جامعة عبد المالك السعدي
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
- طنجة -

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – طنجة
FSJES TANGER

بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص

ماستر القانون المدني والأعمال

الغير عن العقد في التشريع المغربي "دراسة على ضوء قانون الالتزامات والعقود والقانون العقاري"

إعداد الطالب الباحث :
حذيفة الشعرة

تحت إشراف الدكتور:
محمد بن يعيش

أعضاء لجنة المناقشة :

الدكتور: هشام بوحوص	رئيسا
الدكتور: محمد بن يعيش	مشرفا وعضوا
الدكتور: عبد الله أشركي أفقير	عضوا
الدكتور: عمر الحواشي	عضوا

السنة الجامعية : 2017-2018

مقدمة

يعني العقد بصورة أدق "توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني" ذلك أن كل طرف في العقد تنعقد إرادته على أمر معين ، بالتقاء الإرادتين واقتران إيجاب الإرادة الأولى بقبول الإرادة الثانية برابطة قانونية تهدف إلى ترتيب أثر قانوني ، فكل من ساهم بإرادته في إبرام عقد معين يعتبر طرفا في هذا العقد ، ولما يوصف الشخص بالطرف نعني بذلك انصراف أثر العقد إليه. وهذا أمر طبيعي تكرسه مبادئ العدالة التعاقدية ، فلا يكون من العدالة أن يلزم طرف بعقد لم يساهم هو بإرادته في إبرامه ، فالشخص الذي لم يبادر إلى إبرام التصرف إنما ذلك نابع عن عدم اهتمامه بهذا التصرف ، لذا فاحتراما لإرادته كان لازما أن لا يعنيه العقد بما يرتبه من آثار سواء كانت نافعة أم ضارة به. وهذا الأخير هو ما نعنيه بمفهوم الغير عن العقد. بمعنى أن كل من لم يساهم في إبرام عقد يعد غيرا عنه ، وبالتالي لا ينصرف إليه أثره.

وهذا معنى سليم من ناحية التأصيل المبدئي لكنه لا يكفي لدفع الغموض الذي يشوب مصطلح "الغير" فالأمر يستدعي الوقوف على تحديد من الشخص الذي لا ينصرف إليه أثر العقد أي بمعنى آخر من هم فئة هذا الغير الذين لا ينصرف إليهم آثار العقد. هل هم الخلف الخاص أو العام أم الدائن العادي أم الأجنبي أصلا عن العقد الذي لا يعتبر طرفا ولا خلفا ولا دائنا ؟.

في الحقيقة يصعب الحسم في هذا الموضوع وإن كان يبدو ذلك من السهولة بما كان ، فلو سلمنا أن الخلف و الدائن العادي من الغير ، فيعني أن هؤلاء لا يواجهون بالأثر النافع أو الضار للاتفاق ، ولكن الأمر على العكس من ذلك فالخلف ليسوا طرفا في العقد وكذلك الدائن وعلى الرغم من ذلك ينصرف إليهم أثر العقد ويتأثرون به[1].

[1]- ورد في الفصل 229 من ق ل ع "تنتج الالتزامات أثرها لا بين المتعاقدين فحسب ولكن ، أيضا بين ورثتهما وخلفائهما..."
كما ورد بمقتضى الفصل 1241 "أموال المدين ضمان عام لدائنيه ، ويوزع ثمنهما عليهم بنسبة دين كل واحد منهم ما لم توجد بينهم أسباب قانونية للأولية"

ولأن التشريعات تستخدم مصطلح الغير مرارا دون أن تتدخل لتحديد معناه كان لزاما على الفقه أن يتدخل لوضع معايير تسمح على الأقل كشف الرؤية حول مفهوم الغير. وقد كان الفقه الفرنسي[2] سباقا إلى دراسة مفهوم الغير ، إذ كان لهذا الفقه الدور الكبير في تطور مفهوم الغير من النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة.

فالنظرية التقليدية تقتصر على أن للغير مفهوم واسع ويشمل كل من الخلف والدائنين ومفهوم آخر ضيق ، أو الغير بمعناه الضيق ، وهو كل من لم يكن طرفا ولا خلفا عاما أو خاصا ولا دائنا[3].

والحقيقة أن الفقه المغربي[4] بدوره استقر على هذا المفهوم التقليدي للغير فنجده يتوقف عند هذا الحد وإن كانا الأستاذين عبد الحق صافي و عبد القادر العرعاري. أكثر جرأة لما اعتبرا

---

[2]- من أهم هؤلاء الفقهاء الفرنسيين: الفقيه دبران DEBRAND في مؤلفه
– DEBRAND/ de la nation de tiers / these (Imprimee) . dijon . 1820
والفقيه في WELL في مؤلفه:
- WELL/ le principe de la relativite des conventions en droit prive Français (1) these (Imprimee) paris . 1938.

[3]- في الحقيقة وبعد الإطلاع على بعض نصوص قانون الالتزامات والعقود المغربي وخصوصا النصوص المنظمة لآثار الالتزامات يلاحظ أن المشرع المغربي أخذ بموقف النظرية التقليدية تجاه مفهوم الغير حيث كرس نفس مقتضيات التشريع الفرنسي بخصوص سريان آثار العقد تجاه غير أطرافه. باستثناء بعض الحالات التي حاول المشرع من خلالها مراعاة بعض أحكام الشريعة الإسلامية كما هو الشأن بالنسبة لانتقال الالتزامات إلى الخلف العام كما سيأتي ذكر ذلك بتفصيل في هذا البحث.

[4]- أنظر بهذا الصدد
- مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود المغربي -الجزء الأول- مصادر الالتزامات، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء. دون ذكر تاريخ الطبع. ص 252 وما بعدها.

- ادريس العلوي العبدلاوي: شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام –نظرية العقد- مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى 1996. ص 664 وما بعدها.
- عبد القادر العرعاري: مصادر الالتزامات الكتاب الأول –نظرية العقد- مطبعة الأمنية الرباط الطبعة الرابعة 2014 . ص 331 وما بعده.
- عبد الحق صافي: القانون المدني الجزء الأول: المصدر الإرادي للالتزامات ، العقد الكتاب الثاني – آثار العقد- مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى 2007 ص 7 وما بعدها.

الخلف الخاص والعام وكذا الدائنين في حكم المتعاقد. لكن هذا لا يعدو أن يكون سوى تكريس لمبدأ المفهوم الواسع والضيق للغير ليس إلا. (يعني المفهوم التقليدي).

لكن التطور الذي شهدته نظرية العقد ذاتها كان عاملا أساسيا أمام ظهور مفهوم جديد للغير ، فنظرية العقد لم تعد تكتفي بوجود علاقة ثنائية بين المتعاقدين لتنظيم العلاقات العقدية المتعددة والمتنوعة وعلى وجه الخصوص في الميدان التجاري ، حيث تتداخل تلك العلاقات لتكوين عملية اقتصادية واحدة. وأبرز مثال على ذلك هو عقد الليسنك (Leasing) إذ أن هذا العقد يؤدي إلى تداخل العلاقات بين ثلاث أشخاص لتكوين عملية واحدة تنشأ بين البائع والمؤجر والمستأجر ، فالمؤجر في هذا العقد يلعب دورا رئيسيا في إبرام كل من عقد البيع وعقد الإيجار ، فلا يمكننا أمام هذا الوضع القول أن عقد الليسنك (أو عقد الائتمان الإيجاري) يتكون من عقود يستقل بعضها عن البعض الآخر ، فهو يشكل مجموعة عقدية يتأثر أطرافها إما سلبا أو إيجابا حسب الظروف الاقتصادية ، لذلك طرحت مسألة المعيار الذي يجب اعتماده لتحديد معنى الغير في هذه المجموعة. فهل يمكن اعتبار المستأجر في عقد الليسنك غيرا في علاقته بالبائع على الرغم من أنه لولا حاجة المستأجر في الكراء لما كان المؤجر في حاجة إلى إبرام العقد مع البائع ؟ كما أن البائع قد يقوم بعملية القرض لاقتناء الأدوات أو المعدات التي عاود بيعها إلى المؤجر وهنا قد تتشابك العلاقات مما يزيد الأمر صعوبة لاستجلاء الغموض حول مفهوم الغير في ظل تعدد العلاقات العقدية.

هذا ويتعدد استعمال مصطلح "الغير" في ميادين شتى منها الميدان العقاري ليختلف معناه من ميدان إلى آخر. فلما نتحدث عن مفهوم الغير في القواعد العامة ليس هو مفهوم الغير في القانون العقاري[5] ، لذلك فالغير هنا يأخذ معنى آخر يستقل فيه عن معنى الغير وفقا للقواعد العامة.

[5]- نقصد بالقانون العقاري في هذا الإطار كل من مدونة الحقوق العينية وظهير التحفيظ العقاري وكذا كل التشريعات الخاصة المتعلقة بالعقار لأنه لا مجال اليوم للحديث عن ظهير التحفيظ العقاري و مدونة الحقوق العينية بشكل مستقل عن الآخر ما دام

ويطرح الغير وفقا لأحكام القانون العقاري عدة إشكالات لطالما كانت الشغل الشاغل لدى المشرع والقضاء والفقه المغربي ، فمن زاوية طرحت مسألة مفهوم الغير في مسطرة التحفيظ خصوصا وأن المشرع استعمل مصطلح الغير في عدة نصوص كما هو الشأن بالنسبة للفصل 84 من ظهير التحفيظ العقاري[6] دون أن يقوم بتحديد معناه ، كما أن طالب التحفيظ قد يلجأ إلى التصرف في الملك موضوع التحفيظ دون أن يلجأ المتصرف إليه إلى سلوك مسطرة الإيداع أو الخلاصة الإصلاحية فيتأسس الرسم العقاري باسم طالب التحفيظ لذلك نتساءل حول ما إذا كان الخلف الخاص يعد استثناء من قاعدة التطهير ؟ ومن زاوية أخرى طرحت مسألة مفهوم الغير بعد تأسيس الرسم العقاري أي مرحلة التقييدات. إذ شكلت المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية منعطفا هاما في التشريع العقاري المغربي خلفت عدة تضاربات بين مؤيد ومعارض. خصوصا أمام تعارض هذه المادة مع مقتضيات الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري. لذلك نتساءل حول ما إذا كان المشرع المغربي استطاع أن يوفق بين مصلحة الغير المقيد عن حسن نية وكذا مصلحة المتصرف إليه الأول دون أن يلجأ إلى تقييد حقه ؟.

أهمية الموضوع

إن دراسة الغير عن العقد ذات أهمية كبرى خصوصا وأن المشرع لا يتدخل لوضع تحديد ثابت للغير بالنسبة للعقد مما يتيح المجال من الناحية النظرية في طرح النقاش حول مفهوم الغير في العقد ومركز هذا الغير فيه وجرد الحالات التي يكون فيها الغير في منأى عن العقد ومتى يتم الخروج عن المبدأ النسبي للعقد؟ وكذا تحديد الأحوال التي يتأثر فيها هذا الغير من العقد .

أن المشرع المغربي تدخل لتوحيد المقتضيات المتعلقة بالحقوق العينية على العقارات سواء كانت محفظة أو غير محفظة أو في طور التحفيظ وذلك بموجب القانون 39.08.

[6]- ظهير شريف صادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) بشأن التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتتميمه بالقانون رقم 14.07.

كما أن لدراسة الغير عن العقد أهمية عملية تتجلى في كونها تكسب العقد صفة المرونة وتحقيق استقرار المعاملات التعاقدية الذي يعتبر مطلبا لكل الفئات المتعاقدة.

دوافع اختيار الموضوع

إن البحث في موضوع الغير عن العقد له أهمية قصوى في التسهيل على الباحث من امتلاك الآليات القانونية التي تعتبر مفتاحا لدراسة القانون المدني من خلال تسهيل استيعاب مجموعة من الموضوعات التي يجد الباحث صعوبة في التمكن منها ، ولعل هذا الأمر كان هو الدافع الأساس في اختياري لهذا الموضوع. كما أن إغناء النقاش حول هذا الموضوع في الساحة القانونية المغربية كان حافزا أساسيا لدراسة هذا الموضوع الذي لم يحظى بأهمية كبيرة عندنا في المملكة المغربية. زيادة على ذلك حاولت أن أعطي لهذه الدراسة خصوصية من خلال دراسة الغير عن العقد بين قانون الالتزامات والعقود والقانون العقاري ، وذلك راجع إلى الأهمية التي أضحى يحظى بها مفهوم الغير في التشريع العقاري. فكانت هذه كلها دوافع مشجعة بالنسبة لي في اختيار هذا الموضوع.

إشكالية البحث

تتحدد إشكالية هذا الموضوع بالأساس في بروز مفهوم الغير في القانون المغربي خاصة في الميدان العقاري وإثارته لمجموعة من الاشكالات في إطار العلاقات بين الأشخاص. وعليه كيف يمكن تحديد مركز الغير عن العقد في التشريعين المدني والعقاري لتحديد مدى انصراف أثر العقد إليه ؟.

وتتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية عدة تساؤلات فرعية:

- ما هو مفهوم الغير في قانون الالتزامات والعقود و القانون العقاري؟

- ما هو مركز الغير من مفهوم الخلف والدائن العادي ؟

- ماهي الآثار المترتبة بالنسبة للغير في الصورية والتقييد في الرسم العقاري ؟

- ماهي الآثار المترتبة بالنسبة للغير في حوالة الحق ؟

- ما هي الاستثناءات الواردة على قاعدة نسبية آثار العقد ؟

المناهج المعتمدة في دراسة البحث

تعتبر من أهم المناهج التي اعتمدتها في دراسة هذا البحث كل من المنهج المقارن والمنهج التحليلي.

أما المنهج المقارن فقد وظفته في مقارنة بعض نصوص التشريع المغربي ببعض التشريعات المقارنة كالتشريع الفرنسي. وكذا مقارنة الاجتهادات القضائية والآراء الفقهية ذات الارتباط بالموضوع. وبالنسبة للمنهج التحليلي فقد استعنت به في تحليل بعض النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع سواء في المادة العقارية ، أو في قانون الالتزامات والعقود.

وسنبحث هذا الموضوع من خلال تقسيمه إلى فصلين:

الفصل الأول : تحديد مفهوم الغير بالنسبة للعقد

الفصل الثاني: أثر العقد بالنسبة للغير

الفصل الأول

تحديد مفهوم الغير بالنسبة للعقد

يعتبر الغير من المفاهيم القانونية الذي يختلف معناه حسب الوصف الذي تتخذه تطبيق القواعد القانونية. وهذا ما يضفي عليه أهمية بارزة خصوصا وأن مفهوم الغير يطبعه الغموض. ولعل عدم تحديده بصورة دقيقة جعله عرضة للاستعمال في ميادين شتى.

ولقد طرحت مسألة مفهوم الغير بشدة على الساحة القانونية والفقهية والقضائية في بعض التشريعات، ويعزى الجدل الذي التصق بمفهوم الغير، إلى عدم وجود مفهوم ثابت له، ولأجل طرح مقاربة لمفهوم الغير في العقد ، بذلت مجهودات فقهية وقضائية ، على الرغم من أنها لم تتفق على تعريف موحد للغير، وقد انقسمت إلى اتجاهين هامين: الأول اتجاه تقليدي ، والثاني اتجاه حديث متطور (المبحث الاول).

ولعل الغرض الذي يدفع إلى تحديد مفهوم دقيق للغير هو حصر الأشخاص الذين لا يطالهم أثر العقد، وقد يبدو هذا الأمر من الصعوبة بما كان أمام سريان آثار العقد في حق حتى من لم يكن طرفا فيه بشخصه أو بمن يمثله. لأنه لا يمكن البتة حصر آثار العقد على أطرافه وبتالي التسليم بالقول الذي يعتبر الغير، كل طرف لا يتأثر بمقتضيات العقد.

فهناك من الأشخاص ممن لا يتأثرون بآثار العقد ، إذن فهم من فئة الأغيار، ومن الأشخاص من يتأثرون بآثار العقد على الرغم من أنهم ليسوا بأطراف فيه ولا ممثلين فيه، لذلك وجب تحديد مركز الغير من بعض المفاهيم التي تقرب منه. و مثال الخلف العام والخلف الخاص والدائن العادي والطرف في العقد (المبحث الثاني).

المبحث الأول: المفهوم التقليدي والحديث للغير عن العقد

يشكل الغير واحدا من المصطلحات التي تستعمل في التشريعات. دون أن يتدخل المشرع لتحديد معناها وهذا ما يصدق على التشريع المغربي إذ أن المشرع سكت عن تحديد معنى الغير بالنسبة لأثر العقد[7]. مما ساهم في جمود مفهوم الغير ولمدة ليست بالقصيرة، ولقد ساهم الفقه التقليدي في فرنسا في بقاء الغموض لصيق بالغير لكن هذا المفهوم التقليدي اصطدم بالواقع العملي ، حيث لم يعد بالإمكان النظر إلى الغير وفق تلك النظرة الضيقة التي لم تعد تتسع لتشمل الروابط العقدية، مما أدى إلى حصول تطور مهم في مفهوم الغير.

ولإيضاح ذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: المفهوم التقليدي للغير

المطلب الثاني: المفهوم الحديث للغير

المطلب الأول: المفهوم التقليدي للغير

يتميز تحديد الغير حسب المفهوم التقليدي بحصر هذا اللفظ في مفهوم ثابت ومستقر سواء على الصعيد التشريعي أو القضائي، (الفقرة الأولى) أو على صعيد الفقه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مدلول الغير في التشريع والقضاء

قبل الوقوف على مدلول الغير في التشريع والقضاء لابد من الوقوف على مدلوله من الناحية اللغوية والاصطلاحية نظرا لما لهذا التحديد من أهمية في ضبط المصطلحات.

[7]- نظم المشرع المغربي آثار الالتزامات بوجه عام بمقتضى الفصول من 228 إلى 305 من قانون الالتزامات والعقود.

أولا: مدلول الغير في اللغة والاصطلاح

تأتي كلمة غير في اللغة لمعان عدة:

فتأتي بمعنى (إلا) مثل لا إله **إلا** الله ، بمعنى إفراد الله تعالى بالعبادة أي لا معبود بحق غير الله.

و تأتي بمعنى سوى، والجمع أغيار، وهي كلمة يوصف بها ويستثنى ، فإن وصف بها أتبعتها إعراب ما قبلها، وإن استثنيت بها أعربتها بالإعراب الذي يجب للاسم الواقع بعد إلا ، وذلك أن أصل غير صفة واستثناء[8].

ومنه قوله تعالى "قل إن أخذ اللهُ سمعكم وأبصاركم وختم على قلوبكم مَّن إله غيرُ اللهِ يأتيكم به انظر كيف نصرف الآيات ثم هم يصدفون"[9].

وبالنسبة للتحديد الاصطلاحي للغير فإنه نجد بعض الفقه[10] عند الحديث عن التحديد الاصطلاحي للغير يميز ما إذا كان هذا الغير، أجنبيا عن العقد المبرم أو غير أجنبي عنه، حيث يكون أجنبيا عن العقد إذا لم يكن له حق فيه ، ويتحقق ذلك في كل شخص لا تربطه صلة بالمتعاقد أو بمحل العقد ويكون غير أجنبي إذا كان له حق في العقد يخول له الطعن فيه.

وبالنسبة لموقف الفقه الإسلامي من تعريف الغير، فبالرجوع إلى مصنفات[11] الفقهاء القدامى نجد أنها لم تتعرض لوضع تعريف اصطلاحي للغير، وإنما كان الفقهاء يذكرون خصائصه خاصة في باب البيع والوكالة، حيث يهتمون أكثر بوضع الضوابط الفقهية لحماية الغير[12].

---

[8]- لسان العرب لابن منظور، ص. 1053.

[9]- سورة الأنعام الآية 46.

[10]- حسن محمد بودي: حقوق الغير في العقود المالية في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، طبعة سنة 2004، ص 13.

[11]- من أهم هذه المصنفات:

- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام الكساني.
- الشرح الكبير للإمام الدردير.

[12]- هشام المراكشي: مفهوم الغير في التشريع المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الخامس الرباط السنة الجامعية 2014- 2015 ص ص 11 و 12.

ثانيا: مدلول الغير في التشريع

إن البحث عن الأصل التشريعي لمصطلح الغير يعود بنا إلى القانون الروماني ، حيث أطلقت كلمة الأجنبي (aliis) على الشخص الذي لا ينفعه الأمر المتفق عليه بين شخصين آخرين ولا يضره ولم تلبث هذه الكلمة أن أصبحت محل عناية المشرع الفرنسي بعد أن أخذها الفقه الفرنسي[13] من القانون الروماني، وكرس لها الفصل 1165 من القانون المدني ، على اعتبار أن الشخص الذي يوصف أنه غير لا يمكن أن ينفعه العقد أو يضره[14].

وبالرجوع إلى قانون الالتزامات والعقود المغربي والقانون العقاري[15] نلاحظ أن مصطلح الغير استعمل في عدة مواضيع مرتبطة غالبا بترتيب آثار الالتزامات[16] أو تحديد مراكز بعض الأشخاص من التصرفات التي يجريها أطراف العقد[17]. هذا وقد ورد في مضامين الفصل 230 من قانون التزامات والعقود المغربي " الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح

---

[13]- من هؤلاء الفقهاء الفقيه دوما domat الذي نقل كلمة الغير من القانون الروماني وأصبحت عنده بما اصطلح على تسميته بالشخص الثالث وقد حاول بوتيه pouther أن يعطي لهذه الكلمة معنى أقل تعقيدا و أكثر دقة فاستخدم بدلا عنها كلمة "الغير".

[14]- للتوسع أكثر في هذا الموضوع يمكن الاطلاع على مرجع الأستاذ صبري حمد خاطر، "الغير عن العقد" دراسة في النظرية العامة للالتزام، الناشر الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع عمان. الطبعة الأولى 2001. ص 15 وما بعدها

[15]- لم يحدد القانون العقاري المغربي ما يقصده بلفظ الغير وذلك راجع إلى صعوبة إعطاء كلمة الغير معنى شامل وموحد في مجال القانون العقاري كما هو الشأن بالنسبة لمفهومها وفقا للمبادئ العامة. فقد عرفه الأستاذ مأمون الكزبري بأن المقصود بالغير في القانون العقاري هو الشخص الذي يتمتع بحق عيني مسجل في السجل العقاري.
كما عرفه الأستاذ محمد خيري بأنه "يعني جميع الأشخاص الذين لم يكونوا أطرافا في العقد أو التصرف غير المسجل ولكن تكون لهم مصلحة تتأثر بهذا التسجيل فيعتبر بالتالي من الغير الذي لا تسري عليهم الحقوق غير المقيدة ومنهم:
- الخلفاء الخصوصيون الذين اكتسبوا حقوق على العقار
- الدائنون العاديون وكذا جماعة الدائنين في حالة إعسار صاحب العقار
أما الورثة أو الموصى لهم بوجه عام فلا يعترون في الأصل من الغير"
للتوسع في هذا الموضوع يمكن الرجوع إلى المراجع التالية:
- مأمون الكزبري: التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 1987. ص258
- محمد خيري: مستجدات قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ط 2013 صفحة 587
- حفيظة البشيري: سوء النية وآثاره على التقييد بالسجل العقاري منشورات مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع- الرباط سلسة البحوث الجامعية العدد 18. 2017 ص 22.

[16]- يمكن الرجوع في هذا الصدد على الفصول 22 و 228 و 229 و 489 ... من قانون الالتزامات والعقود.

[17]- يمكن الرجوع في هذا الصدد على المواد 2 و 13 من مدونة الحقوق العينية والفصول 66 و 84 من ظهير التحفيظ العقاري.

تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئيها ، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاهما معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون ".

فالقاعدة إذن أن العقد شريعة المتعاقدين وقد عبر المشرع الفرنسي عن ذلك في الفصل 1134 بقوله: " الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقديها " كما ورد بهذا الصدد في القانون المدني المصري والقانون المدني السوري أن " العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون "[18].

وبالتالي فإن التوجه الذي تبناه المشرع المغربي كبقية التشريعات ، هو التصور الفردي التقليدي الذي يعتمد الإرادة كعنصر محدد للطرف في العقد ، بمعنى أن إنشاء العقد وترتيب آثاره يظل حبيس الإرادة التي أنشأته.

فلفظ " منشئيها " المستعملة من طرف المشرع في الفصل أعلاه ، تدل بشكل واضح لا يترك مجالا للشك، على أن الأمر يتعلق بمن تدخلت إرادته في تكوين العقد دون تنفيذه[19].

ويقضي تحديد المشرع للفظ الغير إبداء الملاحظات التالية:

1- غياب أساس أو معيار قانوني واضح لتحديد مفهوم الغير من قبل المشرع في إطار قانون الالتزامات والعقود.

2- الاتجاه السائد في استعمال المشرع للفظ الغير يهدف إلى المعنى الضيق لمفهوم الغير، كما هو الشأن بالنسبة للفصل 228[20] من ق. ل. ع. المتعلق بنسبية أثر العقد.

---

[18]- مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود المغربي -الجزء الأول- مصادر الالتزامات، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء. دون ذكر تاريخ الطبع. ص ص 245 و 246.

[19]- مصطفى مالك: حوالة العقد- دراسة مقارنة مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2008 ص 232.

[20]- ينص الفصل 228 " الالتزامات لا تلزم إلا من كان طرفا في العقد، فهي لا يتضر الغير ولا تنفعهم إلا في الحالات المذكورة في القانون ".

3- في مقابل ذلك استعمل المشرع في بعض الفصول لفظ الغير بالمفهوم الواسع الذي يشمل كلا من الخلف العام والخلف الخاص والدائنين العاديين كالفصل 22 المتعلق بالصورية حيث اعتبر المشرع في الفقرة الأخيرة الخلف الخاص غيرا.

4- وفي بعض الحالات نجد أن المشرع المغربي يتولى بنفسه تحديد المقصود من الغير الوارد في فصل معين وذلك قطعا لدابر التأويلات التي قد تخرق مضمون النص ومن الأمثلة عل ذلك، تحديد الفصل 398 من قانون الالتزامات والعقود للغير الذي لا يتضرر من الإقالة الاختيارية[21].

ثالثا: مدلول الغير في القضاء

إنه بالإطلاع على بعض القرارات الصادرة عن القضاء المغربي يلاحظ أنه لا يعطي تفسيرا واضحا ودقيقا لمدلول الغير، وإنما يختلف مفهومه باختلاف المراكز القانونية.

فقد كرس القضاء المغربي المفهوم الضيق للغير خصوصا في مبدأ نسبية أثر العقد بالنسبة للغير، حيث يعتبر الغير. الأجنبي الذي لا تربط بينه وبين أطراف العلاقة التعاقدية أية رابطة ، فإذا كان المبدأ أن الالتزامات التعاقدية يكون لها أثر حتى بين ورثة المتعاقدين وخلفهما[22] فإن هذا المبدأ تم تفسيره من طرف المجلس الأعلى على أن العقد لا ينشأ أو يرتب التزاما إلا بالنسبة لأطرافه أو خلفهما ، بمعنى أن الغير الأجنبي عن العقد لا تربطه بالطرف أية رابطة عقدية[23].

---

[21]- محمد محروك: مفهوم الغير في العقد التحديد والآثار – دراسة مقارنة- أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث: القانون المدني جامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2005. 2006 ص ص 25 و 26.

[22]- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط رقم 7306 صادر بتاريخ 4 نونبر 1997 منشور بمجلة الإشعاع، يونيو 2002، عدد 25، ص 217.

[23]- قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 395، صادر بسنة 1961

و يعطي القضاء المغربي للغير مفهوما موسعا في الصورية[24] حيث يشمل كل من الخلف العام والخاص والدائنين فقد جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط ما يلي:

"إذا كان من الصحيح عدم الاحتجاج على الغير بورقة الضد فإنه من المبادئ التي لا جدال فيها أن من حق هؤلاء التمسك فيما إذا كانت لهم مصلحة في ذلك"[25].

ويعتبر القضاء المغربي الخلف الخاص غيرا بالنسبة للعقود التي يبرمها سلفه ويتلقى بمقتضى ذلك حقا أو مالا من أحد طرفي العقد ، كما هو الشأن بالنسبة لتاريخ سريان عقود الكراء المبرمة لمدة تتجاوز ثلاث سنوات في مواجهة الغير، حيث اعتبر هذا الغير هو المشتري المستفيد من عقد الكراء فلا يحتج عليه بهذه العقود إلا من تاريخ تسجيل الشراء لا من تاريخ العقد[26]

هذا ولا يمكن الاحتجاج على الخلف الخاص (المشتري أو المالك الجديد) بعقد الكراء إلا إذا أجري هذا الأخير بدون غش وأن يكون له تاريخ سابق على التفويت[27].

وهو ما أكده القضاء المغربي في القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 31 مارس 1994، الذي جاء في حيثياته:

"وحيث أن الثابت بمقتضى الشهادة العقارية المستدل بها في الملف... وأن الشقة موضوع النزاع الموضوع لها الرسم العقاري 86216 / 03 في ملكية دينة عبد الحميد.

---

[24]- الصورية في معناها الواسع تفيد إظهار وضع وهمي بمظهر الوضع الحقيقي.
والصورية، اصطلاحا، هي توافق إرادتين على إخفاء ما اتفقا عليه سرا تحت ستار عقد ظاهر لا ترضيان بحكمه. فالعقد الصوري إذن هو عقد ينظمه ذرا للرماد في أعين الغير، ويتفقان في الخفاء على تعطيل كل أو بعض آثاره بمقتضى عقد مستتر يسمى ورقة الضد. مثال ذلك أن يذكر البائع و المشتري ثمنا ضئيلا في صك البيع المنظم في العلانية، ويحددان الثمن الحقيقي في صك مستتر. وسنعمل على دراسة أحكام الصوريه بشكل من التفصيل في الفصل الثاني حين التطرق لموضوع " الحجية بالنسبة للغير في الصورية"

[25]- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 17 أبريل 1922.

[26]- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 24 ماي 1952 منشور بمجلة المحاكم المغربية العدد 18.

[27]- وهو ما أكد عليه المشرع المغربي بمقتضى الفصل 694 من قانون الالتزامات والعقود "لا ينفسخ عقد الكراء بالتفويت الاختياري أو الجبري للعين المكتراة، ويحل المالك الجديد محل من تلقى الملك عنه في كل حقوقه والتزاماته الناتجة من الكراء القائم بشرط أن يكون هذا الكراء قد أجري بدون غش وأن يكون له تاريخ سابق على التفويت".

وحيث أن المستأنف عليه لا ينازع في كونه فوت العقار أثناء قيام العلاقة الكرائية. وأنه لا محل للتمسك باستمرار هذه العلاقة بناء على مراسلات وإقرارات صادرة عن الطرف المستأنف للمدة الفاصلة بين تاريخ انتقال الملكية وتاريخ قيام النزاع الحالي واعتمادها لإعطائه صفة الادعاء ما دام قد ثبت عكس ذلك الإقرار بحجة انتقال الملكية **للغير المالك الجديد الذي تلقى الملك** عنه وحل محله في كل حقوقه والتزاماته الناتجة عن الكراء القائم قبل التفويت عملا بأحكام الفصل 694 من ق. ل. ع."[28].

وفي المجال العقاري طرح مفهوم الغير بشدة خصوصا في مرحلة التصرف في العقار أو الحق العيني[29] أثناء التحفيظ الذي يترتب عليه قاعدة التطهير[30] .

فقد يحدث أن يتصرف طالب التحفيظ في العقار الجارية فيه مسطرة التحفيظ دون قيام المتصرف إليه إلى تقديم طلب تصحيحي لمطلب التحفيظ بأن تتابع مسطرة التحفيظ في إسمه[31]

---

[28]- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 31 مارس 1994، الغرفة المدنية، صادر في الملف المدني عدد 89/7107- 2872/ 90، أشار إليه:
عبد الفتاح بنوار، "المجموعات القانونية والقضائية المغربية، مجموعة القانون المدني، قانون الالتزامات والعقود" مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1996، ص. 274.

[29]- الحق العيني سلطة يعطيها القانون لشخص على شيء معين، يخول الشخص بمقتضاها حقوقا معينة على هذا الشيء. والحقوق العينية محصورة في القانون، وهي الملكية وحق الانتفاع ويلحق به السكنى والاستعمال وحقوق الارتفاق والعمرى والسطحية والزينة و الحبس وحق الهواء والتعلية، وهذه حقوق أصلية، وحق الرهن بنوعيه الرسمي والحيازي وحق الامتياز وهي حقوق عينية تبعية.
ونظم المشرع المغربي الحقوق العينية بمقتضى المواد 9 و 10 من القانون رقم 39.08 المتعلق مدونة الحقوق العينية.
هذا ويعتبر التمييز بين الحق العيني والشخصي نقطة انطلاق لدراسة قواعد المعاملات المالية. وللمزيد حول هذا الموضوع يمكن الاطلاع على على مرجع الأستاذ عبد الرزاق السنهوري -الوسيط في القانون المدني- الجزء الأول، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت – لبنان 1998 الطبعة الثالثة ص 2 و 3 وما بعدها

[30]- تعني قاعدة التطهير تطهير العقار من كل الحقوق غير المدلى بها أثناء جريان مسطرة التحفيظ خلال الآجال المحددة لها، حيث أن هذه الحقوق تتلاشى وتندثر بصفة نهائية لا رجعة فيها. ينظر بهذا الخصوص :
- محمد الكشبور: "التطهير الناتج عن تحفيظ العقار تطور القضاء المغربي قراءة في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 29 دجنبر 1999" مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى 2005.
- سفيان موعلي: قاعدة تطهير العقار و إدماج الملكية العقارية في التنمية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجماعية –طنجة- السنة الجامعية 2014-2015.

[31]- ورد بمقتضى الفقرة الثانية والثالثة من الفصل 83 من ظهير الحفيظ العقاري كما جرى تعديله بمقتضى القانون 14.07 ما يلي:
تتابع مسطرة التحفيظ بصفة قانونية مع أخذ الحق المنشأ أو المغير أو المقر به بعين الاعتبار,
يكسب صاحب الحق المنشأ أو المغير أو المقر به صفة طالب التحفيظ في حدود الحق المعترف له به.

كلا او جزءا أو لم يودع[32] لدى المحافظة على الأملاك العقارية عقد التصرف الذي يسجل في سجل التعرضات ، فإنه يفقد هذا الحق إذا ما حفظ العقار في اسم طالب التحفيظ و إن كان قد تصرف إليه بذلك الحق، والسبب في ذلك يرجع إلى قاعدة التطهير المترتبة عن التحفيظ المؤدي إلى بطلان أي حق سابق عليه ولو كان أنشأه طالب التحفيظ[33].

وعلى هذا الأساس بقي الخلاف في العمل القضائي المغربي منذ زمن حول استثناء الخلف الخاص من قاعدة التطهير وبالتالي عدم اعتباره من الغير وعدم مواجهته بهذه القاعدة فقد صدر عن محكمة الاستئناف بالرباط قرارا ذهبت فيه إلى أن التطهير لا يطبق على حق الملكية المتعاقد به مع مالك العقار قبل التحفيظ، وأن المشتري له الحق في طلب ملكية هذا العقار ولو بعد التحفيظ ، لأن أثر التطهير يتناول فقط الحقوق المدعى بها من الغير الذين لا تربطهم أية رابطة بطالب التحفيظ ولا يتناول الحقوق المرتبة للخلف الخاص لطالب التحفيظ.

وفي قرار آخر لنفس المحكمة ورد أن الرسم العقاري لئن كان يجعل ملكية صاحبه نهائية ولا تقبل الجدل فإنه لا يحول دون تمكين خلفه الخاص من مطالبته بتنفيذ التزاماته المتعلقة بالعقار المحفظ والمستمدة من عقد سابق على التحفيظ شريطة ألا تنال هذه الالتزامات حقوقا أنشأها المحفظ له للغير وسجلت في إسمه[34].

أما التوجه الآخر فإنه لا يجعل قاعدة التطهير قاصرة على الغير[35] بالمعنى الذي يستثني الخلف الخاص لطالب التحفيظ ، إذ لا وجه لهذا الاستثناء للخلف الخاص من أثر التطهير

---

[32]- ورد بمقتضى الفقرة الأولى من الفصل 84 من ظهير التحفيظ العقاري ما يلي "إذا نشأ على عقار في طور التحفيظ حق خاضع للإشهار أمكن لصاحبه ، من أجل ترتيبه والتمسك به في مواجهة الغير، أن يودع بالمحافظة العقارية الوثائق اللازمة لذلك، ويقيد هذا الإيداع بسجل التعرضات.

[33]- ورد بمقتضى الفصل 62 من ظهير التحفيظ العقاري ما يلي " إن الرسم العقاري نهائي ولا يقبل الطعن، ويعتبر نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية والتحملات العقارية المترتبة على العقر وقت تحفيظه دون ما عداها من الحقوق غير المقيدة."

[34]- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط مؤرخ في 27 يناير 1926، مجموعة قرارات محكمة الاستئناف في الرباط لعام 1926، ص 366.

[35]- جاء في قرار لمحكمة النقض أن الأصل في المقيد في الرسم العقاري صفة الغير ومما ورد في حيثيات هذا القرار "لكن حيث إن المحكمة لما ثبت لها أن عقد البيع الأول لم يتم تسجيله ليتأتى للمشتري الأول الاحتجاج به في مواجهة المشترية جميلة قديري التي سجلت شرائها بالصك العقاري، وأن هذه الأخيرة تعتبر غيرا بالنسبة لبقية أطراف الخصومة، و أن الغير

للتحفيظ لإطلاق الفصلين 1 و 62 من قانون التحفيظ العقاري في إضفاء صفة التطهير للرسم العقاري المنشإ بمسطرة التحفيظ المترتب عنه بطلان ما عداه من الرسوم وتطهير الملك من جميع الحقوق السابقة غير المضمنة به. وفي هذا السياق جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بالحسيمة أنه:

"لا يمكن الاستدلال على وجود حق أو انعدامه بأي وسيلة أخرى خارج البيانات المقيدة بالرسم العقاري ولا يفقد التسجيل عنصر تطهير الحق إلا إذا أنشأ في الأصل معيبا أو على أساس التزام غير صحيح أو باطل..."[36].

ويبدو أن الخلاف القضائي حول سريان قاعدة التطهير في مواجهة الخلف الخاص قد حسم نهائيا[37]. فأمام وضوح الفصلين 1 و 62[38] من ظهير التحفيظ العقاري لا يسعنا إلا القول أن الرسم العقاري نهائي لا يقبل أي طعن ويترتب عليه بطلان ما عداه من الرسوم التي لم يتم تقييدها بالسجل العقاري ولعل ما يعزز هذا الموقف قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) والذي جاء فيه:

بمفهوم الفصل 66 أعلاه لا يمكن التمسك ضده بأي عقد إلا إذا كان مسجلا في الرسم العقاري مالم يثبت سوء نية المشتري وعلمها بالبيع الأول..."

[36]- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالحسيمة، رقم 03/02/62 بتاريخ 2004/02/09. في الملف رقم 03/02/49 غير منشور.

[37]- جاء في قرار لمحكمة النقض –لا يعتبر المشتري خلف خاصا للبائع خلاف القواعد العامة في ظهير الالتزامات والعقود من جهة، وفي مواجهة المشتري السابق للعقار والذي لم يقيد حقه في الرسم العقاري- ومما جاء في حيثيات هذا القرار "لكن حيث أن القرار المطعون فيه نص على أنه تم الاستماع إلى مستنتجات النيابة العامة، وأن تنصيصاته يوثق بها ما لم يثبت ما يخالفها، و أن عدم إصدار الأمر بالتخلي عن الملف من طرف المستشار المقرر يترك باب المناقشة مفتوحا للطرفين إلى حين جعل القضية بالمداولة، وبالتالي ليس فيه ضرر على أي طرف. وأن الطاعن لم يدفع بسوء نية المشتري بعده أمام المحكمة وإنما يثير ذلك لأول مرة أمام المجلس الأعلى. وهو أمر غير مقبول لاختلاط الواقع فيه بالقانون، ولذلك فإن القرار المطعون فيه حين علل بأنه 'بخصوص أوجه الطعن المتعلقة بإبطال العقد المبرم بين ارحيمو وعائشة، وأغزاو العياشي، فإن هذا الأخير يعتبر غيرا سجل شرائه، ويتعين إثبات سوء نيته وهو أمر غير متوفر في النازلة، مما يبقى معه الأصل هو حسن النية، ولا يمكن إبطال تسجيله أو بالأحرى تصرفه عملا بالفصل 66 من ظهير 9 رمضان'. فإنه نتيجة لما ذكر كله يكون معللا تعليلا سليما ومرتكزا عل أساس قانوني وغير خارق للفصول المحتج بها، والسببان بالتالي غير جديرين بالاعتبار.

[38]- ورد في مقتضى الفصل الأول من ظهير التحفيظ العقاري ما يلي" يرمي التحفيظ إلى جعل القار المحفظ خاضعا للنظام المقرر في هذا القانون من أن يكون في الإمكان إخراجه منه فيما بعد ويقصد منه:

- تحفيظ العقار بعد إجراء مسطرة للتطهير يترتب عنه تأسيس رسم عقاري وبطلان ما عداه من الرسوم، وتطهير الملك من جميع الحقوق السالفة غير المضمنة به..."

كما جاء بمقتضى الفصل 62 "إن الرسم العقاري نهائي ولا يقبل الطعن، ويعتبر نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية والتحملات العقارية المترتبة على العقار وقت تحفيظه دون ما عداه من الحقوق غير المقيدة".

"بمقتضى ظهير 12 غشت 1913 الواجب التطبيق، فإن التحفيظ يطهر العقار المحفظ من جميع الحقوق والشوائب التي كانت عالقة به قبل التحفيظ ويشكل نقطة الانطلاق الجديدة في حياة العقار حيث يقطع صلته نهائيا بالماضي..."[39]

وفي هذا الإطار يرى الأستاذ محمد الكشبور[40] أن مقتضيات الفصلين 1 و 62 من ظهير التحفيظ العقاري هي مقتضيات ظالمة ، و أنه قد كان وراء إقرارها السياسة الإستطانية للحماية الفرنسية بالمغرب والتي سهلت عن طريق سن الفصلين السالفين للفرنسيين والأجانب الحصول على عقارات بتحفيظها ، حيث يكونون بمنأى عن دعاوى الاستحقاق فيما بعد. ويخلص الأستاذ من خلال موقفه هذا إلى ضرورة إعادة النظر في هذه المقتضيات بكيفية تحترم مبادئ العدل والإنصاف.

الفقرة الثانية: مدلول الغير في الفقه

تعتبر المادة 1165 من القانون المدني الفرنسي القطب الروحي في موضوع النسبية إذ أن محررو القانون المدني الفرنسي كانون يعتبرون مبدأ النسبية[41] المنصوص عليه في الفصل 1165 مبدأ مسلما به، وهو ما تبناه الفقه الفرنسي خلال القرن 18[42].

إلا أنه ومع أواخر القرن 19 بدأ الفقه الفرنسي يهتم بمصطلح الغير الوارد في النصوص التشريعية خاصة في القانون المدني الفرنسي وذلك مرده إلى التطور الذي حصل في الروابط

---

[39]- قرار صادر بتاريخ 9 ماي 1990، منشور بمجلة الإشعاع، العدد الرابع، ص 113 وما بعدها.

[40]- محمد الكشبور: "التطهير الناتج عن تحفيظ العقار تطور القضاء المغربي قراءة في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 29 دجنبر 1999" مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى 2005، ص ص 29 و 30.

[41]- يقصد بالنسبية في مجال العقد، قوة العقد الملزمة من حيث الأشخاص، وهي القوة التي تخضع لمبدأ النسبية في الأثر التعاقدي. ومقتضاها ان العقد يرتب أثره فقط في حق طرفيه أو أطرافه دون الغير الذي لم يمثل فيه. وبمعنى أكثر وضوحا أن الحقوق والالتزامات التي يرتبها العقد لا تتعلق إيجابا أو سلبيا إلا بالعاقدين فقط.
وللتوسع في موضوع نسبية آثار العقد انظر
- عبد الحكم فودة: النسبية والغيرية في القانون المدني دار الفكر الجامعي المنيا، مصر من الصفحة 2 إلى ص 40.

[42]- هشام المراكشي: م . س . ص 38

التعاقدية التي أدت إلى ما أصبح يصطلح عليه في الفقه الفرنسي "بأزمة العقد"[43] « la crise de contrat ». وكذا أمام الاستعمال الغامض لمفهوم الغير من قبل المشرع الفرنسي ، وبذلك كان الغير بالنسبة للعقد شخصا أجنبيا عن شريعة المتعاقدين ولا ينصرف أثر العقد إليه إلا في حدود ضيقة.

فقد عرف الأستاذ دبران debrand الغير أنه(كل شخص أجنبي عن أثر الاتفاق فلا يستطيع أن يطالب بتنفيذه ولا أن يلزم بهذا الأثر) إلا أن هذا التعريف تعرض لانتقاد شديد من جانب الفقه حيث وصف أنه يمثل مصادرة على المطلوب ، لأن الغرض من تعريف الغير هو أن يبين على وجه التحديد الأشخاص الذين لا ينصرف إليهم أثر العقد لا أن يقال أن الغير هو من لا ينصرف إليه هذا الأثر، وبصدد ذلك يقول في well:[44] أن المادة 1165 من القانون

---

[43]- أفرزت المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية التي شهدها العام خصوصا مع مطلع القرن العشرين ما اصطلح عليه البعض "أزمة العقد" والتي من بين مظاهرها أن الغلوا في اعتماد سلطان الإرادة أدى في الغالب إلى انعدام التوازن بين الأداءات التي يتحمل بها أطراف العقد خصوصا عندما يتبين أن إرادة أحدهم لم تكن حرة أثناء التعاقد، أو أن ارتضاء شروط العقد كان تحت ضغط اقتصادي أو ضرورة واقعية ملحة حتمت على العاقد الضعيف الإذعان لشروط العاقد القوي، وذلك أيا كانت الوسيلة المستعملة لبلوغ هذا الهدف.

وقد كرست "أزمة العقد" هذه بسبب التدخل المتزايد للدولة في تنظيم الروابط العقدية تنظيما آمرا لا يترك لإرادة العاقدين إلا حيزا جد محدود، وتوجيه الاقتصاد نحو خدمة الصالح العام... كل هذه العوامل دفعت بالبعض إلى الحديث عن موت مؤسسة العقد وذلك بسبب حلول توزيع الثروات بحسب الحاجة محل تداولها وفقا لقانون العرض والطلب. وكنتيجة لهذه المتغيرات الجديدة أفرز الاتجاه الحديث لقانون العقود والذي يميل نحو الحد من مبدأ سلطان الإرادة ما يلي:

1- تطور المصادر غير الإرادية للالتزام
2- التزايد السريع للقوانين الآمرة
3- العودة إلى الشكلية.

[44]- ينتقد في weill تعريف الغير الأجنبي على أنه من لا علاقة له بأطراف العقد، والقول أن هذا الذي قصدته المادة (1165). وذلك لأنه لو كان الغير الأجنبي عن أثر العقد هو من لا علاقة له بالمتعاقدين لما احتاج المشرع إلى نص يقرر فيه أن العقد لا ينفع ولا يضر هذا "الغير" فتلك بديهية لا تحتاج إلى نص، وحتى لو كانت هذه المادة تشمل على هذا المعنى، فيجب أن تفسر على نحو آخر تطبيقا للمادة (1157) مدني فرنسي التي تنص على أنه (إذا تحملت العبارة معنيين فيجب حملها على المعنى الذي به ينتج أثرا قانونيا وليس على المعنى الذي معه لا تنتج أي أثر) ويقول weill أن أول من لاحظ ذلك هو beudant الذي يرى أن الغير ليس شخصا لا تربطه أية علاقة مصلحة مع أطراف العقد، فلا يتصور أن العقد ينفع مثل هذا الشخص أو يضر به، فمن هو "الغير الأجنبي إذا ؟ يجيب weill بأنه الخلف الخاص في علاقته مع خلف خاص آخر إذا كان كلاهما قد تعاقد مع سلف واحد وورد العقد على شيء واحد، فكل منهما يعتبر غيرا أجنبيا عن الآخر فالشخص وإن كان خلفا خاصا في علاقته مع السلف، إلا أنه يجرد من هذا الوصف ويعتبر أجنبيا في علاقته مع الخلف الآخر. لأن كلا منهما يتنازع على الشيء ذاته، كذلك يظهر الغير في حالة وجود عقدين يعتمد أحدهما على الآخر. فمثلا إذا أجر مالك أرضه لفلاح، فهذا اتفاق بين (أ) و (ب). ثم إذا اشترى هذا الفلاح سمادا من تاجر آخر، فهذا اتفاق آخر بين (ب) و (ج). وعليه سيكون الغير كل من (أ) و (ج). وبالتالي لا يمكن للتاجر أن يطالب المالك بثمن السماد بموجب العقد الذي أبرمه مع الفلاح. ومثال آخر: إذا أجر المالك العقار لشخص، فأجره الآخر من الباطن، فإن المالك والمستأجر من الباطن، كلاهما غير بالنسبة للآخر. فالمالك لا

المدني الفرنسي، والتي اشتملت على مصطلح "الغير" بالنص على أن (الاتفاق لا أثر له إلا بين المتعاقدين فهو لا يضر ولا ينفع الغير)، لا يمكن أن يفسر بأن المشرع أراد أن يقول بأنه الاتفاق لا يضر ولا ينفع الأشخاص الذين هم أجانب عن أثر العقد أي من لا ينصرف إليهم أثر العقد لأن هذه حلقة مفرغة لا طائل منها ، وأمام هذا الانتقاد رجح تعريف "الغير" بأنه (من لم يكن طرفا في العقد لا أصالة ولا نيابة). وعلى الرغم من الأرجحية التي يتمتع بها هذا التعريف إلا أنه لم يتفاد الخلاف حول مفهوم الغير. فالمفروض على وفق هذا التعريف أن كل من لم يكن طرفا في العقد لا ينصرف إليه أثر العقد ، ولكن الخلف الخاص ليس طرفا في العقد وكذلك الدائن العادي وعلى رغم ذلك قد ينصرف إلى الأول بعض آثار العقد ويتأثر الثاني به.[45]

ونجد أن تحديد الغير باعتباره أجنبيا حسب ما إذا للعقد أثر في مواجهة الغير أو لم يكن ، يثير جدلا حول وصف المالك بالنسبة للتصرف في ملك الغير[46].

يمكن إن يطالب أن يجعل المالك مدينا بموجب عقده مع الفلاح. كما أن المؤجر، في المثال الثاني، لا يمكن أن يصبح دائنا بموجب العقد المبرم بين المستأجر والمستأجر من الباطن ليطالب الأخير بثمن الإيجار.

إلى جانب ما تقدم يثير في weill تساؤلا آخر هو: لماذا نطلق تسمية الأجنبي على الغير الذي لا ينصرف إليه أثر العقد، فالشخص هو إما غير أو طرف في العقد ويجيب على ذلك بأنه كلمة "الغير" يتغير معناها حسب المكان التي تستخدم فيه. فالخلف العام يمكن أن يصبح من الغير، والخلف الخاص هو غير بلا شك عن العقد الصوري. فمن الناحية العملية كما يرى لا يوجد بين المتعاقد والخلف والغير الأجنبي عن العقد حاجز لا يمكن تجاوزه. فالمتعاقد يمكن أن يفقد وصفه هذا فيدخل في فئه الغير، مثلما يمكن أن يتجرد الغير من وصفه ليدخل في فئة المتعاقدين بتصرف لاحق عن العقد، كالإجارة والإقرار، وبذلك يتوصل الأستاذ في weill إلى أن وصف الأجنبي للغير ضروري لتحديد معنى الغير ثم يختم عرضه بالقول أن لهذا الغير فئتين، الأولى، هي فئة الغير الأجنبي أصلا عن العقد، أي من لم يكن خلفا عاما أو خاصا أو دائنا لأحد طرفي العقد بل هو أجنبي ابتداء. والثانية: هي فئة من يكتسب وصف الأجنبي عن العقد، كأن يكون خلف ثم يكتسب بالنسبة للعقد وصف الغير الأجنبي.

هذا ويشبه weill الفرق بين الغير الأجنبي أصلا عن العقد والغير الذي يكتسب وصف الأجنبي بأنه مثل الفرق بين حامل الجنسية الفرنسية الأصلية وحامل الجنسية الفرنسية المكتسبة.

[45]- صبري حمد خاطر: "الغير عن العقد" دراسة في النظرية العامة للالتزام، الناشر الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع عمان. الطبعة الأولى 2001. ص ص 25-26.

[46]- تناول المشرع المغربي بيع ملك الغير بمقتضى الفصل 485 من قانون الالتزامات والعقود (بيع ملك الغير يقع صحيحا:

1- إذا أقره المالك

2- إذا كسب البائع فيما بعد ملكية الشيء

وإذا رفض المالك الإقرار، كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع. وزيادة على ذلك، يلتزم البائع بالتعويض، إذا كان المشتري يجهل، عند البع أن الشيء مملوك للغير).

ففي هذا الإطار ترى طائفة من الفقه بأن المالك هو غير أجنبي عن أثر العقد وأجنبيته يحددها مبدأ نسبية أثر العقد. فمثلا يذهب كل من بوفنوار bufnoir وبيلون pilon و أسمان esmein إلى أن المالك "غير" أجنبي لا ينصرف إليه أثر العقد وذلك بموجب نسبية هذا الأثر. بينما يرى ليفي lvey بأن المالك هو غير وهو يوصف كذلك وفقا لقاعدة (لا يستطيع الشخص أن يدلي لغيره أكثر مما يملك).[47]

و يتوصل الأستاذ في weill إلى أن وصف الأجنبي للغير ضروري لتحديد معنى الغير ثم يختم عرضه بالقول أن لهذا الغير فئتين، الأولى، هي فئة الغير الأجنبي أصلا عن العقد، أي من لم يكن خلفا عاما أو خاصا أو دائنا لأحد طرفي العقد بل هو أجنبي ابتداء. والثانية: هي فئة من يكتسب وصف الأجنبي عن العقد، كأن يكون خلف ثم يكتسب بالنسبة للعقد وصف الغير الأجنبي[48].

ونفس المنحى سلكه الدكتور عبد الرزاق السنهوري[49] في محاولته تحديد مدلول الغير حينما ميز في إطار أثار العقد بالنسبة للغير بين فئة الخلف الذين قد يكونون من الغير وينصرف إليهم أثر العقد ففي هذه الأحوال يصبحون من الغير. وفئة الغير الأجنبي أصلا عن العقد وهذا لا يكون طرفا في العقد ولا خلفا لأحد من المتعاقدين، وبالتالي لا ينصرف إليه أثر العقد ما دام بعيدا عن دائرة التعاقد.[50]

هذا ولم يعمد المشرع المغربي إلى تعريف بيع ملك الغير. ويعرفه الأستاذ عبد القادر العرعاري "ذلك البيع الذي يقبل فيه البائع على بيع شيء معين بالذات مملوك لغيره دون أن يكون مرخص له بالتصرف فيه، أي دون أن يكون البائع وكيلا عن المالك أو وليا عليه". وللتوسع في هذا الموضوع ينظر:

- عبد القادر العرعاري: الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع، مطبعة دار الأمان، الرباط الطبعة الثالثة 2011 ص 111

- عبد الغني عواد: بيع ملك الغير بين النص القانوني والفقه الإسلامي. رسالة لنيل دبلوم الماستر في العقود والعقار، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2014-2015.

[47]- صبري حمد خاطر: "الغير عن العقد" دراسة في النظرية العامة للالتزام، م . س . ص 55.

[48]- صبري حمد خاطر: المرجع نفسه ص ص 52 - 53

[49]- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد –المجلد الأول- نظرية الالزام بوجه عام، مصادر الالتزام منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان الطبعة الثالثة 1998 ص ص 614-615.

[50]- يرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري أن الغير فريقان: الفريق الاول، وهو الخلف والدائنون في أحوال استثنائية.فالخلف العام غير عن عقد الهبة إذا أبرمه السلف في مرض الموت، والخلف الخاص غير عن العقد (إلا إذا أثبت أن العقد سابق على انتقال الشيء إليه وأن الحق الناشئ عن العقد مكمل للشيء، أو أثبت من يريد تحميله أثر العقد أن العقد سابق على انتقال

و بالنسبة للفقه المغربي فناذرا ما نجد شراح القانون المدني المغربي يتعرضون لتحديد مدلول الغير وفي محاولة للأستاذ مأمون الكزبري يقول أثناء حديثه عن آثار العقد بالنسبة للغير:

"نعني بالغير من لم يكن طرفا في العقد بشخصه أو بمن يمثله. والغير بهذا المعنى الواسع على أنواع: فهو يشمل الخلف العام، والخلف الخاص، والدائنين، والغير بالمعنى الصحيح الضيق أي من لا تربطه بالمتعاقدين أي رابطة إلزامية ، وهو كل من سوى الخلف العام والخاص والدائنين".[51]

وبالنسبة للأستاذ عبد الحق صافي يقول أثناء حديثه عن آثار العقد في مواجهة الأغيار:

" المقصود بالأغيار هنا الأجانب عن أطراف العقد ومن في حكمهم كما أسلفنا. أي كل الأشخاص الذين ليسوا طرفا فيه ، ولا خلفا عاما أو خاصا لأحد العاقدين ، ولا دائنا لأيهما".[52]

والملاحظ من خلال التعريفين أعلاه أن الأستاذ الكزبري سلك نفس المنحى الذي اعتمده الأستاذ السنهوري في تحديده لمدلول الغير، حيث ذكر مفهوما واسعا للغير يشمل الخلف

الشيء وأن الالتزام المتولد منه محدد للشيء) والدائن غير في الدعوى البوليصية وفي الصورية إذا تمسك بأحد العقدين فيكون غيرا بالنسبة للعقد الآخر. والدائن والخلف غير لا يحتج عليهم بالعقد إلا إذا كان ثابت التاريخ. أما الفريق الثاني فهو الغير الأجنبي أصلا عن العقد، ويرى السنهوري أنا هذا الفريق من الغير هو الشخص البعيد عن دائرة التعاقد قائلا (رجلان يتبايعان منزلا فما شأني أنا بهذا الأمر؟ قد يكون البيع صحيحا أو باطلا، قد يفسخ العقد أو لا يفسخ، قد تنتقل الملكية إلى المشتري أو لا تنتقل، قد يلتزم البائع والمشتري بالتزامات معينة بمقتضى هذا العقد. أما أنا فبعيد عن كل ذلك، لا يلحقني شيء من أثره، إذا كان الأثر ناشئا عن العقد) ثم يضيف السنهوري بأن الشخص يبقى غير أجنبيا و إن تأثر بصورة غير مباشرة بالعقد مثل ذلك (أن يكون المنزل الذي يتعامل فيه المتعاقدان هو منزلي، فيستلمه المشتري وهو حسن النية، ويستمر واضعا يده خمس سنوات فيملكه بالتقادم القصير، فأكون في مثل هذه الحالة قد فقدت ملكية منزلي، ولكن هذا الأثر القانوني الذي لحقني لم ينتج من البيع –أي من العقد الذي لم أكن طرفا فيه- ولكن من سبب قانوني آخر وهو وضع اليد –المدة القصيرة- وكذلك لو كان موضوع التعامل منقولا وحازه المشتري بحسن نية، فإنه يملكه في الحال بمقتضى القاعدة التي تقضي بأن الحيازة في المنقول سند الملكية لا بمقتضى العقد، ما دمت غير طرف فيه ولا خلفا ولا دائنا لطرف، لا ينصرف إليه أثره) وفي الاستثناءات التي ترد على هذه القاعدة يذكر السنهوري نائب الوكيل والصانع من الباطن والمستأجر من الباطن باعتبارهم غيرا. الوارث الحقيقي بالنسبة للعقود التي يبرمها الوارث الظاهر. والمالك عن العقد الذي يتصرف به الغير في ملكه. فهؤلاء قد نصرف إليهم أثر العقد ولكنه استثناء –يوصف بأنه ظاهري- وإلى جانب هؤلاء هناك الغير (الأجنبي الذي يبرم العقد بقصد إلزامه – كما هو الحال في التعهد من الغير- أو بقصد أن يكتسب حقا كما هو الحال في الاشتراط لمصلحة الغير)

[51]- مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود المغربي -الجزء الأول- مصادر الالتزامات، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء. دون ذكر تاريخ الطبع. ص 252.

[52]- عبد الحق صافي: القانون المدني الجزء الأول: المصدر الإرادي للإلتبزامات، العقد الكتاب الثاني – آثار العقد- مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى 2007، ص 44.

والدائنين ، والغير بالمعنى الضيق. وهذا الأخير هو الغير الأجنبي أصلا عن العقد الذي قصده الأستاذ السنهوري في رأينا المتواضع. أما بخصوص التعريف الذي قدمه الأستاذ عبد الحق صافي فإنه اقتصر على الغير الأجنبي أصلا عن العقد (أي الفريق الثاني) ولعل هذا التعريف له ما يبرره كون الأستاذ عبد الحق صافي تطرق أولا لآثار العقد في مواجهة الخلف العام والخاص وكذى الدائنين ، ثم تطرق ثانيا لآثار العقد في مواجهة الأغيار[53].

وبالتالي فإنه يمكن القول أن الفقه المغربي يأخذ بفكرة المعنى الضيق للغير، أي الشخص الذي لا تربطه أية علاقة بالمتعاقدين ، ويترتب على هذا التحديد استبعاد كل من الخلف العام والخلف الخاص والدائنين من حلقة المفهوم الضيق لمصطلح الغير.

أما بالنسبة للأستاذ إدريس العلوي العبدلاوي فإنه تحاشى تقديم تعريف للغير ونفس الأمر نهجه الأستاذ إدريس العرعاري حيث لم يتولى بدوره تقديم مدلول للغير.[54]

ولأن مفهوم الغير من المفاهيم القانونية الذي يختلف معناه حسب الوصف الذي تتخذه تطبيق القواعد القانونية فإن معناه يختلف في الميدان العقاري عنه في القواعد العامة في ظهير الالتزامات والعقود وفي هذا الإطار يقول الأستاذ مأمون الكزبري:

" بأن المقصود بالغير في القانون العقاري هو الشخص الذي يتمتع بحق عيني مسجل في السجل العقاري"[55].

كما عرفه الأستاذ محمد خيري بأنه "يعني جميع الأشخاص الذين لم يكونوا أطرافا في العقد أو التصرف غير المسجل ولكن تكون لهم مصلحة تتأثر بهذا التسجيل فيعتبر بالتالي من الغير الذي لا تسري عليهم الحقوق غير المقيدة ومنهم:

- الخلفاء الخصوصيون الذين اكتسبوا حقوق على العقار

---

[53]- أنظر عبد الحق صافي: المرجع نفسه ص ص من 10 إلى 44.

[54]- أنظر بهذا الصدد:

- ادريس العلوي العبدلاوي: شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام –نظرية العقد- مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى 1996. ص 664 وما بعدها

- عبد القادر العرعاري: مصادر الالتزامات الكتاب الأول –نظرية العقد- مطبعة الأمنية الرباط الطبعة الرابعة 2014 ص 343 وما بعدها.

[55]- مأمون الكزبري: التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 1987. ص258.

- الدائنون العاديون وكذا جماعة الدائنين في حالة إعسار صاحب العقار

أما الورثة أو الموصى لهم بوجه عام فلا يعتبرون في الأصل من الغير"[56].

وهكذا فإن كل مقيد في الرسم العقاري يحمل صفة الغير بمفهوم التحفيظ العقاري بعد تأسيس الرسم العقاري ، أما قبل اتخاذ المحافظ قرار تأسيس الرسم العقاري،[57] أي أثناء مسطرة التحفيظ فيعتبر غيرا طالب التحفيظ نفسه ، وهو المعطى الذي يفهم من خلال الفصل 84 من ظهير التحفيظ العقاري الذي جاء فيه "إذا نشأ على عقار في طور التحفيظ حق خاضع للإشهار أمكن لصاحبه ، **من أجل ترتيبه والتمسك به في مواجهة الغير**، أن يودع بالمحافظة العقارية الوثائق اللازمة لذلك. ويقيد هذا الإيداع بسجل التعرضات..."

فلا يجوز أن يفهم من الغير حسب الفصل أعلاه أن المقصود هم الخلف العام لأن الخلف العام لا يمكن أن يواجهوا بقاعدة التطهير ما دام أن الحق انتقل لهم بالوفاة.

[56]- محمد خيري: مستجدات قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ط 2013 صفحة 587.

[57]- يعتبر قرار تأسيس الرسم العقاري أخطر قرار يتخذه المحافظ العقاري ضمن الإختصاصات المخولة له قانونا فهذا القرار نهائي وغير قابل للطعن غير أنه ينتج مسؤولية المحافظ العقاري بصفته المؤهل الوحيد لاتخاذه. للتوسع في هذا الموضوع ينظر:

- محمد بن جلون: الرسم العقاري بين التأسيس والتحيين، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2002-2003.

المطلب الثاني: المفهوم الحديث للغير

عرف تطور مفهوم الغير تجاوز نظامه التقليدي إذ لم يعد مركز الغير قائما على أساس عدم مساهمته الإرادية في العقد فأصبح بذلك مفهوم الغير يحتل مركزا ذا طابع موضوعي وذلك بسبب القصور الذي اعترى هذا المفهوم[58].

وقد جاء تطور مفهوم الغير نتيجة لتطور نظرية العقد[59]، التي لم تعد حبيسة العلاقات الثنائية بين المتعاقدين ، بل أصبحت العلاقات العقدية أكثر تعددية ومتنوعة.

وسنحاول من خلال هذا المطلب رصد تطور مفهوم الغير وفقا لنظرية المجموعة العقدية (الفقرة الأولى) لنبحث في (الفقرة الثانية) مفهوم الغير طبقا لتطوره الحديث.

---

[58]- يلاحظ أن المفهوم التقليدي للغير يستند إلى مبدأ نسبية أثر العقد، وهذا ما جعل منه مفهوما شخصيا فما دام الشخص لا يساهم بإرادته في تكوين العقد فإنه غير بالنسبة لتنفيذه. ومن ثم لا يستطيع أن يرجع على المتعاقد بدعوى عقدية عندما يخل الأخير بالالتزامات العقدية. ويفسر ذلك الفقهاء مازو و تونك mazeaud tunc بالإشارة إلى أن أثر العقد لا ينصرف إلا إلى المتعاقدين؟ بناء عليه لا تطبق أحكام المسؤولية العقدية إلا عليهما وليس للغير أن يستفيد منها لأنه لو حصل ذلك فإنه يعني أن الغير يصبح دائنا ومدينا بالالتزام العقدي، أي يستند إلى العقد باعتباره تصرفا قانونيا منشئا للالتزامات وهذا لا يمكن تصوره على حد قول الأساتذة المذكورين.

بيد أن تيارا حديثا بدأ يجرف معه كثيرا من معطيات الفكر التقليدي. وكان القضاء الفرنسي في مقدمة من مثل هذا التيار عندما بدأ يتخلى تدريجيا عن التمسك بأحكام المسؤولية التقصيرية باعتبارها تمثل قاعدة أساسية لتنظيم علاقة الغير بالعقد. وتجلى ذلك بصورة رئيسة في منحه أشخاصا يعتبرون من الناحية التقليدية "غيرا" دعوى عقدية باعتبارهم ضحية للإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد. وهذا ما حمل جانبا من الفقه إلى الاهتمام بمفهوم الغير ليلاحظ أن هذا المفهوم تطور، وأنه لم يعد يستند إلى مبدأ نسبية أثر العقد باعتباره حقيقية مسلم بها. للتوسع في الموضوع ينظر:

-صبرى حمد خاطر: م .س . ص 227 وما بعدها

- عادل الغنوبي: الغير عن العقد في القانون المغربي والقانون المقارن، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة. السنة الجامعية 2013-2014. ص 102 وما بعدها.

[59]- يتجه التطور في الوقت الحاضر نحو ضرورة إرساء نوع من التوازن بين قواعد توجيه التعاقد وبين ترك الأمور للمبادرة الخاصة. ذلك انه لا يمكن للمجتمع أن يضمن استمراريته دون الحفاظ على قيم معينة وتأمين احترام مصالحه الحيوية التي لا يجب أن تستمر محكومة بقانون السوق. أو بعبارة أخرى يتعين ضمان التوفيق بين حرية المبادرة وبين تدخل الدولة في اليادين الاقتصادية والاجتماعية.

من ثم يذهب البعض إلى أن العقد المعاصر أصبح يشكل منظومة متكاملة من المصالح المتوازنة وأداة للتعاون المشروع ولدته الثقة المتبادلة بين طرفيه.

وهكذا تبلور هذا الاتجاه الذي ينظر للعقد كجمع متكامل لعناصر موضوعية وأخرى ذاتية، أي لتظافر الإرادة وعوامل خارجية تفرض فرضا على العاقدين (القواعد القانونية الآمرة للمؤسسات المكونة لهيكل المجتمع، والاعتبارات الواقعية). للتوسع في الموضوع ينظر:

- عبد الحق صافي: القانون المدني –الجزء الأول- المصدر الإرادي للالتزامات: العقد الكتاب الأول، تكوين العقد، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 2006 ص 115 وما بعدها.

الفقرة الأولى: تطور مفهوم الغير وفقا لنظرية المجموعة العقدية

ترى الأغلبية من الفقهاء ان تطور مفهوم الغير يستند إلى نظرية المجموعة العقدية[60] (le groupe des contrats) فأي شخص يكون طرف في هذه المجموعة لا يمارس حتما سوى دعوى عقدية في مواجهة أي شخص آخر يكون طرفا فيها أيضا[61] .

فطبقا للاتجاه التقليدي، يعتبر الأشخاص الذين لا تربط بينهم علاقة عقدية مباشرة من الغير، فإذا أقام شخص على آخر دعوى عقدية نتيجة الإخلال بالعقد ، اعتبر ذلك مخالفا لمبدأ نسبية آثار العقود، وهذا ما لا نجده في ظل مجموعة العقود في ظل الاتجاه الحديث، حيث يكون كل من المتعاقدين في المجموعة العقدية على علاقة بينهم وإن لم يكن بينهم علاقة مباشرة، كما تستند إلى تفسير واسع لمفهوم الطرف المتعاقد والعلاقة التعاقدية ، إذ أن هذه الأخيرة ليست فقط تلك التي تربط أطراف نفس العقد، بل إن كل طرف في أحد العقود المكونة لمجموعة عقدية يوجد في علاقة تعاقدية مع الآخرين، وذلك على أساس أن الرابطة العقدية لا تقتصر على الأشخاص الذين يساهمون في إبرام التصرف القانوني ، بل تشمل أيضا كل شخص يساهم في تنفيذ العلاقة التعاقدية حتى ولو لم يكن له دور في تكوين هذه العلاقة [62].

وعلى هذا الأساس لم تعد النظرية التقليدية القائمة عى وجود علاقة ثنائية بين المتعاقدين كافية لتنظيم العلاقات العقدية المتعددة والمتنوعة وعلى وجه الخصوص في الميدان التجاري، حيث تتداخل تلك العلاقات لتكوين عملية اقتصادية واحدة. وأبرز مثال على ذلك هو عقد الليسنك (leising)[63]، إذ أن هذا العقد يؤدي إلى تداخل العلاقات بين ثلاث أشخاص لتكوين

---

[60]- تنسب نظرية المجموعة العقدية إلى الأستاذ تيسي teyssie الذي لاحظ أن العقد قد لا يكون مستقلا عن سواه من العقود، إذ قد ترتبط العقود أحدها بالآخر لتشكيل مجموعة عقدية. وانطلاقا من هذه المجموعة التي رأى فيها الباحث حقيقة اجتماعية واقتصادية، فرضت وجودها في محيط القانون، أصبح من الضروري رفض مبدأ نسبية أثر العقد في صورته التقليدية وبالقدر الذي يعتبر فيه انعكاسا للفكر الفردي.

[61]- صبري حمد خاطر: الغير عن العقد. م. س. ص 274.

[62]- عادل الغنوبي: الغير عن العقد في القانون المغربي والقانون المقارن، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة. السنة الجامعية 2013-2014. ص ص 268 – 269.

[63]- اللسينك (leising) هو مصطلح إنجليزي يقصد به في اللغة: استغلال الشيء مقابل عوض تأجير، ويطلق عليه في التشريع عقد الائتمان الايجاري، ونظم المشرع المغربي هذا العقد بمقتضى مدونة التجارية ضمن الكتاب الرابع المتعلق بالعقود التجارية، وخصص له المواد من 431 إلى 442. ويتم هذا العقد من خلال قيام صاحب المشروع بطلب شركة ائتمانية

عملية واحدة[64]، بيد أنه لا يمكن على وفق النظرية التقليدية أن نتصور بين هؤلاء إلا علاقتين عقديتين ، علاقة المؤجر بالبائع وعلاقة المؤجر بالمستأجر، بناء عليه فالبائع والمستأجر كل منهما "غير" بالنسبة للآخر، بيد أن ذلك لا يمكن تصوره إلا من الناحية النظرية، لأن تأمل العملية الاقتصادية التي يحققها هذا العقد تفيد دون شك ، وجود علاقة ثلاثية تنشأ بين ثلاث أشخاص، البائع والمؤجر والمستأجر، في أثناء تنفيذ عقد اللسينك، فالمؤجر أو ممول هذه العملية، يترك للمستأجر حرية اختيار الشيء ومناقشة أوصافه مع البائع مما أدى بالضرورة لأن يمارس دعوى بالضمان في مواجهة الأخير[65].

وتنقسم المجموعة العقدية حسب الأستاذ تيسي (teyssie) إلى نوعين:

1- سلسلة العقود وتتكون من مجموعة عقدية تتمثل في المحل وهذه السلسلة إما أن تتكون بواسطة الضم أو بواسطة التفرع وذلك كما يلي:

أ- السلسلة العقدية التي تتكون بواسطة الضم: تظهر هذه السلسلة في عقود البيع[66] المتتابعة ، إذ أن كل عقد من هذه العقود ينقل ملكية الشيء الذي كان محلا للعقد الأول.

ب- سلسلة العقود التي تتكون بواسطة التفرع: تتكون هذه السلسلة عندما لا يستطيع المدين تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، لذلك يتعاقد مع شخص آخر لتنفيذ جزء من هذه الالتزامات

تمويل الأجهزة التي يرغب في الحصول عليها، فتقوم شركة الائتمان الإيجاري هاته بشراء التجهيزات ثم إكراؤها إلى صاحب المشروع مع احفاظ هذا الأخير بخيار شراء هذه التجهيزات. للتوسع أكثر في هذا الموضوع ينظر:
- عبد السلام الوهابي: عقد الائتمان الإيجاري للمنقول في القانون المغربي. الندوة الرابعة للعمل القضائي، الطبعة الأولى 2004.

[64]- عرف المشرع المغربي عقد اللسينك (الائتمان الإيجاري) بمقتضى المادة 431 من مدونة التجارة مميزا من خلال هذا التعريف بين الائتمان الإيجاري الذي يرد على المنقول والائتمان الإيجاري الذي يرد على العقار " يعد عقد ائتمان إيجاري...
1- كل عملية إكراء للسلع التجهيزية أو المعدات أو الآلات التي تمكن المكتري كيفما كان تكييف تلك العمليات من أن يتملك في تاريخ يحدده مع المالك كل أو بعض السلع المكراة لقاء ثمن متفق عليه يراعى فيه جزء على الأقل من المبالغ الدفوعة على سبيل الكراء (الائتمان الإيجاري للمنقول)
2- كل عملية إكراء للعقارات المعدة لغرض مهني، تم شراؤها من طرف المالك أو بناها لحسابه، إذا كان من شأن هذه العملية كيف ما كان تكييفها أن تمكن المكتري من أن يصير مالكا لكل أو بعض الأموال المكتراة على أبعد تقدير عند انصرام أجل الكراء (الائتمان الإيجاري العقاري)".

[65]- صبري حمد خاطر: الغير عن العقد. م. س. ص 273.

[66]- عرف المشرع المغربي عقد البيع بمقتضى الفصل 478 من قانون الالتزامات والعقود "البيع عقد بمقتضاه ينقل أحد المتعاقدين للآخر ملكية شيء أو حق في مقابل ثمن يلتزم هذا الأخير بدفعه له.

من هنا يوجد عقدان يتماثل كل منهما مع الآخر في المحل ، إلا أن المحل الذي يرد عليه العقد الثاني يتفرع عن المحل الذي يرد عليه العقد الأول ، كما هو الحال في الإيجار من الباطن[67].

2- تجمع العقود: وهذا التجمع يشكل مجموعة عقدية أيضا يتماثل كل عقد فيها مع الآخر في السبب ومثال ذلك عقد الليسنك المشار إليه أعلاه ، والذي يلعب المؤجر بمناسبته دورا رئيسيا في إبرام كل من عقد البيع وعقد الإيجار[68].

وهكذا فإنه وفقا للمجموعة العقدية يمكن لأي شخص أن يكون على علاقة عقدية مع آخر وإن لم يتم التعاقد بينهما مباشرة ما دام يغدو كل منهما طرفا في هذه المجموعة[69] ففي الحقيقة أن الأطراف في المجموعة العقدية ليسوا "غيرا" بالمعنى التقليدي لهذا المصطلح ما دام يكون لكل منهم ، في علاقاتهم المتبادلة ، الحق في الرجوع على الآخر باستخدام وسيلة عقدية لا يمارسها من الناحية التقليدية إلا المتعاقد أي الدعوى العقدية[70] وبالتالي مجرد أن يصبح الشخص طرفا في مجموعة عقدية يجرد من وصف الغير بالنسبة لأي عقد في هذه المجموعة ما دام هذا الشخص طرفا في عقد يتماثل إما بواسطة المحل أو السبب مع كل العقود الموجودة فيها.

---

[67]- يراد بالكراء من الباطن أو التولية، قيام المكتري، ويسمى في هذه الحالة المكتري الأصلي، بكراء المحل الموجود تحت يده إلى شخص ثان يسمى بالمكتري الفرعي بحيث يصبح هذا الأخير ملتزما تجاه المكتري الأصلي بجميع الالتزامات التي نص عليها في العقد، في حين يظل المكتري الأصلي ملزما تجاه صاحب الملك.
وهكذا تصبح العلاقة الكرائية ثلاثية، فهناك من جهة علاقة المالك بالمكتري الأصلي، وعلاقة هذا الأخير بالمكتري الفرعي من جهة ثانية. أنظر بهذا الصدد
- محمد الكشبور: الكراء المدني والكراء التجاري، دراسة في نطاق ظهير 24 ماي 1955 وظهير 25 دجنبر 1980. الطبعة الأولى 1997 . ص ص 129- 130.

[68]- للتوسع أكثر في الموضوع ينظر ، صبري حمد خاطر: م . س . ص 174 وما بعدها.

[69]- يقول الأساذ تيسي في هذا الصدد بأنه إذا تم تكوين تجمع العقود أو سلسلة عقدية فإن من الجائز أن نتساءل فيما إذا كان هذا التكوين لا يترجم بالمقابل إلى علاقات عقدية متبادلة بين أشخاص لا يتم التعاقد بينهم مباشرة. فإن وجدت هذه العلاقات فإنها تفترض تعديلا لمبدأ نسبية أثر العقد ومفهوم الغير.

[70]- يقصد بالدعوى العقدية في هذا الإطار أحقية الشخص في ممارسة دعوى ضد مدعى عليه على رغم أنه لم يتعاقد مباشرة مع هذا الأخير، ويمكن أن نمثل لهذه الدعوى بالدعوى المباشرة، التي تخول للدائن العادي صلاحية مباشرة حقه في الضمان العام مباشرة على ذمة مدين مدينه، وإن كانت هذه الدعوى تمنح الغير إمكانية المطالبة ببعض آثار هذا العقد الذي لم يكن طرف فيه. في حين في المجموعة العقدية وإن لم يتم التعاقد بشكل مباشر فإن الأطراف يكونون في علاقة تبادلية وبالتالي لا يمكن اعتبار أحد الأطراف في المجموعة العقدية غيرا.

الفقرة الثانية: مفهوم الغير طبقا لتطوره الحديث

شكل ظهور نظرية المجموعة العقدية التي تنسب للأستاذ تيسي ، دافعا أمام ضرورة البحث عن قواعد قانونية جديدة تتلاءم مع العصر، فهذه النظرية تستند على أساس متين في تحديد القالب الذي تنصب فيه العلاقات العقدية، إذ أن العقود وفقا لهذه النظرية تقوم على عناصر لا يمكن أن يقوم العقد في غيابها وهي:

- **المحل**[71]**:** فالمتأمل للعلاقات العقدية يلاحظ فعلا تماثل المحل بين بعض العقود ، فالبيوع المتتابعة كلها ترد على شيء واحد.

وفي ميدان عقد المقاولة يتماثل المحل أيضا بين العقد الذي يبرمه المنتج مع المقاول والعقد الذي يبرمه المقاول مع رب العمل. ولا يمكن أن ننكر أيضا وجود هذا التماثل بين محل العقد الأصلي ومحل العقد من الباطن ، فالالتزامات التي تنشأ عن العقد الأول تتشابه مع تلك التي تنشأ عن العقد الثاني ما دامت كلها تحقق عملية اقتصادية واحدة هي التي أبرم من أجلها العقد الأصلي. وهكذا يمكن أن ندعي وجود الارتباط بين عقد المقاولة[72] ، والمقاولة من الباطن [73]، ومشارطة إيجار السفن[74] والمشارطة من الباطن، والوكالة بالعمولة[75] والوكالة من الباطن، وما إلى ذلك من أمثلة.

---

[71]- يتمثل محل العقد في تلك العملية القانونية التي يهدف الأطراف إلى تحقيقها وهي تتباين من عملية لأخرى إذ قد يكون بيعا أو مقاولة أو كراء. أنظر بهذا المعنى:
-عبد القادر العرعاري: م س . ص 224 وما بعدها.

[72]- عرف المشرع عقد المقاولة بموجب الفقرة 2 من الفصل 723 من قانون الالتزامات والعقود "إجارة الصنعة عقد بمقتضاه يلتزم أحد الطرفين بصنع شيء معين في مقابل أجر يلتزم الطرف الآخر بدفعه له."

[73]- عرف المشرع المغربي عقد المقاولة من الباطن بمقتضى المادة 86 من مدونة الشغل " عقد المقاولة من الباطن: هو عقد مكتوب يكلف بمقتضاه مقاول أصلي مقاولا من الباطن بأن يقوم له بشغل من الأشغال. أو ينجز له خدمة من الخدمات..."
وهكذا فإن عقد المقاولة من الباطن هو اتفاق بين المقاول المتعاقد مع المستفيد، وبين مقاول ثان، محله إسناده ما تم تعاقده من إنشاء وتعمير مع المستفيد، ليقوم المقاول بتنفيذه كله أو جزء منه، مقابل أجر محدد. أنظر بهذا المعنى:
- مصطفى الجارحي: عقد المقاولة من الباطن، دار النهضة العربية القاهرة: 1988، ص 31.

[74]- وهو عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه نظير أجر بأن يضع تحت تصرف المستأجر سفينة أو جزء منها للقيام برحلة أو رحلات معينة لمدة محددة

[75]- عرف المشرع المغربي عقد الوكالة بالعمولة بمقتضى الفقرة 1 من المادة 422 من مدونة التجارة " الوكالة بالعمولة عقد يلتزم بموجبه الوكيل بالقيام باسمه الخاص بتصرف قانوني لحساب موكله"
هذا ويخضع عقد الوكالة بالعمولة إضافة إلى المقتضيات الواردة في مدونة الجارة (المواد 422 إلى 6-430) إلى المقتضيات المتعلقة بالوكالة وفقا للقواعد العامة في قانون الالتزامات والعقود (الفصول من 879 إلى 958).

- **السبب**[76]**:** ولنا أن نتصور الارتباط بين العقود على أساس السبب الباعث أو الدافع الرئيسي إلى التعاقد وهذا الأمر يدفع بنا إلى التساؤل. لماذا يتعاقد رب العمل مع المهندس. أليس ذلك لتحقيق غاية هي ذاتها التي يتعاقد من أجلها رب العمل مع المقاول؟. ولماذا تبرم إحدى المؤسسات المالية عقد قرض[77] مع البائع لتمويل عقد البيع بثمن مؤجل. أليس ذلك من أجل أن يتمكن المشتري من إشباع حاجاته الاقتصادية؟.

وفي هذا الصدد يقول الأستاذ صبري حمد خاطر:

"إن البحث عن الغاية يمكننا في الواقع من تحديد الباعث الرئيسي على التعاقد ومن ثم الاعتراف من وجود ارتباط لا مناص منه بين كل هذه العقود. إن تبني نظرية المجموعة العقدية سيؤدي حتما إلى وضع حلول لبعض المسائل القانونية التي طالما عجز الفقه التقليدي عن حسم الخلاف بشأنها سواء على صعيد القانون الفرنسي أم العراقي[78]، ومن بين أبرز الأمثلة التي يمكن ضربها في هذا السياق ما يتعلق بمركز المرسل إليه الذي يتسلم البضائع من الناقل دون أن يكون طرفا في عقد النقل ، إذ أن ذلك يثير التساؤل حول تأصيل حق المرسل إليه في المطالبة بتنفيذ الالتزام بالتسليم الناشئ عن عقد النقل. ولو تصونا أن العقد المبرم بين الناقل والشخص الذي يتوسط في إتمام عملية النقل أن كل هذه العقود تشكل مجموعة عقدية. أضف إلى ذلك أن إقرار وجود هذه المجموعة يدعم التوجه نحو حماية المستهلك بتخفيف

---

[76]- اختلف أنصار النظرية التقليدية والنظرية الحديثة في تحديد نوعية السبب المقصود عند إبرام العقود؟ فمفهوم السبب في إطار النظرية التقليدية لا يتعدى القصد المباشر من عملية التعاقد، ففي عقد البيع مثلا فإن سبب التزام المشتري بدفع الثمن للبائع هو التزام هذا الأخير بتسليم المبيع للطرف الأول .

أما بالنسبة لفكرة السبب لدى أنصار النظرية الحديثة فإنها تتجاوز القصد المباشر وتهتم بالسبب الدافع الباعث على التعاقد وتم حصر هذه البواعث عن طريق طرح السؤال التالي. لماذا حصل البيع في الحالة السابقة ؟ فعملية الحصول على المال ما هي إلا النتيجة المباشرة لإبرام العقد... أنظر بهذا المعنى:

-عبد القادر العرعاري: م س . ص 254 وما بعها.

[77]- نظم المشرع المغربي عقد القرض بمقتضى قانون الالتزامات والعقود في الباب الثاني من القسم الخامس تحت عنوان عارية الاستهلاك أو القرض وعرف المشرع عقد القرض بمقتضى الفصل 856 " عارية الاستهلاك أو القرض عقد بمقتضاه يسلم أحد الطرفين لآخر أشياء مما يستهلك بالاستعمال أو أشياء منقولة أخرى، لاستعمالها بشرط أن يرد المستعير، عند انقضاء الأجل المتفق عليه، أشياء أخرى مثلها في المقدار والنوع والصفة".

[78]- للإشارة أن الأستاذ صبري حمد خاطر ذو أصل عراقي لذلك نجده يتحدث عن القانون العراقي.

عبء الإثبات عن كاهله ، إذ أن شراؤه للمنتوج يمثل مساهمة في مجموعة عقدية تمكنه من الرجوع مباشرة على المنتج، بموجب أحكام المسؤولية العقدية"[79].

ويرى أحد الباحثين[80] أن المفهوم الجديد الذي جاءت به نظرية مجموعة العقود بالنسبة للغير، يفرض ضرورة إعادة النظر في تحديد مفهوم الغير ، وفي صياغة الفصل 228 من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي يقرر مبدأ نسبية أثر العقد.

وهكذا فإنه من منطلق نظرية المجموعة العقدية لا يعتبر غيرا من ساهم في هذه المجموعة بل يعتبر طرفا في العقد وهذا معناه أنه ما يعتبر غيرا في العقد بالنسبة للنظرية التقليدية ، يعتبر طرفا في العقد بالنسبة للنظرية الحديثة (نظرية المجموعة العقدية) وهذا من شأنه قلب نظرية العقد رأسا على عقب ، إذ يعود بنا إلى التساؤل كيف يتكون العقد؟

والجواب أن انعقاد العقد يستلزم وجود أركان جوهرية هي الرضا والمحل الممكن والمشروع والسبب المشروع ، كما أن الرضا يستلزم أن تكون للمتعاقد أهلية وأن تصدر عنه إرادة خالية من العيوب ، فإذا ساهم الشخص بإرادته في العقد منظورا إليه من خلال أركانه وشروط صحته فإن هذا الشخص يصبح طرفا فيه وإلا اعتبر من الغير بالنسبة لهذا العقد أو على الأقل لا يعتبر طرفا فيه. فكيف يعتبر الغير لأنه يساهم لا بإرادته وإنما بواسطة عقد في مجموعة لا يمكن تصويرها على أنها عقد يتكون من رضا ومحل وسبب[81].

وبالتالي فإن المجموعة العقدية بهذا المعنى لا يمكن أن تلعب دور العقد ما لم تتحقق فيها جميع أركانه من رضا ومحل وسبب وأهلية للالتزام[82] ، فالمنطق السليم يفرض عدم تحميل

---

[79]- صبري حمد خاطر ، م . س . ص 282.

[80]- عادل الغنوبي: في أطروحته: الغير عن العقد في القانون المغربي والقانون المقارن، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة. السنة الجامعية 2013-2014. ص 269.

[81]- صبري حمد خاطر ، م . س . ص 283.

[82]- لكي ينشأ العقد صحيحا فإنه يتعين فيه أن يكون مستجمعا لعناصره الجوهرية التي يقوم عليها: فهو بمثابة البناء الذي لا بد له من أركان يؤسس عليها، وقد أشار المشرع المغربي لهذه الأركان في الفصل الثاني من ق . ل. ع. الذي جاء فيه بإن "الأركان اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة من الإرادة هي:

1- الأهلية للالتزام

2- تعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام

3-شيء محقق يصلح لأن يكون محلا للالتزام

طرف التزامات أو اكتسابه حقوقا من عقد لم يساهم في تكوينه بإرادته ، فهل نستطيع أن نتصور أن المهندس الذي يتعاقد مع رب العمل له الحق في مطالبة المقاول بدفع أجوره كاملة لأن كلا منهما يعتبر طرفا في مجموعة عقدية.

والاتجاه الذي يرى ضرورة تدخل المشرع لتعديل مفهوم الغير وفقا للقواعد العامة في ترتيب أثر العقد وفقا لنظرية المجموعة العقدية[83] لا يمكن أن يضيف أي تغيير على مفهوم الغير بقدر ما سيزيد الأمر أكثر تعقيد.

لذلك يرى الأستاذ صبري حمد خاطر أنه ليس من الممكن إلغاء وصف الغير عن الشخص لمجرد أن عقده يتآلف مع عقد آخر لتكوين مجموعة عقدية ، وإنما يمكن القول أن في هذه المجموعة لا يعتبر غيرا أجنبيا فلا يمكنه أن يقف فيها موقف اللامبالاة بالنسبة للعقود التي تتكون منها ، كما لا يمكن أن يطبق عليه مبدأ نسبية أثر العقد بكل ما يحمله من مضمون فردي ف "الغير" الأجنبي هو الذي خارج نطاق المجموعة العقدية. أما الغير يتجلى لنا في النتائج التالية يقول الأستاذ صبري حمد خاطر:

أولا: تضيق نطاق فئة الغير الأجنبي بالنسبة للعقد وحصرها بالأشخاص الذين لا يساهمون في تكوين العقد ولا في تكوين مجموعة عقدية.

ثانيا: ظهور فئة جديدة من الغير وهي فئة الغير ذي المصلحة العقدية هذا الغير يتميز بأنه طرف في عقد يتآلف مع عقد آخر أو أكثر لتكوين مجموعة عقدية.

ثالثا: يوصف الشخص الذي يتلقى حقا أو شيئا معينا في المجموعة العقدية ، والذي يوصف تقليديا يوصف الخلف الخاص أنه غير ذو مصلحة في المجموعة العقدية[84].

ونحن نتفق مع الأستاذ فيما ذهب إليه باعتباره سلك طريقا وسطا ، فمن ناحية لا يمكن إلغاء وصف الغير عن الشخص الذي ساهم في تكوين مجموعة عقدية حتى لا يتأثر بعقد لم يكن طرفا فيه من منظور أركانه وشروط صحته ، ومن ناحية أخرى لا يمكن أن يطبق على هذا

4- سبب مشروع للالتزام".

[83]- أنظر بهذا الصدد موقف الباحث عادل الغنوبي. م . س . ص 269

[84]- صبري حمد خاطر. م . س . ص 284.

الشخص مبدأ نسبية أثر العقد وفقا للنظرية التقليدية ما دام أن لهذا الشخص مصلحة تتأثر بمقتضى العقد الذي أصبح بموجبه طرفا في مجموعة عقدية، لذلك يصح أن نطلق على هذا الشخص وفقا لهذا التأصيل أنه طرفا في مجموعة عقدية وفي نفس الوقت غيرا بالنسبة للعقود التي تشكلت من دون أن يساهم في تكوينها بإرادته. فالتعديل الذي يجب أن يجرى على الفصل 228 لا يجب أن يتم من منطلق ما توصل إليه أنصار نظرية المجموعة العقدية بل من هذا المنطلق الأخير، الذي لا يعود بنا إلى التساؤل كيف يتكون العقد ؟ لأن هذا لن يساهم البتة في تطوير نظرية العقد بل يعود بنا إلى إعادة صياغة هذه النظرية من الأول.

المبحث الثاني: تمييز الغير عن المفاهيم المشابهة[85]

تقدم في المبحث الأول أن عرضنا لمفهوم الغير عند النظرية التقليدية والنظرية الحديثة وبعد أن توصلنا من خلال هذه النظريات أن الغير فئتين ، الأولى ، الغير الذي يكتسب وصف الأجنبي عن العقد كأن يكون خلفا ثم يكتسب بالنسبة للعقد وصف "الغير" ، والثانية هي: فئة الأجنبي أصلا عن العقد ، أي من لم يكن خلفا عاما أو خاصا أو دائنا لأحد طرفي العقد بل هو أجنبي ابتداء[86].

فالغير قد لا يكون طرفا في العقد ، ولا خلفا عاما أو خاصا، ولا دائنا وهذا الفريق الثاني للغير حين يسمى بالغير (الأجنبي) أصلا عن العقد لا ينصرف أثر العقد بداهة إليه ، لأنه بعيد عن دائرة التعاقد ، وقد يعتبر غيرا في أحوال استثنائية الخلف والدائنون وهذا الفريق الثاني من الغير، وهنا تتمثل الصعوبة التي تكتنف تحديد مفهوم الغير بدقة ، لذلك سنعمل من خلال هذا المبحث تحديد مفهوم الغير من بعض المفاهيم كالطرف في العقد والخلف وكذا الدائنين حتى لا يختلط بهذه المفاهيم ، محاولين مراعاة التقسيم الفقهي لمفهوم الغير ومتى يأخذ الغير وصف الخلف أو الدائنين؟

وارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: تمييز الغير عن مفهوم الطرف والخلف العام

المطلب الثاني: تمييز الغير عن الخلف الخاص والدائنين

---

[85]- بحسب المراجع التي حصلنا عليها في موضوع تحديد مفهوم الغير من العقد فإنه لم نجدها تتطرق لتمييز الغير عن بعض المفاهيم المشابهة له كالطرف في العقد والخلف والدائنين، بل يكتفون بالتطرق إلى الأشخاص الذين لا يعتبرون من الغير وكذا التطرق للاختلاف حول الأشخاص الذين يعتبرون من الغير، وقد تعمدت هذا العنوان حتى يسهل على القارئ تمييز الغير عما يشبه به وكذا معرفة متى يأخذ الغير صفة الخلف والدائن في حالات معينة.

[86]- أنظر المفهوم التقليدي والحديث للغير في المبحث الأول من هذا البحث.

المطلب الأول: تمييز الغير عن مفهوم الطرف والخلف العام

يبقى الغرض الأساس لتحديد معنى الغير هو أن يبين على وجه التحديد الأشخاص الذين لا ينصرف إليهم أثر العقد ومن هذا المنطلق فالطرف في العقد يعتبر ممن تنصرف إليه أثر العقد استنادا لمبدأ نسبية أثر العقد لذلك وجب تحديد العنصر الذي يعتمد عليه في تحديد المتعاقد ، أما الخلف العام فهو يعتبر ممن تنتقل إليه مخلفات العقد الذي أبرمه السلف.

وعليه سنعمل من خلال هذا المطلب التمييز بين الغير والطرف في العقد (الفقرة الأولى) ثم التمييز بين الغير والخلف العام (الفقرة الثانية). وذلك بناء على مدى سريان أثار العقد في حق كل هؤلاء الأشخاص.

الفقرة الأولى: تمييز الغير عن مفهوم الطرف

ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين أو من في حكمهم ، أما "الغير" فإن مبدأ نسبية أثر العقد يقضي بأن يظل خارج الدائرة التي تتحرك فيها آثار العقد. وعليه لا يحدد الغير كما يقول جوسران josserand إلا بأن يقابل بينه وبين المتعاقد. وعلى هذا الأساس[87] ، بدلا من أن نتساءل أولا من هم الغير، يفترض أن نجيب على سؤال يتقدم على الأول وهو من الذي لا يعتبر "غيرا"[88].

إنه باستعمال مفهوم المقابلة يفرض أنه كل من لم يكن غيرا فهو طرف والعكس صحيح ، وهذا المبدأ ليس ثمة خلاف بشأنه ، فبديهي أن الشخص الذي يوصف بأنه طرف في العقد لا يعتبر "غيرا". لكن يجب أن نتساءل حول المعايير التي يجب أن نميز في إطارها بين فئة الغير وفئة المتعاقد أو الطرف؟

---

[87]- أنظر صبري حمد خاطر: م . س. ص 27.

[88]-تستخدم عادة في بيان مفهوم الغير طريقة يطلق عليها "الاستبعاد" فعن طريق استبعاد المتعاقدين عن فئة الأشخاص التي لا يطبق عليها مبدأ نسبية أثر العقد نتوصل إلى ذلك الذين لا يطبق عليهم ، أي لا ينصرف إليهم أثر العقد.

يهتم غالبية الفقه[89] على **الإرادة** كمعيار لتحديد الطرف في العقد ، ذلك جرى القول في تعريفه أنه (من يساهم في العقد لأنه يريد ذلك) أو أن الأطراف في العقد هم من (ينشأ العقد بموجب اتفاق ارادتهم)[90]

ونفس المقتضى يقرره المشرع المغربي من خلال الفصل 230[91] من قانون الالتزامات والعقود وإن لم يتولى تعريف الطرف المتعاقد فإنه حصر القوة الملزمة للعقد في أطرافه ، أي من قصدوا من خلال تطابق إرادتهم التعاقد. أو بتعبير آخر إن القوة الملزمة للعقد تسري في مواجهة من أعلنوا عن إرادتهم التي ترتب عن تطابقها قيام العقد[92].

وهذا الأسلوب في تحديد الطرف كان محل دراسة أجراها مرتان mrtin، فلاحظ أن مساهمة الشخص بإرادته لا تكفي بأن يوصف بالطرف. فالنائب يساهم بإراته في إبرام العقد دون أن يصبح طرفا فيه ، لأن دوره يقتصر على إبرامه دون أن ينصرف إليه أثر العقد[93].

ولعل هذا المقتضى هو الذي حاول الأستاذ الكزبري مراعاته أثناء تعريفه للمتعاقد أو الطرف في العقد بقوله:

---

[89]- من أبرز هؤلاء الفقهاء الفقيه في weill مؤلفه
-terre/ droit civil introduction generle. 4 ed / D. paris . 1979 . p 334.
والفقيه فلور FLOUR مؤلفه:
- leffet des contrats a. egard des teirs en droit Internationale prive. These . paris . 1977 . p 27.

[90]- والملاحظ حتى في التعريفات الفقهية للعقد تعتمد معيار الإرادة فنجد مثلا تعريف الأستاذ الكزبري للعقد بأنه" توافق إرادتين على إنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه". أنظر مأمون الكزبري نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود المغربي -الجزء الأول- مصادر الالتزامات مرجع سابق. ص 30.

[91]- ورد بمقتضى الفصل 230 "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة لمنشئيها ، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاهما معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون".

[92]- وللاشارة يمكن أن تتحقق صفة الطرف في العقد حتى بعد التعاقد كإقرار المالك الحقيقي لبيع ملكه من طرف الغير، وانضمام الشخص إلى اتفاقية جماعية وقبول المنتفع إلى الاشتراط الصادر لمصلحته من قبل الغير المشترط.
ومن الممكن أن يتعاقد الشخص عن طرق ممثل عندما تكون النيابة اتفاقية، حيث تقضي القواعد أن هذا العقد يكون لحساب ولمصلحة الموكل. لكن عندما تكتسي النيابة طابعا قانونيا او قضائيا فإن إرادة المنوب تنعدم في الأصل . من ثم يتعين اعتبار القانون قد أعطى لأحد الأشخاص صفة طرف في العقد دون وجود إرادة للالتزام من جانبه.
- أنظر عبد الحق صافي: الكتاب الثاني آثار العقد ص 9.

[93]- أنظر صبري حمد خاطر: م . س. ص 29.

" يقصد بالمتعاقدين الأشخاص الذين كانوا طرفا في العقد بأشخاصهم أو بمن يمثلونهم . فالوكيل أو النائب الشرعي كالولي أو الوصي ، إذا ما أبرم عقدا بالإضافة إلى الموكل أو القاصر أو ناقص الأهلية ، إنما يمثل الموكل والقاصر وناقص الأهلية ، بحيث هؤلاء هم الذين يعتبرون طرفا في العقد ، وهم الذين ينتج العقد آثاره إزاءهم"[94].

وما يأخذ على تعريف الأستاذ الكزبري أعلاه أنه يعرف الطرف بأنه من ينصرف إليه أثر العقد سواء ساهم في العقد بإرادته او من دون ذلك (النيابة القانونية أو القضائية). ولكن الشخص قد يناله أثر العقد دون أن يصبح طرفا فيه. فالمستفيد في الاشتراط لمصلحة الغير لا يعتبر طرفا على رغم أنه يتلقى حقا بموجب العقد ، مثله مثل الولد الطبيعي الذي لا يعتبر طرفا في التصرف الذي يتضمن الاعتراف به[95]. وذلك فإنه إضافة إلى أن الطرف في العقد ، هو من يناله أثر العقد يعتبر طرفا في العقد أيضا كل من يعبر العقد عن **مصلحة** ذاتية له.

غير أن هناك فقيها فرنسيا آخر يتجاوز معياري الإرادة والمصلحة في تحديد مفهوم الطرف في العقد وهو الفقيه ستورك STORCK الذي يرى أن مفهوم الطرف في العقد قائم على ثلاث عناصر:

أولا: الإرادة ، فالعقد تصرف والتصرف قوامه الإرادة.

ثانيا: أهلية الشخص لأن يكون له الحق ، ولأن يمارس هذا الحق أي أهلية وجوب وأداء[96].

---

[94]- مأمون الكزبري نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود المغربي -الجزء الأول- مصادر الالتزامات مرجع سابق. ص 245.

[95] يتوصل الأستاذ مارتان من خلال الدراسة التي أجراها حول مفهوم الطرف في العقد إلى أن هذا الأخير ليس هو الذي يناله آثار العقد فقط ، وإنما الذي يعبر العقد عن مصلحة ذاتية متميزة عن غيرها أيضا فلو أن مالكين على الشيوع باعا أرضهما إلى شخص ثالث فإن مصلحة البائعين تتعارض مع مصلحة المشتري لذلك ليس للعقد إلا طرفان. ولا يقال أن للعقد ثلاث أطراف لأنه أبرم بين بائعين ومشتري واحد ، وذلك لأن علاقة البائعين فيما بينهم تبقى مستقلة عن أثر العقد ، ومصلحة كل منهما لا تتعارض مع الاخرى وإنما تمثلان مصلحة واحدة في مواجهة المشتري. فعدد الاشخاص لا يؤدي بالضرورة إلى تعدد المصالح المتناقضة... (ينظر في هذا السياق الأستاذ صبري حمد خاطر: م س. ص 30 وما يليها.)

[96]- الأهلية نوعان: أهلية وجوب وأهلية أداء

ثالثا: المركز القانوني للشخص الذي يعدل بالعقد أي أثر العقد يزيد من حقوق الطرف فيه أو يزيد من التزاماته[97].

ويرى الأستاذ صبري حمد خاطر أن أسلوب STORCK في تحديد الطرف يؤدي إلى الخلط بين مفهوم الطرف وبين شروط وأركان العقد . فالطرف هو واحد إلا أنه قد يصدر عنه الإكراه أو يقع ضحية له أو للغلط أو أن الطرف تشترط فيه الأهلية عند التعاقد وما إلى ذلك. ثم أن STORCK يتوصل في النهاية إلى تحديد الطرف بالنسبة لأثر العقد على أنه هو من ينصرف إليه الأثر ، وهذا الأسلوب في بيان وصف الطرف سبق انتقاده[98].

ويبدو الراجح هو أن الشخص يصبح طرفا إذا تعاقد لنفسه أصالة أو نيابة لأنه يريد ذلك ، ومتى وصف الشخص أنه طرف ، فإن الفقه لا يختلف حول اعتبار هذا الوصف يأتي على الضد من وصف "الغير" ، فالطرف يتلقى أثر العقد أما الغير فإنه لا ينتفع بهذا الأثر أو يضار به إلا على سبيل الاستثناء كما هو الحال بالنسبة للخلف الخاص والدائن العادي ، كما أن وصف الطرف له قابلية للانتقال وهذا ما يحدث بالنسبة للخلف العام وهو الأمر الذي يدعو إلى بيان التمييز بين مفهومي الغير والخلف العام.

يراد بأهلية الوجوب صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات التي يحددها القانون ، وهي ملازمة ليه طول حياته ولا يمكن حرمانه منها.
أما أهلية الأداء فيقصد بها صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية والمالية ونفاذ تصرفاته ، ويحدد القانون شروط اكتسابها وأسباب نقصانها أو انعدامها. أنظر المواد من 206 إلى 211 المنظمة للأهلية من مدونة الأسرة.

[97]- يتساءل الفقيه استورك. حول هل يوجد مفهوما واحدا للطرف كمقابل لمفهوم الغير ويجيب أن الطرف كمقابل لمفهوم الغير لم يستخدم بمعنى واحد . فهو تبعا لاستخدام مصطلح الغير ليه معان تختلف حسب الموضع الذي يرد فيه . وصياغة تعريف واحد للطرف تؤدي إلى أن يصبح مفهوم الطرف غامضا بدلا من ايضاحه . فعلى سبيل المثال استخدم المشرع كلمة الطرف أو الغير بالنسبة للعقد الصوري بمعنى يختلف عنه بالنسبة لثبوت تاريخ العقد . عليه لابد أن يحدد الطرف حسب وروده في النصوص التشريعية بالنسبة لتكوين العقد ثم أثره ، فبالنسبة لتكوين العقد يذكر المشرع الطرف بمعان مختلفة فالطرف هو من يصدر عنه الرضا أو من كان ضحية الإكراه أو من صدر عنه الإكراه ، أو أن الطرف من يقع منه الغلط أو من يعلم بهذا الغلط ، أو يقصد بالطرف من له أهلية التعاقد ، أو أن الطرف من يكون سبب التزامه هو التزام الطرف المقابل أما بالنسبة لأثر العقد ، فالطرف هو من ينصرف إليه أثر العقد مباشرة أي من يلزم بإعطاء شيء معين أو يلتزم بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل. أنظر بهذا الصدد الأستاذ صبري حمد خاطر م س ص 31 وما يليها.

[98]- صبري حمد خاطر: م . س . ص 32.

الفقرة الثانية: تمييز الغير عن مفهوم الخلف العام

قلنا أن العقد يهيمن عليه مبدأ هام هو نسبية آثاره ، وانصرافها إلى أطرافها فقط إعمالا لمبدأ استقلال الأفراد ، وضرورة احترام إرادتهم[99].

ولكن العقد لا يقتصر على أطرافه فقط ، بل يمتد إلى الخلف العام أيضا ، إذ الفرد عندما يتعاقد بنفسه ، فإنه يتعاقد ضمنيا لورثته ومن يود الايصاء لهم . إذ لا تستقيم المعاملات بين الأفراد إذا كانت الحقوق والالتزامات المترتبة بين الأفراد على العقود تنقضي بوفاة أطرافها ، إذ يؤدي ذلك إلى اضطراب المعاملات وعدم استقرارها ، والمنطق والعدالة يقضيان انتقالها إلى الخلف العام.[100]

ويقصد بالخلف العام من يخلف سلفه في مجموع التركة أو في جزء منها وهذا ما يتحقق بالنسبة للوارث الوحيد أو المشترك مع غيره في استحقاق التركة ويدخل الموصى له ضمن هذه الحلقة إذا كانت الحصة المستفاد منها شائعة أيضا[101].

وقد عرض المشرع المغربي لآثار العقد بالنسبة للخلف العام في الفصل 229 من قانون الالتزامات والعقود "تنتج الالتزامات أثرها لا بين المتعاقدين فحسب ، ولكن أيضا بين ورثتهما وخلفائهما ما لم يكن العكس مصرحا به أو ناتجا عن طبيعة الالتزام أو القانون . ومع ذلك فالورثة لا يلتزمون إلا في حدود أموال التركة وبنسبة ما ناب كل واحد منهم ، وإذا رفض

---

[99]- ظهرت في القرن السابع عشر نظريات اقتصادية وفلسفية وسياسية تشبعت بروح الفردية فساعدت على إقرار مبدأ سلطان الارادة ، وقد بلغت هذه النظريات أوجها في القرن 18 وهي تنادي بوجود قانون طبيعي يقوم على حرية الفرد واستقلال إرادته ، ويترك لهذه الإرادة أن توجه ما في المجتمع من نظم اقتصادية واجتماعية ، وقد حمل هذه الدعوى في المجال الاقتصادي "الفيزوقراطيون"، إذ كانو ينادون بالحرية الاقتصادية ، ونهض بها في الميدان السياسي والاقتصادي "روسو" في كتابه "العقد الاجتماعي" فكانت جميع الأفكار التي سادت في هذا العصر أن يترك القانون الارادة تزاول نشاطها ، وليس عليه أن بعد ذلك لحماية طرف ، أو ليرى ما إذا كان هذا النشاط يتفق مع الصالح العام ، إذ أن هذا الوضع هو الذي يحقق مصلحة الفرد ، وبالتالي مصلحة الجماعة. فالنظام الاجتماعي يرتكز على الفرد ، والقانون يحمي الفرد وليس الجماعة والفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية ، ومقتضى هذه الحرية أن تكون الإرادة حرة مستقلة ، وقد مهدت هذه الأفكار للثورة الفرنسية ، واستوحاها الشارع الفرنسي ، فجاء تقنين نبليون 1804 يعتد بسلطان الإرادة إلى حد كبير. أنظر بهذا الصدد :
- نسرين أبادر : حرية التعاقد رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة السنة الجامعية 2010- 2011 ص 4.

[100]- عبد الحكم فودة: النسبية والغيرية في القانون المدني، دار الألفي المنيا مصر ص 7.

[101]- عبد القادر العرعاري: مصادر الالتزامات الكتاب الأول –نظرية العقد- م . س. ص ص 331-332.

الورثة التركة ، لم يجبروا على قبولها ولا على تحمل ديونها وفي هذه الحالة ليس للدائنين إلا أن يباشروا ضد التركة حقوقهم".

فبمقتضى هذا النص القاعدة هي أن أثر العقد ينصرف إلى الخلف العام مع عدم الإخلال بقواعد الميراث[102] . وهكذا فالخلف العام لا يعتبر طرفا متعاقدا في الأصل و إنما ينتقل إليه هذا الوصف عن سلفه ، بحيث يمكن اعتباره في حكم المتعاقد بيد أن هذا الوصف الأخير لا يثبت له على الدوام ، من هنا يتسم مركزه التعاقدي بالنسبية ولبيان ذلك نتناول الخلف العام باعتباره في حكم المتعاقد (أولا) ثم نسبية مركزه التعاقدي (ثانيا).

أولا: الخلف العام في حكم المتعاقد

ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام . وهو ينصرف كقاعدة عامة بموجب نص تشريعي وهو ما قرره المشرع المغربي من خلال الفصل 229 أعلاه " تنتج الالتزامات أثرها لا بين المتعاقدين فحسب ولكن أيضا بين ورثتهما وخلفائهما..."

فمن خلال هذا المقتضى اعتبر المشرع الخلف العام في حكم المتعاقد مع ملاحظة عدم إمكان ترتيب الالتزامات عليه إلا بقدر ما يصيبه من حقوق

ويرى الأستاذ العرعاري[103] أنه من خلال التمعن في صيغة الفصل 229 أعلاه لم يكن المشرع موفقا في صياغة هذا النص لكونه حاول التوفيق بين ما هو منصوص عليه في إطار التشريع الفرنسي[104] وما تقضي به الشريعة الاسلامية[105] في ميدان استحقاق التركة ، والتحمل بالتزاماتها.

---

[102]-- مأمون الكزبري نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود المغربي -الجزء الأول- مصادر الالتزامات مرجع سابق. ص 253.

[103]- عبد القادر العرعاري: مصادر الالتزامات الكتاب الأول –نظرية العقد- م . س. ص 332.

[104]- بالنسبة للقانون الفرنسي نجده يعتبر شخصية الوارث والموصى له بجزء شائع بمثابة امتداد لشخصية الموروث وبالتالي امتداد في الذمة المالية الأمر الذي يترتب عليه حلول الورثة محل الميت في حقوقه وفي التزاماته حتى وإن كانت الذمة المالية للهالك سلبية.

فقد تأثر قانون الالتزامات والعقود المغربي بالقانون الفرنسي من حيث أنه أجاز للورثة رفض التركة ، ومنع في هذه الحالة إجبارهم على قبولها ، وحصر حق الدائنين بمباشرة حقوقهم في مواجهة التركة ليس إلا، دون أن يتحمل الورثة بأي التزام من التزاماتها[106].

ولكن المشرع المغربي بقي متماشيا مع أحكام الشريعة الاسلامية ، من حيث أنه جعل الورثة ، حتى في حالة قبولهم التركة ، "لا يلتزمون إلا في حدود أموال التركة وبنسبة ما ناب كل واحد منهم ".

ففي إطار هذه القواعد المتعلقة بالميراث ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام كما لو كان هو العاقد ، ومنه فإن المشرع من خلال هذه المقتضيات قد نفى صفة الغير عن الورثة و نفس المقتضى نجد العمل القضائي يكرسه فقد جاء في إحدى القرارات القضائية[107] "ورثة البائع خلف عام له يلزمهم ما يلزمه بمقتضى عقد البيع تطبيقا للفصل 229 من ق ل ع" وجاء في قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى[108] "إذا أصبح الموهوب له وارثا للواهب البائع فإنه لا يعتبر من الغير بالنسبة للتصرفات التي أبرمها مورثه بل تكون حجة عليه ولازمة له تطبيقا للفصل 229 من ق ل ع".

وبالتالي فالخلف العام في هذه الأحوال لا يعتبر "غيرا" ما دام يتأثر بآثار العقد على الرغم أنه لم يكن متعاقدا أو طرفا في الأصل.

---

[105]- بالنسبة للوضع في الفقه الإسلامي فهو محكوم بقاعدة مشهورة في ميدان الفرائض وهي أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون ونتيجة لذلك فإن ذمة الوارث لا تعد امتدادا لذمة الهالك لأن المتابعة تنحصر في ذمة هذا الأخير دون إدخال للورثة بقصد تحمل ديون الهالك ، وفي حالة ما إذا كانت ديون الميت تفوق ما تركه من أموال أو حقوق مالية كانت الأولوية للديون الممتازة أما باقي الغرماء فإنهم يتحاصون في الدين بنسبة كل واحد منهم.

[106]- مأمون الكزبري نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود المغربي -الجزء الأول- مصادر الالتزامات مرجع سابق. ص 254

[107]- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالقنيطرة بتاريخ 1992/06/22 منشور بمجلة الاشعاع عدد 8 ص 130.

[108]- قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2001/10/10 منشور عند عبد العزيز توفيق : قضاء المجلس الأعلى في الأحوال الشخصية والعقار من 1957 إلى سنة 2002 . ص 14 وما بعدها.

ثانيا: الخلف العام في مركز تعاقدي نسبي

لا يعتبر الخلف العام - كما تبين آنفا - متعاقدا وإنما هو في حكم المتعاقد . وهذا الحكم نسبي لأن أثر العقد ينصرف في الأساس إلى السلف لا إليه . وحتى لو اتفق السلف مع المتعاقد معه على أن ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام مباشرة دون أن يمر بذمته فإن هذا الاتفاق باطل. ويعتبر الخلف العام في هذه الحالة "غيرا" فلا يكون مدينا بموجب اتفاق هو أجنبي عنه. كذلك لا يكون دائنا بموجبه إلا وفق أحكام الاشتراط لمصلحة الغير[109].

وهو التوجه الذي يكرسه المشرع المغربي من خلال الفصل 229 حيث كرس بعض الاستثناءات التي لا يتأثر فيها الخلف العام بالتصرفات التي يقوم بها سلفه ، وقد حدد الفصل السابق ثلاث حالات لا يسري فيها آثار العقد في حق الخلف العام حيث يعتبر حينئذ غيرا:

أ- حالة الاتفاق الصريح على استبعاد الخلف العام من دائرة نطاق الأشخاص المستفيدين من العقد ، لا فرق في ذلك بين أن يكون الاستبعاد شاملا لخلفاء المتعاقدين معا أو مقتصرا على خلفاء أحدهما فقط[110]

ب- حالة ما إذا كانت طبيعة آثار العقد تأبى الانتقال إلى الخلف العام وهذا ما يتحقق في العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي وهي الحالة التي تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار ، كما هو الحال في عقد الوكالة[111] أو بعض عقود العمل التي يبرمها جراح أو مهندس أو فنان...

---

[109]- صبري حمد خاطر : م . س. ص 46.

[110]-إذا وجد اتفاق صريح بين العاقدين يقضي بعدم انصراف عقدهما إلى ورثة أحدهما أو إلى ورثتهما معا ، حيث ينتهي العقد بوفاة العاقد المعين في الفرضية الأولى أو بوفاة أو واحد من العاقدين في الفرضية الثانية . من ذلك مثلا أن يتضمن عقد البيع شرطا يقضي بمنح لمشتري أجلا للوفاء بالثمن دون انتقال الحق في الأجل إلى الورثة ، فإذا توفي المشتري تعين دفع الثمن فورا من التركة . أو ينص عقد التأمين ضد خطر معين على انتهاء العقد بموت المؤمن له . أو يشمل الاتفاق على الوعد ببيع عقار شرطا يقضي بانتهاء الوعد بمجرد وفاة أحد الطرفين...

[111]- عرف المشرع المغربي عقد الوكالة بمقتضى الفصل 879 من ق ل ع "الوكالة عقد بمقتضاه يكلف شخص شخصا آخر بإجراء عمل مشروع لحسابه ، ويسوغ إعطاء الوكالة أيضا لمصلحة الموكل والوكيل، أو لمصلحة المكل أو الغير ، بل ولمصلحة الغير وحده."

ج- حالة وجود نص في القانون يقضي بعدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام : كما هو الشأن بالنسبة للتصرفات التي يبرمها المريض في مرض موته[112] بقصد محاباة بعض الورثة، فقد نص المشرع في الفصل 344 من ق ل ع على أن "الابراء الحاصل من المريض في مرض موته لأحد ورثته من كل أو بعض ما هو مستحق عليه لا يصلح إلا إذا أقره باقي الورثة". ويعد أيضا حق الانتفاع من الحقوق التي تنقضي لزوما بموت المنتفع وبالتالي عدم سريان أثر هذا الحق على الخلف العام إذ تقضي المادة 79 من مدونة الحقوق العينية "الانتفاع حق عيني يخول للمنتفع استعمال عقار على ملك الغير واستغلاله ، وتنقضي مدته لزوما بموت المنتفع".

ونلاحظ من خلال عرض الفصل 229 أنه من الناحية الواقعية أن انتقال أثر العقد إلى الخلف العام إنما يتم عن طريق انتقال الذمة المالية في وجهها الإيجابي إلى الخلفاء ، باعتبار أن آثار العقد الذي أبرمه السلف ما هو إلا جزء من الذمة المالية للهالك ولا تنتقل إلى الخلف العام إلا بعد تصفية التركة من الالتزامات العالقة بها[113].

---

[112]- لقد أجمع الفقه والاجتهاد القضائي على أن مرض الموت يجب أن تتحقق فيه ثلاث شروط
1- أن يكون مرض يحدث فيه الموت غالبا.
2- أن يولد عند المريض شعورا بالخوف من الموت
3-أن يموت الشخص بالفعل موتا متصلا به قبل مضي سنة على بدئه.
فمرض الموت إذا هو الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز المريض عن رؤية مصالحه ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة فإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة كان في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح. ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله. للتوسع في هذا الموضوع ينظر
- الأستاذ عبد السلام فيغو: التصرفات الصادرة من المريض مرض الموت. دراسة في الفقه الإسلامي والقانون و الوضعي والاجتهاد القضائي منشورات مجلة الحقوق "سلسلة المعارف القانونية والقضائية". الرباط.

[113]- تنص المادة 322 من مدونة الأسرة "تتعلق بالتركة حقوق خمسة تخرج على الترتيب التالي:
1- الحقوق المتعلقة بعين التركة
2- نفقات تجهيز الميت بالمعروف
3-ديون الميت
4- الوصية الصحيحة النافذة
5-المواريث بحسب ترتيبها في هذه المدونة"

المطلب الثاني: تمييز الغير عن الخلف الخاص والدائنين

يعتبر كل من الخلف الخاص والدائن العادي ، من الأشخاص التي قد ينصرف إليها أثر العقد ، والأخذ بهذا المعطى تتبعه نتائج عملية تتعلق بمسألة انصراف أثر العقد إلى أشخاص لم تلعب إرادتهم أي دور في انعقاد هذا العقد لا أصالة ولا نيابة.

والسؤال الذي يثار في هذا الإطار هو مدى اعتبار الخلف الخاص والدائن العادي من فئة الغير بخصوص أثر العقد الذي لم يكونا طرفا فيه؟

وسنعمل على بيان ذلك من خلال محاولة التمييز بين الغير ومفهوم الخلف الخاص في (الفقرة الأولى) ثم تمييز الغير عن مفهوم الدائن العادي في (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تمييز الغير عن مفهوم الخلف الخاص

انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص يختلف في الوضع عن انصراف هذا الأثر إلى الخلف العام . والخلف الخاص هو من يخلف الشخص في عين معينة بالذات أو في حق عيني عليها ، كالمشتري يخلف البائع في المبيع ، والمنتفع يخلف المالك في حق الانتفاع. والشيء الذي يتلقاه الخلف قد يكون هو ذاته حقا عينيا كما هو الغالب ، وقد يكون حقا شخصيا . فالمشتري خلف خاص في الشيء المبيع ، وهذا استخلاف في ملكية عين معينة ، وصاحب حق الانتفاع خلف خاص لمن تلقى منه هذا الحق ، وهو استخلاف في حق عيني واقع على عين معينة . والمحال له خلفا للمحيل في الحق المحال به.[114]

والتشريع المغربي كالتشريع الفرنسي ، لم يتطرق لموضوع أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص كما فعلت بعض التقنينات الحديثة كالقانون المدني المصرى والقانون المدني السوري

[114]-أنظر تعريف الأستاذ عبد الرزاق السنهوري للخلف الخاص . الوسيط في شرح القانون المدني الجديد –المجلد الأول- نظرية الالزام بوجه عام، مصادر الالتزام منشورات الحلبي الحقوقية . م س ص ص 596 و 605.

اللذين أوضحا أنه "إذا نشأ العقد التزامات وحقوق شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى الخلف خاص ، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه"[115].

والشخص لا يعتبر خلفا خاصا إلا بشأن الحق الذي يتلقاه عن سلفه ، إذا أبرم هذا السلف عقدا يتعلق بالحق قبل انتقاله إلى الخلف الخاص فإن التساؤل يثور حول وصف الخلف حيال هذا العقد أي فيما إذا كان غيرا يطبق عليه مبدأ نسبية أثر العقد أو أنه ليس من الأشخاص المقصودين بهذا المبدأ[116].

في الحقيقة أن وصف الخلف الخاص خلف خلافا في أوساط الفقه الفرنسي بين من يعطي له وصفا مزدوجا فيرى أنه خلف بالنسبة للحق وغير بالنسبة للالتزام وبين من يرفض وصفه بالغير وآخر لا يرى في انتقال بعض آثار العقد إليه ما يزعزعه وصفه غيرا. وسنعرض لذلك من خلال بيان كل اتجاه على حدة:

---

[115]- هذا ورغم أن المشرع المغربي لم يتطرق لموضوع أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص يرى الأستاذ الكزبري أنه من السهل تحديد هذه الآثار في المبادئ العامة ، فمن المبادئ العامة أن الشخص لا يستطيع أن ينقل لغيره أكثر مما يملك وينتج عن ذلك أن الخلف الخاص يتلقى الشيء أو الحق بالحالة التي كان عليها في ذمة سلفه المالية ، وبالوضع الحقوقي الذي حددته لهذا الشيء أو الحق ... أنظر بهذا الصدد
- مأمون الكزبري نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود المغربي -الجزء الأول- مصادر الالتزامات مرجع سابق. ص 258 وما بعدها.

[116]- والحالات التي يثور فيها هذا التساؤل عديدة منها الأمثلة التقليدية التالية.
- عندما يتعاقد صاحب المحل التجاري مع تاجر معين على عدم منافسة الأخير له في نشاط هذا المحل لمدة ومكان معينين. هل يعتبر مشتري المحل التجاري غيرا بالنسبة لهذا العقد؟
- عندما يتفق صاحب المنجم مع مالك الأرض الجاورة له على إعفائه من المسؤولية عن الضرر الذي قد يلحقه نشاط المنجم بأرضه مقابل تعويض يدفع سلفا فهل يعتبر الشخص الذي يشتري الأرض غيرا عن هذا الاتفاق؟... أنظر في هذا الصدد الأستاذ صبري حمد خاطر: م س . 109. وما بعدها.

أولا: الاتجاه القائل بازدواجية الوصف بالنسبة للخلف الخاص

ذهبت طائفة من الفقه[117] الفرنسي إلى أن للخلف الخاص وصفا مزدوجا فهو لا يعتبر غيرا بالنسبة للحق الناشئ عن العقد الذي يبرمه السلف ولكنه يعتبر غيرا بالنسبة للالتزام الناشئ عن هذا العقد فقط وذلك على التفصيل التالي:

أ- الخلف الخاص لا يعتبر غير بالنسبة للحق

حمل لواء هذا الاتجاه الفقيه لابارنيير LEPARGNEUR حيث بنى فكرته هذه من خلال تفسيره للمادة 1122 من القانون المدني الفرنسي التي تفترض أن الشخص عند تعاقده يشترط لنفسه ولورثته ولخلفه[118] ويتوصل لابارنيير على أن الخلف الخاص لا يعتبر غيرا بالنسبة للحق ما دام السلف يشترط له بموجب المادة 1122 المذكورة. على أنه لا يقصد بهذا الحق ما لا علاقة له بملكية الشيء الذي ينتقل إلى الخلف الخاص . لأن هذا يتناقض مع المنطق . وإنما المقصود به الحق الذي ينشأ عن عقد كان محله ذلك الشيء.

من جانب آخر يرى لابارنيير أن الخلف الخاص ، وإن لم يعتبر غيرا بالنسبة للحق الناشئ عن العقد ، إلا أن هذا الحق لا ينتقل إليه تلقائيا. وحسب رأيه فالمادة أعلاه تشتمل على تدرج في انصراف أثر العقد إلى الأشخاص فالأولوية في انصراف أثر العقد من الحق بنفسه. وهو لا يشترط للخلف الخاص أيضا إلا عندما لا يكون بوسعه أن يستفيد من الحق الناشئ عن العقد لا هو ولا ورثته.[119]

---

[117]- من أهم هؤلاء الفقهاء الفقيه لابارنيير LEPARGENEUR الذي أكد أن الخلف الخاص لا يعتبر غيرا بناء على التفسير الذي أعطاه للمادة 1122 مدني فرنسي والفقيهة كلاسترنك CLASTRENG التي ترى أن الخلف الخاص غيرا بالنسبة للالزام الناشء عن العقد... للتوسع في الموضوع يراجع الأستاذ صبري حمد خاطر م . س 113 وما يليها.

[118]- يعتبر الباحث أن لفظ الخلف في المادة المذكورة ورد عاما دون تخصيص يمكن أن يحمل معنى الخلف الخاص إلى جانب الخلف العام.

[119]- يتوصل أنصار هذا الاتجاه إلى أن العقود التي يبرمها السلف بشأن الشيء أو الحق الذي ينتقل إلى الخلف الخاص هي ثلاث أنواع:
- النوع الأول: وهو العقد الذي يتلقى السلف بموجبه الشيء أو الحق الذي يتصرف به إلى الخلف الخاص.
- النوع الثاني: وهو العقد الذي ينشأ عنه حق شخصي أو عيني لمصلحة الشيء الذي ينتقل إلى الخلف الخاص. ويرتبط هذا الحق بالشيء فيصبح من ملحقاته.

ب- الخلف الخاص يعتبر غير بالنسبة للالتزام

ومعنى أن الخلف الخاص غيرا بالنسبة للالتزام الناشئ عن العقد تأسيسا على أنه إذا كان للسلف الاشتراط لمصلحة هذا الخلف فليس له أن يتعهد عنه ، وبالتالي ، عدا الحالة التي تقيد فيها ملكية الشيء بتكييف عيني[120] لا ينتقل الالتزام إلى الخلف الخاص.[121]

وبهذا الاتجاه تذهب كلاسترنك CALASTRENG حيث ترى أن الخلف الخاص عندما يتلقى الشيء عن سلفه فإنه يريد استخدام هذا الشيء دون أن يفرض عليه أي قيد . وذلك استنادا إلى عدم جواز فرض التزام على الشخص دون تدخل إرادة هذا الأخير[122].

ودعما لهذا الرأي قال آخرون بحجة إضافية مبناها ، أنه طالما لا يجوز أن يفرض على الدائن تغيير المدين فإن هذا يؤدي بالضرورة إلى عدم جواز الزام الخلف الخاص إلا بالاتفاق[123]. ويشير أنصار هذا الاتجاه إلى أن القضاء الفرنسي اعتبر الخلف الخاص "غيرا" بالنسبة للالتزام الناشئ عن العقد الذي يبرمه سلفه إذ يقول هذا القضاء في أحد قراراته بأن

- النوع الثالث: وهو العقد الذي ينشأ عنه حق شخصي تكون له علاقة بالشيء الذي يتنقل إلى الخلف الخاص دون أن يصبح تابعا له.

ولا يثور حسب هذا الاتجاه أي مشكلة بالنسبة للنوع الأول: من هذا العقود ولا النوع الثاني: فالخلف الخاص لا يعتبر غيرا بالنسبة للعقد الذي يضع الشيء الذي ينتقل إليه في ذمة السلف . وذلك لأن الحق الذي يتمتع به هذا الخلف يستند إلى الحق الذي للسلف على الشيء. فإذا لم يكن السلف مالكا للشيء يترتب على ذلك حينئذ أن الخلف لا يملكه أيضا لأن السلف لا يستطيع أن ينقل إلى الخلف أكثر مما يملك. كذلك لا يعتبر الخلف الخاص غيرا بالنسبة للحق الذي ينشأ عن العقد من النوع الثاني . وذلك لأن الحق متى أصبح من ملحقات الشيء فإنه ينتقل بانتقاله. فعلى سبيل المثال إذا تعاقد السلف على حق ارتفاق لمصلحة العقار ثم باعه فإن حق الارتفاق ينتقل إلى المشتري باعتباره خلفا خاصا ولو أن البائع حول ثمن المبيع إلى شخص آخر فإن دعوى الفسخ لعدم دفع الثمن تنتقل إلى المحال له لأنها من ملحقات الثمن وغالبا ما يؤكد المشرع على هذا الحل في العديد من النصوص التشريعية يقول لابارنيير فعلى سبيل المثال ، يكون للمحال له أن يطالب الكفيل بضمان الدين على رغم أنه لم يكن طرفا في عقد الكفالة... ينظر في هذا الصدد الأستاذ صبري حمد خاطر . م س ص 114 وما يليها.

[120]- ومثال حق الارتفاق. فإذا نشأ عن اتفاق بين السلف ومالك العقار المرتفق فإن للعقار المرتفق به ينتقل إلى الخلف الخاص مثقلا بهذا الحق باعتباره تكليفا عينيا.

[121]- وهذا ما يشير إليه لابارنيير حيث يرى أن المشرع الفرنسي عبر عن ذلك صراحة في المادة 871 من القانون المدني عندما نص فيها أن الموصي له بسبب خاص لا يلزم بديون الموصي ما عدا دعوى الرهن على العقار الموصي به.

[122]- صبري حمد خاطر: م . س. ص 117.

[123]- صبري حمد خاطر: المرجع نفسه.

(الخلف الخاص لم يلزم بقوة القانون بالالتزامات الشخصية لسلفه . وأن هذا المبدأ يطبق أيضا على الاتفاقات التي أبرمها الأخير بشأن الشيء الذي ينتقل إلى الخلف الخاص)[124].

ثانيا: الاتجاه الرافض لاعتبار الخلف الخاص من الغير

يرى أصحاب هذا الاتجاه (الفقيه كودمه GAUDEMET و كزان CAZIN) أن أثر نسبية العقد لا يحول دون انصراف أثر العقد إلى الغير فهذا المبدأ لا يخص الخلف وينطلق أصحاب هذا الإتجاه من خلال المادة 1122 مدني فرنسي فكلمة يشترط التي وردت في هذه المادة تعني عندهم "يتعاقد " وعليه تحمل هذه المادة على أن السلف يتعاقد للخلف الخاص[125]

غير أن الإشكال الذي يثار حول هذا الموقف هو أنه يخل بمبدأ حرية التعاقد ما دام يؤدي إلى إلزام الخلف الخاص دون إرادته ، والواقع أن خطر إلزام الخلف الخاص دون إرادته كان محل اهتمام فقهي حيث يرى الفقيه دولامشيني DE LA MECHENIE أن الخلف الخاص عندما يتلقى عن السلف عنصرا من عناصر ذمته المالية يكسب ، في الوقت ذاته قابلية حيال الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقود يبرمها السلف وهذه القابلية تشبه تلك التي تكون للخلف العام عند موت سلفه[126].

---

[124]- يذهب الفقيه WEILL إلى تحليل آخر مبني على التمييز بين حالة الحق العيني وحالة الحق الشخصي ، حيث يرى أن الالتزام يمكن أن يكون معدلا أو مقيدا للحق الشخصي ، كأن يلتزم الدائن تجاه أحد المدينين المتضامنين فيما بينهم بأن لا يطالبه بالدين أو يمنح المدين مهلة معينة لسداد الدين . ففي مثل هذه الأحوال يمكن القول أن الالتزام صار معدلا أو مقيدا للحق بيد أن الالتزام لا يمكن أن يكون معدلا أو مقيدا للحق العيني ، فالالتزام قد ينشأ عن العقد الذي يعدل الحق العيني . ولكن الالتزام ذاته لا يقيد أو يعدل هذا الحق . فعلى سبيل المثال ، إذا باع المالك جزءا من أرضه فإنه ينشأ عن البيع التزام البائع بضمان المبيع ، إلا أن العقد هو الذي يعدل حق البائع في الملكية وليس هذا الالزام.

[125]- صبري حمد خاطر: م س ص 121.

[126]- يتساءل الفقيه دولامشيني عن الكيفية التي يكسب بها الخلف الخاص هذه القابلية ويجيب بأنه يكسبها على قدم المساواة مع الخلف العام بموجب المادة 1122 إذ يجب أن يفسر نص هذه المادة على أن السلف يتعاقد لنفسه ولورثته ولخلفه سواء أكان هذا الخلف عاما أم خاصا... للتوسع في الموضوع ينظر : صبري حمد خاطر م س . ص 122 وما يليها.

ثالثا: الاتجاه المؤيد لاعتبار الخلف الخاص من الغير

من أهم فقهاء هذا الاتجاه مارتي و راينو MARTY et RAYNAUD حيث يذهب هذان الباحثان إلى أن الخلف الخاص غير بالنسبة للعقد الذي يبرمه سلفه لأن مبدأ نسبية أثر العقد يطبق عليه فلا ينصرف إليه أثر العقد إلا بموجب ارادته أو القانون[127] فإذا لم يتدخل المشرع لفرض انصراف أثر العقد إلى الخلف فإن ارادة كل من السلف وخلفه سواء أكانت صريحة أم ضمنية هي وحدها التي تبرر انتقال الحق إلى الخلف.[128]

وهكذا من خلال عرض الاتجاهات الفقهية الثلاث يلاحظ أن اشكالية الحسم في مدى اعتبار الخلف الخاص من فئة الغير وبالتالي لا ينوشه أثر العقد أو اعتباره في حكم المتعاقد وبالتالي ينوشه أثر العقد من الصعب الحسم فيها وإعطاء تحديد دقيق لمصطلح الخلف الخاص ما دام أن الخلف الخاص قد يتأثر أحيانا بأثر العقد.

وبرجوعنا إلى الفقه المغربي بشأن هذه المسألة نلاحظ أن غالبيته سلك منحى الاتجاه الذي يعتبر الخلف الخاص في حكم المتعاقد[129]. وأمام هذا الوضع فالجواب تطبيقا لقاعدة "نسبية آثار العقد" أن الأصل هو عدم سريان آثار العقد الذي سبق إبرامه من طرف السلف في مواجهة الخلف الخاص. فما دام هذا الأخير أجنبيا عن الرابطة العقدية ولم يشارك بإرادته في قيامها فهو يظل "غيرا" لا ينتفع ولا يتضرر من الحقوق والالتزامات المترتبة عن هذه الرابطة

---

[127]- والحقيقة أن هذا الأمر هو الذي يكرسه الفصل 229 من قانون الالتزامات والعقود المغربي

[128]- هناك رأي اخر يتزعمه العميد روديير RODIERE يذهب في نفس هذا الاتجاه إذ يعتبر الخلف الخاص من الغير ويقول أن أثر العقد الذي يبرمه السلف نسبي في مواجهة خلفه الخاص. عليه لا ينتقل الحق الشخصي لهذا الخلف طبقا لهذا المبدأ.

[129]- وهو ما يستشف من خلال المعالجة التي يعتمدها الفقه المغربي بشأن تحديد آثار العقد حيث يتم غالبا تقسيم هذه الآثار في مواجهة أطراف العقد ومن في حكمهم (الخلف الخاص والخلف العام) أولا ثم ثانيا آثار العقد في مواجهة الغير وبهذا التقسيم يكون الفقه المغربي ميز بين ما يعتبر غيرا وبين ما يعتبر خلفا خاصا. انظر بهذا الصدد الأستاذ

- عبد الحق صافي: القانون المدني الجزء الأول: المصدر الإرادي للالتبزامات، العقد الكتاب الثاني – آثار العقد- م س ص 7.

- عبد القاردر العرعاري: م س ص 330

غير أن الأستاذ الكزبري نهج طريقا مغايرا في معالجته لآثار العقد حينما تناول أثر العقد في مواجهة المتعاقدين أولا ثم ثانيا تناول أثر العقد في مواجهة الغير وأقحم كل من الخلف الخاص والعام والدئنين ضمن فئة الغير والحقيقة أن الأستاذ يأخذ بالمفهوم الواسع للغير وهو ما دعى إلى اعتماده هذا التقسيم وهو ما سبق أن عالجناه في المبحث الأول من هذا الفصل حين تطرقنا لمدلول الغير في الفقه.

تبعا لذلك لا يلتزم مشتري العقار بأداء مقابل الأشغال التي سبق أن أجريت عليه باتفاق بين البائع و أحد المقاولين، كما أن مشتري السيارة غير مرتبط بعقد كراء مرآب يأويها عند إبرام هذا العقد من طرف البائع قبل الخلافة وهكذا...

لكن ترد على هذا المبدأ العام عدة استثناءات جد مهمة على الصعيد العملي تفيد بأن العقود التي سبق للسلف أن أبرمها تسري في حق الخلف الخاص إذا كانت ترتب حقوقا والتزامات تعتبر من مستلزمات المال محل الخلافة [130].

وهو الأمر الذي يقرره الفصل 229 من ق ل ع المغربي حيث يرى الأستاذ عبد الحق صافي أن هذا الفصل أخذ بالمفهوم الواسع للخلف فهو يشمل الخلف العام و الخاص أيضا. يضيف الأستاذ أن التشريع المغربي لا يخلوا من النص على عدة تطبيقات قانونية يتأثر معها الخلف الخاص بالعقود التي كان أبرمها سلفه[131].

وللإشارة فالفرضيات التي يسري معها العقد الذي كان أبرمه السلف في حق الخلف الخاص كثيرة ومتنوعة . لكن مع ذلك يمكن تقسيمها إلى نوعين:

- الفرضيات المقررة بنص القانون: قرر المشرع تأثر الخلف الخاص بالحقوق والالتزامات المترتبة عن عقد سبق إبرامه من طرف السلف في فرضيات كثيرة من بينها:

1- الفصل 694 من ق ل ع الذي ورد فيه " لا يفسخ عقد الكراء بالتفويت الاختياري أو الجبري للعين المكتراة. ويحل المالك الجديد محل من تلقى الملك عنه في حقوقه والتزاماته الناتجة من الكراء القائم، بشرط أن يكون هذا الكراء قد أجري بدون غش، وأن يكون له تاريخ سابق على التفويت".

---

[130]- ورد ضمن المادة 146 من القانون المدني المصري "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء ، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه".

[131]- عبد الحق صافي: القانون المدني الجزء الأول: المصدر الإرادي للالتبزامات، العقد الكتاب الثاني – آثار العقد- م س ص 24.

2- الفصل 672 من ق ل ع الذي ورد فيه "للمكري حق الدعوى المباشرة في مواجهة المكتري الفرعي، في جميع الحالات التي تكون له في مواجهة المكتري الأصلي، وذلك دون إخلال بحقه في الرجوع على هذا الأخير. ويسوغ للمكتري الأصلي دائما التدخل في الدعوى. وللمكري أيضا دعوى مباشرة ضد المكتري الفرعي لإجباره على رد العين عند انقضاء الأجل المحدد."

3- المادة 29 من مدونة التأمينات التي تنص على أحقية السيارة المشمولة بالتأمين الإجباري في الاستفادة من هذا التأمين إلى حين تغيير الورقة الرمادية وتسجيل العربة على اسم المالك الجديد

- الفرضيات التي تقتضيها طبيعة المعاملة: قد تقضي طبيعة المعاملة ذاتها تأثر الخلف الخاص بالحقوق والالتزامات التي كان تعاقد عليها سلفه ، وذلك مع التمييز بين عقود السلف المرتبة لحقوق والتزامات عينية واردة على المال محل الخلافة ، وعقوده المرتبة لحقوق والتزامات شخصية واردة على نفس المال.

فبالنسبة لعقود السلف المرتبة لحقوق والتزامات عينية مرتبطة بالمال محل الخلافة فهي تنتقل إلى الخلف الخاص بداهة ، فيستفيد من الحق العيني كل الأشخاص المتعاقبين على اكتساب حق على الشيء . وعليه يكتسب مشتري العقار حق الارتفاق المرتب لهذا العقار والذي سبق للبائع أن تعاقد عليه مع مالك عقار مجاور ، كما يستفيد نفس المشتري من دعاوى ضمان العيب والاستحقاق[132] التي كانت من حق سلفه أيضا إذا اكسب شخص عقارا مكلفا

[132]- ورد بمقتضى الفصل 532 من قانون التزامات والعقود "الضمان الواجب للبائع على المشتري يشمل أمرين:
أ) أولها حوز المبيع والتصرف فيه ، بلا معارض (ضمان الاستحقاق)
ب) وثانيهما عيوب الشيء المبيع (ضمان العيب)
والضمان يلزم البائع بقوة القانون ، وإن لم يشترط . وحسن نية البائع لا يعفيه من الضمان.

بحق ارتفاق أو أي حق عيني آخر مقر لفائدة الغير فهو ملزم باحترام هذه التكاليف العينية التي تأتي لتقليص سلطاته كمالك.[133]

وبالنسبة للحقوق الشخصية التي يكون الغرض منها درء ضرر عن الشيء ، فهي أيضا تنتقل إلى الخلف الخاص لأن الحق الذي يقصد به وقاية الشيء من الضرر يعد مكملا لهذا الشيء إذ هو يحفظه كما في التأمينات. فإذا تعاقد شخص مع شركة لتأمين منزله من الحريق ، ثم باع المنزل ، فإن حقه قبل شركة التأمين ينتقل مع المنزل المشترى . وينتقل تبعا لذلك التزام البائع بدفع أقساط التأمين[134] . ومثل حق البائع في التأمين حقه قبل البائع له في ضمان الشيء ضمان استحقاق أو ضمان عيب ، فالبائع لشيء ينتقل مع هذا الشيء إلى المشتري حقه في الضمان ومثل هذا أيضا حق بائع المتجر في عدم منافسة شخص آخر للمتجر أو تقييد موظف قديم في حريته في العمل حتى يمتنع عن هذه المنافسة ، هذه الحقوق كسبها صاحب المتجر ليدرأ خطر المنافسة عن متجره فهي مكملة للمتجر وتنتقل معه إلى المشتري[135].

---

[133]- عبد الحق صافي: آثار العقد م . س . ص 25.

[134]- يقوم عقد التأمين على أربع عناصر أساسية وهي الخطر المؤمن منه ، وقسط التأمين ، ومبلغ التأمين ثم عنصر المصلحة ، وتعتبر هذه العناصر لازمة لقيام التأمين ونشأة التعاقد بين المؤمن والمؤمن له. ينظر في هذا الصدد
- الأستاذ ابراهيم عقاش: مبادئ التأمين دراسة خصائص وعناصر التأمين ، الطبعة الأولى 2017 ص 61 وما بعدها.

[135]- عبد الرزاق السنهوري: مصادر الالتزام م . س . ص ص 609-610.

الفقرة الثانية : تمييز الغير عن مفهوم الدائن العادي[136]

بالنظر من زاوية مساهمة الدائن العادي في العقد يعتبر غيرا عنه ، لأنه من الأخير لم يقم بإبرامه لكن بالنظر من زاوية مدى تأثر الدائن العادي بالعقد الذي يكون مدينه طرف فيه فإنه ، لا يعتبر غيرا عن هذا العقد وهنا تطرح مسألة تحديد وصف الدائن العادي هل هو نوع آخر من الخلف ، أم يعد خلفا بمعنى الخلف العام أو الخاص ، أم يعتبر غيرا ؟ وسنعرض من خلال هذه الفقرة لتحديد وصف الدائن العادي من خلال المتنازع عليه حول هذا الوصف (أولا) ثم ، تحديد موقف المشرع المغربي من مركز الدائن العادي (ثانيا).

أولا: المتنازع عليه حول وصف الدائن العادي

ظل وصف الدائن محل خلاف في الفقه بين من يرى أنه خلف للمدين ومن يرى أنه غير بالنسبة للأثر الملزم للعقد ولبيان ذلك نعرض لهذين الاتجاهين كلا على حده:

أ- الاتجاه القائل بأن الدان العادي خلف:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الدائن العادي خلفا بيد أنهم اختلفوا فيما إذا كان خلفا عاما أو خاصا في حين ذهب آخرون إلى أن هذا الدائن يعتبر نوع ثالث من الخلف.

1- الرأي القائل أن الدائن العادي "خلف عام"

يتزعم هذا الرأي الفقيهان الفرنسيان بودري و لاكانتينري LACANTINERIE et BAUDRY إذ يعتبرون الدائن العادي خلف عام. وذلك لوجود أوجه شبه بينه وبين الوارث ، فالقابلية التي تكون للوارث حيال العقد الذي يبرمه مورثه ترجع إلى أنه يتلقى ذمة المورث

---

[136]- المقصود بالدائن العادي ذلك الدائن الذي لا يتمتع بأي امتياز عيني يضمن له الأولوية في استحقاق الدين ،ويسمى أيضا بالدائن الشخصي وهو الذي ينصب حقه الشخصي على جميع أموال المدين حيث يتوفر على ضمان عام وهو مجموع الذمة المالية لهذا الأخير وبهذا فالدائن العادي ليس له من سبيل لاستفاء دينه إلا التنفيذ على الموجود من أموال مدينه وقت التنفيذ وفي حالة وجود دائنين عاديين سابقين أو لاحقين تقاسم معهم أموال غريمهم قسمة غرماء وهذا ما جعل أغلب الشراح ينطلقون في تحديد مفهوم الدائن العادي من فكرة المساواة ذلك باعتبار أن مكاسب المدين ضمان لدائنيه يتحاصصون ثمنها إلا إذا كان هناك أسباب قانونية للأولوية لتفضيل بعضهم على بعض. أنظر بهذا المعنى:
- حاتم بن عبد الحميد الرواتبي: الحماية القانونية للدائن العادي دار الميزان للنشر سنة 2008 تونس . ص 27.

المالية . وحق الدائن العادي ينصب كذلك على ذمة مدينه المالية باعتبارها ضمانا عاما للوفاء بالدين ، وليس على عنصر محدد فيها. وإذا كان الوارث لا يستطيع أن يقيد حرية مورثه في التصرف حال حياته فإن الدائن العادي لا يستطيع كذلك أن يقيد حرية مدينه في التصرف ابتداء من تاريخ نشوء الدين وحتى انقضائه. ويتحمل هذا الدائن بالنتيجة نتائج تصرف مدينه.[137]

كما أن ممارسة الدائن العادي للدعوى غير المباشرة[138] بموجب المادة (1166) من القانون المدني الفرنسي التي نصت (ومع ذلك يجوز للدائنين أن يستعملوا كل حقوق مدينهم ودعاواه ، ما عدا الحقوق والدعاوى المتصلة بشخصه اتصالا تاما)[139] والدعوى البوليصية[140] ، بموجب المادة (1167) من نفس القانون لا يتعارض مع وصفه خلفا عاما فالدعوى غير المباشرة تمثل تطبيقا لقاعدة أن العقد يستفيد منه الخلف العام للمتعاقدين . أما إذا طعن الدائن بالعقد

---

[137]- فقد يؤدي تصرف المدين غلى انقاص القيمة الكلية لذمته المالية ، مع ذلك فالدائن لا يستطيع ان يتعرض للغير ليحجز المال الذي آل إليه بموجب تصرف المدين . فأثر التصرف قد يتمثل إذن في خروج المال من ذمة المدين ، والتي هي ضمان عام للوفاء بالدين ، دون أن يكون للدائن الحق في تتبع هذا المال. منجهة أخرى يستوفي الدائن حقه من عناصر ذمة المدين المالية على الحالة التي تكون عليها عندما حقه مستحق الأداء . وليس بوسعه أن يطعن في التصرفات التي تمت في الماضي ، حتى وإن كانت تضر به بشكل مباشر أو غير مباشر. وهو في ذلك يشبه الوارث أيضا ، فالوارث يتلقى التركة على الحالة التي تكون عليها وقت وفاة المورث دون أن يكون له الحق في مراجعة التصرفات التي أجراها المورث حال حياته.

[138]- يراد بالدعوى غير المباشرة ذلك الوسيلة التي يستخدم فيها الدائن سلطة مدينه في المطالبة بحقوقه ضد مدين المدين . وذلك باسم مدينه ونيابة عنه ويشترط في هذه الدعوى أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وذا مصلحة عاجلة في استعمال حق مدينه و أن يكون هذا الحق المستعمل غير متصل بشخص المدين. ينظر بخصوص شروط وأحكام الدعوى غير المباشرة: -الأستاذ - عبد الرزاق السنهوري -الوسيط في القانون المدني- الجزء الأول، نظرية العقد، م . س ص 750 وما بعدها.

[139]- يلاحظ الأستاذ عبد الرزاق السنهوري على هذه المادة أن المشرع الفرنسي أورد الدعوى غير المباشرة على أنها استثناء من القاعدة التي تقضي بعدم انصراف أثر العقد إلى الغير . فهذا النص يوهم أن الدائن يعتبر من الغير كقاعدة عامة ولكنه استثناء يتأثر بالعقد الصادر من مدينه فيستعمل باسمه الحقوق التي يولدها هذا العقد يقول الأستاذ. والواقع حسب رأي الأستاذ عبد الرزاق السنهوري أن الأمر عكس ذلك ، فالقاعدة العامة أن الدائن لا يعتبر من الغير ، ولذلك يتأثر بالعقود الصادرة من مدينه على النحو الذي بيناه ، وله بناء على ذلك أن يستعمل حقا لمدينه باسم هذا المدين ما دام الحق الذي يستعمله قد دخل في ضمانه العام . وإذا كان الدائن يصبح في بعض الفروض من الغير ، فإنما يكون ذلك على سبيل الاستثناء ، كما في الدعوى البوليصية ودعوى الصورية. أنظر بهذا الصدد مرجع الأستاذ السنهوري نظرية العقد م . س . ص 750

[140]- الدعوى البوليصية أو دعوى إبطال التصرفات وهي وسيلة من وسائل المحافظة على الضمان العام ترفع باسم الدائن نفسه وأثرها ينصرف إليه دون غيره وتنبني هذه الدعوى على أساس حماية الدائن من سوء نية مدينه المعسر ، ومن هنا كانت الدعوى البوليصية مشتركة مع الدعوى غير المباشرة في تنظيم إعسار المدين . غير أن الدعوى الأخيرة تعالج موقفا سلبيا للمدين المعسر ، هو سكوته عن استعمال حقوقه عمدا أو إهمالا . أما الدعوى البوليصية فتعالج من المدين المعسر موقفا إيجابيا ، هو إقدامه على التصرف في حقوقه ، عن عمد لا مجرد إهمال ، بقصد الإضرار بدائنه ، ومحاباة من يؤثره بالتصرف إليه بثمن بخس أو بغير ثمن من أقاربه أو أصدقائه على حساب هذا الدائن ، لذلك فالدعوى غير المباشرة ليس لها من الأثر للدعوى البوليصية ، فهي ترفع باسم المدين و أثرها ينصرف إلى المدين.

بموجب الدعوى البوليصية فإن ذلك يرجع إلى أن ارتكب فعل الغش فإن الدائن لا يعبر خلفا له وإنما يكتسب الدائن وصف "الغير" نتيجة للغش . ومن ثم له أن يطعن بالعقد بموجب مبدأ نسبية أثر العقد الذي لا يجيز أن يضر العقد بالغير.

2- الرأي القائل أن الدائن العادي خلف خاص

يرى الفقيه لابورد لاكوست LACOSTE-LABORDE بأن الدائن العادي لا يمكن أن يكون خلفا عاما ، وذلك لأن مفهوم هذا الخلف يشتمل من الناحية الاجتماعية على فكرة أخلاقية وهي أن السلف لا ينقطع ذكره لمجرد موته وإنما يمثل الخلف امتدادا له ، وبذلك يتلقى الخلف ذمة السلف المالية دون أن يقوم بنشاط اقتصادي[141] ، ودون أن يخسر شيئا ما دام له حرية قبول هذه الذمة . بينما يتلقى الدائن الحق عن المدين نتيجة نشاط اقتصادي ، وهذا ما يجعله عرضة للخسارة . ولتجنب ذلك يمنحه المشرع حق ضمان عام على أموال المدين . ويظل هذا الضمان قائما في حياة المدين بل وبعد وفاته حتى يتم انقضاء الدين.

ويتميز الدائن العادي عن الخلف العام كذلك في أن الأخير يتلقى أثر العقد ، سواء أكان حقا أم التزاما ، دون أن يكون له الحق في الاعتراض على التصرفات التي أجراها سلفه . أما الدائن العادي فإنه يتمتع بوسائل حماية الضمان العام التي يقررها له القانون ، وهو بذلك يمكن ان يصبح خصما للمدين. وهذا ما يتناقض تماما مع مفهوم الخلف العام الذي يمثل امتدادا لشخصية سلفه[142]

[141]- يرى لابورد لاكوست أن أية علاقة قانونية يقصد بها تحقيق غرض اقتصادي تعني بالضرورة وجود سلف وخلف .. ذلك لأنها تمثل في جميع الحالات قيمة اقتصادية يقدمها شخص إلى آخر سواء أكان مصدر هذه العلاقة عقد أم واقعة قانونية. فالاستخلاف يمثل قيمة اقتصادية تنقل من المورث إلى ورثته . والعلاقة التي تنشأ عن العقد تمثل قيمة اقتصادية تقدر حسب طبيعة العقد ، أي فيما إذا كان عقد تبرع أو عقد معاوضة وهذه القيمة تنتقل بواسطة العقد من شخص إلى آخر . فإذا نشأ عن العقد دين عادي فليس ثمة شك أن الدائن يتلقى حقه من المدين مقابل قيمة اقتصادية سبق أن زوده بها أما إذا كان مصدر الحق واقعة قانونية فإن الدائن يتلقى الحق من المدين مقابل ما لحق به من ضرر.

[142]- صبربي حمد خاطر: م . س . ص 138.

من جهة أخرى يرى الباحث المذكور أن الدائن العادي لا يمكن أن يكون خلفا عاما لحجة منطقية وهي: أن الذمة المالية تنتقل إلى الخلف العام بما تشتمل عليه من عناصر إيجابية وأخرى سلبية. وحق الدائن يمثل الجانب السلبي في هذه الذمة.

3- الرأي القائل أن الدائن العادي فريق ثالث للخلف.

ذهب البعض في اتجاه وصف الدائن العادي خلف للمدين دون أن يوصف بأنه خلف عام أو خاص وبهذا قال الفقيه بودان BEUDANT و الفقيه في WEILL فما دام الدائن العادي يجمع بين مواصفات الخلف العام و أخرى تنسب للخلف الخاص. فإنه يمثل فئة ثالثة للخلف . فالدائن العادي يتمتع بضمان عام تمثله ذمة المدين المالية ، وهو بذلك يتأثر بالعقد الذي يبرمه المدين ما دام أنه يحدث تغييرا في هذه الذمة . ويمارس الدائن العادي حقوق المدين بموجب الدعوى غير المباشرة ، ويعتبر في WEILL ذلك نتيجة طبيعية ومنطقية للضمان العام الذي يتمتع به الدائن.

ب- الإتجاه القائل أن الدائن العادي "غير"

يذهب مارتي و رانيوا MARTY et RAYNAUD إلى أن الدائن العادي يحتل مركزا خاصا حيال أثر العقد. فهو يستفيذ من زيادة الحقوق في الذمة المالية وبالمقابل يضار من زيادة الالتزامات فيها . وهذا يعني أنه يستفيد من العقد إذا أبرم لمصلحة المدين ، ويتأثر أيضا بالنتائج الضارة التي تترتب على إبرامه . مع ذلك يتضح مما أورده الباحثان المذكوران أن الدائن العادي "غير" بالنسبة للعقد الذي يبرمه مدينه ، لأن أثر هذا العقد لا يجعل منه بصفته الشخصية دائنا أو مدينا . فلا أحد يستطيع أن يطالب الدائن أن ينفذ التزاما ناشئا عن عقد أبرمه مدينه ولا يستطيع الدائن أن يطالب أحدا كذلك بتنفيذ مثل هذا الالتزام صحيح (أن الدائن

يستطيع أن يمارس بطريق غير مباشر حقوق المدين بموجب دعوى غير مباشرة ولكنه لا يمارس بذلك حقا خاصا به وإنما يمارس في الواقع حقا عائدا للمدين).[143]

فالعقد الذي يبرمه المدين ذو حجية على الدائن العادي ، مثلما يحتج به على الكافة . إلا أن لهذه الحجية في مواجهة هذا الدائن أهمية خاصة ، لذلك يجيز المشرع له في بعض الحالات أن يتجاهل هذه الحجية لعدم إشهار العقد (كما هو الحال بالنسبة للهبة وللعقد الصوري) أو لإبرام العقد على أساس الغش (كما هو الحال بالنسبة للدعوى البوليصية) بيد أن حجية العقد لا تمثل استثناء على نسبية أثره وإنما هي مفهوم قائم بذاته[144].

وأمام هذا التضارب الفقهي بشأن تحديد صفة الدائن العادي يمكننا القول أن هذا الأخير في الواقع من الأمر ليس خلفا لمدينه بالمعنى الذي فهمناه من الخلف فيما تقدم . فإنه لا تنتقل إليه حقوق المدين أو التزاماته[145] كما رأينا في الخلف العام ، أو في الخلف الخاص في بعض الفروض . ولكن لما كانت أموال المدين ضمانا عاما لدينه [146]، فإن الدائن يتأثر بالعقود التي تصدر من مدينه ، ويكون من شأنها أن تزيد في أموال المدين فتزيد في ضمانه ، أو تنقص من مال المدين فتنقص من ضمانه ، وهو الموقف الذي تبناه المشرع المغربي من خلال الفصل 1241 ق ل ع .

---

[143]- وبهذا الاتجاه ذهبت كلاسترنك CALASTRENG إلى أن الدائن العادي ليس خلفا لأن فكرة الاستخلاف تعني انتقال حقوق من شخص إلى آخر ، ولا يوجد ذلك بين الدائن والمدين وإنما تجمع بينهما علاقة التزام قائمة على عنصر شخصي . فليس للدائن حق مباشر يرد على شيء معين وإنما حق يثقل بوجه خاص إرادة المدين . فلو وصف الدائن بأنه خلف فإن ذلك لا يعني شيئا عليه ما دام الدائن ليس خلفا ، ولا يمكن ان يصبح دائنا أو مدينا بدلا من مدينه ، فهو "غير" لا ينصرف إليه أثر العقد إلا بموجب الاشتراط لمصلة الغير.

[144]- صبري حمد خاطر: م . س . ص 143.

[145]- وإذا كان الوارث في الشريعة الاسلامية يشبه الدائن من حيث عدم انتقال الالتزامات إليه ، بل يقتصر الأمر فيما على أنها تنقص من التركة كما تنقص من الضمان العام للدائن ، فإنه يختلف عنه من حيث انتقال الحقوق ، فالوارث تنتقل إليه حقوق مورثه ، أما الدائن فليس له على حقوق مدينه إلا حق ضمان عام. للتوسع في الموضوع ينظر:
- أشرف جنوي: "الخلف في العقد بين القواعد الموضوعية والإجرائية" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص . جامعة القاضي عياض ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش ، السنة الجامعية 2012-2013.
- محمد الكشبور: "مسؤولية الورثة عن ديون المورث " المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد ، عدد 2 سنة 1977 .

[146]- ورد بمقتضى الفصل 1241 من ق ل ع المغربي " أموال المدين ضمان عام لدائنيه ، ويوزع ثمنها عليهم بنسبة دين كل واحد منهم ما ام يوجد بينهم أسباب قانونية للأولوية".

وهذا كفيل لرد الموقف الذي يذهب في مسار أن الدائن العادي من الغير[147]. ما دام أنه يتأثر بالعقود التي تصدر من مدينه. فلا يصح أن ينصرف أثر العقد في مواجهة الغير وبالتالي فإنه لا يمكننا وصف الدائن العادي بالغير إلا استثناء كما في الدعوى البوليصية ودعوى الصورية.

ثانيا: موقف المشرع المغربي من مركز الدائن العادي

منح الفصل 1241 من ق ل ع حق ضمان عام للدائن على أموال مدينه فقرر أن " أموال المدين ضمان عام لدائنيه ويوزع ثمنها عليهم بنسبة دين كل واحد منهم..."

وما دامت أموال المدين تعتبر الضمان العام للدائنين ، كان من الطبيعي أن يتأثر الدائن بالعقود التي يعقدها مدينه ، وذلك بطريق غير مباشر ، من حيث أن هذه العقود قد تزيد أو قد تنقص في ضمانه العام.

ومن هنا يتبين أن التصرف الذي يبرمه المدين يقتصر أثره في هذا الشأن ، على أن الدائن يستفيد بصورة غير مباشرة من الحقوق التي يكسبها المدين لأنها تزيد في الضمان العام المقرر له ، ويضار على العكس، وبصورة غير مباشرة أيضا ، من الالتزامات التي تترتب على المدين لأنها تنقص من هذا الضمان العام[148].

والقاعدة أن للمدين التصرف في ماله على الصورة التي يريدها ، وأن الدائن ليس له أن يناقش أو يعارض هذا التصرف حتى لو أنقص من ضمانه العام.

على أن المشرع يخول عادة الدائن وسائل من شأنها أن تكفل حمايته من تصرفات المدين الضارة.

فمن هذه الوسائل التي أقرها المشرع المغربي ما إذا أبرم المدين عقدا صوريا يضر بالدائن ، كأن يكون أقدم على تهريب كل أو بعض أمواله بعقد وهمي ، حيث يجوز للدائن أن يطعن بهذا العقد ويعيد الأموال المتصرف بها وهميا إلى ذمة مدينه المالية لتبقى داخلة في الضمان

---

[147]- أنظر موقف الباحث هشام المراكشي : "مفهوم الغير في التشريع المغربي" م س ص 92.

[148]- مأمون الكزبري: الجزء الأول مصادر الالتزامات . م. س. 262.

العام[149]. ومن هذه الوسائل أيضا منح الدائن حق إلقاء الحجز التحفظي[150] على أموال مدينه ، ولو كان دينه مقرونا بأجل ، ليمنع على المدين التصرف بهذه الأموال فتبقى في ذمته المالية.

وثمة وسائل أخرى لم يأخذ بها المشرع المغربي وأقرتها أكثر التشريعات[151] تسمح للدائن ، إذا ما أبرم مدينه تصرفا جديا ضارا به ، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف بحقه عن طريق ممارسة ما يسمى بالدعوى المباشرة[152] كما تسمح له ، إذا ما أهمل المدين المطالبة بحق له في ذمة الغير ، أن يطالب بهذا الحق باسم مدينه عن طريق ممارسة ما يسمى ، بالدعوى غير المباشرة. (أو الدعوى البوليانية)

وهكذا من خلال عرض موقف المشرع المغربي يتضح أن الدائن العادي يتأثر من التصرفات التي يبرمها المدين سواء زادت في ذمة هذا الأخير وهنا يعتبر التصرف إيجابيا بالنسبة للدائن ما دام يزيد من ضمانه العام ، أو نقصت في ذمة المدين وهنا يعتبر التصرف سلبيا بالنسبة للدائن ما دام ينقص من ضمانه العام. ومنه يبدو لنا أن الدائن العادي يتميز عن الغير في كثير من الفروض. إذ لا يأخذ وصف الغير إلا استثناء كما سبق الإشارة إلى ذلك.

---

[149]- ورد في الفصل 22 من ق ل ع " الاتفاقات السرية المعارضة أو غيرها من التصريحات المكتوبة لا يكون لها أثر إلا فيما بين المتعاقدين أو من يرثهما فلا يحتج بها على الغير إذا لم يكن له علم بها ويعتبر الخلف الخاص غيرا بالنسبة لأحكام هذا الفصل".

[150]- ورد بمقتضى الفصل 453 من قانون المسطرة المدنية " لا يترتب على الحجز التحفظي سوى وضع يد القضاء على المنقولات والعقارات التي انصب عليها ومنع المدين من التصرف فيها تصرفا يضر بدائنه ويكون نتيجة لذلك كل تفويت تبرعا أو بعوض مع وجود الحجز باطلا وعديم الأثر".

[151]- أهم هذه التشريعات التشريع الفرنسي الذي أقر الدعوى غير المباشرة بموجب المادة 1166 (ومع ذلك يجوز للدائنين أن يستعملوا كل حقوق مدينهم ودعاواه ، ما عدا الحقوق والدعاوى المتصلة بشخصه اتصالا تاما) إضافة للمادة 1167 التي أقرت الدعوى البوليصية.

[152]- على الرغم من أن المشرع المغربي لم يعمد إلى تنظيم الدعوى المباشرة بمقتضى نص خاص فإنه بالنظر إلى بعض النصوص يمكن للدائن أن يأخذ بها من ذلك الفصل 780 من ق ل ع الذي ينص " للعمال والصناع المستخدمين في تشييد بناء أو أي عمل آخر يقع بالمقاولة ، الحق في إقامة دعوى مباشرة ضد من أجرى الصنع لصالحه..." وكذا الفصل 672 من ق ل ع الذي ينص " للمكري حق الدعوى المباشرة في مواجهة المكتري الفرعي ، في جميع الحالات التي تكون فيها للمكتري الأصلي، وذلك دون إخلال بحقه في الرجوع على هذا الأخير . ويسوغ للمكتري الأصلي دائما التدخل في الدعوى . وللمكري أيضا دعوى مباشرة ضد المكتري الفرعي لإجباره على رد العين عند انقضاء الأجل المحدد..." وللإشارة فإن الدعوى المباشرة تمنح الحق للدائنين في الحلول محل مدينهم قصد استخلاص ديونهم المستحقة على الغير.

الفصل الثاني

أثر العقد بالنسبة للغير

درسنا فيما سبق مفهوم الغير بالنسبة للعقد ، أما في هذا الفصل فسوف ندرس جانبا آخر يتعلق بأثر العقد بالنسبة للغير ونظرا لصعوبة الإلمام بكافة هذه الأثر، ارتأينا التركيز على بعض الجوانب المهمة آخذين بعين الاعتبار موضوع البحث الذي ينصب على دراسة الغير بين قانون الالتزامات والعقود والقانون العقاري.

بديهي أن يرتب العقد أثره في مواجهة أطرافه وهذه قاعدة مسلم بها استنادا إلى مبدأ القوة الملزمة للعقد لكن هل يمكن أن نسلم بمسألة انصراف أثر العقد تجاه الغير؟ علما أن هذا الأخير لم يساهم في إبرامه و ما دام أن الالتزامات لا تلزم إلا من كان طرفا في العقد، فاستنادا إلى مبدأ نسبية أثر العقد لا يمكن أن يواجه الغير بالأثر النافع أو الضار للعقد إلا استثناء.

لكن مسألة انصراف أثر العقد بالنسبة للغير تطرح في العقد الصوري أو المستتر فهل يسري هذا العقد ضد مصلحة الغير؟. كما تثور مسألة حجية التقييدات تجاه الغير، فإذا كان قرار التحفيظ نهائي ولا يقبل أي طعن طبقا للفصل 62 من ظهير الحفيظ العقاري فهل يعني هذا أن التقييدات الواردة على العقار بعد تحفيظه تخضع لهاته الحجية المطلقة ؟ (المبحث الأول).

ويعتبر عقد الحوالة من العقود الذي يحدث التعدد في المراكز القانونية فقد يكسب الشخص حقا من جهة المحيل على الحق المحال به ، يتعارض مع حق المحال له ، فهذا الشخص يعتبر غيرا ينصرف إليه أثر العقد فانصراف أثر العقد إليه لم يكن مقصودا إذ لم يرده المتعاقدان وقت التعاقد ، فهو مبني على اعتبارات لا دخل فيها للإرادة. أما أن التعاقد ينتج أثرا ينصرف إلى الغير ويكون أثرا مقصودا أراده المتعاقدان ، فهذا ما تكلف بيانه المشرع من خلال الفصل 33 من ق . ل. ع . " لا يحق لأحد أن يلزم غيره، ولا أن يشترط لصالحه إلا إذا كانت له سلطة النيابة عنه بمقتضى وكالة أو بمقتضى القانون". (المبحث الثاني)

المبحث الأول

أثر العقد بالنسبة للغير في الصورية والتقييد في السجل العقاري

حينما نتحدث عن أثر العقد بالنسبة للغير في الصورية فإننا لا نتحدث عن مدى مساهمة هذا الغير في إنشاء العقد للتعرف على مدى انصراف أثر العقد تجاه هذا الغير ، وإنما نتحدث عن نفاذ أثر هذا العقد تجاهه دون أن يكون مساهما في إنشائه أو عالما به ، لذلك يجدر الحديث عن حماية الغير من الأثر الضار للعقد الصوري ، كما أن للتقييد حجية تجاه الأغيار حينما يبادر الغير إلى تقييد حقه بالسجل العقاري فما دام أن التقييد هو من ينشأ الحق فهل يمكن للشخص الذي يتوفر على عقد أن يواجه به الغير المقيد في الرسم العقاري[153]؟

وسنبحث هذا الموضوع من خلال مطلبين:

المطلب الأول: أحكام الصورية بالنسبة للغير

المطلب الثاني: حجية التقييدات في الرسم العقاري تجاه الغير

المطلب الأول: أحكام الصورية بالنسبة للغير

تضمن قانون الالتزامات والعقود المغربي نصا مقتضبا حول الصورية جاء ضمن الباب الأول المتعلق بالالتزامات التي تنشأ عن الاتفاقات والتصريحات الأخرى المعبرة عن الإرادة هو نص الفصل 22 ويقضي بأن الاتفاقات السرية لا تنتج أثرها إلا فيما بين المتعاقدين ومن يرثهما ، فلا يحتج بها على الغير إن لم يكن له علم بها[154].

---

[153]- يميز الفقه التقليدي بين الغير بالنسبة لأثر العقد والغير فيما يتعلق بعدم نفاذه ، وهناك من خالف هذا الاتجاه وذهب إلى القول بأن الغير لا يختلف مركزه سواء تعلق الأمر بعدم نفاذ العقد أم بأثره ، إذ تتم حماية الغير في الوضعين معا.

[154]- هذا الفصل يقابله في التشريع الفرنسي نص المادة 1321 ويقضي بأن العقود المستترة لا تنتج أثرها إلا فيما بين المتعاقدين ، ولا يكون لها أثر ضد الغير.

وسنبحث أحكام الصورية بالنسبة للغير من خلال تحديد الغير حسب صورية العقد (الفقرة الأولى) ثم في (الفقرة الثانية) بحث الصورية كمعيار لإثبات سوء نية الغير المقيد.

الفقرة الأولى: تحديد الغير في الصورية

سنعمد من خلال هذه الفقرة إلى تحديد الغير حسب صورية العقد (أولا) ثم (ثانيا) تحديد موقف المشرع المغربي من الصورية

أولا: تحديد الغير حسب صورية العقد

الصورية في معناها الواسع تفيد إظهار وضع وهمي بمظهر الوضع الحقيقي . والصورية اصطلاحا ، هي توافق إرادتين على إخفاء ما اتفقا عليه سرا تحت ستار عقد ظاهر لا ترضيان بحكمه . فالعقد الصوري إذن هو عقد ينظمه الطرفان ذرا للرماد في أعين الغير ، ويتفقان في الخفاء على تعطيل كل أو بعض آثاره ، بمقتضى عقد مستتر يسمى ورقة الضد يضمنانه حقيقة ما أراداه ورضيا به[155]. ويتبن من هذا التعريف أن الصورية غالبا ما تستعمل لخديعة الغير وللتحايل على القانون إذ يلجأ المتعاقدان عادة إلى الصورية عندما يريدان إخفاء حقيقة ما تعاقدا عليه لسبب معين. فيكون لهما موقفان ، موقف ظاهر وموقف مستتر . ومن هنا وجد العقد الظاهر وهو العقد الصوري ، والعقد المستتر وهو العقد الحقيقي وتسميه المحاكم المصرية عادة بورقة الضد[156].

وقد طرحت مسألة تحديد الغير في الصورية بشدة لدى الفقه والقضاء ، و يبدو أن الاتجاه السائد تقليديا هو أن الغير في الصورية كل من لم يكن طرفا في العقد الصوري[157] .

---

[155]- مأمون الكزبري : نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود المغربي -الجزء الأول- م . س. ص 294.

[156]- عبد الرزاق السنهوري : نظرية العقد: م . س. ص 828

[157]- من المعايير لتي طرحت في تحديد الغير ما جاء في قرارات محكمة النقض الفرنسية وهو أن كل شخص لا يوقع على العقد يعتبر من الغير وهذا المعيار كما يصفه الفقه بسيط ولكنه صعب التطبيق فعلى افتراض حصول الصورية بطريق التسخير (مثل تعاقد الوكيل باسم موكله) لا يوقع المتعاقد الحقيقي على العقد الصوري ولا يعان عنه في هذا العقد ، وعلى رغم ذلك لا يجوز اعتباره من الغير.

وفي هذا المنحى يقول الأستاذ عبد الرزاق السنهوري " يكون غيرا في الصورية كل من اعتمد على العقد الصوري واطمأن إليه معتقدا بحسن نية أنه عقد حقيقي ، فبنى عليه تعامله . والعدالة تقضي في هذه الحالة أن يعتبر العقد الصوري بالنسبة له عقدا قائما ينتج أثره إذا كانت له مصلحة في ذلك . أما إذا كان عالما وقت تعامله بصورية العقد فالعقد الحقيقي هو الذي يسري في حقه شأنه في ذلك شأن المتعاقدين[158]

وعلى رغم الاعتراف بصحة هذا المعيار أخذ عليه أنه غير دقيق ، فربما يكون الشخص طرفا في العقد الصوري دون أن يكون مساهما صوريا وهذا ما يحدث ، على سبيل المثال ، عندما يبرم البائع البيع وهو يعتقد أنه يبيع إلى مشتر حقيقي في حين أنه يتعاقد مع شخص مسخر لذلك اقترح تعديل هذا المعيار على أساس أن الغير هم من لم يساهم في نشوء العقد الصوري ولم يكن ممثلا فيه وعلى هذا المعيار استقرت محكمة النقض الفرنسية التي قالت أن الغير هو (كل من لم يساهم في ورقة الضد).[159]

وعلى وفق هذا المعيار يتضح أن الشخص إذا ساهم بنفسه في نشوء العقد الصوري لا يعتبر "غيرا" عنه. ولكن الشخص قد يساهم بواسطة ممثل عنه كمن يقيم وكيلا من بين أصدقائه لشراء شيء معين على أن يكون هذا الوكيل شخصا مسخر فهذا الموكل وإن لم يتعاقد الوكيل باسمه لا يستطيع أن يدعي بأنه غير. كما أن الوكيل لو تصرف باسم مستعار فإن الموكل لا يعتبر من الغير عن الصورية أيضا[160].

---

[158]- عبد الرزاق السنهوري : نظرية العقد: م . س. ص . 832.

[159]- صبري حمد خاطر : الغير عن العقد م . س . ص 187.

[160]- وينتقد داكو DAGOT هذا الرأي موضحا أن حججه لا تصمد أمام النقد ، فالوصي -كما يقول- هو نائب عن القاصر ، وأيا كانت القيود التي تفرض على سلطته في التصرف فإن إرادته كنائب هي إرادة القاصر ومن ثم فإن الأخير لا يمكن أن يعتبر من الغير.
ويبدو أن ما ذهب إليه داكو ينسجم وحكم الصورية بالنسبة للغير . فلوا اعتبر القاصر غيرا لكان ينبغي له أن يتمسك بالعقد الصوري . بيد أن الصورية لا توجه ضده لكي يجوز له ذلك . ولا يغير من الأمر شيئا أن يكون العقد الصوري ضارا به . لأن هذا العقد ما دام صوريا فلا أثر له تجاهه ، إذ أن أثر العقد الحقيقي ينصرف إليه على اعتبار هذا العقد أبرم لمصلحته بواسطة النائب. فالمسألة تتعلق بعدم نفاذ العقد الصوري وليس حمايته على أساس التمسك به . أما إذا كان العقد المستتر ضارا بالقاصر فإن حمايته محققة على رغم ذلك ، فالعقد الضار به يبطل.

وكل هذا يجب لأن يتمسك الغير بالصورية أن يكون حسن النية لهذا أعلن المشرع من خلال الفصل 22 أن الاتفاقات السرية لا يحتج بها على الغير إذا لم يكن له علم بها على أن من حق الغير ، إذا ما كانت له مصلحة في ذلك ، أن يثبت الصورية ويستفيد من العقد المستتر، كما لو كان مثلا عقد الايجار الحقيقي المنظم بين مدينه وبين المستأجر يتضمن أجرا أعلى من الأجر المصرح به في عقد الإيجار الظاهر ، حيث يسوغ له التمسك بالأجر الحقيقي.

وعلى هذا الأساس يجدر تحديد أشخاص الغير في الصورية ويتعلق الأمر بكل من الخلف الخاص والدائن العادي و الشفيع.

1- الخلف الخاص : وتشمل طائفة الخلف الخاص الذي يعتبر غيرا بالنسبة للصورية على الأشخاص التالية:

أ- الدائن المرتهن: يتلقى هذا الدائن حقا عينيا أي -حق الرهن-[161] عن سلفه الراهن. وتتجلى أهمية وصفه بالغير عندما لا يتلقى سلفه الشيء الذي يثقله بالرهن إلا بعقد صوري. كأن يشتري هذا السلف الشيء من مالكه ببيع صوري ، فالدائن المرتهن باعتباره غيرا يستطيع أن يتمسك بالعقد الصوري ليخلص له حق الرهن.

ب- الشخص الذي يتلقى ملكية الشيء: فهذا الشخص قد يكون أيضا بحاجة للحماية في مواجهة الصورية فعلى سبيل المثال قد يؤجر البائع العقار بعقد صوري قبيل بيعه ومن ثم فإن المشتري يعتبر غيرا بالنسبة للعقد الصوري فلا ينفذ في حقه.

[161]- يعتبر الرهن من الحقوق العينية التبعية فهذه الحقوق لا تقوم بذاتها وإنما تستند في قيامها على وجود حق شخصي كالدين ، والرهن نوعان حيازي ورسمي. فالرهن الحيازي حسب المادة 145 من مدونة الحقوق العينية حق عيني يتقرر على ملك يعطيه المدين أو كفيله العيني إلى الدائن المرتهن لضمان الوفاء بدين ويخول الدائن لمرتهن حق حيازة المرهون وحق حبسه إلى أن يستوفي دينه.
أما الرهن الرسمي حسب المادة 165 من مدونة الحقوق العينية يعتبر حق عيني تبعي يتقرر على ملك محفظ أو في طور التحفيظ وهذا ما يميزه فالرهن الرسمي لا يتقرر على المنقولات إلا استثناء كما في الرهن الرسمي على السفينة أو الأصل التجاري كما أن الرهن الرسمي لا يتقرر على العقار غير المحفظ

ج- خلف الخلف : وهو غير أيضا فعلى سبيل المثال إذا أبرم بيع صوري بين شخصين و باع المشتري منهما المبنى إلى شخص آخر بعقد ، جدي فإن الأخير هو خلف خاص للخلف يجوز له أن يتمسك بالعقد الصوري.

2- الدائن العادي: يوصف الدائن العادي بأنه غير في الصورية وهذه من الاستثناءات التي يوصف فيها االدائن العادي بالغير كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

فدائن المشتري في العقد الصوري يعتبر من الغير ، وكذلك دائن البائع ، وكل منهما يتمسك بما هو في مصلحته ، فيتمسك دائن المشتري بالعقد الصوري ويتمسك دائن البائع بالعقد الحقيقي. والدائن العادي يعتبر من الغير سواء كان حقه مستحقا أو غير مستحق ما دام خاليا من النزاع ، وسواء كان سابقا على التصرف الصوري أو تاليا له ، فدائن البائع الذي ثبت حقه بعد صدور البيع له أن يتمسك بالعقد الحقيقي . ودائن المشتري الذي ثبت حقه قبل صدور البيع له أن يتمسك بالعقد الصوري[162].

3- الشفيع: عرف المشرع المغربي الشفعة بمقتضى المادة 292 من مدونة الحقوق العينية [163] "الشفعة أخذ شريك في ملك مشاع أو حق عيني مشاع حصة شريكه المبيعة بثمنها..." وقد اعتمد المشرع من خلال هذا على تعريف ابن عرفة الذي عرف الشفعة:

"استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه... والمراد بالاستحقاق هنا ثبوت حالة للشريك استحق بها الأخذ بسبب البيع لا مذكره ابن عرفة في حد الاستحقاق في قوله : رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله يتعلق به[164].

---

[162]- عبد الرزاق السنهوري: -نظرية العقد- م . س . ص 834.

[163]- ظهير شريف رقم 1.11.178. صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفنبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية.

[164]- ابن عاصم الأندلسي : "البهجة في شرح التحفة" على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي وحاشيته للإمام أبي عبد الله محمد التاودي ، دار الرشاد الحديثة الدار البيضاء المغرب 1429 ه 2008 م ص 198.

وتثار في مدونة الحقوق العينية مسألة ما إذا كان الشفيع غيرا بالنسبة للصورية كما في بيع حصة شائعة في عقار يتخذ في الظاهر شكل الهبة لمنع الشفيع من أخذ الحصة المتصرف فيها بالشفعة.

ويمكن القول أن المشرع أعلن ذلك صراحة بموجب المادة 303 من مدونة الحقوق العينية حينما صرح بأنه لا شفعة فيما فوت تبرعا **ما لم يكن التبرع صوريا** أو تحايلا ، فبناء على هذا النص يستطيع الشفيع أن يتمسك بالصورية إذا تم إخفاء العقد الحقيقي (عقد البيع)، و إظهاره في شكل هبة أو صدقة، أو كان ثمن بيع العقار في العقد الصوري يقل عن الثمن في العقد المستتر.

أما ورثة المتعاقدين فلا يعتبرون من الغير في الصورية ويسري في حقهم العقد المستتر بالشروط وفي الحدود التي يسري فيها على المتعاقدين ، فوارث البائع صوريا يرث الشيء المبيع لأنه لا يزال في تركة مورثه ، ووارث المشتري صوريا لا يرث ما اشتراه مورثه لأنه لم يدخل في ملكه حقيقة[165].

وهو الموقف الذي تبناه المشرع المغربي بمقتضى الفصل 22 من ق ل ع.

ثانيا: موقف المشرع المغربي من تحديد الغير في الصورية

تبنى المشرع المغربي الصورية من خلال الفصل 22 من ق ل ع ، ويعتبر هذا الفصل الإطار العام لأحكام الصورية ، ويستخلص من خلال مضامين هذا الفصل أن الصورية عمل مشروع يرتب آثارا قانونية. ولكن هذه الآثار تختلف بالنسبة للمتعاقدين عما عليه بالنسبة للغير.

ذلك أن العقد الظاهر كان في نية المتعاقدين شكليا لا قيمة قانونية له في الحقيقة . فمن الواجب إذا إهماله أما العقد المستتر فقد كان هو ما يقصده المتعاقدان فيجب إذا إعمال هذا العقد

[165]- عبد الرزاق السنهوري: نظرية العقد م. س. ص ص 834-835.

وتقييد الطرفين بأحكامه . ولا يختلف حكم الخلف العام عن حكم المتعاقد نفسه. ما دام الخلف العام يعتبر استمرارا لشخصية المتعاقد المتوفى ، كما سلف القول أعلاه.

فالمتعاقدان قد أرادا العقد المستتر لا العقد الظاهر ، فيلتزمان بما أراده لا بما لم يريداه . وهذا يتفق مع ما تقضي به المادة 1321 من القانون المدني الفرنسي من أن العقود المستترة لا تنتج أثرها إلا فيما بين المتعاقدين . وقد استقر الفقه والقضاء في فرنسا على ذلك ، كما أن الفقه والقضاء في مصر قد سلما بالمبدأ أيضا[166].

ويلاحظ أن الطرف الذي يريد أن يتمسك بالعقد المستتر هو الذي يجب عليه أن يثبت وجوده طبقا لقواعد الإثبات[167] أما إذا لم يستطع أن يثبت أن هناك عقدا مستترا ، فالعقد الظاهر هو الذي يعمل به ، ويعتبر عقدا جديا لا صوريا . فإذا ما ثبت وجود العقد المستتر ، وجب أن يكون من حيث الموضوع توافرت فيه شروطه حتى تجري عليه أحكامه . فعقد الهبة المستتر في صورة بيع مثلا يجب أن يصدر من ذي أهلية للهبة وأن يصدر في محرر رسمي[168] وكل ذلك أن تتوافر فيه أركان الهبة الموضوعية وشروط صحتها. فإذا توافرت ذلك أجريت على العقد أحكام الهبة لا أحكام البيع ، فيجوز الرجوع فيها [169]. وتعتبر تبرعا لا يأخذ الشفيع إزاءها بالشفعة. أما من حيث الشكل فلا يشترط في العقد المستتر أن تتوافر فيه الشكلية التي قد يتطلبها القانون لو لم تكن هناك صورية . فالهبة فى صورة بيع لا يشترط فيها عقد رسمي ، ويكفي أن يكون العقد الظاهر بيعا في شكله[170].

---

[166]- عبد الرزاق السنهوري : المصدر نفسه ص 836.

[167]- أنظر في قواعد الإثبات القسم السابع من ق ل ع الفصول من 399 إلى 460.

[168]- أنظر المادة 274 من مدونة الحقوق العينية التي تشترط إبرام عقد الهبة في محرر رسمي تحت طائلة البطلان كما ينظر أيضا المادة 275 التي تنص على ضرورة لأن تصح الهبة أن يكون الواهب كامل الأهلية ومالكا للعقار الموهوب وقت الهبة.

[169]- أنظر حالات الإعتصار أو الرجوع في الهبة بمقتضى المادة 283 من مدونة الحقوق العينية.

[170]- لم يشترط المشرع المغربي الرسمية في البيوع العقارية وترك الحرية للأطراف في إبرام العقد إما بموجب محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض أنظر بهذا الصدد الفصل 489 من ق ل ع . والمادة 4 من مدونة الحقوق العينية التي قننت الفصل 489 ، أنما بخصوص البيوع المنصبة على المنقولات فإنها تنعقد بمجرد تمام العقد بتراضي طرفيه إذ لم يشترط إزاءها المشرع أية شكلية وهو ما يفهم من خلال الفصل 491 من ق ل ع.

أما بالنسبة للغير وقد سبق أن حددناه فيما تقدم فإن الفصل 22 يقضي بأن الاتفاقات السرية لا أثر لها ضد الغير ، وتفسر هذه العبارة بأن العقد المستتر لا يسري ضد مصلحة الغير ، ولكن هذا لا يعني أنه لا يسري في مصلحته ، فقد يكون الأصلح له أن يسري العقد المستتر دون العقد الظاهر . فالقاعدة إذا أن "الغير" له أن يختار بين العقدين حسب مصلحته ، فللغير إذن أن يتمسك بالعقد المستتر إذا تحققت له مصلحة في ذلك، وله أيضا أن يتمسك بالعقد الظاهر إذا تحققت له مصلحة في ذلك.

ولما كان "الغير" له أن يتمسك بالعقد المستتر أو بالعقد الظاهر طبقا لمصلحته ، فإنه يتفق كثيرا أن يوجد تنازع فيما بين الغير لتعارض المصلحة. ويكفي أن نفرض في بيع صوري أن يكون للبائع دائن وللمشتري دائن آخر، فدائن البائع مصلحته أن يتمسك بالعقد المستتر ، ودائن المشتري مصلحته أن يتمسك بالعقد الظاهر . ولا يمكن أن نأخذ بالعقدين معا فلا بد إذن من تغليب احدى المصلحتين . وفي هذا الصدد يقول الأستاذ عبد الرزاق السنهوري :

"فإما أن نحرص على احترام الإرادة الحقيقية للمتعاقدين فنغلب مصلحة دائن البائع أو من كسب حقا عينيا من البائع ونأخذ بالعقد المستتر ، وإما أن نعنى بثبات المعاملات واستقرارها فتغلب مصلحة دائن المشتري أو من كسب حقا عينيا من المشتري ونأخذ بالعقد الظاهر . وقد اختلفت الآراء في ذلك ، يقول الأستاذ فالبعض يأخذ بالعقد المستتر ، والغالبية تأخذ بالعقد الظاهر . ونحن من هذا الرأي الأخير يقول الأستاذ."[171]

ويبدو أن موقف المشرع المغربي لم يخرج عن موقف التشريع والفقه والقضاء في فرنسا بشأن الصورية وينتقد أحد الباحثين[172] الفصل 22 بشدة اعتبارا على أن المشرع المغربي لم يتطرق لموضوع الصورية بشكل مباشر ، وبما يستحقه الموضوع من دراسة وتحليل ، ويأخذ هذا الباحث على المشرع عدم تعرضه لعقد الصورية كما في التقنين المصري والسوري ، إذ خلص إلى ضرورة مراجعة الفصل 22 وفقا لما نصت عليه التشريعات الحديثة.

---

[171]- عبد الرزاق السنهوري: نظرية العقد . م . س . ص 841.

[172]- أنظر رأي الباحث محمد محروك : أطروحته مفهوم الغير في العقد –التحديد والآثار- م . س . ص 253 وما بعدها

ونحن نوافقه فيما ذهب إليه خصوصا أمام الثغرات التي تشوب أحكام الصورية وهو ما يدعو إلى استشراف موقف القضاء المغربي من بعض هذه الثغرات فهل استطاع القضاء المغربي وضع معايير محددة لاستخلاص الصورية؟ وسنعمل على توضيح ذلك من خلال الفقرة الثانية.

الفقرة الثانية: الصورية كمعيار لإثبات سوء نية الغير المقيد

إن إثبات سوء النية لدى الغير المكسب لحقوق عينية على الرسم العقاري طرح إشكالا يتعلق بأحقية الدائن في طلب إبطال التصرفات الصورية التي يجريها المدين قصد تنصله من الدين وتهريب أمواله التي تعتبر ضمانا عاما لدائنيه.

وللجواب على هذا الاشكال سنعمل (أولا) على تحديد طبيعة دعوى الصورية ثم الحديث (ثانيا) عن المعايير القضائية لاستخلاص الصورية.

أولا: طبيعة دعوى الصوية

أشار المشرع المغربي إلى دعوى الصورية ضمن الفصول 22 و 419 و 926 من ق . ل. ع ورتب جزاء عدم الاحتجاج بالاتفاقات السرية على الغير . ما لم يقع الدليل على أنهم كانوا يعلمون بها عند العقد ، لكن يثار إشكال حول مسألة طبيعة الدعوى التي سيرفعها الدائن في مواجهة أطراف العقد الذي أضر بحقوقه ، فهل يقتصر الدائن على رفع دعوى عدم نفاذ التصرف في مواجهته ، أم يجب عليه رفع دعوى إبطال التصرف المبرم من طرف المدين بهدف تنظيم إعساره والإضرار بحقوق الدائن؟.

وفي هذا الإطار أورد الأستاذ حسن فتوخ وقائع نازلة في إحدى مقالاته[173] ، تتعلق بكون بنك الوفاء سبق له أن تقدم إلى المحكمة التجارية بالدار البيضاء بطلب يرمي إلى إبطال عقد

[173]- حسن فتوخ : معايير سوء النية في التصرفات العقارية من خلال القضاء المغربي ، مقال منشور بمجلة فضيلة ، سلسلة الاجتهاد القضائي ، العدد 2013 ، ص . 56.

البيع وبعدم مواجهته به بوصفه غيرا عن أطرافه ودائنا للطرف البائع ، والحكم على المحافظ العقاري بالتشطيب عليه ، فأصدرت بشأنه حكما برفض الطلب ، وتم تأييده من محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بعد إجرائها بحثا حول موضوع العقار المبيع على أساس أن هناك فرقا شاسعا بين الإبطال من أجل الصورية ، والدعوى البوليانية (الدعوى غير المباشر) وأن الفصل 1241 م ق ل ع . لا ينهى على الإبطال ، وأنه كان على البنك أن يطالب بعدم نفاذ تصرف المدين في حقه بدل أن يطالب بإبطال البيع.

غير أن المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) قضى بنقض قرار محكمة الاستئناف السابق الإشارة إليه بناء على التعليل التالي : "حيث التمس البنك الطالب من المحكمة التصريح بإبطال عقد البيع المبروم بين المطلوبين ، وبعدم مواجهته به ، لما لهذا التصرف من إنقاص للذمة المالية لمدينه البائع ، ولكون البنك غيرا بالنسبة لهذا العقد الصوري تبعا للفصين 22 و 1241 م (ق ل ع) ، فأصدرت محكمة الاستئناف قرارها بتأييد الحكم الابتدائي القاضي برفض الطلب دون أن تناقش عناصر الصورية من عدمها ... ، ذلك أن الفصل 1241 المذكور وإن لم ينص صراحة على إبطال التصرفات المؤدية لإضعاف الذمة المالية للمدين تجاه دائنيه ، لما اعتبر أن جميع أموال المدين تشكل ضمانا عاما ، فإن مؤداه هو المطالبة بإبطال هذه التصرفات ، إن أثبت الدائن صوريتها ، أما ما أتى به القرار من لزوم المطالبة بعدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه ، فإنه علاوة على أن البنك التمس في مقاله الافتتاحي الحكم أيضا بعدم مواجهته بعقد البيع الصوري ، فإن ما ذكر يهم الدعوى البوليصية التي هي دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنيه غير المنظمة من طرف المشرع المغربي ، وبذلك جاء قرارها متسما بفساد التعليل المنزل منزلة انعدامه مما يعرضه للنقض"[174].

[174]- قرار عدد 101 المؤرخ ف 2005/2/2، في الملف التجاري عدد 2003/3/2/1642 ، منشور بمجلة المنازعات العقارية سلسلة دلائل عملية ، عدد 3 . ص . 117.

ثانيا: المعايير القضائية لاستخلاص الصورية

إن التصرفات لتي يبرمها المدين قصد تفويت حقه إضرارا بالغير ، تخول لهذا الاخير الطعن فيها أمام القضاء ، والمطالبة بإبطالها استنادا إلى الصورية ، وهو ما أكده القرار الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2014/7/1 حيث جاء فيه مايلي:

"... وبالموازاة مع ذلك قام المدعى عليه بتحويل جميع ممتلكاته بإبرام عقود هبة صورية مع زوجته وعقود أخرى صورية مع أخيه ومنها تفويت العقار موضوع الرسم العقاري عدد ... مباشرة بعد أن قام بتقديم الكمبيالاة لها إضرار بها وهناك مجموعة من القرائن الواقعية تفيد ذلك من كون المشتري أخا للمدين وكون الثمن المصرح به لا يتناسب وقيمة العقار إذ لا يعقل أن يتم بيع عقار مساحته 373 متر مربع بمركز الدار البيضاء بمبلغ 1.4000.000 درهم ، واعتبارا للفصل 1241 الذي يعتبر أموال المدين ضمانا عاما لدائنيه ، والاجتهاد القضائي الذي دأب على اعتبار عقود الصورية كأنها غير موجودة ، فإنها تلتمس الحكم بإبطال عقد البيع الصوري المبرم ...وأمر المحافظ بالتشطيب عليه"[175].

أما بخصوص إثبات الصورية التي يدعيها ، فالدائن الطاعن في الاتفاقات المبرمة من طرف المدين مع الغير الذي اكتسب بمقتضاه حقا عينيا بالرسم العقاري إثباتها بجميع الوسائل وفق القواعد العامة للإثبات بما فيها القرائن القوية المنضبطة المتلائمة مع ظروف ووقائع النازلة المعروضة على المحكمة عملا بمقتضيات الفصل 419 [176]من ق ل ع.

---

[175]- قرار عدد 7/05 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 2014/7/1 في الملف المدني عدد 1012/7/1/1870 غير منشور.

[176]- ينص الفصل 419 "الورقة لرسمية حجة قاطعة ، حتى على الغير في الوقائع والاتفاقات التي يشهد الموظف العمومي الذي حررها بحصولها في محضره وذلك إلى أن يطعن فيها بالزور.
إلا أنه إذا وقع الطعن في الورقة بسبب إكراه أو احتيال أو تدليس **أو صورية** أو خطأ مادي ، فإنه يمكن إثبات ذلك بواسطة الشهود وحتى بواسطة القرائن القوية المنضبطة المتلائمة دون احتياج إلى القيام بدعوى الزور.
ويمكن أن يقوم بالإثبات بهذه الكيفية كل من الطرفين أو الغير الذي له مصلحة مشروعة."

فمن خلال هذا القرار يستفاد أن الهبة المنجزة بين الواهب وزوجته (الموهوب لها) بعد ثبوت مديونيته قرينة كافية على سوء نيته لإخراج أمواله من الضمان العام المخول لدائنيه طبقا للفصل 1241 ، مما يترتب عن ذلك القول بصورية عقد الهبة.

المطلب الثاني: حجية التقييدات في الرسم العقاري تجاه الغير

إذا كانت قاعدة تطهير العقار المحفظ من الحقوق السابقة على تحفيظه قاعدة مطلقة بالنسبة لأطراف مسطرة التحفيظ أو غيرهم ، فإن الأمر يختلف بالنسبة للتقييدات اللاحقة الطارئة على الحقوق المحفظة ، فهي قرينة بسيطة وحجية نسبية بين الأطراف ، متى ثبت عدم صحة التصرف وقرر القضاء إبطاله كان ذلك موجبا للتشطيب عليه[177].

لكن حجية القيد بالنسبة للغير تختلف بين ما إذا كان هذا الغير قد قيد عن حسن نية أو سوءها لذلك نتساءل عن مدى حماية الغير المقيد عن حسن نية ، ومعايير إثبات سوء نية الغير المقيد ؟. واتأينا من خلال هذا المطلب تقسيمه إلى فقرتين:

نتطرق في (الفقرة الأولى) لحجية تقييد الغير حسن النية ، وفي (الفقرة الثانية) لحجية تقييد الغير سيء النية.

[177]- إن غاية تقييد الحق أو تسجيله على الرسم العقاري هو إشهار هذا الحق وهو قرينة على وجود هذا الحق وثباته – إلا أنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس خلافا لحجية التحفيظ . وعليه فإن قيمة التقييد ترتبط ارتباطا وثيقا بقيمة التصرف الذي قام عليه التسجيل وتتبعه في الصحة والبطلان فالتسجيل لا تأثير له على صحة التصرف ولا تترتب عليه إزالة العيوب التي تكون عالقة بالسند الذي تم على أساسه التسجيل وبذلك فإن كل عيب يلحقه من شأنه أن يؤثر على هذا التسجيل ويؤدي إلى التشطيب عليه. أنظر في هذا الصدد مقال الأستاذة سعيدة بنموسى –حدود الحماية القانونية والقضائية للغير المقيد عن حسن نية- الندوة الوطنية في موضوع ، الأمن العقاري . دفاتر محكمة النقض عدد : 26 مطبعة الأمنية الرباط 2015. ص 541 وما بعدها.

الفقرة الأولى: حجية تقييد الغير حسن النية

تكتسي حجية التقييد بالنسبة للغير قوة قاطعة ، بمعنى أن قيود السجل العقاري التي استند عليها الغير، تعتبر قيودا صحيحة على الإطلاق بحيث لا يتأثر حقه بما يمكن أن يطالها من بطلان أو إبطال أو تغيير[178].

وهو ما ينص عليه المشرع المغربي بموجب الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل والمتمم بموجب القانون 14.07 " كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتقييده ، وابتداء من يوم التقييد ، في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية.

لا يمكن في أي حال التمسك بإبطال هذا التقييد في مواجهة الغير ذي النية الحسنة"

وهو ما أكده المشرع المغربي أيضا بموجب المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية "إن الرسوم العقارية وما تتضمنه من تقييدات تابعة لإنشائها تحفظ الحق الذي تنص عليه وتكون حجة في مواجهة الغير على أن الشخص المعين فيها هو فعلا صاحب الحقوق المبينة فيها .

إن ما يقع على التقييدات من إبطال أو تغيير أو تشطيب من الرسم العقاري لا يمكن التمسك به في مواجهة الغير المقيد عن حسن نية ، كما لا يمكن أن يلحق به أي ضرر، إلا إذا كان صاحب الحق قد تضرر بسبب تدليس أو زور أو استعماله شريطة أن يرفع الدعوى للمطالبة بحقه داخل أجل أربع سنوات من تاريخ التقييد المطلوب إبطاله أو تغييره أو التشطيب عليه"[179].

---

[178]- عادل الغنوبي: -تحقيق الأمن القانوني لمركز الغير في ظل ثبوت تاريخ العقد وتقييده- ، أشغال الندوة الوطنية المنظمة يومي 25 و 26 نونبر 2016 بعنوان العقار والتعمير والاستثمار ، إعداد وتنسيق الأستاذ ادريس الفاخوري مطبعة المعارف الجديدة الرباط الطبعة الأولى 2017 ص 421.

[179]- من خلال الاطلاع على مقتضيات المادة الثانية من (م . ح ع) يتبين أنها حاولت التوفيق بين استقرار المعاملات وبين حماية الملكية العقارية ، وهو ما نتج عنه مجموعة من الآثار السلبية نظرا للثغرات التي تعتريها ، فقد اعتبرت هذه المادة (الفقرة الثانية من المادة) أن ما يقع على التقييدات من إبطال أو تغيير أو تشطيب من الرسم العقاري لا يمكن التمسك به في مواجهة الغير المقيد عن حسن نية ، كما لا يمكن أن يلحق به أي ضرر ، أي أن المقيد بالرسم العقاري بحسن نية لا يمكن

هذا وقد طرحت في الساحة القانونية المغربية إشكالية ترجيح التطبيق بين المادة الثانية أعلاه والفصل 66 وأثيرت هذه الاشكالية حول مسألة الترجيح حول الأولوية في التطبيق هل مقتضيات المادة الثانية أم الفصل 66 وقد أفرزت هذه الاشكالية اتجاهين:

اتجاه أول متشبث بترجيح الفصل 66 من (ظ . ت . ع) على المادة الثانية من (م . ح . ع) ، حيث اعتبر بأن نص الفقرة الثانية من المادة 2 يهدم من أساسه نظام الشهر العيني المبني على ضمان استقرار المعاملات ، وإعمال مقتضياتها قد يضعف من الحماية المقررة لحسن النية سيما وأنها سمحت لمن دلس عليه رفع دعوى المطالبة باسترجاع الحق ولن يبقى لحسن

مواجهته بأي شكل من أشكال الاحتجاج ، إلا في حالة إذا كان صاحب الحق أيضا ، رغم ثبوت التدليس او زور أو استعماله أن يمارس دعوى المطالبة بحقه داخل أجل أربع سنوات من تاريخ التقييد المطلوب إبطاله أو تغييره أو التشطيب عليه و إلا سقط حقه، وبمرور هذا الأجل سيحصن بكل تأكيد العقد الذي طاله التدليس أو الزور ، ولا يمكن بالتالي إبطال العقد المزور بأي شكل من الأشكال ، خلافا للقاعدة الأصولية القائلة ما بني على باطل فهو باطل ، بل سيصبح العقد المزور بعد مرور أربع سنوات عقدا صحيحا مستجمعا لأركانه ، منتجا لأثاره، ويعطي حقا لصاحبه.

وهو الأمر الذي أكدته محكمة النقض سيرا على هذا القانون ، حيث ذهبت إلى اعتبار أن "تقييد التصرفات والحقوق في الرسوم العقارية قرينة لفائدة الغير حسن النية على صحتها وليس هناك ما يستثنى حالة البطلان بسبب ثبوت التزوير في عقد وقع تقييده"

ولاحظ الأستاذ أحمد أدريوش على هذه المادة أن لها وجهان أولها إيجابي ، يمكن ان نستشفه من قصد المشرع أو المتمثل في كيفية التوفيق بين استقرار المعاملات الذي يقضي بحماية الغير حسن النية المقيد عن حسن نية وبين حماية الملكية العقارية تماشيا مع مقتضيات الدستور الذي ينص في فصله 35 بأن حق الملكية مضمون. أما الوجه السلبي ، يتمثل في الاجهاز على حق المليكية وضياع حقوق المالك الحقيقي وفي هذا الاطار يشير الأستاذ العربي ميلد إلى أن هذه الثغرة إلتفت إليها القضاء قبل أن يصبح القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية المتضمن للمادة الثانية أعلاه ساري المفعول ، ومن ذلك الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط الذي قضى بأنه : "إذا كانت غرادة المالك الحقيقي للعقار منعدمة في إنشاء عقد بيع توثيقي منجز بناء على وثائق ثبتت زوريتها بمقتضى قرار جنائي ، فإن هذا التصرف لا يرتب أي آثار قانونية ينقل الملكية إلى المشتري ولو كان حسن النية ، ويلزم الطرف المشتري برد الشيء موضوع العقد إلى المالك الحقيقي ، وحسن نيته لا تفيده إلا في تملك الثمار إلى غاية رفع الدعوى عليه" أنظر في هذا الصدد - حفيظة البشيري: سوء النية وآثاره على التقييد بالسجل العقاري منشورات مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع- الرباط سلسة البحوث الجامعية العدد 18. 2017. ص 75 وما بعدها ينظر أيضا في نفس الموضوع:

- أحمد أدريوش : إشكالية التوفيق بين استقرار المعاملات وبين حماية الملكية العقارية ، دراسة حول أصل وأصالة لمادة الثانية من مدونة الحقوق العينية ، منشورات سلسلة المعرفة القانونية ، مطبعة الأمنية بالرباط ، 2015/2014.

-العربي ميلد: إشكالية الاستيلاء على عقارات الغير بين النصوص القانونية واللجان الادارية ، مقال منشور بالموقع الالكتروني www.mrocdroit.com.

النية آنذاك أي خيار سوى الرجوع أيضا بالتعويض الشخصي على مرتكبي التدليس الأصلي[180].

أما الاتجاه الثاني فيذهب عكس ذلك حيث يدعو لترجيح المادة الثانية ويستند في ذلك على اعتبارين ألهما نية المشرع ، وثانيهما قاعدة الخاص يعقل العام عند التعارض[181].

وأمام هذا التعارض يقول الاستاذ أحمد أدريوش. أن عدم التوافق الحاصل بين الفصل 66 والمادة الثانية راجع إلى مناقشتها أمام البرلمان من طرف لجنتين مختلفتين ، وأن القول بترجيح الفصل 66 على المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية باعتبار أنه نص خاص ومدونة الحقوق العينية نص عام مسألة فيها نظر ، لأن قاعدة الخاص يقدم على العام تطرح اكثر من إشكال وتحتاج إلى توضيح ، وفي حالتنا ، فإن كلا من النصين عام في مجاله ، غير أنه كان بالإمكان تجنب مثل هذه الانتقادات لو تم إدراج نفس المقتضى في الفصل 66 من (ظ . ت. ع) ، لكن مع مراعاة المدة الواردة في المادة الثانية حيث يعتقد بأنها طويلة ويجب تخفيضها إلى سنتين كحل وسط[182].

وهذه المسألة في غاية الأهمية نظرا للآثار القانونية التي تترتب عنها. والأمر هنا لا يتعلق بقواعد معينة مثل قاعدة الخاص يعقل العام أو شيء من هذا القبيل وإنما نحن أمام مصالح معينة يجب أن تصان وهنا يتمثل دور القاعدة القانونية لكن أمام عدم قطعية القاعدة القانونية تبقى مسؤولية القضاء جسيمة حول مراعاة مصالح الناس وتطبيق القواعد الأصلح في إطار لا ضرر ولا ضرار.

---

[180]- محمد الكشبور : التعامل القضائي مع الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري ، "أشغال الندوة المنظمة من طرف ماستر العقار والتعمير بكلية اسطات " بتاريخ 14 دجنبر 2012. مداخلة غير منشورة أوردها الباحث علي طوير في رسالته بعنوان –مركز حسن النية في النظام العقاري المغربي- رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، جامعة الحسن الثاني ، بسطات السنة الجامعية 2013/ 2014. ص 74.

[181]- حفيظة البشيري: سوء النية وآثاره على التقييد بالسجل العقاري منشورات مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع- الرباط سلسة البحوث الجامعية العدد 18. 2017. ص 79.

[182]- حفيظة البشيري: المرجع نفسه.

ونسجل أيضا في هذا الاطار إشكالا آخر حول الفقرة الثانية من المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية وهي إمكانية رفع دعوى الابطال أو التغيير أو التشطيب بعد مرور أربع سنوات ضد الغير المقيد في الرسم العقاري الذي اكتسب الحق بزور أو تدليس أو استعماله (يعني لم يقم بتفويت الحق إلى الغير) وهذه المكنة غير مضمومة بموجب هذه المادة ، وأعتقد أن المشرع بتحديده لأجل أربع سنوات راع في ذلك التفويتات الصحيحة التي تقع على الحق وما يترتب عنها من تقييدات يكسب بموجبها الغير الحق بحسن نية . لذلك يصح القول أن المشرع حاول من خلال هذه المادة أن يوازن بين مصلحتين متعارضتين وأن يحافظ على القوة الثبوتية للتقييد فالأسبق تقييدا هو الأسبق حقا. ولا مجال لقاعدة ما بني على باطل فهو باطل . أمام ما ضمن في الرسم العقاري. وهذا منطق سليم ينسجم وتطورات الأوضاع الاقتصادية التي أضحت تعتمد على السرعة في إبرام التصرفات.

لكن من حقنا أن نتساءل لا عن الطرف الأجدر بالحماية بل عن صفة الطرف الأجدر بالحماية وهذا يخوضنا مباشرة إلى التساؤل حول من المستفيد من مقتضيات هذه المادة ، هل رجال الأعمال الذين يضاربون برؤوس أموال ضخمة أم الأشخاص العاديين ممن يستهلكون؟.

هذا ويراد بالغير حسن النية كل من يجهل العيوب أو الشوائب التي تعيب أو تشوب سند أو رسم من كان تلقى الحق منه يوم تلقي هذا الحق وتسجيله على اسمه في السجل العقاري ، وعليه لا يتأثر حسن النية الغير إذا ما اتصلت العيوب أو الشوائب بعلمه بعد تسجيل الحق الذي انتقل إليه[183]. وإنما يبقى حقا ثابتا ومعترفا به ، ويمكنه الاحتجاج به ضد الجميع[184].

[183]- مأمون الكزبري: التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي ، -الجزء الأول- شركة الهلال العربية للطابعة والنشر الرباط الطبعة الثانية 1987. ص 169.

[184]- محمد بن معجوز: الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء طبعة 1999 ص 586.

ويعرف أحد الباحثين[185] الغير حسن النية بأنه كل من لا يربطه أي اتفاق تدليسي أو تواطؤ مع المالك المقيد من أجل إلحاق الضرر بالشخص الذي يطالب بتقييد حقه ومتى ثبت هذا التواطؤ عن طريق تدخل إرادة الطرفين معا فإن الغير المقيد يكون سيء النية يواجه بآثار التشطيب على حقه من السجلات العقارية.

وفي نفس السياق صدرت قرارات قضائية تعتبر أن مجرد علم المشتري الثاني بالشراء الأول لا يكفي لاستخلاص سوء النية ، بل استلزمت توفر عنصر التواطؤ والتدليس كي يتم التشطيب على عقد البيع من الرسم العقاري على أساس أن العقار المتنازع في شأنه تم تفويته إلى شخص آخر ، وهو نفس ما أقرت به محكمة الاستئناف بالرباط حيث اعتبرت أن القوة المطلقة للتسجيل في السجل العقاري لا يمكن إثارتها من طرف الغير سيء النية ، وإظهار الضرر المشوب بعيب التدليس يؤدي إلى إبطال التسجيل المتخذ في البيع الثاني لصالح متصرف إليه سابق حسن النية لم يستطع نتيجة الظروف أن يسجل حقه[186].

ونظرا لصعوبة استخلاص حسن نية الغير المقيد ، حاول القضاء إثبات سوء نيته باعتماد طريقتين مادية وقانونية ، فبالنسبة للإثبات المادي اعتمد شهادة الشهود للاستدلال على حصول التواطؤ بين المشتري الثاني والبائع للإضرار بمصالح المشتري الأول كما اعتمد القرائن القضائية خاصة القرابة التي تربط بين شخصين متواطئين، وإلى جانب الإثبات المادي اعتمد القضاء الاثبات القانوني كالتقييد الاحتياطي بالرسوم العقارية الذي اعتبره قرينة لنفي حسن النية و إلى جانب التقييد الاحتياطي نجد القضاء يعتبر أيضا وجود حجز عقاري بالرسم العقاري معيارا لسوء نية صاحب الحق المقيد[187].

---

[185]- عبد العالي دقوقي : الإلغاء والتشطيب في التشريع العقاري المغربي ، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق شعبة القانون الخاص وحدة التكوين والبحث في القانون المدني كلية الحقوق جامعة محمد الخامس أكدال الرباط السنة الجامعية 2001-2002 ص ، 267.

[186]- فتيحة الطلحاوي : أي حماية قانونية للمقيد حسن النية في ظل القانون العقاري (07.14 و 08.39)؟ ، أشغال الندوة الوطنية المنظمة يومي 25 و 26 نونبر 2016 بعنوان العقار والتعمير والاستثمار ، إعداد وتنسيق الأستاذ ادريس الفاخوري مطبعة المعارف الجديدة الرباط الطبعة الأولى 2017 ص 355.

[187]- فتيحة الطلحاوي : المرجع نفسه ص 356.

وحسن النية مفترض في صاحب الحق العيني المقيد وعلى من يدعي سوء النية ان يثبتها بمختلف وسائل الإثبات حسب الفصل 477 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على ما يلي : "حسن النية يفترض دائما ما دام العكس لم يثبت"[188]

لكن أمام كون حسن النية فكرة غير محددة يشوبها الغموض ستبقى مسألة حماية الغير المقيد عن حسن نية مسألة متأرجحة بين حماية تقييده أو التشطيب عليه مما يتيح لنا القول أن الرسم العقاري الذي يعد أقوى حجة تجاه أي منازع أضحى لا يوفر الحماية الضرورية ، وهذا يضرب بلا شك الأمن العقاري الذي أضحى محط اهتمام كثير من الفاعلين والمهتمين بالمجال العقاري ولعل الرسالة الملكية المؤرخة في 30/12/2016 شاهد على ذلك.

وبالتالي لا يمكننا الحديث عن حماية كافية للغير المقيد عن حسن نية عكس ما يذهب إليه البعض[189] في كون أن المشرع المغربي أخذ بالحجية المطلقة للتقييدات المبنية على حسن النية ووفر للمقيد حسن النية حماية مطلقة.

[188]- المختار بن أحمد العطار: التحفيظ العقاري في ضوء التشريع المغربي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الثانية 2016 ص ص 173-174.

[189]- بوحماد عبد القادر: -حدود الحماية القانونية والقضائية للتقييدات بحسن نية- الندوة الوطنية في موضوع ، الأمن العقاري . دفاتر محكمة النقض عدد : 26 مطبعة الأمنية الرباط 2015. ص 550.

الفقرة الثانية: حجية تقييد الغير سيء النية

استنادا إلى الفقرة الثانية من الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري التي تفيد بأنه لا يمكن في أي حال التمسك بإبطال التقييد في مواجهة الغير ذي النية الحسنة ، فبالمفهوم المعاكس نستنتج بأنه يمكن التمسك بإبطال التقييد في مواجهة الغير ذي النية السيئة.

والمشرع المغربي حينما جعل من التقييد في الرسم العقاري قرينة على وجود الحق وثباته ربط ذلك بمبدأ حسن النية. أما سيء النية فلا يمكنه الاستفادة من حجية التقييد بالاستناد إلى التصرف الذي تم تقييده لا يمكن إبطاله ، لأن قاعدة ثبات التصرف وعدم إبطاله مقررة لصالح حسن النية فقط[190].

والغير سيء النية هو الذي يعلم عند تسجيل الحق العيني على اسمه في السجل العقاري العيوب والشوائب التي تشوب سند أو رسم من تلقى الحق عنه ، فمثل هذا الغير ليس جديرا بالرعاية التي أحاط بها المشرع الغير حسن النية وبالتالي يجب أن لا يستفيد من حجية التسجيل ويحتمي وراء هذه الحجية لتفادي ما يمكن أن يقع من بطلان أو إبطال أو تغيير في الرسوم العقارية[191].

ولكن هل يمكن الاكتفاء فقط بالعلم البسيط حتى يعتبر الغير سيء النية ؟

خاصة وأن الشخص الذي يعمل على تقييد حقه . إنما يعتمد في ذلك على البيانات المقيدة في السجل العقاري ، وليس على بنود العقد ، حيث أنه من الصعب اعتباره سيء النية بسبب وجود عيب في التصرف السابق ، وفي رسم من تلقى الحق عنه . وإنما يجب تعليق هذه

---

[190]- محمد خيري: العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي ، مطبعة المعارف الجديدة الرباط -طبعة 2014 ص 603.

[191]- مأمون الكزبري: التحفيظ العقاري والحقوق العينية التبعية والأصلية في ضوء التشريع المغربي ، م . س. ص 170.

النتيجة ليس فقط على مجرد العلم ، وإنما على التواطؤ مع المتصرف للإضرار بمصلحة المتضرر المشتري الأول أو الشخص الموعود له بالبيع أو بالحق العيني[192].

وهذا ما زكاه القضاء المغربي في العديد من القرارات القضائية ، فالشخص الذي قيد حقه عن سوء نية لا يستطيع حفظ حقه ورقم تقييده ، وبذلك يكون ملزما بإرجاع الحق إلى صاحبه ، وهو ما أكدته محكمة الاستئناف بالرباط في قرارها الصادر بتاريخ 17 فبراير 1951 ، حيث قررت بأنه : "يجب الأمر بالتشطيب على تسجيل البيع حالة وجود الاتفاق التدليسي إذا كان المشتري على علم بوعد بالبيع السابق ، وإبرام الشراء بدون أن يقع إبطال الوعد بالبيع ، وإذا سجل شراءه بسرعة استثنائية في نفس اليوم الذي تم فيه التشطيب على العقد وتسجيل قسمة قضائية من شأنها أن تفتح المجال لإنجاز البيع[193].

فكل تصرف يكون ثمرة التواطؤ لا يسري تقييده في حق الغير. لأن تقييد الحقوق بالرسم العقاري لم يشرع لحماية الاتفاقات المبنية على الغش والتحايل وسوء النية. وما دام الغش يفسد التصرفات فكل حق تم تقييده استنادا إلى الغش يكون معرضا للإبطال ، والمشرع حين وضعه لمقتضيات القانون العقاري ، وخاصة القواعد المتعلقة بتقييد الحقوق بالرسوم العقارية لم يدر بخلده حماية التصرفات المبنية على الغش والتواطؤ في مجال التصرفات العقارية[194].

وما دام الأصل هو حسن النية فإن العلم بسبق التصرف أو وجود عيب فيه أمر دقيق ويصعب في كثير من الأحيان إثباته خارج البيانات المقيدة في الرسم العقاري ، بخلاف التواطؤ فإن إماراته الخارجية تكون كثيرة فيسهل إثباته.

ولهذا يمكن القول أن مجرد العلم بسبق التصرف أو وجود عيب فيه لا يحول دون الأخذ بالأسبقية في التقييد ، على أن العلم المفترض هنا هو العلم المجرد لا العلم الثابت في الرسم

---

[192]- إدريس السماحي: "القانون المدني الحقوق العينية التحفيظ العقاري" مطبعة أمبرزار- مكناس الطبعة الأولى 2003. 298.

[193]- عادل الغنوبي: تحقيق الأمن القانوني لمركز الغير في ظل ثبوت تاريخ العقد وتقييده ، م . س .ص 423.

[194]- محمد خيري: العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي ، م. س ص 603.

العقاري. لأن كل تقييد في الرسم العقاري يعد حجة على كل من يتعامل مع البائع ومحتويات الرسم العقاري تلزم الجميع وتنهض حجة إزاء الكافة. أما الخداع والتواطؤ فيحول دون الإفادة من الأسبقية في التقييد. ونشير بأن التواطؤ يفترض العلم أولا بالتصرف السابق وإلحاق ضرر ثانيا بالمستفيد من التصرف السابق[195].

وما يلزم الإشارة إليه أن نطاق سوء النية لا يتعدى الشخص سيء النية . فإذا عمد هذا الشخص إلى نقل الحق العيني إلى آخر ، وكان هذا الأخير حسن النية فإن تقييد حقه يمنحه المشرع الحماية ويعتبر حسن النية رغم أن الحق انتقل إليه من متعاقد سيء النية[196].

[195]- محمد خيري : المرجع نفسه ص 605.
[196]- المختار بن أحمد العطار: التحفيظ العقاري في ضوء التشريع المغربي ، م . س . ص ص 174-175.

المبحث الثاني

آثار حوالة الحق بالنسبة للغير والاستثناءات الواردة على قاعدة النسبية

يعتبر عقد الحوالة من العقود الذي يحدث التعدد في المراكز القانونية فقد يكسب الشخص حقا من جهة المحيل على الحق المحال به ، يتعارض مع حق المحال له ، فهذا الشخص يعتبر غيرا ينصرف إليه أثر العقد فانصراف أثر العقد إليه لم يكن مقصودا إذ لم يرده المتعاقدان وقت التعاقد ، فهو مبني على اعتبارات لا دخل فيها للإرادة. أما أن التعاقد ينتج أثرا ينصرف إلى الغير ويكون أثرا مقصودا أراده المتعاقدان ، فهذا ما تكلف بيانه المشرع من خلال الفصل 33 من ق . ل. ع . " لا يحق لأحد أن يلزم غيره، ولا أن يشترط لصالحه إلا إذا كانت له سلطة النيابة عنه بمقتضى وكالة أو بمقتضى القانون".

وسنبحث هذا الموضوع من خلال تقسيمه إلى مطلبين:

المطلب الأول: آثار حوالة الحق بالنسبة للغير

المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على قاعدة نسبية آثار العقد

المطلب الأول: آثار حوالة الحق بالنسبة للغير

تنعقد الحوالة بالتراضي بين المحيل والمحال له ، دون حاجة إلى رضاء المدين[197] ، ولكن انعقاد الحوالة لا يكفي لجعلها نافذة في حق الغير إلا إذا توفر شرط أساسي يرمي إلى تحقيق شهر الحوالة وإحاطة الغير علما بوقوعها (الفقرة الأولى) على أن لهذا الأصل بعض الاستثناءات ، فثمة حقوق تعتبر الحوالة نافذة إزاء الكافة بمجرد انعقادها بين الطرفين . وثمة حقوق أخرى أوجب القانون لجعل الحوالة الواقعة عليها نافذة في مواجهة الغير ، اتباع إجراءات خاصة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: صيرورة نفاذ الحوالة في حق الغير

لتوضيح نفاذ الحوالة في حق الغير يقتضي منا تحديد "الغير" هنا (أولا) ثم شروط نفاذ الحوالة تجاه المدين و الغير (ثانيا).

أولا: تحديد معنى الغير في الحوالة

يمكن اعتبار المدين "غيرا" من وجه ، وطرفا في الحوالة من وجه آخر . وعلى كل حال فإن المدين له وضع خاص في الحوالة يجعله بين بين[198].

أما الأشخاص الذين يتمحضون "غيرا" في الحوالة فهم كل شخص كسب حقا من جهة المحيل على الحق المحال به ، يتعارض مع حق المحال له . فيكون غيرا محال له آخر غير المحال له الأول ، يبتاع الحق المحال به ، أو يوهب له أو يرتهنه مثلا . كما يكون غيرا دائن المحيل إذا وقع حجزا على الحق المحال به تحت يد المحال عليه . كذلك إذا شهر إفلاس المحيل أو شهر إعساره ، فدائنوه يصبحون من الغير بالنسبة إلى المحال له . ومعنى صيرورة

---

[197]- هناك حالة وحيدة يستوجب فيها المشرع رضاء المدين لانعقاد الحوالة هي حالة حوالة الحق المتنازع فيه وهو ما بينه المشرع المغربي من خلال الفصل 192 من قانون الالتزامات والعقود "تبطل حوالة الحق المتنازع فيه ، ما لم تتم بموافقة المدين المحال عليه".

[198]- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (3) نظرية الالتزام بوجه عام – الأوصاف- الحوالة – والانقضاء- منشورات الحلبي الحقوقية بيروت – لبنان الطبعة الثالثة 1998 ص ص 471- 472.

الحوالة نافذة في حق هؤلاء هو أنه عند تزاحم المحال له مع أحد منهم – محال له ثان أو دائن حاجز أو دائن المفلس او المعسر – يقدم المحال له إذا كان تاريخ نفاذ حوالته في حق هذا الغير سابقا على تاريخ نفاذ الحوالة الثانية أو الحجز أو الإفلاس أو الإعسار في حقه هو[199].

وعرفت محكمة النقض الفرنسية الغير في الحوالة بقولها " الغير هو الشخص الذي برغم انعدام انطباق صفة الطرف عنه في وثيقة الحوالة ، فإن مصلحته تقتضي أن يظل المحيل هو الدائن"[200].

وعلى كل حال فإن حوالة الحق لا تنتج أثرها بالنسبة لكل من يعتبر غيرا كقاعدة عامة إلا إذا جرى نشر تلك الحوالة وفق مقتضيات الفصل 195 من ق. ل. ع المغربي.

ثانيا: شروط نفاذ الحوالة تجاه المدين و الغير

لابد لنفاذ الحوالة في حق الغير أن يتم إعلان المدين بالحوالة وإما بقبوله لها ، وقد اختار القانون إعلامه بأحدى الطريقتين. إما إعلانه[201] بهذه الحوالة وإما قبوله[202] لها ، وقد نص على ذلك الفصل 195 من قانون الالتزامات والعقود المغربي " لا ينتقل الحق للمحال له به تجاه المدين والغير إلا بتبليغ الحوالة للمدين تبليغا رسميا أو بقبوله أياها في محرر ثابت التاريخ، وذلك مع استثناء الحالة المنصوص عليها في الفصل (209) الآتي:

حوالة الحقوق في شركة يلزم لسريانها على الغير أن تبلغ للشركة او تقبل منها في محرر رسمي او في محرر عرفي مسجل داخل المملكة ".

---

[199]- عبد الرزاق السنهوري: المصدر نفسه.

[200]- محمد محروك: مفهوم الغير في العقد التحديد والآثار –دراسة مقارنة- م . س ص 326.

[201]- يصدر هذا الإعلان إما من المحيل او المحال له . ولما كان المحال له هو الذي يعنيه قبل غيره أن تكون الحوالة نافذة في حق المدي أو في حق الغير ، وهو الذي يخشى إن أبطأ في ذلك أن يعمد المحيل إلى التصرف في حقه مرة أخرى أو إلى استفاءه من المدين ، لذلك كان الغالب أن يكون هو لا المحيل الذي يتولى إعلان الحوالة للمدين وإذا تعدد المحال لهم في الحوالة الواحدة ، كان غليهم جميعا أن يقومو بإعلان الحوالة ، وقد يقوم أحدهم بإعلانها ، أصالة عن نفسه وبالوكالة عن الآخرين. وقد يعنى المحيل إعلان الحوالة ، حتى لا يوقع أحد دائنيه حجزا تحفظيا تحت يد المدين قبل إعلانها ، فيصبح الحجز نافذا في حق المحال له ، ويرجع عليه بالضمان ، ومن ثم يكون المحيل نفسه هو الذي يبادر بإعلان الحوالة درءا لهذا الخطر.

[202]- والطريق الثاني لصيرورة الحوالة نافذة في حق المدين هو قبوله لها. فإذا صار للقبول تاريخ ثابت ، أصبحت الحوالة نافذة أيضا في حق الغير. والوقت الذي يصح في خلاله هذا القبول هو نفس الوقت الذي يصح في خلاله إعلان الحوالة ، فيكون القبول متأخرا إذا سبقه إعلان حوالة اخرى أو حجز تحفظي تحت يد المدين أو بول منه لحوالة أخرى أو شهر إفلاس المحيل أو شهر إعساره . ويصح صدور القبول وقت صدو الحوالة نفسها وفي نفس الورقة التي دونت فيها الحوالة.

ولا فرق بين الطريقتين ، فأي منهما يكفي لجعل الحوالة نافذة في حق المدين والغير[203]، غير أن النتائج التي تترتب على قبول المدين للحوالة قد تكون في بعض الأحوال أبعد مدى من تلك التي تترتب على مجرد الإعلان. من ذلك ما نص عليه المشرع المغربي في الفصل 359 من ق . ل . ع من أنه " المدين الذي قبل بدون تحفظ الحوالة التي أجراها الدائن لأحد من الغير ليس له أن يتمسك في مواجهة المحال له بالمقاصة التي كان يمكنه ، قبل وقوع القبول منه ،أن يتمسك بها في مواجهة الدائن الأصلي. وليس له إلا الرجوع بدينه على المحيل "[204].

وهكذا فإن الدفع بالمقاصة الذي كان المدين يستطيع أن يتمسك به قبل المحيل لا يجوز التمسك به قبل المحال له إذا قبل المدين الحوالة دون تحفظ. ولكن هذا لا يمنع المدين من أن يضمن قبوله للحوالة نزولا عن الدفوع التي كانت له قبل المحيل ، فيصبح بهذا القبول البعيد المدى ملتزما بدفع الدين للمحال له ، ولا يجوز له التمسك قبله بالدفوع التي كان يستطيع التمسك بها قبل المحيل . ولكن مثل هذا القبول لا يفترض ، بل لا بد أن يكون الإطلاق فيه على هذا الوجه واضحا ، فإن قام ثمة شك فسر القبول لصالح المدين ، واعتبر قبولا للحوالة مع الاحتفاظ بما للمدين من دفوع كان له أن يتمسك بها قبل المحيل[205].

وعليه ما دامت الحوالة لم تبلغ إلى المدين ، شخصا طبيعيا كان أم شركة ، بصورة رسمية ، أو ما دام لم يقبل بها في محرر ثابت التاريخ ، فإن الحوالة تبقى مجردة من أي أثر في حق المدين المحال عليه وفي مواجهة الغير ، وتكون بالتالي حقوق المحال له مهددة وعرضة للضياع[206].

---

[203]- ينتج الإعلان والقبول أثره ، ويجعل الحوالة نافذة في حق المدين وفي حق الغير ، أيا كان الوقت الذي صدر فيه بعد صدور الحوالة. ولا يكون الإعلان أو القبول متأخرا ، فلا ينتج أثره ، إلا إذا سبقه إعلان أو قبول لحوالة أخرى أو توقيع حجز تحفظي تحت يد المدين أو شهر إفلاس المدين أو شهر إعساره.

[204]- هذا الفصل يقابله في التشريع المصري المادة 368 مدني التي نصت "إذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة ، ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل. أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها ، فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة".

[205]- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (3) نظرية الالتزام بوجه عام – الأوصاف- الحوالة – والانقضاء. م . س . ص 479.

[206]- مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود –الجزء الثاني- أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه ، مطبعة النجاح الجديدة دون ذكر تاريخ الطبع. ص 213.

فالحوالة تنعقد دون حاجة إلى رضاء المدين ، فيصح أن يكون جاهلا بوقوعها ، فيعامل دائنه الأصلي على أنه دائنه الوحيد ، يوفي له بالدين أو يقضيه معه بأي سبب من أسباب الانقضاء كالتجديد والمقاصة والإبراء. وينبغي أن يقع هذا التعامل صحيحا ، وأن يستطيع المدين الاحتجاج به على المحال له ، ومعنى ذلك أن الحوالة لا تكون نافذة في حق المدين . وإنما تنفذ الحوالة في حقه إذا كان عالما بها ، وعندئذ يصبح المحال له هو دائنه الوحيد ، ولا يجوز له التعامل مع الدائن الأصلي أو الوفاء له بالدين[207].

وينص المشرع المغربي في الفصل 198 على أنه " إذا دفع المدين الدين للمحيل وأنهاه بالاتفاق معه بأي طريق آخر قبل أن تبلغ له الحوالة من المحيل أو من المحال له برئت ذمته ما لم يقع منه تدليس أو خطأ جسيم". فإذا استثنينا حالة التدليس[208] والتواطؤ بين الدائن المحيل والمدين المحال عليه ، يقتضينا الرجوع إلى المبدأ العام وبمقتضاه تبرأ ذمة المدين المحال عليه إذا وفى الحق لدائنه الأصلي ما دام لم يبلغ وقوع الحوالة رسميا أو ما دام لم يقبل بها في محرر ثابت التاريخ.

ثم إن الدائن قد يعمد ، بعد إجراء الحوالة ، إلى التصرف في حقه مرة ثانية كأن يحيله إلى شخص غير المحال له الأول. فإذا قام المحال له الثاني بإعلان الحوالة إلى المدين المحال عليه ، قبل أن يقوم المحال له الأول بالإعلان عن حوالته ، كانت الأفضلية للمحال له الثاني[209] . وهذا ما قرره الفصل 197 بقوله " إذا حول نفس الدين لشخصين فضل منهما من بلغ حوالته للمدين المحال عليه قبل الآخر ، ولو كانت حوالته متأخرة في التاريخ " وعلى هذا النحو يمكن تشبيه إعلان المدين بالحوالة بمثابة الإشهار في الرسم العقاري حيث الأسبق تقييدا هو الأسبق حقا ما لم تثبت سوء نية المقيد طبعا.

---

[207]- عبد الرزاق السنهوري –الجزء الثالث- الأوصاف- الحوالة- والانقضاء- م . س . ص 471.

[208]- نظم المشرع المغربي أحكام التدليس بمقتضى الفصول 52 و 53 من قانون الالتزامات والعقود. والتدليس هو استعمال خديعة توقع الشخص في غلط يدفعه إلى التعاقد . فالمتعاقد تحت وطأة التدليس إنما يتعاقد تحت تأثير الوهم الذي أثاره في ذهنه المدلس . فإرادته ليست إذا حرة سليمة بل هي معيبة والعيب الذي يشوبها هو الغلط الذي ولده التدليس. أنظر بهذا المعنى الأستاذ مأمون الكزبري : نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود المغربي –الجزء الاول- مصادر الالتزامات. م س ص 98.

[209]- مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود –الجزء الثاني- أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه، م . س . ص 214.

يضاف إلى ذلك أن دائني المحيل يبقى من حقهم إيقاع الحجز على الدين المحال به تحت يد المدين المحال عليه ، إذ ، ما لم تتبع الإجراءات المتطلبة قانونا لشهر الحوالة من إعلانها للمدين بصورة رسمية أو قبوله بها في محرر ثابت التاريخ ، فإن هذا الدين يعتبر جزءا من ذمة مدينهم المالية وبالتالي عنصرا من الضمان العام الذي يتمتعون به على هذه الذمة المالية[210].

وتبقى الشكليات القانونية للإشهار بما في ذلك الاعلان والقبول هي التي تسمح في حقيقة الأمر بحل النزاع بين الحائزين المتتابعين للحق الواحد كما بالنسبة لحسم النزاع بين الحائزين المتتابعين للحقوق العقارية نتيجة الشهر العقاري[211].

ونشير إلى أن المشرع المغربي أوجب في حالات استثنائية لنفاذ الحوالة بالنسبة للغير ، اتباع إجراءات غير الإعلان والقبول وتشمل هذه الاوضاع مثلا الحالات المتعلقة بحوالة عقود الكراء الخاصة بالعقارات او اكريتها ، ثم كذلك حوالة الكمبيالات والسندات للأمر والسندات لحاملها[212]. وهو ما سنعمل على إيضاحه في الفقرة الموالية.

---

[210]- مأمون الكزبري: المصدر نفسه ص 215.

[211]- عبد الله الدرقاوي: أسس وأثار حوالة الحق والدين في الفقه الاسلامي والتشريع الوضعي ، الطبعة الأولى 2002 ص 195.

[212]- محمد محروك: مفهوم الغير في العقد التحديد والآثار –دراسة مقارنة- م . س . ص 328.

الفقرة الثانية: نفاذ الحولة إزاء المدين و الغير بمجرد الانعقاد أو اتباع إجراءات غير الاعلان والقبول

خلافا للأصل الذي قررناه وبمقتضاه لا تعتبر الحوالة نافذة إزاء الغير إلا بإعلانها للمدين إعلانا رسميا أو بقبوله بها في محرر ثابت التاريخ ، توجد ثمة حالة تكون فيها الحوالة نافذة إزاء الكافة بمجرد انعقادها بين الطرفين المحيل والمحال له. وقد أشار المشرع إلى هذه الحالة في آخر الفقرة الأولى من الفصل 195 من قانون الالتزامات والعقود بنصه "... وذلك مع استثناء الحالة المنصوص عليها في الفصل (209) الآتي..." ويتعلق الفصل 209 بحوالة مجموعة حقوق أو حوالة الذمة حيث ورد فيه "من حول حقه في تركة لا يضمن كونه إلا وارثا. ولا تصح هذه الحوالة إلا إذا كان الطرفان يعرفان قيمة التركة.

وبمقتضى هذه الحوالة ، تنتقل بحكم القانون الحقوق والالتزامات المتعلقة بالتركة إلى المحال له".

فبمجرد انعقاد هذه الحوالة بين المحيل والمحال له ، تنتقل الحقوق والالتزامات المتعلقة بالتركة بقوة القانون إلى المحال له وذلك إزاء الكافة ودون أي إجراء[213].

وتوجد أيضا ثمة أوضاع لا تكون فيها الحوالة نافذة إزاء الغير بمجرد انعقادها ، بل لا بد حتى تعتبر كذلك من اتباع إجراءات خاصة غير إجراءات الإعلان أو القبول. وتشمل هذه الأوضاع حوالة كراء العقارات أو أكريتها أو الإيرادات الدورية المترتبة عليها، حوالة السندات الاسمية و السند الإذني والسند لحامله.

أما حوالة عقود الكراء أو الأكرية المتعلقة بالعقارات وغيرها من الأشياء القابلة للرهن الرسمي كالسطحية أو حوالة الإيرادات الدورية المترتبة عليها. إذا ما تقررت لفترة تزيد على

[213]- مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود –الجزء الثاني- أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه، م . س . ص 216

السنة لا تكون سارية المفعول إزاء الغير إلا إذا وردت في محرر ثابت التاريخ[214]. وهو ما قرره المشرع المغربي من خلال الفصل 196 من ق ل .ع على أنه " حوالة عقود الكراء أو الأكرية المتعقلة بالعقارات وغيرها من الأشياء القابلة للرهن الرسمي أو حوالة الإيرادات الدورية المترتبة عليها عندما تقرر لفترة تزيد على سنة ، لا يكون لها أثر بالنسبة للغير إلا إذا وردت في محرر ثابت التاريخ.

وإذا كان العقار محفظا في السجل العقار . فحوالة الأجور لمدة تزيد على سنة لا تسري بحق الغير إلا إذا جرى قيدها بالسجل العقاري استناد للفصل 65 من ظهير التحفيظ العقاري[215].

أما السند الاسمي فيشمل الأسهم والسندات التي تتخذ هذا الوضع ، وهي إما أسهم وسندات للشركات المساهمة أو سندات على الدولة. وحوالة هذه السندات الاسمية تنعقد فيما بين المحيل والمحال له بالتراضي كما هي القاعدة العامة ، إلا أن هذه الحوالة لا تكون نافذة في حق المدين أو في حق الغير إلا بقيد الحوالة في دفتر خاص يحتفظ به المدين: الشركة أو الدولة[216].

وأما السند الإذني فيشمل الكمبيالات والسندات الإذنية والشيكات الإذنية ، ويشمل كذلك ما ورد في نص خاص كبوليصة التأمين وبوليصة الشحن وبوليصة التخزين. وتنعقد حوالة السند الإذني فيما بين المحيل والمحال له بالتراضي وفقا للقواعد العامة. ولكنها لا تكون نافذة في حق المدين أو في حق الغير إلا بالتظهير وذلك بأن يضع صاحب السند توقيعه في ظهر السند. ومتى تم تظهير السند الإذني فالمدين لا يجوز له أن يوفي بالدين إلا لحامل السند بالتظهير لا إلى الدائن الأصلي. وإذا تنازع حامل السند بالتظهير مع آخر حول له السند عن طريق

---

[214]- مأمون الكزبري: المصدر نفسه.

[215]- ورد في مقتضى الفصل 65 ما يلي : "يجب أن تشهر بواسطة تقييد في الرسم العقاري، جميع الوقائع والتصرفات والاتفاقات الناشئة بين الاحياء مجانية كانت أو بعوض ، وجميع المحاضر والأوامر المتعلقة بالحجز العقاري ، وجميع الأحكام التي اكتسبت قوة الشيء المقضي به ، متى كان موضوع جميع ما ذكر تأسيس حق عقاري أو نقله إلى الغير أو الإقرارية أو تغييره أو إسقاطه وكذا جميع عقود أكرية العقارات لمدة تفوق ثلاث سنوات، وكل حوالة لقدر مالي يساوي كراء عقار لمدة تزيد على السنة غير مستحقة الاداء أو الإيراد منه".

[216]- عبد الرزاق السنهوري: -الجزء الثالث- م . س . ص 486.

الإعلان أو القبول، فإن الاول هو الذي يتقدم ، ولو تأخر تاريخ التظهير عن تاريخ الإعلان أو القبول. ولا يجوز لدائني المظهر (أي الدائن الأصلي) أن يوقعوا حجزا تحفظيا تحت يد المدين[217] .

وأما السند لحامله فيشمل الأسهم والسندات التي تحرر ابتداء لحاملها أيا كان. ويجوز إضفاء وضع السند لحامله على أي حق تجاري أو مدني ، وبخاصة على الشيكات. وتنعقد الحوالة فيما بين المحيل والمحال له في السند لحامله بالتراضي. وتكون الحوالة نافذة في حق المدين وفي حق الغير بالتسليم المادي ، فالسندات لحاملها تلحق إذن بالمنقولات المادية.

المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على قاعدة نسبية آثار العقد

إذا كانت آثار العقد لا تنصرف إلى غير طرفيه وخلفهم العام وخلفهم الخاص والدائن العادي في الحدود التي بيناها فيما سبق ، فإن هذا لا يعني عدم إمكان الاحتجاج بوجود العقد على غير من ينصرف إليهم أثره.

فهناك استثناءات تقع بحكم القانون، وفيها يقضي القانون بانصراف أثر العقد إلى الغير بصفة استثنائية لاعتبارات ترجع إلى العدالة أو استقرار التعامل أو ضمان حسن إدارة المال الشائع أو غير ذلك، وهناك استثناء يستطيع المتعاقدان أن يحققاه ، وهو الاشتراط لمصلحة الغير. فلا يستطيع المتعاقدان أن يلزما الغير بعقد لم يكن طرفا فيه. ففي هذا النطاق يمكننا أن نقول أن هذا الشطر من قاعدة عدم انصراف أثر العقد إلى الغير مطلق في حكمه، لأن الاستثناءات الواردة عليه إنما تقررت بحكم القانون[218].

---

[217]- عبد الرزاق السنهوري: المصدر نفسه ص ص 486-487.

[218]- المقصود بالغير في هذه الضروب الأجنبي عن أطراف العقد ومن في حكمهم أي كل الأشخاص الذين ليسو طرفا في العقد ولا خلفا عاما أو خاصا لأحد العاقدين، ولا دائنا لأيهما، ويسميه الأستاذ السنهوري بالغير الأجنبي أصلا عن العقد.

ولكنهما يستطيعان أن يكسبا الغير حقا من العقد بواسطة الاشتراط لمصلحة الغير. وقد نص الشارع على تطبيق القاعدة في شطرها الأول، العقد لا يضر الغير (التعهد عن الغير) ثم نظم الاستثناء الهام الذي يرد على القاعدة في شطرها الثاني العقد لا يفيد الغير (الاشتراط لمصلحة الغير) وسنتناولهما في هذا المطلب على الشكل التالي :

الفقرة الأولى: التعهد عن الغير

الفقرة الثانية: الاشتراط لمصلحة الغير

الفقرة الأولى: التعهد عن الغير

أولا: تعريف التعهد عن الغير

يراد بالتعهد عن الغير في الغالب علاج موقف لا يمكن فيه الحصول على رضاء ذي الشأن لسبب ، فيلتزم عنه غيره. مثل ذلك شركاء في الشيوع يتصرفون في الشيء الشائع وفيهم قاصر ويريدون تجنب إجراءات بيع مال القاصر ، أو كان أحدهم غير حاضر وقت العقد ولا يستطاع انتظاره خوف ضياع الصفقة، أو كانو يقتسمون الشيء الشائع وفيهم من هو ناقص الأهلية ويبغون تجنب الإجراءات المعقدة للقسمة القضائية. في مثل هذه الأحوال يتعاقد الشركاء الذين يصح لهم التعاقد ، عن انفسهم وملتزمين عن غيرهم ممن لا يستطيع التعاقد لسبب من الأسباب المتقدمة. كذلك الوكيل إذا رأى أن يجاوز حدود الوكالة ، ولم يتمكن من الحصول على إذن في ذلك من الموكل ، يستطيع فيما يجاوز فيه حدود الوكالة أن يتعاقد باسمه متعهدا عن الموكل[219].

[219]- عبد الرزاق السنهوري: المجلد الأول –نظرية للالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام ، م. س. ص ص 618-619.

وهناك من عرفه بأنه إبرام شخص عقدا باسمه يتعهد فيه بحمل الغير على قبول الالتزام بأمر معين تحت طائلة تحمل المسؤولية تجاه المتعاقد الآخر في حالة رفض الغير أن يلتزم [220]

كما عرفه بعض الفقه[221] بأنه تعهد شخص تجاه شخص آخر على أن يقنع شخصا ثالثا بإبرام عقد ما.

وهكذا فالتعهد عن الغير هو نظام شبيه بنظام الوكالة في التعاقد ، لأن المتعهد يبرم العقد باسم المتعهد عنه ولفائدة شخص يدعى المتعهد له. فانطلاقا من هذه الرابطة الثلاثية الأطراف نكون أمام عقد أولي يجمع المتعهد بالمتعهد له بموجبه يلتزم الاول ببذل ما في وسعه لإقناع الغير بإقرار مضمون الالتزام[222].

وصورة التعهد عن الغير أن يتعهد شخص لآخر بأن يجعل شخصا ثالثا يتحمل بالتزام معين لصالحه (أي لصالح الشخص الثاني)، كما إذا كان هناك أخوان يملكان في الشيوع أرضا وباع أحدهما الأرض وحده وتعهد للمشتري بأن يجعل الأخ الآخر يقبل البيع بدوره، إما حالا وإما بعد فوات أجل معين[223].

---

[220]- مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي –الجزء الأول- م . س. ص 268.

[221]- عبد القادر العرعاري: مصادر الالتزام الكتاب الاول –نظرية العقد- م .س. ص 359.

[222]- يميز الفقه المغربي عادة بين عدة صور للتعهد عن الغير إلا أن أبرزها على الإطلاق هو حالة التعهد المطلق عن الغير وحالة الالتزام عن الغير بشرط الإقرار وخلافا لمعظم التشريعات المعاصرة التي أخذت بنظام التعهد المطلق عن الغير فإن قانون الالتزامات والعقود المغربي قد أخذ بنظام آخر مشابه له هو الالتزام عن الغير المعلق على شرط الإقرار (الفصل 36 ق ل ع) للمزيد حول هذا الموضوع ينظر:

- عبد القادر العرعاري: مصادر الالتزام الكتاب الاول –نظرية العقد- م .س. ص 360 وما بعدها.
- مامون الكزبري: الجزء الأول مصادر الالتزامات ، م س ص 265 وما بعدها.
- عبد الحق صافي: الكاب الثاني آثار العقد م. س. ص 65 وما بعدها .
- نزهة الخلدي: الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، الكتاب الأول : العقد – الإرادة المنفردة- الإثراء بلا سبب ، مطبعة تطوان الطبعة الثانية 2015 ص 144 وما بعدها.

[223]- ادريس العلوي العبدلاوي: شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزام –نظرية العقد- مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ، الطبعة الاولى 1996 ص 668.

ثانيا: موقف قانون الالتزامات والعقود المغربي من مؤسسة التعهد عن الغير

للتعهد عن الغير عدة أشكال أبرزها: التعهد عن الغير شريطة الإقرار والتعهد المطلق عن الغير ، والمشرع المغربي أقر الشكل الأول وهي الالتزام عن الغير بشرط الإقرار دون أن يقر بالشكل الثاني وهو التعهد المطلق عن الغير.

أما الالتزام عن الغير بشرط إقراره أياه يقوم عند إبرام شخص التزاما باسم غيره شرط أن يقر هذا الغير الالتزام الذي أبرم بإسمه[224]. ومثاله الوكيل الذي يتجاوز حدود وكالته فيتعاقد باسم موكله خارج نطاق الوكالة، والشخص الذي يبيع أرضا في ملك غيره. فمثل هذه التصرفات لا تنتج أثرا بالنسبة للمتعهد عنه إلا إذا أقرها خلال فترة معقولة[225]، طبقا للفصل 36 من ق ل ع . الذي ينص على ما يلي : "يجوز الالتزام عن الغير على شرط إقراره أياه ، وفي هذه الحالة يكون للطرف الآخر أن يطلب قيام هذا الغير بالتصريح بما إذا كان ينوي إقرار الاتفاق. ولا يبقى هذا الطرف ملتزما إذا لم يصدر الإقرار داخل أجل معقول على أن لا يتجاوز هذا الأجل خمسة عشر يوما بعد الإعلام بالعقد".

ولا يشترط في إقرار الالتزام أن يكون صريحا ، بل يجوز أن يكون ضمنيا كما لو قام الغير بتنفيذ هذا الالتزام. وهو ما أقره المشرع بموجب الفقرة الأولى من الفصل 37 من ق ل ع. الذي ورد فيه "يعتبر الإقرار بمثابة الوكالة ، ويصح أن يجيء ضمنيا وأن ينتج من قيام الغير بتنفيذ العقد الذي أبرم باسمه...".

أما التعهد المطلق عن الغير فإن المشرع المغربي لم يتعرض له في قانون الالتزامات والعقود خلافا لمعظم التشريعات المعاصرة[226]. إلا أن ذلك لا يمنع من تطبيق مقتضيات التشريعات المقارنة في المغرب بخصوص حالات التعهد عن الغير[227].

---

[224]- مأمون الكزبري: الجزء الأول مصادر الالتزامات ، م س ص 265.

[225]- نزهة الخلدي: الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، الكتاب الأول : العقد – الإرادة المنفردة- الإثراء بلا سبب ، مطبعة تطوان الطبعة الثانية 2015 ص 144

[226]- أنظر على سبيل المثال المادة: 153 مدني مصري والمادة: 1120 مدني فرنسي، والمادة: 114 مدني جزائري.

والتعهد عن الغير بهذا المعنى هو عقد بمقتضاه يلتزم شخص يسمى المتعهد تجاه شخص آخر يسمى المتعهد له أو الموعود بأن يحمل شخص ثالثا على قبول موضوع التعهد، فالمتعهد يلتزم بالقيام بعمل وهو حمل الغير على قبول الالتزام الأصلي وخلافا للالتزام عن الغير شرط إقراره أياه الذي يتعاقد فيه الملتزم باسم هذا الغير فإن المتعهد عن الغير يلتزم باسمه الخاص وليس باسم غيره الأمر الذي سيحمله مسؤولية تعويض الطرف الآخر في حالة رفض الغير لموضوع التعهد[228].

ثالثا: مقومات التعهد عن الغير وتمييزه عما يقاربه

يجب حتى يقوم التعهد عن الغير ان تتوافر المقومات الثلاثة الآتية :

1- أن يتعاقد المتعهد باسمه لا باسم الغير الذي يتعهد عنه . ومن هنا كان الفرق بين التعهد عن الغير وبين الوكيل والفضولي[229]، فالوكيل يعمل باسم الأصيل ، وينصرف أثر العقد إلى الأصيل لا إليه . والفضولي يعمل باسم رب العمل ولمصلحته ، فيلزمه بعمله . أما المتعهد عن الغير فيعمل باسمه ، وينصرف إليه هو أثر العقد.

2- أن يريد المتعهد عن الغير أن يلزم نفسه بهذا التعهد لا أن يلزم الغير. ذلك أنه إذا تعاقد باسمه وأراد إلزام الغير بتعاقده ، فإن العقد يكون باطلا لاستحالة المحل ، إذ أنه لا يمكن قانونا أن يلزم شخص آخر بعقد لم يكن الملتزم طرفا فيه. والتزام الغير إنما يأتي لا من تعاقد المتعهد بل بعقد آخر يتم بقبول الغير للتعهد. وهذا ما قصده المشرع المغربي من خلال الفصل 36 "يجوز الالتزام عن الغير شرط إقراره أياه...".

---

[227]- عبد القادر العرعاري: الكتاب الأول نظرية العقد م. س. ص 362.

[228]- عبد القادر العرعاري: المرجع نفسه.

[229]- تعتبر الفضالة من التطبيقات العملية لواقعة الإثراء بلا سبب إلى جانب دفع غير المستحق. تناول المشرع المغربي أحكامها ضمن الباب الخامس من القسم السادس المتعلق بالوكالة ، واعتبرها من أشباه العقود المنزلة منزلة الوكالة ، وذلك في الفصول 943 إلى 958 ق ل ع.
والمشرع المغربي لم يعرف الفضالة على عكس المشرع المصري الذي عرفها في المادة 188 من قانونه المدني كما يلي : "الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر ، دون أن يكون ملزما بذلك". لكنه تعرض لأركانها والالتزامات المترتبة عنها في الفصول المشار إليها أعلاه.

ومن هنا كان الفرق بين المتعهد عن الغير والمشترط لمصلحة الغير . فالمشترط لمصلحة الغير يريد أن يجعل للغير حقا مباشرا يكسبه من ذات العقد الذي أبرمه المشترط ، وهذا ما يجعل الاشتراط لمصلحة الغير استثناء من القاعدة التي تقضي بأن العقد لا ينصرف أثره إلى الغير ، ويجعل التعهد عن الغير لا خروج فيه على هذه القاعدة[230].

3- أن يكون الالتزام الذي أخذه المتعهد على نفسه هو القيام بحمل الغير الذي تعهد عنه على قبول هذا التعهد. فالمتعهد إذن يلتزم دائما بعمل شيء أما الغير إذا قبل التعهد ، فإنه يلتزم بهذا التعهد. وقد يكون محله عمل شيء كأن يقوم ببناء منزل ، أو الامتناع عن شيء كأن يمتنع عن منافسة متجر، أو نقل حق عيني ، كما إذا تعاقد الشركاء في الشيوع متعهدين عن شريك لهم على بيع الشيء الشائع. والتزام المتعهد بحمل الغير عل قبول التعهد هو التزام بتحقيق غاية وليس التزاما ببذل عناية. فليس يكفي أن يبذل المتعهد ما في وسعه لحمل الغير على قبول التعهد ، بل يجب أن يصل فعلا إلى هذه الغاية فيقبل الغير التعهد ، ولكن إذا قبل الغير التعهد ، وقف التزام المتعهد عند هذا ، فلا يكفل تنفيذ الغير للتعهد.[231]

ومن هنا كان الفرق بين المتعهد عن الغير والكفيل. فالكفيل يكلف تنفيذ التزام المدين بعد أن يوجد ، ولا يكفل إيجاده[232]. أما المتعهد عن الغير فيكفل إيجاد الالتزام في ذمة الغير ولا يكفل تنفيذه.

رابعا: قبول الغير للتعهد أو رفضه

إن الغير حر في قبول التعهد أو رفضه ، ذلك أن التعهد لم يلزمه بشيء كما قدمنا ، فهو أجنبي عن العقد أصلا فلا ينصرف إليه أثره. وهذا ما يجعل التعهد عن الغير مجرد تطبيق لمبدأ. العقود لا تضر غير عاقديها ، ولتوضيح ذلك نقول أن الحالة بالنسبة إلى الغير الذي يحصل التعهد عنه ، أو ما يسمى بالتعهد عنه لا يخلو من أحد الفرضين الآتيين:

---

[230]- عبد الرزاق السنهوي: المجلد الأول ، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام ، م . س . ص ص 619- 620.

[231]- عبد الرزاق السنهوري: المصدر نفسه ص 620.

[232]- نظم المشرع المغربي أحكام الكفالة بمقضى الفصول 1117 إلى 1169 من ق ل ع وعرف المشرع الكفالة بمقتضى الفصل 1117 "الكفالة عقد بمقتضاه يلتزم شخص للدائن بأداء التزام المدين ، إذا لم يؤديه هذا الأخير نفسه".

- الفرض الأول: حالة رفض الغير للتعهد

إذا رفض الغير أن يلتزم ، فإن المتعهد بحمله على التعاقد يكون قد أخفق في مسعاه ، وبالتالي تتحقق مسؤوليته لعدم إمكان تنفيذ ما تعهد به ، أي لعدم تحقيق النتيجة التي التزم بها. وفي هذه الحالة يجب على المتعهد تعويض من تعاقد معه . ويكون التعويض على قدر ما أصاب هذا المتعاقد من أضرار بسبب عدم قبول الغير التعاقد معه[233].

ويتضح هذا من المثال السابق في الحالة التي يتعهد فيها الشريك للمشتري بحمل شريكه الغائب على التعاقد ، فإذا رفض الشريك الغائب ، فإن شريكه الذي تعهد للمشتري يكون قد أخفق في مسعاه ، وبالتالي يكون مسؤولا أمام المشتري بسبب عدم إتمام الصفقة ، نظرا لرفض الشريك الغائب التعاقد معه.

- الفرض الثاني: حالة قبول الغير للتعهد

في الحقيقة يشتمل التعهد إيجابا موجها إلى المتعهد عنه ، فإذا قبل به نشأ عقد جديد يربطه بمن تعاقد معه المتعهد. وقد يأتي القبول صريحا أو ضمنيا يتجسد مثلا في تنفيذ التعهد. ولا حاجة لأن يفرغ القبول في شكل خاص إلا إذا استوجب المشرع شكلا معينا في التصرف الذي يعرض على المتعهد عنه قبوله ، كأن يكون هذا التصرف هبة أو رهنا رسميا[234].

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

---

[233]- عبد الحكم فودة: النسبية والغيرية ، م. س. ص 44

[234]- عبد الحق صافي: الكتاب الثاني ، آثار العقد . م . س. ص 72.

أما من حيث أطراف التعاقد ، فالعقد الأول طرفاه المتعهد والمتعاقد معه . والعقد الثاني طرفاه المتعاقد مع المتعهد والغير. فهناك طرف مشترك في العقدين ، هو المتعاقد مع المتعهد . أما الطرف الآخر فمختلف، وهو المتعهد في العقد الأول والغير في العقد الثاني[235].

وأما من حيث الالتزامات ، فالعقد الأول ينشىء التزاما بعمل شيء في ذمة المتعهد ، هو حمل الغير على قبول التعهد. والعقد الثاني ينشىء التزاما في جانب الغير قد يكون محله نقل حق عيني أو عملا أو امتناعا عن عمل وقد مر بيان ذلك.

وأما من حيث وقت تمام العقد ، فالعقد الأول يتم عند تلاقي الإيجاب والقبول من المتعهد والمتعاقد معه . والعقد الثاني لا يتم إلا عند صدور القبول من الغير. فليس للقبول إذن أثر رجعي ، إلا إذا تبين أن الغير قصد صراحة او ضمنا أن يستند أثر القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد[236].

وهكذا يتجلى من استعراض أحكام التعهد عن الغير ، أن التزام الغير لا يقوم إلا على قبوله للعقد المتعهد به ، وأن حريته في الاختيار بين قبول هذا العقد أو رفضه حرية مطلقة ، كما أن التزام الغير بالعقد ، لا ينشأ إلا من وقت القبول ، مما يكشف أن قواعد التعهد عن الغير لا تورد أي استثناء عل مبدأ عدم التزام الشخص بعقد لم يشترك فيه ، فهذه القواعد لا تعتبر استثناء من مبدأ العقود لا تضر غير عاقديها ، بل هي مجرد تطبيق لهذا المبدأ[237].

---

[235]- عبد الرزاق السنهوي: المجلد الأول ، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام ، م . س . ص 622.

[236]- فإذا تعاقد شركاء في الشيوع متعهدين عن قاصر فيهم ، وقبل القاصر التعهد بعد بلوغه سن الرشد ، فالمفهوم ضمنا أن القاصر قصد أن يكون لقبوله أثر رجعي ، يستند إلى وقت تعاقد الشركاء . وإذا قصد الغير أن يكون لقبوله أثر رجعي ، فإن هذا الأثر ينتفي بالنسبة إلى أي شخص كسب حقا يؤثر فيه الأثر الرجعي . فإذا تعهد (أ) أن (ب) يبيع منقولا يملكه إلى (ج) ، ولكن (ب) باع المنقول إلى (د) ، ثم قبل التعهد (أ) فإن (ب) يكون قد باع المنقول مرتين متتاليتين ، المرة الأولى إل (د) ، والمرة الثانية إلى (ج) . فإذا كان قبوله للتعهد ذا أثر رجعي أضر هذا بالمشتري (د) فيتقدم على (ج). أما إذا كان المبيع عقارا ، فالتفاضل يكون بالأسبق إلى التسجيل.

-عبد الرزاق السهوري: المجلد الاول ، نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام م س. ص ص 622-623.

[237]- ادريس العلوي العبدلاوي: نظرية العقد ، م . س . ص ص 671-672.

الفقرة الثانية: الاشتراط لمصلحة الغير

أولا: تعريف الاشتراط لمصلحة الغير وتمييزه عن التعهد عن الغير

جاء الفقه بتعاريف مختلفة لهذه المؤسسة القانونية . يقول الأستاذ مأمون الكزبري : (الاشتراط لمصلحة الغير تعاقد يتم بين شخصين أحدهما يسمى المشترط وآخر الواعد أو المتعهد يشترط فيه الأول على الثاني أن يلتزم هذا الأخير ، إزاء شخص ثالث أجنبي عن التعاقد ويسمى المنتفع فينشأ بذلك للمنتفع حق مباشر يستطيع أن يطالب به المتعهد)[238]. كما يقول فيه أنور سلطان هو : (عمل قانوني يشترط فيه شخص يسمى المشترط على شخص آخر يسمى المتعهد بأن يقوم بأداء معين لمصلحة شخص آخر يسمى المنتفع)[239]. كما عرفه ادريس العلوي العبدلاوي بقوله : (الاشتراط لمصلحة الغير نوع من التعاقد يتفق فيه أحد طرفي العقد مع آخر على أن يقوم هذا الأخير بالتحمل بالتزام معين لا لنفع المتعاقد الأول ، ولكن لنفع شخص أجنبي عن العقد . ومثال ذلك أن يتفق أب مع شركة تأمين على أن تدفع هذه الشركة مبلغا من المال بعد موته لأولاده ، فالأولاد يعتبرون هنا من الغير ، بالنسبة للعقد ، ومع ذلك يستفيدون منه ويكون لهم عند موت أبيهم أن يطالبوا شركة التأمين مباشرة بما يستحق لهم)[240].

والملاحظ أنه رغم اختلاف هذه التعاريف –وغيرها كثير- من حيث الصياغة[241]، فهي صريحة الدلالة على أن الاشتراط لمصلحة الغير يعني الحالة التي يجري فيها التعاقد بين شخصين الأول يدعى المشترط والثاني يدعى المتعهد ، وذلك بغية إنشاء حق لفائدة شخص ثالث يدعى المستفيد من الاشتراط.

---

[238]- مأمون الكزبري: الجزء الأول مصادر الالتزامات م . س . ص 271.

[239]- أنور سلطان: مصادر الالتزامات ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت لبنان ، 1983، ص 211.

[240]- ادريس العلوي العبدلاوي: نظرية العقد ، م . س . ص 673.

[241]- أنظر أيضا تعريف الأستاذ عبد القادر العرعاري لمؤسسة الاشتراط لمصلحة الغير ، نظرية العقد المرجع السابق ص 345.

- يقصد بالاشتراط لمصلحة الغير تلك الحالة التي يتم فيها التعاقد بين شخص يسمى المشترط وآخر يسمى المتعهد وذلك بهدف إنشاء حق لمصلحة شخص ثالث هو المستفيد من الاشتراط.

ولكن الأساس القانوني في الاشتراط لمصلحة الغير غيره في التعهد عن الغير. ذلك أن الاشتراط لمصلحة الغير لا يتضمن عقدين كالتعهد عن الغير ، بل هو لا يشمل إلا عقد واحد ، تم بين المشترط والمتعهد ، والمنتفع إنما يكسب حقه من هذا العقد بالذات ، أي من عقد لم يكن هو طرفا فيه. ومن التطبيقات العملية للاشتراط لمصلحة الغير الهبة أو البيع مع اشتراط الواهب أو البائع على الموهوب له أو المشتري ترتيب إيراد أو حق ما للغير. ومنها بيع العين المرهونة مع اشتراط البائع على المشتري أن يدفع أقساط الدين إلى الدائن المرتهن[242].

ثانيا: شروط تحقق الاشتراط لمصلحة الغير

بما أن الاشتراط لمصلحة الغير ما هو إلا صورة من صور التعاقد وإبرام التصرفات لذلك فهو في حاجة إلى ضرورة توافر الأركان والشروط العامة لقيام عقد صحيح من تراضي وأهلية ومحل وسبب وخلو الإرادة من العيوب التي تضعف من سلامة عنصر التراضي[243].

ويترتب على ما سبق أن العقد الذي يربط المشترط بالمتعهد إذا كان باطلا أو قابلا للإبطال فإنه لا يجوز للمستفيد أن يحتج به تجاه المتعهد ونظرا لأن الاشتراط لمصلحة الغير قد يكون

---

[242]- عرفت مؤسسة الاشتراط لمصلحة الغير تطورات عدة انطلاقا من القانون الروماني الذي كان حريصا أشد الحرص على الطابع الشخصي للعلاقة القانونية ولذلك لم يكن يجيز النيابة في التصرفات القانونية، كما أن العقود لا تضر عاقديها فالأصل فيها أنها لا تنفعهم . وقد كانت هذه القاعدة الأخيرة وهي قاعدة أن العقود لا تنفع غير عاقديها مطلقة عند الرومان ، فلم يكن الرومان يستسيغون أن ينشأ لأجنبي عن العقد نفع مباشر منه.

ولكن هذه القاعدة أخذ إطلاقها يتزلزل في القانون المعاصر ، فقد أدت ظروف الجماعة إلى أن تسمح في بعض الأحوال إلى أن ينشأ لأجنبي عن العقد نفع مباشر منه ، بمعنى أنه يسوغ لهذا الأجنبي أن يرجع على أحد طرفي العقد مباشرة وباسمه الخاص ، ويطالبه بحق شخصي ثابت له ، وناتج من العقد برغم أنه لم يبرمه لا بنفسه ولا بمن كان نائبا عنه ، وهذا ما يعرف بالاشتراط لمصلحة الغير.

لقد اتسم العقد من أول مرة بسمة الأنانية والفردية إذ كانت فائدته مقصورة على عاقديه لا تتعداها إلى غيرهما ، فلم يكن يجوز أن يكتسب غير المتعاقدين حقا من عقد لم يكن طرفا فيه، وكذلك لم يكن يجوز أن يلتزم الغير بمقتضى عقد كان هو أجنبيا عنه. أنظر في تأصيل تطور مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير:

- عبد الرزاق السنهوري : المجلد لأول مصادر الالتزام م . س . ص 629 وما بعدها.

- ادريس العلوي العبدلاوي: نظرية العقد ، م . س. ص 673 وما بعدها.

[243]- ورد في الفصل الثاني من قانون الالتزامات والعقود المغربي "الأركان اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة عن التعبير عن الإرادة هي:

1- الأهلية للالتزام،

2- تعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام،

3-شيء محقق يصلح لأن يكون محلا للالتزام،

4-سبب مشروع للالتزام".

على سبيل التبرع لذلك فإن الفقه قد أثار استفسار بخصوص ما إذا كان يتعين احترام الشروط الشكلية التي يتطلبها إبرام هذا النوع من العقود؟ وقد تمت الإجابة عن هذا السؤال بالنفي على أساس أن الشكل لا يكون لازما إلا إذا تعلق الأمر بالهبات المباشرة ، أما بالنسبة للهبات المستترة وراء عقد الاشتراط لمصلحة الغير فإنه لا يتطلب توفر مثل هذه الشكلية[244].

وبالإضافة لهذه الأركان العامة فإن هناك بعض الشروط الخاصة التي أكد المشرع على ضرورة توفرها تحت طائلة عدم الاعتداد بالعقد الذي حصل به الاشتراط لمصلحة الغير وتتلخص هذه الشروط الخاصة فيما يلي:

الشرط الأول: تعاقد المشترط باسمه : وقد نص الفصل 34 من ق ل ع على أنه " ومع ذلك يجوز الاشتراط لمصلحة الغير ، ولو لم يعين إذا كان ذلك سببا لاتفاق أبرمه معاوضة المشترط نفسه أو سببا لتبرع لمنفعة الواعد...".

وعلى ذلك يلزم في الاشتراط لمصلحة الغير أن يتم التعاقد باسم المشترط نفسه على التزامات يشترطها لصالح الغير. فإذا تعاقد الشخص باسم الغير مباشرة ، لا تكون له صفة المشتري ، وبالتالي لا نكون بصدد اشتراطا لمصلحة الغير ، وإنما قد نكون بصدد وكالة أو فضالة ، يعمل فيها المتعاقد باسم المنتفع[245].

وهذا الذي يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة ، اتفاقية كانت أو قانونية. فالنائب ، وكيلا كان أو وليا أو وصيا أو قيما أو فضوليا أو غير ذلك ، يتعاقد باسم الأصيل لا باسمه. أما المشترط فيتعاقد باسمه لا باسم المنتفع. والأصيل لا النائب هو الطرف في العقد ، ورضاء النائب يغني عن رضائه. أما في الاشتراط لمصلحة الغير فالمشترط لا المنتفع هو الطرف في العقد ، وقبول المنتفع للاشتراط ضروري حتى يتأكد في شخصه حق كسبه من عقد لم يكن

[244]- عبد القادر العرعاري: مصادر الالتزام الكتاب الأول ، نظرية العقد . م . س. ص 346.
[245]- عبد الحكم فودة: النسبية والغيرية في القانون المدني . م . س ص 47.

طرفا فيه[246]. وهو الأمر الذي يفهم من الفقرة الثالثة من الفصل 34 وذلك بمفهوم المخالفة "... ويعتبر الاشتراط كأن لم يكن إذا رفض الغير الذي عقد لصالحه قبوله مبلغا الواعد هذا الرفض.".

ويختلف المشترط عن الفضولي اختلافا جوهريا ، فالفضولي نائب عن رب العمل ، بخلاف المشترط فلا ينوب عن المنتفع. وقد كان هناك رأي ، تبين الآن فساده ، يجعل المشترط فضوليا يتعاقد لمصلحة المنتفع، وقبول المنتفع يعتبر إقرارا لعمل الفضولي فينقلب هذا وكيلا ، وعن طريق الوكالة أو الفضالة ينصرف أثر العقد إلى المنتفع. أما فساد هذا الرأي فراجع إلى أن المشترط إنما يتعاقد باسمه كما قدمنا ، في حين أن الفضولي يتعاقد نيابة عن رب العمل[247].

الشرط الثاني: اتجاه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع: أشارت الفقرة الثانية من الفصل 34 من ق ل ع. إلى هذا الشرط حيث جاء فيها ما يلي "وفي هذه الحالة ينتج الاشتراط أثره مباشرة لمصلحة الغير ، يكون لهذا الغير الحق في أن يطلب باسمه من الواعد تنفيذه..."

فإذا لم تنصرف الإرادة بين المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع ، لا نكون بصدد اشتراط لمصلحة الغير. مثل ذلك إذا كان الحق الناشئ من العقد يتعلق بالمشترط نفسه ، حتى ولو كانت تعود منه فائدة على الغير[248]. فقد يتعاقد مثلا رب عمل مع طبيب على تطبيب مستخدميه دون أن تكون نية الطرفين قد انصرفت إلى منح المستخدمين حقا مباشرا قبل

---

[246]- عبد الرزاق السنهوري: نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام . م . س. ص 638.

[247]- ويترتب على هذا الفرق بين الوضعين نتائج عملية هامة، فلما كان المشترط ليس بنائب عن المنتفع ، فإن كل شخص يستطيع أن يشترط لمصلحة الغير ما دامت له مصلحة شخصية في ذلك ، وليس كل شخص يستطيع أن يدير عمل الغير عن طريق الفضالة إذ لا بد من وجود ضرورة تقضي بذلك. كما يجب في الاشتراط لمصلحة الغير أن تكون للمشترط مصلحة شخصية ، لأن يتعاقد باسمه أما الفضولي فهو على النقيض من ذلك يجب أن لا تكون له مصلحة شخصية في إدارته لشؤون رب العمل. كما أن الفضولي وهو يعمل لحساب رب العمل يلتزم بالمضي فيما بدأ به ، ولا يجوز له الرجوع فيه. أما المشترط وهو يعمل لحسابه فلا يلتزم بالمضي في عمله ، بل هو على النقيض من ذلك ، يجوز له الرجوع في الاشتراط للمنتفع وإضافة الحق لنفسه أو لشخص غير المنتفع. أنظر بهذا الصدد عبد الرزاق السنهوري: مصادر الالتزام ، م . س ص 638 وما بعدها.

[248]- عبد الحكم فودة: النسبية والغيرية في القانون المدني . م . س ص 47.

الطبيب. ففي مثل هذه الحالة لا يعتبر العقد الجاري بين رب العمل والطبيب قد تضمن اشتراطا لمصلحة الغير[249].

ولهذا يتعين دائما الرجوع إلى العقد لمعرفة ما إذا كان الطرفان قد قصدا به إنشاء حق مباشر للغير ، أم أنهما قصدا به أن يكون اتفاقا بين الطرفين المتعاقدين.

ويعود لقاضي الموضوع تقدير تحقق هذه الإرادة ، التي يمكن التعبير عنها بتعابير صريحة الدلالة ، أو تستنتج من خلال تفسير الاتفاق ، بل يمكن أن يعبر عنها بصورة ضمنية. فقد افترض الاجتهاد القضائي الفرنسي وجود اشتراط لمصلحة الغير في ميدان نقل البضائع لمصلحة المرسل إليه وفي ميدان نقل الأشخاص لمصلحة أقرب أقارب الضحية[250].

الشرط الثالث: وجود مصلحة شخصية للمشترط في الاشتراط : ذلك أن المشترط إنما يعمل لحسابه ويتعاقد باسمه ، فلا بد أن تكون له مصلحة شخصية في الاشتراط للغير ، وإلا كان فضوليا. والمصلحة الشخصية هي الفرق الجوهري بين الفضالة والاشتراط لمصلحة الغير[251].

ومصلحة المشترط المقصودة هنا ، لا يشترط فيها أن تكون مادية أي مالية ، كما لو اشترط شخص على المتعهد أن يدفع مبلغا من المال إلى المنتفع سدادا لدين مترتب لمصلحة هذا لأخير في ذمة المشترط ، بل يجوز أن تكون أدبية أي معنوية ، كما في هبة يشترط فيها الواهب على الموهوب له التزاما لمصلحة مستشفى، أو كما في عقد تأمين لمصلحة الزوجة أو الأولاد[252]. وأيا كانت طبيعة مصلحة المشترط من الاشتراط فيجب أن تكون هذه المصلحة مشروعة وغير مخالفة للقانون وللنظام العام.

---

[249]- مأمون الكزبري: الجزء الأول مصادر الالتزامات ، م . س. ص 275

[250]- عبد الحق صافي : الكتاب الثاني آثار العقد م . س . ص 52.

[251]- عبد الرزاق السنهوري : مصادر الالتزام . م . س . ص 641.

[252]- مأمون الكزبري: -الجزء الأول- مصادر الالتزامات ، م . س. ص 276.

ثالثا : آثار الاشتراط لمصلحة الغير

تختلف الآثار المترتبة عن الاشتراط لمصلحة الغير باختلاف نوعية العلاقة الرابطة بين أطراف عملية الاشتراط ككل ، وبالرغم من أن المستفيد ليس طرفا في إنشاء عقد الاشتراط إلا أنه يتأثر بنتائج هذه العملية الثلاثية الأطراف (المشترط ، المتعهد ، المستفيد أو المنتفع)، من حيث الآثار وسندرس أحكام الاشتراط لمصلحة الغير من خلال هذه العلاقات الثلاث.

- **علاقة المشترط بالمتعهد :** هذه يحددها العقد الذي تم فيما بينهما ففي عقد التأمين مثلا يلتزم المشترط بأن يدفع للمتعهد (شركة التأمين) أقساط التأمين في مواعيدها. وتلتزم شركة التأمين في حالة ما إذا كان المشترط قد اشترط لنفسه إلى جانب اشتراطه للغير بأن تقوم بما عليها من التزام نحو المشترط فتدفع له مثلا المبلغ المتفق عليه إذا بقي حيا إلى المدة المتفق عليها ولكل المتعاقدين أن يتمسك قبل الآخر بأوجه الدفع الجائز التمسك بها بالنسبة إلى هذا العقد الذي تم بينهما من أوجه بطلان أو أسباب انقضاء[253].

وبالمقابل يبقى المتعهد ملتزما بتنفيذ التزاماته لفائدة المستفيد أو المنتفع. وإذا امتنع أحد الطرفين من تنفيذ التزاماته حق للطرف الآخر وفقا للقواعد العامة أن يجبره على ذلك ما دام التنفيذ ممكنا، وإلا حق له طلب فسخ العقد مع إمكانية المطالبة بالتعويض إذا كان له موجب[254]. كما خول المشرع للمشترط إلى جانب المستفيد إمكانية مطالبة المتعهد بتنفيذ التزاماته لفائدة المستفيد أو المنتفع ما لم يتم النص في العقد على حصر هذا الحق على المستفيد وذلك وفقا للفصل 35 من ق ل. ع.

- **علاقة المشترط بالمستفيد :** بالرغم من أن المستفيد لا يرتبط بالمشترط بمقتضى عقد مستقل إلا أنه يتأثر بكيفية محسوسة من كل إجراء أو تصرف يقدم عليه المشترط قبل نفاذ الاشتراط في حق المستفيد أو المنتفع. وقياسا على الفقرة الأولى من الفصل 34 إق ل ع . التي

---

[253]- عبد الرزاق السنهوري : مصادر الالتزام . م . س . ص ص 642-643.

[254]- ورد في الفصل 259 من ق ل ع ما يلي "إذا كان المدين في حالة مطل كان للدائن الحق في إجباره على تنفيذ الالتزام ، ما دام تنفيذه ممكنا. فإن لم يكن ممكنا جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد. وله الحق في التعويض في الحالتين..."

تسمح بإنشاء العقد الأساسي للاشتراط بين المشترط والمتعهد معاوضة أو على سبيل التبرع فإن هذا الوصف كذلك ينطبق على العلاقة الثانية التي حصل الاشتراط بسببها ونتيجة لذلك فإن استفادة المنتفع قد تكون معاوضة عن دين أو التزام سابق في ذمة المشترط كأن يبيع هذا الأخير سلعة للمشتري ويشترط عليه تسليم ثمنها للغير الذي كان دائنا له بما يوازي ثمن البضاعة وفي مقابل ذلك فإن استفادة المنتفع قد تكون على وجه التبرع كالتأمين على الحياة لمصلحة شخص ثالث ، أو هبة عقار للمتعهد مع اشتراط أداء الريع السنوي لهذا العقار لمصلحة الشخص المنتفع[255].

على أنه سواء كانت طبيعة العلاقة بين المشترط والمنتفع علاقة تبرع أم كانت علاقة معاوضة ، فإن حق المنتفع في الاستفادة من الاشتراط متوقف على عدم رفضه الاشتراط ، ذلك أنه للمنتفع الخيار بين قبول الاشتراط الجاري لمصلحته ، وبين رفض هذا الاشتراط. فإن أعلن المنتفع رغبته في الاستفادة من الاشتراط استقر حقه نهائيا. والإعلان عن هذه الرغبة لا يخضع لشكل معين ، فيستطيع المنتفع أن يظهر رغبته في أي وقت يشاء ضمن حدود التقادم المسقط[256]. وإذا توفي المنتفع قبل إعلان رغبته ، انتقل حق خياره إلى ورثته وحل هؤلاء محله في الرفض أو القبول.

وإن أعلن المنتفع رفضه الاستفادة من الاشتراط وأخطر المتعهد بهذا الرفض ، اعتبر الاشتراط كأن لم يكن، كما تقدم الإشارة إلى ذلك بمقتضى الفقرة الأخيرة من الفصل 34 من (ق ل ع).

---

[255]- عبد القادر العرعاري: نظرية العقد ، م . س . ص ص 355-356.

[256]- يتم التمييز عادة بين التقادم المسقط والتقادم المكسب فالتقادم المسقط يسقط أو يقضي الحقوق الشخصية والعينية على السواء إذا لم يستعمل صاحب الحق حقه مدة معينة حددها القانون. ونمثل لذلك بآجال سقوط الحق في الشفعة بموجب المادة 304 من مدونة الحقوق العينية فالمشرع اعتبر هذه الآجال أو المواعيد من قبيل آجال السقوط حيث يسقط الحق في الشفعة عند مرور هذه الآجال دون أن تتأثر بقواعد التوقف أو الانقطاع. أما بالنسبة للتقادم المكسب –وتقترن به الحيازة دائما- فيكسب الحائز ما حازه من حقوق عينية بعد أن تستمر حيازته لها مدة معينة حددها القانون. أنظر بخصوص مواعيد كسب الحيازة المواد 250 و 251 من مدونة الحقوق العينية.

- علاقة المتعهد بالمستفيد أو المنتفع : يترتب على الاشتراط أن يكسب المنتفع حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط . وهذا الحق مستمد من عقد الاشتراط متى تم هذا العقد صحيحا. وهو يترتب له دون حاجة إلى قبوله. ولهذا فإنه يكون للمنتفع أن يطالب المتعهد بتنفيذ التزاماته التي يفرضها عليه العقد كما يكون له الرجوع عليه بالتعويض عند امتناعه عن تنفيذ التزامه ، دون أن يكون له الحق في طلب فسخ عقد الاشتراط لأنه ليس طرفا فيه. وللمنتفع أن يستفيد من التأمينات التي قدمها المتعهد ضمانا للوفاء بالتزامه ، ما لم يتبين لضمان حقوق المشترط وحده[257].

فالاشتراط ينتج حق مباشر للمنتفع في ذمة المتعهد وهو الأمر الذي أكده المشرع من خلال الفصل 34 من ق ل ع . "... ينتج الاشتراط أثره مباشرة لمصلحة الغير، يكون لهذا الغير الحق في أن يطلب باسمه من الواعد تنفيذه وذلك ما لم يمنعه العقد من مباشرة هذه الدعوى أو علقت مباشرتها على شروط معينة..."[258]

وفي هذا الصدد أقر المجلس الأعلى ما يلي : " الاشتراط لمصلحة الغير ينتج أثره مباشرة لمصلحة هذا الغير ، وتكون له الصفة في أن يقاضي باسمه الملتزم بتنفيذ ما التزم به متى كان ذلك سببا لاتفاق أبرم معاوضة أو سببا لتبرع الواعد"[259].

---

[257]- عبد الحكم فودة النسبية والغيرية في القانون المدني ، م . س .ص 51.

[258]- ويستخلص من خلال هذا النص النتائج التالية:

- للمنتفع الحق في مطالبة المتعهد بتنفيذ التزاماته باسمه دون حاجة لتدخل المشترط ما لم تكن هذه المطالبة معلقة على شرط معين أو مقيدة بموجب بند في عقد الاشتراط في عقد الاشتراط.
- المشرع يقر للمشترط إمكانية رفض مضمون الاشتراط ، لكنه يلزمه بالمقابل بضرورة تبليغ هذا الرفض للمتعهد (الفقرة الأخيرة من الفصل 34)
- لا حق لدائني المشترط في مزاحمة المنتفع في موضوع الاشتراط لأن حقه هذا اكتسبه مباشرة من ذمة المتعهد وليس عن طريق ذمة المشترط.
- المتعهد يستطيع دفع مطالبة المنتفع بنفس الدفوع الذي يحق له توجيهها للمشترط كما لو امتنع هذا الأخير عن تنفيذ التزاماته المترتبة عن عقد الاشتراط ، أو كان هذا العقد باطلا لسبب من الأسباب.
- في حالة وفاة المشترط بعد إبرام العقد فإنه لا يحق لورثته استرداد موضوع الاشتراط أو الحجز عليه. وفي مقابل ذلك يجوز لورثة المنتفع أو المستفيد بعد وفاته أن يمارسوا حق الخيار الذي كان ثابتا لموروثهم، وإذا حصلت الوفاة بعد إقرار الاشتراط فإن الورثة يحلون محل سلفهم في الاستفادة من موضوع الاشتراط.

[259]- قرار مدني عدد : 972. صدر بتاريخ 1980/12/17 . مجلة قضاء المجلس الأعلى . عدد 27. ص : 49 وما بعدها. منشور أيضا بمجموعة قرارات المجلس الأعلى. ص : 116.

خاتمة

بعد الانتهاء من دراسة هذا البحث والتوصل إلى إعطاء نظرة أولية ، أو وضع أرضية خصبة للانطلاق حول بحث مجموعة من الموضوعات ذات الارتباط بالموضوع والتي في حاجة إلى التنقيب والبحث في أغوارها. وهذا من دون شك سيكون مدخلا لإجلاء الغموض حول مجموعة من الموضوعات التي ظلت حبيسة النصوص القانونية فهذه النصوص تحتاج إلى بحث تفسيراتها ومصدرها ومدى مواكبتها للعصر الحديث ، خصوصا ونحن نتحدث عن القانون المدني الذي يعتبر من أهم القوانين الأكثر جمودا.

وهذا ما حاولنا من خلال بحثنا هذا التوصل إليه عن طريق بحث موضوع الغير عن العقد في التشريع المغربي بين قانون الالتزامات والعقود والقانون العقاري. فقد توصلنا أن موقف التشريع والفقه المغربي من الغير لا يخرج عن ما توصلت إليه النظرية التقليدية في فرنسا بخصوص مفهوم الغير، فقد انطلق الفقه في فرنسا من فكرة أن الغير هو كل من لا ينوشه أثر العقد. وكان لهذا التعريف أهميته في تشجيع العديد من الفقه في الإنكباب حول دراسة هذا الموضوع من خلال بحث الأشخاص الذين لا يعتبرون غيرا ، حيث توصلوا من خلال هذه الدراسة إلى أنه يعتبر "غيرا" كل من لم يكن طرفا في العقد لا أصالة ولا نيابة ، وقد كرس التشريع الفرنسي هذه القواعد التي أخذها منه التشريع المغربي مع القليل من التحفظ على بعضها والذي تفرضه قواعد الشريعة الإسلامية. كما هو الشأن بالنسبة لانتقال التزامات السلف إلى الخلف العام.

ولم يتوقف الفقه الفرنسي عند هذا الحد حيث انتقل لبحث موضوع الغير عن العقد في بعض العقود التي تشكل مجموعة عقدية ، فهذه العقود تتعدد وتتنوع ، لذلك طرح الفقه الفرنسي مسألة تحديد من يتخذ وصف الغير داخل هذه المجموعة. حيث يكون كل من المتعاقدين في المجموعة العقدية على علاقة بينهم وإن لم يكن بينهم علاقة مباشرة ، فالمتعاقد داخل هذه المجموعة يكون تعاقد بواسطة عقد يتماثل بواسطة السبب أو المحل ، وكان لهذه النظرة

انعكاسات شتى ساهمت من دون أدنى شك في تطور مفهوم الغير ، لكن الغلو الكبير في اعتماد هذه النظرية الحديثة كان سببا لعدة انتقادات انصبت بالخصوص حول مساهمة هذه النظرية في تطوير نظرية العقد ، لأنه من غير المنطقي أن يضحى الشخص طرفا في عقد لم يساهم في إبرامه بإرادته هو. لكن هذا لا ينفي محاسن هذه النظرية من ناحية تحديد مفهوم الغير عن العقد داخل المجموعة العقدية. لذلك توصلنا إلى التوصية بإجراء تعديل على الفصل 228 من قانون الالتزامات والعقود فلا يمكن اعتبار الأشخاص الذين لا تربط بينهم علاقة عقدية مباشرة من الغير. وبالتالي يطبق عليهم الأثر النسبي للعقد فهذا الشخص وإن لم تكن له علاقة مباشرة بالمتعاقد الآخر إلا أن له مصلحة تتأثر بمقتضى العقد الذي أصبح بموجبه طرفا في مجموعة عقدية. فالأمر هنا يستدعي مراجعة هذا الفصل بشكل لا يلغي صفة الغير عن الشخص الذي ساهم في تكوين مجموعة عقدية وفي نفس الوقت عدم مواجهته بالأثر النسبي للعقد.

كما أن بحث أثر العقد تجاه الغير في الصورية سمح لنا التوصل لمجموعة من مكامن الخلل في التشريع المغربي خصوصا وأنه لم يخصص سوى الفصل 22 من قانون الالتزامات والعقود لتنظيم أحكام الصورية فقد لوحظ أن هذا الفصل لا يكفي خصوصا وأن المشرع المغربي لم ينظم مجموعة من الآليات التي تضمن للغير الحماية من التصرفات الصورية التي يجريها مدينه. كالدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية وعدم تعرض المشرع لعقد الصورية. الأمر الذي استدعى إلى التوصية بمراجعة هذا الفصل بشكل يستجيب للقوانين المقارنة الحديثة كالتشريع المصري والتشريع السوري.

ومن الاستنتاجات التي توصلنا إليها أيضا أن الغموض الذي يشوب الغير في القواعد العامة يتعداه إلى قواعد القانون العقاري ، فعلى الرغم من أهمية تحديد مفهوم الغير في القانون العقاري لم يتدخل المشرع المغربي إلى تحديده ، حيث ترك المجال للفقه والقضاء في هذا الصدد وقد عرضنا لبعض التعريفات الفقهية للغير في المادة العقارية دون إغفال الموقف القضائي لما لأهميته في حسم الخلاف لكن بدا لنا أن القضاء بدوره لم يحسم في تحديد مفهوم

الغير في هذا المجال. كما طرحت في الساحة القانونية المغربية إشكالية حماية الغير المقيد في الرسم العقاري عن حسن نية ، حيث اعتبرت المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية عقبة أمام هذه الحماية الأمر الذي دعى العديد من المهتمين إلى إجراء تعديل على هذه المادة ونحن من أنصار هذا الرأي الأخير.

ثم تعرضنا أخيرا إلى الاستثناءات التي ترد على مبدأ نسبية آثار العقد لما لأهمية هذا الموضوع في تكوين نظرة شامة حول مفهوم الغير الذي يتأثر بالعقد إما سلبا أو إيجابا أحيانا رغم أنه يعتبر غيرا أجنبي أصلا عن العقد ، وهذا هو ما نقصده بالغير في معناه الضيق والذي يأخذ به الفقه المغربي.

لائحة المراجع:

المراجع العامة

- ✓ أنور سلطان: مصادر الالتزامات ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت لبنان ، 1983.
- ✓ مأمون الكزبري: التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي ، -الجزء الأول- شركة الهلال العربية للطابعة والنشر الرباط الطبعة الثانية 1987.
- ✓ مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود المغربي -الجزء الأول- مصادر الالتزامات، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء. دون ذكر تاريخ الطبع.
- ✓ مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود –الجزء الثاني- أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه ، مطبعة النجاح الجديدة دون ذكر تاريخ الطبع.
- ✓ مصطفى الجارحي: عقد المقاولة من الباطن، دار النهضة العربية القاهرة: 1988.
- ✓ ادريس العلوي العبدلاوي: شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام –نظرية العقد- مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى 1996.
- ✓ عبد الفتاح بنوار، "المجموعات القانونية والقضائية المغربية، مجموعة القانون المدني، قانون الالتزامات والعقود" مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1996.

- ✓ محمد الكشبور: الكراء المدني والكراء التجاري، دراسة في نطاق ظهير 24 ماي 1955 وظهير 25 دجنبر 1980. الطبعة الأولى 1997.
- ✓ عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد –المجلد الأول- نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان الطبعة الثالثة 1998.
- ✓ عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الجزء الثالث) نظرية الالتزام بوجه عام – الأوصاف- الحوالة – والانقضاء- منشورات الحلبي الحقوقية بيروت – لبنان الطبعة الثالثة 1998.
- ✓ عبد الرزاق السنهوري -الوسيط في القانون المدني- الجزء الأول، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت – لبنان 1998 الطبعة الثالثة.
- ✓ محمد بن معجوز: الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء طبعة 1999.
- ✓ عبد الله الدرقاوي: أسس وأثار حوالة الحق والدين في الفقه الاسلامي والتشريع الوضعي ، الطبعة الأولى 2002.
- ✓ إدريس السماحي: "القانون المدني الحقوق العينية التحفيظ العقاري" مطبعة أمبرزار- مكناس الطبعة الأولى 2003.
- ✓ محمد الكشبور: "التطهير الناتج عن تحفيظ العقار تطور القضاء المغربي قراءة في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 29 دجنبر 1999" مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى 2005.
- ✓ عبد الحق صافي: القانون المدني الجزء الأول: المصدر الإرادي للالتزامات ، العقد الكتاب الثاني – آثار العقد- مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى 2007.

- ✓ ابن عاصم الأندلسي : "البهجة في شرح التحفة" على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي وحاشيته للإمام أبي عبد الله محمد التاودي ، دار الرشاد الحديثة الدار البيضاء المغرب 1429 ه 2008 م.
- ✓ مصطفى مالك: حوالة العقد- دراسة مقارنة مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2008.
- ✓ حاتم بن عبد الحميد الرواتبي: الحماية القانونية للدائن العادي دار الميزان للنشر سنة 2008 تونس .
- ✓ عبد القادر العرعاري: الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع، مطبعة دار الأمان، الرباط الطبعة الثالثة 2011.
- ✓ محمد خيري: مستجدات قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ط 2013.
- ✓ محمد خيري: العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي ، مطبعة المعارف الجديدة الرباط -طبعة 2014.
- ✓ عبد القادر العرعاري: مصادر الالتزامات الكتاب الأول –نظرية العقد- مطبعة الأمنية الرباط الطبعة الرابعة 2014
- ✓ نزهة الخلدي: الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، الكتاب الأول : العقد – الإرادة المنفردة- الإثراء بلا سبب ، مطبعة تطوان ، الطبعة الثانية 2015.
- ✓ المختار بن أحمد العطار: التحفيظ العقاري في ضوء التشريع المغربي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الثانية 2016 .
- ✓ حفيظة البشيري: سوء النية وآثاره على التقييد بالسجل العقاري منشورات مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع- الرباط سلسة البحوث الجامعية العدد 18. 2017.

المراجع الخاصة

- ✓ صبري حمد خاطر: "الغير عن العقد" دراسة في النظرية العامة للالتزام، الناشر الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع عمان. الطبعة الأولى 2001.
- ✓ حسن محمد بودي: حقوق الغير في العقود المالية في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، طبعة سنة 2004.
- ✓ عبد الحكم فودة: النسبية والغيرية في القانون المدني، دار الألفي المنيا مصر دن ذكر تاريخ الطبع.
- ✓ محمد محروك: مفهوم الغير في العقد التحديد والآثار – دراسة مقارنة- أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث: القانون المدني جامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2005. 2006.
- ✓ عادل الغنوبي: الغير عن العقد في القانون المغربي والقانون المقارن، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة. السنة الجامعية 2013-2014.
- ✓ هشام المراكشي: مفهوم الغير في التشريع المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الخامس الرباط السنة الجامعية 2014- 2015.
- ✓ عادل الغنوبي: تحقيق الأمن القانوني لمركز الغير في ظل ثبوت تاريخ العقد وتقييده- ، أشغال الندوة الوطنية المنظمة يومي 25 و 26 نونبر 2016 بعنوان العقار والتعمير والاستثمار ، إعداد وتنسيق الأستاذ ادريس الفاخوري مطبعة المعارف الجديدة الرباط الطبعة الأولى 2017.

الأطروحات والرسائل

- ✓ عبد العالي دقوقي : الإلغاء والتشطيب في التشريع العقاري المغربي ، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق شعبة القانون الخاص وحدة التكوين والبحث في القانون المدني كلية الحقوق جامعة محمد الخامس أكدال الرباط السنة الجامعية 2001-2002.
- ✓ عبد الغني عواد: بيع ملك الغير بين النص القانوني والفقه الإسلامي. رسالة لنيل دبلوم الماستر في العقود والعقار، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2014-2015.
- ✓ سفيان موعلي: قاعدة تطهير العقار و إدماج الملكية العقارية في التنمية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجماعية – طنجة- السنة الجامعية 2014-2015.
- ✓ علي طوير –مركز حسن النية في النظام العقاري المغربي- رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، جامعة الحسن الثاني ، بسطات السنة الجامعية 2013/ 2014.
- ✓ نسرين أبادر : حرية التعاقد رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية -طنجة- السنة الجامعية 2010- 2011.
- ✓ محمد بن جلون: الرسم العقاري بين التأسيس والتحيين، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2002-2003.

الندوات والمقالات:

- ✓ فتيحة الطلحاوي : أي حماية قانونية للمقيد حسن النية في ظل القانون العقاري (07.14 و 08.39)؟ ، أشغال الندوة الوطنية المنظمة يومي 25 و 26 نونبر 2016 بعنوان العقار والتعمير والاستثمار ، إعداد وتنسيق الأستاذ ادريس الفاخوري مطبعة المعارف الجديدة الرباط الطبعة الأولى 2017 .
- ✓ بوحماد عبد القادر: -حدود الحماية القانونية والقضائية للتقييدات بحسن نية- الندوة الوطنية في موضوع ، الأمن العقاري . دفاتر محكمة النقض عدد : 26 مطبعة الأمنية الرباط 2015.
- ✓ سعيدة بنموسى –حدود الحماية القانونية والقضائية للغير المقيد عن حسن نية- الندوة الوطنية في موضوع ، الأمن العقاري . دفاتر محكمة النقض عدد : 26 مطبعة الأمنية الرباط 2015.
- ✓ حسن فتوخ : معايير سوء النية في التصرفات العقارية من خلال القضاء المغربي ، مقال منشور بمجلة فضيلة ، سلسلة الاجتهاد القضائي ، العدد 2013 ، ص.

الفهرس

مقدمة 1
الفصل الأول 8
تحديد مفهوم الغير بالنسبة للعقد 8
المبحث الأول: المفهوم التقليدي والحديث للغير عن العقد 10
المطلب الأول: المفهوم التقليدي للغير 10
الفقرة الأولى: مدلول الغير في التشريع والقضاء 10
أولا: مدلول الغير في اللغة والاصطلاح 11
ثانيا: مدلول الغير في التشريع 12
ثالثا: مدلول الغير في القضاء 14
الفقرة الثانية: مدلول الغير في الفقه 19
المطلب الثاني: المفهوم الحديث للغير 25
الفقرة الأولى: تطور مفهوم الغير وفقا لنظرية المجموعة العقدية 27
الفقرة الثانية: مفهوم الغير طبقا لتطوره الحديث 30
المبحث الثاني: تمييز الغير عن المفاهيم المشابهة 34
المطلب الأول: تمييز الغير عن مفهوم الطرف والخلف العام 36
الفقرة الأولى: تمييز الغير عن مفهوم الطرف 36
الفقرة الثانية: تمييز الغير عن مفهوم الخلف العام 40
أولا: الخلف العام في حكم المتعاقد 41
ثانيا: الخلف العام في مركز تعاقدي نسبي 43
المطلب الثاني: تمييز الغير عن الخلف الخاص والدائنين 44
الفقرة الأولى: تمييز الغير عن مفهوم الخلف الخاص 45
أولا: الاتجاه القائل بازدواجية الوصف بالنسبة للخلف الخاص 47
ثانيا: الاتجاه الرافض لاعتبار الخلف الخاص من الغير 49
ثالثا: الاتجاه المؤيد لاعتبار الخلف الخاص من الغير 49
الفقرة الثانية: تمييز الغير عن مفهوم الدئن العادي 53

أولا: المتنازع عليه حول وصف الدائن العادي 54
ثانيا: موقف المشرع المغربي من مركز الدائن العادي..... 59
الفصل الثاني..... 61
أثر العقد بالنسبة للغير..... 61
المبحث الأول: أثر العقد بالنسبة للغير في الصورية والتقييد في السجل العقاري 63
المطلب الأول: أحكام الصورية بالنسبة للغير 63
الفقرة الأولى: تحديد الغير في الصورية..... 64
أولا: تحديد الغير حسب صورية العقد..... 64
ثانيا: موقف المشرع المغربي من تحديد الغير في الصورية..... 68
الفقرة الثانية: الصورية كمعيار لإثبات سوء نية الغير المقيد..... 71
أولا: طبيعة دعوى الصوية 71
ثانيا: المعايير القضائية لاستخلاص الصورية 73
المطلب الثاني: حجية التقييدات في الرسم العقاري تجاه الغير..... 74
الفقرة الأولى: حجية تقييد الغير حسن النية 75
الفقرة الثانية: حجية تقييد الغير سيء النية..... 81
المبحث الثاني 83
آثار حوالة الحق بالنسبة للغير والاستثناءات الواردة على قاعدة النسبية 84
المطلب الأول: آثار حوالة الحق بالنسبة للغير..... 84
الفقرة الأولى: صيرورة نفاذ الحوالة في حق الغير..... 85
أولا: تحديد معنى الغير في الحوالة..... 85
ثانيا: شروط نفاذ الحوالة تجاه المدين و الغير 86
الفقرة الثانية: نفاذ الحولة إزاء المدين و الغير بمجرد الانعقاد أو اتباع إجراءات غير الاعلان والقبول..... 89
المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على قاعدة نسبية آثار العقد 92
الفقرة الأولى: التعهد عن الغير..... 93
أولا: تعريف التعهد عن الغير..... 93

ثانيا: موقف قانون الالتزامات والعقود المغربي من مؤسسة التعهد عن الغير..... 95
ثالثا: مقومات التعهد عن الغير وتمييزه عما يقاربه..... 96
رابعا: قبول الغير للتعهد أو رفضه..... 97
الفقرة الثانية: الاشتراط لمصلحة الغير 100
أولا: تعريف الاشتراط لمصلحة الغير وتمييزه عن التعهد عن الغير..... 100
ثانيا: شروط تحقق الاشتراط لمصلحة الغير 101
ثالثا: آثار الاشتراط لمصلحة الغير..... 105
خاتمة 108
لائحة المراجع:..... 110

جامعة عبد المالك السعدي
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
- طنجة -

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – طنجة
FSJES TANGER

بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص

ماستر القانون المدني والأعمال

الغير عن العقد في التشريع المغربي "دراسة على ضوء قانون الالتزامات والعقود والقانون العقاري"

إعداد الطالب الباحث :
حذيفة الشعرة

تحت إشراف الدكتور:
محمد بن يعيش

أعضاء لجنة المناقشة :

الدكتور: هشام بوحوص	رئيسا
الدكتور: محمد بن يعيش	مشرفا وعضوا
الدكتور: عبد الله أشركي أفقير	عضوا
الدكتور: عمر الحواشي	عضوا

السنة الجامعية : 2017-2018

مقدمة

يعني العقد بصورة أدق "توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني" ذلك أن كل طرف في العقد تنعقد إرادته على أمر معين ، بالتقاء الإرادتين واقتران إيجاب الإرادة الأولى بقبول الإرادة الثانية برابطة قانونية تهدف إلى ترتيب أثر قانوني ، فكل من ساهم بإرادته في إبرام عقد معين يعتبر طرفا في هذا العقد ، ولما يوصف الشخص بالطرف نعني بذلك انصراف أثر العقد إليه. وهذا أمر طبيعي تكرسه مبادئ العدالة التعاقدية ، فلا يكون من العدالة أن يلزم طرف بعقد لم يساهم هو بإرادته في إبرامه ، فالشخص الذي لم يبادر إلى إبرام التصرف إنما ذلك نابع عن عدم اهتمامه بهذا التصرف ، لذا فاحتراما لإرادته كان لازما أن لا يعنيه العقد بما يرتبه من آثار سواء كانت نافعة أم ضارة به. وهذا الأخير هو ما نعنيه بمفهوم الغير عن العقد. بمعنى أن كل من لم يساهم في إبرام عقد يعد غيرا عنه ، وبالتالي لا ينصرف إليه أثره.

وهذا معنى سليم من ناحية التأصيل المبدئي لكنه لا يكفي لدفع الغموض الذي يشوب مصطلح "الغير" فالأمر يستدعي الوقوف على تحديد من الشخص الذي لا ينصرف إليه أثر العقد أي بمعنى آخر من هم فئة هذا الغير الذين لا ينصرف إليهم آثار العقد. هل هم الخلف الخاص أو العام أم الدائن العادي أم الأجنبي أصلا عن العقد الذي لا يعتبر طرفا ولا خلفا ولا دائنا ؟.

في الحقيقة يصعب الحسم في هذا الموضوع وإن كان يبدو ذلك من السهولة بما كان ، فلو سلمنا أن الخلف و الدائن العادي من الغير ، فيعني أن هؤلاء لا يواجهون بالأثر النافع أو الضار للاتفاق ، ولكن الأمر على العكس من ذلك فالخلف ليسوا طرفا في العقد وكذلك الدائن وعلى الرغم من ذلك ينصرف إليهم أثر العقد ويتأثرون به[1].

[1]- ورد في الفصل 229 من ق ل ع "تنتج الالتزامات أثرها لا بين المتعاقدين فحسب ولكن ، أيضا بين ورثتهما وخلفائهما..."
كما ورد بمقتضى الفصل 1241 "أموال المدين ضمان عام لدائنيه ، ويوزع ثمنهما عليهم بنسبة دين كل واحد منهم ما لم توجد بينهم أسباب قانونية للأولية"

ولأن التشريعات تستخدم مصطلح الغير مرارا دون أن تتدخل لتحديد معناه كان لزاما على الفقه أن يتدخل لوضع معايير تسمح على الأقل كشف الرؤية حول مفهوم الغير. وقد كان الفقه الفرنسي[2] سباقا إلى دراسة مفهوم الغير ، إذ كان لهذا الفقه الدور الكبير في تطور مفهوم الغير من النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة.

فالنظرية التقليدية تقتصر على أن للغير مفهوم واسع ويشمل كل من الخلف والدائنين ومفهوم آخر ضيق ، أو الغير بمعناه الضيق ، وهو كل من لم يكن طرفا ولا خلفا عاما أو خاصا ولا دائنا[3].

والحقيقة أن الفقه المغربي[4] بدوره استقر على هذا المفهوم التقليدي للغير فنجده يتوقف عند هذا الحد وإن كانا الأستاذين عبد الحق صافي و عبد القادر العرعاري. أكثر جرأة لما اعتبرا

---

[2]- من أهم هؤلاء الفقهاء الفرنسيين: الفقيه دبران DEBRAND في مؤلفه
– DEBRAND/ de la nation de tiers / these (Imprimee) . dijon . 1820
والفقيه في WELL في مؤلفه:
- WELL/ le principe de la relativite des conventions en droit prive Français (1) these (Imprimee) paris . 1938.

[3]- في الحقيقة وبعد الإطلاع على بعض نصوص قانون الالتزامات والعقود المغربي وخصوصا النصوص المنظمة لآثار الالتزامات يلاحظ أن المشرع المغربي أخذ بموقف النظرية التقليدية تجاه مفهوم الغير حيث كرس نفس مقتضيات التشريع الفرنسي بخصوص سريان آثار العقد تجاه غير أطرافه. باستثناء بعض الحالات التي حاول المشرع من خلالها مراعاة بعض أحكام الشريعة الإسلامية كما هو الشأن بالنسبة لانتقال الالتزامات إلى الخلف العام كما سيأتي ذكر ذلك بتفصيل في هذا البحث.

[4]- أنظر بهذا الصدد
- مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود المغربي -الجزء الأول- مصادر الالتزامات، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء. دون ذكر تاريخ الطبع. ص 252 وما بعدها.

- ادريس العلوي العبدلاوي: شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام –نظرية العقد- مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى 1996. ص 664 وما بعدها.
- عبد القادر العرعاري: مصادر الالتزامات الكتاب الأول –نظرية العقد- مطبعة الأمنية الرباط الطبعة الرابعة 2014 . ص 331 وما بعده.
- عبد الحق صافي: القانون المدني الجزء الأول: المصدر الإرادي للالتزامات ، العقد الكتاب الثاني – آثار العقد- مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى 2007 ص 7 وما بعدها.

الخلف الخاص والعام وكذا الدائنين في حكم المتعاقد. لكن هذا لا يعدو أن يكون سوى تكريس لمبدأ المفهوم الواسع والضيق للغير ليس إلا. (يعني المفهوم التقليدي).

لكن التطور الذي شهدته نظرية العقد ذاتها كان عاملا أساسيا أمام ظهور مفهوم جديد للغير ، فنظرية العقد لم تعد تكتفي بوجود علاقة ثنائية بين المتعاقدين لتنظيم العلاقات العقدية المتعددة والمتنوعة وعلى وجه الخصوص في الميدان التجاري ، حيث تتداخل تلك العلاقات لتكوين عملية اقتصادية واحدة. وأبرز مثال على ذلك هو عقد الليسنك (Leasing) إذ أن هذا العقد يؤدي إلى تداخل العلاقات بين ثلاث أشخاص لتكوين عملية واحدة تنشأ بين البائع والمؤجر والمستأجر ، فالمؤجر في هذا العقد يلعب دورا رئيسيا في إبرام كل من عقد البيع وعقد الإيجار ، فلا يمكننا أمام هذا الوضع القول أن عقد الليسنك (أو عقد الائتمان الإيجاري) يتكون من عقود يستقل بعضها عن البعض الآخر ، فهو يشكل مجموعة عقدية يتأثر أطرافها إما سلبا أو إيجابا حسب الظروف الاقتصادية ، لذلك طرحت مسألة المعيار الذي يجب اعتماده لتحديد معنى الغير في هذه المجموعة. فهل يمكن اعتبار المستأجر في عقد الليسنك غيرا في علاقته بالبائع على الرغم من أنه لولا حاجة المستأجر في الكراء لما كان المؤجر في حاجة إلى إبرام العقد مع البائع ؟ كما أن البائع قد يقوم بعملية القرض لاقتناء الأدوات أو المعدات التي عاود بيعها إلى المؤجر وهنا قد تتشابك العلاقات مما يزيد الأمر صعوبة لاستجلاء الغموض حول مفهوم الغير في ظل تعدد العلاقات العقدية.

هذا ويتعدد استعمال مصطلح "الغير" في ميادين شتى منها الميدان العقاري ليختلف معناه من ميدان إلى آخر. فلما نتحدث عن مفهوم الغير في القواعد العامة ليس هو مفهوم الغير في القانون العقاري[5] ، لذلك فالغير هنا يأخذ معنى آخر يستقل فيه عن معنى الغير وفقا للقواعد العامة.

[5]- نقصد بالقانون العقاري في هذا الإطار كل من مدونة الحقوق العينية وظهير التحفيظ العقاري وكذا كل التشريعات الخاصة المتعلقة بالعقار لأنه لا مجال اليوم للحديث عن ظهير التحفيظ العقاري و مدونة الحقوق العينية بشكل مستقل عن الآخر ما دام

ويطرح الغير وفقا لأحكام القانون العقاري عدة إشكالات لطالما كانت الشغل الشاغل لدى المشرع والقضاء والفقه المغربي ، فمن زاوية طرحت مسألة مفهوم الغير في مسطرة التحفيظ خصوصا وأن المشرع استعمل مصطلح الغير في عدة نصوص كما هو الشأن بالنسبة للفصل 84 من ظهير التحفيظ العقاري[6] دون أن يقوم بتحديد معناه ، كما أن طالب التحفيظ قد يلجأ إلى التصرف في الملك موضوع التحفيظ دون أن يلجأ المتصرف إليه إلى سلوك مسطرة الإيداع أو الخلاصة الإصلاحية فيتأسس الرسم العقاري باسم طالب التحفيظ لذلك نتساءل حول ما إذا كان الخلف الخاص يعد استثناء من قاعدة التطهير ؟ ومن زاوية أخرى طرحت مسألة مفهوم الغير بعد تأسيس الرسم العقاري أي مرحلة التقييدات. إذ شكلت المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية منعطفا هاما في التشريع العقاري المغربي خلفت عدة تضاربات بين مؤيد ومعارض. خصوصا أمام تعارض هذه المادة مع مقتضيات الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري. لذلك نتساءل حول ما إذا كان المشرع المغربي استطاع أن يوفق بين مصلحة الغير المقيد عن حسن نية وكذا مصلحة المتصرف إليه الأول دون أن يلجأ إلى تقييد حقه ؟.

أهمية الموضوع

إن دراسة الغير عن العقد ذات أهمية كبرى خصوصا وأن المشرع لا يتدخل لوضع تحديد ثابت للغير بالنسبة للعقد مما يتيح المجال من الناحية النظرية في طرح النقاش حول مفهوم الغير في العقد ومركز هذا الغير فيه وجرد الحالات التي يكون فيها الغير في منأى عن العقد ومتى يتم الخروج عن المبدأ النسبي للعقد؟ وكذا تحديد الأحوال التي يتأثر فيها هذا الغير من العقد .

أن المشرع المغربي تدخل لتوحيد المقتضيات المتعلقة بالحقوق العينية على العقارات سواء كانت محفظة أو غير محفظة أو في طور التحفيظ وذلك بموجب القانون 39.08.

[6]- ظهير شريف صادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) بشأن التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتتميمه بالقانون رقم 14.07.

كما أن لدراسة الغير عن العقد أهمية عملية تتجلى في كونها تكسب العقد صفة المرونة وتحقيق استقرار المعاملات التعاقدية الذي يعتبر مطلبا لكل الفئات المتعاقدة.

دوافع اختيار الموضوع

إن البحث في موضوع الغير عن العقد له أهمية قصوى في التسهيل على الباحث من امتلاك الآليات القانونية التي تعتبر مفتاحا لدراسة القانون المدني من خلال تسهيل استيعاب مجموعة من الموضوعات التي يجد الباحث صعوبة في التمكن منها ، ولعل هذا الأمر كان هو الدافع الأساس في اختياري لهذا الموضوع. كما أن إغناء النقاش حول هذا الموضوع في الساحة القانونية المغربية كان حافزا أساسيا لدراسة هذا الموضوع الذي لم يحظى بأهمية كبيرة عندنا في المملكة المغربية. زيادة على ذلك حاولت أن أعطي لهذه الدراسة خصوصية من خلال دراسة الغير عن العقد بين قانون الالتزامات والعقود والقانون العقاري ، وذلك راجع إلى الأهمية التي أضحى يحظى بها مفهوم الغير في التشريع العقاري. فكانت هذه كلها دوافع مشجعة بالنسبة لي في اختيار هذا الموضوع.

إشكالية البحث

تتحدد إشكالية هذا الموضوع بالأساس في بروز مفهوم الغير في القانون المغربي خاصة في الميدان العقاري وإثارته لمجموعة من الاشكالات في إطار العلاقات بين الأشخاص. وعليه كيف يمكن تحديد مركز الغير عن العقد في التشريعين المدني والعقاري لتحديد مدى انصراف أثر العقد إليه ؟.

وتتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية عدة تساؤلات فرعية:

- ما هو مفهوم الغير في قانون الالتزامات والعقود و القانون العقاري؟

- ما هو مركز الغير من مفهوم الخلف والدائن العادي ؟

- ماهي الآثار المترتبة بالنسبة للغير في الصورية والتقييد في الرسم العقاري ؟

- ماهي الآثار المترتبة بالنسبة للغير في حوالة الحق ؟

- ما هي الاستثناءات الواردة على قاعدة نسبية آثار العقد ؟

المناهج المعتمدة في دراسة البحث

تعتبر من أهم المناهج التي اعتمدتها في دراسة هذا البحث كل من المنهج المقارن والمنهج التحليلي.

أما المنهج المقارن فقد وظفته في مقارنة بعض نصوص التشريع المغربي ببعض التشريعات المقارنة كالتشريع الفرنسي. وكذا مقارنة الاجتهادات القضائية والآراء الفقهية ذات الارتباط بالموضوع. وبالنسبة للمنهج التحليلي فقد استعنت به في تحليل بعض النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع سواء في المادة العقارية ، أو في قانون الالتزامات والعقود.

وسنبحث هذا الموضوع من خلال تقسيمه إلى فصلين:

الفصل الأول : تحديد مفهوم الغير بالنسبة للعقد

الفصل الثاني: أثر العقد بالنسبة للغير

الفصل الأول

تحديد مفهوم الغير بالنسبة للعقد

يعتبر الغير من المفاهيم القانونية الذي يختلف معناه حسب الوصف الذي تتخذه تطبيق القواعد القانونية. وهذا ما يضفي عليه أهمية بارزة خصوصا وأن مفهوم الغير يطبعه الغموض. ولعل عدم تحديده بصورة دقيقة جعله عرضة للاستعمال في ميادين شتى.

ولقد طرحت مسألة مفهوم الغير بشدة على الساحة القانونية والفقهية والقضائية في بعض التشريعات، ويعزى الجدل الذي التصق بمفهوم الغير، إلى عدم وجود مفهوم ثابت له، ولأجل طرح مقاربة لمفهوم الغير في العقد ، بذلت مجهودات فقهية وقضائية ، على الرغم من أنها لم تتفق على تعريف موحد للغير، وقد انقسمت إلى اتجاهين هامين: الأول اتجاه تقليدي ، والثاني اتجاه حديث متطور (المبحث الاول).

ولعل الغرض الذي يدفع إلى تحديد مفهوم دقيق للغير هو حصر الأشخاص الذين لا يطالهم أثر العقد، وقد يبدو هذا الأمر من الصعوبة بما كان أمام سريان آثار العقد في حق حتى من لم يكن طرفا فيه بشخصه أو بمن يمثله. لأنه لا يمكن البتة حصر آثار العقد على أطرافه وبتالي التسليم بالقول الذي يعتبر الغير، كل طرف لا يتأثر بمقتضيات العقد.

فهناك من الأشخاص ممن لا يتأثرون بآثار العقد ، إذن فهم من فئة الأغيار، ومن الأشخاص من يتأثرون بآثار العقد على الرغم من أنهم ليسوا بأطراف فيه ولا ممثلين فيه، لذلك وجب تحديد مركز الغير من بعض المفاهيم التي تقرب منه. و مثال الخلف العام والخلف الخاص والدائن العادي والطرف في العقد (المبحث الثاني).

المبحث الأول: المفهوم التقليدي والحديث للغير عن العقد

يشكل الغير واحدا من المصطلحات التي تستعمل في التشريعات. دون أن يتدخل المشرع لتحديد معناها وهذا ما يصدق على التشريع المغربي إذ أن المشرع سكت عن تحديد معنى الغير بالنسبة لأثر العقد[7]. مما ساهم في جمود مفهوم الغير ولمدة ليست بالقصيرة، ولقد ساهم الفقه التقليدي في فرنسا في بقاء الغموض لصيق بالغير لكن هذا المفهوم التقليدي اصطدم بالواقع العملي ، حيث لم يعد بالإمكان النظر إلى الغير وفق تلك النظرة الضيقة التي لم تعد تتسع لتشمل الروابط العقدية، مما أدى إلى حصول تطور مهم في مفهوم الغير.

ولإيضاح ذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: المفهوم التقليدي للغير

المطلب الثاني: المفهوم الحديث للغير

المطلب الأول: المفهوم التقليدي للغير

يتميز تحديد الغير حسب المفهوم التقليدي بحصر هذا اللفظ في مفهوم ثابت ومستقر سواء على الصعيد التشريعي أو القضائي، (الفقرة الأولى) أو على صعيد الفقه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مدلول الغير في التشريع والقضاء

قبل الوقوف على مدلول الغير في التشريع والقضاء لابد من الوقوف على مدلوله من الناحية اللغوية والاصطلاحية نظرا لما لهذا التحديد من أهمية في ضبط المصطلحات.

[7]- نظم المشرع المغربي آثار الالتزامات بوجه عام بمقتضى الفصول من 228 إلى 305 من قانون الالتزامات والعقود.

أولا: مدلول الغير في اللغة والاصطلاح

تأتي كلمة غير في اللغة لمعان عدة:

فتأتي بمعنى (إلا) مثل لا إله **إلا** الله ، بمعنى إفراد الله تعالى بالعبادة أي لا معبود بحق غير الله.

و تأتي بمعنى سوى، والجمع أغيار، وهي كلمة يوصف بها ويستثنى ، فإن وصف بها أتبعتها إعراب ما قبلها، وإن استثنيت بها أعربتها بالإعراب الذي يجب للاسم الواقع بعد إلا ، وذلك أن أصل غير صفة واستثناء[8].

ومنه قوله تعالى "قل إن أخذ اللهُ سمعكم وأبصاركم وختم على قلوبكم مَّن إله غيرُ اللهِ يأتيكم به انظر كيف نصرف الآيات ثم هم يصدفون"[9].

وبالنسبة للتحديد الاصطلاحي للغير فإنه نجد بعض الفقه[10] عند الحديث عن التحديد الاصطلاحي للغير يميز ما إذا كان هذا الغير، أجنبيا عن العقد المبرم أو غير أجنبي عنه، حيث يكون أجنبيا عن العقد إذا لم يكن له حق فيه ، ويتحقق ذلك في كل شخص لا تربطه صلة بالمتعاقد أو بمحل العقد ويكون غير أجنبي إذا كان له حق في العقد يخول له الطعن فيه.

وبالنسبة لموقف الفقه الإسلامي من تعريف الغير، فبالرجوع إلى مصنفات[11] الفقهاء القدامى نجد أنها لم تتعرض لوضع تعريف اصطلاحي للغير، وإنما كان الفقهاء يذكرون خصائصه خاصة في باب البيع والوكالة، حيث يهتمون أكثر بوضع الضوابط الفقهية لحماية الغير[12].

---

[8]- لسان العرب لابن منظور، ص. 1053.

[9]- سورة الأنعام الآية 46.

[10]- حسن محمد بودي: حقوق الغير في العقود المالية في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، طبعة سنة 2004، ص 13.

[11]- من أهم هذه المصنفات:

- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام الكساني.
- الشرح الكبير للإمام الدردير.

[12]- هشام المراكشي: مفهوم الغير في التشريع المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الخامس الرباط السنة الجامعية 2014- 2015 ص ص 11 و 12.

ثانيا: مدلول الغير في التشريع

إن البحث عن الأصل التشريعي لمصطلح الغير يعود بنا إلى القانون الروماني ، حيث أطلقت كلمة الأجنبي (aliis) على الشخص الذي لا ينفعه الأمر المتفق عليه بين شخصين آخرين ولا يضره ولم تلبث هذه الكلمة أن أصبحت محل عناية المشرع الفرنسي بعد أن أخذها الفقه الفرنسي[13] من القانون الروماني، وكرس لها الفصل 1165 من القانون المدني ، على اعتبار أن الشخص الذي يوصف أنه غير لا يمكن أن ينفعه العقد أو يضره[14].

وبالرجوع إلى قانون الالتزامات والعقود المغربي والقانون العقاري[15] نلاحظ أن مصطلح الغير استعمل في عدة مواضيع مرتبطة غالبا بترتيب آثار الالتزامات[16] أو تحديد مراكز بعض الأشخاص من التصرفات التي يجريها أطراف العقد[17]. هذا وقد ورد في مضامين الفصل 230 من قانون التزامات والعقود المغربي " الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح

---

[13]- من هؤلاء الفقهاء الفقيه دوما domat الذي نقل كلمة الغير من القانون الروماني وأصبحت عنده بما اصطلح على تسميته بالشخص الثالث وقد حاول بوتيه pouther أن يعطي لهذه الكلمة معنى أقل تعقيدا و أكثر دقة فاستخدم بدلا عنها كلمة "الغير".

[14]- للتوسع أكثر في هذا الموضوع يمكن الاطلاع على مرجع الأستاذ صبري حمد خاطر، "الغير عن العقد" دراسة في النظرية العامة للالتزام، الناشر الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع عمان. الطبعة الأولى 2001. ص 15 وما بعدها

[15]- لم يحدد القانون العقاري المغربي ما يقصده بلفظ الغير وذلك راجع إلى صعوبة إعطاء كلمة الغير معنى شامل وموحد في مجال القانون العقاري كما هو الشأن بالنسبة لمفهومها وفقا للمبادئ العامة. فقد عرفه الأستاذ مأمون الكزبري بأن المقصود بالغير في القانون العقاري هو الشخص الذي يتمتع بحق عيني مسجل في السجل العقاري.
كما عرفه الأستاذ محمد خيري بأنه "يعني جميع الأشخاص الذين لم يكونوا أطرافا في العقد أو التصرف غير المسجل ولكن تكون لهم مصلحة تتأثر بهذا التسجيل فيعتبر بالتالي من الغير الذي لا تسري عليهم الحقوق غير المقيدة ومنهم:
- الخلفاء الخصوصيون الذين اكتسبوا حقوق على العقار
- الدائنون العاديون وكذا جماعة الدائنين في حالة إعسار صاحب العقار
أما الورثة أو الموصى لهم بوجه عام فلا يعترون في الأصل من الغير"
للتوسع في هذا الموضوع يمكن الرجوع إلى المراجع التالية:
- مأمون الكزبري: التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 1987. ص258
- محمد خيري: مستجدات قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ط 2013 صفحة 587
- حفيظة البشيري: سوء النية وآثاره على التقييد بالسجل العقاري منشورات مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع- الرباط سلسة البحوث الجامعية العدد 18. 2017 ص 22.

[16]- يمكن الرجوع في هذا الصدد على الفصول 22 و 228 و 229 و 489 ... من قانون الالتزامات والعقود.

[17]- يمكن الرجوع في هذا الصدد على المواد 2 و 13 من مدونة الحقوق العينية والفصول 66 و 84 من ظهير التحفيظ العقاري.

تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئيها ، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاهما معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون ".

فالقاعدة إذن أن العقد شريعة المتعاقدين وقد عبر المشرع الفرنسي عن ذلك في الفصل 1134 بقوله: " الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقديها " كما ورد بهذا الصدد في القانون المدني المصري والقانون المدني السوري أن " العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون "[18].

وبالتالي فإن التوجه الذي تبناه المشرع المغربي كبقية التشريعات ، هو التصور الفردي التقليدي الذي يعتمد الإرادة كعنصر محدد للطرف في العقد ، بمعنى أن إنشاء العقد وترتيب آثاره يظل حبيس الإرادة التي أنشأته.

فلفظ " منشئيها " المستعملة من طرف المشرع في الفصل أعلاه ، تدل بشكل واضح لا يترك مجالا للشك، على أن الأمر يتعلق بمن تدخلت إرادته في تكوين العقد دون تنفيذه[19].

ويقضي تحديد المشرع للفظ الغير إبداء الملاحظات التالية:

1- غياب أساس أو معيار قانوني واضح لتحديد مفهوم الغير من قبل المشرع في إطار قانون الالتزامات والعقود.

2- الاتجاه السائد في استعمال المشرع للفظ الغير يهدف إلى المعنى الضيق لمفهوم الغير، كما هو الشأن بالنسبة للفصل 228[20] من ق. ل. ع. المتعلق بنسبية أثر العقد.

---

[18]- مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود المغربي -الجزء الأول- مصادر الالتزامات، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء. دون ذكر تاريخ الطبع. ص ص 245 و 246.

[19]- مصطفى مالك: حوالة العقد- دراسة مقارنة مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2008 ص 232.

[20]- ينص الفصل 228 " الالتزامات لا تلزم إلا من كان طرفا في العقد، فهي لا يتضر الغير ولا تنفعهم إلا في الحالات المذكورة في القانون ".

3- في مقابل ذلك استعمل المشرع في بعض الفصول لفظ الغير بالمفهوم الواسع الذي يشمل كلا من الخلف العام والخلف الخاص والدائنين العاديين كالفصل 22 المتعلق بالصورية حيث اعتبر المشرع في الفقرة الأخيرة الخلف الخاص غيرا.

4- وفي بعض الحالات نجد أن المشرع المغربي يتولى بنفسه تحديد المقصود من الغير الوارد في فصل معين وذلك قطعا لدابر التأويلات التي قد تخرق مضمون النص ومن الأمثلة عل ذلك، تحديد الفصل 398 من قانون الالتزامات والعقود للغير الذي لا يتضرر من الإقالة الاختيارية[21].

ثالثا: مدلول الغير في القضاء

إنه بالإطلاع على بعض القرارات الصادرة عن القضاء المغربي يلاحظ أنه لا يعطي تفسيرا واضحا ودقيقا لمدلول الغير، وإنما يختلف مفهومه باختلاف المراكز القانونية.

فقد كرس القضاء المغربي المفهوم الضيق للغير خصوصا في مبدأ نسبية أثر العقد بالنسبة للغير، حيث يعتبر الغير. الأجنبي الذي لا تربط بينه وبين أطراف العلاقة التعاقدية أية رابطة ، فإذا كان المبدأ أن الالتزامات التعاقدية يكون لها أثر حتى بين ورثة المتعاقدين وخلفهما[22] فإن هذا المبدأ تم تفسيره من طرف المجلس الأعلى على أن العقد لا ينشأ أو يرتب التزاما إلا بالنسبة لأطرافه أو خلفهما ، بمعنى أن الغير الأجنبي عن العقد لا تربطه بالطرف أية رابطة عقدية[23].

---

[21]- محمد محروك: مفهوم الغير في العقد التحديد والآثار – دراسة مقارنة- أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث: القانون المدني جامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2005. 2006 ص ص 25 و 26.

[22]- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط رقم 7306 صادر بتاريخ 4 نونبر 1997 منشور بمجلة الإشعاع، يونيو 2002، عدد 25، ص 217.

[23]- قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 395، صادر بسنة 1961

و يعطي القضاء المغربي للغير مفهوما موسعا في الصورية[24] حيث يشمل كل من الخلف العام والخاص والدائنين فقد جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط ما يلي:

"إذا كان من الصحيح عدم الاحتجاج على الغير بورقة الضد فإنه من المبادئ التي لا جدال فيها أن من حق هؤلاء التمسك فيما إذا كانت لهم مصلحة في ذلك"[25].

ويعتبر القضاء المغربي الخلف الخاص غيرا بالنسبة للعقود التي يبرمها سلفه ويتلقى بمقتضى ذلك حقا أو مالا من أحد طرفي العقد ، كما هو الشأن بالنسبة لتاريخ سريان عقود الكراء المبرمة لمدة تتجاوز ثلاث سنوات في مواجهة الغير، حيث اعتبر هذا الغير هو المشتري المستفيد من عقد الكراء فلا يحتج عليه بهذه العقود إلا من تاريخ تسجيل الشراء لا من تاريخ العقد[26]

هذا ولا يمكن الاحتجاج على الخلف الخاص (المشتري أو المالك الجديد) بعقد الكراء إلا إذا أجري هذا الأخير بدون غش وأن يكون له تاريخ سابق على التفويت[27].

وهو ما أكده القضاء المغربي في القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 31 مارس 1994، الذي جاء في حيثياته:

"وحيث أن الثابت بمقتضى الشهادة العقارية المستدل بها في الملف... وأن الشقة موضوع النزاع الموضوع لها الرسم العقاري 86216 / 03 في ملكية دينة عبد الحميد.

---

[24]- الصورية في معناها الواسع تفيد إظهار وضع وهمي بمظهر الوضع الحقيقي.
والصورية، اصطلاحا، هي توافق إرادتين على إخفاء ما اتفقا عليه سرا تحت ستار عقد ظاهر لا ترضيان بحكمه. فالعقد الصوري إذن هو عقد ينظمه ذرا للرماد في أعين الغير، ويتفقان في الخفاء على تعطيل كل أو بعض آثاره بمقتضى عقد مستتر يسمى ورقة الضد. مثال ذلك أن يذكر البائع و المشتري ثمنا ضئيلا في صك البيع المنظم في العلانية، ويحددان الثمن الحقيقي في صك مستتر. وسنعمل على دراسة أحكام الصوريه بشكل من التفصيل في الفصل الثاني حين التطرق لموضوع " الحجية بالنسبة للغير في الصورية"

[25]- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 17 أبريل 1922.

[26]- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 24 ماي 1952 منشور بمجلة المحاكم المغربية العدد 18.

[27]- وهو ما أكد عليه المشرع المغربي بمقتضى الفصل 694 من قانون الالتزامات والعقود "لا ينفسخ عقد الكراء بالتفويت الاختياري أو الجبري للعين المكتراة، ويحل المالك الجديد محل من تلقى الملك عنه في كل حقوقه والتزاماته الناتجة من الكراء القائم بشرط أن يكون هذا الكراء قد أجري بدون غش وأن يكون له تاريخ سابق على التفويت".

وحيث أن المستأنف عليه لا ينازع في كونه فوت العقار أثناء قيام العلاقة الكرائية. وأنه لا محل للتمسك باستمرار هذه العلاقة بناء على مراسلات وإقرارات صادرة عن الطرف المستأنف للمدة الفاصلة بين تاريخ انتقال الملكية وتاريخ قيام النزاع الحالي واعتمادها لإعطائه صفة الادعاء ما دام قد ثبت عكس ذلك الإقرار بحجة انتقال الملكية **للغير المالك الجديد الذي تلقى الملك** عنه وحل محله في كل حقوقه والتزاماته الناتجة عن الكراء القائم قبل التفويت عملا بأحكام الفصل 694 من ق. ل. ع."[28].

وفي المجال العقاري طرح مفهوم الغير بشدة خصوصا في مرحلة التصرف في العقار أو الحق العيني[29] أثناء التحفيظ الذي يترتب عليه قاعدة التطهير[30] .

فقد يحدث أن يتصرف طالب التحفيظ في العقار الجارية فيه مسطرة التحفيظ دون قيام المتصرف إليه إلى تقديم طلب تصحيحي لمطلب التحفيظ بأن تتابع مسطرة التحفيظ في إسمه[31]

---

[28]- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 31 مارس 1994، الغرفة المدنية، صادر في الملف المدني عدد 89/7107- 2872/ 90، أشار إليه:
عبد الفتاح بنوار، "المجموعات القانونية والقضائية المغربية، مجموعة القانون المدني، قانون الالتزامات والعقود" مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1996، ص. 274.

[29]- الحق العيني سلطة يعطيها القانون لشخص على شيء معين، يخول الشخص بمقتضاها حقوقا معينة على هذا الشيء. والحقوق العينية محصورة في القانون، وهي الملكية وحق الانتفاع ويلحق به السكنى والاستعمال وحقوق الارتفاق والعمرى والسطحية والزينة و الحبس وحق الهواء والتعلية، وهذه حقوق أصلية، وحق الرهن بنوعيه الرسمي والحيازي وحق الامتياز وهي حقوق عينية تبعية.
ونظم المشرع المغربي الحقوق العينية بمقتضى المواد 9 و 10 من القانون رقم 39.08 المتعلق مدونة الحقوق العينية.
هذا ويعتبر التمييز بين الحق العيني والشخصي نقطة انطلاق لدراسة قواعد المعاملات المالية. وللمزيد حول هذا الموضوع يمكن الاطلاع على على مرجع الأستاذ عبد الرزاق السنهوري -الوسيط في القانون المدني- الجزء الأول، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت – لبنان 1998 الطبعة الثالثة ص 2 و 3 وما بعدها

[30]- تعني قاعدة التطهير تطهير العقار من كل الحقوق غير المدلى بها أثناء جريان مسطرة التحفيظ خلال الآجال المحددة لها، حيث أن هذه الحقوق تتلاشى وتندثر بصفة نهائية لا رجعة فيها. ينظر بهذا الخصوص :
- محمد الكشبور: "التطهير الناتج عن تحفيظ العقار تطور القضاء المغربي قراءة في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 29 دجنبر 1999" مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى 2005.
- سفيان موعلي: قاعدة تطهير العقار و إدماج الملكية العقارية في التنمية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجماعية –طنجة- السنة الجامعية 2014-2015.

[31]- ورد بمقتضى الفقرة الثانية والثالثة من الفصل 83 من ظهير الحفيظ العقاري كما جرى تعديله بمقتضى القانون 14.07 ما يلي:
تتابع مسطرة التحفيظ بصفة قانونية مع أخذ الحق المنشأ أو المغير أو المقر به بعين الاعتبار,
يكسب صاحب الحق المنشأ أو المغير أو المقر به صفة طالب التحفيظ في حدود الحق المعترف له به.

كلا او جزءا أو لم يودع[32] لدى المحافظة على الأملاك العقارية عقد التصرف الذي يسجل في سجل التعرضات ، فإنه يفقد هذا الحق إذا ما حفظ العقار في اسم طالب التحفيظ و إن كان قد تصرف إليه بذلك الحق، والسبب في ذلك يرجع إلى قاعدة التطهير المترتبة عن التحفيظ المؤدي إلى بطلان أي حق سابق عليه ولو كان أنشأه طالب التحفيظ[33].

وعلى هذا الأساس بقي الخلاف في العمل القضائي المغربي منذ زمن حول استثناء الخلف الخاص من قاعدة التطهير وبالتالي عدم اعتباره من الغير وعدم مواجهته بهذه القاعدة فقد صدر عن محكمة الاستئناف بالرباط قرارا ذهبت فيه إلى أن التطهير لا يطبق على حق الملكية المتعاقد به مع مالك العقار قبل التحفيظ، وأن المشتري له الحق في طلب ملكية هذا العقار ولو بعد التحفيظ ، لأن أثر التطهير يتناول فقط الحقوق المدعى بها من الغير الذين لا تربطهم أية رابطة بطالب التحفيظ ولا يتناول الحقوق المرتبة للخلف الخاص لطالب التحفيظ.

وفي قرار آخر لنفس المحكمة ورد أن الرسم العقاري لئن كان يجعل ملكية صاحبه نهائية ولا تقبل الجدل فإنه لا يحول دون تمكين خلفه الخاص من مطالبته بتنفيذ التزاماته المتعلقة بالعقار المحفظ والمستمدة من عقد سابق على التحفيظ شريطة ألا تنال هذه الالتزامات حقوقا أنشأها المحفظ له للغير وسجلت في إسمه[34].

أما التوجه الآخر فإنه لا يجعل قاعدة التطهير قاصرة على الغير[35] بالمعنى الذي يستثني الخلف الخاص لطالب التحفيظ ، إذ لا وجه لهذا الاستثناء للخلف الخاص من أثر التطهير

---

[32]- ورد بمقتضى الفقرة الأولى من الفصل 84 من ظهير التحفيظ العقاري ما يلي "إذا نشأ على عقار في طور التحفيظ حق خاضع للإشهار أمكن لصاحبه ، من أجل ترتيبه والتمسك به في مواجهة الغير، أن يودع بالمحافظة العقارية الوثائق اللازمة لذلك، ويقيد هذا الإيداع بسجل التعرضات.

[33]- ورد بمقتضى الفصل 62 من ظهير التحفيظ العقاري ما يلي " إن الرسم العقاري نهائي ولا يقبل الطعن، ويعتبر نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية والتحملات العقارية المترتبة على العقر وقت تحفيظه دون ما عداها من الحقوق غير المقيدة."

[34]- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط مؤرخ في 27 يناير 1926، مجموعة قرارات محكمة الاستئناف في الرباط لعام 1926، ص 366.

[35]- جاء في قرار لمحكمة النقض أن الأصل في المقيد في الرسم العقاري صفة الغير ومما ورد في حيثيات هذا القرار "لكن حيث إن المحكمة لما ثبت لها أن عقد البيع الأول لم يتم تسجيله ليتأتى للمشتري الأول الاحتجاج به في مواجهة المشترية جميلة قديري التي سجلت شرائها بالصك العقاري، وأن هذه الأخيرة تعتبر غيرا بالنسبة لبقية أطراف الخصومة، و أن الغير

للتحفيظ لإطلاق الفصلين 1 و 62 من قانون التحفيظ العقاري في إضفاء صفة التطهير للرسم العقاري المنشإ بمسطرة التحفيظ المترتب عنه بطلان ما عداه من الرسوم وتطهير الملك من جميع الحقوق السابقة غير المضمنة به. وفي هذا السياق جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بالحسيمة أنه:

"لا يمكن الاستدلال على وجود حق أو انعدامه بأي وسيلة أخرى خارج البيانات المقيدة بالرسم العقاري ولا يفقد التسجيل عنصر تطهير الحق إلا إذا أنشأ في الأصل معيبا أو على أساس التزام غير صحيح أو باطل..."[36].

ويبدو أن الخلاف القضائي حول سريان قاعدة التطهير في مواجهة الخلف الخاص قد حسم نهائيا[37]. فأمام وضوح الفصلين 1 و 62[38] من ظهير التحفيظ العقاري لا يسعنا إلا القول أن الرسم العقاري نهائي لا يقبل أي طعن ويترتب عليه بطلان ما عداه من الرسوم التي لم يتم تقييدها بالسجل العقاري ولعل ما يعزز هذا الموقف قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) والذي جاء فيه:

بمفهوم الفصل 66 أعلاه لا يمكن التمسك ضده بأي عقد إلا إذا كان مسجلا في الرسم العقاري مالم يثبت سوء نية المشتري وعلمها بالبيع الأول..."

[36]- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالحسيمة، رقم 03/02/62 بتاريخ 2004/02/09. في الملف رقم 03/02/49 غير منشور.

[37]- جاء في قرار لمحكمة النقض –لا يعتبر المشتري خلف خاصا للبائع خلاف القواعد العامة في ظهير الالتزامات والعقود من جهة، وفي مواجهة المشتري السابق للعقار والذي لم يقيد حقه في الرسم العقاري- ومما جاء في حيثيات هذا القرار "لكن حيث أن القرار المطعون فيه نص على أنه تم الاستماع إلى مستنتجات النيابة العامة، وأن تنصيصاته يوثق بها ما لم يثبت ما يخالفها، و أن عدم إصدار الأمر بالتخلي عن الملف من طرف المستشار المقرر يترك باب المناقشة مفتوحا للطرفين إلى حين جعل القضية بالمداولة، وبالتالي ليس فيه ضرر على أي طرف. وأن الطاعن لم يدفع بسوء نية المشتري بعده أمام المحكمة وإنما يثير ذلك لأول مرة أمام المجلس الأعلى. وهو أمر غير مقبول لاختلاط الواقع فيه بالقانون، ولذلك فإن القرار المطعون فيه حين علل بأنه 'بخصوص أوجه الطعن المتعلقة بإبطال العقد المبرم بين ارحيمو وعائشة، وأغزاو العياشي، فإن هذا الأخير يعتبر غيرا سجل شرائه، ويتعين إثبات سوء نيته وهو أمر غير متوفر في النازلة، مما يبقى معه الأصل هو حسن النية، ولا يمكن إبطال تسجيله أو بالأحرى تصرفه عملا بالفصل 66 من ظهير 9 رمضان'. فإنه نتيجة لما ذكر كله يكون معللا تعليلا سليما ومرتكزا عل أساس قانوني وغير خارق للفصول المحتج بها، والسببان بالتالي غير جديرين بالاعتبار.

[38]- ورد في مقتضى الفصل الأول من ظهير التحفيظ العقاري ما يلي" يرمي التحفيظ إلى جعل القار المحفظ خاضعا للنظام المقرر في هذا القانون من أن يكون في الإمكان إخراجه منه فيما بعد ويقصد منه:

- تحفيظ العقار بعد إجراء مسطرة للتطهير يترتب عنه تأسيس رسم عقاري وبطلان ما عداه من الرسوم، وتطهير الملك من جميع الحقوق السالفة غير المضمنة به..."

كما جاء بمقتضى الفصل 62 "إن الرسم العقاري نهائي ولا يقبل الطعن، ويعتبر نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية والتحملات العقارية المترتبة على العقار وقت تحفيظه دون ما عداه من الحقوق غير المقيدة".

"بمقتضى ظهير 12 غشت 1913 الواجب التطبيق، فإن التحفيظ يطهر العقار المحفظ من جميع الحقوق والشوائب التي كانت عالقة به قبل التحفيظ ويشكل نقطة الانطلاق الجديدة في حياة العقار حيث يقطع صلته نهائيا بالماضي..."[39]

وفي هذا الإطار يرى الأستاذ محمد الكشبور[40] أن مقتضيات الفصلين 1 و 62 من ظهير التحفيظ العقاري هي مقتضيات ظالمة ، و أنه قد كان وراء إقرارها السياسة الإستطانية للحماية الفرنسية بالمغرب والتي سهلت عن طريق سن الفصلين السالفين للفرنسيين والأجانب الحصول على عقارات بتحفيظها ، حيث يكونون بمنأى عن دعاوى الاستحقاق فيما بعد. ويخلص الأستاذ من خلال موقفه هذا إلى ضرورة إعادة النظر في هذه المقتضيات بكيفية تحترم مبادئ العدل والإنصاف.

الفقرة الثانية: مدلول الغير في الفقه

تعتبر المادة 1165 من القانون المدني الفرنسي القطب الروحي في موضوع النسبية إذ أن محررو القانون المدني الفرنسي كانون يعتبرون مبدأ النسبية[41] المنصوص عليه في الفصل 1165 مبدأ مسلما به، وهو ما تبناه الفقه الفرنسي خلال القرن 18[42].

إلا أنه ومع أواخر القرن 19 بدأ الفقه الفرنسي يهتم بمصطلح الغير الوارد في النصوص التشريعية خاصة في القانون المدني الفرنسي وذلك مرده إلى التطور الذي حصل في الروابط

---

[39]- قرار صادر بتاريخ 9 ماي 1990، منشور بمجلة الإشعاع، العدد الرابع، ص 113 وما بعدها.

[40]- محمد الكشبور: "التطهير الناتج عن تحفيظ العقار تطور القضاء المغربي قراءة في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 29 دجنبر 1999" مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى 2005، ص ص 29 و 30.

[41]- يقصد بالنسبية في مجال العقد، قوة العقد الملزمة من حيث الأشخاص، وهي القوة التي تخضع لمبدأ النسبية في الأثر التعاقدي. ومقتضاها ان العقد يرتب أثره فقط في حق طرفيه أو أطرافه دون الغير الذي لم يمثل فيه. وبمعنى أكثر وضوحا أن الحقوق والالتزامات التي يرتبها العقد لا تتعلق إيجابا أو سلبيا إلا بالعاقدين فقط.
وللتوسع في موضوع نسبية آثار العقد انظر
- عبد الحكم فودة: النسبية والغيرية في القانون المدني دار الفكر الجامعي المنيا، مصر من الصفحة 2 إلى ص 40.

[42]- هشام المراكشي: م . س . ص 38

التعاقدية التي أدت إلى ما أصبح يصطلح عليه في الفقه الفرنسي "بأزمة العقد"[43] « la crise de contrat ». وكذا أمام الاستعمال الغامض لمفهوم الغير من قبل المشرع الفرنسي ، وبذلك كان الغير بالنسبة للعقد شخصا أجنبيا عن شريعة المتعاقدين ولا ينصرف أثر العقد إليه إلا في حدود ضيقة.

فقد عرف الأستاذ دبران debrand الغير أنه(كل شخص أجنبي عن أثر الاتفاق فلا يستطيع أن يطالب بتنفيذه ولا أن يلزم بهذا الأثر) إلا أن هذا التعريف تعرض لانتقاد شديد من جانب الفقه حيث وصف أنه يمثل مصادرة على المطلوب ، لأن الغرض من تعريف الغير هو أن يبين على وجه التحديد الأشخاص الذين لا ينصرف إليهم أثر العقد لا أن يقال أن الغير هو من لا ينصرف إليه هذا الأثر، وبصدد ذلك يقول في well:[44] أن المادة 1165 من القانون

---

[43]- أفرزت المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية التي شهدها العام خصوصا مع مطلع القرن العشرين ما اصطلح عليه البعض "أزمة العقد" والتي من بين مظاهرها أن الغلوا في اعتماد سلطان الإرادة أدى في الغالب إلى انعدام التوازن بين الأداءات التي يتحمل بها أطراف العقد خصوصا عندما يتبين أن إرادة أحدهم لم تكن حرة أثناء التعاقد، أو أن ارتضاء شروط العقد كان تحت ضغط اقتصادي أو ضرورة واقعية ملحة حتمت على العاقد الضعيف الإذعان لشروط العاقد القوي، وذلك أيا كانت الوسيلة المستعملة لبلوغ هذا الهدف.

وقد كرست "أزمة العقد" هذه بسبب التدخل المتزايد للدولة في تنظيم الروابط العقدية تنظيما آمرا لا يترك لإرادة العاقدين إلا حيزا جد محدود، وتوجيه الاقتصاد نحو خدمة الصالح العام... كل هذه العوامل دفعت بالبعض إلى الحديث عن موت مؤسسة العقد وذلك بسبب حلول توزيع الثروات بحسب الحاجة محل تداولها وفقا لقانون العرض والطلب. وكنتيجة لهذه المتغيرات الجديدة أفرز الاتجاه الحديث لقانون العقود والذي يميل نحو الحد من مبدأ سلطان الإرادة ما يلي:

1- تطور المصادر غير الإرادية للالتزام
2- التزايد السريع للقوانين الآمرة
3- العودة إلى الشكلية.

[44]- ينتقد في weill تعريف الغير الأجنبي على أنه من لا علاقة له بأطراف العقد، والقول أن هذا الذي قصدته المادة (1165). وذلك لأنه لو كان الغير الأجنبي عن أثر العقد هو من لا علاقة له بالمتعاقدين لما احتاج المشرع إلى نص يقرر فيه أن العقد لا ينفع ولا يضر هذا "الغير" فتلك بديهية لا تحتاج إلى نص، وحتى لو كانت هذه المادة تشمل على هذا المعنى، فيجب أن تفسر على نحو آخر تطبيقا للمادة (1157) مدني فرنسي التي تنص على أنه (إذا تحملت العبارة معنيين فيجب حملها على المعنى الذي به ينتج أثرا قانونيا وليس على المعنى الذي معه لا تنتج أي أثر) ويقول weill أن أول من لاحظ ذلك هو beudant الذي يرى أن الغير ليس شخصا لا تربطه أية علاقة مصلحة مع أطراف العقد، فلا يتصور أن العقد ينفع مثل هذا الشخص أو يضر به، فمن هو "الغير الأجنبي إذا ؟ يجيب weill بأنه الخلف الخاص في علاقته مع خلف خاص آخر إذا كان كلاهما قد تعاقد مع سلف واحد وورد العقد على شيء واحد، فكل منهما يعتبر غيرا أجنبيا عن الآخر فالشخص وإن كان خلفا خاصا في علاقته مع السلف، إلا أنه يجرد من هذا الوصف ويعتبر أجنبيا في علاقته مع الخلف الآخر. لأن كلا منهما يتنازع على الشيء ذاته، كذلك يظهر الغير في حالة وجود عقدين يعتمد أحدهما على الآخر. فمثلا إذا أجر مالك أرضه لفلاح، فهذا اتفاق بين (أ) و (ب). ثم إذا اشترى هذا الفلاح سمادا من تاجر آخر، فهذا اتفاق آخر بين (ب) و (ج). وعليه سيكون الغير كل من (أ) و (ج). وبالتالي لا يمكن للتاجر أن يطالب المالك بثمن السماد بموجب العقد الذي أبرمه مع الفلاح. ومثال آخر: إذا أجر المالك العقار لشخص، فأجره الآخر من الباطن، فإن المالك والمستأجر من الباطن، كلاهما غير بالنسبة للآخر. فالمالك لا

المدني الفرنسي، والتي اشتملت على مصطلح "الغير" بالنص على أن (الاتفاق لا أثر له إلا بين المتعاقدين فهو لا يضر ولا ينفع الغير)، لا يمكن أن يفسر بأن المشرع أراد أن يقول بأنه الاتفاق لا يضر ولا ينفع الأشخاص الذين هم أجانب عن أثر العقد أي من لا ينصرف إليهم أثر العقد لأن هذه حلقة مفرغة لا طائل منها ، وأمام هذا الانتقاد رجح تعريف "الغير" بأنه (من لم يكن طرفا في العقد لا أصالة ولا نيابة). وعلى الرغم من الأرجحية التي يتمتع بها هذا التعريف إلا أنه لم يتفاد الخلاف حول مفهوم الغير. فالمفروض على وفق هذا التعريف أن كل من لم يكن طرفا في العقد لا ينصرف إليه أثر العقد ، ولكن الخلف الخاص ليس طرفا في العقد وكذلك الدائن العادي وعلى رغم ذلك قد ينصرف إلى الأول بعض آثار العقد ويتأثر الثاني به.[45]

ونجد أن تحديد الغير باعتباره أجنبيا حسب ما إذا للعقد أثر في مواجهة الغير أو لم يكن ، يثير جدلا حول وصف المالك بالنسبة للتصرف في ملك الغير[46].

يمكن إن يطالب أن يجعل المالك مدينا بموجب عقده مع الفلاح. كما أن المؤجر، في المثال الثاني، لا يمكن أن يصبح دائنا بموجب العقد المبرم بين المستأجر والمستأجر من الباطن ليطالب الأخير بثمن الإيجار.

إلى جانب ما تقدم يثير في weill تساؤلا آخر هو: لماذا نطلق تسمية الأجنبي على الغير الذي لا ينصرف إليه أثر العقد، فالشخص هو إما غير أو طرف في العقد ويجيب على ذلك بأنه كلمة "الغير" يتغير معناها حسب المكان التي تستخدم فيه. فالخلف العام يمكن أن يصبح من الغير، والخلف الخاص هو غير بلا شك عن العقد الصوري. فمن الناحية العملية كما يرى لا يوجد بين المتعاقد والخلف والغير الأجنبي عن العقد حاجز لا يمكن تجاوزه. فالمتعاقد يمكن أن يفقد وصفه هذا فيدخل في فئه الغير، مثلما يمكن أن يتجرد الغير من وصفه ليدخل في فئة المتعاقدين بتصرف لاحق عن العقد، كالإجارة والإقرار، وبذلك يتوصل الأستاذ في weill إلى أن وصف الأجنبي للغير ضروري لتحديد معنى الغير ثم يختم عرضه بالقول أن لهذا الغير فئتين، الأولى، هي فئة الغير الأجنبي أصلا عن العقد، أي من لم يكن خلفا عاما أو خاصا أو دائنا لأحد طرفي العقد بل هو أجنبي ابتداء. والثانية: هي فئة من يكتسب وصف الأجنبي عن العقد، كأن يكون خلف ثم يكتسب بالنسبة للعقد وصف الغير الأجنبي.

هذا ويشبه weill الفرق بين الغير الأجنبي أصلا عن العقد والغير الذي يكتسب وصف الأجنبي بأنه مثل الفرق بين حامل الجنسية الفرنسية الأصلية وحامل الجنسية الفرنسية المكتسبة.

[45]- صبري حمد خاطر: "الغير عن العقد" دراسة في النظرية العامة للالتزام، الناشر الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع عمان. الطبعة الأولى 2001. ص ص 25-26.

[46]- تناول المشرع المغربي بيع ملك الغير بمقتضى الفصل 485 من قانون الالتزامات والعقود (بيع ملك الغير يقع صحيحا:

1- إذا أقره المالك

2- إذا كسب البائع فيما بعد ملكية الشيء

وإذا رفض المالك الإقرار، كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع. وزيادة على ذلك، يلتزم البائع بالتعويض، إذا كان المشتري يجهل، عند البع أن الشيء مملوك للغير).

ففي هذا الإطار ترى طائفة من الفقه بأن المالك هو غير أجنبي عن أثر العقد وأجنبيته يحددها مبدأ نسبية أثر العقد. فمثلا يذهب كل من بوفنوار bufnoir وبيلون pilon و أسمان esmein إلى أن المالك "غير" أجنبي لا ينصرف إليه أثر العقد وذلك بموجب نسبية هذا الأثر. بينما يرى ليفي lvey بأن المالك هو غير وهو يوصف كذلك وفقا لقاعدة (لا يستطيع الشخص أن يدلي لغيره أكثر مما يملك).[47]

و يتوصل الأستاذ في weill إلى أن وصف الأجنبي للغير ضروري لتحديد معنى الغير ثم يختم عرضه بالقول أن لهذا الغير فئتين، الأولى، هي فئة الغير الأجنبي أصلا عن العقد، أي من لم يكن خلفا عاما أو خاصا أو دائنا لأحد طرفي العقد بل هو أجنبي ابتداء. والثانية: هي فئة من يكتسب وصف الأجنبي عن العقد، كأن يكون خلف ثم يكتسب بالنسبة للعقد وصف الغير الأجنبي[48].

ونفس المنحى سلكه الدكتور عبد الرزاق السنهوري[49] في محاولته تحديد مدلول الغير حينما ميز في إطار أثار العقد بالنسبة للغير بين فئة الخلف الذين قد يكونون من الغير وينصرف إليهم أثر العقد ففي هذه الأحوال يصبحون من الغير. وفئة الغير الأجنبي أصلا عن العقد وهذا لا يكون طرفا في العقد ولا خلفا لأحد من المتعاقدين، وبالتالي لا ينصرف إليه أثر العقد ما دام بعيدا عن دائرة التعاقد.[50]

هذا ولم يعمد المشرع المغربي إلى تعريف بيع ملك الغير. ويعرفه الأستاذ عبد القادر العرعاري "ذلك البيع الذي يقبل فيه البائع على بيع شيء معين بالذات مملوك لغيره دون أن يكون مرخص له بالتصرف فيه، أي دون أن يكون البائع وكيلا عن المالك أو وليا عليه". وللتوسع في هذا الموضوع ينظر:

- عبد القادر العرعاري: الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع، مطبعة دار الأمان، الرباط الطبعة الثالثة 2011 ص 111

- عبد الغني عواد: بيع ملك الغير بين النص القانوني والفقه الإسلامي. رسالة لنيل دبلوم الماستر في العقود والعقار، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2014-2015.

[47]- صبري حمد خاطر: "الغير عن العقد" دراسة في النظرية العامة للالتزام، م . س . ص 55.

[48]- صبري حمد خاطر: المرجع نفسه ص ص 52 - 53

[49]- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد –المجلد الأول- نظرية الالزام بوجه عام، مصادر الالتزام منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان الطبعة الثالثة 1998 ص ص 614-615.

[50]- يرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري أن الغير فريقان: الفريق الاول، وهو الخلف والدائنون في أحوال استثنائية.فالخلف العام غير عن عقد الهبة إذا أبرمه السلف في مرض الموت، والخلف الخاص غير عن العقد (إلا إذا أثبت أن العقد سابق على انتقال الشيء إليه وأن الحق الناشئ عن العقد مكمل للشيء، أو أثبت من يريد تحميله أثر العقد أن العقد سابق على انتقال

و بالنسبة للفقه المغربي فناذرا ما نجد شراح القانون المدني المغربي يتعرضون لتحديد مدلول الغير وفي محاولة للأستاذ مأمون الكزبري يقول أثناء حديثه عن آثار العقد بالنسبة للغير:

"نعني بالغير من لم يكن طرفا في العقد بشخصه أو بمن يمثله. والغير بهذا المعنى الواسع على أنواع: فهو يشمل الخلف العام، والخلف الخاص، والدائنين، والغير بالمعنى الصحيح الضيق أي من لا تربطه بالمتعاقدين أي رابطة إلزامية ، وهو كل من سوى الخلف العام والخاص والدائنين".[51]

وبالنسبة للأستاذ عبد الحق صافي يقول أثناء حديثه عن آثار العقد في مواجهة الأغيار:

" المقصود بالأغيار هنا الأجانب عن أطراف العقد ومن في حكمهم كما أسلفنا. أي كل الأشخاص الذين ليسوا طرفا فيه ، ولا خلفا عاما أو خاصا لأحد العاقدين ، ولا دائنا لأيهما".[52]

والملاحظ من خلال التعريفين أعلاه أن الأستاذ الكزبري سلك نفس المنحى الذي اعتمده الأستاذ السنهوري في تحديده لمدلول الغير، حيث ذكر مفهوما واسعا للغير يشمل الخلف

الشيء وأن الالتزام المتولد منه محدد للشيء) والدائن غير في الدعوى البوليصية وفي الصورية إذا تمسك بأحد العقدين فيكون غيرا بالنسبة للعقد الآخر. والدائن والخلف غير لا يحتج عليهم بالعقد إلا إذا كان ثابت التاريخ. أما الفريق الثاني فهو الغير الأجنبي أصلا عن العقد، ويرى السنهوري أنا هذا الفريق من الغير هو الشخص البعيد عن دائرة التعاقد قائلا (رجلان يتبايعان منزلا فما شأني أنا بهذا الأمر؟ قد يكون البيع صحيحا أو باطلا، قد يفسخ العقد أو لا يفسخ، قد تنتقل الملكية إلى المشتري أو لا تنتقل، قد يلتزم البائع والمشتري بالتزامات معينة بمقتضى هذا العقد. أما أنا فبعيد عن كل ذلك، لا يلحقني شيء من أثره، إذا كان الأثر ناشئا عن العقد) ثم يضيف السنهوري بأن الشخص يبقى غير أجنبيا و إن تأثر بصورة غير مباشرة بالعقد مثل ذلك (أن يكون المنزل الذي يتعامل فيه المتعاقدان هو منزلي، فيستلمه المشتري وهو حسن النية، ويستمر واضعا يده خمس سنوات فيملكه بالتقادم القصير، فأكون في مثل هذه الحالة قد فقدت ملكية منزلي، ولكن هذا الأثر القانوني الذي لحقني لم ينتج من البيع –أي من العقد الذي لم أكن طرفا فيه- ولكن من سبب قانوني آخر وهو وضع اليد –المدة القصيرة- وكذلك لو كان موضوع التعامل منقولا وحازه المشتري بحسن نية، فإنه يملكه في الحال بمقتضى القاعدة التي تقضي بأن الحيازة في المنقول سند الملكية لا بمقتضى العقد، ما دمت غير طرف فيه ولا خلفا ولا دائنا لطرف، لا ينصرف إليه أثره) وفي الاستثناءات التي ترد على هذه القاعدة يذكر السنهوري نائب الوكيل والصانع من الباطن والمستأجر من الباطن باعتبارهم غيرا. الوارث الحقيقي بالنسبة للعقود التي يبرمها الوارث الظاهر. والمالك عن العقد الذي يتصرف به الغير في ملكه. فهؤلاء قد نصرف إليهم أثر العقد ولكنه استثناء –يوصف بأنه ظاهري- وإلى جانب هؤلاء هناك الغير (الأجنبي الذي يبرم العقد بقصد إلزامه – كما هو الحال في التعهد من الغير- أو بقصد أن يكتسب حقا كما هو الحال في الاشتراط لمصلحة الغير)

[51]- مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود المغربي -الجزء الأول- مصادر الالتزامات، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء. دون ذكر تاريخ الطبع. ص 252.

[52]- عبد الحق صافي: القانون المدني الجزء الأول: المصدر الإرادي للإلتبزامات، العقد الكتاب الثاني – آثار العقد- مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى 2007، ص 44.

والدائنين ، والغير بالمعنى الضيق. وهذا الأخير هو الغير الأجنبي أصلا عن العقد الذي قصده الأستاذ السنهوري في رأينا المتواضع. أما بخصوص التعريف الذي قدمه الأستاذ عبد الحق صافي فإنه اقتصر على الغير الأجنبي أصلا عن العقد (أي الفريق الثاني) ولعل هذا التعريف له ما يبرره كون الأستاذ عبد الحق صافي تطرق أولا لآثار العقد في مواجهة الخلف العام والخاص وكذى الدائنين ، ثم تطرق ثانيا لآثار العقد في مواجهة الأغيار[53].

وبالتالي فإنه يمكن القول أن الفقه المغربي يأخذ بفكرة المعنى الضيق للغير، أي الشخص الذي لا تربطه أية علاقة بالمتعاقدين ، ويترتب على هذا التحديد استبعاد كل من الخلف العام والخلف الخاص والدائنين من حلقة المفهوم الضيق لمصطلح الغير.

أما بالنسبة للأستاذ إدريس العلوي العبدلاوي فإنه تحاشى تقديم تعريف للغير ونفس الأمر نهجه الأستاذ إدريس العرعاري حيث لم يتولى بدوره تقديم مدلول للغير.[54]

ولأن مفهوم الغير من المفاهيم القانونية الذي يختلف معناه حسب الوصف الذي تتخذه تطبيق القواعد القانونية فإن معناه يختلف في الميدان العقاري عنه في القواعد العامة في ظهير الالتزامات والعقود وفي هذا الإطار يقول الأستاذ مأمون الكزبري:

" بأن المقصود بالغير في القانون العقاري هو الشخص الذي يتمتع بحق عيني مسجل في السجل العقاري"[55].

كما عرفه الأستاذ محمد خيري بأنه "يعني جميع الأشخاص الذين لم يكونوا أطرافا في العقد أو التصرف غير المسجل ولكن تكون لهم مصلحة تتأثر بهذا التسجيل فيعتبر بالتالي من الغير الذي لا تسري عليهم الحقوق غير المقيدة ومنهم:

- الخلفاء الخصوصيون الذين اكتسبوا حقوق على العقار

---

[53]- أنظر عبد الحق صافي: المرجع نفسه ص ص من 10 إلى 44.

[54]- أنظر بهذا الصدد:

- ادريس العلوي العبدلاوي: شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام –نظرية العقد- مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى 1996. ص 664 وما بعدها

- عبد القادر العرعاري: مصادر الالتزامات الكتاب الأول –نظرية العقد- مطبعة الأمنية الرباط الطبعة الرابعة 2014 ص 343 وما بعدها.

[55]- مأمون الكزبري: التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 1987. ص258.

- الدائنون العاديون وكذا جماعة الدائنين في حالة إعسار صاحب العقار

أما الورثة أو الموصى لهم بوجه عام فلا يعتبرون في الأصل من الغير"[56].

وهكذا فإن كل مقيد في الرسم العقاري يحمل صفة الغير بمفهوم التحفيظ العقاري بعد تأسيس الرسم العقاري ، أما قبل اتخاذ المحافظ قرار تأسيس الرسم العقاري،[57] أي أثناء مسطرة التحفيظ فيعتبر غيرا طالب التحفيظ نفسه ، وهو المعطى الذي يفهم من خلال الفصل 84 من ظهير التحفيظ العقاري الذي جاء فيه "إذا نشأ على عقار في طور التحفيظ حق خاضع للإشهار أمكن لصاحبه ، **من أجل ترتيبه والتمسك به في مواجهة الغير**، أن يودع بالمحافظة العقارية الوثائق اللازمة لذلك. ويقيد هذا الإيداع بسجل التعرضات..."

فلا يجوز أن يفهم من الغير حسب الفصل أعلاه أن المقصود هم الخلف العام لأن الخلف العام لا يمكن أن يواجهوا بقاعدة التطهير ما دام أن الحق انتقل لهم بالوفاة.

[56]- محمد خيري: مستجدات قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ط 2013 صفحة 587.

[57]- يعتبر قرار تأسيس الرسم العقاري أخطر قرار يتخذه المحافظ العقاري ضمن الإختصاصات المخولة له قانونا فهذا القرار نهائي وغير قابل للطعن غير أنه ينتج مسؤولية المحافظ العقاري بصفته المؤهل الوحيد لاتخاذه. للتوسع في هذا الموضوع ينظر:

- محمد بن جلون: الرسم العقاري بين التأسيس والتحيين، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2002-2003.

المطلب الثاني: المفهوم الحديث للغير

عرف تطور مفهوم الغير تجاوز نظامه التقليدي إذ لم يعد مركز الغير قائما على أساس عدم مساهمته الإرادية في العقد فأصبح بذلك مفهوم الغير يحتل مركزا ذا طابع موضوعي وذلك بسبب القصور الذي اعترى هذا المفهوم[58].

وقد جاء تطور مفهوم الغير نتيجة لتطور نظرية العقد[59]، التي لم تعد حبيسة العلاقات الثنائية بين المتعاقدين ، بل أصبحت العلاقات العقدية أكثر تعددية ومتنوعة.

وسنحاول من خلال هذا المطلب رصد تطور مفهوم الغير وفقا لنظرية المجموعة العقدية (الفقرة الأولى) لنبحث في (الفقرة الثانية) مفهوم الغير طبقا لتطوره الحديث.

---

[58]- يلاحظ أن المفهوم التقليدي للغير يستند إلى مبدأ نسبية أثر العقد، وهذا ما جعل منه مفهوما شخصيا فما دام الشخص لا يساهم بإرادته في تكوين العقد فإنه غير بالنسبة لتنفيذه. ومن ثم لا يستطيع أن يرجع على المتعاقد بدعوى عقدية عندما يخل الأخير بالالتزامات العقدية. ويفسر ذلك الفقهاء مازو و تونك mazeaud tunc بالإشارة إلى أن أثر العقد لا ينصرف إلا إلى المتعاقدين؟ بناء عليه لا تطبق أحكام المسؤولية العقدية إلا عليهما وليس للغير أن يستفيد منها لأنه لو حصل ذلك فإنه يعني أن الغير يصبح دائنا ومدينا بالالتزام العقدي، أي يستند إلى العقد باعتباره تصرفا قانونيا منشئا للالتزامات وهذا لا يمكن تصوره على حد قول الأساتذة المذكورين.

بيد أن تيارا حديثا بدأ يجرف معه كثيرا من معطيات الفكر التقليدي. وكان القضاء الفرنسي في مقدمة من مثل هذا التيار عندما بدأ يتخلى تدريجيا عن التمسك بأحكام المسؤولية التقصيرية باعتبارها تمثل قاعدة أساسية لتنظيم علاقة الغير بالعقد. وتجلى ذلك بصورة رئيسة في منحه أشخاصا يعتبرون من الناحية التقليدية "غيرا" دعوى عقدية باعتبارهم ضحية للإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد. وهذا ما حمل جانبا من الفقه إلى الاهتمام بمفهوم الغير ليلاحظ أن هذا المفهوم تطور، وأنه لم يعد يستند إلى مبدأ نسبية أثر العقد باعتباره حقيقية مسلم بها. للتوسع في الموضوع ينظر:

-صبرى حمد خاطر: م .س . ص 227 وما بعدها

- عادل الغنوبي: الغير عن العقد في القانون المغربي والقانون المقارن، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة. السنة الجامعية 2013-2014. ص 102 وما بعدها.

[59]- يتجه التطور في الوقت الحاضر نحو ضرورة إرساء نوع من التوازن بين قواعد توجيه التعاقد وبين ترك الأمور للمبادرة الخاصة. ذلك انه لا يمكن للمجتمع أن يضمن استمراريته دون الحفاظ على قيم معينة وتأمين احترام مصالحه الحيوية التي لا يجب أن تستمر محكومة بقانون السوق. أو بعبارة أخرى يتعين ضمان التوفيق بين حرية المبادرة وبين تدخل الدولة في اليادين الاقتصادية والاجتماعية.

من ثم يذهب البعض إلى أن العقد المعاصر أصبح يشكل منظومة متكاملة من المصالح المتوازنة وأداة للتعاون المشروع ولدته الثقة المتبادلة بين طرفيه.

وهكذا تبلور هذا الاتجاه الذي ينظر للعقد كجمع متكامل لعناصر موضوعية وأخرى ذاتية، أي لتظافر الإرادة وعوامل خارجية تفرض فرضا على العاقدين (القواعد القانونية الآمرة للمؤسسات المكونة لهيكل المجتمع، والاعتبارات الواقعية). للتوسع في الموضوع ينظر:

- عبد الحق صافي: القانون المدني –الجزء الأول- المصدر الإرادي للالتزامات: العقد الكتاب الأول، تكوين العقد، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 2006 ص 115 وما بعدها.

الفقرة الأولى: تطور مفهوم الغير وفقا لنظرية المجموعة العقدية

ترى الأغلبية من الفقهاء ان تطور مفهوم الغير يستند إلى نظرية المجموعة العقدية[60] (le groupe des contrats) فأي شخص يكون طرف في هذه المجموعة لا يمارس حتما سوى دعوى عقدية في مواجهة أي شخص آخر يكون طرفا فيها أيضا[61] .

فطبقا للاتجاه التقليدي، يعتبر الأشخاص الذين لا تربط بينهم علاقة عقدية مباشرة من الغير، فإذا أقام شخص على آخر دعوى عقدية نتيجة الإخلال بالعقد ، اعتبر ذلك مخالفا لمبدأ نسبية آثار العقود، وهذا ما لا نجده في ظل مجموعة العقود في ظل الاتجاه الحديث، حيث يكون كل من المتعاقدين في المجموعة العقدية على علاقة بينهم وإن لم يكن بينهم علاقة مباشرة، كما تستند إلى تفسير واسع لمفهوم الطرف المتعاقد والعلاقة التعاقدية ، إذ أن هذه الأخيرة ليست فقط تلك التي تربط أطراف نفس العقد، بل إن كل طرف في أحد العقود المكونة لمجموعة عقدية يوجد في علاقة تعاقدية مع الآخرين، وذلك على أساس أن الرابطة العقدية لا تقتصر على الأشخاص الذين يساهمون في إبرام التصرف القانوني ، بل تشمل أيضا كل شخص يساهم في تنفيذ العلاقة التعاقدية حتى ولو لم يكن له دور في تكوين هذه العلاقة [62].

وعلى هذا الأساس لم تعد النظرية التقليدية القائمة عى وجود علاقة ثنائية بين المتعاقدين كافية لتنظيم العلاقات العقدية المتعددة والمتنوعة وعلى وجه الخصوص في الميدان التجاري، حيث تتداخل تلك العلاقات لتكوين عملية اقتصادية واحدة. وأبرز مثال على ذلك هو عقد الليسنك (leising)[63]، إذ أن هذا العقد يؤدي إلى تداخل العلاقات بين ثلاث أشخاص لتكوين

---

[60]- تنسب نظرية المجموعة العقدية إلى الأستاذ تيسي teyssie الذي لاحظ أن العقد قد لا يكون مستقلا عن سواه من العقود، إذ قد ترتبط العقود أحدها بالآخر لتشكيل مجموعة عقدية. وانطلاقا من هذه المجموعة التي رأى فيها الباحث حقيقة اجتماعية واقتصادية، فرضت وجودها في محيط القانون، أصبح من الضروري رفض مبدأ نسبية أثر العقد في صورته التقليدية وبالقدر الذي يعتبر فيه انعكاسا للفكر الفردي.

[61]- صبري حمد خاطر: الغير عن العقد. م. س. ص 274.

[62]- عادل الغنوبي: الغير عن العقد في القانون المغربي والقانون المقارن، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة. السنة الجامعية 2013-2014. ص ص 268 – 269.

[63]- اللسينك (leising) هو مصطلح إنجليزي يقصد به في اللغة: استغلال الشيء مقابل عوض تأجير، ويطلق عليه في التشريع عقد الائتمان الايجاري، ونظم المشرع المغربي هذا العقد بمقتضى مدونة التجارية ضمن الكتاب الرابع المتعلق بالعقود التجارية، وخصص له المواد من 431 إلى 442. ويتم هذا العقد من خلال قيام صاحب المشروع بطلب شركة ائتمانية

عملية واحدة[64]، بيد أنه لا يمكن على وفق النظرية التقليدية أن نتصور بين هؤلاء إلا علاقتين عقديتين ، علاقة المؤجر بالبائع وعلاقة المؤجر بالمستأجر، بناء عليه فالبائع والمستأجر كل منهما "غير" بالنسبة للآخر، بيد أن ذلك لا يمكن تصوره إلا من الناحية النظرية، لأن تأمل العملية الاقتصادية التي يحققها هذا العقد تفيد دون شك ، وجود علاقة ثلاثية تنشأ بين ثلاث أشخاص، البائع والمؤجر والمستأجر، في أثناء تنفيذ عقد اللسينك، فالمؤجر أو ممول هذه العملية، يترك للمستأجر حرية اختيار الشيء ومناقشة أوصافه مع البائع مما أدى بالضرورة لأن يمارس دعوى بالضمان في مواجهة الأخير[65].

وتنقسم المجموعة العقدية حسب الأستاذ تيسي (teyssie) إلى نوعين:

1- سلسلة العقود وتتكون من مجموعة عقدية تتمثل في المحل وهذه السلسلة إما أن تتكون بواسطة الضم أو بواسطة التفرع وذلك كما يلي:

أ- السلسلة العقدية التي تتكون بواسطة الضم: تظهر هذه السلسلة في عقود البيع[66] المتتابعة ، إذ أن كل عقد من هذه العقود ينقل ملكية الشيء الذي كان محلا للعقد الأول.

ب- سلسلة العقود التي تتكون بواسطة التفرع: تتكون هذه السلسلة عندما لا يستطيع المدين تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، لذلك يتعاقد مع شخص آخر لتنفيذ جزء من هذه الالتزامات

تمويل الأجهزة التي يرغب في الحصول عليها، فتقوم شركة الائتمان الإيجاري هاته بشراء التجهيزات ثم إكراؤها إلى صاحب المشروع مع احفاظ هذا الأخير بخيار شراء هذه التجهيزات. للتوسع أكثر في هذا الموضوع ينظر:
- عبد السلام الوهابي: عقد الائتمان الإيجاري للمنقول في القانون المغربي. الندوة الرابعة للعمل القضائي، الطبعة الأولى 2004.

[64]- عرف المشرع المغربي عقد اللسينك (الائتمان الإيجاري) بمقتضى المادة 431 من مدونة التجارة مميزا من خلال هذا التعريف بين الائتمان الإيجاري الذي يرد على المنقول والائتمان الإيجاري الذي يرد على العقار " يعد عقد ائتمان إيجاري...
1- كل عملية إكراء للسلع التجهيزية أو المعدات أو الآلات التي تمكن المكتري كيفما كان تكييف تلك العمليات من أن يتملك في تاريخ يحدده مع المالك كل أو بعض السلع المكراة لقاء ثمن متفق عليه يراعى فيه جزء على الأقل من المبالغ الدفوعة على سبيل الكراء (الائتمان الإيجاري للمنقول)
2- كل عملية إكراء للعقارات المعدة لغرض مهني، تم شراؤها من طرف المالك أو بناها لحسابه، إذا كان من شأن هذه العملية كيف ما كان تكييفها أن تمكن المكتري من أن يصير مالكا لكل أو بعض الأموال المكتراة على أبعد تقدير عند انصرام أجل الكراء (الائتمان الإيجاري العقاري)".

[65]- صبري حمد خاطر: الغير عن العقد. م. س. ص 273.

[66]- عرف المشرع المغربي عقد البيع بمقتضى الفصل 478 من قانون الالتزامات والعقود "البيع عقد بمقتضاه ينقل أحد المتعاقدين للآخر ملكية شيء أو حق في مقابل ثمن يلتزم هذا الأخير بدفعه له.

من هنا يوجد عقدان يتماثل كل منهما مع الآخر في المحل ، إلا أن المحل الذي يرد عليه العقد الثاني يتفرع عن المحل الذي يرد عليه العقد الأول ، كما هو الحال في الإيجار من الباطن[67].

2- تجمع العقود: وهذا التجمع يشكل مجموعة عقدية أيضا يتماثل كل عقد فيها مع الآخر في السبب ومثال ذلك عقد الليسنك المشار إليه أعلاه ، والذي يلعب المؤجر بمناسبته دورا رئيسيا في إبرام كل من عقد البيع وعقد الإيجار[68].

وهكذا فإنه وفقا للمجموعة العقدية يمكن لأي شخص أن يكون على علاقة عقدية مع آخر وإن لم يتم التعاقد بينهما مباشرة ما دام يغدو كل منهما طرفا في هذه المجموعة[69] ففي الحقيقة أن الأطراف في المجموعة العقدية ليسوا "غيرا" بالمعنى التقليدي لهذا المصطلح ما دام يكون لكل منهم ، في علاقاتهم المتبادلة ، الحق في الرجوع على الآخر باستخدام وسيلة عقدية لا يمارسها من الناحية التقليدية إلا المتعاقد أي الدعوى العقدية[70] وبالتالي مجرد أن يصبح الشخص طرفا في مجموعة عقدية يجرد من وصف الغير بالنسبة لأي عقد في هذه المجموعة ما دام هذا الشخص طرفا في عقد يتماثل إما بواسطة المحل أو السبب مع كل العقود الموجودة فيها.

---

[67]- يراد بالكراء من الباطن أو التولية، قيام المكتري، ويسمى في هذه الحالة المكتري الأصلي، بكراء المحل الموجود تحت يده إلى شخص ثان يسمى بالمكتري الفرعي بحيث يصبح هذا الأخير ملتزما تجاه المكتري الأصلي بجميع الالتزامات التي نص عليها في العقد، في حين يظل المكتري الأصلي ملزما تجاه صاحب الملك.
وهكذا تصبح العلاقة الكرائية ثلاثية، فهناك من جهة علاقة المالك بالمكتري الأصلي، وعلاقة هذا الأخير بالمكتري الفرعي من جهة ثانية. أنظر بهذا الصدد
- محمد الكشبور: الكراء المدني والكراء التجاري، دراسة في نطاق ظهير 24 ماي 1955 وظهير 25 دجنبر 1980. الطبعة الأولى 1997 . ص ص 129- 130.

[68]- للتوسع أكثر في الموضوع ينظر ، صبري حمد خاطر: م . س . ص 174 وما بعدها.

[69]- يقول الأساذ تيسي في هذا الصدد بأنه إذا تم تكوين تجمع العقود أو سلسلة عقدية فإن من الجائز أن نتساءل فيما إذا كان هذا التكوين لا يترجم بالمقابل إلى علاقات عقدية متبادلة بين أشخاص لا يتم التعاقد بينهم مباشرة. فإن وجدت هذه العلاقات فإنها تفترض تعديلا لمبدأ نسبية أثر العقد ومفهوم الغير.

[70]- يقصد بالدعوى العقدية في هذا الإطار أحقية الشخص في ممارسة دعوى ضد مدعى عليه على رغم أنه لم يتعاقد مباشرة مع هذا الأخير، ويمكن أن نمثل لهذه الدعوى بالدعوى المباشرة، التي تخول للدائن العادي صلاحية مباشرة حقه في الضمان العام مباشرة على ذمة مدين مدينه، وإن كانت هذه الدعوى تمنح الغير إمكانية المطالبة ببعض آثار هذا العقد الذي لم يكن طرف فيه. في حين في المجموعة العقدية وإن لم يتم التعاقد بشكل مباشر فإن الأطراف يكونون في علاقة تبادلية وبالتالي لا يمكن اعتبار أحد الأطراف في المجموعة العقدية غيرا.

الفقرة الثانية: مفهوم الغير طبقا لتطوره الحديث

شكل ظهور نظرية المجموعة العقدية التي تنسب للأستاذ تيسي ، دافعا أمام ضرورة البحث عن قواعد قانونية جديدة تتلاءم مع العصر، فهذه النظرية تستند على أساس متين في تحديد القالب الذي تنصب فيه العلاقات العقدية، إذ أن العقود وفقا لهذه النظرية تقوم على عناصر لا يمكن أن يقوم العقد في غيابها وهي:

- **المحل**[71]**:** فالمتأمل للعلاقات العقدية يلاحظ فعلا تماثل المحل بين بعض العقود ، فالبيوع المتتابعة كلها ترد على شيء واحد.

وفي ميدان عقد المقاولة يتماثل المحل أيضا بين العقد الذي يبرمه المنتج مع المقاول والعقد الذي يبرمه المقاول مع رب العمل. ولا يمكن أن ننكر أيضا وجود هذا التماثل بين محل العقد الأصلي ومحل العقد من الباطن ، فالالتزامات التي تنشأ عن العقد الأول تتشابه مع تلك التي تنشأ عن العقد الثاني ما دامت كلها تحقق عملية اقتصادية واحدة هي التي أبرم من أجلها العقد الأصلي. وهكذا يمكن أن ندعي وجود الارتباط بين عقد المقاولة[72] ، والمقاولة من الباطن [73]، ومشارطة إيجار السفن[74] والمشارطة من الباطن، والوكالة بالعمولة[75] والوكالة من الباطن، وما إلى ذلك من أمثلة.

---

[71]- يتمثل محل العقد في تلك العملية القانونية التي يهدف الأطراف إلى تحقيقها وهي تتباين من عملية لأخرى إذ قد يكون بيعا أو مقاولة أو كراء. أنظر بهذا المعنى:
-عبد القادر العرعاري: م س . ص 224 وما بعدها.

[72]- عرف المشرع عقد المقاولة بموجب الفقرة 2 من الفصل 723 من قانون الالتزامات والعقود "إجارة الصنعة عقد بمقتضاه يلتزم أحد الطرفين بصنع شيء معين في مقابل أجر يلتزم الطرف الآخر بدفعه له."

[73]- عرف المشرع المغربي عقد المقاولة من الباطن بمقتضى المادة 86 من مدونة الشغل " عقد المقاولة من الباطن: هو عقد مكتوب يكلف بمقتضاه مقاول أصلي مقاولا من الباطن بأن يقوم له بشغل من الأشغال. أو ينجز له خدمة من الخدمات..."
وهكذا فإن عقد المقاولة من الباطن هو اتفاق بين المقاول المتعاقد مع المستفيد، وبين مقاول ثان، محله إسناده ما تم تعاقده من إنشاء وتعمير مع المستفيد، ليقوم المقاول بتنفيذه كله أو جزء منه، مقابل أجر محدد. أنظر بهذا المعنى:
- مصطفى الجارحي: عقد المقاولة من الباطن، دار النهضة العربية القاهرة: 1988، ص 31.

[74]- وهو عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه نظير أجر بأن يضع تحت تصرف المستأجر سفينة أو جزء منها للقيام برحلة أو رحلات معينة لمدة محددة

[75]- عرف المشرع المغربي عقد الوكالة بالعمولة بمقتضى الفقرة 1 من المادة 422 من مدونة التجارة " الوكالة بالعمولة عقد يلتزم بموجبه الوكيل بالقيام باسمه الخاص بتصرف قانوني لحساب موكله"
هذا ويخضع عقد الوكالة بالعمولة إضافة إلى المقتضيات الواردة في مدونة الجارة (المواد 422 إلى 6-430) إلى المقتضيات المتعلقة بالوكالة وفقا للقواعد العامة في قانون الالتزامات والعقود (الفصول من 879 إلى 958).

- **السبب**[76]**:** ولنا أن نتصور الارتباط بين العقود على أساس السبب الباعث أو الدافع الرئيسي إلى التعاقد وهذا الأمر يدفع بنا إلى التساؤل. لماذا يتعاقد رب العمل مع المهندس. أليس ذلك لتحقيق غاية هي ذاتها التي يتعاقد من أجلها رب العمل مع المقاول؟. ولماذا تبرم إحدى المؤسسات المالية عقد قرض[77] مع البائع لتمويل عقد البيع بثمن مؤجل. أليس ذلك من أجل أن يتمكن المشتري من إشباع حاجاته الاقتصادية؟.

وفي هذا الصدد يقول الأستاذ صبري حمد خاطر:

"إن البحث عن الغاية يمكننا في الواقع من تحديد الباعث الرئيسي على التعاقد ومن ثم الاعتراف من وجود ارتباط لا مناص منه بين كل هذه العقود. إن تبني نظرية المجموعة العقدية سيؤدي حتما إلى وضع حلول لبعض المسائل القانونية التي طالما عجز الفقه التقليدي عن حسم الخلاف بشأنها سواء على صعيد القانون الفرنسي أم العراقي[78]، ومن بين أبرز الأمثلة التي يمكن ضربها في هذا السياق ما يتعلق بمركز المرسل إليه الذي يتسلم البضائع من الناقل دون أن يكون طرفا في عقد النقل ، إذ أن ذلك يثير التساؤل حول تأصيل حق المرسل إليه في المطالبة بتنفيذ الالتزام بالتسليم الناشئ عن عقد النقل. ولو تصونا أن العقد المبرم بين الناقل والشخص الذي يتوسط في إتمام عملية النقل أن كل هذه العقود تشكل مجموعة عقدية. أضف إلى ذلك أن إقرار وجود هذه المجموعة يدعم التوجه نحو حماية المستهلك بتخفيف

---

[76]- اختلف أنصار النظرية التقليدية والنظرية الحديثة في تحديد نوعية السبب المقصود عند إبرام العقود؟ فمفهوم السبب في إطار النظرية التقليدية لا يتعدى القصد المباشر من عملية التعاقد، ففي عقد البيع مثلا فإن سبب التزام المشتري بدفع الثمن للبائع هو التزام هذا الأخير بتسليم المبيع للطرف الأول .

أما بالنسبة لفكرة السبب لدى أنصار النظرية الحديثة فإنها تتجاوز القصد المباشر وتهتم بالسبب الدافع الباعث على التعاقد وتم حصر هذه البواعث عن طريق طرح السؤال التالي. لماذا حصل البيع في الحالة السابقة ؟ فعملية الحصول على المال ما هي إلا النتيجة المباشرة لإبرام العقد... أنظر بهذا المعنى:

-عبد القادر العرعاري: م س . ص 254 وما بعها.

[77]- نظم المشرع المغربي عقد القرض بمقتضى قانون الالتزامات والعقود في الباب الثاني من القسم الخامس تحت عنوان عارية الاستهلاك أو القرض وعرف المشرع عقد القرض بمقتضى الفصل 856 " عارية الاستهلاك أو القرض عقد بمقتضاه يسلم أحد الطرفين لآخر أشياء مما يستهلك بالاستعمال أو أشياء منقولة أخرى، لاستعمالها بشرط أن يرد المستعير، عند انقضاء الأجل المتفق عليه، أشياء أخرى مثلها في المقدار والنوع والصفة".

[78]- للإشارة أن الأستاذ صبري حمد خاطر ذو أصل عراقي لذلك نجده يتحدث عن القانون العراقي.

عبء الإثبات عن كاهله ، إذ أن شراؤه للمنتوج يمثل مساهمة في مجموعة عقدية تمكنه من الرجوع مباشرة على المنتج، بموجب أحكام المسؤولية العقدية"[79].

ويرى أحد الباحثين[80] أن المفهوم الجديد الذي جاءت به نظرية مجموعة العقود بالنسبة للغير، يفرض ضرورة إعادة النظر في تحديد مفهوم الغير ، وفي صياغة الفصل 228 من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي يقرر مبدأ نسبية أثر العقد.

وهكذا فإنه من منطلق نظرية المجموعة العقدية لا يعتبر غيرا من ساهم في هذه المجموعة بل يعتبر طرفا في العقد وهذا معناه أنه ما يعتبر غيرا في العقد بالنسبة للنظرية التقليدية ، يعتبر طرفا في العقد بالنسبة للنظرية الحديثة (نظرية المجموعة العقدية) وهذا من شأنه قلب نظرية العقد رأسا على عقب ، إذ يعود بنا إلى التساؤل كيف يتكون العقد؟

والجواب أن انعقاد العقد يستلزم وجود أركان جوهرية هي الرضا والمحل الممكن والمشروع والسبب المشروع ، كما أن الرضا يستلزم أن تكون للمتعاقد أهلية وأن تصدر عنه إرادة خالية من العيوب ، فإذا ساهم الشخص بإرادته في العقد منظورا إليه من خلال أركانه وشروط صحته فإن هذا الشخص يصبح طرفا فيه وإلا اعتبر من الغير بالنسبة لهذا العقد أو على الأقل لا يعتبر طرفا فيه. فكيف يعتبر الغير لأنه يساهم لا بإرادته وإنما بواسطة عقد في مجموعة لا يمكن تصويرها على أنها عقد يتكون من رضا ومحل وسبب[81].

وبالتالي فإن المجموعة العقدية بهذا المعنى لا يمكن أن تلعب دور العقد ما لم تتحقق فيها جميع أركانه من رضا ومحل وسبب وأهلية للالتزام[82] ، فالمنطق السليم يفرض عدم تحميل

---

[79]- صبري حمد خاطر ، م . س . ص 282.

[80]- عادل الغنوبي: في أطروحته: الغير عن العقد في القانون المغربي والقانون المقارن، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة. السنة الجامعية 2013-2014. ص 269.

[81]- صبري حمد خاطر ، م . س . ص 283.

[82]- لكي ينشأ العقد صحيحا فإنه يتعين فيه أن يكون مستجمعا لعناصره الجوهرية التي يقوم عليها: فهو بمثابة البناء الذي لا بد له من أركان يؤسس عليها، وقد أشار المشرع المغربي لهذه الأركان في الفصل الثاني من ق . ل. ع. الذي جاء فيه بإن "الأركان اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة من الإرادة هي:

1- الأهلية للالتزام

2- تعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام

3-شيء محقق يصلح لأن يكون محلا للالتزام

طرف التزامات أو اكتسابه حقوقا من عقد لم يساهم في تكوينه بإرادته ، فهل نستطيع أن نتصور أن المهندس الذي يتعاقد مع رب العمل له الحق في مطالبة المقاول بدفع أجوره كاملة لأن كلا منهما يعتبر طرفا في مجموعة عقدية.

والاتجاه الذي يرى ضرورة تدخل المشرع لتعديل مفهوم الغير وفقا للقواعد العامة في ترتيب أثر العقد وفقا لنظرية المجموعة العقدية[83] لا يمكن أن يضيف أي تغيير على مفهوم الغير بقدر ما سيزيد الأمر أكثر تعقيد.

لذلك يرى الأستاذ صبري حمد خاطر أنه ليس من الممكن إلغاء وصف الغير عن الشخص لمجرد أن عقده يتآلف مع عقد آخر لتكوين مجموعة عقدية ، وإنما يمكن القول أن في هذه المجموعة لا يعتبر غيرا أجنبيا فلا يمكنه أن يقف فيها موقف اللامبالاة بالنسبة للعقود التي تتكون منها ، كما لا يمكن أن يطبق عليه مبدأ نسبية أثر العقد بكل ما يحمله من مضمون فردي ف "الغير" الأجنبي هو الذي خارج نطاق المجموعة العقدية. أما الغير يتجلى لنا في النتائج التالية يقول الأستاذ صبري حمد خاطر:

أولا: تضيق نطاق فئة الغير الأجنبي بالنسبة للعقد وحصرها بالأشخاص الذين لا يساهمون في تكوين العقد ولا في تكوين مجموعة عقدية.

ثانيا: ظهور فئة جديدة من الغير وهي فئة الغير ذي المصلحة العقدية هذا الغير يتميز بأنه طرف في عقد يتآلف مع عقد آخر أو أكثر لتكوين مجموعة عقدية.

ثالثا: يوصف الشخص الذي يتلقى حقا أو شيئا معينا في المجموعة العقدية ، والذي يوصف تقليديا يوصف الخلف الخاص أنه غير ذو مصلحة في المجموعة العقدية[84].

ونحن نتفق مع الأستاذ فيما ذهب إليه باعتباره سلك طريقا وسطا ، فمن ناحية لا يمكن إلغاء وصف الغير عن الشخص الذي ساهم في تكوين مجموعة عقدية حتى لا يتأثر بعقد لم يكن طرفا فيه من منظور أركانه وشروط صحته ، ومن ناحية أخرى لا يمكن أن يطبق على هذا

4- سبب مشروع للالتزام".

[83]- أنظر بهذا الصدد موقف الباحث عادل الغنوبي. م . س . ص 269

[84]- صبري حمد خاطر. م . س . ص 284.

الشخص مبدأ نسبية أثر العقد وفقا للنظرية التقليدية ما دام أن لهذا الشخص مصلحة تتأثر بمقتضى العقد الذي أصبح بموجبه طرفا في مجموعة عقدية، لذلك يصح أن نطلق على هذا الشخص وفقا لهذا التأصيل أنه طرفا في مجموعة عقدية وفي نفس الوقت غيرا بالنسبة للعقود التي تشكلت من دون أن يساهم في تكوينها بإرادته. فالتعديل الذي يجب أن يجرى على الفصل 228 لا يجب أن يتم من منطلق ما توصل إليه أنصار نظرية المجموعة العقدية بل من هذا المنطلق الأخير، الذي لا يعود بنا إلى التساؤل كيف يتكون العقد ؟ لأن هذا لن يساهم البتة في تطوير نظرية العقد بل يعود بنا إلى إعادة صياغة هذه النظرية من الأول.

المبحث الثاني: تمييز الغير عن المفاهيم المشابهة[85]

تقدم في المبحث الأول أن عرضنا لمفهوم الغير عند النظرية التقليدية والنظرية الحديثة وبعد أن توصلنا من خلال هذه النظريات أن الغير فئتين ، الأولى ، الغير الذي يكتسب وصف الأجنبي عن العقد كأن يكون خلفا ثم يكتسب بالنسبة للعقد وصف "الغير" ، والثانية هي: فئة الأجنبي أصلا عن العقد ، أي من لم يكن خلفا عاما أو خاصا أو دائنا لأحد طرفي العقد بل هو أجنبي ابتداء[86].

فالغير قد لا يكون طرفا في العقد ، ولا خلفا عاما أو خاصا، ولا دائنا وهذا الفريق الثاني للغير حين يسمى بالغير (الأجنبي) أصلا عن العقد لا ينصرف أثر العقد بداهة إليه ، لأنه بعيد عن دائرة التعاقد ، وقد يعتبر غيرا في أحوال استثنائية الخلف والدائنون وهذا الفريق الثاني من الغير، وهنا تتمثل الصعوبة التي تكتنف تحديد مفهوم الغير بدقة ، لذلك سنعمل من خلال هذا المبحث تحديد مفهوم الغير من بعض المفاهيم كالطرف في العقد والخلف وكذا الدائنين حتى لا يختلط بهذه المفاهيم ، محاولين مراعاة التقسيم الفقهي لمفهوم الغير ومتى يأخذ الغير وصف الخلف أو الدائنين؟

وارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: تمييز الغير عن مفهوم الطرف والخلف العام

المطلب الثاني: تمييز الغير عن الخلف الخاص والدائنين

---

[85]- بحسب المراجع التي حصلنا عليها في موضوع تحديد مفهوم الغير من العقد فإنه لم نجدها تتطرق لتمييز الغير عن بعض المفاهيم المشابهة له كالطرف في العقد والخلف والدائنين، بل يكتفون بالتطرق إلى الأشخاص الذين لا يعتبرون من الغير وكذا التطرق للاختلاف حول الأشخاص الذين يعتبرون من الغير، وقد تعمدت هذا العنوان حتى يسهل على القارئ تمييز الغير عما يشبه به وكذا معرفة متى يأخذ الغير صفة الخلف والدائن في حالات معينة.

[86]- أنظر المفهوم التقليدي والحديث للغير في المبحث الأول من هذا البحث.

المطلب الأول: تمييز الغير عن مفهوم الطرف والخلف العام

يبقى الغرض الأساس لتحديد معنى الغير هو أن يبين على وجه التحديد الأشخاص الذين لا ينصرف إليهم أثر العقد ومن هذا المنطلق فالطرف في العقد يعتبر ممن تنصرف إليه أثر العقد استنادا لمبدأ نسبية أثر العقد لذلك وجب تحديد العنصر الذي يعتمد عليه في تحديد المتعاقد ، أما الخلف العام فهو يعتبر ممن تنتقل إليه مخلفات العقد الذي أبرمه السلف.

وعليه سنعمل من خلال هذا المطلب التمييز بين الغير والطرف في العقد (الفقرة الأولى) ثم التمييز بين الغير والخلف العام (الفقرة الثانية). وذلك بناء على مدى سريان أثار العقد في حق كل هؤلاء الأشخاص.

الفقرة الأولى: تمييز الغير عن مفهوم الطرف

ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين أو من في حكمهم ، أما "الغير" فإن مبدأ نسبية أثر العقد يقضي بأن يظل خارج الدائرة التي تتحرك فيها آثار العقد. وعليه لا يحدد الغير كما يقول جوسران josserand إلا بأن يقابل بينه وبين المتعاقد. وعلى هذا الأساس[87] ، بدلا من أن نتساءل أولا من هم الغير، يفترض أن نجيب على سؤال يتقدم على الأول وهو من الذي لا يعتبر "غيرا"[88].

إنه باستعمال مفهوم المقابلة يفرض أنه كل من لم يكن غيرا فهو طرف والعكس صحيح ، وهذا المبدأ ليس ثمة خلاف بشأنه ، فبديهي أن الشخص الذي يوصف بأنه طرف في العقد لا يعتبر "غيرا". لكن يجب أن نتساءل حول المعايير التي يجب أن نميز في إطارها بين فئة الغير وفئة المتعاقد أو الطرف؟

---

[87]- أنظر صبري حمد خاطر: م . س. ص 27.

[88]-تستخدم عادة في بيان مفهوم الغير طريقة يطلق عليها "الاستبعاد" فعن طريق استبعاد المتعاقدين عن فئة الأشخاص التي لا يطبق عليها مبدأ نسبية أثر العقد نتوصل إلى ذلك الذين لا يطبق عليهم ، أي لا ينصرف إليهم أثر العقد.

يهتم غالبية الفقه[89] على **الإرادة** كمعيار لتحديد الطرف في العقد ، ذلك جرى القول في تعريفه أنه (من يساهم في العقد لأنه يريد ذلك) أو أن الأطراف في العقد هم من (ينشأ العقد بموجب اتفاق ارادتهم)[90]

ونفس المقتضى يقرره المشرع المغربي من خلال الفصل 230[91] من قانون الالتزامات والعقود وإن لم يتولى تعريف الطرف المتعاقد فإنه حصر القوة الملزمة للعقد في أطرافه ، أي من قصدوا من خلال تطابق إرادتهم التعاقد. أو بتعبير آخر إن القوة الملزمة للعقد تسري في مواجهة من أعلنوا عن إرادتهم التي ترتب عن تطابقها قيام العقد[92].

وهذا الأسلوب في تحديد الطرف كان محل دراسة أجراها مرتان mrtin، فلاحظ أن مساهمة الشخص بإرادته لا تكفي بأن يوصف بالطرف. فالنائب يساهم بإراته في إبرام العقد دون أن يصبح طرفا فيه ، لأن دوره يقتصر على إبرامه دون أن ينصرف إليه أثر العقد[93].

ولعل هذا المقتضى هو الذي حاول الأستاذ الكزبري مراعاته أثناء تعريفه للمتعاقد أو الطرف في العقد بقوله:

---

[89]- من أبرز هؤلاء الفقهاء الفقيه في weill مؤلفه
-terre/ droit civil introduction generle. 4 ed / D. paris . 1979 . p 334.
والفقيه فلور FLOUR مؤلفه:
- leffet des contrats a. egard des teirs en droit Internationale prive. These . paris . 1977 . p 27.

[90]- والملاحظ حتى في التعريفات الفقهية للعقد تعتمد معيار الإرادة فنجد مثلا تعريف الأستاذ الكزبري للعقد بأنه" توافق إرادتين على إنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه". أنظر مأمون الكزبري نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود المغربي -الجزء الأول- مصادر الالتزامات مرجع سابق. ص 30.

[91]- ورد بمقتضى الفصل 230 "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة لمنشئيها ، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاهما معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون".

[92]- وللاشارة يمكن أن تتحقق صفة الطرف في العقد حتى بعد التعاقد كإقرار المالك الحقيقي لبيع ملكه من طرف الغير، وانضمام الشخص إلى اتفاقية جماعية وقبول المنتفع إلى الاشتراط الصادر لمصلحته من قبل الغير المشترط.
ومن الممكن أن يتعاقد الشخص عن طرق ممثل عندما تكون النيابة اتفاقية، حيث تقضي القواعد أن هذا العقد يكون لحساب ولمصلحة الموكل. لكن عندما تكتسي النيابة طابعا قانونيا او قضائيا فإن إرادة المنوب تنعدم في الأصل . من ثم يتعين اعتبار القانون قد أعطى لأحد الأشخاص صفة طرف في العقد دون وجود إرادة للالتزام من جانبه.
- أنظر عبد الحق صافي: الكتاب الثاني آثار العقد ص 9.

[93]- أنظر صبري حمد خاطر: م . س. ص 29.

" يقصد بالمتعاقدين الأشخاص الذين كانوا طرفا في العقد بأشخاصهم أو بمن يمثلونهم . فالوكيل أو النائب الشرعي كالولي أو الوصي ، إذا ما أبرم عقدا بالإضافة إلى الموكل أو القاصر أو ناقص الأهلية ، إنما يمثل الموكل والقاصر وناقص الأهلية ، بحيث هؤلاء هم الذين يعتبرون طرفا في العقد ، وهم الذين ينتج العقد آثاره إزاءهم"[94].

وما يأخذ على تعريف الأستاذ الكزبري أعلاه أنه يعرف الطرف بأنه من ينصرف إليه أثر العقد سواء ساهم في العقد بإرادته او من دون ذلك (النيابة القانونية أو القضائية). ولكن الشخص قد يناله أثر العقد دون أن يصبح طرفا فيه. فالمستفيد في الاشتراط لمصلحة الغير لا يعتبر طرفا على رغم أنه يتلقى حقا بموجب العقد ، مثله مثل الولد الطبيعي الذي لا يعتبر طرفا في التصرف الذي يتضمن الاعتراف به[95]. وذلك فإنه إضافة إلى أن الطرف في العقد ، هو من يناله أثر العقد يعتبر طرفا في العقد أيضا كل من يعبر العقد عن **مصلحة** ذاتية له.

غير أن هناك فقيها فرنسيا آخر يتجاوز معياري الإرادة والمصلحة في تحديد مفهوم الطرف في العقد وهو الفقيه ستورك STORCK الذي يرى أن مفهوم الطرف في العقد قائم على ثلاث عناصر:

أولا: الإرادة ، فالعقد تصرف والتصرف قوامه الإرادة.

ثانيا: أهلية الشخص لأن يكون له الحق ، ولأن يمارس هذا الحق أي أهلية وجوب وأداء[96].

---

[94]- مأمون الكزبري نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود المغربي -الجزء الأول- مصادر الالتزامات مرجع سابق. ص 245.

[95] يتوصل الأستاذ مارتان من خلال الدراسة التي أجراها حول مفهوم الطرف في العقد إلى أن هذا الأخير ليس هو الذي يناله آثار العقد فقط ، وإنما الذي يعبر العقد عن مصلحة ذاتية متميزة عن غيرها أيضا فلو أن مالكين على الشيوع باعا أرضهما إلى شخص ثالث فإن مصلحة البائعين تتعارض مع مصلحة المشتري لذلك ليس للعقد إلا طرفان. ولا يقال أن للعقد ثلاث أطراف لأنه أبرم بين بائعين ومشتري واحد ، وذلك لأن علاقة البائعين فيما بينهم تبقى مستقلة عن أثر العقد ، ومصلحة كل منهما لا تتعارض مع الاخرى وإنما تمثلان مصلحة واحدة في مواجهة المشتري. فعدد الاشخاص لا يؤدي بالضرورة إلى تعدد المصالح المتناقضة... (ينظر في هذا السياق الأستاذ صبري حمد خاطر: م س. ص 30 وما يليها.)

[96]- الأهلية نوعان: أهلية وجوب وأهلية أداء

ثالثا: المركز القانوني للشخص الذي يعدل بالعقد أي أثر العقد يزيد من حقوق الطرف فيه أو يزيد من التزاماته[97].

ويرى الأستاذ صبري حمد خاطر أن أسلوب STORCK في تحديد الطرف يؤدي إلى الخلط بين مفهوم الطرف وبين شروط وأركان العقد . فالطرف هو واحد إلا أنه قد يصدر عنه الإكراه أو يقع ضحية له أو للغلط أو أن الطرف تشترط فيه الأهلية عند التعاقد وما إلى ذلك. ثم أن STORCK يتوصل في النهاية إلى تحديد الطرف بالنسبة لأثر العقد على أنه هو من ينصرف إليه الأثر ، وهذا الأسلوب في بيان وصف الطرف سبق انتقاده[98].

ويبدو الراجح هو أن الشخص يصبح طرفا إذا تعاقد لنفسه أصالة أو نيابة لأنه يريد ذلك ، ومتى وصف الشخص أنه طرف ، فإن الفقه لا يختلف حول اعتبار هذا الوصف يأتي على الضد من وصف "الغير" ، فالطرف يتلقى أثر العقد أما الغير فإنه لا ينتفع بهذا الأثر أو يضار به إلا على سبيل الاستثناء كما هو الحال بالنسبة للخلف الخاص والدائن العادي ، كما أن وصف الطرف له قابلية للانتقال وهذا ما يحدث بالنسبة للخلف العام وهو الأمر الذي يدعو إلى بيان التمييز بين مفهومي الغير والخلف العام.

يراد بأهلية الوجوب صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات التي يحددها القانون ، وهي ملازمة ليه طول حياته ولا يمكن حرمانه منها.
أما أهلية الأداء فيقصد بها صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية والمالية ونفاذ تصرفاته ، ويحدد القانون شروط اكتسابها وأسباب نقصانها أو انعدامها. أنظر المواد من 206 إلى 211 المنظمة للأهلية من مدونة الأسرة.

[97]- يتساءل الفقيه استورك. حول هل يوجد مفهوما واحدا للطرف كمقابل لمفهوم الغير ويجيب أن الطرف كمقابل لمفهوم الغير لم يستخدم بمعنى واحد . فهو تبعا لاستخدام مصطلح الغير ليه معان تختلف حسب الموضع الذي يرد فيه . وصياغة تعريف واحد للطرف تؤدي إلى أن يصبح مفهوم الطرف غامضا بدلا من ايضاحه . فعلى سبيل المثال استخدم المشرع كلمة الطرف أو الغير بالنسبة للعقد الصوري بمعنى يختلف عنه بالنسبة لثبوت تاريخ العقد . عليه لابد أن يحدد الطرف حسب وروده في النصوص التشريعية بالنسبة لتكوين العقد ثم أثره ، فبالنسبة لتكوين العقد يذكر المشرع الطرف بمعان مختلفة فالطرف هو من يصدر عنه الرضا أو من كان ضحية الإكراه أو من صدر عنه الإكراه ، أو أن الطرف من يقع منه الغلط أو من يعلم بهذا الغلط ، أو يقصد بالطرف من له أهلية التعاقد ، أو أن الطرف من يكون سبب التزامه هو التزام الطرف المقابل أما بالنسبة لأثر العقد ، فالطرف هو من ينصرف إليه أثر العقد مباشرة أي من يلزم بإعطاء شيء معين أو يلتزم بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل. أنظر بهذا الصدد الأستاذ صبري حمد خاطر م س ص 31 وما يليها.

[98]- صبري حمد خاطر: م . س . ص 32.

الفقرة الثانية: تمييز الغير عن مفهوم الخلف العام

قلنا أن العقد يهيمن عليه مبدأ هام هو نسبية آثاره ، وانصرافها إلى أطرافها فقط إعمالا لمبدأ استقلال الأفراد ، وضرورة احترام إرادتهم[99].

ولكن العقد لا يقتصر على أطرافه فقط ، بل يمتد إلى الخلف العام أيضا ، إذ الفرد عندما يتعاقد بنفسه ، فإنه يتعاقد ضمنيا لورثته ومن يود الايصاء لهم . إذ لا تستقيم المعاملات بين الأفراد إذا كانت الحقوق والالتزامات المترتبة بين الأفراد على العقود تنقضي بوفاة أطرافها ، إذ يؤدي ذلك إلى اضطراب المعاملات وعدم استقرارها ، والمنطق والعدالة يقضيان انتقالها إلى الخلف العام.[100]

ويقصد بالخلف العام من يخلف سلفه في مجموع التركة أو في جزء منها وهذا ما يتحقق بالنسبة للوارث الوحيد أو المشترك مع غيره في استحقاق التركة ويدخل الموصى له ضمن هذه الحلقة إذا كانت الحصة المستفاد منها شائعة أيضا[101].

وقد عرض المشرع المغربي لآثار العقد بالنسبة للخلف العام في الفصل 229 من قانون الالتزامات والعقود "تنتج الالتزامات أثرها لا بين المتعاقدين فحسب ، ولكن أيضا بين ورثتهما وخلفائهما ما لم يكن العكس مصرحا به أو ناتجا عن طبيعة الالتزام أو القانون . ومع ذلك فالورثة لا يلتزمون إلا في حدود أموال التركة وبنسبة ما ناب كل واحد منهم ، وإذا رفض

---

[99]- ظهرت في القرن السابع عشر نظريات اقتصادية وفلسفية وسياسية تشبعت بروح الفردية فساعدت على إقرار مبدأ سلطان الارادة ، وقد بلغت هذه النظريات أوجها في القرن 18 وهي تنادي بوجود قانون طبيعي يقوم على حرية الفرد واستقلال إرادته ، ويترك لهذه الإرادة أن توجه ما في المجتمع من نظم اقتصادية واجتماعية ، وقد حمل هذه الدعوى في المجال الاقتصادي "الفيزوقراطيون"، إذ كانو ينادون بالحرية الاقتصادية ، ونهض بها في الميدان السياسي والاقتصادي "روسو" في كتابه "العقد الاجتماعي" فكانت جميع الأفكار التي سادت في هذا العصر أن يترك القانون الارادة تزاول نشاطها ، وليس عليه أن بعد ذلك لحماية طرف ، أو ليرى ما إذا كان هذا النشاط يتفق مع الصالح العام ، إذ أن هذا الوضع هو الذي يحقق مصلحة الفرد ، وبالتالي مصلحة الجماعة. فالنظام الاجتماعي يرتكز على الفرد ، والقانون يحمي الفرد وليس الجماعة والفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية ، ومقتضى هذه الحرية أن تكون الإرادة حرة مستقلة ، وقد مهدت هذه الأفكار للثورة الفرنسية ، واستوحاها الشارع الفرنسي ، فجاء تقنين نبليون 1804 يعتد بسلطان الإرادة إلى حد كبير. أنظر بهذا الصدد :
- نسرين أبادر : حرية التعاقد رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة السنة الجامعية 2010- 2011 ص 4.

[100]- عبد الحكم فودة: النسبية والغيرية في القانون المدني، دار الألفي المنيا مصر ص 7.

[101]- عبد القادر العرعاري: مصادر الالتزامات الكتاب الأول –نظرية العقد- م . س. ص ص 331-332.

الورثة التركة ، لم يجبروا على قبولها ولا على تحمل ديونها وفي هذه الحالة ليس للدائنين إلا أن يباشروا ضد التركة حقوقهم".

فبمقتضى هذا النص القاعدة هي أن أثر العقد ينصرف إلى الخلف العام مع عدم الإخلال بقواعد الميراث[102] . وهكذا فالخلف العام لا يعتبر طرفا متعاقدا في الأصل و إنما ينتقل إليه هذا الوصف عن سلفه ، بحيث يمكن اعتباره في حكم المتعاقد بيد أن هذا الوصف الأخير لا يثبت له على الدوام ، من هنا يتسم مركزه التعاقدي بالنسبية ولبيان ذلك نتناول الخلف العام باعتباره في حكم المتعاقد (أولا) ثم نسبية مركزه التعاقدي (ثانيا).

أولا: الخلف العام في حكم المتعاقد

ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام . وهو ينصرف كقاعدة عامة بموجب نص تشريعي وهو ما قرره المشرع المغربي من خلال الفصل 229 أعلاه " تنتج الالتزامات أثرها لا بين المتعاقدين فحسب ولكن أيضا بين ورثتهما وخلفائهما..."

فمن خلال هذا المقتضى اعتبر المشرع الخلف العام في حكم المتعاقد مع ملاحظة عدم إمكان ترتيب الالتزامات عليه إلا بقدر ما يصيبه من حقوق

ويرى الأستاذ العرعاري[103] أنه من خلال التمعن في صيغة الفصل 229 أعلاه لم يكن المشرع موفقا في صياغة هذا النص لكونه حاول التوفيق بين ما هو منصوص عليه في إطار التشريع الفرنسي[104] وما تقضي به الشريعة الاسلامية[105] في ميدان استحقاق التركة ، والتحمل بالتزاماتها.

---

[102]-- مأمون الكزبري نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود المغربي -الجزء الأول- مصادر الالتزامات مرجع سابق. ص 253.

[103]- عبد القادر العرعاري: مصادر الالتزامات الكتاب الأول –نظرية العقد- م . س. ص 332.

[104]- بالنسبة للقانون الفرنسي نجده يعتبر شخصية الوارث والموصى له بجزء شائع بمثابة امتداد لشخصية الموروث وبالتالي امتداد في الذمة المالية الأمر الذي يترتب عليه حلول الورثة محل الميت في حقوقه وفي التزاماته حتى وإن كانت الذمة المالية للهالك سلبية.

فقد تأثر قانون الالتزامات والعقود المغربي بالقانون الفرنسي من حيث أنه أجاز للورثة رفض التركة ، ومنع في هذه الحالة إجبارهم على قبولها ، وحصر حق الدائنين بمباشرة حقوقهم في مواجهة التركة ليس إلا، دون أن يتحمل الورثة بأي التزام من التزاماتها[106].

ولكن المشرع المغربي بقي متماشيا مع أحكام الشريعة الاسلامية ، من حيث أنه جعل الورثة ، حتى في حالة قبولهم التركة ، "لا يلتزمون إلا في حدود أموال التركة وبنسبة ما ناب كل واحد منهم ".

ففي إطار هذه القواعد المتعلقة بالميراث ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام كما لو كان هو العاقد ، ومنه فإن المشرع من خلال هذه المقتضيات قد نفى صفة الغير عن الورثة و نفس المقتضى نجد العمل القضائي يكرسه فقد جاء في إحدى القرارات القضائية[107] "ورثة البائع خلف عام له يلزمهم ما يلزمه بمقتضى عقد البيع تطبيقا للفصل 229 من ق ل ع" وجاء في قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى[108] "إذا أصبح الموهوب له وارثا للواهب البائع فإنه لا يعتبر من الغير بالنسبة للتصرفات التي أبرمها مورثه بل تكون حجة عليه ولازمة له تطبيقا للفصل 229 من ق ل ع".

وبالتالي فالخلف العام في هذه الأحوال لا يعتبر "غيرا" ما دام يتأثر بآثار العقد على الرغم أنه لم يكن متعاقدا أو طرفا في الأصل.

---

[105]- بالنسبة للوضع في الفقه الإسلامي فهو محكوم بقاعدة مشهورة في ميدان الفرائض وهي أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون ونتيجة لذلك فإن ذمة الوارث لا تعد امتدادا لذمة الهالك لأن المتابعة تنحصر في ذمة هذا الأخير دون إدخال للورثة بقصد تحمل ديون الهالك ، وفي حالة ما إذا كانت ديون الميت تفوق ما تركه من أموال أو حقوق مالية كانت الأولوية للديون الممتازة أما باقي الغرماء فإنهم يتحاصون في الدين بنسبة كل واحد منهم.

[106]- مأمون الكزبري نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود المغربي -الجزء الأول- مصادر الالتزامات مرجع سابق. ص 254

[107]- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالقنيطرة بتاريخ 1992/06/22 منشور بمجلة الاشعاع عدد 8 ص 130.

[108]- قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2001/10/10 منشور عند عبد العزيز توفيق : قضاء المجلس الأعلى في الأحوال الشخصية والعقار من 1957 إلى سنة 2002 . ص 14 وما بعدها.

ثانيا: الخلف العام في مركز تعاقدي نسبي

لا يعتبر الخلف العام - كما تبين آنفا - متعاقدا وإنما هو في حكم المتعاقد . وهذا الحكم نسبي لأن أثر العقد ينصرف في الأساس إلى السلف لا إليه . وحتى لو اتفق السلف مع المتعاقد معه على أن ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام مباشرة دون أن يمر بذمته فإن هذا الاتفاق باطل. ويعتبر الخلف العام في هذه الحالة "غيرا" فلا يكون مدينا بموجب اتفاق هو أجنبي عنه. كذلك لا يكون دائنا بموجبه إلا وفق أحكام الاشتراط لمصلحة الغير[109].

وهو التوجه الذي يكرسه المشرع المغربي من خلال الفصل 229 حيث كرس بعض الاستثناءات التي لا يتأثر فيها الخلف العام بالتصرفات التي يقوم بها سلفه ، وقد حدد الفصل السابق ثلاث حالات لا يسري فيها آثار العقد في حق الخلف العام حيث يعتبر حينئذ غيرا:

أ- حالة الاتفاق الصريح على استبعاد الخلف العام من دائرة نطاق الأشخاص المستفيدين من العقد ، لا فرق في ذلك بين أن يكون الاستبعاد شاملا لخلفاء المتعاقدين معا أو مقتصرا على خلفاء أحدهما فقط[110]

ب- حالة ما إذا كانت طبيعة آثار العقد تأبى الانتقال إلى الخلف العام وهذا ما يتحقق في العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي وهي الحالة التي تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار ، كما هو الحال في عقد الوكالة[111] أو بعض عقود العمل التي يبرمها جراح أو مهندس أو فنان...

---

[109]- صبري حمد خاطر : م . س. ص 46.

[110]-إذا وجد اتفاق صريح بين العاقدين يقضي بعدم انصراف عقدهما إلى ورثة أحدهما أو إلى ورثتهما معا ، حيث ينتهي العقد بوفاة العاقد المعين في الفرضية الأولى أو بوفاة أو واحد من العاقدين في الفرضية الثانية . من ذلك مثلا أن يتضمن عقد البيع شرطا يقضي بمنح لمشتري أجلا للوفاء بالثمن دون انتقال الحق في الأجل إلى الورثة ، فإذا توفي المشتري تعين دفع الثمن فورا من التركة . أو ينص عقد التأمين ضد خطر معين على انتهاء العقد بموت المؤمن له . أو يشمل الاتفاق على الوعد ببيع عقار شرطا يقضي بانتهاء الوعد بمجرد وفاة أحد الطرفين...

[111]- عرف المشرع المغربي عقد الوكالة بمقتضى الفصل 879 من ق ل ع "الوكالة عقد بمقتضاه يكلف شخص شخصا آخر بإجراء عمل مشروع لحسابه ، ويسوغ إعطاء الوكالة أيضا لمصلحة الموكل والوكيل، أو لمصلحة المكل أو الغير ، بل ولمصلحة الغير وحده."

ج- حالة وجود نص في القانون يقضي بعدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام : كما هو الشأن بالنسبة للتصرفات التي يبرمها المريض في مرض موته[112] بقصد محاباة بعض الورثة، فقد نص المشرع في الفصل 344 من ق ل ع على أن "الابراء الحاصل من المريض في مرض موته لأحد ورثته من كل أو بعض ما هو مستحق عليه لا يصلح إلا إذا أقره باقي الورثة". ويعد أيضا حق الانتفاع من الحقوق التي تنقضي لزوما بموت المنتفع وبالتالي عدم سريان أثر هذا الحق على الخلف العام إذ تقضي المادة 79 من مدونة الحقوق العينية "الانتفاع حق عيني يخول للمنتفع استعمال عقار على ملك الغير واستغلاله ، وتنقضي مدته لزوما بموت المنتفع".

ونلاحظ من خلال عرض الفصل 229 أنه من الناحية الواقعية أن انتقال أثر العقد إلى الخلف العام إنما يتم عن طريق انتقال الذمة المالية في وجهها الإيجابي إلى الخلفاء ، باعتبار أن آثار العقد الذي أبرمه السلف ما هو إلا جزء من الذمة المالية للهالك ولا تنتقل إلى الخلف العام إلا بعد تصفية التركة من الالتزامات العالقة بها[113].

---

[112]- لقد أجمع الفقه والاجتهاد القضائي على أن مرض الموت يجب أن تتحقق فيه ثلاث شروط
1- أن يكون مرض يحدث فيه الموت غالبا.
2- أن يولد عند المريض شعورا بالخوف من الموت
3-أن يموت الشخص بالفعل موتا متصلا به قبل مضي سنة على بدئه.
فمرض الموت إذا هو الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز المريض عن رؤية مصالحه ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة فإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة كان في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح. ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله. للتوسع في هذا الموضوع ينظر
- الأستاذ عبد السلام فيغو: التصرفات الصادرة من المريض مرض الموت. دراسة في الفقه الإسلامي والقانون و الوضعي والاجتهاد القضائي منشورات مجلة الحقوق "سلسلة المعارف القانونية والقضائية". الرباط.

[113]- تنص المادة 322 من مدونة الأسرة "تتعلق بالتركة حقوق خمسة تخرج على الترتيب التالي:
1- الحقوق المتعلقة بعين التركة
2- نفقات تجهيز الميت بالمعروف
3-ديون الميت
4- الوصية الصحيحة النافذة
5-المواريث بحسب ترتيبها في هذه المدونة"

المطلب الثاني: تمييز الغير عن الخلف الخاص والدائنين

يعتبر كل من الخلف الخاص والدائن العادي ، من الأشخاص التي قد ينصرف إليها أثر العقد ، والأخذ بهذا المعطى تتبعه نتائج عملية تتعلق بمسألة انصراف أثر العقد إلى أشخاص لم تلعب إرادتهم أي دور في انعقاد هذا العقد لا أصالة ولا نيابة.

والسؤال الذي يثار في هذا الإطار هو مدى اعتبار الخلف الخاص والدائن العادي من فئة الغير بخصوص أثر العقد الذي لم يكونا طرفا فيه؟

وسنعمل على بيان ذلك من خلال محاولة التمييز بين الغير ومفهوم الخلف الخاص في (الفقرة الأولى) ثم تمييز الغير عن مفهوم الدائن العادي في (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تمييز الغير عن مفهوم الخلف الخاص

انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص يختلف في الوضع عن انصراف هذا الأثر إلى الخلف العام . والخلف الخاص هو من يخلف الشخص في عين معينة بالذات أو في حق عيني عليها ، كالمشتري يخلف البائع في المبيع ، والمنتفع يخلف المالك في حق الانتفاع. والشيء الذي يتلقاه الخلف قد يكون هو ذاته حقا عينيا كما هو الغالب ، وقد يكون حقا شخصيا . فالمشتري خلف خاص في الشيء المبيع ، وهذا استخلاف في ملكية عين معينة ، وصاحب حق الانتفاع خلف خاص لمن تلقى منه هذا الحق ، وهو استخلاف في حق عيني واقع على عين معينة . والمحال له خلفا للمحيل في الحق المحال به.[114]

والتشريع المغربي كالتشريع الفرنسي ، لم يتطرق لموضوع أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص كما فعلت بعض التقنينات الحديثة كالقانون المدني المصرى والقانون المدني السوري

[114]-أنظر تعريف الأستاذ عبد الرزاق السنهوري للخلف الخاص . الوسيط في شرح القانون المدني الجديد –المجلد الأول- نظرية الالزام بوجه عام، مصادر الالتزام منشورات الحلبي الحقوقية . م س ص ص 596 و 605.

اللذين أوضحا أنه "إذا نشأ العقد التزامات وحقوق شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى الخلف خاص ، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه"[115].

والشخص لا يعتبر خلفا خاصا إلا بشأن الحق الذي يتلقاه عن سلفه ، إذا أبرم هذا السلف عقدا يتعلق بالحق قبل انتقاله إلى الخلف الخاص فإن التساؤل يثور حول وصف الخلف حيال هذا العقد أي فيما إذا كان غيرا يطبق عليه مبدأ نسبية أثر العقد أو أنه ليس من الأشخاص المقصودين بهذا المبدأ[116].

في الحقيقة أن وصف الخلف الخاص خلف خلافا في أوساط الفقه الفرنسي بين من يعطي له وصفا مزدوجا فيرى أنه خلف بالنسبة للحق وغير بالنسبة للالتزام وبين من يرفض وصفه بالغير وآخر لا يرى في انتقال بعض آثار العقد إليه ما يزعزعه وصفه غيرا. وسنعرض لذلك من خلال بيان كل اتجاه على حدة:

---

[115]- هذا ورغم أن المشرع المغربي لم يتطرق لموضوع أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص يرى الأستاذ الكزبري أنه من السهل تحديد هذه الآثار في المبادئ العامة ، فمن المبادئ العامة أن الشخص لا يستطيع أن ينقل لغيره أكثر مما يملك وينتج عن ذلك أن الخلف الخاص يتلقى الشيء أو الحق بالحالة التي كان عليها في ذمة سلفه المالية ، وبالوضع الحقوقي الذي حددته لهذا الشيء أو الحق ... أنظر بهذا الصدد
- مأمون الكزبري نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود المغربي -الجزء الأول- مصادر الالتزامات مرجع سابق. ص 258 وما بعدها.

[116]- والحالات التي يثور فيها هذا التساؤل عديدة منها الأمثلة التقليدية التالية.
- عندما يتعاقد صاحب المحل التجاري مع تاجر معين على عدم منافسة الأخير له في نشاط هذا المحل لمدة ومكان معينين. هل يعتبر مشتري المحل التجاري غيرا بالنسبة لهذا العقد؟
- عندما يتفق صاحب المنجم مع مالك الأرض الجاورة له على إعفائه من المسؤولية عن الضرر الذي قد يلحقه نشاط المنجم بأرضه مقابل تعويض يدفع سلفا فهل يعتبر الشخص الذي يشتري الأرض غيرا عن هذا الاتفاق؟... أنظر في هذا الصدد الأستاذ صبري حمد خاطر: م س . 109. وما بعدها.

أولا: الاتجاه القائل بازدواجية الوصف بالنسبة للخلف الخاص

ذهبت طائفة من الفقه[117] الفرنسي إلى أن للخلف الخاص وصفا مزدوجا فهو لا يعتبر غيرا بالنسبة للحق الناشئ عن العقد الذي يبرمه السلف ولكنه يعتبر غيرا بالنسبة للالتزام الناشئ عن هذا العقد فقط وذلك على التفصيل التالي:

أ- الخلف الخاص لا يعتبر غير بالنسبة للحق

حمل لواء هذا الاتجاه الفقيه لابارنيير LEPARGNEUR حيث بنى فكرته هذه من خلال تفسيره للمادة 1122 من القانون المدني الفرنسي التي تفترض أن الشخص عند تعاقده يشترط لنفسه ولورثته ولخلفه[118] ويتوصل لابارنيير على أن الخلف الخاص لا يعتبر غيرا بالنسبة للحق ما دام السلف يشترط له بموجب المادة 1122 المذكورة. على أنه لا يقصد بهذا الحق ما لا علاقة له بملكية الشيء الذي ينتقل إلى الخلف الخاص . لأن هذا يتناقض مع المنطق . وإنما المقصود به الحق الذي ينشأ عن عقد كان محله ذلك الشيء.

من جانب آخر يرى لابارنيير أن الخلف الخاص ، وإن لم يعتبر غيرا بالنسبة للحق الناشئ عن العقد ، إلا أن هذا الحق لا ينتقل إليه تلقائيا. وحسب رأيه فالمادة أعلاه تشتمل على تدرج في انصراف أثر العقد إلى الأشخاص فالأولوية في انصراف أثر العقد من الحق بنفسه. وهو لا يشترط للخلف الخاص أيضا إلا عندما لا يكون بوسعه أن يستفيد من الحق الناشئ عن العقد لا هو ولا ورثته.[119]

---

[117]- من أهم هؤلاء الفقهاء الفقيه لابارنيير LEPARGENEUR الذي أكد أن الخلف الخاص لا يعتبر غيرا بناء على التفسير الذي أعطاه للمادة 1122 مدني فرنسي والفقيهة كلاسترنك CLASTRENG التي ترى أن الخلف الخاص غيرا بالنسبة للالزام الناشء عن العقد... للتوسع في الموضوع يراجع الأستاذ صبري حمد خاطر م . س 113 وما يليها.

[118]- يعتبر الباحث أن لفظ الخلف في المادة المذكورة ورد عاما دون تخصيص يمكن أن يحمل معنى الخلف الخاص إلى جانب الخلف العام.

[119]- يتوصل أنصار هذا الاتجاه إلى أن العقود التي يبرمها السلف بشأن الشيء أو الحق الذي ينتقل إلى الخلف الخاص هي ثلاث أنواع:
- النوع الأول: وهو العقد الذي يتلقى السلف بموجبه الشيء أو الحق الذي يتصرف به إلى الخلف الخاص.
- النوع الثاني: وهو العقد الذي ينشأ عنه حق شخصي أو عيني لمصلحة الشيء الذي ينتقل إلى الخلف الخاص. ويرتبط هذا الحق بالشيء فيصبح من ملحقاته.

ب- الخلف الخاص يعتبر غير بالنسبة للالتزام

ومعنى أن الخلف الخاص غيرا بالنسبة للالتزام الناشئ عن العقد تأسيسا على أنه إذا كان للسلف الاشتراط لمصلحة هذا الخلف فليس له أن يتعهد عنه ، وبالتالي ، عدا الحالة التي تقيد فيها ملكية الشيء بتكييف عيني[120] لا ينتقل الالتزام إلى الخلف الخاص.[121]

وبهذا الاتجاه تذهب كلاسترنك CALASTRENG حيث ترى أن الخلف الخاص عندما يتلقى الشيء عن سلفه فإنه يريد استخدام هذا الشيء دون أن يفرض عليه أي قيد . وذلك استنادا إلى عدم جواز فرض التزام على الشخص دون تدخل إرادة هذا الأخير[122].

ودعما لهذا الرأي قال آخرون بحجة إضافية مبناها ، أنه طالما لا يجوز أن يفرض على الدائن تغيير المدين فإن هذا يؤدي بالضرورة إلى عدم جواز الزام الخلف الخاص إلا بالاتفاق[123]. ويشير أنصار هذا الاتجاه إلى أن القضاء الفرنسي اعتبر الخلف الخاص "غيرا" بالنسبة للالتزام الناشئ عن العقد الذي يبرمه سلفه إذ يقول هذا القضاء في أحد قراراته بأن

- النوع الثالث: وهو العقد الذي ينشأ عنه حق شخصي تكون له علاقة بالشيء الذي يتنقل إلى الخلف الخاص دون أن يصبح تابعا له.

ولا يثور حسب هذا الاتجاه أي مشكلة بالنسبة للنوع الأول: من هذا العقود ولا النوع الثاني: فالخلف الخاص لا يعتبر غيرا بالنسبة للعقد الذي يضع الشيء الذي ينتقل إليه في ذمة السلف . وذلك لأن الحق الذي يتمتع به هذا الخلف يستند إلى الحق الذي للسلف على الشيء. فإذا لم يكن السلف مالكا للشيء يترتب على ذلك حينئذ أن الخلف لا يملكه أيضا لأن السلف لا يستطيع أن ينقل إلى الخلف أكثر مما يملك. كذلك لا يعتبر الخلف الخاص غيرا بالنسبة للحق الذي ينشأ عن العقد من النوع الثاني . وذلك لأن الحق متى أصبح من ملحقات الشيء فإنه ينتقل بانتقاله. فعلى سبيل المثال إذا تعاقد السلف على حق ارتفاق لمصلحة العقار ثم باعه فإن حق الارتفاق ينتقل إلى المشتري باعتباره خلفا خاصا ولو أن البائع حول ثمن المبيع إلى شخص آخر فإن دعوى الفسخ لعدم دفع الثمن تنتقل إلى المحال له لأنها من ملحقات الثمن وغالبا ما يؤكد المشرع على هذا الحل في العديد من النصوص التشريعية يقول لابارنيير فعلى سبيل المثال ، يكون للمحال له أن يطالب الكفيل بضمان الدين على رغم أنه لم يكن طرفا في عقد الكفالة... ينظر في هذا الصدد الأستاذ صبري حمد خاطر . م س ص 114 وما يليها.

[120]- ومثال حق الارتفاق. فإذا نشأ عن اتفاق بين السلف ومالك العقار المرتفق فإن للعقار المرتفق به ينتقل إلى الخلف الخاص مثقلا بهذا الحق باعتباره تكليفا عينيا.

[121]- وهذا ما يشير إليه لابارنيير حيث يرى أن المشرع الفرنسي عبر عن ذلك صراحة في المادة 871 من القانون المدني عندما نص فيها أن الموصي له بسبب خاص لا يلزم بديون الموصي ما عدا دعوى الرهن على العقار الموصي به.

[122]- صبري حمد خاطر: م . س. ص 117.

[123]- صبري حمد خاطر: المرجع نفسه.

(الخلف الخاص لم يلزم بقوة القانون بالالتزامات الشخصية لسلفه . وأن هذا المبدأ يطبق أيضا على الاتفاقات التي أبرمها الأخير بشأن الشيء الذي ينتقل إلى الخلف الخاص)[124].

ثانيا: الاتجاه الرافض لاعتبار الخلف الخاص من الغير

يرى أصحاب هذا الاتجاه (الفقيه كودمه GAUDEMET و كزان CAZIN) أن أثر نسبية العقد لا يحول دون انصراف أثر العقد إلى الغير فهذا المبدأ لا يخص الخلف وينطلق أصحاب هذا الإتجاه من خلال المادة 1122 مدني فرنسي فكلمة يشترط التي وردت في هذه المادة تعني عندهم "يتعاقد " وعليه تحمل هذه المادة على أن السلف يتعاقد للخلف الخاص[125]

غير أن الإشكال الذي يثار حول هذا الموقف هو أنه يخل بمبدأ حرية التعاقد ما دام يؤدي إلى إلزام الخلف الخاص دون إرادته ، والواقع أن خطر إلزام الخلف الخاص دون إرادته كان محل اهتمام فقهي حيث يرى الفقيه دولامشيني DE LA MECHENIE أن الخلف الخاص عندما يتلقى عن السلف عنصرا من عناصر ذمته المالية يكسب ، في الوقت ذاته قابلية حيال الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقود يبرمها السلف وهذه القابلية تشبه تلك التي تكون للخلف العام عند موت سلفه[126].

---

[124]- يذهب الفقيه WEILL إلى تحليل آخر مبني على التمييز بين حالة الحق العيني وحالة الحق الشخصي ، حيث يرى أن الالتزام يمكن أن يكون معدلا أو مقيدا للحق الشخصي ، كأن يلتزم الدائن تجاه أحد المدينين المتضامنين فيما بينهم بأن لا يطالبه بالدين أو يمنح المدين مهلة معينة لسداد الدين . ففي مثل هذه الأحوال يمكن القول أن الالتزام صار معدلا أو مقيدا للحق بيد أن الالتزام لا يمكن أن يكون معدلا أو مقيدا للحق العيني ، فالالتزام قد ينشأ عن العقد الذي يعدل الحق العيني . ولكن الالتزام ذاته لا يقيد أو يعدل هذا الحق . فعلى سبيل المثال ، إذا باع المالك جزءا من أرضه فإنه ينشأ عن البيع التزام البائع بضمان المبيع ، إلا أن العقد هو الذي يعدل حق البائع في الملكية وليس هذا الالزام.

[125]- صبري حمد خاطر: م س ص 121.

[126]- يتساءل الفقيه دولامشيني عن الكيفية التي يكسب بها الخلف الخاص هذه القابلية ويجيب بأنه يكسبها على قدم المساواة مع الخلف العام بموجب المادة 1122 إذ يجب أن يفسر نص هذه المادة على أن السلف يتعاقد لنفسه ولورثته ولخلفه سواء أكان هذا الخلف عاما أم خاصا... للتوسع في الموضوع ينظر : صبري حمد خاطر م س . ص 122 وما يليها.

ثالثا: الاتجاه المؤيد لاعتبار الخلف الخاص من الغير

من أهم فقهاء هذا الاتجاه مارتي و راينو MARTY et RAYNAUD حيث يذهب هذان الباحثان إلى أن الخلف الخاص غير بالنسبة للعقد الذي يبرمه سلفه لأن مبدأ نسبية أثر العقد يطبق عليه فلا ينصرف إليه أثر العقد إلا بموجب ارادته أو القانون[127] فإذا لم يتدخل المشرع لفرض انصراف أثر العقد إلى الخلف فإن ارادة كل من السلف وخلفه سواء أكانت صريحة أم ضمنية هي وحدها التي تبرر انتقال الحق إلى الخلف.[128]

وهكذا من خلال عرض الاتجاهات الفقهية الثلاث يلاحظ أن اشكالية الحسم في مدى اعتبار الخلف الخاص من فئة الغير وبالتالي لا ينوشه أثر العقد أو اعتباره في حكم المتعاقد وبالتالي ينوشه أثر العقد من الصعب الحسم فيها وإعطاء تحديد دقيق لمصطلح الخلف الخاص ما دام أن الخلف الخاص قد يتأثر أحيانا بأثر العقد.

وبرجوعنا إلى الفقه المغربي بشأن هذه المسألة نلاحظ أن غالبيته سلك منحى الاتجاه الذي يعتبر الخلف الخاص في حكم المتعاقد[129]. وأمام هذا الوضع فالجواب تطبيقا لقاعدة "نسبية آثار العقد" أن الأصل هو عدم سريان آثار العقد الذي سبق إبرامه من طرف السلف في مواجهة الخلف الخاص. فما دام هذا الأخير أجنبيا عن الرابطة العقدية ولم يشارك بإرادته في قيامها فهو يظل "غيرا" لا ينتفع ولا يتضرر من الحقوق والالتزامات المترتبة عن هذه الرابطة

---

[127]- والحقيقة أن هذا الأمر هو الذي يكرسه الفصل 229 من قانون الالتزامات والعقود المغربي

[128]- هناك رأي اخر يتزعمه العميد روديير RODIERE يذهب في نفس هذا الاتجاه إذ يعتبر الخلف الخاص من الغير ويقول أن أثر العقد الذي يبرمه السلف نسبي في مواجهة خلفه الخاص. عليه لا ينتقل الحق الشخصي لهذا الخلف طبقا لهذا المبدأ.

[129]- وهو ما يستشف من خلال المعالجة التي يعتمدها الفقه المغربي بشأن تحديد آثار العقد حيث يتم غالبا تقسيم هذه الآثار في مواجهة أطراف العقد ومن في حكمهم (الخلف الخاص والخلف العام) أولا ثم ثانيا آثار العقد في مواجهة الغير وبهذا التقسيم يكون الفقه المغربي ميز بين ما يعتبر غيرا وبين ما يعتبر خلفا خاصا. انظر بهذا الصدد الأستاذ

- عبد الحق صافي: القانون المدني الجزء الأول: المصدر الإرادي للالتبزامات، العقد الكتاب الثاني – آثار العقد- م س ص 7.

- عبد القاردر العرعاري: م س ص 330

غير أن الأستاذ الكزبري نهج طريقا مغايرا في معالجته لآثار العقد حينما تناول أثر العقد في مواجهة المتعاقدين أولا ثم ثانيا تناول أثر العقد في مواجهة الغير وأقحم كل من الخلف الخاص والعام والدئنين ضمن فئة الغير والحقيقة أن الأستاذ يأخذ بالمفهوم الواسع للغير وهو ما دعى إلى اعتماده هذا التقسيم وهو ما سبق أن عالجناه في المبحث الأول من هذا الفصل حين تطرقنا لمدلول الغير في الفقه.

تبعا لذلك لا يلتزم مشتري العقار بأداء مقابل الأشغال التي سبق أن أجريت عليه باتفاق بين البائع و أحد المقاولين، كما أن مشتري السيارة غير مرتبط بعقد كراء مرآب يأويها عند إبرام هذا العقد من طرف البائع قبل الخلافة وهكذا...

لكن ترد على هذا المبدأ العام عدة استثناءات جد مهمة على الصعيد العملي تفيد بأن العقود التي سبق للسلف أن أبرمها تسري في حق الخلف الخاص إذا كانت ترتب حقوقا والتزامات تعتبر من مستلزمات المال محل الخلافة [130].

وهو الأمر الذي يقرره الفصل 229 من ق ل ع المغربي حيث يرى الأستاذ عبد الحق صافي أن هذا الفصل أخذ بالمفهوم الواسع للخلف فهو يشمل الخلف العام و الخاص أيضا. يضيف الأستاذ أن التشريع المغربي لا يخلوا من النص على عدة تطبيقات قانونية يتأثر معها الخلف الخاص بالعقود التي كان أبرمها سلفه[131].

وللإشارة فالفرضيات التي يسري معها العقد الذي كان أبرمه السلف في حق الخلف الخاص كثيرة ومتنوعة . لكن مع ذلك يمكن تقسيمها إلى نوعين:

- الفرضيات المقررة بنص القانون: قرر المشرع تأثر الخلف الخاص بالحقوق والالتزامات المترتبة عن عقد سبق إبرامه من طرف السلف في فرضيات كثيرة من بينها:

1- الفصل 694 من ق ل ع الذي ورد فيه " لا يفسخ عقد الكراء بالتفويت الاختياري أو الجبري للعين المكتراة. ويحل المالك الجديد محل من تلقى الملك عنه في حقوقه والتزاماته الناتجة من الكراء القائم، بشرط أن يكون هذا الكراء قد أجري بدون غش، وأن يكون له تاريخ سابق على التفويت".

---

[130]- ورد ضمن المادة 146 من القانون المدني المصري "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء ، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه".

[131]- عبد الحق صافي: القانون المدني الجزء الأول: المصدر الإرادي للالتبزامات، العقد الكتاب الثاني – آثار العقد- م س ص 24.

2- الفصل 672 من ق ل ع الذي ورد فيه "للمكري حق الدعوى المباشرة في مواجهة المكتري الفرعي، في جميع الحالات التي تكون له في مواجهة المكتري الأصلي، وذلك دون إخلال بحقه في الرجوع على هذا الأخير. ويسوغ للمكتري الأصلي دائما التدخل في الدعوى. وللمكري أيضا دعوى مباشرة ضد المكتري الفرعي لإجباره على رد العين عند انقضاء الأجل المحدد."

3- المادة 29 من مدونة التأمينات التي تنص على أحقية السيارة المشمولة بالتأمين الإجباري في الاستفادة من هذا التأمين إلى حين تغيير الورقة الرمادية وتسجيل العربة على اسم المالك الجديد

- الفرضيات التي تقتضيها طبيعة المعاملة: قد تقضي طبيعة المعاملة ذاتها تأثر الخلف الخاص بالحقوق والالتزامات التي كان تعاقد عليها سلفه ، وذلك مع التمييز بين عقود السلف المرتبة لحقوق والتزامات عينية واردة على المال محل الخلافة ، وعقوده المرتبة لحقوق والتزامات شخصية واردة على نفس المال.

فبالنسبة لعقود السلف المرتبة لحقوق والتزامات عينية مرتبطة بالمال محل الخلافة فهي تنتقل إلى الخلف الخاص بداهة ، فيستفيد من الحق العيني كل الأشخاص المتعاقبين على اكتساب حق على الشيء . وعليه يكتسب مشتري العقار حق الارتفاق المرتب لهذا العقار والذي سبق للبائع أن تعاقد عليه مع مالك عقار مجاور ، كما يستفيد نفس المشتري من دعاوى ضمان العيب والاستحقاق[132] التي كانت من حق سلفه أيضا إذا اكسب شخص عقارا مكلفا

[132]- ورد بمقتضى الفصل 532 من قانون التزامات والعقود "الضمان الواجب للبائع على المشتري يشمل أمرين:
أ) أولها حوز المبيع والتصرف فيه ، بلا معارض (ضمان الاستحقاق)
ب) وثانيهما عيوب الشيء المبيع (ضمان العيب)
والضمان يلزم البائع بقوة القانون ، وإن لم يشترط . وحسن نية البائع لا يعفيه من الضمان.

بحق ارتفاق أو أي حق عيني آخر مقر لفائدة الغير فهو ملزم باحترام هذه التكاليف العينية التي تأتي لتقليص سلطاته كمالك.[133]

وبالنسبة للحقوق الشخصية التي يكون الغرض منها درء ضرر عن الشيء ، فهي أيضا تنتقل إلى الخلف الخاص لأن الحق الذي يقصد به وقاية الشيء من الضرر يعد مكملا لهذا الشيء إذ هو يحفظه كما في التأمينات. فإذا تعاقد شخص مع شركة لتأمين منزله من الحريق ، ثم باع المنزل ، فإن حقه قبل شركة التأمين ينتقل مع المنزل المشترى . وينتقل تبعا لذلك التزام البائع بدفع أقساط التأمين[134] . ومثل حق البائع في التأمين حقه قبل البائع له في ضمان الشيء ضمان استحقاق أو ضمان عيب ، فالبائع لشيء ينتقل مع هذا الشيء إلى المشتري حقه في الضمان ومثل هذا أيضا حق بائع المتجر في عدم منافسة شخص آخر للمتجر أو تقييد موظف قديم في حريته في العمل حتى يمتنع عن هذه المنافسة ، هذه الحقوق كسبها صاحب المتجر ليدرأ خطر المنافسة عن متجره فهي مكملة للمتجر وتنتقل معه إلى المشتري[135].

---

[133]- عبد الحق صافي: آثار العقد م . س . ص 25.

[134]- يقوم عقد التأمين على أربع عناصر أساسية وهي الخطر المؤمن منه ، وقسط التأمين ، ومبلغ التأمين ثم عنصر المصلحة ، وتعتبر هذه العناصر لازمة لقيام التأمين ونشأة التعاقد بين المؤمن والمؤمن له. ينظر في هذا الصدد
- الأستاذ ابراهيم عقاش: مبادئ التأمين دراسة خصائص وعناصر التأمين ، الطبعة الأولى 2017 ص 61 وما بعدها.

[135]- عبد الرزاق السنهوري: مصادر الالتزام م . س . ص ص 609-610.

الفقرة الثانية : تمييز الغير عن مفهوم الدائن العادي[136]

بالنظر من زاوية مساهمة الدائن العادي في العقد يعتبر غيرا عنه ، لأنه من الأخير لم يقم بإبرامه لكن بالنظر من زاوية مدى تأثر الدائن العادي بالعقد الذي يكون مدينه طرف فيه فإنه ، لا يعتبر غيرا عن هذا العقد وهنا تطرح مسألة تحديد وصف الدائن العادي هل هو نوع آخر من الخلف ، أم يعد خلفا بمعنى الخلف العام أو الخاص ، أم يعتبر غيرا ؟ وسنعرض من خلال هذه الفقرة لتحديد وصف الدائن العادي من خلال المتنازع عليه حول هذا الوصف (أولا) ثم ، تحديد موقف المشرع المغربي من مركز الدائن العادي (ثانيا).

أولا: المتنازع عليه حول وصف الدائن العادي

ظل وصف الدائن محل خلاف في الفقه بين من يرى أنه خلف للمدين ومن يرى أنه غير بالنسبة للأثر الملزم للعقد ولبيان ذلك نعرض لهذين الاتجاهين كلا على حده:

أ- الاتجاه القائل بأن الدان العادي خلف:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الدائن العادي خلفا بيد أنهم اختلفوا فيما إذا كان خلفا عاما أو خاصا في حين ذهب آخرون إلى أن هذا الدائن يعتبر نوع ثالث من الخلف.

1- الرأي القائل أن الدائن العادي "خلف عام"

يتزعم هذا الرأي الفقيهان الفرنسيان بودري و لاكانتينري LACANTINERIE et BAUDRY إذ يعتبرون الدائن العادي خلف عام. وذلك لوجود أوجه شبه بينه وبين الوارث ، فالقابلية التي تكون للوارث حيال العقد الذي يبرمه مورثه ترجع إلى أنه يتلقى ذمة المورث

---

[136]- المقصود بالدائن العادي ذلك الدائن الذي لا يتمتع بأي امتياز عيني يضمن له الأولوية في استحقاق الدين ،ويسمى أيضا بالدائن الشخصي وهو الذي ينصب حقه الشخصي على جميع أموال المدين حيث يتوفر على ضمان عام وهو مجموع الذمة المالية لهذا الأخير وبهذا فالدائن العادي ليس له من سبيل لاستفاء دينه إلا التنفيذ على الموجود من أموال مدينه وقت التنفيذ وفي حالة وجود دائنين عاديين سابقين أو لاحقين تقاسم معهم أموال غريمهم قسمة غرماء وهذا ما جعل أغلب الشراح ينطلقون في تحديد مفهوم الدائن العادي من فكرة المساواة ذلك باعتبار أن مكاسب المدين ضمان لدائنيه يتحاصصون ثمنها إلا إذا كان هناك أسباب قانونية للأولوية لتفضيل بعضهم على بعض. أنظر بهذا المعنى:
- حاتم بن عبد الحميد الرواتبي: الحماية القانونية للدائن العادي دار الميزان للنشر سنة 2008 تونس . ص 27.

المالية . وحق الدائن العادي ينصب كذلك على ذمة مدينه المالية باعتبارها ضمانا عاما للوفاء بالدين ، وليس على عنصر محدد فيها. وإذا كان الوارث لا يستطيع أن يقيد حرية مورثه في التصرف حال حياته فإن الدائن العادي لا يستطيع كذلك أن يقيد حرية مدينه في التصرف ابتداء من تاريخ نشوء الدين وحتى انقضائه. ويتحمل هذا الدائن بالنتيجة نتائج تصرف مدينه.[137]

كما أن ممارسة الدائن العادي للدعوى غير المباشرة[138] بموجب المادة (1166) من القانون المدني الفرنسي التي نصت (ومع ذلك يجوز للدائنين أن يستعملوا كل حقوق مدينهم ودعاواه ، ما عدا الحقوق والدعاوى المتصلة بشخصه اتصالا تاما)[139] والدعوى البوليصية[140] ، بموجب المادة (1167) من نفس القانون لا يتعارض مع وصفه خلفا عاما فالدعوى غير المباشرة تمثل تطبيقا لقاعدة أن العقد يستفيد منه الخلف العام للمتعاقدين . أما إذا طعن الدائن بالعقد

---

[137]- فقد يؤدي تصرف المدين غلى انقاص القيمة الكلية لذمته المالية ، مع ذلك فالدائن لا يستطيع ان يتعرض للغير ليحجز المال الذي آل إليه بموجب تصرف المدين . فأثر التصرف قد يتمثل إذن في خروج المال من ذمة المدين ، والتي هي ضمان عام للوفاء بالدين ، دون أن يكون للدائن الحق في تتبع هذا المال. منجهة أخرى يستوفي الدائن حقه من عناصر ذمة المدين المالية على الحالة التي تكون عليها عندما حقه مستحق الأداء . وليس بوسعه أن يطعن في التصرفات التي تمت في الماضي ، حتى وإن كانت تضر به بشكل مباشر أو غير مباشر. وهو في ذلك يشبه الوارث أيضا ، فالوارث يتلقى التركة على الحالة التي تكون عليها وقت وفاة المورث دون أن يكون له الحق في مراجعة التصرفات التي أجراها المورث حال حياته.

[138]- يراد بالدعوى غير المباشرة ذلك الوسيلة التي يستخدم فيها الدائن سلطة مدينه في المطالبة بحقوقه ضد مدين المدين . وذلك باسم مدينه ونيابة عنه ويشترط في هذه الدعوى أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وذا مصلحة عاجلة في استعمال حق مدينه و أن يكون هذا الحق المستعمل غير متصل بشخص المدين. ينظر بخصوص شروط وأحكام الدعوى غير المباشرة: -الأستاذ - عبد الرزاق السنهوري -الوسيط في القانون المدني- الجزء الأول، نظرية العقد، م . س ص 750 وما بعدها.

[139]- يلاحظ الأستاذ عبد الرزاق السنهوري على هذه المادة أن المشرع الفرنسي أورد الدعوى غير المباشرة على أنها استثناء من القاعدة التي تقضي بعدم انصراف أثر العقد إلى الغير . فهذا النص يوهم أن الدائن يعتبر من الغير كقاعدة عامة ولكنه استثناء يتأثر بالعقد الصادر من مدينه فيستعمل باسمه الحقوق التي يولدها هذا العقد يقول الأستاذ. والواقع حسب رأي الأستاذ عبد الرزاق السنهوري أن الأمر عكس ذلك ، فالقاعدة العامة أن الدائن لا يعتبر من الغير ، ولذلك يتأثر بالعقود الصادرة من مدينه على النحو الذي بيناه ، وله بناء على ذلك أن يستعمل حقا لمدينه باسم هذا المدين ما دام الحق الذي يستعمله قد دخل في ضمانه العام . وإذا كان الدائن يصبح في بعض الفروض من الغير ، فإنما يكون ذلك على سبيل الاستثناء ، كما في الدعوى البوليصية ودعوى الصورية. أنظر بهذا الصدد مرجع الأستاذ السنهوري نظرية العقد م . س . ص 750

[140]- الدعوى البوليصية أو دعوى إبطال التصرفات وهي وسيلة من وسائل المحافظة على الضمان العام ترفع باسم الدائن نفسه وأثرها ينصرف إليه دون غيره وتنبني هذه الدعوى على أساس حماية الدائن من سوء نية مدينه المعسر ، ومن هنا كانت الدعوى البوليصية مشتركة مع الدعوى غير المباشرة في تنظيم إعسار المدين . غير أن الدعوى الأخيرة تعالج موقفا سلبيا للمدين المعسر ، هو سكوته عن استعمال حقوقه عمدا أو إهمالا . أما الدعوى البوليصية فتعالج من المدين المعسر موقفا إيجابيا ، هو إقدامه على التصرف في حقوقه ، عن عمد لا مجرد إهمال ، بقصد الإضرار بدائنه ، ومحاباة من يؤثره بالتصرف إليه بثمن بخس أو بغير ثمن من أقاربه أو أصدقائه على حساب هذا الدائن ، لذلك فالدعوى غير المباشرة ليس لها من الأثر للدعوى البوليصية ، فهي ترفع باسم المدين و أثرها ينصرف إلى المدين.

بموجب الدعوى البوليصية فإن ذلك يرجع إلى أن ارتكب فعل الغش فإن الدائن لا يعبر خلفا له وإنما يكتسب الدائن وصف "الغير" نتيجة للغش . ومن ثم له أن يطعن بالعقد بموجب مبدأ نسبية أثر العقد الذي لا يجيز أن يضر العقد بالغير.

2- الرأي القائل أن الدائن العادي خلف خاص

يرى الفقيه لابورد لاكوست LACOSTE-LABORDE بأن الدائن العادي لا يمكن أن يكون خلفا عاما ، وذلك لأن مفهوم هذا الخلف يشتمل من الناحية الاجتماعية على فكرة أخلاقية وهي أن السلف لا ينقطع ذكره لمجرد موته وإنما يمثل الخلف امتدادا له ، وبذلك يتلقى الخلف ذمة السلف المالية دون أن يقوم بنشاط اقتصادي[141] ، ودون أن يخسر شيئا ما دام له حرية قبول هذه الذمة . بينما يتلقى الدائن الحق عن المدين نتيجة نشاط اقتصادي ، وهذا ما يجعله عرضة للخسارة . ولتجنب ذلك يمنحه المشرع حق ضمان عام على أموال المدين . ويظل هذا الضمان قائما في حياة المدين بل وبعد وفاته حتى يتم انقضاء الدين.

ويتميز الدائن العادي عن الخلف العام كذلك في أن الأخير يتلقى أثر العقد ، سواء أكان حقا أم التزاما ، دون أن يكون له الحق في الاعتراض على التصرفات التي أجراها سلفه . أما الدائن العادي فإنه يتمتع بوسائل حماية الضمان العام التي يقررها له القانون ، وهو بذلك يمكن ان يصبح خصما للمدين. وهذا ما يتناقض تماما مع مفهوم الخلف العام الذي يمثل امتدادا لشخصية سلفه[142]

[141]- يرى لابورد لاكوست أن أية علاقة قانونية يقصد بها تحقيق غرض اقتصادي تعني بالضرورة وجود سلف وخلف .. ذلك لأنها تمثل في جميع الحالات قيمة اقتصادية يقدمها شخص إلى آخر سواء أكان مصدر هذه العلاقة عقد أم واقعة قانونية. فالاستخلاف يمثل قيمة اقتصادية تنقل من المورث إلى ورثته . والعلاقة التي تنشأ عن العقد تمثل قيمة اقتصادية تقدر حسب طبيعة العقد ، أي فيما إذا كان عقد تبرع أو عقد معاوضة وهذه القيمة تنتقل بواسطة العقد من شخص إلى آخر . فإذا نشأ عن العقد دين عادي فليس ثمة شك أن الدائن يتلقى حقه من المدين مقابل قيمة اقتصادية سبق أن زوده بها أما إذا كان مصدر الحق واقعة قانونية فإن الدائن يتلقى الحق من المدين مقابل ما لحق به من ضرر.

[142]- صبربي حمد خاطر: م . س . ص 138.

من جهة أخرى يرى الباحث المذكور أن الدائن العادي لا يمكن أن يكون خلفا عاما لحجة منطقية وهي: أن الذمة المالية تنتقل إلى الخلف العام بما تشتمل عليه من عناصر إيجابية وأخرى سلبية. وحق الدائن يمثل الجانب السلبي في هذه الذمة.

3- الرأي القائل أن الدائن العادي فريق ثالث للخلف.

ذهب البعض في اتجاه وصف الدائن العادي خلف للمدين دون أن يوصف بأنه خلف عام أو خاص وبهذا قال الفقيه بودان BEUDANT و الفقيه في WEILL فما دام الدائن العادي يجمع بين مواصفات الخلف العام و أخرى تنسب للخلف الخاص. فإنه يمثل فئة ثالثة للخلف . فالدائن العادي يتمتع بضمان عام تمثله ذمة المدين المالية ، وهو بذلك يتأثر بالعقد الذي يبرمه المدين ما دام أنه يحدث تغييرا في هذه الذمة . ويمارس الدائن العادي حقوق المدين بموجب الدعوى غير المباشرة ، ويعتبر في WEILL ذلك نتيجة طبيعية ومنطقية للضمان العام الذي يتمتع به الدائن.

ب- الإتجاه القائل أن الدائن العادي "غير"

يذهب مارتي و رانيوا MARTY et RAYNAUD إلى أن الدائن العادي يحتل مركزا خاصا حيال أثر العقد. فهو يستفيذ من زيادة الحقوق في الذمة المالية وبالمقابل يضار من زيادة الالتزامات فيها . وهذا يعني أنه يستفيد من العقد إذا أبرم لمصلحة المدين ، ويتأثر أيضا بالنتائج الضارة التي تترتب على إبرامه . مع ذلك يتضح مما أورده الباحثان المذكوران أن الدائن العادي "غير" بالنسبة للعقد الذي يبرمه مدينه ، لأن أثر هذا العقد لا يجعل منه بصفته الشخصية دائنا أو مدينا . فلا أحد يستطيع أن يطالب الدائن أن ينفذ التزاما ناشئا عن عقد أبرمه مدينه ولا يستطيع الدائن أن يطالب أحدا كذلك بتنفيذ مثل هذا الالتزام صحيح (أن الدائن

يستطيع أن يمارس بطريق غير مباشر حقوق المدين بموجب دعوى غير مباشرة ولكنه لا يمارس بذلك حقا خاصا به وإنما يمارس في الواقع حقا عائدا للمدين).[143]

فالعقد الذي يبرمه المدين ذو حجية على الدائن العادي ، مثلما يحتج به على الكافة . إلا أن لهذه الحجية في مواجهة هذا الدائن أهمية خاصة ، لذلك يجيز المشرع له في بعض الحالات أن يتجاهل هذه الحجية لعدم إشهار العقد (كما هو الحال بالنسبة للهبة وللعقد الصوري) أو لإبرام العقد على أساس الغش (كما هو الحال بالنسبة للدعوى البوليصية) بيد أن حجية العقد لا تمثل استثناء على نسبية أثره وإنما هي مفهوم قائم بذاته[144].

وأمام هذا التضارب الفقهي بشأن تحديد صفة الدائن العادي يمكننا القول أن هذا الأخير في الواقع من الأمر ليس خلفا لمدينه بالمعنى الذي فهمناه من الخلف فيما تقدم . فإنه لا تنتقل إليه حقوق المدين أو التزاماته[145] كما رأينا في الخلف العام ، أو في الخلف الخاص في بعض الفروض . ولكن لما كانت أموال المدين ضمانا عاما لدينه [146]، فإن الدائن يتأثر بالعقود التي تصدر من مدينه ، ويكون من شأنها أن تزيد في أموال المدين فتزيد في ضمانه ، أو تنقص من مال المدين فتنقص من ضمانه ، وهو الموقف الذي تبناه المشرع المغربي من خلال الفصل 1241 ق ل ع .

---

[143]- وبهذا الاتجاه ذهبت كلاسترنك CALASTRENG إلى أن الدائن العادي ليس خلفا لأن فكرة الاستخلاف تعني انتقال حقوق من شخص إلى آخر ، ولا يوجد ذلك بين الدائن والمدين وإنما تجمع بينهما علاقة التزام قائمة على عنصر شخصي . فليس للدائن حق مباشر يرد على شيء معين وإنما حق يثقل بوجه خاص إرادة المدين . فلو وصف الدائن بأنه خلف فإن ذلك لا يعني شيئا عليه ما دام الدائن ليس خلفا ، ولا يمكن ان يصبح دائنا أو مدينا بدلا من مدينه ، فهو "غير" لا ينصرف إليه أثر العقد إلا بموجب الاشتراط لمصلة الغير.

[144]- صبري حمد خاطر: م . س . ص 143.

[145]- وإذا كان الوارث في الشريعة الاسلامية يشبه الدائن من حيث عدم انتقال الالتزامات إليه ، بل يقتصر الأمر فيما على أنها تنقص من التركة كما تنقص من الضمان العام للدائن ، فإنه يختلف عنه من حيث انتقال الحقوق ، فالوارث تنتقل إليه حقوق مورثه ، أما الدائن فليس له على حقوق مدينه إلا حق ضمان عام. للتوسع في الموضوع ينظر:
- أشرف جنوي: "الخلف في العقد بين القواعد الموضوعية والإجرائية" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص . جامعة القاضي عياض ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش ، السنة الجامعية 2012-2013.
- محمد الكشبور: "مسؤولية الورثة عن ديون المورث " المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد ، عدد 2 سنة 1977 .

[146]- ورد بمقتضى الفصل 1241 من ق ل ع المغربي " أموال المدين ضمان عام لدائنيه ، ويوزع ثمنها عليهم بنسبة دين كل واحد منهم ما ام يوجد بينهم أسباب قانونية للأولوية".

وهذا كفيل لرد الموقف الذي يذهب في مسار أن الدائن العادي من الغير[147]. ما دام أنه يتأثر بالعقود التي تصدر من مدينه. فلا يصح أن ينصرف أثر العقد في مواجهة الغير وبالتالي فإنه لا يمكننا وصف الدائن العادي بالغير إلا استثناء كما في الدعوى البوليصية ودعوى الصورية.

ثانيا: موقف المشرع المغربي من مركز الدائن العادي

منح الفصل 1241 من ق ل ع حق ضمان عام للدائن على أموال مدينه فقرر أن " أموال المدين ضمان عام لدائنيه ويوزع ثمنها عليهم بنسبة دين كل واحد منهم..."

وما دامت أموال المدين تعتبر الضمان العام للدائنين ، كان من الطبيعي أن يتأثر الدائن بالعقود التي يعقدها مدينه ، وذلك بطريق غير مباشر ، من حيث أن هذه العقود قد تزيد أو قد تنقص في ضمانه العام.

ومن هنا يتبين أن التصرف الذي يبرمه المدين يقتصر أثره في هذا الشأن ، على أن الدائن يستفيد بصورة غير مباشرة من الحقوق التي يكسبها المدين لأنها تزيد في الضمان العام المقرر له ، ويضار على العكس، وبصورة غير مباشرة أيضا ، من الالتزامات التي تترتب على المدين لأنها تنقص من هذا الضمان العام[148].

والقاعدة أن للمدين التصرف في ماله على الصورة التي يريدها ، وأن الدائن ليس له أن يناقش أو يعارض هذا التصرف حتى لو أنقص من ضمانه العام.

على أن المشرع يخول عادة الدائن وسائل من شأنها أن تكفل حمايته من تصرفات المدين الضارة.

فمن هذه الوسائل التي أقرها المشرع المغربي ما إذا أبرم المدين عقدا صوريا يضر بالدائن ، كأن يكون أقدم على تهريب كل أو بعض أمواله بعقد وهمي ، حيث يجوز للدائن أن يطعن بهذا العقد ويعيد الأموال المتصرف بها وهميا إلى ذمة مدينه المالية لتبقى داخلة في الضمان

---

[147]- أنظر موقف الباحث هشام المراكشي : "مفهوم الغير في التشريع المغربي" م س ص 92.

[148]- مأمون الكزبري: الجزء الأول مصادر الالتزامات . م. س. 262.

العام[149]. ومن هذه الوسائل أيضا منح الدائن حق إلقاء الحجز التحفظي[150] على أموال مدينه ، ولو كان دينه مقرونا بأجل ، ليمنع على المدين التصرف بهذه الأموال فتبقى في ذمته المالية.

وثمة وسائل أخرى لم يأخذ بها المشرع المغربي وأقرتها أكثر التشريعات[151] تسمح للدائن ، إذا ما أبرم مدينه تصرفا جديا ضارا به ، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف بحقه عن طريق ممارسة ما يسمى بالدعوى المباشرة[152] كما تسمح له ، إذا ما أهمل المدين المطالبة بحق له في ذمة الغير ، أن يطالب بهذا الحق باسم مدينه عن طريق ممارسة ما يسمى ، بالدعوى غير المباشرة. (أو الدعوى البوليانية)

وهكذا من خلال عرض موقف المشرع المغربي يتضح أن الدائن العادي يتأثر من التصرفات التي يبرمها المدين سواء زادت في ذمة هذا الأخير وهنا يعتبر التصرف إيجابيا بالنسبة للدائن ما دام يزيد من ضمانه العام ، أو نقصت في ذمة المدين وهنا يعتبر التصرف سلبيا بالنسبة للدائن ما دام ينقص من ضمانه العام. ومنه يبدو لنا أن الدائن العادي يتميز عن الغير في كثير من الفروض. إذ لا يأخذ وصف الغير إلا استثناء كما سبق الإشارة إلى ذلك.

---

[149]- ورد في الفصل 22 من ق ل ع " الاتفاقات السرية المعارضة أو غيرها من التصريحات المكتوبة لا يكون لها أثر إلا فيما بين المتعاقدين أو من يرثهما فلا يحتج بها على الغير إذا لم يكن له علم بها ويعتبر الخلف الخاص غيرا بالنسبة لأحكام هذا الفصل".

[150]- ورد بمقتضى الفصل 453 من قانون المسطرة المدنية " لا يترتب على الحجز التحفظي سوى وضع يد القضاء على المنقولات والعقارات التي انصب عليها ومنع المدين من التصرف فيها تصرفا يضر بدائنه ويكون نتيجة لذلك كل تفويت تبرعا أو بعوض مع وجود الحجز باطلا وعديم الأثر".

[151]- أهم هذه التشريعات التشريع الفرنسي الذي أقر الدعوى غير المباشرة بموجب المادة 1166 (ومع ذلك يجوز للدائنين أن يستعملوا كل حقوق مدينهم ودعاواه ، ما عدا الحقوق والدعاوى المتصلة بشخصه اتصالا تاما) إضافة للمادة 1167 التي أقرت الدعوى البوليصية.

[152]- على الرغم من أن المشرع المغربي لم يعمد إلى تنظيم الدعوى المباشرة بمقتضى نص خاص فإنه بالنظر إلى بعض النصوص يمكن للدائن أن يأخذ بها من ذلك الفصل 780 من ق ل ع الذي ينص " للعمال والصناع المستخدمين في تشييد بناء أو أي عمل آخر يقع بالمقاولة ، الحق في إقامة دعوى مباشرة ضد من أجرى الصنع لصالحه..." وكذا الفصل 672 من ق ل ع الذي ينص " للمكري حق الدعوى المباشرة في مواجهة المكتري الفرعي ، في جميع الحالات التي تكون فيها للمكتري الأصلي، وذلك دون إخلال بحقه في الرجوع على هذا الأخير . ويسوغ للمكتري الأصلي دائما التدخل في الدعوى . وللمكري أيضا دعوى مباشرة ضد المكتري الفرعي لإجباره على رد العين عند انقضاء الأجل المحدد..." وللإشارة فإن الدعوى المباشرة تمنح الحق للدائنين في الحلول محل مدينهم قصد استخلاص ديونهم المستحقة على الغير.

الفصل الثاني

أثر العقد بالنسبة للغير

درسنا فيما سبق مفهوم الغير بالنسبة للعقد ، أما في هذا الفصل فسوف ندرس جانبا آخر يتعلق بأثر العقد بالنسبة للغير ونظرا لصعوبة الإلمام بكافة هذه الأثر، ارتأينا التركيز على بعض الجوانب المهمة آخذين بعين الاعتبار موضوع البحث الذي ينصب على دراسة الغير بين قانون الالتزامات والعقود والقانون العقاري.

بديهي أن يرتب العقد أثره في مواجهة أطرافه وهذه قاعدة مسلم بها استنادا إلى مبدأ القوة الملزمة للعقد لكن هل يمكن أن نسلم بمسألة انصراف أثر العقد تجاه الغير؟ علما أن هذا الأخير لم يساهم في إبرامه و ما دام أن الالتزامات لا تلزم إلا من كان طرفا في العقد، فاستنادا إلى مبدأ نسبية أثر العقد لا يمكن أن يواجه الغير بالأثر النافع أو الضار للعقد إلا استثناء.

لكن مسألة انصراف أثر العقد بالنسبة للغير تطرح في العقد الصوري أو المستتر فهل يسري هذا العقد ضد مصلحة الغير؟. كما تثور مسألة حجية التقييدات تجاه الغير، فإذا كان قرار التحفيظ نهائي ولا يقبل أي طعن طبقا للفصل 62 من ظهير الحفيظ العقاري فهل يعني هذا أن التقييدات الواردة على العقار بعد تحفيظه تخضع لهاته الحجية المطلقة ؟ (المبحث الأول).

ويعتبر عقد الحوالة من العقود الذي يحدث التعدد في المراكز القانونية فقد يكسب الشخص حقا من جهة المحيل على الحق المحال به ، يتعارض مع حق المحال له ، فهذا الشخص يعتبر غيرا ينصرف إليه أثر العقد فانصراف أثر العقد إليه لم يكن مقصودا إذ لم يرده المتعاقدان وقت التعاقد ، فهو مبني على اعتبارات لا دخل فيها للإرادة. أما أن التعاقد ينتج أثرا ينصرف إلى الغير ويكون أثرا مقصودا أراده المتعاقدان ، فهذا ما تكلف بيانه المشرع من خلال الفصل 33 من ق . ل. ع . " لا يحق لأحد أن يلزم غيره، ولا أن يشترط لصالحه إلا إذا كانت له سلطة النيابة عنه بمقتضى وكالة أو بمقتضى القانون". (المبحث الثاني)

المبحث الأول

أثر العقد بالنسبة للغير في الصورية والتقييد في السجل العقاري

حينما نتحدث عن أثر العقد بالنسبة للغير في الصورية فإننا لا نتحدث عن مدى مساهمة هذا الغير في إنشاء العقد للتعرف على مدى انصراف أثر العقد تجاه هذا الغير ، وإنما نتحدث عن نفاذ أثر هذا العقد تجاهه دون أن يكون مساهما في إنشائه أو عالما به ، لذلك يجدر الحديث عن حماية الغير من الأثر الضار للعقد الصوري ، كما أن للتقييد حجية تجاه الأغيار حينما يبادر الغير إلى تقييد حقه بالسجل العقاري فما دام أن التقييد هو من ينشأ الحق فهل يمكن للشخص الذي يتوفر على عقد أن يواجه به الغير المقيد في الرسم العقاري[153]؟

وسنبحث هذا الموضوع من خلال مطلبين:

المطلب الأول: أحكام الصورية بالنسبة للغير

المطلب الثاني: حجية التقييدات في الرسم العقاري تجاه الغير

المطلب الأول: أحكام الصورية بالنسبة للغير

تضمن قانون الالتزامات والعقود المغربي نصا مقتضبا حول الصورية جاء ضمن الباب الأول المتعلق بالالتزامات التي تنشأ عن الاتفاقات والتصريحات الأخرى المعبرة عن الإرادة هو نص الفصل 22 ويقضي بأن الاتفاقات السرية لا تنتج أثرها إلا فيما بين المتعاقدين ومن يرثهما ، فلا يحتج بها على الغير إن لم يكن له علم بها[154].

---

[153]- يميز الفقه التقليدي بين الغير بالنسبة لأثر العقد والغير فيما يتعلق بعدم نفاذه ، وهناك من خالف هذا الاتجاه وذهب إلى القول بأن الغير لا يختلف مركزه سواء تعلق الأمر بعدم نفاذ العقد أم بأثره ، إذ تتم حماية الغير في الوضعين معا.

[154]- هذا الفصل يقابله في التشريع الفرنسي نص المادة 1321 ويقضي بأن العقود المستترة لا تنتج أثرها إلا فيما بين المتعاقدين ، ولا يكون لها أثر ضد الغير.

وسنبحث أحكام الصورية بالنسبة للغير من خلال تحديد الغير حسب صورية العقد (الفقرة الأولى) ثم في (الفقرة الثانية) بحث الصورية كمعيار لإثبات سوء نية الغير المقيد.

الفقرة الأولى: تحديد الغير في الصورية

سنعمد من خلال هذه الفقرة إلى تحديد الغير حسب صورية العقد (أولا) ثم (ثانيا) تحديد موقف المشرع المغربي من الصورية

أولا: تحديد الغير حسب صورية العقد

الصورية في معناها الواسع تفيد إظهار وضع وهمي بمظهر الوضع الحقيقي . والصورية اصطلاحا ، هي توافق إرادتين على إخفاء ما اتفقا عليه سرا تحت ستار عقد ظاهر لا ترضيان بحكمه . فالعقد الصوري إذن هو عقد ينظمه الطرفان ذرا للرماد في أعين الغير ، ويتفقان في الخفاء على تعطيل كل أو بعض آثاره ، بمقتضى عقد مستتر يسمى ورقة الضد يضمنانه حقيقة ما أراداه ورضيا به[155]. ويتبن من هذا التعريف أن الصورية غالبا ما تستعمل لخديعة الغير وللتحايل على القانون إذ يلجأ المتعاقدان عادة إلى الصورية عندما يريدان إخفاء حقيقة ما تعاقدا عليه لسبب معين. فيكون لهما موقفان ، موقف ظاهر وموقف مستتر . ومن هنا وجد العقد الظاهر وهو العقد الصوري ، والعقد المستتر وهو العقد الحقيقي وتسميه المحاكم المصرية عادة بورقة الضد[156].

وقد طرحت مسألة تحديد الغير في الصورية بشدة لدى الفقه والقضاء ، و يبدو أن الاتجاه السائد تقليديا هو أن الغير في الصورية كل من لم يكن طرفا في العقد الصوري[157] .

---

[155]- مأمون الكزبري : نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود المغربي -الجزء الأول- م . س. ص 294.

[156]- عبد الرزاق السنهوري : نظرية العقد: م . س. ص 828

[157]- من المعايير لتي طرحت في تحديد الغير ما جاء في قرارات محكمة النقض الفرنسية وهو أن كل شخص لا يوقع على العقد يعتبر من الغير وهذا المعيار كما يصفه الفقه بسيط ولكنه صعب التطبيق فعلى افتراض حصول الصورية بطريق التسخير (مثل تعاقد الوكيل باسم موكله) لا يوقع المتعاقد الحقيقي على العقد الصوري ولا يعان عنه في هذا العقد ، وعلى رغم ذلك لا يجوز اعتباره من الغير.

وفي هذا المنحى يقول الأستاذ عبد الرزاق السنهوري " يكون غيرا في الصورية كل من اعتمد على العقد الصوري واطمأن إليه معتقدا بحسن نية أنه عقد حقيقي ، فبنى عليه تعامله . والعدالة تقضي في هذه الحالة أن يعتبر العقد الصوري بالنسبة له عقدا قائما ينتج أثره إذا كانت له مصلحة في ذلك . أما إذا كان عالما وقت تعامله بصورية العقد فالعقد الحقيقي هو الذي يسري في حقه شأنه في ذلك شأن المتعاقدين[158]

وعلى رغم الاعتراف بصحة هذا المعيار أخذ عليه أنه غير دقيق ، فربما يكون الشخص طرفا في العقد الصوري دون أن يكون مساهما صوريا وهذا ما يحدث ، على سبيل المثال ، عندما يبرم البائع البيع وهو يعتقد أنه يبيع إلى مشتر حقيقي في حين أنه يتعاقد مع شخص مسخر لذلك اقترح تعديل هذا المعيار على أساس أن الغير هم من لم يساهم في نشوء العقد الصوري ولم يكن ممثلا فيه وعلى هذا المعيار استقرت محكمة النقض الفرنسية التي قالت أن الغير هو (كل من لم يساهم في ورقة الضد).[159]

وعلى وفق هذا المعيار يتضح أن الشخص إذا ساهم بنفسه في نشوء العقد الصوري لا يعتبر "غيرا" عنه. ولكن الشخص قد يساهم بواسطة ممثل عنه كمن يقيم وكيلا من بين أصدقائه لشراء شيء معين على أن يكون هذا الوكيل شخصا مسخر فهذا الموكل وإن لم يتعاقد الوكيل باسمه لا يستطيع أن يدعي بأنه غير. كما أن الوكيل لو تصرف باسم مستعار فإن الموكل لا يعتبر من الغير عن الصورية أيضا[160].

---

[158]- عبد الرزاق السنهوري : نظرية العقد: م . س. ص . 832.

[159]- صبري حمد خاطر : الغير عن العقد م . س . ص 187.

[160]- وينتقد داكو DAGOT هذا الرأي موضحا أن حججه لا تصمد أمام النقد ، فالوصي -كما يقول- هو نائب عن القاصر ، وأيا كانت القيود التي تفرض على سلطته في التصرف فإن إرادته كنائب هي إرادة القاصر ومن ثم فإن الأخير لا يمكن أن يعتبر من الغير.
ويبدو أن ما ذهب إليه داكو ينسجم وحكم الصورية بالنسبة للغير . فلوا اعتبر القاصر غيرا لكان ينبغي له أن يتمسك بالعقد الصوري . بيد أن الصورية لا توجه ضده لكي يجوز له ذلك . ولا يغير من الأمر شيئا أن يكون العقد الصوري ضارا به . لأن هذا العقد ما دام صوريا فلا أثر له تجاهه ، إذ أن أثر العقد الحقيقي ينصرف إليه على اعتبار هذا العقد أبرم لمصلحته بواسطة النائب. فالمسألة تتعلق بعدم نفاذ العقد الصوري وليس حمايته على أساس التمسك به . أما إذا كان العقد المستتر ضارا بالقاصر فإن حمايته محققة على رغم ذلك ، فالعقد الضار به يبطل.

وكل هذا يجب لأن يتمسك الغير بالصورية أن يكون حسن النية لهذا أعلن المشرع من خلال الفصل 22 أن الاتفاقات السرية لا يحتج بها على الغير إذا لم يكن له علم بها على أن من حق الغير ، إذا ما كانت له مصلحة في ذلك ، أن يثبت الصورية ويستفيد من العقد المستتر، كما لو كان مثلا عقد الايجار الحقيقي المنظم بين مدينه وبين المستأجر يتضمن أجرا أعلى من الأجر المصرح به في عقد الإيجار الظاهر ، حيث يسوغ له التمسك بالأجر الحقيقي.

وعلى هذا الأساس يجدر تحديد أشخاص الغير في الصورية ويتعلق الأمر بكل من الخلف الخاص والدائن العادي و الشفيع.

1- الخلف الخاص : وتشمل طائفة الخلف الخاص الذي يعتبر غيرا بالنسبة للصورية على الأشخاص التالية:

أ- الدائن المرتهن: يتلقى هذا الدائن حقا عينيا أي -حق الرهن-[161] عن سلفه الراهن. وتتجلى أهمية وصفه بالغير عندما لا يتلقى سلفه الشيء الذي يثقله بالرهن إلا بعقد صوري. كأن يشتري هذا السلف الشيء من مالكه ببيع صوري ، فالدائن المرتهن باعتباره غيرا يستطيع أن يتمسك بالعقد الصوري ليخلص له حق الرهن.

ب- الشخص الذي يتلقى ملكية الشيء: فهذا الشخص قد يكون أيضا بحاجة للحماية في مواجهة الصورية فعلى سبيل المثال قد يؤجر البائع العقار بعقد صوري قبيل بيعه ومن ثم فإن المشتري يعتبر غيرا بالنسبة للعقد الصوري فلا ينفذ في حقه.

[161]- يعتبر الرهن من الحقوق العينية التبعية فهذه الحقوق لا تقوم بذاتها وإنما تستند في قيامها على وجود حق شخصي كالدين ، والرهن نوعان حيازي ورسمي. فالرهن الحيازي حسب المادة 145 من مدونة الحقوق العينية حق عيني يتقرر على ملك يعطيه المدين أو كفيله العيني إلى الدائن المرتهن لضمان الوفاء بدين ويخول الدائن لمرتهن حق حيازة المرهون وحق حبسه إلى أن يستوفي دينه.
أما الرهن الرسمي حسب المادة 165 من مدونة الحقوق العينية يعتبر حق عيني تبعي يتقرر على ملك محفظ أو في طور التحفيظ وهذا ما يميزه فالرهن الرسمي لا يتقرر على المنقولات إلا استثناء كما في الرهن الرسمي على السفينة أو الأصل التجاري كما أن الرهن الرسمي لا يتقرر على العقار غير المحفظ

ج- خلف الخلف : وهو غير أيضا فعلى سبيل المثال إذا أبرم بيع صوري بين شخصين و باع المشتري منهما المبنى إلى شخص آخر بعقد ، جدي فإن الأخير هو خلف خاص للخلف يجوز له أن يتمسك بالعقد الصوري.

2- الدائن العادي: يوصف الدائن العادي بأنه غير في الصورية وهذه من الاستثناءات التي يوصف فيها االدائن العادي بالغير كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

فدائن المشتري في العقد الصوري يعتبر من الغير ، وكذلك دائن البائع ، وكل منهما يتمسك بما هو في مصلحته ، فيتمسك دائن المشتري بالعقد الصوري ويتمسك دائن البائع بالعقد الحقيقي. والدائن العادي يعتبر من الغير سواء كان حقه مستحقا أو غير مستحق ما دام خاليا من النزاع ، وسواء كان سابقا على التصرف الصوري أو تاليا له ، فدائن البائع الذي ثبت حقه بعد صدور البيع له أن يتمسك بالعقد الحقيقي . ودائن المشتري الذي ثبت حقه قبل صدور البيع له أن يتمسك بالعقد الصوري[162].

3- الشفيع: عرف المشرع المغربي الشفعة بمقتضى المادة 292 من مدونة الحقوق العينية [163] "الشفعة أخذ شريك في ملك مشاع أو حق عيني مشاع حصة شريكه المبيعة بثمنها..." وقد اعتمد المشرع من خلال هذا على تعريف ابن عرفة الذي عرف الشفعة:

"استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه... والمراد بالاستحقاق هنا ثبوت حالة للشريك استحق بها الأخذ بسبب البيع لا مذكره ابن عرفة في حد الاستحقاق في قوله : رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله يتعلق به[164].

---

[162]- عبد الرزاق السنهوري: -نظرية العقد- م . س . ص 834.

[163]- ظهير شريف رقم 1.11.178. صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفنبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية.

[164]- ابن عاصم الأندلسي : "البهجة في شرح التحفة" على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي وحاشيته للإمام أبي عبد الله محمد التاودي ، دار الرشاد الحديثة الدار البيضاء المغرب 1429 ه 2008 م ص 198.

وتثار في مدونة الحقوق العينية مسألة ما إذا كان الشفيع غيرا بالنسبة للصورية كما في بيع حصة شائعة في عقار يتخذ في الظاهر شكل الهبة لمنع الشفيع من أخذ الحصة المتصرف فيها بالشفعة.

ويمكن القول أن المشرع أعلن ذلك صراحة بموجب المادة 303 من مدونة الحقوق العينية حينما صرح بأنه لا شفعة فيما فوت تبرعا **ما لم يكن التبرع صوريا** أو تحايلا ، فبناء على هذا النص يستطيع الشفيع أن يتمسك بالصورية إذا تم إخفاء العقد الحقيقي (عقد البيع)، و إظهاره في شكل هبة أو صدقة، أو كان ثمن بيع العقار في العقد الصوري يقل عن الثمن في العقد المستتر.

أما ورثة المتعاقدين فلا يعتبرون من الغير في الصورية ويسري في حقهم العقد المستتر بالشروط وفي الحدود التي يسري فيها على المتعاقدين ، فوارث البائع صوريا يرث الشيء المبيع لأنه لا يزال في تركة مورثه ، ووارث المشتري صوريا لا يرث ما اشتراه مورثه لأنه لم يدخل في ملكه حقيقة[165].

وهو الموقف الذي تبناه المشرع المغربي بمقتضى الفصل 22 من ق ل ع.

ثانيا: موقف المشرع المغربي من تحديد الغير في الصورية

تبنى المشرع المغربي الصورية من خلال الفصل 22 من ق ل ع ، ويعتبر هذا الفصل الإطار العام لأحكام الصورية ، ويستخلص من خلال مضامين هذا الفصل أن الصورية عمل مشروع يرتب آثارا قانونية. ولكن هذه الآثار تختلف بالنسبة للمتعاقدين عما عليه بالنسبة للغير.

ذلك أن العقد الظاهر كان في نية المتعاقدين شكليا لا قيمة قانونية له في الحقيقة . فمن الواجب إذا إهماله أما العقد المستتر فقد كان هو ما يقصده المتعاقدان فيجب إذا إعمال هذا العقد

[165]- عبد الرزاق السنهوري: نظرية العقد م. س. ص ص 834-835.

وتقييد الطرفين بأحكامه . ولا يختلف حكم الخلف العام عن حكم المتعاقد نفسه. ما دام الخلف العام يعتبر استمرارا لشخصية المتعاقد المتوفى ، كما سلف القول أعلاه.

فالمتعاقدان قد أرادا العقد المستتر لا العقد الظاهر ، فيلتزمان بما أراده لا بما لم يريداه . وهذا يتفق مع ما تقضي به المادة 1321 من القانون المدني الفرنسي من أن العقود المستترة لا تنتج أثرها إلا فيما بين المتعاقدين . وقد استقر الفقه والقضاء في فرنسا على ذلك ، كما أن الفقه والقضاء في مصر قد سلما بالمبدأ أيضا[166].

ويلاحظ أن الطرف الذي يريد أن يتمسك بالعقد المستتر هو الذي يجب عليه أن يثبت وجوده طبقا لقواعد الإثبات[167] أما إذا لم يستطع أن يثبت أن هناك عقدا مستترا ، فالعقد الظاهر هو الذي يعمل به ، ويعتبر عقدا جديا لا صوريا . فإذا ما ثبت وجود العقد المستتر ، وجب أن يكون من حيث الموضوع توافرت فيه شروطه حتى تجري عليه أحكامه . فعقد الهبة المستتر في صورة بيع مثلا يجب أن يصدر من ذي أهلية للهبة وأن يصدر في محرر رسمي[168] وكل ذلك أن تتوافر فيه أركان الهبة الموضوعية وشروط صحتها. فإذا توافرت ذلك أجريت على العقد أحكام الهبة لا أحكام البيع ، فيجوز الرجوع فيها [169]. وتعتبر تبرعا لا يأخذ الشفيع إزاءها بالشفعة. أما من حيث الشكل فلا يشترط في العقد المستتر أن تتوافر فيه الشكلية التي قد يتطلبها القانون لو لم تكن هناك صورية . فالهبة فى صورة بيع لا يشترط فيها عقد رسمي ، ويكفي أن يكون العقد الظاهر بيعا في شكله[170].

---

[166]- عبد الرزاق السنهوري : المصدر نفسه ص 836.

[167]- أنظر في قواعد الإثبات القسم السابع من ق ل ع الفصول من 399 إلى 460.

[168]- أنظر المادة 274 من مدونة الحقوق العينية التي تشترط إبرام عقد الهبة في محرر رسمي تحت طائلة البطلان كما ينظر أيضا المادة 275 التي تنص على ضرورة لأن تصح الهبة أن يكون الواهب كامل الأهلية ومالكا للعقار الموهوب وقت الهبة.

[169]- أنظر حالات الإعتصار أو الرجوع في الهبة بمقتضى المادة 283 من مدونة الحقوق العينية.

[170]- لم يشترط المشرع المغربي الرسمية في البيوع العقارية وترك الحرية للأطراف في إبرام العقد إما بموجب محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض أنظر بهذا الصدد الفصل 489 من ق ل ع . والمادة 4 من مدونة الحقوق العينية التي قننت الفصل 489 ، أنما بخصوص البيوع المنصبة على المنقولات فإنها تنعقد بمجرد تمام العقد بتراضي طرفيه إذ لم يشترط إزاءها المشرع أية شكلية وهو ما يفهم من خلال الفصل 491 من ق ل ع.

أما بالنسبة للغير وقد سبق أن حددناه فيما تقدم فإن الفصل 22 يقضي بأن الاتفاقات السرية لا أثر لها ضد الغير ، وتفسر هذه العبارة بأن العقد المستتر لا يسري ضد مصلحة الغير ، ولكن هذا لا يعني أنه لا يسري في مصلحته ، فقد يكون الأصلح له أن يسري العقد المستتر دون العقد الظاهر . فالقاعدة إذا أن "الغير" له أن يختار بين العقدين حسب مصلحته ، فللغير إذن أن يتمسك بالعقد المستتر إذا تحققت له مصلحة في ذلك، وله أيضا أن يتمسك بالعقد الظاهر إذا تحققت له مصلحة في ذلك.

ولما كان "الغير" له أن يتمسك بالعقد المستتر أو بالعقد الظاهر طبقا لمصلحته ، فإنه يتفق كثيرا أن يوجد تنازع فيما بين الغير لتعارض المصلحة. ويكفي أن نفرض في بيع صوري أن يكون للبائع دائن وللمشتري دائن آخر، فدائن البائع مصلحته أن يتمسك بالعقد المستتر ، ودائن المشتري مصلحته أن يتمسك بالعقد الظاهر . ولا يمكن أن نأخذ بالعقدين معا فلا بد إذن من تغليب احدى المصلحتين . وفي هذا الصدد يقول الأستاذ عبد الرزاق السنهوري :

"فإما أن نحرص على احترام الإرادة الحقيقية للمتعاقدين فنغلب مصلحة دائن البائع أو من كسب حقا عينيا من البائع ونأخذ بالعقد المستتر ، وإما أن نعنى بثبات المعاملات واستقرارها فتغلب مصلحة دائن المشتري أو من كسب حقا عينيا من المشتري ونأخذ بالعقد الظاهر . وقد اختلفت الآراء في ذلك ، يقول الأستاذ فالبعض يأخذ بالعقد المستتر ، والغالبية تأخذ بالعقد الظاهر . ونحن من هذا الرأي الأخير يقول الأستاذ."[171]

ويبدو أن موقف المشرع المغربي لم يخرج عن موقف التشريع والفقه والقضاء في فرنسا بشأن الصورية وينتقد أحد الباحثين[172] الفصل 22 بشدة اعتبارا على أن المشرع المغربي لم يتطرق لموضوع الصورية بشكل مباشر ، وبما يستحقه الموضوع من دراسة وتحليل ، ويأخذ هذا الباحث على المشرع عدم تعرضه لعقد الصورية كما في التقنين المصري والسوري ، إذ خلص إلى ضرورة مراجعة الفصل 22 وفقا لما نصت عليه التشريعات الحديثة.

---

[171]- عبد الرزاق السنهوري: نظرية العقد . م . س . ص 841.

[172]- أنظر رأي الباحث محمد محروك : أطروحته مفهوم الغير في العقد –التحديد والآثار- م . س . ص 253 وما بعدها

ونحن نوافقه فيما ذهب إليه خصوصا أمام الثغرات التي تشوب أحكام الصورية وهو ما يدعو إلى استشراف موقف القضاء المغربي من بعض هذه الثغرات فهل استطاع القضاء المغربي وضع معايير محددة لاستخلاص الصورية؟ وسنعمل على توضيح ذلك من خلال الفقرة الثانية.

الفقرة الثانية: الصورية كمعيار لإثبات سوء نية الغير المقيد

إن إثبات سوء النية لدى الغير المكسب لحقوق عينية على الرسم العقاري طرح إشكالا يتعلق بأحقية الدائن في طلب إبطال التصرفات الصورية التي يجريها المدين قصد تنصله من الدين وتهريب أمواله التي تعتبر ضمانا عاما لدائنيه.

وللجواب على هذا الاشكال سنعمل (أولا) على تحديد طبيعة دعوى الصورية ثم الحديث (ثانيا) عن المعايير القضائية لاستخلاص الصورية.

أولا: طبيعة دعوى الصوية

أشار المشرع المغربي إلى دعوى الصورية ضمن الفصول 22 و 419 و 926 من ق . ل. ع ورتب جزاء عدم الاحتجاج بالاتفاقات السرية على الغير . ما لم يقع الدليل على أنهم كانوا يعلمون بها عند العقد ، لكن يثار إشكال حول مسألة طبيعة الدعوى التي سيرفعها الدائن في مواجهة أطراف العقد الذي أضر بحقوقه ، فهل يقتصر الدائن على رفع دعوى عدم نفاذ التصرف في مواجهته ، أم يجب عليه رفع دعوى إبطال التصرف المبرم من طرف المدين بهدف تنظيم إعساره والإضرار بحقوق الدائن؟.

وفي هذا الإطار أورد الأستاذ حسن فتوخ وقائع نازلة في إحدى مقالاته[173] ، تتعلق بكون بنك الوفاء سبق له أن تقدم إلى المحكمة التجارية بالدار البيضاء بطلب يرمي إلى إبطال عقد

[173]- حسن فتوخ : معايير سوء النية في التصرفات العقارية من خلال القضاء المغربي ، مقال منشور بمجلة فضيلة ، سلسلة الاجتهاد القضائي ، العدد 2013 ، ص . 56.

البيع وبعدم مواجهته به بوصفه غيرا عن أطرافه ودائنا للطرف البائع ، والحكم على المحافظ العقاري بالتشطيب عليه ، فأصدرت بشأنه حكما برفض الطلب ، وتم تأييده من محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بعد إجرائها بحثا حول موضوع العقار المبيع على أساس أن هناك فرقا شاسعا بين الإبطال من أجل الصورية ، والدعوى البوليانية (الدعوى غير المباشر) وأن الفصل 1241 م ق ل ع . لا ينهى على الإبطال ، وأنه كان على البنك أن يطالب بعدم نفاذ تصرف المدين في حقه بدل أن يطالب بإبطال البيع.

غير أن المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) قضى بنقض قرار محكمة الاستئناف السابق الإشارة إليه بناء على التعليل التالي : "حيث التمس البنك الطالب من المحكمة التصريح بإبطال عقد البيع المبروم بين المطلوبين ، وبعدم مواجهته به ، لما لهذا التصرف من إنقاص للذمة المالية لمدينه البائع ، ولكون البنك غيرا بالنسبة لهذا العقد الصوري تبعا للفصين 22 و 1241 م (ق ل ع) ، فأصدرت محكمة الاستئناف قرارها بتأييد الحكم الابتدائي القاضي برفض الطلب دون أن تناقش عناصر الصورية من عدمها ... ، ذلك أن الفصل 1241 المذكور وإن لم ينص صراحة على إبطال التصرفات المؤدية لإضعاف الذمة المالية للمدين تجاه دائنيه ، لما اعتبر أن جميع أموال المدين تشكل ضمانا عاما ، فإن مؤداه هو المطالبة بإبطال هذه التصرفات ، إن أثبت الدائن صوريتها ، أما ما أتى به القرار من لزوم المطالبة بعدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه ، فإنه علاوة على أن البنك التمس في مقاله الافتتاحي الحكم أيضا بعدم مواجهته بعقد البيع الصوري ، فإن ما ذكر يهم الدعوى البوليصية التي هي دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنيه غير المنظمة من طرف المشرع المغربي ، وبذلك جاء قرارها متسما بفساد التعليل المنزل منزلة انعدامه مما يعرضه للنقض"[174].

[174]- قرار عدد 101 المؤرخ ف 2005/2/2، في الملف التجاري عدد 2003/3/2/1642 ، منشور بمجلة المنازعات العقارية سلسلة دلائل عملية ، عدد 3 . ص . 117.

ثانيا: المعايير القضائية لاستخلاص الصورية

إن التصرفات لتي يبرمها المدين قصد تفويت حقه إضرارا بالغير ، تخول لهذا الاخير الطعن فيها أمام القضاء ، والمطالبة بإبطالها استنادا إلى الصورية ، وهو ما أكده القرار الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2014/7/1 حيث جاء فيه مايلي:

"... وبالموازاة مع ذلك قام المدعى عليه بتحويل جميع ممتلكاته بإبرام عقود هبة صورية مع زوجته وعقود أخرى صورية مع أخيه ومنها تفويت العقار موضوع الرسم العقاري عدد ... مباشرة بعد أن قام بتقديم الكمبيالاة لها إضرار بها وهناك مجموعة من القرائن الواقعية تفيد ذلك من كون المشتري أخا للمدين وكون الثمن المصرح به لا يتناسب وقيمة العقار إذ لا يعقل أن يتم بيع عقار مساحته 373 متر مربع بمركز الدار البيضاء بمبلغ 1.4000.000 درهم ، واعتبارا للفصل 1241 الذي يعتبر أموال المدين ضمانا عاما لدائنيه ، والاجتهاد القضائي الذي دأب على اعتبار عقود الصورية كأنها غير موجودة ، فإنها تلتمس الحكم بإبطال عقد البيع الصوري المبرم ...وأمر المحافظ بالتشطيب عليه"[175].

أما بخصوص إثبات الصورية التي يدعيها ، فالدائن الطاعن في الاتفاقات المبرمة من طرف المدين مع الغير الذي اكتسب بمقتضاه حقا عينيا بالرسم العقاري إثباتها بجميع الوسائل وفق القواعد العامة للإثبات بما فيها القرائن القوية المنضبطة المتلائمة مع ظروف ووقائع النازلة المعروضة على المحكمة عملا بمقتضيات الفصل 419 [176]من ق ل ع.

---

[175]- قرار عدد 7/05 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 2014/7/1 في الملف المدني عدد 1012/7/1/1870 غير منشور.

[176]- ينص الفصل 419 "الورقة لرسمية حجة قاطعة ، حتى على الغير في الوقائع والاتفاقات التي يشهد الموظف العمومي الذي حررها بحصولها في محضره وذلك إلى أن يطعن فيها بالزور.
إلا أنه إذا وقع الطعن في الورقة بسبب إكراه أو احتيال أو تدليس **أو صورية** أو خطأ مادي ، فإنه يمكن إثبات ذلك بواسطة الشهود وحتى بواسطة القرائن القوية المنضبطة المتلائمة دون احتياج إلى القيام بدعوى الزور.
ويمكن أن يقوم بالإثبات بهذه الكيفية كل من الطرفين أو الغير الذي له مصلحة مشروعة."

فمن خلال هذا القرار يستفاد أن الهبة المنجزة بين الواهب وزوجته (الموهوب لها) بعد ثبوت مديونيته قرينة كافية على سوء نيته لإخراج أمواله من الضمان العام المخول لدائنيه طبقا للفصل 1241 ، مما يترتب عن ذلك القول بصورية عقد الهبة.

المطلب الثاني: حجية التقييدات في الرسم العقاري تجاه الغير

إذا كانت قاعدة تطهير العقار المحفظ من الحقوق السابقة على تحفيظه قاعدة مطلقة بالنسبة لأطراف مسطرة التحفيظ أو غيرهم ، فإن الأمر يختلف بالنسبة للتقييدات اللاحقة الطارئة على الحقوق المحفظة ، فهي قرينة بسيطة وحجية نسبية بين الأطراف ، متى ثبت عدم صحة التصرف وقرر القضاء إبطاله كان ذلك موجبا للتشطيب عليه[177].

لكن حجية القيد بالنسبة للغير تختلف بين ما إذا كان هذا الغير قد قيد عن حسن نية أو سوءها لذلك نتساءل عن مدى حماية الغير المقيد عن حسن نية ، ومعايير إثبات سوء نية الغير المقيد ؟. واتأينا من خلال هذا المطلب تقسيمه إلى فقرتين:

نتطرق في (الفقرة الأولى) لحجية تقييد الغير حسن النية ، وفي (الفقرة الثانية) لحجية تقييد الغير سيء النية.

[177]- إن غاية تقييد الحق أو تسجيله على الرسم العقاري هو إشهار هذا الحق وهو قرينة على وجود هذا الحق وثباته – إلا أنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس خلافا لحجية التحفيظ . وعليه فإن قيمة التقييد ترتبط ارتباطا وثيقا بقيمة التصرف الذي قام عليه التسجيل وتتبعه في الصحة والبطلان فالتسجيل لا تأثير له على صحة التصرف ولا تترتب عليه إزالة العيوب التي تكون عالقة بالسند الذي تم على أساسه التسجيل وبذلك فإن كل عيب يلحقه من شأنه أن يؤثر على هذا التسجيل ويؤدي إلى التشطيب عليه. أنظر في هذا الصدد مقال الأستاذة سعيدة بنموسى –حدود الحماية القانونية والقضائية للغير المقيد عن حسن نية- الندوة الوطنية في موضوع ، الأمن العقاري . دفاتر محكمة النقض عدد : 26 مطبعة الأمنية الرباط 2015. ص 541 وما بعدها.

الفقرة الأولى: حجية تقييد الغير حسن النية

تكتسي حجية التقييد بالنسبة للغير قوة قاطعة ، بمعنى أن قيود السجل العقاري التي استند عليها الغير، تعتبر قيودا صحيحة على الإطلاق بحيث لا يتأثر حقه بما يمكن أن يطالها من بطلان أو إبطال أو تغيير[178].

وهو ما ينص عليه المشرع المغربي بموجب الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل والمتمم بموجب القانون 14.07 " كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتقييده ، وابتداء من يوم التقييد ، في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية.

لا يمكن في أي حال التمسك بإبطال هذا التقييد في مواجهة الغير ذي النية الحسنة"

وهو ما أكده المشرع المغربي أيضا بموجب المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية "إن الرسوم العقارية وما تتضمنه من تقييدات تابعة لإنشائها تحفظ الحق الذي تنص عليه وتكون حجة في مواجهة الغير على أن الشخص المعين فيها هو فعلا صاحب الحقوق المبينة فيها .

إن ما يقع على التقييدات من إبطال أو تغيير أو تشطيب من الرسم العقاري لا يمكن التمسك به في مواجهة الغير المقيد عن حسن نية ، كما لا يمكن أن يلحق به أي ضرر، إلا إذا كان صاحب الحق قد تضرر بسبب تدليس أو زور أو استعماله شريطة أن يرفع الدعوى للمطالبة بحقه داخل أجل أربع سنوات من تاريخ التقييد المطلوب إبطاله أو تغييره أو التشطيب عليه"[179].

---

[178]- عادل الغنوبي: -تحقيق الأمن القانوني لمركز الغير في ظل ثبوت تاريخ العقد وتقييده- ، أشغال الندوة الوطنية المنظمة يومي 25 و 26 نونبر 2016 بعنوان العقار والتعمير والاستثمار ، إعداد وتنسيق الأستاذ ادريس الفاخوري مطبعة المعارف الجديدة الرباط الطبعة الأولى 2017 ص 421.

[179]- من خلال الاطلاع على مقتضيات المادة الثانية من (م . ح ع) يتبين أنها حاولت التوفيق بين استقرار المعاملات وبين حماية الملكية العقارية ، وهو ما نتج عنه مجموعة من الآثار السلبية نظرا للثغرات التي تعتريها ، فقد اعتبرت هذه المادة (الفقرة الثانية من المادة) أن ما يقع على التقييدات من إبطال أو تغيير أو تشطيب من الرسم العقاري لا يمكن التمسك به في مواجهة الغير المقيد عن حسن نية ، كما لا يمكن أن يلحق به أي ضرر ، أي أن المقيد بالرسم العقاري بحسن نية لا يمكن

هذا وقد طرحت في الساحة القانونية المغربية إشكالية ترجيح التطبيق بين المادة الثانية أعلاه والفصل 66 وأثيرت هذه الاشكالية حول مسألة الترجيح حول الأولوية في التطبيق هل مقتضيات المادة الثانية أم الفصل 66 وقد أفرزت هذه الاشكالية اتجاهين:

اتجاه أول متشبث بترجيح الفصل 66 من (ظ . ت . ع) على المادة الثانية من (م . ح . ع) ، حيث اعتبر بأن نص الفقرة الثانية من المادة 2 يهدم من أساسه نظام الشهر العيني المبني على ضمان استقرار المعاملات ، وإعمال مقتضياتها قد يضعف من الحماية المقررة لحسن النية سيما وأنها سمحت لمن دلس عليه رفع دعوى المطالبة باسترجاع الحق ولن يبقى لحسن

مواجهته بأي شكل من أشكال الاحتجاج ، إلا في حالة إذا كان صاحب الحق أيضا ، رغم ثبوت التدليس او زور أو استعماله أن يمارس دعوى المطالبة بحقه داخل أجل أربع سنوات من تاريخ التقييد المطلوب إبطاله أو تغييره أو التشطيب عليه و إلا سقط حقه، وبمرور هذا الأجل سيحصن بكل تأكيد العقد الذي طاله التدليس أو الزور ، ولا يمكن بالتالي إبطال العقد المزور بأي شكل من الأشكال ، خلافا للقاعدة الأصولية القائلة ما بني على باطل فهو باطل ، بل سيصبح العقد المزور بعد مرور أربع سنوات عقدا صحيحا مستجمعا لأركانه ، منتجا لأثاره، ويعطي حقا لصاحبه.

وهو الأمر الذي أكدته محكمة النقض سيرا على هذا القانون ، حيث ذهبت إلى اعتبار أن "تقييد التصرفات والحقوق في الرسوم العقارية قرينة لفائدة الغير حسن النية على صحتها وليس هناك ما يستثنى حالة البطلان بسبب ثبوت التزوير في عقد وقع تقييده"

ولاحظ الأستاذ أحمد أدريوش على هذه المادة أن لها وجهان أولها إيجابي ، يمكن ان نستشفه من قصد المشرع أو المتمثل في كيفية التوفيق بين استقرار المعاملات الذي يقضي بحماية الغير حسن النية المقيد عن حسن نية وبين حماية الملكية العقارية تماشيا مع مقتضيات الدستور الذي ينص في فصله 35 بأن حق الملكية مضمون. أما الوجه السلبي ، يتمثل في الاجهاز على حق المليكية وضياع حقوق المالك الحقيقي وفي هذا الاطار يشير الأستاذ العربي ميلد إلى أن هذه الثغرة إلتفت إليها القضاء قبل أن يصبح القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية المتضمن للمادة الثانية أعلاه ساري المفعول ، ومن ذلك الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط الذي قضى بأنه : "إذا كانت غرادة المالك الحقيقي للعقار منعدمة في إنشاء عقد بيع توثيقي منجز بناء على وثائق ثبتت زوريتها بمقتضى قرار جنائي ، فإن هذا التصرف لا يرتب أي آثار قانونية ينقل الملكية إلى المشتري ولو كان حسن النية ، ويلزم الطرف المشتري برد الشيء موضوع العقد إلى المالك الحقيقي ، وحسن نيته لا تفيده إلا في تملك الثمار إلى غاية رفع الدعوى عليه" أنظر في هذا الصدد - حفيظة البشيري: سوء النية وآثاره على التقييد بالسجل العقاري منشورات مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع- الرباط سلسة البحوث الجامعية العدد 18. 2017. ص 75 وما بعدها ينظر أيضا في نفس الموضوع:

- أحمد أدريوش : إشكالية التوفيق بين استقرار المعاملات وبين حماية الملكية العقارية ، دراسة حول أصل وأصالة لمادة الثانية من مدونة الحقوق العينية ، منشورات سلسلة المعرفة القانونية ، مطبعة الأمنية بالرباط ، 2015/2014.

-العربي ميلد: إشكالية الاستيلاء على عقارات الغير بين النصوص القانونية واللجان الادارية ، مقال منشور بالموقع الالكتروني www.mrocdroit.com.

النية آنذاك أي خيار سوى الرجوع أيضا بالتعويض الشخصي على مرتكبي التدليس الأصلي[180].

أما الاتجاه الثاني فيذهب عكس ذلك حيث يدعو لترجيح المادة الثانية ويستند في ذلك على اعتبارين ألهما نية المشرع ، وثانيهما قاعدة الخاص يعقل العام عند التعارض[181].

وأمام هذا التعارض يقول الاستاذ أحمد أدريوش. أن عدم التوافق الحاصل بين الفصل 66 والمادة الثانية راجع إلى مناقشتها أمام البرلمان من طرف لجنتين مختلفتين ، وأن القول بترجيح الفصل 66 على المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية باعتبار أنه نص خاص ومدونة الحقوق العينية نص عام مسألة فيها نظر ، لأن قاعدة الخاص يقدم على العام تطرح اكثر من إشكال وتحتاج إلى توضيح ، وفي حالتنا ، فإن كلا من النصين عام في مجاله ، غير أنه كان بالإمكان تجنب مثل هذه الانتقادات لو تم إدراج نفس المقتضى في الفصل 66 من (ظ . ت. ع) ، لكن مع مراعاة المدة الواردة في المادة الثانية حيث يعتقد بأنها طويلة ويجب تخفيضها إلى سنتين كحل وسط[182].

وهذه المسألة في غاية الأهمية نظرا للآثار القانونية التي تترتب عنها. والأمر هنا لا يتعلق بقواعد معينة مثل قاعدة الخاص يعقل العام أو شيء من هذا القبيل وإنما نحن أمام مصالح معينة يجب أن تصان وهنا يتمثل دور القاعدة القانونية لكن أمام عدم قطعية القاعدة القانونية تبقى مسؤولية القضاء جسيمة حول مراعاة مصالح الناس وتطبيق القواعد الأصلح في إطار لا ضرر ولا ضرار.

---

[180]- محمد الكشبور : التعامل القضائي مع الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري ، "أشغال الندوة المنظمة من طرف ماستر العقار والتعمير بكلية اسطات " بتاريخ 14 دجنبر 2012. مداخلة غير منشورة أوردها الباحث علي طوير في رسالته بعنوان –مركز حسن النية في النظام العقاري المغربي- رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، جامعة الحسن الثاني ، بسطات السنة الجامعية 2013/ 2014. ص 74.

[181]- حفيظة البشيري: سوء النية وآثاره على التقييد بالسجل العقاري منشورات مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع- الرباط سلسة البحوث الجامعية العدد 18. 2017. ص 79.

[182]- حفيظة البشيري: المرجع نفسه.

ونسجل أيضا في هذا الاطار إشكالا آخر حول الفقرة الثانية من المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية وهي إمكانية رفع دعوى الابطال أو التغيير أو التشطيب بعد مرور أربع سنوات ضد الغير المقيد في الرسم العقاري الذي اكتسب الحق بزور أو تدليس أو استعماله (يعني لم يقم بتفويت الحق إلى الغير) وهذه المكنة غير مضمومة بموجب هذه المادة ، وأعتقد أن المشرع بتحديده لأجل أربع سنوات راع في ذلك التفويتات الصحيحة التي تقع على الحق وما يترتب عنها من تقييدات يكسب بموجبها الغير الحق بحسن نية . لذلك يصح القول أن المشرع حاول من خلال هذه المادة أن يوازن بين مصلحتين متعارضتين وأن يحافظ على القوة الثبوتية للتقييد فالأسبق تقييدا هو الأسبق حقا. ولا مجال لقاعدة ما بني على باطل فهو باطل . أمام ما ضمن في الرسم العقاري. وهذا منطق سليم ينسجم وتطورات الأوضاع الاقتصادية التي أضحت تعتمد على السرعة في إبرام التصرفات.

لكن من حقنا أن نتساءل لا عن الطرف الأجدر بالحماية بل عن صفة الطرف الأجدر بالحماية وهذا يخوضنا مباشرة إلى التساؤل حول من المستفيد من مقتضيات هذه المادة ، هل رجال الأعمال الذين يضاربون برؤوس أموال ضخمة أم الأشخاص العاديين ممن يستهلكون؟.

هذا ويراد بالغير حسن النية كل من يجهل العيوب أو الشوائب التي تعيب أو تشوب سند أو رسم من كان تلقى الحق منه يوم تلقي هذا الحق وتسجيله على اسمه في السجل العقاري ، وعليه لا يتأثر حسن النية الغير إذا ما اتصلت العيوب أو الشوائب بعلمه بعد تسجيل الحق الذي انتقل إليه[183]. وإنما يبقى حقا ثابتا ومعترفا به ، ويمكنه الاحتجاج به ضد الجميع[184].

[183]- مأمون الكزبري: التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي ، -الجزء الأول- شركة الهلال العربية للطابعة والنشر الرباط الطبعة الثانية 1987. ص 169.

[184]- محمد بن معجوز: الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء طبعة 1999 ص 586.

ويعرف أحد الباحثين[185] الغير حسن النية بأنه كل من لا يربطه أي اتفاق تدليسي أو تواطؤ مع المالك المقيد من أجل إلحاق الضرر بالشخص الذي يطالب بتقييد حقه ومتى ثبت هذا التواطؤ عن طريق تدخل إرادة الطرفين معا فإن الغير المقيد يكون سيء النية يواجه بآثار التشطيب على حقه من السجلات العقارية.

وفي نفس السياق صدرت قرارات قضائية تعتبر أن مجرد علم المشتري الثاني بالشراء الأول لا يكفي لاستخلاص سوء النية ، بل استلزمت توفر عنصر التواطؤ والتدليس كي يتم التشطيب على عقد البيع من الرسم العقاري على أساس أن العقار المتنازع في شأنه تم تفويته إلى شخص آخر ، وهو نفس ما أقرت به محكمة الاستئناف بالرباط حيث اعتبرت أن القوة المطلقة للتسجيل في السجل العقاري لا يمكن إثارتها من طرف الغير سيء النية ، وإظهار الضرر المشوب بعيب التدليس يؤدي إلى إبطال التسجيل المتخذ في البيع الثاني لصالح متصرف إليه سابق حسن النية لم يستطع نتيجة الظروف أن يسجل حقه[186].

ونظرا لصعوبة استخلاص حسن نية الغير المقيد ، حاول القضاء إثبات سوء نيته باعتماد طريقتين مادية وقانونية ، فبالنسبة للإثبات المادي اعتمد شهادة الشهود للاستدلال على حصول التواطؤ بين المشتري الثاني والبائع للإضرار بمصالح المشتري الأول كما اعتمد القرائن القضائية خاصة القرابة التي تربط بين شخصين متواطئين، وإلى جانب الإثبات المادي اعتمد القضاء الاثبات القانوني كالتقييد الاحتياطي بالرسوم العقارية الذي اعتبره قرينة لنفي حسن النية و إلى جانب التقييد الاحتياطي نجد القضاء يعتبر أيضا وجود حجز عقاري بالرسم العقاري معيارا لسوء نية صاحب الحق المقيد[187].

---

[185]- عبد العالي دقوقي : الإلغاء والتشطيب في التشريع العقاري المغربي ، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق شعبة القانون الخاص وحدة التكوين والبحث في القانون المدني كلية الحقوق جامعة محمد الخامس أكدال الرباط السنة الجامعية 2001-2002 ص ، 267.

[186]- فتيحة الطلحاوي : أي حماية قانونية للمقيد حسن النية في ظل القانون العقاري (07.14 و 08.39)؟ ، أشغال الندوة الوطنية المنظمة يومي 25 و 26 نونبر 2016 بعنوان العقار والتعمير والاستثمار ، إعداد وتنسيق الأستاذ ادريس الفاخوري مطبعة المعارف الجديدة الرباط الطبعة الأولى 2017 ص 355.

[187]- فتيحة الطلحاوي : المرجع نفسه ص 356.

وحسن النية مفترض في صاحب الحق العيني المقيد وعلى من يدعي سوء النية ان يثبتها بمختلف وسائل الإثبات حسب الفصل 477 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على ما يلي : "حسن النية يفترض دائما ما دام العكس لم يثبت"[188]

لكن أمام كون حسن النية فكرة غير محددة يشوبها الغموض ستبقى مسألة حماية الغير المقيد عن حسن نية مسألة متأرجحة بين حماية تقييده أو التشطيب عليه مما يتيح لنا القول أن الرسم العقاري الذي يعد أقوى حجة تجاه أي منازع أضحى لا يوفر الحماية الضرورية ، وهذا يضرب بلا شك الأمن العقاري الذي أضحى محط اهتمام كثير من الفاعلين والمهتمين بالمجال العقاري ولعل الرسالة الملكية المؤرخة في 30/12/2016 شاهد على ذلك.

وبالتالي لا يمكننا الحديث عن حماية كافية للغير المقيد عن حسن نية عكس ما يذهب إليه البعض[189] في كون أن المشرع المغربي أخذ بالحجية المطلقة للتقييدات المبنية على حسن النية ووفر للمقيد حسن النية حماية مطلقة.

[188]- المختار بن أحمد العطار: التحفيظ العقاري في ضوء التشريع المغربي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الثانية 2016 ص ص 173-174.

[189]- بوحماد عبد القادر: -حدود الحماية القانونية والقضائية للتقييدات بحسن نية- الندوة الوطنية في موضوع ، الأمن العقاري . دفاتر محكمة النقض عدد : 26 مطبعة الأمنية الرباط 2015. ص 550.

الفقرة الثانية: حجية تقييد الغير سيء النية

استنادا إلى الفقرة الثانية من الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري التي تفيد بأنه لا يمكن في أي حال التمسك بإبطال التقييد في مواجهة الغير ذي النية الحسنة ، فبالمفهوم المعاكس نستنتج بأنه يمكن التمسك بإبطال التقييد في مواجهة الغير ذي النية السيئة.

والمشرع المغربي حينما جعل من التقييد في الرسم العقاري قرينة على وجود الحق وثباته ربط ذلك بمبدأ حسن النية. أما سيء النية فلا يمكنه الاستفادة من حجية التقييد بالاستناد إلى التصرف الذي تم تقييده لا يمكن إبطاله ، لأن قاعدة ثبات التصرف وعدم إبطاله مقررة لصالح حسن النية فقط[190].

والغير سيء النية هو الذي يعلم عند تسجيل الحق العيني على اسمه في السجل العقاري العيوب والشوائب التي تشوب سند أو رسم من تلقى الحق عنه ، فمثل هذا الغير ليس جديرا بالرعاية التي أحاط بها المشرع الغير حسن النية وبالتالي يجب أن لا يستفيد من حجية التسجيل ويحتمي وراء هذه الحجية لتفادي ما يمكن أن يقع من بطلان أو إبطال أو تغيير في الرسوم العقارية[191].

ولكن هل يمكن الاكتفاء فقط بالعلم البسيط حتى يعتبر الغير سيء النية ؟

خاصة وأن الشخص الذي يعمل على تقييد حقه . إنما يعتمد في ذلك على البيانات المقيدة في السجل العقاري ، وليس على بنود العقد ، حيث أنه من الصعب اعتباره سيء النية بسبب وجود عيب في التصرف السابق ، وفي رسم من تلقى الحق عنه . وإنما يجب تعليق هذه

---

[190]- محمد خيري: العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي ، مطبعة المعارف الجديدة الرباط -طبعة 2014 ص 603.

[191]- مأمون الكزبري: التحفيظ العقاري والحقوق العينية التبعية والأصلية في ضوء التشريع المغربي ، م . س. ص 170.

النتيجة ليس فقط على مجرد العلم ، وإنما على التواطؤ مع المتصرف للإضرار بمصلحة المتضرر المشتري الأول أو الشخص الموعود له بالبيع أو بالحق العيني[192].

وهذا ما زكاه القضاء المغربي في العديد من القرارات القضائية ، فالشخص الذي قيد حقه عن سوء نية لا يستطيع حفظ حقه ورقم تقييده ، وبذلك يكون ملزما بإرجاع الحق إلى صاحبه ، وهو ما أكدته محكمة الاستئناف بالرباط في قرارها الصادر بتاريخ 17 فبراير 1951 ، حيث قررت بأنه : "يجب الأمر بالتشطيب على تسجيل البيع حالة وجود الاتفاق التدليسي إذا كان المشتري على علم بوعد بالبيع السابق ، وإبرام الشراء بدون أن يقع إبطال الوعد بالبيع ، وإذا سجل شراءه بسرعة استثنائية في نفس اليوم الذي تم فيه التشطيب على العقد وتسجيل قسمة قضائية من شأنها أن تفتح المجال لإنجاز البيع[193].

فكل تصرف يكون ثمرة التواطؤ لا يسري تقييده في حق الغير. لأن تقييد الحقوق بالرسم العقاري لم يشرع لحماية الاتفاقات المبنية على الغش والتحايل وسوء النية. وما دام الغش يفسد التصرفات فكل حق تم تقييده استنادا إلى الغش يكون معرضا للإبطال ، والمشرع حين وضعه لمقتضيات القانون العقاري ، وخاصة القواعد المتعلقة بتقييد الحقوق بالرسوم العقارية لم يدر بخلده حماية التصرفات المبنية على الغش والتواطؤ في مجال التصرفات العقارية[194].

وما دام الأصل هو حسن النية فإن العلم بسبق التصرف أو وجود عيب فيه أمر دقيق ويصعب في كثير من الأحيان إثباته خارج البيانات المقيدة في الرسم العقاري ، بخلاف التواطؤ فإن إماراته الخارجية تكون كثيرة فيسهل إثباته.

ولهذا يمكن القول أن مجرد العلم بسبق التصرف أو وجود عيب فيه لا يحول دون الأخذ بالأسبقية في التقييد ، على أن العلم المفترض هنا هو العلم المجرد لا العلم الثابت في الرسم

---

[192]- إدريس السماحي: "القانون المدني الحقوق العينية التحفيظ العقاري" مطبعة أمبرزار- مكناس الطبعة الأولى 2003. 298.

[193]- عادل الغنوبي: تحقيق الأمن القانوني لمركز الغير في ظل ثبوت تاريخ العقد وتقييده ، م . س .ص 423.

[194]- محمد خيري: العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي ، م. س ص 603.

العقاري. لأن كل تقييد في الرسم العقاري يعد حجة على كل من يتعامل مع البائع ومحتويات الرسم العقاري تلزم الجميع وتنهض حجة إزاء الكافة. أما الخداع والتواطؤ فيحول دون الإفادة من الأسبقية في التقييد. ونشير بأن التواطؤ يفترض العلم أولا بالتصرف السابق وإلحاق ضرر ثانيا بالمستفيد من التصرف السابق[195].

وما يلزم الإشارة إليه أن نطاق سوء النية لا يتعدى الشخص سيء النية . فإذا عمد هذا الشخص إلى نقل الحق العيني إلى آخر ، وكان هذا الأخير حسن النية فإن تقييد حقه يمنحه المشرع الحماية ويعتبر حسن النية رغم أن الحق انتقل إليه من متعاقد سيء النية[196].

[195]- محمد خيري : المرجع نفسه ص 605.
[196]- المختار بن أحمد العطار: التحفيظ العقاري في ضوء التشريع المغربي ، م . س . ص ص 174-175.

المبحث الثاني

آثار حوالة الحق بالنسبة للغير والاستثناءات الواردة على قاعدة النسبية

يعتبر عقد الحوالة من العقود الذي يحدث التعدد في المراكز القانونية فقد يكسب الشخص حقا من جهة المحيل على الحق المحال به ، يتعارض مع حق المحال له ، فهذا الشخص يعتبر غيرا ينصرف إليه أثر العقد فانصراف أثر العقد إليه لم يكن مقصودا إذ لم يرده المتعاقدان وقت التعاقد ، فهو مبني على اعتبارات لا دخل فيها للإرادة. أما أن التعاقد ينتج أثرا ينصرف إلى الغير ويكون أثرا مقصودا أراده المتعاقدان ، فهذا ما تكلف بيانه المشرع من خلال الفصل 33 من ق . ل. ع . " لا يحق لأحد أن يلزم غيره، ولا أن يشترط لصالحه إلا إذا كانت له سلطة النيابة عنه بمقتضى وكالة أو بمقتضى القانون".

وسنبحث هذا الموضوع من خلال تقسيمه إلى مطلبين:

المطلب الأول: آثار حوالة الحق بالنسبة للغير

المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على قاعدة نسبية آثار العقد

المطلب الأول: آثار حوالة الحق بالنسبة للغير

تنعقد الحوالة بالتراضي بين المحيل والمحال له ، دون حاجة إلى رضاء المدين[197] ، ولكن انعقاد الحوالة لا يكفي لجعلها نافذة في حق الغير إلا إذا توفر شرط أساسي يرمي إلى تحقيق شهر الحوالة وإحاطة الغير علما بوقوعها (الفقرة الأولى) على أن لهذا الأصل بعض الاستثناءات ، فثمة حقوق تعتبر الحوالة نافذة إزاء الكافة بمجرد انعقادها بين الطرفين . وثمة حقوق أخرى أوجب القانون لجعل الحوالة الواقعة عليها نافذة في مواجهة الغير ، اتباع إجراءات خاصة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: صيرورة نفاذ الحوالة في حق الغير

لتوضيح نفاذ الحوالة في حق الغير يقتضي منا تحديد "الغير" هنا (أولا) ثم شروط نفاذ الحوالة تجاه المدين و الغير (ثانيا).

أولا: تحديد معنى الغير في الحوالة

يمكن اعتبار المدين "غيرا" من وجه ، وطرفا في الحوالة من وجه آخر . وعلى كل حال فإن المدين له وضع خاص في الحوالة يجعله بين بين[198].

أما الأشخاص الذين يتمحضون "غيرا" في الحوالة فهم كل شخص كسب حقا من جهة المحيل على الحق المحال به ، يتعارض مع حق المحال له . فيكون غيرا محال له آخر غير المحال له الأول ، يبتاع الحق المحال به ، أو يوهب له أو يرتهنه مثلا . كما يكون غيرا دائن المحيل إذا وقع حجزا على الحق المحال به تحت يد المحال عليه . كذلك إذا شهر إفلاس المحيل أو شهر إعساره ، فدائنوه يصبحون من الغير بالنسبة إلى المحال له . ومعنى صيرورة

---

[197]- هناك حالة وحيدة يستوجب فيها المشرع رضاء المدين لانعقاد الحوالة هي حالة حوالة الحق المتنازع فيه وهو ما بينه المشرع المغربي من خلال الفصل 192 من قانون الالتزامات والعقود "تبطل حوالة الحق المتنازع فيه ، ما لم تتم بموافقة المدين المحال عليه".

[198]- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (3) نظرية الالتزام بوجه عام – الأوصاف- الحوالة – والانقضاء- منشورات الحلبي الحقوقية بيروت – لبنان الطبعة الثالثة 1998 ص ص 471- 472.

الحوالة نافذة في حق هؤلاء هو أنه عند تزاحم المحال له مع أحد منهم – محال له ثان أو دائن حاجز أو دائن المفلس او المعسر – يقدم المحال له إذا كان تاريخ نفاذ حوالته في حق هذا الغير سابقا على تاريخ نفاذ الحوالة الثانية أو الحجز أو الإفلاس أو الإعسار في حقه هو[199].

وعرفت محكمة النقض الفرنسية الغير في الحوالة بقولها " الغير هو الشخص الذي برغم انعدام انطباق صفة الطرف عنه في وثيقة الحوالة ، فإن مصلحته تقتضي أن يظل المحيل هو الدائن"[200].

وعلى كل حال فإن حوالة الحق لا تنتج أثرها بالنسبة لكل من يعتبر غيرا كقاعدة عامة إلا إذا جرى نشر تلك الحوالة وفق مقتضيات الفصل 195 من ق. ل. ع المغربي.

ثانيا: شروط نفاذ الحوالة تجاه المدين و الغير

لابد لنفاذ الحوالة في حق الغير أن يتم إعلان المدين بالحوالة وإما بقبوله لها ، وقد اختار القانون إعلامه بأحدى الطريقتين. إما إعلانه[201] بهذه الحوالة وإما قبوله[202] لها ، وقد نص على ذلك الفصل 195 من قانون الالتزامات والعقود المغربي " لا ينتقل الحق للمحال له به تجاه المدين والغير إلا بتبليغ الحوالة للمدين تبليغا رسميا أو بقبوله أياها في محرر ثابت التاريخ، وذلك مع استثناء الحالة المنصوص عليها في الفصل (209) الآتي:

حوالة الحقوق في شركة يلزم لسريانها على الغير أن تبلغ للشركة او تقبل منها في محرر رسمي او في محرر عرفي مسجل داخل المملكة ".

---

[199]- عبد الرزاق السنهوري: المصدر نفسه.

[200]- محمد محروك: مفهوم الغير في العقد التحديد والآثار –دراسة مقارنة- م . س ص 326.

[201]- يصدر هذا الإعلان إما من المحيل او المحال له . ولما كان المحال له هو الذي يعنيه قبل غيره أن تكون الحوالة نافذة في حق المدي أو في حق الغير ، وهو الذي يخشى إن أبطأ في ذلك أن يعمد المحيل إلى التصرف في حقه مرة أخرى أو إلى استفاءه من المدين ، لذلك كان الغالب أن يكون هو لا المحيل الذي يتولى إعلان الحوالة للمدين وإذا تعدد المحال لهم في الحوالة الواحدة ، كان غليهم جميعا أن يقومو بإعلان الحوالة ، وقد يقوم أحدهم بإعلانها ، أصالة عن نفسه وبالوكالة عن الآخرين. وقد يعنى المحيل إعلان الحوالة ، حتى لا يوقع أحد دائنيه حجزا تحفظيا تحت يد المدين قبل إعلانها ، فيصبح الحجز نافذا في حق المحال له ، ويرجع عليه بالضمان ، ومن ثم يكون المحيل نفسه هو الذي يبادر بإعلان الحوالة درءا لهذا الخطر.

[202]- والطريق الثاني لصيرورة الحوالة نافذة في حق المدين هو قبوله لها. فإذا صار للقبول تاريخ ثابت ، أصبحت الحوالة نافذة أيضا في حق الغير. والوقت الذي يصح في خلاله هذا القبول هو نفس الوقت الذي يصح في خلاله إعلان الحوالة ، فيكون القبول متأخرا إذا سبقه إعلان حوالة اخرى أو حجز تحفظي تحت يد المدين أو بول منه لحوالة أخرى أو شهر إفلاس المحيل أو شهر إعساره . ويصح صدور القبول وقت صدو الحوالة نفسها وفي نفس الورقة التي دونت فيها الحوالة.

ولا فرق بين الطريقتين ، فأي منهما يكفي لجعل الحوالة نافذة في حق المدين والغير[203]، غير أن النتائج التي تترتب على قبول المدين للحوالة قد تكون في بعض الأحوال أبعد مدى من تلك التي تترتب على مجرد الإعلان. من ذلك ما نص عليه المشرع المغربي في الفصل 359 من ق . ل . ع من أنه " المدين الذي قبل بدون تحفظ الحوالة التي أجراها الدائن لأحد من الغير ليس له أن يتمسك في مواجهة المحال له بالمقاصة التي كان يمكنه ، قبل وقوع القبول منه ،أن يتمسك بها في مواجهة الدائن الأصلي. وليس له إلا الرجوع بدينه على المحيل "[204].

وهكذا فإن الدفع بالمقاصة الذي كان المدين يستطيع أن يتمسك به قبل المحيل لا يجوز التمسك به قبل المحال له إذا قبل المدين الحوالة دون تحفظ. ولكن هذا لا يمنع المدين من أن يضمن قبوله للحوالة نزولا عن الدفوع التي كانت له قبل المحيل ، فيصبح بهذا القبول البعيد المدى ملتزما بدفع الدين للمحال له ، ولا يجوز له التمسك قبله بالدفوع التي كان يستطيع التمسك بها قبل المحيل . ولكن مثل هذا القبول لا يفترض ، بل لا بد أن يكون الإطلاق فيه على هذا الوجه واضحا ، فإن قام ثمة شك فسر القبول لصالح المدين ، واعتبر قبولا للحوالة مع الاحتفاظ بما للمدين من دفوع كان له أن يتمسك بها قبل المحيل[205].

وعليه ما دامت الحوالة لم تبلغ إلى المدين ، شخصا طبيعيا كان أم شركة ، بصورة رسمية ، أو ما دام لم يقبل بها في محرر ثابت التاريخ ، فإن الحوالة تبقى مجردة من أي أثر في حق المدين المحال عليه وفي مواجهة الغير ، وتكون بالتالي حقوق المحال له مهددة وعرضة للضياع[206].

---

[203]- ينتج الإعلان والقبول أثره ، ويجعل الحوالة نافذة في حق المدين وفي حق الغير ، أيا كان الوقت الذي صدر فيه بعد صدور الحوالة. ولا يكون الإعلان أو القبول متأخرا ، فلا ينتج أثره ، إلا إذا سبقه إعلان أو قبول لحوالة أخرى أو توقيع حجز تحفظي تحت يد المدين أو شهر إفلاس المدين أو شهر إعساره.

[204]- هذا الفصل يقابله في التشريع المصري المادة 368 مدني التي نصت "إذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة ، ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل. أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها ، فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة".

[205]- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (3) نظرية الالتزام بوجه عام – الأوصاف- الحوالة – والانقضاء. م . س . ص 479.

[206]- مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود –الجزء الثاني- أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه ، مطبعة النجاح الجديدة دون ذكر تاريخ الطبع. ص 213.

فالحوالة تنعقد دون حاجة إلى رضاء المدين ، فيصح أن يكون جاهلا بوقوعها ، فيعامل دائنه الأصلي على أنه دائنه الوحيد ، يوفي له بالدين أو يقضيه معه بأي سبب من أسباب الانقضاء كالتجديد والمقاصة والإبراء. وينبغي أن يقع هذا التعامل صحيحا ، وأن يستطيع المدين الاحتجاج به على المحال له ، ومعنى ذلك أن الحوالة لا تكون نافذة في حق المدين . وإنما تنفذ الحوالة في حقه إذا كان عالما بها ، وعندئذ يصبح المحال له هو دائنه الوحيد ، ولا يجوز له التعامل مع الدائن الأصلي أو الوفاء له بالدين[207].

وينص المشرع المغربي في الفصل 198 على أنه " إذا دفع المدين الدين للمحيل وأنهاه بالاتفاق معه بأي طريق آخر قبل أن تبلغ له الحوالة من المحيل أو من المحال له برئت ذمته ما لم يقع منه تدليس أو خطأ جسيم". فإذا استثنينا حالة التدليس[208] والتواطؤ بين الدائن المحيل والمدين المحال عليه ، يقتضينا الرجوع إلى المبدأ العام وبمقتضاه تبرأ ذمة المدين المحال عليه إذا وفى الحق لدائنه الأصلي ما دام لم يبلغ وقوع الحوالة رسميا أو ما دام لم يقبل بها في محرر ثابت التاريخ.

ثم إن الدائن قد يعمد ، بعد إجراء الحوالة ، إلى التصرف في حقه مرة ثانية كأن يحيله إلى شخص غير المحال له الأول. فإذا قام المحال له الثاني بإعلان الحوالة إلى المدين المحال عليه ، قبل أن يقوم المحال له الأول بالإعلان عن حوالته ، كانت الأفضلية للمحال له الثاني[209] . وهذا ما قرره الفصل 197 بقوله " إذا حول نفس الدين لشخصين فضل منهما من بلغ حوالته للمدين المحال عليه قبل الآخر ، ولو كانت حوالته متأخرة في التاريخ " وعلى هذا النحو يمكن تشبيه إعلان المدين بالحوالة بمثابة الإشهار في الرسم العقاري حيث الأسبق تقييدا هو الأسبق حقا ما لم تثبت سوء نية المقيد طبعا.

---

[207]- عبد الرزاق السنهوري –الجزء الثالث- الأوصاف- الحوالة- والانقضاء- م . س . ص 471.

[208]- نظم المشرع المغربي أحكام التدليس بمقتضى الفصول 52 و 53 من قانون الالتزامات والعقود. والتدليس هو استعمال خديعة توقع الشخص في غلط يدفعه إلى التعاقد . فالمتعاقد تحت وطأة التدليس إنما يتعاقد تحت تأثير الوهم الذي أثاره في ذهنه المدلس . فإرادته ليست إذا حرة سليمة بل هي معيبة والعيب الذي يشوبها هو الغلط الذي ولده التدليس. أنظر بهذا المعنى الأستاذ مأمون الكزبري : نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود المغربي –الجزء الاول- مصادر الالتزامات. م س ص 98.

[209]- مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود –الجزء الثاني- أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه، م . س . ص 214.

يضاف إلى ذلك أن دائني المحيل يبقى من حقهم إيقاع الحجز على الدين المحال به تحت يد المدين المحال عليه ، إذ ، ما لم تتبع الإجراءات المتطلبة قانونا لشهر الحوالة من إعلانها للمدين بصورة رسمية أو قبوله بها في محرر ثابت التاريخ ، فإن هذا الدين يعتبر جزءا من ذمة مدينهم المالية وبالتالي عنصرا من الضمان العام الذي يتمتعون به على هذه الذمة المالية[210].

وتبقى الشكليات القانونية للإشهار بما في ذلك الاعلان والقبول هي التي تسمح في حقيقة الأمر بحل النزاع بين الحائزين المتتابعين للحق الواحد كما بالنسبة لحسم النزاع بين الحائزين المتتابعين للحقوق العقارية نتيجة الشهر العقاري[211].

ونشير إلى أن المشرع المغربي أوجب في حالات استثنائية لنفاذ الحوالة بالنسبة للغير ، اتباع إجراءات غير الإعلان والقبول وتشمل هذه الاوضاع مثلا الحالات المتعلقة بحوالة عقود الكراء الخاصة بالعقارات او اكريتها ، ثم كذلك حوالة الكمبيالات والسندات للأمر والسندات لحاملها[212]. وهو ما سنعمل على إيضاحه في الفقرة الموالية.

---

[210]- مأمون الكزبري: المصدر نفسه ص 215.

[211]- عبد الله الدرقاوي: أسس وأثار حوالة الحق والدين في الفقه الاسلامي والتشريع الوضعي ، الطبعة الأولى 2002 ص 195.

[212]- محمد محروك: مفهوم الغير في العقد التحديد والآثار –دراسة مقارنة- م . س . ص 328.

الفقرة الثانية: نفاذ الحولة إزاء المدين و الغير بمجرد الانعقاد أو اتباع إجراءات غير الاعلان والقبول

خلافا للأصل الذي قررناه وبمقتضاه لا تعتبر الحوالة نافذة إزاء الغير إلا بإعلانها للمدين إعلانا رسميا أو بقبوله بها في محرر ثابت التاريخ ، توجد ثمة حالة تكون فيها الحوالة نافذة إزاء الكافة بمجرد انعقادها بين الطرفين المحيل والمحال له. وقد أشار المشرع إلى هذه الحالة في آخر الفقرة الأولى من الفصل 195 من قانون الالتزامات والعقود بنصه "... وذلك مع استثناء الحالة المنصوص عليها في الفصل (209) الآتي..." ويتعلق الفصل 209 بحوالة مجموعة حقوق أو حوالة الذمة حيث ورد فيه "من حول حقه في تركة لا يضمن كونه إلا وارثا. ولا تصح هذه الحوالة إلا إذا كان الطرفان يعرفان قيمة التركة.

وبمقتضى هذه الحوالة ، تنتقل بحكم القانون الحقوق والالتزامات المتعلقة بالتركة إلى المحال له".

فبمجرد انعقاد هذه الحوالة بين المحيل والمحال له ، تنتقل الحقوق والالتزامات المتعلقة بالتركة بقوة القانون إلى المحال له وذلك إزاء الكافة ودون أي إجراء[213].

وتوجد أيضا ثمة أوضاع لا تكون فيها الحوالة نافذة إزاء الغير بمجرد انعقادها ، بل لا بد حتى تعتبر كذلك من اتباع إجراءات خاصة غير إجراءات الإعلان أو القبول. وتشمل هذه الأوضاع حوالة كراء العقارات أو أكريتها أو الإيرادات الدورية المترتبة عليها، حوالة السندات الاسمية و السند الإذني والسند لحامله.

أما حوالة عقود الكراء أو الأكرية المتعلقة بالعقارات وغيرها من الأشياء القابلة للرهن الرسمي كالسطحية أو حوالة الإيرادات الدورية المترتبة عليها. إذا ما تقررت لفترة تزيد على

[213]- مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود –الجزء الثاني- أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه، م . س . ص 216

السنة لا تكون سارية المفعول إزاء الغير إلا إذا وردت في محرر ثابت التاريخ[214]. وهو ما قرره المشرع المغربي من خلال الفصل 196 من ق ل .ع على أنه " حوالة عقود الكراء أو الأكرية المتعقلة بالعقارات وغيرها من الأشياء القابلة للرهن الرسمي أو حوالة الإيرادات الدورية المترتبة عليها عندما تقرر لفترة تزيد على سنة ، لا يكون لها أثر بالنسبة للغير إلا إذا وردت في محرر ثابت التاريخ.

وإذا كان العقار محفظا في السجل العقار . فحوالة الأجور لمدة تزيد على سنة لا تسري بحق الغير إلا إذا جرى قيدها بالسجل العقاري استناد للفصل 65 من ظهير التحفيظ العقاري[215].

أما السند الاسمي فيشمل الأسهم والسندات التي تتخذ هذا الوضع ، وهي إما أسهم وسندات للشركات المساهمة أو سندات على الدولة. وحوالة هذه السندات الاسمية تنعقد فيما بين المحيل والمحال له بالتراضي كما هي القاعدة العامة ، إلا أن هذه الحوالة لا تكون نافذة في حق المدين أو في حق الغير إلا بقيد الحوالة في دفتر خاص يحتفظ به المدين: الشركة أو الدولة[216].

وأما السند الإذني فيشمل الكمبيالات والسندات الإذنية والشيكات الإذنية ، ويشمل كذلك ما ورد في نص خاص كبوليصة التأمين وبوليصة الشحن وبوليصة التخزين. وتنعقد حوالة السند الإذني فيما بين المحيل والمحال له بالتراضي وفقا للقواعد العامة. ولكنها لا تكون نافذة في حق المدين أو في حق الغير إلا بالتظهير وذلك بأن يضع صاحب السند توقيعه في ظهر السند. ومتى تم تظهير السند الإذني فالمدين لا يجوز له أن يوفي بالدين إلا لحامل السند بالتظهير لا إلى الدائن الأصلي. وإذا تنازع حامل السند بالتظهير مع آخر حول له السند عن طريق

---

[214]- مأمون الكزبري: المصدر نفسه.

[215]- ورد في مقتضى الفصل 65 ما يلي : "يجب أن تشهر بواسطة تقييد في الرسم العقاري، جميع الوقائع والتصرفات والاتفاقات الناشئة بين الاحياء مجانية كانت أو بعوض ، وجميع المحاضر والأوامر المتعلقة بالحجز العقاري ، وجميع الأحكام التي اكتسبت قوة الشيء المقضي به ، متى كان موضوع جميع ما ذكر تأسيس حق عقاري أو نقله إلى الغير أو الإقرارية أو تغييره أو إسقاطه وكذا جميع عقود أكرية العقارات لمدة تفوق ثلاث سنوات، وكل حوالة لقدر مالي يساوي كراء عقار لمدة تزيد على السنة غير مستحقة الاداء أو الإيراد منه".

[216]- عبد الرزاق السنهوري: -الجزء الثالث- م . س . ص 486.

الإعلان أو القبول، فإن الاول هو الذي يتقدم ، ولو تأخر تاريخ التظهير عن تاريخ الإعلان أو القبول. ولا يجوز لدائني المظهر (أي الدائن الأصلي) أن يوقعوا حجزا تحفظيا تحت يد المدين[217] .

وأما السند لحامله فيشمل الأسهم والسندات التي تحرر ابتداء لحاملها أيا كان. ويجوز إضفاء وضع السند لحامله على أي حق تجاري أو مدني ، وبخاصة على الشيكات. وتنعقد الحوالة فيما بين المحيل والمحال له في السند لحامله بالتراضي. وتكون الحوالة نافذة في حق المدين وفي حق الغير بالتسليم المادي ، فالسندات لحاملها تلحق إذن بالمنقولات المادية.

المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على قاعدة نسبية آثار العقد

إذا كانت آثار العقد لا تنصرف إلى غير طرفيه وخلفهم العام وخلفهم الخاص والدائن العادي في الحدود التي بيناها فيما سبق ، فإن هذا لا يعني عدم إمكان الاحتجاج بوجود العقد على غير من ينصرف إليهم أثره.

فهناك استثناءات تقع بحكم القانون، وفيها يقضي القانون بانصراف أثر العقد إلى الغير بصفة استثنائية لاعتبارات ترجع إلى العدالة أو استقرار التعامل أو ضمان حسن إدارة المال الشائع أو غير ذلك، وهناك استثناء يستطيع المتعاقدان أن يحققاه ، وهو الاشتراط لمصلحة الغير. فلا يستطيع المتعاقدان أن يلزما الغير بعقد لم يكن طرفا فيه. ففي هذا النطاق يمكننا أن نقول أن هذا الشطر من قاعدة عدم انصراف أثر العقد إلى الغير مطلق في حكمه، لأن الاستثناءات الواردة عليه إنما تقررت بحكم القانون[218].

---

[217]- عبد الرزاق السنهوري: المصدر نفسه ص ص 486-487.

[218]- المقصود بالغير في هذه الضروب الأجنبي عن أطراف العقد ومن في حكمهم أي كل الأشخاص الذين ليسو طرفا في العقد ولا خلفا عاما أو خاصا لأحد العاقدين، ولا دائنا لأيهما، ويسميه الأستاذ السنهوري بالغير الأجنبي أصلا عن العقد.

ولكنهما يستطيعان أن يكسبا الغير حقا من العقد بواسطة الاشتراط لمصلحة الغير. وقد نص الشارع على تطبيق القاعدة في شطرها الأول، العقد لا يضر الغير (التعهد عن الغير) ثم نظم الاستثناء الهام الذي يرد على القاعدة في شطرها الثاني العقد لا يفيد الغير (الاشتراط لمصلحة الغير) وسنتناولهما في هذا المطلب على الشكل التالي :

الفقرة الأولى: التعهد عن الغير

الفقرة الثانية: الاشتراط لمصلحة الغير

الفقرة الأولى: التعهد عن الغير

أولا: تعريف التعهد عن الغير

يراد بالتعهد عن الغير في الغالب علاج موقف لا يمكن فيه الحصول على رضاء ذي الشأن لسبب ، فيلتزم عنه غيره. مثل ذلك شركاء في الشيوع يتصرفون في الشيء الشائع وفيهم قاصر ويريدون تجنب إجراءات بيع مال القاصر ، أو كان أحدهم غير حاضر وقت العقد ولا يستطاع انتظاره خوف ضياع الصفقة، أو كانو يقتسمون الشيء الشائع وفيهم من هو ناقص الأهلية ويبغون تجنب الإجراءات المعقدة للقسمة القضائية. في مثل هذه الأحوال يتعاقد الشركاء الذين يصح لهم التعاقد ، عن انفسهم وملتزمين عن غيرهم ممن لا يستطيع التعاقد لسبب من الأسباب المتقدمة. كذلك الوكيل إذا رأى أن يجاوز حدود الوكالة ، ولم يتمكن من الحصول على إذن في ذلك من الموكل ، يستطيع فيما يجاوز فيه حدود الوكالة أن يتعاقد باسمه متعهدا عن الموكل[219].

[219]- عبد الرزاق السنهوري: المجلد الأول –نظرية للالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام ، م. س. ص ص 618-619.

وهناك من عرفه بأنه إبرام شخص عقدا باسمه يتعهد فيه بحمل الغير على قبول الالتزام بأمر معين تحت طائلة تحمل المسؤولية تجاه المتعاقد الآخر في حالة رفض الغير أن يلتزم [220]

كما عرفه بعض الفقه[221] بأنه تعهد شخص تجاه شخص آخر على أن يقنع شخصا ثالثا بإبرام عقد ما.

وهكذا فالتعهد عن الغير هو نظام شبيه بنظام الوكالة في التعاقد ، لأن المتعهد يبرم العقد باسم المتعهد عنه ولفائدة شخص يدعى المتعهد له. فانطلاقا من هذه الرابطة الثلاثية الأطراف نكون أمام عقد أولي يجمع المتعهد بالمتعهد له بموجبه يلتزم الاول ببذل ما في وسعه لإقناع الغير بإقرار مضمون الالتزام[222].

وصورة التعهد عن الغير أن يتعهد شخص لآخر بأن يجعل شخصا ثالثا يتحمل بالتزام معين لصالحه (أي لصالح الشخص الثاني)، كما إذا كان هناك أخوان يملكان في الشيوع أرضا وباع أحدهما الأرض وحده وتعهد للمشتري بأن يجعل الأخ الآخر يقبل البيع بدوره، إما حالا وإما بعد فوات أجل معين[223].

---

[220]- مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي –الجزء الأول- م . س. ص 268.

[221]- عبد القادر العرعاري: مصادر الالتزام الكتاب الاول –نظرية العقد- م .س. ص 359.

[222]- يميز الفقه المغربي عادة بين عدة صور للتعهد عن الغير إلا أن أبرزها على الإطلاق هو حالة التعهد المطلق عن الغير وحالة الالتزام عن الغير بشرط الإقرار وخلافا لمعظم التشريعات المعاصرة التي أخذت بنظام التعهد المطلق عن الغير فإن قانون الالتزامات والعقود المغربي قد أخذ بنظام آخر مشابه له هو الالتزام عن الغير المعلق على شرط الإقرار (الفصل 36 ق ل ع) للمزيد حول هذا الموضوع ينظر:

- عبد القادر العرعاري: مصادر الالتزام الكتاب الاول –نظرية العقد- م .س. ص 360 وما بعدها.
- مامون الكزبري: الجزء الأول مصادر الالتزامات ، م س ص 265 وما بعدها.
- عبد الحق صافي: الكاب الثاني آثار العقد م. س. ص 65 وما بعدها .
- نزهة الخلدي: الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، الكتاب الأول : العقد – الإرادة المنفردة- الإثراء بلا سبب ، مطبعة تطوان الطبعة الثانية 2015 ص 144 وما بعدها.

[223]- ادريس العلوي العبدلاوي: شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزام –نظرية العقد- مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ، الطبعة الاولى 1996 ص 668.

ثانيا: موقف قانون الالتزامات والعقود المغربي من مؤسسة التعهد عن الغير

للتعهد عن الغير عدة أشكال أبرزها: التعهد عن الغير شريطة الإقرار والتعهد المطلق عن الغير ، والمشرع المغربي أقر الشكل الأول وهي الالتزام عن الغير بشرط الإقرار دون أن يقر بالشكل الثاني وهو التعهد المطلق عن الغير.

أما الالتزام عن الغير بشرط إقراره أياه يقوم عند إبرام شخص التزاما باسم غيره شرط أن يقر هذا الغير الالتزام الذي أبرم بإسمه[224]. ومثاله الوكيل الذي يتجاوز حدود وكالته فيتعاقد باسم موكله خارج نطاق الوكالة، والشخص الذي يبيع أرضا في ملك غيره. فمثل هذه التصرفات لا تنتج أثرا بالنسبة للمتعهد عنه إلا إذا أقرها خلال فترة معقولة[225]، طبقا للفصل 36 من ق ل ع . الذي ينص على ما يلي : "يجوز الالتزام عن الغير على شرط إقراره أياه ، وفي هذه الحالة يكون للطرف الآخر أن يطلب قيام هذا الغير بالتصريح بما إذا كان ينوي إقرار الاتفاق. ولا يبقى هذا الطرف ملتزما إذا لم يصدر الإقرار داخل أجل معقول على أن لا يتجاوز هذا الأجل خمسة عشر يوما بعد الإعلام بالعقد".

ولا يشترط في إقرار الالتزام أن يكون صريحا ، بل يجوز أن يكون ضمنيا كما لو قام الغير بتنفيذ هذا الالتزام. وهو ما أقره المشرع بموجب الفقرة الأولى من الفصل 37 من ق ل ع. الذي ورد فيه "يعتبر الإقرار بمثابة الوكالة ، ويصح أن يجيء ضمنيا وأن ينتج من قيام الغير بتنفيذ العقد الذي أبرم باسمه...".

أما التعهد المطلق عن الغير فإن المشرع المغربي لم يتعرض له في قانون الالتزامات والعقود خلافا لمعظم التشريعات المعاصرة[226]. إلا أن ذلك لا يمنع من تطبيق مقتضيات التشريعات المقارنة في المغرب بخصوص حالات التعهد عن الغير[227].

---

[224]- مأمون الكزبري: الجزء الأول مصادر الالتزامات ، م س ص 265.

[225]- نزهة الخلدي: الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، الكتاب الأول : العقد – الإرادة المنفردة- الإثراء بلا سبب ، مطبعة تطوان الطبعة الثانية 2015 ص 144

[226]- أنظر على سبيل المثال المادة: 153 مدني مصري والمادة: 1120 مدني فرنسي، والمادة: 114 مدني جزائري.

والتعهد عن الغير بهذا المعنى هو عقد بمقتضاه يلتزم شخص يسمى المتعهد تجاه شخص آخر يسمى المتعهد له أو الموعود بأن يحمل شخص ثالثا على قبول موضوع التعهد، فالمتعهد يلتزم بالقيام بعمل وهو حمل الغير على قبول الالتزام الأصلي وخلافا للالتزام عن الغير شرط إقراره أياه الذي يتعاقد فيه الملتزم باسم هذا الغير فإن المتعهد عن الغير يلتزم باسمه الخاص وليس باسم غيره الأمر الذي سيحمله مسؤولية تعويض الطرف الآخر في حالة رفض الغير لموضوع التعهد[228].

ثالثا: مقومات التعهد عن الغير وتمييزه عما يقاربه

يجب حتى يقوم التعهد عن الغير ان تتوافر المقومات الثلاثة الآتية :

1- أن يتعاقد المتعهد باسمه لا باسم الغير الذي يتعهد عنه . ومن هنا كان الفرق بين التعهد عن الغير وبين الوكيل والفضولي[229]، فالوكيل يعمل باسم الأصيل ، وينصرف أثر العقد إلى الأصيل لا إليه . والفضولي يعمل باسم رب العمل ولمصلحته ، فيلزمه بعمله . أما المتعهد عن الغير فيعمل باسمه ، وينصرف إليه هو أثر العقد.

2- أن يريد المتعهد عن الغير أن يلزم نفسه بهذا التعهد لا أن يلزم الغير. ذلك أنه إذا تعاقد باسمه وأراد إلزام الغير بتعاقده ، فإن العقد يكون باطلا لاستحالة المحل ، إذ أنه لا يمكن قانونا أن يلزم شخص آخر بعقد لم يكن الملتزم طرفا فيه. والتزام الغير إنما يأتي لا من تعاقد المتعهد بل بعقد آخر يتم بقبول الغير للتعهد. وهذا ما قصده المشرع المغربي من خلال الفصل 36 "يجوز الالتزام عن الغير شرط إقراره أياه...".

---

[227]- عبد القادر العرعاري: الكتاب الأول نظرية العقد م. س. ص 362.

[228]- عبد القادر العرعاري: المرجع نفسه.

[229]- تعتبر الفضالة من التطبيقات العملية لواقعة الإثراء بلا سبب إلى جانب دفع غير المستحق. تناول المشرع المغربي أحكامها ضمن الباب الخامس من القسم السادس المتعلق بالوكالة ، واعتبرها من أشباه العقود المنزلة منزلة الوكالة ، وذلك في الفصول 943 إلى 958 ق ل ع.
والمشرع المغربي لم يعرف الفضالة على عكس المشرع المصري الذي عرفها في المادة 188 من قانونه المدني كما يلي : "الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر ، دون أن يكون ملزما بذلك". لكنه تعرض لأركانها والالتزامات المترتبة عنها في الفصول المشار إليها أعلاه.

ومن هنا كان الفرق بين المتعهد عن الغير والمشترط لمصلحة الغير . فالمشترط لمصلحة الغير يريد أن يجعل للغير حقا مباشرا يكسبه من ذات العقد الذي أبرمه المشترط ، وهذا ما يجعل الاشتراط لمصلحة الغير استثناء من القاعدة التي تقضي بأن العقد لا ينصرف أثره إلى الغير ، ويجعل التعهد عن الغير لا خروج فيه على هذه القاعدة[230].

3- أن يكون الالتزام الذي أخذه المتعهد على نفسه هو القيام بحمل الغير الذي تعهد عنه على قبول هذا التعهد. فالمتعهد إذن يلتزم دائما بعمل شيء أما الغير إذا قبل التعهد ، فإنه يلتزم بهذا التعهد. وقد يكون محله عمل شيء كأن يقوم ببناء منزل ، أو الامتناع عن شيء كأن يمتنع عن منافسة متجر، أو نقل حق عيني ، كما إذا تعاقد الشركاء في الشيوع متعهدين عن شريك لهم على بيع الشيء الشائع. والتزام المتعهد بحمل الغير عل قبول التعهد هو التزام بتحقيق غاية وليس التزاما ببذل عناية. فليس يكفي أن يبذل المتعهد ما في وسعه لحمل الغير على قبول التعهد ، بل يجب أن يصل فعلا إلى هذه الغاية فيقبل الغير التعهد ، ولكن إذا قبل الغير التعهد ، وقف التزام المتعهد عند هذا ، فلا يكفل تنفيذ الغير للتعهد.[231]

ومن هنا كان الفرق بين المتعهد عن الغير والكفيل. فالكفيل يكلف تنفيذ التزام المدين بعد أن يوجد ، ولا يكفل إيجاده[232]. أما المتعهد عن الغير فيكفل إيجاد الالتزام في ذمة الغير ولا يكفل تنفيذه.

رابعا: قبول الغير للتعهد أو رفضه

إن الغير حر في قبول التعهد أو رفضه ، ذلك أن التعهد لم يلزمه بشيء كما قدمنا ، فهو أجنبي عن العقد أصلا فلا ينصرف إليه أثره. وهذا ما يجعل التعهد عن الغير مجرد تطبيق لمبدأ. العقود لا تضر غير عاقديها ، ولتوضيح ذلك نقول أن الحالة بالنسبة إلى الغير الذي يحصل التعهد عنه ، أو ما يسمى بالتعهد عنه لا يخلو من أحد الفرضين الآتيين:

---

[230]- عبد الرزاق السنهوي: المجلد الأول ، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام ، م . س . ص ص 619- 620.

[231]- عبد الرزاق السنهوري: المصدر نفسه ص 620.

[232]- نظم المشرع المغربي أحكام الكفالة بمقضى الفصول 1117 إلى 1169 من ق ل ع وعرف المشرع الكفالة بمقتضى الفصل 1117 "الكفالة عقد بمقتضاه يلتزم شخص للدائن بأداء التزام المدين ، إذا لم يؤديه هذا الأخير نفسه".

- الفرض الأول: حالة رفض الغير للتعهد

إذا رفض الغير أن يلتزم ، فإن المتعهد بحمله على التعاقد يكون قد أخفق في مسعاه ، وبالتالي تتحقق مسؤوليته لعدم إمكان تنفيذ ما تعهد به ، أي لعدم تحقيق النتيجة التي التزم بها. وفي هذه الحالة يجب على المتعهد تعويض من تعاقد معه . ويكون التعويض على قدر ما أصاب هذا المتعاقد من أضرار بسبب عدم قبول الغير التعاقد معه[233].

ويتضح هذا من المثال السابق في الحالة التي يتعهد فيها الشريك للمشتري بحمل شريكه الغائب على التعاقد ، فإذا رفض الشريك الغائب ، فإن شريكه الذي تعهد للمشتري يكون قد أخفق في مسعاه ، وبالتالي يكون مسؤولا أمام المشتري بسبب عدم إتمام الصفقة ، نظرا لرفض الشريك الغائب التعاقد معه.

- الفرض الثاني: حالة قبول الغير للتعهد

في الحقيقة يشتمل التعهد إيجابا موجها إلى المتعهد عنه ، فإذا قبل به نشأ عقد جديد يربطه بمن تعاقد معه المتعهد. وقد يأتي القبول صريحا أو ضمنيا يتجسد مثلا في تنفيذ التعهد. ولا حاجة لأن يفرغ القبول في شكل خاص إلا إذا استوجب المشرع شكلا معينا في التصرف الذي يعرض على المتعهد عنه قبوله ، كأن يكون هذا التصرف هبة أو رهنا رسميا[234].

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

---

[233]- عبد الحكم فودة: النسبية والغيرية ، م. س. ص 44

[234]- عبد الحق صافي: الكتاب الثاني ، آثار العقد . م . س. ص 72.

أما من حيث أطراف التعاقد ، فالعقد الأول طرفاه المتعهد والمتعاقد معه . والعقد الثاني طرفاه المتعاقد مع المتعهد والغير. فهناك طرف مشترك في العقدين ، هو المتعاقد مع المتعهد . أما الطرف الآخر فمختلف، وهو المتعهد في العقد الأول والغير في العقد الثاني[235].

وأما من حيث الالتزامات ، فالعقد الأول ينشىء التزاما بعمل شيء في ذمة المتعهد ، هو حمل الغير على قبول التعهد. والعقد الثاني ينشىء التزاما في جانب الغير قد يكون محله نقل حق عيني أو عملا أو امتناعا عن عمل وقد مر بيان ذلك.

وأما من حيث وقت تمام العقد ، فالعقد الأول يتم عند تلاقي الإيجاب والقبول من المتعهد والمتعاقد معه . والعقد الثاني لا يتم إلا عند صدور القبول من الغير. فليس للقبول إذن أثر رجعي ، إلا إذا تبين أن الغير قصد صراحة او ضمنا أن يستند أثر القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد[236].

وهكذا يتجلى من استعراض أحكام التعهد عن الغير ، أن التزام الغير لا يقوم إلا على قبوله للعقد المتعهد به ، وأن حريته في الاختيار بين قبول هذا العقد أو رفضه حرية مطلقة ، كما أن التزام الغير بالعقد ، لا ينشأ إلا من وقت القبول ، مما يكشف أن قواعد التعهد عن الغير لا تورد أي استثناء عل مبدأ عدم التزام الشخص بعقد لم يشترك فيه ، فهذه القواعد لا تعتبر استثناء من مبدأ العقود لا تضر غير عاقديها ، بل هي مجرد تطبيق لهذا المبدأ[237].

---

[235]- عبد الرزاق السنهوي: المجلد الأول ، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام ، م . س . ص 622.

[236]- فإذا تعاقد شركاء في الشيوع متعهدين عن قاصر فيهم ، وقبل القاصر التعهد بعد بلوغه سن الرشد ، فالمفهوم ضمنا أن القاصر قصد أن يكون لقبوله أثر رجعي ، يستند إلى وقت تعاقد الشركاء . وإذا قصد الغير أن يكون لقبوله أثر رجعي ، فإن هذا الأثر ينتفي بالنسبة إلى أي شخص كسب حقا يؤثر فيه الأثر الرجعي . فإذا تعهد (أ) أن (ب) يبيع منقولا يملكه إلى (ج) ، ولكن (ب) باع المنقول إلى (د) ، ثم قبل التعهد (أ) فإن (ب) يكون قد باع المنقول مرتين متتاليتين ، المرة الأولى إل (د) ، والمرة الثانية إلى (ج) . فإذا كان قبوله للتعهد ذا أثر رجعي أضر هذا بالمشتري (د) فيتقدم على (ج). أما إذا كان المبيع عقارا ، فالتفاضل يكون بالأسبق إلى التسجيل.

-عبد الرزاق السهوري: المجلد الاول ، نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام م س. ص ص 622-623.

[237]- ادريس العلوي العبدلاوي: نظرية العقد ، م . س . ص ص 671-672.

الفقرة الثانية: الاشتراط لمصلحة الغير

أولا: تعريف الاشتراط لمصلحة الغير وتمييزه عن التعهد عن الغير

جاء الفقه بتعاريف مختلفة لهذه المؤسسة القانونية . يقول الأستاذ مأمون الكزبري : (الاشتراط لمصلحة الغير تعاقد يتم بين شخصين أحدهما يسمى المشترط وآخر الواعد أو المتعهد يشترط فيه الأول على الثاني أن يلتزم هذا الأخير ، إزاء شخص ثالث أجنبي عن التعاقد ويسمى المنتفع فينشأ بذلك للمنتفع حق مباشر يستطيع أن يطالب به المتعهد)[238]. كما يقول فيه أنور سلطان هو : (عمل قانوني يشترط فيه شخص يسمى المشترط على شخص آخر يسمى المتعهد بأن يقوم بأداء معين لمصلحة شخص آخر يسمى المنتفع)[239]. كما عرفه ادريس العلوي العبدلاوي بقوله : (الاشتراط لمصلحة الغير نوع من التعاقد يتفق فيه أحد طرفي العقد مع آخر على أن يقوم هذا الأخير بالتحمل بالتزام معين لا لنفع المتعاقد الأول ، ولكن لنفع شخص أجنبي عن العقد . ومثال ذلك أن يتفق أب مع شركة تأمين على أن تدفع هذه الشركة مبلغا من المال بعد موته لأولاده ، فالأولاد يعتبرون هنا من الغير ، بالنسبة للعقد ، ومع ذلك يستفيدون منه ويكون لهم عند موت أبيهم أن يطالبوا شركة التأمين مباشرة بما يستحق لهم)[240].

والملاحظ أنه رغم اختلاف هذه التعاريف –وغيرها كثير- من حيث الصياغة[241]، فهي صريحة الدلالة على أن الاشتراط لمصلحة الغير يعني الحالة التي يجري فيها التعاقد بين شخصين الأول يدعى المشترط والثاني يدعى المتعهد ، وذلك بغية إنشاء حق لفائدة شخص ثالث يدعى المستفيد من الاشتراط.

---

[238]- مأمون الكزبري: الجزء الأول مصادر الالتزامات م . س . ص 271.

[239]- أنور سلطان: مصادر الالتزامات ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت لبنان ، 1983، ص 211.

[240]- ادريس العلوي العبدلاوي: نظرية العقد ، م . س . ص 673.

[241]- أنظر أيضا تعريف الأستاذ عبد القادر العرعاري لمؤسسة الاشتراط لمصلحة الغير ، نظرية العقد المرجع السابق ص 345.

- يقصد بالاشتراط لمصلحة الغير تلك الحالة التي يتم فيها التعاقد بين شخص يسمى المشترط وآخر يسمى المتعهد وذلك بهدف إنشاء حق لمصلحة شخص ثالث هو المستفيد من الاشتراط.

ولكن الأساس القانوني في الاشتراط لمصلحة الغير غيره في التعهد عن الغير. ذلك أن الاشتراط لمصلحة الغير لا يتضمن عقدين كالتعهد عن الغير ، بل هو لا يشمل إلا عقد واحد ، تم بين المشترط والمتعهد ، والمنتفع إنما يكسب حقه من هذا العقد بالذات ، أي من عقد لم يكن هو طرفا فيه. ومن التطبيقات العملية للاشتراط لمصلحة الغير الهبة أو البيع مع اشتراط الواهب أو البائع على الموهوب له أو المشتري ترتيب إيراد أو حق ما للغير. ومنها بيع العين المرهونة مع اشتراط البائع على المشتري أن يدفع أقساط الدين إلى الدائن المرتهن[242].

ثانيا: شروط تحقق الاشتراط لمصلحة الغير

بما أن الاشتراط لمصلحة الغير ما هو إلا صورة من صور التعاقد وإبرام التصرفات لذلك فهو في حاجة إلى ضرورة توافر الأركان والشروط العامة لقيام عقد صحيح من تراضي وأهلية ومحل وسبب وخلو الإرادة من العيوب التي تضعف من سلامة عنصر التراضي[243].

ويترتب على ما سبق أن العقد الذي يربط المشترط بالمتعهد إذا كان باطلا أو قابلا للإبطال فإنه لا يجوز للمستفيد أن يحتج به تجاه المتعهد ونظرا لأن الاشتراط لمصلحة الغير قد يكون

---

[242]- عرفت مؤسسة الاشتراط لمصلحة الغير تطورات عدة انطلاقا من القانون الروماني الذي كان حريصا أشد الحرص على الطابع الشخصي للعلاقة القانونية ولذلك لم يكن يجيز النيابة في التصرفات القانونية، كما أن العقود لا تضر عاقديها فالأصل فيها أنها لا تنفعهم . وقد كانت هذه القاعدة الأخيرة وهي قاعدة أن العقود لا تنفع غير عاقديها مطلقة عند الرومان ، فلم يكن الرومان يستسيغون أن ينشأ لأجنبي عن العقد نفع مباشر منه.

ولكن هذه القاعدة أخذ إطلاقها يتزلزل في القانون المعاصر ، فقد أدت ظروف الجماعة إلى أن تسمح في بعض الأحوال إلى أن ينشأ لأجنبي عن العقد نفع مباشر منه ، بمعنى أنه يسوغ لهذا الأجنبي أن يرجع على أحد طرفي العقد مباشرة وباسمه الخاص ، ويطالبه بحق شخصي ثابت له ، وناتج من العقد برغم أنه لم يبرمه لا بنفسه ولا بمن كان نائبا عنه ، وهذا ما يعرف بالاشتراط لمصلحة الغير.

لقد اتسم العقد من أول مرة بسمة الأنانية والفردية إذ كانت فائدته مقصورة على عاقديه لا تتعداها إلى غيرهما ، فلم يكن يجوز أن يكتسب غير المتعاقدين حقا من عقد لم يكن طرفا فيه، وكذلك لم يكن يجوز أن يلتزم الغير بمقتضى عقد كان هو أجنبيا عنه. أنظر في تأصيل تطور مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير:

- عبد الرزاق السنهوري : المجلد لأول مصادر الالتزام م . س . ص 629 وما بعدها.

- ادريس العلوي العبدلاوي: نظرية العقد ، م . س. ص 673 وما بعدها.

[243]- ورد في الفصل الثاني من قانون الالتزامات والعقود المغربي "الأركان اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة عن التعبير عن الإرادة هي:

1- الأهلية للالتزام،

2- تعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام،

3-شيء محقق يصلح لأن يكون محلا للالتزام،

4-سبب مشروع للالتزام".

على سبيل التبرع لذلك فإن الفقه قد أثار استفسار بخصوص ما إذا كان يتعين احترام الشروط الشكلية التي يتطلبها إبرام هذا النوع من العقود؟ وقد تمت الإجابة عن هذا السؤال بالنفي على أساس أن الشكل لا يكون لازما إلا إذا تعلق الأمر بالهبات المباشرة ، أما بالنسبة للهبات المستترة وراء عقد الاشتراط لمصلحة الغير فإنه لا يتطلب توفر مثل هذه الشكلية[244].

وبالإضافة لهذه الأركان العامة فإن هناك بعض الشروط الخاصة التي أكد المشرع على ضرورة توفرها تحت طائلة عدم الاعتداد بالعقد الذي حصل به الاشتراط لمصلحة الغير وتتلخص هذه الشروط الخاصة فيما يلي:

الشرط الأول: تعاقد المشترط باسمه : وقد نص الفصل 34 من ق ل ع على أنه " ومع ذلك يجوز الاشتراط لمصلحة الغير ، ولو لم يعين إذا كان ذلك سببا لاتفاق أبرمه معاوضة المشترط نفسه أو سببا لتبرع لمنفعة الواعد...".

وعلى ذلك يلزم في الاشتراط لمصلحة الغير أن يتم التعاقد باسم المشترط نفسه على التزامات يشترطها لصالح الغير. فإذا تعاقد الشخص باسم الغير مباشرة ، لا تكون له صفة المشتري ، وبالتالي لا نكون بصدد اشتراطا لمصلحة الغير ، وإنما قد نكون بصدد وكالة أو فضالة ، يعمل فيها المتعاقد باسم المنتفع[245].

وهذا الذي يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة ، اتفاقية كانت أو قانونية. فالنائب ، وكيلا كان أو وليا أو وصيا أو قيما أو فضوليا أو غير ذلك ، يتعاقد باسم الأصيل لا باسمه. أما المشترط فيتعاقد باسمه لا باسم المنتفع. والأصيل لا النائب هو الطرف في العقد ، ورضاء النائب يغني عن رضائه. أما في الاشتراط لمصلحة الغير فالمشترط لا المنتفع هو الطرف في العقد ، وقبول المنتفع للاشتراط ضروري حتى يتأكد في شخصه حق كسبه من عقد لم يكن

[244]- عبد القادر العرعاري: مصادر الالتزام الكتاب الأول ، نظرية العقد . م . س. ص 346.
[245]- عبد الحكم فودة: النسبية والغيرية في القانون المدني . م . س ص 47.

طرفا فيه[246]. وهو الأمر الذي يفهم من الفقرة الثالثة من الفصل 34 وذلك بمفهوم المخالفة "... ويعتبر الاشتراط كأن لم يكن إذا رفض الغير الذي عقد لصالحه قبوله مبلغا الواعد هذا الرفض.".

ويختلف المشترط عن الفضولي اختلافا جوهريا ، فالفضولي نائب عن رب العمل ، بخلاف المشترط فلا ينوب عن المنتفع. وقد كان هناك رأي ، تبين الآن فساده ، يجعل المشترط فضوليا يتعاقد لمصلحة المنتفع، وقبول المنتفع يعتبر إقرارا لعمل الفضولي فينقلب هذا وكيلا ، وعن طريق الوكالة أو الفضالة ينصرف أثر العقد إلى المنتفع. أما فساد هذا الرأي فراجع إلى أن المشترط إنما يتعاقد باسمه كما قدمنا ، في حين أن الفضولي يتعاقد نيابة عن رب العمل[247].

الشرط الثاني: اتجاه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع: أشارت الفقرة الثانية من الفصل 34 من ق ل ع. إلى هذا الشرط حيث جاء فيها ما يلي "وفي هذه الحالة ينتج الاشتراط أثره مباشرة لمصلحة الغير ، يكون لهذا الغير الحق في أن يطلب باسمه من الواعد تنفيذه..."

فإذا لم تنصرف الإرادة بين المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع ، لا نكون بصدد اشتراط لمصلحة الغير. مثل ذلك إذا كان الحق الناشئ من العقد يتعلق بالمشترط نفسه ، حتى ولو كانت تعود منه فائدة على الغير[248]. فقد يتعاقد مثلا رب عمل مع طبيب على تطبيب مستخدميه دون أن تكون نية الطرفين قد انصرفت إلى منح المستخدمين حقا مباشرا قبل

---

[246]- عبد الرزاق السنهوري: نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام . م . س. ص 638.

[247]- ويترتب على هذا الفرق بين الوضعين نتائج عملية هامة، فلما كان المشترط ليس بنائب عن المنتفع ، فإن كل شخص يستطيع أن يشترط لمصلحة الغير ما دامت له مصلحة شخصية في ذلك ، وليس كل شخص يستطيع أن يدير عمل الغير عن طريق الفضالة إذ لا بد من وجود ضرورة تقضي بذلك. كما يجب في الاشتراط لمصلحة الغير أن تكون للمشترط مصلحة شخصية ، لأن يتعاقد باسمه أما الفضولي فهو على النقيض من ذلك يجب أن لا تكون له مصلحة شخصية في إدارته لشؤون رب العمل. كما أن الفضولي وهو يعمل لحساب رب العمل يلتزم بالمضي فيما بدأ به ، ولا يجوز له الرجوع فيه. أما المشترط وهو يعمل لحسابه فلا يلتزم بالمضي في عمله ، بل هو على النقيض من ذلك ، يجوز له الرجوع في الاشتراط للمنتفع وإضافة الحق لنفسه أو لشخص غير المنتفع. أنظر بهذا الصدد عبد الرزاق السنهوري: مصادر الالتزام ، م . س ص 638 وما بعدها.

[248]- عبد الحكم فودة: النسبية والغيرية في القانون المدني . م . س ص 47.

الطبيب. ففي مثل هذه الحالة لا يعتبر العقد الجاري بين رب العمل والطبيب قد تضمن اشتراطا لمصلحة الغير[249].

ولهذا يتعين دائما الرجوع إلى العقد لمعرفة ما إذا كان الطرفان قد قصدا به إنشاء حق مباشر للغير ، أم أنهما قصدا به أن يكون اتفاقا بين الطرفين المتعاقدين.

ويعود لقاضي الموضوع تقدير تحقق هذه الإرادة ، التي يمكن التعبير عنها بتعابير صريحة الدلالة ، أو تستنتج من خلال تفسير الاتفاق ، بل يمكن أن يعبر عنها بصورة ضمنية. فقد افترض الاجتهاد القضائي الفرنسي وجود اشتراط لمصلحة الغير في ميدان نقل البضائع لمصلحة المرسل إليه وفي ميدان نقل الأشخاص لمصلحة أقرب أقارب الضحية[250].

الشرط الثالث: وجود مصلحة شخصية للمشترط في الاشتراط : ذلك أن المشترط إنما يعمل لحسابه ويتعاقد باسمه ، فلا بد أن تكون له مصلحة شخصية في الاشتراط للغير ، وإلا كان فضوليا. والمصلحة الشخصية هي الفرق الجوهري بين الفضالة والاشتراط لمصلحة الغير[251].

ومصلحة المشترط المقصودة هنا ، لا يشترط فيها أن تكون مادية أي مالية ، كما لو اشترط شخص على المتعهد أن يدفع مبلغا من المال إلى المنتفع سدادا لدين مترتب لمصلحة هذا لأخير في ذمة المشترط ، بل يجوز أن تكون أدبية أي معنوية ، كما في هبة يشترط فيها الواهب على الموهوب له التزاما لمصلحة مستشفى، أو كما في عقد تأمين لمصلحة الزوجة أو الأولاد[252]. وأيا كانت طبيعة مصلحة المشترط من الاشتراط فيجب أن تكون هذه المصلحة مشروعة وغير مخالفة للقانون وللنظام العام.

---

[249]- مأمون الكزبري: الجزء الأول مصادر الالتزامات ، م . س. ص 275

[250]- عبد الحق صافي : الكتاب الثاني آثار العقد م . س . ص 52.

[251]- عبد الرزاق السنهوري : مصادر الالتزام . م . س . ص 641.

[252]- مأمون الكزبري: -الجزء الأول- مصادر الالتزامات ، م . س. ص 276.

ثالثا : آثار الاشتراط لمصلحة الغير

تختلف الآثار المترتبة عن الاشتراط لمصلحة الغير باختلاف نوعية العلاقة الرابطة بين أطراف عملية الاشتراط ككل ، وبالرغم من أن المستفيد ليس طرفا في إنشاء عقد الاشتراط إلا أنه يتأثر بنتائج هذه العملية الثلاثية الأطراف (المشترط ، المتعهد ، المستفيد أو المنتفع)، من حيث الآثار وسندرس أحكام الاشتراط لمصلحة الغير من خلال هذه العلاقات الثلاث.

- **علاقة المشترط بالمتعهد :** هذه يحددها العقد الذي تم فيما بينهما ففي عقد التأمين مثلا يلتزم المشترط بأن يدفع للمتعهد (شركة التأمين) أقساط التأمين في مواعيدها. وتلتزم شركة التأمين في حالة ما إذا كان المشترط قد اشترط لنفسه إلى جانب اشتراطه للغير بأن تقوم بما عليها من التزام نحو المشترط فتدفع له مثلا المبلغ المتفق عليه إذا بقي حيا إلى المدة المتفق عليها ولكل المتعاقدين أن يتمسك قبل الآخر بأوجه الدفع الجائز التمسك بها بالنسبة إلى هذا العقد الذي تم بينهما من أوجه بطلان أو أسباب انقضاء[253].

وبالمقابل يبقى المتعهد ملتزما بتنفيذ التزاماته لفائدة المستفيد أو المنتفع. وإذا امتنع أحد الطرفين من تنفيذ التزاماته حق للطرف الآخر وفقا للقواعد العامة أن يجبره على ذلك ما دام التنفيذ ممكنا، وإلا حق له طلب فسخ العقد مع إمكانية المطالبة بالتعويض إذا كان له موجب[254]. كما خول المشرع للمشترط إلى جانب المستفيد إمكانية مطالبة المتعهد بتنفيذ التزاماته لفائدة المستفيد أو المنتفع ما لم يتم النص في العقد على حصر هذا الحق على المستفيد وذلك وفقا للفصل 35 من ق ل. ع.

- **علاقة المشترط بالمستفيد :** بالرغم من أن المستفيد لا يرتبط بالمشترط بمقتضى عقد مستقل إلا أنه يتأثر بكيفية محسوسة من كل إجراء أو تصرف يقدم عليه المشترط قبل نفاذ الاشتراط في حق المستفيد أو المنتفع. وقياسا على الفقرة الأولى من الفصل 34 إق ل ع . التي

---

[253]- عبد الرزاق السنهوري : مصادر الالتزام . م . س . ص ص 642-643.

[254]- ورد في الفصل 259 من ق ل ع ما يلي "إذا كان المدين في حالة مطل كان للدائن الحق في إجباره على تنفيذ الالتزام ، ما دام تنفيذه ممكنا. فإن لم يكن ممكنا جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد. وله الحق في التعويض في الحالتين..."

تسمح بإنشاء العقد الأساسي للاشتراط بين المشترط والمتعهد معاوضة أو على سبيل التبرع فإن هذا الوصف كذلك ينطبق على العلاقة الثانية التي حصل الاشتراط بسببها ونتيجة لذلك فإن استفادة المنتفع قد تكون معاوضة عن دين أو التزام سابق في ذمة المشترط كأن يبيع هذا الأخير سلعة للمشتري ويشترط عليه تسليم ثمنها للغير الذي كان دائنا له بما يوازي ثمن البضاعة وفي مقابل ذلك فإن استفادة المنتفع قد تكون على وجه التبرع كالتأمين على الحياة لمصلحة شخص ثالث ، أو هبة عقار للمتعهد مع اشتراط أداء الريع السنوي لهذا العقار لمصلحة الشخص المنتفع[255].

على أنه سواء كانت طبيعة العلاقة بين المشترط والمنتفع علاقة تبرع أم كانت علاقة معاوضة ، فإن حق المنتفع في الاستفادة من الاشتراط متوقف على عدم رفضه الاشتراط ، ذلك أنه للمنتفع الخيار بين قبول الاشتراط الجاري لمصلحته ، وبين رفض هذا الاشتراط. فإن أعلن المنتفع رغبته في الاستفادة من الاشتراط استقر حقه نهائيا. والإعلان عن هذه الرغبة لا يخضع لشكل معين ، فيستطيع المنتفع أن يظهر رغبته في أي وقت يشاء ضمن حدود التقادم المسقط[256]. وإذا توفي المنتفع قبل إعلان رغبته ، انتقل حق خياره إلى ورثته وحل هؤلاء محله في الرفض أو القبول.

وإن أعلن المنتفع رفضه الاستفادة من الاشتراط وأخطر المتعهد بهذا الرفض ، اعتبر الاشتراط كأن لم يكن، كما تقدم الإشارة إلى ذلك بمقتضى الفقرة الأخيرة من الفصل 34 من (ق ل ع).

---

[255]- عبد القادر العرعاري: نظرية العقد ، م . س . ص ص 355-356.

[256]- يتم التمييز عادة بين التقادم المسقط والتقادم المكسب فالتقادم المسقط يسقط أو يقضي الحقوق الشخصية والعينية على السواء إذا لم يستعمل صاحب الحق حقه مدة معينة حددها القانون. ونمثل لذلك بآجال سقوط الحق في الشفعة بموجب المادة 304 من مدونة الحقوق العينية فالمشرع اعتبر هذه الآجال أو المواعيد من قبيل آجال السقوط حيث يسقط الحق في الشفعة عند مرور هذه الآجال دون أن تتأثر بقواعد التوقف أو الانقطاع. أما بالنسبة للتقادم المكسب –وتقترن به الحيازة دائما- فيكسب الحائز ما حازه من حقوق عينية بعد أن تستمر حيازته لها مدة معينة حددها القانون. أنظر بخصوص مواعيد كسب الحيازة المواد 250 و 251 من مدونة الحقوق العينية.

- علاقة المتعهد بالمستفيد أو المنتفع : يترتب على الاشتراط أن يكسب المنتفع حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط . وهذا الحق مستمد من عقد الاشتراط متى تم هذا العقد صحيحا. وهو يترتب له دون حاجة إلى قبوله. ولهذا فإنه يكون للمنتفع أن يطالب المتعهد بتنفيذ التزاماته التي يفرضها عليه العقد كما يكون له الرجوع عليه بالتعويض عند امتناعه عن تنفيذ التزامه ، دون أن يكون له الحق في طلب فسخ عقد الاشتراط لأنه ليس طرفا فيه. وللمنتفع أن يستفيد من التأمينات التي قدمها المتعهد ضمانا للوفاء بالتزامه ، ما لم يتبين لضمان حقوق المشترط وحده[257].

فالاشتراط ينتج حق مباشر للمنتفع في ذمة المتعهد وهو الأمر الذي أكده المشرع من خلال الفصل 34 من ق ل ع . "... ينتج الاشتراط أثره مباشرة لمصلحة الغير، يكون لهذا الغير الحق في أن يطلب باسمه من الواعد تنفيذه وذلك ما لم يمنعه العقد من مباشرة هذه الدعوى أو علقت مباشرتها على شروط معينة..."[258]

وفي هذا الصدد أقر المجلس الأعلى ما يلي : " الاشتراط لمصلحة الغير ينتج أثره مباشرة لمصلحة هذا الغير ، وتكون له الصفة في أن يقاضي باسمه الملتزم بتنفيذ ما التزم به متى كان ذلك سببا لاتفاق أبرم معاوضة أو سببا لتبرع الواعد"[259].

---

[257]- عبد الحكم فودة النسبية والغيرية في القانون المدني ، م . س .ص 51.

[258]- ويستخلص من خلال هذا النص النتائج التالية:

- للمنتفع الحق في مطالبة المتعهد بتنفيذ التزاماته باسمه دون حاجة لتدخل المشترط ما لم تكن هذه المطالبة معلقة على شرط معين أو مقيدة بموجب بند في عقد الاشتراط في عقد الاشتراط.
- المشرع يقر للمشترط إمكانية رفض مضمون الاشتراط ، لكنه يلزمه بالمقابل بضرورة تبليغ هذا الرفض للمتعهد (الفقرة الأخيرة من الفصل 34)
- لا حق لدائني المشترط في مزاحمة المنتفع في موضوع الاشتراط لأن حقه هذا اكتسبه مباشرة من ذمة المتعهد وليس عن طريق ذمة المشترط.
- المتعهد يستطيع دفع مطالبة المنتفع بنفس الدفوع الذي يحق له توجيهها للمشترط كما لو امتنع هذا الأخير عن تنفيذ التزاماته المترتبة عن عقد الاشتراط ، أو كان هذا العقد باطلا لسبب من الأسباب.
- في حالة وفاة المشترط بعد إبرام العقد فإنه لا يحق لورثته استرداد موضوع الاشتراط أو الحجز عليه. وفي مقابل ذلك يجوز لورثة المنتفع أو المستفيد بعد وفاته أن يمارسوا حق الخيار الذي كان ثابتا لموروثهم، وإذا حصلت الوفاة بعد إقرار الاشتراط فإن الورثة يحلون محل سلفهم في الاستفادة من موضوع الاشتراط.

[259]- قرار مدني عدد : 972. صدر بتاريخ 1980/12/17 . مجلة قضاء المجلس الأعلى . عدد 27. ص : 49 وما بعدها. منشور أيضا بمجموعة قرارات المجلس الأعلى. ص : 116.

خاتمة

بعد الانتهاء من دراسة هذا البحث والتوصل إلى إعطاء نظرة أولية ، أو وضع أرضية خصبة للانطلاق حول بحث مجموعة من الموضوعات ذات الارتباط بالموضوع والتي في حاجة إلى التنقيب والبحث في أغوارها. وهذا من دون شك سيكون مدخلا لإجلاء الغموض حول مجموعة من الموضوعات التي ظلت حبيسة النصوص القانونية فهذه النصوص تحتاج إلى بحث تفسيراتها ومصدرها ومدى مواكبتها للعصر الحديث ، خصوصا ونحن نتحدث عن القانون المدني الذي يعتبر من أهم القوانين الأكثر جمودا.

وهذا ما حاولنا من خلال بحثنا هذا التوصل إليه عن طريق بحث موضوع الغير عن العقد في التشريع المغربي بين قانون الالتزامات والعقود والقانون العقاري. فقد توصلنا أن موقف التشريع والفقه المغربي من الغير لا يخرج عن ما توصلت إليه النظرية التقليدية في فرنسا بخصوص مفهوم الغير، فقد انطلق الفقه في فرنسا من فكرة أن الغير هو كل من لا ينوشه أثر العقد. وكان لهذا التعريف أهميته في تشجيع العديد من الفقه في الإنكباب حول دراسة هذا الموضوع من خلال بحث الأشخاص الذين لا يعتبرون غيرا ، حيث توصلوا من خلال هذه الدراسة إلى أنه يعتبر "غيرا" كل من لم يكن طرفا في العقد لا أصالة ولا نيابة ، وقد كرس التشريع الفرنسي هذه القواعد التي أخذها منه التشريع المغربي مع القليل من التحفظ على بعضها والذي تفرضه قواعد الشريعة الإسلامية. كما هو الشأن بالنسبة لانتقال التزامات السلف إلى الخلف العام.

ولم يتوقف الفقه الفرنسي عند هذا الحد حيث انتقل لبحث موضوع الغير عن العقد في بعض العقود التي تشكل مجموعة عقدية ، فهذه العقود تتعدد وتتنوع ، لذلك طرح الفقه الفرنسي مسألة تحديد من يتخذ وصف الغير داخل هذه المجموعة. حيث يكون كل من المتعاقدين في المجموعة العقدية على علاقة بينهم وإن لم يكن بينهم علاقة مباشرة ، فالمتعاقد داخل هذه المجموعة يكون تعاقد بواسطة عقد يتماثل بواسطة السبب أو المحل ، وكان لهذه النظرة

انعكاسات شتى ساهمت من دون أدنى شك في تطور مفهوم الغير ، لكن الغلو الكبير في اعتماد هذه النظرية الحديثة كان سببا لعدة انتقادات انصبت بالخصوص حول مساهمة هذه النظرية في تطوير نظرية العقد ، لأنه من غير المنطقي أن يضحى الشخص طرفا في عقد لم يساهم في إبرامه بإرادته هو. لكن هذا لا ينفي محاسن هذه النظرية من ناحية تحديد مفهوم الغير عن العقد داخل المجموعة العقدية. لذلك توصلنا إلى التوصية بإجراء تعديل على الفصل 228 من قانون الالتزامات والعقود فلا يمكن اعتبار الأشخاص الذين لا تربط بينهم علاقة عقدية مباشرة من الغير. وبالتالي يطبق عليهم الأثر النسبي للعقد فهذا الشخص وإن لم تكن له علاقة مباشرة بالمتعاقد الآخر إلا أن له مصلحة تتأثر بمقتضى العقد الذي أصبح بموجبه طرفا في مجموعة عقدية. فالأمر هنا يستدعي مراجعة هذا الفصل بشكل لا يلغي صفة الغير عن الشخص الذي ساهم في تكوين مجموعة عقدية وفي نفس الوقت عدم مواجهته بالأثر النسبي للعقد.

كما أن بحث أثر العقد تجاه الغير في الصورية سمح لنا التوصل لمجموعة من مكامن الخلل في التشريع المغربي خصوصا وأنه لم يخصص سوى الفصل 22 من قانون الالتزامات والعقود لتنظيم أحكام الصورية فقد لوحظ أن هذا الفصل لا يكفي خصوصا وأن المشرع المغربي لم ينظم مجموعة من الآليات التي تضمن للغير الحماية من التصرفات الصورية التي يجريها مدينه. كالدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية وعدم تعرض المشرع لعقد الصورية. الأمر الذي استدعى إلى التوصية بمراجعة هذا الفصل بشكل يستجيب للقوانين المقارنة الحديثة كالتشريع المصري والتشريع السوري.

ومن الاستنتاجات التي توصلنا إليها أيضا أن الغموض الذي يشوب الغير في القواعد العامة يتعداه إلى قواعد القانون العقاري ، فعلى الرغم من أهمية تحديد مفهوم الغير في القانون العقاري لم يتدخل المشرع المغربي إلى تحديده ، حيث ترك المجال للفقه والقضاء في هذا الصدد وقد عرضنا لبعض التعريفات الفقهية للغير في المادة العقارية دون إغفال الموقف القضائي لما لأهميته في حسم الخلاف لكن بدا لنا أن القضاء بدوره لم يحسم في تحديد مفهوم

الغير في هذا المجال. كما طرحت في الساحة القانونية المغربية إشكالية حماية الغير المقيد في الرسم العقاري عن حسن نية ، حيث اعتبرت المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية عقبة أمام هذه الحماية الأمر الذي دعى العديد من المهتمين إلى إجراء تعديل على هذه المادة ونحن من أنصار هذا الرأي الأخير.

ثم تعرضنا أخيرا إلى الاستثناءات التي ترد على مبدأ نسبية آثار العقد لما لأهمية هذا الموضوع في تكوين نظرة شامة حول مفهوم الغير الذي يتأثر بالعقد إما سلبا أو إيجابا أحيانا رغم أنه يعتبر غيرا أجنبي أصلا عن العقد ، وهذا هو ما نقصده بالغير في معناه الضيق والذي يأخذ به الفقه المغربي.

لائحة المراجع:

المراجع العامة

- ✓ أنور سلطان: مصادر الالتزامات ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت لبنان ، 1983.
- ✓ مأمون الكزبري: التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي ، -الجزء الأول- شركة الهلال العربية للطابعة والنشر الرباط الطبعة الثانية 1987.
- ✓ مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود المغربي -الجزء الأول- مصادر الالتزامات، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء. دون ذكر تاريخ الطبع.
- ✓ مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود –الجزء الثاني- أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه ، مطبعة النجاح الجديدة دون ذكر تاريخ الطبع.
- ✓ مصطفى الجارحي: عقد المقاولة من الباطن، دار النهضة العربية القاهرة: 1988.
- ✓ ادريس العلوي العبدلاوي: شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام –نظرية العقد- مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى 1996.
- ✓ عبد الفتاح بنوار، "المجموعات القانونية والقضائية المغربية، مجموعة القانون المدني، قانون الالتزامات والعقود" مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1996.

- ✓ محمد الكشبور: الكراء المدني والكراء التجاري، دراسة في نطاق ظهير 24 ماي 1955 وظهير 25 دجنبر 1980. الطبعة الأولى 1997.
- ✓ عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد –المجلد الأول- نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان الطبعة الثالثة 1998.
- ✓ عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الجزء الثالث) نظرية الالتزام بوجه عام – الأوصاف- الحوالة – والانقضاء- منشورات الحلبي الحقوقية بيروت – لبنان الطبعة الثالثة 1998.
- ✓ عبد الرزاق السنهوري -الوسيط في القانون المدني- الجزء الأول، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت – لبنان 1998 الطبعة الثالثة.
- ✓ محمد بن معجوز: الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء طبعة 1999.
- ✓ عبد الله الدرقاوي: أسس وأثار حوالة الحق والدين في الفقه الاسلامي والتشريع الوضعي ، الطبعة الأولى 2002.
- ✓ إدريس السماحي: "القانون المدني الحقوق العينية التحفيظ العقاري" مطبعة أمبرزار- مكناس الطبعة الأولى 2003.
- ✓ محمد الكشبور: "التطهير الناتج عن تحفيظ العقار تطور القضاء المغربي قراءة في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 29 دجنبر 1999" مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى 2005.
- ✓ عبد الحق صافي: القانون المدني الجزء الأول: المصدر الإرادي للالتزامات ، العقد الكتاب الثاني – آثار العقد- مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى 2007.

- ✓ ابن عاصم الأندلسي : "البهجة في شرح التحفة" على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي وحاشيته للإمام أبي عبد الله محمد التاودي ، دار الرشاد الحديثة الدار البيضاء المغرب 1429 ه 2008 م.
- ✓ مصطفى مالك: حوالة العقد- دراسة مقارنة مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2008.
- ✓ حاتم بن عبد الحميد الرواتبي: الحماية القانونية للدائن العادي دار الميزان للنشر سنة 2008 تونس .
- ✓ عبد القادر العرعاري: الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع، مطبعة دار الأمان، الرباط الطبعة الثالثة 2011.
- ✓ محمد خيري: مستجدات قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ط 2013.
- ✓ محمد خيري: العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي ، مطبعة المعارف الجديدة الرباط -طبعة 2014.
- ✓ عبد القادر العرعاري: مصادر الالتزامات الكتاب الأول –نظرية العقد- مطبعة الأمنية الرباط الطبعة الرابعة 2014
- ✓ نزهة الخلدي: الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، الكتاب الأول : العقد – الإرادة المنفردة- الإثراء بلا سبب ، مطبعة تطوان ، الطبعة الثانية 2015.
- ✓ المختار بن أحمد العطار: التحفيظ العقاري في ضوء التشريع المغربي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الثانية 2016 .
- ✓ حفيظة البشيري: سوء النية وآثاره على التقييد بالسجل العقاري منشورات مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع- الرباط سلسة البحوث الجامعية العدد 18. 2017.

المراجع الخاصة

- ✓ صبري حمد خاطر: "الغير عن العقد" دراسة في النظرية العامة للالتزام، الناشر الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع عمان. الطبعة الأولى 2001.
- ✓ حسن محمد بودي: حقوق الغير في العقود المالية في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، طبعة سنة 2004.
- ✓ عبد الحكم فودة: النسبية والغيرية في القانون المدني، دار الألفي المنيا مصر دن ذكر تاريخ الطبع.
- ✓ محمد محروك: مفهوم الغير في العقد التحديد والآثار – دراسة مقارنة- أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث: القانون المدني جامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2005. 2006.
- ✓ عادل الغنوبي: الغير عن العقد في القانون المغربي والقانون المقارن، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة. السنة الجامعية 2013-2014.
- ✓ هشام المراكشي: مفهوم الغير في التشريع المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الخامس الرباط السنة الجامعية 2014- 2015.
- ✓ عادل الغنوبي: تحقيق الأمن القانوني لمركز الغير في ظل ثبوت تاريخ العقد وتقييده- ، أشغال الندوة الوطنية المنظمة يومي 25 و 26 نونبر 2016 بعنوان العقار والتعمير والاستثمار ، إعداد وتنسيق الأستاذ ادريس الفاخوري مطبعة المعارف الجديدة الرباط الطبعة الأولى 2017.

الأطروحات والرسائل

- ✓ عبد العالي دقوقي : الإلغاء والتشطيب في التشريع العقاري المغربي ، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق شعبة القانون الخاص وحدة التكوين والبحث في القانون المدني كلية الحقوق جامعة محمد الخامس أكدال الرباط السنة الجامعية 2001-2002.
- ✓ عبد الغني عواد: بيع ملك الغير بين النص القانوني والفقه الإسلامي. رسالة لنيل دبلوم الماستر في العقود والعقار، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2014-2015.
- ✓ سفيان موعلي: قاعدة تطهير العقار و إدماج الملكية العقارية في التنمية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجماعية – طنجة- السنة الجامعية 2014-2015.
- ✓ علي طوير –مركز حسن النية في النظام العقاري المغربي- رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، جامعة الحسن الثاني ، بسطات السنة الجامعية 2013/ 2014.
- ✓ نسرين أبادر : حرية التعاقد رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية -طنجة- السنة الجامعية 2010- 2011.
- ✓ محمد بن جلون: الرسم العقاري بين التأسيس والتحيين، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2002-2003.

الندوات والمقالات:

- ✓ فتيحة الطلحاوي : أي حماية قانونية للمقيد حسن النية في ظل القانون العقاري (07.14 و 08.39)؟ ، أشغال الندوة الوطنية المنظمة يومي 25 و 26 نونبر 2016 بعنوان العقار والتعمير والاستثمار ، إعداد وتنسيق الأستاذ ادريس الفاخوري مطبعة المعارف الجديدة الرباط الطبعة الأولى 2017 .
- ✓ بوحماد عبد القادر: -حدود الحماية القانونية والقضائية للتقييدات بحسن نية- الندوة الوطنية في موضوع ، الأمن العقاري . دفاتر محكمة النقض عدد : 26 مطبعة الأمنية الرباط 2015.
- ✓ سعيدة بنموسى –حدود الحماية القانونية والقضائية للغير المقيد عن حسن نية- الندوة الوطنية في موضوع ، الأمن العقاري . دفاتر محكمة النقض عدد : 26 مطبعة الأمنية الرباط 2015.
- ✓ حسن فتوخ : معايير سوء النية في التصرفات العقارية من خلال القضاء المغربي ، مقال منشور بمجلة فضيلة ، سلسلة الاجتهاد القضائي ، العدد 2013 ، ص.

الفهرس

مقدمة 1
الفصل الأول 8
تحديد مفهوم الغير بالنسبة للعقد 8
المبحث الأول: المفهوم التقليدي والحديث للغير عن العقد 10
المطلب الأول: المفهوم التقليدي للغير 10
الفقرة الأولى: مدلول الغير في التشريع والقضاء 10
أولا: مدلول الغير في اللغة والاصطلاح 11
ثانيا: مدلول الغير في التشريع 12
ثالثا: مدلول الغير في القضاء 14
الفقرة الثانية: مدلول الغير في الفقه 19
المطلب الثاني: المفهوم الحديث للغير 25
الفقرة الأولى: تطور مفهوم الغير وفقا لنظرية المجموعة العقدية 27
الفقرة الثانية: مفهوم الغير طبقا لتطوره الحديث 30
المبحث الثاني: تمييز الغير عن المفاهيم المشابهة 34
المطلب الأول: تمييز الغير عن مفهوم الطرف والخلف العام 36
الفقرة الأولى: تمييز الغير عن مفهوم الطرف 36
الفقرة الثانية: تمييز الغير عن مفهوم الخلف العام 40
أولا: الخلف العام في حكم المتعاقد 41
ثانيا: الخلف العام في مركز تعاقدي نسبي 43
المطلب الثاني: تمييز الغير عن الخلف الخاص والدائنين 44
الفقرة الأولى: تمييز الغير عن مفهوم الخلف الخاص 45
أولا: الاتجاه القائل بازدواجية الوصف بالنسبة للخلف الخاص 47
ثانيا: الاتجاه الرافض لاعتبار الخلف الخاص من الغير 49
ثالثا: الاتجاه المؤيد لاعتبار الخلف الخاص من الغير 49
الفقرة الثانية: تمييز الغير عن مفهوم الدئن العادي 53

أولا: المتنازع عليه حول وصف الدائن العادي 54
ثانيا: موقف المشرع المغربي من مركز الدائن العادي..... 59
الفصل الثاني..... 61
أثر العقد بالنسبة للغير..... 61
المبحث الأول: أثر العقد بالنسبة للغير في الصورية والتقييد في السجل العقاري 63
المطلب الأول: أحكام الصورية بالنسبة للغير 63
الفقرة الأولى: تحديد الغير في الصورية..... 64
أولا: تحديد الغير حسب صورية العقد..... 64
ثانيا: موقف المشرع المغربي من تحديد الغير في الصورية..... 68
الفقرة الثانية: الصورية كمعيار لإثبات سوء نية الغير المقيد..... 71
أولا: طبيعة دعوى الصوية 71
ثانيا: المعايير القضائية لاستخلاص الصورية 73
المطلب الثاني: حجية التقييدات في الرسم العقاري تجاه الغير..... 74
الفقرة الأولى: حجية تقييد الغير حسن النية 75
الفقرة الثانية: حجية تقييد الغير سيء النية..... 81
المبحث الثاني 83
آثار حوالة الحق بالنسبة للغير والاستثناءات الواردة على قاعدة النسبية 84
المطلب الأول: آثار حوالة الحق بالنسبة للغير..... 84
الفقرة الأولى: صيرورة نفاذ الحوالة في حق الغير..... 85
أولا: تحديد معنى الغير في الحوالة..... 85
ثانيا: شروط نفاذ الحوالة تجاه المدين و الغير 86
الفقرة الثانية: نفاذ الحولة إزاء المدين و الغير بمجرد الانعقاد أو اتباع إجراءات غير الاعلان والقبول..... 89
المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على قاعدة نسبية آثار العقد 92
الفقرة الأولى: التعهد عن الغير..... 93
أولا: تعريف التعهد عن الغير..... 93

ثانيا: موقف قانون الالتزامات والعقود المغربي من مؤسسة التعهد عن الغير..... 95
ثالثا: مقومات التعهد عن الغير وتمييزه عما يقاربه..... 96
رابعا: قبول الغير للتعهد أو رفضه..... 97
الفقرة الثانية: الاشتراط لمصلحة الغير 100
أولا: تعريف الاشتراط لمصلحة الغير وتمييزه عن التعهد عن الغير..... 100
ثانيا: شروط تحقق الاشتراط لمصلحة الغير 101
ثالثا: آثار الاشتراط لمصلحة الغير..... 105
خاتمة 108
لائحة المراجع:..... 110