جامعة زيان عاشور -الجلفة-
Zian Achour University of Djelfa
كلية الحقوق والعلوم السياسية
Faculty of Law and Political Sciences

قسم الحقوق

نسبية أثر العقد

مذكرة ضمن متطلبات
نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأعمال

إعداد الطالب :
- حلفاوي علي
- منصور مسعودة عفاف

إشراف الأستاذ:
-د. لبيض ليلى

لجنة المناقشة

-د/أ. علي خوجة خيرة	رئيسا
-د/أ. لبيض ليلى	مقررا
-د/أ. عويسات تاكليت	ممتحنا

الموسم الجامعي 2020/2019

2020/M071A/M1539037669/M1539017293

بسم الله الرحمن الرحيم

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ

{يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ}

الآية 176 المائدة

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا ضرر ولا ضرارا»

دعاء

يا رب لا تدعني اصاب بالغرور اذا نجحت

ولا اصاب باليأس اذا فشلت

بل ذكرني دائما ان الفشل هو التجربة التي تسبق النجاح

يا رب علمني ان التسامح هو اكبر مراتب القوة

وان الانتقام هو اكبر مظاهر الضعف .....

يا رب اذا جردتني من المال اترك لي الامل

واذا جردتني من النجاح اترك لي قوة العناد حتى اتغلب على الفشل

يا رب اذا أسأت الى الناس فاعطني شجاعة الاعتذار

واذا اساء الناس لي اعطني شجاعة العفو

شكر وعرفان

بادئ ذي بدئ الشكر والحمد لله جلا في علاه فاليه ينسب الفضل كله في اكمال هذا العمل (الكمال يبقى له وحده)

وبعد الحمد لله فأننا نتقدم بالشكر الجزيل والامتنان الى الاستاذة المشرفة لقبولها الاشراف على هذه المذكرة ولصبرها معنا على تصويبنا ونشكرها ايضا على تواضعها .

وبعدها فالشكر الموصول لكل اساتذتنا الذين تتلمذنا على ايديهم في كل مراحل الدراسة .وشكرا لكل من ساعدنا ولو بابتسامة

الاهداء

الحمدلله الذي نفتتح بحمده الكلام .والحمدلله الذي بحمده افضل مابدات به الاقلام سبحانه لانحصي ثناء عليه كما اثنى على نفسه هو وكيل كل الانعام
اهدي عملي المتواضع وثمرة دراستي
الى من جنتي تحت قدميها ورضاها من رضا العالمين ودعوتها بالخيرليسلاح احمله في حياتي وكلمة منها تضيئ لي دربي .الى نبع الحنان امي الغالية "زينب" حفظها الله ورعاها

الى الذي جند حياته لتربيتي ووضع خطاي على مسلك العلم والذي اعتبر نجاحي من نجاحه ابي العزيز "بلقاسم" حفظه الله
الى من ابصرت النور في رحابهم اخوتي الاعزاء

الى من علمني حرفا من ذهب وكلمات من درر وعبارات من اسمى واجلى عبارات العلم الى من صنعوا من علمهم حروفا ومن فكرهم منارة تنير لنا مسيرة العلم والنجاح الى اساتذي الكرام
الى من سرنا سويا ونحن نشق الطريق معا نحو النجاح والابداع الى من تكاتفنا يدا بيد ونحن نقطف زهرة تعلمنا الى اصدقائي وزملائي.
حلفاوي علي

قائمة المختصرات ج:الجزء:

ص:الصفحة

دط: بدون طباعة

م:ميلادي

مج: المجلد

هـ:هجري

م ق:المجلة القضائية

ت ح :تحقيق

ق م ج :قانون المدني الجزائري

ق اج :قانون الاسرة الجزائري

مقدمة

مقدمـة:

يعتبر العقد أهم صورة من صور التصرف القانوني في الحياة الاجتماعية، ذلك لكون الإرادة المنفردة ليست سوى مصدرا استثنائيا للالتزام، ولقد عرف القانون المدني الجزائري العقد في المادة 54 بأنه " اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما ".

ومنه فالعقد هو توافق إرادتين على إحداث أثار قانونية، و كلما نشأ العقد صحيحا مستوفيا لكافة أركانه وشروطه رتب أثاره ، المتمثلة في إنشاء التزام أو نقله أو إنهائه، وبالتالي يكتسب قوته الملزمة من حيث الأشخاص و الموضوع تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة، الذي مفاده أنه يكفي توافق إرادتين لإنشاء العقد، وأن إرادة المتعاقدين هي التي تحدد مدى الالتزامات التي يرتبها العقد، وتخضع القوة الملزمة للعقد بالنسبة للأشخاص إلى مبدأ هام، هو مبدأ نسبية أثر العقد، الذي مفاده بأن أثر العقد يقتصر على طرفيه، إذ أن المتعاقدين دون غيرهما، هما اللذان يلتزمان بالعقد ، ذلك أن العقد لا ينشئ في ذمة الغير التزاما، ولا يكسبه حقا, ضف إلى ذلك فإن النائب الذي يتعاقد باسم أحد المتعاقدين لا تنصرف إليه أثار العقد بالرغم من أنه هو الذي تعاقد ، غير أن الجدير بالذكر أن هناك أشخاصا لا يعتبرون أجانب عن العقد من جهة، كما لا يعتبرون أطرافا أصليين في العقد من جهة أخرى، بل تربطهم بأحد طرفي العقد صلة خلافة أو دائنية. فمصير كل متعاقد هو الزوال، إذ تؤول أمواله إلى خلفه العام، أي ورثته كما أن المتعاقد يمثل خلفه الخاص في بعض الأحيان .

إلى جانب هؤلاء هناك دائنو المتعاقدين الذين يتأثرون بالعقود التي يبرهما مدينوهم، بشكل يضر بضمانهم العام.

كما أن للعقد قوة ملزمة تساوي قوة القانون إذ يجب على كل متعاقد تنفيذ الالتزامات التي ترتبت في ذمته بمقتضاه، و إلا كان مسؤولا عن عدم تنفيذها، ومن ثمة فإن تحديد مضمون العقد أمر مهم لمعرفة مقصود الطرفين, و ذلك بتحديد معنى النصوص الواردة في العقد إذا لم تكن واضحة ، الأمر الذي يتطلب تدخل القاضي لتحديد مدلول العقد عن طريق تفسيره، ذلك أن تفسير العقود من صميم عمله.

غير أن المشرع لم يترك له كامل الحرية بشأن تفسيرها، بل ألزمه باحترام قواعد ومبادئ و ضوابط معينة، خاضعا في ذلك لرقابة المحكمة العليا تحسبا لكل تحريف باعتبارها محكمة قانون .

ومن مظاهر سلطان الإرادة هي إلزام المتعاقدين بما أبرماه طبقا لقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " إذ لا يمكن نقضه ولا تعديله إلا وفقا لاتفاق المتعاقدين أو للأسباب التي يقررها القانون، إذ ما اتفقت عليه إرادة المتعاقدين هو القانون الذي يجب أن يتبع و يحكم العلاقة بينهما، إلاّ أنه في بعض الأحيان يتراخى تنفيذ العقد أو أنه في حد ذاته مستمر التنفيذ، فتعترضه ظروف غير التي كان عليها عند إبرامه تحدّ من فاعليته ممّا يترتب عنه اختلال في توازنه الاقتصادي، فيكون تدخّل القاضي ضروريا للمحافظة على العلاقة العقدية مع الإشارة إلى أنّ هذا التدخل يكون في حدود معينة و وفقا لضوابط محددة .

مما سبق ذكره يتبادر إلى الذهن الإشكال التالي فيما تتمثل نسبية أثر العقد بالنسبة للأشخاص و الموضوع ؟

ويتفرع عن هذا الإشكال، الإشكاليات الفرعية التالية :

- هل يقتصر أثر العقد على المتعاقدين باعتبارهما من أبرم العقد دون غيرهم ؟
- أم ينصرف إلى خلفهم ودائنيهم بالرغم أنهم ليسوا أطرافا في العقد؟
- و هل يمكن أن يتعدى هؤلاء وينتقل أثره إلى الغير؟
- في حالة لجوء القاضي إلى تفسير العقد ماهي القواعد والضوابط التي يعتمد عليها؟
- ومادام الأصل العام هو العقد شريعة المتعاقدين كيف للقاضي احترام هذا المبدأ وتطبيقه ؟
- و إذا أضطر إلى تعديله فما هي سلطته في ذلك وحدودها؟
- و مادام المتعاقد ملزم بتنفيذ ما التزم به فما هو الجزاء المترتب في حالة إخلاله بذلك ؟

أسباب اختيار الموضوع

تنوعت الدوافع الباعثة على اختيار هذا الموضوع مابين هو ذاتي وماهو موضوعي ويمكن اجمالها كمايلي :

1. اشباع فضولنا العلمي وميولنا البحثي المندفع نحو دراسة وتناول الموضوعات ذات الصلة بالمعاملات المالية .

2. الميل الشخصي الى نظرية الالتزام وخاصة مصدره العقد ومايترتب عليه من حقوق
3. ملامسة الموضوع للواقع الامر الذي يضفي عليه حيوية . وكونه يصل المعارف النظرية بالتطبيقات العلمية. فهو يلامس حياة الناس من حيث معاملاتهم المالية القائمة على المشاحنة والمفضية الى التنازع حتما مالم تتبين وتتجلى الاحكام الضابطة لتلك المعاملات .

اهداف الدراسة : تكمن اهداف هذه الدراسة في :

1-تحديد المقصود بمبدا نسبية اثار العقد من خلال معرفة اهميته كمبدأ

2-اثراء رصيدنا المعرفي واكتساب معلومات جديدة

الدراسات السابقة

بالنسبة للدراسات السابقة .لقد قمنا بالاطلاع على العديد من الرسائل والاطروحات الجامعية بغرض توظيفها ضمن اعمال البحث في اطر متكاملة ومعالم منسجمة ونذكر منها :

1- زواوي فريدة .مبدا نسبية العقد رسالة لنيل دكتوراه دولة في القانون الخاص هذه الاطروحة تناولت موضوع اثر نسبي للعقد بادق تفاصيله وتمت الدراسة من طرف الاهتمام بالعناصر المهمة ذات صلة بالموضوع فقط .

2- منصوري ليندة .القوة الملزمة للعقد من حيث الاشخاص في القانون المدني مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر في القانون تخصص قانون خاص معمق ، كلية الحقوق بوداواو جامعة أمحمد بوقرة جامعة بومرداس هذه المذكرة قريبة من موضوعنا لكن عالجت الموضوع بطريقة مختلفة

ومايمكن الاشارة اليه ان هذه البحوث كلا منها عالج موضوع نسبية اثر العقد من جهة معينة .وحاولنا نحن الالمام بالموضوع من كل جوانبه

منهج الدراسة: اقتضت طبيعة الموضوع والاجابة على الاشكاليات المطروحة وتحقيق الاهداف المسطرة الاعتماد على مجموعة من المناهج وهي:

1-المنهج الوصفي: المنهج الوصفي الذي لاغنى عنه في ضبط المفاهيم والتعريفات الرئيسية في البحث والتمثيل لها .والوصول الى تفسيرات منطقية لها دلائل وبراهين تمنحنا القدرة على وضع اطر محددة للمشكلة .

2-المنهج التحليلي: في استنطاق النصوص القانونية للاستدلال على الاحكام الواردة في البحث

صعوبات البحث:

- صعوبة ضبط خطة يتصور من خلالها جزيئات الموضوع وحصر افكاره
- تشعب المادة العلمية واتساع الافكار المتعلقة بالموضوع وعدم ضبطها في نسق معين

ولمعالجة موضوع المذكرة والاجابة على الاشكال المطروح سابقا ارتأيت أن أحيط بالموضوع من كل جوانبه و فقا للخطة التالية

الفصل الأول نسبية الأثر الإلزامي للعقد من حيث الأشخاص

المبحث الأول: أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين والخلف والدائنين

المطلب الأول: أثر العقد بالنسبة إلى الخلف

المطلب الثاني: أثر العقد بالنسبة إلى الدائنين

المبحث الثاني: أثر العقد بالنسبة للغير

المطلب الأول: التعهد عن الغير

المطلب الثاني: الاشتراط لمصلحة الغير

الفصل الثاني: نسبية الأثر الإلزامي للعقد من حيث الموضوع

المبحث الأول: تحديد مضمون العقد

المطلب الأول: تفسير العقد

المطلب الثاني: تكييف العقد وتحديد نطاقه

المبحث الثاني: القوة الملزمة للعقد وجزاء الإخلال بها

المطلب الأول: إلزامية تنفيذ العقد

المطلب الثاني: جزاء عدم تنفيذ العقد أو الإخلال به .

الخاتمـــة

الفصل الأول:

نسبية الأثر للعقد من حيث الأشخاص

الفصـل الأول

نسبية الأثر للعقد من حيث الأشخاص

إنّ العقد إذ أبرم ترتب عنه نشوء التزامات تقابلها حقوق، و التي يتحملها طرفا العقد، أي المتعاقدان، غير أنه يجب التوسع في فهم كلمة " المتعاقدين" إذ يشمل هذا المصطلح كذلك من يمثلهما، بحيث تنصرف أثار العقد إلى الخلف العام كأصل عام، وكذا الخلف الخاص وذلك بشروط، سنتطرق لها في حينها.

كما تمتد أثار العقد إلى دائني المتعاقدين، مؤثرة في ضمانهم العام على أموال مدينيهم دون أن يكون لها تأثير على حقوق الغير كأصل عام، وهو ما يقصد به نسبية أثار العقد[1].

إلا أن هذا الأصل العام يرد عليه استثناء يتمثل في انصراف أثار العقد إلى الغير أحيانا.

وبناءا على ما سبق ذكره سنتناول هذا الفصل في مبحثين نتطرق في الأول إلى أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين والخلف و الدائنين ثم نعرج في الثاني على أثر العقد بالنسبة للغير.

[1] محمد صبري السعدي . مصادر الالتزام. النظرية العامة للالتزامات القسم الأول. دار الكتاب الحديث . طبعة 2003 . ص 346.

المبحث الأول: أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين و الخلف و الدائنين

إن العقد إذا استقر ، فإن أثره لا يمتد إلاّ إلى المتعاقدين ، باعتباره قانونهما ، حيث تنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري على أن " العقد شريعة المتعاقدين "،و ترتيبا على ذلك فإن الأجنبي[1] الذي لم يكن طرفا في العقد لا تشمله آثاره ، سواء تعلق الأمر بالحقوق أو بالالتزامات غير أن المتعاقد أحيانا قد لا يباشر عملية التعاقد بنفسه ، و إنما بواسطة شخص آخر كنائب عنه ، إلا أن هذا لا يعني أن هذا النائب يعد طرفا في العقد ، ذلك أن آثار العقد الذي يبرمه النائب باسم الأصيل تتصرف إلى الأصيل إذ تنص المادة 74 من القانون المدني الجزائري على أنه " إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق و التزامات يضاف إلى الأصيل " و عليه فالنائب بالنسبة إلى العقد الذي يبرمه يعتبر من الغير ، فلا يكتسب حقا و لا يتحمل التزاما[2] .

غير أن هناك أشخاصا ليسوا أطرافا في العقد ، وفي نفس الوقت هم ليسوا أجانب عن العقد ، إذ يوجدون في مركز وسط ، بحيث تربطهم بأحد طرفي العقد علاقة خلافة أو دائنية ، وهم الخلف و الدائنون ،فما أثر العقد بالنسبة إليهم ؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عنه في مطلبين نتناول في الأول أثر العقد بالنسبة إلى الخلف و في الثاني أثر العقد بالنسبة للدائنين .

[1] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري .الجزء الأول ،التصرف القانوني العقد و الإرادة المنفردة، الطبعة الثالثة 2004 ديوان المطبوعات الجامعية.ص 205 .

[2] علي فيلالي. الالتزامات ، النظرية العامة للعقد .موفم للنشر والتوزيع , الجزائر 2005 ،ص 322 .

المطلب الأول : أثر العقد بالنسبة إلى الخلف

يقصد بالخلف كل شخص يتلقى حقا من غيره ، و الخلف نوعان : خلف عام و خلف خاص

الفرع الأول : الخلف العام

يقصد بالخلف العام كل شخص يخلف سلفه في ذمته المالية أو في جزء منها ، فيحل محله في ذمته المالية من حقوق و التزامات ، ويتمثل في الوارث سواء كان منفردا أو مع غيره ، كما يشمل مفهوم الخلف العام الموصى له بجزء من التركة ، إذ تنصرف إليه آثار العقد الذي أبرمه سلفه ، متمثلة في حقوق السلف و التزاماته الناشئة عن العقد ، فيكون للورثة و للموصى لهم بجزء من التركة أن يطالبوا بهذه الحقوق ، كما يقع عليهم القيام بالالتزامات الناشئة عن هذا العقد و التي التزم بها سلفهم .

وقد نصت على هذه القاعدة 108 من القانون المدني " ينصرف العقد إلى المتعاقدين و الخلف العام.

إذ تنتقل عن طريق الميراث جميع حقوق السلف المالية عينية كانت أو معنوية أو شخصية ، ذلك أن حقوق المتوفى التي تكون في ذمة الغير تدخل في أموال التركة ، فهي حق للسلف باعتباره دائنا ، وكذا لورثته من بعد وفاته هذا وينتقل بالميراث حق الملكية ، أما الحقوق المتفرعة عن حق الملكية فلا تنتقل بالميراث ، ذلك لكونها تنقضي بموت صاحبها كحق الانتفاع[1] وحق الاستعمال و السكنى ، كما أنه لا تورث الحقوق العينية التبعية كحق الرهن و التخصيص و الامتياز ، إذ أنها تنتهي بانقضاء الدين المضمون وما دام سداد الدين يكون قبل توزيع التركة على الورثة فمن المنطقي عدم انتقال هذه الحقوق إلى الورثة ، ويستثنى من الحقوق العينية التبعية حق الارتفاق الذي ينتقل إلى الورثة باعتباره ملازما للمال الموروث حيث نصت المادة 868 من القانون المدني الجزائري على أنه " ينشأ حق الارتفاق عن الموقع الطبيعي للأمكنة أو يكسب بعقد شرعي أو بالميراث...".

وفيما يتعلق بالديون التي تكون على عاتق السلف فإن الخلف العام لا يتحملها ، تطبيقا لقاعدة أنه " لا تركة إلا بعد سداد الديون " و التي مفادها أنه لا خلافة في الديون ، إذ يبقى التزام المورث في التركة دون أن يكون له أثر على الوارث ، فلا تنتقل التركة إلى الورثة إلا إذا

[1] خلافا لحق الانتفاع الدائم الممنوح بموجب القانون 87 /19 المتعلق بالمستثمرات الفلاحية والذي ينتقل إلى الورثة .

أصبحت خالية من الديون[1] ، هذا وتجدر الإشارة إلى أن آثار العقد لا تنصرف إلى الخلف العام في جميع الحالات ، ذلك أن هناك حالات لا تنتقل فيها آثار العقد إلى الخلف العام سواء كان وارثا أو موصى له بجزء من التركة ، وهذا ما تضمنته المادة 108 من القانون المدني حيث نصت على أنه " ينصرف العقد إلى المتعاقدين و الخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون ، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث " وعليه يمكن حصر هذه الحالات في :

أولا: حالات عدم انصراف أثار العقد إلى الخلف العام بالرغم من احتفاظه بصفة الخلف

1- عندما ينص القانون صراحة على عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام، مثال ذلك ما قضت به المادة 439 من القانون المدني " تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء..." إذ أن عقد الشركة ينتهي بموت أحد الشركاء، وبالتالي فلا أثر له على ورثة الشريك المتوفى.

2- طبيعة التعامل[2]: إذ قد لا تفرض طبيعة التعامل انتقال آثار العقد إلى الخلف العام ، وذلك إذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار، إذ لا يمكن لخلف المتعاقد أن يتولى ما التزم به هذا الأخير، ذلك أن طبيعة الالتزام تقتضي توافر ميزات لا تكون على نفس القدر بين جميع الناس.

[1] علي علي سليمان. النظرية العامة للالتزام . مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري. ديوان المطبوعات الجامعية ، طبعة 2005، ص 87 .

[2] نفس المرجع . ص 86.

ثانيا: حالات عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام باعتباره من الغير

إضافة إلى الاستثناءات السابق التطرق لها، بشأن عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام، هناك حالات لا ينصرف فيها أثر العقد إليه، غير أنّ هذه الأخيرة يكون فيها الخلف من الغير بخلاف الحالات السابقة والتي يبقى فيها خلفا .

ومردّ ذلك أن القانون هو مصدر حقوق الخلف، ولا تنتقل إليه بطريق الميراث، حماية له من تصرفات مورثة التي قد تضر به، وعليه يصبح الوارث في هذه الحالات من الغير بالنسبة إلى تصرفات مورّثه.

فللمورّث حق التصرف في أمواله مادام حيا، فله أن يهب كل ماله أو بعضه لأحد ورثته دون الآخرين، أو لغير وارث أصلا[1] .

وعليه فإذا باع المورّث وهو في مرض الموت عينا تزيد قيمتها عن ثلث التركة ، لأحد الورثة أو لشخص أجنبي ، فإن الوارث يكون بالنسبة لهذا التصرف غيرا ، ولا يكون نافذا في حقه فيما يزيد عن ثلث التركة إلا إذا أقره[2] هذا الوارث ، إذ يعتبر البيع في هذه الحالة وصية وتسري عليه أحكامها (المادة **776** من القانون المدني) ، غير أنه لورثة المتصرف إثباتان تصرف مورّثهم كان بقصد التبرع ، ولهم أن يثبتوا ذلك بكافة طرق الإثبات[3] .

وكذا حالة ما إذا تصرف المورث لوارث في مرض الموت ، مع احتفاظه بحيازة العين المتصرف فيها و بالحق في الانتفاع مدى الحياة ، فإن هذه الحالة اعتبرها القانون وصية ، حيث نصت على ذلك المادة 777 من القانون المدني: " يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه و الانتفاع به مدة حياته... "[4] .

---

[1] عبد الرزاق السنهوري . المرجع السابق. ص 225 .

[2] محمد زهدور . الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية. المؤسسة الوطنية للكتاب . الجزائر 1991ص 134.

[3] رمضان أبو السعود. مصادر الالتزام. دار الجامعة الجديدة للنشر. 2003. ص 251.

[4] أخذت المحكمة العليا بقرينة المادة 777 من القانون المدني ، في عدة قرارات منها القرار الصادر في 1990/03/05 الذي جاء فيه : " من المقرر أنه يعتبر التصرف وصية،وتسري عليه أحكامها، إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه و الانتفاع به مدة حياته مالم يكن هناك دليل يخالف ذلك. ومن المقرر أيضا أنه لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة – ولما كان ثابتا – في قضية الحال- أن قضاة الاستئناف لما قضوا ببطلان عقد الهبة وعدم تنفيذ التصرف باعتباره وصية لوارث يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا صحيحا " قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1990/03/05 – ملف رقم 59240 – المجلة القضائية لسنة 1992 – العدد الثاني – ص 57

ويعتبر الورثة من الغير بالنسبة للجزء الذي يجاوز ثلث التركة ، ذلك أن صفة الخلف لا تنتقل إلى الوارث إلا في حدود ثلث التركة ، وما يزيد عن ذلك فيتوقف على إجازته ، فإذا أوصى المورث بجزء من التركة لشخص ما ، فإن هذه الوصية لا تكون نافذة في حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة ، إذ يعتبرون بالنسبة لهذا الجزء من الغير ، و لا يكون نافذا في حقهم إلا إذا أجاوزه (المادة 185 من قانون الأسرة) .

الفرع الثاني : الخلف الخاص

يعرّف الخلف الخاص بأنه من يتلقى من السلف حقا معينا كان قائما في ذمته، سواء أكان هذا الحق عينيا أم شخصيا، فيكون المشتري خلفا خاصا للبائع في ملكية الشيء المبيع، و الموصى له بجزء من التركة يخلف الموصي في العين الموصى له بها، كما يخلف المنتفع مالك الرقبة في حق الانتفاع ...الخ، غير أن من يترتب له حق شخصي في ذمة شخص آخر، فلا يعتبر خلفا خاصا له و إنما يعتبر دائنا له[1]، فالمستأجر ليس بخلف للمؤجر ، بل دائن له، غير أن هذا لا يمنع من أن يتلقّى الخلف الخاص من سلفه حقّا شخصيا، كما لو اشترى دينا من الدائن،إذ أن المحال له في هذه الحالة يعتبر خلفا خاصا للمحيل، وذلك لوجود الدين ابتداء في مال المحيل، ثم انتقاله إلى المحال له، ولم ينشأ في مال المحال له ابتداء .

وتتصرف آثار العقد الذي يبرمه السلف، إلى خلفه الخاص بشروط ، حيث تنص المادة 109 من القانون المدني الجزائري " إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه ".
فالعقود التي يبرمها السلف يتأثر بها الخلف الخاص، إذا توافرت الشروط الواردة في نص المادة 109 من القانون المدني، وعليه فإذا أبرم شخص عقدا وترتبت عن هذا العقد حقوق أو التزامات متصلة بشيء معين، كما لو أمن شخص على منزله ، ثم باع هذا المنزل إلى شخص آخر،

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري . المرجع السابق . ص 226

فإن هذا الأخير تنتقل [1] إليه الحقوق و الالتزامات السابقة عن البيع، وهي تلك الناشئة عن عقد التأمين حيث تنتقل مع بيع المنزل من البائع إلى المشتري.

و تتمثل هذه الشروط في:

1- أن يكون تاريخ العقد سابقا على انتقال الشيء إلى الخلف الخاص :

ومفاد هذا الشرط، أنه لكي تنصرف آثار العقد إلى الخلف الخاص ، فإنه يتعين أن يكون هذا العقد سابقا على انتقال الشيء إلى الخلف الخاص ، ففي مثالنا السابق، فإن الحقوق و الالتزامات المتعلقة بعقد التأمين لا تنتقل إلى المشتري من البائع إلاّ إذا كان عقد التأمين و الذي أمن بموجبه البائع منزله، سابقا على عملية بيع المنزل .

2- أن تكون الحقوق و الالتزامات التي رتبها العقد من مستلزمات الشيء المتصرف فيه :

تكون الحقوق و الالتزامات من مستلزمات الشيء إذا كانت تكمله[2] أي من شأنها أن تزيد في قيمته من حيث الانتفاع به، أو تنقص من هذه القيمة ، بحيث تقلل من حرية استعماله[3] ، وتكون الحقوق من مستلزمات الشيء إذا لم يكن من الممكن التعرف عليها من دون الشيء الذي تتبعه ، وتكون الالتزامات من مستلزمات الشيء إذا كانت تحد من سلطات المالك عليه أو تقيد استعماله ، من ذلك الارتفاقات العينية المترتبة على الشيء ، إذ ينتقل حق الارتفاق مع العين المر تفق بها ويحد من سلطة المالك على أرضه .

أما إذا لم يكن الحق مكمّلا للشيء فإنه لا ينتقل إلى الخلف[4] ، مثال ذلك أن تكون شخصية السلف محل اعتبار ، كأن يشتري طبيب أرضا يقيم عليها مستشفى متنقلا ، ويتعاقد مع مورد لتوريده بأدوية معنية لهذا المستشفى ، فحق الطبيب المتمثل في التوريد بالأدوية لا ينتقل إلى مشتري الأرض إذا ما تصرف الطبيب في الأرض بالبيع بعد نقله المستشفى ، ذلك كون هذا الحق متصلا بشخص الطبيب و ليس بالعين المتصرف فيها .

وكذا الأمر بالنسبة للالتزامات فإذا لم تكن تحدد الشيء الذي ينتقل إلى الخلف الخاص، فإنها لا تنتقل في هذه الحالة مع الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص ، بل تبقى في ذمة السلف

---

[1] محمد صبري السعدي . المرجع السابق . ص 352 .

[2] أنور سلطان . الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام . دار المطبوعات الجامعية . ص 207 .

[3] علي فيلالي . المرجع السابق ص 328 .

[4] عبد الرزاق السنهوري . المرجع السابق ص 229.

مثال ذلك التزام بائع السيارة نحو صاحب المرآب، إذ لا ينتقل إلى مشتري السيارة ، و الذي يكون في هذه الحالة من الغير فلا ينصرف إليه أثر العقد .

3- علم الخلف الخاص بالحق أو الالتزام وقت انتقال الشيء إليه ومفاد هذا الشرط أنه لا ينتقل أثر العقد إلى الخلف الخاص إلاّ إذا كان يعلم بالحق أو الالتزام وقت انتقال الشيء إليه ، وتكون العبرة بالعلم الحقيقي وليس بالعلم الحكمي[1] ، ولا تظهر أهمية هذا الشرط إلاّ فيما يخص الالتزامات ، إذ أن الحقوق يمكن للخلف الخاص أن يطالب بانتقالها إليه ما دامت من مستلزمات الشيء لأنها تعتبر من ملحقات الشيء وتوابعه.

المطلب الثاني: أثر العقد بالنسبة إلى الدائنين

الفرع الأول: مدى تأثر الدائن بعقود مدينه

إذا كان من الممكن انصراف أثر العقد إلى غير المتعاقدين ، فإن ذلك يقتصر أولا على الخلف العام وكذا الخلف الخاص ، أما الدائن لأحد المتعاقدين فلا تنصرف إليه الحقوق و الالتزامات المترتبة عن العقد الذي أبرمه ، إذ أنه لا يخلف مدينه المتعاقد في حقوقه ، كما لا يخلفه في التزاماته .

إلاّ أنه ورغم ذلك فإن الدائن يتأثر بالعقد الذي يبرمه مدينه ، فإن أكسب هذا العقد المدين حقا زادت فرصة الدائن في استيفاء حقوقه، أما إن حمّله التزاما ضاقت هذه الفرصة، الأمر الذي يترتب عنه ضعف الضمان، فالقاعدة هي أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، وهي القاعدة التي يطلق عليها قاعدة الضّمان العام للدائنين ،إذ يتقرر هذا الضّمان للدائن على أموال مدينه، وبديهي أن هذا الضمان يتأثر إذا أقدم هذا الأخير على إبرام عقود تزيد في ديونه وتقلل من حقوقه ، فالعقد الذي يبرمه المدين لا تنصرف آثاره إلى الدائن إطلاقا،فلا يستفيد من حقوقه ولا يلزم بالتزاماته[2] وإنما يتأثر الدائن بهذا العقد بطريق غير مباشر، ذلك أن العقد الذي أبرمه

[1] بلحاج العربي . المرجع السابق ص 213.

[2] رمضان أبو السعود – المرجع السابق – ص 257.

المدين يكون له تأثير على ذمته، بما يحدثه فيها من انتقاص للحقوق أو الزيادة في الالتزامات، وأثر العقد بالنسبة للدائن لا يكون باعتباره تصرفا قانونيا بل باعتباره واقعة مادية ، خلافا لأثر العقد بالنسبة للخلف إذ يكون تصرفا قانونيا .

وعليه فالمسألة بالنسبة إلى الدائن العادي هي مسألة احتجاج بالعقد وليست مسألة خلافة ، وعليه يجب عدم الخلط بين الأثر الملزم للعقد وبين الاحتجاج بالعقد ، ذلك أن الأثر الملزم للعقد يقصد به اكتساب الحق أو التحمل بالالتزام الناشئ عن العقد[1] ، أما الاحتجاج بالعقد فيقصد به أن العقد بالنسبة للدائن هو مجرد واقعة ليس له أن يتجاهلها فيكون للكافة الاحتجاج بها ، كما تكون حجة عليهم .

فالدائن باعتباره من الغير لا يمكنه تجاهل العقد ، إذ يكون حجة عليه ، ويتعين عليه احترام الحقوق التي رتبها و الامتناع عن كل فعل أو تصرف من شأنه المساس بهذه الحقوق ، كما يكون حجة له يمكنه الاحتجاج به في مواجهة المتعاقدين نفسهما كما يكون مصدر معلومات بالنسبة له [2]، ومصدر مسؤولية إذ يمكنه الاحتجاج بعقد لم يكن طرفا فيه للمطالبة مثلا بمسؤولية أحد المتعاقدين ، كمسؤولية متولي الرقابة عن أعمال الخاضع لهذه الرقابة .

الفرع الثاني: وسائل حماية حقوق الدائنين العاديين

لقد خول القانون الدائن حماية قانونية من تصرفات المدين التي تضربه ، و التي ينتج عنها إضرار بالضمان العام ، ومن وسائل هذه الحماية الدعوى غير المباشرة ودعوى عدم نفاذ التصرفات وكذا دعوى الصّورية ، وهي الدعاوى التي سنتناولها بشيء من الشرح فيما يلي :

أولا : الدعوى غير المباشرة (دعوى استعمال حقوق الدائن)

وهي الدعوى التي يهدف من وراءها الدائن إلى المحافظة على ضمانه العام ، إذ بموجبها يحافظ الدائن على أموال مدينه نيابة عنه ، باعتبار أن أموال مدينة جميعها تدخل في ضمانه العام ، فالحقوق التي يستعملها الدائن هي من أموال المدين ، و يعتبر الدائن في هذه الدعوى

[1] بلحاج العربي – المرجع السابق – ص 213 .

[2] علي فيلالي – المرجع السابق – ص 333

نائبا عن مدينه[1] نيابة قانونية حتّمها القانون على المدين ، ومقررة لمصلحة النائب خلافا للنيابة المألوفة و المقررة لمصلحة الأصيل.

1- شروط الدعوى غير المباشرة

أ- أن يكون الحق مستحق الأداء[2] .

ب- أن تكون للدائن مصلحة عاجلة : يجب أن تكون للدائن مصلحة عاجلة في استعمال حقوق مدينه ،هذه المصلحة التي لا يمكن تصورها إلا إذا توافرت الظروف الآتية :

*ألاّ يكون للمدين أموال كافية لسداد حق الدائن، الأمر الذي يترتب عنه ضياع حق هذا الأخير الذي أراد استعماله. لذلك كان من حق الدائن أن يستعمله حتى لا يفوت المدين، فيكون إعسار هذا الأخير في إلحاق الضرر بالدائن، فلو أن المدين كان له مال آخر بحيث يستوفي منه الدائن حقه، لما جاز لهذا الأخير استعمال حق للمدين لا مصلحة له في استعماله، مادام يستطيع استيفاء حقه بطريق آخر.

* أن يكون الحق الذي يستعمله الدائن غير مثقل، الأمر الذي يجعل استعماله من غير فائدة، فإذا أراد الدائن استرداد عين مملوكة للمدين، كانت مرهونة ضمانا لدين يستغرق قيمتها ، فلا مصلحة للدائن في استردادها ما دام للدائن المرتهن حق التقدم عليه.

* تعمد المدين أو إهماله في عدم استعمال حقه بنفسه، فإذا باشر هذا الأخير استعمال حقه، حتى بعد مباشرة الدائن لذلك نيابة عنه، فإنه يستطيع مواصلة ذلك، مع امتناع الدائن عن المضي في الإجراءات.

ج - أن يكون الحق ماليا غير متصل بشخص المدين وقابل للحجز عليه .

2- أحكـام الدعوى غير المباشرة

تترتب عن الدعوى غير المباشرة آثار تنصرف إلى كل من المدين الذي يستعمل الحق باسمه الخصم الذي يستعمل الحق ضده . الدائن الذي يستعمل الحق باسم مدينه .

[1] عبد الرزاق السنهوري. مرجع سابق. ص 234 .

[2] يرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري وخلافا للرأي السائد أنه يكفي أن يكون حق الدائن خاليا من النزاع حتى يصح القول على وجه التأكيد بأنه دائن.إذ أن العلاقة في الدعوى غير المباشرة بين الدائن والمدين الذي يستعمل الدائن حقه لا تزيد على إجراء تحفظي ، إذ أن الدائن وهو يباشرها إ نما يحافظ على أموال مدينه التي توشك أن تضيع ولا يزيد فيها شيئا . نفس المرجع. ص 235. 236.

أ- الأثر بالنسبة للمدين

يبقى المدين محتفظا بحقه الذي باشر استعماله الدائن ولا تغل عنه يده، باعتبار الدائن ليس إلا نائبا عنه ، ويترتب عن ذلك أن المدين يبقى حرا في التصرف في حقه حتى بعد رفع الدعوى غير المباشرة ، لأنه لا يزال هو المالك ، ولم تغل الدعوى غير المباشرة يده عن التصرف في ملكه وكل ما يستطيع الدائن فعله هو الطعن بدعوى عدم نفاذ التصرفات إذا توافرت شروطها .

ب- الأثر بالنسبة للخصم

يكون من حق الخصم التمسك بكافة الدفوع التي كان من الممكن التمسك بها في مواجهة المدين ، لو أنه هو الذي رفع الدعوى[1] ، إذ يكون له أن يتمسك بجميع أسباب انقضاء الدين كالوفاء و الإبراء و المقاصة و التقادم ، غير أنه لا يمكن للخصم أن يدفع دعوى الدائن بدفوع خاصة بشخص هذا الأخير كوجود مقاصة بينهما ، ذلك لكون الدائن ليس إلا نائبا عن المدين ، فلا يتمسك الخصم في مواجهته إلا بما يتمسك به تجاه المدين .

ج- الأثر بالنسبة للدائن

يترتب عن استعمال الدائن لحق مدينه وباسم هذا الأخير ، أن الحكم الصادر يكون لصالح المدين ، و الذي يستفيد منه مباشرة، وتجدر الإشارة إلى أن الدعوى غير المباشرة لا تقتصر فائدتها على الدائن الذي رفعها وحده ، بل على كل الدائنين ولو لم يدخلوا في الدعوى ، كون الحق المحكوم به للمدين ضمان عام لكل الدائنين .

ثانيا : دعوى عدم نفاذ التصرفات

وهي دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق الدائن ، و الأساس الذي تقوم عليه هذه الدعوى هو أن القانون كفل حماية الدائن من سوء نية مدينه المعسر ، وعليه فهذه الدعوى تشترك مع الدعوى غير المباشرة في تنظيم إعسار المدين ، إلا أن الفرق بينهما يكمن في أن الدعوى غير المباشرة تعالج موقفا سلبيا من المدين وهو تعمده أو إهماله عدم استعمال حقوقه، أما الدعوى البولصية فتعالج موقفا إيجابيا من المدين ، وهو إقدامه على تصرف في حقوقه عمدا وبقصد

[1] عبد الرزاق السنهوري – المرجع السابق – ص 241 .

الإضرار بدائنه ، كما أن الدعوى غير المباشرة ترفع باسم المدين و ينصرف أثرها إلى الدائن ، أما الدعوى البولصية فترفع باسم الدائن و ينصرف أثرها إليه .

1- شروط الدعوى :

أ- أن يكون الحق مستحق الأداء:

بخلاف الدعوى غير المباشرة لا يكفي أن يكون الحق غير متنازع فيه ، بل يجب أن يكون مستحق الأداء ، لأن الدائن في هذه الحالة لا يباشر عملا تحفظيا و إنما يهدف إلى الاستئثار بحق المدين و التنفيذ عليه فورا دون مشاركة غيره من الدائنين له في هذا الحق .

كما يشترط في هذا الحق أن يكون سابقا في وجوده عن تصرف المدين المطعون فيه ، فالحق إذا كان تاليا للتصرف فإنه لا مصلحة للدائن في الطعن فيه

ب- وجود مصلحة عاجلة للدائن .

ج- أن يكون التصرف الصادر من المدين عملا قانونيا ، سواء كان صادرا من جانب واحد أو صادرا من جانبين .

د- أن يكون هذا التصرف مفقرا :

وهو تعمد المدين الإنقاص من حقوقه بغرض إضعاف الضمان كأن يقوم بإبرام مدين من حق له في ذمته، أو الزيادة في التزاماته، كأن يقوم المدين بالاقتراض كي يزيد في ديونه مما يترتب عنه إعساره.

2- أحكام دعوى عدم نفاذ التصرفات

إذا نجح الدائن في هذه الدعوى، أصبح تصرف المدين غير نافذ في مواجهته و يترتب عن ذلك:

أ- عدم خروج الحق الذي تصرف فيه المدين من ضمان الدائن ، ويكون ذلك بالنسبة للدائن وحده دون سائر الدائنين الذين لم يشتركوا في الدعوى .

ب- لا تبطل هذه الدعوى تصرف المدين و إنما لا يكون نافذا في مواجهة الدائن الذي طعن فيه بالدعوى البولصية .

ثالثا: دعوى الصورية

يقصد بالصورية إخفاء المتعاقدين، حقيقة ما تعاقدا عليه لسبب ما، ممّا يجعلنا أمام عقدين، عقد ظاهر وهو العقد الصوري وعقد مستتر وهو العقد الحقيقي ،وتتحقق الصورية بتوافر الشروط التالية:

1- شروط الدعوى الصورية

- وجود عقدين يتحد فيهما الطرفان و الموضوع.
- اختلاف العقدين من حيث الماهية و الشروط.
- صدور العقدين في وقت واحد أي أن يكونا متعاصرين.
- أن يكون أحدهما ظاهرا و الآخر مستترا .

2- أحكام الصورية

أ- حكم الصورية بالنسبة للمتعاقدين و الخلف العام

بالنسبة للمتعاقدين و الخلف العام لا وجود للعقد الصوري ،فالعقد الذي يسري في حقهم هو العقد الحقيقي (المادة 199 من القانون المدني) ، إذ أن المتعاقدين بإخفائهم العقد الحقيقي بعقد صوري يكونان قد أرادا الالتزام بالعقد الحقيقي وطبقا لمبدأ سلطان الإدارة فإنهما يلتزمان بما أراداه وليس بما لم يريداه ، كما أن الورثة يسرى في حقهم العقد المستتر (الحقيقي) تماما كالمتعاقدين ، فوارث البائع صوريا يرث الشيء المبيع لأنه لم يخرج من ملك مورثه، أمّا وارث المشتري صوريا فلا يرث ما اشتراه مورثه صوريا لأنه لم يدخل في ملكه في حقيقة الأمر.

ب- حكم الصورية بالنسبة للغير

بالنسبة للغير كالدائنين الشخصيين للمتعاقدين ، فإن العقد الصوري هو الذي يسري في حقهم إذا اعتمدوا عليه واطمأنوا إليه بأنه عقد حقيقي ، وكان ذلك بحسن نية ، أما إذا كانوا عالمين بصورية العقد فإن العقد الحقيقي هو الذي يسري في حقهم شأنهم في ذلك شأن المتعاقدين .

غير أنه قد يكون من مصلحة الدائن التمسك بالعقد الحقيقي إذا كان ذلك في مصلحته دون العقد الظاهر ،ذلك أن الغير يكون له الحق في الخيار بين العقدين حسب مصلحته ، فدائن البائع مثلا إذا كان البيع صوريا من مصلحته أن يتمسك بالعقد الحقيقي كون العين المبيعة صوريا لم تخرج من ملك البائع ، وذلك حتى يتمكن من التنفيذ عليها، أما دائن المشتري فمن مصلحته التمسك بالعقد (الصوري) كون العين المبيعة دخلت في ملك المشتري بمقتضى هذا

العقد ، حتى يتمكن من التنفيذ عليها ، ولما كان " الغير " له التمسك بالعقد المستتر أو بالعقد الظاهر طبقا لمصلحته ، فإنه يترتب عن ذلك تنازع فيما بين الغير لتعارض المصلحة ، ولا يمكن الأخذ بالعقدين معا، إذ لابد من تغليب إحدى المصلحتين ، فإما الحرص على احترام الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، فتغلب مصلحة دائن البائع, ويتم الأخذ بالعقد المستتر، وإما الحرص على ثبات المعاملات واستقرارها فتغلب مصلحة دائن المشتري ويتم الأخذ بالعقد الظاهر ، وقد اختلفت الآراء في ذلك ، فالبعض يأخذ بالعقد المستتر و الغالبية تأخذ بالعقد الظاهر .

المبحث الثاني : أثر العقد بالنسبة للغير

الأصل أن آثار العقد لا تتصرف إلى غير المتعاقدين أو من يمثلها، فالعقود لا تضر ولا تنفع غير المتعاقدين ، وهذا طبقا لمبدأ نسبية أثر العقد ، حيث نصت المادة 113 من القانون المدني الجزائري على أنه " لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقا " و الغير هو كل شخص أجنبي عن العقد طالما لم يكن طرفا فيه ، وعليه فالنائب يعتبر من الغير لأنه لم يتعاقد باسمه و إنما باسم الأصيل و لحسابه ، كما يعتبر من الغير الوارث بالنسبة للتصرفات التي قام المورث في مرض الموت ، وكذا الخلف الخاص الذي لا يكون عالما بالالتزامات المتصلة بالشيء الذي انتقل إليه وقتذاك ، فالغير إذا هو الأجنبي تماما عن العقد و المتعاقدين ، وهذا ما يحول دون انصراف آثار العقد إليه[1] .

غير أن هذه القاعدة ليست على إطلاقها إذ ينصرف أثر العقد إلى شخص لم يكن طرفا فيه، إذ يستطيع المتعاقدان بإرادتيهما أن يتعهد أحدهما للآخر عن الغير ، ولا ينشئ هذا التعهد التزاما في ذمة الغير ، وقد يشترط أحدهما على الآخر حقا لمصلحة الغير فينشئ الاشتراط هذا الحق[2]، وعليه فإنه ليس في التعهد عن الغير خروج عن قاعدة عدم انصراف العقد إلى الغير ، بخلاف الاشتراط لمصلحة الغير الذي فيه خروج عن هذه القاعدة [3] ، وهما الأمران اللذان سنتطرق إليهما في مطلبين منفصلين ، نخصص أحدهما للتعهد عن الغير ، والآخر للاشتراط لمصلحة الغير.

المطلب الأول: التعهد عن الغير

تنص المادة 114 من القانون المدني الجزائري على أنه " إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده ، فإن رفض الغير أن يلتزم ، وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به.

[1] علي فيلالي .المرجع السابق. ص 331

[2] عبد الرزاق السنهوري. المرجع السابق . ص 270 .

[3] رمضان أبو السعود. المرجع السابق .ص 258 .

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

الفرع الأول : مفهوم التعهد عن الغير

أولا : المقصود بالتعهد عن الغير

يعرّف التعهد عن الغير بأنه عقد يلتزم فيه أحد عاقديه تجاه المتعاقد الآخر بأن يجعل الغير يلتزم بأمر معين تجاهه ، أي تعهد أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر بحمل الغير على قبول التزام بأمر معين[1] ، ومثال ذلك أن يتعهد (أ) لـ (ب) بأن يجعل (ج) يشتري منه منزله ، وعليه فنظام التعهد عن الغير لا بد فيه من وجود ثلاثة أشخاص وهم : المتعهّد ، المتعهّد له ، المتعهّد عنه .

ثانيا : الشروط الواجب توافرها لقيام التعهد عن الغير

1- أن يتعاقد المتعهّد باسمه هو لا باسم الغير الذي تعهد عنه ، وهذا ما يميز المتعهّد عن النّائب ، ذلك أن النّائب يتعاقد باسم الأصيل ولحسابه ، وينصرف أثر العقد إلى هذا الأصيل، لا إلى النائب، أما المتعهد فيبرم العقد باسمه هو وتنصرف آثار العقد إليه هو وليس إلى الغير[2].

2- إرادة المتعهد إلزام نفسه بهذا التعهد ، لا إلزام الغير الذي تعهد عنه ، ذلك أنه إذا تعاقد باسمه و أراد إلزام الغير بهذا العقد فإن العقد في هذه الحالة يكون باطلا لاستحالة المحل ، اذ لا يمكن أن يلزم شخص شخصا آخر بعقد لم يكن طرفا فيه ، كما أن التزام الغير لا يعود إلى العقد الذي أبرمه المتعهد ، وإنما مصدره عقد آخر يقر فيه الغير التعهد عنه .

3- التزام المتعهد بجعل الغير يقبل التعهد، إذ يكون محل التزامه في هذه الحالة هو القيام بعمل و المتمثل في الحصول على قبول الغير للتعهد ، والتزامه في هذه الحالة التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية ، فالمتعهد يلتزم بحمل الغير على إقرار التعهد ، ولا يكفيه مجرد السعي في ذلك ، حتى ولو أثبت أنه بذل كل ما في وسعه لحمل الغير على إقرار التعهد [3] .

[1] محمد صبري السعدي. المرجع السابق. ص 359 .

[2] عبد الرزاق السنهوري. المرجع السابق. ص 272.

[3] عبد الرزاق السنهوري. المرجع السابق. ص 272.

الفرع الثاني: آثار التعهد عن الغير

يملك الغير الذي تعهد المتعاقد عنه،كامل الحرية في إقرار التعهد أو عدم إقراره، ذلك لكونه أجنبيا عن العقد الذي أبرمه المتعهد ولا يتأثر به، ويكون تاريخ التزامه في حالة قبوله للتعهد من يوم القبول وليس من انعقاد التعهد، وعليه فإن وضع التعهد لا يخرج عن إحدى الحالتين إما إقراره من طرف المتعهد عنه ، أو رفضه له .

أولا: حالة إقرار التعهد من طرف المتعهد عنه

إذا أقر الغير التعهد أعتبر ذلك قبولا لإيجاب [1] صدر من المتعاقد ، و لا حاجة لقبول جديد من هذا الأخير ،ذلك لكون التعهد بالنسبة للغير إيجابا معروضا عليه من جانب المتعاقد مع المتعهد ، و يكون المتعهد في هذه الحالة قد وفى بالتزامه ، و تبرأ ذمته حتى و إن لم يف المتعهد عنه فيما بعد بما تم التعهد به ، ويكون المتعهد عنه ملتزما تجاه المتعهد له ، وذلك من تاريخ موافقته على الأمر الذي تعهد به المتعهد للمتعهد له[2]، ولا يكون ذلك من تاريخ عقد التعهد ، إلا إذا تبين أن المتعهد عنه قصد تحمل الالتزام من تاريخ التعهد ، غير أنه وفي هذه الحالة الأخيرة ،أي إذا قبل المتعهد عنه التعهد من تاريخ إبرام عقد التعهد فانه يتعين القول بعدم سريان الأثر الرجعي لهذا القبول على الغير اللذين كسبوا بحسن النية حقا يتعارض مع قبوله التعهد من تاريخ إبرام عقد التعهد ، و مثال ذلك أن يتعهد (أ) لـ(ج) بأن (ب) سيبيع له منقولا ، و قبل أن يقر(ب) التعهد قام ببيع المنقول إلى شخص آخر هو(د) ،ثم بعد ذلك اقر التعهد، وعليه فإن(ب) يكون قد باع هذا الشيء الى كل من (ج) و(د) ، ومنه فإذا كان إقرار التعهد من تاريخ إبرام عقد التعهد– أي بأثر رجعي – فإن ذلكسيضر بالمشتري (د) باعتبار البيع الصادر له جاء متأخرا بالنسبة للبيع الصادر لـ (ج)،لذلك لا يكون للإقرار أثر رجعي بالنسبة إلى (د) ، إذ يعتبر عقده سابقا على عقد (ج) فيقدم عليه .

[1] نعبد الرزاق السنهوري فس المرجع. ص 273.

[2] محمد صبري السعدي.المرجع السابق. ص 360 .

ثانيا: حالة عدم إقرار التعهد من طرف المتعهد عنه

سبق القول بأن الغير غير ملزم بإقرار تعهد المتعاقد عنه فهو حر في إقراره أو عدم إقراره، ولا مسؤولية عليه في حالة عدم الإقرار ،لأن التعهد عنه لم يولد في جانبه التزاما، بخلاف المتعهد الذي تترتب مسؤوليته العقدية ، في حالة عدم إقرار التعهد من الغير المتعهد عنه، إذا يبقى مسؤولا عن العقد الذي أبرمه مع المتعهد له ، ويتعين عليه في هذه الحالة تعويض من تعاقد معه [1]، وقد أجاز المشرع للمتعهد أن يتخلص من هذا التعويض بأن يتولى تنفيذ الالتزام الذي تعهد به للمتعهد له، حيث نصت المادة **114** من القانون المدني في فقرتها الأولى : " إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده ، فإن رفض الغير أن يلتزم ، وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه ، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ ما التزم به."

وتجدر الإشارة إلى أن المتعهد لا يمكنه التخلص من التعويض، والقيام بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به ، إلا في الحالات التي لا تكون فيها شخصية المتعهد عنه محل اعتبار[2].

المطلب الثاني : الاشتراط لمصلحة الغير

إذا كان الأصل عدم تأثر الغير بعقد لم يكن طرفا فيه ، فإنه لا يكون له أن ينتفع من هذا العقد أيضا ، إلا أنه مع ظهور نظام التأمين ظهرت استثناءات على عدم انتفاع الغير من عقد لم يكن طرفا فيه ، وأهمها نظام الاشتراط لمصلحة الغير ، و الذي تناوله المشرع الجزائري في المواد 116 ، 117 ، 118 من القانون المدني ، وهو ما سنتناول توضيحه في هذا المطلب من خلال تحديد مفهومه و الآثار المرتبة عنه.

[1] بلحاج العربي. المرجع السابق . ص218

[2] محمد صبري السعدي . المرجع السابق. ص 361 .

الفرع الأول : مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير

أولا : المقصود بالاشتراط لمصلحة الغير :

يعرف الاشتراط لمصلحة الغير، بأنه عقد يتم بين شخصين يهدف إلى إنشاء حقوق لفائدة شخص ثالث أجنبي عن العقد[1].

حيث يشترط أحدهما يدعى المشترط على الآخر الذي يدعى متعهدا أن يقوم بأداء لفائدة شخص آخر يدعى المستفيد، وصورته أن يتعهد أحد المتعاقدين للآخر بالتزام تجاه شخص ثالث أجنبي عن العقد ،ينشأ له بمقتضى هذا العقد حق مباشر، ويعتبر الاشتراط لمصلحة الغير الاستثناء الحقيقي على قاعدة نسبية اثر العقد بالنسبة للأشخاص ،فيتعدى أثر العقد المتعاقدين ، إذ ينصرف إلى شخص أجنبي عنه ،فيرتب له في ذمته حقا ، أما عن أطرافه ،فطرفا العقد هما المشترط والمتعهد ، أما من اشترط لمصلحته وهو المستفيد فليس طرفا في هذا العقد ، بل هو أجنبي عنه ،ورغم ذلك فان المتعهد يكون ملزما تجاهه بناء على العقد الذي أبرمه مع المشترط ،ويكون للمستفيد مطالبة المتعهد بتنفيذ ما التزم به تجاه المشترط ،والمستفيد في الاشتراط لمصلحة الغير قد يكون شخصا معينا وقد يكون غير معين ،وخير مثال على ذلك رب العمل الذي يؤمن ضد أخطار العمل في مصلحة عماله فهو يؤمن يؤمن لمصلحة أي عامل يكون في خدمته سواء كان موجودا وقت عقد التأمين أو سيوجد فيما بعد ،فالمنتفع من التأمين في هذه الحالة أشخاص غير معينين.

ومن التطبيقات العملية للاشتراط لمصلحة الغير ،عقود التأمين ،ففي عقد التأمين على الحياة يشترط المؤمن له الذي يؤمن على حياته ، لمصلحة زوجته وأولاده فيكسبون جرّاء هذا العقد بعد وفاته حقا مباشرا من العقد الذي ابرمه مع شركة التأمين ،رغم أنهم أجانب عن هذا العقد ،ومن ذلك عقد النقل الذي يتم بين المرسل وشركة النقل ، الذي ينشأ عنه للمرسل إليه حق مباشر يخوله حق مطالبه هذه الشركة بتنفيذ العقد ،كتسليم البضاعة في حالة جيدة مثلا[2]،وهذا تطبيقا لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير.

[1] علي فيلالي. المرجع السابق. ص 337

[2] عبد الرزاق السنهوري .المرجع السابق. ص 278

كما تجدر الإشارة إلى أنّه لا يلزم في نظام الاشتراط لمصلحة الغير تعيين المستفيد بالذات وقت إبرام العقد ، إذ يجوز أن يكون شخصا مستقبلا غير موجود وقتذاك ،مثال ذالك العقد الذي يبرمه الأب لصالح أولاده، الذين سيولدون في المستقبل [1].

ثانيا : شروط الاشتراط لمصلحة الغير

باعتبار الاشتراط لمصلحة الغير عقدا،فانه يشترط فيه ما يشترط في سائر العقود من أركان وشروط من تراض ومحل وسبب وسلامة الإرادة من العيوب ،إضافة إلى شروط خاصة نتولى توضيحها فيما يلي :

1- أن يتعاقد المشترط باسمه لا باسم المستفيد دون إدخال هذا الأخير طرفا في العقد: ومفاد هذا الشرط هو تعاقد المشترط باسمه الخاص لا باسم المستفيد، فالمشترط هو المتعاقد، ويظل المستفيد من الغير ،و السبب في ذلك أنه لو تعاقد المشترط باسم المستفيد لكنا أمام نيابة في التعاقد ويختلف الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة في التعاقد ، ذلك لأن المشترط لا ينوب عن المستفيد ،وإنما يتعاقد باسمه ولمصلحة هذا الأخير ، لأنه ليس طرفا في العقد ، أما في النيابة في التعاقد فالأصيل لا حاجة لرضائه لأنّ رضا النائب يكون كافيا .

2- إنشاء حق مباشر للمستفيد :

ومضمون هذا الشرط أن ينشىء العقد المبرم بين المتعهد و المشترط حقا مباشرا لصالح المستفيد ، و لا يكفي إنشاء [2] حق لمصلحة المستفيد بل يجب أن يكون هذا الحق قد نشأ مباشرة من العقد المبرم بين المتعهد والمشترط ، فإذا كان هذا الحق قد مر في ذمة المشترط أولا ، ثم حوّله هذا الأخير إلى المستفيد ،فإن هذا لا يعتبر اشتراطا لمصلحة الغير ، وعلى ذلك فإنه في الاشتراط لمصلحة الغير يكون للمستفيد أن يطالب المتعهد مباشرة بالحق الناشئ عن العقد و باسمه الشخصي بمقتضى دعوى مباشرة ، بخلاف ذلك من يؤمّن على مسؤوليته عمّا يصيب الغير من أضرار ، إذ لا يكون مشترطا لمصلحة المضرور بل مشترطا لمصلحته، و إن كان التعويض الذي يأخذه من شركة التأمين يستفيد منه المضرور.

[1] محمد صبري السعدي .المرجع السابق .ص 369 .

[2] أحمد عبد الرزاق السنهوري .المرجع السابق . ص 278 .

ومن ثم فلا ينشأ للمضرور حق مباشر من عقد التأمين الذي أبرمه المسؤول، إذ لا يكون له الرجوع على شركة التامين إلا بواسطة دعوى غير مباشرة .

3- أن تكون للمشترط مصلحة شخصية

يشترط كذلك في الاشتراط لمصلحة الغير ، أن تكون للمشترط مصلحة في إنشاء حق للمنتفع من العقد الذي أبرمه ، سواء كانت هذه المصلحة مادية أو أدبية ، وقد انتقد هذا الشرط ، إذ لا يتصور أن يقوم شخص بترتيب حق لشخص آخر دون أن تكون له في ذلك مصلحة ولو أدبية[1]، إذ لو لم تكن له هذه المصلحة لكنا أمام فضولي ، وهذا ما يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن الفضالة، بحيث تخوله هذه المصلحة حق الرقابة على المتعهد في تنفيذ التزامه نحو المستفيد ، حيث نصت المادة 116 فقرة أولى من القانون المدني الجزائري " يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير ، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية " ، فإن انتفت هذه المصلحة بطل الاشتراط دون العقد الذي تضمنه[2] ، وقد توسع الفقه و القضاء في وقتنا الحالي في فكرة المصلحة الأدبية ، حتى أصبح من النادر تصور بطلان الاشتراط لمصلحة الغير لتخلف هذا الشرط ، و أصبح مجرد الاشتراط لمصلحة الغير يفترض وجود هذا الشرط .

[1] علي علي سليمان .المرجع السابق. ص 92

[2] أنور سلطان .المرجع السابق. ص 220 .

الفرع الثاني : آثار الاشتراط لمصلحة الغير

يعتبر الاشتراط لمصلحة الغير ثنائيا في تكوينه ، فهو عقد يتم بين المشترط و المتعهد، ولكنه ثلاثي في آثاره [1] إذ يترتب عنه قيام ثلاثة أنواع من العلاقات القانونية ، تتمثل في العلاقة بين المشترط و المتعهد و العلاقة بين المشترط و المستفيد ، و أخيرا العلاقة بين المتعهد و المستفيد ، والتي سنتناول شرحها فيما يلي :

أولا : علاقة المشترط بالمتعهّد

يحكم هذه العلاقة العقد الذي تم بين المشترط و المتعهد، إذ يكون كل منهما ملزما بما أوجبه عليه العقد ، ففي عقد التأمين مثلا يلتزم المشترط بدفع الأقساط إلى المتعهد ، إذ أن امتناع أحدهما عن الوفاء بالتزاماته ، يترتب عنه حق الآخر في مطالبته بتنفيذ ما التزم به ، ويكون له في حالة عدم التنفيذ ، الدفع بعدم التنفيذ للالتزامات المقابلة أو يطلب فسخ العقد و استرداد ما أوفى به.

ويترتب عن هذا الفسخ إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، الأمر الذي يترتب عنه زوال حق المستفيد [2]، ويكون للمشترط الحق في مراقبة تنفيذ المتعهد لالتزامه ، فإذا أبرم المشترط مع المتعهد عقد بيع ، واشترط المشترط باعتباره بائعا على المتعهد باعتباره مشتريا بأن يدفع ثمن المبيع إلى دائنه (دائن المشترط) ، ولم ينفذ المتعهد هذا الالتزام ، كان للمشترط أن يرفع دعوى باسمه لا باسم الدائن ، يطالب فيها المتعهد بدفع الثمن إلى الدائن ، إذ أن للمشترط مصلحة شخصية في سداد الدين ، وقد نصت على ذلك الفقرة الثالثة من المادة 116 من القانون المدني ، " ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك "

فالأصل هو حق المشترط في رفع دعوى باسمه على المتعهد ، لمطالبته بالتنفيذ ، وله الحق في طلب القضاء بتعويض المستفيد ، وتعويضه هو أيضا عن الضرر الذي ترتب عن عدم التنفيذ ، وقد يتبين من العقد أن المستفيد وحده الذي يمكنه المطالبة بالتنفيذ و يعد ذلك استثناء عن الأصل .

---

[1] نبيل إبراهيم سعد. النظرية العامة للالتزام. مصادر الالتزام. دار الجامعة الجديدة 2004. ص 345 .

[2] محمد صبري السعدي . المرجع السابق . ص 370 .

ثانيا : علاقة المشترط بالمستفيد

تتحدد هذه العلاقة بالدافع إلى الاشتراط[1] ، فقد يكون هذا الاشتراط تبرعا للمستفيد أو معارضة ، وعليه يتعين التفرقة بين ما إذا كان الدافع إلى الاشتراط هو التبرع إلى المستفيد أو إرادة قضاء دين على المشترط ، فإذا كان المقصود هو التبرع اعتبر ذلك هبة مستترة ، وطبقت على العلاقة بين المشترط و المستفيد القواعد الموضوعية للتبرع [2] ، كوجوب أهلية التبرع في المشترط ، وجواز الطعن في الاشتراط بدعوى عدم نفاذ التصرفات من جانب دائني المشترط ، ولو كان المستفيد حسن النية ، ولا حاجة لتوافر الشكل الواجب في الهبة ، ذلك كون هذه الهبة هبة غير مباشرة لا تشترط فيها الرسمية ، أما إذا كان هذا الاشتراط معاوضة ، كأن يكون قصد المشترط هو الوفاء للمستفيد بدين عليه ، فتطبق في هذه الحالة القواعد الخاصة بالوفاء ، إذ لا تبرأ ذمة المشترط إلا إذا استوفى المستفيد دينه كاملا من المتعهد .

و أهم ما يعرض في علاقة المشترط بالمنتفع هو جواز نقض الاشتراط من الأول، وقبول الاشتراط من الثاني.

1- **حق المشترط في نقض الاشتراط** (المادة 117 من القانون المدني)

إن الحق الذي يستمده المستفيد من الاشتراط المبرم بين المشترط و المتعهد ، قابل للنقض من طرف المشترط ، طالما لم يعلن المستفيد عن رغبته في الاستفادة من هذه المشارطة.

وحق نقض الاشتراط حق شخصي للمشترط، لا يمكن لدائنيه أو ورثته مباشرته ، والسبب في ذلك أن الدائن لو خول هذا الحق،فلن يتراجع عن استعماله خاصة إذا كان مدينه (المشترط) معسرا، وكذا الوارث فلن يتردد في مباشرته ودافعه في ذلك مصلحته الشخصية[3].

وعليه فحماية لحق المستفيد خول المشرع المشترط وحده الحق في نقض المشارطة غير أنه تجب الإشارة إلى أن طبيعة العقد قد تقتضي انعدام حق المشترط في نقض الاشتراط ، وهذا ما نصت عليه المادة 117 من القانون المدني "... ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد " ، ومثال ذلك أن يبيع شخص عقارا مرهونا ، ويشترط على المشتري دفع الثمن إلى الدائن المرتهن سدادا للدين المضمون ، ففي هذه الحالة لا يستطيع البائع الراهن نقض الاشتراط الذي كان

[1] أنور سلطان . المرجع السابق . ص 221 .

[2] بلحاج العربي. المرجع السابق. ص 228 .

[3] أنور سلطان . المرجع السابق. ص 222 .

لمصلحة الدائن المرتهن ، إذ أن طبيعة العقد تقتضي ذلك ، ومن مصلحة المشتري أيضا تطهير العقار من الرهن [1] .

2- قبول المستفيد للاشتراط

باعتبار نقض الاشتراط حقا شخصيا للمشترط، فإنه ينقضي بوفاة المشترط، إذ أنه لا ينتقل إلى ورثته ، زيادة على ذلك فإنه ينقضي بقبول المستفيد للاشتراط لأن هذا الحق يكون قد ثبت له وقت انعقاد عقد الاشتراط ، وبصدور الإقرار يصبح الحق غير قابل للنقض ، وعليه يصبح المتعهد أو ورثته مدينين ، وفي حالة استحالة تنفيذ الالتزام بحق للمستفيد مطالبتهم بالتعويض ، وتجدر الإشارة إلى أن المستفيد لا يجوز له طلب فسخ العقد و إنما يكون ذلك للمشترط و السبب في ذلك أن المستفيد لم يكن طرفا في العقد .

ثالثا : علاقة المتعهّد بالمستفيد

سبق القول بأن المستفيد يكسب من عقد الاشتراط حقا مباشرا ، يستطيع أن يطالب بمقتضاه المتعهد ، وبذلك فعقد الاشتراط هو مصدر هذا الحق ، ويعتبر ذلك خروجا عن القاعدة التي تقتضي بأن العقد لا ينشىء حقا للغير ، إذ أن المستفيد يعتبر غيرا في عقد الاشتراط ، ويترتب عن ذلك ما يلي :

1- إن هذا الحق المباشر يخول المنتفع حق مطالبة المتعهد بالتنفيذ، ما لم يتفق على خلاف ذلك، ويكون الرجوع دائما إلى عقد الاشتراط لتحديد حق المنتفع وكيفية استعماله .

2- إن المنتفع باعتباره غير مخاطب بإيجاب ،و إنما مستفيدا من عقد ،فان حقه لا يكون عليه أي تأثير إذا توفي المتعهد أو المشترط أو كليهما أو فقد أهليته .

3- لا شأن لدائني المشترط بهذا الحق المباشر[2]، بل ينفرد بيه المنتفع وحده ، فلا يستطيع دائنو المشترط التنفيذ على هذا الحق لأنه نشأ مباشرة للمنتفع، و هذا ما يستفاد من نص المادة 1/117 من القانون المدني .

[1] محمد صبري السعدي. المرجع السابق. ص 376 .

[2] عبد الرزاق السنهوري . المرجع السابق. ص 288 .

4- باعتبار المستفيد لا يتلقى حقه من المشترط، بل يكسبه من العقد مباشرة، إذ يصبح دائنا للمتعهد لا المشترط، فانه يترتب على ذلك أن دائني المتعهد و قد أصبح المستفيد واحدا منهم، يشتركون مع المستفيد في استيفاء حقوقهم و يقسمونها قسمة غرماء من أموال المتعهد.

الفصل الثاني:

نسبية الأثر للعقد من حيث الموضوع

الفصـل الثانــي :

نسبيّة الأثر للعقد من حيث الموضوع

إذا نشأ العقد صحيحا، رتب في ذمة المتعاقدين التزامات ، يجب عليهما أن يفيا بها ، باعتباره عهدا يقطعه المرء على نفسه [1] ، و لأنه كما وصفه المشرع " شريعة المتعاقدين" أي قانونهما الذي يلتزمان بتطبيقه ، إذ يلزم المتعاقدان بتنفيذ التزاماتهما العقدية في حدود ما يقضي به القانون ، حتى ولو كان العقد يخالف نصوصا تشريعية ، طالما كانت تلك النصوص لا تتعلق بالنظام العام و الآداب ، ولتحديد قوة العقد من حيث الموضوع ، لا بد من بحث مسألة مضمون العقد وقوته الإلزامية، وهما الموضوعان اللذان سنخصص لكل منهما مبحثا خاصا .

[1] علي فيلالي. المرجع السابق. ص 286 .

المبحث الأول: تحديد مضمون العقد

يقصد بتحديد مضمون العقد معرفة الالتزامات التي يرتبها هذا العقد ،وباعتبار العقد ناشئا عن إرادة طرفين أو أكثر، فلتحديد مضمونه لا بد معرفة ما تتجه إليه إرادة المتعاقدين، أي تفسير العقد، وذلك بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، إضافة إلى تفسير العقد الذي يتولاه القاضي، لا بد من تحديد نطاقه، إذ أنه لا يكتفي بما ورد في العقد لمعرفة التزام كل متعاقد، وإنما يجب النظر كذلك إلى ما يعد من مستلزماته، وهو ما سنتناوله في مطلبين منفصلين .

المطلب الأول : تفسير العقد

الفرع الأول : تفسير العقد بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين

يعرف الأستاذ توفيق حسن فرج تفسير العقد، مستندا في ذلك إلى الهدف من عملية التفسير، وهو تحديد مضمون القاعدة القانونية بأنه " يهدف – التفسير – إلى تحديد معنى النصوص الواردة في عقد معين ، وذلك إذا لم تكن النصوص واضحة تكشف بجلاء عن قصد المتعاقدين حتى يمكن تحديد مضمون العقد و الوقوف على الالتزامات التي يولدها " [1].

كما يعرفه الأستاذ علي فيلالي " تأويل العقد هو أن يصل القاضي إلى ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين، بغض النظر عما إذا كانت العبرة بالإرادة الظاهرة أو الباطنة [2] . ويعرفه البعض الآخر على أساس الباعث وهو البحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين و الهدف من شروطهم وتعهداتهم. إذ يعرفه الأستاذ صبري السعدي " هو أن يقف القاضي على قصد الإرادة المشتركة للمتعاقدين[3]، ورغم هذا الاختلاف فإنه يمكن تعريف التفسير بأنه " تلك العملية التي يقوم بها القاضي بسبب ما اعترى العقد من غموض ، من أجل الوصول إلى الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين ، مستندا إلى العقد في حد ذاته و العناصر الخارجة عنه و المرتبطة به[4]. وقد تناول المشرع الجزائري تفسير العقد، عند معالجته لآثار العقد في المادتين 111, 112 من القانون المدني , والبحث في تفسير العقد إنما يأتي بعد البحث في انعقاده صحيحا، إذ لا فائدة من

---

1 توفيق حسن فرج. النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، مع مقارنة بين القوانين العربية دار النهضة العربية – الطبعة 03 – ص 617 .

[2] علي فيلالي .الالتزامات. النظرية العامة للعقد . هامش . ص 307 .

[3] محمد صبري السعدي . شرح القانون المدني الجزائري . نظرية العقد. ج1 مصادر الالتزام. التصرف القانوني . العقد و الإدارة المنفردة . دار الهدى . عين مليلة.طبعة 92-93. ص228 .

[4] عبد الحميد فودة . تفسير العقد في القانون المدني المصري مقارن منشأة المعارف. الإسكندرية. الطبعة 1993 . ص 11 .

التفسير إلا إذا كان العقد صحيحا قابلا للتنفيذ، كما أنه لا تطرح مسألة التفسير إلا في العقد الغامض، فإذا كان العقد واضحا فليس للقاضي أن يجتهد لتفسيره .

ولكي يمكن تفسير العقد، فلا بد للقاضي من الرجوع إلى عبارات العقد التي استعملها المتعاقدان للتعبير عن إرادتيهما، لأن العبارات المستعملة ما هي إلا وسيلة لبيان تلك الإرادة ولا يستطيع القاضي التعرف على الإرادة الحقيقية إلا بواسطة تلك العبارات بعد تفسيرها، وهذه العبارات قد تكون واضحة وقد تكون غامضة .

أولا: التفسير في حالـة وضوح عبـارات العقد

تنص المادة 01/111 من القانون المدني " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين "

يتضح من هذا النص أن العبارة الواضحة تلزم الأطراف و القاضي معا، فلا يجوز الانحراف عن المعنى الظاهر للعبارات إلى معنى آخر ، إذ أن ذلك يعتبر تحريفا له يترتب عنه نقض الحكم ، ويرى الدكتور علي فيلالي أن المقصود بالعبارات الواضحة هو وضوح مدلول العقد ككل في جميع بنوده إذ أن العقد وحدة متصلة ببعضها البعض ، ومتكاملة الأحكام ، مما يتطلب أن يكون العقد واضحا في دلالته الكلية ، ولا يقصد بها وضوح العبارة المستعملة في حد ذاتها أو وضوح بنود العقد كل بند على حدى ، لأن العبارة الواضحة في حد ذاتها لا تعبر عن إرادة المتعاقدين ، وقد تتناقض مع عبارات أخرى ،كما انه قد يكون النبذ واضحا في حد ذاته إلا أنه متناقض مع بند آخر [1] .

وتكون العبرة في حالة وضوح العبارة بالإرادة الظاهرة ، فيمنع على القاضي البحث عن الإرادة الباطنة ،إلا هناك من يرى خلاف ذلك – الأستاذ العربي بلحاج – و الذي يرى بأن القول بأنه إذا كانت عبارات العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها بتفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين قول يقوم على افتراض يقبل إثبات العكس ، فإذا ثبت أن العبارة لا تعبر عن المقصود رغم وضوحها ، فإنه يمكن العدول عن المعنى الظاهر إلى المعنى المقصود شريطة أن يبين القاضي أسباب هذا العدول [2].

[1] علي فيلالي . المرجع السابق . ص 308.

[2] بلحاج العربي . المرجع السابق. ص 239.

ثانيا : التفسير في حالة غموض عبارات العقد :

نصت المادة 2/111 من القانون المدني الجزائري " أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل .

وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات " يتبين من خلال هذا النص أنه إذا كانت عبارات العقد غير واضحة يكتنفها الغموض، فإنها تكون بحاجة إلى تفسير من طرف القاضي ، الذي يتولى البحث عن النية المشتركة للطرفين ، فالقاضي في حالة ما إذا تبين له غموض في العقد ، وجب عليه تفسير العبارات الغامضة، حيث ورد في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1997/07/23 تأييد لقرار المجلس الذي قضى بتفسير العقد العرفي الذي احتوى على غموض ، إذ ينص على مبلغين مختلفين بالنسبة لنفس النفقات المتعلقة بحفر بئر وقضى – هذا القرار– بأنه يتبين أن قضاة الموضوع قد استعملوا حقهم في التأويل مادام العقد غامضا فيما يخص مبلغ النفقات الواجب تسديدها. ففي مثل هذه الحالة إذا كانت عبارات العقد مبهمة لا تفيد شيئا في الإطلاع على إرادة المتعاقدين ، أو كانت واضحة في حد ذاتها ولكنها تتناقض مع عبارات أخرى واضحة يترتب عنها غموض بشأن إرادة المتعاقدين ، أو كانت متناقضة مع الأحكام الكلية للعقد ، فإنه في هذه الحالات يجب على القاضي تفسير العقد بحثا عن النية المشتركة للمتعاقدين بكشف إرادتيهما دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ ، مستعينا في ذلك بطبيعة التعامل وكذا الغرض الذي يظهر بأن المتعاقدين قد قصداه ، وبما يستلزم عرف التعامل ، الذي يقتضي الثقة و الأمانة بين المتعاقدين، وعليه فإن القاضي في تفسيره للعبارات الغامضة في العقد ، يأخذ بالنية المشتركة للمتعاقدين ، معتمدا في ذلك معايير موضوعية ، وعليه فهو لا يأخذ بالإرادة الظاهرة المحضة و لا بالإرادة الباطنة المحضة ، وإنما يأخذ بالإرادة التي يتوصل إليها بعد تفسيره العقد[1].

[1] محمد صبري السعدي . المرجع السابق. ص 310.

الفرع الثاني: التفسير في حالة استحالة الوصول إلى النية المشتركة ودور المحكمة العليا

أولا : التفسير في حالة استحالة الوصول إلى النية المشتركة :

قد يلجأ القاضي إلى جميع القواعد التفسير محاولا الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، إلا أنه قد يخفق في ذلك ، فما هو الحل الذي يلجأ إليه القاضي لفض النزاع ورفع اللبس عن العقد تسهيلا لتنفيذه ؟ .

تقضي المادة 112 من القانون المدني" يؤول الشك في مصلحة المدين، غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن" .

وعليه فإن نص المادة يقتضي أن يؤول الشك في مصلحة المدين في حالة عدم توصّل القاضي إلى النية المشتركة للمتعاقدين، غير أنه وفي عقود الإذعان فإن الشك يفسّر دائما لمصلحة الطرف المذعن ، وهو ما سنتناوله في النقطتين التاليتين :

1- أيلولة الشك في مصلحة المدين :

إن هذه القاعدة و التي أقرتها معظم التشريعات ومنها القانون المدني الجزائري في المادة 112، قاعدة احتياطية في التفسير لا يلجأ إليها القاضي إلا إذا تعذر عليه الوصول إلى نية المتعاقدين المشتركة، إذ أن القاضي ملزم بالفصل في النزاع، مفترضا ما أراده المتعاقدان، مفضلا مصلحة المدين على مصلحة الدائن، ولكن ما المقصود بالمدين ؟ فهل يقصد به من يكون مدنيا بالنسبة للعقد في مجمله ؟ .

يقصد بالمدين في نص المادة 112 من القانون المدني، الطرف الذي يتحمل الالتزام محل التفسير أو محل الشك[1].

والقاعدة في التفسير هي الوصول إلى نية المتعاقدين المشتركة و على القاضي أن يكشف عن هذه النية مهما كان ذلك عسيرا، فإذا استطاع إزالة الشك وجب عليه تفسير العقد بمقتضى هذه النية المشتركة، ولو كان ذلك في غير مصلحة المدين.

أما مجرد الشك بأن يتراوح تفسير العقد بين وجوه متعددة، فإنه في هذه الحالة لا يمكن ترجيح أي وجه على الآخر، فذلك قرينة على أنه ليست هناك نية مشتركة وعلى القاضي أن يفسر الشك في مصلحة المدين كقاعدة عامة، وكاستثناء الصالح الطرف المذعن في عقود الإذعان

[1] صبري السعدي. المرجع السابق ص 310. د علي فيلالي. المرجع السابق. ص 316 .

والسبب في تفسير الشك لصالح المدين ، هو أن القاعدة في العقد هي أن الدائن هو من يملي الالتزام لا المدين ، فإذا كان الالتزام مبهما غامضا يحوم حوله الشك فإن الدائن هو من يتحمل نتيجة خطئه، ويستفيد المدين بأن يفسر الشك لمصلحته[1].

2- أيلولة الشك في مصلحة الطرف المذعن في عقود الإذعان

إن المشرع الجزائري قد خص عقود الإذعان[2] بميزة خرج بها عن القاعدة العامة في التفسير وهي ألا يكون التفسير ضارا بمصلحة الطرف المذعن[3]، ما يترتب عنه سهولة التفسير بالنسبة للقاضي، ذلك أنه غير مجبر في عقود الإذعان، على الاجتهاد لحماية الطرف الضعيف، و إنما يفسر الشك لمصلحة المذعن، سواء كان دائنا أم مدينا.

وقد وضع المشرع هذا الاستثناء المتمثل في تفسير الشك في عقد الإذعان لصالح المذعن سواء كان دائنا أو مدنيا، حماية للطرف الضعيف ، ذلك أن الطرف المذعن في عقد الإذعان هو دائما الضعيف بغض النظر عن مركزه ،وحتى ولو كان هذا الطرف هو الذي أضاف الشرط الذي شابه الغموض , فإن التفسير يكون لمصلحته لأن المتعاقد المحتكر هو الطرف القادر والذي له الوسائل التي تمكنه من تبيان صيغ الشروط وتوضيحها[4]، إضافة إلى ذلك أباح المشرع للقاضي تعديل ما قد يكون في العقد من شروط تعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها (المادة 110 مدني) .

ثانيا : دور المحكمة العليا في عملية التفسير :

إن القاضي ورغم السلطة التي منحت له، وهي ممارسة عملية التفسير، فإنه يخضع لرقابة عليا حرصا على حسن تطبيق القانون وخوفا من انحرافه عن الوجهة التي حددها له المشرع في عملية التفسير قانونا ، وتلعب المحكمة العليا دورا هاما في عملية التفسير ، غير أن دورها يقوم إذا كانت المسألة متعلقة بالقانون ، أما إذا كانت متعلقة بالواقع فإنها تخرج عن رقابتها

[1] عبد المنعم فرج الصدة. نظرية العقد في القوانين العربية. دار النهضة العربية. طبعة 1974.ص 81.

[2] يعرف د عبد الرزاق السنهوري عقد الإذعان ، وهو أول من أطلق عليه تسمية الإذعان " قد يكون القبول مجرد إذعان ، كما يمليه الموجب ، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة ، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو يدع ، كلما كان في حاجة على التقاعد على شيء لا غنى عنه ، فهو مضطر إلى القبول ، فرضاء مجرد ولكنه مفروض عليه ، ومن ثم سميت هذه العقود عقود إذعان "

[3] سليمان مرقس. نظرية العقد. دار النهضة العربية. طبعة 1988. ص 26 .

[4] عبد الحميد الشواربي. فسخ العقد في ضوء القضاء و الفقه. منشأة المعارف. الإسكندرية. طبعة 1997 ص 68.

باعتبار المحكمة العليا محكمة قانون و ليست محكمة واقع ، الأمر الذي يتطلب منا تحديد ما يعتبر من المسائل القانونية وكذا الواقعية في تفسير العقد .

1- ما يعتبر من المسائل القانونيـة

أ- قاعدة الالتزام بالعبارات الواضحة

فالخروج عن عبارات العقد الواضحة ، بمحاولة تفسيرها رغم وضوحها يعد خرقا للقانون، ومحاولة القاضي تفسير المعنى الواضح للعبارة بأن يعطيها معنى مخالفا للحقيقة، وقد حرص القضاء على التزام القاضي بهذا المبدأ.

ب- الالتزام بالإرادة الحقيقية المشتركة للمتعاقدين

فالإرادة المشتركة أو ما تعبر عنه المادة 112 مدني ب " النية المشتركة " هي جوهر العقد إذ يستمد قوته منها، و إن إهدارها يعتبر إهدارا لهذه القوة، وتعتبر هذه المسألة مسألة قانون يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا، لذا لا يجوز له الخروج عنها و إلا كان حكمه محلا للنقض .

ج- قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين

جاء في معنى المادة 112 من القانون المدني، بأنه إذا استحال على القاضي الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، ووقع في شك من أمره، فإنه يجب عليه تفسير الشك لملحة المدين، لذا تعتبر هذه المسألة مسألة قانون، تكون محلا لرقابة المحكمة العليا .

د- تفسير الشك في عقد الإذعان لصالح المذعن

فهذه القاعدة تعتبر من المسائل القانونية، إذ يجب على قاضي الموضوع إذا كان بصدد تفسير عقد إذعان، ألاّ يضر بالطرف المذعن إذا ثار شك حول نية المتعاقدين.

ثانيا : ما يعتبر من المسائل الواقعية :

يتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقديرية أثناء بحثه لمسائل الواقع في مجال تفسير العقد ، فلا يخضع إزاء ذلك لرقابة المحكمة العليا ، وتتمثل مسائل الواقع في ما يعتمده قاضي الموضوع من بحث للاستدلال على نية المتعاقدين المشتركة ، وكذا في تقديره المعايير التي يستعين بها للكشف عن هذه النية و التي تتمثل في حسن النية و العرف و العدالة و الثقة المتبادلة بين الطرفين ، فإذا أخطأ القاضي في استخلاصه للنية المشتركة أو أساء فهم أي

معيار من هذه المعايير ، فإن خطأه في هذا الشأن يعد خطأ في الواقع لا تمسه رقابة المحكمة العليا ، إذ أنه في هذه الحالة يخالف العقد وليس القانون ، ودور المحكمة العليا رقابة سلامة تطبيق القانون.

المطلب الثاني : تكييف العقد وتحديد نطاقه

الفرع الأول : تكييف العقد

يعتبر التكييف العملية اللاحقة لتفسير العقد ، ويقصد بتكييف العقد إعطاءه وصفا قانونيا ، بغرض إدخاله في نوع معين من أنواع العقود[1] ، أو بمعنى آخر لتحديد القواعد القانونية التي تحكم هذا الوصف ، ذلك أن عقد البيع مثلا تحكمه قواعد قانونية هي غير تلك التي تحكم عقد الإيجار.

وعملية إعطاء الوصف القانوني هي عمل قانوني بحت من صميم مهام القاضي [2] يتولى القيام به على ضوء ما توصّل إليه من تفسيره لعبارات العقد ، أو توصّله للإرادة المشتركة للمتعاقدين ، والقاعدة في التكييف هي عدم تقيد القاضي بتكييف المتعاقدين لتصرفهما،ذلك أن القاضي لا يتقيد بالوصف الذي يسبغه المتعاقدان على العقد ،لأن هذا الوصف قد يكون عن جهل أو تعمد لإخفاء غرض غير مشروع ،إذ تكون العبرة بالغرض العملي الذي قصده المتعاقدان من تعاقدهما و الذي يتوصل إليه القاضي بإعماله القانون و تطبيقه تطبيقا صحيحا في حدود الوقائع الثابتة لديه. وكافة القواعد والملابسات التي تستنتج من تفسير العملية القانونية المقصودة ، فالقاضي يتولى تكييف العقد، ويعطيه الوصف الصحيح طبقا لأحكام القانون ، ولو توصل في ذلك إلى ما يخالف تكييف المتعاقدين ، مادام انه بنى ذلك من توصله إلى تبيان نيتهما المشتركة من خلال تفسيره للعقد.

فإذا كان المتعاقدان قد وصفا العقد المبرم بينهما ، بأنه عقد بيع ونص فيه أن يحتفظ البائع بحيازة العين المبيعة وكذا الانتفاع بها ، مع حرمان المشتري من التصرف فيها مادام البائع حيا ، فإن التكييف الصحيح لهذا التصرف هو وصية وليس عقد بيع.

[1] محمد صبري السعدي . المرجع السابق. 314 .

[2] بلحاج العربي. المرجع السابق. ص 243 .

- التكييف من المسائل القانونية :

يعتبر التكييف عملية قانونية ، يتولى القاضي القيام بها من تلقاء نفسه ، حتى يمكن تطبيق أحكام العقد ، سواء كانت هذه الأحكام آمرة تطبق رغما عن إرادة المتعاقدين ، أو كانت مكملة لإرادتهما، وذلك في حالة عدم تنظيم اتفاقهما لمسألة من المسائل سواء كان ذلك مقصودا أو غير مقصود، فالتكييف ما هو إلا تطبيق للقانون[1]، وعليه فالتكييف السيئ او الخاطئ للعقد ، هو بمثابة التطبيق السيئ للقانون ، فالقاضي عند تكييفه للعقد يخضع لرقابة المحكمة العليا ، لأنه بصدد مسالة من المسائل القانونية ، وتجدر الإشارة إلى أن المجلس الأعلى (المحكمة العليا) إعتبر في أحد قراراته أن تكييف العقد لا يخضع لرقابة المجلس الأعلى ، حيث جاء في هذا القرار أن التكييف يدخل ضمن سلطة قضاة الموضوع التقديرية ولا رقابة عليهم في ذلك من المجلس الأعلى [2] .

الفرع الثانـي : تحديد نطاق العقد

يتم تحديد نطاق العقد بصفة أوّلية على أساس ما ارتضاه الطرفان حقيقة ، وما يعتبر القانون أنهما ارتضياه فرضا ، إذ نصت المادة 2/107 من القانون المدني " ... ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون ، والعرف، و العدالة ، بحسب طبيعة الالتزام " .

فالقاضي في تحديده لنطاق العقد، لا يقتصر على ما ورد فيه صراحة [3]، بل يضيف إليه ما يعتبر من مستلزماته، فالعقد يتحدد نطاقه بما ورد فيه وفقا للإرادة المشتركة للمتعاقدين، مضافا إليه ما يعتبر من مستلزماته، و القاضي عند تحديده لنطاق العقد، يسترشد في ذلك بعدة عوامل أهمها : 1- طبيعة الالتزام -2- القانون في أحكامه التكميلية و المفسرة .- 3- العرف – 4- العدالة .

أولا : طبيعة الالتزام

تقتضي طبيعة الالتزام من القاضي ، استكمال نطاق العقد بما تفرضه هذه الطبيعة فمن يبيع شيئا ، فإنه يفترض فيه أنه باعه وملحقاته ، ولو لم يتم ذكر هذه الملحقات في العقد

[1] علي فيلالي. المرجع السابق. ص 318.

[2] قرار أشار إليه. د محمد صبري السعدي.المرجع السابق على الهامش. ص 317.

[3] إبراهيم سعد. النظرية العامة للالتزام . مصادر الالتزام . دار الجامعة الجديدة . 2004. ص 283 .

فمن يبيع سيارة مثلا ، يفترض فيه أنه قد باع معها كافة الأدوات الإضافية ، التزام الناقل بسلامة الأشخاص[1]، الذين ينقلهم كما أن القضاء يعتبر أن عقد الفندقية يتضمن التزاما بسلامة النزيل ، يقع على عاتق صاحب الفندق.

ثانيا : القوانين المكملة و المفسرة

يلجأ القاضي في تحديده لنطاق العقد و استكماله ، إلى القوانين التكميلية و المفسرة، وذلك في المسائل، التي تركها المتعاقدان، ولم يتم اتفاقهما عليها، إذ غالبا ما يصعب على المتعاقدين تنظيم جميع المسائل التفصيلية.

وعندئذ تكون القوانين المفسرة عونا للقاضي في استيفاء هذه المسائل ، ومثال ذلك عقد البيع الذي يتفق فيه على الثمن و المبيع ،ويترك زمان ومكان تسليم المبيع دون تحديد ، فهنا يستعين القاضي بأحكام القانون لإجراء هذا التحديد .

ثالثا : العرف

يساهم العرف في تحديد نطاق العقد ، إذ يكون بمثابة القانون ، فيكمل نطاق العقد ، وذلك على وجه الخصوص في المسائل التجارية و المعاملات البحرية ، وعقود التأمين .

ويتصل بالعرف الشروط المألوفة ، إذ تضاف إلى العقد الشروط التي جرت العادة على إدراجها فيه ، دون حاجة إلى النص عليها صراحة ، ومثال ذلك النسب المئوية التي تتقاضاه الفنادق و المطاعم و المقاهي بالإضافة إلى حساب العميل .

رابعا : العدالـة

قد يسترشد القاضي بقواعد العدالة للكشف عن نطاق العقد [2]، فبائع المحل التجاري يلتزم بعدم القيام بمنافسة مفتعلة لانتزاع عملاء المحل ،كما أن العامل الذي يطّلع على أسرار المصنع بحكم عمله، يلتزم بعدم إفشاء أسرار هذا المصنع ولو لم يشترط عليه رب العمل ذلك ، فمثل هذه الالتزامات يفترض دخولها في نطاق العقد ، حتى ولو لم يرد بشأنها نص في القانون ، أو لم يتم الاتفاق عليها ، وذلك أن العدالة تقتضي تقديرها .

[1] بلحاج العربي. المرجع السابق. ص 247.

[2] محمد صبري السعدي – المرجع السابق – ص 320

وتجدر الإشارة ، إلى أن القاضي لا يستطيع أن يكمّل العقد بالاستعانة بالعوامل السابق ذكرها إلاّ في حالة عدم تنظيم المتعاقدين لمسألة من المسائل ، إذ يجب عليه أوّلا الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، بطرق التفسير المختلفة[1] ، فإذا ما عجز عن ذلك ، لجأ إلى تلك العوامل حتى يستطيع تحديد مضمون العقد ونطاقه ، فمضمون العقد ونطاقه يتحددان أولا وقبل كل شيء بإرادة طرفيه .

وما دام أن تحديد نطاق العقد له علاقة بالآثار القانونية التي تترتب عن العقد ، فإنه يعتبر مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا ، حيث يكون لهذه الأخيرة التعقيب على حكم القاضي في تحديد هذا النطاق ، حيث تنقض الحكم إذا لم يدخل القاضي في نطاق العقد ما تقضي به طبيعة الالتزام ، أو نصوص القانون أو العرف إذ يعتبر ذلك انتقاصا من العقد ، كما يكون جزاء حكم القاضي النقض كذلك ، في حالة ما إذا أدخل في العقد، ما لا يجوز إدخاله بمقتضى العوامل السابق ذكرها ، كل هذا إذا كان القاضي قد استعان في تحديد نطاق العقد بأحكام القانون أو العرف أو طبيعة التعامل ، أما إذا كان تحديده لنطاق العقد باللجوء إلى قواعد العدالة ، فلا تعقيب على حكمه من المحكمة العليا لأن ما يتعلق بالعدالة يعتبر من المسائل الموضوعية (وقائع) ، لا من المسائل القانونية .

[1] رمضان أبو السعود. المرجع السابق. ص 215 .

المبحث الثانـي: القوة الملزمـة للعقد وجزاء الإخلال بها

يقصد بالقوة الملزمة للعقد ،إحترام القانون الذي نشأ عنه ، إذ يترتب على العقد إنشاء التزامات تقع على عاتق طرفية ،حيث يلزم كل طرف بتنفيذها بحسن نية وفقا لمضمون العقد ، غير أن هذه القاعدة العامة ترد عليها فيما يتعلق بسلطات القاضي استثناءات أهمها ما تقضي به نظرية الظروف الطارئة من جواز تعديل العقد [1] .

ولما كانت القوة الملزمة للعقد تقتضي قيام كل طرف بتنفيذ التزامه العقدي ، فانه يترتب على عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه عينا في حالة طلب ذلك من الدائن, إجبار المدين على تنفيذه ، إذ أن الأصل هو التنفيذ العيني للالتزام ، و الاستثناء هو التنفيذ بمقابل ، فالملتزم بعقد ما يجب عليه تنفيذ كل ما التزم به ، ممّا ورد في العقد كما لو كان هذا قانونا ، وعليه ستكون دراستنا لهذا المبحث في مطلبين ، نتناول في الأول إلزامية تنفيذ العقد من المتعاقدين ، ونتناول في الثاني جزاء عدم التنفيذ أو الإخلال به .

المطلب الأول : إلزاميـة تنفيذ العقد

الفرع الأول : قاعدة العقد شريعـة المتعاقدين

إن نشوء العقد صحيحا ، يترتب عنه إلزام أطرافه بما ورد فيه ، إذ تكون له قوة ملزمة تحتم على أطرافه تنفيذ ما اشتمل عليه ، ويكون شريعتهم التي لا يستطيع أحدهم كأصل عام بأن يدخل فيها تغييرا لا نقضا ولا تعديلا ، إلاّ إذا صرح له القانون بذلك .

وقد نصت على هذه القاعدة المادة 106 من القانون المدني حيث نصت على أن " العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو الأسباب التي يقررها القانون " ، وهذه القاعدة تفرضها مصلحة المجتمع التي تفرض وجوب احترام العقود إذ أنه لا يتحقق الاستقرار و الطمأنينة في التعامل إذا سمح للمدين بنقض ما تعهد به ، و عدم تنفيذ ما التزم به، بمقتضى العقد الذي أبرمه .

كما أن لهذه القاعدة وجهين ، و يرد عليها استثناء [2] ، فيتمثل وجها هذه القاعدة في التقيد بأحكام العقد ، إذا لا يجوز لأحد طرفيه الاستقلال بنقضه أو تعديله من جهة ، و وجوب تنفيذ

---

[1] نبيل إبراهيم سعد. المرجع السابق .ص 295 .

[2] رمضان أبو السعود. مرجع سابق.ص 216.

العقد بحسن نية من جهة أخرى ، و يتمثل الإستثناء في حق طلب تعديل العقد إذا طرأت ظروف استثنائية (نظرية الظروف الطارئة) .

أولا : عدم جواز نقض أو تعديل العقد إلاّ باتفاق الطرفين :

باعتبار العقد شريعة المتعاقدين ، فان مقتضى ذلك أنه لا يستطيع أحد أطرافه الاستقلال بنقضه أو إجراء تعديل في أحكامه ، إلاّ إذا اتفق معه الطرف الأخر على ذلك أو بناء على الأسباب التي يقررها القانون ، ويسري هذا التحريم في حق القاضي أيضا إذ لا يجوز له ، نقض العقد أو تعديل أحكامه تحت أية حجة ، وعليه يكون نقض العقد عن طريق فسخه بالاتفاق ، وهذا ما يعرف بالتقايل [1] ، وقد يمنح القانون حق إنهاء العقد لأي من طرفيه ، كما هو الحال في عقد الوكالة (م 586 ، 587 ، 588 من القانون المدني) ، وعقد الشركة (م 440 من القانون المدني) ، حيث يفترض قيام الثقة في مثل هذين العقدين [2] ، فإذا انعدمت الثقة كان من الواجب السماح لأي طرف من أطراف العقد بإنهائه بإرادته .

كما قد يمنح القانون حق الإنهاء لأحد المتعاقدين دون الآخر، ومن ذلك حق المعير في إنهاء العارية قبل انتهاء مدتها في حالات معينة (م 547 من القانون المدني) ، وقد يتدخل القانون في إنهاء العقد أو تعديله رغم إرادة المتعاقدين ، من ذلك جواز منح القاضي للمدين أجلا للوفاء بالتزامه (م 119 مدني)، ومن حالات الإنهاء إنهاء العقد بوفاة أحد المتعاقدين ،كانتهاء العارية بموت أحد طرفيها (م 548 مدني) .

ثانيا : وجوب تنفيذ العقد بحسن نية

تقضي المادة 107 مدني بأنه " يجب تنفيذ طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية " وعلى ذلك يجب أن يسود حسن النية في إنشاء العقد وفي تفسيره وكذا في تنفيذه [3].

إذ يلعب حسن النية دور المحرك في العلاقة العقدية ، وحسن النية مفترض لدى كل متعاقد، ما لم يثبت من له مصلحة عكس ذلك .

ومن نتائج وجوب تنفيذ العقد بحسن نية ، أنه إذا تعددت وسائل تنفيذ الالتزام ، فإنه على المدين أن يختار الوسيلة التي تتفق مع الأمانة و النزاهة ، ذلك أن التنفيذ السيئ يساوي في

---

[1] وهو إبرام المتعاقدين عقدا جديدا يقضي بإلغاء العقد الأول .

[2] محمد صبري السعدي . المرجع السابق. ص 325 .

[3] محمد صبري السعدي . المرجع السابق. ص 232.

بعض الأحيان عدم التنفيذ[1]،ومن النزاهة أيضا ألاّ يدفع المتعاقد بعدم التنفيذ لمجرد أن المتعاقد معه واجهته بعض الصعوبات في تنفيذ التزامه ، كما يقتضي حسن النية وجوب التعاون بين طرفي العقد على تنفيذه ، إذ أنّ العلاقة العقدية هي علاقة تعاون ، رغم تضارب مصالح المتعاقدين ، بل هناك من العقود التي تقوم أساسا على التعاون كعقد الشركة ، وحسن النية في تنفيذ العقد يعد مبدأ لا تقتصر مراعاته على المدين وحده يل يجب على الدائن أيضا أن يكون حسن النية غير متعسف في حقه.

الفرع الثانـي: الاستثناء الوارد على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين(نظرية الظروف الطارئة)

أولا: **المقصود بنظريـة الظروف الطارئـة**

استثناء على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، تعطي هذه النظرية للقاضي سلطة تعديل العقد ، ومفاد هذا النظرية أنه إذا ما طرأت بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه حوادث لم تكن متوقعة ، ترتب عنها اختلال التوازن بين التزامات الطرفين اختلالا فادحا ، بحيث يصبح الالتزام مرهقا للمدين إرهاقا شديدا ،يترتب عن تنفيذه على حالته أن تلحقه خسارة فادحة، عندئذ يجوز للقاضي التدخل في العقد بناءا على طلب المدين، ليس لإحلال المدين من التزامه، وإنما لتعديل التزامات الطرفين على وجه يردّ به الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول[2].

فإذا تعهد شخص بتوريد أغذية إلى جامعة بسعر معين مثلا ، ثم حدثت ظروف اقتصادية غير متوقعة أدت إلى ارتفاع فاحش في أسعار هذه المواد التي التزم بها ، فإنه إذا ظل منفذا لالتزامه بتوريد الأغذية بذات السعر المتفق عليه في العقد ، فإنه سيصاب بخسارة فادحة تتجاوز الحد المألوف العادي [3]، لذلك يمنح القانون لهذا الشخص باعتباره مدينا الحق في أن يطلب من القضاء رد التزامه إلى الحد المعقول .

وقد أخذ المشرع الجزائري بنظرية الظروف الطارئة ، في الفقرة الثالثة من المادة 107 مدني وكان ينبغي أن توضع هذه الفقرة استثناء من المادة 106 مدني [4] ، ذلك أن العقد شريعة المتعاقدين ، يجب تنفيذه بأمانة وحسن نية ، فإذا طرأت خلال تنفيذ العقد ظروف استثنائية

---

[1] فيلالي علي. المرجع السابق. ص 296 .

[2] نبيل إبراهيم سعد. المرجع السابق .ص287 .

[3] رمضان أبو السعود. المرجع السابق . ص 219 .

[4] علي علي سليمان . النظرية العامة للالتزام . مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري . ديوان المطوعات الجامعية. ص98 .

عامة ، لم تكن متوقعة عند انعقاد العقد ، تجعل تنفيذ التزامات أحد المتعاقدين مرهقا يهدده بخسارة فادحة ، إذ في هذه الحالة تقتضي العدالة خلق توازن في التزامات المتعاقدين .

ثانيا: شروط تطبيق نظريـة الظروف الطارئـة

1- أن تطرأ هذه الظروف في الفترة بين انعقاد العقد وتنفيذه

يشترط لتطبيق هذه النظرية أن نكون بصدد عقد تراخى تنفيذه، وقد يكون هذا التراخي في تنفيذ العقد بسبب طبيعته، كونه من العقود الزمنية (المستمرة) كعقد الإيجار وعقد التوريد مثلا، وقد لا يكون التراخي في التنفيذ راجعا إلى طبيعة العقد باعتباره زمنيا، و إنما من العقود الفورية ، ومع ذلك لم يتم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد بعد ، مثال ذلك البيع الذي يؤجل فيه دفع الثمن أو تسليم المبيع ،فإذا طرأ الحادث قبل دفع الثمن ، فالثمن يكون عرضة للإنقاص بسبب الحادث الطارئ ، ولكن يجب ألا يكون التراخي في تنفيذ العقد الفوري بسبب المدين، فإذا كان هذا التراخي راجعا إلى خطئه وتقصيره ، فلا يستفيد من الأحكام المتعلقة بالظروف الطارئة [1].

إذ ليس من العدل تحمل الدائن نتائج خطإ المدين ، وتستثنى من هذه النظرية العقود التي يكون محل الالتزام فيها نقودا طبقا لنص المادة 95 مدني ، والعقود الاحتمالية التي تقوم بطبيعتها على احتمال الربح أو الخسارة .

2- أن تكون هذه الظروف استثنائية وعامة وغير متوقعة

يتعين أن يكون الحادث استثنائيا ، و الذي يمكن تعريفه بالأمر الذي يندر حدوثه ، فهو أمر غير متوقع بحسب المألوف في الحياة [2] ، ومن ذلك حدوث زلزال أو إعصار أو حرب ...الخ ، كما يجب أن يكون الظرف أو الحادث عاما ، فإذا كان هذا الظرف خاصا بالمدين ، فلا مجال لتطبيق هذه النظرية مهما كان أثر هذا الحادث على التزام المدين ، كما لو أصيب هذا الأخير بحدوث حريق إلتهم محصوله، فمثل هذا الحادث الطارئ لم يكن عاما أي شاملا للمدين وغيره ، ولا يترتب عنه استفادة المدين من هذه النظرية .

---

[1] يتحمل المدين وحده تبعات الحوادث الاستثنائية العامة ، الواقعة خارج الأجل المتفق عليه لتنفيذ الالتزام ، ولا يمكنه بالتالي المطالبة بتعديل العقد " – قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2007/02/21 – ملف رقم 324034 – ف ع ضد مدير الصندوق الوطني للتوفير و الاحتياط المجلة القضائية لسنة 2007 – العدد الأول .ص211 .

[2] رمضان أبو السعود – المرجع السابق – ص 227

ويلزم في الحادث الاستثنائي أن يكون غير متوقع ، ولم يكن بالإمكان توقعه ، فإذا كان بالإمكان توقعه فلا مجال لتطبيق هذه النظرية.

3- أن يكون من شأن هذه الظروف أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا وليس مستحيلا

يشترط أخيرا أن يكون هذا الحادث الاستثنائي ، قد جعل التزام المدين مرهقا ، بحيث يهدده بخسارة جسيمة إذا نفذ التزامه كما هو ، ويجب ألاّ يؤدي الحادث إلى استحالة تنفيذ الالتزام ، إذ أنه يكون في هذه الحالة قوة قاهرة ، ويترتب عن ذلك انقضاء الالتزام وانفساخ العقد بقوة القانون ، فبالرغم من أن الحادث الطارئ والقوة القاهرة يشتركان في أن كليهما لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه ، إلا أنهما يختلفان في أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، أما الحادث الطارئ فيجعله مرهقا , وتقدير الإرهاق متروك لقاضي الموضوع ، كما أن معيار تقدير الإرهاق هو معيار موضوعي وليس ذاتيا ، لذلك فإذا كان من شأن تنفيذ الإلتزام كما هو حدوث خسارة فادحة للمدين ، طبقت النظرية حتى ولو كان هذا المدين ثريا ولا يتأثر بالحادث الطارئ.

ثالثا: أثر الظروف الطارئـة :

متى توافرت الشروط السابق ذكرها مجتمعة، فإنه يجب على القاضي[1]، بناءا على طلب المدين ، وتبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصالح الطرفين أن يردّ الالتزام إلى الحد المعقول ، وذلك بتوزيع الخسارة بين طرفي العقد إن أمكن ذلك .

و القاضي في تعديله هذا، لا يزيل كل الخسارة التي لحقت المدين، و إنما الحدّ من هذه الخسارة الفادحة التي أصابت المدين بقصرها على الحدّ المعقول ويكون ذلك بإتباع ما يلي:

أ- قد يرى القاضي إنقاص التزام المدين، فإذا التزم مصنع بتوريد سلعة معينة ثم حدث ظرف أدى إلى تقليل الإنتاج، و أصبح من الصعب على صاحب المصنع توريد ما التزم به فقط. فعند ئذ يجوز للقاضي الإنقاص من الكميات المطلوبة توريدها إلى القدر الذي يراه كافيا لرد الالتزام إلى الحد المعقول، ويصبح بذلك صاحب المصنع ملزما بتوريد الكمية التي حددها القاضي .

[1] استعمل المشرع في المادة 107 مدني عبارة " جاز للقاضي " و هو الأمر الذي يجعلنا نعتقد أن القاضي غير ملزم بمراجعة العقد ، وهذا تفسير غير صحيح ، ويتعارض مع غرض المشرع من استحداث نظرية الظروف الطارئة و لأن مراجعة العقد بسبب الظروف الطارئة تعتبر في النظام العام . د. علي فيلالي, مرجع سابق.ص 303 .

ب- قد يختار القاضي لتخفيف التزام المدين ، الزيادة في الالتزام المقابل [1] أي التزام الدائن فإذا التزم تاجر بتوريد كمية معينة من القطن بسعر 1000 دج للقنطار ، ثم ارتفع سعر القطن إلى 2000دج للقنطار مثلا، فإنه يجوز للقاضي أن يرفع من التزام الدائن ، وهو في هذه الحالة لا يرفعه إلى الحد الذي تزول معه كل الخسارة الواقعة على البائع و إنما يرفعه إلى الحد المعقول ، بحيث يبقي جزءا من الخسارة و التي يتحملها التاجر .

ج- قد يأمر القاضي بوقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ إذا كان مؤقتا ، مثال ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة بناء ، وفجأة يرتفع سعر مواد البناء ارتفاعا فاحشا غير أن هذا الارتفاع سيزول لقرب توافر هذه المواد في السوق، فيأمر القاضي في هذه الحالة بوقف التزام المقاول بتسليم البناء ، حتى يفي به دون إرهاق ، إذا لم يكن في هذا التوقيف ضرر جسيم يلحق صاحب البناء – وتجدر الإشارة أخيرا إلى أن قاعدة جواز تعديل العقد إذا طرأت ظروف استثنائية عامة ، تعد قاعدة من النظام العام ، ولذلك لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على ما يخالفها ، إذ نصت الفقرة الثالثة من المادة 107 مدني في آخرها أنه (... ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك) .

المطلب الثانـي : جزاء عدم تنفيذ العقد (المسؤولية العقدية)

الفرع الأول : قواعد المسؤوليـة العقديـة

تقضي المادة 176 مدني جزائري بأنه " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه " .

رأينا أن للعقد قوة ملزمة ، تفرض على عاتق أطرافه تنفيذ ما اشتمل عليه ، فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، وكان التنفيذ العيني ممكنا وطلبه الدائن ، فإن القاضي في هذه الحالة يجبر المدين على القيام به، أما إذا لم يكن من الممكن التنفيذ العيني ، عندئذ يحكم القاضي بالتعويض للدائن إذا توافرت شروط ذلك ، وهذا ما يقصد به المسؤولية العقدية .

ولكي تتحقق المسؤولية العقدية ، لا بد من توافر شروط ثلاثة ، تتمثل في :

[1] خلافا لذلك يرى الأستاذ فيلالي أن هذا الرأي مشكوك فيه ، وسبب ذلك وضوح المادة 107 التي تقيد القاضي بالنظر في الالتزام المرهق و هو التزام المدين ، كما أن المشرع استعمل في النص الفرنسي عبارة " réduire " التي تفيد الإنقاص لا الزيادة في الالتزام المقابل ، ويضيف متسائلا عن الأساس القانوني لهذه الزيادة إذ أن التزام الدائن مصدره الإرادة ، فكيف يلزم بغيرها إذا . مرجع سابق ص 305 .

أولا: الخطأ العقدي

ويقصد به عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه التعاقدي ، أو التأخر في تنفيذه ، أو كان التنفيذ غير مطابق لما تم الاتفاق عليه [1]، ويستوي أن يكون عدم التنفيذ أو التأخر فيه عن عمد أو إهمال من المدين ، ويشمل عدم التنفيذ للالتزام التعاقدي عدم التنفيذ الكلي وكذا الجزئي ، كما أن الخطأ العقدي يتحقق [2] حتى ولو كان عدم التنفيذ راجعا إلى سبب أجنبي كالقوة القاهرة ، غير أنه في هذه الحالة تنقطع العلاقة السببية و بالتالي لا تقوم المسؤولية العقدية .

ويقتضي الخطأ العقدي إجراء تمييز بين نوعين من الالتزامات ، وهما الالتزام بتحقيق نتيجة و الالتزام ببذل عناية ، فالالتزام بتحقيق نتيجة ، لا ينفذ إلا بتحقيق الغاية منه ،مثال ذلك الالتزام بتوريد كمية معينة من سلعة معينة ، فالمقصود في هذا الالتزام هو تحقيق نتيجة معينة ، فإذا لم تتحقق النتيجة فلا يكون الالتزام منفذا ، أمّا الالتزام ببذل عناية فإن المدين به لا يقوم لتحقيق الهدف النهائي الذي يسعى إليه الدائن ، و إنما يقتصر التزامه على بذل جهد معين لكي تتحقق نتيجة معينة ، فيكون محل التزامه هو بذل عناية وليس تحقيق نتيجة ، فإذا قصّر المدين في بذل تلك العناية عدّ مقصّرا و مرتكبا للخطأ العقدي الموجب للمسؤولية [3] . مثال ذلك التزام الطبيب بمعالجة المريض ، فهو لا يضمن تحقق الشفاء (النتيجة) و إنما يبذل عناية لتحقيق هذه النتيجة بعلاج المريض ، فإن قصر في علاجه عد مسؤولا ، أما إذا بذل عناية ولم يتحقق الشفاء رغم ذلك فإنه لا يعد مسؤولا .

وخلاصة ما سبق هو أن الخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه ، وبعبارة أخرى هو عدم تحقق النتيجة في الالتزام بتحقيق نتيجة ، وعدم بذل العناية المطلوبة في الالتزام ببذل عناية ، وقد يرجع عدم تنفيذ المدين لالتزامه إلى تعمد منه أو غش ، وعليه و إذا كان القانون يجيز في بعض الحالات الحد من مسؤولية المدين ، فإن هذا التحديد لا يكون له أثر في الحالات التي يكون فيها عدم التنفيذ راجعا إلى خطأ المدين عمدا أو بطريق الغش المادة 172 مدني .

---

[1] فاضلي إدريس. الوجيز في النظرية العامة للالتزام – قصر الكتاب – 2006 – 2007 ص 144 .

[2] محمد صبري السعدي. المرجع السابق – ص 337 .

[3] رمضان أبو السعود. المرجع السابق – ص 235 .

1- إثبات الخطأ العقدي:

سبق القول أن الخطأ العقدي ، هو عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه ، ففي الالتزام بتحقيق نتيجة تقوم مسؤولية المدين ، بمجرد عدم تحقق النتيجة ، إذ يكفي الدائن إثبات أن النتيجة المتفق عليها لم تتحقق ، فيكلف المدين بإثبات تنفيذه ، فإذا عجز عن ذلك عد مخطئا ، ذلك أن عدم تحقق النتيجة التي تعهد بها المدين يعني انعدام التنفيذ ، أما في الالتزام ببذل عناية ، فيجب على الدائن أن يثبت أن المدين لم يبذل في تنفيذ التزامه الجهد أو العناية المطلوبة ، ذلك أن عدم تحقق النتيجة المنتظرة ، لا يعني أن المدين لم ينفذ التزامه ، إذ يتعين على الدائن إثبات خطأ المدين [1] .

ثانيـا : الضرر

لا يكفي لتحقق المسؤولية العقدية ، أن يركب خطأ عقدي وهو عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، بل يجب فضلا عن ذلك أن يحدث ضررا للدائن نتيجة عدم التنفيذ ، ويكون ناتجا عن إخلال المسؤول عن الالتزامات التي رتبها العقد ، هذه الالتزامات هي من وضع و تحديد المتعاقدين غير أنه بمقتضى الفقرة 2 من المادة 107 مدني " .... لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب ،بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته ، وفقا للقانون ، و العرف و العدالة ، بحسب طبيعة الالتزام .".

وعليه فللمتضرر إذا أن يدفع بالمسؤولية العقدية عند الإخلال بالالتزامات التي تضمنها العقد صراحة ، وكذلك التي تدخل في دائرة التعاقد ، لكونها من مستلزمات العقد في ضوء الأحكام القانونية و العرفية وكذا العدالة وطبيعة المعاملة[2] .

و الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه ، أو في مصلحة مشروعة له ، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أو لم تكن كذلك و الدائن لا يستطيع أن يحرك مسؤولية المدين عن عدم التنفيذ إلا اذا كان عدم التنفيذ قد سبب له ضررا أو خسارة أو فوت عليه ربحا أو فرصة للربح ، ويشترط في الضرر أن يكون مباشرا ومتوقعا، ولا يهم أن

[1] فيلالي علي. المرجع السابق – ص 24

[2] فيلالي علي. الالتزامات – الفعل المستحق للتعويض- موفم للنشر – 2007 – ص 26 .

يكون الضرر حالا أو مؤكد الوقوع في المستقبل ،المهم أن يكون الضرر محققا غير احتمالي ، والضرر قد يكون ماديا أو أدبيا .

1- الضرر المادي

وهو الضرر الذي يصيب الدائن في مال ، من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه ،مثال ذلك الضرر الحاصل للمعير ، من جراء عدم تمكنه من استرداد الوديعة من المستعير ، وقد سبق القول أنه يشترط في الضرر أن يكون حالا أي وقع فعلا ، أو أنه محقق الوقوع في المستقبل ، أما الضرر الاحتمالي فلا يستحق التعويض ، وينتظر حتى يتأكد وقوعه ، فإذا لم يترتب ضرر عن الخطأ العقدي يصيب الدائن فلا تعويض عنه .

2- الضرر الأدبي

هو الضرر الذي يصيب الدائن في مصلحة غير مادية ، كالضرر الذي يصيب الإنسان في سمعته ، و الذي يكون ناتجا عن السب أو القذف ، وقد أثار التعويض عن الضرر الأدبي خلافا كبيرا في الفقه و القضاء ، بين القائل بالتعويض عنه و القائل بعكس ذلك ، إلاّ أن المشرع الجزائري حسم الأمر بموجب التعديل الذي أجراه على أحكام القانون المدني ،بموجب القانون 05 / 10 ،إذ نص في المادة 182 مكرر " يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة " .

*** مدى التعويض عن الضرر :**

يشمل التعويض في المسؤولية العقدية ، الضرر المباشر فقط أي الناتج عن عدم الوفاء مباشرة [1] . وهو الضرر الذي لا يكون في وسع الدائن توقعه ببذل جهد معقول[2] ، كما يشترط في الضرر، أن يكون متوقعا وقت العقد ، أما إذا لم يكن متوقعا وقت العقد ، فإن المدين لا يسأل إلاّ في حالة ما إذا كان عدم التنفيذ راجعا إلى غشه أو خطئه الجسيم ، والسبب في اقتصار التعويض على الضرر المباشر المتوقع فقط ، هو أن إرادة المتعاقدين هي التي تحدد مدى التعويض ، وغالبا ما تقصر هذه الإرادة التعويض عن الضرر المباشر المتوقع فقط ، ويعد ذلك بمثابة شرط ضمني في العقد ، أما إذا كان الضرر ناتجا عن خطأ جسيم أو غش ،

[1] رمضان أبو السعود – المرجع السابق – ص 242 .

[2] نص المادة 182 من القانون المدني الجزائري .

فإنه يصعب القول بأن إرادة المتعاقدين الضمنية ، انصرفت إلى عدم التعويض عن الأضرار غير المتوقعة لذلك يسأل المدين هذه الحالة عن الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة , لذلك يسأل المدين في هذه الحالة عن الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة .

ثالثا : علاقة السببيـة بين الخطأ و الضـرر

لا تقوم المسؤولية العقدية لمجرد توافر الخطأ و الضرر ، إنما يجب فضلا عن ذلك أن يكون هذا الضرر ناتجا عن ذلك الخطأ ، أي أن يكون الخطأ هو السبب في تحقق الضرر ، فإذا ارتكب المدين خطأ ، أي لم يقم بتنفيذ التزامه المتفق عليه وأثبت المدين أن الضرر الحاصل للدائن لا يرجع إلى هذا الخطأ فلا يسأل عن تعويضه .

و الأصل أن علاقة السببية تعد مفترضة و قائمة بين الخطأ و الضرر، فلا يكلف الدائن بإثباتها ، وإنما يقع على المدين إثبات انعدام رابطة السببية بين الخطأ و الضرر ، و المدين لا يستطيع أن يثبت تخلف هذه الرابطة إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي أدى إلى وقوع الضرر ، و السبب الأجنبي هو كل أمر غير منسوب إلى المدين ، أدى إلى استحالة تنفيذ الالتزام أو إلى حدوث الضرر بالدائن ، وهو إما أن يكون حادثا لا يمكن نسبته إلى أحد من الناس ، وهو ما يعبر عنه بالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ ، وأما أن يكون فعلا صادرا من الدائن نفسه ،أو فعل شخص من الغير[1] .

الفرع الثانـي: الاتفـاق علـى تعديـل قواعـد المسؤوليـة العقديـة

تنشأ المسؤولية العقدية عن العقد ،وما دام العقد ناتجا عن إرادة المتعاقدين، فإنه يكون لهما الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية الناجمة عنه، على أن يكون ذلك في حدود النظام العام و الآداب العامة ، إذ نصت المادة 178 ق.م أنه " يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا من ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم, غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية عن الغش أو عن الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه ، و يبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة العمل الإجرامي "

[1]عبد الحميد الشواربي ,المشكلات العملية في تنفيذ العقد-دار المطبوعات الجامعية-1988 ص 376.

يتضح هذا النص أنه يمكن الاتفاق على تشديد المسؤولية العقدية ، و كذلك الاتفاق على التخفيف منها أو الإعفاء منها كلية .

1- تشديد المسؤوليـة العقديـة

يجوز لطرفي العقد ، أن يتفقا على أن يتحمل المدين ، مسؤولية عدم التنفيذ ، حتى ولو كان ذلك راجعا إلى سبب أجنبي كالحادث المفاجئ أو القوة القاهرة ، ويعتبر هذا الاتفاق في العقد نوعا من التأمين [1] وعادة ما يكون ذلك مقابل الزيادة التي يتقاضاها المدين في المقابل من العقد .

2- التخفيف من المسؤوليـة العقديـة أو الإعفـاء منها

يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية مترتبة عن عدم تنفيذه لالتزامه التعاقدي ، وعليه يمكن التخفيف من هذه المسؤولية ، كما يجوز الاتفاق على الإعفاء منها كلية ، غير أنه لا يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من مسؤوليته أو التخفيف منها إذا كان عدم تنفيذ الالتزام ناتجا عن غشه ، أو خطئه الجسيم .

إلا أنه ورغم هذا فإنه يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الصادر عن أشخاص يعملون لديه ، ومقتضى هذا التفسير أنه إذا استخدم المدين شخصا من الغير في تنفيذ التزامه ، كالمقاول الذي يعهد بإقامة البناء الذي تعاقد عليه إلى مقاول من الباطن ،فارتكب هذا الأخير خطأ مما يسأل عنه المدين مسؤولية تعاقدية ، فلا يلزم المدين إلا بتعويض الضرر المتوقع ، ولو كان الخطأ الذي وقع من ذلك الشخص خطأ جسيما أو عمديا[2].

[1] محمد صبري السعدي – المرجع السابق – ص 335 .

[2] عبد الحميد الشواربي – المرجع السابق – ص 403 .

كما يبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل غير المشروع[1] ، وذلك لأن أحكام المسؤولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام ، فلا يجوز الإعفاء منها ، وانطلاقا من هذه المعطيات ، فإنه إذا وقع شرط الإعفاء صحيحا ، فإنه يترتب عنه إعفاء المدين من المسؤولية بالقدر الذي أتى به الشرط ، وإذا وقع شرط الإعفاء باطلا .

فإن الشرط هو الذي يبطل وحده ويبقى العقد قائما ، إلا إذا كان هذا الشرط هو الدافع إلى التعاقد ، ويستطيع المدين أن يؤمن من مسؤوليته العقدية ، إذ يكون له أن يؤمن ضد كل خطأ يصدر عنه ما عدا الفعل العمد (العمل غير المشروع) وضد كل خطأ يصدر من الغير الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه أيا كانت درجة هذا الخطأ.

[1] جاء في النص العربي للمادة 3/178 ق.م بأنه " ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل عن العمل الإجرامي " . والصحيح هو الفعل غير المشروع وفقا لما جاء في النص الفرنسي لنفس المادة "responsabilité délictuelle "
د بلحاج العربي – المرجع السابق – هامش – ص283 .

الخاتمة

الخـاتمـة

خلاصة ما سبق ، أن آثار العقد تنصرف بمجرد انعقاده صحيحا إلى المتعاقدين ، فيصبح كل منهما دائنا بما له ومدينا بما يكون عليه ، والأصل ألا تنصرف آثار العقد إلى غير عاقديه، ومع ذلك يقرر القانون انصرافها إلى خلف المتعاقدين وهما الخلف العام والخلف الخاص، فالخلف العام تنصرف إليه آثار عقد سلفه ، ما تعلق منها بالحقوق أما الالتزامات والتي يكون محلها ديون على عاتق السلف، فلا تنتقل إليه طبقا لقاعدة أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون، إلا أن قاعدة انصراف آثار العقد إلى الخلف العام ليست على إطلاقها ، إذ ترد عليها استثناءات تقضي بعدم انصرافها إليه بالرغم من احتفاظه بصفته كخلف عام من جهة ، و باعتباره من الغير بالنسبة إلى التصرفات التي يبرمها السلف من جهة أخرى، وذلك حماية له كوارث من تصرفات مورثه الضارة به ، أما الخلف الخاص فتنصرف إليه أثار العقد الذي أبرمه سلفه وذلك بشروط تناولتها المادة 109 ق م .

وإذا كان من الممكن أن تنصرف أثار العقد إلى غير عاقديه ، فإن هذا الانصراف يقتصر في حالة أولى على الخلف العام والخاص ، أما من كان دائنا لأحد المتعاقدين فلا تنصرف إليه الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد ، ومع ذلك فان هذا الدائن يتأثر بالعقد الذي ابرمه مدينه ، نتيجة لتأثر ضمانه على أموال مدينه ، إذا حدث انتقاص من حقوق هذا المدين ، خاصة إذا أقدم هذا الأخير على إبرام عقود تزيد من ديونه وتقلل من حقوقه ، وعليه فالدائن يتأثر بطريق غير مباشر من تصرفات مدينه هذه ، والعقود التي يبرمها المدين، لا تسري في حق دائنه بالمعنى المتقدم إلا إذا كانت تلك العقود حقيقية لا صورية ، وألا تكون بقصد الإضرار بالدائن ، إذ خول المشرع الدائن وحماية لحقوقه ، استعمال ثلاثة أنواع من الدعاوى ،وهي دعوى عدم نفاذ التصرفات وكذا الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية .

وبجانب هذه الطائفة من الأشخاص ، هناك طائفة أخرى لا يسري في حقها العقد ، وتشمل كل من كان أجنبيا عنه ، والذي لا ينصرف إليه أثر العقد ، فهو لا يضره والأصل أنه لا يفيده ، إلا أن المتعاقدين قد يقصدان انصراف آثار العقد إلى الغير ، وذلك ما يتمثل في التعهد عن الغير والذي يعد تطبيقا لمبدأ عدم جواز إضرار الغير من عقد الذي لم يكن طرفا فيه ، وكذا الاشتراط لمصلحة الغير والذي يعد تطبيقا لمبدأ جواز استفادة الغير من عقد لم يكن طرفا فيه ، وهو مضمون المادة 113 ق م.

كما أن العقد تكون له قوة ملزمة من الموضوع ، والتي تفرض على المتعاقدين تنفيذ ما ترتب عنه من التزامات بحسن نية ، كما يلتزم به القاضي لأنه القانون الذي يحكم الطرفين ، سعيا لاستقرار المراكز القانونية وتخفيفا من المنازعات التي قد تطرح أمام القضاء ، إذ أن سلطة القاضي في الكشف عن إرادة المتعاقدين من

خلال عملية التفسير، والتي وفق المشرع الجزائري في الإلمام بكل جوانبها في القانون المدني ، ويظهر ذلك في المواد 111 ، 112 المتعلقتين بالتفسير ، والمادة 107 المتعلقة بتحديد نطاق العقد ، في حين أغفل النتيجة المترتبة عن التفسير ، حيث لم يورد نصا خاصا بالتكييف .

وخروجا عن الأصل العام المتمثل في قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، ونظرا لعدم صحة افتراض تكافؤ وتعادل إرادتي الطرفين ، وإمكانية تغير الظروف التي أبرم فيها العقد ، أعطى المشرع للقاضي سلطة تعديل العقد في حالات خاصة ، أهمها الظروف الطارئة والتي سماها المشرع الجزائري . الظروف الاستثنائية . والتي قرر بشأنها مراعاة مصلحة الطرف الضعيف دون إهمال مصلحة الطرف الآخر ، من خلال تمكينه من تعديل العقد دون فسخه ، وهو ما وفق فيه المشرع الجزائري.

ويتعين على المتعاقدين البقاء في دائرة القوة الملزمة للعقد ، ما بقي تنفيذ الالتزام الناشئ عنه ممكنا ، إلا إذا استحال التنفيذ العيني، ولم يكن من الممكن إجبار المدين على الوفاء بالتزاماته

المتولدة عن العقد عينا ، فيكون المدين مسؤولا عن الأضرار التي يسببها للدائن ، نتيجة عدم الوفاء بالتزاماته الناشئة عن العقد، ولا يكون لأي منهما المطالبة بتطبيق الجزاء الذي فرضه القانون لهذه القوة الملزمة ، بإعمال المسؤولية العقدية إلا إذا استحال التنفيذ نهائيا وبصفة مطلقة ، لأن العقد شريعة المتعاقدين(م 106 ق م) ، فلا يجوز للدائن منهما أن يعدل عن التنفيذ العيني متى كان ممكنا إلى اقتضاء تعويض ، كما لا يجوز للمدين أن يمتنع عن التنفيذ العيني ليعرض تعويضا عنه ، ولتحقق المسؤولية العقدية لا بد من توافر شروط تتمثل في الخطأ العقدي وهو عدم تنفيذ الالتزام والضرر اللاحق بالدائن والعلاقة السببية بينهما .

وإذا كان العقد يرجع في مصدره إلى إرادة طرفيه ، فان المشرع مراعاة لاستقرار المعاملات واحتراما لمبدأ سلطان الإرادة ، منح لهذه الإرادة المشتركة سلطة التعديل من أحكام المسؤولية العقدية ، إذ تملك هذه الأخيرة التخفيف من مسؤولية المدين إلى درجة الإعفاء منها ، إلا ما كان منها ناشئا عن غشه أو خطإه الجسيم ، كما تملك التشديد من هذه المسؤولية إلى حد أقصى، إذ أجازت المادة 178 ق م على تحميل المدين تبعة الحادث الطارئ أو القوة القاهرة ، ويبطل الشرط الذي يقضي بالإعفاء من مسؤولية المدين ، إذا كانت مسؤوليته ناتجة عن عمل إجرامي ، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري أدرج مصطلح العمل الإجرامي ، والذي ليس في محله ، ذلك أن العمل الإجرامي يكون صاحبه محل مساءلة جزائية ، وكان من الأجدر استعمال مصطلح الفعل غير المشروع .

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المراجع المعتمدة

أولا : المؤلفات :

1- العربي بلحاج . النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري. الجزء الأول التصرف القانوني العقد و الإرادة المنفردة. ديوان المطبوعات الجامعية. الطبعة الثالثة 2004.

2- أنور سلطان. الموجز في النظرية العامة للالتزام. مصادر الالتزام. دار المطبوعات الجامعية. طبعة 1998 .

3- توفيق حسن فرج. النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية. دار النهضة العربية. الطبعة الثالثة .

4- رمضان أبو السعود. مصادر الالتزام. دار الجامعة الجديدة للنشر. 2003 .

5- سليمان مرقس. نظرية العقد. دار النهضة العربية. 1988 .

6- عبد الحميد الشواربي. المشكلات العملية في تنفيذ العقد. دار المطبوعات الجامعية. 1988.

7- عبد الحميد ألشواربي. فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه. منشأة المعارف. الإسكندرية. 1997 .

8- عبد الحميد فوده. تفسير العقد في القانون المدني المصري المقارن. منشأة المعارف. الإسكندرية. 1993.

9- عبد الرزاق محمد السنهوري. الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري. دار إحياء التراث العربي . بيروت .

10- عبد المنعم فرج الصدة. نظرية العقد في القوانين العربية. دار النهضة العربية. 1974 .

11- علي علي سليمان. النظرية العامة للالتزام. مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري. ديوان المطبوعات الجامعية. 2005 .

12- علي فيلالي. الالتزامات. الفعل المستحق للتعويض. موفم للنشر. 2007.

13- علي فيلالي. الالتزامات. النظرية العامة للعقد. موفم للنشر. 2005 .

14- فاضلي إدريس. الوجيز في النظرية العامة للالتزام. قصر الكتاب. 2006، 2007.

15- محمد زهدور. الوصية في القانون المدني والشريعة الإسلامية. المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر.1991 .
16- محمد صبري السعدي. مصادر الالتزام، النظرية العامة للالتزامات. القانون المدني الجزائري. دار الكتاب الحديث. طبعة 2003 .
17- نبيل إبراهيم سعد. النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام. دار الجامعة الجديدة. طبعة 2004 .

ثالثا: النصوص القانونية

1- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26- 09-1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.
2- القانون 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 09-06-1984 المعدل والمتمم المتضمن قانون الأسرة.

رابعا: المجلات القضائية

1- المجلة القضائية لسنة 1992، العدد الثاني.
2- مجلة المحكمة العليا لسنة 2007، العدد الأول.

قائمة المحتويات

الفهرس

الموضوع	الصفحة
مقدمة	01
الفصل الأول نسبية الأثرللعقد من حيث الأشخاص	06
المبحث الأول: أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين و الخلف و الدائنين	07
المطلب الأول : أثر العقد بالنسبة إلى الخلف	08
الفرع الأول : الخلف العام	08
أولا: حالات عدم انصراف أثار العقد إلى الخلف العام بالرغم من احتفاظه بصفة الخلف	09
ثانيا: حالات عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام باعتباره من الغير	10
الفرع الثاني : الخلف الخاص	11
المطلب الثاني : أثر العقد بالنسبة إلى الدائنين	13
الفرع الأول : مدى تأثر الدائن بعقود مدينه	13
الفرع الثاني: وسائل حماية حقوق الدائنين العاديين	14
أولا : الدعوى غير المباشرة (دعوى استعمال حقوق الدائن)	14
1- شروط الدعوى غير المباشرة	15
2- أحكام الدعوى غير المباشرة	15
ثانيا : دعوى عدم نفاذ التصرفات	16
1- شروط الدعوى	17
2- أحكام دعوى عدم نفاذ التصرفات	17
ثالثا : دعوى الصورية	18
1- شروط الدعوى الصورية	18
2-أحكام الصورية	18
أ- حكم الصورية بالنسبة للمتعاقدين و الخلف العام	18
ب- حكم الصورية بالنسبة للغير	18
المبحث الثاني : أثر العقد بالنسبة للغير	20
المطلب الأول : التعهد عن الغير	20
الفرع الأول : مفهوم التعهد عن الغير	21
أولا : المقصود بالتعهد عن الغير	21
ثانيا : الشروط الواجب توافرها لقيام التعهد عن الغير	21

الفرع الثاني: آثار التعهد عن الغير	22
أولا: حالة إقرار التعهد من طرف المتعهد عنه	22
ثانيا: حالة عدم إقرار التعهد من طرف المتعهد عنه	23
المطلب الثاني : الاشتراط لمصلحة الغير	23
الفرع الأول : مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير	24
أولا : المقصود بالاشتراط لمصلحة الغير	24
ثانيا : شروط الاشتراط لمصلحة الغير	25
الفرع الثاني : آثار الاشتراط لمصلحة الغير	27
أولا : علاقة المشترط بالمتعهد	27
ثانيا : علاقة المشترط بالمستفيد	28
1- حق المشترط في نقض الاشتراط	28
2- قبول المستفيد للاشتراط	29
ثالثا : علاقة المتعهد بالمستفيد	29
الفصل الثاني: نسبية الأثر الإلزامي للعقد من حيث الموضوع	32
المبحث الأول: تحديد مضمون العقد	33
المطلب الأول : تفسير العقد	33
الفرع الأول : تفسير العقد بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين	33
أولا: التفسير في حالة وضوح عبارات العقد	34
ثانيا : التفسير في حالة غموض عبارات العقد	35
الفرع الثاني: التفسير في حالة استحالة الوصول إلى النية المشتركة ودور المحكمة العليا	36
أولا : التفسير في حالة استحالة الوصول إلى النية المشتركة	36
1- أيلولة الشك في مصلحة المدين	36
2- أيلولة الشك في مصلحة الطرف المذعن في عقود الإذعان	37
ثانيا : دور المحكمة العليا في عملية التفسير	37
1 - ما يعتبر من المسائل القا نونية	38
أ – قاعدة الالتزام بالعبارة الواضحة	38
ب- الالتزام بالإرادة الحقيقية المشتركة للمتعاقدين	38
ج- قاعدة الشك يفسر لمصلحة المدين	38
د- تفسير الشك في عقد الإذعان لصالح المذعن	38
ثانيا : ما يعتبر من المسائل الواقعية	38

المطلب الثاني : تكييف العقد وتحديد نطاقه	39
الفرع الأول : تكييف العقد	39
التكييف من المسائل القانونية	39
الفرع الثاني : تحديد نطاق العقد	40
أولا : طبيعة الالتزام	40
ثانيا : القوانين المكملة و المفسرة	41
ثالثا : العرف	41
رابعا : العدالة	41
المبحث الثاني: القوة الملزمة للعقد وجزاء الإخلال بها	43
المطلب الأول : إلزامية تنفيذ العقد	43
الفرع الأول : قاعدة العقد شريعة المتقاعدين	44
أولا : عدم جواز نقض أو تعديل العقد إلاّ باتفاق الطرفين	44
ثانيا : وجوب تنفيذ العقد بحسن نية	44
الفرع الثاني:الاستثناء الوارد على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين	45
أولا: المقصود بنظرية الظروف الطارئة	45
ثانيا: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة	46
1- أن تطرأ هذه الظروف في الفترة بين انعقاد العقد وتنفيذه	46
2- أن تكون هذه الظروف استثنائية وعامة وغير متوقعة	47
3- أن يكون من شأن هذه الظروف أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا وليس مستحيلا	47
ثالثا: أثر الظروف الطارئة	47
المطلب الثاني : جزاء عدم تنفيذ العقد (المسؤولية العقدية)	48
الفرع الأول : قواعد المسؤولية العقدية	48
أولا : الخطأ العقدي	49
1- إثبات الخطأ العقدي	49
ثانيا : الضرر	50
1- الضرر المادي	51
2- الضرر الأدبي	51
* مدى التعويض عن الضرر	51
ثالثا : علاقة السببية بين الخطأ و الضرر	52

الفرع الثاني: الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية	52
1- تشديد المسؤولية العقدية	53
2- التخفيف من المسؤولية العقدية أو الإعفاء منها	53
الخـــاتمـة	56