل الورثة الذين يستطيعون عند وفاة مورثهم رفع جميع الدعاوى التي كان لهذا الاخير الحق في رفعها ، وكذلك الدائنون العاديون لهم عن طريق الدعوى غير المباشرة ، رفع دعوى باسم المدين على مدينة ، إلا ان الدعوى غير المباشرة يرفعها الدائن باسم المدين ولمصلحته ، أما الورثة فيرفعون دعوى شخصية باسم مورثهم لتحقيق مصلحة شخصية لهم .

(1) LABORDE -LACOSTE : Essai sur la notion d'ayant cause à titre particulier en droit privé Français thèse BORDEAUX 1916, p 83-

(2) COUTANT : Des créanciers chirographaires considérés comme tiers - thèse (R) Paris 1906 , p 22 à 24

(J L) GOUTAL: Contrats et Obligations Juris classeur civil, Art 1165. FASC 4, P3

(R) COUTANT : Thèse , Précit, p 24 - A.WEILL : Thèse , Précit , p 121 (3)

والأخذ أنه إذا كان صحيحاً أن الدائن العادي في وضعية مشابهة للخلف العام، إذ يتأثر بجميع العقود التي يبرمها المدين ولا يستطيع نقض تصرفات المدين الضارة به، وأن كان يمكنه ذلك بواسطة الدعوى البولصية التي يشترط فيها أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، وأن يكون المدين سيء النية، وإذا كان من المفروض السماح للدائن بالحجز العام على أموال المدين ليقف ضرر محقق، وأن كان المدين حسن النية وكان حق الدائن غير مستحق الأداء، وهذا لحماية الدائنين من التصرفات الضارة بهم، خاصة لأن نظام الأسعار غير متطور مثل نظام الإفلاس، فإنه رغم هذه الاعتبارات ليس الدائن العادي يخلف عام، إذ في الواقع ليس هناك طائفتان أكثر تعارضاً وتناحراً فيما بينهما مثل الخلف العام والدائنين العاديين للسلف، وذلك لتضارب مصلحتيهما، فالدائن يشكل شخصاً افتراضياً لمصلحة الغير هو المدين، بينما يمثل الخلف العام شخصاً أثرى دون بذل جهد في ذلك بفضل سلفه⁽¹⁾ إلى جانب أن العقود التي أبرمها المدين لا ينصرف أثرها إلى الدائن بحيث لا تحمله التزامات ولكن فقط تعتبر نافذة في مواجهته وهذان أمران مختلفان.

المطلب الثاني

مدى انصراف أثر العقد إلى الدائنين

العاديين باعتبارهم خلفاً خاصاً

الخلف الخاص هو من يتلقى من السلف حقاً، وإراداً على عين أو أعيان معينة، مثل المشتري أو الموصى له بأعيان معينة، بينما حق الدائن العادي يرد على ذمة المدين بأكملها، أي أن له حق الضمان العام. لهذا فالاختلاف واضح بين الطائفتين⁽²⁾ ولكن هذا لم يمنع بعض الفقهاء الفرنسيين من ادماج الدائن العادي ضمن طائفة الخلف الخاص، وبالتالي تنصرف آثار العقود التي يبرمها مدينه إليه، مثل الخلف الخاص تماماً.

(1) (J.M) AUSSÉL : Thèse , Précit , p 60 - LABORDE - LACOSTE: Thèse, Précit

p 81

POPESCO : Thèse , Précit , p 63 - COUTANT : Thèse , Précit, p 34 .

(2)

فيرى لآبورء لا كوست " LABORDE- LACOSTE " وهو من أنصار هذا الرأي، أن حق الدائن العادي مستحق الدفع فوراً ، ولا ينتظر الى حين وفاة المدين ، فهو اذن خلف خاص وليس يخلف عام لا تنتقل اليه حقوق سلفه الا بعد الوفاة (1) .

ويرى لآكوست أن حق الدائن العادي هو حق عيني وليس بحق شخصي لأنه يقول بعدم وجود تفرقة اساسية بين الحق العيني والحق الشخصي ، فيكفي لآيجاد التشابه بينهما ألا ننظر اليهما من زاوية علاقتهما بالشيء، اذ هي علاقة مباشرة بالنسبة للحق العيني ، وغير مباشرة بالنسبة للحق الشخصي ، بل ننظر اليهما بالنسبة للأشخاص ، فكل من الحقين يقابله التزام وكل التزام وراءه شخص مدين به ، وهذا المدين هو شخص معين في الحق الشخصي وبغير معين بالنسبة للحق العيني ، ولكن من الممكن تعيينه نظراً لعلاقته بالشيء ، وهنا تضيق التفرقة بين الحق العيني والشخصي .

ويمكن القول بأن الدائن له حق عيني على عين أو أعيان مدينه (2) ، إلا أن الرأي الغالب يذهب الى ان هذه الفكرة مجردة اذ أنه لا يمكن اعطاء الحق الشخصي والحق العيني نفس المفهوم (3) .

غير ان مؤيدي فكرة ان الدائن العادي خلف خاص لمدينه لجأوا الى حجج اخرى استندوا اليها ، فيرى بونكاز BONNECASE أن الدائن العادي ليس بخلف عام ، اذ ليس له نصيب معين في ذمة المدين المالية بل له فقط حق على عنصر من اصول ذمة المدين المالية ، مساو لقيمة دينه ، الى جانب هذا فموقف الدائن العادي يشبه موقف الخلف الخاص، لأنه لا يقف موقفاً سلبياً أمام تصرفات مدينه، بل اصبح له في ظل القانون الفرنسي الحق في تتبع سفينة مدينه مادام المتصرف اليه لم يبحر بها لحسابه ، كما اصبح لدائن التاجر الحق في تتبع المتصرف اليه بالمحل التجاري (4) وهذا ما تضمنته المادة 190 و 193 تجاري فرنسي .

LABORDE - LACOSTE , Thèse , Précit, p135 (1)

LABORDE - LACOSTE : Thèse, Précit , p135- 136. (2)

AUSSEL : Thèse , Précit , p 61 (3)

(J)BONNECASE : La Condition Juridique du Créancier chirographaire
Revue Trimestrielle de Droit Civil , 1920 p 124 à 130 (4)

(A) WEILL : Thèse ,Précit , p 122

ولكن يبقى حق التتبع الممنوح للدائن العادي استثناء من القاعدة التي تقضي بمنح هذا الحق للدائن المرتهن دون سواء .

ولكن بونكاز BONNECASE يدعم رأيه أيضا بما ورد في القانون المدني الفرنسي بخصوص الحق في الحبس ، إذ أصبح بفضل حق الدائن متعلقا بمال معين للمدين ويكون في ذلك مثل الخلف الخاص . وتجدر الإشارة هنا الى ان الحق في الحبس لابد فيه من توافر شرطين أساسيين وهما : أن يوجد شخصان كل منهما مدين للآخر وان يكون هناك ارتباط قانوني ينشأ عن علاقة قانونية سواء أكانت تعاقدية أم غير تعاقدية . كما قد يكون ارتباطا ماديا ، أن يكون حق أحد الطرفين قد ترتب عن الشيء ذاته ، الذي هو ملزم برده (1).

وهذا هو الواقع في معظم الأحيان ، وان كان بونكاز يستند الى الاجتهاد القضائي الفرنسي في اعطاء مفهوم واسع للحق في الحبس واستعماله كلما كانت الأشياء الواقع عليها قابلة للتعامل فيها (2) ، فما هذا الا في أحوال نادرة لا يمكن الاستناد اليها .

والواقع هو أنه لا يمكن رغم هذا كله القول بأن الدائن العادي خلف خاص لمدينه تنصرف اليه آثار العقود مثل الخلف الخاص ، وذلك لأن حق الدائن يبقى حقا شخصيا يخوله الضمان العام على جميع أموال مدينه ، وهذه ميزة تبعده كل البعد عن ميزات الخلف الخاص السابق التعرض لها .

المطلب الثالث

مدى انصراف آثار العقد الى الدائنين

العاديين باعتبارهم من الغير .

هناك فقهاء أذكر منهم ويل WEILL والسنهوري يكتفون بالقول بأن الدائن العادي يعتبر خلفا (3) ، دون تحديد لأية طائفة من الخلف ينتمي ولا أريدان أطيل في هذه الفكرة لأنها غير

(1) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص 1137-1149

(2) (J) BONNECASE , Art , Précit , p 130

(3) د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، الجزء 1 ، المرجع السابق ، ص 750 ، 751

(A) WEILL, Thèse , Précit , p 120

منطقية ، فليس هناك في القانون ما يسمى بالخلف بل لابد من اعطاء الدائن العادي وصفا محددا ، وحتى لو اعتبرناه خلفا ، فالخلف هو من يستمد حقه من السلف ، والدائن العادي لا يستمد حقه من المدين بل بالعكس له حق في مواجهة مدينه⁽¹⁾ .

والخلط الذي وقع فيه المؤلفون حول تحديد الطائفة التي ينتمي اليها الدائن العادي ، ومدي انصراف اثر العقود التي يبرمها مدينه اليه ناتج عن عدم التدقيق في مفهوم الزامية العقد و نفاذ العقد ، فهذان أمران مختلفان تماما ، فعقود المدين لا تلزم دائنه ، ولكن تعتبر نافذة في مواجهته ، وهو بالتالي يعتبر من الغير ، اذ العقود كقاعدة عامة تعتبر نافذة في مواجهة الغير - ان توافرت فيها الشروط المطلوبة قانونا لذلك كالشهر بالنسبة للتصرفات الواردة على العقار - الا ان الدائن العادي يتأثر بالعقود التي يبرمها مدينه ، بصفة خاصة ، ذلك لأنها تؤدي الى النقص او الزيادة في أصول الذمة المالية للمدين، فاذا كان العقد الذي أبرمه المدين مع الغير، يؤدي الى تحمل المدين بالتزامات جديدة ، فذلك سينقص من الضمان العام للدائن، لأن الدائن الجديد سيشاركه فيه ، ولكن رغم كل هذه الاعتبارات يبقى الدائن العادي أجنبيا عن عقد أبرمه مدينه اذ لا يحمله العقد التزاما ولا يكسبه حقا⁽²⁾.

ان الدائنين العاديين مادام لم يترتب لهم عن طريق توقيع الحجز او تسجيل تنبيه نزع الملكية حق خاص على المال موضوع التصرف في المحرر العرفي الصادر من مدينهم ، يكون التصرف نافذا في مواجهتهم ولو كان غير ثابت التاريخ، وهذا يعتبر استثناء من اعتبار الدائن العادي من الغير ، ذلك لأن الغير لا يحتج عليه إلا بالتصرفات الثابتة التاريخ/والمفروض أن يكون الأمر كذلك بالنسبة للدائن العادي باعتباره غيرا وألا تنفذ في مواجهته تصرفات مدينه غير الثابتة التاريخ ، وذلك منذ حلول اجل الدين ، وان اساس عدم اعتبار الدائن من الغير

(1) STARCK : op. cit. p. 557.

(2) AUSSEL :Thèse ,Précit : p63 - POPESCO:Thèse.Précit.p64- MARTY et RAYNAUD Op, Cit , p 223•GOUTAL : contrats et obligations, J. cl., civil. Art. 1165 fasc. 1,p. 6.

(M) PLANIOL : Op ,Cit , p195 - MAZEAUD , Op ,Cit , p 844

بالنسبة لثبوت التاريخ يرجع الى ان اغلب الفقهاء الفرنسيين كانوا يعتبرونه خلفا عاما لمدينه، أما الآن وقد تغير الأمواذ أصبح اغلب الفقهاء يذهبون الى اعطاء الدائن العادي وصف الغير، لأن عقود سلفه لا ترتب له حقا ولا تحمله التزاما ، فمن المفروض ان تكون له جميع الامتيازات الممنوحة للغير ، باعتباره أجنبيا عن العقد ، وبالتالي عدم نفاذ تصرفات مدينه في مواجهته إلا اذا كانت ثابتة التاريخ ، قبل نشوء الالتزام ، ولكن يرد على هذا بأنه قد يشكل اضرارا بالمتصرف اليه من المدين الذي كان يجهل وجود الالتزام . لهذا سعى المشرع الى حماية الدائن من بعض تصرفات مدينه الضارة به ، فنفاذ تصرفات المدين في مواجهة الدائن مقصور على عدم تعمد المدين الصورية ، اي اخفاء حقيقة العلاقة القائمة فعلا بين الطرفين بحيث لا يكون وجود التصرف الظاهر كاتفاق المدين مع شخص آخر على ابرام عقد بيع صوري الغرض منه اخراج الشيء محل العقد من الضمان العام ، وبالتالي الاضرار بحق الدائنين العاديين ، فيكون للدائن العادي الخيار بين العقد الظاهر أو المستتر⁽¹⁾ وقد نصت المادة 198 مدني جزائري على مايلي : " اذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية ، ان يتمسكوا بالعقد الصوري "⁽²⁾

وللدائن الاعتراض على تصرفات مدينه التي قصد بها الحاق ضرر به ، وذلك برفع الدعوى البولصية⁽³⁾ أو دعوى عدم نفاذ التصرف ، وقد نصت المادة 191 مدني جزائري على مايلي : " لكل دائن حل دينه ، وصدر من مدينه تصرف ضار به ، ان يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه ، اذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته ، وترتب عليه⁽⁴⁾ عسر المدين او الزيادة في عسره ، وذلك متى توافر احد الشروط المنصوص عليها في المادة التالية " .

- (1) د. عبد الرزاق السنهوري : نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص 838
MARTY et RAYNAUD :Op,Cit,p247 - FLOUR et AUBERT:Op,Cit,p 345
- (2) يلاحظ ان نص المادة 198 مدني جزائري ناقص لأنه لم يذكر ان للدائنين وللخلف الخاص ان يتمسكوا بالعقد المستتر اذا رأوا ان لهم مصلحة في ذلك ، بينما المادة 244 مدني مصري نصت على ذلك .
(J)DE LA MORANDIERE:Op,Cit,p281- FLOUR et AUBERT:Op,Cit,p 345
- (3)
- (4) يلاحظ ان نص المادة 191 مدني جزائري قد اسقط كلمة " عليه " خطأ ، فيجب اضافتها ليصبح ...و " ترتب عليه عسر المدين... " .

فالفرض من هذه الدعوى هو المحافظة على الضمان العام وحماية الدائن من سوء نية المدين ومحاولته تهريب أمواله من متناول يد دائنيه ، إلا أنه لابدّ من ان يكون هناك غش من المدين حتى يستطيع الدائن ممارسة الدعوى المولصية . وتذهب التشريعات عموماً الى عدم اشتراط الغش اذا كان المتصرف من قبيل التبرعات وليس من قبيل المعاوضات (1)

ونص المشرع الجزائري في المادة 192 مدني على مايلي : " اذا كان تصرف المدين بعوض فانه لا يكون حجة على الدائن إلا اذا كان هناك غش صدر من المدين وكان الطرف الآخر قد علم بذلك الغش ويكفي لاعتبار المتصرف منطوياً على الغش ان يكون قد صدر من المدين وهو عالم بعسره (2) .

كما يعتبر من صدر له التصرف عالماً بغش المدين اذا كان قد علم ان تصرف المدين سيترتب عليه اعساره او زيادة اعساره .

أما اذا كان المتصرف الذي قام به المدين تبرعاً فانه لا يحتج به على الدائن ولو كان المتبرع له حسن النية .

اذا كان المتبرع له قد حوّل بعوض المال الذي نقل اليه فليس للدائن ان يتمسك بعدم الاحتجاج عليه بتصرف مدينه إلا اذا كان المحال اليه والمتبرع له قد علما بغش المدين هذا في حالة ما اذا تصرف المدين بعوض وكذلك الحال اذا كان تصرف المدين بدون عوض وعلم المحال اليه بعسر المدين وقت صدور التصرف لصالح المتبرع له . " (3) .

(1) د. حسن النوري : المرجع السابق ، ص 271 .

(2) يلاحظ ان نص المادة 1/192 مدني جزائري قد اسقط خطأ كلمة " إلا " قبل " اذا كان هناك غش ، كما انه ذكر كلمة " اذا " قبل " كان الطرف الآخر قد علم " خطأً وأيضاً اسقط خطأ حرف " الواو " قبل كلمة " يكفي " .

(3) الفقرة الرابعة من المادة 192 خاطئة وصحتها هي : " اذا كان المتصرف اليه قد تصرف بعوض في المال الذي نقل اليه ، فليس للدائن ان يتمسك بعدم الاحتجاج عليه بتصرف مدينه إلا اذا كان المتصرف اليه الأول والمتصرف اليه الثاني قد علما بغش المدين ، هذا في حالة ما اذا كان تصرف المدين بعوض ، واما اذا كان تصرف المدين بسدود عوض ، فيكفي ان يعلم المتصرف اليه بعسر المدين وقت صدور التصرف لصالح المتبرع له " .

أخلص من هذا الى القول مع الرأي الغالب في الفقه اليوم بأن الدائن العادي هو من الغير ، فهو اجنبي عن العقود التي يبرمها مدينه ، اذ لا تكسبه حقا ولا تحمله بالتزام . ولكنها فقط نافذة في مواجهته ، ويتأثر بها بقدر ما تنقص او تزيد في الضمان العام لمدينه الا ان الدائن العادي قد يكسب حقا كان لمدينه عن طريق الدعوى المباشرة وهذا يعتبر استثناء من مبدأ نسبية العقد⁽¹⁾ الذي يقضي بالآ ينصرف أثر العقد الى الغير ، ولكن ما هذا الا استثناء يطبق في حالات خاصة ببعض الدائنين فقط وفي ظروف معينة نص عليها القانون بالتحديد ، ولن أطيل في هذا المجال لأنني سوف أتعرض للدعوى المباشرة بالتفصيل في الباب الثاني المتعلق بالاستثناءات الواردة على مبدأ نسبية العقد .

المبحث الخامس

مدى انصراف أثر العقد إلى الغير

المطلب الاول

مفهوم الغير

ان مبدأ نسبية الغير قائم على اساس حماية طائفة لم تشارك في العقد ولم ترتض به — ويطلق على هذه الطائفة تسمية " الغير " ولهذا ارى انه من الضروري تحديد مفهوم الغير لأنه يشمل الشخص الاجنبي عن العقد كما يشمل احيانا الخلف العام والخاص اذ يعتبرون من الغير في أوضاع معينة .
وليس هناك في القانون المدني لفظ أكثر غموضا من لفظ " الغير " اذ يختلف مفهومه من موضوع الى آخر ، فالغير في الشهر يختلف عن الغير في الصورة ، اذ يقصد بالغير في الشهر كل شخص غير المتعاقدين ، اما في الصورة فيقصد به الخلف الخاص والدائن العادي للمتعاقدين الى جانب كل شخص لم يشارك في ابرام العقد .

FLOUER et AUBERT : Op, Cit , p 347

(1)

(J)DE LA MORANDIERE ; Op,Cit , p 281 .

والغير في موضوع الرهن يختلف عن الغير بالنسبة لآثار التصرف، كما يختلف أيضا عن الغير في شئوت التاريخ .

الا انه بالنسبة للموضوع الذي نحن بصدده والمتعلق بأثار العقد ، فالمقصود بالغير عموما ، هو الشخص الذي لم يشارك في ابرام العقد أي الشخص الذي لم يلتزم لا بشخصه ولا بواسطة نائب وهو ما يطلق عليه اسم *PENITUS EXTRANEI* والذي يعتبر العقْد بالنسبة اليه طبقا للقاعدة اللاتينية. *" RES INTER ALIOS ACTA "* غير ملزم (1).

اذن فالغير هو شخص اجنبي عن العمل القانوني الذي يهدف الى تغيير المحيط القانوني لشخص معين ، وبالتالي مادام الشخص لم يشارك في ابرام عقد ولم يوافق عليه فهو لا يحمله التزاما ولا يكسبه حقا ، وهذا يتفق مع مبدأ نسبية العقد ، الذي يرتبط أيضا بمبدأ سلطان الارادة (2).

ويلاحظ ان أثر العقد لا يقتصر فقط على المتعاقدين بل يتعلما الى خلفهما العام والخاص وهذا ما نصت عليه المادتان 108 و 109 مدني جزائري السالفتا الذكر . وتراعي في انتقال أثر العقد الى الخلف العام قواعد الميراث . كما نصت المادة 1122 مدني فرنسي السالفة الذكر . علي انه يفترض في الشخص انه تعاقد لنفسه ولورثته ولخلفه ما لم يتبين صراحة أو من طبيعة العقد خلاف ذلك ، فالشخص الذي لم يشارك في ابرام العقد ولم يكن خلفا لأحد المتعاقدين لا تنصرف اليه آثار العقد ، فهو من الغير ، وقد نصت المادة 113 مدني جزائري على مايلي : " لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير ، ولكن يجوز ان يكسبه حقا " . فالقاعدة العامة هي عدم انصراف الالتزامات الناتجة عن العقد الى الغير ، فهو لم يشارك في العقد ، ولم يستفد منه فمن البديهي ألا يحمله التزاما ولكن يجوز أن يكسبه حقا، ويشير المشرع الى هذا في المادة 113 مدني - السالفة الذكر - ولكن العقد لا يكسب الغير حقا إلا في حالة الاشتراط لمصلحة الغير، وكان على المشرع ليكون اكثر وضوحا ان ينص على أن العقد لا يرتب التزاما في ذمة الغير، ولا يكسبه حقا إلا في حالة المادة 116 مدني جزائري المتعلقة بالاشتراط لمصلحة الغير.

MARTY et RAYNAUD : Op , Cit ,p214 -FLOUR et AUBERT,Op,Cit,p321 (1)
DE LA MORANDIERE : Op, Cit , p 281

-AUSSEL :Thèse,Précit,p67 - POPESCO,Thèse,Précit,p52 - GOUTAL:Thèse (2)
Précit,p 23

وقد نص المشرع الفرنسي في المادة 1165 مدني على مايلي: " ان العقود لا أثر لها إلا بين المتعاقدين فهي لا تحمل الغير التزاما ولا تكسبه حقا إلا في الحالة المنصوص عليها في المادة 1121 " وتنص المادة 1121 مدني فرنسي على أحكام الاشتراط لمصلحة الغير. إلا أن نص المادة 1165 قد أثار نقاشا حادا بين الفقهاء الفرنسيين حول مفهوم "Nuire et Profiter" وهما لفظان ذكرتهما المادة 1165⁽¹⁾ ، فقد ذهب البعض الى القول بأن المقصود بلفظ " PROFITER " هو تحقيق فائدة مادية واقتصادية، والمقصود بلفظ "NUIRE" تحقيق ضرر مادي واقتصادي. إلا أن غالبية الفقهاء اليوم يقولون بأن المقصود باللفظين هو الأثر القانوني وبالتالي يعني لفظ " Nuire " ان الغير لا يتحمل التزامات ، ويعني لفظ " Profiter " أن الغير لا يكتسب حقا .

ويبررون ذلك بأنه لو كان المقصود بلفظي " Nuire et Profiter " الإشارة الى خصائص ومساوى ذات طابع اقتصادي، فسيؤدي هذا الى تعطيل الحركة الاقتصادية لكل شخص ومن بينها المنافسة ، اذ من البديهي ان العمل القانوني الذي من شأنه تحقيق مصلحة لشخص ما قد يضر بمصلحة شخص آخر دون ان يشكل استثناء من مبدأ نسبة العقد، اذ أنه يضر بمصلحة شخص آخر دون قصد ، فمثلا اذا أبرم أي شخص عقدا مع مدين شخص آخر ، فقد يكسب حقا ، وهذا يضر بمصلحة دائن المتعاقد معه ، ولكن لا يشكل هذا استثناء من مبدأ نسبة العقد اي لا يشكل مخالفة للمادة 1165 مدني فرنسي⁽³⁾ في مفهومها السابق ذكره ، فالمهم هو ألا يتحمل الغير بالتزام ولا يكتسب حقا ناتجا عن عقد أبرمه شخص آخر ، ولكن مفهوم عدم تحمله بالتزام ليس المقصود به عدم الاضرار بالمصلحة الاقتصادية للغير، اذ قد يتحقق ذلك بالمنافسة مثلا ، ولكن هذا لا يحمل الغير التزاما على النحو المذكور في المادة 1165 مدني والذي أيده أغلب الفقهاء الفرنسيين اليوم .

(1) نص المادة 1165 مدني فرنسي:

" Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, elles ne nuisent point au tiers et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 "

POPESCO : Thèse ,Précit , p 79 - 80 (2)

AUSSEL :Thèse ,Précit ,p 72 - WEILL : Thèse ,Précit, p 145-146 (3)
DE LA MORANDIERE : Op, Cit ,p 279

المطلب الثاني

اعتبار الخلف الخاص والعام من الغير أحيانا

ان الغير هو الشخص الأجنبي عن العقد ، والذي يطلق عليه اسم " Penitus Extranei " وأعبر عنه بكلمة " الغير المطلق " لأفرق بينه وبين طائفة أخرى من الأشخاص الذين يعتبرون من الغير أحيانا فلا ينصرف أثر العقد اليهم ، ويعتبرون أحيانا أخرى خلفا للمعاقد فينصرف أثر العقد اليهم .

الفرع الأول : الخلف الخاص :

فهو يعتبر من الغير بالنسبة للعقود التي يبرمها سلفه ، والتي لا تتصل بالشيء الذي انتقل اليه ولا تعتبر من مستلزماته ، وكذلك بالنسبة للعقود التي أبرمها سلفه والمتصلة بالعين التي انتقلت اليه ، ولكنه لم يكن عالميا بها . وكذلك يعتبر الخلف الخاص من الغير بالنسبة لثبوت التاريخ ، فلا يحتج عليه إلا بالعقود الثابتة التاريخ قبل انتقال الحق اليه (1) .
والخلف الخاص لا يحتج عليه بالعقد الصوري بل يكون له الخيار - باعتباره من الغير - بين العقد الظاهر والعقد المستتر وهذا ما تضمنه نص المادة 198 مدني جزائري ونص المادة 1321 مدني فرنسي .

الفرع الثاني : الخلف العام :

الخلف العام في قانوننا المدني وتطبيقا لقواعد الشريعة الاسلامية ، ومنها " قاعدة لتركه إلا بعد سداد الديون " يعتبر دائما من الغير بالنسبة للالتزامات المترتبة على عقود أبرمها سلفه فلا يتحمل الالتزامات مطلقا ، بل تخصم من التركة مباشرة لتعلق حق الدائنين بها ، ويعتبر الخلف العام من الغير أيضا بالنسبة لتصرفات سلفه في فترة مرض الموت اذا تجاوزت الثلث ، فلا تنفذ بالنسبة اليه إلا بالقدر الذي تنفذ به الوصية .

(1) (E) CRUGUT : De la Notion de tiers en droit civil: Francais, Thèse, Toulouse , 1904, p 73 à 84

د. سليمان مرقس : أصول الاثبات واجراءاته ، الجزء الاول ، المرجع السابق، ص 247

ولكن الخلف العام يحتج عليه بتاريخ الأوراق العرفية ، أى أنه لا يعتبر من الغير بالنسبة الى ثبوت التاريخ ، إلا اذا استطاع اثبات أن تصرف مورثه كان فى فترة مرض الموت ، فيصير أيضا غير بالنسبة لثبوت التاريخ ، اذ لا تنفذ فى مواجهته إلا العقود ثابتة التاريخ. وقد تعرضت لهذه المسألة بأسهاب فى المبحث الثانى من هذا الفصل ، الذى تناول مدى انصراف أثر العقد الى الخلف العام .

أما بالنسبة للقانون الفرنسى فالخلف العام لا يعتبر من الغير بالنسبة للالتزامات المترتبة على عقد أبرمه سلفه ، ولكن يشترط أن يقبل التركة على حالتها ، فاذا قبلها بشرط الجرد فلا تنتقل اليه الالتزامات ويعتبر من الغير بالنسبة لها .
ويلاحظ أيضا سواء فى قانوننا المدنى أو فى القانون المدنى الفرنسى أن الخلف العام يصير من الغير بالنسبة للعقود التى أبرمها سلفه واشترط فيها عدم نقلها اليه ، وكذلك بالنسبة للعقود التى تمنح طبيعتها انتقالها الى الخلف العام (1).
وتجدر الإشارة الى ان بعض المؤلفين الذين يعتبرون الدائن العادي خلفا عاما للمتعاقد يتكلمون عن الاستثناءات أو الأحوال التى يعتبر فيها الدائن العادي من الغير (2) . وقد سبق أن ذكرت فى المبحث الرابع ان الدائن العادى يعتبر أصلا من الغير ، وليس بخلف عام للمتعاقد .

المطلب الثالث

عدم انصراف أثر العقد الى الغير

من البديهي ألا ينصرف أثر العقد للغير ، بحيث لا يحمّله بالتزام ولا يكسبه حقا إلا فى حالة الاشتراط لمصلحة الغير ولذا ، كان هناك من الفقهاء من ذهبوا الى القول بانصراف أثر العقد الى الغير ، وهذا ناتج عن الخلط بين مفهوم نفاذ العقد ومفهوم الزامية العقد ، فالعقد اذا كان غير ملزم للغير ، فهو نافذ فى مواجهته ، اذ لا بدّ من احترام الأثر القانوني المترتب

(1) د. عبد الرزاق السنهورى : الوسيط ، الجزء الاول ، المرجع السابق ، ص 735

(2) د. عبد الرزاق السنهورى : نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص 858

CRUGUT , Thèse , Précit , p 106

على العقود ، والآ فما فائدة ابرام عقد تبقى نتيجته قاصرة على المتعاقدين(1). فالعقد يرتب
وضعا فعليا ويستطيع المتعاقدان الاحتجاج به في مواجهة الغير، ويعتبر نافذا في مواجهته ،
فمثلا مكتسب حق عيني عن طريق العقد ، يستطيع الاحتجاج به في مواجهة الغير، اذ يعتبر
التصرف نافذا في مواجهة الغير ولكنه غير ملزم له . وهذان أمران مختلفان ترتب عليهما
اختلاف فقهي حاد. ولن أطيل الكلام هنا ، عن هذا، لأنني خصت له فصلا مستقلا بعنـسـوان
نسبية العقد ونفاذه ، وسأبين فيه ان الغير لا يتحمل بالتزام ، ولكن يعتبر
العقد نافذا في مواجهته في جميع الأحوال مع مراعاة قواعد الشهر كلما تطلب المشرع ذلك.

(1) MAZEAUD : Op, Cit ,p 852 - FLOUR et AUBERT :Op, Cit, p 330

DE LA MORANDIERE : Op, Cit , p 281 - MARTY et RAYNAUD , Op, Cit ,p 214

PERALLAT et BOUAICNE : Droit Civil - Obligations : OPU.Alger ,Sans Date ,

الفصل الثاني

نسبية العقد و نفاذه

تمهيد :

ظل الخلط قائما بين مفهومي نسبية العقد ونفاذه ، إلى ان وضع الاستاذ ألكسس ويل " ALEX WEILL " حدا لهذا الخلط في رسالته الخاصة بنسبية العقود في سنة 1938 ، إذ قبل هذا التاريخ كان أغلب الفقهاء يعتبرون ان احترام العقد التزام عقدي يقتصر أثره على المتعاقدين وخلفهما (1).

ولكن صدرت من القضاء الفرنسي احكام تبين بوضوح ان العقد نافذ في مواجهة الغير ، من بينها قضية حارس صيد بري أصيب أثناء مطاردة " Une Battue " وكان قد عقد تأمينا ، وكان العقد ينص على اعفاء شركة التأمين من دفع جميع المصاريف الطبية .
(حيث ان طبيا قد عالم الحارس ، وشفى من الاصابة تماما ، ولكن لم يكن في مقدوره دفع مصاريف العلاج .

فرفع الطبيب دعوى على شركة التأمين على أساس أنها أشرت بلاسبب على حسابه ، فدفعت هذه الأخيرة الدعوى بالاستناد الى عقد التأمين الذي بينها وبين الحارس والذي ينص على عدم تحملها بمصاريف العلاج .

وعندما حكم لمصلحة شركة التأمين رفع الطبيب نقضا أمام محكمة النقض ، وأسس طلبه على المادة 1165 مدني فرنسي ، أي على مبدأ نسبية العقد ، وان عقد التأمين لا يحتج به عليه لأنه من الغير ، فصدر حكم محكمة النقض في 27/ماي/1909 لصالح شركة التأمين وقال أن مبدأ نسبية العقد يمكن الاستناد اليه لعدم تحميل الغير بالتزامات او اكتسابه حقوقا ، ولكن

(1) -HASSAN GEMEI : L'opposabilité des Contrats en droit Français et Egyptien ,

Thèse , Paris II , 1987 , p 122 .

لا يستطيع الغير الاستناد إليه لتغييرا مضمون العقد .

فعقد التأمين نافذ في مواجهة الطبيب ، وإشراء شركة التأمين كان بسبب مشروع تضمنه العقد . (1)

فهذا الحكم يبين بوضوح أن العقد نافذ في مواجهة الغير ، وبالتالي فالغير مسئول عن عدم احترام هذا الوضع الاجتماعي ، وهذا لا يعني مطلقا تحميل الغير بالتزامات أو اكسابه حقوقا من عقود لم يبرمها ، إذ يستطيع الغير الاحتجاج بمبدأ نسبة العقد في هذا الصدد (2) . وقد ذهب بعض الفقهاء ، ومن بينهم سافاتييه (SAVATIER) إلى القول بأنه عندما نعتزف بأن العقد ينتج أثره في مواجهة الغير فهذا يعني القضاء على مبدأ نسبة العقد إذ لا يصبح لوجوده أي معنى . فكيف يمكن أن يكون للعقد أثرا قاصرا على المتعاقدين وبتعديهما إلى الغير في نفس الوقت (3) ، إن هذا الرأي ناتج عن الخلط بين مبدأ نسبة العقد ونفاذ العقد ، فالعقد يقتصر أثره فعلا على ما بين المتعاقدين وخلفهما ، بمعنى أن العقد لا يحمل الغير بالتزام ولا يكسبه حقا وهذا هو مضمون مبدأ نسبة العقد - لئلا نفاذ العقد في مواجهة الغير فهو أمرٌ بديهي إذ لا يستطيع الغير تجاهل الآثار التي أنشأها العقد ، ولا العقد ذاته باعتباره واقعة (4) ، وكما يقول أوسيل (AUSSEL) ما الفائدة من إبرام عقد يظل أثره قاصرا على المتعاقدين إذا استطاع الغير أن يتجاهله في أي وقت يشاء ؟ (5) .

فما هي قيمة عقد بيع مثلا إذا رقع الغير دعوى استحقاق على المشتري ، ولم يكن في مقدور هذا الأخير الاستناد إلى عقد البيع الصحيح - إن هذا العقد يعتبر فعلا نافذا في مواجهة الغير ولكن هذا لا يعني مطلقا أن البائع يستطيع مطالبة الغير بدفع الثمن ، كما لا يستطيع المشتري مطالبة الغير بضمان العيب الخفي ، فهذه التزامات وحقوق ناتجة عن عقد و يقتصر أثرها على المتعاقدين وخلفهما ، وهذا هو مضمون مبدأ نسبة العقد ، ولكن العقد يظل واقعة اجتماعية ويلتزم الغير باحترامه ، ويعتبر بالتالي نافذا في مواجهته .

(J) LIMPENS/L'Opposabilité du contrat à l'égard des tiers, article, MELANGES (1) ROUBIER, tome 2 , DALLOZ, Paris, 1961, p94 .

(H) GEMEI/ Thèse, précit, P 123 - Flour et Aubert, précit, p. 333-

SAVATIER, Art. précit; P. 525 et ss

MARTY et RAYNAUD/Op; Cit , P. 214 - PERALLAT et BOUAICHE, Op; Cit, p 128.

DE LA MORANDIERE; Op, Cit, P 281

(J.M) AUSSEL : Thèse, Précit , P 74 .

وقد استقرت معظم الاحكام الفرنسية على التفرقة بين هذين المفهومين وعلى الاتسمح باستعمال المادة 1165 مدني فرنسي ، المتعلقة بمبدأ نسبية العقد ، لتغيير مضمون العقد ، ومن بين هذه الأحكام ، حكم محكمة النقض الفرنسية في 11 افريل 1929 ويتلخص في ان شخصا أجر عقارا له في حالة سيئة ، والتزم المستأجر بالقيام بالاصلاحات اللازمة مقابل عدم دفع الأجرة مدة سنتين ، وبموجب هذا الاتفاق المنصوص عليه في عقد الايجار ، تعاقد المستأجر مع مقاول للقيام بجميع الاصلاحات المطلوبة ، لكن المستأجر أعسر بعد ذلك ، فرفع المقاول دعوى على المؤجر على أساس الاثراء بلا سبب ، ولما واجهه المؤجر بعقد الايجار وبالشرط الذي يتضمن قيام المستأجر بالاصلاحات على نفقته ، دفع المقاول بأن العقد نسبي يقتصر أثره على طرفيه ، ولا يحتج به في مواجهته باعتباره من الغير ، وصدر هذا الحكم لمصلحة المؤجر ، ان نص على أن نسبية العقد تعني عدم تحميل الغير بالتزامات أو اكسابه حقوقا ، ولكن هذا لا يمنع من بقاء العقد نافذا في مواجهة الغير ولا يستطيع تجاهله (1) .

وللبحث عن مدى نفاذ العقد في مواجهة الغير ، سأعرض لدور العقد كمصدر للمعلومات ولدوره في الاثبات ، ثم الى مجال نفاذ العقد والى مدى احتياج المتعاقدين والغير بالعقد ، وأخيرا الى شروط نفاذ العقد .

المبحث الأول

العقد كمصدر للمعلومات و دوره في الاثبات

تمهيد :-

لا بد من ملاحظة أننا بصدد العقود تكون دائما أمام وقائع ، ولكي نفرق بين أثر العقد ، فيما بين المتعاقدين وخلفهما ، وبين نفاذ العقد في مواجهة الغير ، فبالنسبة للطائفة الأولى

(J) LIMPENS : Art , Précit , p 95

(1)

تعتبر العقود وقائع قانونية أي أن العقد يرتب آثاراً قانونية بين أطرافه ، بينما ينظر إليه بالنسبة للغير من زاوية الوقائع الاجتماعية ، أي يعتبر العقد بالنسبة للغير مجرد واقعة ولكن لا يند من احترام وجودها .

وفي هذا الصدد قد تضمن حكم محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 19 أكتوبر 1956 ما يلي :
" من المفروض ان العقد ليس له أثر بالنسبة للغير بمعنى أنه لا يكسبه حقاً ولا يحمله بالتزام ، ولكن هذا لا يعني ان القاضي لا يستطيع النظر في العقود اذ تنشأ عنها وقائع يحتج بها على الغير⁽¹⁾ .

والعقد كواقعة اجتماعية له دور باعتباره مصدراً للمعلومات وباعتباره وسيلة للاثبات أيضاً .

المطلب الأول

العقد كمصدر للمعلومات

يستطيع القاضي الاستناد الى عقد ما ، كمصدر لمعلومات تفيد في تبرير حكمه ، رغم أن أطراف الدعوى قد يكونون من الغير بالنسبة لهذا العقد⁽²⁾ .

والعقد كمصدر للمعلومات فكرة قديمة ، فالدائن المعادي يستطيع الاستناد الى عقد أبرمه مدينه مع الغير لرفع الدعوى البولصية ، اذا انطوى العقد على غش من المدين و تواطؤ من جانب المتصرف اليه ، وألحق بالدائن ضرراً ، وهذه المعلومات المتعلقة بالدعوى البولصية يستمدّها الدائن من عقد يعتبر اجنبياً بالنسبة له .

ولكن يستند اليه للحصول على معلومات تفيد في دعواه⁽³⁾ ويستطيع القاضي أيضاً الاستناد في حكمه الى عقد أجنبي عن اطراف النزاع ، مثلاً عقد بيع عقار ما ، يستطيع القاضي الاستناد اليه لمعرفة القيمة الفعلية لعقار مماثل له ، موضوع نزاع مطروح أمامه ، كما أن القاضي قد

(1) NOIREL: Le Droit Contemporain et les Situations de Fait , RTD Civil, (1)

1959, Note N° 6, p 458

(2) GOUTAL : JCL, Civ, Contrats et Obligations Art 1165 Fasc, 4 Précit, P.1 :

(H) GEMEI : Thèse , Précit, p 130

(3)

يستند الى عقد عمل شخصها ، وذلك للحصول على معلومات تفيد في تحديد النفقة العائلية الواجبة على شخص آخر يمارس نفس العمل⁽¹⁾

فالعقد هنا استعمل كواقعة تنير الأطراف أو القاضي .

وأرى مع ويل أننا في الواقع نستفيد بأحكام نفاذ العقد دون أن ندرك ذلك بوضوح، فعندما يصاب عامل بحادث لا علاقة له بالعمل، فإنه سيحتج بعقد العمل ، لتحديد الضرر الذي لحقه من جراء الحادث الذي أدى الى توقفه عن العمل مثلاً (2) .

وعقد العمل لا يعتبر ملزماً للغير : محدث الضرر ، ولو كان يعتبر أداة يستعملها المضرور كمصدر للمعلومات تدعم طلبه فيما يتعلق بالتعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء الحادث الذي أدى الى توقفه عن العمل .

المطلب الثاني

العقد كوسيلة للاثبات

ما مدى احتياج الغير بالعقد على المتعاقدين ؟ الغير بطبيعة الحال سيحتج بالعقد فقط كواقعة اجتماعية اذا كان يشتمل على دليل او توضيح صريح لارادة الشخص أو اقرار منه بأمر ما⁽³⁾

فمجرد قيام المشتري مثلاً ببيع العين مرة ثانية يعتبر العقد الثاني دليلاً يستطيع البائع الأول الاستناد اليه ليثبت أن المشتري الأول قد رضي بالبيع الأول .

واقرار الشخص في عقد ما - يكون فيه المالك من الغير - بأنه حائز للعين فقط ، يمكن أن يستند اليه المالك في مجال الاثبات ، وهو عقد يثبت لواضع اليد صفة الحائز ويقطع التقادم، ومبدأ نسبية العقد لا يقف عقبة أمام هذا ، فلا يستطيع الحائز الدفع بأن اقراره كان بمقتضى عقد يعتبر المالك فيه من الغير ، ويقتصر أثره على ما بين طرفيه ، بل هو يستند الى العقد كواقعة اجتماعية .

(1) WEILL:Thèse , Précit,p 208 -- (H) GEMET:Thèse ;Précit,132

(B) STARCK, Op, Cit , p 578

(A) WEILL: Thèse ,Précit , p 211 -- (B)STARCK:Op,Cit,p 578 -- (J)DUCLOS : (2) L'opposabilité (Essai d'une théorie générale) LGDJ ,Paris 1984,p58

(A) WEILL, Thèse , Précit , p 220

وتبقى للقاضي السلطة التقديرية في ترجيح الأدلة (1) . فالعقود التي يستند إليها أحد أطراف الخصومة لتبرير موقفه ، يعرضها على القاضي وقد تشكل قرائن قضائية ، إذ للقاضي السلطة المطلقة في اعتماد الوقائع التي يتخذها أساسا لاستنباط الأحكام ، فيجوز له أن يتخذ وقائع متعلقة بطرفي الخصومة ، أو حتى وقائع أجنبية متى كانت هذه الوقائع ذات صلة بالوقائع المراد إثباتها ، إلا أنه يلاحظ أن دلالة الوقائع الثابتة على الوقائع غير الثابتة ليست ملزمة للقاضي ، فله السلطة التقديرية في أن يستنبط ما يختاره وفقا لما اقتنع به (2) .

ويظهر بوضوح دور العقد كواقعة اجتماعية في مجال الإثبات باعتباره سببا صحيحا ، يكسب الحائز الملكية بمرور المدة المتطلبة في التقادم القصير (3) .

قد أصبح القضاء الفرنسي يعترف للعقد المنشئ للحق بحجيته ، ولكن يستند إليه في مجال الإثبات كواقعة تساعد المتخاصم على إثبات حقه (4) ، لأنه لو استند إليه باعتباره عقدا منشئا للحق لتطلب الاحتجاج به على الغير ، أن يستوفي قواعد الشهر ، ولكن عدم الشهر لا يمنع من الاستناد إلى العقد كمجرد واقعة في الإثبات .

المبحث الثاني

مجال نفاذ العقد

ما هي الحقوق التي تعتبر نافذة في مواجهة الجميع ، ومن هم الأشخاص الذين تنفذ العقود في مواجهتهم ؟

-
- (1) (J) DUCLOS:Thèse,Précit,p61- (H) GEMEL:Thèse ,Précit,p135 - (B) STARCK:Op Cit , p 578
- (2) د. سليمان مرقس: أصول الإثبات وإجراءاته ، الجزء الثاني ، المرجع السابق، ص 88 إلى 99 . د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص 366
- (3) (A) WEILL: Droit Civil , Les Obligations , Dalloz , Paris , 1971, p 545
- (B) STARCK:Op,Cit , p579 - (J.L) GOUTAL:Art,JCL Civil Contrats et Obligations Art. 1165, fasc. 4, précit. p. 4.
- (J) DUCLOS :Thèse ,Précit , p 63 - 64 (4)

المطلب الأول بالنسبة للحقوق

ان الحق أيا كان مصدره يعتبر نافذا في مواجهة الغير فبمجرد نشأته يفرض على الجميع احترامه . وسأخص هذا المطلب للبحث عن مدى نفاذ الحقوق العينية والشخصية ، أما الحقوق الذهنية التي يرد موضوعها على شيء غير مادي ، فان الاحتجاج بها في مواجهة الغير ، هو الذي يعطي لها مزاياها ، التي تمكن صاحبها او مالکها من التمسك بها⁽¹⁾ فلا يستطيع الغير التعدي على الحقوق الذهنية اذ حماها المشرع بقوانين خاصة بالملكية الأدبية والصناعية ، ومن مميزات الحق الذهني أنه اطار مغلق قاصر على صاحبه ، و واجب على الجميع احترامه ، فهو نافذ في مواجهة الغير .

كذلك بالنسبة للحقوق المتعلقة بالشخص فهي حقوق لا يستطيع الغير الاعتداء عليها ، وتتميز بارتباطها بشخص الإنسان ارتباطا يجردا من الطابع المالي . على ان ذلك لا يمنع من أن الاعتداء على هذه الحقوق يترتب لصاحبه حقا آخر مستقلا وذا صفة مالية ، هو الحق في التعويض كما لو انتحل شخص اسم غيره ، او اعتدى على أثر من آثار الشخص . ولن استطرد في هذا المجال فغالبا يكون القانون مصدرا لهذه الحقوق وبالتالي يحميها بنصوص خاصة .

وسأخص هذه الدراسة لمدى نفاذ الحق العيني والشخصي في مواجهة الغير .

الفرع الأول : نفاذ الحق العيني :

لا تشير الحقوق العينية أي اشكال في هذا الموضوع ، وخاصة الحقوق العينية الأصلية ، ذلك لأنها تمثل سلطة معينة ترد مباشرة على شيء من الأشياء ، فتفرض واجبا عاما يقع على الناس كافة هو احترام هذا الحق وعدم الاعتداء عليه⁽²⁾ . فالحقوق العينية الأصلية لها صفة الاطلاق، فهي دائما حقوق مطلقة تمثل سلطة صاحب الحق على محله مباشرة دون تدخل أي شخص آخر ، وهذه

(1) : (J) . DUCLOS: Thèse Précit., P 190

(2) : (J) BUCLOS: Thèse Précit , P.172 - aussi

د. مصطفى محمد الجمال وعبد الحميد محمد الجمال : القانون والمعاملات، الدار الجامعية

بيروت، 1987 ، ص 120

السلطة تخول له الاستئثار بمنافع الحق دون مزاحمة أحد سواء ، والحق العيني هو دائما نافذاً في مواجهة الغير ، ويكون لصاحبه اذا اعتدي على حقه ، الحق في التمتع⁽¹⁾ وهذه هي الخاصة التي أدت الى اعتبار العقد المنشئ لهذا الحق أو الناقل له ، نافذاً في مواجهة الغير ، على عكس الحق الشخصي الذي لم يعترف لصاحبه بالحق في الاحتجاج به الا بعد أن تصبح العقود نافذة في مواجهة الغير ، فيصبح الحق الناشئ عنها ، أياً كان نافذاً أيضاً بالتبعية⁽²⁾

الفرع الثاني : نفاذ الحق الشخصي :

ان الخطأ الذي وقع فيه بعض المؤلفين في اعتبار الحق الشخصي غير نافذ في مواجهة الغير ، يرجع الى النظر الى هذا الحق في إطاره الداخلي فقط، اذ يعتبر رابطة مديونية بين شخصين ولا يمكن ان يتعداهما الى الغير . والواقع هو اننا عندما نتكلم عن نفاذ العقد ، لا يجب أن ننظر إليه من ناحية العلاقة الداخلية ، بل من الناحية الخارجية فقط ، أي علاقته بالغير . وإذا نظرنا الى الحق الشخصي من هذه الزاوية فلن نجد بينه وبين الحق العيني أي اختلاف ، اذ يجب على الغير احترام كل منهما وعدم الاعتداء عليه⁽³⁾.

فلا يمكن القول بأن الحق الشخصي لا يحصل الاعتداء عليه الا من جانب المدين فقط . فالغير أيضاً قد يشترك ويساعد أحد المتعاقدين على الاخلال بالتزامه العقدي ويكون الغير مسؤولاً أمام المتعاقد المضروب .

فيجب ألا نخلط بين الالتزام الناشئ عن الحق الشخصي الذي تبقى آثاره قاصرة على مابين المتعاقدين ، ولا يمكن ان تتعداهما الى الغير ، وهذا هو معنى مبدأ نسبية العقد والفرق بين نسبية العقد وبين مجال نفاذ العقد في إطاره الخارجي⁽⁴⁾.

(1) MAZEAUD : Op, Cit , p 854 -(B) STARCK: op,Cit , p 580

(2) (J) DUCLOS ; Thèse , Précit , p193

(3) د. عبد الجي حجازي : مصادر الالتزام ، المجلد الأول ، المرجع السابق ، ص 73
(J) MARJE -AUSSEL : Thèse , Précit , p 90 -

(4) (J) DUCLOS :Thèse , Précit , p 182 -183

فالعقد المنشئ لحق شخصي يمكن للغير أن يحتج به . كما يمكن الاحتجاج به عليه أيضا . فالغير لا يستطيع تجاهل الالتزامات الشخصية القائمة بين المتعاقدين ، ويكون مسؤولا مسؤولية تقصيرية وإن هو ساهم في الإخلال بها . فالمستأجر يستطيع الاحتجاج بعقد الإيجار في مواجهة الغير الذي يدعي حقا على العين المؤجرة يتعارض مع حقه (1) .

كذلك صدرت أحكام متعددة من القضاء الفرنسي ، يعتبر فيها العقد سببا مشروعاً للإثراء يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير ، رغم أن العقد لم ينشئ سوى التزامات شخصية ، من هذه الأحكام ، أن عاملا لم يقبض أجرته من مستأجر لأرض زراعية ، رفع دعوى على مؤجر الأرض الزراعية وأسسها على إثراء المؤجر بلا سبب على حساب العامل ، لأن المؤجر كان قد حصل على جزء من محصولات الأرض ، فدفع المؤجر الدعوى بالاحتجاج بعقد الإيجار الذي كان يتضمن شرطا يعفي المستأجر من دفع الأجرة مقابل إعطاء المؤجر جزءا من محصول الأرض فقط ، فاعتبر العقد سببا مشروعاً لإثراء المؤجر ، وكان نافذا في مواجهة العامل (2) ، رغم أن ما يرتبه هو فقط حقوق والتزامات شخصية .

فالحق الشخصي مثل الحق العيني نافذ في مواجهة الغير ، وما المركز الضعيف للدائن العادي إلا دليل على ذلك إذ تعتبر عقود المدين كلها - سواء نشأ عنها حق شخصي أو عيني - نافذة في مواجهة الدائن العادي ، وهو ملزم باحترامها . وفي حالة تعدد المدينين فانهم يقتسمون الضمان العام قسمة الغرماء ، لتنفيذ حق بعضهم إزاء البعض الآخر .

المطلب الثاني

الأشخاص الذين تنفذ العقود في مواجهتهم

يرى ويل WEILL أن الغير بالنسبة لنفاذ العقد يختلف عن الغير بخصوص مبدأ نسبية العقد ، فالخلف العام والخاص لا يعتبرون من الغير بالنسبة لمبدأ نسبية العقد بينما يعتبرون من الغير بالنسبة لنفاذ العقد ، ولذلك فإن مبدأ نسبية العقد يحمي الغير الأجنبي عن العقد "Penitus Extranei" بينما يحمي نفاذ العقد الخلف بصفة خاصة (3) .

(1) (J.1) GOUTAL:Thèse ,Précit ,p35 - MAZEAUD :Op,Cit,p854-855

(2) (J.L) GOUTAL:Thèse ,Précit,p36 -Req. civ. 26 février 1939. Dalloz 1940,1.5. Note de (G) RIPERT.

(3) (A)WEILL:Thèse , Précit , p 181 - 182

والحقيقة ان هذا مفهوم خاطيء لأن الاحتجاج بالعقد كما هو خاص بالخلف ، يتعلق أيضا بالغير الأجنبي عن العقد (1) .

وربما يرجع قول " ويل " بأن مبدأ الاحتجاج بالعقد يحمي الخلف أكثر من غيره الى أنه يعتبر الدائن خلفا عاما ، وبالتالي فعدم الاحتجاج في مواجهته بالعقد في حالة الصورية والغش يعتبر أمرا إيجابيا بالنسبة له .

ولكن سبقت الإشارة إلى أن الدائن العادي يعتبر من الغير ويمكن القول بأن مفهوم الغير بالنسبة لنفاذ العقد ، مفهوم غير موجود أصلا ، ذلك لأن العقد نافذ في مواجهة الجميع سواء كانوا من الغير أو خلفا، فليست هناك فروق وآثار تختلف من طائفة لأخرى ، لأن العقد يحتاج به كواقعة " Situation de fait " سواء على أطراف العقد أو في مواجهتهم (2) ولما كان مبدأ نسبية العقد يستبعد الغير من نطاقه فإن من الضروري تعريف الغير ، أما نفاذ العقد فبمعني الغير سواء كان الغير أجنبيا عن العقد أصلا ، أو خلفا صار من الغير - على النحو السالف ذكره (3)

فالأشخاص الذين لا يحتاج عليهم بالعقد في حالة عدم الشهر أو الصورية أو الغش هم من الغير سواء كانوا أجنبيين تماما ، أو خلفا أصبح من الغير، فلا ينفذ العقد في مواجهتهم إذا لم يتضمن الشروط المنصوص عليها قانونا كما سأوضحه فيما بعد .

(1) (J.M)AUSSEL : Thèse , Précit , p 76 - 77

(2) (J.L) GOUTAL : Thèse , précit , p 34 - (H)GEMEL:Thèse ,Précit,p129

(3) (J.M)AUSSEL : Thèse , Précit , p 78 - (H)GEMEL : Thèse , Précit,p122

(J) DUCLOS : Thèse , Précit , 26

المبحث الثالث

مدى احتجاج المتعاقدين و الغير بالعقد

يقول جوسران : " ان المفهوم القانوني ينشأ ويتحقق وينتهي في إطار شخصي وإجتماعي في نفس الوقت " (1) ويعني هذا أن العقد يؤثر في المحيط الإجتماعي ، فمن الضروري إحترامه لاستمراره ، ويعطى هذا الحق لكل من المتعاقدين والغير ، في الاحتجاج به . وسأعرض أولاً : لاحتجاج المتعاقدين بالعقد في مواجهة الغير ، وثانياً : لاحتجاج الغير بالعقد في مواجهة المتعاقدين .

المطلب الأول

احتجاج المتعاقدين بالفقد في مواجهة الغير

هناك عقود لا فائدة من وجودها أصلاً ، إذالم يستطع المتعاقدان الاحتجاج بها ، وبالتالي اذا لم يحترمها الغير كان مخطئاً ومسؤولاً عن ذلك . فعقد العمل مثلاً يعتبر ملزماً للمتعاقدين فقط ، ولكن إذا ساهم الغير بسوء نية في جعل أحد المتعاقدين لا ينفذ التزامه ، كان مسؤولاً عن الضرر الذي لحق بالمتعاقدين الآخر المتضرر ، لأن عقد العمل نافذ في مواجهته (2) . وفي عدة أحكام للقضاء الفرنسي، تقررت مسؤولية الغير التقصيرية لأنه حمل أحد المتعاقدين على عدم تنفيذ التزاماته ، فيكون الغير مسؤولاً اذا شجع عاملاً مرتبطاً بعقد عمل في مؤسسة أخرى .

(1) (J.M) AUSSEL : Thèse , Précit , p 74

(2) "SAVATIER : Cours de droit civil, Tome 2, L.G.D.J., 1944, P. 75

. p 75 - (J) DE LA MORANDIERE ; Op , Cit , p 281 .

- على العمل عنده - ومسؤولية الغير تكون عن الاضرار الناتجة عن الانهاء المفاجيء لعلاقة العمل ، فعقد العمل الأول يكون نافذا في مواجهة الغير⁽¹⁾

كذلك يكون صاحب الملهى - الذي يتعاقد مع ممثل للعمل عنده ، رغم علمه بارتباط هذا الممثل مع مسرح ، بعقد يشترط فيه عدم تمثيل الممثل في مكان آخر - يكون مسؤولاً عن الضرر الذي لحق بصاحب المسرح الأول من جراء عدم تنفيذ الممثل لالتزاماته⁽²⁾ ومشتري العقار الذي يعلم ان البائع قد وعد شخصا آخر ببيعه له ، يكون شريكا مع البائع في عدم تنفيذ التزامه قبل الموعد له⁽³⁾

ومن بين أحكام القضاء الفرنسي في هذا الموضوع حكم من محكمة باريس في سنة 1925 قضى بمسؤولية شخص استخدم عاملاً كان يربطه بشركة أخرى عقد عمل يتضمن شرطاً يمنع العامل من ممارسة أي عمل من نفس النوع مدة عشر سنوات - فيكون المستخدم مسؤولاً ، وحكم عليه بالتعويض عن الاضرار التي لحقت بالشركة من ابرام عقد العمل الجديد⁽⁴⁾

وقد اعتبر تاجر التجزئة ، الذي باع سلعة بأقل من السعر الذي حدده لها المنتج مسؤولاً تقصيرياً تجاه المنتج⁽⁵⁾ ولم يعفه من المسؤولية كونه من الغير ، لأن العقد الذي تم بين المنتج وبائع الجملة والذي حدد فيه سعراً معيناً لاعادة بيع السلعة يعتبر نافذاً في مواجهة بائع التجزئة .

ان الغير الذي يساهم بسوء نية في عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته العقدية يعتبر مخطئاً ، ويلتزم بالتالي بالتعويض . وليعتبر الغير مخطئاً لا بد ان يكون عالماً بالعقد الأول المنشئ للالتزام⁽⁶⁾

(1) (J.L) GOUËAL ,Thèse , Précit , p 35

(2) MAZEAUD : Op, Cit,p855 -SAVATIER:Op,Cit,p75 PERALLAT et BOUAICHE :Op, Cit , p128

(3) د. حسين عامر وعبد الرحيم عامر : المسؤولية المدنية ، التقصيرية ، والعقدية ، دار المعارف ، الطبعة الثانية ، 1979 ، القاهرة ، ذكر في هامش (4) ص 73
حكم محكمة سان في 1937/11/23 المنشور في 1937-2,p706 Gazette des Tribunaux

(4) GAZETTE du PALAIS , 1925 ,IX ,p416

(5) GAZETTEdu PALAIS , 1933,I ,p290

(6) (B)STARCK:Des Contrats Conclus en Violation des Droits Contractuels d'Autrui, Semaine Juridique 1954-I,Doct.1180 - (R)SAVATIER,Op,Cit,p75 PERALLAT et BOUAICHE,op,Cit,p128-FLOUR et AUBERT,Op,Cit,p332

وتذهب بعض الاحكام في القضاء الفرنسي إلى اشتراط الغش و التواطؤ بين الغير والمتعاقد المخل بالتزاماته ، ولكن غالبية الأحكام تكتفي بمجرد سوء نية الغير أي يعلمه بالعقد الأول .
ويلاحظ أن حسن نية الغير ، لا يحميه أحيانا ، فعلى الدائن الذي يرفع الدعوى البولصية على مدينه ، اثبات غش المدين ، إذا كان التصرف يعوض ، أما إذا كان التصرف تبرعافلا ينفذ في حق الدائن ولو كان المتصرف إليه حسن النية .⁽¹⁾ ولكن ما هذا إلا استثناء ، فالأصل هو قيام مسووعية الغير إذا كان عالما بالتزامات العقدية للطرف الآخر .

وقد اختلف الفقهاء حول تحديد مسووعية الغير ، والمتعاقد المخل بالتزاماته ، فمنهم من يرى أنها عقدية ، وآخرون يرون أنها مسووعية تقصيرية ، ويذهب فريق آخر إلى القول بأنها مسووعية عقدية بالنسبة للمتعاقد ، وتقصيرية بالنسبة للغير .
والرأي الغالب الذي أراحه هو القول بأن مسووعية الغير تقصيرية لعدم وجود عقد يربط بين الغير والمضروا ، ويستند هذا الأخير في اثبات الخطأ إلى العقد الذي يربطه بالمتعاقد المخل بالتزاماته .⁽²⁾

إذ يشترط لتطبيق قواعد المسووعية العقدية وحدة العقد الذي يربط المدين بالدائن ، إلى جانب أن قواعد المسووعية العقدية لا تجيز التضامن إلا بناء على اتفاق أو على نص في القانون ، فلا يجوز تقرير الالتزام التضامني دون اتفاق أو نص طبقا لقواعد المسووعية العقدية .⁽³⁾
فمسووعية الغير هي دائما تقصيرية ، لكن يبقى الاشكال قائما بالنسبة للمتعاقد المخل بالتزاماته فمسووليته دون شك عقدية ، ولكن هل يجوز - ليستفيد المضروا من التضامن المقراري المسووليية التقصيرية - أن يكون له الخيارا بين رفع الدعوى على أساس المسووعية العقدية أو التقصيرية ؟
إن موقف القانون الجزائري في هذا الصدد مازال غامضا ، أما عند الفقهاء المصريين فهناك

(1) B.STRACK / Art , précit : n° 8 à 10.

(2) حسين عامر - عبد الرحيم عامر : المراجع السابق ، ص 74

(3) د. أحمد شوقي عبد الرحمن : الالتزام التضامني للمسؤولين تقصيريا في مواجهة المضروا المطبعة العربية الحديثة ، القاهرة ، 1980 ، ص 48 - 52 .

ما يؤكد الفكرة (1) وهناك من يعارضها ويقول ان الخيرة لا تكون الا في التزام فرضه العقد والقانون معا (2).

فإذا قلنا بجواز رفع المضرور الدعوى إما على أساس المسؤولية العقدية أو التقصيرية أى جواز الخيرة ، فتكون المسؤولية بالتضامن إذا رفع الدعوى على أساس المسؤولية التقصيرية . وإذا كان خطأ المتعاقد عقدياً وخطأ الغير تقصيرياً ورفع المضرور الدعوى على أساس المسؤولية العقدية ، فلا تضامن بين المسؤولين (3) .

وأرى مع أستاذي الدكتور على سليمان جواز الخيرة لأن المسؤولية التقصيرية من النظام العام، ولا يجوز استبعادها الى جانب أن القضاء الفرنسي رغم رفضه الخيرة قد أجازها في حالة جريمة جنائية ، كما قيل ان المسؤولية العقدية تنقلب الى تقصيرية في حالة ارتكاب المدين غشاً أو خطأ جسيماً في عدم تنفيذ التزامه أو التأخر في تنفيذه (4) .

ويلاحظ انه عندما يخل أحد المتعاقدين بالتزاماته مع مساهمة الغير فى ذلك، يكون هناك غش، وعليه يكون للمضرور في هذه الحالة إقامة الدعوى إما على أساس المسؤولية التقصيرية وبالتالى يكون المتعاقد والغير مسؤولين بالتضامن قبل المضرور ، أو رفع الدعوى على أساس مسؤولية المتعاقد العقدية ، ومسؤولية الغير التقصيرية فلا تضامن بينهما .

أما بالنسبة للقانون الفرنسي فلا يوجد تضامن بين المسؤولين بل ابتكر القضاء نظام التضام " L'IN SOLIDUM " في مجال المسؤولية التقصيرية . فتكون مسؤولية الغير والمتعاقد المخل بالتزامه دائماً على أساس التضام ، سواء أرفع المضرور الدعوى التقصيرية أم العقدية على المتعاقد (5) وبالتالى لا تثير الخيرة مشكلاً في هذا المجال .

(1) الأستاذ: علي سليمان : مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 131

(2) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط ، الجزء الاول ، المرجع السابق، ص 861
عبد الحي حجازي : المرجع السابق ، ص 428

(3) د. أحمد شوقي عبد الرحمن: الالتزام التضامني للمسؤولين تقصيرياً، المرجع السابق ، ص 47 - 50

د. نبيل سعد : التضام ومبدأ افتراض التضامن، منشأة المعارف- الاسكندرية ، 1987 ، ص 68 - 69

(4) الأستاذ : علي سليمان : مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 130 و 131 .

(5) Roger DECOTTIGNIES: Tiers, Encyclopedie Dalloz , Droit civil, n° 48.
à 50 . et aussi LALOU : Art 1382 contre 1165 ou la responsabilité delictuelle d'un tiers à l'égard d'un contractant
recueil DALLOZ 1928 , CHR 69 . p. 71

ويلاحظ أنه لا يؤخذ على الغير عدم تنفيذ العقد، فهذا التزام خاص بالمتعاقدين فقط، و لو قلنا بذلك لكان قضاءا على مبدأ نسبية العقد - ولكن ما يؤخذ به على الغير هو منع الدائن من الاستفادة بالعقد - وبالتالي عندما يطالب المضرور الغير ، لن يطالبه بصفته طرفا في العقد، ولكن بصفته صاحب حق نافذ في مواجهة الغير - فاحتجاج المتعاقد بالعقد في مواجهة الغير لا يؤثر على مبدأ نسبية العقد، بل لا يتعلق به أصلا ، إذ الأمر يخص مدى الاحتجاج بالآثار القانونية المترتبة على العقد في مواجهة الغير⁽¹⁾ دون التزامه بشيء آخر غير احترام هذا الوضع.

ويستطيع المتعاقد أيضا الاحتجاج بالعقد كسب مشروع لآثاره، فإذا تضمن عقد إيجار مثلا شرطا يلزم المستأجر بالقيام باصلاحات في العين المؤجرة مقابل عدم دفعه للأجرة مدة معينة ، فلا يستطيع الما قول الذي قام باصلاحات المطلوبة ، مطالبة المؤجر بقيمتها ، لأن عقد الإيجار نافذ في مواجهته ، ويشكل سببا مشروعاً لآثار المؤجر⁽²⁾.

المطلب الثاني

احتجاج الغير بالعقد في مواجهة المتعاقدين

يسطيع الغير الذي يتضرر من عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته العقدية ، أن يحتج بالعقد في مواجهته ، وهذا يؤدي بنا بالضرورة الى البحث عن المسؤولية التي يرجع الخطأ فيها الى اخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته العقدية⁽³⁾.

فيمكن أن يسأل مهندسو البناء والمقاولون تقصيريا طبقا للقواعد العامة ، رغم وجود عقد يربطهم برب العمل فقط .

(1) STARCK : Art , Précit , n° 29 à 33

(2) GOUTAL: JCL ,Civ , Fasc 4 Art, Précit , p 5

(3) الاستاذ: علي علي سليمان : مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 122

(J.L) GOUTAL: Thèse ,Précit , p 36

الأن الخطأ العقدي في البناء و الذي تسبب في الحاق ضرر بالغير يجعلهم مسؤولين تقصيريا في مواجهة هذا الغير . (1)

فالبناء بمواد تخالف ما اتفق عليه في العقد ، يعتبر خطأ عقديا يترتب المسؤولية العقدية في مواجهة رب العمل ، وإذا ألحق ضررا بالغير من جراء سقوط جدار المبني مثلا فيستطيع الغير التمسك بعقد المقاولة لاثبات اخلال المقاول بالتزاماته العقدية الذي أدى الى احداث الضرر ولايستطيع المقاول الدفع بمبدأ نسبية العقد ، أي انه ملزم قبل رب العمل فقط (2) .

والأمثلة في هذا المجال لاحصر لها، فمثلا المستأجر الذي يصيبه ضرر من المصعد، يستطيع في اثبات الخطأ، الاستناد الى العقد الذي يربط الموعجر بالمقاول الذي قام بتركيب المصعد فاخلال المقاول بالتزاماته ، أحدث ضررا للغير تترتب عليه مسؤولية تجاه هذا الأخير، ولا يستطيع الموعجر دفع هذه المسؤولية و التمسك بمبدأ نسبية العقد ، فالغير لا يطالبه بتنفيذ التزام معين ولكن يستند الى العقد الالقاء المسؤولية على الموعجر باعتباره حارسا . (3)

لا يمكن الغير المضور الاستناد الى العقد كأساس للخطأ التقصيري الا اذا كان الاخلال بالالتزام العقدي يشكل في نفس الوقت خطأ تقصيريا ، أما اذا لم يكن كذلك فلا يمكن الاعتداد به الا في اطار المسؤولية العقدية . (4)

وقد صدرت احكام لمحكمة النقض الفرنسية في هذا المجال ومن بينها حكم الغرفة الثالثة بتاريخ 1970/4/16 الذي جاء فيه ، حيث أن شخصا قام ببناء منزل من ثلاثة طوابق في اطار الملكية المشتركة للعقارات غير المبنية ، وكان دفتر الشروط (Cahier de charges) الخاص بالملكية المشتركة يمنع بناء منزل بأكثر من طابق واحد ، فرفع مالك المنزل المجاور خارج الملكية المشتركة دعوى أمام محكمة " ايكس (Aix) على اساس انه تضرر من ذلك البناء المكون من ثلاثة طوابق ان حجب عنه الروعية واستند المدعي في اثبات الخطأ الى اخلال

(1) د/ محمد شكري سرور : مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى

دار الفكر العربي - القاهرة - 1985 ، ص 383 .

(2) د/ محمد شكري سرور : المرجع السابق ، ص 388 - 389 .

(3) د/ حسنين عامر - عبد الرحيم عامر : المرجع السابق ، ص - 734 - 735 .

(J.L) GOUTAL: Thèse, Précit, p 36 - 37

(4) (G) DURRY: La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité delictuelle - Montreal 1986, p 70 à 72 .

المتعاقد بالتزاماته التعاقدية المنصوص عليها في دفتر شروط الملكية المشتركة ، وقد أقرت المحكمة دعوى المدعي ، قطع المدعي عليه بالنقض فقبلت المحكمة الطعن باعتبار أن اخلال الشخص بالتزاماته العقدية في هذا المجال لا يشكل خطأ تقصيريا فلا توجد علاقة سببية بين الخطأ والضرر الذي أصاب الغير . (1)

وبالنسبة الى حوادث النقل، قد يترتب عليها ضرر أصلي يصيب المورث، وضرر مرتد يصيب الخلف ويستطيع الخلف استعمال الدعوى الموروثة ومطالبة الناقل بالتعويض عن الضرر الذي أصاب المورث لانتقال الحق في التعويض من السلف الى الخلف . (2)

وفي هذا الموضوع قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 30 مارس 1983: "فقد طعنت المدعوة (ش.ز) في قرار مجلس قضاء سطيف بتاريخ 09 مارس 1979 الذي ألغى الحكم المستأنف الصادر من محكمة العلية بتاريخ 22 أوت 1975 الذي كان قدر تعويضا للطاعة عن الضرر الحاصل لها من موت زوجها بمحطة القطار بالعلية، واستندت في طعنها على أساس أن الناقل، عملا بالمادة 62 - 63 من القانون التجاري الجزائري يضمن سلامة المسافرين، الا اذا قاومت قوة قاهرة او خطأ من طرف المضرور .

وحيث ان رجوع المسافر الى عربات القطار بعد النزول منها أمر متوقع ، فان الشركة الوطنية للسكك الحديدية ، تعتبر مسؤولة مسؤولة مدنية عن سلامة المسافر . واستنادا الى هذا قرر المجلس الأعلى نقض قرار مجلس قضاء سطيف المذكور اعلاه " (3)

والأحظ في هذا الصدد، أنه يجوز لزوجة الضحية رفع دعوى على الناقل أي على الشركة الوطنية للسكك الحديدية على أساس المسؤولية العقدية وبالتالي يمكنها الاستناد الى الالتزام بضمان السلامة المنصوص عليه في المادة 62 تجاري جزائري ، ولكن اذا رفعت الدعوى على هذا الأساس ، فلا يكون لها ان تطالب الا بالتعويض عن الضرر الذي أصاب المورث الضحية ، أي أن دعواها دعوى موروثة، أما اذا رفعت الدعوى على أساس الضرر المرتد الذي أصابها شخصا كما جاء في القرار: " أنها رفعت الدعوى للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابها من جراء موت زوجها " فليس لها في هذا الصدد الحق في رفع الدعوى على أساس المسؤولية العقدية اذ يمكن للشركة الوطنية للسكك الحديدية الدفع بمبدأ نسبية العقد، اذ أنها ملزمة بالالتزام بالسلامة قبل المسافرين، وقبل من اشترط هذا الاخير لمصلحتهم صراحة، لأن

(1) حكم الغرفة المدنية الثالثة لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 70/4/16 نشر في Bull.civil3.N°350

(2) د/أحمد سعيد شرف الدين: انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي، مطبعة الحضارة العربية - القاهرة 1986 - ص 60 الى 69 .

(3) الاجتهاد القضائي، قرارات المجلس الأعلى، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ص 18 - 20

الاشتراط لمصلحة الغير لا يفترض عندنا (1) ولكن لا يعني هذا اهدار حق الزوجة الطائفة بل لها اذا أرادت الحصول على تعويض عن الضرر الحاصل لها من جراء الحادث رفع دعوى على أساس مسوؤلية الناقل التقصيرية، ويكون لها في اثبات الخطأ الاستناد الى عقد النقل، كواقعة نافذة في مواجهة الغير.

واذن، فالى جانب الدعوى الموروثة، هناك دعوى شخصية يرفعها الخلف العام على الغير نتيجة للضرر الهرتد الذي أصابهم (2) وإذا لم يكن السلف قد اشترط لمصلحتهم، أو كانوا قد تنازلوا عن هذا الاشتراط، فلمهم رفع الدعوى على الناقل على أساس المسؤولية التقصيرية وعلى خلف المجني عليه اثبات خطأ الناقل، وذلك بالاستناد الى عقد النقل الذي يكون نافذا في مواجهتهم . ويلاحظ انه طبقا للقضاء الفرنسي بصدد عقد النقل يكون الاشتراط لمصلحة الخلف دائما مفترضا وفقا للمادة 1122 مدني فرنسي .

وقد أعطت أحكام متعددة من القضاء الفرنسي لأقارب الضحية الحق في الاستناد الى الالتزام بالسلامة الناتج عن العقد الذي كان يربط السلف بالناقل .

ويكون للخلف الحق في التنازل عن الاشتراط الذي كان لمصلحته، والتمسك قبل الناقل بقواعد المسؤولية التقصيرية، غير أنه منذ قضية " لاموروسيار LAMORICIERE " تقلص هذا الحق نوعا ما اذ تبين فيها ان رفع الخلف للدعوى على أساس المسؤولية التقصيرية قد يعطي له حقوقا أكثر من تلك التي كانت للسلف، اذا كان عقد النقل مثلا يتضمن شرطا معفيا جزئيا من المسؤولية (3) ولهذا ترتب على معاهدة "BRUXELLES" عام 1961 أن صدر قانون برقم 428 - 66 في 18 جوان 1966 أصبح بمقتضاه لأقارب ضحية حادث نقل بحري، الحق في رفع دعوى على أساس المسؤولية العقدية فقط (4) غير أن هذا لا يمنع أقارب الضحية بصدد النقل البري من التنازل عن الاشتراط الذي كان لمصلحتهم والتمسك بالمسؤولية التقصيرية ولهم في اثبات الخطأ الاستناد الى العقد الذي كان يربط السلف بالناقل .

فالعقد يرتب واقعة نافذة في مواجهة الغير، ويستطيع الغير الاحتجاج به في مواجهته المتعاقدين لاثبات خطأ هذا الأخير .

فصانع المنتج الذي يحدث ضررا للغير يكون مسؤولا مسؤولية عقدية أمام البائع وتقصيرية أمام الغير المتضرر ويستطيع هذا الأخير لاثبات الخطأ الاستناد الى العقد الذي يربط البائع بالمنتج وذلك على أساس أن المنتج أخطأ في التحقق من سلامة المنتج (5) وأقارب ضحية حادث سيارة، كان السبب فيها عيب خفي في الفرامل مثلا، يستطيعون رفع الدعوى على صانع السيارة ويكون هذا الأخير مسؤولا تقصيريا تجاه الغير، وللغير الاستناد الى العقد الذي كان يربط المنتج بالمشتري (الضحية) لاثبات الخطأ (6) .

(1) هذا على عكس القضاء الفرنسي الذي يرى ان المسافر قد اشترط لمصلحة الخلف اشتراطا ضميا، ويكون للخلف المنتفع أن يرفع الدعوى العقدية للمطالبة بما أصابه شخصا من ضرر مرتد، ولعل القضاء الفرنسي يستند في هذا الى المادة 1122 مدني التي تنص على الاشتراط المفترض لمصلحة الغير، وليس في القانون الجزائي مثل هذا النص، فلا محل للقول عندنا بالاشتراط الضمني لمصلحة الغير، وليس للخلف الا الدعوى التقصيرية .

(2) د/أحمد السعيد شرف الدين : المرجع السابق ، ص 60 - 69 .

(3) د/على سليمان : مصادر الالتزام ، المرجع السابق، ص 123 .

(4) (R) DECOTTIGNIES: Art, précit, n° 52-53 .

(5) (B) STARCK: Les Obligations, Op, Cit, p579 - FLOUR et AUBERT: Op, Cit, p331 .

(6) د/محمد شكري سرور : مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطيرة، دار الفكر العربي القاهرة ، الطبعة الاولى ، 1983 ، ص 56 - 57 .

فالعقد نافذ في مواجهتهم وهم لا يطالبون المنتج بضمان العيب الخفي، لأنه التزام عقدي لا يستطيع الغير المطالبة به، ولكن هذا لا يمنع من أن العقد الذي لا يربط الغير، يحدد خطأ المنتج وتترتب عليه مسؤوليته التقصيرية تجاه الغير عن الضرر المرتد الذي أصابهم نتيجة الحادث .

إذن نخلص مما سبق إلى أن الغير يستطيع الاستناد إلى العقد كأساس لمسؤولية المتعاقد التقصيرية ، كما يستطيع المتعاقد أيضا الاستناد إلى العقد على أساس مسؤولية الغير التقصيرية وهذا ما أدى بالاستاذ "اللو LALOU" في مقاله السابق الإشارة إليه إلى القول بأن المادة 1165 مدني فرنسي المتعلقة بمبدأ نسبية العقد ضعيفة إذ أنها لا تقوى على مواجهة المادة 1382 المتعلقة بالمسؤولية (1) .

والحقيقة هي أن المادة 1165 مدني فرنسي ، وعلى العموم مبدأ نسبية العقد لا يعني أن العقد لا يمكن أن يحتج به على الغير، فلو كان هذا هو مضمون المبدأ لاستلزم الأمر عدم قيام المسؤولية التقصيرية ، كلما كان هناك عقد، إذ هو ملزم لطرفيه فقط ، فلا يجوز للمتعاقدين الاستناد إليه لاقامة مسؤولية الغير، ولا يمكن للغير الاستناد إليه لاقامة مسؤولية المتعاقد . ولكن مبدأ نسبية العقد يعني عدم تحميل الغير بالتزامات وعدم كسبهم حقوقا من العقد . ولا يمنع من احتجاج كل من المتعاقدين والغير بالعقد كواقعة موجودة وناظرة في مواجهة الجميع . فلامجال إذن لتفوق المسؤولية التقصيرية على مبدأ نسبية العقد لأن الصراع بينهما غير موجود أصلا .

المبحث الرابع

شروط الاحتجاج بالعقد

يتسع مجال الاحتجاج بالعقد ليمتد إلى أفراد المجتمع ككل، بحيث يمكن الجميع الاحتجاج به

كواقعة مادية سواء كانوا طرفا في العقد أو دائنين أو من الغير الأجانبين مطلقا عن العقد أو من الخلف⁽¹⁾. ولكن يجب أن تتوافر شروط معينة في بعض العقود لتكون نافذة في مواجهة الغير، فلا بد لنفاذ العقد المتعلق بالعين في حق المالك الحقيقي لها، أن يكون عالما بالعقد، ولا بد من إقراره أيضا، كما يجب شهر بعض التصرفات التي نص عليها المشرع. وهناك بعض أوضاع تجعل العقد غير نافذ في مواجهة الغير أحيانا، منها الغش والصورية.

وسأعرض لهذه المسائل بالتفصيل فيما يلي :-

المطلب الأول

الاقرار كشرط للاحتجاج بالعقد

الفرع الأول : إقرار المالك الحقيقي لتصرف الغير في ملكه

قد يتصرف الشخص في مال مملوك لغيره بالبيع، ومثل هذا التصرف يعد باطلا في القانون الفرنسي، إذ تنص المادة 1599 مدني فرنسي علي مايلي : " يقع باطلا عقد بيع ملك الغير، ولكن يمكن أن يترتب عليه تعويض عن الضرر الذي لحق المشتري إذا كان يجهل أن الشيء مملوك للغير ". والحقيقة أن القول ببطلان بيع ملك الغير ليس صحيحا، لأن محل الالتزام ليس مستحيلا بل هو قابل للوجود، إذا انتقلت الملكية للبائع بأي سبب آخر لاحق للتصرف، ويذهب الشراح الفرنسيون إلى القول بأن المقصود بالبطلان في هذا المجال هو البطلان النسبي⁽²⁾ ولكن العقد القابل للإبطال لا ينقلب صحيحا إلا إذا أجازه العاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته بينما في بيع ملك الغير قد يصدر الاقرار من المالك⁽³⁾، وإذن فهنا قابلية للإبطال من نوع خاص، إذ لا يمكن الأخذ في هذا الصدد بنظرية تحويل العقد التي تسلتزم انصراف إرادة المتعاقدين إلى تحويل العقد الباطل إلى عقد آخر، كما لا يمكن تطبيق نظرية العقد الموقوف التي يترتب عليها أن العقد

(H) GEMEI : Thèse , Précit , p 223

(1)

(2) الأستاذ علي علي سليمان : مقال عند إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، العدد

25 - مجلة الشرطة، ص 21

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء 4، المرجع السابق، ص 283 - 284

لا ينتج أثره، بل يقف تنفيذه، بينما عقد بيع ملك الغير ينتج جميع آثاره ماعدا الأثر المتعلق بانتقال الملكية⁽¹⁾.

إن موقف المشرع الجزائري حول نفاذ عقد بيع ملك الغير في مواجهة المالك صريح إذ تنص المادة 2/397 مدني جزائري على مايلي: " وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزاً في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازته المشتري".

كما تنص المادة 398 مدني جزائري على مايلي: " إذا أقرّ المالك البيع سرى عليه مفعوله وصار ناجزاً في حق المشتري".

إذن، فلا ينفذ بيع ملك الغير في حق المالك الحقيقي ولو أجازته المشتري، إلا بعد إقرار المالك له، وهذا الإقرار يجعل العقد نافذاً في حق المالك من تاريخ الإقرار لا من تاريخ العقد فيدرأى الغالبية، فتنتقل الملكية الى المشتري من هذا التاريخ⁽²⁾ إذا كان القانون يتطلب لانتقالها إجراء الشهر.

وهناك رأي يرى أن للإقرار أثراً رجعياً، وعلى كل فيجوز للمالك أن يسند إقراره إلى يوم إبرام العقد.

فإقرار المالك يحقق نتيجتين، الأولى هي نفاذ العقد في مواجهته، والثانية هي انقلاّب العقد صحيحاً⁽³⁾ فيصبح المالك طرفاً في العقد ويلتزم بالتزامات البائع كالتزامه بالضمان.

الفرع الثاني : اقرار المالك لرهن الغير لملكه

يلاحظ أنه بالنسبة للرهن الوارد على عقار لا بد للاحتجاج به في مواجهة الغير من أن يكون مقيداً لدى مصلحة الشهر العقاري. وسأتعرض لهذا في المطلب الثالث من هذا المبحث - أما فيما يخص الاحتجاج برهن ملك الغير على المالك، فإن المشرع الجزائري لم يتعرض له وكان ينبغي له النص عليه صراحة لأن التصرف في ملك الغير سواء بالبيع أو بالرهن أمران متطابقان، ولا بد من إعطائهما نفس الحكم،

(1) د. سليمان مرقس : عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 527

(2) د. سليمان مرقس : عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 517

د. زهدي يكن : عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 199

(3) د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، الجزء 4 ، المرجع السابق ، ص 298

د. سمير عبد السيد تنافو : عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 387

وقد نصت القوانين العربية على أن رهن ملك الغير كبيع ملك الغير يصبح صحيحا اذا أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية أو أصبح الراهن مالكا للعقار المرهون⁽¹⁾ وبالتالي يأخذ رهن ملك الغير حكم بيع ملك الغير، فلا يكون نافذا في حق المالك إلا إذا أقره في ورقة رسمية . ولا بد من النص على هذا صراحة ضمن النصوص المتعلقة بالرهن ، لأن نصوص عقد البيع خاصة فلا يمكن الاستناد إليها في هذا المجال .

ويؤدي إقرار المالك للرهن، إلى نفاذ العقد في حقه ويصبح عقد الرهن صحيحا ، ملزما للمالك باعتباره راهنا جديدا ولكن مسؤوليته تبقى في حدود الكفيل العيني إذا لم يكن ملزما شخصيا بالدين المضمون بالرهن.

الفرع الثالث : إقرار الدائن لحالة الدين

حوالة الدين هي اتفاق ينتقل به عبء الدين من المدين الأصلي إلى شخص آخر، وتبرأ ذممة المدين الأصلي قبل الدائن بمجرد إقرار هذا الأخير للحالة .
وتعني حوالة الدين إبقاء الالتزام الأصلي بجميع أوصافه ودفعه وضمائنه، وهذا ما يجعل الحوالة تختلف عن التجديد والإنباء .

ونظرا إلى أن شخص المدين له دائما أهمية خاصة بالنسبة للدائن، فإن التشريعات التي أخذت بحوالة الدين اشترطت إقرار الدائن لها حتى تنفذ في حقه .

ويلاحظ أن القانون المدني الفرنسي لا يعترف حوالة الدين وإن كانت هناك نصوص متفرقة فيه تشير إلى انتقال الالتزامات بين الأحياء، ولكن هذا لا يمنع من أن التزام المدين الأصلي يبقى قائما⁽²⁾.

وحوالة الدين في صورتها الغالبة ، عبارة عن اتفاق بين المدين الأصلي وشخص آخر، ينتقل بموجبه عبء الدين من المدين إلى هذا الشخص، وقد نص القانون المدني الجزائري في المادة 251 عليها بما يلي : " تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عبء الدين " .

(1) الأستاذ: علي علي سليمان : مقال ، مجلة الشرطة ، العدد 25 ، المرجع السابق ، ص 22
د. سمير عبد السيد تناغو : التأمينات الشخصية والعينية - منشأة المعارف - الاسكندرية
1976 ، ص 172

(2) (A)LEBRUN:Cession de dette :Encyclopedie DALLOZ, droit civil. n° 1 à 14

وهناك صورة أخرى للحوالة ، وهي أن تتم بين الدائن والمحال عليه ، وينعقد العقد صحيحا بمجرد رضا الطرفين دون حاجة لرضا المدين الأصلي⁽¹⁾

وقد نصت المادة 257 مدني جزائري على مايلي : " تتم حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه على أن يتقرر فيه أن هذا الأخير يحل محل المدين الأصلي في التزامه ... " وفي هذه الصورة التي تتم فيها حوالة الدين بموجب اتفاق بين الدائن والمحال عليه ، لا يجوز للمدين الجديد الرجوع على المدين الأصلي إلا طبقا لقواعد الاثراء بلا سبب⁽²⁾ وهذه الصورة نادرة الحدوث ولا محل فيها لاقرار الدائن لأنه هو الذي يجريها ، لذا سأعرض للصورة الأولى فقط لعلاقتها بالموضوع ، ففيها يتم عقد الحوالة صحيحا بمجرد الاتفاق بين المدين والمحال عليه أي بمجرد تراضي الطرفين ، ولكن لا يمكن الاحتجاج بهذا العقد قبل الدائن ، إلا بعد إقراره له⁽³⁾ . وقد نصت المادة 1/252 مدني جزائري على ما يلي : " لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا اذا أقرها ... " .

والاقرار قد يكون صريحا أو ضمنيا ، وإذا تم إقرار الدائن اعتبرت الحوالة نافذة في مواجهته بأثر رجعي ، أي من يوم انعقاد الحوالة لا من يوم إقراره لها⁽⁴⁾ . ويرتب الاقرار أثره بالنسبة للغير وللمتعاقدين أيضا ، إذ يصبح المحال عليه ملتزما شخصا قبل الدائن وملتزما بالوفاء بالدين ، كما تنتقل إليه جميع ضمانات الدين وصفاته ودفعه⁽⁵⁾

(1) د. أحمد سلامة : مذكرات في نظرية الالتزام ، المرجع السابق ، الكتاب الثاني ، ص 216
د. حسين النوري : مصادر الالتزام واحكامه ، مكتبة عين شمس ، القاهرة ، بدون تاريخ
ص 305 .

(2) د. سمير عبد السيد تناغو : نظرية الالتزام ، المرجع السابق ، ص 500 .

(3) د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثالث ، الأوصاف - الحوالة - الانقضاء ، المرجع السابق ، ص 578 .

(4) د. أنور سلطان : أحكام الالتزام ، المرجع السابق ، ص 322
د. سمير عبد السيد تناغو : نظرية الالتزام ، المرجع السابق ، ص 493

(5) د. مصطفى الجمال : أحكام الالتزام ، الدار الجامعية ، مصر 1989 ، ص 99
د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، الجزء الثالث ، المرجع السابق ، ص 566

وتترتب على هذا براءة ذمة المدين الأصلي في مواجهة الدائن وبراءة المحال عليه قبل المدين بقدر ما التزم به المحال عليه قبل الدائن إلا إذا اتفق على غير ذلك⁽¹⁾.

الفرع الرابع : إقرار المدين لحالة الحق

حالة الحق اتفاق ينقل به الدائن ماله من حق قبل المدين الى شخص آخر يصبح دائماً مكانه، والذي يهمننا في هذا المجال هو مدى نفاذ الحالة في مواجهة الغير، ونعني بالغير، المدين أولاً باعتباره أجنبياً عن العقد، ودائني المحيل والمحال إليهم الحق من نفس الدائن⁽²⁾، لأن الحق الواحد قد يحيله الشخص إلى أشخاص متتاليين. ولنفاذ حالة الحق في مواجهة المدين لابد من إقرار المدين لها، وقد نصت المادة 241 مدني جزائري على مايلي : " لا يحتج بالحالة قبل المدين، أو قبل الغير إلا إذا رضي به المدين، أو أخبر بها بعقد غير قضائي، غير أن قبول المدين لا يجعلها نافذة قبل الغير إلا إذا كان هذا القبول ثابت التاريخ".

وبخصوص هذا النص من الأفضل إحلال كلمة " إقرار " محل كلمة " قبول " الواردة فيه، لأن الحالة تتم بمجرد تراضي المحيل والمحال له دون حاجة الى رضا المدين، وقبوله لا يعني صدور إيجاب منه بل مجرد إقرار بالحالة لتكون نافذة في مواجهته⁽³⁾. ولكي تكون الحالة نافذة فسي مواجهة الغير، يشترط المشرع إلى جانب إقرار المدين لها أن يكون هذا الإقرار أو القبول ثابت التاريخ، وفي القانون الفرنسي لكي تكون الحالة نافذة في مواجهة الغير اشترط المشرع إفراغ القبول في ورقة رسمية⁽⁴⁾ وهذا ما تضمنته المادة 2/1690.

(1) د. أحمد سلامة : مذكرات في نظرية الالتزام - الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 220
د. مصطفى الجمال : القانون والمعاملات، المرجع السابق، ص 385

(2) (A)RIEG: Cession de creance -guide juridique DALLOZ, volume I, n° 12

(3) د. حسين النوري مصادر الالتزام وإحكامه، المرجع السابق، ص 303

د. أحمد سلامة : مذكرات في نظرية الالتزام - أحكام الالتزام، المرجع السابق، 313
(L)CADIET:Cession de Creance, Effets, JCL,Civ,FASC3, Art 1689 à 1695. n° 1

(A)RIEG,Art,Précit, n° 16 - (L)CADIET,Cession de Créance: Conditions, (4)
JCL,Civ, FASC 2, Art 1689 à 1695. n° 115

وبعد جرد قبول المدين بالحوالة ينتقل الحق بجميع ضماناته ودفعه إلى المحال إليه ، فيكون للمدين أن يتمسك بإزاءه بجميع الدفع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل، إلا أنه لا يستطيع التمسك بالمقاصة التي كان له الحق في التمسك بها، إزاء المحيل قبل قبوله الحوالة (1).

وقد نصت المادة 1/303 مدني جزائري على مايلي : " إذا حوّل الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ ، فلا يجوز لهذا الأخير أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان تمسك (2) بها قبل قبوله للحوالة وليس له إلا الرجوع بحقه على المحيل " .

وقد نص المشرع على أنه يقوم مقام إقرار المدين، الاعلان بالحوالة الموجه إليه باجراء رسمي على يد محضر ، ويكفي أن يتضمن الاعلان جميع البيانات المتعلقة بالحوالة (3).

ويقوم بالاعلان الدائن الجديد (المحال له) أو المحيل، وليس هناك وقت محدد للاعلان ولكن لكي يكون نافذا في مواجهة الغير يجب ان يتم قبل الحكم على المدين بالافلاس، وقبل ان يحجز دائن آخر عليه ، وقبل ان يقوم محال له آخر باعلانه رسميا (4).

وقد نصت المادة 241 مدني جزائري : على أن الحوالة تتم أيضا إذا أخبر المدين بها بعقد غير قضائي (5)، ولكن إذا أعلن المدين بالحوالة دون أن يقبلها فله الحق في التمسك بالمقاصة بعد هذا الاعلان وهذا ما نصت عليه المادة 2/303 مدني جزائري .

(1) د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، الجزء الثالث، المرجع السابق ، ص 473

د. أنور سلطان: أحكام الالتزام، المرجع السابق ، ص 314

(A)RIEG:Cession de Créance ,EncyclopédieDALLOZ, droit civil n° 555-556

(2) ورد نص المادة 1/303 خاطئا ، والصحيح هو " التي كان له أن يتمسك بها " بدلا من " التي كان تمسك بها " . فالعبارة الموجودة في النص توحي بأنه حتى ولو كان تمسك بها قبل الحوالة فيسقط عنه هذا الحق ، بينما المقصود هو سقوط هذا الحق إذا لم يتمسك به قبل الحوالة ، وربما جاء هذا الخطأ نتيجة سقوط كلمة " له " من النص ، لأن النص الفرنسي صحيح إذ يقول : "... Qu'il pourrait opposer ..."

(3) د. سمير عبد السيد تناغو : نظرية الالتزام ، المرجع السابق ، ص 479

(4) (A)RIEG:Art,Précit.Guide JuridiqueDALLOZ , n° 16

(5) لقد ورد خطأ في المادة 241 مدني جزائري ، الصحيح هو " بعمل غير قضائي " إذ ليس في القانون ما يسمى " عقد غير قضائي " كما ورد في النص.

ويلاحظ أنه قبل إقرار المدين للحوالة أو إعلانه بها لا تكون نافذة في مواجهته، وبالتالي إذا وفي الدائن الأصلي اعتبر وفاؤه صحيحاً⁽¹⁾ وتبرأ ذمته بالنسبة للمحيل أو المحال له. أما إذا تمّ الوفاء بعد نفاذ الحوالة سواء بالاعلان أو بالإقرار، فإن الوفاء للمحيل لا يبرئ ذمّة المدين في مواجهة المحال له، إذ يكون لهذا الأخير أن يجبره على الوفاء له مرة أخرى. وإقرار المدين للحوالة أو إعلانه بها كلاهما يؤدي الى نفاذ الحوالة في مواجهته من جهة، ومن جهة أخرى الى ان يصبح ملزماً بها تجاه المحال له الذي حلّ محل الدائن بنفس الالتزامات التي كان ملزماً بها تجاه الدائن الأصلي، وهذا داخل في إطار مبدأ نسبية العقد.

الفرع الخامس: إقرار الورثة للتصرفات التي يبرمها المورث في مرض الموت.

من المعلوم ان للشخص مطلق الحرية في التصرف في ماله أثناء حياته، ولكن يتقيد هذا الحق في مرض الموت وذلك لتعلق حق الورثة بالتركة في هذه الفترة. لهذا جعلت القوانين العربية متأثرة بالشرعية الاسلامية، تصرفات المورث في هذه الفترة غير نافذة في حق الورثة إلا إذا أقرّوها.

ولكن يجب على الورثة إثبات أن تصرف المورث صدر في مرض الموت، ويفترض بعد هذا أنه صدر على سبيل التبرع فيأخذ حكم الوصية، فلا ينفذ - إذا جاوز الثلث في حق الورثة إلا بعد إقرارهم له وهذا ما نصت عليه المادة 776 مدني جزائري، وتطبيقاً لهذا النص قضت المادة 408⁽²⁾ بضرورة إقرار الورثة لبيع مورثهم لوارث آخر في مرض الموت، وذلك حتى لو كان في حدود الثلث. أما إذا كان التصرف للغير وجاوز الثلث، فلا يكون نافذاً في حق الورثة فيما زاد على الثلث إلا إذا أقرّوه. ولا يكون البيع نافذاً في حق الورثة إذا كان القدر المحابى به يجاوز الثلث، بل لابد من إقرارهم لنفاذه في حقهم.

(1) د. سمير عبد السيد تنافو: نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص 480
د. احمد سلامة: مذكرات في نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص 204

(2) لقد تعرضت لهذه المادة بالنقد بأسهاب في المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الأول من هذا البحث، لهذا أتعرض لها هنا باختصار.

المطلب الثاني

خلو التصرف من الغش

إن حماية الغير من التصرف المعيب بغش، تعتبر حماية لمصالح مشروعة، و واجبا تملييه العدالة الاجتماعية، وقد وردت نصوص متعددة في القانون تحمي الغير في هذا المجال وتجعل مثل هذه الاتفاقات والتصرفات باطلة، ومنها المواد 192، 196، 3/377، 3/379 و 384 مدني جزائري .

ونصت المادة 247 تجاري جزائري على عدم نفاذ تصرفات المدين - منذ تاريخ التوقف عن الدفع، وفي فترة الرتبة - في مواجهة الدائنين، وهذا كله حماية للغير لأنه يفترض في هذه التصرفات الغش، وبالتالي لا تنفذ في مواجهة الغير. وهذا ما أقرته جميع الشريعات، لأن العدالة نفسها تقتضي حماية الاشخاص من الغش .

ولكن لا يؤدي الغش إلى بطلان التصرف بل يبقى التصرف قائما منتجا لآثاره بين أطرافه، إلا انه لا يمكن الاحتجاج به على الغير، الذي له حق يتعارض مع وجود الحق الجديد. وإن فدعوى الغش بالنسبة للغير هي دعوى عدم نفاذ⁽¹⁾.

وبصدد هذا الموضوع سأعرض أولا لمدى حجية تسجيل التصرف المعيب بغش، وثانيا لمدى نفاذ تصرف المدين الذي يتعمد فيه الغش في مواجهة دائنيه .

الفرع الأول : حجية تسجيل تصرف معيب بغش

إن الخلاف ما زال قائما حول إمكانية تطبيق فكرة الغش على التصرفات المشهورة التي تحدد الأسبقية فيها بالتسجيل⁽²⁾، فإذا تصرف الشخص في الغير لمشتريين فإن الأولوية تكون لمن سجل عقده أولا، ولكن ما الحكم إذا كان المشتري الثاني قد سجل عقده وهو عالم بعقد البيع الأول ومتواطؤ مع البائع قاصدين الإضرار بحق المشتري الأول ؟

(1) VIDAL: Essai d'une théorie générale de la fraude, thèse, Toulouse, 1956, p.391

BASTIAN, Essai d'une théorie générale de l'opposabilité, thèse, Paris, 1929, p.153

(2) E. PONTAVICE: Fraude dans le transfert des droits immobiliers et sécurité des tiers. R.T.D. civil, 1963, p. 655

لا يوجد نص عندنا يشير صراحة إلى عدم نفاذ التصرفات المشهورة في مواجهة الغير، إذا كانت نتيجة غش وتواطؤ ثم أن التسجيل عندنا لا يقتصر أثره على الاحتجاج بالعقد في مواجهة الغير، بل أن الملكية لا تنتقل فيما بين المتعاقدين إلا به. وعلى المشتري الحريص على حقه أن يسارع إلى تسجيله، وإلا اعتبر متقاعسا، وعليه أن يتحمل نتيجة ذلك. وهذا حكم عادل لو كان المتصرف إليه الثاني حسن النية لا يعلم بحق الغير، وإنما يختلف الأمر إذا كان متواطئا مع البائع الذي يسهل له إجراءات تسجيل حقه قبل المشتري الأول، فمن المفروض حماية هذا الأخير من مثل هذه التصرفات ورغم ذلك فإن المشرع الجزائري في ظل السجل العيني يأخذ بالحجسية المطلقة للتسجيل فيحتج به على الغير ولو كان صاحب الحق المسجل متواطئا مع البائع في الغش وتعمد الإضرار بالمشتري الأول.

وقد أصبح قانون السجل العيني المصري الجديد أيضا لا يشترط حسن النية، والتواطؤ لا يفسد العقد المسجل، وهذا ما تأخذ به حاليا محكمة النقض المصرية⁽¹⁾.

ووافق الاستاذ السنهاوي في الرأي، بأنه لا يجب اشتراط حسن النية في التصرفات المسجلة ولكن لابد لصحة التسجيل من اشتراط عدم التواطؤ في الغش⁽²⁾ حماية لمصالح الغير. فالتطور القانوني والحرص على استقرار المعاملات يجب ألا يؤدي بنا إلى درجة ستر أعمال الغش إذ حماية للعدالة نفسها، يجب أن يبقى التصرف القائم على الغش والتواطؤ غير نافذ في حق الغير حتى لو سجل⁽³⁾.

وقد نص القانون المغربي صراحة في الفقرة الثانية من الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري المغربي على أنه لا يمكن في أي حال التمسك بإبطال التسجيل في مواجهة الغير ذي النية الحسنة. وبمفهوم المخالفة، يمكن إبطال التسجيل في مواجهة الغير ذي النية السيئة، وأساس سوء النية لا يعني العلم بالتصرف السابق بل يجب أن يكون مصحوبا بالتواطؤ بين المشتري الثاني والبائع إضرارا بالمشتري الأول⁽⁴⁾. إذن فلا يجب القول بأنه يشترط حسن النية لصحة التسجيل، لأن في هذا خطورة تؤدي إلى القضاء على نظام الشهر، الذي نريد الإبقاء عليه لما حققه من مزايا، ومن استقرار

(1) د. سمير عبد السيد تنافو: عقد البيع، المرجع السابق، ص 175-180. أيضا: سليمان مرقس: عقد البيع، المرجع السابق، ص 297-299.

(2) د. عبد الرزاق السنهاوي: الوسيط، الجزء 4، المرجع السابق، ص 544.

(3) (F)MAGNIN: Actes soumis à publicité à fin d'opposabilité aux tiers: publicité foncière, JCL, Civil, Annexes, Fasc7, n° 37 à 40.

(4) د. محمد خيرى: الملكية ونظام التحفيظ العقاري في المغرب، الطبعة الثانية، 1990، ص 529.

في المعاملات، فلانطلب من الشخص الذي يسجل حقاً ما إصابات حسن نيته، ولكن الاكتفاء بعدم نفاذ التصرف المسجل في حالة التواطؤ والغش الفعلي⁽¹⁾.

وفي فرنسا أيضاً أشير خلاف حاد حول مدى حجية تسجيل التصرف المعيب بالغش، فهناك من يعطي للتسجيل حجيته وتكون الأولوية لمن سجل حقه أولاً، وإذ يعتبرون ان المتصرف اليه الثاني يعتبر غير عالم بالتصرف، مادام صاحبه لم يشهره لأنها الطريقة الوحيدة للإعلان.

ويرى البعض الآخروهو الرأي الذي يسانده القضاء الفرنسي، أن التسجيل لا يحمي الشخص الذي تعتمد الغش، وإضرارا بمصلحة المتعاقد. فمتى كان المتصرف إليه الثاني عالماً بالتصرف الأول ومتواطئاً مع البائع في الإضرار بمصلحة المتصرف إليه الأول، فإن التصرف الثاني حتى لو سجل لا يمكن أن يحتج به في مواجهة المتصرف إليه الأول⁽²⁾.

ويستند أصحاب هذا الرأي الى المادة الثالثة من مرسوم 4 جانفي 1955 المتضمن تعديل نظام الشهر العقاري، إذ جاء فيها مايلي: "لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية، في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو للقرار القضائي الذي يثبت حق المتصرف إليه أو صاحب الحق الأخير".

فيعتبر شهر الحق مع العلم بوجود حق على العين لمتصرف إليه آخر، باطلا لمخالفته لنص المادة المذكورة أعلاه.

فبهذه المادة يقضي المشرع الفرنسي بعدم حماية صاحب حق مسجل اذا كان قد لجأ الى التواطؤ والغش، في حين انه كان يعلم بوجود حق للغير على العين⁽³⁾.

وألأخذ في هذا المجال ان المرسوم 76 - 63 الصادر في 1976/3/25 والمتعلق بتأسيس السجل العقاري في الجزائر، ينص في المادة 88 منه على مايلي: "لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو للقرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة، يثبت حق المتصرف إليه أو صاحب الحق الأخير". وهذه المادة مطابقة للمادة 3 من مرسوم 1955/01/4 الفرنسي المذكور أعلاه، وبالتالي يمكن القول

(1) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، الجزء 4، المرجع السابق، ص 548

د. سمير عبد السيد تنافو: عقد البيع، المرجع السابق، ص 217 - 218

(2) (J) DUCLOS : Thèse ,Précit, p 420 à 422 - (E) PONTAVICE: Art, Précit, p 656

(F) MAGNIN : Art, Précit , n° 40

(3) VIDAL : Thèse , Précit , p 408

بأن الشخص الذي يشهر حقه مع علمه المسبق بوجود حق لشخص آخر على العين، يعتبر قد خالف المادة 88 السالفة الذكر ، والمفروض بالتالي ألا تكون لتسجيل حقه حجية قبل صاحب الحق الأخير .

والسؤال المطروح في هذا المجال ماهو الحكم لو أن المتصرف إليه الثاني الذي سجل عقده ، قد تصرف في حقه مرة ثانية إلى الغير حسن النية ؟.

تنص المادة 86 من المرسوم 76 - 63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على مايلي: "إن فسخ الحقوق العينية العقارية أو إبطالها أو إلغائها أو نقضها عندما ينتج أثرا رجعي لا يحتج به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر إلا إذا كان الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض ، قد تم إشهاره مسبقا أو كان هذا الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض بحكم القانون، تطبيقا للقانون".

هذه المادة مطابقة للمادة 1/30 من مرسوم 1955/1/4 الفرنسي المذكور أعلاه . وتقضي هذه المادة بأن ليس للإبطال أثر رجعي إلا إذا كان بحكم القانون، وعدم نفاذ التصرف لتعمد صاحبه الغش، يؤدي إلى إلغائه ، لمصلحة المتصرف إليه الثاني ، والإلغاء يكون تطبيقا للقانون فيخضع للاستثناء المذكور في المادة 86، وبالتالي لا يحتج على المتصرف إليه الأول، لا بالتصرف الثاني المسجل ، الذي تعمد صاحبه الغش، ولا بالتصرف الصادر من هذا الأخير لشخص آخر ولو كان هذا الأخير حسن النية ، ولو أدني أفضل حماية الغير إلا أنه في هذا المجال من الضروري حماية المتصرف إليه الأخير ، إذا كان حسن النية ، فهو لم يتواطأ مع المتصرف إليه الثاني ولم يتعمد الغش، ولم يرتكب حتى مجرد خطأ يواخذ عليه طبقا للقواعد العامة ، إذن من المفروض حمايته وإبقاء التصرف صحيحا في مواجهته ، وناظرا في مواجهة الغير، ولن يكون للمتصرف إليه الأول سوى الرجوع بالتعويض على البائع ، وعلى المتصرف إليه الثاني لاشتراكهما في مساهمتهما في إلحاق الضرر به .

وحتى قاعدة " NEMO PLUS JURIS " التي تقتضي أن لا يكون للخلف حق أكثر مما كان لسلفه تستثنى من ذلك الخلف حسن النية ، فالدعوى البوليصية مثلا لا ترفع إذا كان المتصرف إليه حسن النية ، وتلقى الحق بعوض (1).

(E) PONTAVICE : Art, Précit , p 661

(1)

وما عدا هذا الاستثناء فلا بدّ من ان يترتب على الغش والتواطؤ عدم نفاذ التصرف في مواجهة الغير، ولن يحول التسجيل دون ذلك، فحماية مصالح الغير، يجب ان تكون لها الأولوية على تطسّر النظم القانونية فيظل التصرف القائم على الغش غير نافذ في حق الغير.

الفرع الثاني : عدم نفاذ التصرف الذي تعتمد فيه صاحبه الغش في مواجهة دائنيه .

يستطيع الدائنون العاديون الذين لهم حق مستحق الأداء سابقا في الوجود على التصرف المطعون فيه - الطعن بطريق الدعوى البولصية في التصرفات المشوبة بالغش، لأن تصرفات المدين في هذه الحالة تعد مؤثرة في الضمان العام المقرر للدائنين ، إذ تؤدي الى الإنقاص منه سواء كان التصرف ايجابيا ، كالوفاء بدين غير مستحق الأداء أو هبة غير معيّنة للغير ، أو كان التصرف سلبيا كزيادة المدين في التزاماته ، و لرفع الدعوى البولصية لابدّ أن يكون تصرف المدين مفقرا أي ترتب عليه إعساره أو زيادة إعساره (1).

ويذهب الفقه في فرنسا إلى أن مجرد رفض الوارث للتركة يعتبر عملا مفقرا استنادا للمادة 724 مدني فرنسي التي تنص على أن الوارث يصير مالكا منذ وفاة المورث والمادة 1014 مدني فرنسي التي تعتبر الموصى له بجزء غير معين ، مالكا منذ تاريخ وفاة الموصي، وبالتالي فان رفض التركة يعتبر عملا مفقرا يجوز للدائن استنادا إليه وبتوافر الشروط الأخرى رفع الدعوى البولصية في القانون الفرنسي (2).

ولا يمكن تطبيق هذا عندنا إذ لا تنتقل الوصية إلى الموصى له ، إلا بعد سداد الدين، وعلى كل حتى لو تطور القانون وأصبحت الوصية تنتقل بمجرد موت الموصى إلى الموصى له مع تعلق حق الدائنين بها ، فإنه لا يمكن القول بأن مجرد رفض الموصى له للوصية يعتبر قد أضر بدائنيه ، ذلك أن للشخص مطلق الحرية في الرفض. ويمكن أن يقاس على هذا رفض المدين للهبة إذ لا يعد إضرارا بحق دائنيه لأن الهبة لا تنتقل إلى الموهوب له ، إلا بعد قبوله لها، وبالتالي لا تدخل ضمن الضمان العام ، ولا يشكل رفضها تصرفا مفقرا .

(1) د. مصطفى محمد الجمال : أحكام الالتزام ، المرجع السابق ، ص 208

د. سمير عبد السيد تناغو: مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 427 - 428

د. أنور سلطان : أحكام الالتزام ، المرجع السابق ، ص 123.

(2) (A)BAICOINU : L'Action Paulienne en Droit Civil Comparé:Thèse -Paris, 1922 , p 26 .

ولرفع الدعوى البولصية يشترط أيضا توافر غش المدين أي تعمد الاضرار بحقوق دائنيه . فتوافر الضرر يكون قرينة على الغش ، على أن المشرع الجزائري لم يشترط غش المدين إذا كان التصرف من التبرعات ، وقد نصت المادة (3/192) مدني جزائري على مايلي : " أما إذا كان التصرف الذي قام به المدين تبرعا فإنه لا يحتج به على الدائن ، ولو كان المتبرع له حسن النية " ، لأن الغش هنا دائما مفترض ، وحسن نية المتصرف إليه لا يحديه ، لأن التصرف كان بغير عوض . أما إذا كان التصرف بعوض فيشترط غش المدين وتوافر التواطؤ ، أي أن يكون المتصرف إليه عالما بهذا الغش (1) .

وقد نصت المادة (1/192 - 2) مدني جزائري على مايلي : " إذا كان تصرف المدين بعوض ، فإنه لا يكون حجة في حق الدائن إذا كان هناك غش صادرا من المدين ، وإذا كان الطرف الآخر قد علم بذلك الغش يكفي لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صادرا من المدين وهو عالم بعصره .

كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين في حالة عسرا ... " :

أما إذا كان تصرف المتصرف إليه في العين بعوض لشخص آخر فلا يجوز للدائن التمسك بعدم نفاذ التصرف في مواجهته إلا إذا كان المتصرف إليه الأول بعوض و المتصرف إليه الثاني بعوض يعلمان غش المدين ، أما إذا كان المدين قد تصرف تبرعا للمتصرف إليه الأول فيكفي الدائن اثبات غش المتصرف إليه الثاني بعوض ، وإذا كان التصرف الأول والثاني بدون عوض فلا حاجة بالدائن إلى اثبات الغش لديهما ، وهذا ما تضمنته المادة : (4/192 مدني جزائري) .

أما المشرع الفرنسي فيشترط لرفع الدعوى البولصية أن يتوافر الغش في تصرفات المدين سواء كان التصرف بعوض أو بغير عوض و يستندون في ذلك إلى أن للمدين مطلق الحرية في التصرف في ماله ، ولا يجوز للدائن الطعن في تصرفات مدينه ولو كانت بغير عوض ، إلا إذا توافر فيها عنصر الغش ، أي تعمد المدين الاضرار بدائنه (2) ، ومع ذلك فقد أصدرت محكمة النقض حكما بتاريخ 1981/2/23 نشر في دالوز سنة 1981 برقم 395 قالت فيه أن تصرف المدين تبرعا لا يستلزم من الدائن الذي يرفع الدعوى البولصية اثبات تواطؤ المتصرف إليه مع المدين ، ولكن يشترط

(1) د. أنورا سلطان : أحكام الالتزام ، المرجع السابق ، ص 136 .

(2) (J.M) AUSSEL : Thèse, Précit , P.99 - BAICOINU, Thèse, Précit, p. 46 - 52

في التصرفات بعوض إضافة الى هذا أن يكون هناك تواطؤ بين المدين والمتصرف إليه ، أما في التصرفات بغير عوض فلا يشترط التواطؤ ، بل يكفي للطعن فيها توافر غش المدين ولو كان المتصرف إليه حسن النية (1).

وما أخذ به مشرعنا في هذا المجال حلّ سليم إذا كان الغش في التصرفات بدون عوض يكون مفترضا ، ولاداعي لاشتراطه .

ويترتب على قبول الدعوى البولصية عدم نفاذ تصرفات المدين المطعون فيها ، في مواجهة الدائن . فسيتطيع الدائن تجاهل تصرف مدينه الضار به ، والتنفيذ على أموال المدين باعتبار أن التصرف لم يحدث فعلا (2) . فالدعوى البولصية هي دعوى عدم نفاذ التصرف ، وليست دعوى بطلان التصرف لأن التصرف يظل قائما ومنتجا لأثاره بين طرفيه (3).

فإذا استطاع المدين الوفاء بالتزامه قبل الدائن الطاعن ظل التصرف صحيحا ، ولكن إذا نفذ الدائنون على المال المتصرف فيه ، وكان التصرف بعوض ، فلا يكون أمام المتصرف إليه سوى المطالبة بالفسخ والتعويض ، وفقا لأحكام دعوى ضمان الاستحقاق الكلي . كما أن له أيضا الإبقاء على التصرف قائما ، والمطالبة بالتعويض بمقتضى دعوى ضمان الاستحقاق الجزئي (4) . وهذه الدعاوى تقررت له ، لأن عقده صحيح لا يبطله رفع الدائن الدعوى البولصية ، لأن أثر الدعوى قاصر على عدم نفاذ التصرف في مواجهة الدائنين ، ذلك لأنه إذا تقرر عدم نفاذ التصرف في مواجهة دائن معين استفاد من ذلك باقي الدائنين الآخرين في قوانيننا العربية . ويلاحظ أن هناك فرقا بين القانون الفرنسي وبين قوانيننا العربية ، فالأول يقصر أثر الدعوى البولصية على الدائن الذي رفعها بينما تقضي قوانيننا العربية باعتبار الأثر عاما ، يشمل كل الدائنين الذين صدر التصرف إضرارا بهم .

وقد نصت المادة 194 مدني جزائري على مايلي : " متى تقرر عدم معارضة (5) التصرف للدائن

(1) GROUBER : 1'Action paulienne , Thèse Paris , 1913 , p 443

(2) د. مصطفى الجمال : أحكام الالتزام ، المرجع السابق ، ص 284
د. خليل أحمد حسن قداشه : أحكام الالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1990 ، ص 32

(3) GROUBER : Thèse, Précit, p466 - BASTIAN : Thèse, Précit, p153- VIDAL : Thèse Précit , p 441 .

(4) د. خليل جريج : محاضرات في نظرية الدعوى ، مؤسسة نوفل ، بيروت 1980 ، ص 597
BAICOINU : Thèse, Précit, p 66 - GROUBER : Thèse, Précit, p 416 à 425

(5) يجدر إحياء عبارة "عدم نفاذ التصرف" محل عبارة "عدم معارضة التصرف" الواردة في نص المادة 194 مدني جزائري إذ العبارة الواردة بهذا النص لا تحقق الغرض المطلوب منه .

استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إجحافاً بحقهم".
فالدعوى البولصية إذن هي دعوى عدم نفاذ التصرف، وكان من المفروض خلافاً لما تنقضي به قوانيننا، أن تمنح للدائن أيّاً كانت صفته، سواء كان له حق مستحق الأداء أو لا، لأن الغرض من هذه الدعوى هو مجرد إجراء تحفظي، وليس حجزاً للمال المتصرف فيه، أو دعوى إبطال التصرف وبالتالي كان من المفروض ألا يمنع الدائن ولو كان حقه غير مستحق الأداء بعد، من رفعها، خاصة وإن المدين مخطيء، تعتمد الغش، والمتصرف إليه مخطيء أيضاً حين تواطأ مع المدين في الغش والاضرار بحقوق دائنيه، ولأن الحق غير مستحق الأداء، قد يتحول في أية لحظة إلى حق مستحق الأداء فعلاً. وأرى من الضروري حمايته أيضاً من تصرفات مدينه الضارة به فلا تنفذ في مواجهته على الوجه المذكور أعلاه، فير أن قوانيننا العربية على عكس القانون الفرنسي اشترطت لرفع الدعوى البولصية أن يكون حق الدائن مستحق الأداء.

المطلب الثالث

اخضاع التصرف الوارد على عقار للتسجيل

الفرع الأول: بالنسبة للحقوق العينية.

إذا أنشأ العقد حقاً عينياً على عقار فلا يكون نافذاً في مواجهة الغير إلا من يوم إشهارة. وقد نصت المادة 15 من الأمر 74 - 75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 الذي يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري - على مايلي: "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارة في مجموعة البطاقات العقارية...".
وعدم شهر الحق العيني العقاري لا يقتصر أثره على عدم نفاذ الحق في مواجهة الغير، بل يؤدي أيضاً إلى عدم نقل الملكية بين المتعاقدين خلافاً لما يقضي به القانون الفرنسي من اعتبار التسجيل لازماً للاحتجاج بالعقد على الغير، أما فيما بين المتعاقدين فنقل الملكية يتم بدون تسجيل.

وقد نصت المادة 16 من الأمر المذكور أعلاه على مايلي: "إن العقود الإرادية والاتفاقات

التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني ، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية..."

أما بالنسبة للقانون الفرنسي فسواء بالنسبة للحقوق العينية الأصلية أو التبعية ، فعند شهر الحق العيني العقاري يترتب عليه عدم نفاذ العقد في مواجهة الغير . وهذا ما تضمنته المادة 1/30 من مرسوم 1955 - السالف الذكر - . أما بالنسبة للمتعاقدين فيظل العقد نافذا مرتبا جميع آثاره ومن ضمنها نقل الملكية ⁽¹⁾ ، إذ تنص المادة 1583 مدني فرنسي على أن الملكية تنتقل بمجرد العقد والجزاء الأساسي المرتب على عدم شهر الحقوق التي تطلب المشرع شهرها هو عدم نفاذها في مواجهة الغير .

ويلاحظ أنه في قانوننا لا يمكن الاحتجاج بالحقوق العينية سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بعد تسجيلها ، ولكن العقود المنشئة لحق عيني تظل صحيحة منتجة لجميع آثارها ما عدا نقل الملكية .

وللشهر أهميته أيضا في نفاذ الحق العيني التبعية إذ لا يحتج بهذا الأخير في مواجهة الغير إلا بعد قيده في السجل العقاري ، إذ لا يثبت حق الأفضلية والتتبع لصاحب هذا الحق إلا من يوم قيده في السجل العقاري . وبدون القيد لا يستطيع الدائن تتبع العين في يد المتصرف إليه ، بل يسقط عنه الحق نهائيا إذا كان المتصرف إليه في العين قد سجل حقه قبل قيد صاحب الحق العيني التبعية لحقه ⁽²⁾ .

ويستثنى من الحقوق العينية التبعية ، حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقارا ، فلا يجب شهرها ، وتعتبر نافذة في مواجهة الغير من يوم نشأتها ، وقد نصت المادة 3/986 مدني جزائري على ما يلي : "... غير أن حقوق الامتياز العامة ولو كانت مترتبة على عقار ، لا يجب فيها الاشهار ولا حق التتبع .

ولا حاجة للاشهار أيضا في حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزينة العامة ، وهذه الحقوق الممتازة جميعا تكون أسبق في المرتبة على حق امتياز عقاري آخر أو حق رهن رسمي مهما كان تاريخ قيده ، أما فيما بينها فالامتياز للمبالغ المستحقة للخزينة يتقدم على حقوق الامتياز العامة " .

(M)DAGOT :Publicité Foncière ,JCL,Civ,Annexes ,FASC.3 n° 12-14

(1)

(A)FOURNIER :Publicité Foncière ,Guide Juridique DALLOZ,n° 75-76

(2)

(M)DAGOT:Publicité Foncière ,JCL,Civil Annexes FASC.5 n° 58

وما عدا هذا الاستثناء فجميع الحقوق العينية التبعية لا تنفذ في حق الغير إلا من يوم قيدها ، وتحسب مرتبة الدائنين في اقتضاء حقهم بيوم القيد ما عدا فيما يتعلق بمعدل القسمة ، وهو امتياز ممنوح للمتقاسمين وفقا للمادة 1001 مدني جزائري ، فلم الاحتجاج به من يوم نشأته ، ولبائع العقار أيضا امتياز على ثمن العقار من يوم إبرام العقد ، وهذا ما نصت عليه المادة 999 مدني جزائري⁽¹⁾ وأخيرا للمهندسين والمقاولين امتياز على ما عهد لهم لتشييده من منشآت ، ويكون حقهم نافذا في مواجهة الغير بقدر ما زاد في قيمة العقار بسبب أعمالهم ، وهذا ما نصت عليه المادة 1000 مدني جزائري .

وقد نص المشرع الفرنسي على عدم إخضاع حقوق الامتياز العامة للقيد ، بل تكون نافذة في مواجهة الغير من يوم نشأتها ، وهذا ما نصت عليه المادة 2104 مدني فرنسي . أما حقوق الامتياز الأخرى والحقوق العينية التبعية التي يكون مصدرها القضاء ، فلا تنفذ في مواجهة الغير إلا بعد إشهارها ، وبالتالي فهي لا تختلف عن الرهن في شيء ، لهذا أطلق عليها اسم الرهن القضائية ، كما أطلق على حقوق الامتياز الخاضعة للقيد اسم الرهن القانونية⁽²⁾ ، إذ لا يتحدد وجودها بالنسبة للغير إلا من تاريخ قيدها مثلها في ذلك مثل الرهن الاتفاقية .

الفرع الثاني : بالنسبة للحقوق الشخصية

أما بالنسبة للحقوق الشخصية فهي لا تخضع بصفة عامة للشهر ، لأنها وفقا للرأي الفقهي الراجح ، تتعلق بالشخص أكثر من تعلقها بالعين ، فلا يمكن إخضاعها لنظام الشهر ، ولكن يردّ على هذا الرأي ، بأن الغير ملزمون باحترام هذه الحقوق لا بد من حمايتهم بإخضاعها للشهر ، كوسيلة للاعلام بها⁽³⁾ وعلى سبيل الاستثناء أخضعت التشريعات الإيجارات الواردة على العين والحوالة بالآجرة

(1) لقد انتقد نص المادة 999 ، لأن المادة 324 مكرر من القانون المدني تقضي بدفع ثمن العقار بين يدي الضابط العمومي يوم إبرام العقد ، فكيف يكون لبائع العقار امتياز يضمن الثمن مع أنه دفع؟ فقد نقل هذا النص من القانون المدني المصري دون أن يلاحظ أن هذا الأخير لا يقضي بدفع ثمن العقار يوم إبرام العقد .

(2) NERSON :Reforme de la publicité foncière, recueil DALLOZ, 1955 P.152 (2)

(F) MAGNIN: Art , Précit, Juriscl.Civ, FASC.7. n° 21 (3)

لشهر، وذلك لأنها تؤثر في قيمة العقارات، فلا بدّ من الاعلام بها ، ليعلم بها الشخص الذي يريد التعامل في العقار المتعلقة به (1)

وقد نصت المادة 17 من الأمر 74 - 75 على مايلي : " ان الايجارات لمدة 12 سنة لا يكون لها أي أثر بين الأطراف ولا يحتج بها تجاه الغير في حالة عدم إشهارها... " كما نصت المادة 2/896 مدني جزائري على مايلي : " إذا كان الايجار السابق على تسجيل التنبيه تزيد مدته على تسع سنوات ، فلا يكون نافذا في حق الدائن المرتهن الآ لمدة تسع سنوات ما لم يكن قد سجل قبل قيد الرهن " .

ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد نص في المادة 17 - المذكورة أعلاه على أنه للاحتجاج بعقود الايجار التي تكون مدتها اثنتي عشرة سنة فأكثر ، لابدّ من إشهارها ولكن نصت المادة 2/ 896 مدني على ان الايجارات التي تكون مدتها تسع سنوات لابدّ من اشهارها لتكون نافذة في حق الدائن المرتهن ، ولا بدّ من توحيد الحكم ومادام الخاص يقيد العام فيطبق نص المادة 17 من الأمر 74 - 75 ، وقد وقع المشرع الجزائري في هذا التعارض لأنه أخذ بنص المادة 28 من السجل العيني المصري التي تنص على أنه : " يجب قيد الايجارات و السندات التي ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها على تسع سنوات ، والمخالصات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدما وكذلك الأحكام النهائية المثبة لشيء من ذلك .

ويترتب على عدم قيدها أنها لا تكون نافذة في حق الغير فيما زاد على مدة تسع سنوات بالنسبة الى الايجارات والسندات وفيما زاد على أجرة ثلاث سنوات بالنسبة الى المخالصات والحوالات! كما أخذ من جهة أخرى بنص المادة 1/28 من مرسوم سنة 1955 المتعلق باعادة تنظيم الشهر العقاري الفرنسي ، والتي تنص على عدم نفاذ الايجارات التي تزيد مدتها على اثنتي عشرة سنة في مواجهة الغير ، إلا إذا قيّد في مصلحة الشهر العقاري (2) إنذالبدّ من توحيد الحكم في النصين والأخذ باحدى المدتين سواء تسع سنوات أو اثنتي عشرة سنة لشهر عقد الايجار حتى ينفذ في مواجهة الغير .

(1) د. ابراهيم أبو النجا : السجل العيني في التشريع المصري رسالة دكتوراه ، القاهرة ، 1978 ، ص 403 .

(2) BECQUE : Reforme de la publicité foncière, decret du 4 Janvier 1955, Semaine Juridique 1955, doct 1226 n° 58-59

(A) FOURNIER : Art, Précit , n° 75

وأما فيما يتعلق بالمخالصة بالأجرة فقد نصت المادة 2/897 مدني جزائري على مايلي: "إذا كانت المخالصة أو الحوالة لمدة تزيد على ثلاث سنوات ، فإنها لا تكون نافذة في حق الدائن المرتهن إلا إذا سجلت قبل قيد الرهن، وإلا خفضت المدة إلى ثلاث سنوات ...".
ولابد من تعميم هذا النص على جميع الحوالات بالأجرة والمخالصة بها مقدما ، سواء فسي مواجهة الدائن المرتهن أو الغير كالمصرف إليه في العين، والدائن وكل من له حق يتعارض مع وجود المخالصة بالأجرة المقدمة أو الحوالة بها .

إلى جانب هذا هناك عقود ينشأ عنها تعهد بنقل الملكية، منها الوعد بالبيع الملزم لجانبين ، وبالبيع بالتفضيل لابد من النص على إخضاعها للشهر أياضاً حتى يتمكن أصحابها من الاحتجاج بها . وقد نص المشرع الفرنسي في المادة 1/37 من مرسوم 1955 السالف الذكر على شهر الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد والوعد بالإيجار الزائد عن اثنتي عشرة سنة ، فلا يكون للموعد لـه بالبيع أو بالإيجار، الذي شهر حقه سوى الحق في المطالبة بالتعويض من الواعد ، ومن المتصرف إليه في العين ، إذ أن هذا الأخير قد علم بوجود الوعد بالبيع أو بالإيجار، بفضل الشهر⁽¹⁾.
ولكن إذا تعلق الأمر بالوعد بالبيع والشراء الملزم لجانبين ، فشهر الوعد يترتب عليه نفاذه في مواجهة الغير ، ولا يجوز للبائع أن يتصرف لشخص آخر . ومنذ 4 مارس 1971 أصبح الوعد بالتفضيل إذا أشهر نافذاً في مواجهة الغير ، وأصبح لا يخضع للمادة 1/37 من مرسوم 1955 التي تتضمن الوعود التي يعتبر الشهر فيها غير إلزامي ، وبالتالي لا يمكن الاحتجاج بها فسي مواجهة الغير بل أصبح الوعد بالتفضيل خاضعاً للمادة 2/28 من ذات المرسوم ، الخاص بالشروط المانعة من التصرف ، واعتبر الوعد بالتفضيل شرطاً يمنع البائع من التصرف في العين الموعد بها ، ويعتبر إذا شهر نافذاً في مواجهة الغير⁽²⁾.

(F) MAGNIN : Actes soumis à publicité à fin d'information des tiers. (1)
Publicité foncière J. Cl. civ. Annexes fasc. 9 n° 33

(M) DAGOT : Nouvelles réflexions sur la publicité des pactes de préférence et des promesses unilatérales de vente J.C.P 1980-I-doct 2986 n° 31-32

(A) FOURNIER : Art, Précit , n° 121

(M) DAGOT : Nouvelles réflexions sur la publicité des pactes de préférence et (2)
des promesses unilatérales de vente , Art, Précit , n° 1 à 7

ويعتبر هذا تطوراً ايجابياً، وصل اليه القانون الفرنسي، ولا بدّ من مسايرته فيه، لأن الوعد بالبيع الملزم لجانبين ما هو إلا عقد ابتدائي، فمن الضروري إعطاء صاحبه الحق في الاحتجاج به في مواجهة الغير، ويكون ذلك بإخضاعه للشهر.

كما أن الوعد بالتفضيل هو وعد خاص، يتعهد صاحبه بتفضيل مشتر معين على غيره، وإلجبار الواعد على تنفيذ التزامه عينا، لا بدّ من إخضاع الوعد بالتفضيل للشهر، حتى لا يكسب الغير حقاً عينياً على العقار الموعود به، يمكنه من الاحتجاج به على الموعود له.

المطلب الرابع

ثبوت تاريخ العقد

للاحتجاج بالمحرر العرفي في مواجهة الغير، لا بدّ أن يكون ثابت التاريخ، وقد نصت المادة 1/328 مدني جزائري على مايلي: "لا يكون العقد العرفي⁽¹⁾ حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت...".
وسأوضح في هذا المطلب مفهوم الغير بالنسبة لحجية الورقة العرفية والشروط المتطلبة فيه لعدم الاحتجاج بالورقة العرفية عليه.

الفرع الأول: مفهوم الغير بالنسبة لحجية الورقة العرفية

الورقة العرفية حجة على الجميع بكل مشتملاتها إلا فيما يتعلق بتاريخها فلا يحتج به على الغير إلا إذا كان ثابتاً⁽²⁾، وذلك لأن من اليسير على الشخص الغش في تاريخ تصرفات معيّنة، وبذلك يضر بمصلحة الغير الذي له حق يتعارض مع الحق الثابت في الورقة العرفية⁽³⁾، ولهذا

(1) النص العربي للمادة 1/328 مخطيء حين استعمل كلمة العقد العرفي والصحيح "الورقة العرفية".

(2) د. سليمان مرقس: أصول الاثبات واجراءاته، الجزء الاول، المرجع السابق، ص 218 BASTIAN ; These , Précit , p 135

(3) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، الجزء 2، المرجع السابق، ص 218

حماء القانون بأن جعل تاريخ التصرف الوارد في الورقة العرفية غير نافذ في مواجهته، إلا إذا كان ثابتاً .

وإذا حددنا طائفة الأشخاص الذين يتوقف انصراف أثر التصرف إليهم على ثبوت تاريخه ، وجدنا أنهم هم الخلف الخاص للمتصرف، لأنهم يكتسبون حقاً على عين معينة ولا يمكن الاحتجاج عليهم بتصرفات السلف في نفس العين إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل انتقال الحق إليهم .

فالدائنون المرتهنون، والدائنون أصحاب حق تخصيص أو امتياز مقيّد على العقار المتعلق به التصرف المدون في ورقة عرفية ، لا تضر بهم تصرفات المدين في العين المضمونة برهن أو اختصاص، لأن حقهم ثابت ومقيّد، ولا يعتبر من الغير الدائنون العاديون، إذ يحتج عليهم بجميع تصرفات مدينهم ولو كانت غير ثابتة التاريخ ، ولكن يبقى للدائن العادي اثبات عدم صحة التاريخ الوارد في الورقة العرفية ، وذلك بموجب الدعوى البولصية أو الدعوى غير المباشرة⁽¹⁾.

وإذا ثبت أنه على حق في دعواه ، فلا تنفذ تصرفات المدين في مواجهته، ويلاحظ أن الدائن الحاجز ولو كان دائناً عادياً ، يصبح من الغير من يوم تسجيل الحجز إذ يصبح له حق خاص على المال المحجوز⁽²⁾، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 385 إجراءات مدنية على مايلي : " لا يجوز للمدين من يوم تسجيل الحجز أن ينقل ملكية العقار المحجوز عليه ولا أن يرتب عليه حقوقاً عينية والأ كان تصرفه باطلاً ... وفضلاً عن ذلك فينفذ التصرف ينقل أو ترتيب الحقوق العينية إذا أودع من تلقى الحق العيني أو الدائن قبل اليوم المحدد للمزايدة مبلغاً يكفي للوفاء بأصل الدين والفوائد والمصاريف المستحقة للدائنين المقيدين والحاجزين.

فإذا لم يحصل الأيداع حتى ذلك التاريخ فلا يجوز لأي سبب منح ميعاد للقيام به " .

ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد ذكر في نص المادة المذكورة عبارة " كان تصرفه باطلاً " بينما التصرف صحيح والدليل على ذلك أن الفقرة الثانية تنص على أنه يكون للمتصرف إليه إذا أراد الإبقاء على العين المتصرف فيها أن يودع مبلغاً يكفي لسداد الدين والمصاريف المستحقة للدائنين المقيدين والحاجزين، فالتصرف صحيح منتج لأثاره بين المتعاقدين ولكنه

(1) د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، الجزء 2 ، المرجع السابق ، ص 212

(J.M) AUSSEL : Thèse , Précit , p 231

(2) د. أبو الوفا : التعليق على نصوص قانون الإثبات ، المرجع السابق ، ص 116

CUNY : DESTIERS : Thèse NANCY 1889 . p 209

لا ينفذ في مواجهة الدائنين الحاجزين إلا بالشروط المذكورة أعلاه .

وقد كرر المشرع الجزائري هذا الخطأ ثانية في المادة 3/384 التي جاء فيها مايلي :

" تكون الايجارات اللاحقة للتسجيل باطلة ما لم يأذن بها القضاء . " والحقيقة أن هذه الايجارات لا تكون باطلة وإنما لا تنفذ فقط في مواجهة الدائن الحاجز .

وفي هذا الصدد يرى الاستاذ محمد حسنين⁽¹⁾ " أن النص الفرنسي للمادة 2/385 إجراءات

مدنية جاء صحيحاً إذ يقول : " يكون التصرف صحيحاً En outre l'alienation ou la constitution de droit réels seront valables " .

و أنا أرى عكس رأي الاستاذ حسنين أن النص العربي للمادة 2/385 هو الصحيح إذ ورد به ما يلي : " نفاذ التصرف " بينما النص الفرنسي يشير الى صحة التصرف ، وتصرف المدين في هذا الصدد لا يصحح ولا يمكن تصحيحه ، فالتصرف الباطل ، معدوم ، إلا إذا أمكننا تطبيق نظرية تحويل العقد ، التي لا محل لها هنا .

وقد وقع المشرع في خطأ عندما نص في الفقرة الأولى من المادة 385 إجراءات مدنية - على أن يكون التصرف باطلا - وتماذى في خطئه في النص الفرنسي الفقرة الثانية من نفس المادة التي تقول أن التصرف بصير صحيحاً ، إذ ، أن تصرف المدين في جميع الأحوال صحيح وإنما لا ينفذ في مواجهة الدائن الحاجز ، إذن يبقى النص العربي للمادة 2/385 صحيحاً ويجدر تصحيح النص الفرنسي كالآتي : " ... L'alienation ou la constitution de droit réels seront opposables ... " .

وبالنسبة للدائنين المقيدين ، فالى جانب من ذكروا في المادة 385 إجراءات مدنية ، لا يحتج عليهم بتصرفات المدين الصادرة بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية ، ويصح للدائنين الذين سجلوا تنبيه نزع الملكية حق على ثمار العين المرهونة ، فلا تنفذ الايجارات أي كانت مدتها في مواجهة الدائن إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وهذا ما نصت عليه المادة 896 مدني جزائري ، وكذلك لا تنفذ المخالصة بالأجرة ولا الحوالة بها في حق الدائن المرتهن إلا إذا كان تاريخها ثابتاً وسابقاً على تسجيل تنبيه نزع الملكية . وقد نصت المادة 897 مدني على مايلي : " لا تكون المخالصة بالأجرة مقدماً لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ولا الحوالة بها كذلك نافذة في حق الدائن المرتهن إلا إذا كان تاريخها ثابتاً

(1) د. محمد حسنين : التنفيذ القضائي في قانون الإجراءات المدنية الجزائري ، مكتبة الفلاح الكويت ، 1984 ، ص 192 .

وسابقا لتسجيل تنبيه نزع الملكية⁽¹⁾ يوحى النص بأن الدائن المرتهن يعتبر دائما من الغير بالنسبة للمخالصة بالأجرة مقدما والحوالة بها، ذلك لأنه يشترط أن يكون لها تاريخ ثابت سابق لتسجيل تنبيه نزع الملكية، والحقيقة أنه لا يصير الدائن المرتهن من الغير إلا بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية، فيشترط أن تكون المخالصة بالأجرة مقدما، ثابتة التاريخ قبل هذه الفترة. أما إذا لم يسجل الدائن تنبيه نزع الملكية فيحتج عليه بالمخالفات ولو كانت صادرة في أوراق عرفية.

وقد نص المشرع المصري على عدم الاحتجاج على الدائنين بتصرفات المدين إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل صحيفة دعوى الاعسار⁽²⁾.

أما قانوننا فلم ينص على نظام الاعسار، ولا وجود لمثل هذا النص المصري رغم أهميته عندنا، ومن المفروض أن يحمي المشرع الجزائري الدائنين العاديين بتنظيم نظام الاعسار كما فعل في تنظيم الافلاس في القانون التجاري، إذ تنص المادة 1/251 منه على مايلي: "لا يصح التمسك قبل جماعة الدائنين بالرهون الحيازية والامتيازات التي سجلت بعد صدور الحكم الذي قضى بالتسوية القضائية أو شهر الافلاس..." وفوق هذا فإن حق جماعة الدائنين يثبت أيضا في فترة توقف التاجر عن الدفع فلا تنفذ تصرفات المدين في مواجهة الدائنين العاديين إلا إذا كانت صادرة قبل توقفه عن الدفع⁽³⁾ وقد نصت على هذا المادة 247 تجاري جزائري. وفيما عدا الاستثناءات المذكورة فالدائنون بصفة عامة لا يعتبرون من الغير في هذا المجال، بل يحتج عليهم بتصرفات مدينهم ولو كانت صادرة في أوراق عرفية.

(1) من الضروري حذف حرف "الواو" الذي ورد في نص المادة 897 مبدئي جزائري بين كلمتي "ثابتا و سابقا" لأنه يوحى بأن التاريخ السابق لتسجيل تنبيه نزع الملكية هو شرط ثان، بينما الأمر قاصر على شرط واحد، هو ثبوت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية. وقد جاء النص الفرنسي صحيحا حين قال Sielles ont date certaine...
antérieure à la transcription du commandement immobilier"

(2) د. أحمد سلامة: التأمينات المدنية، الرهن الرسمي، دار التعاون، القاهرة، 1966، ص 14 - د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، الجزء 10، المرجع السابق، ص 459

(3) سليمان مرقس: أصول الاثبات واجراءاته، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 253
CUNY - Thèse, Precit, p 212 - (P) LESCOT: Quelques aspects de la relativité des actes juridiques en droit privé positif, Semaine Juridique, 1962, doct 1682 n° 5

وكذلك لا يعتبر الخلف العام من الغير ، فيحتج عليه بتاريخ الورقة العرفية . وحتى في حالة تصرف مـورثهم في مرض الموت فيهم لا يعتبرون من الغير ، ويحتج عليهم بتصرفات مـورثهم إلا إذا أثبتوا أنها صدرت من مـورثهم في مرض الموت ، فيأخذ التصرف حكم الوصية ، وقد نصت المادة 2/766 مدني جزائري على مايلي : "... وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر من مـورثهم وهو في مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ولا يحتج على الورقة بتاريخ العقد إذالم يكن هذا التاريخ ثابتا " .

والشطر الأخير من نص المادة 2/766 مدني جزائري خاطيء ، لأن الورثة كخلف عام للمتصرف يحتج عليهم بجميع تصرفاته ، ولا تكون غير نافذة في حقهم إلا بعد إثباتهم أن التصرف قد صدر من المـورث في مرض الموت ، فحينئذ يصبح التصرف في حكم الوصية فلا ينفذ إلا في حدود الثلث إن كان لأجنبي طبقا للقانون الجزائري ، ويحتفظ الورثة بصفتهم خلفا عاما ويصبحون من الغير بالنسبة لأثر التصرف فيما يجاوز ثلث التركة⁽¹⁾ والغير الاجنبي أصلا عن التصرف Penitus Extranei لا يعتبر أيضا من الغير بالنسبة للاحتجاج بالورقة العرفية ، إذ لا يتصور الاحتجاج عليه بالورقة العرفية ، مادام ليس له حق يتعارض مع وجودها⁽²⁾

والمتعاقدان أيضا لا يعتبران من الغير وهذا أمر بديهي لأنهما طرفان في إبرام العقد ولا يعتبر كذلك من الغير الأشخاص الذين وقصوا المحرر والأشخاص الذين كانوا ممثلين في توقيع المحرر⁽³⁾ .

ويقصد بالغير بصفة عامة الخلف الخاص ، فلا يكون تصرف السلف نافذا في مواجهته إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل انتقال الحق أو المال الى هذا الخلف ، ولا بد من توافر شروط في الخلف وفي تصرفه .

(1) سليمان مرقس : أصول الاثبات واجراءاته ، الجزء الأول ، المرجع السابق ، ص 339
د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، الجزء 2 ، المرجع السابق ، ص 209

(2) (J.M) AUSSEL :Thèse ,Précit, p 228 - (J)CARBONNIER :Droit Civil, les obligations T 4 , Op, Cit , p 180

(3) BASTIAN : Thèse , Précit , p 135

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في الخلف الخاص لعدم الاحتجاج عليه بتاريخ التصرف
الثابت بالورقة العرفية:

أ - أن يكون سند الخلف الخاص ثابت التاريخ :

يجب أن يكون حق الخلف الخاص وارداً في محرر ثابت التاريخ إذ الغرض من شمسوت التاريخ هو إثبات أسبقية أحد السندين على الآخر ، ولا يمكن تحقق ذلك إذا كانت الورقتان عرفيتين فيعتبر في هذه الحالة كل من السندين حجة بالنسبة إلى الآخر إلى حين إثبات العكس⁽¹⁾

ب - أن يكون الخلف الخاص حسن النية :

ويكون الخلف الخاص حسن النية ، إذا لم يكن يعلم بحق الغير الثابت في المحرر العرفي⁽²⁾ إذ لو كان الخلف الخاص يعلم بوجود حق للغير لا ينتقل هذا الحق إليه بموجب المادة 109 مدني جزائري .

ج - ضرورة تمسك الخلف الخاص بعدم الاحتجاج عليه بتاريخ الورقة العرفية :

ذلك لأن قاعدة شمسوت التاريخ ليست من النظام العام وإنما وضعت لحماية الغير فإن لم يتمسك الغير بعدم شمسوت التاريخ ، كانت الورقة العرفية حجة عليه . ولكن لا يتقدم حق الغير في التمسك بعدم الاحتجاج عليه بتاريخ الورقة العرفية ، ولكن يستطيع صاحب الورقة العرفية كسب الحق بالتقدم⁽³⁾ .

د - ألا يكون القانون قد اشترط إجراءات أخرى لنفاذ الحق :

فإذا اشترط القانون لنفاذ الحق ضرورة تسجيله مثلاً فلا يكون الحق نافذاً في مواجهة الغير إلا باتباع إجراءات التسجيل ، ولا يجدي تاريخ الورقة ولو كان ثابتاً للاحتجاج به في مواجهة الغير ، إذ لا تتحدد الأسبقية إلا بالنظر إلى تاريخ التسجيل⁽⁴⁾

(1) سليمان مرقس : أصول الإثبات وإجراءاته ، الجزء الأول ، المرجع السابق ، ص 255

(2) د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص 232
(J) CARBONNIER : Droit Civil , T.4 , Op, Cit, p 180

(3) BASTIAN : Thèse , Précit , p 139 . 141

د. أبو الوفا : التعليق على نصوص قانون الإثبات ، المرجع السابق ، ص 117

(4) د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص 223
CUNY : Thèse , Précit , p 193

والأحظ ان الورقة العرفية تكون حجة على المتعاقدين وعلى الخلف العام والدائنين، ولكن متى
تطلب المشرع الكتابة الرسمية ، فالتصرف الثابت في الورقة العرفية يكون باطلا بطلانا مطلقا
لتخلف الشكل .

ولا يمكن الاحتجاج به على المتعاقدين و لا على الغير . وقد نصت المادة 324 مكرر مدني جزائري
على مايلي : " زيادة على العقود التي يأمر القانون باخضاعها الى شكل رسمي يجب ، تحت طائلة
البطلان ، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية
أو كل عنصر من عناصرها أو التنازل عن اسهم من شركة أو حصص فيها ... في شكل رسمي ، ويجب
دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد " .

وفي هذا الموضوع قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 1983/5/7⁽¹⁾ فقد صدر قرار لمجلس قضاء
وهران بصحة ايجار ب . ع . ق وبطرد السيد ب . ع . ق . س . ك . من المحل التجاري المؤجر وقد
طعن هذا الأخير بالنقض أمام المجلس الأعلى ، على أساس ان كلا من المستأجرين لديه عقد
عرفي وأن المادة 12 من الأمر رقم 91 - 70 الصادر في 1970/12/15 تنص على أن ايجار
المحلات التجارية يتعين تحريره في شكلية رسمية ولا تعرض لطائلة البطلان .

وحيث أن ايجار المتمسك به السيد ب . ع . ق ومثله ايجار المتمسك به السيد ع . س . ك
كانا محررين في وثيقة عرفية ، خاصة مخالفة كلاهما أحكام المادة 12 المذكورة أعلاه ، وبالتالي
يترتب عليه بطلان عقد ايجار ، ولا يمكن التحدث عن حق أفضلية من الأطراف المتخاصمة . فقد
خرق مجلس قضاء وهران المادة 12 من الأمر 70/91 . ولهذا قرر المجلس الأعلى نقض وإبطال
القرار الصادر من مجلس وهران في 3 جوان 1981 .

وأستخلص من هذا أنه متى تطلب القانون الرسمية لبرام أو نقل حق ، فإن عدم إفراغ العقد
في الشكل المطلوب قانونا ، يترتب عليه بطلان العقد ، فلا يحتج به لا على المتعاقدين ولا على
الغير ، ويستوى في ذلك أن يكون عقدا عرفيا ثابت التاريخ ، أو غير ثابت لأن المشرع
اشتراط الرسمية ولم يشترط شكلا آخر .

(1) نشر هذا القرار في : الاجتهاد القضائي ، قرارات المجلس الأعلى ، ديوان المطبوعات
الجامعية ، الجزائر 1986 ، ص 188 - 189 مع ملاحظة انني لم اذكر الا وجه الطعن الذي
له علاقة بالموضوع .

المطلب الخامس

تمسك الغير بالعقد السوري

الصورية هي وضع ظاهراً يخفي حقيقة العلاقة القانونية بين المتعاقدين ، فالإرادة الباطنة الحقيقية تتجه الى ايقاع الغير في غلط ، وقد تقتزن الصورية أحياناً بالغش ، كما اذا أراد المتعاقد ان التهرب من مصلحة الضرائب فيلجؤون الى ابرام عقد يتضمن ثمناً سورياً . ولكن الصورية في بعض الأحيان الأخرى تخلو من الغش و يكون الدافع لها مجرد الضمير الخلقي الرقيق الذي يمنع صاحبه من كشف واقع الأمر ، كما جاء في حالة ستر عقد هبة لابن طبيعي أو خلية ، بعقد بيع ظاهر . (1) وفيما يلي أتعرض لمفهوم الغير بالنسبة للتصرف السوري ثم الى آثار الصورية .

الفراغ الأول : المقصود بالغير بالنسبة للتصرف السوري :

تنص المادة (198) مدني جزائري صراحة على أن الأشخاص الذين لهم الحق في التمسك بالعقد السوري هم الخلف الخاص للمتعاقدين و الدائنون أيضاً .

أولاً : الدائنون : و يقصد بهم كل من كان له حق في مواجهة المدين ، و ذلك سواء كان حقه مستحق الأداء أو غير مستحق الأداء ، وسواء كان حقه سابقاً على التصرف أو تالياً له (2) . فعدم نفاذ العقد المستتر يحقق حماية للدائن اذ قد يبرم هذا الأخير عقد رهن مع مالك ظاهراً بينما يثبت في العقد المستتر أن الملكية كانت باسم مستعار ، فلا ينفذ العقد المستتر في مواجهة الدائن حسن النية . (3) .

-
- (1) . ROUSSEAU : Essai sur la notion de simulation; thèse 1936, DALLOZ, p: 51/52 .
 (J) GHESTIN : Traité de droit civil , Les obligations tome 2, Op, Cit, p . 218 .
 (2) د. أنور سلطان : الموجز في النظرية العامة للالتزام ز الاحكام ، المرجع السابق ، ص . 160 .
 د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، الجزء 2 المرجع السابق ، ص 1095 .
 (3) AUSSEL : Thèse , Précit , p 97 - MARTY et RAYNAUD : Op , Cit , p 246 , Aussi
 NAUT : Effets des actes Juridiques simulés , Thèse , Paris , 1951 , p 26 .

غير أنه ليس من مصلحة الدائن التمسك دائماً بالعقد الظاهر، فمثلاً إذا كان الدائن ، دائناً لبائع وكان العقد المستتر عقد هبة ، فمن مصلحة التمسك بالعقد المستتر حتى يتمكن من المطالبة في التصرف بالدعوى البولصية دون حاجة لإثبات غش ، ويشترط لرفع دعوى الصورية أن يكون الدائن حسن النية ، غير عالم بوجود العقد المستتر ، وأن يكون العقد المستتر صحيحاً ، فإذا كان باطلاً لسبب غير مشروع ، أو لمخالفتة للنظام العام ، أو للقانون فلا يستطيع الدائن ولو كان حسن النية التمسك به (1).

ثانياً : الخلف الخاص : هو من اكتسب حقاً عينياً من أحد المتعاقدين ، ولا يسري عليه التصرف الصوري إذ يعتبر من الغير بالنسبة للتصرف ، ويجب أن يكون حسن النية ، غير عالم بالعقد المستتر بحيث إذا كان عالماً به ، كان العقد الحقيقي نافذاً في مواجهته (2).

ومن مصلحة الخلف الخاص للمشتري التمسك بالعقد الظاهر ، ويكون من مصلحة الخلف الخاص للبائع التمسك بالعقد المستتر .

ويلاحظ أن لكل من الخلف الخاص والدائنين الخيار بين التمسك بالعقد المستتر أو العقد الظاهر وفقاً لمصلحتهم الخاصة .

ولكن هل يقتصر الغير في الصورية على الخلف الخاص والدائنين فقط ؟
يذهب الرأي الراجح في الفقه والقضاء إلى أنه يقصد بالغير في الصورية فضلاً عن الخلف الخاص والدائنين ، كل من لم يكن طرفاً في العقد أو خلفاً عاماً لأحد طرفيه (3).
فيعتبر الشفيع ، والمتعهد إليه من الغير ويجوز لهم التمسك بالعقد الصوري .

(1) STARCK: Les Obligations , Op, Cit, p 518 . 519

د. أحمد سلامة : مذكرات في نظرية الالتزام ، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 86
(2) MARTY et RAYNAUD : Op, Cit, p 245 Aussi CARBONNIER: Droit Civil, Tome 4, Op, Cit, p 159

(3) د. أحمد سلامة : مذكرات في نظرية الالتزام ، الكتاب الثاني ، المرجع السابق، ص 86
د. عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي: الصورية في ضوء القضاء والفقه ، دار المعارف ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، ص 103 .

وهناك من لا يعتبر الشفيع من الغير، ومنهم الأستاذ السنهاوري، إذ يرى أن الشفيع ليس من الغير إذ هو يحل محل المشتري ويجب عليه إذا كان الثمن صورياً دفع الثمن الحقيقي⁽¹⁾ فهو كسب حقه بموجب العقد الصوري وعليه فلا يعتبر من الغير.

وبالنسبة للقانون الجزائري فلا يختلف الأمر بالنسبة للشفيع - سواء اعتبرناه من الغير أو لم نعتبره من الغير - ذلك لأن العقد الحقيقي الذي يتضمن ثمناً أعلى من الثمن الظاهر يكون باطلاً فلا يسري في مواجهة الشفيع في جميع الأحوال، إذ تنص المادة 113 من الأمر رقم 76-105 الصادر في 9 ديسمبر 1976 والمتضمن قانون التسجيل على ما يلي: "يكون باطلاً وعديم الأثر كل اتفاق يهدف إلى إخفاء جزء من ثمن بيع عقارات أو تنازل عن محل تجاري..."

وقد أعطت المادة 118 من قانون التسجيل الحق في الشفعة للدولة عندما يباع عقار أو محل تجاري بثمن غير جدي مع تعويض المشتري بأن تدفع له 10 % من الثمن المذكور في العقد الظاهر. وهذا ما تضمنته أيضاً المادة 637 من القانون العام للضرائب الفرنسي⁽²⁾.

إذن فالشفيع هنا من الغير إذ يستطيع التمسك بالعقد الظاهر، وهذا ما ذهب إليه القضاء المصري إذ يعتبر الشفيع من الغير⁽³⁾ ولعله اعتبر هذا جزاءً يقرره القضاء للبائع الذي تعتمد إخفاء جزء من الثمن.

ولكن إذا كان العقد الحقيقي هبة والعقد الظاهر بيعاً فلا شك في أن الشفيع لا يستطيع التمسك بالعقد الحقيقي لكي يسري في مواجهته، وذهب الفقه إلى أنه لا يسقط عن الشفيع شيء إذا وهب البائع جزء من الثمن للمشتري⁽⁴⁾.

أما بصدد المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير، فأوافق الأستاذ السنهاوري في أنه ليس من الغير، فيجوز للمنتفع أن يدفع في مواجهته بصورة العقد⁽⁵⁾ ذلك لأن الصورية وجدت لحماية

(1) د. عبد الرزاق السنهاوري: الوسيط، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 1091.

(2) STARCK: Droit Civil, les obligations, Op, Cit, p 516 (B)

(3) د. أنور سلطان: الموجز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 162.

(4) أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص 173
د. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 5، المرجع السابق، ص 712

(5) د. عبد الرزاق السنهاوري: الوسيط، الجزء 3، المرجع السابق، ص 1091

أشخاص تضرروا من الأمر الظاهر ، ولا يمكن إدماج المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير ضمن هذه الطائفة .

ويذهب الفقهاء الفرنسيون إلى اعتبار إدارة الضرائب Administration Fiscale من الغير بالنسبة للتصرفات الصورية التي يخفي فيها المتعاقدان جزء من الثمن⁽¹⁾ وذلك استنادا إلى المادة 1793 من مرسوم 1950/4/6 المتضمن تعديل القانون العام للضرائب التي تنص على ابطال ورقة الضد التي تتضمن ثمنا أعلى من الثمن المذكور في العقد الظاهر⁽²⁾ . وليس لمصلحة الضرائب التمسك بالعقد الصوري، بل لها التمسك بالعقد الحقيقي فقط⁽³⁾

ويلاحظ أن المادة 1793 - المذكورة أعلاه - والمطابقة للمادة 113 من قانون التسجيل الجزائري - السالفة الذكر - المفروض أن يكون الغرض منها تحقيق مصلحة المشتري، غير أن البائع قد يستفيد منها أيضا ، فإذا كان الثمن المذكور في العقد الظاهر غير جدي يستطيع البائع رفع دعوى الغبن، ولا يستطيع المشتري الدفع بورقة الضد لأنها باطلة وفقا للمادة 1793 لهذا يرى الاستاذ DAGOT أنه من الأفضل الإبقاء على العقد صحيحا بين أطرافه⁽⁴⁾ ووافق في هذا الرأي ، مع تحميل المتهم من الضرائب غرامة مضاعفة أو قدرها ثلاث مرات للمبلغ المتهم منه .

هذا إلى جانب أنه غالبا ما يدفع الثمن مباشرة للبائع دون سند أو شهود وهذه حالة يصعب فيها إثبات صورية الثمن .

الفرع الثاني : آثار الصورية

أولا : فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام

إن العقد الحقيقي يكون نافذا فيما بين المتعاقدين سواء تم التعاقد أصالة أو بالنيابة

(1) GHESTIN :Simulation ,Encyclo,DALLOZ n° 51 - FLOUR et AUBERT,Op,Cit, (1) p 301 - NAUT : Thèse , Précit, p 26

(2) Michel DAGOT:La Simulation en droit privé,Thèse L.G.D.J,1965,p 189

(3) (M)DAGOT:Thèse,Précit,p194-(J)CARBONNIER:Op,Cit,Tome4,p 161

(4) (M)DAGOT : Thèse précit p. 193

اذ الاعتداد يكون بالارادة الحقيقية (1) . وكذلك يكون التصرف الحقيقي نافذا في مواجهة الخلف العام ، وقد نصت المادة 199 مدني جزائري على مايلي : " إذا أخفى المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين ، والخلف العام هو العقد الحقيقي " غير أنه إذا كان العقد الحقيقي يضر بالخلف العام كما في حالة التحايل على أحكام الميراث والوصية ، فله أن يثبت ذلك بكافة الطرق ، ويصبح التصرف الحقيقي - إذا كان وصية - غير نافذ في حق الورثة إذا جاوز الثلث إلا إذا أقرّوه (2)

وكذلك في القانون الفرنسي اذ يستطيع الورثة الطعن في صورية السلف إذا كان الغرض منه هبة يتعدى فيها على " الاحتياطي الوراثي " La Reserve Hériditaire المخصص للورثة أصحاب الاحتياطي Héritiers Reservataires (3)

ثانيا : بالنسبة للغير :

إن الصورية تمكن الغير من الاختيار في التمسك بالعقد الظاهر أو بالعقد الصوري (4) وفقا لمصلحتهم . وتنص المادة 198 مدني جزائري على مايلي : " إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسن النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصوري " . والنص بهذه الصورة ناقص إذ كان من المفروض إضافة فقرة تنص على أن لدائني المتعاقدين والخلف الخاص الحق أيضا في التمسك بالعقد المستتر .

ويشترط في الغير أن يكون حسن النية أي يجهل وجود العقد الحقيقي . وتسجيل العقد يعني أن الغير عالم به ، لهذا فالعقد المسجل نافذ في مواجهة الغير ، فالعقد الحقيقي يصبح ظاهرا لما للتسجيل من وظيفة إعلامية (5)

-
- (1) (J)CARBONNEIR;Droit civil,Tome 4,Op,Cit,p160 - (J)GHESTIN:Simulation, Art, Précit,n°50 - (A) BENABENT:Droit civil,les Obligations,Montchrestien , Paris , 1987 , p 108
- (2) د.عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي: المرجع السابق ، ص 102 و ص 152
- (3) DELCOURT:De l'effet des actes juridiques à l'égard des tiers ,Thèse,Paris 1902,p.52 NAUT : Thèse , Précit, p 20
- (4) ROUSSEAU: thèse Précit , p 113
- (5) DAVID : De l'Action en declaration de simulation,Thèse,Poitiers 1921. p. 80-84

وفي حالة نزاع بين من يتمسك بالعقد السوري ومن يتمسك بالعقد الحقيقي، كأن يتمسك دائن المشتري بالعقد السوري ودائن البائع بالعقد الحقيقي، فتذهب غالبية الفقه في هذه الحالة إلى تفضيل من يتمسك بالعقد الظاهر⁽¹⁾ وقد أخذت القوانين العربية الأخرى بهذا الرأي (المادة 2/244 مدني مصري، المادة 2/245 مدني سوري و المادة 247 مدني ليبي). وإذا تعلق الأمر بمنقولات يتسطيع الخلف الخاص الاستناد إلى المادة 198 مدني جزائري وأيضا إلى قاعدة "الحيازة في المنقول سند الحائز" كلما توافرت شروطها إذ تسمح بتغليب الوضع الظاهر⁽²⁾. أما بالنسبة للتصرف في العقار، فلاشك في أن العقد الظاهر إذا سجل وظل العقد الحقيقي مستترا فالأولوية تكون للعقد المسجل⁽³⁾.

إلا أن الإشكال يبقى قائما بالنسبة لتفضيل مصلحة دائن البائع أو مصلحة دائن المشتري. وقد كان القضاء الفرنسي في الفترة السابقة لسنة 1939 متناقضا في المسألة، وكان يذهب في غالب أحكامه إلى إعطاء الأسبقية للعقد الحقيقي⁽⁴⁾ ذلك لما كان لمبدأ سلطان الإرادة من رواج، فكانت العبرة بالإرادة الحقيقية وكان يستند في أحكامه إلى قاعدة⁽⁵⁾ *Nemo plus juris ad aliū transeferre potest quam ips habet*

ورغم هذا فقد صدرت بعض أحكام لمصلحة من تمسك بالعقد الظاهر، فقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية في سنة 1926 حكما قضت فيه بالإبقاء على الرهن صحيحا لمصلحة دائن المرتهن حسن النية رغم تمسكه بالعقد الظاهر⁽⁶⁾ وبعد سنة 1939 بدأ موقف القضاء الفرنسي يتغير، إذ صدرت أحكام في مصلحة الأشخاص الذين يتمسكون بالوضع الظاهر حرصا على استقرار التعامل⁽⁷⁾.

(1) (B)STARCK:Droit civil,op,Cit,p 519- FLOUR et AUBERT:Op;Cit,p 304-

(A)BENABENT :Op,Cit,p 109

NAUT : Thèse ,Précit, p 92 (2)

DAVID : Thèse ,Précit, p 84 (3)

(J)CARBONNIER:Droit civil,Tome4,Dp,Cit,p 164 . (4)

DAGOT:Thèse ,Précit , p 290 - (B)STARCK :Droit civil,Op,Cit,p370 (5)

GAZ.PALAIS 1927/1 p .319.Versailles 16/12/1926 (6)

(J)CARBONNIER :Droit civil,T.4;Op,Cit, p 164- (B)STARCK:Droit civil, op,Cit,p.370 - (M)DAGOT:Thèse ,Précit, p .291 . (7)

أما القانون الجزائري فلا يوجد فيه نص يمنح الأولوية لمن يتمسك بالعقد الظاهر على الذي يتمسك بالعقد المستقر ، ومن المستحسن إضافة فقرة أخرى الى المادة 198 مدني جزائري تقضي بذلك صراحة على غرار ما فعلت القوانين العربية الأخرى ، ومما لاشك فيه أن استقـرار المعاملات يقتضي اعطاء الأولوية لمن يتمسك بالوضع الظاهر ، خاصة وأن من يتمسك بالعقد الحقيقي غالبا ما يجهل وجود العقد المستقر ، ويتم معاملته مع المتصرف بناء على الوضع الظاهر فقط ، فلا يتضرر مباشرة من تفضيل الأشخاص الذين يتمسكون بالعقد الظاهر (1) .

أخلص من هذا الى أن العقد نافذ في مواجهة الجميع لهذا كان من الضروري حماية الغير في أوضاع معينة وجعل العقد غير نافذ في مواجهتهم ، ويلاحظ انه كلما كان الشخص من الغير فعدم نفاذ التصرف في مواجهته يعني عدم الاحتجاج به عليه ، فيكون غير ملزم باحترمه وهذا أمر يتعلق بمبدأ نفاذ فقط .

لكن اذا كان الغير يملك العين الوارد عليها التصرف فعدم نفاذ التصرف في مواجهته يعني أيضا عدم الزامه به ، وأيضا اذا كان الشخص خلفا عاما أو خاصا ، فعدم نفاذ العقد أو التصرف في مواجهته اذا كان الأمر يتعلق بعين أو حق انتقل اليه ، يعني عدم الزامه بالعقد أيضا ، اذ يرتبط مبدأ نسبية العقد بمبدأ نفاذ العقد في هذا المجال .

ان قواعد عدم النفاذ تتكامل مع مبدأ نسبية العقد في حماية الأشخاص ، اذ أن الغير يستطيع الاستناد الى مبدأ نسبية العقد لعدم تحميله بالتزامات) كما يستطيع الاستناد الى أحكام عدم النفاذ لتجعل العقد غير نافذ في مواجهته .

فاذا كان مبدأ نسبية العقد يحمي الغير الأجنبي أصلا من العقد " PENITUS EXTRANEI " فان أحكام عدم النفاذ تتكامل معه في حماية الغير والخلف الخاص و العام أيضا ، فحماية الغير تعتبر العقود المنشئة أو الناقلة للحقوق العينية و بعض الحقوق الشخصية غير نافذة في مواجهتهم إلا اذا كانت مسجلة على النحو المقرر قانونا ، ولا يحتاج كذلك على الغير بالعقود العرفية إلا اذا كانت ثابتة التاريخ .

اما الخلف الخاص فلا تنصرف اليه آثار العقود إلا اذا كانت ثابتة التاريخ قبل التصرف في الحق اليه ، كما لا ينفذ العقد الحقيقي في مواجهته إلا اذا شاء ذلك ، اذ يصدد العقود الصورية له الخيار في التمسك اما بالعقد الظاهر أو العقد المستقر .

أما الخلف العام فله أن يستند الى قواعد عدم نفاذ العقد - في حالة الغش ، والتحايل على أحكام الوصية و الميراث - لحماية من هذه التصرفات المضرة به .
كما أن قواعد النفاذ تحمي الدائن العادي ، فالعقد الذي يبرمه المدين يعتبر نافذا في مواجهة الدائن العادي، إلا أنه في حالة الصورية و الغش، يستطيع هذا الأخير التمسك بعدم نفاذ العقد في مواجهته .

الفصل الثالث

تأثير نظرية الوضع الظاهر على مبدأ نسبية العقد

تمهيد :-

يقوم مبدأ نسبية العقد على أساس أن العقد لا يلزم إلا أطرافه وخلفهم أحياناً، ولا يمكن أن يتعدى أثره إلى الغير، بينما تقوم نظرية الوضع الظاهر على حماية الشخص الذي اطمأن إلى الوضع الظاهر وتعامل على أساسه بحسن نية .

ففي الحياة القانونية قد يظهر شخص في نظر الجميع بأنه المالك الحقيقي، فإذا قام هذا الأخير بإبرام عقد مع الغير حسن النية، فهذا العقد يعتبر صحيحاً ويلزم المالك الحقيقي⁽¹⁾ الذي يعتبر أصلاً من الغير . فتبدو نظرية الوضع الظاهر استثناءً فعلياً من مبدأ نسبية العقد .

وقد أخذ قانوننا صراحةً بنظرية الوضع الظاهر بخصوص الدائن الظاهر إذ تنص المادة 268 مدني على مايلي : " الوفاء لشخص غير الدائن ، أو نائبه لا يبرئ ذمة المدين إلا إذا أقر هذا الوفاء ، أو عادت عليه منفعة منه ، وبقدر هذه المنفعة ، أو تم الوفاء بحسن نية للشخص كان الدين في حياته " ⁽²⁾

فبالرغم من أن الوفاء لغير الدائن يستلزم الوفاء للدائن الحقيقي ثانية ، إلا أن المشرع سعى إلى حماية الأوضاع الظاهرة ، والثقة المشروعة بين الناس ، فإذا قام المدين بالوفاء لشخص كان الدين في حوزته ، وهذا ما يحدث غالباً بالنسبة للسندات لحاملها حيث تختلط حياة السند بحياة الحق⁽³⁾ ، فإن هذا الوفاء يعتبر صحيحاً ويبرئ المدين من الدين ويكون للدائن

(1) DERRIDA et MESTRE : Apparence, Encyclopedie DALLOZ, Droit civil, p 1

(2) ورد خطأ بنص المادة 268 مدني جزائري ويجب حذف حرف " ل " ويصبح " لشخص كان الدين .. وليس " للشخص " كما هو وارد بالنص .

(3) ALEX WEILL : Thèse , Précit , p 523 .

الحقيقي الرجوع على الدائن الظاهر بدعوى الاثراء بلا سبب وبالتعويض اذا كان هذا الأخير سيء النية⁽¹⁾.

ويلاحظ ان موقف المشرع صريح بخصوص الدائن الظاهر ، يمكن تعميمه على جميع الأوضاع الظاهرة اذا توافرت فيها نفس الشروط فأخذ المشرع بنظرية المظهر الظاهر أمر لا جدال فيه ، وسأبحث فيما يلي تطبيقات للوضع الظاهر . ثم أتعرض لآثار الوضع الظاهر ومدى اعتباره استثناء عن مبدأ نسبية العقد .

المبحث الأول

الملكية الظاهرة

المطلب الأول

مدى اخضاع تصرفات المالك والوارث لنظرية الوضع الظاهر

ان المالك أو الوارث الظاهر هو من يعتقد الناس فيه أنه مالك أو وارث حقيقي ثم يزول هذا الوضع بظهور وارث أو مالك حقيقي يحجبه . إلا أنه في الفترة السابقة على ظهور الوارث أو المالك الحقيقي قد يقوم المالك الظاهر بتصرفات على العين كالبيع أو الرهن مثلاً ، وفي القانون المدني لا يوجد نص بخصوص البيع⁽²⁾ ولكن تماشياً مع الفقه والقضاء الفرنسي سعياً للرغبة الأكيدة في حماية الأوضاع الظاهرة نص المشرع صراحة على ذلك بخصوص الدائن والنايب الظاهر ،

(1) د. سمير تناعو : نظرية الالتزام ، المرجع السابق ، ص 514

د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، الجزء 2 ، المرجع السابق ، ص 723

د. أنور سلطان : احكام الالتزام ، المرجع السابق ، ص 354

(2) أما الرهن فقد نصت عليه المادة 885 مدني .

ويمكن القياس عليهما بالنسبة للوارث الظاهر ، إذ ان حماية الأوضاع الظاهرة تعد تطبيقاً للقاعدة " الغلط الشائع يولد الحق " وذلك سعياً من المشرع الى حماية الثقة في التعامل ⁽¹⁾ وبذلك تعتبر تصرفات الوارث الظاهر ملزمة للوارث الحقيقي متى كان الغير حسن النية . فمن يتعامل بحسن نية مع شخص في ضوء الاعتقاد الشائع يكون معذوراً وتجدر حمايته . فإذا قام الوارث الظاهر مثلاً برهن عقار ورثه ظاهرياً يكون الرهن صحيحاً ، وملزماً للوارث الحقيقي متى كان الدائن المرتهن حسن النية ، ويعتقد وقت إبرام الرهن ان المتعامل معه هو الوارث الحقيقي ⁽²⁾ ويمكنه بالتالي الاستناد الى قاعدة " الغلط الشائع يولد الحق " أي ان الناس عامة يمكنهم أن يقعوا في نفس الغلط لو وجدوا في نفس الظروف ، وعلى الغير اثبات الغلط الشائع ⁽³⁾ وإذا اثبت الغير الغلط الشائع فان حسن نيته يفترض ويكون العقد نافذاً في حق الغير المالك الحقيقي .

ولحماية الغير من تصرفات الوارث الظاهر يجب ان يكون هذا الغير حسن النية أي أن يثبت وقوعه في غلط شائع ⁽⁴⁾ الى جانب ان يكون الوارث الظاهر قد تصرف له بعوض ⁽⁵⁾ .

ويقتلص مجال تطبيق نظرية الوضع الظاهر بخصوص المالك الظاهر والوارث الظاهر ان الملكية تنتقل بالتسجيل في قانوننا إذ يستطيع الشخص التحري عن الوضعية الحقيقية والفعلية للعقار ، فتتضمن المادة 88 من المرسوم 76 - 63 المؤرخ في 25 مارس 1976 والمتعلق بتأسيس السجل العقاري على مايلي : " لا يمكن القيام بأي اجراء للاشهار في محافظة عقارية في حالة عدم وجود اشهار مسبق أو مقارن للعقد أو للقرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة ، يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير وذلك مع مراعاة احكام المادة 89 أدناه .

- (1) د. سمير تنافو : نظرية الالتزام ، المرجع السابق ، ص 177
- د. عبد المنعم فرج الصده : مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 362
- LEVENEUR: Situations de fait et droit privé, Thèse Paris, 1988 - p.164 .
- (2) د. عبدالرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، التأمينات الشخصية والعينية ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1969 ، ص 310
- (3) د. أحمد سلامة : مذكرات في نظرية الالتزام ، الكتاب الاول ، المرجع السابق، ص 117
- (J) DONNEDIEU DE VABRES : Les Actes de l'Heritier apparent RTD Civil 1940, p.398 .
- (4) LEVENEUR : Thèse Précitée , p.168
- (5) WEILL: Thèse Précitée , p.530

والمصرف أو صاحب الحق الأخير يعني الشخص الذي يكون حقه قد تم تحويله أو تعديله أو ترتيب حقوق عليه أو انقضاؤه بموجب الاجراء الذي طلب الاشهار من أجله .

انه ابتداء من الاشهار المعطى للعقد أو للقرار القضائي أو للشهادة المثبتة الحق لصاحبه الجديد، لا يمكن القيام بأي اجراء من قبل الشخص الرئيسي أو ضد صاحب السابق لهذا الحق دون الاخلال باشهار الطلبات القضائية الرامية الى فسخ أو ابطال أو الغاء أو نقص حق عيني عقاري .
ولكن اذا ظهر المالك الحقيقي أو الوارث الحقيقي ، فلا يمكن ان يحتج عليه بالتصرف المسجل اذا كان قد أشعر طلب الابطال مسبقا .

فان نص المادة (86) من المرسوم المذكور اعلاه تنص على انه : " ان فسخ الحقوق العينية العقارية أو ابطالها أو الغاءها أو نقضها عندما ينتج أثرا رجعيا لا يحتج به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر إلا اذا كان الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الابطال أو الالغاء أو النقض قد تمّ شهره مسبقا أو كان هذا الفسخ أو الابطال أو الالغاء أو النقض بحكم القانون " ، فاذا كان الابطال مقررًا بحكم القانون فيحتج به على الخلف الخاص ، والتصرف في ملك الغير باعتباره قابلا للابطال بحكم القانون ، لا يحتج بصدده على المالك الحقيقي بالتسجيل ، إلا انه يمكن للمصرف اليه الاستناد الى نظرية الوضع الظاهر

أما بالنسبة الى المنقولات ، فاذا تصرف المالك الظاهر أو الوارث الظاهر فيها للغير حسن النية فالامر يخضع لقاعدة " الحيازة في المنقول سند الحائز " و ليس الى نظرية الوضع الظاهر ولا وافق الدكتور أبو عافية في القول بأن : " الحيازة تحمي الحامل الظاهر الذي اكتسب موقعه بمقتضى واقعة قانونية ، وان أساس هذه الحماية هو فكرة مظهر الحق " . (1)

ليس لنظرية الوضع الظاهر علاقة بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز التي وجدت لدعم الائتمان التجاري في ميدان المنقولات المادية كلما كانت للشخص حيازة صحيحة خالية من العيوب فلا يوجد تعارض بين الحقيقة و الظاهر بل ان الحيازة تعادل السند ، اذا الوضع الظاهر يصبح حقيقة . (2) الى جانب ان شروط تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز تختلف

(1) د. أبو عافية : التصرف القانوني المجرد ، النظرية العامة والتطبيقات في القانون المصري . المقارن ، رسالة دكتوراه ، القاهرة ، مطبعة جامعة فؤاد الاول ، 1947 ، ص 270 .
271 .

(2) ARRIGHI : Apparence et Réalité en Droit privé , thèse , Nice 1974 p. 606,607

عن شروط تطبيق نظرية الوضع الظاهر، ففي الأولى يشترط حسن النية والحيازة الهادئة والمستمرة بينما بالنسبة للثانية يشترط حسن النية والخطأ الشائع⁽¹⁾.

وهذا لا يعني عدم اعمال نظرية الوضع الظاهر في قانوننا وانما يحد من تطبيقها فقط، لأن مجالها لا يبقى قائما في حالة بيع أو رهن الملك الظاهر للغير، بعقد موثق، وغير مسجل، فإن هذا العقد يرتب كافة آثاره عدا نقل الملكية، ومنها ضمان الاستحقاق الذي يلتزم به الوارث أو البائع (المالك) الظاهر ويمكن للغير التمسك بالوضع الظاهر اذا توافرت الشروط المطلوبة في ذلك. أي اذا قام بشهر حقه قبل شهر صاحب الحق الأصلي لحقه او دعواه.

ويمكن أيضا تطبيق نظرية الوضع الظاهر بالنسبة للإيجارات التي يقوم بها المالك أو الوارث الظاهر اذا جاوزت 3 سنوات وقلّت عن 12 سنة، ذلك لأنه اذا قلّت مدة الإيجار عن 3 سنوات اعتبرت من أعمال الإدارة التي يجوز ان يقوم بها حائز العين وفقا للمادة 468 مدني جزائري، فتكون تبعا لذلك صحيحة، وملزمة للمالك الحقيقي.

أما الإيجارات التي تزيد مدتها عن 12 سنة فقد تطلب المشرع تسجيلها، فاذا سجلت على النحو المنصوص عليه في المادة 17 من الأمر 74 - 75، كانت ملزمة للمالك الحقيقي وتطبق عليها المادة 86 من المرسوم 76 - 63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

أما الإيجارات التي تجاوز مدتها 3 سنوات وتقل عن 12 سنة فيجوز للمستأجر متى كان حسن النية ويعتقد ان المؤجر هو المالك الحقيقي أو الوارث الحقيقي، و وقع في غلط شائع في تقديره للوضع الظاهر، التمسك بنظرية مظهر الحق، ويصير عقد الإيجار ملزما للمالك الحقيقي ويرتب جميع آثاره.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي اذ تنتقل الملكية بمجرد انعقاد العقد، فالأخذ بالوضع الظاهر حتمي يفرضه الحرص على الأبقاء على الائتمان الممنوح للمالك، انبدونه يرفض الغير التعامل مع مالك الآ بعد اكتمال فترة التقادم المتطلبية لكسب الملكية، وهذا يعرقل التطور الاقتصادي ككل⁽²⁾.

(1) ORTSCHIEDT : La possession en droit civil Français et Allemand, Thèse (P) Strasbourg, 1977, p 63

(A) WEILL : Thèse, Précit, p. 525
LEVENEUR : Thèse, Précit, p. 201.

المطلب الثاني

تأسيس الملكية الظاهرة

هناك من الفقهاء من أقام الملكية الظاهرة على أساس الخطأ، فالشخص الذي شارك بفعله في إنشاء الوضع الظاهر يعتبر مخطئاً ومهملاً، لعدم اظهار صفته للغير،⁽¹⁾ فيكون مسؤولاً تقصيراً ويلزم بتعويض الغير حسن النية الذي انخدع بالوضع الظاهر، ويكون التعويض عينياً أي يلزم بتنفيذ العقد.

ولقد انتقد هذا الرأي اذ المالك الحقيقي قد يكون جاهلاً لحقيقة الأمر فلا يمكن أن ينسب اليه خطأ⁽²⁾.

لهذا حاول فريق آخر من الفقهاء تبرير الزام المالك الحقيقي بالاستناد الى قواعد المسؤولية من فعل الغير، ولكن لكي يؤخذ بهذا الرأي لا بدّ من ارتكاب المالك الظاهر خطأ ولا بد من وجود رابطة بينه وبين المالك الحقيقي، ألا أنه في غالب الأحيان لا تربط الطرفين أية علاقة الى جانب ان المالك الظاهر قد لا يكون مخطئاً، اذا كان حسن النية ويجهل أن العين مملوكة لغيره⁽³⁾. ويؤسس البعض الآخر الملكية الظاهرة على الفضالة، وهذا أمر غير مستقيم وذلك لعدم توفر النية لدى المالك الظاهر في العمل لحساب الغير، بل هو يعمل لحسابه اذ قد يكون يجهل وجود شخص آخر يستحق العين⁽⁴⁾.

ومن الفقهاء من يرى ان حماية الوضع الظاهر تحقق في نفس الوقت حماية لمجموع الملاك اذ تتماشى مع مصلحة الائتمان "Sécurité du commerce juridique" ولهذا فعلى المالك ان يتحمل مخاطرها احيانا اي ان يلجأ الى الاستناد الى نظرية تحمل التبعة، وللمالك الحقيقي الرجوع على المالك الظاهر بالتعويض، وهذا أمر لا يتماشى مع نظرية تحمل التبعة⁽⁵⁾.

(1)

(J) DONNEDIEU DE VABRES : Art , Précit , p .393.

(2)

(J) LEAUTE :Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie generale de l'apparence RTDC, 1947, n° 22

(A)WEILL : Thèse ,Précit,p.544 -545 - LEVENEUR:Thèse,Précit,p.158

(3)

ARRIGHI : Thèse , Précit , p 293

(4)

WEILL:Thèse ,Précit , p539 -540 - ARRIGHI :Thèse ,Précit,p.591

(5)

(J)LEAUTE :Art,Précit, n° 28 - ARRIGHI: Thèse , Précit,p.660

كما يرى البعض الآخر من الفقهاء ان الملكية الظاهرة اساسها الصورية، وان كان صحيحا أن الصورية تنشيء وضعاً ظاهراً إلا أنها تفترض غالباً تطابق إرادتين، بينما الوضع الظاهر يكون دائماً نتيجة إرادة منفردة، كما ان المالك في الصورية يكون عالماً بالعقد المستتر وينشأ الوضع الظاهر بإرادته، بينما في الملكية الظاهرة يكون المالك الحقيقي وفي غالب الأحيان المالك الظاهر يجهل حقيقة الأمر⁽¹⁾.

ويمكن تأسيس الملكية الظاهرة على الوضع الظاهر وحده، ولعل محاولات الفقهاء لإقامتها على أسس أخرى يرجع الى ان نظرية الوضع الظاهر لم تعرف الرّواج الذي وصلت اليه اليوم.

المبحث الثاني

الوكالة الظاهرة

المفروض ان الوكيل ملزم في حدود معيّنة فاذا جاوز حدود سلطاته فان آثار العقد لا تنصرف الى الموكل. غير ان آثار العقد قد تنصرف أحياناً الى الأصيل ضماناً لاستقرار المعاملات وحماية لحسن النية⁽²⁾ اذا كان الغير يعتقد عن حسن نية ان النائب يتصرف في حدود سلطاته⁽³⁾. ولقد نصت المادة 76 مدني جزائري على مايلي: "اذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت إبرام العقد انقضاء النيابة، فان أثر العقد الذي يبرمه، حقا كان أو التزاما، يضاف الى الأصيل أو خلفائه".

(1) ROUSSEAU : Thèse , Précit , p .112

د. وحيد الدين سوار : النظرية العامة للالتزام الجزء الاول، مصادر الالتزام، دار

الكتاب، دمشق - 1976 - ص 272 .

(2) (G) FLATTET : Thèse , Précit , p 79- FLOUR et AUBERT:Op,Cit,Volume 1,p325

(3) MAZEAUD : Op, Cit, Tome 1. Volume 2, p. 128

المطلب الأول

مدى اخضاع الوكالة لنظرية الوضع الظاهر

للكالة الظاهرة ثلاث صوراً تعرض لها، بإيجاز فيما يلي :-

- أ - فقد ينهي الموكل الوكالة دون ان يعلم الغير بانها * ، فيكون العقد ملزماً للموكل وذلك ضماناً للائتمان التجاري ، خاصة و أن الغالب هو ان يكون الموكل مخطئاً في عدم اعلان الغير بانها الوكالة ، فيلتزم اذن بجميع تصرفات الوكيل مع الغير في هذه الفترة (1). وهذا مانصت عليه المادة (76) مدني جزائري السالفة الذكر .
 - ب - وقد يتجاوز النائب حدود سلطاته و ينشأ عن هذا مظهر يندفع به الغير، فاذا اعتقد الغير بحسن نية - نتيجة لخطأ واهمال ارتكبه الموكل - ان الوكيل يعمل في حدود نيابته ، انصرف أثر العقد الى الموكل لأنه غالباً ما يكون مخطئاً أو مهملاً في عدم اعلان الغير بحدود سلطة الموكل (2).
 - ج - وقد يعمل الوكيل دون وكالة ، كما اذا تقدم لقبض الدين وكانت لديه مخالصة، فيعتبر القبض مبرراً للمدين متى كان هذا الاخيراً حسن النية ، ووقع في غلط شائع في شخص الوكيل الظاهر فمن يتقدم الى شركة لتسلم بضاعة وكانت لديه وثيقة الشحن ، فان التسلم يبرئ الشركة ولو لم يكن وكيلاً عن المرسل اليه ، لأن مقتضيات الحياة التجارية قد تحتم الاكتفاء فني المعاملات بمجرد التراضي ، (3)
- ويكفي لانصراف آثار الوكالة الظاهرة الى الأصيل ، ان يكون الغير حسن النية، وقع في خطأ شائع و غالباً ما يكون المظهر الخارجي الذي أوقع الغير في خطأ منسوباً الى الموكل (4). بحيث انه ساهم في انشائه، سواء بمنح ثقته لشخص غير جدير بها ، اي أساء اختياراً النائب أو قصّر في اعلام الغير بآرائه في انهاء الوكالة ، وكذا في حالة عمل الوكيل بدون وكالة يكون الموكل قد قصّر في المحافظة على المستندات المثبتة للدين .

(1) CLARISE : De la Representation, son role dans la création des Obligations, Thèse, LILLE, 1949, p. 213 .

د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ، الجزء 7 ، المراجع السابق ص 605 .

(2) (M)STORCK: Thèse, Précit, p. 172 - (P)LESCOT: Le mandat apparent, JCP. 1964, Doct. 1826, (2)

N° 5

أحمد شوقي عبد الرحمن : المراجع السابق ، ص 18 - 19 .

(3) د. عبد الباسط جميعي : الوكالة الظاهرة ، مقال ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية 1964

(4) د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، الجزء 7 ، المراجع السابق ، ص 605 .

وقد كان القضاء الفرنسي لا يكتفي بكون الخطأ شائعا بل كان يشترط فيه ان يكون ناجما عن اعتقاد راسخ بأن المتصرف هو مالك الشيء موضوع التصرف .

وكان يتطلب معيار الرجل الحريص ، وكان يرى ان الرجل الحريص هو الذي لا يقع في مثل هذا الخطأ المستحيل تجنبه . أما الآن فانه يكتفي بالنسبة للنية الظاهرة ، بمجرد وقوع الغير في خطأ مشروع *Erreur légitime* بحيث لا يتطلب من الغير اخذ حيلة اكثر من حيلة الرجل العادي . فيكون مظهر الوكالة من الجسامة بحيث يخفي امره على الرجل المعتاد (1) .
واذا اثبت الغير ان الوضع الظاهر يبرر الخطأ الذي وقع فيه ، فحسن نيته يبقى مفترضا وعلى الأصل اثبات عكس ذلك (2) .

وقد اخذ القضاء الجزائري ايضا بالخطأ المشروع في النية الظاهرة (3) .

المطلب الثاني

تأسيس الوكالة الظاهرة

هناك من يؤسس الوكالة الظاهرة على خطأ الموكل ، فيكون هذا الاخير مسؤولا تقصيريا ، ويعوض عينا ، بتنفيذ العقد ويلتزم بالتزام الوكيل الظاهر امام الغير (4) ، فهو مسؤول عن اختياره للنائب وعن عدم مراقبته لأعماله .

وقد انتقد هذا الرأي بأن الموكل قد لا يكون مخطئا ورغم ذلك يظل مسؤولا (5) .

(1) د. عبد الباسط جميعي : مقال ، الوكالة الظاهرة ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، المرجع السابق ، ص 339 .

(2) (J) LEAUTE : Art, Précit, n° 7 - LEVENEUR /Thèse, Précitée, p.212-213
DERRIDA et MESTRE : Art, Précit, ENCY. DALLOZ, n° 32

(3) قرار للمجلس الأعلى - الغرفة المدنية بتاريخ 1969/4/30

(4) (J) LEAUTE : Art, Précit, n° 12 - (P) LESCOT : Le mandat apparent : Art , Précit , n° 22-23

(5) LEVENEUR : Thèse , Précit , p 208

وهناك من يقيم الوكالة الظاهرة على أساس المسؤولية عن فعل الغير، و يتطلب وقوع خطأ من الوكيل الظاهر، غير أنه أحياناً يكون الوكيل الظاهر نفسه جاهلاً بإنهاء الوكالة، أو التقليل من حدود السلطات المخولة له⁽¹⁾، إلى جانب أن المسؤولية عن فعل الغير تفترض وجود علاقة بين المخطيء، والمسؤول، ولكن قد نتعدم هذه العلاقة تماماً في الوكالة الظاهرة كما في حالة عدم وجود وكالة أصلاً⁽²⁾.

وهناك من يؤسس الوكالة الظاهرة على نظرية تحمل المخاطر، ولكن الاستناد إلى هذه النظرية لا يشرح كيفية رجوع الموكل على الوكيل الظاهر بالتعويض عن الضرر الذي أصابه⁽³⁾ والحقيقة هي أن التزام الموكل يرجع إلى قيام مظهر الوكالة وهو يعد سبباً لالتزامه.

المبحث الثالث

أثار الوضع الظاهر ومدى اعتباره استثناء من مبدأ نسبية العقد

المطلب الأول

أثار الوضع الظاهر

إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الوضع الظاهر من حسن نية الغير، ووقوعه في خطأ شائع، وإثباته لذلك بتقديم العناصر الكافية التي أوقعته في الخطأ، فإن العقد الذي يبرمه المالك أو الوارث أو الوكيل الظاهر ينصرف أثره إلى المالك أو الوارث الحقيقي أو الموكل :-
1. بالنسبة للمالك الظاهر : يلاحظ أنه يستوى أن يكون المالك الظاهر حسن النية أو سئ النية، ولكن تطبق القواعد العامة، فالمالك حسن النية يحتفظ بالثمار التي قبضها إلى يوم إعلان الغير بملكيته، ويرد الثمن الذي دفعه له المشتري إلى المالك الحقيقي.

(1) عبد الباسط جميعي : الوكالة الظاهرة، المرجع السابق، ص 337.

(2) LEVENEUR : Thèse Précitée , p 206

(3) عبد الباسط جميعي : الوكالة الظاهرة، المرجع السابق، ص 332

أما المالك سيء النية فيرد الثمار التي قبضها والتي قصر في قبضها، وضمن العين يوم الاسترداد الى جانب تعويض المالك الحقيقي عن الضرر الذي أصابه (1).

2 . بالنسبة للمتصرف اليه : يكتسب المتصرف اليه حقا ثابتا بعد ان كان حقه مهددا بالزوال بناء على قاعدة ان فاقد الشيء لا يعطيه (2) "NEMO PLUS JURIS" و يستطيع الغير المطالبة بالفسخ مع التعويض ، كما أن له اذا كان تنفيذ العقد مستحيلا المطالبة بالتنفيذ بمقابل (3).

فجميع الحقوق التي اكتسبها الخلف الخاص تكون نافذة وملزمة للمالك الحقيقي أو الموكل، فيستطيع الخلف الخاص التمسك بالوضع الظاهر بعد اثباته والرد بهذا على دعوى الاستحقاق التي يرفعها عليه المالك الحقيقي (4).

3 . بالنسبة لصاحب الحق : فالوضع الظاهر حازر دون اعمال الحقيقة ودون ابطال العقود التي أبرمت في ظل الوضع الظاهر ، فالعقود ترتب جميع آثارها كما لو كان الشخص قد تعاقد مع صاحب الحق فعلا ، ولا يستطيع هذا الاخير معارضة المتصرف اليه او رفض تنفيذ الالتزامات التي ترتبت على العقد ، فالوضع الظاهر يلزمه شخصا بالتزامات سلبية فلا يمكنه التعرض الشخصي للمتصرف اليه الذي تعامل بحسن نية طبقا للوضع الظاهر (5). كما يلتزم بالتزامات ايجابية ، كوضع العين تحت تصرف الخلف الخاص في الزمان والمكان المحددين في العقد، وإذا كان العقد ايجارا مثلا فيلتزم الموعجرا بصيانة العين الموعجرة (6).

المطلب الثاني

مدى اعتبار نظرية الوضع الظاهر استثناء
من مبدأ نسبية العقد

إذا كان القانون يحمي الوضع الظاهر الذي اطمأن اليه الغير ، وتعامل على أساسه بحسن

DERRIDA et MESTRE: Art, précité, ENCY. DALLOZ n° 128 à 132 - LEVENEUR: Thèse (1) Précitée, p. 192. - (J) DONNEDIEU DE VABRES; Art, Prec. p. 392.

ARRIGHI: Thèse Précitée, p. 482.

(J) CARBONNIER: Droit civil, Op, Cit, tome 1, p. 146.

LEVENEUR: Thèse Précitée, p. 191.

ARRIGHI: Thèse Précitée, p. 494.

ARRIGHI: Thèse Précitée, p. 497. 498.

LEVENEUR: Thèse Précitée, p. 227.

نية تحقيقا لاستقرار المعاملات .

فنظرية الوضع الظاهر تعبر عن مدى ميل القوانين الحديثة الى اعطاء صبغة مادية للعلاقات القانونية ضمانا لاستقرار المعاملات⁽¹⁾ وهذا ما أدى بالبعض الى القول بأن نظرية الأوضاع الظاهرة قد تجاوزت العراقيل الناتجة عن مبدأ نسبية العقد. وأنه اذا كان من الممكن ان نتصور أن نظرية الوضع الظاهر ليست استثناء من مبدأ نسبية العقد فهذا يكون في حالة فريدة وهي الحالة التي يساهم فيها صاحب الحق في انشاء الوضع الظاهر، فيكون مسؤولا عن خطئه ، وتنصرف آثار العقد اليه تطبيقا لقواعد المسؤولية التقصيرية .

الآن الأمر يختلف عندما ينشأ الوضع الظاهر بصفة مستقلة، أي دون ارتكاب صاحب الحق خطأ ، فانصراف آثار العقد الذي أبرمه الغير اليه بعد في هذه الحالة استثناءا فعليا من مبدأ نسبية العقد⁽²⁾ ويرى " ويل " في رسالته حول نسبية العقد ان نظرية الوضع الظاهر ليست استثناءا من مبدأ نسبية العقد⁽³⁾ إلا أنه عدل عن رأيه فيما بعد واعتبرها استثناءا فعليا⁽⁴⁾ ويقول "أريغي" ARRIGHI " انه من البديهي ان يتغلب الوضع الظاهر الذي يعتبر مرآة للواقع ، على مبدأ نسبية العقد الذي يعبر عن مجرد علاقات قانونية وخاصة بعد ازالة الحاجز الذي كان يربط بين الخطأ والوضع الظاهر⁽⁵⁾ اذ أصبح يكفي ان يكون الغير حسن النية لتطبيق نظرية الوضع الظاهر⁽⁶⁾.

كما يعتبر "قوتال" GOUTAL " الوكالة الظاهرة استثناء عمليا عن مبدأ نسبية العقد، غير أنه اذا تعلق الأمر بارتكاب الموكل خطأ ساهم في انشاء الوضع الظاهر فانه يكون ملزما بموجب الخطأ الذي ارتكبه لا بموجب العقد الذي أبرمه الغير⁽⁷⁾.
وقد سبق ان بينت ان الخطأ لا يمكن ان يكون أساسا لنظرية الوكالة الظاهرة .

(1) د.أبو عافية محمود : رسالة دكتوراه ، المرجع السابق ، ص 271

(2) LEVENEUR : Thèse , Précitée , p.158

(3) (A)WEILL : Thèse , Précitée P.523

(4) (A)WEILL : Droit Civil , les obligations , DALLOZ, Paris , 1971, p550

(5) ARRIGHI : Thèse , Précitée , p 623

(6) د.عبد الباسط جميعي : الوكالة الظاهرة ، المرجع السابق ، ص 339

(7) (J.L)GOUTAL : Thèse , Précitée , p 63

فهل يمكن اعتبار الوكالة الظاهرة التي نشأت مستقلة عن أي خطأ يرتكبه الموكل استثناءاً فعلياً من مبدأ نسبية العقد ؟

يرى " ديبيران DEBRAND " أن انصراف آثار العقد إلى الموكل دون أن ينسب إليه أي خطأ يعتبر استثناءاً فعلياً عن مبدأ نسبية العقد⁽¹⁾ :

ولهذا ذهب البعض إلى القول بأنه : " في اليوم الذي يتغلب فيه صاحب السند الظاهر على صاحب السند الحقيقي ، في هذا اليوم بالذات تكون هناك نظريات قانونية ولكن لا يبقى للقانون المدني وجود " (2) ، وهذا ما يقوله أي شخص متحمس للحق والقانون ، غير أن اعتبارات النظام العام ، ومصلحة الجماعة وحماية استقرار المعاملات ، تؤدي أحياناً إلى التضحية بالمصالح الخاصة من أجل المصلحة العامة ، إذ هذا أمر يقتضيه التطور الاقتصادي والتجاري⁽³⁾ . ويمكن أن ننظر إلى هذا الوضع لا بصفته وضعاً يؤدي إلى الأضرار بالأوضاع القانونية ، وإنما ننظر إليه كوضع يساعد على حسن استمرارها واستعمالها . ومع ذلك فإنه من الضروري الأخذ بفكرة الخطأ الشائع مع وجوب تحديده بدقة كبيرة وإخضاع تقديره لرقابة المحاكم العليا . أن نظرية الوضع الظاهر لا تشكل استثناءاً من مبدأ نسبية العقد ، لأن العقد لا يلزم الغير مباشرة بل الوضع الظاهر هو الذي يلزمه .

فإرادة المالك الظاهر أو الوارث الظاهر لم تتجه إلى انصراف أثر العقد إلى الغير ، بل حدث ذلك صدفة⁽⁴⁾ ، غير أنه من الناحية العملية يعتبر استثناءً كلما كان المالك أو الوارث الحقيقي أو الموكل لم يشارك في إنشاء الوضع الظاهر بخطئه . وفي هذا المجال ، نلاحظ أن القضاء الجزائي تطور ، إذ أصبح يقرر انصراف آثار العقد إلى صاحب الحق الحقيقي ولو لم يرتكب خطأ .

فقد صدر قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 1969/4/30 تضمن تطبيق الوكالة الظاهرة مع انتفاء

الخطأ من طرف الموكل ، إذ وقع الغير بحسن نية في خطأ مشروع .

حيث أن النائب الظاهر يعمل ضمن حدود السلطات المخولة له وقد جرى العمل على أن الأشخاص المعنوية تمثلها هيئات أو ممثلون أمام المتعاملين معها ، وعليه فلا يمكن لها الاحتجاج على الغير

DEBRAND : Thèse , Précitée , p 208

(1)

LEVENEUR : Thèse, Précitée , p.194

(2)

LEVENEUR : Thèse , Précitée , p 196

(3)

(A)WEILL : Thèse , Précitée , p 534

(4)

بتحديد سلطات الهيئات أو الممثلين اذا لم تعلم الغير بذلك. فتكون اعمال هذه الهيئات أو الممثلين باعتبارهم وكلاء ظاهرين ملزمة للموكل في جميع الأحوال⁽¹⁾ وهذا التطور القضائي يعتبر استثناء عمليا عن مبدأ نسبية العقد .

(1) قرار المجلس الأعلى - غرفة القانون الخاص - بتاريخ 1969/4/30

Code Civil. Annote, édit, ENERIM, Alger. 1989-1990 P. 218

الفصل الرابع

تأثير الحق العيني والالتزام العيني على مبدأ نسبية العقد

ان طبيعة الحق العيني تجعل منه حقا مطلقا فاذا كان محملا بقيود من مستلزماته انتقلت الى الخلف الخاص اما الحقوق والالتزامات الشخصية فيقتصر أثرها على المتعاقدين ولا تنتقل الى الخلف الخاص الا اذا كانت متصلة بالشيء الذي انتقل اليه وكانت من مستلزماته وفقا للمادة 109 مدني جزائري السالفة الذكر .

فاذا كان الفقه الغالب مثلا يذهب الى الانتقال الايجابي للالتزام بعدم انشاء تجارة منافسة الى الخلف الخاص فلأنه يعد مكملا للحق الذي انتقل اليه اذ بدراً عن المشتري خطر منافسة البائع الأصلي ، الى جانب أن هذا لا يضر بالمدين بالالتزام قلن يزيد عبء التزامه بانتقاله الى شخص آخر ، ولا يمكن تبرير سقوط التزامه بتغيير الحائز طالما أن المحل التجاري محل الحماية مازال موجودا (1) لكن الانتقال السلبي للالتزام بعدم انشاء تجارة منافسة لا يمكن أن ينتقل الى خلف البائع بالاستناد الى المادة 109 مدني السالفة الذكر ذلك لأنه التزام شخصي فلا يمكن أن يحد من الحق العيني الذي انتقل الى الخلف الخاص ، ويرى الاستاذ السنهاوري ان التزام صاحب المتجر بالامتناع عن مباشرة تجارة في جهة معينة الى الخلف الخاص بائع وكذلك اذا باعت شركة تعدين قطعة لشخص واشترطت عليه عدم المطالبة بالتعويض عن الاضرار التي تسببها أعمال التعدين، فاعتبر هذا الالتزام ، التزاما يحد من حق الخلف الخاص وينتقل اليه (2) .

ولا أشاطر الاستاذ السنهاوري الرأي خاصة أنه ذكر في مؤلفه عن عقد البيع ان الالتزام بالضمان لا ينتقل الى الخلف الخاص ومن المعروف انه يعتبر الالتزام بعدم انشاء تجارة منافسة هو الالتزام بالضمان في عقد بيع المحل التجاري (3) .

(1) د/ عباس مصطفى أنور المصري والالتزام بائع المحل التجاري بعدم انشاء تجارة منافسة ، دراسة تحليلية للفقه و القضاء المصري والفرنسي ، رسالة دكتوراه ، القاهرة 1980 ص 296 .

(2) د/ عبد الرزاق السنهاوري ، الوسيط ، المجلد الأول ، المرجع السابق ، ص 612 .
والاحظ أن القضاء المصري لم يأخذ بهذا الرأي اذ اشار الاستاذ السنهاوري في الهامش 1 صفحة 612 من نفس المرجع الى ان " محكمة الاستئناف المختلطة بتاريخ 1923/4/4 قضت بأنه اذا اشترى شخص من آخر حق صنع مواد معينة والتزم بأن يمتنع عن تصديرها الى الخارج قطعا للمنافسة ، ثم باع الحق الى مشتري ثانٍ ، فان الالتزام بعدم المنافسة لا ينتقل الى المشتري الثاني .

(3) د/ السنهاوري ، الوسيط ، الجزء الرابع المرجع السابق ، ص 627 .

والأحظ أن القضاء الفرنسي رغم أنه اعتمد رأي أوبيري ورو القائل بأن الالتزامات التي تحد من الحق تنتقل إلى الخلف الخاص (1) إلا أنه لم يعتمد على هذا الرأي لنقل الالتزامات الشخصية وقد تعرض هذا الرأي للنقد وسأبين هذا فيما بعد فوجود الالتزام الشخصي لا يحد من الحق العيني، ولكن يمكن أن يحد من الحقوق الشخصية فقط (2)، فالالتزام السلف بعدم المطالبة بالتعويض أو التزاه بعدم المنافسة يعتبر من الالتزامات الشخصية، ولا يمكن أن ينتقل إلى الخلف الخاص، ولا تنتقل هذه الالتزامات إلى الخلف الخاص إلا إذا أمكن تحويلها إلى تكاليف عينية كحق الارتفاق. لهذا كله سعى القضاء الفرنسي إلى نقل بعض الالتزامات الشخصية إلى الخلف الخاص استناداً إلى بعض المبادئ القانونية كفكرة الحق العيني ما دام نافذاً في حق الجميع، فتحويل الالتزامات إلى حق عيني - متى كان ذلك ممكناً - يجعلها تنتقل إلى الخلف الخاص، كما أنشأ القضاء الفرنسي حقوقاً عينية من نوع خاص " Droit Reels Suis Generis " استند إليها لتبرير موقفه (3).

وسأقسم هذا الفصل إلى مبحثين، الأول أخصه لتأثير الحق العيني على مبدأ نسبية العقد، أما الثاني فأتناول فيه تأثير الالتزام العيني على مبدأ نسبية العقد.

المبحث الأول

تأثير الحق العيني على مبدأ نسبية العقد

أتعرض في هذا المبحث لمضمون الحق العيني في مطلب أول، وفي مطلب ثان لتحويل الالتزامات إلى حقوق ارتفاق، أما المطلب الثالث فأخصه لتحويل الالتزامات إلى حق عيني من نوع خاص.

MAZEAND: Op, Cit , Tome 2, Volume 1, p.850 .

LE PARGNEUR : Art, Précit, p.533, 534 Aussi MOURGEON: Thèse, Précitée, P.534, 536.

JOSE DUCLOS: Thèse, Précit; P.236.

المطلب الأول مضمون الحق العيني

ان الحق العيني، باعتباره سلطة مباشرة على الشيء، يكون نافذا في مواجهة الجميع، بحيث يصبح غير متميز عن الشيء موضوع الحق، فيندمج معه، ويقع على الكافة الالتزام بعدم التعرض لممارسة هذا الحق (1).

أما الحق الشخصي وان كان نافذا ايضا في مواجهة الغير حيث يقع على الكافة واجب احترامه، إلا انه لا تتحدد مسؤولية الغير الشريك في اخلال احد المتعاقدين بالتزاماته العقدية إلا اذا كان عالما بوجود هذا الحق (2).

ان الحق العيني يتسم بالاطلاق، ولصاحبه حق الأفضلية والتتبع (3) ويعتبر حق التتبع استثناءا عمليا من مبدأ نسبية العقد اذ ان صاحبه يتتبع العين في يد الغير، ويلزمه باحترام حقه، وهذا يؤدي الى اتساع طائفة الاشخاص الذين يتأثرون بالعقد (4).

ويلاحظ ايضا ان الالتزامات الناتجة عن عقد ابرمه السلف لا تنتقل الى الخلف الخاص إلا اذا كان عالما بها، وفكرة الحق العيني او تحويل الالتزامات الى حق عيني تسهل هذا الانتقال، مع ملاحظة ان المشرع اشترط تسجيل هذه الحقوق لتكون نافذة في مواجهة الغير (5) ويمكن تحويل الالتزامات الى حق ارتفاق، وقد أقر ذلك المشرع الجزائري وكذلك القانون والقضاء الفرنسيان.

(1) CARBONNIER :Droit Civil,Tome3,Les Biens,11eme.Ed.U F,Paris, 1983, p.60

(2) DERRUPE:La Nature Juridique de Droit du Preneur à Bail et la Distinction des Droits Réels et des Droits de Créance,Thèse,Paris, DALLOZ 1952,P 219 .

(3) ويلاحظ ان حق التتبع خاص بالعقارات دون المنقولات، اذ في المنقولات لا يستطيع صاحب الحق على المنقول استعمال حقه في التتبع كلما تحققت شروط قاعدة "الحيازة في المنقول سند الحائز".

(4) GOUTAL:Thèse,Précitée,p66-67,RIPERT et PLANIOL,Traité Elementaire de Droit Civil Francais,2eme.Ed.Tome3,Les Biens,Paris1952, p.55

(5) GINISSAR:Droit Réel,Propriété et Créance,LGDJ,1960,P.82

الفرع الأول : تحويل الالتزامات الايجابية الى حق ارتفاق .

يلاحظ انه وفقا للقاعدة *Servitus In Faciendo Consistere Non Potest* لا يمكن ان تلزم الارتفاقات شخصا بالقيام بعمل، فليس هناك الا ارتفاقات عينية، أي تكليف يقع على عقار فقط ، ولكن يسمح القانون بالارتفاق على ان تقع بعض الأعمال على مالك العقار المرتفق به، فتتص المادة 873 مدني جزائري على مايلي : " لايلزم مالك العقار المرتفق به أن يقوم بمنشآت لمصلحة العقار المرتفق الا اذا كانت منشآت اضافية يقتضيها استعمال الارتفاق على الوجه المألوف ما لم يوجد شرط يخالف ذلك " .

وهذا ما تضمنته المادة 698 و المادة 699 مدني فرنسي ايضا، وقد استند القضاء الفرنسي الى هذا، لنقل بعض الالتزامات الايجابية الى الخلف الخاص بحجة أنها تعتبر من ملحقات الحق العيني. وهذا ينطبق أيضا عندما تؤدي الخدمة التي يقدمها صاحب العقار المرتفق به الى استعمال أفضل للارتفاق كصيانة مجرى المياه ⁽¹⁾، فيمكن اعتبارها من ملحقات حق الارتفاق، ولكن ماذا يكون الأمر حين تكون الخدمة المقدمة هي العنصر الأساسي، مثل قيام شخص ينقل الغاز أو البترول أو الضوء الى العقار المجاور ؟ فهل يمكن اعتبار هذا مجرد ملحقات للحق ؟ ان العقار وحده لا يمكنه القيام بهذا العمل، وبالتالي لا يمكن اعتبار هذه الالتزامات من ملحقات حق الارتفاق، وان كان هذا لم يمنع محكمة النقض الفرنسية في حكمها بتاريخ 1912/2/14 من اعتبار التزام صاحب العقار المرتفق به بتوريد الكهرباء من ملحقات حق الارتفاق ⁽²⁾.

فاعتبار هذه الالتزامات الايجابية ملحقات لحق الارتفاق يظل أمرا غامضا وغير مستقيم، ويرى JOSE DUCLOS أنه عندما يطغى الالتزام الايجابي على حق الارتفاق بحيث يكون هو الأساسي - كما في الأمثلة المذكورة أعلاه - فاعتباره من ملحقات حق الارتفاق يعتبر استثناء فعليا من مبدأ نسبية العقد ⁽³⁾.

إذا كان العمل الذي يقوم به الشخص هو الأساس ، أي يطغى على الخدمة التي يقدمها العقار، فلا يمكن اعتبار هذا العمل حق ارتفاق ولا يمكن اعتباره أيضا ملحقات من ملحقات حق الارتفاق.

(1) J.DUCLOS : Thèse Précit , P. 238 - 239

(2) D.FERRU : Thèse précit, P.56 - 57

(3) (J) DUCLOS:Thèse précit P.241

الفرع الثاني : تحويل الالتزامات السلبية الى حق ارتفاق .

لا شك في أن الالتزامات السلبية التي تقع على عاتق صاحب العقار المرتفق به تنتقل الى الخلف الخاص ، لأنها تختلط مع مفهوم حق الارتفاق ذاته ، خاصة وان الحق العيني الذي نشأ عنه الالتزام سلبى يقع على الكافة ، غير ان بعض الخدمات السلبية لا تشكل ارتفاقا لانها تتنافى مع طبيعته اذ يجب في جميع الأحوال ان يكون التكاليف لمصلحة العقار ، فالشرط الذي يعفي شركة استغلال المناجم من مسؤوليته عن الأضرار التي تسببها أعمالها للسطح ، لا يمكن اعتباره ارتفاقا لأنه يحقق مصلحة لصاحب المنجم فقط اذ يعفيه من المسؤولية عن دفع تعويضات كبيرة لصاحب السطح (1) والأحكام النادرة التي اعتبرت هذا الشرط ارتفاقا تغيراً من طبيعة هذا الحق، وهو استثناء فعلي من مبدأ نسبية العقد (2)

كذلك بعض الالتزامات لا تتفق مع مفهوم الارتفاق ، مثل شرط المسكن الراقى " Clause D 'habitation bourgeoise " فمثل هذه الارتفاقات تلزم الشخص بالعيش على نمط معين فتحد من حريته الشخصية ، لهذا لم يأخذ بها جانب كبير من الفقه والقضاء ، (3) اذن كلما ابتعدنا عن شروط حق الارتفاق ، بأن كان الحق لمصلحة شخصية ، أو كان يحد من حرية الشخص ، أو مجرد التزام شخصي فعلي ، اعتبر هذا استثناء من مبدأ نسبية العقد ، ويلجأ القضاء اليه لتمديد آثار العقد بالاعتماد على مبادئ قانونية معروفة ، ولكن كلما كان الأمر يشكل ارتفاقاً فعلياً او ملحقات فعلية او التزامات سلبية تختلط مع الحق ، وتندمج معه فلا يكون هذا سوى تطبيق لفكرة الحق العيني ، وان كان يوعدى بصفة مباشرة الى تمديد آثار العقد بانتقاله الى الخلف الخاص .

(S)GINOSSAR : Op cit P.149

(J) DUCLOS : Thèse , Précitée, p. 242 .

(1)

(2)

(J.L) Goutal : Thèse Précitée,p.97 - H.ABERKANE:Contribution à l'étude de la distinction des droits de créance et des droits réels.Essai d'une théorie générale de l'Obligation propter - Rem,Thèse, Alger 1955 LGDJ 1957 n° 139 (3)

الفرع الثالث : تحويل الالتزامات الناشئة من نظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية و العقارات المقسمة أجزاءا الى حقوق ارتفاق .

من التطبيقات الصحيحة لفكرة الحق العيني ، وخاصة حق الارتفاق ما نص عليه القانون بصدد الملكية المشتركة للعقارات المبنية و غير المبنية .

ان تطور القانون و ضرورة تنظيم الملكية المشتركة، سمح للأفراد بإنشاء حقوق الارتفاق كلما توافرت الشروط المطلوبة قانونا ، ويكون حق الارتفاق نافذا في مواجهة الجميع اذا تم شهره .

أولا : الملكية المشتركة في العقارات المقسمة أجزاءا :

لا شك في ان اي شريك في العقارات المقسمة أجزاءا ملزم بنظام الملكية المشتركة وبقائمة الشروط الواردة فيها ⁽¹⁾ لأن هذه الالتزامات ذات طابع عيني ، فتنقل الى الخلف الخاص أيضا ولا يمكن السلف التخلص منها إلا بالتخلي عن العين ، وقد نصت المادة (99) من المرسوم 76-46⁽²⁾ على مايلي :- " ان الالتزامات الناشئة عن هذا النظام تتبع العقار في حالة نقل الملكية وتسري على المشتري الجديد .

يكون المالك محررا من التزاماته المدرجة في هذا النظام ، في حالة بيعه عقاره ، وتقع هذه الالتزامات آليا على عاتق المشتري الذي يبرأعي نظام الملكية المشتركة بوصفه مالكا شريكا للأجزاء المشتركة .

وللحيلولة دون ادعاء المشتري جهله بذلك ، يخضع هذا النظام وجميع تعديلاته للاشهار الخاص والمحدد في المادة (3) اعلاه و ذلك طبقا لأحكام المادة 753 من القانون المدني .

وان اتمام هذا الاجراء يجعل نظام الملكية المشتركة بصفة آلية حجة تجاه الخلفاء الخاصين".

واما القانون الفرنسي فلم ينظم الملكية المشتركة للعقارات المقسمة أجزاءا LOTISSEMENTS بل ترك تنظيمها للأفراد ، فبالتالي يلعب القاضي دورا هاما في تفسير ارادة الاشخاص ومدى انصرافها الى انشاء حق عيني ، أي ارتفاق أو مجرد التزام شخصي .⁽³⁾

(1) القرار الوزاري الصادر في 1978/01/25 المتضمن انشاء قائمة الشروط المتعلقة بالتنازل عن الاراضي المشككة للاحتياط العقاري ، حيث تنص مادته الأولى على أنه : " لا بد للشركاء من وضع دفتر قائمة الشروط Cahier de charges ، والتي يذكر فيها من ضمن الشروط الاخرى ، الالتزامات و الارتفاقات التي يلتزم الجميع باحترامها .

(2) مرسوم رقم 76 - 146 المؤرخ في 1976/10/23 المتضمن النظام النموذجي للملكية المشتركة للعقارات المبنية ومجموع العقارات المقسمة أجزاءا

(3) MAZEAUD: Op,Cit,Tome 2 les biens , p.48 - (G) CORNU: Op,Cit,P.547 .

وقد قرر القضاء الفرنسي في عدة أحكام الطابع العيني للملكية المشتركة ، وتضمنت بالتالي ارتفاعات، من ذلك ارتفاع بعدم التعلية ، وبعدم بناء محلات تجارية أو صناعية ، والالتزام بالبناء بنمط معين ، ويكون الخلف الخاص لهذه العقارات ملزماً بهذه العقود لأنها تنشئ التزامات إلا أن الالتزامات المذكورة في نظام الملكية المشتركة لا يمكن أن تشكل جميعها حقوق ارتفاع ، إنما يخضع تقدير ذلك لقاضي الموضوع الذي ينظر إلى طبيعة الخدمة المقدمة وإرادة الأطراف⁽¹⁾ ومدى اعتبار الخدمة مقررة لمصلحة العقار، يسهل تحويلها إلى ارتفاع وانتقالها إلى الخلف الخاص وقد صدر حكم لمحكمة بروكسل " BRUXELLES " في 29 مارس 1964 اعتبر شرط البناء بنمط هندسي معين حق ارتفاع ينتقل إلى الخلف الخاص⁽²⁾ .

هذا بطبيعة الحال مع ملاحظة ، أنه يجب شهر حق الارتفاع ليكون نافذاً في مواجهة الغير .

ثانياً : الملكية المشتركة في العقارات المبنية :

لكل شريك في الملكية المشتركة في العقارات المبنية ، حق خاص على الأجزاء الخاصة به ، وحق مشترك بالنسبة للأجزاء المشتركة . فله الحق في الاستعمال والاستغلال والتصرف في أجزاء الخاصة كما شاء بشرط احترام حقوق باقي الشركاء.⁽³⁾

وقد نصت المادة 1/11 من المرسوم 83 - 666 على ما يلي : " لكل شريك في الملكية الحقة في أن يستعمل الأجزاء الخاصة التي يملكها وأن ينتفع بها كما يبدوله لكن بشرط ألا يضر بحقوق الشركاء الآخرين في الملكية والمحلات الأخرى ، وألا يمس بوجه العمارة ، ولا يقوم بأي شيء يمكن أن يعرض متانة العمارة للخطر " .

(1) (J.L)GOUTAL:Thèse,Précitée,p98 - 99 -(G)CORNU:Op,Cit,p.522

(2) (D)FERRU:Thèse precit P. 36

(3) (J)CARBONNIER:Op,Cit,Tome3,Les Biens, p .259- PLANTOL et RIPERT: Op, Cit , Tome 3 , Les Biens , p. 315

(4) مرسوم 83 - 666 مؤرخ في 12/11/1983 المتضمن تحديد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير العمارات الجماعية .

ونظام الملكية المشتركة له طابع العقد، وبالتالي يخضع تقدير خاصية الشروط فيه إلى القاضي⁽¹⁾ ويجوز تحويل الالتزامات إلى اتفاقات حفاظا على الملكية المشتركة وتحقيق المصلحة الجماعية. وقد نصت المادة 12 من المرسوم 83-666 المشار إليه من قبل على ما يلي :

" التنظيم والاتفاقات : إن تنفيذ أي تنظيم يخص نظافة المدينة والأمن واجب على الجميع . وكذلك الأمر على العموم بالنسبة إلى كل اتفاق حفاظا على العمارة وتحقيقا للمصلحة المشتركة " .

فالالتزام بالامتناع عن تغيير طابع العقار كادخال الشرفات ، أو الامتناع عن ممارسة مهنة معينة ، كلها يمكن ادراجها في نظام الملكية المشتركة في شكل اتفاقات، فتكون ملزمة للجميع ، غير أنه يجب شهر هذا النظام حتى يكون ملزما للجميع . وهذا ما تضمنته المادة 99 من المرسوم 76 - 146 السالفة الذكر .

وكذا القانون الفرنسي الذي نظم الملكية المشتركة للعقارات المبنية بقانون 10 جويلية 1965 والمرسوم التطبيقي 17 مارس 1967 الذي ينص في المادة 3/4 على إلزام الخلف الخاص بنظام الملكية المشتركة بعد التسجيل⁽²⁾ .

وقد اثير خلاف حول مدى إلزام المستأجر بنظام الملكية المشتركة قبل تسجيله ، فيذهب أغلب الفقهاء إلى القول بعدم إلزام المستأجر لأنه من الغير، ولكن تطبيقا للمبادئ القانونية فان فاقد الشيء لا يعطيه " Nemo plus juris " فالذي كان يمنع المؤجر من القيام به ، يمنع المستأجر منه أيضا⁽³⁾ .

وهذا ما تضمنه حكم حديث نسبيا لمحكمة قرونبل GRENOBLE⁽⁴⁾ في سنة 1980، إذ

الزمت المستأجر بنظام الملكية المشتركة واعتبرت شرط عدم البناء " Une marquise " على السطح، حق ارتفاق ، وأن المستأجر الذي خالف هذا الشرط يعتبر قد خرق حق ارتفاق

(1) MAZEAUD : Op, Cit, Tome 2, Volume 2, Les Biens , p:53

(2) (G) CORNU: Op, Cit, p.547 - MAZEAUD: Op, Cit, Tome 2 , Volume 2, Les Biens, p.48
GINOSSAR : Op , Cit, p.150

(3) (J.L) GOUTAL: Thèse , Précit, p.104

(4) (J.L) GOUTAL : Thèse Précitée, Note p.106 - GAZETTE du palais du 3 Mai 1981

أخلص من هذا الى أن وجود الارتفاقات في الملكية المشتركة يؤدي الى تمديد آثار العقد الى الغير وذلك في حالة توافر الشروط المطلوبة في حق الارتفاق، غير أنه أشير خلاف حول التزامات يصعب تحويلها الى ارتفاقات نظر طبيعتها، كالمقولات، أو لكونها تحقق مصلحة شخصية أكثر منها عينية، لهذا لجأ القضاء الفرنسي الى فكرة الحق العيني من نوع خاص، وحاول تحويل الالتزامات المذكورة أعلاه الى حق عيني خاص لتسفيد من خاصية النفاذ ويسهل نقلها بمقتضى ذلك الى الخلف الخاص .

المطلب الثالث

تحويل الالتزامات الى حق عيني من نوع خاص
droit reel sui generis

ان فكرة الارتفاق لا تطبق إلا بمدد العقار، وبالشروط السابق ذكرها المتعلقة بحقوق الارتفاق بوجه عام، لهذا ذهب مؤيدو فكرة انتقال الالتزامات الى الخلف الخاص اذا تعلق بالشئ الى البحث عن حل جديد لنقل الالتزامات الشخصية أو بعضها الى الخلف الخاص، واستندوا في ذلك الى أحكام القضاء الفرنسي . وسأعرض للرأي المؤيد لفكرة انشاء حق عيني من نوع خاص، ثم للرأي المعارض لأخلص بعد ذلك للرأي الشخصي في الموضوع ومدى امكانية تطبيق الفكرة في القانون الجزائري .

الفرع الأول : الرأي القائل بانشاء حق عيني من نوع خاص

ان مؤيدى فكرة انشاء حق عيني من نوع خاص يستندون⁽¹⁾ الى أحكام في القضاء الفرنسي، منها حكم محكمة استئناف ديجون DIJON بتاريخ 18/12/30 أقرت فيه انتقال شرط اعفاء مستغل المنجم من التعويض عن الاضرار التي أصابت السطح من جراء استغلال المنجم الى الخلف الخاص، واعتبرت هذا الحق، حقاً عينياً من نوع خاص.⁽²⁾

(1) (J) DUCLOS :Thèse ,Précitée,note 207, l'auteur cite:F.Laurent,BAUDRY Lacantinerie, Planiol et Ripert ...

(2) (D) FERRU : Thèse précit. p. 78 LE PARGNEUR :Art,Précit,p.571

وأقرت محكمة النقض هذا الحكم في 1889/12/12 وتضمن قرارها أن الحق في التعويض هو من مقومات حق مالك السطح ، وأن أعفاء المستغل المنجم من أدائه يعتبر تحديدا خاصا لحق مالك السطح ، وبالتالي ينتقل مع السطح الى الخلف الخاص (1).

وقد أيدت محكمة النقض الحكم دون أن تتعرض لطبيعة الحق ، ولا شك في أن الحق الذي يحد من مقومات حق الملكية ، لابد أن يكون حقا عينيا ، وفي هذا المجال لا يمكن أن يكون إلا حقا عينيا من نوع خاص (2).

كما استند موعيدو هذه الفكرة أيضا الى حكم من محكمة استئناف روان " ROUEN " صدر بتاريخ 1925/11/28 قالت فيه : حيث أن الزوجين "ج" المالكين لمحل لبيع ملابس الرجال والنساء والأطفال ، باعا المحل التجاري للزوجين "م" مع الاحتفاظ بالقسم الخاص بملابس النساء ومع اشتراط عدم ممارسة الزوجين "م" لبيع ملابس النساء وبعد فترة تصرف الزوجان "م" فسي المحل لمؤسسة "لر" بعقد بيع لمحل تجاري لبيع ملابس الرجال والأطفال ، غير أن المؤسسة قامت ببيع ملابس النساء ، فرفع الزوجان "ج" دعوى على المؤسسة على أساس مخالفتها لشروط عدم المنافسة المتفق عليه مع الزوجين "م" .

فقضت محكمة روان " ROUEN " بإزالة المنافسة وباعتبار الحق الذي اكتسبه الزوجان "ج" حقا عينيا على منقول و يكون نافذا في مواجهة جميع مستغلي المحل التجاري بالتتابع (3) وقد انتقد هذا الحكم بشدة (4) واكتفي في هذا المجال بالعنصر المتعلق بالموضوع ، وهو إنشاء حق عيني من نوع خاص على منقول ، انتقد على أساس أن هذا الحق هو حق ارتفاق لا يمكن تصوره في المنقولات ، وحتى لو كان حقا عينيا من نوع خاص ، فيكون تهربا من الشروط التي يطلبها

MAZEAUD: Op,Cit,Tome 2 , Volume 1 , p. 851 .

MOURGON: Thèse,Précit, p.236 .

(J.L)GOUTAL:Thèse Précitée,P.114/115.

(4) انتقد هذا الحكم في عناصر متعددة ، لأنه جاء فيه أنه تطبيقا لقاعدة " NEMO PLUS JURIS "

أن فاقد الشيء لا يعطيه وقيل أن المؤسسة "لر" قد انتقلت اليها الشهرة التجارية وليس الحق في ممارسة مهنة معينة ، إذ هذا الحق ممنوح للجميع وفقا لحرية الشخص في ممارسة التجارة والصناعة ، ولا يمكن التحديد منه وفقا للقاعدة السابقة ، كما انتقد على أساس أنه ذكر أن المشتري كان قد اشترط لمصلحة البائع ، أي فكرة الاشتراط لمصلحة الغير مع أن هذه الفكرة تجعل الغير دائما لا مدينا ، أي لا يمكن تطبيقها على خلف المشتري إذ تجعله ملتزما بتنفيذها .

وعرض لهذه الانتقادات مطولا POPESCO في رسالته السابق ذكرها ، ص 318 وما بعدها .

المشرع في حق الارتفاق .

ولا يمكن ترك الاشخاص احرار افي وضع شروط تبعدنا عن النظام القانوني الموجود بمجرد تغيير اسم الحق. (1)

اذن فالحكم الصادر بصدد اعفاء مستغل المنجم من مسؤوليته ، والحكم الصادر بصدد اشتراط عدم المنافسة بالنسبة للمحل التجاري يتفقان في انشاء حقوق عينية اخرى غير التي وردت في القانون أي حقوق عينية من نوع خاص تجعل الحق ينتقل من السلف الى الخلف .

واذا كان يعاب على هذه الفكرة انها تضرب بمصلحة الخلف الخاص ، فهناك من يري أن الحق العيني من نوع خاص يبقى مع ذلك غير نافذ في مواجهة الخلف الخاص الى ان تثبت سوء نية هذا الاخير ، أي أنه كان عالما به ، الا انه يرد عليهم ، بان القول بهذا يؤدي الى عدم اعطاء الحق العيني من نوع خاص أهم خاصية من خصائص الحق العيني ألا وهي النفاذ في مواجهة الجميع ، وهذا يتنافى مع طبيعة الحق العيني. (2)

الفرع الثاني: الرأي المعارض لفكرة انشاء حق عيني من نوع خاص

من خلال النقاش الحاد بين الفقهاء حول ا مكانة السماح للأفراد بانشاء حقوق عينية من نوع خاص ، برز جانب كبير منهم يعارض هذه الفكرة وذلك لتعلق الحقوق العينية بالنظام العام ، فحق الملكية يتعلق بالنظام العام ، وكذا الحقوق العينية الجزئية التي تمثل اقتطاعا من حق الملكية ، فلا يجوز أن يسمح للأفراد بانشاء حقوق تقتطع من سلطات المالك دون ان ينظمها القانون (3) كما ان الحقوق العينية التبعية قد نظمها المشرع باعتبارها تتعلق بالائتمان فهي تنصل بالنظام الاقتصادي للمجتمع ، وبالتالي بالنظام العام (4)

الى جانب هذا فالحق العيني نافذ في حق الغير ويمتد الى كافة سواء علم به الناس أو جهلوه . ويفترض علم الجميع به لأنه خاضع للشهر (5)

(1) (J.L)GOUTAL :Thèse Précitée,p116 - LE PARGNEUR,Art,Précit,p.572

(2) (J)DUCLOS: Thèse ,Précitée , P.246

(3) د. رمضان أبو السعود :المرجع السابق ، ص 13

(4) د. عبد المنعم فرج المصده : الحقوق العينية الاصلية ،المرجع السابق، ص 10.

(5) د. عبد الرزاق السنهوري ، الجزء 8 ، حق الملكية ، ص 217 - 218

ويرفض مازو " MAZEAUD " كذلك هذا التوسع في مفهوم الحق العيني، ويرى أنه لا يمكن إخضاع الحقوق العينية الجديدة للشهر⁽¹⁾ وبالتالي لا يمكن أن تكون نافذة في مواجهة كافة .

وهناك من يرى أن فكرة إنشاء حق عيني من نوع خاص تمس بالنظام القانوني ككل ، لأن الحق العيني يعطي لصاحبه سلطات واسعة ، والقانون وحده هو الذي يمكنه النص عليها وتنظيمها ، وبالتالي لا يمكن أن يتاح للأفراد التهرب من النظام القانوني والسماح لهم بإنشاء ما شاؤوا من حقوق، لأن من السهل جدا إعطاء أي التزام وصف حق عيني من نوع خاص، وبالتالي يسهل انتقاله إلى الخلف الخاص⁽²⁾ فحماية المتعاقد مع السلف تؤدي حتما إلى الأضرار بمصالح الخلف الخاص⁽³⁾ ويمكن القول على العموم بأن القضاء الفرنسي لا يؤيد فكرة الانتقال السلبي للالتزام إلى الخلف. وخاصة الالتزام بعدم المنافسة - إذا لم يكن عالميا ، وهذا يمنع البائع من الرجوع بالتعويض على المشتري الذي لم يشترط على خلفه صراحة عدم منافسة البائع⁽⁴⁾ .

أخلص من هذا إلى أن معارضة فكرة إنشاء حق عيني من نوع خاص استندوا إلى النتائج الخطيرة التي يمكن أن تترتب على هذه الفكرة ، إذ تجعل هذا الحق نافذا في مواجهة الغير دون العلم به ما دامت قواعد الشهر لم تستوعب بعد هذه الحقوق⁽⁵⁾.

والحق العيني من نوع خاص إذا انتقل إلى الخلف الخاص يكون بدون شك استثناء فعلياً من مبدأ نسبية العقد⁽⁶⁾ . ولكن القضاء الفرنسي لجأ إلى هذه الفكرة لتبرير نقل الأثر الملزم للعقد إلى الخلف الذي كان عالميا ، ولذلك فيكون اللجوء إلى فكرة الحق العيني من نوع خاص نظراً للطبيعة الخاصة للمحل التجاري، وحينما يكون الخلف عالميا قبل التعاقد فقط ، وهنا يجب أن يلعب الموثق دوره في هذا المجال إذ أن عقدي بيع المحل التجاري لابد من إفراده في شكل رسمي إذ تنص المادة 324 مكرر 1 مدني جزائري على ما يلي: "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر

(1) MAZEAUD :Op,Cit,Tome2.Volume1,p851 - DU GARREAU DE LA MECHENIE :Art,Pré-cit,p.232 . - MARTY etRAYNAUD :Droit Civil,Tome 2,Volume2,Les Biens,SIREY 1965 ,Paris ,p.16 .

(J)DUCLOS: Thèse Précit,p.247 - 248 (2)

DU GARREAU DE LA MECHENIE:Art,Précit,p.236 (3)

(D)VEAUX :Contrats et Obligations JCL Civil FASC2.art. 1165 n° 73 (4)

MAZEAUD :Op,Cit,Tome 2,Volume1,P.851 Aussi MARTY et RAYNAUD:Op,Cit, (5)

Tome 2.Volume2,p.16 (6)

(A)WEILL :Thèse,Précitée,p918 Aussi LE PARGNEUR :Art,Précité,p.573

من عناصرها ... أو عقود تسيير محلات تجارية ... في شكل رسمي ، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد ... "

بحيث يبين الموثق للخلف الالتزامات التي التزم بها السلف سابقا والمتعلقة بالمحل التجاري، وإدراج هذه الالتزامات ضمن العقد ويلتزم بها الخلف بهتضى هذا العقد .
وليس هناك ما يمنع البائع الذي يريد ان يبقى خلف المشتري ملزما بعدم المنافسة من أن يقوم بقيد هذا الحق بالسجل العمومي الذي يمسك بكتابة المحكمة التي يستغل في نطاق دائرتها المحل التجاري، وهذا مثله مثل الرهن الحيازي بعقد رسمي (1) .

وهذا يعني انه الالتزام بعدم المنافسة في بيع منتج معين مثلا ، غير مخالف للقانون فيجوز للبائع ان يتصرف في محله مع احتفاظه بنوع معين من التجارة ، مادام هذا لا يمس عنصر العملاء والشهرة التجارية ، ولكن لا ينتقل الالتزام بعدم انشاء تجارة منافسة الى الخلف الخاص للبائع مادام الالتزام شخصيا يرتبط بشخص البائع و لا يعد من مستلزمات الشيء الا اذا تعلق بالمحل التجاري ، وكان مجردا من أي طابع شخصي (2) وينتقل الى الخلف الخاص اذا علم به ، وبالتالي لا يعد هذا الا تطبيقا لمبدأ نسبية العقد وليس استثناء منه .

فبطبيعة المحل التجاري لا تمنع من أن ترد عليه حقوق عينية ولا شك في أنها تكون حقا عينيا من نوع خاص

(1) حيث خرج المشرع عن القواعد الخاصة برهن المنقولات وذلك لأن المحل التجاري له طبيعة خاصة تجعل الرهن فيه يتم بمجرد قيده بالسجل العمومي الذي يمسك بكتابة المحكمة التي يستغل في دائرة اختصاصها المحل التجاري، وهذا وفقا للمادة 120 تجاري جزائري، ولا أرى مانعا من اخضاع الالتزام بعدم المنافسة باعتباره حقا عينيا من نوع خاص الى نفس الاجراء لاطلاع الغير عليه والزام الخلف به . وأرى أنه يجب ان تتقارب نظم شهر الحقوق العينية على سائر الأموال المعينة تعيينا ذاتيا، وخاصة المحل التجاري باعتباره منقولاً معنوياً لا يخضع لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، ولا للقواعد الخاصة برهن المنقولات كما يرى الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي في رسالته المذكورة من قبل ص 312 - 313 .
وفي هذا الصدد يرى الدكتور على البارودي - أن رهن المحل التجاري ليس رهنا حيازيا بل هو رهن رسمي ، ويجب ان يعتبر المحل التجاري عقارا و تطلق عليه احكامه - في مقال له بعنوان المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية السنة 10 - 1960 / 1961 ، العدد 3 - ص 44 وما بعدها و ص 113 .

(2) عباس أنور المصري : رسالة مذكورة سابقا - ص 353 - 356 .

فمفهوم حق الارتفاق هو الحد من مصلحة عقار لفائدة عقار آخر، والالتزام بعدم المنافسة ما هو إلا تحديد لمصلحة محل تجاري لفائدة محل آخر، ولا مانع من ان تكون هذه المصلحة لفائدة شخص معين ، أو محل معين، فنحن لسنا في مجال الارتفاق لنتطلب توافر شروطه ، بل نحن بصدد حق عيني من نوع خاص له أحكامه الخاصة وطبيعته الخاصة ، وان كان واضعو القانون المدني الفرنسي قد أرادوا ان تكون الحق العينية على سبيل الحصر ، فالغرض من ذلك هو عدم السماح للأفراد بإنشاء حقوق من نوع خاص تعود بهم الى الخدمات القطاعية (1) Les Services Féodaux وهذا لا يتعلق بالمجال الذي نحن بصدده، خاصة أنه مهما تقبلنا فكرة انشاء حق عيني من نوع خاص كلما اقتضت الضرورة ذلك، فلا بد من ان يكون لها في مواجهة الغير مشروطا بالعلم المسبق بها ، وهذا يتحقق بشهرها ، وحتى القضاء الفرنسي عندما تعرض لفكرة الحق العيني من نوع خاص كان يهدف من وراء ذلك الى تبرير كيفية انتقال الالتزام الى خلف خاص كان عالما به مسبقا ، وهذا لا يعد استثناء من مبدأ نسبية العقد (2).

المبحث الثاني

تأثير الالتزام العيني على مبدأ نسبية العقد

إذا كانت بعض الالتزامات تعد عينية، فذلك يرجع الى ارتباطها الوثيق بالعين وقدرة الشخص على التخلص منها بالتخلي عن العين، وهذا هو ما اكتسبها صفة العينية.

(1) (J.L)GOUTAL :Thèse Précité,p 117

(2) (J.L)GOUTAL :Thèse Précité,p125

والخطورة التي تترتب على اعطاء الالتزامات الطبيعية العينية تأش من ان الخلف (1) يلزم بها اذ تنتقل اليه مع العين (2). وهذا الانتقال الايجابي قد يشكل استثناء فعلي من المبدأ. وسأعرض في هذا المبحث لبعض الالتزامات العينية المنصوص عليها في القانون، ثم لطبيعتها القانونية ومدى تأثيرها على مبدأ نسبية العقد .

المطلب الأول

الالتزامات العينية المنصوص عليها في القانون

لقد نص القانون على بعض الالتزامات العينية ولولم يعطها هذا الوصف صراحة إلا أنها تعتبر كذلك لارتباطها بالعين وليس بالضمان العام، وكذلك لأن الشخص يستطيع التخلص منها بالتخلي عن العين، وسأعرض للالتزام حائز العقار المرهون بأداء الديون، ثم التزام مالك الحائط المشترك باصلاحه وترميمه، وأخير الالتزام صاحب العقار المرتفق به بالقيام بالاعمال الضرورية لاستعمال الارتفاق .

(1) بريد. السنهاوري - أن الخلف سواء كان عاما أو خاصا يصبح ملتزما، فالالتزام العيني لا ينقل الى الوارث باعتباره وارثا، بل باعتباره مالكا للعين التي انتقلت اليه بالميراث وبالتالي يكون ملزما بالالتزامات العينية المرتبطة بالعين- الوسيط، الجزء 8، حق الملكية ص 190 - 191.

وفي هذا الصدد أشير الى انه يجب تصحيح المادة 109 مدني جزائري اذ أنها خصصت الى انتقال الالتزامات الشخصية المتصلة بالعين الى الخلف الخاص دون العام، ولا أرى تبريرا لهذه التفرقة، اذ ان التزامات السلف الشخصية لا تنتقل الى الخلف العام وفقا لقاعدة " لا تركة الأبعد سداد الديون " إلا ان الامر يختلف بالنسبة للالتزامات اذ هي تتصل بالشيء الذي انتقل الى الخلف وهي تلزمه سواء أكان عاما أم خاصا متى كان عالما بها، وكانت من مستلزمات الشيء، فاذا تضمن نصيب الخلف العام عقارا مثقلا بحق ارتفاق فلا شك في ان الارتفاق ينتقل الى الخلف العام لتعلقه بالعين التي انتقلت اليه فوفقا لقاعدة "Nemo plus juris ad alium transferece potest quam ips habet"

لا يستطيع الخلف إلا ان يتلقى العين مثقلة بحق الارتفاق والالتزامات العينية المتصلة به مثلما كانت عند سلفه (2) DUCLOS :Thèse ,Précitée,p217 - GINOSSAR :Op,Cit,p.182

الفرع الأول : التزام حائز العقار المرهون .

ان حائز العقار المرهون ملزم بأداء الدين، والتزامه هذا اختياري إلا اذا كان قد بقي في ذمته⁽¹⁾ بسبب امتلاك العقار المرهون مبلغ مستحق الاداء، وكان هذا المبلغ كافيا لوفاء كل حقوق الدائنين فالوفاء في هذه الحالة يكون اجباريا . والوفاء هنا وسيلة لبقاء العقار في يد الحائز⁽²⁾ كما ان للحائز تطهير العقار المرهون، وفي جميع الاحوال ، فان الحائز غير ملزم شخصيا بل هو ملزم بسبب انتقال العين المرهونة اليه. لأنها تشتمل على قيمة مالية مملوكة للدائنين المقيدة حقوقهم على العقار . وحين يقوم الحائز بالوفاء بالدين فهو يقوم بإرجاع القيمة المالية للعقار الى مستحقيها .

ويرى البعض ان الالتزام العيني هنا ما هو الا حق الضمان بالنظر الى شخص الحائز فلا يتميز عنه .⁽³⁾

ومهما كان الأمر فان التزام الحائز بالوفاء ليس نتيجة التزامه شخصيا بل هو نتيجة لانتقال ملكية العقار المرهون اليه ، ويستطيع التخلص من الالتزام ان هو تخلص عن العين المرهونة ، اذ تنص المادة 922 مدني جزائري على مايلي : " تكون تخلية العقار المرهون بتقرير يقدمه الحائز الى قلم كتاب المحكمة المختصة ، ويجب عليه ان يطلب التأشير بذلك في هامش تسجيل التنبيه بنزع الملكية ، وان يعلن الدائن المباشر للاجراءات بهذه التخلية في خلال خمسة أيام من وقت التقرير بها .

ويجوز لمن له مصلحة في التعجيل أن يطلب الى قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ في مواجته اجراءات نزع الملكية ، ويعين الطالب حارسا اذا طلب ذلك " .
فهو اذن التزام عيني ، لأن الالتزام الشخصي لا يزول بالتخلي عن العين ويبقى صاحبه مسؤولا عنه في كل ذمته المالية .⁽⁴⁾

(1) لا يتصور هذا الا في القانون المصري ، أما الفانون الجزائري فيلزم الحائز بدفع الثمن عند ابراء العقد وفقا للمادة 324 مكرر 1 مدني .

(2) د. أحمد سلامة : التأمينات المدينة ، القاهرة ، 1966 ، ص 268 الى 270

د. سمير عبد السيد تنافو ، التأمينات الشخصية والعينية ، منشأة المعارف، الاسكندرية 1975 ، ص 257 - 258

(3) (J)DERRUPE : Thèse Précité, p 338

(4) ABERKANE :Thèse Précité,p.2 - PLANIOL et RIPERT :Op,Cit,Tome 3 Les Biens p 52 - CARBONNIER : Op,Cit,Tome 3 , p. 62 .

د. عبد الرزاق السنهوري، حق الملكية، الجزء الثامن ، ص 190

ويلتزم الحائز أيضا بصيانة العين المرهونة فهو مسؤول شخصيا قبل الدائن عما يصيب العقار المرهون من تلف بخطئة، وهناك من يرى ان التزام الحائز بالصيانة ليس التزاما عينيا بل هو مسؤول باعتباره حارسا للعين، ولا يمكن اعتبار الحائز حارسا للعين لأنه لم يتفق على ذلك كذلك لا يمكن اعتبار الحراسة قانونية لأن هذه الأخيرة لا تكون الا بنص صريح من القانون، فالحائز للعين يعتبر مسؤولا عن صيانة العين، لأن العين تقرر عليها حق عيني تبقي لابد له من احترامه ويقع عليه باعتباره مالكا للعين الزام عيني بالصيانة (1) ينتقل الى الخلف الخاص مع العين المرهونة .

الفرع الثاني : التزام مالك الحائط المشترك .

تنص المادة 2/704 مدني جزائري على مايلي " . فاذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذي خصص له فان نفقة ترميمه ، واعادة بنائه تكون على الشركاء كل بنسبة حصته فيه " . ويستخلص من هذه المادة ان نفقات الترميم واعادة بناء الحائط المشترك تقع على الشركاء في الملك، وهذا الالتزام، التزام عيني أساسه ملكية العين، ولا شك في أنه ينتقل الى الخلف . وملكية الحائط المشترك ماهي الا تطبيق للملكية المشتركة الاجبارية الأبدية (2) وأعمال الترميم أو اعادة البناء قد تكون مرهقة لهذا لابد من ترك الحرية للمشارك في التخلص منها بالتخلي عن ملكية الحائط المشترك (3) ولم ينص المشرع الجزائري صراحة على ان للشخص ان يتخلص من هذا الالتزام، الا ان هذا يفهم بمفهوم المخالفة من نص المادة 708 مدني جزائري اذ أنه اذا كان لا يجوز للشخص اجبار جاره على التخلي عن الحائط المشترك، فلا شك في ان لهذا الأخير الحق في التخلي عنه بارادته ان شاء ذلك، وقد نص المشرع الفرنسي على هذا صراحة في المادة 656 مدني . ذلك لأن نفقات ترميم واصلاح الحائط المشترك هي التزامات عينية تنتقل مع العين ، ويجوز للشخص التخلص منها بالتخلي عن الحائط المشترك .

(1) د/ عبد العزيز عبد القادر أبو غنيمة : الالتزام العيني بين الشريعة والقانون (دراسة مقارنة) الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية - 1972 ، ص 388 و 389 .

(2) CARBONNIER: Op,Cit,Tome 3 , les Biens, p210. (J)

(3) PLANIOL et RIPERT:Op,Cit,Tome 3,p305-MAZEAUD:Op,Cit,Tome2 volume 2

Les biens,p656.--(H)ABERKANE:Thèse,Précitée,p.13.

مع ملاحظة أن الملك المتخلي عنه لا يتحول الى الشريك بقوة القانون بل لابد من موافقته الصريحة او الضمنية على الأقل ، ويرى الدكتور أبو غنيمه أنه بقبول الشريك للالتزام انتقل اليه ، ويكون قبوله ضمناً اذا قام بتنفيذ الالتزام العيني والذي تم التخلي للتخلص منه فاذا لم يتم ذلك ظل الملك للشريك المتخلي الذي يعفى من هذا الالتزام حتى يتقدم الشريك بطلب جديد للقيام بهذه الاعمال والعبرة من هذا كله الا يبقى الملك بدون مالك فاما ان يقبل الدائن العيني التخلي أو يعود الملك الى صاحبه (1) .

الفرع الثالث : التزام مالك العقار المرتفق به .

من المفروض ان صاحب العقار المرتفق به لا يكون ملزماً بالالتزام سلبياً ، وهو عدم التعرض للارتفاق بما ينقص منه (2) غير ان من الممكن ان يلزم استثناءاً بالتزامات ايجابية اذا كانت ضرورية لاستعمال الارتفاق (3) وتنص على ذلك المادة 873 مدني جزائري السابق ذكرها .

كما يقوم صاحب العقار المرتفق به ببعض المنشآت ايضاً ، وعلى أية حال فهو يستطيع التخلص من هذه الالتزامات بالتخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضه ، أي التخلي عن الجزء المحمل بالارتفاق (4) فالالتزامات مالك العقار المرتفق به عينية وآماً أمكنه التخلص منها

(1) د/ عبد العزيز عبد القادر أبو غنيمه : المرجع السابق ص 278 و 279 .

(2) FERRU: Servitudes Encyclopedie DALLOZ Civil , N° 293 .

(3) MAZEAUD: Op,Cit,Tome 2,Volume 2,Les biens,p.334 -(J)DERRUPE: Thèse (3) Précitée,p.334.

(4) FERRU: Art,Précité,Ency.DALLOZ,N° 320 .

بالتخلي عن العقار المرتفق به (1) ، وتنص المادة 2/874 مدني جزائري على مايلي: "... وإذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلّف بأن يقوم بتلك المنشآت على نفقته ، جاز له دائما ان يتخلص من هذا التكليف بالتخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق به ."

ويرى أبركان ABERKANE ان التزام مالك العقار المرتفق به بالآ يغيّر من الوضع القائم بشكل يؤدي الى الانقاص من استعمال الحق، قد يتحول الى التزام ايجابي اذا قام السلف بالتعرض الفعلي بأن غير من الوضع القائم ، فانه يقع على الخلف الخاص التزام ايجابي باعادة الوضع الى ما كان عليه (2) .
والحقيقة ان انتقال الالتزام الى الخلف الخاص لا يعفي السلف بل أحيانا يظل ملتزما بتعويض الخلف (3).

ويرى البعض ان الارتفاق ما هو الا التزام عيني (4) وان كان هذا القول ينطبق على الارتفاقات السلبية ، كالالتزام بعدم البناء مثلا - و من المفروض ان الحق العيني سلطة على الشيء، بينما نلاحظ انه بالنسبة للارتفاقات السلبية، هو امتناع عن الانتفاع بالحق بصفة مطلقة - فهو لا ينطبق على الارتفاقات ايجابية ، كارتفاق المرور اذ هو حق عيني (5).
فالتزام صاحب العقار المرتفق به بالقيام باصلاح الارتفاق أو بعض المنشآت هو التزام عيني ينتقل الى الخلف ويمكن التخلص منه بالتخلي عن العين.

MAZEAUD: Op, Cit, Tome2, Les Biens, p389 - CARBONNIER: Op, Cit, Tome3, p.63 (1)

(H) ABERKANE: Thèse Précitée, p 46 - 48 (2)

ABERKANE: thèse Précitée, p151 - DERRUPE : Thèse Précitée, p334 (3)

عندما يبقى السلف ملتزما التزاما شخصيا والخلف ملتزما بالتزام عيني سميت هذه
Scripta in Rem. - GINOSSAR: Article pour une meilleure
definition du droit reel et du droit personnel R.T.D Civil 1962, p587
note 48 .

PIANIOL et RIPERT; Op, Cit, Tome3, p336-337 - ABERKANE: Thèse Précitée, (4)
P.125 à 129 (5)

FERRU: Thèse precit, Note 291 P. 137

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للالتزام العيني

ومدى تأثيره على مبدأ نسبية العقد

هناك من يرى ان الالتزام العيني ماهو الا مجرد حق شخصي لأنه التزام يقع على عاتق شخص ، وان الميزة الوحيدة التي يختلف بها عن الحق الشخصي هو أنه يخضع لقواعد خاصة لانتقاله الى الخلف الخاص ، الى جانب صلاحية الشخص للتخلص منه بالتخلي عن العين، ولكن هذه الأمور جميعها لا يمكن ان تفقد الالتزام العيني طبيعته الشخصية⁽¹⁾، غير أن الالتزام العيني لا يمكن ادراجه ضمن الحقوق الشخصية لاتصاله الوثيق بالعين⁽²⁾، لهذا كان هناك من يرى ان الالتزام العيني يعتبر من ملحقات الحق العيني وبالتالي يأخذ طبيعته القانونية وفقا لقاعدة : " Accessorium sequitur principale أي يأخذ طبيعة الحق الرئيسي⁽³⁾"

ويذهب فريق آخر الى القول بأنه لا يمكن اللجوء الى فكرة الملحقات، اذ ان الأعمال التي يقوم بها صاحب العقار المرتفق به تعتبر جزءا لا يتجزأ من الارتفاق ، فالالتزام العيني يعد ذا طبيعة عينية ، والالتزام العيني الايجابي يسمح لصاحب العقار المرتفق باستعماله والانتفاع به ، فهو اذن ذو طبيعة عينية⁽⁴⁾.

ومهما كانت الطبيعة القانونية للالتزام العيني⁽⁵⁾ فهي تنتهي بنا الى نفس النتيجة وهي وجود علاقة بين الالتزام والعين مما يجعله ينتقل معها الى الخلف الخاص⁽⁶⁾.

(1) (J)DERRUPE: Thèse Précitée ,p340 - 341

(2) (H)ABERKANE : Thèse Précitée , p 2

(3) (J)DUCLOS ;Thèse Précitée,p 222

(4) (D)FERRU: Thèse Précitée , p246 - 247

(5) لأنه لابد من الاعتراف بأن الالتزام العيني يختلف عن الالتزامات الشخصية لارتباطه بعين معينة وليس بالذمة المالية للشخص، ولكن على الرغم من ان هذه الالتزامات عينية فتبقى فيها خصائص الحق الشخصي في كونها تلزم شخصا معينا

(S)GINOSSAR Pour une meilleure definition du droit reel et du droit personnel,art précit R.T.D Civil , 1962 , p 585

(6) GOUTAL : Thèse Précitée , p 69

وفكرة تحويل الالتزامات الى التزامات عينية تبرز الطابع العيني للالتزام من حيث اتصاله بالشيء وعدم امكانه التخلص منه الا بالتخلي عن الشيء ، الا انها لا تبرر مطلقا كيفية انتقال هذه الالتزامات الى الخلف⁽¹⁾

فلا يمكن الدائن بالتزام عيني المطالبة به الا اذا وجدت رابطة بينه وبين الشيء المثقل بالالتزام العيني ، وهذه الرابطة لا يمكن ان تتحقق الا باللجوء الى فكرة الحق العيني ، لأن خاصية نفاذه في مواجهة الغير تعطي لصاحب الحق في المطالبة باحترامه . وممن الضروري ان تختلف درجة الالتزام بهذا الحق من شخص لآخر ، فالغير ملزم بالتزام سلبي فقط بينما الخلف الخاص قد يلزم بالتزامات ايجابية ايضا نظرا للعلاقة الموجودة بينه وبين العين المثقلة بالحق⁽²⁾.

اذن تبقى فكرة الالتزامات العينية تبرر انتقال بعض الالتزامات الى الخلف باعتبارها من ملحقات الحق العيني، اما انتقالها مستقلة عن حق عيني معين فليس له أي مبرر . ثم ان القضاء الفرنسي نفسه لا يقبل انتقال الالتزامات العينية بصفة مستقلة عن الحق العيني⁽³⁾.

أخلص من هذا الى ان الالتزامات العينية لا تؤثر على مبدأ نسبية العقد لأنها لا تنتقل الى الخلف الخاص الا بوجود نص قانوني أو نظرا لاعتبارها من ملحقات الحق العيني . فهي امتداد له وبالتالي تنتقل الى الخلف الخاص بالنظر الى الحق العيني و الى طبيعته الخاصة وليس للعقد الذي أبرمه السلف دور في ذلك ، لهذا فكلما استطعنا تحويل الالتزامات الى حقوق عينية كحق ارتفاق او حقوق عينية من نوع خاص او التزامات عينية باعتبارها من ملحقات الحق العيني، نقوم بمد آثار العقد ولكن لابد في كل هذا ان يكون الحق حقا عينيا او من ملحقاته ، وهذا تأكيد لفعالية مبدأ نسبية العقد، اذ العقد الذي يبرمه الغير والمنشئ للالتزامات متصلة بالعين التي انتقلت الى الخلف، لا يلزم هذا الاخير الا اذا كانت هذه الالتزامات ذات طبيعة عينية ، فيرجع انتقالها الى الخلف الى الطبيعة الخاصة بالحق العيني⁽⁴⁾.

(J.L)GOUTAL:Thèse Précitée ,p70 - 71

(J)DUCLOS :Thèse Précitée , p 228

(D)VEAUX :Art,Précité JCL Civ.FASC, .2 n° 44

(D) VEAUX: Art,Précité JCL Fasc. 2 n° 73

(1)

(2)

(3)

(4)

الفصل الخامس

التعبير عن الإرادة و مبدأ نسبية العقد

المبدأ العام هو ان آثار العقد الذي يبرمه السلف لا تلزم الخلف الا اذا ارتضى بها والمقصود بالرضا في هذا المجال هو القبول الصريح او الضمني .

ان كيفية التعبير عن الارادة يعتبر الحد الفاصل بين اعتبار انصراف آثار العقد الى الغير تطبيقا او استثناءا من المبدأ . فاذا ارتضى الغير صراحة انصراف آثار العقد اليه يكون ذلك تطبيقا للمبدأ . لكن المشرع لم يشترط الرضا الصريح بل اكتفى بمجرد العلم وهذا ما تضمنته المادة 109 مدني . وهذا العلم قد يستخلص من السكوت الملايس كما قد يستخلص من ظروف ايجابية تدل ضمنا على رضا الشخص .

ويختلف تأثير مبدأ نسبية العقد وفقا لطريقة استخلاص هذا العلم . ولهسذا

اتعرض في هذا الفصل الى الطريقتين فأتناول في المبحث الاول الى تأثير الارادة المستخلصة من السكوت الملايس على المبدأ ، وفي المبحث الثاني الى تأثير الارادة الضمنية المستخلصة من ظروف ايجابية على مبدأ نسبية العقد .

المبحث الأول

تأثير الإرادة المستخلصة من السكوت الملايس على مبدأ نسبية العقد

لاشك في أن السكوت المجرد ليس إرادة ضمنية ولا تعبيراً عن الإرادة لأنه مثل العدم ، وتكون له دلالة الرفض لا القبول.⁽¹⁾

ولكن رأت كل من التقنيات العربية والفقه والقضاء الفرنسيين ، ان السكوت يعتبر أحيانا قبولاً ضمناً ، وذلك اذا وجدت قرينة تدل على ذلك، ويكون هذا في حالة السكوت مع وجود ظروف ملايسة له ⁽²⁾ وقد نصت المادة 68 مدني جزائري على مايلي : " إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري ، أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فان العقد يعتبر قد تم ، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب . ويعتبر السكوت ⁽³⁾ عن الرد قبولاً ، اذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين ، أو اذا كان الإيجاب لفصلحة من وجهه إليه " .

وهذا النص لم يرد على سبيل الحصر وعليه فكل سكوت تلازمه ملايسات تدل على الرضا ، يعتبر سكوتاً ملايساً ⁽⁴⁾

(1) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط ، الجزء الأول ، المرجع السابق ، ص 236
(D)VEAUX : Art, Précit, n° 52 - MAZEAUD : Op, Cit, Tome 2, 1er Volume
p.113 - 119 - P.GODÉ : Volonté et Manifestations tacites, PUF , Paris 1977
p181 et S...

(2) د. قحطان محمد عيد القادر : السكوت المعبر عن الإرادة وأثره في التصرفات
رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس - 1991 ، ص 732 .
(3) لقد ورد النص العربي للمادة 68 خاطئاً إذ تنص على أنه : " ويعتبر السكوت في الرد " والصحيح هو : " ويعتبر السكوت عن الرد "

(4) د. عبد المنعم فرج الصده : نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص 96
د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، الجزء الأول ، المرجع السابق ، ص 239

وقد استند بعض الفقهاء إلى الإرادة الحقيقية للساكت وذهبوا إلى القول بأن الظروف والملابسة للسكوت ينبغي أن تولد ثقة مشروعة لدى المواجهين بها في اعتبار السكوت معبرا عن إرادة حقيقية بالقبول.⁽¹⁾

والسكوت والملابسة لا يدل على الإرادة مباشرة ، وإنما يستدل منه ومن ملابساته على انصراف الإرادة إلى معنى معين . واستخلاص التعبير عن الإرادة من السكوت وملابساته متروك لسلطة القاضي التقديرية .⁽²⁾

وتنص المادة 109 مدني جزائري السالفة الذكر على أن علم الخلف بالتزامات المتصلة بالعين يجعله ملزما بها . ويرى بعض الفقهاء أن علم الخلف يفترض قبوله .
وقد أقرت بعض أحكام القضاء الفرنسي هذا إذ ألزم مشتريا لمحل تجاري بعقد توريثه أبرمه سلفه لمجرد علمه به وقت شرائه للمحل التجاري⁽³⁾ .

اذن فاستخلاص قبول الخلف بالتزامات سلفه بمجرد علمه بها ، أمر لا يخلو من الخطورة ويجب في هذا المجال الاعتداد بالعلم الفعلي أو الحقيقي والذي يمكن استخلاصه بالنسبة للحقوق العينية من مجرد الشهر لأن نظام التسجيل يعطي صورة كاملة عن هذه الحقوق، ويجعل الخلف الخاص عالما بها علما حقيقيا .

أما الالتزامات الشخصية فيصعب فيها ضبط علم الخلف بها ويترك الأمر لتقدير القاضي⁽⁴⁾ . ويرى قوتال " GOUTAL " أنه لا يجب أن نستخلص من مجرد علم الخلف بالتزامات السلف قبوله لها ، لأن الخلف قد يكون أيضا عالما بمبدأ نسبية العقد الذي يعني عدم انتقال الالتزامات التي رتبها السلف والمتصلة بالحق إليه . والقول بأن علم الخلف يعني قبوله الضمني للالتزامات ، قد يؤدي إلى استخلاص إرادة ضمنية غير موجودة حقيقة ، وهذا يؤدي بنا

(1) د. قحطان محمد القادر : المرجع السابق ، ص 738

(2) د. قحطان محمد عبد القادر : المرجع السابق ، ص 699 - 700 . GODE : Thèse Pré-cité, p220 - 221

(3) Cass, Req 17 Fev. 1931. GAZETTE du Palais 1931.1.p.663 Cité par (D) VEAUX : Art, Précité, n° 51 .Egalement par du GARREAU de la Mechemme art, Précité, p.235

(J) DUCLOS : Thèse , Précitée, p.450 et 459

(4)

إلى نتيجة غير سليمة، هي تحمل الخلف بالتزامات بمجرد علمه وذلك دون رضا صحيح منه⁽¹⁾ والسلطة التقديرية الممنوحة للقاضي لاستخلاص الإرادة من مجرد العلم يعتبر استثناء فعلياً من مبدأ نسبية العقد، لأن مجرد العلم لا يعني أن الخلف قبل التحمل بالتزامات سلفه. لهذا، فإذا لم يكن العلم حقيقياً، أو فعلياً فمن الخير اشتراط القبول الصريح لتحصيل الخلف بالتزامات السلف، إلا أنه يؤخذ بالتعبير الضمني أيضاً إذا أمكن استخلاصه من ظروف ايجابية وليس من مجرد العلم.

ويلاحظ أن القضاء الفرنسي لا يقبل انتقال التزامات السلف إلى خلفه بالاستناد إلى العلم إذا كان هذا الأخير عالماً بها وإنما يعللها بالاستناد إلى الاشتراط الضمني لمصلحة الغير لنقلها⁽²⁾.

ويرى الفقهاء الفرنسيون أن فكرة الاشتراط الضمني فكرة غير مقبولة لأنها تؤدي إلى اتساع مجال العقد، وإلى جعل آثاره تنصرف إلى أشخاص لم تخطر على بال المتعاقدين وقت التعاقد ولا يمكن الاستناد إلى هذه الفكرة عندنا لأن الاشتراط لمصلحة الغير لا يفترض في القانون المدني الجزائري⁽³⁾ وإنما يجب أن يكون صريحاً.

ويتبين من هذا كله أنه لا يوجد أي مبرر قانوني لالزام الخلف بالتزامات السلف بمجرد علمه بها دون رضا حقيقي، وهذا لا يعني القول بضرورة التعبير الصريح للخلف بل أن التعبير الضمني المستخلص في ظروف ايجابية يكون نتيجة طبيعية، ومعقولة تؤدي إلى انتقال الالتزامات إلى الخلف الخاص.

(1) (J.L)GOUTAL :Thèse Précitée,p171.Aussi (P)GODE:Thèse Précitée,p216

(J.L)GOUTAL:Thèse Précitée , p 172

(2)

(3) سأعرض لهذه الفكرة بالتفصيل في الفصل الثاني من الباب الثاني، حيث أعالج الاشتراط لمصلحة الغير.

المبحث الثاني

تأثير الإرادة الضمنية المستخلصة من ظروف ايجابية على مبدئية العقد

إذا وجد ارتباط بين الحق والالتزام المقابل له ، فإن انتقال الحق يؤدي إلى انتقال الالتزام وهذا ما يتحقق غالباً في العقود الملزمة للجانبين. فعندما يتنازل السلف عن عقد ملزم لجانبين أو ينتقل الحق إلى الخلف من عقد أبرمه سلفه ، فهذا يعني أن السلف قد جعل الخلف في وضع معين ، وهذا ما تضمنه القانون إذ تنص المادة 23 تأمين جزائي على مايلي : " إذا انتقلت ملكية الشيء المؤمن عليه إثر وفاة أو تصرف يستمر أثر التأمين لفائدة الوارث ، المشتري بشرط أن يستوفي جميع الالتزامات المنصوص عليها في العقد ، ويتعين على المتصرف أو الوارث أو المشتري ان يصرح للمؤمن بنقل الملكية . ويبقى المتصرف ملزماً بدفع الأقساط المستحقة ، في حالة التصرف في الملك المؤمن عليه ، ما دام لم يعلم المؤمن بالتصرف. بيد أنه بمجرد اعلام المؤمن بالتصرف ، لا يبقى ملزماً الا بدفع القسط المتعلق بالفترة السابقة على التصريح .

وعند تعدد الوثائق او المشترين ، يجب عليهم دفع الأقساط مجتمعين ومتضامين". فهذا يعني ان انتقال عقد التأمين الى الخلف يلزمه بالقيام بالالتزامات المتعلقة بدفع الأقساط ، واعلان المؤمن بذلك .

ولا يثار الاشكال عند وجود نص قانوني صريح أو وجود اتفاق صريح بين المتعاقدين يقضي بانتقال الالتزامات المقابلة للحق ، لكن المسألة تدق ، عندما يكون العقد الملزم للجانبين الذي أبرمه السلف ليس هو العقد الرئيسي الذي تعاقد السلف مع الخلف عليه وانما هو مجرد ملحق من ملحقاته ، مثال ذلك عقد بيع محل تجاري لم يتضمن الاتفاق بين البائع والمشتري على التنازل عن العقد المتعلق باستعمال الهاتف الموجود في المحل .

يستخلص من مجرد استعمال المشتري للهاتف مدة معينة قبوله الضمني لتحمل الالتزامات

المقابلة لهذا الحق و الخاصة بالاشتراكات مع مصلحة أو شركة الهاتف (1).

ويلاحظ ان قاعدة الملحقات تتبع الأصل تتعلق بنقل الحقوق و الالتزامات العينية المتعلقة بالعين الى الخلف الخاص، ولا يمكن الاستناد لهذه القاعدة لنقل الالتزامات الشخصية الى الخلف الخاص ولكن انتقال الحق لارتباطه بالعين الى الخلف الخاص ووفقا لقاعدة الملحقات تتبع الأصل واستعمال او مطالبة الخلف الخاص بهذا الحق يمكن ان يستخلص منهما قبوله الضمني للتحمل بالالتزامات المقابلة .

وفي العقود الملزمة لجانبين ، لكي يكتسب الشخص الحق المتولد عن العقد لابد له من ان يقوم بالالتزامات المقابلة لهذا الحق ، والا استطاع الطرف الآخر المطالبة بالفسخ . فلا يجوز للخلف الخاص التمسك بالحقوق المتمثلة بالحق الذي انتقل اليه من سلفه ، متى كان مصدرا هذه الحقوق عقدا ملزما لجانبين ، الا اذا قام بتنفيذ الالتزامات المقابلة لها (3) . ويستطيع الطرف الآخر التمسك بحقه في عدم التنفيذ فيتحمل الخلف الخاص التزامات سلفه . ولا يكفي قيام الخلف الخاص بالالتزامات المقابلة للحق لمطالبة الغير بالوفاء بالحقوق المترتبة عن هذا العقد ، بل لابد ان يكون العقد قد تم دون أن يوءخذ بعين الاعتبار شخص المتعاقد " INTUITUS PERSONE " وان يكون هذا العقد متصلا بالحق الذي انتقل الى الخلف . وليس في قاعدة الدفع بعدم التنفيذ استثناء على مبدأ نسبية العقد ان أنها تعطي للخلف الخاص الخيارا في : تنفيذ العقد ، فعليه القيام بالالتزامات المتقابلة ان اراد ذلك (4) ويرى ويل " WEILL " أنه من المفروض ألا يكون للخلف الخاص الخيارا لان في هذا اضارا بحق المتعاقد مع السلف (5) . واذا اخذنا برأي " ويل " لاعتبرت قاعدة الدفع بعدم التنفيذ استثناءا فعليا لمبدأ نسبية العقد ، ان يتحمل الخلف التزامات السلف ، ولكن حق الخيارا الممنوح للخلف الخاص يعتبر حماية له من انتقال التزامات السلف الشخصية اليه دون رضاء (6) .

(1) (J.L.) GOUTAL : Thèse Précitée , p.269 .

(2) GOUBEAUX : La regle de l'accessoire en droit privé: Thèse LGDJ, 1969, p.154 .

(3) كذلك - LEPARGNEUR: Art, Précit, p.540, Aussi WEILL: Thèse Précitée, P.898 - د. عبد الحي الحجازي، المراجع السابق، ص 838 .

(4) LEPARGNEUR: Art, Précit, P.546.

(5) (A) WEILL : Thèse Précitée , P.904.

(6) AUSSEL -Thèse Précitée P. 57 .

ورضا الخلف الخاص بالتحمل بالالتزامات يعتبر هو العنصر الأساسي الذي يقوم عليه مبدأ نسبية العقد من حماية الخلف الخاص من التحمل بالالتزامات.

وقد صدرت عن القضاء الفرنسي أحكام عديدة استخلصت قبول الخلف الخاص التحمل بالالتزامات من مجرد ممارسته للحق المقابل لها .

ومن هذه الاحكام حكم صدر بتاريخ 1960/2/21⁽¹⁾ بصدد بيع طاحونة دون ان يتضمن عقد البيع النص على التزام الخلف بأعمال صيانة السد الممد للطاحونة بالماء، فبمجرد استعمال الخلف للماء يعتبر قبولاً ضمناً للقيام بالالتزام بالصيانة المتفق عليها بين سلفه (البائع) وباقي مستعملي السد .

(2)
وكذلك حكم آخر صادر بتاريخ 10 جويلية 1935 اعتبر شركة حصلت على محل تجاري كحصة أحد الشركاء ، ملزمة بالالتزامات المتعلقة بالمحل التجاري الخاصة بفتح اعتماد لدى بنك ، واستعمال الشركة للاعتماد الجارى المخصص للمحل التجاري اعتبر قبولاً ضمناً لتحملها بالتزامات المحل التجاري قبل البنك .

ويلاحظ انه لا يكفي حلول الخلف محل السلف في عقد معين لاستخلاص قبوله الضمنى التحمل بجميع التزامات السلف قبل الغير . فوفاء المستأجر من الباطن بالأجرة الى المؤجر مصدره نص قانونى ولا يمكن أن نستخلص منه قبول المستأجر من الباطن التحمل بجميع التزامات المستأجر الأصلي .

واكتساب المكاوّل من الباطن الحق في المطالبة بالأجرة من ربّ العمل، لا يعطي لهذا الأخير الحق في مطالبة المكاوّل من الباطن بالالتزامات المقابلة لها ، لأن حق المكاوّل من الباطن مصدره القانون .

وعلى ربّ العمل مطالبة المكاوّل الأصلي بالقيام بالتزاماته .

اذن فاستخلاص قبول صاحب الحق بالالتزامات المقابلة لهذا الحق من ممارسته أو المطالبة به ، تفرض ارتباط الحق بالالتزام و يترتب على ذلك أن للمدين بالالتزام دفع دعوى الدائن المطالبة بالحق بدعوى اخرى مقابلة لها يطالب فيها بالحق المقابل⁽³⁾.

(1) 1er Civ. 21/12/1960 Cité par (J.L) GOUTAL : Thèse Précitée, p263

(2) Paris 10 Juillet 1935 rapporté par (D) VEAUX : Art, Précit, . N° 54

(3) (J.L) GOUTAL : Thèse Précitée, p 263

فلا يستطيع خلف الشريك في ملكية مشتركة المطالبة بحق استعمال المصعد الخاص اذا لم يدفع الاشتراكات الخاصة بصيانة هذا المصعد مثلاً، ويعتبر قبول استعمال المصعد عملاً ايجابياً يجيز للقاضي ان يستخلص منه قبول القيام بالالتزامات المقابلة .
اذن فارتباط الالتزامات بالحقوق يؤدي الى أن الخلف الذي يستعمل الحق يفترض فيه أنه قبل التحمل بالالتزامات. وهذا يعني أنه يجوز للخلف الخاص التخلص من جميع الالتزامات التي لم يقبلها صراحة برفضه لاكتساب الحق المقابل لها ، باستثناء بعض العقود اذ يلزم القانون، الخلف . بالابقاء عليها ، فلا يستطيع الخلف التخلص من عقد ايجار ثابت التاريخ وارد على العين برفضه للمخالصة المقدمة له . كما لا يستطيع خلف المستخدم التخلص من عقود العمل برفضه لخدمات العمال (1).

ولكن قبول الخلف للالتزامات يعني صيرورته مدينا لمن تعاقد مع السلف، وبراء هذا الأخير من جميع التزاماته ؟

ولقد نص القانون صراحة على احوال الخلف محل السلف في التزاماته وبراء هذا الأخير نهائياً منها ، فقررت المادة 23 تأمين جزائي السابق ذكرها ان المتصرف لا يبقى ملزماً الا بدفع القسط المتعلق بالفترة السابقة على التصرف .

كما تنص المادة 1/754 مدني جزائري على أنه : " في حالة نقل ملكية احدى القسومات يبقى المالك السابق ملزماً بدفع جميع الديون المترتبة عليه من الملكية المشتركة ، والمستحقة عند تاريخ انتقال الملكية ، والواجب دفعها نقدا سواء تعلق الأمر بأرصدة أو بدفع نهائي ". وهذا يعني ابراء السلف المتصرف من الالتزامات اللاحقة لتاريخ انتقال الملكية .

وقد يتفق السلف والخلف صراحة على احوال هذا الأخير محل الأول، وفي هذه الحالة لا بدّ من موافقة الغير على انتقال وضعية السلف بكاملها الى الخلف، وفي حالة عدم الموافقة يبقى السلف ملزماً تجاه الغير، بصفته ضامناً أو كفيلاً لتنفيذ الخلف الخاص للالتزامات (2).

(1) FLOUR et AUBERT :Op,Cit,1 er Volume , p.345

(2) (J.L)GOUTAL: Thèse Précitée , p .309,Aussi MARTY et RAYNAUD :Op, Cit, Tome 2 , Volume 1 , p.388 - LAPP:Cession de Contrat,Encyclopédie DALLOZ, Droit civil N° 51. 53

وهذا تطبيقاً للقواعد العامة التي تقضي بأن المدين بالتزام يبقى ضامناً للوفاء به ، طالما ظل الدائن لم يبرئه منه صراحة (1).

لقبول الخلف الخاص التحمل بالتزامات السلف أهمية في حصر دائرة الأشخاص الملزمين بالعقد وكذلك له أهمية في الإبقاء على مبدأ نسبية العقد إذ لا يلزم الشخص بالتزامات غيره دون رضاه الفعلي أو الحقيقي، وترك السلطة التقديرية للقاضي لاستخلاص قبول الخلف لتحمله بالتزامات من مجرد سكوته يؤدي إلى القضاء على مبدأ نسبية العقد كلياً. كما لا يجب ترك السلطة التقديرية للقاضي لاستخلاص قبول الخلف بالتزامات سلفه من مجرد العلم بها وإنما يجب أن يكون العلم بها علماً فعلياً .

أما القبول الضمني المستخلص من الظروف الإيجابية فيمكن الاستناد إليه ، لأن المنطق والعدالة يفرضانه .

فالذي يمارس أو يطالب بحقوق تستلزم منه القيام بالتزامات معينة مقابلة لها ، فالمنطق يفرض قبوله الضمني للقيام بها .

فليس عقد السلف هو الذي يلزم الخلف بل قبوله للوضعية الفعلية لسلفة بجميع الحقوق المترتبة عليها هو الذي يفرض عليه قبول الالتزامات المقابلة لها .

(1) CARBONNEIR ; Op, Cit, Tome 4, p.551 - VEAUX ; Art, Précit, n° 55
GHESTIN : La Transmission des Obligations en droit positif Français,
In, transmission des obligations LGDJ 1980 , p.77

الفصل السادس

التعهد عن الغير كتطبيق لمبدأ نسبية العقد

كلما كان انصراف آثار العقد الى الغير معلقا على قبوله او اقراره له ، كان ذلك تطبيقا لمبدأ نسبية العقد وليس استثناء منه ، اذ يقضي هذا المبدأ بعدم جواز انصراف الآثار الملزمة للعقد الى الغير ، ولكنها قد تنصرف اليه ، اذ قبلها .
وأعرض في هذا الفصل الى التعهد عن الغير لاستبعاد كاستثناء من المبدأ اذ الأمر مازال غامضا في قانوننا اذ تنص المادة 2/114 هـدني على ضرورة قبول التعهد عنه للعقد وهذا إن كان يدل ان التعهد عن الغير ليس استثناء من المبدأ فهو من جهة اخرى يدل ان المشرع مازال متأثرا بالمفهوم التقليدي للمبدأ والذي يجعل آثار العقد قاصر على المتعاقدين وانه كلما رتب العقد آثارا بالنسبة للغير اعتبر ذلك استثناء ، ان القول بضرورة قبول المتعهد عنه يفرض قيام عقد جديد بينه وبين المتعهد له . وفي الحقيقة لسنا بحاجة الى عقد جديد للبقاء في اطار المبدأ ، فالتعهد عن الغير يتضمن عقدا واحدا والمتعهد عنه يقر العقد ان شاء ذلك ، وباقراره يصير طرفا في العقد كما لو كان قد اشترك في ابرامه .

وسأوضح ان التعهد عن الغير يظل تطبيقا للمبدأ لأن انصراف آثار العقد الى الغير لا يعتبر استثناء من المبدأ اذا كان الغير قد ارتضى ذلك دون التطلب لتبرير هذا ابرام عقد جديد والاكتفاء باشتراط الاقرار بدلا من القبول .

وأتعرض في هذا الفصل لمفهوم التعهد عن الغير وأهميته العملية، ثم إلى طبيعة التزام المتعهد، وبعدها إلى آثار التعهد، لأخلص إلى مدى تأثير التعهد عن الغير على مبدأ نسبية العقد.

المبحث الأول

مفهوم التعهد عن الغير

المطلب الأول:

تعريف التعهد عن الغير وأهميته العملية

التعهد عن الغير هو اتفاق يتعهد فيه أحد طرفيه بأن يجعل شخصا من الغير يلتزم بالتزام معين قبل الطرف الآخر.

والتعهد عن الغير هو عقد يبرم بين المتعهد والمتعهد له، ويجب أن تتوافر فيه الشروط المطلوبة في العقود عامة، وهو في غالب الأحيان ملزم لجانب واحد، إذا اقتصر التعهد على التزام المتعهد بالحصول على موافقة الغير على قبول الالتزام بأمر ما⁽¹⁾.

ويشترط في المتعهد أن يتعاقد باسمه لا باسم المتعهد عنه، لأنه لو تعاقد باسم المتعهد عنه لكتأ أمام وكالة وليس تعهدا، والتعهد يختلف عن الوكالة.

ويجب أن تنبج ارادة المتعهد الى الزام نفسه فاذا كان يقصد الزام الغير بالتعهد، فهذا يعد باطلا، وقد نصت المادة 113 مدني جزائري على مايلي: "لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز ان يكسبه حقا".

ولا تعتبر المادة 114 مدني جزائري استثناء عن المادة 113 مدني وانما هي تطبيق لها، وبالتالي فلا يمكن اعتبار ان المتعهد بابرامه للتعهد يكون قصد الزام الغير به، وانما يحاول فقط حمل الغير على التعاقد مع المتعهد له، والمتعهد ملزم شخصيا بضمان موافقة الغير، وهو محل التزامه اذ يأخذ على عاتقه الحصول على هذه الموافقة على التعهد.⁽²⁾

(1) د. عبدالفتاح عبد الباقي: نظرية العقد، المرجع السابق، ص 323 وأيضا د. مصطفى الجمال: النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 269.
د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، الجزء 1، المرجع السابق ص 619.
(2) د. وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص 296.
د. سليمان مرقس، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 387.
FLOUR et AUBERT: Op, Cit, Volume 1, p. 348

وتتحقق أهمية التعهد عن الغير في الحياة العملية عندما يتعذر على الشخص الحصول على رضا ذوي الشأن ويتطلب التصرف السرعة وضرورة القيام بالاجراءات المطلوبة قانوناً فقد تضيع الفرصة عليه (1) إذا انتظر الحصول على الرضا أو القيام بكل الاجراءات) مثال ذلك تصرف الولي في أموال غير المميز يتطلب منه الحصول على إذن من القاضي أو من مجلس العائلة وهذا أمر قد يضيع عليه فرصة التعاقد، فيلجأ الى التعهد عن الغير (2) حتى لا تضيع منه هذه الفرصة ويلتزم بالحصول على رضا الشخص عند بلوغه سن الرشد .

ولقد أثارَت صحة التعهد عن عديم الأهلية نقاشاً حاداً بين الفقهاء الفرنسيين الذين رأوا . أنها سماح للولي أو الوصي بالتهرب من الحصول على إذن مجلس العائلة أو القاضي . ولكن محكمة النقض الفرنسية تقرّ دائماً هذا التعهد لأنها ترى أن عديم الأهلية لا يلزم بعقد المتعهد إلا بعد أن يصبح أهلاً للتعاقد، وبعد إقراره للعقد (3)

كما أنه قد لا يكون الوكيل موكلاً للقيام بتصرف معين، ويرى في تصرف ما صفقة مربحة لا يريد تضييعها ، فيتصرف باسمه ويتعهد بالحصول على موافقة الموكل (4)

كما أن الشريك لا يستطيع التصرف في المال الشائع إلا بموافقة باقي الشركاء، فإذا كان أحدهم غائباً مثلاً، فيتعاقد كشريك باسمه هو ، ويتعهد بالحصول على موافقة الغائب عند حضوره كما أنه غالباً ما يرفض الغير التعاقد مع الفضولي إلا إذا تعهد هذا الأخير بالحصول على إقرار ربّ العمل (5) فالمتعاقد مع الفضولي يكون قد آمن نفسه من خطر عدم إقرار ربّ العمل لعمل الفضولي .

(1) د. توفيق حسن فراج و يحيى مطرا : المراجع السابق ، ص 449 .

(2) د. مصطفى محمد الجمال : النظرية العامة للالتزامات، المراجع السابق ، ص 269
أيضاً FLOUR et AUBERT : Op, Cit, Volume 1 , p . 288

(3) (M) STORCK . : Promesse de porte-fort JCL Civil, Contrats et Obligations (3)
FASC.7.B Art 1120 , n° 26

(4) د. عبد الحي حجازي : المراجع السابق ، الجزء الأول ، المجلد الثاني ، ص 860

(5) (M) STORCK: Promesse de porte-fort, Art Précité, n° 8

كما أن مؤسسى الشركة في مرحلة التأسيس كانوا يلجأون الى التعهد بإقرار الشركة ، بعد تأسيسها ، للعقود المبرمة في هذه الفترة (1).

هذا قبل صدور قانون 24 جويلية 1966 المتضمن تعديل القانون التجاري الفرنسي، وتنص مادته 2/5 المطابقة للمادة 549 تجارى جزائري على مايلي : " لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري. وقبل اتمام هذا الاجراء يكون الاشخاص 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 . وبالنسبة للشركات المدنية تعرضت المادة 1843 مدني فرنسي لنفس الحكم المنصوص عليه في المادة 2/5 تجارى . وفي هذا المجال للتعهد أهميته إذ يلتزم المؤسسون للشركة بالحصول على إقرار الشركة بعد تأسيسها للعقود التي أبرموها أثناء التأسيس. (2).

أما بالنسبة للشركات المدنية ، فلا وجود لنص خاص في القانون المدني الجزائري ، مثل ما عليه الحال في القانون التجاري الذي ينظم العقود التي تبرم أثناء التأسيس، إلا أنه ليس هناك مانع من أن يقوم أحد الشركاء بإبرام عقود ويتعهد بالحصول على اقرار الشركة لهذه العقود بعد تأسيسها .

(1) (M)STORCK :Promesse de porte- fort , Art, Précite .Nº 9

VERICEL : Désétude ou Actualité de la promesse de porte-fort, (2)
Recueil DALLOZ 1988-I, Chr. p. 125

المطلب الثاني

التفرقة بين التعهد - د عن الغير و بعض الانظمة المشابهة له

يشتهر التعهد عن الغير بالوكالة ، وبالفضالة ، وبالكفالة ، إلا أنه يختلف عنها .
وسأعرض لهذه النظم لتوضيح الفرق بينها وبين التعهد عن الغير .

أولاً : التعهد عن الغير والوكالة

يختلف التعهد عن الغير عن الوكالة ، في كون الوكيل يعمل باسم ولحساب الموكل، وتنصرف آثار العقد الذي يبرمه الى موكله مباشرة ، بينما المتعهد يتعاقد باسمه وليس باسم المتعهد عنه ، ولا ينتج العقد الذي يبرمه المتعهد أثره بالنسبة للمتعهد عنه إلا اذا أقره⁽¹⁾. ويرى بولنجي " BOULANGER " أن الاختلاف بين التعهد عن الغير والوكالة ما هو إلا اختلاف ظاهري فقط لأنه في غالب الأحيان تكون للمتعهد نية العمل لحساب الغير ، ولكن ليست له السلطة للعمل باسم هذا الغير ، فيلجأ الى التعهد عن الغير ، لأن هذا الأخير لم يوكله . ويرى في هذه الصورة أن المتعهد وكيل ، لأنه لا يشترط دائماً أن تخول للوكيل سلطاته مسبقاً ، وإنما ان تضاف آثار العقد للموكل بعد إقراره للوكالة . وتعتبر وكالة المتعهد في هذه الحالة معلقة على إقرار الغير لها .⁽²⁾

ويمكن الرد على هذا الرأي بأنه يمكن في هذه الحالة إدراج التعهد عن الغير ضمن العقود التي يبرمها الوكيل مجاوزاً فيها حدود وكالته ، إلا أنه في هذا الفرض لا وجود للوكالة

(1) د. عبد الحي حجازي : المرجع السابق ، الجزء 1 ، المجلد 2 ، ص 864 ، وأيضاً

BOULANGER: La Promesse de porte-fort:thèse CAEN 1933 ,DALLOZ,1933 (2)
p.22 à 24

ولكن إذا أقرّ الموكل عمل الوكيل فنكون أمام وكالة فعلا متى توافرت لدى الوكيل نية العمل لحساب الغير، أما في حالة انعدام نية العمل لحساب الغير لدى المتعهد فيظل العقد تعهدا عن الغير ولا يمكن اعتباره وكالة.

ويلاحظ انه اذا كان المتعهد له قد تعامل مع المتعهد على أساس أنه وكيل عن الغير، ونشأ عن هذا وضع ظاهر، فيكون الغير ملزما على أساس الوكالة. ولقد أقرت الغرفة المدنية لمحكمة النقض 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⁽¹⁾، فالتعهد عن الغير لا يلزمها، ولكن الوكالة الظاهرة تلزمها وفقا لنظرية الوضع الظاهر.

ثانيا : التعهد عن الغير والفضالة

يتعاقد الفضولي باسم رب العمل للقيام بأمر عاجل، بينما المتعهد عن الغير لا يتعهد إلا باسمه ولا يريد من ذلك تحقيق مصلحة عاجلة مثل ما عليه الحال في الفضالة. وتلزم الفضالة رب العمل، إذا قام الفضولي في عمله بعناية الرجل العادي بينما التعهد لا يلزم المتعهد عنه في جميع الأحوال إذ تبقى له دائما الحرية في قبول التعهد أو رفضه⁽²⁾.

ويرى بعض المؤلفين أن التعهد عن الغير هو فضالة معلقة على شرط واقف وهو إقرار الغير لها، إلا انه يجب هنا ملاحظة أن الفضالة ترتب آثارها نظرا لأهمية العمل الذي قام به الفضولي وليس بالنظر الى إقرار رب العمل لها⁽³⁾.

وقد يجمع الشخص بين صفتي الفضولي والمتعهد، وذلك عندما يعمل لحساب الغير ويتعهد له بضمان حقه في حالة منازعة رب العمل في تحقيق شروط الفضالة⁽⁴⁾ وفي هذه الحالة تطبق أحكام التعهد والفضالة معا.

(1) Cass.Civ I, 14 Dec. 1976, Cité par STORCK, Art, Précité, n° 41

(2) BOULANGER :Thèse Précitée, p. 11

(3) MARTY et RAYNAUD : Op, Cit, Tome2, Volume1, P. 230

(4) د. محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق، ص 272.

ثالثا : التعهد عن الغير والكفالة .

تختلف الكفالة عن التعهد عن الغير في أن الكفيل يضمن التزاما وجد أو سوف يوجد في المستقبل (المادة 650 مدني جزائري) أما الممتتعهد فيكفل التزاما لم يوجد بعد، الى جانب أن الكفيل ملزم بأداء نفس التزام المدين، أما الممتتعهد عن الغير فقد لا يلزم إلا بالتعويض عن الضرر الذي أصاب الممتتعهد له إذا لم يقبل الممتتعهد عنه إقرار العقد الذي تعهد الممتتعهد بإبرامه⁽¹⁾ ويقوم التزام الممتتعهد بصفة أصلية وليس له الحق في الدفع بالرجوع على الممتتعهد عنه أولا ، أما الكفيل فإذا لم يكن متضامنا مع المدين، فله حق الدفع بمطالبة الدائن بالرجوع على هذا المدين أولا وتجريده من أمواله ، كما أن الممتتعهد لا يضمن تنفيذ العقد بل يضمن الحصول على إقرار الغير فقط ، ولا يهمه فيما بعد أن يقوم الغير بتنفيذ الالتزام⁽²⁾ ولكن قد يحدث ان يضمن الممتتعهد تنفيذ العقد فيقترن التعهد . بالكفالة وفي هذه الحالة تطبق احكام التعهد والكفالة معا⁽³⁾

ولقد ربط المشرع 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 يعتبر متعهدا بضمان الوفاء بالعقد⁽⁴⁾ ولقد نصت المادة 649 مدني جزائري على مايلي : " 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 " وتنص المادة 654 على مايلي : " يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله ان يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين .

(1) د. عبد الحي حجازي: المرجع السابق، الجزء الأول، المجلد الثاني، ص 866

(2) AUBRY et RAU: Op, Cit, Tome4, 4e. Ed. p. 306

(3) MAZEAUD: Op, Cit, Tome2, Volume1, p230- STARCK: Théorie Obligations, Op, Cit, p595 , 596

(4) STARCK: Promesse de porte-fort: art, Précité, n° 44

غيراً انه اذا كان الوجه الذي يحتج به المدين يتمثل في نقص أهليته وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد ، فليس له أن يحتج بهذا الوجه " .

المبحث الثاني

طبيعة التزام المتعهد

يبحث التساؤل حول تحديد طبيعة التزام المتعهد ، هل هو التزام باعطاء شيء ، او التزام ببذل عناية أو هو التزام بتحقيق نتيجة ؟ .

أولاً : التزام المتعهد ، التزام باعطاء شيء :

يذهب بعض المؤلفين الى ان التزام المتعهد هو التزام بالتعويض في حالة عدم قبول المتعهد عنه العقد ، فهو اذن التزام باعطاء شيء ، ولكن الغرض من التعهد هو حصول المتعهد على موافقة الغيراً على العقد، وما المبلغ المالي الذي يدفعه المتعهد في حالة عدم حصوله على موافقة المتعهد عنه سوى تعويض عن الضرراً الذي اصاب المتعهد له ، وقد لا يدفع المتعهد شيئاً في حالة رفض المتعهد عنه الموافقة على العقد اذا لم يلحق المتعهد له اي ضرراً (1)

كما ان هناك من يذهب الى القول بأن التزام المتعهد هو التزام باعطاء شيء - هو المبلغ المالي - معلقاً على شرط واقف وهو رفض الغيراً أن يلتزم بالعقد (2) وهذا القول كذلك غيراً مستقيم لأن الشرط أمراً عارضاً بينما رفض الغيراً هو عنصراً أساسياً لالتزام المتعهد بالتعويض .

ثانياً : التزام المتعهد هو التزام ببذل عناية :

فهو يكفي أن يبذل المتعهد عناية الرجل العادي لكي يعتبراً أنه نفذ التزامه وتبرأ ذمته منه

(1) د. عبد الحي حجازي : المراجع السابق - الجزء 1 ، المجلد 2 ، ص 879 .

(2) BOULANGER : Thèse , Précitée , p. 36 .

حتى لو رفض الغير قبول الالتزام أو رفض إقرار التصرف ؟

إن جعل التزام المتعهد مجرد التزام بالقيام بعمل يفقد التعهد عن الغير كل أهميته لأنه من السهل على المتعهد أن يثبت أنه حاول الحصول على إقرار الغير ولم يفلح .
والحقيقة هي أن التزام المتعهد ليس التزاماً بالقيام بعمل، وإن تبرأ ذمته من الالتزام بمجرد إقرار الغير للعقد ، ولو لم يقم هو كمتعهد بأي عمل لحمل الغير على الإقرار أو القبول .⁽¹⁾

ثالثاً : التزام المتعهد هو التزام بتحقيق نتيجة .

يذهب أغلب الفقهاء إلى أن التزام المتعهد هو التزام بتحقيق نتيجة وهي إقرار الغير للتعهد ويعتبر المتعهد مقصراً - بمجرد رفض الغير إقرار التصرف مهما بذل من العناية للحصول على هذا الإقرار ولكنه لم يصل إلى ذلك نتيجة لإصرار الغير على الرفض .⁽²⁾

ويعتبر المتعهد أنه نفذ التزامه بمجرد إقرار الغير للتصرف حتى لو لم ينفذ الغير العقد فيما بعد لأن المتعهد ملزم بالحصول على إقرار الغير وليس ملزماً بجعله ينفذ العقد . ولا يمكن أن يكون المتعهد ضامناً لتنفيذ العقد إلا إذا وجد نص صريح على ذلك ، لأنه يكون كفيلاً في هذه الحالة ، والكفالة لا تفترض⁽³⁾

ويذهب رأي حديث إلى أن التزام المتعهد هو التزام بالضمان ، فالمتعاقد مع المتعهد يؤمن من خطر رفض الغير .

فالفقهاء الألمان يجمعون طائفة من العقود تحت عقود الضمان وهي عقود ، الهدف منها ، هو ضمان رفض الغير ، وهي مستقلة تتميز عن عقود الضمان التابعة للالتزام الأصلي كالكفالة ، فهي عقود يضمن فيها الشخص تحقيق نتيجة معينة⁽⁴⁾ .

(1) BOULANGER : Thèse , Précitée , p 29 et 36

(2) د. محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق ، ص 272 ، أيضاً : د. عبدالرزاق السنهوري : الوسيط الجزء الأول ، المرجع السابق ، ص 619 ، د. سليمان مرقس : دروس في مصادر الالتزام ، نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص 387 .

(3) BOULANGER : Thèse , Précitée , p 43

(4) BOULANGER : Thèse , Précitée , p 36 - 37

ولقد أخذ الدكتور عبد الحي حجازي بهذا الرأي، واعتبر التزام المتعهد ، التزاما بالضمان ذلك لأنه يمكن إعفاء المتعهد من الالتزام بتحقيق نتيجة إذا أثبتت القوة القاهرة التي حالت دون تنفيذ التزامه ، أما في الالتزام بالضمان فالمدين يدفع التعويض عن الضرر الذي يلحق المتعهد له من جراء رفض الغير و لو كان عدم تحقيق النتيجة راجعا لقوة القاهرة (1).

المبحث الثالث

أشوار العهد من الغير

أعرض في هذا المبحث للعلاقة بين المتعهد والمتعهد له ، ثم للعلاقة بين المتعهد له والمتعهد عنه ، أما علاقة المتعهد بالمتعهد عنه ، فتحددها طبيعة التزام المتعهد السابق ، الذي تعرضت له في المبحث الثالث .

أولا : العلاقة بين المتعهد والمتعهد له .

يجب أن يستوفي العقد الذي يتم بين المتعهد والمتعهد له الشروط المطلوبة عامة في العقود ومحل التزام المتعهد هو دائما التزام بتحقيق نتيجة ، وهو حمل الغير على قبول التعهد (2) ، وتنص المادة 1/114 مدني جزائري على ما يلي : "إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهد ، فإن رفض الغير أن يلتزم ، وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به " .

ففي حالة قبول الغير للتعهد ، يكون المتعهد قد وقى بالتزامه قبل المتعهد له ، ولا يغير من الأمر شيئا إذا تقاعس المتعهد عنه في تنفيذ الالتزام فيما بعد .

(1) د. عبد الحي حجازي : المرجع السابق ، الجزء 1 ، المجلد 2 ، ص 884 - 885

(2) د. عبد الودود يحي : الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، المرجع السابق ، ص 106
د. وحيد الدين سوار : النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ، ص 292 .

أما إذا رفض الغير الالتزام، فتتحقق مسؤولية المتعهد، ويكون ملزماً بتعويض المتعهد عنه عن الضرر الذي أصابه من جراء رفض الغير التعاقد معه. (1)

وإذا رفض الغير التعاقد مع المتعهد له، يمكن أن يقوم المتعهد بتنفيذ الالتزام بنفسه ليتخلص من التعويض. (2)

والمتعهد ملزم بتنفيذ التزامه، ولا يعفيه منه إلا إثبات أن استحالة إقرار أو قبول الغير (المتعهد عنه) يرجع إلى سبب اجنبي أي أن المتعهد عنه أصبح في حالة يستحال فيها أن يصدر منه إقرار صحيح، كأن يتوفى أو يحجز عليه. أما إذا لم يفلح المتعهد في إثبات السبب الاجنبي فإنه يكون مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي أصاب المتعهد له من جراء عدم إقرار المتعهد عنه. (3)

ويلاحظ أن التزام المتعهد يقتصر عليه فقط فلا ينتقل إلى خلفه العام في القوانين العربية التي تأخذ بعدم انتقال الالتزامات إلى الخلف العام، ولكن يتحول التزام السلف إلى تعويض عن الضرر الذي لحق المتعهد له ويدفع هذا التعويض من أموال التركة. (4)

أما في القانون الفرنسي الذي يقبل أن تنتقل التزامات السلف إلى الخلف العام في بعض الحالات فيلزم هذا الأخير بالتعويض في حالة رفض الغير إقرار العقد. ولكن يثار التساؤل حول التزام الخلف بالتزامات سلفه أي هل يلتزم بالحصول على إقرار أو قبول الغير؟ يذهب أغلب المؤلفين إلى أن الخلف العام ملزم بالتعويض فقط ولا يمكن إلزامه بالحصول على إقرار المتعهد عنه. (5) إلا إذا كان سلفه طرفاً في العقد كأن يكون المتعهد شريكاً على الشيوع وتصرف في المال الشائع وتعهّد بالحصول على إقرار باقي الشركاء، ففي هذه الحالة يلتزم الخلف العام بالتزامات سلفه، لأن المتعهد ملزم بالضمان وينتقل هذا الالتزام إلى خلفه وهو غير قابل للانقسام بطبيعته (6) فيكون الخلف في هذه الحالة ملزماً بالعقد الذي أبرمه سلفه وينتقل الالتزام بالضمان إليه.

(1) د. توفيق حسن فرجود، يحيى مطر: المرجع السابق، ص 317 د. محمد لبيب شنب: المرجع السابق، ص 270-271

(2) AUBRY et RAU, Op, Cit, Tome 4, p. 308 - Aussi CARBONNIER: Op, Cit, Tome 4, p. 272

(3) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، الجزء 1، المرجع السابق، ص 524 - د. فرج الصده: المرجع السابق، نظرية العقد، ص 452

(4) مصطفى الجمال: النظرية العامة للالتزامات المرجع السابق، ص 269

(5) STARCK: Les Obligations: Op, Cit, p. 295 Aussi CARBONNIER: Op, Cit, Tome 4 p. 233

VERICEL: Art, Précité, p. 126 - Aussi CARBONNIER: Op, Cit, Tome 4, p. 33.

(6) (M) STORCK: La Promesse de porte-fort: Art, Précité, n° 122

ثانيا : العلاقة بين المتعهد له والمتعهد عنه .

يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن المتعهد له يوجه ايجابا للغير، وتعبير الغير عن إرادته يعتبر قبولا لهذا الايجاب ، ويتم العقد بين المتعاقد مع المتعهد بالحصول على قبول المتعهد عنه⁽¹⁾. وقد نصت المادة 2/114 مدنى جزائرى على مايلي : "أما إذا قبل الغير هذا التعهد ، فإن قبوله لا ينتج أثرا إلا من وقت صدوره ، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا ان يستند أثر هذا القبول الى الوقت الذى صد فيه التعهد".

ولكن القول بأن قبول المتعهد عنه ينشئ عقدا جديدا يعنى أن آثار العقد لا تبدأ إلا منذ تاريخ إبرام هذا العقد، ولا يمكن أن يكون للعقد أثر رجعي، إلى جانب أن القواعد العامة تقضى بأن العقد يتم بعلم الموجب بالقبول.

بينما المادة 2/114 السالف ذكرها تنص على أن العقد ينعقد بمجرد حصول القبول. والحقيقة أن موافقة الغير هي إقرار للعقد وليست قبولا له، وليس لإقرار 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 لأن الأثر الرجعي فى هذه الحالة يعنى عودة آثار العقد إليها قبل وجوده⁽²⁾.

إذن فلكي يكون لإقرار المتعهد عنه أثر رجعي يعود إلى وقت حصول التعهد عن الغير يجب أن يصرح بذلك أو يستخلص ضمنا، فالتعهد عن الغير عقد نهائى ينقضه فقط إقرار الغير ليكون نافذا فى مواجهته⁽³⁾.

وقد ذهب معظم الشراح إلى أنه لا يمكن أن يلحق الأثر الرجعي لإقرار ضرر ابرم من كسب حقا من ذلك الغير قبل تاريخ الإقرار⁽⁴⁾.

(1) د. مصطفى محمد الجمال : النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 272

د. عبد الوود دويحي : المرجع السابق، فقرة 106

(2) د. وحيد الدين سوار : المرجع السابق، هامش 1، ص 297 وأيضا :

د. عبد الحى حجازي : المرجع السابق، الجزء 1، المجلد 2، ص 874

(3) BOULANGER: - Art, Précité, n° 52 - STORCK: Promesse de porte- fort: Thèse Précitée, p 79 - 80

(4) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط ، الجزء 1، المرجع السابق، ص 622 ، أيضا : د. أنور

سلطان : مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 207 ، محمود جمال الدين زكى، المرجع

السابق، ص 273

ففي جميع الحالات لا يمكن أن يضر الأثر الرجعي للإقرار بمصلحة الغير ، لأنه لا يمكن أن يحتج على هذا الغير بالإقرار إلا إذا كان له تاريخ ثابت.⁽¹⁾ ويذهب رأي آخر الى القول بأنه يكفي أن يكون التعهد عن الغير ثابت التاريخ ليحتج به على الغير الذي كسب حقا في الفترة ما بين إبرام التعهد وإقراره.⁽²⁾ ولا يمكن بالتالي تطبيق القواعد الخاصة بعدم الاحتجاج بالورقة العرفية على الغير إلا إذا كان لها تاريخ ثابت، لأن النص المتعلق بالتعهد عن الغير نص خاص، وهذا النص الخاص لا بد أن يقضي صراحة بعدم الاحتجاج بالأثر الرجعي للإقرار على الغير.⁽³⁾ وبالنسبة للقانون الجزائري يكفي نص المادة 328 مدني للقول بأنه لا يمكن الاحتجاج على الغير بالإقرار الصادر في ورقة عرفية الا اذا كان ثابت التاريخ.

المبحث الرابع

التعهد عن الغير و مبدأ نسبية العقد

إن العقد الذي ينشئ التزاما على عاتق الغير يكون استثناء فعلياً من مبدأ نسبية العقد ، بينما التعهد عن الغير يترتب التزاما شخصيا في ذمة 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 يقرّ العقد دون تدخل المتعهد ، ويرى مازو MAZEAUD أن الأثر الرجعي للإقرار يغير من تاريخ التزام الغير عندما يقرّ التعهد.⁽⁴⁾ وهذا الوضع قد يؤثر على الغير، خاصة أن هذا الغير قد لا يستطيع ممارسة الدعوى الممنوحة له قانونا لانقضاء مدتها بالنظر إلى يوم إبرام العقد وليس إلى يوم إقراره

AUBRY et RAU : Op,Cit , Tome 4 , p .308

(1)

(2) د. عبد الحى حجازي : المرجع السابق ، الجزء 1 ، المجلد 2 ، ص 876- 877

(3) د. سليمان مرقس : نظرية العقد ، المرجع السابق، ص 389- 390

MAZEAUD : Op,Cit,Tome 2 ,Volume 1 , p .682

(4)

كدعوى الغبن في بيع العقار مثلاً التي تسقط وفقاً للمادة 1676 مدنى فرنسى بمرور سنتين من يوم البيع⁽¹⁾ وهذا قد يضر بالمتعهد له ويؤثر فى حقه دون شك .

ويمكن الرد على هذا بأن الأثر الرجعى ما هو إلا نتيجة لإقرار الغير للتعهد والغير يدرك هذا عند إقراره العقد ، فيمكن القول بأن هذا يحدث بمحض إرادته ، فليس المتعهد عنه هو الغير بعد الإقرار لأنه اختار بإرادته هذا الوضع ، وإنما الغير هو من اكتسب حقاً من المتعهد عنه ، فى الفترة بين العقد والإقرار ، فهذا الأخير يحميه القانون إذ لا يكون الإقرار نافذاً فى مواجهته إلا إذا كان له تاريخ ثابت .

ويرى " ويل WEILL " أنه وإن كان صحيحاً من الناحية الظاهرية ، أن عقد التعهد عن الغير لا يؤثر في مبدأ نسبية العقد ، إذ لا يلزم المتعهد عنه إلا بمشيئته ، إلا أنه من الناحية الفعلية غالباً ما يكون الغير مضطراً لإقرار العقد ، لوجود علاقة تربطه بالمتعهد . وقيام هذا الأخير بالتعويض فى حالة رفض المتعهد عنه إقرار العقد ، فتعاطف معه يلجأ المتعهد عنه إلى إقرار العقد ليجنب المتعهد التعويض اللازم دفعه⁽²⁾ .

فإذا كان المتعهد عنه زوجاً للمتعهد فيدفع التعويض من أموال هذا الأخير وإذا كان النظام المالى مشتركاً بين الزوجين ، وهذا فى القانون الفرنسى طبعاً ، فالتعويض يدفع من الأموال المشتركة ، وفي مثل هذه الحالة يكون الزوج مضطراً إلى إقرار التعهد حتى لا يعرض عدم إقراره من الذمة المشتركة .

لهذا تدخل القانون الفرنسى لحماية غير المميز والقاصر الموجود تحت وصاية من تعهد : الولى أو الوصى بالحصول على إقرارهم بعد بلوغهم سن الرشد . فقانون 85-677 المؤرخ فى 1985/7/5 والمتعلق بالتعويض عن حوادث المرور نص فى المادة 3/18 على منع الممثل القانونى من التعهد مع المؤمن على الحصول على إقرار عديم التمييز أو القاصر تحت الوصاية .

(1) STORCK: La Promesse de porte-fort: Art, Précité, n° 81

يشير المؤلف الى قرار الغرفة المدنية الاولى بمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1964/7/8 حيث رفضت المحكمة دعوى الغبن لبائع اقر سنة 1958 تعهد ببيع عقاره سنة 1954 ومادام للإقرار أثر رجعى فلقد سقطت دعواه لأنه مرت أكثر من سنتين من يوم البيع ولا يمكن للمتعهد عنه ممارستها .

(2) (A) WEILL : thèse Précitée , p 686

المتضرر من حادث نقل - بعد بلوغه سن الرشد، على الصلح الذي أجراه ممثله القانوني مع المؤمن، وهذا النص يحمي عديم التمييز والقاصر الموجود تحت الوصاية من الضغط الذي يمكن أن يمارسه عليه كل من الولي أو الوصي أو المؤمن لقبول الصلح موضوع التعهد بعد بلوغه سن الرشد. (1)

ومع هذا تبقى للتعهد عن الغير أهميته العملية التي لا يمكن إنكارها، إلى جانب أنه في غالب الأحيان يكون الشخص حراً في قبول أو رفض التعهد .

أما إذا كان إقرار الغير يفرضه إصراره على عدم الإضرار بمصلحة المتعهد فهذا اعتبار خلقى لا يمكن تجنبه إلا أن للمتعهد عنه السلطة و الحرية في تقدير ذلك.

(1)

خلاصة الباب الاول

اخلص من الباب الاول ان مفهوم مبدأ نسبية العقد يتضمن عدم انصراف آثار العقد الى الغير الا اذا رضي ذلك فينصرف آثار العقد الى المتعاقدين والى الاصيل في النيابة التي لا يُعتبر استثناء ١ من المبدأ ، كما تنصرف الحقوق المترتبة على عقد ابرمه السلف الى الخلف سواء كان عاما او خاصا وقد انتهيت الى انه يكفي اتصال الحق الشخصي بالعين او الحق الذي انتقل الى الخلف الخاص لانه مكسبا ايجابيا ولا يحقق انتقاله الى الخلف ضررا للغير . اما انتقال الالتزامات الشخصية الى الخلف العام فلا أرى مانع من انتقالها ولكن على الا يلتزم بها الا في حدود ما انتقل اليه من التركة . أما الغير فيبقى محميا بمبدأ نسبية العقد ولكن لا يعني انه باستطاعته تجاهل العقود التي لا يبرمها ، بل يُظل واجب الاحترام هذه العقود واجبا عاما يفرضه القسانون باعتبار هذه العقود نافذة في مواجهة الغير .

والأحظ انه متى رضي الغير صراحة او استخلصت ارادته الضمنية من ظروف ايجابية تدل على رضاه بالتحمل بالتزامات غيره لا يشكل ذلك استثناء ١ من المبدأ ، الا من الناحية النظرية البحتة ، اذ يصير برضاء طرفا في العقد وهذا ما يجعل التعهد عن الغير أيضا تطبيقا للمبدأ.

أما الزام الخلف الخاص بالتكاليف العينية فهذا ناتج عن طبيعة الحق العيني الذي يمتزج مع الشيء الذي انتقل الى الخلف فيلتزم به ويظل التزامه التزاما سلبيا يفرض عليه احترام هذا الحق . ويمكن اعتبار انتقال الالتزامات العينية استثناء فعلي من المبدأ ولكن يحد من فعاليته انه لا يمكن ان ينتقل الى الخلف الا باعتبارها من محلات الحق الذي انتقل اليه .

الـبـاب الـثـانـي

الاستثناءات الواردة
على
مبدأ نسيئة العقد

المقدمة

ان الاستثناءات الواردة على مبدأ نسبية العقد قد تغرضها بعض المبادئ القانونية (1) اذ من الطبيعي ألا تنتقل الى الخلف الخاص حقوق أكثر مما كانت لسلفه ، كما أن قاعدة الملحقات تتبع الاصل تستوجب أن يتلقى الخلف الخاص الحق بتوابعه وملحقاته ، وهذا ما سأعرض له في الفصل الاول .

أما الفصل الثاني فأخصمه الى الاستثناء الارادي الوارد على مبدأ نسبية العقد ، ذلك أن ارادة المتعاقد قد تنصرف الى أن ما ينشأ عن العقد من حقوق يستفيد به الغير، وهذا ما يعرف بالاشتراط لمصلحة الغير ، ويدل نص المادة 113 مدني جزائري على أنه ليس هناك ما يمنع من أن يكتسب الغير حقا من العقد ، ولكن يجب التضييق من مجال هذا الاستثناء لأن التوسع في تطبيقه و افتراض الاشتراط لمصلحة الغير قد يوؤدي الى القضاء على مبدأ نسبية العقد كليا .

واتعرض في الفصل الثالث للاستثناءات القانونية ، وهي متعددة ، فبعضها ظاهري فقط اذ أن للغير قبول أو رفض انصراف آثار العقد اليه ، كما في الحوالة و الحلول ، والتنازل عن العقد ، ومتى قبل و انصرفت آثار العقد اليه بأرادته فان هذا لا يعتبر استثناء من المبدأ، كما ان بعض هذه الاستثناءات نسبي اذ يقتصر على أشخاص معينين منحهم القانون دعوى مباشرة في مواجهة الغير كما ان القانون يبقى أحيانا على بعض العقود فيجعلها تنتقل الى الخلف الخاص، كما في عقد الايجار ، وعقد التأمين ، وعقد العمل الى جانب هذا هناك استثناءات قانونية خاصة بأوضاع معينة وفي حالات معدودة ومحصورة .

(1) ألاحظ أن مبدأ نفاذ الحق العيني وانتقال الالتزامات العينية يوءثران على مبدأ نسبية العقد ، اذ يمكن الاعتماد عليها وخاصة بالنسبة للحق العيني لاستبعاد المبدأ كلما أمكن تحويل الالتزامات الشخصية الى حق عيني وملحقاته ، ولا اتعرض لها ، في هذا الباب لأنه سبق أن تعرضت لها في الباب الأول ، ذلك لأن انتقال الحق العيني الى الخلف الخاص راجع الى طبيعة الحق فليس استثناء من المبدأ . كما ان نظرية الأوضاع الظاهرة تؤثر على المبدأ ، فالزام الموكل الذي لم يرتكب خطأ بأعمال وكيله الظاهر يعد استثناء عمليا من المبدأ . وقد سبق أن تعرضت له في الباب الأول .

أما الفصل الرابع فأخصه للعقود الجماعية ، إذ أن هذه العقود تبرم من طرف جماعة وتلزم الغير المنتمي اليها لو لم يشارك في إبرامها ، كالعقود التي تبرمها نقابة العمال فتلزم كافة العمال ، وكذلك العقود المبرمة في حالة الصلح بين الدائنين و المدين التاجر فتفرض هذه العقود على باقي الدائنين حتى لو لم يشاركوا في عقد الصلح .

وقد يوءدي التطور القانوني الى اتساع دائرة الاشخاص الذين تنصرف اليهم آثار العقد اذا نظرنا الى عقودهم نظرة شاملة باعتبارها عقودا متتابعة تهدف الى تحقيق غرض واحد ، فلا بد من التعرض لها و لهيدي: تأشيرها على مبدأ نسبية العقد وهذا في الفصل الخامس والآخر .

وأخلص من هذا الباب الى تبيان مدى تأثير هذه الاستثناءات على مبدأ نسبية العقد .

الفصل الأول

الاستثناءات التي تفرضها بعض المبادئ القانونية

تفرض بعض المبادئ القانونية استثناءات على مبدأ نسبية العقد، فتنتقل إلى الخلف الخاص التكاليف العينية المثقلة للعين التي انتقلت إليه، ويتلقى الخلف الحق بأوصافه أيضا، وبالتالي يتأثر بالعقود التي يبرمها سلفه .
كما ان قاعدة " الملحقات تتبع الأصل " تجعل الخلف يتلقى الحق بملحقاته .
وسأعرض لهذه المبادئ القانونية في مباحث مستقلة مبينة مدى تأثيرها على مبدأ نسبية العقد .

المبحث الأول

قاعدة عدم اكتساب الخلف حقوقا أكثر مما كانت للسلف

ان الحق الذي ينتقل إلى الخلف يتأثر بالالتزامات الناتجة عن العقود التي أبرمها السلف المتصلة بالحق الذي انتقل إليه ، وذلك لأن الخلف لا يستطيع ان يكتسب حقوقا أكثر من الحقوق التي كانت للسلف .

ولكي تؤثر الالتزامات الناتجة عن العقود التي أبرمها السلف في الحق الذي ينتقل إلى الخلف يجب ان تكون من مستلزمات هذا الحق أي تحد من استعمال الخلف لحقه .
وهذا ما تضمنته المادة 109 مدنى جزائري السابق ذكرها .

فمن الضروري ان تكون الالتزامات عينية، لأن الالتزام الشخصي لا يمكن مطلقاً أن يحد من استعمال صاحب الحق العيني لحقه (1).

فقاعدة أن الخلف لا يستطيع ان يكسب حقوقاً أكثر من حقوق سلفه تعتبر استثناء عن مبدأ نسبية العقد لأنها تسمح بانتقال التكاليف العينية الى الخلف، كما تسمح بانتقال الحق بأوصافه أيضاً.

وأتعرض في هذا المبحث لانتقال التكاليف العينية الى الخلف الخاص في مطلب أول .

وفي مطلب ثان أتعرض لانتقال الحق بأوصافه . وفي مطلب ثالث أتعرض للاستثناءات الواردة على قاعدة عدم اكتساب الخلف حقوقاً أكثر مما كانت لسلفه .

المطلب الأول

انتقال التكاليف العينية الى الخلف الخاص

لا يمكن ان تنتقل الى الخلف حقوق أكثر من تلك التي كانت للسلف ، وبالتالي اذا كانت العين مثقلة بتكاليف معينة كحق ارتفاق ، انتقل الحق الى الخلف مثقلاً بحق الارتفاق المقرر للغير . فانتقال هذه الحقوق الى الغير قوامه نفاذ العقد المنشئ او الناقل للحق العيني في مواجهة الجميع . (2) وكذلك اذا تقرر على العين حق انتفاع انتقل هذا الحق مع العين الى الخلف الخاص ان لا يمكن ان يكون لهذا الاخير حق أكثر مما كان لسلفه وهذا تطبيق لمبدأ أن فاقد الشيء لا يعطيه (3).

وكذلك تنتقل الحقوق العينية التبعية التي تثقل العين الى الخلف الخاص باعتبارها متصلة بالعين التي انتقلت اليه (4) هذا كله مع مراعاة القواعد المتعلقة

(1) (J.L) GOUTAL:Thèse Précitée,p.72- Aussi (J.M)AUSSEL:Thèse Précitée, p.53 - (A)WILL: Thèse Précitée,p 892

(2) DU GARREAU DE LA MECHENNE :Art ,Précit,p.230 -(M)PLANIOL:Op,Cit,(2) Tome2,p 199

(3) د.عبد الرزاق السنهوري:الوسيط ، الجزء الأول ، المرجع السابق ، ص 612

د. عبد الحى حجازى : المرجع السابق ، ص 833

(4) بصدد الحقوق العينية ، يذهب الاتجاه السائد فى ظل القانون المصرى الى أنه لا يستخلص

بشهر الحقوق العينية العقارية ، ولا تطبق قاعدة عدم اكتساب الخلف حقوقا أكثر من السلف إلا إذا كان الحق الذي انتقل الى الخلف يحد من استعماله حقا من نفس الطبيعة ، فإذا انتقل الى الخلف الخاص حق ارتفاق ، فلا يحد من استعماله إلا حق ارتفاق آخر ممنوح للغير ، كحقوق الممر . أما إذا اكتسب الغير حقا شخصيا فقط كحق الصيد في أراضي الجار فهذا لا يحد من حق عيني ولا ينتقل مع العين الى الخلف الخاص لأنه حق شخصي⁽¹⁾ .

فالتزامات السلف الشخصية لاتحد من حق الخلف ، فاتفاق السلف مع مقاول على البناء في الأرض التي انتقلت الى الخلف لا ينتقل الى المشتري⁽²⁾ .

= علم المشتري بحق الارتفاق من مجرد التسجيل وبالتالي يبقى التزام البائع بضمان حق الارتفاق قائما حتى لو كان هذا الحق مسجلا (د ، توفيق حسن فرج : عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 313 ، أيضا ، عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، الجزء 4 ، المرجع السابق ، ص 702 - 704) .

ولكن التسجيل يعد قرينة يجوز للقاضي الاستناد اليها لاستخلاص علم المشتري بهذا الحق ، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري إذ تنص المادة 2/377 مدني جزائري على ما يلي :
 "... ويفترض في حق الارتفاق ان البائع قد اشترط عدم الضمان اذا كان هذا حقا ظاهرا أو كان البائع قد أعلم به المشتري " . وهذا يعني ان البائع يظل ضامنا للارتفاقات غير الظاهرة ، وذلك حتى لو كانت مسجلة مادام المشتري لم يعلم بها .
 ومن المفروض ان يلغى هذا الحكم من القانون المدني لأن نظام شهر الحق العيني الذي يأخذ به القانون الجزائري يعطي صورة كاملة و واضحة عن العقار وما يثقله من حقوق .
 وتكاليف واجبة الشهر ، فينبغي ان يعطى للعلم المستمد من السجل نفس الأثر الذي يعطى للعلم الفعلي المستمد من البائع او من أي مصدر آخر .

(1) (J:L)GOUTAL:Thèse Précitée,p73-74 -Aussi LABORDE -LACOSTE :Thèse , Précitée , p 206

(2) د. عبد الحي حجازي : المرجع السابق ، ص 612 وأيضا

DU GARREAU DE LA MECHENNIE :Art , Précité , p 230

(A)WEILL :Thèse Précitée , p 891

المطلب الشاسي

انتقال الحق بأوصافه الى الخلف

ويترتب أيضا على عدم اكتساب الخلف حقوقا اكثر من سلفه انتقال الحق اليه بأوصافه من شرط و أجل ، كما أنه اذا كان الحق قابلا للإبطال او الفسخ او الرجوع فيه انتقل اليه كذلك⁽¹⁾. وانتقال الحق بأوصافه الى الخلف الخاص لا يعني أيضا تحمله بالالتزامات، فاذا التزم المشتري قبل البائع تحت شرط فاسخ بتنفيذ التزام معين ثم تصرف المشتري في العين، انتقل الحق الى الخلف قابلا للفسخ، فاذا لم ينفذ السلف التزامه تجاه البائع فلا يستطيع هذا الأخير مطالبة المشتري بالوفاء به ، بل له ان يطالب فقط بحق عيني على العين، وهو حق الفسخ ، ولا يطالبه بتنفيذ الالتزام⁽²⁾.

ويلاحظ في هذا المجال، أنه لا يحتج على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر بفسخ الحقوق العينية أو ابطالها أو الغائها أو نقضها ، إلا اذا كان الشرط الذي حصل بمقتضاه الفسخ أو الإبطال أو النقض قد تم اشهاره أو كان الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء بحكم القانون، وهذا ما تضمنته المادة 86 من المرسوم 76- 63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري السابق ذكرها .

المطلب الثالث

استثناءات على قاعدة عدم كسب الخلف حقوقا أكثر مما كان لسلفه

من المسلم به ان فاقد الشيء لا يعطيه وان السلف اذا لم يكن مالكا الحق لا يستطيع نقله للخلف، إلا ان هذه القاعدة تستبعد كلما اقتضى الأمر حماية الغير حسن النية وتحقيقا لاستقرار المعاملات .

(1) ROUILLER : La Maxime "NEMO PLUS JURIS EN Droit civil Français" (A) Thèse de doctorat Rennes 1964, P.407

(2) LE PRAGNEUR : Art , Précit, p 535

فبصدد المنقولات فان قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز تجعل من حائز المنقول بحسن نية مالكا له ولو كان السلف غير مالك له . كما تسقط هذه القاعدة التكاليف والقيود التي تثقل المنقول ، فاذا كان مرهونا رهنا حيازيا انتقل الى الحائز بحسن النية خاليا من هذا التكليف وهذا ما نصت عليه المادة 814 مدنى جزائرى .

وبصدد العقارات يستطيع الشخص اذا كان حسن النية ولديه سبب صحيح - أى يعتقد أنه تلقى الحق من المالك فعلا - اكتساب العقار بالتقادم القسرى وهذا ما تضمنته المادة 828 مدنى جزائرى . كما يمكنه ان يكسبه بالتقادم الطويل اذا كان سبب النية واستمرت حيازته للعقار مدة خمس عشرة سنة وهذا ما تضمنته المادة 827 مدنى جزائرى .

ومن أهم الاستثناءات الواردة على قاعدة عدم اكتساب الخلف حقوقا اكثر من سلفه ، الاستثناء الخاص بحماية الوضع الظاهر ، اذ ينشأ عن الوضع الظاهر ، مظهر ينخدع به الناس كافة ولذلك سعى المشرع الى حماية هذا الوضع (1).

وهناك من يرى ان نظرية الوضع الظاهر تقضى نهائيا على قاعدة عدم اكتساب الخلف حقوقا اكثر من سلفه لأن الخلف يصير مالكا رغم ان السلف لم يكن يملك الحق (2).

والحقيقة هى ان الأوضاع الظاهرة لا يمكن ان تقضى على هذه القاعدة لأن قاعدة عدم كسب الخلف حقوقا اكثر من السلف تقوم على اساس العدالة والحق ، لهذا لا تطبق نظرية الوضع الظاهر الا فى أوضاع معينة نص عليها القانون ، أو فى حالة وقوع الخلف فى خطأ شائع واعتقاده الراسخ ان السلف حائز الحق هو المالك له فعلا ، ولحسن الحظ هذه حالات قليلة الحدوث (3) لما يحققه نظام الشهر العقارى من اعلان الغير عن الوضعية الحقيقية للعقارات .

فتبقى قاعدة عدم كسب الخلف حقوقا اكثر من تلك التى كانت لسلفه ، قاعدة عامة ترد عليها الاستثناءات السابق ذكرها ، حماية لاستقرار المعاملات ، وحماية للغير حسن النية .

وأخلص من هذا الى ان هذه القاعدة تؤثر على مبدأ نسبية العقد اذا كان الخلف لا يستطيع المطالبة بحقوق اكثر من تلك التى كانت لسلفه ، وبالتالي يتحدد حقه بالالتزامات

(1) لقد تعرضت بتوسع لنظرية الوضع الظاهر فى الباب الأول .

(2) ARRIGHI : Thèse , Précitée , p . 618

(3) ROUILLER : Thèse , Précitée p . 536

التي أبرمها سلفه بصدد الحق الذي انتقل اليه ، وقد سبق الذكر بأن الأمر يتعلق بالتكاليف العينية فقط ، فلا يمكن الاستناد إلى قاعدة عدم كسب الخلف حقوقاً أكثر من تلك التي كانت لسلفه لتحصيله الالتزامات الشخصية للسلف.⁽¹⁾

وبالتالي يبقى هذا الاستثناء الخاص بهذه القاعدة أو المبدأ القانوني متعلقاً بالتكاليف العينية فقط التي تتصل بالحق الذي انتقل إلى الخلف فتؤثر بدورها على مبدأ نسبة العقد نظر طبيعتها، إذ هي حقوق عينية، والحق العيني من طبيعته أن يكون نافذاً في مواجهة الجميع، فهو ملزم للخلف ، فليس عقد السلف هو الذي يلزم الخلف وإنما طبيعة التكاليف العينية تجعل من حقه ، حقاً محدوداً وتفرض وجودها على الخلف الخاص.⁽²⁾

المبحث الثاني

قاعدة الملحقَات تتبع الأصل

إن ملحقَات الحق تنتقل إلى الخلف الخاص، لأنها تتبع الحق الذي انتقل اليه ، لاشك في أن الحقوق العينية الجزئية تعتبر من ملحقَات الحق، فحق الارتفاق ينتقل مع العقار المرتفق إلى الخلف الخاص، فحقوق الارتفاق ملحقَات قانونية تتبع الحق الرئيسي ولا يتقرر وجودها بدونه .

كما أن للمحال له حق شخصي و تنتقل اليه ضمانات هذا الحق⁽³⁾ (الكفالة ، والرهن لأنها من ملحقَات الحق الذي انتقل اليه وفقاً للمادة 243 مدني جزائري .

WEILL :Thèse Précitée ,p 895

(1)

LABORDE LACOSTE : Thèse Précitée,p.206-207

(2)

Laborde -LACOSTE :Thèse Précitée ,p166-167- Aussi :AUSSEL:Thèse Précitée , p.44

(3).

وقد تعرضت في الفصل الأول من الباب الأول لانتقال الحقوق باعتبارها مكملية للحق الذي ينتقل الى الخلف الخاص وفقا للمادة 109 مدنى جزائرى. ولهذا سأكتفى هنا بالتعرض لانتقال الدعاوى التى كانت للسلف الى خلفه الخاص. ثمّ أتعرض لانتقال الالتزامات العينية المتصلة بالحق الى الخلف الخاص باعتبارها من ملحقات الحق.

المطلب الاول

انتقال دعاوى السلف الى الخلف الخاص

تنتقل الى الخلف دعاوى الضمان التى كانت للسلف قبل البائع الأول، فانتقال الحق فى عدم المنافسة الى الخلف الخاص لمشتري المحل التجارى، يمكن تعليقه بأن البائع ملزم بضمان عدم التعرض للشخصى وبعد منافسة المشتري، وهذا الحق ينتقل مع المحل التجارى الى المشتري الثانى للمحل التجارى، ذلك لأن الالتزام بعدم المنافسة هو من العناصر الأساسية للمحل التجارى وبالتالى يعتبر من ملحقاته. (1)

وكذلك اذا كان المبيع منزلا فتنتقل الى المشتري دعوى البائع بالضمان التى كانت له قبل المهندس والمقاول اللذين قاما ببناء المنزل. (2)

وللمحال له الحق فى قبض الثمن وينتقل اليه حق البائع فى الفسخ باعتباره من ملحقات الحق الذى انتقل اليه (3).

واذن فتنتقل الى الخلف الخاص جميع الدعاوى التى يكون للمشتري ان يحل فيها محل البائع، كدعوى التعويض تجاه شركة التأمين او تجاه الادارة اذا نزعتم الملكية للمنفعة العامة.

(1) WEILL : Op,Cit,P. 537 -Aussi DU GARREAU DE LA MECHENNIE:
Art ,Précité , p'.225

(2) د.عبد الزراق السنهورى : الوسيط ، الجزء 4 ، المرجع السابق ، هامش 14، ص 582

(3) WEILL:Thèse ,Précité (A)-LABORDE-LACOSTE :Thèse Précitée ,p 169-
p874 .

وإذا استحق الغير جزءاً من العين ، فيرجع المشتري على البائع الأول بضمان الاستحقاق ، بشرط ان يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقاً على البيع الأول أو تاليه ، ولكنه مستمد من البائع الأول وهذا ما نصت عليه المادة 375 مدني جزائري .

وتنتقل الى الخلف الخاص دعوى ضمان العيب الخفي لأن الدائن في ضمان العيب الخفي هو المشتري وينتقل الحق الى خلفه ⁽¹⁾ فمن حق المشتري الثاني رفع دعوى ضمان العيب مباشرة على البائع الأول ، لأنها من ملحقات الحق الذي انتقل اليه ، ولكن هليكون للمشتري الثاني المطالبة فقط بالتعويض عن الضرر الذي أصابه او تنتقل اليه أيضا دعوى الفسخ ، ويستطيع مطالبة البائع الأول بها ؟

كان القضاء الفرنسي يسمح للمشتري الثاني بمطالبة البائع الأول بالفسخ ولكنه عدله عن موقفه هذا في قرار صادر عن الغرفة التجارية بتاريخ 1973/2/27 ⁽²⁾ حصر نطاق الادعاء المباشر في المطالبة بالتعويض ورفض طلب فسخ العقد نظرا لعدم وجود عقد بين المدعي والمدعى عليه . ويلاحظ ان هذا القرار انتقد بشدة لأنه يفرق بين دعوى التعويض ودعوى الفسخ الناتجتين عن دعوى ضمان العيب الخفي و اخضعهما لنظام قانوني مختلف ⁽³⁾

ومن الأفضل اعطاء الخلف الخاص للمشتري الحق في المطالبة بالفسخ مثل حقه في المطالبة بالتعويض ، لأن الغرض من الدعوى المباشرة هو اختصار الوقت ، وعدم اللجوء الى سلسلة الدعاوى المتعددة ، التي تنتهي الى نتيجة واحدة اذ يطالب المشتري الثاني المشتري الأول بالفسخ وهذا الاخير يطالب البائع ايضا ، وهذا اذا لم يتعدد المشترون ، فنكون أمام دعاوى لاحصر لها ، فمن الافضل اعطاء المشتري الاخير حق طلب الفسخ مباشرة قبل البائع الأول .

وإذا كان هذا يعتبر استثناء من مبدأ نسبية العقد فان قاعدة الملحقات تتبع الأصل كقيلة بشرح ذلك ، لأن الحق في الفسخ ما هو الأمن ملحقات حق الضمان الممنوح للخلف الخاص .

(1) د. سمير تناغو : عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 322 . وأيضا : د. عبد الرزاق السنهوري الوسيط ، الجزء 4 ، المرجع السابق ، ص 730 - 731 .

(2) د. أسعد دياب : ضمان عيوب المبيع الخفية - دار اقرأ - بيروت - الطبعة الأولى 1981 ، ص 165 .

(3) د. أسعد دياب : المرجع السابق ، ص 166

المطلب الثاني

انتقال الالتزامات العينية

باعتبارها من الملحقات الى الخلف الخاص

ان انتقال الحقوق العينية المتصلة بالشئ الى الخلف الخاص كحق الارتفاق لا يبرر انتقال الالتزامات العينية المتصلة بالعين اليه ، ولكن يمكن الاستناد الى فكرة الملحقات تتبع الأصل لتبرير هذا الانتقال ، فلكي يتمكن الشخص مثلاً من الانتفاع بحق ارتفاق واستعماله لابد أن ينتقل اليه مع هذا الحق كل ما هو ضروري للمحافظة عليه (1).

وتنص المادة 873 مدنى جزائرى على ما يلى : " لا يلزم مالك العقار المرتفق به أن يقوم بمنشآت لمصلحة العقار المرتفق الا اذا كانت منشآت اضافية يقتضيها استعمال الارتفاق على الوجه المألوف مالم يوجد شرط يخالف ذلك ."

اذن قيام صاحب العقار المرتفق به بالأعمال الضرورية لاستعمال الارتفاق على الوجه المألوف يعتبر من ملحقات حق الارتفاق وتنتقل الى الخلف الخاص لمشتري العقار المرتفق.

والالتزامات العينية التى تعتبر من ملحقات حق الارتفاق هى الالتزامات الضرورية لاستعمال الحق والانتفاع به . أما اذا اختلطت مع الحق ذاته بحيث يصعب فصلها عنه ، كقيام صاحب المحجر المرتفق به باستغلال المحجر ، فهذا الالتزام لا يمكن اعتباره من ملحقات حق الارتفاق لأنه ضروري لوجود الحق ، ويختلط مع الحق ذاته ، فلا تطبق فكرة الملحقات تتبع الأصل ، لنقله الى الخلف الخاص (2).

ويمكن الاستناد الى قاعدة الملحقات تتبع الأصل لنقل الحقوق العينية الى الخلف باعتبارها من ملحقاته وكذا الدعاوى التى كانت للسلف قبل الخلف اذا كانت متصلة بالشئ الذى انتقل الى الخلف . وكذلك يمكن الاستناد الى هذه القاعدة لنقل الالتزامات العينية الضرورية لاستعمال الخلف للنحو الذى انتقل اليه .

(1) MOURGEON: Thèse Précitée , p. 85 - (G) GOUBEUX : La Règle de l'accès à l'aire endroit privé : Thèse Précitée , p. 385-386

(2) (G) GOUBEUX : Thèse Précitée , p. 391 à 394 . Egalement : (J) DUCLOS : Thèse Précitée , p. 222

ولكن هذه القاعدة لاتسمح بانتقال الالتزامات الشخصية التي كانت للسلف كحق السلف الذي تعاقد مع مقاول على بناء أرض انتقلت الى الخلف ، لأن هذا الحق ليس مكملًا للحق الذي انتقل الى الخلف فلا يعتبر من ملحقاته (1)

فانتقال ملحقات الحق الى الخلف يرجع غالبًا الى طبيعة الحق ذاته فانتقال الحقوق العينية الجزئية الى الخلف الخاص يرجع الى طبيعة هذه الحقوق والى نظامها الخاص (2) فقاعدة الملحقات تتبع الأصل لا تشكل إلا استثناء نسبيًا من مبدأ نسبية العقد ، لأنها تؤكد أمرًا تقرر مسبقًا بصدد نفاذ الحقوق العينية ، وبالتالي فلا يمكن الاستناد اليها لنقل الالتزامات الشخصية الى الخلف الخاص . وأخلص من هذا الى ان قاعدة عدم اكتساب الخلف حقا أكثر من السلف تجعل التكاليف العينية المتصلة بالشيء تنتقل الى الخلف الخاص ، وكذلك تجعل قاعدة الملحقات تتبع الأصل ، الحقوق العينية تلحق بالأصل كحقوق ارتفاق ، ومعنى هذا ان انتقال الحق الى الخلف وبقاها تين القاعدتين ليس نتيجة للعقد الذي أبرمه السلف ، وانما يكون نظرا للطبيعة الخاصة لهذا الحق ، فتظل هذه المبادئ مقصورة على نقل الحقوق العينية وبعض الالتزامات العينية ، أما الالتزامات الشخصية فهي عاجزة عن تحقيق انتقالها الى الخلف الخاص كما سبق ان ذكرت ، فلا تشكل إلا استثناء نسبيًا يتعلق بالخلف فقط وبالحقوق العينية والالتزامات العينية .

والحقوق الشخصية تطبيقًا للمادة 109 مدني جزائري السالفة الذكر اذا اعتبرت مكملية للحق الذي انتقل الى الخلف الخاص كدعوى الضمان .

(1) د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط، الجزء الأول ، المرجع السابق ، 610 (A)WEILL :Thèse Précitée , p 875

(2) (J.L) GOUTAL ;Thèse Précitée , p 75 -76

الفصل الثاني

الاشتراط لمصلحة الغير

الاشتراط لمصلحة الغير هو اتفاق بين شخصين على انشاء حق لشخص آخر ليس طرفاً في هذا الاتفاق .

فالعقد يتم بين شخصين ، الأول منهما يسمى **المشترط** ، والثاني - الذي يتعهد بالوفاء بالتزام تجاه الغير يسمى المتعهد ، أما الغير فهو المنتفع أو المستفيد ، وهو أجنبي عن عقد الاشتراط لمصلحة الغير ، وبالتالي يعتبر هذا استثناءً فعلياً عن مبدأ نسبية العقد الذي يقرر ان العقد لا يكتسب الغير حقاً ولا يكلفه بالتزام .

وسأعرض في مبحث تمهيدي من هذا الفصل للتطور التاريخي والطبيعة القانونية للاشتراط لمصلحة الغير ، وفي المبحث الأول أبين شروط الاشتراط لمصلحة الغير ، وأعرض بعدها لأثار الاشتراط لمصلحة الغير في المبحث الثاني . أما المبحث الثالث فأخصمه الى بعض تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير ، وفي مبحث رابع أتعرض لمسألة تأثير الاشتراط الضمني لمصلحة الغير على مبدأ نسبية العقد . أما المبحث الخامس والآخر في هذا الفصل فأخصمه للاشتراط لمصلحة الغير كوسيلة لنقل الالتزامات

مبحث تمهيدى

التطور التاريخى للاشتراط لمصلحة الغير وطبيعته القانونية

المطلب الأول التطور التاريخى

كان الاشتراط لمصلحة الغير باطلا فى القانون الرومانى، اذا كان من المستحيل على الشخص ان يطالب بحق ترتب له عن عقد لم يشارك فى ابرامه، تطبيقاً للقاعدة الرومانية *Nemo Alteri Stipulari Potest* (1) فالاشتراط باطل لأن الاداء فيه مشروط لحساب الغير. وحاول الرومان اخفاء بعض الاشتراطات لمصلحة الغير باللجوء الى فكرة " *Adjectio Solutionis Causae*"، كان الشخص يقوم بقبض الدين باسم الموكل وحسابه، ويظهر المنتفع بمظهر الوكيل الذى كلفه الموكل بقبض الدين، فلم يكن هناك أي خرق لقاعدة عدم جواز الاشتراط لمصلحة الغير. ولكن المتعهد اى المدين لم يكن ملزماً بالوفاء للوكيل " *Adjectus*" بل هو ملزم تجاه الموكل فقط، وبالتالي لم تكن لهذه الفكرة أهمية عملية (2). لهذا حاول الرومان فيما بعد اللجوء الى فكرة احوال اسم الغير محل اسم المشترط *Interpositus* فكان المشترط يقوم بدور الفضولى الذى يعمل لحساب الغير، وباسمه وهذه الفكرة تسمح للغير بالحصول على سند يستطيع المطالبة بحقه بواسطته (3). وهذه الطريقة تعطى الغير حقاً غير قابل للنقض، كما انها تعطيه حقوقاً اكثر مما يعطيها القانون للمنتفع. الى جانب أن

(1) - (M) PLANTOL: *Traité Elementaire de droit civil*, Tome 2, Op, Cit, p. 218
Aussi (J) DE LA MORANDIERE : *Droit Civil*, Tome 2, Op, Cit, p. 288

(2) (E) LAMBERT: *La Stipulation pour autrui*, Droit Romain, Droit Francais: Thèse Paris, 1893, p. 29-39. Aussi ; MAZEAUD: *Leçons de Droit Civil*, 1er Volume, Tome 2, 6ème Edition, Op, Cit, p. 864

(3) (E) LAMBERT: Thèse Précitée, Droit Romain, p 60 à 64 .

المشترط كان يواجه صعوبة في اثبات الطبيعة القانونية الصحيحة للعقد الذي يرفض الغير الانتفاع به اذا أراد هو الانتفاع به (1).

ثم ظهرت الحاجة الى اكتساب الغير حقا من عقد لم يشارك في ابرامه ، كما في حالة بيع الابن ماله واشترط ايراد مرتب للأب .

فأصبح المتعاقد المشترط يضع شرطا جزائيا في العقد يجوز تطبيقه عند عدم وفاء المتعهد بالتزامه (2).

ولم تكن هذه الآلية المرحلة الأولى لتطور الاشتراط لمصلحة الغير ، ان لم يكن للغير الحق في مطالبة المتعهد مباشرة .

لكن في عهد الامبراطورية السفلى " Le bas empire " اعترف لهذه الحق في حالة الهبة المقترنة بشرط لمصلحة الغير ، فكان لهذا الاخير دعوى مباشرة في مواجهة الموهوب له المتعهد . وكذلك في بعض العقود الأخرى كالوديعة ان كان المودع لديه الأول يشترط على المودع لديه الثاني لمصلحة المودع الاصلى . فكان لهذا الاخير دعوى مباشرة في مواجهة المودع لديه الثاني .

وكذلك في عقد الرهن الحيازي ان قد يشترط الدائن المرتهن على المشتري رد الشيء الى المدين ان وقى بالدين ، فكان للمدين الراهن دعوى مباشرة تجاه المشتري (3).

وتطور الأمر في أواخر عهد القانون الروماني الى ان أصبح الاشتراط لمصلحة الغير صحيحا اذا كانت للمشترط مصلحة مادية وأدبية (4).

هذا ، وباستثناء الحالات المذكورة أعلاه ، ظل الاشتراط لمصلحة الغير باطلا في القانون الروماني .

(1) LAMBERT:Thèse Précitée,Droit Romain ,p71 à 81

(2) MARTY etRAYNAUD :Op,Cit,Tome 2,Volume1,p.231

د. سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، المجلد 1، المرجع السابق، ص 610 - د. عبد المنعم فرج الصده: نظرية العقد، المرجع السابق، ص 556

(3) GUIHO :Op,Cit,p.141

(G) FLATTET :thèse Précitée ,p.36-DEBRAND:Thèse Précitée,p.167

(M) PLANIOL :Traité Elementaire de Droit Civil,Tome2,Op,Cit,p.219

MARTY et RAYNAUD :Op,Cit,Tome 2,Volume 1,p.234 ,Aussi (G) FLATTET: (4)Thèse Précitée ,p. 37

وقد تأثر القانون الفرنسي بهذا ، إذ جاءت المادة 1119 مدني تقضى بأنه : " لا يجوز بصفة عامة ان يشترط الشخص باسمه الآ لنفسه " .

ويرجع تطوّر الاشتراط لمصلحة الغير اساسا الى تطوّر التأمين على الحياة (1) فقد كان القضاء الفرنسي القديم يعتبر عقد التأمين مكونا من عقدين ، عقد بين المشتري والمتعهد ينشأ عنه حق مباشر للمشتري ، ثم ينقل المشتري هذا الحق للمنتفع بواسطة عقد آخر . وهذه الفكرة ترجع الى اعتبار نظرية العرض كأساس للاشتراط لمصلحة الغير آنذاك (2) وهناك من كان يعتبر الاشتراط لمصلحة الغير باطلا الآ أنه اذا قام المتعهد بتنفيذ التزامه أصبح صحيحا . والقول بهذا ، غير مستقيم ، وغير صحيح لأن صحة التأمين على الحياة لمصلحة الغير لا يتوقف على دفع المتعهد مبلغ التأمين وانما يعتبر التأمين صحيحا من وقت ابرام العقد . وقد عرف القضاء الفرنسي نوعا من التطوّر في نهاية القرن التاسع عشر مع ابقاءه على نظرية العرض كأساس للاشتراط ، فأصبح يعترف للمنتفع بحق مباشر مستمد من العقد الذي أبرمه المشتري مع المتعهد (3) كما أصبح يقر بأن قبول المنتفع يستند بأثر رجعي الى وقت تعاقد المشتري مع المتعهد (4) .

وكان القانون الفرنسي القديم لايجز الاشتراط لمصلحة الغير الآ في حالتين ، حالة الهبة مع تكليف مقرر لمصلحة الغير ، وحالة اشتراط المتعاقد في عقد من عقود المعاوضة حقا لنفسه ثم حقا للغير (5) .

الآ أنه سرعان ما تطوّر الامر بتطوّر التأمين على الحياة ، واعتبرت الحالات المذكورة في المادة 1121 مدني فرنسي واردة على سبيل المثال فقط ، وأصبح يكتفى في الاشتراط لمصلحة الغير بمجرد موافق مصلحة أدبية للمشتري (6) .

(1) LARROUMET: La "Stipulation pour autrui : Encyclopédie DALLOZ, droit civil, n° 5 .

(2) COULAZOU : La Stipulation pour autrui ; thèse Montpellier 1890, p82 à 85 .

(E) LAMBERT : Thèse Précitée , Droit Français , p 7 (3)

LARROUMET : La Stipulation pour autrui , Art , Précitée , n° 6 et 7 (4)

MAZEAUD : Op, Cit , Tome 2 , Volume 1, p .865 (5)

MARTY et RAYNAUD : Op, Cit, Tome 2, Volume 1, p 234 (6)

ثم بدأ الاشتراط لمصلحة الغير يتطور تدريجياً الى أن أصبح القانون والقضاء الفرنسيان يقرآن صحة الاشتراط الضمنى لمصلحة الغير.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للاشتراط لمصلحة الغير

لقد حاول الفقهاء ارجاع الاشتراط لمصلحة الغير الى أسس قانونية، وطرحوا في هذا الصدد نظريات فقهيّة، منها نظرية الايجاب، ونظرية الفضالة، كما أسسه البعض على ارادة المتعهد المنفردة، والبعض الآخر على نظرية حوالة الحق، وفيما يلي أعرض لهذه النظريات.

المسرح الأول : نظرية الايجاب " LA THEORIE DE L'OBTRE "

تقوم نظرية الايجاب على أساس ان المشتراط اكتسب حقاً قبل المتعهد ويعرض على المنتفع ايجاباً موضوعه الحق الذي اكتسبه، ويقبول المنتفع العرض يقوم عقد جديد بينه وبين المشتراط⁽¹⁾. وقد انتقدت هذه النظرية بشدة، ومن الانتقادات الموجهة اليها، ان دخول الحق في ذممة المشتراط يعرض المنتفع لمزاحمة دائني هذا الأخير، الى جانب هذا فالمفروض ان العرض ينتهي بوفاء العارض الموجب، بينما في الاشتراط لمصلحة الغير لا ينقضى حق المنتفع بموت المشتراط ان اظهر رغبته في الاستفادة ليس هو الذي يجعله مستفيداً بل ينشأ له الحق من يوم ابرام العقد ولو لم يظهر رغبته. وقد لا يستطيع اظهار رغبته في قبول الاشتراط الا بعد وفاة المشتراط كما هي الحال في التأمين على الحياة⁽²⁾.

(1) FLOUR et AUBERT : Op, Cit, Volume 1, p.359 Aussi CRUGOT: Thèse Précitée (1) p. 27

د. عبد المنعم فرج الصده : نظرية العقد، المرجع السابق، ص 565

(2) (M) PLANIOL : Traité , Tome 2, Op, Cit, p.227 . Aussi (J) DE LA MORANDIERE (2) Op, Cit, Tome 2 , p 291 .

د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط : الجزء الاول، المرجع السابق، ص 648

(E) LAMBERT; thèse Précitée , Droit Français , p 150.

وحاول الفقيه تيلار " THEILLER " التعرض لهذه النظرية من زاوية أخرى فقال أن المتعهد هو الذي يعرض بإرادته المنفردة الحق الذي نشأ من العقد المبرم بينه وبين المسترط (وهذه النظرية كذلك معيبة لأن حق نقض الاشتراط مقرر للمسترط وليس للمتعهد ⁽¹⁾ ، ولو كان الحق ينشأ بإرادة المتعهد المنفردة لما استطاع ان يتمسك تجاه المنتفع بالدفع التي تترتب على العقد ⁽²⁾ (المادة 116 2/)

الفرع الثاني : الفضالة كأساس للاشتراط لمصلحة الغير .

هناك من حاول اقامة الاشتراط لمصلحة الغير على اساس الفضالة واعتبر المسترط فضوليا ، فاذا أجاز رب العمل (أي المنتفع) عمل الفضولي أصبح هو الطرف الثاني في العقد ، أي يحل محل الفضولي ، لأن الفضالة تنقلب بالقرار الى وكالة ⁽³⁾ طبقا للقاعدة القائلة : " Ratihabitis mandato aequiparatur " .

ولكن لا يمكن اقامة الاشتراط لمصلحة الغير على هذا الاساس إذ لابد في الاشتراط ان تكون للمسترط مصلحة شخصية ، بينما الفضولي ليس له مصلحة شخصية ، كما ان للمسترط الحق في نقض المشاركة بينما الفضولي ملزم باتمام العمل الذي قام به ⁽⁴⁾ . إلى جانب هذا فللفضولي الرجوع بما دفعه من مصروفات على رب العمل ، في حين انه ليس للمسترط استرجاع ما دفعه ⁽⁵⁾ . كما ان الفضولي يعمل لحساب الغير ، بينما المسترط يعمل لحساب نفسه ، وكذلك يختفي الفضولي في الفضالة بعد اقرار رب العمل لعمله ، ويبقى العقد بين رب العمل والمتعاقد مع الفضولي ، بينما في الاشتراط يبقى المسترط ملتزما بالعقد حتى بعد قبول الغير ، إذ ان حق الفسخ وابطال العقد مقرر للمسترط وحده ⁽⁶⁾ .

(R) SAVATIER : Op, Cit , p.80

(1)

(2) د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، الجزء الاول ، المرجع السابق ، ص 649

WEILL: Thèse , Précitée , p. 695

(E) CHAMPEAU : La Stipulation pour autrui: Thèse Paris 1893, p.42

(3)

د. عبد المنعم فرج الصده : نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص 565

STARCK : Op, Cit, p.589 - Aussi FLOUR et AUBERT: Op, Cit, Volume 1, p.360

(4)

SAVATIER: Op, Cit, p.81

(5)

WEILL: Thèse , Précitée , p. 693

(6)

الفرع الثالث : نظرية حوالة الحق كأساس للاشتراط لمصلحة الغير .

هناك من الفقهاء من يرى ان المشتراط يكسب حقاً لنفسه ثم يحوالة للمنتفع، أى ان الحق

ينشأ فى ذمة المشتراط بمجرد العقد ثم ينتقل عن طريق حوالة الحق الى الغير (1).

ويترتب على هذا القول ان المنتفع يصير خلفاً خاصاً للمشتراط ، وهذا غير صحيح لأن المنتفع

يتلقى الحق مباشرة من عقد الاشتراط (2) كما يترتب على نظرية حوالة الحق كأساس للاشتراط

لمصلحة الغير ان الحق يدخل فى الضمان العام للمشتراط، فيكون من حق دائنى المشتراط، ويجوز

لهم الطعن فى الحوالة اذا كان فيها اضرار بحقوقهم ، كما انه اذا توفى المشتراط قبل قبول

المنتفع للحوالة فلا يترتب حق للمنتفع ، وهذه نتيجة غير معقولة ان قد لا يظهر المنتفع

رغبته ومع ذلك ينشأ له الحق ، وقد لا يظهر رغبته الا بعد موت المشتراط كما فى حالة التأمين

على الحياة ، بل وقد يكون الحق مقرراً لمالك منتفع لم يوجد بعد (المادة 118 ممدنى جزائرياً

والأحظ أخيراً ان هذه النظرية مطابقة لنظرية الايجاب ولا تختلف عنها الا فى كون المشتراط

يحول حقاً ولا يعرض ايجاباً وعدم صلاحية هذه النظرية كأساس للاشتراط لمصلحة الغير يرجع

لنفس الأسباب التي جعلتنا نستبعد نظرية العرض كأساس للاشتراط .

والحقيقة هى أن محاولة تأسيس قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير على أساس قانونى يرجع

الى محاولة جعلها تطبيقاً لمبدأ نسبية العقد، مع ان الاشتراط استثناء من هذا المبدأ.

فنظرية العرض تجعل الحق ينتقل من المشتراط الى المنتفع بعقد يتم بينهما ، وبالتالي

لا تتعارض مع مبدأ نسبية العقد .

كما ان تأسيس الاشتراط لمصلحة الغير على أساس الفضالة لا يعتبر استثناء عن مبدأ

نسبية العقد ان يعتبر الفضولى نائباً عن رب العمل فى العقد .

كما ان اعتبار الاشتراط لمصلحة الغير تعهداً من المتعهد بأرادة منفردة لا يجعل الاشتراط

استثناء من مبدأ نسبية العقد .

وكذلك الحال ان أسس الاشتراط لمصلحة الغير على أساس حوالة الحق فلا يعتبر —

استثناء من مبدأ نسبية العقد .

(1) د. سليمان مرقس : نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص 392 .

(2) د. عبد الرزاق السنهورى : الوسيط ، المجلد الأول ، المرجع السابق ، ص 648

د. على على سليمان : نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 97

وهذا الشرح لأفائدة منه في الوقت الحاضر إذ الاشتراط لمصلحة الغير بعد نظاماً مستقلاً، وأصبح تطوراً قانونياً لا يمكن تجاهله، كما أنه استثناء فعلي عن مبدأ نسبية العقد. وتنص المادة 113 مدني جزائري على مياالي : " لايرتب العقد التزاماً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً".

كما تنص المادة 1165 مدني فرنسي أيضاً على أن الشخص لايمكن أن يكسب حقاً من عقد لم يشارك فيه ماعداً في الحالة المنصوص عليها في المادة 1121، وهي الخاصة بالاشتراط لمصلحة الغير.

المبحث الأول

شروط الاشتراط لمصلحة الغير

ليكون الاشتراط لمصلحة الغير صحيحاً، منتجاً لآثاره لابد من توافر الشروط المطلوبة في التصرفات بصفة عامة، كما أن هناك شروط خاصة بالمشتراط و أخرى بالمنتفع .

المطلب الأول

الشروط العامة

يجب أن تتوافر في الاشتراط لمصلحة الغير الشروط العامة اللازمة لصحة التصرف، وهي الرضا والمحل والسبب المشروع . فلا بد من تطابق إرادتي كل من المشتراط والمنتفع على إنشاء حق مباشر للغير . والإرادة قد تكون صريحة أو ضمنية⁽¹⁾ ولكن الاشتراط لمصلحة الغير لا يفترض في القانون الجزائري مثله مثل القانون المصري.

(1) د. جميل الشرقاوي : النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى 1975، دار النهضة، القاهرة، ص 337.

ولابدّ أيضا من ان يكون السبب مشروعاً وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 8 أكتوبر 1958⁽¹⁾ بأن التأمين لمصلحة خلية يبطّل الاشتراط ، لعدم مشروعيته ، مع بقاء عقد التأمين قائماً لمصلحة ورثة المؤمن الذين لا يتقاضون مبلغ التأمين الذي تعهدت به شركة التأمين.

ويلاحظ ان التعاقد في الاشتراط يجب ان يكون باسم المشتراط ، فاذا كان باسم الغير فنكون أمام وكالة أوفضالة⁽²⁾ هذا بالنسبة للشروط الموضوعية العامة .

أما بخصوص الشروط الشكلية فقد أشير خلاف بصددها اذا كان الاشتراط لمصلحة الغير عملاً تبرعياً من المشتراط ، لأن المشرع يشترط الرسمية في الهبة ، فهل تشترط الرسمية في الاشتراط لمصلحة الغير التبرعي ؟

فالرأى الغالب يعتبر الاشتراط هبة غير مباشرة فلا يشترط فيه الرسمية⁽³⁾ ويرى السنهاوي أنه هبة من المشتراط ، فيجوز له كواهب الرجوع فيها حتى بعد اقرار المنتفع⁽⁴⁾ إلا في الأحوال التي يجوز فيها الرجوع في الهبة حتى قبل اقرار المنتفع

أما القضاء الفرنسي فمنذ القرن التاسع عشر يعتبر الاشتراط لمصلحة الغير التبرعي هبة غير مباشرة لا تشترط فيها الشكلية⁽⁵⁾.

(1) FLOUR et AUBERT: Op, Cit, Volume 1, p. 353

(2) د. وحيد الدين سوار: النظرية العامة للالتزام ، الجزء 1، المرجع السابق، ص 301 - د. سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني ، الجزء 2 ، المجلد 1 ، المرجع السابق ، ص 615 - د. توفيق حسن فرج: النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام الدار الجامعية 1988 ، ص 319 - د. عبد الحى حجازي: النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ، ص 947 .

(3) د. عبد الحى حجازي: المرجع السابق ، ص 946 - أيضاً د. عبد المنعم فرج الصده: نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص 568 - د. محمود جمال الدين زكى: الوجيز في نظرية الالتزام، المرجع السابق ، ص 279 .

(4) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط ، المجلد الأول ، المرجع السابق ، ص 644 ، مع ملاحظة انه لا يجوز الرجوع في الهبة في القانون الجزائري إلا في الحالات المنصوص عليها في المادة 211 أسرة . فاذا كان الاشتراط لمصلحة الغير هبة غير مباشرة يثار الاشكال في الرجوع عنها بعد قبول المنتفع ، لأن الهبة في القانون الجزائري عقد لازم لا رجوع فيه باستثناء حالات خاصة وردت في المادة 211 أسرة ، بينما هي عقد غير لازم في القانون المصري .

(5) LEGIER: Stipulation pour autrui: Art, 1121-1122 FASC 1 JCL Civil, n° 29 , Aussi LARRONNET: Stipulation pour autrui, Art, Précité n° 52

ويرى الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ان تكييف الاشتراط لمصلحة الغير التبرعي بأنه هبة غير مباشرة هو خلط بين الهبة والتصرف التبرعي بوجه عام، ففي الاشتراط لمصلحة الغير لا يهب المشترط ماله للمنتفع، بل المنتفع يحصل على حق جديد ينشأ عن العقد المبرم بين المشترط و المتعهد، وبالتالي لا يمكن ان نكون امام هبة، وانما نكون أمام عمل من أعمال التبرع⁽¹⁾. و أوافق الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي في هذا التحليل، وعليه فلا تلزم في الاشتراط لمصلحة الغير المقصود منه التبرع الشروط الخاصة بالهبة، وانما يجب توافر الشروط الخاصة بالتبرع، ومنها ضرورة توافر أهلية التبرع لدى المشترط، وكذلك يأخذ الاشتراط لمصلحة الغير الصادر في مرض الموت حكم الوصية، وتطبق عليه المادة 776 مدني جزائري. كما يمكن دأني المشترط الطعن في الاشتراط بالدعوى البولصية متى توافرت شروطها، ويقدر اغتقار المشترط بالقيمة التي قدمها للمتعهد⁽²⁾.

فاذا كنا بصدد عقد تأمين فينظر الى الألفاظ التي دفعها المشترط للمتعهد، ولكن بشرط ألا تزيد على مبلغ التأمين، فاذا زادت عنه، فيكون المقدار المتبرع به هو أقل القيمتين⁽²⁾ فيرجع الدائنون بالدعوى البولصية وكذلك الورثة بالتخفيض الى الثلث المقرر شرعا في الوصية اذا كان التصرف صادرا في مرض الموت، ففي هذه الحالة يرجعون بمبلغ التأمين فقط. أما في القانون الفرنسي فيخفف الاشتراط لمصلحة الغير التبرعي اذا كان يؤثر على الاحتياط الوراثي الخاص ببعض الورثة وفقا للمادة 920 مدني فرنسي. كما يجب ان يرد المنتفع الى التركة ما أخذه اذا كان وارثا وفقا للمادة 843 مدني فرنسي.

ولكن التخفيض من قدر الاشتراط أورد المنتفع لما أخذه يكون بقدر افتقار المشترط وليس بقدر ما حصل عليه المنتفع⁽³⁾.

ولقد تطور القانون الفرنسي، فبعد ان كان المنتفع المتبرع له معرضا لمزاحمة الدائنين بالدعوى البولصية، ومزاحمة الورثة للمطالبة برد ما حصل عليه من التركة، قررت المصادة 13/132 من قانون التأمين لسنة 1930 مايلي: "ان مبلغ التأمين أو الايراد المدفوع للمنتفع

(1) د. عبد الباقي عبد الفتاح : نظرية العقد والارابة المنفردة، مطبعة نهضة، مصر، 1984، ص 597
(2) د. محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق، ص 279. أيضا د. علي علي سليمان : النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 93 - د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط المجلد الأول، المرجع السابق، ص 645
(3) PICARD et BESSON: Les Assurances terrestres, 1er Tome, le contrat d'assurance, 5e. Ed. LGDJ, 1982, p. 806 - Aussi LARROUMET: Art, Précit, n° 52

عند وفاة المؤمن له ، لا يمكن ردّه للتركة ، أو التخفيض منه ضمانا للاحتياط الوراثي ، وذلك سواء بالنسبة لمبلغ التأمين أو الأقساط المدفوعة إلا إذا كانت هذه الأخيرة مبالغاً فيها بالنظر إلى إمكانية المؤمن له " .

أذن فبالنسبة إلى مبلغ التأمين والأيراد المدفوع والأقساط المدفوعة من المؤمن لمصلحة المنتفع لا تنطبق القواعد المتعلقة بالتصرف بدون عوض المنصوص عليها في المادة 907 مدني فرنسي ، وذلك سواء بالنسبة للورثة أو الدائنين ، إذ تنص المادة 14/132 من قانون التأمين لسنة 1930 على ما يلي : " أن مبلغ التأمين ومبلغ الأيراد لمدة الحياة لمصلحة المنتفع لا يمكن أن يطالب بهما الدائنون العاديون للمشتري " .

ولكن يمكن الطعن فيها بالدعوى البولصية إذا كانت المبالغ التي دفعها المشتري مبالغاً فيها بحيث أدت إلى إعاقه (1)

المطلب الثاني

الشروط الخاصة

أتناول في هذا المطلب الشروط الخاصة بالمشتري ثم الشروط الخاصة بالمنتفع .

الفرع الأول: الشروط الواجب توافرها في المشتري

سبق أن ذكرت أنه إذا كان المشتري متبرعاً فلا بد أن يكون أهلاً للتبرع ، أما إذا كان تصرفه معاًوضة ، فتكفي أهلية التصرف كما أنه يجب أن يكون قد تعاقد باسمه بقصد إنشاء حق خاص للمنتفع ، إلى جانب هذا لا بد من أن تكون للمشتري مصلحة شخصية في الاشتراط ، وقد تكون هذه المصلحة ، مصلحة مادية أو أدبية (2)

(1) PICARD et BESSON: Cp, Cit, p. 810 à 813

(2) د. توفيق حسن فرج : النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ، ص 320 ، وأيضاً د. سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني ، الجزء 2 ، المجلد 1 ، المرجع السابق ، ص 612 (B) STARCK: Les Obligations , Op, Cit, p. 585

والمصلحة الشخصية للمشرط هي التي تبرر بقاء حقوقه كمتعاقد - حتى بعد ابداء المنتفع .
رغبته - كالحق في الفسخ، والبطالان والمطالبة بتنفيذ العقد⁽¹⁾ - إلا إذا تبين ان المنتفع وحده
هو الذي يجوز له ذلك .

وتكون المصلحة مادية كما في حالة قيام المتعهد بدفع ثمن الشيء الذي انتراه من المشرط
الى دائن هذا الأخير : هو المنتفع وتكون أدبية كاشتراط الأب على المتعهد اعطاء ابنه اراداً مرتباً
لمدى الحياة .

وقد كان الفقيه الفرنسي بوتييه POTHIER يشترط وجود المصلحة المادية لصحة الاشتراط
لمصلحة الغير ، ثم عدل عن رأيه وخاصة بعد تطور التأمين على الحياة ، فصار يكتفي بالمصلحة
الأدبية لصحة الاشتراط لمصلحة الغير⁽²⁾ .

وتختلف المصلحة يؤدي الى بطلان الاشتراط لمصلحة الغير .⁽³⁾

ويشترط المشرع الجزائري صراحة توافر المصلحة المادية أو الأدبية للمشرط اذ تنص
المادة 1/116 مدني جزائري على مايلي : " يحور للشخص ان يتعاقد باسمه على التزامات
يشترطها لمصلحة الغير ، اذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت
أو أدبية " .

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في المنتفع .

لا يلزم في الاشتراط لمصلحة الغير ان يكون المنتفع محدداً أو معيناً وقت العقد ، بل يكفي أن
يكون معيناً وقت ترتيب العقد لاشارة . فيمكن الاشتراط لمصلحة شخص لم يولد بعد أو لهيئة أو
لمصلحة مستقبلية لم تتمتع بالشخصية المعنوية بعد .⁽⁴⁾

(1) د. عبد الرزاق السنهوري : "المسئول المجلد الأول، المرجع السابق ، ص 641

د. عبد المنعم فرج الصده : نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص 563

(2) WEILL:Thèse Précit, p702-703 -Aussi MARTY et RAYNAUD:Op, Cit, Tome2(2)
Volume 1, p.234

(3) PLANIOL:Traité, Op, Cit, Tome 2, p.222. Aussi FLOUR etAUBERT:Op, Cit, (3)
Volume 1, p.355 .

(4) PJCARD :La Stipulation pour autrui et ses principales applications(4)
In Travaux de l'association Henri CAPITANT, Tome 7, LGDJ1956, p.272 - Aussi
MARTY et RAYNAUD:Op, Cit, Tome 2 , Volume 1, p235

د. جميل الشقاوي : نظرية الالتزام ، المرجع السابق ، ص 336 .

ولا يشترط في عقد الاشتراط تعيين شخص المنتفع باسمه ، بل يمكن فقط تعيينه بذكر الأوصاف الأساسية التي تمكن من تعيينه وقت نفاذ أثر الاشتراط. كالتأمين لمصلحة عمال هيئة معينة، والتأمين لمصلحة مالك شيء معين. (1)

وتنص المادة 118 مدني جزائري على مايلي : "يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو هيئة مستقبلية كما يجوز أن يكون شخصا أو هيئة لم يعين وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعا في الوقت الذي يجب أن ينتج العقد فيه أثره طبقا للمشاركة ويجب بصفة عامة أن يكون المنتفع على الأقل قابلا للتعيين وقت ترتيب العقد لآثاره والآثار كان الاشتراط لمصلحة باطلا ، ولكن يبقى العقد - بين المشتري والمشتري - صحيحا ، وتتحول آثاره إلى المشتري أو ورثته. (2)

والعبرة هي بتوافر صفة المنتفع وقت ترتيب العقد لآثاره إذ تنص المادة 3/73 تأمين جزائري على مايلي : "... وتؤخذ بعين الاعتبار صفة الزوج عند مباشرة الاستفادة من التأمين" ويلاحظ أنه لابد أن يؤدي التعيين إلى تمييز الشخص من غيره وقت ترتيب الاشتراط لمصلحة الغير لآثاره ، فإذا كان الشخص قد اشترط لمصلحة جميع ورثته فلا شك في أنه ينظر اليه باعتباره خلفا تاما فقط. وأنه يؤكد عليهم فقط ، فلا تكفي بسند اشتراط لمصلحة الغير. بينما يجوز الاشتراط لمصلحة وارث معين. (3)

وقد استثنى المشرع الفرنسي نقد التأمين على الحياة بصفة عامة وهذا ما نصت عليه المادة 2/63 من قانون التأمين لسنة 1930، وكذلك فعل المشرع الجزائري إذ تنص المادة 2/73 تأمين جزائري على مايلي : " غير أنه يمكن تعيين الزوج أو الزوجين أو الفروع المولودين أو الذين سيولدون، والأصول و الورثة بصفتهم لا غير ".

(1) د. عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد 1984 المرجع السابق، ص 602
PERALLAT et BOUAICHE : Op, Cit, p .146

(2) د. توفيق حسن فرج : النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق ، ص 320

د. سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني، الجزء 2 ، المرجع السابق، ص 612

د. وحيد الدين سوار : النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق ، ص 303

د. أنور سلطان : مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 211

(3) LARROUMET : La Stipulation pour autrui , Art, Précit, N° 29-30

المبحث الثاني

أثر الاضطرار لمصلحة السفير

أتناول في هذا المبحث علاقة المشتري بالمتعهد ثم علاقة المتعهد بالغير وأخيرا علاقة المشتري بالمنتفع .

المطلب الأول

علاقة المشتري بالمتعهد

يربط المشتري بالمتعهد العقد ، وهذا العقد إما ان يكون عقد بيع يتفق فيه على أن يدفع المشتري الثمن في صورة مبلغ أو ايراد مرتب لمستفيد معين ، وإما ان يكون عقد هبة ، أو يكون عقد تأمين .

ويجب على المشتري ان ينفذ التزاماته المفروضة قانونا عليه كبائع ، أو واهب أو مؤمن له حسب الأحوال ، ولا اعتبر مخلا بها . ولا يمكنه في هذه الحالة أن يطالب المتعهد بتنفيذ التزاماته نحوه أو نحو المنتفع⁽¹⁾ ففي عقد التأمين على الحياة ، دفع الاقساط من طرف المؤمن له ليس اجباريا بل اختياريا ، إلا ان عدم دفعها يعطى للمؤمن حق طلب فسخ العقد ، وبالتالي لا يدفع المؤمن شيئا من المبلغ للمستفيد ، كما قد يكون الجزاء عن عدم دفعها كلها

(1) د. أنور سلطان : مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 213 ، أيضا

د. محمد لبیب شنب : دروس في نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1976 ، ص 277 .

الانقاص من مبلغ التأمين . فلا يمكن الزام المؤمن بالقيام بالتزاماته طالما لم ينفذ المؤمن له التزاماته (1).

اذ تنص المادة 80 تأمين جزائري على مايلي : " اذا لم تدفع الأقساط فلا يجوز للمؤمن بعد اتمام الاجراءات المنصوص عليها في المادة 16 من هذا القانون الا مايلي :-

1. فسخ العقد بلا قيد ولا شرط ، اذا تعلق الأمر بتأمين وقى على الوفاة أو كان القسط السنوي للسنة الأولى من التأمين غير مدفوع .

2. تخفيض آثار العقد ، في جميع الحالات الأخرى ."

ويجوز للمشتراط ان يطالب بتنفيذ ما اشترطه لمصلحة الغير اذ تنص المادة 3/116 مدنى جزائري على مايلي : " ويجوز كذلك للمشتراط ان يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع الا اذا تبين من العقد ان المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك " .

أما القضاء الفرنسي فكان يرفض اعطاء المشتراط الحق في المطالبة بالتنفيذ لأنه ليس هو الدائن بالحق (2).

ولكنه عدل عن هذا الموقف ، ففي حكم لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1956/7/16 (3) اعطى الحق للمشتراط في مطالبة المتعهد بالتنفيذ .

ويجب ان تكون للمشتراط مصلحة أدبية على الأقل حتى يجوز له رفع دعوى بمطالبة التنفيذ لمصلحة المنتفع (4).

وهناك رأي لا يعطى للمشتراط الحق في المطالبة بالتنفيذ بحجة ان التزام المتعهد، هو التزام بالقيام بعمل ، وفي حالة عدم تنفيذ هذا الالتزام لا يستقيم الدائن الا المطالبة بالتعويض وفقا للمادة 1142 مدنى فرنسي، ولكن المشرع الجزائري يعطى للمشتراط الحق فى طلب التنفيذ (المادة 3/116 مدنى جزائري) ولذا فلا يجب تطبيق هذه المادة حرفيا خاصة وأن القضاء يسمح أحيانا بالمطالبة بالتنفيذ العيني للالتزامات المتعلقة بالقيام بعمل (5).

(1) FLOUR et AUBERT : Op, Cit , Volume 1 , p . 361

(2) CHAMPEAU : Thèse Précitée , p. 130 -

(3) ذكر هذا الحكم فى : MARTY et RAYNAUD : Op, Cit, Tome 2, Volume 1, p . 237

(4) GUTHO : Op , Cit, p . 145

(5) CHAMPEAU : Thèse Précitée , p . 132 - 133

فاذا لم ينفذ المتعهد التزامه يستطيع المشرط المطالبة بالتنفيذ أو بالتعويض على أساس الضرر الذي لحقه شخصيا⁽¹⁾ كما يستطيع المطالبة بالفسخ، وهذا حق مقرر للمشرط وحده دون المنتفع، لأن المشرط هو الذي تعاقد مع المتعهد وبالتالي يكون له وحده الحق في المطالبة بفسخ العقد في حالة اخلال المتعهد بالتزاماته.⁽²⁾

المطلب الثاني

علاقة المتعهد بالسفير

بإشترط المشرط لمصلحة المنتفع يصبح هذا الأخير دائما للمتعهد، فيستطيع مطالبته بالوفاء لأنه هو الدائن له أصلا، ولكن للمتعهد التمسك ضد المنتفع بجميع الدفوع التي يكون له التمسك بها في مواجهة المشرط، بشرط ألا تكون هذه الدفوع خاصة بالمشرط كحق المقاصة إذ الغير ليس خلفا للمشرط، بل ينشأ حقه مستقلا عن العلاقة الموجودة بين المشرط والمتعهد.

ويجوز للمتعهد أن يتمسك بالدفوع الشخصية له، كنقص اهليته، أو كون ارادته مشوبة بعيب من عيوب الرضا، كما أن له أن يتمسك بالدفوع الخاصة بالعقد المبرم بينه وبين المشرط كبطلانه لتخلف الشروط الموضوعية أو الشكلية المطلوبة فيه.⁽³⁾ وتنص المادة 2/116 مدني جزائري على مايلي: "ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق

(1) د. عبد المنعم فرج الصده : نظرية العقد، المرجع السابق، ص 566، وأيضا د. سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني، الجزء 2، المرجع السابق، ص 626

(2) (A) WEILL: Thèse Précitée, p.699, Aussi LEGIER: Stipulation pour autrui, Art, Précité, n° 175
د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 657

(3) CHAMPEAU: Thèse Précitée, p.147-148 - Aussi (A) WEILL: Thèse Précitée, p.698- MARTY et RAYNAUD : Op, Cit, Tome 2, Volume 1, p. 239 .

على خلاف ذلك . ويكون لهذا المدين ان يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد".
فحق المنتفع قبل المتعهد ينشأ بمجرد عقد الاشتراط لمصلحة الغير، ولكن لا يثبت له نهائياً إلا بعد قبوله للاشتراط لأن حقه قبل هذا الوقت يكون قابلاً للنقض من طرف المشتري (1) فيما عدا بعض الحالات التي يعتبر الاشتراط فيها هبة لايجوز الرجوع فيها حتى قبل ابداء المنتفع رغبته . اذ تنص المادة 1/117 مدنى جزائرى على مايلي : "يجوز للمشتري دون دائنيه أو (2) ورثته ان ينقض المشاركة قبل ان يعلن المنتفع الى المتعهد أو الى المشتري رغبته في الاستفادة منها ، ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد".

ويلاحظ ان حق قبول المشاركة ينتقل الى ورثة المنتفع ، لأن حق المنتفع ينشأ منذ ابرام العقد، ولكن يجوز ان يشترط المشتري عدم انتقال هذا الحق الى الورثة (3).
كما انه يلاحظ ان قبول المنتفع الحق لا يؤدي الى حرمان المشتري من المطالبة بتنفيذ الاشتراط ، بل يظل له الحق فى المطالبة بالتنفيذ او الفسخ، كما يبقى ملزماً بالتزاماته الناتجة عن العقد، كضمان التعرض والاستحقاق اذا كان العقد بيعاً ، وهذا حتى بعد ابداء المنتفع رغبته في قبول الاشتراط .

فالاشتراط يترتب للغير حقاً دون ان يشارك فى العقد، وهذا يشكل استثناءً فعلياً عن مبدأ نسبية العقد .

وقبول المنتفع للاشتراط يثبت هذا الحق ولا ينشئه ، ولكن له ان يرفضه اذا شاء وهذا يعتبر عملاً لفكرة أنه لا يمكن تقرير حق لشخص رغم ارادته . (4)
وتكون للمنتفع جميع الحقوق والدفع التى تكون للمشتري . فاذا كان عقد المشتري مع

(1) د. عبد الحى حجازي : المرجع السابق ، ص 984 ، وأيضا ، وحيد الدين سوار : النظرية العامة للالتزام ، الجزء 1 ، المرجع السابق ، ص 306 و أيضا : MARTY et RAYNAUD : op, Cit, Tome 2, Volume 1, p.240

(2) يستحسن ابدال حرف " و " بحرف " أو " الوارد بالفقرة الأولى من المادة 117 مدنى جزائري ، والنص الفرنسى لنفس المادة صحيح حيث جاء فيه " ... à l'exclusion de ses créanciers et de ses héritiers ... "

(3) د. سليمان مرقس : الوافى فى شرح القانون المدنى، الجزء 2 ، المرجع السابق، ص 627 ، أيضا د. جميل الشرقاوي : النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق، ص 344 ، د. توفيق حسن فرج : النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق، ص 322

LEGIER : Stipulation pour autrui, art. précit. n° 171

(3) د. عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية العقد، الجزء 1 ، المرجع السابق، ص 597 .

المتعهد بيعاً كان للمنتفع جميع حقوق البائع ومنها امتياز بائع العقار اذا كان المبيع عقاراً وله الاستفادة من كافة التأمينات التي يقدمها المتعهد لضمان الوفاء بالدين مالم يتبين أن هذه التأمينات خاصة بالوفاء بدين شخصي للمتعهد قبل المشترط⁽¹⁾.

المطلب الثالث علاقة المشترط بالمنتفع

الاشتراط لمصلحة الغير اما ان يكون معاوضة من طرف المشترط او تبرعاً منه - كما سبق الذكر - وتطبق عليه الأحكام التي يترتب على هذا الوصف. فاذا كان تبرعاً تطبق عليه الاحكام الخاصة بالتبرعات، ومنها اعتباره وصية اذا كان صادراً في مرض الموت⁽²⁾ كما يجوز لدائنسي المشترط الطعن فيه بالدعوى البولصية⁽³⁾ دون اشتراط الغش واذا كان الاشتراط لمصلحة الغير معاوضة، كالوفاء بدين للمشرط على الغير، فلا تبرعاً نمة المشترط قبل المنتفع الا بعد وفاء المتعهد بهذا الدين نهائياً⁽⁴⁾ ويحق للمشرط نقض المشاركة قبل ان يعلن المنتفع الى المتعهد أو الى المشترط رغبته في الاستفادة منها⁽⁵⁾ ما عدا بعض الحالات ، وهذا ما صحت عليه المادة 1/117 مدنى جزائرى السابق ذكرها . صحيح ان حق المنتفع ينشأ مباشرة من وقت ابرام العقد بين المشترط والمتعهد، ولكن يكون قابلاً للنقض من قبل المشترط الى ان يعلن المنتفع رغبته في الاستفادة من المشاركة⁽⁶⁾

(1) د. أنور سلطان : مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 212 ، أيضا : CHAMPEAU : Thèse Précitée, p.145-PLANTOL: Traité, Op, Cit, Tome 2, p. 230

(2) د. عبد المنعم فرج المده : نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص 568 ، أيضا : د. عبدالرزاق السنهوري : الوسيط ، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 644

(3) PERRALLAT et . BOUAICHE : Op, Cit, p.147-Aussi CHAMPEAU Thèse Précitée p.158 .

(4) د. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ، ص 345 ، وأيضاً : د. توفيق حسن فرج : النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ، ص 323 CHAMPEAU: Thèse Précitée, P.156 - FLOUR et AUBERT, Op, Cit, Volume, 1, p.368

(5) د. توفيق حسن فرج : النظرية العامة للالتزام ، ص 322
(6) د. عبد الحى حجازي: المرجع السابق ، الجزء 1 ، المجلد 2 ، ص 977

في بعض الحالات . وحق النقص لا ينتقل الى ورثة المشتري . ولا الى دائنيه ، إلا ان المادة 4/74- 5 تأمين جزائري تنص على جواز انتقال حق ابطال الاستفادة الى الورثة أو الى المؤمن بعد وقوع الخطر المؤمن منه وبعد مرور ستة أشهر على الأقل من اذار المستفيد بذلك ، ولا يستطيع في هذه الحالة اعتبار مستفيدين آخرين غير ورثة المشتري .

وكذلك الحكم في القانون الفرنسي ، ان لا ينتقل حق النقص الى الورثة ؛ فحق المنتفع يصير غير قابل للنقص بموت المشتري او بقبول المنتفع للمشاركة ⁽¹⁾ . إلا ان المادة 66 تأمين فرنسي لسنة 1930 تعطي الحق في نقص المشاركة للورثة بعد مرور ثلاثة أشهر على اذار المستفيد بالقبول ⁽²⁾ .

وتنص المادة 2/117 مدني جزائري على مايلي : " ولا يترتب على نقص المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتري ، إلا اذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك ، وللمشتري احلال منتفع آخر محل المنتفع الأول ، كما له ان يستأثر لنفسه بالانتفاع من عملية الاشتراط " ويستبدل من هذا النص على ان طبيعة العقد قد لا تسمح للمشتري بالنقص ولو قبل ابداء المتفع لرغبته في الانتفاع بالاشتراط مثال ذلك ان يكون الاشتراط يتضمن تأمينا على بضائع مرسلية ، كان المشتري ملزما بتأمينها ، فهذا يقضى بالايكون له حق نقص المشاركة ⁽³⁾ . كما قد يتفق في العقد على ألا يستعمل المشتري حق نقص المشاركة إلا بموافقة المتعهد ، اذا كان لهذا الأخير مصلحة في تنفيذ الالتزام ، كما لو كان الالتزام عبارة عن الوفاء بدين دائن مرتتهن لعقار اشتراه المتعهد ، فيكون من مصلحته الوفاء بالدين اذا لم يرد ان يتخلى عن العقار المرهون ⁽⁴⁾ .

(1) LAMBERT:Thèse Précitée,Droit Francais ,p.100- Aussi MARTY etRAYNAUD Op,Cit,Tome 2 ,Volume 1,p .237

(2) PLANIOL:Traité,Op,Cit,Tome 2,p.236 - DE LA MORANDIERE:Op,Cit,p.294

(3) (A)WEILL : Thèse Précitée ,P.720

(4) د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، المجلد الأول ، المرجع السابق، ص 653 - أيضا د. محمود جمال الدين زكي : الوجيز في نظرية الالتزام ، المرجع السابق، ص 282

ويترتب على نقض المشاركة بقاء عقد الاشتراط قائما بين المتعهد والمشتري ، فلهذا الأخير الانتفاع من عقد الاشتراط شخصيا أو تعيين مستفيد آخر .

وفي حالة وفاة المشتري مباشرة بعد نقض المشاركة ينتقل الحق الى ورثته .

ويلاحظ ان حق المنتفع في المشاركة يشتمل نهائيا باعلان رغبته في الاستفادة من الحق المشتري . ويثبت له هذا الحق من يوم ابرام العقد بين المشتري والمتعهد .

فالحق المشتري لا ينشأ للمشتري أولا ثم ينتقل بعد ذلك الى المنتفع وانما ينشأ من العقد ابتداءا و مباشرة للمنتفع⁽¹⁾ وبالتالي فلا يجوز لدائني المشتري مزاحمة المنتفع في

هذا الحق لأنه ليس حقا لمدينتهم (المشتري) ولم يدخل في ذمته ، ولكن يجوز لدائني المتعهد مزاحمة المنتفع فيه ، ولدائني المنتفع استعمال حقوقه كالدعوى غير المباشرة في مواجهة المتعهد⁽²⁾.

وحق المنتفع ينشأ مباشرة من عقد المشاركة بعد موت المشتري قبل النقص ، وقبل قبول المنتفع ، اذ حق النقص لا ينتقل الى ورثة المشتري - عدا الاستثناء المذكور سابقا بخصم - عوض التأمين على الحياة - لأن حق المنتفع لا يدخل ضمن تركة المشتري⁽³⁾ كما أنه لا يجوز لدائني المشتري الحجز عليه⁽⁴⁾ لأنه لا يدخل ضمن الذمة المالية للمشتري وانما هو حق خاص للمنتفع ينشأ له مباشرة عن عقد الاشتراط .

وحق المنتفع يدخل في ذمته من وقت ابرام الاشتراط وبالتالي يكون لدائنيه التنفيذ عليه تحت يد المتعهد وهو ينتقل الى ورثته⁽⁵⁾ كما سبق الذكر الا اذا اشترط المشتري خلاف ذلك . فالاشتراط لمصلحة الغير يكسب المنتفع حقا من عقد لم يشارك في ابرامه .

- (1) د. عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية العقد 1984 المرجع السابق ، ص 592 أيضا د. رقاوي النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ، ص 342 .
- (2) د. سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني ، الجزء 2 ، المرجع السابق ، ص 624 . د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، المجلد الأول ، المرجع السابق ، ص 648
- (3) LAMBERT: Thèse Précitée, Droit Français , p 89 à 100
- (4) د. عبد الله فرج المده : نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص 569 - 570 ، وقد سبق ان ذكرت انه اذا كان الاشتراط لمصلحة الغير تبرعيا فهو يخضع لاحكام التبرعات ، فاذا طعن الدائنون بالدعوى البوولية ، فينظر المهدى افتقار المشتري ، أما اذا كان الطعن من طرف الورثة بصدد تصرف مورثهم في مرض الموت فينظر الى ما دفعه المشتري للمتعهد .
- (5) د. سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني ، الجزء 2 ، المرجع السابق ، ص 622 أيضا : (G) LEGIER: Stipulation pour autrui: Art, Précit, n° 171

وقد تطوّر القضاء الفرنسي إذ أصبح يتقبل الاشتراط لمصلحة الغير مع تحميل هذا الغير ببعض الالتزامات إذا كانت مرتبطة بالاشتراط. إذ قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 1987/12/8⁽¹⁾ في دعوى كانت فيها "شركة سافر SAFER" قد باعت في سنة 1972 قطعة أرض للسيدة LEBERT التي التزمت بإعطاء العقار لابنها في خلال مدة خمس سنوات ، وإقترن عقد الهبة بشرطين لابدّ من تحققهما في مدة خمس عشرة سنة. أولهما يمنح الموهوب له أو خلفه من البناء على قطعة الأرض أو تقسيمها الى اجزاء ، والشرط الثاني يقضى بالزام الموهوب له بالاستغلال الشخصي للأرض الموهوبة ، وأعطت السيدة LEBERT قطعة الأرض لابنها فعلا. إلا انه في سنة 1976 توقف الابن عن استغلال الأرض وفي 1981/12/1 قامت السيدة LEBERT بإعادة بيع قطعة الأرض لشركة SAFERT فطعن الابن في البيع، ورفع دعوى مطالبا فيها أمه بالتعويض عن قيمة الأرض مستندا في ذلك الى أنه اشترط لمصلحته ، وأن الاشتراط لا يحمله التزاما وإنما يكسبه حقا فقط . فرفضت محكمة نانسي NANCY الطلب وأيدتها في ذلك محكمة النقض إذ قررت ان الاشتراط لمصلحة الغير لا يكسب الشخص حقا فقط وإنما يمكن ان يلزمه ببعض الالتزامات أيضا .

ويلاحظ أنه كان من الممكن للغير ان يرفض الانتفاع من الاشتراط لمصلحته ، وفي هذه الحالة لا تنصرف اليه الالتزامات الناجمة عنه .

وحكم محكمة النقض هذا مطابق لحكم النفس الجملة من في 1978/11/21 المتصرف فيه أن العقد يعتبر اشتراطا لمصلحة عملاء البنك أصحاب الأموال المنقولة مع إلزامهم بدفع فوائد النقل⁽²⁾ .

وقد انتقد هذا الحكم بأن الاشتراط لمصلحة الغير لا يمكن ان يحمل الغير بالتزام ، ولكن تحميل الغير بالتزامات متوقف على قبوله للاشتراط ، وغالبا ما تكون المنفعة المستخلصة من عقد الاشتراط اكبر من الالتزام الواقع على عاتق المنتفع⁽³⁾ .

(1) Arrêt cité par (G)VENANDENT : La Stipulation pour autrui avec obligation acceptée par le tiers bénéficiaire , semaine juridique 1989-1. Doct. 3391. n° 3 - 4

(2) (G)LECTIER : Stipulation pour autrui , Art, Précité , n° 71

(3) (G)VENANDENT : Art , Précité , n° 25

ويلاحظ أنه إذا كان الاشتراط لمصلحة الغير مقترنا بتكليفه يمثل ما يصير المتعهد دائئا للمنتفع ، وعليه فلا يكون للمشتراط الحق في نقض المشاركة لأن حق الغير مرتبط بالتزام يقع عليه في مواجهة المتعهد. (1)

وهذا تطور وصل اليه القضاء الفرنسي بصدد الاشتراط لمصلحة الغير ، ولا أرى خطورة في تطبيقه إذا كانت المصلحة التي تعود للشخص من الاشتراط تفوق بكثير الالتزام الذي يلتزم به ، إذ تحميل الغير بالتزامات ناتج عن قبوله وليس مفروضا عليه .

المبحث الثالث

بعض تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير

للاشتراط لمصلحة الغير ثلاث متعديدة ، ويرى كريجي " CRUGUT " أن الاشتراط لمصلحة الغير باعتباره استثناء من مبدأ نسبة العقد كاد يصير قاعدة عامة تتزايد تطبيقاتها في الحياة العملية. (2)

ومن تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير أتعرض في مطلب أول للتطبيقات الواردة في مجال المعاولات والتبرعات ، وفي مطلب ثان لتطبيقه في مجال عقد التأمين ، أما التطبيقات الواردة بصدد العقود الادارية فأتعرض لها في مطلب ثالث .

(1) (G)VENANDENT : Art ,Précit n° 35

(2) CRUGUT : Thèse Précitée , p .24

المطلب الأول

الاشتراط لمصلحة الغير في مجال التبرعات والمعاوضات

من التطبيقات في مجال التبرعات ، ان يتبرع المشتري للمتعهد بعين معينة ويشترط عليه أداء مبلغ معين أو ايراد مرتب لمدة الحياة (1) للغير.

أما بالنسبة للمعاوضات فمثالها ان يبيع المشتري الى المتعهد مالا معيناً ويشترط عليه أداء الثمن للمنتفع، أو كما يشترط بائع متجر لمصلحة عمال المتجر الابقاء على أجورهم دون الانقاص منها (2).

كذلك قد يبيع المدين الراهن العين المرهونة ويشترط على المشتري الوفاء بالدين لمصلحة الدائن المرتهن (3).

وهذا الاشتراط يحقق مصلحة الدائن لأنه وان كان حقه مضموناً بالرهن إلا أن له مطالبة الحائز بالوفاء ، ويستطيع هذا الأخير ان يختار تطهير العقار ، وتطهير العقار قد يلحق ضرراً بمصلحة الدائن لأن الحائز قد يختار فترة تكون فيها قيمة العقارات منخفضة مثلاً ، لهذا فمن مصلحة الدائن حتى لو كان مرتهنها ان يشترط البائع على الحائز - مشتري العقار المرهون - لمصلحته ، وبالتالي ينشأ له حق مباشر من الاشتراط ، يستطيع ان يطالب به الحائز ويكون من مصلحة هذا الأخير الوفاء بالدين ، لأن عقد البيع مضمون بشرط لمصلحة الغير ، وان لم ينغذ المشتري جاز للبائع المطالبة بالفسخ (4) وفي مجال عقد النقل يتعاقد المرسل مع الناقل لمصلحة المرسل اليه (5).

:

- (1) د. عبد الزراق السنهوري : الوسيط ، المحل الأول ، المرجع السابق ، ص 633 أيضاً
د. عبد الحي حجازي : المرجع السابق ، الجزء 1 ، المجلد 2 ، ص 943
- (2) د. عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية العقد 1984 المرجع السابق ، ص 590 أيضاً د. وحيد الدين سوار : النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ، ص 300.
- (3) د. عبد المنعم فرج الصده : نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص 559 - ايضاً - أنور سلطان مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 209 - د. نجيب شنب : المرجع السابق ، ص 273
- (4) (E) LAMBERT : Thèse Précitée, Droit Français, p233-234 .
- (5) GUIHO : Op, Cit, p .144

المطلب الثاني

الاشتراط لمصلحة الغير في مجال عقود التأمين

يعد عقد التأمين من أهم تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير، بل أن الفضل في تطور الاشتراط لمصلحة الغير يرجع الى تطوّر عقد التأمين.

ففي مرحلة أولى كان المشترط هو الذي ينتفع بمبلغ التأمين ثم يحوله الى المنتفع وفقسما لنظرية العرض، واستمرت الحال على هذا النحو حتى سنة 1844⁽¹⁾ إذ قررت محكمة النقض الفرنسية بأن المنتفع ليس خلفا للمشرط وإنما يكسب حقا مباشرا في مواجهة المؤمن، وكان القضاة يعملون هذا بأن يقبل المنتفع للاشتراط أشرا رجعيا وهذه هي المرحلة الثانية من تطوّر عقد التأمين. وفي مرحلة ثالثة أصبح للمنتفع حق مباشر بحيث لا يدخل مبلغ التأمين في ذمة المشترط وليس هذا على أساس الأثر الرجعي لقبول المنتفع ولكن على أساس نشوء حق المنتفع من يوم إبرام عقد التأمين أي من يوم الاشتراط لمصلحته⁽²⁾ والتأمين لمصلحة الغير قديكون تأمينا على الحياة لمصلحة الغير وقد نصت المادة 173/1 تأمين جزائي على ما يلي : " مراعاة الأحكام المادة 67 ، يمكن لطالب التأمين ان يعيّن اسميا مستفيدا أو عدة مستفيدين من تعويض وفاة المؤمن له ، أو من الربح المؤمن عليه ، يمكن ان تدفع لهم المبالغ المؤمن عليها مباشرة في حدود التشريع المعمول به " .

كما قد يؤمن مرسل البضاعة لمصلحة المالك أو المرسل اليه⁽³⁾ ففي حالة هلاك أو تلف البضاعة أثناء النقل يكون للمستفيد وهو المالك أو المرسل اليه حق مباشر على مبلغ التأمين. وفي التأمين لمصلحة المالك أو المرسل اليه يجب ان يعيّن المؤمن لمصلحته إذ لا يمكن أن يتحوّل التأمين الى حق عيني ينتقل الى أي مالك للشئ ، أي لا يمكن ان يتعهد المؤمن بالنظر الى الشئ محل التأمين ، ويتنقل الى كل من له مصلحة موضوعية وإنما لابد من تعيين المالك⁽⁴⁾ وفي هذا المجال

(1) Cass.civ.2/7/1884 Cité CRUGUT :Thèse Précitée, p.35

(2) Cass.civ.29/6/1886 Cité par CRUGUT:Thèse Précitée, p.36

(3) FLOUREt AUBERT:Op,Cit,Volume 1, p.356 Aussi PLANIOL:Traité,Tome2, Op(3) Cit, p .219 .

(4) PICARD Et BESSON :Op,Cit , p .412

تنص المادة 122 تأمين جزائري الواردة في الفصل الأول من الباب الثاني الخاص بالتأمينات البحرية على مايلي : " يمكن ابرام عقد تأمين لحساب طالبه ، أو لحساب شخص آخر معروف ، أو لحساب من له الحق في العقد . وفي هذه الحالة الاخيرة يعتبر الشرط تأميناً فائداً طالب التأمين واشترطا لمصلحة الغير في فائدة المستفيد من هذا الشرط " ومن صور التأمين لمصلحة الغير أيضا ، حالة تأمين رب العمل لمصلحة عماله ، وكذلك التأمين من المسؤولية لمصلحة المضرور (1) وقد نص المشرع الجزائري في القسم الرابع من الباب الأول من قانون التأمين على التأمين من المسؤولية ، وبهذا الصدد تنص المادة 55 منه على مايلي : " لا ينتفع بالمبلغ الواجب على المؤمن أو بجزء منه الا الطرف الآخر المتضرر أو ذوو حقوقه ، ما دام هذا الطرف لم يتنازل عن حقه في حدود المبلغ المذكور المترتب على الحادث المضر الذي استوجب مسؤولية المؤمن له " . وهذا يعنى ان المنتفع هو المضرور او ذوو حقوقه فيعتبر التأمين قد اشترط لمصلحتهم ويكون لهم حق مباشر على مبلغ التأمين . وهناك صور اخرى من التأمين حين يؤمن المؤدع لديه على الشيء لمصلحة المؤدع (2)

المطلب الثالث

الاشتراط لمصلحة الغير في مجال العقود الادارية

غالبا ما تتضمن العقود الادارية المتعلقة بمنح احتكارات لمرفق عام ، كاحتكار شركة المياه أو الكهرباء أو الغاز أو النقل شروطا لمصلحة الجمهور . فكثيرا ما تشترط الادارة التي تمنح الاحتكار شروطا لمصلحة الجمهور المنتفع كأن تحدد الحد الأقصى لاشتراكاته (3) كما قد يشترط أيضا لمصلحة من يقومون بتنفيذ مشروع معين

(1) WEILL: Thèse Précitée , p . 703 (A)

(2) PICARD et BESSON : Op, Cit, p . 419

(3) د. عبد الزراق السنهوري: الوسيط ، المجلد الأول ، المرجع السابق ، ص 636 أيضا
د. عبد المنعم فرج الصده : نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص 558 .
د. جميل الشرقاوي : النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ، 334

ويرفض القضاء الفرنسي تطبيق الاشتراط لمصلحة الغير على بعض العقود الادارية خاصة فيما يتعلق بتحديد أسعار النقل بالسكك الحديدية ، والكهرباء والغاز ، إذ لا يعتبرها اشتراطاً لمصلحة الجمهور لأن القول بذلك يعنى ان قبول الجمهور لها يعطيه الحق فى معارضة أى زيادة فى أسعار تذكرة النقل أو فى فاتورة الغاز أو الكهرباء . فهل يمكن المنتفع رفض الريادة اذا قبلها المشتري أو المحتكر ؟

قضت محكمة دوي DOUAI (1) الفرنسية بأنه يمكن تغيير بنود اتفاق الاحتكار المبرم بين المدينة والمحتكر بدون موافقة الجمهور المنتفع ، ولا يمكن المنتفع الاستناد الى حقه المباشر من الاتفاق الأول الا اذا كان الاتفاق الذى ابرم لمصلحته يمنع صراحة الزيادة فى الاسعار المعمول بها (2).

والحقيقة هى ان الشروط التى تتضمنها الاتفاقات الادارية (المشترطة لمصلحة الجمهور تعتبر اشتراطاً لمصلحته بصفة عامة (3) الا ان حقه المباشر فى مواجهة المحتكر يتحدد بضمون العقد أو الاتفاق الذى تم بين المشتري والمتعهد .

المبحث الرابع

مسدى تأخير الاشتراط الضمنى لمصلحة الغير على مبدأ نسبية العقد

لا يعتد المشرع الجزائرى الا بالاشتراط الصريح لمصلحة الغير كونه عليه فليس لأقارب ضحية حادث نقل اذا طالبوا بالتعويض عن الضرر الشخصى الذى أصابهم الا رفع دعوى على أساس المسؤولية التقصيرية ، طالما ان المنقول لم يشترط صراحة لمصلحتهم . بينما يأخذ القانون والقضاء فى فرنسا بالاشتراط الضمنى لمصلحة الغير ، إذ تنص المادة 1122 مدنى فرنسى على

(1) DOUAI 7.Fev.1938 DALLOZ 1940.2, 20. Cité par PICARD; Art. précit. p.283, Note n° 39.

(2) PICARD : Art Précit , p . 282 - 283

(3) (G)LEGIER:Stipulation pour autrui :Art Précit, n° 16

مايلي : " يفترض في الشخص أنه اشترط لنفسه ولمصلحة ورثته وذوي الحقوق إلا إذا اتفق على غير ذلك صراحة أو نتج من طبيعة الاتفاق خلاف ذلك " .

وقد تطوّر القضاء الفرنسي في تقرير الاشتراط الضمني لمصلحة الغير في مجالات متعددة وسأتناول هذا التطور وأبين مدى خطورة الأخذ بالاشتراط الضمني ، كما أبين أهمية الإبقاء على الاشتراط الصريح لمصلحة الغير ، حماية للمشتراط والمتعهد ، من جهة ، ولارادة المتعاقدين بصفة عامة في انشاء الحقوق والتحمل بالالتزامات الناتجة عن العقد من جهة أخرى .

وسأخصص هذا المبحث اذن للقانون الفرنسي ، فأتناول في المطلب الأول منه الاشتراط الضمني في مجال النقل البري ، ثم في المطلب الثاني التطبيقات القضائية الفرنسية للاشتراط الضمني لمصلحة الغير ، أما المطلب الثالث فأتناول فيه مدى تأثير الاشتراط الضمني لمصلحة الغير على مبدأ نسبية العقد .

المطلب الأول

الاشتراط الضمني لمصلحة الغير

في مجال النقل البري

إذا توفي شخص نتيجة حادث نقل فلورثته رفع الدعوى الموروثة على أساس الضرر الذي أصاب مورثهم ، وهم يحلون محله في المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية التي كان لمورثهم أن يتمسك بها ⁽¹⁾ ويستفيدون بذلك من الخطأ المفترض في عقد النقل لأنه يتضمن الالتزام بإيصال المسافرين سالما ⁽²⁾ وهو التزام بتحقيق غاية .

(1) د. أحمد السعيد شرف الدين : انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي ، المرجع السابق ص 60 - 62 و أيضا : (J.M) AUSSEL : Thèse Précitée , p. 323-324

(2) بعد ان كان القضاء الفرنسي يرفض تطبيق الالتزام بالسلاسة على نقل الاشخاص ، عدل عن موقفه ، وأصبح متعهد النقل منذ سنة 1911 ملزما بإيصال المسافرين سالما . ذكر هذا في كتاب حسين عامر : المسؤولية المدنية ، المرجع السابق ، هامش 1 ، ص 84 ، وكذلك ورد هذا في رسالة دكتوراه بعنوان المسؤولية عن الأشياء غير الحية قدمت لمعهد الحقوق بجامعة الجزائر سنة 1987 من طرف زهدور محمد ، ص 57 .

أما إذا طالب الورثة أو ذوو الحقوق ، الناقل بالتعويض عن الضرر الشخصي المرتد الذي أصابهم من جراء وفاة المسافر ، فترفع الدعوى على أساس المسؤولية التقصيرية . ضد الناقل، وعليهم اثبات خطئه ما لم يكن المسافر قد اشترط صراحة لمصلحتهم .

ولكي يستفيد أقارب الضحية من الخطأ المفترض للناقل في حالة عدم الاشتراط الصريح لمصلحتهم ، ذهب القضاء الفرنسي الى القول بأن المسافر اشترط ضمنا مع الناقل لمصلحتهم⁽¹⁾ وبهذا أصبح لذوي الحقوق والورثة عندما يطالبون بالتعويض عن الضرر الشخصي المرتد الذي أصابهم الحق في رفع الدعوى على أساس المسؤولية العقدية للناقل، لأن المسافر اشترط ضمنا لمصلحتهم⁽²⁾ الى جانب الدعوى التقصيرية التي هي الأصل بالنسبة اليهم .

ولكي لا يفترض الاشتراط الضمني لمصلحة جميع الورثة وذوي الحقوق حددت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها طائفة الأقارب ، بمن كان ضحية حادث النقل ملزما بالانفاق عليهم⁽³⁾ غير ان الفقيه " ويل WEILL " لا يوافق على تحديد طائفة ذوي القربى المستفيدين من الاشتراط الضمني لمصلحتهم ، ويبرر ذلك بأن الغرض من الاشتراط الضمني لمصلحة الغير هو اعطاء هذا الاخير الحق في الاستناد الى الالتزام بالسلامة ، سواء أكان المتوفى يعولهم أم لا، الى جانب ان القول بأن الالتزام بالنفقة قد انتقل من المنقول الى غيره ، غير مقبول لأن الالتزام بالنفقة لا ينتقل يموت الشخص الى غيره⁽⁴⁾.

والحقيقة هي أن افتراض اشتراط المسافر لمصلحة الأقارب الملزم بالانفاق عليهم يعتبر مخالفا لمبدأ نسبية العقد لأنه يسمح للغير، رغم انه اجنبي اصلا عن العقد ، بالاستناد اليه والاستفادة من الالتزام بالسلامة الخاص بالمسافر ، والتوسع في افتراض الاشتراط لمصلحة الغير ، وان كان يحقق فائدة لبعض الأشخاص يعتبر أمرا خطيرا اذ يلزم المتعاقد - الناقل - في مواجهة أشخاص لم يدخلهم في حسابه وقت التعاقد⁽⁵⁾.

Civ 6 Dec 1932 in les grands arrêts de la jurisprudence civile- 8eme (1)
Edition 1984 - p.651 . Aussi , Cité par WEILL dans sa thèse Précitée, p 716

FLOUR et AUBERT: Op, Cit, Volume 1, p.357, Aussi DE LA MORANDIERE: Op, (2)
Cit, p.290 - (B) STARCK: Les Obligations : Op, Cit, p. 587 .

Civ 24 Mai 1933 Les Grands arrêts de la Jurisprudence civile Op, Cit, p 653 (3)

WEILL : Thèse Précitée , p . 724 - 725 (4)

AUSSEL : Thèse Précitée, p 327 - 328 . Aussi GOUTAL: Thèse Précitée, (5)
P. 135

ولا يمكن القول بأن أقارب الضحية يعتبرون خلفاء له في التزام الناقل بالسلامة ، بسبل يعتبرون من الغير ، لأنهم يطالبون بالتعويض عن الضرر المرتد الذي أصابهم شخصا من جراء وفاة المسافر وليس عن الضرر الذي أصاب مؤرثهم⁽¹⁾ . وإلى جانب أن الاشتراط الضمني لمصلحة الغير يؤدي إلى القضاء على مبدأ نسبية العقد ، فقد انتقد هذا الاشتراط لعدة أسباب أنكر منها أنه يعطي للخلف أكثر مما كان للسلف ، إذ يعطي للخلف الخيرة بين المسؤولين العقدية والمسؤولية التقصيرية ، بينما لم يكن للسلف إلا المسؤولية العقدية فقط⁽²⁾ . إلى جانب هذا فالرجوع على الناقل بالمسؤولية العقدية قد يكون غير مجد بالنسبة للأقارب/ذلك لأنه إذا كان الناقل قد اتفق مع المنقول على الاعفاء أو التخفيف من مسؤوليته ، فيحتج عليهم بهذا الاعفاء أو التخفيف . كما يحتج الناقل على الأقارب الذين يرفعون الدعوى على أساس المسؤولية العقدية بأنه غير مسؤول إلا عن الضرر المتوقع والمباشر فقط ، بينما يمكنهم تجنب هذا إذا أقاموا دعواهم على أساس المسؤولية التقصيرية⁽³⁾ ، ويمكنهم الاستناد إلى العقد كواقعة لا ثبات خطأ الناقل بل ويمكنهم المطالبة بالتعويض حتى عن الضرر غير المباشر في رأي بعض الفقهاء الفرنسيين .

المطلب الثاني

تطبيقات الاشتراط الضمني لمصلحة الغير في القضاء الفرنسي

يلاحظ أن القضاء الفرنسي توسع في الاشتراط الضمني لمصلحة الغير ، فلم يعد يقتصره على عقد النقل فقط وإنما أصبح يأخذ به كلما توافرت للمشتراط مصلحة في ذلك ، فأقرت محكمة النقض

(1) GOUTAL:Thèse Précitée,p136 Aussi WEILL:Thèse Précitée, p .714

(2) LEGIER:Stipulation pour autrui:Art,Précit,n° 66 - Aussi : د.علي سليمان :دعوى الخلف للمطالبة بالتعويض عن الضرر العوروث وعن الضرر المرتد، المجلة الجزائرية ، العدد الأول ، مارس 1988 ، ص 280 .

(3) LARROUMET :Stipulation pour autrui : art précit , n° 10

Aussi - WEILL : Thèse Précité , p .729 à 731

الفرنسية (1) أن المستشفى المتعاقد مع مركز لنقل الدم يعتبر أنه اشترط ضمناً لمصلحة المرضى الموجودين، بالمستشفى الذير ينقل لهم المركز الدم ، فاعتبرت ان اصابة مريضة بمرض الزهري نتيجة لقيام المركز بنقل دم اليها من دم شخص مصاب بهذا المرض يرتب مسؤولية المركز العقدية في مواجهة المريضة .

وكذلك اعتبرت نفس المحكمة ان عقد بيع طوابع بريدية ذات قيمة أثرية ، وقيام خبير بتقدير القيمة الأثرية لهذه الطوابع يشتمل على اشتراط ضمنى لمصلحة كل مشتر لهذه الطوابع (2) فتكون لكل مشتر مطالبة الخبير بالتعويض على أساس مسؤوليته العقدية .

كما قرر . القضاء الفرنسي ان المستأجر عند تعاقدده مع المؤجر يشترط ضمناً لمصلحة عائلته وللأشخاص الذين يعيشون معه ، وأعطى لبنت المستأجر التي لحقها ضرر من جراء استعمال المصعد الملقى في رفع دعوى على أساس المسؤولية العقدية للمؤجر (3) .

وهكذا فالقضاء الفرنسي يذهب الى افتراض الاشتراط لمصلحة الغير كلما توفرت للغير مصلحة من العقد ، ففي عقود نقل البضائع افترض ان العقد المبرم بين الناقل ومرسل البضاعة يتضمن اشتراطاً ضمناً لمصلحة المرسل اليه (4) .

ولو اتسعت دائرة الاشتراط الضمنى لمصلحة الغير بحيث يصبح مجرد وجود مصلحة للمشتري ، يفترض اشتراطاً ضمناً لمصلحة الغير لأصبح كل عقد يبرمه الشخص ، يتضمن اشتراطاً ضمناً لمصلحة الغير ، وهذا يؤدي الى القضاء نهائياً على مبدأ نسبية العقد (5) فكل عقد بيع أو توريد خدمات أو عقد نقل يمكن ان تكون لأحد أطرافه مصلحة فيه ولو أدبية ، في ان ينتفع الغير بهذا العقد ، ولكن هذا لا يعني أنه يجب التسليم بالاشتراط الضمنى في كل حالة (6) .

MARTY et RAYNAUD : Op, Cit, Tome 2 Volume 1, p. 233 citent: Cass Civ II 7.12 (1) 1954, Cité aussi par FLOUR et AUBERT: Volume 1, Op, Cit, p. 357

Civ Paris 18/6/1957 Cité par LEGIER: Stipulation pour autrui , Art, Pré- (2) cité, n° 10

Cour de Grenoble 1/3/1955-Cours de Paris 31/10/1956 In Thèse de (3) GOUTAL , Précitée Note 1 page 130 .

AUSSEL : Thèse Précitée p. 322 - Aussi GHESTIN: La Transmission des (4) obligations en droit positif Français 9eme journées d'etudes juridiques JEAN-DABIN, LDGJ, 1980, p 51 .

LARROUMET : Stipulation , Art, Précit, n° 11 (5)

GOUTAL : Thèse Précitée , p 137* à 138 (6)

لهذا لابد من التضييق في الأخذ بالاشتراط الضمني لمصلحة الغير، وحصره في الحالات التي يظهر فيها بوضوح ان المتعاقدين قصدا الاشتراط لمصلحة الغير⁽¹⁾. ولا يمكن افتراضية الاشتراط في المشترط ان لم تتجه الى ذلك أصلا .

المطلب الثالث

مدى تاثير الاشتراط الضمني على مبدأ نسبية العقد

ان الاشتراط الضمني لمصلحة الغير يجد اساسه في القانون الفرنسي في المادة 1122 مدني ، الا ان الفقه الفرنسي المعاصر يفضل عدم التوسع فيه على خلاف القضاء الذي جعل الغير الذي لم يفكر فيه المشترط ولا المتعهد اشياء ابرام العقد يستفيد من الاشتراط الضمني ، وهذا التوسع يقضي تماما على مبدأ نسبية العقد⁽²⁾.

فلا يمكن ان تتضمن اغلب العقود اشتراطا لمصلحة الغير ، اذ كثيرا ما يكون المشترط غير راغب في الاشتراط ولكن اذ أبدى الغير رغبته في الانتفاع بالاشتراط فلا يستطيع المشترط نقض المشاركة ، كما يلتزم المتعهد بعقد لم يفكر فيه مطلقا . فلا القانون ولا المنطق يتسنيان مثل هذه النتائج .

وحسنا ما فعل المشرع الجزائري عندما أخذ بالاشتراط الصريح لمصلحة الغير، وهذا هو الموقف السليم ، اذ لا بد ان يعلن المشترط عن رغبته في ان يجعل الغير ينتفع بالعقد، ولا بد من اعلان المتعهد بذلك .

وان كان هذا يؤدي بدوره الى استثناء من مبدأ نسبية العقد اذ يكسب الغير حقا من العقد الا أنه استثناء نسبي مقصور على شخص معين ، بينما القول بصحة الاشتراط الضمني لمصلحة الغير على الوجه الذي سار عليه القضاء الفرنسي يعتبر استثناء عاما يطبق على كل من له مصلحة

(1) LEGIER : Stipulation pour autrui , art, précit, n° 68

(2) (J.M) AUSSEL : Thèse Précitée , p 327 Aussi (J. L) GOUTAL : Thèse Précitée p.132 .

في الاستفادة من العقد، فهو استثناء لأنه يكسب الغير حقاً من جهة ، ويحمل المتعهد بالتزام لم يرضيه ، بل ولم يفكر فيه مطلقاً .

لقد كان أساس ابتكار الاشتراط الضمني لمصلحة الغير في مجال النقل هو منح الغير الحق في رفع الدعوى على أساس المسؤولية العقدية ، وبالتالي الانتفاع من الالتزام بالسلامة الذي ابتكره القضاء الفرنسي وكان الغرض منه تخفيف عبء الاثبات على خلف المضرور حين كان القضاء الفرنسي لا يزال متردداً في اعمال المادة 1/1384 الخاصة بالمسؤولية عن الأشياء الغير الحية في هذا .

المجال ، وبعد ان زال هذا التردد أصبحت الدعوى تقام على أساس مسؤولية الناقل باعتباره حارساً للشئ وباعتبار الخطأ مفترضاً في جانبه ، وليس على المدعى أي اثبات . وبهذا أصبحت المادة 1/1384 تمنح طريقة مؤكدة للتعويض دون حاجة لاثبات الخطأ مثلها مثل المسؤولية العقدية⁽¹⁾

بحيث تفترض مسؤولية حارس الشئ . وتقام مسؤولية أمين النقل على أساس الخطأ المفترض في حراسته للشئ ، ولا يكون على المضرور اذا رجع بالمسؤولية التقصيرية اثبات شئ ، ولا بدّ لأمين النقل من اثبات السبب الأجنبي لاعفائه من المسؤولية .

وأوافق استاذي علي علي سليمان⁽²⁾ الذي يبين بوضوح ان الاشتراط لمصلحة الغير لا يمكن أن يكون الا صراحة في القانون الجزائري نظراً للخطورة التي تنجم عن القول بالاشتراط الضمني في حالات عديدة لا يتصور فيها ان السلف اشترط ضمناً لمصلحة الورثة أو ذوي الحقوق الى جانب هذا أنه سيعطي للغير⁽³⁾ الحق في الخيار بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية مع ان اغلب الفقه الحديث الفرنسي والعربي ينادي بعدم جواز الخيرة .

أما قول بعض الفقهاء العرب بوجود اشتراط ضمني عندنا ، فهو غير مقبول للأسباب التالية :

1. انه اذا كان القضاء الفرنسي يستند في قوله بهذا الاشتراط الى نص المادة 1122 مدني الذي ينص على افتراض الاشتراط لمصلحة المشتري ولمصلحة ورثته وذوي حقوقه بعد ان ورد

(1) STARCK : Les Obligations , Op, Cit p .587 Aussi WEILL :Thèse (1) Précitée , p 727 .

(2) د. علي علي سليمان : دعاوى الخلف للمطالبة بالتعويض عن الضرر الموروث وعن الضرر المرتد مقال ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، العدد 1 ، مارس 1988 ص 271 - 272 .

(3) استعمال عبارة "الغير" لأن الشخص يطالب بضرر أصابه شخصياً ، فهو من الغير وليس خلفاً للمضرور والمباشر لا يمكن استعمال عبارة "الخلف" الا عندما يستعمل الورثة الدعوى الوراثية على أساس الضرر الموروث .

- النص على الاشتراط الصريح لمصلحة الغير بالمادة 1121 فان مثل نص المادة 1122 غير موجود في قوانيننا العربية ، التي اقتصرت نصوصها على الاشتراط الصريح لمصلحة الغير (المواد 116 مدنى جزائرى ، 154 مدنى مصري ، 155 مدنى سورى) .
2. من المقرر ان الاشتراط لمصلحة الغير استثناء من مبدأ نسبة العقد والاستثناء لا يتوسع فيه ولا يقاس عليه . فلا ينبغي ان يقال باثر اطمئنان لمصلحة الغير ، قياسا على الاشتراط الصريح ، أو توسعا فى تفسيره .
3. ان القول بالاشتراط الضمنى لمصلحة الخلف ، يترتب عليه ان يكون الخلف المتعاقد ان الخيار بين المسؤولية العقدية التى تنشأ عن هذا الاشتراط وبين المسؤولية التقصيرية التى هى الأصل بالنسبة الى الضرر المرتد Le Dommage par Ricochet الذى يصيب الخلف ، وفى هذه الخيرة خروج على المبدأ الذى استقر عليه الفقه والقضاء فى فرنسا وعندنا ، وهو مبدأ عدم جواز الخيرة ، لا سيما وان المسؤولية التقصيرية اصلح للخلف اذا كان المتعاقدان قد اتفقا على الاعفاء او على التخفيف من المسؤولية العقدية (1) وهو جائز طبقا لنص المادة 178 مدنى جزائرى) .
4. ان اعطاء الخلف الحق فى الخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية يترتب عليه ان يكون للخلف اكثر مما كان للسلف الذى لم يكن له الحق الا فى التمسك بالمسؤولية العقدية ، وهذا مناف للقاعدة اللاتينية التى تقول : Nemo Plus Juris ad alium Transferre Potest quam Ips habet .

(1) د. على سليمان : دعاوى الخلف للمطالبة بالتعويض عن الضرر الموروث وعن الضرر المرتد المرجع السابق ، ص 273 ، الهامش 19 يشير الى د. عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، الجزء 1 ، ص 375 و فى الهامش 20 الى د. أنور سلطان : مصادر الالتزام ، ص 348 .

المبحث الخامس

الاشتراط لمصلحة الغير كوسيلة لنقل الالتزامات و فائدة الاخذ بها في القانون الجزائري

ان الاشتراط لمصلحة الغير قد يكون وسيلة فعالة لنقل الالتزامات التي كانت على عاتق المشتري في مواجهة الغير الى المتعهد، الا ان هذا لا يبريء ذمة المشتري، بل يبقى ملتزماً⁽¹⁾ فقد يلجأ الشخص للتأمين على حياته لمصلحة المقرض، فيجد هذا الاخير في عقد التأمين تأكيداً من المدين المشتري للوفاء بالدين⁽²⁾ وهذه الطريقة تجعل المتعهد ملتزماً أمام المنتفع وهي طريقة لحالة الدين في القانون الفرنسي الذي لا يسمح به على النحو الموجود عندنا ، لهذا يلجأ الى طرق أخرى كالتجديد والانابة والاشتراط لمصلحة الدائن⁽³⁾ وسأعرض في هذا المبحث للاشتراط لمصلحة الغير كوسيلة لنقل الالتزامات في مطلب أول وفي مطلب ثان لفائدة تطبيقها في القانون الجزائري الذي يأخذ بحالة الدين لنقل الالتزامات.

المطلب الأول

الاشتراط لمصلحة الغير كوسيلة لنقل الالتزامات

لقد كان الاشتراط لمصلحة الغير كوسيلة لنقل الالتزامات معروفاً في القانون الروماني اذ كان بائع العقار يشترط لمصلحة المزارع أو المستأجر⁽⁴⁾.

(1) MARTY et RAYNAUD: Op, Cit, Tom 2, Volume 1, p.807 - Aussi STARCK: Les Obligations : Op, Cit, p.599 .

(2) FLOUR et AUBERT: OP, Cit, Volume 1, p.367

(3) GHESTIN: La Transmission des Obligations en droit positif Français, art, Précit, p 59 -60

(4) (E) LAMBERT: Thèse Précitée , Droit Français , p .224

ويعنى انتقال الدين عن طريق الاشتراط لمصلحة الدائن ان لهذا الاخير حقا مباشرا تجاه المتعهد ، يستطيع مطالبته به ، واذ كان المدين الأول -المشترط - لا يبرأ من الدين بمجرد الاشتراط الا أنه غالبا ما تكون مصلحة الدائن فى مطالبة المتعهد بالوفاء ، لأن المتعهد يكون مهتدا من طرف المشترط بفسخ العقد فى حالة عدم تنفيذ التزامه قبل المنتفع⁽¹⁾.

ويلاحظ ان الدين الجديد الذى وقع على عاتق المتعهد يختلف عن الدين الذى كان المشترط ملزما به ، لأنه دين جديد ينشأ للغير مباشرة فى مواجهة المتعهد دون ان يدخل فى الذمة المالية للمشرط ، ولكن الالتزام الجديد يعتبر صورة مطابقة للالتزام القديم⁽²⁾.

وفى حالة وجود تأمينات ضامنة للدين فانها تبقى قائمة لأن المشترط يبقى ملتزما . قبل المنتفع⁽³⁾ . فقيام مشتري محل تجاري بالتعهد بدفع جزء من الثمن لمقرض البائع يعتبر اشتراطا لمصلحة المقرض⁽⁴⁾.

ويلاحظ ان المشترط يحتفظ بحق المشاركة الى حين قبول المنتفع الاستفادة منها⁽⁵⁾ وينشأ حق المنتفع بمجرد العقد دون موافقته وقد لجأ القضاء الفرنسى الى الأخذ بهذا المفهوم لنقل بعض الالتزامات من المشترط الى المتعهد الجديد ، كنقل التزامات البنك الرئيسى الى البنك الفرعى لمصلحة العملاء⁽⁶⁾.

وليس الغرض من هذه الطريقة ابراء المشترط من التزاماته بل انه يظل ملتزما بها ، وانما الغرض منها هو تحميل المتعهد بالالتزامات المشترطة خاصة اذا كان من الضروري ان يكون الشخص الذى يمكنه تنفيذها مالكا للشيء ، مثل التزام بائع محل تجارى قبل مورد معين

GOUTAL : Thèse Précitée , p . 148 (1)

GHESTIN : La Transmission des obligations en droit positif Français , (2)
art , Précit , p . 61 - Aussi MARTY et RAYNAUD : Op, Cit, Volume 1, p807

GOUTAL : thèse Précitée , p . 148 (3)

LEGIER : Stipulation pour autrui : Art , Précit, n° 12 (4)

FONTAINE: La Transmission des obligations Lege Ferenda , in 9ème
Journées d' etudes juridiques Jean DABIN , LGDJ, 1980 , p.641. (5)

LAMBERT : Thèse Précitée , Droit Français , p. 238 - 239 (6)

لمدة معينة ، ففي حالة التصرف في المحل التجاري لا يجوز للمورد مطالبة البائع بالتنفيذ العيني لالتزامه ، لأن التنفيذ أصبح مستحيلا ، ويجوز هنا لبائع المحل ان يشترط على المشتري لمصلحة المورد ، بأن يقوم بالوفاء بالالتزامات الناشئة عن عقد التوريد⁽¹⁾ ويفترض القضاء الفرنسي الاشتراط لمصلحة الغير لنقل بعض الالتزامات المرتبطة بالعقارات أو بالمحل التجاري ، كافتراض الاشتراط لمصلحة الغير لانتقال الالتزام بعدم المنافسة من البائع الى مشتري المحل التجاري (حكم محكمة روان ROUEN بتاريخ 1928/2/29⁽²⁾ السابق عرضه) .

المطلب الثاني

الفائدة من تطبيق الاشتراط لمصلحة الغير
لنقل بعض الالتزامات في القانون الجزائري

لا شك في أن الاشتراط لمصلحة الغير يمكن ان يكون وسيلة لنقل الالتزامات على النحو السابق بيانه ، واذا كان لتطبيق هذه الفكرة فائدة في القانون الفرنسي لعدم وجود نظام حوالة الدين فيه على النحو الموجود في القانون الجزائري ، ففي قانوننا يستطيع المحيل الاتفاق مع المحال عليه على نقل بعض الالتزامات على النحو المبين في المادة 257 مدني السالف ذكرها ، غير ان الحوالة لا تكون نافذة في مواجهة الدائن الا اذا أقرها صراحة ، ويكون للاقرار أثر رجعي ، ويحال الدين بكل ضماناته ، ماعدا الكفالة العينية والشخصية اذ لا يلتزم الكفيل تجاه الدائن الا اذا رضي الكفيل بالحوالة وفقا للمادة 254 مدني جزائري . وباقرار الدائن للحوالة يبرأ المدين الاصلي من التزاماته ، ولكن في الاشتراط لمصلحة الغير يظل المشتري كما رأينا ملتزما بالتزاماته قبل الدائن . وانتقال الالتزامات عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير لا يحقق الا فائدة وحيدة هي أن يصبح حق الغير مباشرا وينشأ بمجرد العقد⁽³⁾ .

GOUTAL:Thèse Précitée , p.152

ROUEN 29/2/1928 Cité par LEBRUN :Cession de dette Ency.DALLOZ,Civil⁽²⁾

n° 24

LEBRUN:Art, Précité, n° 23

(1)

(2)

(3)

ولا شك في ان حوالة الدين وسيلة فعالة لنقل الالتزامات، ولا يمكن اطلاقاً احلال
الاشتراط لمصلحة الغير محلها. ولقد كان يحسن ان يأخذ القانون المدني الفرنسى بحوالة
الدين مع أنه كقاعدة عامة لا يرفض مبدأ نقل الالتزامات (المادة 1236 مدنى).⁽¹⁾
ونقل الالتزامات عن طريق الاشتراط لمصلحة الدائن ينشئ حقاً جديداً، وإذا كان هذا
الحق صورة من التزام المدين الأصلي فانه مغاير له، بينما حوالة الدين تحقق انتقال نفس
الدين.⁽²⁾

ومع هذا تبقى للاشتراط لمصلحة الغير أهميته في نقل الالتزامات، ولكن لا أهمية له
في ظل القوانين التى تأخذ بنظام حوالة الدين والتي تسمح بالحصول على عهد مدين جديد.
دون اشتراط اقرار المنتفع.⁽³⁾

وكذلك بالنسبة للالتزامات المتصلة بالعين، فمن الأفضل مثلاً ان يتضمن عقد بيع عقار
اشتراطاً لمصلحة الدائن بالالتزام، فإذا كان الدائن هو شركة تأمين وكان يربطها بالبائع
عقد تأمين ضد الحريق، فان من مصلحة المؤمن ان يتضمن عقد البيع اشتراطاً لمصلحته بحيث
ينقل الالتزامات الى المشتري الجديد.

اذن، اذا كانت الالتزامات متعلقة بالعين⁽⁴⁾، فأفضل طريقة لضمان تنفيذها هي أن
يتضمن التصرف فيها - بيعاً كان أو هبة أو وصية - اشتراطاً لمصلحة الدائن، ويكون من
مصلحة هذا الاخير مطالبة المتعهد بالاشتراط، لأن المتصرف أصبح لا يستطيع تنفيذ التزاماته
تنفيذاً عينياً ولا يستطيع الدائن مطالبة الآ بالتعويض.⁽⁵⁾

ويلاحظ ان اعتبار الاشتراط لمصلحة الغير وسيلة لنقل الالتزامات لا يعد استثناءً من مبدأ
نسبية العقد بل هو تطبيق له، لأن المتعهد لن يتحمل الا التزامات ناتجة عن عقد أبرمه برضاه
وبموافقته.

(1) FONTAINE : Art, Précité , p . 649

(2) LEGIER : Stipulation pour autrui : Art , Précité , n° 12

(3) FONTAINE : Art , Précité , p.644 - 645

(4) ولا تكون من مستلزماتها، لأنها لو كانت من مستلزماتها لا نتقلت معها الى الخلف
وفقاً للمادة 109 مدنى جزائرى .

(5) (J.L)GOUTAL : Thèse Précitée , p .160

وأخلص من هذا الى ان الاشتراط لمصلحة الغير استثناء فعلي من مبدأ نسبية العقد ،
اذ يعطى للغير - المنتفع - حقا مباشرا من عقد لم يشارك في ابرامه بل يعتبر أجنبيا عنه ،
فاكتساب الغير حقا من العقد يعتبر استثناء عن مبدأ نسبية العقد .
ولكن تجدر ملاحظة انه يظل استثناء نسبيا متعلقا بالمنتفع فقط أو ورثته ، اذا رضي
المشترط بذلك كما سبق ان ذكرت ، وهو كذلك استثناء ارادى اذ لا يتحقق الا اذا اراده
المشترط و اتفق مع المتعهد عليه .

وكسب الغير للحق لا يكون الزاميا له بل يستطيع رفض الاشتراط لمصلحته ، اذ شبت
الحق في ذمته يتوقف على رغبته الشخصية ، وبالتالي فهذا الاستثناء لا يحطم مبدأ نسبية
العقد ، وفي هذا الصدد يرى ستارك STARCK⁽¹⁾ و أشاطره الرأي ان مبدأ نسبية
العقد قائم على أساس غير صحيح ، ذلك ان الغرض من وجوده أصلا هو عدم تحميل الغير
بالتزامات ناتجة عن عقد لم يشارك فيه لأن العدالة والمنطق لا يقبلان ذلك . ولكن الامر
لا يمنع من ان يكتسب الغير حقا من العقد، وهذا هو ما يشرح تطور الاشتراط لمصلحة الغير
وصحته ، اذا كان يراد على هذا بأنه لا يمكن ارغام شخص على اكتساب حق فان الاشتراط لمصلحة
الغير يؤكد هذا اذ لا يثبت الحق في ذمة المنتفع الا بعد قبوله له .

واذا أمكن تطبيق الاشتراط الضمني لمصلحة الغير ، فالاستثناء من مبدأ نسبية العقد يصير فعليا
وعاما اذ يجعل الغير بصفة عامة يستفيد من كل العقود التي يبرمها غيره ، والتي ترجع
عليه بفائدة ما . وقد وصل القضاء الفرنسي الى هذا التطور وهو منتقد بشدة لذا فلا يمكن
الاعتداد به . أما المشرع الجزائري فيتقريه الاشتراط الصريح لمصلحة الغير أكد أنه
مجرد استثناء منطقي ونسبي من مبدأ نسبية العقد .

(1)

الفصل الثالث

الاستثناءات القانونية الواردة على مبدأ نسبية العقد

تمهيد -

أتناول في هذا الفصل الاستثناءات القانونية الواردة على مبدأ نسبية العقد .
فأتعرض للاستثناءات الظاهرية المستمدة من القواعد العامة في مبحث أول .
ثم أتناول الانتقال القانوني لبعض العقود ، كالإيجار والتأمين وعقد العمل في مبحث ثان .

أما المبحث الثالث فأخصمه للدعوى المباشرة ، كما أتناول في المبحث الرابع مدى التزام الغير بأعمال الإدارة الحسنة .

أما المبحث الخامس والآخر في هذا الفصل فأخصمه لتحديد مسؤولية الناقل ، ومدى التزام الغير بها ، لأخلص من هذا كله الى مدى تأثير هذه الاستثناءات على مبدأ نسبية العقد .

المبحث الأول

الاستثناءات الظاهرية

ان تحمل الغير بالتزامات واكتسابه حقوقا ناشئة عن عقد لم يشارك في إبرامه بشخصه أو لم ينب عنه أحدا فيه ، قد يكون نتيجة حوالة دين أو حوالة حق ، كما قد يكون نتيجة حلول الغير محل الدائن ، أو نتيجة تنازل متعاقد عن العقد الى الغير .
كما قد يكون نتيجة ادماج شركة في أخرى، فتتحمل بالتزاماتها ، كما قد تكتسب حقوقا من جراء الادماج كما قد ينص القانون صراحة على الزام الشركة التي حصلت على محل تجاري كسهم ، بالديون الخاصة بهذا المحل التجاري. وسأبين في هذا المبحث قيمة هذه

الاستثناءات باعتبار ان الغير سيكسب فعلا حقوقا ويتحمل بالتزامات من عقود أخرى .
واذا كان الغير قد ارتضى الوضعية الجديدة فان انصراف آثار العقد اليه لا يعد
استثناء من المبدأ . الا باعتبار المرحلة الاولى للتعاقد او اثناء ابرام العقد حيث كان
من الغير . ولكن برضاه اللاحق بانتقال جميع آثار العقد اليه ، يصير طرفا فيه .
فتبقى هذه الاستثناءات المستمدة من القواعد العامة موجودة ولكنها ظاهرية فقط.

أولا : حوالة الحق وحوالة الدين .

لو أخذنا بمبدأ نسبة العقد بمفهومه الضيق وهو أن آثار العقد تقتصر على العاقدین
دون غيرهما ، لا تسعت قائمة الاستثناءات القانونية . ولا اعتبرت كل من حوالة الحق وحوالة
الدين استثناءا قانونيا فعليا منه ، ولكن في الواقع ان مبدأ نسبة العقد لا يمنع الغير الذي
ارتضى انتقال الحق أو الالتزام اليه ، ان يكسبه أو يتحمل به ⁽¹⁾ فالمحال له في حوالة
الحق يعتبر من الغير بالنسبة للعقد الأصلي ، الذي تم بين المحيل و المحال عليه . ولكن
الغير (المحال له) ارتضى هذا العقد فيحل محل المتعاقد بارادته ، وكذلك بالنسبة
لحوالة الدين.

ففي عقد الحوالة يتم الاتفاق بين المحال له ، فلا يلزمه العقد الأصلي اذ هو يعتبر
من الغير بالنسبة له ، بل يلتزم شخصا لأنه رضي بذلك فيحل محل المدين . ولا يعتبر هذا
استثناء من مبدأ نسبة العقد .

ثانيا : حلول الشفيع محل المشتري

الشفعة رخصة ، فهي ليست حقا عينيا أو حقا شخصيا ، وهي سبب لكسب الحق ،
ويكون لشخص الشفيع الخيار في استعمال هذه الرخصة أو عدم استعمالها ، ومتى ثبت لـه
الحق في تملك العقار المبيع - ولو جبرا على المشتري بموجب حكم من القضاء - تعتبر الشفعة
عقد بيع حقيقيا ⁽²⁾ ولا تنشئ الشفعة عقدا جديدا بين الشفيع والبائع ولا بين المشتري والشفيع

(1) د. نبيلة رسلان : العلاقات القانونية الثلاثية ، رسالة دكتوراه ، دار الطباعة الحديثة ،
القاهرة ، بدون تاريخ ، ص 83 .

(2) د. رمضان أبو السعود : الحقوق العينية الأصلية ، المرجع السابق ، ص 493 ، أيضا ،
د. مصطفى مجدى هرجة : الشفعة فى ضوء أحداث الاراء واحكام النقص والصيغ القانونية
دار الثقافة للطباعة والنشر ، القاهرة ، 1986 ، ص 9 .

اذ انه يوجد عقد واحد هو عقد البيع الأول الذي أبرمه البائع مع المشتري ، فبعد ثبوت حق الشفع في الأخذ بالشفعة يعتبر البيع قد تم ابتداءً بين البائع و الشفع (1) ويشيت حق الشفعة برضا المشتري بها أو بعد صدور حكم قضائي بهذا الحق (2) ويتم بذلك حلول الشفع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته اذ تنص المادة 804 مدني جزائري على مايلي : " يحل الشفع بالنسبة الى البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته الا أنه لا يمكن له الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري في دفع الثمن الا برضاء البائع ولا يرجع الشفع على البائع اذ استرد العقار بعد الشفعة " (3).

واكتساب الشفع حقوقا وتحمل بالتزامات ناشئة عن عقد لم يشارك في ابرامه يعسد استثناء من مبدأ نسبية العقد الا ان الشفع لا يرغم على الحلول محل المشتري اذ الشفعة رخصة يجوز له ان يأخذ بها او يتنازل عنها ولا يستعملها ، وأخذه بها يعني قبوله الصريح ، الحلول محل المشتري ، ويعتبر الشفع ، بعد أخذه بالشفعة أو بعد صدور حكم قضائي بها طرفا في عقد البيع ، ولا يعد هذا سوى استثناء ظاهري من مبدأ نسبية العقد لا غير .

ثالثا : حلول الموفي محل الدائن .

قد يكون حلول الموفي محل الدائن ، حلولا اتفاقيا ، كما قد يكون حلولا قانونيا ، والحلول الاتفاقية يتم بصورتين ، ففي صورته الأولى يتم الاتفاق بين الدائن والموفي على أن يحل هذا الأخير محل الدائن . وقد نصت المادة 262 مدني جزائري على مايلي : " يتفق الدائن الذي استوفى حقه من غير المدين مع هذا الغير على أن يحل محله ولو لم يقبل المدين ذلك ، ولا يصح ان يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء " .

ويعتبر الموفي من الغير ويحل محل الدائن في الحق الذي وفاه بكل ما لهذا الحق من خصائص وتوابع :

-
- (1) د. مصطفى محمد الجمال : نظام الملكية ، المرجع السابق ، ص 442 ، أيضا : د. مصطفى مجدي هرجه : المرجع السابق ، ص 182 .
 - (2) د. رمضان أبو السعود : الحقوق العينية الأصلية ، المرجع السابق ، ص 494
 - (3) النص العربي خاطئ في اسقاط (الا) ... ولا يرجع الشفع الا على البائع ... وكذلك أخطأ في ذكر (استرد) بدلا من (استحق) لان الاسترداد مخصص للمنقول والاستحقاق للعقار .

أما الحلول الاتفاقية في صورته الثانية فهو اتفاق المدين مع الغير على ان يوفى هذا الأخير الدين للدائن بدلا من المدين ويحل محله ، وهذا ما تضمنته المادة 263 مدنى جزائرى. وفى هذه الصورة يتصرف المدين فى حق الدائن وهذا أمر غير مقبول من الناحية القانونية، ولكن هذه الحالة تجد تبريرها فى اعتبارات عملية لحماية المدين، الى جانب أنه ليس فيه اضرار بحق الدائن ما دام أنه يستوفى حقه من الغير⁽¹⁾.

أما الحلول القانونى فلقد حصره المشرع ونص عليه فى حالات محدودة فى المادة 261 التى تنص على مايلى : " اذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الاحوال الاتية :-

- اذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين، أو ملزما بوفائه عنه .
 - اذا كان الموفى اشترى عقارا⁽²⁾ دائنا و وفى دائنا آخر مقدما عليه بما له من تأمين عينى ولو لم يكن للموفى أى تأمين .
 - اذا كان الموفى اشترى عقارا ودفع ثمنه وفاء لدائنين ، خصص العقار لضمان حقوقهم .
 - اذا كان هناك نص خاص يقرر للموفى حق الحلول "
- ففى الحالة التى يكون فيها الموفى ملزما بالدين ، مع المدين ، وملزما بالوفاء به عن المدين ، كالمدين المتضامن أو الكفيل ، فاذا وفى الدين يحل قانونا محل الدائن، وكذلك للدائن العادى اذا وفى دائنا آخر مقدما عليه بما له من تأمين عينى ، الحق فى الحلول قانونا محل هذا الدائن .
- وكذلك اذا قام حائز العقار بالوفاء للدائنين - وهو غير ملزم به - بقصد تحرير العقار من الحقوق العينية التى تثقله ، فيحل محلهم قانونا فى رجوعه على المدين.
- كما قد ينص القانون على حلول الموفى محل الدائن بنص خاص، كما فعل بصدد حلول المؤمن محل المؤمن له فى بعض حالات التأمين من المسؤولية .

(1) عبد الرزاق السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى ، الجزء الثالث ، الاوصاف ، الحوالة ، الانقضاء ، دار النهضة العربية القاهرة 1964 ، ص 682 - 683 .

(2) يلاحظ ان عبارة " اشترى عقارا " زائدة فى النص العربى بينما النص الفرنسى جاء صحيحا .

ففى كل من الحلول الاتفاقى والحلول القانونى يحل الدائن الجديد محل الدائن السابق فيما كان لهذا الأخير من حق بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات، وما يرد عليه من دفعوع، وهذا يعدّ استثناء من مبدأ نسبية العقد لأن الدائن الجديد يعتبر من الغير بالنسبة للعلاقة القائمة بين المدين والدائن السابق - الذى انقضى حقه قبل المدين - .

والملاحظ أن هذا الاستثناء ، استثناء نظرى ، من حيث المصدر فقط أى أن الحق الذى ينتقل الى الموفى ، ينتقل له من الغير ، ولكن بعد الوفاء يختلف نوع العلاقة وتتغير إذ يصبح الموفى خلفا خاصا له لانتقال الحق اليه ⁽¹⁾ فيصير طرفا فى العقد ولا يعتبر من الغير والتكييف الصحيح للوفاء مع الحلول هو أنه وفاء للحق بالنسبة للدائن وانتقال للحق بالنسبة للمدين (2) فالمدين لم يف بالحق ، ولكن وفاه عنه الغير ، فيبقى الدين قائما بالنسبة له و ينتقل الى الموفى . (3) .

رابعاً : التنازل عن العقد .

إن التنازل عن العقد هو انتقال حقوق والتزامات أحد طرفى العقد الى الغير . فقد يتنازل الشخص عن الايجار او الوكالة او عن حصة فى الشركة الى الغير . ويتم التنازل بالاتفاق ، كما قد يتم بقوة القانون - كانتقال عقد التأمين وعقود العمل وعقد الايجار - الى المتصرف اليه فى العيّن ⁽⁴⁾ . ويعتبر المتنازل له من الغير بالنسبة للعقد الأسمى ، وتنتقل اليه حقوق المتنازل والتزاماته .

(1) خليل أحمد حسن قدامة : أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص وفقا لأحكام القانون المدنى المصرى ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1983 ، ص 90 .

(2) خليل أحمد حسن قدامة : المرجع السابق ، ص 88 ، 89 .

(3) د. عبد الرزاق السنهورى : الوسيط ، الجزء الثالث ، المرجع السابق ، ص 803 .

(4) سأتناول انتقال عقد التأمين وعقود العمل وعقد الايجار الى الخلف الخاص فى مبحث مستقل ضمن هذا الفصل الخاص بالاستثناءات القانونية .

فالتنازل عن العقد لا يؤدي إلى إنشاء عقد جديد بين المتنازل له والمتنازل ضده ، بل يبقى العقد السابق قائماً ، ويلتزم المتنازل له بالتزاماته كما يكسب جميع حقوقه . وينطوي التنازل عن العقد على حوالة الحق وحوالة الدين . فتطبق قواعد حوالة الحق ، ويجب أن يعلن المتنازل ضده بها أو يقبلها حتى تكون نافذة في حقه (1) وفقاً للمادة 241 مدنى جزائرى .

ولكن مادام التنازل عن العقد ينطوي على تحميل المتنازل له بالتزامات المتنازل فلا بد من اقرار الدائن لها لنفاذها فى مواجهته وفقاً للمادة 252 مدنى جزائرى . أما بالنسبة للقانون الفرنسى الذى لم ينظم حوالة الدين ، فيذهب أغلب الفقه الى ضرورة اقرار المتنازل ضده ، لأن التنازل لا يمكن أن يكون تاماً إلا إذا قرره الطرف الآخر أى المتنازل ضده (2) إذ لا تكفى إرادة المتنازل والمتنازل له لجعل الغير مديناً إذا لم يقر هذا التنازل ، وتجدر الإشارة إلى أن المتنازل يبقى ملتزماً شخصياً إذا لم يبرره المتنازل ضده صراحة .

وتنص المادة 506 مدنى جزائرى على ما يلى : " فى حالة التنازل عن الإيجار يبقى المستأجر ضامناً للمتنازل له فى تنفيذ التزاماته " .

ولقد أبقى القانون الجزائرى المستأجر ضامناً للمتنازل له عن الإيجار ، متأشراً فى موقفه هذا ، بالقانون الفرنسى ، وبالقانون المصرى الذى كان يجيز التنازل قبل صدور قانون سنة 1947 وقانون 1981 دون موافقة المؤجر ، ومن المنطقى فى هذه الحالة أن يبقى المستأجر ضامناً لتنفيذ المتنازل له لالتزاماته . ويرى الأستاذ السهورى (3) أن الضمان يبقى قائماً طالما كان المؤجر لم يقبل التنازل ، ومتى قبله تبرأ ذمة المستأجر من الضمان . وهذا ما ذهب إليه أغلبية الفقه الفرنسى (4) إذ يكفي لإبراء المتنازل قبول المتنازل ضده التنازل :

(1) CARBONNIER : Droit Civil , Tome 4 , Op, Cit, p. 551
(2) MARTY et RAYNAUD: Droit Civil, Tome 2, Volume 1, Op, Cit, p. 835- Aussi (D) DENIS : La Cession de bail immobilier, Chr XLV, Recueil DALLOZ, 1976, II
(3) د. عبد الرزاق السهورى : الوسيط ، الجزء 6 ، المرجع السابق ، ص 717 .
(4) GHESTIN : Transmission des obligations en droit positif Français: Art Précit , p . 70 .

ويلاحظ ان القانون الجزائري يخضع التنازل عن الايجار للموافقة الصريحة من المؤجر، وفي هذه الحالة من المفروض ابراء المتنازل اذ ان حوالة الدين تنفذ في مواجهة الدائن متى أقرها والمفروض ان التنازل عن الايجار يسرى في مواجهة المؤجر متى وافق عليه صراحة. والمتنازل له يعتبر من الغير بالنسبة للعقد المتنازل عنه الذي سيلزمه، ويعدّ هذا استثناء من مبدأ نسبة العقد، ولكنه استثناء ظاهري متعلق أو خاص بالمرحلة الأولى للتنازل قبل اقرار المتنازل ضده، اذ بعد صدور الاقرار يصير المتنازل له طرفا في العقد⁽¹⁾ ولا يمكن القول بأن الزامه بالتزامات عقدية يعدّ استثناء من مبدأ نسبة العقد، وانما يعتبر تطبيقا له .

خامسا : حلول الشركة المدمجة محل الشركة المندمجة .

يجوز للشركة ان تدمج في شركة أخرى أو تساهم في تأسيس شركة جديدة بطريق الدمج وفقا للمادة 744 تجاري جزائري فيتم الاندماج اما بضم شركة الى شركة أخرى وهذا يؤدي الى حل الشركة المندمجة وضمها الى الشركة الدامجة فتزيد من رأسمال هذه الاخيرة⁽²⁾ كما يتم الاندماج بمزج الشركتين وانشاء شركة جديدة تنتقل اليها حقوق والتزامات الشركتين معا . اذ تنص المادة 1/756 تجاري جزائري على مايلي : "تصبح الشركة مدينة لدائني الشركة المدمجة في محل ومكان تلك دون ان يترتب على هذا الحلول تجديد بالنسبة لهم". فيترتب على الاندماج ادخال جميع موجودات الشركة المندمجة في الشركة المدمجة واذا كانت الشركة المندمجة ما تزال مدينة او دائنة للغير تنتقل جميع حقوقها والتزاماتها الى الشركة المدمجة وهذا يحقق حولا عاما للشركة المدمجة محل الشركة المندمجة⁽³⁾.

(1) (L)AYNES :La Cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes .Economica , Paris , 1984,p .103 .

(2) الياس ناصف : الكامل في شرح قانون التجارة -2- الشركات التجارية ، منشورات البحر المتوسط وعوידات ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 1982 ، ص 405 .

(3) (J.L)GOUTAL :Thèse Précitée, p.190 .

ومن هنا يمكن القول بأن هذا استثناء من مبدأ نسبية العقد لأن الشركة المدمجة تعتبر من الغير بالنسبة للشركة المندمجة وهي تتحمل بالتزاماتها، وهذا يؤدي بالضرورة الى تحميل الشركاء أيضا بالتزامات الشركة المندمجة كل بقدر حصته ، إلا أنه لا يبقى لهذا الاستثناء مفعول إذ ان تحصل الشركة المدمجة بالتزامات شركة أخرى لا يتم إلا بموافقة جميع الشركاء او المساهمين ، إذ تنص المادة 746 تجاري جزائري على مايلي : "... إذا كان من شأن العملية المقررة زيادة تعهدات الشركاء او المساهمين لشركة أو عدة شركات معينة ، فإنه لا يقرر ذلك إلا بموافقة الشركاء المذكورين او المساهمين بالاجماع".

سادسا : تحمل الشركة بالتزامات المحل التجاري المقدم كاسهام فيها :

ان الشركة التي حصلها على محل تجاري كحصة أو اسهام تكون ملزمة بالتضامن مع مقدم الحصة بالدين المترتب على المحل التجاري المقدم وهذا ما نصت عليه المادة 5/117 تجاري جزائري : "... فاذا انقضت المهل المحددة ولم يطلب شركاء المساهم الغاء الحصة المقدمة ، او الشركة ، او اذا لم يصدر الالغاء ، تعتبر الشركة متضامنة مع مقدم الحصة وملزمة بأموالها الخاصة وبالدين المترتب على المحل التجاري المقدم".

وهذا الحل القانوني يعد استثناء من مبدأ نسبية العقد، لأن الشركة والشركاء باعتبارهم مسؤولين مسؤولية محدودة عن ديون الشركة سيلزمون بالديون المترتبة على المحل التجاري، إلا ان هذا الاستثناء لا يعد استثناء فعلياً رغم ان المشرع فرضه على الشركة والشركاء، إلا أنه اعطاهم حق المعارضة . فان لم يعارضوا في المهل المحددة اعتبر عدم معارضتهم قبولا ضمنياا لتحمل بالتزامات ، ولا يعد هذا استثناء من مبدأ نسبية العقد ، لأن المبدأ يقضي بعدم قبول تحميل الغير بالتزامات لم يرض بها ، اما متى ارتضاها فيعتبر ملزما بارادته ولا يعد هذا استثناء من مبدأ نسبية العقد .

وخلاصة لهذا المبحث أرى أن يعتبر كل من الحوالة وال طول والتنازل عن العقد استثناء من الناحية النظرية والظاهرية من مبدأ نسبية العقد ، ذلك لأن الغير سيلزم بالتزامات ناتجة عن عقود لم يشارك فيها . ولكن الزام الشفيع والمتنازل له والموفي يكون باعتبارهم طرفا في العقد إذ يصيرون برضاهم كذلك ، فلا يكون الزامهم بالعقد استثناء من مبدأ نسبية العقد .

كما ان الزام الشركة المدمجة أو الشركة التي حصلت على محل تجاري كاسهام لها يكون بموافقة جميع الشركاء .
اذن فحتى يكون استثناء فعلياً من مبدأ نسبية العقد لابد أن تكون آثار العقد قد انصرفت الى الغير بدون رضاه ، فلا يكفي عدم مباشرة الشخص عملية التعاقد ذاتها طالما أنه ارتضى بانصراف أثر العقد اليه لاعتبارها استثناء ، بل يعتبر أنه تم في نطاق المبدأ وليس استثناء منه .

المبحث الثاني

الانتقال القانوني لبعض العقود

لقد نص القانون الجزائري على الانتقال القانوني - الى الخلف الخاص - لعقد التأمين وعقود العمل وعقد الايجار رغم ان هذه العقود تكون قد أبرمت في الفترة السابقة لانتقال العين الى الخلف الخاص وهو يعتبر من الغير بالنسبة لها، ومع ذلك يلتزم بها لانتقالها اليه بمقتضى نصوص قانونية صريحة .
وأنعرض فيما يلي لانتقال عقد التأمين الى الخلف الخاص، ثم لانتقال عقود العمل) وبعدها لانتقال عقد الايجار .

المطلب الأول

انتقال عقد التأمين الى الخلف الخاص

إذا انتقلت ملكية الشيء المؤمن عليه الى الخلف الخاص، فينتقل اليه عقد التأمين معه ، اذ لو كان عقد التأمين ينتهي بالتصرف في الشيء لكان هذا أمراً غير عادل ، فقد ينظر

الخلف الخاص الى عقد التأمين كملحق من ملحقات الشيء المتصرف فيه (1) .
وتنص المادة 23 تأمين جزائري على استمرار عقد التأمين لمصلحة المتصرف اليه في
الشيء المؤمن عليه . ويكون المتصرف اليه ملزما بدفع الأقساط اللاحقة للتصرف في الشيء .
وغالبا ما يستخلص قبول الخلف الخاص الضمني من دفعه للأقساط الواجبة (2) وبمجرد اعلان
المؤمن بالتصرف في الشيء لا يبقى المؤمن له ملزما الا بدفع القسط المتعلق بالفترة السابقة على
التصرف .

وينص القانون الفرنسي في المادة 10/121 تأمين على استمرار عقد التأمين في حالة
التصرف في الشيء المؤمن عليه ، وعلى ابقاء حق المؤمن له في فسخ العقد .
ويكون للمؤمن أيضا حق فسخ العقد لأن شخص المؤمن له قد يكون محل اعتبار كما في
حالة التأمين ضد الحريق الذي يأخذ فيه المؤمن بعين الاعتبار مدى حيطة شخص المؤمن له (3) .
ولم ينص المشرع الجزائري على حق المتصرف اليه الجديد أو حق المؤمن في فسخ العقد ،
الآن أنه نص عليه صراحة في المرسوم رقم 85 - 80 الصادر في 1985/4/30 المتضمن
الشروط العامة لعقد تأمين السيارات ، اذ تنص المادة 13 والمتعلقة بالحق في الفسخ
بند 78 - 79 - 80 على مايلي : " 78 - يمكن فسخ العقد قبل تاريخ انقضاء أجله في
الحالات والشروط المبينة أدناه :
79 - (أ) من طرف المكتب أو الشركة
- في حالة نقل ملكية المركبة المؤمن عليها .
80 - (ب) من طرف الوارث أو الشركة
- في حالة نقل ملكية مؤمن عليها بسبب الوفاة ... " .
ويعتبر دفع المؤمن له الجديد الأقساط قبولا ضميا لعقد التأمين اذ لو شاء الفسخ لامتنع
عن دفع هذه الأقساط .

(1) S.FREDERICQ: La Transmission des Obligations en Droit des Assuran-
ces , in la Transmission des Obligations , 9ème Journées d'études juridi-
ques Jean DABIN . LGDJ, 1980 , p . 351 .

CARBONNIER : Droit Civil , Tome 4, Op, Cit, p; 550 - Aussi GUIHO: Op, Cit (2)
p . 138 .

(S)FREDERICQ: Art , Précit . p . 351 .

{3}

أما فيما يتعلق بحق المؤمن في فسخ العقد، فإنه مقيد نسبياً، إذ لا يجوز له ذلك إذا دفع المتصرف إليه مبلغ التأمين، ولم يكن شخص المؤمن له محل اعتبار، فإذا فسخ العقد، اعتبر فسخه فسخاً تعسفياً لا مبرر له .

وإذا كان انتقال عقد التأمين إلى الخلف الخاص استثناءً من مبدأ نسبية العقد، لأن الخلف الخاص من الغير بالنسبة لعقد التأمين المبرم بين السلف والمؤمن، فإنه من الناحية الفعلية والتطبيقية لا ينتقل إليه ولا يلزمه إلا إذا قبله ضمناً بدفعه للأقساط الواجبة الدفع، وإن لم يفعل كان للمؤمن حق الفسخ .

المطلب الثاني

الانتقال القانوني لعقود العمل

إن عدم انتقال الالتزامات الشخصية إلى الخلف الخاص يشكل اضراً بحقوق العمال عند انتقال العين إلى مستخدم جديد، لهذا وحماية للعمال من الطرد كان يجب الإبقاء على علاقات العمل قائمة، رغم تغيير شخص المستخدم، و يكون المستخدم الجديد ملزماً بعقود العمل التي أبرمها سلفه⁽¹⁾.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 74 من القانون 90 - 11 المتعلق بعلاقات العمل على مايلي : " إذا حدث تغيير في الوضعية القانونية للهيئة المستخدمة تبقى جميع

علاقات العمل المعمول بها يوم التغيير قائمة بين المستخدم الجديد والعمال .
ولا يمكن أن يطرأ أي تعديل في علاقات العمل إلا ضمن الأشكال وحسب الشروط التي ينص عليها هذا القانون وعن طريق المفاوضات الجماعية".

MOURGEON : Thèse Précitée , p .97 . Voir aussi (L)AYNES : Précit.(1)
p.223 - (R) DECOTTIGNIES : Art , Précit, n° 31

كما نص قانون العمل الفرنسي في المادة 23 الكتاب الأول على ان الخلف الخاص يخلف سلفه في عقود العمل ، ويكون ملزماً بدفع الاجرة المحددة في العقد .
ولكن لا يمكن ان يكون رب العمل الجديد مسؤولاً عن خلافات العمل السابقة على انتقال العين اليه .

وقد قضت محكمة النقض في حكم لها بتاريخ 1933/7/31 بأن المستخدم الجديد لا يدفع للعمال التعويضات الناتجة عن فسخ عقد العمل السابق على انتقال العين اليه (1).
فالخلف الخاص في مؤسسة صناعية أو تجارية يكون ملزماً بعقود العمل ، فيصير دائئاً ومديناً للعمال المتعاقدين مع المؤسسة ، وهذا يعني أنه ملزم بالابقاء على عقود العمل ، كما أنه العامل يكون ملزماً بالعمل لمصلحة المستخدم الجديد بالشروط الموجودة في العقد الذي أبرمه مع السلف (2).

وهذا يعدّ استثناءً من مبدأ نسبية العقد تفرضه مصالح العمال الذين كانوا يعملون لمصلحة السلف ، كما يحقق حماية حقوقهم .

ويعتبر الزام الخلف الخاص بعقود العمل التي أبرمها سلفه استثناء من الناحية النظرية فقط ، اذ من الناحية الفعلية فإن الشخص الذي يشتري مؤسسة صناعية أو تجارية بها عمال ، يكون عالماً مسبقاً بوجود نصوص قانونية صريحة تلزمه باحترام عقود العمل القائمة ، فتعدّ موافقته على الشراء ، موافقة ضمنية على قبول التزامه بتلك العقود .

المطلب الثالث

الانتقال القانوني لعقد الايجار

تنص المادة 511 مدني جزائري السالفة الذكر على أنه اذا انتقلت العين المؤجرة الى الخلف الخاص ، يبقى عقد الايجار قائماً ، وهذا استثناء من مبدأ نسبية العتـقـد

(1) Arrêt 3/7/1933 -GAZ-PAL 1933 -2-p.841 ,rapporté par MOURGEON:Thèse précitée , p . 99 .

(2) (B)STARCK:Les Obligations , op,Cit , p .598 .

لأن المفروض ان عقد الايجار ينشئ التزامات شخصية بين المؤجر والمستأجر فلا يتعداهما الى الغير⁽¹⁾. وقد قيل ان حق المستأجر حق عيني لكن القول بهذا يؤدي الى الاستطيم المستأجر الرجوع على المؤجر الاصلى ، اذن فهو رأى غير صحيح لهذا لم يأخذ به القضاء الفرنسى الذى ذهب الى ابقاء المؤجر الاصلى ملزماً تجاه المستأجر⁽²⁾.

وحماية للمستأجر ، نص القانون على انتقال الايجار الى الخلف الخاص مع التزام المستأجر بدفع الاجرة له ، ولا يجوز للمستأجر اذا كان عالماً بانتقال العين الى الخلف الخاص ان يحتج فى مواجهته بما دفعه مقدماً من ثمن الايجار الى المؤجر السابق. اذ تنص المادة 512 مدنى جزائرى على مايلى : " لا يجوز للمستأجر ان يحتج على من انتقلت اليه الملكية بما دفعه مقدماً من ثمن الايجار اذا اثبت هذا الاخير ان المستأجر كان يعلم وقت الدفع بانتقال الملكية أو كان من المفروض حتما ان يعلم بذلك ، فان عجز من انتقلت اليه⁽³⁾ أن يثبت ذلك فلا يكون له إلا الرجوع على المؤجر ".

ويعتبر الخلف الخاص من الغير فى الفترة السابقة على انتقال العين المؤجرة اليه فلا يمكن الاحتجاج عليه يعقود الايجار إلا اذا كانت ثابتة التاريخ ، ولقد نصت المادة 328 مدنى جزائرى السالفة الذكر⁽⁴⁾ على ان الورقة العرفية لا تكون حجة على الغير إلا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت .

ويلاحظ انه اذا كانت مدة الايجار اثنتى عشرة سنة فأكثر فانه يجب ان يكون العقد مسجلاً لى يحتج به على الخلف الخاص⁽⁵⁾.

(1) JUBILE : Thèse Précitée , p . 135 .

(2) MOURGEON : Thèse Précitée , p . 91 .

(3) يلاحظ ان النص العربى للمادة 512 مدنى قد اسقط كلمة عن ، وللصياغة الصحيحة لابد من استبدال العبارة لتصبح كالتالى " فاذا عجز من انتقلت اليه الملكية عن اثبات .. " .

(4) سبق ان تعرضت للمادة 328 مدنى بالنقد اذ تستعمل " العقد العرفى " .

(5) وذلك وفقاً للمادة 17 من الأمر 74هـ 75 السالف الذكر - وقد تعرضت لهذا النص بالتفصيل فى الفصل الثانى من الباب الاول .

ويرى الاستاذ السنهاوري أنه يشترط في الخلف الخاص، إذا ما أراد ان يتمسك بعدم نفاذ عقود ايجار غير ثابتة التاريخ ان يكون حسن النية ، غير عالم بوجود الايجار . اما اذا كان عالما بوجودها فيكون ملزما بها ولو لم تكن ثابتة التاريخ⁽¹⁾.

وتذهب اغلبيه الفقهاء الى أنه يجب ان يكون علم الخلف ، علما يقينيا حتى ينفذ عقد الايجار في مواجهته⁽²⁾.

ويلاحظ أنه يجوز للغير ان يتمسك تجاه المستأجر بعقد الايجار غير ثابت التاريخ ، لأن التاريخ العرفي حتى لو كان غير ثابت بوجه رسمي يعتبر حجة على من وقع على المحرر⁽³⁾.

وانتقال عقد الايجار الى الخلف لا يلزمه الا في الفترة اللاحقة لانتقال العين المؤجرة اليه ، وان كان هذا استثناء من مبدأ نسبية العقد ، فالخلف الخاص غالبا ما يكون عالما به خاصة وان عقد بيع العقارات وبعض المنقولات ذات الطبيعة الخاصة يشترط المشرع لانعقادها التوثيق ، والموثق يعلم الخلف الخاص ، الذي يشتري عينا مؤجرة بأنه ملزم قانونا بالابقاء على عقد الايجار ، فيكون شراؤه للعين قبولا ضمنا منه لهذا العقد، وهذا هو ما يقع غالبا .

لا بد من التساؤل هنا هل الامتداد القانوني لعقد الايجار الناتج عن حق أفراد عائلة المستأجر في البقاء بعد استثناء قانونيا من مبدأ نسبية العقد؟

يمكن القول بأن الامتداد القانوني لعقد الايجار لمصلحة أفراد عائلة المستأجر في حالة وفاته أو هجره للعين المؤجرة بعد انتهاء مدة الايجار وبقاء أفراد العائلة يشغلون العين وفقا للمادة 515 مدني ، لا يعتبر استثناء قانونيا من مبدأ نسبية العقد لأن الحق في البقاء ليس مستمدا من عقد الايجار الذي أبرمه المستأجر مع المؤجر بل هو حق مصدره القانون الذي استهدف حماية المستأجرين من تعسف المؤجرين ، فحق المستأجر في البقاء حق شخصي تقرر له بموجب القانون وفقا للمادة 525 مدني.

(1) د. عبد الرزاق السنهاوري : الوسيط ، الجزء 6 ، المرجع السابق ، ص 193

(2) سليمان مرقس : عقد الايجار ، المرجع السابق ، ص 251

(3) سليمان مرقس : عقد الايجار ، المرجع السابق ، ص 224

(4) أقصد بحالة الوفاة هنا : حالة ما اذا توفي المستأجر بعد انقضاء مدة الايجار و ظل متمسكا بالحق في البقاء فالمفروض انه حق شخصي لا ينتقل الى الورثة لكن المشرع نص صراحة على حقهم في التمسك بحق البقاء في مواجهة المؤجر و يعتبر هذا أيضا بالنسبة لهم حقا شخصيا تقرر لهم قانونا و لم ينتقل اليهم. وفقا للقواعد العامة التي تقرر انتقال حقوق المورث الى الورثة

و حق البقاء أيضا مقرر لافراد عائلة المستأجر و ذلك لاعتبارات اجتماعية
بحثة ، و هذا الحق يؤدي الى امتداد آثار عقد الايجار الى الغير، ان لا يمكن
القول بأن أفراد عائلة المستأجر يعتبرون مستأجرين أصليين تطبيقا لاحكام
النيابة الضمنية لان هذا يؤدي الى القول باستثناء فعلي من مبدأ نسبية العقد
لادمج طائفة لم تبرم العقد ضمن أطراف العقد، فأفراد عائلة المستأجر
لا تربطهم بالمؤجر أية علاقة تعاقدية مباشرة أو غير مباشرة و تمتعهم
بالاقامة مع المستأجر قائم على اعتبارات عائلية ، أدبية خاصة .
أخلص من هذا الى ان حق البقاء و ان كان لا يشكل في حد ذاته استثناء
قانونيا من المبدأ لانه ليس مستمدا من العقد بل القانون ، انما لا يمكن
انكار ان الاثار التي تترتب عليه و التي تؤدي الى الامتداد القانوني لعقد
الايجار لمصلحة أفراد عائلة المستأجر الذين يعتبرون من الغير بالنسبة
للمؤجر ، يشكل استثناء عمليا من مبدأ نسبية العقد .

المبحث الثالث

الدعوى المباشرة

تمهيد :-

تسمح الدعوى المباشرة للدائن بالحصول على حقه مباشرة من مدين مدينه دون مزاحمة باقي دائني هذا الأخير، لأن ما يحصل عليه الدائن لا يدخل في ذمة مدينه⁽¹⁾ بل يختص هو بحصيلة الدعوى.

وتعد الدعوى المباشرة استثناء من مبدأ نسبية العقد، لأن مدين المدين يعتبر من الغير ولا يربطه بالدائن عقد، ويصبح بفضل الدعوى المباشرة مدينا مباشرا لدائن دائنه . ويرفع الدائن الدعوى باسمه الخاص ولحسابه الخاص، وهي حماية استثنائية قررها القانون لأشخاص معينة وبالتالي لا يمكن الاستناد اليها إلا اذا نص القانون عليها . وعندما يمارس الدائن الدعوى المباشرة فانه يمارس حق مدينه ، فيستفيد من التأمينات المخصصة للوفاء بهذا الدين ان وجدت .

ولا يستطيع الدائن مطالبة مدين مدينه بأكثر مما لمدينه من حق قبل مدينه المباشر⁽²⁾ وللدائن حق خاص قبل مدين مدينه، وبالتالي لا يستطيع هذا الأخير ابتداء من تاريخ رفع الدعوى المباشرة الدفع بالوفاء والبراء أو المقاصة⁽³⁾ كما يمتنع على المدين التصرف في حقه قبل مدينه⁽⁴⁾.

(1) د. مصطفى محمد جمال : النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق ، ص 318، أيضا د. محمود جمال الدين زكي : النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق ، ص 285

(2) MAZEAUD:Op,Cit,Tome2,Volume1,p.884 - MARTY et RAYNAUD:Op,Cit,Tome 2 , Volume 1, p.718

(3) د. أنور سلطان : أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 114، أيضا (B)Starck :Les Obligations Op,cit,p781

(4) ألاحظ انه بالنسبة لدعوى المضرور ، فان حقه ينجم لدى شركة التأمين من تاريخ وقوع الحادث وسأوضح هذا فيما بعد .

وسأتناول في هذا المبحث دعوى المؤجر الأصلي في مواجهة المستأجر من الباطن في مطلب أول .

ثم أخصص المطلب الثاني للدعوى المباشرة الناشئة عن الوكالة الفرعية كما أتعرض في المطلب الثالث لدعوى ربّ العمل ضد نائب الفضولي ، وفي مطلب رابع أتناول الدعوى الناشئة عن عقد المقاولة الفرعية، وفي المطلب الخامس والأخير أتعرض لدعوى المضرور في مواجهة المؤمن.

المطلب الأول دعوى المؤجر في مواجهة المستأجر الفرعي

الايجار من الباطن أو الفرعي هو العقد الذي يبرمه المستأجر الأصلي مع مستأجر فرعي أي من الباطن ، فتكون مدته مختلفة عن مدة الايجار الأصلي، كما ان الاجرة قد تختلف وكذلك شروط العقد ، هذا مع ملاحظة ان مدته لا يجوز ان تزيد على مدة الايجار الأصلي بدون موافقة المؤجر الأصلي⁽¹⁾ ويترتب على هذا ان المؤجر يعتبر أجنبيا عن العلاقة التي تربط المستأجر الأصلي بالمستأجر من الباطن . ولقد نص المشرع الجزائري على عدم جواز الايجار الفرعي بدون موافقة المؤجر صراحة وبدون نص قانوني اذ تنص المادة 505 مدني على مايلي : " لا يجوز للمستأجر ان يتنازل عن هذا الايجار أو يؤجر ايجارا فرعيا كل ما استأجره أو بعضه بدون موافقة صريحة من المؤجر كل ذلك ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك".

وموافقة المؤجر على الايجار الفرعي لا تعني التزامه بالتزامات المستأجر الأصلي بل يظل أجنبيا عن العقد . فلا يجوز للمستأجر من الباطن مطالبة المؤجر بتنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد الايجار الأصلي كالاتزام بالتسليم او الاتزام بالضمان ، إلا عن طريق الدعوى غير المباشرة⁽²⁾

(1) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، الجزء السادس، المجلد 2 ، الايجار والعارية ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1963 ، ص 704 .

(2) د. سليمان مرقس : عقد الايجار ، الطبعة الرابعة، 1985 ، ص 660 - 661

وهي دعوى يستعمل فيها حقوق مدينه أي حقوق المستأجر الأصلي .

وهذا يعني أنه ليست للمؤجر علاقة مباشرة بالمستأجر الفرعي، ولا يستطيع مطالبته بالأجرة إلا اذا استعمل الدعوى غير المباشرة وهي دعوى المستأجر الأصلي، ومن مساوئ هذه الدعوى ، أنها تعرضه لمزاحمة باقى دائني المستأجر⁽¹⁾ لهذا وحماية للمؤجر منحه مختلف التشريعات دعوى مباشرة فى مواجهة المستأجر من الباطن للمطالبة بالأجرة ، ولكن لا يسمح للمؤجر بأن يطالب المستأجر الفرعي إلا بقدر الأجرة المستحقة للمستأجر الأصلي أي قيمة الأجرة التي كان يجب أن يدفعها المستأجر الفرعي للمستأجر الأصلي وليس قدر الأجرة التي كان المستأجر الأصلي ملزما بدفعها للمؤجر⁽²⁾

وقد نصت المادة 507 مدنى جزائري على مايلي : " يكون المستأجر الفرعي ملتزما مباشرة تجاه المؤجر بالقدر الذى يكون بذمته للمستأجر الأصلي وذلك في الوقت الذي أنذره المؤجر . ولا يجوز للمستأجر الفرعي ان يحتج تجاه المؤجر بما سبقه من الأجرة الى المستأجر الأصلي إلا اذا تمّ قبل الانذار طبقا للعرف ، او للاتفاق الثابت والمبرم وقت انعقاد الإيجار الفرعي " .

فالدعوى المباشرة تجعل الغير وهو المؤجر دائنا للمستأجر الفرعي، وهذا استثناء من مبدأ نسبية العقد، اذ ليست هناك علاقة مباشرة بين المستأجر من الباطن والمؤجر الا فى الحالة المنصوص عليها في المادة 507 السالفة الذكر .

أما فيما يتعلق بالالتزامات الاخرى سواء المترتبة على عقد الإيجار الأصلي أو الإيجار من الباطن ، فليس للمؤجر مطالبة المستأجر الفرعي بتنفيذها الا عن طريق الدعوى غير المباشرة⁽³⁾ لأن الاستثناء لا يتوسع فيه ولا يقاس عليه .

ويلاحظ في هذا الصدد ان المشرع الجزائري لا يجيز الإيجار الفرعي الا بموافقة المالك صراحة في القانون المدني ، أما في القانون التجاري فيكتفى بالموافقة الضمنية اذ تنص

(1) د.عبد الحي حجازي ، المرجع السابق ، ص 891 STARCK : Les Obligations Op ,Cit , p .781 .

(2) WEILL:Thèse Précitée,p.764 -Aussi FLATTET:Thèse Précitée,p.182

(3) د.عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، الجزء 6 ، المجلد 2 ، المرجع السابق، ص 667 أيضا : WEILL :Thèse Précitée, p .766 .

المادة 1/188 تجارى على مايلي : " يحظر أي ايجار كلى أو جزئى من الباطن ، إلا اذا اشترط خلاف ذلك بموجب عقد الايجار أو بموافقة المؤجر ". ونظرا لهذه العلاقة الخاصة فقد أجاز المشرع الزام المؤجر الاصلى بتجديد الايجار من الباطن اذ تنص المادة 2/189 تجارى على مايلي : " ... وعند انقضاء مدة الايجار الاصلى لايلزم المالك بالتجديد الا اذا كان قد رخص صراحة أو ضمنا بالايجار من الباطن او وافق عليه او اذا لم تكن الاماكن محل الايجار الاصلى تشكل في حالة الايجار الجزئى من الباطن كلا شائعا ماديا أو في نية الطرفين المشتركة . " ويمكن القول في هذا الصدد بأنه بالنسبة للقانون التجارى يكيف عقد الايجار من الباطن بأنه وكالة لأنه لا يتم الا بموافقة المؤجر ، وان لم تتوفر لدى المستأجر نية العمل لحساب الغير ، ويمكن ألا يعود على المستأجر الاصلى بأية فائدة، اذ تنص المادة 3/188 تجارى على مايلي : " ويجوز للمالك عندما يزيد بدل الايجار من الباطن عن بدل الايجار الاصلى أن يطالب بزيادة مطابقة لبذل الايجار الاصلى والذي يحدد وفقا للمادة 195 أدناه في حالة عدم اتفاق الأطراف . "

أما وفقا للقانون المدني فالمستأجر الاصلى يحتفظ لنفسه بالفارق في الأجرة التي يحصل عليها من الايجار من الباطن.

أما في القانون الفرنسي فطبقا للمادة 1717 مدني كان للمستأجر الحق في الايجار من الباطن دون تقييده بموافقة المؤجر إلا أن هذه الحرية قيدت بقانون 48-1360 المؤرخ في 1948/9/1⁽¹⁾ اذ تنص المادة 78 منه على مايلي : " ابتداء من نشر هذا القانون ومخالفة للمادة 1717 من القانون المدني ، فان المستأجر لا يكون له الحق في الايجار من الباطن أو الايجار الفرعى إلا اذا وجد شرط يخالف هذا فى عقد الايجار أو بموافقة صريحة من المالك! " فمذ صدر هذا القانون أصبحت موافقة المؤجر ضرورية لصحة الايجار من الباطن. ويمكن القول بأنه اذا لم تكن شخصية المستأجر محل اعتبار ، فهناك موافقة ضمنية على الايجار من الباطن، لهذا تسمح المادة 1717 مدني بالايجار من الباطن. اذا لم يكن المؤجر قد منع ذلك⁽²⁾.

(1) La Loi 48.1360 Relative aux baux d'habitation ou à usage professionnel .

(2) J.NERET:La sous-contrat :Thèse Paris II, 1977 L.G.D.J. 1979, p.71 à 78 .

وبالنسبة للقانون المصري كانت المادة 593 مدني تنص على مايلي: " للمستأجر حق التنازل عن الايجار او الايجار من الباطن وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك ". فوفقا لهذا النص كان الايجار من الباطن جائزا دون حاجة الى موافقة المالك أو المؤجر ، لكن المشرع المصري ما لبث ان رأى ان شغل المستأجر للمكان لابد أن يكون ناشئا عن ضرورة حقيقية ، ولا يمكن ان يحوّل الى وسيلة للاستغلال والربح دون أن يوافق على ذلك صاحب الشأن الأول (1)

وصدر القانون رقم 121 لسنة 1947 بشأن ايجار الاماكن ، وحدّد من الحق الذي تخوّلّه المادة 593 مدني ان منح للمالك - حتى لو كان عقد الايجار خاليا من نص يمنع التنازل عن الايجار أو تأجيريه من الباطن - الحق في طلب اخلاء العين المؤجرة اذا حصل التنازل عن الايجار أو التأجير من الباطن بغير اذن كتابي صريح منه (2) كما نصت المادة 12 من قانون ايجار الاماكن رقم 136 لسنة 1981 على بيان الاسباب التي يجوز معها للمؤجر المطالبة باخلاء العين المؤجرة (3) ومنها أنه : " اذا ثبت ان المستأجر قد تنازل عن المكان المؤجر أو أجره من الباطن بغير اذن كتابي صريح من المالك للمستأجر الأصلي ، أو تركه للغير بقصد الاستغناء عنه نهائيا وذلك دون الاخلال بالحالات التي يجيز فيها القانون للمستأجر تأجير المكان مفروشا أو التنازل عنه أو تأجيريه من الباطن أو تركه لذوي القربى ... "

أخلص من هذا الى ان جميع القوانين، بعد ان أقرت مبدأ جواز الايجار من الباطن تسعى اليوم الى التضييق منه، لأنه ان كان المستأجر يتصرف في حق شخصي له ، فهذا الحق يتعلق في نفس الوقت بعين مملوكة لغيره ولابدّ من الحصول على موافقة هذا الغير، ويكون هذا في مصلحة المستأجر من الباطن حتى لا يتعرض للمطالبة باخلاء العين.

(1) دفتحي حسن مصطفى : اخلاء العين المؤجرة ، منشأة المعارف، الاسكندرية ، 1988، ص15

(2) د. معوض عبد التواب : مدونة القانون المدني، الجزء 1 ، منشأة المعارف، الاسكندرية 1987 ، ص1139.

(3) د. دفتحي حسين مصطفى : المرجع السابق ، ص 12 الى 14

وتشكل دعوى المؤجر ضد المستأجر من الباطن الاستثناء من مبدأ نسبية العقد إذ من المفروض اقتصرها على مطالبة المؤجر بالاجرة من المستأجر من الباطن، لكن القضاء الفرنسي توسع في هذا المفهوم، إذ أعطى للمؤجر الأصلي أيضا دعوى مباشرة للحصول على مبلغ التأمين الناتج عن عقد تأمين المستأجر من الباطن وذلك في حالة حدوث حريق للعين المؤجرة⁽¹⁾ والمفروض ان المستأجر الأصلي هو الذي يكون ضامنا لأعمال المستأجر من الباطن وفق المادة 1735 مدني فرنسي، بينما يذهب القضاء في فرنسا الى منح حق مباشر للمؤجر في التعويض المستحق عن حريق العين المؤجرة مثله مثل حقه في الأجرة المنصوص عليها بالمادة 1753 مدني⁽²⁾ ويعتبر هذا توسعا غير مقبول لأن حكم القانون الفرنسي صريح في اعطاء المؤجر الأصلي حقا مباشرا في الحصول على أجرة العين المؤجرة من المستأجر من الباطن، ولا يجوز للقضاء أن يتعداه الى أبعد من ذلك، إذ سيصبح المؤجر الأصلي مؤجرا مباشرا للمستأجر من الباطن، وهذا أمر غير مقبول لبقاء العلاقة قائمة بين المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن⁽³⁾ لا سيما وان القضاء متشدد في حق المستأجر من الباطن، فلا يمنحه الحق في رفع الدعوى المباشرة على المؤجر الأصلي لمطالبته بالقيام باصلاحات وترميم العين المؤجرة، فلا يجوز للمستأجر من الباطن ذلك إلا عن طريق دعوى غير مباشرة باستعمال حق مدينه المباشر⁽⁴⁾ فلم هذا التوسع اذن بخصوص المؤجر ومنحه حقوقا أكثر مما هو مقرر له قانونا ؟

وهذا الاستثناء من مبدأ نسبية العقد هو استثناء نسبي قاصر على المؤجر فقط، وهو جزئي ومحدود بحقه في استيفاء الأجرة من المستأجر من الباطن في حدود ما يلزم هذا الأخير بدفعه للمستأجر الأصلي، ولا يمكن ان تتعدى الدعوى هذا الاطار، لأنها تقرر بموجب القانون الذي حدد مجالها بوضوح و دقة.

(1) Civ 13 Janv.1892 et Civ 25 Jan.1927 Cités en note N°32 par COZIAN.
L'action directe ,Thèse , LGDJ ,1969, P.88

(2) WEILL : Thèse Précitée , p .748

(3) COZIAN : Thèse Précitée , p . 92

(4) WEILL : Thèse Précitée , p . 748

المطلب الثاني

الدعوى المباشرة الناشئة عن الوكالة البرمجة

قد يقوم الوكيل شخصيا بالعمل الموكّل فيه كما قد ينوب عنه شخصا آخر للقيام به ، وقد أجاز القانون هذه الانابة ، انما يختلف الأمر في حالة ما اذا رخص للوكيل في انابة غيره محله ، فلا يكون مسؤولا في هذه الحالة قبل الموكل الا عن طريق الخطأ الذي يمكن ان يرتكبه في اختيار النائب وفي اصداره لبعض التعليمات المخالفة لارادة الموكل ، وقد نصت المادة 2/580 مدني جزائري على مايلي : " أما اذا رخص للوكيل في اقامة نائب عنه دون أن يعيّن شخص النائب ، فان الوكيل لا يكون مسؤولا الا عن خطئه في اختيار نائبه أو عن خطئه فيما أصدره من تعليمات " .

وفي هذه الحالة أي حالة ترخيص الموكل للوكيل باقامة نائب له ، تذهب أغلبية الفقه الى أنه لا فائدة من وجود دعوى مباشرة لأحدهما في مواجهة الآخر ، لأن قواعد الوكالة تسمح بقيام هذه العلاقة المباشرة اذ يعتبر نائب الوكيل ، وكيلا للموكل⁽¹⁾ ولا يكون رجوع أحدهما على الآخر استثناء من مبدأ نسبية العقد لان حلول نائب الوكيل محل الوكيل تم بترخيص من الموكل⁽²⁾ .

وتظهر أهمية الدعوى المباشرة في الوكالة من الباطن في حالة ما اذا لم يرخص الموكل للوكيل في اقامة نائب له ، وقد تكون النيابة في هذه الحالة صحيحة ، وتنص المادة 1/580 مدني جزائري على مايلي : " اذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصا له في ذلك كان مسؤولا عما فعل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية " .

(1) د. عبد الحي حجازي : المرجع السابق ، ص 897 ، وأيضا ، د. عبد الرزاق السنهوري الوسيط ، الجزء 2 ، المرجع السابق ، ص 489 وما بعدها .

(2) (J.L) GOUTAL : Thèse Précitée , p . 262

وعندما يرفع نائب الوكيل دعوى على الموكل أو يرفع الموكل دعوى على نائب الوكيل وفقا للمادة 3/580 مدني جزائري تكون هذه الدعوى مباشرة ، اذ تنص هذه المادة على مايلي :

" ويجوز في الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل ⁽¹⁾ أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر " .

ففي هذه الحالة يكون كلاهما أجنبيا عن الآخر ، ويكون رجوع احدهما على الآخر استثناءا فعليا من مبدأ نسبية العقد ، لأن كليهما يستفيد من عقد لم يكن طرفا فيه ⁽²⁾ .

فيكون الموكل اجنبيا عن العقد المبرم بين الوكيل ونائبه ، كما يكون نائب الوكيل أجنبيا عن العقد المبرم بين الوكيل والموكل .

والاخذ في هذا الصدد ان المادة 3/580 مدني جزائري تجيز رفع الدعوى المباشرة سواء رخص الموكل للوكيل في اقامة نائب عنه أو لم يرخص له . فعقد الوكالة من الباطن ما بين الوكيل ونائبه يرتب للموكل دعوى مباشرة في مواجهة نائب الوكيل ، كما يرتب لنائب الوكيل دعوى مباشرة في مواجهة الموكل ⁽³⁾ .

ويجيز القانون الفرنسي كذلك ان ينيب الوكيل عنه غيره ، ويكون الوكيل مسؤولا في حالة عدم الترخيص له بذلك عن الأعمال التي يقوم بها نائبه ، وعندما يرخص له بذلك لا يكون مسؤولا الا عن سوء اختياره للنائب . وتنص المادة 2 / 1994 مدني فرنسي على أن :

" للموكل دعوى مباشرة في مواجهة نائب الوكيل " .

وينتقد أغلب الفقهاء والمؤلفين هذه المادة على اساس ان الدعوى المباشرة يجب ان تمنح أيضا لنائب الوكيل في مواجهة الموكل ⁽⁴⁾ .

(1) ورد بنص الفقرة الثالثة من المادة 580 مدني جزائري في نصها العربي خطأ " النائب الوكيل" وصحتها " نائب الوكيل" بينما النص الفرنسي جاء صحيحا اذ يقول :
Le Substitué du mandataire .

(2) د. عبد الحي حجازي : المرجع السابق ، ص 897

(3) د. أنور سلطان : أحكام الالتزام ، المرجع السابق ، ص 116- أيضا ، د. جمال الدين زكي : المرجع السابق ، ص 285 .

وسبق ان اشرت الى ان أهمية الدعوى المباشرة بالنسبة للوكالة من الباطن تظهر في الحالة التي لا يكون فيها مرخصا للوكيل في اناة غيره محله .

MARTY et RAYNAUD: Op, Cit, Tome 2, Volume 1, p .716

(4)

ويذهب القضاء الفرنسي دون تردد الى منح الدعوى المباشرة لنائب الوكيل في مواجهة الموكل لاسترداد المصاريف والنقائص التي انفقها في العمل الذي قام به لحساب الموكل⁽¹⁾ وقد كانت محكمة استئناف VERNON⁽²⁾ قد رفضت لنائب الوكيل الرجوع على الموكل إذ قام مستشار قانوني للدفاع عن حقوق موكله في نزاع بين هذا الأخير وبين مؤجر لم يدفع الأجرة ، بالاستعانة بخدمات محضر لمعاينة وضع العين المؤجرة ، فرفع المحضر وهو نائب للوكيل دعوى ضد المؤجر مباشرة للمطالبة بالأجرة المستحقة له ، فرضت محكمة VERNON هذا الطلب على أساس ان الموكل ليس مسؤولاً إلا بصفة ثانوية ولا يستطيع نائب الوكيل الرجوع عليه إلا في حالة عدم تنفيذ الوكيل لالتزاماته .

فطعن نائب الوكيل في الحكم أمام محكمة النقض الفرنسية التي أقرت رفع نائب الوكيل للدعوى مباشرة على الموكل⁽³⁾ مستندة في ذلك الى المادة 2/1994 مدني فرنسي بمفهوم المخالفة . فاعطاء نائب الوكيل دعوى مباشرة على الموكل أمر يفرضه المنطق ، وقد نص المشرع الجزائري على ذلك صراحة كما سبق ذكره ، وإذا كان المشرع الفرنسي لم ينص عليه ، فيستدل عليه بمفهوم المخالفة من نص المادة 2/1994 مدني ، اذ ليس هناك أي مبرر لاعطاء الموكل دعوى مباشرة ضد نائب الوكيل دون ان يكون لهذا الأخير دعوى مباشرة ضد الموكل ، خاصة للمطالبة بحقه في الأجرة المستحقة له عن عمل قام به لمصلحة الموكل⁽⁴⁾.

(1) MAZEAUD : Op, Cit, Tome 2 , Volume 1 , p . 885- Aussi (H) SOLUS : l'action directe et l'interpretation des articles 1753, 1798, 1994 du Code Civil, Thèse Paris 1914, Edition Siréy , Paris 1914, p . 53

(2) Trib. Paix VERNON . 23.1.1957 . Cité par BIGOT "Le Principe de la Relativité des Contrats " Noté sous Civ 1ere, 27.12.1960 , Recueil DALLOZ 1961 , p . 492 .

(3) Ch. Civ . 1ere . Sect . Civ 27.12.1960 BIGOT, Note Précitée, p. 492

(4) (J.L) GOUTAL : Thèse Précitée , p. 262

فالعادلة والمنطق يفرضان هذه الدعوى لمصلحة نائب الوكيل وكل من دعوى الموكل في مواجهة نائب الوكيل ودعوى نائب الوكيل في مواجهة الموكل تعد استثناء من مبدأ نسبية العقد، إذ أن نائب الوكيل يعتبر من الغير بالنسبة للموكل ، فلا يوجد عقد بينهما وليس هناك أيضا حلول لنائب الوكيل محل الوكيل . وقد تقرر الاستثناء بموجب القانون لأن العمل الذي يقوم به نائب الوكيل يكون لحساب الموكل ، فيكون مسؤولا عنه مباشرة في مواجهة هذا الأخير ، كما يمكنه أيضا تلقي مقابل للعمل الذي قام به مباشرة من الموكل .

المطلب الثالث

دعوى رب العمل ضد نائب الفضولي

أتعرض في هذا المطلب للدعوى المباشرة التي تكون لرب العمل في مواجهة نائب الفضولي ، ولقد أرتأيت في هذا الصدد أنه يستحسن التعرض لمفهوم الفضالة وبيان أحكامها باختصار شديد تسهيلا لفهم الموضوع وهذا في فرع أول ، ثم أخصص الفرع الثاني للدعوى المباشرة التي هي استثناء من مبدأ نسبية العقد باعتبار نائب الفضولي من الغير بالنسبة لرب العمل .

الفرع الأول : مفهوم الفضالة وأحكامها

الفضالة هي تولي شخص القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون ان يكون ملزما بذلك وهذا ما تضمنه نص المادة 150 مدني جزائري + مع ملاحظة ان النص الجزائري خلا من شرط (عاجل) اذن يشترط في الفضولي ان يقوم بعمل عاجل لحساب الغير ولم ينص القانون الجزائري على اشتراط أن يكون العمل عاجلا ، خلافا لما نصت عليه القوانين العربية الأخرى ، وهناك قوانين اكتفت بأن يكون العمل ضروريا أو نافعا مع انه لا بد ان يكون عاجلا مما يضطر الفضولي الى القيام به في اقرب وقت ممكن ، ويستوي أن يكون عمل الفضولي عملا ماديا كاصلاح جدار آيل للسقوط أو جني ثمار من أرض زراعية ، أو ان يكون تصرفا قانونيا كبيع محاصيل على وشك التلف (1)

(1) د. محمود جمال الدين زكي: النظرية العامة للالتزامات ، المرجع السابق، ص 717

وقد يقوم الفضولي بعمل لنفسه ، ويتولى في نفس الوقت شأن غيره لما يوجد من ارتباط بينهما ، ألا ان الأمر يظل فضالة مادام الفضولي يكون قد قصد مصلحة الغير. وتنص المادة 151 مدني جزائري على مايلي : " تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي ، اثناء توليه شأنًا لنفسه ، قد تولى شأن غيره لما بين الأمرين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر". ويشترط ايضا ألا يكون الفضولي ملزما بالعمل بل يقوم به متطوعا ، لأنه لو كان ملزما بالقيام بالعمل بناء على طلب رب العمل نفسه فيكون وكيلًا وليس فضوليا .

وتعتبر الفضالة تطبيقًا خاصًا للإثراء بلا سبب لأن الفضولي يقوم بعمل لحساب الغير ، والمفتقر في الإثراء بلا سبب يكون قد قام بعمل لحساب الغير ، ولكن يبقى الفرق بينهما جوهريا ، إذ الفضولي كما سبق الذكر يقوم بعمل لحساب الغير وهو قاصد ذلك ، بينما لا يلزم في الإثراء بلا سبب أن يقصد المفتقر تحقيق عمل لحساب الغير (1).

تقترب الفضالة من النيابة ، في كون الفضولي يقوم بعمل لحساب الغير ، والوكيل في النيابة يقوم بالعمل لحساب الموكل ، ألا ان الوكيل يختاره الموكل بينما الفضولي لا يختاره رب العمل ، بل يتطوع شخصا ، الى جانب ان عمل الفضولي يمكن ان يكون تصرفا قانونيا أو عملا ماديا - كما سبق الذكر - بينما عمل الوكيل يكون دائما عملا قانونيا (2).

لذلك نص المشرع الجزائري في المادة 152 مدني على سريان قواعد الوكالة على الفضالة اذا أجاز (3) رب العمل ما قام به الفضولي ، فالأمر في هذه الحالة يقتصر على التصرفات القانونية التي يقوم بها الفضولي ، أما بالنسبة للأعمال المادية فرغم اقرار رب العمل لها فلا يمكن ان تنطبق عليها قواعد الوكالة بل تظل فضالة .

واذا تحققت شروط الفضالة يكون رب العمل ملزما بجميع التعهدات التي قام بها الفضولي كما يكون ملزما بتعويض الفضولي عنها ، كما يجب عليه ان يرد للفضولي كل ما انفقته هذا الأخير من نفقات ضرورية ونافعة ، وتعويضه عن الضرر الذي لحقه ، وهذا ما تضمنته المادة 157 مدني جزائري .

(1) د. عبد المنعم فرج الصده : مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 754

(2) د. علي علي سليمان : مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 264

(3) ذكر النص العربي كلمة (أجاز) والصحيح هو (أقر) وقد ورد النص الفرنسي للمادة 152 صحيحا فذكر (Ratifié) وذلك لأن الاجازة تصدر ممن يكون طرفا في العقد ، بينما يصدر الاقرار ممن لم يكن طرفا في العقد .

الفرع الثاني : دعوى ربّ العمل ضد نائب الفضولي

قد يقوم الفضولي بأعمال الفضالة بنفسه كما قد ينيب عنه غيره للقيام ببعض هذه الأعمال أو كلها، وقد أجاز المشرع الجزائري هذه النيابة مع بقاء الفضولي مسؤولاً عن تصرفات نائبه، وتذهب أغلبية الفقه إلى أن الفضولي يكون مسؤولاً أمام ربّ العمل عن خطأ نائبه في مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه⁽¹⁾ والأصل أن لربّ العمل دعوى غير مباشرة ضد نائب الفضولي باستعمال دعوى بدعيته الفضولي، غير أن من مساوئ هذه الدعوى أن حصيلتها تدخل في ذمة المدين الفضولي، ويتعرض فيها ربّ العمل لخطورة مزاحمة دائني الفضولي⁽²⁾. لهذا منح المشرع الجزائري دعوى مباشرة لربّ العمل ضد نائب الفضولي إذ تنصّ المادة 2/154 مدني جزائري على مايلي : " وإذا عهد الفضولي إلى غيره ، بكل العمل الذي تكلف به أو ببعضه كان مسؤولاً عن تصرفات نائبه ، دون الإخلال بما لربّ العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب ".

ويعتبر نائب الفضولي من الغير بالنسبة لربّ العمل ، لهذا فإن الدعوى المباشرة تعدّ استثناء من مبدأ نسبية العقد .

ويكون نائب الفضولي بمثابة نائب الوكيل إذا كان العمل قانونياً ، ويكون بمثابة المفاوض من الباطن إذا كان العمل عملاً مادياً⁽³⁾.

ولكن ليس لنائب الفضولي دعوى مباشرة ضد ربّ العمل مثل ما هو مقرر بالنسبة لنائب الوكيل ضد الموكل وفقاً للمادة 3/580 السالفة الذكر ، وبالنسبة للمفاوض من الباطن ضد ربّ العمل وفقاً للمادة 565 / 1 مدني

(1) د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، الجزء 1 ، ز المرجع السابق ، ص 1413

د. أنور سلطان : مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 442

(2) د. علي علي سليمان : مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 304

(3) د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، الجزء 1 ، المرجع السابق ، ص 1413

ويستحسن توحيد النصوص في هذا المجال لأن نائب الفضولي يقوم بعمل لمصلحة رب العمل ومن المفروض اعطاؤه دعوى مباشرة ضد هذا الأخير ، لتعويضه عن التعهدات التي التزم بها ولاسترداد النفقات الضرورية والنافعة التي أنفقها ولتعويضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل .

وإذا كان من الممكن الرد على هذا بأنه في الفضالة يتدخل الفضولي في شؤون رب العمل دون توكيل أو ترخيص من هذا الأخير ، ويعين نائبا له دون موافقة أو ترخيص من رب العمل كذلك ، بينما في الوكالة قد يرخص الموكل للوكيل في تعيين نائب عنه لهذا منح المشرع هذا النائب دعوى مباشرة على الموكل .

وقد سبق أن ذكرت أن الدعوى المباشرة التي للموكل ونائب الوكيل على بعضهما البعض لا أهمية لها إلا إذا كان الموكل لا يعلم بتعيين نائب الوكيل لأنه إذا رخص للوكيل في إقامة نائب عنه ، فنظرية النيابة كافية لإقامة علاقة مباشرة بين الموكل ، ونائب الوكيل ، وهذا ما ذهب إليه أغلب الفقهاء⁽¹⁾ وأذن فنائب الفضولي يكون في مركز نائب الوكيل ومن المفروض اعطاؤه الحق في الرجوع مباشرة على رب العمل لتعويضه عما أنفقه خاصة وأنه متطوع في عمله وأنه يعمل دائما لحساب رب العمل :

ومع هذا فإن نص المادة 1/154 السالفة الذكر لا يتضمن إلا رجوع رب العمل على نائب الفضولي مباشرة ، فلا يجوز التوسع في تفسيره ويكون الفضولي وحده الملتزم نحو نائبه⁽²⁾ وألاحظ أن الفضولي عندما يتعاقد مع نائبه نكون أمام فرضين ، أما أن يتعاقد باسمه الشخصي مع توافر النية لديه في انصراف آثار العقد إلى رب العمل فيكون هو الملتزم أمام نائبه ، ورجوع رب العمل على نائب الفضولي في هذه الصورة استثناء من مبدأ نسبية العقد . وأما أن يتعاقد الفضولي مع نائبه باسم رب العمل ، وفي هذه الحالة عندما يرجع رب العمل على نائب الفضولي فإنه يرجع وفقا للقواعد العامة ، أي بدعوى الفضالة ، ولا نكون أمام دعوى مباشرة بالمعنى الدقيق⁽³⁾ لوجود العلاقة المباشرة بين نائب الفضولي ورب العمل

(1) لقد سبق أن تعرضت لهذا في المبحث الخاص بالوكالة الفرعية

(2) د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، الجزء الأول ، المرجع السابق ، ص 1414

(3) د. عبد الحفيظ حجازي : المرجع السابق ، الجزء 1 ، المجلد 2 ، ص 901

فالنائب كان يعلم أنه يعمل لحساب ربّ العمل مباشرة ، فيكون بمرتبة الفضولي نفسه - اذن تبقى الدعوى المباشرة لرب العمل ضد نائب الفضولي استثناء قليل الحدوث اذ لا نكون بصدد هذا الفرض الا في حالة ما اذا تعاقد الفضولي مع الغير باسمه الشخصي ، فيكون النائب هنا من الغير بالنسبة لربّ العمل .

المطلب الرابع

الدعوى المباشرة الناشئة عن المقاولة من الباطن

يجوز للمقاول ان يعهد في تنفيذ العمل الذي التزم بالقيام به الى مقاول فرعي، هذا اذا لم يكن عقد المقاولة يمنع ذلك او كانت شخصية المقاول محل اعتبار. وقد نصت المادة 564 مدني جزائري على مايلي : "يجوز للمقاول ان يوكل⁽¹⁾ تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه الى مقاول فرعي اذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفرض الاعتماد على كفاءته الشخصية .

ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول الفرعي تجاه ربّ العمل " . ويعتبر المقاول الفرعي وعماله من الغير بالنسبة لعقد المقاولة الأصلية ، فلا يستطيعون مطالبة ربّ العمل بتنفيذ التزاماته المترتبة على عقد المقاولة⁽²⁾ وعمال المقاول الفرعي يعتبرون كذلك من الغير بالنسبة لعقد المقاولة الفرعية المبرم بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي ، فلا يستطيعون مطالبة المقاول الأصلي بالوفاء بالتزاماته الا عن طريق الدعوى غير المباشرة باستعمال حق مدينهم ، وكذلك عمال المقاول الأصلي لا تربطهم أية علاقة بربّ العمل اذ أن عقد المقاولة يتم بين هذا الاخير والمقاول . ولكن لاعتبارات عادلة وانسانية ولتعلق حقهم بالخدمة التي قدموها ، أحاطهم المشرع بحماية خاصة تعتبر استثناءا من مبدأ نسبية العقد،

(1) صحة الفعل هي " يكل " وليس " يوكل " كما هو وارد في النص .

(2) WEILL :Thèse Précitée , p . 765 . (A)

اذ أعطاهم الحق في مطالبة رب العمل عن طريق الدعوى المباشرة بما لهم في ذمة المقاول⁽¹⁾ وتنص المادة 1/565 مدني جزائري على مايلي : " يكون للمقاولين والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل بما يجاوز⁽²⁾ القدر الذي يكون مدينابه للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى ، ويكون لعمال المقاول الفرعي مثل هذا الحق تجاه كل من المقاول الأصلي رب العمل " .

فوفقا لهذا النص تكون للمقاول من الباطن دعوى مباشرة قبل رب العمل ، كما أن لعمال المقاول من الباطن كذلك دعوى مباشرة قبل رب العمل ، وكذلك في مواجهة المقاول الأصلي ، كما أن لعمال المقاول الأصلي دعوى قبل رب العمل ، وكل هؤلاء الأشخاص يستفيدون من عقد لم يكونوا طرفا فيه ، ولهم مطالبة مدين مدينهم بما هو مستحق لهم عند مدينهم .⁽³⁾

ويلاحظ أنه عندما يطالب عمال المقاول الأصلي أو المقاول من الباطن أو عماله رب العمل بما هو مستحق لهم يجب أن يكون المقاول الأصلي دائما لرب العمل ، أما اذا كان رب العمل غير مدين للمقاول الأصلي فلا رجوع لهم عليه .⁽⁴⁾ وكذلك عندما يرجع عمال المقاول الفرعي على المقاول الأصلي يجب أن يكون هذا الأخير لا زال مدينا للمقاول الفرعي ، أما اذا كان قد وُفّي ما عليه للمقاول الفرعي فلا رجوع لهم عليه . ويمتنع رب العمل من وقت انذاره عن الوفاء للمقاول الأصلي بحقه كليا أو جزئيا ، واذا تمّ هذا الوفاء فلا يسرى في حق المقاول من الباطن⁽⁵⁾ فيتقاضى هذا الأخير حقه من رب العمل

(1) د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، الجزء 2 ، المرجع السابق ، ص 983 - أيضا :

د. محمد شكرى سرور : مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء ، المرجع السابق ، ص 127

(2) بسقط حرف " لا " من نص المادة 565 مدني جزائري ، مما أدى الى تغيير مفهومها ، ويجب تصحيح النص على النحو التالي : "... مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي ..."

(3) د. محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق ، ص 285

(4) د. عبد الحميد حجازي : المرجع السابق ، ص 895

(5) اذا رفعت الدعوى المباشرة من طرف عمال المقاول الفرعي على المقاول الأصلي فتطبق عليها نفس الأحكام المذكورة اعلاه ، ويمتنع المقاول الأصلي عن الوفاء للمقاول الفرعي منذ انذار عمال هذا الأخير له بالوفاء لهم مباشرة ، اذ يكون المقاول الأصلي ملزما بالوفاء لهم .

فى حدود ماله فى ذمة المقاول الأصى، وماعلى رب العمل الآ الرجوع علم المقاول الأصى سما دفعه للمقاول من الباطن أو للعمال (1).

كما لا تجوز من وقت الانذار المقاصبة بين دين للمدين المباشر ودين للمدين الثانوى، فهذه المقاصة لا تكون نافذة فى مواجهة رافع الدعوى المباشرة .

وقد أقرّ المشرع أنه فى حالة تنازل المقاول للغير عن حقه الذى يكون له فى ذمة رب العمل تبقى حقوق المقاولين الفرعيين والعمال مقدمة على حق المتنازل له اذ تنص المادة 565 فقرة 3 مدنى جزائرى على مايلى : " وحقوق المقاولين الفرعيين والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة ، مقدمة على حقوق الشخص الذى تنازل له المقاول عن دينه (2) تجاه رب العمل " . وهذا خلافا لما تقتضى به القواعد العامة فى أن حوالة الحق تسري فى حق الغير بقبول المحال عليه أو اعلانه أى بعد قبول رب العمل فى ما نحن بصدده ، الآ ان المشرع حماية لحق المقاول من الباطن وحق العمال ، جعل تنازل المقاول عن حقه غير نافذ فى مواجهتهم ولو كان هذا التنازل عن الحق سابقا على الانذار بالوفاء (3).

فالدعوى المباشرة التى منحت لعمال المقاول الأصى وعمال المقاول من الباطن قبل رب العمل ، تملئها اعتبارات انسانية تجعلها استثناءا حتميا من مبدأ نسبية العقد، ولهذه الاعتبارات منحهم المشرع فى حالة توقيع الحجز من أحد الدائنين حق امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصى أو الفرعى ، فيتقدمون بذلك على جميع دائنى المدين المحجوز عليه (4). وللمقاولين من الباطن نفس الامتياز فى حالة توقيع الحجز على المقاول الأصى ، ويكون الامتياز بينهم كل بنسبة حقه . اذ تنص المادة 2/565 مدنى جزائرى على مايلى : " ولهم فى حالة توقيع الحجز من ادهم على ما تحت يد رب العمل أو المقاول الأصى امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصى أو للمقاول الفرعى وقت توقيع الحجز . ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه ويجوز أداء هذه المبالغ اليهم مباشرة " .

(1) د. فتيحة قرّة : أحكام عقد المقاولة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1987 ، ص 256

(2) يلاحظ ان النص العربى للمادة 3/565 مخطىء فى ذكر " دينه " فليس ديننا بل هو حق والنص الفرنسى لنفس المادة جاء صحيحا ويجب احلال كلمة " حقه " محل " دينه "

(3) د. فتيحة قرّة : المرجع السابق ، ص 258

(4) د. عبد الرزاق السنهورى : الوسيط ، الجزء 2 ، المرجع السابق ، ص 983 .

و أشير في هذا الصدد الى أن القانون المدني الفرنسي قصر الدعوى المباشرة على العمال فقط دون المقاول من الباطن اذ تنص المادة 1798 على مايلي : " البتأوون والنجارون وغيرهم من العمال الذين استخدموا في تشييد بناء أو أعمال أخرى عملت على سبيل المقاولة ليست لهم دعوى قبل من أقيمت له هذه الأعمال إلا في حدود ما يكون مدينا به للمقاول وقت رفع الدعوى". وكان القضاء الفرنسي يوافق هذا الرأي ، فكان يرفض اعطاء المقاول من الباطن أو عماله دعوى مباشرة قبل رب العمل ، اذ أن ذلك مقرر فقط لعمال المقاول الأصلي قبل رب العمل⁽¹⁾.

ولكن بصدور قانون 1975/12/31 المتعلق بالمقاولة الفرعية ، منحت دعوى مباشرة لمصلحة المقاول من الباطن الذي أصبح له الحق - في حالة عدم دفع المقاول الأصلي المبالغ المستحقة - في مطالبة رب العمل مباشرة ، خاصة اذا كان هذا الأخير قد استفاد من هذه الأعمال⁽²⁾ وهذا ما تضمنته المادة 12 من قانون 1975/12/31 المذكور أعلاه ، وتعتبر هذه الدعوى من النظام العام، اذ لا يجوز التنازل عنها وفقا للفقرة الثانية من المادة 12 السابقة الذكر.

ويلاحظ ان المادة الثالثة من هذا القانون تشترط موافقة رب العمل على المقاولة من الباطن ، وكذلك موافقته على الشروط المتعلقة بأجرة المقاول من الباطن⁽³⁾ وهذا ما تضمنه حكم الغرفة المختلطة لمحكمة النقض الفرنسية⁽⁴⁾ التي أقرت ان موافقة رب العمل الضمنية أو الصريحة لعقد المقاولة من الباطن شرط ضروري لرفع الدعوى المباشرة عليه . ولكن عدم قبول رب العمل للمقاولة من الباطن لا يمنع من تفضيل المقاول من الباطن الخفي على باقي دائني المقاول الأصلي في حالة افلاس هذا الأخير⁽⁵⁾ هذا لأن القضاء يرفض

(1) FLATTET :Thèse Précitée,p.184.Aussi ;WEILL: Thèse Précitée,p.765. (1)
SOLUS:Thèse Précitée , p.48 .

MAZEAUD :Leçons de droit civil,T.2,V.1,Op,Cit,p.887- NERET:Thèse (2)
Précitée , p. 72 .

NERET :Thèse précitée , p . 73 . (3)

Chambre mixte de la cour de cassation 13 Mars 1981,Cité par (A.M) (4)
ROMANI : La protection des sous-traitants de marchés privés titulaires
de l'action directe dans le conflit les opposants aux banquiers bénéficiaires de transferts de créances ,Recueil DALLOZ,1990-2-Chr;31,p 179
N° 15

(ANNE -Marie).ROMANI: Art , Précit , N° 15 (5)

تحميل المقاول من الباطن وحده نتيجة خطأ ارتكبه المقاول الأصلي الذي تقع على عاتقه مسؤولية الحصول على موافقة رب العمل على المقاولة من الباطن.

أخلص من هذا الى ان رجوع المقاول من الباطن على رب العمل يعد استثناء من مبدأ نسبية العقد ولكنه يظل استثناء نسبيا من حيث الأشخاص وكذلك من حيث الزام رب العمل بأداء الأجرة في حدود ما هو مستحق في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي فقط ، فلا يستطيع رب العمل مطالبة المقاول من الباطن بالالتزامات الأخرى كالمطالبة بالضمان ، كما لا يستطيع مطالبة بتسليم العمل مثلاً. (1) اذ ان علاقة المقاول من الباطن تكون مع المقاول الأصلي فقط . فلا يستطيع رب العمل مطالبة المقاول من الباطن بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العلاقة التي تربط هذا الأخير بالمقاول الأصلي الآ عن طريق الدعوى غير المباشرة .

وينطبق نفس القول على عمال المقاول من الباطن وعمال المقاول الأصلي الذين يعتبرون من الغير بالنسبة لعقد المقاولة الأصلية ، وكذلك عمال المقاول من الباطن في الدعوى المباشرة التي تكون لهم في مواجهة المقاول الأصلي ، فهم من الغير بالنسبة لعقد المقاولة الفرعية . والقانون فقط هو الذي يجيز لهم استثناء الاستفادة من الدعوى المباشرة ، وفي الحدود المتعلقة بالأجرة المستحقة لهم .

المطلب الرابع

الدعوى المباشرة للمضروع ضد شركة التأمين

تنص المادة 55 من قانون التأمين الجزائري على مايلي : " لا ينتفع بالمبلغ الواجب على المؤمن أو بجزء منه إلا الطرف الآخر المتضرر أو ذوو حقوقه ، ومادام هذا الطرف لم يتنازل عن حقه في حدود المبلغ المذكور المترتب على الحادث الذي استوجب مسؤولية المؤمن له " .

(1) د. فتحة قرّة : المرجع السابق ، ص 250 - 251

ويطالب المضرور شركة التأمين عندما يكون المؤمن له محدث الضرر أو المتسبب فيه قد آمن على مسؤوليته منه .

ولكي يتمكن المضرور من مطالبة المؤمن يجب ان يتحقق الخطر المؤمن منه في تأمين المسؤولية . ولا توجد علاقة مباشرة بين المؤمن والمضرور، اذ يعتبر كل منهما أجنبيا عن الآخر . ويعتبر المضرور من الغير بالنسبة لعقد التأمين، ولا يكون له وفقا للقواعد العامة سوى رفع الدعوى غير المباشرة ، ويتعرض فيها لمزاحمة دائني المؤمن له ، في تقاضى مبلغ التأمين الذى يدخل فى ذمة المؤمن له ، ويقتسم معهم المبلغ قسمة الغرماء ، لكن مبلغ التأمين لم يدخل ذمة المؤمن له إلا نتيجة تحقق مسؤوليته عن الضرر الذى أصاب الغير المضرور ، لهذا وحماية له منحه القانون دعوى مباشرة يحصل بمقتضاها على مبلغ التأمين مباشرة .

وقبل أن يتطور الأمر الى منح الدعوى المباشرة للمضرور كان مرتكب الفعل الضار يستفيد من مبلغ التأمين، وكان هذا الأمر يوءسفه لخطورته على الجماعة اذ يوءدي بالمؤمن له الى ارتكاب افعال تضر بالغير، وكان على المضرور اقتسام مبلغ التأمين مع باقي الدائنين (1) اذا استعمل الدعوى غير مباشرة

وقبل تعميم الدعوى المباشرة ومنحها لكل مضرور من حادث مؤمن له ، كانت توجد قوانين متفرقة فى فرنسا ومنها قانون 1889/2/19 الذى يعطى للمضرور - كالموَجِر والجار - فى حالة حدوث حريق فى العين المؤمن عليها دعوى مباشرة على المؤمن لمطالبته بمبلغ التأمين . وكذلك قانون 1905/3/31 الذى أعطى للعمال المصابين أثناء العمل - حين يكون رب العمل قد آمن على مسؤوليته - دعوى مباشرة على المؤمن . كما أعطى للمضرور من حادث سيارة دعوى مباشرة على شركة التأمين المؤمن لديها الحادث (2)

وبقى العمل بهذه القوانين المتفرقة الى ان صدر قانون 13 جويلية 1930 الخاص بالتأمين اذ عمم الدعوى المباشرة ومنحها لكل مضرور من حادث ضد شركة التأمين . ويتميز حق المضرور عن العلاقة القانونية التى انشأته (3) أي ان المضرور يأخذ مبلغ

(1) د. عبد الحى حجازي : المرجع السابق ، ص 903 ، وأيضا : FLATTET :Thèse Précitée, p . 188

(2) PICARD et BESSON :Les Assurances terrestres ,Tome 1, Le Contrat d'assurance ,Op,Cit,P.566 - Aussi FLATTET :Thèse Précitée ,p .188 à 191 .

(3) MAZEAUD : Op,Cit, Tome 2 , Volume 1 , p . 886

التأمين بدلا من المؤمن له . وقبل قانون 1930 كان القضاء الفرنسي يلجأ الى فكرة الاشتراط الضمني لمصلحة الغير ، لأعطاء الحق للمضروب ، أي اعتبار المضروب هو المنتفع ، وهذا استناد غير منطقي لا يعبر عن ارادة المتعاقدين ، لأن عقد التأمين من المسؤولية ليس كما يقول الدكتور حجازي ، عقدا لمصلحة الغير ⁽¹⁾ ، فالمؤمن له يريد توقي النتائج المترتبة على مسؤوليته ولا ينوي الاشتراط لمصلحة الغير بل لغاياته ⁽²⁾ .

ولقد أراد الدكتور حجازي بهذا الرأي تبرير موقف القضاء المصري ، اذ بعد إلغاء المادة 832 من المشروع التمهيدي للقانون المصري ، التي كانت تجيز رجوع المضروب مباشرة على المؤمن لم يعد للمضروب هذا الحق ، طبقا للقانون المدني المصري الحالي ، وليس له ان يرجع على المؤمن الا عن طريق الدعوى غير المباشرة ⁽³⁾ .

ولقد اعترفت بعض المحاكم المصرية بالدعوى المباشرة للمضروب قبل مؤمن المسؤول على أساس ان عقد التأمين من المسؤولية هو عقد تأمين لمصلحة الغير وأعطت المضروب حقا مباشرا ⁽⁴⁾ ويذهب القضاء الفرنسي الى عدم اعطاء المضروب دعوى مباشرة على المؤمن الا في حالة الاشتراط الصريح ، وقد استمر الأمر على هذه الحال الى حين صدور قانون رقم 652 - 1955 المتضمن التأمين الاجباري على المسؤولية من حوادث السيارات الذي منح دعوى مباشرة للمضروب على المؤمن ⁽⁵⁾ .

(1) د. عبد الحي حجازي : المرجع السابق ، ص 904

(2) MAZEAUD : Op, Cit, Tome 2 Volume 1, p886 .

(3) د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، الجزء 2 ، المرجع السابق ، ص 986

(4) حكم لمحكمة النقض المصرية بتاريخ 5 ماي 1955 قضت فيه : " بالرجوع الى القواعد العامة اذا ما كانت وثيقة التأمين على مسؤولية المستأمن قصد بها اشتراط لمصلحة الغير أم قصد بها اتفاق خاص بين الطرفين المتعاقدين ، فاذا كان الحق الذي اشترطه المستأمن انما اشترطه لنفسه فلا يكون هناك اشتراط لمصلحة الغير " . د. عبد الحي حجازي : المرجع السابق ، ص 904 ، هامش 14 .

(5) BORHAM ATALLAH: Le droit propre de la victime et son action directe contre

l'Assureur de la responsabilité automobile obligatoire

LGDJ, Paris 1967 P.45 /46 .

محمد حسين منصور : مبادئ قانون التأمين ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ص 145 - 146 .

كما أصبح للعامل الحق فى التعويض فى مواجهة هيئة التأمين الاجتماعى مباشرة بفضـل قانون التأمين الاجتماعى رقم 79 لسنة 1975 اذ تنص المادة 150 منه على الزام الهيئـة المختصة بالوفاء بالتزاماتها بالنسبة للمؤمن عليهم والمستحقين مباشرة⁽¹⁾.

وقد سبق ان ذكرت ان القانون الجزائى قد أراد حماية المضرور فمنحه بصفة عامة دعوى ضد المؤمن فى حالة وقوع الحادث المؤمن منه، وهذا الموقف مطابق لموقف القانون الفرنسى. ويكون للمضرور حق مباشر على مبلغ التأمين الذى يجمد لمصلحته فى يد المؤمن من يوم وقوع الحادث، مادام المضرور لم يحصل على تعويض فلا يتضرر من مزاحمة باقى دائئى المؤمن له⁽²⁾.

فالمضرور أجنبى عن عقد التأمين، وهذا يعد استثناء من مبدأ نسبية العقد، ولكن هل يعنى هذا حلول المضرور محل المؤمن له للحصول على مبلغ التأمين وتكون له جميع حقوق هذا الأخير، وتكون للمؤمن جميع الدفع التى كانت له فى مواجهة المؤمن له ؟ صحيح ان هناك ارتباطا وثيقا بين عقد التأمين الذى أبرمه المؤمن له ونشوء حق المضرور المباشر ، فاذا كان عقد التأمين باطلا أو لم يكن هناك تأمين، كأن يكون الخطر الذى تحقق غير مؤمن منه ، فلا يجوز للمضرور الرجوع على المؤمن اذ تكون امام عدم وجود تأمين non Assurance فلا يكون المؤمن مسؤولا عن تعويض حادث غير مؤمن منه⁽³⁾. ولكن حمايئة للمضرور فان دعواه تستقل نوعا ما عن عقد التأمين منذ وقوع الحادث ، فلا يستطيع المؤمن الاحتجاج عليه بأسباب السقوط اللاحقة لوقوع الحادث⁽⁴⁾ وهذا ما ذهب اليه الفقه فى فرنسا فاذا سقط حق المؤمن له فى الحصول على مبلغ التأمين، كأن لم يبلغ المؤمن بوقوع الحادث أو غير ذلك من الالتزامات التى لم ينفذها المؤمن مما أدى الى سقوط حقه ، فلا يحتج بهذا

(1) د.حسن عبد الرحمن قدوس: التعويض عن اصابة العمل، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، الطبعة الأولى ، 1989 ، ص 321.

(2) PICARD et BESSON: Les Assurances terrestres, Op, Cit, p.593

(3) WEILL:Thèse précit, p.783 aussi FLATTET:Thèse précit, p.193.

(4) PICARD et BESSON: Les assurances terrestres, Op, Cit, p.564.

د.فرناق بالى : التأمين من المسؤولية ، دعوى المتضرر المباشر، مقال ، مجلة المحاماة العدد 10 ، السنة 39 - 1959 ، ص 1375.

السقوط على المضرور . وهذا ما ذهب اليه القضاء الفرنسي اذ تضمن حكم لمحكمة روان "ROUEN" سنة 1938 ما يلي⁽¹⁾ لا يجوز للمؤمن أن يحتج في مواجهة المضرور بالجرم الذي ارتكبه المستأمن بهروبه بعد الحادث، حتى لو كان عقد التأمين قد نص على عدم ضمان مسؤولية المستأمن عن مرتكب هذا الجرم، لأن مثل هذا الشرط يشكل سقوطاً بالنسبة للمستأمن فقط، وهو أي الشرط غير قابل للاحتجاج به على المضرور .

واستناداً الى هذا، فمنذ بداية القرن العشرين التزم المؤمن بأن تتضمن بوليصة التأمين شرطاً ينص على عدم نفاذ الدفوع اللاحقة لتاريخ وقوع الحادث في مواجهة المضرور، وكان ينص على هذا الشرط في التأمين من حوادث العمل، ثم امتد الى حوادث السيارات الى أن عمم، وأصبح بموجب مرسوم 15 أكتوبر 1962، لا يمكن الاحتجاج على المضرور بصفة عامة بأسباب السقوط اللاحقة لوقوع الحادث ما عدا ما هو متعلق بعدم دفع مبلغ التأمين⁽²⁾.

أما المشرع الجزائري فلم ينص بصفة عامة في قانون التأمين لسنة 1980 على عدم الاحتجاج على المضرور بأسباب السقوط اللاحقة لوقوع الحادث، ولكنه نص عليه صراحة في المرسوم 85 - 80 الصادر في 30/4/1985 المتضمن الشروط العامة لعقد تأمين السيارات ففرض في المادة 19 منه فقرة 119 الخاصة بضمانات المسؤولية المدنية الملقة على عاتق شركة التأمين بما يلي: "لا يحتج على الضحايا أو ذوي حقوقهم :-

- بالاعتداءات المنصوص عليها في الشروط الخاصة .
 - السقوط فيما عدا التوقيف القانوني للضمان بسبب عدم دفع قسط التأمين.
 - تخفيض التعويض المنصوص عليه في المادة 19 من قانون 9 اغشت 1980 في حالة ما اذا اغفل المؤمن له شيئاً خاصاً بالخطر أو صرح بتصريحاً غير صحيح".
- ويلاحظ على هذا النص أنه جاء عاماً إذ لم يقصر الاحتجاج على المضرور بأسباب السقوط اللاحقة لوقوع الضرر فقط وإنما لا يحتج عليه بأسباب السقوط جميعها سواء كانت سابقة لوقوع الضرر أو لاحقة له، ويحتج عليه فقط في حالة التوقيف القانوني للضمان بسبب عدم دفع القسط .

(1) TRIB - CIV- ROUEN 15 DEC 1938 , RGAT , 1938/278.

أورد هذا الحكم الدكتور فرنان بالي في مقاله سابق الذكر، ص 1377
(2) COZIAN : Thèse, précitée, p.265 à Aussi BORHAM ATALLAH, Thèse, Précitée, p. 125

وهذا الموقف ليس خاصا بالمشرع الجزائري فقط اذ نص القانون البلجيكي الصادر في 1956/7/01 في المادة 11 منه على عدم الاحتجاج بأسباب السقوط على المضرور سواء كانت هذه الأسباب مستمدة من القانون أو من عقد التأمين ، وكذلك فعل قانون التأمين الايطالي لسنة 1969 في المادة 18 منه التي تضمنت نفس الحكم (1).

ويقترح الدكتور برهام عطاء الله عدم التفرقة بين أسباب السقوط اللاحقة للضرور والأسباب السابقة عليه لأن الاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية التي يستند اليها في عدم الاحتجاج على المضرور بأسباب السقوط اللاحقة للحادث هي نفس الأسباب التي يبرر بها عدم الاحتجاج عليه بأسباب السقوط السابقة للحادث (2).

وعلى كل حال بقي الفقه والقضاء الفرنسيان متمسكين بعدم الاحتجاج على المضرور بأسباب السقوط اللاحقة لوقوع الحادث فقط ، بحيث اذا نشأ حق المضرور في تاريخ وقوع الحادث خالصا من أي دفع سابق ، ففي هذه الحالة لا يستطيع المؤمن الاحتجاج ضد المضرور باخلال المؤمن له بالالتزامات المترتبة عليه بمقتضى عقد التأمين (3).

والواقع هو أن رأى الدكتور برهام عطاء الله جدير بالاعتبار لأنه يعطى حماية للمضرور المؤمن له ، خاصة وان القانون الفرنسي مثلا يقضى بأنه اذا سقط حق المضرور في الضمان بسبب سقوط حق المؤمن له السابق على وقوع الحادث ، فالمضرور يستطيع - بموجب مرسوم 1959 الخاص بالتأمين على السيارات - الحصول على تعويض من صندوق ضمان حوادث السيارات Le fond de garantie automobile وهذا الصندوق ممول من اشتراكات مجموع شركات التأمين ، ويرى الدكتور برهام عطاء الله ان في هذا الحل ارهاقا للمضرور في الرجوع على المؤمن أولا ثم على صندوق الضمان في حالة سقوط حق المؤمن له (4) وهذا الرأي صحيح خاصة ان للمؤمن حق الحلول محل المضرور والرجوع على المؤمن له بالتعويض ، وقد نصت المادة 19 بند 120 من المرسوم 85 - 80 المتعلق بالشروط

PICARD et BESSON : Les assurances terrestres, Op, cit, p.567 (1)

BORHAM ATALLAH;Thèse précitée,p.129 et 137 . (2)

COZIAN:Thèse précitée,p.263 Aussi BORHAM ATALLAH:Thèse précitée,p 128 (3)

(B)ATALLAH :Thèse précitée , p. 131 à 133 (4)

العامّة لعقد التأمين على السيارات السابق ذكره على مايلي : " في الحالات المذكورة أعلاه تحتفظ الشركة بحق رفع الدعوى ضد المؤمن له المسؤول بقصد استعادة كل المبالغ التي دفعتها أو التي احتفظت بها كاحتياط نيابة عنه " .

ويجب ان يكون التزام المؤمن التزاما مجردا فلا يجوز له ان يحتج على المضرور بالدفع التي تسقط حقه في الضمان لأن حقه في الضمان خوله اياه القانون بجعل التأمين من المسؤولية اجباريا (1)

ويلاحظ مما سبق استقلال دعوى المضرور عن عقد التأمين فمصدرها القانون . فللمضرور حق خاص ومباشر على مبلغ التأمين لا يتأثر على الأقل بأسباب سقوط حق المؤمن له باللاحقة لعقد التأمين وفقا لرأى غالبية الفقه .

ومن هنا فمن المفروض ان تخضع دعوى المضرور لمدة التقادم الخاص بالحقوق الشخصية ولقد نص قانون التأمين الجزائري في المادة 25 على مايلي : " يحدد أجل تقادم جميع دعاوى المؤمن له أو المؤمن الناشئة عن عقد التأمين بثلاث (3) سنوات ابتداء من تاريخ الحادث الذي نشأت عنه .

بيد أن الأجل لا يسري وإذا كانت دعوى المؤمن له على المؤمن ناتجة عن رجوع طرف آخر ، فلا يسري التقادم إلا ابتداء من اليوم الذي يرفع فيه الطرف الآخر دعواه الى المحكمة ضد المؤمن له أو يوم الحصول على التعويض منه ."

والمدة المنصوص عليها في المادة السالفة الذكر هي في الحقيقة متعلقة بالتقادم الناشئ عن عقد التأمين ، أما تقادم دعوى المضرور فيجب ان تخضع لمدة تقادم الحقوق الشخصية عامة ، ويبدأ سريانها من يوم وقوع الحادث .

ويلاحظ ان القانون الفرنسي لسنة 1930 ينص أيضا على تقادم دعاوى التأمين بمرور سنتين من تاريخ الحادث الذي نشأت عنه . ويذهب أغلب الفقه والقضاء في فرنسا الى أن يخضع تقادم دعوى المضرور لمدة التقادم المقررة للحقوق الشخصية وهي ثلاثون سنة من يوم وقوع الحادث (2) وهذا ما تضمنه حكم لمحكمة ايكس "AIX" بتاريخ 18 مارس 1937 (2)

A WEILL : Thèse précit ; p 786

(1)

A WEILL : Thèse précit ; p. 791

(2) أشار الى هذا الحكم

وكذلك حكم لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1939/3/28. (1)

والأحظ أن الدكتور قوتال " GOUTAL " يرى أن دعوى المضرور في مواجهة المؤمن لا تعد استثناء من مبدأ نسبية العقد لأن المؤمن يلزم بعقد التأمين الذي يلزمه بالوفاء للمستفيد من الدعوى المباشرة. (2)

والجدير بالذكر أن رأيه صحيح بالنظر إلى المؤمن باعتباره يستند إلى عقد التأمين، ولكن تبقى الدعوى المباشرة في هذا المجال استثناء من مبدأ نسبية العقد بالنظر إلى شخص المضرور إذ يعتبر من الغير بالنسبة للمؤمن ويعطيه القانون الحق في مطالبة مباشرة بمبلغ التأمين.

المبحث الرابع

الزام الغير بأعمال الإدارة الحسنة

إن عقود الإدارة التي يبرمها الشخص غير المالك أو الشخص الذي زالت عنه الملكية يسبب الفسخ أو البطلان، تنفذ في حق المالك الحقيقي (3) والمالك الحقيقي يعتبر هنا من الغير بالنسبة لعقود الإدارة التي يبرمها الشخص الذي زالت ملكيته بأثر رجعي إذ هو ليس خلفا خاصا، لأن العقد الناقل للملكية الذي تم بينه وبين الشخص الذي زالت الملكية عنه بأثر رجعي يعتبر قد زال بأثر رجعي، ويعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، وكأن العقد لم يتم أصلا بينهما. إلا أن المالك يبقى ملزما بأعمال الإدارة التي قام بها الغير. وتنص المادة 207 مدني جزائري على ما يلي :-

BORHAM ATALLAH : Précit. p 290

(1) اشارة الى هذا الحكم

(J.L)GOUTAL : Thése Précitée , p.48 - 49

(2)

(3) د.عبد المنعم البدر أوى : النظرية العامة للالتزامات، طبعة 1989، ص 451.

" يزول الالتزام اذا تحقق الشرط الفاسخ، ويكون الدائن ملزماً برده ما أخذه فاذا استحال الرد لسبب هو مسؤول عنه وجب عليه تعويض الضرر . غير أن أعمال الإدارة التي تصدر عن الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط " .

والنص خاص هنا بزوال الالتزام بسبب تحقق الشرط الفاسخ إلا أنه يمكن تعميمه بالنسبة لزوال الالتزام بسبب آخر كالفسخ أو البطلان، ولقد قرر القانون الإبقاء على أعمال الإدارة حفاظاً على استقرار المعاملات ولأنها أعمال قام بها الشخص لإدارة العيّن فتبقى سارية في مواجهة المالك ، لأنها تكون محدودة المدة فلا تحقق اضراً به ، ويشترط أن تكون هذه الأعمال قد عقدت بدون غش . فالمالك الحقيقي يصير ملزماً بعقود الإدارة التي يبرمها الغير، رغم أنه لم يشارك فيها ولم ينب عنه أضرارها ، فيعتبر هذا استثناء من مبدأ نسبية العقد لانصراف آثار العقد إلى الغير . (1)

وكذلك فعل المشرع الفرنسي في المادة 1673 مدني (2) بحيث يلتزم الغير بأعمال الإدارة التي يقوم بها الحائز (3) وهو الشخص الذي ألت عنه الملكية بأثر رجعي . وكذلك تنص المادة 2/595 مدني فرنسي على أن الإيجارات التي لا تتجاوز مدة تسع سنوات والتي يبرمها المنتفع بالعيّن تبقى نافذة في حق مالك الرقبة بعد انتهاء أو زوال حق الانتفاع . ويرى الأستاذ جوسران أن الزام الغير بأعمال الإدارة لا يعتبر استثناء من مبدأ نسبية العقد لأن طرفي العقد لم يقصدا الزامهما به ، ولكن نظراً لزوال الملكية الزم القانون الغير بعقود تكون قد أبرمها لإدارة العيّن ، وتكون محدودة المدة فلا يتضررون بها . (4)

فانتقال الالتزامات إلى الغير يعتبر استثناء من مبدأ نسبية العقد الذي يتضمن عدم الزام الغير بالعقد إلا إذا ارتضى ذلك . ولكن تظل لهذا الاستثناء القانوني أهمية محدودة جداً لصفته المؤقتة ، فمصره الزوال بعد مرور المدة المقررة له .

(1) WEILL :Thése Précitée , p 835

(2) تقضى المادة 1743 مدني فرنسي بأنه في حالة استرداد البائع للشيء المبيع يبقى ملزماً بعقود الإيجار التي أبرمها المشتري بحسن نية .

(3) MAZEAUD : Leçons de droit civil ,Tome 2 , V.I ,Op,Cit, p.853

(4) WEILL : Thése Précitée , p .836

المبحث الخامس

الاستثناء الخاص بالاحتجاج بتحديد مسؤولية الناقل الجوي والبحري في مواجهة الغير

إذا تمّ بين المسافر والناقل الجوي تحديد مسؤولية هذا الأخير، فإن هذا يكون على أساس العقد وليس في هذا استثناء من مبدأ نسبية العقد . وكذلك إذا رفع ذوو الحقوق دعوى على أساس المسؤولية العقدية يطالبون فيها بالتعويض عن الضرر الذي أصاب المسافر ، أو إذا كان المسافر قد اشترط لمصلحتهم ورفعوادعواهم على أساس المسؤولية العقدية ، فليس في احتجاج الناقل عليهم بقواعد تحديد المسؤولية التي تمت بينه وبين المسافر استثناء من مبدأ نسبية العقد .

ولكن نكون أمام استثناء من المبدأ عندما يطالب ذوو الحقوق الناقل على أساس المسؤولية التقصيرية بالتعويض عن الضرر المرتد الذي أصابهم شخصياً اثر وفاة المسافر ، واحتج عليهم بتحديد المسؤولية وفقاً لشروط تمت بينه وبين المسافر .

وتنص المادة 92 من الأمر رقم 76 - 80 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 المتضمن القانون البحري الجزائري على مايلي : " يستطيع مالك السفينة تحديد مسؤوليته تجاه من تعاقد معه أو تجاه الغير لأجل الديون الناتجة من أحد الأسباب المذكورة في المادة التالية ، إلا إذا ثبت بأن الخطأ المرتكب كان متعلقاً به " .

فعندما يحتج الناقل على الغير بالشروط المنصوص عليها في العقد الذي يربطه بالمسافر والذي تحددت فيه مسؤوليته ، فهذا يشكل استثناء من مبدأ نسبية العقد .

وقد أبرمت معاهدة دولية خاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بنقل الركاب بطريق البحر في بروكسل في 1961/4/29 ونصت المادة 1/6 منها على التحديد القانوني لمسؤولية الناقل البحري عن وفاة المسافر أو إصابته ، في جميع الأحوال بمبلغ 250 ألف وحدة حسابية (1).

(1) د. مصطفى كمال طه : مبادئ القانون البحري ، الطبعة الثانية ، الدار الجامعية ص 326

وتحديد مسؤولية الناقل يلزم جميع الأشخاص الذين يطالبون بالتعويض سواء رفعوا دعواهم على أساس المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية. (1)

كما أن اتفاقية وارسو "VARSOVIE" لسنة 1929 (2) تنص في المادة 22 منها على مسؤولية الناقل الجوي في مواجهة كل راكب وكذلك بخصوص البضائع والأمتعة (3) كما نصت المادة 24 من هذه الاتفاقية على الاحتجاج على ذوى الحقوق بتحديد مسؤولية الناقل. (4) وهذا يشكل استثناء من مبدأ نسبية العقد لأن الغير لم يكن طرفاً في العقد ولكن يحتج عليه بتحديد مسؤولية الناقل الواردة في العقد .

وتنص المادة 77 من القانون الجزائري رقم 64 - 166 المؤرخ في 8 جوان 1964 المتعلق بالمصالح الجوية على مايلي : "... تحدد مسؤولية الناقل بواسطة الطائفة ازاء كل شخص منقول بمائتين وخمسين ألف وحدة حسابية ، وإن كان بالامكان ضبط حد أعلى بموجب اتفاق بين الناقل والشخص المنقول ...".

وتحديد مسؤولية الناقل بخصوص الحد الأدنى المقرر قانوناً يحتج به على الغير، وهذا استثناء فعلى من مبدأ نسبية العقد - مقرر قانوناً و وفقاً للاتفاقيات الدولية - تمليه العدالة الاجتماعية حتى لا يكون للغير الحق في تعويض أكثر مما هو مقرر أو مستحق للمضروب .

و خلاصة لهذا الفصل أرى أنه إذا أردنا تعداد الاستثناءات القانونية لوجدناها كثيرة ولكن بالتدقيق فيها نجد أنها مجرد استثناءات ظاهرية أو نسبية أو مؤقتة .

فالاستثناءات الظاهرية كالحلول والحوالة والتنازل عن العقد ، والزام الشركة المدمجة كلها استثناءات تخص المرحلة الأولى للعقد، إذ بعد قبول الغير التحمل بالالتزامات واكتساب الحقوق ، يصبح هذا الغير طرفاً في العقد. (5) ولا يعد هذا استثناء من مبدأ نسبية العقد . ويجرى الوضع كله في نطاق مبدأ نسبية العقد الذي يمنح امتداد الآثار الملزمة للعقد الى الغير ما لم يرض بها .

(1) MAZEAUD : Leçons de droit civil, Tome 2, V.1, Op, Cit, p.853

(2) جاء في عرض الأسباب للقانون 64 - 166 المتعلق بالمصالح الجوية أن مصادقة المجلس الوطني الجزائري على انضمام الجزائر الى اتفاقية فرسوفيا قد تم بتاريخ 1964/2/25.

(3) د. محمد فريد العربى : القانون الجوي ، النقل الجوي، الدار الجامعية، 1986، ص 88

(4) (J.L)GOUTAL :Thèse Précitée , Note 17,p .51

(5) (L)AYNES :Thèse Précit, p .103

وفيهما يتعلق بانتقال بعض العقود إلى الخلف الخاص كعقد الإيجار وعقود العمل وعقد التأمين، فهذا يشكل استثناء نسبياً من المبدأ لأنه يتعلق بعقود مجددة، ويعتبر استثناءاً من الناحية النظرية فقط، لأنه من الناحية العملية غالباً ما يعلم الخلف الخاص بطريق أو بأخرى بأن هذه العقود تنتقل إليه، ورضاه باكتساب ملكية العين التي تنصل بها هذه العقود يعدّ قبولاً ضمناً منه لها .

أما الاستثناءات الخاصة بالدعوى المباشرة فيمكن تكييفها بأنها استثناءات نسبية خاصة بأشخاص معينين قانوناً، ومحدودة بقيمة معينة وبالالتزامات معينة أيضاً. ويعتبر الزام الغير بأعمال الإدارة الحسنة استثناءً من المبدأ تفرضه الحياة العملية إلا أنه استثناء مؤقت محدود بفترة زمنية قصيرة لا تحدث ضرراً بالغير، إذ تراعى فيها مصالح الغير حسن النية، ومصلحة المالك كذلك بتحديد مدتها قصيرة لا تضر به. ومن البديهي أيضاً ألا يكون للغير الذي يستمد حقه من ضرر أصاب الغير، حقوق أكثر من المضرور نفسه، فتسرى قواعد تحديد المسؤولية المقررة قانوناً للناقل الجوي والبحري على الغير، ويعد هذا استثناءً من المبدأ له ما يبرره، إلا أن هذه التبريرات كلها لا تقلل من أهمية الاستثناءات التي تظل فعلية وموجودة إلا أنها غير كافية للقضاء على المبدأ الذي يبقى قائماً لبقاء الأساس الذي يقوم عليه، ولا يمكن لاستثناءات مهما تعددت القضاء عليه إلا إذا كانت تأتي بمبدأ آخر يقوم مقامه .

الفصل الرابع

العقود الجماعية

العقد الجماعي هو اتفاق يربط أفراداً بصفة جماعية بفرد معين أو بمجموعة أخرى من الأشخاص ، وهو يلزم من وافق عليه ومن لم يوافق عليه ، من كان حاضراً ، ومن كان غائباً ، فيكفي فيه انضمام الشخص الى الجماعة التي أبرمت العقد لالزامه به واكتسابه حقوقاً منه⁽¹⁾ ومن هذا المنظور تعتبر هذه العقود بصفة عامة استثناءً من مبدأ نسبية العقد، إذ تبرم الأغلبية هذا العقد ، فيلزم الأقلية رغم عدم مشاركتها بل ورغم اعتراضها. ويجب أن يكون ما يلزم الغير عقداً حتى يعتبر استثناءً من مبدأ نسبية العقد أما إذا كان مجرد قرار جماعي لدفع اشتراك معين أو مجرد أعمال مادية ، فلا تكون بصدد استثناء من مبدأ نسبية العقد .

فحق أغلبية الشركاء على الشيوع في القيام بأعمال إدارة المال الشائع يكون ملزماً للأقلية وهذا ما تضمنته المادة 716 مدني جزائري، ولكي يكون الزام الأقلية استثناءً من مبدأ نسبية العقد لابد أن يكون العقد ، عقد تحسين أو اصلاح للمال الشائع تبرمه الأغلبية مع مقاول معين أو متعاقد آخر ، أي أن يكون الزام الأقلية مستمداً من عقود تلزم الغير رغم عدم مشاركتهم أو اعتراضهم عليها .

كذلك بخصوص الملكية المشتركة في العقارات المبنية والتي تتولى فيها جمعية الشركاء إدارة العقار والمحافظة عليه فتتخذ القرارات بالأغلبية وتلزم الأقلية المعارضة أو الغائبة بها ، وتنص المادة 1/764 مدني جزائري على ما يلي : " تتخذ قرارات الجمعية عن طريق الاقتراع بالأغلبية البسيطة أو الأغلبية المحددة ويتكفل بتنفيذ هذه القرارات متصرف العقار الذي يوضع مباشرة تحت مراقبة الجمعية " .

(1) د. عبد المنعم البدراوي: النظرية للالتزامات ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 74 ، وانظر أيضاً توفيق حسن فرج و د. يحيى مطر : الأصول العامة للقانون ، المرجع السابق ، ص 379 .

فهذا يعني ان العقود التي تبرمها الجمعية مع المقاول لترميم العقار المشترك مثلاً أو لاصلاحه تكون ملزمة لباقي الشركاء ،وتسري عليهم سواء أكانوا حاضرين أم غائبين أم معترضين ، وفي حالة عدم اعتراضهم في أجل شهرين ابتداء من تاريخ تبليغهم القرارات، يسقط حقهم في المعارضة ، ويجب ان يتم ذلك أمام المحكمة في هذا الأجل وفقاً للمادة 764 مكرر 2 مدني جزائري .

ولكن يجب ان يكون قرار الجمعية ممثلاً في ابرام عقود مع الغير والزام الشريك المعارض او الغائب بها ليعتبر استثناء من مبدأ نسبة العقد ، اما اذا تمثل عمل الجمعية في مجرد قرار للقيام بأعمال مادية أو لدفع اشتراك معين او لاتخاذ موقف معين فهذا لا يتضمن أى استثناء من مبدأ نسبة العقد .

وأتناول في هذا الفصل عقدين جماعيين يشكلان استثناءً فعلياً من مبدأ نسبة العقد ، وهما عقد العمل الجماعي اذ تلزم الأقلية - المتمثلة في أعضاء النقابة - الأغلبية - وهم العمال - بالعقد الذي تبرمه مع أحد أو أكثر من أصحاب العمل - فالعمال يلزمون بعقد لم يشاركوا في ابرامه وهذا ما أتعرض له في المبحث الأول ، أما المبحث الثاني فأتناول فيه عقد الصلح ، اذ يعتبر قرار الاقلية عنصراً ايجابياً لعقد الصلح مع المفلس ، وتلتزم به الأقلية .

المبحث الأول

عقد العمل الجماعي

عقد العمل الجماعي هو اتفاق ينظم شروط العمل بين نقابة أو أكثر من نقابات العمال والمستخدم أو مجموعة من المستخدمين، أو تنظيم نقابي للمستخدمين/ اذ تنص المادة 114 من قانون 90 - 11 المؤرخ في 1990/04/21 المتعلق بعلاقات العمل⁽¹⁾ على ما يلي :-

(1) أتعرض في هذا الموضوع لقوانين العمل الصادرة بعد دستور 1989/2/23 لأن هذه المرحلة ، تعد مرحلة جديدة توسعت فيها المفاوضات الجماعية ، وأصبحت لها مكانة معتبرة تحدد بموجبها علاقات العمل .

"الاتفاقية اتفاق مكتوب يتضمن شروط التشغيل والعمل فيما يخص فئة أو عدة فئات مهنية .
وتبرم داخل الهيئة المستخدمة الواحدة بين المستخدم والممثلين النقابيين للعمال .
كما تبرم بين مجموعة مستخدمين أو تنظيم أو عدة تنظيمات نقابية تمثيلية للمستخدمين
من ناحية أو تنظيم أو عدة تنظيمات نقابية تمثيلية للعمال من ناحية أخرى ..."
ويختلف عقد العمل الجماعي عن عقد العمل الفردي الذي يبرمه العامل مع المؤسسة المستخدمة
وينشئ علاقة العمل بينهما ، ذلك لأن عقد العمل الجماعي له طابع جماعي من حيث أطرافه ،
ان يكون أحد أطرافه على الأقل نقابة أو أكثر من نقابات العمال ولا يتطلب الصفة الجماعية
بالنسبة لأرباب العمل ، كما ان آثاره تعتبر جماعية ان يضع نظاما تخضع له علاقات العمل
الفردية الخاصة بالمؤسسة المستخدمة التي أبرمت العقد ، فينظم العقد الجماعي هذه
العلاقة (1) فهو بمثابة دستور لعلاقة العمل الفردية .
و تعالج الاتفاقيات الجماعية شروط التشغيل والعمل من تصنيف المهن ، ومقاييس العمل ،
والمكافآت واجراءات المصالحة في حالة وقوع نزاع ، الى غير ذلك من الاختصاصات التي
ذكرتها على سبيل المثال المادة 120 من قانون 90 - 11 المذكور أعلاه .
ولقد وسع القانون الفرنسي من مجال اتفاقيات العمل الجماعية بمقتضى قانون 13 - 07 -
1971 المتضمن تعديلات بخصوص الاتفاقيات الجماعية ، فاصبح من اختصاصها ، أيضا التعرض
للمضامات الاجتماعية للعمال الى جانب تنظيم شروط العمل (2)
ويحقق عقد العمل الجماعي أهمية وفائدة ان يحصل العمال بموجبه على مزايا أفضل
من التي يضمنها لهم القانون ، ان القانون يضمن الحد الأدنى من حقوق العمال فقط (3) كما أن
العقد الجماعي يؤدي الى توحيد شروط العمل بين العمال واقامة المساواة بينهم ، ويحد كذلك
من نزاعات العمل التي يمكن تسويتها وديا بالاتفاق الجماعي وبشروط يتقبلها الطرفان .

(1) د.محمود جمال الدين زكي : قانون العمل ، الطبعة الثالثة ، 1983 ، مطبعة جامعة القاهرة ، ص 752 .

(2) (M)DESPAX: Traité de droit du Travail:Les conventions collectives, mise à jour 1974 - DALLOZ. p. 16 .

(3) د.عدي خليل : التعليق على نصوص قانون العمل ، الطبعة الثانية ، 1990 ، عالم الكتب القاهرة ، ص 305 .

كما تساعد الاتفاقيات الجماعية على القضاء على التنافس للالتحاق بالمؤسسة التي تقدم مزايا أفضل وخاصة إذا تمّ توحيد الاتفاقيات بالنسبة للعاملين في صناعة واحدة أو قطاع واحد .

ويمكن عن طريق الاتفاقيات الجماعية مساندة التطور الاقتصادي وما يتطلبه من تغيير في علاقة العمل إذ يمكن تجديدها كلما اقتضى الأمر ذلك ، هذا إذا كانت هذه الاتفاقية محدودة المدة (1).

ولا أتناول في هذا البحث الاتفاقيات الجماعية بالتفصيل وإنما اقتصر على الجوانب التي لها علاقة بموضوعي فقط ومنها الطبيعة القانونية لعقد العمل الجماعي باعتبار أن تجديدها يساعد على تصوّر مدى اعتبارها استثناء من مبدأ نسبية العقد ، وهذا في المطلب الأول ، كما أتناول في مطلب ثان الآثار القانونية المترتبة عن عقد العمل الجماعي إذ تبيّن من هم الأشخاص الملزمون به رغم عدم مشاركتهم في إبرامه ، مما يؤدي إلى التوسيع من دائرة الأشخاص الملزمين بالعقد فيضيف من مجال مبدأ نسبية العقد بدمج الغير في العلاقة التعاقدية .

المطلب الأول

الطبيعة القانونية لعقد العمل الجماعي

لا ينشئ عقد العمل الجماعي العلاقة القانونية بين صاحب العمل والعمال ، بل يحدد الشروط التي يجب أن تتضمنها عقود العمل الفردية ، لهذا أشير خلاف حول تحديد طبيعته القانونية ، فذهب البعض إلى أنه عقد ، وذهب البعض الآخر إلى اعتباره لائحة ، كما ذهب رأي وسط إلى القول بأنه ذو طبيعة مزدوجة ، وفيما يلي أعرض لهذه الآراء .

(1) د. أحمد حسن البرعي : علاقات العمل الجماعية في القانون المصري المقارن ، الجزء 2 ، عقد العمل المشترك ، دار الفكر العربي ، ص 33 - 35 .

أولا : فكرة العقد .

يذهب أصحاب هذا الرأي الى القول بأن عقد العمل الجماعي، عقد ان تتوفر فيه جميع الشروط المطلوبة في العقد ، فهو لا يمكن ان يتم الا باتفاق أطرافه على شروط ونتائج معينة ، ولكن هذه الفكرة لا تتفق مع الزام العقد للعمال المنضمين للنقابة التي أبرمتها وكذلك لا تنطبق هذه الفكرة على العمال الراضين له (1) فالعقد لا يلزم الا أطرافه وممثلهم بينما في هذه الحالة يتعدى العقد هذا النطاق ، ولقد تنبه أصحاب هذه الفكرة لذلك ، فذهبوا الى تفسير انصراف آثار العقد الى الغير بالاستناد الى فكرة الوكالة ، فرأوا ان النقابة أو اي تنظيم آخر عند ابرامها الاتفاقية الجماعية تكون وكيلًا عن الاعضاء المشكلين لها ، وذهب البعض منهم الى القول بأنها وكالة اتفاقية بين النقابة وعضائها ، ولكن يرد على هذا الرأي بأن الوكالة لا تستخلص من مجرد انضمام شخص الى مجموعة معينة ، الى جانب هذا ، فالاتفاقيات الجماعية تلزم المعارضين الذين لم يوافقوا في الجمعية العامة للنقابة على ابرامها ، ولا يمكن القول بوجود وكالة في هذا المجال (2) كما أنه لا يمكن أيضا الأخذ بالوكالة القانونية لأنها لا تنقرر الا بموجب نص قانوني صريح ، الى جانب هذا فالمفروض في الوكالة ان آثار العقد تنصرف الى الموكل ولا يلزم الوكيل بهاء بينما الاتفاقية الجماعية للعمل تلزم اعضاء النقابة اذ تنص المادة 127 من قانون 90 - 11 المذكور أعلاه على مايلي : " تلزم الاتفاقية الجماعية كل من وقع عليها أو انضم اليها فور استكمال الاجراءات المنصوص عليها في المادة السابقة " .

أمام هذا ، ذهب انصار الفكرة العقدية في تبرير رأيهم الى الاستناد الى فكرة الفضالة والقول بأن التنظيم النقابي يعتبر فضوليا ويقوم بالاتفاقية لمصلحة العمال ، الا ان الفضولي من المفروض ان يختفي من العلاقة بمجرد اقرار رب العمل للتصرف ، بينما في عقد العمل

(1) د. محمود جمال الدين زكي : قانون العمل ، المرجع السابق ، ص 759

(2) (A)WEILL : Thèse Précitée , p . 971 - 972

الجماعي تبقى النقابة ملزمة بالاتفاقية⁽¹⁾ كما يمكنها ان ترفع دعوى للمطالبة بتنفيذ الاتفاقية لحسابها أو لحساب العمال وفقا للمادة 129 من قانون 90 - 11 السابق ذكره وأمام قصور هذه المحاولة ، ذهب فريق آخر الى القول بأن النقابة تعتبر أنها اشترطت لمصلحة الغير ، فيكون المنتفع هم العمال ، ونقابة العمال هي المشتري ، والمتعهد هو المستخدم ، وان كانت هذه الفكرة تفسير مطالبة النقابة بتنفيذ الاتفاقية كما انها تفسر سريان عقد العمل المشترك على العمال غير الأعضاء في النقابة والذين انضموا في وقت لاحق لأن المنتفع يمكن أن يكون شخصا او جهة مستقبلية⁽²⁾ ، إلا ان في الاشتراط لمصلحة الغير يحق للمشتري نقض المشاركة بينما ليس للنقابة ذلك . كما ان للمنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير الحرية في قبول أو رفض المشاركة بينما عقد العمل الجماعي يفرض على العمال ويلتزمون به .

وقصور هذه الفكرة في مجملها يكمن في كون الاشتراط لمصلحة الغير يكسب الغير حقا من عقد أبرمه المشتري بينما عقد العمل الجماعي قد يجعل الغير المنتفع بالتزامات (اذا قد تتضمن زيادة الاجور القيام بتربصات معينة او اضافة ساعات في العمل ، وهذا لا يمكن تبريره بالاستناد الى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير .

وتفاديا لهذا القصور في التأسيس ذهب فريق آخر الى القول بأن عقد العمل الجماعي عقد مركب من اشتراط لمصلحة الغير وتعهد من الغير ، إلا أنه لا يمكن اعتبار العقود الجماعية تعهدا لأن في التعهد عن الغير يلتزم المتعهد وحده بالعقد ، بينما العقد الجماعي يلزم أطرافه والغير .

كما انه طبقا للقواعد العامة اذا خالف المستخدم شروط الاتفاقية الجماعية عند ابرام عقد عمل فردي ، فانه يلزم بالتعويض المترتب على ذلك ، بينما تذهب مختلف التشريعات الى ابطال الشروط الواردة في عقد العمل الفردي والمخالفة للعقد الجماعي ، وهذه أحكام مخالفة لما هو مقرر في القواعد العامة⁽³⁾.

(1) د. أحمد حسن البرعي : المرجع السابق، ص 70

(2) (A) WEILL : Thèse Précitée , p .974

(3) (M) DESPAX : Traite de droit travail , conventions collectives Dalloz , 1966 , p .58

ثانيا : فكرة اللائحة .

وقد ذهب رأى آخر الى القول بأن عقد العمل الجماعى هو عمل لائعى ، فهو يضع نظاما قانونيا يتصف بالعموم ، اذ يخضع جميع المنضمين الى الجماعة ، الموافقين منهم والمعارضين والذين كانوا موجودين وقت ابرامه ، وكذلك الذين انضموا الى الجماعة بعد ذلك (1) وتعتبر قواعده ملزمة فلا يجوز ان يخالف اى عقد فردى احكام العقد الجماعى ، اذ تنص المادة 137 من قانون 90 - 11 المتعلق بعلاقات العمل والسابق ذكره على ما يلى : " يكون باطلا وعديم الأثر كل بند فى عقد العمل يخالف باستقصاءه حقوقا منحت للعمال بموجب التشريع والاتفاقيات أو الاتفاقيات الجماعية " .

كما يجب ألا يخالف النظام الداخلى الذى تضعه المؤسسة المستخدمة أحكام الاتفاقية الجماعية ولا اعتبر باطلا اذ تنص المادة 78 من القانون 90 - 11 السابق ذكره على ما يلى : " تعد الشروط الواردة فى النظام الداخلى ، التى قد تلغى حقوق العمال أو تحدد منها ، كما تنص عليها القوانين والاتفاقيات الجماعية المعمول بها ، لاية وعديمة المفعول " . الى جانب هذا فالعقد الجماعى يشبه لائحة لما يجيزه من انضمام مؤسسات مستخدمة الى الاتفاقية دون اشتراط موافقة الاعضاء الذين أبرموها ، وانما تشترط موافقة ممثلى العمال و المستخدمين لهذه المؤسسة فقط ، اذ تنص المادة 116 من القانون المنظم لعلاقات العمل على ما يلى : " عند ما تخص الاتفاقيات الجماعية عدة مؤسسات مستخدمة تلزم هذه الاخيرة ، شريطة ان يكون ممثلو العمال والمستخدمين لهذه المؤسسات اطرافا فيها او ان ينضموا اليها باتفاق مشترك " .

والواقع هو ان القول بأن العقد الجماعى ذو طبيعة لائحية يجد تفسيره من حيث اشاره وامتدادها الى غير اطرافه ، ولكن رغم هذا لا يمكن ان ننكر الطابع العقدي ، لعقد العمل الجماعى ، فهو لا يتم الا بعد الاتفاق والتراضى وهذا ما يتفق مع القواعد العامة للعقود) ويؤيد الفقهاء الفرنسيون هذه الفكرة خاصة بالنسبة للاتفاقيات الجماعية التى يختص وزير العمل بمدة نطاقها الى مستوى أو سع بواسطة قرار وزاري ، ولكن حتى بالنسبة لهذا النوع

(1) د. محمود جمال الدين زكى : قانون العمل ، المرجع السابق ، ص 766 . أيضا ، د. أحمد حسن البرعى : المرجع السابق ، ص 266

من الاتفاقيات ، يظل الطابع العقدى موجودا فيها ،
اذ ان فسخ احدى اتفاقيات عقد العمل الجماعى يؤدى الى اعتبار القرار الوزارى المتضمن
مد نفس الاتفاقية ملغى (1).
وهذا ما أدى ببعض الفقهاء الى القول بأن لعقد العمل الجماعى طبيعة مزدوجة .

ثالثا : فكرة الطبيعة المزدوجة لعقد العمل الجماعى .
يذهب انصار هذا الرأى الى ان لعقد العمل الجماعى طابعا مزدوجا فهو عقد عند ابرامه
اذ لابد من تراضى الطرفين على بنود او احكام الاتفاقية وهذا ما يؤكد القضاء الفرنسى ، اذ
قضى بابطال اتفاقية عمل لعيب من عيوب الرضا ، اذ كان من وقعها تحت ضغط وتهديد
فطبق فى هذا المجال القواعد العامة فى العقد التى تقضى بأن يكون العقد قابلا للإبطال
اذا كان احد اطرافه قد اكره على ابرامه (2).
كما ان الطابع العقدى لعقد العمل الجماعى يظهر فى طريقة انتهائه، اذ تقضى المادة
131 من قانون 90 - 11 السابق ذكره بما يلى : " يمكن الاطراف المتعاقدة نقض الاتفاقية
الجماعية جزئيا او كليا، ولا يمكن ، مع ذلك ان يطرأ النقص فى عضون اثنى عشر (12) شهرا
التي تلى تسجيلها " .
ولكن هذا ، لا يمنع من اضاء الطابع اللائحى على آثار الاتفاقية الجماعية ، لانصراف
هذه الآثار الى غير المتعاقدين ، وما تمتاز به من خصائص من حيث قوتها الملزمة ،
وعُموميّتها ، وتجزيدها (3).

ولتحديد الطبيعة القانونية لعقود العمل الجماعية أهمية قصوى بالنسبة لموضوع
البحث ، ذلك لأنه لو اعتبرناها عقداً لكان ذلك استثناء فعلياً من مبدأ نسبية العقد

(1) DESPAX : Op,Cit , Ed.1966 , p.62 , voir aussi (P.O)OLLIER : (1)
Le droit du travail, ARMAND Colin, Paris, 1972 , p.361

(2) ويشير المؤلف فى الهامش 1 من نفس الصفحة
DESPAX:Op,Cit,P .63
Tribunal de NANTES 6/1/1958
الى حكم محكمة نانت

(3) (J.L) GOUTAL : Thèse Précitée , p .5
د.عبد المنعم البدر اوى: مصادر الالتزام ، المرجع السابق، ص 74 ، وأيضاً د. جلال العدوى
قانون العمل، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1968، ص 206

أما إذا اعتبرنا الاتفاقية الجماعية لائحة أو تنظيمًا قانونيًا، فهذا لا يعد استثناء من المبدأ إذ لا غرابة في أن تمتد آثار اللائحة إلى غير المتعاقدين.

ويظل الطابع العقدي، هو الطابع الغالب للاتفاقية الجماعية بصفة عامة، إذ تخضع للأحكام الخاصة بالعقود، وذلك حتى بالنسبة للاتفاقيات الجماعية التي يمدها وزير العمل بقرار منسبه، والتي هي أقرب إلى اللائحة من العقد.

فمجلس الدولة الفرنسي يؤيد فكرة الطابع العقدي للاتفاقية الجماعية، إذ عندما أشير نزاع جدي أمام الغرفة الإدارية لتجاوز وزير العمل سلطاته في مدّ اتفاقية عمل معينة، أصدرت هذه الغرفة قراراً بعدم اختصاصها بالدعوى نظراً لتعلقها بالقانون الخاص و أحالت الدعوى إلى السلطة القضائية المختصة⁽¹⁾.

المطلب الثاني

الآثار القانونية لعقد العمل الجماعي

بعد أن تبرم الاتفاقية وتقبل بنودها، وبعد استكمال الاجراء الشكلي، وهو التسجيل في مفتشية العمل وكتابة الضبط بالمحكمة المختصة، طبقاً لأحكام المادة 126 من القانون 90 - 11 المذكور سابقاً، تصبح هذه الاتفاقية ملزمة لكل من وقّع عليها وانضم إليها، إذ تنص المادة 127 من القانون 90 - 11 المذكور أعلاه على ما يلي: " تلزم الاتفاقيات الجماعية كل من وقّع عليها او انضم إليها فور استكمال الاجراءات المنصوص عليها في المادة السابقة".

فعقد العمل الجماعي يلزم نقابات العمال واصحاب العمل والمنظمات الممثلة لهم، الذين كانوا موجودين وقت العقد والذين انضموا اليه بعد ابرامه، إذ سبق الذكر انه يجوز الانضمام إلى اتفاقية جماعية شريطة موافقة ممثلي العمال والمستخدمين بالمؤسسة التي تريد الانضمام.

ومما لا شك فيه ان الاتفاقية الجماعية لا تلزم فقط من وقع عليها ومن انضم اليها بل تلزم كذلك العمال المنخرطين في النقابة والمنتمين اليها ، لأن نقابة العمال التي أبرمت الاتفاقية تمثلهم في ذلك ، فتصرف آثار العقد اليهم حتى لو كانوا معارضين لبرام الاتفاقية وهذا يشكك استثناء من مبدأ نسبية العقد .

الى جانب ان الاتفاقية الجماعية ترتب التزامات وحقوقا معينة ، فهي تنشئ كذلك قواعد عامة تطبق على العقود الفردية ، سواء انضم اصحابها الى النقابة التي أبرمت العقد أو لم ينضموا اليها ، لأن المؤسسة المستخدمة التي أبرمت الاتفاقية الجماعية أو التي انضمت اليها ، تلزم بتطبيق أحكامها على العقود الفردية التي تبرمها ، ولا يجوز لها مخالفة أحكامها إلا بما ينفذ العامل ، إذ تنص المادة 118 قانون 90-11 على ما يلي : " تفرض على المؤسسات المستخدمة الاحكام الأكثر نفعاً الواردة في مختلف الاتفاقيات الجماعية التي اكتسبت بها هذه الهيئة أو انضمت اليها وتطبق على عمالها ، إلا اذا كانت هناك احكام انفع مضمنة في عقود العمل المبرمة مع المستخدم " .

كما تنص المادة 17 قانون 90-11 على انه تعد باطلّة كل الاحكام المنصوص عليها في الاتفاقيات الجماعية اوفى عقد العمل التي من شأنها ان تؤدي الى تمييز بين العمال . وهذا ما أدى بالبعض الى القول بأن العامل الذي ليس عضواً في نقابة العمال سيكتسب حقوقاً من الاتفاقية الجماعية دون النحسب بالالتزامات ، وهذا يجعله في مركز افضل من العمال المنضمين الى النقابة التي أبرمت الاتفاقية (أو انضمت اليها) ⁽¹⁾ ولكن هذا غير صحيح لأن الاتفاقيات الجماعية تضمن دائماً شروطاً أفضل للعمال من تلك المقررة قانوناً . وإذا كان عقد العمل الجماعي يرتب واجبات معينة على العمال مقابل اكتسابهم حقوقاً كالزيادة في ساعات العمل مثلاً مقابل الزيادة في الأجر ، فهذه الواجبات لا بد للعامل غير النقابي من القيام بها إذا أراد الاستفادة من الحقوق الواردة في الاتفاقية الجماعية ، لأن الميزة تكون دائماً مشروطة بالالتزام المقابل ⁽²⁾ .

(1) د. جلال العلوي : قانون العمل ، المرجع السابق ، ص 180 ، هامش 2

(2) د. أحمد حسن البرعي : المرجع السابق ، ص 286 .

ويلاحظ ان المشرع الجزائري لم يتعرض لمصير الاتفاقيات الجماعية عند تغيير صاحب العمل أو المستخدمين الذين وقعوا عليها ، وهذا الاشكال يطرح فى اطار المؤسسات الخاصة ، وان كانت المادة 74 من قانون 90 - 11 تنص على ابقاء علاقات العمل فى حالات تغيير فى الوضعية القانونية للمؤسسة المستخدمة ، فلا يمكن الاستناد الى هذا النص للقول باقضاء الاتفاقيات الجماعية أيضا ، ولا بد للمشرع الجزائري من ان يورد نصا صريحا بهذا الشأن للمحافظة على حقوق العمال المكتسبة .

ويظل التراضى فى التشريع الجزائري هو مصدر الاتفاقية الجماعية اذ لا بد من اتفاق ارادة المتعاقدين حتى فى حالة مد الاتفاقية لتشمل قطاعا معيناً على المستوى الوطنى . ويجب ان تتفاوض بهذا الشأن التنظيمات النقابية للعمال والمستخدمين اذ تنص المادة 122 من قانون 90 - 11 على ما يلى : " تعتبر الاتفاقيات الجماعية التى تتجاوز اطرار الهيئة المستخدمة من درجة أعلى بمجرد ان تتفاوض فى شأنها وتبرمها التنظيمات النقابية للعمال والمستخدمين المعترف بتمثيلها فى مجال التطبيق القطاعى او المهنى او الاقليمى لتلك الاتفاقيات " .

وهذا بخلاف القانون الفرنسى الذى يعرف نوعين من الاتفاقيات الجماعية ، الاتفاقيات العادية المبرمة بين نقابة العمال والمستخدم ، او المجموعة من المستخدمين وهى لا تلزم الا موقعيها ، والعمال الاعضاء فى النقابة التى توقعها ⁽¹⁾ كما تلزم العمال الذين ينضمون اليها ⁽²⁾ وجميع العمال المنتمين الى المؤسسة المستخدمة التى وقعت على الاتفاقيات سواء كانوا اعضاء فى النقابة التى وقعت أو لم يكونوا اعضاء فيها • . وفى القانون الفرنسى يقضى هو ايضا بالغاء كل شرط وارد فى عقد العمل الفردى اذا كان مخالفا لاحكام الاتفاقية الجماعية ، الا اذا كان هذا الشرط يحقق مصلحة للعامل ، أى اذا كان عقد العمل الفردى يتضمن شروطا افضل مما تضمنته الاتفاقية الجماعية ⁽³⁾ هذا عن النوع الأول من الاتفاقيات الجماعية فى القانون الفرنسى .

(1) MAZEAUD : Op, Cit, Tome 2 , Volume 1, p. 78

(2) Pierre D. OLLIER : Op, Cit, p. 337

(3) FLOUR et AUBERT ; Op, Cit, Volume 1, p. 388, (P.D) OLLIER : Op, Cit, p. 345 .

أما النوع الثانى منها فهو يمثل فى مذهب اليه القانون من مدّ نطاق عقد العمل الجماعى الى كل المؤسسات المستخدمة التى تراول نفس النشاط ، وذلك يتم بقرار من وزير العمل ، وهذا ما تضمنته المادة 133 / 3 عمل فرنسى . (1)

ولقد كان قانون العمل الفرنسى لـ 1952/2/11 يشترط لمدّ اتفاقية عمل معينة ان يكون العمال الذين تمتد اليهم يمارسون نفس النشاط المضمون فيها ، أى مدّ الاتفاقية فى اطار نشاط معين او اختصاص معين فقط ، ولنفس المنطقة فقط ، فلا يتعداها الى نشاط آخر او منطقة أخرى . (2)

لكن تطوّرا الامر اليوم اذا اصبح وزير العمل يستطيع مدّ أى اتفاقية جماعية الى كافة المناطق دون تحديد ، والى كافة النشاطات وهذا ما تضمنته المادة 12/133 عمل فرنسى . (3)

ومدّ الاتفاقيات الجماعية الى غير المتعاقدين قد يشمل جميع العمال والمستخدمين والهدف من هذا المدّ هو الحدّ من الفوارق .

ويرى قوتال " GOUTAL " انه كلما اتسع مجال امتداد الاتفاقية الجماعية بهذه الصفة الى ان تضم جميع الاختصاصات او النشاطات فى كافة الوطن ، ابتعدت عن اطار العقدي واقتربت من اللائحة ، وفى هذه الحالة لا تشكل استثناء من مبدأ نسبية العقد ، ان من البديهي ان تتعدى الآثار القانونية للائحة نطاق المتعاقدين (4) ويلتزم بها جميع المستخدمين الذين تضمنهم القرار الوزارى المتعلق بمدّ الاتفاقية .

ولاشك فى ان الاتفاقية الجماعية يغلب عليها الطابع التعاقدى فى ظل القانون الجزائرى وتعد استثناء من مبدأ نسبية العقد ، خاصة بانصرافها الى اعضاء النقابة الذين رفضوها ، وكذلك بالنسبة للعمال الاعضاء فى النقابات التى ابرمت او التى انضمت اليها فى وقت لاحق ، ولايكفى القول بأن هؤلاء العمال قد انضموا بارادتهم الى النقابة ، لأن مجرد الانضمام الى مجموعة لا يعنى توكيلها للقيام بعقود معينة ، فالاستثناء من مبدأ نسبية العقد يبقى قائما ، وتبرره المصلحة العامة للعمال ، ان هذه العقود تبرم لمصلحة العمال ولا يمكن ان تخالف أو تنقص من الحقوق المكتسبة والمقررة قانونا لمصالحهم .

MAZEAUD : Op, Cit, Tome 2 ; Volume 1, p79

(1)

OLLIER ; Op, Cit, p.360

(2)

DESPAX : Op, Cit, Mise à jour 1974, p.17

(3)

GOUTAL : Thèse Précitée , p.51

(4)

المبحث الثاني

الصلح الواقعي من الافلاس

تمهيد -

الصلح الواقعي من الافلاس يتم بموافقة أغلبية الدائنين العاديين على تفادي شهر الافلاس وذلك بتخفيض بعض الديون عن المدين أو تأجيلها أو تنازل هذا الأخير عن بعض الأصول لفائدة الدائنين وهذا ما تضمنته المادة 333 و المادة 334 تجاري جزائري .

والصلح الواقعي يختلف عن الصلح الودي الذي تطلب فيه موافقة جميع الدائنين ، فالصلح الواقعي عقد يبرم من طرف الدائنين الذين يتداولون في جمعية عامة ، فإذا وافقت عليه الاغلبية المقررة قانونا يكون ملزما لجميع الدائنين الحاضرين والغائبين ، الموافقين والرافضين⁽¹⁾ . وهو بهذا يعتبر استثناء من مبدأ نسبية العقد لأنه يلزم اشخاصا لم يشاركوا فيه واشخاصا اعترضوا عليه .

وسأعرض في هذا المبحث للطبيعة القانونية للصلح الواقعي ، ثم لأثارة مبيّنة في ذلك أنه استثناء فعلي من مبدأ نسبية العقد .

(1) د. راشد راشد : الأوراق التجارية الافلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ص 320 ، وأيضا : MARTY et RAYNAUD : Droit Civil ; Tome 2 , Volume 1, Op, Cit, p. 296 et aussi (B) STARCK : Les Obligations : Op, Cit, p. 263 .

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للصالح الواقعي

لقد حاول بعض الفقهاء تبرير عقد الصالح وخضوع الاقلية الراضة والغائبة لرغبة الأغلبية الموافقة بأن الأغلبية تنوب عن الأقلية ، ولانكون في هذه الحالة امام استثناء من مبدأ نسبة العقد بل امام تطبيق لفكرة النيابة، وهي في هذا المجال نيابة قانونية اذ لا يمكن ان تكون اتفاقية لأن الدائنين الغائبين وخاصة الرافضين لم يوافقوا عليها كما ان النيابة القانونية تكون في حالة نقص او انعدام الأقلية ، بينما في الصالح يكون الدائن المعارض والدائن الغائب في غالب الاحوال كامل الأهلية فلا يمكن تطبيق هذه الفكرة عليه (1).

لهذا ذهب البعض الآخر من الفقهاء الى اخراج الصالح من الاطار التعاقدي وقالوا ان الزام الأقلية به ناجم عن ان عقد الصالح اجراء قضائي ذلك لأنه لايت من اخضاع الصالح للموافقة القضائية عن طريق المصادقة عليه ، وقد نصت المادة 1/325 تجاري جزائري على مايلى :-
" يخضع الصالح للتصديق عليه من المحكمة ، وتكون متابعة التصديق بناء على طلب الطرف الذي يهمه التعجيل ولا يمكن للمحكمة الفصل فيه الا بعد فوات ميعاد الشمانية أيام المحدد في المادة 323 ".

فتصديق المحكمة على الصالح يعتبر اجراء ضروريا ، فهي التي تقوم بالتحقيق والرقابة وبالنظر الى امكانية المدين في اقتراح الصالح ، وقدرته على تنفيذه (2)
ولكن يلاحظ انه يبقى للصالح الطابع التعاقدي ، ذلك لأنه وان كان للمحكمة المصادقة على الصالح، فانه لايجوز لها تعديل شروطه (3) كما انه لو كان الصالح من انشاء القضاء لما احتجنا الى موافقة أغلبية الدائنين عليه ، وكذلك لكان رفض الأغلبية غير ملزم للمحكمة . وهذا أمر

(1) WEILL : thèse précitée , p . 958

(2) د. ادوار عيد : احكام الافلاس ، الجزء الثاني ، مطبعة باخوس، بيروت، 1973، ص 347
د. مصطفى كمال طه : مبادئ القانون التجاري ، مؤسسة الطباعة الجامعية، لبنان، 1979 ، ص 541.

(3) د. ادوار عيد : المرجع السابق ، ص 347

غير سائع فلا يجوز للمحكمة فرض الصلح على الدائنين بل هو عقد تفرره الاغلبية وفقا لاراداتها ورغبتها⁽¹⁾ الى جانب ان الصلح يفسخ. فى حالة عدم تنفيذ المدين لالتزاماته التى تعهد بها وهذا ما نصت عليه المادة 340 تجارى جزائري . وهذا دليل على طابعه التعاقدى، اذ لكل دائن الحق فى فسخ العقد⁽²⁾. وهناك من ذهب الى ان الصلح ذو طبيعة مزدوجة، فهو عقد بالنسبة للدائنين الموافقين عليه، اما بالنسبة للدائنين الراضين له والغائبين فانه يلزمهم بحكم القضاء، وهذا القول يعنى الا يكون للاقلية الرافضة او الغائبة حق فسخ الصلح، وهذا غير صحيح ولا يستقيم اذ انه ليس هناك فرق بين الاغلبية الموافقة والاقلية الغائبة أو الرافضة من حيث آثار الصلح، فتطبق عليهم جميعا نفس الاحكام⁽³⁾. وأخلص من هذا الى ان عقد الصلح، يشكل استثناء من مبدأ نسبية العقد لزامه الغير الذين لم يوافقوا عليه.

المطلب الشاس

آثار الصلح

ان عقد الصلح هو عقد ابرمته الاغلبية، فلا يتطلب موافقة جميع الدائنين، بل تكفى لقيامه موافقة اغلبية الاصوات، وان تكون هذه الاغلبية تمثل ثلثى مجموع الديون العادية على الاقل، اذ تنص المادة 1/318 تجارى جزائري على ما يلى: "لا يقوم الصلح الا باتفاق الاغلبية العددية للدائنين المقبولين انتهايا أو وقتيا على ان يمثلوا الثلثين لجملة مجموع

(1) WEILL :Thèse Précitée , p.960

(2) ARGENSON et TOUJAS ;Reglement Judiciaire,Liquidation des biens et faillite 2, 4eme Edit,librairies techniques,Paris 1973 .p.15 .

(3) WEILL :Thèse Précitée , p.961 et 962

الديون ، إلا ان ديون الذين لم يشتركوا في التصويت تخفض لحساب الأغلبية في العدد او في مقدار المبالغ ويمنع التصويت بالمراسلة".

ولا يخص الصلح إلا الدائنين العاديين الذين نشأت ديونهم قبل تقديم الصلح . أما الدائنون المرتهنون ، والدائنون الذين يتمتعون بتأمين عيني فلاتحسب اصواتهم إلا اذا تنازلوا عن تأمينهم ، ان تنص المادة 319 / 1 تجاري جزائري على مايلي : " لا تحتسب في اجراءات الصلح اصوات الدائنين المستمعين بتأمين عيني بخصوص ديونهم المضمونة على الشكل المذكور إلا ان يتنازلوا عن تأمينهم " .

فالصلح يسرى على الدائنين العاديين الذين نشأت ديونهم قبل تقديم طلب الصلح ، وذلك سواء كانوا حاضرين او غائبين ، قابليين للصلح او رافضين له ⁽¹⁾ . وهذا يعتبر استثناء من مبدأ نسبية العقد لتحمل الدائن الغائب والرافض للالتزامات الناتجة عن عقد الصلح ، فقد نصت المادة 330 / 1 تجاري جزائري على مايلي : " التصديق على الصلح يجعله ملزما لكافة الدائنين سواء كانت حققت ديونهم أم لا " . اذ يترتب على عقد الصلح اعطاء المدين مهلة نسبة للوفاء بالدين ، ويكون الدائن الرافض للصلح والدائن الغائب أيضا ملزمين بها ، فلا يستطيعان مطالبة المدين إلا في الميعاد المحدد في عقد الصلح .

أما بالنسبة للدائنين العاديين الذين نشأت حقوقهم بعد تقديم طلب الصلح او إنشائه ، وكذلك للدائنين اصحاب حقوق الامتياز والدائنين المرتهنين الذين لم يتنازلوا عن تأمينهم ، فلاحتج عليهم بالصلح اذ يعتبرون من الغير ، وهذا ما تضمنته المادة 330 / 2 تجاري جزائري .

فلاحتجاج بالصلح على الدائنين الرافضين له او الغائبين يعد استثناءا فاعليا من مبدأ نسبية العقد ، لكن يظل القانون يحمي الغير ويخفف من حدة الاستثناء اذ يعطى لهؤلاء الدائنين حق المعارضة في الصلح وفقا للمادة 323 تجاري جزائري ، في حين ان ليس للدائنين اصحاب التأمينات العينية الذين لم يتنازلوا عنها هذا الحق .

(1) د . مصطفى كمال طه : المرجع السابق ، ص 543

وهذا اذا كان لا يضر بالدائنين اصحاب التأمينات العينية كالرهون واصحاب حقوق التخصيص ، خاصة اذا كانت تأميناتهم كافية لسداد ديونهم ، فان اعطاء الحق للمدين فى التصرف فى امواله بعد الصلح يضر فعلا بأصحاب حقوق الامتياز العامة لأن امتيازهم يشمل جميع اموال المدين ، فلا بد من اعطائهم حق المعارضة فى الصلح حماية لحقوقهم⁽¹⁾ شأنهم فى ذلك شأن الدائنين العاديين.

أخلص من هذا الى ان العقود الجماعية تظل تخضع للقواعد العامة، وهذا ما يظهر من طريقة ابرامها اذ من الضروري موافقة الأطراف الذين ابرموها . لكن نظرا لكون أحد أطرافها على الأقل مجموعة من الاشخاص - وهى نقابة العمال بالنسبة لعقد العمل الجماعى 6

وأغلبية الدائنين بالنسبة لعقد الصلح - فان احكامها مخالفة نوعا ما للقواعد العامة فى العقد الذى يعتبر قانون العلاقات الخاصة بالدرجة الاولى ، فهو لا يلزم إلا الأطراف المتعاقدة على عكس العقود الجماعية التى تلزم مجموعة من الافراد او تنظم مصالح جماعة معينة غير ممثلة تمثيلا كاملا .

فأثار العقود التى تبرمها الجماعة الممثلة تنصرف الى جميع افراد الجماعة، وهو ما يعتبر استثناء من مبدأ نسبية العقد تفرضه الطبيعة الخاصة لهذه العقود ، وهذا لا يؤدي الى الاضرار بحقوق الغير مادامت الجماعة الممثلة لهم تلزم بالعقد ايضا .

ولاشك فى انها لا تتعاقد بشروط تضرّ بها ، الى جانب هذا فقد احاط المشرع هذه العقود بحماية خاصة فحرص فى الاتفاقيات الجماعية على الزام المتعاقدين بالحد الأدنى القانونى المقرر لمصلحة العمال، فلا تجوز مخالفة هذا الحد بدماج شروط أشد تضر بالعمال، بل يجب ان يؤخذ بما هو أفضل للعامل مما هو مقرر قانونا، والّا اعتبر الشرط باطلا ، كما حرص المشرع فى عقد الصلح على ضرورة تصديق المحكمة عليه . وذلك حماية للاقلية الراضة و للمعارضة بصفة خاصة ، ان يجوز للمحكمة ان ترفض الصلح اذا تأكدت من عدم صلاحيته .

(J)ARGENSON et (G)TOUJAS :Op,Cit, p115 et116

(1)

الفصل الخامس

مدى اعتبار العقود المتتابعة استثناء من مبدأ نسبية العقد

ان العقود المتتابعة، منها ما هي متماثلة " Homogenes " أي من طبيعة واحدة كعقد بيع ينقل ملكية المبيع من البائع الأول الى المشتري الذي يتصرف بدوره فيه الى مشتر ثان، فعقد المشتري الثاني مع البائع الثاني يعتبر عقداً مماثلاً للعقد الأصلي الذي يتم بين المشتري الأول والبائع الأول. وقد تكون العقود المتتابعة غير متماثلة او متباينة Heterogènes، وهي العقود التي تختلف طبيعتها من عقد لآخر وليس من الضروري ان يكون كل عقد منها ذا طبيعة مختلفة عن غيره، بل يكفي ان يكون احد هذه العقود ذا طبيعة مخالفة بحيث يقطع سلسلة العقود كأن يكون عقد بيع بين الما قول والبائع لمواد البناء ثم عقد آخر بين رب العمل وبين ماقول للبناء لنفس المواد وانتقلت ملكية هذه المواد الى رب العمل عن طريق عقد الما قوله، فتعتبر هذه العقود متسلسلة ولكنها متباينة .

وسأعرض في هذا الفصل للعقود المتتابعة سواء كانت متماثلة أو متباينة و أبين مدى التزام المتعاقد الثاني بالعقد الأصلي ، ومدى تأثير ذلك على مبدأ نسبية العقد ، ويختلف هذا التأثير باختلاف العقود المتتابعة (الناقلة لملكية الشيء) والعقود المتتابعة غير الناقلة للملكية .

المبحث الأول

العقود المتتابعة الناقلة لملكية الشيء

سأتناول في هذا المبحث العقود المتتابعة الناقلة لملكية شيء ، وذلك سواء كانت متماثلة

كعقود بيع أو متباينة و هي التي تنقل الملكية الى شخص آخر كرب العمل مثلا ، الذي تنتقل اليه الملكية على أساس عقد المفاولة .

ثم أتعرض للأساس القانوني لدعوى المتعاقد الثاني أو الثالث في مواجهة المتعاقد الأصلي والى مدى اعتبار هذا استثناء من مبدأ نسبية العقد .

المطلب الأول العقود المتماثلة الناقلة لملكية الشيء

كان القضاء الفرنسي القديم يميز للمشتري الثاني الخيار بين رفع الدعوى على أساس المسؤولية التقصيرية أو العقدية⁽¹⁾ فكان المشتري الثاني أو الثالث مثلا اذا أراد التهرب من المسؤولية العقدية ومن التقادم القسري المنصوص عليه بصدد دعوى ضمان العيوب الخفية ، يرفع الدعوى على أساس المسؤولية التقصيرية . وهذا الأمر كان يؤدي الى الاضرار بالمتعاقد الأصلي ، الذي لم يكن يتوقع ان تطبق عليه أحكام المسؤولية التقصيرية ، الى جانب ان القضاء الفرنسي يعتبر خارجا على المبدأ الذي استقر عليه ، وهو عدم الجمع بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية⁽²⁾ . غير ان القضاء الفرنسي تراجع عن هذا الموقف اذ قصت الدائرة المدنية الأولى⁽³⁾ بأن للمشتري الثاني أو الثالث دعوى مباشرة ضد المتعاقد الأصلي على أساس المسؤولية العقدية ، سواء كان البائع الأول بائعا أو منتجا ، ففي حالة ظهور عيب خفي في المبيع ليس للمشتري الثاني أو الثالث الرجوع على المتعاقد الأصلي إلا بالدعوى المباشرة على أساس المسؤولية العقدية⁽⁴⁾ . فأصبح للمتعاقد الثاني

(1) Les grands arrêts de la Jurisprudence , Civil, 9eme Edit, François TERRÉ et Yves LEQUETTE; DALLOZ, 1991 , p.442

وقد أشار الى حكم الدائرة المدنية الأولى بتاريخ 1820 SIREY 1820/1/25 عدد 1 ، رقم 243 .

(2) GEORGES DURRY: Op, Cit, p.169

(3) حكم الدائرة المدنية الأولى بتاريخ 1979/10/9 نشر في المجموعة المدنية BULL عدد 1 ، رقم 241 .

(4) (C) LARROUMET : Note sous CIV 1e. 18 Juin 1988 , DALLOZ, 1989 I, p.6

أو الثالث في العقود المتماثلة دعوى على أساس المسؤولية العقدية فقط، ويعتبر هذا تطوراً للقضاء الفرنسي في هذا المجال، وهذه نتيجة منطقية وعادلة، لأن العقود من طبيعة واحدة ومتسلسلة، فيعتبر العقد الأخير امتداداً للعقود الأولى، وإذا كان من السهل تعميم هذا الحكم بصدد العقود المتتابعة المتماثلة، فإنه بصدد العقود المتباينة عسير لتدخل عقد مختلف في سلسلة العقود .

المطلب السادس

العقود المتباينة الناقلة لملكية شيء

و نكون بصدد هذا الغرض مثلاً في حالة انتقال ملكية مواد البناء التي اشتراها المقاول ليقوم بتشيد مبنى لرب العمل فتنتقل ملكية المواد إلى رب العمل. فهل هذا الأخير باعتباره من الغير بالنسبة لعقد البيع دعوى مباشرة على أساس المسؤولية العقدية في مواجهة بائع المواد أو منتجها، إذا ما ظهر خلل في المبنى بسبب هذه المواد ؟ لقد ذهب القضاء الفرنسي خلال مدة طويلة من الزمن إلى رفض هذه الدعوى، فلم يجوز لرب العمل في حالة ظهور عيب في مواد البناء مطالبة البائع مباشرة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية، وكان يبرر هذا بتطبيق المادة 1165 مدني المتضمنة مبدأ نسبية العقد⁽¹⁾.

الآن أنه تنبه إلى أن ملكية المواد تنتقل إلى رب العمل كما لو كان هو المشتري الثاني ولا مبرر للفرقة أو التمييز بينهما⁽²⁾ فأقرت الغرفة المدنية الأولى رجوع رب العمل دعوى مباشرة على بائع المواد أو منتجها وذلك على أساس المسؤولية العقدية، وهذا في حكم لها بتاريخ 29/5/1984⁽³⁾ ولكن لم يستقر الوضع على هذا النحو في القضاء الفرنسي، إذ أن الغرفة المدنية الثالثة قضت في حكم بتاريخ 19 جوان 1984⁽⁴⁾ بما يخالف حكم الغرفة الأولى وتضمن هذا

(1) BONET et (B) GROSS ; La Reparation des dommages causés aux constructions par les vices des matériaux ; semaine juridique , 1974-I , Doctrine 2602, n° 19

(2) HUET ; RESPONSABILITE contractuelle et delictuelle , essai d'une delimitation entre les deux ordres de responsabilité ; Thèse Paris 1978 P. 537

(3) Grands Arrêts de la Jurisprudence , Précit, 1991, p 722 - Aussi (J) HUET : Obs, RTDC, 1985 . p588 .

(4) نشر الحكم في المجموعة المدنية Bu. II عدد 3, رقم 120

الحكم رجوع رب العمل على المنتج بالمسؤولية التقصيرية ، وكان لابد من وضع حد للاختلاف القائم بين قضاء الغرفة المدنية الأولى ، وقضاء الغرفة المدنية الثالثة وتوحيد الموقف بينهما (1). فوضعت الجمعية العمومية لمحكمة النقض L'Assemblée Plénière حدا لهذا الاختلاف في حكم لها بتاريخ 7 فبراير 1986 (2) أكدت فيه حكم الغرفة المدنية الأولى وقضت بأن لرب العمل كمشتري ثان، كل الحقوق و الدعاوى المرتبطة بالشئ ، فله ان يرفع دعوى عقدية مباشرة ضد صانع المواد الفاسدة التي باعها للمقاول الذي قام بوضعها في البناء الذي أقامه لرب العمل (3). وذلك سواء تعلق الأمر بالتعويض عن العيوب الخفية أو عدم صلاحية المبييم للغرض المخصص له . (4)

ويبدو رجوع المتعاقد الثاني على المتعاقد الأصلي بالدعوى المباشرة والتعويض على أساس المسؤولية العقدية استثناء من مبدأ نسبية العقد لعدم وجود عقد مباشر بينهما ، لهذا حاول الفقهاء تبرير هذا الموقف بإعطائه أساساً قانونياً .

المطلب الثالث

الأساس القانوني لرجوع المتعاقدين الثالثين

؛ للمتعاقد الأصلي ومدى اعتباره استثناء

من مبدأ نسبية العقد

لقد اقترحت عدة محاولات لتأسيس رجوع المتعاقد الثاني أو الثالث على المتعاقد الأصلي، وأتعرض لها فيما يلي :-

(1) (G)DURRY :Op,Cit , p 173 .

(2) نشر الحكم في دالوز سنة 1986 برقم 293

(3) Grand Arrêts de la Jurisprudence , Précit, 1991,p .722

(4) (J.L) GOUTAL :Contrats et Obligations ,Effets des conventions ,JCL ,Civ FASC,1,Art .1165.Precit n° 48

أولاً : الاشتراط الضمني لمصلحة الغير كأساس لرجوع المتعاقدين المتألمين.

يرى أصحاب هذا الرأي أن المتعاقد الأصلي اشترط لمصلحة المتعاقد الفرعى⁽¹⁾ أى أن المشتري الأول تعاقد لمصلحته ولمصلحة خلفه الخاص. وللقول بالاشتراط الضمنى لمصلحة الغير يجب أن تنصرف ارادة المتعاقدين لذلك، الى جانب أن المنتفع حق رفض الاشتراط أو قبوله، ومعنى هذا أن يكون له الخيار بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، وهذا أمر مرفوض لعدم جواز الخيرة فى القضاء الفرنسى⁽²⁾.

لهذا حاول البعض الآخر تأسيس الرجوع المباشر للمتعاقد المتألمين : المتعاقد الأصلي على أساس حوالة الحق .

ثانياً : حوالة الحق كأساس لرجوع المتعاقدين المتألمين بالدعوى المباشرة على المتعاقد الأصلي: ويرى أصحاب هذه الفكرة أنه فى سلسلة العقود يكون المتعاقد الأول قد حوّل ضمناً حقه للمتعاقد الثانى، ألا أنه يرد على هذا الرأي بأن من الصعب جداً معرفة ما اذا كانت الأطراف المتعاقدة قد أرادت هذه الحوالة فعلاً، الى جانب أن من الضروري فى حوالة الحق اعلان المدين بها أو قبوله لها وفقاً للمادة 247 مدنى جزائرى المطابقة للسادة 1690 مدنى فرنسى

ثالثاً : حلول المتعاقد الثانى محل المتعاقد الأول .

يصعب اعتماد فكرة الحلول الاتفاقي لأن تطبيقها يتطلب بالضرورة اتفاقاً خاصاً وصريحاً⁽⁴⁾ أما القول بأنه حلول قانونى فهو غير مستقيم وغير جائز، لأن المشرع حصر صراحة كل الحالات التى يكون فيها الحلول قانونياً ولم يورد هذه الحالة ضمنها.

(1) LEPARGNEUR : Art , Précit , p . 481

(1)

(2) LARROUMET : L'action de nature nécessairement contractuelle et la responsabilité Civile dans les ensembles contractuels , Semaine Juridique , 1988 - 1 , Doct, 3357 , N° 6 .

(3) Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile , 1991, Précit, p.257 , et Aussi

BONET et GROSS ; Art , Précit , n° 24

(4) د. أسعد دياب : المرجع السابق ، ص 161 .

رابعاً: تأسيس رجوع المتعاقد الثاني على أساس ان دعواه تعتبر من ملحقات الشيء الذي انتقل اليه ؛
(Les Accessoires)

وأول من قال بفكرة انتقال ملحقات الشيء الى الخلف الخاص هما " أوبري ورو " AUBRY et RAU ولقد استند القضاء الفرنسي اليها في عدة أحكام (1) فالحق في الضمان متصل بالشيء ويشترط معه . فإذا كان انتقال الحق الى الدائن ناتجا عن انتقال ملكية العين المضمونة بهذا الحق، فانه لا يحتاج الى أى تبرير اذ هو نتيجة منطقية لذلك، فلا بد ان يكون رجوع الخلف الخاص على المتعاقد الأصلي في هذه الحالة على أساس المسؤولية العقدية .

فتبرير منح الدعوى العقدية للمشتري الثاني أو رب العمل في مواجهة المتعاقد الأصلي ، أي البائع أو المنتج يكمن في ان لهما صفة الخلف الخاص لانتقال شيء معين اليهما ، فلا يعتبران من الغير ، والخلف تنتقل اليه الحقوق المتعلقة بالشيء ، كدعوى ضمان العيب ، الملزم بها المنتج أو البائع الأصلي ، وهذا لا يعد استثناء من مبدأ نسبية العقد، ففي هذه الحالة يكون غير منطقي اعتبار الخلف من الغير بالنسبة للمنتج أو البائع الأول (2)

ولقد انتقد بعض المؤلفين الرأي القائل بأن دعوى السلف تنتقل الى الخلف باعتبارها من ملحقات الشيء، وقالوا لو كان الأمر كذلك لما بقيت للمتعاقد المباشر دعوى في مواجهة مدينه ، بينما أقرت محكمة النقض بأن للبائع الثاني بعد تصرفه في الشيء المبيع ، دعوى ضمان في مواجهة بائعه اذا كانت له مصلحة في ذلك (حكم الغرفة الأولى بتاريخ 19/1/1988) (3)

(1) p.169 , Note 401 : Op, Cit, (G) DURRY - (J) HUET : Thèse Précitée , p.534 - (B) TEYSSIE : Les groupes de contrats, thèse Montpellier , LGDJ 1975 , p . 257 .

(2) LARROUMET : L'Action de nature nécessairement contractuelle et la responsabilité civile dans les ensembles contractuels , Art, Précit, N° 8 - Aussi (J) HUET : Thèse Précitée , p.539 .

(3) Christophe JAMIN , Une Restauration de l'Effet Relatif du Contrat (à propos de l'arrêt de l'assemblée plénière du 12/07/1991) Dalloz, 1991, 2^e chr. p . 260 .

وقد ذهبت الغرفة المدنية الثالثة في حكم لها بتاريخ 1975/10/28 الى أنه يجب النظر الى مدى توافر شروط العيب الخفي في العقد، الأعلى الذي يتم بين البائع الأول والمشتري الأول، فاذا توافرت فعلا انتقلت دعوى الضمان الى الخلف الخاص (1).

بينما ذهبت الغرفة التجارية في حكم لها بتاريخ 1987/11/28 (2) الى ان حق المشتري في رفع دعوى الضمان، حق مباشر يستمد من المشتري الثاني من العقد الأصلي ولا داعي لتقرير هذا الحق للبحث عما اذا كان العيب خفيا بالنسبة للبائع الوسيط (3).

فيكون للمتعاقد الثاني حق خاص يستمد من العقد الأصلي مباشرة ويعتبر هذا استثناء فعلياً من مبدأ نسبية العقد (4).

ولا يمكن الاستناد الى بعض احكام محكمة النقض لتقرير ان للخلف حقاً مباشراً، لأنها أكدت في عدة احكام ان حق المتعاقد الثاني ينتقل مع الشيء باعتباره من ملحقاته، ومعنى هذا ألا تكون للخلف حقوق اكثر مما كان للسلف، فيحتج عليه بالشروط المحددة أو المعفية من المسؤولية المتفق عليها بين السلف والغير (5) بشرط ألا تكون مخالفة للقانون.

فحماية للمستهلك مثلاً، لابد من اعطائه حقوقاً اكثر مما كانت للبائع، ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 10 من المرسوم رقم 90 - 266 المؤرخ في 1990/9/15 والمتعلق بضمان المنتجات والخدمات على ما يلي: " يبطل كل شرط بعدم الضمان ويبطل مفعوله.

والمراد بشرط عدم الضمان هو كل شرط يحد من التزامات المحترف القانونية أو يستبعد عنها! ومعنى هذا انه اذا اشترط المنتج على التاجر أو الموزع عدم الضمان أو الالة من من ضمان العيب الخفي وفقاً للمادة 384 من جزائري، فإنه لا يحتج بهذا التحديد أو الانقاص على المستهلك اذا رجع مباشرة على المنتج. ولا يجب ان يفهم أو يفسر هذا بأن دعوى المستهلك مختلفة عن دعوى بائعه المباشر، ولكن حماية له، نص القانون على عدم الاحتجاج عليه بالشروط المعفية أو المحددة للمسؤولية.

-
- (1) (J) CHESTIN ; Note Assplen, 12/07/1991, Dalloz, 1991 II, p.555
 - (2) حكم نشر في المجموعة المدنية، عد 4 رقم 250 (Bull Civ)
 - (3)
 - (4) (C) JAMIN ; Art , Précit, p 261
 - (5) (J) GHESTIN ; Note Assplen , Précit , p 556
 - (J) HUET: These Précit, p.533

أما عند ما تكون شروط الانقاص من الضمان أو الاعفاء منه مشروعة، فليس هناك ما يمنع من انتقالها إلى الخلف الخاص ونفاذها في مواجهته، لأنه لا يمكن أن يكون للخلف حقوق أكثر من السلف⁽¹⁾.

المبحث الثاني

العقود المتتابعة غير الداخلة للملكية

إذا أمكن تبرير رجوع المتعاقدين الثاني على المتعاقدين الأصلي بالدعوى المباشرة والمطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية، بانتقال ملكية الشيء واعتبار دعوى الضمان من ملحقات الشيء الذي انتقل إليه، فإن الأمر يصعب بالنسبة لسلسلة العقود التي لا يتم فيها نقل الملكية، فسلسلة العقود تعني أن المتعاقدين الأخير والمتعاقدين الأول أو الأصلي يعتبران من الغير بالنسبة لبعضهم البعض، فالمفروض تطبيقاً لمبدأ نسبية العقد، ألا يكون لبعضهم على البعض الآخر دعوى غير مباشرة، والمطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، لعدم وجود عقد يربطهم مباشرة وقد كان الأمر كذلك، إلا أن تطور العقود الداخلة في مجموعة، وإمكانية رجوع المتعاقدين الأخير على المتعاقدين الأول بالمسؤولية التقصيرية هروبا من الشروط التي يضمنها العقد المباشر، أدى بالقضاء الفرنسي إلى التطور في هذا المجال وفرض عليه القول بالمسؤولية العقدية كلما كان الضرر الذي أصاب الغير ناتجا عن إخلال متعاقدين آخر بالتزامات عقدية⁽²⁾.

(1) LARROUMET : L'action de nature nécessairement contractuelle et la responsabilité civile dans les ensembles contractuels , Art, Précit , N° 8

(2) LARROUMET : L'action de nature nécessairement contractuelle et la responsabilité civile dans les ensembles contractuels, Art, Précit , N° 5

وسأتناول هذه المسألة أولاً بالنسبة للعقود المتماثلة، ثم بالنسبة للعقود المتباينة ،
لأنتهى الى تبيان الموقف الأخير للجمعية العمومية لمحاكمة النقض " L'Assemblée Plénière
ومدى تأثيره على مبدأ نسبية العقد .

المطلب الأول

العقود المتماثلة

وهي عقود من طبيعة واحدة وكثيراً ما تكون عقود مقاوله او عقود نقل ، اذ يتعاقد الما قول
الأصلي مع مقاول فرعي للقيام بالعمل او لتمامه . فهذا الصدد يرى المؤلفون ان مبدأ نسبية العقد
يجول دون انشاء علاقة مباشرة بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد الفرعي ، لهذا اعتبرت الدعوى
المباشرة استثناءاً من مبدأ نسبية العقد . ويرى نيري NERET ان مبدأ نسبية العقد لا
يطبق في مجال العقود الفرعية ، ذلك لأنه رغم ان المتعاقد الأصلي يعتبر من الغير بالنسبة للمتعاقد
الفرعي إلا ان وجود العقد الوسيط بصفة أو بأخرى يفرض النظر الى العقد الأصلي والعقد الفرعي
باعتبارهما موجودين في مجموعة واحدة تحقق نفس الغرض (1) . فعندما يعهد رب عمل بالقيام
بعمل شيء ما الى مقاول ، ويعهد هذا الأخير الى مقاول من الباطن بالقيام بهذا العمل ،
وقد يعهد هذا الأخير بدوره بتنفيذ هذا العمل الى مقاول آخر ، فهذه العقود كلها من طبيعة
واحدة وهي عقود مقاوله . ومن المفروض ألا يطالب رب العمل المقاول من الباطن مباشرة
بالتزاماته ، كما لا يجوز له مطالبتهم مباشرة بالضمان ، ولكن يستطيع مطالبتهم بالدعوى غير المباشرة
فقط ، مستعملاً فيها حق مدينه المقاول الأصلي في الضمان قبل مدين مدينه ، المقاول من الباطن .
وقد تطور القضاء الفرنسي في هذا المجال ، فعقد المقاوله الأصلية والعقد الفرعي يهدفان الى تحقيق
نفس الغرض ، فلا بد من السماح لرب العمل بالرجوع على المقاول الفرعي بالدعوى المباشرة

(J)NERET: Thèse Précitée , p .230 à 234

(1)

على اساس المسؤولية العقدية، وهذا ما تضمنه حكم الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 8 مارس 1988 ، إذ عهد شخص الى مصور بصورة " Diapositives " لتكبيرها ، وتعاقدا هذا الأخير مع مقاول من الباطن وهو خبير مختص في ذلك ، وضاعت الصورة من هذا الأخير ، فرفع رب العمل الدعوى على اساس المسؤولية التقصيرية ، وحكمت له محكمة باريس بذلك . فطعن الخبير بالنقض مستندا الى المسؤولية العقدية ، لأنه اراد التمسك بالشروط المحددة للمسؤولية التي تضمنتها في العقد الاصلي بين رب العمل والمقاول الأصلي ، وكذلك الشروط التي تحد من المسؤولية المتفق عليها في العقد الثانوي بين المقاول الفرعي والمقاول الأصلي . وقد قضت الغرفة الاولى في 8 مارس 1988 بأن رب العمل لا يكون له في مواجهة المقاول الفرعي سوى دعوى على اساس المسؤولية العقدية . واستندت هذه الغرفة في حكمها الى ان عدم وجود عقد بين المقاول الأصلي والفرعي لا يمنع الأول من التمسك بالمادة 1147 مدني⁽¹⁾ ، المتعلقة بالمسؤولية العقدية .

ونظرا لعدم امكان الجمع بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية فلا تكون له سوى الدعوى الأولى . فلابد من النظر الى العقد الاصلي والعقد الثاني جملة ، فكلاهما وجد لتحقيق عملية واحدة مما يترتب عليه ان تنشأ بينهما علاقة مباشرة . وأرادت الغرفة الاولى بهذا الحكم انشاء علاقة مباشرة في العقود الفرعية ، وهذا استثناء من مبدأ نسبة العقد ، لأن رب العمل يعتبر من الغير بالنسبة للعقد المفاوضة الفرعية . ولا يمكن تبرير هذا الموقف باللجوء الى فكرة الملحقات ، لأن الغير أو المتعاقد الاصلي لم تنتقل اليه ملكية الشيء ، ولكن يمكن تفسيره بأنه تطور في المسؤولية العقدية ، وبالتالي القول بمسؤولية المتعاقد في مواجهة الغير المتضرر ، كلما كان الضرر ناشئا عن اخلال بالتزام تعاقدية ، ولا يسأل الا في حدود الشروط الموجودة في العقد . كما أنه يمنع اخضاع نفس الضرر الى احكام مختلفة حسب ما اذا كان قد أصاب المتعاقد أو الغير⁽²⁾ .

(1) Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile , Précit , 762 à 764

(2) PATRICE JOURDAN : Note sous Cass, Civ , 1ere , 8 Mars 1988, Semaine Juridique 1988, I , 21070 , n° 4

فالضرر الذي ينشأ عن اخلال المتعاقد بالتزاماته العقدية يكون تعويضه في العقود الفرعية دائماً على أساس المسؤولية العقدية ، وهذا يعني بالضرورة أيضاً أنه كلما كنا أمام سلسلة من العقود ، نكون في مجال المسؤولية العقدية ⁽¹⁾ ، مما يؤدي الى اعتبار الأمر استثناءً من مبدأ نسبية العقد .

ويلاحظ ان القضاء الفرنسي لم يستقر بعد على هذا الحل إذ أن الغرفة المدنية الثالثة أقرت في حكم لها بتاريخ 22 جوان 1988 ⁽²⁾ أن الالتزام بتحقيق غاية الذي يلتزم به المفاوض ، وهو تنفيذ الأعمال واتمامها خالية من العيوب ، وهو التزام عقدي بين المفاوض الأصلي والمفاوض من الباطن ، يعتبر فيه رب العمل هنا من الغير ، ولا يمكنه الرجوع على المفاوض من الباطن إلا على أساس المسؤولية التقصيرية ، وهذا ما يؤكد ان قضاة الغرفة الثالثة يؤيدون دائماً مبدأ نسبية العقد ، إلا أن هذا لا يعني التراجع عن إعطاء رب العمل دعوى مباشرة في مواجهة المنتج أو البائع والمطالبة بالتعويض في حالة انتقال ملكية شيء معيب اليه . إذ فصلت الجمعية العمومية في هذا الخلاف في حكم لها بتاريخ 1986/2/7 سبق ذكره .

ولكن يطرح مشكل جديد في حالة العقود الفرعية ورجوع رب العمل على المفاوض الفرعي . فهناك اختلاف في الموقف بين الغرفة المدنية الأولى ، والغرفة المدنية الثالثة ، ولابد من الفصل في هذه بقرار من الجمعية العمومية L'Assemblée Plénière من جديد ⁽³⁾ .

المطلب الثاني

العقود المستتة

كان القضاء الفرنسي يحكم بالرجوع بالمسؤولية التقصيرية للغير المتضرر بسبب اخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته العقدية ، إلا أن تطور العقود ، وتطور العلاقة فيما بين العقود المتسلسلة

(1) LARROUMET ; Note Sous Civ 1^{ère}, 18 Juin 1988, Dalloz, 1989 I, Précit, p.7 (C)

(2) أشار للحكم 1. 1988, Semaine Juridique, 21 Juin 1988, Civ 1^{ère} (P) JOURDAIN ; Note 21125 , n° 2 .

(3) JOURDAIN ; Civ 1^{ère}, 21 Juin 1988, Note 21125, Précit. n° 4. (P)

أدى بهذا القضاء الى اتخاذ موقف جديد، اذ في العقود المتباعدة يكون المدعى بالتعويض عن الضرر دائناً بمقتضى عقد معين، والمدعى عليه مديناً بناءً على عقد آخر .

مثال ذلك ان طائرة نورويجية تضررت في مطار باريس بسبب عيب في الجرار الذي كان يحركها داخل المطار ، فشركة الطيران النرويجية لم تطالب مطار باريس بالتعويض لأن اتفاقية المساعدة في المطار الجوي "Convention d'assistance aéroportuaire" التي تربطهما تتضمن شرط اعفاء مطار باريس من المسؤولية في حالة عدم توافر الخطأ الجسيم، وقد رفعت الشركة النرويجية دعواها على أساس المسؤولية التقصيرية ضد كل من بائع الجرار وهي شركة فرنسية (. . . SOC-SOXBY) ومنتجة وهي كذلك شركة فرنسية SOC-SODEREF وأقرت محكمة باريس مسؤوليتهما التقصيرية، وحكمت عليهما بالتعويض عن الضرر الذي كان سببه عيباً في الجرار، فطعن الشركتان بالنقض امام الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض، التي قضت في حكم لها بتاريخ 21 جوان 1988، بأن مسؤولية الشركتين البائعة والمنتجة لا يمكن ان تكون الا مسؤولية عقدية⁽¹⁾ اذ يكون التعويض عن الضرر الذي اصاب الغير في عقود متتابعة بسبب وجود علاقة بين هذه العقود وبين العقد الأصلي ، على أساس المسؤولية العقدية فقط⁽²⁾، وهذا الموقف الجديد للقضاء الفرنسي يعتبر توسعاً في المسؤولية العقدية اذ أصبحت تطبق في مجالات كانت تطبق فيها المسؤولية التقصيرية ، ويبرر هذا بأن المدين بمقتضى العقد يحدد شروط الرجوع عليه ، كالاتفاق على الانقاص في الضمان مثلاً ، ويجب احترام ارادة المتعاقدين فلا يجوز للغير المتضرر بسبب علاقة تربطه بهذا العقد ، الرجوع على المتعاقد الا بالشروط المنصوص عليها في العقد ذاته ، ولا يتيسر ذلك الا اذا رجع عليه بمقتضى المسؤولية العقدية⁽³⁾ .

ويجب ان يؤخذ بعين الاعتبار ان الغرفة المدنية الثالثة لم توافق على اعطاء المضرور دعوى على أساس المسؤولية العقدية ، اذ قررت في حكم لها بتاريخ 1987/4/8 انه ليس للمستأجر الذي اصابه ضرر من سوء تنفيذ المقاولة الذي قام ببناء العين المؤجرة بالتزاماته

(1) Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile, Précit, 1991, P439-440

(2) LARROUMET; Note Précit, Civil, 18 Juin, 1988, p.7

(3) JOURDAIN ; Civ, 1erc, 21 Juin 1988, Note Précitée , p. 2

سوى رفع دعوى على أساس المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾ لأن عقد المقاولة يربط طرفي العمل أي المؤجر بالمقاول ، ويعتبر المستأجر من الغير بالنسبة لهذا العقد فليس له المطالبة بالتعويض على أساس مسؤولية المقاول العقدية .

والأحظ أن القضاء الفرنسي - في ذ.رحم الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض بتاريخ 8 مارس 1988 بصدد المقاولة الفرعية - أحاط الرجوع بالدعوى المباشرة والتعويض على أساس المسؤولية العقدية في مجموعة العقود المتتابعة بقيددين أساسيين :-

• **القيد الأول :** هو ألا يلتزم المتعاقد الأول نحو من يطالبه من المتعاقدين التاليين إلا في حدود ما كان ملتزماً به نحو من تصرف له . فلو كان قد اشترط إعفاءه من المسؤولية أو التخفيف منها فله أن يتمسك في مواجهة من يطالبه بذلك، ولو كان المتصرف لمن يطالبه لم يشترط مثل هذا الإعفاء أو التخفيف .

فالمضروب عندما يحتج بعدم تنفيذ المتعاقد الأصلي لالتزاماته لابد أن يتوقع احتجاج هذا الأخير عليه في الحدود الخاصة بالمسؤولية التي اشترطها على متعاقده المباشر ، ويتفق المؤلفون على أنه يمكن تعميم هذا القيد الوارد بصدد المقاولة الفرعية على جميع العقود المتتابعة، لأنه إذا كانت الدعوى على أساس المسؤولية العقدية قد لقيت رواجاً لدى الفقه والقضاء ، فالسبب في ذلك يرجع إلى الرغبة في تطبيق إرادة الأطراف، وخاصة المسؤول، وبالتالي تفرض على كل مضروب مهما كانت صفته ، فالمسؤولية لا يمكن أن تتعدى الحدود التي وضعها المتعاقد في العقد الأصلي⁽²⁾.

• **أما القيد الثاني :** فهو ألا يرجع المتعاقد الأخير على المتعاقد الأول إلا في حدود التعويض الذي يكون مستحقاً له تجاه من تصرف إليه فحسب ، فلا يجوز لدائن الدائن الرجوع على مدين مدينه بحقوق أكثر مما كانت له قبل مدينه المباشر، فلا يمكن القول بأن مسؤولية المدين الأصلي تسمح للمضروب بالحصول على تعويض أكبر مما كان سوف يحصل عليه من مدينه المباشر فيجوز لمدين المدين الاحتجاج بالشروط المعفية من الضمان أو التي تنقص منه والتي يتضمنها

(1) LARROUMET ; Note Sous Civ, 1ere, 18 Juin 1988, Précit , p.9

(2) (P)JOURDAIN : L'opposabilité des clauses limitatives de responsabilité dans les groupes de contrats , note RTD Civil, 1989, N°3, P.555.

عقد المضرور مع مدينه المباشر⁽¹⁾، إلا ان هذا القيد أثار نقاشا في أوساط الفقه الفرنسى ، فهل يقتصر على العقود الفرعية فقط، أو يمكن تعميمه ليصبح قييدا ملزما في جميع العقود المتتابة ؟ هناك من الفقهاء من يرى ان تطبيقه يقتصر على العقود الفرعية فقط ولا يمكن تعميمه على بقية العقود المتتابة ، لأن حكم 8 مارس 1988 صدر بخصوص عقد مقاوله فرعية، و العقد الأصلي يبقى متصلا بالعقد الفرعى بسبب وحدة الموضوع⁽²⁾.

لهذا يجوز للمتعاقد الفرعى الاحتجاج بشروط العقد الاصلى المحددة للمسؤولية ولا يمكن تعميم هذا على سلسلة العقود الاخرى .

بينما يرى لارومى " LARROUMET " انه يمكن تعميم هذا القيد على سلسلة العقود الاخرى اذ من غير المعقول ان يكون لمن يطالب المتعاقد الثانى على أساس المسؤولية العقدية حقوق اكثر من التى كانت مستحقة له قبل المتعاقد معه المباشر⁽³⁾.

و أؤيد هذا الرأى الاخير، لأن امتداد آثار العقد لا يمكن ان يعطى للدائن حقوقا اكثر من تلك التى كانت مستحقة له تجاه مدينه المباشر . كما انه لا يمكن الاضرار بمركز مدين المدين بجعله ملتزما أكثر مما كان ملتزما به نحو متعاقده المباشر .

والقول بهذا لا يعنى الاضرار بحقوق الدائن المضرور الذى يبقى له فى جميع الاحوال رفع دعوى مباشرة على مدينه اذا كانت تحقق له فائدة اكبر ، كأن يكون العقد القائم بينهما لا يتضمن شروطا مخففة للمسؤولية ، وفى هذه الحالة لا يمكن المدين المباشر الاحتجاج بتحديد مسؤوليته فى مواجهة دائنه لأن هذا العقد يعتبر غير نافذ فى مواجهة المضرور الذى لم يستند اليه .

(1) (C) LARROUMET : Note Sous Civ, 1ere , 18 Juin 1988, Précitée p.8

(2) (P) JOURDAIN: L'Opposabilité des clauses limitatives de responsabilité dans les groupes de contrats , Note Précitée ; p555 - 556

(3) (C) LARROUMET : L'action de nature necessairement contractuelle et la responsabilité civile des les Ensembles contractuels , Art, Précité ,

المطلب الثالث

موقف الجمعية العمومية لمحكمة النقض

ومدى تأثيره على مبدأ نسبية العقد

لقد صدر أخيراً حكم من الجمعية العامة لمحكمة النقض بتاريخ 12/07/1991⁽¹⁾ خالفت فيه الجمعية العامة حكمها السابق الصادر في سنة 1986 وخالفت حكمي الدائرة المدنية الأولى، ولولا هذا الحكم الأخير لا تعتبر حكما الغرفة المدنية الأولى بالنسبة للعقود الفرعية المتماثلة أو العقود المتباينة استثناءً فعلياً من مبدأ نسبية العقد، لأن تقرير رجوع المضرور في سلسلة العقود بالمسؤولية العقدية على المسؤول الذي لا يربطه به عقد مباشر، يشكل اكساب الغير حقاً من العقد، والزامه أيضاً بالشروط المحددة أو المعفية من المسؤولية الواردة في هذا العقد، ومقتضى هذا الحكم أن رب عمل تضرر من اصلاحات قام بها رصاص و هو مقاول فرعى، في العين المملوكة لرب العمل ولم يكتشف هذا الأخير الأعمال المضرة إلا بعد مرور عشرين سنوات من تسلمه العين. فرفع دعوى لمصالبة الرصاص أي المقاول الفرعى مباشرة بالتعويض. وأقرت محكمة استئناف نانسي " NANCY " في حكمها بتاريخ 16/1/1990 بالمسؤولية العقدية للمقاول الفرعى - وذلك تطبيقاً لما قضت به الجمعية العامة في حكمها السابق في سنة 1986 وما قضت به خاصة الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض في مارس 1988 - وبالتالي قضت برفض دعوى رب العمل لأن مسؤولية المقاول الفرعى العقدية تتقادم بمرور عشرين سنوات فطعن رب العمل بالنقض وجاء حكم الجمعية العامة الصادر في 12/07/1991 يقضى بأن محكمة استئناف نانسي قد خرقت القانون وحكمت بما يخالف مضمون المادة 1165، ذلك لأن رب العمل لا يربطه عقد بالمقاول الفرعى فلا يمكن الاحتجاج عليه بالتقادم العشري للمسؤولية العقدية، ويستطيع رب العمل باعتباره من الغير الرجوع على المقاول الفرعى بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.

(1) ... Arrêt de l'Assemblée Plénière du 12/7/1991 ; Recueil Dalloz, 1991-2 n° 38 p. 549

وقد أيد حكم الجمعية العامة موقف الغرفة المدنية الثالثة - الصادر بتاريخ 22 جوان 1988 - السابق الإشارة اليه - التي قضت بالمسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعى فى مواجهة ربّ العمل . بينما خالف حكم الغرفة الأولى الصادر فى مارس 1988 - والسابق الإشارة اليه - والتي قضت فيه بالمسؤولية العقدية للمقاول الفرعى فى مواجهة ربّ العمل .

ويلاحظ أن الحكم الأخير للجمعية العامة لا يتعرض إطلاقاً لحكم الجمعية العامة لسنة 1986 والذي يتضمن رجوع المتعاقد التالى على المتعاقد الأول بالدعوى المباشرة على أساس المسؤولية العقدية ، وذلك اذا أمكن اعتبارها من ملحقات الحق الذى انتقل الى الخلف ، ولكن الحكم الأخير للجمعية العامة يرفض فقط الرجوع بالدعوى المباشرة على أساس المسؤولية العقدية فى حالة عدم انتقال ملكية الشئ الى المتعاقد التالى ، بحيث لا يمكن اعتبار الدعوى هنا من ملحقات الحق ، وبالتالى ترفض الجمعية العامة الاستناد الى العقود المتتابعة كأساس للمسؤولية العقدية .

وقد عللت الجمعية العامة حكمها بأنه فى العقود المتتابعة لا يمكن أن يخل الدائن التالى محل مدينه ولا يمكن الاستناد الى وجود العقود فى مجموعة واحدة كأساس للمسؤولية العقدية . وقد أرادت بهذا ، القضاء على مفهوم العقود المتتابعة كأساس للمسؤولية العقدية ، ذلك لأن مجال العقود المتتابعة يصعب تحديده مما قد يؤدى الى القضاء على مبدأ نسبية العقد كلياً (1) . ويبرر ذلك أيضاً بأن تقييد المسؤولية العقدية بقيددين - أى الاحتجاج على المتعاقد المضرور بالشروط التى تضمنها عقده مع المتعاقد معه مباشرة ، الى جانب الشروط التى تضمنها عقد هذا الأخير مع المتعاقد معه - يلحق ضرراً بالمضرور المستفيد من الدعوى المباشرة ، وهذا أمر يخالف غرض هذه الدعوى التى من المفروض انها وجدت لتحقيق ما هو أصلح للدائن الى جانب أن نظرية سلسلة العقود تعنى وجود علاقة اقتصادية بين هذه العقود ، ولا تعنى بالضرورة وجود علاقة قانونية بينها . ولا يمكن الاستناد اليها لإنشاء علاقة قانونية مباشرة بين المتعاقد الأسمى والفرعى ، ولا يمكن الأول الرجوع على الثانى بالمسؤولية العقدية .

(1) - 450 - 449 p. , Note Précitée, 12/7/1991, Assemblée Plénière : GHESTIN (J)

فرفع الدعوى على أساس المسؤولية التقصيرية يكون أفضل للدائن ، لأنه لا يحتج عليه بالشروط المحددة للمسؤولية⁽¹⁾ إلا ان استفادته من المسؤولية التقصيرية أمر غير مؤكد ، اذ يجب عليه اثبات خطأ المدين الثاني . وهذا هو ما حمل المؤلفين على القول بأن يكون حكم الجمعية العامة مؤيداً لحكم الغرفة المدنية الاولى⁽²⁾ ذلك لأن العلاقة مهما كانت من نوع خاص فهي موجودة فعلاً بين المتعاقدين الأصلي والفرعي ولا يمكن إنكارها ، ولابد من التفريق بين الغير الأجنبي أصلاً عن العقد ، والغير الذي له علاقة بأحد العقود الداخلة في سلسلة واحدة⁽³⁾ ، فلا شك في ان وقوع جدار من عمارة على أحد المارة واصابته بضرر نتيجة ذلك ، لا ينشأ عنه سوى المسؤولية التقصيرية ضد المقاول أو المهندس ، ولكن بالنسبة للعقود المتتالية فان اخلال المتعاقد بالتزاماته ، ووجود علاقة عقدية بين الغير والدائن بالتزام يرتب لهذا الغير علاقة بالعقد ويجب ان يكون رجوعه على المسؤول المخل بالتزاماته ، وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية ويجب في هذه الحالة استبعاد مبدأ نسبية العقد⁽⁴⁾ بالتوسيع من دائرة الخلف الخاص.

وحتى لو أخذنا بحكم الجمعية العامة التي طبقت مبدأ نسبية العقد ، فان النظرة الفقهية الجديدة للعقود المتتالية رغم عدم دقة مفهومها ، واتساع دائرتها ، جديرة بالاعتبار ، وستؤدي الى توسيع نطاق الدعوى المباشرة في العقود الفرعية على الأقل ، اذ من العدل ان لا تضر الدعوى المباشرة بالمدين بحيث يمكنه الاستناد الى الشروط المحددة للمسؤولية التي وضعها مع متعاقده مباشرة .

واذا كان هذا الوضع سيوسع من الاستثناءات من مبدأ نسبية العقد ، فانه لا يؤدي الى القضاء عليه ، لأن الدعوى المباشرة تبقى دائماً بالنسبة للعقود الفرعية تتسم بالنسبية لأنها قاصرة على اشخاص معينين فقط .

ويظل المبدأ قائماً كلما كان الغير اجنبياً أصلاً عن العقد .

(1) JAMIN : Art,Précit, p,261 (C)

(2) JOURDAIN :Civ,1er,21juin 1988 ,Note précitée ,n° 4 (P)

(3) LARROUMET :Civ,1e ,18 Juin 1988,Note précitée, p 9 (C)

(4) DURRY:Op,Cit,p.97- Aussi (J)NERET:Thèse,Précitée,p.227 (G)

خلاصة الباب الثاني

هناك نتيجتين تحددان الفرق بين مفهوم المبدأ حالياً أو ما يجب ان يكون عليه ومفهومه القديم . لقد توصلت الى النتيجة الاولى في الباب الاول والتي تتضمن ان انصراف آثار العقد الى الغير برضاه لا يشكل استثناء من المبدأ فاستبعدت كل من النياية والتعهد عن الغير ، الى جانب انه يفضل هذه النتيجة تستبعد ايضاً كل من الحوالة والحوال والتنازل عن العقد لان انصراف اثر العقد الذي يبرمه المحيل مثلاً يكون برضا المحال له والمحال عليه .

وتعرضت في هذا الباب الثاني الى ذلك لان هذه الاستثناءات عازلت من الناحية النظرية موجودة في القواعد العامة . امام النتيجة الثانية فهي ما يجب ان يكون عليه المبدأ هو ان تنظم عدم انتقال الالتزامات الى الغير لان العدل والمنطق يستلزم عدم انتقالها الى الغير امام انتقال الحق فلا يمكن ان يشكل اضراراً بالغير خاصة اذا تم ذلك بقبولهم كما في الاشتراط لمصلحة الغير وقد كان من المفروض أن لا يدمج ضمن الاستثناءات ولكن قد يتضمن الاشتراط لمصلحة الغير تكليفاً كما ان الاشتراط الضمني لمصلحة الغير يعتد به استثناء فعلي من المبدأ لهذا تعرضت للاشراط لمصلحة الغير ضمن الاستثناءات الى جانب ان النتيجة الثانية لم يستقر عليها بعد بل هي خلاصة ما توصلت اليه فقط . وبالتالي اذا اخذناها بالاعتبار فان الاتفاقيات الجماعية والعقود الجماعية عموماً اذا انصرف أثرها الى الغير وكان ذلك لمصلحته يجعلها مكسباً ايجابياً فقط . ولا يعني بذلك القول ان الاستثناء عن المبدأ غير موجود ، بل ان الاستثناءات القانونية فعلية وموجودة لكن تظل نسبية قاصرة على عقود معينة وعلى اشخاص معينين . وما انتهيت اليه بصدد العقود الفرعية دليل على انني لا اريد الابقاء على المبدأ . وتقليل من أهمية الاستثناءات فالتطور القانوني في مجال العقود الفرعية يودي الى اتساع من دائرة الخلف الخاص وبالتالي من دائرة الاشخاص الملزمين بالعقد ولكنه تطور ضروري لان العلاقة بين العقود الفرعية حثيمة ولا بد ان تحكمها قواعد المسوءاية العقدية الا ان هذه الاستثناءات والتطور القانوني عموماً لم يقض على جوهر المبدأ بل ان الحرص على ابراز الاستثناء دليل على ان الاصل سار زال قائماً .

الخاتمة

ان مبدأ نسبية العقد يتضمن احترام الحقوق وحرية الافراد، فأثار العقد الذي تنشئه ارادة المتعاقدين لا تنصرف الى الغير .

ودراسة المبدأ تدل على أنه قائم ، لم يقض عليه على الرغم من الاستثناءات التي وودت عليه ، لأنه مبدأ تفرضه العدالة الاجتماعية، إلا أنه لا يمكن انكار أن التطور القانوني قد يودي الى امتداد آثار العقد الى أشخاص لم يشاركوا فيه ، غير أن الغير الأجنبي أصلاً عن العقد يظل محمياً بمبدأ نسبية العقد، ولا يمكن أن تنصرف اليه آثار العقد الا اذا وافق على ذلك .

ومن خلال دراسة مفهوم المبدأ في الباب الأول، والاستثناءات الواردة عليه في الباب الثاني، انتهيت الى النتائج التالية :-

(1) ان المبدأ يتضمن انصراف آثار العقد الى المتعاقدين سواء تعاقدوا بأنفسهم او تم التعاقد بالنيابة عنهم ، كما يتضمن انصراف آثار العقد الى الخلف العام، ولا تنتقل لهذا الأخير إلا الحقوق الشخصية ، اما الالتزامات الشخصية فلا تنتقل الى الخلف العام تطبيقاً للقاعدة الشرعية " لا تركة الا بعد سداد الديون " الا أنه يمكن القول بانتقالها اذا أخذنا بفكرة انتقال التركة الى الورثة مع تعلق الديون بها .

(2) تنتقل الى الخلف الخاص الحقوق العينية متى كانت متصلة بالشيء الذي انتقل اليه سواء كانت تثقله أو كانت قد تفررت لمصلحته. بشرط أن تكون قد أشهرت أو قيدت قبل انتقال الشيء اليه .

ولا تنتقل اليه الحقوق الشخصية الا اذا كانت متصلة بالشيء الذي انتقل اليه أو كانت من مستلزماته ، أي مكمله للحق الذي انتقل اليه، وكانت قد نشأت قبل انتقال الحق اليه .

ويلاحظ أنه يمكن أن تنتقل الى الخلف الخاص الحقوق الشخصية التي لم تتوافر فيها هذه الشروط، وذلك عن طريق حوالة الحق ، كما قد يتفق السلف مع المدين بها ويحولها الى الخلف الخاص عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير، وتنتقل السى الخلف الخاص ايضاً الالتزامات الشخصية المتصلة بالحق الذي انتقل اليه ، وهذا

يعني أن يكون الالتزام من مستلزمات الحق الذي انتقل الى الخلف بحيث يحد من استعماله له ، غير انه من النادر أن يحد الالتزام الشخصي من حق عيني ، الا اذا كان من طبيعة خاصة كعقد الايجار ، ويشترط المشرع علم الخلف الخاص بهذه الالتزامات حتى يلتزم بها .

(3) يجوز للسلف الزام الخلف بالتزامات شخصية بفضل تحويلها الى حقوق عينية اذا توافرت فيها الشروط المطلوبة ، كما يمكن الاشتراط على الخلف لمصلحة الغير ويمكن كذلك اللجوء الى حوالة الدين لنقل الالتزامات الشخصية ، واذا كانت حوالة الدين تتوقف على موافقة الدائن فان ذلك لا يشير اي اشكال ، خاصة اذا كان تنفيذ الالتزام غير ممكن عينيا الا من طرف مالك الشيء ، ففي هذه الحالة من مصلحة الدائن قبول الحوالة .

(4) ان الدائن العادي يعتبر دائما من الغير ، وهذا لا يعني أنه لا يتأثر بالعقود التي يبرمها مدينه ، بل انها تؤثر في حقه بقدر ما تزيد أو تنقص من الضمان العام لمدينه ، ولكنه يعتبر من الغير لأن العقد لا يلزمه ولا يكسبه حقا وهذا هو المقصود بالغير ، وان كان من الممكن أن يصير الخلف الخاص والعام من الغير أحيانا اذا توافرت شروط عدم نفاذ الحق في مواجهتهم ، فالخلف العام يصير من الغير اذا أثبت أن تصرف مورثه صدر في مرض الموت ، ويصير الخلف الخاص من الغير بالنسبة للعقد المصوري ، وللعقود غير المشهورة على النحو المطلوب قانونا وكذلك بالنسبة للعقود العرفية غير ثابتة التاريخ .

(5) لابد من التفرقة بين نفاذ العقد والزاميته ، ذلك لأن مبدأ نسبية العقد يتعلق باكتساب الغير حقا او تحمله بالزام من عقد لم يكن طرفا فيه ، أما نفاذ العقد فالمقصود به هو الاحتجاج بالعقد كواقعة في مواجهة الكافة ، اذ لابد من احترام الآثار التي ينشئها ، ويكون الغير مسؤولا مسؤولية تقصيرية اذا ما ساهم في جعل أحد المتعاقدين يخل بالتزاماته العقدية ، كما يجوز للغير أيضا الاحتجاج بالعقد كواقعة في مواجهة المتعاقدين المسؤولين عن الاخلال بالتزامه ، مع ملاحظة أن رجوع الغير يكون على أساس المسؤولية التقصيرية ، ويجب أن يشكل الخطأ العقدي المسند اليه ، خطأ تقصيريا في نفس الوقت ، أي أن توجد علاقة سببية بين اخلال المتعاقد بالتزامه وبين الضرر الذي يصيب الغير على اثر ذلك .

(6) تقوم نظرية الوضع الظاهر: على أساس حماية وضع اطمأن اليه الغير وتعامل على أساسه بحسن نية ، فتنصرف الى الغير آثار العقد - الذي يعتبر وفقا للقواعد العامة باطلا أو غير نافذ- وتلزمه رغم أنه لم يشارك في العقد. ولكن تحميل الغير التزاما ناشئا عن العقد ليس استثناء عن مبدأ نسبية العقد لأن هذا لا يرجع الى العقد مباشرة وإنما هو نتيجة الوضع الظاهر . ولا يمكن انكار ان انصراف آثار العقد الى الغير يعد استثناء عمليا عن مبدأ نسبية العقد ، خاصة اذا لم يكن الغير قد شارك بخطئه في انشاء الوضع الظاهر .

(7) ان طبيعة الحق العيني تجعله حقا عينيا مطلقا ينتقل الى الخلف الخاص ويلزمه ، والزامه بهذا الحق لا يرجع الى عقد سلفه ، وإنما يرجع الى طبيعة الحق ذاته ، وهذا لا يعد استثناء عن مبدأ نسبية العقد ، ولهذا يمكن نقل الالتزامات الشخصية الى الخلف اذا أمكن تحويلها الى حقوق عينية كحق ارتفاق ، ولكن طبيعة هذا الحق باعتباره حقا عينيا عقاريا يحد من منفعة العقار الخادم لفائدة العقار المخدم ، وإذا كان من الممكن تطبيق هذه الفكرة في نطاق الملكية المشتركة في العقارات المبنية و المقسمة أجزاء ، فإنه لا يمكن تطبيقها بصفة عامة اذا كان الالتزام الشخصي واقعا على منقول وتقرر لمصلحة منقول آخر، لهذا لجأ القضاء الى تبرير انتقال الالتزامات الشخصية الواقعة على المنقول كالمحل التجاري، الى انشاء حق عيني من نوع خاص، وانتقدت هذه الفكرة لأن الحقوق العينية وردت في القانون على سبيل الحصر .

الى جانب أن نقلها بدون شهرها يشكل خطرا على الخلف الخاص اذا لا يكون عالما بها ، والحقيقة هي ان القضاء الفرنسي لم يطبق فكرة انتقال الالتزامات الشخصية الى الخلف الخاص باعتبارها حقوقا عينية من نوع خاص الا اذا كان الخلف الخاص عالما بها .

(8) كما أن الالتزامات العينية تتصل بالعين و تنتقل معها الى الخلف الخاص فيلتزم بها، وهي في الحقيقة ذات طبيعة شخصية ، ولكن لا اتصالها بالعين تأخذ حكما مغايرا لحكم الحقوق الشخصية اذ تنتقل مع العين، ولا تؤثر هذه الالتزامات على مبدأ نسبية العقد، اذلا يمكن أن تنتقل الى الخلف مستقلة عن العين ، بل تنتقل اليه نتيجة لانتقال الحق العيني الذي هي مرتبطة به كحق الملكية ، فهو امتداد للحق العيني الذي انتقل الى الخلف الخاص ، فلا يمكن أن تنتقل مستقلة عن العين وتنتقل الالتزامات العينية ولو لم يقصد السلف ذلك ،

وانما قصد نقل حق عيني معين فينتقل معه جميع الالتزامات المتصلة به—
ويسأل المدين عن الالتزام العيني على أساس علاقته بالحق العيني ، وليس على أساس انتقاله اليه عن طريق الاستخلاف .

(9) لم يشترط المشرع قبول الخلف صراحة للتحمل بالالتزامات الشخصية الناتجة عن عقد أبرمه سلفه ، وانما يكفي أن يكون عالما بهذه الالتزامات المتصلة بالعين، ويجب أن يكون علمه ، علما حقيقيا ، واستخلاص القبول الضمني للخلف للتحمل بالالتزامات أمر خطير اذا ترك التقدير القاضي دون رقابة من المحكمة العليا، اذ قد يستبعد المبدأ و يجعل الخلف أنه يتحمل بالتزامات شخصية ، بمجرد علمه بها ، ولا يوجد أي مبرر قانوني معقول لتقبل هذا الوضع ، ولكن يمكن تفسير الارتباط بين الحق الذي انتقل الى الخلف والالتزام المتصل به بقبوله التحمل بالتزامات اذا قبل الحق المحمل بهذه الالتزامات ومع ذلك فللدائن الأصلي أي المتعاقد مع السلف الحق في مطالبة المدين الأصلي طالما أنه لم يبرئه من الالتزام صراحة .

(10) يعد التعهد عن الغير تطبيقا لمبدأ نسبية العقد ذلك لأن العقد الذي يبرمسه المتعهد لا يلزم الغير، المتعهد عنه إلا اذا قبله أو أقره، ويكون اقرار الغير للتعهد بمحض ارادته والاثر الرجعي الاقرار لا يجعل المتعهد عنه من الغير لأن هذا الاثر هو نتيجة الاقرار، ويفترض في الغير أنه كان يدرك ذلك عند اقراره العقد .

(11) يتقيد مبدأ نسبية العقد بمبدأ عدم جواز كسب الخلف حقوقا أكثر من سلفه، فينتقل له الحق بأوصافه وبالتكاليف العينية المتقلصة له ، أما بالنسبة لنقل الالتزامات الشخصية الى الخلف الخاص ، فلا يمكن الاستناد لهذا المبدأ وهذا يعني أن ليس

عقد الخلف هو الذي يلزم السلف، و إنما هي طبيعة التكاليف العينية ، فإذا اشهرت ، كانت نافذة في مواجهة الخلف وملزمة له لاتصالها بالعين التي انتقلت اليه .

كما ينتقل الى الخلف الخاص الحق بملحقاته وفقا لقاعدة الملحقات تتبع الأصل فتنتقل اليه دعاوى السلف المتعلقة بالحق الذي انتقل اليه ، ويذهب الفقه الى قصرها على دعوى الضمان باعتبارها من ملحقات الحق ، الا انه من الضروري تعميم الحكم و نقل جميع الدعاوى الأخرى المتعلقة بالحق الذي انتقل الى الخلف الخاص كدعوى الفسخ .

كما تنتقل اليه الالتزامات العينية اذا اعتبرت من ملحقات الحق العيني الذي انتقل اليه ، وتعتبر كذلك متى كانت ضرورية لاستعمال الحق او الانتفاع به . ويلاحظ أنه لا يمكن الاستناد الى قاعدة الملحقات تتبع الأصل لنقل الالتزامات الشخصية ، لان هذه الالتزامات ليست من ملحقات الحق العيني وليست من مكملات الحق الذي انتقل اليه .

(12) يجوز ان يكسب الغير حقا من العقد ، ويتحقق هذا عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير، ان القانون و القضاء الجزائيين لا يأخذان بالاشتراط الضمني لمصلحة الغير، بينما يأخذ القانون الفرنسي بالاشتراط الضمني لمصلحة الغير ، وقد توسع القضاء الفرنسي في تطبيق الاشتراط الضمني لمصلحة الغير، وهذا أمر خطير يؤول الى استبعاد مبدأ نسبية العقد تماما ، ذلك لأنه يتيح للقاضي افتراض الاشتراط لمصلحة الغير في كل عقد تبين له فيه تحقيق مصلحة للغير، ويرفض الموءلفون الفرنسيون هذا الموقف ، ولا يوافقون القضاء فيه ، ويرون التضيق من نطاق تطبيقه .

(13) يصعب الاستشهاد الى المادة 109 مدني لنقل الالتزامات الشخصية الى الخلف الخاص ، ذلك لأن الالتزام الشخصي لا يمكن أن يحد من حق عيني ، لهذا حرص المشرع على نقل بعض الالتزامات الشخصية الى الخلف بنصوص خاصة ، تضمنت الانتقال القانوني ، كعقد التأمين ، وعقد العمل، كما نص أيضا صراحة على انتقال عقد الايجار الى الخلف الخاص الذي انتقلت اليه ملكية العين الموءجرة .

(14) الاستثناءات الواردة على المبدأ لا تعود الى القضاء عليه لأن الفرق بين المبدأ بمفهومه الحالي والمبدأ بمفهومه القديم الجامد ، هو أن المبدأ الحالي تأثر بالتطورات القانونية فأصبحت ترد عليه استثناءات ضرورية وحتمية كالاستثناء الخاص بالعقود الجماعية نظرا لتطور هذه العقود، فأصبح العقد الذي يبرمه أشخاص لهم صفة تمثيلية لجماعة معينة ملزماً لكافة أفراد هذه الجماعة ، ولا يمكن أن تقضي هذه الاستثناءات على المبدأ العام إلا إذا ترتب عليها مبدأ جديد يقوم مقامه .

فالخطورة التي يتعرض لها المبدأ لا تتمثل في الاستثناءات الظاهرية ، كالحالة والحلول و التنازل عن العقد ، ولا في الاستثناءات العملية ، كالزام الخلف الخاص بأعمال الإدارة الحسنة ، ولا في الاستثناءات النسبية كالدعوى المباشرة المقررة لمصلحة أشخاص محددين قانوناً ، بل تتمثل في محاولة القضاة استبعاد المبدأ باللجوء الى تحويل الالتزامات الشخصية الى حقوق عينية او بالتوسع في تطبيق الاشتراط الضمني لمصلحة الغير، وهذه المحاولات تبين من جانب آخر أنسبة المبدأ أنه لا يمكن استبعاده أو باللجوء الى مبادئ قانونية تسمح بانتقال الالتزام مباشرة الى الخلف الخاص كمبدأ الحق العيني .

واللجوء الى فكرة العقود المتتابعة يؤول الى أيضا الى استبعاد المبدأ خاصة أن مجالها يصعب تحديده ، مما يؤدي الى توسيع غير محدود من دائرة الخلف الخاص ، ولكن هذا لا يمنع من توسيع الدعوى المباشرة لتشمل جميع العقود الفرعية ، وان كان هذا سيؤدي الى التوسيع من دائرة الاستثناءات الواردة على المبدأ فان العلاقة الموجودة بين صاحب العقد الاصلي والفرعي تفرض هذا الاستثناء .

والقول بالاستثناءات القانونية و القضائية - على فرض أننا تقبلناها - سيؤدي في جميع الاحوال الى تمديد آثار العقد ليتحمل الخلف الخاص بالتزامات شخصية التزم بها سلفه ، او لتصرف آثار العقد الى شخص معين أو الى جماعة معينة لكن يبقى الغير الأجنبي أصلاً عن العقد و الذي لا يمكن ادراجه في مجموعة أو في أخرى محمياً وخاضعاً لمبدأ نسبية العقد .

لیم بمون السید

المراجع

أولا : باللغة العربية :

(1) - المراجع العامة :

أبن قدامى (موافق الدين)

بالاشتراك مع شمس الدين (أبن قدامى)

أبو السعود (رمضان)

أبو الوفا (أحمد)

أبو زهرة (محمد)

البدراوي (عبد المنعم)

البرقي (أحمد حسن)

الجمال (محمد مصطفى)

الخفيف (علي)

الديناصورى (عز الدين)
بالاشتراك مع الشواربى عبد الحميد

السنهوري (عبد الرزاق)

1 - المغنبي ويلييه الشرح الكبير ، الجزء السادس

دار الكتاب العربى ، بيروت ، 1983 .

2 - الوسيط في الحقوق العينية الأصلية ، الجزء الاول

مصادر الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري
واللبناني ، الدار الجامعية ، بيروت - 1986 .

3 - التلخيص على نصوص قانون الامانة ، منشأة المعارف

الاسكندرية ، الطبعة الثانية بدون تاريخ

4 - الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية

دار الفكر العربى بدون تاريخ

5 - أحكام التراكبات و الموارد ، دار الفكر العربى .

بدون تاريخ

6 - النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الاول ، مصادر

الالتزام ، القاهرة 1986 .

7 - علاقات العمل الجماعية في القانون المصري المقارن

الجزء الثاني ، عقد العمل المشترك ، دار الفكر

العربى القاهرة ، 1986 .

8 - نظام الملكية ، منشأة المعارف الاسكندرية

بدون تاريخ

9 - احكام الالتزام ، الدار الجامعية بيروت 1989 .

10 - القانون و المعاملات ، الدار الجامعية ، بيروت

بدون تاريخ

11 - الملكية في الشريعة الاسلامية مع مقارنتها بالقوانين

العربية ، معهد البحوث والدراسات العربيه

جامعة الدول العربية 1968 .

12 - الضرر في ضوء القضاء و الفقه ، دار المعارف

القاهرة ، الطبعة الثانية بدون تاريخ .

13 - مصادر الحق في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة بالفقه

العربى .

الجزء الخامس ، المجلد الثاني ، دار احياء التراث

العربى ، بيروت بدون تاريخ

- السنهوري (عبد الرزاق) 14 - نظرية العقد ، دار الفكر ، بيروت 1934 .
- 15 - الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الاول
مصادر الالتزام دار النهضة العربية ، القاهرة 1964 .
- 16 - الجزء الثاني ، الاثبات و آثار الالتزام ، دار النهضة
العربية القاهرة ، 1968 .
- 17 - الجزء الثالث ، الأوصاف ، الحوالة - الانقضاء
دار النهضة العربية ، القاهرة 1964 .
- 18 - الجزء الرابع : العقود التي تقع على الملكية ، المجلد
الاول ، البيع والمقايضة ، مطابع دار النشر للجامعات
المصرية ، القاهرة ، 1960 .
- 19 - الجزء السادس : العقود الواردة على الانتفاع بالشيء
المجلد الاول ، الإيجار والعارية ، دار النهضة العربية
القاهرة ، 1963 .
- 20 - الجزء السابع : العقود الواردة على العمل ، المقاومة
والوكالة والوديعة و الحراسة ، دار احياء التراث
العربي ، بيروت ، 1964 .
- 21 - الجزء الثامن : حق الملكية : دار النهضة العربية
القاهرة ، 1967 .
- 22 - الجزء العاشر ، التأمينات الشخصية و العينية
دار النهضة العربية ، القاهرة 1969 .
- الشرقاوي (جميل) 23 - النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الاول ، مصادر
الالتزام ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية
القاهرة 1975 .
- الصدّة (عبد المنعم فرج) 24 - نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، دار النهضة
العربية ، بيروت ، 1974 .
- 25 - الحقوق العينية الأصلية ، دراسة في القانون اللبناني
والقانون المصري ، دار النهضة العربية ، بيروت ،
1978 .

- الصدّة (عبد المنعم فرّج)
- 26 - مصادر الالتزام ، دراسة مقارنة في القانون اللبناني والقانون المصري ، دار النهضة العربية ، بيروت 1979 .
- العدوي (جلال)
- 27 - قانون العمل ، منشأة المعارف الاسكندرية 1968 .
- العربي (محمد فريد)
- 28 - القانون الجوي - النقل الجوي - الدار الجامعية بيروت، 1986 .
- النوراي (حسين)
- 29 - دروس في القانون ، مكتبة عين الشمس ، القاهرة .
بدون تاريخ
- 30 - مصدرا الالتزام واحكامه ، مكتبة عين الشمس ، القاهرة
بدون تاريخ
- بكوش (يحي)
- 31 - أدلة الاثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي الشريعة الوطنية للنشر والتوزيع ، الجزائر الطبعة الاولى ، 1981 .
- تناغو (عبد السيد سمير)
- 32 - نظرية الالتزام ، منشأة المعارف ، الاسكندرية .
بدون تاريخ
- 33 - التأمينات الشخصية و العينية ، منشأة المعارف الاسكندرية ، 1975 .
- 34 - عقد البيع ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1973 .
- جريج (خليل)
- 35 - محاضرات في نظرية الدعوى ، مؤسسة نوفل ، بيروت 1980 .
- حجازي (عبد الحي)
- 36 - النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي دراسة مقارنة ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام ، المصادرا الادارية ، المجلد الثاني ، مطبوعات جامعة الكويت 1982 .
- حسن (توفيق فرّج)
- 37 - النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، الدار الجامعية ، مصر ، 1988 .
- 38 - عقد البيع والمقايضة ، مؤسسة الثقافة الجامعية مصر ، 1979 .
- بالاشتراك مع مطرا (يحي)
- 39 - الاصول العامة للقانون ، الدار الجامعية - - 1988 .
- حسنين (محمد)
- 40 - التنفيذ القضائي وتوزيع الحصيلة في قانون الاجراءات المدنية الجزائرية - مكتبة الفلاح ، الكويت 1984 .

- 41 - الملكية و نظام التحفيظ العقاري في المغرب
الطبعة الثانية ، دار نشر المعرفة ، الرباط - 1990 .
خيرى (محمد)
- 42 - الاوراق التجارية ، الافلاس والتسوية القضائية
في انقانون التجاري الجزائري ، ديوان المطبوعات
الجامعية ، الجزائر ، 1987 .
راشد (راشد)
- 43 - الفقه الاسلامي و أدلته ، الجزء الخامس ، الطبعة
الثانية ، دار الفكر ، 1985 .
الزحيلي (وهبة)
- 44 - الجزء السادس ، الطبعة الثانية ، دار الفكر 1985 .
- 45 - الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، الطبعة
الثالثة مطبعة جامعة القاهرة ، 1978 .
زكي (محمود جمال الدين)
- 46 - قانون العمل ، الطبعة الثالثة ، مطبعة جامعة القاهرة
1983 .
- 47 - مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة
الاخرى، دراسة مقارنة - دار الفكر العربي
القاهرة ، 1985 .
سرورا (شكراي)
- 48 - مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته
الخطرة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1983 .
- 49 - التضامن : مبدأ عدم افتراض التضامن ، منشأة المعارف
الاسكندرية - 1987 .
سعد (نبيل)
- 50 - مذكرات في نظرية الالتزام ، الكتاب الاول ، مصادرا
الالتزام ، مكتبة عين الشمس - القاهرة ، 1981 .
سلامة (أحمد)
- 51 - الكتاب الثاني ، أحكام الالتزام ، بدون تاريخ
- 52 - التأمينات المدنية ، الرهن الرسمي ، دار التعاون
القاهرة ، 1966 .
- 53 - الموجز في النظرية العامة للالتزام ، مصادرا الالتزام
دار النهضة العربية ، بيروت 1983 .
سلطان (أنسور)

- سلطان (أنورا)
- 54 - الموجز في النظرية العامة للالتزام ، احكام الالتزام
دار النهضة العربية - بيروت - 1983 .
- 55 - المبادئ القانونية العامة ، دار النهضة العربية
بيروت - 1974 .
- سليمان (علي علي)
- 56 - النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، ديوان
المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1990 .
- سوارا (وحيد الدين)
- 57 - النظرية العامة للالتزام ، الجزء الاول ، مصادر
الالتزام ، مطبعة دار الكتاب - دمشق 1976 .
- شرف الدين (أحمد سعيد)
- 58 - انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي
مطبعة الحضارة العربية ، القاهرة ، 1986 .
- شنب (محمد لبيب)
- 59 - دروس في نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ، دار
النهضة العربية ، القاهرة ، 1976 .
- شوقي (أحمد عبد الرحمن)
- 60 - مدى سلطة الموكل في انتهاء عقد الوكالة بإرادته المنفردة
المطبعة العربية الحديثة ، القاهرة 1981 .
- 61 - الالتزام التضامني للمسؤولين تفسيريا في مواجهة المضرور
المطبعة العربية الحديثة ، القاهرة ، 1980 .
- طه (مصطفى كمال)
- 62 - مبادئ القانون البحري الطبعة الثالثة ، الدار
الجامعية بمصر ، بدون تاريخ .
- 63 - مبادئ القانون التجاري ، مؤسسة الثقافة الجامعية
1979 .
- عامر (حسين) وعامر (عبد الرحيم)
- 64 - المسؤولية المدنية ، التقصيرية والعقدية ، الطبعة
الثانية ، دار المعارف ، القاهرة ، 1979 .
- عبد الفتاح (عبد الباقي)
- 65 - دروس في مصادر الالتزام ، نظرية العقد والارادة المنفردة
طبعة نهضة مصر 1984 .
- عدلي (خليل)
- 65 مكرر - دروس في مصادر الالتزام ، نظرية العقد ، دار النهضة القاهرة
66 - التعليق على نصوص قانون العمل ، الطبعة الثانية
، عالم الكتب ، القاهرة ، 1990 .
- عيد (ادوار)
- 67 - احكام الافلاس وتوقف المصارف عن الدفع ، الجزء الثاني
مطبعة باخوش وشرتوني ، بيروت 1973 .

- 68 - قدادة (خليل أحمد حسن)
الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء
الثاني أحكام الالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية
1990 .
- 69 - قدوس (حسن عبد الرحمن)
التعويض عن اصابة العمل ، بين مبادئ المسؤولية
التقصيرية و التأمين الاجتماعي ، الطبعة الاولى
مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة - مصر بدون تاريخ
- 70 - قرّة (فتيحة)
أحكام عقد المقاولة ، منشأة المعارف الاسكندرية 1987 .
- 71 - مرسي (كامل)
شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية الاصلية
الجزء الخامس ، أسباب كسب الملكية ، الميراث وتصفية
التركة ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، 1951 .
- 72 - الجزء السادس ، الوصية و تصرفات المريض مرض الموت
الطبعة الثانية 1955 .
- 73 - مدونة القانون المدني ، الجزء الاول ، منشأة المعارف
الاسكندرية 1987 .
- 74 - مرقس (سليمان)
شرح القانون المدني الجزء الثالث - العقود المسماة
المجلد الاول ، عقد البيع ، الطبعة الرابعة ، عالم
الكتب - القاهرة - 1980 .
- 75 - نظرية العقد ، دار النشر للجامعات المصرية
القاهرة - 1956 .
- 76 - الوافي في شرح القانون المدني الجزء 2 في الالتزامات
المجلد الاول ، نظرية العقد والارادة المنفردة ، 1987 .
- 77 - أصول الاثبات واجراءاته ، في المواد المدنية في
القانون المصري ، الجزء الاول ، الادلة المطلقة
عالم الكتب - القاهرة - 1981 .
- 78 - الجزء الثاني ، الادلة المقيدة ، الطبعة الرابعة
1982 .

- مراقس (سليمان) - 79 - شرح القانون المدني ، الجزء الثالث - العقود المسماة
المجلد الثاني ، عقد الايجار - الطبعة الرابعة 1985 .
- مصطفى (، حسن فتحي) - 80 - إخلاء العين المؤجرة ، منشأة المعارف الاسكندرية
بدون تاريخ
- منصور (محمود حسين) - 81 - مبادئ قانون التأمين ، دار الجامعة الجديدة للنشر
الاسكندرية بدون تاريخ
- ناصر (الياس) - 82 - الكامل في قانون التجارة - الجزء الثاني - الشركات
التجارية، منشورات عويدات ، بيروت - 1982 .
- هراجه (مصطفى مجدي) - 83 - الشفعة في ضوء أحدث الآراء و أحكام النقض والصيغ
القانونية ، دار الثقافة للطباعة والنشر - القاهرة
1986 .
- يحي (عبد الودود) - 84 - الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، القسم الاول
مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية - القاهرة 1978 .
- يكن (زهدي) - 85 - شرح قانون الموجبات والعقود ، الجزء الرابع ، الطبعة
الاولى ، منشورات المكتبة العصرية - بيروت ، 1962 .
- 86 - عقد البيع ، منشورات المكتبة العصرية ، بيروت
بدون تاريخ

(2) الرسائل :
=====

- 1 - أبو النجار (ابراهيم) السجل العيني في التشريع المصري ، 1978 .
- 2 - أبو عافية (محمود) التصرف القانوني المجرد ، النظرية العامة و التطبيقات في القانون المصري المقارن ، مطبعة جامعة فوءادالاول القاهرة ، 1947 .
- 3 - أنورا المصري (عباس مصطفى) التزام بائع المحل التجاري بعدم انشاء تجارة منافسة ، جامعة القاهرة ، 1980 .
- 4 - حبارا (محمد) نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون الجزائي وفي الفقه الاسلامي ، معهد الحقوق ، جامعة الجزائر 1987 .
- 5 - دياب (أسعد) ضمان عيوب المبيع الخفية ، دارا اقرأ ، بيروت 1981 .
- 6 - رسلان (نبيلة) العلاقات القانونية الثلاثية ، دار الطباعة الحديثة القاهرة .
- 7 - قحطان (عبد القادر) السكوت المعبر عن الارادة و أثره في التصرفات ، جامعة عين الشمس ، القاهرة ، 1991 .
- 8 - قداده (خليل حسن احمد) اثر العهد بالنسبة للخلف الخاص وفقا للقانون المدني المصري ، جامعة القاهرة - 1982 .
- 9 - أبو غنيمة (عبد العزيز عبدالقادر) الالتزام العيني بين الشريعة و القانون (دراسة مقارنة) الطبعة الاولى - دار النهضة العربية القاهرة 1972 .

(3) المقالات :
=====

- 1 - الخفيف (علي)
مدى تعلق الحقوق بالتركة ، مجلة القانون الاقتصادي
العدد الثاني ، السنة الثانية عشر ، مارس 1942 .
- 2 - بالي (فرنان)
التأمين من المسؤولية ، دعوى المتضرر المباشر ،
مجلة المحاماة ، العدد العاشر ، السنة التاسعة والثلاثون
1959 .
- 3 - جمعي (عبد الباسط)
الوكالة الظاهرة ، مجلة المعلم القانونية والاقتصادية
العدد الثاني ، السنة الخامسة ، 1962 .
- 4 - سليمان (علي علي)
عند إعادة النظر في القانون المدني ، مجلة الشرطة ،
العدد (25) تصدرها المديرية العامة للأمن الوطني
الجزائر .
- 5 - عند إعادة النظر في القانون المدني ، مجلة الشرطة
العدد (33) ، تصدرها المديرية العامة للأمن الوطني
الجزائر .
- 6 - دعاوى الخلف للمطالبة بالتعويض عن الضرر المورث
وعن الضرر المراتد ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية
الاقتصادية والسياسية ، العدد الأول ، مارس 1988 .
- 7 - عرافة (محمد علي)
حجية المحررات العرفية في الاثبات ، مجلة القانون
والاقتصاد ، العدد الثالث والرابع ، السنة العاشرة
1940 .
- 8 - البارودي (محمد علي)
حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصة .
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية .
جامعة الاسكندرية - العددان الثالث والرابع السنة
العاشرة - 1960 - 1961 .

ثانيا : المراجع باللغة الفرنسية :
=====

(1) المراجع العامة :

- I - OUVRAGES GENERAUX

- ARGENSON (J) et TOUJAS (G)
- AUBRY (C) et RAU (C)
- BENABENT (A)
- CARBONNIER (J)
- CORNU (G)
- DE LAMORANDIERE (L.J.)
- DESPAX (M)
- DURRY (G)
- 1 - Reglement judiciaire, liquidation des biens, faillite - 2- 4em ed. librairies techniques, Paris 1973.
- 2 - Droit civil Français, tome 2, 6em ed librairies techniques, Paris 1935.
- 3 - Tome 4, 4em ed, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, Paris 1871.
- 4 - Droit civil - Les Obligations. Montchrestien, Paris 1987 .
- 5 - Droit civil, tome 2, famille incapacités 12em ed, P.U.F. 1983 .
- 6 - Tome 3, Les biens, 11eme ed, P.U.F. 1983
- 7 - Tome 4, Les Obligations 12 eme ed, P.U.F. 1985.
- 8 - Droit civil, Introduction, les personnes les biens, Montchrestien, Paris 1980.
- 9 - Droit civil, tome 2, 4eme ed, DAUOZ, Paris , 1966 .
- 10 - Traité de droit du travail, conventions collectives, DAUOZ, Paris 1966.
- 11 - Conventions collectives, mise à jour 1974 - DAUOZ .
- 12 - La distinction de la responsabilité contractuelle et la responsabilité delictuelle, Montreal, 1986 .

- FLOUR (J) et AUBERT (J.L) 13 - Droit civil, Les Obligations volume 1
l'acte juridique, ARMAND COLIN, Paris
1981 .
- GHESTIN (J) 14 - Traité de droit civil, Les Obligations
tome 2 , le contrat LGDJ, Paris - 1980 .
- GINOSSAR (S) 15 - Droit reel, propriété et droit de creance
LGDJ. Paris 1960 .
- GUIHO (P) 16 - Cours de droit civil, tome 4, Les obli-
gations, LYON, 1979 .
- MARTY (G) et RAYNAUD (P) 17 - Droit civil, Les Obligations, tome 1
SIREY, Paris 1962 .
- MAZEAUD (H.L) et (J) 18 - Tome 2, volume 2 , Les biens, SIREY ,
Paris ., 1965 .
- 19 - Leçons de droit civil, Les obligations
tome 2, volume 1, 6eme ed, Montchrestien,
paris 1978 .
- 20 - Tome 2, volume 2 , Les biens, Montchrestien
Paris .
- OLLIER (P.D) 21 - Le droit du travail , ARMAND COLIN
PARIS , 1972 .
- PERALLAT et BOUAICHE 22 - Droit civil , Les obligations, O.P.U
ALGER, sans date .
- PICARD (M) et BESSON (A) 23 - Les Assurances terrestres, tome 1.
Le contrat d'Assurance, 5eme ed, LGDJ
PARIS , 1982 .
- PLANIOL (M) 24 - Traité élémentaire de droit civil,
Tome 2, PARIS
- PLANIOL (M) et RIPERT (G) 25 - Traité élémentaire de droit civil
Français, 2ed, Tome 3, Les biens Paris 1952.
- SAVATIER (R) 26 - Cours de droit civil, Tome 2,
L.G.D.J., 1944.
- WEILL (A; 27 - Droit civil , Les obligations, DAJQZ
PARIS 1971 .

II THESES

- 1 - ABERKANE (H) Contribution à l'étude de la distinction des droits de créance et des droits réels. Essai d'une théorie générale de l'Obligation "PROPTER - REM" en droit positif Français .LGDJ. 1957 .
- 2 - ARRIGHI (J.P) Apparence et réalité en droit privé. Contribution à l'étude de la protection des tiers contre les situations apparentes, NICE 1974 .(DACTYL).
- 3 - AUSSEL (J.M) Essai sur la notion de tiers en droit civil Français, MONTPELLIER, Imprimerie de la charité MONTPELLIER . 1952 .
- 4 - AYNES (L) L'accession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, Economica 1984 .
- 5 - BAICOINU L'action paulienne en droit civil comparé, Librairie GIARD, PARIS, 1922 .
- 6 - BASTIAN (D) Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité , Librairie du Recueil SIREY , 1929 .
- 7 - BORHAM (A) Le droit propre de la victime et son action directe contre l'assureur de la responsabilité automobile Obligatoire, LGD] , 1967 .
- 8 - BOULANGER (J) La promesse de porte-fort et les contrats pour autrui DALLOZ 1933 .
- 9 - CHAMPEAU (E) De la stipulation pour autrui en droit Français, la Rose éditeur Paris 1893 .
- 10 - CLARISE (V.J) De la représentation, son rôle dans la création des Obligations, edit DANIEL ; LILLE 1949 .
- 11 - COULAZOU (J) De la stipulation pour autrui dans l'assurance sur la vie , Imprimerie FIRMIN et MARTANE; MONTPELLIER 1890.
- 12 - COUTANT (R) Des Créanciers chirographaires considérés comme tiers imprimerie BONVALOT -JOUVE . PARIS 1906 .

- 13 - COZIAN (M) L'Action directe ; LGDJ, 1969 .
- 14 - CRUGUT (E) De la notion de tiers en droit civil Français
Rivière éditeur ; TOULOUSE , 1904 .
- 15 - CUNY (G) Des tiers, Imprimerie NICOLE , NANCY 1889 .
- 16 - DAGOT (M) La simulation en droit privé, LGDJ, 1965 .
- 17 - DAVID De l'Action en déclaration de simulation
Imprimerie TEXTIER, POITIERS 1921 .
- 18 - DEBRAND (F) Etude de la règle "Res Inter Alios Acta" Droit Romain
De la notion de tiers, droit Français, Imprimerie
AUBRY, DIJON 1890 .
- 19 - DELCOURT De l'effet des actes juridiques à l'égard des tiers.
la Rose éditeur, PARIS, 1902 .
- 20 - DERRUPE La nature juridique du preneur à bail et la distinction
des droits reels et des droits de créances. DALLOZ 1952.
- 21 - DUCLOS (J) L'Opposabilité (Essai d'une théorie generale)
LGDJ , 1984 .
- 22 - FERRU (D) La notion de servitude , LGDJ 1973 .
- 23 - FLATTET (G) Les contrats pour le compte d'autrui. Librairie du
recueil SIREY, 1950 .
- 24 - HUET (J) Responsabilité contractuelle et delictuelle. Essai
d'une delimitation entre les deux ordres de res-
ponsabilité . PARIS 1978 (DACTYL)
- 25 - GEMEI (H) L'Opposabilité des contrats en droit Français et
Egyptien PARIS 2 . 1987 (DACTYLO) .
- 26 - GODE (P) Volonté et manifestations tacites , P.U.F. 1977 .
- 27 - GOUBEAUX (G) La règle de l'accessoire en droit privé, LGDJ 1969 .
- 28 - GOUTAL (J.L) Essai sur le principe relatif du contrat, LGDJ 1981
- 29 - GROUBER (A) L'Action paulienne en droit civil Français.
Librairie du RECUEIL SIREY, 1913 .

- 30 - JUILLE (E) Effets des actes juridiques à l'égard des tiers.
imprimerie CAMILLE ROBE ,LILLE 1909 .
- 31 - LABORDE -LACOSTE(M) Essai sur la notion d'ayant-cause à titre particulier
en droit privé Français,Imprimerie de l'Université
BORDEAUX , 1916 .
- 32 - LAMBERT (E) La stipulation autrui,librairie GIARD et BRIERE
PARIS 1893 .
- 33 - LEVENEUR (L) Situations de fait et droit privé,PARIS 2,1988,
(DACTYL).
- 34 - MOURGEON (L) Les Effets des conventions à l'égard des ayants-
cause à titre particulier en droit Français.
recueil SIREY , 1934 .
- 35 - NAUT (P) Effets des actes juridiques Simulés ,PARIS 1951
(DACTYL).
- 36 - NERET (J) Le sous-contrat , LGDJ , 1979 .
- 37 - ORTSCHIEDT (P) La possession en droit civil Français et Allemand
Strasbourg .1977 , Reproduite par le service des
thèses de l'université des sciences sociales de
GRENOBLE 1977 .
- 38 - PETIT-JEAN (H) Fondements et Mécanisme de la Transmission succe-
ssorale en droit Français et Anglais ,LGDJ .1959 .
- 39 - POPESCO (M.N.) La règle Res inter alios acta et ses limites en
droit moderne ,edit,DOMAT - MONTCHRESTIEN,1934 .
- 40 - ROUILLER La MAXIME "NEMO PLUS JURIS " en droit civil Fran-
çais ,RENNES , 1964 .
- 41 - ROUSSEAU (J) Essai sur la notion juridique de simulation.
librairie DAUOZ 1936 .
- 42 - STORCK (M) Essai sur le mecanisme de la representation dans
les actes juridiques.LGDJ . 1982 .
- 43 - SOLUS (H) L'Action directe et l'interprétation des articles
1753,1798,1914 du code civil,Librairie RECUEIL
SIREY,PARIS 1914 .

- 44 TEYSSIE (B) Les groupes de contrats, LGDJ 1975 .
- 45 - VIDAL (J) Essai d'une théorie générale de la fraude
Dalloz, 1957 .
- 46 - WEILL (A) La relativité des conventions en droit privé
Français , Librairie DALLOZ . 1939 .

III ARTICLES - NOTES -OBSERVATIONS .

- BECQUE (E) 1 - Reforme de la publicité foncière Semaine juridique 1955 , doct 1226 .
- BONNECASE (V) 2 - La condition juridique du créancier chirographaire , RTD CIVIL 1920 .
- BONET (G) et GROSS (B) 3 - La réparation des dommages causés aux constructions par les vices des matériaux.semaine juridique . 1974 .I doct 2602 .
- BIGOT (J) 4 - Le principe de la relativité des contrats note sous civ , 1er decembre 1960 ,RECUEIL DAUOZ 1961 , 491 .
- CADIET 5 - Vente.cession de créance : Effets JCL civil FASC. 3 Art 1689 à 1695 .
- 6 - Vente.cession de créance : Conditions JCL civil Fasc ,2 , Art 1689 à 1695 .
- DAGOT (M) 7 - Publicité foncière,JCL,Civil ,publicité foncière ANNEXES FASC . 3 .
- 8 - Publicité foncière ,JCL civil ;ANNEXES FASC 5 .
- 9 - Nouvelles réflexions sur la publicité des pactes de préférence et des promesses unilatérales de vente semaine juridique , 1980 - I. doct 2986 .
- DE COTTIGNIES (R) 10 - Tiers. Encyclopedie DAUOZ, civil volume VII
- DENIS (R) 11 - La cession du bail immobilier. Recueil DAUOZ 1964 - 2. CHR 269
- DONNE DIEU DE VABRES J) 12 - Les actes de l'heritier apparentLRTD civil 1940 .
- DERRIDA et MESTRE 13 - Apparence . Encyclopédie,DAUOZ . civil .
- FERRU (D) 14 - Servitudes.Encyclopédie DAUOZ . civil .
- FOURNIER 15 - Publicité fonciere.guide juridique DAUOZ .

- 23 - L'Opposabilité des clauses limitatives de responsabilité dans les groupes de contrats.
Note RTD civil , 1989 .555.
- LARROUMET
- 24 - Note sous civ 1ere ,21/06/1988;Recueil DALLOZ 1989 1 . 5 .
- 30 - La stipulation pour autrui,Encyclopédie DALLOZ
- 31 - L'Action de nature nécessairement contractuelle et la responsabilité civile dans les ensembles contractuels , semaine juridique 1988.1.DOCT 3357.
- LEGIER
- 32 - Stipulation pour autrui JCL civil,FASC1.Art1121-1122.
- LAPARGNEUR (J)
- 33 - De l'effet à l'égard de l'ayant cause des contrats générateurs d'Obligations ,RTD civil 1924 .
- LIMPENS
- 34 - L'Opposabilité du contrat à l'égard des tiers, melanges ROUBIER,tome 2 Dalloz -SIREY 1961 .
- LALOU
- 35 - 1382 contre 1165 ou la responsabilité d'un tiers à l'égard d'un CONTRACTANT,recueil DALLOZ1928,CHR 69.
- LAPP
- 36 - Cession de contrat,Encyclopédie DALLOZ . civil
- LEBRUN
- 37 - Cession de dette ; Encyclopedie.DALLOZ , civil
- LESCOT (P)
- 38 - Quelques aspects sur la relativité des actes juridiques, semaine juridique 1962.1.doct. 1682
- 39 - Le mandat apparent ,semaine juridique 1964 DOCT1826.
- LEAUTE (J)
- 40 - Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence .RTD civil 1947 .
- MAGNIN
- 41 - Actes soumis à publicité a fin d'opposabilité aux tiers JCL CIVIL . ANNEXES ,Publicité fonciere FASC . 7.
- 42 - Actes soumis . à publicité à fin d'information des tiers JCL civil ANNEXES Publicité fonciere FASC.9.

- NOIREL (J) 43 - Le droit civil contemporain et les situations de fait. RTD civil 1959 .
- NERSON 44 - La reforme de la publicité fonciere- Recueil DALLOZ 1955 CHR, 151
- PICARD (M) 45 - La stipulation pour autrui et ses principales applications, Travaux de l'association HENRI CAPITANT .Tome 7, LGDJ .1956 .
- PONTAVICE (E) 46 - Fraude dans les transferts immobiliers et securité des tiers. RTD civil 1963 .
- ROMANI 47 - La protection des sous-traitants titulaires de l'action directe. recueil DALLOZ . 1990.2. CHR, 31
- RIEG 48 - Cession de créance - guide juridique, volume 1. DALLOZ
49 - Cession de créance .Encyclopédie , DALLOZ .
- STORCK 50 - Promesse de porte- fort JCL civil contrats et Obligations FASC .7.B. Art 1120 .
- SAVATIER (R) 51 - Le Prétendu principe de l'effet relatif des contrats . RTD civil 1934 .
- STARCK (B) 52 - Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui ,semaine juridique 1954.1. Doct. 1190 .
- VEAUX 53 - Contrats et Obligations JCL civil ,effets des Obligations à l'égard des tiers .FASC 1.Art1165 .
- VENANDENT 54 - La stipulation pour autrui avec Obligation acceptée par le tiers bénéficiaire ,semaine juridique 1989 . 1. DXXT 3391 ,
- VERICEL 55 - Desetuede ou Actualité de la promesse de porte- fort - Recueil DALLOZ .1988.1.p.125, .

*** الفهرس ***

المقدمة : ص 1

الباب الأول

مفهوم مبدأ نسبية العقد ص 4

الفصل الأول

مدى انصراف أثر العقد الى أطرافه و خلفهم و دائنيهم و الغير ص 6

المبحث الأول : مدى انصراف أثر العقد الى أطرافه ص 7

المطلب الأول : مفهوم أطراف العقد ص 7

المطلب الثاني : النية في التعاقد ص 8

الفرع الاول : شروط النية ص 8

أولا : شروط وجود النية ص 8

ثانيا : شروط صحة النية ص 12

الفرع الثاني : آثار النية ص 13

أولا : علاقة الأصيل بالنائب ص 13

ثانيا : علاقة الأصيل بالغير ص 14

ثالثا : علاقة النائب بالغير ص 15

المطلب الثالث : انصراف أثر العقد الى المتعاقدين روضع الأصيل

في النية ص 16

المبحث الثاني : مدى انصراف أثر العقد الى الخلف العام للمتعاقدين ص 18

المطلب الاول : مدى انصراف أثر العقد الى الخلف العام للمتعاقدين ص 19

الفرع الأول : انتقال الحقوق الناتجة عن عقد أبرمه السلف

الى خلفه العام ص 22

الفرع الثاني : مدى انتقال الالتزامات الناتجة عن عقد أبرمه السلف

الى خلفه العام ص 22

المطلب الثاني :	الحالات التي يصير فيها الخلف العام من الغير..... ص 26
الفرع الأول :	تعريف مرض الموت ص 27
الفرع الثاني :	حكم تصرفات المريض مرض الموت ص 28
الفرع الثالث :	مدى اعتبار الورثة من الغير ازاء تصرفات المريض مرض الموت ص 30
	الموت ص 34
المبحث الثالث :	مدى انصراف أثر العقد الى الخلف الخاص للمتعاقدين..... ص 35
المطلب الأول :	مدى انصراف الحقوق الناتجة عن عقد أبرمه السلف الى خلفه الخاص ص 37
المطلب الثاني :	مدى انتقال الالتزامات الناشئة عن عقد أبرمه السلف الى خلفه الخاص ص 42
الفرع الأول :	الالتزامات التي تنصرف الى الخلف الخاص..... ص 42
الفرع الثاني :	الحلول التي يمكن تقديمها لانتقال معظم الالتزامات المتمثلة بالعين الى الخلف الخاص ص 45
أولا :	فكرة تحويل الالتزام الى حق عيني ص 46
ثانيا :	شهر الالتزامات ص 48
ثالثا :	انتقال الالتزامات الى الخلف الخاص باشتراط السلف لمصلحة الدائن أو عن طريق حوالة الدين ص 48
المبحث الرابع :	مدى انصراف أثر العقد الى الدائنين العاديين ص 49
المطلب الأول :	مدى انصراف أثر العقد الى الدائنين العاديين باعتبارهم خلفا عاما..... ص 49
المطلب الثاني :	مدى انصراف أثر العقد الى الدائنين العاديين باعتبارهم خلفا خاصا ص 51
المطلب الثالث :	مدى انصراف أثر العقد الى الدائنين العاديين باعتبارهم من الغير ص 53
المبحث الخامس :	مدى انصراف أثر العقد الى الغير ص 57
المطلب الأول :	مفهوم الغير ص 57

- المطلب الثاني : اعتبار الخلف الخاص والعام من الغير احيانا ص 60
- الفرع الاول : الخلف الخاص ص 60
- الفرع الثاني : الخلف العام ص 60
- المطلب الثالث : عدم انصراف أثر العقد الى الغير ص 61

المبحث الثاني

- نسبية العقد ونفاذه ص 63
- المبحث الأول : العقد كمصدر للمعلومات ودوره في الاثبات ص 65
- المطلب الأول : العقد كمصدر للمعلومات ص 66
- المطلب الثاني : العقد كوسيلة للاثبات ص 67
- المبحث الثاني : مجال نفاذ العقد ص 68
- المطلب الاول : بالنسبة للحقوق ص 69
- الفرع الاول : نفاذ الحق العيني ص 69
- الفرع الثاني : نفاذ الحق الشخصي ص 70
- المطلب الثاني : الأشخاص الذين تنفذ العقود في مواجهتهم ص 71
- المبحث الثالث : مدى احتياج المتعاقدين و الغير بالعقد ص 73
- المطلب الأول : احتياج المتعاقدين بالعقد في مواجهة الغير ص 73
- المطلب الثاني : احتياج الغير بالعقد في مواجهة المتعاقدين ص 77
- المبحث الرابع : شروط الاحتجاج بالعقد ص 81
- المطلب الأول : الاقرار كشرط للاحتجاج بالعقد ص 82
- الفرع الأول : اقرار المالك الحقيقي لتصرف الغير في ملكه ص 82
- الفرع الثاني : اقرار المالك لرهن الغير لملكه ص 83
- الفرع الثالث : اقرار الدائن لحالة الدين ص 84
- الفرع الرابع : اقرار المدين لحالة الحق ص 86
- الفرع الخامس : اقرار الورثة للتصرفات التي يبرمها المورث في مرض الموت ص 88

المطلب الثاني :	خلو التصرف من الغش ص 89
الفرع الاول :	حجية تسجيل تصرف معيب بغش ص 89
الفرع الثاني :	عدم نفاذ التصرف الذي تعتمد فيه صاحبه الغش في مواجهة دائنيه ص 93
المطلب الثالث :	اخضاع التصرف الوارد على عقار للتسجيل ص 96
الفرع الاول :	بالنسبة للحقوق العينية ص 96
الفرع الثاني :	بالنسبة للحقوق الشخصية ص 98
المطلب الرابع :	ثبوت تاريخ العقد ص 101
الفرع الاول :	مفهوم الغير بالنسبة لحجية الورقة العرفية ص 101
الفرع الثاني :	الشروط الواجب توافرها في الخلف الخاص لعدم الاحتجاج عليه بتاريخ التصرف الثابت بالورقة العرفية ص 106
المطلب الخامس :	تمسك الغير بالعقد السوري ص 108
الفرع الاول :	المقصود بالغير بالنسبة للتصرف السوري ص 108
أولا :	الدائنون ص 108
ثانيا :	الخلف الخاص ص 109
الفرع الثاني :	آثار الصورية ص 111
أولا :	فيما بين المتعاقدين وخلفهم العام ص 111
ثانيا :	بالنسبة للغير ص 112

المسائل الثلاث

تأثير نظرية الوضع الظاهر على مبدأ نسبية العقد ص 116	
المبحث الأول :	الملكية الظاهرة ص 117
المطلب الاول	مدى اخضاع تصرفات المالك والوارث لنظرية الوضع الظاهر ص 117
المطلب الثاني :	تأسيس الملكية الظاهرة ص 121
المبحث الثاني :	الوكالة الظاهرة ص 122
المطلب الاول :	مدى اخضاع الوكالة لنظرية الوضع الظاهر ص 123

المطلب الثاني :	تأسيس الوكالة الظاهرة	ص 124
المبحث الثالث :	آثار الوضع الظاهر ومدى اعتباره استثناء من مبدأ نسبية العقد	ص 125
المطلب الاول :	آثار الوضع الظاهر	ص 125
المطلب الثاني :	مدى اعتبار نظرية الوضع الظاهر استثناء من مبدأ نسبية العقد	ص 126

الفصل الرابع

تأثير الحق العيني والالتزام العيني على مبدأ نسبية العقد	ص 130
المبحث الاول :	تأثير الحق العيني على مبدأ نسبية العقد
المطلب الاول :	مضمون الحق العيني
المطلب الثاني :	تحويل الالتزامات الى حقوق ارتفاق
الفرع الاول :	تحويل الالتزامات الايجابية الى حقوق ارتفاق
الفرع الثاني :	تحويل الالتزامات السلبية الى حقوق ارتفاق
الفرع الثالث :	تحول الالتزامات الناشئة عن نظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية والعقارات المقسمة اجزاء الى حقوق ارتفاق
أولا :	الملكية المشتركة في العقارات المقسمة اجزاء
ثانيا :	الملكية المشتركة في العقارات المبنية
المطلب الثالث :	تحويل الالتزامات الى حق عيني من نوع خاص
الفرع الاول :	الرأي القائل بانشأ حق عيني من نوع خاص
الفرع الثاني :	الرأي المعارض لفكرة انشاء حق عيني من نوع خاص
المبحث الثاني :	تأثير الالتزام العيني على مبدأ نسبية العقد
المطلب الاول :	الالتزامات العينية المنصوص عليها في القانون
الفرع الاول :	التزام حائز العقار المرهون
الفرع الثاني :	التزام مالك الحائط المشترك
الفرع الثالث :	التزام مالك العقار المرتفق به
المطلب الثاني :	الطبيعة القانونية للالتزام العيني ومدى تأثيره على مبدأ نسبية العقد
	ص 150

الفصل السادس

التعبير المتضمن الارادة و مبدأ نسبية العقد ص 152

المبحث الاول : تأثير الارادة المستخلصة من السكوت والملابس على

مبدأ نسبية العقد ص 153

المبحث الثاني : تأثير الارادة الضمنية المستخلصة من ظروف ايجابية على

مبدأ نسبية العقد ص 156

الفصل السادس

التعهد عن الغير كتطبيق لمبدأ نسبية العقد ص 161

المبحث الاول : مفهوم التعهد عن الغير ص 162

المطلب الاول : تعريف التعهد عن الغير وأهمية العملية ص 162

المطلب الثاني : التفرقة بين التعهد عن الغير و بعض الانظمة المشابهة له ص 165

أولا : التعهد عن الغير والوكالة ص 165

ثانيا : التعهد عن الغير والفضالة ص 166

ثالثا : التعهد عن الغير والكفالة ص 167

المبحث الثاني : طبيعة التزام المتعهد ص 168

أولا : التزام المتعهد ، التزام باعطاء شيء ص 168

ثانيا : التزام المتعهد هو التزام ببذل عناية ص 168

ثالثا : التزام المتعهد هو التزام بتحقيق نتيجة ص 169

المبحث الثالث : آثار التعهد عن الغير ص 170

أولا : العلاقة بين المتعهد و المتعهد له ص 170

ثانيا : العلاقة بين المتعهد له و المتعهد عنه ص 172

المبحث الرابع : المتعهد عن الغير و مبدأ نسبية العقد ص 173

..... ص 176

الباب الثاني :

الاستثناءات الواردة على مبدأ نسبية العقد ص 177

المبحث الأول :

الاستثناءات التي تفرضها بعض المبادئ القانونية ص 180

قاعدة عدم اكتساب الخلف حقوقاً أكثر مما كانت للسلف ص 180

انتقال التكاليف العينية الى الخلف الخاص ص 181

انتقال الحق بأوصافه الى الخلف ص 183

استثناءات على قاعدة عدم كسب الخلف حقوق أكثر مما

كان للسلف ص 183

قاعدة الملحقات تتبع الأصل ص 185

انتقال دعاوى السلف الى الخلف الخاص ص 186

انتقال الالتزامات العينية باعتبارها من الملحقات السي

الخلف الخاص ص 188

المبحث الثاني :

الاشتراط لمصلحة الغير ص 190

التطور التاريخي للاشتراط لمصلحة الغير وطبيعته القانونية .. ص 191

التطور التاريخي ص 191

الطبيعة القانونية للاشتراط لمصلحة الغير ص 194

نظرية الايجاب ص 194

الفضالة كأساس للاشتراط لمصلحة الغير ص 195

نظرية حوالة الحق كأساس للاشتراط لمصلحة الغير ص 196

شروط الاشتراط لمصلحة الغير ص 197

الشروط العامة ص 197

الشروط الخاصة ص 200

- الفرع الاول : الشروط الواجب توافرها في المشتراط..... ص 200
- الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في المنتفع ص 201
- المبحث الثاني :** آثار الاشتراط لمصلحة الغير ص 203
- المطلب الاول : علاقة المشتراط بالمتعهد ص 203
- المطلب الثاني : علاقة المتعهد بالغير ص 205
- المطلب الثالث : علاقة المشتراط بالمنتفع ص 207
- المبحث الثالث :** بعض تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير..... ص 211
- المطلب الاول : الاشتراط لمصلحة الغير في مجال التبرعات والمعاوضات.... ص 212
- المطلب الثاني : الاشتراط لمصلحة الغير في مجال عقود التأمين..... ص 213
- المطلب الثالث: الاشتراط لمصلحة الغير في مجال العقود الادارية..... ص 214
- المبحث الرابع :** مدي تأثير الاشتراط الضمني لمصلحة الغير على مبدأ
- نسبية العقد ص 215
- المطلب الاول : الاشتراط الضمني لمصلحة الغير في مجال النقل البري ص 216
- المطلب الثاني : تطبيقات الاشتراط الضمني لمصلحة الغير في القضاء
- الفرنسي ص 218
- المطلب الثالث: مدي تأثير الاشتراط الضمني لمصلحة الغير على مبدأ نسبية
- العقد ص 220
- المبحث الخامس :** الاشتراط لمصلحة الغير كوسيلة لنقل الالتزامات وفائدة
- الأخذ بها في القانون الجزائري ص 223
- المطلب الاول : الاشتراط لمصلحة الغير كوسيلة لنقل الالتزامات ص 223
- المطلب الثاني : الفائدة من تطبيق الاشتراط لمصلحة الغير لنقل بعض
- الالتزامات في القانون الجزائري ص 225

الفصل الثالث

- الاستثناءات القانونية الواردة على مبدأ نسبية العقد ص 228

المبحث الأول :	الاستثناءات الظاهرية ص 228
أ و لا :	حوالة الحق وحوالة الدين ص 229
ثانيا :	حلول الشفيع محل المشتري ص 229
ثالثا :	حلول الموفي محل الدائن ص 230
رابعا :	التنازل عن العقد ص 232
خامسا :	حلول الشركة المدمجة محل الشركة المندمجة ص 234
سادسا :	تحمل الشركة بالتزامات المحل التجاري المقدم كاسهام فيها ص 235
المبحث الثاني :	الانتقال القانوني لبعض العقود ص 236
المطلب الاول :	انتقال عقد التأمين الى الخلف الخاص ص 236
المطلب الثاني :	الانتقال القانوني لعقود العمل ص 238
المطلب الثالث :	الانتقال القانوني لعقد الايجار ص 239
المبحث الثالث :	الدعوى المباشرة ص 243
المطلب الاول :	دعوى السوءجر في مواجهة المستأجر الفرعي ص 244
المطلب الثاني :	الدعاوي المباشرة الناشئة عن الوكالة الفرعية ص 249
المطلب الثالث :	دعوى رب العمل ضد نائب الفضولي ص 252
الفرع الاول :	مفهوم الفضالة واحكامها ص 252
الفرع الثاني :	دعوى رب العمل ضد نائب الفضولي ص 254
المطلب الرابع :	الدعاوي المباشرة الناشئة عن المقاوله من الباطن ص 256
المطلب الخامس :	الدعوى المباشرة للمضروع ضد شركة التأمين ص 260
المبحث الرابع :	الزام الغير بأعمال الادارة الحسنة ص 267
المبحث الخامس :	الاستثناء الخاص بتحديد مسؤولية الناقل الجوي والبحري ص 269

الفصل الرابع

المبحث الاول :	العقود الجماعية ص 272
المطلب الاول :	عقد العمل الجماعي ص 273
المطلب الثاني :	الطبيعة القانونية لعقد العمل الجماعي ص 275
أ و لا :	فكرة العقد ص 276

- ثانيا : فكرة اللائحة ص 278
- ثالثا : فكرة الطبيعة المزدوجة لعقد العمل الجماعي ص 279
- المطلب الثاني : الآثار القانونية لعقد العمل الجماعي ص 280
- المبحث الثاني : الصلح الواقي من الافلاس ص 284
- المطلب الاول : الطبيعة القانونية للصلح الواقي من الافلاس ص 285
- المطلب الثاني : آثار الصلح ص 286

الفصل الخامس

- مدى اعتبار العقود المتتابعة استثناء من مبدأ نسبية العقد ص 289
- المبحث الاول : العقود المتتابعة الناقلة لملكية شيء ص 289
- المطلب الاول : العقود المتماثلة الناقلة لملكية الشيء ص 290
- المطلب الثاني : العقود المتباينة الناقلة لملكية الشيء ص 291
- المطلب الثالث : الأساس القانوني لرجوع المتعاقدين الثالثين على المتعاقد الأصلي ومدى اعتباره استثناء من مبدأ نسبية العقد ص 292
- أولا : الاشتراط لمصلحة الغير كأساس لرجوع المتعاقديين الثالثين ص 293
- ثانيا : حوالة الحق كأساس لرجوع المتعاقدين الثالثين على المتعاقد الأصلي ص 293
- ثالثا : حلول المتعاقد الثاني محل المتعاقد الاول ص 293
- رابعا : تأسيس رجوع المتعاقد الثاني على أساس ان دعواه تعتبر من ملحقات الشيء الذي انتقل اليه ص 294
- المبحث الثاني : العقود المتتابعة غير الناقلة للملكية ص 296
- المطلب الاول : العقود المتماثلة ص 297
- المطلب الثاني : العقود المتباينة ص 299
- المطلب الثالث : موقف الجمعية العامة لمحكمة النقض ومدى تأثيره على مبدأ نسبية العقد ص 303
- ص 306